

近代収用法理論の成立

—— 江木衷と一木喜徳郎 ——

橋本誠一

- 一 はじめに
- 二 江木衷「公用土地買上規則ヲ論ス」
- 三 一木喜徳郎「公用徴収法大意」
むすび

一 はじめに

美濃部達吉は、その著『公用収用法原理』^①において、一木喜徳郎の論文「公用徴収法大意」(一八九六年)こそが我が国における公用収用法に関する最初の学問的研究であると評価している。^②しかし、一木論文に先立つ一八八五(明治一八)年には江木衷の論文「公用土地買上規則ヲ論ス」^③が発表されている。管見の限りで、これが日本で最初の収用法に関する学問的論文である。ただ、惜しむらくは未完である。完結した研究論文としては、一木

論文が最初のものであり、その意味で美濃部の指摘は妥当性を失うものではない。

未完に終わっているものの、江木論文は、一木論文と比較して無視しえない内容を有するものである。いうまでもなく、江木論文が書かれたのは一八七五(明治八)年公用土地買上規則^④が妥当する時代であるとともに、自由民権運動の時代である。周知のように、自由民権運動のなかで多くの私擬憲法草案が作られている。それらを見ると、権利章典を有する憲法草案のほとんどが所有権制限の問題として収用の問題に言及している。明治一〇年代は、社会的なレベルで所有権制限^⑤収用論^⑥に対する関心の高まりが見られた時代であるといえよう。このような明治一〇年代の社会的状況が、江木論文の背景にあることに留意する必要がある。

他方、一木喜徳郎「公用徴収法大意」^⑦は、完結したものとしては我が国で最初の学問的研究であるとともに、次代の収用法理論

の基礎となったものである。この一木論文の背景には、大日本帝国憲法と土地収用法の成立(ともに一八八九年)がある。そして民法典の編纂がある。時代はもはや明治二〇年代である。

本稿では、異なる時代背景のもとで書かれた二つの論文を比較・検討しつつ、特に次代の収用法論の出発点となった一木理論の特徴を明らかにすることを課題とする。そのような分析を通じて、近代日本の収用法理論の出発点ないし基礎とはどのようなものであったのかを考えてみたい。

ただ、本稿はこの課題に答えるには極めて不十分なものであることを最初にお断わりしておかなければならない。特に明治二〇年代に幾つか出された行政法のテキストあるいは土地収用法の注釈書等ここでは一切取り上げず、専ら分析対象を江木衷と一木喜徳郎に限定している。さらに彼らの法学理論全体のなかでの収用法理論の位置付けも行っていない。例えば、一木の収用法理論の分析・評価に当たっては特に『日本法令予算論』との理論的関連を無視することはできないにもかかわらず、それは本稿の分析課題となっていない。このように本稿では多くの課題が積み残しのままになっている。これは全く筆者の準備不足のゆえである。このような不十分さと残された課題の多さのゆえに本稿を研究ノートとした次第である。

二 江木衷「公用土地買上規則ヲ論ス」

江木衷「公用土地買上規則ヲ論ス」(一八八五年)は、未完に終わっているものの、管見の限りで公用収用法に関する我が国で初めての本格的な行政法学の論文である。彼の収用法理論は既にドイツ行政法学の影響を色濃く受けている。しかしのちに見る一木喜徳郎の収用法理論と比較するとき、同じくドイツ行政法学を理論的基礎に据えてはいるものの、両者の隔たりは無視しえないものがあるように思われる。そこで、まず本章では江木衷の収用法理論の概要を紹介していきたい。

1 「エクスプロプリアシヨンの性質」

(1) エクスプロプリアシヨンの存在根拠

江木は、エクスプロプリアシヨンの存在根拠について次のように論じている。即ち、

国家者、単ニ民人私益ノ保護増進ヲ事トスルノミナラス、専ラ人民ノ公益即チ公同ノ利益ヲ保護増進スルコトヲ務メサルヘカラサルハ喋々ノ弁ヲ待タスシテ国家ノ本性タルヲ知ルヘシ、然レトモ公私往々其ノ利害ヲ異ニスルコトアルカ故ニ公権ヲ以テ私権ヲ制限スルノ必要ナルニ至ルヘシ、エクスプロプリアシヨノノ権ノ如キハ即チ此ノ制限内ニ包含セラルヘキモノニシテ公益ノ必要ニ出ル者タリ(傍線、読点は橋本。特に断わらない限

り、以下同じ。)

国家は、「私人私益」(個人の私的利益)とともに「人民ノ公益即ち公共ノ利益」(社会全体の公的利益)の保護増進をはかるものであるが、同時に個人の私益と社会全体の公益とが対立する場合には、その公権をもって個人の私権を制限しなければならぬ。エキスパロプリアシオンはこのような公益の必要から生じたものであるという。ここでは、個人―社会―国家の概念が明確に峻別されていることに注意しておきたい(個人―社会―国家の三分論^②)。公益の担い手は「人民」つまり人の集合体たる社会である。国家はいわば個人と社会との間の利害対立を調停するものとして観念されている。

(2)エキスパロプリアシオンの定義

そのうえで、江木はエキスパロプリアシオンの概念を次のように定義する。

エキスパロプリアシオンハ、自由ニ万般ノ利害得失ヲ考察シタル後、充分ノ報酬ヲ以テ、公同ノ利益ニ必要ナル事業ヲ成サンガ為メニ、永遠又ハ一時私人所有ノ不動産若クハ不動産ノ権利ヲ放棄若クハ減縮セシムル国家ノ行政作用ナリ^③

そして、この定義を次の六点到わたってより細かく分析する。

①「行政作用」 エキスパロプリアシオンは行政作用であるから、「売買即ち私人相互ノ間ニ成リタル承諾ノ結果ニアラス」。それ故「公益ノ為メニハ人民ノ承諾ヲ待タスシテ強テ之レヲ行ハシムルコトヲ要ス」。また人民に給付されるのは「単ニ報酬」であつ

て、売買代価ではないとする^④。

②「不動産若クハ不動産」 エキスパロプリアシオンの客體(目的物)となる財産は不動産と不動産を問わない。

③「公益ニ必要ナル事業」 ここでは、「公益(Public interest)と「公用」(Public use)との區別について、次のように論じている。即ち、

エキスパロプリアシオンノ作用ヲ行フニハ公益ノ何物タルヲ問ヒ公用ノ何物タルヲ問フコトナシ、之レヲ詳言スレハ益即チ利益ハ公ナルヲ要ス。レトモ其ノ使用即チ用ニ至リテハ公ナルヲ要セス^⑤

つまり、エキスパロプリアシオンの行使に当たっては「其ノ利益ハ公同公衆ノ為メ」(公益目的)のものであることを要するのであつて、必ずしも「公同公衆ナル一般ノ社会民人」が直接使用する(公用)ことは必要ではない。

④「公益」 既に江木は、公益とは人の集合体たる社会の利益であると述べている。次いでここでは、それを踏まえ、次のように指摘する。即ち、

公益ハ即チ一般公同ノ利害幸福ノ意ニシテ必スシモ国家ノ利益ナルニアラス、世人往々公同ト国家ト即チ官ト公トヲ混同シテ国家即チ政府ノ事業ト雖トモ、尽ク之ニエキスパロプリアシオンノ規則ヲ適用セントスル者アリ、誤謬ノ甚シキ者ト云フヘシ^⑥ 江木のいう公益とは社会全体の利益(「一般公同ノ利害幸福」)であつて、決して国家の利益でない。彼は、国家と社会の

分離という理論的前提にたつて社会の利益と国家の利益とを概念的に混同する誤りを批判している。彼にあっては、国家の利益がそのまま公益を意味するものではない。公益とは先ず何よりも社会全体の利益なのである。

⑤「自由ノ考察」公益事業のためにエキスパロプリアーションを行使しようとするときには、「自由ニ其ノ利害ヲ考察」すること（あるいは事前の「自由ナル判定」）が必要である。この点が、エキスパロプリアーションと国家緊急権との相違点であるとされている。

⑥エキスパロプリアーションは「私人ノ財産ヲ制限スル行政作用」であり、「社会ノ進歩又ハ経済上政略上等ヨリ一般ノ財産法ニ關スル立法上ノ改革」と混同してはならない。つまりエキスパロプリアーションは「特別臨時ノ場合ニ於キテ私人ノ権利ヲ制限スル者ナルカ故ニ臨機ノ行政作用」に属するが、法律の改革は「一般法律ノ變革」であるという。

2 公益の認定

(1) エキスパロプリアーションの濫用の危険性

江木は、エキスパロプリアーションの「権利」は「一タヒ之レヲ濫用セバ、忽チ財産所有ノ権利ヲ亡滅シ社会ノ根柢ヲ転覆スルニ足ルベキ者」であるとして、その濫用が財産所有権を「亡滅」せしめるに至るといふ危険性を指摘する。そしてこの観点からエキスパロプリアーションの行使に当たつて、公益の内容の確定こそが

「學術上ニ於キテモ實際上ニ於キテモ最モ必須ニシテ欠クベカラザル者」であることを強調する。

(2) 公益内容の明確化

それでは、江木は、収用の目的たる公益の内容をいかにして認定しようというのか。この点に關して、彼は英仏の立法状況を俯瞰したうえで、列挙主義を支持して次のように述べている。

斯ク英仏二國ニ於キテハ一事業ノ果シテ公益ナルヤ否ヤハ行政官衙又ハ議會ノ專決ニ任スト雖、予メ其ノ標準ヲ定メテエキスパロプリアーションノ作用ヲ施シ得ベキ場合ヲ明カニシ、此ノ標準ヲ根柢トシテ時ニ臨ンテ之レヲ判断スルヲ以テ安全ニシテ且ツエキスパロプリアーションノ本性ニ適シタル者ト云ハザルヲ得ズ。

要するに、公益認定を行政府又は立法院の専決に委ねるよりも、事前に認定基準を明示し、それに基づいて認定するほうが所有権保護の観点から「安全」であるという。

三 一木喜徳郎「公用徴収法大意」

既に述べたように一木喜徳郎「公用徴収法大意」（一九〇六年）は、完結したものとしては「我が国で公にせられた此の問題（収用——橋本注）に付いての最初の学問的研究」（美濃部達吉）である。

改めて言うまでもなく、江木衷論文が公表されて以後一木論文

の出現に至るまでに、大日本帝国憲法と土地収用法の成立（一八八九年）をみている。これらの出来事を経て確立された一木喜徳郎の収用法理論は、先の江木理論と比較して如何なる特徴を有するものであるのか。一木喜徳郎「公用徴収法大意」を概観するなかで、この課題に迫ることが本章の課題である。

1 「公用徴収」の定義

最初に、一木は「公用徴収」を定義して次のように言ふ。即ち、公用徴収トハ、国家ノ命令ニ由リ、公益ノ為ニ必要アル場合ニ於テ特定ノ物ニ対スル所有権又ハ其他ノ物権ヲ徴収シテ、之ヲ国家若ハ第三者ニ移シ、又ハ其物ニ対シテ国家若ハ第三者ノ為ニ物権ヲ設定スル処分ナリ²⁷。

一木はさらにこの定義を次の五点にわたって説明する。

①「公用徴収ハ国家ノ命令権ノ作用ナリ」 公用徴収は国家の「命令権」の作用である。それ故公用徴収は、公法に属し私法に属するものではない。公用徴収は徴収者と被徴収者との合意に基づくものでなく、私法上の法律行為の法則によっては説明することのできないものであるとして、ラーバントを参照しつつ強制売買説を斥けている。

②「公用徴収ハ処分ナリ」 公用徴収は「処分」である。それ故国家が「其命令権ニ基キテ発シタル法規ニ由リ、一般ニ或ル種類ノ私権ヲ廃シ又ハ制限スル」場合（法規命令の制定）とは異なる。後者の場合、必ずしも権利の廃止又は制限に対して賠償を与える

必要はない。なぜなら「抑モ権利ハ法規ノ範囲内ニ於テ存在ス」るものであり、それ故「法規ノ変更ニ由テ権利ヲ廃スルハ固ヨリ権利ヲ侵シタルモノニ非ス」とされるからである。これに対して公用徴収は命令権の作用であるという点ではそれと同様であるが、賠償を要する点で異なる（後述）。

③「公用徴収ハ所有権又ハ物権ヲ国家若クハ第三者ニ移シ、又ハ国家若クハ第三者ノ為メ物権ヲ設定スルモノナリ」 公用徴収の法的効果は、国家もしくは第三者への所有権若しくは物権の移転、又は物権の設定である。従つて、例えば「獣疫ノ伝播ヲ防クカ為患畜ヲ横殺スル」ような警察権の行使は、権利の移転という法的効果を生じないが故に公用徴収と区別される。

④「公用徴収トハ特種ノ物ニ対スル所有権其他ノ物権ヲ徴収スルモノナリ」 この点に関する説明は必ずしも明快ではないように思われるが、述べられている論点は、次の二つに整理できよう。

第一に、公用徴収によつて徴収されるのは、「其現形ノ俣公用ニ供スルモノ」である。これに対して租税として徴収されるのは「公用ニ供スヘキ物件等（特に貨幣——橋本注）ニ変形シテ始メテ公用ニ供セラルヽモノ」である。その意味で、公用徴収は、目的物の特定性を有している。

第二に、目的物の特定性から公用徴収における賠償（損失補償）の原則が引き出される。即ち、公用徴収は、徴収する物件を「其原形ノ俣公用ニ供スル」ために徴収するのであって、租税のように「其価格ニ当ル財産ヲ徴収スル」ことを目的とするものではない

い。それ故公用徴収では、賠償を与えて被徴収者の財産の総額を減少させないようにすることを通則とする。

⑤「公用徴収ハ一定ノ要件備ハリタル場合ニ於テ法ノ予期スル所ノ処分ナリ」 公用徴収は一定の要件が備われば実行される処分であり、その点で国家緊急権とは異なる。

2 公用徴収権の存在根拠

(1) 通説批判

一木は、公用徴収権の根拠に関する「最モ普通ノ説明」は、私人の権利と国家の権利との対立・抵触を前提としたうえで「私ノ利益ハ常ニ公ノ利益ニ讓ラサルヘカラス」とする見解であるとして、これを次のように批判する。即ち、

抑モ所有権ハ私法上ノ権利ナリ、公法上ノ権利ニ非ス、私人ト私人トノ間ニ存在スル権利ナリ、国家ト私人トノ間ニ存在スル権利ニ非ス、故ニ国家カ公益ノ為之ヲ徴収セントスルトキハ私人ハ所有権ヲ以テ之ニ對抗スルコトヲ得ス、国家ト私人トノ間ニ毫モ権利ノ衝突アルコトナシ（Rosin polizeiverordnungsgesetz s. 86, Bornhak preuss. Staatsrecht s. 292）⁹ 猶ホ何ソ権利ノ優劣ヲ論スルノ要アランヤ¹⁰

要するに、一木は、ボルンハック等によりつつ、所有権は私法上の権利であって「国家ト私人トノ間ニ存在スル権利」（公法上の権利）ではない。従って、国家の命令権の作用である公用徴収において、私人は私法上の権利である所有権をもってこれに対抗

することはできないとする¹¹。そもそも国家と個人との間には衝突すべき権利が存在しないというのである。

(2) 公用徴収権の存在根拠

一木が批判の対象とする通説的見解は、江木のものでもあった。既に見たように江木は個人の私益と社会全体の公益が対立した場合には国家が公権をもって私権を制限するという、その国家の調停機能をもちて収用（江木のいうエクスプロリアション）の存在根拠としていた。一木はこの説明を採らないという。それでは、公用徴収権は何を根拠として存在することになるのか。一木はそれを次のように説明する。即ち、

公用徴収権ノ根拠ハ極メテ單純ナリ、国家ハ統治権ノ主体ニシテ其自ラ限ラサル限ハ臣民ニ対シテ無限ノ命令権ヲ有ス、而シテ国家ハ私人ノ所有権ヲ認ムルモ是臺モ国家ノ命令権ヲ制限スルモノニ非サルカ故ニ国家ハ必要ト認ムル場合ニ於テ所有権ヲ徴収スルヲ妨ケラルヽコトナシ、之ヲ要スルニ公用徴収権ノ根拠ハ命令権ニ在リ、而シテ公用徴収権ノ存在スル所以ハ国家カ広ク臣民ニ対シテ命令権ヲ有スル所以ノ理ト異ナルコトナク、特ニ公用徴収ニ関シテ之ヲ論スルヲ得ス又之ヲ論スルヲ要セサルナリ¹²

国家は統治権の主体として臣民に対して無制限の命令権を有し、それは所有権によっても制限されるものではない。従って国家は自ら必要と認める場合には、その命令権に基づいて臣民の所有権を公用徴収することができる。これを要するに公用徴収権の根拠

は、国家の命令権にあるという(以下、この命題を便宜的に「公用徴収」命令権根拠」論と表記する)。

このような命題から、次のような結論が導き出されるのは、理論上必然である。即ち、

公用徴収権ハ民法上ノ權利ト抵触スルモノニ非サルカ故ニ、他ニ特別ノ規定ナキ以上ハ必スシモ法律ヲ以テ之ヲ定ムルコトヲ要セサルノ理ナリ

所有権の法律による制限(法治主義)は、公用徴収権にとつて本質的要素ではないという。理論上、収用は行政権の専権に属するものであって、立法府の関与するところではないのである。行政権優位の法理論たることは明白である。

3 公用徴収権の主体と客体

(1) 公用徴収権の主体

公用徴収権の主体は国家若しくは国家及び地方団体に限るか、それとも会社その他私人も公用徴収権の主体たりうるかという問題について、一木は次のように論じている。公用徴収権の主体は国家に限られる。なぜなら、そもそも公用徴収とは命令権による処分であり、公益の認定・公用徴収の裁決(国により) 公用徴収の執行の三段階はともにみな国家機関が執行する。起業者は直接所有者に対して所有権の移転を要求することはできず、単に当該処分を国家に対して要求しうるに過ぎない。つまり起業者が所有権を取得するのは、所有者に対する権利関係によるのではなく

直接に国家の命令によるのである。換言すれば、公用徴収は所有権を移転する処分であり、起業者はその処分の結果として所有権を取得するに過ぎないのである。従つて、会社私人は公用徴収権の主体たりえず、国家が独り公用徴収権の主体なのである。

(2) 公用徴収権の客体

公用徴収の客体(目的物)となる権利は、所有権その他の物権である。特許権のような所有権類似の性質を有するものも徴収することができる。物では、不動産及び動産とともに公用徴収の客体となる。

徴収されるべき物件を決定する方法について次のように述べている。フランス法は裁判所をして公用徴収の裁決を執行させているが、これは所有権不可侵の保障を確くする目的に出た便宜的な規定に過ぎない。公用徴収の本来の性質からすれば、公用徴収の裁決は権利を設定する行政処分であり、また土地の必要不必要は絶対のものではなく結局利害の大小に帰するものであるので、裁判所の判決に適當する問題ではない。それ故公用徴収の裁決はこれを行政機関に委任することがその本来の性質に適合したものであるという。

4 公益の認定

公用徴収は公益のためにする事業であることを要する。一木によれば、当該事業が果して公益のためにするものであるか否かは

事実の問題であつて、当該機関の認定によるほかはない。それ故に彼は、「如何ナル機関カ之(公益——橋本注)ヲ認定スルノ權ヲ有スルヤハ公用徵收法ニ於テ最モ重要ナル一点」であるとの認識を示している。この点に関する彼の具体的な議論の展開は次のようなものである。

まず、公益認定基準の立法形式について、一般法を持たず個別事業ごとに公用徵收法を設ける場合、列挙主義、概括(包括)主義の三つの制度を示し、概括主義を採用するのが「一般ノ趨勢」であるとする。この点で、江木理論との対照は注目される。江木は、公用徵收(江木のいうエキस्पリアアション)の濫用、所有權侵害を抑止するという観点から列挙主義を支持したが、一木にこのような所有權保護の観点を認めることは困難である。

次に公益を認定する機関について、これも行政機関専任、立法機関専任、立法機関と行政機関の分担という三つの制度を示しつつ、公用徵收の本来の性質(要するに「公用徵收ニ命令權根拠」論)からすれば、公益の認定は行政行為であり必ずしも立法手続による必要はないという。

5 「公用徵收」請求權

残地収用については、英仏の法と独法との対立がある。前者は残地が一定面積以下となつた場合などの形式要件を満たせば全部の徵收を請求する權利を所有者に認めている。これに対して後者は、単に「従前ノ方法ニ依リ残余ノ土地ヲ適當ニ使用スルコト能

ハサル場合ニ全部ノ徵收ヲ要求スルコトヲ得ル」との規定を設けるに留め、実体的な判断は当該官庁の認定に委ねている。この点につき、一木は法律により形式要件を定めることの不当性を主張し、むしろ独法のように行政權の裁量に委ねることこそが「事宜ニ適スルモノ」であるとする。

6 「賠償」(損失補償)

(1) 賠償義務の由来

繰り返して述べてきたように、一木によれば公用徵收は國家の命令權に基づく処分である。一木の命令論を公用徵收論において徹底するならば、國家は臣民に対して無制限の命令權を有するのであるから、國家は賠償を与えずに臣民の所有權を徵收することも理論上は可能である。現に、一木は、法規命令によつて權利を廃止・制限する場合には必ずしも補償を必要としないと述べている。しかし実際には、一木理論においても賠償は公用徵收の本質的な要素として認められている。それでは、何故に賠償は公用徵收の本質的要素とされるのであろうか。一木は、それを次のように説明している。即ち、

公用徵收ハ公益ノ為必要ナル処分ナリ、而シテ公益ノ為必要ナルハ一定ノ形ヲ有スル物件ヲ徵收スルニ在リテ其物件ノ價格ニ当ル財産ヲ徵收スルニ在ラサルヲ以テ、公用徵收ハ単ニ財産ノ形状ヲ變更スルニ止リ其總額ヲ減少セサルヲ要ス、故ニ國家ハ賠償ヲ与ヘズシテ所有權ヲ徵收スルコトヲ得サルニ非スト雖ト

モ、此ノ如キノ処分ハ舊ニ財産ノ形ヲ變更スルノミナラス又財産ノ総額ヲ減少スルモノニシテ公用徴収ノ性質ニ幾分租税ノ性質ヲ兼ヌルモノト謂フヘシ、公用徴収ノ本来ノ性質ヨリ論スレハ賠償ヲ与フルハ当然ノ事實ナリト謂ハサルヘカラス

要するに、公用徴収は公益のために「一定ノ形ヲ有スル物件」を徴収し、当該物件の形状の変更を行うものであって、その財産の価値を減少させないことを要する。財産的価値を減少させさなければ、国家は賠償を与えずに徴収することができないわけではない。しかし、このような場合には財産的価値の減少を伴うものであって、その意味で「賠償ヲ与フルハ当然ノ事實」であるという。

(2) 賠償額の算定と算定基準時

公用徴収は一定の形を有する財産を徴収するものであって、財産の総額を減少させるものではない。それ故被徴収者に対する賠償はその財産の総額をして公用徴収の前後において同等となることを目途とすべきである。従つて、賠償額は、「徴収ノ前ト後トニ於ケル財産総額ノ差異」（財産総額の減少分）に相当するものでなければならぬという。

徴収された土地又は残地の価格は、徴収当時における価格を基準とする。しかし、公用徴収を予期し又は公用徴収の原因たる工事を予期して昇降したる価格は賠償の基礎とすることはできない。つまり賠償金額の決定は始より工事なしと仮想して行わなければならないとする。

近代取用法理論の成立

(3) 残地の増価と賠償との相殺（起業利益と損失補償との相殺）

場合により公用徴収を要した事業により生ずべき利益のために残地は却つてその価格を増すことがある。残地における起業利益の発生である。この場合、損失補償の算定において残地の増価分を考慮してよいか否かという問題がある。一木は、現行法（明治二二年土地収用法）はこの点について明文の規定を有していないので、残地の増価分（起業利益）と賠償（損失補償）の全部とを相殺すること、つまり全部相殺はできないとする。

しかし残地の価格減少に対する賠償（残地補償）の算定では、たとえ明文の規定がなくても残地の増価分（起業利益）と相殺することができる、即ち一部相殺は認められるという。

(4) 賠償の手續

如何なる機関が賠償の裁決を行うかという点について、諸外国には三種の制度がある。裁判所が裁決権を有するもの、特別の陪審員による裁決、行政官庁が裁決権を有するものである。一木は、第三の制度を支持して次のように述べている。

賠償金額ノ決定ハ、既存ノ權利ヲ認定スルモノニ非スシテ新ニ權利ヲ設定スル行政処分ナレハ、本来ノ性質ヨリ論スルトキハ寧ロ行政官庁ニ屬スヘキモノナリ

7 公用徴収に対する「救正」（救済手續）

公用徴収をめぐる紛争は司法裁判所において「救正」（救済）されるのか。この問題について、一木は次のような見解を示し

ている。即ち、フランスのように公用徴収裁決権を裁判所に与えている国では、司法裁判に救正を求めうるのはいうまでもない。しかし、公用徴収裁決は一つの行政処分であり、これに対する不服は本来司法裁判所に提起すべきものではない。それ故徴収裁決権を行政庁に与えている国(プロイセン、日本等)では、裁決に對してただ行政法上の救正手段があるのみであるという。

さらに、賠償金額の裁決に対する不服者は司法裁判所に訴することが許されるのかという問題については次のように述べている。即ち、諸国の法は一致して出訴を認めている。しかし、これも公用徴収の本質的な原則であるというわけではない。なぜなら、一旦決定した賠償金額を起業者から受け取るのは一つの私権であるけれども、この金額を決定する行為そのものは一つの行政処分である。公用徴収裁決が起業者に所有権を与えるのと同様に、賠償の裁決は現実の要償権を設定するものであって、二者相まって公用徴収処分をなすものである。それ故賠償金に対する不服について裁判所に出訴することを許すという原則は必ずしも公用徴収にとつて不動の原則というわけではないのであるという。

むすび

最後に、江木衷と比較しつつ、一木喜徳郎の収用法理論の特徴をまとめてみたい。

①江木衷の収用法理論の特徴は、まずその理論的基礎として個人

と社会と国家の三つを峻別しているところにある(個人―社会―国家の三分論)。社会とは「人民」「共同公衆」つまり人の集合体である。他方、国家は、個人の利益とともに社会全体の利益(公益)を保護することを自らの役割とする。そして社会の利益(公益)と個人の利益(私益)とが対立する場合には、国家は公権をもって個人の利益を制限することができるという。しかし、この場合社会の利益(公益)は必ずしも国家の利益と一致するものではないということが繰り返し強調されている。

②このことと関連して、社会の利益(公益)を認定し、それを実現するものが社会とは概念上区別される国家であることから、国家による収用権の濫用の危険、その結果としての所有権の「亡滅」の危険が危惧されている。このような危惧の存在は、反面からいえば、江木衷の所有権保護の觀念の強さを示すものといえよう。そこで彼は、このような国家公権による濫用を防ぐ手段として公益内容を限定的に列挙して立法化するという列挙主義の採用を主張したのである。

このような江木衷理論と比較するとき、一木理論の特徴は顕著なものがある。

①まず、一木の理論に江木理論のような個人―社会―国家の三分論を見て取ることが困難である。むしろ、一木は個人―国家の二分論に立っているというべきである。それは例えば、次のような叙述によって窺うことができる。

国家ノ利益ト個人ノ利益ト両々併存シテ各適當ノ限界ヲ守リ、

国家ハ独り個人ノ權利ヲ保護スルヲ目的トスルノミナラス、各種ノ設置ニ由リ国家及臣民ノ幸福ヲ増進スルノ天職ヲ有スル⁶⁰

そもそもここには、社会の概念が存在していない。あるのは、個人と国家、個人の利益と国家の利益である。江木は、三分論に依拠することによって社会の利益と国家の利益とを概念的に明確に區別し、それゆゑ国家の利益が必ずしも社会全体の利益(公益)と一致するものではないことを指摘することができた。しかし、これに対して一木は、二分論の理論的帰結として、「国家による公益概念の独占」、あるいは「国家利益≡公益」という考えに立ち至らざるをえない⁶¹。

②この二分論の枠組のなかで、国家は統治権の主体として個人に対して無制限の命令権を有する。この公法秩序の下では、所有権の存在も何ら国家の命令権を制約するものではないという。個人は国家に対抗し得べき権利を有していない。原理的には、個人は国家に対して服従すべき存在でしかないのである。しかも、ここという国家とは「命令権」の主体即ち行政権力であることが前提とされているのは自明である。

③「公用徴収」(収用)の存在を根拠づけるのは、専ら国家の「命令権」である(「公用徴収≡命令権根拠」論)。法律にその根拠を置くものではない。帝国憲法二七条の規定にもかかわらず、理論上は法治主義の要件は不可欠のものとされていないのである。④この「公用徴収≡命令権根拠」論を前提として、一木は、公益

認定、収用裁決、救済手続等を行う機関を専ら行政権に限り、立法府や司法府の関与を排除する。そして他方で、行政権の自由な裁量を重視するのである。

⑤要するに、一木の収用法理論は、収用権を行政権の専権として他の国家機関(立法府、司法府)の関与を排除し、行政権の自由な裁量を重視する。そして、個人に対しては国家に対抗しうる権利の存在を認めない。その意味で、すぐれて行政権優位の収用法理論である。この一木の収用法理論を特徴づけるならば、「法律実証主義」と表現することができよう。同じくドイツ法の影響を受けた江木理論にこの「法律実証主義」を見て取ることは困難である。それは、江木が所有権保護を彼の収用法理論の一つの理論的課題としていたことからも明らかである。かくして一木理論の歴史的意義は、まさに次のようなものとして日本の近代収用法理論を成立させ、その基礎を形作ったところにあるといえよう。即ち、一方における行政権の優位、他方における個人の所有権(財産権)の軽視。その理論的基礎としての「法律実証主義」。これが日本の近代収用法理論の出発点である。

注

(1)美濃部達吉『公用収用法原理』有斐閣、一九三六年、復刻版一九八七年。

(2)一木喜徳郎に關しては、特に次の文献を参照した。鈴木安蔵『日本憲法学の生誕と発展』(初版一九三四年、改訂版・法

律文化社、一九六六年、六四〇六六、二二五頁)、同『日本憲法学史研究』(勁草書房、一九七五年、一〇九〇一三三頁)、家永三郎『美濃部達吉の思想的的研究』(岩波書店、一九六四年、三〇二四頁)、同『日本近代憲法思想史研究』(岩波書店、一九六七年、一四〇〇一五〇頁)、岩村等『木喜徳郎の法律概念—『日本法令予算論』の検討—』(日本近代法制史研究会編『日本近代国家の法構造』木鐸社、一九八三年、四〇五—四二六頁)。

従来の研究では、一木喜徳郎の行政法理論の各論部分にまで立ち入った考察は殆どなされていないのが現状である。

(3) 一木喜徳郎「公用徴収法大意」(一)(二)完(『法学協会雑誌』一四卷一〇、一一号、一八九六年)。

(4) 美濃部・前掲書、六頁。

(5) 江木衷に関しては、特に次の文献を参照した。熊谷開作「日本における法解釈学の二つの主流流」(恒藤先生古稀祝賀記念『法解釈の理論』有斐閣、一九六〇年、一〇一—一八頁)、利谷信義「江木衷」(潮見俊隆編著『日本の弁護士』日本評論社、一九七二年、一〇二—一二三頁)、木田純一「江木衷の刑法理論」(刑法理論史の研究・第二四回)、『法律時報』五一卷七号、一九七九年、一一一—一二六頁)。

これまでの研究では、江木衷の行政法理論について殆ど考察が加えられていない。ささやかながら、ここに本稿の考察の意義が認められよう。

(6) 江木衷「公用土地買上規則ヲ論ス」(一)(二)未完(『法学協会雑誌』一一、一四号、一八八五年)。

(7) 公用土地買上規則に關しては、拙稿「一八七五(明治八)年公用土地買上規則の成立と展開—近代公用収用法制研究序説—」(『阪大法學』一四九—二五〇号、一九八九年、三〇五頁以下)参照。

(8) 私擬憲法草案のなかで、所有権規定を有するものを分類してみると、最も多いのは収用の要件として損失補償を定めているものである。それに所有権不可侵規定が次いでいる(別表参照)。

なお、フランス人権宣言一七条は専ら収用を前提において、所有権制限の条件として公益目的、正当な補償、事前補償の三つの要件を定めている。このように所有権制限の内容が専ら収用を意味しているものを一八世紀型の憲法とするならば、自由民権期の私擬憲法草案はまさしく一八世紀型憲法の範疇に属する。同様に大日本帝国憲法も、所有権規定に關していえば一八世紀型憲法の範疇に属するものであるといえよう(しかしこのことから直ちに、大日本帝国憲法の総体としての性格を一八世紀型憲法と評価しようというのではない)。

* 私擬憲法における所有権条項

分類	私擬憲法草案名	所有権制限の要件	作成期間
アウ	青木周蔵・大日本政規	「相当ノ代料」により「損費ヲ補フ」こと。	6年03月
アウ	青木周蔵・帝号大日本国政典	「相当ノ代償」により「損失ヲ補フ」こと。	7-05.6
アイウ	元老院・日本国憲法第一次案	法律の定める目的と手続。事前の「相当ノ賠償」。	9-10
アイ	元老院・日本国憲法第二次案	法律の定める「規程」。	11-07
ウ	共存同衆・私擬憲法意見	「至当ノ賠償」。	12-03
ウ	嬰鳴社憲法草案	「至当ノ賠償」。	12末
アイウ	筑前共愛会・大日本国憲法大略見込書	法律の定める目的「正当ナル報償」。	13-02
ア	筑前共愛会・大日本国憲法大略見込書		13-02
アイ	元老院・日本国憲法第三次案	法律の定める「常規」。	13-07
アイ	小田高綱他・憲法草案評林	法律の定める「常規」。	13-07
イ	元田永孚・国憲大綱	法律による制限。	13-09
アイウ	沢辺正修・大日本国憲法	法律の定める目的と手続。賠償。	14-01
アイウ	福地謙一郎・國憲意見	法律の定める目的。「至当ノ償」。	14-03.4
アウ	交詢社・私擬憲法案	「相当ノ償」。	14-04
アウ	日本帝國憲法（五日市憲法草案）	「公規」による公益の証明。事前の「至当」な賠償	14-04-09
アウ	交詢社・私考憲法草案	「相当ノ償」。	14-05.6
アウ	兵原國憲法講習会・國憲私考	「相当ノ償」。	14-07
アウ	憲法草案（起草者不明）	「相当ノ償」。	14-07.10
アウ	永田一二・私草憲法	「相当ノ償」。	14-07.9
アイウ	植木枝盛・日本國憲法	法律による制限。「正当ノ報償」。	14-08
アイウ	植木枝盛・日本國々憲案	法律による制限。「正当ノ報償」。	14-08
ウ	丸山名政・憲法の組立	「至当ノ償」。	14-08
ウ	立志社・日本憲法見込案	「本人ノ弁償」。「前償」。	14-09
ウ	村松愛蔵・憲法草案	「至当ノ賠償」。	14-09
アイ	山田顯義・憲法草案	法律による制限。	14-09
イウ	東海院縮新報・各國对照私考國憲案	法律の定める目的と手続。「相当ノ賠償」。	14-10.11
イウ	井上毅憲法草案	法律による制限。「相当ノ代償」による賠償。	15-04.5
ウ	西周・憲法草案	事前補償。	15秋
イウ	日本帝國國憲ノ草案（起草者不明）	法律の定める目的と手続。「相当ナル償金」。	16-07
アウ	田村寛一郎・私草大日本帝國憲法案	「相当ノ償」。	20-07

(備考) 1、分類記号は以下の内容を意味する。

- ア。「所有権の不可侵性」規定を有するもの。
- イ。「法律による制限」規定を有するもの。
- ウ。「損失補償規定」を有するもの。

2、家永三郎他編『明治前期の憲法構想〔増訂版第二版〕』（福村出版、1987年）から作成。但し、所有権規定を有していない草案は表から除外した。

- (9) ただ、収用の問題に若干でも立ち入って論述をなしているものは、それほど多くないように思われる。管見の限りでは福地源一郎「国憲意見」や小野梓「国憲汎論」を見る程度である。
- (10) 民法典の編纂に関しては、明治二十三年民法と二十九年民法のそれぞれの所有権規定の相違に留意する必要がある。明治二十三年民法は、帝国憲法二十七条と同様に所有権の「法律による制限」を定めている。それが二十九年民法では「法令による制限」に変化する。この変化は、単に根拠法令の範囲が法律から命令にまで拡大されたことを意味するだけでなく、所有権制限の内容・範囲の拡大をも伴うものである。このような民法典上の規定の変化が民法上の所有権理論そのものの変化を意味しているのであるならば、それは後に見る行政法上の収用法理論あるいは所有権論と如何なる関連を有するのかが一つの検討課題となつてこざるをえない。
- (11) 一木喜徳郎『日本法令予算論』初版一八九二年。『日本法令予算論』に依拠して一木喜徳郎の法律概念を検討したものに、岩村・前掲論文がある。また、一木喜徳郎の講義プリント『国法学』を考察したものと、前掲・鈴木『日本憲法学史研究』がある。
- (12) 以下本文における江木衷論文の引用に当たっては、原文にある傍点等は煩雑さを避けるため一切省略し、代わつて筆者が適宜読点等を付した。また、異字・略字等は、全て通常の表記に代えて引用した。この点について予め諒承を得たい。
- (13) 江木衷は、「公用土地買上」の用語は「至極不適當」であるので、羅典起源の用語で英・仏・独ともに通用する「エキスプロプリアション」(expropriation)を用いるという。以下の叙述では、江木衷の用語法に従つて彼の見解をまとめることにする。
- (14) 『法学協会雑誌』一一号、四一頁。
- (15) 江木衷著『法理学講義』（刑年不明）はこの点をより明確に述べている。即ち、彼はそこで「人類ハ各人各個、社会、国家ノ三点ヨリ考察シ得ベキモノ」という（利谷・前掲論文、一〇九頁）。
- (16) 『法学協会雑誌』一一号、四三頁。
- (17) これは強制売買説に対する批判である。
- (18) 『法学協会雑誌』一一号、四五頁。
- (19) 同上、四七頁。
- (20) 既に前掲拙稿で述べたように、当時の現行法である公用土地買上規則の運用において、国家又は公共団体のためにする事業及び殖産興業政策に関連する事業がその適用対象の中心をなしており、社会公共目的の事業に対する法の適用は非常に限られたものであった（前掲拙稿、三二三頁以下参照）。その意味で、本文中で述べた江木衷の見解はすぐれて現行法批判としての意味をもつものであるといえよう。
- (21) 以下の諸論点を踏まえたうえで、江木衷は次のように現行公用土地買上規則の依拠する収用法理論を批判している。

エキスプロリアシオンハ公用ノ為メニアラス、土地ノミ
ニ限ルモノニアラス、又売買ニアラス、故ニ之レヲ以テ公用
土地買上規則ト称スル如キハ頗ル其ノ当ヲ失シタル者トイフ
ハシ

(22) 『法学協会雑誌』一四号、二三頁。

(23) この指摘は、当時の現行公用土地買上規則が包括主義をとつ
ていることに対する批判である(前掲拙稿、三一六頁以下參
照)。このような個人の権利保護の観点からの解釈論の展開そ
のものに、江木衷の「法律ハ人民ノ自由安全ヲ得ベキ方向ニ解
釈シ國家ノ權利ノ為メニハ可成不利ナルヲ宜シトス」という解
釈方法論の反映を見て取ることができよう。この点につき、熊
谷・前掲論文、一〇〇—一頁、利谷・前掲論文、一一二頁參
照。

(24) 続けて江木は、「實際家カ參考ノ一助」としてドイツのラン
デーが類別した公益目的を列挙している(但し江木は、それを
「敢テ感服スルニ足ラ」ずとしている)。その主な内容は次の
通り。

第一 国道、県道、邑道ヲ問ハス総テテケケノ交通ニ供スル道路
及ヒ市街ヲ開設スル事業及ヒ交通又ハ衛生上ノ目的ヨリ
市府ニ於ケル市街ノ修繕(水利ニ関スル事業モ亦同ジ)
(以下略)

第二 官設又ハ私設ノ鉄道事業及ヒ単ニ私用ノ為メニスル者ハ
鉱山用ノ鉄道事業

近代収用法理論の成立

第三 採鉱事業(但シ永久ノエキスプロリアシオンニアラス)
第四 地租改正ノ為メニスル測量
第五 軍備ノ事業特ニ一國ノ保護及練兵場ノ為メニスル土地ニ
関スル者(以下略)

第六 衛生ノ為メニスル事業、仮令ハハ浴地等ヲ乾カスコト、
堤防ノ築造、溝渠、病院、墓地、屠場、市場、水道等ノ
開設

第七 教育及ヒ道德増進ノ為メニスル事業、仮令ハハ公立學校、
書籍館、寺院、懲治監等

第八 水利ニ関スル事業(以下略)

(25) 「公用徴収」の用語は、美濃部によれば「我が國の學術語と
して何時頃から用いらるるやうになつたか、誰れがそれを用い
始めたかといふことは、著者の未だ詳にし得ない所であるが、
恐らくは明治の二十年代に始まつたのではないかと思ふ。」
(美濃部・前掲書、五頁)。以下、江木の場合と同様に、一木
の用語「公用徴収」によって彼の見解をまとめることとする。
(26) 美濃部・前掲書、六頁。

(27) 『法学協会雑誌』一四卷一〇号、八八三頁。

(28) 要するに、一木喜徳郎の理解するところは、法規命令を含む
國家規範による合法的支配のもので、臣民の権利は一方的に國
家權力から与えられるもの、「お返し」(Gegengabe)に過ぎ
ない、というものである。従つて、臣民は、本来國家に対抗す
べき権利を有していない、つまり國家に対する服従が原理的に

認められている存在である。他方で、国家権力特に行政権力の優越的地位が前提としてく承認されていることもまた明らかである(これらの点については後述)。ここに一木理論の「法律実証主義」の傾向が、極めて顕著な形で現われているといえよう。そして美濃部によって乗り越えられなければならないかったのは、まさにこの一木の「法律実証主義」であったのである。なお、「法律実証主義」、及び美濃部と「法律実証主義」の関係については磯村哲『社会法学の展開と構造』(日本評論社、一九七五年、三頁以下、三四頁以下)参照。一木と美濃部の理論的相違については、前掲・家永『美濃部達吉の思想史的研究』九頁以下参照。

(29) 『法学協会雑誌』一〇号、八八八頁。

(30) 『国法学』における一木喜徳郎の権利論は、「国家ハ法規ノ源ナリ、法規上ニ立ツモノナリ、法規ニ従フト否ト及ヒ何レノ度迄法規ニ従フカハニ国家ノ自ラ定ムル所ニヨルナリ、其故ニ臣民ハ国家ノ意思ニ反シ權利ヲ主張スルコトヲ得ス」とのボルンハックの見解を批判しているが、結局のところ両者は帰結をおなじくするものであるとの指摘がある(前掲・鈴木『日本憲法学史研究』一三二頁)。しかし、行政法各論部分において示された一木喜徳郎の見解は、まさにボルンハックの見解そのものである。

(31) 『法学協会雑誌』一〇号、八八八頁。

(32) このような公用徴収権の法的根拠を命令権に置くという理解

が、ドイツ行政学の影響を受けたものであることは容易に想像することができる。しかし、ドイツのどの学者の理論を摂取したものであるのかは具体的に特定することはできない(ボルンハックである可能性は高い)。

なお、あのオスマンのパリ市大改造において、知事オスマンに付与された収用権限の法的根拠は、ナポレオン三世が発令するデクレ(行政命令)であった(それを定めたのは、一八五二年二月二十五日の「元老院議決」第四条)。ここでも収用権の法的根拠は立法権から行政権に移っている(羽貝正美「第二帝政とパリ都市改造」(『都立大学』法学会雑誌)二六卷一号、一九八五年、五八三頁参照)。このようなドイツ以外の諸国の立法動向等に留意するならば、一木の行政権優位の収用法理論を単にドイツ一国の理論の継受の結果としてのみ理解するのは、必ずしも十分ではないかもしれない。一九世紀後半の欧米諸国の法において、一国レベルを超えた普遍的な現象として行政権優位の傾向を認めることができるとするならば、一木の理論は単にドイツ法の理論継承というにとどまらない、ヨーロッパ法に普遍的な法的傾向の摂取という側面をも有することになるように思われる。

(33) 『法学協会雑誌』一〇号、八八九頁。

(34) 『法学協会雑誌』一〇号、八九二頁。

(35) 列挙主義に対しては、「往々遺漏ヲ免レス且時勢ノ進歩ニ伴フ能ハサルノ弊アリ」との批判を述べている。要するに、一木

の目ざす所は、法の適用範囲を限定せずに行政権の裁量に多くを委ね、以って収用法の運用を社会の変化・発展に即応しうるものたらしめようとするものであるといえよう。

(36) 『法学協会雑誌』一一号、一〇〇〇頁。

(37) この一木の補償理論が、プロシア法の下で形成された補償理論の影響の受け、プロイセン法の「十分なる価値ないし完全なる補償」と日本の明治二二年土地収用法の「相当ノ価値」との同一性を主張するものであるという点については、国宗正義『土地立法原理』青林書院新社、一九八〇年、六二〜六三頁、八一頁参照。

(38) 『法学協会雑誌』一一号、一〇〇七頁。

(39) 『法学協会雑誌』一〇号、八八二頁。

(40) 一木はそもそも公益とは何かについてなにも述べていない。しかし、彼の理論枠組からすれば、国家権力が公益概念を独占し、国家利益≡公益とならざるをえない。なぜなら国家—個人の二分論の枠組の下では、個人の私益に対する「公益」は全て国家に帰属せざるをえないからである。社会概念が存在しなれば、国家利益と概念的に区別された「公益」概念を導き出すことは不可能である。

日本の収用法理論（ひいては行政法学）の今後の展開は、まさにこの「社会」の再発見を、そして国家利益と区別される「公益」概念の再確認を一つの理論的課題とすることになるのである。

(41) 注(28)参照。