

# 損失補償と互酬性 (reciprocity) (1)

福 永 実

## 目 次

序 章	
1	はじめに
2	議論の前提
第一章	日本法での互酬性論
1	民法上の相隣関係
2	互酬性論①——消極的理解
3	互酬性論②——積極的理解
4	小括——我が国の互酬性論の到達点
第二章	アメリカにおける互酬性論
第一節	議論の端緒——利益の平均的互酬性 (average reciprocity of advantage)
1	土地陥没の防止①
2	土地陥没の防止②
3	共用障壁法
4	小括 (以上本号)
第二節	互酬性概念の萌芽
第三節	互酬性概念の生成
第四節	互酬性概念の確立
第五節	互酬性概念の変容
終 章	

## 序 章

### 1 はじめに

現代都市生活に不可欠なものとして構想される都市法、あるいは都市法諸制度を構成する各種の都市計画・土地利用規制の正当性の基礎として、しばしば都市住民の権利の共同性、あるいは都市住民の相互拘束性が指摘されることがある。例えば原田教授は「全体としての都市空間を形成する権利は、……本来的に共同的な性格を伴った権利として編成されるべきである」と述べられ<sup>1)</sup>、また広渡教授は、「都市計画の歴史的な展開根拠は、……

1) 原田純孝「都市の発展と法の発展」『都市と法』(岩波書店, 1997年) 27頁。なお都市形成権の発展が阻害されてきた歴史的要因を分析するものとして、大浜啓吉「法の支配と国家高権論——現代社会における都市形成権の確立に向けて」堤口康博・大浜啓吉編『現代日本社会の現状分析』(敬文堂, 1997年) 参照。

福祉国家的な所有権への国家の介入の筋道で理解する（ドイツ的類型）」ほかに、アメリカ的類型として「都市共同体の市民の相互拘束という筋道での理解もあり得る」と述べられる<sup>2)</sup>。最近の都市型紛争でも、明示的にこのような視点に言及する裁判例が現れはじめた。そのようなものとして容易に想起されるのは一連の国立市マンション訴訟、とりわけ東京地裁の二つの判決（東京地判平成13年12月4日判例時報1791号3頁，東京地判平成14年12月18日判例時報1829号36頁）であろう。そこでは行政訴訟の原告適格や民事上の不法行為責任を構成するという文脈の中ではあるが、景観利益は景観を構成する空間の利用者全員が相互にその景観を維持・尊重し合う関係に立たない限り継続的に享受することができない特質を持つと議論されたことが記憶に新しい。著名な部分を引用すれば、「地域地権者の自己規制によってもたらされた都市景観の由来と特殊性に鑑みると、……特定の地域内において、当該地域内の地権者らによる土地利用の自己規制の継続により、相当の期間、ある特定の人工的な景観が保持され、社会通念上もその特定の景観が良好なものと認められ、地権者らの所有する土地に付加価値を生み出した場合には、地権者らは、その土地所有権から派生するものとして、形成された良好な景観を自ら維持する義務を負うとともにその維持を相互に求める利益……を有するに至ったと解すべきであり、この景観利益は法的保護に値し、これを侵害する行為は、一定の場合には不法行為に該当する……（傍点筆者）（東京地判平成14年12月18日判例時報1829号36頁）」。国立市マンション訴訟の結末は兎も角として、そこでの議論は都市に関わる法の基礎理論の一端を説明するものであろう<sup>3)</sup>。

ところで、行政法学においてこの種の議論が展開される舞台の一つは、原告適格論と並んで損失補償の分野であった。特に、土地収用と異なり権利制限に過ぎない土地利用規制に対して損失補償の要否がどのような基準で決定されるべきかという我が国の行政法学で好んで論じられてきた古典的論点において、有力な学説は、損失補償が不要な社会類型として「社会通念に照らし、その侵害が財産権に内在する社会的制約として受忍されなければならない程度」、あるいは、「当該財産権の存在が、社会的共同生活の調和を保ってゆくために必要とされるものである場合」という基準を提示してきたが、その思考の根底に上述の視点があったことは明白である。実際、有力学説が提示する補償不要の具体的事例は都市生活における建築制限であったし、都市計画法や建築基準法をはじめとする土地利用規制法により諸制限を受ける用途地域ほか地域地区制の補償の要否判断について、学説は一般的に民事法上の相隣関係論をベースにして補償不要の結論を導いてきた。そしてこの相隣関係論の背後には、権利相互間の「対等と協同の関係」という考え方<sup>4)</sup>、あるいは

2) 広渡清吾「都市法の論理と歴史的発展」原田純孝ほか編『現代の都市法』（東京大学出版会、1993年）52頁註1。

3) 長谷川貴陽史『都市コミュニティと法——建築協定・地区計画による公共空間の形成』（東京大学出版会、2005年）225頁，註284は、上掲の広渡論文52頁註1を引用の上、『「互換的利害関係」の法理は、……市民の相互拘束を法的に表現したものとして理解できる」と述べる。

4) 我妻榮ほか著『我妻・有泉コンメンタール民法（総則・物権・債権）（補訂版）』（日本評論社、

《お互い様》, 《互助互譲の精神》の発想があることは周知の通りである。末川博によれば、「不動産ことに土地は、動産とちがって、一つ一つが切り離された存在を有しているのではなくて、互に相隣接して物理的には連続しているのを常とする。だから、……もし相隣って生活する者が互に各自の所有権を極度に主張しあうならば、とうてい共同生活の円満を期することはできない。民法第二〇八条ないし第二三八条にいわゆる相隣関係に関する規定が設けられているのは、そのためであって、相隣互助互譲といったような精神を法規の上に現わしたものと考えることができる<sup>5)</sup>。」

本稿は、「当該財産権の存在が、社会的共同生活の調和を保ってゆくために必要とされるものである場合」という基準は今後とも有用であるとの認識を前提に、それは基本的にどのような状況を念頭に置いており、またどこまでその想定された状況から離れ得るのかといった点をアメリカ法研究の見地から検討を試みるものである。本稿が目新しくも無いこの論点に着目する理由は、学説において「当該財産権の存在が、社会的共同生活の調和を保ってゆくために必要とされるものである場合」の意義が考察される場合、「『社会的共同生活との調和』」は、相隣関係法理をも含みつつも、必ずしもそれには限定されていない」と指摘されつつも<sup>6)</sup>、やはり民事法上の相隣関係論がベースとされたが故に、暗黙の内に範囲確定の思考が狭いものに限定されてきたのではないかと思われるからである。事実、行政法学説も、相隣関係を行政法上に拡張する考え方を基本的にはとしつつも、相隣関係の地理的適用範囲の狭さ、あるいは相隣関係が保護する法益の消極性の観点からその有用性の限界を指摘し、都市法諸制度について考察が試みられるにせよ主としてそれは用途地域制についての考察に止まってきた。

確かに、土地利用に対する損失補償を考察する際に相隣関係的基礎ないし思考に立脚することは正しいように思われる。なぜなら財産一般ではなく、「土地」の特徴に着目した場合、とりわけ相隣関係論的思考はこれまで学説が提示してきた様々な損失補償の補助基準(後述)のどれよりも、近隣周囲の土地利用と相互に影響し合うという土地財産の特性に最も応答し得る特徴を持つと思われるからである。しかし相隣関係の基礎に立脚することによって、結果的に損失補償基準としての有用性に欠けていた点は否めない。

ところで、とりわけ都市法諸制度に対する損失補償の要否判断に際しては、古典的な警察制限/公用制限二分論では実益に乏しく、しばしば両者を架橋する道具概念の必要性が説かれてきた。この点、かつて遠藤教授は、「社会通念上、常識をそなえた通常人」の視点からこの点の解明を試みられた<sup>7)</sup>。他方で、相隣関係論の背後にある権利相互間の《対

2006年) 405頁。

5) 末川博『物権法』(日本評論新社, 1956年) 287頁。

6) 安本典夫「土地利用規制と補償(1)」立命館法學223・224号(1993年) 422頁, 註27。

7) 遠藤教授は規制の性質に関わりなく規制が無補償である理由の共通項として次のような説明をされる。「積極的目的のための制限とされるものにおいて、特定の場合について、補償が否定されること……と、危険防止という消極目的ゆえの無補償の場合の共通項をもとめると、それぞれ典型的場合についてみるかぎり、元来いささか非常識な権利行使であって、見方によれば権利濫用行為とみられるものを制限禁止しているに過ぎないがゆえに、補償を必要としないと考えられることである。

等と協同の関係」という考え方にも、検討次第では、警察制限と公用制限を架橋する判断基準の可能性が開かれている。

かつて高辻正巳氏は、「その犠牲が、居住その他の生活条件をめぐり、その条件をひとしくする社会一般の人々の福祉を維持し、増進する見地から、財産権の内容実現の態様であってそれに害をおよぼすおそれのあるものを事前に抑制することによりもたらされるものであり……、したがって、そのような生活条件をひとしくする社会一般の人々が、同様の犠牲を忍び合うことにより、お互いに、生活条件上の利益をもたらそうとする場合の犠牲にほかならないものであれば……、その犠牲は、その者が、そのような生活条件をひとしくする社会一般の人々と同様の立場においてひとしく受け、しかも、そのことによって、それらの人々がひとしく受ける犠牲の反面として得られることになる社会生活上の利益をその者にももたらすことになるものであるから、実質的には特別の犠牲というにあらず、それについて憲法上の補償を必要とするかぎりではない」と述べられていた<sup>8)</sup>。このように高辻氏は財産権制限に対する補償が不要とされる根拠として、被規制者が相互にある種の規制に服することで得られる利益により負担は相殺されるとの視点に着目されていた。

但しそこでは政府活動の法的性格は消極的なものに限定されて議論されている。しかし土地財産権間の利用を調整する政府活動は、そのような警察秩序維持に属するもののみならず、社会的に見て公正な、あるいは効率的な土地利用を促すための強制的な財産利用権の再配分も想定されるべきである。従来、そのような観点に着目してきたのも遠藤教授であった。遠藤教授は、用途地域制について補償が不要なのは、「用途を特化ないし純化し、これを計画的に配分することによって、用途の混在等による都市機能の低下や生活環境の悪化を防止することは、都市全体にとってのみならず、規制を受ける本人にとっても結局は利益となるものだからである。例えば、低層住宅地である第一種住居専用地域においては、自分も中高層建築物を建てられないという不利益を受けると同時に、他人もそこでは中高層建築物を建てられないという利益もある（傍点筆者）」と述べられ、損失補償不要の根拠として利益と不利益との交換関係（Austauschverhältnis）を指摘していた<sup>9)</sup>。ここには、従来の相隣関係論から脱却する思考が垣間見える。なぜならそこには用地地域に参加することによって得られる利益を享受する主体として、相互性・協同利用性・公平性の関係に立つ被規制者達とは別に「都市」が登場していたからである。

このように、政府活動が一定の公共目的から土地財産権集団に対し協働関係に加入することを強制し、それを余儀なくされた被規制者にもたらされた利益が彼らの負担と釣り合うものであるか否かの問題は、私人間の多元的利害を調整する現代の政府活動に常に存在

---

……社会通念上、常識をそなえた通常人であるならば、法の規制をまたなくても、その種の権利行使はみずからひかえるであろうことを期待してもっともだと思われるものは、災害発生の原因となる行為にかぎられない。」遠藤博也『行政法スケッチ』（有斐閣、1987年）247頁。

8) 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）10頁。

9) 遠藤博也『計画行政法』（学陽書房、1976年）208頁。また遠藤博也「土地所有権の社会的制約」ジュリスト476号（1971年）100頁。

する事柄である。そこで本稿が検討すべき損失補償基準とは、高辻氏や遠藤教授の議論、また国立マンション建築物撤去等請求事件第一審判決のいわゆる「土地付加価値論」を参考にして、差し当たり、「利用制限により被規制者に損失が生じたとしても、規制を受ける被規制者が相互に規制を受ける結果生み出される利益を個々の被規制者が享受できる関係にあるのであれば、補償を不要とする考え」と表現することができよう<sup>10)</sup>。ここで核となる思考は、人々が相互に利益を享受し合う関係にあることであり、一言で言えば互酬性(互恵性) (reciprocity) への着目である。広辞苑(第五版)によれば、互酬性/互恵(性)とは、「個人あるいは集団間で、贈与を受けた側が与えた側に何らかの返礼をすることによって、相互関係が更新・持続されること」「特別の便益・恩恵などを、相互にはかり合うこと」を言うこととされる。蛇足ながら、このような互酬性概念は人文科学/社会科学/自然科学を問わず、社会学、人類学、歴史学、哲学、心理学、生物学その他学術諸体系の基礎理論において頻繁に用いられているようである。そこで本稿では従来の相隣関係論をも包括する道具概念として互酬性を損失補償基準として設定し、その論理の内容と限界の検討を行うこととしたい<sup>11)</sup>。

しかし、そのような損失補償基準がどのような内容を持つものと考えべきか、幾つかの留意が必要である。例えば、①被規制者にもたらされる利益の性質とは何か(被規制者

10) 助成金、税制上の優遇措置、経過措置などの形式で損失を実質的に補填する調整手法(荒秀「土地利用規制と損失補償」雄川一郎ほか編『現代行政法大系第6巻』(有斐閣, 1983年) 284~291頁参照)は差し当たりここでの議論の対象から除くこととする。

11) reciprocity 概念について社会学や文化人類学では一般に「互恵性」よりも「互酬性」という訳語が定着しているようであり、本稿でも互酬性という用語を使用する。ここでは、個人間ないし集団間で生じる返礼の相互作用が互酬性とされ、それは全ての社会関係の基底に位置するものと捉えられている。但し損失補償論における互酬性は法学上の概念であり、その概念形成をするにあたり他の学術上の議論は参照に値すると思われるが、本稿での互酬性概念の用語使用は必ずしも他分野での互酬性概念の直接的導入を企図するものではない。

なお管見の限り互酬性概念を法学的観点から分析する文献として、濱本英輔『『互酬』に関する一考察』金子古稀祝賀『公法学の法と政策(上巻)』(有斐閣, 2000年)、田中茂樹「法体系の生成における原基形態と互酬性」法哲学年報1988年度がある。濱本論文は、税・財政制度に関する国家と国民との関係を互酬的關係と位置づけ、納税者がその負担とそれによって受けとる便益との互酬的關係を念頭に行動するとの仮説に立ち、税・財政制度を制度設計する際にわかり易い互酬的關係への回帰、あるいは互酬的機能の活用という視座を提示する。濱本氏の論稿は主に税・財政制度を念頭に置いたものであるが、議論の前提として「互酬性」概念を措定しており、本稿も示唆を受けた。

田中論文は、Alvin W. Gouldner, *The Norm of Reciprocity: A Preliminary Statement*, 25 Am. Soc. Rev. 161 (1960) に依拠しつつ、人類学や社会学における「交換関係」の原理としての「互酬性の規範」を法哲学的観点から解明を試みている。それによれば、未開社会には「利得を与えてくれた相手には利得を与えるべきだ」という普遍的道德としての「互酬性の規範」があるが、その持続条件は当事者間での「双務的」な交換可能性の存在であるとし、これには、等価性のある「商品の交換可能性」と、等価性の無い「互酬的贈与の相互依存性」があるとする。そして後者にあっては、「相手方からの給付への返礼ないしは反対給付の義務の程度や履行形態も異なる」とされる。

に何らかの利益がもたらされればよいのか、それとも被規制者に負担と同等の利益がもたらされる必要があるのか)、②利益を享受し合う主体の互換関係の成立範囲はどこからどこまでか(利益を享受する者は被規制者に限定されるのか、それとも被規制者でない者が利益を享受することも許容されるか——高辻氏は前者を是認され、遠藤教授は後者を是認されるように思える——、また被規制者間で負担も利益もともに均質均等でなければならぬか)、③利益の成立時期あるいは相殺単位は何か(負担と相殺される利益は同一規制により生じるものに限定されるか、別の政府活動から享受する利益で負担を相殺してもよいか)といった考慮軸を設定してみても、これらの考慮事項を相互に組み合わせることで互酬性論に関する様々なバリエーションが想定し得ることになる<sup>12)</sup>。

実際、これまで行政法学説においても相隣関係的思考を「行政法」に拡張した結果現れる損失補償基準とはどのようなものなのか、損失補償が果たすべき機能に関する論者の理解の差異もあり、やや不明確であった。例えばこの点に関して、かつて荒教授は損失補償の政治性に触れつつ次のように述べられていた<sup>13)</sup>。「土地利用規制と損失補償の問題は、一般論はともかく、個別具体的問題となると多様で、かつ終局的には国民の間で生産される諸利益の総体の公平な再配分にも繋がる問題にもなり、それを取り巻く要因は複雑であり、その正確な計量分析は至難の業であろう。また利用制限が制限を受ける者にとって利益を与えるならば補償不要と一応言いうるわけであるが、しかし考えてみるといかにも荒っぽい議論で、厳格に言えば利益と不利益の正確な計算が必要とされよう。しかし、そのような理論で決着をつけざるを得ないことはとりも直さず政策的要因により強く影響をうけざるを得ない側面を有するからであろう。」

さて以下では、日本法の判例・学説により損失補償の補助基準として把握されているものを概観し、その上で次章では、従来の議論において本稿が検討対象とする互酬性論が垣間見えるものを捕捉し、日本法での互酬性論の特徴を抽出する。次に第二章において、アメリカ損失補償法における互酬性論——利益の平均的互酬性 (average reciprocity of advantage) 概念を中心として——を検討する。本稿がアメリカ法を参照する理由は、広渡教授

12) 濱本氏は、互酬の関係の把握の困難性を次のように指摘している。「互酬の関係に関しては、経済的交換、それも同時点における交換から異時点間の交換、更に対応する反対給付の内容が一層不明確なものとなっていく社会的乃至政治的交換に至るまで幅があり、従って互酬の関係を確認しやすい領域とそうでない領域とが混在することが認められる。加えて例えば、短期的・経済的互酬の関係と長期的・社会的互酬の関係、あるいは部分的互酬の関係とそれらを含む全体的互酬の関係とが重層的に存在し得ること、また個人間、集団間の互酬の関係は多種多面的でしばしば錯綜し、またしばしば変化してやまないなど、トータルの互酬の関係は複雑で流動的な性格をもつものと考えられる。」濱本英輔『『互酬』に関する一考察』前掲註(11)161頁の註17。また164頁註21では、「互酬的計算にとっては、受益と負担について、如何なる範囲内で、そのトータル計算を試みるものであるかが極めて重要な意味をもってくると考えられる。ここでいう『範囲』を仮に『財政単位』と呼ぶとすれば、受益と負担に見合った財政単位の設定の仕方の成否が互酬の機能のより適格な作動の決め手になると考えられるからである」と指摘している。そこで『財政単位』は土地利用法上の単位にも応用し得るものと思われる。

13) 荒秀「土地利用規制と損失補償」前掲註(10)296頁。

の指摘の検証もさることながら、アメリカでは19世紀来、裁判例において損失補償基準としての互酬性的思考が zoning 以外の土地利用規制、あるいは政府の活動一般に対して用いられる場面が少なくなく、また学説でも一定の議論の蓄積があり、日本法が参照する点が多々あるように思われるからである。また我が国研究者の手による、アメリカにおける財産権制限に対する損失補償の要否基準研究には相当の蓄積があるが、互酬性論に関する考察は部分的紹介にとどまっております<sup>14)</sup>、包括的考察はこれまで無かったように思われる。

このような分析を踏まえ、本稿は日本法での議論、即ち、今村説に言う「当該財産権の存在が、社会的共同生活の調和を保ってゆくために必要とされるものである場合」とは何か、あるいは田中説に言う「社会通念に照らし、その侵害が財産権に内在する社会的制約として受忍されなければならない程度」とは何かの一端の解明を試みることにしたい。

## 2 議論の前提

次章に入る前に、損失補償の要否論についての従来議論の枠組を確認しておきたい。

損失補償の要否判断の基礎理論は、政府の適法活動が特定個人に対し、共同体全体の負担に解消すべき「特別の犠牲」を強いるものかどうかで判断すべきことが、判例・学説上合意されている<sup>15)</sup>。但し、最高裁判例は「公共のためにする財産権の制限が社会生活上一般に受忍すべきものとされる限度をこえ、特定の人に対し特別の財産上の犠牲を強いるものである場合には、憲法29条3項によりこれに対し補償する」と一般論を述べる程度で（最判昭和50年3月13日裁集民114号343頁）、「社会生活上一般に受忍すべきものとされる限度」も「特定の人に対し特別の財産上の犠牲を強いるものである場合」も何ら明らかではない。そこで周知の通り我が国の学説上では、「特別の犠牲」概念をめぐる、主として形式的基準／実質的基準併用説と実質的基準説との間で理論的対立が形成されていた。

前者に立つ田中二郎によれば、(1)侵害行為の対象が広く一般人を対象とするのか、特定人又は特定の範疇に属する人を対象とするものか（形式的基準）、(2)侵害行為が財産権の本質的内容を侵すほどに強度なものであるか、社会通念に照らし、その侵害が財産権に内在する社会的制約として受忍されなければならない程度のものであるかどうか（実質的基準）、の両基準について客観的・合理的に判断して決するとする<sup>16)</sup>。

これに対し今村成和は実質的基準のみを重視し、(1)財産権の本来の効用の発揮を妨げる侵害と、(2)右の程度に至らない財産権行使の規制を区別し、(1)については、当然に補償を

14) 由喜門眞治「アメリカの土地利用規制と損失補償（3・完）」民商法雑誌107巻6号（1993年）899～900頁、寺尾美子「アメリカ土地利用計画法の発展と財産権の保障（1）」法学協会雑誌100巻2号（1983年）340～41頁参照。またこの論点は筆者の旧稿において積み残した問題でもある。拙稿「損失補償の要否論と財産権の本質的内容（1）（2・完）——アメリカにおける理解の変遷」早稲田政治公法研究76・77号（2004年）参照。

15) 最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁、最判昭和50年3月13日裁集民114号343頁、松島諄吉「公法上の損失補償の要件たる特別の犠牲について」大阪大学法学部創立十周年記念論文集『法と政治の諸問題』（大阪大学法学会、1962年）参照。

16) 田中二郎『新版行政法上巻（全訂第2版）』（弘文堂、1974年）214～15頁。

要する（権利者側に受忍すべき理由がある場合は除く）。(2)については、(2-a)当該財産権の存在が、社会的共同生活の調和を保ってゆくために必要とされるものである場合（例えば建築基準法に基づく建築の制限）と、(2-b)他の特定の公益目的のために、当該財産権の本来の社会的効用とは無関係に、偶然に課せられる制限であるとき（例えば重要文化財の環境保全のため、あるいは国立公園内における自然風物の維持のための制限など）を区別し、(a)については補償を要しないが、(b)については補償を要するとする<sup>17)</sup>。

ただ田中は、財産権の社会的責任論を述べた後、「極く大まかな基準」として、「公共の安全・秩序の維持とか社会的共同生活の安全の確保というような消極的な目的のために最小限度において必要な比較的一般的な財産権の制限」は補償不要であるのに対し、「産業・交通その他公益事業の発展とか、国土の総合利用・都市の開発発展というような積極的な目的のために必要な特定の財産権の収用その他の制限」は補償を要するとの考えも示している<sup>18)</sup>。ここでは形式的基準（「比較的一般的な」/「特定の」）は実質的基準論の中に埋没し、むしろ今村と同様、①規制による損失の程度、被規制者側の事情に加え、②利用規制の性質・目的を問題としている。

そこで現在の学説は、両学説に大きな隔たりは無いとして形式的基準ではなく実質的基準の詳細化を図ることに目を向け、幾つかの補助基準を析出してそれらを総合的に考察することで損失補償の要否を決定しようとする<sup>19)</sup>。そのような補助基準としてこれまで提示されてきたのは、③計画的規制の視点<sup>20)</sup>、④既得権剥奪（既存利用の禁止）の有無<sup>21)</sup>、⑤状況拘束性<sup>22)</sup>、⑥規制期間の長短<sup>23)</sup>、⑦相隣関係論、等々である。特に⑤状況拘束性は主に自然公園法分野で、⑥規制期間の長短は狭義の都市計画制限（都市計画法53・54条）について、⑦相隣関係論は用地地域制について、損失補償の要否判断に際し用いられている。なお③～⑦は基本的に①に関する補助基準であるが、不可避免的に②の評価にも影響する。またそれらは実質的に損失補償の「要否論」のみならず「内容論」を語るものでもある。

さて本稿が差し当たり関心を有するのは我が国における⑦相隣関係論（又は相隣関係的思考）の展開と現状である。次章では我が国における互酬性論を、土地利用規制における

17) 今村成和『損失補償制度の研究』（有斐閣、1968年）31頁以下。更に今村成和「文化財保護と補償問題」『人権叢説』（有斐閣、1980年）（初出1973年）。

18) 田中二郎『新版行政法上巻』前掲註(16)215～16頁。

19) 塩野宏『行政法Ⅱ（第4版）』（有斐閣、2005年）328～29頁、宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）401頁、阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣、1988年）282頁など参照。

20) 遠藤博也『計画行政法』前掲註(9)210～211、221頁。

21) 藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』（創文社、1988年）149、278頁、角松生史「財産権」安藤高行編『憲法Ⅱ（基本的人権）』（法律文化社、2001年）242頁、ため池最高裁判決における山田作之助裁判官の少数意見、及び河川附近地制限令4条2号の定める制限に関する最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁参照。

22) 遠藤博也『実定行政法』（有斐閣、1989年）256頁、安本典夫「土地利用規制と補償（1）」前掲註(6)426、429～30頁、東京地判平成2年9月18日行集41巻9号1471頁参照。

23) 最判平成17年11月1日判時1928号25頁の藤田宙靖裁判官補足意見、岡山地裁平成14年2月19日判自230号90頁、野呂充「判批」民商法雑誌134巻4・5号（2006年）参照。



被規制者間の相互関係の視点による利益相殺論から検討し、最後に日本法の議論の到達点を確認する。

## 第一章 日本法での互酬性論

本章では、土地利用規制に関する損失補償の要否判断に際して互酬的思考が垣間見える日本の判例・学説を確認する。そこでは複数の被規制者が相互に享受し合う利益について、政府の利用調整活動の性質に応じ、二つの理解を傾向的に見出すことが出来る。即ち、警察秩序維持に属する利用調整に関して、被規制者間での利益と負担の互換性を厳格に捉えるものと、効率的観点からの財産利用権に対する強制的再配分を行なうに際し、被規制者間での利益と負担の互換性を緩やかに捉えるものの区別である。これらは、政府活動の性格に関する従来の消極目的と積極目的の区別に一応対応する。前者を消極的理解、後者を積極的理解と呼ぶこととする。そして以下に見るように、我が国の互酬性論は前者の理解が主流であったが、後者の理解も有力に主張されている。

順序としては、まず議論の前提となる民法上の相隣関係論を検証した上で、二つの理解を概観する。

### 1 民法上の相隣関係

都市計画法によって市街化区域について定められ建築基準法で各種規制を受ける用途地域制（都市計画法8条1項各号、13条1項7号）に関して補償の規定はない。用途地域以外の地域地区にも補償の規定はないことが多い。これらの補償の要否に関する最高裁判例は未だ無いが、学説上では従来からいわゆる相隣関係の拡張論により、用途地域ほか地域地区制についての損失補償は否定されることが議論されてきた<sup>24)</sup>。

民法上、相隣関係（民法208～238条）とは「隣接する不動産所有権相互の権利関係」を言うと言われる。民法学の代表的な教科書はいずれも、民法で相隣関係が規定された理由をほぼ次の通り説明する。即ち、「隣接する不動産のすべてが、それぞれしかるべく利用されるようにするためには、各所有権の内容を一定の範囲において制限し、各所有者として一定の範囲において協力させることが必要である。したがって、所有権の内容は、一面から見れば、この範囲において消極的の制限を受けるだけでなく、積極的の義務を包含することになる。同時に、他面から見れば、所有権の内容は、その目的不動産（土地）の範囲外に及び、かつ他人に対して積極的の行為を要求する力を有することとなる。この隣接する不動産所有権の共存の目的のために生ずる所有権内容の拡張と制限とが、相隣関係の内容である<sup>25)</sup>。」

24) 議論を整理するものとして、西田幸介「用途地域制限と損失補償の要否」法政法学22・23号（1998年）167～177頁、荒秀「土地利用規制と損失補償」前掲註(10)269頁参照。その他、本来的機能回復説として、松島諒吉「新・都市計画法と損失補償の問題」ジュリスト403号（1968年）33頁がある。

具体的に相隣関係の内容としては、①所有者に対して、相隣者の一定の行為を受忍すべき義務を課すもの、②所有者に目的物の一定の利用をしないように制限を加えるもの、③相隣者と協力して一定の行為をする積極的義務を課するものの三種に区別されている。そして民法規定では一番少ないものの、実際の生活上では③をより強調する必要があることが指摘されている<sup>26)</sup>。

『我妻・有泉コンメンタール民法』によれば、相隣関係の特色は相互性、協同利用性、公平性である。「第1に、この関係では、土地所有権の効力を制限するものが、まったく同じ性質の隣の土地所有権であるということが注意される。したがって、それは相互関係を基本とする。一方に認められることは、また他方にも認められるのである。第2に、それは、いわば同じ方向において物の利用を全うすることを目指すものである。したがって、それは互譲協同の関係に立つ。一方の設けた物を他方も利用することが許されるのである。第3に、それは、同じ私法上の対等な権利間関係である。したがって、相隣者の一方に負担を負わせる場合には、他方はこれに対して償金を支払わせることによって公平を維持しようとする<sup>27)</sup>。」

ここで民法学における相隣関係論の最近の議論を参照しよう。秋山靖浩は、一般に民法学で議論される相隣関係論では「土地利用の調整」という観点が指摘されるにとどまり、それ以上に都市空間の形成的観点、即ち「土地利用の形成」あるいは「土地利用の規律」という観点はほとんど意識されていないことを指摘する。そして秋山靖浩は前者の「調整」の論理の帰結として、①調整の対象は隣接している土地であって、それ以上の例えば近隣地域といった広い空間を対象とするものではないこと、②調整の目的は個別の土地における適切な土地利用の確保であって、空間や国土の適切な利用といった含意は含まれていないとの特徴を挙げる<sup>28)</sup>。このような特徴は、行政法学で使い古された表現を用いれば、無数の「二面関係」が連結の保証なく都市空間上に点在するものに他ならない。相隣法上の「相隣互助互譲の精神」は、狭い空間で実現されるものでしかなかったのである。

## 2 互酬性論①——消極的理解

以下、我が国判例・学説上に見られる互酬性について、まずその内容を消極的に捉える理解から検討しよう。その代表的ケースは、都市計画法や建築基準法に基づく用途地域制

25) 我妻榮(有泉亨補訂)『新訂物権法』(岩波書店、1983年)282～83頁。舟橋諄一『物権法』(有斐閣、1960年)347頁も参照。

26) 我妻榮ほか著『我妻・有泉コンメンタール民法』前掲註(4)404頁。

27) 我妻榮ほか著『我妻・有泉コンメンタール民法』前掲註(4)404～405頁。

28) 秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(1)」早稲田法学74巻4-1号(1999年)268～69頁。なお秋山靖浩「相隣関係における調整の論理と都市計画との関係(1)～(5・完)ドイツ相隣法の考察」早稲田法学74巻4-1号、75巻1号、75巻2号(1999年)、75巻4号、76巻1号(2000年)は、広渡教授の言う「都市共同体の市民の相互拘束」が都市法の論理を構成する上で重要な意義を持つとの認識から、民法学の立場から相隣関係と都市計画の関係を論じており示唆に富む。

が「相隣関係の趣旨・目的と全く同一」であるが故に補償不要の理由とされる見解であり<sup>29)</sup>、そこでの相隣関係とは、前述の、「土地利用の調整」としての相隣関係理解である。杉村教授は、「これらの制限は、いずれも、同一地域内の土地用益権者の相互間において、住居の安寧の維持、または安全、防災、衛生上の危害の防止という共通の利益を実現するための互譲協同的な制限と解することができる」と述べられた<sup>30)</sup>。

また高辻正巳氏の議論を再引用すると、「その犠牲が、居住その他の生活条件をめぐり、その条件をひとしくする社会一般の人々の福祉を維持し、増進する見地から、財産権の内容実現の態様であってそれに害をおよぼすおそれのあるものを事前に抑制することによりもたらされるものであり……、したがって、そのような生活条件をひとしくする社会一般の人々が、同様の犠牲を忍び合うことにより、お互いに、生活条件上の利益をもたらそうとする場合の犠牲にほかならないものであれば……、その犠牲は、その者が、そのような生活条件をひとしくする社会一般の人々と同様の立場においてひとしく受け、しかも、そのことによって、それらの人々がひとしく受ける犠牲の反面として得られることになる社会生活上の利益をその者にももたらすことになるものであるから、実質的には特別の犠牲というにあたらず、それについて憲法上の補償を必要とするかぎりではない<sup>31)</sup>。」

杉村説・高辻説ともに補償不要の理由付けとして、相隣関係論から相互性・協同利用性・公平性を暗黙のうちに提示している点が指摘し得よう。更に杉村説・高辻説は共に、行政法の相隣関係に各人が参加することによって得られる利益を挙げる際、「住居の安寧の維持、または安全、防災、衛生上の危害の防止という共通の利益」、「財産権……に害をおよぼすおそれのあるものを事前に抑制することによりもたらされる……居住その他の生活条件上の利益」といった消極的利益に限定している。なお明治憲法下でも、市街地建築物法上の「地域制」が補償不要と理解されてきたのは、立法の沈黙だけではなく、警察制限に基づく規制であることが理由とされてきた<sup>32)</sup>。

以上の杉村説・高辻説の説明は、今村第二基準にいう「財産権に内在する社会的拘束の表われとして補償を要しない」場合、即ち「当該財産権の存在が、社会的共同生活の調和を保ってゆくために必要とされるものである場合」のイメージと差し当たり合致することは明白であろう。このような消極的互酬性理解は、今村説よりも、むしろ田中説における「公共の安全・秩序の維持とか社会的共同生活の安全の確保というような消極的な目的のために最小限度において必要な比較的一般的な財産権の制限」という表現により直裁に表明されている。大橋洋一教授も、警察制限に損失補償が不要と結論付けられやすい理由と

29) 荒秀「開発許可制度と住民の損失」ジュリスト372号(1967年)50頁。

30) 杉村敏正「公用負担」『法の支配と行政法』(有斐閣, 1970年)314~315頁(初出1967年)。また阿部教授が提唱する「点数制による補償の要否の判定基準」では用途地域制の目的・根拠は「③お互いの環境保護」とされ、点数は「0」とされる。阿部泰隆『国家補償法』前掲註(19)281頁。

31) 高辻正巳「財産権についての一考察」前掲註(8)10頁。

32) 弓家七郎『地域制』(東京市政調査会, 1924年)19頁, 西田幸介「用途地域制限と損失補償の要否」前掲註(24)157~160, 182~187頁。

して、「こうした最低基準を守ることは、市民相互に等しく期待されている点で、互換的な事情も存在する」と述べられる<sup>33)</sup>。このような理解からは、各用途地域に応じて適用される、建築物の敷地・構造・建築設備及び用途に対する建築基準法上の各種規制（都計10、建基48～57）や、防火地域に適用される規制（建築基準法61条～67条の2）などについて、そこに消極的な互酬的利益を社会構成員が享受し合うという関係を見出し、故に財産権制限に対して補償不要と結論づけることは容易である。

またこの消極的互酬性理解は、互酬的利益を享受し合う互換関係の成立範囲を狭く捉える傾向にあるように思われる。例えば都市計画法上の地域地区制の中でも風致地区や（旧）美観地区について受益と負担が一致しないのではないかという疑念の指摘は代表的なものである。杉村教授に拠れば、これらの地区は「同一地区内の土地用益権者相互間においてはこれを相隣関係に準じて解することができるが、これらの地区の設定目的が同時にこれらの地区の土地用益権者以外の者の利益にあり、もし、後者に重点が置かれているとすれば、相隣関係理論では解消しきれぬ要素が残存することになり、この点から、損失補償の必要性が認められるように思われる（傍点筆者）<sup>34)</sup>。」

以上の文脈における互酬性が言及された損失補償に関する裁判例として、奈良県ため池条例に関する最高裁判決（最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁）がある。周知の通り、ため池の破損等による災害を防止するために、その原因となるような行為（ため池の堤とうに竹木若しくは農作物を植える行為）をすることを条例で禁止した措置に対する補償の可否につき、多数意見は、「ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は、本条例一条の示す目的のため、その財産権の行使を殆んど全面的に禁止されることになるが、それは災害を未然に防止するという社会生活上の已むを得ない必要から来ることであつて、ため池の堤とうを使用する財産上の権利を有する者は何人も、公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負うというべきである」として、財産権行使の全面禁止にも関わらず損失補償を否定した。

従来、ため池最高裁判決に対しては「警察制限＝補償不要」/「公用制限＝補償要」の二区分論に拘泥するものとの批判が妥当してきた。確かに規制目的論は補償要否の推定に役立つが、用途地域制など警察制限と公用制限が混在している規制形態が多様化していることのみならず、補助基準論においてはその他の補助基準も合わせ考慮される必要があることから、二区分論はもはや原理的なものとして捉えられるべきではない。ところでそのような二区分論に立脚する多数意見では明示するところがないが、入江俊郎裁判官補足意見にここでの互酬性理解を垣間見ることができる。即ち憲法29条が規定する正当な補償に関して「その法意は、もし財産権の制限が、その財産権を有する者は何人も、互にその制限

33) これに対し公用制限の場合には、「特定者の犠牲の上に、社会構成員が便益を得るわけであり、犠牲者と便益の受け手との間に必ずしも互換関係が存在しない。」大橋洋一「最大判昭和38年6月26日判批」行政判例百選Ⅱ（第五版）511頁参照。

34) 杉村敏正「公用負担」前掲註(30)314～315頁、松島諄吉「新・都市計画法と損失補償の問題」前掲註(24)32～33頁。

に従うべきことが、社会公共の秩序、安全を維持するため、当然の社会的責務と解される程度のものである場合、……補償すべき憲法上の必要はないものとする趣旨をも包含する(傍点筆者)。」

しかし、ため池判決の事例では被規制者は財産権の剥奪に類する制限を受けており、消極的な互酬的利益の互換関係のみで損失補償不要の結論となるのか否か、定かではない。なお損失補償に関する裁判例の中で以上の文脈における互酬性が言及されたものは、所謂「内在的制約論」で補償を否定するものの中にその趣旨の読み込み可能なものがある他は、ほとんどない<sup>35)</sup>。

### 3 互酬性論②——積極的理解

ところで、前述の通り相隣関係論の狭い適用範囲を前提とすると、「用途地区制にしても、たしかに相隣関係的モメント、すなわち同一地区内住民の相互利益的モメントを有してはいるものの、それのみがすべてではなく、同一地区を越える全地域の福祉というモメントも存在している」のではないかとの疑問が生じる<sup>36)</sup>。結局、「ゾーニングの行政作用の性質をみるならば用途地域を中心とした消極的な性格なものと、積極的な action としての性格を有するものとの両面を併せもつものと理解することが正しいであろう。もっとも、このような消極的作用といえども、積極的な公共投資による十分な施設整備や都市再開発事業の基礎として重要な機能を果たすという意味では、間接的ではあれ積極作用に連結している」ため<sup>37)</sup>、相隣関係論のみでは用途地域制が無補償である根拠が弱くなる。実際のところ、用途地域単体で利益を享受するのではなく、当該地域で実施される複数の公共事業、公共施設の実施実現といった都市計画全体のメカニズムの中で補償の要否を議論する必要がある。

そこで学説は私法上の相隣関係論を基礎としつつ、利益の性質に捉われることなく受益と負担の相殺論に比重を移した。用途地域制に関して、まず成田教授は、相隣関係という言葉は用いるが、用途地域制限は「都市における良好な居住条件と生活環境の維持・向上をはかるための相隣関係的な制限であり、一定の地域内の土地所有者等がひとしく同様の犠牲を忍びあうことによって相互の生活条件や生活環境の向上という社会的利益を、その犠牲の反面として他の住民に対すると同様にその者にももたらす結果となるのであるから、特別の犠牲というにはあたらず、補償を要する限りではない」と述べ、用途地域制に参加することによって得られる利益について「生活環境の向上という社会的利益」を指摘し

35) 例えば、鉱物権者が鉄道、道路、河川、公園、学校等の施設・建物の地表地下とも50メートル以内の場所において鉱物掘採するには管理庁等の承諾を得ることを要求する鉱業法64条の制限は、公共の福祉のためにする一般的な最小限度の制限であり何人もこれをやむを得ないものとして当然受忍しなければならないとして損失補償請求を否定したもの(最判昭和57年2月5日民集36巻2号127頁)など。

36) 水本浩「土地の私権の制限」金沢良雄他編『住宅問題講座第二巻』(有斐閣、1969年)58頁。

37) 荒秀「土地利用計画とゾーニング」公法研究36号(1974年)147頁。また同「地域地区制」金沢良雄他編『住宅問題講座第二巻』(有斐閣、1969年)117~118頁。

た<sup>38)</sup>。成田教授の互酬性理解は、受益と負担の互換関係をやや緩やかに解しているかのようであり、従来の理解と異なるものがある。

更に遠藤教授は、「それぞれの地域の都市機能を純化し、特化したうえで適当に配分することによって、全体として都市機能の高度化と都市生活環境の保全をはかっている。これらの利益の享受者はほかならぬ当該都市の住民である」と述べられ利益相殺論を鮮明にされた<sup>39)</sup>。この見解について本稿冒頭で指摘した通り、荒教授は「利用制限が制限を受ける者にとって利益を与えるならば補償不要と一応言いうるわけであるが、しかし考えてみるといかにも荒っぽい議論で、厳格に言えば利益と不利益の正確な計算が必要とされよう。しかし、そのような理論で決着をつけざるを得ないことはとりも直さず政策的要因により強く影響をうけざるを得ない側面を有するからであろう」と是認されていた。

土地利用法上の各種制度に関する損失補償の要否判断についての学説でも、この文脈での互酬性理解が反映している場合がある。第一に、都市計画法上の地域地区制の中でも風致地区や(旧)美観地区について受益と負担が一致せず互酬性論の射程を超えているのではないかという前述の疑念に対して、(旧)美観地区や風致地区は土地利用の全面禁止ではないことに加え、「住宅環境が良くなり、全体としての土地の交換価値の低下を来さない場合は、損失がないことになり、補償が必要でなくなる」とも考えられてきた<sup>40)</sup>。

第二に、市街化区域の開発規制(都市計画法33条)については「地域社会の共通利益を実現するために必要な互譲協同的な財産権の制限であり、他面これによって当該財産権者もその利益を享受しうる」ので補償不要とされる(傍点筆者)<sup>41)</sup>。

第三に、狭義の都市計画制限に関して、旧都市計画法についてはあるが、都市計画制限及び都市計画事業制限が無補償である理由として用途地域制限と同じく相隣関係の制限であることを挙げる見解がある<sup>42)</sup>。但しこの見解には批判も多く、制限の期間が不相当に長期に渡る場合には補償を要する学説が有力に提示されてきた<sup>43)</sup>。

第四に、建築協定制度(建築基準法69条以下)の改革論を論じる中で、大橋洋一教授がここでの互酬性に触れる箇所がある。建築協定は、一定区域を定め、住宅地としての環境又は商店街としての利便を高度に維持増進する等建築物の利用を増進し、かつ、土地の環境を改善する目的で、地権者等の全員の合意でもって建築基準法以上の規制を及ぼす。このように建築協定は「土地所有権者等が相互に土地利用権の行使を制限しあうことによって、地域全体として良好な環境・形成を形成する仕組み」であり、法的には単純な民事契

38) 成田頼明「土地利用の合理化と私権」『土地政策と法』(弘文堂、1989年)107~108頁(初出1967年)。

39) 遠藤博也『行政法スケッチ』(有斐閣、1987年)253頁。また田中二郎ほか編『土地政策論』(評論社、1968年)315~316頁(雄川一郎発言)。

40) 水本浩「土地の私権の制限」前掲註(36)56頁、成田頼明「最判昭和50年3月13日判時771号37頁判批」街づくり・国づくり判例百選(1989年)19頁。

41) 松島諄吉「新・都市計画法と損失補償の問題」前掲註(24)32頁参照。

42) 成田頼明「土地利用の合理化と私権」前掲註(38)107~108頁。これに対する批判として、野呂充「都市計画制限と損失補償」広島法学20巻2号(1996年)261頁参照。

43) 遠藤博也『計画行政法』前掲註(9)224~229頁。

約ではなく、土地利用規制と共通する特徴を有する<sup>44)</sup>。この建築協定について大橋教授は、既成市街地整備における合意形成手法として活用されるべく建築協定締結・更新要件を、全員合意制から、土地整理組合（土地区画整理法18条）や市街地再開発組合（都市再開発法14条）と同程度の2/3以上へと緩和すべきという従来からの学説上の指摘に賛同する。最大の問題点は利用制限を以後受け続けることとなる少数者の権利保護であり、損失補償規定の導入も考えられるが、教授は遠藤論文を引用しつつ損失補償不要の理論構成の一つとして、「協定を通じて整然とした街並み・環境が創設・確保されることは、規制を受ける者にもっぱら規制の受忍を強いるだけではなく、受益も同時にもたらすものである。市民相互が規制に服することにより生ずる住環境の純化というメリットにも等しく目を向けるべきであろう。規制に伴うプラス、上質な宅地環境のもつ財産的価値にも注目すべきである。被規制者にも規制利益の享受者であることに着目して、地域地区制に補償が不要であると説かれるのと同様の根拠が、ここには認められる」と述べられる<sup>45)</sup>。

しかし損失補償が関係する裁判例でこのような互酬性概念が言及されるものも極めて少ない。建築基準法42条1項4号（昭和32年法律101号改正前）指定に伴う同法44条による建築制限につき、東京高判昭和56年4月16日判時1005号99頁は、道路指定が土地区画整理事業の完遂を容易ならしめるため暫定的に加えられる利用制約であることのみならず、整理事業が「その事業区域内の宅地の所有者その他の権利者に利益をもたらすものである」ことを不利益受忍の根拠とする程度である<sup>46)</sup>。

#### 4 小括——我が国における互酬性論の到達点

こうして損失補償の不要性を導くものとしてのこのような互酬性論は、一般的に用途地域制について議論されるに止まる。西塾教授は次のように述べられる。「この基準は、一般に、制限を無補償で甘受すべき理由の一つとして挙げられている。制限を課せられる者は、他方で自らも良好な環境を享受できるのであるから、それによって損失と利益が調整されるはずである、というわけである。用途地域の規制などについては、確かにこの基準は有効であろう。しかし、それ以外の場合にはあまり当てはまらないから、その射程範囲は広いとはいえない<sup>47)</sup>。」

44) 建築協定の特徴として①地域の住居環境の保全という共同の利益のために、各協定者が同一内容の制限を受け、②したがって、ある協定者に課せられた制限が他の協定者の利益となるという構造がなく、いわば、自分で自分を制約しているにすぎず、③協定の効果は土地に対して及ぶものであり、協定者が当該区域から離れば協定には無関係となり、逆に新たにその区域に入ってきた者は合意していないのに協定による制限を受ける、といった点がある。伊藤高義・中舎寛樹『自治体私法』（学陽書房、1990年）231頁。

45) 大橋洋一「建築協定の課題と制度設計」法政研究68巻1号（2001年）84～88頁以下。一方、長谷川貴陽史准教授は、補償が必要ないとされる区域区分指定や地域地区指定と比較して、建築協定は小規模な地区に詳細かつ強い規制を課すものだから少数者保護の必要性が高い場合がある等と述べ、異議を唱える。長谷川貴陽史『都市コミュニティと法』前掲註(3)335～336頁参照。

46) 大阪地判昭和49年5月28日判例時報760号51頁（旧都市計画法11条による区画整理）も同旨。

このように我が国の利益相殺論ないし互酬性論は、基本的に次のような常識的想定に基づいて言及されている。即ち、地域をある程度限定し、地権者が負う負担が複数の他者と強制的互換関係に入ることによって得る受益によって常識的に相殺される場面である。そしてそのような相互的互換関係は警察秩序維持に起因するものに限られないものの、その場合の互酬的関係の計算はラフに把握されるのに対し、警察秩序維持以上の目的を確保しようとする場合の互酬的利益は、受益者にせよ利益にせよ、ある程度特定され、明確であることが意識されているように思われる。但し、警察制限についてはその他の正当化理論に隠れ、基礎理論として語られることはあまりない。また警察制限以上の規制についても、一般的に建築が禁止される訳ではない用途地域制について議論されるに止まり、財産権剥奪の場面において利益相殺の思考で補償不要の結論を導く場合（例えば土地の無償減歩（土地区画整理法109条1項）や、事業損失と開発利益の相殺の可否（土地収用法74条1項、90条）の議論が参照されることもない。

これに対し次章で検討するアメリカ法においては、元来は警察理論に起源を持つ互酬性論が、財産権剥奪の場面での互酬性論をも取り込みつつ議論が展開されるとの経過を見る。またそこでの互酬性論の内容は結果的にわが国のそれと類似の点が多々あるものの、あまり詳細に議論されている訳ではないわが国の互酬性論が比較参照を図るための素材が豊富に存在する。更にそれにとどまらず、わが国での理解とは異質な互酬性論の展開も判例・学説には一部見られる。次章ではこれらの点につき比較研究を進める。

## 第二章 アメリカにおける互酬性論

### 第一節 議論の端緒—利益の平均的互酬性 (average reciprocity of advantage)

アメリカにおいて土地利用規制に対する損失補償の問題は収用問題 (takings issue) として議論されているが、その展開過程は我が国でのそれと極めて近いものがある。収用条項の解釈として公用収用についてのみ補償を要するとする起草者意思にも関わらず、土地利用規制であっても損失補償を要する場合があるという意味の「規制による収用 (regulatory takings)」概念の理論的基礎を築いたと評される1922年の *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon* については、我が国でも既に数多くの紹介がなされているが<sup>448)</sup>、同判決は、本稿が検討する互酬性概念が損失補償の文脈において最初に言及された判決としても意義深い。そこでまず同事件の検討から始めることとしたい。

#### 1 土地陥没の防止①—*Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*

同事件の概要は次の通りである。*Pennsylvania* 州北西部の地場産業である炭鉱業が第一

47) 西塾章『損失補償の要否と内容』（一粒社、1991年）87頁参照。

48) *Pennsylvania Coal Co. v. Mahon*, 260 U. S. 393 (1922). 差し当たり拙稿「損失補償の要否論と財産権の本質的内容（一）（二）——アメリカにおける理解の変遷」早稲田政治公法研究76・77号（2004年）参照。



次大戦後に拡張したことに起因する地上建造物・道路等の陥没が社会問題化していたことを受けて、Pennsylvania州はこれを防止すべく、Kohler法(1921 Pa. Laws 1198)を制定した。同法は地表権(surface right)を有しないものが他人の土地下で炭鉱採掘を行うことを全て禁止するものであった<sup>49)</sup>。

ところで本件の被告である石炭会社は、遡る1878年に原告であるMahonの父親に本件土地の地表権を売却した際、契約により採掘に起因する損害賠償を放棄する約定を交わしていた。1921年、石炭会社は土地を相続していたMahonに対し採掘を行う旨の告知をしたところ、MahonがKohler法を根拠に差止を求めて訴訟に及んだ。これに対し会社側は、同法は契約の自由を侵害し、かつ同法の規制はポリス・パワー(police power)ではなく実質的に公共の用のための収用に等しい等と主張した。

多数意見を執筆したHolmes判事は、「財産権はある程度規制されるが、規制が行き過ぎれば、規制は収用と認識されるだろう」と述べた上で、旧稿で検討の通り、形式判断を好んだ当時の司法哲学に逆らい様々な基準を比較考量した上でKohler法の規制が収用の効果を持つ制限であるとの結論を導いたが、その基準の一つが「利益の平均的互酬性(average reciprocity of advantage)」の不成立であった。即ちHolmes判事は、事案の類似したPlymouth Coal Co. v. Pennsylvania(1914年)をMahon判決と区別する文脈の中で「利益の平均的互酬性」の成立の有無に言及する<sup>50)</sup>。

「なるほど確かにPlymouth Coal判決において立法部が要求し得ることと判示されたのは、接し合う財産の境界線に沿って鉱柱を放置することであり、境界線の相手側に鉱柱を残すことでもって、一方の炭鉱が放棄され水で空間を塞ぐことが許可された場合に双方の炭鉱の被用者の安全を確保するに十分な防壁となすことであった。しかしそれは炭鉱内の被用者の安全確保の為の要件であり、様々な制定法を正当化するものとして理解されてきた利益の平均的互酬性を保障するものであった。」

Mahon判決で言及された「利益の平均的互酬性」はこれだけであり、従ってその内容理解にはPlymouth Coal判決との比較参照を要する。

## 2 土地陥没の防止②——Plymouth Coal Co. v. Pennsylvania

Plymouth Coal判決は、Pennsylvania州のAnthracite Mine Laws of 1891に関する事案である。同法には、隣接し合う鉱山業者双方に対し、無煙炭鉱山で労働する鉱夫の安全を保護するため十分な土地境界線上の鉱柱を採掘することを禁じた条項が備わっていた(な

49) 我が国でも鉱業法35条が「経済産業局長は、鉱業出願地における鉱物の掘採が……公共の用に供する施設若しくはこれに準ずる施設を破壊し……公共の福祉に反すると認めるときは、その部分については、その出願を許可してはならない」と規定する(ほか採石法10条1項1号、砂利採取法19条等)。

50) Mahon, 260 U. S. 393, at 415.

お我が国の鉱山保安法37条参照)。そこで鉱山業者が、右規定は補償なくして鉱柱を剥奪するものだと同規定の修正14条違反を申し立てた。こうして Mahon 判決での制定法 (Kohler Act, 1921 Pa. Laws 1198) と Plymouth Coal 判決で問題となった制定法 (Anthracite Mine Laws) は規制目的 (陥落防止)、利益侵害の態様 (石炭採掘の禁止) の点で類似するものがあつた。

Pennsylvania 州最高裁の判断から検証しよう。同最高裁は、利益の平均的互酬性の用語は用いないものの、ポリス・パワーの行使に補償不要な理由として互酬性概念に触れる判示をした<sup>51)</sup>。

「この規制は一方の利益の為に他者に苦難を与えるものではなく、公平、公正、合理的に、炭鉱所有者全員の利益にとって共通の負担を課すものである。

ポリス・パワーは公用収用権とは区別される。……自己の物を使用するに、他人の物を害せざるごとくこれをなすべし (sic utere tuo ut alienum non laedas) の格言に立脚するポリス・パワーの行使は所有者の財産権の利用と享受を制限することでこの格言を実効的なものとする。あるいは所有者が財産を完全に奪われるとしても、それは公共の用のための収用ではなく、公衆の安全・道徳・健康・一般の福祉を保障する為に破壊されるのであり、いずれの場合も補償は付与されない。なぜなら、……法はポリス・パワーの行使から一般的利益 (general benefits) の分け前を (そして本件では特別な利益 (specific benefits) もまた) 享受することで十分に補償されていると考えているからである。例えばこの事件では、……法は誰かの採掘権の行使を禁じているに過ぎないが、言い換えれば災害の可能性、詳述すれば炭鉱の洪水を防ぐため、安全が脅かされかねない公衆の生命を保護する為に、そして付随的に所有者自らの炭鉱財産を保全するために採掘権を破壊しているに過ぎない。最後の点で、採掘権の破壊は別の災害、つまり大火災 (conflagration) を防ぐための建築物の破壊と類似しているところがある…… (傍点筆者)。」

このように Pennsylvania 州最高裁の互酬性論の根拠は、大火災を防ぐための建築物の破壊—破壊消防—との類似性である (なお大火災 (conflagration) の法理が持つ互酬性理論については次節で後述する)。

鉱山業者は同案件を合衆国最高裁に上訴するが、しかし鉱山業者は同法が適法なポリス・パワーの行使であることを認め、ただ防壁たる鉱柱の固定方法が不確かな情報に基づいており、事前告知手続が不十分であることを理由として同規定の修正14条違反を申し立てたにとどまった。従って合衆国最高裁は、原告が変更した主張に沿って制定法を手続的デュー・プロセス及び平等条項の観点から検討しただけであつたため、利益の平均的互酬性概念自体を扱うことはなかつた。

そこで Holmes 判事が Plymouth Coal 判決と Mahon 判決で結論が異なる理由の一つと

51) Commonwealth v. Plymouth Coal Co., 232 Pa. 141 (1911), at 150-51. 同種の炭鉱事案を扱った West Virginia 州最高裁による Mapel v. John, 42 W. Va. 30 (1896), at 37 を引用する。

して「利益の平均的互酬性」の不成立を指摘したのは、Pennsylvania 州最高裁判決を踏まえたものと思われる（そこで以下の議論でも Plymouth Coal 判決に言及する場合には、基本的に Pennsylvania 州最高裁による判断を指すものとして引用する）。そこで Pennsylvania 州最高裁が判示した互酬性概念について確認すべき点は、次の通りである。

第一に、本件で生じる互酬性は、大火災の法理に擬えられた地表陥没防止という消極的規制に起因する。「法はポリス・パワーの行使から一般的利益 (general benefits) ……の分け前を享受することで十分に補償されていると考えているからである。」そして第二に、被規制者間の負担と利益はほぼ同等であると言えよう。しかし第三に、炭鉱所有者が相互に規制しあう事で享受する利益は「付随的」なものに過ぎず、直接の利益を享受するのは一般公衆である。それにも関わらず補償が不要なのは、恐らく Pennsylvania 州最高裁の理解では一般的利益とは別に「特別な利益」(specific benefits) が被規制者に帰属する結果となるからである。ここでは一般的利益 (general benefits) と特別な利益 (specific benefits) の区別が想定されていることが分かる。

この枠組を Mahon 判決の事案に当てはめるとどうなるであろうか。Mahon 判決の事案では、当事者間の契約で損害発生についてのリスク配分が取り交わされていたが、Kohler 法は「地表が鉱山所有者によって所有されている場合には、通常、適用されない」ので、地表権を売却してしまった原告石炭会社は相互拘束に伴う何らかの利益を全く享受できず、利益を享受できるのは Mahon のみである。Plymouth Coal 判決との事案的差異は、第二の点が明確に欠けていた点に思い至る<sup>52)</sup>。Mahon 判決は次の通り判示する<sup>53)</sup>。「私人や地域が地表権のみ取得するリスクを冒すのを適当なことと考えてきた限り、我々はそのリスクが危険なものとなったという事実をもって彼らにその購入した諸権利以上のものを与えることを正当化できるとは考えられない。」

ところで、Mahon 判決では Plymouth Coal 判決で同概念の使用例があるとする以外に説明も乏しく、しかも Holmes 自身、交流のあった Frederick Pollock に宛てた私信において、(後述する)「Brandeis 判事の反対意見はあたかも私が利益の平均的互酬性と呼んでいるものが私にとって一般的根拠となっているかのように語っているが、そうではない。私はその用語を特定の事件を説明するためだけに利用しているに過ぎない」と述べ<sup>54)</sup>、利益の平均的互酬性の不成立が Mahon 判決の決め手となったのではないとしているので、Holmes が「利益の平均的互酬性」についてどのように理解していたか——Plymouth Coal 判決の引用の仕方からしてその成立範囲を限定的に理解しているようではあるが——直ち

52) Kohler 法を合憲と判断した Pennsylvania 州最高裁判決に反対した、Kephart 判事少数意見が既にこの点を言及していた。Mahon v. Pennsylvania Coal Co., 274 Pa. 489 (1922), at 514 (Kephart, J., dissenting).

53) Mahon, 260 U. S. 393, at 416.

54) Letter from Oliver Wendell Holmes to Frederick Pollock, *in* 2 Holmes-Pollock Letters (Mark DeWolfe Howe ed., 1941), at 109. Harold Laski に宛てた私信にも同様の記述がある。Letter from Oliver Wendell Holmes to Harold J. Laski, *in* 1 Holmes-Laski Letters (Mark DeWolfe Howe ed., 1953), at 462.

には理解し難い。

ところで Mahon 判決の僅か2ヶ月前、Holmes は自ら執筆した Jackman v. Rosenbaum Co. (1922年)において、「利益の平均的互酬性」という用語を判例史上最初に用いている。ここでも Holmes は先例を引用する以上に互酬性概念の定義付けを全く行っていないが、しかし Holmes の思考を我々が追跡する痕跡は残されている。

### 3 共用障壁法——Jackman v. Rosenbaum Co.

同事件は Pennsylvania 州の共用障壁法の事案である。同州では、土地所有者が隣地との土地境界線に共用障壁 (party wall) を建設する際、隣地側に障壁が既にあればそれを新しい障壁に附合させることが制定法上認められていた。ところが原告・映画館経営者の隣人が障壁を建設する際、Pittsburgh 市当局から、附合ではなく、安全上の理由で映画館側の古い障壁を取壊すよう命令された為、隣人は原告の障壁を取り壊した。そこで原告が損害填補の規定のない制定法の違憲性を主張した、という事案である<sup>55)</sup>。

同判決で Holmes によって言及された互酬性概念は傍論部分に過ぎない。即ち、Holmes は当該財産利用が既存の地域的法慣行や法原理にどれほど適合するものなのか、あるいはそのような慣行に適合していた当該財産利用に対し、規制がどの程度の法的影響をもたらすものなのか、という伝統的法慣行又は既得権保護の観点を考慮事項として重視し<sup>56)</sup>、共用障壁の法慣行が植民地時代から確立されたものであり、制定法はそれを追認しているに過ぎない場合には「ポリス・パワー」を援用する必要はないと述べることで以って規制を容認した<sup>57)</sup>。その上で、傍論として障壁規制が正当化される理由の一つを次のように短く述べた<sup>58)</sup>。

「Pennsylvania 州最高裁において、[Pennsylvania 州一般訴訟裁判所の] 評決無視判決 (judgment non obstante veredicto) (一方当事者に有利な評決が出ているにもかかわらず、裁判所が相手方当事者に出す有利な判決 (筆者)) が正当化されたのは、補償することなく様々な方法で財産権に負担を課したり、その価値を減少させる州の権限、いわゆるポリス・パワーの一形態 (branch) に言及することによってである。ポリス・パワーの行使は、幾つかの事例ではいわゆる利益の平均的互酬性によって正当化されてきた。但し個々の事件では、利益が平等では

55) なお日本の民法では「境界線上に設けた……障壁……は、相隣者の共有に属するものと推定」し (229条)、「相隣者の一人は、共有の障壁の高さを増すことができる」(231条1項)が、その場合、「隣人が損害を受けたときは、その償金を請求することができる」とされている (232条)。

56) Robert Brauneis は、このような Holmes の手法が伝統的法慣行を重視する点で19世紀初期の既得権理論とアプローチ的に類似するが、他方で既得権と非既得権をカテゴリー的に区別しようとするものではなく、規制と法慣行との乖離の程度を考慮する点で根本的に異なるものであると指摘する。See Robert Brauneis, *The Foundation of Our 'Regulatory Takings' Jurisprudence*, 106 Yale L.J. 613 (1996), at 631-32, 647-49.

57) Jackman v. Rosenbaum Co., 260 U.S. 22 (1922), at 31.

58) Jackman, 260 U. S. 22, at 30.

ない場合があるが（後述の *Wurts* 判決, *Fallbrook Irrigation District* 判決, *Noble State Bank* 判決を引用）。」

「ポリス・パワーの一形態」としての互酬性が *Jackman* 判決の事案においてどのように現れているのか, *Holmes* はそれ以上の説明をしていないので, 上記引用の前段部分, 即ち *Holmes* が言及した Pennsylvania 州最高裁判決の関連部分を見てみる。すると, Pennsylvania 州最高裁は自己の下した前述の *Plymouth Coal* 判決を引用しつつ, 障壁規制法が持つ一般的な防災目的の歴史性, 妥当性を詳細に述べる。その上で, 更に次のように互酬性論の根拠付けを強化して述べている<sup>59)</sup>。

「火災に対し他の方法によって十分な予防手段を取っているとしても, 答えは次の通りである。制定法の方法は望ましい目的を達する為に長年にわたって確立され, しばしば承認されてきた合理的で適切な手段であり, 密集地域（公共の福祉のために土地空間を経済的に合理化することが望ましく, また必要な地域である）では隣接し合う土地に共通する経済的管理 (common economical management) に資するので, 制定法の適法性は, 適切な警察規制であって非難することはほとんどできない (*Wurts* 判決, *Fallbrook Irrigation District* 判決を引用)。」

上記引用の通り, Pennsylvania 州最高裁判決はポリス・パワーの行使として州が「隣接し合う土地に共通する経済的管理」を実施することを是認した事例として, 特別負担金 (special assessment) の事例である *Wurts v. Hoagland* (1885年), *Fallbrook Irrigation District v. Bradley* (1896年) を引用する。これに影響を受けてか, *Holmes* も *Jackman* 判決の上記引用の後段部分で *Wurts* 判決, *Fallbrook Irrigation District* 判決, 及び自らが執筆した *Noble State Bank v. Haskell* (1911年) の三判例を, 利益の平均的互酬性が平等ではないことがあることを示唆する「個々の事件」として引用している。当時の法学者, 例えば *Ernst Freund* も著書『*The Police Power* (1904年)』の第20章「強制的利益 (compulsory benefits)」の中で, 障壁規制を警察制限的なものとしてではなく, 共同的土地改良事業の一種として論じており<sup>60)</sup>, *Jackman* 判決が示す互酬性概念とは, 土地改良型のそれであった。

こうして Pennsylvania 州最高裁が判示した互酬性概念について確認すべき点は, 第一に, 本件で生じる互酬性は *Plymouth Coal* 判決で言及した火災防止という消極規制に起因するばかりでなく, 強制的土地改良事業と同じ性格からも生じると理解されている点である。それ故か第二に, 負担に起因する互酬的利益 (防災と土地の合理化) を個々の被規制者が直接享受する状況にある。

59) *Jackman v. Rosenbaum Co.*, 263 Pa. 158 (1919), at 173-74.

60) *Ernst Freund, The Police Power: Public Policy and Constitutional Rights*, § 443 (1904).

#### 4 小括

このようにして、差し当たり Holmes が言う「利益の平均的互酬性」とは、利用制限により被規制者には損失が生じるが、被規制者全員が相互に規制を受けることで利益も生じるのであるから、規制が公用収用類似の効果を持つものではないとする考えであり、そこには破壊消防型の互酬性ばかりでなく、私有地の経済的効用の拡張の為に用いられる土地改良型の互酬性も想定されていたことが伺える。ポリス・パワーの合憲目的が「公衆の健康、安全、道徳その他公共の福祉」の増進と消極的に理解されていた当時において、利益の平均的互酬性概念によってポリス・パワーの正当化の範囲を拡張的横断的に捉えようとした点で、Holmes の利益の平均的互酬性論は彼のリーガル・プラグマティズムが垣間見える一場面である。Holmes 自身、Harold Laski に宛てた私信において、「Jackman 判決の意見の中で、私は『利益の平均的互酬性』の定式を造り出した。それはある種の裁判例の合理性を巧妙に示すものと思っている」と自賛している<sup>61)</sup>。

以上の Holmes が造り出した『利益の平均的互酬性』の定式は、日本の裁判例と異なり、アメリカでは以後、損失補償の要否判断でしばしば利用されている。もっとも、合衆国最高裁判例でもこの用語自体が用いられた判決は9判例しかなく、連邦下級審・州裁判例まで視野に入れても38判例しかない。また一部の判決を除き互酬性の成立範囲をめぐる実質的な議論が行われている訳でもない。更に、利益の平均的互酬性を直接の根拠として規制の無補償性が正当化されている訳でもない点は、日本法と状況が同じである。

そこで利益の平均的互酬性が正確に何を意味するかを、更に検証することを要する。以下では Holmes が参照した互酬性概念の源流と思われる系譜を探ることとしたい。その際、合衆国最高裁の判例だけではなく、各州の最高裁判例を積極的に取り上げることとする。なぜなら南北戦争前のアメリカでは連邦国家体制下での合衆国政府の果たす役割は限定的であり、合衆国市民に保障された財産権と国家政策が対立する主戦場は主に州以下のレベルにおいてであったからである。実際、第五修正の収用条項は連邦政府による収用の場合のみを対象とするものであって<sup>62)</sup>、「無補償収用禁止の原理」が州レベルに適用されるまで第一四修正の制定（1868年）を待つ必要があり<sup>63)</sup>、連邦レベルの公用収用の判例法理が蓄積してくるのは南北戦争以後の1870年代以降のことであってそれ以前まで判例はほとんど見られない。こうして19世紀アメリカ土地公法の特徴の一端を検証する上では合衆国最高裁判例に着目するよりも、むしろ州政府活動に対する州最高裁判例の形成過程、及び州裁判所相互間の判例参照の過程を検証し、よって合衆国最高裁の判例形成過程への影響を考察する必要がある<sup>64)</sup>。このことは前述した Holmes の思考過程を見ても明らかであろう。

61) Letter from Oliver Wendell Holmes to Harold J. Laski, *supra* note 54, at 466.

62) See *Barron v. Baltimore*, 32 U. S. (7 Pet.) 243 (1833), at 247-51.

63) U. S. Const. amend. XIV, §1. See *Chicago, B. & Q. R. R. v. City of Chicago*, 166 U. S. 226 (1897). 収用条項は直接援用されていない (at 236)。

64) 寺尾美子「(文献紹介) William J. Novak, *The People's Welfare*」国家学会雑誌112巻7・8号(1999年)177頁、折原卓美『19世紀アメリカの法と経済』(慶應義塾大学出版会, 1999年)163頁参照。

そこで次節以降では以下の手順で検討を進める。まず次節では、Holmes が参照した Pennsylvania 州最高裁の判決に示された大火災の法理を取り上げる。次に、互酬性概念が損失補償分野で最初に言及された Mahon 判決以前、19世紀におけるポリス・パワーに関する裁判例の中ではしばしば互酬的概念の使用例があり、その含意を探る。

第三節では、公用収用分野における残地補償と開発利益の相殺の問題を取り上げ、又その関連で、土地改良事業分野の判例法を検討する。Holmes が Jackman 判決執筆当時に参照した二判例 (Wurts 判決, Fallbrook Irrigation District 判決) を文脈的に検証することは特に Holmes の互酬性理解の解明に役立つであろう。その上で、Holmes が Jackman 判決で引用したもう一つの判決、即ち自身執筆の Noble State Bank 判決とそこでの引用判決を検討し、その上で全体としての Holmes の利益の平均的互酬性概念を把握する。

ところで Frederick Pollock に宛てた私信において Holmes が論難している通り、Mahon 判決では Holmes の法廷意見に反対した Brandeis も互酬性論について言及しているが、Brandeis の反対意見には後世の議論においてはある意味 Holmes 以上の謎を残すものがあり、最後に Holmes の議論との比較も含め検討する。

なお以下での諸判例に見られる互酬性概念は、損失補償の要否判断ではなく、実体的 due process の問題としてポリス・パワーの合理性を検証する為の文脈で使用されている点に注意を要する。

(続く)

【付記】 新入生に混じって学内を右往左往していた新任教員の私に最初に声をかけて下さった土井乙平先生、その時の楽しげな笑い声が今でも時々思い出されます。爾来公私にわたり御世話になって参りましたが、旅立たれることが先に分かっていたらもっと多くのことを伺っていたのにと悔やまれて仕方ありません。謹んで先生のご冥福をお祈り申し上げます。

【付記】 本稿は、2007年度大阪経済大学共同研究費による成果の一部である。