

論 說

損失補償内容の再検討

西 埜 章

一 財産権の剝奪と正当な補償(1)——我が国における学説・判例の動向

財産権の剝奪または本質的制限に対しては、権利者側に受忍すべき事由がない限り、損失補償がなされなければならない。損失補償の内容については、憲法二九条三項は、「正当な補償」が必要であると定めている。しかし、「正当な補償」の意味は必ずしも明確ではなく、これまでこれをめぐって多くの論争がなされてきた。

明治憲法二七条は損失補償についての定めを欠いていたが、明治二二年の土地収用法をはじめとして損失補償を規定した法律が少なくなかったから、これらの法律の下でも現行憲法下と同様の問題があった。美濃部達吉博士の

所説が、当時の代表的な学説である。次のように説かれていた。「公法上の損失補償の金額は原則としては既に加へられ又は將に加へられんとする損失を標準として完全に其の損失を償ふに足るべき金額たることを要するのが当然であるが、唯其の損失が或る程度に於いて本人の責に帰すべき事由ある場合又は本人が或る程度にまでこれを受忍することが社会上正当と認むべき理由ある場合には、唯損失の一部を補償するに止まることも有る」と。¹⁾この美濃部説が完全補償説であるのか相当補償説であるのか明確ではないが、現行憲法下における論争に少なからず影響を及ぼしていることは確かであろう。

「正当な補償」の意味をめぐる論争については、「この議論は不毛の議論である」との指摘がある。³⁾その傾向があることは否定できない。しかし、この論議に基本的な考え方の対立が深く根ざしている点も軽視できないように思われる。ここでは、とりあえず、学説・判例の動向を一瞥しておくことにしよう。

1 学説の動向

学説は、大別すれば、完全補償説、相当補償説、折衷説に分類することができる。⁴⁾最近、高田敏教授は、学説史的に検討されて、完全補償説、相当補償説、新相当補償説、新完全補償説に分類され、相当補償説をさらに一元論、二元論、完全補償原則論に細分類されている。⁵⁾綿密な分析ではあるが、必ずしも完全補償でなければならぬわけではないという点では相当補償説と新相当補償説は共通しており、完全補償説と新完全補償説も基本的な考え方は共通しているから、ここではとりあえず完全補償説と相当補償説の対立を中心にして、これに近時有力に主張されるようになってきた見解(相当補償説の一種)を折衷説として検討対象に加えるというところで足りるであろう。

(1) 完全補償説 この説によれば、正当な補償とは、生じた損失の完全な補償を意味する。その論拠について

は、二つの異なった考え方がある。その一は、結城光太郎教授の所説である。教授は、二九条一項・二項が私有財産を剝奪することができないとの原則を規定したのに対し、三項は公共のために特殊例外的にこの原則を破ることができることを規定したものであり、それ故、損失補償は、財産権剝奪の場合に財産権不可侵の原則を貫くために、損失部分を貨幣価値の形で回復できるものでなければならぬ、と理解された上で、正当な補償とは「収用財産が客観的にも貨幣価値を以つてする補償だということにならざるを得ない。つまり完全な補償のことに外ならない」と主張されている⁽⁶⁾。

完全補償説のその二は、柳瀬良幹博士の所説である。博士は、二九条三項は、一項からも二項からも出た規定ではなく、それらとは全く別の一四条(平等原則)から出た規定であると理解された上で、次のように説かれている。「第三項は私有財産を不平等に公共のために用ひた場合に関する規定であり、その目的はこれに依つて生じた不平等を矯正し、これを平等に返すことにある以上、そのために与へられる補償は必ずこの目的に適合したものであることを要し、即ちそれは生じた不平等を平等に返すに足るものであり、生じた損失の全部に対するものであつて、即ち『正当な補償』は必ず完全な補償の意味でなければならぬことは、殆ど自明のことと思われる⁽⁷⁾」⁽⁸⁾と。

(2) 相当補償説 この説によれば、正当な補償とは、相当または妥当な補償を意味する。佐藤功教授が、「その財産権に対して制限を加える目的たる公共の必要の程度、さらにそれを必要とした社会的・経済的事情なども考慮して算定されるころの相当または合理的な額であるともいえよう⁽⁹⁾」と説かれ、また、田中二郎博士が、「何が正当な補償であるかは、具体的な権利の侵害を認める法律の目的及び侵害行為の態様を考え、被害利益の性質及び程度に鑑み、補償が与えられる当時の社会通念に照らし、社会的正義の観点からみて、客観的に公正妥当である

かどうかを判断して決するほかない、といえよう」とされて、例えば伝染病毒に汚染した建物の処分の場合の補償のように、ある程度までそれを受忍することが社会的に相当と認められる合理的事由のある場合、または、農地改革のための農地買収のように社会制度の改革を行なう場合には、相当な補償で足りる、と説かれているのが、その代表的なものである。

(3) 折衷説　この説は、完全な補償を要する場合と相当な補償で足りる場合を分けて考えるべきであるという。相当補償説の一種であるが、ここでは相当補償説と區別して、仮に折衷説と呼んでおくことにする。高原賢治教授が、「小さな財産」(国民がその生活を営むための日常必需的財産)については完全な補償が認められるべきであるが、「大きな財産」(貧乏や失業の原因をつくった資本主義発展の原動力となった財産)については相当な補償で足りると説かれ、⁽¹¹⁾今村成和教授が、「損失補償の原因となる財産権の侵害には、既存の財産法秩序の枠内における個別的な侵害行為と、既存の財産法秩序を構成する或る種の財産権に対する社会的評価が変化したことに基づき、その権利関係の変革を目的として行なわれる侵害行為との二種があり、前者は完全な補償を要するが、後者は必ずしもその必要はないと思う」⁽¹²⁾と説かれているのが、その代表的なものである。浦部法穂教授も、「直接公共の用に供するための財産の収用もしくは使用の場合」には完全な補償を要するが、「社会権の実現ないし経済的・社会的弱者の保護という積極的な目的による制限……であつて補償を要するものとされる場合」には相当な補償で足りると主張されている。⁽¹³⁾

2 判例の動向

判例の動向を示すものとして、ここでは次の二つの最高裁判決を掲記しておこう。

① 戦後の農地改革の際に農地を国により買収された旧地主が、買収対価は憲法二九条三項にいう「正当な補償」に当たらないとしてその増額変更を訴求した事件において、最高裁昭和二八年二月二三日大法院判決(民集七卷一三号一五二三頁)は、次のように判示している。

「憲法二九条三項にいうところの財産権を公共の用に供する場合の正当な補償とは、その当時の経済状態において成立することを考えられる価格に基き、合理的に算出された相当な額をいうのであって、必しも常にかかる価格と完全に一致することを要するものではないと解するを相当とする。けだし財産権の内容は、公共の福祉に適合するように法律で定められるのを本質とするから(憲法二九条二項)、公共の福祉を増進し又は維持するため必要がある場合は、財産権の使用収益又は処分の権利にある制限を受けることがあり、また財産権の価格についても特定の制限を受けることがあって、その自由な取引による価格の成立を認められないこともあるからである。」

② 都市計画の街路用地と決定されたため建築基準法四四條二項(昭和四三年の改正前のもの)の建築制限を受けている土地につき、土地収用による損失補償額の算定にあたって、このような建築制限付きの土地として評価すれば足りるか否かが争われた事件において、最高裁昭和四八年一月一日判決(民集二七卷九号一二一〇頁)は、次のように判示している。⁽¹⁴⁾

「土地収用法における損失の補償は、特定の公益上必要な事業のために土地が収用される場合、その収用によって当該土地の所有者等が被る特別な犠牲の回復をはかることを目的とするものであるから、完全な補償、すなわち、収用の前後を通じて被収用者の財産価値を等しくならしめるような補償をなすべきであり、金銭をもって補償する場合には、被収用者が近傍において被収用地と同等の代替地等を取得することをうるに足りる金額の補償を要するものというべく、土地収用法七二条(昭和

四二年法律第七四号による改正前のもの。以下同じ。）は右のような趣旨を明らかにした規定と解すべきである。そして、右の理は、土地が都市計画事業のために収用される場合であっても、何ら、異なるものではなく、この場合、……被収用者に対し土地収用法七二条によつて補償すべき相当な価格とは、被収用地が、右のような建築制限を受けていないとすれば、裁決時において有するであろうと認められる価格をいうと解すべきである。」

(1) 美濃部達吉・公用収用法原理二九二頁。

(2) 田中二郎・行政上の損害賠償及び損失補償二四〇頁、佐藤功「憲法における『正当な補償』の一問題」自研二九卷一〇号一四一―一五頁は、美濃部説を相当補償説に立つものとして引用している。しかし、美濃部説の後段部分は警察制限のよくな場合についての説明であつて、憲法上は無補償で足りる場合についてのものであるから、これだけからは相当補償説に立つものとはいえないであらう。博士が、別の著書である公用負担法一七五頁において、「公用収用における損失補償は、収用に因り被収用者の受くべき総ての経済的の損失に対する完全なる金銭上の代償でなければならぬ」と説かれているところからすれば、むしろ完全補償説に立たれているものと理解することの方が素直であるように思われる。渡辺宗太郎・土地収用法論一三六頁（一九二九年）は、ドイツ等の学説や立法例を一瞥した後に、「以上観察するところの学説及び立法例に依り、土地収用に於ける損失補償の範囲は、完全のものであるべきこと、即ち、被収用地の客観的価格の補償の外に、更に、土地収用の結果と見るべき被収用者のその他の総ての財産上の損失の補償をも包含すべきものであることが、明かとなつた」と説いている。明治憲法下においては、完全補償説が通説であつたのであり（國宗正義・土地法立法原理六一―六三頁、九〇頁参照）、美濃部説がこれに異を唱えていたとは思われない。

- (3) 阿部泰隆・国家補償法二九九頁。同旨、遠藤博也「損失補償の基本原則」中川兼子監修・土地収用・税金(改定版)一七九頁、同・実定行政法二三六頁。
- (4) 学説の対立状況については、今村成和・損失補償制度の研究六六―六九頁、松島諱吉「正当補償条項の再検討(上)」ジュリ四九一号二二―二六頁、樋口陽一ほか・注釈日本国憲法上巻六八九―六九〇頁(中村睦男執筆)、高原賢治「『正当な補償』の意味」ジュリ三〇〇号・学説展望三四頁、高田敏「財産権の『公共の福祉』適合性と『正当な補償』序説」阪法一四九・一五〇号五頁以下参照。
- (5) 高田・前掲論文五頁以下。
- (6) 結城光太郎「『正当な補償』の意味」公法一一号八四頁。
- (7) 柳瀬良幹・人權の歴史六四頁以下。
- (8) 磯崎辰五郎・行政法(総論)二二七頁も、「ここに正当な補償とは、財産を公共のために用いられたことによりその財産主体に生ずる財産上の減損を完全に補償することである。換言すればその者の公共のために用いられる前の財産と補償を受けた後の財産との間に増減がないことを用途としてなされる補償のことである。この意味において正当な補償とは即ち完全な補償のことに外ならない」と説いている。そのほか、同旨、法学協会編・註解日本国憲法上巻五六九頁、尾吹善人「経済生活に関する基本権」阿部池田編・新版憲法(3)三〇頁、佐藤幸治・憲法三八九頁等。
- (9) 佐藤(功)・日本国憲法概説(全訂第二版)二二一頁。なお、同・前掲論文一五頁参照。但し、佐藤(功)教授は、最近になって、「積極的・社会経済政策的規制の場合においても原則的には完全な補償(被侵害財産の客観的価値の補償)を必要とする」と解すべきであり、例外的に相当な補償(完全な補償を下まわる補償)で足りる場合というのは、さらに限定的に解すべきである(ポケット注釈全書・憲法上(新版)四九三頁)と説かれて、折衷説の中の今村説に同調されている。

基本的には相当補償説の枠内にとどまっているが、以前の所説との間には若干の差異が存するように思われる（高田・前掲論文一九頁参照）。

- (10) 田中・新版行政法上巻（全訂第二版）二二七頁。同旨、渡辺・新版日本国行政法要論上巻三四五頁、宮沢俊義、岸部信喜・全訂日本国憲法二八九頁、和田英夫・行政法講義上三五七頁、國宗・前掲書三二四頁以下、松尾直「財産権と正当な補償」徳山大学総合経済研究所紀要七号九四頁等。

- (11) 高原・財産権と損失補償二〇頁、同・前掲論文三五頁、同「財産権と公共の福祉」ジュリ四四七号三七頁。同旨、影山日出弥「憲法二九条・財産権」有倉編・基本法コンメンタール憲法一一八頁、宮本栄三「憲法二九条の解釈論上の再検討」法時四四卷二二二頁、菟原明「人権の体系(3)」川添山下編・憲法詳論二九二頁等。この説を高田・前掲論文一三頁、一二一―一三頁は新相当補償説と呼んでいる。

- (12) 今村・前掲書七四頁。同旨、杉村敏正・全訂行政法講義総論（上巻）二八九頁、近藤昭三「私有財産の制限と補償」清宮ほか編・新版憲法演習(2)八三頁、橋本公巨・日本国憲法三六五頁、佐藤(功)・ポケット注釈全書憲法上（新版）四九三―四九四頁、中村睦男・憲法三〇講一九一頁、室井編・新版現代行政法入門(1)二二八―二二九頁（芝池義一執筆）、市原昌三郎・行政法講義二〇九頁注(6)等。高田・前掲論文一二頁は、この説を相当補償説の中の完全補償原則論として位置づけている。

- (13) 浦部法穂「経済的自由」大須賀明ほか・憲法講義(2)二〇九―二一〇頁。

- (14) 最近では、東京地判昭和六三年六月二八日（判時一二八三号五九頁）が、この最高裁判決を引用している。

二 財産権の剥奪と正当な補償(2)——ドイツにおける学説・判例の動向

我が国の損失補償法は、ドイツ法の影響を強く受けている。参考のために、ドイツにおける学説・判例の動向を概観しておくことにしよう。

一八七四年のプロイセン土地収用法一条は「完全な補償」(vollständige Entschädigung)を要件としていたが、ワイマール憲法一五三条二項は「相当な補償」(angemessene Entschädigung)を要件とした。この相当な補償の觀念は、一九世紀的な私有財産権絶対の思想に対する批判から発生したものであるが、完全な補償と相当な補償との間で実際にどの程度の差異があるのかということになると、殆ど差異がないというのが当時の通説・判例であった。⁽²⁾ところが、基本法一四三条三項になると、この点については何ら明言するところがなく、単に、「補償は、公益及び関係者の利益を正当に衡量して(unter gerechter Abwägung)定められなければならない」と規定するにとどまっている。そこで、基本法下における損失補償の内容・範囲をめぐって論争されることになった。⁽³⁾このことは、基本法一五三条の「社会化」についても同様であり、社会化の場合の補償についてもまた一四三条三項三文が準用される。⁽⁴⁾学説・判例は、ワイマール憲法下と同様に考えるべきであるとする見解と基本法の「衡量」条項を重視すべきであるとする見解に大別される。ここでは、便宜上、前者を完全補償説、後者を相当補償説と呼んでおくことにしよう。相当補償説の中には、さらに折衷説とでも称すべき見解もある。我が国の完全補償説と相当補償説の対立に全く一致するというわけではないから、注意していただきたい。

1 学説の動向

(1) 完全補償説　ワイマール憲法下と同様に、損失補償は完全な補償（用語上は相当な補償）、すなわち取引価格（Verkehrswert）によるべきであるとの見解は、基本法施行当初から有力に主張されていた。その代表的論者は、F・ギーゼ、E・フォルストホフ、U・シヨイナー、W・ヴェーバーである。

まず、ギーゼの所説を紹介すれば、彼は、基本法一四条三項三文の規定が従前の法状態に変更を加えるものであるという見解に対して疑問を提起し、次のように説いている。「基本法一四条の文言は、外面的には利益調節を指示しているが、それは実質的には損失補償の『相当性』（Angemessenheit）の変更としてではなくて、相当性の概念を同じ方向性でもって単により詳細に説明する表現にすぎないものと把握されるべきである。換言すれば、基本法は、その一四条において従来の法を内容的に変更したり、相当補償の要請を軽減させたりしたのではなく、別の言葉でもって新たに言い表し、より具体的に捉えようとしたにすぎない。⁽⁵⁾」

フォルストホフも、大体同じ見解である。彼によれば、ワイマール憲法一五三条は相当補償を定めていたが、基本法一四条はこのことを何ら変更するものでなく、「公共の利益と関係者の利益の正当な衡量の下に」定められた損失補償は、ワイマール憲法一五三条二項の意味における相当補償である。⁽⁶⁾彼は、古典的取用概念における完全な補償とワイマール憲法下の相当な補償を区別してはいるが、相当な補償は再取得価格（Wiederbeschaffungswert）を基準として算定されるものであるから、ここでは完全な補償と解する立場に分類しておいてよいであろう。

この見解をより詳細に展開しているのは、シヨイナーである。彼は、基本法の「正当な衡量」は、文言は異なるにしても、ワイマール憲法下の基準とそれほど相違するものではなく、ワイマール憲法下においても、現実には「正

「**相当な衡量**」が行なわれていたという。そして、損失補償の原則を基本法一四条三項によらないで、三条一項の一般の平等原則から導き出すことを提唱し、損失補償額の算定に際しては、次の諸点が考慮されるべきではないという。すなわち、①公用収用の目的の政治的・社会的・文化的意義、②被収用者の経済的状态、③国の財政負担能力等である。このような視点からすれば、基本法下においても、損失補償は完全な補償を要するということになる。⁽⁷⁾

さらに、ヴェーバーは、衡量条項は損失補償の方法(7c)に関するものであつて、損失補償の額(程度)に関するものではない、と説いている。彼によれば、「公用収用補償は、侵害された財産権者の地位の価格に応じた復元である」から、一般価格(取引価格)での補償が基本法一四条三項において要請される補償の基準であり、最低限度でなければならぬ。このことから、損失補償を何らかの口実をもうけて低く評価する試みは、すべて憲法違反ということになる。⁽⁸⁾

(2) 相当補償説 右のような支配的動向に対して、基本法の「**正当な衡量**」という言葉とその由来を重視しようとする見解も、通説や後掲の連邦通常裁判所の判例に押さえられてはいたが、当初から根強く主張されていた。⁽¹⁰⁾ 例えば、H・フォン・マンゴルトは、立法者には「**名目的な補償から完全な補償に至るまで**」の自由な裁量が認められていと説いており、この言葉はその後の文献においてしばしば引用されることになる。しかし、この見解は、立法者に完全な裁量を認めているために、かえつて「**正当な衡量**」を軽視することになるため、あまり追隨者を見出し得なかった。

ところが、後掲の連邦憲法裁判所の判決以降は、次第に「**正当な衡量**」を重視する見解が有力になってきている。⁽¹²⁾ 例えば、A・フォン・ブリューネックは、取引価格によるべきであるとする通説に対して、これでは国・公共団体

は損失補償を払いきれないために都市建設は破綻することになるとして、立法者が補償額の決定に際し公共の利益により高い価値を与えることが基本法の財産権保障の趣旨に適合するものである、と批判している⁽¹³⁾。また、W・オツプアーマンは、通説は憲法の解釈というよりも単なる主観的な立場の表明にすぎず、何ら論拠のあるものではない⁽¹⁴⁾という。さらに、W・ビーレンベルクは、公益を衡量しないような補償規定は無効であると主張している⁽¹⁵⁾。ただ、これらの見解も、完全な立法裁量を認めようとするのではなく、あくまでも「正当な衡量」を重視することによって、取引価格による完全な補償に反対するのである。

(3) 折衷説 「衡量」条項を重視するという点では相当補償説と同じであるが、完全な補償を要する場合とそうではない場合とを区別して考えるべきであるという見解もある。ここでは、これを折衷説と称しておくことにしよう。折衷説のその一は、E・クノルの見解である。彼によれば、通常の個別的取用の場合には取引価格による補償が必要であるが、社会改革（土地改革など）に伴う侵害の場合には、一定の大きさ（例えば一〇〇ヘクタール）を超える財産は財産権保障の外にあり、そのほかの財産は収益価格に従って補償されるべきである、ということである⁽¹⁶⁾。この考え方は一九五〇年代の中頃に説かれたものであるが、一定の大きさを超える財産権を憲法上の保障から排除するものであったため、殊ど支持者を得ることができなかった⁽¹⁷⁾。

折衷説のその二は、W・オツプアーマンの見解である。彼は、取引価格による補償も立法者の完全な裁量による補償も基本法の「衡量」条項に一致しないととして、両者の折衷的見解を説いている。それによれば、「自己の業績」(eigene Leistung)に基づいて得た財産権が侵害されている場合には完全な補償（取引価格による補償）が必要であるが、それ以外の場合は補償は減額されなければならない⁽¹⁸⁾。ここでは、当該財産権が自己の業績（労働や資本の

投入)によるものか否かが、区別の決定的な基準とされている。この見解は、我が国の折衷説に比較的近いものといつてよい。

2 判例の動向

(1) 連邦通常裁判所の判例 連邦通常裁判所の判例は、当初から完全補償説に立っていた。すでに、一九五二年六月一〇日の民事大法院の決定(BGHZ 6, S. 270)は、次のように判示している。

「基本法一四条に従つても、相手方が受けた完全な財産上の損失の支払いが正当な補償とみなされなければならない。なぜならば、公益を考慮しても、これらの場合に損失補償のより低額の決定を正当化できるような本質的に支持し得る観点が明白ではないからである。公用収用に際し相手方に支払われるべき損失補償は、平等原則の確保を保障するために決定される。損失補償は、相手方が自己の私的権利領域への侵害行為によつて負わせられた犠牲に対する調節である。そのことは、なるほど、損失補償が民法典の意味における損害賠償—如何なる事情があつても、現在及び将来における相手方のすべての財産上の損失を包含している—であるということを意味するものではないが、いづれにせよ、損失補償は、その基本思想によれば、課せられた財産上の損失に対する物質的な調節であるということの意味している。」

右の連邦通常裁判所の決定については、一般に、ワイマール憲法下におけると同じように、一般価格、取引価格による補償(完全な補償)を指向しているものと理解されている⁽¹⁹⁾。連邦通常裁判所のその後の判決も、この決定に従つており、例えば、一九五九年一月三〇日の判決(BGHZ 31, S. 238)も、補償が一般価格よりも下回つてよいという見解に反対して、「公用収用補償として、通常、公用収用の時点における土地の一般価格(geminer Wert)が考慮される」と判示しているし、一九六五年二月六日の判決(NJW 1966, S. 493)も、「再取得価格(取引価格)

による補償が必要であることを繰り返して述べている。

(2) 連邦憲法裁判所の判例　ところが、このような動向に対して大きく転回を迫る判決が出現することになった。一九六八年二月一八日の連邦憲法裁判所の判決 (BVerfGE 24, S. 367)⁽²⁰⁾ である。事案は、一九六四年のハンブルク州堤防秩序法 (Deichordnungsgesetz) により、洪水予防のために堤防敷地の所有権が剝奪されて公有財産とされたために、州の立法権の有無、法律による公用収用の可否、損失補償の内容等をめぐって憲法異議の訴えが提起されたというものであるが、判決は損失補償の問題について概略次のように判示している。

「公用収用補償は、利益調節の結果であるべきである。それは、関係者だけの利益の承認であってはならないが、公共の利益だけの承認であつてもならない。基本法一四三条三項三文は、立法者に事情の特殊性と時勢を考慮し、公用収用時における適正な補償に達することを可能にしている。硬直した、市場価値のみに方向づけられた補償は、基本法には無縁のものである。補償により常に被収用者に剝奪された物の完全な等価物が与えられなければならないというのは、適切ではない。立法者は、事情によっては完全な賠償を、また事情によってはそれを下回る補償を定めることもできる。堤防秩序法五条一項(土地について、一平方メートル当たり一〇・七五マルクの補償額を定めている。筆者注)は、通常の牧草地としての利用がなされている平地についてのみ適用される。本件においてははもつばら、これまで洪水防止のために使用され、このため経済的利用価値が重要な範囲において制限されているような土地が問題になっているのであり、このような土地の経済的価値は、従つて、実際上は牧草地的利用価値において存在するにすぎない。しかも、関係者は、当該法律の下においても、従前の牧草地的利用を継続することができるのである。これらのことを考えれば、法定された補償額に対する異議は、理由のあるものとはいえない。」

3 学説・判例の接近

連邦憲法裁判所の判例の出現にもかかわらず、通説及び連邦通常裁判所の判例は依然として取引価格によるべきことを主張しており、学説・判例の対立はまだ決着が⁽²¹⁾ついていない。論争は憲法の解釈方法論にまで及んでいるから、相当に根深いものがあるように思われる。ただ、仔細に検討すれば、学説や両裁判所の間⁽²²⁾に全く歩み寄りがないというわけでもない。前掲の一九五二年の連邦通常裁判所の決定は、すでに、「個別的事件において、特別の理由が一般価格を下回る決定を必要と思わせるのでない場合は」と述べて、特別の理由があれば取引価格(完全な補償)を下回る補償も「相当な補償」であり得ることを認めているし、完全補償説に立つ文献においても、一般に、「特別例外的な場合」に取引価格よりも低い補償が許されるものと解されているのである。⁽²³⁾また、一九六八年の連邦憲法裁判所の判決については、完全補償説の立場からは、この判決は連邦通常裁判所の判例と対立し、連邦通常裁判所の判例を拒絶するものではなく、特別の例外的な場合にのみ取引価格を下回り得ることを述べたにすぎないから、両裁判所の判例の間には実質的な相違は存在しないと理解すべきものと主張されている。⁽²⁴⁾現に、一九七六年九月三〇日の連邦通常裁判所の判決(BGH67, S. 190)は、立法者が完全な補償を下回る補償を定めていない限り、取引価格による補償が必要であると述べて、連邦憲法裁判所の前記一九六八年の判決を引用しているのである。

このように、完全補償説は、特別例外的場合に取引価格を下回り得ることを認めることにより相当補償説に接近し、相当補償説も、通常は取引価格による補償を必要と解することにより完全補償説に接近している。しかし、それでもなお、両説間にはかなりの相違が見受けられる。それは、原則と例外の捉え方についてである。完全補償説が「特別例外的な場合」を厳しく限定しようとするの⁽²⁵⁾に対して、相当補償説は比較的広く捉えようとする傾向があ

るからである。

4 ドイツ法と我が国法との差異

ドイツにおける右のような対立状況は、我が国における問題解決に少なからず示唆するところがあるように思われる。ドイツにおける完全補償説は、「特別例外的な場合」を認めている点からすれば、我が国の折衷説の中の今村説に近いものと位置づけられるべきかもしれない。厳密に言えば、完全補償説とはいっても、ドイツと我が国とはその内容に相違が認められる。これを同じ学説名で呼ぶことは、誤解を招くおそれがないではない。しかし、それでもなお、考え方の基本においては、ドイツの完全補償説と我が国のそれとの間に共通性があることは否定できまいであろう。

- (1) 今村・前掲書五七頁。
- (2) Vgl. Giese, *Enteignung und Entschädigung*, 1950, S. 13; RGZ112, S. 189. なお、柳瀬・公用負担法〔新版〕二六五頁注(一〇)、渡辺・行政法に於ける全体と個人(三三九―三四四頁、國宗・前掲書一七六頁、同・ドイツ土地収用法二七五頁参照)。(3) 学説の分類と対立状況については、vgl. Opfermann, *Die Enteignungsentschädigung nach dem Grundgesetz*, 1974, S. 33ff.; von Brünneck, *Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes*, 1984, S. 312ff. u. 339.
- (4) Vgl. Selmann, *Sozialbindung des Eigentums und Enteignung*, NJW1965, S. 1691.
- (5) Giese, a. a. O., S. 32.
- (6) Forsthoft, *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl., 1951, S. 261; 10. Aufl., 1973, S. 351f.

- (7) Scheuner, Grundlagen und Art der Enteignungsschädigung, in: Reinhard/Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, 1954, S. 124ff.
- (8) 1954年の西整を述べた「西整」の意義を、vgl. Diester, Neue Wege zur Lösung der Probleme des Enteignungsrechts, NJW1954, S. 1143f.; Badura, Eigentum im Verfassungsrecht des Gegenwart, Verhandlungen des 49. Deutschen Juristentages, Bd. II, 1972, S. T28f.; Schmidt-Albmann, Zur Dogmengeschichte und jüngeren Entwicklung der Enteignungsschädigung, Festschrift für W. Weber, 1974, S. 600f.
- (9) Weber, Eigentum und Enteignung, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner, Die Grundrechte, II, 1954, S. 387ff. (zit.: Eigentum); ders., Das Eigentum und seine Garantie in der Krise, in: Festschrift für Karl Michaels, 1972, S. 322 (zit.: Das Eigentum und seine Garantie).
- (10) Vgl. Abraham, Art. 14, Kommentar zum Bonner Grundgesetz, 1950, S. 9; Knoll, Eingriff in das Eigentum im Zuge der Umgestaltung gesellschaftlicher Verhältnisse, AöR81 (1956), S. 393ff.
- (11) von Mangolt, Das Bonner Grundgesetz, 1953, S. 103. 西整の意義を述べた「西整」を、vgl. Opfermann, a. a. O., S. 81f.
- (12) Bielenberg, Ist die Bemessung der Enteignungsschädigung nach dem Verkehrswert im Bundesbaugesetz verfassungswidrig?, DVBll974, S. 113ff.; Opfermann, a. a. O., S. 102ff.; Bockenförde, Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 321; Papier, Art. 14 in: Maunz/Dürig/Herzog, Grundgesetz Kommentar, Band II, 1986, S. 233. 西・ノットマン・トマン・大橋 洋一 訳「計画と収用」自研六四卷六号一二頁、國宗・土地法立法原理一九二—一九四頁参照。
- (13) von Brünneck, a. a. O., S. 422.
- (14) Opfermann, a. a. O., S. 74ff. 「西整」は、完全補償説を批判して、「基本法二四三条三項は、相反する公益と私益の衡量の

下で「市場価格または取引価格とは別の基準に従って正当な補償を定める権限を立法者に与えている」と説いている (Papier, a. a. O., S. 233)。

- (15) Bielenberg, a. a. O., S. 116f.; vgl. Opfermann, a. a. O., S. 262ff.
- (16) Knoll, a. a. O., S. 416ff.
- (17) vgl. Opfermann, a. a. O., S. 82; Diester, a. a. O., S. 1143.
- (18) Opfermann, a. a. O., S. 102ff.
- (19) Vgl. von Brunneck, a. a. O., S. 186f.; Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, 3. Aufl., 1983, S. 139; 但し「Opfermann, a. a. O., S. 88 は、この決定は基本法一四条による補償がワイマール憲法一五三条による補償と同じであるか否かについて未決定にしている」と理解している。
- (20) この判決については「國宗・土地法立法原理」一七四頁参照。
- (21) Badura, a. a. O., S. T28f.; Ossenbühl, a. a. O., S. 139; Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, 4. Aufl., 1985, S. 575f.
- (22) Scheuner, a. a. O., S. 131; Ossenbühl, a. a. O., S. 139; Maurer, a. a. O., S. 576; Leisner, Sozialbindung des Eigentums, 1972, S. 111ff.; Kröner, Die Eigentumsgarantie in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes, 1961, S. 63f.
- (23) Leisner, a. a. O., S. 114; Ossenbühl, a. a. O., S. 139. 但し「シュトラー」の注とは異なり、両裁判所の判例は相当補償説に近く統一致していると理解している (Papier, a. a. O., S. 233)。
- (24) Maurer, a. a. O., S. 577; Ossenbühl, a. a. O., S. 139; Leisner, a. a. O., S. 111f. u. 117ff.

三 財産権の剥奪と正当な補償(3)——我が国における学説・判例の検討

正当な補償についての学説・判例は、現在では、学説名が示すほどには明確ではない。特に、相当補償説と完全補償説の差異は、特別例外的な場合を除いては、殆ど認められない状況である。折衷説の中の大きな財産と小さな財産に区別する考え方は、通常の収用の場合にも大きな財産については相当な補償で足りると説くのであれば、その論拠を示すことは困難であろう。以下、我が国の学説・判例の検討を行ない、若干の私見を付することにす。

1 学説の検討

(1) 完全補償説について まず、完全補償説についていえば、この説においては、完全な補償が必要とされる理由については、財産権保障に重点を置くか平等原則に重点を置くかにより見解が分かれているものの、正当な補償とは完全な補償を意味するという点においては一致している。西ドイツにおける完全補償説も、一般に、負担平等原則に財産権保障の趣旨を加味しながら取引価格によるべきことを導き出しており、大体共通の考え方をそこに見出すことができる。財産権保障と平等原則からすれば、完全補償を下回り得るというのは説明困難であるから、この見解が支持されるべきであろう。西ドイツにおける完全補償説は、厳しく限定されているが、特別の例外を認めるものであり、この点では、不徹底であるといわなければならない。

ただ、先に紹介した我が国の所説は、いずれも昭和二〇年代に説かれたものであり、自創法による農地買収対価の合憲・違憲の問題を意識して書かれたものであるだけに、やや観念的な論争に終始していたように思われる。ま

た、完全な補償といつても、その「内容」については、必ずしも明確にされていたわけではない。⁽²⁾ 今日においては、後述のように、問題の重点は完全な補償の「具体的内容」に移行しているのであって、この点の解明が緊要な課題である。

(2) 相当補償説について 次に、相当補償説についてみれば、この説は財産権侵害の正当化理由あるいは許容性を説明しているのではないかとの印象を払拭できない。財産権の剝奪・制限の必要性が認められるにしても、そのことから直ちに相当な補償で足りるとの結論は出てこないであろう。⁽³⁾ 公益上の必要性は、財産権侵害の許容性(適法性)の要件であつて、損失補償の内容までを決定するものではないからである。⁽⁴⁾ もし公益上の必要性が損失補償の内容までを決定することになれば、財産権の保障は著しく弱いものとなり、損失補償要否の基準の意義も減少することになるのではなからうか。⁽⁵⁾ また、田中説においてその例として提示されている伝染病毒に汚染した建物の処分に対する補償は、立法政策的考慮によるものと解すべきであり、農地買収対価の例は、田中博士自身これを超憲法的なものと考えられていたのであるから、これらの事例は相当補償説を根拠づけるには妥当ではないように思われる。⁽⁷⁾

相当補償説は、完全補償を下回り得ることを認めている。しかし、完全補償を下回り得る場合とはどのような場合であるのか、必ずしも明確とはいえない。折衷説とは異なり、大きな財産(独占財産)であれば合理的で相当な補償で足りる、と説くわけではないであろう。憲法適用下においては、おそらく、そのような場合を想定することは困難ではなからうか。⁽⁸⁾ もしそうであるとすれば、完全補償説とは別個に、相当補償説を説く意義は殆ど見出されないことになる。また、この説では、どの程度であれば「相当」であるといえるのかという問題に答えなければな

らないが、おそらく最終的には、行政官や裁判官の裁量に委ねられることになってしまふであろう。⁽⁹⁾

(3) 折衷説について 最後に、折衷説について検討すれば、高原説については、相手方の経済状態や財産の種類・性質によって「財産権補償」に差をつけることは、憲法二九条三項と一四条一項に照らして疑問であり、一步譲つても、どのような基準によつて小さな財産と大きな財産を区別するのかという問題が残るであろう。⁽¹¹⁾ また、今村説については、「権利関係の変革を目的として行なわれる侵害行為」の例として農地買収が挙げられているが、これは連合国の管理政策として行なわれたものであるから、適例とはいえないように思われる。「或る種の財産権に対する社会的評価が変化」したことに基ついて財産権の価値低下があつた場合には、国が人為的に価値を低下させたのでなければ、低下した価値による補償は完全な補償と考へてよいであろう。⁽¹²⁾ 「権利関係の変革を目的として行なわれる」場合は、これは侵害行為を正当化する理由にはなり得ても、相当な補償を正当化する理由にはなり得ないのではなからうか。⁽¹³⁾

折衷説の中の浦部説は、「補償を要するものとされる場合にもさまざまな場合があり、したがつて、補償の内容に関しても、一律に論ずるのは適当ではなく、場合を分かつて考察する必要がある⁽¹⁴⁾」と説いている。場合を分けての木目の細かい検討の必要性を提唱するものであり、相当の説得力を有しているといつてよい。しかし、仔細にみれば、損失補償の内容に弾力性を持たせることによつて、結局は、損失補償要否の問題と損失補償の内容の問題を連動させることになつてゐる。⁽¹⁵⁾ 損失補償の必要性が肯定された以上は、損失補償の内容に区別を設ける理由はないように思われる。⁽¹⁶⁾

2 判例の検討

(1) 農地改革の必要性・合理性と損失補償の内容 一般に、①判決は相当補償説に立つものと理解されている。しかし、これに対しては、そのように断定することは早計であるとして、「公共福祉の観点から定められた統制価格が正当な補償、完全な補償にあたる、という主張が出される。そして、判決の行論を、そのような趣旨をふくむものと解することも、不可能ではない⁽¹⁷⁾」との見方もある。確かに、農地については自由な取引が制限され、価格が統制されていたのであるから、局部的にみれば、その当時における完全な補償といえなくもない。しかし、一般的にみれば、買収対価が極端に安いことは否めないから、「常識的に考えて正当な補償とはいえない⁽¹⁸⁾」という見方が説得力を有しているように思われる。また、人為的に価格を統制しておいて、その後を買収・収用すれば統制価格での補償が完全な補償であるということになれば、財産権保障の意義は著しく減殺されることになるであろう⁽¹⁹⁾。

農地改革の必要性・合理性は認められるにしても、そのことと農地の買収対価が正当な補償に当たるか否かとは本来別個の問題である。当時の買収対価が正当な補償たり得たというのは、おそらく常識的観念に反するであろう。①判決は、買収対価が正当な補償の範囲内にあることを縷々説明している。しかし、どのように説明しても、所詮、憲法に適合していたということは無理ではなからうか。

それにもかかわらず、結論において①判決が支持されるのは、農地改革に伴う一連の強制措置が超憲法的措置として実施されたからにほかならない。田中博士は、「農地改革立法が違憲なりやといえば、違憲の疑が極めて濃厚である。併し、それならば、それは無効なりやといえ、無効ならず、と答える外はない。農地改革は憲法以前の問題として憲法実施の地盤を作りあげるために、憲法以上の権力に基づく指令によつて遂行されている施策に外なら

ないからである⁽²⁰⁾と説かれているが、的確な指摘というべきである。①判決の背後にも、実質的にはこのような思考が潜んでいるのではないかと思われる。

(2) ①判決の射程距離

①判決の射程距離は、従って、農地改革の際の農地買収対価に限られるべきである。
先例的機能を殆ど有していない⁽²¹⁾。憲法二九条三項の適用下においては、①判決は、もはやその妥当性を維持しがたくなっている。②判決は、土地収用法における損失補償が問題になってくる事案であるとはいえ、憲法上も完全補償説に立脚しているものと推測してよく、この実質的変更は自然の成り行きであつた⁽²³⁾。

このような考え方に対しては、「憲法二九条二項によつて同条三項の『正当な補償』を条件に認められている社会化を憲法の適用外に排除するもので妥当ではない⁽²⁴⁾」との批判がある。しかし、社会化が憲法適用下において行なわれるのであれば、社会化の場合に何故に相当な補償で足りるのか、疑問に思われる。社会化の必要性・合理性の問題と損失補償の内容の問題とは区別されなければならない。

3 具体的内容の重要性

学説の分岐点は、主として、農地買収対価の合憲性を如何にして説明するかということにある。この事例を除外すれば、実質的には学説相互間に顕著な差異は認められず、完全な補償が必要であるという点では大体一致している⁽²⁵⁾。農地買収は占領下の特殊な事情の下でなされたのであるから、この事例をめぐる論争は、「正当な補償」の意味を明らかにする上において、それほど有益であつたとは思われない⁽²⁶⁾。重要なのは、完全な補償か相当な補償かという抽象的な論議よりも、むしろ補償の具体的内容である⁽²⁷⁾。

補償の具体的内容は、大別すれば、財産権補償、生活権補償、精神的損失補償の三つに分けられる⁽²⁸⁾。以下、それ

それについて簡単に考察することにしよう。任意買収の場合についても、大体同じように考えてよい。⁽²⁹⁾

(1) 財産権補償 財産権補償とは、一般に、財産権自体に対する補償を指すものとされている。しかし、本稿では、この意味での狭義の財産権補償のほかに、付随的損失の補償をも含めて理解することにした。付随的損失は公用収用に付随して生ずる財産的損失であり、これに対する補償も広義における財産権補償と称してよいからである。

(イ) 狭義の財産権補償 狭義の財産権補償とは、財産権自体に対する補償をいう。補償額は財産権の客観的価値、すなわち一般取引価格（市場価格または再取得価格）に従って算定される（土地収用法七一条、公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱（昭和三七年六月二十九日閣議決定。以下、「損失補償基準要綱」と略する）七条、八条）。ただ、このように一般取引価格によるべきであるとしても、公用収用は一連の手續を経て行なわれるものであるから、どの時点を補償額算定の基準時とすべきかという問題が残ることになる。土地収用法七一条は、開発利益を否認するために、昭和四二年の改正により「事業認定の告示の時」と改められた。しかし、これについては、完全補償説の立場からの有力な批判⁽³⁰⁾があることに留意すべきであろう。

(ロ) 付随的損失の補償 付随的損失の補償とは、公用収用に付随して生ずる財産的損失の補償をいう。⁽³¹⁾必ずしも被収用者に生ずる損失に限定する必要はない。従って、建物等の移転料補償、営業補償、農業補償、漁業補償、動産移転料補償、仮住居費補償等（土地収用法七七条、八八条、損失補償基準要綱二四、四三条）は勿論のこと、このほか、本稿では、事業損失補償の一種である隣接地補償（土地収用法九三条、損失補償基準要綱四四条）をも付随的損失の補償に含めて理解することにする。

(2) 生活権補償 生活権補償という用語は、最近の文献において頻繁に使用されているが、必ずしも明確な定義がなされているわけではない。ここでは、さしあたり、生活権補償とは、個人の生活基盤の侵害に対して生存権保障の理念に基づいてなされる補償をいう、と定義しておくことにしよう。これは、さらに、狭義の生活権補償、少数残存者補償・離職者補償、事業損失補償、生活再建措置に分類される。

(イ) 狭義の生活権補償 生活基盤の侵害に対する補償としては、最も基本的なものである。実定法も損失補償基準要綱も、これについては消極的であるが、行政実務においてはしばしば認められてきた。生活費補償、天恵物補償、新炭生産者補償等がその代表的なものである。

(ロ) 少数残存者・離職者補償 これらは、土地・建物等の権利者以外の第三者に生ずる損失の補償であり、損失補償基準要綱四五条、四六条が定めている。この種の損失も、公用収用に付随する損失であるから、「正当な補償」の範囲内の問題として処理されなければならない。立法化されずに要綱で済まされている点に、立法者の消極的態度をみる事ができる。

(ハ) 事業損失補償 事業損失補償とは、公共事業の実施に伴い、日陰・臭気・騒音・振動によって生ずる損失に対する補償をいう。事業損失の一種とされている隣接地補償は、事業の施行に付随する財産的損失の補償であるから、前述のように、広義における財産権補償に含まれるべきである。従来から、一般に、事業損失補償は損害賠償的性格を有するものと解されてきたが、適法な侵害行為に付随する程度のもものは、適法な侵害行為と不可分のものとして、むしろ損失補償に属するものと考えるべきであり、騒音・振動によって生活基盤が侵害されることを考慮すれば、生活権補償の一種として位置づけることが可能であろう。

(二) 生活再建措置　生活再建措置とは、補償金とは別個に、生活再建のためになされる各種の行政措置をいう。「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱の施行について」（昭和三十七年六月二十九日閣議了解）は、「公共の利益となる事業の施行に伴い生活の基盤を失うこととなる者がある場合には、必要により、生活再建のため土地又は建物の取得のあつせん及び職業の紹介又は指導の措置を講ずるよう務めるものとする」としている。実定法上の規定としては、公共用地の取得に関する特別措置法四七条五項や都市計画法七四条二項等がある。しかし、閣議了解は法の根拠とはいえないし、実定法上の規定も「努力義務」を定めているにすぎない。これは、生活再建措置が立法政策的な問題と考えられているからであるが、補償金と併せて生活再建措置を実施することは、「正当な補償」の内容として、憲法上の要請であると解すべきであろう。⁽³²⁾

(3) 精神的損失補償　精神的損失の補償については、その要否や法的根拠について争いがある。肯定説に立つたとしても、問題なのは、果たして補償額の算定が可能か否かということである。肯定説の論者も、一般に、算定の困難性を認識している。しかし、このことは、民法不法行為法や国賠法における慰謝料の算定についてもいえることであつて、何も精神的損失補償に限ったことではない。算定の困難性は、精神的損失補償を否定する理由とはならないであろう。⁽³³⁾

4 損失補償と損害賠償の差異

(1) 西ドイツにおける両者の内容上の接近　前述のように、西ドイツにおいては、依然として完全補償説（取引価格による補償を必要とする説）が優勢であるが、そこにおいても損失補償は損害賠償でないことが強調されている。一九五二年の連邦通常裁判所の決定（前掲）によれば、損害賠償は現在及び将来におけるすべての財産上の

損害を包含するのに対して、損失補償は課せられた犠牲の填補にすぎないことである。文献においても、損害賠償は、加害事件がなければ存在したであろうような状態を回復させるに足るものでなければならぬが、損失補償はこれを下回るものであると説かれている⁽³⁴⁾。両者間における具体的な相違点は、「得べかりし利益」(entgangener Gewinn) が含まれるか否かであるが、一般に、損失補償にはこれが含まれないものと解されている⁽³⁵⁾。「慰謝料」(Schmerzensgeld) についても同様である⁽³⁶⁾。

このように、西ドイツにおいては、損失補償と損害賠償はその内容・範囲において区別されている。しかし、これに対して疑問を提示する立場もないわけではない⁽³⁷⁾。判例においても、両者の接近化傾向、特に損失補償の損害賠償への接近化傾向が一部見受けられる。接近化の論拠としては、一般に平等原則が挙げられている。損失補償の趣旨が不平等な負担を調節することにある以上、すべての損失が回復されるべきであるというわけである。

(2) 我が国における両者の内容上の接近　我が国においても、一般に、損失補償と損害賠償はその内容・範囲において異なるものと理解されている⁽³⁹⁾。ただ、ドイツ法におけるのとは異なり、「得べかりし利益」については、必ずしも損失補償から除外されているわけではない。

すでに戦前において、美濃部博士は、「期待利益の喪失 (Iurum cessans)」も、若し其の期待利益が土地の価格に影響しそれに依り地価を高むる原因を為して居る場合には、それにより生ずる損失に対する補償は、収用物件の価格又は残地の損失の補償の中に含まれるもので、独立に補償の原因となるものではないが、其の以外に於いて収用の目的物たる土地物件を保有することに依り、通常の事情の下に於いて或る経済上の利得を為し得べきことが確実に期待し得らるる場合に、収用に因り其の期待せらるる利得を失ふことは、通常受くべき損失として補償の原因

となる⁽⁴⁰⁾」と説かれていた。戦後においても、高田賢造弁護士は、得べかりし利益（期待利益）を確実なものとなし、⁽⁴¹⁾とに分けて、前者については補償が必要であるとして、確実であるか否かの区別の基準について、「新憲法二九条の考え方を尊重して、補償を完全なものたらしめる見地に立てば、……漸次、この確実性を従前の考え方よりもゆるやかに解し、偶発性のものではなく、通常の下でその利益の喪失が一般的であるという程度の確実性があれば、これを補償すべしとの考え方に進みつつあるように思われる⁽⁴¹⁾」と説かれている。また、今村教授も、「民法七〇九条にいう『因リテ生シタル損害』とは、債務不履行による損害賠償の範囲たる『因リテ通常生スヘキ損害』（民四一六条）と同様に解されており、それは結局、『通常生ずべき損失の補償』と、表現において異なる所はないのである⁽⁴²⁾」と説かれて、損失補償に含められている。我が国においては、得べかりし利益の範囲を画するについては見解の対立があるにしても、この喪失に対して損失補償が必要であることについては、現在のところ殆ど異論がないように見受けられる。従って、この点においては、損失補償と損害賠償とでそれほど顕著な差異は認められないであろう⁽⁴³⁾。

次に、「慰謝料」について考えてみると、我が国においても、これを損失補償の対象としない見解が支配的である。ところが、予防接種事故集団訴訟における東京地裁判決（昭和五九年五月一八日判時一一一八号二八頁）をはじめとして、大阪地裁判決（昭和六二年九月三〇日判時一二五五号四五頁）も福岡地裁判決（平成元年四月一八日判時一三二一三号一七頁）も、損失補償に慰謝料を加えており、学説上もこれを支持する見解が有力になりつつある⁽⁴⁴⁾。筆者も、結論においては、予防接種事故の場合には、補償額の算定にあたり慰謝料を除外すべき理由はないと考えている。しかし、予防接種事故補償を損失補償概念に包摂しない立場に立脚しているから、生命・身体・健康の侵害

は「損失補償」の問題とはならない。

ただ、同じく慰謝料ではあっても、適法な財産権侵害に伴う精神的損失に対しては、通常生ずべき損失として補償されるべきであり、この補償は損失補償概念に包摂されるべきであろう。西ドイツにおいても、最近、故郷喪失に対し慰謝料の法的思考に基づいて損失補償が与えられるべきであるという見解⁽⁴⁵⁾が見出されるが、憲法上の要請としてではなく、単なる政策的補償として説かれているようである。

このように考えれば、損失補償と損害賠償とは、その内容・範囲に関する限り、別段の差異は生じない。しかし、このことは、あくまでも内容・範囲に関する限りであって、両者の相対化を主張するものではないから、問題を混同しないように注意すべきである。

(1) Vgl. Maurer, a. a. O., S. 576; Ossenbühl, a. a. O., S. 138f.

(2) この点の分析については、高田・前掲論文七頁参照。結城説は、取用財産の客観的価値を補償しようとするもので、附帯的(付随的)損失の補償を含まない点において柳瀬説と異なる、と一般に理解されているようであるが、結城説が附帯的損失の補償を除外しているか否かは、必ずしも明確ではない。むしろ、重点の置き方が相違しているにすぎないと理解すべきではなからうか。

(3) この意味において、大澤正男・土地所有権制限の理論と展開五一頁が、「土地は天与の財物であって商品ではないという考えに立てば、その社会的側面(公共性)は強く、従って相当補償で足りるとみるのが妥当であろう」と説いているのは疑問である。柳瀬・人權の歴史七六頁は、「第三項の『正当な補償』を必ずしも完全な補償の意味ではないとする意見は、

むろんかく明白に意識してのことかどうかは疑問であるが、恐らくは無意識のうちにも、…第三項の『正当な補償』はその場合の法律の目的から見て正当な補償の意味であり、従ってそれがその場合の法律の目的に適合したものである限りは、全然補償を与へず、または不完全な補償を与へることも、等しく第三項の『正当な補償』たるを失はないと考へる結果であらうと思われるのであるが、併し自分の考へでは、それは第三項の解釈としては全くの間違いであると思われ」と説いており、こちらの方が確な指摘といふべきであろう。なお、柳瀬・自治法と土地法七三頁参照。

- (4) 同旨、法学協会編・註解日本国憲法上巻五六九頁、今村・前掲書六九頁、結城・前掲論文八三頁、大山正武「財産権の保障」田口川添編・憲法(増訂版)三九四―三九五頁、淵上臣「補償の基本的諸問題」用地と補償四輯一六頁、佐藤(幸)・前掲書三八九頁、尾吹・前掲論文三〇頁、中村・前掲書一八九頁等。

- (5) この点を強調するドイツの文献として、vgl. Leisner, a. a. O., S. 101ff.; Weber, Eigentum, S. 392. イギリスやアメリカにおいても、「土地の価格はその土地が市場で売却されるとした場合の売価」によるべきであり、収用者側の特別の必要性や利益(収用用途に対するその土地の特別の適合性)は考慮されるべきではないと解されていることである(石田尚「土地利用・開発規制の新動向とその合憲性」ジュリ三三四号五三頁注(1))。加藤一郎教授が、戦前の損失補償の内容について、「特に戦時中ではありますが、公益優先という思想が強くなってきて、公益のためには土地をとられてもある程度の補償がまますべきだ」といふように考えられた。そういうことのために、実際問題としてみると、補償額は、現在に比べてかなり低かったように思われます」と説かれていることが印象的である(研究会「土地利用計画の総合的検討(第五回・完)」ジュリ三六二号九九頁における発言)。

- (6) 田中・行政上の損害賠償及び損失補償二六八頁以下。同旨、註解日本国憲法上巻五七三―五七四頁。

- (7) 同旨、阿部・前掲書二九九―三〇〇頁、岩間昭道「判例評釈・最(大)判昭和二八年二月三日」憲法判例百選Ⅰ(第

- 二版) 一六七頁、田辺愛壹・損失補償要論二二〇―二二二頁。
- (8) 戸波江二「判例評釈・最(大)判昭和二八年二月三日」国家補償法大系四卷三三〇頁参照。
- (9) 渡辺洋三・財産権論二二〇頁。
- (10) 高原説は、通常の収用の場合にも大きな財産については相当な補償で足りるものと思われる(高田・前掲論文一四頁、三二頁参照)。しかし、このような考え方に対しては、西ドイツにおいて、補償額の算定に際しては被収用者の財産状態や財産の種類・性質によって差別すべきではないとの批判があり(Scheuner, a. O., S. 136f.; Weber, Das Eigentum und seine Garantie, S. 319ff.)。また、損失補償要否の基準に関連してであるが、侵害の程度・重大性を判断するにあたっては、相手方の財産の多寡が考慮されるべきではないとの見解もあり、ここでの参考になる(vgl. Parodi, Eigentumsbindung und Enteignung im Natur- und Denkmalschutz, 1984, S. 117f.; Moench, Denkmalschutz und Eigentumsbeschränkung, NJW 1980, S. 1549)。損失補償は、租税とは異なるのである(vgl. Weber, Eigentum, S. 392)。なお、原田「正当な補償」憲法の争点(新版)一三三頁、樋口ほか・前掲書六九〇頁、國宗・土地法立法原理一九一―一九二頁、阿部・前掲書二九九頁、高田・前掲論文三二一―三三三頁等参照。但し、生活権補償については、これは生存権保障の理念に基づくものであるから、相手方の経済状態や個人的事情を考慮することは当然である。従って、観点においては大きく相違するが、結論においては、「小さな財産」または「人権としての財産権」の剝奪に対してのみ完全補償が必要であるとする見解とそれほど相違していないといえるかもしれない。
- (11) 松島・前掲論文(ジュリ四九一号)二六頁、樋口ほか・前掲書六九〇頁、戸波・前掲評釈三二〇頁、中村・前掲書一九〇頁、山下健次「財産権の保障」ジュリ六三八号三三四頁、佐藤(幸)・前掲書三八四頁等参照。高原・前掲論文(ジュリ四四七号)三七頁は、宅地を例にして、自分が所有し使用している宅地は小さな財産であり、他人に賃貸している宅地は

大きな財産であるとしているが、このような区別も必ずしも明確なものとはいえない。荻原・前掲論文二八一頁は、①他者を支配する機能をもたないこと、②日常的消費財であること、③生きるに必要な財物であること、の三基準の組み合わせにより、「個人型財産権」（小さな財産）と「資本型財産権」（大きな財産）を区別する方法を提示して注目されるが、これでもまだ区別が困難なものが少なくないであろう。

(12) 遠藤・前掲論文一八〇頁参照。高田・前掲論文二二頁は、私見を財産権法定価値完全補償説の中に位置づけているが、私見は社会化立法という人為的措置による財産権の価値低下を念頭においたものではない。

(13) 註解日本国憲法上巻五六九―五七〇頁、尾吹・前掲論文三〇頁等参照。

(14) 浦部・前掲論文二〇九頁。

(15) 高田・前掲論文三頁、三四頁もこれに近いように思われる。

(16) 損失補償要否の問題と損失補償内容の問題の峻別を説くものとして、vgl. Leisner, a. a. O. S. 101ff. 覚道豊治「財産権と補償」ジュリ五〇〇号・判例展望六五頁は、「同じ三項の『正当な補償』という文言の中でそれぞれの場合を区別する基準は必ずしも明白ではなく、同じ要件の定めの下で憲法自体がそのような区別をしているかどうか問題がある」と説いている。

(17) 樋口「判例評釈・最（大）判昭和二八年二月三日」日本の憲法判例一四二頁。渡辺（洋）・前掲書二二四―二二九頁も、農地価格を収益価格として形成する立場（自創法価格）からすれば収益価格が「完全な補償」となるのであり、本判決を相当補償説に立つ「判例」であると理解するのは正当ではない、と批判している。なお、樋口ほか・前掲書六九―七一頁は、①②判決から判例は折衷説の中の今村説に立っていると理解している。

(18) 田中・行政上の損害賠償及び損失補償二七三頁。なお、杉村章三郎「農地改革に関する憲法問題」公法一号一五頁、註

解日本国憲法上巻五七三頁参照。

- (19) 杉村(章)・前掲論文一九頁、註解日本国憲法上巻五六九〜五七〇頁、戸波・前掲評釈三一九頁、芦部信喜編・ユーブング憲法一〇二頁等参照。高原「財産権と正当補償」ジュリ増刊・憲法の判例〔第三版〕一一三頁は、「本件判決(□)判決、筆者注」の採った相当補償説の利点は、企業の国有化に道を開く可能性をもっている点にあるといわれる。すなわち、ならんかの手段で株価を安く統制しておき、その価格で買収するならば、比較的容易に国有化が行なわれることになる。たとえば株式の配当金を統制しておき、この統制価格を国債利子と考え、それに対する元金を算出して、それを買収対価とする場合には、その価格が株式の市場価格より安くても、収益から算出された合理的な価格であれば、相当な補償として合憲とされなければならない」と説いており、また、橋本・前掲書三六五頁も、「財産権の内容に対して、公共の福祉に適合するように法律により、一般的に制限を加え、これによってその客観的価値が低下した場合において、かような財産を収用するときは、その低下した額を補償するをもつて足りる」と説いているが、本文で述べた理由からして疑問である。なお、このような問題点は、「価格を制限された先買い権」についても同様に生ずるであろう(渡辺(洋)・前掲書二〇四頁参照)。
- (20) 田中・行政上の損害賠償及び損失補償二七一頁。
- (21) 原田・前掲論文二二三頁、戸波・前掲評釈三三〇頁、岩間・前掲評釈一六七頁等参照。観点は異なるが、結論同旨のものとして、渡辺(洋)・前掲書二二八〜二二九頁参照。
- (22) 内野正幸「判例評釈・最(大)判昭和二八年二月三日」行政判例百選Ⅱ(第二版)三三二頁参照。
- (23) そのほか、下級審の裁判例であるが、神戸地判昭和六一年一〇月二九日(判タ六三七号九九頁)は、「正当な補償」とは、損害填補の観点から十分に原状回復せしめることを要(する)と述べているし、東京地判昭和六三年六月二八日(判

時一二八三号五九頁)も、最判昭和四八年一〇月一八日を引用している。但し、実質的変更と理解することに対して異論があることは、先に指摘したとおりである。

(24) 中村・前掲書一九一頁。

(25) 原田・前掲論文一二三頁、松島「損失補償」遠藤・阿部編・講義行政法Ⅱ六五頁等参照。渡辺(洋)・前掲書二二〇頁以下も完全補償説に立っているが、「企業の資本主義的財産権」については、「当該財産の交換価値ないし当該財産に対する既存の投下資本の回収をもって完全補償とすることができる」という。財産権補償について、「人権としての財産権」と「資本主義的財産権」を区別する点において私見とは異なる。

(26) 渡辺(洋)・土地と財産権二四二頁、松島・前掲論文(講義行政法Ⅱ)六四頁等参照。

(27) 渡辺(洋)・土地と財産権二四三頁、同・財産権論二二二頁、華山謙「『正当な補償』について」法資二五号一一五頁、小高剛「公用収用と補償問題」ジュリ四七六号特集・土地問題二六九頁、今村・人権叢説二二三頁、秋山義昭・国家補償法一七八頁、戸波・前掲評釈三三二頁、内野・前掲評釈三三一頁等参照。

(28) 生活権補償や精神的損失補償を肯定するということは、観点は大きく異なるにしても、「小さな財産」または「人権としての財産」の剝奪に対してのみ完全補償が必要であるとする見解に接近することになる。しかし、憲法二九条の解釈論としては、財産権をその性質によって二分することはしないで、生活権補償等の面で考慮すべきであろう。また、これらの三つの補償がすべて憲法二九条三項の直接要請するところであるか否かについては異論(例えば、田辺・前掲書三三三、三四頁)もあるが、憲法一四条や二五条等を根拠とするだけでなく、二九条三項を含めて統一的に解釈すべきであろう。

(29) 任意買収の場合の買収対価の損失補償的性格については、大屋和恵「補償と『生活再建措置』」ジュリ五三三号三三三頁、小高「任意買収の性格と公用収用」ジュリ四九一―二八頁以下等参照。

- (30) 柳瀬・自治法と土地法八二―八三頁、高田賢造「土地収用法改正案の問題点」公法一九号一六五頁等。これに対して、事業認定時価格固定制の合憲性を強調するものとして、小澤道一・逐条解説土地収用法下三六頁以下、阿部・前掲書三〇二―三〇三頁、東京地判昭和六三年六月二八日(前掲)等参照。
- (31) トイツ法における結果損害 (Folgeschaden) がこれに近う (結果損害については、vgl. Papier, a. a. O., S. 245ff.; Ossenbühl, a. a. O., S. 141ff.)。連邦通常裁判所 (BGHZ55, S. 294) が結果損害の補償を認めたことは、オッセンビュールによれば、完全補償に向けての一步前進であり (a. a. O., S. 141)、『E・シヤナイターによれば、損失補償と損害賠償の区別の相対化を図ったものである (Schneider, Anmerkung, NJW1996, S. 493ff.)。
- (32) 樋口ほか・前掲書六九三頁、秋山・前掲書一八九頁等参照。
- (33) 渡辺(洋)・土地と財産権二一八―二一九頁参照。
- (34) Vgl. Maurer, a. a. O., S. 575; Achterberg, Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, S. 585.
- (35) Vgl. Maurer, a. a. O., S. 575; Achterberg, a. a. O., S. 586.
- (36) Vgl. Ossenbühl, a. a. O., S. 85; Achterberg, a. a. O., S. 586.
- (37) Ossenbühl, a. a. O., S. 141f. u. 161; ders., Neuere Entwicklungen im Staatsfugrecht, 1984, S. 20; Luhmann, Öffentlich-rechtliche Entschädigung, 1965, S. 49; Weyreuther, Empfindet es sich die Folgen rechtswidrigen hoheitlichen Verwaltungshandels gesetzlich zu regeln?, Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, 1968, S. B61; Bender, Staatsfugrecht, 2. Aufl., 1974, S. 289f. なお、阿部「予防接種禍をめぐる国の補償責任」判タ六〇四号一九頁、宇賀克也・国家責任法の分析二八九―二九〇頁参照。
- (38) 例えば、一九八一年四月二日の連邦通常裁判所の判決 (NJW1981, S. 1663) は、地下鉄工事によって生じた地盤の隠

れた危険性のために土地の商業的利用価値が低下したとして、その低下分の補償の要否が争われた事件において、損害賠償と損失補償の内容上の相違を認めながらも、「この区別は、それにもかかわらず、商業的価値低下の場合には重要ではない。……完全な修繕にもかかわらず、隠れた欠陥の危険のために取引において低下した価格をつけられる物件の所有者は、損害事件前に有していたよりも少ない価値の財産物件を持つことになるが故に、現在の損害を被っているのである。……。公用収用法的にみれば、そのような所有者は、侵害行為の結果としてすでに現在の特別の犠牲を課せられているのである」として、補償の必要性を肯定している（補償を否定した控訴審判決を破棄差戻し）。

- (39) 古崎慶長・国家賠償法一六八頁、柳瀬・公用負担法〔新版〕二五七頁、雄川一郎・行政の法理四〇六頁、塩野宏「賠償と補償の谷間」塩野原田・行政法散歩二二三頁、原田「予防接種事故と国家補償」ジュリ八九八号七―九頁等参照。
- (40) 美濃部・公用収用法原理三六二頁。
- (41) 高田(賢)・正当な補償九五頁。
- (42) 今村・損失補償制度の研究七八頁。
- (43) 阿部・前掲書二八九―二九〇頁参照。
- (44) 今村「予防接種事故と国家補償」ジュリ八五五号七六頁、阿部・前掲論文一九頁等参照。
- (45) von Brunn, a. a. O., S. 423.

四 財産権の制限と正当な補償(1)——我が国における学説・判例の動向

財産権の制限に対しても、それが本質的制限である場合には、権利者側に受忍すべき事由がない限り、憲法二九条三項の「正当な補償」が必要である。しかし、これまでは、財産権剝奪の場合の損失補償の内容に焦点が当てられていた反面、財産権制限の場合の損失補償の内容については、あまり論議されてこなかった。理論的には、ここでもまた完全な補償が必要であるが、財産権剝奪の場合と比較して特殊性が見出されるために、⁽¹⁾その具体的内容の確定は一層困難な作業である。ここでは、とりあえず、損失補償の内容(範囲)をめぐる学説・判例の動向を一瞥しておくことにしよう。

財産権の制限の場合にも、生活権補償や精神的損失補償が問題となる場合がないわけではない。⁽²⁾しかし、非常にまれであろうし、その場合でも前述したことが大体あてはまるから、ここでは論じないことにする。

1 学説の動向

財産権の制限に対する補償は、財産権の制限に伴い通常生ずる損失の完全な補償でなければならぬ。如何に制限の必要性・合理性が認められるとしても、補償額の算定は、それとは別個になされるべきである。ただ、問題は、この通常損失の範囲をどのようにして確定すべきかということである。これについては、明文の規定がないために解釈によって決するほかはないが、不許可補償を中心にしてみれば、理論的には、相当因果関係説、地価低落説、積極的な実損補償説、地代説が考えられる。⁽³⁾各学説ともその内容はまだ十分に固まっていないので、学説相互間の

差異がどこに存在するのか、あるいは学説相互間に対立といえるほどのものが存在するのか、明確とはいえない面があるが、一応分類すれば以下になるであろう。

(1) 相当因果関係説 この説は、土地利用制限によって土地所有者が被ることとなった損失のうち、当該利用制限と相当因果関係にあると認められるものはすべて補償されるべきであるという。これによれば、土地所有者に生じた余分の出費は勿論のこと、計画中の将来得べかりし利益の喪失も、相当因果関係が認められる限り、通常損失に含まれることになる。

我が国において相当因果関係説の支持者がいるか否か必ずしも明確ではないが、森島昭夫教授の次の所説をこの説に属するものと捉えておくことにしよう。教授は、損失補償をめぐる座談会において、「相当因果関係説に対して、ほかの地価低落説とか実損填補説が、なるべく補償の額を大きくしないようにという基本的な発想から出ているということを知りましたが、理屈からいうと、他の説をとつても結局は相当因果関係説と同じことになると思ひます。例えば実損でもどこまで実損として認めるかが問題です。相当因果関係でも、何でもかんでも認めようというのではなくて、相当な範囲の損害を填補するということですし、実損だって、現実にお金を払ったというだけじゃなくて、入るべきものが入らないという損害も入りうるわけです⁽⁴⁾と発言されている。

(2) 地価低落説 この説は、土地の利用制限による損失の補償は、継続的な利用制限によって生ずる土地の利用価値の低下に対して支払われるべきであるという。土地の利用価値の低下は土地の価格に反映するから、この説によれば、損失補償の内容は、地価の低下分を基礎にして算定されることになる。すなわち、許可が得られた場合に予想される土地の価格と、不許可になった場合の土地の価格との差額が補償額となるのである。

地価低落説の主唱者は、原田尚彦教授である。次のように説かれている。「これらの補償を、所有権に課せられ、た公用制限に対する代償とみるかぎり、地価下落説に従い、各個の土地の形状、位置等から当該土地の客観的な開発可能性を個別的に認定し、利用制限によりもたらされる地価の下落を合理的に推算してそれを補償額とするほかはないであろう。」⁽⁵⁾

(3) 積極的な実損補填説 この説は、土地の利用制限によって現実に生ずる積極的な損失だけが補償されるべきであるという。この説によれば、例えば、古都保存法による保存地域の指定に伴い、木竹の伐採が禁止されて林業者が従前の事業を継続できなくなった場合には、従前の土地利用が妨げられたために受けた損失だけが補償の対象となり、将来の期待利益の喪失や地価低下は補償の対象とならないことになる。

積極的な実損補填説は、行政実務家によって主張されている。衆議院法制局の大井民雄参事官(当時)が、古都保存法上の損失補償について、「たとえば、保存地域の指定により、家屋の改築が禁止され従来⁽⁶⁾の営業が継続できなくなったり、木竹の伐採が禁止されて林業者が従前の事業を継続できなくなった場合の損失のように、要するに従前の土地利用が妨げられたために受けた損失だけが補償の対象となる」と説かれ、環境庁自然保護局の錦木伸一企画調整課長(当時)が、自然公園法上の損失補償について「(これは)いわゆる講学上の損失補償ではなく、ただ不許可処分等によって予期せざる経費等が必要になり、あるいは従前の土地利用方法ができなくなり、土地の収奪に等しい損失が発生した場合等にこれを補償する特殊な補償制度といふことができる。したがって、自然公園法三五条の通常損失の範囲は実損補償説によって決定するのが妥当である」と説かれているのが、その代表的なものであろう。⁽⁸⁾

(4) 地代説 この説は、当該目的達成のために当該土地を使用しているわけで、公用使用と同じ結果をもたらすのであるから、補償額の算定にあたっては、地代相当額を基礎とすべきであるという。

地代説の主唱者は荒秀教授であり、次のように説かれている。「その地代を対価とすればよく、ただ、たとえば現在農地として利用収益をなしている場合には相殺し、かつそれでもマイナスの部分があればそれを払えばよいという地代説もありえよう。後述のように補償後、制限が解かれて許可された場合に生じうる補償金の返戻とか、地代説の場合には毎年比較的少額の金額で財源支出を留めうるという利点も存する⁽⁹⁾。」

(5) 公用地役権設定説 この説は、土地の利用制限を公用地役権の設定として捉え、これに対する代償を補償すべきであるという。地価低落説に近い考え方であるが、ここでは一応区別しておくことにしよう。

公用地役権設定説の主唱者は今村教授であり、次のように主張されている。「これは(公用地役権設定説、筆者注)、地価低落説……と結果的には一致しようが、利用制限によつて、どれだけ地価が低落したか、を問題とするよりも、地役権の設定に対し、どれだけ代償を払うべきか、という問題のたて方の方が、客観的基準を設定する上に、合理的であるように思われる。」⁽¹⁰⁾

2 判例の動向

裁判例の蓄積が少ないので、判例の動向はまだ明確とはいえない。ここでは、最近の裁判例を三つ紹介しておくことにしよう。

① 自然公園法三五条一項の通損補償の要否が問題となった事件において、東京地裁昭和五七年五月三十一日判決(判時一〇四七号七三頁)は、結論において補償は不要であると判断したが、通損補償の内容については、原告側

の相当因果関係説の主張と被告側の積極的実損補填説の主張を何れも排斥し、地価低落説に依拠して次のように判示している。

「土地の利用制限に対する損失補償は、土地の利用価値の低下が土地所有者にいかなる損失を及ぼしたかを客観的に評価し、補償すべきものであるが、土地の利用価値の低下は、結局利用制限によって生じた地価に反映されるから、公園法の不許可補償は、当該不許可決定に伴う土地の利用制限が地価の低落をもたらしたかを客観的に算定し、それを補償の基準とするほかはないと解するのが相当である。」

② 右と同種の事案において、東京地裁昭和六一年三月一七日判決(判時一一九一号六八頁)は、同じく結論において補償は不要であるとしたが、通損補償の内容については、原告側の相当因果関係説の主張を排斥し、被告側の積極的実損補填説の主張を支持して、次のように判示している。

「ここにいう『通常生ずべき損失』とは、前記の趣旨から、自然公園内にある土地の所有権に内在する社会的制約を超えて特別の犠牲として当該財産権に加えられた制限によって生ずる損失、例えば、自然公園として指定される以前の当該土地の用途と連続性を有しあるいはその従前の用途からみて予測することが可能であるような当該土地の利用行為を制限されたことによって生ずる損失、当該利用行為に基づく現状の変更が、その土地が自然公園として指定されている趣旨と調和させることが技術的に可能な程度にとどまるものであるにもかかわらず、その利用行為を制限されたことによって生ずる損失、その他離作料、物件移転費等予期しない出費を現実に余儀なくされた場合におけるその積極的かつ現実的な出費による損失を指すものと解するのが相当である。」

③ 右の②判決の控訴審判決であるが、東京高裁昭和六三年四月二〇日判決(判時一二七九号一二頁)は、申請

権の濫用論により補償は不要であるとしたが、通損補償の内容については次のように判示している。

「法三五条による補償の対象となる損失は、右規定自体からも明らかなく、法一七条三項所定の行為につき同条項所定の許可を得ることができなかったために受けた損失に限られるのであって、法一七条一項による特別地域の指定自体によって受けた損失は含まれないものと解すべきである。すなわち、特別地域の指定自体によって生じる土地の公用制限は、一般的な制限であり、しかも、それは、社会一般の通念上、都市計画法や建築基準法等による土地の利用制限と同様に、土地の所有権等に内在する制約にとどまるものと解されるのであって、それによって受ける損失はこれを当然に受忍すべきものと解するの
が相当である。」

(1) 原田「公用制限における補償基準」公法二九号一七八頁、小高「公用制限と損失補償」法雑二八卷三・四号四七九頁参照。

(2) 磯部力「土地利用規制と損失補償」季環六四号七四頁、山村恒年「公用負担(4)」裁判実務大系一卷四二八頁参照。

(3) 学説の分類については、原田・前掲論文(公法二九号)一七九―一八一頁、成田頼明「荒秀」原田尚彦「自然公園法における公用制限と補償(2)」補償研究一九六八年七月号二四―二六頁、小高・前掲論文(法雑二八卷三・四号)四七九―四八〇頁、同「自然環境保全法と自然公園法」ジュリ増刊特集・開発と保全二二〇頁、荒・建築基準法論Ⅱ三〇二頁、山村・前掲論文四二四―四二七頁、同「自然公園法上の補償と額の算定基準」稲本「真砂編」土地法の基礎九七頁、阿部・前掲書二八三頁等参照。

(4) 座談会「各国における土地利用規制と損失補償」季環六四号一六頁における発言。

- (5) 原田・前掲論文(公法二九号)一八一頁。
- (6) 大井民雄「古都保存法解説」観光六号四八頁。同旨、木下慎哉「損失補償法の個別的問題―古都保存関係」国家補償法大系四卷一〇二頁。
- (7) 鍋木伸一「損失補償法の個別的問題―自然公園・自然環境保全関係」国家補償法大系四卷八二頁。
- (8) 市川一朗(建設省都市局都市計画課長補佐、当時)「都市緑地保全法の概要」自研四九卷一二号六九頁も、都市緑地保全法七条の損失補償について、「ここで補償の対象となる損失は、建築行為等が許可されなかったために現実に生じた損失である。従って、許可され得るものと思つて事前に行なつた測量、設計等に要した費用とか、家屋の改築を禁止されたため従前の営業が継続できなくなつたためにこうむつた損失のように従前の土地利用が妨げられたため受けた損失とかが、これに該当する。緑地保全地区に指定され、厳しい行為規制をうけるため土地利用価値が下り、そのため地価が下落した場合は、それが具体の行為が許可されないために生ずる損失とは認定し難いため、この法律の補償の対象とはならないと解されている」と説いている。そのほか、川上勝己「判例評釈・東京地判昭和五七年五月三十一日」自研六〇卷四号一四二頁、山村・前掲論文(裁判実務大系一卷)四二八頁も同旨と思われる。
- (9) 荒・前掲書三〇三頁。
- (10) 今村・人権叢説二二三頁注(11)。

五 財産権の制限と正当な補償(2)——ドイツにおける学説・判例の動向

我が国において最初に学説の分類をされたのは原田教授であるが、その際に主としてドイツ法における学説・判例の動向を基礎にされた。前述のように、ドイツ法においては、伝統的に損失補償と損害賠償はその内容・範囲において相違すると考えられているため、⁽¹⁾相当因果関係説はあまり説かれておらず、地価低落説が支配的である。参考のために、ここでは、西ドイツにおける学説・判例・立法の動向を概観しておくことにしよう。

1 学説の動向

西ドイツにおいても、この問題について詳細した文献はあまり見当たらない。大半は、公用収用補償の内容を説明するに際して、「一部収用」(Teilentzug)の見出しの下に簡単に触れているにすぎない。一般には、土地利用制限に対しては、取引価格(市場価格)との差額、すなわち地価低下分が補償されると説かれている。⁽²⁾ただ、地価低下が些細である場合にまで補償が必要であるとされているわけではない。

利用制限が財産権価格を二五〜三〇パーセント以上低下させた場合には損失補償が必要となる、との見解がある。この見解によれば、利用制限の場合の補償範囲は当然その低下した分ということになるであろう。S・パロデーは、土地の形質変更禁止について、「負担平等違反は、禁止された当該土地の価格が約三〇パーセント減少したときから認められ得る。従って、その市場価格が変更禁止によってどこまで低下しているかが調べられなければならない⁽³⁾」と説き、また土石等の採取禁止についても地価低下が三〇パーセントを超えるときには補償が必要となると

して、「地価の比較は禁止の前後でなされるべきであり、所有者が採取しておればどのような利得を獲得できたであろうか」ということは考慮されるべきではない。そうでなければ、侵害の強度が、基本法一四条によって保障されていない得べかりし利益に従って測定されることになるであろう」と説いている。⁽⁴⁾ さらに、建築物等の建築禁止についても、「建築可能性はすぐれて価格規定的な要因であるから、以前には許容されていた建築を妨げることとなるような建築禁止は、大抵三〇パーセントの価格低下の限界を超えており、従って補償されるべきである」といふ。⁽⁵⁾

パロディーの右の所説は、補償範囲について直接触れたものではない。しかし、地価低下が三〇パーセントを超えるときは補償が必要となるということは、結局、補償範囲はその低下した分を回復するものでなければならぬということになるであろう。地価低落説に立っているものといつてよい。但し、このパロディーの見解に対しては、三〇パーセントという数字は何ら詳細な理由もなしに突然提示されている、という厳しい批判があることに留意すべきであろう。⁽⁶⁾

パロディーは、基本的には地価低落説に立ちながらも、そのほかに積極的な実損を補填すべき場合があることを認めている。例えば、土石等の採取禁止についていえば、土地所有者が採取について保護に値する信頼を抱いている場合は、採取計画のためになされた出費等は補償されなければならないという。⁽⁷⁾

2 判例の動向

判例も、すでに原田教授が指摘されているように、⁽⁸⁾ 地価低落説に立っている。その後の主要なものをいくつか紹介しておくことにしよう。

① 要塞地帯に編入され、種々の利用制限が課せられることになった農園の所有者が、利用制限に伴う損失の補

償を訴求した事件において、一九七一年九月二〇日の連邦通常裁判所の判決 (BGHZ57, S. 278) は、結論において補償は不要であるとしたが、補償の範囲については、一九五九年六月二五日の判決 (BGHZ30, S. 338) を引用しつつ、地価低落説を支持して次のように述べている。

「本件においては、控訴審によって確認された取引価格の低下した額での損失補償請求権を導くことができるような具体的で、所有者にとって手痛い損失が欠けている。……侵害行為によって対象自体に生じる損失を理由に補償が与えられるべき場合は、補償は個別的侵害行為によって惹起された地価の低下分に相応するか、あるいはその地代に相当するものでなければならぬ (BGHZ30, S. 338)。」

② 水保全地域に編入された土地の所有者が、利用制限によって生じた地価低下分の補償を訴求した事件において、一九七三年一月二五日の連邦通常裁判所の判決 (BGHZ60, S. 145) は、結論において、本件における制約は無補償で受忍されるべき社会的制約であるとして補償を認めなかったが、①判決を引用しながら次のように述べている点からすれば、地価低落説に立っているものと思われる。

「水保全地域の指定と結びついた制限は、主張されている減少価格分の額での補償を根拠づけることができるような相当の損失を導いていない。」

③ 原告の所有地の地下約一三―二五メートルのところ市営地下鉄が通ることになり、そのことについては原告と被告(市)との間に合意が成立したのであるが、損失補償額については被告の提示した額が低すぎるとして、原告が増額請求をした事件において、一九八二年二月一日の連邦通常裁判所の判決 (BGHZ83, S. 61) は、結論において、原審が地価低下分を地価の約一〇パーセントと評価したことに対して審理不十分として、破棄差戻しの判決

を下したが、補償の範囲については次のように述べて地価低落説に立っている。

「制限によって生じた土地所有権の価格減少は、それが財産的に保護されている法的地位への侵害に基づいている限り、補償されなければならない。この価格減少の額は、健全な土地取引において、負担のない土地と比較して本件におけるような地役権の付着した土地にどのような価格が設定されるかということによって決定される(一九六三年二月二〇日、一九七二年一月三日、一九七七年三月三十一日の各民事第三部の判決等参照)。」

3 立法の動向

立法上の取扱いも、地価低落説に立脚している。一九八六年の建設法典(Baugesetzbuch)四二条が、その代表的なものである。同法は、連邦建設法と都市建設促進法が統合されたものであるが、連邦建設法四四条の規定がそのまま建設法典の四二条になっている。同条はその一項において、「許容されている土地利用が廃止または変更され、それによって無視できない程度の地価の減少が生じた場合には、所有者は次項以下の規定に基づき、適正な補償を金銭で請求することができる」と規定し、二項において、「許容されている土地利用が許容後七年以内に廃止または変更された場合には、補償は、許容されている利用に基づく地価とその廃止または変更によって生じた地価との差額により算定される」と規定している。地価低落説による補償額の算定が明示されているわけである。⁽⁹⁾ただ、このことは、地価低落しか補償対象とならないということの意味するものではなく、従来の法的地位の存続を信頼して建築上の利用を準備していた場合に、無駄になった出費もまた補償対象となることはいうまでもない。⁽¹⁰⁾

(1) H・フェルスター「成田訳」「ドイツ連邦共和国都市建設法における計画損失に対する補償」自研五〇巻一一号一一頁は、

「連邦建設法一八条、四〇条ないし四四条までの規定による金銭補償は、民法上の損害賠償とは同一視できないものである。それは個人に対して、公共の利益のために課せられる特別の犠牲に対する適正な調整を図るべきものとしてのみ機能するのである。基本法一四条三項に規定されている公共の利益と私人の利益との相当な較量は、あくまで民法上の損害賠償とは異なる結果を導きうるものである」と説いている。

- (2) Vgl. Nubgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, S. 180f.; Papier, a. a. O., S. 241ff.; Kröner, a. O., S. 66f. なお、このような評価方法は、「差額方法」(Differenzmethode)と呼ばれている。
- (3) Parodi, a. a. O., S. 145.
- (4) Parodi, a. a. O., S. 148.
- (5) Parodi, a. a. O., S. 149.
- (6) Schwabe, Ein Literaturbericht, Der Staat 27 (1988), S. 108.
- (7) Parodi, a. a. O., S. 148.
- (8) 原田・前掲論文(公法二九号)一七九―一八一頁。
- (9) 本条文の以下の訳は、西ドイツ土地法制研究会編「西ドイツ建設法典(仮訳)」(6)「不研三〇卷三号五一頁、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制(六・完)」自研六〇卷三号二二七頁による。
- (10) そのほか、航空機騒音防止法八条も、「第五条第一項第一文または第二項の定める建築禁止により、従来許容されていた建築上の利用ができなくなり、それにより地価が少なからず下落した場合には、土地所有者はその限度において相当な金銭補償を請求することができる」と定めている(訳は、竹内恒夫「航空機騒音防止法」環境調査センター編・各国の環境法〔資料編Ⅰ〕一七八頁による)。

(11) 建設法典三九条、航空機騒音防止法八条等。H・フェルスター||成田訳・前掲論文一〇〇―一頁参照。

六 財産権の制限と正当な補償(3)——我が国における学説・判例の検討

このように、損失補償の内容(範囲)をめぐる学説上の対立があるが、いずれの考え方もまだ十分成熟していない段階にある。裁判例においても、①判決は地価低落説を採っているが、②判決は積極的な実損補填説に立っており、③判決もこれに近いものといつてよい。⁽¹⁾ここでは、我が国の学説・判例を検討し、若干の私見を付することにしよう。

1 各学説(判例を含めて)の問題点

相当因果関係説に対しては、補償額が所有者の主観的意図により左右されるので適切ではないとの批判⁽²⁾があり、地価低落説(公用地役権設定説も含めて)に対しては、財産権に生ずる客観的な価値の減少を補償することは法文上の通損補償の意義になじまず、また、財産上の価値減少に伴う補償であれば地域指定の時点で支払うべきであるのに、実定法上の規定はそうになっていないとの批判⁽³⁾がある。さらに、積極的な実損補填説に対しては、現状不変更義務を内容とする公用制限の場合に果たして積極的な損失が発生するということがあり得るかどうか疑問である上に、積極的な実損だけでは不十分であるとの批判⁽⁴⁾があり、地代説に対しては、土地の利用制限は公用使用と異なるから、公用使用に準じて地代相当額をもって補償額を決定することは妥当ではないとの批判⁽⁵⁾がある。

そこで、最近、このような学説の対立状況を打開するために、具体的事例ごとにより木目細かな考え方が必要であるとの見解が主張され出してきた。阿部教授は、相当因果関係説は学説といえるほどのものではないとされて、次のように説かれている。「一般理論として相当因果関係説か、他の説かというよりも、相当因果関係のある適切な範囲は何かという問題提起をすべきで、それは場合により逸失利益であり、地価低落分であり、実損であるということになる。あるいはこの三つは場合によっては同じものになることもある⁽⁶⁾。」この阿部説は、従来の学説が抽象的な論争に終始し、実際の解決に必ずしも有効とはいえなかつたことを批判したものであり、傾聴すべき点が多い。しかし、筆者自身は相当因果関係説にはなお捨てがたいものがあると考えている。

2 相当因果関係説の再検討

(1) 相当因果関係説の真意 相当因果関係説に対する主たる批判は、前述のように、補償額が土地所有者の主観的意図や思惑によつて大きく左右されることになり、場合によつては法外な額になることも予想されるという点にある。「このような主観的な基準が、不法行為に基づく損害賠償の基準としてならともかく適法行為に基づく損失補償の基準としては、必ずしも妥当なものとはいえないことは容易に理解されるであろう⁽⁷⁾」いうわけである。しかし、これは、相当因果関係説の真意からすれば、適切な批判とはいえないように思われる。森島教授が的確に指摘されているように、相当因果関係説といえども所有者の主観的意図をすべて認めようとしているのではない。民法四一六条一項（損害賠償の範囲）⁽⁸⁾が定めているような「通常生スヘキ損害」⁽⁹⁾が、ここでの「通常生ズべき損失」と捉えられるべきであり、このように考えれば、主観的意図の多くはここから排除されることになるであろう⁽¹⁰⁾。阿部教授の言葉を借りれば、「相当因果関係のある適切な範囲は何か」ということが肝要なのであるから、相当因果

関係説それ自体はそれほど不合理な考え方とは思われない。⁽¹¹⁾

(2) 損害賠償と損失補償 相当因果関係説に対する批判は、他面において、これは損害賠償の範囲については妥当しても損失補償の範囲については妥当しない、ということをも前提にしているようである。⁽¹²⁾ しかし、損害賠償と損失補償の範囲についてのこのような差異は、決して自明のものではない。むしろ、その範囲は基本的には両者間で相違しないものと解すべきであろう。現に、土地収用法八八条の「通常受ける損失の補償」の範囲については、次のように説かれているのである。「補償の対象となるのは、『通常受ける』ものに限定せられる。それは、収用に基づいて被収用者が受ける損失であつて、しかも通常の事情の下において生ずるものであり、特別の事情に基づく損失を含まない。その損失が特別の事情に基づくや否やの判断の基準をいかに考うべきであるかという点、損失が既存財産の減少をきたしたまたは新たな経費の支出を要する場合にあつては、収用とそれらの損失との間に相当因果関係のあるものに限定して補償するのが妥当である。ただし、損失補償の制度が、一方の蒙つた損害を他方に填補せしめて、公平の原理を貫く制度である以上は、填補すべき損失の範囲はやはり、普通に予想される因果関係の範囲に限定し、それをこえる損害までことごとく補償すべしとすることは、因果関係を無限にみとめることとなり、かえつて公平の原理に反することとなるからである。」⁽¹³⁾

土地収用法八八条の通損補償の範囲が相当因果関係によつて画されるのであれば、財産権制限の場合の損失補償の範囲についてこれと異なる扱いをする理由は見出しがたい。西ドイツにおいて地価低落説が支配的であるのは、損失補償と損害賠償はその内容において相違し、損失補償には得べかりし利益や慰謝料は含まれないと解されているためであるが、これは伝統的にそのように考えられてきたにすぎず、必ずしも理論的な帰結というわけではなさ

そうである。我が国においては、損失補償と損害賠償との内容上の相違は、ドイツ法におけるのとは異なり、それほど強く意識されてきたわけではないから、損失補償の範囲を相当因果関係によって画しても不合理とはいえないであろう。平等負担の原則からすれば、相当因果関係のあるすべての損失が回復されるべきであり、地価低落分や積極的な実損に限定されるべきではない。なるほど、相当因果関係に従っても、何が「相当」因果関係の範囲内であるかを決定することは容易とはいえないが、そのことは損害賠償においても同様である。損害賠償において可能であるのであれば、損失補償においても不可能とは思われない。事例が少ないために、判例や実務の集積がなく、類型化がなされていないだけであつて、相当因果関係説自体の責任とはいえないであろう。相当因果関係説の放棄ではなくて、その理論的深化が緊要な課題である。

(3) 地価低落説等の問題点 地価低落説、地代説、公用地役権説定説は、地価低落分や使用料等のほかに損失が生じない場合には妥当な考え方である。しかし、通常はそれ以外にも種々の損失が生ずるであろうから、この場合にはこれらの説では補償範囲に取り込むことはできないであろう。⁽¹⁴⁾ 積極的な実損補填説と同様に、狭きに失する場合があるように思われる。

3 正当な補償と土地の買取

(1) 土地の買取制度 財産権制限に伴う損失については、憲法上の要請としては、右に述べた「正当な補償」で足りるものといつてよい。ただ、実際問題としては、損失補償の要否や損失補償の内容について不明確な場合が少なくなく、また、被規制者としては損失補償よりも土地を買い取ってもらった方が救済になる場合があり、行政側としても土地所有権自体を取得した方が行政目的達成のために都合がよい場合もあるので、実定法上に土地の買

取制度が導入される例が増加している。⁽¹⁵⁾例えば、都市緑地保全法八条は、緑地保全地区内の所有者から五条一項の許可を受けることができないためその土地の利用に著しい支障をきたすとして、当該土地を都道府県において買入れるべき旨の申出があった場合は、都道府県がこれを時価により買い入れるものとする、と規定している。そのほか、古都における歴史的風土の保存に関する特別措置法一条、首都圏近郊緑地保全法一条、近畿圏の保全区域の整備に関する法律一五条、保安林整備臨時措置法四一六条、都市計画法五六条等にも同趣旨の規定がある。

(2) 買入価格 買取制度における土地の買入価格は、実定法上は、「時価」によるものとされている。買取が損失補償の代替的制度であるとすれば、この「時価」の算定が問題となる。利用制限により低下した地価を時価として算定したのでは、正当な補償とはいえないであろう。⁽¹⁶⁾利用制限に伴う損失について補償が必要とされる以上は、制限の付されていない土地として時価の算定がなされるべきである。ここでもまた、制限の必要性・合理性と時価の算定とは区別されなければならない。そのほか、積極的な損失が認められる場合には、買取の場合であっても、相当因果関係の範囲内で、その損失についても補償が必要であろう。

(1) 原田「判例評釈・東京高判昭和六三年四月二〇日」ジュリ九三五号・昭和六三年度重要判例解説四八頁参照。

(2) 原田・前掲論文(公法二九号)一七九頁、小高・前掲論文(法雑二八卷三・四号)四八一頁、木下・前掲論文一〇二頁、東京地判昭和五七年五月三一日(前掲)、東京地判昭和六一年三月一七日(前掲)。

(3) 小高・前掲論文(法雑二八卷三・四号)四八一〜四八二頁。荒・前掲書三〇四頁も、地価低落説に対して、「一度(許可申請が)拒否され補償を受けた後に再度の許可申請をなし許可を受けた場合には、土地利用制限が解除されたわけであ

るから、一定割合で返還することが必要となる」という問題点を指摘している。

- (4) 原田・前掲論文(公法二九号)一八〇―一八一頁、小高・前掲論文(法雑二八卷三・四号)四八二頁、阿部・前掲書二九〇頁、東京地判昭和五七年五月三二日(前掲)。
- (5) 原田・前掲論文(公法二九号)一七八頁。
- (6) 阿部・前掲書二八九―二九〇頁。なお、遠藤・前掲書二五四頁、藤村和夫「土地利用規制と損失補償」季環六四号八六頁参照。
- (7) 成田¹¹荒¹²原田・前掲論文二六頁、鏑木・前掲論文八一頁。
- (8) 座談会「各国における土地利用規則と損失補償」季環六四号一一六頁における発言。
- (9) 「訟務座談会」訟月三四卷一號別冊一八三頁におけるG、F氏の発言参照。
- (10) 前掲「訟務座談会」一八三頁において、F氏は、「客観的な事情だけを基礎として、内在的制約を超えた一定の制約からその損失が生じる関係にあると社会通念上認められるかどうかを判断し、これが認められれば、通常の因果関係があるものとして補償するという趣旨にとらえればそれで足りるのではないかと思います」と発言されているが、的確な指摘であるといつてよい。
- (11) 同旨、戸波「判例評釈・東京高判昭和六三年四月二〇日」街づくり・国づくり判例百選二一九頁。
- (12) 原田・前掲論文(公法二九号)一七九頁、小高・前掲論文(ジュリ増刊特集・開発と保全)一一〇頁、山村・前掲論文(裁判実務大系一卷)四二四頁参照。
- (13) 高田(賢)・土地収用法三五二頁。小高「いわゆる『みぞ・かき補償』について」名城法学三六卷別冊・長尾還暦記念一四頁も、「土地収用法上は、土地の収用または使用と相当因果関係にある客観的な損失である以上は、収用損失、通損補

償のみならず、残地について生じる損失についても補償される」と説いている。但し、鍋木・前掲論文八二頁は、土地収用法にいう損失は実損補填説に立っていると理解している。

(14) 阿部・前掲書二八九頁、三輪佳久「判例評釈・秋田地判昭和六二年五月一日」昭和六二年行政関係判例解説二八八頁参照。

(15) 荒・前掲書二九七―三〇〇頁、小高・前掲論文(法雑二八卷三・四号)四七六―四七八頁等参照。

(16) 木下・前掲論文一〇四頁参照。

(一九八九年九月一日)