

文化財保護と所有権保障

——ドイツ記念物保護法制における期待可能性原則

南川和宣

はじめに

一 ドイツ建築記念物保護制度の概観

二 期待可能性原則

(一) 期待可能性原則の構造

(二) 期待可能性原則の内容

(三) 期待可能性の回復

おわりに

はじめに

文化財保護を目的とした制度設計に際して、立法者が私人の所有権保障にどう配慮するかは重要な問題であるにもかかわらず、我が国においては、これまで必ずしも活発に論じられているとは言えない状況にある。

本稿では、その中でも特に文化財建造物の保護が所有権保障とどのように折り合いをつけるべきかについて、ドイツの議論を参考に問題を提起したいと考えている。

我が国の文化財保護法制の中核的な役割を担っている文化財保護法(以下、法という)は、成立以来半世紀を経ており、⁽¹⁾さらにその前身を遡れば、名称こそ異なるが、明治維新直後から様々な法令によって文化財を保護してきたという経緯が存在する。⁽²⁾

このような長い歴史をもつ文化財保護法制は、その基本的な枠組みとして、一方で文化財の所有者に様々な制限を課し、他方で助成的振興的な給付を与えるというシステムを採用している。建築物の保護に関しては、建造物を含む有形文化財のうち、重要なものが重要文化財に(法二十七条一項)、さらに重要文化財のうちで世界文化の見地から価値の高いものであって、たぐいがない国民の宝たるものが国宝に(法同条二項)指定される。現在のところ、国宝の建造物は二〇〇件余り、重要文化財の建造物は二〇〇件以上存在している。⁽⁴⁾

国宝又は重要文化財に指定された建造物は、法によって、管理、保護、公開、調査に関して様々な規制が加えられる反面、援助も受けることが可能である。規制の内容としては、特定の行為の禁止、許可制の採用、及び届出義務の賦課が、各種の行政罰を担保に設定されている。国宝と重要文化財の規制内容の差異は、国宝について修理に関する文化庁長官の命令と、文化庁長官による直接修理と滅失等の防止の措置だけであり、両者はほぼ同じ規制内容である。以上のような国による国宝・重要文化財の指定システムのほかに、重要伝統的建造物保存地区群の制度、さらに各地方自治体による独自の条例に基づく建築文化財保護制度が多元的に存在している。

このような建造物に対する規制については、財産権・所有権の保障という観点から、公用制限・損失補償の問題が惹起

されうる。つまり、建造物の所有者は土地利用の可能性が制限されるばかりでなく、維持費を捻出し、収益や経済的価値の低減を我慢しなくてはならないからである。しかし、我が国において、文化財保護法の領域、特に文化財建造物の規制領域において、文化財保護のための規制と所有権保障が正面から盛んに論じられることは、あまりなかったように思われる。

もつとも、現行法は財産権・所有権に対して全く配慮していない訳ではない。法第四条三項においては、「政府及び地方公共団体は、この法律の執行に当たつて関係者の所有権その他の財産権を尊重しなければならない」との規定があり、国宝の修理、重要文化財の環境保全命令、国による公開、調査等によつて生じた損害について補償の制度が設けられている。例えば、重要文化財の環境保全を定めた法第四十五条一項によれば、「文化庁長官は重要文化財の保存のために必要があると認めるときは、地域を定めて一定の行為を制限し、若しくは禁止し、又は必要な施設をすることを命ずることができ⁽⁵⁾」と定め⁽⁵⁾たうえで、同条二項に「前項の規定による処分によつて損失を受けた者に対しては、国は、その通常生ずべき損失を補償する。」と明文で損失補償について規定している。しかし、文化財建造物の指定による所有権侵害自体が問題になることは余りないといわれている。その理由としては、以下の二点が考えられる。

まず、第一は、我が国における損失補償理論が必ずしも有用な基準を提供できていない点にある。

第二に、これまでの文化財保護法制が保護対象として念頭においてきた主な事案が、市民生活と直接衝突しないものであったことが考えられる。すなわち、これまでの建造物に関する国宝・重要文化財指定制度において、一般に国宝・重要文化財として我々がイメージする建造物は、城郭であったり、お寺や神社などであつて、普通の市民が所有し、住居や生産活動に用いる住宅・工場といった身近な建造物とはかけ離れたものが中心であつたからである。この点につき、法は昭

和五〇年の改正により、重要文化財について現状変更不許可に対する補償を定めたが、⁽⁷⁾現在に至るまで一度も適用されていないことが注目される。

このような状況の中で、さらに平成八年の法改正により、登録文化財制度が導入された。⁽⁸⁾この規制システムは、国や地方自治体の指定外の文化財建造物のうち、保存活用のための措置が特に必要なものに対して適用され、登録により管理、修理、公開に関してゆるやかな規制を加える一方で、税制上の優遇等をも認める制度である。また、行政罰によって担保された届出義務も賦課される。この制度の柱は、現状変更の届出があった場合に、文化庁長官は必要な指導、助言、勧告を行うことができることにある。

この登録制度は、国宝・重要文化財の二段階指定制度と理論上は垂直の関係にあり、重要文化財には至らない建造物を登録制度によって補完的に保護するという体系になっている。しかし実際、実務において両者はその対象となる建造物を大きく異にしている。

すなわち、国宝・重要文化財指定システムが、先述の通り明治維新前までの城郭、寺社建築を事実上主な対象としているのに対して、登録文化財制度のシステムは、明治以降の近代的建造物を主な対象としており、両者は対象の面においても明白な棲み分けを行っている。⁽⁹⁾これは、そもそも登録文化財制度導入の契機が、最近急速に失われつつある近代建築を保護する受け皿が必要であるとの声に対応したものであったからである。⁽¹⁰⁾

近代の文化財建造物を保護する制度として、より規制の程度の低い登録制度⁽¹¹⁾を採用した理由は、重要文化財などに比べて本質的に文化財としての重要性が劣ることに加えて、近代的建造物については、とにかく所有者に文化財所有者としての自覚を持ってもらうことが何より肝心であったということが挙げられている。しかし、近代的建造物に特有の所有権の

問題も理由の一つではないかと思われる。すなわち、登録文化財制度がターゲットにしている明治以降の近代的建造物は、城郭や寺社建築とは違い、古い民家、商店、事務所などであつて、これら「現役」生活を送っている建造物に強い規制を加えることになれば、所有権保障との軋轢が予想されるからである。

ただ、現在の登録文化財制度の下でも、近代的建造物は徐々にその姿を消しているとのことであるので、近代的建造物を保護する法制度として、現行法制が必ずしも成果を挙げているとは言えないようである。したがつて、より拘束的で規制的な内容をもつた法制度が要請され、そしてその場合予想される所有権との軋轢に対して、何らかの対応が示すことも要請されるのではないかと思われる。

この点、ドイツにおいては我が国よりも踏み込んだ形で所有権との関係が議論されているので、以下においてドイツの議論を紹介する。⁽¹²⁾

一 ドイツ建築記念物 [Baudenkmal] 保護制度の概要

ドイツでは、文化財保護の領域における立法はラントが担つており、各ラントがそれぞれ独自の法体系を構築している。⁽¹³⁾ また、文化財保護⁽¹⁵⁾、特に建築文化財の保護は各ラントが制定している記念物保護法の中で論じられている。一般にドイツの記念物保護法制における記念物の概念は、我が国の文化財保護法における文化財の概念と比較すると、名勝や天然記念物といった自然記念物を含まず、我が国の文化記念物にほぼ対応した概念である。⁽¹⁶⁾

ラントの記念物保護法制は、規制形態を細部の点について検討すれば、それぞれ独自の特徴をもつた多様な規制態様が採られており一概に論ずることはできないのであるが、大まかに分類すれば、規律対象になる建築記念物の状態を維持す⁽¹⁷⁾

るための規制、その利用態様に関する規制、そして建造物の現状変更に関する規定から構成されていると言えよう。⁽¹⁸⁾

まず第一の規制態様である、記念物の状態を維持するための規制システムについて、多くのラントは、所有者に対して記念物保護に関する包括的で一般的な義務（以下、保存義務 [Erhaltungspflicht] という）を課した上で、さらに当局に対して個別の積極的な具体的規制措置を授権するという形式を採用している。

ちなみに、すべてのラント法は、建築記念物の所有者に対して記念物を保護することを義務付ける趣旨の規定をおいているが、⁽¹⁹⁾その内容としては、「記念物を保存し、慎重 [pfleglich] に取り扱う義務」といった抽象的な文言で規定するにとどまっている場合が多い。つまり、立法者は記念物を保護するための多種多様な作為義務及び不作為義務を列挙的に規定するのではなく、不確定な概念を用いて包括的に規定しているのである。ただし、一部のラントは、⁽²⁰⁾もう少し詳細に保存義務の内容を規定しており、⁽²¹⁾以下においては、それらの規定を手がかりにして、義務の具体的内容について明らかにしたい。保存義務について、比較的詳細な規定を置いているラントの記念物法によれば、保存義務とは、大きく分けて、記念物を良好な状態に保ち [Instandhalten]（メンテナンス・維持義務）、修繕し [Instandsetzen]（修繕義務）、目的に合った [sachgemäß] 取り扱いをし（適正取扱義務）、危険を防御する（危険回避義務）ことであると規定されている。

コメントール等の解説によれば、⁽²²⁾維持義務とは、記念物の損傷や荒廃を防ぐことであって、さらに具体的には、緩んだ屋根瓦の補強をしたり、雨樋等の配管の詰まりを除去したり、害虫を駆除したりすることがこれに含まれ、一言で言えば日常必要とされる建物の維持管理であろうと思われる。修繕義務は、記念物の存続を脅かすあらゆる性質の損傷を除去することであり、具体的には記念物の修復 [Renovierung]、近代化 [Sanierung]、補修 [Restauration] や保存 [Konservierung] が含まれるが、既に破壊されてしまった記念物の原状回復や復元までは含まないと解されている。適正

取扱義務とは、記念物の歴史的な本質を脅かしたり、有害となるような作為及び不作為が許容されないことを意味し、例えば、記念物を通常の利用方法で用いる限りにおいて発生するダメージは、自然消耗として許容されるが、極端な乾燥や浸潤をもたらす特異な利用は許されない、と説明される。最後に危険回避義務であるが、盗難や火災の予防のほか、風水害や凍害から建物を保護することであると解されている。

このような所有者に対して課せられた保存義務に対応する個別的な規制措置としては、措置命令や修繕命令といった、保存に関して当局に積極的な措置を授権する形式が用意されている。記念物は、所有者により計画された現状変更という積極的な行為（例えば解体など）によって保護が危ぶまれるだけでなく、所有者が何も措置をとらないで放置しておくだけでも老朽化などにより致命的な危険が生じることが考えられる。このような事態を回避するために、当局に特定の措置（例えば保存措置）を命ずる権限を授権したり、当局が所有者に代わってとった措置を所有者が受忍する義務を定めた例が多くある。⁽²³⁾

次に、利用態様に関する措置としては、利用強制・利用命令・利用禁止などがある。このような規制に関しては、例えば、住居などは居住されていないとすぐに傷むことが経験的に知られている。さらに、文化記念物には、それに相応しい利用の仕方というものがあ、それは、なによりもその記念物の本来の利用方法が継続されることである。それにより記念物自体も結果的に継続的に保存されることが保障される。右のような発想から、記念物の利用方法について様々な形での制限が設けられている。⁽²⁴⁾

最後に、記念物保護のための規制として、もともと主要なものは、建築記念物の現状変更の禁止である。これは、記念物自体の取壊しや、増改築、移築等の、記念物に影響を与える行為から記念物を守ろうとするものであり、それらの行為

を許可制にして、一定の要件の下での許可の拒否を授權すること、それらの行為を予防的に禁止するものである。⁽²⁵⁾ 記念物の保存という観点からは、解体等の取壊が最も回避したい事態であるので、すべてのラント法が、破壊、除去、撤去等を許可制の対象としている。⁽²⁷⁾ ラントによっては、このほかにも外観のリフォーム、老朽化した装備の改善、利用態様の変更、記念物の周囲の変更なども対象とすることもある。このような許可制度の法的性質についてみれば、記念物所有者により申請された許可が拒否された場合、基本法一四条一項一文によって保障されているところの所有権の自由な使用・処分権限が制限されることになるので、許可の拒否は所有権の内容規定であると考えられる。⁽²⁸⁾

なお、このほかにも、建築物が記念物属性を備えることの法的効果として、所有者に対する情報提供義務、届出義務などがあり、さらに一定の場合には記念物保護の最終手段として収用の制度や土地の買取制度なども用意されている。

二 期待可能性原則

ラントの記念物法には、右の保存義務や現状変更禁止、そしてその他の各種強制的な措置の授權等に際して、例えば「当該措置が所有者にとって期待可能 [zumutbar] である限りにおいて」といった文言で、その構成要件に「期待可能性」の留保を置いている場合が多い。⁽²⁹⁾ もちろん、ラントごとに期待可能性原則の対象や文言等は異なっているが、ほとんどのラントが少なくとも何らかの形で期待可能性原則を記念物法に採用している。

(一) 期待可能性原則の構造

以下では、保存義務を例に期待可能性原則の構造について述べる。

まず、保存義務それ自体も、多くの記念物法において、期待可能性の枠により画されている⁽³⁰⁾。このような規定が存在する場合、法律からそもそも保存義務が導出されるのは、あくまで当該義務が所有者または占有者等にとって期待可能である場合であつて、この範囲を越えると法的義務は消滅し、それに対応する当局の規制権限等もその根拠を失ふことになる⁽³¹⁾、と理解される。つまり、期待可能性原則を上回る保存義務の実現を確保するための措置が当局によつて行われ、例えば、それに対して事後的に補償が供与されるという取扱いは認められないことになる。したがつて、保存義務の根拠規定に期待可能性の文言が存在していることは、その内容と同時に限界をも定めたものであると言える⁽³²⁾。

しかし幾つかのラントは、これとは異なる構造になっている。一般に保存義務に期待可能性の留保を設けていない場合、一見すると保存義務は無制約に及ぶと考えられるのであるが、例えば、保存義務に対応する措置をとる際に当局に適用レベルでの裁量が認められているなら、当局は、裁量の行使に際して、所有権保障を考慮しなくてはならず、その結果、当局の採る措置は基本法一四条一項の意味における比例原則等を満たしたものでなければならぬ⁽³³⁾と考えられる。それゆゑ、保存義務に期待可能性の留保が存在しなくても直ちに所有権への配慮がないとは言えない。

さらに、例えば保存義務に期待可能性の留保を持たない、ハンブルグ、ザールラントのうち、ハンブルグは、許可申請の拒否等によつて、経済的に期待不可能な利用が不可能になる場合に、相当補償請求権を定めている。ちなみにライント・プファルツは、最近、期待可能性原則を保存義務に取り込んだのであるが⁽³⁴⁾、それまでは、適法に行使された利用がもはや存続し得ない場合か、経済的な利用可能性が全体として著しく制約される場合に、相当補償を認める規定をもつて対処していた。ザールラント法にも、保存義務自体に期待可能性の留保は存在しないが、当該法律に基づく収用以外の措置が収用的な効果を持つ場合に相当補償の給付を定めている⁽³⁵⁾。しかし、さらにこのような補償を義務づけられる措置によつ

て、所有者が自らの所有権をもちや経済的に期待可能に利用できない場合には、補償に換えて、所有権の買取請求が可能であることも定めている。⁽³⁶⁾⁽³⁷⁾

したがって、これらのラントには保存義務こそ期待可能性の留保が存在していないが、補償や買取りの要件として、期待可能性原則を明示的に採用しているのである。

次に、保存義務を前提とした個別の規制措置における期待可能性原則について検討する。個別のこれらの措置について着目すれば、期待可能性原則はこれらの措置の適法性要件として機能していることが認められる。たとえば、改善命令、改修命令などの積極的措置はそもそも保存義務の実現を担保するために設けられた制度であるので、所有者にとって期待可能でない命令を發布することは、保存義務の範囲を超越し、違法となると考えられる。個別の規制措置については、右のような理由から、個々の要件に明文の規定がなくても期待可能性原則が及ぶと考えられるのであるが、意識的に改めて明文の規定をおいている場合もある。

最後に許可制度と期待可能性の関係であるが、これは許可要件規定と関連している。ラント法には許可の拒否基準として期待可能性原則を明文で規定している場合⁽³⁸⁾があり、このような場合には期待可能性原則が許可の拒否に適用される。しかし、許可拒否の基準として記念物保護の理由を挙げるものや公益と私益の利益衡量についてふれたものには、解釈により期待可能性原則を及ぼすことになる。この場合、期待可能性原則は、許可の拒否の適法性要件として機能することになる⁽³⁹⁾。そして、記念物を保存する利益に比べて保護に値する個人の権利が優先される場合には、現状変更許可が与えられる。なぜなら、記念物保護の観点から望ましいとは考えられない各種の行為について、所有者から申請を受けた場合であつても、当該許可を拒否することによって生じる負担が期待可能である範囲に止まるように配慮しなくてはならない⁽⁴⁰⁾、との要

請が導かれることになるからである。

他方、許可制には期待可能性原則が及ばないと考える⁽⁴¹⁾、個別事例において許可の拒否によって比例原則適合的でない負担が惹起されうる。それらの負担が新所有権概念の下でも適法であるためには、過剰な負担を期待可能な程度に緩和する調整が金銭で供与される制度などが構築されていなければならない。負担緩和措置があらかじめ立法的に手当されていない場合には、許可制度が当該事例に適用される限りにおいて違憲と判断されることになる⁽⁴²⁾。

(二) 期待可能性原則の内容

期待可能性原則は、右のように実定法上の原則である。しかしながら、例えば「当該措置が所有者にとって期待可能である限りにおいて」という実定法の文言からだけでは、実際問題としてどのような場合が期待可能でないのかが一義的に明らかになるわけではなく、判例の手助けを借りなければならぬ⁽⁴³⁾。

この期待可能性の留保の文言は、連邦通常裁判所や連邦行政裁判所の補償判例において用いられてきた収用と社会的拘束との区別に関する実質的諸基準、なかんずく期待可能性理論を想起させる。ただ、期待可能性はドイツにおいて統一的一義的な法律用語として用いられていない⁽⁴⁴⁾。しかし、記念物保護法制に期待可能性原則が導入された理由としては、連邦通常裁判所の一連の収用判決が影響を与えていると考えられるのであり、その限りにおいて、記念物法における期待可能性の内容も補償法の判例における期待可能性の影響下にあると考えられる。また、連邦通常裁判所や連邦行政裁判所が、連邦憲法裁判所の新所有権概念の枠組みの下でも、かつての収用に関する実体的基準を事実上維持し、個別事例において期待可能性原則違反を導く侵害行為の重大性を一貫して重視しており、とりわけ経済的な観点に焦点を当てて

いることにも大きな影響を受けていると考えられる。以下においては、これまで蓄積されてきた補償判例を前提にして、記念物法制における期待可能性原則の内容について検討する。

記念物法における期待可能性原則とは、法の目的(記念物保護)を実現するために用いられる規制によって、所有者等に過剰な負担がもたらされてはならないとする原則であって、基本的には目的と手段との関係を規律するものである。⁽⁴⁶⁾ まず、この原則の目的側の要素としては、記念物のグレード等が考慮される。手段の問題としては、当該規制措置がもたらす負担に焦点が当てられることになる。具体的には、規制による建造物の利用価値の低減や、規制により発生する様々な費用の負担である。

記念物法における期待可能性原則の意味内容としての過剰な負担に関しては、それを主観的に捉える見解と、客観的に判断する見解がある。しかし、実際問題として、両者は程度差の問題であろう。⁽⁴⁷⁾ 記念物保護法上の措置の期待可能性の確定に際して、各所有者の経済力といった主観的要素をも考慮する前者の見解からは、財産の多い所有者は、財産の少ない所有者に比べて建築記念物の保存のためにより高度な負担を引き受けられることが期待可能であるという結論が導かれる。例えば、「記念物所有者に課された行為が、純粹に客観的に指向された考察方法(経済性)によるならば確かに社会的制約の枠を超越するが、同時に個別事例において主観的には期待可能であることが起こりうる」⁽⁴⁸⁾ といった期待可能性に関する説明は、このような発想を基底に持っている。ただ、勿論このような場合でも、措置のもたらす客観的な負担程度を前提とした上でのことであろう。

ここで注目されるのは、一部のラントが法律の文言に主観的な要素についての考慮を明示的に示していることである。例えば、バイエルン法は、その四条二項において、保存措置[Erhaltungsmassnahmen]の実施が義務づけられるのは、「特

に（記念物所有者もしくははその直接の占有者の）その他の責務 [Aufgabe] および義務 [Verpflichtung] の考慮の下で、期待可能である」場合であると定めている。それを受けて、バイエルンの行政裁判所は、バイエルン法四条の期待可能性審査に際して、修理費用は利害関係人の収入及び財産関係と対置される⁽⁴⁹⁾、と明白に述べている。このようなラントにおいては、義務者の主観的事情と客観的事情が期待可能性の審査に際して要請されるのである。

一方、期待可能性を所有者側の状況と関係なく、客観的に確定しようとする見解もある⁽⁵⁰⁾。この見解は、主に措置がもたらす経済的なインパクトに着目し、それを完結的に評価するものである⁽⁵¹⁾。基本的には、維持のためのコストと建造物の利用価値が不均衡な関係にある場合が、所有者にとって期待可能でない場合であると考えられることになる。後述のニーザーサクセンの経済的期待可能性はこの系譜にあり、記念物保護措置のコストを収益等で埋め合わせる点において、期待可能性が客観的に算定されることになる。もつとも、客観的で経済的な考察方法においても、後述のように、例えば租税優遇措置等が考慮される点において、間接的にはあるが所有者個人の収入や財産状態に依拠することになる。

幾つかのラント⁽⁵²⁾は、期待可能性原則の内容をより明白に経済性に限定して規定している。例えば、ニーダーサクセン法七条二項三号は、文化記念物を現状のまま保存することが義務者に対して経済的に期待可能でない程度に要求される場合、文化記念物への侵害（すなわち増改築等の申請）は許可される⁽⁵³⁾と定め、さらにその三項は、保存およびマネージメントのコストが当該文化記念物からの収益もしくは利用価値によって埋め合わせることができない限りで、経済的な負担は期待可能でなくなると規定している⁽⁵⁴⁾。また、これ以外にも、修繕命令、修理命令および利用命令も、経済的期待可能性の留保の下においている。すなわち、この規定は、記念物の保存義務・現状変更禁止等を「経済的な期待可能性」という要件によって歯止めをかけているのである。

学説においては、この種の規定や裁判例を参考にした上で、経済的に期待可能でない場合とは、①記念物がもはや全く有意義に使用され得ない場合か、②保存及びマネージメントのコストが、各種補助金や租税優遇措置を考慮してもなお、記念物の利用価値や収益によって埋め合わせることができない場合である、と整理されている。⁽⁵⁵⁾ ちなみに、これらの基準からは、例えば、事業計画が許可の拒否により実現不可能になることにより、利益のチャンスを逃した場合などは考慮されない。⁽⁵⁶⁾ ただし、期待可能性原則を専ら経済的な観点にのみ限定して理解する「経済的な期待可能性」の概念については、記念物法制における期待可能性原則の内容がそのようなものに尽きる訳ではないとも考えられる。

期待可能性原則の構造及び内容を改めて眺めると、以下のものである。すなわち、期待可能性原則について多くのラントはその内容について踏み込んだ規定をおいておらず、単に「当該措置が期待可能である限りにおいて」とか「期待可能性の枠内において」と規定しているだけである。したがって、期待可能性の判断に際して、それがどのような内容を持つか、どのようにして確定されるのか等の要件の問題について、立法者は、法適用の際にまず行政に、そして事後的な審査の局面で最終的に裁判所に完全に委ねてしまっている状況にある。そこでは、従来補償の要否の基準として機能していた補償法上の実体的補償基準が用いられることになる。こうした中で、ニーザーザクセン等の一部ラントが、期待可能性原則の内容について詳細な規定を立法の中に置いていることは、たとえその内容がこれまでの判例・学説に照らして新しいものを含んでいなくとも、十分に意義あるものであると評価することができる。

(三) 期待可能性の回復

そもそも記念物保護法制においては、法律上の規制措置が基本法上の所有権保障を損なわないよう、期待可能性原則を

導入したのであって、個別具体的事例において措置が所有者にとって期待可能でない費用もしくは負担をもたらす事態を惹起した場合、当該規制措置は適法性要件である期待可能性原則違反によって違法になるのであり、行政訴訟上の手続による取消しの途が要請されることになろう。

しかし、同時に他方で、この期待可能性原則違反は、行政が何らかの負担緩和措置を執ることにより回復するとも考えられている。したがって、当該措置が期待可能でないと判定されるような場合であっても、行政当局は、諸補助策を駆使することによって期待可能性原則を導いてくる [Herbeiführen]⁽⁵⁷⁾ ことがありうる⁽⁵⁷⁾ と考えらる。具体的には、建造物の利用可能性の拡張や建造物の一部分を記念物から外すこと等が裁判例にあり、⁽⁵⁸⁾ さらに学説においては、例えば、措置命令の内容を制限してより低いレベルでの規制内容にすること、通常よりも緩和された利用可能性を認めること、利便性を考えた増改築を認めること、および建築物の買取りを認めること等が、補助策の内容として提案されている。⁽⁵⁹⁾ もっとも、補償・補助金・租税優遇等の金銭的な調整措置によっても、規制的措置の期待可能性違反は回避されうる。

ここで、注目すべきは、行政がこのような負担緩和的措置を行うにあたっては、法律上の根拠が必要であるということである。すなわち、例外的な取扱いをするにも、義務の一部を免除するにも、例外規定、過酷規定、免除規定もしくは裁量規定のような何らかの立法的手当がなされていなければならないし、金銭的調整（補償）や買取りを行うにしても、金銭調整規定や買取り規定などが存在していなければならない。特に後者について、行政当局なり裁判所が事後的に犠牲補償思想に基づく等、何らかの抽象的な補償理論に基づいて補償を供与することは原則としてできない、というのが憲法裁判所の示した新所有権概念である。⁽⁶⁰⁾ したがって、立法者はこのような場合に、あらかじめ想定可能である期待可能でない負担をもたらす措置を回避するための立法的手当として、諸負担緩和策を法律の中に設けなければならないのである。

おわりに

期待可能性原則は、ドイツの記念物保護法制において核心的な役割を果たしているとの評価がなされている。⁽⁶¹⁾

すなわち、ドイツにおける所有権保障に関する一般的な理解によれば、所有権の内容を定め若しくは制限する内容を持った法律が基本法に合致するためには、比例原則等により要請される所有権制約の限界を超越してはならないのである。これはすなわち、立法者は所有権に関する立法を行うに際して、私人の所有権保障と所有権の社会的制約をバランスよく考慮しなくてはならず、当該規制対象の社会的関連性や機能によっては、より強度の規制も許容されるのであるが、それでもなお目的—手段の関係を越える過剰な負担が所有者にもたらされてはならないことを意味する。

本稿で概観した記念物保護の諸規制態様は所有権への侵害と密接に関係しているので、期待可能性による記念物保護法上の規制の制約は、基本法上保障された私人の所有権への配慮を行うために立法者が設けた実定法上の制度として、補償法上の所有権の内在的制約、社会的制約および憲法上の比例原則による権利侵害の制約という役割を果たしている。

ところで、例えば、我が国の文化財保護法四五条の環境保全命令とドイツの記念物保護法制において一般的にみられる期待可能性原則は、どちらもその内容が一義的に明白でない点において同様であるが、前者においては、その不明確性ゆえに行政が萎縮し、その結果ほとんど利用されていないのに対して、後者については、判例の助力を得た上で、実務上機能している点で違いがあり興味深い。

さらに、我が国の文化財保護法は、重要文化財の管理・修理について文化庁長官の命令等詳細な規制システムを構築しているにもかかわらず、「これらの制度は実際に運用された例はなく、重要文化財の管理・修理は、ほとんど文化庁の指

導等に基づく所有者・管理団体の自主的な計画とそれに対する国庫補助によって行われている。⁽⁶²⁾という現状がある。

ドイツにおいては、各ラントが様々な内容の記念物法を制定し、それに関する判例が一般的な法理論として形成されつつあり、この状況は、我が国において地方公共団体がそれぞれ制定した情報公開条例に基づく情報公開請求訴訟によって、法理論が豊かになった状態と近似している。

我が国においては、従来、文化財保護と所有権保障の軋轢があまり生じてこなかったようであるが、先に述べたように今後、我々の暮らしに身近な建造物が文化財として保護されて行くにつれて、徐々に所有権保障との緊張関係が顕在化して行くであろうと思われる。

そうした状況を前提とした紛争の活発化による判例の蓄積を待って、立法的手当がなされることになろうか。⁽⁶³⁾

(1) 昭和二十五年の制定・施行である。

(2) 「古器旧物保存方」「古社寺保存法」「国宝保存法」等。詳細については差し当たり、文化庁編『文化財保護法五十年史』(二〇〇一年)参照。

(3) 我が国の文化財保護法制が対象とする文化財については、有形文化財、無形文化財、民俗文化財、記念物、伝統的建造物群の五つの類型から構成されている。参照、法二条一項。

(4) 平成十二年六月十五日現在。ただし、重要文化財の件数には国宝の件数が含まれている。

(5) しかし、この条文も必ずしも有効に機能していないようである。すなわち、「保存のために必要があると認められるとき」という要件が不明確であって、行政が実効的に用いることが困難であるとのことである。参照、中村賢二郎『文化財保護法制概説』(一九九九年)七一頁以下。もちろん、これには後に控えている損失補償請求権の発動との関係が大きく影響していると思われる。

(6) 国宝・重要文化財の建造物のうち、近世以前の神社、寺院及び城郭は、それぞれ一〇七二件、一〇七五件、一三三四件であり、住宅、民家はそれぞれ一四七件、六四二件に過ぎない(平成一二年六月一五日現在)。また、近世以前の住宅及び民家について、現住状態である場合はさらに少ないようである。

(7) 法四三条一項の「重要文化財に關しその現状を変更し、又はその保存に影響を及ぼす行為をしようとするときは、文化庁長官の許可を受けなければならない。」という規定に対して、同条五項は「第一項の許可を受けることができなかつたことにより、又は第三項の許可の条件を付せられたことによつて損失を受けた者に対しては、国は、その通常生ずべき損失を補償する。」と明示的に損失補償が定められている。

(8) 法五十六条の二第一項「重要文化財以外の有形文化財で建造物であるものうち、その文化財としての価値に鑑み保存および活用のための措置が特に必要とされるものを文化財登録原簿に登録することができる。」(改正 平成八年六月十二日法律第六十六号)

(9) これは事実上の傾向を指摘したのであって、近代建造物が重要文化財に指定される例はもちろん存在する。

(10) 登録文化財制度導入の経緯について、差し当たり、中村・前掲、七十七頁以下参照。

(11) 国の文化財に対する関与の程度は、指定、登録、選択及び選定の行為類型に分けられる。

(12) ドイツの状況を紹介した邦語文献として、差し当たり、椎名慎太郎『精説文化財保護法』(一九七七)四〇四頁以下、児玉幸多・仲野浩編『文化財保護の実務 上』(一九七九)五九八頁以下、国立国会図書館調査立法考査局『米・英・仏・西独の文化財保護法』(一九七五)一〇五頁以下参照。

(13) 参照、ドイツ連邦共和国基本法七〇条一項、七三条および七四条。

(14) 但し、例外的に文化財の国外持出規制については連邦法が存在している。

(15) ドイツにおいて文化財(記念物)保護の内容は、DenkmalschutzとDenkmalpflegeの両者を含むものとされている。両者の區別は侵害行政と給付行政に対応しており、前者は高権的な禁止や命令をもって記念物を保存することを意味し、後者は促進的で助成的な活動(振興、調査等)をその内容とする。ただし両者の區別は厳密なものではないとされている。Vgl. Raimund Körner,

Denkmalschutz und Eigentumsschutz, 1992, S. 23.

(16) 例えば、あるラントの記念物保護法は、「記念物」を「人間によって創造された過去の時代の物またはその一部であり、それを持つ歴史上、芸術上、都市計画上、学術上または民俗学上の意義故に、その保存に公共の利益が存するもの」と定義している。Vgl. Art. 1Abs. 1BayDSchG. それに対して、我が国の文化財保護法は「文化財」の概念として、「有形文化財」「無形文化財」「民俗文化財」「記念物」「伝統的建造物群」を挙げているが、その中の「記念物」とは「貝塚、古墳、都城跡、城跡、旧宅その他の遺跡で我が国にとって歴史上または学術上価値の高いもの、庭園、橋梁、峡谷、海浜、山岳、その他の名勝地で我が国にとって芸術上又鑑賞上価値の高いもの並びに動物、植物及び地質鉱物で我が国にとって学術上価値の高いもの」(法二条一項四)となっている。

(17) 建築記念物の意義について、例えばバイエルンの記念物保護法は、建築記念物を「…過去の時代の建造物またはその一部であつて、…(記念物の定義による)意義を有するもの」と規定している。Vgl. Art. 1Abs. 2BayDSchG. 建築記念物は、州の記念物リストに登録されて管理される。ただし、文化財リストへの登録という行為が持つ意味は、ラントごとに違う点に注意が必要である。すなわち、当該建築物に、各法律上の記念物概念のメルクマールが存在していれば、記念物リストへの登録如何に関わらず、直ちに記念物保護法の適用を受けるシステムを採用しているラントもあれば、リストへの登録によって始めて法律の保護の下に入るシステムを採用しているラントもあるからである。Vgl. Christoph Moench/Olaf Oting, Die Entwicklung des Denkmalschutzrechts (Teil I)-Voraussetzungen der Denkmaleigenschaft, NVwZ 2000, S. 146.

(18) ラントの記念物保護法制を概観するにあたっては、法令集 Rudolf Stich/Wolfgang E. Burhenne, Denkmalrecht der Länder und des Bundes 1.Band. を基に以下の文献を参考にした。Silvana Parodi, Eigentumsbindung und Enteignung im Natur- und Denkmalschutz, 1984, S. 135ff.; Körner.a.O., S. 28ff.; Hansjörg Melchinger, Die Eigentumsdogmatik des Grundgesetzes und das Recht des Denkmalschutzes, 1993, S. 210ff.

(19) § 6BadWürttDSchG; Art. 4Abs. 1BayDSchG; § 8Abs. 1BerlDSchG; § 9Abs. 1BremDSchG; § 11Abs. 1HessDSchG; § 6Abs. 1MVD-SchG; § 6Abs. 1NdsDSchG; § 7Abs. 1nWDSchG; § 8Abs. 1SächsDSchG; § 9Abs. 2SachsAnhDSchG; § 9Abs. 1saarlDSchG; § 7Abs. 1ThürDSchG.usw.

(20) Art. 4Abs. 1BayDSchG; § 6Abs. 1NdsDSchG; § 7Abs. 1nWDSchG; § 9Abs. 1saarlDSchG.

- (21) 例えば、バイエルン法は、「建築記念物所有者は、当該建築記念物を良好な状態に保ち、修理し、適切に取り扱い、そして、危険から守らなければならない。」と所有者の義務を定めている。Vgl. Art. 4Abs. 1 BayDSchG.
- (22) Heinz Strobl/Ulrich Majocco/Heinz Sieche, Denkmalschutzgesetz für Baden-Württemberg Kommentar 2. A., S. 92ff.; Wolfgang Eberl/Dieter Martin/Michael Petzet/Bayerisches Denkmalschutzgesetz Kommentar 5. A., S. 139ff.; Andreas Reich, Denkmalschutzgesetz Sachsen-Anhalt Kommentar, 2000, § 9, 4; Hans Karsten Schmalz/Reinold Wiechert, Niedersächsisches Denkmalschutzgesetz Kommentar, 1998, S. 79ff.
- (23) 例えばバイエルン法は、一般的保存義務を前提として、当局が一定の保存措置の実施を所有者に対して命じうることを定めた上で、さらに、所有者自らがこれを実施し得ない場合には、所有者に対して当局による当該措置実施の受忍を義務づけるという構造になっている。Art. 4Abs. 2 und 3 BayDSchG.
- (24) これもバイエルンの例でみれば、「建築記念物は可能な限りその本来の用途にしたがって利用されるものとする。」として努力義務を定める一方で、当局に対して一定の種類の利用の仕方を実施するように所有者に義務つける権限をも授權している。Art. 5 BayDSchG.
- これ以外にも、利用方法の変更を、現状変更禁止の中に含め、許可制のコントロールを及ぼすラントもある。
- (25) 例えば、所有者により計画されている措置が記念物保護の理由と背反する場合、すなわち記念物保護の重要な理由から現状変更が認められないとか、建造物の本質や外観への影響とか、芸術的な効果等が理由である場合。
- (26) 例えばバイエルン法では、建造物について、その撤去、変更または移転を、記念物法上保護された設備について、その除去、変更、移転もしくは記念物からの取り外しを要許可行為とし、さらに、建築記念物の近隣で、施設を設置し、変更し又は除去することも許可が必要であると規定している。Art. 6 Abs. 1 BayDSchG.
- (27) § 8 BadWürttDSchG; Art. 6 BayDSchG; § 11 BerlDSchG; § 10 BremDSchG; § 8 HbgDSchG; § 16 HessDSchG; § 7 MVDSchG; § 7 Abs. 1 NdsDSchG; § 12 SachsAnhDSchG; § 13 ThürDSchG, usw.
- (28) 通説的な見解である。Vgl. BGHZ 121, S. 73.
- (29) その他、「期待可能性の枠内において」とか「可能であり期待可能である場合に」という文言が用いられている。

- (30) § 6BadWürttDSchG; Art. 4Abs. 1BayDSchG; § 8Abs. 1BerlDSchG; § BbgDSchG; § 9Abs. 1BremDSchG; § 11Abs. 1HessDSchG; § 6Abs. 1MVDSchG; § 7Abs. 1NdsDSchG; § 8Abs. 1SachsDSchG; § 9Abs. 2SachsAnhDSchG; § SchlHDSchG; § 7Abs. 1ThürDSchG;
- (31) 法律の規律構造によつては、保存義務について期待可能性を定めた上で、さらに当局の個別措置の授権に際しても改めて期待可能性の枠を定めているものもある。
- (32) Vgl. VGH BW, U.v. 12. 12. 1985, BWGZ 1986, 342.
- (33) Melchinger, a. a. O., S. 253ff.
- (34) § 2Abs. 1.RhPDSchG.
- (35) § 27Abs. 2SaarlDSchG.
- (36) § 29Abs. 1SaarlDSchG.
- (37) ベルリンも九五年まではこのような規定をおいていた。
- (38) 例えば、後述のニーザーザクセンはこれにあたる。
- (39) Strobl/Majocco/Sieche, a. a. O., S. 92.
- (40) これは勿論、記念物の保存は期待可能性の枠内においてのみ要求されるという原則に根拠を持つ。
- (41) Hans-Georg Watzke, Zur Konkurrenz von Denkmalschutz- und städtebaulichem Erhaltungsrecht Teil 1, ZfBR 1981, S. 10. | 121.
- (42) この点につき、幾つかのラント法は、負担緩和の受け皿として、いわゆるザルバートリッシュ補償条項(補充的補償条項)を用いて対処している。Vgl. § 33 DSchG NW. しかし、周知のごとくこの種の補償条項は、そもそもは連邦通常裁判所の広義の収用概念に対応して導入されたものである上、特に連邦憲法裁判所の砂利採取決定以後における所有権保障の枠組みでは、補償要件が空文であることから、基本法の明白性原則の観点からも疑念が表明されている。ただ、この点につき、連邦通常裁判所は一九九四年の判決においても、完全なザルバートリッシュ補償条項をも、十分に明白性があり憲法上の異議はもたらされないとの見解を示している。しかし再び連邦憲法裁判所は、一九九九年にラインラント・プファルツの記念物保護法について、現状変更や撤去についての許可要件を定めている規定が、特定の所有者の権利を比例原則を超えて強度に制限するが故に、基本法に適合せず、違憲であると判示した。Vgl. BVerfGE 100, S. 226. もっとも、この決定は従来の連邦憲法裁判所の判例、とりわけ義務献本

決定と比べて新たな内容を持つものではない。ちなみに、この違憲決定により、記念物保護実務が影響を受けることはないと考えられている。Vgl. Felix Hammer, Verfassungsrechtliche Grenzen des Denkmalschutzes, NWZ 2000, S. 46.; Ulrich Battis, Denkmalschutz und Eigentumsgarantie, NuR 2000, S. 421; Kurt Frein, Verfassungsrechtliche Grenzen des Denkmalschutzes, NWZ 2000, S. 1010; Dieter Martin, Bundesverfassungsgericht contra Denkmalschutz?, BayVBl. 2000, S. 584.

- (43) 現在の法状況は、「期待可能性」の要件が抽象的である故に、裁判所が立法者に代わって要件を定めている状況にある。期待可能性の内容を明らかにするには、その限りで、判例の詳細な検討が必要であるが、本稿は主に法制度において期待可能性原則が果たす役割、およびその構造に焦点を当てるものであり、記念物法の期待可能性原則が判例において体系的にどう理解されているかは、補償の実証的な検証を行う予定である別稿において検討したい。さらに、裁判例においては、負担的措置が特定されておらず不明確であることをもって期待可能でないとしていたり、措置自体の妥当性やその他の適法性要件違反をもって期待可能性を判断しているものがあり、期待可能性の内容が不明確であって、どちらかという他の概念と混同して用いられている傾向があるので、この点についても整理したいと考えている。

- (44) Eberl/Martin/Petzelt, a.a.O., S. 143.

- (45) すなわち、予想外の補償という事態の発生を回避するために、記念物保護法上の措置を所有権の社会的拘束の範囲に収めたいとの立法者の意思が容易に想起されるのである。

- (46) Moench, Denkmalschutz und Eigentumsbeschränkung, BauR 1993, S. 420 [425ff].

- (47) Vgl. Körner, a.a.O., S. 163f.

- (48) Eberl/Martin/Petzelt, a.a.O., S. 142. 具体例として、資産家が小さな田舎家を購入し、そのメンテナンスに記念物保護上高額な出費が生じた場合でも、これら「趣味」のための出費は彼にとって広範に期待可能である、との説明がある。

- (49) BayVGH v. 8. 5. 1989, 14B 88. 02/426.

- (50) Moench, BauR 1993, S. 420 [425].

- (51) ただ、例えば維持管理のためのコストや措置を行うためのコストの全額が考慮されるわけではない。主に記念物として保護されることで、その他一般の建造物に比べて超過的に掛かる費用が念頭に置かれるようである。具体的な局面では、様々な要素が

考慮されることになる。

- (52) ニーダーザクセンおよびノルトライン・ヴェストファーレン法。
- (53) ニーダーザクセンの規制システムについて概観する。まず法一〇条三項によれば、所有者等が計画している増改築等の措置は、それが法律に違反している場合にのみ許可の拒否に至る。法律に違反するという場合には、当然、法律上定められた一般的な保存義務（法六条 ニーダーザクセン法はこの保存義務を、記念物としての価値が損なわれる様に変更してはならないと定めている。）に違反する場合をも含むのであるが、他方で、本文にあるような場合には許可が与えられると規定している。
- (54) この規定は、ドイツの記念物保護法制における「記念物法上の経済性」の形成に大きく影響している。
- (55) Hammer, Das Schutzsystem der deutschen Denkmalschutzgesetze, Jus 1997, S. 971. [975].
- (56) これは、例えば憲法上の所有権保障が最大限の経済的な利用可能性を常に認めるものではないという理解とも符合する。Vgl. Hammer, Jus 1997, S. 971 [975].
- (57) Moench, BauR 1993, S. 420 [427].
- (58) 期待可能性を回復させると評価される措置としてどのようなものがあるかについて、判例の立場は今のところ一貫していない。この点に関する判例の整理についても、期待可能性の判断に関する判例と同じく、別稿において検討したいと考えている。
- (59) Eberl/Martin/Petzet, a.a.O., S. 143.
- (60) Vgl. BVerfGE 58, S. 300.
- (61) Eberl/Martin/Petzet, a.a.O., S. 142.
- (62) 文化庁編・前掲、六二頁。
- (63) 例えば、法三五条一項「重要文化財の管理又は修理につき多額の経費を要し、重要文化財の所有者又は管理団体がその負担に耐えない場合その他特別の事情がある場合には、政府は、その経費の一部に充てさせるため、重要文化財の所有者又は管理団体に対し補助金を交付することができる。」の規定が参考になるう。