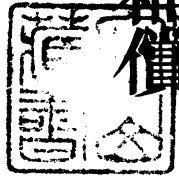


田中二郎著

行政上の損害賠償及び損失補償



酒井書店刊

(三) 農地改革が連合國最高司令部の指令に基いて行われてきたことは、さきに述べたが、この趣旨は、昭和二三年二月四日の農地改革に關する覺書によつて、一層明らかにされた。即ち、この覺書によると、「自作農創設特別措置法及農地調整法は、封建的土地所有制度を廢止し、公平且つ民主的地盤による土地の再分配を妨げる經濟的障礙を排除するを目的として、前記覺書（昭和二〇年一月九日の覺書を指す）に基き制定された。然るにこれ等法律の制定後、一部の反動勢力は農地改革計畫の完遂を阻礙するため策動をなすに至つた。」「土地改革計畫の實施は、日本に純然たる自由で且つ民主的な社會を創設するための先決要件である。農地改革の實施は日本國民並びに連合軍の日本占領の最も重要な目標の一と成つてゐる。従つて前記法律の嚴正且つ果斷な實施は不可欠な至上命令である。」「以上に鑑み左の指令を發する。即ち（イ）農林省は土地改革計畫の目的を阻礙せんとして壓迫を加える組織的反動勢力の不當な干渉を顧慮することなく現行手續に基き土地改革法の適用を受けて一切の土地を即時買収する旨の訓令を都道府縣農地委員會及び市町村農地委員會に發すべきこと、（ロ）日本政府は、贈賄、脅迫、その他不法行為による土地改革措置の完遂を阻礙する一切の者に對し即時彈壓を加うべきこと。かかる不法行為に關する報告を本司令部に提出すべきこと。」

(四) わが國は、現に連合國の管理下にあり、連合國の占領政策に違反する行為は、假に憲法の明文上には、その自由を保障されているように見えるものであつても、これを許さないことにしている。追放とか一定の集會・結社の制限禁止とかは、その例であり、又憲法以前の、むしろ憲法の理想とする地盤を作るための地ならし工作として、憲法以上の權力に基く根本施策として行われているものも少なくない。財閥解體とか企業集中排除の如きも農地改革とともにその例としてあげることができよう。法文の上からは、憲法と抵觸するところが少くないが、これらの施策も、連合國の占領政策の實施として、その有効性が認められなくてはならぬ。

（國家學會雜誌六二卷五號 昭和二三年）

### 三 損失補償の要否をめぐる二二三の問題

——公共福祉の實現と私有財産制の保障——

かような留保條項は、行政廳の立場からいつて、その文字通りにふりまわすことを認める合理的根據を見出しがたいし、相手方の事業者の側からいつても、その自由意思に基いて承認したものではないから、これを文字通りに事業者におしつけるべき性質のものではない。従つて、かような留保條項については、具體的にその内容について検討し、許可の附款として、公益上の目的を達するために必要な限りに於いて、有効なものと解するほかはない。かような見地からいえば、公益上の必要ある場合に、許可を取消し、工作物の撤去を命ずることは許される。併し、普通、留保條項の定めているように、行政廳が必要と認めるときは何時にても許可を取消すことができるのか、工作物の無償撤去を命ずることができるといふことは、單に例文條項に止まつて、文字通りにその効力を認めることはできない。いいかえれば、留保條項の定めにかゝらず、無制限の取消は許されず、工作物の無償撤去は許されないと解釋しなければならぬ。また許可の取消、工作物の撤去の必要が本人の責に歸すべき理由に基いて生じた場合は別として、それが、他の事業のために生じた場合には、他の事業の経費の一部としてその経費負擔者の負擔において（外に受益者がある場合にはその受益者の負擔において）工作物の撤去がなされるべきである。

(三) 私人の同意に基いて特別權力關係が設定される場合（公務員の任命、公企業の特許のごとし）において、特別權力者に與えられる權力に一定の限度が存することは、一般に承認されることである。即ち、普通、それは、その同意から客觀的に合理的に推測される限度に止まるとされる。その限度を越えて、特別權力者が命令強制をすることは許されない。本件の留保條項は、形式上には事業者の同意したものであるが、實質上には、強制による同意であり、自由意思による同意があつたものとはいへないし、内容的にみても合理的なものとはいへない。従つて、合理的な内容

のものとしてのみその効力を認めるべきである。

(四) 土地家屋の賃貸借に関する契約の例文解釋の理論をここに考えあわせるとよい。

#### 四

第三に、漁業許可の取消によつて、相手方に、財産上の損失を生ぜしめる場合に、その損失を補償する必要があるかどうか問題となつた。

問題は、將來にわたつて、水産資源の枯渇を防止し、最高の漁獲率を維持するために、一定の許可漁業につき、漁業に従事しうる漁船の隻數の最高限度を定め、それを超える數の漁船について許可の取消を行なおうとする場合に、それによつて生ずる損失に對して補償を必要とするかどうかの點にある。

この點については、二つの見解が對立する。即ち、一方においては、漁業許可は、元來、一般的禁止の解除に止まり、何ら權利を設定するものではなく、營業權のごときものの成立する餘地はないこと、漁業許可の取消は、漁業許可の内在的條件とみるべきもので、假に漁業者が資本を投下して企業を開始している場合でも、この内在的條件の實現である許可の取消は、權利侵害の問題を生ぜず、従つて損失補償の問題は起らないこと、を主張する。これが恐らく從來の通説的な考え方であろう。これに對して、他方においては、漁業許可は、權利を設定する行爲ではないけれども、許可によつて企業が成立した後、その許可の取消によつて企業の遂行を不可能ならしめることは、財産權の侵害であること、許可を取消しうるといふことと許可の取消による財産上の損失に

對して補償を必要とするかどうかということとは別問題であり、財産上の損失を生ぜしめる以上、憲法第二九條第三項の規定の趣旨からいつて、當然その損失を補償すべきであること、を主張する有力な説がある。

舊憲法の下においては、法律上別段の定めのない以上、公法上の損失補償を與える必要はないと考えられていた。<sup>(三)</sup>この考え方が正しいかどうかが問題であるが、それは暫らくおいて、新憲法の下においては、「私有財産は、正當な補償の下に、これを公共のために用ひることが出来る」という憲法<sup>(三九條)</sup>の規定の趣旨からいつて、およそ財産上の損失を生ぜしめる場合においては、法律上の根據規定があると否とを問わず、その損失が本人の責に歸すべき事由に基くものでない以上、當然、これに對して、正當な補償を與えなければならぬと解すべきであらう。問題は、漁業許可によつて、財産權又は財産上の利益を生ずるか、逆にいえば、漁業許可の取消によつて、財産權又は財産上の利益の侵害——即ち損失——を生ずるかの點にある。從來、一般には、漁業許可は、權利を設定する行爲でなく、單に一般的な禁止を解除し自然の自由を回復するに止まるものであるとし、従つて、許可の取消は、財産權の侵害を生じないと解する。併し、この見解は正當とはいえない。何となれば、假りに、許可そのものは財産權を生じないとしても、許可に基き企業が成立し、企業に資本が投下された場合には、それ自體が財産的價值をもつことはもちろんで、その外にも、營業權ともいふべき財産的價值を生ずることは、一般の承認するところであり、許可の取消によつて、企業の經營を不可能ならしめることは、これらの企業財産に損失を生ぜしめ且つ營業權を喪失せしめる結果となるからである。この營業權が一種の財産權としての性質を有することは、今更絮説を要しないが、公法上の關係についてみても、土地收用の損失補償に當つても、營業權の損失は、「通常生ずべき損失」の適例として、これを補償することになつてゐる點からいつても明らかである

う。許可の取消によつて、これらの財産上の損害及び營業權の喪失による損害を生ぜしめた場合には、新憲法の財産權保障の精神からいつて、當然、正當な補償を與えなければならないのである。このことは、法律上、許可の取消權を認めている場合又は許可に當つて取消權を留保した場合においても變りはない。許可の取消が許可の内在的條件であるということは、許可の取消によつて生じた財産上の損失を補償する必要がないということの根據にはならない。許可の取消が本人の責に歸すべき事由に基いて生じた場合のほかは、それから生じた損失については、當然、正當な補償を與えなければならないと解すべきである。

水産資源の枯渇防止を目的として漁業許可の取消を認めようとする水産資源枯渇防止法案のうちに、「政府は……許可の取消又は操業區域の變更を受けた者が當該處分によつて損失を被つたときは、これによつて通常生ずべき損失を補償しなければならない」<sup>(四條)</sup>と規定しているのは、この意味において、當然のことを規定したものであるといわなければならない。

(一) 公企業の特許とか公物使用權の特許とかは、權利を設定する行爲で、その權利は財産權の性質をもつものであるから、被特許者の責に歸すべき事由に基くことなく、その特許を取消し、よつてその權利の侵害を生じたときは、これに對し損失補償を與えるべきことは、むしろ當然で、これを否定することはできない。これに對して、警察許可の性質を有する營業免許の取消によつて財産上の損失を生じた場合とか、事實上獨占的性質を有する事業、例えば日本電話設備株式會社の事業の政府企業への統合に伴い財産上の損失を生じた場合とかに、これに對して補償を與える必要があるかどうかについては、大體、ここに述べるところと共通の問題を生ずる。

(二) これが通説であつた。併し、私は、舊憲法の下においてさえ、この見解に疑問を抱いてきた。營業免許の取消に基

く損失について補償をなすべきことを定めた例として中央卸賣市場法第七條の定めがあるが、この規の適用に關定して問題を生じたことがある。即ち、中央卸賣市場の開設に當つて、在來の市場の閉鎖を命じた場合には、これに對して損失補償をなすべきことになつてゐるのに拘らず、營業免許の期間の到來による免許の失効を理由として、損失補償を拒否した事件であるが、私は、これに對して、この場合には、免許は、當然、更新されるべきであり、若し、その更新を拒否する場合には、免許を取消した場合に準じて、これに對して損失補償を與えるべきであることを主張した（行政行為の取消に關する一考察、自治研究一二卷三號）。中央卸賣市場法第七條の精神からいって、これは、むしろ當然の主張であらうと信ずる。

なお、東京市のいわゆる板舟權の損失補償の例をここに考へ併せる必要がある。

## 五

同様の問題は、外にも少くないであらう。その多くは、從來、國家權力の前に已むなく盲従を強いられてきた被害者の覺醒によつてとりあげられた問題であるが、これらの問題を手懸りとして、今後、改めて、公法上の損失補償責任の問題に再検討が加えられなければならない。從來は、とかく、公益又は公共の福祉の實現を理由として、特定個人の財産上の損失が捨てて顧みられなかつた。併し、財産上の損失の補償の問題は、公益又は公共の福祉の實現とは、直接には關係のない問題で、それは、單に、特定人にのみその犠牲を負わしめるのが合理的か、それとも、その犠牲を全體の負擔に轉嫁し全體に公平に負擔せしめるのが合理的か、の衡量の問題にすぎない。かように考えると、法律又は行政處分に基く損失については、それが本人の責に歸すべき事由に基くもので

ない以上、原則として、これを全體の負擔に轉嫁せしめること、いいかえれば、原則として、國において、これを補償することが合理的であることは疑いを容れないであらう。

(一) この場合に、特定の利害關係者——受益者——等に損失補償の責に任せしめることも考えられる。特別犠害復舊臨時措置法案は、かような考え方によつてゐる。この點については、又、別の機會に論ずることとする。

(國家學會雜誌六四卷二・三號 昭和二五年)

著者略歴  
昭和四年東京帝國大學法學部卒業  
現職 東京大學法學部教授

行政上の損害賠償及び損失補償

昭和二十九年九月五日 初版印刷  
昭和二十九年九月十五日 初版發行

定価 四百九拾円



著作者 田中二郎

發行者 酒井明

印刷者 中内佐光

發行所 東京都千代田區神田小川町  
振替東京一五九七二番  
電話東京二九局四四八九番

株式會社 酒井書店

(獨印刷・編本製本)

小店の出版物に就ては責任を廣く存じますから  
落丁・亂丁等の場合は直接本社に御申出下さい