



日本における財産権保障に関する通説の起源とその問題点：田中二郎の「公法上の損失補償」という構想は何を意味していたのか（窪田充見教授追悼号）

淵, 圭吾

(Citation)

神戸法學雑誌, 74(3):71-106

(Issue Date)

2024-12-27

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(JaLCD0I)

<https://doi.org/10.24546/0100492826>

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/0100492826>



神戸法学雑誌第七十四巻第三号二〇二四年十二月

日本における財産権保障に関する通説の 起源とその問題点

——田中二郎の「公法上の損失補償」という構想は何を
意味していたのか

渕 圭 吾

I. はじめに

(1) 本稿の概要

日本国憲法29条は、1項で「財産権は、これを侵してはならない」、2項で「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」、そして3項で「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」、と規定している。国が土地所有権等の財産権を収用する場合に補償を条件とすることを定めているのは、世界の多くの国の憲法と同じである。日本を含む多くの国で、憲法の明文または判例法により、補償を要する財産権の対象が土地所有権よりも拡大されている。また、日本を含む多くの国で、財産権の収用ではなくそれに対する規制に過ぎない場合にも補償が必要とされる場合があると考えられている。要するに、財産権保障に関する憲法の枠組みは世界的に標準化されており、日本法もそのような標準的な枠組みに基本的には準拠している。

ところが、日本の憲法・行政法の教科書を見ると、次の点が目を惹く。第一に、憲法29条3項の解釈論として、そこにいう「私有財産」としてどのような

ものが含まれるか、という点が明確に論じられることが少ない。第二に、同項の解釈論に際して、財産権が取用される場合とそうではなくて財産権に対する規制が存在するに過ぎないけれどもなお補償が要請される場合とが明確に区別されて論じられることが少ない。第三に、恐らくは財産権に対する規制が存在するに過ぎない場合を念頭において「補償の要否」が論じられ、ここでは「特別の犠牲」の有無が基準とされている。

これらの三点は、財産権保障に関する憲法の枠組みとして世界的に標準化されているものとは異なっている。本稿は、私がこれまで行ってきた若干の比較法研究を参考にしつつ、財産権保障に関する日本におけるオーソドックスな説明が有する上記三点の特徴が、田中二郎による損失補償に関する彼独自の構想に由来するのではないか、という仮説を提示する。そして、憲法29条3項の解釈論に際して、私たちは、彼の構想から一旦距離を置くべきではないか、という問題提起を行う。

(2) 着想に至った経緯

本稿の着想に至った経緯の一つとして、新型コロナウイルス感染症の世界的大流行とそれに伴う各種の事業活動に対する制限及び行動制限がある。当時、日本では、休業要請に対しては損失補償が必要なのではないか、という議論が存在していた⁽¹⁾。これに対して、諸外国では、管見の限り、休業要請が財産権保障の問題として論じられることはほとんどなかった。憲法が保障する人の行為の自由や移動の自由に対する制約であるとしても、財産権に対する制約であるとは理解されていなかったのである。

日本では、憲法29条3項にいう「私有財産」の範囲が外国と比べて広いのか。そうだとすれば、そのような理解はどこから来たのか。また、そのような理解

(1) 問題状況につき、山本真敬「休業補償の憲法問題—憲法上『補償』は義務づけられるのか」大林啓吾編『コロナの憲法学』（弘文堂、2021年）139頁、津田智成「コロナ禍から考える国家補償」法律時報95巻9号（2023年）28頁及び、これらで引用されている文献を参照。

は果たして妥当なのか。本稿は、他の憲法上の権利との関係での憲法29条3項の射程を見定めることを通じて、国家が遂行する様々な政策とそれによって影響を被る私人の関係、及び、その関係に対する憲法による規律のありようを考察する。

(3) 本稿の主張

本稿の主張の骨子は、以下のとおりである。第一に、財産権の収用及びそれに対する損失補償に関する日本での議論枠組みは、世界的に標準的な枠組みと乖離しており、とりわけ国家が遂行する政策の影響を人々が受けるあらゆる場面で損失補償の可能性が取り沙汰され得る点に特徴がある。第二に、上記の日本の議論枠組みは、田中二郎の「公法上の損失補償」という大胆な構想の影響を大きく受けており、この構想はオットー・マイヤーの同名の考え方に基づいているところ、彼ら（特に田中）の見解は、個別具体的な財産権に注目するのではなく、個人が所有する各種の財産権の総体としての「資産」(Vermögen)に着目している点で、世界的に標準的な財産権保障の枠組みと乖離している。第三に、田中二郎は、彼の「公法上の損失補償」という構想を日本国憲法下でのその解釈論として主張したが、この極端な主張に対して正面から反駁する論者は現れず、この主張が通説化した。第四に、田中二郎の「公法上の損失補償」という構想は、日本国憲法29条3項の解釈論としては、かなり極端なものであって、少なくとも議論の出発点としては適切ではない。

(4) 問題の限定

本稿は、議論を憲法29条3項の規律が及ぶ「私有財産」の範囲及び同項で「用ひる」とされる国家作用の範囲に関する問題に限定する。すなわち、憲法29条をめぐる解釈論のうち、以下のような問題は扱わない。まず、最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁（森林法違憲判決）で問題とされたような、そもそも立法によっても規律し得ず、それゆえたとえ補償を与えるとしても許されないような規制については論じない。次に、最判平成15年11月27日民集57巻

10号1665頁で問題とされたような、土地収用等においてその目的が「公共のため」と言えるかという問題についても論じない。さらに、最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1523頁等で問題とされてきた、いかなる対価の額であれば憲法29条3項にいう「正当な補償」と言えるかという問題についても論じない。

(5) 本稿の構成

本稿の構成は、以下のとおりである。まず、憲法による財産権保障に関する比較法的に標準的な考え方を示した上で、日本での議論にはそこから乖離するいくつかの特徴があることを述べる(Ⅱ)。次に、明治憲法下で、ドイツのオットー・マイヤーの公法上の損失補償という考え方が日本で紹介され、とりわけ田中二郎によって彼自身の考え方として主張されたことを述べる(Ⅲ)。さらに、日本国憲法下で、田中の考え方が通説として受容される過程を描写する(Ⅳ)。最後に、田中の考え方を評価し、それは日本国憲法の標準的な解釈論としては必ずしも妥当でないという本稿の主張を提示する(Ⅴ)。

Ⅱ. 日本における財産権保障に関する通説の内容と比較法的にみたその特徴

1. 財産権保障に関する比較法的にみて標準的な説明

(1) パラダイムとしての国家による土地収用

比較法的には、憲法典に財産権保障に関する規定が置かれていることが少なくない⁽²⁾。憲法典に明示的な規定がない場合でも、判例法として財産権保障の仕組みが存在していることがある⁽³⁾。そして、これらの財産権保障の仕組みは、ほ

(2) 法学協会編『註解日本国憲法上巻』(有斐閣、1953年)563-565頁(外国憲法との比較)。包括的研究として、以下の文献がある。AJ van der Walt, *Constitutional Property Clauses: A Comparative Analysis* (Kluwer, 1999)。

(3) 例えば、以下の文献を参照。Tom Allen, *The Right to Property in Commonwealth Constitutions* (Cambridge University Press, 2000)。

とんどの場合、以下のような共通の構造を備えている。

すなわち、国家による、(例えば、道路の敷設のような) 公の目的のために、個別具体的な決定を通じて行われる、私人が所有する土地 (の所有権) の収用 (剥奪及びそれに伴う国家への移転) に際して、土地 (の所有権) の時価相当額が損失補償として所有者である私人に対して支払われるべきである、というパラダイム⁽⁴⁾が存在する。このパラダイムから、以下のように、国によって、時代によって、一定の乖離が見られる。

(2) ヴァリエーションの存在

第一に、憲法による保障の対象となる財産権としては、元来、土地所有権が想定されており、動産に対する所有権、さらに所有権以外の財産権へと拡張されてきた⁽⁵⁾。どこまで拡張するか—例えば、債権や法的地位のようなものも含むのか—という点については、考え方にヴァリエーションがある。もっとも、保障の対象となるのはあくまで個別具体的な財産権であって、人に帰属する財産権の総体としての資産 (総財産または責任財産と呼ばれることもある) は保護の対象とならないと、伝統的には、考えられてきた⁽⁶⁾。また、このことの系とし

-
- (4) このパラダイムは、ドイツ法の文脈では、「古典的収用」と呼ばれる。その分析として、例えば、角松生史「『古典的収用』における『公共性』の法的構造：1874年プロイセン土地収用法における『所有権』と『公共の福祉』(1)(2)」社会科学研究46巻6号(1995年)1頁、47巻5号(1996年)97頁、同「土地収用手続きにおける『公益』の観念：1874年プロイセン土地収用法を素材として」社会科学研究48巻3号(1996年)147頁。
- (5) 法学協会編・前掲注2)565頁(ただし、憲法29条3項に限定した記述ではなく、同条1項にいう「財産権」に関する記述である)。
- (6) この点は、ドイツの憲法の教科書では明示的に述べられている。例えば、ボード・ピエロート他(永田秀樹他訳)『現代ドイツ基本権[第2版]』(法律文化社、2019年)348頁参照。詳しくは、平良小百合『財産権の憲法的保障』(尚学社、2017年)133-135頁(「財産それ自体」の憲法上の財産権としての保護)。測圭吾「政策税制と憲法：ドイツ法を素材とした序論的考察」海外住宅・不動産税制研究会編著『欧米4か国における政策税制の研究』(2014年)92頁、153-161

て、人に対する金銭債務の賦課（租税等）は、財産権保障の問題とならない、と考えられてきた⁽⁷⁾。

第二に、公の目的としてどのようなものが含まれるか、また、収用の主体が国家でない場合がありうるか、ということについても、様々な考え方が存在してきた。再開発することを目的とした土地収用について、収用した土地が最終的に私企業の手に渡ることも許容される、と判断された事例がある⁽⁸⁾。

第三に、財産権に対する収用権（*eminent domain*）の行使以外の国家作用について、損失補償が与えられるべき場合がありうる、とされてきた。とりわけ、規制権限（*police power*）の行使によって特定の財産権が実質的に収用されたのと同視できるほどに制約を受ける場合に、憲法に基づいて、収用に対するのと同じような損失補償が与えられるべきであると考えられてきた⁽⁹⁾。ここで、なぜ規制による財産権の制約に際して損失補償が認められるべきかについては、

頁も参照。資産概念それ自体については、同「所得の構成要素としての純資産増加」金子宏・中里実・マークラムザイヤー編『租税法と市場』（有斐閣、2014年）92頁。

- (7) 瀧圭吾「財産権保障と租税立法に関する考察：アメリカ法を素材として」神戸法学雑誌65巻2号（2015年）55頁、同「憲法の財産権保障と租税の関係について」法学新報（中央大学）123巻11・12号（2017年）17頁、同「法律に基づいて人が負う金銭債務と憲法上の権利」税務弘報72巻10号（2024年）2頁参照。英米法の文脈での議論としては、以下の文献も参照。J. E. Penner, *The Idea of Property in Law* (Oxford University Press, 2007), 22-25; J. E. Penner, *Misled by Property*, 18 *Can. J. L. & Jurisprudence* 75 (2005). また、棟居快行「公用収用法理の展開—損失補償制度の一考察」同『憲法学再論』（信山社、2001年）68頁（初出1982-1983年）、195頁（マックス・ライヤーの1902年の著書におけるこの点の指摘の紹介）。
- (8) アメリカ合衆国憲法第五修正の収用条項（*takings clause*）における「公の使用（*public use*）」という要件に関する事例として、*Kelo v. City of New London*, 545 U. S. 469 (2005) がある。紹介として、瀧圭吾「アメリカ合衆国の土地利用法（*Land Use*）（下）」神戸法学雑誌65巻4号（2016年）173頁、177-181頁参照。
- (9) 規制収用（*regulatory takings*）と呼ばれる考え方であって、アメリカでは、*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U. S. 393 (1922) がリーディング・ケースである。紹介として、瀧・前掲注8）203-209頁参照。

様々な論拠が考えられる。⁽¹⁰⁾

第四に、第三点の帰結でもあるのだが、個別具体的な決定によるのではなく、法律に基づく一般的な規律（規制や財産権の定義それ自体）による場合であっても、損失補償が憲法上要請される場合がある。⁽¹¹⁾

2. 日本における財産権保障に関する通説

(1) 「特別の犠牲」及び田中説と今村説の対立

日本の憲法や行政法の教科書には、財産権の収用等に際して憲法29条3項に基づいて与えられるべき損失補償についての記述がある。これらの記述は、概ね、次のような内容から成る。⁽¹²⁾

まず、「特別の犠牲」という概念が登場する。この概念は、損失補償が与えられるべき場合とそうでない場合を切り分ける基準となっている。

次に、いかなる場合に特別の犠牲が認められるか、という点につき、田中二郎の学説と今村成和の学説の対立が語られる。田中によれば、「『特別の犠牲』」というのや否やの限界は、侵害行為が一般的なりや否や、これを反面からいえば被侵害者の数の全体に対する割合、及び侵害行為が本質的な強度のものであるかどうか、これを反面からいえば社会通念に照らし、その侵害が財産権に

(10) この点に関する興味深い検討として、補償が与えられるべき収用と実質的に同じことを規制によって行うことによる潜脱を防止するためであるという見解、規制は部分的な収用と同視できるという見解、及び、公益事業 (public utilities) に対する規制に伴う補償に準える見解を列挙する、以下の文献を参照。Thomas W. Merrill, *The Compensation Constraint and the Scope of the Takings Clause*, 96 *Notre Dame L. Rev.* 1421 (2021).

(11) ドイツ法の文脈では、「法律による収用」と呼ばれる。分析として、海老原明夫「法律による収用——ドイツ連邦憲法裁判所の所有権保障」(大阪市立大学) 法学雑誌41巻4号(1995年)588頁。

(12) 例えば、芦部信喜『憲法〔新版補訂版〕』(岩波書店、1999年)213頁、渡辺康行他『憲法I基本権〔第2版〕』(日本評論社、2023年)382頁〔宍戸常寿(学説の紹介)。本文で述べたような説明が一般的であるとの評価として、海老原明夫「損失補償と特別の犠牲(その1)」ジュリスト983号(1991年)12頁参照。

内在する制約として承認せられうる程度のものかどうかの両要素を考え合わせて決する外はない⁽¹³⁾。これに対して、今村は、田中の挙げる二つの基準のうちもっぱら後者の実質的基準によることを主張している⁽¹⁴⁾。憲法や行政法の教科書では、この二つの説の対立が紹介されているのである。

(2) 芦部信喜による整理の問題点

「特別の犠牲」から出発して田中と今村の学説の対立を紹介するスタイルの元祖と考えられるのは芦部信喜が1982年に公表した学生向け解説である⁽¹⁵⁾。しかし、その内容には、不正確な点がある。私がこれから展開する議論を多少先取りするが、ここで簡潔に指摘しておきたい。

芦部は、今村が1963年に『憲法講座』に公表した論文に依拠してこの解説を執筆していると思われる⁽¹⁶⁾。この論文で、今村は、憲法29条2項と3項の関係、すなわち、2項によりいかなる規制をなし得るかという問題と3項により補償を要するものとされるかという問題が表裏一体のものなのかそれとも別個独立に考えられるのか、という点を論じている。そして、この点について、表裏一体であるとする『註解』や宮澤俊義の見解を批判し、別個独立に考えるべきだと主張している⁽¹⁷⁾。今村は、続いて、補償の要否について田中の提唱する「特別

(13) 田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』（酒井書店、1954年。以下、「田中・論文集」として引用する）258頁（初出1948年）。

(14) 今村成和『国家補償法』（有斐閣、1957年。以下、「今村・全集」として引用する）62頁では、「わが国では、田中教授が、「両要素を併せ決する外はない」と説いておられるが、私は、特定の具体的な権利が指定されている場合でない限り、法律による規制は、その形式において常に一般的なものであり、従って、これに対する補償の要否は実質説を基準とすべきものと考えるのである」、と書かれている。

(15) 芦部信喜「財産権と補償」法学教室18号（1982年）86頁（後に同『演習憲法』（有斐閣、1982年）166頁に収録）。

(16) 今村成和「財産権の保障」同『損失補償制度の研究』（有斐閣、1968年。以下、「今村・研究」として引用する）3頁（初出1963年）。

(17) 法学協会編・前掲注2）568-569頁によれば、財産権について権利の剝奪また

の犠牲」の枠組みに乗った上で、特別の犠牲の存否の判断基準については田中に反対し、前述のように実質的基準のみによるべきことを主張する。このように、今村は、二つの異なる論点について、一方では『註解』や宮澤の見解を批判し、他方では田中の見解を批判している。

そして、『註解』や宮澤の見解と、田中の見解は全く異なる。田中は、実質的基準を考慮要素に入れているのだから、憲法29条2項に基づく規制であるとしてもそれによって影響を受けた者に補償が与えられるべき場合があると考えていたに違いない。『註解』や宮澤も田中の枠組みに明示的には言及していない。しかし、芦部は、『註解』や宮澤の見解と、それとは緊張関係に立つはずの田中の見解を「通説」の名の下に一つにまとめ、これに今村の見解を対峙させてしまった。このことは、田中の見解の独自性を見失わせる一つの契機となった。

3. 日本における財産権保障に関する通説の比較法的にみた特徴

芦部が示したような、特別の犠牲から出発するスタイルの説明は、日本の憲法・行政法の教科書における叙述のスタンダードとなった。この説明は、比較法的にみると、以下の点で、かなり独特である。

第一に、収用され、または、規制の対象となる場合に憲法上補償が必要となる私有財産ないし財産権の範囲について、あまり論じられない。確かに、憲法29条全体との関係で同条1項にいう「財産権」の意義が論じられることはあるが、そのような場合であっても、3項の「私有財産」が1項の「財産権」と同義か論じられることは少ない。このことは、例えば、基本法14条1項にいう「所有権 (das Eigentum)」の意義について論じられるドイツでの議論状況とかなり

はそれと同視されるような制限を加えることは憲法29条2項によっては為し得ず、同条3項により補償を伴って行うしかない。宮澤俊義『日本国憲法』（日本評論新社、1955年）280頁は、「かように、一般的に財産権の内容を公共の福祉に適合するように定めた結果として、個々の財産権はそれだけ侵害された結果になるが、これはもちろん、本條第3項の補償を必要とするかぎりでない」、と述べていた。

異なる。

第二に、収用の場合と規制の場合とが明示的に区別されないまま、専ら補償の要否が論じられる。このことは、例えば、物理的な収用（physical takings）に対する補償の問題と規制的収用（regulatory takings）に対する補償の問題とを分けて論じるアメリカでの議論状況とかなり異なる。

第三に、これが最大の特徴であるが、補償の要否の判断基準として「特別の犠牲」が問題とされる。そして、その際に、「特別の犠牲」を判断する単位が、対象となる個別具体的な財産権なのか、それとも、当該財産権が帰属する人なのか、必ずしも明らかではないことが多い。このことは、憲法上補償が必要となるかどうかを個別具体的な財産権を単位として判断している諸外国とは異なっている。

それでは、これらの特徴の起源はどこにあるのだろうか。

Ⅲ. 明治憲法下での財産権保障をめぐる議論の展開：オットー・マイヤーの見解はどのように受容されたのか

1. 美濃部達吉によるオットー・マイヤーの見解の紹介とその評価

(1) オットー・マイヤー『ドイツ行政法』とその美濃部による紹介

日本では、明治憲法27条1項が所有権を保障しており、また、土地収用に際しての補償が制度化されていた（旧土地収用法）。そのような明治憲法下で、学説による注目を集めたのが、オットー・マイヤー（Otto Mayer）の「公法上の損失補償（öffentlichrechtliche Entschädigung）」という構想である。⁽¹⁸⁾オットー・マイ

(18) オットー・マイヤーの所説の紹介ないしそれを敷衍したと思われる叙述として、小野清一郎「刑事補償の法理（1）」国家学会雑誌46巻5号（1932年）623頁、672-674頁、柳瀬良幹「道路隣地者の求償権」同『行政法の基礎理論（2）』（有斐閣、1940年）79頁（初出1934年）、100-112頁、美濃部達吉『公用収用法原理』（有斐閣、1936年。以下、「美濃部・収用法」として引用する）285-294頁、田中二郎「公法上の損失補償制度に就て」同・論文集193頁（初出1937年）、223-224頁。戦後におけるオットー・マイヤーの損失補償論の紹介として、塩野

ヤーは、1895年から1896年にかけて全2巻から成る『ドイツ行政法 (Deutsches Verwaltungsrecht)』の初版を刊行した。⁽¹⁹⁾美濃部達吉は、早くも1903年に同書の日本語訳を出版した。⁽²⁰⁾オットー・マイヤーは、『ドイツ行政法』第53節を「公法上の損失補償」と題して、同節と次の第54節で損失補償に関する一般理論を展開していた。美濃部は、最終的に、1936年の『公用収用法原理』において、オットー・マイヤーの理論に忠実な「公法上の損失補償」の考え方を述べている。⁽²¹⁾

(2) 美濃部『公用収用法原理』における公法上の損失補償の説明

美濃部は、同書で土地収用を中心とする公用収用に対する損失補償を扱っている。そして、公法上の損失補償は、公用収用に対する損失補償のみならず、種々の損失補償一般に適用されるべき一般理論として位置づけられている。⁽²²⁾

美濃部は、まず、臣民が国家との関係で分任する負担を二種に分ける。そして、納税義務や兵役義務を負い、さらに、社会の一員として社会の安寧秩序を妨げないために国法に基づいて行動の自由を制限せられ、またそれに違反した場合に制裁を受けるような場合に臣民が受ける経済上の損失については、損失

宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(有斐閣、1962年)250-259頁(オットー・マイヤー『ドイツ行政法』第3版第53節冒頭部分の抄訳がある)、秋山義昭「ドイツにおける国の無過失責任論(1)」北大法学論集25巻1号(1974年)1頁、14-28頁、海老原明夫「損失補償と特別の犠牲(その1~3)」ジュリスト983号12頁、984号10頁、986号10頁(いずれも1991年。以下、「海老原・ジュリスト」として引用する)等。

- (19) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 1. Aufl., 1895-1896. 以下、「マイヤー初版」として引用する。
- (20) オットー・マイヤー〔美濃部達吉訳〕『獨逸行政法』第1巻~第4巻(東京法学院、1903年)。
- (21) 美濃部によるオットー・マイヤーの公法上の損失補償という考え方の受容の経緯については、海老原・ジュリスト986号10-11頁参照。
- (22) 美濃部・収用法286頁。同294頁でも、「公用収用制度に於ける損失補償も一般の公法上の損失補償の一の場合の適用に外ならぬ」と述べられている。

補償の問題は生じない、と述べる⁽²³⁾。これに対して、国家が国家または社会の必要に基づいて臣民中のある者に対して経済上に特別の犠牲を負わしめ、特別の損失を加えることがあり得るが、そのような場合においては、国家がその者のためにその損失を補填しもってその経済上の負担を特定人から全体に移すことが公平の要求にかなう⁽²⁴⁾。「要するに公法上の損失補償とは、国家、公共団体其の他国家的公権を授与されて居る者が、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為めに、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と定義することが出来る⁽²⁵⁾」。

美濃部は、公法上の損失補償という観念の要素として、三点を指摘している⁽²⁶⁾。第一に、臣民の「経済的の損失が適法なる国家的公権の行使に其の原因を有する場合」でなくてはならない。第二に、「其の損失が其の者のみに負はしめらるる特別の犠牲 (besonderes Opfer) である場合であることを要する」。その上で、美濃部は、第三の要件として「法律の特別の規定ある場合であることを要する」、と論じる。日本では、公法上の損失補償は、法律によって定められた個々の損失補償の規定を説明する原理であるにとどまり、それ自体が損失補償を請求する権利を基礎づけるものではない、というのである⁽²⁷⁾。

(3) 立法論ないし解釈の指針としての公法上の損失補償

右の美濃部の叙述から分かるように、公法上の損失補償は、戦前の日本においては、あくまで、制定法を解釈する際の指針、あるいは、立法論にとどまっ

(23) 美濃部・収用法286頁。

(24) 美濃部・収用法286-287頁。

(25) 美濃部・収用法289-290頁。

(26) 美濃部・収用法290-291頁。

(27) この点につき、海老原・ジュリスト986号11頁は、(美濃部においては)「『特別の犠牲』の観念はたかだか、実定法上の種々の損失補償規定の統一的な説明を与えているにすぎない」、と指摘している。

ていた。柳瀬良幹も、「明文の規定を離れて、我国の法制上一般的に公法上の損失補償の原則が認め得らるるであらうか」、という問いを立てた上で、「我国の現状に於ては、公法上の損失補償は、その基礎たる正義及び公平の感情は充分に認識せられ、制度としても亦漸次種々の領域に実現されつつあるが、之等の個々の場合を離れて一般的に「全体のための特別の犠牲は全体の費用を以て償はるべし」といふ抽象的原則としては未だ実定法上確立せりとは言ひ難い状態である」と結論づけていた。⁽²⁸⁾

2. オットー・マイヤーの見解とはどのようなものだったのか

(1) オットー・マイヤーの見解の概要

それでは、美濃部らが依拠したオットー・マイヤーの公法上の損失補償とはどのような構想だったのか。オットー・マイヤーは『ドイツ行政法』の初版から第3版のいずれも第53節と第54節で「公法上の損失補償」を扱っている。ただし、第2版では標題が「調節的補償 (ausgleichende Entschädigung)」となっている他、3つの版での記述内容やその分量にはかなりの相違がある。⁽²⁹⁾このことを踏まえた上で、第3版第53節で示されている公法上の損失補償に関する彼の基本的な考え方は、概ね次のようなものである。⁽³⁰⁾

まず、公法上の損失補償とは、公平の観念をもとにした、私法上の不法行為や不当利得とは異なる、公法分野での考え方である。⁽³¹⁾それは、国家の政策により特別の便益を受けた者に対する手数料（公法上の営造物の利用に対する対価であって、第52節で論じられている）及び分担金（公の特別負担として支払われるものであって、第48節で論じられている）と対をなすものである。公法上

(28) 柳瀬・前掲注18) 114-117頁。

(29) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 2. Aufl., Bd. 2, 1917, S. 516.

(30) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, 3. Aufl., Bd. 1-2, 1924. 以下、「マイヤー第3版」として引用する。なお、訳語の選択にあたっては、マイヤー初版の翻訳である、マイヤー〔美濃部訳〕・前掲注20) に依拠した。

(31) マイヤー第3版第2巻295-296頁。

の損失補償の考え方の起源は、ゲルマン法に求めることができる⁽³²⁾。

公法上の損失補償の要件は、二つある。第一に、個人の被る経済的損失が行政によって (durch die öffentliche Verwaltung) によってもたらされるのではなくてはならない⁽³³⁾。第二に、個人の被る損失が不公平な負担 (eine ungleiche Belastung) でなくてはならない。言い換えると、そのような損失は特別の犠牲 (ein besonderes Opfer) でなくてはならない⁽³⁴⁾。公法上の損失補償の効果は、言うまでもなく、補償である⁽³⁵⁾。

(2) オットー・マイヤーの見解の特色

オットー・マイヤーの公法上の損失補償の考え方には、いくつかの注目すべき特色がある。第一に、彼は、この考え方において、個人に着目しており、個人に帰属する個別具体的な財産権に着目しているわけではない⁽³⁶⁾。そして、ここで、個人に着目しているというのは、個人に帰属する個別具体的な財産権の総体としての資産 (Vermögen) に着目している、ということに他ならない。彼の言う個人の経済的損失とは、個人の資産が減少することである。以上のことは、彼が特別の犠牲にならないものの例示として公課 (Abgaben) を含む金銭の支払いに言及していることからも裏づけられる⁽³⁷⁾。

(32) マイヤー第3版第2巻296-300頁。手数料及び分担金には、307頁でも言及している。

(33) マイヤー第3版第2巻300-306頁。

(34) マイヤー第3版第2巻306-309頁。

(35) マイヤー第3版第2巻309-311頁。

(36) この点については、海老原・ジュリスト983号13頁が、「マイヤーは、『犠牲』という観念を、個人の人格と直接的に結びついた領域に対する侵害という含蓄で用いている」、と指摘していた。また、角松・前掲注4) (「古典的収用 (1)」) 71-72頁は、「生じた財産的侵害を『正義と公平』の原理に従って金銭的に『調整』 (ausgleichen) することを補償制度の出発点とするマイヤーは、概念としての『所有権』侵害の有無を必ずしも問うことなしに議論を構成しえたのだと考えることができよう」、と指摘していた。

(37) マイヤー第3版第2巻306頁。

第二に、オットー・マイヤーの公法上の損失補償の考え方は、個人が国家の政策によって利益を得る場合にそれを相殺するために課される手数料や分担金と対になっている。一般的に言うならば、彼の公法上の損失補償は、国家の政策により個人の資産が増減する場合に必ずその増減分を国家との金銭のやり取りにより相殺する、という彼の構想の一環をなしている⁽³⁸⁾。

第三に、オットー・マイヤーは、公法上の損失補償において確かに個人に着目しているけれども、国家の政策変更によって個人が被るあらゆる資産の増減についてこれを相殺する金銭のやり取りが必要であると考えているわけではない。むしろ、手数料や分担金を支払わなくてはならないのは、個人が直接の財産上の利益（*unmittelbare Vermögensvorteil*）を受けた場合に限られる⁽³⁹⁾。同様に、補償を受けられるのは、個人が既に彼の⁽⁴⁰⁾ものであって彼に正当に帰属するような価値について負の影響を受ける場合である。そして、ここで参照されているのは、ドイツ民法典823条1項所定の、不法行為に際して損害賠償義務の基因となるような法益—生命、身体、健康、自由、所有権その他の権利—である⁽⁴¹⁾。

(38) 国家の政策に伴って人々に生じた利得の全額を剝奪するのではなく、それに対して課税を行うに過ぎないものではあるが、日本でも、戦争に伴って私人に生じた利得を回収する仕組みが存在していた。渕圭吾「所得税法33条にいう『譲渡』の意義」法曹時報71巻2号（2019年）233頁、239-246頁参照。なお、オットー・マイヤーの構想が、一般に国家による規制によっては富の再分配を生じさせるべきではない、というものだったとすると、それは、厚生主義の下で法制度はもっぱら効率性を追求すべきである、というキャプロウとシャヴェルが1994年の論文（Louis Kaplow & Steven Shavell, *Why the Legal System Is Less Efficient than the Income Tax in Redistributing Income*, 23 *J. Legal Stud.* 667 (1994)）で定式化した命題と合致することになる。同論文の意義については、J・マーク・ラムザイヤー「租税法以外の分野における租税法の意義」金子宏編『租税法の基本問題』（有斐閣、2007年）23頁、及び、藤谷武史「法制度の効率性と租税法の役割—Kaplow & Shavellの *double distortion* テーゼ再訪」フィナンシャル・レビュー152号（2023年）4頁参照。

(39) マイヤー第3版第2巻307頁。

(40) マイヤー第3版第2巻307-308頁。

(41) マイヤー第3版第2巻308頁。なお、ドイツ民法典制定前の初版では、「個人の直

3. オットー・マイヤーの見解を踏まえた田中二郎の「公法上の損失補償」の構想

(1) 田中二郎による公法上の損失補償の構想の概要

オットー・マイヤーの公法上の損失補償を制定法の背後にある法原理にとどまるものとして理解した美濃部と異なり、田中二郎は、1937年に公表した論文において、公法上の損失補償に解釈の指針としてより積極的な役割を与えるとともに、立法論として（後に国家補償法と呼ばれる）損害賠償と損失補償を包含する統一的な枠組みを提唱した。⁽⁴²⁾

この論文は、五つに分かれている。「一 はしがき」では、「特定人に対し公益上の必要に基き、特別 (besonderes) 異常なる (anormales) 犠牲 (Opfer) を加へ而もそれが其の者の責に帰すべき事由に基かぬものである場合には、正義公平の見地から、全体の負担に於て、其の私人の損失を調節するの必要が認められる」、として損失補償制度が定義されるとともに、論文の問題意識と構成が示されている。⁽⁴³⁾

「二 問題の所在」では、美濃部の業績を参照して「公法上の損失補償 (öffentlichrechtliche Entschädigung)」の概念規定が述べられている。⁽⁴⁴⁾ なお、これに先立って、田中は、公法上の損失補償の簡潔な定義として、「国家が法律に基く適法なる公権力の行使により、特定の個人に特別の犠牲を負はしめる場合に、之に対して相当の補償を為すべきこと」、と述べている。

さて、美濃部の概念規定に対する疑問は、田中によれば、次の二点である。⁽⁴⁵⁾

接の法的な権力領域に対する侵害 (ein Eingriff in den unmittelbaren rechtlichen Machtkreis des Individuums)」という基準が示されていた。マイヤー初版第2巻353頁 (マイヤー [美濃部訳]・前掲注20) 第4巻303頁)。訳語は、海老原・ジュリスト983号13頁に負う。

(42) 田中二郎「公法上の損失補償制度に就て」同・論文集193頁 (初出1937年)。

(43) 田中・論文集195-196頁。

(44) 田中・論文集198-199頁。

(45) 田中・論文集200-201頁。この後の記述の文末の括弧内の表現は、205頁に出てくる。

第一に、「右の概念規定に於ては、『適法なる国家的公権の行使に因る損失』なることが、此の概念の第一の標識とせられて居るが、そこで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」、ということが問題である（「不法行為に基く賠償責任との関係」）。第二に、「『経済上の特別の犠牲に対する補償』なることが此の概念の第二の標識とせられて居るが、そこで特別の犠牲の何であるかが果して明瞭であらうかが問題である」（「賠償の限界となる財産権の社会的拘束性の範囲」）。

そして、田中によれば、右の第一点の問題となるのは、「公法上の損失補償制度と比較対照せられる不法行為制度」において、広く責任を肯定する傾向が見られるからである。不法行為制度において「団体主義的見地に立つ『損害の公平なる分配』⁽⁴⁶⁾を企図する思想」が発達してきたことが、従来「其の性質を異にする対蹠的ともいふべき存在として取扱はれて来た」「国家の不法行為に基く損害賠償責任と適法行為に基く損失補償責任」を「共に損害の公平な分配を目標とする制度として、統一的法理による統一の考察」の対象とすることの契機となった⁽⁴⁷⁾というのである。

また、第二点の問題となるのは、「財産権に内在する社会的拘束の要素」が強調されるようになったために、「如何なる場合に補償を要する財産権の侵害ありと見るべきかの限界が明瞭でなくなったこと等」による⁽⁴⁸⁾。

その上で、田中は、「損失補償の法律制度としての合理的根拠」を検討し、それを実定法規の解釈及び立法の指針としようとするのである⁽⁴⁹⁾。

「三 公法上の損失補償の理論」では、まず、公法上の損失補償の三つの性質が分析される。続いて、公法上の損失補償制度の合理的根拠が考察の対象となる。最後に、公法上の損失補償の実定法上の根拠の問題が扱われる。

(46) 田中・論文集201頁。

(47) 田中・論文集203頁。

(48) 田中・論文集201頁。詳しくは、204-205頁参照。

(49) 田中・論文集205-207頁。

公法上の損失補償の性質として、田中は、三点を挙げている。曰く、「其の観念の要素として、第一にそれが適法行為に基く損失の補償なる点に於て不法行為に基く損害の賠償と區別せられ、第二に公權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⁽⁵⁰⁾」。このうち、第三点に関して、田中は、特別の犠牲の限界を論じている。そして、侵害行為が一般的か個別のかを標準とする考え方と侵害の本質性及び強度を標準とする考え方を対比した上で、「結局特別の犠牲の存否—権利の一般的社会的拘束との限界—は侵害の強さと被侵害者の数の全体に対する関係との結合によつて決せられる⁽⁵¹⁾」、との結論が示される。さらに、この部分の脚注では、「一般には権利の侵害があつて始めて補償の必要が認められ得るとなすけれども、未だ厳格な意味での権利の概念に該当しない場合でも、それが法律上保護に値すべき法律的価値と認め得られる限り、オットー・マイヤーの言に従へば、個人の直接の法律上の勢力範囲に対する侵害である限り、其の侵害も等しく特別の犠牲として之が救済を認むべきであろうと思はれる⁽⁵²⁾」、との注目すべき見解が述べられている。

公法上の損失補償制度の合理的根拠について、田中は、既得権説、恩恵説、公用徴収説、及び、特別犠牲説を挙げ、このうち、特別犠牲説、すなわち、「自然法的な正義公平の観念を基礎とし、特定人に生じた特別の犠牲は、全体の負担に於て補償することが正義 (Gerechtigkeit) と公平 (Billigkeit) の要求に合するものとする⁽⁵³⁾」考え方こそが妥当であるという。さらに、田中は、正義公平の実現によって「将来への予測」が可能となり、ひいては「法律生活の安定」がもたらされることが、公法上の損失補償制度を認めるもう一つの理由である

(50) 田中・論文集208頁。強調は原文。

(51) 田中・論文集216-217頁。

(52) 田中・論文集218頁注26。なお、前掲注41)も参照。

(53) 田中・論文集221-222頁。

と述べている⁽⁵⁴⁾。

実定法上の根拠なしに公法上の損失補償が認められるか、という問題については、美濃部のような実定法上の根拠が必要であるというドイツ・日本の通説と、必ずしも明文の根拠は必要ないというオッター・マイヤーの見解が対置される。そして、「解釈論的に、個々の法規の上に統一的な法律的制度としての損失補償制度の認めらるべきことを主張」するギーゼ (Friedrich Wilhelm Giese) の見解に賛同し、「法の沈黙せる場合に公平負担の原理を認めた法規の類推により、条理上、損失補償を認むべき場合」がありうるというのである⁽⁵⁵⁾。

「四 我が現行損失補償制度」では、当時の日本法の現況が明らかにされると共に、解釈論の指針が示される。すなわち、まず、公法上の損失補償に関する一般的な規定が欠けているが、補償に関する法律上の規定がないとしても条理上補償が与えられるべき場合がありうる⁽⁵⁶⁾。実定法を見ると、財政、軍事及び警察の各作用について法律上補償を定めた例がある。また、「公益事業の経営・公物の維持管理等の目的の為に、個人の財産権を収用・使用又は制限し、個人の労役を徴収する例」があり、この領域においてこそ「公法上の損失補償が主として問題とせられる」のであるが、やはり法律上補償を定めている例が少なからずある⁽⁵⁷⁾。

解釈論として、田中は、補償の原因と補償金額の問題を取り上げているが、ここでは前者について見ておこう。田中は、まず、「財産上の『特別の犠牲』に対し補償の与へらるべきこと」についての一般的な考え方として、次のように述べる。「一般的には個人の法律上の支配範囲—いひかえれば、権利のみならず個人の支配に属する有形の利益 (greifbare Rechtsgüter) —に対する直接 (direct)、

(54) 田中・論文集222-223頁。この点に関連して、田中二郎の「行政法規不遡及の原則」につき、渕圭吾「租税法律主義と『遡及立法』」中里実・藤谷武史編『租税法律主義の総合的検討』(有斐閣、2021年)61頁(初出2017年)、76-78頁参照。

(55) 田中・論文集224-225頁。

(56) 田中・論文集226-229頁。

(57) 田中・論文集229-234頁。

実質的 (material)、特別 (special) なる侵害は、被侵害者の責に帰すべき事由に基く場合の外は、『特別の犠牲』として其の損失に対し一定の補償を為すべきことが要請せられる⁽⁵⁸⁾。この一般論を適用する際に問題となるのは、「権利の本体に対する侵害で、其の損失が明かに『特別の犠牲』と認められる場合」と「有形の利益と称し得ない、単なる反射的利益の侵害と認められる場合」の「中間の場合」⁽⁵⁹⁾である。

この中間の場合に生ずる問題として、田中は、以下の二点を挙げる。第一に、「行為そのものにつて見れば、実質的な侵害を目的とする所謂侵害行為と称し得るや否や明瞭でな」い場合である。この問題について、田中は、結論としては立法者の選択に委ねるしかないという⁽⁶⁰⁾。これに対して、第二の「被侵害利益につて見れば、法律上被侵害者の支配に属する有形の利益と称し得るや否やの未だ必ずしも明確でない」という問題について、田中は、はっきりと自己の見解を主張する。「行政行為の効果としての権利利益」、すなわち、「道路・河川の公物使用の特許とか営業免許の如き警察許可によつて与えられる利益」について、「既にそこに有形の利益の認められる以上、単なる公益上の必要を理由として其の許可を取消し得べきではない」のであって、「特にその必要があれば相当の補償を与へて之を買収することによつて其の目的を達すればよい」、と主張するのである⁽⁶¹⁾。

「五 立法論」では、望ましい立法政策の基調と、そのいくつかの帰結が明らかにされる。立法政策の基調として、田中は、「不法行為に基く損害賠償と適法行為に基く損失補償とを区別」せずに、「国家的公権力によつて人民の利益に侵害を加へる凡ての場合に付て統一的な原理を打立て、之を立法化する—統一的な法典に規定するか否かは別問題であるが—ことが適當であると同時に必要で

(58) 田中・論文集236頁。

(59) 田中・論文集236頁。

(60) 田中・論文集237-238頁。

(61) 田中・論文集239頁。

はないか」と説く⁽⁶²⁾。そして、この立場の帰結の一つとして、「行政行為の取消撤回による権利利益の侵害に対する補償」が必要であると述べている⁽⁶³⁾。

(2) オッター・マイヤーの議論と田中の構想の共通点と相違点

オッター・マイヤーが『ドイツ行政法』の第3版で述べた考え方と田中の構想を対比すると、次のような共通点と相違点が明らかになる。

両者の共通点としては、個別具体的な財産権ではなくて人、そして、その資産に着目している、ということが挙げられる。個別具体的な財産権が奪われたり削られたりしたから補償が必要というのではなく、人の資産が減少したから補償が必要だ、というわけである。もちろん、両者とも、国家による政策のあらゆる波及効果について補償が必要と論じているわけではない。オッター・マイヤーはドイツ民法典 823 条 1 項を参照しているし、田中も（オッター・マイヤーの初版の叙述に依拠しつつ）反射的利益の侵害を補償の対象から除外している。

もっとも、両者には相違点もある。第一に、保護される権利・利益の範囲について、田中の方がオッター・マイヤーよりも広く考えているのではないかとと思われる。当時のドイツと日本での不法行為法による保護の対象の広狭と関係しているのかもしれない。

第二に、国家が私人に利益を与える場合と損失を及ぼす場合の取扱いの対称性である。オッター・マイヤーは、国家が私人に利益を与える場合にそれを剝奪するための手数料や分担金を提唱していた。そして、この仕組みと、彼が『ドイツ行政法』第 53 節で述べる公法上の損失補償を組み合わせることで、国家の政策により私人が受ける偶然的な損益がいずれも相殺されることになっていた。しかし、田中は、国家が私人に利益を与える場合に言及していない。このため、田中においては、公法上の損失補償は、国家から私人に対して金銭の

(62) 田中・論文集244頁。

(63) 田中・論文集247頁。

支払いが行われる一方通行の仕組みとして構想されているということになる。

それでは、田中の構想は、日本国憲法下ではどうなったのだろうか。

IV. 日本国憲法下における田中二郎の構想の通説化

1. 田中二郎による「公法上の損失補償」が日本国憲法下で憲法上の根拠を持つようになったとの見解

(1) 日本国憲法における新たな規定

日本国憲法は、国家と人々との間の経済的関係を規律するいくつかの規定を創設した。戦前に「公法上の損失補償」と呼ばれていた分野については、憲法40条が「何人も、抑留又は拘禁された後、無罪の裁判を受けたときは、法律の定めるところにより、国にその補償を求めることができる」、と規定し、刑事補償制度に憲法上の明文の根拠を与えた。刑事補償法（昭和6年法律第60号）に基づく刑事補償制度は、明治憲法下で、公法上の損失補償という考え方に基づくものと位置づけられていたが、ついに、憲法上の根拠を獲得したのである⁽⁶⁴⁾。

そして、何より、憲法29条3項が、「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」、と規定した。明治憲法下でも解釈論として支配的であった土地所有権を初めとする財産権の収用に対しては補償が必要であるという考え方が明文化されたのである⁽⁶⁵⁾。日本国憲法29条が明治憲法27条の内容を明確にしたものに過ぎないならば、明治憲法下で田中が制定法解釈の指針ないし立法論として唱えていた「公法上の損失補償」という考え方は、日本国憲法下でも解釈の指針や立法論に留まるはずである。しかし、実際には、

(64) 刑事補償制度が明治憲法下で「公法上の損失補償」という考え方に基づくものと理解されることがあったことにつき、美濃部達吉『日本行政法上巻』（有斐閣、1936年）358-359頁、及び、小野清一郎「刑事補償の法理（2）」国家学会雑誌46巻6号（1932年）806頁、840-841頁参照。

(65) 伊藤博文〔宮澤俊義校註〕『憲法義解』（岩波書店、1940年）58頁では、「蓋公益収用処分の要件は其の私産に対し相当の補償を付するに在り」、と述べられていた。

以下に見るように、日本国憲法下では「公法上の損失補償」が憲法上の原理になったとの言説が登場する。

(2) 「公法上の損失補償」が憲法上の法原理と言えるようになったことを示唆する田中二郎

その主唱者は、他ならぬ、田中二郎だった。田中は、日本国憲法の趣旨から公法上の損失補償という考え方が広く適用されるべきことを示唆するとともに、この考え方の中核をなす判断基準である「特別の犠牲」を憲法29条3項にいう「正当な補償」の要否に関する基準として持ち込んだ。

まず、農地改革に際しての買収対価が低すぎることは憲法違反であると主張する「公法上の損失補償の法理」という論文は、次のように始まる。「およそ、適法な公権力の行使により、特定人に対し、その者の責に帰すべき事由に基づくのではなくて、経済上の特別の犠牲を負わしめる場合には、その経済上の損失に対しては、正当な補償を与えるべきである、というのが、われわれの常識である」。そして、このような公法上の損失補償の法理が、日本国憲法29条3項の解釈の指針になることを示唆する。すなわち、「財産権に対する制約が、もともと、財産権に内在する本質的制約の範囲に止まる限りにおいて、それに対する損失補償の問題を生ずる余地はないが、いやしくも、特定人に対する『特別の犠牲』である以上、その特別の犠牲に対する『正当な補償』が必要である⁽⁶⁷⁾」。ここでは、29条3項の解釈論に際して、条文にはない「特定人に対する『特別の犠牲』」という概念が重要な役割を果たしている。

さらに、田中は、同時期に書かれたもう一つの論文で、憲法29条3項が「私有財産」と規定しているにもかかわらず、財産権というべきものが存在しない場合にも、同項の趣旨から正当な補償が必要だと論じている。すなわち、「漁業許可の取消によつて、相手方に、財産上の損失を生ぜしめる場合に、その損失

(66) 田中二郎「公法上の損失補償の法理」同・論文集249頁（初出1948年）、251頁。

(67) 田中・論文集263頁。

を補償する必要があるかどうか」、という問題について、次のように論じるのである。⁽⁶⁸⁾まず、「新憲法の下においては、『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』という憲法の規定の趣旨からいつて、およそ財産上の損失を生ぜしめる場合においては、法律上の根拠規定があると否とを問わず、その損失が本人の責に帰すべき事由に基くものでない以上、当然、これに対して、正当な補償を与えなければならぬと解すべきであろう」。「漁業許可によつて、財産権又は財産上の利益を生ずるか、逆にいえば、漁業許可の取消によつて、財産権又は財産上の利益の侵害—即ち損失—を生ずるか」の点については、これを肯定すべきである。なぜなら、「仮に、許可そのものは財産権を生じないとしても、許可に基き企業が成立し、企業に資本が投下された場合には、それ自体が財産的価値を持つことはもちろんで、その外にも、営業権というべき財産的価値を生ずることは、一般の承認するところであり、許可の取消によつて、企業の経営を不可能ならしめることは、これらの企業財産に損失を生ぜしめ且つ営業権を喪失せしめる結果となるからである」。こうして、田中は、「新憲法の財産権保障の精神」から、財産権に至らない、「財産上の利益の侵害」の場合にも、損失補償が与えられるべきであると結論づけるのである。

(3) 田中二郎の見解とはどのようなものだったのか

田中が日本国憲法下で公表したこれらの論文からは、次の二点がうかがえる。第一に、彼が明治憲法下で示していた公法上の損失補償という構想が、日本国憲法下でも、そのままの形で維持されている。公法上の損失補償という名称はもちろん、個別具体的な財産権ではなく人に着目する点、さらに、財産権のみならず広く私人の利益のようなものまで補償の対象に含まれている点でも、1937年の論文で田中が示した構想は、日本国憲法下での二本の論文でそのまま維持されている。

(68) 田中「損失補償の要否をめぐる二三の問題—公共福祉の実現と私有財産制の保障」同・論文集275頁（初出1950年）、289-291頁。

第二に、田中はそのように明示的に述べているわけではないものの、論文全体からは、彼の公法上の損失補償という構想が日本国憲法から導かれる、と主張しているように読める。まず、憲法29条3項の「規定の趣旨からいつて、およそ財産上の損失を生ぜしめる場合においては、法律上の根拠規定があると否とを問わず、その損失が本人の責に帰すべき事由に基くものでない以上、当然、これに対して、正当な補償を与えなければならぬと解すべきであろう」、という言明は、同項の背後に公法上の損失補償という法理がある、という前提抜きには理解できない。また、明治憲法下の論文では言及されていた立法論が日本国憲法下の論文には見当たらないことも、前述の読み方を裏づける。憲法の解釈として公法上の損失補償の法理が導き出せるのであるから、もはや立法論という項目を立てる必要はない、と田中は考えたのではないだろうか。

(4) 「公法上の損失補償」が憲法上の法原理となったと明言する柳瀬良幹

田中が必ずしも明確に述べなかった公法上の損失補償と日本国憲法の関係をはっきり述べたのが、柳瀬である。彼は、「現行憲法は[…]、一方において平等の原則を明文でもって定めるとともに(14条1項)、他方において「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」と規定し(29条3項)、一般的制度として公法上の損失補償を認めるに至った」、と断言するのである。⁽⁶⁹⁾

2. 今村成和の見解とその問題点

(1) 今村『国家補償法』における憲法29条3項の解釈論

日本国憲法下で憲法29条3項の緻密な解釈論を展開したのが、今村成和である。今村は、まず、有斐閣の法律学全集に収められた1957年の『国家補償法』で、財産権保障に関する彼の見解を明らかにした。⁽⁷⁰⁾「適法行為に基く損失の補

(69) 柳瀬良幹『行政法教科書〔再訂版〕』(有斐閣、1969年)139頁。

(70) 今村・全集。

償」と題した第3章において、今村は、国の適法な活動より生ずる損失の補償を扱い、その第一の根拠を憲法29条3項の規定に求めている⁽⁷¹⁾。彼は、適法行為に基づく損失補償を「公用収用」すなわち「財産権に対する侵害を直接の目的とするもの」と、「人的収用」すなわち「人の行為に対する規制の結果として、経済的な価値剥奪を生ずる場合」とに分けている。ここで、公用収用とは、憲法29条3項が直接適用されるような場合を指しており、規制により財産権が影響を受ける場合も含んでいる⁽⁷²⁾。

公用収用につき、今村は、「憲法29条1項に定める私有財産権の保障に対応した、個々の財産権保護のための制度である」、との基本的立場を示している⁽⁷³⁾。その上で、公用収用を「個別的行為による場合」と「より一般的な形において為される財産権の侵害」に分けて検討している。個別的行為による場合は、「権利の行使の自由が制限されることによって生ずべき損失」である「消極的損害」と「既存の権利又は財産の滅失、破壊、権利侵害の受忍、又は特別の出費を必要とすることによる損害」である「積極的損害」に分けて考察されるが、様々な法律による損失補償の要否の区別は「可成りあいまい」であることが示唆される。

これに対して、「より一般的な形において為される財産権の侵害というのは、新たな財産権の規制によって、従来の権利が侵害される場合を指す⁽⁷⁴⁾」。ここでは、憲法29条2項に基づく財産権の侵害であるからといって直ちに3項による補償が不要となるわけではなく、2項に基づく財産権に対する規制によって3項による損失補償が求められる場合があり得る、という立場が明らかにされる⁽⁷⁵⁾。そして、「いかなる場合に補償を必要とするか、そのメルクマール如何」については、「各人に保障された権利の剥奪又は権利の実質を失わしめることとなる

(71) 今村・全集52-53頁。

(72) 今村・全集53-54頁。この点については、同65頁も参照。

(73) 今村・全集54頁。

(74) 今村・全集58頁。

(75) 今村・全集58-59頁。なお、前掲注17)も参照。

ような、強度の財産権の規制である場合にはじめて損失補償の必要が認められる」、との見解が示される⁽⁷⁶⁾。

今村は、公用収用の対象たる憲法29条3項にいう「私有財産」につき、同条1項の「財産権」の目的の全てを含むとし、「私法上・公法上のあらゆる財産権」の他、「権利以外の利益も、法的保護に値するものは含まれる」と述べる⁽⁷⁷⁾。なお、ここでは、「金銭は、その性質上、収用の対象となり得ない」、とはっきり述べられていることが注目に値する。さらに、この部分の脚注では、私人が負う金銭負担については「はじめから、損失補償の問題を生ずる余地がない」、と指摘されている⁽⁷⁸⁾。

今村は、公用収用と区別されるべきものとしての人的収用として三種類を列挙している。身体的自由の制限、労力の徴収、及び、役務の徴収である⁽⁷⁹⁾。そして、まず、役務の徴収については「明白に財産的価値の給付を目的とするものであるから、公用収用と区別する理はなく、当然に、29条3項が及ぶ」。また、「労力の徴収に関しては、[…] 実質的に財産の収用の場合と区別する理由がないことは明かで、結局、憲法29条3項を類推すべきことの外、13条及び14条の趣旨に基き、損失補償を要する」。さらに、「身体的自由の制限に関しても、当然に財産的負担が伴うような場合においては、憲法29条3項が準用される⁽⁸⁰⁾」。ここでは、人に着目して「凡そ特定人に財産上の特別の負担を負わしめた場合はすべてこれを含む」という柳瀬良幹の見解が批判されている⁽⁸¹⁾。柳瀬は人に着目してその資産の減少があれば憲法29条3項に基づく損失補償が求められると考えるのだが、今村は同項があくまで個別具体的な財産権に対する侵害（彼のいう「公用収用」）を念頭に置いていると考えた上でその射程を拡大しようとす

(76) 今村・全集59-60頁。

(77) 今村・全集62-63頁。権利以外の利益については、田中・論文集が参照されている。

(78) 今村・全集68-69頁注1。

(79) 今村・全集73頁。

(80) 今村・全集74-75頁。

(81) 柳瀬良幹『行政法〔改訂新版〕』（角川書店、1954年）160頁。

るのである。

(2) 今村の『憲法講座』所収論文における財産権保障に関する叙述

今村は、1963年に有斐閣から出た『憲法講座』第2巻に「財産権の保障」という論文を寄せている。⁽⁸²⁾この論文は基本的には法律学全集における彼の記述を基にしているようだが、いくつかの点ではそれと異なることが書かれている。注目されるのは、以下の点である。

第一に、全集ではそもそも損失補償の問題になり得ないとされていた金銭負担の問題が、「財産権の剝奪又は徴収が、無条件に受忍せられるべき場合」の一つとして挙げられている。⁽⁸³⁾これは、人に着目するのではなく、個別具体的な財産権に着目する今村の基本的立場と、矛盾するものと言わざるを得ない。

第二に、補償の要否について、「損失が、私人に課せられる特別の犠牲に基づくものであるときは、補償を要するものと解すべきこと（田中二郎・新版行政法（上）（昭29）179頁参照）には異論を見ないが、何が『特別の犠牲』に当るかには、問題がある」、と述べられていることである。⁽⁸⁴⁾全集では、今村は、少なくとも憲法29条3項に基づく損失補償の要否に関する基準としては「特別の犠牲」という概念を援用していなかった。しかし、ここに来て、「異論を見ない」基準として「特別の犠牲」が登場するのである。

(3) 今村が『憲法講座』所収論文で示した見解の問題点

以上のような今村の財産権保障に関する見解の最大の問題は、補償の要否の基準について、彼自身の見解と田中二郎の見解の相違点をあいまいにってしまったことにある。今村は、もともと、全集で、補償の要否の基準につき、「各人に保障された権利の剝奪又は権利の実質を失わしめることとなるような、強度の財産権の規制である場合にはじめて損失補償の必要が認められる」、と述

(82) 今村成和「財産権の保障」同・研究3頁（初出1963年）。

(83) 今村・研究20頁。

(84) 今村・研究21頁。

べていた。この基準からは、財産権が奪い去られ、または、財産権の機能が実質的に発揮できないような場合に補償が必要になると考えられ、そこでは、あくまで個別具体的な財産権が単位となっている。しかし、『憲法講座』の論文で、今村は、田中の「特別の犠牲」という基準を「異論を見ない」ものとして受容してしまう。田中は人を単位として特別の犠牲の存否を考えていたから、今村の立場からは、特別の犠牲という基準は受け入れ難いはずである。また、仮に今村が個別具体的な財産権を単位として特別の犠牲を考えていたのだとすると、同じ特別の犠牲という言葉を使っているとしても、田中とは全く別の意味で使っていたということになるはずである。要するに、今村の『憲法講座』の論文は、田中の公法上の損失補償という見解の独自性を覆い隠してしまった。

3. 高辻正巳による田中二郎の見解の受容と発展

(1) 高辻正巳の財産権論

田中二郎の公法上の損失補償という構想を踏まえつつ、しかも、憲法29条2項と整合的な同条3項の解釈論を示したのが、高辻正巳である。彼は、1960年代前半に著した論文において、「財産権の行使の自由」というものを観念することによって、以下の二つの問題を一気に解決した⁽⁸⁵⁾。第一に、財産権に対する法律による規制が過度なものになり補償が必要とされる、という場面につき、憲法29条2項が「財産権の内容は[…]、法律でこれを定める」、と規定していることと、同条1項及び3項とが矛盾するのではないか、という問題である。第二に、人に着目して特別の犠牲を考える公法上の損失補償という構想とあくまで個別具体的な財産権を念頭に置いているように見える憲法29条3項をどのように整合的に理解するか、という問題である。

高辻の記述は難解であるが、その内容を私なりに要約すると、次のようなも

(85) 高辻正巳「財産権についての一考察」自治研究38巻4号（1962年）3頁（以下、「高辻・一考察」として引用する）、同「財産権と公共の福祉」法学教室（第1期）6号（1963年）14頁（以下、「高辻・法教」として引用する）。両者の内容は相当程度、重複している。

のである。前提として、憲法29条3項は、「私有財産の公用徴収」の場合を典型例として想定している⁽⁸⁶⁾。ところで、彼は、①財産権そのものの内容に関する法律の規定（それは、一般的規定である場合もあれば、財産権の一般的内容を制約する規定である場合もある）と、②財産権の行使の自由に対する制約を区別する⁽⁸⁷⁾。そして、恐らく、以下のような枠組みを示している。

すなわち、①は人々の憲法上の権利に対する制約ではあり得ないので、人々はこれを争うことができない。これに対して、②は行為規制、すなわち、個別具体的な財産権というモノに対する制約ではなくて、個別具体的な財産権をたまたま持っている人に対する規制である。そして、高辻によれば、②について、人の負う「犠牲がその責任を果すうえから受忍するのを相当とすると認められる程度をこえるものであれば、私有財産を公共のために用いる場合における「…」憲法上の法理に照らし、これについて、当然、「正当な補償」が与えられるべきである⁽⁸⁸⁾。要するに、高辻は、アメリカで規制的収用として整理されているような状況につき、個々の財産権に着目した上でその制約が過剰になっていることを問題とする（アメリカではそのようにとらえられている）のではなく、財産権が帰属する人の自由に対する制約として整理している。

また、高辻は、今村同様に、およそ財産権の問題といえない場合にも、損失補償が与えられることがあり得ると考えていた。すなわち、「私人の労役の提供強制」に対して「正当な補償なしには私有財産を公共のためにも用いることができないとする憲法上の法理が類推される⁽⁸⁹⁾」と述べていた。

こうして、高辻によれば、「私有財産の公用徴収」につき正当な補償を要求する憲法29条3項が示している憲法上の法理は、一方では上記②の「財産権の行使の自由の制限」の局面において、他方では前述の「私人の労役の提供強制」の局面において、それぞれ類推適用されるべきことになる。そして、このように

(86) 高辻・一考察12頁。

(87) 高辻・一考察4-8頁。①②は私が付したものである。

(88) 高辻・一考察9頁。同旨の指摘として、同・法教17頁。

(89) 高辻・一考察14-15頁。

類推適用される憲法 29 条 3 項は、個別具体的な財産権を保障するのではなく、人の自由、正確に言えば、人の行為により実現するその人の財産的利益を保障するものである。

(2) 河川附近地制限令に関する最大判昭和 43 年 11 月 27 日

田中及び高辻の考え方を明瞭に反映していると考えられるのが、最大判昭和 43 年 11 月 27 日刑集 22 卷 12 号 1402 頁（河川附近地制限令）である。この事件では、宮城県知事の許可を得ずに宮城県仙台市内の名取川の河川附近地における砂・砂利等の採取に伴う土地の掘削、及び、河川法適用区域における砂・砂利等の土石の採取を行った被告人らが、河川附近地制限令 4 条 2 号及び 10 条に基づいて訴追されたところ、被告人らはこれらの法令が憲法 29 条 3 項に違反し無効であると主張した。田中を含む 12 名の裁判官によって構成された最高裁判所大法廷は、次のように判示し、違憲無効の主張を退けた。

第一に、「河川附近地制限令 4 条 2 号の定める制限は、河川管理上支障のある事態の発生を事前に防止するため、単に所定の行為をしようとする場合には知事の許可を受けることが必要である旨を定めているにすぎず、この種の制限は、公共の福祉のためにする一般的な制限であり、原則的には、何人もこれを受忍すべきものである。このように、同令 4 条 2 号の定め自体としては、特定の人に対し、特別に財産上の犠牲を強いるものとはいえないから、右の程度の制限を課するには損失補償を要件とするものではなく、したがって、補償に関する規定のない同令 4 条 2 号の規定が所論のように憲法 29 条 3 項に違反し無効であるとはいえない」。

このように、最高裁は、人の行為に対する「公共の福祉のためにする一般的な制限」である同令 4 条 2 号の規定自体は、「特定の人に対し、特別に財産上の犠牲を強いるものとはいえない」ため、損失補償を条件とするものではない、と判断した。ここで問題となっているのは、財産権ではなく、高辻の枠組みの②に対応する、特定の行為を行いたい人の行為の自由である。それゆえ、特別の財産上の犠牲というのも、規制の対象となりうる人の「資産」を基準として

判定されていると考えられる。そして、規制が一般的なものである以上、特定の人の特別の財産上の犠牲は想定されていない、ということになる。

第二に、「被告人は、名取川の堤外民有地の各所有者に対し賃借料を支払い、労務者を雇い入れ、従来から同所の砂利を採取してきたところ、昭和34年12月11日宮城県告示第643号により、右地域が河川附近地に指定されたため、河川附近地制限令により、知事の許可を受けることなくしては砂利を採取することができなくなり、従来、賃借料を支払い、労務者を雇い入れ、相当の資本を投入して営んできた事業が営み得なくなるために相当の損失を被る筋合であるというのである。そうだとすれば、その財産上の犠牲は、公共のために必要な制限によるものとはいえ、単に一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ特別の犠牲を課したものとみる余地が全くないわけではなく、憲法29条3項の趣旨に照らし、さらに河川附近地制限令1条ないし3条および5条による規制について同令7条の定めるところにより損失補償をすべきものとしていくこととの均衡からいつて、本件被告人の被つた現実の損失については、その補償を請求することができるものと解する余地がある」。

ここで、最高裁は、宮城県告示による名取川堤外民有地の河川附近地への指定が、被告人に対する特別の財産上の犠牲を課したものに当たるか否かを検討している。一般的な規制であるとしても、それが特定の人の行動に影響を与え、それに伴ってその人に特別の財産上の犠牲—他の人にはあてはまらないような「資産」の減少—をもたらすならば、その人には「憲法29条3項の趣旨」に基づいた損失補償が認められる、というのである。高辻の枠組みにいう②の問題として論じられていると言って良いだろう。

V. 田中二郎の構想は日本国憲法の解釈論として妥当なのか

1. 田中二郎の構想の魅力

(1) 田中二郎の構想：ここまでの要約

田中二郎は、明治憲法下で、オットー・マイヤーの「公法上の損失補償」と

いう構想を取り入れ、私人が国家の政策により財産上（経済上）の損失、つまり資産の減少を被る場合に、すべからく国家がその損失を補償すべきである、という考え方を提唱した。人を単位として損失補償を考えるのである。そして、日本国憲法下では、この考え方が憲法から導かれるものであることを示唆した。

損失補償が適用されるべき範囲を広くとる田中の考え方は、憲法29条3項の解釈論として「私有財産」の範囲を拡張的にとらえ、公用取用のみならず人的取用についても同条項を直接または類推適用しようとする今村成和にも影響を与えている。また、同条項が財産権の行使の自由に対する保障として類推適用されるという高辻正巳の考え方も、田中の構想と整合的である。

（2）田中の構想の優れた点

田中の構想には、確かに優れた点がある。田中は、国家と、その様々な活動の影響を被る私人を対置し、少なくとも私人の経済的な地位の側面では、国家による活動の負の影響を排除しようとする。戦争を通じて、また、より一般的には行政国家現象を通じて元来私人が有していた経済的地位が脅かされることを警戒する、というその基本的思想は、昭和10年代から20年代にかけての日本で、戦争に向かいまた復興に向かう大きな流れの中で見失われがちな価値を指摘したものとして、大きな意味を持ったに違いない。

思想的に見れば、田中の構想は、国家の政策の私人に対する影響を極力排除しようとするリバタリアンの発想を先取りしていたと見ることも可能かもしれない。

2. 田中二郎の構想をめぐる問題点

（1）田中の構想の受容をめぐる問題

しかし、私の見るところ、田中二郎の構想をめぐっては、いくつかの問題がある。それらは、田中の構想の日本国憲法下での受容をめぐる問題と、田中の構想それ自体の問題に分けられる。

田中の構想の受容に関しては、人を単位として考える、というその基本的発想が、ほとんど理解されてこなかったのではないか、という問題がある。それには、次のような事情が寄与していると考えられる。まず、田中自身は、日本国憲法の解釈論として彼の公法上の損失補償の構想が妥当すると示唆したいため、人を単位とする彼自身の構想と個別具体的な財産権を単位とする憲法29条3項の規定の緊張関係にあえて言及しなかったと思われる。今村成和は、もともと彼の枠組みになかったはずの「特別の犠牲」概念を受け入れて記述することにより、彼自身と田中の根本的な考え方の対立を同概念の解釈をめぐる対立へと矮小化して見せてしまった。芦部信喜も、今村の記述の不正確な引用に基づく図式的な記述により、田中が人を単位として損失補償を考えるという斬新な発想を示していたことを覆い隠してしまった。

(2) 田中の構想それ自体の問題

田中の構想それ自体にも、少なくとも以下の二つの問題点がある。第一に、「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」と規定する憲法29条3項の文言、及び、同様の規定に関する諸外国での標準的な解釈との乖離である。この問題は、田中のみならず、今村や高辻の所説についてもあてはまる⁽⁹⁰⁾。憲法29条3項は、明らかに「私有財産」について補償を与えることを規定しており、権利に至らない利益、あるいは、人の資産そのものまで保護しているとは文理上、考えにくい。また、冒頭で触れたように、諸外国ではこのような広い解釈は採用されていないと思われる。

第二に、田中の構想は、私人が国家の政策によって利益を得る場合と損失を被る場合とを対称的に扱っていない。オットー・マイヤーとは異なり、田中は国家の政策によって私人が得た利益の吐き出しを論じていない。つまり、田中の構想によれば、国家はその政策遂行にあたり、私人の一部に特別に負担を負

(90) 「私有財産」について極めて拡張的な解釈をとる最近の例として、例えば、渡辺他・前掲注12) 383頁〔宍戸〕(新型コロナウイルス感染症対策としての飲食店の営業制限につき憲法上、損失補償が認められる可能性を示唆している)。

わせる場合にはそれに伴う損失を補償しなくてはならない反面、私人の一部に特別に利益を与える場合にはその利益を奪う必要はない、ということになる。そうすると、国家はその政策の実施にあたり、規制緩和や補助金、または租税優遇措置を利用することには（予算制約はともかくとして）躊躇がないのに対し、規制強化や負担金、または租税負担の加重をためらうということになってしまわないだろうか。財政赤字が厳しい現在の日本において、政策実現手段に関する基本的考え方として田中の構想は必ずしも妥当ではないように思う。

3. 結論と問題提起：日本国憲法の解釈論としては田中二郎の構想から離れるべきではないか

日本の憲法や行政法の教科書で目にする憲法29条3項に基づく損失補償の要否に関する「特別の犠牲」という考え方は、田中二郎の「公法上の損失補償」という構想の一部をなすものであった。そして、この構想は、個別具体的な財産権を単位とするのではなく、人を単位として損失補償を構想するものであって、極めてユニークなものであった。しかし、現在、田中の構想の独自性は、ほとんど見失われている。

本稿において、私は、田中の構想の独自性を明らかにするとともに、それがいかに受容されてきたか検討し、さらに、田中の構想の問題点を指摘した。田中の構想に一定の魅力はある。しかし、それはかなり極端な考え方である。少なくとも、憲法29条3項の解釈論としては、一旦、彼の構想やそれに基づく「特別の犠牲」という基準を相対化し、同条項の文理や比較法的に標準的な考え方から出発するべきではないだろうか。

[附記] 本稿は、2023年12月15日に台湾・国立政治大学で開催された「都市計画と取用—東アジア四法域の比較」シンポジウムでの私の報告に加筆・修正を加えたものである。研究グループのリーダーである角松生史先生（神戸大学）、研究グループのメンバーで同シンポジウムの実現にご尽力いただいた陳立夫先生（国立政治大学）と李明芝先生（国立政治大学）、及び、同シンポジウムの

コーディネーターを務めていただいた黄丞儀先生（中央研究院）をはじめとする関係の皆様・コメントを下さった皆様に厚く御礼申し上げます。また、2024年8月22日に開催された神戸大学公法研究会では、中川丈久先生、角松生史先生、興津征雄先生、及び、木下昌彦先生（いずれも神戸大学）から貴重な助言を頂戴した。ほとんど全ての点において今後の研究課題とせざるを得なかったが、心より御礼申し上げます。なお、本稿はJSPS科研費（18KK0033、19K01281、23K01097）の研究成果である。