



白鷗大学大学院法学研究科
法政研究会

研究報告論文 WP03/09（平成 21 年 6 月）

渡邊 亙

いわゆる「政策上の補償」をめぐる法的問題

白鷗大学 栃木県小山市

<http://web.hakuoh.ac.jp/hogaku/pdf/h21houseikennkyuukai3.pdf>

無断複写・複製・転載を禁じます。

©渡邊互

引用する場合は、以下のように記載してください。

渡邊互「いわゆる『政策上の補償』をめぐる法的問題」白鷗大学法政研究会報告
WP03/09（平成 21 年 6 月）

<http://web.hakuoh.ac.jp/hogaku/pdf/h21houseikennyukai3.pdf>

いわゆる「政策上の補償」をめぐる法的問題

渡邊 互

はじめに

財産権について規定する憲法 29 条は、第 3 項において、私有財産は正当な補償の下に公共のために用いることができる旨を規定している。ここにいう「補償」は、憲法上の補償と呼ばれる。同項は一見、もっぱら私有財産の「使用」や「収用」を念頭においているように見えるが、現実には、これ以外にも、ひろく公益上の理由で行われる公権力による適法な財産権の「制限」によって生じた、特別の犠牲に対する補償の基礎でもあると解釈されている¹。損失補償の要否については、さまざま見解が主張されているが、一般には、当該損失が「特別の犠牲」に該当するか否かによって決定され、その判断に当たっては、規制の態様・程度・内容・目的などを総合考慮する必要があると考えられている²。

本報告で取り上げるのは、こうした憲法上の補償ではなく、いわゆる「政策上の補償」（「政策的補償」とも呼ばれる）である。この補償は、憲法上は要請されないものの、なんらかの政策的な理由で支出されるもの、ということができる。政策上の補償については、したがって、憲法 29 条をめぐる問題を生じることはない一方で、補償の要否について、憲法上の補償の場合のような判断基準があるのか否かが必ずしも明らかではない。判例上、この政策上の補償をめぐることは、補償が支出されないことの違憲性という伝統的な問題ではなく、補償が支出されたことの違法性が争われるという、独特の争点が生じている。このような政策上の補償の適法性をめぐっては、憲法上の損失補償の理論とはまったく異

¹ 参照、藤田宙靖「財産権の制限と補償の要否」憲法の争点〔新版〕（1985年）120頁、西埜章『損失補償の要否と内容』（一粒社、1991年）50頁。

² 参照、矢島基美「財産権の制限と補償の要否」憲法の争点〔第3版〕（1999年）134～135頁。

なる観点からの議論が必要となるが、この問題については、憲法学はもちろん、行政法学においても十分な検討が加えられたことがないようである。

本報告では、以上のような課題について検討を加えるために、まず、補償の意義を確認し（１）、政策上の補償規定をめぐる法解釈上の論点を明らかにした上で（２）、具体的に政策上の補償の支出の違法性が問題とされた事例に検討を加え（３）、それを踏まえて、政策上の補償を視野に入れた損失補償理論の構成を明らかにしたい（４）。

１．「政策上の補償」の概念

(1) 「政策上の補償」とは、損失補償のなかで、憲法上は要請されているわけではないが、何らかの政策的な理由で認められる補償であると一般的に理解されている³。したがって、その対象となる損失は、本来は財産権者が無補償で受忍すべきものであって、憲法上は補償を請求するものではない、ということになる⁴。

その立法上の例としては、伝染病に罹患し、「と殺・殺処分」により殺された家畜に対する補償である「手当金」（家畜伝染病予防法 58 条）や、「本州四国連絡橋の建設に伴う一般旅客定期航路事業等に関する特別措置法」に基づく航路事業廃止等交付金があげられている。さらに、土地収用法 93 条 1 項（土地を収用し、又は使用……して、その土地を事業の用に供することにより、当該土地及び残地以外の土地について、通路、溝、垣、さくその他の工作物を新築し、改築し、増築し、若しくは修繕し、又は盛土若しくは切土をする必要があると認められるときは、起業者は、これらの工事をする必要とする者の請求により、これに要する費用の全部又は一部を補償しなければならない。）の規定する

³ 西埜章『国家補償法』（勁草書房、2008 年）203 頁。橋本公亘「憲法上の補償と政策上の補償」憲法の争点〔新版〕（註 2）183 頁。また、補償のなかには、法律に根拠のあるものだけでなく、予算のみを根拠に、補償契約を締結して支出されているものもあるが、そのなかにも憲法上の補償と政策上のそれがあると考えられよう。

⁴ 西埜章『国家補償法』（註 3）203 頁。

「みぞかき補償」も、政策上の補償の例としてあげられることがあるが⁵、これらの例の何れについても、それは憲法上の補償であるという批判もあり⁶、いかなる補償が政策上の補償であるかについて見解は必ずしも一致していない。こうした見解の相違が生じる理由は、政策上の補償は理論上の概念であり、ある補償が憲法上のものであるか、政策上のものであるかは、法令等で明記されているわけではなく、もっぱら解釈に委ねられているということにある。

(2) すでに、こうした事情は、政策上の補償の概念をおそらく初めて示した今村成和『国家補償法』（1957年）における記述をめぐって見ることができる。すなわち同書は、原則として補償が認められていない警察違反の状態を除去するための処分について、先にみた家畜伝染病予防法 58 条などのように例外的に損失補償が認めているものがあることを指摘し、その理由について次のように述べている。すなわち、「これらは、警察違反の状態の発生が、当事者の主観的責任に基かないためであろうと思われるが、警察違反の状態を除去すべきことは、財産権に課せられた内在的制約によるものと認むべきであるから、これらの補償は、憲法上の保障の範囲外において、立法政策的考慮により認められたものと解すべきである」と⁷。

こうした今村の考え方について田中二郎は、同書の書評のなかで、「警察違反の状態の発生が当事者の責めに帰すべき場合であっても、それに対して加え得べき財産権の制限には、当然、一定の限度（いわゆる比例原則による限度）が認められるべきであって、その限度を超える財産権の制限まで、財産権に課せられる内在的制約と認め、補償をしないことが許されると解すべきかどうか甚だ疑わしい」という疑問を示し、一定の限度を超える財産権の制約に対する補償は、「憲法上、必要な補償を定めたものと解すべき」との見解に立つのである⁸。

⁵ 原田尚彦『行政法要論（第6版）』（学陽書房、2006年）271頁、小高剛「用地取得と損失補償の現状」小高編『損失補償の理論と実際』（住宅新報社、1997年）52～53頁、西谷剛「生活再建補償」小高編『損失補償の理論と実際』116頁、133頁。

⁶ 西埜章『国家補償法』（註3）203頁。

⁷ 今村成和『国家補償法』（有斐閣、1957年）57頁。

⁸ 田中二郎、「今村成和・国家補償法 雄川一郎・行政争訟法（1957年）」（紹介）国家学

今村は、田中の批判に対して別著において反論を試みているが、ここで注目されるのは、前述の説明を補足する意味をもつ、政策上の補償の理由づけである。すなわち今村は、公衆衛生または家畜衛生のために必要な限度において命ぜられる財産の処分に対する補償の理由について、次のような説明を加えている。

「これらの財産が処分されるのは、社会生活に有害であるからで、単に、相対的に、より大なる公益のために犠牲に供された場合とは異なる。従って、私有財産権保障の見地からは、補償の要がないものであることは、消防法違反の防火対象物に対し、改修命令等を発した場合と同様に考えてよい。しかれば、何故補償規定が存在するかという点、私の考えでは、これは一種の災害補償であろうと思われる。すなわち、伝染ウイルスに汚染された建物等が処分されなければならないというのは、その者にとっては、一種の災害に外ならないから、これに対して補償を認めるのである。従って、それは憲法上の要求に基づくものではなく、立法政策的考慮によるものであるが、その理由を憶測すれば、公衆衛生又は家畜衛生の為に必要なこの種の処分が、円滑に遂行、実現されることに役立たせる為めではあるまいか。その外、社会政策、農業政策的考慮も働いていることであろうと思われる。私有財産権に対する保障の見地からは、むしろ過剰補償ともいえる補償基準が定められている場合もあるということも、この理由から説明できるであろう」⁹。

この論述においては、今村のいう「警察違反の状態」の外延が明らかにされているとともに、政策上の補償の性格や根拠についての新たな考察をみることが出来る。もっとも、以上に見た論争では、そこにおける対立点にもかかわらず、政策上の補償についての両者の理解自体には、基本的な相違はないとみることができよう。すなわち、ある財産権の侵害が——その原因が当事者の責任であるか否かにかかわらず——権利の「内在的制約」に基づく場合には憲法上の補償は要請されない、という点に関しては、両者の見解は一致しているのである。相違点は、ある具

会雑誌 72 卷 11 号（昭和 33 年）1022 頁。

⁹ 今村成和『損失補償制度の研究』（有斐閣、1968 年）73 頁。

体的な財産権の侵害が、こうしたケースに該当するか否かの判断にあるにすぎない。したがって、内在的制約という概念を用いれば、政策上の補償の概念は次のように定義することができよう。すなわち、それは、ある財産権の侵害が権利の内在的制約に基づく場合であるにもかかわらず、なんらかの政策的な理由によって、それによって生じた損害を補填するために与えられる補償である、と。

2. 「政策上の補償」規定をめぐる法解釈上の論点

ある補償を憲法上のものとするか、あるいは政策上のものとするか、という解釈は、さしあたり次のような意味をもつといえよう。すなわち、ある財産権の侵害に対する補償が憲法上要請されるものであれば、補償の根拠がない場合には、当該財産権の侵害は憲法違反となるとも考えられるが、わが国の判例・通説は、憲法 29 条 3 項にもとづき直接補償を請求することが可能であるとしている。これに対して、政策上の補償であれば、それは法律や予算などの根拠があってはじめて行われるものであるため、これらの根拠が存在しなければ、補償を請求することはできないことになる。

法律や予算のなかで、すでに補償が認められている場合には、これを憲法上の補償と見るか、政策上のそれと見るかということは、一見、たんなる補償の位置づけの問題にすぎないように思われる。しかし、こうした見方は必ずしも正しいとはいえず、ある補償を政策上のものとするか否かは、理論的には、補償の要否という問題に重要な影響を与えることになると考えられる。というのも、ある補償が憲法上のものであれば、その要否は、冒頭に見たような基準に従って判断されることになるのに対して、政策上の補償であるとするれば、それは、憲法上の補償が必要とされない場合であるにもかかわらず行われるものであるのだから、こうした基準を満たさなくても行われ得る、ということにもなり得るからである。

自然公園法を例にとると、同法には、国立公園、国定公園の風致を維

持するために指定された特別地域（13条1項）では、工作物の新築・改築・増築、木竹の伐採などに許可が必要とされ（同条3項）、その許可を得ることができないため損失を受けた者に対して、「通常生ずべき損失を補償」する旨が、規定されている（52条1項）。この規定については、憲法上の補償とみる見解と、政策上のそれと捉える見解があるといわれている¹⁰。

判例は、同法52条の補償を憲法上のものとみており、補償の要否が争われた事件において、例えば平成2年9月18日の東京地裁判決では、次のような見解が示されている¹¹。すなわち、同判決は、「憲法29条3項により補償を要するのは……財産権の内在的制約を超えて、特定の者に特別の犠牲を強いる場合に限られる」という前提のもと、同法が定める特別地域の利用行為の制限について、「その態様いかんによっては、財産権の内在的制約を超え、特定の者に対して特別な犠牲を強いることとなる場合があることから、憲法29条3項の趣旨に基づく損失補償を法律上具体化したものであると解すべきである」とした上で、「本件不許可処分による本件建物の建築の制限は、国立公園内におけるすぐれた風致・景観を保護するために必要かつ合理的な範囲内の制限として、社会生活上一般に受認すべき財産権の内在的制約の範囲内にあり、これによって生ずる損失は、これを補償することを要しない」と判示している¹²。

これに対して、同法52条の補償を政策上のものと考えたとすると、先に示した理解によれば、憲法上は要請されていない場合であっても補償が認められることになろう。もっとも、同法52条の要件がみたされれば、いわば無条件に補償が認められているのかということ、必ずしもそうではないとする向きもある。こうした考え方の根拠としては、土地の

¹⁰ 宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997年）409頁、同『行政法概説Ⅱ』（有斐閣、2006年）429～430頁。

¹¹ 東京地判平成2年9月18日行集41巻9号1471頁。

¹² 後に触れるように、土地利用規制に補償を認めた例はほとんどないことについて、参照、宇賀克也『行政法概説Ⅱ』（註10）430頁、西埜章・田辺愛壹『詳解・損失補償の理論と実務』（プロGRESS、2005年）55頁。

地域性、状況拘束性が強調されている¹³。すなわち、それらは「土地利用規制における内在的制約の範囲を拡大する方向に作用する」結果、「土地利用規制が、地域性、状況拘束性の反映にすぎないことを前提とすると、それに反する利用は、むしろ、外部不経済〔引用者註：ある経済主体の行動が、他の経済主体にマイナスの影響を与えること〕をもたらすものということになり、無補償で規制することも正当化されよう」¹⁴と考えられることになる、というものである。

しかし、補償規定があるにもかかわらず無補償の規制を認めることについては、「自然公園法等が損失補償の規定を設けているからには、この規定に基づいて補償の要否が決められるべきであって、再度補償要否の一般的基準を持ち出して補償の要否が判断されるべきではない」という疑念も示されている。この考え方は、「自然公園法等は『通常生ずべき損失』（通損）の補償を定めているのであるから、当該規制によって通損があったか否かが補償要否の判断基準となる」という解釈に結びつき、自然公園法を含む多くの土地利用規制については、それにもかかわらず、行政実務においても裁判例においても補償を認めた例はほとんどないという、「理論と実務の乖離」の存在が指摘されることになる¹⁵。

以上の検討から、政策上の補償をめぐっては、憲法上の補償との区別の基準が不明であるというほかに、補償の要否についても見解の一致が見られないことが明らかとなった。ここで、それぞれの見解について検討を加えておこう。

まず、政策上の補償の要否を判断するにあたり土地の地域性、状況拘束性を考慮に入れる見解は、「財産権の内在的制約」について語るところをみても、結局のところ、そこにいう「政策上の補償」とは憲法上のそれと同じものなのではないか、という疑問を禁じ得ない。換言すれば、財産権に対する制限が内在的制約であるか否かによって要否が判断される補償であれば、それを、あえて「政策上の補償」という概念を用いて説明する必要はないのではないだろうか。他方、もっぱら法律上の要

¹³ 宇賀克也『行政法概説Ⅱ』（註10）430頁。

¹⁴ 宇賀克也『国家補償法』（註10）410頁、同『行政法概説Ⅱ』（註10）430頁。

¹⁵ 西埜章、田辺愛壹『詳解・損失補償の理論と実務』（註12）55頁。

件のみを考慮に入れて補償の可否を判断する考え方については、それによれば確かに政策上の補償の独自の存在理由を確保することができるが、憲法上の補償が必要ではない場合に補償をすることが常に適法ないし正当と認められるのか、という疑問が残るように思われる。

この問題についてさらに立ち入る余裕はないが、以上のような疑問からは、「政策上の補償」としてなされた補償が、住民訴訟について規定する地方自治法 242 条の 2 にいう「違法な公金の支出」にあたる場合があるのではないか、という問題があることに気がつく。この問題については、先にも述べたとおり、学説においてはほとんど検討されたことがないが、判例には少数ながら、政策上の補償の支出の違法性が住民訴訟において争われた事例があることが注目される。

3. 損失補償の違法性をめぐる事例

(1) こうした事例のひとつである損害賠償代位請求事件では、A 市が経営すると畜場である A 市食肉センターを廃止するにあたって、市長であった被告が食肉センター利用業者及び食肉センターで働くと殺業務従事者及び内臓洗い従事者に対して「支援金」を支払ったことは、違法な公金の支出であるから、市は本件支援金と同額の損害を被ったとして、市の住民である原告らが、地方自治法 242 条の 2 第 1 項 4 号（平成 14 年法律第 4 号による改正前）に基づき住民訴訟を提起して、市に代位して被告に損害賠償を請求した。

本事件の第一審では、争点のひとつとして「本件支援金を補償金として支払うことの法的根拠があったか」という問題が検討された。この論点について熊本地裁平成 16 年 7 月 16 日判決¹⁶は、利用業者・と殺業務従事者らには、市との間に継続的契約関係がなく、「食肉センターの利用に関して何らかの権利を有していたということとはできない」と指摘し、以下のような結論を導いている。「被告らは、国有財産法 19 条、24 条の類推適用又は憲法 29 条 3 項により損失補償すべきであると主張する

¹⁶ 熊本地判平成 16 年 7 月 16 日判例地方自治 279 号 103 頁。

が、国有財産法 19 条、24 条を類推適用するのであれば、使用権者が貸付期間中に解除されたことが、憲法 29 条 3 項によるのであれば、財産権に対する制限がそれぞれ要件とされるどころ、前記のとおり、利用業者やと殺業務従事者らに何ら権利はないのであるから、これらの要件には当たらないというべきであるし、また、国有財産法 19 条、24 条を類推適用するのであれば、当該財産を『公共用等に用いる必要がある』ことが、憲法 29 条 3 項によるのであれば、『公用のために用いる』ことがそれぞれ要件とされるどころ……〔これらに〕当たらないことは明らかである。」。

もっとも本判決は、本件支援金には補償金としての法的根拠がないとしても、地方自治法 232 条の 2 が「公益上の必要性」を要件に支出を認める補助金としての要件を充足しているから違法な支出ではないという、被告の主張に検討を加えている。そのためか、補償が要件に該当しないにもかかわらず支出されたことが違法な公金の支出となる根拠については、必ずしも詳細な検討が加えられているわけではない。

この点、むしろ注目すべきなのは、控訴審の福岡高裁平成 17 年 11 月 30 日判決（確定）¹⁷であるように思われる。本判決は、(1)「利用業者及びと殺業務従事者らは、食肉センターの業務休止当時、食肉センターの利用に関し、保護を受けるべき法的利益を有している」としたうえで、(2)「市が同和対策事業の一環として、施設を建築・整備拡充することなどにより、地域産業の振興等の施策を講じてきた」ことを指摘して、(3)「食肉センターの業務休止に伴う公益上の必要があるとして本件支援金を支出したことは、その裁量権を逸脱し、不合理であると認めることはできないから、本件支援金の支出が違法であると認めることはできない」という判断を示している。

本判決では、本件支援金は「食肉センターの業務休止に伴う利用業者及びと殺業務従事者らの損失に対する補償」と捉えられている。そして、その支出について「公益上の必要」があり、「その裁量権を逸脱し、不合理であると認めることはできない」と述べていることから見ると、本

¹⁷ 福岡高判平成 17 年 11 月 30 日判例地方自治 279 号 88 頁。

件支援金は、憲法 29 条 3 項によって必要とされる補償ではなく、政策上の補償であると把握されていると考えることができよう¹⁸。この判旨において注目されるのは、その論理によれば、補償の支出につき裁量権の逸脱があった場合には、違法となる可能性があることが前提となっている、という点である。以上のように本判決には、一般論としてではあるが、政策上の補償が違法となる可能性およびその判断方法が示されている、ということができよう。

(2) こうした判断方法にもとづいて損失補償の違法性が判断されている事例として、さらに、以下にみる損害賠償代位請求事件を挙げることができる。本事件では、と畜場である T 市食肉センターの新たな設置に関連して T 市長である被告が A 漁業協同組合との間で漁業損失補償の契約を締結し、右契約に基づき同漁協に対して公金を支出したことが違法であるなどとして、住民訴訟が提起された。

第 1 審の高松地裁平成 12 年 8 月 7 日判決¹⁹では、いわゆる迷惑施設を建設しようとする場合、施設周辺関係者の同意を得るため補償契約を締結することがあることを指摘し、「同施設建設の遅延ないし中止を甘受するか、又は相手の要求を受入れても同施設の建設の早期円滑な着工をめざすかは優れて政策的な判断事項であり、地方公共団体の長において後者を選択したとしても直ちに違法となるものではなく、同施設建設の公益上の必要性、施設周辺関係者の同意を得る必要性、施設周辺関係者が被る損失の有無程度、及び補償契約の内容等に照らし、補償契約を締結したことが著しく不当でないかぎり、地方公共団体の長の裁量に委ねられている」という判断が示されている。そのうえで、本件漁業補償

¹⁸ このことは、やはり損失補償の違法性が住民訴訟において争われた事件における、次の神戸地裁の判決と比較すると明らかであると思われる（神戸地判昭 61 年 10 月 29 日）。本事件では、A 県知事 B が、C 川災害関連工事現場付近の養鰻池内のうなぎが工事による発破のため大量にショック死したとして、その経営者である D らに対し、補償金として 7000 万円を支払ったことの違法性が争われた。本判決は、「D らは……憲法 29 条 3 項の趣旨による河川法 89 条 8 項に基づき本件事故によりこうむった損失につき通常生ずべき損失の補償を請求することができる」と指摘したうえで、D らに支払われた 7000 万円は通常生ずべき損失に対する「正当な補償」の範囲内にある金額であり、したがって、「本件支出は適法である」として、訴えを退けている。このように、ある損失補償が憲法上のものであれば、それを明らかにすることにより支出の適法性が根拠づけられるのに対して、政策上のものである場合には、本文のように、その適法性の根拠づけは大きく異なるものとなる。

¹⁹ 高松地判平成 12 年 8 月 7 日判例タイムズ 1177 号 170 頁、判例地方自治 247 号 104 頁。

について、「本件新食肉センターの有用性、早期建設の必要性、本件用地の適地性、及びA漁協の同意を得る行政上の必要性が認められる上、本件漁場の風評被害の発生が推認され、影響補償の方が本件漁業補償金を下回るともいえないことや、その補償金額が過大であるまではいえないことその他本件に現われた諸般の事情を考慮すると、被告のなした本件漁業補償契約締結行為が違法であると解することはできない」と結論づけている。

これに対して、控訴審である高松高裁平成15年2月27日判決²⁰では、損失補償にかかる裁量判断とその限界について、次のような、第1審判決とはやや異なる見解が示されている。すなわち、「地方公共団体が本件漁業補償契約のような事前の損失補償契約を締結し、その補償金を公金から支出することが許容されるためには、損害ないし損失の発生が相当程度の蓋然性をもって予測されることが必要であると解すべきである。そして、そのような蓋然性が認められる場合に初めて、行政目的の実現等の観点からの考慮をも加えて事前補償契約を締結するか、それとも現実の検証を待ち、被害が発生した場合にのみ、適正な金額を算出することが可能な事後の補償を行うかの判断が、地方公共団体の長の政策的な裁量判断に委ねられている」、と。こうした判断方法にもとづいて本判決は、本件漁業補償契約の締結について、それは「消滅補償を要するような漁業損失の生じる相当程度の蓋然性が認められないにもかかわらず行われたものであり、同契約に基づく支出命令による本件漁業補償金……の支払は、裁量権の逸脱によりされた公金支出として、全体として違法」との判断を示している。

上告審である最高裁平成18年3月10日判決²¹では、「本件新食肉センターの建設につき〔A漁協〕の同意を得ることは法律上の要件となるものではないが、市が……同意を得て本件新食肉センターの建設を進めることとするかどうかは、市の裁量的な判断に属する」という前提が示されたうえで、以下の諸点が指摘されている。(1)市では新市営と畜場の

²⁰ 高松高判平成15年2月27日判例タイムズ1177号160頁、判例地方自治247号93頁。

²¹ 最二判平成18年3月10日判例地方自治283号103頁。

整備が積年の課題とされてきたが、地元の同意が得られないことが主たる理由となって、建設着手の見通しが立たない状況にあった、(2)A漁協は、本件排出水が漁業に深刻な影響を与えること等を理由として建設に強く反対し、市が漁業権を消滅させることを前提とした損失補償をするのでなければ、建設に対する同意を得ることは困難であった、(3)操業が開始された場合には、本件漁場で採取されたのり等については風評被害が発生するおそれ、A漁協の組合員が本件漁場での漁業を継続することが困難になる程度のもにに至る可能性がないとはいえない、(4)市は、県から周辺地域の住民の同意を得ておくよう行政指導を受けていた、(5)本件漁業補償の額は、市において、A漁協の過去の平均的な漁獲額を基に漁業権を消滅させる場合の補償額を試算して妥当な金額と認めたものである、(6)本件漁業補償については、執行機関の判断のみで行ったものではなく、予算の議決を通じて議会の承認を得ている。以上の諸点に照らして、最高裁判決は、「市がA漁協ないしその組合員から本件新食肉センターの建設に対する同意を得るために本件漁場における漁業権を消滅させることを前提とした損失補償をすることとし、本件漁業補償契約を締結したことをもって、市の裁量権の範囲を逸脱したものということとはできない」として、本件漁業補償金の支出は違法な公金の支出ではない、という結論に至っている。

以上にみた3判決は、ともに補償金の支出について何らかの裁量権を認めているが、その範囲や裁判審査のあり方について見解の相違がみられる点は興味ぶかい。すなわち、第1審においては、補償契約を締結するか否か一般について裁量権が認められるとしているのに対して、控訴審判決は、その範囲を、損害ないし損失の発生に相当程度の蓋然性がある場合に限定しており、蓋然性の有無についての判断自体には裁量権を認めないという論法をとっている。最高裁判決は、裁量権の範囲についての判断は第1審のそれに近いが、その逸脱の有無にかかる判断のなかで、風評被害が発生し、さらに漁業継続が困難になる可能性に言及しており、実質的には控訴審の判断基準と異ならないとみることもできよう。また、最高裁判決では、県からの行政指導があったことや議会の承認を

得ている点に触れるなど、全体として、いわゆる判断過程統制方式を採用している点も注目されるところである。

このように、政策上の補償の適法性を「裁量権の統制」という文脈に位置づけて考察する場合には、それ自体は私人に利益を与える「利益的行為」であるが、同時に違法な公金の支出ともなり得るという独特の問題状況を念頭に置く必要がある。というのも、こうした場合には、いわゆる美濃部三原則における「利益的行為については裁量権が広く認められる」というような原則がそのまま適用できるのかについて、疑問の余地があるからである。こうした問題を伴う裁量権の統制方式にかかわる判断には、本報告で立ち入る余裕はなく、今後の課題としたい。ここでは、以上の検討のなかで明らかになった、政策上の補償の適法性を判断する枠組みについてのみ、確認しておくことでまとめにかえることとしたい。

4. まとめと今後の課題

以上に概観した判例のように、政策上の補償を行うにあたっては、行政庁に裁量権が認められるが、その逸脱があった場合には当該補償の支出は違法と判断されることになると考えれば、損失補償の要否にかかわる判断は、次の3つに分類できよう。

- (1) 補償を行わなければならない、これを行わなければ違憲となる場合（憲法上の補償）、
- (2) 補償を行うか否かについて裁量権が認められており、その範囲内では、違法の問題を生じない場合（政策上の補償）、
- (3) 損失補償を行ってはならず、これを行うと裁量権の逸脱となり、違法となる場合（違法な補償）。

これを前提とすると、ある損失補償が支出された場合、その適法性を判断するプロセスは以下のようなになる。まず、当該補償が憲法上要請されているものであるか否かを判断し、要請されていると考えられれば適法となる。憲法上要請されていないと考えられる場合には、さらに補

償の支出に裁量権の逸脱がなかったか、という観点からも、適法性についての判断が加えられことになる。

従来の損失補償をめぐる学説においては、おもに憲法上の補償がなされない場合が念頭におかれ、もっぱら(1)の場合に関心が集中していたように思われる。この論点が依然として最も重要であることは疑いないにしても、地方自治体の違法な公金の支出を防ぐという観点からは、政策上の補償がなされた場合も視野に入れ、(2)、とくに(3)のようなケースにかかわる損失補償について、裁量権の統制などの観点から、さらに検討を深めて行くことは、重要な行政法学の課題であると思われる。