

公有水面埋立法と土地所有権：
都道府県知事の埋立て承認の法的性質論

メタデータ	言語: jpn 出版者: 公開日: 2015-07-09 キーワード (Ja): キーワード (En): 作成者: 阿波連, 正一 メールアドレス: 所属:
URL	https://doi.org/10.14945/00008983

論 説

公有水面埋立法と土地所有権 —都道府県知事の埋立て承認の法的性質論—

阿波連 正 一

第1章 序論

第1節 問題の設定	3
第2節 地域形成計画法と土地所有権の制限	4
第3節 知事の免許又は承認の意義	12
第4節 知事の埋立て承認の法的性質論	15
第5節 考察の視座	18
第6節 本稿の構成	21

第2章 土地所有権と公有水面埋立法

第1節 総説	24
第2節 土地所有権の意義と構成要素	25
第3節 土地所有権の主体（特定人）と現状	31
第4節 土地所有権の客体（特定地）と現状	35
第5節 土地所有権の内容と現状	41
第6節 土地所有権の公共性	57
第7節 公有水面埋立法と土地所有権	86
第8節 沖縄米軍基地と土地所有権	101
第9節 小括	142

第3章 地域形成計画法と公有水面埋立法

第1節 総説	146
--------	-----

第2節	地域形成計画法の概念	147
第3節	地域形成計画と地域区分制	171
第4節	都市地域の地域形成計画	175
第5節	農業地域	195
第6節	自然環境保全地域	199
第7節	地域形成計画と地方公共団体	209
第8節	公有水面埋立法と地域形成計画法	212
第9節	小括	225
第4章	知事の埋立て承認の法的性質論の展開	
第1節	総説	229
第2節	非埋立権説の展開	230
第3節	埋立権説の展開	249
第4節	土地所有権取得権説の展開	265
第5節	小括	278
第5章	総括—沖縄県知事の辺野古埋立て承認の法的瑕疵—	
I	沖縄県の米軍基地の歴史的現実	284
II	沖縄本島の米軍基地の集中	300
III	沖縄県民の米軍基地の過重負担	311
IV	結論	325

第1章 序論

第1節 問題の設定

公有水面埋立法は、地域形成計画法¹の一環として、埋立事業計画者に対する都道府県知事の行政処分により、埋立事業計画者が、特定の公有水面を埋立て、土地を造成し、制限された土地所有権を取得することに関する実体的及び手続的事項を定めた法律である。埋立事業計画者は都道府県知事（以下、「知事」とする。）の行政処分により、土地造成した埋立地の土地所有権を取得するのであるが、土地所有権とは、特定人が、特定地の上下の時空を、法令の制限内において、自由に利用及び処分する権利である²。知事の行政処分により取得された土地所有権は、公有水面埋立法（以下、「埋立法」とする。）により制限された土地所有権となる。なぜなら、その土地所有権の取得の法的根拠は、知事の行政処分の根拠法規である埋立法であり、この埋立法は制限された土地所有権を付与するための法律だからである。知事の行政処分は、埋立事業計画者が私人の場合は「免許」（法2条1項）、国の場合は「承認」（法42条1

¹ この「地域形成計画法」の概念は、国レベルの国土利用計画法、国土形成計画法等、地域レベルの都市計画法、土地区画整理法等を、地域形成の観点と地方分権主義の観点から構成概念したものである。「地域形成」の概念は、国土形成計画法（2005年）の「国土の形成」概念である「国土の①利用、②整備及び③保全（①②③筆者挿入）」（同法2条）に依るものであるが、その地域形成計画の中核を国土利用計画法に基づく土地利用基本計画の①都市地域、②農業地域、③森林地域、④自然公園地域、⑤自然保全地域、の5地域にし、それと関連する法体系を地域形成計画法と概念構成したものである。その地域形成計画の要素を①土地利用計画、②公共施設の整備計画、③環境の保全計画としたものである。地方分権主義の観点とは、地方分権一括法（1999年）に依り、機関委任事務が廃止され、土地利用基本計画事務のほとんどが、法定受託事務ではなく、地方自治体の自治事務とされたということである。

² 阿波連正一「土地所有権の成立と展開」（法政研究17巻3・4号、2013年）3頁は、土地所有権を特定人が特定地を法令の制限内において自由に使用収益及び処分する権利であると定義し、このような土地所有権の制立と展開を考察している。本稿では、第2章において、公有水面埋立法との関連において、より具体的に展開するのである。

項)と規定されている。私人による場合は免許とし、国の場合は承認として区別している。つまり、埋立事業計画者が取得する制限ある土地所有権は、地域形成計画法³の一環である埋立法⁴を根拠法規とする知事の埋立て免許又は承認の行政処分⁵に依るものである。

本稿の目的は、この国の埋立事業計画に対する知事の埋立て承認の法的性質を考察するものであるが、知事の承認は地域形成計画法の一環としての埋立法を根拠法規とし、また、知事の承認の目的を制限された土地所有権の付与にあるとすると、まずもって、地域形成計画法と土地所有権の制限の問題を概略的に考察する。

第2節 地域形成計画法と土地所有権の制限

第1款 地域形成計画と土地所有権の制限

地域形成計画法の概念は、国土利計画法(1974年)、国土形成計画法(2005年)を基本として、国土利用計画法9条に基づく土地利用基本計画

³ 田中二郎『土地法(法律学全集15-II)』(有斐閣、1960年9月、以下、田中・『土地法』と略記する。)は、「国土開発造成関係法」と概念構成し、その内容を「国土の開発造成及び保全を図り、その利用関係を合理的に調整し、進んでその高度利用を期し、もって産業の飛躍的發展に資すること」(同159頁)の目的を達成するための種々の立法措置及び行政措置の関係法(体系)とする。その要素として①「国土の調査」、②「国土の開発」、③「国土の造成」、④「国土の保全」を構成概念とする。そして、「国土の造成」として埋立法を「土地地区画整理事業の一環として」位置づけている。本稿の「地域形成計画法の一環としての公有水面埋立法」、この概念構成に示唆を受けたものである。

⁴ 田中・『土地法』160頁は、「国土の開発と並んで、国土の造成—公有水面の埋立干拓等—も今日いよいよ重要性をもつに至っている。」として国土造成事業に土地地区画整理事業と公有水面の埋立事業を位置づけている。本稿の公有水面埋立法の位置付けは、この見解に基づいて、地方分権主義に基づいて再構成したものである。以下、田中見解を確認する。「これらの事業は、土地地区画整理事業の一環として、これとあわせて行われることもあるが、公有水面埋立法については、別に古く大正10年に制定された公有水面埋立法(大正10法57)があり、戦後若干の改正を経ただけで、現行の根拠法として存続している。しかし、同法は、その形式からいっても内容からいっても、現在の実情に即しない点が少なくない。」と批判する。この批判は、1973年改正前の埋立法に対するものである。

上の、①都市地域、②農業地域、③森林地域、④自然公園地域、⑤自然保全地域に関連する諸法令を、地方分権主義の観点から総合的に概念構成した体系上の概念である。地域形成計画は、5地域の諸計画を包括的に抽象化した概念であり、その諸計画は地域形成計画の各種計画となる。地域形成計画の要素は、(1)土地利用計画、(2)公共施設の整備計画及び(3)環境の保全計画である。地域形成計画の本質は土地利用の適正且つ合理的規制にあるから、権利レベルでは、土地所有権の制限となる。土地所有権とは、①特定人が、②特定地の上下の時空を、③法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。②特定地の上下の時空は、特定地面、特定地面上の時空及び特定地面下の時空の3側面に区別できる。

地域形成計画法は、この土地所有権の客体である特定地の3側面を法令の目的に従い各側面の利用を制限する法令の体系であるが、特に、地域形成計画法の基本である都市計画法は特定地面と特定地面の時空の利用を制限する法令の体系である。以下、土地所有権の客体としての特定地は、その利用の対象を特定地面、特定地面上の時空及び特定地面下の時空を区別して考察するが、どの側面かを特定せず、単に特定地とした場合は、その3側面の総体として捉えたものである。

なお、地域形成「計画」法においては、国土利用「計画」、土地利用基本「計画」、都市「計画」、土地利用「計画」、公共施設の整備「計画」、環境の保全「計画」等、「計画」となっているが、この「計画」概念は、一般的な意味での目標を達成するための手順、いわば「青写真」ではないということである。「計画」の策定段階は、たしかに、このような一般的な意味であるが、「計画」が権限者により決定された段階では、決定段階で、未来の計画内容例えば土地利用規制は効力を持つのである。土地利用規制という土地所有権の制限が未来において効果を持つのではなく、「土地利用規制計画」(都市計画の「土地利用計画」)の決定段階で土地所有権は制限されることになるのである。何故ならば、土地利用規制の対

象となる土地所有権の特定地の利用側面は特定地面上の「時空」だからである。土地所有権の本質は特定地面上下の時空の利用にあり、その時空を規制するのが地域形成計画、従って都市計画である。つまり、地域形成計画、都市計画の内容は土地所有権の制限（特に特定地面上の時空の利用規制）であるということになる。以下、地域形成計画法の土地所有権の制限の在り方を、地域形成計画の要素である、(1)土地利用計画、(2)公共施設の整備計画、(3)環境の保全計画において概観する。

第2款 土地利用計画と土地所有権の制限

1 考察枠組み

土地利用計画は、基本的に4段階に区別される。第1段階の地域区分制は個別規制法の目的により都市地域等の5地域区分、第2段階の区域区分制は、都市地域では、市街地の整備を目的とする土地利用規制、第3段階の地域地区制は地域又は地区を設定して、そこでの土地利用を規制するものであり、第4段階の地区計画制は用途地域制と建物等の形態意匠規制による街区内（約25ha）の一体的規制、段階的に区別するのが基本である。土地所有権の客体である特定地（地籍・地積）の土地利用規制という場合、どの側面の利用規制か、①特定地面か、②特定地面上の時空（この側面は、特定地「上」として①特定地面を含むものである。）か、③特定地面下の時空かの観点から考察すると、より土地利用計画が的確に理解でき、また、土地利用計画が土地所有権の制限であることが確認できる。

2 地域区分制

第1段階の地域区分制は、国土利用計画法（1974年）に基づくもので、個別行政目的を達成するための個別規制法に基づく地域区分である。①都市地域は、「都市計画法」（1968年）に依り都市計画区域として決定された地域である。②農業地域は、「農業振興地域の整備に関する法律」（1969

年)の目的を達成するため決定された地域である。この農業振興地域の農用地域では、原則として開発行為が規制され、また農地転用が制限されるなど、特定地面の土地所有権を制限することによる土地利用規制となっている。③森林地域は、「森林法」(1951年)により、国有林、地域森林計画対象民有林が地域指定され、そこに保安林区域が指定される。この保安林地区では開発行為が制限され、土地所有権を制限することで保安林を維持し、自然災害の防止、水源の涵養を図っている。④自然公園地域は、「自然公園法」(1957年)に依り、(a)国立公園、(b)国定公園及び(c)都道府県立自然公園区域が指定される。特定の区域で、一定の行為が制限されるなどして土地所有権を制限して、公園の保全を図っている。⑤自然保全地域は、「自然環境保全法」(1972年)に依り、原生自然環境保全地域、自然環境保全地域、都道府県自然環境保全地域を決定し、各地域の保全の内容、程度に勘案して、立入制限地区、特別地区、普通地区などの地区を決定し、立ち入り制限、地区内の土地所有権の制限を通じて自然環境の保全がなされているのである。

これらの5地域の諸土地利用計画は、土地利用基本計画に即して定められ(国土利用計画法9条)るから、これらの諸計画は、土地利用基本計画によって総合調整されることになる。

3 区域区分制

第2段階の区域区分制は、都市計画区域内においては、特定地面の側面で土地所有権が制限される範囲(土地利用規制)を「線引き」するのである。都市計画区域内を、市街化区域と市街化調整区域に区分し、市街化区域では、市街化の整備を推進し、市街化調整区域では、市街化を抑制する。市街化の抑制は、建築物等の建築に供する目的で行われる土地の区画形質の変更である開発行為の規制で行われる。この開発行為の規制は、土地所有権の制限の側面では、特定地面の土地利用規制である。特定地面の変更を意味する「土地の区画形質の変更」の規制だからであ

る。次の地域地区制、地区計画制は特定地面上の時空の利用規制である。

なお、この区域区分制は、農業地域では、農業振興地域に農用地区域として線引きされ、森林地域では、保安林区域として線引きされている。

4 地域地区制

第3段階の地域地区制は、都市地域において、その基本である用途地域制を、現在は、12用途地域に詳細化して土地利用を規制している（都市計画法8条、9条）。住居系地域は、①第1種低層住居専用地域、②第2種低層住居専用地域、③第1種中高層住居専用地域、④第2種中高層住居専用地域、⑤第1種住居地域、⑥第2種住居地域、⑦準住居地域の7種である。商業系地域は、⑧近隣商業地域、⑨商業地域である。工業系地域は、⑩準工業地域、⑪工業地域、⑫工業専用地域である。この用途地域による土地利用の規制は、土地所有権が地域内の特定地上の時空の利用であるので、用途地域内の建築物の用途、形態（容積率、建ぺい率、敷地の最低面積、外壁の後退距離、高さ制限、日影規制）を制限することで具体化されることになる（建築基準法48条）。土地所有権は特定地面の時空の自由な利用であるから、12用途地域による土地利用規制は、土地所有権の制限となる。都市計画の土地利用計画の基本である特定地面上の時空の利用規制である用途地域制である。

5 地区計画制

第4段階の地区計画制（1980年の都市計画法・建築基準法の一部改正により創設）は、第2段階の地域地区制（用途地域制等）では、特定地面の時空（敷地ごと）の建築物形態規制であったが、この地区計画制は、一定の特定地で構成される街区内の建築物等形態規制を一体的に定めるもので、質的に画期となる土地利用規制である。つまり、主として街区内の住民等の利用に供される地区施設の配置及び規模、建築物の配置及び規模、建築物の形態、敷地等に関する事項を一体的に定める計画である。そして、景観法（2004年）が制定され、街区内の一体的な計画の要

素に、建築物等のデザイン・色彩等の形態意匠も含まれる景観計画を決定することができることになる。良好な街並み景観の保全、維持の観点から、条例により、建築物等の形態意匠も規制することができるようになるのである。

このように、土地利用計画は土地所有権の特定地面及び特定地面上の時空の自由な利用を多面的に制限することになる。

第3款 公共施設の整備

次に考察するのは、地域形成計画の要素の公共施設（都市施設）の整備計画と土地所有権との関係である。この公共施設の整備計画は、一つは、公共施設自体の整備と、他の一つは、その公共施設に必要な土地の確保である。公共施設は都市計画法では都市施設であるが、道路、公園、下水道等である。道路、公園等の公共用地は既成市街地では確保が困難であり、土地収用法に依る公用収用が必要となる。道路、公園等の公共用地のための土地所有権の強制取得で、土地収用法20条の事業認定を受けたものとされる（都市計画法69条）。また、本稿は埋立法を地域形成計画法の一環として捉えるものであるが、その地域形成計画法の基本である土地区画整理法（1954年）では、道路、公園等の公共施設用地の確保は、土地所有者等から少しずつ土地所有権を譲渡してもらいこれを公共用地にあてる公共減歩制を活用することで公共用地を確保する。つまり、公共施設（都市施設）の整備は、土地所有権の移転（得喪）の問題を含んでいるのである。

また、具体的な道路、公園等の公共施設の規模、配置は、土地利用計画及び環境保全の観点を総合的に判断して決定される。例えば、各レベルの公園の標準面積は、街区内（25ha）に街区公園（0.2ha）、近隣住区（100ha）に近隣公園（4ha）、地区（400ha）に地区公園（4ha）、都市に総合公園（10～50ha）である。またこの街区、近隣住区、地区、都市は

道路の規模で区域化されている。例えば、街区は補助幹線街路、近隣住区は都市幹線街路で区域化されている。このような道路、公園、用途地域を総合的に判断して、用地が決定され、当該特定地に公用収用され公有地、国有地となる。土地所有権が国等に移転するのである。

第4款 環境の保全

1 生活環境権

第1は生活環境（大気・水・静穏・日照・土壌等）の保全である。特定上の時空の利用の側面において、「公害対策基本法」（1967年）が制定され、事業者の土地所有権を「公害」として規制し、生活者の土地所有権を「生活環境権」として保障する。つまり、「『公害』とは事業活動その他の人の活動に伴って生ずる相当範囲にわたる大気の汚染、水質の汚濁、土壌の汚染、騒音、振動、地盤の沈下及び悪臭によって、人の健康又は生活環境に係る被害が生ずることをいう」（2条）として生活環境権として認知されるのである。「公害」規定は拡大され環境基本法（1993年）にも基本的に継承されることになる。

2 都市計画の土地利用計画と環境の保全

都市計画の土地利用計画による環境の保全は次のようになる。

- (1) 用途地域制による環境の保全であるが、用途地域制とは市街化区域を居住地域、商業地域、工業地域等12用途地域を指定して、その指定用途地面の時空を建築物の形態規制することにより、土地利用の用途の混在を防ぐことから、日照、通風、防火、騒音、振動、悪臭、悪臭などの公害を防止し、また、防火、交通混雑などの発生を防止する機能をもつのである。
- (2) 日照権保護の、用途地域制上の建築基準法改正（1980年）による日影規制である。「日影による中高層建物の建築物の規制」（日影規制）である。
- (3) 都市環境の保全を目的とする地域地区制に依るものである。地域地区

制として、①風致地区は都市計画法に基づき、②緑地保全地域・特別緑地保全地区・緑化地域は都市緑地法（1973年）に依り、③生産緑地地区は生産緑地法（1974年）に基づく。地区計画レベルで、④歴史的風致維持向上地区計画は「歴史街づくり法」（2008年）に基づく制度である。

(4) 景観の保全を図る地区計画制に、①景観地区では建物の形態意匠を規制し、②歴史的風土特別保存地区では、古都保存法（1966年）により、古都における歴史的風土の保存に関して規制し、③伝統的建造物群保存地区は文化財保護法144条（1975年改正）に基づき、伝統的建造物群及びこれと一体をなしている環境を保存するための規制である。

(5) 騒音に対する環境保全に関して、地域地区制で、①航空機騒音障害防止地区及び航空機騒音障害防止特別地区は、航空機騒音防止法（法975年改正）に基づくもので、学校、病院、住宅等の建築を規制して、騒音対策をする。地区計画レベルでは、沿道地区計画は、沿道法に基づき、沿道整備道路に接続する土地の区域で、道路交通騒音の防止等を図るために、市街地を整備する地区計画である。

3 環境影響評価法

環境影響評価法（1997年）の目的は、地域形成計画、都市計画に係る事業の実施に関して、自然環境の保全を図るために、環境影響評価の実施等を通じて、保全すべき場所の改変を避け、あるいは、これを最小にするなどの対策を優先しつつ、適切な対策を講ずるためである。環境影響評価法は、開発事業の内容を決定するに当たって、その事業が環境にどのような影響を及ぼすかについて、調査・予測・評価を行い、その結果を公表して、住民、地方公共団体などが意見を出し、それらを踏まえて環境の保全の観点からよりよい事業計画を作り上げていこうとする制度である。

4 公共施設の適正な配置・規模

道路、公園等の公共施設の配置、規模等は、区域区分制、地域地区制、

地区計画制等の土地利用計画、及び環境保全の観点を総合的判断して決定される。道路、公園等の公共空間、用途地域等の総合的な判断、騒音、振動、大気汚染等の環境問題の総合的な判断により、公共施設等の位置、規模が決定される。

以上、知事の埋立て承認を根拠法規である埋立法を地域形成計画の一環として捉え、地域形成計画は土地所有権の制限であるという認識から、知事の埋立て承認は制限された土地所有権を付与する行政処分であると論理を展開した。この見解は、知事は埋立法を根拠法規として埋立て承認により国に土地所有権を付与するわけであるから、この承認は行政処分ということになる。ところが、私人の埋立事業計画に対しては「免許」で、また私人である国民が取得するのは土地所有権であるから、この免許は行政処分そのものであるが、国に対する知事の「承認」は、国の内部関係であるから、また国は土地所有権を取得できないから、その「承認」は行政処分ではないとする見解がある。そこで、次に、「免許」または「承認」はどのような行政処分であるかを考察することにしてしよう。

第3節 知事の免許又は承認の意義

行政処分⁵は、公権力の主体たる国又は公共団体が行う行為のうち、その行為によって、直接国民の権利義務を形成しその範囲を確定することが法律上認められているものと定義されている（最判昭和39年10月29日民集18巻8号1809号）。その内容の観点から、特許、認可、許可、承認等に区別される。「特許」は、国民の法的地位（権利能力、特定の権利）や

⁵ 行政処分は事実行為も含み講学上の行政行為とは異なるが、判例が行政行為に近い定義としているので、本稿では、講学上の行政行為概念ではなく行政処分概念を使うことにする。取消訴訟の対象になるのは行政処分だからである。なお、名宛人は国民だけではなく国民に準ずる主体も含まれる。例えば、埋立て承認の名宛人である事業主体が国のような場合である。私人と同じ制限された土地所有権を取得することになる。

包括的な法律関係を設定する行政処分である。私人の埋立申請に対する知事の「免許」は、行政処分の内容からみると「特許」にあたる⁶。「免許」は、一般的に禁止されている行為を行なえるようにする行政処分であるからである。「認可」は、講学上は、ある者の法律上の行為について、公共機関の同意を効力の要件として場合に、その効力を完成させるために公共機関のする同意のことである⁷。埋立法27条1項は埋立地に関する権利の移転又は設定は都道府県知事の「許可」を受けるべきとしているが、この「許可」は「認可」の意味である。なぜなら、埋立法28条は「其ノ許可ヲ受クルニ非サレハ効力ヲ生セス」と規定しているからである⁸。「許可」は、一般的に禁止されている行為を特定の要件を具備した場合に、申請に基づいて、その禁止を解除する行政処分である。免許と内容が同じなので、法令上は免許の語も用いられている⁹。

このように埋立法4条1項の「免許」は「特許」を意味し、埋立法27

⁶ このように、法令上の概念と同じではない。法令上、免許でも内容は特許にあたる。

⁷ この同意は、法律上の行為の効力を有効に成立させる行政処分である。「同意」の概念は、ある団体又は機関が、他の者の行う行為について、判断または意思の一致を表示する単独行為をいい、行政法上、組織法上のものと作用法上のものがある。組織法上の場合、「承認」が国の機関相互間における同意という場合に、一般的に用いられるのに対して、「同意」は対等の立場にある者相互間において、使用される。作用法上の同意は、開発許可申請に際しての公共施設の管理者の同意（都市計画法32条参照）等であるが、この場合の同意は、第三者である住民等が同意の違法を主張しても、判例はその処分性を否定することが一般的である（最判昭和34年1月29日民集13巻1号32頁）。つまり、作用法上の同意は行政処分ではないのである。これに対して、国の組織相互間の同意である「承認」は、作用上は、「特許」「免許」「許可」「認可」の行政処分のいずれかの可能性があることになる。埋立ての「承認」は、国の相互間の行政処分であるために免許ではなく「承認」にしたというのであるから、行政作用法上の行政処分としては「特許」となる。

⁸ 埋立法13条の2の「許可」も、埋立地の用途等の変更の効果を生じさせる行為であるので、「認可」を意味することになる。

⁹ 法令上、許可となっても、「認可」の場合がある一方、法令上「認可」でも、許可にあたる場合もある（放送法43条1項等）。新たに権利能力等を設定する場合にも用いられる例もある。例えば、漁業権の設定に関する漁業法10条である。ちなみに、この免許と特許の違いは、特許は取得する権利者が埋立申請した特定人であることである。

条1項の「許可」は「認可」を意味する。つまり、埋立法の「免許」、「許可」等の行政処分は内容から判断すべきということになる。行政処分は行政作用上の概念であるが、知事の「承認」は行政処分ではないとする見解があるので検討する。

国の埋立申請に対する知事の行為が「承認」とされたのは、埋立法成立時（1921年）は、国の機関相互の関係だからとする。「承認とあるは国の機関相互の関係なるを以て免許の語を避けり¹⁰」。その「承認」を行政作用法上の行政処分の場面に移すと「免許」（内容的には「特許」）となる。「国の機関相互」であるので「免許の語を避け」たからである。そして、この「免許」は埋立事業計画者に制限された土地所有権を取得させるので、「特許」を意味する¹¹。つまり、知事の埋立申請の「承認」の行政処分レベルでの法的性質は「特許」を意味する。それ故、免許基準と承認基準が同一であり（4条1項、42条3項）、また、「特許」の名宛人の取得する権利も埋立竣工により埋立地に制限された土地所有権を取得するという点で同一となるのである。この土地所有権を、あえて、公法上の土地所有権、私法上の土地所有権に区別すれば、どの土地所有権か見解の分かれるところである。

ここに、この知事の「承認」の法的性質論は、国（承認をする国）が国（承認を受ける国）に「特許」できるかという問題と、国が土地所有権を取得できるかという問題の二つの側面を併有した問題となり、知事の「承認」の法的性質論は、原理的に理論的な問題となるのである。それは、原理的には、中央集権主義と地方分権主義の問題として、国と地

¹⁰ 「公有水面埋立法逐条理由」（1921〈大正10〉年）三善政二『公有水面埋立法（問題点の考え方）』（日本港湾協会、1970年）収録。

¹¹ 行政行為概念は学問上の概念である。法律上は処分等となっている。行政行為は、法律的性質上は、許可、認可、特許等区別することができる。宇賀克也『行政法Ⅰ』（有斐閣、2013年、以下、宇賀・『行政法Ⅰ』と略記する。）、82頁以下は、規制行政における法的仕組みとして捉え、許可制は禁止を個別具体的に解除する法的仕組みとし、許可制は法律行為の効力を補充して効力を完成させる法的仕組みとする。

方公共団体との事務の配分の問題として現れる。中央集権主義、地方分権主義の視座の下、埋立事業計画の承認は、国の直接事務か機関委任事務か、地方分権一括法（1999年）による機関委任事務廃止後は、法定受託事務か自治事務かの配分の問題となる。埋立法は法定受託事務として（埋立法51条）。他方、知事の承認（特許）によって取得されるのは制限された土地所有権であるが、原理的な問題として、国が私法上の土地所有権をもつことができるかも論点となる。

このように、知事の埋立て承認の法的性質論は、埋立法が、天皇主権の中央集権主義下の1921年に成立し、そして、90年後の現在は、国民主権の民主主義国家の地方分権主義の下で、適用環境と解釈原理が異なるなかでの論点となる。次に、現在、どのような知事の埋立て承認の法的性質論が展開しているかを概観することにしよう。

第4節 知事の埋立て承認の法的性質論

この知事の承認の法的性質論に関しては、非埋立権説、埋立権説及び土地所有権取得権説が主張されている。また、この承認の法的性質論は、埋立法の趣旨・目的をどう捉えるか、つまり、①「埋立てに関する法律」か、②「土地利用に関する法律」か、という問題とも関連する¹²。知事の埋立て免許又は承認により、名宛人である私人又は国は、①公有水面埋立ての土地造成により、②「埋立地の用途」に制限された土地所有権を取得するから、埋立法の趣旨・目的を①とするか、②とするかは理論的な問題となる。したがって、知事の承認の法的性質論と埋立法の趣旨・目的論と理論的に関連することになる。

非埋立権説は、国は公有水面を所有しており（埋立法1条）、公有水面を排他的に支配・管理する権利を有しているので、埋立て工事は国の権

¹² この論点を明示したのは、後述の岩国埋立て訴訟における広島高裁判決（2013年11月13日）である。

限行使であり、知事の承認により埋立権を取得するわけではなく、知事の承認は、埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを判断するものであるとする理論である¹³。この非埋立権説は、埋立法の趣旨に関して、埋立法の手続きに従って制限された土地所有権を取得するという「土地利用に関する法律」とする見解と埋立ての承認は埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを判断であるから「埋立てに関する法律」とする見解に分かれるととなる。戦後の非埋立権説は、「埋立てに関する法律」とする理論を採る。

次に、埋立権説は、知事の免許と承認は同じ法的性質とし、知事の免許・承認により免許・承認申請者に、埋立てをする権利（埋立権）を付与とする理論である。埋立権説は、知事の免許・承認により埋立権が与えられ、埋立工事竣工の認可又は通知により埋立地の土地所有権が取得されるとする理論である¹⁴。この埋立権説は、免許又は承認により埋立権の特許を私人又は国にすることになる。この埋立権説は、埋立法の趣旨を、「埋立に関する法律」と捉える志向となる。土地所有権は、工事竣工申請認可の告示により取得し、知事の免許又は承認で取得するのは埋立権であるからである。

土地所有権取得権説は、知事による埋立申請の「承認は、当該官庁が、特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、竣工通知の日において行政主体に埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為である。」とする

¹³ この非埋立権説は、「公有水面埋立法逐条理由」（1921年）、「内閣法制局意見」（1953年）、三善政二『公有水面埋立法（問題の考え方）』（日本港湾協会、1970年）233頁、建設省河川局水政課監修『公有水面埋立実務ハンドブック』（1995年、ぎょうせい、2002全訂2版）。岩国埋立て訴訟・山口地裁2012（平成24）年6月6日判決。

¹⁴ 阿部泰隆『行政法解釈学』（有斐閣、2008年）212頁、「公有水面埋立法による埋立免許は埋立権、同じく竣工認可は土地所有権を与える（公水16条・17条・24条）」と定義する。本田博利「公有水面埋立法における国の原状回復義務の有無について（意見書）」（愛媛法学会雑誌 第40巻1・2号合併号、2014年3月）119頁以下。岩国埋立て訴訟・広島高裁判決（2013年11月13日）も内容的には埋立権説と考えられる。

理論である¹⁵。この説は、「承認」を「特許」とみている。なぜなら「承認」を「竣工通知の日において、行政主体に埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為」としているからである（以下、土地所有権取得権説においては、「承認」は行政処分の側面では「特許」を意味することを前提とするが、以下の叙述では「承認」のまま使用する。）。この土地所有権取得権説は、知事の承認は、埋立地の「所有権を取得させる権利を設定する行為」としているので、土地所有権の取得が目的となるが、埋立権説が土地所有権取得の根拠としている工事竣工の申請認可はどのように位置付けられるか。それは、停止条件として位置づけられることになる。この説は、土地所有権の付与が知事の承認の目的であるので、埋立法の趣旨は「土地利用に関する法律」となる。なお、この説が理論化された1959（昭和29）年時は知事の承認は機関委任事務である。

ところで、土地所有権取得権説は、知事は埋立て承認により埋立事業計画者に埋立工事竣工を停止条件として土地所有権が付与されるが、これは、知事が与えるのではなく、その承認の根拠法規である埋立法4条1項（42条3項）の免許・承認基準を充たすことで土地所有権を付与するのであり、土地所有権付与の根拠は埋立法にあるのである。行政処分は根拠法規に基づいてなされるという法律による行政の原理の要請である。民主主義国家の法治主義の法律による行政の原理は、行政の存在根拠である。埋立事業計画者が埋立地の土地所有権を取得する法的根拠は埋立法にあり、その埋立法は国会の承認をえており、その国会は国民の代表機関であるので、最終的な根拠は、国民自身にあるからである。つ

¹⁵ 山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』（日本港湾協会、1954年）329頁。田中・『土地法』161頁は、「埋立等の免許は、埋立の竣工認可を条件として埋立地の所有権を取得させる行為である」と明確に土地所有権取得権説を採る。そして、「免許」について、「特許」であるとする。「公有水面埋立法は、公有水面の埋立又は干拓を国の特許企業とし、国の機関としての都道府県知事の免許—公企業の特許の性質を有する—又は承認（国が埋立をする場合）を得てこれをなすべきものとする」（同161頁）。

まり、埋立事業計画者の埋立地の土地所有権取得の法的根拠は、私人は「埋立ノ免許ヲ受ケタル者ハ其（埋立竣工認可）ノ告示ノ日ニ於テ埋立地ノ所有権ヲ取得ス」（埋立法24条1項）であり、「埋立竣工認可ノ告示」を停止条件として私人は土地所有権を取得し、他方、国は、「埋立ニ関スル工事竣工シタルトキハ当該官庁直ニ都道府県知事ニ之ヲ通知スベシ」（埋立法42条2項）とあるので、国は、その「通知」を停止条件として土地所有権を取得し、国有地となり、国有財産18条で規制されることになる。

したがって、本質的な問題は、行政法的には、埋立申請の免許・承認の事務の分担の問題、つまり、国の直接事務、機関委任事務、法定受託事務、自治事務のいずれとすべきかという問題となり地域形成計画における知事の権限の意味と性質の問題となるところ、知事の承認の法的瑕疵の論点としては、埋立法4条1項の免許又は承認基準をどう解釈するかという問題になる。

以上、知事の埋立て承認の法的性質論の問題は、原理的にも、政策的にも、政治的にも、また理論的にも多面的な論点を内包している。次に、このような他面的、重層的な問題をどのような観点からアプローチすべきかを検討することにしよう。

第5節 考察の視座

多面的で重層的な知事の埋立て承認の法的性質論を考察するにあたっては、以下の4論点からのアプローチが効果的であると考ええる。

第1の論点は、知事の埋立て承認の根拠法規である埋立法の趣旨は何か、である。この論点に関しては、「埋立に関する法律」か「土地利用に関する法律」と捉えるかで基本的に対立している。本稿は、「土地利用に関する法律」と捉える。地域形成計画における土地の造成を目的とし、またその観点から埋立法は構成されていると考えるからである。そこで、埋立法の趣旨が「土地利用に関する法律」とであると捉えれば、これは地

域形成計画法を意味し、地域形成計画は土地所有権の制限であるところ、このような制限に服する土地所有権とは何か、が論点となる。この論点は、第2章「土地所有権と公有水面埋立法」で考察される。

第2の論点は、土地所有権制限の法体系である地域形成計画法とはどのような法であり、その中身である地域形成計画とは何か、である。公有水面の埋立てが地域形成計画の一環として捉えられ、その地域形成計画は土地所有権の制限であるとする、地域形成計画は、埋立法と土地所有権の制限を媒介とすることになる。つまり、埋立法を根拠法規とする知事の埋立て承認は制限された土地所有権を付与するということの理論的説明となる。したがって、地域形成計画とは何か、が論点として浮かびあがることになる。地域形成計画は、国土の均衡ある発展と公共の福祉の増進を目的として、地域住民の健康で文化的な生活を実現するとともに地域活性化のため機能的な地域活動を確保するための計画である（国土利用計画法2条、国土形成計画法3条、都市計画法1条、2条参照）。この地域形成計画の要素は、(1)土地利用、(2)公共施設の整備及び(3)環境の保全に関する計画である。また地域形成計画事務は、地方分権一括法（1999年）に依り、ほとんどが国の機関委任事務から地方自治体の自治事務となり、知事の埋立て承認は地域形成計画を決定する判断となるのである。地域形成計画法の一環としての埋立法を明らかにする論点は、第3章において、「地域形成計画法と公有水面埋立法」として考察する。

第3の論点は、知事の埋立て承認の目的は何か、である。この論点は、知事の承認の法的性質論であるが、非埋立権説、埋立権説及び土地所有権取得権説が対立している。本稿は、その法的性質論を多面的に考察するものである。この知事の埋立て承認は、その根拠法規である埋立法を、この埋立法は地域形成計画法の一環である、この地域形成計画法は土地所有権制限の法体系である、というように重層的構造的に捉えると、知

事の埋立て承認の法的性質は、土地所有権取得権説となる。知事の埋立て承認の法的性質とは何か、の論点は、第1の土地所有権とは何か、第2の論点、地域形成計画法とはどのような法か、を集約したものであるということになる。この論点は、第4章において「知事の埋立て承認の法的性質論の展開」として考察される。

第4の論点は、埋立法を地域形成計画法の一環と捉え、その埋立法を根拠法規とする知事の承認の法的性質は制限された土地所有権の付与にあるとする観点から、知事の免許又は承認の判断基準（埋立法4条1項）を、どう解釈するか、である。地域形成計画の一環である埋立法は「土地利用に関する法律」と捉えられ、知事の埋立て承認の目的は、地域形成計画の制限された土地所有権の付与にあるところ、知事の免許・承認基準は、地域形成計画の要素である土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境の保全計画の観点から判断されることになる。特に、埋立てが埋立地の用途（工業団地、飛行場等）を目的とすることから、当該地域において、地域形成計画の拠点事業となるところ、埋立地の用途が、知事の埋立て承認の目的となる。現在、問題となっている沖縄県名護市の辺野古沿岸域の埋立承認の法的問題は、普天間米軍飛行場を辺野古埋立地に移設する目的であり、埋立地の用途は「米軍飛行場基地」となるから、知事の承認は、地域形成計画において、「米軍飛行場基地」の建設を認めることを意味する。したがって、知事の埋立て承認の判断の本質は、米軍基地の集中する沖縄本島に新たに「米軍飛行場基地」を建設するか否かにあり、その決定権を、地域形成計画の政治責任を負う知事がもっているということである。沖縄の過去、現在、未来を決定することを意味する。この論点は、第5章において、総括として「沖縄県知事の辺野古埋立て承認の法的瑕疵」として考察する。

本稿は、このような4論点から、多面的重層的な知事の埋立て承認の法的性質を考察するものである。この4論点の考察の構成は次のとおりとなる。

第6節 本稿の構成

まず、第2章において、「土地所有権と公有水面埋立法」の関連を考察する。知事の埋立て承認の趣旨が埋立事業計画者に制限された土地所有権を取得させることにあるとすれば、公有水面埋立法が制限された土地所有権の構成となっていなければならないからである。まず、本章の考察の内容と意義を説明する（第1節）。次に、「土地所有権の意義と構成要素」（第2節）を考察する。知事免許・承認により埋立事業計画者は制限された土地所有権を取得するというのであるから、その土地所有権とはどのような権利かを概観する必要があるからである。さらに、土地所有権の各構成要素を検討し、土地所有権の制限と土地所有権の現状を確認することになる。まず、「土地所有権の主体」（第3節）、次に「土地所有権の客体」（第4節）、そして「土地所有権の内容」（第5節）を考察する。さらに、本章の特徴である土地所有権の制限を「土地所有権の公共性」（第6節）として考察し、また、制限された土地所有権がどのように公有水面埋立法に組み込まれているかを「公有水面埋立法と土地所有権」（第7節）で考察する。この考察により、知事の埋立免許・承認の段階だけでなく、公有水面埋立法の全体が制限された土地所有権取得の過程であることを確認することができる。以上の考察を踏まえ、「沖縄の米軍基地と土地所有権」（第8節）を考察し、最後に小括とする（第9節）。

第3章では、「地域形成計画法と公有水面埋立法」を考察する。地域形成計画は土地所有権の制限であるが、その地域形成計画が公有水面埋立法に組み込まれているか、問題となる。つまり、地域形成計画は、①土地利用の計画、②公共施設の整備計画、③環境の保全計画を要素としているが、この3要素が、公有水面埋立法に組み込まれているかという問題である。まず、「総説」（第1節）として地域形成計画法を概念構成する意義を考察することを述べる。「地域形成計画法の概念」（第2節）において、全国計画、都道府県計画、市町村計画の三層構造を確認し、都道府

県計画レベルで基本となる土地利用計画が策定、決定されることを踏まえ、その地域区分を、国土利用計画法に依り都市地域、農業地域、森林地域、自然公園地域、自然保全地域に区分する「地域区分制」（第3節）を考察する。そして、「都市地域」（第4節）を考察する際に、地域形成計画の内容である土地利用計画、公共施設（都市施設）の整備計画及び環境の保全計画に従って、現在に都市計画の現状を確認する。そして「土地利用計画」が、「区域区分制」、「地域地区制」及び「地区計画制」と段階的に区別され、各段階を土地所有権の制限との関係で考察する。次に、「農業地域」（第5節）、そして、「自然環境保全地域」（第6節）として、森林地域、自然公園地域及び自然保全地域をまとめる。また、地域形成計画の決定権限、規制権限の問題を「地域形成計画と地方公共団体」（第7節）として考察する。そして、「地域形成計画法と公有水面埋立法」（第9節）において、地域形成計画の要素である土地利用計画、公共施設の整備計画、環境の保全計画の観点から公有水面埋立法を考察する。そして、小括として纏める（第9節）。

第4章では、「知事の埋立て承認の法的性質論の展開」を考察する。多面的重層的な論点を内包している知事の承認の法的性質論を分析するものである。まず論点の考察の概要を述べ、そして次の5つの分析視点を提示する。第1に、知事の承認の法的性質（趣旨）は何か、「埋立てする権利」か「土地所有権を取得させること」かである。第2は、国の機関相互の組織法の場面の「承認」は、行政作用法の場面ではどのような行政処分となるか。第3に、私人は、埋立竣工申請認可の告示の日に「埋立地ノ所有権」（埋立法24条）を取得すると明示しているが、国による土地所有権も同じ土地所有権か。第4に、地域形成計画法の一環として埋立法を捉えているか。埋立法の持つ「埋立てに関する法律」と「土地利用に関する法律」の側面のどちらを本質的なものと捉えているか。第5は、知事の承認の法的性質論が、免許承認の基準にどのように影響を与

えるかである（第1節）、まず行政実務で一般的である「非埋立権説の展開」（第2節）、次に「埋立権説の展開」（第3節）、そして「土地所有権取得権説の展開」（第4節）を分析的に検討する。最後に、小括として纏める（第5節）。

第5章は、総括として、「土地所有権と公有水面埋立法」（第2章）、「地域形成計画法と公有水面埋立法」（第3章）、及び「知事の埋立て承認の法的性質論の展開」（第4章）の考察を踏まえ、沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認は、どのような法的瑕疵があるか、を考察する。

第 2 章 土地所有権と公有水面埋立法

第 1 節 総説

知事の埋立ての承認は、特定の公有水面を埋立てて、土地造成した埋立地の工事竣功により、埋立事業者の国に、制限された土地所有権を取得させる権利を設定する行為である。本章は、この知事の埋立て承認の目的である土地所有権に関して考察するものである。

土地所有権とは、特定人が特定地上下の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。土地所有権の内容である土地利用の適正かつ合理性は、地域における、土地利用の規制、公共施設の整備及び環境の保全との総合調整を意味する。「土地利用の適正且つ合理性」は「土地利用に関する法律」である国土利用計画法、国土形成計画法、都市計画法、土地区画整理法等を規定する。そして、埋立法も、その流れにある法律である。したがって、埋立法は、地域形成計画の要素である土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境の保全計画を規定していることになる。地域形成計画は土地所有権を制限することにより合理的な地域形成をするのである。

本章では、その土地所有権とはどのような権利であるかを考察する。この考察により、土地所有権が地域形成計画の法的基盤であり、それは地域形成において、土地利用の規制、公共施設の整備、環境の保全として現れることが確認できるのである。次章では「地域形成計画法と公有水面埋立法」を考察することになるが、そこで地域形成計画法の一環として公有水面埋立法があることを確認することにより、知事の埋立て承認が地域形成計画の一環であり、それ故に、知事は、地域形成に権限と責任を持つのである。知事の埋立て承認の本質は、知事の地域形成計画における権限と責任を示すものである。

第2節 土地所有権の意義と構成要素

第1款 土地所有権の意義

土地所有権とは、①特定人が、②特定地を、③法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。この土地所有権の定義は、民法206条の所有権の定義と民法207条の土地所有権を概念構成したものである。民法206条は、「所有者は、法令の制限内において、所有物を自由に使用、収益及び処分する権利を有する」と定める。所有権の主体は、「所有者」となっているので、人、一般ではなく、特定人であり、権利の客体は、物一般ではなく所有物であるので、所有している特定の物である。したがって、権利を構成する①権利の主体、②権利の客体及び③権利の内容で再定義すると、土地所有権は、①特定人が、②特定物を、③法令の制限内において自由に使用、収益及び処分する権利となる。

そして、民法207条は、土地所有権を、「土地の所有権は、法令の制限内において、その土地の上下に及ぶ。」と規定する。土地所有権は「土地の上下に及ぶ」とするのは、地面だけでなく地下、地上に及ぶことを意味し、かつ土地は平面であり、その上下に及ぶとなるから、土地は地面、地上空間及び地下空間の3側面を分析できる。つまり「土地の所有権は、平面的に地表についてのみ認められるのではなくて、立体的にその上下なる空中および地下に拡がる¹」。そして、特定人が所有する「特定物」が土地であるので「特定地」となる。したがって、土地所有権の客体である②特定地は、特定地面、特定地面上の空間及び特定地下の空間の3側面となる。

また、土地所有権の内容が「使用、収益及び処分する権利」で「使用、収益する」権利であることから、時間を包含することになり、時間と空間が独立し関係する「時空」という4次元の世界ということになる。故

¹ 末川博『物権法』（日本評論社、1956年以下、末川・『物権法』と略記する。）286頁。

に、土地所有権の客体となる「特定地」は、特定地面、特定地上の時空及び特定地下の時空を使用、収益及び処分する権利となる。したがって、土地所有権は、①特定人が、②特定地の特定地面、特定地面上の時空及び特定地面下の時空を（以下、たんに「特定地」という場合は、この三側面をもつ全体概念とする。）、③法令の制限内において自由に使用、収益及び処分する権利と定義される。

なお、土地所有権の内容である③法令の制限内において自由に使用、収益及び処分することに関して、特定地の「使用、収益」を「利用」とし「特定地の利用」又は、「土地利用」とし、処分については、そのまま「処分」とする。土地の「使用、収益」は土地に関する権利及び法律においては、「土地利用」とされているのが一般的だからである。また、使用と収益の区別は、動産においては意味があるが、土地に関しては使用収益として一体化し、それを「利用」として概念化した方が現実の土地の使用、収益を捉えるのに適切であるからである。したがって、土地所有権は基本的には土地利用権と土地処分権により構成されることになる。

第2款 土地所有権の内容（土地利用権と土地処分権）

土地所有権の内容は土地利用権と土地処分権である。この土地利用権と土地処分権の関係について確認することにしよう。

土地利用権は土地所有権者が持つのが基本であるが、土地処分権により土地利用権は他者に移る場合がある。土地処分権は、第1に土地所有権の移転、第2に、土地所有権以外の権利の設定に区別できる。

第1の、①土地所有権の移転とは、売買、相続、取得時効等により土地所有権の主体が変更することである。一方が土地所有権を喪失し他方が土地所有権を取得する。土地所有権の得喪である。

第2の、土地所有権以外の権利の設定であるが、設定される権利は土地利用権（用益権）と担保権に区別される。①土地所有権者による土地

利用権の設定は、②地上権、③地役権、④永小作権等の用益物権と、⑤土地賃借権、⑥土地使用借権の債権である。担保権の設定は、⑦質権、⑧抵当権等の担保物権である。

まず、土地利用権の設定であるが、土地所有権者と土地利用権者が別になることを意味する。土地所有権者は処分権により、②地上権、③地役権、④永小作権等の用益物権の設定、及び⑤土地賃借権、⑥土地使用借権の債権設定²（契約）により、②③④⑤⑥の権利者が土地利用権をもつことになる。②③④は土地所有権者以外の物権であるから他物権となり、用益物権として制限物権となる。なお、「借地権」は、建物の所有を目的とする②地上権又⑤土地賃借権である（借地借家法2条）。建物の登記で土地所有権者に対抗できる（借地借家法10条）。この借地権は、都市計画の土地利用計画、公共施設用地、市街地開発事業計画において、土地所有権とともに利害関係の深い権利である。土地利用規制を受けるのは借地権者ということになるからである。

次に、担保権の設定についてであるが、土地所有権者は、土地所有権のもつ交換価値の側面を活用するために、⑦質権、⑧抵当権の約定担保物権を設定する。この⑦⑧の約定担保物権は、土地所有権の交換価値を、条件付きで支配している。⑦質権は、法的には当該特定地の占有を移すので、土地所有権者は土地利用権を失い、質権者が土地利用権を持つことになるが、実際には、土地所有権者が使用貸借契約により⑥土地使用借権の土地利用権をもつ場合が多い。他方、⑧抵当権は、占有を移転し

² 「設定」は、他物権・制限物権の設定のように物権契約に用いられるのが一般的であり、賃貸借契約に依る土地賃借権の設定には違和感があるが、対抗力を具備した土地賃借権は物権化傾向（準物権）にあり、また借地権として物権の地上権と同じ扱われていることから、設定とした。また、民法206条の所有権の内容である「収益」は賃貸による賃料を含む解釈が通説であるが、本稿の土地賃貸借は土地利用権の「処分」として、独自の解釈をとっている。土地賃貸借契約により土地賃借権という地上権並みの土地利用権を取得するので、土地所有権においては、「処分」に位置づけたものである。

ないので、土地所有者は土地利用権を保持し、抵当権者は条件付きで当該土地所有権の交換価値を支配することになる。この⑦質権、⑧抵当権を設定している土地所有者は、被担保債権が弁済されない場合には、⑨その担保権の実行である競売手続きを経て、当該土地所有権が競落人に移転することになり、土地所有者は土地所有権を喪失することになる。つまり、このような⑦質権及び⑧抵当権の⑨担保権実行による土地所有権移転は、担保物権という法制度による土地所有権の競落人への移転ということになる。

これらの土地所有権と関係する諸権利は、埋立地の土地所有権の移転及び設定に関しては都道府県知事の許可を必要とする（埋立法27条）。その内容は次のように規定されている。

「埋立地ノ所有権ヲ取得シタル者ハ其ノ一般承継人①当該埋立地ニ付所有権ヲ『移転』シ又ハ②地上権、⑦質権、⑥使用貸借ニ依ル権利若ハ⑤質貸借其ノ他ノ使用及収益ヲ目的トスル権利ヲ『設定』セシムトスルトキハ当該『移転』又ハ『設定』ノ当事者ハ国土交通省令ノ定ムル所ニ依リ都道府県知事ノ許可ヲ受クベシ但シ左ノ各号ノ一ニ該当スルトキハ此ノ限りニ在ラズ」（①②⑤⑥⑦、『』筆者挿入）。これらの権利の移転又は設定は契約（物権契約、債権契約）によるものである。本条が「当該『移転』又ハ『設定』ノ当事者」となっており、埋立法施行規則13条は許可申請書の様式第8として、申請者を、権利を移転又は設定しようとする者（住所・氏名・印）と権利の移転又は設定の相手方（住所・氏名・印）としているからである。従って、権利の移転又は設定が当時者の意思表示の合致（契約）によらず法制度（担保権制度等）による場合、又は他の法令で制限されている場合には都道府県知事の許可は不要ということになる。この規定が、上述の埋立法27条の「但シ左ノ各号ノ一ニ該当スルトキハ此ノ限りニ在ラズ」である。「左ノ各号」は

「一 権利ヲ取得スル者ガ国又は公共団体ナルトキ

- 二 滞納処分、強制執行、⑨担保権（⑧抵当権等）の実行トシテ競売（其ノ例ニ依ル競売ヲ含ム）又ハ企業担保権ノ実行ニ依リ權利ガ移転スルトキ
- 三 法令ニ依リ収用又ハ使用セラレルルトキ」（⑨⑧抵当権等）筆者挿入）。

1号は国又は公共団体は法令で権利の譲渡が制限されている（国有財産法18条、地方自治法238条の4）ので、重ねて知事に許可を受ける必要がないからである。

2号、3号は、法制度による権利の移転だからである。⑦質権、⑧抵当権の⑨担保権実行による土地所有権移転は、担保制度によるものである。滞納処分は税法、強制執行は民事執行法、企業担保は企業担保法によるものである。

そして、知事の許可を受けない権利の移転又は設定の効力に関して、埋立法28条は、次のように定めている。

「埋立地ニ関スル權利ノ移転又ハ設定ニシテ前条第1項ノ許可ヲ受クベキモノハ其ノ許可ヲ受クルニ非サレハ効力ヲ生セス」。

この規定で注意すべき第1点は、前述の①土地所有権の移転と②地上権・⑤土地賃借権・⑥土地使用借権・⑦質権・⑧抵当権の設定を纏めて、「埋立地ニ関スル權利ノ移転又ハ設定」としていることである。土地所有権を基点とした権利であるからである。

第2点は、都道府県知事の「許可」は「認可」を意味することを示した条文である。「其ノ許可ヲ受クルニ非サレハ効力ヲ生セス」と規定しているからである。この内容は「認可」の行政処分である。

以上から、土地所有権は①特定人が②特定地を③法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。②特定地を③自由に利用及び処分する権利であるということは、特定地の利用及び処分が特定人の自由な意思に基づくものであり、その利用及び処分は、その自由な意思の発

現形態であり、「利用」、及び「処分」は本質規定ではないので、本質規定は「利用」、及び「処分」の本質概念である「支配」となる。そして、自由な支配は、社会関係においては、他人の干渉を認めないという排他性を意味する。つまり特定地の自由な支配は他者との関係である社会関係においては排他的支配を意味することになる。ここに土地所有権を本質規定すれば①特定人が②特定地を③法令の制限内において排他的に支配する権利となる。法令の制限内とは、自由な支配の側面ではその自由の制限となり、排他的支配の側面では、他者による干渉を意味する。個人の自由を制限し、他者の干渉を容認する根拠は公共の福祉ということになる。その公共の福祉の内容が法令ということになる。知事の埋立て免許・承認により取得された土地所有権が制限されたものであるのは、知事に免許・承認の行政処分の根拠法規である埋立法を根拠とすることになる（憲法22条1項、29条2項・3項）。つまり、埋立事業者が土地所有権を取得するのは埋立法であり、またその制限も埋立法ということになる。

第3款 土地所有権の構成要素

土地所有権とは、①特定人が、②特定地の上下の時空を、③法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。この土地所有権を権利の構成要素の観点からみると、土地所有権の、①権利の主体として「特定人」、②権利の客体として「特定地」、③権利の内容として「法令の制限内において自由に利用及び処分する」こととなる。土地所有権の客体である「特定地」は、前述のように、特定地の上下の時空であり、それは、特定地面、特定地面上の時空及び特定地面下の時空の3側面に区別できる。また、土地所有権の内容に関しては、原則として、自由に利用及び処分することであり、例外として法令により、利用及び処分する自由は制限されることになる。この原則と例外の法文上の表現が「法令の

制限内において自由に利用及び処分する権利」となるのである。但し、特定人が国の場合つまり国有地の場合には、原則として国有財産法18条で制限され、その制限の解除が法令によるということになる。以下、土地所有権の主体、客体及び内容を考察する。

第3節 土地所有権の主体（特定人）と現状

第1款 特定人の意義、分類

1 特定人の分類

特定人は権利能力を有する者で、自然人と法人、法人は私法人と公法人に区別され、公法人は国と地方公共団体に区別される。特定人が自然人と私法人の場合は私有地、地方公共団体の場合は公有地、国の場合は、国有地として区別される。

私有地は、原則として特定地の自由な利用及び処分であるが、例外として法令により制限される。つまり、「法令の制限内において自由な利用及び処分」となる。

国有地は原則として法令の制限内にある。「その用途又は目的を妨げない限度において使用又は収益をさせる場合を除く外、これを貸し付け、交換し、売り払い、譲与し、若しくは出資の目的とし又はこれに私権を設定することはできない。」(国有財産法18条)。これは、土地所有権を認めた上で、その自由な利用及び処分の権利はなく、制限されていることを意味する。

行政財産の所有権がどのような性質をもつか、特に公共用財産をめぐって問題とされる。学説は、私法の適用を否定し、専ら公法の適用を受ける公所有権の対象として理解しようとする公所有権説と、私法の適用を肯定し、私権の対象となりうべきものとする私所有権説との見解が分かれている。国、財務省は、私所有権説に立っている。「国有とは、国が権利主体であるというだけで、民法上の所有権と言う意味以外に解す

ることはできないと考えられる。したがって、所有の意義についても私法のそれと同じであると考えられ、実務上は国有財産についてすべての所有権は、私所有権説の立場に立脚して理解されている³。田中二郎は、「土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位を占めるものと考えべき⁴」とする。公有地に関しては、地方自治法238条の4で規定されている。

第2款 国有地の現状

まず、国土全体の私有地、国有地、及び公有地等の割合を確認することにしよう。国土の総面積は3779万haである⁵。私有地が1997万ha（52.8%）、国有地が877万ha（23.2%）、公有地313万ha（8.3%）、道路・河川等592万ha（15.7%）である。

国有地は、国有財産となるが、国有財産は、行政財産と普通財産に区別され、行政財産は、国が行政上の目的のために保有しているもので、行政財産以外のものを普通財産という。行政財産は、国の事務や事業に使用される「公用財産」、公共のために使用される「公共財産」、皇室のために使用される「皇室用財産」、国有林野事業に使用される「森林経営用財産」がある。

国有地の内訳は、総面積876.5万haで、行政財産が866.3万ha（98.8%）、普通財産が10.2万ha（1.2%）である。行政財産の総面積866.3万haの内、森林経営用財産が853.2万ha（97.3%）、公用財産が11.7万ha（1.34%）、公共用財産が1.1万ha（0.13%）、皇室用財産が0.1万ha（0.02%）となっている。

³ 建部和仁編『国有財産法精解（平成6年改訂）』（大蔵財務協会、1994年、以下、建部編・『国有財産法精解』と略記する。）300頁。

⁴ 田中・『土地法』15頁。

⁵ 以下の統計数字は、財務省「ご存知です？国有財産」（平成25年11月）による。

行政財産以外の普通財産としての国有地（10.2万ha）には、崖地などのように一般の利用に適さないものもあるが、他方、十分活用可能な土地もある。この利用可能な普通財産は、地方公共団体へ公園敷地として無償で貸付けたり、学校の敷地として都道府県や市町村などに売却したりする。これら以外の未利用の普通財産は、一般の一般競争入札により国の土地所有権を取得することになる。国有地は、国がもつ土地所有権である。土地所有権の平面では、国も私人も同じ平面にいるのである。

普通財産としての国有地の使われ方（平成25年3月31日現在）、普通財産の総面積10万2360haの内分けは、地方公共団体等への貸付中の土地9062ha（8.6%）、在日米軍への提供地7227ha（7.1%）、未利用国有地984ha（1.0%）、特別会計所属普通財産8127ha（7.9%）、そして、大半を占めているその他の山林原野等が7万6958ha（75.2%）となっている。この未利用国有地は売却による財政活用がなされ、平成11年に台帳価格が1兆8108億円あったものが、平成24年には、4868億円となっている。

国有地は、国有財産台帳に載っている（国有財産法32条）。国有財産台帳には以下の事項が記載されている（国有財産法施行令）。①区分（土地、建物等の区別）及び種目（土地、建物等における用途の区別）、②所在、③数量、④価格、⑤得喪変更の年月及び事由、⑥その他必要な事項である。

国有財産台帳は国有財産法施行細則第2条において「国有財産の台帳」（以下「国有財産台帳」という。）とされ、「国有財産台帳」という用語が用いられている。

国有財産台帳に記載された国有財産、及び、その記載事項は、国有財産情報公開システムで検索、閲覧することができる。

なお地方公共団体が所有する財産である公有財産についても同様に、公用財産台帳が作成されている。

第3款 私有地の現状

特定人が国の場合、国が所有する特定地は国有地となるが、その特定地は、無番地である。土地所有権の主体は国という一つの法人格である。特定人が地方公共団体の場合は公有地となり、その特定人の数は、地方公共団体（市町村）の数（1794〈2007年〉）ということになる。

それでは、私有地は私人で、それは個人と法人により区別される。個人は、宅地か農地を所有している。法人は工場地か商業地を所有していることになる。その土地所有権の主体の現状を確認することにしよう。

まず、全体の概観として、全国37万7700km²の地目構成は、森林・原野25万5900km²（68%）、農用地5万6100km²（15%）、宅地1万4000km²（4%）、その他5万1700km²（14%）である。農用地5万6100km²の内分けは私有地97%（個人有地95%、法人有地2%）、国公有地3%となり、宅地1万4000km²の内分けは、私有地（個人有地71%、法人有地20%）、国公有地9%となっている。この農用地、宅地の土地所有権の平面では、私人も国も同じ位置にあることが確認できる。特定地の土地所有権を国がもって宅地（公務員宿舎）として利用しているにすぎないのである。

次に、農用地と宅地の私有地の土地所有権者数の推移を1961年から2000年で見ると次のようになる。農業人口の激減と持家の増加を確認することができる。

まず、全体的に、私有地の土地所有権者の推移を確認することにしよう⁶。1961年に1649万人、1970年に2106万人、1985年には3176万人と3000万人台を超え、2000年には3706万にと2.2倍に、私人の土地所有権者が増加しているのである。私有地の大半は個人有地であるので、個人有地者数の増加が大きいことになる。

まず、宅地の私有地者数の推移をみると、1961年に1214万、1980年に

⁶ 渡辺尚志＝五味文彦編『新体系日本史3 土地所有史』（山川出版、2002年）493・494頁による。

2187万人、1990年に2784万人、2000年に3086万人と2.5倍に増加している。

これに対して、農用地・田畑は、1961年の1459万人、1970年に1136万人と激減し、2000年には1021万人となって、30%減少している。農用地・田畑は個人有地が95%であるので、土地所有者数の減少は、農業者の減少を意味しているのである。

以上のように、土地所有権は①特定人が②特定地をというように、主体と客体を特定することによって、土地所有権の持つ力、機能を我々の前にみせることができることになり、地域の現状を把握することができるのである。したがって、地域の形成は土地所有権の制限及び規整にかかることになるのである。知事の埋立ての免許・承認の眼目が地域形成計画の土地利用計画にあるとすれば、その免許・承認は埋立て自体にあるだけではなく、埋立後の土地利用、したがってその権原である土地所有権を想定したものでなければならない。土地所有権は、特定地の上下の時空を排他的に支配する権利であるが故に地域形成において強い権利である一方で、その時空は排他的には支配できない公共時空（公共圏）であるために、その地域の公共圏の包括的な統括者たる知事による地域形成計画の責務が根拠づけられることになるのである。

第4節 土地所有権の客体（特定地）と現状

第1款 特定地

土地所有権の客体は土地一般ではなく特定地である。特定地は、地籍・地積で示され、所在地と面積が特定されている。この特定地は、一般的には、地番地として特定されている。前述のように、この特定地を私人（自然人、私法人）が所有する場合は「私有地」、国が所有する場合は「国有地」、地方公共団体が所有する場合は「公有地」として区別される。特定地は、一般的には、地番地で特定されるが、国有地は、一般的には地

番地で特定されていない。私有地は、・・・都道府県・・・市町村・（区、丁）・番地として特定され、その地番地が特定地である。しかし、国有地は、一般的には、無番地又は番外地となっている。土地所有権の客体は土地ではなく、特定地であるので、国有地は、無番地として特定されていないので、論理的には国有地は土地所有権ではないということになる。しかし、国有地は、特定人は、国として一人であるが、国有地として、国が土地所有権をもっているとするのが、一般的であるから、どの特定地を国が土地所有権をもっているかは判明していなければならない。そうでなければ、前述のような、私有地、国有地、公有地の割合は出せない。そうでなければ前述のように、普通財産を地方公共団体に貸す、売る、又は民間に一般入札により売却する等できないはずである。国有地は、国有財産として、国有財産法に規定されているのである。そして国有財産台帳に記載されることになっている。このことは、土地所有権の主体が国家の場合の国有地に関連して述べたところである。

第2款 私有地の特定地の現状

他方、私人（個人、法人）が所有している私有地に関しては、法務局の登記簿（現在は、電子登記）によって、全て、閲覧できるようになっている。特定地が地籍・地積として特定されているので、個数として計算できる。その呼称が「一筆」である。明治初期の地租改正事業（1873年～1881年の8年間）の成果として、全国耕宅地の筆数は、8554万余、平均1筆あたりの反別は5畝25歩と報告されている。地租改正事業は、全国地の私有地の特定地化の事業であり、その事業地の範囲は、耕宅地484万8567町歩、山林原野及び雑種地747万5397町歩と報告されているのである⁷。国土37万km²の12万km²という国土の約32%が特定地化され、土地

⁷ 北島正元編『体系日本史叢書7土地制度史Ⅱ』（山川出版社、1955年）、実施面積に関して241頁、全国耕宅地の筆数に関して244頁。

所有権の対象地となったことになる。このような地租改正事業は、太閤検地（1582）以降の土地所有権を認証することにより土地所有者から地租を国が徴収するためのもので、国に特定地の土地所有権を認証する必要はなかった。しかしながら、資本主義社会の発展により、地租の源としての土地所有権は縮小し、土地所有権としての法的経済的価値が国から独立するようになり、しかも、国も一法人格として、土地所有権を有する立場になるのである。私人と国は土地所有権の帰属の平面の違いにすぎない。ただ国有地ということで、土地所有権は、国有財産法の規定を受け、原則として制限されているにすぎない。土地所有権の概念は同じである。国の土地所有権は公権としての土地所有権ではなく私人の土地所有権と同じ土地所有権であることは、前述したとおりである。

第3款 特定地の特質と公共性

土地所有権の客体である特定地は、特定地の上下の時空である。したがって、特定地は、特定地面、特定地面上の時空及び特定地面下の時空の3側面に区別できる。「土地は動産と違って、一つ一つが切り離された存在を有しているのではなくて、互いに相隣接して物理的には連続しているのを常とする。だから、たとえば、甲の土地で建築をすれば必ず隣の乙や丙の土地に何らかの影響を及ぼすのであって、もし相隣り合って生活する者が互いに各自の所有権を極度に主張しあうならば、とうてい共同生活の円満を期することはできない⁸」。これは、特定地面上の時空を説明していることになる。特定地面は境界、界標で物理的に区別でき

⁸ 末川・『物権法』287頁。これは相隣関係の規定（民法208条ないし238条を根拠づけた記述である。つまり、「相隣互助互譲といったような精神を法規の上に現わしたものと考えることができる。そしてこれらの規定によって、相隣者間にはあるいは不作為もしくは忍容の義務が生じあるいはまた作為の義務が生ずるのであるから、そこには、一方では所有権の制限があるのだが、他方では隣地を使用するとか隣人の協力を求めるとかというようなことで、所有権の拡大があるということもできる。」（同287頁）。

るが、特定地面上の時空は区別できないのである。つまり、特定地面は特定地の地積及び地積により特定地として他の特定地と区別できるが、特定地面上の時空は区別できない。この時空は「互いに相隣接して物理的には連続しているのを常とする」からである。つまり、この特定地面上の時空は排他的に支配できない、従って他者との公共時空となっているのである。しかも、この特定地面上の時空の利用は生活又は生産の時空であるため、生活又は生産するための建築物等による時空の利用となり、その時空の利用の仕方は建物の用途に表れ、その利用の継続は建物に刻印され、その地域の歴史となり文化となる。土地所有権を特定地面上の時空の利用の側面で見ると、土地所有権が排他的支配でない他者との公共時空を形成していることが見えてくる。つまり、土地所有権は私的性質と公共性との対抗関係にあるのである。その対抗関係は土地所有権の制限と拡大に表れ、その一面が民法の相隣関係ということになる。

また特定地面上の時空は自然環境の時空である。特定地面上の時空は、空気・水質・日照・静穏・土壌等の自然環境の時空である。この自然環境は現在では「生活環境」と言われているが、土地所有権は、特定地面上の時空（立方体）の範囲の自然環境及び生活環境（空気・静穏・日照等）の排他的支配である。したがって、「近隣の土地の使用によって生ずる瓦斯・煤煙・熱・音響・振動なども、形式的にみれば、悉く所有権の侵害だといえる。ドイツ民法は、これに関して、それらのものが社会共同生活において普通に生ずる程度のものならば、所有者はこれを忍容しなければならない旨を定めている（同法906条）。わが民法でも同様に解すべきことはもちろんであろう⁹⁾」。土地所有権の客体である特定地が集合して地域を形成することは、多数の特定地面上の時空の集合となり、地域環境を形成することを意味する。自己の土地所有権の特定地におい

⁹⁾ 我妻栄『物権法（民法講義Ⅱ）』（岩波書店、1952年）176頁。

て生活又は生産することは、他者の特定地面上の時空に影響し合うことになり、それが土地所有権の侵害となるとすると土地所有権は無力化するので、「社会共同生活において普通に生ずる程度」は受忍限度として許容するのである。つまり、土地所有権は原則として生活、生産の「社会共同生活」として公共性が推定されることになる。人は、生活、生産して存在しているからである。この人の二つの対抗関係の側面を都市地域で調整するのが都市計画ということになる。つまり、都市計画は、「健康で文化的な都市生活」を実現するため、また「機能的な都市活動」を確保するためにあるからである（都市計画法2条）。この調整が破綻したのが、日本の1960年代の高度経済成長と公害問題である。そして、高度経済成長のエンジンとなり、甚大な住民の健康被害を引き起こした企業の経済活動は、「公害」として、公共性の推定が破られたのである。この象徴的表現が、1967年に制定された「公害対策基本法」において、「公害」として規定され、その公害とは、①大気の汚染、②水質の汚濁、③騒音、④振動、⑤土壤汚染等によって人の健康又は「生活環境に係る被害」を生ずることと定義したのである。なお、この「公害」の定義は、1993年に制定された「環境基本法」に継承されている（同法2条参照）。この公害の定義は、特定地を居住地として利用する場合に、居住地の時空を形成する①空気・②水・③音（周波）・振動・土壤等は、「生活環境」として規定されている。これまで一般的であった「生活妨害」から「生活環境に係る被害」に視点の転換がなされている。土地所有権の特定地が特定地面上の時空として捉えられ、その多数の特定地の集合が「生活環境」として概念構成されたのである。

要するに、土地所有権の客体である特定地面上の時空の利用は、特定地面の利用のような排他的支配と違って、地域内の他者の特定地面上の時空の利用と公共時空を形成し、各土地所有権者は生活又は生産として社会共同生活であるので、各土地所有権は公共性が推定されるが、他者

への侵襲が受忍限度を超える又は生活環境に対する著しい被害の場合には、公共性の推定が破られる。この理論は、生活環境に係る被害では直ちに土地所有権侵害として違法性を帯びることにはならないとなる。

民法では、不法行為に現れ、行政法では、取消訴訟において現れることになる。不法行為（民法709条）の場面では、生活環境に係る被害が「受忍限度」内か否かによって違法性を判断することになる。行政事件訴訟法の場面では、周辺住民第三者の原告適格の「法律上の利益」の判断において、「生活環境に係る著しい被害」という判断枠組みとなるのである。いずれも、土地所有権侵害ではあるが、土地所有権の客体である特定地の住居地面上の時空は複数の特定地の集合としての地域環境の公共時空（公共圏）として公共性を帯びた生活環境であるからである。土地所有権の公共性はその法的判断基準として、民法では、「受忍限度」の概念が確立し行政法では、「生活環境の著しい被害」の概念となるのである。さらに、環境権、環境法、憲法上の環境権と展開していく。そして、土地所有権の制限を意味する土地利用計画に加えて環境の保全計画が地域形成計画の要素となるのである。

また、地域（都市）形成計画の側面では、次のように現れる。地域形成計画の土地利用計画は、特定地面上の時空の集合としての地域環境として公共圏を形成し、土地利用規制として土地所有権の制限を意味し、地域の公共圏の管理に責任を負う地方公共団体が規制権限をもつことになる。地域形成計画の土地利用、公共施設の整備及び環境の保全に関する計画は地方公共団体が必然的に関与することになる。土地所有権は、特定地面の側面では、自由（排他的）な利用が可能であるが、特定地面上の時空は公共時空（公共圏）であるからである。

さらに、土地所有権の公共性は、歴史的文化的景観に現れることになる。土地所有権の客体である特定地は、社会・経済・文化・歴史・自然を帯有した地域の構成部分である。特定地で構成される地域は、都市地

域、農村地域、森林地域、自然公園地域、自然保全地域として区別され、それぞれに対応した地域形成（土地の利用、整備及び保全）がされることになるのである。

そして、土地所有権の客体が特定地面上の時空の利用であることは、その蓄積として、住居建物形態景観、都市景観、歴史的文化的遺跡、風土、伝統建物等の歴史的文化的景観を形成することになる。土地所有権は、特定人が特定地の上下の時空を自由（排他的）に利用する権利という個人的な権利であるとともに、その特定地面上の時空の利用は、人間の、生物学的、社会的、歴史的、文化的に生存する公共時空（公共圏）として公共性を帯びるのである。したがって、地域形成計画は、個人レベルで、土地所有権の制限、他方では、土地所有権の公共性に規定されるのである。つまり、土地所有権は地域環境に規定された権利ということになる。したがって、土地所有権の内容である土地利用は、地域における地域のための土地利用規制となるのである。地域形成計画における土地所有権の制限は土地所有権の公共性に基礎を置くのである。次に、土地所有権の内容を考察することにしよう。

第5節 土地所有権の内容と現状

第1款 土地所有権の内容の意義

土地所有権とは、①特定人が、②特定地の上下の時空を、③法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。土地所有権の内容は、原則は、②特定地の上下の時空を、②自由に利用及び処分できるが、例外的に法令により自由な利用及び処分は制限される。その自由な利用の対象は特定地の上下の時空であるが、その利用の対象は、特定地面、特定地面上の時空及び特定地面下の時空の3側面に分析できるところ、その3側面のどの側面の自由な利用であるか、又は制限であるかが、問題となる。

利用の対象が特定地面の場合には、土地利用計画は未来の土地所有権の制限とならない。例えば、現在の特定地面の利用の違いは、農地か宅地かとする場合、現在、特定地は農地であるが、10年後に宅地にするという土地利用計画の決定があった場合には、この計画決定段階では、まだ土地所有権が制限されているわけではない。なぜならば、現在は農地として利用でき、10年後に制限されることになるからである。特定地面は現在そこに存在し、その存在している特定地面を土地利用規制しているのである。

これに対して、利用の対象が特定地面上の時空である場合には、その時空の利用規制の土地利用計画を決定すると、この決定の段階で、土地所有権は制限されることを意味する。なぜなら、特定地面の利用は地面であるので常に現在の利用であるが、特定地面上の時空の利用は、時空の利用であるので、過去から現在、未来の時間の流れの空間であるので、現在だけでなく過去から未来の連続のながれの中での現在であり、現在の時点で未来の利用も規制できるからである。つまり、現在の時点で未来の土地所有権を制限できることになる。だから、土地利用規制・誘導により都市計画が実現するのであり、言い換えると、現在において、特定地面上の時空の土地利用計画を決定すると、現在の土地所有権の特定地面上の時空の利用は制限されることになるのである。

この特定地面上の時空の利用規制をしているのが用途地域制である。用途地域制は、一定の地域、地区を居住地、商業地、工業地に指定されると、その土地の用途以外の特定地面上の時空を利用できないとするものである。その利用規制は時空規制であるので時空を造形する建物の用途及び形態による規制により時空の利用規制が具体化されるのである。その規制基準を定めたのが建築基準法ということになる。特定地上の時空の利用規制は建築規制によって具体化されるのである。

例えば、都市計画の土地利用計画において土地の用途の指定（用途地

域制)を決定すると、特定地面上の時空の利用の仕方つまり土地の用途が居住地、商業地、工業地の指定の決定がなされると、居住地域の特定地は工場が建てられないことになる。現時点、土地利用計画で用途地域が決定された段階で土地所有権は制限されることになるのである。事業を始めようと考えても用途地域制で指定された用途の建築しかできないからである。

そうすると、都市計画の土地利用計画で用途地域の指定がなされ、土地所有権を制限されたものは、その都市計画決定の取消訴訟ができることになる。用途地域の指定は土地所有権を制限し、行政処分となるからである。なぜなら、抗告訴訟(取消訴訟)の対象となる行政処分とは公権力の主体たる国または公共団体による行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し、またその範囲を確定することが法律上認められているものという(最判昭和30年2月24日民集9巻5号217頁参照)からである。抗告訴訟とは行政庁の公権力の行使に関する不服の訴訟をいう(行訴法3条1項)。

本稿のように、用途地域の指定は、特定地上の時空の利用規制となり土地所有権の制限となるという理論は、用途地域の指定に処分性を認める判断となる。つまり「都市計画法にもとづく用途地域の指定処分は、その地域内の土地利用権(所有権・賃借権等)の行使に直接各種の制限を課す」(宇都宮地判昭和50年10月14日判時796号31頁)となる。

ところが、土地所有権の内容である自由な利用の対象を特定地面に限定すると、特定地面上の時空の利用規制である用途地域の指定は土地所有権の制限には当たらず処分性は認められないことになる。「都市計画区域内において工業地域を指定する決定は、都市計画法8条1項1号に基づき都市計画決定の一つとされるものであり、右決定が告示されて効力を生ずると、当該地域内においては、①建築物の用途、容積率、建ぺい率等につき従前と異なる基準が適用され(建築基準法48条7項、52条1

項3号、53条1項2号等）、これらの基準に適合しない建築物については、建築確認を受けることができず、ひいてその建築等をすることができないこととなるから（同法6条4項、5項）、②右決定が、当該地域内の土地所有者等に建築基準法上新たな制約を課し、その限度で一定の法状態の変動を生ぜしめるものであることは否定できないが、かかる効果は、あたかも新たに右のような制約を課する法令が制定された場合における同様の当該地域内の不特定多数の者に対する一般的抽象的なそれにすぎず、このような効果を生ずるということだけから直ちに右地域内の個人に対する具体的な権利侵害を伴う処分があったものとして、これに対する抗告訴訟を肯定することはできない。」（①②筆者挿入）。

この判決の本質は、用途地域の指定の決定を、土地所有権の特定地面上の時空の利用規制と捉えず、①②に建築物規制の建築基準法の問題として捉えたことである。したがって、用途地域指定決定段階では、まだ建築規制は問題にならないから、権利制限にはならず処分性はないことになるのである。しかし、用途地域の指定の決定は、特定地上の時空の利用規制であり、建物用途・形態規制はその特定地面上の時空の利用規制の具体化を意味し¹⁰、土地所有権の制限となり処分性が認められるのである。

したがって、土地区画整理事業計画の場面で、都市計画における土地利用計画の決定は特定地面上の利用規制であるとする判断が示されるのである。

（i）土地区画整理事業の事業計画の決定「の公告がされると、換地処分の

¹⁰ 草薙真一は「行政立法や行政計画あるいは一般処分は、権力的行為であるが、なお後続の行為によって権利関係のいっそうの具体化があり得る中間的行為である場合には、その段階での紛争は未成熟であり、処分性は認められるべきでないとするのが最高裁の判断であったといえる」とする（行政法判例百選Ⅱ〔第6版〕333頁）。この評価も、用途地域の指定決定が特定地面上の時空の利用規制であることを認識していないことを前提としている。用途地域制は未来・将来の土地利用を規制している点が本質である。

公告がある日まで、施工区域内において、土地区画整理事業の施工の障害となるおそれのある土地の形質の変更若しくは①建築物その他の工作物の新築、改築若しくは増築を行い、又は政令で定める移動の容易でない物件の設置若しくはたい積を行おうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない（法76条1項）、これに違反した者がある場合には、都道府県知事は、当該違反者又はその承継者に対し、当該土地の原状回復義務を命ずることができ（同条4項）、この命令に違反した者に対しては刑罰が科される（法140条）。」（①筆者挿入）。

(ii)「市町村の施行に係る土地区画整理事業の事業計画の決定は、施工区域内の宅地所有者等の法的地位に変動をもたらすものであって、抗告訴訟の対象とするに足りる法的効果を有するものといえることができ、実行的な権利救済を図るという観点からみても、これを対象とした抗告訴訟の提起を認めるのが合理的である。したがって、上記事業計画の決定は、行政事件訴訟法3条2項にいう『行政庁の処分その他公権力の行使に当たる行為』に当たると解するのが相当である。」

この判決に関しては、「藤田補足意見によると、非完結型計画の一つである事業計画に関する本判決（多数意見）は完結型計画の一つである用途地域指定の処分性を否定した判例（最判昭57・4・22民集36巻4号705頁）を維持しつつ青写真判決（のみ）を変更しようとしたものである¹¹⁾。」という評価がある。

しかし、この判決は、土地区画整理事業計画が面的一体的な土地利用計画を要素としていることから、その土地利用計画は特定地面上の時空の利用規制を内容とするところ、事業計画決定段階で、その土地利用規制が決定されたということになり、土地所有権が制限され、処分性が認められたと考えるべきである。「①建築物その他の工作物の新築、改築若

¹¹⁾ 山口竜一・行政法判例百選Ⅱ（第6版）・331頁。

しくは増築を行い、又は政令で定める移動の容易でない物件の設置若しくはたい積を行おうとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならない(法76条1項)」としているからである。この意味するところは、土地地区画整理事業計画の決定の段階で、特定地上の時空の土地利用規制が決定され、法的効果をもち土地所有権を制限していることにあるのである。

第2款 地域形成計画と土地利用規制

1 土地所有権と土地利用規制

土地利用権は、土地所有権の内容であるが、土地所有権者だけが土地利用権を持っているわけではない。土地所有権の処分権は自らの土地所有権を処分することもできる。これは土地所有権の移転であり、土地利用権と土地処分権を失うことになり、土地所有権の得喪である。土地所有権の権利の主体からみると、特定人の変更である。従って、権利の主体として「特定人」が概念構成されるのである。土地所有権の移転は、特定地の土地所有権の移転で、特定地は同じである。また、土地所有権の処分は、土地利用権だけの処分権もある。この処分権は土地利用権の設定となる。土地所有権の本体である土地利用権を他者に移転することである。例えば、地上権設定契約で、他者に土地利用権を移転し、他者は地上権を取得することになる。この他者の土地利用権の権原は地上権ということになる。このように土地所有権者の処分権により土地利用権を取得するものに地役権、土地賃借権等がある。建物の所有を目的とする地上権又は土地の賃借権を借地権としている。つまり、借地権は、土地所有権者から土地利用権を譲受した土地利用権で、土地所有権者は土地利用権を失い、借地権者が土地利用権を持っているということになる。ただし、土地所有権の内容である土地利用権と地上権等を権原とする土地利用権の内容は異なる。土地所有権の内容である土地利用権は原則として自由な土地利用であるが、他の権原の土地利用権の内容は法律又は

契約により規制されている。借地権（建物の所有を目的とする地上権又は土地賃借権）に依る自宅の建設は、その権利の内容である。他方、土地所有権の土地利用権は原則自由な土地利用で、当該特定地を居住地、商業用地、工業用地とするかは、自由である。したがって、用途地域制に依る土地利用規制は、土地所有権の制限となるのである。

2 土地利用の現状

土地利用権は土地を一定の目的のために利用する権利である。それは、土地の利用形態となって現象化する。その土地利用の仕方・目的は「土地の用途」として概念化されることになる。土地の用途は、居住地（住宅地）、商業地、工業地等として個別化される。この土地利用権の現象化である「土地の用途」の土地利用状況を、日本全体の利用状況を示している『土地白書』より確認してみよう¹²。

日本の国土面積は約37万8000km²である。その内、森林が約25万600km²（66.3%）と最も多く、次に農地が約4万5500km²（12.0%）で、これで全国の国土面積に約8割を占めている。続いて、道路が1万3700km²（3.6%）、水面・河川・水路が1万3400km²（3.5%）、住宅地が1万1600km²（3.1%）、その他の宅地0.59万km²（1.6%）、原野等が0.34万km²、工業用地が0.15km²（0.4%）である。なお、住宅地、工業用地等の宅地は約1.9万km²（5.1%）となる。

3 土地利用計画と用途地域制

地域形成計画の土地利用の規制は土地所有権を土地の用途に向けて規制、誘導することになる。地域形成計画法の基本である都市計画法は土地の用途を示す用途地域を、以下の12地域に詳細化して土地利用を規制している（都市計画法8条、9条）。住居系地域は、①第一種低層住居専用地域、②第二種低層住居専用地域、③第一種中高層住居専用地域、④

¹² 平成26年度『土地白書』（国土交通省、平成28年8月1日、以下、平成26年版『土地白書』と略記する。）25頁。

第二種中高層住居専用地域、⑤第一種住居地域、⑥第二種住居地域、⑦準住居地域の7種である。商業系地域は、⑧近隣商業地域、⑨商業地域である。工業系地域は、⑩準工業地域、⑪工業地域、⑫工業専用地域である。この地域で土地利用の規制の具体的姿は、土地所有権の内容が地域内の特定地の上の時空の利用であるので、用途地域内の建築物の用途、形態（容積率・建ぺい率・敷地の最低面積・外壁の後退距離・高さ制限、日影規制）を制限することで示されることになる（建築基準法48条）。

これを全国の面積でみると次のようになる¹³。国土の面積を37万7960㎢とする。都市計画区域は、区域数1,129で、その面積は10万1590㎢、区域区分決定済みの区域数272で、その面積5万2190㎢、用途地域の区域数が889で、その面積は1万8550㎢である。また、都市計画区域の全国面積での割合は、26.9%で、この区域に全人口の約93%が住んでいるのである。土地利用権は自由に土地利用できるが、都市計画法による用途地域制により土地利用は規制され土地所有権は制限されていることになる。土地所有権は特定人が特定地の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利であるが、都市計画法により、その特定地の時空の利用は用途地域制により規制されるが、その時空の利用規制は建物の用途規制（建築基準法）により現象化する。つまり、用途地域制の土地所有権制限は時空の建物の用途で具体化されているので、土地所有権の制限は建物の用途つまり建築規制でみることができるのである。用途地域制の土地所有権制限は建物基準法に表れている。「土地の用途」は地域形成計画の下では土地利用規制として土地所有権の制限を意味する。日本では、制限のない土地所有権の特定地は限られているのである。土地所有権の客体である特定地は用途地域内にあるからである。

¹³ 平成26年度版『土地白書』254頁。

第3款 都市計画区域における土地所有権の制限

次に、日本における土地所有権の制限の現状をみるために、用途地域における土地利用規制の姿（建築規制）とその面積をみることにしよう。現在日本の用途地域は12種類あり、住居系地域が7種類、商業系地域が2種類、工業系地域が3種類ある。以下、その12種類を具体的にみることによって¹⁴、土地利用規制の形（時空の利用の具体化）を見ることができる。都市計画法の用途地域制（同8、9条）は建築基準法で姿を現しているのである（49条）。以下での説明では、建築できるという表現で、その次外は建築が禁止されていることを意味している。用途地域制は特定地上の時空の利用規制だからである。

1 住居系地域

- ① 第一種低層住居専用地域は、低層住宅に係る良好な住居の環境を保護する地域で、小規模な店舗や事務所を兼ねた住宅や、小学校などを建てることができる。
- ② 第二種低層住居専用地域は、主として低層住宅に係る良好な住居の環境を保護する地域で、小中学校などの他、150㎡までの一定の店舗などを建てることができる。
- ③ 第一種中高層住居専用地域は、中高層住宅に係る良好な住居の環境を保護する地域で、病院、大学、500㎡までの一定の店舗などを建てることができる。
- ④ 第二種中高層住居専用地域は、主として中高層住宅に係る良好な住居の環境を保護する地域で、病院、大学などの他、1500㎡までの一定の店舗や事務所など必要な利便施設を建てることができる。

¹⁴ 以下の12種の用途地域の説明に関して、稲本洋之助・小柳春一郎・周藤利一『日本の土地法 歴史と現状〔第2版〕』（成文堂、2004年7月、以下、稲本他）・『日本の土地法』と略記する。）208頁「用途地域の概要」、蔵敷明秀『入門都市計画』（大成出版、2010年2月、以下蔵敷『入門都市計画』と略記する。）16・17頁「12用途地域」参照。

- ⑤ 第一種住居地域は、住居の環境を保護する地域で、3000㎡までの店舗、事務所、ホテル等を建てることことができる。
- ⑥ 第二種住居地域は、主として住居の環境を保護する地域で、店舗、事務所、ホテル、カラオケボックス等を建てることことができる。
- ⑦ 準住居地域は、道路の沿道としての地域特性にふさわしい業務の利便増進を図りつつ、これと調和した住居の環境を保護する地域で、道路の沿道において、自動車関連施設等の立地と、これと調和した住居の環境を保護するための地域である。

2 商業系地域

- ⑧ 近隣商業地域は、近隣の住宅地の住民に対する日用品の供給を行うことを主たる内容とする商業その他の業務の利便を増進する地域である。住宅や店舗の外に小規模の工場も建てることことができる。
- ⑨ 商業地域は、主として商業その他の業務の利便を増進する地域で、銀行、映画館、飲食店、百貨店等が集まる地域である。また、住宅や小規模の工場も建てることことができる。

3 工業系地域

- ⑩ 準工業地域は、主として環境の悪化をもたらしおそれのない工業の利便を増進する地域で、主に軽工業の工場やサービス施設等が立地する地域である。環境悪化が大きい工場の外は、ほとんどのものを建てることことができる。
- ⑪ 工業地域は、主として工業の利便を増進する地域で、どんな工場でも建てることできる地域である。住宅や店は建てることできるが、学校、病院、ホテル等は建てることはできない。
- ⑫ 工業専用地域は、工業の利便を増進する地域で、どんな工場でも建てることできるが、住宅、店舗、学校、病院、ホテル等は建てることはできない。

第4款 都市地域における土地所有権制限の過程

現在、このように、12種類の用途地域が指定されているが、最初は、4種の用途地域から始まるところ、その詳細化の過程を概観することにして、日本の土地所有権の内実、つまり土地利用の自由性の展開、逆に言えば、都市における土地所有権の公共性の側面の展開過程とも言えるものである。

1 旧都市計画法と市街地建築物法

第1段階は、1919（大正8）年の同日に制定された都市計画法と市街地建築物法の出現である。都市計画法10条は、「都市計画区域内に市街地建築物法に依る地域又は地区を指定」するとして、その市街地建築物法1条は、主務大臣は、本法適用区域内に、①住居地域、②商業地域、又は③工業地域を指定することができるとし、またいずれの指定もない④未指定地域もあった。それぞれの用途地域に応じて建築物規制（建ぺい率・高さ制限・建築線・構造規制・防火対策等）をしたのである。土地利用規制は、土地利用権が時空の利用権であるので、その時空の規制は建築物規制として姿を現し、その規制は警察が管轄し、規制の浸透を図ったのである。そして、1938（昭和13）年改正で、住居地域内に住居専用地区、工業地域内に工業専用地区を定めることができ、未指定区と合わせて6用途区域なる。

2 日本国憲法と建築基準法制定

第2段階が、戦後日本で、1947（昭和22）年、日本国憲法が公布された。新憲法の法治主義に鑑みて、市街地建築物法の全面改正が必要なり、1950（昭和25）年、建築基準法が制定され、その目的を「建築物の敷地、構造、設備及び用途に関する最低の基準を定めて、国民の生命、健康及び財産の保護を図り、公共の福祉を増進すること」としたのである。建築規制に関しては警察の管轄から、建築主事による建築確認制になるのである（同法6条）。用途地域は、未指定地域に代えて⑥準工業地域を設

け、①住居地域、②住居専用地区、③商業地域、④工業地域、⑤工業専用地区と、6種の用途地域となる。都市計画事業に必要な土地収用法は翌年の1951（昭和26）年に廃止され、新土地収用法が制定される。新法では、原則として、都道府県知事が事業の認定者となった（同法20条）。そして、「都市計画の母」言われる土地区画整理法が1954（昭和29）年に制定された。同法2条は「土地区画整理事業」を「都市計画区域内の土地について、①公共施設の整備及び②宅地の利用の増進を図るため、この法律で定めるところに従って行われる土地の区画形質の変更及び③公共施設の新設又は変更に関する事業」と定義する。本稿でいう地域形成計画の土地利用の規制は②、公共施設の整備は②、③となる。環境の保全は見えないが、「宅地の利用の増進を図る」理念に内包している。この「宅地」は公共用地以外で、住居地域、商業地域等の用途地域を含意しているので、用途地域制により環境の保全配慮も次第に具体化、概念化されてくることになる。なぜなら、用途地域制は、「土地利用の用途の混在を防ぎ、日照、通風、防火、騒音、振動、悪臭、交通混雑などの環境問題の発生を防止する役割¹⁵」と「都市の将来像の実現のため、必要とされる都市機能（商業、工業、居住機能等）の配置構想に沿って土地利用を誘導する役割がある¹⁶」からである。本稿は、地域形成計画は、陸では土地整理区画事業、公有水面では埋立事業計画として現れるとするものである。

3 新都市計画法の制定と1979年建築基準法の改正

第3段階が、1968（昭和43）年に旧都市計画法が全面改正され、新都市計画法となる画期的な段階である。全面改正の目的は、「都市及びその周辺の地域における市街地の無秩序な拡散が都市環境の悪化と公共投資の非効率化をもたらしている現下の情勢にかんがみ、無秩序な市街化を

¹⁵ 蔵敷・『入門都市計画』16頁。

¹⁶ 蔵敷・同上16頁。

防止し、計画的な市街化を図るため、都市計画区域を区分して①市街化区域及び②市街化調整区域とし、③開発許可の制度により都市の健全な発展と秩序ある整備を図ること」(①、②、③筆者挿入)にあるとする¹⁷。

新都市計画法の第1の特徴は、都市計画区域を計画的に市街化すべき①市街化区域と市街化を抑制すべき②市街地調整区域に区分する区域区分制(「線引き」と呼ばれる。)である(法7条)。

第2は、③開発許可制で、①市街化区域又は②市街地調整区域で、開発行為をしようとする者は、予め都道府県知事の許可を受けなければならない(法29条)とする制度である。その許可を受けるべき開発行為とは、建築物等の建築に供する目的で行われる土地の区画形質の変更である。①市街化区域には原則として開発許可は不要であったが、②市街地調整区域では開発許可があった場合に限定して開発行為を認める方法で、市街地調整区域の市街化抑制を図ったのである。つまり、土地利用規制が厳しくなったのである。「この意味で市街化調整区域及び開発許可という制度は、明治以来強調されてきた伝統的な土地所有権の自由に対する修正となっている¹⁸」というのである。

第3は、1968年の新都市計画法では用途地域は6地域のままであったが、同法の全面改正を受けて、1970(昭和45)年、建築基準法が全面改正され、用途地域制を8種の用途地域に細分化したことで、総合設計制度を導入したことである。まず用途地域制の細分化については、住居専用地区を、①第1種住居専用地域と②第2種住居専用地域に区分し、③住居地域はそのままにし、商業地域を、④近隣商業地域、⑤商業地域、⑥準工業地域はそのままとし、そして、⑦工業地域はそのままとしたが、工業専用地区を、⑧工業専用地域として、工業地域から独立させたことである。

¹⁷ 1968年4月19日の衆議院での提案理由。

¹⁸ 稲本他・『日本の土地法』112頁。

次に、総合設計制度は、敷地内に一般に公開された広場（公開空地）を確保し、大規模かつ、良好な建築物建築を積極的に推進することを目的として、そうした建築計画に対して、特定行政庁が、交通上、安全上、防火上及び衛生上支障がなく、かつ総合的配慮がなされている場合に、容積率、高さ、斜線などの建築基準法による制限の特例を認めて優遇する制度である。「1998（平成10）年3月末現在で2,087の許可実績があり、市街地における貴重なオープンスペースの確保等に貢献している^{19）}」。

なお、1974（昭和49）年に「戦後不動産法制で最重要の法律の一つである^{20）}「国土利用計画法」が公布される。本稿の地域形成計画は、この国土レベルの国土利用計画法を地域レベル、地方公共団体主導に移し換えたにすぎないものである。同法2条は、その基本理念を、「国土の利用は、①国土が現在及び将来における国民の限られた資源であるとともに、②生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であることにかんがみ、③公共の福祉を優先させ、④自然環境の保全を図りつつ、⑤地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件に配慮して、⑥健康で文化的な生活環境の確保と⑦国土の均衡ある発展を図ること」に求める。この基本理念は、国土の現状認識（①国民の限られた資源②生活及び生産の共通の基盤であること）を示し、その国土の利用の本質を④公共の福祉の優先として捉え、④自然環境の保全、そして、⑤で国土利用の現場である地域に対する配慮を示し、⑥と⑦で本法の目的を示すのである。地域形成計画の土地利用の規制は、その規制の理念として、①②③があり、公共施設の整備は、⑦で示され、環境の保全は、④と⑥で示されているのである。

4 地区計画制の創設

第4段階の地区計画制（都市計画法12条の2）は、1980年の都市計画法・建築基準法の一部改正により創設されたもので、第2段階の地域地

^{19）} 稲本他・『日本の土地法』114頁。

^{20）} 稲本他・『日本の土地法』143頁。

区制（用途地域制等）では、特定地面の時空の建物形態規制であったが、この地区計画制は、一定の特定地で構成される街区内の建物形態規制等を敷地単位から街区単位に、一体的に定めるもので、質的に画期となる土地利用規制である。つまり、主として街区（約25ha）の住民等の利用に供される地区施設の配置及び規模、建築物の配置及び規模、建築物の形態、敷地等に関する事項等を一体的に定める計画である。この地区計画制は、身の周りの快適性、都市の美しさの創造など総合的な居住環境の形成を志向することから、より内容的に土地所有権（自由な特定地面の時空の利用）が制限されることになる。

5 地方分権一括法の制定

第5段階は、1999（平成11）の地方分権一括法による地域形成計画における地方公共団体の責務と権限の充実化である。この地方分権一括法により、地域形成計画法上（国土利用計画法、都市計画法、建物基準法等）の国の機関委任事務が廃止され、ほとんどが地方公共団体の自治事務となる。都市計画法等の地域形成計画の地方分権主義が広く浸透したことを意味し、地域形成計画における知事等の責任が重くなり、規制権限が拡大したことになる。この規制権限については後述する。

6 景観法の制定

そして、第6段階が、2004（平成16）年に制定された景観法である。景観計画区域は、この景観法に基づき建築物の形態意匠の制限等を定めるものである。景観法は、その目的を、美しく風格のある国土の形成、潤いのある豊かな生活環境の創造及び個性的で活力ある地域社会の実現を図ることに置く（景観法1条）。この景観法は、これまでの国土利用計画、都市計画法、土地区画整理法と繋がる地域形成計画とは異なる視点である。都市生活と都市機能を視野にいれた土地の適正且つ合理的利用計画、環境の保全を配慮した公共施設の適正な配置と規模という未来的都市計画ではなく、現にある景観を地域の個性として保全するとともに

新たに良好な個性ある景観を創出するのである（基本理念の一つ、法2条）。したがって、都市計画区域の内外で景観計画の景観法の目的に従って策定決定され景観計画区域が定められる。この景観計画は、景観行政団体が景観行政を進めための基本計画である。その景観行政団体には政令市、中核市、都道府県は自動的になるが、その他の市町村は、知事との協議・同意により、景観行政団体になることができる。

そして、市町村が景観行政団体となり、景観計画を都市計画の第4段階の地区計画に組み込むと、地区計画である街区内の一体的な計画の要素に、建築物等のデザイン・色彩等の建築物等の形態意匠も含まれる景観地区計画を決定することができることになる。良好な街並み景観の保全、維持の観点から、条例により、建物形態意匠も規制することができるようになるのである。つまり、景観計画区域内で建築物・工作物の新築、増改築、移転又は外観の変更、開発行為を行おうとする者は届けなければならない、景観計画に定められた制限に適合しないときは、景観行政団体の長（市町村長等）は、建築物等の形態又は色彩その他の意匠（形態意匠）に関する変更命令をだすことができるのである（景観法16・17条）。地区計画は、当該街区内の住民が良好な市街地環境の形成又は維持を図るため、地区の特性に応じたきめ細かなまちづくりを行うための制度だからである。このように、地区計画は土地所有権の特定地面及び特定地面の時空の自由な利用を多面的に制限することになる。

景観法は、建築物の形態意匠を規制するのであるから、土地所有権をより内容的に制限する法律である。それは、景観法の目的に、「美しい」風格のある国土の形成、「潤いのある」豊かな生活環境の創造及び「個性的」で活力ある地域社会の実現を図る（同法1条）とあり、「美しい」「潤いのある」「個性的」の表現は、一般的には、個人の個性を示す表現であるが、美しい風格のある「国土」、個性的で活力ある「地域社会」となっており、土地所有権の個人性（権利性）と社会性（公共性）の関係の洞

察が含意されている。

「良好な景観」は土地所有権の公共性の現象形態である。現実存在する地域特性は、土地所有権の景観化、現実化である。土地所有権は、地域の社会過程、従って歴史過程である。土地所有権の基本的な内容が、①特定人が②特定地の上下の時空を③自由に利用及び処分する権利であるからである。現実の地域の中での土地所有権は、地域の社会関係を特定地の集積としての地域に付着させていく過程となり、それは地域の公共性の具象化であり、その形象化がその地域特性、すなわち社会的、歴史的、文化的景観となって「良好な景観」として立ち現れることになるのである。この歴史的、文化的景観が土地所有権の公共性の姿である。動産の所有権と土地所有権の本質的な違いである。動産の所有権は消滅することに本質的な価値があるが、土地所有権は継続し蓄積されていくことに本質があるのである。

第6節 土地所有権の公共性

第1款 土地所有権の公共性の意義

土地所有権は特定人が特定地の上下の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。特定地は、①特定地面、②特定地面上の時空及び③特定地面下の時空の3側面に分析である。土地所有権の客体である特定地の利用に関して、①特定地面は排他的（自由）な利用が可能であるが、②特定地面上の時空の利用は、地域内の他者の特定地面上の時空の利用と公共時空を形成する。特定地面上の時空の利用は各土地所有権に基づく生活及び生産の社会共同生活である。これが土地所有権の公共性である。なぜならば、各土地所有権は、複数の特定地の集合である地域で、地域社会での生活及び生産だからである。これを土地所有権の公共性ということができる。

この土地所有権の公共性は、一つは、生活環境権、他の一つは景観権

として構成される。つまり、土地所有権としての生活環境権、土地所有権としての景観権である。

生活環境権は、特定地面上の時空の利用の側面で良好な生活環境を享受する権利として構成される。各土地所有権は公共性が推定されるが、他者への侵襲が「受忍限度を超える」又は「生活環境に対する著しい被害」の場合には、公共性の推定が破られる。例えば、Aの工場操業に伴う煤煙により他者Bに被害を及ぼした場合を考える。AとBの生活及び生産は特定地面上の時空においては連続、影響関係にあり、その時空は社会共同生活時空として公共時空（公共圏）であり、生活と生産の公共時空であるのである。

そして、土地所有権の公共性の論点は、いかなる場合の土地所有権が公共性の推定を破り違法となり、違法な土地所有権が禁止又は抑制されるかが問題となる。

この論点に関して、被害者の側から「受忍限度」、加害者の側から「公害」という概念が構成されることになるのである。そして、現段階では、「生活環境」概念が一般的に用いられている。土地所有権は私的性質を基本としながら、その権利が公共時空（公共圏）の利用となるため公共性をもつことになるのである。この土地所有権の公共性では、生活環境に係る被害では直ちに土地所有権侵害として違法性を帯びることにはならないのである。

これに対して景観権は、地域内の良好な景観を保護及び保全する権利である。地域内の土地所有権の特定地面上の時空の利用の造形（具象化）が景観となり、その景観が良好な場合の保護及び保全されるので、生活環境権のように公害による侵入ではなく、利用の造形力である建物等の景観である。特定地面上の利用の公害による侵害に対する生活環境権に対して、景観権は特定地面上の利用の形の景観で、保護及び保全すべき良好な景観のということになる。

したがって、良好な景観を創出した土地所有権は景観権として保護、保全されるが、良好でない景観を造り出した又は造り出す土地所有権は制限されることになる。

以下、土地所有権の公共性が現れた法律と判決例を検討することになるが、土地所有権侵害の違法性に関する判例、法律及び取消訴訟の原告適格判断において確認することにしよう。

第2款 生活環境権（土地所有権の公共性その1）

土地所有権の公共性の現れとしての生活環境権を、不法行為訴訟及び関連法と取消訴訟において検討することにする。

1 不法行為訴訟

(1) 大阪アルカリ事件（大判大正5年12月20民録22輯2474頁）

まず、最初に問題となったのは、土地所有権の特定地が工場地の操業で、工場地面の時空の利用である工場操業過程で硫酸ガスを排出し、数キロ離れた農地に到達し農被害が生じ、その農作地の農作物が枯死した事件である。土地所有権を侵害された農民は、事業地の土地所有権者に被害を発生させない相当防止措置義務を、土地所有権侵害を根拠に要求できるとしたのである。もし、相当な防止措置をせずに被害が生じた場合には、不法行為に基づく損害賠償責任が認められたからである。工場（特定地面の利用）の操業（特定地面上の時空の利用）を内容とする土地所有権は、遠く離れた被害農民の土地所有権の内容である農地面の土壤汚染と農地面上の時空の大気汚染により農作物を枯死させるという土地所有権が侵害されたのである。農地における農作物はその生産物であるので、工場操業の土地所有権の公共性は破られ違法性を有し不法行為となるのである。ただし、判決自体は、工場操業の工場地面上の時空の利用である工場操業を違法性の正当性ではなく、過失の相当性の判断要素としている。

この大阪アルカリ事件は土地所有権が特定地面上の時空に関して排他的・自由な利用ではないことを示した判決ということになる。

（2）公害対策基本法

1967年に制定された「公害対策基本法」において、「公害」の概念が規定され、土地所有権の事業地面上の時空の利用に関して、許容される判断基準が示された。その公害とは、事業活動その他の人の活動に伴って生ずる相当範囲にわたる、①大気汚染、②水質汚濁、③騒音、④振動、⑤土壌汚染等によって「人の健康」又は「生活環境に係る被害」を生ずることと定義したのである（同法2条）。この「公害」の定義は、1993年に制定された「環境基本法」にも継承されている（同法2条3項参照）のである。

公害対策基本法は、一方で事業地等の土地所有権の内容を「事業活動」と捉え（事業地面上の時空の利用）、その活動の限界を「公害」で定義して土地所有権を制限する一方、他方で、居住地の土地所有権の内容を「健康」「生活環境」（居住地面上の時空の利用）と概念化し、そして、この「生活環境に係る被害」と判断した。事業活動による公害の場合「生活環境に係る被害」と規定したことは、事業者に対して「公害による生活環境に係る被害を受けない権利」、逆に言えば「良好な生活環境を享受する権利」を公害対策基本法が公認したことになる。つまり、土地所有権の内容である土地利用権の具体化として生活環境権が公認されたことになるのである。

土地所有権は特定人が、特定地の上下の時空を、法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。その特定地の上下の時空に関して、①特定地面、②特定地面上の時空及び③特定地面下の時空の3側面に区別できるが、この②特定地面上の時空の利用の側面において、生活環境権が認められたことになる。ところでこの生活環境権は、土地所有権者だけに認められる権利であるか。土地所有権者以外に土地所有権の

処分権に基づいて土地所有権者から土地利用権の設定を受けた権利者は当然、生活環境権を持つことになる。生活環境権は、土地所有権の土地利用権の特定地面上の時空の利用権の居住地における具体化であるからである。建物を所有する地上権者・土地賃借権者・土地使用借権者等である。さらに、その建物の借家人も当然、生活環境権をもつことになる。居住地面上の時空の利用の具体化が生活環境権であるので、その居住地面上の時空の利用のために建物を建て現実にその時空を利用する生活しているのであるから、そのような建物を借家とすることは、建物所有者の家主が、そのような居住地面上の時空の利用の箱物である建物を賃しているからである。つまり、不法住居者以外の地域住民は、生活環境権を有していることになる。

(3) 世田谷区硯町日照妨害事件（最判昭和47年6月27日判時669号26頁）

本件は、原告の住宅の南側に隣接する被告が2階を増築したため、原告が北側居宅の日照・通風が大幅に遮られて著しい不利益を受けたとして、日照通風被害を受けた原告が南側の土地・建物所有者である被告を不法行為（民法709条）に基づいて損害賠償請求を提起した事案である。被告の土地所有権（増築の自由）が原告の土地所有権（生活環境権）を侵害した事件である。判旨は、積極、消極の生活妨害は土地所有権の側面では差異はないとする。

「もとより所論のように、日照、通風の妨害は、従来与えられていた日光や風を妨害者の土地利用の結果さえぎったという消極的な性質のものであるから、騒音、煤煙、臭気等の放散、流入による積極的な生活妨害とはその性質を異にするものである。しかし、日照、通風の妨害も、土地の利用権者がその利用地に建物を建築してみずから日照、通風を享受する反面において、従来、隣人が享受していた日照、通風をさえぎるものであって、土地利用権の行使が隣人に生活妨害を与えるという点においては、騒音の放散等と大差がなく、被害者の保護に差異を認める理

由はないというべきである」。

そして、①土地所有権としての生活環境権侵害（生活妨害）は即違法性をおびるのではなく②受忍限度を判断基準とする。そこで、一般基準として、次のように判示する。

「ところで、①南側家屋の建築（土地所有権）が北側家屋の日照、通風を妨げた（土地所有権としての生活環境権の侵害）場合は、もとより、それだけでただちに不法行為が成立するわけではない。しかし、すべての権利行使は、その態様ないし結果において、社会観念上妥当と認められる範囲でのみこれをなすことを要するのであって、②権利者の行為が社会妥当性を欠き、これによって生じた損害が、社会生活上一般的に被害者において忍容するを相当とする程度を超えたとき認められるときは、その権利の行使は、社会観念上妥当な範囲を逸脱したものといわなければならない」（①、②筆者挿入）。

①一方の土地所有権が他方の土地所有権を侵害した場合でも、公共圏の生活環境権の侵害であるので、②受忍限度にあたるか否か（ここでは権利濫用の判断基準）で違法性を判断しているのである。

（4）環境基本法

公害対策基本法（1967年）の「公害」の定義は、1993年に制定された「環境基本法」にも継承される（同法2条3項）。さらに、環境基本計画等新たな制度が確立する。土地所有権の客体である特定地が、特定地面、特定地面上の時空の利用及び特定地面下の時空の3側面に区別し、特定地上の時空の利用の側面において、「公害対策基本法」（1967年）は「公害」及び「生活環境権」概念を構成した。さらに、環境基本法（1993年）では、「時空」の利用の「時空」の概念がより明確に自覚される。一つは、環境の恵沢の享受と継承で、「人間の活動による環境への負荷によって損なわれるおそれが生じてきていることにかんがみ、現在及び将来の世代

の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受するとともに人類の存続の基盤である環境が将来にわたって維持されるよう適切に行わなければならない」(法3条)とする。他の一つは、持続的発展可能な社会で、「健全で恵み豊かな環境を維持しつつ、環境への負荷の少ない健全な経済の発展を図りながら、持続的に発展することができる社会が構築されることを旨とし、及び科学的予見の充実の下に環境の保全上の支障が未然に防がれることを旨として行われなければならない」(法4条)とする。「時空」即ち「環境」の問題が、拡大し、深化しているのである。

(5) 国立景観権訴訟（最判平成18年3月30日民集60巻3号948頁）

土地所有権の公共性が裁判で争われた事件が国立景観権訴訟である。国立市の大学前通りに高層マンションを建築した業者に対して、景観権に基づいて建築禁止を求めた民事上の差止訴訟である。

第一審判決（東京地判平成14年12月18日判時1829号36頁）は、高層マンションの20m以上の建築禁止を認容した。景観利益を有する土地所有者の合意（自己規制の継続）により土地所有権より派生した景観権に基づくとする。これに対して、控訴審判決（東京高判平成16年10月27日判時1877号40頁）は、第一審の判決を取り消した。景観利益は、公法上の利益であり、私法上の権利でないとしたのである。この控訴審判決に対して、最高裁は、景観利益は、景観法、景観条例を根拠に、③民法709条の「法律上保護に値する利益」としたが、侵害行為に受忍限度を超える違法性がないとして、差止請求自体は棄却された。

第一審判決は、②環境権としての景観権を次のように否定する。「地域地権者の自己規制によってもたらされた都市景観の由来と特殊性に鑑みると、いわゆる抽象的な環境権や景観権といったものが直ちに法律上の権利として認められないと」とする。

しかし、「特定の地域内において、当該地域内の地権者らによる土地利用の自己規制の継続により、相当の期間、ある特定の人工的な景観が保

持され、社会通念上もその特定の景観が良好なものと認められ、地権者らの所有する土地に付加価値を生み出した場合には、地権者らは、その土地所有権から派生するものとして、形成された良好な景観を自ら維持する義務を負うとともにその維持を相互に求める利益（以下『景観利益』という。）を有するに至ったと解すべきであり、この景観利益は法的保護に値し、これを侵害する行為は、一定の場合には不法行為に該当する。

この土地所有権から派生した景観権の法的構成に対して、控訴審判決は、「この良好な景観は適切な行政施策によって十分に保護されなければならない。しかし、翻って個々の国民又は個々の地域住民が、独自に私法上の個別具体的な権利・利益としてこのような良好な景観を享受するものと解することはできない。」として否定する。

これに対して、最高裁判決は、まず、景観法、東京都景観条例、国立市の景観条例は、「良好な景観が有する価値を保護することを目的とするものである。そうすると、良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益（以下『景観利益』という。）は、法律上保護に値するものと解するのが相当である。」

そして「ある行為が景観利益に対する違法な侵害に当たるといえるためには、少なくとも、その侵害行為が刑罰法規や行政法規の規制に違反するものであり、公序良俗違反や権利の濫用に該当するものであるなど、侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠くことが求められる」と判示するのである。そして、「侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠く」か、が違法性の判断基準となる。

高層マンションの建築が地域の景観を侵害していることは事実である。その建築工事をどのような法律構成で差止めるか、難しい問題である。

地域住民の土地所有権を現象的には侵害しているとは言えないからである。土地所有権としての生活環境権の侵害とするには、生活環境圏への侵襲の事実がない。本稿の土地所有権の客体である特定地上の時空の利用への侵害はないので、土地所有権としての生活環境権の侵害とはならない。そこで、土地所有権の公共性で、土地所有権を地域環境に位置づけ、その地域を構成する土地所有権として、その土地所有権侵害として地域内の他者の土地所有権を制限することになる。本件だと、土地所有権の公共性が景観権として現れるかという論点となる。第一審は、その根拠を「地域内の地権者らによる土地利用の自己規制の継続」においた。つまり、景観利益を有する土地所有者の合意（自己規制の継続）により土地所有権より派生した景観権としたのである。しかし、私人の合意で地域公共圏を規制できるかの論点から、控訴審は、地域公共圏の「良好な景観は適切な行政施策によ」るべきとしたのである。自己の土地所有権を侵害しない他者の土地所有権を制限できるのは「行政施策」しかないというのである。この考えが一般的である。これに対して、最高裁は、私法の中に公法を組み込んでいる民法709条（違法性要件に刑罰法規、取締法規を組み込み、現在では「法律上保護される利益」となる）を利用して、その私法・公法二元論の原理的限界を回避する。景観法、東京都景観条例、国立市の景観条例は、「良好な景観が有する価値を保護することを目的とする」として、民法709条の「法律上保護される利益」とするのである。そして、「侵害行為の態様や程度の面において社会的に容認された行為としての相当性を欠く」かを違法性判断基準として判断するのである。

最高裁が、民法709条の「法律上保護される利益」のなかに、景観権を組み込んだということは、土地所有権の公共性を認めたことを意味する。土地所有権の公共性とは、土地所有権の特定地面上の時空の利用の形象物である景観が周辺の土地所有権と規定関係及び影響関係にあることを

意味するからである。既存の土地所有権による景観に対して新土地所有権による侵害は認めるが、請求を認めるに足る違法性はないというのである。控訴審のように却下ではなく請求棄却としたことは土地所有権の公共性を認めているからである。また、請求者を土地所有権及び借地権者等の地域住民に限定している点でも土地所有権の公共性を確認できる。

以上から、土地所有権の公共性に関して、第1審は、地域の土地所有権者の合意に置き、控訴審は否定し、最高裁は、景観法等の景観に関する法規を媒介にして土地所有権の公共性を認めたといえよう。

2 取消訴訟と土地所有権

土地所有権の特定地面の時空の利用権が他者の土地所有権により侵害された場合、取消訴訟の場面では周辺住民の第三者に原告適格があるかの問題となる。

(1) 取消訴訟と土地所有権

取消訴訟は行政処分により国民の権利利益が侵害又は侵害の危険性がある場合に、その行政処分を取消す行政訴訟である。この権利利益は「法律上の利益」でなければならない。これが、取消訴訟の訴訟要件の1つである原告適格である。この「法律上の利益」は国民の個別的権利でなければならない、反射利益では「法律上の利益」に該当しない。行政処分により土地所有権侵害又は侵害の危険性ある名宛人がその典型ということになる。ところが、その名宛人の土地所有権により周辺住民に生活環境の被害が及ぶ場合には、その生活環境は権利利益かということになる。土地所有権は生活環境権は、土地所有権の客体である特定地面上の時空の利用において良好な生活環境を享受する利益であるが、その時空が連続し影響関係にある公共時空である。この構成は、土地所有権としての生活環境権となり、最も基本的な権利である土地所有権の内容として構成されるのである。ただ、この生活環境権は生活環境（時空）が排他的

支配になじまず、他者との一定の公共性共存の性格をもつ公共性のために、受忍限度、又は、著しい生活環境被害の場合でなければ違法性を帯びないというにすぎない。かくして、生活環境に係る著しい被害は、行政事件訴訟法9条の取消訴訟の原告適格要件である「法律上の利益」ということを意味するのである。そして、その内容は土地所有権としての生活環境権である。それでは、以下、判決例において、どのように展開してきたかを確認することにしよう。

(2) 長沼事件判決（最判昭和57年9月9日民集36巻9号1679頁）

保安林区域の保安林指定の解除により災害を受ける危険性の高まる周辺地域住民は「直接の利害関係を有する者」として原告適格が認められた。この「利害関係」の実質は生活環境権か。

森林「法は…利害関係を有する地方公共団体の長の他に、保安林の指定に『直接の利害関係を有する者』において、森林を保安林として指定すべき旨を農林水産大臣に申請することができるものとし（法27条1項）、また、農林水産大臣が保安林を解除しようとする場合に、右の『直接の利害関係を有する者』がこれに異議があるときは、意見書を提出し、公開の聴聞手続に参加することができるものとしており（法29条、30条、32条）、これらの規定と、旧森林法（明治40年法律第43号）24条においては『直接利害ノ関係ヲ有スル者』に対して保安林の指定及び解除の処分に対する訴願及び行政訴訟の提起が認められることによって不特定多数者の受ける生活利益のうち、一定範囲のものを公益と並んで保護すべき個人の個別的利益としてとらえ、かかる利益の帰属者に対し保安林の指定につき『直接の利害関係を有する者』としてその利益主張をすることができる地位を法律上付与しているものと解するのが相当である。そうすると、かかる『直接の利害関係を有する者』は、保安林の指定が違法に解除され、それによって自己の利益を害された場合には、右解除処分に対する取消しの訴えを提起する原告適格を有する者ということができ

る。」

この判決に対しては、『直接の利害関係を有する者』の手続き規定を根拠に原告適格を認めたものとして批判が強いが²¹、『直接の利害関係を有する者』は周辺の土地所有権者等であるが故に、『直接の利害関係を有する者』として手続きに参加することができたとすれば、実質的には、生命、身体に影響する生活環境に対する著しい被害とみることができよう。つまり、「法律上の利益」は土地所有権としての生活環境権ということになる。

（3）新潟空港事件（最判平成元年2月17日民集43巻2号56頁）

本件は、昭和54年12月に運輸大臣が、特定の定期航空運送事業免許を、日本航空に与えたところ、空港周辺に居住する住民が、騒音により健康ないし生活上の利益侵害があると主張して、取消訴訟を提起したものである。空港周辺の住民に原告適格を認めたのであるが、その判断過程は、まず①原告適格の一般的判断枠組みを提示し、②本件独自の判断基準を概念化し、③本件に適用している。①は判例法上確立した判断枠組みで、②に独自性があり、この第三者に原告適格を認める基準としては、生命・身体とも関係する生活環境権侵害の事案として確立し、一般的に行訴法9条2項に概念化されている画期的な判例である。

1）原告適格の一般的判断枠組み

取消訴訟の原告適格を規定する行訴法9条にいう

「『法律上利益を有する者』とは、当該処分により自己の権利若しくは法律上保護された利益を侵害され又は必然的に侵害されるおそれのある者をいうのであり、当該処分を定めた行政法規が、不特定多数の具体的利益を専ら一般的公益の中に吸収解消させるにとどめず、それが帰属す

²¹ 折戸美紀・行政法判例百選Ⅱ（第6版）・378頁は、「手続規定の存否という立法の偶然により原告適格の有無が左右されることは不合理であろう」とする。

る個々人の個別利益としてもこれを保護すべきものとする趣旨を含むと解される場合には、かかる利益も右にいう法律上保護された利益に当たる。

2) 本判決の独自性

行政法規が、帰属する個々人の個別的利益としてもものとする趣旨を含むかの判断は、

「当該行政法規及びそれと目的を共通する関連法規の関係規定によって形成される法体系の中において、当該処分根拠規定が、当該処分を通して右のような個々人の個別的利益をも保護すべきものとして位置付けられているとみることができるかどうかによって決すべきである」。

3) 本件における関連法規の目的

航空法1条の目的規定は、「航空機の航行に起因する障害の防止を図る」と定めるが、これは航空機騒音基準適合証明制度導入に伴って昭和50年に追加されたものであるから、航空機騒音の防止が目的に含まれる。また、関連法規である「公共用飛行場周辺における航空機騒音による障害の防止等に関する法律」は、運輸大臣に騒音を防止するための各種措置を講ずる権限を与えているのだから、定期航空運送事業免許の審査においては、その趣旨を踏まえる必要がある。とすると、運輸大臣は、定期、航空運送事業免許の審査にあたって、申請事業計画を騒音障害の有無及び程度の点からも評価すべきであり、この点の判断を誤った場合には、免許処分は裁量の逸脱となりうる。したがって新規路線免許により生じた航空機騒音によって、社会通念上著しい障害を受ける者は免許取消しを求める原告適格が認められる。

この判旨で「航空機騒音によって、社会通念上著しい障害を受ける者は」、後述の小田急高架事件の最高裁大法廷判決の「生活環境に対する著しい被害」と同旨である。つまり、土地所有権としての生活環境権侵害

が受忍限度を越える違法なものである²²。

（4）小田急高架化事業認定取消訴訟（最大判平成17年12月7日民集59巻10号2645頁）

2004年の行訴法改正後の判決であるが、「法律上保護に値する利益説」に親和的となり、実質的に生活環境権で原告適格を認めるのである。

「都市計画事業の認可に関する都市計画法の規定の趣旨及び目的、これらの規定が都市計画事業の認可の制度を通して保護しようとしている利益の内容及び性質等を考慮すれば、同法は、これらの規定を通じて、都市の健全な発展と秩序ある整備を図るなどの公益的見地から都市計画施設の整備に関する事業を規制するとともに、騒音、振動等によって健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある個々の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨を含むと解するのが相当である。したがって、都市計画事業の事業地の周辺に居住する住民のうち当該事業が実施されることにより騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある者は、当該事業の認可の取消しを求めるにつき法律上の利益を有する者として、その取消訴訟における原告適格を有するものといわなければならない」。

「当該事業が実施されることにより騒音、振動等による健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれ」とは、まさに受忍限度を超える生活環境権侵害のおそれである。この判決で、生活環境権侵害の危険性により取消訴訟の原告適格は認められたことになる。

都市計画が土地所有権の制限調整であること考えると、直截に「法律上の利益」は土地所有権ということになる。土地所有権を特定地の上下

²² 古城誠・行政判例百選Ⅱ（第6版）・353頁は、「第三者の被る損害が、受忍限度を超える物理的損害でない場合には、特別の法律規定がない限り、第三者の原告適格は肯定されにくいようである。」として、生活環境権侵害を示唆している。

の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利として捉えていないことからくる、迂回した法律構成となっているのである。都市地域における生活環境に関する著しい被害は、土地所有権の都市居住地における生活環境権の侵害にあたるのである。つまり、土地所有権の侵害を意味するのである。

「騒音、振動等によって健康又は生活環境に係る著しい被害を直接的に受けるおそれのある個々の住民に対して、そのような被害を受けないという利益を個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨」という判旨の「個々人の個別的利益としても保護すべきものとする趣旨」といわなくても、周辺住民に土地所有権という「個々人の個別的利益」があるのである²³。この「個々人の個別的利益」の最も典型的な利益が土地所有権である。土地所有権侵害及びその侵害の危険性を論証すべきということになる。

第3款 景観権（土地所有権の公共性その2）

1 土地所有権の特定地面の時空の利用の形

土地所有権は特定人が特定地の上下の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。特定地の上下の時空の利用は、その時空を造形化することであり、その造形は、建築物及び建築物等の街なみによって示されることになる。それ故に、土地の用途を示す用途地域は、その時空を造形する建物建築規制によって具体化されるのである。そして、その地域の土地所有権の姿は景観となって現象化するのである。この景観は過去の土地所有権の形である。地域形成計画の基本である都市計画は今後の土地所有権の利用規制であるが、景観は、過去の土地所有権の形である。したがって、景観によっては、それは歴史的文化的な

²³ 横山信二・行政法判例百選Ⅱ（第6版）177事件・367頁は、『「法律上の利益」は権利とも区別される訴訟上の資格である』として、再構成すべきとする。

価値の形象化として風景となり、景色となり、風致となり、遺跡となり、歴史的町並みとなる。これらの景観には公共性が内在化していることになり、その景観の保全と維持のためには、土地所有権の制限となる。それらの景観は、土地所有権の利用権の内容である地域の特定期の時空を形作っているからである。まず、それらの景観を保護、保全するための法律の規定を確認し、次に、判決例において確認することにしよう。

2 法律で保護される景観等

(1) 風致地区（都市計画法8条1項7号、第58条）

風致地区は、1919（大正10）年成立の旧都市計画法で創設された地域地区制である。旧都市計画法10条2項は「都市計画内ニ於テハ市街地建築物法ニ依ル地域及地区ノ外土地ノ状況ニ依リ必要ト認ムルトキハ風致又ハ風紀ノ維持ノ為特ニ地区ヲ指定スルコトヲ得」と規定する。風致は、良好な自然的景観という意味である。つまり、「樹林や水辺地などの自然物及び社寺・史跡・農地などの地域に古くから存在し、周辺自然と一体化した人工物により良好な景観が形成されている状態²⁴」である。風致地区内において、建物等の建築や樹木の伐採などに一定の制限をすることで、都市と自然の両立を図るものである。旧都市計画法では、内務大臣の認可を受けたうえで知事の定める命令により建築等の行為を禁止又は制限できた。日本の最初の風致地区は、1926（大正15）年指定の明治神宮風致地区である。

この風致地区制は1968（昭和43）年制定の新都市計画法でも存続するが（同法8条1号7号）、都道府県の条例に基づく許可による規制となる。そして、「都市の風致」とは、都市において、水や緑など自然的要素に富んだ土地における良好な自然的景観であり、風致地区は、良好な自然的景観を形成している区域のうち、土地利用計画、都市環境の保

²⁴ 稲本他・『日本の土地法』41頁。

全を図るため風致の維持が必要な区域に定めるものである。

(2) 歴史的風土保存区域（都市計画法8条1項10号、古都保存法、明日香法）

歴史的風土特別保存地区は、1966年制定の「古都における歴史的風土の保存に関する特別措置法」（古都保存法）に基づく制度で、「古都」をかつての政治、文化の中心等として歴史上重要な地位を有する10市町村（京都市等）とし、「歴史的風土」を、その古都において歴史上意義を有する建造物、遺跡等が周囲の自然的環境と一体となっている土地の状況と捉え、古都保存法は、これを後代の国民に継承されるべき文化的遺産として適切に保存することを目的としている。この「古都において歴史上意義を有する建造物、遺跡等が周囲の自然的環境と一体となっている土地の状況」こそが、地域内の特定地面上の時空の千年以上に渡る利用の現在における形である。土地所有権は特定地面上の時空の利用なのである。

(3) 伝統的建造物群保存地区（都市計画法8条1項15号）

伝統的建造物群保存地区は、文化財保護法143条に基づく制度で、都市計画区域及び準都市計画区域内において、伝統的建造物群及びこれと一体をなしている環境を保存するために、都市計画に定めるものである。この地区での規制は、伝統的建造物群保存地区内の建造物の新築、建築物の外観を変更すること、宅地の造成、木材の伐採、土石類の採取等の行為は、市町村長及び教育委員会の許可をうける必要があるということである。

(4) 街並み誘導型地区計画（都市計画法15条の2）

地区計画は、1980年に創設された制度で、主として街区内の住民等にとって良好な市街地環境の形成又は維持を図るため、地区の特性に応じたきめ細かなまちづくりを行うための制度である。一体的な整備、開発、及び保全を図るべき地区について、①地区計画の目標②当該区域の整備、開発及び保全に関する方針、③地区施設と地区整備計画、を定め、開発

行為、建築行為を規制誘導する。③の「地区施設」は、主として街区内の居住者等の利用に供される道路、公園等であり、「地区整備計画」は、建築物の整備、並びに土地の利用に関する計画である。地区計画を、建築規制として、適用するためには、地区整備計画を定め、さらに、そのうち建築規制にふさわしい内容を、建築基準法68条の2に基づく条例として定める必要がある。

具体的には、良好な市街地で、地域の歴史、風土に根差した特色のある街並みを形成している地区について、特色ある景観を保全するため、壁面の位置の制限、建築物の高さ最高限度、建築物の形態意匠の制限等を定める地区計画である。

（5）景観計画区域

景観計画区域は、2004（平成16）年に制定された景観法に基づき建築物の形態意匠の制限等も定めることができるものである。景観法は建物等の形態意匠を規制するのであるから、土地所有権を、より内容的に制限する法律である。建物等の形態意匠の制限とは、現存する建物等の形態意匠を保全し、それに合わせるということである。つまり、建物の形態意匠の造形化された歴史的、文化的な景観を保護、保全しようとするところに景観法の本質がある。日本の歴史的、伝統的、文化的景観の保護である。

景観法はその政策目標を、「我が国の都市、農村漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定その他の施策を総合的に講ずることにより、①美しく風格のある国土の形成、②潤いのある豊かな生活環境の創造及び③个性的で活力ある地域社会の実現を図り、もって国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与すること」に置くのである。①「美しく風格のある」、②「潤いのある」、③「个性的で」の本質・性格概念は、日本の歴史的、伝統的、文化的景観を含意している。具体的には、景観計画区域内の景観上重要な建造物や樹木

を景観最重要建造物（同法19条）・景観重要樹木（同法28条）として指定し、その現状変更には景観行政団体（都道府県等）の長の許可を必要とする（同法21条・31条）。

この規定は、景観最重要建造物の立地の特定地面と特定地面上の時空の利用の具象化である景観重要建造物が公共性を帯びているということの表現であり、土地所有権の公共性の象徴的な現れとなるものである。また、このことは、土地所有権が時間的、歴史的な内容を持ち、本稿の土地所有権の内容として、特定地面上の「時空」の利用と定義していることの正当性を示すものでもある。景観法は、土地所有権の制限の根拠が土地所有権の歴史性を伴う公共性にあることが明確になるという点でも画期的である。これまで、土地所有権が内在的にもっていた公共性の本質を顕在化させたといえよう。

(6) 重要文化景観地域

重要文化景観の制度は、2005（平成17）年、文化財保護法の改正で創設され、翌2006年から施行されたものである。文化的景観とは、「地域における人々の生活又は生業及び当該地域の風土により形成された景観地で我が国民の生活又は生業の理解のため欠くことのできないもの」（同法2条1項5号）である。日本の原風景と呼ばれる棚田や里山の景観、アイヌ民族の文化的景観等が該当する。都道府県又は市町村の申出に基づいて、国によって選定された地域である。近江八幡の水郷、岩手県一関市の一関寺の農村風景、生野鉱山及び鉱山町の文化的景観、アイヌの伝統と近代開拓による沙流川流域の文化的景観など、が重要文化的景観に選定されている。2014（平成26）年3月18日現在、全国で43件の重要文化景観が選定されている（奈良文化財研究所出典）。

(7) 歴史的風致維持向上地区計画（都市計画法12条の4第1項3号、「歴史まちづくり法」）

この地区計画は、2008（平成20）年制定の「地域における歴史的風致

の維持及び向上に関する法律」所謂「歴史街づくり法」に基づく制度である。この法の政策目標は、「地域におけるその固有の歴史及び伝統を反映した人々の活動とその活動が行われる歴史上の価値に高い建造物及びその周辺の市街地とが一体となって形成してきた良好な市街地の環境（以下、「歴史的風致」という。）の維持及び向上を図るため」である（法1条）。

主務大臣（文部科学大臣、農林水産大臣及び国土交通大臣）が、基本方針を定め、市町村が、歴史的風致維持向上計画を作成し、主務大臣に認定を申請し、主務大臣が認定する。この計画に基づいて、次の措置ができる。

市町村長は、歴史的風致形成建造物の増築、改築等に係る届出があった場合、建造物の保全に支障があるときは、設計の変更等の措置を勧告することができる。

また、重要文化財等に関する文化庁長官の権限のうち、現状変更の許可等に関するものを歴史的風致維持向上計画の認定を受けた町村の教育委員会が行うことができる。

さらに、市街化調整区域において、歴史的風致を形成している遺跡に係る歴史上価値の高い建築物の復元を目的とする開発行為等については、立地に係る開発許可基準に適合するものとみなす。

この「歴史街づくり法」は、景観法の精神を、地区計画のレベルに適用したものである。地区計画は、街区内の土地利用を一体的に規制するものであるから、街区内の歴史街が建物等の形態意匠等に造形化され、その歴史街を保全するというのであるから、特定地レベルから地域レベルに歴史的公共性を移し、地域を形成する特定地の土地所有権は地域の土地所有権として公共性を帯有することになるのである。

歴史街づくり法は「①個性豊かな地域社会の実現を図り、②もって都市の健全な発展及び文化の向上に寄与することを目的とする」（同法1条）

するが、その「①個性豊かな地域社会の実現」は、景観法の政策目標の「③個性的で活力ある地域社会の実現」は同じ内容で、景観法では政策目標であるが、「歴史街づくり法」では目的となっているのである。

(8) 「中心市街地の活性化に関する法律」(2006年) による地区計画

歴史的な建造物や城壁等が中心市街地に存する場合には、広域からの集客を増加させるため、景観地区や地区計画等の設定により、できる限り保全及び活用を図るための地区計画である。

(9) 国土形成計画(全国計画)

国土形成計画法に基づく2008(平成20)年7月の閣議決定である。そのうち都市政策の都市の整備の一環として景観形成の歴史風土の形成に関して次のように提示している。

地域固有の歴史や文化を再評価し、地域への愛着の醸成やそこに暮らしたくなるような魅力を創出していくことが重要である。例えば、歴史的な建造物、伝統的な街並みや誇りとなる自然景観を有する地域においては、地域の合意形成を図りながらこれを一体として保全・継承し、より美しく個性的な町並みや自然環境と一体となった歴史的風土を形成していく。

3 判決例にみる歴史的文化的景観

土地所有権は地域の特定地の上下の時空の利用権であり、その過去の時空の利用は、歴史的遺跡、歴史的建造物、歴史的町並み、風致としてそれぞれの景色を示す景観となって形象化されている。それらの景観に表れた土地所有権の公共性を、土地収用法に依り収用される土地所有権の公共性(公共的利益)を認めた判決例を、以下にみてみよう。

この判決例は、土地収用法20条3号の事業認定の「土地の適正且つ合理的利用」の要件該当性の判断を問題としたものである。公用収用の公共性と収用される土地所有権の公共性(歴史・文化的景観)との利益衡量である。国家が公共の用に供する公共的利益と収用される土地所有権

の公共性の利益衡量の判断過程は、次の3段階に区別できる。

まず、第1段階は、「土地の適正且つ合理的利用」要件該当性判断として比較衡量論を採り、公用収用のための公共的利益と他方の公共事業用地として失われる利益の私的な利益及び公共の利益を考慮要素としていることである。

次に、第2段階として、その失われる利益の公共の利益の内容、収用予定地の地域性の歴史的・文化的価値の評価である。

そして、第3段階として、「土地の適正且つ合理的利用」の要件該当性の判断を裁量判断として、その行政庁の裁量過程に第2段階の公共の利益を考慮するために、調査・検討・利益衡量等に分け入り、要考慮義務、調査義務、適正利益衡量義務等を基準に、裁量権の逸脱を判定する方法である裁量過程統制型審査（判断過程統制型審査）をとったか否かである。

公共事業のために公用収用される土地所有権が公共性をもつというものである。民主主義社会の法的基盤である土地所有権は、本質的に公共性を内在化しているものである。

（1）日光太郎杉事件（東京高判48年7月13日判時710号23頁）

日光太郎杉事件は、日光太郎杉が歴史的・文化的価値をもち、その土地所有権の公共性を示す事件である。この太郎杉が歴史的・文化的価値をもつ本質的価値は、太郎杉自体にあるのではなく、そこに切り倒されないで立っていることにある。つまり、太郎杉の立っている特定地の土地所有権者は、その太郎杉を切り倒す権利をもっているのであり、それが現在まで生き続けていることは、土地所有権者が切り倒さないという土地所有権の景観化である。したがって、太郎杉に歴史的・文化的価値の源泉は土地所有権にあるのである。それ故、太郎杉を切り倒し、その土地を道路用地として土地収用法に基づいて公用収用しようとしたのである。目的は、その太郎杉に立っている土地所有権のはく奪にある。現

法秩序の下では、道路に使用するために土地所有権を取得する必要があるからである。では、日光太郎杉事件の判断過程をみてみよう。

第1段階において比較衡量論を採り、喪失利益に公共の利益を含めている。

土地収用「法20条3号所定の『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つて得ら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つて失なわれる利益（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。そうして、控訴人建設大臣の、この要件の存否についての判断は、具体的には本件事業認定にかかる事業計画の内容、右事業計画が達成されることによつてもたらされるべき公共の利益、右事業計画策定及び本件事業認定に至るまでの経緯、右事業計画において収用の対象とされている本件土地の状況、その有する私的ないし公共的価値等の諸要素、諸価値の比較衡量に基づく総合判断として行なわなければならない」と考えられる」。本判決は、「失なわれる利益（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）」とし、「収用の対象とされている本件土地の状況、その有する私的ないし公共的価値」と明示している。

そして第2段階の公共の利益の内容は、「本件土地上に成育する巨杉群は、日光杉並木街道のそれと時を同じくして植栽されたもの（但し太郎杉についてはそれ以前から成育していたものとみるべきである。）であつて、日光杉並木街道の出発点にあたるとする見解もそれ相応の理由があるものというべきであり、仮にこの見解が厳密な歴史的、学術的考証にたえるものではないとしても、少なくとも一般国民の意識の上では、その史的・文化的価値の点で、特別史跡・特別天然記念物としての日光杉

並木街道のそれと同じ程度の価値を有するものと評価されていると認めることができる。」

第3段階の裁量過程統制型審査に関しては、「本来考慮に容れるべきでない事項を考慮に容れ（4）、かつ、暴風による倒木（これによる交通障害）の可能性および樹勢の衰えの可能性という、本来過大に評価すべきでないことがらを過重に評価した（5）点で、その裁量判断の方法ないし過程に過誤があり、これらの過誤がなく、これらの諸点につき正しい判断がなされたとすれば、控訴人建設大臣の判断は異なつた結論に到達する可能性があつたものと認められる。してみれば、本件事業計画をもつて土地の適正かつ合理的な利用に寄与するものと認められるべきであるとする控訴人建設大臣の判断は、その裁量判断の方法ないし過程に過誤があるものとして、違法なものと認めざるをえない。」と判示した。裁量過程統制型審査そのものである。

日光太郎杉事件は土地所有権が特定地上の時空を利用できる権利であり、その時間の長さが公共性を持ち、それが太郎杉の存立として形になり、現象的には太郎杉が歴史的・文化的価値の点で、特別史跡・特別天然記念物として日光杉並木街道並みの史的・文化的公共性を獲得したのである。次に、二風谷ダム事件をみてみよう。

(2) 二風谷ダム事件（札幌地判平成9年3月27日判時1598号33頁）

本件のポイントは二風谷ダム用地が、ダム「事業計画により失われる公共ないし私的利益は、少数民族であるアイヌ民族の文化」のしみ込んだ地域だということである。この地域は永年にわって、アイヌ少数民族が生活、生産の場となり、つまり、アイヌ少数民族が土地所有権を有していたので、その民族の歴史文化がその地域に残されているのである。少数民族の文化を残すことは公共的価値を持ち、ダム建設の公共的価値より優先されるべきというのである。土地所有権の地域における特定地の時空の利用が少数民族のもつ歴史的文化的価値が二風谷地区の景観と

なっているのである。少数民族の歴史的・文化的な伝統的価値が土地所有権の公共性の内容となったのである。この公共性がダム建設の公共性を上まったというのである。土地収用が認められるかみてみよう。

第1段階において、比較衡量論を採り、その喪失利益に公共の利益を含めているか。

「土地収用法20条3号の『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』の要件は、当該事業の起業地がその事業に供されることによって得られる公共の利益と、その土地がその事業に供されることによって失われる公共的又は私的利益とを比較衡量して、前者が後者に優越すると認められるかどうかによって判断されるべきであると解される。そして、右比較衡量に当たっては、事業計画策定に至る経緯、事業認定に係る事業計画の内容、事業計画の達成によって得られる公共の利益、事業計画の実施により失われる利益ないし価値、本件事業により失われる諸価値に対しなされた配慮等を総合し行われるべきである」。

(1)日光太郎杉事件と同じ解釈である。

第2段階の、公共の利益の内容に関しては、「事業計画により失われる公共ないし私的利益は、少数民族であるアイヌ民族の文化であって、これまで論議されたことのないものであり、しかもこの利益については、次のような点が存在するから、慎重な考慮が求められるものである」。

第3段階の裁量過程統制型審査に関しては、「この判断をするに当たっては行政庁に裁量権が認められるが、行政庁が判断をするに当たり、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、又は本来考慮に入れ若しくは過大に評価すべきでない事項を過大に評価し、このため判断が左右されたと認められる場合には、裁量判断の方法ないし過程に誤りがあるものとして違法になるものというべきである。」

そして、「本件において起業者の代理人であるとともに認定庁である建

設大臣は、本件事業計画の達成により得られる利益がこれによって失われる利益に優越するかどうかを判断するために必要な調査、研究等の手続を怠り、本来最も重視すべき諸要素、諸価値を不当に軽視ないし無視し、したがって、そのような判断ができないにもかかわらず、アイヌ文化に対する影響を可能な限り少なくする等の対策を講じないまま、安易に前者の利益が後者の利益に優越するものと判断し、結局本件事業認定をしたことになり、土地収用法20条3号において認定庁に与えられた裁量権を逸脱した違法があるというほかはない」。

以上から、土地収用法20条3号において認定庁に与えられた裁量権は裁量過程統制型審査の考慮要素として、収用地の土地所有権の公共的利益に関して、(1)日光太郎杉事件では、太郎「巨杉群」の「史的・文化的価値」であり、(2)二風谷ダム事件では「アイヌ民族の文化」である。土地所有権の公共性の現れとしての歴史的・文化的景観権といえるものである。この歴史的・文化的景観権が収用地の公共の利益として、収用側の公共の利益と比較衡量されることになる。土地収用される土地所有権に歴史的文化的、公共性が帶有しているのである。

(3) 苫の浦世界遺産訴訟（広島地判平成21年10月1日判時2060号3頁）

本件は、苫の浦の「風景は、美しい景観としての価値にとどまらず、全体として、歴史的、文化的価値をも有するもの」としたのである。この歴史的、文化的価値が行政事件訴訟でどのように評価されたであろうか。

本件は、土地収用の事業認定の取消訴訟ではなく、埋立免許の差止訴訟である。本件では、原告適格と裁量権の逸脱が争点となっている。

まず、第1に原告適格の問題に関しては、原告が埋立免許の相手方外の第三者であるので、行訴法9条2項の解釈指針が判断基準となるがその適用の前提として、まず景観の法益性に関して判断する。

「景観は、良好な風景として人々の歴史的又は文化的環境を形作り、それが豊かな生活環境を構成する場合には、客観的価値を有するものとい

うべきである。そして、客観的価値を有する良好な景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者は、良好な景観が有する客観的な価値の侵害に対して密接な利害関係を有するものというべきであり、これらの者が有する良好な景観の恵沢を享受する利益（景観利益）は、私法上の法律関係において、法律上保護に値するものと解せられる（平成18年判決参照）」。

問題は、この「良好な景観の恵沢を享受する利益（景観利益）」が土地所有権としての歴史的文化的景観権であるか、(5)国立高景観権訴訟（最終平成18年3月30日）の上告審判決の民法709条の「法律上保護される利益」説であるかである。平成18年判決参照とされていることからみると、「法律上保護される利益」説が妥当であるようにみえる。しかし、本判決は、土地所有権としての歴史的文化的景観権をとっていると考えられるべきである。「法律上保護される利益」説の根拠が、景観法、東京都景観条例、国立市の景観条例の行政（公法）法令に置かれているのに対し、本判決は、以下に見るように、苦の①「美しい景観の価値」と②「歴史的、文化的価値」から「法律上保護に値する利益」を根拠づけているからである。

「 α 1 港からは、①瀬戸内海の穏やかな海とそれに浮かぶ島々を眺望でき、これと港自体の風景、すなわち、弓状になった海岸線、海に突き出た波止、岸壁に設置された雁木、港中央に佇立する常夜燈、高台にある船番所跡と、上記関連事実として認定した古い町並みや歴史的な出来事にゆかりのある建造物等とが相俟って、全体として美しい風景を形成している。②加えて、上記の港湾施設として各遺構や古い町並み及び建造物等は、 α 1 が、長年にわたり港町として栄え、歴史的出来事や幾多の人々の経済的、政治的、文化的な営みの舞台となってきたことを物語るものであることからすれば、上記風景は、美しい景観としての価値にとどまらず、全体として、歴史的、文化的価値をも有するものといえる（以

下、この全体としての景観を「 $\alpha 1$ の景観」という。）。そして、③この $\alpha 1$ の景観がこれに近接する地域に住む人々の豊かな生活環境を構成していることは明らかであるから、このような客観的な価値を有する良好な $\alpha 1$ の景観に近接する地域内に居住し、その恵沢を日常的に享受している者の景観利益は、私法上の法律関係において、法律上保護に値するものというべきである（①～③筆者挿入）」。

次に本判決は、景観利益を「法律上保護される利益」として根拠づけた行政法規を差止訴訟の原告適格の判断する根拠法規の関連法規として位置づけているのである。本判決は、処分の相手方以外に原告適格を拡大する解釈基準として、行訴法9条2項（同37条の4第3項4項により準用）の当該法令と目的を共通にする関係法令があるときはその趣旨及び目的をも参酌し、当該処分がその根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容及び性質並びにこれが害される態様及び程度をも勘案して判断しているのである。

「公水法及びその関連法規の諸規定及び解釈のほか、前示の本件埋立及びこれに伴う架橋によって侵害される $\alpha 1$ の景観の価値及び回復困難性といった被侵害利益の性質並びにその侵害の程度をも総合勘案すると、公水法及びその関連法規は、法的保護に値する、 $\alpha 1$ の景観を享受する利益をも個別的利益として保護する趣旨を含むものと解するのが相当である。したがって、原告らのうち上記景観利益を有すると認められる者は、本件埋立免許の差止めを求めるについて、行訴法所定の法律上の利益を有する者であるといえる」。本件判決と前述(5)国立景観訴訟との違いに留意すべきである。その違いが、差止を成否の違いとなって表れていると思われる。

第2に、裁量権の論点に関しては、前提として裁量権があるかどうかを判断する。「公水法4条1項1号は、広島県知事が本件埋立免許をするについて、それが「国土利用上適正且合理的」であることを要件として

いる。これは羈束裁量行為といえるものであるから、公水法は、本件埋立免許が上記要件に適合しているか否かの判断について、広島県知事に対し、政策的な判断からの裁量権を付与しているものと解される」。

そして、第1段の「国土利用上適正且合理的」かの判断方法としての比較衡量論とその一方の利益である喪失利益に公共の利益が含まれているかに関して、「広島県知事は、本件埋立免許が『国土利用上適正且合理的』であるか否かを判断するに当たっては、本件埋立及びこれに伴う架橋を含む本件事業が α 1の景観に及ぼす影響と、本件埋立及びこれに伴う架橋を含む本件事業の必要性及び公共性の高さを比較衡量の上、瀬戸内海の良い景観をできるだけ保全するという瀬戸内法の趣旨を踏まえつつ、合理的に判断すべきであり、その判断が不合理であるといえる場合には、本件埋立免許をすることは、裁量権を逸脱した違法な行為に当たるといふべきである」と判示。公共の利益は「 α 1の景観に及ぼす影響」に内包している。

第2段の、その公共の利益に関して、「 α 1の景観の価値は」、「私法上保護されるべき利益であるだけでなく、瀬戸内海における美的景観を構成するものとして、また、文化的、歴史的価値を有する景観として、いわば国民の財産ともいふべき公益である。しかも、本件事業が完成した後これを復元することはまず不可能となる性質のものである」。

そして、第3段として、裁量過程統制型審査をとっているかに関しては、第2段で述べた「 α 1の景観の価値」「にかんがみれば、本件埋立及びこれに伴う架橋を含む本件事業が α 1の景観に及ぼす影響は、決して軽視できない重大なものであり、瀬戸内法等が公益として保護しようとしている景観を侵害するものといえるから、これについての政策判断は慎重になされるべきであり、その拠り所とした調査及び検討が不十分なものあり、また、その判断内容が不合理なものである場合には、本件埋立免許は、合理性を欠くものとして、行訴法37条の4第5項にいう裁量

権の範囲を超えた場合に当たるといふべきである。」

第7節 公有水面埋立法と土地所有権

第1款 序

それでは、埋立法において、土地所有権がどのように位置づけられているか、つまり、土地所有権取得の仕組みとしての埋立法を確認することにしよう。このことは、知事承認の法的性質論における土地所有権取得権説の理論構成の一環でもある。なぜならば、土地所有権取得権説は、知事の承認が特定埋立地の土地所有権を取得させる権利を設定する行政処分であり、その承認の際に、埋立地の用途つまり土地所有権の内容である土地利用権の行使を地域計画・開発の観点からイメージしているからである。

このイメージを理論的に知事の承認の法的性質論である土地所有権取得権説と土地所有権を関連させると、次のようになる。土地所有権とは、①特定人が、②特定地を、③法令の制限内において自由に利用および処分する権利である。土地所有権取得権説は、①埋立て工事の実施主体である国に対して、②特定の公有水面を埋立てて土地を造成し、③竣功通知の日において当該実施主体に埋立地の用途制限された土地所有権を取得させる権利を設定する行為とする理論である。したがって、土地所有権レベルでみると、①は土地所有権の主体としての特定人、②土地所有権の客体としての特定埋立地、③は土地所有権の行使としての土地所有権の内容で利用及び処分の具体化であるから、知事の承認の趣旨・目的は、③の土地所有権の内容の土地利用の用途つまり土地の用途にあると考えることができる。なぜならば、知事の承認による埋立の土地の造成は、地域形成計画の一環であるからである。

土地所有権は①特定人が②特定地を③法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である。この土地所有権を取得させる権利を設定す

るのが知事の承認・免許であるとすれば、埋立法は、その土地所有権取得させる権利の実体的及び手続的な仕組みということになる。

第2款 公有水面埋立法にみる土地所有権の要素組入れの概観

土地所有権の構成要素である①主体としての特定人、②客体としての特定地、③内容としての利用及び処分に関連する規定は次のとおりである。条文の順にみていくと、次の10点である。

- (1) 免許・承認出願書の内容（2条2項）＝申請時に土地所有権の要素①②③を1号乃至3号で明示。
- (2) 免許・承認出願書の公衆への告示・縦覧及び地元市町村長の意見の聴取（3条）＝土地所有権の要素①②③の告示。
- (3) 知事の免許・承認の判断基準（4条1条）の判断要素＝③埋立地の用途が1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」、3号の「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港湾局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」及び4号の「埋立地ノ用途ノ判断要素」。
- (4) 免許・承認の告示（11条）＝土地所有権の要素①②③を告示。
- (5) 免許・承認申請者の埋立地の用途の変更の許可・認可（13条ノ2）＝埋立工事進行過程での③「埋立地の用途」の変更の場合に知事の認可（承認）の必要。告示に土地所有権の要素①②③を要求。
- (6) 被免許権者の埋立権の譲渡の許可（認可）（16条）＝土地所有権（①②③）取得の期待権。
- (7) 埋立地の特定地としての認定（22条）＝土地所有権の要素②特定地の認定。
- (8) 土地所有権の取得（24条）＝土地所有権の要素①特定人②埋立地（特定地）③埋立地の用途。
- (9) 土地所有権取得後の土地所有権の移転又は設定の許可（27条）＝土

地所有権の①特定人の変更で②特定地と③土地の用途は同じ。

- (10) 土地所有権取得後の土地の用途の変更の許可（29条）＝取得した土地所有権の①特定人、②特定地は同じ、③土地の用途の変更。

第3款 公有水面埋立法と土地所有権

(1) 免許・承認出願書の内容

第1に、土地所有権取得手続きの入り口として、埋立法2条2項において、免許申請者の免許出願書の内容が土地所有権の取得を想定したものとなっている、①土地所有権の主体としての特定人は、1号で「氏名又ハ名称及住所並法人ニ在リテハ其ノ代表者ノ氏名及住所」、②土地所有権の客体としての特定地は、2号で「埋立区域及埋立ニ関スル工事ノ施行区域」、そして、④土地所有権の内容である利用は、3号で、「埋立地ノ用途」として、出願事項となっている。ここで注意すべきことは「埋立地ノ用途」として「用途」となっていることである。「用途」とは、使い道であるので、土地の使用目的の特定土地の利用の仕方、例えば、都市計画法で言えば、用途地域としての居住地、商業地、工業地等である。何に埋立地を使うかが明示される必要があるのである。つまり土地所有権一般の取得ではなく、埋立地の用途として土地利用規制の制限された土地所有権を入口から示しているのである。埋立地の用途が出願事項つまり埋立事業計画の要素であるということは、埋立事業計画が地域形成計画の一環であることを象徴的に示しているのである。

出願事項が1号から5号あるなかで、土地所有権の要素が1号、2号、3号となっている。この出願事項の基本事項であることを含意している。そして、国による埋立に対しては免許ではなく知事の承認とするのが埋立法42条1項であるが、その3項で、免許の出願事項である法2条2項が準用されている。これは、国、国以外も、土地所有権取得の場面では同じ地位にあること意味するからである。つまり、国も土地所有権を取

得するのである。山口・住田説は、この規定を想定して、定義したと思われる。

(2) 免許・承認出願書の公衆への告示・縦覧及び地元市町村長の意見の聴取。

第2は、土地造成による埋立地は、知事による地域形成計画において、土地利用規制である「埋立地の用途」は、大きな関心事、影響事となるので、法3条は、埋立の免許の出願があったときは、知事は、第1でみた2条「第2項各号ニ掲グル事項ヲ記載シタル書面及関係図書ヲ其ノ告示ノ日ヨリ起算シ三週間公衆ノ縦覧ニ供シ且期限ヲ定メテ地元市町村長ノ意見ヲ徴スベシ」と規定する。そして、国による埋立ての規定である法42条3項は、この法3条も準用しているのである。知事の承認による国の土地所有権取得（国有地）も、免許による民間の土地所有権取得（私有地）も、埋立地の用途の場面では、地域形成計画においては区別する意味がないからである。

(3) 知事の免許・承認の判断基準

第3に、知事の免許・承認の判断基準として、法4条は、埋立地の用途を重要な基準としていることである。まず、1号において、「国土利用上適正且合理的ナルコト」の裁量を含む判断基準をあげる。埋立地の用途が「国土利用上適正且合理的」であるかを、知事が判断するものとして、その知事の免許・承認の第1の判断基準としたものである。この判断で重要なことは、国土利用が、①公有水面を埋立てて埋立地として利用すること、②その埋立地の用途としての国土利用の用途の二つの側面があり、国土利用上は、どの側面を意味しているのかが重要なポイントとなる。もし、①だけだと、埋立地の用途は排除され、知事の免許・承認の対象及び範囲は埋立てて土地造成して埋立地する過程までとなり、埋立法は文字通り「埋立てに関する法律」となるからである。埋立地の用途つまり工業地等の造成が免許・承認の目的であると埋立ては地域形

成計画の一環ということになる。土地利用規制による用途地域として、その区域の時空の利用規制を意味し、その時空の利用規制は埋立地の時空の利用規制であり、それは工場等の建物の用途の規制を意味するからである。まさに埋立法は「土地利用に関する法律」となるのである。埋立地の用途を「国土利用上適正且合理」性の判断要素としないことは、埋立法を「埋立てに関する法律」であって「土地利用に関する法律」ではないとする理論の必然的な結果である。ところが、本稿で考察されているように埋立法は徹頭徹尾「埋立地ノ用途」を軸として構成されているのである。それは、埋立法が農地、工業地等の産業地を供給するものとして制定されたからである。そして、現段階でも、1974年の1974（昭和49）年6月1日、運輸省港湾局長及び建設省河川局長通達は、次のように、1号の判断基準として「埋立地の用途」をその判断要素と明示しているのである。

「①埋立てそのもの及び②埋立地の用途が国土利用上適正且つ合理的であるかどうかにつき慎重に審査すること。（①②筆者挿入）」

②埋立地の用途が「国土利用」の観点から「適正且合理的」であるかの判断は、当該埋立地を含む地域形成計画の権限と責任をもつ知事の判断がより適正且合理的に判断できるからである。特に、中央集権体制と異なって、地方自治の原理の憲法の下上では、地域形成計画（土地利用計画、公共施設の整備計画、及び環境の保全計画）の政策決定は、第一次的には、政府より知事にあるべきという地方自治の原理の埋立法への現れといえよう。したがって、3号、次のように具体化されているのである。「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港湾局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」と規定されている。この3号に規定は、1号の判断基準・裁量が具体化されたものといえよう。したがって、3号規定に違反しているかは要件該当性レベルでの判断を基本とするが、1号規定は、知事の羈束裁量の問題となり、

裁量権の逸脱・濫用による違法性判断が裁量過程の司法統制の場面となる。そして、知事の承認規定である42条3項は、この法4条を準用しているのである。地域の埋立地による地域形成は、知事に第一次判断権を与えていることを意味する。なお、1号の「国土」は、公有水面及び底地と埋立地であることに注すべきである。国土が公有水面の底地から土地造成して、免許出願項目の3号に土地所有権の内容である「埋立地ノ用途」のために埋立てるのであり、その埋立地が、4条3号の「埋立地ノ用途が土地利用又ハ環境保全ニ関スル・・・」となるのである。さらに、公有水面の底地に国土を限定するのであれば、次に述べる第1に、工事途中の埋立地の用途の変更に知事の許可・認可（13条ノ2）、第2に、竣工申請の許可（認可）の段階で「埋立地ノ用途」の事項が記載された書面等（第2条2項1号乃至3号）写しが、市町村長に送付されること（埋立法22条2項）、第3に、竣工申請認可通知後に土地所有権を取得した後に前述の出願時の「埋立地ノ用途」（11条）、工事中の「用途変更」の告示（13条ノ2第2項）の「用途ト異ル用途」とする場合に知事の認可の必要はないからである。「埋立地ノ用途」という土地所有権の内容の本体をなす要素でしかも利用目的が特定していることは、出願時の申請承認、工事進行中の用途の変更の許可（認可）、竣工申請の許可（認可）、土地所有権取得後の用途の変更の認可が必要要件となっているのである。これは、「埋立地ノ用途」が知事の免許・承認の本質的要素だからである。さらに、土地所有権の構成要素である①主体、②客体、③内容が、3点セットとなっていることは、知事の承認が埋立事業者に土地所有権を取得させることに目的があり、その「埋立地ノ用途」で制限された土地所有権により、地域形成をするものといえよう。

(4) 免許・承認の告示＝土地所有権の要素①②③を告示。

「都道府県知事埋立ヲ免許シタルトキハ其ノ免許ノ日及第2条第2項第1号乃至第3号ニ掲グル事項ヲ告示スヘシ」。告示ニ掲グル事項は「免許

ノ日」と「第2条第2項第1号乃至第3号」で、これは、土地所有権の主体、客体及び内容を規定したものであった。つまり、①土地所有権の主体としての特定人は1号で、「氏名又ハ名称及住所並法人ニ在リテは其ノ代表者ノ氏名及住所」として、②土地所有権の客体としての特定地は2号で、「埋立区域及埋立二関スル工事ノ施行区域」として、そして、④土地所有権の内容である利用は3号で、「埋立地ノ用途」として、出願事項となっている。この土地所有権の主体、客体及び内容は、まず第1段階は出願事項として（第2条2項1号乃至3号）、第2段階は免許・承認出願書の公衆への告示・縦覧及び地元市町村長の意見の聴取（3条1項）である。第3段階は本条（第11条）の免許の告示、第4段階は、国が埋立てする場合に承認申請の出願事項（法42条3項）、そして、第5段階は、私人の免許及び国の承認を法定受託事務としていることである（51条1号）。

（5）免許・承認申請者の埋立地の用途の変更の許可

第5は、埋立法13条ノ2は、「埋立地ノ用途」の変更を知事の許可を要するとする。埋立地の用途は、知事の免許・承認の本質的要素だからである。埋立地の用途を地域形成計画のなかで適正且つ合理的と判断するから免許・承認するのである。埋立地の用途の変更以外にも、知事の許可（認可）・承認を必要としており、知事の関与の深さを示しており、国以外の場合だけでなく国による埋立てを含んでいることは、知事の独自の権限を示していることにもなる。なぜなら、法42条3項は、この13条ノ2の規定を準用しているからである。

同法13条ノ2の1項をみると、知事は、以下の①②③④の事務の免許・承認に関して「都道府県知事正当ノ事由アリト認ムルトキハ免許ヲ為シタル埋立二関シ①埋立区域ノ縮小、②埋立地ノ用途若クハ③設計ノ概要ノ変更又ハ前条ノ④期間ノ伸長ヲ許可スルコトヲ得」と規定する。その第2項は、②埋立地の用途の変更の免許・承認に関しては、「第三条、第

四条第一項及第二項並第十一条」の三つの規定を準用している。第1の準用は埋立法3条であるが、2条2項の①出願者の氏名等又は住所等、②埋立区域等、③埋立地の用途等の出願事項の書面等を公衆に縦覧し、地元市町村長の意見を聴取すべきとする規定を準用するものである。第2の準用は第4条であるが、1項は、免許・承認の判断基準であるが①国土利用上の適正且つ合理性、②その埋立てが環境保全及び災害防止十分について配慮したものであること、③埋立地の用途が土地利用又は環境保全に関する国又は地方公共団体（港務局を含む）の法律に基づく計画に違反しないこと、等である。そして、第3の準用は第11条であるが、この規定の準用は②埋立地の用途の変更の場合だけであるが、その11条は、前述の第2条2項の1号乃至3号、つまり①出願者の氏名等又は住所等、②埋立区域等、③埋立地の用途及び免許日の事項を告示すべきとする規定である。すなわち、埋立法11条は、「都道府県知事埋立ヲ免許シタルトキハ其ノ免許ノ日及第二条第二項第一号乃至第三号ニ掲グル事項ヲ告示スヘシ」と規定する。この、第11条の規定は、国による埋立の承認の規定である第42条3項で準用されている規定である。

以上の規定は、知事の埋立の免許・承認の判断基準が申請に対する判断だけでなく埋立工事の進行過程にも及んでいることを意味し、知事の国に対する独自の判断権を含意しているのである。また、知事の免許・申請が、埋立事業者に土地所有権の取得を設定することを射程にいった行政判断であることを意味する。なぜなら、土地所有権の基本要素である①特定人、②特定地及び③特定地の利用目的（埋立地の用途）を想定しての申請の免許・承認、埋立地の用途の変更に対する知事の免許・承認であるからである。

(6) 被免許権者の埋立権の譲渡の許可（認可）

埋立ての土地造成の過程に埋立工事者を変更するのは、埋立地の工事竣功認の告示によって土地所有権を取得する土地所有権の主体が変更す

ることになるので、埋立工事者の変更には、知事の許可（認可）を受けさせることで、知事の関与を示すことになるのである。埋立工事竣工認可告示により土地所有権を取得する期待権をもつ埋立工事の権利を「埋立テ為ス権利」として構成し、その埋立権の譲渡を知事の許可（認可）にかからしめたのである。埋立てによる土地造成が埋立権として観念的な権利として譲渡の価値を持つのは土地所有権の取得の価値をもつからである。その埋立権の譲渡は、将来の土地所有権の権利主体の変更になるので、知事は、その権利主体の変更には関心をもつことになる。現実には、埋立工事をした者に土地所有権を取得させようとするものである。かくして、埋立法16条は、「埋立ノ免許ヲ受ケタル者ハ都道府県知事ノ許可ヲ受クルニ非サレハ埋立ヲ為ス権利ヲ他人ニ譲渡スルコトヲ得ス」と規定する。以上から、埋立権とは、埋立の被免許権者の特定の公有水面を埋立てて、土地造成する権利ということになる。この埋立権は、土地所有権取得の過程において、土地所有権の構成要素である特定地の造成権であり、その特定地の土地造成権を譲渡することは、将来における土地所有権の主体的側面での構成要素である特定人の変更を意味するので、特定の公有水面の埋立てによる土地造成権の譲渡に知事の認可を求めたのである。

したがって、国による埋立てによる土地造成の場合には、特定の公有水面の埋立てによる土地造成の権利である埋立権の譲渡は考えられないので、国による埋立の知事の承認の場合には、この16条は準用されないことになる。なぜなら、埋立権の最終的に取得する土地所有権は、国有地となり、国有財産法の規制を受け、国は自由に土地所有権（国有地）を譲渡できないからである。土地所有権は法令の制限内において自由に処分できるのであり、特定人が国である国有地の場合には、国有財産法という法令の制限内にあるのである。国による埋立地は国有財産になり、国有財産法18条で制限されており、埋立権の譲渡は自由でないので、知

事の認可のチェックは受ける必要がないのである。公有水面が国に属するから、埋立は、国の権利行使であり、知事の認可を受ける必要がないのではなく、被承認者の国は埋立権の譲渡が自由でないからである。

(7) 埋立地の特定地としての認定

埋立地を特定地として認定する段階は、以下の4段階がある。

第1段階は、埋立工事竣工の認可申請であり、特定の公有水面から埋立てによる土地造成され竣工した埋立地が、土地所有権の客体たる特定地として適当であるかの知事による判断を覗うものである。埋立法22条1項は、「埋立ノ免許ヲ受ケタル者埋立ニ関スル工事竣工シタルトキハ遅滞ナク都道府県知事ニ竣認可功ヲ申請スヘシ」と規定する。

第2段階は、竣工認可申請に対する認可とその告示である。埋立法22条2項は、「都道府県知事前項ノ竣工認可ヲ為シタルトキハ遅滞無ク其ノ旨ヲ告示シ」と規定する。

第3段階は、第2段階の竣工認可申請に対する認可とその告示とともに、土地所有権の内容である①特定人、②特定地、③内容（埋立地の用途）の事項が記載された書面等（第2条2項1号乃至3号）写しが、市町村長に送付される。埋立法22条2項は、都道府県知事は、竣工認可ヲ「告示シ且地元市町村長ニ」、第11条又は第13条ノ2第2項の「規定ニ依リ告示シタル事項及免許条件ヲ記載シタル書面並関係図書ノ写ヲ送付スベシ」と規定する。

最後に第4段階は、それらの土地所有権の内容を記した図書等を、竣工認可の告示日より10年を経過するまで、関係者の請求があるときには閲覧できるように、市町村の事務所に備え置く段階である。埋立法22条3項は、「市町村長ハ前項ノ告示ノ日ヨリ起算シテ十年ヲ経過スル日マデ同項ノ図書ヲ其ノ市町村ノ事務所ニ備置キ関係人ノ請求アリタルトキハ之ヲ閲覧セシムヘシ」と規定する。

(8) 土地所有権の取得＝土地所有権の要素①特定人②埋立地（特定地）

③埋立地の用途。

土地所有権取得権説では重要な土地所有権取得の段階で、その取得は、埋立工事竣功の認可の告示の日とするのである。埋立法24条は、埋立法22条2項の竣功認可の「告示アリタルトキハ埋立ノ免許ヲ受ケタル者ハ其ノ告示ノ日ニ於テ埋立地ノ所有権ヲ取得ス」と規定する。

これらの土地所有権の特定地の認定、土地所有権の公示は、国以外の土地所有権である。つまり、免許による土地所有権取得権説の公示である。国による埋立の承認による土地所有権は公示の必要がないからである。したがって、この土地所有権の公示を内容とする埋立法22条は、国による埋立権による土地所有権取得権である知事の承認には適用されないで、法42条3項では準用されないものである。国有地は、国有財産法で規制されているので、基本的には、土地取引社会における土地所有権の公示は必要ないからである。埋立法22条、24条は、埋立法の仕組みが土地所有権取得のシステムであることを象徴しているといえよう。

(9) 土地所有権取得後の土地所有権の移転又は設定の許可

埋立地の土地所有権は処分の自由が制限される。土地所有権は①特定人（埋立事業者）は②特定地（当該埋立地）を③法令の制限内において（埋立法27条）自由に処分する権利である。埋立地の土地所有権の移転又は設定は、知事の地域形成の観点からの許可にかかることになり、その埋立基準が設定されることになる。そして、その許可の基準の本体は、承認、許可された埋立地の用途が実行されるかどうかにある。埋立27条1項は土地所有権の移転又は設定の許可除外の当事者を規定し、第2項は、土地所有権の移転又は設定を許可する場合の判断基準を示している。

まず、第1項は、「第22条第2項（竣功申請認可）ノ告示ノ日より起算シ10年間ハ24条第1項（竣功申請認可の告示日に土地所有権取得）ノ規定ニ依リ埋立地ノ所有権ヲ取得シタル者又ハ其ノ一般承継人当該埋立地

ニ付所有権ヲ移転シ又ハ地上権、質権、使用貸借ニ依ル権利若ハ賃貸借其ノ他ノ使用及ビ収益ヲ目的トスル権利ヲ設定セムトスルトキハ当該移転又ハ設定ノ当事者ハ国土交通省令ノ定ムル所ニ依リ都道府県知事ノ許可ヲ受クベシ但シ左ノ各号ノ一ニ該当スルトキハ此ノ限リニ在ラズ」

但し書きの知事の認可を必要としないのは、次の３件である。

まず、第１は、「一 権利ヲ取得スル者が国又ハ公共団体ナルトキ」である。この場合は、竣工通知により国有財産、公有財産となり、国有財産法、その他の法令により「公用」「公共のために」と規定をうけるからである。

第２は、「二 滞納処分、強制執行、担保権ノ実行トシテノ競売（其ノ例ニ依ル競売ヲ含ム）又ハ企業担保権ノ実行ニ依リ権利ガ移転スルトキ」

このように担保権の実行の場合に知事の許可を必要としないのは、土地所有権を内容の側面で利用としての使用価値と処分としての交換価値の顕在化を区別した場合、知事の埋立の免許・承認の目的である地域形成の土地利用つまり使用価値は維持されるからである。担保権の実行は、土地所有権は第三取得者に移転するのであるが、この第三取得者は、土地所有権の使用価値の側面の利用つまり埋立地の用途は維持しなければならない。つまり、知事により免許・承認・認可された埋立地の用途どおりに利用しなければ、第三取得者（競落人）となれない。なぜなら、本条第２項５号において、「権利ノ移転又ハ設定ノ相手方ガ埋立地ヲ第11条（免許・承認の日、及び土地所有権の構成要素である①特定人（免許願書の氏名等）、②特定地（特定の埋立区域等）、③利用（埋立地の用途）の事項の告示又ハ第13条ノ２第２項（前記11条の土地所有権の構成要素の事項の告示の準用）ノ規定ニ依リ告示シタル用途ニ従ヒ自ラ利用スト認メラルコト」と規定するからである。さらに、告示された埋立地の用途が、権利の移転又は設定の際に、当事者に明確に認識されるべきとして、省令第13条２項は、埋立地に関する権利の移転又は設定の許可の申

請書には次の図書を添付すべきとするのである。

- 「一 権利の移転又は設定に係る埋立地の空域を表示した図面
- 二 権利の移転又は設定の契約書の写し
- 三 権利に移転又は設定に係る埋立地の用途及び計画利用の概要を表示した図面」

そして、埋立法27条第2項1号は、次のように規定しているのである。内容的にも手続的にも、埋立地に用途を許可基準の基本に据えているのである。以下、許可基準を全て述べることにする。

- 「一 申請手続が前項ノ国土交通省令ニ違背セザルコト
- 二 第2条第3項第4号ノ埋立以外ノ埋立ヲ為シタル者又ハ其ノ一般承継人ニ在リテハ権利ノ移転又ハ設定付已ムコトヲ得ザル事由アルコト
- 三 権利ヲ移転シ又ハ設定セシムル者が其ノ移転又ハ設定ニ依リ不当ノ受益セザルコト
- 四 権利ノ移転又ハ設定ノ相手方ノ選考方法が適正ナルコト」

そして、前述の

- 「五 権利ノ移転又ハ設定ノ相手方が埋立地ヲ第11条（免許・承認の日、及び土地の構成要素である①特定人（免許願書の氏名等）、②特定地（特定の埋立区域等）、③使用収益（埋立地の用途）の事項の告示）又ハ第13条ノ2第2項（前記11条の土地所有権の構成要素の事項の告示の準用）ノ規定ニ依リ告示シタル用途ニ従ヒ自ラ利用スト認メラルコト」と規定するのである。

本27条は、土地所有権の移転又は設定において、土地所有権の内容の本体である利用すなわち「埋立地の用途」を免許・承認時、埋立工事中、及び土地所有権取得後も維持しているのである。

また、以上のことは、土地所有権者以外の他者が土地利用権をもつ、埋立地の地上権者・質権者・使用権者・賃借権者は、自由な土地利用で

はなく、免許・承認・許可された埋立地の用途に従うこと条件とした土地利用権の取得ということになるのである。知事の埋立の免許・承認は、知事により地域形成のための土地所有権であり、したがって、地域形成の土地利用計画の一環であるということになる。この意味が、埋立地の土地所有権の移転又は設定の側面で現れたということである。

(10) 土地所有権取得後の埋立地の用途の変更の許可（認可）

第29条は、土地所有権取得後の用途の変更に関して、知事の許可を必要としている。「第24条第1項ノ規定ニ依リ埋立地ノ所有権ヲ取得シタル者又ハ其ノ一般承継人ハ第22条第2項ノ告示ノ日ヨリ起算シ10年内ニ埋立地ヲ第11条又ハ第13条ノ2第2項ノ規定ニ依リ告示シタル用途ト異ル用途ニ供セシムトスルトキハ国土交通省令ノ定ムル所ニ依リ都道府県知事ノ許可ヲ受クヘシ但シ公用又ハ公共ノ用ニ供セシムトキハ此ノ限リニ在ラズ」と規定する。そして、この許可（認可）基準を2項で次のように定めるのである。

- 「1 申請手續ガ前項国土交通省令ニ違反セザルコト
- 2 埋立地ヲ第11条又ハ第13条ノ2第2項ノ規定ニ依リ告示シタル用途ニ供セザルコトニ付已ムコト得事由アルコト
- 3 埋立地ノ利用上適正且合理的ナルコト
- 4 供セシムトスル用に土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」

第1号の省令第14条2項は、埋立地の用途変更の許可の申請に関して、「前項の申請書には、用途変更に係る埋立地の用途及び利用計画の概要を表示した図面を添付しなければならない。」と規定する。

埋立ての免許・承認基準であった法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的であること」が29条の3号に、2号は埋立が完成しているので不要となり、3号は同じ内容で29条4号に、そして、省令14条2項で、「用途変更に係る埋立地の用途及び利用計画の概要を表示した図面を添

付」すべきとされ、免許申請時の願書の記載事項を定める埋立法2条2項の3号4号と同じ事項となっている。そして、規則14条2項が加わり、免許の基準は厳しくなっているのである。ここに、知事の埋立の免許・承認の本質的要素が「埋立地ノ用途」にあり、埋立地を地域で利用する権利である土地所有権を取得させることが目的であることが確認できる。埋立地の土地所有権による土地利用は、埋立地の上下の時空の排他的支配が原則であるので、事業地の土地所有権の前に環境保全が考慮されることになるのである。

なお、国による埋立の承認には、この土地所有権取得後の埋立地の用途変更の許可は、42条3項で準用されていない。これは、法29条1項但し書きで、「但シ公用又ハ公共ノ用ニ供セシムトキハ此ノ限りニ在ラズ」と規定されているからである。国による埋立地は竣功通知により土地所有権は国のものとなり国有地となる。国有地利用は国土利用計画の規定をうけて、公有又は公共用地と計画されているからである。また、国土利用計画は、都道府県レベルでは知事が作成する都道府県計画に基づいて土地利用基本計画が作成され、地域の国有地の利用は、この土地利用計画に規定されたものとなり、知事の認可の判断が内包しているともいえるからである。

以上から埋立法は、土地所有権の取得を目的として、しかも埋立地の用途を基軸として、埋立の出願段階、免許・承認基準、免許・承認の告示、埋立地の用途の変更、土地所有権取得後の埋立地の用途の変更の各段階の背景となっているのである。土地（埋立地）の用途は土地所有権の内容である。自由な土地利用が規制されたものであり、土地所有権の制限である。

第8節 沖縄米軍基地と土地所有権

第1款 序

土地所有権の制限は公共性を根拠とするものである。しかし土地所有権の公共性が土地収用法で問題となる。土地所有権の公共性は、土地所有権の客体である特定地上の時空の利用に由来し、その時空が公共時空であったからである。

沖縄の米軍基地と土地所有権は、米軍用地の231km²の3割75km²が民有地であるため、米軍用地の強制使用の問題が生じる。しかも、民有地の地主が4万4236人であるため問題となる。この問題が沖縄県知事の代理署名拒否を契機としたのが「沖縄県米軍用地強制使用事件」(第2款)である。次に米軍基地建設のために公共水面を埋め立てて、米軍基地として提供する問題が、「沖縄県知事の埋立て承認の法的問題」(第3款)である。前者は米軍基地に提供するための土地所有権の制限であり、後者は米軍基地に提供するための先取りした土地所有権の制限である。

第2款 沖縄県米軍用地強制使用事件(最大判平成8年8月28日民集50巻7号1952頁)

1 本件訴訟の意義

本件は、職務執行命令訴訟とも言われるように、請求の内容は、内閣総理大臣が、沖縄県知事に対して、地方自治法151条の2第3項に基づく職務執行命令裁判請求である。事件の内容は、駐留軍用地特措法に基づく使用認定の手続きの過程で、使用認定された土地の所有者が土地調書及び物件調書の署名押印を拒否し、さらに知事も代理署名を拒否したので、代理署名は機関委任事務であるため、国が知事に代理署名をすべきとする職務執行命令訴訟である。沖縄県知事の代理署名拒否の理由は次の通りである。

「米軍基地は沖縄における諸悪の根源といわれてきたが、その維持・存

続は、沖縄県民への犠牲と他国民への加害の役割と立場を、沖縄県と沖縄県民に強要することである。このようなことが過去50年に引続き、さらに将来にわたって存続させられることは、沖縄県民には耐えがたいことであり、県民の代表たる知事にとっても到底許容できるものではない。

沖縄県知事は代理署名という機関委任事務の拒否の理由を、米軍基地の維持・存続を「県民の代表たる知事にとっても到底許容できるものではない」として、沖縄の50年の米軍基地の歴史の是非の判断を裁判所に求めたのである。その主張の根拠を日本国憲法に求めるのである。

「財産権の保障や法の下の平等を含む基本的人権尊重主義、平和的生存権を中核にもつ平和主義、地方自治の本旨を強調する民主主義の原理などを基本原則に掲げる日本国憲法」にである。つまり、知事の代理署名拒否は日本国憲法に基づいているということである。従って、知事側の反論は、沖縄の米軍基地の現実が憲法に違反していることに集中する。

しかし、最高裁は、沖縄県側が反論として主張している「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」では、職務執行命令訴訟という裁判の場では、代理署名拒否の理由にはならないと判断する。知事が代理署名を拒否できるのは、国の使用認定が一見明白に無効な場合であり、本件使用認定は適法になされ、一見明白に無効でないとは判断する。最高裁大法廷は、法的には、これで裁判所としての役割は果たすことになるが、沖縄の50年の米軍基地の維持・存続の問題性に共感したのか、同情したのか、沖縄県側の主張は、国の米軍基地の使用認定の取消訴訟では主張事実になるとし、さらに、その米軍基地の使用認定の判断基準まで提示するのである。

個別使用認定の取消訴訟に沖縄の米軍基地の維持・存続という米軍基地全体が判断対象となるという判断を傍論として判示するのである。言い換えれば、「米軍基地の島」という景観のなかで、在沖米軍基地全体の構成部分として土地使用又は収用認定の取消訴訟における使用認定の違

法性の判断対象となることを意味する。それでは、この画期的な判旨を次にみてみよう。

2 駐留軍用地の使用認定の違法性の判断基準

〔1〕「駐留軍用地特措法による土地等の使用又は収用の認定は、駐留軍の用に供するため土地等を必要とする場合において、当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的であると判断されるときになされるのであるが（同法5条、3条）、右認定に当たっては、

- ① 我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢、駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度、
- ② 当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度、
- ③ 代替すべき土地等の提供の可能性等諸般の事情を総合考慮してなされるべき政治的、外交的判断を要するだけでなく、
- ④ 駐留軍基地にかかわる専門技術的な判断を要することも明らかであるから、
- ⑤ その判断は、被上告人の政策的、技術的な裁量にゆだねられているものというべきである。
- ⑥ 沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である。（①～⑥筆者挿入）」。

〔2〕「仮に、本件各土地に使用認定に取消し得べき瑕疵があるとしても、上告人において署名等代行事務の執行を拒否することは許されないし、被上告人においても、有効な使用認定が存在することを前提として、上告人に対して署名代行事務の執行を命ずるかどうかを決すれば足りると解される。」

〔3〕「結局、本件各土地の使用認定についての瑕疵の有無は、それが重大かつ明白とはいえない限り、自己の権利ないし法的利益を侵害され

た者が提起する取消訴訟において審理判断されるべき事柄であって、これを本件訴訟において審理判断すべきものと解することはできない。」

判旨は、強制使用手続（土地収用手続）過程を、①使用認定（駐留軍用地特措法3条）（事業認定〈土地収用法20条〉）、②土地調書等の署名拒否・知事の代理署名、③公告縦覧の代行、④使用裁決（収用裁決）であるみると、②③に関する「職務執行命令訴訟」では、①が一見明白で無効でない限り（取消し得べき瑕疵があるとしても）知事は代理署名を拒否できないとし（[2]）、取消し得べき瑕疵は「取消訴訟において審理判断すべきもの」[3]とし、沖縄県側の主張する「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題」（[1]⑥）は取消し得べき瑕疵の主張であるとする。そして、①使用認定（事業認定）の取消訴訟における判断基準を示しているのである[1]。以下、使用認定（事業認定）の取消訴訟において、どう判断されるか検討することにする。

3 各判断基準の意義

駐留軍用地の使用認定は「当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的である」とは判断されるときになされる」から、土地の供用（使用）が「適正かつ合理的であるか」の判断となり、その判断基準として、上記①②③が示され、「その判断は、被上告人の政策的、技術的な裁量」であるとするので、この判断の違法性判断は「裁量権の逸脱濫用」場合に限定される。

そして、駐留軍用地の供用（使用）の「適正かつ合理的である」かの判断自体も裁量となるが、この裁量判断は土地収用法20条の事業認定基準の「土地が適正かつ合理的利用に寄与する」と同じであるので、前述の(1)太郎杉事件、(2)二谷風事件が参考になる。そこでは、土地収用の「適正かつ合理的であるか」の判断枠組みは、収用の公共性と被収用地の私的利益及び公的利益が比較衡量されるということである。そして、その

公的利益は何かが論点となり、太郎杉の歴史・文化的価値が認められ、裁量過程統制型審査により判断された。本件も、同じ判断構造となる。③「諸般の事情を総合考慮」される⑤「政策的、技術的な裁量」されるから、その裁量権の逸脱濫用があるかという裁量過程統制型審査となるのである。

本判決は、傍論であるが、土地供用の「適正かつ合理的である」かの判断基準を提示している。①は供用（収用）側の公共性、②は被供用（被収用）側の公共性（公的利益）と考えられ、さらに③として米軍基地の問題であるので代替すべき土地等の可能性も判断基準となるのである。この最高裁の判断基準は、これまでの土地収用のための土地利用が「適正かつ合理的である」かの判断枠組み、判断要素、判断方法において同じだということになる。特に駐留軍であることにより、判断システムには変更はなく、判断基準・対象に米軍基地の供用ということで、それに対応した内容になっている。裁量過程統制型審査の方法をとることについては特殊扱いをしないということである。以下、個別的な判断基準を検討することになるが、その検討の前に、現在の沖縄における米軍基地の現状とその展開を確認することにしよう。

4 沖縄の米軍基地の現状と形成

(1) 沖縄本島の景観—「基地のなかの沖縄」、「基地の島」・沖縄²⁵

土地所有権の公共性の現れとして良好な生活環境を享受する生活環境権と良好な景観を保全及び形成する景観権があり、ここまでその生活環境権と景観権に関する法律及び判決例の展開をみてきた。

土地所有権の公共性は、土地所有権の特定地を、①特定地面、②特定

²⁵ 「県内の基地機能を集約し、耐用年数2百年ともいわれる新たな施設が造られれば、沖縄は半永久的に基地の島となってしまう。沖縄の基地の問題を沖縄の人々だけに任せず、日本全体の問題として考えていくべきだ。」(中日新聞2015・2・12社説)に「基地の島」がでているが、現在、「基地の島」を前提にしている。この社説は辺野古問題の本質を捉えている見解である。

地面上の時空および③特定地面下の時空の3側面に区別すると、①特定地面は自由（排他的）に利用できる。しかしながら、②特定地面上の利用は、一方では、その時空は自然的環境として連続し流動化し各土地所有権が規定・影響関係となるところ、他者の土地所有権の侵襲に対する土地所有権としての生活環境権が成立する。

他方、特定地面上の時空の利用は生活及び生産そのものであり、その生活及び生産の時空を形作る建築物、工作物等が、その生活、生産様式に対応して地域の中で造形、建築される。それが地域の景観となって、立ち現れ、我々は、それをみることができるのである。そして、沖縄の景観は「基地のなかの沖縄」、「基地の島²⁶」なのである。

（2）米軍基地の現状と意義

戦後、70年の沖縄本島の地域の土地所有権の表れとしての景観が「基地の島・沖縄」「基地のなかの沖縄」である。この景観は、上空からみると一目瞭然、わかることである。これを、数字にすると、次のようになる。

この沖縄本島に沖縄県民139万人（2010年）の92%の128万人が住んでいる。沖縄県（面積2276km²）のうち沖縄本島（面積1208km²）の米軍専用施設・区域は、施設32施設、区域228km²（総面積は231km²、施設33施設）で、県土面積に占める割合は、10%で、沖縄本島に占める割合は18%である²⁷。日本の国土面積は37万7900km²で、米軍専用施設は80km²である。全国の米軍専用施設区域は308km²で、0.6%の県土面積の沖縄県に73%の米軍専用施設が集中していることになる。その米軍基地の沖縄と日本本土の面積あたりの負担割合を示すと468倍である。沖縄県民139万人は、沖縄本島では1208km²の土地の上下の時空を利用する土地所有権により生活

²⁶ 沖縄県知事公室基地対策課『沖縄の米軍基地』（2015年3月、以下、沖縄県・『沖縄の米軍基地』と略記する。）1頁は「沖縄は、自由主義陣営の拠点基地『太平洋の要石』と呼ばれるようになった」。

²⁷ 以下の沖縄の米軍基地関係の数字は『沖縄の米軍及び自衛隊基地（統計資料集）』（沖縄県知事公室基地対策課、平成26年3月）による。

及び生産している。そして、その内、沖縄県民の土地所有権は980km²で、米軍基地の土地利用権（土地所有権、土地賃借権）は228km²である。米軍は、228km²の土地面を利用しているが、地面上の時空は沖縄本島全域を飛行訓練で利用しているのである。なお全国の自衛隊施設・区域は2549施設、1086km²で、沖縄の自衛隊施設・区域は39施設、6 km²である。全国に占める沖縄県の比率は、施設で1.5%、区域で0.6%である。

復帰時点と現時点の比較でみると、1972（昭和47）年5月15日現在で87施設、286km²（うち専用施設83で、278km²）、2013（平成25）年3月31日現在で、33施設、231km²（うち専用施設228km²）であり、復帰後の米軍施設・区域の返還状況は、返還施設及び面積で、79施設、57km²（返還後再提供された施設を含む）である。

沖縄の米軍施設・区域の所有形態別面積は、総面積231km²（100%）、国有地80km²（34%）、県有地8 km²（3%）、市町村有地68km²（29%）、民有地75km²（32%）となっている。2012（平成24）年で、この民有地75km²が民間人の土地所有権であり、米軍基地として賃貸し、その年間賃借料が2012（平成24）年度で811億円である。その地主は44、236人である。ちなみに、1972（昭和47）5月の年間賃借料は123億円である。

（3）米軍基地の形成の歴史と展開

沖縄の米軍基地の形成を土地所有権の観点から概観することにする。このことは、「基地の島」の景観の形成過程ということになる。景観は土地所有権の歴史的イメージであるからである。これだけの規模で「基地の島」の景観が存在していることは驚くべきことである。これは、沖縄の社会、経済、文化の歴史的イメージであろう。景観とは「地域の自然・歴史・文化等と生活・経済活動等が『地域の姿』として現れたものであって、その地域の特性を形づくるもの²⁸」だからである。したがって、沖縄の米

²⁸ 安本典夫『都市法概説〔第2版〕』（法律文化社、2013年4月、以下、安本・『都市法概説』と略記する。）149頁。

軍基地の形成を土地所有権の観点から考察することで、沖縄の過去、現在、未来が見えることになる。

70年前の沖縄戦では、両軍及び民間人合わせた地上戦中の戦没者は約20万人と言われる。日本側の死者・行方不明者は188136人で、県外出身日本兵戦死者6万5908人、沖縄県出身軍人・軍属（現地召集を受けた正規兵のほか、防衛隊・鉄血勤皇隊など）2万8228人、戦闘参加者（戦傷病者戦没者遺族等援護法）との関係で日本軍に協力して死亡した準軍属と認定された人数）5万5246人、一般住民3万8754人（推定）である。戦争参加者5万5246人と一般住民3万8754人（推定）の9万4000人が住民犠牲者とされる²⁹。米国側の死者・行方不明者は1万2520人で、負傷者7万2012人であった。しかも、1945年4月1日からの沖縄本島上陸³⁰から始まる戦闘の過程で、これは両軍とも「戦争」（戦争する権利）として、戦闘し、その戦争過程に住民も巻き込まれ、6月22日の司令官の自決その後も戦闘は続く、約3か月の地上戦で、沖縄県民は12万2228人の戦没者となる。戦時下の45万人とも言われる住民は「恐怖と欠乏」の中にあり、12万人余は、「戦没」によって、その「恐怖と欠乏」から免れることになる。

生き残った33万人余は、「恐怖と欠乏」という人間の最悪の体験をしたことになる。生き残った33万人余は、自らの「恐怖と欠乏」とともに、肉親を失うという、「絶望と悲しみ」の淵に入ることになる。さらに、戦場において、負傷する肉体のハンディを負う者も多数である。そして、土地所有権の対象である地面とその建築物は艦砲射撃と地上戦、空爆により、壊滅、灰燼に帰する。人の生活及び生産の場である土地所有権の

²⁹ 沖縄県生活福祉部援護課の援護行政上の犠牲者の推定データ（1989年）。

³⁰ 米軍は沖縄本島上陸に先立ち1945年3月26日慶良間諸島に上陸、29日までに全島を占領した。31日までに日本兵530人戦死・121人が捕虜となり、米兵31人が戦死・81人が負傷したといわれる。

対象の特定地面、特定地上の時空の利用の形であるの建物が壊滅することとは、沖縄住民は、自らは生活及び生産できないということになる。戦争とは、生き残った人には、「恐怖と欠乏」、「絶望と悲しみ」及び「生活と生産の喪失」となるのである。そして、勝利した米軍は、軍事占領の維持・継続のために軍事基地を建設することになる。その軍事基地面積により軍事占領の意味、程度をみることができる。なお、() 内は日本本土の米軍基地面積である。

1945年182km² (455km²、戦前の日本軍全基地面積約3000km²)、1955年162km² (1121km²)、1958年176km² (494km²)、1960年209km² (311km²)、1972年5月1日286km² (163km²)、1975年266km² (88km²)、1980年254km² (79km²)、1985年248km² (82km²)、1990年242km² (82km²)、1995年235km² (79km²)、2000年234km² (79km²)、2005年232km² (80km²)、2009年232km² (81km²)、2012年228km² (80km²) となっている。1945年の米軍の軍事占領から、2015年までの70年間、米軍基地は同規模で推移してきているのである。以下、米軍基地面積の推移を含めて、土地所有権に関係する法令と事件を概観することにする。

(4) 土地所有権関連法と関連事件の展開³¹

〈戦前〉

1943年11月 日本軍、土地接收開始、戦前の日本軍基地3000km²)

〈米軍上陸〉

1945年3月26日 米軍慶良間列島上陸・占領、「ニミッツ布告」発令

- ・ 空母40隻以上、戦艦18隻、駆逐艦200隻、数百隻の輸送船、巡洋艦、補給船、潜水艦、掃海艇、上陸用舟艇など総計戦艦1500隻以上、兵員18万2000人

³¹ 砂川恵伸・安次富哲雄・新垣進「土地法制の変遷」(宮里政玄編『戦後沖縄の政治と法—1945-72年』〈東京大学出版会、1975年3月〉) 469頁以下参照。沖縄県編『沖縄—苦難の時代史』(岩波書店、1996年7月) 51頁以下「沖縄における基地形成史」参照。新崎盛暉『沖縄現代史 (新版)』(岩波書店、2005年12月)「沖縄現代史略年表」参照。沖縄県・『沖縄の米軍基地』1頁以下参照。

1945年4月1日 米軍、沖縄本島上陸、本格的沖縄作戦開始

1945年4月5日 米国海軍軍政府を設置

- ・ 布告第1号「ニミッツ布告」公布し、南西諸島とその周辺海域を占領地域と定め、軍政を施行することを宣言。交戦権（『ヘーグ陸戦法規』）により軍事占領。サンフランシスコ平和条約発効まで米軍用地使用権原の法的根拠）

1945年6月23日 第32軍牛島沖繩司令官自決

6月30日 日本軍の戦死10万7539人、戦死推定13万1303人、捕虜1万740人、保護住民28万4625人³²

1945年10月23日 「旧居住地移住の計画と方針」（米国海軍政府指令29号）
所謂「割当土地制度」の創設である

- ・ 宅地、農耕地等の個人用地と公共建築用地について市町村長や米軍地区体調の権限で必要な土地を割当
- ・ 割当られた者は、無償でその土地を使用する権利を有し、地主は、立退かし、地料の取立できず

1945年10月31日 米軍政府、旧居住地への住民の移動を許可

1945年軍用地・沖縄182km²（日本455km²）

「土地割当制度」の実施

1946年2月28日 「土地所有権関係資料収集に関する件」

（米国海軍政府指令121号）

- ・ 沖縄戦で土地所有権を公証すべき公簿公図等の滅失
- ・ 4年後→1950年5月1日から「土地所有権証明」発行の手続き

1946年4月22日 「沖縄民政府」誕生

（南西諸島米国海軍軍政本部指令第156号）

³² 川平成雄『沖縄 占領下を生き抜く 軍用地・通貨・毒ガス』（吉川弘文館、2012年10月）34・35頁の図表1「1945年3月31日から6月30 日本軍の戦死、捕虜、保護住民」参照。

1950年2月1日 極東軍総司令部、恒久的基地建設の沖縄で開始表明

1950年4月14日 「土地所有権証明」(米国軍政府特別布告36号公布)

- 1951年4月1日付けで交付

1950年6月25日 朝鮮戦争勃発

1950年11月4日 「沖縄群島政府」へ改組(沖縄民政府から)

1950年12月5日 極東総司令、沖縄統治の長期策発表

〈サンフランシスコ平和条約〉

1952年4月1日 行政、立法、司法の機能をもつ「琉球政府」設立

1952年4月28日 サンフランシスコ平和条約発効

- 『ヘーグ陸戦法規』を根拠とする軍用地の使用権原の喪失

1952年11月1日 「契約」(布令第91号)の公布

- 賃貸借契約による既接收地の継続使用を目的

→地主ほとんど応ぜず

1952年12月5日 米軍政府を米国民政府と改称

1953年3月23日 「1950年7月1日から1952年4月27日に至るまで、米国民政府によって使用された、琉球人私有地の賃貸借の契約の締結及び借地料支払の履行期限」(布令第105号)を
発令

1953年4月3日 「土地収用令」(布令第109号)公布

- 本来既接收地の使用権原取得を目的としていたが、平和条約
発効後の軍用地新規接收のみに適用

→以後の「銃剣とブルドーザー」による新規接收

1953年4月11日 米軍、真和志村(現那覇市)銘剣に「土地収用令」を適用

1953年8月18日 読谷村渡具知立ち退き開始

1953年12月5日 「軍用地に於ける不動産の使用に対する補償」(布告第
26号)を公布

- 一方的な「黙契」による賃借権を宣言して既接收地の使用権

原を合法化

1953年12月9日 小禄村(現那覇市)具志に、完全武装した米軍を出動
させ「土地収用令」による強制土地接収

1954年3月17日 米国民政府、軍用地料の「一括払い方針」を発表

1954年4月3日 立法院、「土地を守る4原則」決議

①一括払い反対②適正補償③損害賠償④新規接収反対

1955年3月14日 米軍、伊江島で「土地収用令」による強制土地接収開始

1955年5月23日 軍用地問題沖縄代表団渡米

1955年7月17日 米軍伊佐浜(現宜野湾市)で「土地収用令」による強
制土地接収開始

1955年10月23日 プライス調査団来島

1955年米軍用地・沖縄162km²(日本1121km²)

1956年5月8日 プライス勧告発表

- ・米軍基地の重要性強調、長期保有の必要性を再確認、一括払
いの妥当性を強調、新規の土地接収肯定
→『島ぐるみ闘争』へ

1956年5月20日 「4原則貫徹」全島住民大会

1956年7月28日 那覇高校で「4原則貫徹」県民大会

1956年8月8日 「オフ・リミット」宣告

- ・米軍人・軍属の民間地域への立ち入り禁止
→米兵相手営業の中部地区住民に経済的打撃
- ・琉球大学への援助打ち切り

1957年2月23日 「米合衆国土地収用令」(布令第164号)公布

- ・「限定付土地保有権」を設定して「地価相当額」の一括払い
- ・「限定付土地保有権」の収用宣告書を発し、軍用地料の一括払い
- ・1958年3月末まで、10.15km²新規接収

1958年米軍用地・沖縄176km²(日本494km²)

1959年2月12日 「賃借権の取得について」(布令第20号) 公布

- 軍用地料の一括払い中止
- 「不定期賃借権」と「定期賃借権」←「限定付土地保有権」
- 琉球政府が土地所有者と賃貸借契約を結び、琉球政府は米国政府に対して転貸する
- 『黙認耕作地』制度認める。1970年の全軍用地内の約30%
- 軍用地の取得、地代の評価、支払方法等について制度的確立
- 『島ぐるみ闘争』終結

〈1960年新日米安保条約〉

1960年米軍用地・沖縄176km²→209km²（日本311km²←494km²）

- 新安保に伴い本土の米軍沖縄移転→本土米軍基地激減→沖縄大幅増
- 1965年2月7日 米軍機、北ベトナムへの攻撃開始

〈沖縄返還〉

1972年5月15日 沖縄の施政権返還、沖縄県発足

1972年5月15日 「沖縄における公用地等の暫定使用に関する法律」(公用地法) 制定、米軍用地に適用

1972年米軍用地・沖縄5月15日286km²（本土163km²）

1975年米軍用地・沖縄266km²（本土88km²）

1977年5月18日 「沖縄県の区域内における位置境界不明地域の各筆の土地の位置境界の明確化等に関する特別措置法」(地籍明確化法) 制立

- 附則に「公用地法」5年間延長を付記
- 「公用地法」期限切れ5月15日から18日の4日間

1982年4月1日 「駐留軍用地特措法」の発動

1985年米軍用地・沖縄248km²（本土82km²）

1980年米軍用地・沖縄254km²（本土79km²）

1990年6月26日 那覇防衛施設局、未契約軍用地の強制使用手続き開始

1990年242km²（本土82km²）

1991年5月28日 大田沖縄県知事、未契約米軍用地強制使用の「公告・縦覧代行問題」で、代行業を正式表明

1994年4月24日 嘉手納基地爆音訴訟判決。夜間飛行差し止めは棄却
過去の騒音被害には賠償

〈少女暴行事件〉

1995年9月4日 米兵による少女暴行事件

1995年9月28日 大田知事、米軍用地未契約地主に対する強制使用手続きの代行拒否

1995年米軍用地・沖縄235km²（本土79km²）、

1995年10月21日 少女暴行事件に抗議する県民総決起大会、8万5000人が集まる

1996年4月12日 普天間飛行場の返還で日米政府が合意

1996年4月17日 橋本・クリントン、日米安保共同宣言発表。ガイドラインの見直しに合意

1996年8月28日 大田知事の代理署名訴訟で、最高裁判決、県の敗訴確定

1996年12月2日 普天間代替案として、海上基地案が出される

1997年4月17日 駐留軍用地特別措置法改正成立

1997年12月21日 名護市で、海上ヘリポート基地建設の是非を問う市民投票

1997年12月24日 名護市長、海上ヘリポート受入表明

1998年2月6日 大田知事、海上ヘリポート受け入れ正式に拒否

1998年11月15日 沖縄知事選で、現職の大田知事を破り稲嶺恵一氏当選

1999年5月24日 ガイドライン関連法（周辺事態法）成立

1999年11月22日 稲嶺知事が普天間基地の移転先として、名護市のキャンプシュワブ水域内を発表

1999年12月27日 岸本建男・名護市長が移設受け入れを表明

- ・「普天間飛行場移設政府方針」を閣議決定

2000年7月27日 九州・沖縄サミットの首脳会談、名護市で開催

2000年米軍用地・沖縄234km²（本土79km²）

2001年9月11日 米国で同時多発テロ

2001年12月27日 普天間飛行場移設の代替基地、名護市辺野古のリーフ
（環礁）上案を市長が受け入れ方針決定

2002年2月3日 名護市長選で、現職の岸本市長再選

2005年米軍用地・沖縄232km²（本土80km²）

〈鳩山以後2009年〉

2009年米軍用地・沖縄232km²（本土81km²）

2012年米軍用地・沖縄228km²（本土80km²）

2013年12月27日 仲井間沖縄県知事、辺野古埋立て承認

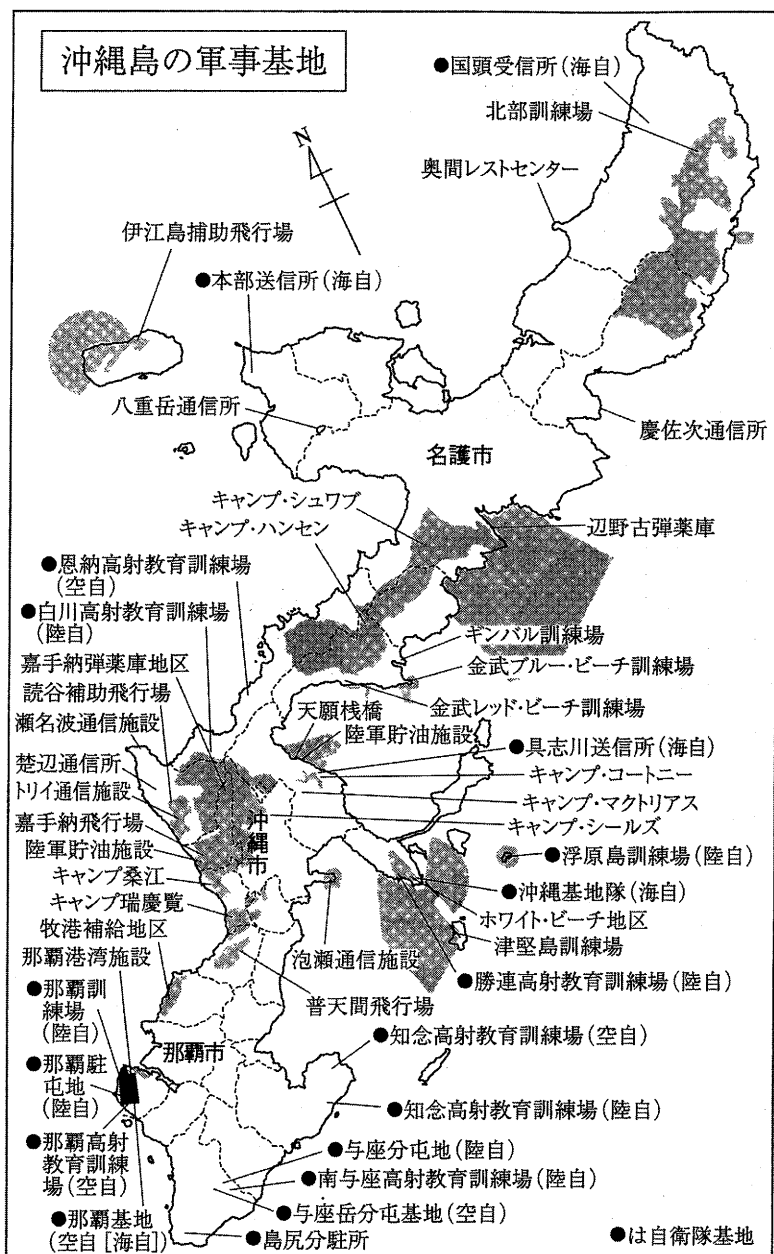
2014年1月15日 知事埋立て承認取消訴訟提訴

2014年1月19日 名護市長選、現職の稲嶺氏再選

2014年11月16日 沖縄県知事選、普天間基地辺野古移設賛成の現職仲井
間氏落選、反対の翁長氏10万票余差で当選

2015年2月6日 翁長知事、承認の法的瑕疵検討の第三委員会発足

以上、戦後70年の沖縄の米軍基地の形成の歴史と展開を概観してきたが、その集約されたものとして、「基地の島・沖縄」、「基地のなかの沖縄」の景観がある。その「基地の島・沖縄」を、2005年段階の沖縄本島における米軍基地（自衛隊基地も含む）を地図上で確認する。



出所：新崎盛暉『沖縄現代史（新版）』（岩波書店、2005年12月）。

5 駐留軍用地の必要性

「我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢、駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度」

この判断基準は、米軍基地の必要性及びその米軍基地を沖縄本島に置く必要性を論点とするものである。

(1) 米軍基地の必要性

第1の論点は、「米国の軍隊は我が国の安全に不可欠であり、また極東における国際の平和と安全の維持に大きく貢献をしている」という主張の妥当性である。この主張は、これまでの、日米安保条約の意義と現在の国際の安全保障環境を考慮すると否定するのは困難であろう。

(2) 沖縄本島における米軍基地の必要性

第2の論点は、戦後70年に渡って、米軍基地を沖縄本島に集中させてきたが、今後も必要性は高いかである。今後も、米軍基地の沖縄本島への集中のプレゼンスが高いと、当該土地を強制使用、強制収用すべき判断となる。当該強制使用認定土地等は沖縄本島の構成地であるからである。米軍基地の存在の必要性は、地域単位で判断される。米軍基地だけでなく、軍事基地の存在自体が、広大な土地を必要とし、その地域の住民の理解が前提となるからである。

この沖縄本島に米軍機を置くべき論拠として、第1は、戦後、日米の軍事戦略として一貫しているのは、「沖縄は複数の島々から成り、アジア大陸に近く、日本列島の南西端に位置しているから、日本国の安全に寄与し、極東における国際の平和及び安全の維持に寄与するという日米安全保障条約6条の目的を達成するための地理的条件を満たしている」という地政学的な軍事戦略である。形式的に、地理的に、沖縄本島が、より地理的条件を満たしていることは、客観的には、認めざるをえないであろう。

しかし、第2に、米軍基地が沖縄本島に集中していることの米軍軍事

戦略上の観点である。1965年の米国民政府広報室の次のような在日米軍と在沖米軍の本質的な違いを認める公式発表である。これは、米軍基地が沖縄本島に集中する根拠でもある。沖縄本島における米軍の十分な基地機能の確保の観点である。

「日本の国内にある米軍基地と琉球にある基地との間には大きな相違があることを知るべきである。日本にある米軍は、当初1951年に締結され、1960年に改訂された日米安全保障条約に基づいて、日本のみの防衛について助力する責任があるだけである。他方、琉球にある米軍は、韓国、台湾、フィリピン、いくつかの東南アジア諸国それに日本と米国との間で締結された安全保障条約に基づいてほとんど西太平洋全域にわたって防衛について援助する責任を持っている³³。」

沖縄の本土復帰の際にもこの沖縄の米軍基地の機能維持を前提に返還されることになるのである。日本本土と沖縄本島の米軍基地の存在根拠は本質的に違うのである。

そこで、問題は、現時点、戦後70年、2015年の時点で、今後も、沖縄本島の18.3%を占め、日本の米軍基地の73%を占める、その2点の軍事戦略は維持されるべきか、ということになる。

なお、第3に、米軍基地が沖縄本島に集中している根拠として、米軍の米国民に対する説明責任と米国の日本の占領政策が考えられる。米軍の米国民に対する説明責任は、沖縄本島での沖縄戦で、莫大な戦費を費やし、米兵1万2520千人の戦死者を出した上での戦果として、沖縄本島を軍事占領することは、米国民に対して、米軍の説明責任を果たすことになる。国家は戦争の戦果を戦死者へ贖うため国民に顕示しなければならないのである。他方、日本国民に対しては、3か月に渡る地上戦で、両軍民間人合わせた20万人近くが戦死し、しかも民間人が9万4千

³³ 沖縄県編『沖縄 苦難の現代史』（岩波書店、1996年7月）87頁。

人近くも犠牲になるという敗戦国の現実を想起させ、また、日本人も310万人が犠牲になり、そして、日本本土を米軍が軍事占領し、日本国民を諦めさせ、日本本土占領を円滑にする占領政策といえよう。米軍の原爆投下による死者は、広島14万人、長崎7万人、米軍の空襲による全国530都市の死者20万3千人、被害は甚大である。沖縄本島は1208km²であり、日本全土37万7960km²である。戦後直後の1945年、沖縄は33万余、日本本土は7、199万人である。太平洋戦争の悲劇、悲惨さを象徴する沖縄本島を軍事占領し続けることによる戦勝国の支配意思を示しているのである。沖縄本島での戦闘が歴史上も悲劇、悲惨であればあるほど、米軍、米国による軍事占領の継続は価値が高いのである。

このような米軍基地の沖縄本島への集中という米軍の軍事戦略は、沖縄本島を冷戦構造上の軍事拠点として、また、東南アジア、西太平洋全域にわたる米国の安全保障領域の軍事拠点として、さらに、日本国家を政治占領する軍事政策の現れということになる。

しかしながら、1972年の沖縄の本土復帰、そして、1989年の冷戦構造の終了の中では、全く合理的な軍事戦略ではなくなるのである。

(3) 現在の沖縄本島の米軍基地の必要性

沖縄本島の米軍基地を軍事戦略の観点から見直しを主張する米国の安全保障の専門家が現れた。冷戦後の日米の安全保障政策を再定義し、沖縄の米軍基地の現状維持を提言した「ナイ・イニシアティブ」を作成したジョセフ・ナイ・オックスフォード大学教授である。冷戦後の沖縄の米軍基地を再定義し、沖縄本島の米軍基地は現状維持されてきたのである³⁴。このナイ教授が沖縄本島の米軍基地の脆弱性を指摘し、米軍基地の沖縄本島への集中を軍事戦略観点から批判し、沖縄の基地問題の本質である辺野古米軍基地建設に「長期的視点」から反対しているのである。

³⁴ 阿波連正一「沖縄の基地問題の現在」(『沖縄の基地問題』ボーダーインク、1997年2月)52頁。1995年「東アジア戦略報告」で明らかにされる。

かれの見解をみてみよう。

ジョセフ・ナイは、辺野古基地建設を次の三つの理由から反対している。しかし、その内容は、米軍のアジアにおける軍事戦略を示すものである。

第1は、固定化された基地の脆弱性の観点からである。「中国の弾道ミサイル能力向上に伴い、固定化された基地の脆弱性（ぜいじゃくせい）性を考える必要が出てきた。卵を一つのかごに置いておけば（すべて割れる）リスクが増す³⁵」と指摘する。この一つのかごは沖縄本島のことである。そして、一つひとつの卵は各基地である。したがって、在日米軍基地の7割が沖縄に集中していることは、前述のように、地理的条件、在沖米軍の機能、対日政策の観点からは、合理的であった。しかし、米軍基地の沖縄本島の集中は、対中国の軍事戦略上、リスクになりつつあるという見方を示したのである。

ジョセフ・ナイは、この固定化された基地（沖縄への基地の集中）の脆弱性を理由に辺野古の新米軍基地建設は「長期的解決策にならない」と断じて反対しているのであるが、その反対の根拠として、固定化された基地つまり沖縄本島に集中した米軍基地は脆弱性、卵を一つのかごに置いておけば（すべて割れる）リスクが増すというのである。しかも、その論拠を勃興する新大国の「中国の弾道ミサイル能力向上³⁶」に求めているのである。これは、もはや、軍事戦略レベルの否定ではなく、原理的レベルの否定を含意していると考えべきであろう。

そして、ジョセフ・ナイは第2の理由として、これは重要なことであ

³⁵ 朝日新聞2014年12月8日朝刊「辺野古移設『長期的解決にならない』米国防省元幹部」の見出しでの報道である。埋立てによる基地であり、長期的に必要という視点で新基地建設するわけであるから、軍事戦略の観点から全面的な否定の見解ということになる。

³⁶ 森山憲一「辺野古は抑止力になるか」（琉球新報2014年12月21日論壇）で「中国の弾道ミサイル」を「中距離弾道ミサイルDF21（東風21）をベースとした各種ミサイル」を指すとする。

るが、「沖縄の人々が辺野古への移設を支持するなら私も支持するが、支持しないなら我々は再考しなければならない³⁷⁾」と述べているという。これは、沖縄県知事選挙で辺野古新米軍基地建設反対の知事が建設容認の現職知事に対して、10万票の大差、しかも得票率51.8%の選挙結果をうけたものであろう。この見解は、辺野古新米軍基地建設の反対の根拠として述べているが、この指摘は、軍事戦略上、軍事基地をおく場合には地域の理解と協力が必要条件であるという民主主義国家の軍事基地の原理的要請である。なぜならば、このよう在沖米軍基地の脆弱性の軍事戦略上の評価は、1950年1月12日、アチソン国務長官が「西大西洋における米国の防衛線は、アリューシャン、日本、沖縄、フィリピンを結ぶ線である」とする、所謂、「アチソン・ライン」よる、沖縄米軍基地を、極東の要石（キーストーン）」とする戦略的に見直すべきとし、沖縄県民の基地に対する反対が強い中では、もはや、沖縄の米軍基地の持つ価値は、軍事戦略上は原理的に相対化された事を意味するのである。

第3に驚くべき提案は、固定化された沖縄の米軍基地は長期的には軍事戦略上、不要だと断言したことである。なぜならば米軍は各基地を一定期間ごとに巡回する形をとるべきだと主張するのである。この真意は、1995年の冷戦後、沖縄の米軍基地を現状のまま存続すべきかの軍事戦略的な判断の場面で、責任者のジョセフ・ナイは、「ナイ・イニシアティブ」において、沖縄の米軍基地を、経済的に繁栄しているアジアの安定は、アメリカ経済の健全性と世界の安全保障にとっても死活的であるが、アジアは依然として不確実性と緊張が存在し、軍事大国が極めて集中している地域であるとして、米軍約10万人（当時13万5千人、NATO軍は50万から10万人に）が必要とあって、東南アジア、西太平洋の安全保障の軍事拠点としての沖縄の米軍基地の現状維持を再定義したのである。そ

³⁷⁾ 朝日新聞2014年12月8日朝刊。

れからは20年、沖縄の米軍基地を現状維持で再定義したジョセフ・ナイは、沖縄本島に米軍基地の集中が70年間も存続、維持されていることの現実を踏まえて、今、軍事戦略的に沖縄本島の米軍基地の集中を批判しているのである。この批判は、彼に無念さか贖罪感であろうか。それでは、ジョセフ・ナイの発言をみてみよう。

まず、ナイは、自衛隊と米軍の関係について、次のように述べる。

「長期的な目標として、在日米軍基地を徐々に日本政府に移管して自衛隊と米軍が共同利用できるようにし、米軍は各基地を一定期間ごとに巡回する形をとるべきだと提言。『日米同盟を今後50年も続けるには、現在の脅威に対処するには最適とは言えない米軍基地の在り方を、変えていくべきだ』と強調した」。このように、沖縄本島の米軍基地集中に対する反省の契機を次の発言に汲み取ることができよう。

「一カ所に集中させるよりも分散させる方がより安定的で効果的ということですか。

『そうです。沖縄の人々の負担軽減にもなります。もし普天間飛行場の辺野古移設を沖縄の人々が支持するなら、私も賛成します。しかし沖縄の人々の支持が得られないなら、我々はおそらく再検討しなければならないでしょう』

『ただ、2010年のように、普天間問題を日米の最優先課題にするべきではありません。あれは大きな間違いでした』

『私は辺野古を支持することもできますが、同時に『長期的には辺野古は解決策にならない』とも指摘します。今後10年間といった短期間で考えれば宜野湾市の負担を軽減したいわけですから、施設や海兵隊を辺野古に移すほうが良いと言えるでしょう。しかし辺野古に移しても、20年後を考えると、固定化された基地の問題は解決されないままです』。

朝日新聞は、「クリントン政権で国防次官補を務めたナイ氏は、冷戦後の日米同盟を再定義する『ナイ・イニシアティブ』を推進。米外交政策

に最も影響力を持つ国際政治学者の一人として知られ、今年6月からはケリー國務長官に助言する外交委員会のメンバーを務める。」と報道を締めている。

(4) 結論

このナイの発言は、辺野古基地建設との関連で述べているが、その内容は、沖縄の米軍基地の集中していることの軍事戦略上の否定であり、否定後の新たな日米間の軍事戦略の「日米同盟の今後50年」の構想である。

人類の、とくにペロポソネス戦争（前461年～前404年）以後の2500年に渡る『国際紛争』を理論と歴史を視座にイメージしてきた知性のなせるわざであろう³⁸。このジョセフ・ナイの発言からは、沖縄本島米軍基地が集中していることは、日米の共倒れになるということである。したがって、どういうプロセスで、沖縄における70年に渡って存続してきた米軍基地を撤退させていくかに問題は移っているのである。米軍基地のため強制使用、または、新たな米軍基地の建設は自殺行為にすぎないということで、その必要性は認められないということになる。歴史とはそういうものである。

6 地域住民の負担及び被害

「当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などにもたらされる負担や被害の程度」。

(1) 本判断基準の意義

この基準の判断は、米軍基地の必要性を前提に判断するのであるが、現段階では、ジョセフ・ナイの固定化された基地の脆弱性理論からすると、沖縄本島の米軍基地の集中の問題は、どのようなプロセスで撤退・撤去していくかの段階であるので、強制使用、公用収用される地域の土

³⁸ ジョセフ・S・ナイ・ジュニア／ディビッド・ウェルチ『国際紛争—理論と歴史〔原書第9版〕』（有斐閣、2013年4月、以下、ジョセフ・ナイ『国際紛争』と略記する。）20頁以下。

地所有権者及び周辺の土地所有者の負担の程度や被害の程度を検討する必要はない。しかし、その脆弱性理論は日米の安全保障政策ではないので、米軍基地の必要性があるとしても、使用認定の裁量権逸脱濫用の違法性判断過程を検討するために、次の段階である、米軍基地の沖縄本島地域への集中による地域住民の負担や被害の問題を検討することにする。

この問題を検討する上で前提となることは、第1に、「当該土地等」となっているが、「基地の島」、「基地のなかの沖縄」の景観のなかで、「負担の程度」や「被害の程度」を検討することである。「当該土地等を駐留軍の用に供することによって」もたされる負担や被害の程度であるからである。「駐留軍」は軍事的機能的に一体となって存在するのである。

第2に、「その所有者や周辺地域の住民」の負担や被害も「基地の島」、「基地のなかの沖縄」の景観において検討することである。

つまり、「沖縄本島地域における米軍基地」、「沖縄本島地域における土地所有権」として検討することである。

なぜなら、「基地の島」、「基地になかの沖縄」は、1945年の米軍の軍事占領から70年近くも維持形成された景観であるからである。

(2) 土地所有権の公共性と国家的公共性

そして、この景観は、土地所有権の公共性の現れではなく国家的公共性の現れであることに、これまで考察してきた公共性とは質的に異なることに特徴がある。なぜなら、米軍基地の景観は、土地所有権の公共性の現れではなく、米軍基地又は軍事基地という国家的公共性の現れだからである。国家的公共性概念と土地所有権の公共性概念は位相が異なる。土地所有権の公共性は、土地所有権の特定地上の時空の利用の側面において、地域地における土地所有権間の関係であり、その関係は地域における土地所有権間の生活と生産の時空という地域生活共同体に土地所有権の公共性の契機をみたのである。いわば、土地所有権の公共性は、横の土地所有権間の関係の公共性である。いわば市民間の横の市民的公共

性である。この「市民」は、宗教、人種、身分等の社会的属性を捨象した「個人」である。市民的公共性は、この土地所有権の公共性である横の水平の關係の市民的公共性を基盤に、国家的公共性と縦の關係、垂直の關係の場面での公共性がある。これは、主権者としての市民の公共性である。土地所有権の公共性は市民的公共性となる。つまり、土地所有権者（市民）の公共性は二面性をもち、一方では、国家的公共性に対応するときの垂直の主権者としての市民的公共性、他方では、土地所有権者（市民間）の横の水平的な市民的公共性の二面性をもっているのである。米軍基地の使用認定に対峙する土地所有権者、周辺の土地所有権者は、国家的公共性と対抗關係・規定關係にある主権者としての垂直の市民的公共性である。以下、横の水平的な公共性は土地所有権の公共性とし、縦の垂直な国家的公共性との対抗・規定關係にある公共性は市民的公共性とすることにする。次に、この市民的公共性と国家的公共性の關係を考察することにする。

(3) 市民的公共性と国家的公共性

国民主権の民主主義国家においては、市民的公共性と国家的公共性が別次元にあるわけではない。民主主義国家における国家的公共性は市民的公共性の延長にあるからである。市民・国民が国家的公共性の決定者だからである。民主主義国家における国家的公共性と市民的公共性は程度問題であるということになる。つまり、市民的公共性は地域の市民（住民）の共通の利益であるのに対し、国家的公共性は国家の国民の共通の利益を意味するからである。国家レベルの国民は地域レベルでは住民として名称は異なるが、同じ人が地域レベルでは住民、国家レベルでは国民となるになるにすぎないからである。特定地に住むAは市民、A県民、A国民となり、Aの存在割合が低くなっていくという違いである。国家的公共性は国民全体で数的に増えるだけである。しかし、民主主義国家は多数が権力を握ることに本質がある。したがって、この多数の意思が

国家的公共性の内容となる。しかし、永久ではなく、任期の範囲で選挙により少数派となると権力を失うことになる。少数派にならないために少数意見を反映させることが重要となるのである。つまり、プロセスでみると市民的公共性と国家的公共性は質的には同じということになる。国民一人ひとりの意見を尊重し政治に反映させるべきだということである。つまり、米軍基地の建設する地域住民の市民的公共性は、その基地の建設を認めるかの決定権をもっており、それは国家的公共性レベルでの主権者としての意思表示を意味することになる。民主主義国家における国家的公共性は本質的には市民的公共性に規定されるのである。言い換えると、米軍基地の建設という国家的公共性も、その建設地の地域住民の多数決によって決定されるということであり、軍地基地の建設は地域住民（市民）の同意と協力が必要となるのである。1996年9月8日の米軍基地整理縮小の沖縄県民投票は、民主主義国家では、そのような意味をもっていたのである。言い換えると、県民投票前の8月28日の沖縄県知の代理署名拒否訴訟の最高裁大法廷判決は、県民投票の後では、あのような判決は出せなかったであろう。民主主義は権利の意味を認識できなければ猫に小判であり、または権利を行使しなければ、現状維持を自ら選択したことを意味するのである。

この論理はまた、国家的公共性の中核である国家の安全保障のシビリアンコントロール³⁹を根拠づけるのである。

(4)「負担」と「被害」の意義

「当該土地等を駐留軍の用に供すること」これが「基地の島」、「基地のなかの沖縄」の景観であるが、それは国家的公共性の現れであり、米軍

³⁹ シビリアンコントロール（「文民統制」）とは「選挙によって選ばれた国民の代表が軍の最高指揮権を保持し、軍はその方針に従って行動しなければならない」原理である。日本では文民統制は、国会の統制、内閣の統制、防衛省内部上における文官統制から構成をされてきた。防衛官僚（文官）が自衛官（制服組）を監視する文官統制について廃止する防衛省設置法改正案を2015年3月6日閣議決定した。

基地のために強制使用される土地所有権は、土地所有権者と沖縄県民の二面性をもち、米軍基地の「負担の程度」と「被害の程度」の論点には沖縄県民の側面（市民的公共性）が問題となり、強制使用認定の土地所有権者以外の沖縄県民も県民の立場から、負担と被害の当事者となる。なぜなら、米軍基地（国家的公共性）の負担と被害の問題だからである。

（5）米軍基地の国民の負担義務

国民は米軍基地の負担義務を負っているのでしょうか。沖縄における米軍基地の存在は、日米安全保障条約6条の基づく日米地位協定の基地提供を根拠とするものである。したがって、米軍基地は日本の安全保障の一環としてあり、国民の米軍基地の負担の根拠は日本の安全保障にあるので、国民は自国の安全保障の負担義務を負っているかという問題となる。自国の安全保障の負担義務を負わなければ、米軍基地の負担義務を負う必要がないからである。国民の自由安全保障の負担義務の根拠は、国民が国に対して国民自身の生命、自由及び財産の安全保障を求める権利があるかという問題である。国民が国に対して、国民の生命、自由及び財産の安全保障を求める権利があるから、国民は国の安全保障を負担する義務を負うのである。権利と義務は表と裏の関係である。主権者の国民の生命、自由及び財産の安全保障を求める権利に対して、日本国は、その国民の安全保障義務を負うことになり、その国民に対する安全保障義務は、国際関係の場面では自衛権となる。したがって、その自衛権の行使は、専守防衛という日本特有の安全保障政策となるのである。権利は義務を伴うことによって権利性は強くなるのである。国民の国に対する国民の生命、自由及び財産の安全保障を求める権利の憲法上の根拠は、「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利⁴⁰」である。「恐怖と欠

⁴⁰ 高良鉄美『沖縄から見た平和憲法—万人（うまんちゅ）が主役—』（未来社、1997年）123頁は、平和的生存権を「人間としての生存と尊厳を維持し戦争行為によって生命の危険に脅かされることなく、平穏な社会生活を営むことを阻害されない権利」とし、沖縄県民は「平和的生存権が具体的に侵害されている」とする。

乏」そのものが軍事占領下の国民の生命、自由及び財産の安全保障が破壊された状態であり、その軍事占領状態を免れるために「平和のうちに」言い換えると「安全を保障されて」、「生存する権利」であるからである。日本は、「国際紛争を解決する手段としての戦争」つまり国家の「戦争する権利」即ち「国家が交戦者として有する権利」を放棄（憲法9条1項）しているので、「戦争する権利」の行使のための「軍勢力」の保持は禁止（憲法9条2項）される。しかし、「戦争する権利」をもっていた国家即ち「国際社会に対して具体的な権利と特権、義務を保持する^{41）}」「近代主権国家」は、国際連合の下では、その「戦争する権利」は制限され、武力行使が認められるのは、自衛権の行使と国連安全保障理事会の援権に基づくものに限定される^{42）}。日本国の「自衛権」の根拠は、「国家固有の権利」にではなく、「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利」に求められるのである。国家固有の権利は、「戦争する権利」であり、それは、「国際紛争を解決する手段としての戦争」して表現され、その放棄が明示されているからである。かくして、日本国は、その「自衛権」を行使しうるに必要最小限の「防衛力」を装備する義務を負うのである。その自衛力の装備の法整備が「自衛隊法」となり、本法に基づいて自衛隊が存在することになる。国民の負担の観点から言えば、この自衛隊の経費に年間、国民総生産1%の枠があり、年間の予算が、2015年度は、

^{41）} ジョセフ・ナイ『国際紛争』100頁。

^{42）} 松山健二「憲法9条の交戦権容認規定と国際法上の交戦権」（国立国会図書館調査及び立法考査局レファレンス 2012 11）29頁以下。「戦争する権利」が限定されたなかで、正当化される「戦争」として「先制戦争（攻撃）」即ち「国家は、戦争の脅威に直面して軍勢力を使わないことがみずからの領土保全や政治的独立を危うくするときは、いつでも、軍勢力を使ってよい」と主張するものとして、ウォルツァー・マイケル『正しい戦争と不正な戦争』萩原能久監訳（風行社、2008年）90頁。なお、ケネス・ウォルツ『人間・国家・戦争』渡邊昭夫・岡垣知子〔訳〕（勁草書房 2013年5月）18頁は、「国家は、平和のままでいることを望んでいても、予防戦争を起こすことを考えなければならないかもしれない。良いタイミングで攻撃しなければ、のちに敵の側が有利になったときに攻撃されるかもしれないからである。」として、「予防戦争」を挙げる。ジョセフ・ナイ『国際紛争』254頁以下参照。

4兆9千億円として国民の負担となっているのである。

つまり、日本国の安全保障は、基本的には、自衛権に基づく自衛隊が担っているということになる。ところが、国際安全保障環境のもとで、自衛隊による安全保障だけでは不十分という認識で、日本国の「戦争する権利」を行使した太平洋戦争において、日本国を敗戦させた米国の軍勢力を日本の安全保障を担うために日米安全保障条約が締結され、旧安保条約締結は、1952年、現安保条約は1960年から現在まで続いていることになる。日本国の米軍基地が存続維持されていることになる。

日本国民が米軍基地の提供に協力する義務を負うのは、日本国憲法前文の「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利」を根拠とするものであり、その権利の内容は、国民が国に対して国民の生命・自由及び財産の安全保障を求める権利である。

日本国民は310万人（軍人軍属230万人、一般人80万人）が戦没者という戦争の敗戦を教訓として、日本国家に対して、「恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利」を二重の意味を持たせて憲法前文のなかに組み込んだ。一つは、二度ともう戦争をするな、他の一つは、負ける戦争はするなという意味である。この二つの意味を「国際紛争を解決する手段としての戦争」の放棄という表現で統一したのである。

(6) 判例にみる国民の負担義務

米軍基地の負担義務を考える前提として、米軍そのものの存在根拠である自衛権・自衛隊の合憲性の判断が論点となる。

最高裁判所は、砂川事件判決（最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁）において、次のように自衛権を位置づけている。

「憲法9条により、わが国が主権国として持つ固有の自衛権は何ら否定されたものではなく、わが憲法の平和主義は決して無防備、無抵抗を定めたものではないのである。憲法前文でも明らかなように、われら日本国国民は、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除

去しようとしてつとめている国際社会において、名誉ある地位を占めることを願い、全世界の国民と共にひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生存する権利を有することを確認するのである。しからば、わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない。」

そして、日米安保条約の違憲性に関しては、

「本件安全保障条約は・・・わが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであって、・・・一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものである」と判示する。

また、日米安全保障条約は違憲でないということを前提に国民の負担義務の判断は、板付空港事件（最判昭和40年3月9日民集19巻2号233頁）においてみられる。板付空港事件は、国民の負担義務の一環として土地所有権者の負担義務を次のように判示している。

「駐留軍に対する土地の提供は、日米安全保障条約3条に基づく条約上の提供義務の履行としてなされているのであつて、右条約の誠実な履行は、国の義務であり、関係土地所有者らも、直接間接、この国の義務履行に協力する立場に置かれているものというべき」である。

民主主義国家の主権者としての国民一般の義務でもあることを含意している。なぜなら、民主主義国家は国民自らの主観者としての国家であるからである。

また、このことは、米軍基地を建設する場合には、地域住民の同意、協力が必要条件であることも含意する。軍事基地であるが故に、国民一般の支持ではなく、その地域住民の支持が軍事基地の存在・維持に不可欠なのである。地域住民の支持を得られていない軍事基地は、民主主義国の軍事基地ではなく、植民地における物理的に強制的な軍事基地とい

うことになる。したがって、米軍基地の負担義務と米軍基地の維持、建設の地域住民の同意とは表と裏の関係にあるのである。

(7) 沖縄本島の米軍基地の過重負担の中身と同意

日本の国土面積は37万7960千 km^2 で、本土の米軍専用施設80 km^2 、沖縄県土は2276 km^2 、沖縄本島の面積1208 km^2 に米軍専用施設228 km^2 である。「沖縄県における米軍基地については、昭和47年（1972年）5月の日本復帰に際し、すみやかな整理縮小の措置をとるべきとする国会決議がなされたにもかかわらず、基地の整理縮小は遅々として進まず、復帰後、米軍基地（専用施設）の返還が本土で58.7パーセント進んだのに対し、本県では18.2パーセントの返還にとどまり、戦後70年近くを経た今日においても、国土面積の0.6パーセントに過ぎない狭隘な本県に、全国の米軍専用施設面積の73.6パーセントが集中し、県土面積の10.2%、沖縄本島においては18.3パーセントを米軍基地が占める状態となっている⁴³。」これを、県土面積の側面で、面積あたりの米軍基地負担度をみると468倍である。つまり、沖縄県民139万人は、468倍もの米軍基地を過重負担しているのである。日本国憲法の平等原則においては決して認められないことである。したがって、ガバン・マコーマック・乗松聡子が「想像を絶する不平等とはいえないか⁴⁴」と怒るのである。

ところで、この過重負担は、自衛隊基地、米軍基地を、日本国家の主権者である国民として負担する義務を認めた上での過重負担である。過重な負担は、負担を認めた上で過重だからである。司法判断が対象とするのは、日本国憲法に基づく平等原則、公平原則の問題である。この過重負担は、次の被害の過重負担とは別の原理である。

⁴³ 沖縄県・『沖縄の米軍基地』7頁。

⁴⁴ ガバン・マコーマック・乗松聡子『沖縄の＜怒＞』（法律文化社、2013年4月）7頁は「面積あたりの米軍基地負担度でみれば、沖縄は本土の約500倍にもなる。想像を絶する不平等とはいえないか。」と述べる。

さらに、過重負担だと認めても、沖縄県民が、その過重負担を認容すると、過重負担ではなくなる。これは、軍事基地の建設に地域住民の同意を必要とするのと同じ原理である。

米軍基地の過重負担を沖縄県民は同意しているか。この論点に関しては、2014年11月16日の沖縄県知事選挙で選挙争点となり、現時点では、決着がついた。この選挙では、普天間基地辺野古移設に賛成か反対か争点となり、沖縄県民の民意が示されたからである。結果は、普天間基地辺野古移設反対の翁長候補が36万820票（51.8%）、普天間基地辺野古移設賛成の現職・仲井間候補26万1076票、県民投票で決めるとする下地候補が6万9447票、埋立て承認取消・撤回の喜納候補7821票の結果となった。この結果が、次の選挙までは、米軍基地に関する沖縄県民の民意となる。したがって、米軍基地の過重負担についての違法性は阻却されないことになり、米軍基地の使用認定は裁量権逸脱・濫用となり違法性となる。

(8) 沖縄県民の米軍基地被害

沖縄県による米軍基地被害の総括をみてみよう。「このように広大かつ過密に存在する米軍基地は、本県の振興開発を進める上で制約となっているばかりでなく、航空機騒音の住民生活への悪影響や演習に伴う事故の発生、後を絶たない米軍人・軍属にいたる刑事事件の発生、さらには、汚染物質の流失等による自然環境破壊の問題等、県民にとって過重な負担となっている⁴⁵。」

米軍基地が、沖縄県民の92%の128万人がすむ沖縄本島の18.3%を占めることによる、基地被害の広域化を確認するために、つまり、沖縄本島に住む県民の生命、財産等の人権侵害の危険性の高さを認識するために、米軍構成員の犯罪と、米軍航空機関連事故等の件数を確認するにとどめ

⁴⁵ 沖縄県・『沖縄の米軍基地』7頁。

る。まず、米軍構成員等による犯罪検挙件数について、復帰後、2013（平成25）年までをみると総件数は5、833件である。交通事故の人身事故は、2012年が236件、2013年が、245件である。また、復帰後、2013（平成25）年までの米軍航空機関連事故等については、固定翼機が計488件、ヘリコプター等が計106件である。2004年8月13日の沖縄国際大学構内へのCH-53ヘリコプターの墜落事故が記憶に新しいところである。普天間飛行場騒音訴訟、嘉手納基地爆音訴訟にも基地周辺の多数の原告団を結成して、損害賠償請求が認容されている。米軍基地の被害の特徴は、被害の危険性が広域にわたるということである。したがって、米軍基地の訴訟の関係者は沖縄本島に住む沖縄県民の問題となる。この認識は、米軍基地の供用認定の取消訴訟において、当該基地区域の名宛人である土地所有権者だけでなく周辺住民として沖縄本島在住の住民が、原告適格を認められることを意味する。前述の最高裁判所の「沖縄県に駐留軍の基地が集中していることによって生じているとされる種々の問題も、右の判断過程において考慮、検討されるべき問題である。」という判示も、このような観点から評価すべきであろう。つまり、この次元での被害の問題は、原告適格の問題として機能することになる。米軍基地の負担義務を前提にした過重負担の問題は、裁量権逸脱・濫用の本案審理の問題である。

7 代替土地の可能性

「代替すべき土地等の提供の可能性等諸般の事情を総合考慮してなされるべき政治的、外交的判断を要するだけでなく、④駐留軍基地にかかわる専門技術的な判断」

この論点は、(3)の米軍基地の沖縄本島配備の必要性に規定される。①米軍基地が沖縄本島に集中配置されていることに価値があるとすれば、沖縄本島内での代替土地ということになる。②米軍基地の沖縄本島への集中が相対的であれば、沖縄県外への代替土地ということになる。前述

のジョセフ・ナイの「『ただ、2010年のように、普天間問題を日米の最優先課題にするべきではありません。あれは大きな間違いでした』」という発言の「あれは大きな間違い」というのは、①の見解を採ったということであると考えられる。

したがって、この代替土地の可能性判断だけでは、米軍基地の使用認定の裁量権逸脱・濫用の判断を規定せず、米軍基地の沖縄本島集中が相対化された判断の上での判断基準ということになる。

8 米軍基地使用認定の違法性

以上、米軍基地使用認定の取消訴訟において、認定の裁量権逸脱・濫用であるかは、原告である米軍基地周辺（米軍基地全体）の地域住民が、米軍基地の負担義務を認め、その負担義務が、米軍基地が沖縄本島に集中することにより、沖縄本島住民は468倍の過重負担をするという「想像を絶する不平等」を意味し、米軍基地の使用認定をすることは裁量権の逸脱・濫用にあたり違法となるものである。

第3款 沖縄県知事の埋立て承認の法的問題

1 問題

それでは、最高裁大法廷判決が判示した米軍基地の使用又は収用の認定要件である「駐留軍の用に供するための土地を必要とする場合において、当該土地等を駐留軍の用に供することが適正かつ合理的である」ことの前述した判断基準は、沖縄県知事の辺野古埋立て承認の判断基準とどう関連するであろうか。まず、知事の埋立て承認基準をみてみよう。

知事の埋立て承認の基準は埋立法4条1項に1号から6号まで規定されている（法42条3項で準用）。本稿の地域形成計画の要素である土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境の保全計画に関わる承認基準は1号の国土利用上の適正且つ合理的利用、2号の環境保全条項、3号の埋立地の用途の土地利用計画等との適合条項、そして、4号の公共施設の

整備条項であるが、ここでは、特に、1号基準と、3号基準を中心に検討する。まず、1号、3号、そして2号の各要件の意義を検討し、次に、知事の判断を検討することにする。

2 「国土利用上適正且合理的ナルコト」(4条1項1号要件)

まず、1号基準の「国土利用上適正且合理的ナルコト」から検討する。この要件は、埋立ての可否の判断の基本となるものである。そこで、その判断要素として、法4条1項各号の要件とは別に、「埋立ての必要性」の審査がなされるが、この審査基準は、1号の審査基準の本質的内容をなす。なぜなら、国土を形成する公有水面という公共性の高い公共用物を廃止するわけであるから、それを上回る公共性が要求され、それは、「埋立ての必要性」で概念化されるが、その本質は、公有水面の公共性より埋立地の利用目的の公共性が高いということを意味するからである。

国土利用の公共性であるから、埋立地を、地域開発の一環として、農耕地の造成か、工場敷地の造成等の産業用地の均衡ある合理的供給にある。つまり、埋立ての必要性とは、「埋立地の用途」の公共性が公有水面の公共性より高いことを意味し、埋立の必要性とは、「埋立地の用途」の公共性を意味するのである。土地の用途とは、土地利用の目的が特定（工業地、住居地、商業地等）されていることであり、土地所有権の公共性を示す都市計画の基軸となる概念である。埋立ての承認基準において「埋立地の用途」は基本の基準となるものである。したがって、「国土利用上適正且合理的利用ナルコト」の要件は、実務では、「①埋立てそのもの②埋立地の用途が国土利用上適正かつ合理的であるかどうかの審査を求めるもの」となるのである（国土交通省港湾局埋立研究会編『公有水面埋立実務便覧（全訂2版）』214頁）。

また、実務では、「埋立ての必要性」の審査基準として、①埋立ての動機となった土地利用が埋立てによらなければ充足されないか、②埋立ての動機となった土地利用に当該公有水面を廃止するに足る価値があると

認められるか、③埋立ての土地利用開始時期からみて、今埋立てを開始する必要があるか、④埋立てをしようとする場所が、埋立地の用途に照らして適正な場所といえるかなどの7項目を設定している。これらの審査基準の項目は、「埋立地の用途」のために、今、埋立てることが適正且合理的かの審査基準を意味しているのである。

沖縄県知事の辺野古埋立て承認の1号要件の審査基準としては、「飛行場用地及び普天間飛行場代替施設建設のための造成用地」（以下、「米軍飛行場基地」とする。）のために辺野古を埋立てる必要性、適正及び合理性ということになる。前述、最高裁判決の駐留軍用地の使用又は収用認定の要件である「適正且つ合理的である」ことの判断基準として示された、「①我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢、駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度」と同じ判断基準ということになる。米軍基地の使用又は収用の認定のための既存の土地所有権の制限の基準は、未来（将来）の埋立地の用途（米軍基地）の土地所有権制限を予め計画し、その現在での埋立て承認ということで、土地所有権を特定地の上下の「時空」の利用及び処分する権利と定義すると、同じ基準となるのである。

3 「埋立地の用途の土地利用計画及び環境保全計画との適合性」（3号要件）

次に、3号の要件は、「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港湾局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」と規定されている。

この要件は実務では、「埋立地の用途（使用形態の区分）から翻ってみた埋立て自体の存立について判断するものであり、埋立地周辺等においての土地利用上の整合性を求めたものである」と解されている。

3号要件にいう「土地利用計画」には、国土総合開発法の全国総合開発計画、都道府県総合開発計画、地方総合開発計画及び特定地域総合開発計画、首都圏整備法の都道府県整備計画、都市計画法の都市計画、港

湾法の港湾計画等が挙げられ即地性のあるものは、ここでいう土地利用計画に含まれる余地がある。また、「環境保全計画」には、環境基本法の公害防止計画、水質汚濁防止法の排水基準、自然環境保全法の地域地区指定、自然公園法の地域地区指定、廃棄物の処理及び清掃に関する法律の都道府県産業処理計画等が挙げられる（『公有水面埋立実務ハンドブック』43頁）。

3号要件は、埋立地を前提として、その埋立地の用途を地域の土地利用計画と環境保全計画との適合性をみる地域に即した横の関係であり、土地所有権の特定地上の時空の利用の側面が強くなる。これに対し、1号要件は、公有水面から埋立地へと縦の関係の埋立てと地域の横の関係である埋立地の用途を対象として国土利用の基本的理念である「国土の均衡ある発展」の観点から、俯瞰的に判断する要件である。したがって「埋立ての必要」、「国土利用上適正且合理的ナルコト」の規準となるのである。このように、1号要件と3号要件は理論的に観点が異なるのである。

1号要件は、沖縄本島の米軍基地の問題に即して言えば、米軍基地の集中している沖縄本島に新たに米軍基地を建設する必要があるか否かの本質的問題で、沖縄県に米軍基地施設が73%集中しているという沖縄県民の米軍基地の過重負担の問題、沖縄本島の18%を米軍基地が占めていることの、国土の均衡ある発展の観点からの問題、沖縄本島の「基地の島」「基地のなかにある沖縄」の景観の国土のあるべき姿からの問題、沖縄県民の92%が住んでいる沖縄本島の18%を米軍専用施設が占めてことの経済問題、そして、米軍基地からの人的、物的被害の問題等である。

この1号要件、3号要件と前述の最高裁の駐留軍用地の使用又は収用認定の要件である「適正かつ合理的か」の判断基準を関連させると次のようになる。

1号要件は、「①我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢、駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度」と関連し、同じ判断基準ということになる。

3号要件は、「②当該土地等を駐留軍の用に供することによってその所有者や周辺地域の住民などのもたらされる負担や被害の程度」及び「③代替すべき土地等の提供の可能性」の論点と関連する。

なお、環境保の問題は、二面に区別できる。一つは、埋立て自体、つまり、埋立事業過程からの環境汚染等の問題は2号要件、埋立地の用途にともなう環境保全は3号要件の問題となる。

4 沖縄県知事の埋立て承認の法的瑕疵

1号要件の該当性問題が本質的な問題であるので、以下検討することにする。1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」は、米軍飛行場基地建設のために辺野古を埋立てることは「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断となる。そして、その判断基準は、「①我が国の安全と極東における国際の平和と安全の維持にかかわる国際情勢、駐留軍による当該土地等の必要性の有無、程度」となる。

国側の米軍飛行場基地建設のための埋立ての必要性の要点は次のとおりである。

- ① 沖縄は南西諸島のほぼ中央にあること、日本のシーレーンに近いことから、安全保障上極めて重要な位置にある。
- ② 高い機動力と即応性を有し、様々な緊急事態への対処を相当する米海兵隊を初めとする米軍が駐留することは、わが国の安全、アジア太平洋地域の平和と安定に寄与している。
- ③ 普天間飛行場には第3海兵隊機動展開部隊隷下の第36海兵航空軍などの部隊が駐留し、ヘリなどによる海兵隊の航空輸送の拠点となっており、同飛行場は米海兵隊の運用上、極めて大きな役割を果たしている。

- ④ 普天間飛行場の安全、騒音、交通などの問題から、同飛行場の危険性を除去する必要がある。
- ⑤ 県外移設、国外移設が以下の理由で望ましくない。
 - ・ 在日米軍全体のプレゼンスや抑止力を低下させる。
 - ・ 地理的優位性を有している。
 - ・ 海兵隊の組織的一体性を低下させる必要がある
 - ・ 普天間飛行場の危険性除去の観点から極力短期間で移設できる案
- ⑥ 圏内移設では辺野古以外に選択肢がない。

以上の国側の主張の本質は、①②⑤である。このことは、沖縄本島の米軍基地の集中の必然性、言い換えると軍事戦略上の合理性を示ものである。この論点に関しては、軍事戦略的に次のような主張がある。

第1は、ジョセフ・ナイが主張する「固定化された基地の脆弱性」理論である。沖縄本島の米軍基地の固定化（集中）された脆弱性とは、「中国の弾道ミサイル能力向上」により「卵を一つのかごに置いておけば（すべてわれる）リスクが増す」というものである。これは、沖縄本島に米軍専用施設の73%を集中させる根拠が全くなく、逆に米軍基地が全部攻撃され、一挙に安全保障力を失うという意味である。①②⑤の前提そのものが失われるのである。したがって、辺野古新基地建設は「長期的解決策にならない」と積極的に反対することになるのである。辺野古の新基地は200年の耐用期間である。

第2に、米軍専用施設の73%が沖縄県に集中している（これは国側も認めている）ことの意味である。そして、この73%の米軍基地の負担は、沖縄本島の18%を占める。また、沖縄本島には沖縄県民の92%が住んでいる。国民の安全保障負担義務を認め、米軍基地の負担義務を認めた上で、この73%の意味を考え、土地所有権が生活と生産の法的基盤であることを踏まえ、米軍の安全保障により国民一人は生命と財産の安全の恵沢を受けているとするなら、その負担も平等に負担すべきことになる。

このような観点から、米軍専用施設が73%集中していることを、県土面積で、面積あたりの米軍基地負担度をみると468倍の負担度となるのである。国民の権利義務の観点からみると、「想像を絶する不平等とはいえないか」（ガバン・マコーコック、乗松聡子）となる。

第3に、沖縄本島の73%を占有していることは、国土形成の基本理念である「国土の均衡ある発展」からも問題である。しかも、戦後70年、本土復帰から43年も継続しているのである。「安全保障を考える上においても、一地域だけにすべての機能が集中するというのも国土の安全を考えるとこれは好ましいことではないという観点から、国土の均衡ある発展を考えるべきじゃないかと私は思っております」（小泉純一郎首相・2003年6月16日参議院決算委員会答弁）。

第4に、沖縄本島に米軍基地専用施設が73%が集中し、沖縄本島の18%を戦後70年にわたって占有している歴史的現実、沖縄の景観を「基地の島」、「基地のなかの沖縄」として表現されてきた。景観とは、「地域の自然・歴史・文化等と生活・経済活動等が『地域の姿』として現れたものであって、その地域の特性を形づくるもの⁴⁶」である。「美しい国土の創造」（1998年21世紀グランドデザイン）、「美しい風格のある国土の形成」（景観法〈2004年〉）。愛国心は美しい国土に由来し、美しい国土は愛国心を徴表するものである。国土の景観にその国家の品格がでるからである。米国は、沖縄本島を米軍基地で18%占有することにより、日本国家に対する戦勝国としての誇りを示してきた。逆に、日本国家はその現実、自らの敗戦の意味を思い知らしめることになる。沖縄の「基地の島」の景観は、日本の国家の姿を象徴的にしめしているのである。このことが70年も続いているのである。「県内の基地機能を集約し、耐用年数2百年ともいわれる新たな施設が造られれば、沖縄は永久的に基地の島となって

⁴⁶ 安本・『都市法概説』148頁。

しまう。沖縄の基地の問題を沖縄の人々だけに任せず、日本全体の問題としていくべきだ。」(「中日新聞」2015年2月12日社説)。

以上から、最高裁の米軍用地の使用又は収用の認定の取消は、特定地の使用設定の取消であるので、国の使用又は収用の認定は裁量権逸脱・濫用の違法性の判断で十分である。しかしながら、米軍飛行場基地建設のための辺野古埋立て承認は、70年近くも維持されてきた米軍基地を新たに建設することであり、しかも、その地域の住民の生活と福利に責務をもつ知事の承認であるということを考えると、本件の知事の承認は、沖縄県の戦後70年の歴史と経験を踏まえると、無効の瑕疵と言わざるを得ないのである。

現行法は、違法の瑕疵ある行政行為の中に、取り消しうべき瑕疵ある行政行為と無効の瑕疵ある行政行為の区別を前提にする。取消訴訟の排他的管轄に服するのは取り消しうべき瑕疵ある行政行為のみで、無効の瑕疵ある行政行為は取消訴訟の排他的管轄に属さない⁴⁷。

無効の瑕疵の要件については重大明白説が判例、有力説である。重大明白説の、瑕疵が明白であるかどうかは、処分の外形上、客観的に誤認が一見看取しうるものであるかどうかにより決すべきであるとする外観上一見明白説をとっている。そして、外観上一見明白とは、特に権限ある国家機関の判断をまつまでもなく、何人の判断によっても、ほぼ同一の結論に到達しうる程度にあきらかであることを指すとされている⁴⁸(最判昭和34年9月22日民集13巻11号1426頁)。沖縄県知事の埋立て承認は、1号要件の審査基準の判断において、無効な瑕疵とみるのが、合理的な判断ということになる。

辺野古基地建設を反対を公約として知事に選ばれた現知事は、埋立承認の取消し処分をすべきことになろう。戦後70年に少なくとも米軍基地

⁴⁷ 宇賀・『行政法概説Ⅰ』335頁。

⁴⁸ 宇賀・『行政法概説Ⅰ』336頁。

建設を新設するか否かの権限をもつのであるから、職権取消しをしないならば、前知事よりその責任を問われることになる。

第9節 小括

知事の埋立て承認は、地域形成計画の一環である埋立法を根拠法規として、事業計画者の国が、特定の公有水面を埋立てて、土地造成による埋立工事竣功により、国に、制限され土地所有権を取得させる行為である。知事の承認の目的は制限された土地所有権の付与にあり、承認の法的性質は特許となる。

制限された土地所有権とは、「埋立地ノ用途」として土地の利用目的が特定され土地利用の自由が制限されているからである。土地所有権は特定人が特定地の上下の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である（民法206条・207条）。土地所有権の客体である特定地の上下の時空は、①特定地面、②特定地面上の時空及び③特定地面下の時空の3側面に区別され、特定地上の時空の利用の側面において、「埋立地ノ用途」として土地利用の自由が制限された土地所有権となる。

土地所有権の制限原理は公共の福祉（公共性）にある（憲法22条1項・29条2項）。したがって、土地所有権の内容は、特定地の上下の時空の自由な利用及び処分という排他的支配性と他者との規定関係的な公共的時空の利用という公共性を併有したものとなる。土地所有権は、この排他的支配性と公共性の対抗関係・規定関係において捉えられることになる。この関係は、次の、第1段階の「公害」概念、第2段階の「用途地域制」概念、そして、第3段階に、「景観」概念である。

まず、第1段階は、公害対策基本法（1967年）の「公害」概念である。居住地と事業地の土地所有権間の関係である。事業地の土地所有権による自由な事業活動に伴う排出物が他者の居住地の土地所有権の生活環境権（良好な生活環境を享受する利益）侵害及び健康侵害に至る場合には、

自由な事業活動に伴う排出物は「公害」として抑制されるべきで、自由な事業活動の制限であり、事業地の土地所有権の制限となる。資本主義社会の営業の自由（憲法22条1項）の法的基盤である土地所有権の一定の制限を意味する。

次に、第2段階は、都市計画法（1968年）の「土地の用途」概念を単位とする都市計画の基本である「用途地域制」概念である。「土地の用途」概念は土地利用目的が特定されたもので、土地利用の自由を内容とする土地所有権を制限するものである。その「土地の用途」を地域及び地区に区分して土地利用規制するのが「用途地域制」（地域地区制）であるが、その用途地域制は都市計画の基本となるものである。「土地の用途」により区域化された用途地域は、その「用途」に即した「特定地面上の時空の利用」規制は建築物の形態規制（建築基準法）により具体化されるが、それは特定地面の時空の自由な利用の制限となるので、土地所有権の制限となるのである。さらに、街区単位による建築物等の形態・意匠規制による地域の特性に応じた地区計画制（1980年）が導入される。都市地域の土地所有権の公共性は、「適正な制限のもとに土地の合理的利用」（用途地域制等）により、都市地域レベルで「健康で文化的な都市生活」及び「機能的な都市活動の確保」が図られ、国土レベルの「国土の均衡ある発展」、国民レベルの「公共の福祉の増進に寄与」することである（都市計画法1条）。このような都市計画の土地所有権の公共性は、13種の用途地域の建築物形態規制の具体化を通じて機能的、形態的、価値中立的に建築物、都市景観を形成していく、都市の在るべき姿の公共性に依る将来に向けての土地所有権制限であることに特徴がある。

第3段階は、景観法（2004年）における「景観」概念である。景観計画は都市地域、農漁村地域にも適用される概念であるが、都市地域においては、第2段階の「土地の用途」概念を単位とする用途地域制の建築物形態・意匠規制により造形化された都市の景観を過去・現在・未来の

過程で景色化、風景化する。景観一般は、歴史過程における文化的伝統的な価値的要素を内包した建築物等の景観を意味し、この景観が、現在の段階で「良好な景観」と判断される場合には、その「良好な景観」は土地所有権の公共性を有するものとして、「良好な景観」の公共性により地域の他者の土地所有権が制限される。土地所有権の特定地面上の時空の利用は国民の生活及び生産の場である建造物等により造形化された建造物等の景観は、国民の伝統・文化・思想が造形化された建造物等を媒介に、土地所有権の内容に組み込まれることになる。したがって、「良好な景観」の形成は、国土計画の基本理念である「国土の均衡ある発展」を、国土レベルで「美しく風格ある国土の形成」、国民生活レベルで、「潤いのある豊かな生活環境の創造」そして、地域レベルで「個性的で活力ある地域社会の実現」を図ることとなるのである（景観法1条）。「景観」概念は、「国土の均衡ある発展」に歴史的価値的視点を浸透させ、その理念の景観法への表れとして「美しく風格のある国土の形成」と概念化され、「良好な景観」は土地所有権の公共性の内容となるのである。

その「良好な景観」の評価の対象となる「景観」概念は、「地域の自然・歴史・文化等と生活・経済活動等が『地域の姿』として現れたものであって、その地域の特性を形づくるもの」（安本・『都市法概説』148頁）と定義される（景観法2条2号）。また、この「景観は、街路景観などの小規模、その背景としての中景観、そして大景観（たとえば盆地形の京都であればまちを取り巻く山並み）の重層的なものである。そして、中景観・大景観において、各種のモニュメント的な建造物や自然は、その都市全体の景観におけるアイデンティティを形成する」（安本・『都市法概説』170頁）。

さらに、土地所有権の公共性を帯びる「良好な景観」は、過去から現在の「良好な景観」の保全だけでなく、将来にむけてもその「良好な景観」を創出すべきとする（景観法2条5号）。「良好な景観」の保全だけ

でなく創出も含むことは、この土地所有権の公共性は、内在的に「良好でない景観」は縮減、縮小及び消滅させていくべき方向性も包含することになる。

つまり、都市計画は、都市地域における現在から未来（将来）に向けての地域形成計画であるが、景観計画は、都市地域及び農漁村地域における、過去・現在・未来の歴史過程における地域形成計画ということになる。したがって、何が「良好な景観」か「良好でない景観」かが肝要となるのである。この各段階は、平面的対立関係でなく、重層関係である。

土地所有権の制限された「土地の用途」は埋立法では、「埋立地の用途」として、出願、免許・承認基準、免許・承認の告示、埋立て用途変更の承認、土地所有権取得後の埋立地の用途変更の認可等と「埋立地の用途」は埋立法の背骨となっているのである。埋立法の目的は、「埋立地の用途」のための土地造成により制限された土地所有権を取得させることに目的があるからである。したがって、その「埋立地の用途」は免許・承認基準（埋立法4条1項、42条3項）の中心となるのである。

「埋立地ノ用途」による土地所有権の制限は土地所有権の客体である特定地面上の時空の自由の制限である。土地所有権の主体、客体及び内容がセットで規定されている。まず、免許・承認の出願書の内容（2条2項）・公衆への告示等（3条）・告示（11条）、埋立地の用途の変更の告示（13条の2）、埋立権の譲渡の認可（16条）、土地所有権の取得（24条）、土地所有権取得後の権利変動の許可（27条）、土地所有権取得後の土地の用途の変更許可（29条）である。

要するに、埋立法は制限された土地所有権の法であり、「土地利用に関する法律」なのである。したがって、埋立て承認の目的は制限された土地所有権の付与にあり、その承認の法的性質は特許となるのである。

第3章 地域形成計画法と公有水面埋立法

第1節 総説

地域形成計画法は、国土利用計画法に基づく土地利用基本計画の都市地域、農業地域、森林地域、自然公園地域及び自然保全地域に関連する法令の体系構成上の概念である。地域形成計画法の中核である地域形成計画の要素は、土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境の保全計画である。土地所有権は特定人が特定地上下の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である¹。地域形成計画に関連する法令は、土地所有権を制限する法令である。したがって、地域形成計画法は土地所有権を制限する法令の体系ということになる。

土地所有権は、「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業の自由を有する」（憲法22条1項）の「自由」と「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める。」（同29条2項）の「財産権」を包含するもので、土地所有権を制限することは「公共の福祉に反せず」又は「公共の福祉に適合する」ことが憲法上要請されることから、土地所有権制限の法的根拠は「公共の福祉」にあることになる。地域形成計画法は土地所有権を制限する法令の体系であるので、地域形成計画法を構成する諸法令は、その「公共の福祉」の具体的内容を示していることになる。地域形成計画法は、「公共の福祉」（以下、公共性ともいう。）の判断基準の体系でもある²。

公有水面埋立法（以下、「埋立法」という。）が地域形成計画法の一環

¹ 特定人が私人（個人、法人）の場合は私有地（民有地）、国の場合は国有地、地方公共団体の場合は公有地であるが、私有地、国有地及び公有地も土地所有権の概念は同じである。建部和仁編『国有財産法精解（平成6年改訂）』（大蔵財務局、1994年、以下、建部編・『国有財産法精解』と略記する。）300頁。

² 「公共の福祉」の優先は国土利用計画法の基本理念（2条）と土地基本法2条に明示されている。

としてあり、その埋立法を根拠法規とする知事の埋立て承認は埋立事業計画者に制限された土地所有権を取得させる行為であるから、埋立法に基づく知事の埋立て承認も公共の福祉に基づく判断ということになる。

本章は、このような意味をもつ地域形成計画法を考察し、その上で、埋立法との関連性を考察しようとするものである。

まず、第2節で地域形成計画法の概念を考察する。地域形成計画法の考察により、地域形成計画法の一環としての埋立法を根拠法規とする知事の埋立て承認に埋め込まれた含意を表象するのである。知事の埋立て承認の判断基準に地域形成計画の要素が浸透していくことになる。

次に、第3節において、地域形成計画の基点となる土地利用基本計画の5地域区分を考察する。その5地域区分の都市地域を第4節で、農業地域を第5節で考察する。そして森林地域、自然公園地域、自然保全地域をまとめて第6節で自然環境保全地域として考察する。

また、第7節において、地域形成計画法における知事の決定権限、規制権限を確認することにする。この論点は、埋立法における知事の埋立て承認事務は法定受託事務か自治事務的に解釈すべきかの問題となる。なぜなら、埋立法は免許・承認事務を法定受託事務としているからである（法51条）。

第8節において、埋立法と地域形成計画法との関連性に関して、地域形成計画の要素である土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境の保全計画の観点から埋立法を検証することにする。ここに埋立法が地域形成計画法の一環であることが明確になる。

最後に第9節で小括として纏める。

第2節 地域形成計画法の概念

第1款 地域形成計画法の意義及び地域形成計画の概念構成

1 地域形成計画法及び地域形成計画の意義

地域形成計画法とは、国土利用計画法（1974年）に基づく土地利用基

本計画の都市地域、農業地域、森林地域、自然公園地域、自然保全地域における土地利用規制の根拠法規である個別規制法令等の体系構成上の概念である。地域形成計画法は、理念的に、その中核である土地利用基本計画が国土形成計画法（2005年）、環境基本法（1993年）及び景観法（2004年）と関連するところ、その法体系を地方分権主義の観点から総合的、体系的に概念構成したものである。国土利用計画法及び国土形成計画法における国土の利用、整備及び保全に関する計画に環境基本法の理念を浸透・融合させ、また国土利用の造形化である景観を組み込んだ国土計画の法体系を地方分権主義の観点から概念構成した法体系が地域形成計画法ということになる。

国土計画に関する法律は国土形成計画法と国土利用計画法の系列があるので、まず、その内容を確認する。

国土形成計画法は国土総合開発法（1950年）の改正（内容も名称も）により2005年に成立したものであるが、この法律に基づき策定される計画は「国土形成計画」である。この計画を全国レベルの、(1)「全国計画」、複数地域の(2)「広域地方計画」があり、(2)には、首都圏、近畿圏及び中部圏があり、次に(3)「地方開発に関する計画」には、北海道及び沖縄、また、(4)「特定地域の振興に関する計画」には、半島・山村・離島・過疎地域・豪雪地帯・特殊土壌地帯・低開発地域・奄美群島・小笠原諸島等、そして、(5)「その他の各種計画」には、水資源開発基本計画・防災基本計画・環境基本計画等がある。

他方の、国土利用計画法に基づき策定される国土利用計画は、国レベルの全国計画、地方公共団体レベルの都道府県計画及び市町村計画があり、都道府県計画かつ全国計画を基本に土地利用基本計画が策定される。

全国計画は、内閣総理大臣が、国土の利用に関する国の諸計画を国土利用計画審議会及び都道府県知事の意見をきき、閣議決定を経て定めるもので（5条2項・3項）、都道府県計画の基本となるものである。（7

条1項)

都道府県計画は、都道府県が、当該区域の国土利用に関する諸計画を国土利用計画地方審議会及び市町村長の意見をきき、議会の議決を経て定めるものである。(7条3項)

市町村計画は、市町村が、当該区域の国土利用に関する諸計画を、議会の議決を経て定める(8条2項・3項)。

土地利用基本計画は、都道府県が、都道府県区域に、全国計画及び都道府県計画を基本として、個別規制法令の諸計画に基づいて、(1)都市地域、(2)農業地域、(3)森林地域、(4)自然公園地域及び(5)自然保全地域の地域区分及びこれらの地域についての土地利用の調整等に関する事項を内容として定めるものである(9条1項)。都道府県は、土地利用基本計画を定める場合には、市町村等の意向を十分に反映させる(9条11項)。個別規制法に基づく諸計画として、(1)都市計画、(2)農業振興地域整備計画、(3)森林計画、(4)公園計画、(5)自然環境保全計画等に区別される。本稿は、これらの各種計画の包括概念として「地域形成計画」を概念構成し、この地域形成計画の各種計画区域として指定された5地域に関連する個別規制法令等の体系を「地域形成計画法」と概念構成しているのである。

なお、両法の「全国計画」は、日本列島改造論後の土地対策以来、別立てであったが、国土形成計画法が国土利用計画法の全国計画と相まって一体のものとして定めるとしたことで(1条)、実質的に一本化されたことになる。土地利用基本計画は、都道府県計画及び全国計画を基本として策定決定され、地域形成計画の上位概念である。何故なら、土地利用基本計画は、地域形成計画の土地利用の調整等に関する事項を内容としているからである(9条1項)。

2 地域形成計画の概念構成の論拠

このような体系的重層的多面的な国土計画を地方分権主義の観点から構成すべきと考え、本稿は、地域形成計画として概念構成し、その要素

を、土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境の保全計画と概念構成するものである。これまでの、国土利用計画法及び国土総合開発法の発展解消としての国土形成計画法における「国土計画」の袋から「地域形成計画」という新しい袋にした根拠は何か、が肝要な論点となる。

第1は、日本社会の成熟化である。戦後の敗戦による国外の約4割の「国土」の喪失に対する国内の産業復興を国家戦略とし、1950年からの朝鮮戦争特需により経済的復興を成し遂げる。1960年の国民所得倍增政策の実現のため全国総合開発計画を決定し、太平洋ベルト地帯に重化学工業を中心とする4大工業地帯を国土開発する。「公害」の深刻化を内包した1960年代の高度経済成長を実現する。1970年代の低経済成長期から、1980年代の安定経済成長期のバブル期を経て、1990年のバブル崩壊に至る。日本の経済は停滞期に入り、日本社会は「開発志向」から少子超高齢社会の下で「成熟社会」を迎える。そして、日本の経済成長の方向性を決めていた国土総合開発法を2005年に改正し「開発」が消え「整備」となり、名称も「国土形成計画法」に変更する基本政策の転換がなされる。経済成長のための上からの「国土開発」主義から、国土の均衡ある発展の、地域の個性豊かな自立的発展の方向という「地域形成」に基本が移ることになる。

第2は、地域形成計画における地方分権主義の浸透である。地域形成計画の基軸である都市計画の事務が1999年の地方分権一括法により機関委任事務から自治事務に移るのである。「明治憲法の下においては、行政全般にわたり、中央集権主義を建前とし、土地行政についても、その多くは、これを国の行政として行うものとし³」たが、「日本国憲法の下においては、広く地方分権主義的考え方を取り、地方自治を尊重し、地方の行政は、地方自治の本旨に基いてこれを行うものと⁴」し、「特に土地

³ 田中二郎『土地法（法律学会集15-II）』（有斐閣、1960年9月、以下、田中・『土地法』と略記する。）16頁。

行政は、その性質上、土地に密着して行われる行政であるため、地方自治に委ねられるのがむしろ当然で⁵⁾ するのである。この地方分権主義が浸透し地方分権一括法で実現したことになる。

第3は、国土利用計画、国土形成計画を基本とする土地利用基本計画の「土地」が「国土」から「地域」に計画対象と計画目的を移転させていることとなる。土地利用基本計画が、計画の対象と目的を、包括的、抽象的概念ではあるが、都市「地域」、農業「地域」、森林「地域」、自然公園「地域」、自然保全「地域」を地域レベルで即地的な土地利用計画として設定しているからである。

第4は、新しい公共の担い手の概念である。地域形成の公共性の担い手が、これまでの国、地方公共団体に加えて、『「新たな公」を基軸とする地域づくり』が、国土形成計画（2008年）の基本戦略とされているからである。超高齢社会、人口減少社会の日本において、地方の過疎化等の地方の危機は深刻であり、地域に即した新しい公共の担い手が求められている。国土形成計画では、新しい公共を「多様な主体が協同し、従来の公の領域に加え、公共的価値を含む私の領域や、公と私との中間的な領域にその活動を拡げ、地域住民の生活を支え、地域活力を維持する機能を果たしていく」ものと位置づけているが、それはまさに地域からの地域形成計画でなければならない⁶⁾。

⁴ 田中・同上16頁。

⁵ 田中・同上17頁。このように、1960年に、田中二郎は、土地行政（現在では国土利用計画法の下土地行政）は地方分権主義に基づくべきだといっているが、「ただ、しかし、土地行政に属するものであっても、全国的に統一し、一定の方針に基いて一貫して行う必要がある分野においては、これを国の権能に留保しているものも少なくなく、また、今日なお、戦後の改革の趣旨の徹底していない分野もないではない」（同上17頁）とし、ほとんど機関委任事務であることを認識していた。

⁶ 奥野信弘・栗田卓也『新しい公共を担う人びと』（岩波書店、2010年8月）129頁は、「人口減少・高齢化などわが国の成長力が懸念される状況はこれからも続き、地域拠点の産業集積に大きな期待をかけることは困難だろう。最も大事なことは、各地域が自ら持続可能な取り組みを進め、圏内外の人的・物的資源を活用して、より良く生きることができるよう将来の進むべき方向を見出すことである。」とする。

第5は、国土計画思想を「効率主義」と「衡平主義」の2項対立で捉えた場合⁷、「衡平主義」を基本とする考えである。「効率主義」は、「経済発展優先、先進地域先行整備の思考」であり、これに対し、「衡平主義」は「効率非優先、後進地域重視の考えの総称⁸」である。敷衍すると、「効率主義」は、まず国土（全国）計画ありきで国土（全国）計画に重点がおかれ、全体主義的性格（中央集権主義的）をもち、上からの統制主義である。これに対し「衡平主義」は、地方（地域）計画から国土（全国）計画へと地方（地域）計画に重点がおかれ、民主主義的性格（地方分権主義）をもち、下からの調整主義である⁹。そして、この衡平主義は日本の国土計画の基本理念である「国土の均衡ある発展」に表れている。つまり『国土の均衡ある発展』とは、わが国国民が国土のいずれの地域においても、その地域の特性に応じた暮らしぶりを営むことができ、幸福に生活することを追求できるための条件整備を行う旨の理念に他ならないと考える。すなわち『個』の利益を守りながら、『全体』の利益を安定的に向上させるようなバランスを意味していると考えるのである¹⁰】。

第5に、国の地方公共団体への関与（コミット）の希薄化である。国

⁷ 川上征雄『国土計画の変遷—効率と衡平の計画思想』（鹿島出版、2008年4月、以下、川上・『国土計画の変遷』と略記する。）は、この「効率主義」と「衡平主義」の二つの計画思想の観点から日本の国土計画の変遷を描き切るものである。

⁸ 川上・『国土計画の変遷』11頁。

⁹ 川上・『国土計画の変遷』11頁の表-3「効率主義」と「衡平主義」の語群、14頁の表-4「戦前の国土計画の二様の議論」から叙述。

¹⁰ 川上・『国土計画の変遷』127頁。この「国土の均衡ある発展に関して、次のような小泉純一郎首相の発言が興味深い。「国土は均衡ある発展を遂げるべきだと思っています。都市と農村というのが対立する問題ではないと。都市と農村は、今、佐藤議員が言われているような、共存共栄するものだと思っています。それから、安全保障を考える上においても、一地域だけにすべての機能が集中するというのも国土の安全を考えるとこれは好ましいことではないという観点から、国土の均衡ある発展を考えるべきじゃないかと私は思っております。」（2003年（平成15）年6月16日参議院決算委員会での答弁）。川上・『国土計画の変遷』126頁注64）参照。

土地利用計画法の国土利用計画全国部分が国土形成計画法の全国計画と実質的に一本化され、その全国計画が、国土の利用、整備及び保全に関する施策つまり地域形成計画の「指針」に留まり、また「これまで多くの開発行政法が法律事項としてきた、国の地方に対する財政的援助や国の地方への関与といった類の法律事項はなくなり、むしろ国の国民や地方への説明責任の義務化というところに法律事項が多いものになっている¹¹⁾」のである。

地域形成計画の集積、集約が国土形成計画であり、国土形成計画の下での地域形成計画ではないのである。地域形成（国土形成）の主導の交代を象徴的に示すためにも、「地域形成計画法」とすべきであると考ええる。

第2款 地域形成計画（国土計画）の変遷

1 変遷の判断枠組み

戦争に敗れ、国土の荒廃と国民の喪失感は日本の歴史上、国家として、国民として、初めて経験することであった。国土の復興、再生は重要課題となる。愛国心は、「美しい国土」に由来し、また愛国心は「美しい国土」に徴表されるからである。「国土形成」の理念は、「美しい国土の創造」（21世紀国土グランドデザイン・1998年）、「美しく風格のある国土の形成」（景観法・2004年）に表れる。美しい風格のある国土は国民の思想、歴史の集積、堆積である。その国土は地域形成の集約、集積である。地域形成計画（国土計画）の思想、基本理念及びその理念に基づく地域形成計画（国土計画）並びに関連法律を、戦後から現在までを概観することにしよう。戦後から、現在までの、国土計画、本稿では地域形成計画に関連する14件の全国計画及び法令を、以下の五時期区分にした

¹¹⁾ 川上・『国土計画の変遷』134頁。

が¹²、その展開を概観することにする。国土計画及び関連法令は時代の課題に応えるものとして、過去・現在・未来の過程で捉えるべきものだからである。

第1時期は、「戦後占領・復興期」（1945年～1955年）である。

(1) 国土総合開発法（1950年）

第2時期は「高度経済成長期」（1955年～1972年）である。

(2) 全国総合開発計画・全総（1962年）、

(3) 公害対策基本法（1967年）、

(4) 新全国総合開発計画・新全総（1969年）、

第3時期は、「安定成長・地価高騰期」（1974年～1988年）である。

(5) 国土利用計画法（1974年）、

(6) 第3次全国総合開発計画・三全総（1977年）、

(7) 第4次全国総合開発計画・四全総（1987年）、

第4時期は、「地価バブル崩壊期」（1989年～2004年）である。

(8) 土地基本法（1989年）、

(9) 環境基本法（1993年）、

(10) 第5次—21世紀の国土グランドデザイン

—地域の自立の促進と美しい国土の創造—（1998年）、

(11) 地方分権一括法の制定（1999年）、

第5時期は、「成熟社会移行期」（2004年～）である。

(12) 景観法（2004年）

(13) 国土形成計画法（2005年）、

(14) 国土形成全国計画（2008年）、

¹² この時代区分は、稲本洋之助・小柳春一郎・周藤利一『日本の土地法（第2版）』（成分堂、2009年3月、以下、稲本他・『日本の土地法』と略記する）による。但し、成熟社会移行期は2005年からではなく2004年の景観法の制定からとした。景観法は土地所有権の制限に一定の価値的色彩を根拠とするもので、地域形成計画法においては画期となるものとするからである。

では、以下、その展開を概観的にみていくことにしよう。

2 「戦後占領・復興期」(1945年～1955年)

日本は、自らの戦争に敗れる。この第二次世界大戦の日本国民の戦没者は約310万人、沖縄地上戦の民間人9万4千人を巻き込んだ18万人余の戦没者、米軍の原子爆弾投下による広島14万人、長崎7万3千人の戦没者である。全国の530都市へのB29の空襲により、都市は壊滅し、死者20万3千人となる。連合国の占領軍による日本統治の戦後改革が始まる。財閥解体、軍隊の解体、教育改革、農地改革等である。1947年5月3日に日本国憲法が公布され、連合国の占領下で日本の民主主義国家がスタートするのである。そして、1950年、国土復興の国家意思は国土総合開発法に表れることになる。

(1) 国土総合開発法(1950年)

国土総合開発法は、その目的を、「国土の自然的条件を考慮して、経済、社会、文化等に関する施策の総合的見地から、国土を総合的に利用し、開発し、及び保全し、並びに産業立地の適正化をはかり、あわせて社会福祉の向上に資することを目的とする」(1条)と定める。国土復興の静かな宣言である。

そして、「国土総合開発計画」を、「国又は地方公共団体の施策の総合的且つ基本的な計画で、左に掲げる事項に関するものをいう」と定義する(2条1項)。

- 1 土地、その他の天然資源の利用に関する事項
- 2 水害、風害その他の災害の防除に関する事項
- 3 都市及び農村の規模及び配置の調整に関する事項
- 4 産業の適正な立地に関する事項
- 5 電力、運輸、通信その他の重要な公共施設の規模及び配置並びに文化、厚生及び観光に関する資源の保護、施設の規模及び配置に関する事項

また、国土総合開発計画（「総合開発計画」）の種類をレベルごとに、全国総合開発計画、都道府県総合開発計画、地方総合開発計画及び特定地域総合開発計画に分類する（法2条2項）。

この国土総合開発法は、「効率主義」を基本とするものである。地域形成計画の要素とする、①「土地利用計画」は同法2条1項1号にあり、②「公共施設の整備計画」は同項5号にみえる。「衡平主義」の観点は、都市と農村の規模及び配置の調整」にかいまみることができる。③「環境の保全計画」の視点はまだ見えない。

最初の全国総合開発計画は12年後の1962（昭和37）年の高度経済成長期に策定される。

3 「高度経済成長期」（1955年～1972年）

1956年に「戦後は終わった」（『経済白書』）と言われるように経済の復興を成し遂げ経済の高度成長に入る。人口の大都市集中が起こり社会経済の変化が著しい。新日米安保条約締結（1960年5月）の政治問題から「国民所得倍增計画（1960年12月）の経済問題への国民関心は移る。東京オリンピック（1964年）、新幹線開通（1964年）等の社会資本の整備、そして4大工業地帯等での産業活動の飛躍という「国民所得倍增計画」（1960年）を実現する産業政策を基本に展開する。他方、その事業活動に伴う「公害」の概念が確立する。

(2) 全国総合開発計画¹³（全総）（1962年）

1960年12月に池田内閣は「国民所得倍增計画」を閣議決定する。その実現のための産業基盤強化の社会資本充実が重要施策となる。4大工業地帯に産業を重点的に立地させるとともに中規模の工業地帯の造成整備を必要とした。太平洋ベルト地帯の工業の発展により地方と都市との所得格差が問題となり始める。そこで、その基本目標として、「地域間の均

¹³ 以下の全国総合開発計画（第1次～第5次）は、稲本他・『日本の土地法』149頁の表－7「全国総合開発計画の比較（参照国土交通省HP）」を参照。

「均衡ある発展」を掲げる。都市の過大化の防止と地域格差の縮小に配慮しながら、資本・労働・技術等諸資源の適切な地域配分を通じて、地域間の均衡ある発展を図ることを目的とする。この「衡平主義」の手法として拠点開発方式が採用される。目標の達成のため工業の分散を図ることが必要であり、東京、大阪等の既成大工業の集積と関連させつつ開発拠点を配置し交通・通信施設によりこれを有機的に連絡させ相互に影響させると同時に周辺地域の特性を生かしながら連鎖反応的に開発を進め、地域間の均衡ある発展を実現する。そして、新産業都市建設促進法（1962年）に基づく新産業都市が選定された。

(3) 公害対策基本法（1967年）

産業の発展は、所得格差の問題より、工業地帯の住民に深刻な健康被害等の公害問題を広域化及び深刻化させた。4大工業地帯等の産業活動により大気汚染、水質汚濁等の環境汚染と周辺住民等への健康被害が深刻となり1967年に「公害対策基本法」が制定された。そして、「『公害』とは事業活動その他の人の活動に伴って生ずる相当範囲にわたる大気の汚染、水質の汚濁、土壌の汚染、騒音、振動、地盤の沈下に係る被害が生ずることをいう」と定義されたのである。

事業活動の自由に伴う事業活動の排出物の自由が「経済との調和」の範囲内で「公害」として一定の制限がなされるのである。土地所有権に基づく経済の自由の一般的な制限ということになる。

(4) 新全国総合開発計画（新全総）（1969年）

「新全総」は高度経済成長の絶頂期に策定された。大型プロジェクトの集大成であり、国土の均衡な開発を戦略とし、2005年の国土形成計画法による「開発」が削除されるまで35年余に渡って、日本の全国総合開発計画を規定してきた。その基本目標は、公害問題を背景に、「豊かな環境の創造」となる。基本的課題を長期にわたる人間と自然の調和等としつつ、高福祉社会を目指して人間のための豊かな環境を創造する。まだ、

公害と経済調和の時代認識である。したがって、その基本をなす開発方式は、「大型プロジェクト構想」で、①全国規模での航空網、②新幹線鉄道網、③高速道路網、④大規模な工場地等の開発整備を計画する。後続の全国総合開発計画は基本的に新全総の開発整備計画を承継しながらも、一方で環境に配慮する方向を示ものとなっている。

公害、環境の概念がみえるが、経済優先の下での環境概念である。

4 「安定成長・地価高騰期」（1974年～1988年）

1960年代の高度成長に伴う都市問題、公害問題、地価問題が注目を集める時代で、低成長時代の到来である。米国の新経済政策のニクソンショック（1971年）、『日本列島改造論』（1972）ブーム、第1次石油ショック（1973年）等により「狂乱物価」が起こり「地価高騰」問題が生じる。高度成長の歪が顕在化する時代である。

（5）国土利用計画法（1974年）

この法律は、わが国で初めて全国を対象として、第1に、土地利用の側面で、土地利用計画と土地利用に関する調整措置を位置づけたこと、第2に、土地取引の側面で、土地取引の規制制度を創設したこと、の二つの特徴をもっている。第1の土地利用計画は、開発の乱発に対し、国土の秩序ある開発・利用計画を策定することを目的とし、第2の土地取引の規制は、土地取引にあたって地価の高騰を規制することを目的とするものである。

まず第1の土地利用側面での知事による規制は、国土利用計画法9条で、「土地利用基本計画」を当道府県知事が定めることにより制度化される。ここに、地域の土地利用計画は知事が基本的には責任をもつことになったのである。この土地利用基本計画は、本稿の地域形成計画の基点としている、①都市地域、②農業地域、③森林地域、④自然公園地域、⑤自然保全地域の5区分とし、個別の土地利用規制を、それぞれの個別規制法である、①都市計画法、②農業振興地域整備法、③森林法、④自

然公園法、⑤自然環境保全法に委ねることにしたのである¹⁴。

第2の土地取引の知事による規制は、一定規模以上の土地取引にあたっては、その利用目的とともに取引価格を事前に都道府県知事に届けなければならないというもので、その場合に価格審査等があり、取引価格は地価公示価格を規準にすべきとされた（11条）。

本稿の「地域形成計画法」の概念構成は、国土利用計画法を原型とするものであるが、その根拠の一つは、その国土利用計画法2条の基本理念にある。

「国土の利用は、国土が現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに、生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であることに鑑み、公共の福祉を優先させ、自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件を配慮して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ることを基本理念として行う」とその基本理念を明確に概念化したことである。

「衡平主義」を浸透させた国土計画ということになる。「環境の保全計画」の視点が、「自然環境の保全を図りつつ」と明確になり、また土地利用計画における地方分権主義の視点は、「地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件を配慮して」と明確である。さらに、土地所有権の本質である「時空」の利用権の視点と土地の希少資源性の視点が、「国土が現在及び将来における国民のために限られた資源であるとともに」と自覚され、そして極め付けは、土地所有権が社会の共通の基盤であることが、「生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であることに鑑み」と本質的に認識されていることである。したがって、「公共の福祉を優先させ」るとなる。土地所有権が諸活動の共通の基盤であることを認識したうえで、

¹⁴ 藤田宙靖『行政法の基礎理論 下巻』（有斐閣、2005年）330頁は、「国土利用計画法が目的とする『総合的かつ計画的な国土の利用』とは、現実には、この五つの目的からする土地利用間の調整でしかないのである。」と限定的である。

その制限の根拠は「公共の福祉を優先させ」ることとなるのである。

(6) 第3次全国総合開発計画（三全総）（1977年）

経済の高度成長がオイルショック等で終焉し、安定経済成長の下で策定されたのが三全総である。基本目標を「人間居住の総合的環境の整備」とする。限られた国土資源を前提として、地域特性を生かしつつ、歴史的、伝統的文化に根ざし、人間と自然との調和のとれた安定感ある健康で文化的な人間居住の総合的環境を計画的に整備する。

開発方式は、「定住構想」である。すなわち、大都市への人口と産業の集中を抑制する一方、地方を振興し、過密過疎問題に対処しながら、全国土の利用の均衡を図りつつ人間居住の総合的環境の形成を図るものである。

「衡平主義」を基本とする計画である。総合計画の総合性に自然的環境に加えた歴史的、伝統的視点が特徴的である。

(7) 第4次全国総合開発計画（四全総）（1987年）

人口、諸機能が東京に一極集中し、本格的な国際化の進展で、東京の「世界都市」観がでてくる。また、プラザ合意（1985年）後、産業構造の急速な変化等により、地方圏での雇用問題が深刻化するとともに、バブル経済が始まる。

このような時代を背景に四全総は基本目標として「多極分散型国土の構築」を策定する。すなわち、安全でうまいのある国土の上に、特色ある機能を有する多くの極が成立し、特定の地域への人口や経済機能、行政機能等諸機能の過度の集中がなく地域間、国際間で相互に補完、触発しあいながら交流している国土を形成するものである。

そして、開発方式は、「交流ネットワーク方式」である。多極分散型国土を構築するために、第1に、地域の特性を生かしつつ、創意と工夫により地域整備を推進すること、第2に、基幹的交通、情報・通信体制整備を国自らあるいは国の先導的な指針に基づき全国にわたって推進する

こと、第3に、多様な交流の機会を国、地方及び民間諸団体の連携により形成することである。

この開発方式を施行するために多極分散型国土形成促進法（1988年）が制定される¹⁵。本法の目的は、第1に、地方の振興等のための国の行政機関等が東京都区部外への移転である。第2は、業務核都市の整備である。そして、第3に、振興拠点地域の開発整備である。地域の特性に応じた産業・文化・学術等の機能集積による振興拠点を開発整備するものである。また、1997（平成9）年12月に沖縄県について基本構想が承認される。

5 「地価バブル崩壊期」（1989年～2004年）

1985年のプラザ合意から日本経済は内需拡大政策に転換し、経済成長が世界的になる。地価、株が暴騰し、株バブル、地価バブルが始まる。そして、1990年、バブルが崩壊し、金融機関の不良債権が大きな問題となる。国際政治でも、東西冷戦が終焉し（1989年）、ソビエト連邦が崩壊（1991年）する。国内政治でも、自民党単独政権が崩壊する（1993年）。「失われた10年」といわれる時代である。しかし、そのような中で21世紀グランドデザイン（1998年）が最後の全国総合開発計画として策定されるのである。

(8) 土地基本法（1989年）

1980年代、地価対策が内政上の重要課題であった。土地バブルの対策として土地基本法が制定（1989年）されるが、「土地基本法の理念は、土地に関する法制度の基本というにふさわしいものである¹⁶」とされる。本稿の問題関心で言えば、土地所有権の公共性の本質を、土地の「公共の利害に関係を有する特性を有していること」に置いていることである。それをみてみよう。

¹⁵ 稲本他・『日本の土地法』150頁。

¹⁶ 稲本他・『日本の土地法』178頁。

「土地は、現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源であること、国民の諸活動にとって不可欠の基盤であること、その利用が他の土地の利用と密接な関係を有するものであること、その価値が主として人口及び産業の動向、土地利用の動向、社会資本の整備状況その他の社会的経済的条件により変動するものであること等公共の利害に関係を有する特性を有していることにかんがみ、土地については、公共の福祉を優先させるものとする。」

土地神話に対する日本国家のメッセージということになる。

(9) 環境基本法（1993年）

環境基本法（1993年）は、公害対策基本法（1967年）の「公害」を継承し拡大する。公害対策基本法は、土地所有権の特定地上の時空の利用の側面において、事業地の土地所有権による事業活動の排出物を「公害」とする一方、居住地の土地所有権に「生活環境権」の概念を構成した。そして、環境基本法は、土地所有権の内容である特定地の上下の「時空」の利用の「時空」の概念をより明確に認識する。一つは、「環境の恵沢の享受と継承」の概念で、「人間の活動による環境への負荷によって損なわれるおそれが生じてきていることにかんがみ、現在及び将来の世代の人間が健全で恵み豊かな環境の恵沢を享受するとともに人類の存続の基盤である環境が将来にわたって維持されるよう適切に行わなければならない」（3条）とする。もう一つは、「持続的発展可能な社会」の概念で、「健全で恵み豊かな環境を維持しつつ、環境への負荷の少ない健全な経済の発展を図りながら、持続的に発展することができる社会が構築されることを旨とし、及び科学的予見の充実の下に環境の保全上の支障が未然に防がれることを旨として行われなければならない」（4条）とする。「時空」即ち「環境」の問題が、拡大し、深化しているのである。また、環境基本法は、環境基本計画（16条）、環境影響評価の新たな制度を提示（20条）する。地域形成計画において、環境の保全計画は、必要不可欠な

ものとなっているのである。そして、環境影響評価法は1997年に成立する。

(10) 第5次—21世紀の国土グランドデザイン—地域の自立の促進と美しい国土の創造—1998（平成10）年

「失われた10年」の時代である。地球時代（地球環境問題・大競争・アジア諸国との競争の時代）、人口減少・高齢化社会及び高度情報化時代である。長期構想として、1極1軸型から「21世紀のグランドデザイン」の多軸型国土構造へ、が策定されたのである。

基本目標は、「多軸型国土構造形成の基礎づくり」である。すなわち、多軸型国土構造の形成を目指す「21世紀の国土のグランドデザイン」実現の基礎を築き、地域の選択と責任に基づく地域づくりの重視である。

そして、開発方式は「参加と連携」である。多様な主体の参加と地域連携による国土づくりとして、次の4つの戦略を挙げる。第1は、多自然居住地域（小都市・農村漁村・中山間地域等）の創造戦略である。第2は、大都市のリノベーション（大都市空間の修復・更新・有効活用）戦略である。第3は、地域連携軸（軸状に連なる地域連携のまとまり）の展開戦略である。第4は、広域国際交流圏（世界的な交流機能を有する圏域）の形成戦略である。

(11) 地方分権一括法の制定（1999年）

地方分権一括法による地域形成計画における地方公共団体の責務と権限の充実化である。この地方分権一括法により、地域形成計画法上（国土利用計画法、都市計画法、建物基準法、農振法等）の国の機関委任事務が廃止され、ほとんどが地方公共団体の自治事務となる。都市計画法等の地域形成計画の地方分権主義が広く浸透したことを意味し、地域形成計画における知事等の責任が重くなり、規制権限が内実化されたことになる。

6 「成熟社会移行期」（2004年～）

日本にとって、21世紀に入っても地価バブル崩壊、株バブル崩壊からの経済再生は困難な道程である。その過程に高齢化が超高齢社会過程に入り、少子化も進行していく。産業の空洞化に突入することになる。これまで経験したことのない社会の課題に対する国家戦略が求められる時代となる。

(12) 景観法（2004年法）

景観法は、2004（平成16）年に制定される。1998（平成10）年の「21世紀の国土グランドデザイン」の「地域の自立の促進と美しい国土の創造」が地域形成計画法の基本法の1つとなる景観法において具体化されることになる。

景観法は、その目的を、「我が国における都市、農山漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定その他の施策を総合的に講ずることにより、美しく風格のある国土の形成、潤いのある豊かな生活環境の創造及び個性的で活力ある地域社会の実現を図り、もって国民生活の向上並びに国民経済及び地域社会の健全な発展に寄与することを目的とする。」（景観法1条）。

そして、景観法は、その基本理念を次のように5点にわたって定めている（2条）。

良好な景観の形成は、

第1に、「国民共通の資産として、現在及び将来の国民がその恵沢を享受できるよう、その整備及び保全が図られ」るべきこと、

第2に、「地域の自然、歴史、文化等と人々の生活、経済活動等と調和により形成されるものであることにかんがみ、適正な制限の下にこれらが調和した土地利用がなされること等を通じて、その整備及び保全が図られ」るべきこと、

第3に、「地域の固有の特性と密接に関連するものであることにかんが

み地域住民の意向を踏まえ、それぞれ地域の個性及び特色の伸長に資するよう、その多様な形成が図られ」るべきこと、

第4に、「観光その他の地域間の交流の促進に大きな役割を担うことにかんがみ地域の活性化に資するよう、地方公共団体、事業者及び住民によりその形成に向けて一体的な取り組みがなされ」るべきこと、

第5に、「現にある良好な景観を保全することなみならず、新たに良好な景観を創出することを含むものであることを旨として、行われ」るべきとするのである。

この基本理念の含意から、景観とは、「地域の自然・歴史・文化等と生活・経済活動等が『地域の姿』として現れたものであって、その地域の特性を形づくるもの¹⁷⁾」と定義される。そして、「景観は、街路景観などの小規模、その背景としての中景観、そして大景観（たとえば盆地形の京都であればまちを取り巻く山並み）の重層的なものである。そして、中景観・大景観において、各種のモニュメント的な建造物や自然は、その都市全体の景観におけるアイデンティティを形成する¹⁸⁾。」のである。

そして、景観計画制度（11条）が導入され、景観計画区域内で建築物・工作物の新築、増改築、移転又は外観の変更、開発行為を行おうとする者は届けなければならない、景観計画に定められた制限に適合しないときは、景観行政団体の長は、建築物の形態又は色彩その他の意匠（形態意匠）に関する変更命令をだすことができるのである（16条・17条）。

この景観法の第1の特徴は、地域形成計画法の一環として、都市計画としての景観地区及び地区計画に限定されず、都市計画区域の内外で横断的に景観計画が景観法の目的に従って策定決定され景観計画区域が定められるということである。例えば、景観計画区域内の農業振興地域に

¹⁷⁾ 安本典夫『都市法概説（第2版）』（法律文化社、2013年4月、以下、安本・『都市法概説』と略記する。）149頁。

¹⁸⁾ 同上・170頁。

景観農業振興地域整備計画を定め、当該区域内の土地利用についての勧告、景観整備機構による農地の権利取得等ができるよう措置したのである（55条～59条）。

景観法の第2の特徴は、地域形成計画に「良好な景観」という価値的な要素も規制の対象となるということである。土地所有権の制限の内容が、これまで、特定地上の時空の利用規制として建築物の用途・形態に限定されていたものが、建築物の色、デザイン等の形態意匠の規制という美的価値的な側面にも土地所有権の公共性の表れとして及ぶことを意味する。土地所有権の特定地上の時空の利用は、土地所有権者の生活、生産自体であり、生活、生産は価値観の表れでもあるところ、それが造形化されて景観となっているからである。

⑬ 国土形成計画法（2005年）

国土形成計画法は全国総合開発計画法（1950年）の名称の改名も含む質的な転換を含む改正である。その目的（1条）、国土形成計画の意義（2条）及び基本理念（3条）を確認しておこう。

まず、本法の目的（1条）に関して、国土形成計画法は、「国土の自然的条件を考慮して、経済、社会、文化等に関する施策の総合的見地から国土の利用、整備及び保全を推進するため、国土形成計画の策定その他の措置を講ずることにより、国土利用計画法（昭和49年法律第92号）による措置と相まって、現在及び将来の国民が安心して豊かな生活を営むことができる経済社会の実現に寄与することを目的とする。」

国土利用計画法「による措置と相まって」と国土形成計画法との一体化が宣言される。

次に、国土形成計画の意義（2条）に関して、「『国土形成計画』とは、国土の利用、整備及び保全（以下、『国土の形成』という。）を推進するための総合的かつ基本的な計画で、次に掲げる事項に関するものをいう。」

全国総合開発計画法の「国土を総合的に利用し、開発し、及び保全し」

が「国土の利用、整備及び保全」となり、それを「国土の形成」というとして、国土形成計画と名称を変えているのである。「開発」から「整備」に転換し、法律の題名からも「開発」が外れたことは「開発主義からの転換として理解できる¹⁹⁾」。なお、本稿の地域「形成」計画の概念は、国土の「形成」の意義である「国土の利用、整備及び保全」に示唆を受け、下記の計画事項（１、６、８）も考慮して、国土の「利用」を①「土地利用計画」、「整備」を②「公共施設の整備計画」、「保全」を③「環境の保全計画」として、地域形成計画の３要素として、概念構成したものである。

国土形成計画に関する事項は次の８事項である。

- 「１ 土地、水その他国土資源の利用及び保全に関する事項
- ２ 海域の利用及び保全（排他的経済水域及び大陸棚に関する法律（平成８年法律第74号）第１条第１項の排他的経済水域又は同法第２条の大陸棚における同法第３条第１項第１号から第３号までに規定する行為を含む。）に関する事項
- ３ 震災、水害、風害その他の災害の防除及び軽減に関する事項
- ４ 都市及び農山漁村の規模及び配置の調整並びに整備に関する事項
- ５ 産業の適正な立地に関する事項
- ６ 交通施設、情報通信施設、科学技術に係る研究施設その他の重要な公共施設の利用、整備及び保全に関する事項
- ７ 文化、厚生及び観光に関する資源の保護並びに施設の利用及び整備に関する事項
- ８ 国土における良好な環境の創出その他の環境の保全及び良好な景観の形成に関する事項」である。

¹⁹⁾ 稲本他・『日本の土地法』256頁。

計画事項を国土総合開発計画と比較すると、「2 海域の利用及び保全」が新たに追加され、7 事項が別事項（前法では6 事項として一つ）となり、8 事項の「国土における良好な環境の創出その他の環境の保全及び良好な景観の形成に関する事項」が新たに加えられたことになる。環境基本法と景観法が組み込まれたことになる。

また、国土形成計画を、全国計画及び広域地方計画に区分する。

そして、最後に、国土形成計画の基本理念（3 条）をみてみよう。

第1 項の基本理念は、「国土形成計画は、我が国及び世界における人口、産業その他の社会構造の変化に的確に対応し、その特性に応じて主体的に発展する地域社会、国際競争力の強化及び科学技術の振興等による活力ある経済社会、安全が確保された国民生活並びに地球環境の保全に寄与する豊かな環境の基盤となる国土を実現するよう、我が国の自然的、経済的、社会的及び文化的諸条件を向上させる国土の形成に関する施策を、当該施策に係る国内外の連携の確保に配意しつつ、適切に定めるものとする。」

第2 項の基本理念は、「国土形成計画は、総合的な国土の形成に関する施策の実施に関し、地方公共団体の主体的な取組を尊重しつつ、全国的な規模で又は全国的な視点に立って行わなければならない施策の実施その他国が本来果たすべき役割を踏まえ、国の責務が全うされることとなるよう定めるものとする。」

第2 項基本理念も踏まえて、「新しい国土形成計画は、量的拡大『開発』基調から『成熟社会型の計画』とした点及び国土形成計画（全国計画）について国主導から分権型とした点を特徴とする²⁰」と捉えられる。

(14) 国土形成計画（全国計画）（2008年）

国土形成計画法に基づく2008（平成20）年7月の閣議決定である。全

²⁰ 稲本他・『日本の土地法』257頁。

国計画は、新しい国土像として、①「多様な広域ブロックが自立的に発展する国土を構築」、②「美しく暮らしやすい国土」とする。そして、その戦略目標として、第1に、グローバル化や人口減少に対応する国土の形成という視点から①東アジアとの円滑な対応・連携、②持続可能な地域の形成、第2に、安全で美しい国土の再構築を継続という視点から、③災害に強いしなやかな国土の形成、④美しい国土の管理と継承、そして第3に、この4つの戦略的目標を推進するための横断的視点として、⑤「新たな公」を基軸とする地域づくりをたてたのである。

そのうち都市政策の都市の整備の一環として景観形成、歴史風土の形成に関して次のように提示している。

地域固有の歴史や文化を再評価し、地域への愛着の醸成やそこに暮らしたくなるような魅力を創出していくことが重要である。例えば、歴史的な建造物、伝統的な街並みや誇りとなる自然景観を有する地域においては、地域の合意形成を図りながらこれを一体として保全・継承し、より美しく個性的な町並みや自然環境と一体となった歴史的風土を形成していくことである²¹。

第3款 地域形成計画の位置と構造

1 地域形成計画の位置

地域形成計画法は地域形成計画に関する法令の体系上の概念である。地域形成計画は、国土利用計画法に基づく土地利用基本計画に即して5地域に地域区分する個別規制法の諸計画の包括的、抽象的概念であり、その諸計画は地域形成計画の各種計画となる。そこで、国土利用計画法の3層構造において、土地利用基本計画の位置を確認することにする。地域形成計画のイメージがより明確になると考えるからである。

²¹ 蔵敷明秀『入門都市計画』（大成出版、2012年2月、以下、蔵敷・『入門都市計画』と略記する。）181・182頁。

国土利用計画法は、国土利用計画を、国レベルで「全国計画」、都道府県レベルで「都道府県計画」、市町村レベルで「市町村計画」の三層構造としている。市町村計画は都道府県計画を基本とし、都道府県計画は全国計画を基本とする関係である。国土の適正且つ合理的利用の判断基準は全国計画を基本とする。この全国計画を基本に都道府県計画が存在する。都道府県計画が地域レベルでのビジョンということになる。この都道府県計画は、県知事によって作成されるが、その作成過程に置いて、国土交通大臣の助言・勧告を受け、県知事は国土交通大臣に報告する。逆に国土交通大臣は県知事の意見を聞くことや、意向反映の措置をとる。また、県知事は国土利用審議会の意見を聴く。そして県議会の議決をえて都道府県計画が完成することになる。この都道府県計画と全国計画を基本として、「土地利用基本計画」が作成される。土地利用基本計画は、都道府県が定める（9条1項）。

土地利用基本計画は、(1)5万分の1の計画図と(2)計画書に区別され、(1)計画図は、①都市地域、②農業地域、③森林地域、④自然公園地域、⑤自然保全地域に区別される。(2)計画書は、土地利用の調整等に関する事項である。この土地利用基本計画に適合するように「土地取引規制」の許可基準と勧告基準が設定されることになる。

地域形成計画は、この土地利用基本計画の5地域区分を規定する個別規制法の①都市計画、②農業振興地域整備計画、③森林計画、④公園計画、⑤自然環境保全計画の諸計画の包括的な抽象的概念である。したがって、この諸計画は、地域形成計画の各種計画となる。そして、各種計画の調整を内容とする土地利用基本計画は地域形成計画の上位概念となる。

2 地域形成計画の構造と段階

地域形成計画は、第1段階の、土地利用基本計画上の個別規制法の土地利用目的に対応する地域区分の「地域区分制」、そして、各個別規制法の土地利用規制の方法にしたがって、第2段階として、「線引き」の「区

域区分制」、さらに、「ゾーニング」第3段階の「地域地区制」、第4段階の「地区計画制」というように基本的に一応、区別できる。以下、各地域区分における各段階を、土地所有権の制限との関連で概観することにするが、土地所有権の内容は自由な「特定地の上下の時空の利用及び処分」であるが、その客体である特定地（地籍・地積）は、①特定地面、②特定地面上の時空及び③特定地面下の時空の3側面に区別できる。土地利用規制という場合、どの側面の利用規制か、①特定地面か、②特定地面上の時空か、③特定地面下の時空か、の観点から考察すると、より土地利用計画が的確に理解でき、また、土地利用計画が土地所有権の制限による計画であることが確認できる。まず、地域形成計画の起点となる土地利用計画の第1段階の地域区分制から見ることにしよう。

第3節 地域形成計画と地域区分制

地域区分制は、土地利用基本計画に即して、5地域ごとの個別規制法の土地利用目的が対応して各地域が規定されるものである。①「都市地域」、②「農業地域」、③「森林地域」、④「自然公園地域」⑤「自然保全地域」である。ここに、国土の利用計画のビジョンから即地的な土地利用計画となり対象と目的が「国土」から「地域」に移転したことになる。日本全体の土地利用状況を『土地白書』により確認してみよう²²。

日本の国土面積は37万7960km²である。その内、森林が25万600km² (66.3%)と最も多く、次に農地が4万5500km² (12.0%)で、これで全国の国土面積に約8割を占めている。続いて、道路が1万3700km² (3.6%)、水面・河川・水路が1万3400km² (3.5%)、住宅地が1万1600km² (3.1%)、その他の宅地0.59万km² (1.6%)、原野等が0.34万km² (0.9%)、工業用地が0.15

²² 平成26年度『土地白書』(国土交通省、平成26年8月、以下、平成26年度版『土地白書』と略記する。) 25頁。なお、国土地理院は2015年3月7日、2014年10月1日付の日本の国土面積を37万7972.28km²と発表した。約10km²増加したとのことである。

万 km^2 （0.4％）である。なお、住宅地及び工業用地等の宅地は1.9万 km^2 （5.1％）となる。次の5地域の計画区域決定により、その地域指定面積が確定することになるが、各地域が重複するので、全国の指定面積は56万6900 km^2 になることに注意すべきである。5地域区分の「地域」概念の包括的抽象的な目的概念であるためである。

1 都市地域

都市地域は、「一体の都市として総合的に開発し、整備し、及び保全する必要がある地域」（国土利用計画法9条3項）である。「都市計画法」（1968年）により「都市計画区域」として指定されることが相当な地域である。国土利用計画都市としての総合的な開発・整備・保全の土地利用計画として、まず、市街化区域、市街化調整区域に区分され、開発許可制度で規制される。地域地区制の基本として用途地域制（現在12用途地域）は敷地単位の建築基準法による建築物の用途・形態規制により具体化される。そして、街区単位の街区内の一体的規制・緩和、建築物等の形態・意匠等の規制による地区計画制となる。このような地域地区制（用途地域制）、地区計画制は、都市地域における土地所有権の制限であるが、各段階階に応じて、その土地所有権制限の内容・程度が異なる。

これを全国の面積でみると次のようになる²³。国土面積37万7960 km^2 のうち都市計画区域は、区域数1129で、その面積は10万1590 km^2 、区域区分決定済みの区域数272で、その面積5万2190 km^2 、用途地域の区域数が889で、その面積は1万8550 km^2 である。また、都市計画区域の全国面積での割合は、26.9％で、この区域に全人口の約93％が住んでいるのである。

2 農業地域

農業地域は、「農用地として利用すべき土地があり、総合的に農業の振興を図る必要がある地域」（国土利用計画法9条5号）である。「農業振興

²³ 平成26年度版『土地白書』254頁。なお、森林地域は25万3910 km^2 （68.1％）、自然公園地域5万4540 km^2 （14.6％）、そして自然保全地域は1050 km^2 （0.3％）である。

地域の整備に関する法律」(以下、「農振法」という。)に基づく農業振興地域として指定されることが相当な地域である。農業地域の区域区分としての農用地区域では、原則として開発行為が規制され、また農地転用が制限されるなど、土地所有権の特定地面の自由な利用が制限されている。農業地域は17万2390km²で、全国割合で46.2%である。ただし、全国の指定面積は58万6900km²である。実積は37万2920km²であり、157.4%で重複指定が多いということである。ちなみに、都市地域は10万2470km²で、全国比27.5%となっている。つまり、農業地域と都市地域がかなり重複しているのである²⁴。

3 森林地域

森林地域は、「森林の土地として利用すべき土地があり、林業の振興又は森林の有する諸機能の維持増進を図る必要がある地域」(国土利用計画法9条6号)である。「森林法」により、国有林、地域森林計画対象民有林が地域指定されることが相当な地域で、そこに保安林区域が指定される。森林地域の保安林区域では開発行為が制限され、民有林の場合には、土地所有権を制限することで保安林を維持し、自然災害の防止、水源の涵養を図ることになる。

4 自然公園地域

自然公園地域は、「優れた自然の風景地で、その保護及び利用の増進を図る必要があるもの」(同法9条7号)である。「自然公園法」に依り(a)国立公園、(b)国定公園及び(c)都道府県立自然公園区域として指定されることが相当な地域である。(a)、(b)では、特別地域、海中公園地区が決定され、一定の行為が制限されるなどして土地所有権を制限して、公園の保全を図っている。(c)は、都道府県の条例により国立公園の規制の範囲内での規制という土地所有権の制限がなされている。

²⁴ なお、土地利用研究会編『早わかり国土利用計画法』(大成出版、1999年10月)33頁、「図-9 五地域区分の重複する地域の土地利用の調整指導方針」参照。

5 自然保全地域

自然保全地域は、「良好な自然環境を形成している地域で、その自然環境の保全を図る必要があるもの」（国土利用計画法9条8号）である。「自然環境保全法」により「原生自然環境保全地域」、「自然環境保全地域」、及び「都道府県自然環境保全地域」として指定されることが相当な地域である。各地域の保全の内容、程度に勘案して、立入制限地区、特別地区、普通地区などの地区を決定し、立ち入り制限、地区内の土地所有権の制限を通じて自然環境の保全がなされている。

これらの5地域土地利用規制は、土地利用基本計画に即して定められる。つまり「土地利用基本計画に即して適正かつ合理的な土地利用が図られるよう、関係行政機関の長及び関係地方公共団体は、この法律に定めるものを除く他、別に法律で定めるところにより、公害の防止、自然環境及び農林地の保全、歴史的風土の保存、治山、治水等に配慮しつつ、土地利用の規制に関する措置その他の措置を講ずるものとする」（国土利用計画法10条）。

この「土地利用の規制に関する措置」は権利の側面では、土地所有権の制限である。土地所有権の内容は土地の利用権と処分権と区別した場合、基本的には土地利用権の側面の制限となる。

6 土地の取引規制

さらに、国土利用計画法は、土地利用計画に基づく適正かつ合理的な土地利用が効果的に実施できるように、知事に、土地取引の側面においても規制措置を定める。これは、日本列島改造論の影響を受けた地価高騰の対策であったが、地価の高騰が、土地の適正かつ合理的利用に大きく影響することがみえてきたからである。特に都市地域に時価の高騰があり、その都市地域に土地利用の需要が高いからである。

この土地取引に関する知事の規制措置に関して、同法11条は次のように規定する。

「土地の投機的取引及び地価の高騰が国民生活に及ぼす弊害を除去し、かつ、適正かつ合理的な土地利用の確保を図るため、全国にわたり土地取引の規制に関する措置の強化が図られるべきものとし、その緊急性にかんがみ、次章（土地に関する権利の移転等の許可）及び第5章（土地に関する権利の移転等の届け出）で定めるところにより、土地取引に関する措置が講じられるものとする。」

次に、土地利用基本計画に即して、地域形成計画の始まりとなる第1段階の地域区分制による都市地域における地域形成計画を考察する。

第4節 都市地域の地域形成計画

第1款 序

都市地域は都市計画法による都市計画区域である。この都市地域の地域形成計画を検討するが、地域形成計画の要素は、①土地利用計画、②公共施設の整備計画、③環境の保全計画である。都市計画の内容は、①土地利用計画、②都市施設の整備計画、③市街地開発事業計画として現れる（都計法4条）。地域形成計画の要素と都市計画の内容は、①と②は内容的に同じであるが、それぞれの③が違うことになる。地域形成計画の③環境の保全計画は、都市計画では、都市環境の保全計画として、都市計画の①土地利用計画と②都市施設整備計画の中で配慮されている。問題は、都市計画の③市街地開発事業である。この市街地開発事業は、一定の地域を、面的、一体的に市街地を開発する事業であるが、二つの場面で違いがでることになる。一つの場面は、都市計画として③市街地開発事業を実施する場合には、その③市街地開発事業の中に、①土地利用計画、②都市施設の整備が入っているが、③市街地開発事業を都市計画事業として行う場合には、その事業の内容として①土地利用計画と②都市施設の整備計画が行われることになり、③環境の保全は、この①②の中で配慮されることになる。以下、都市地域に地域形成計画要素であ

る①土地利用計画、②都市施設（公共施設）の整備計画及び③環境の保全計画をみることにする。

第2款 地域形成計画としての都市計画の土地利用計画

1 旧都市計画法から新都市計画法へ

都市地域形成の基本となる都市計画法は、1919（大正8）年に制定され、都市地域の土地所有権の内容である特定地上の時空の自由な利用（排他的支配）を建築物規制で制限する市街地建築物法も同時に制定される。都市地域の特定地上の時空の自由な利用（排他的支配）の規制は、特定地上の時空に存在する建築物規制で具体化されることになる。他方、事業地の造成を目的とする公有水面埋立法が1921（大正10）年に制定され、東京湾沿岸を工業地として土地造成（供給）する地域形成計画の一翼を担うことになる。

戦後の1947年の日本国憲法の公布、地方自治法の制定により、地方自治の原理の要請により改正され、その抜本的改正に伴い、市街地建築物法は、建物基準法（1950年）として制定される。1919年制定の都市計画法は、戦後の日本国憲法、地方自治法の制定の下、日本社会の進展に伴い、日本社会の都市化の弊害の対応策として、多くの修正を受け、また原理的に批判されていた。「都市計画は、元来、都市そのものが中心となっていくべきものであり、諸外国では、通常、いわゆる自治事務の中心課題ともなっているのであるが、わが国では、従来、中央集権的な考え方が強く、地方自治の本旨の実現をめざす現行憲法の下においても、都市計画法は、古い中央集権の体制を堅持し、都市計画は、原則として、国の事業として、国の決定をまつべきものとの思想によって貫かれているといつてよい。都市計画区域の決定を主務大臣の権限としているのも、その一つの現れに外ならぬ²⁵」。

²⁵ 田中・『土地法』117頁注(3)。

1968年、全面改正され、新都市計画法と衣替えし、1919年都市計画法は旧都市計画法となった。

しかし、1968年新都市計画法においても、都市計画区域の指定事務は機関委任事務であった。都道府県知事は、市又は町村の中心の市街地を含み「一体の都市として総合的に整備し、開発し、及び保全する必要がある区域を都市計画区域として指定する」機関委任事務であったのである。それが自治事務となるのは、1999年の地方分権一括法までまたなければならなかった。

2 区域区分制（線引き）

地域レベルにおける知事により指定された都市計画区域を、区域レベルで、市街化すべき区域（市街化区域）と当面市街化を抑制すべき区域（市街化調整区域）に区別する。この市街化区域と市街化調整区域の区域区分は、「線引き」と言われ、開発行為に知事の許可が必要か否かに大きな意味をもつものである。区域区分による土地所有権の制限である。この土地所有権を制限する区域区分を、都市計画法7条は、次のように規定する。

「都市計画には、無秩序な市街化を防止し、計画的な市街化を図るため、都市計画区域を区分して、市街化区域及び市街化調整区域を定めるものとする。

2 市街化区域は、すでに市街地を形成している区域及びおおむね10年以内に優先的かつ計画的に市街化を図るべき区域とする。

3 市街化調整区域は、市街化を抑制すべき区域とする。」

この区域区分の機能は、都市計画を、市街化区域には効果的に機能させることを意味する。このような意味をもつ都市計画は市街化区域の土地所有権の価値が高くなる。その価値を高める都市計画とはどのようなものであろうか。

新都市計画法4条は、都市計画を「都市の健全な発展と秩序ある整備

をはかるための①土地利用、②都市施設の整備及び③市街地開発事業に関する計画」（①②③筆者挿入）と定義する。

①「土地利用」に関する計画とは、市街化区域・市街化調整区域の都市計画、地域地区に関する都市計画等（用途地域制度）を指す。

②「都市施設」とは、都市計画において道路、都市高速鉄道、公園、水道、河川、学校等を指す。これらの施設の事業認可権を知事がもつということになる。小田急高架事件は、この知事の都市高速鉄道事業地の認可に関わるものである。

③「市街地開発事業」に関する事業とは、土地区画整理法による土地区画整理、新住宅市街地開発法による新住宅市街地開発事業等を指す。

この新都市計画法における都市計画概念は、1966年の宅地審議会の「都市地域における土地利用の合理化を図るための対策に関する答申（第5次答申）」の答申をうけたものである。

「都市地域における土地利用の合理化」の手法として、都市計画区域を市街化区域と市街化調整区域に区分したのであるが、市街化調整区域は、市街化を抑制すべきとする地域としたことは、都市地域の土地所有者にとっては、大きな関心事になる。市街化区域の地価は上昇が予測される。市街化区域の特定地面上の時空の地域形成計画により土地利用の適正且つ合理化がなされ土地利用の利便性、効率性及び高度化により土地利用権の価値が高まり、土地所有権の価値が高まるからである。

他方、市街化調整区域では市街化を抑制するために、特定地面の土地利用規制の開発許可制を創設することで宅地化が原則禁止され、土地所有権の特定地面の利用規制となり市街化が抑制され土地所有権の価値が下がる傾向をもつのである。

なお、非区分都市計画区域もある。つまり、区域区分は原則として任意の選択に委ねられ、大都市圏の既成市街地とその周辺など一定のところでのみ区分が義務的なものとされているのである（都計法7条1項）。

区域区分の決定状況は、2007（平成19）年段階で、次のとおりである²⁶。
区域区分設定済都市計画区域面積は、5万1790㎢で、人口8千659万で、
市街化区域面積1万4390㎢、他方、市街化調整区域は3万7400㎢である。

3 地域地区制（ゾーニング）

（1）地域地区制の意義

地域地区制とは一定の範囲の土地に「ゾーニング」すなわち「地域」
ないし「地区」（これは地域に比べやや狭いものを表す趣旨をもっている）
を設定して、土地利用に制約をかけるものである²⁷。地域地区制は、地
域又は地区に区分して土地利用規制をかける制度であり、その基本は用
途地域制であるが、全体を理解するために、各種の地域、地区を概観し、
次に、その基本である用途地域制、そして、各種のなかで景観系の地域
地区を説明することにする。

（2）各種の地域地区の概観²⁸

1）用途系地域地区

①用途地域（12用途地域）、②特別用途地区、③特定用途制限地域

2）利用密度系地域地区

④高度地区、⑤高度利用地区、⑥特例容積率適用地区、⑦高層住居誘
導地区

3）景観系地域地区

⑧景観地区（景観法61条1項）、⑨風致地区、⑩歴史的風土特別保存地
区（古都保存法6条1項）、⑪明日香村歴史的風土保存地区（明日香村法
3条1項）、⑫伝統的建造物群保存地区（文財法142条）、⑬緑地保全地
域・特別緑地保全地区・緑化地域（都市緑地法5・12・34条1項）

²⁶ 蔵敷・『入門都市計画』15頁。

²⁷ 安本・『都市計画法』「地域地区制」に関して56・57頁参照。

²⁸ 同上57頁参照。

4）業務・交通系地域地区

⑭駐車場整備地区（駐車場法3条1項）、⑮流通業務地区（流通市街地4条1項）、⑯臨港地区、⑰生産緑地地区（生産緑地法3条1項）

5）防災系地域地区

⑱防火地域・準防火地域、⑲航空機騒音障害防止地区・航空機騒音障害防止特別地区（特定航空騒4条1項）、⑳特定防災街区整備地区（密集市街31条1項）

6）事業促進地域地区

㉑都市再生特別地区（都市再生法36条1項）、促進地区（都計法10条の2）、㉒遊休土地転換利用促進地区（都計法10条の3）、㉓被災市街地復興推進地域

(3) 用途地域制

用途地域制は、都市計画上の土地利用規制制度である地域地区制の創始であり基本となるもので、12用途地域ごとに、建築物の用途・形態等を規制する制度である（都計法8条1項1号）。都市計画での土地利用規制の基本的な制度である。旧都市計画法（1919年）は、都市計画の地域地区として4用途地域（居住地域、商業地域、工業地域、未指定地域）を創設した。この4用途地域は特定地面の時空の利用規制であるため、その時空の利用規制を具体化するものとして建築物用途規制及び建物形態規制の市街地建築物法（1919年）を同日に制定するのである。

用途地域制に関しては、現在、12用途地域に詳細化して土地利用を規制している（都計法8条、9条）。住居系地域は、①第1種低層住居専用地域、②第2種低層住居専用地域、③第1種中高層住居専用地域、④第2種中高層住居専用地域、⑤第1種住居地域、⑥第2種住居地域、⑦準住居地域の7種である。商業系地域は、⑧近隣商業地域、⑨商業地域である。工業系地域は、⑩準工業地域、⑪工業地域、⑫工業専用地域であ

る²⁹。この用途地域内の特定地上の時空の利用規制は用途地域内の建築物の用途規制及び形態規制（容積率・建ぺい率・敷地の最低面積・外壁の後退距離・高さ制限・日影規制）で具体化されることになる（建築基準法48条）。土地所有権は、特定地面の時空の自由な利用であるから、12用途地域による土地利用規制は、土地所有権の制限となる。そして、その土地所有権の制限は、建築物用途・形態規制により具体化されていることになる。

この土地所有権の制限を、前述の区域区分制と地域地区制を比較すると次のようになる。区域区分制（都計法7条）は「線引き」といわれように、市街化調整区域では、市街化を抑制するための区域指定であるので、特定地面の宅地造成規制となる。市街化区域は特定地上（特定地面上の時空であるから、当然特定地面を包含した時空。）の時空の利用規制、用途地域制は特定地面上の時空の利用規制であり、この時空の利用規制は建築物用途規制と形態規制で具体化されることになる（建築基準法48条）。つまり、用途地域制は、具体的には建築物用途・形態規制として現れるが、特定地の地面の時空の利用規制であり、土地所有権の制限を意味する。土地所有権は特定地面の上下の時空を自由に利用及び処分する権利であるからである。

次に、用途地域制以外の地域地区制のうち景観・環境系についてみることにする。

（4）景観・環境系の地域地区制

1）風致地区（都計法8条1項7号、第58条）

風致地区は、旧都市計画法（1919・大正8年）で創設された地域地区制である。風致は、「自然物及び社寺・史跡・農地などの地域に古くから存在し、周辺自然と一体化した人工物により良好な景観が形成されてい

²⁹ 12用途地域の内容については、稲本他・『日本の土地法』208頁「図4用途地域の概要」、蔵敷・『入門都市計画』16・17頁参照。

る状態³⁰」である。風致地区内において、建物等の建築や樹木の伐採などに一定の制限をすることで、都市と自然の両立を図るものである。この風致地区制は、新都市計画法（1968・昭和43年）で存続するが（同法8条1号7号）、都道府県の条例に基づく許可による規制となる。

2）歴史的風土特別保存地区（都計法8条1項10号）

「古都保存法」（1966年）に基づく制度で、「古都」をかつての政治、文化の中心等として歴史上重要な地位を有する10市町村（京都市等）とし、「歴史的風土」を、その古都において歴史上意義を有する建造物、遺跡等が周囲の自然的環境と一体となしている土地の状況と捉え」、文化的遺産として適切に保存することを目的とする。この「古都において歴史上意義を有する建造物、遺跡等が周囲の自然的環境と一体となしている土地の状況」こそが、地域内の特定地面上の時空の千年以上に渡る利用の現在における形・姿である。土地所有権は特定地面上の時空の歴史的に規定された自由な利用であるが、その自由な利用（意思）の造形化されたものとしての建造物等の景観となっているのである。

3）景観地区

景観地区は、景観法（2004・平成16年）に基づき建築物の形態意匠の制限等を定めるものである。この景観地区は、都市計画上の地域地区制としての景観地区であるが、この景観地区以外に、地区計画による景観保全、さらに景観計画区域内の農振地域に景観農振地域整備計画を定めて農業と景観の調和を図る。景観地区に関する都市計画には、建築物の形態意匠の制限を定め、建築物の高さの最高限度又は最低限度、壁面の位置の制限、建築物の敷地面積の最低限度のうち必要なものを定めて景観の保全を図る。また、景観計画区域内の景観上重要な建造物や樹木を景観最重建造物（19条）・景観重要樹木（28条）として指定し、その現状

³⁰ 稲本他・『日本の土地法』41頁。

変更には景観行政団体（都道府県等）の長の許可を必要としている（21条・31条）。

4）伝統的建造物群保存地区（都市計画法8条1項15号）

文化財保護法143条に基づく制度で、都市計画区域及び準都市計画区域内において、伝統的建造物群及びこれと一体をなしている環境を保存するために、都市計画に定めるものである。この地区での規制は、伝統的建造物群保存地区内の建造物の新築、建築物の外観を変更すること、宅地の造成、木材の伐採、土石類の採取等の行為は、市町村長及び教育委員会の許可をうける必要がある。

5）重要文化景観地域

重要文化景観の制度は、2005（平成16）年、文化財保護法の改正で創設されたものである。文化的景観とは、「地域における人々の生活又は生業及び当該地域の風土により形成された景観地で我が国民の生活又は生業の理解のため欠くことのできないもの」（2条1項5号）である。日本の原風景と呼ばれる棚田や里山の景観等が該当する。都道府県又は市町村の申出に基づいて、国によって選定された地域である。

6）航空機騒音障害防止地区

航空機騒音障害防止地区及び航空機騒音障害防止特別地区は、航空機騒音防止法（1975年改正）に基づくもので、学校、病院、住宅等の建築を規制して、騒音対策をする。なお地区計画レベルのもので、沿道地区計画は、沿道法に基づき、沿道整備道路に接続する土地の区域で、道路交通騒音の防止等を図るために、市街地を整備する地区計画である。

以上のように現在の都市地域は地域地区制により多様に土地利用規制されているのである。

用途地域の決定状況は、平成20年3月31日現在で、次のとおりである³¹。

³¹ 蔵敷・『入門都市計画』27・28頁。

用途地域の決定面積は、12用途地域の合計は1万8473km²である。国土面積の4.9%、都市計画区域面積に18.5%が指定されている。住居系が68%、商業系が8%、工業系が24%である

4 地区計画制

(1) 地区計画の意義と創設

地区計画は、1980年に創設された制度で、主として街区内の住民等が、市街地にとって良好な市街地環境の形成又は維持を図るため、地区の特性に応じたきめ細かなまちづくりを行うための制度である。

この地区計画は、主として「街区内の住民等」と「地区の特性に応じたきめ細かな」まちづくりが特徴である（都計法12条の5）。

「街区内の住民等」の「街区内」であるが、街区内は、都市計画の地域面積の基準であり、街区内（約25ha）、近隣住区（約100ha）、地区（約400ha）となり、土地利用計画で最小単位である。道路、公園等の規模、配置をする場合に、土地利用計画と公共施設及び次の環境保全の観点を経営的に判断して決定される。例えば、街区内に街区公園（0.2ha）、近隣住区に近隣公園（2ha）、地区に地区公園（4ha）、都市に総合公園（10～50ha）となる。また、街区、近隣住区、地区、都市は道路の規模で区域化され、街区は補助幹線街路、近隣住区は都市幹線街路で区域化されている。

このような都市計画の枠組みのもとで、都市計画が定める都市施設の整備計画や用途地域等の土地利用計画においては、都市施設は都市の基幹道路等であり、また用途地域もかなり広い地域単位となる。他方、土地利用計画（土地利用規制）を具体化する建築基準法は、敷地単位で規制する。土地利用（規制）計画で土地所有権は制限されているが、具体化されていないので住民には見えず、建築物規制でみえるようになるのである。そこで、街区単位で見える建築物・工作物等に形態意匠等の規制により街づくりをして行こうということである。これが、主として「街

区内の住民等」であり、「地区の特性に応じたきめ細かな」まちづくりの含意である。このような地区計画は、一般地区計画において2008（平成20）年3月31日段階で、都市数724、面積、1257km²となっているのである³²。

土地計画は一般地区計画と特定地区計画に区別するのが便宜である。一般地区計画は地区整備計画に基づいて「地区の特性に応じたきめ細かな」まちづくりをするものであるが、特定地区計画は、個別規制法により、その目的、効果が規定されているものである。

（2）一般地区計画の意義と効果

一体的な整備、開発、及び保全を図るべき地区について、①地区計画の目標、②当該区域の整備、開発及び保全に関する方針、③地区施設と地区整備計画、を定め、開発行為、建築行為を規制誘導する。③「地区施設」は、主として街区内（約2.5ha）の居住者等の利用に供される道路、公園等であり、「地区整備計画」は、建築物の整備、並びに土地の利用に関する計画である。

地区計画を、建築規制として、適用するためには、地区整備計画を定め、さらに、そのうち建築規制にふさわしい内容を、建築基準法68条の2に基づく条例として定める必要がある。

この地区計画制は、身の周りの快適性、都市の美しさの創造など総合的な居住環境の形成を目的とすることから、より内容的に土地所有権（自由な特定地面の時空の利用）を制限する志向となる。

さらに、2004年、景観法が制定され、街区内の一体的な計画の要素に、建築物等のデザイン・色彩等の形態意匠も含まれる景観計画を決定することができる。良好な街並み景観の保全、維持の観点から、条例により、建築物等形態意匠も規制するのである。つまり、景観計画区域内で建築

³² 蔵敷・『入門都市計画』52頁参照。

物・工作物の新築、増改築、移転又は外観の変更、開発行為を行おうとする者は届けなければならない、景観計画に定められた制限に適合しないときは、景観行政団体の長（市町村長等）は、建物等の形態又は色彩その他の意匠（形態意匠）に関する変更命令をだすことができる（景観法16・17条）。

また、地区計画制は、地区計画を定めることのできる場所は広く認められる（12条の5）。市街化区域は用途地域が指定されなければならないが市街化調整区域は原則として用途地域を指定できない。地区計画は、原則としては、用途地域が定められている地域（市街化区域）であるが、用途地域が定められていないところでも（市街化調整区域）、一定の場合には認められ、ほぼすべての都市地域で地区計画ができる。地区計画は、当該街区内の住民が良好な市街地環境の形成又は維持を図るため、地区の特性に応じたきめ細かなまちづくりを行うための制度だからである。このように、地区計画は土地所有権の特定地面及び特定地面の時空の自由な利用を多面的に制限することになる。

（3）地区整備計画

地区計画は用途制限、建築物形態制限等を規制の上乗せ又は規制緩和するなどして細やかな街づくりをするものであるが、そのために「地区整備計画」を定める。その地区整備計画の事項は次のようなものである（都計法12条の2第7項）。

①地区施設の配置、②建築物の用途の制限、③容積率の最高限度・最低限度、⑤建ぺい率の最高限度、⑥敷地面積・建築面積の最低限度、⑦壁面の位置制限・壁面後退区域における工作物設置の制限、⑧建築物等の形態・意匠の制限、⑨垣・柵の構造の制限などである。

（4）多様な地区計画

上述の計画事項に対応して規制緩和等可能項目により次のように多様な地区計画を策定することができる。

①誘導容積型（都計法12条の6）、②容積適正配分型（都計法12条の7）、③高度利用・都市機能更新型（都計法12条の8）、④用途別容積型（都計法12条の9）、⑤街並み誘導型（都計法12条の10）、⑥立体道路型（都計法12条の11）等である。

例えば、①誘導型容積型は、道路等の公共施設が未整備のために、土地の有効利用がなされていない地区が広く分布している地域で、公共施設を伴った土地の有効利用を誘導することを目的とするものである。また、⑤「街並み誘導型地区計画」（都計法15条の2）は、良好な市街地で、地域の歴史、風土に根差した特色のある街並みを形成している地区について、特色ある景観を保全するため、壁面の位置の制限、建築物の高さ最高限度、建築物の形態意匠の制限等を定める地区計画である。

また地区計画には一定の開発計画を促進するために、再開発促進区の地区計画（都計法12条5第3項）、開発整備促進区の地区計画（都計法12条の5）等がある。

（5）特定地区計画

個別法に基づく地区計画は次の4地区計画がある。

1）防災街区整備地区計画

この地区計画は、2003年に改正された「密集市街地における防災街区地区の促進に関する法律」に基づく制度である。本法は、密集市街地において計画的な再開発等により防災街区の整備を促進することにより、密集市街地の防災に関する機能の確保等を図る目的で定められた。

2）歴史的風致維持向上地区計画（都計法12条の4第1項3号、「歴史まちづくり法」）

この地区計画は、所謂「歴史街づくり法」（2008年）に基づく制度である。この法の政策目標を、「地域におけるその固有の歴史及び伝統を反映した人々の活動とその活動が行われる歴史上の価値に高い建造物及びその周辺の市街地とが一体となって形成してきた良好な市街地の環境の維

持及び向上を図るため」としている（法1条）。主務大臣が、基本方針を定め、市町村が、歴史的風致維持向上計画を作成し、主務大臣に認定を申請し、主務大臣が認定する。この計画に基づいて、次の措置ができる。市町村長は、歴史的風致形成建造物の増築、改築等に係る届出があった場合、建造物の保全に支障があるときは、設計の変更等の措置を勧告することができる。

3）沿道地区計画（都計法12条の4第1項4号、沿道法）

沿道地区計画は、沿道整備道路に接続する土地の区域で、道路交通騒音の防止等を図るために、市街地を整備することが適切であるものについて、都市計画で定めた地区計画である。

4）集落地区計画（都計法12条の4第12項5号、集落整備法）

集落地区計画は、集落地整備法に基づき、農業集落にふさわしい整備等を促進するための制度である。集落地域の土地の区域、良好な居住環境の確保と適正な土地利用を図るため、整備及び保全を行うことが必要な場合は都市計画に集落地区計画を定めることができる。集落地域は、市街化区域以外の都市計画区域内、かつ、農業振興地域内で集落及びその周辺の農用地を含む一定の地域である。集落地区計画の区域内で集落地区整備計画が定められ、目的が集落地区整備計画に適合する開発行為は許可される。

第3款 都市地域の公共施設（都市施設）の整備計画

地域形成計画における公共施設（都市施設）の整備と土地所有権との関係である。この公共施設の整備計画は、一つは、公共施設自体の整備と、他の一つは、その公共施設に必要な土地の確保である。公共施設は都市計画法では都市施設であるが、道路、公園、下水道等である。

道路、公園等の公共用地は既成市街地では確保が困難であり、土地収用法に依る公用収用が必要となる。道路、公園等の公共用地のための土

地所有権の強制取得である。公共施設の整備が都市計画法上の都市計画事業の場合には、土地収用法上の「土地を収用し、又は使用することができる公共の利益となる事業」(同法3条)に該当するものとされ、同法20条の事業認定を受けたものとされる(都計法69条)。

また、本稿は埋立法を地域形成計画法の一環として捉えるものであるが、その地域形成計画法の基本である土地区画整理法では、道路、公園等の公共施設用地の確保は、土地所有権者等から少しずつ土地所有権を譲渡してもらいこれを公共用地にあてる公共減歩制を活用することで公共用地を確保する。つまり、公共施設(都市施設)の整備は、土地所有権の移転(得喪)の問題を含んでいるのである。

そして、具体的な道路、公園等の規模、配置は、土地利用計画(区域区分制・地域地区制・地区計画制)と公共施設(道路・公園・下水道)及び次の環境保全の観点を総合的に判断して決定される。例えば、各レベルの公園の標準面積は、街区内の街区公園(0.2ha)、近隣住区に近隣公園(2ha)、地区に地区公園(4ha)、都市に総合公園(10～50ha)というように配置される。

この街区・近隣住区・地区・都市は道路の規模で区域化されているのである。例えば、街区は補助幹線街路、近隣住区は都市幹線街路で区域化されているのである。このような道路、公園、用途地域を総合的に判断して、用地が決定され、当該特定地に公用収用、つまり土地所有権が基本的には公有地、国有地化されるのである。

第4款 都市地域の環境の保全計画

地域形成計画の要素である環境の保全計画と土地所有権との関係について検討する。

1 環境の保全の意義

環境は、自然環境、生活環境及び事業環境に区別されるが、都市環境

は、それらの3環境を要素とする。環境保全の環境は、自然環境と生活環境の意味である。その環境の要素は、大気・水・静穏・日照・土壌・地盤・森林・農地・水辺地・野生の動植物・生態系の多様性・野生生物の種・景観・歴史的・文化的遺産等が考えられる。生活環境は、大気・水・静穏・地盤・日照等を要素とするが、その生活環境は、その環境汚染やその対策概念として「公害」と「生活環境」が概念構成される。事業環境と生活環境という同じ土地所有権の内容である特定地面の時空の自由な利用である事業環境と生活環境は対抗関係にあるが、「公害対策基本法」（1967年）は、事業活動つまり経済的自由の法的基盤である土地所有権からの必然的な排出物を「公害」として、生活者の健康と生活環境との関係で否定的に評価したのである。この段階では、事業者の経済との調和条項があったとしても原理的には、土地所有権は地域に規定されるということを端的に示したものである。したがって、1970年の「公害国会」において、経済との調和条項は廃止され、公害関連14法案が可決成立する。1960年代の高度経済成長と公害問題はコインの表と裏の関係にあり、一つの時代が終わるのである。1971年環境庁が発足し、公害規制を強めていく。そして、「公害」規定は1993年制定の環境基本法にも基本的に継承されることになる。つまり、

「『公害』とは、環境の保全上の支障のうち、事業活動その他の人の活動に伴って生ずる相当範囲にわたる大気の汚染、水質の汚濁（水質以外の水の状態又は水底の底質が悪化することを含む。）、土壌の汚染、騒音、振動、地盤の沈下（鉱物の採掘のための土地の掘削によるものを除く。）及び悪臭によって、人の健康又は生活環境（人の生活に密接な関係のある財産並びに人の生活に密接な関係のある動植物及びその生育環境を含む。）に係る被害が生ずることをいう」（2条3項）。

この規定の本質は、資本主義経済の事業の自由、経済の自由の基盤である土地所有権が制限されたことにある。土地所有権を、特定人が特定

地の上下の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利として捉えると、前述のように、特定地は、①特定地面、②特定地面上の時空、及び特定地面下の時空の3側面に区別できる。そして、その②特定地面上の時空を地域の面において捉えるのが環境である。つまり、居住地面上の時空は生活環境であり、事業地面上の時空は事業環境となるのである。環境は、特定地面のように排他的に区別できず、特定地面上の時空としての地域環境は流動化、影響関係にあることになる。つまり、地域環境とは、土地所有権レベルでみると、土地所有権の客体である特定地面上の時空の集合（地域内の複数の特定地）及び影響関係ということになるのである。

2 土地利用計画による環境の保全

このような土地所有権の内容、性質を踏まえて、都市計画の土地利用計画による環境の保全は、地域地区制レベルで、(1)用途地域制による公害防止機能、(2)建築基準法の日影規制、(3)都市環境保全の地域地区制及び地区計画制、(4)景観保全の地域地区制、(5)騒音に対する環境の保全をみてみよう。

(1) 用途地域制による環境の保全

第1に、用途地域制による生活環境の保全である。用途地域制とは市街化区域を居住地域、商業地域、工業地域等12種に用途地域指定して、その指定用途地面の時空の利用規制を建築物の形態規制により具体化する制度である。そうすると、この用途地域制は、土地利用の用途の混在を防ぐ制度であるから、日照、通風、防火、騒音、振動、悪臭、悪臭などの公害を防止し、また、防火、交通混雑などの発生を防止する機能をもつことができる。

(2) 建築基準法の日影規制

第2に、日照権保護の、用途地域制の建築基準法による日影規制である。都市の高層化に伴いマンション建設等による日照紛争が頻発のする

ようになる。そこで、紛争の事前防止を目的に建築基準法は1976（昭和51）年、「日影による中高層建物の建築物の規制」（日影規制）に関する法改正をする（同法56条の2）。日影規制は、第1種住居専用地域及び第2種住居専用地域では当然適用となり、住居地域、近隣商業地域及び準工業地域については、地方公共団体の条例により適用するか否かを判断できる。商業地域、工業地域及び工業専用地域については適用されない。

（3）都市環境保全の地域地区制及び地区計画制

第3に、都市環境の保全を目的とする都市計画法上の地域地区制、地区計画制として、次のような制度がある。

地域地区制として、①風致地区（同法8条1項7号、58条）、②緑地保全地域・特別緑地保全地区・緑化地域（同法8条1項12号、都市緑地法）、③生産緑地地区（同法8条1項14号、生産緑地法）がある。

地区計画制として、④歴史的風致維持向上地区計画（都計法12条の4第1項3号、歴史街づくり法）である。

（4）景観保全の地域地区制

第4に、景観の保全を図る地域地区制に、①景観地区、②歴史的風土特別保存地区、③伝統的建造物群保存地区がある。

まず、①景観地区であるが、これは景観法に基づくものである。景観法は、2004（平成16）に制定され、建物の形態意匠を規制するのであるから、土地所有権をより内容的に制限する法律である。美しい風格のある国土の形成、潤いのある豊かな生活環境の創造及び個性的で活力ある地域社会の実現を図ることを目的とする（同法1条の目的）。

次に、②歴史的風土特別保存地区（都計法8条1項10号、古都保存法、明日香法）は、「古都における歴史的風土の保存に関する特別措置法」に基づく制度で、「古都」をかつての政治、文化の中心等として歴史上重要な地位を有する10市町村（京都市等）とし、「歴史的風土」を、その古都において歴史上意義を有する建造物、遺跡等が周囲の自然的環境と一体

となしている土地の状況と捉え、古都保存法は、これを後代の国民に継承されるべき文化的遺産として適切に保存することを目的としている。この「古都において歴史上意義を有する建造物、遺跡等が周囲の自然的環境と一体となしている土地の状況」こそが、地域内の特定地面上の時空の千年以上に渡る利用の現在における形である。土地所有権は特定地面上の「時空」の利用なのである。

そして、③伝統的建造物群保存地区（都計法8条1項15号）は、文化財保護法143条に基づく制度で、都市計画区域及び準都市計画区域内において、伝統的建造物群及びこれと一体をなしている環境を保存するために、都市計画に定めるものである。この地区での規制は、伝統的建造物群保存地区内の建造物の新築、建築物の外観を変更すること、宅地の造成、木材の伐採、土石類の採取等の行為は、市町村長及び教育委員会の許可をうける必要があるということである。

(5) 騒音に対する環境保全

第5に、騒音に対する環境保全に関して、次の二つの制度がある。

地域地区制レベルで、①航空機騒音障害防止地区及び航空機騒音障害防止特別地区（同法8条1項16号、特定空港周辺航空機騒音対策特別措置法）があり、①航空機騒音障害防止地区は、航空機の著しい騒音が及ぶ地域で、地区内において、学校、病院、住宅等を建築しようとする場合、当該建築物は、防音上有効な構造としなければならないが、②航空機騒音障害防止特別地区は、①地区のうち航空機の特に著しい騒音が及ぶ地域について定め、区域内においては、学校等の建築物は建築できない。

地区計画レベルで、沿道地区計画（同法12条の4第1項4号、沿道法）は、沿道整備道路に接続する土地の区域で、道路交通騒音の防止等を図るために、市街地を整備することが適切であるものについて、都市計画で定めた地区計画である。

3 環境影響評価法

環境影響評価法は、1997年に制定され、地域形成計画、都市計画に係る事業の実施に関して、自然環境の保全を図るために、環境影響評価の実施等を通じて、保全すべき場所の改変を避け、あるいは、これを最小にするなどの対策を優先しつつ、適切な対策を講ずるためである。環境影響評価法は、開発事業の内容を決定するに当たって、その事業が環境にどのような影響を及ぼすかについて、調査、予測、評価を行い、その結果を公表して、住民、地方公共団体などが意見を出し、それらを踏まえて環境の保全の観点からよりよい事業計画を作り上げていこうとする制度である。

都市計画事業に関しては都市計画特例がある。大規模な都市施設や市街地開発事業を都市計画に定める場合には、環境影響評価法の都市計画特例（評価法39条～46条）の規定により、都市計画決定者が都市計画の手続きのなかで環境影響評価を実施することが定められている。

4 公共施設の適正な配置・規模による環境の保全

道路、公園等の公共施設の配置、規模等は土地利用計画及び環境保全の観点を総合的に判断して決定される。例えば、各レベルの公園の配置は、街区内に街区公園、近隣住区に近隣公園、地区に地区公園、都市に総合公園である。また、この街区・近隣住区等は、道路の規模で区域化され、街区は補助幹線街路、近隣住区は都市幹線街路で区域化されている。このような道路・公園等の公共空間、用途地域等及び騒音・振動・大気汚染等の環境問題を総合的に判断して、公共施設等は、土地利用、交通等の現状及び将来の見通しを勘案して、適切な規模で必要な位置に配置されことにより、円滑な都市活動を確保するとともに、都市環境の保全を配慮するものとしても機能しているのである。

第5節 農業地域

第1款 序

農業地域は、「農用地として利用すべき土地があり、総合的に農業の振興を図る必要がある地域」(国土利用計画法9条5号)である。農振法により「農業振興地域」として指定されるべき地域である。農振法は、「自然的経済的社会的条件を考慮して総合的に農業の振興を図ることが必要であると認められる地域について、その地域の整備に関し必要な施策を計画的に推進するための措置を講ずることにより、農業の健全な発展を図るとともに、国土資源の合理的な利用に寄与することを目的とする」(法1条)。この農業振興地域の「農用地区域」では、原則として「開発行為が規制」され、また「農地転用が制限」されるなど、土地所有権が制限される。

第2款 農業振興地域制度

1 農業振興地域の指定

農業振興地域の指定は、都道府県知事が、農業振興地域整備基本方針に基づき、一定の地域を農業振興地域として指定するものである(農振法6条)。そして、農業振興地域の指定要件は、

第1に、「その地域内にある土地の自然的条件およびその利用の動向からみて、農用地等として利用すべき相当規模の土地があること」、

第2に「その地域における農業就業人口その他の農業経営に関する基本条件の現況及び将来の見通しに照らし、その地域内における農業の生産性の向上その他農業経営の近代化が図られる見込みが確実であること」、

第3に、「国土資源の合理的な利用の見地からみて、その地域内にある土地の農業上の利用の高度化を図ることが相当であると認められること」(6条2項1・2・3号)である。

また、都道府県知事は、農業振興地域を指定しようとするときは、関

係市町村と協議しなければならない（農振法6条4項）。

そして、各市町村が策定する農業振興地域整備計画は、優良農地を確保・保存するとともに、農業振興のための各種施策を計画的かつ集中的に実施するために策定する総合的な農業振興計画である。

この農業振興地域整備計画は、①農用地利用計画、②農業生産の基盤整備及び開発に関する計画など8つの計画から成り立つ。

この農用地利用計画の中で重要な計画は、農用地区域の指定である。農用地区域（いわゆる青地と呼ばれるもの）は、今後10年以上にわたり農業上の利用を確保すべき土地の区域で、その農業用の用途を指定しているものである。農地面積4万7000㎦のうち農用地区域は4万3000㎦である³³。

農地所有権の変動は、農地のままの権利変動と農地転用による権利変動と区別される。農地のままの変り変動は農地法の適用を受け、農業委員会の許可が必要である（農地法3条1項）。他方農用地区域の農地転用は禁止され（農振法17条）、農地法の規制を受ける（農地法4条2項）。つまり、農地の権利異動を一筆単位で統制している農地法に地域的規制の農振法の規制が重なることになる市街化区域内の農地の転用は、農業委員会の届出である（農地法4条1項7号）。

2 農用地区域の農地転用と農地規制

(1) 農用地利用計画の変更による農用地区域からの除外

農用地区域においては、原則農地転用が禁止されている。したがって、農用地区域内の農地を農地以外に転用する場合には、市町村が事前に農用地利用計画を変更し、農用地区域から除外しておく必要がある（農地法13条2項）。

³³ 平成26年度版『土地白書』254頁。

(2) 農用地区域の農地の規制

制定当初の農振法は策定された計画を実現するための措置が十分でなかった。強制力のない市町村長の勧告権を認めるだけであった（農振法14条）。

そこで1975年農振法改正は、特定利用権の設定と開発行為の制限などの制度を設けて規制を強化した。

特定利用権の設定とは、農用地区域内にある農用地で、農用地としての利用が困難な場合に、市町村又は農業協同組合が、住民等の協同利用に供するため、その農用地の特定利用権の業務のための採草等を目的とする農地の賃借権である特定利用権の設定に関する協議を求めることができ（農振法14条1項）、協議が調わない場合には、市町村等は、都道府県知事に対して特定利用権の裁定を求める権利である（農振法15条）。

また、開発行為の制限は、農用地区域内において、開発行為をしようとするものは、あらかじめ、農林水産省令で定めるところにより、都道府県知事の許可を受けなければならないとするものである（農振法15条の2）。

3 農地転用と都道府県知事の許可

農用地転用の場合には農林大臣の許可が必要であった。しかし、1998（平成10）年の農地法改正により4ha以下の農地転用許可権限が国から都道府県知事に移譲され（農地法4条）、このうち2haを超える部分については、当分の間、農林水産大臣との事前協議を要するものとされた（附則2項）。

さらに2015（平成27）年2月4日、政府は、農地転用許可権限を地方自治体に移譲することを閣議決定した。つまり大規模農地を商工業用地や居住地に転用する許可権限を国から地方自治体に移譲するものである。1998（平成10）年の改正から14年ぶりの改正は、次の2点である。

第1点は、2ha超～4haの農地は、農林水産省との事前協議を廃止

し、都道府県の判断で許可できるようにすること。

第2点は、4ha超は農水省との協議を条件に都道府県に許可権限を移す。

一定の要件を満たした市町村にも都道府県と同じ権限を与える。

この農地転用の規制緩和に関して、自治体は、地域の実情に応じた独自の土地利用をしやすくなり、「地方自治体のより自由な街づくりを可能にすることにより、地域を活性化して人口減少に歯止めをかける一助と³⁴」なるという評価も出ている。

第3款 農業地域と土地所有権の制限

農業地域は、農振法により農業振興地域として、区域指定された地域である。土地所有権との関連でいうと、都市地域である都市計画区域とは、土地利用計画の側面で基本的な違いがある。土地所有権とは、特定人が、特定地の上下の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利であるが、特定地の上下の時空を、特定地面、特定地面上の時空及び特定地面下の時空に区別した場合、都市計画区域においては、市街化調整区域は、特定地面の利用規制、市街化区域は特定地面上の時空の利用規制である。これに対して、農業地域において土地利用の規制の対象となるのは、特定地面である。農業地域の土地用途は、基本的には、農用地として特定しており、その農地は、特定地面の利用そのものであるからである。その農地である特定地面を農地として合理的に利用するために土地改良事業があるのである。その意味では、農地（特定地面）の自由な利用に本質があり、言い換えると排他的の支配できるところに特徴がある。したがって都市地域の土地利用とは、本質的に異なるのである。次に考察する、「自然環境保全地域」の、森林地域、自然公園地域及び自然保全地域と同じである。

³⁴ 『読売新聞』20015年2月7日朝刊社説

第6節 自然環境保全地域

第1款 序

本節では、土地利用基本計画の地域区分のうち残された森林地域、自然公園地域及び自然保全地域を自然環境保全地域としてまとめて検討する。これらの三地域は、土地所有権の客体である特定地の上下の時空が自然環境地域としてまとまっているところに本質があるからである。そして、土地の上下の時空の利用つまり、環境の利用が本質ではなく、その自然環境の保全が土地の目的だからである。それには、それぞれの地域の保全対象、保全目的及び保全手法をみていくことにする。

第2款 森林地域

1 森林地域の意義

森林地域は、「森林の土地として利用すべき土地があり、林業の振興又は森林の有する諸機能の維持増進を図る必要がある地域」（国土計画法9条6号）である。「森林法」により「国有林」「地域森林計画対象民有林」が地域指定され、そこに保安林区域が指定される。この保安林区域では開発行為が制限され、土地所有権を制限することで保安林を維持し、自然災害の防止、水源の涵養を図っている。以下、森林法の展開をみることにする。森林保護の展開を確認することができるからである。

2 新森林法の制定

森林地域は森林法により指定される地域である。この森林法は、1951（昭和26）年、戦中の乱伐と戦後の大量伐採によって荒廃した森林の保全を図るために、旧森林法（1897〈明治30〉年、1907〈明治40〉年全面改正）に代えて、制定されたものである。

森林法の目的は、「森林計画、保安林その他の森林に関する基本的事項及び森林所有者の協同組織の制度を定めて、森林の保護培養と森林生産力の増進を図り、もって国土の保全と国民経済の発展とを資すること」

である（1条）。

新森林法は、①既定に保安林制度に加えて、②森林計画制度、保安林以外の普通林についても、③代伐許可制、④届出制が定められた。

保安林制度は旧森林法の趣旨を踏襲しつつ、保安林の指定目的を追加し、編入、指定、解除の権限委任関係その他の手続を改正した。保安林の指定目的別林は、(i)水源涵養保安林、(ii)土砂流出防備保安林、(iii)土砂崩壊防備保安林等が区別できる。2012（平成24）年度の保安林の延べ面積は、森林面積25万810km²の内、保安林面積は12万910km²となり、48%が保安林である³⁵。上述の(i)水源涵養保安林、(ii)土砂流出防備保安林、(iii)土砂崩壊防備保安林が9割を占めている³⁶。

保安林の指定解除は、①保安林指定の理由が消滅したとき、②土地収用法等の事業に必要な公益上の必要があるときに解除できる。この②を理由とする解除に自衛隊基地が公益上必要かで争われたのが長沼ナイキ訴訟である。

保安林に指定されると土地所有権が制限される。つまり、保安林の指定があると、当該森林における立木竹の伐採、立木の損傷、家畜の放牧、下草・落葉・落枝の採取又は土石・樹根の採掘、開墾その他の土地の形質を変更する行為が原則として禁止され、当該森林の所有者等立木の伐採跡地につき植栽義務を負うなど、種々の制限が課せられるのである（34条、34条の2）。この土地所有権の制限は特定地面の自由な利用の制限であるので、土地所有権の制限が具体化されて眼にみえるものである。この土地所有権制限の根拠である「公共性」の内容を、最高裁は、次のように判示する。

「当該森林の存続によつて周辺住民その他の不特定多数者が受ける生活上の利益とみられるものであって、法は、これらの利益を自然災害の防

³⁵ 平成26年度『土地白書』255頁。

³⁶ 稲本他・『日本の土地法（第2版）』90頁。

止、環境の保全、風致の保存などの一般公益としてとらえ、かかる公益の保護、増進を目的として保安林指定という私権制限処分を定めたものと考えられるのである。」(最判昭和57年9月9日民集36巻09号1679頁)。ここに、地域形成計画法(森林法はまさにその一つ)が土地所有権制限の法であり、その制限の根拠は「公共性」(ここでは、「公益の保護、増進を目的」と表現されている)にあり、その内容を具体的に言語化すること、つまり、公共性の判断基準の具体化、明確化となるのである。

3 村地開発許可制の創設³⁷

林地開発許可制は、都道府県知事が策定した地域森林計画となる民有林において開発行為(一定の規模を超えるもので土石又は樹木の採掘、開墾その他の土地の形質を変更する行為)をしようとする者は、都道府県知事の許可を受けなければならないとするもので、1934年の法改正により創設された(10条の2第2項)。これにより、保安林以外の森林についても適正な利用の確保を図ったものである。これは、土地所有権の客体の特定地面の利用に規制をかけるものである。これまでの開発行為と同じ規制である。

都道府県知事は、土砂災害・水害・水源確保の支障の危険性がなく、環境を著しく悪化させる危険性がないときには、許可すべきである(10条の2第2項)。被害の危険性も基本的には、特定地面の自由な利用の侵害の危険性である。

4 森林経営の公的関与の拡大、強化

わが国の森林政策は、森林経営の困難の対応策と地球温暖化防止森林吸収源対策が課題であるが、それは、市町村長の森林への公的関与の拡大と強化となって表れている。

まず第1に、森林業に対する市町村の業務の拡大である。

³⁷ 稲本他・『日本の土地法(第2版)』173・174頁参照。

つまり、これまでの間伐・保育を中心とする市町村森林整備計画の内容に1998年改正により、造林、伐採の事項を追加して総合的な計画とし(10条の5第2項)、森林施業計画の認定(11条)、伐採の届出の受理(10条の8)、伐採計画の変更命令(10条の9)、施業の勧告等の権限が、都道府県知事から市町村へ移譲されたのである³⁸。

第2は、2004年改正の、林業の担い手の減少による間伐の放置に対する要間伐森林制度の改善である(10条の10)。要間伐森林とは間伐等の施業が適正に行われていない森林であってこれらを早急に実施する必要のある森林である(10条の10第2項)。森林所有者等が施業の勧告に応じないときには、権利移転等のほか施業委託についても協議すべき旨を勧告できることにしたのである(10条の10第4項)。

そして第3は、林業の担い手の拡大のための施業実施協定制(10条の11の9)の拡充である。つまり、森林ボランティア活動を行っているNPOと森林所有者等が締結する施業の実施に関する協定について、市町村長の認可制度を創設(10条の11の12)するとともに、事後に当該協定の対象森林の森林所有者等となった者に対する協定の承継効(10条の11の14)を措置したのである³⁹。

第3款 自然公園地域

1 自然公園地域の意義

自然公園地域は、「優れた自然の風景地で、その保護及び利用の増進を図る必要があるもの」(国土利用計画法9条7号)である。「自然公園法」(1957年)に依り、(a)国立公園、(b)国定公園及び(c)都道府県立自然公園区域が指定される。(a)、(b)では、特別地域、海域公園地区が決定され、一定の行為が制限されるなどして土地所有権を制限して、公園の保全を図る

³⁸ 稲本他・『日本の土地法(第2版)』245頁参照

³⁹ 稲本他・『日本の土地法(第2版)』245・246頁参照

ている。(c)は、都道府県の条例により国立公園の規制の範囲内での規制、という土地所有権の制限がなされている。

2 自然公園の種類、数及び面積

国立公園は「我が国の風景を代表するに足りる傑出した自然の風景地」(自然公園法2条2項)で、環境大臣が指定し国が管理する。2011年2月末現在、29カ所、約2万875km²が指定され、国土面積37万7946km²(2011年時)の5.52%を占めている⁴⁰。国定公園は「国立公園に準ずる優れた自然の風景地」(2条3号)であり、環境大臣が都道府県の申出により指定する。56カ所、約1万3620km²が指定され、国土面積の3.6%を占めている。都道府県立自然公園は都道府県の条例により知事が指定し都道府県が管理する優れた自然の風景地(2条4号)で、312カ所約万9684km²が指定され、国土の5.21%を占めている。これらの3種類の自然公園全体では、合計で397カ所、約5万4180km²で、国土面積の14.34%である。

3 自然公園の地種区分と規制の程度

(1) 自然公園制度

自然公園制度には、地域制公園と営造物公園に区別することができる。地域制公園は、指定地域と開発規制によって管理される公園で、日本の採用する制度である。土地所有関係や利用関係は基本的には現状のまま、民有地や、他の目的で管理されている国有地や公有地を対象に、公園となる地域を指定し、その地域の内部で一定の規制行為(開発規制)を課すことによって自然環境の保護保全を図ろうとする自然公園制度である。まさに地域形成計画に基づく土地所有権の制限である。この場合は、土地所有権の客体である特定地面上の時空、そしてそれが地域の姿となった自然景観を自然公園として利用する側面が本質となり、特定地面の自由な利用が規制され、土地所有権の制限となるのである。

⁴⁰ 阿部泰隆・淡路剛久編『環境法[4版]』(有斐閣、2011年1月、以下、阿部=淡路編『環境法』と略記する。)326頁の「表VI-2 自然公園の種類と数・面積」参照。

もう一つの営造物公園は、国が公園地域の土地の所有権や使用権を取得して管理するもので、アメリカやカナダの新大陸の国立公園がとっている制度である。この制度は、実質的に土地所有権の特定地面の自由な利用は空虚化されているので、国が土地所有権と使用権を取得するのである。土地所有権は公共性を根拠に制限されるので、公共空間における土地所有権は無力化し、土地所有権を生活、生産の法的基盤であるという新大陸地域では、そのような土地所有権を認めることは、自らの土地所有権の価値を低めることになるからである。

日本の自然公園制度は、1931年に国立公園法として誕生し、戦後の1957年に国定公園と都道府県立自然公園を包含する自然公園法へと姿を変えた自然公園制度である。この自然公園制度はすぐれた自然の風景地の保護とその利用の増進を目的としていたが、2002年の法改正により生態系保全の重要性が明記され、2009年の改正では「生物多様性の確保に寄与すること」の目的が加えられた（自然公園法1条）⁴¹。

（2）国立公園と国定公園の地種区分の概念

国立・国定公園区域が国によって指定される（5条）。これは、地域形成計画の土地利用計画の第一段階の地域区分である5地域の区分である。都市地域では、第2段階の区域区分、そして、第3段階の地域地区制となり、第4段階の地区計画制となった。自然公園地域では、①国立公園区域、②国定公園区域、③都道府県立自然公園区域は第1段階の5地域区分と同レベルであり、①、②、③の包括概念が自然公園地域であり、①②③はその種類となるのである。第2段階の区域区分として「地種区分」が規制計画の基本となっている。

公園計画は事業計画と規制計画に区別できるが、ここでは規制計画について述べることにする。規制計画とは、公園内の自然環境を保護する

⁴¹ 阿部＝淡路編『環境法』326・327頁参照。

ため、公園内での無秩序な開発や過度な利用（過剰利用／オーバーユース）を規制するための計画である。規制計画の中心となる保護規制計画では、自然環境や利用状況を考慮して、各公園内を、特別保護地区、第1種～第3種特別地域、海域公園地区、普通地区の6つに区分し、（これを「地種区分」という。いわゆる「線引き」である）、各地種区分に応じて規制される行為の種類や規模を定めているのである⁴²。

一方、事業計画は、公園の景観や野生生物の保護、利用上の安全の確保、適正な利用の増進、および生態系の維持・回復を図るために必要な施設整備等といった、さまざまな「事業」について定める計画である。

4 まとめ

自然公園地域では、①国立公園区域、②国定公園区域、③都道府県立自然公園区域は第1段階の地域区分レベルであり、①、②、③は自然公園地域の各種区域となる。そして、第2段階の「線引き」である区域区分制は、①、②、③の各種区域の「地種区分」となる。

第4款 自然保全地域

1 自然保全地域の意義

自然保全地域は、「良好な自然環境を形成している地域で、その自然環境の保全を図る必要があるもの」（国土利用計画法9条8号）である。「自然環境保全法」（1973年）により、環境大臣は、「原生自然環境保全地域」、「自然環境保全地域」、「都道府県自然環境保全地域」を指定し、各地域の保全の内容、程度を勘案して、立入制限地区、特別地区、普通地区などの地区を決定し、立ち入り制限、地区内の土地所有権の制限を通じて自然環境の保全がなされている。

⁴² 阿部＝淡路編『環境法』329頁の「自然公園の地種区分と規制の程度」参照。

自然保全地域制は、原生の状態を維持する等、自然性の高い地域あるいは、希少かつ貴重、脆弱かつ再生困難であり、学術的価値の高い自然物を保全する制度である。

2 原生自然環境保全地域

原生自然環境保全地域は、人間の行為の影響をほとんど受けていない地域の生態系全体を保全の対象とし、立ち入り制限を含む厳格な保護を行う地域である。面積は1000ha以上（全域が原生状態の島は300ha以上）で、人手の加わらぬ自然状態を維持するため、他の開発行為を原則禁止する必要があるので、国有地又は公有地の地域に限定される（自然環境保全法14条1項）。但し保安林地域は対象とならない。特定地面の利用規制区域の線引きである。2011年6月末現在で、指定は5地域で、その総面積は5,631haである⁴³。

3 自然環境保全地域

自然環境保全地域は、高山性・亜高山性植生（1000ha以上）、天然林（100ha以上）や特異な地形・地質、海岸、湿原、湖沼、河川、海域、野生動植物の成育地、特に高樹齢（100年程度）の人工林（10ha以上）のような主たる保全対象に着目し、それが成立する自然環境を保全する。この地域は、民有地も保安林も指定できるが、特定地面の利用規制区域の線引きであるため他の利用との調整が困難であり、日本全体で、2011年6月末現在で10地域、2万1593haにとどまる⁴⁴。

4 都道府県自然環境保全地域

都道府県自然環境保全地域の保全対象は自然環境保全地域に準ずる（ただし面積要件は除く）が、都道府県自然環境保全条例に基づいて都道府県知事が指定する。比較的諸規模な自然地域も対象にできるため、2010

⁴³ 阿部＝淡路編『環境法』339頁参照。

⁴⁴ 阿部＝淡路編『環境法』340頁。

年3月末現在で、全国538地域、7万6555haが指定されている⁴⁵。

なお、都市計画法との調整上、都道府県自然環境保全地域は原則として都市計画区域内の市街化区域内には指定されないことになる。この地域は、土地所有権の特定地面のレベルの線引きであるので、都市計画の線引きである市街化区域とは排他的な関係にあるからである。

5 まとめ

自然環境保全地域の3地域は、第1段階の5地域区分であるとともに、土地利用計画の側面における第2段階の区域区分制の線引きレベルを包含した地域分ということになる。また公共施設の整備計画の必要性が低いということになる。なるべく人に利用させない自然保護だからである。環境の保全が目的の地域形成計画ということになる。

したがって、2009年の自然公園法の改正と合わせて、生物多様性の視点がもち込まれることになる。まず制度の目的として、生物多様性の確保が明確にされるのである（自然環境保全法1条）。海域における環境保全を拡充するためとしては、従来の海中特別地区が海域特別地区に改められるとともに、その海域内で環境大臣が指定する区域および期間内の動力船の使用等が規制対象に追加された（27条）。また、自然環境保全地域の管理活動の一環として生態系維持回復事業も導入されたのである（30条の2）。

第5款 5地域の要約

5地域を土地所有権の制限との関連でまとめる。土地所有権の内容は「特定地の上下の時空の利用及び処分」であるから、客体である特定地（地籍・地積）は①特定地面、②特定地面上の時空及び③特定地面下の時空の3側面に区別することができる。土地利用規制という場合、どの側

⁴⁵ 阿部＝淡路編『環境法』340頁。

面の利用規制か、①特定地面か、②特定地面上の時空か、③特定地下の時空かが肝要である。

地域区分制は、国土利用計画法に基づく土地利用基本計画に即し、個別規制法に基づく地域区分で、(1)都市地域、(2)農業地域、(3)森林地域、(4)自然公園地域、(5)自然保全地域の5地域に区分されている。

(1) 都市地域は、「都市計画法」に依り都市計画区域として指定された地域である。この都市地域における土地所有権の制限は、区域区分の「線引き」は、市街地調整区域は①特定地面の規制、市街地地域の「ゾーニング」である地域地区制と地区計画制は②特定地面上の時空の利用規制である。

(2) 農業地域は、「農振法」の目的を達成するため指定された地域である。この農業地域の農用地区域では、原則として開発行為が規制され、また農地転用が制限されるなど、区域区分の「線引き」の①特定地面の利用規制である。

(3) 森林地域は、「森林法」により、国有林、地域森林計画対象民有林が地域指定され、そこに保安林区域が指定される。この保安林区域では開発行為が制限されるという区域区分の「線引き」の①特定地面の利用規制で保安林を維持し、自然災害の防止、水源の涵養を図っている。

(4) 自然公園地域は、「自然公園法」に依り(a)国立公園、(b)国定公園及び(c)都道府県立自然公園区域が指定される。(a)、(b)では、特別地域、海中公園地区が決定され、一定の行為が制限されるなどして区域区分の「線引き」の①特定地面を利用規制して、公園の保全を図っている。(c)は、都道府県の条例により国立公園の規制の範囲内での規制という区域区分の「線引き」の①特定地面の利用規制がなされている。

(5) 自然保全地域は、「自然環境保全法」に依り、原生自然保全地域、自然環境保全地域、都道府県自然環境保全地域を決定し、各地域の保全の内容、程度に勘案して、立入制限地区、特別地区、普通地区などの地区

を指定し、立ち入り制限という、区域区分の「線引き」の①特定地面の利用規制を通じて自然環境の保全がなされているが、その区域区分は、自然保全地域の3地域包含されているのである。

第7節 地域形成計画と地方公共団体

第1款 序

地域形成計画の核であり基本である都市計画は国の事務か地方公共団体の自治事務か。「日本国憲法の下においては、広く地方分権主義的考え方をとり、地方自治を尊重し、地方の行政は、地方自治の本旨に基いてこれを行うものとする」となり、憲法の下に地方自治法の基本法としての地位を有する地方自治法をはじめ、各種の法律の制定改廃によって、ある程度に、この趣旨を実現した。特に土地行政は、その性質上、土地に密着して行われる行政であるため、地方自治に委ねられるのがむしろ当然で⁴⁶⁾ある。田中二郎のこの指摘は1960(昭和35)年であるが、1999年の地方分権一括法において、国土・地域形成(土地の利用、整備及び保全)計画関連法の基本分野の(1)都市計画法、(2)建築基準法、(3)国土利用計画法、(4)農業関係法等において、機関委任事務が地方公共団体の自治事務とされるようになった⁴⁷⁾。

第2款 都市計画法の地方分権改革

地方分権改革の過程では、都市計画決定に当たっては、「市町村が中心となるべきであって、都道府県は広域的・根幹的な都市計画に限定されるべきである」という理念が強調された。しかし、次にみるように重要

⁴⁶⁾ 田中・『土地法』16・17頁。

⁴⁷⁾ 稲本他・『日本の土地法』181～183頁。「地方分権一括法による正法令の改正」参照。久保茂樹「土地利用・都市計画」(小早川光郎・小幡純子編『あたらしい地方自治・地方分権』〈ジュリスト増刊、2000年5月〉)118頁以下参照。

なものはかなりの部分都道府県決定となっている⁴⁸。

1 都道府県知事決定に係る都市計画を国の機関委任事務から都道府県の自治事務に改めたもの⁴⁹。

- (1) 都市計画区域の指定（5条1項・2項）
- (2) 都市計画に関する基礎調査（6条）
- (3) 都市計画区域の「整備、開発及び保全の方針」（マスタープラン）（15条1項1号）
- (5) 市街化区域・市街地調整区域の区分（2号）
- (6) 都市再開発方針（3号）
- (7) 都市再生特別地区、重要港湾に係る臨港地区、歴史的風土特別保存地区その他の一定に地区（4号）
- (8) 市町村の区域を超える広域的なもの・根幹的なものとして政令で定める次のもの（5号）
 - ① 地域地区（市街地が連なっている三大都市圏の主要な市街地等での用途地域の決定など（5号、都計令9条1項）
 - ② 都市施設（基幹道路、都市高速鉄道、空港など）（5号、都計令9条2項）
- (9) 市街地開発事業・市街地事業等予定区域の決定（6号・7号）

2 都道府県知事の都市計画区域の指定及び重要な都市計画決定の建設大臣の認可を、国土交通大臣との協議、同意に改めた（5条3項、18条3項）。同時に、協議・同意を得べき都市計画の範囲の縮減と、国の

⁴⁸ 安本・『都市法概説（第2版）』39頁。

⁴⁹ 日本の土地百年研究会編『日本の土地百年』（株式会社大成出版社、2003年5月）277頁は、「土地利用コントロール、開発規制は、他の分野にもまして規制緩和が求められるように、日本の土地問題は新たな拡散の時代になっている。近年の都市計画法の改正は、地方分権の潮流もあり、国の計画権限を地方に移譲するという方向に入りつつある。とくに土地利用コントロールについては、それぞれの地域の地域特性を踏まえた市町村施策の役割を重視する方向に動きつつある。」と評価する。

関与の視点の明確のため、国の利害との調整を図る関点から協議が行われる（18条4項）。

- 3 市町村の決定に係る都市計画も、知事の承認に代えて、知事との協議・同意を求めることとし（19条3項）、後見的関与を排するため、広域的調整又は都道府県計画との適合の観点から協議が行われることになる（19条4項）。
- 4 三大都市圏の既成市街地及び近郊整備地帯等を除き、地域地区の決定は市町村が行うこととされた（87条の2）。
- 5 指定都市に対し、市街化区域及び市街地調整区域に関する都市計画の決定を除き、都道府県並みの都市計画権限が与えられた（87条の2）。
- 6 市町村は、諮問機関として市長村都市計画審議会をおき、都道府県の都市計画地方審議会の議を得る必要なくなる（77条の2）。
- 7 開発許可（29条）、建築許可（37条・42条・43条等）等の個別処分に關する事務も地方公共団体の自治事務となる。指定都市、中核都市への権限移譲に加えて、特例市に対しても権限移譲された。
- 8 地方公共団体が施行する都市計画事業は、自治事務であるが、公用収用等に関わる事務であるため、従前と同様、知事・大臣の認可を要する（59条1項・2項）。

第3款 建築基準法

- 1 建築基準法上の事務も機関委任事務から地方公共団体の自治事務に改められた。
- 2 これに伴い、指揮監督の一環として認められてきた特定行政庁等に対する措置命令は、自治事務に対する例外的関与としての指示等に整理された（建築基準法17条）。

第4款 国土利用計画法

- 1 土地利用基本計画に関する機関委任事務について、都道府県・指定都市の自治事務に改められた（9条1項）。この結果、地方独自の条例等を配慮することがより容易になる2規制区域の指定等に関して行われる国土交通大臣の指示、直接執行（13条1項・2項）及び規制区域における権利移転等の許可・不許可に対してなされう国土交通大臣に対する再審査請求（20条4項）は維持されている。

第5款 農業関係法

- 1 農業振興については、農業振興地域の指定（農振法6条）、農用地区域内の開発行為の許可（15条15）は都道府県の自治事務となる。
- 2 農業振興地域整備計画（市町村分）の策定（8条）は市町村の自治事務となる。
- 3 農地転用許可については、既に農地法改正（1998・平成10年）により4ha以下の農地転用許可の権限が国から都道府県知事に移譲され（農地法4条）、このうち2haを超える部分については、当分の間、農林水産大臣との協議を要するものとされた（附則2項）。
- 4 農地の転用許可、権利移転制限、買取手続に関する事務等が地方公共団体の法定受託事務とされた。

第8節 公有水面埋立法と地域形成計画法

第1款 序

地域形成計画法は、国土利用計画法上の土地利用基本計画の5地域制を中核として、それに関連する、国土形成計画法、都市計画法、土地区画整理法等の法令を、地方分権主義の観点から体系的に概念構成したものである。その地域形成計画法の中核である地域形成計画の要素は、①土地利用、②公共施設に整備及び③環境の保全に関する計画である。本

節は、前節での地域形成計画法の理解を踏まえ、地域形成計画の3要素が、公有水面埋立法（以下、埋立法という。）にどのように構成されているか、逆に言えば、どのように組み込まれているかを考察するものである。

この考察は、埋立法が地域形成計画法の一環としてあることを論証することになる。この論証は、埋立法が、「土地利用に関する法律」であることを論拠づける。地域形成計画法は「土地利用に関する法律」の体系だからである。また、知事の埋立て承認事務の法的性質が、地域形成計画法における知事と同じ法的性質つまり自治事務として捉えるべきという根拠にもなるのである。

次に、地域形成計画の要素である、土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境の保全計画の観点から、埋立法の構成及び内容を考察することにしてしよう。

第2款 公有水面埋立法の展開

1 知事の埋立て免許・承認基準

知事の埋立て免許・承認基準は埋立法4条1項に1号～6号（ここでは4号まで）までに示されている（法42条3号による準用）。

- ①「国土利用上適正且合理的ナルコト」
- ②「其ノ埋立法環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」
- ③「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」
- ④「埋立地ノ用途ニ照シ公共施設ノ配置及規模ガ適正ナルコト」

2 1973年埋立法の改正の経緯

埋立法は1921（大正10）に制定され、1922年4月8日から施行されたものである。特定の公有水面を埋立て、土地造成をして、埋立事業者に土地所有権を取得させて、農用地、工業地等を供給することにより日本

の殖産興業に貢献することを目的としたものである。戦前から、東京湾沿岸は工業用地として埋立てられてきたのである⁵⁰。

そして、戦後、1950年代後半からの高度成長期に、太平洋ベルト地帯は、工業用地、石油コンビナート用地等として大量に埋立てられた。特に、1960年の日米安保条約改定後の岸信介内閣の退陣後、成立した池田勇人内閣は、1960年12月、「国民所得倍增計画」を閣議決定し、1960年代の所得倍增・高度成長が国家戦略となったのである。この計画の産業基盤強化のための社会資本充実が重要施策となり、四大工業地帯（京浜工業地帯、中京工業地帯、阪神工業地帯、北九州工業地帯）を核とするに産業を重点的に立地させつつ、これ以外にも中規模の新工業地帯を造成整備することが必要とされた。その立地整備が埋立による臨界工業地帯として大工場を要する重化学工業等が立地した。海に面した工業地域が日本では海運による搬入の便利さと埋立てによる敷地取得の容易さからである。

ところが、石油コンビナートを中心とした工業地帯は海洋汚染、大気汚染、水質汚染、騒音等は広範囲に及び地域住民の生命、健康等の人格的被害かつ生活環境被害が深刻となり公害問題として社会的政治的問題となったのである。1967年「公害対策基本法」が制定され、事業活動による健康侵害及び生活環境侵害をもたらす大気汚染、水質汚濁、騒音等は「公害」として、土地所有権に基づく工業地の事業活動に対して法的に否定的評価を受けることになる。さらに、1970年は、「公害国会」といわれるように、水質汚濁防止法、大気汚染防止法等が制定、改正される。そして、公害発生源の工場地である埋立て事業への社会的批判が高まり、特に埋立地の臨界工業地帯にある石油化学等の重化学工業等による産業公害は深刻な問題となる。その対策として、1973年、埋立法の改正がさ

⁵⁰ 日本の土地百年研究会編『日本の土地百年』（株式会社大成出版社、2003年5月）53・54頁「コラム：埋立地による工業地の形成」。

れる。そして、海洋汚染と公害の深刻な瀬戸内海には「瀬戸内海環境保全特別措置法」が制定され、埋立てが厳しく抑制された。

3 1973年公水埋立法の改正

1973年の公水埋立法の改正の主な内容は、第1に、埋立ての免許・承認が地方長官から都道府県知事に換えられたことである。第2は、埋立ての免許・承認基準に、①「国土利用上適正且合理的ナルコト」②「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」、③「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」等が追加、改正されたのである。つまり、環境汚染、生活環境被害に対策の発生源対策として埋立ての抑制政策が国家政策となり、4条1項の基準も、埋立の奨励・積極的基準から、公害発生源の埋立ては適正且合理的でないとして、埋立ての抑制・消極基準に転換することになる。その転換の内容を次に「通達」で確認することにしよう。

4 1974年局長通達と埋立ての免許・承認基準の性格転換

1973年の埋立法改正を受けて、1974（昭和49）年6月1日、運輸省港湾局長及び建設省河川局長は、「公有水面埋立法の一部改正について」の通達を出すことになる（以下、1974年局長通達という）。この通達に、埋立免許・承認基準が埋立て抑制・消極基準に転換したことが確認できる。

「法4条第1項各号の基準は、これらの基準に適合しないと免許することができない最小限度のものであり、これらの基準のすべてに適合している場合であっても免許の拒否はあり得るので、埋立ての必要性等の要素も総合的に勘案して慎重に審査を行うこと。」

まさに、埋立免許・承認基準が奨励・積極基準から抑制・消極基準へ転換したことの象徴的表現である。ところが、このような免許・承認基準の転換が1972年の復帰後の沖縄県では、米軍基地による沖縄本島の18%の占有を代替するものとして、沖縄の自然的特性であるイノーの埋立て

が奨励的・積極的になされることに留意すべきである。つまり、米軍に占有された基地の代替地として沖縄海岸線の特徴であるイノー等が積極的に埋立てられたのである。漁港整備等の埋立てを含めて、1972年から2014年まで18.4km²が埋立てられている。沖縄県での埋立ては、石垣空港建設のための埋立てに対する強い反対等もあるが、一般的には積極的に評価されてきたのである。このような、沖縄県における奨励的積極的な埋立てに対して、前述のように、本土では、1973年の埋立法改正、それを受けた1974年局長通達は公害発生源対策として埋立てを抑制、消極的なものとするのである。次に、その局長通達の、それぞれの免許・承認基準の指針を確認することにしよう。

第3款 土地利用計画

1 「国土利用上適正且合理的であることについて」（法第4条1項1号）

「①埋立てそのもの及び、②埋立地の用途が国土利用上適正且つ合理的であるかどうかにつき慎重に審査すること。」（①②筆者挿入）

戦前の殖産興業の国家戦略のもとで公有水面を埋立てて産業地を提供することが合理的利用であり、埋立地の用途（農用地、工業地等）は、埋立てを、より合理化するものとなった。しかし、埋立地の用途が工業地、石油コンビナート地として公害の発生源となることによって、埋立地の用途は、埋立ての抑制・消極的基準として機能することになる。つまり、埋立地の用途が、知事の埋立免許・承認の核心的な基準となるのである。言い換えると、地域の土地利用計画の中に、埋立地の用途が組み込まれることになる。このことは、埋立地が工業地として公害の発生源となり、地域の産業環境及び生活環境を阻害するものとなっていたからである。通達は、次のように、「埋立地の用途について」項目をたて、埋立法の法的仕組みにおいて、「埋立地に用途」が重要な機能となることを考慮して、「なるべく具体的であること」とし、しかも、その具体的な例

示の仕方まで指摘する。通達の白眉と思われるので、長いが、その内容をみてみよう。

2 「埋立地の用途について」

(法第2条第2項第3号、則第1条及び別記様式第1関係)

「イ 法第2条第2項第3号の埋立地の用途は、法第3条の規定による出願事項の縦覧及び地元市町村長の意見聴取、法第4条の規定による埋立免許基準、法13条ノ2の規定による出願事項の変更並びに法第29条の規定による埋立地の用途変更の許可等の埋立地の用途に関する規定の趣旨を考慮して定めさせる必要があるが、なるべく具体的であること。

ロ イの場合において、埋立地の用途のうち工業用途については、ハからホまでによるほか、少なくとも、統計法の規定による日本標準産業分類のうち中分類によること。

ハ 工業用途のうち、石油製品製造業用地と、石炭製品製造業用地は区分するものとし、また、金属製品製造業用地及び機械器具製造業用地は併せて金属機械器具製造業用地とすることができるものであること。

ニ 工業用途のうち、中小企業用団地造成のための埋立てでロにより定め難いものについては、製造業用地として用途を定めることができるものであること。

ホ 主たる工業用地の関連工業用地は、主たる工業用地と同一の用途として取り扱うこと。

へ 独立した用途として表示されない公共施設用地についても免許権者は、法第24条第1項ただし書の規定に基づき、免許条件をもって公共帰属させることができるものであること。」

埋立地の用途が「なるべく具体的であること」の含意がよみとれる。さらに、埋立地の環境影響が埋立て過程の環境影響だけでなく、「埋立地

に用途」の過程からの環境影響も含まれていることに留意すべきである。この件は、埋立法では、提出願書の事項を定めた2条3項5号「其ノ他国土交通省令ヲ以テ定ムル図書」では特定されていないが、則3条8号で「環境保全に関し講じる措置を記載した図書」とされている。そして、1974年局長通達は、「『環境保全に関し講ずる措置を記載した図書』とは、①埋立て及び②埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書あること。」(①②筆者挿入)。②は普天間飛行場基地移設の軍飛行場の環境影響評価を意味することになる。次の環境保全への配慮は①のことを意味する。

第4款 公共施設の整備計画

1 公共施設の配置及び規模について

埋立法は、「埋立地ノ用途ニ照ラシ公共施設ノ配置及び規模ガ適正ナルコト」(法第4条第1項第4号、則第5条関係)と規定する。

この規定は、都市計画の一環として、したがって地域形成計画の一環としての埋立事業であることが確認できる免許・承認基準である。都市計画は、①土地利用計画、②都市施設の整備及び③市街地開発事業に関する計画である。都市計画区域は市街化区域と市街化調整区域に区分されるが、市街化区域は既成市街地と新市街地に事実上区別される。そして、都市計画（広義）は、第1に、狭義の都市計画として①土地利用計画、②都市施設の整備、第2に、③市街化開発事業の都市計画に区別することができる。

第1の狭義の都市計画は、既成市街地と新市街地の市街化区域で、都市計画としての土地利用計画及び都市施設の整備（都市計画事業）計画である。土地利用計画は、用途地域制と建築基準法により担保され、都市施設の整備事業の公共用地確保は個別的に土地収用法により実施されることになる。

第2の市街地開発事業の都市計画は、市街化区域又は区域区分が定められていない都市計画区域において、宅地と公共施設及び建築物等を一体的・面的・総合的に整備するものである。市街地開発事業は、①土地区画整理事業、②新住宅市街地開発事業、③工業団地造成事業、④市街地再開発事業、⑤新都市基盤整備事業、⑥住宅街区整備事業、⑦防災街区整備事業の7種類がある。これらの事業は、一定の地域について、地方公共団体等が総合的な計画に基づき、公共施設の整備と宅地又は建築物の整備をあわせて行い、面的な市街地の開発を積極的に図ろうとするものである。

市街地開発事業の基本である土地区画整理事業とは、「都市計画区域内の土地について、公共施設の整備改善及び宅地の利用の増進を図るため、この法律で定めるところに従って行われる土地の区画形質の変更及び公共施設の新設及び変更に関する事業」（土地区画整理法2条2項）と定義される。つまり、土地区画整理の本質的特色は、「一定区域の土地について宅地の区域を適正するとともに、道路、公園、広場、河川等の公共施設を整備改善し、全体として整備された健全な市街地の造成を企図し、一挙に総合的にこれをなし得るものとしたところに⁵¹」ある。

そして、土地区画整理事業に関する都市計画は、種類、名称及び施工区域のほかに、①公共施設の配置及び②宅地の整備に関する事項を定めるとともに、③施工区域の面積を定めるよう努めることとされている。この①②③の事項は、埋立事業計画においても必要事項である。

①「公共施設」とは、道路、公園、広場、河川、水路、堤防、緑地等の用に供する施設いう。注意すべきは、②「宅地の整備」であるが、この定義は一般の用語とは異なり、「公共施設の用に供されている国又は地方公共団体の所有する土地以外の土地」（法条）を意味することである。

⁵¹ 田中・『土地法』133頁。

つまり、土地区画整理事業における土地は、「宅地」と「公共用地」に二分されることになり、「宅地」は用途地域制における居住地、商業地等を含むことになる。②「宅地の整備」に関する事項は、土地利用、街区の規模、宅地の整地等についてその方針を定めるものである。これは、狭義の都市計画における「土地利用計画」であるが、土地区画整理事業における用途地域の調整は、市開発事業地の計画計決定とあわせて用途地域等の土地利用に関する計画も決定又は変更することになる。ただし、土地利用計画が事業計画の内容に左右される場合には、例えば土地区画整理事業の計画段階又は仮換地の指定段階等、事業の展開に合わせて用地地域の変更を行うこともできるのである。土地区画整理事業の内容は、土地の区画形質の変更、用途地域の変更及び公共施設の新設及び変更であり、一定の地域を全面的に区画整理する都市計画ということになる。

土地に関する権利（土地所有権、地上権、土地賃借権等）の側面では全面的総合的な権利調整となり、土地利用規制の側面では、用途地域制の段階的再編成、都市施設（公共施設）の整備の側面では、道路、公園等の規模、配置の適正化となる。換地（公用換地）と減歩（公共減歩、保留減歩）制により、公共施設用地を確保し、土地利用の便益を図る効率的な区画整理を行うものである。

第1の狭義の都市計画も第2の市街地開発事業の都市計画も、当該地域の土地所有権の制限を意味する。土地所有権の制限は、土地所有権の二つの内容である土地利用権の制限と土地処分権の制限の両面からなされる。土地利用権の制限は、用途地域制と建物基準法による規制、土地処分権の制限は、狭義の都市計画では土地収用法による公用収用、市街地開発事業では減歩制と換地制によるものである。

以上の都市計画法による二つの都市計画（狭義の都市計画及び市街地開発事業）は、現存する土地所有権を前提に、その土地所有権の調整に

よるものであるが、新たな土地所有権を創出して実施する市街地開発事業が公有水面埋立事業である。市街地開発事業は都市開発によるものであるので、公有水面埋立事業も、都市計画の一環として、土地利用権の規制と土地処分権の規制によるものである。都市計画における土地利用権の制限は、用地地域制と建築基準法により規制され、土地処分権の制限は、土地収用法、減歩制、換地制によることになる。

地域形成計画としての都市計画は、①土地利用計画、②公共施設の整備計画及び③環境保全計画ということになる。これを公有水面埋立事業において確認することにしよう。そのことによって、公有水面埋立事業が地域形成計画としての市街地開発事業（土地区画整地事業）の一環であることが確認できる。

公有水面埋立事業は土地所有権の制限、調整による都市計画事業ではない。まだ土地は造成されていず、したがって、土地所有権は創出されていないからである。そこで、公有水面埋立事業の出願の段階と、その埋立の免許・承認の基準に、地域形成計画としての都市計画の内容である「土地利用計画」、「公共施設の整備計画」及び「環境の保全計画」が内包して提示されていなければならない。

まず、土地利用計画は用途地域制が基本であるので、出願事項に「埋立地ノ用途」として明示される。土地処分権の規制は土地収用法、減歩制、換地制であるが、これは、都市施設の整備に必要な土地を確保するものであるので、出願段階または免許・承認基準として、規定される必要がある。この規定が、法4条1項の4号の「公共施設の配置及び規模について」の「埋立地ノ用途ニ照シ公共施設ノ配置及規模が適正ナルコト」ということになる。

市街地開発事業（土地区画整理事業）の埋立地版であるような内容となっている。埋立てによる土地造成が知事の下での地域の土地利用計画の一環であることの具体的な姿であるといえよう。まず、埋立法レベル、

次に、埋立法施行規則レベル、そして、局長通達、最後に、課長通達を確認することで、埋立法の本質が、知事による地域での土地利用計画の一環であることが認識できると考える。知事の埋立て承認は、「公有水面の埋立て」が本質ではなく、「埋立地の用途」、したがって制限された土地所有権を取得させることが本質なのである。つまり、埋立法の趣旨は「土地利用に関する法律」である。

まず埋立法第4条1項第4号は、「埋立地ノ用途ニ照ラシ公共施設ノ配置及び規模が適正ナルコト」と規定するが、その「埋立地ノ用途」は土地利用計画と環境保全計画で枠づけられたものであることが、前号の3号で規定されている。つまり、「埋立地ノ用途が土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ズク計画ニ違背セザルコト」となっているのである。このことは、1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」とは、「埋立地ノ用途」の地域の土地利用計画が国土利用の基本理念の観点から、適正且合理的であるかを意味し、知事がその基本理念の下で適正且合理的であると判断し、及び埋立て環境保全及び災害防止に十分配慮されていると判断するのである。知事が埋立てを承認する際のイメージをよりの確にするために、埋立法施工規則（国土交通省令以下、「則」で略記する又はされている）、1974年局長通達、1974年課長通達をみることにしよう。

埋立法4条2項は、前述4号及び5号に関して必要な技術細目は国土交通省令（規則）で定めるとする。

そして同規則第5条は、「公共施設の配置及び規模に関する技術的細目」として、次のように規定する。

「法第4条第1項第4号の公共施設のうち、道路、公園、緑地及び広場並びに排水施設の配置及び規模に関する同条第2項（法第13条ノ2第2項において準用する場合を含む。）の技術的細目は、次に掲げるものとする。

- 一 道路は、埋立地の規模、用途、区画割及び周辺の状況を勘案して、通行の安全上、環境の保全上、災害の防止上又は事業活動の効率上適切な配置及び規模で設計されていること。
- 二 公園、緑地及び広場は、埋立地の規模、用途、区画割及び周辺の状況を勘案して、環境の保全又は災害の防止上適切な配置及び規模で、設計されていること。
- 三 排水路、終末処理施設その他の排水施設は、埋立地の規模、用途、区画割、周辺の状況及び降水量を勘案して、汚水及び雨水を有効に排出できるよう配置及び規模で設計されていること。」

そして、1974年局長通達は、より具体的になる。

「イ 則第5条第2号の公園・緑地及び広場に関する技術的細目を適合するに当たっては、環境保全等の重要性にかんがみ、埋立地の規模、用途、区画割及び周辺の状況を勘案して、全体として十分なオープンスペースが確保されることとなるよう運用すること。

ロ 則第5条で規定する公共施設以外の公共施設についても、法第4条第1項第4号の規定により、その配置及び規模が適正であることが必要であり、審査にあたり十分留意すること。」

最後に1974年課長通達レベルになると、具体例と数字まで言及されることになるのである。

「則第5条第2号の公園・緑地及び広場に関する技術的細目を適合するに当たっては、環境保全等の重要性にかんがみ、埋立地の規模、用途、区画割及び周辺の状況を勘案して、全体として十分なオープンスペースが確保されることとなるよう運用することとし、例えば、主たる用途が住宅用地である埋立てについての公園・緑地及び広場の割合は、おおむね埋立地の10パーセント以上を目途とすること。」

以上から、埋立法の法的仕組みからみると、知事の埋立て承認の本質

は、埋立てること自体ではなく、埋立地の用途（土地所有権取得）を基本とした知事が責任をもつ地域の環境保全を配慮した土地利用計画（土地所有権制限）を承認することであるのである。これを、知事の承認（免許も当然）の法的性質（趣旨）は、特定の公有水面を埋立てて土地造成により造成事業者に制限された土地所有権を取得させる権利を設定する行為（特許）であるということになる。埋立地の用途は特定地の利用目的が特定されたものとして、土地所有権の制限されたものであるからである。

次に、地域形成計画の環境の保全計画を検討することにしよう。

第5款 環境の保全計画

1 環境保全への配慮について（法第4条第1項2号関係）

1974年局長通達は、環境保全条項に関して、次のように達示する。「埋立てそのものが水面の消滅、自然海岸線の変更、潮流等の変化、工事中の濁り等に関し、海域環境の保全、自然環境の保全、水産資源の保全等に十分配慮されているかどうか慎重に審査すること。」

「十分配慮されているかどうか慎重に審査すること」は、環境の配慮は、埋立を認める基準ではなく、十分配慮されていないという理由で埋立てを抑制・消極的にする基準である。しかし、前述のように、沖縄県では、国、県、市町村が、自然豊かな沖縄の海岸線、サンゴ礁、イノーを埋立ててきたのである。1972年から、2014年まで、18.4km²の沿岸部が県、市町村が積極的に埋立ててきたのである。米軍基地に沖縄本島の18%が占有されてきたからである。仲井間前知事の沖縄県は、裁量の余地はなく、ただ手続きに従って承認してきたということの本音ということになろう。そして、辺野古沿岸埋立てに反対するのは、「埋立地の用途」が米軍飛行場基地であり、埋立予定地が、沖縄の沿岸の自然環境が残された数少ないものであるということが、相乗化して、現在の問題状況になっ

ているのである。現在、この②環境配慮条項を最も大きな争点としてきている状況の背景ということになる。そして、環境配慮の不十分さ、無神経さが、知事の埋立て承認に対する批判の強さともなっているのである。

2 環境影響評価の導入

法律のレベルで始めて環境影響評価を導入したのが、1973年改正の埋立法である。

まず第一段階で、埋立法2条3項は、埋立の出願書には、国土交通省令（規則）の定める図書を添付すべきとされ、その5号で「其ノ他国土交通省令ヲ以テ定ムル図書」となっている。

次に第二段階として、省令3条でその図書は12号まで挙げられ、8号に「環境保全に関し講じる措置を記載した図書」と特定されている。

そして、第三段階として、第二段階の省令3条8号の環境保全条項図書に関して、1974年局長通達は、次のように明示しているのである。

「『環境保全に関し講じる措置を記載した図書』とは、①埋立て及び②埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書であること」。ここに埋立法が、①は、埋立法4条1項2号の「環境保全条項」、②は、同3号の「埋立地の用途」と二つの側面で環境影響評価することを明示したのである。①海と②陸との二面である。

その後の国レベルの環境影響評価の展開は、1984年の閣議決定「環境影響評価の実施について」（「閣議アセス」）、環境基本法（1993年）、そして1997年の環境影響評価法の制定となるのである。

第9節 小括

知事の埋立て承認は、地域形成計画法の一環である公有水面埋立法を根拠法規として、埋立事業計画者の国に、特定の公有水面を埋立てて、土地造成による埋立工事竣工により、国に制限された土地所有権を取得

させる行為である。

地域形成計画法の一環としての埋立法を位置づけることは、埋立法の目的を規定し、埋立て承認の目的を規定するので、知事の承認を地域形成計画の一環として位置づけることになる。地域形成計画は国土計画を地方分権主義の観点から構成したものであるが、地域形成計画を規定する国土利用計画法の土地利用基本計画は、都道府県の区域を都道府県知事が、都市地域、農業地域、森林地域、自然公園地域、自然保全地域に地域区分して土地利用計画を決定するものである。それぞれの5地域に関連する法令の体系上の概念が地域形成計画法である。5地域は個別規制法規の諸計画により指定されるが、この5地域の諸計画を包括的に抽象化したのが地域形成計画である。したがって、その諸計画は、地域形成計画の各種計画（都市計画等）となり、埋立法が地域形成計画法の一環であるということは、埋立事業計画は都市計画と同じように地域形成計画の各種計画ということになる。

この地域形成計画の要素は、土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境保全計画である。地域形成計画の中核である都市計画の土地利用計画の単位は土地の用途である。土地の用途でゾーニングする用途地域制、区域区分制では用途地域が指定される市街化区域、用途地域が原則として指定されない市街化調整区域、そして、13用途地域の詳細化、街区の特性に合わせたきめ細かい地区計画も基本は用途地域の下でなされる。

その土地利用計画の単位である「土地の用途」は埋立法では、「埋立地ノ用途」として、出願、免許・承認基準、免許・承認の告示、埋立て用途変更の承認、土地所有権取得後の埋立地の用途変更の認可等の要素となり、「埋立地ノ用途」は埋立法の背骨となっているのである。埋立法の目的は、「埋立地ノ用途」のための土地造成により制限された土地所有権を取得させることに目的があるからである。したがって、その「埋立地ノ用途」は免許・承認基準（埋立法4条1項、42条3項）の中心となる

のである。まず、1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断要素となり、3号要件の「埋立地ノ用途」と「土地利用計画」及び「環境保全計画」との適合性条項では判断基準そのものとなり、4号要件は、「埋立地ノ用途」が公共施設の整備計画を規定するのである。

地域形成計画の中核である都市計画は「土地の用途」を単位とした「用途地域制」を基本としている。埋立法も地域形成計画として「埋立地ノ用途」を基軸とした法的仕組みとなっているのである。

地域形成計画の要素は、①土地利用計画、②公共施設の整備計画及び③環境保全計画である。この3要素は、埋立法では、免許・承認基準（4条1項1号～4号、42条3項）に表れ、①土地利用計画は、1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」、3号要件の「埋立地ノ用途」の「土地利用計画」及び「環境保全計画」との適合性条項に規定されている。②公共施設の整備計画は、4号要件で「埋立地ノ用途ニ照ラシ公共施設ノ配置及規模ガ適正ナルコト」と規定されている。③環境保全計画は、2号要件の環境保全条項、3号要件の「埋立地ノ用途」と「土地利用計画」及び「環境保全計画」との適合性条項に規定されている。

要するに、埋立法は地域形成計画法の一環として、地域形成計画の単位となる「土地の用途」は埋立法では「埋立地ノ用途」として埋立法の基軸となり、地域形成計画の要素である土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境保全計画は、埋立法の目的規定同様の、免許・承認基準の要件として規定されているのである。

このように埋立法は、公有水面を埋立てて、土地造成する地域形成計画そのものであるが、他の地域形成計画と違う点は、既存の土地所有権の客体である特定地上の時空の利用規制ではなく、埋立後の土地所有権を、土地所有権が付与される前に、その土地所有権を制限するという地域形成計画である。つまり、埋立法は、土地所有権の付与（特定地面）と制限（特定地面上の時空の利用規制）を同時にするものである。土地

区画整理事業が都市計画の花であり、特定地面の整備と特定地上の時空の利用計画であれば、埋立事業は、特定地面の造成と特定地面上の時空の利用規制ということになる。言い換えると、土地所有権が付与される前から制限された土地所有権で地域形成計画を決定するのである。

戦後の1945（昭和20）年から1998（平成10）年までの埋立地面積が2140.12km²（国土交通省）という広大な埋立地が造成され、一方で日本の高度成長の基盤となり、他方で深刻な公害を生み出したのであるが、埋立法は「土地利用に関する法律」の中心を占めていたのである。

第4章 知事の埋立て承認の法的性質論の展開

第1節 総説

公有水面埋立法は、知事の免許又は承認という行政処分により、特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、その埋立事業者に埋立地の土地所有権を取得させる実体的及び手続的な事項を定めた法律である。公有水面埋立法（以下、「埋立法」とする。）は、国以外の場合を「免許」（同法2条1項）とし、国による場合は「承認」（同法42条1項）として区別している。国による埋立ては承認として区別していることは、私人による埋立てに対する免許とは異なる法的性質であるとして承認の法的性質論が理論的に問題となる。

この知事の承認の法的性質論に関しては、非埋立権説、埋立権説及び土地所有権取得権説が対立している。この承認の法的性質論は、次の3場面で、解釈論と判断基準に違いが出てくる。第1に、取消訴訟の訴訟要件の「処分性」の判断、第2に、同じ訴訟要件である「訴えの利益」の判断においてである。第3は、本案審理となる免許・承認基準（法4条1項・42条3項準用）の解釈においてである。

本章は、その学説、判決例の展開を検討するものである。学説、判決例の展開を考察する論点は次の5点である。5論点は、各学説、各判決例を検討する上でポイントとなる論点であるので、5論点すべてで、検討するものではない。

第1に、知事の承認の法的性質は何か、つまり「埋立権」又は「土地所有権」を取得させる行政処分（特許）か、それとも行政処分ではないか、である

第2は、国の機関相互の行政処分はどうなるか。埋立法の制定時は国の機関相互の関係（組織法）だから「組織法」として「承認」としたが、その承認を行政作用法の場面に移したらどうなるかである。

第3に、国は土地所有権をもつことができるのか。国と私人は同じ土地所有権を取得するか。

第4に、地域形成計画法の一環として埋立法を捉えているか。埋立法は、公有水面の「埋立てに関する法律」か埋立地の「土地利用に関する法律」か、どちらの側面を本質的なものと捉えているか。

第5は、知事の承認の法的性質論が、取消訴訟の訴訟要件の①「処分性」、次に②狭義の「訴えの利益」の判断、そして、本案審理となる③「法的瑕疵」判断基準となる「免許・承認基準」をどのように解釈するか。

以上の5つの観点から、知事の承認の法的性質に関する理論（法的性質論）を検討することにする。

まず、非埋立権説の展開を検討する（第2節）。次に、埋立権説の展開を検討し（第3節）、そして、土地所有権取得権説の展開を考察する（第4節）最後に、本章の小括とする（第5節）。

第2節 非埋立権説の展開

埋立ては公有水面を所有する国の権限行使であり、知事の埋立て承認は、国のなす埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを知事の判断にまかせようとする趣旨にすぎないから、知事の承認により、国の埋立権又は土地所有権取得を設定する行為ではないとする理論が非埋立権説である。したがって、知事の承認に「処分性」はなく、また埋立竣工後に知事の承認が取り消されても、知事の原状回復義務はないので、「訴えの利益はない」ということになり取消訴訟は却下されることになる。以下、埋立法の制定時から現在までの展開を概観することにしよう。

第1款 1921（大正10）年段階—「公有水面埋立法逐条理由」（立法者意思）

1921年は、埋立法が成立した年であるが、その立法者意思である「公

有水面埋立法逐条理由」(以下、「逐条理由」という。)では、次のように説明している¹。

国による埋立ては知事の承認を受けるべきだとする埋立法42条に関して、

「本条は国に於て埋立を為さむとする場合の手續及び準用条文を定めたり

イ 承認とあるは国の機関相互の関係なるを以て免許の語を避けり

ロ 国の機関の行為なるが故に竣功認可を受けしめず単に地方長官に通知することを以てたることとせり

ハ 国の工事に付ても第7条第8条を準用したるは此等の規定は権利者を保護するのみならず先取特権者抵当権者をも保護する規定なればなり

ニ 第14条の準用については地方長官の許可を受くるに代へて之に通知するを以て足ることとせり

ホ 国が埋立の承認を受けたる場合に於いては埋立を為す権利か之に依りて生ずるに非ざる故に之を私人に譲渡することを得ず私人が免許を受けて発生する埋立を為す権利も亦国に移転するを得ず国は埋立を為す権利の主体たるを得されはなり」。

この「逐条理由」の第1のポイントは、免許ではなく承認としたのは「国の機関相互の関係なる」からとする。国の機関相互の関係は組織法の場面で規定したことになるが、免許は行政作用法の場面であるので、承認を行政作用法の場面に移すと免許になる。行政作用法の場面では、「承認」は免許となり、私人の免許と同じことになる。私人(免許)も国(承認)も埋立て事業者に制限された土地所有権を取得させ、産業地(埋立地の用途)の供給を目的とするものとして法的性質は同じであるからである。そして、行政作用の場面では、私人も国も「免許」であるが、こ

¹ 「公有水面埋立法逐条理由」(三善政二『公有水面埋立法(問題点の考え方)』(1970年、日本港湾協会)収録1970年) 291頁。

の免許は、特定主体に埋立地の土地所有権を取得させる処分であるから、「特許」ということになる。つまり、「免許」も「承認」も「特許」の行政処分ということになる。以下、承認を、そのまま用いるが、行政作用法の場面では、特許であるということを含意している。

第2のポイントは、「逐条理由」は、埋立法の目的を「土地利用に関する法律」とするか、「埋立に関する法律」とみているか。言い換えると、知事（地方長官）の埋立て免許又は承認を埋立事業者に土地所有権を取得させる行政処分とみるか、後でみるように、免許と区別して、知事の承認は「埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否か」の判断にすぎないか、どの見解を採っているかである。埋立法を根拠法規として免許も承認も在るからである。埋立権及び土地所有権の権利を付与する根拠は、法律による行政の原理の要請においては、知事の免許又は承認にあるのではなく、その行政処分の根拠法規である埋立法にあるのである。つまり、埋立事業計画者が埋立権及び埋立竣工を停止条件として土地所有権を取得するのは、埋立法の根拠法規に基づく免許又は承認だからである。したがって、本質的に言えば、法律による行政の原理の要請の下では、免許又は承認する主体が国であるか知事であるか、また埋立事業計画者が国か私人かで法的性質に違いは生じないのである。

それでは、埋立法の目的は何か。帝国議会における「提案理由」で確認することができる²。つまり、「食糧問題等ノ解決ノ為ニ耕地ノ造成等
国家ノ事業トシテモ、又民間ノ事業ト致シマシテモ、…港湾ノ設備ヲ要

² この「提案理由」は、三本木健治「公有水面埋立法の改正とその史料的回顧」（自治研究50巻第7号1974年、以下、三本木・『公有水面埋立法の改正』と略記する。）26頁に掲載され、「公有水面埋立法が制定された背景の1つには、大正7年の米騒動の衝撃があるといわれる（『日本土木史大正編』）。その当時の埋立に関する認識を示すものとして、帝国議会における政府の提案理由説明は、次のようになされている」として提示する。

シ、工場ノ敷地、宅地等ヲスルノ必要」である。長いが、埋立法の目的を含意する提案理由の説明をみることにする。

「…時勢ノ進展ニ伴ヒマシテ埋立ヲ計画致ス者ハ著シク増加シテ参リマシタ…大正7年ニ於キマシテ免許致シマシタル埋立地積ハ、明治42年ニ於テ免許シタル者ハ約8倍ノ増加ヲ示シテ居ルヤウナ状況デアリマス、而シテ一面ニハ申ス迄モナク食糧問題等ノ解決ノ為ニ耕地ノ造成等国家ノ事業トシテモ、又民間ノ事業ト致シマシテモ、其ノ方法ナルコトハ申迄モナイコトデアリマスガ、尚ホ此ノ土地ノ発達、商工業ノ奨励ニ連レマシテ、港湾ノ設備ヲ要シ、工場ノ敷地、宅地等ヲスルノ必要ガ、益々此数年間ニ必要ヲ感ジテ参ツタヤウナ次第デゴザイマス、サウ云フ風ニ埋立事業ハ益々緊切必要ヲ加ヘ来タリマス」と提案理由を述べる。

埋立法の目的は、「耕地ノ造成」、「工場ノ敷地」、「宅地」等のための埋立の必要というように「土地利用に関する法律」を志向するものであり³、権利レベルでは、土地利用の目的が特定された土地（埋立地）の用途（耕地・工場敷地・宅地）として制限された土地所有権となるので、免許又は承認の法的性質は制限された土地所有権を取得させる特許となる。

第3のポイントは、私人に譲渡するような「埋立を為す権利」（埋立権）は生じていないというのである。知事の埋立て「承認」（行政作用法の場合

³ 三本木・「公有水面埋立法の改正」27・28頁は、1974年段階での埋立法の機能と実績を次のように積極的に評価する。「昭和20年、一朝にして国土の約45%を失った我国は、たくましく国土の復興に着手し、しかもなお世界の驚異ともいふべき経済成長をなしとげたが、その間にあって、平和的に領土を拡張する方法、すなわち埋立が行われた実績は、戦後27年間に総面積11万2716ha、(国土の約0.3%)、うち農用地4万5022ha（構成比39.9%）、工場用地3万8067ha（同33.8%）、住宅用地4117ha（同3.7%）、公共施設その他用地2万5520ha（同22.6%）となっており、これを実施主体別に見れば、国3万6685ha（構成比32.5%）、公共団体6万2080ha（同55.1%）、その他1万3961ha（同12.4%）である。国自ら行ったものは、ほとんど農業干拓であり、公共団体の行ったものは、その大部分が、都道府県の行う地域開発の手段としての分譲用の埋立である」とする。都道府県の埋立は「地域開発の手段」である。言い換えると、本稿の問題意識で言えば、「地域形成計画」ということになる。

面では特許)は「埋立地の用途」に制限された土地所有権を取得させる行為であり、承認により埋立権を生じさせるのではない。国は一般的に公有水面を所有する(法1条)が、制限された土地所有権を取得させるためには、その客体である埋立地の用途(工場敷地等)の土地造成のために特定の公有水面の埋立工事をしなければならず、その意味での、公有水面を所有することから派生する権利としての埋立権は制限された土地所有権を取得させる「承認」に包含されているが、私人に譲渡できる「埋立を為す権利」ではないということである。国は国有財産を自由には処分できないからである。したがって、公有水面の所有権には埋立てをして、公有水面を放棄する権利は含まれていないのである。国は、埋立法を根拠法規とする承認により、埋立をすることができるのである。私所有権と公所有権の区別を一般論として、国がもつ埋立権は、私権埋立権ではなく公権埋立権を想定していたと思われる。したがって、「私人が免許を受けて発生する埋立を為す権利も亦国に移転するを得ず」となる。「国は埋立を為す権利の主体たるを得されは」だからである。

注意すべきは、知事の埋立て免許と承認の目的つまり法的性質は同じとみていることである。知事の承認は「埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否か」を判断することではないのである。「埋立の目的」(旧埋立法2条2項3号)として、埋立地の利用目的で制限された土地所有権を取得させることによって、富国強兵の下での殖産興業の寄与を目的としたのである。国による埋立地も最終的には、民間の耕地・工場地等になるからである。

第2款 戦後の1953(昭和28)年段階—内閣法制局意見

非埋立権説は、戦後の1947(昭和22)公布の新憲法の下でも維持される。1953(昭和28)年12月23日付け港湾局長通知「公有水面埋立法に関する疑義について⁴⁾」において、知事の承認によって埋立権が設定される

のではないとする非埋立説が内閣法制局意見として示されている。埋立法の立法者意思を示した「逐条理由」の解釈論すなわち、第1に、何故免許ではなく承認としたか、第2に、国は埋立権を取得するかの論点に関して、内閣法制局の見解が示されるのである。以下に、その法制局意見の内容を確認することにしよう。

「公有水面に対する支配権は、①それを公所有権とよぶかどうかは別として、公有水面を直接排他的に支配し管理する機能である」という前提を立て、「公有水面埋立法第42条1項は、『国ニ於テ埋立ヲ為サムトスルキハ当該官庁都道府県知事ノ承認ヲ受クヘシ』と規定しているが、その法意は、②当該官庁のなす埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを都道府県知事の判断にまかせようとするところにあるのであって、右の都道府県知事の承認の性質を埋立の免許のそれと同様に解し、③承認によって『埋立ヲ為ス権利』が設定されるものと解してはならないであろう。けだし、国は、右に述べたような④公有水面に対する支配権に基づいて公有水面の一部につき適法に埋立をなしうるのであり、国以外の者がなす埋立の場合と異なって、埋立をなすために特に、『埋立ヲ為ス権利』を取得することを必要としないと解されるからである（177・178頁）。」

第1に、私人の埋立では知事の免許により埋立工事竣功（認可）を停止条件として私人は土地所有権を取得するが（法24条1項）、国の埋立では、知事の承認により埋立工事竣功を停止条件として、同じ土地所有権を取得するのであろうか。戦前は、行政財産、特に公共用財産の所有権の性質をめぐって、私法の適用を全く否定し、専ら公法の適用を受ける公所有権の対象として理解しようとする公所有権説と、私法の適用を肯定し、私権の対象となりうべきものとする私所有権説と対立していた。

⁴ 国土交通省港湾局埋立研究会編『公有水面埋立実務便覧（全訂版）』（日本港湾協会、1995年、2002年全訂2版）収録、177・178頁。

公所有権説は、私人の土地所有権と国の土地所有権は異なる次元の土地所有権で、土地所有権を持っているのは私人だけであり、市民社会の上に国家が位置する国家観を前提としている。明治憲法下では合理的な所有権の捉え方である。しかし、市民社会の中に市民社会の公共の福祉を担うものとして国家を捉える民主主義国家観では、市民社会での権利、特に土地所有権は、市民社会でも国家でも同じ土地所有権であり、その土地所有権を私人が持つ場合には私有地、国家が所有する場合には国有地であり「国有とは、国が権利主体であるというだけで⁵」、土地所有権の内容は同じであるとするのが基本である。

そこで、戦前の国家観から戦後の国家観に原理的に転換したことによって、戦後の所有権概念、特に土地所有権は公所有権と私所有権に質的に区別できないことになるはずである。この論点に関して、内閣法制局意見は、1953年段階で、結論を先送りし、「①それを公所有権とよぶかどうかは別として」という表現をとる。しかし結果的内容的には、新憲法下では、基本的に公所有権は存在しえないので、公所有権も私所有権も、土地所有権概念としては同じになる。それが市民社会の民主主義の原理だからである。1960年、この問題を田中二郎は考察し、行政行為を権力作用、管理作用に区別し、土地行政、したがって、土地所有権を管理作用に位置づけ、土地公法を土地私法の特別法として位置づけたのである⁶。そして、現在では、「実務上は、国有財産についてのすべての所有権は、私所有権説の立場に立脚して理解されている⁷」。

第2に、承認の法的性質論に関して、「逐条理由」と内閣法制局意見は

⁵ 建部和仁編『国有財産法精解（平成6年改訂）』（大蔵財務協会、1994年、以下、建部編・『国有財産法精解』と略記する。）300頁。

⁶ 田中二郎『土地法（法律学全集15-II）』（有斐閣、1960年9月、以下、田中・『土地法』と略記する。）15頁は「土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位をしめるべきものと考えらるべき」とする。

⁷ 建部編・『国有財産法精解』300頁。

異なっている。②は富国強兵の下での殖産興業の一環としての産業地の供給の法政策（埋立の目的により制限された土地所有権の付与）としての埋立法に否定的で、知事の承認の趣旨（法的性質）を、「当該官庁のなす埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを都道府県知事の判断にまかせようとする事」におくのである。知事の免許又は承認の目的が殖産興業の一環としての産業地の供給（「埋立の目的」して表現されている）として制限された土地所有権の付与の特許という行政処分であったものから「埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否か」の文字通りの行政処分ではない「承認」という都道府県知事の判断に縮減されたのである。これでは、取消訴訟では訴訟要件の「処分性」に当たらず却下となる。

このことは、「逐条理由」での「承認」は、組織法の場合で「国の機関相互の関係なるを以て免許の語を避け」たに過ぎないものが、同じ「承認」を行政作用法上の「承認」に再定義しているのである。そうすると、承認の目的（法的性質）も、制限された土地所有権を取得させる行為から、「当該官庁のなす埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを都道府県知事の判断にまかせようとする事」になるのである。承認の法的性質の質的転換である。

第3に、埋立法の趣旨（目的）を「土地の利用に関する法律」を志向するものから公有水面の「埋立に関する法律」として捉える。

承認の目的（法的性質）が「公有水面の管理上何らかの支障を生ずる」かにあるとした場合には、埋立法の趣旨は、「埋立の目的」（耕地、工場敷地、宅地）供給のために埋立てという「土地利用に関する法律」志向から、「埋立に関する法律」に純化することになる。

さらに言えば、1921（大正10）年成立した埋立法の2年前、1919（大正8）に成立した旧都市計画法の都市計画区域を用途地域制、つまり土地の用途を①居住地域、②工業地域、③商業地域、④その他の地域に区

分することにより、都市計画区域の土地利用規制をした「土地の用途」が「埋立の目的（埋立地の用途）」として、埋立法に浸透していくのである。その用途地域制は、戦後、都市計画法と建物基準法と相まって都市計画区域の市街地区域での土地利用規制の根幹となり、その詳細化が都市計画法の展開ともいえるものである。そして、1973年改正の埋立法の基軸となるのが「埋立地の用途」である。つまり、「埋立地の用途」のために特定の公有水面を埋め立てて土地造成をするという埋立地の「土地利用に関する法律」として改正したのが1973年埋立法である。

第4に、国は埋立権を取得するかの問題である。この問題は、取消訴訟において、訴訟要件の「処分性」と「訴えの利益」に関わる論点である。私権としての埋立権の取得でなければ、「処分性」はなく、また、知事の承認が違法で取り消された場合には国は埋立ての原状回復義務を生ずるはずであるが、国の埋立てが埋立権に依るのではなく、公有水面の所有権に依るとすれば、埋立てが国の権利の行使であるので、原状回復義務は生ぜず、原状回復を訴えの利益とするならば、訴えの利益はないことになり、取消訴訟は却下となるのである。

この問題に関して、内閣法制局意見は、「③承認によって『埋立ヲ為ス権利』が設定されるものと解してはならないであろう」結論する。そして、その理由を、国は、「④公有水面に対する支配権に基づいて公有水面の一部につき適法に埋立をなしうるので」あり、「埋立をなすために特に、『埋立ヲ為ス権利』を取得することを必要としないと解されるからである。」

ここでも、「逐条理由」とは異なっている。「逐条理由」は私人に譲渡できる私権としての埋立権は取得できず、また、私権としての埋立権を譲受することもできない。「国は埋立を為す権利の主体たるを得されはなり」からである。国は承認により土地の所有権取得のために、埋立てすることができることになるが、この権利を私権として譲渡又は譲受できないのである。国の権利には、譲渡の自由を原則とする私権は基本的には存

在しないからである。ところが、内閣法制局意見の埋立権は、国も私権をもつことができることを前提、それは国有財産、土地の場合は国有地となるが、私権としての埋立権が発生しないというのである。なぜなら、国は「④公有水面に対する支配権に基づいて公有水面の一部につき適法に埋立をなしうるのであり、国以外の者がなす埋立の場合と異なって、埋立をなすために特に、『埋立ヲ為ス権利』を取得することを必要としない」と解されるからである。」「逐条理由」は、「埋立を為す権利か之（承認）に依りて生ずるに非ざる」として「生ずる」かを問題とする。承認の効果として私権としての埋立権が発生するかを問題としているのである。これに対し、内閣法制局意見は、「特に、『埋立ヲ為ス権利』を取得することを必要としない」として、「特に」「必要としない」とする。承認の法律効果の論点から、埋立行為が違法になるかどうか論点をすり替え、「④公有水面に対する支配権に基づいて公有水面の一部につき適法に埋立をなしうる」とするのである。このような論点のすり替えは、内閣法制局意見が、知事の承認の法意（法的性質）を「②当該官庁のなす埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かを都道府県知事の判断にまかせようとするにあり」とするからである。この承認の法意からは、何の法的効果も生じないのである。内閣法制局意見の致命的な誤解は、公有水面の①所有権から公有水面の②直接排他的支配と誤解釈し、③埋立を適法になし得るとした。そもそも①の所有権は、②のような自由な処分権の所有権ではない。公有水面は公共用物であり、そこに漁業権者が在る場合には、国は自由に処分できないのである。①の所有権は、私的所有権の②の所有権ではないのである。つまり、埋立権を授權しなければならないのである。それが埋立法の承認である。「逐条理由」の承認と「内閣法制局意見」の承認とは「似て非なるもの」の典型であるといえよう。

なお、知事の承認が「埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生

ずるものであるか否か」の判断にすぎないとすれば、知事は承認を取消し他の私人の埋立申請者に免許を与えても、国は、知事を批判する根拠はないことになる。知事の承認により埋立申請者の国には何の法的効果は発生していないからである。そこで、内閣法制局見解は、次のような理論を展開するのである。

「都道府県知事は、国のなす埋立について一たん承認を与えた以上、当該官庁が埋立をなす意思を持続する限り、公有水面の当該部分について国以外の者に埋立の免許を与えることができないが、当該官庁がその意思を放棄した場合には、その承認を撤回し、国以外の者に埋立の免許を与えることができると解してよい。」とする。知事の国に対する承認は、「埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否か」の判断に過ぎないのに、「当該官庁が埋立をなす意思を持続する限り、公有水面の当該部分について国以外の者に埋立の免許を与えることができない」ということになるのだろうか。承認により、国に何らかの法的効果が発生するから、その承認の効果が知事を拘束すると考えるべきであろう。ここにも、内閣法制局意見は解釈論として破綻することになる。私権としての埋立権は発生しないが、公権としての埋立権は発生しているから（そうでないと埋立は違法となるから）、その効力が地方長官（知事）を拘束することになる「逐条理由」と内閣法制局見解とは異なるのである。

内閣法制局意見は、埋立法の目的を「埋立てに関する法律」として捉えたものである。

このような内閣法制局見解は、後述する、1954（昭和29）年に土地所有権取得権説を展開した山口・住田説が発表されたにもかかわらず、以後、内閣法制局見解が支配的見解となっていく。

第3款 1970（昭和45）年段階—三善説⁸

埋立法の1973（昭和48）改正の3年前の見解である。後述の住田・山口説の土地所有権取得説を踏まえた上での非埋立権説の踏襲である。

「国の為す埋立機能は、①一般私人の場合と同様に埋立法に由来する『埋立を為す権利』として把握すべきもののなのであろうか。換言すれば、そのことは、国と雖も埋立法に基づいて免許権者から相当の処分をうけることによって付与される機能なのかどうかという、問題である。」

「結論は『否』である。何故ならば、公有水面は、元来、国の所有に属し、国の独占的支配下にある。②国は、その管理権、支配権の作用として当然に埋立を為す権能を保有するものと考えねばならない。従って、国が国の機関たる免許権者から行政処分をもって『埋立ヲ為ス権利』を設定して貰う必要はなく、それ以前に、管理権乃至支配権の作用として埋立を行う機能をもつものと解される。

埋立法は、斯かる見地から免許でなく、『承認』を受けさせることとし、竣功認可については、確認行為を要せず『竣功の通知』をすれば足りるとしているのである。これらは、埋立を為す国と免許権者とは、相互に国の間柄であるとして事務処理をさせようとする意図にでたものであると考えられる。（一方、権利説の立場では、承認する国を行政権の主体としての国、出願する国を公企業の主体としての国であると観念して両者の相互関係を説明する。）⁹」

この三善見解は、内閣法制局意見を改めて踏襲したもので、理論的には、同じ見解である。

まず第1に、土地に関する権利で私権と公権の区別を前提とするかの問題に関して、「①一般私人の場合と同様に埋立法に由来する『埋立を為

⁸ 三善政二『公有水面埋立法（問題の考え方）』（日本港湾協会、1970年、以下、三善・『公有水面埋立法』と略記する）。

⁹ 三善・『公有水面埋立法』233頁。

す権利』として把握すべきもの」か、と問題を設定しているので、私権と公権の区別はなく、私権を基本とする立場をとっている。

そこで第2に、国による埋立ての根拠は何かが問題となり、「②国は、その管理権、支配権の作用として当然に埋立を為す権能を保有する」点に置くのである。

そうすると、第3に、知事は何を承認するのが問題となり、国の埋立ての根拠が、公有水面の「管理権、支配権の作用として当然に埋立を為す権能を保有する」点におくことから、論理的に、承認は「埋立てを為す権能」の行使である「埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否か」の判断ということになる。都道府県知事の承認をうけることにした趣旨について、次のように述べる。

「基本的に、わが国の埋立行政は免許権者の規律するところに委ねる制度を採る。従って、埋立に関する限りは、先ずもって免許権者にコントロールせしめなければならない筈である。この意味で、国であるからという理由で免許権者の埋立調整機能を排除することは失当であり、公有水面の管理上からも多くの支障が生ずるであろうことは今更多言を要しないところであろう。国といわず、私人といわず埋立に関する限りは免許権者の監督に服すべきである。斯様な観点から、国と雖も埋立を為す場合には、免許権者の立場を尊重して水面に何が行われているかの現状を把握せしめることが必要であり、その目的で承認にかからしめる制度を創設したと解したものと解する。国が専管する公有水面に対しては、当然に、埋立を為す権能が包含されているけれども、国と雖も埋立を為す以上は免許権者の統制を無視することはできないのである¹⁰」。

内閣法制局見解と同じ内容ということになる。しかしながら、知事の承認は、管理権に基いてなされるのではなく、埋立法を根拠法規として

¹⁰ 三善・『公有水面埋立法』233・234頁。

なされるのである。そして、その根拠法規にもとづく知事の免許又は承認は事業計画者に土地の用途で制限された土地所有権を取得させるところに、産業地の供給という埋立法の目的があるのであり、埋立はその土地造成の手段であり、埋立てを免許又は承認する点にはないのである。免許・承認の根拠法規は埋立法自体なのである。法律による行政の原理の要請である。とくに、公有水面の支配権の作用から当然に埋立を為す権能を導き出していることは、公有水面の支配権には、そのような権能は法による行政の原理の下ではあり得ないのである。

この後、1973（昭和43）年に、埋立法は改正される¹¹。

第1に、地方長官が都道府県知事に換えられる。

第2に、埋立て免許出願を公衆の縦覧等に供する（法3条関係）。

第3に、従来漁業権者等に水面権利者との関係でのみ羈束されていた知事に裁量行為に、法4条1項の免許・承認基準に1号の国土利用上適正且合理的条項、2号の環境保全配慮条項と、3号の埋立地の用途の土地利用計画考慮条項、4号の公共施設の整備条項が追加され、新たに法的な羈束を加えた。

この追加により、埋立免許・承認基準が改正以前の埋立ての奨励・積極的基準から抑制・消極的基準に転換する。それは、埋立地の大規模な石油コンビナート等の産業公害による環境汚染による周辺住民の深刻な健康被害と生活環境被害、並びに埋立て自体及び大量な工場廃水による海洋汚染等を国土計画上の危機的状況と認識したからである。

第4に、埋立地の竣工認可後10年間は、土地に関する権利を制限し、用途と異なる利用は知事の許可を必要とし、その許可基準を定めた（法27条～29条関連）。

第5に、無免許埋立工事者に知事の原状回復義務なしの追認制度を廃

¹¹ 三本木・「公有水面埋立法の改正」28・29頁、改正点の要点に関して、第3点の評価は筆者。ただし、第1点は記述なし。

止した（法36条関係）。

第6に、50haを超える埋立てに関しては、主務大臣の認可に際して、環境保全の見地から環境庁長官の意見を求めるべきとした。

第4款 1995（平成7）年、2002（平成14）年段階—建設省見解¹²

建設省見解は、逐条解説で、42条1項関係として、「免許に代わる承認」の下で、「国が支配し、管理する水流又は水面を埋立てるのは、国に本来備わっている権限であるから、免許ではなく承認としている。」（139頁）と解説している。1973年の埋立法が改正された後も、同じ理論構成していることになる。公有水面の「所有権」はいわゆる「所有権」ではないのである。そもそも排他的に支配できないからである。そして、それは、次の免許・承認基準の捉え方に端的に表れる。

埋立法4条1項1号の免許・承認基準である「国土利用上適正且つ合理的なること」に関して次のように提示している。

- ① 日本三景等の古来からの景勝地における埋立、
- ② 環境保全上重要な地域に等における埋立、
- ③ 良好な住宅地の前面の工業用地造成目的の埋立等である」(①②③筆者挿入) (41頁)。

この3基準は、①と②は、埋立の免許・承認は公有水面の埋立が目的の判断である。これに対し、③の表現は、基準自体は異なるが、①②の基準にそうようにしている。非埋立権説の知事の承認は、公有水面を埋立てるための承認であるところ、その承認基準も公有水面の管理上の障害があるかの判断基準となるので、公有水面の埋立ての範囲の基準となり、①と②基準がでてくるのである。しかし、現実には、埋立の承認は産業用地の供給にあり、それが行き過ぎたために深刻な産業公害が日本

¹² 建設省河川局水政課監修『公有水面埋立実務ハンドブック』（1995年、ぎょうせい、2002年全訂2版）。

社会の深刻な社会問題となり、その公害発生源対策として、埋立ての抑制・消極化が政治的要求となり、国土計画のレベルで、1号の国土利用上の適正且つ合理性要件、2号の環境保全の配慮要件と3号の埋立地の用途が国又は地方公共団体の土地利用計画との適合性要件が追加されたのである。埋立の免許・承認は、「埋立地の用途」という制限された土地所有権を産業用地として地域の産業開発を目的としたものである。つまり、埋立ての免許・承認は水面を埋立てる目的ではなく、制限された土地所有権を取得させるための承認であるのである。しかし、非埋立説は、公有水面を埋立てることを目的とするので、それに規定された「国土利用上適正且合理的ナルコト」の基準は、単に公有水面に限定され、①②の基準となり、③も「良好な住宅地の前面の工業用地造成目的の埋立等」なるのである。「工業用地」とする「埋立地の用途」の視点は全く欠落するのである。ここに、非埋立権説が破綻することになる。

このことは、取消訴訟の免許・承認の違法性の判断基準として、非埋立権説で、「埋立地の用途」が判断対象とならず、埋立ての問題性が判断対象になるにすぎない。なぜならば、知事の承認は、公有水面の管理上障害になるかの判断にすぎないからである。ここでも、非埋立権説は、現実の埋立て及び埋立地の用途から生ずる社会問題に対応できないことになる。裁判をそのような問題に限定する理論を裁判所が採用するならば、裁判所は不要となり、裁判所の権威は失墜することになる。

したがって、免許・承認の違法性の判断には、埋立地の用途が、その判断の対象とならざるを得ない。これは、承認の法的性質を土地所有権取得権説とする必然的な結論である。

第5款 2012（平成14）年段階― 岩国埋立て訴訟の山口地裁判決

1 判決の概要

国による埋立に対する知事の承認の取消訴訟が岩国埋立て訴訟である。

埋立法42条1項の知事の承認の法的性質論に関して、第一審の山口地裁判決（山口地裁2012年6月6日）¹³は、国の埋立権を否定し、広島高裁の控訴審判決（広島高裁2013年11月13日）は、埋立権説（埋立権の定義は土地所有権取得権説）を採用するという全く反対の見解を採用することになる。判決の論点は、第1に、埋立法42条1項の知事の承認の法的性質論、第2に、同法42条3項が法35条を準用していない理由、そして、結論として、第3に、国の原状回復義務の有無が問題となる。

第一審判決は、①の知事の承認の法的性質に関して、埋立ては国が「本来的に公有水面を直接排他的に支配する権能」に基づくものであり、知事の承認は「知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼合い」によるものであり、②「埋立承認が取り消されて同承認の効力が消滅したとしても、国は法的に原状回復義務を負わない」から準用しないのであり、したがって、③「3項において前記条項を準用していないから、埋立て承認の効力が消滅したとしても、国は原状回復義務を負わないとするのが自然な解釈」という結論になる。

2 知事の埋立て承認の趣旨（法的性質）

山口地裁判決は、第1の埋立法42条1項の知事の承認の趣旨（法的性質）に関して、

「国がなす埋立ての場合には、法42条1項において『国ニ於テ埋立ヲ為サムトスルトキハ当該官庁都道府県知事ノ承認ヲク受クヘシ』として、都道府県知事の承認で足りるとする。この趣旨は、①国は、本来的に公有水面を直接排他的に支配する権能を有しているから、国がなす埋立ての場合には、国に本来備わっているこの権限に基づいて埋立てを行うこ

¹³ 第一審判決の判旨は、本田博利「公有水面埋立法における国の原状回復義務の有無について（意見書）」（愛媛法学会雑誌 第40巻第1・2号合併号、2014年3月、以下、本田・「意見書」と略記する。）119頁以下による。判決全文は、TKC LEX/DB2548213参照。

とになるので、国以外の者が行う埋立てには都道府県知事の免許が必要だが、国のなす埋立てにはそれを要しないというべきところ、都道府県知事が海面に対して有する機能管理権との調整上の兼合いから都道府県知事の承認を要することとし、都道府県知事に対し承認基準を満たすか否かの判断権限を与えたことにあると解される。」

ここでは、第1に国による埋立てが免許によるのではなく、何故承認なのかの論点に関して、「国は、本来的に公有水面を直接排他的に支配する権能を有しているから、国がなす埋立ての場合には、国に本来備わっているこの権限に基づいて埋立てを行うことになる」からとする。それでは、何を承認するかの論点に関して、

「②都道府県知事が海面に対して有する機能管理権との③調整上の兼合いから都道府県知事の承認を要することとし、都道府県知事に対し承認基準を満たすか否かの判断権限を与えた」とする。これは、これまでの内閣法制局意見の承認と同じ内容である「埋立工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否か」の判断である。

本判決は、承認の趣旨を国の公有水面の埋立て権能（①）と知事の海面管理機能（②）との「調整上の兼合い」（③）としており、いずれも「公有水面」の埋立て権能と「海面」の管理機能で、「埋立地の用途」は承認の判断の対象となっていない。したがって、「埋立地の用途」を免許・承認基準の基本とする法4条1項に適合しないことになる。

3 埋立法42条3項の法35条の非準用の理由

次に、第2の、本件の「訴えの利益」の存否を規定する法42条3項が法35条の準用していないことについて、

「国がなす埋立ての場合には、法43（ママ¹⁴）条3項において法35条1項を準用していない趣旨は、単に、立法当時、国の判断と都道府県知事¹⁵

¹⁴ 本田・「意見書」119頁「42条3項の誤り」と指摘。

¹⁵ 本田・「意見書」120頁「立法当時は国の機関としての地方長官」と指摘。

が相違することが想定されていなかったということにとどまらず、前記のとおり国以外の者が行う埋立てと国がなす埋立ての場合に、①竣工通知により埋立地の所有権は当然に国に生ずることとされ、都道府県知事には竣工の有無に関するなんらの検査権限・義務も認められていないことに照らせば、国がなす埋立ての場合、埋立承認が取り消されて同承認の効力が消滅したとしても、国は法的に原状回復義務を負わないと解するのが相当である。」

この見解は、これまでの非埋立権説と同じである。これまでの非埋立権説は、承認により埋立権は発生せず、公有水面の所有権の権限として埋立て工事が適法であり、したがって、埋立地の造成もその成果であり、公有水面が埋立地に姿態変化したにすぎず、「①竣工通知により埋立地の所有権は当然に国に生ずること」なるのである。

しかし、現埋立法4条1項（42条3項）の免許・承認基準により、埋立て承認の段階で、埋立竣工を停止条件として土地所有権を取得させる権利が設定されているのであり、埋立て承認の取消しにより、失効となり、原状回復義務が生ずることになる。

（4）国が原状回復義務を負わない理由

第3に、知事の承認の法的性質から35条の準用がないとする論理は次のようになる。

「公有水面埋立法の建前によれば、国がなす埋立ての場合に埋立て承認の効力が消滅しても、国は原状回復義務を負わないと解するのが相当である。すなわち、公有水面埋立法は、国以外の者が行う埋立ての場合には、埋立て免許の効力が消滅した場合に埋立権者が原状回復義務を負うことを規定しているのに対し（法35条1項）、国がなす埋立ての場合には、法43（ママ¹⁶）3項において前記条項を準用していないから、埋立

¹⁶ 本田・「意見書」120頁「42条3項の誤り」と指摘。

て承認の効力が消滅したとしても、国は原状回復義務を負わないとするのが自然な解釈である。」

「非埋立説をとる場合には「法43（ママ¹⁷）3項において前記条項を準用していないから、埋立て承認の効力が消滅したとしても、国は原状回復義務を負わないとするのが自然な解釈である。」となるのである。

この却下に対して、「本件訴訟においては、まさに『国のなす埋立てについての承認』が『違法』に行われたため、国民が、裁判所に対し、その『取消』を求めている事案であり、『却下』＝裁判の否定は許されない」という批判¹⁸がでてくることになる。

この山口地裁判決は非埋立権説の論理的展開である。

第3節 埋立権説の展開

埋立法は、埋立ての申請者に対して知事による免許・承認の行政処分により、①埋立権と、②埋立地の土地所有権を取得させる権利を設定する実体規定及び手続規定である。このように、埋立法を理解するのは、知事の免許・承認を権利の取得と捉える権利説の立場である。この権利説は、埋立て申請者が知事の免許・承認により取得する権利は何かに関して、埋立権説と土地所有権取得権説に区別される。

第1款 1979年段階—阿部説

埋立権説は、知事の免許・承認により、①埋立権を取得し、国以外の場合は埋立工事竣功認可の告示（埋立法22条2項）、国の場合は工事竣功の通知（法42条2項）により土地所有権を取得するという理論である。

埋立権説を埋立法の性格から位置づけたのが、阿部泰隆の報告論文「公

¹⁷ 本田・「意見書」120頁「42条3項の誤り」と指摘。

¹⁸ 本田・「意見書」

有水面埋立てと法¹⁹」である。

(1) 阿部説は、まず埋立法の性格を次のように規定する。

「埋立法は元来、埋立てを私人のイニシアティブに委ね、造成された埋立地を私有地とする私有財産制度に基づく制度をとっているわけであります。国家はこれに対して、埋立免許制度を通じてコントロールを加えることができますが、国家自身が埋立事業をするものでも、埋立ての将来計画を立てるものでもありません。公有水面埋立法は、埋立ての事業法でも、埋立計画法でもない。埋立法は、単に水面を陸地化するということに関する手続法にすぎない、一種の開発許可法であります」(102頁)。

(2) このように埋立法を「一種の開発許可法」とみて、その埋立免許の性質を次のように規定する。

「埋立免許制度、埋立免許の性質をみますと、埋立てを適正ならしめるためにコントロールする法律である。これは、国民共通の財産である公有水面あるいは海浜地の自由使用を廃止して、特定人に廉価で払い下げ、その独占的使用に委ねるものでありますから、法学上、公物の自由使用の廃止と特許といったような二重性格を持っております」(102頁)。

(3) そして、埋立法が大正10年以来、50年以上通用してきた理由を次のように述べる。

「この法律がこれだけ長い間、時代の要請に応じて通用してきたという理由は、実務担当者によれば、この法律が元来、手続法であって、埋立ての実体面の変化に影響されることが少なかった。また埋立免許は自由裁量とされて、時代の要請に応じて柔軟に運営することができたことによるものです。従って、埋立法というのは、天下の名法であると賞賛されてきたということであります」(102・103頁)。

¹⁹ 阿部泰隆「公有水面埋立てと法」(『近代的土地所有権・入浜権〈土地問題双書6〉』(有斐閣、1976年10月) 99頁以下。なお本稿での引用文後の頁は本書の頁。

(4) しかし、この「天下の名法」が、高度成長時代に「天下の悪法」となると本質的批判をする。

「しかしながら、実はこの天下の名法とされる埋立法の特色が同時に高度成長時代に、開発優先と海の利権化を許して、埋立規制の役割を果たし得ず、もっぱら埋立促進法であるかのごとき欠陥を露呈し、国土総汚染をもたらした天下の悪法となったのであります」(103頁)。従って、「埋立ては善」から「埋立てストップ」へと考え方を転換すべきだとする。

(5) そして、次のような流れの中で、1973年埋立法改正を次のように規定する。

「公有水面埋立法は、そのような機運のもとに昭和48年に改正されたわけですが、それはあくまで環境汚染と埋立ての利権化防止の観点からなされただけで、埋立法が水面の陸地化に関する手続法であり、埋立ては善であるという基本的な発想自体には、変更は加えられなかったのであります」(103頁)。

ここに埋立権説が理論的に完成したことになる。

そして、阿部説は埋立権説の定義を、免許の場面において、「公有水面埋立法による埋立免許は埋立権、同じく竣功認可は土地所有権を与える(公水16条・17条・24条)²⁰」と定義する。

一般的には、権利説の中では、埋立権が採られている。阿部説が埋立権説の法的根拠として挙げている埋立法16条が、埋立の「免許」を受けた者は知事の認可(法文は許可)を受けなければ「埋立ヲ為ス権利」を他人に譲渡することはできないと規定し、また、同法17条は、埋立ての「免許」を受けた者の相続人はその被相続人の有した「埋立ヲ為ス権利」

²⁰ 阿部泰隆『行政法解釈学Ⅰ』(有斐閣、2009年、以下、阿部・『行政法解釈学Ⅰ』と略記する。)212頁は、この定義を権利の創設の項で「行政活動が私人の権利を生じさせるかどうか、は法令や事柄の性質により異なる。権利を付与する制度を挙げると」として、その例の中での定義である。この定義の背景が前述したものである。

を承継すると規定し、さらに同法24条は、埋立免許を受けた者は、埋立て工事の竣工の告示（22条2項）「ノ日ニ於イテ埋立地ノ所有權ヲ取得ス」（24条1項）と規定しているからである。

そして、阿部説は、埋立法を次のように総括する。

「海浜埋立がかくも盛んに行われた理由は、法システムが大量低廉供給を可能にしたからである。より詳しく言えば、根拠となっている公有水面埋立法は、海浜埋立による国土の造成を善だとする、自然が余っていて、貧乏だった時代の発想のまま安易に埋立免許を与えるシステムを引きずっており、経済的には、埋立免許料は造成された地価の3%（しかも自治体は無料、公水施行令17条）で、陸地を取得するよりも安価にかつ抵抗なくまとめて広い土地を取得できるように、埋立促進的な色彩を帯びているからである²¹」。

このように阿部説は、埋立法の性質を、「埋立法は、単に水面を陸地化するということに関する手続法にすぎない、一種の開発許可法」とし、埋立免許制度を「埋立てを適正ならしめるためにコントロールする法律」とするところ、埋立の免許の法的性質は「埋立権」を与える特許とする。この阿部説からは「埋立地の用途」は除外されている。「埋立地の用途」に徴表している、「国土開発優先主義」、「埋立促進法」、「埋立ては善」の埋立法は「天下の悪法」であり、否定されるべきだからである。

このような阿部説からは、4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の解釈は、「埋立地の用途」より「埋立て」が基本となるので、次のとおりとなる。つまり「埋立地の用途」の地域での「土地利用計画」ではなく、公有水面の陸地化という「埋立てそのもの」の判断となる。

「埋立てというのは、元来、埋立地の利用による公益の増進と、自然環境の破壊などのマイナスとのバランスの上に立って、埋立地の利用によ

²¹ 阿部・『行政法解釈学Ⅰ』

る公益の増進の方がプラスになる場合にのみ認められるのでありますから、免許にさいしては埋立地の利用がどのようになされるかということが重大な関心の対象となり、審査されるのは当然であります」(106・107頁)。

この考えは埋立地に限定された、その上での「用途」の公益の増進の視点である。地域の中での「埋立地の用途」の視点は除外されることになるのである。従って、第1号の要件は次のとおりとなるのである。

「第1号は余りにも抽象的・一般的なので、判断基準として役に立つかどうか、私は大変疑わしいと思います。改正法関係資料によりますと、国土利用上適正かつ合理的なことにはならない例として挙げられているのは、何人も埋め立てることの疑わしいと思うような、例えば天ノ橋立を埋め立てるといようなものでありまして、これでは役に立ちません」(107頁)。

このような1号の捉え方は、埋め立てた埋立地で考えるからであり、1号要件は、「国土利用上」と、「埋立地ノ用途」が「国土利用上適正且合理的ナルコト」と地域の中で、地域形成計画の下での「埋立地ノ用途」を対象として、俯瞰的に「国土の均衡ある発展」の観点から判断するものである。この視点が弱いのが埋立権説の特徴である。この埋立権説は阿部説によって確立したことになる。

このような埋立権説、阿部説は、「埋立てストップ」の機能としては効果的であるが、「埋立地の用途」を「国土の均衡ある発展」の基本理念が埋立法4条1項1号に表れた「国土利用上適正且合理的ナルコト」の理念的なコントロール機能を減却することになる。まさに「天ノ橋立」を埋めることをストップさせる機能こそが、1号要件の本質的な機能である。

第2款 2012年段階—本田説

本田説は、阿部説を受けて明快に、知事の承認の場面でも、埋立権説を次のように定義し、説明している。

（1）知事の埋立て承認の法的性質

「国とても都道府県知事の埋立『承認』を受けて『埋立権者』となり、埋立工事が完了すれば『竣工通知』により土地所有権を原始取得して国有地となすものである。このプロセスは私人による埋立と全く同一であり、節目となる処分の過程において『承認』、『通知』という『特例』が設けられているにすぎないことに注意する必要がある。もちろん、免許の基準（4条）も同一である。

端的に言えば、キセルの両端に国が埋立てを行う場合の講学上の『処分』の特例が置かれているだけで、キセルの両端を結ぶ手続・内容は私人と異なることがなく同等の法的立場で埋立を行うものである。違法な埋立てに対する『原状回復義務』も国に特例＝免除を認めることなく、同等に課せられるものである²²」。

この本田説の特徴は、「承認」が埋立権を付与する点にある。そして、土地所有権は、「竣工通知」により原始取得し「国有地」となる。免許も同じ構造で、「埋立権」を付与するのである。「逐条理由」のように耕地、工場敷地、宅地の供給のために土地所有権を与えるのは「免許」または「承認」ではない。「私法上の所有権を取得するには『国の行う埋立てが、埋立権に基づくもの』であるという率直で明快な解釈がどうしてもとられないであろうか²³」にみられるように、埋立権に基づくのである。

（2）埋立法の趣旨（目的）

それでは、埋立権を付与できる根拠はどこにあるのであろうか。本田説は、次のように、知事の海の管理権限に求めている。

「海の埋立てについて絶大な権限を有している山口県知事の役割に着目し、今後急ピッチで進行するであろう埋立工事にストップをかけるため

²² 本田・『意見書』136頁。

²³ 本田・『意見書』170頁。山口・住田説を根拠としているが、山口・住田説は後述するように、承認を「土地所有権を取得させる権利を設定する行為」というように、承認の射程距離が広いことに注意すべきである。

の法的な方策を探ることが肝要である。そもそも、知事に与えられた海の管理権限は、船舶の航行、漁業・水産振興、レクリエーションなどさまざまな価値をもつ海の利用を調整するために県民から『信託』されたものであり、貴重な海面の埋立てが許容されるのは、県民全体の利益と直結し環境保全上も問題がない例外的な場合に限られるのである²⁴】。

そして、次のように、公有水面埋立法を性格づけるのである。

「公水法は、広域にわたる行政の責任者としての都道府県知事に対して、県域の大きな要素をなす海域、とりわけ沿海域の総合的な管理・利用のための重要な法的コントロール手法として埋立ての免許権限を付与しているのである²⁵」。

これは、まさに、埋立法を公有水面の「埋立てに関する法律」に概念規定したものである。その意味では、問題意識は全く別であるが、内閣法制局意見、三善説、岩国訴訟第一審判決、控訴審判決と同じ見解ということになる。

この埋立法を「埋立てに関する法律」とする捉え方は、承認の基準である4条1号の「国土上適正且合理的ナルコト」の判断要素に「埋立地の用途」の比重が弱くなり、また3号の「埋立地ノ用途」、4号の「埋立地ノ用途」位置づけが問題となる。埋立法は「埋立地ノ用途」を基軸に構成されている。「埋立地ノ用途」である耕地、工場敷地、宅地等の産業地を安定的に供給するために創られた法律だからである。

埋立法を公有水面の「埋立てに関する法律」とすると、13条の2の埋立地の用途変更に対する知事の承認の対象が形式化されることになる。それが、次の岩国埋立訴訟の広島高裁判決である。

「また、確かに、埋立地の用途の変更の承認に当たって環境保全条項を

²⁴ 本田博利『基地イワクニの行政法問題』（成文堂、2012年、以下、本田・『基地イワクニ』と略記する。）136頁。

²⁵ 本田・『基地イワクニ』148・149頁。

含む承認が準用される結果、埋立ての動機、埋立地の具体的な利用計画を勘案する必要があることは否定できない。しかし、既に述べたとおり、埋立法は公有水面の埋立てを規律した法律であって、埋立地の利用について規律する法律ではない。加えて、環境保全条項の文言が①『其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト』、②『埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト』というものであることからすれば、環境保全条項の趣旨は、③埋立工事そのものの問題点や、④埋立地の用途自体と法律に基づく計画との整合性を確認することにあるというべきであって、埋立ての動機や埋立地の具体的な利用計画そのものを対象とするものではない。」

埋立法を「埋立てに関する法律」とした論理的帰結である。

第3款 2013年段階—広島高裁判決²⁶

最近、岩国埋立訴訟において、前述のように山口地裁判決は、2012年、非埋立説を取ったのに対して、広島高裁判決は、2013年、埋立権説を採用する。

1 知事の承認の趣旨・法的性質

山口地裁判決は、国がなす埋立に対する知事の承認の「趣旨は、国は、本来的に公有水面を直接排他的に支配する権能を有しているから、国がなす埋立ての場合には、国に本来備わってこの権限に基づいて埋立てを行うことになるので」、承認により国に埋立権を設定するのではないとする。したがって、「処分性」はない。

これに対して、広島高裁判決は、次のように、明快に、埋立権説を展開し根拠づける。

²⁶ 広島高判（平成25年11月13日訟務月報第59巻第12号3003頁）。

まず、「国が行う埋立てについての都道府県知事の承認の法的性質については、②公有水面を現実に管理する都道府県知事が埋立て工事の実施主体である国に対して、特定の公有水面を埋立てて土地を造成し、竣功通知の日において当該実施主体に埋立地の所有権を取得させる権利（埋立権）を設定する行為と解するのが相当である²⁷」。

そして、非権利説の法文上の根拠とされてきた「埋立法1条は公有水面が国の所有に属する旨を規定するものの、ここでの国とは、公権力としての行政権限を行使する主体としての国というべきであって、国が行う埋立てについての都道府県知事の承認の名宛人である、埋立事業の実施主体である国とは異なるから、埋立事業の実施主体である国が、埋立法1条の公有水面に対する所有権を有するものと解することはできず、それゆえ、公有水面を現実に管理する都道府県知事の承認により埋立権の設定をうけることで、初めて特定の公有水面の埋立工事を行うことが可能になるというべきである。」

2 埋立権説の論拠

こうして、法文上の重要な非埋立権説の論拠を崩して、次に、埋立法の法的仕組みの観点から、埋立権説を根拠づけるのである

まず第1の論拠は、知事の免許と承認の判断基準等が同じ枠組みないし基準に基づいているという点である。埋立法では「国が行う埋立ての承認手続きにおいて、国以外の者による免許申請の場合に求められる記載事項及び添付図書についての規定（2条2項、3項）や、免許申請されたときの可否の判断基準（4条）についての規定が準用されており（42条3項）、国が行う埋立てについての判断基準は国以外の者についての免

²⁷ 埋立権を最終的に「埋立地の所有権を取得させる権利」として、これまでの埋立権より拡大していることに注意する必要がある。つまり、これまでは、一般的に、①承認により埋め立て工事の権利としての埋立権が設定され、②竣功認可の告示又は通知により土地所有権の取得がなされるとしていた。この埋立権＝①＋②の見解は、埋立法の趣旨（目的）を「埋立てに関する法律」として捉えるからである。

許の場合と同じ枠組みないし基準に基づいてなされ、かつ、都道府県知事が国とは異なる独自の立場での裁量に基づき、埋立免許ないし承認の付与を判断するものとされている。」

次に、第2の論拠として、知事の承認後の権能を通じて知事の承認に含まれる公有水面の独自の管理権限を指摘する。「都道府県知事は、国が行う承認したあとも、埋立法42条が準用する埋立法13条の2により、埋立地の用途、設計概要の変更の承認権限を有している。これらの規定は、埋立ての主体が国であったとしても、埋立工事として公有水面に何が行われているのか、都道府県知事に現状を把握させその上で埋立工事が都道府県知事による公有水面の管理上支障を生ずるか否かを判断させる機会を付与したものと解される。」これは、公有水面の支配管理機能をもつ国とは別の知事の独自の権限を付与したものであり、国の事務に吸収されない、知事の独自の承認ということを意味する。

以上から、知事の承認は、行政機関相互の内部的処分は処分性を有しないという見解に対して、内部的処分には該当しないということの意味してもいるのである。

さらに、第3に、1973年の埋立法改正における立法者意思を述べて、埋立説の合理的解釈を論拠づけている。

「ちなみに、都道府県知事よる国に対する埋立承認の性質に関連し、埋立法改正について、審議された衆議院建設委員会において、『42条の示しておりますとおり、必ず都府県知事の承認がなければ、端的申し上げますと国は埋立てについて権利を設定でき得ないということになるわけですね。・・・公有水面埋立法でいえば42条でいうところの手続が必要になっているわけではありますが、それについても関係府県知事の承認ということがなければならぬということをここではっきりお認めになりますね。』という質疑に対し、運輸省港湾局長が、『当然のことだと思います。』と答弁を行っている（乙22）。」

これは、衆議院建設委員会において、『必ず都府県知事の承認がなければ、端的申し上げますと国は埋立てについて権利を設定でき得ないということになるわけですね』という質疑に対して、運輸省港湾局長が、『当然のことだと思います。』と答弁したことは、1973年の埋立法改正により、立法者は埋立権説をとっていることを意味するのである。

なお、知事の承認の法的性質に関して、埋立権説をとるとして、承認は、公有水面を埋立てて土地を造成する「埋立権」を設定するのか（埋立権説）それとも、「特定の公有水面を埋立てて土地を造成し、竣功通知の日において当該実施主体に「埋立地の所有権を取得させる権利」を設定するのか（土地所有権取得権説）と見解の分かれるところである。本高裁判決は「竣功通知の日において当該実施主体に埋立地の所有権を取得させる権利（埋立権）を設定する行為」として、埋立権の内容を拡大している。これは、埋立法を公有水面の「埋立てに関する法律」と捉えるからである。土地所有権権説は、埋立法の目的が産業地の供給にあるので、埋立地の「土地利用に関する法律」として捉えるので、広島高裁判決は、本質的には土地所有権取得権説ではないことになる。それが、埋立地の用途変更に対する知事の承認の判断に表れることになる。

3 埋立法の趣旨・目的

これまで、埋立法の解釈論においては、知事の承認の法的性質が争われてきたが、広島高裁判決は、初めて、埋立法の趣旨を論じた画期的な判決である。高裁判決は、埋立法は、「公有水面の埋立てを規律した法律」（本稿では、基本的には「埋立てに関する法律」としている。）か「埋立地の利用について規律する法律」（本稿では、基本的に「土地利用に関する法律」としている。）かの問題を正面から論じたのである。それが、どのような場面で論じられ、どのような結論になったかを検討することにしてしよう。

知事の承認の法的性質・趣旨論が機能したのは、国は原状回復義務を

負うかの争点に関して、主位的請求の承認処分の取消訴訟においてである。そして、高裁判決は、埋立承認処分の効力が埋立工事の竣功後に消滅した場合も、国は原状回復義務を負うから同処分の取消しを求め訴えの利益が認められるとして、訴えの利益がないことを理由に本件訴えを却下した原判決を取り消した。しかし、この主位的請求は出訴期間経過後の提起である等の理由で本件訴えを却下した。原告住民は、出訴期間内である埋立て用途の変更承認の処分取消しの予備的請求を提起していたのである。埋立法の趣旨論は、この予備的請求については処分性の要件を満たすかの判断において機能し、不適法であるとして却下したのである。

知事の埋立て承認の法的性質については、一定の合理的な判断を示したと考えるが、この予備的請求の判断においては、埋立法の趣旨の理解に問題があるため、却下となったと思われるので、この高裁の判断を検討することにしよう。この検討に、埋立法の事業計画が、土地所有権の制限による都市計画ないし市街地開発事業と同趣旨であることが確認でき、その視点が欠落した判断が高裁判決と考えるからである。

高裁判決が「埋立地の用途」の変更承認の処分性がないと判断した根拠は「埋立法は公有水面の埋立てを規律した法律であって、埋立地の利用について規律する法律ではない」とすることである。次に、この高裁判決を検討することにするが、その検討の前提に高裁判決の判示を、まず確認し、その上で、埋立法及び規則（省令）での規定をみることにする。

4 埋立地の用途変更承認の判断

まず、判断の対象として、控訴人の主張を提示する。

「控訴人らは、本件変更承認は、埋立ての動機や埋立地の具体的な利用計画に重要な変更があった場合であり、実質的に埋立法42条3項、13の2の埋立地の用途の変更に該当するとして、本件変更承認に処分性を認

めるべきである主張する。」

そして、形式的な面での判断を示す。

「しかし、本件変更承認申請においては、本件埋立地の用途は本件願書と同じく飛行場用地のままであり、本件変更の対象に本件埋立地の用途は含まれていない（前提事実 (3) ウ)。」

埋立法の趣旨を「公有水面の埋立てを規律した法律」と捉えると、形式的に「埋立地の用途」は「飛行場用地」として具体化されているので、変更にあたらないことになり、処分性なしとして判断しても十分だといえよう。しかし、裁判官は踏み込んだ判断をすることになる。

「また、確かに、埋立地の用途の変更の承認に当たって環境保全条項を含む承認が準用される結果、埋立ての動機、埋立地の具体的な利用計画を勘案する必要があることは否定できない。」

環境保全条項は実際の土地利用の場面を想定するものであるから、「埋立地の用途の変更」後の土地利用の環境保全も判断対象になるのかと疑問に感じたと思われる。しかし、埋立法は、そこまでは、具体的な土地利用までは規律していないのでは、と考え、そもそも論に立ち返るのである。

「しかし、既に述べたとおり、埋立法は公有水面の埋立てを規律した法律であって、埋立地の利用について規律する法律ではない。」として、判断の対象、範囲を限定する。さらに、判断の対象、範囲の限定を根拠づけるために、気になった環境保全条項は、土地利用の場面ではないと示すのである。

5 高裁の判断の根拠

このような判断の根拠は、埋立地の用途変更の知事の承認規定（13条の2）の根拠を、次のように捉えるからである。

「これらの規定は、埋立ての主体が国であったとしても、埋立工事として、公有水面に何が行われているのか、都道府県知事に現状を把握させ

その上で埋立工事が都道府県知事による公有水面の管理上支障を生ずるものであるか否かを判断させる機会を付与したものと解される」。このように解するが故に、次のようになる。

「加えて、環境保全条項の文言が①『其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト』、②『埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト』というものであることからすれば、環境保全条項の趣旨は、③埋立工事そのものの問題点や、④埋立地の用途自体と法律に基づく計画との整合性を確認することにあるというべきであって、埋立ての動機や埋立地の具体的な利用計画そのものを対象とするものではない。」（①②③④筆者挿入）。

1973（昭和48）年の埋立法改正で同法4条1項に①2号、②3号として追加された環境条項であるが、①条項は、まさに③の通りで、埋立て工事による環境保全配慮である。しかし、②の「埋立地の用途」と「環境保全計画」に関しては、「環境」は「時空」であるので、具体的な土地利用からの影響評価であるから、当初の「埋立地の用途」の実質的な変更がある場合には、環境保全計画に違背する事態も想定できる。したがって、「埋立地の用途自体」ではなく、変更された具体的な土地利用計画の下で「環境保全計画」が再策定する必要がある。つまり、この②環境保全条項は①環境保全条項と同じではないのである。

6 高裁判決の検討

ただし、埋立地の用途に対する環境保全配慮に関して埋立法が無関心である場合には、埋立地の用途変更による環境保全計画への影響は関係ないことになる。つまり、環境保全配慮は、埋立て工事による公用水面汚染等だけなのか、埋立地に大型コンビナートからの工場廃水による海水汚染及び工場煤煙による大気汚染等に対する発生源対策も言い換えると埋立地の「土地利用に対する規律」も想定されているかという問題に

なる。1973年の埋立法改正の目的が埋立てによる海洋汚染、例えば瀬戸内海汚染の深刻さに加えて、臨界工業地帯の大型コンビナートからの工場廃水による海洋汚染及び工場煤煙による大気汚染等公害の発生源対策の二つの側面をもっていたのである。埋立法の解釈の側面では、①埋立工事と②埋立地の用途に表れることになる。①が法4条1項2号の環境保全条項となり、②が3号の環境保全計画との適合となる。また、4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断においても、①②が判断の対象となる。

7 1974年局長通達

前述したが、1973（昭和49）の埋立法改正の翌年（1974）、港湾局長と河川局長の通達（1974年局長通達）が出されるが、1号に関して次のように通達される。

「①埋立てそのもの及び②埋立地の用途が国土利用上適切かつ合理的であるかどうかにつき慎重に審査すること」。

①は2号の環境保全の配慮についてであるが、両局長通達は次のような判断を示す。

「埋立てそのものが水面の消滅、自然海岸線の変更、潮流等の変更、工事中の濁り等に関し、海域環境の保全、自然環境の保全、水産資源の保全等に十分配慮されているかどうかにつき審査すること。」

また、②埋立地の用途については、3号で規定されているが、さらに環境保全に関する図書の面で関連付けされる。まず、法2条2項の申請願書に①氏名等、②埋立区域、③埋立地の用途等が記載事項となっている。これらは土地所有権の①主体（特定人）、②客体（特定地）、③内容（利用及び処分）として3構成要素であることに留意すべきである。さらに、同3項で、この願書には国土交通省令（規則）の定める図書を添付すべきとされ1号から4号までは特定され、その5号で「其ノ他国土交通省令「ヲ以テ定ムル図書」となっている。そして、省令3条で12号ま

で掲げられている。7号に「埋立地の用途及び利用計画の概要を表示した図面」、8号「環境保全に関し講じる措置を記載した図書、9号公共施設の配置及び規模について説明した図書、と特定されている。留意しておくべきことであるが、都市計画は、①用途地域（7号）、②環境配慮（8号）、③都市施設の整備（9号）を基本要素とし、都市計画の内容の一つである市街地開発事業（土地区画整理事業等）もそれらの①②③要素を基本要素とする。

そして、省令（規則）3条8号の環境保全条項図書に関して、1974年局長通達は次のように明示しているのである。

「『環境保全に関し講じる措置を記載した図書』とは、①埋立て及び②埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書であること」。

この通達は、埋立法が、公有水面の「埋立てに関する法律」と埋立地の「土地利用に関する法律」の二つの側面をもっていることを端的に示すものである。そして、「土地利用に関する法律」の側面は「埋立地の用途」を通じて規律しているのである。それは、都市計画の基本が用途地域制にあるものと同じである。広域な埋立地（一定地域）を面的、一体的に総合的に土地整備する土地整理事業の埋立地版とも言えるものである。このような側面から埋立法を捉えると、埋立法は「埋立てに関する法律」の側面より「土地利用に関する法律」（先取りしたものであるが）の側面が本質的ともいえるものである。

8 埋立地の用途の変更に関する1974年通達

さらに、本件で問題となっている埋立地の用途変更の承認（埋立法13条ノ2、42条3項）に関して言えば、まず、2項で、「埋立地ノ用途ノ変更ノ許可（承認）」に関して、「第3条、第4条第1項第2項並第11条」を準用する。これは用途変更した内容で、一般公衆に告示・縦覧し地元市町村長の意見を聴取し（第3条）、用途変更した内容で、免許・承認基準

に適合しなければならない(第4条1項2項)ということの意味する。そして、それを改めて変更した内容で、許可(承認)の日及び①氏名等、②埋立区域等、③埋立地の用途を告示しなければならないのである(法11条)。

そして、省令(規則)7条の「出願事項の変更等の許可の申請」の場合の提出する図書に関して、2項3号は、次のよう規定する。

「埋立地の用途の変更にあっては、第2条第4号並びに第3条第7号から第9号までの図書」。

ここでの提出する図書が「第3条第7号から第9号までの図書」であるが、これこそ、省令3条における、7号の「埋立地の用途及び利用計画の概要を表示した図面」、8号の「環境保全に関し講じる措置を記載した図書」、9号の「公共施設の配置及び規模について説明した図書」であり、8号が、前述の局長通達で「『環境保全に関し講じる措置を記載した図書』とは、①埋立て及び②埋立地の用途に関する環境影響評価に関する資料を含む環境保全措置を記載した図書であること」(①②筆者挿入)。

以上から、「埋立地の用途の変更」の許可・承認は、最初からやり直しの再認可・承認となるのである。

知事の埋立免許・承認の法的性質が条件付きの制限された土地所有権の取得にあるとすると、埋立法を、埋立地の「土地利用に関する法律」とする方が合理的であると考ええる。

第4節 土地所有権取得権説の展開

第1款 1954年段階—山口・住田説

行政実務では、非埋立権説が現在まで支配的であるが、日本国憲法の地方自治の原理、地方自治法の下での埋立法の解釈を展開したのが、山口眞弘・住田正二共著『公有水面埋立法²⁸』の山口・住田説である。

²⁸ 山口眞弘・住田正二『公有水面埋立法』(日本港湾協会、1954年、以下、山口=住田・『公有水面埋立法』と略記する)。

1 公有水面埋立法解釈の視点

山口・住田説は埋立法の解釈の視点を「はしがき」で「新憲法の施行に伴う多くの関係法律の制定改廃に対する整理すら満足に行われていない」（1頁）点に置き、「実定法の規定を、現行法制下において、どのように解釈することが最も合理的であるかを研究することは、公有水面埋立法のように十分整備されていない法令については、一つの意義をもちうると考えられる」（1頁）とする。ここには、新憲法の地方自治の原理に基づく埋立法の合理的解釈すべき問題意識が明確に表明されている。すなわち、「埋立法は、制定以来、今日に至るまで、全くといってよいほど改正が加えられていない。しかるに戦後においては、憲法をはじめ、多くの法律が内容及び形式の両面において、著しく変貌している。これらの法令と比べてみると、埋立法は、形式的に文語体で書かれているというだけではなく、内容においても、古すぎるという批判を免れ得ない²⁹」とする。そして、その問題意識による合理的解釈の象徴が、次に述べる法42条1項の知事の承認の法的性質に関する解釈論である。

2 知事の埋立て承認の法的性質

「埋立の承認は、当該官庁が、特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、竣工通知の日において、行政主体に埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為である。埋立の承認により行政主体はこのような権利を取得する。国の機関たる埋立免許権者が、行政主体たる国につきこのような権利を設定することは論理的には少しも矛盾しない。なぜならば、承認を行う国の地位は、行政権限の主体としての国であり、承認を受ける国の地位は、公企業としての主体としての国であるから、両者はその発動の面を異にするものである。この関係は、たとえば、企業の主体としての国が鉱業を営む場合に、行政権限の主体たる国機関である通商産

²⁹ 山口＝住田・『公有水面埋立法』6頁。

業局長の許可を受けて鉱業権の設定を受けるのと同様である。また公有水面が国の所有に属するものであることと、国が当該水面を埋立てて、これにつき私法上の所有権を取得することも、また矛盾しない³⁰。」

この埋立ての承認を機関委任事務であることを前提として、国の機関としての知事の承認を、「当該官庁が、①特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し、竣工通知の日において、②行政主体に埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為である（①、②筆者挿入）」と定義する。この理論を土地所有権取得権説とする。知事の承認により土地所有権を取得させるわけであるから、この「承認」は、講学上は「特許」となる。承認は、「②行政主体に埋立地の所有権を取得させる権利を設定する行為である」からである。つまり、山口・住田説の承認の法的性質は埋立工事竣功を停止条件として土地所有権を取得させる特許ということになる。

それでは、この土地所有権は私人の土地所有権と異なる公所有権であろうか。「国が当該水面を埋立てて、これにつき私法上の所有権を取得する³¹」。そして、「埋立地が、公用又は公共の用に供せられる場合は、当該埋立地については、私法の適用が排除されるから、右の所有権は、直ちに、公法上の所有権に転化する³²」。免許と承認は同じ土地所有権を取得させる特許であるのである。

3 国の埋立権

このように、土地所有権取得権説は、知事の承認の法的性質を埋立事業者の国に土地所有権を取得させる特許とするものであるが、それでは、免許と同じように「埋立権」も特許するのであろうか。山口・住田説は、知事の免許の法的性質は講学上の「特許」とし、その特許は①埋立権と②土地所有権を取得させることである。すなわち、知事の免許は、「特定

³⁰ 山口・住田・『公有水面埋立法』329・330頁。

³¹ 山口・住田・『公有水面埋立法』329頁。

³² 山口・住田・『公有水面埋立法』331頁。

の公有水面につき、①これを埋め立てて、土地を造成する権利を設定する行為であるとともに、条件付きに当該公有水面の公用を廃止し、②埋立地の所有権を、埋め立ての免許を受けた者に取得させる行為である³³。」と定義する。免許は、①埋立権を設定する行為であるとともに、②埋立地の土地所有権を取得させる行為であり、①+②=免許であり、免許=①埋立権、埋立工事竣工認可=②土地所有権ではないのである。

承認については、「①特定の公有水面を埋立てて、土地を造成し」とあり、免許のように「①これを埋め立てて、土地を造成する権利を設定する行為」とし「土地を造成する権利」の表現はない。山口・住田説は、免許は埋立権と土地所有権を与える特許で、承認は土地所有権だけの特許であろうか。山口・住田説は承認により、国に埋立権を認めている。第1の理由は、免許により、「条件付きに公有水面の公用を廃止し」としており、「公用の廃止」を、免許の根拠法規である埋立法に求めており、国の公有水面の所有権に求めているからである。したがって、公有水面の所有権に基づく埋立権能を否定することを含意しているのである。公有水面の所有権に埋立権能を認めて、公有水面を廃止する効力はないのである。公有水面の所有だからである。第2に、形式的理由ではあるが、「また、埋立法の規定においても、国の行う埋立が権利に基づくものであることを否定している規定はない³⁴」からである。法治主義の要請である。つまり、「行政に主要な部分が国民の代表からなる議会の制定した法律によって行われ、行政機関の行為の適法性を審査する独立の裁判所によって行政の司法統制が行われる³⁵」のである。

注意すべきは、知事の免許・承認により私人・国が埋立権ないし埋立地の土地所有権を取得するのは、知事が公有水面の管理権又は国が公有

³³ 山口＝住田・『公有水面埋立法』26・27頁。

³⁴ 山口＝住田・『公有水面埋立法』330頁。

³⁵ 宇賀克也『行政法概説Ⅰ行政法総論[第5版]、』（有斐閣、2013年9月、以下、宇賀・『行政法概説Ⅰ』と略記する。）27頁。

水面の所有権を根拠とするのではなく、知事の免許・承認の根拠法規である埋立法が根拠である。つまり、埋立法という法令に基づく一方的な行政行為（免許・承認）によって法効果（埋立権、土地所有権）が発生するという行政処分（行政行為）だからである。このように、国民等に権利を付与したり、権利を制限したり、義務を課したりすることを行政処分（行政行為）の規律力といわれる。このような行政行為の規律力が認められるのは、民主主義社会においては、「行政行為が国民（住民）代表議会の定める法律・条例に基づくものであり、行政行為を用いることについて、国民・住民の事前の同意を擬制できることにありと説明できると思われる³⁶」。

第2款 1960年段階—田中説

田中二郎説は、『土地法』において、「国土開発造成関係法」を構成し、「国土の造成」を構成要素として、そのなかに、公有水面の埋立を位置付け、埋立の免許（又は承認）を、「埋立の竣功認可を条件として埋立地の所有権を取得させる行為である」として、土地所有権取得権説を採用している。田中説は「国土開発造成関係法」（本稿では内容的に地域形成計画法と同じ）の中に、埋立法を位置付けていると思われるので、まず、その全体の要約を確認することにしよう。

1 「国土開発造成関係法」

土地公法を全体的に概念化するために「国土開発造成関係法」を構成し、その構成要素を、「国土の調査」、「国土の開発」、「国土の造成」、「国土の保全」に4区分する。

まず、「国土開発造成関係法」の意義を、「狭小な国土に膨大な人口を抱え、その生活を支えていかなければならないわが国においては、国土の

³⁶ 宇賀・『行政法概説Ⅰ』310頁。

①開発②造成及び③保全を図り、その利用関係を合理的に調整し、進んでその高度利用を期し、もって産業の飛躍的發展に資することは、現在の重大な課題といわなくてはならぬ。敗戦によって、いよいよ国土の狭小化したわが国で、戦後、これらの問題がクローズ・アップされるに至ったことは、むしろ当然といえるであろう³⁷。(①②③筆者挿入)」とする。

第1の「国土の調査」の意義と必要性について、次のように纏める。「国土の開発・保全を図り、その利用の高度化を期するに当たり、まず必要なことは、国土の実態を明らかにすることである。わが国では、明治初期に、地租の徴収に間に合わせるために行った土地調査の結果を、大体そのまま、現行の土地台帳に引きついで来たが、土地台帳と実測との間には誤差が多く、これが課税上の不公平をもたらしているだけでなく、土地の改良（農地改良、土地区画整理等）や土地の売買に障害となっていることは、しばしば、人の指摘してきたところである。そこで、国土全体を正確に捉えるためには、国土の実態を科学的且つ総合的に調査する必要があるとして、先に国土調査法（昭和26法180）を制定し、これに基づき地籍調査を実施してきたが、既に8年を経過した今日なお、遅々として進んでいない（行政管理庁の発表した国土調査事業関係の行政巡察報告参照）。しかし、正確な地籍調査を実施することは、あらゆる土地行政の欠くべからず前提条件をなすものといわなくてはならぬ³⁸」。

第2の「国土の開発」の理念について、「国土の調査を基礎にして、国土（土地、水その他の天然資源）を最高度に利用し、災害を防除し産業立地条件を整え、都市と農村の規模・配置の適正を期し、産業の飛躍的發展を図る必要がある。このことは夙に要求されて来たところであるが、これに応じて昭和25年に、国土総合開発法（昭和25年205）の制定をみるに至り、また地方ごとの開発（促進）法が相次いで制定実施されること

³⁷ 田中・『土地法』159頁。

³⁸ 田中・『土地法』159頁。

となり、国と地方公共団体とに通じて、その計画が推進されつつあるのが実情である³⁹⁾」。

そして、第3の「国土の造成」であるが、ここに、公有水面埋立法が、都市計画、土地区画整理事業等の国土形成の観点から位置づけられることになる。「国土の開発と並んで、国土の造成—公有水面の埋立干拓等—も、今日いよいよ重要性をもつに至っている。これらの事業は、土地区画事業の一環として、これとあわせておこなわれることもあるが、公有水面埋立については、別に古く大正10年に制定された公有水面埋立法（大正10年法57）があり、戦後若干の改正を経ただけで、現行の根拠法として存続している。しかし、同法は、その形式からいっても、内容からいっても、現在の実情に即しない点が少なくない⁴⁰⁾」。と批判する。

最後に、第4の「国土の保全」であるが、次のように、その内容を纏めている。「国土の造成と相まって、国土の保全も現在の重要な問題となっている。総合開発計画も、その課題の一つとして、この問題を取りあげることになっているのであるが、災害の防除と並んで、海岸の浸食防止、地すべり対策、地盤沈下対策等は、何れも、国土の保全の見地からとりあげなければならぬ問題である。海岸法（昭和31年法101）、地すべり等防止法（昭和33年法30）等、これらに関する法律が次第に整備されてきたが、未だ未解決のまま残されている問題も少なくない⁴¹⁾」。

2 公有水面埋立法の位置及び評価

田中説は、埋立干拓事業を「国土の造成」の重要部分と構成し、土地整理事業の一環と位置づける。「国土の開発と並んで、国土の造成—公有水面の埋立干拓等—も、今日いよいよ重要性をもつに至っている。これらの事業は、土地区画事業の一環として、これとあわせておこなわれる

³⁹⁾ 田中・『土地法』160頁。

⁴⁰⁾ 田中・『土地法』160頁。

⁴¹⁾ 田中・『土地法』160頁。

こともある⁴²⁾。しかし、「公有水面埋立については、別に古く大正10年に制定された公有水面埋立法（大正10年法57）があり、戦後若干の改正を経ただけで、現行の根拠法として存続している。しかし、同法は、その形式からいっても、内容からいっても、現在の実情に即しない点が少なくない⁴³⁾。と批判する。土地行政の観点からのアプローチであるので、埋立の免許・承認は、土地所有権の取得の観点から次のように位置づけられる。

3 知事の埋立て免許及び承認の法的性質

「公有水面埋立法は、公有水面の埋立又は干拓を国の特許企業とし、国の機関としての都道府県知事の免許—公企業の特許の性質を有する—又は承認（国が埋立をする場合）を得てこれをなすべきものとする。埋立等の免許は、埋立の竣功認可を条件として埋立地の所有権を取得させる行為である。近時、国又は地方公共団体が、国土の造成のため、大規模の埋立等を行う例が増加する傾向にある⁴⁴⁾」とする。

田中説の免許の法的性質は、特許である。「国の機関としての都道府県知事の免許—公企業の特許の性質を有する」とするからである。

また、免許（特許）の内容は土地所有権取得権説そのものである。「埋立等の免許は、埋立の竣功認可を条件として埋立地の所有権を取得させる行為である⁴⁵⁾」とするからである。埋立権は、定義には含まれていないが、「埋立の竣功認可を条件として」とでているので、その法的根拠として「埋立権」は内包しているといえよう。つまり、免許には埋立権も含まれている。

承認に関しても、土地所有権取得権説を採っている。上述のように「公有水面埋立法は、①公有水面の埋立又は干拓を国の特許企業とし、②国の機関としての都道府県知事の免許—公企業の特許の性質を有する—又

⁴²⁾ 田中・『土地法』160頁。

⁴³⁾ 田中・『土地法』160頁。

⁴⁴⁾ 田中・『土地法』161頁注（五）。

⁴⁵⁾ 田中・『土地法』161頁注（五）。

は承認（国が埋立をする場合）を得てこれをなすべきものとする（①、②筆者挿入）。国を、①埋立てする主体（公企業）と承認（特許）権者の②と区別しているのは、前述の山口・住田説と同じである。田中説は、公共用財産の所有権の性質論において、私所有権説をとり、土地行政を権力作用と管理作用に区別し、土地行政は監理作用の場面で、土地行政は土地公法によるが、その土地公法と土地私法の関係について、「土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位を占めるものと考えらるべきである⁴⁶」と総括する。土地行政の根拠規定である土地公法の一環として公水埋立法は存在し、そして、その埋立事業者は、国、私人とも埋立地の用途にしたがった土地利用の面では同じ法的地位にある。私人と国とを区別する理由のない行政の管理作用の場面である。「ここでいう管理作用は、事業の経営とか財産の管理とか会計の経理のように、必ずしも行政に特殊固有の作用ではなく、むしろ、私人が普通に行っている活動と、本質的には何ら異なるところのない作用である。この種の作用は、例えば一般公衆のためのサービスとして事業を営み又は各種の公共的施設を管理したり、国民全体又は地方住民全体の信託に基いて、財産を管理し会計を経理したりするもので、それが、国又は地方公共団体のような行政主体によって、多かれ少なかれ、公共の福祉のために行われるものであるために、そうした公共性の目的にそうよう、その目的を達する上に必要な限度で、特殊の法的規律が設けられているにすぎない⁴⁷」。

このように行政を権力作用と管理作用に区別し、管理作用の場面は市民社会の原理を適用すべきと考えるべきである。田中説は、国の埋立ても同じ管理作用で、私人と同じ平面に立脚するので、免許と承認の法的性質は同じになるべきという結論になる。

⁴⁶ 田中・『土地法』15頁。

⁴⁷ 田中・『土地法』14頁。

4 地域形成計画（都市計画）の主体

田中説の、①「国土の開発」、②「国土の造成」、及び③「国土の保全」は、国土形成概念の①土地利用、②整備及び③保全と内容的につながっていると思われる。これは土地所有権と関連し、「土地行政」の範疇に入るものである。公水埋立法を土地行政の一環として位置づけ、その土地行政の主体は、①主務大臣（政府）、②都道府県知事、③市町村長となるが、土地行政が中央集権主義から地方分権主義へと転換過程において、①主務大臣から、②都道府県知事へ、そして、③市町村長に移転していくことになる。土地行政（その内容は都市計画が基本）が、都市地域形成において、法律により規定されるが、埋立法は、1921（大正10）年の規定を基本に、1973年に改正したものである。したがって、埋立法の解釈にあっては、この土地行政の一環として位置づける必要がある。

このように、国土形成・地域形成における土地行政の行政主体が国か地方公共団体（知事、首長）か、が基本的立場の態度決定となる。田中説は次のように明確に述べる。

「土地行政は、国及び地方公共団体等の行政主体が行ういわゆる管理行政の一環をなす。ただ明治憲法の下においては、行政全般にわたり、中央集権主義を建前とし、土地行政についても、その多くは、これを国の行政として行うものとし（例えば旧道路法上の道路はすべて国の営造物として国の機関がこれを管理すべきものとしていた）、地方公共団体等がこれを行う場合においても、国の後見的監督の下に、その指揮監督を受けて行うとするのが通例であった。ところが、日本国憲法の下においては、広く地方分権主義的考え方をとり、地方自治を尊重し、地方の行政は、地方自治の本旨に基いてこれを行うものとする事となり、憲法の下に地方自治法の基本法としての地位を有する地方自治法をはじめ、各種の法律の制定改廃によって、ある程度に、この趣旨を実現した。特に土地行政は、その性質上、土地に密着して行われる行政であるため、地

方自治に委ねられるのがむしろ当然で、その意味において、従来の建前に重大な変更を加え、地方の土地に関する行政は、これを地方公共団体に委ね、地方公共団体をその主体として行わしめることにしたものがない。ただ、しかし、土地行政に属するものであっても、全国的に統一し、一定の方針に基いて一貫して行う必要がある分野においては、これを国の権能に留保しているものも少なくなく、また、今日なお、戦後の改革の趣旨の徹底していない分野もないではない⁴⁸」。

田中説の本質は、「特に土地行政は、その性質上、土地に密着して行われる行政であるため、地方自治に委ねられるのがむしろ当然」であると述べる点にある。この田中説は1960年であるが、この理念が実現するのは、1999年の地方分権一括法においてである。

5 国は土地所有権を取得できるか

国が埋立を行う場合には、知事の埋立の承認、国以外の場合は、免許と違うが、何れも、産業地の供給として土地所有権の取得が目的であり、しかも、その土地所有権の内容である土地利用の目的は特定されたもの、つまり「埋立地の用途」として、土地所有権は制限されたものである。この土地所有権は私人の場合と国の場合とで異なるのであろうか。前述の、山口・住田説は、国も私人も同じ土地所有権（私法上の）の取得であった。田中説も、土地所有権の平面では同じ扱いになるのであろうか。この問題に関して、田中説は、行政作用を権力作用（権力関係）と管理作用（管理関係）に区別し、土地所有権の規制の問題つまり土地行政は、管理作用であり、私人と同じ平面に立つとする理論を構成する。

1) 行政の権力作用と管理作用の区別

まず、行政の権力作用と管理作用の区別について、次のように述べる。
「従来、行政は、一般に、権力の行使を内容とするものと考え、これに

⁴⁸ 田中・『土地法』16・17頁。

関する法的規律は、私法の体系とは別個の法体系を構成し、独立別個の法原理を有するものとする傾向があった。この考え方に対し、私は、かねてから、ひろく行政作用と呼ばれるものの中に、公権力の行使を本体とするいわゆる権力作用（権力関係）と公権力の行使を本体としない—その意味で非権力的な—いわゆる管理作用（管理関係）との区別の存することを明らかにして来た。ここでいう権力作用は、私人相互の関係においては同様の作用の行われる余地の全くない、行政に特殊固有の作用であり、したがって、この分野では、行政に特殊固有の法的規律及び法原理が認められなければならぬ。警察上の命令強制とか土地の収用とか租税の賦課徴収とかの作用は、何れも、この種の作用と考えることができる。これに対して、ここでいう管理作用は、事業の経営とか財産の管理とか会計の経理のように、必ずしも行政に特殊固有の作用ではなく、むしろ、私人が普通に行っている活動と、本質的には何ら異なるところのない作用である。この種の作用は、例えば一般公衆のためのサービスとして事業を経営し又は各種の公共的施設を管理したり、国民全体又は地方住民全体の信託に基いて、財産を管理し会計を経理したりするもので、それが、国又は地方公共団体のような行政主体によって、多かれ少なかれ、公共の福祉のために行われるものであるために、そうした公共性の目的にそうよう、その目的を達する上に必要な限度で、特殊の法的規律が設けられているにすぎない。したがって、それらの法律の趣旨からいって、それは、一般の私法的規律に対する特別法の性格をもものと解すべきで、特別の必要に基づいて設けられた特別の規定のない以上、私人と同様の活動について適用されるべき一般の私法的規律及び私法原理がこれらの行政作用をも支配するものとするべきである⁴⁹」。

そして、土地行政に関して、次のように、行政の管理作用の場面と位

⁴⁹ 田中・『土地法』13・14頁。

置付け、公共用物所有権論に関して、私所有権説を採るのである。

2) 土地公法と土地私法の関係（公所有権説か私所有権説か）

土地行政を管理作用の場面の位置付ける論拠に関して述べる。

「従来、土地行政又は土地に関する公法的規律の性格を論ずるに当たって、これを権力作用の一環として、これには、行政に特殊固有の公法的規律及び法原理が一般的に支配するもののように考える傾向が強かったといえよう。しかし、私は、このような考え方と異なって、土地行政は、一般的に言えば、国又は地方公共団体等の行政主体が、公企業として各種の事業を経営し又は公共的な施設を設けて、これを一般の使用に提供する等、公共の福祉の見地から、より多くのサービスを提供しようとするところに、その特色が存することを否定し得ないが、これと同様の作用は、私人によっても広く行われているところであり、その作用の本質的性格からいえば、私人の手による事業又は施設と別段に異なるところはないのであるから、同種の法律関係については、特別の定めのない限り、同一の法的規律及び法原理の適用が認められるべきだとの見地からすれば、土地行政の分野についても、実定法上、別段の定めのない限り、私法的規律及び私法原理の適用が認められるべきであって、土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位を占めるものと考えらるべきであるといわなくてはならぬ。尤も、このことは、個々具体的な法律の定めるところによって、私法的契約法の適用を排除し、行政処分によって、一方的命令（又は一般的な禁止の解除としての）強制したり法律関係を形成したりすることを否定するものではない。ただ、法律上、具体的にそのような定めをしていない場合には、一般的に私法的規律及び法原理の適用を排除する理由はない、というにすぎない⁵⁰⁾」。

⁵⁰⁾ 田中・『土地法』14・15頁。

田中説は、私所有権説を明確にとり、土地公法と土地私法の関係も定義する。すなわち「土地に関する公法的規律（土地公法）は、正に、土地に関する私法的規律（土地私法）に対する特別法の地位を占めるものと考えらるべきである」。そして、現在「実務上は国有財産についての全ての所有権は、私所有権説の立場に立脚して理解されている⁵¹」。

6 田中説の本質

土地行政は、土地所有権の場面でみると土地所有権の内容を規制するものである。土地所有権とは、①特定人が、②特定地の上下の時空を、③法令の制限内において自由に利用及び処分する権利であるが、土地行政とは、③の利用及び処分を制限する法令を根拠規範とするものである。資本主義社会が市場原理による社会形成を基底とするものであり、その市場原理は土地所有権を根幹としていることを考えると、土地行政は、公共の福祉の観点から土地所有権を制限していることになる。そして、土地行政の主体が、中央集権主義の下での国から地方分権主義の下で地方公共団体に移ることになる。土地行政に表れた日本の民主主義の姿を田中説は描いていると考えることができる。

第5節 小括

知事の埋立て承認は、地域形成計画法の一環である公有水面埋立法を根拠法規として、埋立事業計画者の国に、特定の公有水面を埋立てて、土地造成による埋立工事竣工により、国に制限された土地所有権を取得させる行為である。

知事の埋立て承認は、制限された土地所有権を取得させることを目的とし、その制限された土地所有権の付与は地域形成計画の一環である。制限された土地所有権は地域形成計画の単位となる「土地の用途」であ

⁵¹ 建部編・『国有財産法精解』300頁。

り、埋立法では「埋立地ノ用途」であり、埋立て承認の本質である（土地所有権取得権説）。この見解は埋立法を「土地利用に関する法律」とする。

これに対して、知事の埋立て承認の目的は、埋立て工事が公有水面の管理上何らかの支障を生ずるものであるか否かの判断で、承認により埋立権を付与するのではないとする（非埋立権説）。この見解は埋立法の目的を公有水面の「埋立てに関する法律」として捉えることになる。「埋立地ノ用途」は本質的な問題ではないことになる。

現実の広域の公有水面を埋立てる目的は「埋立地ノ用途」の含意する建築物等の形態規制による地域形成計画として埋立てを承認するのであり、埋立て工事の管理上支障があるかどうかの承認ではないと考えるべきであろう。なぜなら、埋立後の「埋立地ノ用途」に即して土地利用がなされ、そこに生産と生活がなされるからである。また、埋立法の仕組みも「埋立地ノ用途」を基軸とし、地域形成計画の要素である土地利用計画、公共施設の整備計画及び環境保全計画が免許・承認基準（4条1項1号～4号、42条3項）として要件化されているからである。つまり、埋立ての承認の法的性質は土地所有権取得権説、そして埋立法の目的は「土地利用に関する法律」として捉えられることになる。

たしかに、埋立法自体は埋立ての免許・承認事務を法定受託事務としているので（51条）、不徹底な知事の免許・承認ではある。しかしながら、埋立事業がもっている地域形成計画での現実性、重要性から、現実には知事の承認権は強いものとなっているのである。その法的根拠は、知事の免許・承認基準が埋立法4条1項1号から6号（42条3項）に規定され、この免許・承認基準は法定受託事務か自治事務かにより違いはないからである。さらに、この免許・承認基準は、地域形成計画の一環として、「埋立地ノ用途」を基軸概念として、地域形成計画の要素である①土地利用計画が、国土計画レベルで、1号要件として「国土利用上適正且合理的ナルコト」、地域形成計画レベルは、3号要件として、「埋立地ノ

用途」と「土地利用計画」及び「環境保全計画」との適合性条項として要件化されている。②公共事業の整備計画は、4号要件に「埋立地ノ用途ニ照シ公共施設ノ配置及規模ガ適正ナルコト」として規定され、③環境保全計画が2号要件の環境保全条項として、また、3号要件の「埋立地ノ用途」と「土地利用計画」及び「環境保全計画」との適合性条項として規定されているのである。つまり、知事の埋立ての免許・承認基準の内容は、地域形成計画の要素であり、都市計画等の自治事務と同じである。

知事による埋立ての承認は当該埋立ての承認が本質ではなく、「埋立地ノ用途」が含意する地域形成計画の中での建築物等の用途、形態を含意した「埋立地ノ用途」を承認するのである。沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認は、米軍基地建設に反対か否かの観点を含みながら、その本質は、沖縄県の地域形成計画において、辺野古沿岸域を埋立てて米軍基地を建設することが、沖縄県の歴史的現実とそれを踏まえた沖縄県の地域形成計画の未来を見据えた上で、知事の埋立て承認による米軍基地の建設を認めることが、沖縄県の未来を切り開くことになるか否かの観点からの判断ということになる。なぜなら、埋立事業計画の「埋立地ノ用途」が「米軍飛行場基地」である場合には、知事の埋立て承認は「米軍飛行場基地」の建設の承認を含意しているからである。したがって、最終的には、沖縄県民の代表である知事の埋立て承認又は不承認（職権取消）は、沖縄県民の決定を意味すること、言い換えると、沖縄県民は、この知事の判断に責任をもつことになる。まさに、日本国憲法秩序の中での沖縄県民の自己決定権の象徴としての沖縄県知事の承認又は職権取消ということになるのである。

要するに、知事の埋立て承認は「埋立地ノ用途」の含意する地域形成計画を承認することであり、知事の責任及び知事を選挙した県民の選択を含意するのである。

第5章 総括 —沖縄県知事の辺野古埋立て承認の法的瑕疵—

本稿の「土地所有権と公有水面埋立法」(第2章)、「地域形成計画法と公有水面埋立法」(第3章)及び「知事の埋立て承認の法的性質論の展開」(第4章)の考察を踏まえ、本章では、総括として、沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認はどのような法的瑕疵があるか、を考察する。公有水面埋立法(以下、「埋立法」とする。)において、「埋立地ノ用途」が基軸概念となるところ、埋立事業計画者の沖縄防衛局は、沖縄県名護市辺野古沿岸域の「埋立地ノ用途」を「飛行場用地及び普天間飛行場代替施設建設のための造成用地」としているが、それを包括して、以下、「米軍飛行場基地」とする。

沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認(以下、本件埋立て承認という。)の法的瑕疵の本質的論点は、沖縄県の沖縄本島に米軍専用施設が集中してきている歴史的現実を「国土利用上適正且合理的ナルコト」(埋立法4条1項1号、42条3項)の判断要素(考慮要素)とするかである。

沖縄本島に米軍専用施設が集中している歴史的現実の法的瑕疵の論点は、第1に、戦後70年間も沖縄本島(1208km²)の約20%(70年間の平均247km²で20.45%、現在228km²で18%)を米軍専用施設が占有してきている歴史的現実が「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断要素となるか、第2に、国土(37万7960km²)の0.6%の沖縄県(2276km²)に米軍専用施設(308km²)の73%(現在228km²、復帰の1972年は全体446km²・沖縄283km²で63%であるが、1973年は全372km²・沖縄276km²で74%となり以降75%前後で現在まで続く。実に現状が1973年から2015年まで42年続いていることになる。)が配置されている沖縄県民の過重負担は「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断要素となるかという2つの論点に区別できる。この法的論点を、国土利用の側面においてみると、第1の論点は、国土利用の客体(国土)の問題、第2の論点は、国土利用の主体(国民)の問

題であり、さらに米軍基地の国土利用の歴史的現実が主権の問題であるので、本論点は、国土、国民及び主権という国家レベルの問題になる。

沖縄県知事の埋立て承認の法的瑕疵の問題において、沖縄の米軍専用施設（基地）の歴史的現実が論点となるのは、本件「埋立地ノ用途」が「米軍飛行場基地」であるため、その埋立ての承認は「埋立地ノ用途」である「米軍飛行場基地」建設の承認を含意しているからである。したがって、本件埋立て承認の法的瑕疵の論点は国土利用上、沖縄県の米軍基地の歴史的現実を踏まえて「米軍飛行場基地」の建設を認めることが「国土利用上適正且合理的ナル」か、ということになる。

本総括は、「米軍飛行場基地」建設の承認を含意する本件埋立て承認の法的瑕疵を、沖縄県の米軍基地の歴史的現実（①戦後70年にわたり沖縄本島に米軍専用施設が集中し、沖縄本島を「基地の島」の景観としていくこと及び②国土の0.6%の沖縄県に米軍専用施設の73%が集中する沖縄県民の過重負担の現実）の中で判断するものである。

そして、本総括は、沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認の法的瑕疵（違法性）は重大且つ明白であり無効であると結論するものである。

知事の承認基準の規範的（不確定）要件である「国土利用上適正且合理的ナルコト」の該当性判断において、沖縄県の米軍基地の歴史的現実を法的瑕疵（違法性）の判断要素とすることを前提に、本件「埋立地ノ用途」の「米軍飛行場基地」は「国土利用上」著しく不適正且不合理（法的瑕疵）と判断する。その判断根拠となる事実は、次の9点である。

まず、戦後70年にわたり米軍専用施設が沖縄本島の約20%（現在18%）を占有する歴史的現実である「基地の島」の景観の形成の側面においては次の4点である。

第1は、沖縄本島の「基地の島」の景観は「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」であり、平和条約の発効及び沖縄返還の下では、「良好でない景観」であること。

第2に、埋立て予定区域の自然豊かな辺野古沿岸海域を沖縄特有の「観光資源」として「良好な景観」を創出すべきこと。

第3に、ジョセフ・ナイの主張する、軍事戦略上、「中国の弾道ミサイル能力向上」による、沖縄本島の米軍基地固定化（集中）の脆弱性理論。

第4に、沖縄本島に米軍専用施設の75%を占める海兵隊のグアム移転を合理的とする国防総省の軍事戦略。

次に、沖縄県に米軍専用施設の73%が集中する沖縄県民の過重負担の現実、国土（37万7960km²）の0.6%の沖縄県（2276km²）における米軍基地の面積当たりの負担度（米軍基地の密度）が沖縄県は468倍であることから、この米軍基地の468倍の過重負担は沖縄県民に次のような形で現れ法的瑕疵（「米軍飛行場基地」建設の不適正且不合理性）の根拠となる。

第1に、この米軍基地の負担度が468倍であることは生活及び生産に通ずる共通の基盤である国土・県土・土地利用効果が468分の1となり、沖縄県民の経済活動を制約し「著しく不公平」であること。

第2に、米軍基地の468倍の過重負担は、等しくあるべく国民の国土防衛負担義務を沖縄県民は468倍も果たし、「著しく不平等」であること。

第3に、米軍基地の468倍の過重負担は、米軍基地の維持（人的・物的）からの沖縄県民の生命、自由及び財産等の人権侵害の危険性が468倍（県民の92%の128万人の居住する沖縄本島（1208km²）では854倍）となり、「著しく不平等かつ不公正」であること。

第4に、米軍基地の468倍の過重負担は、米軍基地に対する攻撃による沖縄県民の人権侵害の危険性が468倍（沖縄本島在住の沖縄県民128万人の危険度854倍）となり、「著しく不平等かつ不公正」であること。

第5は、普天間基地の県外移設の選挙公約で当選した沖縄県知事による米軍基地建設を含意する本件埋立て承認は公約違反になること。

以上から、「埋立地ノ用途」として「米軍飛行場基地」とする本件埋立ては著しく不適正且つ不合理であり、したがって、本件埋立て承認は法

的瑕疵（違法性）があり、その違法性は重大且つ明白で無効である。このような判断を、以下のように検討する。

まず、名護市辺野古沿岸域の埋立て承認の法的瑕疵の論点において、沖縄県の米軍基地の歴史的現実を判断要素とすべきかを考察し（Ⅰ）、次に、敗戦後70年にわたり米軍専用施設が沖縄本島に集中している歴史的現実（Ⅱ）、また、沖縄県に米軍専用施設の73%配置による沖縄県民の過重負担の歴史的現実（Ⅲ）、最後に、どのような法的瑕疵があるかを確認し、本件埋立て承認の法的瑕疵（違法性）は重大且つ明白であり無効であると結論する（Ⅳ）。

Ⅰ 沖縄県の米軍基地の歴史的現実

知事の埋立て免許・承認基準であるとともに法的瑕疵の判断基準でもある埋立法4条1項1号（42条3項）「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断過程に沖縄県の米軍基地の歴史的現実を判断要素とするかの論点を検討する前に、まず、沖縄県知事の埋立て承認の法的瑕疵が問題となる経緯を確認することにし、次に、その法的瑕疵の判断基準、そして、その判断要素とすべき根拠となる土地所有権の公共性を考察する

1 沖縄県知事の埋立て承認の経緯

「埋立地ノ用途」を「米軍飛行場基地」とする沖縄県名護市辺野古沿岸域の埋立てを沖縄県知事が承認することは、本件埋立地に「米軍飛行場基地」の建設を承認することを含意する。したがって、埋立事業計画者の国（沖縄防衛局）は、辺野古沿岸域の埋立申請の手続きの前提として名護市辺野古沿岸域への「米軍飛行場基地」の建設に関して沖縄県知事及び地元名護市長の同意を得なければならない。

そこで、まず、第1段階として、1999（平成11）年11月22日、沖縄県知事は、普天間飛行場の移設候補地を「キャンプ・シュワブ水域内名護市辺野古沿岸域」に決定した旨表明する。この表明は、「米軍飛行場基地」

を名護市辺野古沿岸域に建設することを沖縄県知事が同意したことを意味する。

第2段階として、1999年12月27日、名護市長は、同決定について、一定の条件を示しつつ、受け入れを表明する。名護市長も「米軍飛行場基地」の建設に同意したことになる。「米軍飛行場基地」の建設の地元の法的手続きは一応、完了したことになる。

そして、第3段階として、1999年12月28日、政府は「普天間飛行場の移設に係る政府方針」を閣議決定する。米軍普天間飛行場の辺野古移設による「米軍飛行場基地」の建設を沖縄県知事、名護市長の同意を前提に閣議決定したことになる。日本政府が一方的に、辺野古沿岸域への「米軍飛行場基地」の建設を、米軍普天間飛行場基地の辺野古沿岸域への移設を、決定したわけではない。

しかし、「米軍飛行場基地」建設予定地は辺野古沿岸域の「埋立地」であるので、その土地造成のために、埋立法42条1項による沖縄県知事の埋立て承認を得なければならない。

そこで、最終段階として、2013年12月27日、沖縄県知事は、「米軍飛行場基地」建設のための名護市辺野古沿岸域の埋立てを承認する。ここに、「米軍飛行場基地」建設のための法的手続きは完了することになる。

知事は沖縄県を代表するので、知事の承認は沖縄県民の承認を含意する。辺野古沿岸域の埋立て承認の法的手続きは完了したことになる。政府は、辺野古埋立ての予算措置をして、埋立て施工の法的義務が生ずるのである。日本の民主主義体制は、一般的に個別行政に民意が直接反映するシステムではない。法律による行政の原理に基づき、内閣により、又は普通地方公共団体の長を通して行政は行われるからである。

ただし、沖縄の米軍基地のように軍事基地の始まりが戦勝国の軍事占領による場合には、軍事基地周辺住民の受容によって存続する本質的限界をもっている所以住民の同意、したがって、「民意」は軍事基地存続の

本質的要素となる。日本本土から米軍基地が1955年以降、撤退した本質的理由はそこにある。この点が、軍事基地建設における「民意」の本質的意味である。他国の「軍事基地」建設、存続は本質的には政治問題である。国際社会における「軍事基地」は法治主義の制度的保障装置だからである。

ところで、法治主義の下では、その沖縄県知事の承認に対する法的対抗手段は基本的には二つある。一つは、知事の承認を取消し、知事の承認を失効させる行政事件訴訟の取消訴訟である。他の一つは、知事の職権取消である。いずれも知事の承認に法的瑕疵（違法性）がある場合である。「法律による行政の原理に照らし、瑕疵ある行政行為は原則として取り消されるべきであるから」（宇賀克也『行政法概説Ⅰ（第5版）』（有斐閣、2013年）330頁、以下、宇賀・『行政法概説Ⅰ』とする。）である。沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認の取消訴訟が現在進行中である。知事の承認に法的瑕疵（違法性）が裁判により認定されると裁判による承認の取消しで、知事の承認は失効する。

他方、知事の職権取消は知事の取消しという行政処分による取消しである。これは、現知事が前知事の承認に法的瑕疵があると認識すれば取消しができるとする制度である。この知事の取消しの行政処分に対して、国は、取消し無効確認の訴え又は代執行訴訟を提起することになる。いずれにせよ最終的には裁判の判断となる。法治主義の要請により、「国民の権利利益の保護のため、行政の主要な部分が国民代表からなる議会の制定した法律によって行われ、行政機関の行為の適法性を審査する独立の裁判所によって行政に司法統制が行われる」（宇賀・『行政法概説Ⅰ』27頁）からである。

次に、埋立て承認基準であり、法的瑕疵の判断基準である「国土利用上適正且合理的ナルコト」の規範的（不確定）要件を考察する。この規範的要件が国土利用計画（法）上の基本理念である「国土の均衡ある発展」の埋立法の側面における要件化であることの認識が肝要である。

2 埋立法の免許・承認基準と知事の承認の法的瑕疵

沖縄県知事の辺野古沿岸域埋立て承認に法的瑕疵があるか否かの判断基準は、知事の免許・承認基準（埋立法4条1項、42条3項）である。この免許・承認基準は1号から6号までであるが、本件埋立て承認の法的瑕疵で争点となるのは、1号要件、2号要件、3号要件であり、その要件は次の通りである。

第1号要件は「国土利用上適正且合理的ナルコト」、第2号要件は「其ノ埋立ガ環境保全及災害防止ニ付十分配慮セラレタルモノナルコト」（以下、環境保全条項という。）、第3号要件は「埋立地ノ用途ガ土地利用又ハ環境保全ニ関スル国又ハ地方公共団体（港務局ヲ含ム）ノ法律ニ基ク計画ニ違背セザルコト」（以下、「埋立地ノ用途」の「土地利用計画」及び「環境保全計画」との適合性条項という。）である。一般的には、2号要件の環境保全条項が大きな争点となっているが、本総括では、1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の規範的（不確定）要件を本件埋立て承認の本質的争点としている。「埋立地ノ用途」である「米軍飛行場基地」建設を承認するか否かが本質的問題と考えるからである。ところが、この「埋立地ノ用途」は3号要件には規定されているが、1号要件にはなく「国土利用上」という概念がある。そこで、1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」は「埋立地の用途」との関係で、その解釈が問題となる。

この1号要件の解釈は、「①埋立てそのもの②埋立地の用途が国土利用上適正かつ合理的であるかどうかの審査を求めるもの」（国土交通省港務局埋立研究会編『公有水面埋立実務便覧（全訂第2版）』214頁、以下、『便覧』という。）とされている。ここでのポイントは、①埋立てそのものと、②埋立地の用途の二つの側面が「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断をすることである。①は公有水面を埋立てて公有水面を廃止することが「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断であり、公有水面の

廃止の評価の問題である。②埋立地の用途は、「埋立地の用途」が「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断である。そこで、問題は、1号要件の「埋立地の用途」と3号要件の「埋立地ノ用途」との判断機能の違いということになる。結論から言えば、1号要件の「埋立地の用途」は、規範的（不確定）要件である1号要件に即して国土利用の理念的観点からの判断であるのに対し、3号要件の「埋立地ノ用途」は地域形成計画レベルの地域に即した土地利用計画と環境保全計画との適合性判断となる。

この「埋立地ノ用途」の1号要件、3号要件の判断機能を理論的に区別すると、1号要件は、「埋立地の用途」を、「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの「縦の関係」の俯瞰的判断であるのに対し、3号要件は、地域に即した「埋立地ノ用途」が、地域の土地利用計画及び環境保全計画との適合性の「横の関係」の判断となる。1号要件の「埋立地の用途」は判断対象であるのに対し3号要件の「埋立地の用途」は判断基準であるので1号要件と3号要件の判断の観点は理論的には異なるのである。

まず、3号要件の「埋立地ノ用途」の「土地利用計画」及び「環境保全計画」との適合性は、地域に即した地域形成計画の平面での判断で、「埋立地の用途（使用形態の区分）から翻ってみた埋立地周辺等においての土地利用上での整合性を求めたものである」と一般的に解釈されている。辺野古沿岸域の埋立てを承認した沖縄県知事は、この3号要件の該当性について、埋立地の用途が都市計画法に基づく都市計画に違背していないか、埋立地の用途から予想される環境への影響の程度が公害対策法（環境基本法）に基づく公害防止計画上許容されているか、その他国又は地方公共団体の法律に基づく計画に違背していないかという3項目の審査事項を設けて、その適合性審査を行っている（被告第1準備書面34頁）。この「埋立地ノ用途」の判断基準は、「埋立地ノ用途」が本件のように「米軍飛行場基地」である場合には、移設元の宜野湾市米軍普天

間飛行場基地と移設先の名護市辺野古埋立沿岸域の米軍飛行場基地との土地利用計画及び環境保全計画（環境基準）の比較となり、その適合性判断は事実に・数字的に判断され、その適合性の法的瑕疵の判断は規範的、政策的判断ではないのである。

これに対し、1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断の対象となる「埋立地の用途」は、その「埋立地の用途」を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から、「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断をすることである。このような規範的（不確定）要件の判断をより透明化するため、この1号要件の法定外の判断要素として「埋立ての必要性」（「埋立必要理由書」）が実務上あり、その審査基準として、次のようなものが提示されている（『便覧』399頁）。〔1〕埋立ての動機となった土地利用が埋立てによらなければ充足されないか、〔2〕埋立ての動機となった土地利用に当該公有水面を廃止するにたる価値があるか、〔3〕埋立ての開始時期からみて、今埋立てを開始する必要があるか、〔4〕埋立てをしようとする場所が、埋立地の用途に照らして適正な場所といえるかなどの7項目を設定している。

この判断を、本件でみると、まず、名護市辺野古沿岸域の埋立予定面積は157haで、この海域は、沖縄の海岸の中でわずかに残った貴重なサンゴ礁の海でありジュゴンが回遊し、また近年新種の甲殻類が相次いで発見されている。この海域を埋立てで廃止するかは、その海域自体の評価ではなく、〔2〕「埋立ての動機となった土地利用に当該公有水面を廃止するにたる価値があるか」で判断される。したがって、「埋立ての動機となった土地利用」をどう評価するかに係ることになる。

そこで問題は、本件の〔2〕「埋立の動機となった土地利用」は何かである。これは「埋立地の用途」のことであり、本件では「米軍飛行場基地」である。「米軍飛行場基地」を建設するために、本件辺野古沿岸海域の公用水面を廃止する必要があるか、の判断ということになる。

また、この「埋立地ノ用途」の評価は、[2]「埋立ての動機となった土地利用に当該公有水面を廃止するにたる価値があるか」、[4]「埋立てをしようとする場所が、埋立地の用途に照らして適正な場所といえるか」で判断される。この論点を本件に即して本質規定すると、「埋立地の用途」としての「米軍飛行場基地」建設のために辺野古沿岸域を埋立てることが、「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利上適正且合理的ナル」かの判断となる。その判断過程に、敗戦後70年近くに渡る沖縄県の米軍基地の歴史的現実を判断要素とすべきかが本質的論点となる。

このような、知事の埋立て免許・承認基準の埋立法4条1項1号（4条3項）の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の合理的解釈の理論的根拠は、埋立法を国土利用計画法の法秩序の下に位置付けることにある。

国土利用計画法は地域形成計画を規定する「土地利用基本計画」を「都道府県は、当該都道府県の区域について」「定める」（9条1項）とする。この土地利用基本計画は、①都市地域、②農業地域、③森林地域、④自然公園地域、⑤自然保全地域を、諸個別規制法規の諸計画に基づいて地域決定する（9条2項）。そして、国土・県土・土地利用規制（その基本単位が「土地の用途」で土地所有権の制限と公共性の対抗関係）の根拠法は、「土地利用基本計画に即して適正かつ合理的な利用が図られるよう、関係行政機関の長及び関係地方公共団体は、この法律に定めるものを除くほか、別に法律に定めるところにより、公害の防止、自然環境及び農林地の保全、歴史的風土の保全、治山、治水等に配慮しつつ、土地利用の規制に関する措置その他の措置を講ずるものとする。」（10条）と規定する。国土・県土・土地利用に関する規制は「適正かつ合理的な利用が図られるよう」措置する。その土地利用規制に関する措置の法的根拠は「この法律に定めるものを除くほか、別に法律の定めるところによ」るものであり、この「別の法律の定めるところ」の法律が都市計画法、景観法、土地収用法、土地区画整理法等であり、ここに埋立法も入り、本法の国

土の「適正かつ合理的な利用が図られるよう」が、埋立法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的ナルコト」に表れているのである。そして、この国土利用の基本理念の「国土の均衡ある発展」が次のよう国土利用計画法2条に定められているのである

「国土の利用は、国土が現在及び将来における国民のための限られた資源であるとともに、生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であることにかんがみ、公共の福祉を優先させ、自然環境の保全を図りつつ、地域の自然的、社会的及び文化的条件に配意して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ることを基本理念として行うものとする。」

以上が、埋立法4条1項1号（42条3項）要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の規範的（不確定）要件の解釈に関して、「埋立地の用途」を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断であることの理論的根拠である。

沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認の法的瑕疵の問題は、1号要件の「埋立地ノ用途」を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かが本質的な論点となり、「土地の用途」が「米軍飛行場基地」として土地所有権の制限と公共性の関係を表すものなのである。次に、その土地所有権の制限と公共性の関係を考察して、1号要件の判断過程に、戦後70年間の沖縄の米軍基地の歴史的現実を判断要素とする理論的可能性を検証することにしよう。

3 土地所有権の公共性

(1) 知事の埋立て承認の意義、目的及び法的性質

知事の埋立て承認は、地域形成計画の一環である埋立法を根拠法規として、事業計画者の国が、特定の公有水面を埋立てて、土地造成による埋立工事竣工により、その国に、制限され土地所有権を取得させる行為である。知事の承認の目的は制限された土地所有権の付与にあり、承認

の法的性質は特許となる。制限された土地所有権とは、「埋立地ノ用途」として土地の利用目的が特定され土地利用の自由が制限されているからである。土地所有権は特定人が特定地の上下の時空を法令の制限内において自由に利用及び処分する権利である（民法206条・207条）。土地所有権の客体である特定地の上下の時空は、①特定地面、②特定地面上の時空及び③特定地面下の時空の3側面に区別され、特定地上の時空の利用の側面において、「埋立地ノ用途」として土地の利用目的が特定され、土地利用の自由が制限された土地所有権となるのである。

（2）「土地の用途」と土地所有権の公共性概念の展開

土地所有権の制限原理は公共の福祉（公共性）にある（憲法22条1項・29条2項）。したがって、土地所有権の内容は、特定地の上下の時空の自由な利用及び処分という排他的支配性と他者との規定関係的な公共的時空の利用という公共性を併有したものとなる。土地所有権は、この排他的支配性と公共性の対抗関係・規定関係において捉えられることになる。この関係は、次の3段階に区別されるが、第1段階として、公害対策基本法（1967年）の「公害」概念、第2段階に、都市計画法（1968年）の「用途地域制」概念、そして、第3段階に、景観法（2004年）の「景観」概念である。

まず、第1段階は、公害対策基本法（1967年）の「公害」概念の段階である。居住地と事業地の土地所有権間の関係である。事業地の土地所有権による自由な事業活動に伴う排出物が他者の居住地の土地所有権の生活環境権（良好な生活環境を享受する利益）侵害及び健康侵害に至る場合には、自由な事業活動に伴う排出物は「公害」として抑制されるべきで、自由な事業活動の制限であり、事業地の土地所有権の制限となる。資本主義社会の営業の自由（憲法22条1項）の法的基盤である土地所有権の一定の制限を意味する。

次に、第2段階は都市計画法（1968年）の「土地の用途」概念を単位

とする都市計画の基本である「用途地域制」概念である。「土地の用途」概念は土地利用目的が、居住地、工業地、商業地等のように特定されたもので、土地利用の自由を内容とする土地所有権を制限するものである。その「土地の用途」を地域及び地区に区分して土地利用規制するのが「用途地域制」（地域地区制）であるが、その「用途地域制」は都市計画の基本となるものである。「土地の用途」により区域化された用途地域（居住地地域、工業地地域等）は、その「用途」に即した「特定地面上の時空の利用」規制は建築物の形態規制（建築基準法）により具体化されるが、それは特定地面の時空の自由な利用の制限となるので、土地所有権の制限となるのである。さらに、街区単位による建築物等の形態・意匠規制による地域の特性に応じたより細かな地区づくりを可能とする地区計画制（1980年）が導入され、より細かく土地所有権が制限される。つまり都市計画は「土地の用途」を単位に人工的に計画した「用途地域制」による土地所有権の制限である。言い換えると、都市地域の土地所有権の公共性は、「適正な制限のもとに土地の合理的利用」（用途地域制等）により都市地域レベルで「健康で文化的な都市生活」及び「機能的な都市活動の確保」が図られ、国土レベルで「国土の均衡ある発展」と国民レベルの「公共の福祉の増進に寄与」することである（都市計画法1条）。このような都市計画の土地所有権の公共性は、13種の用途地域の建築物形態規制の具体化を通じて機能的、形態的、価値中立的に建築物、都市景観を形成していく、都市の在るべき姿の公共性に依る将来に向けての土地所有権制限であることに特徴がある。

第3段階は、景観法（2004年）における「景観」概念である。景観計画は都市地域、農漁村地域にも適用される概念であるが、都市地域においては、第2段階の「土地の用途」概念を単位とする用途地域制の建築物形態・意匠規制により造形化された都市の景観を過去・現在・未来の過程で景色化、風景化するものである。景観一般は、土地所有権の特定

地上の時空利用の側面における「土地の用途」の造形化としての建築物等の景観である。その景観は、歴史過程における文化的伝統的な価値的要素を内包した建築物等の景観を意味し、この景観が、現在の段階で「良好な景観」と判断される場合には、その「良好な景観」は土地所有権の公共性を有するものとして、「良好な景観」の公共性に依り地域の他者の土地所有権が制限される。土地所有権の特定地面上の時空の利用は国民の生活及び生産の場である建造物等により具象化、造形化され、その景観となるが、その建造物等の景観は、国民・民族の伝統・文化・思想が造形化された建造物等を媒介に、土地所有権の内容に組み込まれることになる。したがって、「良好な景観」の形成は、国土計画の基本理念である「国土の均衡ある発展」を、国土レベルで「美しく風格のある国土の形成」、国民生活レベルで、「潤いのある豊かな生活環境の創造」そして、地域レベルで「個性的で活力ある地域社会の実現」を図ることとなるのである（景観法1条）。景観法の「良好な景観」概念は「国土の均衡ある発展」に質的、価値的色彩を盛り込むのである。つまり、「景観」概念は、国土計画の基本理念である「国土の均衡ある発展」に積極的又は消極的な歴史的価値的視点を浸透させ、その基本理念として「美しく風格のある国土の形成」と概念化され、「良好な景観」は土地所有権の公共性の内容となるのである。

その「良好な景観」の評価の対象となる「景観」概念は、「地域の自然・歴史・文化等と生活・経済活動等が『地域の姿』として現れたものであって、その地域の特性を形づくるもの」（安本典夫『都市法概説（第2版）』〔法律文化社、2013年〕148頁、以下、安本・『都市法概説』とする。）と定義される。「良好な景観は、地域の自然、歴史、文化等と人々の生活、経済活動等との調和により形成されるものであることにかんがみ、適正な制限の下にこれらが調和した土地利用がなされること等を通じて、その整備及び保全が図られなければならない」（景観法2条2号）

からである。また、この「景観は、街路景観などの小規模、その背景としての中景観、そして大景観（たとえば盆地形の京都であればまちを取り巻く山並み）の重層的なものである。そして、中景観・大景観において、各種のモニュメント的な建造物や自然は、その都市全体の景観におけるアイデンティティを形成する」（安本・『都市法概説』170頁）。

さらに、土地所有権の公共性を帯びる「良好な景観」は、過去から現在の「良好な景観」の保全だけでなく、将来にむけてもその「良好な景観」を創出すべきとする。「良好な景観の形成」は、「現にある良好な景観を保全すること」のみならず、「新たな良好な景観を創出することを含むものであること」（景観法2条5号）だからである。「良好な景観」の保全だけでなく創出も含むことは、この土地所有権の公共性は、内在的に「良好でない景観」は縮減、縮小及び消滅させていくべき方向性も包含することになる。つまり、都市計画は、都市地域における現在から未来（将来）に向けての地域形成計画であるが、景観計画は、都市地域及び農漁村地域における、過去・現在・未来の歴史過程における地域形成計画ということになる。したがって、何が「良好な景観」か「良好でない景観」かが肝要となるのである。

この各段階は、平面的対立関係でなく、重層関係である。第1段階の「公害」概念の層に、第2段階の「土地の用途」概念の層が重なり、さらに、その上に第3段階の「景観」概念の層が重なるのである。現段階の国土計画及び地域形成計画は、1層、2層、3層の3層構造をなしているのである。したがって、当該問題をどの段階・層で捉えるべきか論点となるが、基本的には、第3段階の3層において捉えるべきことになる。なぜなら、第3段階の3層は、第1、第2の各段階・各層を包摂しているからである。

(3)「国土の均衡ある発展」の都市計画型と景観計画型

国土計画の基本理念である「国土の均衡ある発展」の内容は、第2段

階の「都市計画型」と第3段階の「景観計画型」で捉えることができる。都市計画型の「国土の均衡ある発展」は、あるべき都市像を構想して、現在から将来・未来にむけた地域・地区単位の土地利用規制である用途地域制を基本に理想的な都市を形式的、機能的、価値中立的な土地利用規制・誘導により構築していく地域形成計画であるのに対し、景観計画型は、過去・現在・未来の時空の中で、過去の歴史過程において造形化された伝統的、文化的及び歴史的景観を景観計画区域単位で、その景観が「良好な景観」であれば、現在・未来に渡って保全及び創出していく、内容的、質的、価値的色彩をもった地域形成計画である。したがって、その景観が「良好でない景観」である場合には、その景観の縮減、縮小及び消滅の方向性をもつことになる。つまり景観全体で「国土の均衡ある発展」、その景観法の表れとしての「美しく風格ある国土の形成」を考えるというものである。なお、その景観は、小景観、中景観、大景観と重層的な景観を構成していることに留意すべきである。

したがって、「国土の均衡ある発展」の観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断過程において、都市計画型で判断するか、景観計画型で判断するかは、その判断要素に違いがでてくる。都市計画型は、地域の関係のなかで現在から未来に向けた事実で判断するのにに対し、景観計画型では、地域の景観全体の中で、過去・現在・未来の歴史過程において、その景観の本質を踏まえた当該地域形成計画の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断となるのである。

それでは、1号要件の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断の理念的観点である「国土の均衡ある発展」は都市計画型、景観計画型のいずれの型で捉えるべきであろうか。

1号要件の該当性判断（規範的判断）を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から判断する場合、都市計画型で判断するか、景観計画型で判断するか、の違いは、戦後70年にわたって沖縄本島に集中して存続して

いる米軍基地の歴史的現実及び国土の0.6%の沖縄県に米軍専用施設73%が配置されているという沖縄県民の過重負担の歴史的現実を判断要素とするか、の違いになる。景観計画型だと過去・現在・未来の歴史過程において、都市地域、農漁村地域にわたる全体としての景観で地域形成計画を捉えるので、沖縄の米軍基地の歴史と現実を判断要素とすることになるのに対し、都市計画型では、米軍基地移転元の宜野湾市米軍普天間飛行場基地と移転先の名護市辺野古沿岸域埋立地の米軍飛行場基地との現在から将来に向けての相対的比較が判断要素となる。結論的に言えば、形式的には、1号要件は景観計画型であるのに対し、3号要件は都市計画型ということで、層としてすみわけがされていることになるが、本件埋立て承認の法的瑕疵の判断においては、内容的に1号要件は景観計画型からの判断をすべき理由を次に考察する。

4 景観計画型アプローチの理由

本稿が、景観計画型のアプローチを採る理由は、基本的には、現段階の国土計画、地域形成計画は景観法（2004年）により景観計画型の段階に達しているからである。また、個別的、内容的には次の理由による。

第1は、日本国の敗戦1945年から、70年にわたり戦勝国の米軍基地が沖縄本島に集中して存続してきたという歴史的現実、沖縄本島内での米軍基地の移設が「国土利用上適正且合理的ナル」か、の判断において、法治主義に基づき、本質的な判断要素とすべきである。したがって、過去・現在・未来の歴史過程及び都市地域だけでなく農漁村地域も含めた景観計画型の「国土の均衡ある発展」の観点から判断すべきである。

第2に、景観法の目的（1条）である「美しく風格のある国土の形成」、「個性的で活力のある地域社会の実現」及び「潤いのある豊かな生活環境の整備」の観点から、沖縄本島に集中する米軍基地の存続は、景観法の問題を否定している。沖縄県民の92%の128万人が居住している沖縄本島（1208km²）に米軍専用施設（228km²）が、沖縄本島の18%（現在）を占有

しているのである。この規模の機能の米軍基地の現実が70年に渡って存続し、沖縄本島は「基地の島」、「基地のなかにある沖縄」と表現される景観となっているのである。この「基地の島」の景観は「良好な景観」であろうか。「基地の島」は「美しく風格のある国土」であろうか。圧倒的な米軍基地の機能による人権侵害の危険性の高さは「潤いのある豊かな生活環境」であろうか。沖縄本島の県民の生活、生産の最適の場所にある米軍基地の70年に渡る存続は「個性的で活力のある地域社会の実現」には制約が大きすぎるのではないか。米軍基地の圧倒的な存在そのものが景観計画型の「国土の均衡ある発展」の観点を採るべきことを、法治主義が要請しているのである。埋立法は国土利用計画法、地域形成計画法の一環として存在するからである。

第3は、沖縄本島が第二次世界大戦の米国と日本国の「戦争の権利」としての地上戦が行われた地域であるということである。日本および米国の戦没者20万人余にも及ぶ戦争が行われ、日本軍9万4136人（沖縄県民軍人2万8228人）、米軍1万2520人、そして、国家間の「戦争の権利」の当事者ではない民間人の沖縄県民が9万4000人も犠牲となったのである。その沖縄本島の地に戦勝国の米国の米軍基地が70年間も存続しているのである。その地に新たに米軍基地を建設すること自体が愛国心の由来であり徴表である「美しく風格のある国土の形成」（景観法1条）に反するのである。景観計画型の適用場面そのものである。

第4は、「埋立地の用途」が「米軍飛行場基地」という安全保障政策の質的、価値的色彩の強い問題である。したがって、価値中立的な都市計画型より景観計画型で真正面から「国土利用上適正且合理的ナル」か、を判断すべきである。つまり、沖縄本島に米軍基地を現在、新たに建設することの必要性、合理性及び妥当性を正面から判断すべきなのである。「美しい風格のある国土の形成」は国土の安全保障を含意し、国土防衛を含意する。戦勝国の米軍専用施設（基地）228km²が沖縄本島（1208km²）の

18%を占有しているこの沖縄本島の地が、日米双方20万人余の戦没者の地上戦の戦地であることを、日本国は考えるべきである。日本国は、1941年12月8日に宣戦布告による戦争状態に入り、1945年8月15日に敗戦を認め、1956年4月28日にサンフランシスコ平和の発効の日に戦争状態を脱し主権国家を回復し、さらに、1972年5月15日の沖縄返還により日本が沖縄の主権を回復したはずなのに、現実の米軍基地の圧倒的な存在は、未だ「戦争状態」にあることを含意するからである。日本国は沖縄の主権を「回復」していないのである。主権国家の国土の側面での徴表である「美しく風格のある国土」が「蹂躪され続け」ているなかで、主権国家の当然の権利である主権を「回復」すべきということになる。したがって、米軍普天間飛行場基地の危険性の高さは、このような基地の閉鎖の根拠にはなるが沖縄本島内の移設の根拠にはならないのである。70年近く危険性ある普天間飛行場基地を認めてきながら、同じ沖縄本島に移設することを根拠にすることは、主権を持つ国家では物理的に在り得ないのである。沖縄本島の「基地の島」の景観を敗戦後70年間も形成し続けること自体が主権国家を自己否定し続けてきたものであるからである。

5 小結

以上から、戦後70年にわたる沖縄本島の米軍基地の歴史的現実を、知事の埋立て承認基準（法的瑕疵の判断基準）である「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断要素とすべきことになる。次に、戦後70年間の沖縄本島の米軍基地の歴史的現実つまり沖縄本島の20%（現在18%）を米軍専用施設が占めている歴史的現実及び国土の0.6%の沖縄県に米軍専用施設の73%が集中し沖縄県民の過重負担の歴史的現実は、「国土利用上適正且合理的アル」かの判断を検討することにする。まず、沖縄本島の米軍基地の集中は「国土利用上適正且合理的ナル」か、から検討する。

Ⅱ 沖縄本島の米軍基地の集中

1 米軍飛行場基地のための辺野古沿岸域埋立ての「適正且合理性」

それでは、1945年の敗戦以降70年にわたり米軍専用施設（現在、228 km²、33施設）を存続させ、沖縄本島（1208km²）の約20%（現在18%）を占有し続け、「基地の島」、「基地のなかの沖縄」の「景観」（大景観）を形成している沖縄本島の歴史的現実を、「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断要素として、その要件該当性を判断することにしよう。つまり「埋立地ノ用途」としての「米軍飛行場基地」建設のために辺野古沿岸域を埋立てることは「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断に沖縄本島の米軍基地の歴史的現実を判断要素として検討した場合、どう判断され、どのような結論になるであろうか。言い換えれば、沖縄本島の「基地の島」の景観は、「国土の均衡ある発展」の基本理念、「美しく風格ある国土の形成」の景観法理念から見た場合、「良好な景観」として「保存」、「創出」していくべきか、「良好でない景観」として、縮減、縮小して「基地の島」の景観の消滅の方向にもっていくべきかの判断を内包しているのである。

そこで、辺野古沿岸域を埋立てて米軍飛行場基地を建設することは「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断過程に、敗戦後70年近くに渡る沖縄県における米軍基地の形成、沖縄本島の約20%（現在18%）を米軍専用施設が占め続けている歴史的現実を判断要素とすると、「埋立地ノ用途」としての「米軍飛行場基地」建設のために辺野古沿岸域の埋立ては「国土利用上適正且合理的」でないという結論になる。その理由を次に考察する。

2 本件埋立ての「国土利用上適正且合理的」でない理由

辺野古沿岸域の埋立てが「国土利用上適正且合理的」でない理由は、第1に、沖縄本島の「基地の島」の景観は「太平洋戦争の敗戦国の姿」であり「良好でない景観」であり、第2に、辺野古沿岸域は沖縄本島の

東海岸に残された自然豊かな海域であり「観光資源」として「キャンプ・シュワブ基地」と連結して「良好な景観」を創出すべきであり、第3に、軍上戦略上、沖縄本島の「米軍基地の固定化（集中化）の脆弱性」理論により、第4に、沖縄本島の米軍基地の75%をしめる海兵隊のグアム移転による「米軍は地理的に分散され、作戦面では弾力的となり、政治的にも持続可能」な軍事戦略上の合理性による。つまり、「米軍飛行場基地」建設を含意する本件埋立ては全く又は著しく「適正且合理的」でないものである。

(1) 沖縄の「基地の島」の景観は「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」

まず、第1に、沖縄本島の「基地の島」の景観は「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」としての「良好でない景観」であり、米軍基地の整理・縮小すべき義務が国及び地方公共団体にあり、「敗戦国を克服する・美しく風格のある国土の形成」を意味する「良好な景観の形成」に向けて、「米軍飛行場基地」建設は制限されるべきで、辺野古沿岸域の埋立ては「国土利用上適正且合理的」でないことになる。以下、その結論に至るプロセスを、長いが述べることにしよう。

「国土の均衡ある発展」の観点から、「米軍飛行場基地」の建設のために辺野古沿岸域を埋立てることは「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断要素は、沖縄県の米軍基地が敗戦後70年に渡り沖縄本島の約20%を米軍専用施設が占有し続けている歴史的現実である。沖縄本島には、米軍専用施設が集中し、現在は18%であるが、戦後70年に渡って占有している歴史的現実、沖縄本島の「景観」を「基地の島」、「基地のなかの沖縄」として表現し、しかも現実になような島として存在し続けてきたということである。沖縄本島の「基地の島」の景観は敗戦後70年間の沖縄における米軍基地の在り様の造形化であり、日本国家の敗戦の在り様の造形化であり及び沖縄の歴史的存在の造形化である。この「基地の島」の景観は、「良好な景観」ではないが、景観法における「良好な」を

捨象した「景観」である。景観とは、「地域の自然・歴史・文化等と生活・経済活動等が『地域の姿』として現れたものであって、その地域の特性を形づくるもの」（安本・『都市法概説』148頁）であるからである。

国土計画の基本理念が「国土の均衡ある発展」（国土利用計画法2条）であるのは、細長い日本列島の特性により地域性の強い日本国民を「国土の均衡ある発展」の理念の具体化を通じて日本国土の防衛意識を持続させようとする国家戦略の一環である。さらに、国土計画の基本理念の基底にある、20世紀後半の敗戦国としての国家からの脱却の国家戦略が国土計画の側面に表れたのが、1998年の21世紀の国土のグランドデザインの「地域の自立の促進と美しい国土の創造」である。ここに初めて国土計画レベルで「美しい国土の創造」の概念が表にでてくる。そして、2004年、「景観法」の目的として「美しく風格のある国土の形成」が挙げられ、それと並んで、「個性的で活力ある地域社会の実現」が示されるのである。日本国民の愛国心の神髄は「美しい国、日本」である。愛国心は美しい国土に由来し美しい国土は愛国心を徴表する。景観法は、日本の伝統、文化及び歴史の形を「良好な景観」として保全し創出して愛国心の醸成を図るものである。「国土の均衡ある発展」の内容に「良好な景観の形成」、「美しく風格のある国土の形成」のような価値的色彩が組み込まれたのである。その「『国土の均衡ある発展』とは、わが国国民が国土のいずれの地域においても、その地域の特性に応じた暮らしぶりを営むことができ、幸福に生活することを追求できるための条件整備を行う旨の理念に他ならないと考える。すなわち『個』の利益を守りながら、『全体』の利益を安定的に向上させるようなバランスを意味していると考えるのである」（川上征雄『国土計画の変遷—効率と衡平の計画思想』〈鹿島出版、2008年〉127頁、以下、川上・『国土計画の変遷』とする。）。

かくして、沖縄本島の景観である「基地の島」に新たに「米軍飛行場基地」を建設するために辺野古沿岸域を埋立てることが、「国土の均衡あ

る発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かが本質的な論点となるのである。敗戦国日本が、邦人戦没者18万8136人の地上戦の当該地に戦勝国米国に軍事基地を70年間も提供し続け、しかも70年後も最新の基地を建設して戦勝国に提供しようとするのが、「国土の均衡ある発展」の、「美しく風格のある国土の形成」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的アル」かが沖縄県名護市辺野古沿岸域の埋立の問題の本質であり、しかも、当地の沖縄県知事がそのような意味をもつ埋立てを承認したというのが、この問題の地獄絵を徴表しているのである。

国家の「戦争する権利」により、沖縄の地で英霊になった日本軍の死者9万4136人（日本人全体で310万人のうち沖縄戦全体18万8136人うち民間人9万4000人）は、戦没した後も戦勝国の軍事基地により蹂躪され続けられているのである。死者の心は残された人間の心に遺されて生き続けている。たしかに、日本国は軍人恩給、また、靖国神社に英霊として祀り、遺族を物心ともに配慮しているが、熾烈な戦闘、玉砕の地、沖縄本島における米軍基地の70年にわたる存続は、遺された日本国民の精神を蹂躪し続けているのである。

一般的に「戦争」の悲劇は個人の精神の側面で限りなく連鎖していくので、その個人間の無限の連鎖を断ち切るため、また国家レベルの報復、反撃、領土の奪回と連鎖する傾向性があるので、その連鎖を制度的に断ち切るため、近代西洋人は戦争を国家レベルの「権利」、「戦争する権利」として創造した側面もあり、また平和条約による軍隊の撤退で戦争状態を終了させて国家としてのけじめをつけるのである。つまり、近代西洋人は、ドイツの人口の4分の1の約400万人の戦死者、欧州を灰燼に帰した宗教戦争である30年戦争（1608年～1648年）の経験を踏まえ、「戦争する権利」をもつ「近代主権国家」を創造したのである（ウェストファリア条約・1648年）。そして、バランス・オブ・パワー政策により、その戦争は減少する。しかし欧州を中心とした世界は、「戦争する権利」で、欧

州以外を植民地とし、さらに、ナポレオン戦争（1799年～1815年）490万人、第一世界大戦（1914年～1918年）1500万人、第二次世界大戦（1939年～1945年）5000万人の戦死者を出しているのである。

他方、敗戦後70年後も1208km²の沖縄本島に228km²の米軍基地を存続させ「戦争状態」において平気である米国はどのような戦争をしてきたのであろうか。米国の西洋人文明の歴史は、17世紀から始まり、その文明・戦争と戦死者は、独立革命戦争（1775年～1781年）4044人、メキシコ戦争（1846年～1848年）1万3270人、南北戦争（1861年～1865年）61万8000人、米西戦争（1898年～1898年）5400人、第一次世界大戦（1914年～1918年、1917年参戦）11万5000人、第二次世界大戦（1939年～1945年、1941年参戦）31万8000人、朝鮮戦争（1950年～1953年）3万3000人、ベトナム戦争（1965年～1973年）5万8000人となっているのである。ベトナム戦争では撤退したが、国家の歴史の浅い米国は「戦争する権利」の裏付けとなる軍事力で世界の覇権を握ってきたのである。（そして、その覇権維持のために6100億ドルの世界一の軍事費（2014年、中国2160億ドルで2位、日本は458億ドル〈4兆9000億円〉で9位、ストックホルム平和研究所を支出している。）

このような戦争は、「戦争する権利」の行使により戦争状態となり平和条約により戦争状態の終了となり軍隊の撤退となるのが一般的である。日本と米国は1941年12月8日に日本が「戦争の権利」を行使し、戦争状態にはいり、日本は310万人、米国は31万8000人の戦没者をだし、1945年8月15日（法的には、9月2日の降伏文書の調印日）に日本の敗戦となり主権を失い、そして、1952年4月28日のサンフランシスコ平和条約により戦争状態は終了（終戦）、日本は「本土」の主権を回復したのである。そして、米軍は日本国から撤退すべきことになるが、日本国は、その主権に基づいて米国と（旧）安保条約を締結し、米軍占領軍は駐留軍となったのである。しかし、本土国民にとっては占領軍に映るので米国

の要請により、1955年頃から、本土国民に見える米軍基地は沖縄に移転し、沖縄本島は占領軍としての軍事基地化がより固定されるのである。沖縄本島の米軍基地の持つ機能と米軍基地の占有面積228km²の現実をみると、沖縄本島は、客観的に、「戦争状態」つまり占領軍としての米軍が70年間も続いているのである。

現在の沖縄本島の「基地の島」の景観は、米軍専用施設（基地）228km²が沖縄本島1208km²（沖縄県2276km²）の18%を占有している姿である。極東有数の米軍飛行場の嘉手納基地19.85km²、米軍普天間飛行場基地（4.80km²）、そして、移転予定地のキャンプ・シュワブ基地（20.62km²）等33施設で構成されている。ジョセフ・ナイの言葉で言えば沖縄本島という「籠のなかに33個の卵」があることになる。

新たに、キャンプ・シュワブ基地（20.62km²）に連結して「米軍辺野古飛行場基地」（埋立地1.57km²）を「最新施設」として建設することが「国土利用上適正且合理的ナルコト」か。米軍普天間飛行場基地（4.80km²）は、滑走路約2700m、格納庫・倉庫・隊舎等の施設、使用部隊は、第1海兵航空団・第36海兵航空群・第18海兵航空管制群、第17海兵航空支援群であり、基地機能は、ヘリコプターなどによる海兵隊の陸上部隊の輸送機能・空中給油機を運用する機能・緊急時に航空機を受け入れる基地機能等である。そして、埋立予定地の「米軍辺野古飛行場基地」と連結する移転予定地のキャンプ・シュワブ基地（20.6km²）は、キャンプ地区と訓練場地区からなり、事務所・隊舎・訓練所等の施設、使用部隊は、第3海兵遠征軍である。「米軍辺野古飛行場基地」には、米軍普天間飛行場基地にはない弾薬庫、強襲揚陸艦の系船機能付き護岸、燃料栈橋、弾薬搭載エリアが計画されている。つまり、軍事基地機能は強化されるのである。「基地の島」の景観で、1208km²の沖縄本島の18%を占有する米軍占有施設228km²の存在を前提として、米軍普天間飛行場4.8km²を廃止して、「米軍飛行場基地」（辺野古飛行場）1.57km²を建設するという、沖縄県民

の米軍基地の過重負担軽減のためにというのである。228km²の米軍専用施設からみると、 $228\text{km}^2 - 3.33\text{km}^2$ ($4.8\text{km}^2 - 1.57\text{km}^2$) = 224.67km^2 である。米軍飛行場の危険性は沖縄本島全域で基本的には同じである。米軍普天間飛行場が世界一危険であるというのは廃止の根拠となるのであって、「基地の島」の景観の同じ沖縄本島に移設するとは、主権国家の「風格」ではないのである。沖縄本島に残された希少な美しい辺野古海域を埋立て「基地の島」をより強化することが「美しく風格のある国土の形成」であろうか。敗戦後、地上戦があり両軍20万人余の戦死者の地で、戦争犠牲者であり肉親を失った生き残りの33万人余の沖縄県民は、その子孫は、70年間も「基地の島」で生活、生産してきたことをどのように想像するのであろうか。「美しく風格のある国土の形成」の概念を創造し法律化した当事者は改めて意を強くしたのであろうか、絶望しているのであろうか。それとも、本件埋立て承認は無効と考えているのであろうか。日本国の実務法律家の「風格」の表れる局面である。

景観法（2004年）には、「美しく風格のある国土の形成」（1条）、「良好な景観の形成」（2条）の視点が導入されている。愛国心は美しい国に由来し愛国心は美しい国に徴表すると考えているのである。日本国は、敗戦国意識から脱却するために、愛国心教育、美しい国土、愛国心の国土計画の象徴として、21世紀グランドデザインの「地域の自立の促進と美しい国土の創造」（1998年）、そして、その集大成として景観法が制定され、「良好な景観の形成」の促進を図り「美しく風格のある国土の形成」（景観法1条）を目的とする。「良好な景観」、「美しく風格のある国土」には日本国民の愛国心の歴史が造形化されているからである。

戦後70年の沖縄の「地域の自然・歴史・文化等と生活・経済活動等が『地域の姿』として現れたもの」（安本・『都市法概説』148頁）が、沖縄本島の「基地の島」の景観である。それでは、この「基地の島」の景観は「良好な景観」であろうか。

沖縄本島の「基地の島」の景観は、日本国の「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」である。米国は、沖縄本島を米軍基地で約20%占有し続けることにより、日本国家に対する戦勝国としての誇りと戦果を示し続けている。逆に日本国家はその現実に自らの敗戦の意味を思い知らしめ続けさせられることになる。沖縄本島の「基地の島」の景観は、日本の主権国家の「敗戦国の姿」を象徴的に示しているのである。このことが敗戦後70年も続いているのである。「基地の島」の景観は「良好でない景観」ということになる。「良好な景観の形成」は、「現にある良好な景観を保全すること」のみならず、「新たな良好な景観を創出することを含むものであること」（景観法2条5号）とする。「良好な景観の保全」だけでなく「新たな良好の景観の創出」も含むから、「良好でない景観」は改善すべき義務が国、地方公共団体にあることになる。沖縄本島の「基地の島」の日本国の「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」としての「良好でない景観」は、米軍基地の整理・縮小すべき義務が国及び地方公共団体にあることになる。したがって、「敗戦国を克服する・美しく風格のある国土の形成」を意味する「良好な景観の形成」に向けて、「米軍飛行場基地」建設は制限されるべきで、辺野古沿岸の埋立て承認は「国土利用上適正且合理的」でないことになる。なぜなら、逆の意味で、「良好な景観」は、「地域の自然、歴史、文化等と人々の生活、経済活動等との調和により形成されるものであることにかんがみ、適正な制限の下にこれらが調和した土地利用がなされること等を通じて、その整備及び保全が図られなければならない」（景観法2条2号）からである。

（2）辺野古沿岸海域の「良好な景観」の創出

第2に、「米軍飛行場基地」建設のために埋立予定海域の辺野古沿岸域は、沖縄本島の東海岸に残された自然豊かな海域であり「観光資源」として「キャンプ・シュワブ基地」（20.62km²）と連結して「良好な景観」を創出すべきであり、それが「国土利用上適正且合理的ナル」のである。

「良好な景観の形成」は観光資源の視点をもっているのである。「米軍飛行場基地」建設の埋立区域（1.57km²）を含む辺野古沿岸海域は、沖縄の海岸の中でわずかに残った貴重なサンゴ礁の海でありジュゴンが回遊し、また近年新種の甲殻類が相次いで発見されている。沖縄本島の東海岸に残された希少な観光資源である。キャンプ・シュワブ基地跡地（20.62km²）と一体となった観光リゾート地域として「良好な景観の創出」とすべきである。「良好な景観は、観光その他の地域間の交流の促進に大きな役割を担うものであることにかんがみ、地域の活性化に資するよう、地方公共団体、事業者及び住民により、その形成に向けて一体的な取組がなされなければならない。」（景観法2条4号）からである。

沖縄本島1208km²に米軍専用施設228km²の広域な「基地の島」の景観を縮小、縮減して、「良好な景観の創出」を展開していくのは国及び地方公共団体の責務である。「国は、基本理念にのっとり、良好な景観の形成に関する施策を総合的に策定し、及び実施する責務を有」（景観法3条）し、「地方公共団体は、基本理念にのっとり、良好な景観の促進に関し、国との適切な役割分担を踏まえて、その区域の自然的社会的諸条件に応じた施作を策定し、及び実施する責務を有する（景観法4条）からである。

「県内の基地機能を集約し、耐用年数2百年ともいわれる新たな施設が造られれば、沖縄は永久に基地の島となってしまう。沖縄の基地の問題を沖縄の人々だけに任せず、日本全体の問題としていくべきだ。」（中日新聞2015年2月12日社説）。この「日本全体の問題」とは「日本国家の主権国家としての問題」を意味することになる。「基地の島」の景観は、沖縄県民にとっては自らの民主主義の問題であるが、日本国家にとっては「主権国家としての愛国心を徴表する美しく風格ある国土の形成」の問題なのである。

「米軍飛行場基地」を建設するために辺野古沿岸域を埋立てることは、愛国心を醸成する「良好な景観の形成」による「美しく風格のある国土

の形成」(景観法1条)の観点から、全く「国土利用上適正且合理的」ではないということになる。

そこで、問題は、今、なお、沖縄本島に米軍基地を集中させる合理的理由、つまり、安全保障戦略上、沖縄本島に米軍基地を集中させる軍事戦略上の必然性があるであろうか、ということである。言い換えると「埋立地ノ用途」としての「米軍飛行場基地」建設のために辺野古沿岸域を埋立てる必要性及び合理性があるか、である。

(3) ジョセフ・ナイの「基地集中の脆弱性」理論

第3に、辺野古沿岸域の埋立てに「国土利用上適正合理的」でない理由として、この軍事戦略上の必然性もないばかりか、軍事戦略上の致命的な欠陥があるということを挙げることができる。米国の東アジア軍事戦略構想の第一人者であるジョセフ・ナイは、「固定化された基地の脆弱性」理論を主張する。沖縄本島の米軍基地の固定化(集中)された脆弱性とは、「中国の弾道ミサイル能力向上」により「卵を一つのかごにいれておけば(すべてわれる)リスクが増す」という理論である(朝日新聞2014年12月8日朝刊)。この理論は、沖縄本島に米軍専用施設の73%、33施設を集中させる根拠が全くなく、逆に米軍基地が全部攻撃され、一挙に安全保障力(沖縄本島に米軍基地を集中することによる抑止力)を失うという意味である。

これまで沖縄本島に米軍基地を集中させてきた理由、辺野古沿岸域の「埋立ての必要性」に関して、事業者の沖縄防衛局の「埋立必要理由書」は、「沖縄は南西諸島のほぼ中央にあること、日本のシーレーンに近いこととから、安全保障上極めて重要な位置あること」、「高い機動力と即応性を有し、様々な緊急事態への対処を相当とする米海兵隊を初めとする米軍が駐留することは、わが国の安全、アジア太平洋地域の平和と安定に寄与していること」及び県外移設、国外移設が望ましくない理由として、「在日米軍全体のプレゼンスや抑止力を低下させ、また地理的優位性

を有し、海兵隊の組織的一体性を低下させる必要があること、普天間飛行場の危険性除去の観点から極力短期間で移設できること」等を挙げている。

ジョセフ・ナイの「沖縄本島基地固定化の脆弱性」理論は、この根拠を根底から覆す軍事戦略である。したがって、1995年に沖縄本島の米軍基地を冷戦後も現状維持で再定義したジョセフ・ナイは、新「米軍辺野古飛行場基地」建設は「長期的解決策にならない」と積極的に反対するのである。辺野古の新基地の耐用期間は200年である。辺野古に沖縄に米軍基を建設することは全く合理的理由がないと主張しているのである。

（4）国防総省の海兵隊グアム移転の軍事戦略の合理性

また第4に、米国国防総省レベルの、米軍基地の沖縄本島集中の軍事戦略上の位置付けからも新たな「米軍辺野古飛行場基地」の建設は合理的でないとする。全国に存在する米軍専用施設の73%が沖縄本島に存在している。その中でも、沖縄本島の米軍専用施設の軍別面積の75.7%は海兵隊が占めている。つまり、沖縄本島の米軍基地の集中の本質は沖縄本島の海兵隊のプレゼンスということになる。この沖縄本島の海兵隊の存在に関して、米国の国防総省は、昨年発表の4年ごとの国防戦略見直しで、沖縄の海兵隊のグアム移転を進めると明記したのである。そしてその根拠を、海兵隊のグアム移転により「米軍は地理的に分散され、作戦面では弾力的となり、政治的にも持続可能となる」と明記しているのである（琉球新報2015年3月26日朝刊）。ジョセフ・ナイの「沖縄本島の米軍基地集中の脆弱性理論である。『中国の弾道ミサイル能力向上』による中国からのミサイル射程内にある沖縄に大規模な海兵隊は不要との軍事戦略である。

沖縄本島から米軍基地を撤去することが、現象的には、米国の安全保障政策上、合理的であるのである。米軍基地建設のために辺野古沿岸域を埋立て貴重な自然資源を喪失することは、二重の「国土利用上適正且

合理的」でないのである。

3 小結

以上から、戦後70年にわたり米軍専用施設が沖縄本島の約20%を占有し続けてきた「基地の島」の景観は「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」であり、「良好でない景観」となり「美しく風格ある国土の形成」の理念的観点から、米軍基地の整理・縮小・廃止の方向に進むべきであり、辺野古沿岸域を埋立てて「米軍飛行場基地」を建設することは著しく不適正且不合理である。

Ⅲ 沖縄県民の米軍基地の過重負担

1 沖縄県民の米軍基地の過重負担の「国土利用上適正且合理性」

戦後70年にわたり沖縄県の沖縄本島に米軍専用施設が集中する歴史的現実には、①沖縄本島に在沖米軍専用施設が約20%（現在18%）を占有して「基地の島」の景観の側面及び②国土（37万7960km²）の0.6%の沖縄県（2276km²）に在日米軍専用施設（308km²）の73%（在沖米軍専用施設・228km²）が集中する沖縄県民の過重負担の側面に区別できるが、ここでは、その沖縄県民の過重負担の歴史的現実を「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断要素として、その要件該当性を判断することにする。つまり「埋立地ノ用途」としての「米軍飛行場基地」建設のために辺野古沿岸域を埋立てることは「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断に沖縄県に米軍専用施設の73%が集中し沖縄県民の過重負担の歴史的現実を判断要素として検討した場合、どう判断され、どのような結論になるかである。そして、辺野古沿岸域を埋立てて「米軍飛行場基地」を建設することは、沖縄県民の米軍専用施設の過重負担を判断要素とすると「国土の均衡ある発展」の理念的観点から著しく「国土利用上適正且合理的」ではないという結論となる。この結論は「国土の均衡ある発展」の理念的観点に「沖縄県民の米軍基地の過

重負担」の歴史的現実を組み込むことを意味するので、次に、その「国土の均衡ある発展」の内容を考察する。

2 「国土の均衡ある発展」の内容

国土計画は国土37万7960㎢を対象として、「国土の均衡ある発展」を基本理念とする（国土利用計画法2条）。その「『国土の均衡ある発展』とは、わが国国民が国土のいずれの地域においても、その地域の特性に応じた暮らしぶりを営むことができ、幸福に生活することを追求できるための条件整備を行う旨の理念に他ならないと考える。すなわち『個』の利益を守りながら、『全体』の利益を安定的に向上させるようなバランス意味していると考えるのである」（川上・『国土計画の変遷』127頁）。

この「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「沖縄県民」の「米軍基地」の「過重負担」の歴史的現実の問題を分析すると、第1に、「沖縄県(民)」の地域形成計画の側面、第2に、米軍基地の「過重負担」の問題であるので、安全保障の「国土の均衡」の側面、第3に、「米軍基地」の過重負担の問題で、「米軍基地」の「公共の福祉（公共性）」の側面が論点となる。

まず、第1の、沖縄県(民)の地域形成計画の国土利用計画法の位置づけを確認する。国土利用計画法は地域形成計画を規定する「土地利用基本計画」を「都道府県は、当該都道府県の区域について」「定める」（9条1項）とする。この土地利用基本計画は、①都市地域、②農業地域、③森林地域、④自然公園地域、⑤自然保全地域、を諸個別規制法規の諸計画に基づいて地域決定する（9条2項）。そして、国土・県土・土地利用規制の根拠法は、「土地利用基本計画に即して適正かつ合理的な利用が図られるよう、関係行政機関の長及び関係地方公共団体は、この法律に定めるものを除くほか、別に法律に定めるところにより、公害の防止、自然環境及び農林地の保全、歴史的風土の保全、治山、治水等に配意しつつ、土地利用の規制に関する措置その他の措置を講ずるものとする。」（10

条)と規定する。国土・県土・土地利用に関する規制は「適正かつ合理的な利用が図られるよう」措置する。つまり、「当該都道府県の区域」の地域形成計画は基本的には、都道府県(知事)が策定し、その土地利用規制の措置(権限)を講ずるのである。そして、都道府県(知事)の土地利用規制に関する措置の法的根拠は「この法律に定めるものを除くほか、別に法律の定めるところによ」るものであり、この「別の法律の定めるところ」の法律が都市計画法、景観法、土地収用法、土地区画整理法等であり、ここに埋立法も入り、本法の国土の「適正かつ合理的な利用が図られるよう」が、埋立法4条1項1号の「国土利用上適正且合理的アルコト」に表れている。そして、前述のように、この国土利用の基本理念が「国土の均衡ある発展」(国土計画法2条)となっている。

また、この「国土の均衡ある発展」の地域形成計画の組み込みは国土計画法2条が「国土の利用は」、「地域の自然的、社会的及び文化的条件に配慮して」(地域形成計画)、「健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ることを基本理念として行うものとする。」と規定しているのである。さらに、国土計画の地域主導の地域形成計画の「国土の均衡ある発展」の基本理念への浸透は、1998年の21世紀の国土のグランドデザインの「地域の自立の促進と美しい国土の創造」そして、2004年、「景観法」の目的の一つとして「美しく風格のある国土の形成」に並んで、「個性的で活力ある地域社会の実現」が示される。この「地域の自立」、「個性的で活力ある地域社会の実現」は「国土の均衡ある発展」の内容に浸透し、判断基準となるのである。つまり、沖縄県の米軍基地の過重負担は「国土の均衡ある発展」の基本理念に著しく反している。

さらに言えば、国土利用の基本理念は「国土の均衡ある発展」と並んで「健康で文化的な生活環境の確保」もあり、後述する沖縄県民の米軍基地の468倍の過重負担の内容である「米軍基地の維持による人権侵害の危険性は468倍」、「米軍基地攻撃による人権侵害の危険性は468倍」は著

しく「健康で文化的な生活環境の確保」を棄損しているのである。

次に、第2に、国土の安全保障にも「国土の均衡ある発展」は適用されるべきであるかの論点である。沖縄県には、米軍専用施設の73%が集中しているが、安全保障の側面に、この「国土の均衡ある発展」の基本理念は適用すべきであろうか。

2003年、時の小泉純一郎首相は、「国土の均衡ある発展」は「国土の安全」の観点から「安全保障」の側面にも重要であると答弁するのである。「安全保障を考えるうえにおいても、一地域だけにすべての機能が集中するということも国土の安全を考えるとこれは好ましいことではないという観点から、国土の均衡ある発展を考えるべきじゃないかと私は思っております」（小泉純一郎首相・2003年6月16日参議院決算委員会答弁）。「国土利用上適正且合理的ナルコト」の要件は、国土計画の基本理念である「国土の均衡ある発展」の埋立法における表れである。戦後、約45%の「国土」を喪失した日本は、国土の復興を「埋立地」に求め、環境汚染、公害を伴いながら戦後から1998（平成10）年まで「国土の均衡ある発展」の基本理念の下に2140km²（沖縄県土2276km²とほぼ同じ）埋立てて産業地等として国土利用してきた。したがって、「国土利用上適正且合理的ナルコト」の判断に米軍基地の配置状況は本質的な判断要素となるのである。

安全保障も「国土の均衡ある発展」を考えるべきという観点は、この日本の安全保障の「要」である米軍基地が沖縄県（沖縄本島）に集中していることを、米軍基地の国土計画の観点から、「国土の安全保障の均衡」が論点となるのである。

最後に、第3の、米軍基地という「公共性」の過重負担の論点である。国土利用計画法2条は、「国土の利用」は「公共の福祉を優先させ」、「地域の自然的、社会的、経済的及び文化的条件に配慮して、健康で文化的な生活環境の確保と国土の均衡ある発展を図ることを基本理念として行うものと」規定する。米軍基地が「公共の福祉」の姿であるが、この公

公共の福祉の前提は「国土の安全保障の均衡」の中で公共性根拠となるのであり、それが不均衡、あまりにも一地域に過重負担の場合、しかも、「基地の島」の景観を形成し、その景観が「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」であり、「良好でない景観」となるから、「公共の福祉」に反することになるのである。そのなかでの国民の人権侵害は最も不幸なことになる。公共の福祉の本質である国民の生命、自由及び財産の安全保障が、その安全保障の名の下に、侵害されるからである。国土の均衡ある発展は民主主義の国土利用の側面に表れたものである。

また、この論点は、国の安全保障の問題と国民の安全保障の負担義務が交錯する問題である。この問題は、日本の安全保障の要をなしている米軍専用施設（基地）が国土の0.6%の沖縄県に73%が集中している歴史的現実が、国の安全保障上、どのような意味をもつかである。米軍基地も国土の利用であるので、特に、本土復帰の1972年5月15日からは、国土計画の基本理念である「国土の均衡ある発展」から米軍基地の国土利用が問題となる。「国土の均衡ある発展」の基本理念に基づいて地域間の「国土の安全保障の均衡」を国土計画することが国の責任ということである。つまり、一地域の米軍基地の過重負担は米軍基地の「公共性」を縮減させ、逆に転化させる可能性を強め、過重配置は抑制又は廃止すべきという安全保障政策原理である。

本件埋立て承認の法的瑕疵の判断は、「埋立地の用途」である「米軍飛行場基地」の建設を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断である。その「国土の均衡ある発展」の理念的観点の判断において、沖縄県（民）の米軍基地の過重負担は、地域形成計画、「国土の安全保障の均衡」及び「米軍基地」の公共性の側面において、その理念的観点の内容に著しく反しており、したがって、本件埋立て承認は著しく不適正且つ不合理であることになる。次に、その沖縄県（民）の米軍基地の過重負担の内実を考察することにする。

3 沖縄県の米軍基地の過重負担の内実（不適正且不合理性の内容）

「国土の安全保障の均衡」は、第1に、沖縄県民の面積あたりの負担度、第2に、沖縄県民の米軍基地の負担義務の負担度、第3に、沖縄県民の米軍基地による人権侵害の危険度、第4に、米軍基地の存在による沖縄の米軍基地攻撃の危険度が論点となる。

(1) 沖縄県の米軍基地に負担度と経済活動の制約

まず、第1の、米軍基地の負担度の基点となる沖縄県の米軍基地の負担度が論点となる。第1に、「国土の安全保障の均衡」の観点からみた沖縄県の米軍基地の負担は、国土37万7960km²で、在日米軍専用施設308km²であり、そのうち、国土0.6%の沖縄県土2276km²に米軍専用施設228km²で、米軍専用施設の73%を占めているという事実は、日本本土と比較すると沖縄県の米軍基地の面積あたりの負担度は468倍になる（ガバン・マーコーック・乗松聡子『沖縄の〈怒〉』〈法律文化社、2013年〉7頁は「沖縄は本土の約500倍にもなる。想像を絶する不平等とはいえないか。」と述べる）。

この米軍基地の468倍の負担度は、沖縄県土の米軍基地の密度が日本本土と比較すると468倍ということである。この米軍基地の負担度及び密度の468倍は、国土利用、土地利用の側面では、県土が米軍基地に利用されていることであるから、沖縄県民は生活、生産のための県土利用度が、468分の1に縮減されていることになる。「著しい不公平」となる。県土の利用は県土つまり「国土が現在及び将来における国民のための限られた資源であるとともに、生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤である」（国土利用計画法2条）だからである。つまり、米軍基地のために沖縄県民は生活、生産のための土地利用が全面的に展開（2012年で軍用地主4万4236人が年間賃料811億円で利用）できないことを意味している。沖縄県民は経済活動が制約されていることになる。例えば、那覇新都心（2.5km²）の直接経済効果は、返還前の軍用地料52億円（1.92km²）から1634

億円の31倍に上るのである。「広大な米軍施設・区域の存在は、産業の振興、都市の形成、交通体系の構築等県土総合的かつ計画的な利用を進める上で大きな制約となっている」(第4次沖縄県国土利用計画・平成21年3月31日)のである。また、沖縄県は、普天間飛行場基地(4.8km²)の直接経済効果は現在120億円(軍用地料)で、返還後は3866億円と試算し、雇用は現在の1074人から32倍の3万4093人、税収は14億円から32倍の430億円と試算する(琉球新報2015年2月5日朝刊)。

たしかに、現象的には、米軍普天飛行場基地(4.8km²)の返還だけを見ると、県土の土地利用に貢献するように見える。

しかし、沖縄本島(1208km²)の18%を米軍基地(228km²)が占有し、沖縄県民が米軍専用施設を468倍もの「想像を超える」負担していることが本質的な問題である。沖縄本島の「基地の島」の景観、その景観は「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」であり「良好でない景観」であるから「基地の島」全体が問題であり、また、安全保障の側面ではジョセフ・ナイの「かご(沖縄本島)の卵(33米軍専用施設)」の「脆弱性」理論のように「かごの卵」が問題なのであり、米軍飛行場基地を同じ沖縄本島内の海洋資源として豊かな辺野古沿岸海域に基地機能を強化するために移設することは主権国家としては物理的に不可能なようなものである。

沖縄本島の米軍基地の歴史と現実を踏まえると、沖縄県全体の中で沖縄本島自体の米軍基地を整理・縮小・廃止する方向で政策決定するのが国民の生命、自由及び財産の安全保障を本質的責務とする民主主義国家のあるべき姿であり、当該地方自治体である沖縄県の本質的責務である。特に、沖縄県知事が本件埋立てを承認したことは、新たに米軍飛行場基地の建設を認めることを含意し、戦後70年にもわたる想像を絶する不平等(現在の468倍もの米軍基地の過重負担)を現在の時点で認めることを意味することになり、それは沖縄県・沖縄県民の「民主主義の姿」となるのであり、「恐怖と欠乏」(被植民地意識、戦争状態意識)の中の「民主

主義の姿」である。

要するに、米軍普天間飛行場の辺野古沿岸域への移転問題は、日本国にとっては「太平洋戦争の敗戦の姿」の太平洋戦争の玉砕の地・沖縄本島の「基地の島」の景観を、主権国家として「美しく風格のある国土の形成」の問題であり、沖縄県民にとっては「恐怖と欠乏」(被植民地意識・戦争状態意識)からの脱却の民主主義(自己決定権)と民主主義体制の中での民主主義の二重の民主主義の問題となっているのである。

(2) 沖縄県民の米軍基地負担義務

第2に、米軍基地の沖縄県の468倍もの負担度は、国民の米軍基地の負担義務の観点からみると、沖縄県民は、468倍の「著しく不平等」の負担義務を果たしていることになる。米軍基地の負担義務の根拠を、日本国民の生命、自由及び財産の安全保障を日本国に求める権利にあることから考えると、日本国民は国際安全保障環境の中で、日米安保条約に基づく在日米軍により、国民の生命、自由及び財産の安全保障がなされていることから、国民は等しく米軍基地の負担義務を負っていることになる。国家間の戦争の際、国民は自らの生命、自由及び財産の安全の保障を求める権利(「国民の安全保障権」という。)があり、この国民の安全保障権は国際関係においては国の自衛権となる。自衛権の行使の制度的保障論として、日本の平和主義は、「非武装平和主義」、「専守防衛平和主義」及び「積極的平和主義」が基本的に対立しているが、憲法9条の戦争の放棄、戦力の不保持及び交戦権の否認に規定され、現段階では、安全保障政策は自衛隊の専守防衛平和主義となっている。日本の安全保障は専守防衛の自衛隊によるが、国際安全保障環境の中で、戦勝国の米国の安全保障政策の一環として日米安全保障条約6条に基く日米地位協定3条により米軍基地が提供されている。したがって、日本国民は、米軍基地の負担義務を負うことになる。そして、その負担義務の根拠が、国民の生命、自由及び財産の安全保障を国に求める権利にあることから考える

と、日本国民は国際安全保障環境の中で、日米安保条約に基づく在日米軍により、国民の生命、自由及び財産の安全保障がされていることになるから、国民は等しく米軍基地の負担義務を負うことになる。国民の生命、自由及び財産の安全保障は国土の安全保障を基盤として存立し、存在するので、国民の等しい負担義務は、米軍基地の等しい負担義務となるのである。そして、国土の防衛であり、また「国土が現在及び将来における国民のための限られた資源であるとともに、生活及び生産を通ずる諸活動の共通の基盤であることをかんがみ」（国土利用計画法2条）ると、国土の米軍基地の負担義務は、国民の米軍基地の負担義務とパラレルに捉えられ、沖縄県土の米軍基地の負担度468倍は、沖縄県民の米軍基地の負担度は本土国民と比較して、468倍ということになる。

国土防衛負担義務に愛国心が表れるとすると、沖縄県民の愛国心を本土国民と比較すると、沖縄県民は468倍の愛国心をもち、その反面として、本土国民は、愛国心を縮減していることになる。日本国家が国民に愛国心を醸成することは困難ということになる。なぜなら、愛国心の徴表である「美しく風格のある国土」の逆である「基地の島」の沖縄県民が468倍もの愛国心をもっていることになるからである。戦後70年も米軍基地の存在により日本国の愛国心が蹂躪されてきている沖縄県民が愛国心を468倍ものもっているという現実、日本国の日本国民に対する愛国心の醸成政策は悲劇を通り越して喜劇でしかない。愛国心醸成に責任を負う国、地方公共団体は沖縄の米軍基地の縮小に責任を持つべきである。したがって、米軍基地の強化である「米軍飛行場基地」の建設を含意する辺野古沿岸域の埋立ては承認してはならない。なおさら、「美しく風格のある国土の形成」を通じて愛国心の醸成を図っている日本政府としては米軍辺野古飛行場基地建設を積極的に進めてはならないのである。

日米両軍の合わせた戦死者が20万人余という、しかも9万人余の日本軍の玉砕という熾烈を極めた1945年3月末から6月末の3か月の戦闘過

程で、沖縄県民45万人のうち沖縄本島の地上戦で12万人余が戦没者となり、生き残りの33万人余の大半が戦争経験者であり遺族でもあるという二重の戦争体験者である沖縄県民は、敗戦後も、平和条約後も、日本復帰後も、同じ規模、機能の米軍基地の中で、「基地の島」と言われる沖縄本島のなかで生活、生産しているのである。国家の「戦争する権利」の「戦争状態」が事実上70年も存続しているのである。「戦争する権利」は国民の愛国心に支えられるから、愛国心を求めない国家である場合には、沖縄の現実論理的に有り得るが、もちろんそれは主権国家ではない。「戦争する権利」は国民の愛国心により担保され、愛国心に支えられた主権国家の国土は「美しく風格のある国土」となる。日本国は国土計画の目的、理念を「美しく風格のある国土の形成」に置くから、「基地の島」の沖縄の景観は「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」であるから、沖縄本島の米軍基地の整理・縮小・廃止の方向に向かうべきで、米軍基地の機能強化である「米軍辺野古飛行場基地」の建設は日本の国家戦略の基盤の側面で進めるべきではないのである。ましてや、「埋立地ノ用途」が「米軍飛行場基地」であることは、「米軍飛行場基地」の建設の承認を含意する辺野古沿岸域の埋立てを沖縄県知事は承認すべきではない。

さらに、この468倍の米軍基地の負担義務は、次にみるように、468倍の生命、自由及び財産等の人権侵害の危険性でもある。

(3) 沖縄県民の米軍基地の維持による人権侵害の危険性

第3に、この468倍の米軍基地の負担は、米軍基地の維持に伴う沖縄県民の生命、自由及び財産等の人権侵害の危険性が468倍あるということを意味する。このように、米軍基地の維持に伴う人権侵害の危険性が本土国民より沖縄県民は468倍もの危険性の中にあることになるが、現実には米軍基地が集中している沖縄本島面積1208km²でみると、854倍となる。沖縄県民139万人（2010年）のうち128万人の県民が沖縄本島に住んでいる。国民の生命、自由及び財産の侵害の危険性は米軍基地周辺の人口密度に

よるので、米軍基地の維持に伴う沖縄県民の人権侵害の危険性は、蓋然性は近いのである。1995年の少女暴行事件、2004年の沖縄国際大学へのヘリコプター墜落事件が社会問題となるのは、このような事件の蓋然性の表れだからである。人権侵害は個人に対するものであるので、沖縄県で468倍、沖縄本島で、854倍、沖縄本島に92%の沖縄県民128万人が居住していることを考えると、沖縄本島の沖縄県民は本土国民と比較して、人権侵害の危険性は想像を超えるものである。これが、沖縄県民の米軍基地による人権侵害の危険性の中身である。前述の、第1の沖縄県民の経済活動の制約があり、第2の、国土の防衛負担義務のあまりにも不平等、この第3は、そのために、米軍基地の維持からの人権侵害の危険性が468倍、沖縄本島では854倍というのは「著しく不平等かつ不公正」である。

大田沖縄県知事が1995年、少女暴行事件を契機に米軍用地強制使用手続きの代理署名を拒否したのは、沖縄県知事としての責務であったのである。米軍基地の整理縮小により沖縄県民の人権侵害の危険性を緩和しようとしたのである。同様に、米軍辺野古飛行場基地建設を含意する辺野古沿岸域の埋立てを承認することは沖縄県民の人権侵害の容認することを含意し、知事の役目を放棄することを意味することになり、沖縄県知事であれば埋立て承認をしてはならないのである。なぜなら、知事は、普通地方公共団体の包括的事務処理権限、すなわち、当該普通地方公共団体を統括し、これを代表し（地方自治法147条）、事務を管理し、及びこれを執行する（同148条）権限をもっているからである。

（4）米軍基地攻撃による沖縄県民の人権侵害の危険性

第4に、米軍基地の存在に依る国民の生命、自由及び財産等の人権侵害の危険性は、米軍基地が沖縄本島に存在し集中することによる米軍基地への攻撃の危険性である。米軍は、第二次世界大戦、日本本土へ原子爆弾とB29による大規模空襲を展開した。原子爆弾を投下した広島14万

人、長崎7万の死者、全国530都市の空襲による死者20万3千人、その内、東京大空襲は1日で10万人余の死者を出し、東京を焼け野原にしたのである。空襲を受けた都市は、軍事基地及び軍需工場がある都市である。つまり、軍事関連都市は攻撃を受ける危険性が高いのである。日本本土の地方公共団体が米軍基地を受け入れないのは、空襲を受けた原因を知っているからである。

また、米軍基地を受け入れないのは、第二次世界大戦（日中戦争、太平洋戦争）の戦没者が310万6900人という事実である。米軍による戦没者が大半である。中国軍が相手の旧満州の戦没者は24万5400人、中国が46万5700人である。米軍による戦没者は、フィリピン51万8000人、中部太平洋27万4000人、沖縄18万6500人、ニューギニア18万人、ソロモン諸島等11万8000人、硫黄島2100人等である。これだけの同胞を戦没させた米軍を受け入れることは心情的にできないことである。森本防衛大臣が政治的に日本本土の米軍基地の新たな受け入れは難しいということの本質的意味である。日本国家は終戦したのであって敗戦ではないという国民意識である。「戦争する権利」の行使により戦争状態になり敗戦となる。そして平和条約が発効して戦争状態が終了する終戦となり、敗戦国は主権を回復するのである。

米軍基地が集中している沖縄本島は854倍もの攻撃をうける危険性が高いのである。もっとわかりやすく言えば、「先制戦争（攻撃）」にしろ、「戦争する権利」を行使すれば、まず沖縄本島が攻撃されることを意味するのである。過重負担により人権侵害の危険性も著しいので「著しい不平等かつ不公正」ということになるのである。

沖縄の辺野古の米軍基地の建設は、1999年12月に時の沖縄県知事と名護市長が辺野古基地建設を認め、そして、2013年12月27日、沖縄県知事は、辺野古新基地建設用地造成のための辺野古沿岸埋立を公有水面埋立法を根拠法規として承認したのである。日本本土の地方自治体では考え

られないことである。日本本土の地方公共団体は、沖縄県知事に感謝に胸打ち震えたことが想像できる。854倍もの危険性がある沖縄本島の攻撃の危険性を根拠に日本政府に説得されたら、断ることのできる地方公共団体は日本本土にはどこにもないからである。

したがって、沖縄県知事は、自らの権利を行使して沖縄県の米軍基地を整理縮小すべきであり、日本本土の地方自治体に米軍基地の引き受けを要請すべきではないのである。米軍基地を引き受けるか否かは、地方自治体の権利、責任だからである。

(5) 前沖縄県知事の選挙公約違反

第5は、普天間基地の県外移設の選挙公約で当選した沖縄県知事による米軍基地建設を含意する本件埋立て承認は公約違反であり、民主主義社会では正当性の否定になるので選挙公約した知事の承認は著しく適正且合理性を欠くことになる。

なぜなら、沖縄県民みずから、米軍基地の過重負担に同意している場合には、過重負担の違法性は阻却されるか、または無効は治癒される。468倍の過重負担も県民が認容すれば適法となる。安全保障は生命、自由及び財産の保障の問題だからである。民主主義国家では国民が主権者であり、国民の生命、自由及び財産の安全を保障の義務を負う国家は国民の同意により過重負担も正当化されるからである。過重負担に同意しなければ過重負担を解除する義務があり、それを無視すると自らの国家の正当性を否定することになり、国民の支持に正当性を置く国際社会から退却することになる。

しかし、米軍基地の過重負担を沖縄県民が同意する場合には、過重負担にはならない。しかも、本件埋立てを承認することは、新たな米軍基地の建設を認めることを含意し、米軍基地の過重負担も認容することを意味する。つまり、「埋立地の用途」が「米軍飛行場基地」であることの埋立て承認をすることは、新たな「米軍飛行場基地」の建設と現在の沖

縄の米軍基地の歴史的現実も承認することを含意するのである。したがって、本件埋立てを沖縄県民が承認すること又は政府の埋立てを竣功させてしまうことは、本件埋立てを認めた上で、沖縄県民の米軍基地の歴史的現実も認めることを含意しているのである。

それでは、まず、沖縄県民は、本件埋立てを承認しているのか。つまり前知事の本件埋立て承認にコミットしたのかということである。前知事が再選される知事選挙において、本件埋立て承認を選挙公約にして当選した場合には、沖縄県民は本件埋立てを承認し、「基地の島」の景観を形成している米軍基地の歴史的現実を認めたことになる。

前知事は、知事選の選挙公約として、普天間飛行場基地の県外移設を選挙公約としたが、本件埋立て承認に関しては言及していなかった。そこで、前知事は、普天間基地の県外移設を主張したのであって、本件埋立て承認の反対は選挙公約でないとして、公約違反ではないと主張した。しかし、米軍普天間飛行場の県外移設は、辺野古沿岸域埋立ての文脈においての県外移設であるため、その県外移設の選挙公約は、辺野古沿岸域埋立てによる米軍飛行場基地建設を認めないことを含意していた。つまり、沖縄県民は、本件埋立ては承認していなかったことになる。したがって、米軍基地の過重負担に関して同意していないということになる。

つまり、本件埋立ての承認を否定していたのに、承認したことになるので、本件埋立てを承認したことは選挙公約違反であり、民主主義では正当性の否定となり選挙公約した知事の承認は著しく適正且合理性を欠くことになる。

4 小結

以上から、国土の0.6%の沖縄県に米軍専用施設の73%が集中・配備されているという沖縄県の468倍の過重負担は、沖縄県民の過重負担として次のように表れる。第1に468分の1の経済活動の制約（阻害）、第2に国土防衛義務の米軍基地負担義務の468倍、第3に米軍基地維持による人

権侵害の危険性468倍、第4に、米軍基地攻撃による人権侵害の危険性468倍が沖縄県民の過重負担の内実である。そして、第5に、本件埋立てを承認した知事の知事選挙公約違反である。

以上のように沖縄県民の過重負担を沖縄県民が反対しているにも拘わらず承認することを意味する本件埋立て承認をすることは「国土の均衡ある発展」及び「国土の安全保障の均衡」の理念的観点から著しく不適正且つ不合理であり、知事の承認の法的瑕疵（違法性）は重大且つ明白で無効である。知事は、普通地方公共団体の包括的事務処理権限つまり、当該普通地方公共団体を統括し、これを代表し（地方自治法147条）、当該地方公共団体の事務を管理し、及び執行する権限（同148条）をもっているからである。

知事は、米軍基地の整理・縮小・廃止の方向に進むべきであり、辺野古沿岸域を埋立てて「米軍飛行場基地」を建設することは著しく不適正且不合理である。

IV 結論

本総括は、沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認にどのような法的瑕疵があるかを論点とするもので、その論点は、沖縄県の米軍専用施設（基地）の歴史的現実の過程に「米軍飛行場基地」の建設を認めることが「国土利用上適正且合理的ナル」か、である。沖縄県の米軍専用施設（基地）の歴史的現実が論点の核となるのは、本件「埋立地ノ用途」が「米軍飛行場基地」であるため、その埋立ての承認は「埋立地ノ用途」である「米軍飛行場基地」建設の承認を含意しているからである。この論点を国土利用の側面においてみると、国土利用の客体の「国土」、国土利用の主体の「国民」及び米軍基地という安全保障の「主権」の問題であり、国家レベルの問題ということになる。

それでは、前沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認はどのような法

的瑕疵になり、現沖縄県知事は職権取消しをすべきか、そして、本件問題の本質を規定して、結論とする。

1 どのような法的瑕疵があるか

現行法は、違法の瑕疵ある行政行為の中に、取り消しうべき瑕疵ある行政行為と無効の瑕疵ある行政行為の区別を前提にする。取消訴訟の排他的管轄に服するのは取り消しうべき瑕疵ある行政行為のみで、無効の瑕疵ある行政行為は取消訴訟の排他的管轄に服さない（宇賀・『行政法概説Ⅰ』335頁）。

無効の瑕疵の要件については重大明白説が判例、有力説である。重大明白説の、瑕疵が明白であるかどうかは、処分の外形上、客観的に誤認が一見看取しうるものであるかどうかにより決すべきであるとする外見上一見明白説をとっている。そして、外見上一見明白とは、特に権限ある国家機関の判断をまつまでもなく、何人の判断によっても、ほぼ同一の結論に到達しうる程度にあきらかであることを指すとされている（宇賀・『行政法概説Ⅰ』336頁）。

2 沖縄県知事の埋立て承認の法的瑕疵は重大かつ明白な無効

前沖縄県知事の辺野古沿岸域の埋立て承認の法的瑕疵（違法性）は重大且つ明白で無効である。何人も、戦後70年にわたり沖縄本島に米軍専用施設が約20%も占有し続けた歴史的現実のなかで、本件埋立てを承認することは、「埋立地ノ用途」の「米軍飛行場基地」を建設することを意味するので、特に権限ある国家機関の判断をまつまでもなく、何人の判断によっても、本件埋立てを承認しないからである。その法的根拠は、本件埋立て承認が埋立法4条1項1号（42条3項）の「国土利用上適正且合理的ナルコト」の承認基準に著しく反するからである。この1号要件の承認基準の解釈は、国土利用計画法2条及び10条の埋立法における表れであることから、「埋立地ノ用途」を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的ナル」かの判断となる。この判断

過程に、国土利用計画法2条・10条及び景観法1条・2条を根拠に、沖縄県の米軍専用施設（基地）の歴史的現実を判断要素として、本件埋立て承認の法的瑕疵は重大且つ明白で無効と判断するものである。この判断根拠は以下の二つの側面での9点の事実である。

まず、戦後70年にわたり米軍専用施設が沖縄本島の約20%（現在18%）を占有する歴史的現実である「基地の島」の景観の形成の側面において。

第1は、沖縄本島の「基地の島」の景観は「太平洋戦争の日本国の敗戦の姿」であり、平和条約の発効及び沖縄返還の下では、「良好でない景観」であること。

第2に、埋立て予定区域の辺野古沿岸海域は沖縄特有の「観光資源」として「良好な景観」を創出すべきこと。

第3に、軍事戦略上、「中国の弾道ミサイル能力向上」による、沖縄本島の米軍基地の固定化（集中）の脆弱性理論のジョセフ・ナイの主張。

第4に、沖縄本島に米軍専用施設の75%を占める海兵隊のグアム移転を合理的とする国防総省の軍事戦略。

次に、沖縄県に米軍専用施設の73%が集中するという沖縄県民の過重負担の現実は、国土（37万7960km²）の0.6%の沖縄県（2276km²）の米軍専用施設の面積当たりに負担度（米軍基地の密度）が沖縄県は468倍であること。この米軍専用施設の468倍の過重負担は沖縄県民に次のような形で現れること。

第1に、米軍専用施設の負担度が468倍であることは生活及び生産に通ずる共通の基盤である国土・県土・土地利用効果が468分の1となり、沖縄県民の経済活動を制約（阻害）し「著しく不公平」であること。

第2に、米軍専用施設の468倍の過重負担は、等しくあるべく国民の国土防衛負担義務である米軍専用施設負担義務を沖縄県民は468倍も果たし、「著しく不平等」であること。

第3に、米軍専用施設の468倍の過重負担は、米軍専用施設の維持（人

的・物的）からの沖縄県民の生命、自由及び財産等の人権侵害の危険性が468倍（県民の92%の128万人の居住する沖縄本島（1208km²）では854倍）となり、「著しく不平等かつ不公正」であること。

第4に、米軍専用施設の468倍の過重負担は、米軍専用施設に対する攻撃による沖縄県民の人権侵害の危険性が468倍（沖縄本島在住の沖縄県民128万人の危険度854倍）となり、「著しく不平等かつ不公正」であること。

第5は、普天間基地の県外移設の選挙公約で当選した沖縄県知事による米軍基地建設を含意する本件埋立て承認は公約違反になること。

たしかに、一般的には、知事の埋立て承認の裁量過程に判断対象とすべき考慮要素が入っていない場合には、裁量権逸脱・濫用の違法性の判断と結びつき易くなる。沖縄県知事の本件埋立て承認にあたって1号要件の判断要素（要考慮要素）として、戦後70年にわたり沖縄本島の約20%（現在18%）を米軍専用施設が占有し続けている歴史的現実、国土の0.6%の沖縄県に米軍専用施設の73%が配備されている歴史的現実を、「埋立地ノ用途」を「国土の均衡ある発展」の理念的観点から「国土利用上適正且合理的アル」かの判断要素（要考慮事項）とせず承認の判断をしているとすれば、それは「判断過程の統制」（裁量過程統制型審査）により、裁量権逸脱・濫用の違法性の争点となる。

しかし、戦後70年にわたり沖縄本島の約20%を米軍専用施設が占有し続けている歴史的現実、国土の0.6%の沖縄県に米軍専用施設の73%が配備されている歴史的現実、沖縄県の米軍基地対策の前提事実とされ、沖縄県の国土計画、地域形成計画の制約条件であったことを踏まえると、「埋立地ノ用途」として「米軍飛行場基地」が指定されていることは、埋立て承認がその「米軍飛行場基地」の建設の承認を含意することは当然認識しているはずであり、1号要件の承認基準の判断において、沖縄県の米軍専用施設の歴史的現実を判断要素としないとすれば、それ自体で、重大かつ明白な法的瑕疵（違法性）となり無効と判断せざるを得ないの

である。いずれにせよ、前沖縄県知事の「米軍飛行場基地」建設の承認を含意する辺野古沿岸域の埋立て承認の法的瑕疵（違法性）は重大かつ明白で無効である。

3 前知事の無効な承認に対する現知事の職権取消

沖縄県知事の辺野古沿岸域埋立て承認は、米軍基地建設に反対か否かの観点を含みながら、その本質は、沖縄県の地域形成計画において、辺野古沿岸域を埋立てて「米軍飛行場基地」を建設することが、沖縄県の歴史的現実とそれを踏まえた沖縄県の地域形成計画の未来を見据えた上で、新たに「米軍飛行場基地」の建設を認めることが、沖縄県の未来を切り開くことになるか否かの観点から判断すべきことである。したがって、最終的には、沖縄県民の代表である知事の埋立て承認又は不承認（職権取消）は、沖縄県民の選択を意味し、沖縄県民は、この知事の判断に責任をもつことになる。まさに、日本国憲法秩序の中での沖縄県民の自己決定権の象徴としての知事の職権取消しということになる。

そして、2014年11月16日の沖縄県知事選挙で、普天間基地辺野古移設賛成か否かが争点となり、辺野古移設反対の翁長雄志候補36万820票（51.8%）、辺野古移設賛成の現職・仲井間弘多候補26万1076票、県民投票で決定するという下地幹郎候補6万9447票、埋立て承認取消・撤回の喜納昌吉候補7821票の結果となる。辺野古移設の反対は、日本の法治主義の下では、知事の職権取消しにより選挙公約が実行されることになる。

職権取消しは、行政行為を行ったのちに、当該行政行為が違法であったことを行政庁が認識し、職権で当該行政行為の効力を失わせる行政行為である。米軍普天間飛行場基地の辺野古移設反対で沖縄県知事となった翁長雄志知事は、埋立て承認の職権取消をしなければならない。なぜなら、前沖縄県知事の本件埋立て承認の法的瑕疵（違法性）は重大かつ明白で無効だからである。「違法になされた行政行為の取消しは、法律による行政の原理の要請するところであって、取消しを認める明文の規定

がなくても一般的には可能であり、かつ原則としては取消すをすべき」(宇賀・『行政法概説 I』359 頁) だからである。

4 米軍普天間飛行場の辺野古移設問題の本質

このような沖縄県の米軍基地の歴史的現実のなかで、普天間飛行場基地の代替施設として「米軍飛行場基地」を建設することは、沖縄県の米軍基地の歴史的現実からみると、普天間飛行場基地の廃止を超えて沖縄米軍基地の強化となり、沖縄本島の米軍基地の固定化を意味する。「基地の島」の沖縄にとっては「基地の島」の永続化を意味し、この戦後 70 年にわたる沖縄の米軍基地の存続の思想を克服することではなく持続することを意味する。日本国家にとって敗戦の永続化であり沖縄にとっては被植民地意識の継続を意味するのである。米国にとっては、そのことを自覚した上での米軍辺野古飛行場基地建設なのであり、軍事戦略の問題ではなく、国家レベルの政治戦略であると考えられるのである。

要するに、米軍普天間飛行場基地の辺野古沿岸域への移設問題の本質は、日本国にとっては「太平洋戦争の敗戦の姿」の太平洋戦争の玉砕の地・沖縄本島の「基地の島」の景観を、主権国家として「美しく風格ある国土の形成」に転化すべきかの問題であり、沖縄県民にとっては「恐怖と欠乏」(被植民地意識・戦争状態意識)からの脱却の民主主義(自己決定権)と民主主義体制の中での民主主義の二重の民主主義の問題となっているのである。

—了—