

# 土壌汚染の浄化義務に対する 憲法上の基本権保護に基づく制限

田 村 耕 作\*

## 1. 序

1990年に東西ドイツが統合した後、旧東ドイツ地域内において操業していた工場の汚染跡地 (Altlasten) の土壌汚染問題が深刻化していった。それを受けて、1998年にドイツ連邦土壌保全法 (Bundes-Bodengesetz) が制定された。同法の目的は「恒久的に土壌の機能を保全し又は回復すること」(同法1条)であり、そのため、「有害な土壌の変質を防止し、土壌および汚染された跡地並びにこれによって引き起こされる水域の汚濁を浄化し、ならびに土壌への有害な影響に対する予防措置をとらなければならない」(同法1条)<sup>(1)</sup> ことを義務づけた。

また我国においても、2002年5月に市街地を含めた汚染土壌の除去を目的とした包括的な「土壌汚染対策法」(平成14年法第53号)が成立した。それ以前においては農用地の汚染を規制する「農用地の土壌の汚染防止等に関する法律」(昭和45年法第139号)が存在するのみで、市街地区域に関する法制度は未整備のままであった。<sup>(2)</sup> その他の環境媒体—たとえば大気、水—と比べて土壌汚染対策の法整備が著しく遅れた背景には、土壌汚染を防止するために私人の土地所有権に対する制限が不可欠であることが挙げられる。<sup>(3)</sup>

ドイツ土壌保全法4条(3)は、有害な土壌の変質もしくは汚染された跡地の「原因者」および「その包括的承継者」、ならびに「不動産所有権者および不動産にかかる事実上の権利の保有者」<sup>(4)</sup> に対して浄化義務を課すことを定めた。通常土地の浄化には多額の費用が必要となることから、とりわけ第三者の行為によって自分の土地に土壌汚染を生じた場合や土壌汚染の事

---

Restriction under the protection on the constitutional basic right against the duty of soil cleanup

\*Kosaku Tamura

Correspondence Address: Faculty of Human Studies, Bunkyo Gakuin University,  
1196 Kamekubo, Fujimino-Shi, Saitama 356-8533, Japan

Accepted November 16, 2005. Published December 20, 2005.

実を知らないで土地の所有権を取得した場合、状態責任者に対して浄化費用を全額負担させることは過酷であり、その責任を制限する必要があるとの主張がなされてきた。同法制定後の争点の中心<sup>(5)</sup>と言っても過言ではない。具体的には、ドイツ基本法14条に規定されている「財産権の保護」を根拠にして状態責任の範囲を制限できるかという点が議論されてきた。この問題は、瑕疵担保にもとづいて売主に対して、または不法行為にもとづいて汚染原因者との間で、事後的に調整するにしても、当事者間のみでの調整が困難な場合が多い<sup>(6)</sup>。

本稿は、ドイツの状態責任の制限に関する判例および基本権保護に関する議論を参考にして、我国の土壤汚染対策法上の浄化責任に対する憲法上の権利による制約について言及していく。また公法上の責任と「私法上の責任関係は別次元の問題である」との主張もあるが<sup>(7)</sup>、本稿においては、単に公法・私法を区別するのではなく、両者が相互依存的な関係に立つという前提で、契約締結上の過失・不法行為・瑕疵担保責任等の詳細な私法上の責任について論及するのではなく、まず状態責任者の救済について一とりわけ汚染の事実善意であった者一に対する救済を契機とした公法と私法の関連性にも注目しながら論及する。その後、ドイツに倣って土壤汚染に対する法制度を整備した我国の土壤汚染対策法特有の問題点につき若干の言及をおこなう。

#### (注)

- (1) ドイツ連邦土壤保全法全般に関して、vgl. Walter, Frenz, Bundes-Bodenschutzgesetz Kommentar, C. H. Beck, 2000; Queitsch, Bundes-Bodenschutzgesetz, Bundesanzeiger, 1999. 邦語文献として、松村弓彦『ドイツ土壤保全法の研究』（成文堂・2001）参照。またドイツ連邦土壤保全法の条文の訳出に関しては、「外国の立法」99年204号43頁以下を参照した。なお Altlasten の概念は、土壤保全法施行以前においては、ニーダーザクセン州（同州廃棄物法18条）・ノルトラインヴェストファレン州（同州廃棄物法28条）・ヘッセン州（同州産業廃棄物および汚染跡地法16条II, III）等の州（Land）の立法に用いられていたが、連邦土壤保全法4条で定義規定がおかれた。すなわち、有害な土壤変化および個人ないしは公衆に対するその他の危険を惹き起こす廃棄物集積跡地（Altblagerungen）および産業跡地（Altstandorte）を指す（高橋滋「ドイツにおける土壤汚染対策制度の現状と課題」廃棄物学会誌5巻5号395頁）。
- (2) 土壤汚染対策法施行以前に、一部地方自治体では独自に土壤汚染に対する条例を定めていた。たとえば、神奈川県秦野市の「地下水汚染防止条例」（1993年）、東京都の「都民の健康と安全を守る環境に関する条例（環境確保条例）」（2000年）などがある。秦野市の条例に関する詳細な分析として、大塚直「市街地土壤汚染浄化の費用負担（上）（下）」ジュリスト1038号72頁、1040号95頁がある。土壤汚染対策法施行前の議論であるが、大塚教授は、健康被害等の重大な損害をもたらす危険性のある土壤汚染を惹き起こし、そしてそれによって経済的利益を得た者に対して、適及的に浄化責任を負担させることは憲法39条に抵触しないという解釈の可能性を示している（同「市街地土壤汚染浄化の費用負担（下）」ジュリスト1040号102-103頁）。
- (3) 高橋滋教授は、我国の土壤汚染に対する法整備が遅れた原因として、上記以外に、土壤汚染は蓄積性であり封じ込めに独自の対策が必要であること、汚染原因者の特定が困難であることを指摘する（同「土壤汚染対策法の論点」ジュリスト1233号7頁）。
- (4) ドイツ連邦土壤保全法4条6項は、同法施行後（1999年3月1日以降）に土地の所有権を譲渡し、その際に有害な土壤の変質もしくは汚染跡地であることを知っている場合、または知ることができた場合には、その土地の現所有者に浄化義務を課すと規定する。しかし有害な土壤の変質また

は汚染跡地であることを知らないことが信頼し、かつその信頼が法的保護に値する場合には免責される。オランダは1982年暫定土壌浄化法 (Interim Wet Bodemsanering; 略称「ISCA」) の21条にもとづき、一次的に政府が浄化費用を負担し、二次的に汚染原因者に請求するという形式をとってきたが、汚染者の行為が不法行為に該当することを立証するのは容易ではなく、費用の回収は困難を極めた。よって1994年に、ISCAは1987年土壌汚染法と統合されて、執行当局の裁量により土地所有者にも浄化命令を発することができると規定した。ISCAについては、大塚直『土壌汚染と企業の責任』(有斐閣・1996) 297頁以下(以下「企業責任」と呼ぶ)参照。また我国では、2001年に出された中央環境審議会土壌農薬部会制度小委員会の「今後の土壌環境保全対策の在り方に対する考え方の取りまとめ案」によると、浄化責任者として土地所有者を優先する理由として、①土地所有者等こそがその土地を実質的に支配しており、原因者が土壌のリスク低減措置をとるためには、当該土地所有者等の許諾を得なければならないこと、②原因者についてはこれを特定できない場合に、原因者主義をとると浄化の措置を実施する主体がなくなってしまうこと、また一方で、原因者を特定しうる場合でも特定する間迅速な対応ができないこと、③原因者主義をとると、土壌の完全浄化を直ちにすべきことになり、当該土地の利用状況に応じたバラエティに富んだリスク低減措置をとりにくいことなどをあげる(大塚直「原因者主義か所有者主義か」法学教室257号89頁以下参照)。

- (5) Wilfried Kügel, Die Entwicklung des Altlasten- und Bodenschutzrechts, NJW 2004, 1570.  
 (6) たとえば、大塚直教授は土地所有者が命令の範囲を超えて汚染除去の費用を請求する手段として民法上の土地の売主に対する瑕疵担保責任(570条)と汚染原因者に対する不法行為責任(709条)の問題点について言及する(同「土壌汚染対策法の法的評価」ジュリスト1233号19頁)。  
 (7) 松村・前掲注(1)82頁以下。遡及立法に関しては、受益的行為は許されるが、侵益的行為については一般的に許されないが、既存の継続的な事実の新規の規制については、遡及が認められるかどうかは問題である(阿部泰隆『行政の法システム(下)』(有斐閣・1997) 752頁)。したがって土壌汚染対策法8条に規定する原因者に対する費用請求を除いて、私法上の遡及責任を課することができるのかどうかは少なくとも自明のことではない(たとえば後述のドイツの警察法による救済の場合があげられる)。

## 2. ドイツにおける土壌汚染に対する救済

1998年の連邦土壌保全法制定以前における公法上の救済として<sup>(8)</sup>、まず連邦イミッション防止法(Bundes-Immissionsschutzgesetz)による救済<sup>(9)</sup>があげられる。同法の目的は、人、動植物、土壌、水、大気、文化財およびその他の財産を有害な環境影響から保護し、認可を要する施設が問題となる場合には重大な不利益・負担からそれらのものを保護し、有害な環境影響の発生を予防することである。土壌汚染の救済として、たとえば同法5条1項に規定された認可を必要とする施設の設置者は近隣に対する土壌汚染の配慮義務を課している点があげられる。しかしながら施設に関連する土壌汚染以外は同法の適用を受けないという欠点を有する<sup>(10)</sup>。

次に循環型経済廃棄物法(Kreislaufwirtschafts-und Abfallgesetz)<sup>(11)</sup>がある。同法10条によると、1・3項で固定型廃棄物処理施設および特定施設の閉鎖の際には所有者にそれを届け出る義務を課す。また2項で、行政庁は固定型の廃棄物処理施設の所有者に対して、処理に用い

られた敷地の表土再生等の措置を自己負担で実施することを命ずることが出来る」と規定する。さらに4項は、公共の福祉に反しない範囲で廃棄物処理を行うことを原則として、人の健康に対する被害、動植物に対する危険、水域および土壤に対する有害影響、大気汚染・騒音による有害な環境影響、土地利用、国土計画、自然保全、景観保護および都市計画に対する影響等につき公共の安全および秩序に危険を与えないように要求する。廃棄物の占有者、排出者および製造業者に適正な処分の義務を課す（5条2項、26条）とともに行政庁の監視下におき（11条1項）、監視下にある土地の状況報告義務を課す（11条4項）。しかしながら私人に対して汚染状況の報告義務を課すものではないため必ずしも十分な効果を発揮するとは限らない。また同法36条は廃棄物の最終処分場の操業停止時における侵害予防措置義務について規定するが、不利益立法不遡及の原則（Prinzip der Nichtrückwirkung）により、旧廃棄物法施行日（1972年6月11日）以後に操業停止した廃棄物処理施設からの土壤汚染に限られる<sup>(12)</sup>。

水管理法（Wasserhaushaltsgesetz）は、利水、治水、水質保全を含む水循環を規制の対象とし、同法22条は、土壤汚染に端を発する汚染物質による水域の性状変更および汚染物質の流入に対する損害賠償責任につき規定する<sup>(14)</sup>。同法は水利用について許可制（Erlaubnis, Beibehaltung）を実施して、水質に有害な物質にかかわる一定の施設に対して公共水域の汚染等の危険性が生じないように施設の設計・操業を行う義務を課す（19条g以下）。また水および地下水について水質悪化等の危険性がない場合に限り公共水域での物質の貯蔵・投棄、液体・ガスの輸送を許可する（26条2項、34条2項）。さらには水質（特に地下水の水質）を保全するための汚染防止規制を課し、水質を保全する上で有害な物質に関わる一定の施設管理者は地下水・土壤の状態につき監視措置をとることが出来る（19条i等）とともにそれらの義務違反があったとき、行政庁は必要な措置をとることが出来る。しかしながら水管理法にもとづく責任は、不利益立法不遡及の原則により、同法施行（1960年3月1日）後に発生した土壤汚染にのみ適用される点で不十分なものであった<sup>(15)</sup>。

環境責任法（Umwelthaftungsgesetz）は、一定の施設から生じた大気汚染、水質汚濁、土壤汚染によってもたらされた死亡・身体もしくは健康の侵害または物的損害に対する施設保有者の損害賠償責任について規定する<sup>(16)</sup>。同法1条の適用対象施設には、土壤汚染の原因となる危険性のある廃棄物および残余原料の処理施設が含まれているが、責任対象が「死亡・身体もしくは健康の侵害または物的損害」に対する損害賠償であり、原状回復義務は、同法16条により、環境汚染により生じた「自然または景観の破壊」のみに限定される点で救済が十分ではない。

その他に警察法規（Polizeirecht）による救済が存在するが、ドイツにおいては公衆の安全等に対する危険を取り締まる警察・秩序行政は各州の専属的管轄に属する事項として各州に共通した枠組みの法律が存在する。そしてドイツの警察・秩序法は、いわゆる警察法上の一般条項（die polizei- und ordnungrechtliche Generalklausel）を有しており、個別の法律において規制権限が与えられていない場合にはその一般条項が補充的に適用される。警察・秩序法の場合には、不利益立法不遡及の原則は問題とならないが、汚染の原因者の行為責任（Verhaltens-<sup>(17)</sup>

gsverantwortlichkeit) または汚染された土地所有者・占有者等の状態責任 (Zustandsverantwortlichkeit) によって公の安全または秩序に対する具体的な危険が存在することを要件とすることから、土壤汚染が引き起こす将来の危険を避けるために予防的な浄化義務の履行を請求することが出来ない<sup>(19)</sup>。責任主体が複数存在する場合には、責任主体として誰を選択するかは警察当局の裁量に任されている。また責任を課せられた者は、他の汚染者および所有者・賃借人に対する費用請求権を持たないとされている。

また各州法による救済がなされていた。たとえばベルリン土壤保全法、ヘッセン汚染跡地法、バーデン・ヴュルテンベルク州土壤保全法、ザクセン廃棄物事業・土壤保全法等があげられるが、後に連邦土壤保全法21条により州の立法権限は連邦法の補充するものに制限される<sup>(20)</sup>。

1998年にドイツ連邦土壤保全法が制定された。同法は「恒久的に土壤の機能を保全し又は回復すること (1条)」を目的として、「有害な土壤の変質」および「土壤汚染に基く水質汚濁」の防止について規定する。その浄化義務者としては、行為責任者として、汚染原因者およびその包括的承継人 (4条3項)、そして状態責任者として、土地所有者および土地に対する事実上の支配を有する者 (4条3項) をあげる。ただし信用が保護に値する場合に適用しない (4条5項)。複数義務者においては、浄化命令の相手方は、行政裁量により、浄化措置を実施する (主に経済的) 能力・迅速性から判断される。なお、補償請求権の時効は、措置終了後、補償義務者を知ってから3年、措置後30年 (24条2項) である。

#### (注)

- (8) 大塚・前掲注(4)「企業の責任」317頁以下、松村・前掲注(1)169頁以下、高橋・前掲注(1)396頁以下参照。本章において言及するのは、原則として連邦レベルにおける土壤汚染の法制度に限定した。その理由は、連邦土壤保全法施行後、連邦法21条によりは州法に優先して適用されることから、連邦法と州法の抵触は基本的に問題とならないと考えたからである。前述の二つの文献に州法について触れている。またヘッセン州の土壤汚染法制については松村弓彦「ドイツにおける土壤汚染の浄化責任に関する法制—ヘッセン州を中心に—」環境管理30巻1号55頁以下に詳しい。
- (9) vgl. H. Engelhardt/J. Schlicht, Bundes-Immissionsschutzgesetz (1997); 藤村和夫「連邦イミシオン防止法」環境研究108号30頁。
- (10) L-A Versteyl, Abfall und Altlasten, 192 (1992).
- (11) 大塚・前掲注(4)「企業の責任」318頁、松村弓彦「ドイツ1994年循環型経済・廃棄物法」森島昭夫編『世界の環境法』(1996年)257頁、同「ドイツ循環型経済・廃棄物法」ジュリスト1062号105頁。
- (12) S. Paetow, Das Abfallrecht als Grundlage der Altlastensanierung, NVwZ 1990, 510.
- (13) 松村・前掲注(1)171頁、高橋・前掲注(1)397頁以下参照。不利益立法不遡及の原則は、水・大気等の他の環境媒体とは異なり、土壤汚染という長期的に蓄積していく汚染を規制する上では、大きな「足かせ」となってしまう。
- (14) vgl. M. Czychowski, Wasserhaushaltsgesetz (1998); 大塚・前掲注(4)「企業の責任」318頁以下、大久保規子「水管理法」環境研究105号120頁以下、同「ドイツ水管理法の改正」環境研究116号90頁以下参照。また地下水に関しては、松村弓彦「ドイツにおける地下水保全」環境研究116号81頁以下参照。

- (15) 松村・前掲注(1)25頁, 高橋・前掲注(1)396頁, 大塚・前掲注(4)「企業の責任」318頁以下参照。
- (16) vgl. P. Salje, Umwelthaftungsgesetz (1993); 大塚・前掲注(4)319頁以下, 春日偉知郎他「ドイツ環境責任法」判タ792号16頁, 横山潔「環境損害賠償責任法」外国の立法32巻1号10頁。
- (17) 高橋・前掲注(1)397頁。
- (18) R. Enders, Rechtsproblem der Behandlung von Abfallaltanlagen und Altlasten in den neuen Bundesländern, DVBl 1993, 82.
- (19) L. Knopp, 'Altlasten'-Regerung in Hessischen Abfallrecht, DOV 1990, 658.
- (20) R. Sparwasser/B. Geissler, Grenzen der Zustandsstörerhaftung am Beispiel des Altlastenrechts, DVBl 1995, 1325; 大塚・前掲注(4)320頁, 高橋・前掲注(1)395頁。

### 3. ドイツ連邦憲法裁判所2000年2月16日判決

連邦土壤保全法制定以降の議論の中心となっているのが、状態責任にもとづく浄化義務の制限に関してのドイツ連邦憲法裁判所の2000年2月16日判決（以下「2000年2月16日判決」）である。<sup>(21)</sup> 同判例は、所有者の責任範囲について、すなわち土地取得に際して、土壤汚染の事実を認識していたか、あるいは認識しなかったことに対する過失、浄化後の土地取引価額・利用価値と浄化費用との関係、浄化対象の土地と他の財産との一体的関係等についての判断基準を示した。

事実の概要は、以下の通りである。上告人は、競売落札により、1982年10月に当該土地を取得した。当該土地では、1981年7月まで帽子の生地を製作するためのウサギ皮のなめし工場が操業していた。その業務に際して、皮革を脱脂するため、有害な塩基炭化水素（パクロロエチレン・トリクロロエチレン）を使用していた。1981年7月に経営者が破産して、破産手続が行われた。1983年9月までに、有害な塩基炭化水素による重大な土壤汚染・地下水汚染が同土地の地表および地下に存在することが発覚し、1985年4月と1986年8月の2回、関係官庁より土地所有者に対して浄化措置の命令が下された（土地の取引価額は35万マルクであったのに対して、1998年までに負担した浄化費用は110万マルクにも及んだ）。土地所有者は浄化命令の名宛人選択上の裁量違背を理由に行政訴訟を提起した。そしてもう一つは、射撃場として賃貸していた水域保全地区内の農業用地に重度の鉛汚染が生じた。汚染原因者である射撃場経営会社に対して破産手続きが開始されたため、土地の所有者が土壤の浄化を命じられた。それに対して浄化命令の違法を理由として費用償還請求を求める訴訟が提起された。行政裁判所および上級行政裁判所は土壤汚染に対する善意の土地所有者に状態責任を課すことがドイツ基本法14条と矛盾しないと判断した。そして連邦憲法裁判所も、連邦土壤保全法施行後初めて判断を下した。<sup>(22)</sup> すなわち土地所有者の状態責任はドイツ基本法14条と矛盾しないと判断した上で、状態責任の限界を定めるのは衡平性（Verhältnismässigkeit）の原則で、所有者の汚染跡地浄化に対する

状態責任が憲法と整合するには、その責任は期待可能（zumutbar）な範囲の浄化費用、すなわち取引価格を限度とするのを通例とする。土地所有者の汚染跡地についての認識していたか、あるいは認識しなかったことに過失があれば、（過失の場合には汚染の事実を認識しなかった程度に応じて）浄化すべき土地の取引価格を超える費用負担を期待可能なものとする判断した。

また2000年2月16日判決の示した具体的な判断基準は以下の通りである。<sup>(23)</sup>

- ①自己負担による保安法上の危険防止義務は土地所有者から将来の利用を奪うものであってはならない。このための判断としては「浄化措置に要する財政的費用と浄化措置実施後の取引価額との関係」が重要で、浄化費用が取引価額を上回る場合には、超過した費用は土地譲渡によって填補される見込みがないから、超過額の範囲で将来の土地の私的利用権が失われるのが通例で、その結果所有権はその価値と内容を失うことになる。
- ②土地所有者が土壤汚染による浄化費用の負担義務を負うべき限度を確定するのは、浄化措置のために費やした費用と土地の取引価格の関係であるが、土地の取引価額は、その利用権ばかりでなく、偶発的に生じた利益にも影響される。とりわけその土地が都市計画によりまたは取引上の制限を受けたために売買価額が高騰した場合などである。浄化措置にともなう出費が取引価額を超過する場合には、将来の私的土地利用につき所有者の利益が減少することになる。よってその土地所有者は、土地の譲渡によって生じた出費を隠したままで算定するだろう。土地の所有権はその価値および内容によっては全く無に帰してしまう。所有者がその土地に対して有する私的な（主観的）利益により、もしかしたら他人の設定した価額よりも取引価額が上回ることはない。
- ③土地から生じる危険が自然現象、公共に帰すべき原因または利用権限を有しない第三者に起因する場合には、この限界を超える負担は期待できず、法令上の義務をすべて遵守している所有者に無限定に負担せしめることは許されない。そうでなければ、所有者の責任範囲外の事情による過剰なリスクを課すことになる。
- ④浄化対象の土地が義務者の財産の本質的部分を構成し、所有者とその家族の生活の基盤となっている場合には、取引価額までの浄化費用負担は期待可能とはいえ、所有権者に財政法上の自由を確保し、自己責任による生活の構築を可能とすべき所有権保障の責務が優先する。<sup>(24)</sup>このような場合には、浄化費用が浄化後の土地利用による利益を上回らない場合には負担限界が問題となるが、居住家屋の所有者が早速これを保持することが出来ないような場合には限界を超える。
- ⑤所有者が土壤汚染の可能性を知った上で土地を取得した場合には、土地の価額を超える費用の負担を請求することが出来る。所有者が土壤汚染の存在を知って取得した場合、またはその土地に土壤汚染が存在する可能性が高い利用（たとえば廃棄物最終処分場設置または砂利採取後の充填等）がなされていたことを認識していた場合には、自由意思にもとづいているリスクを引き受けたものとする。土地所有者または第三者に利用を許した場合あるいは利

用中に土壤汚染の可能性がないことを認識し得たであろう場合で、所有者がこれを認識しなかったことに過失があるときにも、取引価額を超える費用の負担を請求できるが、その期待可能性を判断するに当たって過失の程度、あるいは土壤汚染から生じる利益（たとえば、購入価額の低下または高賃料等）を得られたかどうかについて評価すべきであり、過失により認識していない場合と積極的に認識していた場合を無限定かつ無条件で同一視することは出来ない。

- ⑥一般的には、費用負担の期待可能性は所有者の経済的支払能力全体との関係で判断されるものではない。取引額を超える費用負担が期待可能である場合でも、浄化対象の土地と法的にも経済的にも関連を有しない財産による責任を課することは、所有者にとって期待可能とはいえない。しかし、企業資産のように浄化対象の土地と機能的に一体性を有する財産を浄化のために投入することは期待可能であるが、この場合にも衡平性原則に合致する必要がある。浄化費用負担の結果企業の続行が危険にさらされる場合には、所有権保障の重要性に配慮すべきである。なぜならば、浄化費用負担は事実上相当の保証を伴わない取用のような作用をもつが、そのような非代償的な法的地位の剥奪は法令の枠内で、特別の前提条件のもとでのみ可能というべきである。

連邦憲法裁判所の同判決を簡潔にまとめれば、第一に土地取得に際して汚染の存在を認識し、または土地利用権設定に際して相手方の土地利用が土壤汚染をもたらすことを認識していた場合あるいは過失により認識しなかった場合、第二に浄化後の土地利用が浄化措置費用を上回る利益をもたらす場合、第三に浄化対象の土地と一体的関係にある財産がある場合に、土地所有者は浄化対象の土地の取引価額を超える浄化措置費用につき負担する義務を負うことになる。逆に言うと、上記3点の要件を備えていなければ浄化費用は土地の取引価額の範囲に限定されることになる。<sup>(25)</sup>

なお同判決に対して、学説は、善意の土地所有者に対して過酷に帰することから、公法上の義務が土地利用を実質的に制限するのは基本法14条の所有権保障に反するとして、費用負担は土地価格の範囲に制限されるべきであるとする説や立法による責任限界を設定すべきであるとする説がある。<sup>(26)</sup><sup>(27)</sup>

#### (注)

- (21) BverfGE 102, 1=NJW 2000,2573=NVwZ 2000, 1033. Mohrによると、同判決は前記の3点を含めて17もの雑誌等で取り上げられており（H. Mohr, Zur Begrenzung der Zustandshaftung bei Altlasten, NVwZ 2003, 686）、注目度の高さが偲ばれる。またその他にも判例評釈として以下のものが挙げられる。Müggenborg, NVwZ 2001, 39; C. Bickel, NJW 2000, 2562; Knoche, GewArch 2000, 448. また本判決の訳文に関して、松村・前掲注(1)58頁以下も参照した。
- (22) BverfGE 102, 21.
- (23) BverfGE 102, 21-23.
- (24) BverGE 83, 201, 208. この判例はノルトライン・ヴェストファーレン州の鉱業用鉄道敷設に際



しての農用地の公用収用についての事例で、基本法14条1項(1)にもとづいて、全ての財産権は原則的に私法の範疇にあると判示した。

- (25) 浄化責任を課せられた土地所有者が、遡及的に前所有者に対して責任を追及する場合に、土地という特定物であることから瑕疵担保責任に基づく損害賠償を請求することになるが、原則としてその賠償範囲は売買価格の範囲に限定される。よって善意で土地を購入した所有者の救済においては、その範囲を超える浄化費用を免れるかどうかが決定的な意味を持つことになる。
- (26) Sparwasser/Geissler, a. a. O. (Fn. 20), 1317.
- (27) 松村・前掲注(1)52頁(この点に関する原典(Ladeur, Öffentlich-rechtliche Haftung für Altlasten', UPR 1995, 1)を入手することができなかったため、本文中は最小限の言及に留める)。

#### 4. 憲法上の基本権の保護

ドイツにおいて、国家の基本権保護義務とは、「国家は、個人の基本権を他人による侵害から保護するために、積極的な措置をとらなければならないという義務」と定義される<sup>(28)</sup>。個人の基本権を認めるとすると、憲法上、国家は基本権保護義務の他に、介入禁止義務、基本権支援義務を負うものと考えられる<sup>(29)</sup>。

第一の基本権保護義務は介入禁止義務とともに、国家の最低限の責務であるから、この「保護」が意味するものは、あくまでも侵害からの保護でなければならない。とりわけ違法性の強い(たとえば殺人・窃盗・暴行・放火等)については、他人によって個人の基本権が侵害されているのを国家が傍観していて良いとするならば、およそ国家の存在価値がなくなってしまうため厳密に保護されなくてはならない。自力救済の禁止を原則とする以上、個人を他人の侵害に対して無防備な状態にしないためにも、国家はこの基本権保護義務を負うこととなる。

まず国家は、立法を通じてこの基本権の保護をおこなう。たとえば、基本権を保護法益とした各種の刑罰法規や行政上の保護法規、さらには詐欺・強迫や不法行為に関する民法の規定なども、基本権保護立法とみることができる。しかしながら、立法による保護手段が十分でないこともある。このように、基本権が侵害されたときに、それを保護する立法が存在しない場合には、裁判所が立法の不備を補うために、法の形成という形式で裁判所自らが憲法上保護を与える責務があると解しなければならない。さもなければ国家は、基本権に対する最低限の保護すら断念することになり、国家は自らの保護義務を放棄することになるからである。したがって、これを個人の側からいうと、個人は、国家に対して基本権の保護を求める権利—保護請求権—を有するということになる。

第二に、介入禁止とは、「国家は、それを正当化するだけの十分な理由がないかぎり、個人の基本権を侵害してはならない」とするもの(国家に対して不作為を求める権利は防禦権と呼ばれている)<sup>(31)</sup>である。これは、個人の「国家からの自由」であり、個人の自由にもとづいて、作為・不作為を選択することが認められ、国家がそれを侵害することは許されないとともに、

国家に対して、個人が侵害の除去を求める権利を有する。

第三に、基本権支援義務とは、「国家は、個人の基本権がよりよく実現されるよう、積極的な措置をとらなければならないという義務<sup>(32)</sup>」である。この義務は、個人の基本権が侵害されていることを前提とするのではなく、その義務がより良く実現されるように、国家がさまざまな給付を与えたり、各種の制度を整えたりすることを意味する。

しかしながら、すべての個人の基本権を最大限に実現することは、実際には不可能であり、ある個人またはその集団の基本権を実現するためには、他の個人またはその集団の基本権を制限しなければならない場合もあるが、各個人による対国家的請求権は保護請求権を無条件かつ広範囲に認めるわけにはいかない。基本権の権利主体を誰にすべきなのか、またどの程度保護を与えるべきなのかという問題は、政策的な取捨選択、原則として国民の民主的決定、つまり立法に委ねられることになる。その場合に、裁判所も、この立法の決定を超えて、特定の個人またはその集団に特別な保護を独自に認めることは、原則としてできない。裁判所は、この立法の決定を尊重し、その実現をはかると同時にそれが国家の介入禁止にならないようにすること<sup>(33)</sup>だけである。

日本における基本権の保護に関してはいくつかの批判がある、第一に、基本権保護義務および基本権支援義務は、国家の積極的な措置を要請するという意味では、いずれも「国家による自由」<sup>(34)</sup>に属する。したがって、国家の基本権保護義務はむしろ「国家による自由」を容認するもので自由権の本質に反し、保護の名の下に不当な干渉を行うおそれがあるから、はじめから認めるべきではないとの主張もある。

また第二に、国家の基本権保護義務は、ドイツ法の下で認められるものであるという点<sup>(35)</sup>である。すなわちドイツ基本法1条1項は基本権の尊重について規定するだけでなく、基本権の保護についても国家の責務と規定している。それに対して日本法においては同様な規定を欠いているという主張をするのである。

しかしながら、個人の権利が侵害されていることに対して国家が「手をこまねいている」だけでは、国家として最低限の責務をもまとうてできないことになるだろう。あくまでも立法の欠如、あるいは立法府の怠慢を要件として<sup>(36)</sup>、基本権の保護義務を認める可能性はある。

ドイツ基本法14条1項は、「所有権および相続権は、これを保障する。その内容および限界は、法律でこれを定める」と、また2項は「財産権は義務が伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つものでなければならない」、さらに3項では公用収用は、公共の福祉のためだけに許される。<sup>(37)</sup>（以下省略）」と規定する。

しかし憲法上の財産権の存在を否定して、14条の規定と一見矛盾するようにも捉えることも可能なドイツ連邦憲法裁判所の判例が存在する。それは砂利採取に関して、憲法上の所有権概念と地下水利用権について争われたものである<sup>(38)</sup>。事実の概要は次の通りである。つまり損失補償請求訴訟を提起した原告は、砂利採取業を営んでおり、1936年以来、市によって建設された水道取水施設の保護地区の中にある土地を砂利採取の目的で借地して、そこで地下水域まで砂

利を採掘していた。その地区は、1968年2月6日に暫定的に保護下におかれた後に、1973年10月24日の命令により保護下におかれることが確定された。1965年2月に、原告が砂利採取の継続のために水管理法上の許可を申請したところ、当局は、1973年10月に、採取場所が上水道の水源施設から一部では120メートルしか離れておらず、採掘で生じた湖沼の汚染が水源施設にまで達して、公共の上水道を汚染する危険があるという理由で、その申請を不許可にした。損失補償の請求も拒否された。そこで、原告は、砂利採取許可申請の拒否は営業および土地所有権への収用的侵害であるとして、州に対して相当な補償の支払いを求めた。地方裁判所は請求を認容した。被告である州は控訴したが棄却された。被告州の上告にもとづき、連邦通常裁判所は手続を中止し、地下水との関係における土地所有権の内容を定めている水管理法1a条3項、2条1項、6条が、基本法14条1項2文と一致するか否かという点の判断を連邦憲法裁判所に求めるために移送決定をした<sup>(39)</sup>。移送決定の理由として、連邦通常裁判所は、旧民法905条1項により、地下水を処分する権能は土地所有者に属するが、この権能は、水管理法の公法上の利用秩序によって相当に制限されている。このような水管理法の諸規定は、基本法14条が土地所有権の内容と限界を定める法律においた要求にとって十分ではないとして移送の許容性を決定したうえで、水管理法の諸規定は基本法と一致すると判断した（なお連邦通常裁判所は、1982年6月3日に、連邦憲法裁判所法31条にもとづき、州の上告を認容した<sup>(40)</sup>）。

同判決において、連邦憲法裁判所は、第一に、「いかなる権限が特定の時点において所有権に具体的に与えられるのかは、（中略）その時点において妥当する、所有者の地位を規定する全ての法律上の規定を総覧することによって明らかとなる。その際、所有権者がある特定の権限を所持していないことが明らかになったとすれば、その権限は、その者の所有権には含まれないということなのである。（中略）財産権の内容を確定する憲法に適合した法律の全体から、基本法14条1項の保障する存立保障の対象及び範囲が明らかになり、それと同時に、どのような場合に補償を要する権利剥奪が生じるのかが明らかとなる」と判示した<sup>(41)</sup>。ここからは、憲法上の独立した権利は存在せず、民法等の下位法によってのみ、その権利の内容が確定するとの印象を受ける。

また第二に、「憲法により保障される財産権の概念は、憲法自身から獲得されなければならない。憲法より下位の単純法律の規範から憲法の意味における財産権概念を導き出したり、私法上の法的地位から具体的財産権の保障の範囲を決定してはならない」と判示した<sup>(42)</sup>。これは逆に、下位法の側から上位法である憲法上の権利を決定することを禁じて、憲法上の独立した権利が存在するかのごとく説示する。

#### （注）

(28) 山本敬三『公序良俗論の再構成』（有斐閣・2005）248頁（以下「再構成」と呼ぶ）。

(29) 山本・前掲注(28)「再構成」247頁以下、同「憲法と民法の関係」法教171号44頁以下（以下「関係」と呼ぶ）、小山剛『基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現』（尚学社・2004）111頁

- 以下（以下「内容形成」と呼ぶ）、小山剛『基本権保護の法理』（成文堂・1998）1頁以下（以下「法理」と呼ぶ）参照。
- (30) 山本・前掲注(28)「再構成」248頁。また契約が基本権を制約する場合には、公序良俗規範を適用するか否かを決定する上で次の2点が問題となる。つまり①過少保護の禁止、②過剰介入の禁止である。前者に関する判断基準は、ドイツにおいてもほとんど明らかではないが、後者については、さらに比例原則（比例原則はさらに、適合性の原則・必要性の原則・均衡性の原則の3つから構成される）を判断基準として適用の可否を決定する。詳細については山本・前掲注(28)「再構成」209頁以下、小山・前掲注(29)「法理」84頁以下参照。
- (31) 山本・前掲注(28)「再構成」248頁。防禦権については、松本和彦『基本権保障の憲法理論』（大阪大学出版会・2001）14頁以下、同「防禦件としての基本権の意義と可能性」阪大法学41巻1号243頁以下参照。
- (32) 山本・前掲注(28)「再構成」248頁。
- (33) 山本・前掲注(28)「再構成」199頁。
- (34) 山本・前掲注(28)200頁。芦部信喜「人権論50年を回想して」同『宗教・人権・憲法学』（有斐閣・1999）230頁以下、藤井樹也「私人間効力論の再検討—魚眼的考察」同『「権利」の発転換』（成文堂・1994）260頁もこの点を指摘する。
- (35) 山本・前掲注(28)200頁。戸波江二「国家の基本権保護義務と自己決定のはざま—私人間効力論の新たな展開」法律時報68巻6号127頁もこの点を指摘する。
- (36) たとえば、広中俊雄博士は、利息制限法1条2項を否定する判決（すなわち「反制定法的解釈・法形成」）について、そのような法形成が認められる要件として、①「紛争処理としていちじるしく妥当性に欠ける結果を当事者間に生じさせる」こと、②「立法部の対処を必要としているにいたっているのに立法措置がとられていない」ことを挙げる（同「反制定法的解釈、反制定法的形成」同『民法解釈方法に関する12講』（有斐閣・1997）106頁）。②は、立法部の怠慢による法の欠如を、あくまでも補う趣旨で反制定法的法形成はおこなわれるべきことを説く。
- (37) B・ピエトロ/B・シュリンク（永田秀樹他訳）『現代ドイツ基本権』（法律文化社・2001）324頁。基本法14条について、①1項の財産権保障がいかんして立法者の内容・制限規定権限に限界線を引くのかということ、②1項と2項・3項がどのような関係に立つのかなど、いわゆる「未知なるもの」を伴っていると指摘する（ピエトロ/シュリンク・324頁）。②については、渡辺洋三『財産権論』（一粒社・1985）141頁以下でも言及されている。
- (38) BverfGE, 58, 300.（邦語訳として、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社・2003）313頁以下（西埜章担当）参照）。その中で西埜章教授はこの判決が我国における「地下水公水化法」の制定に向けて示唆するところが大きいと指摘する（ドイツ憲法判例研究会編・317頁）。その他に、角松生史「憲法上の所有権」社会科学研究45巻6号1頁、高橋寿一「所有権制限法理の展開」一橋研究9巻2号62頁等を参照した。
- (39) NJW 1978, 2290.
- (40) BGHZ 84, 223.
- (41) BverGE 58, 336.（小山・前掲注(29)「内容形成」173頁以下参照）
- (42) BverGE 58, 335.（小山・前掲注(29)「内容形成」174頁参照）

## 5. 日本法についての検討

まず予備的考察として、公法・私法の区別の有用性について若干言及する<sup>(43)</sup>。公法・私法の区別は一意的に区分論に立ったと見られる判例においても一問題解決の必須要件ではないようであり<sup>(44)</sup>、実体法のレベルにおいて法解釈論上そのように区別する実用性はあまりないようである<sup>(45)</sup>が、その場合に以下の2点の反論が予想される。

第一に、「結果的にみると、民法の適用される関係と民法の適用されない関係があるわけであって、その説明として、民法の適用されない法律関係を全体として公法関係として把握し、そこにおける共通の性格を探りだすことは意味があるのではないか」という問題であるが、公法と私法が密接に絡み合い、またその区別を前提として法を解釈する場面はごく限られており、その共通事項を探求することは少なくとも解釈上有用とはいえない<sup>(46)</sup>。

第二に、「民法の適用を排除するというときに、公法秩序といういわば受け皿を用意しておかなければならないのではないか」という疑問である<sup>(47)</sup>。国家等の公の存在と私人間における管理関係という範疇を前提として、つまりある関係が私人間における私法関係と異なるために、民法の適用を排除して、その関係に実質的にも適合する結果を解釈上導き出そうとするものであるが、そのような特殊な解釈論を設ける必要性があるのかという点に帰着する。これは、民法の解釈・適用の問題であり、民法学における原理が柔軟に、行政上の関係の処理に必要な公共の利益を考慮して、私人間の処理の場合とは異なった判断をすることを認めるだけの弾力性があるかどうかの問題である。この点、日本の民法学における利益衡量論においては、十分に公益的要素も考慮した解釈ができるであろう<sup>(48)</sup>。その際、もともと公権力の行使について適用されてきた平等原則・比例原則も、たとえば民法上も公行政に対する拘束原理として妥当するものと解される<sup>(49)</sup>。

公法・私法の区別を前提とすることなく、私法における解釈上で行政関係の処理に必要な要素を取り込むことができるとすると、逆に公法上の権利にもとづき私法の規定を変更する解釈が可能であろうか。

日本国憲法29条1項は「財産権は、これを侵してはならない」と、また同法2項は「財産権の内容は、……法律でこれを定める」と規定する。通説は、憲法29条1項・2項の「財産権」を、「一切の財産的価値を有する権利を意味する。所有権その他の物権、債権のほか、著作権・特許権・商標権・意匠権などの無体財産権、鉱業権・漁業権などの特別法上の権利などがその例であり、公法的な権利である水利権・河川利用権なども財産権的価値を有する限りそれに含まれる」と意義づけ<sup>(50)</sup>、さらに同法1項を「個人の現に有する具体的な財産上の権利の保障と、個人が財産権を享有しうる法制度、つまり私有財産制の保障という二つの面を有する」ものとして、制度的保障を規定したものと解するが<sup>(51)</sup>、そのように理解したとしても同条を根拠に法律に対抗して保障をなしうる場面は限定されたものとならざるをえない<sup>(52)</sup>。

共有林の分割請求に制限を加えた森林法186条の規定の合憲性が争われた事例で、財産権の使用・収益・処分に規制を加える森林法は当然のごとく財産権を制限すると判断した。<sup>(53)</sup>たとえば静岡地裁における第一審は以下のように述べる。<sup>(54)</sup>つまり「森林法186条は、過半数以上の持分がなければ共有森林の分割請求が許されない旨規定しており、民法256条1項本文が規定する共有物分割自由の原則に対する例外として、財産権の制限たることは免れないところである」と説示して、森林法186条の規定は合憲であると判断した。<sup>(55)</sup>また最高裁は、森林法186条の規定は民法256条1項本文が規定する共有物分割請求権を否定するものであることを認めた上で、民法256条の立法趣旨について、「共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、（中略）〔る〕ものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分の処分の自由とともに、民法において認められるに至ったものである」と説く。さらに、「分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法29条2項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべき」であり、「森林法186条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法256条1項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法186条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らかである」と説示した。

（注）

(43) 公法・私法の二元論は今日においては排除されている（星野英一「民法とは何か（2）（3）」法学教室，2，3号）。またその論争および詳細については、塩野宏『行政法Ⅰ〔第4版〕』（有斐閣・2005）25頁以下（以下「行政法」と呼ぶ）、また歴史的な経緯について、とりわけ日本国憲法下での論争については、同『公法と私法』（有斐閣・1989）103頁以下（以下「公法と私法」と呼ぶ）を参照した。また塩野は、公法法規違反の法律行為の効力について、道路運送法上の免許を受けなかった営業した場合に、顧客との取引行為が道路運送法違反の行為でも当然無効となるものではないとした判例（名古屋高判昭和35・12・26高裁刑集13巻10号781頁）と統制物資である煮干鰯を法令に違反して売買した行為の効力について無効と判断した判例（最判昭和30・9・30民集9巻10号1498頁，行政判例百選Ⅰ八事件）は、「いずれも、私人の一定の行為を禁止するものであり、その限りで、民法法規ではない。しかし、当該法規違反の行為の効力は、それぞれの禁止法規の趣旨如何によって判断されることになるのであって、その趣旨如何の問題は公法と私法の区別とは別のところにある」と指摘する（塩野「行政法」35頁）。

(44) 塩野・前掲注(43)「行政法」36頁。

(45) 塩野宏「公法と私法一判例分析」同『法治主義の諸相』（有斐閣・2001）69頁以下，90頁以下参照。

(46) 塩野・前掲注(43)「行政法」36頁。山本敬三教授は、二分論について、①たとえば公法上の不文の取締法規と私法上の不文の強行法規は、ともに不文型一個別法規型に属するけれども、公法の場合は「抽出・確定された法令の政策目的から契約の無効が要請されるか」という問題を否定する点で一般的に差異が存在すると指摘するが（山本・前掲注(28)「再構成」81頁）、その一方で②経済的公序論においては、公法・私法を峻別するのではなくむしろ相互依存の関係に立つとする相互依存説が有力に主張され公法・私法の質的な差異を認めないことも併せて指摘する（山本・前掲注

- (28) 「再構成」81頁)。②の考えについては、大村敦志『契約法から消費者法へ』(東大出版会・1999) 179頁参照。
- (47) 塩野・前掲注(43)「行政法」36頁、田中二郎『行政法上巻』(弘文堂・1974) 83頁、153頁参照。
- (48) 加藤一郎「法解釈学における論理と利益衡量」同『民法における論理と利益衡量』(有斐閣・1974) 3頁以下参照。また民事法が適用されると考えられてきた領域において、行政主体の活動の適正さを確保することの重要性が指摘されていることがある(碓井光明『公共契約の法理論と実際』(弘文堂・1995) 1頁以下)。換言すると、公法と私法の区別を否定することは、必ずしも行政活動に際して民事法に依拠することを否定するものではない(塩野・前掲注(43)「行政法」37頁)。
- (49) 塩野・前掲注(43)「行政法」37頁、高木光「当事者訴訟と抗告訴訟の関係」雄川一郎先生献呈論集『行政法の諸問題(中)』(有斐閣・1990) 366頁参照。
- (50) 野中俊彦他『憲法I〔第3版〕』(有斐閣・2001) 441頁。
- (51) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第3版〕』213頁参照。
- (52) 小山・前掲注(29)「内容形成」164頁。これは、従来憲法の「私人間適用」ないしは「第三者効力」の問題として論じられてきたものであり、間接的適用説が通説、判例として定着していたが、最近それに対して有力な批判が加えられている(棟居快行『人権論の新構成』(信山社・1992) 1頁以下、三並俊克「基本権の第三者効力」立命館法学116・117・118号538頁以下、木村俊夫『「基本権の意味変化」について(一)」八幡大学論集35巻1号47頁以下参照)。
- (53) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。森林法違憲判決については、高橋正俊「財産権不可侵の意義(1)(2)」香川法学4巻3号86頁(1985)、5巻4号507号(1986)、安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味」長谷部恭男編『リーディングス現代の憲法』(1995) 137頁以下の意見が興味深い。
- (54) 静岡地判昭和53年10月31日民集41巻3号444頁。
- (55) 小山剛教授は、「民法256条1項本文が規定する共有物分割自由の原則」に対する例外が当然に「財産権の制限」となるのかという点について疑問を呈する(小山・前掲注(29)「内容形成」165頁)。
- (56) 最判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。また財産権が侵害された場合、つまり砂利採取の許可申請が拒否された後も砂利採取を続行したために、河川附近地制限令10条により罰金刑が課せられた事件で、最高裁は、傍論としてではあるが、損失補償規定が欠けていたとしても、「その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではない」と判示した(最大判昭和43年11月27日刑集22巻12号1402頁)。

## 6. 結 び

憲法29条の保障する財産権が、既得権を保護するのみならず、立法に対抗した保障ないしは立法に対する指針を含むものであるのかという問題を解決する上で、まずドイツの基本権による保護と同様の保護を日本法においても認めることができるのかという点について検討する。前述のごとくドイツ基本法は、1条1項のような基本権尊重を規定するが、そのような明文を欠く日本国憲法についても、場合によっては立法を否定するほどの効力を認める余地がありうるのだろうか。その場合にドイツ特有の事情を考慮する必要がある。つまり、ドイツにおいては、ワイマール憲法下におけるナチスの独裁を許し、歴史上拭い難い人権に対する組織的な破

壊行為を容認してしまった反省にもとづいてボン基本法が制定された。そこでは人間の尊厳をはじめとした基本的な価値は、必ずしも自明のものとはいえないため、あらゆる分野に幅広く実現するために広範な意味での基本権の保護を敢えて謳う必要性が生じたと考えられる。<sup>(57)</sup>軍部の独裁による悲惨な敗戦を経験した我国においても、日本国憲法制定前期においては、ドイツと類似した歴史的背景を見出しうる。<sup>(58)</sup>では日本国憲法において、ドイツ基本法1条1項の規定に該当ないしは類似する規定をどこに見出しうるのか。いわゆる幸福追求権を規定する憲法13条に依拠すると考えられるのではないか。同条は、具体的な「幸福」の内容にあらかじめ言及するのではなく、「幸福」の内容の決定と追求を個人に委ねるという基本原理を宣言している。個人が自己のより良いと評価するものを追求する権利、自己決定権の保障を意味するとともに国家は、その反対側の側面から、その権利を保護する義務を負ったものと解される。<sup>(59)</sup>

次にその保護義務が無限定に作用するのを抑えるためのルールはどのようなものであるか。とりわけ立法に対抗した保障ないしは立法に対する指針を含むものについては厳密な判断基準が必要となるが、前述のドイツ連邦憲法裁判所2000年2月16日判例の判断基準が参考となろう。

さらには土地の取引価額を超えて支出した負担の補償を明文が存在しない場合にも請求できるのかという問題であるが、我国の土壌汚染対策法8条は、汚染原因者に対して請求できる費用は浄化措置に要した範囲に限られると規定する。その範囲を超えて自主的に浄化費用を拠出した場合には請求できないために十分な浄化措置が講じられない危険性がある。<sup>(60)</sup>前述の最大判昭和43年11月27日によれば、直接憲法29条3項を根拠にして、補償規定を欠いている場合にも補償請求をする余地があると考えられるが、その場合には補償の原因となる行為と立法の目的との関係が重要となる。我国の土壌汚染対策法（平成15年2月15日施行）は同法1条にその目的として、「国民の健康を保護すること」を掲げる。<sup>(61)</sup>また費用負担については、都道府県知事が、土地の所有者、管理者又は占有者に汚染の除去、拡散防止その他必要な措置を講じるように命ずることができる（7条1項）。ただし汚染原因者が明らかで、その者に措置を実施させることが相当な場合はその限りではなく、汚染原因者に対する費用請求することが出来ると規定する（8条1項）。そこで土壌汚染対策法の目的は「国民の健康を保護すること」であり、誰がその費用を負担するのかという問題とは別の問題である点に注意が必要である。少なくとも立法の目的からは、所有者に過剰な負担を課すことはその主意ではない。むしろ土壌汚染の浄化に要する公金の支出抑制が実際は目的とされていることを前提に考えると、土壌汚染につき善意で土地を取得した土地所有者が瑕疵担保にもとづき損害賠償請求する場合にも、前所有者に対して請求できる賠償の範囲は売買価額に限定されるのは問題がある。立法に対抗した保障ないしは立法に対する指針を含むものであるから容易に乗り越えられる問題ではないが、この問題、つまり土地の売買価額を超える浄化費用の請求が認められない限り、十分な土地の浄化措置がおこなわれない可能性があり、延いてはそれが原因で土壌汚染対策法の目的を達成することができないことにもなるのではないか。

土壌汚染の問題と密接な関係がある地下水についても検討が必要である。我国において、地



下水採取の規制・管理は、民法207条を根拠として、地下水は土地の構成部分であるとされ、地下水を採取し利用する権限は土地所有者に属すると解されてきた。<sup>(62)</sup>しかしながら土壤汚染と密接な関係がある地下水については、以前から私的所有関係から分離して公水として総合的に管理すべきであるという主張も有力であった。<sup>(63)</sup>土壤汚染の対策が、大気汚染・水汚濁の問題と比べて困難な理由の一つとして、個人の土地所有権に制限を加えなくてはならない点にあった。<sup>(64)</sup>逆に大気・水については公物であったことが対策を容易にした。土壤汚染についても、地下水を公水化することによって財産権の侵害に関連する問題が発生する余地を一部解決することにもなる。

(注)

- (57) 山本・前掲注(29)「関係」50頁。また歴史的な背景については、樋口陽一『比較憲法〔全訂第3版〕』（青林書院・1992）95頁以下参照。
- (58) たとえば、佐藤幸治教授は、日本国憲法が、神権的国体論の隆盛化によって、政治社会体制が軍国主義・全体主義化した「人権思想の滅失」の時代を前提に成り立っていると評価する（同『憲法〔新版〕』356頁以下）。
- (59) 山本・前掲注(29)「関係」50頁。また山本教授は、その思想を「リベラリズム」と評価している。リベラリズムについては、同「現代社会におけるリベラリズムと私的自治（一）（二）」法学論叢133巻4号1頁以下、5号1頁以下に詳細に述べられている。
- (60) 大塚・前掲注(6)19頁。
- (61) 大塚直教授は、しかしながら実際の規定は、土壤汚染の被害に対して、予防的ではなく、事後的な対応に終始している点が指摘されている。またその他の問題点として、①本法の目的が健康被害の防止に限定されていること、②調査の端緒に関して、住民から都道府県知事への調査の申出ができないこと、③3条において調査を廃止時に基本的に限定すること、④3条の調査を工場・事業場の廃止時としたこと、工場・事業場からの搬出土壤についての規制がないことなどを指摘する（同・前掲注(6)22頁）。
- (62) たとえば、我妻栄博士は、いくつかの判例を取り上げ、「判例は、もっぱらこれ（地下水）を土地の構成部分と見るという立場から、これを規律している」と述べるに留まっている（我妻栄『新訂物権法（民法講義II）』（岩波書店・1983）281頁）。
- (63) 金沢良雄『水資源制度論』（有斐閣・1982）54頁（ただし地盤沈下防止の目的としての公水化について言及したものであり、土壤汚染との関連で述べたものではない点に注意しなければならない）、阿部泰隆「地下水の利用と保全」ジュリスト総合特集・現代の水問題（1981）223頁以下、同『行政の法システム（上）』（有斐閣・1997）264頁等参照。
- (64) 高橋・前掲注(3)7頁参照。また高橋滋教授は、土壤汚染の法整備の遅れたその他の原因として、土壤汚染が蓄積性で浄化・除去・汚染の封じ込めに多額の費用を要することを挙げている。