

憲法にみる「財産権の自由と制限」

齊藤 寿

目 次

- 一 はじめに
- 二 財産権の自由（保障）
- 三 財産的自由の変化
- 四 財産権の制限（規制）
- 五 独占的財産と生存的財産
- 六 「競争」型と「社会」型
- 七 財産権の社会性・公共性
- 八 むすび

一 はじめに

「十九世紀的『個人主義』が、すでにその歴史的使命を終えようとしている」……これは、“Beyond Freedom and Dignity”の著者 B. F. Skinner (1904～)の指摘である。

しかし、だからといって、すぐに極端な「管理社会」への移行がのぞましいということになるであろうか。

憲法にみる「財産権の自由と制限」（齊藤）

たしかに、財産権をめぐる人権侵害の多様性、普遍性、深刻性に着眼するとき、経済的自由、ことに財産権 (Vermögensrechte, droits des patrimoines, rights of property) が、問題とされざるをえないであろう。

つまり、経済的自由の帰結として「独占」による人権侵害にいたるとされること等に関する、財産的自由の再検討がせまられているからである。

思えば、ジョセフ・ウッド・クラッチ (Joseph Wood Kruttsch) は、個人の「自由」を主張しながらも、「規制」や「統制」を考え続け、「われわれは、気温がある点に達した日には、何人の人が海岸にいくだろうかをそうとう程度の正確さで予想することができるし、また、橋から飛び込むであろう人数さえ予想できるのである。……とはいっても、私はそのどちらにも強制されないし、読者もまたそうである。」とのべ、「にもかかわらず海岸へ行く人は何の理由もなしに行くのではない⁽²⁾」として、力づくの統制様式によらない「規制」を考えている。

その限りにおいては、彼の考えは、極端な「管理社会」への移行まで意味していないように思われる。

これに対し、「ハトつきのミサイル」を考え、自分の娘を実験室のなかで育てた、『『条件づけ』理論』の提唱者 B・F・スキナーは、はじめに「管理社会」への道をのぞましい⁽³⁾として説いている。

すなわち、彼は、「人は懲罰の脅威のもとにあるときには、少しも自由でもなければ、尊厳を認められてもいない。にもかかわらず、不幸にもたいていの人はしばしばそういう状態におちいつている。だが、懲罰は自然の中ではきわめてふつうのことであって、われわれは自然の懲罰から多くのことを学習するのである」として、「管理社会」への道を高唱する。

しかし、規制がいかに善であっても、本来自由を求め続ける人間を外的な力によって操作し、管理するというのは、全体主義 (totalitarianism, Totalitarianismus, totalitarisme) ということになりはしないかと考えたのが、『勇ましい新世界』のハックスレーであり、『一九八四年』を書いたオウエルであった。

そして、オウエルが『一九八四年』を書いたのも、極度の管理社会への痛烈な警鐘を鳴らすためであったといわれている。

だがこれに対し、B・F・スキナーはいう。「自由と民主主義の擁護者は、懲罰的な手段だけにうったえるわけではない。彼らはおおざと自信なげにはあるが、他の手段にも手をだす。しかし彼らの主な関心は『自律的人間』にあるから、どうしても、あまり効果的とはいえない手段しかとりあげることができない」と。

更に彼は、「西欧がこれまで数世紀にわたってその信条の中心としてきた諸価値、たとえば『自由』『意志』『自我』といった一連の観念は、結局、幻想で、そうした観念によりかかっているかぎり、アメリカをはじめ、西欧は完全に没落するだろう。」と主張する。

それではどうしたらよいのか。その処方箋は簡単で、彼によれば、人間の存在形態は、人間をとりまく環境条件の関数であるゆえ、あらたな環境をつくり、そのなかで人間をのぞましい方向にうごかしてゆけばよいのである。――それは、「管理」以外のなものでもない。つまり、“Beyond Freedom and Dignity”でB・F・スキナーが説くのは、一種の「管理社会」のすすめなのである。

したがって問題とされるのは、彼の理論が『条件づけ』の理論を前提としているように思われるので、「条件づ

けの内容・方法」や、「適切なタイミング」や、「管理者の理念」などの諸点であろう。

この「条件づけ」の理論は、教育の面ではいわゆるプログラム学習としてすでに应用されはじめているが、土地所有権の規制などの、財産権の制限ないし財産権の管理に应用されるかどうか、――これは、今後の課題といえよう。

B・F・スキナーによれば、生徒が正しい答をしたときに強いはげましをあたえられるように、財産権の制限管理への協力に対し、はげまし(非懲罰的方法)を与えるということは、社会国家的理念との関連からは、どのような結論を導出できるであろうか。

また、財産的自由の伝統の最善の転生方法は何か、――これこそ、現代的課題であろうが――これを考える余地は、まだ残っていないのであろうか。

こうした諸点を考えるため、財産権の自由とその歴史の変遷――「市民」憲法の財産権の構造と変化――と、それに対応する日本国憲法三九条の解釈論の再検討、とりわけ独占的財産に対する生存的財産の補償について、また、財産権の制限(規制)と人権等について、――「財産権の自由と制限」を主題として、これ等を詳細に論じてみたい。

二 財産権の自由(保障)

古くエジプト人は、毎年ナイルの氾濫が終ったあとで、土地の境界を定めなおさねばならなかった。そこで三角測量法が発達した。しかしこれは、別の多くの理由のためにも有益なものになった。

また、初期のローマは、肥沃な平地に位置した。そこで周囲の丘を自然の防塁とする部族(tribe)に襲われるの

で、「財産に関する法律」が発達した⁽⁵⁾。

ところで、フランスの最も古い所有権に関する法は、ケルト族の慣習中に発見し得るとされるが、遊牧時代の民は土地所有権は知らなかったのであり、精々、家畜や狩猟、漁撈によって獲得したものについて、所有権概念をもつていたに過ぎなかった。

やがて、フランスでは、封建時代にいたるまでに、(一) 人口の増加、(二) 集約農耕の有利性、(三) 移住の困難性、(四) 土地の限定化、(五) 防禦設備の必要性、(六) 財産の保護、等の必要にせまられ、「一時的定住時代」は終りを告げ、「固定的定住時代」が始まった。

そして、人々が、このように定着または耕作者となったときに、初めて「土地所有権の観念と制度」が確立するに至ったのである。

そしてそれは、血縁的、家族的要素の強い「部族的、民族的、家族的な『共同所有地の形態』」をとったのである。このようなフランスにおける所有権 (propriété) の変質は、数世紀を通じて徐々に成し遂げられたもので、後の「革命的一挙」によってその本質を変えたものということはできない。しかし、フランス革命は、一八世紀哲学の成果としての特質を有することは否めない。ところで此派の哲学に従えば、「所有権は自然権なるが故に絶対権 (droit absolu) であり、所有権はまたその絶対性 (absolutisme) の故に、規定せられた権利でなければならぬ」とされる。

したがってフランス革命は、所有権の基礎に関し、自然法の観念を採用したものであることはほぼ確実である。それは、フランスの市民革命期たる一七八九年のフランス人権宣言 (Déclaration des droits de l'homme et du cito-

yen) 一七条が、「所有権は不可侵にして神聖なる権利であるから、何人も公の必要が明白に要求することを法律で認められた場合、および正当にしてかつ事前の補償を支払うに非ざれば、これを奪われることはない⁽⁶⁾」と規定し、それは、「不可侵で神聖な権利 (un droit inviolable et sacré)」すなわちドイツ・ロマンストが絶対的支配権とよんだような「財産権の絶対的性質」であるとされ、また同宣言二条が「人の消滅することのない自然権の保全」(自然権的性質)について規定していることから、このような所有権の自然権としての把握は、一七九三年のジロンド憲法草案あるいはモンタニアル憲法、共和三年憲法にうけつがれている。

また、一七七六年のヴァージニアの権利章典 (The Virginia Bill of Rights) 一条は、「すべて人は生れながらひとしく自由であり独立しており、一定の生来的権利を有するものである。これらの権利は人民が社会を組織するに当たって、いかなる契約によっても、人民の子孫からこれを奪うことのできないものである。このような権利とは、すなわち財産を取得所有し、幸福と安寧を追求獲得する手段を伴って、生命と自由とを享受する権利である⁽⁷⁾」として、「生来的権利」(自然権であり、人権である)として把握している。

そして一七八〇年のマサチューセッツ憲法 (Constitution of Massachusetts) 一条にも、ほぼ同趣旨の規定を発見することができる。

以上のように市民革命期においては、自然権としての所有権観念は、支配的であった⁽⁸⁾。

そしてこのような財産的自由の保障は、ロック的自然権として、自己の労働に基礎をおく独立生産者をにない手にしたものであった。

このようにして、所有権は天賦不可侵の自然権であり、所有権の絶対性(絶対的所有権思想)は、契約自由の原則とともに、近代資本主義国家における経済的自由放任 (*laissez faire*) 体制発展の法的裏づけとなり、「法認」される。しかし、資本主義の発達は、財産権の分化発達をもたららし、憲法条項もこれに対応して、「所有権の保障」から、さらに諸権をふくむ「財産権の保障」となってあらわれてきた。

このことは、大日本帝国憲法二七条一項が、「日本臣民ハ其ノ所有權ヲ侵サル、コトナシ」と規定し、また民法(明治二九年)二〇六条は、「所有者ハ法令ノ制限内ニ於テ自由ニ其所有物ノ使用、収益及ヒ処分ヲ為ス權利ヲ有ス」と規定して、「所有権」の保障を明示したのに対し、日本国憲法二九条一項が、「財産権は、これを侵してはならない」と規定して、「財産権」の保障を明示するに至ったことでも明らかである(傍点いずれも筆者)。

一方、成文憲法典をもたないイギリスでは、財産権は天賦人権というかたちのものではなく、「コモンローおよび制定法による制限つきの自由権の保障」ということになり、それゆえにまた、法律による制限がなければフリーダム⁽⁹⁾の範囲というものは、無限に広がってゆくという性格のものとしてとらえられ、全般的に考えて、一九世紀までは、財産権の制限は、コモンロー上の制限だと考えられておった。

ともあれ、アンシアン・レジーム (*Ancien Régime* || 旧体制) に対する反動として、自由平等、天賦人権を叫ぶ自然法思想が、「人権宣言」やその後の法典編纂で、個人の権利——特に「所有権の絶対不可侵」——を宣言して以来、権利行使の絶対性——正確にいえば、自由性ないし無制約性——は、自然の事理であるかのように考えられてきたのである。

そして、資本主義上昇期における財産権は、「悪ヲナシエナイ (can do no wrong)」ものと觀念されたのである。

三 財産的自由の変化

しかるに、資本主義の成立・発展に寄与した財産権思想も、その後の経済的・社会的変遷にともない、変貌せざるをえなかった。

すなわち、経済的側面からは、急速な資本蓄積と工業化の結果、独占・恐慌・失業という諸害を生み、社会思想的側面からは、革命により一挙に社会主義社会の実現をめざすマルクス・レーニン主義的共産主義、ならびに資本主義の漸進的改革をとく民主的社会主义思想が出現した。そして、この両思想のうち、前者は、ソビエトをはじめとする東欧諸国ならびに中華人民共和国憲法に具体化され、後者は、福祉国家思想として西欧系諸国憲法の中に条文化される。

このような変遷を法律論的側面よりみると、契約の自由を前提としてのみ「財産権の自由」が機能するという法制度が、契約の自由の面において破綻をきたし、実質的に契約自由を回復するためには、国家の介入を必要とするにいたったと考えられる。これは、前国家的自然思想を否定するものであり、換言すれば、精神的自由等と異なり、財産権は憲法における保障をまっぴら、はじめて国法秩序のなかに具体的に組み入れられることを意味する¹⁰⁾と解されはじめたのである。

思うに、元来、権利行使の自由性は、大きく社会の発展に資するといっているので是認されたものである。しかし、市民社会が成熟してくると、権利行使が社会生活の利益に反する場合には、権利行使を制限すべきであるという觀念が醸

成されてくる。

財産的自由の変化のなかにも、このことがあらわれはじめたのである。

すなわち、古くはボアソナード (Boissonade de Fontarabie) や富井政章のなかに、すでに「権利行使の絶対性否認の思想」が見られたし、明治四年の鳩山秀夫の「工業会社ノ營業行為ニ基ク損害賠償請求權ト不作為ノ請求」という論文にも、その思想が見出できるのである。

このようにして現代の権利のなかには、もはや「権利の絶対性」は主張しえなくなり、代わって「権利の社会性」があまねく承認されようとしており、権利は社会のためにあり、権利の行使は社会的制約を伴うとされて、⁽¹¹⁾ 権利も「利益主義」から「道義主義」が求められようとしている。

こうした私権の公共性の発展という新しい考えを促進したものは、第一次大戦後(一九一九年)に制定されたドイツのワイマール憲法 (Weimarer Verfassung) 一五三条三項の、「所有権は義務を伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである」⁽¹²⁾ (Eigentum verpflichtet. Sein Gebrauch soll zugleich Dienst sein für das Gemeine Beste)』の規定であった。また、同憲法一五一条一項の「人間たるに価する生活の保障」の規定によって、神聖不可侵の自然権概念の一大転換がはじまるのである(そして、ドイツ連邦共和国憲法一四條二項は、このワイマール憲法を継承して、「所有権は義務を伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである。」としている)。

わが国でも、このような考えは第二次大戦前より認められていたが、第二次大戦後、日本国憲法二九條二項で、「財産権の内容は公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」と規定されたのをうけて、民法でも、「私権は

公共の福祉に従う(一条一項)」ことが、宣言されたわけである。

このようにして、権利というものには、もともと社会性・公共性が含まれているのだとの考え方が必要になってきた。したがって、権利の行使の仕方が、権利の社会性・公共性に反すると、権利の濫用(abuse of right, Rechtsmissbrauch, abus de droit)になるのだとされるにいたる。

これが、「権利の社会性」という理念で、権利は私的な利益を内容とするものであるとしても、一定の社会の内に存在し、社会生活における個人と個人との関係を規律するために認められているものであるから、権利の行使についても、社会という立場からの制約は当然に認められねばならないという考え方としてあらわれたのである。

だから、権利の社会性という表現の主眼点は、権利は社会的存在だから社会的立場からの「制限」が当然に内在している、という点にある。

しかし、それは、単純に「公益」と「私益」とを対立させて、常に前者を優先させるということではなく、権利の社会性・公共性という観念は、ともすれば、国や大企業の利益のために、国民の権利を不当に制限する方向に作用しやすいが、こうしたことを意味するものではない。

したがってここで大切なことは、ナチスの民法理論が、権利の社会性・公共性を強く打ち出したことを、一方では、他山の石としなければならぬということである。

そのためには、公共性⁽¹³⁾の名(国益の名)で示されているものが、果して本当に国民大多数の利益に合致するかどうかをつきつめてみる必要があるといえる。

四 財産権の制限（規制）

ところで、かつて、ヴォルテール（Voltaire）によって「所有権の精神は人間の力を倍加する」と叫ばれ、プードル（P.J. Proudhon）によって「所有権とは掠奪だ」と叫ばれた両極をさまよう所有権を中心とする「財産権」は、その「制限」を示しはじめる。

たとえば、ロベスピエール（Robespierre）は、一七九三年の国民公会に出した人権宣言案で、「所有は、各市民が有する法律によって保障された財産の部分を収益する権利である」（傍点筆者）というふうにして、「法律による制限」を認め、同時に所有権と生存権の優位の観念をうち出しているのである。また、デュギー（Duguit）は、「所有権は、主観的権利ではなく、社会的機能（フオンクシオン・ソシアル）である」と主張している。⁽¹⁵⁾

こうした思想に立脚したものと考えられるのが、一九四七年のイタリア共和国憲法（Constitution of Italy, Costituzione della Repubblica Italiana）の「財産の制限条項」である。

それは、一条で「イタリアは、労働に基礎をおく民主的共和国である」として、社会国家的理念を強調し、第三章「経済関係」において、労働者の「自由にして品位ある生活を確保するに足る報酬をうける権利（三六条）」を中心に、「労働をあらゆる形式および適用において保護（三五条）」する諸規定（三五条～四〇条）を設けている。反面、私有財産の社会的機能を確保する目的で、法律によって制限されるという財産権制限の一般条項が、同憲法四二条で示されている。

すなわち、イタリア共和国憲法四二条は、「……私的所有権は、法律によって承認され、かつ保障される。私有財産の社会的機能を確保し、かつ、これをすべてのものに受け入れられるようにするために、その取得、享有の方法および制限につき、法律で定める。

私有財産は、法律で定める場合には、公共の利益のために、その価額の補償を条件として、これを収用することができる⁽¹⁶⁾……」(傍点筆者)と規定している。

また、ドイツ民主共和国憲法(Die Verfassung der Deutschen Demokratischen Republik)は、「所有権の限界は法律と共同会社に対する社会的義務とに結果する(二三条)」とし、続いて、「所有権の制限は一般福祉のためにのみ、法律に基いてのみ行う(二三条)」とし、さらに、「所有権は義務をとめない、公共の福祉に反する所有権の濫用に対しては、人民所有(das Eigentum des Volkes)への移転が行われる(二四条)」と規定している(傍点いずれも筆者)。

しかるに、わが日本国憲法二九条二項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」と規定しているが、本規定は、歴史的にみても従来のが国の「財産権保障規定」にはみられなかったものであり、それが新たに採り入れられた時には、同時にそれに対応するものとして社会権規定が憲法に入ってきたということが重要な意味をもち、「社会権との対応における財産権の保障⁽¹⁷⁾」ということを意味する。

それにしても、「公共の福祉」といったいわゆる「一般条項」による財産権の制限は、立法者が立法にさいし具体的に細かい点まで規定することができないし、立法後の社会の変化に適應するように規定することもできないので、具体的な事件にさいしては、裁判官が判断することになる。

ともあれ、財産権の法律による規制としては、つぎのようなものが現在わが国ではなされている。

第一には、法の規定に違背する事態、または法の命ずる義務を履行しない結果として生ずる事態を是正するための財産権の制限である。この制限の態様としては、(1)違反行為の中止、(2)違反物品の廃棄、(3)違反物件の除去、(4)違反工作物の除却、(5)その他違反是正に必要な措置、等が行なわれる(屋外広告物法七条一項、薬事法七〇条、食品衛生法二二条、河川法二〇条五項、同二三条、海岸法一二条一項、道路法七一条一項、高速自動車国道法一四二条二項、下水道法三七条、同三八条一項、建築基準法九条一項、住宅地区改良法九条四項、文化財保護法四三三條四項、同八〇条五項、同八一一条三項、工業用水法一三条、港湾法三七条三項の二、同四〇条二項、行政代執行法二条)。

第二には、法の執行を確保する見地から、検査・試験するための制限である。この制限の態様としては、(1)法の規定が遵守されているかどうかの設備や物件についての検査、(2)物品についての試験、(3)そのための立ち入り、などである(消防法一六条四項、薬事法六九条一項、食品衛生法一七項一項、毒物及び劇物取締法一七条、あへん法四四二条二項、火薬取締法四三三條一項、労働基準法一〇一条三項)。

第三には、人の生命、身体、財産に対する危害または災害その他の公共の安全に対する侵害を防止し、除去するための制限である。

この制限の態様としては、(1)伝染病汚染物件の使用・授与行為の制限(消毒、廃棄、除却)(伝染病予防法一〇条、同九条六項、同一九条二項の一、結核予防法三一条一項、らい予防法九条一項、検疫法一四二条五項)、(2)害薬・同飲食物の販売・授与行為の制限(薬事法五六条五項、食品衛生法四二条、五条、毒物及び劇物取締法三三條、同三三條二項、あへん法七条、同八条、

同附則ⅡⅢ、伝染病予防法一九条五項）、(3)災害発生に際し生ずる危険予防のための制限（消防法五条一項、同二九条一、二項、災害対策基本法六四条二項、警察官職務執行法四条一項、道路交通法八二条一、二項、同八三条一項、火薬類取締法四五条、同四五条二項、地すべり等防止法二二条二項の二、同三項、医療法二四条、建築基準法一〇条、宅地造成等規制法一六条一、二項、地すべり等防止法一八条、同四二条、宅地造成等規制法八条、建築物用地下水の採取の規制に関する法律一〇条四項、温泉法一二条一、三項、森林法二二条、消防法二七条、同三一条、水防法一二条、警察官職務執行法六条一項）、(4)公衆生存条件維持のための制限（ばい煙の排出の規制等に関する法律一六条一項、同二項、工場排水等の規制に関する法律一二条、建築物用地下水の採取の規制に関する法律四一条四項、工業用水法三条一、二項、同一条四）、等が行なわれる。

第四には、国民経済の秩序ある進展、「国民資源」の適正な利用を維持するための制限である。

この制限の態様としては、(1)土地の農業上の利用を適正に維持するために農地を農地以外のものとするこの制限（農地法四条一項）、(2)温泉資源の適正利用・確保のための、温泉採取、土地掘さくの制限（温泉法三条一項、同六条、同九条一項、同二一条一項）、(3)中小商業活動適正確保のための、百貨店、小売店市場の開設・拡張の制限（百貨店法三条、同五条一項、同六条、小売商業調整特別措置法三条一項）、等が行なわれる。

第五には、都市、首都圏、その他境域において、関係者の共同の利益のために、その境域において特有な社会的機能の保全、発揮に資益する環境その他の条件を具現するための制限である。

この制限の態様としては、(1)都市計画の施設として指定された用途地域、防火地域、美観地区等における建築の制限（建築基準法四九条、同五〇条、同五二条、同五六条、同六一条、同六八条）、(2)都市計画区域内で指定された臨港地区内

における構築物の新・改築の制限（都市計画法一〇条三項、港湾法四〇条一項）、(3)都市計画区域内で指定された風致地区内における工作物の新增改築の制限（都市計画法一条、同法施行令一三条）、(4)首都圏の既成市街地における工業等制限区域内での特定施設の新・増設の制限（首都圏の既成市街地における工業等の制限に関する法律四条）、等が行なわれる。

以上のほかにも、財産権の制限に関する多数の法規が存在しているが、公共の福祉の要請をみたすため、立法の段階にあっては、一般の財産権から限定される。⁽¹⁸⁾

しかし、原則的には日本国憲法二九条一項の「財産権は、これを侵してはならない。」とする私有財産保障の規定があるので、全ての財産権が制限を受けるのではなく、公共の福祉に役立つものだけに限定される。また、法律の定める範囲内であるならば、条例（regulation of local public entity）でも、公共の福祉を保持するのに必要な限度にあっては、制限を加えることができる。

このようにして、財産権が保障され、法律上その行使の「自由」が許されているはずなのに、それを「制限」し、権利の行使としてなされた行為を法律上許されないものとするこの「根拠」として提唱されるのが、「権利の社会性」の理念である。

すなわち、財産権等の権利は私的な利益を内容とするものであるとしても、一定の社会内に存在し、社会生活における個人と個人との関係を規律するために認められているものであるから、権利の行使についても、社会という立場からの制約は当然に認められねばならない、⁽¹⁹⁾という考え方である。

つまり、例えば所有権について考えると、所有権は、契約という一つの「社会的な過程」を通じてはじめてその私的

性質も生きてまいり、所有権としての社会的・経済的な機能を果すことができるのであり、このこと(私的な性質そのものが社会性を含むこと)は、財産権についてもいえるのであり、財産権の私的性質自体が社会的性質と不可分のものであるといえる。

したがって、財産権は社会的存在であるから、社会的立場からの「制限」が当然に内在しているといえるのである。

五 独占的財産と生存的財産

ところで、「財産権」といっても、その内容については多様で、実体に即さずに一概に論ずることは当をえていない、といえよう。

すなわち、国民の生存に不可欠な人権的財産としての「生存的財産」もあるが、他方において「独占的財産」もあるからである。

そして、今日、基本権としての「生存的財産」と、「独占的財産」とは、その財産形態について、憲法上の識別が必要になってきているのである。

なぜなら、前者は、「同一次元の憲法的価値⁽²⁰⁾」をもつ財産であるのに、後者は「同一次元の憲法的価値」をもつ財産とは考えがたいことが多いからである。

このような観点からすると、「独占的財産」の制限と「生存的財産」の保障という方向性の異なった要請が、今後ますます増大するものと思われ、しかも「生存的財産」の保障は、「独占的財産」の制限の論理を不可欠の前提とし

ている、といえるのである。

そして、資本主義の生んだ鬼子といわれている「独占的財産」からは、「社会的な制約」が引き出さねばならない運命にあるように思われる。

すなわち、このことは、一九世紀的な自由権性強調の所産としての「独占的財産」の制限により、二〇世紀的な生存権性強調の所産としての「生存的財産」の保障の登場を意味するのであり、「人権としての財産」概念の登場を意味するものである。

それは、国家が積極的に経済関係への関与・調整に乗り出し、国民の人間らしい生存を保障するのでなくては、もはや既存体制そのものが危胎にひんする結果に陥るからである。

したがって、日本国憲法二九条三項（私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用いることができる）にかかわる「補償」の問題としては、独占的財産（収益的財産）については相当補償で足りるが、生存的財産（使用的財産）については、完全補償でなければならず、ダム建設のための土地収用の場合などは、生存補償（あるいは生活補償）についても配慮する必要がある。

しかし、(i) 財産の法的形態、(ii) 現実の所有形態、(iii) その社会的機能等は、複雑多岐であり、それを把握ひとからげに完全補償か相当補償かという割り切りは、正当補償化の上で危険で、とかく形式論は、金持ちにはさらに富を与え、貧乏人からはさらに生存を奪うことになりかねない。そして、いかなる「公共性」も、個人の生存を犠牲にしうる程に貴重ではありえないし、「形式的平等」から「実質的平等」の保障へという人権保障上の価値観の

転換は、正当補償(just compensation)のなかにも活かされねばならない⁽²¹⁾、といえるのである。

したがって、独占的財産に対応するものとして、ザクセン憲法七一条一項は、「経済生活の秩序は、すべての者に人間に値する生活を保障する目的で、社会的正義の諸原則に適合しなければならぬ」と規定したし、ほぼ同趣旨の規定は、ラインランド・プファルツ憲法五一条、ヘッセン憲法三八条にもみられ、これらは「人間に値する生存」の保障をめざしたものにほかならないといえる。

以上のように考えてみると、日本国憲法の財産権保障規定そのものの中に、同時に生存権保障の側面が含まれていると考えられ、そうならば、日本国憲法二九条の中身は、(i)「人権側面」と、(ii)「制度側面(制度的保障 > institutionelle Garantie < 側面)」の二側面があると思料できるのである。

そして、前者は、国民の生存を保障する財産——「小さな財産」、「個財産」、「消費財産」、あるいは「生存的財産」といった言葉で呼ばれるたぐいの財産——の保護のための人権構成と考えることができるのである。

六 「競争」型と「社会」型

これまでのべてきた「財産的自由への制限」は、流通過程における制限を主とする段階から、生産過程における制限をふくむ問題がでてくる段階へと展開しつつあるが、このような財産権制限の指導理念を「自由競争の回復」に求める型と、「寡占(oligopoly)の社会化」に求める型との対比は、概していえば「アメリカ型」と「ヨーロッパ型」の対比だともいえる。

影山日出弥氏は、ヨーロッパ型それじたいを批判的検討の対象にとりあげているが、「競争」型と「社会」型の機能の測定、それをふまえたそれぞれへの評価について、十分な検討が望まれる⁽²²⁾。

たしかに、ヨーロッパ型の財産権制限の場合、第二次大戦後は、熱っぽい期待と展望があったにもかかわらず、内蔵されるにいたっている、といえるであろう。

ところで、現代国家群における「財産権の制限」をみると、(1)米英型、(2)独型、(3)ソ中型、に分類できる。

(1)の「米英型」の特色は、憲法上の財産権についての社会的制限を置いていない。しかし、憲法条項として財産権の制限が存在しないにすぎず、実態は、他のヨーロッパ諸国より注目すべきものをもっている点もみのがせない。

(2)の「独型」の特色は、ワイマール憲法やボン基本法による財産権制限方式を採用するもので、所有権は憲法によって保障されるとし、そうである以上法律は公共の福祉に適合するような内容をもつのは当然であるとする。つまり、現代の財産権において強調される「社会性」が憲法の明文により宣言されている。

(3)の「ソ中型」の特色は、この型の諸国は憲法(Конституция)で、経済理念において資本主義(Капитализм)を排斥する。したがって、財産(Имущество)の私有、すなわち“частное имущество”は認められても、限定されたものとなっている。

以上のように現代諸国家における財産権の取扱いを比較検討すると、もはやいずれの国家においても財産権を自然権とみる考え方は排斥され、一方では、「生存的財産」ともいうべき「日常生活関連財産」——「最低限度の生活に必要な財産」⁽²³⁾、あるいは「小さな財産」⁽²⁴⁾など、表現方法はいろいろあるが——は、いずれの国家においても、法

律の規定により保障されている傾向にある。

この際問題は、生産手段、生産用具に関する財産権をいかに取り扱うかである。

要するに、社会国家における財産権は、超国家的な自然権ではなく、財産権の内容は法律によって形成・変更するのである。ただ資本主義を基調とするかぎり、憲法上、制度的保障があるものと考えられる。⁽²⁵⁾

ところで、社会型とか社会化とかという場合の、「社会」性についてであるが、財産権の社会性という概念と、財産権の公共性という概念は、同様であろうか。

思うに、社会性と公共性は明確に区別されることなく、同義的に併用されていることが多い。しかし、より厳密な意味においては、「社会性」というのは、むしろ、権利者以外の個人とのかかわりあい方に重心がおかれ、「シカーネ(Schikane, chicanerie)禁止」などは、権利の社会性の一つの現われと考えられるし、これに対し、「公共性」というのは、むしろ、国家社会全体とのかかわりあい方に重心がおかれているように考えられる。

たとえば、先にのべた「独型」のワイマール憲法一五三条の「所有権は義務を伴う」という規定は、所有権者はその所有権を国家社会の利益にかなうように行使すべきであるというのであるから、権利の公共性に根ざしているものといえる。

ところで、わが国の場合、憲法二九条二項で「財産権の内容は、公共の福祉に適合するように、法律でこれを定める」と規定され、これを受けて、民法一条一項で「私権ハ公共ノ福祉ニ遵フ」と規定されている事情もあって、権利の公共性の觀念に特殊の色あいを感じられ、わが国では、私権ははじめから公共の福祉の枠内においてのみ認められる

もので、したがって公共の福祉のためであれば、どのようにでも「制限」できると考えられやすい。

このようにして、「公共の福祉」が安易に認められることになると、権利の公共性というスローガンのもとで、国民の重要な権利が逆に不当に侵害されるという事態が生じやすい、ことに着目する必要がある。⁽²⁶⁾

たとえば、「十津川水利権事件」(昭二五、一二、一最高裁判決・民集四卷一二号 六二五頁)においては、加害者である発電会社の「発電水利権」と流域住民の「流木権」とは、前者が公益上はるかに重要で、したがって、流木権は公共の利益により制限されなければならないとして、原告の請求がしりぞけられた。しかし、この場合、加害者である発電会社の「公共性」とは、大規模な施設の所有者であるから社会的な影響力を事実上もっているというだけで、これでは、「『大きな経済的価値』⇨公共性」の等式が常に作用することになり、必ずしも妥当といえないことになる。

つまり、こうした等式で、律せられるなら、公共性が、『『大きな経済的価値』⇨『小さな経済的価値』』の比較により、常に「小さな経済的価値」が、「非公共性」と断ぜられる結果になるからである。

このことは、「企業の財産権」と「住民の財産権」の場合にも、考慮されねばならないことである。なぜなら、むしろ前者が、「競争性」の所産として、「大きな権利濫用」——たとえば、大企業の生み出している公害など——をもたらしやすい、後者は「小さな権利濫用」でとどまる傾向が強いからである。にもかかわらず、『『大きな経済価値』⇨公共性』の等式化は、「住民の財産権」や「小さな経済的価値」が公益に反するものとして、かえってこれらに権利濫用の刻印をおさせる結果をもたらすという、論理矛盾を内在していることに、気づかなければならないのである。

七 財産権の社会性・公共性

ところで、前節(六)でものべたように、権利の公共性の観念は、ともすれば、誤診しがちだということである。すなわち、「大きな権利濫用」を保護し、「小さな権利濫用」だけをおさえるという傾向を見逃してはならないということである。

そこで大切なことは、財産権の社会性・公共性という場合の、真の社会性・公共性とは何かということであろう。原則論として、人間は社会生活を営んでおり、財産権が社会生活秩序の一環をなすかぎり、権利者はその権利を、できるだけ公共の利益に適合するように行使すべきであることは当然といえる。しかし、ここで大切なことは、前にのべたように、単純に「公益」と「私益」とを対立させて常に無条件に前者を優先させるやり方には問題があり、現代社会において私的な権利であっても、財産権の社会性・公共性という観念を、正しく作用させるためには、そのものもっている意義を具体的・実質的に、十分に考える必要があるということである。

つまり、現代社会の本質的構造やこれからの発展方向を適確に判断して、財産権の社会性・公共性という観念を明確にしていく努力がますます強く求められるようになってきているということ、社会性・公共性・公益・国益等の名で示されているものが、果して長期的に本当に国民大多数の利益に合致するかどうかをつきつめてみる必要がある、ということである。

本来、財産権等の権利は、私的な利益に奉仕するものであったが、しかし、社会内の存在である限り、同時に社会的

な性質を含むものであって、財産権の行使等について、社会・公共の立場からの制限がなされうるといふ考え方に變貌した。

すなわち、このような財産権制限の根拠として、財産権の社会性・公共性が提示されてきたのである。

しかるに、権利の社会性・公共性という場合、とくに土地所有権に関していわれることが多い。なぜなら、土地 (Grundstück, founnds de terre, land) は、人間の営む生産および生活にとって欠くことのできない基盤をなすものでありながら、一方人間によって生産されえないものであるから、土地所有は必然的に独占的性質をおびるのである。

そして、国や資本のサイドが新規事業をはじめようとするときには、既存土地所有権と衝突することがさげにくいのであり、これが重なる、土地所有権の「公共性」が強調され、「土地は商品 (Goods) ではない」とか、「土地は公共財 (public goods)」とか、「土地は国有にすべきだ」とかの主張が出てくるのである。

だからこそ、権利の社会性・公共性が、国民の権利の主張——人権——を制約し、あるいは国や大資本による権利侵害を正当化するための根拠として主張されるとき、果してそれが、真の社会・公共の利益に合致するものかどうか——こうした側面も、慎重に検討する必要がある。

こうした研究と努力を怠り、安易に「公共の福祉」を認めると、国民の正当な権利がふみにじられていくであろう。

したがって、本当に権利の「社会性」・「公共性」の観念を生かすためには、十分な科学的分析が必要である、と

いえるのである。

八 むすび

以上、財産権の「自由」と「制限」について、種々のべてきたが、ジョン・スチュアート・ミルによれば、「自由とは欲することを⁽²⁹⁾」であり、ライブニッツによれば、「自由とは、人がしたいことをする力の中に存するもの⁽³⁰⁾」と、本来は考えられた。したがって、自由は、元来、習慣を変えるのに重要なものであった(そして、それは効果がある場合には、いつでも習慣を変えてきたのである)。

しかるに、その自由の中心概念は、「所有」であった。人は自由であると感ずるために、所有の権利主張を続けながら統制者から逃避し、あるいは統制者の力を破壊した。そして、ひとたび自由であると感じ、欲することができるようになれば、統制(本論においては「制限」や「規制」である)が、再び行われることのないようにという「永遠の警戒」以外、何もかも示さないのである。

ここに、「財産的自由」と「財産的規制」の本質が横たわっているように思われる。

ところで、とりわけ「独占」と結合した「独占的財産」の人権侵害に着眼したとき、「生存的財産」の保障の必要性を、「独占的財産」と対比して、見逃がすわけにはいかないのである。

しかるに、財産的自由を導く『『経済的自由』の憲法史』は、本来近代国家の成立史の過程と、経済的自由の必然性との歴史的論証であらう。そして、所有(Eigentum)、営業(Gewerbe)、職業選択(Berufe)などの経済的自由は、

資本制生産様式の生成と封建的独占などの前近代的な「旧独占」との対抗関係・後者の駆逐過程の発展に制約されながら、近代国家によって、法認される⁽³¹⁾にいたった。

ところで、法認にいたる過程や、市民憲法的財産権の基本的性格や、現代における財産権の構造等については、すでにのべた。

しかるに、本論文で特に重点をおいて論述を試みた点は、次の諸点であった。

すなわち、市民革命期を中心とするフランス一八世紀哲学にしても、「人權宣言」とその後の法典編纂においても、資本主義上昇期までは、所有権を前国家的自然権とみて、その絶対不可侵性(自由性・無制限性)を当然の事理と考へ、財産権は「悪ヲナシエナイ」と観念しつづけた。

ところが、市民社会の成熟は、独占・恐慌・失業という「新しい混乱と不平等と隷属状態」を生みだし、⁽³²⁾このような財産的自由に変化をもたらし、財産権は前国家的自然権ではなく憲法における保障の所産であるとの思想が成長し、むしろ財産権に対する国家の介入を要求しはじめた。

ここに、「財産権行使絶対性の否認思想」が提示される。

したがって、この期において「財産権理論」の発展に大切な論理 (Logic, die Theorie) は、すでにのべたように、第一に「財産権の絶対性」の主張から「財産権の相対性」への主張の論理であり、第二に「財産権の利益主義」の主張から「財産権の道義主義」への主張の論理であり、第三に「財産権の社会性・公共性」理念の確立の論理、第四に「独占的財産権に対する生存権の優位」理念の確立の論理、第五に、人権的財産としての「生存的財産」の尊重の論

理、第六に「形式的平等」から「実質的平等」の保障の論理、の六つの論理である。

思うに、財産の「制限条項」が、イタリア共和国憲法四二条や、ドイツ民主共和国憲法二三条で規定されたことは、やはり、財産権を「主観的権利」と解することから、「社会的機能(フオンクシオン・ソシアル)」と解する立脚点に立ってのことであろう。

こう考えてくると、日本国憲法二九条二項も、「社会権規定」がこの規定に入ってきている(社会権的財産権思想)と考えることができよう。

そうであるならば、主として収益的財産を意味する「独占的財産」と、主として使用的財産を意味する「生存的財産」の憲法上の識別が、なによりも必要になってきているといえるのである。

そして、独占的財産は、実質的「非公公共性」を示す「大きな経済的価値」⁽³³⁾を有し、そしてそれによって「大きな権利濫用」をもたらす収益的財産。「ゆえ、相当補償で足りるとしても、人権としての財産である「生存的財産」保障の登場に際しては、この財産は「日常生活関連財産」で、使用的財産であるから、公共性を害しないものであるならば、完全補償でのぞむべきであって、ダム建設のための土地収用の場合などは、「人間に値する生存の保障の論理」から、交換性中心の補償のみでなく、生存補償(あるいは生活補償)が考慮されなければならない」といえる。

ところで、これらの識別に当たっての「三大ポイント」は、(i) 財産の法的形態、(ii) 現実の所有形態、(iii) その社会的機能、の三点で、これらの点を十分見きわめた上で識別すべきであって、安易に「公共の福祉」(Public Welfare, General Welfare, Common Good)を認めてはならないのである。

そうでない」と、「金持ちにはさらに富を与え、貧乏人からはさらに生存を奪う」ことになりかねないからである。

〈註〉

- (1) 影山日出弥『「独占」と人権侵害』(法律時報五二二号・八頁)。
- (2) Joseph Wood Krutch, *New York Times Magazine*, July 30, 1967.
- (3) B.F. Skinner, *Beyond Freedom and Dignity*.
- (4) B.F. Skinner, *Science and Human Behavior* (New York: Macmillan, 1953) Chap. 12.
- (5) F.R. Cowell, *Cicero and the Roman Republic* (London: Pitman & Sons, 1948).
- (6) L.Duguit, H.Monnier, R.Bonnard, *Les Constitutions et les principes lois politiques de la France depuis 1789*.
- (7) F.N. Thorpe ed., *The Federal and State Constitutions*....., 1909, VII, 3812-14; H.S. Commager ed., *Documents of American History* 1949, I, 103-104. この一七七六年のヴァージニアの権利章典一条は、「明文をもって財産権を保障した最初のものである」。
- (8) 中村睦男「フランスにおける財産的自由の歴史の変遷」(法律時報五二二号・三〇頁)。
- (9) 清水睦「イギリスにおける財産的自由の歴史の変遷」(法律時報「前掲号」三一頁)。
- (10) 金子芳雄「財産権の保障」(清水望編比較憲法講義一二三—一二四頁)。
- (11) 伊藤正己・甲斐道太郎編「現代における権利とはなにか——権利の濫用をめぐって」一四—一六頁。
- (12) *Reichsgesetzblatt*, 1919, S.498 ff.
- (13) 齊藤寿「憲法の財産権保障と『正当な補償』」(駒大法学部研究紀要三〇号)一〇三頁、一〇四頁、一一六頁。
- (14) この所有権の起源に関する学説としては、「先占説」(Grotius)、「労働結果説」(Adam Smith, Locke, Zurgot)、「人間性説」(Fichte, Stall, Hegel, Bluntschli), 等がある。
- (15) 樋口陽一「資本主義憲法史における『財産的自由』の歴史の変遷」(法律時報「前掲号」三〇頁)。

憲法にみる「財産権の自由と制限」(齊藤)

- (16) 齊藤寿訳「イタリア共和国憲法」(世界の憲法・成文堂——五二頁、五七頁、五八頁)。
- (17) 杉原泰雄「財産的自由の再検討・問題提起」(法律時報「前掲号」三二頁)。
- (18) 詳細には、高辻正己「財産権と公共の福祉」別冊ジュリスト、山本桂一「公共の福祉」日本国憲法体系、等参照。
- (19) 甲斐道太郎「権利の社会性」(伊藤、甲斐「前掲書」二九一頁)。
- (20) 宮本栄三「憲法二九条の解釈論上の再検討——生存条項に即して——」(法律時報「前掲号」三二頁)。
- (21) 宮本栄三「前掲論文」二八頁。
- (22) 樋口陽一「法律時報(前掲号)」四五頁。
- (23) 宮沢俊義「憲法Ⅱ(新版)」一〇二頁。
- (24) 高原賢治「社会国家における財産権」(日本国憲法体系七卷)二五〇頁。
- (25) 金子芳雄「前掲書」一三二頁。
- 宮沢俊義「憲法Ⅱ」三九一頁。
- (26) 伊藤正己・甲斐道太郎編「前掲書」二九四頁。
- (27) 伊藤正己・甲斐道太郎編「前掲書」三〇一頁。
- (28) 伊藤正己・甲斐道太郎編「前掲書」三〇二頁。
- (29) Jhon Stuart Mill, *Liberty*, Chap. 5.
- (30) Bertrand de Jouvenl, *Sovereignty*, trans. J.F. Huntington (University of Chicago Press, 1957) の中、*ルテール*とともにこのようなライブニッツの自由観が述べられている。
 - (31) 影山日出弥「前掲論文」(法律時報「前掲号」八頁)。
 - (32) 正村公宏「計画と自由——社会システム改造の理論——」五七頁。
 - (33) 阿部照哉・池田政章・田口精一編「憲法講義」一五〇頁。