

# 森林所有権理論の法構造と展開

大澤 正俊

## 目次

1. 「土地所有権論」に関する研究の目的と経緯
2. 森林所有権理論の方向性
3. 所有権理論構築の基本構造
4. 結語－森林所有権の法構造の構図－

### 1. 「土地所有権論」に関する研究の目的と経緯

#### ①本稿の目的

森林は本来、人間の生存に必要な木材・燃料・山菜などを生産、供給する地盤（森林所有権）としての経済的機能と、土地崩壊や洪水防止などの治山治水や水資源を確保し緑地保全や気候の維持など、公益的機能を有しており、更に近年は森林レクリエーション活動や自然体験学習の場として認識されている。また、国際的には、地球温暖化防止のための自然環境の安定や生態系保全に重要な機能を果たしている。このように森林の機能（役割）は経済的機能と多面的公益的機能に大別できる。したがって、多くの多面的公益的機能を有する森林は個人所有の私有林といえども、まさに公共的、国家的資産であり、かつ、国際的公共財であるといえる。

本稿は、このような機能を有する森林を現代民法学の重要課題の一つである「所有権問題」として捉え、とりわけ森林所有権が有する自然環境保全をはじめとする多面的公益的機能と木材資源の生産を中心とする経済的機能の両立を目指す「森林所有権理論」の構築を究極の目的とするものである。

では、何故に「森林所有権理論」の構築を目指すのか。それは、自然環境の維持・保全をはじめ強度の公共性を有する森林（森林地盤・森林所有

権を含む)が多面的公益的機能を発揮し、これを持続するには、森林の適正な整備・保全が不可欠と考えるからである。しかし、わが国の森林の実態は、リゾート施設への乱開発、人工林における手入れ放棄、農地への転用等による自然林面積の減少、加えて、規制緩和による国・公有林の私有林化・民営化によって森林の荒廃は限界点に達している。そのため、森林は悪化の一途を辿り、国民の生命、財産は危険にさらされ、貴重な動植物は絶滅の危機に瀕している。このことから、森林の整備・保全義務を森林所有者等に課すことが急務である。そのためには、森林の整備・保全に法的強制力を付与することに国民的合意が得られる森林所有権理論の構築が必要であると考えからである<sup>1</sup>。

## ②「土地・農地・森林所有権に関する研究」の経緯

私は、わが国の農業、林業政策が欧米諸国と比して遅れている原因は、農林法制における農地、森林所有権に公共性の観念が欠落していることに起因することが大であるとの認識のもとに、これまで一貫して土地所有権論を研究テーマに据え、現在まで二十余年にわたり、民法学の立場から「土地所有権」、特に「農地・森林所有権制限の研究」を中心に取り組んできた。

研究の手法としては、これまでの民法研究の手法が土地賃借権および抵当権などとの関係で、法解釈学の立場から土地所有権を分析、検討を試みたものが中心であったのに対して、私は考察の対象として、縦軸として農地所有権を明治以降の民法、農地法制を中心に歴史的視点から系譜的、実証的に考察し、同時に横軸として外国法制、特に土地所有、農地賃貸法制の先進国であるイギリス土地法と対比して検討してきた<sup>2</sup>。

その結論として、現代民法における所有権の性格、内容は、時代と共に

<sup>1</sup> 森林・林業基本法9条では、私有林の所有者等に対し、森林の整備・保全の「責務」を規定しているが、「責務」は法的拘束力を有する「義務」とは異なる。したがって法的拘束力を有する「義務」を正しく課す必要がある。政府（内閣府）の世論調査（平成23年12月）でも「森林所有者に対し、適切に森林整備を行うことを義務づける」という答えが12.8%あった（「森林と生活に関する世論調査」内閣府大臣官房政府広報室 <http://survey.gov-online.go.jp/h23/h23-sinrin/2-2.html>）2016年1月閲覧可能。

変貌しており、法令上同じ「所有権」（民法206条）という文言に包摂される観念でも、動産と不動産、特に基本的所有権と一般土地所有権、農地所有権、森林所有権とでは著しく乖離していることが明らかになっている。このことから、現行民法206条の規定は、土地所有権に関しては形骸化し、現代所有権の本質を正確に把握したものとはいえないと考えている<sup>3</sup>。したがって、土地所有権の制限に関しては、これら各種所有権が峻別されるべきであるとの考えを踏まえて、その延長線上で森林所有権に関して考察をし、その研究成果については、横浜市立大学論叢で発表してきたところである<sup>4</sup>。

### ③本稿で目指す「森林所有権理論の法構造」の構図

本稿で目指す「森林所有権理論の法構造」は、森林の機能（役割）をその法構造の原点に据えて考える。しかし、森林の目指す機能は時代と共に変貌している。また、その所有（帰属）が、国有林・私有林・公有林かによっても異なる。ここでの主たる対象は、わが国の森林面積の約60%を占める私有林を中心とした現代森林所有権の機能である。結論として、木材生産の機能と環境保全の機能が両立できる環境保全型林業を目指す所有権理論といっても良い。そのための手順として、まず、現行の所有権体系の再検討を行い、それを踏まえて森林所有権の特質（公共性）との関係で所有と利用を中心に法構造を探りたい。

このような考えのもとに本稿では、以上のこれまでの研究を再度検討し

<sup>2</sup> イギリス農地法については、大澤正俊「イギリスにおける環境保全型農政への展開」横浜市立大学紀要社会科学系列3号、同「イギリスにおける農業借地権の近代化－農業法・農地保有法における借地権保護を中心として－」横浜市立大学論叢51巻2・3号でこれまでの研究成果を報告した。

<sup>3</sup> 農地所有権に関する研究としては、「「新政策」と農地の所有・保有の法人化－株式会社の農地取得問題との関連において－」横浜市立大学論叢社会科学系列52巻3号、「農地所有権の成立と変貌－明治初期の土地立法から戦時統制法まで」横浜市立大学論叢社会科学系列54巻1号などある。

<sup>4</sup> 大澤正俊「森林の公共性と森林法制の基本原則」横浜市立大学論叢社会科学系列58巻1・2・3合併号、同「森林所有権の公共性と所有権制限」横浜市立大学論叢社会科学系列60巻1号、同「森林の整備・保全義務に関する一考察」横浜市立大学論叢社会科学系列60巻2・3合併号。

て、本学研究機関誌「横浜市立大学論叢」で発表した森林所有権に関する論文を踏まえて、これらの研究を通じて森林所有権理論構築に特に重要と考える三つのモーメント、すなわち、①森林への公共性観念の導入、②森林所有権制限の法理の確立、③森林の整備・保全の義務化を軸とした「森林所有権理論」の構築（図表化・数値化）を試みる。

## 2. 森林所有権理論の方向性

### (1) 森林所有権理論構築の原点

森林所有権理論の構築にあたっては、その理論の目指す方向性をどのように定めるのが、まず問われなければならない。そのためには、私は、これまで森林が果たしてきた機能（役割）を歴史的に辿ることが、その原点であると考えている。現代の森林の有する主たる機能は、公益的機能と経済的機能を併せ持ち、かつ多面的である。しかし、このような森林の機能は経済情勢の変化や国民生活における森林に対する期待、森林関係法制の動向などとの関連で時代と共に大きく変貌を遂げている。このことは、拙稿「森林の公共性と森林法制の基本原則」（横浜市立大学論叢社会科学系列58巻1・2・3合併号）において考察したところである。本稿では、初めに森林の機能の変貌過程の主要点について概観する<sup>5</sup>。

#### ①国民生活で果たした「森林の機能」の変貌

①a 戦前・戦後の復興期（1940年～50年代） 戦前の森林は木材の生産、薪炭などの燃料や山菜など食料、肥料を提供する場として、集落住民の「生存権的資源供給の場」ともいえる重要な役割を果たしてきた。戦時中は、軍需用木材として大量伐採がなされ、そのため森林は荒廃した。戦後（1945年以降）は、国民生活に必要な住宅復興用木材の供給や燃料用の樹木の提供、集落住民は、肥料用の落葉の採取、食料としての山菜を求めて山林へ

<sup>5</sup> 「森林の機能」の時代に伴う変貌については、拙稿「前掲・森林の公共性と森林法制の基本原則」72～73頁の表「森林の役割（公共性）と森林法制との関係」における時代区分に従って要約した。

の入会によって、森林を生存の場として利用し、その結果、森林はさらに荒廃し洪水などの災害も多発した<sup>6</sup>。

1950年代以降は、朝鮮特需で日本経済に活気が出て住宅復興が芽生えた時期である。この時期は、木材や薪炭の需要が増大し、木材価格の統制が撤廃された。その結果、木材生産量は増加し、森林の造林活動も活発となり、天然林を成長の早い針葉樹の人工林へと変更するなどの方策が積極的になされ、人工造林の面積は急速に増加した。この時期の森林の機能は、生存的機能から、公益的機能への拡大の変貌期ともいべき時代で、「集落住民の生存権的機能」（燃料・肥料・食糧の供給と国民の住宅再建のための建築用木材の供給）という経済的機能と共に、本来、森林の有する治山治水という「国土の保全、水資源の確保などの公益的機能」も果たしていたといえる<sup>7</sup>。

⑥高度経済成長期（1960年代） この時代の森林の機能は、「所得倍増政策」によって地価は高騰し、木材生産の地盤としての森林からゴルフ場や宅地開発用地としての利用が活発化した。そのため、木材価格は上昇し、森林は伐採され緑地は大量に消失した。また、経済の高度成長により、電気、ガスが普及したことに伴い、薪炭材の利用は1960年代には激減した。その結果、「里山林の利用状況も変化し、生態系保存機能や自然環境保全機能は著しく軽視」されていった。また、公害問題も深刻になり、世界的にも自然環境が破壊され、自然環境保護の必要性が認識されはじめた。この時期の森林法制の中で最も注目すべきは、木材生産の基礎としての林業基本法の制定である。林業基本法は高度経済成長を背景に森林資源の活用を計画の基本として国有林野の計画制度の最上位に位置する法律として制定されたものである<sup>8</sup>。

6 森巖夫「日本林業の当面する問題」『日本の林業・コンクリート災害と法（土地問題双書25）』（昭和62年 有斐閣）2～15頁。

7 森巖夫「前掲・日本林業の当面する問題」3～6頁。

8 林野庁編『図説森林・林業白書（平成15年度）』（平成16年日本林業協会）8頁、阿部泰隆・水野武夫編『環境法学の生成と未来』（1999年 信山社）25頁以下、須田政勝『概説 土地法－宅地から国土開発、自然保護まで－』（2004年 明石書店）348頁以下。

◎**経済安定期（1970年代）** 第一次オイルショックの影響で経済が停滞した時期で、これまで年間190万戸台あった住宅建設が、1974年には130万戸台に激減し、それに伴って木材の需要も減少し、林業収益も大幅に低下した。その結果、木材関係企業の倒産が始まり、林業労働者の大量流出で山村の高齢化が進んだ。このような背景のもとで、森林法制では「森林の林業としての経済的機能と森林の公益的機能とを調和させる方向性」が示され、森林の自然環境保全のための法律として、1972年には自然環境保全法が制定された、1974年、森林法の改正によって林野開発許可制度が発足し、同年、国有林の「新たな森林施設」方針が定められた。これらの法制は、これまでの林業の木材生産という経済的機能を重視していたものから、水資源の涵養、国土・自然環境との保全と調和といった森林の公益的機能を重視した施策への方向転換が始まったものといえる<sup>9</sup>。

④**バブル経済・リゾート開発期（1980年代）** 再び経済活動に活気が出て開発ブームとなった時期である。すなわち、森林に対する規制緩和、ゴルフ場開発、リゾートホテル建設などで森林の経済的利用が促進された。このため、森林崩壊の規模は拡大した。1988年には、ヒューマン・グリーンプランが実施され、民間活力の導入によって国有林のリゾート開発も行われた。さらに、1989年には、小規模リゾート開発を目的とした「森林の保健機能の増進に関する特別措置法」が制定され、民有林の利用の方法が拡張された。この時期の森林（特に民有林）は、各種の規制緩和によって経済的利用に重点が置かれ、本来の森林が有する公益的機能は軽視されてしまった<sup>10</sup>。

◎**バブル崩壊・デフレ経済期（1990年～現在）** バブル崩壊によって不況期に入る。低価格の木材の輸入が増加し、木材価格は低下する一方で、木

<sup>9</sup>『前掲・図説森林・林業白書（平成15年度）』118～119頁、餅田治之編『日本林業の構造的変化と再編過程』（2002年 農林統計協会）219～237頁、総理府「昭和55年森林、林業に関する世論調査」（『森林・林業白書（平成16年度）』（平成17年 日本林業協会）19頁。

<sup>10</sup>室谷正裕「リゾート法の概要とその運用」、秋谷周「リゾート法の問題点」ジュリスト 973号2～25頁。

材生産コストは上昇し、林業経営は悪化した。木材生産の場である森林の荒廃、バブル経済期の「森林開発の規制緩和による自然環境の破壊」が顕著になる。これによって、森林の有する自然環境保全機能が改めて問い直され、環境保全の意識が国内のみならず世界的規模へ大きく転換された。

以上の結果から、現代の森林の機能として最も重要なのは、「森林本来の機能である国土保全、水源涵養に加え、自然環境保全、保健文化、生活環境保全の役割」が重要になってきている。さらに、最近の森林に関する世論調査においては、地球温暖化問題への関心の高まりから、国際的共有財として森林の二酸化炭素吸収源としての期待が高く、同時に森林に対する要請は、多様化、高度化している。反面、1990年代以降、国民生活が向上し、余暇時間の増大や自然・健康志向の高まりなどを背景に木材生産に主眼をおいた森林の経済的要請は、相対的に低くなってきている<sup>11</sup>。

<sup>11</sup> ①昭和55年 総理府（現、内閣府）、「森林・林業に関する世論調査」では、木材生産に関しての森林に対する期待は2位という高位置を示している。すなわち、1位災害防止、2位木材生産、3位水資源涵養、4位大気浄化・騒音緩和、5位保健休養、6位林産物生産の順となっており、災害防止と木材生産が1位と2位を占めている点では、当時としては妥当といえる。②昭和61年、「みどりと木に関する世論調査」では、森林の役割に対する国民の期待は、1位災害防止、2位水資源涵養、3位大気浄化・騒音緩和、4位木材生産、5位保健休養、6位野外教育、7位林産物生産の順となっている。前回2位の木材生産が4位となっている点が注目される。③平成5年 内閣府「森林と緑に関する世論調査」では、1位災害防止、2位水資源涵養、3位野生動植物保全、4位大気浄化・騒音緩和、5位木材生産、6位野外教育、7位保健休養、8位林産物生産となっている。この調査では木材生産への期待が前回調査よりさらに落ちて5位になっている点が注目される。④平成11年、及び平成15年「森林と生活に関する世論調査」では、木材生産に対する期待は、平成11年は最下位の9位に、平成15年は8位（下から2番目）にまで落ち込んだ点は、昭和55年調査では2位だったことを考えると大きな変化である。その一方で、森林に対する多様な公益的機能の発揮に対する期待が高まり、その中には森林環境教育の場の提供や生物多様性の保全など、新しく高度な要請もあり、木材等生産機能の発揮を主要目的とする一般的な森林施業では、国民の要請に十分に対応できなくなってきたことが窺える。⑤平成19年「森林と生活に関する世論調査」では、森林に期待する働きとして、「地球温暖化防止」（54.2%）が、これまで1位を継続していた「災害防止」（48.5%）を抜き1位となった。このことは、国民の地球温暖化防止対策に対する関心の高まりを象徴的に示す結果と受け止める必要がある。3位「水資源涵養」以下、9位「林産物生産」までの順位は前回調査と同じ結果である。⑥平成23年「森林と生活に関する世論調査」では、森林に期待する働きで、「災害防止」（48%）が1位となり、「地球温暖化防止」（45%）を上回った。これは、東日本大震災を受けて国民の防災意識の高まった為と受け止められている。（以上、『世論調査』 内閣府大臣官房政府広報室 <http://survey.gov-online.go.jp/index.html>）2016年1月閲覧可能。

## ②森林法制で定めた「森林の役割」の変化

①旧林業基本法で規定された「森林の機能」 戦後のわが国の森林政策は、戦時中及び終戦直後の乱伐によって荒廃した森林をいかにして復旧するかが重要かつ緊急課題であった。1950年代後半には、高度経済成長が本格化し、木材は建築用材、パルプ材などの需要が急増した。その一方で、ガス、電気の利用拡大による薪炭材の需要が減少するという変化を来した。そこで、林野庁は1963年6月、林業基本制度対策本部を設け、翌年1月には、「林業基本対策要綱」をまとめた。この要綱は、林業基本法政府案として1964年3月に内閣決定され、同年6月国会で可決成立し、同年7月施行された。林業基本法が目標としたのは、「林業総生産の増大」、「林業生産性の向上」、「林業従事者の経済的社会的地位の向上」である。すなわち、この法律が目標としたのは、増大する木材需要に対応しうる林業そのものに関する政策目標であり、森林の有する自然環境保全機能の確保や国土安全は副次的な地位におかれている。このことから、林業基本法は産業としての林業そのものの基本法としての意味を有するものであった<sup>12</sup>。

林業基本法は国の林業に関する政策目標を宣言し、この目標の達成に必要な基本的施策を明示したのである。したがって、同法は個々の具体的施策の内容まで規定することなく、施策の基本的方向を示すに留まるので、具体的法施策については、個々の法律に委ね、財政上の措置などについても、同法第6条において一般的に義務づけることにより、その実効性を期することとしていた<sup>13</sup>。

<sup>12</sup> 森林法研究会編『森林法解説（上）』（昭和38年林野共済会）25～28頁、43～52頁、衆議院農林水産委員会編『第四十回国会衆議院農林水産委員会議事録（森林法の一部を改正する法律案関係）』（昭和37年 衆議院農林水産委員会）379～385頁、農林省林野庁監修『林業基本法の解説』（昭和39年 日本林業協会）65～77頁、倉沢博編著『林業基本法の理解 これからの林業の道しるべとして』（昭和40年 日本林業調査会）79～96頁、森林・林業基本法政策研究会『逐条解説 森林・林業基本法解説』（2002年大成出版）260～263頁、日本弁護士連合会公害対策・環境保全委員会編『森林の明日を考える』（1991年有斐閣）232～252頁。

<sup>13</sup> 林業基本法の性格は土地基本法（平成元年法84号）、農業基本法（昭和36年法127号）と同じ性格の宣言法である。『前掲・逐条解説 森林・林業基本法解説』63～273頁、林野庁編『図説林業白書（平成12年度）』（平成13年農林統計協会）10～12頁、江口洋一郎「土地基本法の概要」ジュリスト952号34頁以下。



⑥旧林業基本法の改正（森林・林業基本法へ法典名変更） 森林の有する機能の変化や林業に関する期待の変化は、国内のみならず世界経済の発展の影響を受けながら、何度も変貌した。このような問題に対して、政府はその都度、法改正によって対応してきた。その変貌過程については、「森林の公共性と森林法制の基本原則」（横浜市立大学論叢社会科学系列58巻1・2・3合併号）における表「森林の役割（公共性）の変貌と森林法制との関係」で示した通りである。

1990年代に入ると、森林保護のための基本法の欠如が問題となった。すなわち、我が国の森林法制は森林を専ら林業や観光産業の資源としてとらえ、森林の有する公益的機能を保護するという観点が欠落していた。また、林業基本法と共に機能していた森林法も、木材の生産増進という経済的機能を主としたもので、森林の保全に関する基本的法律として機能していなかった。このようなことから、森林環境の保全を視点に入れた森林法制の最上位に位置する基本法を制定すべきだとの要望が各方面から上がった。

旧林業基本法改正の経緯は、2001年3月「林業基本法の一部を改正する法律案」が閣議決定され、同法案は、同年7月、衆参両院で審議され、可決成立し、同年7月公布、施行された。この林業基本法の改正は、森林の有する多面的機能を発揮できるように新たな基本理念を定め、その基本理念を踏まえた上で全般的な見直しを行い、本法では、一部改正する方法が採用され「森林・林業基本法」が成立した<sup>14</sup>。

◎森林・林業基本法が目指す「森林の機能」 森林・林業基本法2条1項は、基本理念として「森林の有する多面的機能の発揮」を明確に位置づけ、適正に森林の整備・保全を図ることによって、将来にわたり多面的機能を発

<sup>14</sup>『前掲・逐条解説 森林・林業基本法解説』17～29頁、林野庁長官私的諮問機関「森林・林業・木材産業基本政策検討委員会報告」（平成11年7月）（『前掲・逐条解説 森林・林業基本法解説』161～184頁）。

揮して国民の安全な生活が実現できるように寄与することを規定した<sup>15</sup>。同法2条2項では、森林の有する多面的機能を十分に発揮させるため、このような山村地域の果たす役割の重要性から、森林・林業政策の推進に際しては、森林の管理を担う者が山村の生活環境の整備を図る必要があることを規定している。同法3条1項は、林業が持続的かつ健全に発展するために、木材の生産だけでなく森林の有する多面的機能の発揮に重要な役割を果たしていることを明確に位置づけると共に、森林所有者や森林生産者は林業の担い手の確保、生産性の向上に望ましい林業構造を確立して、林業の持続性および収支を十分に配慮して産業として健全な発展を図らなければならない旨を規定している。同法3条2項では林業の持続的かつ健全な発展を考えるにあたっては、木材生産をはじめとする森林が担う林産物の供給をはじめとする多面的機能が将来の世代へと確保されなければならないとする観点から、「林業の持続的かつ健全な発展」が図られなければならないと規定している。同法の趣旨に添って林業が具体的に発展していくためには、木材産業などが国民の需要に応じた林産物供給に取り組むことを通じ、林産物の供給を確保することが重要である。また、林業を通じて、森林の有する多面的機能を発揮するためには、森林の適正な整備・保全を行う過程で産出される林産物が市場を通じて利用されることが重要である。

森林法制の目指す方向性の結論として、(i) 基本原理に関し、特に重要と考える点は、基本理念として林業の振興機能という林業政策と併せ、環境保全機能をはじめとする多面的公益的機能の持続的発揮という森林政策の二本立てを採用している点である(森林・林業基本法2条、3条)。この点で、森林・林業基本法は宣言法であり、その基本理念の具体化のためには、その下位法である森林法との一体的推進が重要である。しかし、同

<sup>15</sup> 森林・林業基本法2条1項は、森林の多面的機能の内容については、国土の保全(立木の根が張ることで土砂の崩壊を防止する機能)、水源の涵養(水を土壌に蓄える機能)、自然環境保全(野生動植物が生息・生育する場としての機能)、公衆の保健(森林浴・キャンプなどによる保健休養の場としての機能)、地球温暖化の防止(二酸化炭素を吸収し、温室効果ガスの排出削減機能)、それに加えて林産物の供給(国民の生存に不可欠な木材の生産・供給機能)を挙げ、これらを「森林の有する多面的機能」と定義している。

法で規定する森林を整備・保全する「森林・林業基本計画」を森林法では、森林の公益的機能と林業経営をどのように両立、調和させようというのか不明確である。また、同法で定める森林・林業基本計画（同法11条1項・2項）も総花的で森林の機能として具体的に何を重点としているか不明である。

（ii）森林・林業基本法が理念とする志向点は、結果として、むしろ私有林が有する木材生産という私有林本来の重要な経済的機能を縮小する結果になりかねないのではと、私は懸念する。結論として、森林（樹木と一体をなしている森林地盤）としての公益的機能の発揮と林業としての森林の経済的機能の発展の二つは環境保全を接点として共通しており、両者は基本的には両立しようと解し、両者の一体的実現を目指すべきだと考える。そのためには、森林所有権理論が必要であると考えます。

（iii）森林所有権理論の方向性をどのように考えるか。以上の考察から、結論として現代の「森林の機能」は、環境保護の公益的機能と木材生産の経済的機能という二本立てを基本に据えて、その両立を目指している。これに加えて生態系保全と生活・保健文化的機能をも包摂した森林で「環境保全型林業」と呼んでも良い。森林所有権の方向性を定めるには、本来の在るべき森林の機能から出発することが原点だと考える。問題は、具体的に国土のどこに位置する森林にどのような機能を担わせるかである。それは、森林法における森林の機能区分制度がその一例であるといえる<sup>16</sup>。私は、現代の森林の機能を独自に次のように構図する。

「森林の機能」としては、一つには、地球上に存在する3000万種に及ぶといわれる生態系全体の生息場所としての森林の保全機能（生態系維持・生物保全林）である。二つには、人間が安全に生存・生活できる自然環境

<sup>16</sup> 森林の区分に関する具体的改正事項について、森林法4条2項3号の3、5条2項4号の3、7条の2の2項2号、10条の5の2項6号、森林・林業基本法基本計画（平成13年10月26日閣議決定）については、森林・林業基本政策研究会『新しい森林・林業基本政策について』（2002年地球社）135～185頁、71～75頁、全国森林計画（平成13年10月変更）については、『前掲・新しい森林・林業基本政策について』69～75頁、342～370頁、国民森林会議編『森林の再生に向けて－環境と生産の両立を考える－』（2006年日本林業調査会）43～55頁、前掲『逐条解説 森林・林業基本法解説』31～33頁。

を保全する森林で、これには国土・水資源保全林と自然環境（大気・騒音・風致）保全林とがある。国土・水資源涵養機能は森林本来の機能として重要視されてきたところであるが、環境保全機能は戦後、高度経済成長に伴う大気汚染をはじめとする地球環境悪化により重視されはじめた森林の機能である。三つには、木材産業資源生産林で、私有林が主たる機能としてきたものである。四つには、近時生活森林、保健・文化林として注目されている機能である。しかし、これはかつては里山として集落住民の生活に密着していた機能が再度注目されはじめた機能といえる。これらの機能をどのように位置づけるか、その上に立って総合した理論の方向性を探らなければならないと考える。

## （２）「森林法制の基本原則」担保の課題

### ①環境保全型林業の内容は何か

現行の森林法制が目指す森林の機能からは、環境保全型林業の内容は不明確である。森林・林業基本法は、わが国の農林業政策を方向付ける基本法であるといえる。同法の出発点となっている旧林業基本法（1964年）は、高度経済成長期における生産力の増大、林業・農業従事者の地位向上、他産業との格差是正などを目的として制定されたものである。しかし、改正された森林・林業基本法は環境保全をはじめとする多面的公益的機能が強調されている。同法の理念は森林政策と林業政策の二本立てを採用し、森林・林業基本計画は総花的でその森林の機能として「何を重点としているか不明」である<sup>17</sup>。同法で森林を整備・保全する「森林・林業基本計画」は、多面的公益的機能と林業経営を両立させようとしているが、全森林の60%を占める私有林を規律する森林法は林業経営を治山治水や環境保全機能とどう調和させるというのか。森林法は元来、林業振興、資源確保を目

<sup>17</sup> 森林を整備・保全する制度の基礎をなすのが「森林・林業基本計画」である（森林・林業基本法11条）。ここで定められた政策の方向や目標を踏まえて「全国森林計画」が定められる（森林法4条）。私有林では、都道府県知事によって「地域森林計画」が作られる（森林法5条）。

的とした産業法（企業法）であると解する。この点についての新基本法内容については疑問がある。

森林が木材生産という経済的機能機能と国土の安全、水資源涵養、環境保全という多面的公益的機能の両立を目指すという場合を環境保全型林業と称すると解した場合でも、(i) 誰が所有する森林を対象とするのか、(ii) 誰がどのようにそれを担うのか、(iii) それとも森林所有権の帰属（私有、国・公有）を問わず、全ての森林に、森林が有する機能を発揮させることを意味するのか。私は、森林所有権の国有林、公有林、私有林という帰属によって森林の有する公共性の強弱は異なるので森林が担うべき多面的公益的機能の負担の程度も本質的に異なると思う。森林の機能は幾つかの複数の機能を備えている。したがって、どの森林に具体的にどのような役割を課すかが重要になると考える。

森林法制の最上位にある森林・林業基本法は私有林を対象とした旧林業基本法を改正した宣言法で、その基本原理として林業振興と併せ環境保全をはじめとする多面的公益的機能を目指すことを明確にしている。この基本原則を具体化するため、この下位法である森林法では、森林の機能の類型化の手法が導入された。そこでは、木材生産、資源生産という森林の重要な機能と多面的公益的機能の実現という手法が展開されているが、木材生産という重要な経済的機能と環境保全という多面的公益的機能をどのように調和、両立させていくか、その関係が不明確である。むしろ、この森林の機能類型化手法は、林業を縮小し、木材生産、供給を切り離し、それによって森林の有する多面的公益的機能を発揮することを図るものではなかったのではないか。森林の有する多面的公益的機能を発揮するためには、林業の持続的発展を併せ追及することで初めて実現可能となるのではないだろうか。

## ②森林の多面的公益的機能と経済的機能は両立できるか

現行法制の目指す基本原理として、木材生産を中心とする経済的機能

と、国土・水資源保全、環境保全を中心とする多面的公益的機能の両者は、その手法（例、所有権の制限）や機能（例、森林の機能区分）、帰属（例、森林所有権の帰属制限）などによって両立する面と両立できない面があると考えられる。両立できる面としては、森林が木材供給の場として機能すると同時に、治山治水の公益的機能も同時に働くという場合である。例えば、その森林が木材供給の観点から高い生産力を有していれば、森林は同時に水資源涵養や国土の安全や鳥獣に住かを与えるなどの機能を果たすので、木材生産機能とは矛盾しない。したがって、この場合には森林の多面的公益的機能は究極的には経済的機能と両立するといえる。この点に関し、森林学専門の科学的立場より、梶原幹弘教授は、わが国においては木材生産と環境保全の二つの機能は車の両輪のように大切であると指摘され、森林の機能である木材生産という経済的機能と環境保全という多面的公益的機能を両立させる「究極の森林」はヨーロッパ方式の択伐林（森林内の樹木の一部を抜き伐りする手法で主伐林の一種）であると強調されている。この梶原幹弘先生のご高著からご教示頂く点は多大である<sup>18</sup>。

私は、梶原先生の上記のご高説から森林の有する木材生産と環境保全という両機能の両立を担保できる「択伐林の法構造（森林所有権構造）を法律学（民法学、土地法学）の立場からいかに構築するかについての課題をご示唆頂いた思いである。

### （3）「森林法制の基本原則」構築の手法

#### ①森林所有権理論の具体化

森林・林業基本法は宣言法という性格上、森林・林業の政策分野については、他のすべての森林・林業関係法に優越し、最上位に位置する性格を有しており、他の法律はこれに従って規律される。このような性格から、森林・林業基本法で示した理念や政策の基本方向は、同法の下位にある森

<sup>18</sup> 梶原幹弘『究極の森林』（2008年京都大学学術出版会）167～168頁、181～184頁。

林法などで具体化していく関係にあり、また、これによって、森林・林業政策を総合的・計画的に実施するなどして、森林・林業基本法に従った具体的施策を担保することとしているのである。したがって、基本原理で目指す環境保全型林業が実現されるには、森林法との一体化が要求される。然るに森林法は、私有林を中心とした企業法の性格が強く、かつ、森林・林業基本法の前身であり、改正前の旧林業基本法も本来は、私有林の林業振興を目指したもので、現行基本法が基本原理として多面的の公益的機能を併せ目指すとしてもその両立は容易ではない。このことは、荒廃した森林の現状を見れば明確である。つまり、多面的の公益的森林政策と林業の振興を両立させるためには、兩者をつなぐ森林の公共性の観念を根底に据えた森林所有権理論の構築が必要であると考え。問題は、森林所有権の法構造をどう構図するかである。

## ②森林所有権の法構造をどう具体化するか

土地所有権の法構造とは、土地所有権の「所有」と「利用」との法的関係を指すといえる。民法における所有権（民法206条）は包括的支配権能であり、その内容は使用、収益、処分権能を主要な要素としているがこれに尽きるものではない。土地の「所有」と「利用」との関係で、「所有」という場合は所有権の支配内容を意味し、土地の私的所有（帰属）の概念に含まれる管理、処分権能を指すと解する。「利用」については、所有権でいう使用、収益権を内容とする利用権能を指し、土地本来の特性、機能から見ても「利用」は「所有」よりも重要な意味を持つ。これを受けて、「土地は元来商品ではない」といわれてきた<sup>19</sup>。しかし、現代の土地所有権の性格は、戦後、高度経済成長期（1960年代）の地価高騰によって所有権の利用権能の面が後退し、土地の管理、処分権能（所有）の面が強く作用し、土地の商品化を促進してしまったと言える。この原因の一つとして、土地（土地所有権）の公共性の観念の欠落、即ち森林所有権理論の不在が指摘

<sup>19</sup>「土地の商品化」という用語は、今日では普通名詞化して、一般的意味で使用されているが、最初使用されたのは昭和40年代初めであるといえる（大澤正男『土地所有権制限の理論と展開』（昭和54年成文堂）144～148ページ参照）。

できる。

### 3. 所有権理論構築の基本構造

#### (1) 所有権体系に関する検討課題

①問題考察の視点と検討問題 所有権は権利の主体（自然人・法人）が権利の客体（物）を自由に使用・収益・処分できる全面的・包括的支配権を意味する。しかし、現代の所有権の客体である「物」の種類は多様に存在し細分化している。これに対して、民法（85条）は、「物」とは有体物をいうと規定するに留まる。しかし、この規定は「物」の一面について定めただけのもので、この他に所有権の客体としての「物」であるためには、民法学上は非人格性や排他的支配可能性など幾つもの条件が要求される<sup>20</sup>。また、民法（86条1項、2項）は、権利の客体を動産、不動産に分け、不動産の中に天与の土地と労力による生産物の建物を含ませている。しかし、土地と建物では、その所有権に含まれる「所有」と「利用」の性格には本質的な違いがある。このような点から考えると、土地所有権と建物所有権とを同列に置いた現代民法の対応は妥当といえるのか疑問を持つ。さらに問題は、土地所有権という場合でも一般土地、農地、森林の所有権では、その性格・内容は異なる。したがって、これらの土地すべてを単に「土地所有権」という概念で同列に置くことは問題であると考え<sup>21</sup>。

このような意味から、本稿では所有権体系における問題点として次の三点について検討したい。第1は所有権の客体（物）として公共性の強い天与の土地を所有権一般の他の物と同じに扱って良いのか。換言すれば、所有権体系の中で土地所有権を一般所有権と同一に置くことは問題ではない

---

<sup>20</sup> 川島武宜教授は民法の規定している所有権は、私的性質、観念的性質、絶対的性質を持つものと指摘され、これらの性質が近代資本主義経済の生産関係によって規定され、これに適合するものであることを分析された（『所有権法の理論』（1949年岩波書店）23～26頁）。

<sup>21</sup> 大澤正男『前掲・土地所有権制限の理論と展開』144頁、同『土地所有の構図』（昭和60年早稲田大学出版部）7頁以下参照。



かということである（一般所有権と土地所有権との峻別の可否の問題とする）。第2は、第1の問題と関連して、一般所有権を基本的所有権として捉え、それを原点として所有権の多様化を認めても良いのではないかという問題である。すなわち、所有権の客体を基準とした多様な所有権体系の構図である。第3は、土地所有権の類型化の問題である。土地所有権という場合には多様である<sup>22</sup>。主要なものとしては、一般土地所有権、農地所有権、森林所有権が有る。それらの特質、法構造、機能、権利制限の態様など、それぞれ異なる。民法では基本的所有権、一般土地所有権については規定するが農地所有権、森林所有権については特に所有権としての規定は見当たらない。結論として土地、森林の類型化の必要性があると考ええる。

本稿では、以上の問題点について若干の考察を試みる。

②**基本的所有権と土地所有権との峻別** 所有権の法構造を検討するには、権利の主体と客体を分けて検討する必要がある。所有権は特定の客体（目的物）に対する物権である。所有権の客体は本来は「物」である。問題は、前述したように土地が民法206条でいう所有権の客体として動産や建物と同列に置かれることに問題はないかということである。すなわち、ここでいう「物」の中に生産物でない公共性の強い土地も含むかという問題である。天与の財産である土地は、労働によることを主とした生産物である動産とはその性格が本質において全く異なるからである。したがって、このような公共性という特性を有する土地（森林・農地など）は、本来民法（財産法）体系における所有権（民法206条）の客体のうちに含ませることが妥当かどうか検討する必要がある<sup>23</sup>。私は結論として、本来、所有権（民法206条で規定する所有権）の客体は労働による「生産物」が対象である

<sup>22</sup> 戦前の土地所有権制度は旧地主制の基礎としていたが、戦後の農地改革によって旧農地は開放され、新たな私的土地所有者が出現した。これによって、土地所有者は広大な山林・原野を持つ一部の大地主や大企業の土地所有を除き、大半は自作地と宅地を所有するだけの零細な土地所有者となった。結局、土地はその種類によって機能・性格を異にし、また、同じ所有者が所有する土地であっても、その土地は利用目的によってそれぞれ性格が異なる（大澤正男『前掲・土地所有の構図』177～179頁参照）。

と考える。したがって、所有権の客体としては「動産や建物」と「土地」とは所有権理論構成においては峻別されるべきであると考え。そこで、複数の種類の所有権（所有権の多様性）の存在を認める所有権理論の構築が必要であると考え。このような認識のもとに、私は現在までの研究結果から所有権法体系の以下の③の問題に関して見直しの必要性を感じている<sup>24</sup>。

③**客体を基準とした所有権法体系** 民法学上、権利は、法律に基づいて権利の主体（自然人・法人）が享有しうる一般的な社会生活における利益をもって、その内容もしくは目的とする。所有権においては、その内容または目的の成立に必要な一定の対象が所有権の客体とよばれる「物」である。民法は、所有権の客体として「物」を規定するに留め、その他については、それぞれの規定や理論および特別法に任せるという方法を採用した。しかし、この「物」については、それが現代民法上有する意義およびその分類について問い直す必要があると考える。

次に民法体系における所有権の客体の要件について考える。所有権の本質は特定の「物」への総括的支配権である。問題は、「物」の支配の意味である。それは、この「物」の中に強度の公共性を有する土地を含むのが妥当かという問題である。天与の財産である土地は、労働による生産物である動産とはその性格が本質において全く異なる。したがって、このような性質を有する土地は、本来、民法体系における所有権（民法206条）の客体として同列に置いて良いかどうかを検討する必要がある。その意味で、私は、民法体系では所有権の多様性を前提として、土地は動産や建物とは峻別した別個の体系として土地所有権理論を構築すべきであると考え。このような意味から、その前提としてまず、「所有権法体系」を問い直す必要があると考える。

<sup>23</sup> 林良平・前田達明編『新版注釈民法（2）総則（2）』（平成3年有斐閣）584～608頁（田中整爾担当）。

<sup>24</sup> 大澤正俊「所有権理論に関する一考察」『現代私法学の課題』伊藤進教授古稀記念論文集（平成18年第一法規）22頁以下。

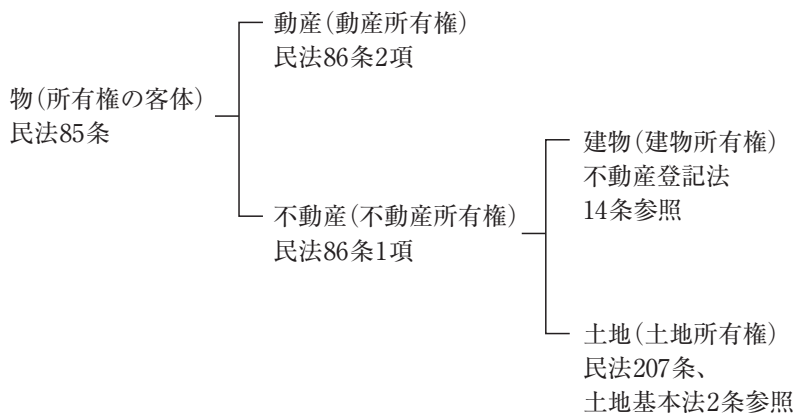
この所有権の多様性に関する問題に関しては、『新版 注釈民法 (7)』(野村好弘・小賀野晶一両教授担当)において次のように述べられている<sup>25</sup>。『民法は、所有権一般についてその内容を規定している。しかし、今日においては、所有権一般についての内容を論じることは、すこぶる困難なことになっている。まず、動産所有権と不動産所有権とを同一平面において論じることができるかどうか、が疑問であるし、不動産の中でも、宅地、建物、農地、森林などをそれぞれ区別して論じる必要があるのではないか、と思われる。それぞれが果たす社会的機能に応じて所有権の構造が異なるのはむしろ当然なことで、その機能差にもかかわらずすべての所有権を同一の平面で取り扱い分析することは疑問であろう。所有権を類型別に考察することが、これからのわれわれに必要なことであり、また、実用法学にとって有効な手段であるように思われる。』私の考える所有権体系再検討の必要性と同じご指摘と理解し、ご教示頂く点、多大である。

所有権の客体「物」を基準とした現行民法に基づいた所有権法体系の一例として、次のような図-①が考えられる。

---

<sup>25</sup> 川島武宜・川井健編『新版注釈民法 (7) 物権 (2)』(平成24年有斐閣) 316頁(野村好弘・小賀野晶一担当)。

図一① 所有権（民法206条）の法体系



註

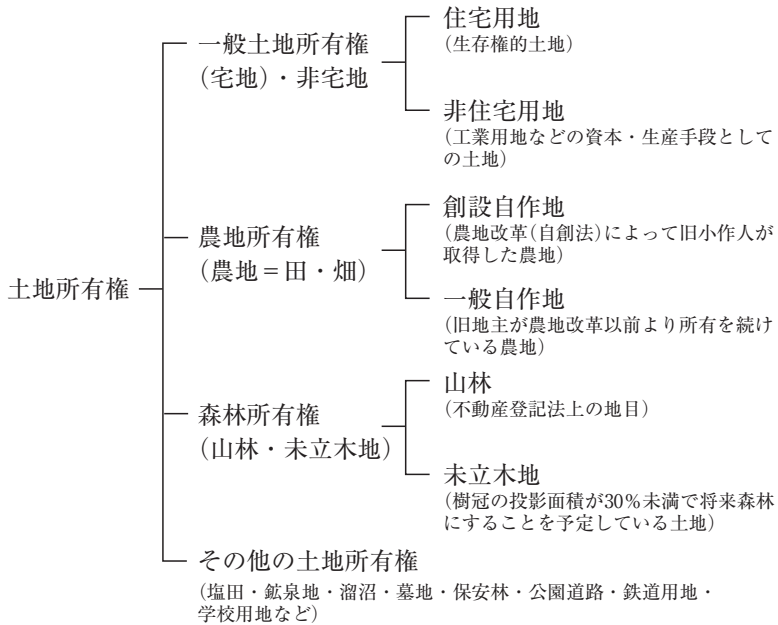
- (1) この図は、所有権の客体（物）と所有権の種類との関係を示す基本図である。
- (2) 土地所有権はさらに一般土地（土地所有権）、農地（農地所有権）、森林（森林所有権）、その他に類型化できる（後掲 図一②参照）。

## （2）土地所有権の類型化

土地は一般土地、農地、森林とではその特質（公共性）、役割（機能）、法構造（所有権能）が異なるので、法制上は土地を類型化して個別に対応する必要がある。しかし、類型化の基準は多様に存するので、本稿では、利用目的別の類型化に関して検討する。

土地利用目的別類型を表示すれば次（図一②）のようになる。

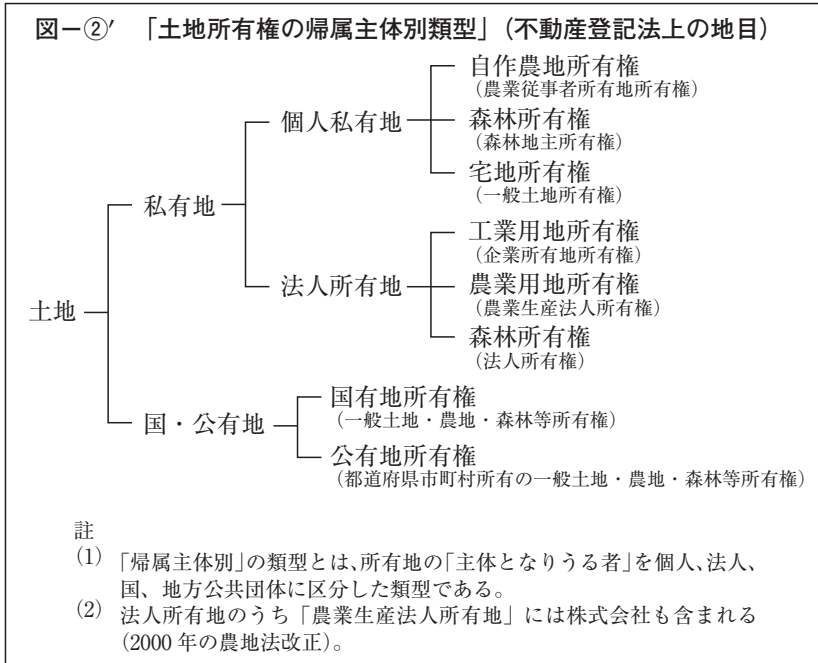
図一②「土地所有権の種類（利用目的別）」



註

- (1) 農地が転用によって一般土地となった場合は、普通の土地として使用・収益・処分できる権能を有する。
- (2) 創設自作地と一般自作地の間には農地法3条2項6号及び15号以外はほとんど差異はない。
- (3) 森林とは山林に未立木地を加えたものを指し、森林法2条1項1号2号で規定する。
- (4) 山林とは、耕作の方法によらないで竹木を育成する土地をいう（不動産登記事務取扱手続準則105条）

「土地所有権の帰属主体別類型」の一例として以下のように表示できる(図-②'参照)。



### ①一般土地所有権の性格と法構造

①土地の基本的性格 一般に土地という場合には山林、原野などの自然的に存在する大地(森林)と、二次的な利用形態としての宅地や農地などを含めていう。このような意味の土地には、基本的には次のような特質があるといえる。第1は、人間の労働生産物ではない自然的に存在する土地は、人間の生活空間として、生存の基礎であり、水や空気と同じ天与の財貨である。したがって、土地は他の財貨や商品とは本質的に異なり、これを特定の個人が排他的に独占したり、利潤を目的とした商品として売買の対象とする性格の物ではない。このような特質を持つ土地は、元来、人類の共有財産である。土地基本法2条においても、このような土地の公共性を受けて、公共の福祉

が優先されるべきであると規定している。したがって、森林は木材生活資源や環境保全のために、農地は農耕のために使用し、宅地は生存のために、その本来の利用に供するところに意味がある。イギリスの哲学者W・オーグルヴィ(1736年～1819年)もその著『土地所有権論』において、「すべての所有権は、占有ないし労働のいずれかに基づいている。大地は人が空気や水を自由に使用しなければならないのと同じように共同の占有として人類に与えられたもので、各人は本来、平等な持分を有し、耕作する権利を持っている」と述べている<sup>26</sup>。第2は、人間生活の重要な基盤をなす土地は、その性質上再生産や移動ができないという特性を持つ。土地の二次的利用としての宅地や農地は、人間がこれをどのように利用するかによって造成したもので、このような土地は人間の生存に絶対不可欠な基盤をなすもの(生存権的所有権)である。このように土地はその自然的属性からいって、動産や建物などの他の財貨よりも強い公共的性格を有している。このような土地の本質から、土地の取得・利用・処分については各種の私法的、公法的制限を受けている<sup>27</sup>。

⑥**土地所有権の基本構造** 土地所有権の法的構造を検討する場合には、土地の所有と利用の法的関係が中心となる。わが国における土地所有権の法的展開は明治維新を契機とする明治6年の地租改正に始まり、明治29年の民法制定によって近代的土地所有権が成立したといわれている。しかし、ここに確立された所有権は、形式上は近代的所有権といわれ、使用・収益・処分を包含する支配権であったが、実質上は封建的な地主と小作人の関係が存続し、このため所有権者の権利保護に傾き、土地利用権者の地位は極めて不安定であった。ところで、土地所有権で重要なのは土地を利用する権利(利用権)なのである。しかし、農地法制においては、地主と小作人との関係では、地主の土地支配権が強く、その近代化は戦後の農地改革まで待たなければならなかった。森林法制については、戦後も放置されたま

<sup>26</sup> W・オーグルヴィ「土地所有権論」『近代土地改革思想の源流』(四野宮三郎訳)(1982年お茶の水書房)28～29頁。

<sup>27</sup> 大澤正男『前掲・土地所有権制限の理論と展開』10～11頁。

まその改革はなされず現在に至っている。

## ②農地概念と農地所有権の特質

①**農地の概念** 農地法（2条1項）は、農地の定義を「耕作の目的に供される土地（田・畑など）」と規定する。「耕作」とは、現に土地に労働資本を加えて農作物を栽培することをいう。この規定は、土地の現況に着目した概念（現況主義）で、土地の現況が農地または採草放牧地であるときに適用されるという概念である。その他、土地改良法（2条1項）では、「農用地」として農地法の農地概念と異なった規定があり、また、農業振興地域の整備に関する法律（以下、「農振法」と略す）及び、農業経営基盤強化促進法（以下、「基盤法」と略す）では、「農用地」、「混木林地」、「農用地または混木林地の保全またはその利用上において必要な施設の用に供される土地」、「耕作または養蓄業に必要な農林水産省令で定められている農業用施設用の土地」の4種類を定め、これらを一括して「農用地等」という。これら、農振法、基盤法の規定は、地方自治体の農業振興地域整備計画において、農用地等として利用する農用地区域内の土地利用区分制度からの概念といえる<sup>28</sup>。

農地の特質として、農地は、農業経営者に必要不可欠な生産及び生存保障のための、かつ、食料資源を供給する永続的目的物である。わが国の戦後の農地は、農地法の「世帯主義」と結合して「家産」として基礎づけられ、農地所有権は生存権的所有権と位置づけられた。そこで、農地法制は、農地を他の一般的な土地と区別して農地所有権および利用権を農業生産の法的手段として捉えているといえる。わが国の農地制度はこのことを前提としており、また、農地行政もこの法的基盤の上で展開してきたといえる<sup>29</sup>。

②**農地の役割** 農地の役割は①国民の生存のための食料の安全確保と、②国民の生活環境保全のため利用する農地である。要するに、農地は土地と

<sup>28</sup> 関谷俊作『日本の農地制度（新版）』（2002年農政調査会）40～45頁。

<sup>29</sup> 原田純孝「農業・農地からみた規制緩和と地方分権論」『現代日本の都市土地法と「自治的」土地利用秩序形成の方向に関する総合的研究』平成8年度から9年度科学研究費補助金（基盤研究（B）（1））研究成果報告書1998年40頁。

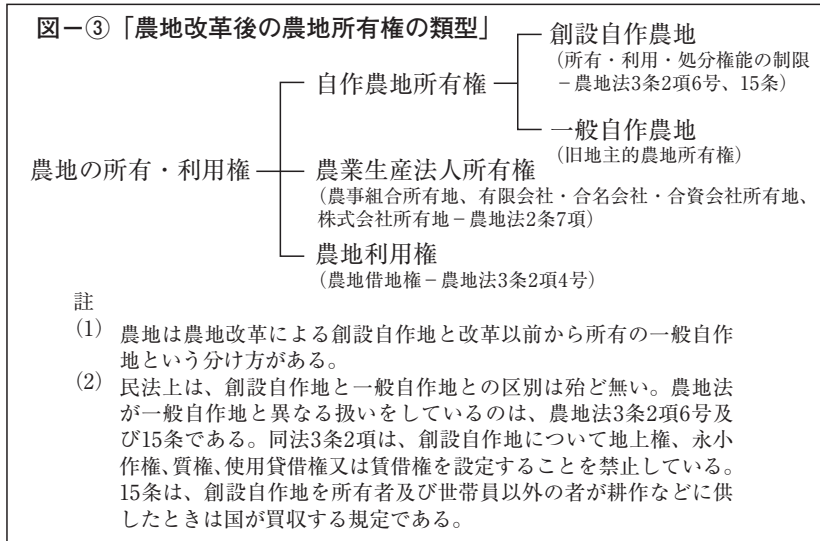


しての公共性と農地としての国家的、公共的に国民の生存のために利用（耕作）されなければならない利用の公共性という二重の性格を有していると解する。平成11年（1999年）7月に制定された「食料・農業・農村基本法（以下、新農基法と略す）」においても、その基本理念として、①食料の安定供給の確保、②農業の多面的機能の発揮、③農業の持続的発展、④農村の振興を掲げている<sup>30</sup>。

◎**農地所有権の特質** 農地所有権の特質として、農地改革による自作農地所有権（自作農の私的所有権）成立経過からいえることは、耕作者が土地を所有すべきだとする耕作者主義の所有という概念を中核としていることである。それは、戦前の寄生地主制に取って代わる自作農主義を目指した農地所有権としての特質を持つ。したがって、土地所有権の類型、すなわち、宅地、林野、工業用地等とはその発生、成立基盤が明らかに異なり、農地所有権の内容も自ずと異なってくる<sup>31</sup>。それは、耕作対象の土地利用の権限を利用権よりも所有権を第一義的に位置づけていたと解し得る。しかし、農地法は創設農地と改革残存小作地に対する追加的な規制（貸付禁止、処分の場合の対象の特定、解約の規制、小作料の統制等）の厳しさの反面、一般には権利移動統制と転用制限（農地法3条・5条）を規定するに留まり、耕作放棄、転用の場合の地価差益等については規定を設けなかった。換言すれば、農地法は生存権的所有権としての農地所有権を規定した法として大きな意義を有しながらも、自己の労働に基づいて耕作する権利・義務として、売渡を受けた自作農が、その土地（農地）に対する完全な私的所有権を取得するとともに、耕作義務を負い農地を有効に耕作すべき公法上の義務を明確に規定しなかった点に不備があった<sup>32</sup>。戦後の農地改革後の農地所有権の帰属・利用類型の一例として次の図-③のごとく体系化できる。

<sup>30</sup> 大澤正俊「新農業基本法と21世紀の食料問題」農業法研究35号110～118頁。

<sup>31</sup> 日本の前近代的土地所有権制度は、戦後の農地改革によって解体し、新たな私的土地所有者の大半は自作地と宅地を所有するだけの零細な土地所有者となった。これを所有の客体別（帰属主体別）に分類すると概ね前掲の『図-②』『土地所有権の帰属主体別類型』のようになる。



③**森林所有権の法構造** この問題については、次の「(3) 森林所有権の法構造」で考究する。ここでは、森林所有権の性格、主体、客体に関して、一般土地所有権、農地所有権との比較表示する(表-1)に止める。

表-1 「土地所有権の性格・主体・客体の比較」

所有権の種類	所有権の性格	所有(帰属)主体	権利の客体
基本的所有権	<ul style="list-style-type: none"> <li>・「物」の全面的、包括的、排他的支配権(所有権の絶対性)。</li> <li>・所有権は優れて基本的所有権の性格を有する。</li> <li>・民法(206条)の所有権は、一般的所有権といわれ、その内容は空虚で形骸化している。現代的所有権の再構成が要求される。</li> </ul>	所有権の主体は自然人か法人である。  主体 <ul style="list-style-type: none"> <li>- 自然人</li> <li>- 法人               <ul style="list-style-type: none"> <li>- 私法人(財団法人・社団法人)</li> <li>- 公法人(国・地方公共団体・日銀・公団・公庫など)</li> </ul> </li> </ul> ※民法1条の3,33条以下、商法52条以下参照	所有権の客体は「物」である。  ・「物」とは何か→本来は、労働による商品生産物(動産・建築不動産)。 ・土地は「物」に含まれるか→土地は自然に存する人類の共有財産。 ※民法206条は、講学上、不動産、動産を所有権の客体と解しているが、土地を「物」とは峻別する理論が必要である(民法85条・86条参照)。

<p>一般土地所有権</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・土地は自然に存する人類の生存に必要不可欠の公共財（労働生産物ではない）。</li> <li>・土地は本来、利用権が中心（所有権は利用権に従属すべき性格）。</li> <li>・土地は非生産物で動産や建物より強い公共性を有する。</li> <li>・以上の公共的性格を踏まえて、土地所有権の概念措定をする必要がある。</li> </ul>	<p>土地所有権の主体は自然人と法人である。</p> <p>主体</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— 自然人（一般市民、農業従事者、山林地主等）</li> <li>— 法人             <ul style="list-style-type: none"> <li>— 私法人（企業、農業生産法人）</li> <li>— 公法人（国、地方公共団体等）など</li> </ul> </li> </ul> <p>※土地の所有（帰属）制限→（例）土地収用法による土地所有権の強制的撤収、都市計画法による土地の帰属制限。</p>	<p>土地</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— 一般土地（宅地）</li> <li>— 農地（田・畑）</li> <li>— 山林・未立木地</li> <li>— その他（塩田・鉱泉地・公園・道路等）</li> </ul> <p>※土地は基本的所有権の客体と同列たり得るか→土地所有権は基本的所有権と峻別されるべきである。</p>
<p>農地所有権</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・農地は第1には国民の食料の安定供給・確保のための生産財（農地法3～5条）であり、第2には、国土の安全・環境保全に機能する公共財（新農基法・農地の多面的機能）の性格を有する。</li> <li>・上記の役割を農地の移転・転用制限（農地法3～5条）で担保、第1、第2の役割から農地は生存権的土地所有権の性格を有し、一般土地としての公共性に併せて一般土地より強度の公共性を有する。</li> <li>・以上のことから農地に耕作義務をはじめ各種の公法、私法上の制限を課するのは農地本来の特質から当然生ずるといえる。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・自ら耕作する者以外は、農地の権利を取得できない（耕作者主義による農地の帰属能力の制限）。</li> <li>・1962年の農地法改正によって農業生産法人を所有権の主体に加え、1992年新政策→2000年の法改正で株式会社を農業生産法人に加える（農地法2条7項）。</li> <li>・現行法で農地の権利を取得できる者は次の通り。</li> </ul> <p>権利の主体</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— 農業従事者（家族自作農主義）</li> <li>— 農業生産法人（農事組合法人、有限・合名・合資・株式会社）</li> </ul> <p>参照条文：農地法3～5条、2条7項、3条2項2号の2。</p>	<p>所有権の客体となる農地</p> <p>農地</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>— 自作農地             <ul style="list-style-type: none"> <li>— 創設自作地（自創法によって取得した農地）</li> <li>— 一般自作地</li> </ul> </li> <li>— 農業生産法人所有地（農事組合法人他5法人）</li> <li>— 国・公共団体所有地             <ul style="list-style-type: none"> <li>— 国有農地</li> <li>— 公有農地</li> </ul> </li> </ul> <p>参照条文：農地法2条7項、3条2項6号、15条。</p>

32 原田純孝「前掲・農業・農地からみた規制緩和と地方分権論」38～41頁、大澤正俊「前掲・所有権理論に関する一考察」17頁。

<p>森林所有権</p>	<p>〈森林の公共性の意味〉</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・森林は農地、一般土地に比して強度の公共性を有する。</li> <li>・森林の公共性には以下の三つの意味がある。①森林地盤(土地)の公共性(土地基本法2条)、②森林の機能が有する多面的公益的機能の公共性(森林・林業基本法2条、3条)、③森林所有権の公共性(民法1条1項、206条)。</li> <li>・しかし、公共性の観念は、民法学的には中身が空虚で、所有権理論が欠落しているといえる。</li> </ul>	<p>所有主体が、私人、国、公共団体かによって、私有林、国有林、公有林に分けられる。</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>・私有林の主体は、個人、会社、社寺、共同各種団体、組合等である。私有林の面積は、森林総面積(2,508万ha)の58%にあたる1,449万haを占める(平成25年度森林・林業白書)。</li> <li>・国有林は、国(農林水産省)が所有し、直接、現業として経営する森林をいう(国有林野の管理経営に関する法律2条1項、2項)、同法でいう国有林の中には、分権造林(同法9条以下)のように国が直接、管理経営しない森林も含まれる。</li> <li>・公有林は、都道府県、市町村、森林整備公社、財産区等が所有する森林をいう。歴史的には、集落住民と密接な関係を有し、その性格は公益的機能と経済的機能を相半ばして内在しているといえる。</li> </ul>	<p>森林の機能に応じた森林区分と整備の目標</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>水土保全林             <ul style="list-style-type: none"> <li>水源涵養機能(保水力の高い土壌を有する水源涵養機能の発揮を重視する森林を目指す)</li> <li>山地災害防止機能(樹目の根で土壌を保持する能力が優れた災害防止を重視する森林を目指す)</li> </ul> </li> <li>森林と人との共生林             <ul style="list-style-type: none"> <li>生活環境保全機能(大気の浄化、騒音の防止、森林生態系の保全等の国民の生活環境保全に機能する森林を指す)</li> <li>保健文化機能(自然との触れ合いの場、学びの場としての保健、文化、教育に適した森林を指す)</li> </ul> </li> <li>資源の一木材等生産循環利用林             <ul style="list-style-type: none"> <li>機能(木材の育成に適した土壌と高い二酸化炭素吸収能力のある森林を指す)</li> </ul> </li> </ul> <p>註 森林法改正(平成14年4月1日現在)、全国森林計画による付表(第1表)参照。</p>
--------------	--	--	--

### (3) 森林所有権の法構造

所有権の内容や性格は様々な要因によって時代と共に変貌している。土地所有権、特に森林所有権は、近年、地球温暖化をはじめとする自然環境の悪化に伴い、森林地盤、森林機能は強度の公共性を有することが再認識されるようになり、これに伴って、森林所有権のこれまでの私的財産権としての性格は本質的に変貌しているといえる。すなわち、これまで通説的に論じられていた、所有権の全面的支配権という性格もイギリス土地所有権に代表される相対的支配権の性格へと、その変化が読み取れる。このことから、民法206条の規定する支配権構造は土地所有権に関しては修正する必要がある。

このような認識を踏まえて、森林所有権の法構造の構築に当たっては、(i) 森林地盤と森林機能の公共性の特質と財産権に内在する権利・義務の法構造を根底に据える。(ii) 法構造の構築に関しては、そのモーメントとして㊦森林所有権の公共性の観念の導入、㊧森林所有権制限の法理の確立、㊨所有権の整備・保全の義務化を導入し、この3つのモーメントを骨子とした森林所有権の法構造を構図する。

問題㊦、公共性の観念の導入に当たって、公共性の強弱を具体的にどのような方法で、どのように明確化するかである。「所有権の公共性の観念」については、拙稿「前掲・森林所有権の公共性と所有権制限」でその骨子について述べたところである。そこで指摘したことは、わが国の森林法制にはこの公共性の観念が欠落していることである。課題は、この公共性の観念を森林基本法制へ具体的にどのように盛り込むかである。

問題㊧、森林所有権制限の法理を確立するについては、「公共性」の強弱との関係で、どのような基準で構築するか、換言すれば、その制限の程度は、所有権の公共性の強弱や森林所有権の帰属が国有か私有かによって対応は異なるので、その制限が単なる利用権の制限だけで良いのか、国有化（森林地盤の帰属制限）まで及ぶべきかの検討が重要となる。

問題㊨、森林の整備・保全義務化の提言で、私有財産である私有林所有

者にこのような法的義務を課しうる法的根拠をどのように理論構成するかである。結論として、森林の公共性と所有権の基本構造をその根拠と考えているが、この問題については更に詳細な検討が必要である。

## ①公共性の観念の導入

②森林の公共性とは何か ㊦公共性の概念 公共性については既に拙稿「前掲・森林の公共性と森林法制の基本原理」、「前掲・森林所有権の公共性と所有権制限」において考察を試みたところである。総論として言えることは、公共性の基本は、「国・地方公共団体をはじめ、個人を含む広い概念」であって、「広く社会一般に利害や正義を有する性質」と解されている（広辞苑 岩波書店932頁）。この意味するところは、私的財産権である私権といえども、公共性を内在しているということである<sup>33</sup>。

公共性の概念は、法律学の分野では、経済学、財政学などとの関連で多様な意味で使用されており、その概念は非常に広範で、明確に定義することは難しい。特に、民法分野での公共性についての研究は、現在まで殆ど考究されていない。私は、法律上の意味として「公共性」について、次のように考える。憲法26条2項の「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」とする規定を受けて、民法1条1項は「私権は、公共の福祉に適合しなければならない」として、私権の中で「公共性」は重要な位置を占める。注目すべきは、所有権（民法206条）では、法構造的に公共性と義務性が付加されている点である。民法1条1項に規定す

<sup>33</sup> 宮澤俊義教授は、「『公共の福祉』とは個人の個別的利益を超え、ときにこれを制約する機能を持つ公共的利益を意味する」とされる（『憲法改訂5版』（昭和59年有斐閣）111～112頁）。『新版注釈民法総則（1）』（平成14年有斐閣）61～70頁（谷口知平・安永正昭担当）、有倉遼吉・時岡弘編『条解日本国憲法（改訂版）』（1980年三省堂）64～66頁、249～251頁、大澤正男『土地所有権制限の理論と展開』（昭和54年成文堂）16～25頁。

<sup>34</sup> 例えば、公共性を決定するその判断基準として、「いかなる土地が」、「どんな目的で」、「誰によって」、「どのような内容で」、「いかなる手続によって」行われるのかが、具体的に提示される必要があり、客観的にその公共性の存在が確認される方法を用意する必要があると提案されている（大澤正男『前掲・土地所有の構図』100～103頁、同『前掲・土地所有権制限の理論と展開』25頁以下）。

る「公共の福祉」の原則は、私権が公共的性格を併せ持つとする私権の在り方を示す一般的原理として、公共性の基本理念を示していると解する。

問題は、公共性の中身をどのように措定すべきかである<sup>34</sup>。私は、かねてから「公共性（公共の福祉）」という言葉は法律上で、安易に使われているが、その中身は空虚であると考えていた。民法学上も、「公共性の中身」がどのように決定されているかについては殆ど論じられてはいない。また、これに関する判例も殆ど見当たらない。したがって、公共性の内容をどのように具体化すべきかについて検討する必要がある。その場合、次の2点について具体化する必要があると考える。その一は、「公共性の条件」をどう措定するか、その二は、「公共性の強弱の明確化」である<sup>35</sup>。

④「森林の公共性」の意味 一般的には、「森林の公共性」とは、国有林は勿論、私有林といえども森林は公共的性格を有することを意味している。「森林の公共性」という場合、次の3種類のケースがあると考えられる。その一は、森林地盤（土地）の公共性で、土地本来が有する公共性（土地基本法2条）と森林地盤の公共性という二重の公共性を意味する。その二は、森林の機能の公共性で、森林・林業基本法（2条、3条）における多面的公益的機能を意味し、私有林、国有林、公有林に内在する共通の公共性が存在する。その三は、私権としての森林所有権の公共性で、一般に「森林の公共性」という場合は、森林所有権の公共性を意味すると解する。それは、民法上は私権の社会性（民法1条）と同じ意味といえる。すなわち、「所有権（底地）の所有という帰属的権能に包含される全面的支配権能（使用、収益、処分権）（民法206条）の公共性という意味」である。換言すれば、「森林地盤と森林機能の公共性を包含した森林所有権の性格が公共的性格を有する」ということである。この問題については、すでに拙稿「前掲・森林所有権の公共性と所有権制限」で考察したところである。

⑤森林の公共性の位置づけ 森林所有権は一般土地所有権、農地所有権と

<sup>35</sup>「公共性の中身をどう具体化すべきか」、「公共性の条件をどう措定するか」の例示については、後述（図表④）参照。

はその性格、内容が異なると考えられるので、これらを所有権として同列に置くことを改め、まず、動産と不動産を峻別し、特に土地については、それぞれが有する公共性の強弱との関連で、根底に基本的所有権、その上に順次、一般土地所有権、農地所有権、最上位に森林所有権を位置づけるという階層的構図を構想する<sup>36</sup>。ここで、これらの関係の骨子について図示すれば次(図表④)のようになる。

⑥**森林の公共性の観念の欠落** 公共性の観念の欠落が日本の森林を荒廃させている。わが国の森林法制は、戦後のバブル経済期(1980年代)以降、「市場原理」が優先し、森林地盤の企業への売却など民営化、民有化を優先させる政策に乗って、強度の公共性を有する国有林の所有、経営までも私有林と一体化しようとした。そのため、森林の荒廃は目に余るものがある。この原因の一つは、わが国の森林法制に森林の公共性の観念が欠落していることにあるといえる。これは、本来の森林法制のあるべき方向に逆行するものである。そして、今、わが国の森林法制に求められているのは、森林の公共性の観念を根底に置いた森林所有権の制限と森林保全の義務づけである。

⑦**森林の公共性から導かれる法理** 森林の公共性を担保するためには、所有権の制限と森林保全の義務化が必然的に必要であると考え。その具体例として、本稿では、次の二つの問題⑧⑨について考究する。

⑧**所有権制限の法理** 森林の有する公共性と森林所有権の制限との関係である。森林の有する多面的公益的機能は森林の公共性の強弱と密接に関連する。したがって、森林の機能が時代と共に変貌すれば、それに伴って森林(所有権)の公共性の性格も、その強弱も変化する。現代の森林は経済的機能と多面的公益的機能を併せ持ち、強い公共性を有し、かつ国境を越えた国際的公共財へと変貌してきた。このような性格を有する森林の管理・保全には、森林の区分、公共性の強弱に対応した所有権制限の法理を確立することが重要である。結論として、以上の点を踏まえて森林の公共性を

<sup>36</sup> 大澤正俊「前掲・所有権理論に関する一考察」『現代私法学の課題』39頁。



図表④ 「公共性の強弱による所有権の階層的関係図」

	所有権の階層的関係	各種所有権の特質	所有権制限と保全義務
森林所有権	森林所有権 (森林・林業基本法、森林法、森林法施行令、森林組合法、国有林野の管理経営に関する法律、自然環境保全法、その他)。	森林は一般土地、農地と比較して、その基盤、機能、所有権能など何れも強い公共性を有する。特に、近時の森林の役割は、国土・環境保全、木材・林業資源生産に加え、生態系保全、生活・保健・文化等の多様な公益的機能を担っている。	森林は戦後、農地のごとき改革がなされず、放置されてきた。森林所有権制限は、森林法による許認可制・届出制の手法が主で、森林の整備・保全を担保するには不十分である。したがって、法的拘束力を持つ森林保全の義務付けが必要である。
農地所有権	農地所有権 (農地法、農振法、農業経営基盤強化促進法、その他)※自作地、農業生産法人所有地、公共団体所有地等に類型化。	農地は国民の食料の安定供給確保のための公共財である。農地所有権は、一般的土地所有権より強度の公共性を有する(※但し、1970・75年の農地法改正以降農地所有権変質)。	戦後、自作農主義による農地の担保のために、農地は農地関係法によって、農地の権利移動、転用制限(農地法3～5条)をはじめ、農地の使用、収益、処分権能に関し、公法、私法上の制限が広く強化されている。
一般土地所有権	一般土地所有権 (土地基本法・都市計画法・土地収用法等)※一般土地、農地、山林・原野、塩田、その他に分類。	土地は自然に存する人類の生存に必要不可欠な公共財(労働生産物ではない)。土地所有権は、土地利用権に従属すべき性格のもので、動産や建物不動産よりも強い公共性を有する。	戦前、土地は資本所有の立場から、戦後は、土地の公共性の法理導入により、公法、私法によって、使用・収益・処分に関し各種の制限が課せられている。
基本的所有権	基本的所有権 (民法・借地借家法・建物区分所有法等)※所有権の客体は「物(動産・不動産)」、土地は物に含まれるのか。	所有権は「物」を全面的、包括的、排他的に支配できる権利である(民法206条)。基本的所有権は優れて私的性格を有するが、戦後の民法改正で私権の社会性が導入され、その性格は変貌した。	所有権の絶対性が保障された戦前の民法の基本原則は、戦後、私権の社会性・権利濫用禁止の法理(民法1条)により、公法、私法上の制限は拡大されている。

註

- (1) 本図は、基本的所有権、土地所有権(一般土地所有権)、農地所有権、森林所有権を主として「機能(役割)の公共性」を中心に比較し、その公共性の強い森林所有権を最上位に順次、農地、一般土地所有権と置いた階層関係図である。
- (2) 各種所有権の比較の対象を「公共性」のほかに、各所有権の有する特質、所有権制限、保全義務に関する主要点についても併せ比較した。

担保するために森林所有権の制限が不可欠となる<sup>37</sup>。

#### ①森林の保全義務化 森林の保全義務化を考える場合の問題は、森林の公

<sup>37</sup> 所有権制限の法理に関しては、拙稿「前掲・所有権理論に関する一考察」、大澤正男『前掲・土地所有権制限の理論と展開』参照。特に、公共性の条件との関係が具体的に重要な問題となると考える。

公共性から生ずる森林の保全義務化の法的根拠を何処に求めるかである。本稿では、土地、森林地盤の公共性と併せ、その根底に森林所有権に内在する権利・義務の法構造を前提として考究を試みる。その場合、森林所有権の公共性から生ずる義務づけはその公共性の強弱によって、その義務内容は積極的義務、消極的義務に区分しうると考えられる<sup>38</sup>。

## ②所有権制限の法理の確立

㊦**森林所有権制限の法理の意味** 明治民法では、私的所有権は原則としてその自由を認め、私人相互間ではその行使に制限を受けることはあるとしても、所有権は完全な物権としての地位を占め、その制限は「法令の制限内」で例外的に受けてきた。しかし、これは戦後の資本主義の経済発展に大きな影響を及ぼしたので何らかの形で所有権（特に土地所有権）の自由を制限することによって土地利用を保障する必要性が生じた。これに対応するため、現行民法では公共の福祉、信義則、権利濫用の禁止（1条）の規定をおき、判例・学説によってその解釈を行い、また、借地借家法や農地法等の特別法を定め所有権の制限を公法、私法の両面から行なってきた。

森林については、森林の有する多面的公益的機能（森林・林業基本法2条・3条）の公共性から、森林を適正に維持・保全するためには、森林の持つ公共性の強度に応じて森林所有権の法制上の厳しい制限が必然的に不可欠であると考ええる。然るに、わが国の森林法制は、公共性の觀念が欠落し、森林所有権の規制は緩和され、さらに国・公有林は私有化、民営化へと逆行している。このような意味から現行の森林所有権の制限の法制を次の点で問い直す必要があると考える。

(i) 森林所有権制限の検討に当たっては、所有権制限の態様が多様であるので、本稿では「利用（使用・収益）権能の制限」と「森林の所有権（帰属）・処分権能の制限」とに分けて検討し、それを踏まえて、森林所有権の所有

<sup>38</sup> この問題については、拙稿「前掲・森林の整備・保全義務に関する一考察」で考察したところである。本稿ではそこでの基本的課題についてのみ触れるに留める。

形態としてあるべき方向性（私有林の帰属権能の国有化か、森林経営の国有化か、などの方向）を探る必要があると考える<sup>39</sup>。

（ii）森林の所有（帰属）、利用制限の形態はいかにあるべきか。森林所有権の制限態様（帰属制限か利用制限か）は、森林の有する役割（森林機能の公共性の強弱）と深く関連している。その制限には公共性の強弱との関連で制限法理を確立すべきである。また、私有林の場合、自然環境の保全という森林の公共性の担保と私的財産権としての木材生産などの経済的機能との関係をどう両立、調和させるかの問題がある。この問題の検討には、森林、林業が目指す森林法制の基本原則とどの様に整合させるかが重要と考える。結論として、この問題の到達点は公益的機能の強い性格の森林は所有権の国有化による森林の利用権能の管理、処分権能の保全が必要であるといえる<sup>40</sup>。強度の公益的機能が要求されている森林の管理・保全は、国、公共団体が森林の所有権を有することによって初めて可能になると考えるからである。

⑥**森林所有権制限の態様と性格**<sup>41</sup> わが国の森林規制は主として森林法が定める行政機関の決定によって、国民の財産権を制限できる「許認可制・届出制」という、いわゆる行政行為による規制の手法を採っている。この規制は、関係監督官庁が許可、認可または届出を義務づけることによって森林所有権者が有する森林所有権の支配権能（使用、収益、処分権能）に一定の制限を課すもので、森林所有者がこの許認可、届出規制に従わない場合には一定の罰則を科すことが出来る制度である<sup>42</sup>。このように監督官

39 この問題については、拙稿「前掲・森林所有権の公共性と所有権制限」で考察したところである。

40 農林水産省「林政改革大綱」（平成12年12月）のⅦ「公的関与による適正な管理」の4では「森林の公有林化の推進」を挙げている。

41 本節「⑥森林所有権制限の態様と性格」に関する記述は、拙稿「前掲・森林所有権の公共性と所有権制限」77頁以下に依拠したものである。森林所有権制限の詳細および参考文献等に関しては同論文参照。

42 許認可制度の主要な法的仕組みについては、宇賀克也『行政法概説Ⅰ 行政法総論【第4版】』（2011年有斐閣）82～99頁参照。

庁の決定によって、私人の権利・義務は変動することになる。行政行為の態様として、行政法上は法律行為的行政行為と準法律行為的行政行為に大別されている。これは、さらに下命、禁止制、許認可制など幾つかの種類に区分されている<sup>43</sup>。

㊦**森林法における許認可制** 森林法における許認可制を大別すれば、(i)森林開発・伐採などの制限（許可制・森林法10条の2～3、34条1項、31条）、(ii)森林使用権設定の制限（認可制・森林法50条以下）、森林の利用、伐採等の制限（届出制・森林法10条の8～9、15条、34条の2）に分けることができる。これらの規制については、拙稿「森林所有権の公共性と所有権制限」で考察したのでここでの説明は省略する<sup>44</sup>。

㊧**許認可制の仕組み** 前述したように、許認可制は、行政行為として監督官庁が法律の範囲内で公権力を行使して、私人の権利を制約したり、義務を課する手法である。(i) すなわち、許可では、法律によって一般的に禁止されている行為に対し、監督官庁の個別審査により、法律上その禁止を解除する仕組みである。森林規制における許可制では、森林所有者の財産権の行使に対して林野庁が、禁止を解除する仕組みである。(ii) 認可制では法律行為の内容を監督官庁が個別に審査し、当該官庁が私人間の契約の効力を発生させる有効要件とする法的仕組みである<sup>45</sup>。

㊨**許認可制の性格** 森林法制における許認可制の性格は、要するにこれら手続を権利者に義務付けることによって、財産権の権利行使に一定の制約をつけるものである<sup>46</sup>。

しかし、このような森林法における規制の手法が強度の公益的機能を有する森林の整備、保全に対応できていると言えるであろうか。結論から言

43 宇賀克也『前掲・行政法概説Ⅰ 行政法総論【第4版】』89～100頁、曾和俊文・山田洋・亘理格『現代行政法入門 第2版』（2011年有斐閣）58～81頁。

44 拙稿「前掲・森林所有権の公共性と所有権制限」77頁以下、依田薫『一目でわかる日本の許認可制度のすべて』（1993年日本実業出版社）10頁、118頁、166頁。

45 曾和俊文・山田洋・亘理格『前掲・現代行政法入門 第2版』66～68頁。

46 宇賀克也前掲『行政法概説Ⅰ 行政法総論【第4版】』98頁以下。

えば、日本の森林の現状は、荒廃し、これら規制の効果は上がっていない。このことは、次に述べるような具体的森林の荒廃事例からも窺い知ることができる。

◎森林所有権制限上の問題 ㊦森林所有権制限法制の不備 「日本の森林が外国資本によって買い占められている」とのマスコミ報道がなされていた。例えば、(i)朝日新聞平成23年1月21日(朝刊)は、外国人土地法(大正15年施行)が機能しておらず、「外国人の土地取得をめぐっては、韓国資本による長崎・対馬の土地買収や北海道で中国などの資本が森林を買い進めていることが問題視され」ている旨を述べ、政府は外国人の土地取得規制のための検討や森林法の改正の議論を開始したことを報じた。さらに、朝日新聞平成24年5月27日(朝刊)は、この続報として全国14の自治体が水資源を守るため私有の水源地林を買収して公有化を進めていることを報じた<sup>47</sup>。(ii)NHKテレビ(平成22年9月7日19時30分)「クローズアップ現代」においても森林所有権の処分権の制限緩和(平成13年森林法改正)によって、外国資本の森林買収を規制することが不可能な状況になっていることを伝え、また、(iii)月刊誌 WEDGE(2011年2月号16頁以下)では、北海道や九州の森林が外国資本によって買い占められ、工場建設や地下水の取水転売が進行している旨を報じている。

これら一連の報道で共通している問題点は、わが国の森林法制の不備が指摘されていることである。問題は、国土の約67%を占めるわが国の森林は、農地と違って戦後未開放のまま放置されてきたことである。そのため、森林所有者には、森林に対する強い使用、収益、処分権能が認められ、加えて、外国人の土地規制目的で制定された外国人土地法も機能していない。

結論として、このような問題がマスコミに取り上げられる主要な理由は、わが国の森林規制の不備が要因であることを指摘できる。例えば、ここに掲げる表-2「基本的所有権・一般土地・農地・森林所有権の制限の比較」

<sup>47</sup>平成23年1月21日朝日新聞朝刊4面、平成24年5月27日朝日新聞朝刊1～2面。

表-2 基本的所有権・一般土地・農地・森林所有権の制限の比較

所有権の種類	制限	使用権能	収益権能	処分権能	関連法令
基本的所有権	原則と修正	<p>〈原則〉所有権の絶対性=全面的・包括的・排他的支配権。所有権者が所有物を法令の制限内で自由に使用・収益・処分できる権利(民法206条)。</p> <p>〈修正〉私権の社会性、信義則、権利濫用禁止の法理による所有権の制限(民法1条1~3項)。当事者間の合意による制限、法令による制限、判例による制限。</p>			明治憲法27条1項、民法206条、憲法29条1~3項、民法1条1~3項、209条以下、土地基本法2・6条、建物区分所有法6条、その他(建築基準法69条以下、動産・建物不動産関係法令、土地関係・農地関係法令)。
	私法・公法上の制限	<p>〈使用権制限〉文化財保護法(30~34条の3)、医療法(24条)、建物区分所有法(6条1項)、その他、土地・農地の利用制限など。</p>	<p>〈収益権制限〉麻薬取締法(12-29条)覚せい剤取締法(1-22条の2)、その他、土地・農地からの収益の制限など。</p>	<p>〈処分権制限〉薬事法(41-65条)、食品衛生法(3-10条)、その他。</p>	
一般土地所有権	私法的制限	<p>原則として私権(使用・収益・処分権)の自由が認められているが、資本所有の立場から私法的特別法によって制限を受ける。戦後の民法改正(昭22法222号)によって、私権の公共性の法原理導入、所有権制限が原則化し、制限が拡大している。</p>		<p>民法1条1~3項、206条、207条、703条。民法(209条以下)相隣関係規定、建物区分所有法(6条、22条等)。</p>	
		<ul style="list-style-type: none"> <li>相隣関係法令による制限(民法209条以下)。</li> <li>建物区分所有法による制限(6条1項等)。</li> <li>建築協定による土地利用に関する合意制限(建築基準法69条以下)。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>土地開発利益は、土地所有権(民法206・207条)の内容か→民法理論では、これに関し通説とか多数説はなく、わが国では土地所有権者に当然帰属している。※イギリスでは、開発利益は国、地方自治体が吸収している(1947年法、1967年法、1976年法)。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>土地所有権の権能のうち処分権能は、最重要視され、処分権制限は一般条項以外ほとんど存在しない。</li> <li>建物区分所有法(22条1項)で専有部分と敷地利用権一体性の原則による処分制限。</li> </ul>	
	公法的制限	<p>戦後、憲法は公共の福祉のための制限は当然だとする。これを受けて土地基本法2条)は土地の公共性をうたい、各種公法による制限を強化</p>		<p>憲法29条2項・3項、土地基本法2条、土地収用法71条・8条1項、都市計画法、建築基準法、土地地区画整理法、国土利用計画法、公用地の拡大推進に関する法律。</p>	
		<ul style="list-style-type: none"> <li>地域地区製による利用制限(都市計画法7条、8条、29条以下)・都市計画による建築制限(都市計画法11条、53時以下、建</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>土地取引内容の制限(地価公示法1条の2、8条)。</li> <li>土地基本法による開発利益吸収(土地基本法5条)。</li> <li>※イギリス、ドイツ、</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>土地の処分権能(売買・譲渡)の制限(国土利用計画法11~27条、公用地の拡大推進に関する法律8条)。</li> </ul>	

		<p>築基準法8条以下)・都市開発・土地区域整理による土地利用制限(都市計画法12条1項2～4号)。</p>	<p>フランス、アメリカ等は、開発利益を何らかの形で国・地方公共団体が吸収している。</p>	<p>・土地収用による処分制限(土地収用法71条、8条1項)→「正当な補償」(完全補償か相当補償か)。</p>	
農地所有権	私法的制限	<ul style="list-style-type: none"> <li>・利用制限→農地はあくまでも農地としての耕作義務を内在している(農地法4条)。</li> <li>・1971年に発足した作付制限(米の減反政策)は、土地利用制限の典型。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・農地の賃貸借制限、賃貸料制限(地代統制法令)</li> <li>・米価格制限</li> <li>・農地の宅地への転売買による値上がり利益は誰のものか(創設自作農のものか、旧地主のものか→最判昭43.4.2民集22巻4号73頁)。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・農地の処分権能(移転・転用)の制限→農地の売買、賃貸借は農業者の許可を要する(農地法3～5条、75条)。その他、農地の相続制限等。</li> </ul>	<p>農地法3-5条、15条の2-6、憲法29条3項、農振法(1969年)民法703条、1970年改正農地法、1980年農用地利用増進法、1989年農地転用許可基準改正、1995年地方分権推進法。</p>
	公法的制限	<ul style="list-style-type: none"> <li>・農地は国の許可なしには転用できない(農地法4・5条)。</li> <li>・都市計画法、農振法による区域区分(土地利用規制)。</li> <li>・農地利用制限の緩和→1989年農用地利用増進法の改正→1993年農業経営基盤強化促進法。</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・農地転用→一般土地→開発可能となる。</li> <li>・農地転用で宅地化した場合の開発利益の公的機関への吸収はない(但し、土地基本法5条はその基本原理を規定)。</li> </ul> <p>※上記のイギリス、ドイツ、イタリアなどの法制が参考となる。</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>・農地法5条(転用)と開発許可との関係(都市計画法87条2項)→市街化区域と市街化調整区域との線引きで農地処分制限(届出制と許可制)(都市計画法7条、23条、農地法4条、5条)。</li> </ul>	<p>憲法29条2-3項、土地基本法2条、5条、都市計画法7条他、土地収用法71条他、国土利用計画法24条、27条等。</p>
森林所有権	私法的制限	<p>原則として、民法206条、207条により所有権(使用・収益・処分権)の自由な行使が保障されているので、一般土地所有権と同じような規制といえる(民法206条、同法1条1項)。</p> <p>※森林地盤(土地)、機能、所有権の強度の公共性から所有権の利用、所有(帰属)に関して強い制限法規が要請されるが、現行森林法制はこれに対応していない。</p>			<p>憲法29条1項、土地基本法2条。</p>
	公法的制限	<p>行政行為としての許認可制による制限が主要な規制である。森林所有権に対する制限規定は森林法以外には殆ど見当たらない。</p> <p>森林使用権設定の制限(森林法50条以下)、利用、伐採等の制限(同法15条、34条)。</p>	<p>伐採等の制限(森林法10条の8～9)、収益権の制限(同法34条の2)。</p>	<p>開発、伐採等の制限(森林法10条の2～3)、保安林における伐採制限(同法34条1項)形質変更制限(同法30条、30条の2)。</p>	<p>都市計画法7条、国土利用計画法21条、24条、土地基本法2条、5条、憲法29条2・3項。</p>

を見ても、所有権の使用、収益、処分権能の制限についての法令にしても一般土地・農地と比較して森林における制限法規の不備を窺い知ることができる。

④**森林所有権制限の法理の具体化** 現行森林法制で問題として考えられるのは、公共性による所有権制限の許容範囲をどう措定するかという問題である。わが国の土地所有権観念の実態<sup>48</sup>や森林所有権法制における公共性の観念の欠落などからみて、私有林の国有化への道は現状ではきわめて遠いといえる。この現実を踏まえると、次の二つの森林所有権の公法的、私法的制限の具体的基準の確立を考える必要がある。すなわち、森林所有権を所有権能（帰属権能）と、利用権能とに分離し、両権能をそれぞれ制限できる基準を明確にし、それを踏まえて段階的に対応させるという手法である<sup>49</sup>。

(i) 所有権能（帰属権能）を制限しうる場合の基準 森林（私有林）を国有化しなければ森林の多面的公益的機能が果たせない場合、どのような条件を具備すれば私有林を強制収用によって国有化することが法的に許容されるかという問題である。例えば、森林所有者が任意買収に応じない場

48「日本人の土地所有権観念についての調査結果として、「土地は最も有利な資産」という回答が高かったことが示されている（大澤正男「日本人の土地所有権意識－アンケート調査による考察－」Law in Japan Vol.20 1987,pp.131～149）。これは、土地（title）は最終的には国王に帰属し、国民は保有によって利用権を有するのみであるとして、利用権能を中心に理解するイギリス法とは対照的である。」

49 森林の所有と利用の区分とは、土地所有権の所有権能（帰属権能）と利用権能とを分離する考え方である。近時、外国法制（特にイギリス土地法）などの影響により、わが国の土地法においては、土地利用権に重点を置く方向に向かいつつある（『開発と保全：自然・文化財・歴史的環境（ジュリスト増刊総合特集No.4）』255頁以下）。本稿では、森林所有権法理にこの考え方を導入する試みである。

50 憲法29条3項は、私有財産が正当な補償の下にこれを公共のために用いることができる旨を規定し、土地所有権制限（土地収用）を認めている（土地収用法3条、71条、森林法55条、64条）。土地収用は、土地所有権制限の最も強度なもので、土地収用法や都市計画法で起業者にその収用権を与えている。かつて蜂の巣城事件といわれた治水ダム用地の土地収用では、森林収用のための公共性とは何か、国は土地収用のための強制的な権限の発動をどこまで許されるかが問われた。本稿での問題は、自然環境保全のため森林国有化の手法として、現行土地収用法でどのような具体的基準が具備されれば、それが許容されるかという問題である（桜田誉「土地収用と公共性」日本土地法学会 土地問題双書（2）（昭49年有斐閣）5～14頁）。



合は、「土地収用法」による「強制買収」による方法となる<sup>50</sup>。その場合、問題は、強制収用が許容される条件をどう措定するかである。

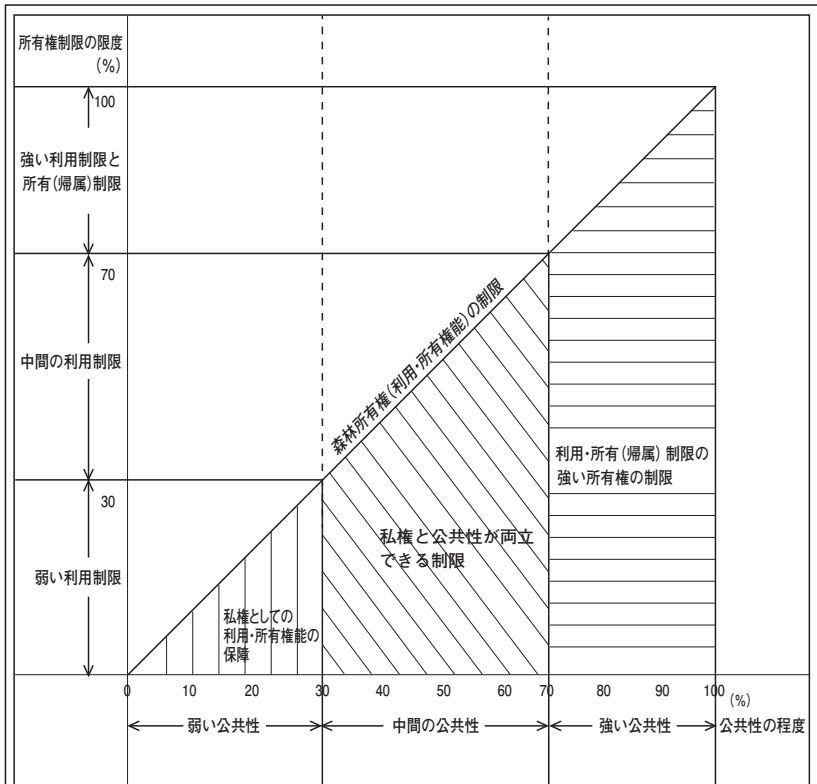
(ii) 利用権能を制限する場合の基準 私有林の利用権能を制限しうる場合の基準を確立することが必要であると考え。特に、所有権の本質を侵害するような強度の制限（例、帰属制限）の場合は問題であるが、結論として、その手法の一つとして森林所有権の公共性の数値化を試みる必要があると考える。

(iii) 森林所有権の公共性と所有権制限の関係 次に掲げる図-⑤は、森林の公共性の強弱による所有権制限との関係図である。森林所有権の公共性の強弱の数値化を目指す前段階としての一つの試みである<sup>51</sup>。

---

<sup>51</sup> 森林所有権の制限の在り方については、拙稿「前掲・森林所有権の公共性と所有権制限」で考察したところである。

図一⑤ 森林所有権の公共性と所有権制限の関係



註

- (1) 本図は、森林の有する公益的機能（公共性）の強弱に対応した森林所有権の所有・利用権能の制限の程度を示す。
- (2) 縦軸の所有権制限の程度の意味は、森林所有権の有する利用（使用・収益権）と所有（帰属・処分権）の両権能に対応する制限の程度を示す。
- (3) 横軸は、森林の有する公益的機能の強弱を3段階に区分したもので、全体を100%とし、「弱い公共性」（公共的機能が0～30%未満）、「中間の公共性」（30～70%未満）、「強い公共性」（70～100%）に一応区分したものである。
- (4) 本図を補充するものとして、図一⑤'（「森林所有権の公共性の強弱と森林機能の区分（私案）」）を付す。

## 図-⑤' 森林所有権の公共性の強弱と森林機能の区分 (私案)

公共性の強弱の区分	森林機能の区分 (具体例)	所有権制限の内容
強い公共性 (森林機能の公共性が特に強度)	森林の公共性の数値100～70%以上 (国土・環境保全林)	森林の所有 (帰属) の制限 (例、国・公有化) のほか強度の利用制限 (使用・収益権の制限)
中間の公共性 (私権性、公共性を併せ持つ場合、それぞれが相半ば)	森林の公共性の数値が70%未満～30%以上 (生態系生物保全林、生活・保健・文化林)	森林所有権の利用制限
弱い公共性 (私有財産としての私権性が強い森林所有権)	森林の公共性が30%未満～0以上 (木材・産業資材生産林)	私有財産として保障 (所有権制限の程度は、一般土地所有権と同程度)

註

- (1) 森林機能の区分の具体例の欄で示した「森林の公共性の数値の意味」は、例えば、「強い公共性」(100%～70%以上) に対し、私有財産としての数値は0～30%未満を意味する (所有権の二面性という法構造) が、この数値の根底にある。
- (2) 上記の欄の括弧 (具体例) での森林の機能別区分 (国土・健康保全林、生態系生物保全林、生活・健康・文化林、木材・産業資材生産林) は、私案 (横浜市立大学論叢社会科学系列60巻1号 p.94～97) である。
- (3) 図-⑤' は、図-⑤の補充として公共性の強弱の数値化を目指して、それを具体化する前段階としての試案である。この問題点は、今後も検討を重ねていきたい。

## ③ 森林所有権の整備、保全の義務化

## ① 森林所有権に森林保全義務を課す構図

森林の管理、保全を実効性のあるものにするには、森林の所有権能の制限 (帰属権能の制限) と利用権能に対する制限が重要である。しかし、現行法制の所有権制限の手法には限界があり、森林の実態は荒廃し環境保全をはじめとする森林の公益的機能は発揮できていない。この対応には法制度として森林の公共性に根拠を置いて、森林所有者に森林の利用、保全義

務を課す必要があると考える<sup>52</sup>。

(i) 森林・林業基本法9条においては、森林所有者等に対し、「森林の整備、保全に努めるべき責務」を規定している。しかし、この「責務」についてはその性格、内容が不明確である。少なくとも、法的拘束力のある義務とは解し難い。

(ii) 現行森林法規では森林の整備・保全を担保するには、不十分である。森林・林業基本法の下位法として位置する森林法では、許認可制という行政手法によって、植林義務(34条の3)、間伐届出義務(34条の2)、原状回復義務(63条)など、幾つかの義務規定がある。問題は、これらの規定でいう「責務」や「義務」の性格、内容が森林の機能を担保する効果を發揮していないということである。

(iii) 結論として、森林法制の最上位にある森林・林業基本法において、森林所有権に強い法的拘束力を有する森林の整備・保全義務を課すべきであると考えられる。内閣府の「森林と生活に関する世論調査」(平成19年5月)においても、「森林の整備を行なう場合にどのような方法で整備すべきか」

---

<sup>52</sup> ワイマール憲法(155条3項)は、「土地所有者は、公共にたいし、土地を開拓し利用する義務を負う。労力または資本を用いなくて生じた土地の価格の増加は、公共のために利用しなければならない」と規定し、西独憲法(15条)では、「土地、天然資源および生産手段は、社会化の目的のために、補償の種類および程度を規定する法律によって、公有財産またはその他の形態の公共経済に移すことができる」と定めている(大石義雄『新訂増補世界各国の憲法典』京都大学憲法研究会編(1965年有信堂)450頁)。イギリスでは、第二次世界大戦後の1947年農業法(Agriculture Act 1947)で、義務をともなう農地所有権・利用権を確立し、地主は適正な所有地の管理を義務づけられ、借地人には、適正な耕作義務を課すことを明文化し、違反した者には、農地を強制買収する旨を規定した。また、1948年法(Agricultural Holding Act 1948)では、地主に対しては立ち退き勧告を制限するなど、借地権を強化し、借地人に対しては借地権妨害やテナント・ライト補償の請求権について借地農の権利として確立した(大澤正俊「イギリスにおける農業借地権の近代化－農業法・農地保有法における借地権保護を中心として－」横浜市立大学論叢社会科学系列53巻2・3合併号21～23頁)。

問題は、何故に私権の行使に私人が公共の福祉のために積極的に奉仕しなければならないのか、その法的根拠である。この点に関し、川井健博士(元一橋大学長)は公共性が「公共の福祉」(民法1条1項)の一つに該当することを前提とされて、民法1条1項が制定当時から激しい意見の対立があったこと、また私権の行使が積極的に公共の福祉にあっては行使せよとする規定が民法の指導理念たり得るかに関しては疑問で、むしろ消極的に解し、公共の福祉に反した権利行使は許さないという趣旨に解すべきである旨を述べられている(川井健「民事紛争と公共性について」判例時報797号3～6頁)。

の問に対して「森林所有者に対し適切に森林整備を行なうことを義務づける」との回答が13.9%を占めていた<sup>53</sup>。

#### ⑥現行法制の整備・保全の「責務」の性格

⑦森林・林業基本法の「責務」の性格 森林・林業基本法9条では、森林所有者等に対する、「責務」として森林の整備、保全が図られるように努めなければならない旨を規定している。問題は、この規定の「責務」の性格をどのように解すべきかということである。換言すればこの「責務」がどのような法的拘束力を有するかという問題である。『法律用語辞典 第3版』有斐閣では、「責務」の本来の意味は、責任と同義で用いられる場合や、責任を持って果たすべき職務という意味で用いられる場合があると説明されている。「義務」は、法律規範によって法律主体たる人に課せられる法的拘束（又は負担）を意味し、法律上の概念としては、債権に対する債務というように、権利に対応するものとしてとらえられ、義務違反に対しては強制が加えられると説明している<sup>54</sup>。したがって、責務は義務とは異なる。森林・林業基本法9条で規定する所有権等の「責務」は、森林保有者には森林を適切に整備・保全しなければならないという社会的義務が内在していることを一般的、抽象的に確認した規定である<sup>55</sup>。すなわち、同法9条後段の意味は「責任を持って果たすべき職務（仕事として担当する義務）を意味する」と解し得るので、制裁（強制）を伴う「義務（作為義務、

<sup>53</sup> 注11参照。

<sup>54</sup> 法令用語研究会編『法律用語辞典 第3版』有斐閣、拙稿「森林の整備・保全義務に関する一考察」196～197頁。

<sup>55</sup> 本条の「責務」の性格について、森林・林業基本政策研究会は、旧林業基本法で定める林野の所有者等の責務規定（8条）については、『（林業総生産の増大という）公共の福祉に合致するよう、林野保有そのものに内在している社会的義務を一般的かつ抽象的に表明したものと考えられ、憲法に保障されている所有権を侵害するようなものではない」という整理がなされていた。』と述べ、『これと同様に森林の公益的機能の低下がもたらす生命・健康等に対する危害を未然に防止するためには森林の整備・保全を適切に行う必要があるため、森林の所有そのものが森林を適切に整備・保全しなければならないという内在的制約の性格を有している。本条の規定は、この内在している社会的義務を確認的に明示した規定にすぎず、具体的に財産権を制約するものではないことから、私有財産制を保障する憲法上の問題は生じないと考えている。』と解説している『前掲・逐条解説 森林・林業基本法解説』65～66頁）。

不作為義務)」とは異なるといえる。

④**土地基本法・環境基本法等における「責務」規定の意味** 『新版 注釈民法(7) 物権(2)』(318～319頁)においても、土地基本法(6～8条)や環境基本法(6～9条)における責務規定の性格についても「原則として各主体に努力義務を課すものであり、また、それにとどまる」と解釈されている<sup>56</sup>。

### ◎目指すべき森林所有権の整備、保全義務の意味内容

⑦**森林の整備・保全の意味** 森林・林業基本法(2条・3条)で規定された基本理念の実現には、森林の適正な整備・保全が図られることが重要である(同法2条1項)<sup>57</sup>。では、森林の「適正な整備・保全」とは何か。

森林・林業基本法12条1項では、「森林の整備」について、森林の有する多面的機能が発揮されるため「地域の特性に応じた造林・保有及び伐採の計画的な推進」および「林道の整備、優良種苗の確保その他必要な施行を講ずる」ことを規定している。前者は、森林の自然的な条件(例、水資源涵養、土砂の防止)、社会的条件(例、公衆保健機構)等を指しているといえ、後者は、森林計画推進のための造林に必要な資材や伐採した木材運搬のための事業を指すことを意味しているといえる<sup>58</sup>。

森林の保全とは何か。森林・林業基本法13条では、「森林の保全の確保」について、国は森林の適正な保全を図るため、土地の形質変更を伴う森林

<sup>56</sup> 川島武則・川井健編集『新版注釈民法(7) 物権(2)』(平成24年有斐閣)318～319頁(野村好弘・小賀野晶 - 担当)、森林・林業基本法政策研究会『前掲・森林・林業基本法解説』65～66頁。

<sup>57</sup> 森林・林業基本法は法形式上、一般の法律と同じ立法手続を経て成立した法律である。しかし、森林・林業政策分野については、他の森林・林業関係法に優越し、最上位に位置する宣言法の性格を有しており、他の法律は、これに従って規律されることになる(森林・林業基本法11条1項・2項)。森林の整備・保全に関して最も重要なのは、森林法との関係である。森林法は1897年(明治30年)制定以来、森林計画、林地開発許可、保安林等の制定により、森林資源の維持・増大、木材生産力の増進等を図ると共に森林の有する災害防止、水資源涵養、野生動植物保護、大気浄化、地球温暖化防止といった多くの公益的機能を果たしてきた(拙稿「前掲・森林の公共性と森林法制の基本原理」60頁)。

<sup>58</sup> 森林・林業基本法政策研究会『前掲・逐条解説森林林業基本法』81～85頁。

を開発行為、乱伐、病害虫による被害、山火事等の災害から森林を守っていくことを規定している。すなわち、森林の適正な保全とは、森林自体が有する環境保全機能（自然力）を自然的、人為的破壊から必要な保護を加えて維持すること、それは、森林の有する水資源涵養、大気浄化、気候緩和、野生鳥獣保護等の自然環境を保全する機能や木材、林産物を生産する経済的機能を維持することと解する。

①**森林の適正な整備・保全とは具体的には何を指すか** (i) 誰に対して義務を課すのか 森林所有権の帰属によってその整備・保全の内容は異なる。すなわち①私有林ではその主体は森林所有者等である。その内訳は、主として、250万の小規模経営の林家と4万の法人会社でその大半が占められている。②国有林は、国（農林水産省）が所有する森林原野（国有林野法2条）で国民の要請する強い公益的機能を有し、わが国の森林面積の30%を占め、その90%が保安林に指定され、地球環境保全、水資源涵養、土砂の流出防止に機能している。然るに、近時のわが国の森林政策は、森林管理の民間委託路線等国有林の「官から民へ」の民営化優先の万能論に立っている。森林の公益的機能の中には、国有林でなければ果たせない国有林固有の森林の役割がある。この現行森林法制は、まさに逆行といふべきであろう。③公有林は地方公共団体、森林整備公社、財産区等の所有にかかる森林で、森林面積の19%（3,307,689ha）を占める。公有林の性格は、法形式上は公共的な所有であるが、成立経緯から見るとその実態は利用権が集落住民に認められた入会権的性格を有するものが多い<sup>59</sup>。

(ii) **課すべき義務内容** 森林の整備・保全義務は、具体的にどのような内容の法的拘束力を義務付けるのか明確にする必要がある。保全義務の内容は、森林所有権の主体、森林地盤の公共性の強弱によって異なるからで

<sup>59</sup>『森林・林業白書（平成18年度）』（平成19年日本林業協会）152頁、福島正夫『福島正夫著作集（3）』（1965年勁草書房）218～220頁、255頁以下、331～336頁、古島敏雄『日本地主制史研究』（昭33年岩波書店）296～309頁、小倉武一『土地所有の近代化（上）』（昭和57年農山村文化協会）147～149頁、大澤正男『財産法の基礎的課題』（昭和55年成文堂）72～102頁。

ある。本稿では、私有林を中心に考察するのでその対象は私有林所有者であり、整備・保全義務の内容については、それぞれの森林の有する公共的性格の強弱に応じた内容によって区分されるべきだと考える（例えば、弱い公共性の森林の場合は消極的義務（不作為義務）に留め、強い公共性を有する森林については、積極的義務（作為義務）を課すといった区分方法）。具体的には、森林の公共性の強弱に応じて所有者に積極的作為義務（例、国土・環境保全林のような強い公共性を有する森林の場合）、消極的義務（例、森林・産業資源生産林のような私有財産の性格が強い森林の場合）、中程度の作為義務（例、生態系・生物保全林、生活保健文化林）を課すという場合を考える<sup>60</sup>。

#### ④整備保全義務化の法的根拠

問題は、森林所有者等に対する森林の整備保全義務を課しうる法的根拠（法的妥当性をどのように構築するか）である。換言すれば、憲法（29条1項）が保障する私有財産である私有林の所有権に関して積極的義務を課すことが法的に可能かどうかの問題である。私はその法的根拠として次の二点に求める。その一つは、森林所有権の有する「公共性」という特質である。森林は、その本質から見て一般土地、農地よりも更に強度の公共性を有し、所有権能に森林整備・保全義務が内在すると考える。イギリス農業法が農地所有者に農地の管理・耕作義務を課している根拠と同じ考え方である<sup>61</sup>。その二は、法の基本構造（財産権の有する権利と義務の二面的構造）から法的根拠を考える。特に土地所有権の法構造は権利と義務の二面性が内在

<sup>60</sup> 大澤正俊「前掲・森林の整備・保全義務に関する一考察」194頁、同「前掲・森林所有権の公共性と所有権制限」94～96頁。

<sup>61</sup> イギリスでは、第2次世界大戦後の1947年農業法（Agricultural Act 1947）で義務を伴う農地所有権・利用権を確立し、地主は適正な所有地の管理を義務付けられ、借地人には適正な耕作義務を課すことを明文化し、違反した者には、農地を強制買収する旨を規定した。また、1948年法（Agricultural Holding Act 1948）では地主に対しては立ち退き勧告を制限するなど、借地権を強化し、借地人に対しては、借地権妨害やテナント・ライト補償の請求権について借地農の権利として確立した（拙稿「前掲・イギリスにおける農業借地権の近代化－農業法・農地保有法における借地権保護を中心として－」21～23頁）。



すると考える。以下、この二点に関して述べる。

法的根拠その一 一般に公共性とは、個人も含む広い概念であり、私権といえども公共性を内在している。それは、民法上の「私権の公共性」（民法1条1項）や憲法上の「公共の福祉」（憲法12条、13条、22条、29条2項）、土地基本法（2条）の「公共の福祉」、森林・林業基本法（2条）の「公益的機能」と同じといえる。したがって、森林の公共性という場合は、この森林所有権の公共性を意味すると解する。それは、権利の主体が客体（森林）に対して有する全面的な支配権能（使用・収益・処分権能）が公共的性格を有することを意味する。このような公共性については、拙稿「森林の公共性と森林法制の基本原則」で考察したところである。要するに財産権（所有権、特に土地所有権）は、私的性格と公的性格を内包する。公的性格とは、所有権の客体の機能の公共性である。このことから、所有権の機能の公共性は、その客体が有する公共性を主体が管理、保全すべき義務が法令に内包されていると解し得る。

この問題に関し、川井健博士の見解は、何故に私権の行使に私人が公共の福祉のために私有財産を積極的に奉仕しなければならないか、疑問を呈され、「民法1条1項の制定当時から激しい意見の対立があったこと、また私権行使が積極的に公共の福祉にあうよう行使せよとする規定が民法の指導理念たり得るかに関しては疑問で、むしろ消極的に解し、公共の福祉に反した権利行使は許さないという趣旨に解すべきである」旨を述べられている<sup>62</sup>。この問題については、私は公共性の強弱、森林の機能の区分などとの関連できめ細かい対応を考えている。

法的根拠その二 もう一つの法的根拠は、「法の基本構造（財産権の有する権利と義務の二重構造）」に求めうる。財産権、特に土地所有権の法構造には、権利と義務の二面性が内在すると考えるからである。「所有権は義務を伴う」とするワイマール憲法（153条3項）やボン基本法（14条2項）

<sup>62</sup> 川井健「民事紛争と公共性について」判例時報797号3～6頁（前掲・註52）。

の規定は、そのことを明確にしている<sup>63</sup>。

中村宗雄博士によれば、「ローマ法以来の法律制度は、権利本位に構造せられ、従って従来の法律学においては、権利本質論が基本的地位を占めて」おり、すべて権利の側面から理論を構造し、体系を組み立てていると指摘される。そのため所有権は、概して権利としてのみ把握され所有権に積極的義務を内在させた理論構成は相容れないことになる。このことから、所有権に積極的義務を容認することを可能にする法律的構成が問題となっている。

結論として、法律関係の基本構造は権利・義務の関係に集約できると考える。この法律関係において、権利とは一定の利益を請求し、主張し、享受することができる法律上正当に認められた力をいい、相手方に対して作為または不作為を求めることができる権能であり、相手方はこれに対応する義務を負い、権利は法によって認められ、法によって制限される（『法律用語辞典』有斐閣）と言えるからである。義務は、規範によって課せられる拘束又は負担を意味し、法律上の概念としては、債権に対する債務というように、権利に対応するものとしてとらえられ、義務違反に対しては強制が加えられる。民法学上この問題については、森林所有権を法律関係

---

63 ワイマール憲法（153条1項）では、所有権の保障が規定されている。ただし、所有権の内容と制限は法律の定めるところによる（同条後段）との留保がつけられているので、私的所有権の保障は絶対的ではない。むしろ公共のためには、私的受益権は公用取用によって制限されることが認められている（同条2項）。さらに同条3項では、「所有権は義務を伴う（Eigentum verpflichtet）。その行使は、同時に公共の福祉に奉仕すべきである」と規定し、同法155条3項では、「土地の耕作および充分な利用は、土地所有者の社会（Gemeinschaft）に対する義務である。不動産に対する労働もしくは資本の投下なしに生じる地価の増加分は、社会全体のために利用されるものとする。」と規定する。1949年に制定されたドイツ連邦共和国基本法（ボン基本法）の所有者条項（2ヶ条）では、ワイマール憲法の重要な条項（153条・154条）を継承している。同法14条1項では、「所有権および相続権は保障されている。その内容と制限は法律によって規定される」。2項「所有権は義務を伴う。その行使は同時に公共の福祉に奉仕すべきである」、同法15条1項では「土地、天然資源および生産手段は、社会化（Vergesellschaftung）の目的のために補償の方法および程度を規制する法律により、共同所有（Gemeineigentum）またはその他の共同経済（Gemeinwirtschaft）の形態に移行することができる（以下省略）」と規定する（甲斐道太郎・稲本洋之助・戒能通厚・田山輝明『所有権思想の歴史』（1979年有斐閣）147～164頁（田山輝明担当））。

(Rechtsverhältnis)、すなわち所有権者の法律上の地位や義務やその他の法的諸関係を含む統一的な法的構成体として理解することにより、所有権の中に消極的義務のみならず積極的義務を包含すると解することが可能になると考える<sup>64</sup>。

#### 4. 結語－森林所有権の法構造の構図－

本稿では、これまで検討してきた課題である「土地所有権問題」における所有権能と利用権能に関して、一般土地所有権、農地所有権の延長線上で「森林所有権の法構造」について若干の考察を試みた。これは究極において「森林所有権理論の構築」を目指すものである。

では、何故に森林所有権理論の構築を目指すのか。それは、これまでその都度繰り返し述べてきたように、わが国の森林所有権には公共性の観念が欠落し、民間企業の経営力を過信した国有林の民営化、民有化のための売却、私有林の農地、宅地への転用による森林面積の激減、私有林の乱伐や手入れ放棄による木材資源生産や治水、治山機能の低下などによって、わが国の森林は荒廃し、林業は衰退の一途を加速化しているからである。

この原因の一つは、森林の有する公共性の観念を導入した森林所有権理論の不在に起因すると考える。このような問題意識を踏まえ、本稿では、まず土地所有権体系の再検討を試み、結論として、現行所有権の基本条文である民法206条は、土地所有権の本質に関しては形骸化し、同条が規定する内容は空虚であると考えた。

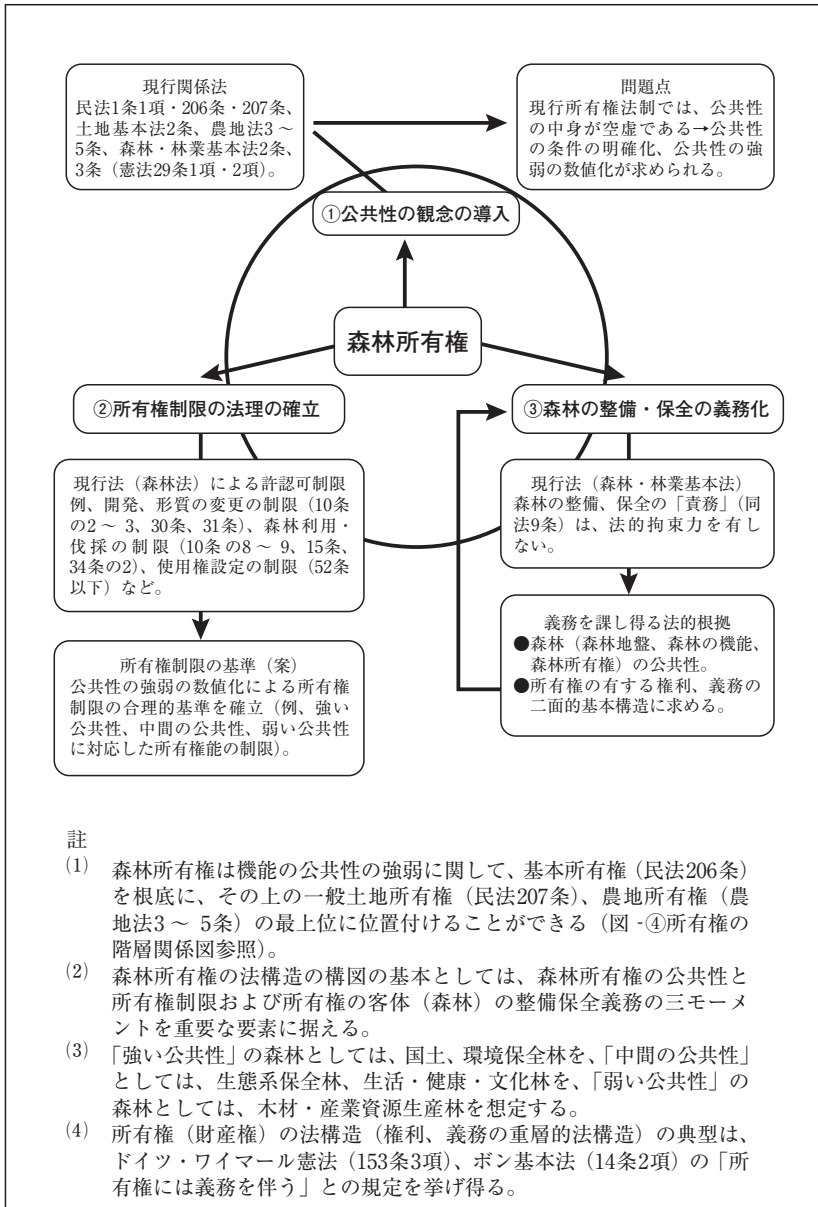
このような所有権、特に土地所有権について、私は以下のように考える。  
①一般所有権と土地所有権とは基本的には所有と利用に関しては峻別する必要がある。  
②民法、土地基本法、農地法、森林林業基本法などにおいて、土地所有権の有する公共性の観念を明確に位置づける必要がある。  
③民法体系、土地法体系の中で、森林所有権の法構造を構築するには、所有と利

<sup>64</sup> 権利・義務に関する記述では、中村宗雄博士『法学通論』（1954年敬文堂）11～13頁のご高著からの示唆が大であり、参考とさせて頂いた。

用に関する制限の法理を確立する必要がある。④土地所有権、特に森林所有権の法構造を考究する場合は、使用収益権と処分権を担保するために、法的拘束力のある森林の整備、保全義務を森林所有者に課す必要性を感じる。問題は、主要な私有財産である土地に義務を課しうる法的根拠づけである。本稿では、森林所有権の公共性と財産権の法構造（所有権に包含される権利、義務の重層構造）にその根拠を求めたが、この問題は今後も継続して考究していきたい。

本稿で考察した以上の「森林所有権の法構造」の結論を図示すれば以下のようなになる。

図一⑥ 森林所有権の法構造の構図



註

- (1) 森林所有権は機能の公共性の強弱に関して、基本所有権（民法206条）を根底に、その上の一般土地所有権（民法207条）、農地所有権（農地法3～5条）の最上位に位置付けることができる（図一④所有権の階層関係図参照）。
- (2) 森林所有権の法構造の構図の基本としては、森林所有権の公共性と所有権制限および所有権の客体（森林）の整備保全義務の三モーメントを重要な要素に据える。
- (3) 「強い公共性」の森林としては、国土・環境保全林を、「中間の公共性」としては、生態系保全林、生活・健康・文化林を、「弱い公共性」の森林としては、木材・産業資源生産林を想定する。
- (4) 所有権（財産権）の法構造（権利、義務の重層的な法構造）の典型は、「ドイツ・ワイマル憲法（153条3項）、ボン基本法（14条2項）の「所有権には義務を伴う」との規定を挙げ得る。

<註記>

本稿は、森林所有権に関する研究論文「森林の公共性と森林法制の基本  
原理」（横浜市立大学論叢社会科学系列第58巻第1・2・3合併号）、「森林  
所有権の公共性と所有権制限」横浜市立大学論叢社会科学系列第60巻第1  
号）、「森林の整備・保全義務に関する一考察」横浜市立大学論叢社会科学  
系列第60巻第2・3合併号）の三編を再検討し、再構成した（併せ図表化・  
数値化を試みた）ものである。したがって、この三編の中でご教示、参考  
とさせて頂いた文献については、当該論叢の中で詳しく記述してあるので、  
本稿では一部割愛させて頂いている部分もある。