

「古典的収用」における「公共性」の法的構造

——一八七四年プロイセン土地収用法における

「所有権」と「公共の福祉」(一)

角 松 生 史

一 はじめに——「公共性」研究の課題

本稿の課題は、法概念としての「公共性」研究の出発点として、一八七四年プロイセン土地収用法における「公共性」と「所有権」の構造を分析することである。

1 「行政の公共性分析」

一九九一年一〇月に開催された日本公法学会第五六回総会は、第一・第二部会共通の論題として「公法における公共性」を選定した。⁽¹⁾ 近時の日本行政法学において、「公共性」は大きな注目を集めていると言えよう。そのような状況を生みだしたことはさまざまな背景がありうるであろうが、さしあたり学説史レベルに限って言うならば、室井力を中心とする「行政の公共性分析」研究グループの積み重ねた着実な成果が、もつとも直接的な動因となったと推

察できるであろう。

「行政の公共性分析」とは、方法論上の明確な自覚の下に展開されている作業であり、それについての論者達自身による総括も繰り返しなされている。⁽⁴⁾ それらを参看しつつ、誤解や屋上屋を重ねることを恐れず筆者なりにパラフレーズすれば、それは「さまざまな行政領域における行政組織・行政作用の現実態を分析した上で、それを(1)関係法令の趣旨目的及び(2)憲法的価値基準・価値序列という二重の(一解釈論と立法論)規範的評価にさらすことで、批判的に吟味し、あるいはあるべき姿を積極的に提唱する」方法論として総括することができよう。

この作業は、鮮明な実践的関心の下に進められたものであったと同時に、理論的には(1)行政を「如何なる価値にも奉仕しうる技術的過程」と理解する立場を退けた上で、⁽⁵⁾ (2)行政過程への法学的アプローチにおいて、手続的側面を専ら重視しようという発想を否定し、実体的価値的側面を重視するものであった。⁽⁷⁾ (3)さらに、そこでの「価値」は「法律外的な神々の対立」ではなく、憲法・法律に定められた価値であるべきことが主張されていた。⁽⁸⁾

そこで鍵となるべき「公共性」概念であるが、概念そのものに関する限り、実は論者によって十分な検討が加えられてはいない。広く紹介されているように、室井は、「市民的生存権的公共性」と「超市民的特権的公共性」という二元的区分を導入する。前者は「近代市民国家における市民的公共性の現代国家における発展形態」であり真実の公共性であるのに対し、後者は「部分的利益を公益と偽装」したものであり虚偽の公共性であるとされるのだが、⁽⁹⁾ 具体的行政活動がこのどちらにあたるのか、これら概念自体によってふりわけの基準が与えられるものではない。基準を与えるのはむしろ憲法的価値であり、それに従って吟味した結果、具体的活動が両者のどちらにあたるのか決定されるということになる。前述の二元的「公共性」概念は、受け皿あるいは説明概念的役割を果たすべき作業仮説―その限りで一定の役割を果たしうるものではあるが―として理解すべきであろう。論者自身がしばしば「公共性」を「存

在理由」と言い換えていることにも現れているように、ここで「公共性」という言葉を用いる必然性は必ずしも大きいものではないように思われる。⁽¹¹⁾

しかしそれは、必ずしも「公共性分析」論に内在する方法的欠陥というわけではない。論者は、「公共性」概念の内在的分析に力を注ぐよりも、むしろ社会構造の中における行政の現実態の機能を明らかにすることに意識的に作業の重点をおいていたと考えられるからである。例えば浜川清によれば、「公共性論」は、憲法及び学説に用いられているところの「公共の福祉」等の概念を「とりあえずは、……直接の対象として検討しようとするもの」ではない。「公共性」の語は、「一方では、実定法令によって行政目的とされているもの、行政組織が実現しようとしている価値としてあるがままに抽出されたもの（公共性分析における認識対象）であるとともに、他方で、そうした目的なり価値が、さしあたりは憲法上の価値原理によってのみ正当化されるべきことを主張するもの（公共性分析における評価基準）」として、用いられている」とされる。⁽¹²⁾ 必ずしもイデオロギー批判に作業を限定することなく行政の実態に直接アプローチすること、隣接諸科学を動員しつつあくまで法学の立場から法的価値基準を用いて評価すること、そのような戦略のいわば全面展開のための突破口としての役割を、「公共性」概念は果たしたのである。このようなアプローチには議論がありうるところであろうが、⁽¹³⁾ ともかくも結果として貴重な業績の数々が生み出されたことは、繰り返しになるが、否定できないところであろう。

「公共性分析」のかかる意義を十分に認めた上で、本稿はあえて異なったアプローチをとる。「公益」「公共性」「公共の福祉」あるいはその類似概念に、法概念として接近し、その役割を歴史的内在的に明らかにすることが本稿の目標である。

2 「公共の福祉」論争と渡辺三段階説

言うまでもなく、このような課題には、枚挙に暇ない先行業績が存在する。第一に挙げるべきは、当然のことながら、憲法一三条に言う「公共の福祉」をめぐる解釈論争である。⁽¹⁴⁾ 論争で扱われた論点はもちろん多岐にわたり、論者の立場も各様であるが、そこにあえて一貫した関心を見いだすとすれば、「人権を国家権力によって制限する口実が常に『公共の福祉』とか『公益』だとかいう言葉であらわされている」、あるいは、「判例をみた感じでは、何となく、公共の福祉が未だに何か切り札のように使われ、何か解決のむずかしい問題がある場合に、基本的人権に対応して、公共の福祉という観念を提出すれば一切が解決するといった印象もなきにしもあらず⁽¹⁵⁾」という現状認識を前提にした上で、「公共の福祉」の射程と機能をできるだけ限定していく、という実践的志向⁽¹⁶⁾であろう。

この志向が、憲法判断の方法論における「利益衡量論」、さらには「二重の基準」論へと展開していくことによつて学界の共有財産になっていったことは改めてここで述べるまでもない。裁判例においても、それに対応して、「公共の福祉」概念を用いて一刀両断的に立法を正当化する手法は影をひそめ、むしろ立法裁量論という「プロセデュラ的な場面の問題」へのくみかえが行われていることが指摘されている。⁽¹⁷⁾ そのような流れの中で、「公共の福祉」概念それ自体が果たす役割は、積極的にも消極的にもごく小さいものになっていった。なるほど例えば、「各人に最大限の諸自由を確保するという観点からの、権利・自由相互間の矛盾衝突を調整する公平の原理⁽¹⁸⁾」というおそらく広く受け入れられている定義は説得的ではある。しかし、論者自身明晰に意識していることであるが、具体的問題の検討に際して、当該定義それ自体が、説明概念としてであれ何らかの積極的役割を果たすことはなく、「権利の性質と規制目的⁽¹⁹⁾」が専ら決定的となるのである。

第二に、憲法解釈論から離れ、「公共性」の実態、特にその階級性を暴露しようとするアプローチは、論争のかなり早期から存在した。鈴木安蔵によれば、(1)「諸部分利害、特に階級的利害対立」の存在にも関わらず「それらを超えた国民としてこの統一的な福祉、共通利益が存在する」ということが、「公共の福祉」概念に関する通説的な考え方の前提である。(2)かかる考え方に与しない場合、「諸部分的利益の相互の譲歩・調和」≡「公共の福祉」という解釈が生じうるが、それは現実的には「現存秩序・制度の下における支配的階級の利益」に他ならない。しかし、鈴木がこのような冷厳な現実認識の一方で、提出される結論はむしろ意外である。(3)「ここにおいて、国民の大多数―勤労人民大衆―のための利益こそ、公共の福祉と考えられねばならぬ、との主張が生ずる。すなわち階級的社会においては、諸部分的利益を超越した公共の福祉なるものは現実には存在しないのであり、いずれかの部分の利益は、つねに ある程度の犠牲を余儀なくされざるをえないのであり、資本主義階級社会においては、勤労人民大衆が社会の圧倒的 大多数者であり、社会発展の基本的階級である多数者の幸福・利益こそ、公共の福祉でなければならぬ⁽²⁰⁾」というのである。かかる叙述と、「人間の個人としての尊重が基本原理とされている社会において、基本的人権の尊重に立する 公共の福祉なるものは、本来存在しないはずである⁽²¹⁾」という認識とをどのように接合させるのか、必ずしも理解は容易ではない。もつとも論者は、「国家が、現実に国民の基本的人権の保障・実現に十全でないならば、その根本秩序の維持の要請は、……実力的にも抵抗されることをまぬがれない⁽²²⁾」とするのだから、いわば「来るべき社会」の側からの視点によってアプローチしているのであり、その限りで論旨に矛盾はない。しかし、かかる前提を意識することなく「多数者の幸福・利益」というこの結論のみを受け入れるならば、それはむしろ人権の本質―多数者からの少数者の保護―に反する危険性を孕んだ主張でしかない。「公共の福祉」に関する「暴露主義」が意外にも容易にナイーブな概念構成にたどりついてしまうことがあるという教訓を我々はここから読みとることができらるだろう。

さて、この方向の業績の内、我々の前にもっとも貴重な財産は、おそらく渡辺洋三の業績である。彼は、一九六四年の「現代福祉国家の法学的検討」と題する論文において、「公」概念を「絶対主義的公概念」「市民的公概念」「国家独占資本主義的公概念」の三つに区別する事を提唱する。(1)絶対主義的公概念は「市民社会における市民の私的利益一般(強調原文、以下同様)と対立する絶対主義国家の国家目的」であり、そこでは公益と私益とが根本的に対立する。(2)市民的公概念とは「市民一般の私的利益を指しているものであり、公益は結局のところ、市民の利益に吸収され、還元される。市民一般の、あるいは市民に共通する私的利益をはなれてそれ自体独自の公益というものは存在しない」(3)国家独占資本主義的公概念は「市民社会内部の諸私的利益の対立(その基本は、いうまでもなく資本賃労働関係である)の中に国家が行政権をもって直接に介入し、利益調整の名のもとに、一方の、あるいは一部の私的利益を、特殊公法的仕方では保護することである。⁽²⁴⁾

渡辺のこの分析は、明快な歴史認識の上に「公益」概念を位置づけた、それまでの理論水準を一気に引き上げる画期的な議論であった。その上で渡辺は、課題を次のように設定する。今日の「国家独占資本主義」の下では、「一部の私的利益が、公益に転化する要因が何であるか、つまり私益に過ぎないものが公益として法的に構成されることの原因がどこにあるか、この問題こそ、現代行政法の歴史的構造を解明するための最も重要な鍵となるだろう。……現代では、公益と私益とが分離されず、私益の中に公益が入りこみ、公益の中に私益が入りこんでいるというこの公益と私益のむすびつきこそが問題なのである。⁽²⁵⁾」「国家独占資本主義」が日本社会の構造を解明するために今日どれほど有効かというありうべき一つの疑問をひとまず保留するとすれば、渡辺の設定した課題自体は、約三〇年後の現在でもいささかも色あせるものではない。

しかし、もう少し渡辺の論理を追ってみよう。一九六九年に発表された論文では、渡辺は、「公益」概念について

の上のような歴史分析を前提として、日本国憲法の下における「公共の福祉」概念は、「今日、人権抑圧のための最も強力な、したがって最も反動的な法イデオロギーとして機能している」という認識の下に、実践的には「ことばあるいは概念それ自体を完全に解体させるような方向で解釈論も考えていくべきであろう」とする⁽²⁶⁾。その前提は、「公共の福祉」概念を「現代的『公共』概念」（『国家独占資本主義的公概念』）として位置づけることである⁽²⁷⁾。現代法における「公共の福祉を先頭とする一般条項は、まさに、客観的経済法則としての等価交換秩序が崩壊したところに発生したものである」とあり、「市民法のもとにおける一般条項のような客観的基準をもちや今日もちえない。」そのため、「ひとたび、このような抽象概念を認めるなら、解釈学的操作によっても、その限界を確定することは不可能である」というのが論者の認識である。そして、結局は「公共の福祉」は資本主義経済の維持という政治的目的に奉仕するためのものであり、労働者保護もその枠内でのみ問題とされるにすぎない⁽²⁹⁾のだから、警戒のみがとるべき実践的態度であるということになる。財産権の制限にしても、「資本所有権と、労働者の権利ないし消費者の権利との対立、そして後者の権利のための前者の権利の制限という問題に還元されるのであって、公共の福祉というようなわけのわからないもので理由づける論理的必要はない」とされる⁽³⁰⁾。

このような議論に立脚するのであれば、「私益に過ぎないものが公益として法的に構成されることの理由」という前述の課題に対して、抽象的レベルでは、「答」が既に出されてしまっていることになる。「福祉国家行政」——具体的には開発行政・水利行政——の「メカニズムとその実態が、いかに独占資本の要求とふかくむすびついているかを論証する⁽³²⁾」という、一九六四年論文において渡辺が行った作業は、六九年論文を踏まえれば、もはや論者の議論にとってさほど大きい意味を持つものではあるまい。個別行政が仮に「独占資本の要求」ではなく、「資本に支配される者の利益」を志向していたとしても、それは所詮体制全体の維持という観点からなされるものなのだから、法実践レベル

では別段、「公益」の理論認識にとつては、何を付け加えるものでもないはずである。⁽³³⁾

さて本稿は、そのような「答」の当否にさしあたり立ち入るつもりはない。本稿は、「公益として法的に構成されること」の理由」というよりむしろ、そこにおける「構成」それ自体、言い換えれば「私益」がどのような言説を介して、「公益」と位置づけられることになるか、そのことに最大の関心をもつ。かかる言説分析、イデオロギー分析という基礎作業にも何ほどかの意味がありうるというのが本稿の作業の出発点における仮説である。これは渡辺の業績も「公共性分析」も意識的に退けてきたアプローチであり、それをあえて採用しようという本稿は、いわば反動的と思われるかも知れない。⁽³⁴⁾ 上述の「答」の当否について本稿が仮になにかを述べるとすれば、それは考察の「出発点」ではなく「結果」に求められることになるだろう。

3 方法と課題

それでは具体的にどのような方法をとるのか。ありうべき方法として、第一に、行政法学における「公益」概念の内外の学説史に直載に迫る方法があるだろう。筆者としても是非ともとりくむべき課題であるが、上で見た「公共の福祉」論争や渡辺洋三の業績を別にしても、既に一定の研究の蓄積⁽³⁵⁾があることでもあり、将来の課題としたいと考える。⁽³⁶⁾

第二に、例えばP・ヘーベルレがその教授資格論文『法律問題としての公益』⁽³⁷⁾で試みたような法領域横断的方法がありうるであろう。彼は、同書において、立法・判例をほとんど網羅的にまで考察し、それぞれの局面で公益概念がどのように用いられているか、類型学を試みている。単に多様性の提示にとどまらず、彼はその中に貫通する「公共

性「あるいは「公開性」(Öffentlichkeit)を強調することになる。彼の見解のより立ち入った検討は本稿の直接の課題とするところではないが、そこでは、一種の多元的社會観が前提とされた上で「公共」と国家との必然的關連性が否定されていることは、さしあたり指摘しておいてもよいであろう。このような方法の大きな意義もまた言うまでもないところであるが、これも、筆者にとってはまず足場を固めた上での将来の課題であり、本稿はこのような方法をとるものでもない。

本稿がめざすのは、各論的な特定行政領域にひとまず定位した分析である。特定の法領域において、「公益」と「私益」とがどのように交錯しているのか、それを主題的に分析することが目標になる。具体的には土地収用制度、それも一八七四年プロイセン土地収用法とその關連學說を考察の対象として選択する。筆者の長期的な課題としては通時的な分析を目標としているが、さしあたり本稿は右のような対象に考察を限定する。

考察の対象として土地収用制度を選択する理由は以下の三点である。

(1) 改めて言うまでもなく、土地収用は私人の財産を公權力が強制的に剝奪するという、利害対立が鮮明に現れる法領域の一つだとさしあたり言える。そこでは当然、そのような制度自体、あるいはその具体的な適用を説明し(説明概念)、さらに適用事例を確定する(道具概念)ためのドグマティックが必要とされる。多くの場合、そこに広い意味での「公益」概念が構成され、それが私権に優越すべきことが主張されるのである。そこで展開される言説の分析が本稿の課題となる。⁽⁴¹⁾

(2) しかし同時に、土地収用、特に本稿で問題にする「古典的収用」は、所有権を二重の意味で肯定することでもあった。それが制度として一般的な所有権保障を前提とするという意味でもそうであるし、また、ある利害が収用の対象として認められるということは補償が与えられることを意味し、その限りにおいて個別所有権が保障されることに

なる。C・シュミットによれば、「所有権の否定と肯定との結合と、それを法制度へと形成することが収用問題の核心である⁽⁴²⁾」とされる。

従つて、収用制度における「公益」概念の考察は、同時に所有権概念をめぐる考察でもある。所有権概念と公益概念とは必然的に相関関係にある。所有権になんらかの規制が加えられる場合、それを「内在する」制約と観念するか「外から」の制限と解するのか、その際「公益」概念を登場させるのかさせないのか、言説にはさまざまなバリエーションがありうるだろう。さまざまな局面において「公益」「公共性」ないし類似概念が果たし／あるいは果たさない役割を分析することも課題でなければならない。

樋口陽一は次のように述べる。「憲法のフォーミュレーションは近代立憲主義以来の伝統をもっているため、近代法の歴史性に見合う権利のわくが『権利の内在的制約』の名でよばれるのであるが、まさしく権利とははじめからそのように一定の形をもつたものとして存在しているのであって、まず何をしてよい『権利』があり、ついでそれが制約されてそのような形のものとなるわけではない⁽⁴³⁾」かかる観点からすれば、本稿の作業には、「公共の福祉」一般論に関しても何ほどの意味がありうると思われるものである。

(3)さらに、いわゆる「公共的私用収用」という今日の問題がある。例えばドイツ連邦憲法裁判所の一九八七年の判決では、都市計画事業農地整備手続により、私企業(ダイヤモンド・ペンツ社)の自動車試走場用地のために土地収用を発動することの可否が問われた⁽⁴⁴⁾。また、奇しくもやはり自動車会社(ゼネラル・モーターズ社)を受業者とする収用プロジェクトの合憲性に関わる米ミシガン州最高裁の判決も既に紹介されている⁽⁴⁵⁾。管見の限り日本にそのような事例はないが、私人・私企業が受益者となる収用の問題は、既に工業団地造成事業、新住宅市街地開発事業等との関連で、しばしば注目されてきたところである⁽⁴⁶⁾。このような現象は、公益と私益の区別・関連という問題を我々の前に鮮明に

つきつけている。

その中でも本稿のさしあたりの対象は一八七四年プロイセン土地収用法⁽⁴⁷⁾である。同法は一般に「古典的収用」の理念型とみなされている実定法律であり、日本法も多大な影響を受けているとされる⁽⁴⁸⁾。同法がいかなる「所有権」観を前提とし、それに対していかなる実体的・手続的「公益」概念を対置していたか、その点をめぐるプロブレマティクを描き出すことによつて、「公益」あるいは「公共性」の問題一般に少しでも迫ろうというのが本稿の目論見である。議会議事録を参照しながら制定時の議論をたどり、さらにその論点の制定前後の諸学説の中における位置測定を試みることにしたい。他の法令・学説との通時的・共時的比較は、論述にあたって常に意識するところではあり、一部明示的に触れるところもあるが、考察の直接の対象ではない。

そして実は、先にみた「公共的私用収用」の問題も、ある意味では近時初めて登場した問題ではない。そもそも「古典的収用」の典事例と考えられる鉄道事業のための収用も、多くの場合、即自的には「私人」とみなされる株式会社を受益者として用地を取得させるものだったのである。もちろんそれらを「特許事業者」として通常の私人と區別して起業者資格を認める議論もあったのだが、それは解釈論的操作に過ぎない。問題は古くて新しいのである。渡辺洋三が「国家独占資本主義」の特徴として指摘する「公益と私益の結びつきの構造」、すなわち「私企業たる公益事業の保護は、それが公益事業であるという側面を見れば公益の保護であると同時に、それが私的利潤を追求する私企業の保護であるという点においては、まさしく私益の保護である……だから、たとえば、かかる公益事業のための土地収用をするとき、行政権は、公益目的に奉仕すると同時に、当該私企業の私益⁽⁴⁹⁾利潤追求にも奉仕しているのである⁽⁵⁰⁾」という関係は、既に「古典的収用」の成立時点においてポレーミッシュな領域だったのである。かかる観点からすれば、一八七四年プロイセン収用法の考察も、一定の今日的意義を持ちうると思われる。

さて、すでに同法については、棟居快行の本格的な先行研究⁽⁵¹⁾が存在し、そこで明らかにされた点の多くは本稿も継承するところである。その上でなお、資料的価値を別として、本稿がいくらかでも新たなものを付け加えることに成功するとすれば、それはおそらく、棟居がプロイセン収用法とそれをとリまく諸学説の全体的構造分析に努め、それを見事に描き出しているのに対し、本稿は立法過程・学説の中に見られる相反する契機・対立・ズレにより多くの関心を抱くという関心の相違から来るものであろう。

さらに、方法論に関わるものとして補足しておかねばならないのは、既に見た渡辺洋三の三段階図式、特にその「市民的公概念」の問題である。先に述べたように渡辺の図式は、今日でも作業仮説として十分以上の意義を有するものであるが、本稿にとっては、絶えず関連を意識せざるを得ない対象ではあっても、それを直接利用することはできない。まず第一に、既に指摘されているように、近代の取用制度は鉄道その他の「市民社会の基盤整備的諸事業」⁽⁵²⁾を推進するための道具として登場したものであり、同時代の学説においても、それを明晰に意識したものも見られ⁽⁵³⁾た。しかし、だからといってプロイセン収用法が成立した一八七四年という時点を「市民社会」の時代とみなし、「市民的公概念」をあてはめようとすることには、相当に無理があるだろう。だとすればそれは、ドイツにおける後発的近代化という問題なのか？ 確かにそれで説明できる部分もあるだろう。⁽⁵⁴⁾

しかしそれだけではなく、土地取用という法律制度に「市民的公概念」を適用することそれ自体にそもそも無理がある。既に触れた、この時期に既に「公益と私益のからみあいの構造」がみられたという問題もある。さらに、「市民的公概念」という枠組自体、再検討を要する。繰り返しになるが、渡辺によれば、市民的公概念とは「市民一般の、あるいは市民に共通する私的利益」⁽⁵⁵⁾にはかならない。「たとえば、一般市民犯罪を防止して、市民社会秩序を維持するという公益目的は、市民一般に共通する私的利益の維持にはかならない。国家は、市民社会の秩序を維持すること

をもって国家目的とするのであり、ここにおける公益は、市民の私的利益の総体である⁽⁵⁵⁾とされる。しかし、土地収用のように、起業者⇨国家の側と被収用者の側とに明確な利害対立が存する場合、利益の「共通性」を語ることは当然ながら困難が伴うだろう。同じく渡辺によるややニュアンスが違う定義として、次のようなものもある。「市民革命期におけるこれらの権利濫用思想や公共の福祉思想は、現代のそれと異なり、理念型としての小生産者相互のつくりだす自由な商品交換社会を前提としたものであった。……公共性の内容の判断について、市民の間に大きな分裂がなく、相互に等質な、いかなる市民にも共通する基本的人権を保障するために必要な国家の規制が、所有権の制限として考えられていたのである。……相隣関係のごとき土地所有権の自由の制限も、土地という特殊な自然物の属性にもとづく制限である限り、格別に問題を生じなかった。いずれにせよ立場を交換しうる可能性を前提とするかぎり、権利の制限は、権利の尊重と表裏一体をなしていた⁽⁵⁶⁾」ここでは文字どおりの「共通性」ではなく、(1)その判断について一致が得られること(2)利害に等質性があり、立場の交換可能性があること が強調されている。

この後者の定義に従った場合でも、立場の交換—「立場を変えて、隣人がもしそれをしたならば自分が困るであろうようなことは、自分もしないということ」⁽⁵⁷⁾—が直感的に観念できる相隣関係のような場合と、土地収用とは事態にかなり本質的な差異があると考えられるだろう。いずれにせよ、即自的な利害の共通性を超えた⁽⁵⁸⁾なんらかの概念化が必要となってくるのである。その意味で、近代を「法観念の問題」としては、……まさに『公共の福祉』の観念の消失の時期なのであった⁽⁵⁹⁾—というのは、かかる局面にまで射程を拡げる限りにおいては必ずしも正確ではない⁽⁶⁰⁾と言える。

(1) 報告及び討論の様子は『公法研究』第五四号に掲載されている。また、それより以前、同学会創立四〇年記念講演において、小林直樹は「公共性を考える」と題する講演を行っていた。『公法研究』第五一号、一九八九年。

(2) 前掲公法学会総会報告において、宮崎良夫は「公共性ないし公益をめぐる近年多くの議論がなされるようになった」背景を以下の五点に整理している。(1)行政の任務の範囲が問題になったこと(2)公益と私益の区別が問題になったこと(3)行政の公共性を強調する一連の判決(大阪国際空港最高裁判決、厚木基地東京高裁判決)が出され、立法でも土地基本法の「公共の福祉優先」のような規定が見られたこと(4)行政の公共性を実効的に確保する仕組みが問題にされたこと(5)公益判断の主体・手続・法的統制が問題となってきたこと。宮崎良夫「行政法における公益」『公法研究』五四号(註(1))、一三〇—一三五頁)

(3) もっともまとまったものとして、『現代国家の公共性分析』(日本評論社、一九九一年)所収の諸論文を挙げることができる。

(4) 室井力「現代日本の行政機関とその作用」(『現代行政法の展開』(一九七八年)、九八頁以下。初出、『マルクス主義法学講座第六巻』一九七六年)を初期のいわば綱領的論文と見なすことができよう。その他に、浜川清「行政の公共性分析試論」(渡辺佐平編『民主的行政改革の理論』一九七八年)、一七三頁以下、室井「行政改革と法律学」(『行政改革の法理』一九八二年)三頁以下、原野翹「行政の公共性分析と現代行政法学の課題」(『法の科学』一二号、一九八四年)、五五頁以下)、室井「国家の公共性とその法的基準」(『現代国家の公共性分析』(註(3))三頁以下、晴山一穂「公共性分析の意義と課題」(『法の科学』一九九一年)八五頁以下)、浜川「公法学における公共性分析の意義と課題」(法律時報六三巻一一号、一九九一年)六頁以下、原野「行政の『公共性』と現代行政法の理論」(『公法研究』(註(1))一五五頁以下などがさしあたり挙げられる。

(5) 室井は、「公共性」の問題の今日的意味が意識された契機として、(1)大阪空港訴訟において、空港の公共性に被害者の生活環境・文化などの公共性が対峙されたこと (2)臨調行革路線により国・地方公共団体の公共性の再検討が要請されたことを挙げている(室井「国家の公共性とその法的基準」(註(4))、四頁)。但し、前註で「綱領的」論文として紹介した論文「現代日本の行政機関とその作用」の初出は一九七六年であることを考えれば、時代の変化と共に分析作業の実践的関心にもあらたな側面が付け加えられて言ったことを推測することができる。なお参照、「シンポジウム・現代国家における公共性」(『法律時報』六三巻一一号、一九九一年)四八頁以下における森英樹発言(七一頁)。

(6) 原野・註(4)『法の科学』一二号、五五頁

(7) 念頭におかれているのは、特に故遠藤博也の議論である。

(8) 室井「行政裁量と住民要求」『現代行政法の展開』(註(4))五八頁以下、六〇頁

- (9) 室井・註(4)『現代国家の公共性分析』一四頁
- (10) 例えば原野・註(4)『法の科学』一二号、五七頁、六四頁。
- (11) 「室井の『公共性分析』とは実態としての公共性と規範としての公共性との対立関係のなかで、三原則からなる法的基準(即ち、これは憲法的価値のことである)によって定義される後者によって前者を批判的に検証しようという設計だといえる。その設計思想には合理性が認められるけれども、しかし、ここでは「公共性」という言葉がカプセルに入れられたまま、意味が開かれていないという印象を免れえない。その言葉を用いる心然性のはっきりと納得できないのである。」花田達朗『「放送」による公共性』から『放送』による公共圏』へ』『公法研究』五四号(註(1))八六頁。
- (12) 浜川・註(4)『法律時報』六三卷一、二号八頁。七〇年代末に書かれた論文で、浜川は次のように述べる。「一般に一定のイデオロギーの分析は、二面においてなされる。第一には、そのイデオロギーの社会構造における位置・機能及び歴史性を明らかにすることであり、第二の分析はイデオロギー自体の内的構造を明らかにすることである。公共性概念の意義は、基本的に前者の視角により解明されるべきものであり、公共性が登場する各局面に応じて分析的に検討されることを通じて、共通の公共性概念が抽象されよう。また、前者の視角によって、イデオロギーの社会的歴史的機能も検討されるのであり、公共性についていえば、たとえば、公共性を正統性根拠としてみなされる国家行政が現実には特定の私的利益の実現をはかる現実の批判的検討がなされなければならない。これに対して、後者のイデオロギーの内的分析は、イデオロギーの存在とその機能を所与のものの一応前提しつづすめられるものであり、こうした分析は各イデオロギーが持つ機能によってその意義及び視角を異にせざるをえない。」(浜川・註(4))『民主的行政改革の理論』一七四頁)この記述に言う「公共性が登場する」という言葉の意味は心ずしも明らかではないが、「イデオロギー」を分析しよういうのであれば、具体的な言説をとりあげ、そこにおける「公共性」又は類似の概念の果たした／あるいは果たさなかった役割を分析することが、その「社会的歴史的機能」を分析する上でもやはり必須の作業であろう。むしろ、本文にも述べたように、イデオロギー分析を超えて、多くの成果を産みだした点に、「公共性分析」の意義は認められるのではないか。
- (13) 「公共性分析」に関する叙述ではないが、参照、田中成明『法理学講義』(一九九四年)一〇四頁。
- (14) ここで文献を網羅的に検討する用意はない。後記個別に引用するもの他は末川博編『基本的人権と公共の福祉』(法律文化社、一九五七年)及び『公法研究』第四号(一九五一年)所収の諸論稿を挙げておくにとどめる。

- (15) 引用句はいずれも『法律時報』掲載の座談会における冒頭発言よりとった。「座談会・公共の福祉と基本的人権」(前掲・註14)『公共の福祉と基本的人権』二二七頁以下(二三〇頁)、初出『法律時報』二二卷九号(一九四九年)(辻清明発言)、「判例を中心とした『公共の福祉』の研究」(前掲書二六一頁以下(二六三頁)、初出『法律時報』二八卷一号(一九五六年))(鵜飼信成発言)
- (16) 『公共の福祉』という総括的なレッテルをはることによって問題が解決するのではなく、個々の制約立法に即して特定化した制約根拠が許容さるべきかどうか、問題解決の対象とされざるをえない。個別の制約根拠を『公共の福祉』というレッテルのもとで総括するかしないかは、どうでもいいことがらになった。奥平康弘「基本的人権と『公共の福祉』憲法学Ⅰ(一九七六年)五六頁以下(五七頁)。
- (17) 樋口陽一「日本国憲法下の〈公〉と〈私〉——〈公共〉の過剰と不在」前掲『公法研究』(註(1))一頁以下(五頁)
- (18) 『注釈日本国憲法上巻』一九八四年、二八〇頁(第一三条、佐藤幸治執筆)
- (19) 『注釈日本国憲法』(註(18))、二八二頁
- (20) 鈴木安蔵「基本的人権と公共の福祉」前掲『基本的人権と公共の福祉』(註(14))、一一二頁(一三九—一四〇頁)同論文には、(1)「基本的人権」=「人間としての発展のために絶対不可欠とするところの諸条件」は、人々の「社会的地位」とくに階級的地位の如何によって……相互に異なる」という認識(同書、一二七頁)——やや逆説的だが、その場合「基本的人権」というカテゴリーそのものは超歴史的になるだろうと、(2)特定の社会経済体制の下における「基本的人権」とが、やや未整理に混在している印象がある。
- (21) 同書、一三〇頁
- (22) 鈴木・前掲註(20)、一三九頁
- (23) ここではとりあげることではできなかったが、戒能通孝の一連の業績(『基本的人権』と『公共の福祉』(二)——(五・完)『法律時報』二二卷九—一二号、二二卷一号(一九四九—五〇年)、『国家の福祉』と『公共の福祉』『思想』三二七号(一九五一年)、『言論の自由と公共の福祉』『思想』三六八号(一九五五年)、『権利濫用』と『公共の福祉』『法律時報』三〇卷一〇号(一九五八年))は、論者独自の図式的でない歴史分析を背景に興味深い数々の指摘をなすものであり、詳細な検討に値する。
- (24) 渡辺洋三「現代福祉国家の法学的検討」『現代国家と行政権』(一九七二年)一七頁以下(二四〇—一四一頁)(初出、

- 『法律時報』三六卷四一九号、一九六四年)
- (25) 渡辺・註(24)論文、一四二頁—一四三頁
- (26) 渡辺「公共の福祉と基本的人権」『現代法の構造』(一九七五年)一三九頁以下(初出『思想』四八〇号、一九六九年)四二頁
- (27) 渡辺・註(26)、一四八頁註(二)
- (28) 渡辺・註(26)、一四六—一四七頁、一五〇頁
- (29) 渡辺・註(26)、一四八頁。同論文のモチーフの一つに、「現行憲法の完全実施と社会主義的変革を直接に(強調原文)むすびつける改良主義的構造改革論」に反対するということがあった。(一四〇頁)
- (30) 渡辺・註(26)、一五三頁。渡辺には、「公共の福祉」概念が「権力内部における司法権の地位を相対的に低からしめることにもなる」という問題意識がある。(一五二頁)あくまで人権概念で問題にアプローチし、司法審査に一定程度期待するというのがおそらくは論者の戦略であろう。
- (31) 渡辺・註(26)、一九一頁
- (32) ちなみに渡辺は、近時の論稿(「土地財産権についての基本的考え方—その憲法論的位置づけ」『法と民主主義』一九九一年三月号、三頁)においても「公共の福祉」否定論を貫き、その結果、都市計画制限を相隣関係のような「内在的制約」と説明するといふかなりの無理をもあえてしようとするのである。ここにはかなり高いレベルでの理論的一貫性を見とることができる。(もっとも一九八五年の『財産権論』には、「現代型公共の福祉」に「民主主義的タイプ」と「反民主的タイプ」があるという記述も見られる(七〇頁)。
- (33) ここに至り、渡辺の方法と「公共性分析」論者の方法とは決定的に相違することになってくるだろう。
- (34) しかし、繰り返しになるが、実態分析の意義を軽視しようという意図を本稿は毫も有するものではない。
- (35) 戦前の日本行政法学については、安達和志「行政法における『公益保護』理論の再検討」雄川一郎先生追悼記念論集『行政法の諸問題 上』(一九九〇年)一頁以下。ドイツの学説史については、安達「西ドイツ行政法における『公益』論研究序説」(上・下)『自治研究』五九卷九号・一二号(一九八三年)、宮崎良夫「公益判断、その主体、法的統制をめぐる問題」『現代国家の公共性分析』(註(4))四三三頁以下。なお、安達一九九〇年論文は、渡辺洋三の三段階図式を適用して戦前日本行

政法学を分析したものである。

(36) 「法概念」としての「公共の福祉」を語るにあたり、これまで主として私法の領域で展開されていた「一般条項」をめぐる議論(さしあたり参照、佐藤岩夫「法の現実適合性と一般条項」『法学』五三巻六号(一九九〇年)八九頁以下、広渡清吾『法律からの自由と逃避—ヴァイマル共和制下の私法学』(一九八六年)との接合が不可避になるであろう。本稿はその点を軽視するものではないが、さしあたりは主題的な論述の対象とはしない。一般条項についてのなんらかの理論を前提として論述するのではなく、むしろ「公益」概念が登場する／しない各局面を分析することによって、帰納的にアプローチしよう。というのが本稿の方法である。その上で、一般条項論に何ほどのものを付け加えるか、それは本論における課題となる。

(37) Peter Häberle, *Öffentliches Interesse als juristisches Problem. Eine Analyse von Gesetzgebung und Rechtsprechung*, 1970

(38) Häberle (Anm. 37), S. 708-709. なお、参照、角松「民間化」の法律学—西ドイツ Privatierung 論を素材として—『国家学会雑誌』一〇二巻一・一二号(一九八九年)七一頁以下(七三五頁)なお、六〇年代後半以降の西ドイツではヘルムの前掲書の他にも「公共」あるいは「公益」に着目する多くの研究が著された。(Wolfgang Martens, *Öffentlich als Rechtsbegriff*, 1969; Alfred Rinke, *Das Öffentliche als verfassungstheoretisches Problem, dargestellt am Rechtsstatus der Wahlfahrtsverbände*, 1971; Ulrich K. Preuß, *Zum staatsrechtlichen Begriff des Öffentlichen* 1969; Michael Stolleis, *Gemeinwohlformeln im nationalsozialistischen Recht*, 1974) これらの議論を西ドイツ公法学の「新傾向」ととらえ紹介するものとして、栗城壽夫「西ドイツ公法理論の変遷」『公法研究』三八号(一九七六年)七六頁以下。このような議論は、もちろん時代の政治的・社会的状況によって触発されたものであるが、同時に非＝法学者による以下の3つの業績を挙げておくことができよう。

Hannah Arendt, *The Human Condition*, 1958 (志水速雄訳『人間の条件』中央公論社、一九七三年)ちくま学芸文庫、一九九四(中)) Jürgen Habermas, *Strukturwandel der Öffentlichkeit* 1962 (細谷貞雄訳『公共性の構造転換』未来社、一九七三年)。

Ernst Fraenkel, *Der Pluralismus als Strukturelement der freiheitlich-rechtsstaatlichen Demokratie, Verhandlungen des 45. Deutschen Juristentages*, 1964, Bd. II, Teil B, S. 1-29. (Fraenkel, *Deutschland und die westlichen Demokratien, Erweiterte Ausgabe* 1991, S. 297.) 最後に挙げたフレンケルの論文は、ドイツ法曹大会における記念講演であり、多元主義概念を明確に打ちだしたものである。同論文について検討するものとして、西浦公「多元主義憲法理論の基本的特質」『大阪市立大学法学

雜説』三(卷三・四号二二三頁以下(一九八四年)がある。

(39) なお、かなり古いものであるが、日本法についてのこのような方向の研究として、奥平康弘「公共の福祉に関する立法及び判例の傾向」『憲法講座』第二卷一七頁以下(一九六三年)がある。

(40) 筆者が既に発表した別稿「憲法上の所有権?—ドイツ連邦憲法裁判所の所有権観・砂利採取決定以後」『社会科学研究』四五卷六号一頁以下は、そのような課題の一環として位置づけられる。

(41) 「公共性を私的利益の対立概念としてとらえるのでなく、むしろ国民個人の私的利益を満足させることこそが、公共性の公共性たるゆえんである」という立場(渡辺洋三「住宅問題と法」『財産と法』二〇五頁以下(初出『ジュリスト』二八一号、一九六三年)二二二頁)からすれば、「対立」を専ら強調する本稿の方法には疑問がありうるであろう。しかし本稿も、第一に、「公益」の実態が多岐の場合さまざまな私的利益の集成に過ぎないことを否定するものではない。そのような私的利益がいかなる言説によって「公益」とされるのかを分析することが本稿の課題である。第二に、ある私的利益をならんかの理由から「公益」とみなす言説一般の必要性をアプリアリに否定する立場を本稿はとらない。まさに本稿で考察するような土地収用という制度自体を否定するなら格別、それを肯定する限り、特定の利害を他の利害に優先しなければならない場合があることは当然の前提である。その際、「公益」ないし類似の概念を構成することを否定し、いわば裸の利害相互の利益衡量に委ねることがはたして妥当な問題の解決をもたらさうものか、疑問無しとしない。渡辺・前掲論文は、新住宅市街地開発法に定める土地収用を論評するにあたり、「調整の基準」を(1)利益を受ける国民の数の問題 (2)制限をうける利益とその制限により与えられる利益と、双方の利益の質の比較において、一方の利益を制限しても他方の利益を与える方が重要であると判断される場合の二点に求める(二二二頁)。憲法的価値の吟味作業に入っていくであろう(2)はともかく、(1)のような数的基準を「何人の目にも明らか」(同右)として無媒介に適用することが、多数者からの少数者の保護という人権の本質―所有権の「人権」性の如何という問題をひとまずおけば―と矛盾することはないか、ことが一般論につながって行くだけに、慎重な配慮が必要であろう。

(37) Carl Schmitt, Die Auflösung des Enteignungsbegriff (zuerst 1929), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954*, Berlin 1958, S. 110 (S. 120-Nachwort 1958) 棟居快行は「かかる見解を「古典的収用についての絶妙の評価」と評している。棟居「公用収用法理の展開と発展可能性(一)―(五)(未完)」、神戸法学雑誌三二卷二号三六七頁、三号五七五頁、

- 四号八三三頁、三三卷一号五三頁、二号二六九頁（一九八二—八三年）（引用文は（五）二九一頁註（二））
- (43) 樋口陽一『基本法コンメンタール新憲法』（一九七七年）第三三條、七一頁。
- (44) BVerfGE 74, S. 264ff. (24. 3. 1987) なお、本文で「土地収用を發動する」と書いたが、事案を「収用」に該当するものとみなしうるか否かはそれ自体争点であった。同判決について参照、田山輝明『西ドイツ農地整備法制の研究』一九八八年、五一—八頁以下、宮崎・註(2)、一三三頁。また、文脈は全く異なるが、村上淳一「ポストモダンの法理論」『岩波講座社会科学の方法Ⅵ 社会変動のなかの法』（一九九三年）二六一頁以下（二六二頁）も、同判決について触れている。
- (45) 寺尾美子「土地収用の公共性をめぐる最近のアメリカ法の動き」『Poletown 事件を題材として』『国家学会百年記念・国家と市民』第一卷四二七頁（一九八七年）、参照、Poletown Neighborhood Council v. City of Detroit, 304 N. W. 2d 455 (1981)
- (46) 新住宅市街地開発法についての立ち入った考察として、渡辺・註(4)論文がある。その他「公共的私用収用」の問題に触れるものとして、例えば遠藤博也『計画行政法』（一九七六年）、四六頁、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（一九六七年）一四二頁以下、一四七頁、一五〇—一五一頁、塩野宏「国土開発」山本草二他『未来社会と法』（一九七六年）一一七頁以下、一五九頁註（二）、藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』（一九八八年）、一七一頁。
- (47) Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874, *Preussische Gesetzsammlung* 1874, S. 221.
- (48) 棟居・註(42)（五）二八九頁は、『古典的取用』の概念もまた、フロイセン収用法に代表される実定収用法の理念型に他ならない」とする。ここまで何のことわりもなく使ってきたこの「古典的取用」概念であるが、広く知られているように、W・イエリネックの創始にかかるとあり、「(1)地片またはそれに関する物権的権利について(2)それを剥奪または負担を課すことであって、(3)特定の公共事業のために必要な処分として(4)行政行為によって(5)補償を伴って行われるもの」と定義される。『W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, 3. Aufl. 1931, S. 402. —数字は筆者が便宜上付加したものである）「古典的」という形容詞自体、それが前世紀を振り返っての「追号」（棟居・前掲（一）、三八九頁）であることの反映であろう。参照、塩野宏「オットー・マイヤー行政法学の構造」一九六二年、二〇六頁。
- (49) 参照、國宗正義『土地法立法原理』一九八〇年

- (50) 渡辺・註(24)、一四二—一四三頁、一四六頁註(五)。
- (51) 棟居・註(42)論文。プロイセン収用法を主題的に取り扱っているのは(二)五九四頁以降である。また、公用収用をめぐるドグマティック、特にその「公法的」構成の意義については、芝池義一「ドイツにおける公法学的公用収用法理論の確立」(一)(二)(三)、『法学論叢』九二巻一、号六二頁、二二二頁、四号四〇頁(一九七二—七三年)が高い到達点を示している。
- (52) 棟居・註(42)(二)、六〇一頁。
- (53) たとえばハーメルンの所説である。C. F. W. J. Häberlin, Die Lehre von der Zwangsenteignung oder Expropriation historisch-dogmatisch erörtert. *Archiv für civilistische Praxis* Bd. 39 (1856), S. II. S. 147f. (S. 162-163)
- (54) 棟居・註(42)(五)二七九頁は、O・キルヒハイマーに依拠しつつ、「一九世紀ドイツにおける、封建的要素と近代的要素の混在」を重視している。
- (55) 渡辺・註(42)、一四二頁、一四六頁註(二)。
- (56) 渡辺「現代所有権の思想」、『現代法の構造』(一九七五年)一〇〇頁以下、一一二—一一三頁。
- (57) 渡辺・註(56)一一三頁。
- (58) もっとも、「多数者」の即自的利害に立脚するような言説も実際に存在したのは事実である。Vgl. C. E. Leuthold, Öffentliches Interesse und öffentliche Klage im Verwaltungsrechte. *Annalen des Deutschen Reichs für Gesetzgebung, Verwaltung und Statistik*, 1884, S. 321-443. また、後にみるところであるが、仮に所有権保障の内実を専ら交換価値把握力のみに見いだし、それが完全に補償されることを前提とすれば、利害はかならずしも相反していないとも考えられなくはない。
- (59) 樋口・前註(43)七一頁。
- (60) さらにいうならば、「市民社会の基盤整備」は多くの場合、非市民社会的利害と対立しそれを抑圧することによって実現された(都市と農村の対立等)のであり、従って、「市民社会」の論理は常に膨張的な、他者に対しても自らを貫徹するような論理でなければならなかったと言いうことができる。

二 成立過程

以下本稿では、主として議会議事録を資料として用いつつ、一八七四年プロイセン収用法の構造の検討を試みる。「古典的収用」概念の範型となった同法を特徴づけるいくつかの要素を浮き彫りにする事が以下の叙述の課題である。

具体的論点を摘示する前に、理解の便宜のため、まず同法の成立過程を略述する。⁽¹⁾⁽²⁾

1 一八五〇年プロイセン憲法第九条

まず出発点として、一八五〇年プロイセン憲法第九条の規定を挙げなければならない。七四年法は、何よりも憲法同条文の具体化規定として理解されていたからである。同条は次のように規定する。「所有権 (Das Eigentum) は不可侵である。所有権は、公共の福祉 (öffentliche Wohle) 上の理由によってのみ、事前の、緊急時にあっては少なくとも仮に確定された補償と引換に、法律の基準によって (nach Maßgabe des Gesetzes)、剝奪または制限される。」七四年法は、まさに同条第二文に言う「法律の基準」を具体化すべきものとして立法されたものであり、これは憲法制定時において既に予定されていた事であった。欽定憲法八条(後の第九条)修正をめぐる上院 (I. Kammer) 審議において、ジーモン司法大臣は「収用法において、収用が公益上行われるのはどのような場合であるか規定せねばならないであろう。さらに、収用事例が存するのを確定するのはどの官庁であるかも定めねばならない。個別事例において、公益の助成に関わるものではあるが公益の推進とも関連しているという時に収用がなされることも排除されてはならない。私人に発するところの鉄道施設や、私的事業による救済事業のための収用などがその例である。かかる目的は、

事業者個人を別にして、公益にも関わるものなのである⁽³⁾と述べているのである。

2 一八六二年決議

一八六二年には、衆議院 (Haus der Abgeordneten) において、内閣に対し「一八五〇年一月三二日憲法第九条の全面的実現 (Ausführung) のために、次の会期に議會に法案を提出する事を期待する」という決議がなされた⁽⁴⁾。

委員会報告 (提案者理由書はごく簡略なものであり、委員会報告の方がより参考になる) は、まず、プロイセンにおける収用法の地域的分裂状況⁽⁵⁾を確認する。ところで収用は、「国家が公益上国民の財産をどの程度まで奪いあるいは制限できるか」という問題を提示しているという意味で、まずは「国法」(Staats-Rechte) に属する。しかし「問題が主として国法的性格のものである」ということは、それが国家の全地域において等しい (gleichmäßig) 定めをもつことを要求している⁽⁶⁾。」

理由書・委員会報告を検討すると、法律による所有権の制限—特に軍事基地周辺の建築制限—に対する補償への関心が強いのだが、この点は、その後の過程において、(1) 収用手続の規律と所有権制限に対する補償は別問題であり、(2) 後者は憲法九条の射程外であるという理由から法案から除外されることになる。

3 一八六四年草案

右の決議を承けて、一八六四年、司法省は「不動産の徴収 (Entziehung) と制限に関する法律案」を作成、「司法省雑誌」に公表した⁽⁷⁾。草案は全六部四七条からなり、詳細な理由書が付されている。理由書で注目すべき点は、現行法に対するより詳細な検討がなされていることと、それをふまえた上で、(1) 対象を不動産に限定すること(2) バイエレン

法のような列举主義をとらないこと(3)対象地の確定を行政庁のみの権限とし、裁判所を介在させないことが決定されていることである。また、法律上の所有権制限に対する補償の問題を収用法の対象としないこともこの段階で確定している。即ち、この六四年草案段階で、七四年法の原型が既に確立している事を確認する事ができるのである。

4 六八年法案から七二年法案まで

しかし、一八六四年の対デンマーク戦争、六六年の普墺戦争で立法作業は中断する。さらに新領土の併合は、草案の再検討を余儀なくさせた。⁽⁹⁾

一八六八年に至り、再度法案が作成され、貴族院に提出される。⁽¹⁰⁾ この法案で注目すべき点は、六四年草案が採用した、被収用地確定手続―補償確定手続の二分法を排し、両手続を統合した事である。⁽¹¹⁾ 委員会では修正を加えられた後に同法案は上院を通過するが、⁽¹³⁾ 衆議院では審議未了となった。

翌六九年、再び貴族院に法案が提出される。内容は前年に貴族院を通過したものとほぼ同一であるが、軍事目的の一時利用に関する部分が、連邦法に委ねるとして全面削除されている。⁽¹⁴⁾ 今回も貴族院は通過し、⁽¹⁵⁾ 衆議院に回付される。衆議院では委員会報告の段階まで行くが、本会議採決には至らず法案は成立しない。この委員会報告では、被収用地確定手続と補償手続とを再び二分することを中心とする、大幅な修正が行われた。⁽¹⁶⁾

一八七一年、今度はまず衆議院に法案が提出される。手続に関しては、前回の衆議院委員会修正を受け入れ、手続の二分法を採用していた。⁽¹⁷⁾ 再び設けられた委員会は、今回も大幅な修正を加えた上で同法案を採択するが、⁽¹⁸⁾ またもや法案は成立しない。この委員会報告により、法案の名称が、従来の「土地所有権の徴収又は制限に関する法律」から「土地所有権の収用に関する法律」に改められ、それに対応して法文中でも章の表題で「収用」が用いられる事にな

ったが、条文中の表現ではなお「徴収又は制限」が維持されている。⁽¹⁹⁾ 實質的修正の内でも最も興味を惹くのは、土地の価値評価に関する部分の修正であるが、それだけではなくかなり多くの条文について細部の修正が行われている。一八七二年、四度目の法案が衆議院に提出されるが、今回は第一読会すら開かれないうちに終わる。⁽²⁰⁾

5 成 立

そして一八七三年一月、衆議院に提出された法案⁽²¹⁾が審議の末最終的に成立することとなる。一月二八日に開かれた第一読会では、政府委員は審議を迅速にして法案成立を確実にするため本会議で直接審議することを求めたが、べール議員等が特別委員会付託を主張し、議論の末委員会設置が決定される。⁽²²⁾ 委員会報告は、以前のものと比べれば重複を避け比較的簡略で、かなり多くの点について加えられた修正も、主として用語や文章に関するものである。しかし本会議では、中央党を率いるヴィントホルストが殆ど逐条的に修正案を提出した—その多くは所有者保護の立場からのものである⁽²⁴⁾—のを始めとして数多くの修正案が提出され、第二読会での逐条審議には三日間⁽²⁵⁾を要した。第二読会でいくつかの修正を受けた法案は、最終的に五月七日の第三読会で可決され、貴族院に送付される。委員会報告を受けて、五月一八日に法案はいくつかの修正を付した上で貴族院を通過。再度衆議院に回付された法案は無修正で可決^(二〇日)される。六月一日付けの国王の裁可により、ようやく収用法は成立した。⁽²⁶⁾

6 小 括

以上が一八七四年プロイセン収用法の議会審議過程の概要である。個別論点の検討に入っていく前に、右のような成立過程から、さしあたり以下の諸点を確認する事ができると思われる。

第一に、本法成立のもっとも主要な動因となったのは、取用に関する法制度の地域的多様性に鑑みて、統一的法制を確立しようという要請である。一八六六年の新領土併合によってかかる必要性は増大したが、要請それ自体はより以前にさかのぼる事ができる。このことは以下の二点の含意をもつ。(1)以下検討するように、具体的内容についてはさまざまな点について意見が対立したものの、法案の必要性自体を疑うような議論は議会内部ではみられない。この点に関する限り、幅広いコンセンサスが存在している。最終局面におけるヴィントホルストの議論にしても、およそその点を疑ってはいない。(2)本法成立以前から、地域毎に差異があつたとは言え、どの地域においても取用は行われていた。即ち、本法がなければそもそも土地取用が行われなかつたか補償を支払う根拠規定がないとかいう事態は生じていない。その意味で、本法は取用制度の正当性を創出するものではなく、それを確認すると共に規定を整備するといった性質のものに過ぎない。

第二に、本法は専ら憲法九条の具体化規定として捉えられていたことである。最初の段階の六二年決議においては、法律による所有権制限の補償という問題が重視されていたが、具体的立法段階になるとこの点は除外される。そもそも憲法が予定していた法律を現実化するための作業として立法は捉えられるのである。詳しくは後述するところであるが、本法の適用対象もまた、憲法九条二項と連動して理解されることになった。⁽²⁷⁾

第三に、議会審議の活発さである。法案が提出される度に委員会で詳細な検討が行われ、数多くの修正がなされている。政府が次の法案を提出するときには、その修正の大部分が受け入れられているというのが実状である。これを政府―議会の対立と受け取る事もあるいは可能かも知れないが、むしろ基本的価値判断において一致していた故の協調関係と理解する方が、筆者にはより実態に即しているように思われる。

(1) 成立過程について比較的詳しく説明するものとして Vgl. O. Bähr/W. Langerhans, *Das Gesetz über die Enteignung von*

Grundgesetz vom 11. Juni 1874, Berlin 1875, S. 1f. (著者兩名は、議會で立法に直接関わっている) また 'Joh. Victor Brecht, *Die Zonenerteignung und ihre Zulässigkeit in Preußen. Zugleich ein Beitrag zur Lehre vom öffentlichen Interesse*, Leipzig 1909, S. 85-90 は「公益」概念に関する議會での議論を、独自の立場から抜粋的に紹介している。

(2) ここで確認しておくべきなのは、既にしばしば指摘されている(芝池「ドイツにおける公法学的公用収用法理論の確立」(一註(1)) (一) 25頁、八〇頁 Ernst Durnoik, *Die Entstehung des heutigen Enteignungsrechts aus den Besonderheiten des Eisenbahnbaus, Archiv für Eisenbahnwesen* 1929, S. 1405, 1930, S. 65, S. 317.) ドイツにおける鉄道建設と公用収用法理論との密接な関連である。鉄道建設は、いわゆる「ドイツ産業革命」の出発点となったが、可能な限り直線的に建設されねばならないなどの理由から、そのための収用は不可欠となった。(Vgl. Durnoik, a. a. O., 1929, S. 1407-1410.) プロイセンの場合、建設を当初主導したのは都市産業資本・商業資本であり、鉄道事業自体の収益性よりもむしろ販路拡大にとつてのその「使用価値」に大きい関心を抱いていたと言われている。(ハンス・モテック(大島隆雄訳)『ドイツ経済史 一七八九—一八七一年』(一九八〇年) 一六一—一七頁) Dietrich Eichholtz, *Junker und Bourgeoisie vor 1848 in der preussischen Eisenbahngeschichte*, Berlin (Ost) 196, 2. S. 155-156.) しかし一八三〇年代末になると国家も大きい関心を抱くようになり、一八三八年には鉄道事業法 (Gesetz über Eisenbahn=Unternehmungen, 3. II. 1838, *Gesetzes-Sammlung* 1838, S. 505f.) が成立するが、同法八条—一五条は収用に関する規定だった(同法の規定は、一八七四年収用法との比較に必要な限りで取り上げる)。

(3) *Stenographische Bericht der 1. Kammer 1849-50 Bd. II*, S. 670. 周知の事ではあるが、プロイセン憲法制定は次のような過程をたどった。三月革命と自由主義的内閣の成立を受け、一八四八年五月には憲法制定議會が開会され、審議を始めた。しかし保守派は徐々に力を回復し、一二月五日の議會解散と同時に一方的な欽定憲法 (die oktroierte Verfassung) 發布という結果となる。その後、あらたに發布された三級選挙法の下で選挙された上下両院により憲法の修正審議が行われ、最終的に一八五〇年一月三〇日の憲法が確定されることになる。(F. ハルトツング『ドイツ国制史—一五世紀から現代まで—』成瀬治・坂井栄八郎訳、一九八〇年(原著一九六九年) 三五五頁以下) Gerhard Anschütz, *Die Verfassungs=Urkunde für den Preussischen Staat vom 31. Januar 1850. Ein Kommentar für Wissenschaft und Praxis* (以下「同書」) Anschütz, Komm. 211以下(用) S. 28-60.) ここで引用したのは、最終段階の修正審議である。

(4) *Stenographische Berichte des Haus der Abgeordneten 1862* (以下 SBHA 1862 と略記する。以下同様。), Aktenstück Nr.

24. S. 137 (原案); Nr. 48, S. 349 (委員会報告); 15. Sitzung v. 27. 6. 1862, S. 412 (決議)

(5) 七四年法制定以前、収用に関する一般法は、当時プロイセンにおいて妥当していた三種の異なった法体系(1)ライン西岸など、フランス法の効力範囲(ケルン控訴裁判所管内)(2)一部の例外を除く旧来のプロイセン領で、一般ラント法の妥当する地域(3)旧ハノーバー王国など、新プロイセン領など、ドイツ普通法によって処理される地域)のそれぞれにおいて、実体法・手続法ともに内容を異にしていた。また、鉄道などの特定行政領域に関しては特別法が定められている場合もあった。

(6) SBHA 1862, Aktenstück 48 S. 350. 「国法的性格」を強調するこのような理由付けは、そのまま後述する六四年法案に引き継がれる(*Justiz-Ministerial-Blatt* 1864 (unten Anm. 7), S. 353)。さらに六八年法案では、さらに「収用の対象たる土地所有者の私的利益も、補償が全国士地において同一の一般原則によって確定される事を要求している」という語句が加えられる(*Senographische Bericht des Herrenhauses* 1868/69 (Zitat SBHH 1868/69 247), Aktenstück Nr. 10, S. 68)。

(7) *Justiz-Ministerial-Blatt für die Preussische Gesetzgebung und Rechtspflege*, 2. 12. 1864, S. 337-376.

(8) ライン地域では、収用の執行以前に手続的適法性に対する裁判所の確認を介在させていたが、この制度は「不要で手続を遅延させる」として退けられた。

(9) Vgl. Georg Eger, *Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, 3. Aufl., 1911, S. 6.

(10) SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 10, S. 49f.; SBHH 1868/69, 1. Sitzung am 5. 11. 1868, S. 14.

(11) 「両者(被収用地確定手続と補償確定手続引用者注)は、互いに密接な関係にあるので、手続を統治する事が、公益と、土地収用者・補償請求権者の私益とをともに充足するために合目的である」(SBHH 1868/69, Aktenstück 10, S. 73)

(12) SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 37, S. 214

(13) SBHH 1868/69, 6. Sitzung am 18. 12. 1868, S. 95f.

(14) SBHH 1869/70, Aktenstück 11, S. 37

(15) SBHH 1869/70, 6. Sitzung am 19. 11. 1869, S. 93

(16) SBHA 1869/70, Aktenstück Nr. 304, S. 1339f., ins. S. 1346.

(17) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 6, S. 36f.

(18) SBHA 1871/72, Aktenstück 223, S. 1202f.

- (19) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1203.
- (20) SBHA 1872/73, Aktenstück Nr. 80, S. 404f., Bähr/Langerhans (Ann. 1), S. 2.
- (21) SBHA 1873/74, Aktenstück Nr. 18, S. 189f.
- (22) SBHA 1873/74, 10. Sitzung am 28. 11. 1873, S. 128f. S. 129, 133.
- (23) SBHA 1873/74, Aktenstück Nr. 149, S. 969f.
- (24) ヴィントホルストは一八七二—七三年の衆議院修正が、法案における所有者保護のモメントを後退させたと言う基本的理解に立った上で、論陣を張つてゐる(10. Sitzung am 28. 11. 1873, S. 131-132) ちなみに彼は、ある修正案をめぐる本会議で、「この修正案を見れば、ミケル議員(いくつもの点で彼の論敵であった)引用者註)も、私が土地所有者の権利と同様事業者の権利をも念頭においている事を理解するであらう」と述べてゐる(53. Sitzung am 27. 4. 1874, S. 1289) このように、彼が所有者側の立場からものを言つてゐる事は、当時自他ともに認めるところであつたのである。
- (25) 一八七四年四月二七、二八、三〇日。SBHA 1873/74, S. 1252-1286, 1292-1318, 1319-1341
- (26) *Gesetzes-Sammlung* 1874, S. 221.
- (27) プレットは、六八年法案に対する貴族院審議を評して次のように言う。「公共のために私的領域にかくも深く介入する内容を含む法案を保守的な貴族院が直ちに受け入れなかつたのは当然の事である。しかしながら、真の反対論が唱えられたのではなく、提案された取用(制度—引用者補充)の憲法九条該当性という問題のみが立ち入つて審査されたのである。」(Bredt (Ann. 1), S. 85-86) かかる評価の妥当性は微妙である。まず、「保守的」な貴族院として取用法の必要性については全面的に一致しているのであり、また、法律が成立しないからといって取用ができなくなるわけでは必ずしもない。この時点で議論の対象となつたのは、あくまで列挙主義をとるか概括主義をとるかといった問題などについてである。第二に、「憲法九条該当性のみが審査された」という評価についてであるが、この法案がそもそも憲法を具体化する法律として理解されていた事に鑑みると、かかる評価の仕方には与し得ない。そして、議論の実相としては、後述するように、決して九条の文言のみに基いて議論されたのではなく、例えば列挙主義と概括主義の内容的優劣が丹念に吟味されてゐるのである。

三 適用対象

1 土地

以下検討するのは、一八七四年プロイセン収用法の適用対象に関する議論である。法文の規定及び学説の吟味により、同法の「所有権」観を浮き彫りにすることが考察の課題である。まず、法案の名称自体に示されている「土地」所有権への限定が問題になる。

1 立法過程

一八七四年法第一条は、「土地所有権は、公益上の理由からのみ、その実施が収用権の行使を必要とするような事業のために、完全な補償と引換に剝奪又は制限される」と規定していた。同法がその適用対象を土地所有権ないしそれに関する権利のみに限定し、動産を含まないことは、六四年草案以来一貫した立場である。同草案の理由書では、(1)ドイツ内外の他国の法案も対象を「不動産」に限定している事(2)動産については特別法が存在すること(3)現実に解積上の困難があり、立法が必要であるのは「不動産」についてのみであることの三点を挙げ、このことを根拠づける。以後の草案でも、基本的にこの理由付けに変化はみられないし、議事録上も疑問を差し挟む見解は見いだし得ない。注釈書においてもまた同様である。⁽²⁾

その結果、同法の基本的構造自体、土地所有権のみを念頭において作られたものとなった。そのいくつかは後に検討することになるであろうが、計画確定手続(第一五―二三条)、登記に関する規定(第三三⁽³⁾条)などは、対象が土地であって初めて意味をもつ規定と考えられるであろう。しかしながら、右に述べたように、(それを収用と呼ぶかどうか)

2 学 説

かは別として）動産を徵発するための特別法の可能性は、むしろ議論の前提とされていたといえる。⁽⁴⁾

そこで問題は、それら動産の徵発を「収用」概念に含めるかどうかということになる。オットー・マイヤーはこの点を消極に解し、収用の概念規定に「不動産」を加えているが、それはW・イエリネックの「古典的収用」テーゼ⁽⁵⁾にまで引き継がれることになる。しかしながら、当時の学説においてそのような立場はむしろ少数説だった。

おそらく、G・マイヤーの次のような叙述の方がより一般的な理解であったと考えられる。「多数の法律は不動産（Immobilien）の収用のみを念頭においていた。かかる事例は確かに圧倒的に頻繁であろう。しかし、収用を原理的にそれだけに限定することには理由がないように思われる。動産の収用（……）もとにかく考えられる（denkbar）のである。」⁽⁷⁾最も早い時期の業績に属するトライヒラー⁽⁸⁾、そしてグリュンフト⁽⁹⁾の見解も大体同様である。

さてそれでは少数説の論拠如何ということになるが、O・マイヤーの所説は後回しにして、その他の論者の見解を検討しよう。

第一に、土地の非代替性に根拠を求める見解がある。例えばローラントは次のように述べる。「公共事業（öffentliches Unternehmen）にとしての対象の不可欠性（Notwendigkeit）は収用の構成要素である。かかる不可欠性は対象の位置的被拘束性（lokale Gebundenheit）から発生するものであり、従って不動産の場合のみ生じ、動産の場合は生じない。全て動産は、公共施設の実現に対しての不都合なしに、通常、他で代替することができる。⁽¹⁰⁾もちろんローラントも、動産が徵発されている現実を無視することはできず、次のようにつけ加えることになる。例外的に、特定の動産が事業にとつての不可欠性を有する場合があるが、それは同種類のものを調達する「時間と機会（Möglichkeit）」を欠いているからであり、緊急の必要性（dringende Noth）の結果である。したがってかかる事例は国家緊急権（Staatsnothrecht）

に属する⁽¹¹⁾。

「位置的被拘束性」による非代替性を論拠とするこの議論に対するマックス・ライヤーの反論は興味深い。彼によれば、動産に代替性があるというのは同種同質の物が常に入手可能であるというのが前提であつて、そうでなく不足がある場合価格は上昇し、しばしば独占価格の形成にいたる。まさにそのような独占価格とそれを目的とした投機を防止⁽¹²⁾することに収用制度の存在意義があるといふのである⁽¹³⁾。

第二に、土地固有の社会的機能を強調するリースラーの議論が挙げられる。彼の議論によれば、土地と動産とはその意義において全く異なる。土地は永遠・所与・不変であつて、万人のさまざまな生活諸関係の基礎・生存の不可欠の条件となるのに対して、動産はしばしば一時期だけの物であり、常に変化し、比較的重要でない任意の特定された目的のための物ではない。従つて、動産については、土地における「公法」的制度—支配関係・服従関係—は適用されず、社会的法形成の対象ともならない。動産の法的支配は完全な私的所有である⁽¹⁴⁾。そしてリースラーの場合、収用という法制度は「所有権の社会的法形象の必然的分肢」であつて、収用権の根拠は「土地所有が、その本質上、つまり単に例外的にはなく共同体の要請に服している」ことに求められるのである⁽¹⁵⁾。

リースラーの議論は、収用を土地所有権内在的に、その社会的性質から根拠づけようとする点に特色を有する。先のローラントが公共事業にとつての不可欠性から発想しようとしていたのとちょうど逆方向である⁽¹⁶⁾。ところが、同じ講壇社会主義の陣営に属するA・ワグナーは、「正しい所有権論は、所有される物の経済的目的・機能に応じた所有権の分類 (Einteilung) を基礎におかねばならない」と、基本的に同様の方法をとるのだが、たどりつく結論は正反対である。上の前提から出発する彼は、「先験的、抽象的—絶対的な法学的所有権概念」を排撃し、所有権を類型化した上で、それぞれに妥当する特殊法理を探索すべきだとする。動産と不動産の区別も、もちろん一つの重要な分類

ではある。しかし、それだけでは十分ではない。經濟活動の發展により新たな經濟的觀點からの分類——現代的資本所有・都市における土地所有權などが必要とされる。それらの新しいカテゴリーを「古い型紙」に無理矢理当てはめようとする事によってむしろ誤りが生じているとワグナーは論ずるのである。⁽¹⁸⁾

ワグナーにあつてもやはり、収用制度は所有權の社会的性質の反映——「私的所有權の社会的形成」——である。しかしてかかる社会的性質は、土地所有のみに限られずむしろ所有一般、なかならず資本所有にあてはまる。⁽¹⁹⁾ 動産が非代替性を得ることは例外的であり、國家緊急權で対処することが可能である。しかし、國民經濟が一層發展すれば、社会政策的理由に基づく収用——例えば工場の所有權といった具体的資本の収用——が常態になってくることが考えられる。そう考えれば、今日でも動産に対しても収用法を適用可能としておくことに問題はない。⁽²⁰⁾

かかるワグナーの論旨は、リースラーの方法をより徹底したことによって異なった結論にたどりついたものと理解することができるだろう。さらに、彼の場合現存法制度の説明のみならず、論者なりの歴史的發展図式に位置づけた上で、動産収用の積極的意義を説いているところに特徴がある。

さて、O・マイヤーの場合はどうか。収用の対象を不動産のみに限定する彼の場合も、ローラントと同様、動産が徵發される事例の存在を無視するわけではない。彼はそれを「公用負担」(Öffentliche Lasten)のカテゴリーに位置づけるのである。「公用負担」概念は、「公共事業が目的達成のため必要とする手段(Mittel)を事業者に対する給付によって提供すべき臣民の義務」と定義される。⁽²¹⁾

収用が物權的効力を有する行政行為という法制度として構成されるのに対して、公用負担の場合、人的給付義務こそが本体であつて、所有權の移転は副次的効果に過ぎない。不動産が前者であつて動産が後者であるというのは、「旧きドイツ的法觀念」——不動産の權利移転は正式の官署的行為によつてはじめて實現するのに対し、動産の帰屬は

占有に依存したから請求権のみによって媒介され得た—に由来する。⁽²³⁾

柳瀬は、このように両者が区別されねばならない理由を、「マイヤーのとする行政法の体系の結果」に求めているが、基本的に首肯しうる分析である。しかし、それは「公用収用」と「公用負担」とを区別すべきことの説明にはなるが、動産の徵発がなぜ公用負担に属するのか、なぜ当該動産に対する物権的効力（＝収用）によってではなく、人的給付義務として構成されねばならないのか、それを説明することはできない。マイヤー自身は、前述の「旧きドイツ的法観念」しか説明を提出していないが、単に特別法の存在を理由とする立場を退けること⁽²⁴⁾からして、土地と動産との実質的な性質の相違を重視していた事は疑いない。この点についてはおそらく二つの補完的解釈が可能である。

第一に、収用について手続を含めて統一的に叙述するためには、既に見た計画確定手続など土地を当然に予定している部分が含まれている以上、限定が必要になったと考えられる。マイヤーの場合、これら手続の理論的説明に払う関心はかなり大きいものがあり、そのため概念に与えられるべき意義と役割が他の論者以上に大きかったと考えられる。⁽²⁵⁾

第二に、動産徵発の実態に関する問題である。当時の特別法を瞥見すれば、そこで規律されている対象が飢饉の際の穀物の強制売買⁽²⁶⁾であるとか、戦時の宿営、糧秣、軍馬などの調達⁽²⁷⁾であり、そこでの規律も価額の算定や支払方法に関するものが大部分を占めている。収用法における規律とは、確かに否定できない性質の違いが存するのである。

以上をまとめると次のようになる。

(1) プロイセン収用法の起草者にとって、法案の対象を不動産に限定することは、専ら統一的規律内容を実現するための立法技術的問題である。特別法により動産の徵発が可能であることは当然の前提であった。

(2) 学説にあっては、収用の対象を不動産のみとするかどうかは、収用の本質論—所有権内在的に説明するか所有権

に外在的な公益あるいは国家目的によって説明するか——とも関わって争われたが、多数は非限定説に与していた。

(3) その中で、マイヤーの所説は、収用と公用負担との区別という体系分類上の観点を動産と不動産との区別に対応させたものである。両者は物権的効力の有無によって区別されていたが、それらはともに「公共事業」のために行われるとされている。両者は『私権領域に対する国家の公益上の侵害』であって、公法的に規律され、公的必要の充足のために必要であり、結果として補償を伴うことになるという諸点において共通している⁽²⁸⁾。「公共事業」概念それ自体の内包については別途検討するところであるから、ここではその限りで両者の共通性のみを確認しておけば足りる。マイヤーの場合、「収用」の概念要素から補償は切り離されているから、動産の徵発に対して、多くの場合補償が与えられるということは、概念構成上問題になるものではない⁽²⁹⁾。

さて、クリコピッチは、一九世紀の立法の傾向に反して、学説が収用の対象を不動産に限定しなかった理由を次のように説明している。「収用の本質が所有者の補償に求められる限り、不動産だけにかかる種類の保障が与えられ動産や諸権利には与えられない理由はもはや見当たらなくなる⁽³⁰⁾」一見説得的な説明であるが、例えば収用学説の先駆者の一人であるトライヒラーの次のような叙述だけで十分な反証になっているだろう。「行政官庁が適法な事業 (gesetzliche Unternehmung) を遂行するために、それなくしては当該事業が遂行できないような他の (不動産以外の——引用者注) 他の権利を収用してはならないとすることに、合理的な理由は考えられない。かかる場合たとえば事業を断念して、公益 (allgemeine Wohl) が私益のために譲らねばならないなどということがありえようか?⁽³¹⁾」この素朴な疑問こそが議論の真の出発点だったのである。クリコピッチの見解は、いわゆる「収用概念の崩壊」以後の問題設定——補償を請求するために「収用」概念を拡張する——を一九世紀にまで無前提に持ち込んだための誤りであると評せざるを得ない。

- (1) 一八六四年草案第一条では「不動産」とされていたが、六八年法案で今日のように改められた。その事情に関しては後述 III-2-1 参照。本文で「土地」と「動産」を対比するのは用語上やや不自然であるがやむを得ない。また、文献・資料が用いている場合は「不動産」もそのまま用いる。
- (2) Georg Eger, *Das Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum* Bd. I, II, 3. Aufl., 1911 (Vgl. II Anm. 9. 217- Eger, Bd. I, Bd. II 217-218用テウ) Bd. I, S. 12-132; ders. *Gesetz über Enteignung von Grundeigentum, Handausgabe mit Erläuterungen*, 2. Aufl., 1913, (217- Eger, Handausgabe 217-218用テウ), S. 5; Bähr/Langerhans (II Anm. 1), S. 7; Emil Kofka, *Kommentar zum Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, 2. Aufl. 1913, § 1 N. 6, S. 30. Vgl. Rolf Stödter, *Öffentlich-rechtliche Entschädigung*, 1933, S. 99.
- (3) Vgl. Max Layer, *Prinzipien des Enteignungsrechtes*, Leipzig 1902, S. 578
- (4) 理由書でも引照されている (Justiz-Ministerial-Blatt 1864, 353.) 一般ラント法第一編第一章五七条の規定であるが、ここでは、公道・運河・河床拡張(五条)・要塞建設(六条)のための土地の強制売買(周知のように同法及用を強制売買として構成していた(参照)芝池「ドイツにおける公法学的公用収用理論の確立」(一註(16)(一)七五-七六頁)の規定にすべて続けて飢饉の際の穀物強制売買(七条)が挙げられていた。土地と動産の性質の相違が殆ど意識されていなかったことが伺える。

(1a) Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* Bd. II, 3. Aufl. (1924), S. 1; 2. Aufl. (1917), S. 3.

(2a) W. Jellinek, *Verwaltungsrecht* (I Anm. 48), S. 403.

(7) G. Meyer, *Das Recht der Expropriation*, 1868, S. 263. ちなみに、ナチス期の論者ツリコフニチは「ヤヤーが、この用いた'denkbar' という言葉は前記の著者の一般の特徴を見いだしている。Sava Kričović, Die Enteignung, ein dem Grundeigentum und der Bodenbeschaffung zugeordnetes Rechtsinstitut, *Deutsche Rechtswissenschaft, Vierteljahresschrift der Akademie für Deutsches Recht*, 1940, S. 137 (141) 67-68用

(8a) J. J. Treichler, Über zwangsweise Abtretung von Eigentum und anderen Rechten (Expropriation), *Zeitschrift für deutsches Recht und dmitische Rechtswissenschaft*, Bd. 12, 1848, S. 123 (140-141).

(9a) C. S. Grünhut, *Das Enteignungsrecht*, 1873, S. 73-4; ders., *Handwörterbuch der Staatswissenschaften*, Bd. 3, 2. Aufl. 1909,

(10) Woldemar v. Rohland, *Zur Theorie und Praxis des Deutschen Enteignungsrechts*, Leipzig 1875, S. 16. なお、石川健治「財産権条項の射程拡大論とその位相(一)」『国家学会雑誌』一〇五卷三・四号、二〇九頁註(三八)及び同所掲記の文献参照。

(11) Rohland, (Ann. 10), S. 16-17

(12) Layer (Ann. 3), S. 566. 当然、補償額から公共事業自体による価格上昇が除外されていることが前提とされる。

(13) Layer (Ann. 3), S. 566. 彼によれば、不動産の場合も実は事情は同じである。公共事業用地を取得することは、事業者が独占価格を支払うつもりがあれば、実はめったに不可能ではない。しかしそれでは公共の犠牲による被収用者の不労所得と同じことである。かかる事態を防止することこそが収用の国民経済的・社会的機能だとライヤーは論ずる(S. 566-567)。クッチャーは、基本的に論旨に同意しつつ、かかる構成を、一九世紀後半の「全面的に形成された資本主義を特徴づける、財の広範な交換可能性と可能な限りの集約的利用という原理」の反映だと評している。「十分な金銭補償があっても彼の屋敷を営業目的のために譲渡しようとしぬ農民は、全く理解されないこととなる」(Hans Kutscher, *Die Enteignung. Ein Beitrag zur Lehre von der Enteignung und vom Eigentum*, S. 42)

(14) Hermann Roesler, *Das Sociale Verwaltungsrecht*, I. Abtheilung 1872, S. 427. 時間的には、彼の議論の方がローラントに

先行している。なお、これについても既に石川健治の簡潔な紹介がある。石川・註(10)・二〇九頁註(三九)

(15) Roesler, (Ann. 14), S. 463 (auch Fn. 2)

(16) 基本的な方向性のこのような差異は、リースラー自身強く意識するところでもあった。彼は、収用の対象を不動産に限らないう・マイヤー、トライヒラー、ヘーメルリンらの議論の「誤り」の原因を、収用権を、土地の社会性ではなく、公的利益・国家目的のみから導き出している点に求めている。Rohland (Ann. 10), S. 404 Fn. 5.

(17) レースラーと「講壇社会主義」との関係については参照、大河内一男『独逸社会政策思想史』(上)一九六八年(初版一九三六年)・一三五頁以下。

(18) Adolph Wagner, *Lehrbuch der politischen Oekonomie*, Bd. I. *Allgemeine oder theoretische Volkswirtschaftslehre*, 2. Ausgabe 1879, S. 525-535.

- (19) Wagner (Ann. 18), S. 789, 795. 動産と不動産の差異は「原理的な差異というよりむしろ事実的なもの」である。S. 816.
- (20) Wagner (Ann. 18), S. 816-817, S. 809
- (21) O. Mayer (Ann. 5) Bd. II, 3. Aufl. S. 217-218; ders., 2. Aufl., S. 382. なお参照、柳瀬良幹『公用負担法(新版)』一九七一年、一頁
- (22) O. Mayer (Ann. 5) Bd. II, 3. Aufl. S. 318. Fn. 3, 2. Aufl., S. 384 Fn. 5.
- (23) 「周知の如く、マイヤーは行政法の体系を分つて警察権と財政権と公の物権法と公の債権法との四となしているのであるが、そのような体系をとる以上は、物権関係である物的負担と債権関係である人的負担とが別個の觀念に属することとなるのは当然である」とされる。柳瀬・註(21)、『四頁』。
- (24) この観点からマイヤーは「ロイセン取用法の理由書のような立場を(取用についての規律が動産の徵発と)性質上も違つたものでなければ、(対象を動産にまで及びることを断念する)理由はなかつたであらう」と批判する。Vgl. O. Mayer (Ann. 5) Bd. II, 2. Aufl., S. 384 Fn. 5)
- (25) やや局面は異なるが、塩野宏もマイヤーの「概念の画一性に対する執着性」を指摘している。塩野『オットー・マイヤー行政法学の構造』(一註(48))、二〇七頁。もともとマイヤーは、例えば事業認定—対象地確定—二分法などの具体的手続が概念から直接に導出されると考へてゐるわけではなから、それは、専ら合目的に定められる事項であるとされている。Vgl. O. Mayer (Ann. 5), Bd. II, 3. Aufl., S. 7 Fn. 6; 2. Aufl., S. 11 Fn. 17.
- (26) 一般ミニマ法第一編第一章七条。参照、註(4)
- (27) Gesetz wegen der Kriegleistungen und deren Vergütung, 11. 5. 1851, Gesetz=Sammlung 1851, S. 362; Gesetz, betreffend eine Abänderung über das Verfahren bei eintretender Mobilmachung der Armee zur Herbeischaffung der Pferde durch Landlieferung vom 24. 2. 1834, 12. 9. 1855, Gesetz=Sammlung 1855, S. 609; Gesetz über Kriegleistungen, 13. 6. 1873, Reichs=Gesetzblatt 1873, S. 129. その意味で、当時の実態に着目する限り、これを國家緊急権に位置づけけるローラントの見解にも十分な理由があることとなる。
- (28) O. Mayer (Ann. 5), Bd. II, S. 384 Fn. 5. ローラントは軍馬の徵発のみを他の戦時徵発規定と別建てで扱い、「その法律

的性質は売買ではなく、収用の受忍である」とする。彼は瑕疵担保責任の否定等をそれから導き出す (Paul Laband, *Das Staatsrecht des Deutschen Reiches*, 5. Aufl., 1914, Bd. IV, S. 308) のだが、かかる見解に対してマイヤーは、本文に述べたような共通性を指摘してそれが公法に属することは認め、しかし両者は、別のものであると反論している。Mayer, *ebenda*.

(29) 当時の特別法は宿営・糧秣等、徴発の対象に依じてそれぞれ対価・補償の要否 (例外的に補償不要の場合が定められた)、価額 (平時の平均額を支払うべき事などが規定され、また、上限が設けられる場合があった)・方法 (現金がむしろ例外的で、債務承認書による処理が定められていた) を規定している。

(30) Kitzkovic (Ann. 7) S. 140. このナチス期の論者にとつて、本文に述べたような、彼のみるところの学説の立場は、「個人から出発する」「一九世紀的」司法国家的「問題設定であつて、克服されるべき対象である。(S. 140, 142)

(31) Treichler (Ann. 8), S. 141.

2 「土地所有権に関連する権利」

一八七四年法は、収用の対象として、第一条・二条にいう「土地所有権」と並んで第六条に「土地所有権に関連する権利」(die Rechte am Grundeigentum) を挙げ、それら権利についても土地所有権に関する規定が準用されると定められている。以下、成立過程を参考にしてこの規定の意義について分析し、さらにそれが同法の「所有権」観といかなる関係にあるのか考察する事にしよう。

1 一八七四年第六條

第六條にあたる規定は、一八六八年法案段階で初めて挿入された (第四條) ⁽¹⁾ ものである。理由書は同規定の意義を次のように説明する。「本法の対象を『不動産』(unbewegliches Eigentum) とすると、一般ラント法のようにそれに『土地所有から生ずる権利』を含めるのであれば問題ないが、同法妥当外の地域では地役権などが含まれない場合がある。従つて、規律対象を『土地所有権』とした上で『土地所有に関連する権利』に準用することにしたのである」⁽²⁾

この点は委員会審議・本会議でも殆ど問題にされることはない。

六九年法案の理由書も⁽³⁾ほぼ同一の説明を繰り返す。注目すべきは、貴族院通過後の衆議院委員会において、次のような説明が付け加えられていることである。「取用とは物の取得又はある物についての物権 (ein dingliches Recht) の創設をめざすものであるから、その対象は物自体であるかあるいは物権でなければならない⁽⁴⁾」ここで初めて「物権」という言葉が登場する。続く七一年法案理由書には同概念は採用されず、従前の説明が繰り返されるにとどまっているが、意識的否定をそこに読みとることはできないだろう。七二年法案及び七三年法案の簡略な理由書には、⁽⁵⁾もはや同条は触れられていない。

2 憲法第九条

立法技術上の理由からだつたとは言え、ここで「土地所有権」と「土地所有権に關係する権利」が別のカテゴリーに属するものとして規定されたこと、さらに衆議院委員会によれば後者は「物権的権利」に限られるとされたことは見逃すべからざる意義を有していた。それを浮き彫りにするために、一八五〇年憲法第九条制定時の議論を参照することとしよう。⁽⁶⁾

まず確認すべきは、中央委員会報告は憲法第九条に言う「所有権」を「物に対するそれ」(das an Sachen)に限り、「権利に対するそれ」(das an Rechten)を含めないことを明言していることである。その理由は、次のような物と権利との性質の違いによる。(1)物に対する所有権が単に第三者の干渉を排除するに過ぎないのに対して、諸権利は「債権的関係の性質からして」―他者の権利領域に干渉するものである。(2)諸権利はしばしばその起源及び意義において封建的であり、それ故に―あるいは農業生産増進などの他の理由から―廃止されなければならないことがあるのに対し、物に対する所有権が犠牲に供されるのはその有害性によってではなく、単に国家がその物を必要とするだけ

のことである。そして物に対する取用のみを憲法第九条は念頭においているとする。⁽⁸⁾

ところが討論においては、この点に対する異論も提出されている。ベティヒェル代議士は、「所有権の不可侵」は物について (auf Sachen) のみならず権利について (auf Rechten) も語り得るとし、それが法律家の用語法にも日常生活での用語法にも従う所以であると主張する。⁽⁹⁾ また、ジーモン司法大臣によれば、第一項は確かにまずもって主要な事例である物の所有権を念頭においているが、そこで「所有権の不可侵」という原則が表明されている以上、それは全ての種類の Eigentum—諸権利についての Eigentum—に拡張されねばならない。土地負担の無償廃止については別に憲法四〇条⁽¹⁰⁾が定めをえているから、こう解しても問題は生じないとされるのである。⁽¹¹⁾

しかしこれら異論は明確な意図と射程を持って唱えられたものではなかった。Eigentum に権利を含める／含めない解釈を採用する／しないことを理由として同条に反対するという内容の発言は見られない。ジーモンスの場合も条文そのものについては賛成しているため、議論はその後発展するはずもない。ベティヒェル代議士は修正案を提出したが、それは第二文の公益要件および事前補償の規定を削除を内容とするもので、彼が示した Eigentum 解釈とはなら論理的関連を有さない。⁽¹²⁾

つまり、結局のところ、石川健治も指摘しているように、このような制定過程からならかの結論を導き出すことができるかどうかは、もっぱら論者の「解釈にかかわる問題」⁽¹³⁾である。さしあたり本稿としては、当時の Eigentum 解釈に存した「揺れ」を直視しておけば十分であろう。また、論拠の違いはあれ、土地負担などの封建的特権を立法により無償廃棄することが許されることについては全く疑われないことも確認しておかねばならない。

だとすれば、立法技術上の問題からだったとはいえ、憲法第九条の具体化としての一八七四年取用法が、土地所有権とそれに関連する権利とを概念上分離したことの意義は見逃せない。Eigentum 一般についてはさておき、土地所

有権は「関連する諸権利」とは区別された、地片に対する唯一・至高の支配権であること、「同じ有体物に対する財産権でも所有権以外のものは——従来の上級所有権的なものでも——他物権（他人の物に対する権利）として構成され⁽¹⁴⁾」ることが立法上確認されたと一応考えられるのである。

3 学 説

さて学説であるが、取用の対象たる権利は、一般に物権—債権峻別論を前提とした上で、「物権的権利」(dingliches Recht)に限定されている。G・マイヤーの説明によれば、(1)特定の債権者を解放するために既存の債権に対して介入することは剝奪 (Entziehung) であって移転 (Abtretung) ではないし、この場合補償が問題となり得ないことも自明である。⁽¹⁵⁾ (2)他方、ある債権者の地位を他の債権者に与えることを目的とする国家的侵害などは起こり得ない。(a)特定の役務を目的とする債権の場合、債務者たる者の公民的義務の方が債権よりも優先する（債権はその限りでもそもそも制限されている）ので、国家は債権を剝奪するまでもなく役務を実現することができる。(b)特定の物を国家が必要とする場合、その物に対する請求権 (Anspruch) を有する者の権利ではなく、その物を支配 (Herrschaft) するものの権利を直接に取得する方が望ましいとされる。⁽¹⁶⁾

4 第三権利者との関係

さて上のような叙述は、債権それ自体を直接に利用する目的で取用することの可否であるが、より実際的な問題になるのは、一八七四年法第六条で問題となっているような「土地所有権に関連する権利」である。これも、学説において債権が除外されている。再びG・マイヤーを引けば、「従前の所有者又は物権的権利者に対する債権的關係に基づくところの、物に関する対人的請求権 (persönliche Ansprüche) を有する者と、取用者は折り合いをつける (sich abfinden) 必要はない。取用者にとってそれら請求権は障害にならない。」それら権利者は、債権的関係のない第三者に対して

請求権を主張することはできないのだから、収用者を制限する権利を有しない。従つて、彼らから権利を移転させることはできないし、補償を請求することもできないことになる。⁽¹⁷⁾ ライヤーは「絶対権」で範圍を画する事を試みる。「収用は常に、収用者に、従来それ以外の者が有していたところの排他的処分権、つまり何らかの對象 (Gegenstand) に対する全面的あるいは一定の側面に限定された権限を創出することを目的とする。かかる排他的かつ直接の処分権は、絶対権である。」従つて原則的には債権は収用の對象とならない。「絶対的財産権」としては有体物に対する物権的権利のみならず知的所有権なども考慮の對象になる。⁽¹⁸⁾

このように範圍を限定した上で、第六条にはなお理論的問題がある。エガーによれば、第六条の「諸権利」は、(1)「事業に必要な・収用されるべき地片について第三者が有する権利」と(2)「事業に必要でなく従つて収用されるべきでない地片について第三者が有する権利であつて、その権利の行使が事業者あるいは事業によって必要とされるもの」の二つのカテゴリーに分けられる。⁽¹⁹⁾ (1)の場合、まず、(ア)事業者のもともとの所有地に対して他者が有する権利、あるいは事業者が所有者から任意で取得した地片に対して第三者が有する権利に対してはそれを収用の對象とすることが必要であることは疑いない。問題になるのは、(イ)被収用地に対して第三者が有する権利である。一八七四年法第四五条一項は、収用裁決 (Enteignungsbeschluss) と共に被収用地は「それに付着するあらゆる私法的負担 (Verpflichtungen) から解放される」と定めている。⁽²⁰⁾ これはそれら権利の「収用」であらうか？

ライヤーはこの点を積極に解し、所有権の収用と同時に第三者の物権的権利も同時に収用されるのだとする。⁽²¹⁾ 従つてそれら権利者は「被収用者」(Expropriat) であるとされる。⁽²²⁾ これに対してコフカは、これら権利を第六条の對象とすれば、それら全てに対して一八七四年法が定める各種手続規定を適用せねばならない事になり、實際と反するといふ理由を挙げて反論する。⁽²³⁾ ライヤーの場合、かかる論法に対しては「全ての被収用者がまったく同一の法的地位を全

ての関係で享受するのではなく、むしろその権利の範囲及び内容において一定の段階付けが存する」という逃げ道が用意されていた。⁽²⁴⁾これに対しライヤーと同様の「被取用者」概念をとるエガーの場合、特段の工夫も見られない。むしろ第三権利者が取用手続の中に地位を占める事を当然の前提としているように読める。

そこで関係する規定を確認しておく、最終的計画確定手続の過程で計画案に対する異議申立を認める一九条は、それを「全ての関係者 (Beteiligte) に対して自らの利害の範囲において」認めている。⁽²⁵⁾立法過程の経緯⁽²⁶⁾からしても、この「関係者」に第三権利者—賃借人・小作人も含め—が含まれる事に異論はない。⁽²⁷⁾

また、補償確定手続きの中で、第二五条は事前の委員会審理に「関係人」の参加を認めているが、その中で個別に通知すべきものとして「起業者、所有者、ならびに副次的関係人 (Nebenberechtigigte)」を挙げている。三〇条にもやはり「副次的関係人」概念が用いられている。

さらに、所有者と第三権利者との利害対立を予想したものとして、起業者と所有者との間の協議に関する規定がある。第一六条は起業者と関係者との間の協議による所有権譲渡を定めているが、「第三者の権利の規律のため」更に正式取用手続を発動する可能性を留保している。⁽²⁸⁾そして第四六条第二文によれば、抵当権者・土地債務債権者・定期金債権者・物上権利者は、起業者—所有者の間で協定された補償額に不満な場合、起業者を相手に補償額確定を求める訴訟を起こす事ができる。

このように、取用手続中で明文により第三権利者の権利保護が図られている例は確かに存するが、コフカはむしろ「関係人」などの用語の利用は所有者との差異を示すものであるとし、いわば反対解釈によって、第三権利者を「被取用者」から排除する自分の主張を基礎づけている。⁽²⁹⁾

實際上さらに重要なのが、第三権利者の補償請求をめぐるいわゆる「代位主義」に関する問題である。「代位主義」(Subrogationsprinzip)とは、ライヤーの定義によれば、「所有者あるいはせいぜい他のいくつか特定の種類の物権的権利者のみが被収用者として取扱われ補償される。他の権利者はその権利を所有者及び彼に与えられた補償総額に対してのみ主張することができ、収用者に対して自ら請求権は有しない」⁽³⁰⁾ 仕組みである。これに対し、第三権利者各人毎に對して補償を請求できる仕組みを便宜「個別主義」と呼ぶことができるであらう。⁽³¹⁾

そこで一八七四年法の規定であるが、まず第一条は、「用益権者、使用権者、地役権者、小作人、賃借人が収用によって蒙った損害額は、第八条に従って被収用地について確定された補償またはそれに対する利用権に含まれない限りで、独自に補償される」と定めている。同条の実体法的意義は後に検討するとして手続的側面についてまず見ていくと、第二九条二項は、個別に補償額を確定すべき相手方を、「全ての所有者及び、第一条に挙げられた第三権利者(Nebenberechtigten)」と定め、但し後者は「被収用地の価格に含まれた補償が認められない限りにおいて」としている。⁽³²⁾ さらに同条は、被収用地の価格に含まれる補償に関しても、所有者または第三権利者から申請があった場合、地方政庁は権利者相互の持分関係(Anteils-Verhältnis)を確定すべき義務があるとしている。この地方政庁の決定に関しては訴訟が可能であるが、後者(持分関係)に関する限り、所有者と第三権利者との間でのみ争われることになる。(第三〇条)さらに、第三七条は補償を供託すべき場合を定め、第三権利者の保護を図っている。

ここでこの第二九条の成立過程を確認する必要がある。一八六八年法案(第二二条二項)から六九年法案(同上)を経て七一年法案(二六条二項)に至るまで、同条に対応する部分は、「補償額は、全ての関係者について独自に確定される」と単純に規定されていた。ここでの問題意識との関連で興味を惹く議論は、衆議院委員会における七一年法案審議が最初である。そこで初めて、「第三権利者の補償請求権の大部分は八条に言う『全価値』の一部に含まれてい

るのであり、所有者と他の権利者との間の配分とは別問題である」という趣旨の意見が出され、最終条文とほぼ同様の修正案が提出されたが、賛成者少数にとどまった⁽³⁵⁾。しかして七二年法案は、この少数案を「第三者の正当な利益を害することなしに、手続を非常に簡素化するものである⁽³⁶⁾」としてあえて採用する(第三〇条)。七三年法案も同様である。衆議院での修正で、持分関係についての地方政庁の決定義務を付加すべきことが主張される。政府委員は、「地方政庁の任務は、対象全体についての補償を確定する事に尽きている。権利者相互の私法的関係について決定することは地方政庁ではなく裁判所の任務である。」として反対する。修正案の立場からの反論として、(1)所有者と権利者との間のこれまでの平和的な関係が争訟へと転換したのだから、関係者が自らの負担において訴訟を起こす事に任せるのは酷である。国家は少なくとも無料の仲裁機関を設けねばならない。(2)また、そもそも第三権利者の権利は所有者に比べて決して質的に劣ったものではないのだから、補償確定請求権を有するという主張がなされ、こちらが委員会の大多数を制する事になる⁽³⁷⁾。本会議では、ヴィントホルスト代議士が、(1)第三権利者の問題と収用とは必然的關係がないこと(2)この問題は民事法的関係に深く関わる困難なものであり、手続きを遅延させるおそれがあることを理由にこの委員会修正に反対する⁽³⁸⁾。しかし、彼の発言は賛同者を見いだすことなく、委員会提案通り可決される事になる⁽³⁹⁾。

つまり、一八七四年法は、(1)原則としては、第三権利者は被収用地の所有者に関する対所有者補償から補償を受けるといふ代位主義を採用している⁽⁴⁰⁾。(2)しかし、第一条に定めるように、補償さるべき第三権利者の損害額が被収用地の価格を上回る場合があることを同法は認めている。(3)その上回った部分については個別主義により補償される。

(4)被収用地価格に含まれる部分についても、持分確定請求―これはいわば関係者サービスとして理由づけられている―を認めることにより、実質的には個別主義とさほど異ならない結果が導かれることになるという総括が可能になるだろう。

右の(2)の点についてはなお検討が必要である。第一一条の規定はどのような理論的根拠の下に定められたのであるか。再び立法過程を確認してみよう。

一八六四年草案、六八年法案は、第七条一項四号で、「用益権者・物上受益者 (Realliteresenten)・小作人・賃借人が収用により蒙る損害で、一号から三号に従って所有者に与えられる補償に含まれないもの」を補償さるべき損害として挙げている。⁽⁴¹⁾ここで挙げられた第三権利者の権利について、理由書は次のように範疇毎に分類した説明を試みている。(1)被収用地を承役地とする地役権者は、第一次的には被収用地に関する補償から、その(所有者との間で取り決められる)一定部分の補償を得る。ただし、要役地にそれ以上の損害が生じている場合、事業者は独自に補償を算定しなければならぬ。(2)用益権者・利用権者は、对所有権者補償を利益する事にまず補償を求める。それを超える特別の損害は独自に補償される。(3)小作人・賃借人は、賃貸人等に補償を求めることはできない。補償は不可抗力 (vis major) によって生じたものであるからである。起業者は「公益上」賃借人等の用益権の消滅を招いたのであるから、賃借人等に補償請求権が認められる。⁽⁴²⁾つまり、この段階では、(1)(2)のカテゴリーについては、「被収用地の価格の範囲での代位主義—それを超える部分についての個別主義」という原則、(3)については原則個別主義とするのが理由書の立場だったといえることができる。

六八年法案を審議した貴族院委員会は、「一号から三号に従って所有者に与えられる補償に含まれないもの」という部分を削除する修正を議決した。「各所有者に独自に算定されるべき」とする個別主義を全面的に採用したことになる。⁽⁴³⁾ペール／ランゲルハンスは、この削除を、同条が「どのようにに補償を与えるかという形式的な問題ではなく、何を補償の対象とみなすかという実体的な問題であること」を見失ったものであると酷評する。⁽⁴⁴⁾しかし、批判者自身

認めるように、そもそも法案理由書からして、この段階ではそのような問題の整理がなされていなかったことは指摘しておかねばならない。

七一年法案の衆議院委員会報告に至り、第三権利者の補償の問題は、補償の一般原則から切り離され、別の条文で規定されることになった。後にも見るように、この委員会は補償の一般原則について、客観的価値を中心とするという大転換を主張したのであるが、第三権利者の問題についてもそれに呼応して修正案が提起された。それは地役権者についてのみ独自の補償を認め、その他の権利者（抵当権者—つまりこの修正案では抵当権と用益物権が結果的に同列に扱われる—、土地貢租・利用・用益権者、小作人・賃借人）は「八条（補償の一般原則—引用者注）によって決せられる補償額」から補償を受ける」というものであった。理由は大要以下の通り。地役権の場合は、「所有権の一部（Theil）が取り除かれ、要役地に移転する」ものである。この場合、地役権が承役地に対して与えた価値減少よりも地役権喪失によって（地役権者が受ける）損害がはるかに大きいということが有り得る。それを独自に補償しなければならないのは、残地に生ずる価値減少に対する補償と同様である。これに対して他の用益権の場合（抵当権が論外なのは言うまでもない）、それは「所有権の断片（Stück）」に過ぎず、それらについての損害は被取用地の「全価値」に含まれる。所有者と権利者との分配は起業者の問題ではない。⁽⁴⁵⁾

しかしこの提案は多数を制するには至らない。反対論—「国家が公益により用益権を解消又は制限するのだから、損害を受ける者全てに彼が受けるべき補償を独自に割り当てる必要がある。総額（Pauschbetrag）のみを与えて、所有権を侵害された者に他の利害関係人と争わせながら交渉させるといふのは正義に反する」—が勝利をおさめることになる。⁽⁴⁶⁾ 但し、六八年法案貴族院修正で削除された「所有者に与えられる補償に含まれないもの」という点は復活し、条文に挿入される。（一二条）前記修正案は、七三年法案の委員会審議で、「これが八条で客観的価値を採用した

ことの必然的な帰結」であるとして再び提起されるが、またはや否決されることになる。

おそらく委員会において修正案の立場に立って論じたであろうベール／ランゲルハンスはかかる帰結に不満である。客観価値原則からすれば、「土地所有権について、所有者がその利用を一時的は他者―用益権者、小作人―に認めたからといって、起業者がより多くを支払わなければならないというのは許されない。客観的には当該土地所有権は常に同一なのだから。」加えて、「自らその所有物を利用する所有権者が、その利用についての補償を所有権に對する補償の中で受け取るのと同様、所有権者から独立して独自に利用を請求できる者は、それについての補償を、常に所有権全体について定められた補償の内部において受け取る。」⁽⁴⁷⁾というのが同書の論理である。

これに対しエガーは、所有権ドグマティックに立ち入って、最終条文の形態を支持しようとする。彼の議論によれば、「所有権が、ある物に對する物権的権利の総体として表される、つまりその物に對する第三者の個別的物権的権利がいわば所有権から切り離された部分として現れ、⁽⁴⁸⁾それだけ所有権へと統合されている諸権利が減少するのであれば、論理的帰結として、前者(物権的権利)についての補償は所有権補償に加算され含まれて(inbegriffen und enthalten)いなければならないことになる。しかしそうではない。所有権は考えうる物権的権利の総体とは異なり、第三者の物権は所有権の一部分ではなく独立した財産権の対象である。所有権の歴史的発展がこの支配関係の個別的表現(einzeln Änderungen)を、相互に分離できて制限や負担に服する独立の権限として表しているとしても、それは所有権の一部分(Teile)としてではなくその発現(Ausflüsse)として把握しなければならない。⁽⁴⁹⁾」

7 所有権と他物権

エガーのこのような理解は、ヴィントシャイトの系譜に属するものである。ヴィントシャイトにおいて、所有権は、個別の権限の総和ではなく、「物に對する権利の全面性(die Fülle)」である。そしてその点で區別されるところの

諸権限は、かかる全体性の表現 (Äußerungen und Manifestation) に過ぎない⁽⁵⁰⁾。例えば地役権の場合も、所有権から排除分離されたものではない。法定地役や時効取得などの場合はもちろんとして、所有者が設定した場合も、地役権は例えば所有者の利用権から派生したのではなく、所有権の中に不可分に存在するところの力 (Macht)⁽⁵¹⁾ によって創出されたものである⁽⁵²⁾。

これに対してサヴィニーの場合、他物権は明確に所有権の一部分をなしている。「不自由な自然に対する個人の支配は所有権の他には考えられない。しかし、所有権の内部にさまざまに限定された支配は考えられ、それから実定法の規定によって、幾種類もの個別的他物権 (iura in re) が特殊な法制度として形成される⁽⁵³⁾。」プフタにあっても、同様であり、他物権は所有権の制限——即目的には所有権に属するところの諸権限の剝奪——に含まれている⁽⁵⁴⁾。

ベール／ランゲルハンスの理解——「所有者の自己利用の場合、利用に対する補償は所有権に対する補償に含まれるのだから、所有者から切り離された利用権を主張する者もまた、所有権全体に対する補償の内部でその補償を求めなければならぬ⁽⁵⁵⁾」——はこの後者の所有権観の系譜に属するものと位置づけることができるであろう。

パンデクテン法学という基本的には同じ路線の上でありながら生じたかかる相違の意義について、ここで深く立ち入る事はできないが、さしあたり仮説的に述べるとすれば、ウィントシャイト—エガー流の理解は、サヴィニーに比して、所有権のいわゆる「観念性」をより徹底して強調したものだ⁽⁵⁶⁾といえるのではないか。既にカントは、所有物について「その物におけるすべての権利は (実体の非本質属性のごとくに) この所有に内在し、その所有者は任意にこれを処分しうる」といういわゆる実体所有権概念を提出していた。ここでは所有権＝実体＝処分権とその属性＝個別的権利とが区別され、前者から後者が導かれるのであってその逆ではない。ヘーゲルの場合も同様に、所有権と利用との関係を「実体と非本質属性 (Akzidentellen)」、内的なものとの外的なもの、力 (Kraft) と発現 (—エガーと同じ用語

である)との関係」と同視する。⁽⁵⁷⁾かかる方向をより徹底したヴィントシャイトーエガーにとって、所有権と他物権(Ⅱ利用権)とは、いわばレベルを異にした権利、質的差異を有するものとしてとらえられる。この観点からすれば、所有権を「人の物に対する無制限かつ排他的な支配(Herrschaft)」⁽⁵⁸⁾という段階の定義にとどまっているサヴィニーとは議論の前提が異なってくるのである。⁽⁵⁹⁾⁽⁶⁰⁾

さて、そのような前提に立つエガーにとって、所有権と他物権とはそれぞれ独立に価値算定が可能なるものであり、両者の合計が「他物権の存しない所有権」を上回ることもありうる。しかし、上にみたような極度に観念的な「所有権」の価値をどのように算定するというのか。これも詳しくは後述するところに委ねざるを得ないが、エガーにあって補償の基準とされるべき、物の「客観価値」はまさに「利用可能性」から算定されるべきものである。利用と「レベルを異にした」権利であって、処分権を中核とするところのかの「所有権」からは、厳密に言えば、いかなる価値も算定できないはずである。ここに近代的所有権をめぐるドグマティックにとっての本質的隘路の一つを見いだすことができるだろう。

(1) 六四年草案はまさにそのように規定し、土地と物権の権利を一体として観念していた。参照(三一註①)。そのためあって、七四年法第六条に対応する明文規定を見いだすことはできないが、被収用地についての用益権者等の受けた損害について、補償の対象になるという定めをおいていた。(第七条一項四号)

- (2) SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 10, S. 19 (§ 1)
- (3) SBHH 1869/70, Aktenstück Nr. 11, S. 18f. S. 38.
- (4) SBHA 1869/70, Aktenstück Nr. 304, S. 1344.
- (5) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 6, S. 58

(6) 同条の制定過程については、石川健治「財産権条項の射程拡大論とその位相」(二) (三一註(10)参照) 一九九頁以下が、既に簡潔的確に紹介しているので、ここでは本稿の関心に沿った再構成と若干の補充を加えるにとどめる。また、一八五〇年憲法における「物」と「権利」の問題については参照、石井紫郎「財産と法」『若波講座・基本法学3 財産』三頁以下、一九頁。なお、以下検討するのは、欽定憲法修正をめぐる議事本会議での討論に限られている。より厳密な検討のためには、(1)三月革命期の諸草案もふまえた上で、欽定憲法の起草過程を参照する(2)修正審議における委員会討論も吟味する 等の作業が必要であろうが、筆者は現段階において史料を入手し得ていないので、他日の課題としたい。

(7) 審議段階では第八条だったが、以下便宜上「九条」と記述することにする。

(8) *Stenographische Berichte über die Verhandlungen 1849/50, 1. Kammer, Bd. 2, S. 668.* 後のタムナン代議士発言はかかる立場を全面的に支持し、「奴隷に対する権利」も「世襲的隷属関係への権利」も「権利」であって、それらが不可侵となるのでは困るではないかと論じる (S. 670)。

(9) *Stenographische Berichte (Fn. 8), S. 669.*

(10) 最終的には第四二条となる。第一項「土地所有の自由な処分権は、一般的立法以外のいかなる制限にも服さない。土地所有の分割可能性および土地負担の償却可能性は補償される。」第三項「以下は無補償で廃止される。(1)領主裁判権、領主警察権、オプリヒカイト的強制権、及び一定の地片に結びついたところの高権的権利及び特権(後略)」なお同条は一八五六年四月一四日付けの法律によって廃止されている。このことの持つ意味合いについて参照 Anschutz, Komm. (II Ann. 3), S. 593.

(11) *Stenographische Berichte (Fn. 8), S. 670.*

(12) 参照、石川・註(6) (二二二頁註(五四))。但しここで「タムナン提案」とあるのは「ペティヒェル提案」と読み替えるべきである。なお石川は、「議長が、ペティヒェル代議士の提案を主として第二文の取用規定の是非に関わるものと受けとめたうえで、(傍点原文) (二〇〇頁)」という理解を示しているが、筆者の理解では、議長の解釈を入れるまでもなくペティヒェルの提案はそもそもそのようなものでしかなかったと思われる。また、「その他の代議士の提案」としては、議事進行に関する提案を除けばトリースト代議士の提案(「事前補償」要件の削除)のみが挙げられるが、これはEigentum概念とは無縁の問題であるのみならず、賛成者少数のためそもそも議題とはされなかった。(Stenographische Berichte, S. 670)

- (13) 石川、前掲二二三頁註(五七)
- (14) 石井・註(6)・二〇頁
- (15) Georg Meyer, *Das Recht der Expropriation* (III-1 Ann. 7), 1868, S. 2
- (16) G. Meyer (Ann. 15), S. 3. ライヤーが「人的役務を内容とする債権は絶対に収用の対象となり得ない」と述べるのもおそくは同様の発想に基づくものであらう (Max Layer, *Principien des Enteignungsrechtes* (III-1 Ann. 3), S. 564)。ちなみに美濃部は、ライヤーに対し、「事業者をして従業者を供用せしむる」軍需工業動員法第四条を例に挙げて、「人は物ではないから人を提供する義務は性質上存立し得」ず、従ってこれは雇主の債権の収用としてしか観念できないと反論している。(美濃部『公用収用法原理』有斐閣、一九三六年、二三頁)美濃部が挙げるような立法形式を前提とする限り彼の反論には説得力があり、したがって問題は立法形式それ自体にあるであらう。どちらの法的構成がより「近代的」であるかは微妙なところだが、いずれにせよかかる立法形式がどのような法的観念の下になぜ選択されたかは興味深い問題である。
- (17) G. Meyer (Ann. 15), S. 300. 但しこれは法律の注釈ではなく理論的説明であり、また一八七四年法成立以前のものである。
- (18) Layer (Ann. 16), S. 564, 575f.
- (19) Eger (III-1 Ann. 2), Bd. I, S. 102f. Handausgabe, S. 31. エガーによれば、被収用地が要役地となる地役権などの権利は被収用地の収用と同時に収用者に移転するから第一条・二条の問題であって、第六条の対象にはならない。また、事業者が新たに地役権を設定しようとする場合は土地所有権の制限の問題であり、やはり第一条・二条の問題になる。
- (20) 但し、「事業者がそれを契約で引き継がない限り」という限定が付されている。
- (21) Layer (Ann. 16), S. 399, 568, 582. 同註 Eger (Ann. 19) Bd. I, S. 104, Handausgabe, S. 32.
- (22) Layer (Ann. 16), S. 392.
- (23) Emil Koffka, *Kommentar zum Gesetz über die Enteignung von Grundeigentum vom 11. Juni 1874*, 2. Aufl. (1913), S. 60.
- (24) Layer (Ann. 16), 396. 個別収用法の注釈書ではない同書としては、さしあたりこの逃げ道で十分である。
- (25) 参照、棟居「公用収用法理の展開と発展可能性」(一註(42))(三)・八五一頁。
- (26) 計画確定手続と補償手続が分離され、手続の概要が確定したのは、一八六九年法案に対する衆議院委員会での修正案

(SBHA 1869/70. Aktienstück Nr. 304. S. 1348) 及びそれを受けての七一年法案 (SBHA 1871/72. Aktienstück Nr. 6. S. 38) からであるが、そこでは異議申立権は土地所有者のみに認められていた(一六条)。しかし、衆議院委員会は「土地所有者だけでなく全ての物上権利者 (Realberechtigten) 、“なにかんずく地役権者、賃借人、小作人について早期に権利を主張する機会を与える方がより望ましい。”という意見を採用して更なる修正を加え、最終条文と同一の文言となった。(二〇条) SBHA 1871/72 Aktienstück Nr. 223. S. 1213) が規定された。その際、「この条文では世襲農地保有者 (Fideikommissbesitzer) が権利を主張できぬかどうかすら疑わしくなる」という理由付けが付加されている事は興味深い。以上につき参照: Bähr/Langerhans, *Das Gesetz über die Enteignung von Grundigentum*, (11 Ann. 1), S. 63-64.

(27) Layer (Ann. 16), S. 408; Eger (Ann. 19) Bd. II, S. 108-109, Handausgabe, S. 238; Koffka (Ann. 22), S. 203. 但しエガーによると、この「関係者」概念は法律中に定義のない、多義的概念であつて、起業者と所有者のみを指す場合(四一条)但しコフカは反対している。Koffka (Ann. 23), S. 54.) もあれば第三権利者も含む場合もあり、各場合毎に検討されねばならぬ。Eger (Ann. 19) I, S. 78, Handausgabe, S. 22.

(28) 第四六条第一文によれば、第一六条により正式取用手続が発動された場合、または第二六条により、事前手続と行政庁の関与の下に協議が締結された場合、第四五条と同様の効果―被取用地の私法的負担からの解放―が生じるといふ事を認めている。

(29) Koffka (Ann. 23), S. 60.

(30) Layer (Ann. 16), S. 394

(31) 参照、渡辺宗太郎『土地取用法論』一九二九年、一八九頁。柳瀬良幹の説明によれば、「損失の補償を被取用者の各人毎について算定し支給する方法を個別主義といい、これに反し、所有権以外の権利は無視し、何等の権利の存在しない所有権単独の価格を算定し、各被取用者をしてその中から補償を受けしめる方法を代位主義という。柳瀬『公用負担法』(三一註21) 二七五頁。簡潔明快な定義であるが、「被取用者」概念を柳瀬は意識的に広義に理解しているため(同書一七二頁以下)、本文の叙述との関係で、ここではライヤーの定義を引用した。

(32) なお、この補償確定がなされた相手方がそのまま補償支払の相手方になる(第三六条一項)。

(33) 同条に言う「第三権利者」は用益物権の権利者のみであり、抵当権者は含まれぬ。Vgl. SBHA 1873/74, 28. 4. 1874, S. 1304-1305 (ハルツブルフ政府委員発言) 同条が第一一条を承けての規定であることを考えれば当然の事である。

- (34) 地方政庁の持分確定義務はまた提案をれていない。
- (35) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1216-17.
- (36) SBHA 1872/73, Aktenstück Nr. 80, S. 42.
- (37) SBHA 1873/74, Aktenstück Nr. 149, S. 972-973.
- (38) SBHA 1873/74, 54. Sitzung am 28. 4. 1874, S. 1303. しかし、同条二項に関してヴィントホルストが現実に提出した修正案は、「全ての関係者に対し」補償額を独自に確定するという、一八七一年法案以前の段階に戻ったものだった。本会議での主張とはむしろ逆方向を向っているのではないかとこの疑問もないうではない。
- (39) SBHA 1873/74, 54. Sitzung am 28. 4. 1874, S. 1307. 彼の議論に対し、委員会を代表して、ペール代議士が反論を加えた(S. 1306-7)。
- (40) このことは、一八七二年法案によって初めて明確になったと考えられる。
- (41) 詳しくは後述するところであるが、この段階での補償に関する規定は、一般ラント法の規定に倣ったものであった。法案第七条一項「土地の強制収用に対する補償は、以下を含まねばならない。(1) 収用対象とその従物・果実が有する通常価値(2) 収用対象が所有地の他の部分または従来の利用方法との関係で有する剰余価値(3) 収用が所有者のその他の所有地に対して与える価値減少。」
- (42) *Justiz=Ministerial=Blatt* 1864, S. 360; SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 10, S. 71. 但し、六四年草案の理由書には、地役権者に関する記述が脱落している。
- (43) SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 37, S. 218. 「権利を奪ってしまった後で、関係者に、おそらく争訟好きであろう他の関係者と交渉させるのは正義に反する」というのが理由として挙げられている。
- (44) Bähr/Langerhans (Anm. 26), S. 49. なお同書は、この削除により、所有者には被収用地の全価値を与え、さらに第三権利者も常に補償するところ「重払いが生じることになると指摘するが、疑問無しとしない。
- (45) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1209.
- (46) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1209-1210.
- (47) Bähr/Langerhans (Anm. 26), S. 52. ちなみに同書は、権利者に対する補償が所有権補償の中に含まれるかどうかと言う

問題は、修正案が否決されているにも関わらず、「法律が決定しなかった (Offen gelassene) 問題だとしている」

(48) 一八七一年法案に対する前述の修正論参照。

(49) Eger (Ann. 19) Bd. 1, S. 371-372; Vgl. Handausgabe, S. 125.

(50) Bernhard Windscheid, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, Bd. 19. Aufl. bearbeitet von Theodor Kipp, 1906, S. 857. 1) § 111

を徹底するために、彼は以前の版における叙述——「諸権限の総和ではなく、その統一 (Einheit) であって、個別諸権限とは異なるもの」——をわざわざ書き改めている。「諸権限から出発して」所有権が生じたかのような誤解を与えかねないというのである。A. a. O., S. 857. Fn. 2. なお、エガーもヴェントシャイトを引いているが、ここで引用した箇所とは頁数が異なる。

(51) 「(所有権者は) その物について彼の意思をその関係の総体について決定的なものにする権利を有している」Windscheid (Ann. 50), S. 858

(52) Windscheid (Ann. 50) S. 1023-4 Fn. 3

(53) Friedrich Carl von Savigny, *System des heutigen Römischen Rechts*, Bd. 1, Berlin, 1840, S. 369.

(54) F. G. Puchta, *Pandekten*, Leipzig 1877, S. 217-218.

(55) Bähr/Langerhans (Ann. 26), S. 52

(56) Immanuel Kant, *Metaphysik der Sitten*, Rechtslehre, § 16. 訳文は、村上淳「近代的所有権概念の成立」我妻追悼・『私法学の新たな展開』一九七五年、二〇七頁以下 (二二三頁) を使用した。

(57) G. W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, § 61 Zusatz.

(58) Savigny (Ann. 53), S. 367.

(59) 川島武宜による「近代的所有権」は、「所有権が客体の『利用』を目的とするものではなくその『価値』支配を目的とする物であり、その結果(強調は引用者)その内容が客体的物質的存在に対して全面的包括的とならざるを得ない」(『所有権法の理論』一九四九年、一一二頁)とされている。少なくとも論理においてカントと逆行しているのが興味深い、それはおそらく同書全体の方法によるものであろう。

(60) この問題は、所有権の「弾力性」の問題(参照、我妻栄(有泉亭補訂)『新訂物権法』一九八三年、二五八頁)も関連している。ところで、高島平蔵の指摘によれば、ひとしく所有権の「絶対性」を語る場合においても、対国家的絶対性を問題と

する場合と用益権などとの関係で所有権の総括性を語る場合とがあった。ドイツの場合、歴史的経緯からして後者により大きい関心が払われたとされる。そして、弾力性の理論などもその現れと考える事が可能だとされる。高島「近代の物権制度の展開と構成」一九六九年、二三―二五頁、一三七―一三八頁。

3 適用除外諸類型

1 立法過程

一八六四年草案第一条は、同法の適用除外として、「1、土地所有権の法律による制限⁽¹⁾、2、特別法で定められたところの、農業構造 (Landeskultur) の改善、領主・農民関係の調整 (Regulierung)、土地貢租 (Reallasten) の解消、共有地分割、(……) 鉱業のための土地の剝奪制限」を挙げていた。理由書の述べるところによると、第一号については、「これらの法律による制限は、国家が私的所有権者にその所有地の利用を認める際の一般的条件 (allgemeine Bestimmungen) を定めるものである」とされる。具体例としては、営業警察上の制限、地方警察条例による建築警察的制限、軍事基地周辺での建築制限⁽²⁾などが挙げられ、これらは公共事業による利用のための制限ではなく、従って、憲法第九条にいう公益上の理由による所有権の剝奪制限ではない。むしろ一般ラント法の規定第一編二二章一条、二条に定める法的制限⁽³⁾というのである。ついで、第二号の農民解放関係諸立法であるが、これらについては補償が与えられるのが原則であるが、補償額確定・手続について特別法で定めたものである、と説明される。この場合、その公益性については法律自身が定めているから収用法に定める国家元首の関与が不要になるとされる⁽⁴⁾。

六八年法案は、この規定を一条から切り離し、第五〇条とするともに、「ポリツァイ的処分による補償請求」という一号を挿入する。そして、(1) 法律的所有権制限についての説明は、六四年草案と殆ど変わりが無い。(2) 挿入されたポリツァイ的処分については、「公衆の危険または被害を防止するための」警察官庁の権限が強調され、やはり公共事

業目的でないが故に収用とは異なることされる。この場合所有者は、一般原則に従い、実質的損害 (wirkliche Schaden) のみの場合によっては訴訟上請求することができるだけである。(3) 農民解放関係立法については、基本的には上と同様の説明であるが、少しニュアンスが異なる。これら立法は「農業構造にとって有害な共同所有 (Gemeinheiten) と負担の解消を目的とするもの」であり、収用とは異なる。そのため、「廃止された諸権利の」価値確定、調整、手続全体について「異なった原則に従わなければならない」とされる。(5)

しかし、同法案を審議した貴族院委員会は、(1) 法律的所有権制限と(2) ポリツァイ的処分について、「自明の事であつて不要であるか、射程が不明の新たな意義を持つ恐れがあり問題である」という理由から削除(6)、政府も六九年法案以降はそれに従い、若干の変更を加えた上で一八七四年法の確定条文(第五四条)に至っている。

2 性質論——「公共事業」

さて、右で既に、ポリツァイ的制限などと区別すべき理由として「公共事業」という言葉が用いられている。この概念が法文上明確にされたのは六八年法案第一条の、「公共の福祉を目的とする事業が剝奪や制限を要請する限りにおいて……」が初めてである。理由書によれば、そもそも憲法第九条自体の射程も、あらゆる所有権の制限ではなく、法案第一条の範囲に限定されていることされる。(7) しかし、そこでの重点はおそらく「事業」よりもむしろ「公共の福祉」概念の方にあつたと考えられる。というのは、同法案の貴族院委員会審議で、補償を概念に取り込むべきという観点から、「事業」概念はさして問題とされることもなく法文から脱落させられてしまふのである。(8) 一八七一年法案の衆議院修正に至り、「事業」概念が復活する。委員会報告は、憲法九条の射程が「公共の福祉を目的とする事業」に限定されるべきことを再び強調した上で、例えばポリツァイ的制限を排除するために、「事業」要件を盛り込むべきことを主張する。(9)

さて、周知のように、この「公共事業」概念は、O・マイヤーにおいてもつとも明確に定式化されている。マイヤーによれば、収用の対象地はその後公共事業に直接に用いられるものでなければならず、所有権の「従前の状態及びその利用法から公益にとつて生ずるような公益侵害」を除去するような所有権剝奪¹⁰ポリツァイ的侵害とは明確に區別される。後者の場合、「対象地は再び何かに奉仕すべく定められるのではなく、損害を与えることがないよう¹⁰にされるだけである」さらに、そもそも公共事業とポリツァイでは国家と社会との関係が根本的に異なっているのである。ポリツァイの場合、「国家は純粋な上位者 (Oberkeit) として、社会生活の変転と多様性の上に立ち、自らの権力手段 (Mittel) ともつて社会生活の後を追いつそれに接触する。その目的は社会生活の秩序を保」つことにある。これに対し、公共事業の場合は、「いまや国家は自らこの社会生活の中へ、諸個人の間へと下降する。……国家は公共の福祉のために創出され管理されねばならないところのあらゆる便益のための偉大な事業者」¹¹となるのである。ポリツァイも公共事業もともに「社会」(後述6(d)参照)の要求に発する(従つて、国家の側からの要求ではない)ところの国家活動でありながら、その関与の仕方が異なる。ポリツァイにおいては「上から」統轄するのに対し、公共事業の場合には国家は社会の「中へ」と下降する。

収用の典型例として鉄道のような事業を想定し、また、ポリツァイの概念を近代的に危険防止中心に考えたとすれば、右のような「本質の違い」を語ることにほゞりあえず説得力がある。一八七四年法が適用されないのが「自明」であるという、六八年法案時の貴族院委員会の認識は、それ自体としては十分な理由があると言える。

しかし、問題は単に同法の不適用だけにとどまるものではない。より重要な点として、収用以外の所有権規制の諸類型に対する補償の要否という問題がある。

3 既得権論と立法的所有権剝奪

まず想定されるのは、立法により直接に所有権が剝奪される場合であり——一八七四年法第五四条一項が予定しているような農民解放関連の諸立法はその一例たり得るものであるが——、特に既得権論との関連が問題になる。

例えばシュタールは次のような見解を主張していた。本来人格的権利の一部をなすものではない既得権も、「一旦それが獲得された後は不可侵となる」という意味においては人格にとって本質的な権利である。従って、奴隷制のように他者の人格を否定する既得権などを除けば、既得権は、「公共生活の世界史的発展」によって廃止されねばならない場合にも「権利として認められた」上で譲らされるべきものである。したがって、(1)どうしても必要な場合に限定され(2)もつとも害の少ない方法で行われねばならず、(3)それが可能な場合には補償と引換になされねばなら(13)ない。

G・マイヤーの議論はより限定的である。彼の場合、(1)既存の財産的権利の廃止に対しては補償が必要であるという原理は、立法＝「法状態 (Rechtszustand) 全体の変更」においては必ずしも無条件で認められてはいない。これに対して行政行為＝「個別的財産的権利の移転・廃止」に対しては、補償原則は厳しく遵守され、財産 (Vermögen) の不可侵 (その総額という意味において) が遵守されている。(2)しかし、この原則は財産権の全面剝奪 (Entziehung) のみについて妥当するものであって、公益的制限 (Beschränkung) については必ずしも妥当しない。(14)

これに対し、制定法実証主義者アンシュッツにとっては、既得権理論はその前提自体受け入れらるべきものではない。彼の場合、国家は法的に全能であり、法は即ち国家意思である。従って、「今日の法理論は前国家的、あるいは国家外的個別権利を知らず、私有財産もまた国家意思である」とされる。所有権の保障には、利己主義的意思活動の社会的有用性についての (国家的) 判断が伏在している。かかる判断が永久に変わらないということはありえない以上、所有権保障は「政治的」保障に他ならない。つまり、所有権が国家意思の限界ではなく、逆に国家意思が所

有権の限界となる。⁽¹⁵⁾

また、G・マイヤーのような法律と行政行為の単純な区分論も、アンシュッツの受け入れるところではない。国家の主権的行為である法律に対して所有権は対抗できないのみならず、適法な行政行為が命ずるところのものもそれは自己法律であるから、それによって引き起こされた財産的不利益は法的意味の「損害」ではない。⁽¹⁶⁾

そこで問題は、一般国法学のレベルを離れ、具体的なプロイセン実定法の問題となる。

4 一八五〇年憲法第九条、一般ラント法序章第七五条、一八三一年官房令

既に見たように、一八五〇年プロイセン憲法第九条二文は、所有権の「剝奪制限」が「事前の、緊急時には少なくとも仮に確定された補償」と引換にのみなされるべきことを規定している。そこで、ここで考察している法律的制限・ポリツァイ的制限と同条との関係が問題になるわけであるが、これについては二通りの考え方があり、(1)第九条二文はそもそも収用制度にのみ適用されるものであり、その他の所有権規制にはカテゴリーカルに適用されない(2)同条は必ずしも狭義の収用のみに限定適用されるものではないが、法律的制限及び／またはポリツァイ的制限については何らかの理由で適用が除外される。

既に見たように(三三2)、一八七一年法案に対する衆議院修正は、(1)の立場に立つことを自明視していた。自明視していたのだから当然理由は述べられていない。補充する意味で、(1)の立場に立つアンシュッツの見解を見ていくことにしよう。既に紹介されているように、アンシュッツは、第九条は(第一文の「不可侵」規定も含めて)「私的所有権に関する法律に基づく行政の原理を定式化したものに過ぎず、」その射程は「行政的国家活動に対してのみ向けられるものであり、立法過程が明らかに示しているように、立法に対して向けられたものではない」と明言している。⁽¹⁸⁾重要なのは、補償を認めないという結論だけをとりあげれば、それは当時の学界の一般的共通認識だったという事

ある。個別法律が明文で補償除外を定めている場合に第九条を適用して補償請求を認めようとする理論的志向は、この時期全く存在しない。アンシュッツの立法指針説に反対し、法律が補償の定めをおかない場合についての第九条の直接適用を主張するビルマンにしても、明示的に補償を否定する法律の場合、それを無効とする、あるいは明文に反して補償請求を認めるといった発想はおよそないのである。⁽¹⁹⁾

さて、アンシュッツの場合、所有権の「不可侵」を定める第一文は私的所有権に対するあらゆる行政的侵害に適用されるの⁽²⁰⁾に対し、公益要請・事前補償・法律的根拠を定める第二文は、収用⁽²¹⁾「ある者からその所有物を他の者（国家）に移転する目的で奪うこと」という特殊事例のみに専ら関わるものであるとされる。従って、収用以外の場合について憲法上の補償請求権は否定される。

しかしこれは憲法レベルの話であって、その次の問題として、「特別の権利および利益」(Besondere Rechte und Vortheile)を犠牲に供せしめられた者に対する国家の補償義務を定めるプロイセン一般ラント法序章第七五条の規定が問題となる。アンシュッツの解釈によれば、(1)同条に言う「特別の権利及び義務」とは私的所有権だけでなく既得権一般を含むものであるし、(2)同条の対象となる国家の活動形式については特段の限定が付されてはいない。⁽²²⁾しかし、一八三一年一月一六日の官房令は、(アンシュッツの理解によれば)第七五条の適用対象を(1)私法的関係に限定し、高権的活動を含まない——従って戦争被害・租税法等が適用から除外される——こと、(2)国家の行政活動に対しては補償請求ができるが、立法に対しては法律で明示的に定めた場合のみ請求権が発生すること(3)私的所有権にしか適用されず公法的権利には適用されないことを主張した。⁽²⁴⁾アンシュッツは勅許を経て法律として公布されている同官房令に対して法律的効力を認め、⁽²⁵⁾その内容の限りで七五条が改正されていると解釈するのである。⁽²⁶⁾⁽²⁷⁾

5 法律的的所有権制限

さて、既に論点は一定程度先取りされてしまった。立法活動に対する補償請求権を否定するプロイセン実定法として、前述の一八三一年官房令に加え、一般ラント法第一編二二章第一条、二条を挙げる⁽²⁸⁾ことができる。同条で問題とされているのは所有権の「制限」であって、全面剝奪ではない。従って、「制限」については一般ラント法で既に補償請求権が否定されていたところ、一八三二年官房令がその射程を「剝奪」にまで拡げたというのが両者の関係の無理のない解釈ではないかと思われる。

しかしこれで問題が片づく訳ではない。まず実際的には、既に若干見たところであるが、法律に基づく行政行為によって課される所有権制限をどう取り扱うかという問題、そしてそれとも関連して、法律的所有権制限に対して補償が否定される理論的根拠を何に求めるかという問題があるのである。

既に見た一八三一年官房令は、一般ラント法序章第七三—七五条について次のように述べる。同条についてはしばしば次のような解釈—ランデスヘルはその私的利害が高権的権利の行使によって脅かされる者に対して補償すべき義務を負う—がなされてきた。かかる解釈は実際上予測し難い結果をもたらし得ることに加え次のことを見落としてゐる。同条においてランデスヘルは、立法者として関係規定に通底する次のような単純な原則を臣民に向かって述べたのだ。「国民全体の利害が行政上のある制度 (eine Einrichtung in der Verwaltung) を必要とし、それが個人の私的所有権を脅かす場合には、国有財産 (Gesamtvermögen) から支払われねばならない。」具体例として、例えば一般ラント法第一編第八章第二九—三二条の緊急避難とその際の補償義務の規定である。一般ラント法序章が想定する以上のような場合と対照的に、「ランデルヘルが国内行政における原則 (eine Maßregel der inneren Verwaltung) を立法行為により直接定めることが必要と考える場合、私的利害に配慮する必要があるれば国有財産 (Staatsvermögen) からの損害賠償 (Schadenersatz) 義務は個別的に定められた。」従って、補償請求権が発生するのは、(一)一般ラント法序章第七五条に

基づく場合と(2)個別法律の補償規定に基づく場合との二種類がありうることになる。⁽²⁹⁾

既に見たアンシュッツの明快な整理にも関わらず、この官房令の解釈は必ずしも容易ではない。さしあたり「立法行為」(ein Akt der Gesetzgebung)については当該法律に補償規定が存在しない場合補償請求権が発生しない、ということとははつきりしてはいるが、同官房令の法的性質自体について争いがあるという事実がまさに示しているように、この時期の「法律」と「行政」は必ずしも区別が容易ではないし、今日のように国民代表機関との関係で捉えられているわけでもない。⁽³⁰⁾ そのため、一般ラント法序章第七五条の適用が法律について否定されるのはなぜか、その理論的根拠も十分に提供されているわけではないのである。また、例えば「行政上のある制度」という語句にしても今日の行政行為を意味するものではなく、必ずしも分かりやすい言葉ではない。⁽³¹⁾

O・マイヤーの場合、周知のように「特別犠牲」に対しては原則的に補償が要求されるのだが、それが法律によって生じた場合は、「法律の特性」により当該原則は単純には適用されない。その理由は、(1)法律の法的無制約性故に、執行権に課されている諸制約と留保は立法権には必ずしも適用されないこと(2)法律が法命題(Rechtssatz)形式でなされる場合、その本質として「当該要件があてはまる者全員の平等な負担」ということがあり、計画性・正当性の推定を受けることになる。⁽³²⁾

ここで並列的に挙げられている二つの理由は、しかし、どちらをより重視するかによって結論が異なりうるだろう。第一の理由に専ら根拠を求めるのがアンシュッツである。先にみたように国家の法的全能性を強調する彼の場合同、「国家の主権的行為である法律に対して所有権は対抗できない」と主張される。のみならず、適法な行政行為が命ずるところのものとはそれ自体法律であるから、それによって引き起こされた財産的不利益は法的意味の「損害」ではないとされる。⁽³³⁾ 論者は、法律の「主権性」を論拠にすることによって、法律と法律に基づいた行政行為とを同列に

扱うことができたのである。⁽³⁴⁾

これに対して、「憲法第九条は、収用法第二条と同様、個別事例において発生する所有権の剝奪制限のみを念頭においているのであり、一般的法律的規定 (allgemeine gesetzliche Disposition) に基づく制限は念頭においていない」とするエガーの場合、⁽³⁵⁾マイヤーの挙げる第二の理由がより強調されていると言える。一八六四年草案の理由書が採用する、法律的制限が「所有地の利用を認める際の一般的条件」であるという理由付けも同様であろう。⁽³⁶⁾こちらの理由を重視するとすれば、第一に、法律の内容が真に一般性を備えたものであるかという問題設定が可能になる。⁽³⁷⁾そして第二に、法律に基づく行政行為に対する対応はより微妙になってくるだろう。もちろんそれが法律の既に定める要件の具体化であるという理論的整理によって補償義務を回避することはなお可能であるが。

6 ポリツァイ的規制

(a) 続いて問題となるのは、ポリツァイ的規制⁽³⁸⁾に対する補償不要論の理論的根拠及びその射程である。まず、この類型と法律的所有権制限との論理的関連を問題にする必要があるだろう。明快なのはビールマンの所論である。「自明のことだが、ポリツァイが所有者をその権利に概念的に内在するところの限界のうちへと立ち戻らせる場合、ポリツァイ的所有権制限は未だ存在しない。……所有権は、実定法が所有権とみなすところのものであり、実定法の定める範囲より以上でもより以下でもない。⁽³⁹⁾」その前提の上に立って、所有権に対するポリツァイ的介入は、(1)既に法律上存在している限界を指し示すもの(2)法律を超えて所有権を制限するもの―国家緊急権(3)違法な所有権侵害の三種のカテゴリに分けられる。⁽⁴⁰⁾

本稿の観点からして(3)の類型は度外視するとして、(1)についてはビールマンは補償不要とする。論者の場合、憲法第九条は立法指針にとどまるものではなく、法律が補償について沈黙している場合は直接適用される。⁽⁴¹⁾従ってポリツ

アイ的処分についても補償が問題となりうるのだが、(1)の類型の場合、既に存する所有権の法律的限界が問題になるだけであるから所有権侵害は存在しない。また、一般ラント法序章七五条にいう「特別の権利または利益」の犠牲も存在せず、むしろ第一編二二章一・二条の法律的制限に該当するとされる⁽⁴²⁾。これに対して(2)の類型は適法な侵害ではあるが、訴求可能な補償請求権が発生する⁽⁴³⁾。

ここでは「法律の枠内」であるかどうかが解釈上決定的であつて、ポリツァイ的制限という規制の性質論は殆ど役割を果たしていない。論者の場合、法律的制限論がポリツァイ的制限に対して、概念的に優位に立っている。そして、彼の所有権の定義からして必然的に、法律的制限は所有権に内在し、外からの侵害ではありえないことになるのである。

法律的制限のポリツァイ的規制に対する優位という特徴は、コフカにあつても共通している。彼は、一九七四年法第一条の「土地所有権は……の場合のみ剝奪制限される」という規定を厳密に解釈し、それ以外の公法的制限は一切認められないとする。そこでポリツァイ的規制は、「所有権に対して法律自身によつて引かれた限界線の中にとどまる」限りにおいてのみ正当化される。法律に手がかりなくしていれば自然法的に更なる制限を加える事は、コフカの場合、補償の要否を論じる以前にそもそも許されないのである⁽⁴⁵⁾。

かかる立場に立った場合、「法律の枠内」という概念の解釈如何によつては、行政権にとつて相当に厳しい結論が導かれる。どのような法律がどのように所有権を定義していると理解するか、これが問題である。そこで、フォッセンの場合、問題の出发点は「私法的所有権概念」である。ポリツァイ的観点からは、公法的所有権概念と私法的概念とを区別すべき理由はなく、両者は同一でなければならぬ。所有権は、所有権者に「その物に対して任意にふるまう権限を与えている」とされる⁽⁴⁶⁾。そして、いわゆるポリツァイ維持義務―「その所有物をポリツァイ保護を受ける公

益が侵害したり脅かしたりしないようにのみ常時継続的に無補償で利用するという、所有権に基づく所有権者の公法上の義務」なるものは現行法上絶対に認められないというのが論者の立場である。「所有権は、その概念と内的本質においては、所有者に相應の補償が認められることなしに侵害されてはならない。ポリツァイによるものであっても！」そこで、所有権に対して私法的所有権概念自体の限界を確認するより以上の規制を加えるポリツァイ的処分は、「本来の意味における所有権制限」(eigentliche Eigentumsbeschränkung)であって、収用の手続きに従って補償と引換にしかなされないということになる。⁽⁴⁷⁾

フォッセンの論旨において注目すべきことは、第一に、公法と私法とを区別した上で、「私法的に確定された所有概念に対して、それを前提としつつ公法的にポリツァイ的規制が加えられる」という認識枠組を提示していることである。所有権は、一方では所有権はいわば裸の絶対支配や自然権ではなく立法的な承認をえたものとされ、⁽⁴⁸⁾他方、絶対的支配権だけでなく緊急権やシカーネ禁止などを内在しているという理解が示されている。これは筆者が別稿で設定した理念型に引きつけて言うならば、「私法秩序モデル」に類するものといえることができるだろう。⁽⁵⁰⁾

第二に、所有権に内在する規制と収用とを連続的なものとして捉え、本質的な差異を専ら補償の要否に求めていることである。論旨の流れに即してみると、収用はむしろ唐突に登場する。ポリツァイ的規制の多くの部分が私法的所有権の限界を確認するより以上の「本来の意味における所有権制限」とされる場合、論者は、(1)一般ラント法第一編八章二九—三一一条の所有権制限規定及び(2)B G B 九〇四条の緊急権規定の適用可能性を検討する。前者の場合、所有者に一定の不利益が生じる場合は補償が要求されているし、後者の場合も文言上補償が要求されている。そのような場合、制限は「収用手続に従って、補償と引換にのみ認められる」と⁽⁴⁹⁾というのが論旨である。ここでは補償の必要性から収用該当性を導き出すという、「収用概念の崩壊」以降に一般化するところの論理が既に用いられている。確かに

ここでは補償のみならず「手続」の必要性にも触れられてはいるが、そのような手続をとっていないポリツァイの処分の効力について論者が真剣に考えているかどうか疑わしい。力点はやはり補償の必要性にある。⁽⁵²⁾「崩壊」以前に実務法曹によつてこのような発想が明示的に表明されていたことは、本稿の興味を引かざるを得ない。

(b) アンシュッツの場合は微妙であるが、一応は、法律的所有権制限がポリツァイ的規制に論理的に先行していると考えられる。既に見た「適法な行政行為が命ずるところのものは即ち法律の意思である」という理解を前提として、彼は、「安全と秩序に反する—ポリツァイ違反—状態の発生と継続を阻止するのに必要なポリツァイ的下命は、第九条一文に言う所有権の『毀損』ではなく、所有権に単にそれに引かれた公法的限界を指し示すだけである。」と論ずる。「ポリツァイ的任務（一般ラント法第二編一七章一〇条）が私的所有権により制限されたのではなく、逆に私的所有権がポリツァイ法律で規定された権限に限界を見いだすのである。」⁽⁵⁵⁾論者に必ずしも明言するわけではないが、ポリツァイ的規制をカテゴリカルに法律的制限に属するものと位置づける理論的志向をここに見てとることが可能である。その意味で、ポリツァイ的規制を法律上の限界を確認するものとそれを超えるものの二種類に区分した上の論者たちとは議論の立て方に相違がみられる。⁽⁵⁶⁾

但し、以上はあくまで理論レベルの話であり、実定法たる一般ラント法の解釈論としては、ポリツァイ的具体的処分に對しては補償請求権が原則的に発生するとアンシュッツは解していることに注意しなければならない。⁽⁵⁷⁾

アンシュッツの枠組みにおいて、適法なポリツァイ処分に対して「所有権それ自体」をもって對抗することはできない。行政処分の権限逸脱等による違法性を追及できるだけである。⁽⁵⁸⁾いわば客観法の主観法に對する優位が理論的前提である。⁽⁵⁹⁾

おそらくそれを正当化するものとして、論者の次のような歴史認識がある。O・マイヤーが言うように、ポリツァ

イ国家においては「受忍せよ、しかる後に補償を求めよ」という原則が支配していた。今日ではそれは異なる。法律の主権性は昔と同様揺るぎないが、行政はもはや全能ではなく、行政法規に拘束される。さらに、かかる行政法規は、もはや支配者の一方的意思ではなく被支配者の代表と協定された規範であり、また国家機関によるその遵守は行政裁判権などの権利保護制度により担保されている。自由と財産についてのかかる実質的保障が導入された以上は、代償物としての補償を認める必要はもはやない。⁽⁶¹⁾ 戦後の連邦憲法裁判所の概念を流用するならば、論者はここで、(1) 所有権に関する「現存保障」の可能性を指摘し、さらにそれを(2)立憲君主制原理における民主的モメントと関連づけて、補償＝「価値保障」の比重の低下を説いているのである。補償こそが理論のキーポイントだったフォッセンの場合と好対照であらう。⁽⁶²⁾

(c) 法律的所有権制限をポリツァイ的制限の上位(少なくとも論理的には)におくこれら論者と対照的な立場をとるのはステイアースムロである。

彼は所有権を、「労働によって獲得されるかまたは権限ある意思に基づくところの最上の対物支配であって、社会の影響の下に成立し、社会によって設定された限界の内部で法的な承認を得るに至ったもの」と定義する。この定義に表れているように、所有権は、人格の側から(労働・権限ある意思)及び社会の側から二元的に正当化されているのだが、後者は、所有権の正当化原理であると同時にその限界をも設定する。所有権の成立時に社会は既に先在するのであり、前者は後者に適合しなければならない。社会と所有権とが衝突するときは、社会は必要なら強制力によって所有権をその限界の内側に押し戻すことになる。そして、「かかる限界設定は、既に所有権が確定的に生じた(Verbleibensstand)後に外から(außerlich)行われるのではなく、限界は所有権に内在(immanent)している。限界は所有権と同時に生まれ、拡大したり縮小したりするのである。」国家的利益の侵害のおそれがあるところでは所有権は引き下

がるのは、正確に言えば制限ではなく、「自然の限界の内側を指し示すこと」である。⁽⁶⁴⁾

他方、法に与えられる役割は必ずしも大きくない。所有権の根拠を法のみに求める所説は退けられる。⁽⁶⁵⁾そして、その限界についても、『制限』は客観法のみから生じるものではなく、事柄の本質 (Natur der Sache) から生じるものである。外から加えられるのではなく、所有権の生成と共に既に存するものである。「先に見たビルマンのような「客観法が規定するところのものが即ち所有権である」という説明を彼は採用しようとはしない。「何が所有権か、その限界はどこまでなのか、所有権をとりまく社会的諸力との関係はいかにあるべきなのか、これらの点は憲法典にもその他の法律にも規定されていない問題である。」所有権規制の実質的根拠は、あくまで「社会」にあるのであり法ではない。「あらゆる所有権制限は、唯一つの存在理由 (ratio) — 広義の社会的利害への配慮 — しか有しないのである。」⁽⁶⁶⁾

おそらくかかる理解は、法律的根拠が明定されていない（あるいは一般条項のみに根拠を有する）ポリツァイ的規制を正当化するという課題に対する論者なりの対応であった。ステイアーンソムの認識においては、「法律」は「過去の一定の事実の認識と将来においても同一の因果関係が同一の効果を生ずるであろうという考慮」に基づき、一般的規則 (Vorschrift) の形で国家が確定したものである。複雑に利害が衝突するありうべき無数の事態に対して法律が個別的に規定することが不可能である以上、「可能な限りの柔軟性を有し、変化する時勢の諸要求に対してより大きな適応可能性 (Anpassungsmöglichkeit) を有している」ポリツァイ規制には大きな意義があるとされる。一般法の規定の枠内で活動することにはなっているのだが、實際上緩い依存性しかないのだから、そのことを直載に見つめなければならぬというのが論者の立場である。ここでは、法律＝一般的・固定的という認識を前提としたことで、それに対し個別的・柔軟とされるポリツァイの意義が強調されているのである。⁽⁶⁷⁾

(d) オットー・マイヤーの場合はやや微妙である。既に若干触れたように、マイヤーはポリツァイを（国家自身からではなく）「社会」の要求から発するところの国家活動として捉えるという限りで、ステイアーンソムロと共通性を有している。マイヤーの「社会」概念（および「ポリツァイ」概念）はヘーゲル「市民社会」の直接影響下にあるものであり、「人間大衆が共通の文化と恒常的交渉によってその中に結合されたところの、大いなる生活共同体」と考えられている。力点は社会によって取り結ばれるところの諸個人の相互作用にある。諸個人の間に生ずることは全体的諸関係の帰結であるし、逆に諸個人の行為は全体に対して影響を及ぼす。従って、個人の活動が社会的価値に悪影響を及ぼす場合もあり、それを防止することがポリツァイの任務となる。ここで「社会」(Gesellschaft)は「いくぶん非—法学的、国家学的」概念として用いられ、国法学的概念としての「公共団体」(Gemeinwesen)⁽⁶⁸⁾と意識的に対比されている。⁽⁷⁰⁾

さてこのように、ポリツァイを少なくとも部分的には非—国家的・非—法学的に正当化するマイヤーは、補償不要の論拠も法律的所有権制限と別建てで扱っている。「補償不要という」この原則は、一方ではポリツァイの本質から、他方では調整的補償の原則から生じるものである。公共団体の善き秩序の阻害を防止するために必要な侵害は、その名宛人の特別の犠牲とは言えない」ポリツァイ違反に対抗するための処分によって生じた損害は、「自己責任的不利益」⁽⁷¹⁾であって、補償を要しないとされるのである。

ここでマイヤーは、ポリツァイ的規制が所有権に内在するものか、外から課せられたものかという問題にさほど執着することなしに理論構成を試みている。おそらくそれは、マイヤー「特別犠牲説」の方法論それ自体の結果である。生じた財産的侵害を「正義と公平」の原理に従って金銭的に「調整」(ausgleichen)することを補償制度の出発点とするマイヤーは、概念としての「所有権」侵害の有無を必ずしも問うことなしに議論を構成しえたのだと考えるこ

とができよう。⁽⁷²⁾

(e) エガーの場合、「ポリツァイ的侵害は、収用と同様、私的権利に対する公益上の理由からの侵害であり、法律に基づき所有権を制限するものである。相違は単に、収用による侵害は、形式的にも実質的にも特別の要件が規定され、法律的保障が与えられているのに対し、ポリツァイ的命令 (Anordnung)⁽⁷³⁾ による侵害は異なった要件と規範に服し、官庁の裁量の余地も事柄の性質上より広いというだけである」とする。ここではあつさりとポリツァイ的制限の所有権に対する外在性が承認されている。もっとも、論者の場合、所有権者のポリツァイ維持義務—論者自身の言葉にしたがえば、「ポリツァイ的保護を受けるべき利害への危険が回避されるように所有権を維持し利用しなければならぬ」ということ—「一般的公法的原則」として承認し、それに基づくポリツァイ的処分にはその限りで憲法九条および収用法の適用を排除しているのだから、ポリツァイ的侵害を外在的なものとして構成しても問題が生じることはない。ポリツァイ維持義務を肯定しているのだから、制限を内在的なものとするか外在的なものとするかはある程度まで言葉の問題である。

(f) さてここまでの検討で、ポリツァイ的制限をめぐる議論のさまざまな分岐点を示すことがある程度できたと考える。一応列举すれば、(1)ポリツァイ的制限の所有権に対する内在—外在(2)ポリツァイ的制限は同時に法律的制限にはまる限りにおいて認められるのか、それとも所有権制限の別種の正当化原理なのか(3)ポリツァイ的制限の根拠法(あるいは国家)に求めるのか、「社会」に求めるのか、といった諸点である。

最後に、これらの論点に加え、(4)所有権の静態性と動態性という論点を挙げる⁽⁷⁵⁾ことができよう。これは所有権をめぐる政策的発想についての論者の基本的観念の差異を端的に物語るものである。

フォッセンは、保健衛生上の理由から水洗便所の設置を義務づけたポリツァイ的規制に関して、ポリツァイ維持義

務を理由に補償義務を認めなかった上級行政裁判所判決を批判して言う。「水洗便所設置を命ずる警察条例 (Verord-nung) 公布以前、所有権はどうなっていただろうか？ 当時はかかる設備は要求されず、当時は所有権者の所有物に對する無制限処分権が妥当していた。上級行政裁判所の見解が正しいとすれば、所有権概念それ自体がこの間に變化したことになる。ポリツァイ違反の状態の除去を志向する警察命令 (Anordnung) が発せられる度に、所有権概念は再び新たにその本質において變化することにならう……。これは「私法的所有権概念」と矛盾するのみならず、公衆衛生上の観点からであれば警察が任意に所有権の内容・程度を變化させることができることになり、立法者の意思とも健全な人間悟性とも相容れない事態である。ここではまさに、論者の出発点である「私法的所有権概念」が恒常的安定的に妥当すべきことが前提とされている。

對してアンシュッツの場合、イェリネックに依拠した⁽⁷⁷⁾、「私的所有権は一定量 (konstante Größe) ではなく可変量 (variable Größe) である」という認識を前提とした上で、「法秩序の内容、特に行政法のそれは、所有権にとって内在的制約であつて、その行使は新たな条件を課すものではなく既存のものを表現しているに過ぎない」とする⁽⁷⁸⁾のである。ここでは対照的に、所有権の動態性、特に法規制に對する可變性が強調されている。法実証主義發想の主意主義的モメント⁽⁷⁹⁾がここに示されているとすることができるであらう。

ステイアーンソムの立場は中間的である。「ドイツ的」あるいは「社会的所有権」観を説く彼によれば、それこそが、「状況の平和的進歩をもつともよく保障する」ものであるとされる。「ここでもやはり、適応原理が妥当している。社会的な (sozial) 通念と必要性とに對應した、公衆の利益のためになされるところの所有権制限は、異なった国民諸階級を覆っているところのさまざまな對立の多くのものを確實に緩和する⁽⁸⁰⁾」。「複数の人間の共存」= Gesellschaft から出発してははずの彼の所有権論であるが、ここに至り階級對立の緩和 = sozial がむしろ全面に出されることに

なる。そしてまた、先に見たように「ポリツァイの柔軟性、適応可能性」を強調する論者の議論は、決して主意主義的に改革を進めることを念頭においたものではない。念頭におかれているのは、あくまで漸進的、平和的な、あえて言えばむしろ「保守的」な「適応」なのである。後にさまざまな論者の思考を規定することになるところの、立法による急進的な変革にブレーキをかけるという問題意識が明示的に示されているわけではないが、その理論的端緒はここに既に見てとることができよう。

あえてスローガンのにえば、それぞれ「秩序既存の観念」「主意主義的法意識」「漸進的適応」とまとめることができるであろう以上三者の議論は、今日にまで引き継がれているところの所有権と立法とに関する基本的な思考図式をそれぞれ代表していると考えられる。この時期において、法律の明文の定めは全能であるという点が疑われない事を別とすれば、問題は既に出揃っていたのである。

(1) これら制限については当該法律に補償の定めがない場合はそもそも補償が与えられないことが明文で規定された。

(2) ちなみに、一八六二年下院決議(二二)は、まさにかかる場合に補償を確保する事を念頭においていた。

(3) *Justiz=Ministerial=Blatt* 1864, S. 355.

(4) 六四年法案には、その他鉱業権に関する規定があるが、省略する。以後についても同様である。

(5) SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 10, S. 81-82. 特に農民解放立法については、「そもそも公共目的のための他者の所有権の剝奪制限にはあたらぬのだから本法で規律する必要はない」との声もあったが疑義を除くために規定したとされている。

S. 82.

(6) SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 37, S. 221.

(7) SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 10, S. 69.

(8) SBHH 1868/69, Aktenstück Nr. 37, S. 215-216.

(9) SBHA 1871/72, Aktenstück Nr. 223, S. 1204.

- (10) O. Mayer (Hl.-Ann. 5) Bd. II, 3. Aufl., S. 11-12
- (11) O. Mayer, (Ann. 10) Bd. II, 2. Aufl., S. 1. 塩野宏『マッダー・マイヤー行政法学の構造』(一註48) 八三頁
- (12) ここで既得権論でいつて立ち入った考察をする準備はない。柳瀬良幹『既得権の理論』(一九三四年)『行政法の基礎理論』(一九五八年 合本) 一二二頁以下が今日なお出発点たりうる業績であろう。
- (13) Friedrich Julius Stahl, *Die Philosophie des Rechts*, Bd. 2, 3. Aufl., S. 335, 339-340. (zitiert nach 6. unveränderte Aufl. 1963) 参照。柳瀬・註(12) 一五四—一五五頁。但し柳瀬は奴隷制のような場合も本文(1)―(3)の要件が必要であると解しているが、こゝでは一応本文のうちに解した。
- (14) G. Meyer, *Der Staat und die erworbenen Rechte*, Leipzig 1895, S. 16-20.
- (15) Gerhard Anschutz, *Der Ersatzanspruch aus Vermögensbeschädigungen durch rechtmäßige Handhabung der Staatsgewalt, Verwaltungsarchiv* 1897, S. 1ff. (Zit. 'Anschutz, Verw. Arch.' として引用) S. 13-15. G. マイヤーもまた「国家権力の全能性」あるは「形式的」な無制約性を認める。しかし「正義の要請から「実質的」制限が課せられているというのが論者の立場である。G. Meyer (Ann. 14), S. 14-15. とは言え、マイヤーは「補償を伴わない既得権の立法的侵害が存在すること」が「正義と公平の要請に合致しない」として(S. 17) 本文でみたように結局はそのような実態を追認しているため、その方法論は必ずしも明晰ではなご。
- (16) Anschutz (Ann. 15) Verw. Arch., S. 21, 24-25.
- (17) 棟居「公用収用法理の展開と発展可能性」(一註(43)) (二) 五九〇頁以下。
- (18) Anschutz (Ann. 15), Verw. Arch., S. 82; ders., *Komm. (I) Ann. 3*, S. 161° V. gl. ders., *Verw. Arch.*, S. 63 Fn. 108. マンネの同様の立場をLudwig von Röme/Phillip Zorn, *Das Staatsrecht der Preussischen Monarchie*, Bd. II, 5. Aufl., 1906, S. 215. 但し「立法過程」云々には疑問の余地もある。そもそも立法過程解釈の方法論に関わる問題はひとまずおいて、マンネンが最も重視する中央委員会の見解に限定しても、そこでは「法律—行政」の対比と同時に「物—権利の対比」が行われているため、この点についての十分に明晰な見解を読みとることはできない。しかし、「一般的法律の帰結として Eigentum から派生する諸権利の廃止又は制限が生じた場合、補償が与えられるかどうか、いかなる基準によって与えられるかはその法律の中で規定される」という修正案を不要として退けた中央委員会の立場は、おそらくアンシュと同様の認識を前提とし

- つたと一応は考えられる。Vgl. *Stenographische Berichte* (11 Anm. 3), S. 668.
- (19) Johannes Biermann, *Privatrecht und Polizei in Preußen*, 1897, S. 184.
- (20) 但しその「不可侵」は、意味的には「正規の「権限（＝法律であれ命令であれ）を有さない者は他者の財産領域を侵害することなげきならず」ということと見做すべきである。Anschütz (Anm. 15), Komm., S. 159, 160.
- (21) Anschütz (Anm. 15), Komm., S. 164-165. その根拠としては「(1)「法律の基準により」という文理によって法律による直接の侵害が排除されることと、及び(2)欽定憲法制定時の立法理由（筆者は参照し得なかった）が挙げられている。」
- (22) Anschütz (Anm. 15), Verw. Arch., S. 67-75, 86. 参照、棟居・註(17) (五)、二七五頁
- (23) Gesetz-Sammlung 1832, S. 256. 同官房令は「一八三一年二月四日付けで君主により「法律として公布されることを望む」として裁可され、公式法律集に掲載されている。A. a. O., S. 255. なお、Anschütz (Anm. 15), Verw. Arch., S. 76-78 は同官房令をほぼ全文採録している。」
- (24) Anschütz (Anm. 15), Verw. Arch., S. 86.
- (25) 手続的問題から、この点には異論のありうるところである。
- (26) 従って、アンシュッツの場合、一般ラント法序章第七五条だけでは立法行為に対する補償請求権は必ずしも排除されていなかったのだが、一八三一年官房令で初めて除外されると言う解釈をとることになる。
- (27) ちなみに、以上のようなアンシュッツの議論はあくまで一般ラント法その他の法令の「解釈論」である。したがって、同法の妥当地域以外のプロイセン領においてはこれらの議論は無関係であり、一般国法学・普通法・一八五〇年憲法いずれに關しても補償請求権を認めないアンシュッツの場合、請求権は結論的に否定されることになる。Anschütz (Anm. 15), Komm., S. 176-177.
- (28) 第一条「所有権の法的制限に対しては、あらゆる土地所有者 (Grundbesitzer) は従わなければならない」第二条「この種の制限・負担に対してはいかなる土地所有者も法律によって明文で彼に留保されていないところの補償を請求することはできない」参照、棟居・註(17) (五)、二八七頁。
- (29) Gesetz-Sammlung 1832 (Anm. 23), S. 257-258.
- (30) この時期の「法律」観についてをさしあたり参照、W・エーベル (西川洋一訳) 『ドイツ立法史』一九八五年、一五六頁以

- (31) Vgl. Anshütz (Ann. 15), Komm., S. 175-176.
- (32) Otto Mayer (Ann. 10), Bd. II, 3. Aufl., S. 312 「法命題」という理由付けは法規命令・条例等についても妥当するとされ
る。
- (33) Anshütz (Ann. 15), Verw. Arch., S. 21, 24-25. Vgl. S. 116.
- (34) ちなみに棟居・註(17)(五)二八七頁は「法律に基づく個別的侵害と一般的法律的侵害が峻別された」ことについての
参考文献としてフンシニェツンを挙げているが、それはフンシニェツン自身の見解ではないことに注意しなければならない。
- (35) Eger (III-Ann. 2) Bd. I, § 2, S. 39.
- (36) *Justiz=Ministerial=Blatt* 1864 (Ann. 3), S. 355.
- (37) もちろんこれは「収用概念の崩壊」にあたって深刻な問題になってくる点である。
- (38) Polizei 概念はこの時代でもなお論者によって広狭の差があり、「警察」と一律に訳すのも妥当ではないので、できるだ
け「ポリツマイ」と表記するが、文脈等の事情により「警察」と訳す場合もある。なお、同概念について参照、古典的業績と
して、鵜飼信成「Policei の概念—その発展史的考察」美濃部遷曆『公法学の諸問題』(一九三四年)一頁以下。近時の研究に
つづては、玉井克哉「ドイツ法治国思想の歴史的構造(1)」国家二〇三卷一一・一二号七一—九頁以下。
- (39) Biernann (Ann. 19), S. 121.
- (40) Biernann (Ann. 19), S. 183. 「実定法が所有権とみなすところのもの」が即ち所有権であるというのはレンネにあって
も共通している。彼によれば、法律がそれまで認められていた私権を廃止(償却法、狩猟法のように)した場合、国家的保護
は消滅し、補償の有無はもっぱら法律自身の規定による。他方、法律によって例えば著作権に対する法的保護が定められ
ば、その限りで保護が拡大されることになる。(Ronne/Zorn (Ann. 18), S. 215Fn. 1) 既に石川健治が批判的に紹介している
ように(石川「財産権条項の射程拡大論とその位相(一)」(三一註⑩)二二二頁註(五五))、所有権の対象をもっぱら「私法
的立法」の規定によらしめるかかる立場を正当化するために、レンネは、一般ラント法の規定、及び起草過程でジームンス司
法大臣が表明した(三二二)立場を参照する。この議論を評価するには、ここで問題とされている「財産権保障」は対・行政
権の局面に限られ、対・立法権は全く問題にされていない—起草過程ではその点が自明のこととして取り扱われていた訳では

- ない一ことを考え合わせる必要があるだろう。筆者にはむしろ、「レンネの見解はその限りで一貫性を示していると思われる。」
- (41) 参照、前述三三4。
- (42) Biermann (Anm. 19), S. 184-185.
- (43) Biermann (Anm. 19), S. 186.
- (44) コフカが「法律」として挙げるのは、民法の一般的規範及び個別法律である。
- (45) Koffka, Kommentar. (Hlsz Anm. 23), S. 33-34, 37. 棟居は、「コフカの見解を「かなり徹底した法治国的」ポリツァイ観念と評価している。棟居・註(17) (五) 二八三頁。ただしコフカが対物警察と対人警察との区別により柔軟な結論を導いたことについて参照、棟居・前掲二八四頁、Koffka, S. 37-38.
- (46) Leo Vossen, Ueber das Grenzgebiet zwischen "Enteignung" und polizeilichem Eingriff ins Privateigentum, AöR 22(1907) S. 246f., 255, 257. 但し、シカーネ禁止 (BGB § 226) と緊急権 (BGB § 904) 及び一般ラント法第一編八章二九—三二一条 (後記註⑤) の場合を除くとわかれよう。S. 259.
- (47) Vossen (Anm. 46), S. 260, 270. Vgl. S. 256.
- (48) 公法的所有権概念と私法的所有権概念とが「同一でなければならぬ」という論者の言い回しは、本文のように理解すべきであらう。
- (49) ポリツァイ的規制が自然の自由に対する侵害であって権利侵害とは言えないということを取用該当性否定の一つの論拠とするライヤー (Layer, *Principien des enteignungsrechtes* (III—1 Anm. 3), S. 40) に対し、フォッセンは、「物に対して原則的には随意にふるまう自由」は「法律の定める所有権概念から生ずる自由」なのだと反論している。Vossen (Anm. 46), S. 268.
- (50) 角松「憲法上の所有権？」(一註40))。
- (51) Vossen (Anm. 46), S. 252-253, 257-258, 260. 一般ラント法第一編八章二九条「国家がその市民の私有財産を制限できるのは、それにより他者または国家の重大な損害が防止されるか、またはそれらに相当の利益がもたらされる場合で、所有者の不利益なしに可能な場合のみである。」三〇条「前条の場合に加えて、国家または他の市民の防止されるべき損害またはもたらされるべき利益が所有者が生じる不利益を相当程度上回る場合もまた制限が許される。」三一条「前条の場合には、国家は同時に制限を受ける所有者が生じる損害について完全に補償されるように配慮せねばならない」三二条「いずれの場合であっても

も、所有権の制限は、他者の既得権から生ずる場合を除いて、法律に根拠を有さねばならない」B G B 九〇四条「ある物の所有者は、その物への第三者の侵害を、それが現在の危険の回避のために必要で、予想される損害が物への侵害から所有者が受ける不利益を圧倒的に上回っている場合には、かかる侵害を禁止する権限を有しない。所有者は蒙った損害の補償を求めることができる。」

(52) 但し、裁判所の審査権限が処分の有効無効に及ぶかどうかという問題があるため、判例評釈の性格も合わせ持つ同論文の性格からすれば、そのこととはある程度やむを得なかつたとも考えられる。

(53) 著者肩書きによれば、フォッセンはデュッセルドルフ上級裁判所付の実務法曹であるが、詳しい経歴や業績については調査し得なかつた。また、本稿は判例の動向について十分な調査をなし得なかつたが、フォッセンの見解は上級行政裁判所の判例に対する批判であり、実務上も必ずしも多数説ではないだろうことは付け加えておかねばならないだろう。

(54) Anschütz (Anm. 15), Verw. Arch, S. 21, 24.

(55) Anschütz (Anm. 15), Kommn., S. 163.

(56) もっともアンシッツは、「どのような侵害がポリツァイ行政によって可能かつ十分であり、どのような侵害なら収用手段が必要であるかについては争いがある」としつつ、フォッセンを参照している。(Anschütz (Anm. 15), Kommn., S. 163) しかし、フォッセンが批判する上級行政裁判所の諸判例を全て肯定するアンシッツの立場からして、両者の基本的相違の方がより重要であると考える。

(57) 先に見た(三三4)ように、アンシッツの理解では、一般ラント法序章七五条は即自的には国家活動一般に対する補償請求権を認めている(Vgl. Anschütz (Anm. 15), Verw. Arch, S. 67f.)。その上で、(1)一八三一年官房令によって「高権的権利」による活動が除外されるのだが、それは具体的には(a)司法(b)軍事などの「至上権」に含まれるところの行政活動(c)立法であり、法規命令としての警察条例 (Polizeiverordnung) は「立法」に含まれる。(Verw. Arch. S. 99-101; Kommn., S. 176.) また、(2)特別法に基づいたポリツァイ的処分は、第一編二二章二条の法律的制限による所有者の義務の単なる具体化であり、序章七五条は適用されない。(Verw. Arch, S. 119, Kommn., S. 176) しかし、上のような除外がなされない限り、私的所
有権の侵害に対してはむしろ補償義務の発生が原則である (Verw. Arch, S. 115)。つまり、ポリツァイ的規制に関しては、一般規定のみに根拠を有する具体的処分のみが残る (Vgl. Verw. Arch, S. 120) が、その限りにおいて原則的に補償義務が認

められることになる。このような結論は必ずしもアンシュッツの望むところではない。立法論 (de lege ferenda) としては、特別法が存する場合と一般規定にのみ根拠を有する場合とを区別するのは妥当でなく、むしろ両者とも補償否定の方向へ向かうべきであるとされる。(Verw. Arch., S. 132-133)

(58) Anschütz (Ann. 15), Verw. Arch., S. 24.

(59) 参照、角松・註(50) 一三頁以下。

(60) 棟居は、初期立憲主義から後期立憲主義への展開の過程で、所有権「侵害」の徴表が「結果無価値性」(所有権を構成する個々の具体的使用権能の停止・剝奪)から「行為無価値性」(侵害行政の法律非適合性)へと変化したと指摘している。棟居・註(17)(二)、五八五頁。なお、論者はそのことを所有権概念の「抽象化」と結び付けているが、ここではその点に関する評価は留保しておきたい。

(61) Anschütz (Ann. 15), Verw. Arch., S. 55-56.

(62) 参照、角松・註(50) 四〇頁以下。

(63) 連邦憲法裁判所の所有権論に大きい影響を及ぼした同裁判所判事ベーマーは、一九世紀からワイマール期にかけての自由主義的所有権論において、「所有権保障は、補償請求権のみに甘んじていた。それは、かかる所有権論が所有権のうちに第一義的には人格的法的地位ではなく対象物の財産的価値を見ていたからである」と論ずる。(Werner Böhm, Die Rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Abgrenzungproblematik von Sozialbindung und Enteignung, *Der Staat* 1985, S. 157ff. S. 175) 既に指摘したことであるが(角松・註(50) 四三頁)本文の記述に照らしてみても、かかる理解は(すくなくとも)対・行政という局面においては)やはりあまりに一面的であろう。

(64) Stier-Somlo, Die Pflicht des Eigentümers zur Erhaltung seines Eigentums in polizeigemäßen Zustände, *Verwaltungs-archiv* Bd. 6 (1898), S. 275-357, S. 304, 309-310. ステイアソムロの論稿において、「社会」と「国家」の関係は必ずしも分明ではないが、「国家」については「社会的法的組織体」という定義が一応用意されている。そして、社会が所有権に対して与えるべき影響力に加えて独自に、国家は諸個人の福祉を助成するというその目的から、所有諸関係の調整をすべく義務づけられているとされる。したがって、国家的利害とは国家自体の利害及び所有権と第三者の所有権との衝突であるという。

(65) Stier-Somlo (Ann. 64), S. 295-296. このような説をとる論者として彼は、ベンタム、サヴィニー、プフタ、シュタール

などの名を挙げては、個別的にさまざまな異論があり得るところであろう。国家・社会と法との関係が明確でないステイアーンモロのこの点についての論述は必要な明晰さが欠けている。

(66) Stier-Somlo (Ann. 64), S. 318, 336, 331.

(67) Stier-Somlo (Ann. 64), S. 282, 226. 「所有権の制限を、それを明示している法律によってしか認めない」理解は、「ドイツ的」あるいは「社会的所有権」(soziales Eigentum)を主張するステイアーンモロにとっては「絶対的無制限の所有権をまず構成し、ついで概念規定を例外的に覆す規範としての規範を付け加える」「ローマ法的所有権概念」の帰結であり、退けられるべきものであるとされる。(Stier-Somlo, S. 331.) しかし、(1)例えばビールマンの場合も、法律的制限はむしろ「内在的」なものと構成されていたのであり、(2)また、アンシュッツのような構成をとれば一般法に基づくポリツァイ制限を「内在的制限」と理解することが可能だったことからすれば、かかるレットル貼りには説得力が欠けていると言えるだろう。

(68) Vgl. O. Mayer (Ann. 10) Bd. I, 3. Aufl. S. 15. 市民社会は本質的に国境を超えるものであるから、ポリツァイが保護すべき対象は、正確に言えば、国境によって領域的に区分された社会の一部＝「公共団体」である。

(69) Mayer (Ann. 10) Bd. I, 3. Aufl. S. 213. ステイアーンモロの場合、「社会」については「複数の人間の間の相互関係から生じた何らかの共同体」―それが所有権発生の端緒なのであるが―という程度の漠然とした認識が表明され (Stier-Somlo (Ann. 64), S. 302) また、既に見たように(註(64))「国家」は「社会の法的組織体」と見なされている。素朴ではあるが、マイヤーとほぼ同様の認識が示されているといえるだろう。

(70) 本文で指摘したヘーゲルの影響であるが、ここでは詳論できないが、(1)ポリツァイ概念の外延(マイヤーは「公共事業」をポリツァイと区別して扱う)及び(2)市民社会の歴史性の認識という二点において両者には無視できない差異があることは一応指摘しておかねばならぬ。

(71) Mayer (Ann. 10) Bd. II, 3. Aufl. S. 314, 307.

(72) Mayer (Ann. 10) Bd. II, 3. Aufl. S. 295. 本文の記述は、『ドイツ行政法』に関する限りのものであり、さしあたりは仮説にとどまるものである。ところで、やや文脈は異なるが、塩野宏は次のように述べる。「正義―公平の原則とは、国家に対して私人が有する絶対的所有権を前提とするのではなく、逆に、万能者たる国家の積極的活動を前提として、その活動によって引き起こされた私人間の不平等を調節するための原則である。」塩野・註(11)、二五四頁。

- (73) Eger (Ann. 35), Bd. II, S. 54, S. 589. この部分の記述は、コフカへの反論である。
- (74) Eger (Ann. 35), Bd. II, S. 54, S. 588.
- (75) 第二次大戦後についてのものであるが、所有権の「動態性」をめぐる理論状況について参照、藤田宙靖「財産権の保障とその限界」『西ドイツの土地法と日本の土地法』一〇七頁以下。
- (76) Vossen (Ann. 46), S. 260-261.
- (77) G. Jellinek, *System der subjectiven öffentlichen Rechte*, 1. Aufl. 1892, S. 79. Vgl. 2. Aufl. 1905, S. 84. 但し、当該箇所は人格権の権利性の有無に関する叙述である。
- (78) Anschütz (Ann. 15), Verw. Arch, S. 132.
- (79) 参照、広渡清吾『法による変革』と法律実証主義—ヴァイマル共和制を中心に—『講座・革命と法1市民革命と法』一九八九年、二二五頁以下。
- (80) Sier-Somlo (Ann. 64), S. 334.
- (81) 参照、角松・註(50)二〇頁以下。