

## 論説

## 損失補償概念の再検討

西 埜 章

## 一 伝統的な損失補償概念

損失補償は、公法上の損失補償と呼ばれたり、適法行為に基づく損失補償と呼ばれたりしている。多くの文献において、これまで異論の余地のない用語として使用されてきた。しかし、近時における損失補償と損害賠償の相対化は、損失補償の概念を拡張させ、このため、その概念は必ずしも明確とはいえなくなってきた。両者の相対化を肯定する見解が支配的であるが、相対化に同調するか否かを問わず、損失補償の概念は再検討されなければならない時期に至っている。<sup>(1)</sup>ここでは先ず、その前提作業として、損失補償の伝統的概念を明らかにしておくことに

しよう。

## 1 伝統的な損失補償概念

(1) 美濃部博士の損失補償概念 美濃部達吉博士は、名著『公用収用法原理』（昭二一）において、「公法上の損失補償とは、国家、公共団体其他国家的公権を授与せられて居る者が、其の国家的公権の行使に因り、特定人に対し、其の者自身の責に帰すべき事由に基づくのではなくして、経済上に特別の損失を生ぜしむべき場合に、其の損失を補填するがために、其の損失の原因を為した国家的公権の主体が、損失を受けた者又は受くべき者に対して負ふ所の公法上の金銭給付義務を謂ふ<sup>(2)</sup>」と定義されている。そして、損失補償の要素として、①経済上の特別の損失が適法な国家的公権の行使に起因すること、②損失がその者のみに負わされる特別の犠牲であること、の二つを挙げられている。ただ、ここでは、「経済上の」特別の損失の意味が必ずしも明確とはなっていない。そのことは、刑事補償が損失補償の具体的事例の一つとされていることから明らかである<sup>(3)</sup>。

(2) 田中博士の損失補償概念 同じ定義は、田中二郎博士の所説の中にも見出される。田中博士は、昭和一二年に発表された論文「公法上の損失補償制度に就て」<sup>(4)</sup>において、「公法上の損失補償は、普通、適法なる公権力の行使によって加へられた特別の犠牲に対する財産的補償の意味に理解せられる。従つて其の觀念の要素として、第一にそれが適法行為に基く損失の補償なる点に於いて不法行為に基く損害の賠償と區別せられ、第二に公権力に基く損失であり、其の補償の公法上の制度なる点に於いて私法上の損害に対する賠償と區別せられ、第三に特別の犠牲に対する調節的補償なる点に於いて一般的負担及び財産権に内在する社会的拘束と區別せられる<sup>(5)</sup>」と説かれている。

田中博士の所説においては、右のような定義の下で、適法・違法の区別、特別の犠牲と社会的拘束の区別の問題性が指摘されているのが特色である。<sup>(6)</sup>しかし、損失補償概念自体については、美濃部説と同趣旨であるといっている。そして、この損失補償概念は、『新版行政法上巻(全訂第二版)』(昭和四九)においても、大体そのまま維持されている。ここでは、損失補償とは「適法な公権力の行使によって加えられた財産上の特別の犠牲(Besonderes Opfer)に対し、全体的な公平負担の見地からこれを調節するためにする財産的補償をいう」<sup>(7)</sup>と定義されている。

(3) 杉村博士の損失補償概念 杉村章三郎博士は、『行政法要義下巻(新版)』(昭四六)において、「行政上の損失補償は行政上の適法な権限行使の結果国民に対して与えた財産上の損害に対し当該被害者に認められる金銭上の補填制度である」<sup>(8)</sup>と定義されている。ここでは、損失補償の要素として、①適法な権限行使を前提とすること、②法の認定した既得権が害されたこと、③個人の具体的かつ特定の権利が害されたこと、が挙げられている。ただ、杉村説においても、「財産上の」損害の意味は明確とはいえない。限界事例とされているが、刑事補償が損失補償の項目の下に説明されている。<sup>(9)</sup>

## 2 伝統的な損失補償概念における二要素

(1) 侵害行為の「適法性」と「財産上の」特別の損失 代表的な定義として、美濃部、田中、杉村の三博士の所説を右に紹介したが、このような定義は、他の多くの文献においても見られるところである。ここでは、そのような定義を「伝統的な損失補償概念」と称しておくことにしよう。伝統的な損失補償概念の要素としては、各論者に共通するものとして、①公権力的侵害行為の「適法性」と②「財産上の」特別の損失、の二つを抽出することができる。

右の要素について、具体的事例の取扱い方に顕著な差異が現われてくるのは、刑事補償が損失補償に包摂されるか否かの問題においてである。美濃部博士や杉村博士の所説においては、刑事補償は適法行為に基づく損失補償の一例とされているが、田中博士の所説においては、損失補償ではなくて無過失損害賠償の一例とされている<sup>(10)</sup>。また、国家補償体系を三元的に構成する立場においても、刑事補償は、損失補償ではなくて結果責任に基づく国家補償に分類されている<sup>(11)</sup>。そのほか、損失補償の定義にあたり、刑事補償に格別触れないで、「私有財産制」に触れている文献も少なくない<sup>(12)</sup>。

(2) 「財産上の」特別の損失の意味　このように、刑事補償を損失補償の範疇に含めることについては、必ずしも大方の賛成を得ていたわけではない。刑事補償を損失補償の範疇から除外する理由については、論者によって相違しているものの、その主要なものは、損害をもたらした原因行為が適法とはいえないということや、損害が意図されたもの(合法)ではないということのほか、損害が「財産上の」ものとはいえないということにあったように思われる。なるほど、「財産上の」特別の損失の意味と範囲について詳論されていたわけではないが、損失補償の主たる例として公用収用補償や伝染病予防法による補償が挙げられていることからすれば、そこでは、無意識的にせよ、「財産上の」損失とは「財産権への侵害」による損失のことであると解されていたのであろう。このことは、損失補償概念の説明に際して、私有財産制度に言及している文献が多いことから推測できるところである。例えば、田中博士は、私有財産制度と損失補償制度の関係を指摘された上で、「損失補償は、いわば、私有財産に對して加えられる特別偶然的損失を全体の負担において調節するための法技術的形式である<sup>(13)</sup>」と説かれていたし、また、渡辺宗太郎博士も、「私有財産を保障する憲法上の基本的原則の存在することを前提するときには、現在公

其の福祉に適合して行使せられる私有財産権に対する行政目的のための犠牲は、別途によつて填補しなければならぬとする法の要求を生じる。……適法行為による損失の補償は、かくの如く、行政目的の達成と私有財産権の保障との間の公平の見地からする調節的意義をもつものである<sup>(14)</sup>と説かれていた。

(3) 伝統的な損失補償概念の継承 伝統的な損失補償概念とはいっても、このようにそれほど確固としたものではなかつたのであるが、それでも、その要素が「適法性」と「財産権への侵害」であることについては、おおよその了解があつたものといつてよい。このような捉え方は、現今の文献においても一般に支持されているところである。例えば、秋山義昭教授は、田中博士の定義を引用された上でさらに詳論されて、損失補償の特色として、①「公権力の行使」に基づく損失の補償であること、②「適法行為」に基づく損失の補償であること、③「財産上の損失」を補償するものであること、④「直接」に加えられた損失を補償するものであること、⑤「特別の犠牲」に対する調節的な補償であること、⑥国の「活動に起因する」財産的損失の補償であること、を挙げられているが、刑事補償は③の要素を具備しないものとして損失補償から除外されている<sup>(15)</sup>。

また、原田尚彦教授は、損失補償とは行政作用によつて直接特定人の財産に特別の損失が加えられた場合にこれを補償するしくみであると定義されて、その趣旨を次のように敷衍されている。「国民全体の利益に資する公共事業などの用に供するために行政庁が公権力を行使して適法に国民の財産権を収用ないし制限した場合には、これによつて損失を受けた者に、公共の負担で補償を与え、全体の手で特定人に生じた損失を補填し、利害の調整をはかるべきであると考えられる。こうした利害調整のための制度が損失補償にはかならない。その意味では、損失補償制度は、財産権の保障と平等則から導かれるコロラリーであるといえる<sup>(16)</sup>と。そこでは、「財産権への侵害」が損

失補償概念の要素とされていることは明瞭であろう。

- (1) 下山瑛二・国家補償法二六一頁(昭四八)は、「概念規定を行うことそのものが、実は重大な疑問をほらむにいたってきている」と説いているが、それ故にこそ出発点において概念を明確にする必要があるように思われる。
- (2) 美濃部達吉・公用取用法原理二八九～二九〇頁(昭一一)。
- (3) 美濃部・前掲書二九〇頁、同・日本行政法上巻三五八頁(昭一六)。
- (4) 田中二郎・行政上の損害賠償及び損失補償(昭二九)に収録。
- (5) 田中・前掲書二〇七～二〇八頁。
- (6) 田中・前掲書二〇八頁以下参照。
- (7) 田中・新版行政法上巻(全訂第二版)二二一頁(昭四九)。
- (8) 杉村章三郎・行政法要義下巻(新版)七八頁(昭四六)。
- (9) 杉村・前掲書八〇頁。
- (10) 田中・行政上の損害賠償及び損失補償二二三頁。
- (11) 今村成和・国家補償法三頁、一二八頁(昭三三)、和田英夫・新版行政法三五一頁(昭五六)等。
- (12) 原龍之助・行政法における法治国思想の展開七一頁以下(昭三三)、柳瀬良幹・行政法教科書(再訂版)一三六頁以下(昭四四)、渡辺宗太郎・新版日本行政法要論上巻三四三頁以下(昭三八)、田中・新版行政法上巻(全訂第二版)二二二頁以下等。

- (13) 田中・新版行政法上巻〔全訂第二版〕二二一頁。
- (14) 渡辺・前掲書三四四頁。
- (15) 秋山義昭・国家補償法一四五～一四六頁(昭六〇)。
- (16) 原田尚彦・行政法要論〔全訂版〕二二三頁(昭五九)。なお、同「予防接種事故と国家補償」ジュリ八九八号四頁(昭六二)参照。
- (17) そのほか、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〕一七三頁(昭五二)、松島諄吉「損失補償」遠藤阿部編・講義行政法Ⅱ(行政救済法)四五頁(昭五七)、園部逸夫「行政上の損害の填補」園部編著・法学ガイド行政法八二頁(昭六二)、山下威士「損失補償の理論および制度」金子広岡山本編・行政法下巻四四五頁(昭五〇)、梅木崇「統憲法一九条三項に基づく直接補償についての考察」駒政二七号一〇三頁(昭六三)等参照。

## 二 損失補償概念拡張の動向

伝統的な損失補償概念の要素を何に求めるかは、論者によって若干の違いがあるが、その中心的な要素として一致して挙げられてきたのは、①「適法行為」に基づく損失の補償であること、②「財産上(経済上)の」特別の損失に対する補償であること、の二つであった。ところが、最近の学説・判例の動向を一瞥すれば、この二つの要素がそれほど厳格に固執されていないことが明らかとなる。そして、このことの萌芽は、前述したように、伝統的な

損失補償概念の中にすでに内在していたのであって、例えば、「財産上の」特別の損失とはいっても、そこでは必ずしも異論なく財産権への侵害だけに限定されていたわけではなかったのである。

## 1 「適法性」の放棄

(1) 学説の動向 損失補償が「適法行為」に基づく損失の補償であるということに対して、最も明瞭な形で疑問を提起されたのは、山田準次郎博士である。博士によれば、過失（故意を含む）に対する責任が損害賠償であり、公益上の特別の犠牲に対する責任が損失補償であって、侵害行為の適法・違法は何ら区別の基準とはならない。<sup>(1)</sup>この山田説は、ドイツにおける判例・学説の展開に依拠したものであるが、ドイツにおいても賛否両論のあるところであるから、なお詳細な検討を経なければならぬであろう。

右の山田説ほど明瞭な形においてではないが、田中博士の所説もまた、この立場に属するものといつてよい。田中博士は、昭和一二年に発表された前記論文において、すでに、「適法といひ違法といふ両者の区別が果して明確であるか、具体的にその何れに属するやの明瞭でない場合がありはしないかが問題<sup>(2)</sup>」であること、「沿革的には適法行為と不法行為との原理的対立を認めることが出来、実定法上にも之を承認して居るものがあるが、今や一の目標を目指して解釈論的にも、統一的な賠償理論の構成へ進みつつあること、又進まねばならぬことを注意する必要がある<sup>(3)</sup>」ことを指摘されていた。前者の指摘は、実際上の困難性についてのものであるから、ここでは考察の対象外としておき、もっぱら後者の指摘に焦点を当てて考えてみることにしよう。

この指摘は、損失補償と損害賠償の相対化を説かれたものであるが、相対化の主張自体からは、適法性の要素が放棄されていると断言することはできない。そのことは、戦後に出版された『新版行政法上巻』において、損失補

償の特色として、第一に、「公法上の損失補償は、適法行為に基づく損失の補償である」<sup>(4)</sup>ことが挙げられていることから明らかである。しかし、損失補償と損害賠償の相対化は、損失補償概念の拡張によって行なわれるのが通例であるから、適法性の放棄に結びつきやすいということはいえるであろう。

このことは、田中説を継承された雄川一郎博士の所説の中に明瞭に見出すことができる。雄川博士は、伝統的な損失補償概念の要素を、①適法行為に基づく損失の補償であること、②公権力の行使に基づく損失の補償であること、③特別の犠牲に対する調節的補償であること、の三点に分けられた上で、①の要素について次のように主張されている。

「右の諸点のうち、第一の侵害行為の適法性がここで問題となる。即ち、もしこれが損失補償法理の本質的な標識であるとすれば、違法な侵害行為の存する場合にまで、この法理を拡張することは不可能であるからである。しかし、諸国の法理の示すように、損失補償の見地に立つかぎり、侵害行為の適法性が本質的前提となるとは考えられないのであって、わが国の場合のみ別異の法制度を採っていると解さなければならぬ理由はない。私は、右のように、損失補償の場合に侵害行為の適法性が言われているのは、第一には、その補償の性質が不法行為責任の性質をもつものではないことを意味するのであり、第二には、その補償が、或る国家作用によって或る公益目的を追求する反面、それによって生じた損失を填補するものであることを、形式的・制度的に侵害行為の適法性をもって捉えているのではないかと考える。即ち、国家が私人の権利を適法に侵害し得るのは、必ず何らかの公益目的を達する場合でなければならぬのであるから、その要件が法定され、公益目的を達する反面の犠牲に対して与えられる補償は、通常の場合であればその法定の要件に適合した行為に基づく損失の補償となる訳である。そうであると

すれば、補償の本質的な前提は、公益目的を達するための行為によって損失を受けたということであって、その行為の適法性は、補償の本質的な前提要件ではなくなる<sup>(5)</sup>と。

(2) 判例の動向 現在のところ、裁判例の中には、侵害行為の「適法性」を不要と判示しているものは見当たらない。しかし、これは、現行実定法の枠内で事案の解決を図るべき裁判実務としては当然のことであって、決して右の学説の動向自体に反対の意を表明しているものではないであろう。仔細にみれば、学説の動向にやや近いと思われるものが少なからず存在する。その代表的なものとして、以下に最高裁の判決を二つ紹介しておくことしよう。

① 企業誘致政策変更損害賠償請求訴訟において、最高裁昭和五六年一月二七日判決（民集三五卷一号三五頁）は、民法七〇九条に基づく損害賠償請求を次のように述べて認容している。政策の変更自体を適法としている点からすれば、実質的には損失補償責任を認めたものと評することもできないではない。

「地方公共団体の施策を住民の意思に基づいて行うべきものとするいわゆる住民自治の原則は地方公共団体の組織及び運営に関する基本原則であり、また、地方公共団体のような行政主体が一定内容の将来にわたって継続すべき施策を決定した場合でも、右施策が社会情勢の変動等に伴って変更されることがあることはもとより当然であって地方公共団体は原則として右決定に拘束されるものではない。しかし、……右施策が変更されることにより、前記の勧告等に動機づけられて前記のような活動に入った者がその信頼に反して所期の活動を妨げられ、社会観念上看過することのできない程度の積極的損害を被る場合に、地方公共団体において右損害を填補するなどの代償的措施を講ずることなく施策を変更することは、それが止むをえない客観的事実によるのでない限り、当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊するものとして違法性を帯び、地方公共団体の不法

行為責任を生ぜしめるものといわなければならない。」

② 大阪空港公害訴訟において、最高裁(大)昭和五六年二月一六日判決(民集三五卷一〇号一三六九頁)は、過去の損害の賠償請求につき国賠法二条の責任を認めたとが、空港の公共性を強調する上告理由に対して次のように述べている。この判示部分は、多数意見が国賠法二条を適用しながらも、その実質において損失補償法理を適用し、<sup>(6)</sup>両者の相対化を図っていることを推測させるものである。

「原審の適法に確定するところによれば、本件空港の供用によつて被害を受ける地域住民はかなりの多数にのほり、その被害内容も広範かつ重大なものであり、しかも、これら住民が空港の存在によつて受ける利益とこれによつて被る被害との間には、後者の増大に必然的に前者の増大が伴うというような彼此相補の関係が成り立たないことも明らかで、結局、前記の公共的利益の実現は、被上告人らを含む周辺住民という限られた一部少数者の特別の犠牲の上でのみ可能であつて、そこに看過することのできない不公平が存することを否定できないのである。」

## 2 「財産上の」特別の損失の放棄

(1) 学説の動向 「財産上の」特別の損失とは、「財産権への侵害」による特別の犠牲のことである。なるほど、伝統的な損失補償概念においては、この要素について、必ずしも厳格に財産権への侵害の意味に限定されていたわけではない。しかし、総じていえば、伝統的な損失補償概念においては、財産上の損失とは財産権への侵害のことであるとの暗黙の了解のようなものがあつたものといつてよいであらう。生命・身体・健康への侵害も、最終的には財産上の損失(損害)に転化されざるを得ないにしても、この種の損失は、従来は一般に「財産上の」特別の損失に含まれていなかったものである。

ところが、この要素についても、最近ではそれほど固執されなくなってきた。前記の山田説においては、公益上の特別の犠牲に対する責任が損失補償であるが、この中には刑事補償や予防接種事故補償も含まれており、財産上の損失に限定されていない<sup>7)</sup>。

また、山田説ほど明瞭ではないにしても、空港公害訴訟や新幹線公害訴訟におけるような騒音・振動による被害（身体的被害も含まれている）を、損失補償の側面からアプローチしようとする見解も、この立場に近いものといえそうである。たとえば、雄川博士は、「大阪国際空港訴訟や名古屋新幹線訴訟などで問題となった公共事業の活動に伴って生じた騒音・振動などの被害の事案についてみると、それらの訴訟はいずれも不法行為による損害賠償請求であるが、右のような損害賠償の論理は必ずしも当てはまらず、むしろ実質的には損失補償の類型に属するとみるべき要素が多いように思われる」と説かれて<sup>8)</sup>いる。

この傾向は、さらに、予防接種事故補償の損失補償的構成においても見出される。予防接種事故は、明らかに生命・身体・健康への侵害であるが、この種の被害をも損失補償法理の下に置こうとするわけである。例えば、塩野宏教授は、「国家行為により侵害される直接の対象が、財産権以外のことであるのは損失補償制度では必ずしも珍しいものではない。わが国の公用負担法制においては、人的公用負担の観念が存在しており、且つこの場合にも損失補償の問題があることも学説上指摘され、補償を認めている法律もある。また、直接の対象ではないにしても、損失は財産的価値に一応換算しようというのが、現行法制の建前であるので、この点にこだわる理由はないと思われる<sup>10)</sup>」と説かれているし、今村成和教授も、「『特別の犠牲』の語は、国家補償の重い扉を開ける一つのキーワードとなつていたのであって、『特別の犠牲』とは、財産権の意図的な侵害の場合に限られるとか、偶然の事故である

予防接種禍は「特別の犠牲」とはいえないという類の論は、この語を正解したものとはいえない<sup>(1)</sup>と説かれている。

(2) 判例の動向 生命・身体・健康の侵害に対する損失補償責任の有無が大きな争点となったのは、予防接種事故集団訴訟においてである。まだ地裁段階での判決しか出ておらず、それも軌を一にしているとはいえないが、以下に二つの判決を紹介して、これをめぐる動向を理解してもらおうことにしよう。

③ 予防接種の副作用による生命・身体・健康の被害に対してはじめて損失補償責任を肯定したのは、東京地裁昭和五九年五月一八日判決(判時一一一八号二八頁)である。次のように判示している。

「憲法一三条後段、二五条一項の規定の趣旨に照らせば、財産上の特別の犠牲が課せられた場合と生命、身体に対し特別の犠牲が課せられた場合とで、後者の方を不利に扱うことが許されるとする合理的理由は全くない。従って、生命、身体に対して特別の犠牲が課せられた場合においても、右憲法二九条三項を類推適用し、かかる犠牲を強いられた者は、直接憲法二九条三項に基づき、被告国に対し正当な補償を請求することができる<sup>(12)</sup>と解するのが相当である。」

④ これに対して、同種の訴訟ではあるが、③判決と対照的な考え方を述べているのは、名古屋地裁昭和六〇年一〇月三十一日判決(判時一一七五号三頁)である。次のように判示している。

「憲法二九条三項は、その文言によって明らかな通り、同条二項を承けた上で「私有財産」の収用について定めたものである。そして同条二項によれば、財産権の内容は法律によって定められるのであるが、人の生命・身体・健康を財産であると定めた法律は勿論存在しない。のみならず、本件で問題となっている生命・身体・健康に関する被害は収用に基づく財産権に対する侵害とは発生状況及び態様を全く異にするものであり、……。」

- (1) 山田準次郎・国の無過失責任の研究八頁(昭四三)。
- (2) 田中・行政上の損害賠償及び損失補償二〇二頁。
- (3) 田中・行政上の損害賠償及び損失補償二二一―二二三頁。
- (4) 田中・新版行政法上巻(全訂第二版)二二二頁。
- (5) 雄川一郎・行政の法理四〇五―四〇六頁(昭六一)。なお、阿部泰隆「予防接種禍をめぐる国の補償責任」判タ六〇四号一〇頁(昭六一)参照。侵害行為の適法性は公用収用の許容性の要件であって、存在のための要件ではないという考え方は、ドイツにおいてワイマール時代以降時々説かれているところである(vgl. Bauschke/Kloepfer, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Aufopferung, NJW 1971, S. 1233ff.)。
- (6) 雄川・前掲書四九二―四九三頁参照。
- (7) 山田・前掲書八頁以下。
- (8) 雄川・前掲書四九二頁。
- (9) 但し、空港公害訴訟について損失補償法からのアプローチを主張しながらも、その場合の被害法益を土地家屋の価値の低下等の財産上の損失に限定しようとする見解もないわけではない。綿貫芳源「国及び公共団体の損害賠償責任の再検討」公法四二号一六五頁(昭五五)は、「補償の基準を騒音による原告の肉体的、精神的被害に求めることになると、この基準が余りに個人的、主観的に過ぎるのではなからうか。飛行場周辺の住民でも、土地家屋の賃借人はいつでも静かな場所に移転できるのであるから、移動できない土地家屋の所有者について、その値下がり部分を補償すれば足りるのではなからうか」と説いている。なお、同「公共性」判時九七六号二二頁(昭五五)参照。
- (10) 塩野宏「賠償と補償の谷間」塩野原田・行政法散歩二二〇頁(昭六〇)。なお、同「予防接種事故と国家補償——西下

イツ判例との比較における」加藤編・医療と法制四一頁(近刊)参照。

(11) 今村成和「予防接種事故と国家補償」ジュリ八五五号七五頁(昭六一)。

(12) この東京地判に続いて、大阪地判昭和六二年九月三〇日(判時一二五五号四五頁)も国の補償責任を肯定したが、両判決の間には重要な相違が存在する。すなわち、大阪地判は、東京地判とは異なり、「本件各予防接種による被害を特別な犠牲とみても、被害を受けたものが生命、身体であつて、財産権のように損失補償をすることにより収用できることが予定されているものではないから、右被害に対する補償を憲法二九条三項の規定の適用(ないしは類推適用)により解決することができないことは、被告の主張するとおりである」と判示しつつ、ただ、結論において、「憲法が二三条、一四条一項、二五条一項、二九条の各条項を規定する趣旨に照らした二九条三項の規定の勿論解釈により、原告ら主張の損失補償請求権……を肯認することができる」と述べているのである。従つて、そこに損失補償概念の拡張動向を見出すことは、少なからず疑問の残るところである。

### 三 ドイツにおける損失補償概念拡張の動向

ドイツ法においては、「公法上の損失補償」(öffentlich-rechtliche Entschädigung)という用語は、必ずしも適法行為に基づく損失補償の意味だけに使用されているのではない。それは、適法行為に基づく損失補償だけではなく、違法行為に基づく損害賠償その他をも包含したより広い制度を指すものとして用いられることもある。<sup>(1)</sup>しかし、こ

ここでは、我が国の伝統的な損失補償概念に対応するものに限定して、その概念拡張の動向をみておくことにしよう。

## 1 「適法性」の放棄

(1) ライヒ最高裁判所の判例 ドイツ法においては、損失補償概念の拡張は、主として判例法の展開によって行なわれた。先駆的判決は、一九三三年四月一日のライヒ最高裁判所 (Reichsgericht) の判決 (RGZ140, S. 276)<sup>(2)</sup> である。違法な建築不許可処分に基づく損失の補償が争われた事件において、同判決は、概略以下のように述べて、損失補償責任を肯定した。

「原告は、建築警察当局のかかる公権力的侵害行為を甘受しなければならなかった。これは被告市のためになされたので、それが被告の利益となる限度において、被告は、プロイセン普通国法序章七五条 (§ 75 Einl. ALR) において予見されている補償をしなければならない。公益のために強要された犠牲に対して与えられる犠牲補償請求権 (Aufopferungsanspruch) にとつては、当局の侵害行為が適法であるか無過失違法であるかは、重要なことではない。犠牲補償請求権にとって本質的に重要なことは、公権力の行使において、公益と個人の権利利益との間の衝突を理由に、個人に犠牲を強要したという事実である。当局から自己の権利を公益のために犠牲に供することを強要された者に、§ 75 Einl. ALR によって予見されている補償を、当該処分によって国またはその他の公共団体が意図した利益を得たにもかかわらず、当局が処分を誤つてなしたという理由でもつて拒否することは、不当な結果を導くことになるであろう。それ故、国また公共団体は、犠牲補償請求権から免れることはできない。」

このライヒ最高裁判所の判決は、財産権への違法(無過失ではあるが)な侵害行為に対しても損失補償を命じたものである。ただ、その法的根拠は、プロイセン普通国法序章七五条に求められており、犠牲補償請求権として構

成されている。従って、厳密にいえば、損失補償概念における「適法性」の要素は、ワイマール憲法一五三条の下においては、依然として放棄されていなかったともいえるのであるが、犠牲補償請求権も広義では損失補償であると考えられていたから、「適法性」の放棄に向けての大きな前進であったことは否定できないであろう。ただ、これがライヒ最高裁判所の一貫した判例であったといえるか否かについては、これを疑問視する見方がないわけではない。<sup>(3)</sup>

(2) 連邦通常裁判所の判例 この意味での前進をさらに推し進めたのは、連邦通常裁判所の判決である。第二次世界大戦直後の住宅難解消のために、公権力的に行なわれた他人への住宅割当てによって住宅所有者等に生じた家賃欠損の補償をめぐって争われた事件において、一九五二年六月一〇日の民事大法院の決定(BGHZ6, S. 270)<sup>(4)</sup>は、概略次のように判示している。

「個人の権利領域への国家権力の違法侵害行為を、もしその侵害行為が法律上許される場合であれば、その内容と効果に照らして公用取用とみなされるであろうとき、かつ、その実際の効果において相手方に特別の犠牲を課したときは、公用取用と同様に取り扱うことが必要である。ワイマール憲法一五三条及び基本法一四条における公用取用の構成要件を国の適法侵害行為に限定することは、その意義によれば、そのような侵害行為の許容前提についての制限を意味し、補償請求権の承認についての制限を意味しない。補償請求権の承認についての決定的基本思想は、相手方に対する効果において公用取用と同様である違法な国家的侵害行為の場合にも、少なくとも、適法な、それ故、法律上許された公用取用の場合と同じ程度に存在する。」

この連邦通常裁判所の判決は、「取用類似の侵害行為」(entzignungsgleicher Eingriff)を認めた最初の判決として著名である。しかも、前記のライヒ最高裁判所の判例と異なり、法的根拠はプロイセン普通国法序章七五条では

なくて、基本法一四条に求められている。従つて、収用類似の侵害行為という法形態は、違法な侵害行為に基づく損失に対しても基本法一四条の損失補償責任が拡張されたものであり、損失補償概念の拡張、すなわち、「適法性」の放棄であるといつてよい。

(3) 連邦憲法裁判所の判例 連邦通常裁判所の創造による収用類似の侵害行為の理論は、その後三〇年間順調に発展を続けたが、その前方に突如として立ち塞がったのは、一九八一年七月一五日の連邦憲法裁判所の決定(BVerfGE 58, S. 300=NJW 1982, S. 745)<sup>(5)</sup>である。事案は、砂利採取事業を営んでいる者が、事業継続のために水管理法上の許可を申請したところ、採取場所が水保護地区に指定されており、市の地下水給水施設からわずかしか離れていないことを理由に拒否されたので、これに対して損失補償を請求したというものである。基本法一〇〇条に基づく連邦通常裁判所からの提訴を受けて、同決定は、概略次のように判示している。

「通常裁判所の権限は、被収用者に法律上の規定に応じた補償が与えられているか否かについて判断することに制限されている。通常裁判所は、請求権根拠が立法者によつて定められていない場合には、公用収用補償を与えることはできない。規範統制の観点からは、かくして、基本法一四条三項二文の規定に応じた公用収用法律が基礎になっているか否か、ということが問題となる。この規定は、公用収用を、補償の方法及び程度を定める法律上の根拠に基づいてのみ許しているから、この要件を充足していない法律は違憲である。基本法一四条三項四文による手続における通常裁判所の裁判権限にとつては、この法状態から次の結論が生ずる。すなわち、市民が自己に向けられた処分の中に公用収用を見出すとき、彼は、これに対して法律上の請求権基礎が存するときにのみ、補償を請求することができる。これが欠けているときは、行政裁判所において侵害行為の取消しに努力しなければならず、これをしないで、法律によつて認められていない補償を請求することはできない。法律上の

根拠が欠けているが故に、裁判所もまた補償を命ずることができない。従って、処分の相手方は、法律上の補償規定の欠如を理由に違法な公用収用に対して防禦するか、直接補償を請求するかの選択権を有していない。相手方が侵害行為を不可争的にさせたときは、彼の補償請求は棄却される。合憲の状態を回復する権利を守るといふ基本法によって彼に認められた可能性を利用しない者は、万一の、彼自身によって招来された権利喪失を理由に、続いて、国・公共団体から金銭賠償を要求することはできない。行政行為の取消しへの指示は、相手方にとって期待不可能なほどの負担ではない。この法的保護を請求するという決心は、補償を訴求するという決心以上に困難であるわけではない。それは、ただ、当該法律が補償を予定しているかどうかという確定を前提とするだけである。」

この連邦憲法裁判所の決定によれば、補償規定を欠いている場合には、まず侵害行為の取消しを求めるべきであつて、基本法一四条三項を根拠にして直接補償を求めることはできない、ということになる。従って、この決定の下では、一見する限りでは、収用類似の侵害行為の判例理論は、その存在余地を全面的に否定されたように見受けられないではない。文献においては、そのような見方が少なくないようである。<sup>6)</sup>このような見方からすれば、損失補償概念は、再び適法な侵害行為に限定されてくることになるであろう。

(4) 連邦憲法裁判所の決定以後の連邦通常裁判所の判例　しかし、これに対しては、連邦憲法裁判所の決定に一理あることを認めながらも、その射程距離を制限し、収用類似の侵害行為の判例理論の存在余地を肯定する立場も有力である。連邦通常裁判所もまた、この立場に立っており、一九八四年一月二六日の判決(BGHZ90, S. 17=NJW 1984, S. 1169)<sup>7)</sup>において、概略次のように述べている。事案は、許可を得て砂利採取事業を営んでいたものが、引き続き砂利採取の許可を申請したところ拒否されたので、不許可処分取消しを争っている間に、採

取地域が暫定的保全地域に指定されたために、取消訴訟を取り下げて、それに代えて損失補償をラントに対して訴求したというものであった。

「収用類似の侵害行為を原因とする損失請求権についての連邦通常裁判所の判例は、結論からみれば、法律学において広範な賛成を見出した。ドイツ法律家会議の第四一回大会と第四七回大会における討論も、国家責任法政府草案の理由書と連邦議会法務委員会の報告書も、財産権への国の違法な侵害行為に対する損失補償の必要性が一般的に存在するということを認識させる。それ故、国家責任法の立法者もまた、判例によって展開された収用類似の侵害行為をその責任体系の中に吸収したのである。前記連邦憲法裁判所の決定 (BVerfGE 58, S. 300 = NJW 1982, S. 745) は、狭義における「公用収用」にのみ関係しているものであり、収用類似の侵害行為の法制度を放棄するという契機を与えるものではない。連邦憲法裁判所の決定によれば、基本法一四條三項から直接的には財産権への違法な侵害行為を原因とする損失補償請求権は導き出され得ない。しかし、犠牲思想 (Aufopferungsgedanke) は、基本法一四條三項の意味における公用収用が問題になっていないところでは、十分な請求権根拠を提示している。ただ、違法な侵害行為の相手方は、それに対して法的手段でもって防禦するか、それとも、それに代えて損失補償を請求するかの選択権を有していない。ここでは、民法二五四條が準用されるべきである。」

この連邦通常裁判所の判決によれば、連邦憲法裁判所の前記決定の射程距離は、狭義の公用収用に限定されているのであり、それ以外の侵害の場合については、従前どおり収用類似の侵害行為に基づく損失補償が肯定されることになる。ただ、ここで注意しなければならない点は、連邦通常裁判所が、収用類似の侵害行為の法的根拠を基本法一四條三項ではなくて、「犠牲思想」にもとめているということである。「収用類似」という言葉自体は維持されているにしても、そこでは、基本法一四條は直接関係しないものとして扱われている。この考え方は、すでに文献

において有力に主張されていたものであり、連邦通常裁判所はこの学説から多分に影響を受けたものといつてよい。<sup>(8)</sup>これによれば、損失補償概念については、基本法一四三条三項に基づく損失補償(狭義の公用収用補償)に関するかぎり、適法性の要素が再び重要性を回復したということになる。しかし、一般に、犠牲思想に基づく補償もまた損失補償であると理解されているから、適法性の要素は、広義の損失補償概念においては、依然として不可欠のものとはされていないことになるであらう。

(5) 収用類似の侵害行為と「国家不法責任」 収用類似の侵害行為の判例理論を高く評価しながらも、その理論構成の面においては、損失補償責任としてよりも、むしろ「不法責任」として再構成すべきであるという見解がある。例えば、オッセンビュールは、右の連邦通常裁判所の判決が出される以前に発表された論文において、すでに、連邦通常裁判所は収用類似の侵害行為の責任制度を国家不法(Staatsunrecht)に対する責任根拠として発展させることがのぞましいか否かを考慮すべきであり、このような方法は必然的にこの責任制度の基本法一四条からの離脱を必要とする、と主張していた。<sup>(9)</sup>オッセンビュールは、この見解を連邦通常裁判所の判決後にさらに発展させて、「収用類似の侵害行為」という用語に代えて、「違法な財産権侵害」(rechtswidrige Eigentumsverletzung)という用語を使用すべきことを主張している。彼によれば、この「違法な財産権侵害」に基づく請求権は、基本法一四条や一般的犠牲思想による基礎づけを必要としない独立の慣習法上の責任制度である。<sup>(10)</sup>

このような考え方をさらに一歩進めて、詳論しているのは、イプセンである。イプセンもまた、連邦通常裁判所の判決に先立って、収用類似の侵害行為の判例理論を不法責任の観点から再構成すべきことを主張していた。彼によれば、犠牲状態は、侵害行為が適法な場合と違法な場合とで根本的に異なるのであり、収用類似の侵害行為にお

いては国家責任の要件が隠れているものと解すべきであるから、収用類似の侵害行為の制度を損失補償法から解放し、完全に損害賠償法の下に組み込むべきである、ということである。<sup>(11)</sup>

このように、収用類似の侵害行為という法形態の存続に賛意を表しながらも、これを不法責任、すなわち損害賠償責任として捉えるべきであるという見解が有力に主張されている。この見解からすれば、収用類似の侵害行為を理由とする責任は損失補償から除外されることになるから、損失補償概念としては、適法性の要素が維持されるということになる。損失補償の原因行為としては、従って、財産権侵害に関する限りでは、公用収用（公用制限を含む）と収用的侵害行為（*enteigender Eingriff*）<sup>(12)</sup>に限定されてくることになるであろう。

## 2 「財産上の」特別の損失の放棄

(1) 公用収用補償と犠牲補償請求権 ドイツ法においては、公用収用や収用的侵害行為のほかにも、「犠牲」(Aufopferung)に対しても損失補償（犠牲補償請求権）が与えられる。犠牲補償請求権は、プロイセン普通国法序章七五条に起原を有し、慣習法とみなされているものであるが、これと公用収用補償との区別は、侵害対象を基準にしてなされている。すなわち、公用収用補償は、財産権への侵害行為に基づく損失の補償であるのに対して、犠牲補償請求権は、非財産的法益（生命・身体・健康等）への侵害行為に基づく損失の補償であると解されているのである。

(2) 連邦通常裁判所の判例 右の区別は、主として、連邦通常裁判所の判例の展開によるものである。非財産的法益への侵害に対して、連邦通常裁判所としてはじめて犠牲補償請求権の適用を明らかにしたのは、一九五三年二月一九日の判決 (BGHZ9, S. 83=NJW1953, S. 857)<sup>(13)</sup>であった。予防接種事故補償請求事件において、同判決は、

概略次のように述べている。

「§ 75 Einl. ALR に規定された国の損失補償義務の原則は、この規定自体において対象上制限されておらず、個人が何らかの法益について公共の福祉のために甘受することを強要されているあらゆる特別の犠牲を包含している。所有権あるいはその他の財産的価値ある権利への侵害行為へ損失補償義務を対象上制限することは、一八三一年二月四日の閣令からは引き出され得ない。閣令は、一般に私的所有権への侵害行為にのみ関係している。その他の法益、特に個人の身体の完全性への侵害行為については、閣令は何も述べようとはしなかったし、何も述べなかった。閣令は、この種の侵害行為については決して考慮しなかったであり、損失補償義務を除外したのではなかった。損失補償義務についての最近の法発展によれば、所有権及びその他の財産的価値ある権利への侵害行為と生命・健康への侵害行為との間においては、後者の不利益になるように差別されてはならない。むしろ、生命・健康への侵害行為もまた、§ 75 Einl. ALR の原則により、損失補償義務ある国の侵害行為の範囲へ組み込まれなければならない。」

この連邦通常裁判所の判決により、生命・身体・健康に対して犠牲補償請求権の制度が適用されることになったのであるが、公用収用補償との区別について明確にしたのは、一九五四年四月一二日の連邦通常裁判所の決定(BGHZ13, S. 88=NJW1954, S. 993)である。概略次のように述べている。

「公用収用法及び犠牲法の適用範囲を、財産的価値ある権利へ向けられ、公権力によって個人に不平等に負担を課するすべての侵害行為に対して公用収用の性質が与えられるべきであるが、他方、最広義における財産的価値ある権利以外の法益への侵害の場合には、判例が§§ 74, 75 Einl. ALR の準用において犠牲補償請求権について発展させた原則が関与する。」

(3) 損失補償としての犠牲補償請求権 生命・身体・健康の侵害に対しては、犠牲補償請求権が認められるの

であるが、犠牲補償請求権は一般に損失補償の性質を有するものと解されている。この点からすれば、結局、ここでは、「財産上の」特別の損失は、広義の損失補償概念における限り放棄されているということになるであろう。

(1) 西莚「公法上の損失補償の原理と体系」雄川「塩野」園部編・現代行政法大系六卷一九七頁(昭五八)参照。

(2) この判決については、山田博士の邦訳がある(前掲書五三九頁以下)。なお、西莚・公法上の危険責任論三七―三八頁(昭五〇)参照。

(3) Vgl. Ipsen, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff und Staatshaftung, DVBl 1983, S. 1034. 西莚・前掲書四四頁参照。

(4) この決定については、山田・前掲書五五九頁以下、沢井裕「西ドイツにおける国家補償序説」関法二二巻一号一一四頁以下(昭三七)に邦訳がある。なお、西莚・前掲書九一頁参照。

(5) この決定については、成田頼明「予防接種健康被害救済制度の法的性格について」田上先生喜寿記念・公法の基本問題四六三頁(昭五九)、宇賀克也・国家責任法の分析二八六―二八八頁(昭六三)に紹介がある。この決定における基本的考え方自体は、それ以前の連邦憲法裁判所の判決の中ですでに説かれていたところである(棟居快行「ボン基本法一四条三項(公用収用)における Junkinklausel の一考察」現代憲法学研究会編・現代国家と憲法の原理六〇七頁以下(昭五八)参照)。

(6) Vgl. Bull. Allgemeines Verwaltungsrecht, 1982, S. 404; Schröder Zur Bindungswirkung der Teilungsgenehmigung, DVBl 1982, S. 328; Berkemann, Aus der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, JR1982, S. 232; Dölde, Die Entwicklung des öffentlichen Baurechts 1981, NJW1982, S. 1797.

- (7) この判決については、宇賀・前掲書二八八―二八九頁に紹介がある。
- (8) Vgl. Wolff/Bachof, Verwaltungsrecht I, 9. Aufl., 1974, S. 529; Ossenbühl, Abschied vom enteignungsgleichen Eingriff?, NJW1983, S. 1.
- (9) Ossenbühl, NJW 1983, S. 6.
- (10) Ossenbühl, Neuere Entwicklungen im Staatshaftungsrecht, 1984, S. 18f. 宇賀・前掲書二八九頁参照。
- (11) Ipsen, a. a. O., S. 1037f.; vgl. Papier, Eigentumsgarantie des Grundgesetzes im Wandel, 1984, S. 43f.
- (12) 取用的侵害行為とは、適法な高権的作用であって、非定型的で予測されない付随的な損害を伴うものをいう。道路工事による財産権侵害や公共施設からのインシジョンによる財産権侵害がその例である (vgl. Nubgens/Boujong, Eigentum, Sozialbindung, Enteignung, 1987, S. 205)。なお、宇賀・前掲書一九八頁、二八五頁、棟居・前掲論文六二八頁、塩野・前掲論文医療と法制四五頁、マンフレッド・ハーダー＝神谷遊(訳)「西ドイツにおける市民に対する国家の責任」]、同法一九九号一五六―一五八頁(昭六二)、手島孝・計画担保責任論八七頁(昭六三)等参照。
- (13) この判決については、塩野・前掲論文医療と法制二七―三〇頁、西莖・前掲書二二―二二五頁に邦訳がある。

#### 四 損失補償概念拡張についての批判的検討

被害者救済のために、損失補償概念を拡張していこうとするのが近時の支配的傾向であるが、これについては、

法律による行政の原理と国の無限責任回避の要請からして、少なからず疑問を禁じ得ない。被害者救済は、損失補償概念の拡張によってだけでなく、それとは別個の、例えば、損害賠償法における過失の客観化や公法上の危険責任的観点からもなされ得るであろう。侵害行為の適法・違法の区別を明確にすることは、かえって被害者救済の理論的根拠を脆弱にし、すべてを補償の問題に転化させてしまうおそれがある。

### 1 適法性の放棄に対する疑問

(1) 収用類似の侵害行為を引き合いにだすことの疑問 損失補償概念にとっては適法性は不可欠の要素ではない、とする考え方は、ドイツ法における収用類似の侵害行為の判例理論から多大の影響を受けている。しかし、収用類似の侵害行為については、前述したように、これを損失補償の領域から解放し、国家不法に対する責任として把握すべきである、とする見解が有力に主張され出してきた。収用類似の侵害行為についての連邦通常裁判所の最近の判例は、以前の判例とは法的根拠の点において相違し、次第に損失補償的思考から遠ざかりつつあるものといつてよい。連邦通常裁判所の判例の動向をこのように理解すれば、適法性の放棄の論拠として収用類似の侵害行為の理論を引き合いに出すことは、その説得力を半減することになるであろう。

(2) 国の損失補償責任に限界を画することの困難性 適法性の要素を放棄することは、損失補償と損害賠償の区別を著しく不鮮明にすることになる。前記の山田説のように、過失に対する責任を損害賠償と呼び、公益上の特別の犠牲に対する責任を損失補償と呼んだとしても、公益上の特別の犠牲の概念自体がそれほど明確なものではないから、過失による損害が何故に公益上の特別の犠牲ではないのか、その説明は困難であろう。結局、この説では、国の損失補償責任に限界を画することが新たな難問となるように思われる。そして、このことは、適法性の放棄に

与する見解に一般的に妥当するものといつてよい。

(3) 特別の犠牲概念の二重化 違法な侵害行為による損失も、公共の福祉のための特別の犠牲に該当することがあり得る、というのが連邦通常裁判所の収用類似の侵害行為の理論である。この判例理論は、一九六〇年四月二五日の連邦通常裁判所の判決(BGHZ32, S. 208=NJW1960, S. 1149)によって、さらに発展させられることになった。同判決は、概略次のように述べている。すなわち、侵害行為が違法であると確定されることによって、その侵害行為により個人に課せられた犠牲は、法律による一般の犠牲の限界を超えるものであり、従つて、平等原則の命ずるところに応じて補償されるべき特別の犠牲であるということが立証される、と。これによれば、侵害行為が違法であるという確定によつて、その侵害行為に基づく損失が特別の犠牲であることが立証されることになる。まさに、「違法であるにもかかわらず」ではなくて、「違法であるが故に」特別の犠牲となるのであり、過失の有無を問わず、違法性が特別の犠牲を決定づけるのである<sup>(1)</sup>。

しかしながら、違法な侵害行為に基づく損害が何故に公共の福祉のための犠牲であるのか、その理由は必ずしも明確ではない。違法な侵害行為は、本来、法律による行政の原理に反するものであり、それ故に公共の福祉にも反することになるはずである。それにもかかわらず、これを特別の犠牲と呼ぶとすれば、そこでは特別の犠牲概念の二重化(Verdoppelung)が行なわれているものと考えなければならぬ<sup>(2)</sup>。しかし、この二重化には、その意図に反して、特別の犠牲概念を内容空虚なものにする危険性が潜んでいるように思われる<sup>(3)</sup>。相手方は、適法な侵害行為による特別の犠牲に対しては、これを受忍しなければならないが、違法な侵害行為による場合は何ら受忍する義務はないのであつて、犠牲状態は、侵害行為が適法な場合と違法な場合とは、基本的に相違しているのである<sup>(4)</sup>。特

別の犠牲概念は、やはり侵害行為の適法性と結びつけて捉えられるべきであろう。

(4) 損害結果の「意図性」 侵害行為が適法でなければならぬということは、同時に、その損害結果が意図されたものでなければならぬことを意味している。意図されていない損害結果は、たとえその原因行為が適法であったとしても、公共の福祉のための特別の犠牲とはいえないであろう。この意味において、予防接種事故による被害は、特別の犠牲には該当しないと解すべきである。しかし、これに対しては有力な反対意見があり、<sup>(5)</sup> 予防接種事故集団訴訟大阪地裁判決（前掲）も、「被告が指摘するように、右特別な犠牲は、財産権においては当初から意図されたところであるのに対し、生命等においては意図されたところではないということ、すなわちその発生根緯の点に差異があり、右差異は、補償の必要性の程度にも影響するかのように見える」としながらも、「被告において伝染病からの集団防衛等と内容とする公共の利益を実現するため、右特別な犠牲の発生もやむなしとして、本件各予防接種を含む予防接種を実施した結果、稀なものとしてではあれ不可避的なものとして予測された副作用が本件各被害児に発生したものであること、すなわち、右副作用としての特別な犠牲は、意図された結果でないとしても、単なる偶然的結果ではなく、当初から予測され、しかもやむをえないものとしてではあれ、当初から認容されていた結果であるから、発生した結果に対する補償の必要性の観点からは、当初意図された結果としての特別な犠牲と同視し得るものといえる」と述べている。確かに、現在の最高の医学水準をもってしても、予防接種事故の発生が不可避であることを認めざるを得ない。また、「当該健康被害もまた公益実現の必然的なコストに他ならない」<sup>(6)</sup> ことも認めざるを得ない。しかし、そのことから予防接種事故の発生が意図されたものと同視し得るということを経結することには、論理の飛躍があるように思われる。予防接種の強制・勧奨が公共の福祉を目

的にしており、予防接種事故が不可避であるにしても、事故の発生自体は意図されたものではなく、また、意図されたものと同視し得るものでもない。このことは、個別的にみればより明瞭であろう。個々の事件を観察すれば、それは予測されず認容もされなかったものであり、この点において公用収用との間に顕著な差異が存在するのである。

なるほど、ドイツ法においては、犠牲補償請求権の要件の一つとしての「公共の福祉のために」という要件については、公共の福祉実現の「意図性」(Intentionalität)があれば足り、現実にそれが実現されたということまでは必要ではない、とされている<sup>(7)</sup>。しかし、これは、犠牲補償請求権という法制度の存在するドイツ法の特殊事情によるものであろう。ドイツ法においても、公用収用においては、公共の福祉の要件はどのように解されてはいないのである。

(5) 判例の検討 次に、前掲判例について検討してみると、①判決については、企業誘致政策の変更を適法と捉えていることからすれば、損失補償として理論構成する方が首尾一貫しているのではないか、との見方にも一理はある。しかし、①判決は、他面では、当該政策の変更を「当事者間に形成された信頼関係を不当に破壊する」ことを理由に、違法な加害行為であると判断しているのである。①判決には、確かに、損失補償的思考が潜んでいるのではないかと思われる節がないではないし、少なくとも、侵害行為の適法・違法の区別については、それほど厳密に意識されているとは思われない。しかし、①判決のような事例においては、信義則等の違反が認められる限り、その政策変更は違法と評価されるべきであり、従って、この場合には、損失補償法理の適用は排除されるべきであろう。

②判決についてみると、前記判示部分からすれば、実質的には損失補償法理を適用しているのであり、ただ、法的根拠として形式的に国賠法二条を挙げているにすぎない、と理解できないでもない。少なくとも、侵害行為の適法・違法の区別について、それほど重要視されていないということは確かであろう。騒音公害については、アメリカ法においてもドイツ法においても、<sup>(9)</sup>損失補償的アプローチがなされているから、この点では、②判決の思考は諸外国の動向に接近しつつあると評してよいのかもしれない。しかし、公共事業の施行に伴う騒音公害といえども、当初から予見され認容された範囲を超える場合には、被害者には受忍の義務はないのであるから、これを適法な侵害行為による場合と同様に扱うということは、いかに被害者救済のためとはいえ、疑問であろう。②判決の前記判示部分は、侵害行為の違法性を曖昧にし、かえって被害者救済の声を弱めることになるのではなからうか。

## 2 「財産上の」特別の損失の放棄に対する疑問

(1) 財産権への侵害行為 「財産上の」特別の損失とは、財産権への侵害行為による損失のことである。生命・身体・健康への侵害による損害も、確かに、最終的には金銭的価値に換算されざるを得ないが、これは、財産権への侵害行為による損失とは区別されるべきである。<sup>(10)</sup>このように解することは、おそらく、「財産上の損失」の常識的観念にも適合するであろう。憲法二九条三項は、「私有財産」を対象として明示しているのであって、金銭的価値に換算され得る法益のすべてを対象にしていない。財産権であるからこそ、意図的に侵害され得るのである。人的公用負担の場合でも、生命・身体・健康への侵害までが意図されているわけではない。労力・役務は、その経済的価値において私有財産と同一視できるものであるから、公用負担の対象となり得るのである。<sup>(11)</sup>対象が生命・身体・健康の被害へ拡張されることになれば、ここでもまた、損失補償と損害賠償の区別は困難となるであ

う。

(2) 判例の検討 右のような視点からすれば、④判決が、財産権に対する侵害と生命・身体・健康に対する侵害が質的に異なることを理由にして、憲法二九条三項の類推適用を否定しているのは、妥当な判断といふべきである。②判決は、騒音による身体的被害をも賠償の対象にしているが、国賠法二条に基づく損害賠償責任として構成されているから、それほど問題は生じない。しかし、②判決を実質的には損失補償的アプローチによつて事案の解決を図つたものであると理解する立場に対しては、身体的被害に関する限り、同じく右の疑問が当てはまることになるであらう。

(3) ドイツ法との差異 ドイツ法における犠牲補償請求権の制度は、連邦通常裁判所の判例により、生命・身体・健康への侵害に適用されている。ここでは、犠牲補償請求権も広義の損失補償に属するものと解されているから、損失補償概念の拡張がなされているものといつてよい。しかし、このような拡張がなされ得るのも、犠牲補償請求権という法制度が存在しているからであつて、ドイツ法の特殊事情によるものである。しかも、ドイツ法においてさえも、犠牲補償請求権と公用収用補償は区別されていることに留意すべきである。犠牲補償請求権の法理を我が国に導入するについては、それ故、別個の検討を要するのであり、損失補償の範疇においてよりも、むしろ結果責任に基づく国家補償ないしは公法上の危険責任の範疇において考慮されるべきであらう。

### 3 伝統的な損失補償概念の維持

(1) 二要素の維持 損失補償概念についての筆者の見解は、前述したところからほぼ明らかとなっているが、まよりの意味で、ここで改めて私見を示しておくことにしよう。結論からいえば、伝統的な損失補償概念が維持さ

れるべきであると考えている。すなわち、公権力的侵害行為の「適法性」は勿論のこと、「財産上の」特別の損失の要素も放棄されるべきではない。

ただ、公権力による侵害行為とはいっても、必ずしも典型的な公権力の行使である必要はない。公共事業の施行による事業損失については、公共事業の施行自体は典型的な公権力の行使ではないが、被害者は当初から予見・認容された程度内の損失に対しては受忍を強要されるのであるから、公権力による侵害行為と同視してよいであろう。また、ここでいう「財産上の」特別の損失とは、必ずしも財産権それ自体の侵害に限定する必要はなく、財産権の侵害と密接に結合しているものも含めてよいであろう。例えば、生活権補償は、財産権の侵害それ自体に対する補償ではないが、財産権の侵害に通常付随する損失に対する補償として、損失補償の概念に包摂される。土地収用に伴う精神的損失も、それが財産権の侵害に通常付随するものであり、当初から予見・認容されている限り、これに対する補償は損失補償であると考えてよい。公共事業の施行による精神的損失も、隣接の土地・建物（財産権）に対する侵害に付随するものであるから、同様に解されるべきであろう。もともと、このように「財産上の」特別の損失の意味を拡張したのでは、それに固執することの意義が薄れてしまうのではないかとの批判があるかもしれないが、生命・身体・健康の侵害とは依然として一線を画しているのである。

(2) 伝統的な損失補償概念と被害者救済 このような損失補償概念は、いわば伝統的な損失補償概念であるが、これに対して予想される批判は、これでは被害者救済という現代的要請に応じることができないのではないかと、という点であろう。確かに、筆者のような考え方に立てば、損失補償の側面からアプローチすることには限界があることを認めざるを得ない。しかし、それは損失補償的救済が困難であることを意味するだけであって、損害賠償

制度や公法上の危険責任制度からの救済が別個に考えられ得るのである。一定限度を超える空港・道路の騒音公害や予防接種事故等は、むしろこれらの制度による救済が図られるべきであろう。

#### 4 原因行為と効果

損失補償は、生じた損失に対する「補償」という効果の面と、その損失を発生させた「原因行為」という面の二面に接している。効果の面に重点をおけば、損失・損害が発生している限り、それに対する補償はその効果においてさしたる差異がないから、損失補償概念が広がるのは当然である。ドイツ法において、Entschädigung(補償)という言葉が、適法行為に基づく損失補償だけではなくて、違法行為(収用類似の侵害行為)に基づく損失補償その他の場合にも使用されているのは、このためであるといつてよい。O・マイヤーが統一的補償理論を提唱し、M・ヴォルフが公用収用の存在要件と許容性の要件を区別したのも、<sup>(13)</sup>効果の同質性に着目したからであろう。

しかし、損失補償は、他面において原因行為と密接に関係しているのであって、この面が軽視されてはならない。効果の面においては同じように見える場合であっても、原因行為の面においては顕著な差異があるのである。この意味において、我が国の伝統的な損失補償概念が、侵害行為の「適法性」と「財産権への」侵害行為という要素を堅持してきたのは、原因行為の面をも重視していたものであって、その捉え方は、現在においても十分維持し得るように思われる。

(1) 宇賀・前掲書一四四頁以下、西埜・前掲書九四―九五頁参照。

(2) Vgl. Ipsen, a. a. O., 1034; Heidenhain, Amshaftung und Entschädigung aus enteignungsgleichem Eingriff, 1965, S. 122.

西莖「西ドイツ国家補償制度」法学研究（青山学院大学大学院）第一集二一頁（昭四三）参照。しかし、宇賀・前掲書二一頁は、「適法侵害の場合と同様、超越的平等原則違反<sup>反</sup>犠牲調整原則違反というフィルターによって濾過され、一元的特別犠牲概念が抽出されることになる」と理解している。

- (3) Vgl. Heidenhain, a. a. O., S. 119. 西莖・前掲論文法学研究第一集二二頁参照。
- (4) Vgl. Ipsen, a. a. O., S. 1034; Papier, Art. 14GG, in: Maunz/Durig/Herzog, Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 1986, S. 267 u. 271f.
- (5) 塩野・前掲論文行政法散歩二二〇頁は、「予防接種という公益目的の遂行の過程で特別の損失が生じているという事実は厳に存在している。それにもかかわらず予防接種を行うというのであれば、それは予防接種という法制度の執行過程に伴う公共のための特別の犠牲であるとみることができる」と説いており、阿部・前掲論文判タ六〇四号二二頁も、「予防接種の場合には、伝染病から国民を守るために、必然不可避的に予防接種禍が生ずるのであり、予防接種をする以上、関係者がどんなに注意しても被害が発生するので、国家賠償の責任は追及できないという前提に立っている。国は……被害が発生しても多数の幸福のためにはやむを得ないと認識して国民に予防接種を強制なり勧奨しているのである。したがって、予防接種の被害者は、まさに公共のために犠牲になったという関係にあるのである」と説いている。
- (6) 棟居「生命・身体への侵害と憲法一九条三項」ジュリ八九八号一五頁（昭六二）。
- (7) Vgl. Ossenbühl, Staatshaftungsrecht, S. 82; 宇賀・前掲書二七九頁参照。
- (8) 西莖・国家賠償責任と違法性（昭六二）九一頁注（11）（13）に掲記の文献参照。
- (9) アメリカ法については、綿貫・前掲論文公法四二号一六三―一六五頁参照。ドイツ法については、vgl. Nidjgens/Boujong, a. a. O., S. 110ff.

- (10) 今村・損失補償制度の研究二四頁(昭四三)、滝沢正「予防接種事故と損害の填補」判タ五三〇号一六頁(昭五九)、秋山・前掲書一四六頁、松島・前掲論文七一頁、梅木・前掲論文一〇二―一〇三頁等参照。
- (11) 今村・損失補償制度の研究三三頁、杉村敏正・全訂行政法講義総論(上巻)二八八頁(昭四四)参照。
- (12) 秋山「ドイツにおける国の無過失責任論(一)」北法二五卷一号一四頁以下(昭四九)、宇賀・前掲書一〇七―一一頁等参照。
- (13) Vgl. Bauschke/Kloeper, Enteignung, enteignungsgleicher Eingriff, Aufopferung, NJW1971, S. 1233ff. の見解に対する批判を vgl. Schule, Zur Dogmatik des Art. 14GG, 1979, S. 31f.

## 五 損失補償の外延

損失補償の概念は、その外延を明らかにすることによってより明確となる。損失補償と損害賠償の相対化や結果責任に基づく国家補償の範疇の出現に伴い、境界線が不鮮明となってきた。公用収用・公用制限による損失の補償が損失補償の典型的事例であることはいうまでもないが、そのほかにも損失補償に属するようにみえるものがないではない。ここでは、そのうち第三者補償、行政活動の変更による損失の補償、刑事補償、政策上の補償の四つを取り上げて、その帰属を検討することにしよう。

### 1 第三者補償

- (1) 第三者補償の概念 第三者補償とは、財産権侵害の直接の相手ではないが、その影響により間接的に何ら



損害賠償として位置づけられなければならない。例えば、空港・道路等の公共事業の施行に伴う騒音公害については、予め予測され、通常付随するものとして認容される程度を超える場合には、損害賠償の側面からアプローチされるべきであろう。<sup>(4)</sup>

## 2 行政活動の変更による損失の補償

(1) 行政活動の変更の概念 行政活動の変更とは、一旦なされた行政上の決定が後に生じた新しい事情のために変更されることをいう。これには、行政行為の撤回、都市計画の変更、公営住宅団地計画の変更、企業誘致政策の変更等が含まれる。行政活動の変更が法によって羈束されたものであるか否かはともかくとして、これによって相手方の権利・利益が侵害される場合には、その損害の填補の問題が生じてくることになる。勿論、常に補償ないし賠償が必要であるというわけではないが、必要である場合も少なくないであろう。この問題は、従来は、行政行為の取消・撤回や都市計画における計画保障の項目の下で個別的に扱われるにすぎなかったが、最近では、国家補償の体系の中でも論じられるようになってきた。

(2) 行政活動の変更による損失の補償の性質 この種の損失に対して填補責任が肯定されるとしても、その填補責任の性質については、必ずしも明確とはいえない。行政活動の変更には、前述のように、いくつかの類型があるから、それぞれについて個別的に検討しておくことにしよう。

① 行政行為の撤回 行政行為の撤回については、公益上の必要がある場合に、その限度においてのみ撤回することができるというのが通説である。<sup>(5)</sup>この立場からすれば、公益上の必要があり、その限度を超えず、撤回の方式・手続を順守している限り、撤回は適法な行政行為であるということになり、これによる損失の填補責任は、当

然、損失補償であるということになる。一般に、「行政行為の撤回と損失補償」の項目の下で扱われているのは、このことを示しているものといつてよい。田中博士が、「憲法（二九条三項）の趣旨からいって、相手方の権利又は利益を侵害するに値いするだけの公益上の必要がある場合においても、その財産上の損失については、公用収用の場合に準じて、予め正当な補償をするを要するものと考えるべきであろう」と説かれて<sup>(6)</sup>いるのが、この立場を代表している。行政行為の撤回権者は、それに伴う相手方の財産上の損失を予測しながらも、公益上の必要のために、それをいわば意図的に惹起したものであるから、これに対する填補責任が損失補償の範疇に属することについては、おそらく異論はないであろう。裁判例においても、同じ傾向が見受けられる。例えば、都営住宅の使用許可の取消しと補償の関係について、東京地裁昭和四〇年六月一五日判決（判時四一〇号六頁）は、次のように判示している。「もつぱら公益目的のためにその使用許可を取り消す場合には、原告（東京都、筆者注）においても、それによって公益的目的に供された居住の利益に対し相当の補償をなすべきことは憲法二九条三項の趣旨ならびに行政処分<sup>(7)</sup>の撤回の法理に照し当然であるといわなければならない……」。

また、都有行政財産である土地の使用許可の取消しと補償の関係について、最高裁昭和四九年二月五日判決（民集二八卷一号一頁）は、一般論として、次のように判示している。

「本件取消を理由とする損失補償に関する法律および都条例については、本件取消がされた当時（昭和三十一年六月二九日）の地方自治法および都条例にはこれに関する規定を見出すことができない。しかし、当時の国有財産法は、すでに、普通財産を貸し付けた場合における貸付期間中の契約解除による損失補償の規定をもうけ（同法二四条）、これを行政財産に準用していた（同法一九条）ところ、国有であれ都有であれ、行政財産に差異はなく、公平の原則からしても国有財産法の右規定

は都有行政財産の使用許可の場合にこれを類推適用すべきものと解するのが相当であつて、これは憲法二九条三項の趣旨にも合致するところである。<sup>(7)</sup>

② 都市計画の変更 都市計画の変更に伴う損失の填補責任の性質については、これを損失補償の結果責任であると解する立場がある。秋山教授は、都市計画法五二条の五、五七条の六、六〇条の三の諸規定の趣旨を「これは、適法な計画の変更・遅延によって間接的に損失が生じた場合の補償義務を定めたものであつて、一種の結果責任を立法化したものとみることができ<sup>(8)</sup>」と理解されて、損失補償の結果責任の一種として位置づけられている。これも一つの見方であるといつてよいが、適法な都市計画の変更・遅延に伴う損失が計画の変更・遅延に通常付随する程度のものであれば、これに対する補償は損失補償であると解することも可能であろう。これは、結局、結果責任に基づく国家補償という類型の捉え方如何によるものであるが、結論からいえば、筆者は、その範囲は比較的狭く捉えられるべきであると考えている。

③ 公営住宅団地計画の変更 都市計画の変更に類似するものとして、公営住宅団地建設計画の変更・廃止に伴う損失の補償の性質をめぐる問題がある。ここでもまた、都市計画の変更の場合と同様に、公営住宅団地計画の変更・廃止が適法であれば、それによる損失の填補は損失補償として性格づけられるべきであろう。ただ、現実の具体的事案においては、計画の変更・廃止が適法とはいえない場合が少なくないように見受けられる。計画の変更・廃止が違法な場合には、損失補償ではなくて損害賠償が問題となることはいうまでもない。以下に、具体的事件を中心に、この問題を考えてみることにしよう。

きっかけとなつたのは、熊本地裁玉名支部昭和四四年四月三〇日判決(判時五七四号六〇頁)である。同判決は

次のように述べている。

「右廃止は、前記のごとく原告に対する関係においては団地の共同施設たる浴場を建設経営することによって被告市の公営住宅法上の義務を実質的に肩代わりし、延いてはその管理行政に協力し、反面同被告の住宅団地完成によって、自己の生活基盤の安定も期し得られるものと信じてきた原告の信頼を著しく破る背信的所為となる（何らの代償的措置も講じないものである限り）ものであり、かつ当時右団地建設の廃止によって原告がその建設に係る公衆浴場に採算のとれる浴客の来集を全く期得し得なくなるものであること、すなわち原告における致命的な損害発生の必然性を被告市において十分認識しておったことは、本件弁論の全趣旨に徴し明白であるから、結局被告市の所為は、故意に因り違法に他人の利益を侵害するものとして不法行為（仮に典型的な不法行為でないとしても、すくなくともいわゆる適法行為による不法行為）を構成するものといふべきであり、被告市は結局原告の被むつた損害を賠償すべき義務を免がれ得ないものといわなければならない。」

右の判示部分からすれば、同判決は、この場合の填補責任を損害賠償であると解しているものといつてよい。ただ、同判決は、右の判示部分に先立って、「被告市がその行政施策（財政緊縮政策等）の必要に基づき本件団地の建設を廃止する所為には何ら違法と目すべきものがなく、それ自体としては適法なものといわなければならない」と述べている。そこで、この点を捉えて、同判決は相対的違法説に立つものであるという見方が有力である<sup>(9)</sup>。あるいはまた、建設計画の廃止が適法なのであるから、伝統的な考え方の延長線上で考えるならば損失補償を認めてしかるべきところを、損害賠償を認めたものであるという見方もある<sup>(10)</sup>。二つの見方の間には、それほど大きな違いがあるわけではなく、判決の読み方としては、ともに可能なところであろう。

しかし、同判決の理論構成については、疑問がないわけではない。同判決によれば、「右団地建設計画の変更等

についての原告の危惧についてはそのようなことは絶体ない旨確言して安心させ右浴場建設の工事を進行せしめておいたものであるから、斯かる事情のもとにおいて被告市の執行機関たる首長が、原告の浴場建設を徒労に帰せしめるような該団地建設計画の廃止(該公営住宅建設事業の廃止)の挙に出るといふことは、これによって原告の被る不利益を防止し、もしくははその損害を賠償することを条件としてはじめて許容されるべきものであり、然らざる限り該行為は違法性を帯びるものといわなければならない」ということであるが、この点からすれば、建設計画の廃止は、「それ自体としても」違法と評価されるべきではなからうか。一般的な建設計画の廃止ではなくて、具体的事案における建設計画の廃止が問題とされているのであるから、一般論として論ずる必要性はないのである。

また、建設計画の廃止がその時点ではやむを得ないとしても、計画の段階において杜撰であり、見通しを誤ったということも十分あり得るであろう。同判決によれば、昭和三五年からの五ヶ年継続の「特定計画」を立てながら、三六年二月上旬に突如として建設計画を中止し、同年三月二十八日に建設計画を確定的に廃止したのである。しかも、被告市の赤字財政解消という財政上の理由についても、「被告市が再建団体に指定されたのは、同市が本件住宅団地の建設を計画した昭和三五年より四年前の昭和三十一年であり、その当時における同市の累積赤字は八、三〇〇万円であったが、その後逐年右赤字は減少しておったので、右三五年に至り積極的な市の繁栄策として右団地建設計画が立案されたものであり、同団地計画が中止された同三六年二月当時は右赤字が三、五〇〇万円位に減少し、翌三七年度にはこれが概ね解消できる見込みとなっておった」というのであるから、「それ自体としては適法」というのは首尾一貫しないであろう。このことは、建設計画の廃止に手続上の瑕疵がなかったとしても、同じである。従って、この点において、企業誘致政策変更事件との質的な差異は認め難いように思われる。<sup>11)</sup>

④ 企業誘致政策の変更 企業誘致政策の変更による損害（損失）の填補責任については、前述のように、損失補償とする見解と損害賠償とする見解がある。ただ、先に検討したのは具体的事案についてであるから、ここではそれとは別に、一般的に考えておくことも必要であろう。

一般的にいえば、新たな事情の発生により、企業誘致政策を変更せざるを得なくなるということは、十分あり得るものと思われる。その場合に、行政側の対処の仕方が適切妥当である限りは、当該誘致政策の変更は、それ自体としては勿論、相手方企業に対する関係においても、適法なものと評価されなければならない。この場合には、信義則違反も問題とならないであろう。従って、もし政策変更に伴う損失の填補責任が認められるとすれば、それは適法行為に基づく損失補償としてであるということになる。<sup>(12)</sup>しかし、このことはあくまでも一般論としていえることであって、具体的事案においては、政策変更それ自体が違法と評価されることの方が多いかもしれない。<sup>(13)</sup>

### 3 刑事補償

(1) 刑事補償の概念 刑事補償とは、刑事司法権の行使によって抑留または拘禁された後、裁判で無罪が確定した場合に、その無罪が確定した者に対し国が負う補償責任をいう。憲法四〇条及びこれに基づく刑事補償法が定めている。補償の内容については、刑事補償法四条が定めているが、これを上回る損害があるときは、別途国賠法上の損害賠償請求をすることも可能である（同法五条）。但し、この場合には、検察官・裁判官等の職務行為の違法性や故意過失を立証しなければならない。

(2) 刑事補償の性質 刑事補償の性質をめぐって、従来から種々の学説が対立している。<sup>(14)</sup>大別すると、損失補償説、無過失損害賠償説、<sup>(15)</sup>結果責任説<sup>(16)</sup>に分けられる。当面の問題点は、刑事補償が損失補償に分類されるか否かで

あるから、ここではこのうち損失補償説についてだけ検討しておくことにしよう。

損失補償説の代表的論者は、美濃部博士である。公法上の損失補償の実例の一つとして刑事補償を挙げられて、次のように説かれている。「罪なくして未決勾留・刑の執行又は拘留を受けた者であることが確定したのであるから、それ等の行為が違法であつたことが決せられたのであるが、併し其の違法は唯事実の認定又は法規の解釈の誤であるに止まり、権限の不法なる行使と見るべきではなく、随つて民法の意義に於いての不法行為を構成するものではない。それは不法行為に基づく賠償ではなく、等しく適法な権限の行使に依つて加えられた損失に対する公法上の補償である。」<sup>(17)</sup>

右の美濃部説に近いのは、小野清一郎博士の所説である。公法上の損失補償であると断言されているわけではないが、次のように説かれているところからすれば、大体同趣旨のものと推察してよいであろう。「刑事補償は結局一つの調節的補償である。刑事手続が爾後の状況に依り其の具体的に不当なりしこと判明した場合に於て、其に因つて個人に生じた損害の補償を国家の責任と為すものである。其は国家又は其の機関の不法行為を条件とするものではない。ひとり其の主観的道義責任(故意、過失)を条件とせざるのみならず、其の行為が客観的に違法であつたことを条件とするものでもないのである。其の意味に於て個人主義的原理に基づく損害賠償の責任に非ずして、団体主義的原理に基づく調節的損害賠償の責任である。」<sup>(18)</sup>

右の美濃部・小野説においては、刑事司法権の行使は適法であると捉えられているが、この点については、周知のように、見解の対立しているところである。筆者にも私見がないではないが、ここでは、この問題については論議しないでおこう。なぜならば、たとえ適法行為であるとしても、それによって損失補償概念の要素の一つが充足

されたにすぎず、他の「財産上の」特別の損失という要素はまだ充足されていないからである。

前述したように、伝統的な損失補償概念においては、一般に、「財産上の」特別の損失とは財産権への侵害行為による特別の損失であると解されていたのであるが、必ずしも厳格にこれに固執されていたわけではなかった。美濃部博士は、先に引用したのとは別の著書において、「刑事補償法に依る補償も、敢て公の権力の不法なる行使として認めただけではなく、……それは等しく法律に従った適法な行為であり、唯其の認定の誤りに依り特別の犠牲を加へたことに対してこれを補償するのである<sup>(19)</sup>」と説かれている。ここでは、刑事補償もまた特別の犠牲、すなわち経済上の特別の損失に対する補償であるとして捉えられているのである。しかし、生命や身体への侵害と経済上（財産上）の特別の損失とは区別して扱われるべきことについては、前述したとおりである。この点からすれば、刑事補償は損失補償概念に包摂されるべきではないであろう<sup>(20)</sup>。

#### 4 政策上の補償

(1) 政策上の補償の概念 政策上の補償とは、憲法上は要請されているわけではないが、何らかの立法政策として認められている補償をいう<sup>(21)</sup>。その具体例としては、伝染病毒に汚染した建物の処分に対する補償（伝染病予防法一九条の二）を挙げることができる。この種の補償が政策上の補償であることについて、今村成和教授は次のように説かれている。「それは憲法上の要求に基づくものではなく、立法政策的考慮によるものであるが、その理由を臆測すれば、公衆衛生または家畜衛生の為に必要なこの種の処分が、円滑に遂行、実現されることに役立たせる為めではあるまいか。」<sup>(22)</sup>

政策上の補償の具体例として、そのほか、生活権補償が挙げられることがある<sup>(23)</sup>。しかし、筆者は生活権補償を憲

法上の補償であると考えているので、ここでは取り上げないことにする。

(2) 政策上の補償の性質 財産権への適法な侵害行為に基づく損失の補償であるという点からすれば、政策上の補償もまた損失補償概念に包摂されるように見受けられないではない。しかし、この種の損失は、本来は所有者が無補償で受忍すべきものであつて、憲法上は補償を請求し得るものではない。<sup>(24)</sup>従つて、厳密な意味においては、損失補償に含まれないものと考えるべきであらう。<sup>(25)</sup>もつとも、このようにいうことは、この種の補償を損失補償法の領域で扱つてはならないということを意味するものではないし、また、實際上補償が不要であることを意味するものでもない。

- (1) 下山・前掲書二六八頁参照。
- (2) 高田賢造「国家補償」杉村山内編・精解行政法上巻四三五〜四三六頁(昭四六)。
- (3) 秋山・前掲書二二七頁。
- (4) 事業損失の性質をめぐる学説の対立状況については、小高剛「いわゆる『みぞ・かき補償』について」名城三六巻別冊長尾教授還暦記念二八〜三〇頁(昭六一)参照。
- (5) 学説の対立状況については、保木本一郎「行政活動の変更と補償」現代行政法大系六巻三二六〜三二七頁(昭五八)参照。ドイツ法における取扱いについては、乙部哲郎・行政上の確約の法理二四五〜二四九頁(昭六三)参照。
- (6) 田中・新版行政法上巻(全訂第二版)一五七頁。
- (7) 本件の控訴審判決(東京高判昭和四四年三月二七日判時五五三号二六頁)は、より明確に、「憲法一九条三項に、「私有

財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる。」と規定するのは、いわゆるプログラム規定ではなく、もし使用許可の取消しにより、財産上の犠牲が一般的に当然に受忍すべき制限の範囲をこえ、特別の犠牲を課したものとみられる場合には、直接憲法二一九条三項を根拠に補償の請求をすることができると解するのが相当である」と判示している。

- (8) 秋山・前掲書二二七―二二八頁。
- (9) 遠藤・国家補償法上巻一七三頁(昭五六)、阿部「賠償と補償の間」法曹三七卷六号一四三五頁(昭六〇)等。
- (10) 藤田宙靖「国家賠償責任と損失補償責任の接近について」日弁連昭和五七年度特別研修叢書三九三頁(昭五八)。
- (11) 阿部・前掲論文法曹三七卷六号一四三五頁は、両者を区別して扱っている。
- (12) 手島・前掲書二二七―二二八頁参照。
- (13) 手島・前掲書二二八頁は、「自由裁量の幅がきわめて大きい計画作用にあつては、その改廃を違法と断定できる場合はそれほど多くない」と説いているが、これは計画の法的特質としての「変更可能性」を強調しすぎているのではなからうか。
- (14) ドイツ、フランス等における論争については、小野清一郎「刑事補償の法理(二)」国家四六卷六号八〇六頁以下(昭七)、高田卓爾・刑事補償法二五頁以下(昭三八)参照。
- (15) 無過失損害賠償説の代表的論者としては、田中博士と高田卓爾教授を挙げることができる。田中博士は、後記の小野説に反対されて、次のように主張されている。「刑事補償の如き、実体的に不法の要素を否定し得ない意味に於て、不法行為の範疇に属するもので、唯そこで危険責任主義による補償が認められるものと解すべく、其の意味で、公用徴収・伝染病予防法による伝染病に汚染した建物の処分等の本来の適法行為に基く損失補償と区別して考え得るのではないかと思

う」（行政上の損害賠償及び損失補償二二三頁）。高田教授の所説はより明確である。次のように説かれている。「刑事補償の義務という法的効果に関連させて考えるとき、それはもともと国家権力を発動すべからざる者に対して発動しそれによつて損失を蒙らせたという観点から考察すべきであつて、団藤教授の表現を借用すれば『刑事訴訟における判断は事前的でないし当時のであり、刑事補償における判断は事後的である』と考える……べきである。このようにして、私は違法行為による責任とする説に賛成するものである」（前掲書三四―三五頁）。

(16) 結果責任説の代表的論者は、今村教授と秋山教授である。今村教授は、国家補償体系の三元的構成を提唱された上で、不法な結果の発生のみに着目して賠償責任が認められる場合（結果責任）の中に刑事補償を分類されている（国家補償法二―三頁、一二八―一二九頁、行政法入門（第三版）一六〇頁（昭六一））。秋山教授は、より詳細に、刑事補償を結果責任の中の損失補償的結果責任として位置づけられて、「被疑者の抑留・拘禁自体は本来許された行為というほかなく、かといつて無実の者を犠牲に供することに刑事司法の目的があるのではないから、許された行為によつて発生した結果が法の意図しない不法なものであり、そこに補償の必要が認められると解される」と説かれている（前掲書二二六頁）。

(17) 美濃部・日本行政法上巻三五八―三五九頁。

(18) 小野・前掲論文八四〇頁。そのほか、最近では、高田賢造弁護士の見解もこの立場に加えることができる。次のように説かれている。「刑事補償については、『人の自由または身体に対する損害の代償』であるため、直接財産そのものに対する損害を填補する場合の損失補償に対し特色があるとはいへ、究極的には、財産的失費に還元され得ることを不可能とするものではないから、広義の損失補償の観念の中には軍事負担、警察負担などと同様、損失補償の概念に含まし得ることができると考える」（前掲論文四二三頁）。

(19) 美濃部・公用収用法原理二九〇頁。

- (20) 今村・損失補償制度の研究「二四頁、秋山・前掲書一四六頁、松島・前掲論文七一頁参照。
- (21) 橋本公巨「憲法上の補償と政策上の補償」行政法の争点一七七頁(昭五五)、高木光「室生赤目青山園定公園不許可補償事件」自研六三卷八号一—四頁(昭六二)等参照。
- (22) 今村・損失補償制度の研究七三頁。
- (23) 佐藤功・ボケット註釈憲法上巻(新版)四九〇頁(昭五八)、橋本・前掲論文一七七頁。
- (24) 林修三「損失補償についての立法方針について」季環六四号五五頁、六〇頁(昭六二)、松島・前掲論文四六頁等参照。  
なお、ドイツにおいても、一般にこのように考えられているようである(vgl. Nubgens/Boujong, a. a. O., S. 138f.)。
- (25) 但し、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」補償研究六卷六三—三三—二頁(昭四三)は、自然公園法三五条の補償に関して、「それが憲法一九条三項所定の補償であるか、あるいは立法政策上とくに認められた補償であるかにかかわらず、ここにいう講学上の損失補償の性質を有するものといえることができる」と説いている。

(昭和六三年九月一〇日)