

憲法における「財産権の公共性」

齊藤 寿

目次

- 一 はじめに
- 二 市民憲法的財産権と公共性
- 三 市民憲法的公共性の変質経路
- 四 私益と公益の葛藤過程
- 五 社会国家の財産権への変形過程における公共性の構造
- 六 社会国家憲法の財産権と公共性
- 七 むすび

一 はじめに

財産権的自由と公共性の葛藤は、今日の憲法社会において、多様な意味で、国民の社会生活の根本にかかわる問題と
なっている。たとえば、土地問題、住宅問題、道路交通問題、塵芥処理問題等、いずれの問題をとりあげても、
この葛藤の複雑さは明らかである。

憲法における「財産権の公共性」(齊藤)

財産権 (Vermögensrechte) の保障は、単なる個人の権利にとどまらぬ「公共性」をもつ一方で、地域エゴの譲歩を迫る公共性は、単に「公權力」の問題ではなくて、地域をこえた公共生活の要求として、公論 \equiv opinion publique (世論) の形で対立している。国土開発問題における「企業と住民と公權力」との関係においても、この問題は極めて焦眉の問題として浮上しているといえる。

こうした「私的なもの」と「公的なもの」の複雑で流動的でさえある葛藤⁽¹⁾は、憲法のレベルのみならずあらゆる法律のレベルはいうにおよばず、関連社会科学のレベルにいたるまで、いたるところでわれわれに明確な理解を迫っている問題だといってよい。そしてこのことは、憲法のレベルにおいては、ひとり日本国憲法二九条にかかわる「財産権」条項にのみ関するものではない。

しかし、本論では、憲法上の財産権条項に焦点を合わせて、「公共性」というとらえ難い問題に、その構造と機能と意義を明確にし、「原理的照明」を与えたいと考える。

今日、「財産権の公共性」についての説明の困難性は、「公共の福祉」の名目だけで住民が黙って譲るといったものではなく、示されたことにも示されており、人権としての財産権 (人権的財産権) の保護要求はますます高まる (この側面では、「私権拡張的傾向」と考えられるのに対し、独占としての財産権 (独占的財産権) の制限要求はますます高まる (この側面では、「公権制限的傾向」であろうし、この両傾向の拮抗は、社会国家の理念の高まりに比例してますます激しくなるであろう。そして、こうした状況下におかれればおかれるほど、国家の「公」性の保持・独占の姿は、変容過程を歩ゆみ続けるであろう。しかし、一方、政府の権力装置は、諸々の対立する私的利益によって利

用され、政府の道具は公的な装置というよりも、実質的には私的な装置となつてあらわれがちであり、このようにして国家が社会の一私的セクターの道具として機能するとき、「公」の名において強制される「公」性が、封建的支配服従状態を作り出し⁽³⁾、真の「公」性を保持しえなくなる。そこで、国の行なう公共事業——公用徴収すべてが、国が行なうという一事をもつて、ただちに日本国憲法二九条三項にいう「公共のために用いる」場合にあたるとするのは誤まりであることがわかるのであつて、「公共のため」といふための要件——「公」性の内容、意義、計画、手続き等が、具体的に明らかにされなければならないといえるのである⁽⁴⁾。

それは、社会^{ソシエラシニエタ}国家の財産権への変容過程において、「財産権の公共性」の構造が、憲法二九条三項の「正当な補償」さえなされれば、いかなる財産権の侵害も許されると考へるべきではなく、場合によっては、——「公のため」という「公」性の解釈によっては——、補償額のいかにかわりなく、収用そのものが違憲となる場合もおこつてくるといえる。

したがつて、「正当な補償」で大切なポイントは、被収用財産が、誰れのどのような財産であるのか、また、それが守られるべき人権であるのかどうか⁽⁶⁾であり、この点について、財産権の公共性の観点から、本論文では論じてみた。とりわけ、財産権の自由の歴史的変遷——市民憲法の財産権の構造変化——の中にあつて、財産権の制限規制の基準原理としての「公共性」・「社会性」について、詳細に論じてみたい。

それは、ともすれば今日まで、財産権の公共性の観念は、以前として市民憲法的公共性として誤診性をおびて把握され、「大きな権利濫用」を公共性の名において保護し、「小さな権利濫用」を非公共性の名においておさえるとい

憲法における「財産権の公共性」(齊藤)

う傾向があり、真の公共性・社会性とは何か、実質的に論じられていなかった⁽⁷⁾からである。そこで、本論文では、現代憲法社会の財産権の構造とその発展方向を適確に判断して、財産権の公共性・社会性という観念を更に明確にしていきたいと考える。

二 市民憲法的財産権と公共性

ところで、初期自由主義思想においては、私有財産制が人間性から論理必然的に生ずると考えられ、このような考えの前提に、市民憲法的財産権の公共性は是認されていた。

たとえば、人権宣言の先駆をなすといわれる、一七七六年のヴァージニア権利章典(The Virginia Bill of Rights)は、「すべて人は生来ひとしく自由かつ独立しており、一定の生来の権利を有するものである。……かかる権利とはすなわち財産を取得所有し、幸福と安寧と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⁽⁸⁾」(一条(傍点筆者))と規定し、また、一七八〇年のマサチューセッツ憲法(Constitution of Massachusetts)も、「すべての人は、……生来の、本質的、かつ譲ることのできない一定の諸権利をもっている。これらの権利のなかには、……財産を獲得し、所有し、保護する権利、……が当然含まれている⁽⁹⁾」(一条(傍点筆者))と規定し、さらにフランスの一七八九年の「人および市民の権利宣言」(Déclaration des droits de l'homme et du citoyen)も、「所有権は、一の神聖で不可侵の権利である⁽¹⁰⁾」(一七条(傍点筆者))と宣言し、一七九三年の山嶽党憲法(Constitution montagnarde)の人権宣言も、「……政府は……自然権を保障するために設けられる。これらの権利は、平等・自由・安全・所有権であ

る⁽¹¹⁾」(二条、二条)(傍点筆者)と宣言している。

すなわち、アメリカの独立宣言当時の人々、あるいはフランスの市民革命当時の人々にとっては、財産権は天賦不可譲の自然権であると考えられ、「自由」・「平等」・「幸福」・「安全」といった抽象的権利保障とならんで、具体性の強い「財産権」の保障が、近代市民国家存立の目的であるとされたのであり、しかも、この財産権とその他の抽象的な諸権利とは、決して同列に考えられたのではなく、当時の人々にとっては、財産権の保障こそが、もろもろの封建的な悪を排除して、新しい天地の善を実現するための不可欠の最も重要な基礎である、と考えられたのである⁽¹²⁾。そしてこのような市民憲法的財産権を不可侵で神聖な権利(un droit inviolable et sacré)として絶対的保障をはかることが即公共性と認識されたのであり、ここでは、財産権は決して「悪ヲナシ得ナイ(can do no wrong)」ものと観念されたのである。

ところで、自然権であり、生来の権利であると考えられた市民憲法的財産権は、いかなる法的性質の権利であるのだろうか。それは、第一に、客体を任意に使用・収益・処分する権利であり、第二に、その客体の中には、生産手段や生産物のみならず、労働もまた含まれるということであり、前者の客体を任意に使用・収益・処分する権利とは、客体に対する自由な・無制限な・排他的な・全面支配権を意味し、過去の封建的束縛⁽¹³⁾からの解放という意義を有していたのであって、封建的独占との対抗関係が問題の核心となったのである。そして、ここでは、「所有権の利己的側面(利己性・個人性)」のみが強調され、「所有権の社会的側面⁽¹⁵⁾」(公共性・社会性)がほとんど軽視された、ということができるのである。このような財産権は、歴史上の所有であり、私的財産権の特殊性にもとづくものである。

憲法における「財産権の公共性」(斎藤)

また、後者の、生産手段や生産物のみでなく、労働もまた、所有権の客体に含まれるということは、労働もまた財産と考えられ、労働に対する排他的支配権は所有権であるとされたのである。しかし、このことは、あらたに労働力の所有者をして、生産手段の所有者とならんで、形式的平等において、「近代法の法主体」たらしめるに至る基礎を形成した、ということができ⁽¹⁶⁾るのである。

このようにして市民憲法的私有財産権は、客体に対する排他的支配権を確立していったが、この中には当然に、客体から無制限に収益をうける自由、客体を無制限に処分する自由が含まれることになり、これらの自由はまた、必然的に、「契約の自由」を産みだし、「財産権の神聖不可侵性(財産権の自由性・絶対性)」と二大支柱となり、「自由と財産」⁽¹⁷⁾(liberty and property, Freiheit und Eigentum, liberté et propriété)は、基本権たる自由権を総称する慣用語となつて、近代資本制国家を發展させる法的基礎となつてい⁽¹⁸⁾ったのである。

そして、このような市民憲法下の「市民社会」は、つぎの特質をもっているといえる。それは、(一)個人が、国家からの自由領域で、自由に自己決定をすること、(二)経済・文化の創造過程での自己規制、(三)自由な活動競争(Leistungs-wettbewerb)を通じ、経済・文化成果を最大限にあげること、(四)新しい市民的指導層が成立した秩序であること等⁽¹⁹⁾であり、このような市民社会の財産は、「人格性」を發展させる手段であると考えられたのである。そこでは、財産権(自由権)の公認と保障は、市民憲法の核心であり、市民憲法の財産権は、(一)自然権的人権であり、(二)絶対的支配権であり、(三)個々人の生命・自由享受に不可欠の個人権なのであ⁽²⁰⁾つて、「個体的所有権」であるようにみえる⁽²¹⁾のである。したがって市民憲法の財産権は、平等権を前提としたとき、すべての諸個人をあたかも直接生産者の社会関係の

主体であるかのように把握する「觀念上の生産者」の権利であつた⁽²²⁾。そして、古典的市民憲法の確立期においては、財産的自由が、「国家の立入り禁止」という消極的な役割り^{||}市民的公共性のものとなり、独占形成の放任を通して

内実においては事実としての不自由・不平等を確定ないし拡大するはたらしきをするにいたるのである。

このようにみえてくると、市民的公共性は、人民的公共性と異なり、自由主義的モデルの構造と機能とに深くかかわつており、自由主義的要素とその福祉国家転形に投射されているといえる。ところで、市民的公共性という場合の⁽²³⁾

「公共性^{||}Öffentlichkeit」についてであるが、この語は、語源的には、この語よりも古い「公的^{||}öffentlich」という形容詞をもとにして、一八世紀の間に、フランス語の *publicité* と英語の *publicity* を模して作られたものであ⁽²⁴⁾るが、一八世紀末になってほとんど慣用されず、ハイナンツがその使用に異議を唱えたほどであつた⁽²⁵⁾。しかしながら

「公的なもの」と「私的なもの」との区別は、それよりずっと前から慣用句になっていた。古くさかのぼれば、「公的なもの」の觀念は、ギリシアにさかのぼり、ここでの「公的生活」(*bios politikos*)とは、市民の広場(*agora*)で演ぜられ、「公共性」は、会議や裁判の形をもとりうる対話(*lexis*)において成立したのであり、公的なものと私的なものという二つのカテゴリーは、中世全体を通じては、ローマ法の諸定義の中で傳承され、「公共性」は「公事」(*res publica*)として傳承されてきたのである⁽²⁶⁾。しかしながら、これらが法技術的に再び有効に適用⁽²⁷⁾されるようになるには、近代国家およびこれから分離された市民社会の生活圏の成立を俟たなければならなかつたのである。そして、市民社会における公共性は成立したとはいえ、市民社会における代表的公共性は変質の経路を歩みはじめたことがやがて見とどけられはじめたのである⁽²⁸⁾。それでもこの市民的公共性に帰属しようとする好みはきわ

めて強い。しかし、この混同がそのままですむはずはないように思われる。

すなわち、当初の間は、市民憲法下の市民(Bourgeois)の間では、『財産主』としての公衆と『人間』としての公衆との同一視が継続した。それは、市民的私人の社会的地位がもともと一般に「財産と教養」という徴表と結びついていただけに、容易におこなわれたのである。しかし、単一の公共性という擬制は永続することは容易ではない。これを容易にしたのは、既成権威に対抗し、公開性の原則をつきつけたことによるのである。こうして、私有財産主の利害が一般的個人的自由の関心へ収斂しえたのである。すなわち、「財産の保全」(Preservation of property)についてロックが示した基本方式は、「財産」という名目のもとに平気で、「生命・自由・財産」をひといきに包摂している⁽²⁹⁾のであり、当時は、政治的解放が、「人間解放」と、これほど容易に同一視されえた⁽³⁰⁾ことが、わかるのである。

三 市民憲法的公共性の変質経路

以上のように、近代国家の出発に際し、完全な姿において完成された私有財産権は、その中に重大な矛盾を内包しており、この矛盾は、資本主義経済の発展に伴って、社会の各方面に種々の弊害をもたらすに至った。すなわち、私有財産権が自己の存在を意義あらしめるためには、「契約の自由」の存在が必要であり、この契約の自由をとおしてのみ、私有財産権は「自己顕現」をなした⁽³¹⁾のであり、このことは換言すれば、私有財産権は、客体の単なる物質的利用のみに止まらず、「契約による他人支配」を伴ない、この他人支配を通して、はじめて自己実現をなした⁽³¹⁾ので

ある。そこで、初め私有財産権は、self-interestを 中心にして、その「利己的側面」(利己性)が強調されて誕生したのであるが、自己の「利己性」を完全な形で主張するためには、その社会的側面(=契約の自由)も同様に強調されなければならなかったわけであり、このことは、言いかえれば、私有財産権は、その初めから本質的に、利己的な権利であると同時に、社会性をもった社会的な存在であったのであって、前者から利己的な自由が引きだされれば引きだされるほど、後者からは社会的な制約が引きだされなければならない。「運命」にあったのである。ここに本来、私有財産権そのものの中に内在する矛盾があったといふことができる。⁽³²⁾

そしてこの矛盾は、資本主義経済の発展に伴って、社会の各方面に、もろもろの具体的な弊害として現われてきた。たとえば、労働のみを財産とし、それのみによって生活を支えている労働力の所有者にとっては、自分にとって不満足な契約であっても、生活のためには契約を結ぶことが強制されたのであって、もしここで、契約の自由の原則を採用するとすれば、それはとりもなおさず、「失業の自由」を意味し、「空服の自由」に帰着することになったのである。⁽³³⁾

そのほかにも、恐慌の問題、独占の問題、大都市問題等、多くの問題が存在してまいり、単純な自由放任と適者生存の原理は、社会的不正とアナーキーを現出することになり、市民憲法的公共性は変質経路をたどることになる。すなわちそれは、本来利己的側面(利己性)の強い私有財産権であったがために、その社会的側面をも全く利己的に展開した⁽³⁴⁾ことによって生来した弊害、すなわち私有財産権の内蔵している矛盾を無視したことによって生来した弊害だからである、といふことができな⁽³⁴⁾いであろうか。

このようにして、一九世紀末から、資本主義が独占段階に移るにつれて、「契約自由の原則」に動揺が生じ、強者と弱者、大資本と大衆などの非対等者間で、契約自由の原則がはたらく場合、後者の弱者や大衆は、劣悪な地位に押し下げられ、結果として不自由な立場に置かれるようになり、市民憲法的公共性の崩壊がはじまったので、いろいろな方式で、公共的な規則が加えられることになった⁽³⁵⁾のである。

とりわけ、最近では、住宅問題、交通問題、ゴミ処理問題、日照権・騒音・大気汚染など各種の都市公害問題などがますます激化して、都市住民の生活環境が一段と悪化してまいり、私権と公権力との対抗関係の中で、公共的規制が加えられるのみならず、私権と私権との対抗関係も激しいものがあり、これにも、「所有利益」に対する「生産利益」の立場から、この規制が大きく加えられつつあり、社会国家的公共性が発展しつつあるように思われるのである。そしてそれは、普遍的原理としての生存利益を失なわせる所有利益や資本利益が、市民的・財産的自由そのものを崩壊せしめる結果に対応して、新たな財産権原理を創造する具体的道しるべとしての公共的規制措置であるようにも思われるのである。

こう考えると、市民憲法的公共性の崩壊を教訓として、これからのわれわれは、財産を通して、いかにすればよりよき「人格(Personlichkeit)性」を⁽³⁶⁾発展させうるのか、それとも、財産は人格性を発展させる手段でありえないと考えるべきなのか、真剣に考慮せざるをえないのである。それは、市民革命期においては、抽象的自由一般が具体的自由一般と認識されていたが、実質的にみての自由一般ではなくて、財産の社会的再配分——「配分の正義」(Justitia Distributiva)——こそが問題だったのであり、この問題解決を通して人格性を発展させるところに新しい形の「公共

性」を見出せざるをえなくなったのである。したがって、こうした市民憲法的公共性の変質経路の中であって、本質的に問題化しつつあった核心は、だれをいかなる財産権の主体にするかの問題であり、この問題解決の中ではじめて、財産を通して人格性を発展させうる——「財産所有者」イコール「人間」という等式が成り立ちうる——と考えられはじめたのである。

つまり、市民憲法的公共性が、私有圏の規制を欠き、放任主義的、利己主義的、独善主義的、自由処分主義的、無制約的、完全支配的、排他的、独占的なものに根ざしたものであったところに、崩壊・変質原因が内在していたことの本質を認識しなければならなかったのであって、財産権も含めて、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のでなければ、人類は死滅する⁽³⁷⁾ということを自覚する必要があったのである。すなわち、財産権の私的性質・自由の側面（支配なき圏⁽³⁸⁾自律的決定）に力点がおかれ、人間の自由への信頼（たとえば、Adam Smith）——これは革命によって打倒する以前の封建社会への嫌悪の裏がえしでもあるが——に根ざしすぎた市民的「公共性」の欠陥でもあった。この欠陥に対して、資本主義の高度化から生ずるさまざまな矛盾が、遠慮なく這いはじめたところに問題が根ざしている、ということである。

四 私益と公益の葛藤過程

ところでわたくしは、はじめに、私権と公共性の葛藤は、今日さまざまな意味で、社会生活の根本にかかわる問題となっており、しかもこの葛藤の複雑さは明らかであると指摘した。このような「私・公の葛藤」を“生活圏”から

憲法における「財産権の公共性」（齊藤）

解明し、福祉国家^{ウェルファールン}、社会国家^{ソzialstaat}への変化に対応させようと努力したのは、J・ハーバーマスであり、彼の名著「公共性の構造転換」(Strukturwandel der Öffentlichkeit)である。

さて、想うに、古代ゲルマン法の伝統にも、「共同的」(common)と「個別的」(particular)という区別があり、これが「公的」と「私的」という古くからの区別に或る意味で対応しているといえよう。そして、前者は、封建的諸関係のもとでもなお存続していた共同体的要素に関するものであり、共有地は公的なもの(publica)である。しかも、言語史的にみれば、この「共有」(Gemeines)から、「一般福祉」または「公共の福祉」(common wealth, public wealth)へ至るひとつの線が通じているが、これに対立するものは「個別」(Besonderes)である。ポーリングブロークは、私益(private interest)と公益(public interest)の関係を、「快楽」(pleasure)と「幸福」(happiness)、「情念」(passion)と「理性」(reason)、「権力外」(out of power)と「権力側」(in power)の関係として敘述する。そして、一八世紀の初期以来、「国民感情」(sense of the people)のおおよその尺度と目されるのは、各州選挙の平均的結果であって、これ以来、「国民感情」、「平民の声」(common voice)、「国民一般の叫び」(general cry of the people)や「公共の精神」(public spirit)などの合言葉が、野党の典拠としうるものの名称となった。それは、Publizitätという原形で革命期のドイツの国々に伝わった諷詩の中で、流布される。

だけでも叫けぶ大きな合言葉、

いかめしいかつらを被った国民の首長さえうやまって頭をたれる、

よく聴け、Publizität
(9)
よく聴け、Publizität

——と。

やがて、一九世紀の最後の三半期において、拡張的傾向と制限的傾向の拮抗は、市場の自由化を決して持続的には推進させなくなった。ここでは、私益と公益の葛藤過程が示され、マルクスとトックビルが同時に問題視した「行政権の集権化」は、市民憲法国家の本質をなす公的領域と私的領域の関係をまだゆるがすほどのものではなかったが、古典経済学の錯覚的な歪曲の是正をしはじめたのである。

そして、今日では、自由主義時代にも執行していた「伝統的秩序機能」とならんで、「計画的機能」が登場してきたのである。⁽⁴¹⁾しかもこの区分は、二〇世紀中に、福祉国家的課題圏が広汎に分化して、いっそう容易に見分けられるようになった。こうした中において、集中過程は景気政策を生みだすとともに、大単位への集中行動によって、大規模政策の可能条件をも創出してきている。そして、土地・住宅・道路・交通・空港などに、私権と公権力との対抗関係が各地であらわれているが、この合理的調節こそが、こうした大規模政策をどこまで可能にするかの鍵となろうとしている。

それは、土地所有権の「公法的制限」などが、官僚統制を強化する恐れがあるとする官僚への不信感等が払拭され⁽⁴²⁾えない現状とも関連し、所有権制限の武器をあたえることの結果に対して、警戒と危惧の念が生じているからである

憲法における「財産権の公共性」(齊藤)

る。

こうした葛藤過程で、大切なことは、たとえば収用委員会・都市計画審議会などの土地所有権制限の実施機関は、もっと住民諸階層の利益を広く代表する構成に改めるとか、その他の、住民の納得のもとに進めるような手続が、もっと整備されるということである⁽⁴³⁾。というのは、歴史的には、財産権は、一定の私的利益を内容とするものであって、その利益の実現・享受は、原則として権利者の自由な意思にまかされていた(財産権の自由の原則)。それが現代国家の「財産権の公共性・社会性」という理念によって、公益的側面からの制限行為が許容されるようになったこととの論理を思料する必要があるからである。

すなわち、財産権は、元来は私的な利益を内容とするものであるとしても、人が一定の物に対してもつことのできる、もっとも包括的・全面的支配権であり、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認められているものであるから、財産権の行使についても、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ことである。それは、そもそも、「公共」すなわち「社会」が存在しなければ、「これは私の物」という必要さえないわけであり、財産権の私的性質自体が社会・公共的性質と不可分のものとなっているのであって、⁽⁴⁴⁾ まさに、“*Ubi societas ibi ius*”なのであり、かつ、その裏もまた真であるということである。ここに、財産権の今日的「社会性・公共性」が横たわるのである。私益に対する公益の介入の理由は、まさに根元的にはここに宿しているものであり、今日、この理由による介入に対する葛藤過程が継続しているわけである。

五 社会国家の財産権への変形過程における公共性の構造

ところで、すでにのべてきたように、財産権の社会性を無視あるいは軽視した「市民憲法」自由国家は、社会の下積みとなった多数国民を排出した。そこで、「実質的自由」を回復し、「人たるに値する生活保障」をはかるために生れてきたのが、「社会国家」(Sozialstaat)である。ところでこのような社会国家的人権宣言の典型とされるのが、一九一九年のワイマール憲法(Weimarer Verfassung)であり、この憲法は、「所有権は、憲法によって保障される。その内容および限界は、法律によって明らかにされる」(一五三条一項)と規定し、また「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」(一五三条三項)と規定した。また、これにつづく一九四九年のボン基本法(憲法)も、「所有権および相続権は、保障される。内容と限界は、法律によって定められる」(一四条一項)と規定し、さらにまた、「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」(一四条二項)と規定する。そしてさらに一九四八年のイタリア共和国憲法も、「所有権は、公的または私的である。経済的財産は、国、団体または私人に属する」(四二条一項)と規定し、つづいて、「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」(四二条二項)と規定している。⁽⁴⁷⁾

これらの社会国家的人権宣言の根本の狙いは何であろうか。それは、「すべての者に人間たるに値する生活を保障する目的をもつ正義の原則……の限界内で、個人の経済的自由は、確保され」⁽⁴⁸⁾(ワイマール憲法一五一条一項)るとい

憲法における「財産権の公共性」(齊藤)

点にあるのであり、このことは、私有財産権のもつ社会性を重視し、それが社会的存在であることから引きだされる社会的制約を優先させ、その限界内において、私有財産権の私的自由の側面を保障しよう、というのであって、その初め、天賦不可譲の自然権であるとして出発した私有財産権は、ここにおいて、「義務を伴う」とされることになって、大きくその容貌を変ずることになった⁽⁴⁹⁾(つまり、変容過程をたどる)のであり、ここに、「社会国家の財産権」の問題がでてまいったし、また、その公共性が問われだしたといわなければならない。

そこで、私有財産権が、その成立当初から内蔵していた「利己的側面」と「社会的側面」とを、どのように調和させるかという問題が、社会国家における財産権の制限および保障を考える場合の重要なポイントで、この問題の真の解明を通してのみ、更に理想的公共性の構造を創造していけるといえるのである。このことは、日本国憲法二九条二項が「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」と規定している場合の、「公共の福祉」(Public Welfare, General Welfare, Common Good)の内容にもかかわってくる問題といえるし、これは社会国家(Wohlfahtstaat)誕生の根本の狙いと、それへの変容過程——二〇世紀憲法にこのような規定が現れた史的背景——を無視しては、全く意味をなさないものとなるであろう。

つまり、このような変容過程における「公共性の構造」は、社会的弱音の保護、社会の下積みになった多くを占める国民に、形式的・実質的自由を保障することが、その最も主要な内容の一つとなって横たわるということである。そして、もしそうでなければ、このような公共性は、『「赤ずきん」ちゃんのおばあさんに化けた狼』に墮してしま⁽⁵⁰⁾う、といえるのである。

そこで、このような社会国家の使命を実現するためには、人間的生存保障をはかれる私有財産権を確立することであって、そのためには合理的根拠に基づく私有財産権の制限・規制をはかることが要請されてくる、といえよう。そしてそれは、市民憲法の人権宣言とその下での市民的公共性が、まずなによりもさきに、財産権の不可侵性を強調したとすれば、社会国家の憲法とその下での社会国家的公共性は、これを強調して、財産権の制限（財産権の比重の相対的低下⁽⁵¹⁾、あるいは財産権に対する公権的規制の増加または常態化⁽⁵²⁾）を唱えざるをえない筈⁽⁵³⁾となるろう。

つまり、「社会国家の財産権」への変容過程にあっては、「財産権の公共性」の憲法学的認識が、つぎのように変容しはじめたように思われるからである。すなわち、(一)所有権は、他の自由権と異なり、「前国家的自由」を前提とするものではなく、いかえれば、所有権（財産権）の存在自体が、国法秩序における承認に係らしめられているものであって、憲法における保障は、かかる意味での財産権に対するものであること（自然権思想の否定）、(二)しかしそれは、法律の優位を無条件に認めるものではなく、財産の私的所有を認める法制度（Rechtsinstitut）は、保障されていること（制度的保障〈institutionelle Garantie〉⁽⁵⁴⁾理論の展開）、との「認識」である。

したがって、このような認識は、一九一九年のワイマール憲法一五三条はいうにおよばず、一九四九年のボン基本法一四條や、一九四八年のイタリア憲法四二條の規定も、ほぼ同趣旨のものであるといえるが、しかし、一九三六年のソビエト連邦憲法一〇條⁽⁵⁵⁾が、人民（個人）財産の保障規定を設けているが、人民民主主義国の憲法とともに、これら *Амьнство* は、資本主義体制のもとにある諸国のそれとは、質的に異なるものであることは、すでにのべた「認識性」から、いうまでもないことである。

憲法における「財産権の公共性」（齊藤）

六 社会国家憲法の財産権と公共性

それでは、社会国家が、まずもってその制限をすべき財産権とは、いったいどのような内容のものであろうか。日本国憲法二九条の「財産権、Vermögensrechte」についてのわが国の通説は、「すべての財産権的権利を指し、所有権(Eigentum, Propriété)そのほかの物権だけでなく、無体財産権も、債権も、営業権も、さらに、水利権・河川利用権のような公共的な権利も、財産的性格を有するかぎりにおいて、財産権に含まれる⁽⁵⁶⁾」としている。したがって、右の所有権の中にも、土地の所有権、建物の所有権、動産の所有権があり、さらに土地(Grundstück, fouds de terre, land)の所有権の中にも、農地の所有権、山林・原野の所有権、宅地の所有権等、いろいろの性質の所有権が含まれている。つまり、一口に財産権といっても、その客体である財産は極めて多様であって、かかる多様な財産を一括して、その法的処理を考えることは、ほとんど不可能に近いといえるのであって、たとえば、土地の所有権と特許の所有権とでは、同じ財産であっても、その社会に与える影響度は異なり、社会国家が財産権の社会性・公共性を重視しているとしたならば、その社会性・公共性の強度に応じた配列を考えて、法的取扱いを違えるということも許されるであろう。⁽⁵⁷⁾

なぜなら、社会国家においては、社会性・公共性の極めて強い財産は大幅に制限されるが、これに反して、社会性・公共性の比較的弱い財産は、制限の必要がそれほど存在しないことになることになり、これができるところからである。ここにおいて、「大きな権利濫用」を制限することの法理を社会国家にあっては確立しなければならないのであ

って、逆に、「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と誤謬⁽⁵⁸⁾を、捨てねばならぬといえるのである。

つまり、日本国憲法二九条二項は、財産権の内容が、私が右にのべたような現代的要請に答えるものでなければならぬ旨を、「公共の福祉に適合するように定める」という文言で、規定しているのである。

ところで、私有財産制を採るわが国現行法制の基盤をなすものは、民商法を中心とする市民法の体系であるが、現行憲法の施行に伴い、新たに加えられた民法一条の規定こそは、憲法一二条・一三条に照応する財産権の「内在的制約」を示すものといつてよく、これに対し、資本主義の高度化に伴い市民法原理を修正するものとして、経済法、社会法の発展をみるに至ったが、社会的共同生活の複雑高度化は、生活環境に対する「行政的規制」をも増大せしめて止まない⁽⁵⁹⁾のである。そして、現代における強力かつ広汎な国家活動は、国民の経済活動と消費生活の隅々に至るまで⁽⁶⁰⁾、それが財産権の規制に関するとき、日本国憲法二九条いろいろな方式で、法的規制の網の目を張りめぐらしており、それが財産権の規制に関するとき、日本国憲法二九条

二項の規定は、その憲法的根拠を指し示しているものといえるのである。

こうして、たとえば、企業や人口の都市集中の激化にともなつて、劣悪な都市生活環境が生み出されてまいつた今日の日本が、社会国家をめざす以上、この野放しは放置できなくなった。したがつて、社会国家憲法下の国家や地方公共団体の姿勢は、積極的・能動的に、都市住民の健康で文化的な生活環境を保持し、「新しい公共性」を創出するように、変容していかざるをえなくなったのであり、財産権に対する人々の考え方も、社会国家憲法の下では変わつてまいり、多義的「社会性」が強く主張されるにいたつたのである。つまり、財産権行使の無制約性は否認され、財産

憲法における「財産権の公共性」(齊藤)

権者は、他人にお構いなく財産権を行使するということは許されなくなり、また、公法関係においても、財産権の社会性が承認され、財産(所有物等)が、社会公共の利益のために、「社会国家憲法の財産権の公共性」の名においてあるいは徴収されたり、あるいは利用を規制されたりする範囲が拡大したのである。このようにして、一九世紀末頃から今日にいたるまでの間に、多くの先進資本主義国家では、財産権制限のための法理論の土台が、築きあげられていると見てよいのである。

しかしながら、この法理論には、いろいろな財産権の種類ごとに、個別的領域の処理のために、キメ細かい法理論の展開が必要であり、さらに、人権の抑圧にならないように、もっと適切な「一般条項」としての「公共の福祉」や「公共のため」の、「判断基準」がつけられていかなければならない、といえるであろう。

たとえば、社会国家的公共性の判断基準の一例としては、公共性の中身を科学的に吟味しながら、(一)生存利益と所有利益が対立する場合は、原則として生存利益を優先させる(生存保障の確立)、(二)住宅用借家人の保護事由と資本的建物所有権者の保護事由とが対立する場合は、原則として住宅用借家人の保護事由を優先させる(住宅用借家人保障の確立)、(三)小作人の保護事由と土地所有権者の保護事由とが相等しい場合は、原則として小作人の保護事由を優先させる(小作人・借地人等保障の確立)等の基準⁽⁶¹⁾を、法理論と判例を通して、一つ一つ確立していくことの必要性が強くのぞまれるのである。

そしてこの際、心しなければならぬのは、わが国では、社会的利益ないし公共的利益は、公用制限(公物制限、負担制限等)や公用収用(公用徴収)や公用換地の際、ともすれば、人権無媒介の支配利益肯認の結果に落ちつきや

すい傾向にある⁽⁶²⁾という反省に、たえず立脚してみるということである。そして、①社会的保護、②社会的配慮、③社会的平穩等を保持するよう努力することである。

さらに、社会国家的公共性の実現のための条件としては、生存保障、完全雇傭、大衆利益の保持⁽⁶³⁾を目指し、全体主義的、国家主義的、前近代的なものを排除しつつ、(一)計画策定手続の「民主性」⁽⁶⁴⁾、(二)計画に関する行政救済の「効率性」、(三)計画の「一貫性」、(四)負担の「均衡性」、(五)補償基準の「統一性」等が実現されることの重要性を、強く指摘せざるをえないのである。

七 七 七 七 七

以上、「財産権の公共性」について、種々のべてきたが、とりわけ社会国家的財産権の公共性の問題は、「企業と住民と公権力」との関係において、きわめて焦眉の問題として浮かび上がっているのであって、「私的なもの(私権)」と「公的なもの(公権)」の葛藤は、複雑で流動的でさえあるといえる。そしてこれは、日常生活のレベルから、私法原理のレベルはいうにおよばず、憲法原理のレベルにいたるまで、いたるところでわたくしたちに明確な理解を迫っている問題でもある。

そこで、本論文では、こうした問題に憲法原理的な照明を与えるため、まず、西欧近代憲法において「市民社会」とともに成立した「市民憲法的公共性」を一つの憲法史の「歴史的カテゴリー」としてとらえて、「財産権」に焦点を合せつつ、「市民憲法的財産権の公共性」の構造と機能と性質を明らかにしようとしたのである。

憲法における「財産権の公共性」(齊藤)

そして、市民社会の大衆社会化の中で、市民憲法的公共性の変質崩壊する経路を示し、私益と公益の葛藤過程を示しつつ、「自由主義的法治国家」から「福祉国家」・「社会国家」への変容過程における「公共性」の変化を説明した。更に、最後に、現行日本国憲法二九条に焦点を合わせて、「社会国家憲法の財産権の公共性」の構造と機能と性質の解明をこころみ、「憲法上の財産権を人びとの生存そのものを基本にすえて再構成しよう」との考えを示したわけである。というのは、今日まで、「公共性」を、単に社会学的あるいは政治力学的に理解したり、経済的土台に還元して説明したりはなされてきたが、憲法学の側面から説明されることが少なかった点に、筆者が気づいてから久しかったからである。しかも、日本国憲法二九条の「財産権論」という格好の研究課題を得ることができたからであり、このことに深く感謝している。

しかし、本課題の解明の道は、遠く遠く続いている。今後この道を一步一步あゆみながら、本課題の「憲法原理」を更に究明し、創造していきたいと考えている。

(1) この「私・公の葛藤」を社会事象として、つまり人間の認識と行動の全体(生活圏)としてとらえようとしたものとして Jürgen Habermas: Strukturwandel der Öffentlichkeit-Untersuchungen zu einer Kategorie der bürgerlichen Gesellschaft, Neuwied(Luchterhand)1962. がある。

(2) C. A. Reich, The New Property; 73. The Yale Law Journal p. 733. p. 764(1964).

(3) Reich, op. cit., pp. 768~770.

(4) 国家は、たとえば、土地収用法による強制収用、あるいは行政代執行法による代執行などの強制力をもつだけに、公共事業——公用徴収——等における「公」性を、厳密かつ具体的に示す必要があるが、このことの必要性については、浦部法穂

「憲法二九条三項と『正当な補償』(一)」(道路セミナー一九卷)七〇〜七一頁、水本浩「土地問題と所有権——土地の私権はどうあるべきか——」二二頁、九七〜九八頁、一一二〜一一三頁、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)一〇三〜一〇四頁、一一六頁、齊藤寿「憲法にみる『財産権の自由と制限』」(駒大法学論集一〇号)九四頁等を参照のこと。

(5) 齊藤 寿「憲法の財産権保障と『正当な補償』」(前掲研究紀要三〇号)一一六頁。

(6) 齊藤 寿「前掲論文」一〇六頁。齊藤 寿「憲法にみる『財産権の自由と制限』」(前掲論集一〇号)八八〜九〇頁、九四〜九六頁。

(7) これを具体的・実質的に、十分に論ずることの必要性については、齊藤 寿「前掲・後段論文」九四頁参照。

(8) 齊藤 真訳「人権宣言集」(高木・末延・宮沢編)一〇九頁。

(9) 齊藤 真訳「前掲書」一一七頁。

(10) 山本桂一訳「人権宣言集」(高木・末延・宮沢編)一三三頁。

(11) 山本桂一訳「前掲書」一四三頁。

(12) 高原賢治「社会国家における財産権」(日本国憲法体系七卷基本的人権)二四一頁。

(13) これには、領主的・村落的・ギルド的・家長制的なもろもろの封建的束縛が指摘される。

(14) 高原賢治「前掲論文」(前掲書)二四二頁。

今村成和「財産権の保障」(清宮・佐藤(功)編・憲法講座Ⅱ一八一頁)。

それは、封建的・絶対主義的な一切の既存権威による「人為的圧力」とか「統制」を不正な干渉であるとし、「人格」と「創意」に対する妨害であるとした。そして、これと不断に闘争し、次第に、反封建的な社会層一般Ⅱ市民のイデオロギーとして、有力に機能せしめていったといえる。

(15) 近代的所有権の私的モメントと社会的モメントという考え方については、川島武宣「所有権法の理論」(昭二四)三三三頁参
憲法における「財産権の公共性」(齊藤)

照。

- (16) 川島武宣「前掲書」一六頁。
- (17) わが国において、「自由な人格の基礎」としての財産権の意義を最も早く理解したものととして注目に価するのは、小野梓「国憲汎論」(初版・明一六、六版・明二五)一三七頁である。
- (18) 高原賢治「前掲論文」(前掲書)二四二―二四三頁参照。
- (19) 鈴木安蔵「社会国家の理念と実態」(公法研究二八号九頁)。
- (20) 影山日出弥「『独占』と人権侵害」(法律時報五二二号八頁)。
- (21) 平田清明「市民社会と社会主義」五七頁。
- (22) 影山日出弥「前掲論文」(前掲誌八頁)。
- (23) J・ハーバース、細谷貞雄訳「公共性の構造転換」二頁。
- (24) グリム兄弟のドイツ語辞典七卷(ライプツィヒ一八八九年)一一八三頁 *Öffentlichkeit* の項目には、この旨が示されている(J・ハーバース、細谷貞雄訳「前掲書」一三三頁、三八頁)。
- (25) ヴァイガントのドイツ語辞典五版(ギーセン一九一〇年)二卷二三三頁(J・ハーバース、細谷貞雄訳「前掲書」一三三頁、三八頁)。
- (26) 公人(*publicus*)と私人(*privatus*)とを対照させるローマ法思想は、ヨーロッパの中世を通じて慣用的ではあったが、実効はこれに伴なわなかった。(Kirchner, Beiträge zur Geschichte des Begriffs "öffentlich" und "öffentliches Recht", Diss. Göttingen 1949, S. 2)
- (27) J・ハーバース、細谷貞雄訳「前掲書」一三三―一三五頁。
- (28) それは、「自由」と「平等」という市民革命の宣伝方式への硬直したきまり文句が、これまでのようにその生き生きとした連関を、保たなくなりはじめたからである。

(29) 市場の法則は自動的に作動し、古典経済学では、一種の「自然的秩序」(ordre naturel)という仮象を帯びていたことはこのことと深くかかわっていると思われる。

(30) J・ハーバーマス、細谷貞雄訳「前掲書」七七〜七八頁。

(31) 我妻 栄「近代法における債権の優越的地位」(昭二八)一四頁参照。

(32) 高原賢治「前掲論文」(前掲書)二四三頁。

(33) 宮沢俊義「憲法」(有斐閣全書昭三七)七三頁。

(34) 高原賢治「前掲論文」(前掲書)二四四〜二四五頁。

(35) 水本 浩「前掲書」二〜三頁。

(36) 例えば、ウエーバーは、現代国家は「レッセ・フェールの警察監視人、公共秩序の保護者、裁判権の主体」にとどまるものではなく、「人民の積極的な生存保障を任務とする給付の主体」(傍点筆者)とならねばならぬといい、シュナイダーは、

現代国家は「計画国家」であり、立法権は計画という標識を、行政は生存配慮という標識をもっている」といっている。

(37) 伊藤正己・甲斐道太郎「現代における権利とはなにか——権利の濫用をめぐって」一四頁。

(38) J. K. Galbraith, *American Capitalism*, Boston, 1952, p. 28.

(39) 法則は“ratio”(理性)であると指摘したのは、C. Schmitt, *Verfassungslehre*, S. 139, 以下。

(40) この詩句は、R. Smend, *Zum Problem des Öffentlichen und Öffentlichkeit*, in: *Gedächtnisschrift für Jellinek*, München, 1955. に引かれている。

(41) F. Neumark, *Wirtschafts und Finanzpolitik des Interventionsstaates*, Tübingen, 1961; 法学の側では、U. Scheuner, *Die staatliche Intervention im Bereich der Wirtschaft*, Berlin, 1954, S. 11f.

(42) 「公益優先・私権制限」への警戒心と不安は、各方面で多い。これに関しては、座談会「都市政策の課題と方向——政党の都市政策を検討する」ジュリスト 四〇六号六〇〜六一頁参照。

憲法における「財産権の公共性」(齊藤)

憲法における「財産権の公共性」(斉藤)

一四八

また、「社会的脅威となる緊迫した事情」がないときに、国家が国民に干渉を加えることは、国民の権利を蔑視することにさえなるとの見解としては、清水 望「基本的人権保障の限界」(早大政治経済学雑誌一二〇号六九頁)参照。

- (43) 水本 浩「前掲書」一三五頁。
- (44) 伊藤正己・甲斐道太郎「前掲書」二九〇～二九二頁。
- (45) 一項、三項ともに、山田 晟訳「人權宣言集」(高木・末延・宮沢編)二二二頁。
- (46) 一項、二項ともに、山田 晟訳「前掲書」二二五頁。
- (47) 一項、二項ともに、斉藤 寿訳「イタリア共和国憲法」(世界の憲法)五八頁。
- (48) 山田 晟訳「前掲書」二二二頁。
- (49) 高原賢治「前掲論文」(前掲書)二四五～二四六頁。

また、R・V・イエリングは「法における目的」の中で、「所有権は絶対的処分権ではない。社会はこのような形の所有権を許しえないし、また、決して許さなかった。社会の理念と対立する所有権の理念は存在しない(社会的所有権理論)。」とのべて、絶対的所有権に対し、強く反対している(R・V・Jhering, Der Zweck im Recht I, S. 510)。

さらにまた、オットー・V・ギルケは、土地所有権についての不合理な危険な拡張について怒り、「地球の一片が、傘や紙幣と同じ方法で個人に所有されるのは文化に反し、不合理である。」とのべている(O・V・Gierke, Die Soziale Aufgabe des Privatrecht, Berlin, S. 16)。

また、フランツ・ヴェッカーは、「所有権とは、責任管理権——利用権——および、信託管理機能にすぎない。」と考えている(Wieker, Franz, Wandlungen der Eigentums Verfassungs, 1931, S. 10)。

- (50) 高原賢治「前掲論文」(前掲書)二四八頁。
- (51) 我妻 栄「近代法における債権の優越的地位」(昭二八)を参照。
- (52) 今村成和「前掲論文」(前掲書)一八二頁。

(53) 高原賢治「前掲論文」(前掲書)二四八頁参照。

(54) 山下健次「所有権の保障と制度保障の理論」(立命館法学四一号)、そのほか、森静太郎「ドイツ憲法の制度的保障」(九大法文論叢一五巻)、鶴飼信成「制度的保障の理論」(法学新報四六巻一一号)、大西芳雄「基本権と制度保障」(法学論叢四〇巻六号)等を参照。

(55) 山之内一郎「ソヴェト社会主義共和国連邦憲法」(昭二九)五頁——によると、「市民の労働による所得と貯蓄、住宅と家庭副業、家庭の経済と使用に供する物品、および個人の消費と便益にあてる物に対する市民の個人的所有権と、個人的所有物を相続する市民の権利とは、法律によって保護される」と定めて、社会主義体制の下における個人的所有を保障している。しかし、これは非常に制限されている(橋本公亘「憲法原論」(昭四八)二四一頁)。

なお、「社会主義的権利宣言と財産権」については、斉藤 寿「各国憲法概説」(昭四九)(三編二部一章三節)参照。
(56) 宮沢俊義「日本国憲法」(コンメンタール・昭三〇)二七八頁。

なお、同旨のものとしては、法学協会「註解日本国憲法」(昭二八)五六五頁、清宮四郎「憲法要論」(昭三六)一二二頁、鶴飼信成「憲法」(昭二九)一〇四頁、佐藤 功「憲法」(昭三〇)一九七頁、中村 哲「日本国憲法の構造」(和三二)一九九頁、原竜之助「憲法概説」(昭三四)九七頁、田上穰治「憲法撮要」(昭三八)一二三頁、佐藤立夫「憲法綱要」(昭三一)一七六頁、川添利幸「憲法概論」(昭三七)一七三頁、斉藤 寿「憲法要論」(昭四三)一五四頁、水本 浩「前掲書」(昭四八)一八頁、今村成和「前掲論文」一八四頁、斉藤 寿「前掲論文」(駒大法学部研究紀要三〇号)一〇二〜一〇三頁等。これに反対のものとしては、——佐々木惣一「日本国憲法論」(昭二七)四一九頁、田畑 忍「憲法学原論」(昭三二)四三五頁。

なお、私的所有の概念に立って、財産権の体系的構造を見事に位置づけてみせた著書としては、川村泰啓「商品交換法の体系」(上)(昭四二)がある。

(57) 高原賢治「前掲論文」(前掲書)二四八〜二四九頁参照。

(58) 斉藤 寿「前掲論文」(駒大法学論集一〇号)九四頁。

憲法における「財産権の公共性」(斉藤)

(59) 今村成和「前掲論文」(前掲書)一九三―一九四頁参照。

(60) 「財産権の規制」に関する実定法の概観としては、高辻正己「財産権についての一考察」(自治研究二八巻四号二頁以下)、同「財産権と公共の福祉」(別冊ジュリスト法学教室六号一四―一七頁)等参照。

なお、財産権規制の合憲性を認めた「判例」に、つぎのようなものがある。借地法四条一項に定める借地権更新拒絶の制限について、最判昭三七・六・六(大法廷)民集一六巻七号一二六五頁、罹災都市借地借家臨時処理法二条・三条に定める罹災借家人の敷地優先賃借権、借地権優先譲受権につき、最判昭三五・六・一五(大法廷)民集一四巻八号一三七六頁、農調法改正法律(昭二二法二四〇号)附則三条に定める基準時現在の賃借権の回復につき、最判昭三一・三・一四(大法廷)民集一〇巻三号二二〇頁、農地法二〇条に定める農地又は採草地等の賃借の解除解約の許可制につき、最判昭三五・二・一〇(大法廷)民集一四巻二号一三七頁、主要食糧の移動の制限又は禁止を定めた食糧管理法九条につき、最判昭二五・一・二二(大法廷)民集四巻一号二三八九頁、臨時物資調整法およびこれに基づく繊維製品配給統制規則につき、最判昭二七・二・二九ジュリスト九号四三頁。破産法の免責規定につき、最決昭三六・一二・二〇(大法廷)民集一五巻一号二八〇三頁、貸金業の許可制につき最判昭三六・一二・二〇(大法廷)民集一五巻一号一八六四頁。

(61) 水本 浩「前掲書」一一一―一二二頁。

(62) 水本 浩「前掲書」一一三頁、一一四頁。なお、「土地所有権の公法的制限」に関する詳細な論述としては、同「前掲書」一一四―一八四頁を参照。

(63) 鈴木安蔵「前掲書」一三頁。

(64) 計画への関係者の利害を十分反映させるための「手続の重要性」等に関しては、雄川一郎「公用負担法理の動向と土地利用計画」(公法研究二九号)、杉村敏正「土地利用計画策定手続上の問題点」(ジュリスト三七二号)、成田頼明「土地利用の合理化と私権」(建築学会雑誌 昭四二・一二月号)、宮沢 弘「新国土計画論」、シンポジウム「公用負担」(公法研究二九号)等参照。