

# 「古典的収用」における「公共性」の法的構造(二)

——一八七四年プロイセン土地収用法における

「所有権」と「公共の福祉」——

角松生史

## 四 収用補償

以下の検討は、一八七四年プロイセン収用法における収用補償をめぐる議論に関するものである。既に詳細に分析されているように<sup>(1)</sup>、収用補償に関する同法の实体規定についてはいわゆる「主観説」と「客観説」の対立があった。叙述の都合上、さしあたりここで便宜的に定義しておくとするれば、補償額に関する「客観説」は「万人にとっての」被収用地片の価値を基準とするものであり、「主観説」は、「特定の個人にとっての、特定の状況との関連における」価値を基準とするものであるとひとまず言うことができる<sup>(2)</sup>。以下の立法過程及び諸学説の分析にあたり、軸になるのがこの両者の対立である。なお、本章が分析するのは専ら補償の实体法理である。補償手続についてはここでは考察せ

ず、専ら後の検討に委ねるものとする。

## 1 立法過程

(a) 一八七四年法第八条は、「(1)土地所有権(Grundbesitz)の剝奪(Abtretung)に対する補償は、従物・果実を含む被収用地片の全価値による。(2)同一所有者の土地所有(Grundbesitz)の一部のみが収用された場合、補償には、被収用部分が全体との位置的経済的関連によって有する増価(Mehrwert)及び、残余の地片が収用によって蒙った減価(Minderwert)が含まれる」と規定する。以下、この規定の意義と文脈とを明らかにするために、同条の成立過程を検討する。

(b) 同法成立以前、プロイセンの多くの部分において収用及び補償に関する一般法として妥当していたのは、プロイセン一般ラント法(ALR)であった。同法は、収用を強制売買(der nothwendige Kauf)として捉えた上で、その場合、価格(Preis)算定にあたっては、「通常価値(gemeiner Werth)だけでなく特別価値(außerordentlicher Werth)も考慮されねばならない」と規定していた。この「通常価値」及び「特別価値」という概念は、同法第一編第二章において定義されている。それによれば「通常価値」とは、「その物件があらゆる所有者に与えうる利益(Nutzen)」であり、「あらゆる所有者にとって評価可能な便益や利便(Anehmlichkeiten und Bequemlichkeiten)」もまたそれに含まれる。これに対してある物件の「特別価値」とは、「一定の状況又は関係によってのみ与えうるこの利益」によって算定されるとされている。<sup>(8)</sup><sup>(9)</sup><sup>(10)</sup>

一八六四年草案第七条は、補償に含まれるべき対象を、「(1)収用の対象及び従物の通常価値(2)収用対象が、所有地の他の部分またはその従来の利用態様によって、所有者にとって有するところの増価(Mehrwert)(3)収用によって、

所有者の他の所有地に生じた減価 (Minderwerth) (後略)<sup>(11)</sup>と定めていた。同草案理由書では、「被収用者が、その所有物の剝奪によってその財産に受けた不利益」を全て補償すべき(但し、愛着価値を除く)とするいわゆる「完全補償原則」を指導原理として確認した上で、上記の A L R 諸規定を引用している。その上で、具体的算定法としては、「収用の前後の財産の状態の差異」(いわゆる「トライヒラー定式」——参照、後述四二一)を原則として金銭で補償すべきであると述べている。<sup>(12)</sup>つまり、「特別価値」という用語こそ用いられてはいないが、実質的内容においてはほぼ A L R と同様であると起草者としては考えていたことを確認する事ができる。

六八年法案はこの規定をほぼ忠実に継承し、理由書も同様である。<sup>(13)</sup>そして貴族院委員会報告は、完全補償原則を再度確認した上で、「第七条で所有者の利益が十分に守られるか」<sup>(14)</sup>については意見が分かれたとする。保護が不十分であるとす少数派により修正案が提案されたが、否決されている。<sup>(15)</sup>本会議では特に議論は見られない。<sup>(16)</sup>六九年法案では、理由書、委員会報告、本会議を通じ、同条は全く議論になっていない。<sup>(17)</sup>衆議院委員会では、A L R の「特別価値」こそが、原案よりも「より十分であり、彼について最大限に考慮されねばならない公平の観点によりよく対応する補償」を提供するものであるという観点から修正案が提出されるなどの議論があったが、これに対しては、政府や委員会の多数派が、(i) 第七条は第一条の「完全補償」の具体化であり、また実際には特別価値は全面的に与えられる(ii) 「特別価値」は A L R 妥当地域に限られた用語であるなどと反論し、結局は原案が可決されている。<sup>(18)</sup>

このように、ここまでの展開は、(i) 完全補償を原則とし、(ii) A L R の規定内容の実質を評価する事を共通の前提とした上で、原案が A L R と同程度の補償を確保しうるものであるかどうか議論の焦点になっていたということができる。

(c) 状況が大きく展開したのが七一年法案である。法案及び理由書<sup>(19)</sup>は、基本的にはこれまでの継続であったが、衆

議院委員会による大修正は、原理レベルにおいて決定的変更を加えるものであったのである。委員会報告は、まず、完全補償原則がやはり「指導原理」であることに關して全員の意見が一致した事を確認する。「補償は、被取用者が所有権の剝奪制限によってその財産に蒙った全ての不利益を完全に補填するものでなければならぬ」。

その上で、「この原則を実際に適用するにはどのようにするか」と問題を設定した上で、委員会の意見が三通りに分かれた事を紹介する。

(1) 第一の見解は、政府原案を支持し、ALRに立脚するものであった。

(2) 第二の見解は、「完全補償」＝「全価値」とみなすものである。「存在するのは単一の、客観価値のみである。この概念が「通常価値」と呼ばれることもあるのは、主観価値・愛着価値との対照を表すものであるが、後者は法的には問題にならない。多くの場合、通常価値は正確厳密に規定されるのではなく、一定の変動の枠内にあるものであり、少なめに見積もることも十分に見積もることもできる。被取用者に十分に見積もられた価値(ein reichlich bemessener Wert)を与えることこそが正義にかなうものであり、それは憲法の「完全補償」概念が示すところでもあるが、「全価値」という語の意もかくあるべきである。<sup>(20)</sup> また、この見解は、「それがより大きい土地所有の一部であることによる増価」を政府案同様認める一方で、「従来の利用形態」(die bisherige Benutzungsweise)を理由とする増価は断固として否定する。そもそも価値を増加させるのは、より大きい利用可能性(Benutzbarkeit)のみであって、従来の利用形態は、利用可能性のいわば一つの証明手段(Beweismittel)としてのみ考慮されるに過ぎないとされる。<sup>(21)</sup>

(3) 第三の見解は、全く逆の立場から、「全利益」(volles Interesse)＝「地片の価値に加え、収用と因果関係を有するところのその他の損害・不利益」についても補償を要求するものであった。<sup>(22)</sup> この見解は、地片の価値以外に補償が必要な事例として、(イ)家屋建設などのために資材を調達していたところ、収用のために計画実現不能になった場合、そ

の資材に關して受けた損失(回)鉄道用地として収用された地片になされた盛り土のため、残地所有者が日照を害される場合という二つを挙げている。

これに対して、政府及び委員会多数は、上記第三の見解について、まず(イ)は、「十分に見積もられた地片の価値」の中で評価可能であり、ついで(ロ)のような、「事後の利用態様」から生じる損失は補償の問題ではなく一般法の問題であるとして、これを退ける。また、第一の見解については——必ずしも判然としないが——、ALRの通常価値——特別価値という区別はそもそも解釈が曖昧であり、ましてや新領土では理解困難であるという理由で退けているようである。<sup>(23)</sup> 結局、第二の見解が委員会の立場になった。法案は審議未了になったが、この修正は七二年法案に引き継がれる。政府は上記の衆議院修正を「丸呑み」し、そのまま法案化されたのである。<sup>(24)</sup> そのため、理由書は同条について特に触れるところがない。七一年法案に対する上記の衆議院修正を、その重要性に鑑みて、以下、便宜「七一年修正」(実際に委員会報告が出されたのは一八七二年三月であるが)と呼ぶことがある。

(d) 最終的に法案化された七三年法案もこの点は同様であり、理由書は特に触れるところがないが、委員会審議<sup>(25)</sup>に至り、再び同条についてかなりの議論になった。まず注目すべきは、「従来の特別の利用態様」による増価を算入することを主張する修正案であるが、これは、以下のような論拠により委員会により再び退けられている。(イ)通常の利用態様と特別の利用態様との区別は困難である。(ロ)物件の価値は利用態様ではなく、利用可能性によって決せられる。(ハ)物件の価値を十分には利用していなかった現実の利用態様を想定すれば、問題が明らかになる。<sup>(27)</sup>

この論拠(ロ)は、「客観説」の論拠としてかなり整理されたものである。既に七一年法案にたいする修正で提示されていた、「物件の価値が規定されるのは、利用態様によってではなく利用可能性によってである」という命題の論拠を、(i)ある所有者が同一地片から特に高収益を上げる場合、それは彼の人的特性によるものであり、それは収用によ

うては損なわれるものではない。(ii)より大きい利用可能性は、需要(Bedarf)を高め、価値をより高くする といふ諸点を挙げて補強しているのが注目されるところである。(28)(29)。

(e) 一八七四年四月二七日の衆議院本会議で、同条に関する活発な議論が展開された。議論の出発点となったのは、「間接損害」をも補償することを中心としたクネーベル議員・ベルンハルト議員の修正案である。(30) 提案者は「客観的にのみ損害を算定する」委員会の姿勢を批判し、主観的評価をなすべきことを主張する。(32)(33)。

これに対し、客観評価を主張する立場からの反論がなされたが、議論は従来の立場を確認するのみで、やや平行線であった。(35) むしろ興味深いのは、修正案との直接の関連が希薄な、所有権ドグマティックについての議論である。ミケル議員は、「政府案」第八条は……公益の犠牲の上に、投機的所有者に不当な利益を与えるものである」という認識の上に、「ローマ法的所有権」を批判する。「補償問題については、人は通常ローマ法概念に基づく完全全面的な所有権——利用濫用する権利を共同体(Gesamtheit)に対しても対抗できる——から出発する。しかしドイツにおいて土地所有権がかかる性質を有した事がかつてあったであろうか? ドイツ全体において、耕地、都市、村落で土地所有権は制約に服してきたのであり、それは補償の態様にあっても考慮されなければならない。」そして、建築不自由こそが原則であることを主張した上で、彼は、公共事業による残地増価の相殺を法案が認めないことを批判するのである。「……建築用地になれば、残地の価格は十倍にもなる。いったいどうして所有者はかかる増価を要求できるのか? その地片が宅地になるのはそもそも市の恩恵ではなかったのか?」これに対して、ヴィントホルスト議員は、「今日多くのドイツの立法の基礎となっているのはローマ的所有権概念である」とした上で、さらに「ローマ法であろうとドイツ法であろうと、土地所有権は公益上の制限に服しているが、そのことは、土地所有権が公共事業のために要求されるとき、常に補償が与えられねばならないという要請を否定するものではない」と述べ、全面的に反

論したのである。<sup>(38)</sup>

さて、このような議論の中で劣勢を感じた修正案提案者は、案を撤回して突如新たな修正案を提出する。それは、政府案の「関連」という語の前に「地理的又は経済的」という語を挿入するものであり、既に委員会に提出され否決されていた案と同一のものであった。<sup>(39)</sup> 政府案の「関連」という概念は、法文に明示はされないものの、地理的関連性を中心に考えられていたから、この修正案の眼目は「経済的」関連にまで対象を拡げることにあると言える。この新たな修正案は、支持・批判双方の意見が出された後採決され、可決された。<sup>(41)</sup> このことの含意は実は小さいものではないのだが、叙述の便宜上、後に(四三二)検討することとする。

(f) 法案は貴族院に送付されたが、委員会では「道路建設に限り、残地増価を相殺する」という修正案が提案された。この修正案はかなりの支持を集めたが、審議中だった建築線法案との関連を理由として退けられた。本会議でも同様の修正案が出されたが、やはり否決されている。<sup>(42)</sup> もう一点興味深いのは、委員会において一委員が述べた次のような意見である。「衆議院の議論において、『全価値』という表現は、客観価値、即ち所有者との関連を考慮しない、物件それ自体の価値のみが考慮されるべきものと理解されていた。これは被収用者の収奪(Verkurzung)を招くものであり、同意し難い。しかし、法律全体の関連からすれば、第八条は当然、物件が所有者にたいして有する全価値を示しているので、修正案は提案しない。被所有者への完全補償を定める憲法原理が法律の冒頭第一条に規定されている。土地所有者は、その物がその特別の状況(営業)により彼にとって有する価値を考慮されて、初めて完全補償を受けることになる。この一般原則を反映するものとして、第八条を理解しなければならぬ。」<sup>(43)</sup> 衆議院の起草者意思に真っ向から反対しつつ、にもかかわらず原案に賛成したこのような立場をどのように評価すべきかは、確かに微妙であらう。しかし、後の学説によって用いられることになる論拠を既に挙げて、客観説を解釈論としても否定する見解

が、立法過程で既に表れていたことは注目に値する。

さて、以上のような立法過程から、さしあたり語りうることがあるとすれば、以下のような三点であろう。

(1) 第八条の「全価値」は、少なくとも七一年修正起草者の意思においては、被取用地片の従来の現実の「利用態様」ではなく「利用可能性」を重視する客観的発想において理解されていた。<sup>(44)</sup>

(2) 上記起草者は、「全価値」が「完全補償」原則の具体的適用であるという理解に立っていた。それを可能とするのは「十分に見積もられた価値」という概念であった。

(3) しかし同時に、「全価値」概念が、それまでの政府案の規定と実質的規律内容を異にしていることは、議論に参加した多くの議員にとって共通の前提であった。執拗なまでに繰り返される修正案提案、最終局面における所有権ドグマティックの議論、アッヘンバッハ商業大臣の発言などから、そのことを窺うことができる。<sup>(45)</sup>

(\*) 筆者の責により、本稿の枠内では冒頭に掲げた課題の一部しか果たし得ない次第となった(この点の事情については、乞参照五註(一))ことを予めお断りする次第である。

(1) 棟居快行「公用取用法理の展開と発展可能性——損失補償制度の一考察——」(四)『神戸法学雑誌』第三三卷第一号(一九八三年)五三頁以下。(前掲、角松「古典的取用」における『公共性』の法的構造——一八七四年プロイセン土地取用法における『所有権』と『公共の福祉』」(一)(以下、本稿(一)と省略する)一註(42)

(2) Max Layer, *Prinzipien des Enteignungsrechtes*, Leipzig 1902 (前掲、本稿(一)一註(c)), S. 497.

(3) ALR第一編第一章第四条「国家もまた、共同体の福利のために (zum Wohl des gemeinen Wesens) 必要などきに限り、何人に対しても、その物の売却を強制することができる」同法条文は、下記資料によった。Allgemeines Landrecht

*für die Preussischen Staaten von 1794*, Textausgabe, 1970. また「既に述べたように」同法の施行区域はプロイセン全土ではなかったことに注意しなければならない。

(4) ALRは、少なくともその構成上は、一般的カテゴリーとしての「強制売買」を設定して、その中の一種として強制収用がある、という理解を示している。第一編第一章第三条「ある物の所有者が彼の意思に反して売却を強制されるのは、第三者が法律の明文、契約、あるいは所有者を義務づける最終的命令によって、それを購入する特別の権利を獲得した場合のみである」

(5) ALR第一編第一章第八、九条

(6) ALR第一編第二章第一一二条

(7) ALR第一編第二章第一一三条

(8) ALR第一編第二章第一一四条。この他に、「愛着価値」(Werth der besondern Vorliebe)という概念があり、「物件の単なる偶然的な特性や諸関係で、その所有者の臆見(Meinung)によれば同種の他の物件よりも優れていると思われるものから生じる価値」と定義される(第一一五条)。

(9) 棟居・註(1)四、六三頁註(2)は、「(通常価値と特別価値の)区別は『第一章第二節 物およびその権利について』と題された箇所においてなされており、そもそもが民法における概念区分であった」と指摘する。この指摘の含意は必ずしも明らかではないが、ALRの時点において無条件に公法と私法の区別を前提として議論する事の当否は別にしても、そもそもALRは、収用そのもの(強制売買)を売買契約を対象とする節において論じ、いわば「民法」的に捉えていたと言えることに留意しなければならない。

(10) 単に「物の価値」と言えば、原則として通常価値のみを考慮して鑑定されるべきであり(第一編第二章第一一六条、一一七条)、「特別価値」及び「愛着価値」は「法律が明示的に認めるとき」のみに限り考慮されるというのがALRの立場であり、強制売買の時に「特別価値」を考慮するべきであるとする本文に挙げた規定は、そのような例外のみに数えられる。シュルテスは、「特別価値」の補填を命じる規定が、収用の他には故意または重過失(第一編第六章第八六条)の場合に限られている事を根拠に、「収用補償はその限りにおいて不法行為補償と同様に扱われていた」と論じる(Jens Schultes, *Die Höhe der Enteignungsschädigung vom Preussischen Enteignungsgesetz bis zum Bundeshaftungsgesetz*, Diss. S. 11. (同書は一九六五年

の学位論文であるが、筆者の入手した複写では出版年を確認できなかった(しかし、周知のように、ドイツ損害賠償法において、故意または重過失の場合と軽過失の場合とで責任範囲を区別するこのようなALRの構成は、その後のパンデクテン法学においてもBGBにおいても継承されるところではなかった。(参照、北川善太郎「損害賠償論序説」(一)、『法学論叢』第七三巻第一号一頁、第三号一七頁(一九六三年)、(二)三三頁。BGBについては、第一次草案理由書において、この点は明言されている。Motiv zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich. Bd. II (1888), S. 17 (§ 218)そのことをシュルテスがどう捉えているのか、どのような意味において不法行為補償と収用補償の相同性を主張するのか、必ずしも判然としな。

(11) *Justiz-Ministerial-Blatt für die Preussische Gesetzgebung und Rechtspflege* 1864 (前掲 本稿(一)註(2)), S. 338. ただし、これら増価・減価について、それぞれ限界が定められていた。即ち、(2)項の増価のうち、「従来の利用態様」によって生じた部分については、「所有者がそれによって同種の、同収益が可能な他の地片を利用するのに必要な限度」に限るものとされていた。また、(3)項の減価が従前の価値の四分の一を超える場合、所有者がそれ以上を要求した際は、「企業者の請求により、残地にまで収用を拡張することができる。(第八条)

(12) *Justiz-Ministerial-Blatt* 1864 (Ann. 11), S. 360. 少なくとも立案者の認識では、補償についてのかかる原則は、ALRのみならず、フランス民法典や普通法の原則とも合致するものであった。

(13) *Stenographische Bericht des Herrenhauses* (以下SBHHと略記する) 1868/69, Aktenstück Nr. 10, S. 49, 70-71. 既に分析した(本稿(一)三二)代位主義に関する第七条二項については若干の変更があるが、ここでは(以降の法案についても含め)省略する。

(14) SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 37, S. 217-218. 同報告は、ALRの不法行為に関する規定である第一編第六章第七条「完全補償 (Genugthung) に属するのは、全損害 (Schaden) の補填及び逸失利益 (entgangener Gewinn) である」を引いて、それを「通常価値+特別価値」と同視する。

(15) A. a. O., S. 218. 修正案は、第七条第一号を次のように修正するものであった。「収用対象及び従物の全価値。これには従来の収益額のみならず、収用対象がその特性 (Bestimmung) により所有者に与える便益 (Annehmlichkeit) も含まれる」同案は、「愛着価値の補償に道を開く」ものであり、過剰な補償請求により公益事業を危うくするという理由で否決されている。

る。

(16) 本会議では、起業利益を被取用地の価格から除外する七条二項の規定が若干議論になったが、これは発言者の誤解によるものであった。SBHH 18. 12. 1868, S. 107-108.

(17) SBHH 1869/70, Aktenstück Nr. 11, S. 18, S. 39 (本文、理由書), Aktenstück Nr. 34, S. 90 (委員会報告), SBHH 6. Sitzung am 19. 11. 1869, S. 86. (本会議) 厳密に言えば、同法案の理由書には、補償額が「取用の前後における彼の財産状態の差異」(参照、前記九九頁)に等しいと述べる段落が欠落している。このことの評価は微妙である。後記註(19)参照。

(18) *Stenographische Berichte des Haus der Abgeordneten* (以下 SBHA と略記) 1869/70, Aktenstück 304, S. 1344-45. 提出された修正案は、「土地所有権の取用に対する補償は、特別価値 (ALR 第一編第二章第一一四条) に従って供与される」というものであった。また、この委員会では (i) 通常価値の算定について、「当該地片又は近傍類地についての最近の売買・小作契約を考慮すべき」と定めたらどうか (ii) 取用事業自体による不便と損失について通常価値の二五%までを補償するということと定めたらどうか などの議論が出されたが、いずれも退けられている。

(19) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 6, S. 36, S. 60. ただし、六九年法案にひきつづき、いわゆるトライヒラー定式を示す部分——「取用前後における彼の財産状態の差異」——は脱落している。さらに、六九年法案では第七条の各号列挙を「かくして補償されるべき差額」と受けていたのだが、七一年法案ではこれも脱落し、代わって、「(ALR の) 通常価値と特別価値に関する概念規定は、……普通法とは無関係な物であるが、本法の目的は、上記の後者をも填補することにあり、……」という語句が挿入されている。おそらくこれは、六九年法案についての本文で紹介した議論を踏まえ、挿入されたものである。

(20) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1206.

(21) A. a. O., S. 1207. この立場が提出したのは——それが委員会の見解となるのであるが——、次のような修正案であった。「剝奪された土地所有権に対する補償は、従物と果実を含むところの当該地片の全価値である。当該地片が当該所有者の他の地片と関連を有する場合には、補償はかかる関連から生ずる増価・その他の地片に生ずる減価を同時に含む。」コフカ及び棟居によれば、この修正案の提出者は、後に七三年法案で中心的な役割を担うことになるベール議員 (参照、後記註(26)) であつた。Kofka, *Kommentar zum Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, Berlin 1913 (前掲本稿(三)註(2)), S. 64. 棟居・註(一)四、六四頁。なお、この修正案による再編成で条文の番号が変わり、問題の条文

は第八条になる。

- (22) A. a. O., S. 1207-1208. なお「Interesse」という概念は、損害賠償法でしばしば用いられたものであり、語義的に「ゆる」差額説」的含意を有していた。参照、北川・註(10) 一頁以下。Vgl. Ernst Wolfgang Orth, Art. "Interesse", *Geschichtliche Grundbegriffe: historisches Lexikon zur politisch-sozialen Sprache in Deutschland*, Bd. 3 (1982), S. 306f. ) の立場からは二つの修正案が提案された。(i) 上記の第二の見解の修正案の冒頭に、「被取用者には、取用時点で存する全ての利益が補償される」と付加するもの(ii) 補償は、被取用地の所有者にとっての価値を含む。単一の地片の一部 (ein oder mehrere Theile) が取用の対象となる場合、所有者の要求により、一部の剝奪により減少した全所有地の価値が補填される」とするもの。

- (23) A. a. O., S. 1206. ALR の概念を批判するこの部分は、かならずしも第一の見解にたいする批判とは明記されていない。政府原案は確かに ALR に依拠したものはあるが、「特別価値」等の概念をそのまま利用しているわけではないので、この点ややわかりにくい。

- (24) SBHA 1872/73, Aktenstück Nr. 80, S. 404. (条文) S. 411 (理由書) 衆議院修正の「丸呑み」は「同条のみに限ったことではない。理由書において、政府は、一部の例外を除いて委員会報告に同意することを明言していたのである。参照、本稿 二二六頁。

- (25) SBHA 1873/74, Aktenstück Nr. 18, S. 188-89 (法案), S. 195f. (理由書)

- (26) SBHA 1873/74, Aktenstück Nr. 149, S. 969, S. 970-971. この委員会の議長を務めたランゲルハンス、及び報告を担当したヘル議員は、後に両名共著による一八七四年法のコンメンタール (O. Bähr/W. Langerhans, *Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, Berlin 1875 (本稿) II Anm. 1) を執筆し、同法の初期の運用に大きい影響を与えている。ヘルについて参照、藤田宙靖『公権力の行使と私的権利主張——オットー・ヘル「法治国」の立場とドイツ行政法学——』一九七八年、一六頁註(1)。Vgl. *Allgemeine Deutsche Biographie*, Bd. 47 (Nachträge bis 1899), 1903, S. 747f.

- (27) A. a. O., S. 970-971. この修正案は、「地域の通常の価格 (ortsüblicher Wert) に加え、地片が従来の特別の利用態様によって所有者にとって有するところの増価」を補償すべきであるというものであった。ここで「地域の通常の」という語句が修

正案に挿入された理由は必ずしも明らかでない。反対論は、「価値が『地域の通常の』ものでなければならぬというのは、価値概念そのものに内在している」と、この点を簡単に退けている。

(28) A. a. O. S. 971. なお、棟居・註(1)四、六五—六六頁は、この箇所をより詳細に紹介している。

(29) 委員会では、本文で紹介した二つの他に、さらに三種の修正案が提案された。第一に、法文にはただ「損害の完全な補填」とのみ定め、あとは鑑定人と裁判官の自由裁量に任せるといふものであるが、これは殆ど支持を得なかった。第二に、残地の減価(第八条第二項)を、「収用それ自体または事業者によって引き起こされた不便(Unbequemlichkeit)」と「不利益」とするものであるが、概念の不明確さを理由に退けられてゐる。A. a. O. S. 970-971. 第三に、政府案の第八条二項「被収用地片が同一所有者の他の地片と関連を有する場合……」の「関連」の前に「地理的または経済的」(örtlich oder wirtschaftlich)という語句を挿入するという修正案である。これは、この段階では否決されるが最終的に本会議で採択されることになる。この修正の意義については、後述四〇二参照。

(30) 53. Sitzung am 27. 4. 1874, SBHA 1873/74, S. 1265f.

(31) SBHA 1873/74, Aktenstück Nr. 310. Vgl. Bähr/Langerhans (Ann. 26), S. 30. 兩名の修正案は次のようなものであった。「土地所有権の収用は、以下による。(1)直接の、即ち、従物・果実を含むところの被収用地片の価値によって表現されるところの財産減少(2)収用によって所有者に生じるところの間接損害」

(32) Knebel, A. a. O. S. 1265-66. 八条の不十分さの実例としてここで挙げられるのは、(1)農場主(Landgut)が地理的に離れている草原をも所有し、後者のみが収用された場合(2)繁華街での零細営業が収用された場合である。

(33) クネーベルは次のように述べて、主観的評価の正当化を試みる。「本法は、委員会のように、収用者と被収用者のいわば間に立つものではなく、一方では国家がある者に他人の権利領域に対する法外な侵害の権利を与え、他方それを受忍すべき義務をも定めている。かかる状況においては、法律の任務は客観的な位置を占める事ではなく、ごく主観的に、収用手続きによって彼の権利領域に法外な侵害を受けた者の、損害は何かを問うことである。その補償をどうするかも主観的に算定されねばならぬ。」(A. a. O. S. 1265.) あまりにレトリカルに過ぎる論旨にも思えるが、ともかくも提案者の明確な対決姿勢をここから読みとれることはできるだろう。

(34) 「物の価値に変えて利益(Interesse)を請求する」とは認められぬ。」A. a. O. S. 1266 (フッヘンバッハ大臣)「補償算

定にあたっては、公益上取用された物そのものだけに関連し限定する」「本来の取用対象の外にあるもの——所有者と物との関係など——は切り離すべきである」(S. 1268 (ヘルフ議員))

(35) 理論的観点とは別に興味深いことは、アッヘンバッハ商業大臣が修正案は逸失利益等の補償を招くとして反対し、「土地所有者に物の価値 (Sachwerth) を支払うことは正当であるが、ここでは公益上重要な事業であり、国家がその成立に大きな関心を寄せているものが問題となっていることもまた考慮しなければならぬ。かかる事業をいわず最初から不可能としてしまうような法律を制定することが目的であってはならない。」(A. a. O., S. 1266.) と述べていることである。主観的評価と客観的評価とが、補償額に大きな差異をもたらしすものと認識されていたことを示す発言といえよう。

(36) ベールは、委員会報告者の立場からの議論の総括として、(1) ミケル議員の議論は八条と関係ない(2) ゲルマン法とローマ法の対比は「問題に何も付け加えるものではない」と述べている。(A. a. O., S. 1272)

(37) A. a. O., S. 1266-67.

(38) A. a. O., S. 1268. その他、クネーベルは「第八条が前提とする法的状態は今日の土地所有権なのであって、ローマ時代のそれではない」(S. 1268) としてミケルを批判し、他方、ゲルラッハは、「ドイツの土地所有権はローマ人が土地所有権を取り扱ったようなやり方で扱われてはならない」「動産や金銭に対する所有権と同様の抽象的土地所有権は、ドイツ法及び我が法の必要と全く無縁である」としてミケルに賛意を表した。ちなみに彼は、「我々の土地所有権はその本質において *feudal* であり」と発言して、左翼席より笑声を浴びている。(S. 1269)

(39) A. a. O., S. 1271. 先の修正案と比べ、これはやや唐突にも思えるが、クネーベルが補償不十分の实例として農場主の例を挙げたこと(参照、註(32))からすれば、さほど不自然な戦術変更ではない。

(40) 委員会でこの修正案が提案されたとき、「ここで問題の『関連』は、確かに直接的なものである必要はないが、この関連は、地片相互の近接した地理的関連という条件を有するとみなされるべきである。」という反論が出されている。(SBHA *Atenstück* 149, S. 971) ただしヘルフ議員は「政府案の『関連』に既に経済的関連性が含まれているという解釈を主張する(A. a. O., S. 1268) が、この解釈は全く支持されぬ。」(クネーベル (S. 1268) ベール (S. 1272) の批判)

(41) A. a. O., S. 1272-1273. 支持を表明したのはヴィントホルスト議員、ヘニング議員 (S. 1271) であり、批判したのはヤロ政府委員 (S. 1271) およびベール (S. 1272) である。

(42) SBHH 1873/4, Aktenstück Nr. 108, S. 548 (委員会) Aktenstück Nr. 124, S. 564 (修正案), SBHH 1873/74, 24. Sitzung am 18. 5. 1874, S. 377, 394 (本会議) なお、本文に述べた修正案は、本会議では一〇a条として提案されている。

(43) Aktenstück Nr. 108, S. 548. なお、この発言者は、自説の補強として、第一条のみならず第一〇条一項(「従来の利用態様は、所有者が同種同収益の利用が可能な他の地片を取得するのに必要な金額までしか考慮することが許されない」参照、四三註(40))も援用している。なお、同条の成立過程を詳細に紹介するベール／ランゲルハンスのコンメンタールはこの委員会報告について触れていない。コフカは、このことを同書の「歴史叙述の客観性」にとって問題であると評している。

(Kofka, Komm. (Ann. 21), S. 66)

(44) 参照、棟居・註(1) 四六六頁。ただし、「地理的または経済的」を挿入する修正の後述(四三二)のような意義、また、本文で紹介した貴族院委員会の発言などからして、この点を一〇〇%議論の前提とする訳にはいかないであろう。

(45) 前掲註(35)。

## 2 完全補償原則

このようにして成立した一八七四年法第八条であるが、既に分析紹介されているように、起草者における客観的理解に反して、学説では主観説が通説的地位を占める。ライヒ裁判所も、施行後しばらくの間こそ客観的理解を示していたが、徐々に主観説がその地位を奪うことになるのである。<sup>(1)</sup>

さて、主観説―客観説のこのような対立構造について、シュルテスの学位論文<sup>(2)</sup>は下記二点のような評価を下している。第一に、客観説と主観説との対立は、実は「仮象問題であり、補償額それ自体よりもむしろその算定の方法を扱ってきた<sup>(3)</sup>」に過ぎないとされる。両者とも完全補償原則を不動の前提としているのであって、「客観価値への限定は、必ずしも、取用補償を公共の利益のために削減しようという政治的意図を反映するものではない」かかる意図が見い

だされるのは後の時代の話であつて、「一八七四年取用法の（引用者註）新規定は、むしろ、きわめて時代限定的な市場経済原則の無瑕疵的稼働への信頼を示しているのである」と論者は言うのである。<sup>(4)</sup> その意味で当時の問題は、市民が蒙った損失の「正当な」(gerechte) 評価ではなく「正確な」(richtig) 評価であつたとされる。<sup>(5)</sup>

第二に、彼によれば、一八七四年取用法以前の取用補償は、「個別的にはさまざまな体系化と区分がなされてきたものの、結果においては民法的不法行為損害と同様に取り扱われてきた」<sup>(6)</sup>。七一年法案に対する衆議院委員会の客観的修正によつて、「それまでドイツ全土で疑われることなく妥当してきた補償法への最初の原則的批判」がなされたのであるが、<sup>(7)</sup> その後の学説判例による主観説の導入により、彼の見るところ重要である「損害賠償(Schadensersatz)と価値補填(Wertersatz)の区別」が無意味なものになつた、<sup>(8)</sup> というのが論者の認識である。

さて、従来の学説が、ややもすれば平板に主観説と客観説とを並立させてきたのに対し、シュルテスのこのような議論は、歴史的観点を導入することによつて、議論の水準を一気に引き上げたと言ふことができる。本稿は、後述のようにいくつかの点でシュルテスには必ずしも同意し得ないが、それでもなお出発点たりうる業績であることは疑ない。そこで以下、彼の議論を手がかりに考察を進めていくこととする。

## 1 トライヒラー定式

既に指摘されているように、補償額算定の方法に関して、後の学説<sup>(10)</sup>及び立法過程<sup>(11)</sup>に大きい影響を及ぼしたのは、トライヒラーの見解<sup>(12)</sup>である。彼は、(i)取用以前の財産状態と(ii)取用以後の財産状態の二つの契機<sup>(13)</sup>の差額(Differenz)をもつて、被取用者にとつての損害(Schaden)が算定されるとし、これを補償することが完全補償の要件であるとした。所有者の「財産」(Vermögen)に着目し、算定の主観性——「財産的権利の個別的関係・関連」——を強調する

ところが彼の見解のポイントである。

この見解は、民事法の損害賠償論における、モムゼンによって体系化されたところのいわゆる「差額説」<sup>(13)</sup>と一見して明らかな類似性を示している。<sup>(14)</sup>しかし、差額説が、『特定の時点におけるある者の財産の総額』と『特定の損害発生の事象の介入 (Dazwischenkunft) が生じなかったであれば当該時点で有していたであろう財産の総額』<sup>(15)</sup>とを比較し、仮定的な計算を導入するのに対し、トライヒラーの見解は収用前後の現実の財産状態の比較である。完全賠償の発想を徹底する限り、前者のほうがおそらくは理論的に徹底していると考えられる。ただ、既に発生した損害に対して事後的に賠償を求めるのが原則である民事の損害賠償の事例と異なり、収用の場合は所有権移転以前に補償が支払われることが常態であるから、両者に差異が生じることが少ないとは言えるだろう。<sup>(16)</sup>後の論者も、これといって疑問をさしはさむことなく、(モムゼンではなく)トライヒラーの見解を継承している。<sup>(17)</sup>

したがって、私法における損害賠償法理と収用補償の法理とは、後者が前者に影響を受けたというよりは、むしろ相互に影響を受けつつ、同時に発展を遂げていったと考えることができる。さて、その私法的損害賠償に関していえば、ALRは、加害者の「故意または重過失」の場合に限り完全賠償 (vollständige Genuehung) を要求する一方、軽過失の場合は、賠償の範囲は「現実の損害」(wirkliche Schaden) に限定される。<sup>(18)</sup>おそらくは倫理的観点から、賠償の範囲について加害者の事情に帰責の程度をも考察することのような立法例の立場を明確に否定し、専ら被害者の側の損失のみに着目するのがBGBの「完全賠償主義」<sup>(19)</sup>であったと考えることができる。

少なくともトライヒラー自身に関する限り、この点はBGBと共通している。賠償の範囲を決定するにあたって決定的なのは、被収用者の「財産」の増減である。公益(=いわば「加害者」側の事情)の程度を相関的に比較衡量するなどといった発想<sup>(20)</sup>が入り込む余地はないのである。

## 2 完全補償原則批判——O・マイヤー、ライヤー

(a) 以上のような立場に明確に対抗する論者として、O・マイヤーを挙げる事ができる。彼によれば、債務不履行・不法行為により権利を侵害された者の損害賠償請求権は、取用における補償額の基準とはならない。「前者は被害者の財産を全体として観察し、『補償義務を発生させるような状態が生じなければ存したであろう』状態をもたらずにはどの程度の金額が必要かを問題にする。これに対し、取用補償は、公行政のための土地の徵発により被取用者に生じた不利益の調整のみを目的とするものであるから、『当該地片に体现された (verkörpert) 財産的利益』の考慮に限定される。それはエガーのような客観説と合致する<sup>(21)</sup>。

マイヤーによれば、損害賠償と取用補償とは大部分一致するが、以下の点で差異がある。第一に、損害賠償においては違法性への不快感及び被害者に十分な満足を与えようという願望が厳しい結論を導くのに対して、取用補償ではかかる事情は存しない。第二に、取用補償において考慮されるのは、地片の通常価値(売買価値)及びそこに存する将来の収益の見込みのみである。特別の幸運、人的関連や才能により当該地片に結合せしめられる収益機会、また愛情価値、人格的不利益は含まれない。<sup>(22)</sup>「放火犯人は家屋所有者に転居費用をも補償しなければならないが、取用事業者はその必要はない」というのがマイヤーの立場である。<sup>(23)</sup>この設例に明確に示されているように、今日であればおそらく「通常生ずべき損失」あるいは「その他の財産的侵害」として当然補償の対象となるような損害類型すらもマイヤーは補償の対象から除外し、地片の客観価値(収益可能性に基づく)のみに補償を限定するのである。

なぜか。マイヤーは言う。第一に、「公行政の新たな事業というものは全て、間接的利害 (entfernte Interessen) に

対して予測不能 (unberechenbar) の利益不利益を与えるものである。個人に加えられる具体的 (greifbar) 損害だけが補償されれば、正義の要請は充たされている。そのみが彼に課されるところの負担 (Last) なのである。<sup>(25)</sup> 第二に、周知のように、マイヤーは公法上の補償の要件を「特別の犠牲」とするのだが、彼によれば、「犠牲」(Opfer) の概念からして、「彼が既に有しているものについてしか、『犠牲』を強いられることは有り得ない。」したがって、補償の対象となるのは「個人が行政による介入により、既に、価値があり、彼に、適法に、属するところのもの、(was an Werten schon sein ist und ihm rechtmäßig zugehört)」<sup>(26)</sup> だけである。そしてこれらの点は、補償が認められる要件であると同時にその額の算定基準でもあり、結果として、上記のような客観価値への限定が導かれることになる。

この説明をやや立ち入って検討してみよう。第一の論拠は、公共事業の特殊性に着目するものである。確かに公行政は、市民の日常生活や経済活動に何等かの間接的な影響を及ぼすことを当然に予定するものではある。特にマイヤーの場合、「国家が自ら社会生活の中に入り込む」ことがまさに「公共事業」の特質として考えられているから、<sup>(27)</sup> このことがいっそう強調されることになる。私人の行為とはやや性質を異にするその点に着目し、適法活動については国家が補償義務を負う場合(またその額)を、直接的な市民の不利益のみに限定し、間接的影響については制度が当然予定するものとして受忍せしめるという発想は、それなりの説得力を有するものとして評価に値する。

第二の論拠は、「犠牲」概念を用いて、補償対象に関して、何等かの意味での「権利性」を要求するものである。このことよってマイヤーは、従来の既得権論への連接を表明することになる。<sup>(28)</sup> しかしこの論理は、やや詭弁的である。特段の正当化もなく「犠牲」という概念を自ら損失補償の要件の中に織りこんでにおいて、今度は同概念を利用して補償範囲の限定を試みるというのは、いわば説明概念を道具概念にすりかえるものであるという批判を免れ得ない<sup>(29)</sup> だろう。しかし実は、この点は、論者の議論全体において、それなりの一貫性の上に築かれたものではある。

まず、マイヤーは、被取用地片は「それ自身が公共企業に役立てられる、その実体 (Körperlichkeit) によって公共事業の目的を助けるのでなければならぬ<sup>(30)</sup>」とする。公共事業にとって直接に有用なものが取用の対象とされることに対応して、補償の対象も公共事業の直接の影響に限られる、これがマイヤーの発想であろうと推測できる。

ついで、例えば動産の徵発の場合を考えると、マイヤーはこれを「公用負担」と考え、私人の国家に対する義務を介在させている<sup>(31)</sup>。その場合、「当該物権を起業者に譲渡すべき所有者の義務」と補償請求権とが、いわばコインの両面になっているという理解が一応可能であり、「犠牲」↓「権利性」というマイヤーの発想に比較的自然につながる。

しかし、既に述べたように、マイヤーにおいて不動産と動産とは峻別され、「取用」概念は前者にのみ適用されるものとされている<sup>(32)</sup>。しかして、取用の場合は物権の所有権が直接起業者に移転し、所有者の譲渡義務という構成を必要としないのがマイヤーの議論であるから、この点は、本稿が問題にしている取用補償にあてはまるものではない。

このようにマイヤーは、公共事業の特性に着目することにより完全補償原則から離脱するとともに、権利性を要求することで客観価値基準の一応の正当化を試みたのである。しかし、前者の議論の明晰さに比べ、後者の苦しさは如何ともし難い。

(b) 類似の立場に立つものとして、M・ライヤーを挙げるができる。ライヤーは、客観基準による補償が完全補償を達成しない場合、逆に所有者にとっての財産的価値より以上のものになる場合の可能性を挙げた上で、次のように述べる。「かかる事情は、主観的基準の根拠になるかにみえる。しかし、他方忘れてはならないのは、取用補償は民事法的損害賠償の性質を有するものではなく、民事・刑事責任における基準はここでは適用され得ないと言ふことだ。これは法律に基づく独自の種類の補償であり、固有の原則が妥当する、あるいは少なくともその可能性がある。公益のためになされる権利剝奪であって、特定の対象の公共の利益のための利用のみを視野に入れたものについては、

補償も客観基準によるのが妥当ではないかということ、一つの問題である。<sup>(34)</sup>しかしライヤーの議論は、収用補償の損害賠償性を否定するとともに、「実定法が明示にそう構成した場合にのみ」被収用者の補償請求権を承認するという論者独自の立場を前提としたものである。<sup>(35)</sup>その帰結として、補償額については結局実定法の定めこそが唯一の基準となる。そして、現実の実定法の規定の多く——プロイセン一八七四年法などは別として——は全面的損害防止(Schadloshaltung)の立場をとっていることをライヤーは承認し、前述のように「トライヒラー定式」を「最良の定式」と評価することになる。この点がマイヤーとの相違である。<sup>(36)</sup>

- (1) 棟居「公用収用法理の……」(四一註(一))、四、六七頁以下。
- (2) Schultes (四一 Ann. 10)
- (3) Schultes (Ann. 2), S. 12. 従つて、「技術的問題であつて規範的問題ではなう。」とされる。A. a. O., S. 96.
- (4) A. a. O., S. 15-16.
- (5) A. a. O., S. 96.
- (6) A. a. O., S. 10.
- (7) A. a. O., S. 13. 棟居・註(一)四、七二頁は、このようなシュルテスの認識を一步進め、「主観説は損失補償を私法上の損害賠償に服せしめたのに対し、客観説はそれを適法行為に基づく公法上の固有の制度であると位置づけていた」と断ずる。かかる位置づけについての本稿の認識としては、後述四46を参照。
- (8) A. a. O., S. 19.
- (9) 棟居・註(一)四、五九頁
- (10) トライヒラー定式を肯定的に引用する見解として、C. F. W. J. Häberlin, Die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation historisch-dogmatisch erörtert. Archiv für civilistische Praxis Bd. 39 (1856), S. 1f., S. 147f. (前掲「本稿」一註(53) S. 182. 「全へ正」); Loyer, Principien des Enteignungsrechtes (四一註(2)) S. 505 (「最良の定式」);

Walter Schelcher, *Die Rechtswirkungen der Enteignung nach gemeinem und sächsischen Rechte*, Freiberg in Sachsen, 1893, S. 191 (「これ以上簡単に、事柄の本質を捉えた原則を提示する」とはできなから)；Woldemar v. Rohland, *Zur Theorie und Praxis des Deutschen Enteignungsrechts*, Leipzig 1875 (前掲) 本稿(三)註(9)), S. 55; Georg Meyer, *Das Recht der Expropriation*, 1868 (前掲) 本稿(三)註(7)), S. 271. なお、シュタインによるトライヒラー定式の微妙な評価に「Lorenz Stein, *Die Verwaltungsklehre*, 7. Theil, Stuttgart 1868, S. 339) 参照、後述四42。

- (11) 一八七四年法の立法過程とトライヒラー定式の関係はやや微妙ではある。六四年草案理由書で「取用の前後の財産状態の差額」という表現が用いられていたが(四一九頁)、既に述べたように、これはその後脱落することとなる(参照、四一註(17)) (19) また、トライヒラー論文は一度も引用されていない。しかし一方、完全賠償原則自体は一度も否定されていないことはやはり重要であらう。

(12) J. J. Treichler, *Ueber zwangswise Abtretung von Eigenthum und anderen Rechten (Expropriation)*, *Zeitschrift für deutsches Recht und deutsche Rechtswissenschaft* 1848, S. 123f., S. 153-154.

(13) Friedrich Mommsen, *Zur Lehre von dem Interesse. Beiträge zum Obligationenrecht*, Abth. 2, 1855. 損害賠償の理論史については、専ら北川善太郎「損害賠償論の史的変遷」『法学論叢』第七三巻第四号一頁以下(三二一頁以下)(一九六三年)及び、北川「損害賠償論序説」(一)(四一註(10))。民事法に関する限り、本稿は何らの新しいものを付け加えるものでもない。

(14) 但し、トライヒラー論文(一八四八年)はモムゼンの著書(一八五五年)に先行するものであり、両者の間に直接の影響関係は想定しがたい。モムゼンにつながるころの先行文献をトライヒラーが参照したかどうか、今回は調査し得なかった。

(15) Mommsen (Ann. 13), S. 3. どのようなモムゼンの定義は「パンデクテン法学の共有財産でもあった。Vgl. F. G. Puchta, *Pandekten*, 12. Aufl., 1877 (前掲) 本稿(三)註(15))、S. 343-344; Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 2, 9. Aufl. bearbeitet von Theodor Kipp, 1906 (前掲) 本稿(三)註(15)), § 257, S. 55.

(16) 但し、補償に逸失利益も含めようとする見解はトライヒラー定式とのすりあわせに本来何らかの工夫を要する筈であるが、例えばG・マイヤーにおいてもかかる問題意識は見出し得ない(Vgl. Meyer (Ann. 10) S. 274)。

(17) モムゼンなどの損害賠償論と取用補償とを明示的に関連付ける数少ない論者として、シュルヒャーが挙げられる。

Scheleher (Anm. 10), S. 191-192.

(18) A L R 第一編第六章第一〇条 一二条。なお、「完全賠償」とは「全損害と逸失利益を含む」ものとして定義されている(第七条)。

(19) 既に触れた(四一註(10)) B G B 第一草案理由書は次のように述べる。「原則は、——損害賠償義務とは、全利益の給付の義務として一貫して理解されるべきであるというものである。つまり本草案は、損害賠償義務が義務者の帰責(Verschulden)に根拠を有する場合、多くの立法例(なかんずく A L R)において採用されているところの帰責の種類または程度による損害賠償義務の段階付け(Abstufung)を否定するものである。かかる段階付けが依拠するところの、倫理的乃至刑法的観点の導入は、不法行為の民法上の帰結とは全く無縁のものである。」*Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches* (四一 Anm. (10)), S. 17-18 (§ 218)

(20) 周知のように、ボン基本法一四三条三項は「(取用)補償は、公衆の利害と関係者の利害を適切に衡量した上で定められなければならない」と定めている。もともと、かかる規定の実際的意義については、多に疑問のあるところであるが。

(21) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. II, 2. Aufl., 1917, S. 53. (以下「Mayer, 2. Aufl.」のような形式で引用する。なお、同頁 Fn. 28 でエガーが引用されている) ちなみに、本文で引用した部分の直前で、被収用者が合理的に請求できたであろう「売買価格」という基準も、「また新たな基準を要するだけである」として不適当とされている。かかる学説を現実に提唱するものの名をマイヤーは挙げてはいないので必ずしも明確ではないが、彼のこのような批判は、客観価値に売り手の「付け値」までも含めるペールやシュルテス流の「客観説」(後述四三一)に対しても妥当しうるものであろう。事実、本文で見ると、「マイヤーは「通常価値」については算定可能なものと考えているのであり、上で言う「売買価格」は明らかにそれとは異なるものである。

(22) ebenda.

(23) Mayer, 2. Aufl., S. 53, Fn. 29.

(24) 後述四三二—四三四頁。

(25) Mayer, 1. Aufl., S. 352. なお、この部分の叙述は第二版以降には継承されていない。

(26) Mayer, 2. Aufl., S. 549; 3. Aufl., S. 307. なお、第一版は、「個人の直接の権力領域(rechtlicher Machtkreis)への侵害」

が補償の前提であると述べる。Vgl. 1. Aufl., S. 353. マイヤーの「犠牲」概念について参照、海老原明夫「ドイツ法学継受史余滴 損失補償と特別の犠牲 その一」ジュリスト九八三号(一九九一年)一三頁。

(27) Mayer, 1. Aufl., S. 22. Aufl., S. 1. のことは「警察権・財政権において、国家が社会生活の「上」に立つとされることとの対照において理解されている。参照、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』(前掲本稿)一註(48)有斐閣(一九六二年)八三頁。

(28) Mayer, 1. Aufl., S. 353 Fn. 9; 2. Aufl., S. 449 Fn. 45; 3. Aufl., S. 308 Fn. 22.

(29) 但し、「特別の犠牲」という用語自体はマイヤーの創案にかかるものではなく、彼によればビュッター、プファイファー等に既に見られる表現である(2. Aufl., S. 547 Fn. 49.)から、いずれにせよ、全くのお手盛り論理というわけではない。

(30) この観点から、再譲渡によって利潤を得ることを目的とした通過取用・地帯取用は「取用」から除外されることになる。Mayer, 1. Aufl., S. 13 Fn. 17; 2. Aufl., S. 19-20, S. 20 Fn. 27; 3. Aufl., S. 11 Fn. 23.

(31) 参照、本稿(一)三三頁。

(32) 参照、本稿(一)三一頁以下。

(33) 棟居・註(一)四、六八頁は「公法上の損失補償が私法上の損害賠償とは異別の基準に服しようとしても、公益上の理由に基づくというだけでは、論理的には客観価値に補償を限定することにつながらないであろう」と鋭く指摘している。マイヤーの場合、「客観価値の限定」の直接の根拠となっているのは、公共事業の特性ではなく「犠牲」概念であることは本文で述べたところではあるが、棟居の指摘には結論的に賛成である。なお、棟居・前掲六九頁註(5)が“BdH, S. 355”として第二版を指示しているのは、頁数と内容との関係から見ても、おそらくは第一版の誤記であると考えられる。

(34) Layer (Ann. 10), S. 499. 参照、棟居・註(一)四、六八頁。

(35) Layer (Ann. 10), S. 463. 論者の基本的立場は、「公法的義務としての補償義務こそが第一義的なもの」であって、補償請求権は、「取用権の適法な——補償と引き換えの——行使を求める請求権に他ならぬ」というものである。Vgl. A. a. O., S. 484.

(36) ライヤーは「客観基準を主張するものとして O・マイヤーを挙げつつ (Layer (Ann. 10), S. 499 Fn. 1) 「しかし、実定法は大部分が異なる原則に立っている」と付言している。

## 3 「客観説」の構造

さて、先に引用したシュルテスは、客観説と「時代限定的な、市場経済原則の無瑕疵的稼働への信頼」との関連を指摘している。<sup>(1)</sup> 以下ではこの点も含め、いわゆる「客観説」の構造を追ってみることにしよう。<sup>(2)</sup>

## 1 市場優先主義

さて、そもそも「客観説」とはどのような意味で「客観的」なのか。少なくとも我々の日常感覚に照らして言えば、価値評価とは「原理的には全て主観的」<sup>(3)</sup> であろう。にもかかわらず「客観的」評価を標榜できるとすれば、それは以下のような二つの意味合いにおいてであると考えられる。(i) 特定の時代・地域における多くの人間に共通な評価基準——ライヤーの言う「平均的価値評価」——であること<sup>(4)</sup> (ii) ある物の特定人との特殊な関係から発する価値ではなく、その物が万人に対して共通に有している関係を問題にしていること。

そして、「客観説」の論者にとって、このような二重の客観性を担保すべきものは、もちろん「市場」に他ならない。例えばベールの場合、「ある物の価値は、公論 (öffentliche Meinung) がその物に与えるところの評価に基づく。その意味で、存在するのは単一の価値のみであり、これは通常価値とも称される」と断定している。<sup>(5)</sup> 彼の言う「通常価値」は市場における交換価値に他ならないから、ここでは「市場」と「公論」とを結びつけることによつて議論が裏付けられていることになる。<sup>(6)</sup> 主観説と客観説の間には「市場原理に対する信奉の相違がひそんでいたのではないか」という指摘は、<sup>(7)</sup> 技術的論点だけでなく、このような思想的・原理的意味においても正しいと言える。

市場の十分な機能を前提とする限り、物の価値は利用態様からではなく利用可能性から生じるといふ客観説の主張<sup>(8)</sup>

には一応の理由がある。そうだとすれば、客観価値は原理的・観念的には一つしかありえないのであり、さまざまな評価法による結果の相違は「どちらかが信頼性を欠く」のであるという見方こそが論理的に一貫していると評価でき(9)る。

そして、このような市場優先主義の一貫性をさらに示しているのが、建築可能性と公的計画との関係という問題についての、以下のようなエガーの見解である。彼は、未建築地が補償額算定上建築用地として評価されるのは、「建築地としての将来の利用可能性が、既に確固とした、現在の売買価値に影響を与えるべき前提となっている場合」のみであり、これは「法律問題ではなく引用者註 事実問題である」と論ずる(10)。その上で、(i)「建設計画(Bauplan)に含まれているからといって、地片が当面建築用地として利用される見込みがないのであれば、直ちに建築用地性を帰結するものではない」とされる一方、(ii)逆に街路が事実上整備(Regulierung)されていれば、その後当然予想される警察によるその確認を待たずして、当該地片は「公衆の眼において、建築用地としての価値を有する」とされる(12)。(13)

つまり、エガーの議論において、公的規制・公的計画は、決してそれ自体として、土地の価値を規定するのではない。それが市場の判断に影響を与える(であろうという仮構)ことによつて、間接的な考慮要因となつてに過ぎない。事実的整備の進行により、建築可能性が認められるであろうという「見込み」が生まれ、それが価格に影響するのであれば、補償額確定にあつてもそれはやはり反映される。その限りで、国家による公的規制よりも市場に反映される市民社会的公論の方が優位に立(14)つているのである。

以上のように客観説は、ここまで「市場」を軸とするそれなりの論理的・一貫性を保つことができた。しかし、この原則を厳密に適用すると、所有者にあまりに酷な場合があることを、客観説も認めないわけにはいかない。従前の地片の価値に等しい金銭を与えただけでは、仮にそれが同種同収益の地片の取得に必要な対価に等しいという仮定に

立脚しても、移転費用・顧客喪失等の「付随的不利益」<sup>(16)</sup>が所有者になお生じることが否定し難い。

この点を客観説は「十分な補償」(reichliche Entschädigung)という概念で切り抜けようとする。ベールによれば、「公論は物の価値評価にあたりしほしほ動揺するものであり、この意味で、十分な(reichlich)評価もさほど十分でない(minder reichlich)な評価もともに可能である。しかし、そのことは価値概念の単一性を損なうものではない。」<sup>(17)</sup>しかして、第八条の「全価値」という表現は、「十分」に評価されるべきであることを示しているのである。ここで既に、市場の客観性という先の前提は、妥当力を失っている。確かに、仮想的な市場を想定し、そこで実現されるであろう価格を査定するという手法には現実的困難がある。しかしその困難を正面から認め、そのうちで最大のものを与えるべきであるとする解釈は、政策的には仮に妥当であったとしても、理論的整合性を欠いていると評せざるを得ない。<sup>(18)</sup>

そしてさらに、ベールは客観説を次のように正当化する。「確かに所有者は(移転、仮住居の賃貸、営業場所の変更等の)引用者註)付随的不利益を蒙る。しかし、これら不利益は任意売買でも生じるものである。所有者は売買価格をそれだけ高く見積もるのであろう。通常の売買価格は、付随的不利益をも反映しているのである。」<sup>(19)</sup>

しかしもちろん、これは基本的に所有者の「付け値」の問題であって、市場価格の問題ではない。無視できない「付随的不利益」を蒙る所有者は、確かにそれをも含めた値をつけるであろう。しかし、市場で両当事者の合意によって成立する価格ではなく、売り手の一方的付け値を算定要素とするのであれば、先の「客観説」の客観的たる所以の少なくとも一つは、完全に失われてしまふのである。かかる構成は客観説の存在理由それ自体を堀り崩すものと評し得ざるを得ない。

このような無理が生じた理由は、第一に、ベールやエガールの客観説は、例えば前節で検討したO・マイヤーの議論

と異なり、完全補償原則を前提とする事を標榜していたことにある。所有者に一定限度の不利益が生じるのを前提とした上で補償を市場的客観価値に限定するという、ありうべきもう一つの選択肢は、少なくとも一八七四年法の立法者によっては採用されなかった<sup>(20)</sup>のである。

第二に、第八条の条文自体の問題がある。ここで目を転じて、現在のドイツ法を見てみよう。建設法典<sup>(21)</sup>第九三条二項は、「補償は以下に対して与えられる。(1)取用によって生じた権利喪失(2)取用によって生じたその他の財産的侵害」と定めている。「権利喪失」と「その他の財産的侵害」とを区別するこのような構成は、一九五三年の建築用地調査法<sup>(22)</sup>第九条一項によって定式化されたものであるが、それ以来常套的な立法実務となっている<sup>(23)</sup>と言われている。しかしこのような立法技術は、一八七四年プロイセン取用法の未だ知るところではない。同法は、補償範囲をただ「全価値」と定めるのみである。その結果、補償の範囲をめぐる議論が、「価値」概念の解釈という土俵に全て押し込められることになり、上に指摘したような客観説の無理を生んだと考えることができるだろう。

第三の理由として、客観説と強制売買取説との関連を挙げることができる。「客観説の代表格<sup>(24)</sup>」と評されるエガーは、一九一三年の時点でおお、少なくともプロイセン法は強制売買取の構成に立っていると主張している<sup>(25)</sup>。そして、ペールも、そのコメント<sup>(26)</sup>の第四二項二項の説明にあたり、片言的ではあるが、取用を「強制売買取<sup>(27)</sup>」<sup>(28)</sup>と<sup>(28)</sup>言い換えているのである。

このことは、おそらく偶然ではない。そもそも、取用補償に関する限り、補償を売買価格のアナロジーにおいて捉える強制売買取説の「説明メカニズムの単純さの魅力」は見逃せないところである。シュミット<sup>(29)</sup>アスマンが指摘するように、「取用の強制売買取の構成は、取用補償理論に関しては、それが取用過程の説明に用いられた時期をはるかに超えて影響を及ぼした<sup>(29)</sup>」ことは必ずしも不思議ではない。

さて、取用を強制売買として構成していたALRの場合、補償——この言葉が適当かどうかそもそも問題ではあるが——は物件の「価格」(Preis)に他ならないと表現していた。価格について合意が成立しない場合は鑑定人に委ねられ、その場合通常価値と特別価値が共に考慮されるのが、強制売買一般——取用に限られず——のルールであると同法は規定している。<sup>(30)</sup>

ALRは「価値」(Wertz)概念と「価格」概念とを区別する。<sup>(31)</sup>「価値」が物件の収益可能性によって定義される——通常価値は万人にとつての収益可能性、特別価値は所有者たる特定人にとつての収益可能性——のに対し、「価格」は——本来は——契約により売買当事者間で合意されるものである。そして、補償として与えられるのは「価格」であり、「価値」はその算定の一要素ではない。確かに、市場の十全な機能を前提とすれば、通常価値≡市場価格という等式が成立するだろう。だからといって、強制売買というケースにおいて「価格」算定の要素に、通常価値のみならず特別価値を含めると法が定めることも、必ずしも論理的な誤りとは評し得ない。「価値」と「価格」はあくまで別種の法カテゴリーなのだから。これは論理的というよりむしろ法政策的な問題として捉えられなければならない。そして、おそらくは(i)売買が任意でなく強制であること(ii)市場価格では被取用者にとつてやや酷な場合があることを考慮して、法政策的に、ALRは、市場価格への「上乗せ」を選択したと考えられる。

ベールやエガールの「客観説」もまた、市場の売買価格では被取用者に酷な場合があることを考慮して、「十分に評価された」という枕詞を利用しつつ「上乗せ」を試みる。両者は実は、構造的に相同なのである。彼らの議論は、強制売買的補償観を背景において見たほうが理解しやすい。

前節で検討したO・マイヤーの場合、客観的基準の相当性は、公共事業の特殊性と「特別犠牲」概念とに基礎づけられたものであった。その意味で、論者が必ずしも明言しているわけではないが、補償の公法的構成と関連付けるこ

とも可能であろう。便宜これを「公法的客観説」と呼ぶことにすれば、エガーやベールの見解は、いわば「私法的客観説」として理解されうるであろう。そこで、客観説はそれ（損失補償—引用者註）を適法行為に基づく公法上の固有の制度であると位置づけていた<sup>(32)</sup>という命題が仮に妥当するとすれば、それは前者のみに関してであって、後者には妥当しないということができるだろう。

## 2 物件と財産

「客観説」は今ひとつ別の意味でも「客観的」たらんとすることを試みる。それは人的に「主観的」モメントを排除して、あくまで物件それ自体、その特性に着目することである。それが誰に帰属するものであるかは、物件の価値に影響を及ぼすものではないというのがその論理的帰結である。

しかし、この命題には留保が必要となってくる。まず、少なくとも土地に関する限り、価格算定にあたっては、当該地片それ自体の状態に加え、いや、むしろそれ以上にその地理的位置関係が重要になってくるのは当然のことである。

第二に、いわゆる残地補償の問題である。一八七四年取用法第八条二項は、「同一所有者の土地所有の一部のみが取用された場合、補償には、被取用部分が全体との位置的経済的関連によって有する増価（Mehrwerth）及び、残余の地片が取用によって蒙った減価（Minderwerth）が含まれる」と規定していた。起草者が立っていたとされる「客観説」でこの規定を説明することは可能であろうか。この点を考えるために、再び立法過程を追ってみることとする。

七一年修正より以前、法案は「取用対象が、所有地の他の部分またはその従来の利用態様によって、所有者にとつ

て有するところの増価（第七条二項）「収用によって、所有者の他の所有地に生じた減価」（三項）を補償すべきものと定めていた。これが、上記修正によって、「当該地片が当該所有者の他の地片と関連を有する場合には、補償はかかる関連から生ずる増価・その他の地片に生ずる減価を同時に含む」と改められることになる。<sup>(33)</sup>「従来の利用態様」が削除されたのが最も重要であるが、これは客観説の必然的要請である。

既に述べたように<sup>(34)</sup>、上記に言う「関連」は、立法者において「地片相互の近接した地理的関連」として考えられていた。一八七三年法案に関する衆議院委員会で、「関連」の前に「地理的または経済的」という語を付加する、つまり「関連」を経済的なものにも拡張する修正が提案されたが、ここでは一旦退けられている。<sup>(35)</sup>そしてさらにこの委員会では、政府案第二項が「同一所有者の他の地片との関連」という表現を用いていたのを、「単一の地片の一部が収用された場合、補償は、被収用部分が全体（Ganze）との関連によって有する増価と、残地が収用によって蒙る減価を含む」と改めている。この「地片」という語は、第一〇条四項（最終条文では第九条四項）で、「同一の所有者の関連する土地所有全て」と定義されているから、内容の実質においては政府案も修正案も変わらない。<sup>(36)</sup>修正の眼目は、従って、「全体——一部」という関係を強調するところにあるだろう。

この点は、ベールの説明がわかりやすい。彼によれば、八条二項は補償の客観基準原則からの「逸脱ではなく、そのより細かな適用である。被収用地が同一所有者の他の地片と関連を有し、一体（Ganze）を形成しているのであれば、収用はこの一体に対するものであり、被収用部分のみの価値ではなく、一体としての価値をどれだけ損なったかが問題になる。」<sup>(37)</sup>とされる。このように、単一の「地片」という概念を拡張することによって、物件それ自体にのみ着目するという客観説の原則を壊すことなく、残地収用に理論的に対応することができたのである。

しかし、起草者ベールの意図に反して、本会議では「地理的または経済的」を付加する修正が可決されてしまった。

「関連」に経済的なものをも含めた場合、関連する二つの地片を全体として一つの地片とみなすことは、不可能ではないにしても、かなり苦しい。おそらくそのためであろう、八条が最終的に採用した用語は、「同一の所有者の土地所有の一部」というものであり、「単一の地片」という語句は最終的に放棄されてしまったのである。結局、客観説は「単一の物件」という論理を立法過程において貫徹することはできなかった。<sup>(38)</sup> 起草者が自認するほどには、<sup>(39)</sup> この点についての一八七四年法の立場は一貫したものではなかったのである。<sup>(40)</sup>

(1) Schultes, *Die Höhe der Enteignungsschädigung* (四一 Ann. 10) S. 15-16. 参照 前述一二二頁。

(2) ここを主として検討するのは「一八七四年法第八条の中心的起草者たるベール(ハール)ランゲルンソンスの共著によるコンメンタール(Bähr/Langerhans, *Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum* (四一 Ann. 16) 便宜ベールの見解として紹介する)と「同法に関する代表的コンメンタール(Georg Eger, *Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, Bd. I, Bd. II, 3. Aufl., Breslau 1911. (前掲 本稿〔1〕註(6))」<sup>(41)</sup>「Eger Bd. I, Bd. II」として引用する) : dets., *Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, Handausgabe mit Erläuterungen, 2. Aufl., 1913. (前掲 本稿〔3〕註(2))」<sup>(42)</sup>「Eger, Handausgabe」として引用する)の執筆者」<sup>(43)</sup>の見解である。

(3) Vgl. Layer, *Principien des Enteignungsrechtes* (四一 Ann. 2), S. 497.

(4) ebenda.

(5) O. Bähr, *Der volle Werth im Sinne der §§ 8 und 10 des Preussischen Enteignungs-Gesetzes vom 11. Juni 1874, Eisenbahnrechtliche Entscheidungen und Abhandlungen*, Bd. XI, S. 175f. S. 177.

(6) ベールに限らず、「市場」と「公論」とはそもそも観念上密接に結びついていたことが既に指摘されている。「自由主義的な公共圏・オペティミスムス」は、自由競争モデルを経済領域からそのまま政治領域へ持ち込むことに根ざしている。経済市場における諸力の自由な展開(Spiel)が自動的に正当な価格形成を導くのと同様、公共の議論においても必然的により良き議論が勝利をおさめ、必然的結果として正しい結論がもたらされる」(Wolfgang Martens, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969,

S. 52) 「一般的権利能力というカテゴリーは……市場における商品所有者、公共圏における商品所有者の、原則的対等性に対応するものである」(Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit. Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft*, 1962 (Luchterhand, 17. Aufl., 1987) S. 96. 細谷貞雄訳『公共性の構造転換』一九七三年、一〇六頁) 参照。T・イーグルトン(大橋洋一訳)『批評の機能—ポストモダンの地平』一九八八年、三六六頁。

(7) 棟居「公用収用法理の……」(四一註(一))、七一頁。Vgl. Schulthes (四一 Ann. 10), S. 16.

(8) 前述一〇〇—一頁。参照。棟居・註(7) 四、六四頁以下。

(9) Eger (Ann. 2) Bd. I, S. 142.

(10) Eger (Ann. 2) Handausgabe, S. 52; ders., Bd. I, S. 170.

(11) Bauplan はプロイセン建築線法(一八七五年)の正式の用語ではないようであるが、おそらくは同法第二条の *Bebauungsplan* — 現在のドイツ法の建設詳細計画 (*B-Plan*) とは全く内容が異なる(さしあたり参照。野呂充「ドイツ都市計画法における一時的土地利用規制と損失補償」、『法学論叢』一三三巻一号(一九九三年)二五頁) — を指すものであろう。

(12) A. a. O., Handausgabe, S. 54-55; Bd. I, S. 177.

(13) さらに「建築線法によって建築が禁止された用地の場合、(a)建築線確定以前に既に建築用地性を有していた地片(b)建築線がなければ収用時までには建築用地性を獲得していたであろう地片、いずれも建築用地として評価される。(Eger, Handausgabe, S. 56-57, Bd. I, S. 179.) これは「まずは被収用地の価格を下げ、ついでそれをきわめて安い価格で収用するという権限を被収用者を与えてはならない」(Bd. I, S. 178) として正当化されている。なお、エガーは、堤防法のような法律上の建築制限については補償を否定していることも付言しておかねばならない。(Eger, Handausgabe, S. 57; Bd. I, S. 182).

(14) 筆者はかつて、ボン基本法下における連邦通常裁判所と連邦憲法裁判所の「思考モデル」をそれぞれ「状況拘束性」「社会モデル」の鍵語の下に総括することを試みた。そこでは「所有秩序」の立法者に対する先在を認めるか、それとも立法者の第一次的形成権限を承認するかが問題となっていた。(角松「憲法上の所有権? — ドイツ連邦憲法裁判所の所有権観・砂利採取決定以後」『社会科学研究』第四五巻六号一頁、二五頁以下(本稿(一)註(40)) このような観点からすれば、本文で分析した客観説の場合、市場による所有権秩序形成機能こそが第一次的なものとしてとらえられていると言えるだろう。

- (15) Schultes (Ann. 1), S. 14.
- (16) Bähr/Langerhans (Ann. 2), S. 34.
- (17) Bähr (Ann. 5) S. 177-178.
- (18) 主観説に立つコムカによれば、「十分に見積もられた客観価値」とは決まり文句 (Phrase) に過ぎず、実在しない。鑑定人相互で客観価値に対する意見が食い違ふとき、それは価値が複数存在するのではなく、誤っているのである。それらのうち最高額を採用するのではなく、もっとも根拠があるものを採用すべきであるとされる。Kofka (Ann. 18), Kommentar (四一 Ann. 21), S. 69. 参照。棟居・註(7) 四七〇頁。また、ライヤーは、裁判の局面に自由裁量を持ち込まれることになり、そのことにかかると概念を批判する。Layer (Ann. 3), S. 500 Fn. 2.
- (19) Bähr/Landerhans (Ann. 2), S. 34. Schultes (Ann. 1), S. 15 はこの見解に基本的に賛意を表す。
- (20) SBHA 1871/72, Aktenstück 223, S. 1206. 参照。前述四一〇〇頁
- (21) Baugesetzbuch in der Fassung der Bekanntmachung vom 8. Dezember 1986, BGBI. I S. 2253.
- (22) Baulandbeschaffungsgesetz vom 3. 8. 1953, BGBI I S. 720.
- (23) Eberhard Schmidt-Aßmann, Zur Dogmengeschichte der Enteignungsentschädigung, in: *Festschrift für Werner Weber zum 70. Geburtstag*, 1974, S. 590. Vgl. Schultes (Ann. 1), S. 20. Fn. 59, Werner Weber, Eigentum und Enteignung, *Die Grundrechte* Bd. 2 (1954), S. 390. マーバーは、かかる立法例の端緒として、ライヒ供出法 (Reichsleistungsgesetz vom 1. 9. 1939, RGBI. I, S. 1645) 二六条を挙げている。また、彼によれば、取用補償は以前から、(1)被取用財物についての公法的弁償 (Vergütung) に任意売買によって取得される私法的対価の替わりに与えられる(2)取用過程との関連で生じるその他の不利益の調整 という二重の要素を含んでゐるとされる。
- (24) 棟居・註(7) 四六八頁。
- (25) しかもエガーは、それが通説 (die herrschende (Auffassung)) であると認識している (Eger (Ann. 2), Handausgabe, S. 9. Vgl. Eger (Ann. 2), Bd I, S. 26.) のだが、もう一冊の有名なコンメンタールであるコムカのそれ——この両者の見解が相違するのはむしろ常態ではあるが——は、強制売買的構成を完全否定している (Kofka (Ann. 18), S. 28)°

- (26) 一八七四年法第四二条二項「地方政庁の決定によって補償が確定された後で起業者が事業を中止した場合、所有者は、取用手続によって彼に生じた不利益の填補のみを求めらるゝか、それとも地片の引渡 (Abtretung) と引換に確定補償額の支払を求めらるゝか」の場合によつては、第三〇条の訴訟手続を事前に行うことにより補償によつて請求するの選択権を有する。」
- (27) Bähr/Langerhans (Ann. 2), S. 110.
- (28) 他方「主観説に立つコフカの場合」「支払われるのは対価 (Preis) ではなく完全補償である」ということを一つの理由として、強制売買説が明確に否定されてゐる。Kofika (Ann. 18), S. 28-29.
- (29) Schmidt-Altmann (Ann. 23), S. 592. 事実「第二次大戦後の代表的な論文の一つであるサマーバーの論稿に至るまで、補償法の説明にあたり、「法的意味はともかく、事柄に即して言えば」取用は強制売買であると説かれてゐるのである。Weber (Ann. 23), S. 338.
- (30) ALR 第一編第一章第八條、九條。参照、四一註 (4)。
- (31) Vgl. Layer (Ann. 3), S. 450. この点「一般に強制売買説を代表するとされるケーベルリンの議論が、特段の断りもなくもつぱら「補償」(Entschädigung) という言葉を用いてゐるのは興味深い。論者が補償について「私法的原则」と「国法的原则」とによる正当化を併存させてゐる点 (Häberlin (四〇 Ann. 10), S. 179-180.) とこのことは関連してゐるかもしれない。(この点についての批判として「芝池義一「ドイツにおける公法学的公用取用法理論の確立」(本稿「一註 (51)」、『法学論叢』九二卷二号四二頁。Vgl. Georg Praxák, *Das Recht der Enteignung in Österreich*, 1877, S. 131 Fn. 3) もこのマルチンの方がこの問題を意識してゐる。彼によれば「確定されるべき価格」を通常「補償」と呼び慣らすことは強制売買的構成の妨げにはならない。「補償」という言葉は単に「売り手からの譲渡の強制性に鑑みて、取用によつてもたらされる財産的損害の可能な限り完全な補填が課されていること」従つて価格確定は気前よく (liberal)「売り手の全利益 (Interesse) を充足するようになされねばならない」ということを意味するに過ぎないとされる。(Martin, Ueber die rechtliche Natur der Zwangsenteignung des Privateigentums, *Archiv für praktische Rechtswissenschaft*, 1862, S. 64f. (S. 79).)
- (32) 棟居・註 (7) 四七二頁。
- (33) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1207.
- (34) 四一〇三頁。

(35) SBHA 1873/74, Aktenstück 149, S. 971.

(36) ebenda.

(37) Bähr/Langerhans (Anm. 2), S. 37. 衆議院本会議においてヘルルは、次のような説明を試みている。「例えば、ある所有地 (Gut) に属する個別地片が、残りの所有地との結合によって所有者にとって地片単独よりもより高い価値を有するという特別の関連にある場合、所有者もまた当然 (nur) 当該地片をより高い価格で売却することになる (würde verkaufen) だろう。それにより最終的な (an und für sich) 価値はずっと高くなる」53. Sitzung am 27. 4. 1874, SBHA 1873/74, S. 1272. 口頭の説明でもあり、所有者の意思 (付け値) と売買実現の可能性、また「地片」という語の用法などが必ずしも明晰ではないが、論者の発想をわかりやすく知らしめてくれる説明ではある。

(38) 当然ながら、ヘルル/ランゲルハンスのコメントールは、「経済的関連」に対し、価値の二重計算を招きかねない」ときわめて批判的である。そして、「解釈論的対処として、「A、B両地片が、類地ではなくAのみがBに特別の利益をもたらす、類地ではなくBのみがその利益を享受することができる」という特殊な排他的関係—このような場合はほとんど両者は地理的関係にあり、そうでない場合はごく希であろう—にある場合のみに「経済的関連」の適用を限定しようとする。Bähr/Langerhans (Anm. 2), S. 39-40.

(39) Bähr/Langerhans (Anm. 2), S. 36.

(40) 客観説が受忍せざるをえなかったもう一つの不徹底として、第一〇条第一項の規定——「従来の利用態様は、所有者が同一の方法で同収益を挙げうるような他の地片を利用するのに必要な金額を限度として考慮される」——を挙げることができ。そもそもこの規定は六四年草案段階から存在するものであるが、「従来の利用態様」による地片の増価を明文で承認する第七条(当時)を前提とした上で、被取用者に不当な利益を与えないためこれに限界を画するものであった。(Vgl. Justiz = Ministerial = Blatt 1864, S. 361) だとすれば、「従来の利用態様」を利用可能性の「証明手段」としてしか認めな( Vgl. SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1207. 参照 四一〇〇頁) 七一年修正との関係はどうか。ヘルル/ランゲルハンスはこの点を、「従来の利用形態」による増価を定める——引用者註) 第八条の規定の削除によって、この規定は削除されてもよかった。……この点についての様々な異論、特に政府委員が存続を希望したことにより、一八七二—七二年の委員会とは同規定をそのまま存続することを決議したのである」と解説する。(Bähr/Langerhans (Anm. 2), S. 42.) しかし、同条に關す

る同委員会の報告を確認すると、次のように述べている。「価値評価は、まず利用態様を考慮せず地片の全価値について行い、次いでこれに、他の地片で同収益を挙げつつ営業を更新継続するのに必要な資本額が付け加えられる（傍点は引用者）べきである」。(SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1208) この報告は確かに「従来の利用態様」を「証明手段」と位置づけているのだが、現実にはそれを増価の独立要因として扱っている。ベール等が言うほどには委員会が理論的に一貫していなかったことを示す証左と言えよう。後に、ライヒ裁判所は一〇条一項を一つの根拠として、主観説的立場への転回を明言することになるのだが (RGZ 32, 298 (303))。この判例については、参照、棟居・註(7)(四)、七三頁) これは必ずしも同条の曲解とばかりは言えないだろう。

#### 4 法的構成

さてここまで、補償の範囲をめぐる主観説・客観説の対立を軸にして法文・学説を検討してきたが、損失補償が「そもそもなぜ与えられ、どのように法的に説明されるか」という最も基本的な問題は、学説の検討の中で付随的に触れることはあっても、基本的には先送りしてきた。以下ではそのような問題について、主要な学説を取り上げ、検討を加えることとする。

##### 1 トライヒラー、ヘーベルリン

四二一で検討したトライヒラーの場合、この点についての深い問題意識は読み取られえない<sup>(1)</sup>。考察はもっぱら、損害額の算定方法の如何にむけられている。

この点について、いわゆる「強制売買説」を定式化したヘーベルリン<sup>(2)</sup>は、次のように説明する。所有権については

処分の自由が原則で、強制取用は例外である。取用の主体である国家等は、特定物なくしては不可能な事業のためにその物を必要とするのであり、それ以上は要しない。なかんずく物を無補償で取用することは要しないのである。そこで再び有償 (onerose) の所有権取得に関する原則が適用され、物または権利の全価値の支払いが要求されることになる。<sup>(4)</sup> 強制取用を「法律に基づく必要的売却」と定義するヘーベルリンにとって、補償は「売買価格」(Kaufpreis)に他ならない。補償額について起業者と所有者が合意した場合はもちろんとして、裁判によって確定した場合でも、それは合意を補完すべきものとして理解されることになるのである。<sup>(5)</sup>

しかし、注目すべきことに、ヘーベルリンは補償額について「トライヒラーの定式」を基本的に承認し、「事業によってその個人について……生じた全損害」を補償すべきことを主張する。「被取用対象それ自体としてのみでなく、被取用者のその他の財産との結合、特別の状況との関連において理解されうる、被取用財産の価値評価よりもむしろ、取用によって生じた不利益が問題になる」とされる。<sup>(6)</sup> ALR について既に検討したところであるが、このような結論は論理的な誤りとは評し得ないであろうが、強制売買的構成と本質的な緊張関係に立つものではある。<sup>(7)</sup>

このようにヘーベルリンは、(i) 取用を例外的な事象と位置づけることによって、被取用者に対する侵害を最小限にすると言う観点から、補償の必要性を説明している。いわば今日で言う「過剰性禁止」(Übermaßverbot) 類似の観点が見られる(ii) また、強制売買的構成の帰結として、補償の実質は「売買価格」であるとされる。しかし具体的結論としては、(iii) 完全補償原則と主観法的基準とを承認するものであった。

## 2 L・v・シュタイン

「自由主義的」補償理論の代表格の一人とみなされることもあるロレンツ・フォン・シュタインの場合、補償の出

発点は、彼が「国民経済の基本概念」に位置付けるところの「物財」(Gut)と「価値」(Worth)との分離<sup>(9)</sup>である。シュタインによれば、所有権とはこれら両要素への権利を同時に含むものであり、その一方の要素を奪うことは、他方の要素への契機を制限することなしに可能であるとされる。

さて、シュタインにおいて収用とは、「公民的社会」(staatsbürgerliche Ordnung)の最高原理としての「個人とその労働の自由な展開」と矛盾する、即ち「他者全ての営業(Erwerb)の全面的発展」の障害となるところの個別所有の覆滅に他ならない<sup>(10)</sup>。そして彼によれば、「価値に対する権利」は、かかる矛盾を生じさせることは決してなく、むしろ個人の自由な活動の領域それ自体と言える。ここで、個人の独立不可侵もまた公民的社会の原理であるから、それに対する侵害は最小限に止められなければならない。従って、物財の実体(Substanz)あるいは物質的側面(Stoff)は奪うが、物財の第二の構成要素(organsches Element)たる価値は所有者に返還されなければならないということになる。シュタインによれば、それがまさに補償に他ならない<sup>(11)(12)</sup>。

しかし、シュタインの言う「価値」は必ずしも通常価値ではない。彼によれば、補償額評価は「被収用財物がその特性において、それが属する経済的全体(wirtschaftliche Ganze)の一部分として有していたと認められるところの価値」を基準とすべきであって、そのため、収用が間接的にもたらす不利益も補償の対象となる。ヘーベルリンやトライヒラーの「完全補償」という発想も、結論的には正しいと言うのがシュタインの理解である<sup>(13)</sup>。この時期において客観説——主観説という対比の仕方は一般的ではないが、シュタインの議論は物件それ自体の価値に着目するものであり、客観説的発想に近いと言える。その上で彼は、「経済的全体」という表現によって、客観説のギリギリの線を維持しつつ<sup>(14)</sup>、結論的にはいわゆる主観説に接近するのである。

上のようなシュタインの議論は、(i)「過剰性禁止」の発想においてヘーベルリンと共通する一方、(ii)強制売買とい

う発想は全面的に退けられる。それは「論理的ナンセンス」(der logische Unsinn)に他ならず、取用を「独自の法関係」、「行政法の一部」として位置づけるべきことを彼は主張する<sup>(15)</sup>。シュタインにおける補償は、いったん物財とともに奪われた価値を「返還」(zurückgeben)することであり、売買代金として引き換えるのではない。そして、彼にあってはやはり、(iii)完全補償原則は否定されていないのである。

### 3 ラーバント、ローラント

それでは、強制売買説などの私法的構成に対抗して公法学的公用取用理論を確立したと一般にみなされる<sup>(16)</sup>ラーバントの場合はどうか。補償に関する彼の議論のポイントは、(i)補償請求権を取用⇨財産剝奪それ自体と切り離し、むしろ取用の効果と位置づけたこと<sup>(17)</sup>及び、(ii)それに対応して、補償請求権を起業者(国家の場合は国庫)に対する私法的な請求権としたこと<sup>(18)</sup>であろう。この論理によれば、いったん取用によって発生した被取用者の損害を、あらかじめ起業者が填補するという論理構造が明確になり、取用補償を損害賠償的に構成することが正当化されるだろう。ローラントに至ると、この点はより明確である<sup>(19)</sup>。「補償義務は、むしろ損害賠償義務である。補償の目的は、個人の権利に生じた侵害を回復し、彼に加えられた損害を埋め合わせることにあるのだから。」<sup>(20)</sup>

これら論者においてもまた、過剰性禁止の発想に依拠した補償論が見られるが、この場合は物件と「財産」(Vermögen)の区別を前提とするものである。ラーバントによれば、「国家は所有権(Eigentum)は否定するが、同時にその市民の財産を否定もしくは削減すべき理由はない<sup>(21)</sup>。従って国家は、財産的価値を考慮して代償(Aequivalent)を彼に与え、被取用者は取用から発生した補償に関して請求権を有する<sup>(22)</sup>」。ローラントの場合、シュタインを引用した上で、被取用者が「財産的代替物」(Vermögensäquivalent)を得ることを主張する<sup>(23)</sup>。

さて、以上のような学説史において、前節でも検討したO・マイヤーの「特別犠牲」説はどのような位置を占めるのか。まず第一に、マイヤーは、ラーバントを引用した上で、補償を収用の「法的効果」として明確に位置づけている。<sup>(24)</sup> それを収用の本質とするギールケ、L・v・シュタインの構成は退けられる。<sup>(25)</sup>

第二に、マイヤーは、ラーバント流の契約責任・ローラントの損害賠償責任等の構成を退ける。<sup>(26)</sup> シュタインの価値返還論もまた彼のとるところではない。<sup>(27)</sup> 強制売買説を退ける彼が、売買價格的発想をとらないことは言うまでもない。彼における収用補償の根拠は、「一般的公平原則」、従って収用に限られたものではなく、一般的な損失補償請求権である。その帰結として、ラーバントと異なり、補償請求権は公法上のものとされている。<sup>(28)</sup>

第三に、既に前節で検討したように、マイヤーは結論的には客観的基準による補償を支持し、主観的基準を退けていた。<sup>(30)</sup> ここまでみてきた論者には見られなかった特徴である。彼にあってこの点は、「地片に体现された財産的利益」<sup>(31)</sup>と表現される。

これらの点について今少し敷衍しよう。

第一の点に関して言えば、ラーバント以降も、ギールケ、ライヤーなどは補償を収用の概念要素とする立場をとり、ラーバントやO・マイヤーの理解に対抗した。ギールケによれば、補償義務は私法的権原に基づくものではなく、「権利移転を生ぜしめるところのもの」と同一の国家的意思行為「から導かれる。即ち、収用はそもそも「価値補填と引き換えの物権移転」(Übertragung von Sachenrecht gegen Wertersatz)を目的としているのである。<sup>(32)</sup> ライヤーの場合、憲法規定、収用法律などを見て、「今日の実定法制度」に関する限り、補償が収用の概念構成要素であり、「本質的契機」であることは疑いないという立場をとっている。<sup>(33)</sup>

補償を取用の概念要素とするかどうかは、「無補償取用」の可否という重要な問題につながることはいうまでもないが、もう一つの問題として、取用法規において一般的であった事前補償をどう説明するかという問題がある。ラーバント及びマイヤーは、先に見たように、補償支払いが「時間的には」取用に先行することを認めた上で、「論理的には」あくまで取用こそが先行するのだという立場をとる。<sup>(34)</sup> その場合、事前補償を要求する法律の定めは、「被取用者にたいして加えられる強圧をできるかぎり緩める」<sup>(35)</sup>「遅延に対抗するための保障」<sup>(36)</sup>として説明されることになる。

これに対し、「事前補償の背後には、取用の本質に発する思想が存する」とするライヤーは、取用を「権利を補償と引き換えに廃止し、同時に被取用者の新たな権利を創出する一体の法制度」として、ギールケ類似の理解を示す。そして、彼によれば、「まず財産的損害を生じる『特別犠牲』が要求され、そのあとでそれが回復されるのではなく、被取用者の財産的犠牲はそもそも発生してはならない」のである。取用補償は通常「損害発生以前」に与えられるものであり、従って損害賠償ではありえない。補償支払によって損害を回避する責任(Schadloshaltung)は、ライヤーの場合、取用の条件(Bedingung)とされる。<sup>(38)</sup>

さて、マイヤーの第二の点であるが、これはつまり、取用補償を取用法固有の原理によって説明するのではなく、一般的国家活動に関する法理で処理する事である。この点はシュタインと対照的である。先にも述べたように、シュタインは権利剝奪を国家の原理ではなく市民社会の原理によって正当化するのであるが、その際次のように述べる。「権利剝奪が国家・法・公共の福祉などに対応しているのであれば、それは所有権でなく個人のすべての権利——名誉・信仰など——を含むものである。つまり、個人財産を剝奪できるのと同様、信仰の変更をもとめる国家の権利を弁証する事ができるということになる。国家又は公共の福祉の名において、名誉に対する侮辱、個人生活のもっとも親密な諸関係に対する介入を、所有権に対するのと同様に要求できることになる。……また、取用補償は権利剝奪の

本質に属するものではなく、公共の福祉がそれを要求しているからということになる」<sup>39)</sup>

つまりシュタインは、収用を、あくまで所有権固有の性質から発する制度として説明し、また補償も所有権に必然的に内在するものとしてとらえているのである。このことは、国家ではなく社会から収用を弁証する彼の議論の帰結であると言えるだろう。

最後に第三の点である。マイヤーとライヤーを除く、ここで検討した全ての論者も、基本的に完全補償原則Ⅱトライヒラー定式を承認していた。既に四二で検討したように、マイヤーの議論は完全補償原則から唯一離脱したものと、画期的な意義が見出せる。

その関係でもう一つ付言しなければならぬ。マイヤーは、「地片に内在する財産的利益」という表現にも表れているように、財物に価値が内在するというシュタインの発想を必ずしも否定するものではない。しかし、それは損失補償の正当化原理とはみなされていない。彼の場合、補償は、あくまで公平の観点からなされるものである。前節に見たように、マイヤーは客観価値に補償を限定する理由を一応説明はするのだが、それは十分に説得力を持つものではない。むしろ、学説の構造自体に本来的に即して言えばマイヤーの「特別犠牲」という概念は、「特別」あるいは「犠牲」という解釈論的操作が容易な概念を用いる事によって、法政策的考慮による補償の増減を可能にしている、と評する事ができる。しかし、その「法政策的考慮」を行うのが立法者であるか、それとも解釈者としての学者や裁判官かによって、学説のインプリケーションは全く異なったものになるだろう。ワイマール期から戦後にかけて同概念がたどった運命は、まさにその反映に他ならないとも言える。

## 5 M・ライヤー

さらに、取用補償について独自の説明を試みる論者として、既に若干触れたM・ライヤーを挙げる事ができる。ライヤーが立脚するのは、資本主義社会の原理に立脚した、財産的犠牲と人格的自由の犠牲との区別論である。彼は、所有権の中に、二つの要素が存在するとする。第一には、「価値の総体 $\parallel$ 資本(Kapital)への支配」であり、第二にはその外的現象形態たる「(広義の)有価物(eine Sache von Wert)に対する支配」である。

「所有権とその交通にたいする制限の撤廃によって、個人は原則的に、その私的資本を彼の自由意志に対応するところの外的形態 $\parallel$ 所有権の形態におくことが可能になった。かくして、自由な私的所有権の法秩序は、今日の社会秩序と個人の自由権がそれに基づくところの私的資本の経済秩序(Oekonomische Ordnung des Privatkapitals)を現実化するものなのである。所有権が国家において受ける権利保護によって、二つの要素がともに保護される。他方、所有権に対する侵害は二つのことを含むことになる。財産に対する侵害と人格的自由に対する侵害<sup>(40)</sup>。」

国家が財産的犠牲を要求する場合は、人格的自由の犠牲を求めてはならないから、租税等の形で一般的に課せられるのが原則である。そして、国家が特定物を必要とする場合は、私法行為で取得するのが原則であり、それではどうしても目的が達成できない場合に取用( $\parallel$ 人格的自由に対する侵害)が初めて問題になるのだが、これは平等負担の原則と矛盾するものである。「にもかかわらず、侵害が法秩序の原理に反しないものであるためには、対象の引渡が財産権的給付としては立ち現れないような仕方ではなされなければならない。」これは、資本価値 $\parallel$ 財産を被取用者の元に維持する事で実現される。取用における侵害は、「資本の外的現象形態のみ及び、対象の中に現象する資本自体は削減されず、当該所有者にそのまま維持される」という特性を持っているとされる<sup>(41)</sup>。

さて、このようなライヤーの見解を、棟居は次のように論評している。

「シュタインにあっては共に所有権を構成したところの、『物 Gut に対する権利』は『価値 Wert 資本に対する権利』すなわち所有権（“Vermögen”）から切り離され、価値（資本）の現象形態を選ぶ自由と同視されている。そして後者はもはや自己目的ではなく、せいぜい価値（資本）の維持増殖のための手段にすぎないであろう（資本主義的所有権観 Ⅱ 人格の自由と所有権の分離<sup>(42)</sup>）。」

この見解は大変説得力に富むものではあるが、本稿は必ずしも立場を同じくしない。まずライヤーは、当時の一般用語法に従って「所有権」(Eigentum) と「財産」(Vermögen) とを区別<sup>(43)</sup>した上で、既に見たように、前者には人格的自由保護のモメントも含まれるべき事を明言している。

そして、ライヤーは確かに財産的価値に対する侵害と人格的自由の侵害とを峻別しているが、必ずしも後者を前者の劣位においているとは言いい切れない。むしろ、どちらのモメントであれ侵害は必要最小限でなければならぬことを前提とした上で、両者が構造的に別物であることを強調し、一方の制限に際し他方にまで制限が及んではならぬという発想が基本であると考えられる<sup>(44)</sup>。人格的自由を制限する取用において財産的価値が侵害されてはならないのと同時に、財産的給付を要求する国家行為においては人格的自由の犠牲まで求められてはならないとされている<sup>(45)</sup>。既に見てきた「最小限侵害」Ⅱ「過剰性禁止」的発想は、ライヤーにも共通しているのである。

## 6 小括

以上検討した、損失補償の説明と構成についての諸学説において注目すべき点として、下記三点が挙げられる。

第一に、ほとんどの学説において、補償を説明するものとして、最小限侵害Ⅱ過剰性禁止的な発想が登場していることである。取用を所有権保障原則に対する例外的な現象と位置づける思想がそこには伏在している。後の M・ヴォ

ルフのように、取用が「所有権の『侵害』(Verletzung)」であることを否定し、むしろ「所有権保障の確認と具体化」と位置づけるような発想は<sup>(46)</sup>ここまで検討した学説においては見出すことはできない。

しかしかかる発想が当時皆無だったわけではない。例えばイェーリングによれば、「取用の内に所有権に対する侵害、所有権の『理念』(Idee)自身と矛盾する異常事態(Abnormität)を見出すとしたら、私の考えでは、取用の意義は全く見失われてしまう。……『社会的所有権理論』。この観点からすれば、取用は、異常事態でも、所有権理念に反するものでもない。それどころか、取用は所有権理念自身によって不可避的に促進される。」<sup>(47)</sup>A・ワグナーもこの考えに賛意を表している。<sup>(48)</sup>

そもそも実は、一八七四年法第一条の立法過程において既に興味深い議論がなされている。六八年法案第一条は、最終条文と異なり、「補償」について言及していなかった。貴族院委員会においてこの点について、「支払われるべき補償について、まず法律の冒頭で言及すべきではないか」という意見が出される。その際、大要次のような意見が出されていた。「取用は、例外的権利(Ausnahmerecht)、私的所有権に敵対するものとして敵意をもって見られる事が多い。確かに公民的社会(Staatsbürgerliche Gesellschaft)の基盤は個人の人格の自由な発展であり、その条件は私的所有権の保障である。しかし他方、個人は国家・地方団体等の有機体に属し、この有機体は自由な発展に対して優越する権利を有している。特定の財物に対する個別所有権が他者の自由な営業の全面的発展の障害になる場合、それが万人の経済的発展の条件である限りにおいて、当該権利は覆滅される。個別所有権が万人の経済的発展の障害になるのはそのStoffについてであって、その価値についてはないから、取用の際個人にその価値が填補されねばならない。」<sup>(49)</sup>「これは七一年修正以前のものであるし、この発言に基づいた修正案は結局否決され、<sup>(50)</sup>「完全補償と引き換えに」という字句の挿入のみが可決されるのだが、立法過程において、取用の例外的性質を否定し所有権内在的に基礎<sup>(51)</sup>

づける議論が提起され、しかもかなりの支持を得ていることは興味深い。

第二に注目すべきは、「財産」概念の意義である。知られているように、サヴィニーにおける「財産」(Vermögen)は、「人格の物件に対する無制限排他的な支配」としての「所有権」(Eigentum)とは区別されたものであり、金銭的価値の存する全ての法的関係——所有権のみならず、他物権や債権債務をも含む——をその主体としての人格において一体(Einheit)として把握するものである。そのように理解される限りで、「財産」は個別的権利のあれこれの特性から切り離され、純粋な量(Quantität)として、即ち金銭所有として扱うことができる。

本稿で扱った多くの論者にとって、収用補償は、このような、(i)人的モメントによって規定され、また(ii)原理的に金銭評価が可能であるところの「財産」に焦点を合わせるものであった。トライヒラーの定式「収用前後の財産状態の差額」を補償すべきとする完全補償原則は、「財産」の保障に他ならない。ラーバントもまた、「所有権」と「財産」とを区別する論理に立脚した上で、財産に対する「損害回避」(Schadloshaltung)の義務を主張している。このSchadloshaltungは、ライヤーの場合は、収用の条件ですらあり、財産的損害をそもそも発生させないことが強調されている。「物財」と「価値」の二元論に立つシュタインにしても、「経済的全体」概念を利用することによって結論的には主観説に接近し、完全補償原則と「財産」の保障を実質的には承認しているのである。

第三に、論者による「主観説は損失補償を私法上の損害賠償に服せしめたのたいし、客観説はそれを適法行為に基づく公法上の固有の制度であると位置づけていた」という指摘について検討しなければならない。筆者は、この命題は必ずしも全面的に妥当するものではないと考える。(i)まず、上に見たように、必ずしも「私法上」の「損害賠償」的構成をとる論者でなくても、結論においては主観説をとっていることが多い。(ii)ついで、四三一で既に見たように、ベールやエガーの「客観説」は、収用に関して公法的構成をとるものではなく、むしろ私法的・強制売買説的構成に

接近していた。<sup>(58)</sup> (iii) 他方、主観説をとるコフカは取用の性質に関して強制売買的構成を明確に退ける。<sup>(59)</sup> また、損害賠償的構成も彼の否定するところである。彼によれば、「完全補償を求める所有者の権利は、主たる問題である価値補填に関する限りにおいて、<sup>(60)</sup> 損害賠償請求権ではない。この点はライヒ裁判所がくり返し述べるところである。(……)最後に引用した判例では、損害賠償請求権は被取用者の請求権と異なり、第一義的には以前の状態の回復による損害の回復 (Ausgleichung) を問題にするものであって、これは (原状回復を第一義とする) BGB 二四九条<sup>(61)</sup> に対応すると述べられている」取用補償が金銭補償を原則とすることを理由に損害賠償と区別するライヒ裁判所のこのような立場をコフカ自身がどこまで積極的に承認するかは必ずしも定かではないが、<sup>(62)</sup> 少なくとも結論的には両者は異なるものではないことになる。

(1) 「正当な補償なくしては、取用は窃盗たる暴力行為 (räuberliche Gewaltthat) となってしまう」(Treichler (四二 Ann. 12), S. 153) という叙述が、論者が唯一提供する説明である。

(2) 芝池「公法学的公用取用法理論……」(四三註(31)) (『法学論叢』九三巻二号三三頁以下は、強制売買説について極めて鋭利な分析を行っている)。

(3) このような叙述から、ヘーベルリンにおいて意思教説的発想が少なくとも徹底されてはいないことを窺うことができる。

後にギールケが、「そもそも矛盾した概念である、望まれない売買なる物は、近代法においてはまったく認められない」と強制売買を批判した (Otto Gierke, *Deutsches Privatrecht*, Bd. 2, 1905, S. 470) ことと合わせ、この点は興味深い。また、ヘーベルリンにおいて、強制取用は *causa traditionis* の侵害として捉えられている。(Häberlin, *Die Lehre von der Zwangseignung*……(四三 Ann. 10), S. 181) ちなみに一九世紀ドイツにおける *causa* 論については参照、小川浩三「普通法学における *causa* 論の一考察」法学協会雑誌九六巻六号(一九七九年)七二二頁以下。——同論文の所在については太田匡彦氏(東京大学)より教示を受けた——これらの点については、ヘーベルリンの他の論文を参照し得なかつたこともあって、他日の課題としたい。

- (4) Häberlin (Anm. 3), S. 179-181.
- (5) Häberlin (Anm. 3) S. 201-202, S. 202 では、「売買価格または補償」という言い回しが用いられている。この点につき参照 四〇註 (31)
- (6) Häberlin (Anm. 3), S. 183.
- (7) 参照 芝池・註 (2) 四二頁。この矛盾の背景としては、(i)論者が実定法制との整合性を意図したこと(ii)論者が損失補償について、「補償義務は国法上の原理から既に発生している。ただ、私法上の原理によってそれはより強く示される」(Häberlin (Anm. 3), S. 180) という立場をとったことの二点が既に指摘されている(芝池、前掲)。彼が、同一頁に補償は「所有権の発現」であるという説明と「正義の要請」という説明とを併存させている(S. 179)ことは象徴的であろう。また、これに加え、(iii)所有者は自由な処分権と言う評価不能の権利を奪われるのだから、政策的には、補償額が「多すぎるほうが少な過ぎるよりは良い」(S. 182) という論者の基本的な価値判断も挙げることができよう。
- (8) Vgl. Hans Kutscher, *Die Enteignung. Ein Beitrag zur Lehre von der Enteignung und vom Eigentum*, 1938, S. 45.
- (9) Stein, *Die Verwaltungslehre*, 7. Theil (四〇 Anm. 10), S. 75. なお「物財」という訳語は、辻清明「ロレンツ・シュタインの行政学説」(1)『国家学会雑誌』五七卷一〇号一一三頁以下、一一四九頁に依った。ちなみに、本書の出版時点ではシュタインは貴族に列せられてはいない(参照、森田勉「シュタインの生涯」L・シュタイン(森田訳)『社会の概念と運動法則』二二三頁)ため、著者名に“von”は含まれていない。
- (10) Stein (Anm. 9), S. 76, S. 295.
- (11) Stein (Anm. 9), S. 76, S. 300. シュタインにおいて収用は「彼独自の概念である「権利剝奪」(Entwähnung)の一類型として捉えられる。「権利剝奪」とは社会秩序の発展が要求するところの現象であり、その意味で「社会法」(gesellschaftliches Recht)として位置付けられる。彼によれば、社会秩序の発展段階は(1)家族の自然的一体性を基盤とする「家長制的秩序」(Geschlechterordnung) (2)職能団体を基盤とする「職能身分制的秩序」(ständische Ordnung) (3)独立した個人の自由意志に基づく「公民的秩序」(staatsbürgerliche Ordnung)に分かつことができる。新たな社会秩序の生成のためには、他の秩序の法を、特に所有・営業秩序に関して、覆滅する必要がある。そこで今日「ゲルマン国家」において生成発展しつつある公民的秩序は、その至高の原理たる個人の自主的活動が不可避的に要求する限りにおいて、他の社会秩序の法体

系を否定せざるをえない。これが「権利剝奪」であり、取用の他に土地解放 (Entlastung)、「営業自由化」、共有地分割などが挙げられるが、補償が要求されることもまた取用と同様である (S. 71-77)。かかる概念が、ドイツにおける封建的諸特権廃止の実態に即し、それを基本的に肯定したものであることは、特に説明を要しないであろう。(Vgl. Rainer Wahl, Der Übergang von der feudal-ständischen Gesellschaft zur staatsbürgerlichen Gesellschaftsordnung als Rechtsproblem: Die Entwährungslehre Lorenz von Steins, in: *Staat und Gesellschaft, Studien über Lorenz von Stein*, Hg. von Roman Schnur, Berlin 1978, S. 337, S. 352f.) しかしこの概念の適用は、他ならぬ取用においてもっとも困難を伴う。ここで廃止の対象とされる権利は、旧来の社会秩序のそれではなく、まさに公民的社会秩序それ自身の基盤であるところの自由な所有権であるからである。シュタインは、「全ての個人の自由な営業の全面的発展」が公民的社会の要求であるとしてこの隘路を切り抜けようとする。それが理論的説明として十分に成功しているかどうか、また、取用の許容性の判断基準を提供すべき道具概念としての機能を持ちうるものであるかどうかについては、いっそうの論究が必要であろうが、それは本稿の守備範囲を越える。

(12) 本文でも既に見たように、シュタインは「物財」(Gut)——「価値」(Werth)とどう対比を行う場合 (Stein (Anm. 9), S. 76) と、「物財」をいわば上位概念として、その物質的側面 (Stoff) と価値とを対比する場合 (A. a. O., S. 300) とがあり、用語法が微妙に相違している。

(13) Stein (Anm. 9), S. 339. トライヒラーの定式は「実質において正しいが、形式において誤っている」というのがシュタインの評価である。

(14) 参照、四三二。

(15) Stein (Anm. 9), S. 323-324.

(16) 芝池・註 (2) 四『法学論叢』九三巻四号四一頁。

(17) Paul Laband, Die rechtliche Natur des Retracts und der Expropriation, *Archiv für die Civilistische Praxis*, Bd. 52, 1869, S. 151f. S. 181. 「補償の支払いは、通常時間的には(強調原文)所有権剝奪に先行する。論理的には(同上)取用が先行するのであり、損害回避 (Schadloshaltung) 義務は、その結果として初めて存する」

(18) Laband (Anm. 17), S. 179.

(19) ラーバントは「起業者の補償義務を、」義務者の意思行為(=自由意思により取用法の適用を申請しもたらしたこと)か

- ら生じ、擬似契約的債務 (quasi=contractliche Obligation) の列に全面的に連なるものであって、買主の義務のフナロギ一にまじって判断される」と論じ (Laband (Anm. 17), S. 180) ローラントとは異なる立場に立っている。参照、芝池・註 (16) 四五〇頁。
- (20) Woldemar v. Rohland, *Zur Theorie und Praxis des Deutschen Enteignungsrechts*, Leipzig 1875 (本稿 I | 3 註 (21)), S. 35.
- (21) 非所有の点で、ローラントは刑事・戦時の没収 (Erbeutung, Confiscation) と取用とを区別する。Laband (Anm. 17), S. 179.
- (22) Laband (Anm. 17), S. 179. ローラントはこれを「損害回避 (Schadloshaltung) 義務」と呼ぶ。参照、芝池・註 (16) 四五八頁註 (20) 柳瀬良幹『公用負担法』(前掲本稿 三三三註 (21)) 二六三頁。
- (23) Rohland (Anm. 20), S. 8.
- (24) O. Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Bd. II (四 2 Anm. 21), 1. Aufl., S. 43 Fn. 20; 2. Aufl., S. 51 Fn. 26; 3. Aufl., S. 30 Fn. 22. 引用されたものは「上記註 (17) に挙げた文である。
- (25) Mayer, 2. Aufl., S. 51 Fn. 26; 3. Aufl., S. 30 Fn. 22.
- (26) Mayer, 2. Aufl., S. 52.
- (27) Mayer, 2. Aufl., S. 51 Fn. 26; 3. Aufl., S. 30 Fn. 22.
- (28) Mayer, 2. Aufl., S. 41; 3. Aufl., S. 23; 1. Aufl., S. 30.
- (29) Mayer, 2. Aufl., S. 52; 3. Aufl., S. 30.
- (30) Mayer, 2. Aufl., S. 53 Fn. 29, S. 552 Fn. 52; 3. Aufl., S. 31 Fn. 23.
- (31) Mayer, 2. Aufl., S. 53.
- (32) Gierke (Anm. 3), S. 471. マイヤーは「物のようなギールケの論点を「物の金銭への強制轉換」(Zwangsumwandlung einer Sache in Geld) と表現している。(Mayer, 2. Aufl., S. 51 Fn. 26; 3. Aufl., S. 30 Fn. 22. これはマイヤーによる言換であり、シュルテヌスがギールケ自身の言葉のような形で引用している (Schultes, Die Höhe der Enteignungsschädigung... (四 1 Anm. 10), S. 9) のは何らかの誤解によるものであろう。) かかる用語法の先例はハイ

- 「見出す」ことができる（非自由意志的財産変更）（unfreiwillige Vermögensänderung）が、これは「犠牲」の類型論（財産的損害を伴う犠牲と伴わない犠牲、など）の一環として提示されたものである。Fr. J. Neumann, *Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*, 1886, S. 357f., S. 407. Vgl. Layer, *Principien*… (四一 Ann. 2) S. 26, Kutscher (Ann. 8), S. 46. 棟居「公用収用法理……」(四一註(一)) 二四〇〇—四〇一頁。
- (32) Layer (Ann. 32), S. 21-22, 28, 449.
- (34) Laband (Ann. 17), S. 181, O. Mayer, 1. Aufl., S. 43 Fn. 20; 2. Aufl., S. 51 Fn. 26; 3. Aufl., S. 30 Fn. 22. 参照註(17)。(24)。
- (35) Laband (Ann. 17), S. 181.
- (36) Mayer, 1. Aufl., S. 43.
- (37) Layer (Ann. 32), S. 457. ライヤーによれば、事前補償の目的を遅延防止とする O・マイヤー流の理解は、事前補償が憲法及び殆ど全ての法律で規定されていることを説明できない。遅延防止は法技術上の問題であって、他にも手段があるはずだとされる。
- (38) Layer (Ann. 32), S. 457-458. ライヤーによれば、「補償なしの収用」などは法的にはそもそも存在しない。それは、収用とは本質的に異なった独自の財産的犠牲でしかありえない (S. 458)。
- (39) Stein (Ann. 9), S. 71.
- (40) Layer (Ann. 32), S. 24. 参照棟居・註(32) 二四〇〇頁。
- (41) Layer (Ann. 32), S. 26-27.
- (42) 棟居・註(32) 二四〇〇頁
- (43) 参照後述四 4 6 一四三頁。棟居・註(32) は、註(42) で引用した部分で所有権と“Vermögen”を同視している点にも現れているように、この両者の区別にはさほどの意義を認めていないようである。
- (44) このような発想は、ライヤーが引用するノイマンと類似する。著名な「公益」概念論争（参照塩野『オットー・マイヤー 行政法学の構造』(四二註(27)) 二六四頁註(3)) をロイターホルツ (C. E. Leuthold, *Oeffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte, Annalen des Deutschen Reiches für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*,

- 1884, S. 321f.)と展開したノイマンは、「客観的公益」(Neumann (Ann. 32), S. 383f.)というカテゴリーを設定した上で、それを「そのためには犠牲 (Opfer) を課すことが正当化されるくらい大きく優越的な意義を持つところの目標・目的に関する利益」(A. a. O., S. 397)と定義する。(ちなみにライヤーは、このカテゴリーにも定義にも批判的である。Layer (Ann. 32), S. 206-209)そして彼によれば、そのような犠牲は態様においても程度においても多様である。そこで、(a)財産的侵害を伴う犠牲と伴わない犠牲、(b)また前者にあっては財産を削減せしめるものと単なる非自由意志的財産変更、(c)さらに同じ財産削減でも、対価性の有無など、(d)また、自助努力に対する補充性の有無などによって、「犠牲」を区別し、それと相關的に「公益」を考えていくべきであるというのが論者の立場である。(Neumann (Ann. 32), S. 407)
- (45) Layer (Ann. 32), S. 25. 以上からして、ライヤーにおいて「物に対する権利」が「もはや自己目的ではなく」資本の維持増殖のための手段にすぎないという棟居の見解には必ずしも同意できない。ただし、ライヤーによれば、財産的侵害については法律による一般的规定を憲法が要求していると言えるが、人格的自由の表現形態はあまりに多様であるから、その制限の一律の法律的規律は不可能であり、行政に委任せざるをえない。「その限りで財産保護は人格的自由の保護に比べ、より確固に練りあげられている」というのが彼の立場である。(ebenda)
- (46) Martin Wolff, *Reichsverfassung und Eigentum, Festsche der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum*, 1923, S. 3f. S. 13. 同論文は「ワイマル期のいわゆる「収用概念の崩壊」の先駆となった歴史的論文である。この内容をかなり忠実に紹介するものとして、石部雅亮「ヴァイマル憲法と所有権——M・ヴォルフの所有権論について」乾昭三編『土地法の理論的展開』一九九〇年、二二頁以下。ちなみにヴォルフは、収用を所有権侵害とみなすことを「自由主義経済体制の残滓」と決めつけている。(ebenda)
- (47) Rudolph von Jhering, *Der Zweck im Recht*, Bd. 1, 3. Aufl., S. 526-527.
- (48) Adolph Wagner, *Lehrbuch der politischen Ökonomie*, Bd. 1, Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre, 2. Aufl. 1879, (本稿「三一註(81)」) S. 790.
- (49) SBHH 1868-69, Aktenstück Nr. 37, S. 215-216. 各種「有機体」への帰属に収用の根拠を求めるこの論者は、収用の決定権もそれぞれの有機体の内部決定によるべきであるとす。国家なら法律、地方団体なら議会の議決と行政庁の確認。(私人による公益事業については、法律で個別的に決定するか、あるいは事業類型を指定するべきであるとされる)

- (50) 前掲の発言は、明らかにL・v・シュタインから用語を借用している。「公民的社会」「Stoffと価値」などが、実はシュタインの論旨とは重要な点でかなり異なる。ここで詳論する余裕はないが、(i)シュタインが「権利剝奪」について、あくまで「社会法」として市民社会内在的基礎付けを志向する(Stein (Ann. 9), S. 71)のに対して、前掲発言は「有機体」を持ち出していること(ii)シュタインは、取用が個人の独立に対してやはり脅威になる事に鑑み、それを発動においても範囲においても必要最小限に押さえようという志向を有している(取用以外の「権利剝奪」については必ずしもそうではない。参照、註(11))のに対して(A.a.O., S. 300)、前掲発言には、取用の「例外性」を否定しようと言う意図が見て取れる。
- (51) 以下のような修正案であった。「国家・ゲマインデ・社団(Korporation)または公益的营造物・事業がその目的達成のために地片または地片の使用用益権を絶対に必要とする場合、国民はすべからず(Jedermann im Staate) 価値と引き換えにその地片を引渡あるいは制限を受忍する事を義務づけられる。SBHH 1868-69, Aktenstück Nr. 37, S. 215-216.
- (52) 修正案可決により、同時に提案されていた修正案「全価値の支払いと引き換えに」は否決されたものとみなされた。
- (53) 前記修正案は、可否同数で否決された。
- (54) Friedrich Karl von Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin 1840, S. 375-378. 参照、村上淳「『良き旧き法』と帝國国制」(e)『法学協会雑誌』第九一巻第二号(一九七四年)二〇九頁以下、二三九—二四〇頁。
- (55) ここでもやはり、(i)補償を一般国法学上の原理から正当化し、(ii)完全補償原則に距離を置くO・マイヤーの議論が多少独自の地位を占めることになろう。
- (56) 再びM・ヴォルフは、周知のように、取用概念を所有権及び物権的権利に対する侵害のみならず、「あらゆる私的財産的権利」(beliebige private Vermögensrechte)への侵害にまで拡張すべきことを主張した(Wolff (Ann. 46), S. 23.)。本文で検討したように、補償をめぐる議論においてこの時期既に「財産」が重要な地位を占めていたことが後の「取用概念の崩壊」につながる要素を持っているのかどうか興味深いところであるが、より立ち入った検討は他日の課題としたい。ただいずれにせよ、本稿が既に検討したように(本稿(一)三九頁以下)、一八七四年法の適用対象の議論においては「物権的権利」の枠が基本的に維持されている。
- (57) 棟居・註(32)四、七二頁
- (58) 参照、本稿一二四頁。

(59) Kofka (四一 Ann. 21), S. 28. 参照、棟居・註(32)(一)、五九四頁註(4)。

(60) コフカは、地役権者等の第三権利者の補償請求は損害賠償的に構成され、BGB二四九―二五一条が適用されるとする。Kofka (Ann. 59), S. 33。既に見たように(参照、本稿(一)四三頁)、コフカはそれら権利を第六条によって直接の取用の対象とすることを否定し、また第四五条第二項によればそれら権利者は所有者に与えられた補償からみずからの補償を求めることになる。損害賠償的構成とこのこととの関係についてのコフカの理論的説明を筆者は見出せなかったが、おそらくは、損害賠償請求権が、所有者に与えられた補償にたいする第三権利者の請求権に転化すると説明するのであろう。第三権利者の損害額が所有権にたいする補償によって完全に填補されない場合には、第一条に従って権利者は独自に補償を受けることになる(参照、本稿(一)四七頁以下)。ちなみに第一条は、第三権利者の「損害」(Schaden)という語を用いている。

(61) BGB二四九条「損害賠償義務を負う者は、賠償義務を発生させるような状況が生じなかつたとすれば存在したであろう状態をもたらさねばならない。人身侵害又は物件の毀損により損害賠償義務を負う場合は、債権者は原状回復に代わり、必要な金額を請求する事ができる」

(62) Kofka (Ann. 59), S. 33. コフカが挙げるRGの判例とは、RG12. 3. 1909, Warneyer: Die Rechtsprechung des Reichsgerichts auf dem Gebiete des Zivilrechts, Bd. 2 S. 454であるが、参照し得なかつた。

(63) コフカは、一八七四年法第七条の金銭補償の原則を「BGB二五一条(一)原状回復が不可能であるか、債権者の補償に十分でない場合には、補償義務者は債権者に金銭で補償しなければならぬ。(後略)：引用者注」に対応するものであると記している(Kofka (Ann. 59), S. 62)。取用補償と損害賠償との対応性をなお全面的に捨ててはいないという解釈も確かに可能ではある。

## 五 まとめにかえて

さて以下では、ここまでの考察の成果を復習しつつ確認することによって、本稿(一)一3で提示した問題——「古典

的収用」の理念型とみなされる一八七四年プロイセン収用法が前提としていたのはどのような「所有権」であったか——に対する解答の一定の整理を試みる。その際、いわゆる「近代的所有権」の枠組みを理念型として一方に設定し、それとの異同・対比(＝モデルからの乖離<sup>(3)</sup>)によって同法ないし関連学説の特徴を明らかにするという方法をとることとする。<sup>(4)</sup>

第一に、所有権の対象の問題である。「近代的所有権」の基本的属性をその「商品性」に求める場合、所有権はその対象の如何——土地であるか動産であるか——を本来問わないことになるだろう。<sup>(5)</sup>川島において、土地所有権の特殊性が認識されつつも、「動産法理の展開とパラレルに不動産法理の論理的展開が説かれる」のは体系上の必然といえる。これに対し一八七四年法は、明文で対象を「土地」所有権に限定していたが、「収用」概念一般の要件に「土地」を含めるかどうかについては若干の議論があつたところである。これは、収用の本質論——所有権内在的に説明するか、所有権に外在的な公益あるいは国家目的によって説明するか——とも関わるものであつたが、前者の場合、土地固有の社会的機能の有無が議論の全面に現れてくることになるのである。<sup>(7)</sup>

第二に、近代的所有権の「絶対性」の問題である。法的構成として「客体に対する使用・収益・処分自由(傍点)な無制限(傍点)な権能の総体」とされる「近代的所有権」<sup>(8)</sup>であるが、この「絶対性」は法律に対する優先性を必ずしも主張しうるものではなかつた。たとえばBGB九〇三条自体、「法律または第三者の権利に反しないかぎり」という留保を伴うものであつたし、パンデクテン法学の代表者の一人であるヴィントシャイトの場合、「所有権はそれ自体としては、(als solches) 無制限である」と留保を付してしたのである。<sup>(10)</sup>

一八七四年法が前提としている「所有権」も同様である。同法は、(a)特別法または慣習法による所有権の「剝奪又は制限」を明文で適用除外と定めている(第五四条)。また、(b)法律による所有権の制限、及び(c)ポリツァイ的制限に

ついては、明文で定めるまでもなく同法の不適用が自明であるという立場に立っている。<sup>(11)</sup>

さらに、特殊同法の不適用にとどまらず、当時の学説は、一般的に、上記(b)(c)の類型については補償が原則的に必要であるという結論において一致していた。ただしその理由づけにおいては相違がある。(b)については、法律の(i)「主権性」と(ii)「一般性」とが理由としてあげられていたが、このどちらを強調するかによって議論には若干の差異が生じるだろう。<sup>(12)</sup> また、(c)については、(i)ポリツァイ的制限を所有権の内在的制約と捉えるのか、それとも「外から」の制限と解するか。<sup>(13)</sup> (ii)ポリツァイ的制限は法律的制限の一種として後者にあてはまる限りにおいて認められるのか、それとも両者は別のカテゴリーとして併存するのか。(iii)ポリツァイ的制限の根拠は法・国家なのかそれとも「社会」か(iv)所有権を靜態的に捉えるか動態的に捉えるかといった諸点が、学説の中で明示黙示に論じられていた。<sup>(14)</sup>

第三に、所有権とその他の権利との関係——これも「絶対性」という言葉が充てられることがあるが——である。

「近代的所有権」<sup>(15)</sup>は、あれこれの具体的利用権能とは切り離された、客体に対する包括的な支配権であるというのが一般的な理解である。つまり、特定の物件の所有権者はただ一人でしかありえないという大原則が存在する。一八七四年法は、かかる意味の所有権のみならず、「土地所有権に関連する権利」(第六条)として物権的権利をもその対象としていた。これは両者の混交ではなく、むしろ概念上明確な区別がなされたものと評価すべきであろう。<sup>(16)</sup> 問題が生じるのは、収用過程において、所有権と第三者の権利との間に緊張関係が生じる場合——被収用地に対する第三者の権利——の問題である。これは、第六条の解釈論として、また、いわゆる代位主義の問題をめぐる議論となるところであるが、ここでは所有権を具体的利用権能からどこまで徹底して切り離すかによって、論者の結論に差異が見出されたのである。<sup>(17)</sup>

さて、最後の問題は、近代的所有権Ⅱ(交換)価値支配というテーゼとの関係である。川島によれば、「近代的所有

有権においては、客体の物質的有体性は所有権の客体の単なる現象形態にすぎず、所有権の客体の本質は觀念的な「価値」である。<sup>(18)</sup>とされる。そして、同書を参看しつつ棟居は、ヘーベルリン・シュタイン・ライヤー等の所説を分析した上で、「ここに我々は、具体的公益性をタイトルとする侵害としての取用から〈完全補償〉請求権の要件としての取用へ、という決定的な重点の移動を確かめることが出来よう。所有権は終に「資本」(Kapital)となるのである」と断じている。<sup>(19)</sup>この棟居の枠組みは、ライヤーにおいて「所有権は……完全に資本、即ち任意に交換可能な金銭的価値となつてしまつてゐる」というクッチャーの分析に依拠したものである。論者は続ける。

「このことはそれ自体所有権と補償との『等質性』(Gleichartigkeit)の要請からの必然的帰結である。しかしながらそれが貫徹されるべき(所有権の流動資本化)、初期自由(立憲)主義における『人格性の原則』(Prinzip der Persönlichkeit)はその基礎をなした排他的物支配(Sachherrschaft)としての所有権概念とともに凋落をとげるのである。すなわち『公用取用はその所有権の実体(Substanz)への侵害という性格を喪失し、『自由意思によらぬ財産の変更』(“unfreiwillige Vermögensänderung”)となつた」<sup>(21)</sup>

明確なシエーマに基づく棟居/クッチャーのこのような明快な指摘はきわめて高い説得力を持つものであるが、本稿の見解は異なる。

クッチャーの上記の分析は、取用が財産的侵害であることを否定するライヤーの見解に対応したものである。確かにライヤーは、事前補償により財産的損害を全て填補することが可能であると考えている。その論理的前提として、「財産」の金銭による一元的評価可能性を承認する必要があるだろう。しかし、だからといって、所有権が「資本」に転化しているというのは、やや論理の飛躍がある。

例えば既にサヴェニーにおいて、「財産」を「純粋な量として、即ち金銭所有として扱う」ことが可能であるとさ

れていたことは、既に検討したところである。<sup>(25)</sup> そもそも財産的損害を金銭的に評価する可能性は、金銭補償原則をとる限り<sup>(24)</sup>立たざるを得ない前提でもあろう。この点に限って言えば、ライヤーの見解は本稿で検討した他の諸学説と比べ特に逸脱したところは見られない。単に、事前補償原則を強調して「損害はそもそも発生していない」ことを主張する点に独自性が見られるに過ぎない。

「一般的価値基準 (der allgemeine Wertmesser)」としての金銭の役割を強調するライヤー<sup>(25)</sup>の見解は、基本的に、貨幣において「物件の」価値の特殊性ではなく、抽象性を表現し測定しようとしたヘーゲル<sup>(26)</sup>の議論の枠内にとどまるものである。そして、ヘーゲルにおいては、所有を放棄すること、契約によって譲渡しうることこそがまさに人格的、自由の保障に他ならなかったのである。<sup>(27)</sup> もちろん、このような所有権観から「資本への転化」を論理的に弁証することは必ずしも不可能ではない。例えばマルクスや川島が行ったように<sup>(28)</sup>。しかしクッチャーのように、そのことを「早期資本主義から高度資本主義 (一九世紀末) への発展」<sup>(29)</sup>と関連付けるのは、説得力を著しく欠くものがある。

さて、第二次大戦後、連邦憲法裁判所の所有権論に大きな影響を及ぼしたペーマー裁判官は、おそらく上記のクッチャーのような認識を前提とした上で、一九世紀からワイマールに至る「自由主義所有権論」においては、「『人格権』としての所有権は、財産法的量的存在 (vermögensrechtliche Größe) へと縮減される」と論ずる。<sup>(30)</sup> その上で、裁判的権利保護の程度によって権利の実質が規定されるという発想に立つペーマーは、収用手続に対する裁判的統制が存在しなかったことを捉え、この時期の所有権保障は「価値保障」に尽きていたものとみなしているのである。<sup>(31)</sup>

確かに一八七四年法は、収用対象地の確定に至るまでの手続きは司法部の関与を一切排除しているのに対し、補償額の確定については、その最終的確定は通常裁判所に委ねていた。その限りでペーマーの主張には一理ある。しかし、この点は後に検討を予定しているが、行政手続のレベルでは、同法はかなり詳細な収用手続によって、限界はあれ、

所有権の「現存保障」に意を尽くしていたのである。<sup>(32)</sup> また、学説においても、取用の例外的性質を重視して過剰性禁止的に補償を説明する発想が主流であり、決して「現存保障」が無視されていた訳ではないと言えるだろう。<sup>(33)</sup>

そして逆に、この時期において、所有権の「価値保障」は確かに重視されていたが、そこにはまた不十分さと限界もあつたことも確認しておかねばならない。というのは、取用補償に比べ、所有権行使制限に対する補償が議論される程度が比較的少ないのである。(i)一八七四年法制定の過程で、出発点の六二年決議で強い関心が寄せられていた、法律による所有権制限に対する補償——特に軍事基地周辺の建築制限——の問題は、法の規律から脱落する。<sup>(34)</sup> また、(ii)補償に関する一般的法規定として一般ラント法序章第七五条の規定があつたが、これも法律的所有権制限やポリツァイ的制限に対抗しうるものではなかつた。<sup>(35)(36)</sup> おそらく、「価値保障」のこうした側面が議論の中心的課題に躍りでてくるのは、ワイマール期の「取用概念の崩壊」を待たなければならぬであらう。<sup>(37)</sup>

(1) 本来本稿は、一八七四年プロイセン土地取用法が、「いかなる『所有権』親を前提とし」ていたかを分析した上で、それに対置されたところの「実体的・手続的『公益』概念を対置していたか」(本稿(一)一頁)を検討する予定であつた。しかし、筆者の見通しの甘さと力量不足とにより、与えられた紙数の範囲では前者の課題しか果たし得なかつたことを率直にお詫びする次第である。後者の課題については、別論文の体裁をとった上で(内容的には統稿にあたる)、『社会科学研究』に投稿することを予定している。

(2) 本稿が「近代的所有権」の叙述にあたり念頭におくのは、やはり何よりも川島武宜『所有権法の理論』(岩波書店、一九四九年)(本稿(一)五六頁註(59))において提示された枠組みである。とは言え本稿は、同書流の「近代的所有権」を歴史的存在として無条件に前提するわけではない。同書に対してありうべき方法論的・また法史的批判を考慮に入れた上で、(さしあたり池田恒男「戦後近代的土地所有権論の到達点と問題点——その原点に立ち帰って——」(大阪市立大学『法学雑誌』第三五巻第三・四号六〇一頁、六〇七頁以下、及び同論文掲記文献参照)、それでも同書の説く「近代的所有権」概念は、考察の出発点としての理念型、モデルとしては十分な意義があるというのが本稿の立場である。

- (3) 本稿に指摘する「乖離」がなぜ生じたか、さまざまなケースがありうるであろう。(i)まず、本稿で検討する立法・学説はあくまで公用収用法の観点から所有権に対する一定の態度決定を行ったものである。民事法の観点やその他の観点とは若干のズレが生じるかもしれない。(ii)また、本稿が検討した一九世紀後半から二〇世紀初頭にかけてという時代、そしてプロイセンあるいはドイツという地域性が独特の刻印を与えていることも十分に考えられるところである。(iii)最後に、本稿で検討した「乖離」の一部はあるいはモデルそれ自体の問題性を提示し、再検討を迫るものであるかもしれない。個別論点の検討において、上記論点のいずれにあたるかを示唆した場合もあるが、多くは今後の検討課題である。
- (4) 「近代的所有権」を問題にするためには、本来、当時現に存した「前近代的」な制度に対する法の対応をも問題にしなければならぬであろう。本稿でとりあげた時期で言うならば、世襲農地 (*Fideikomiss*) に対する立法学説の対応が特に問題となる。本稿では、ごくわずかの言及(例、本稿(一)五四頁註(26)、四四註(11)(シュタインの「権利剝奪」概念について)を除けば、このような問題を全くとりあげられなかった。他日の課題としたいと考える。
- (5) 川島・註(2)、一七〇—一七一頁。
- (6) 池田・註(2)、六一〇頁。
- (7) 本稿(一)三〇頁以下。
- (8) 川島・註(2)、三三三頁。Vgl. Savigny, *System des heutigen römischen Rechts*, Bd. I (四四 Ann. 54), S. 367. (「物に対する人格の無制限排他的な支配」), Puchta, *Pandekten* (四二 Ann. 15), S. 216. (「有体物に対する完全な法的支配」) B G B 九〇三条(「物の所有者は、法律又は第三者の権利に反しない限り、物に対して任意にふるまうことができ、他者のあらゆる干渉を排除することができる。」)
- (9) 参照、前註(8)。
- (10) Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts* (四二 Ann. 15), § 167, S. 857. 事実彼の教科書ではむしろ所有権制限の実例が多く語られている(Windscheid, § 169, S. 861f.)ことが既に指摘されている。(石井紫郎「財産と法——中世から現代へ——」岩波講座『基本法学』3 財産(本稿(一)五二頁註(6)、二六頁)
- (11) 本稿(一)五七頁以下。
- (12) 本稿(一)六四—六五頁。

- (13) この論点の重要性にも関らず、本稿では簡単に触れるにとどまった。より詳細な検討は他日を期したい。さしあたり参照、石井・註(10)三七頁。
- (14) 本稿(七二頁)。
- (15) 川島・註(2)一一二頁。
- (16) 本稿(四一―四二頁)。
- (17) 本稿(四二―四三頁、四九頁以下)。
- (18) 川島・註(2)一一二頁。
- (19) 棟居「公用取用法理……」(四一註(1)四〇〇頁。なおこの箇所は、既に前記四四―四一頁で引用した箇所にすぐ続く部分である)。
- (20) Kutscher, *Die Enteignung* (四<sup>4</sup> Ann. 8), S. 46
- (21) 棟居・註(19)四〇〇―四〇一頁、Kutscher (Ann. 20), S. 46-47.
- (22) 棟居は損失補償学説の展開について、「(初期)自由主義的所有権観⇨人格の自由と使用価値との結合」(ヘーベルリン)⇨「自由主義的所有権から資本主義的所有権へ⇨人格の自由と交換価値との結合」(L・v・シュタイン)⇨「資本主義的所有権観⇨人格の自由と所有権との分離」(ライヤー)という明快な整理を試みている。本稿の観点とは異なるが、大変興味深い分析軸である。
- (23) 前記四四―四三頁。
- (24) 金銭補償原則の意義については、棟居・註(19)四五六頁以下。
- (25) Layer, *Prinzipien* (四<sup>1</sup> Ann. 2) S. 559
- (26) G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 63 Zusatz.
- (27) Hegel (Ann. 26), § 65, 73.
- (28) 川島の場合はこの点やや不透明ではある。参照、渡辺洋三『法社会学とマルクス主義法学』日本評論社、一九八四年、一五一頁以下。
- (29) Kutscher (Ann. 20), S. 47.

- (30) Werner Böhm, die rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Abgrenzungproblematik von Sozialbindung und Enteignung, *Der Staat* 1985, S. 157f. S. 175. (以下)で「Böhm」は「明示的に引用することなしに、クッチャーの論理をほぼ忠実にたどっている」。
- (31) Böhm (Ann. 30), S. 170, 176-177. 「Böhm」は、自身も大きい影響を及ぼした連邦憲法裁判所の諸判例を、まさに本文のような「自由主義所有権論」との対比の上に位置づけているわけである。なお、ここに言う「価値保障」(及びその対概念としての「現存保障」)概念について参照、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』第四一卷第四号(一九九五年)一三三頁、角松「憲法上の所有権?——ドイツ連邦憲法裁判所の所有権・砂利採取決定以後——」『社会科学研究』第四五巻第六号四一頁以下(参照、本稿(一)一九頁註(40))。
- (32) この点については既に簡単に指摘したところである。角松・註(31)四三頁。参照、本稿(一)八〇頁註(63)、棟居・註(19)(三)『神戸法学雑誌』三二巻四号八四九頁。
- (33) 前記四46一四一頁。
- (34) 本稿(一)二三頁。
- (35) 参照、本稿(一)六一頁以下。
- (36) もっとも、ほぼ同時期に制定された建築線法における損失補償請求権の承認と排除は、それ以前の大審院判例との関係も含め、興味深い論点を提出している。参照、野呂充「ドイツ都市計画法における一時的土地利用規制と損失補償」(四2註(11)(一)『法学論叢』第一三三巻一号二四頁以下)。
- (37) 但し、実務法曹たるフォッセンの論文に、補償を中心に収用該当性の問題を考えていく発想の萌芽が見られることは、既に指摘した。本稿(一)六七—六八頁。