



憲法上の所有権？：ドイツ連邦憲法裁判所の所有権 観・砂利採取決定以降

角松，生史

(Citation)

社會科學研究, 45(6):1-64

(Issue Date)

1994-03

(Resource Type)

departmental bulletin paper

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90002749>



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——

角 松 生 史

I はじめに

一九八一年七月一五日の連邦憲法裁判所決定（いわゆる「砂利採取決定」）は次のように述べる。「憲法によって保障されている所有権の概念は、憲法自体から導かれなければならない。憲法の下位に位置する通常の法規範から、憲法上の意味における所有権概念が導かれることはないし、私法的な法的地位から具体的所有権の保障の外延が規定されることはない」⁽¹⁾同決定に示された「憲法上の所有権」という観念を軸に、ドイツ連邦憲法裁判所（以下 BVerfG と表示）の所有権観を分析すること、それが本稿の課題である。⁽²⁾

おそらく今日のあらゆる国家にあって重要な課題であるところの土地利用規制は、その国の憲法が所有権の保障を認めている限り不可避免的に、法的な矛盾・緊張関係を生ぜしめる。「所有権および相続権は保障される」という憲法規定を有するドイツ連邦共和国（基本法一四条一項一文）も、もちろんその例外ではない。そして、ボン基本法（以下

G Gと表示) 体制下の(西)ドイツにあって、所有権論は二重の課題を(論者自身にどこまで意識されていたかは別に)内包していた。第一に、その極限形態にあっては、基本権を「民族同胞としての法的地位」へと転換させ、所有権を「受託者の管理権限」としてとらえるに至ったナチス期の所有権論からの徹底的訣別が図られねばならなかった。第二に、だからといってワイマール期の議論への単純な復帰も、満足すべき解答にはならない。「収用」概念を拡張して、財産的権利の規制に対して広範に補償義務を認めたライヒ裁判所の諸判決が、例えば領主的財産の解消をめざす州立法者や建築規制を志向する自治体にとっては大きな脅威となっていたことを考えるだけでもそれは明らかにはずである。

所有権に関わる法律や行政処分に対して数多くの訴訟が提起された。⁽⁷⁾ 憲法異議や取消訴訟などの形で直載に法律又は処分の合憲性・合法性を問うものもあったが、法律・処分が認めなかった損失補償を直接訴求する訴訟もまた多く存在した。それら訴訟は通常裁判所に提起され、連邦通常裁判所が(以下BGHと表示)一九五二年の賃料損失判決⁽⁸⁾で設定した枠組みに基本的に沿いながら処理されてきた。その中で積み重ねられたBGHの判例が、所有権論の展開をリードしてきたと言えることができるだろう。

しかし、冒頭に引用したBVerfGのいわゆる「砂利採取決定」(Nabauksiesung-Beschl.)⁽⁹⁾ はかかる状況を決定的に転換した。所有権概念と法的規制との論理的関係、「収用」と「内容規定」の関係、行政訴訟と損失補償請求との関係等についての同決定の判示は、問題設定の新たな枠組みを提供するものだった。副題の一部とした「砂利採取決定以後」とでも評すべき状況が生まれつつあると考えられる。同決定は、先に挙げた所有権論の二重の課題に対するいわば中間総括としてとらえることができるのである。

さて本稿は、既に述べたように、BVerfGの諸判決にみられる所有権観を浮き彫りにすることを目指すものである

が、ここで本稿の方法・叙述にかかわるいくつかの点について触れておかねばならない。

第一に、本稿は、砂利採取決定以後の状況を踏まえた上で、むしろリトロスペクティブに諸判決の判旨を検討する。同決定にかかわる各論点毎に、BverfGの考え方と他のありうべき考え方とを比較しながら論ずることになる。そのため、また筆者の時間的・能力的限界から、諸判決の網羅的・時系列的分析は目指されていない。

第二に、本稿は、BverfGの諸判決に見られる差異よりもむしろそれらの一貫した特徴―特にBGHや学説との対比で―を強調することになる。後に触れるように、砂利採取決定がBverfG自身にとっても「転換」なのではないかという点は議論になっているところであるが、本稿はそのような問題に深く立ち入ることはしない。そもそも、ある意味で自明のことではあるが、さまざまな事物に「同一性」があるかどうか―類似点と相違点のどちらに重点をおくか―は多分に論者の認識枠組と問題関心とに規定されているものであり、客観的解答の可能性には疑問がある。⁽⁹⁾ 所有権論に関わる基本的な分歧点を示そうという本稿の目的は、右のような取扱をある程度正当化するだろう。

第三に、BverfGの考え方を手がかりとして、本稿は、約一八年間（一九六五―一九八三）にわたって同裁判所第Ⅱ部の判事を務めたW・ペーマーの見解をしばしば参照する。⁽¹⁰⁾ 本稿でとりあげる判決にほとんど関与した彼の影響力は無視できないと推測できるからである。⁽¹¹⁾ 但し、合議の産物でありまた個別事案の事情にどうしても左右される裁判判決と一判事個人の見解とを安易に同視することはもちろん許されない。いわゆる「私用収用」⁽¹²⁾ についての重要判決である、ケーブルカー判決において、ペーマーが判決理由に反対し、長大な補足意見を執筆していることから、それは裏付けられるであろう。⁽¹³⁾

第四に、叙述の方法であるが、各項の冒頭に判決（砂利採取決定、堤防判決など）の引用文を摘示し、そこで用いられている論理の分析とそれに対比されるべき判例学説を検討するという方法をとった。各項冒頭以外の場所でも、煩

雑を承知の上で、「判決自らに語らしめる」ことに重点をおいた。諸判決の内在的検討のためには最善の方法と考えたためであるが、読み難さを招いたことは読者の寛容を願うしかない。

そこで本論の構成であるが、まずさまざまな論点を①立法権・憲法裁判権の優位(Ⅱ)②人格的自由(Ⅲ)の二つにわけて考察した上で、まとめ及び今後の課題について論ずる(Ⅳ)ことにする。⁽¹⁴⁾⁽¹⁵⁾

(1) BVerfGE 58, 300(335)。同判決は次のような事案であった。一九五七年連邦水収支法(Wasserhaushaltsgesetz, 水収支(Wasserhaushalt)の概念について参照) Gieseke/Wiedemann/Czychowski, Wasserhaushaltsgesetz, Kommentar, 4. Aufl. 1985, S. 44-45)は地上水地下水を問わずあらゆる水利使用を行政庁の裁量的許可の下においていた。(七条)さらに同法には一九七六年の改正で「土地所有は、……許可または承認を要する水利使用の権利を与えるものではない」(一a条二項一文)という規定が挿入された。つまり、連邦水収支法は土地所有権の内容から水利使用を除外したことになる。ここで、市の水保護区域に位置する砂利採取業者が事業許可を申請したところ、事業が地下水に与える悪影響を理由に(水収支に悪影響を及ぼす行為も「水利使用」に含められている。三条二項二文)拒否された。そこで業者は損失補償を求め、出訴した。

BGHは、水収支法には違憲の疑いがあるとして、事案をBVerfGに移送し、判断を求めた。(以下「移送決定」と呼ぶ。BGH NJW 1978, S. 2290) BVerfGは同法を合憲と判示した。

(2) 「憲法上の所有権」という問題設定の起源を、クレッシェルは、M・ヴォルフの「記念碑的」論文「ライヒ憲法と所有権」に求めよう。(Kroschell, *Agrarrecht* 1981, S. 31(37); M. Wolff, *Reichsverfassung und Eigentum, Festgabe für Wilhelm Kahl*, 1923, S. 3ff. 同論文を主題的に考察した論考として石部雅亮「ヴァイマル憲法と所有権」M・ヴォルフの所有権論について(「乾昭三編『土地法の理論的展開』一九九〇年、一二二頁以下)同論文が、「現行民法上の所有権のみならず、あらゆる私的財産的権利——債権、株式、物権、著作権など」を憲法的保障の対象としたことが「憲法上の所有権」概念の出発点だといえるのである。所有権保障対象の外延をどこに見いだすかというこの問題の重要性はいうまでもないところであるが、本稿はやや異なった側面を取り扱う。

(3) Ernst Rudolf Huber, *Die Rechtsstellung des Volksgenossen. Erläutert am Beispiel der Eigentumsordnung. Zeitschrift für die Gesamte Staatswissenschaft*, S. 446; Franz Wieacker, *Wandlungen der Eigentumsverfassung*, 1935, S. 61. ナチス期の所有

権論について、さしあたり参照 Brahm Garcia, *Eigentum und Enteignung im Dritten Reich*, 1985, 広渡清吾「ナチス民族法典の所有権規定」『土地法の理論的展開』(註2) 一四二頁以下。

(4) 諸判決を概観する邦語文献として、述田斉「ヴァイマル・ドイッにおける公用収用問題の推移」(『中央大学大学院研究年報』一八号一—) 一二三頁以下。同時代の文献は枚挙に暇ないが、判例およびそれに親和的な学説の傾向に対して左翼的・民主主義的立場から異議申し立てを試みたものとして、Otto Kirchheimer, *Grenzen der Enteignung*, 1930, (in: Kirchheimer, *Funktionen des Staats und der Verfassung, zehn Analysen*, 1972, S. 223ff.) を挙ぐる。

(5) RGZ 111, 123 は、領主世襲財産の国有財産への移行を「収用」とみなして違憲とした。

(6) RGZ 128, 18 は、プロイセン一八七五年建築緑法七条・一一条に基づく建築禁止をやはり「収用」とみなし、無補償では違憲となとした(なお、同判決の理解について野呂充氏(広島大学)より教示を受けた)。一九世紀に既に制定されていた法律が攻撃されたということは、「われわれの従来の都市建設制度の根本に疑いをかけようとするもの」として受けとめられた。Kirchheimer, *Eigentumsgarantie in Reichsverfassung und Rechtssprechung* (zuerst 1930), in: *Funktionen des Staats...* (Anm. 4), S. 7ff. (22-23)

(7) BGH, BVerwG (連邦行政裁判所)「BVerfG の判例の網羅的分析として」Alexander v. Brünneck, *Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes*, 1984, S. 205-292. 所有権についての戦後の立法・学説・判例を一貫した観点から分析した同書に、本稿は多くを負っている。

(8) BGHZ 6, 270.

(9) 参照、池田清彦『分類という思想』一九九二年。

(10) 参照、手塚和男「西ドイツ連邦憲法裁判所第一部と第二部の管轄について」『法学』五〇巻七号) 一三六九頁以下(一三八九頁)

(11) Werner Böhm, *Probleme der Dogmatik und Systematik der Eigentumsbestimmungen des Grundgesetzes, Agrarrecht* 1984, Heft 4 Beilage I S. 2ff.; ders., *Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Abgrenzungproblematik von Sozialbindung und Enteignung, Der Staat* 1985, S. 157ff.; ders., *Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW* 1988, S. 2561ff.

- (12) ライスナーは、BVerfGの所有権観にとつて「*der geistige Vater*」や「*der geistige Sohn*」と評す。Walter Leisner, *Bestandsgarantie des Eigentums-vom Bergrecht unterminiert?* DVBl 1988, S. 555 (556) Vgl. Grabe, *Verfassungsvorrang und Gesetzmäßigkeit bei der Inhaltsbestimmung des Eigentums durch Bebauungspläne*, DÖV 1990, S. 805 (806, Fn. 1)
- (13) BVerfGE 56, 249 (266f.) 多数意見が権限論のみに絞ったのに対し、レーマーは私用収用の可否の議論にまで踏み込むことを主張した。従って、収用についての彼の議論が内容的に否定された訳ではない。
- (14) 本稿のテーマに関連する先行文献は枚挙に暇ないが、論点全体にわたるもので、筆者が特に参考にしたものとして、栗城壽夫「憲法と財産権」(『公法研究五一号』六三頁以下、藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』(一九八八年)、阿部泰隆『西ドイツにおける土地利用規制と損失補償』(『国土開発と環境保全』(一九八九年))一七三頁以下、中島茂樹「ボン基本法と土地所有権——『建築の自由』をめぐる一考察」(山下健次編『都市の環境管理と財産権』(一九九三年))。なお、中島論文は本稿の問題意識とも大幅に重なる問題を簡潔明快に整理したものであるが、脱稿間際に接したため、その成果を本稿に十分に盛り込むことができなかった。
- (15) GG一四条「①所有権と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。②所有は義務づける。その行使は同時に公共の福祉に資するものでなければならない。③収用は公共の福祉のためにのみ許される。収用は、補償の種類と範囲を規定した法律によって、または法律に基づいてのみ行うことができる。補償は公衆の利害と関係者の利害を適切に衡量した上で定められなければならない。補償の額について争いがあるときは、通常裁判所に出訴する事ができる。」

II 立法権・憲法裁判権の優位

所有権とそれに関する法的規制との関係を考察するにあたっては、二つのレベルの問題を設定することができる。第一に、「権利」と規制との論理的関係に関する問題であり、第二に、法的規制をめぐる国家机关相互の関係である。相対的には区別されるこれら二つの問題は、もちろん密接に関連している。たとえば所有権についての一定の内容、

あるいは一定の制約が法律を待たずして生じる（「法律に先在する」と観念される場合には、それを裁判所が判断できるといふ主張と結び付きやすいだろう。BVerfGの所有権観については、特に一九八一年の砂利採取決定⁽¹⁾以後、上記二つの問題を共に含む意味で「立法権・憲法裁判権の優位」という基本的観点の下で分析することが可能である。以下、派生するいくつかの論点を吟味分析していくこととしよう。

一 収用から内容規定へ

「GG一四条二文（「所有権の」内容と限界は法律で定める」「引用者注）の意味における諸規定と、一四条三項の意味における収用は、ともに、関係憲法規定に合致するときのみ有効である。また、憲法違反の内容規定が収用として再解釈されたいうこともないのであり、憲法違反が法律の予定しない補償を与えることによって『治癒』されることはない」（クラインガルテン判決）⁽²⁾

1 GG一四条と「収用」・「内容規定」

GG一四条は、所有権に関する法律規定を「内容規定」と「収用」との二つに区分している⁽³⁾。それぞれについてBVerfGの定義を見てみよう。第一に、「内容規定」(Inhaltsbestimmung)（一四条二文）は、「所有者の権利義務を一般抽象的に確定する」規範、あるいは「客観法の平面において、所有者の法的地位を基礎付け形成する法命題」と定義される。第二に「収用」（一四条三項二文）収用は、補償の態様と範囲を規律する法律により、または法律に基づいてのみ、これを行うことができる」であるが、これは、再びBVerfGによれば、「特定・特定可能な人的範囲から、GG一四条一項二文に言う一般的法律に基づき適法に取得した具体的財産的権利を剝奪すること」と定義される。「法律により」直接に行われるものが「立法収用」(Legale enteignung)⁽⁴⁾であり、「法律に基づいて」行政権に授權されたものが「行政収用」(Administrative enteignung)とされる。

ここで重要なのは、BVerfG が、「内容規定」「立法収用」「行政収用」を「各々独自の法制度であって、GG はそれらを互いに明瞭に区切っている。」⁽⁶⁾としていることであり、これは従来の議論枠組の決定的転換を意味する。

従来の枠組みの基礎を作ったのは、BGH 連合部一九五二年六月一〇日判決（賃料損失判決）である。⁽⁶⁾同判決もやはり、「内容規定」と「収用」との対比に立脚する。まず、「内容規定」は「一般的であり等しく作用する、関係する権利の本質に合致し得る財産的権利の内容の規定、限界付け」と定義される。その規制が必要となる根拠は、歴史的情勢に応じて規定される社会的拘束に求められ、補償を伴わない。⁽⁷⁾これに対して「収用」は次のように定義される。

「法律によって許容された所有権への強制的国家的侵害で、……関係する個人あるいは集団に他との関係で不平等特別に影響し、特別の他には期待されない犠牲を、公共のために強制するもの」つまり、「平等原則違反が収用を特徴付ける」ことになる。この場合、平等原則を回復させるために補償が必要になる。⁽⁸⁾

一見したところ大した違いはない、BVerfG の定義と BGH の定義であるが、以下の二点の差異が重要である。第一に、BGH の定義では「内容規定か収用か」という問題と、補償の要否とが直接に連動している。そこには「内容規定＝無補償」「収用＝補償」という二分法が成立し、その後の判例では、ある規制が「収用的処分なのか、原告の土地が他の全ての所有権と同様服している社会的拘束の枠内にあるのか」という問題設定がなされることになるのである。また、補償の要否に対する判断から、ある規制が「内容規定」か「収用」かを決しようとする逆推論⁽⁹⁾もここから生まれてくる。

第二に、「内容規定」と「収用」との論理的関連である。さきに述べたように、BVerfG は両者をそれぞれ「独自の法制度」として、互いの移行を否定する。「内容規定的条項は、それが違憲の場合も、一四条一項二文という規律としての性質を保持し、一四条三項の要件に服する収用規範に転化するものではない」⁽¹¹⁾この点は、BGH の定義にあ

っても一応は異なる。「(社会的拘束に基づき) 一般的に定められた所有権の内容的拘束と限界付けは、収用ではない。……それが、拘束の憲法上又は法律よりも上位の限界を超えた場合でも、だからといってそれが補償義務をともしなう収用になる訳ではない。限界を超えた場合、むしろ立法行為が無効になる。」⁽¹²⁾しかし、BGHは次のように続ける。「無効な立法行為の違法な個別的執行があつて初めて、収用類似の作用を生ずることがありうる」⁽¹³⁾ここでは、傍論的にはあるが、裁判所が法律を内容的に審査し侵害が権利の種類に一般的に特徴的なものであるか、実質的根拠があるか——した上で、その執行が「特別の犠牲」を発生させる場合は補償を与えるという可能性が認められている。さらに、法律よりも下位の規範の場合、より端的に「所有権の社会的拘束の限界を超える犠牲」は収用になるとされたと上でその限界設定が問題とされる。⁽¹⁵⁾(いわゆる「閾値理論」(Schwellenlehre))。

このようなBGHの姿勢は、一般に「特別犠牲説」と総括されるが、他の裁判所や学説にはこれに対する異論も見られた。「侵害の重大なと範圍 (Schwere und Tragweite)」(連邦行政裁判所)「要保護性 (Schutzwürdigkeit)」(W・イ・リネック)「受忍限度 (Zumutbarkeit)」(シ・エッター)「私的効用 (Privatnützigkeit)」(ラインハルト)などの概念が提起されてきた所以である。これら諸説は、BGH⁽¹⁶⁾(あるいはライヒ裁判所)の基準を「形式的」と批判し、より「実質的観点」からの区別を主張する点で共通しているが、その批判は単なる理論的見地からのものではなく、実際の動機もあったと考えられる。⁽¹⁸⁾しかしこれら反対説も、上記二点のBGHの前提——「内容規定」と「収用」との区別を補償の要否と連動させること、「内容規定」的法律が(間接的に)「収用」に転化することを承認すること——を否定するものではなく、その点で同じ土俵の上にあった。⁽¹⁹⁾

ここで再び砂利採取決定に立ち返ってみよう。BVerfGは、上記二点の前提を全面否定する。便宜後者からみれば、内容規定の収用への転化は明確に否定されている。先に確認したように、内容規定的法律が直接収用に転化する

ことがないというのは、BVerfG、BGH 共通の前提だった。問題は、行政庁によるその執行なのだが、砂利採取決定は、水収支法に基づいた申請拒否処分＝行政行為が問題になった、まさにこのような事案だった。その違法を理由として提起された損失補償請求訴訟に対して、BGH は水収支法を「内容規定」とみなしつつ、「同法の合憲性についての判断が必要」とし、事案を BVerfG に移送した。しかし、これに対して BVerfG は、「内容規定的法律が合憲かどうかという問題は）収用法的観点からは意味がない。同法が有効であろうと無効であろうと、それが収用として補償義務を発生させることはない。……行政庁によるかかる規定の適用も、補償義務を伴う行政収用ではなく、単なる法律の執行であって、もちろん訴訟によって取り消されうる」としたのである。⁽²⁰⁾ここに至って BVerfG の立場と BGH の立場とは決定的に衝突することになる。

ついで前者であるが、砂利採取決定は「内容規定」「収用」それぞれの概念を「補償」からひとまず切り離している。とはいえ、収用に補償を与えることは GG 一四三条三項の要請であり、⁽²¹⁾⁽²²⁾問題は「補償をともなう内容規定」というカテゴリーを認めるかどうかである。BVerfG は、砂利採取決定の前日に出された決定（献本義務決定）において、この点についての解答を示唆している。同決定では、出版物の一部を国立図書館に献本すべきことを義務づける（ことを授權する）⁽²³⁾ヘッセン州出版法九条が違憲とされた。その際、出版法は「献本という形において現物給付義務を一般抽象的に定めるもの」であり、収用ではなく内容規定であるとされる。⁽²⁴⁾その上で決定は、費用償還措置なしの献本義務が「巨額の費用を要し、少数数で発行される出版物に対しても」適用される限りにおいて、同条の平等原則違反、比例原則違反を認定しているのである。⁽²⁵⁾この決定は、一般に「補償を要する内容規定」というカテゴリーを承認したものと受け取られている。⁽²⁶⁾注意すべきことは、「補償を要する内容規定」を承認したとしても、それは補償を裁判所で直接請求できることを意味しないということである。そのような場合、立法者が補償を定めていなければ法律は違

憲となるが、砂利採取決定の判旨から明らかなように、関係者に補償請求権は発生しない。そして献義務決定が述べるように⁽²⁷⁾、立法者には新たな法形成の複数の可能性が開かれているのである。

2 「循環論法」?

先に紹介したように、砂利採取決定は、収用（立法収用・行政収用）の対象たる具体的財産的権利を「GG 一四条一項二文に言う、一般的効力を持つ法律に基づいて適法に取得されたもの」と規定している。⁽²⁸⁾ この見解は、必ずしも新奇なものではない。決定が引用する堤防判決には、「法律によって形成される所有権のみが所有権保障の対象であり、憲法上の保護を受ける。」⁽²⁹⁾ という極めて明快な論述が既に含まれている。

しかし、おそらく砂利採取決定が従来の実務を覆すものだったからであろう、この点については「循環論法」⁽³⁰⁾ あるいは「憲法的保護の終焉」⁽³¹⁾ という厳しい批判が浴びせられた。確かに、これら学説がいうように、「収用」概念を用いて立法の憲法適合性を審査しそれを統制していく可能性は、砂利採取決定によって決定的に狭められたといえるだろう。だからといって、砂利採取決定が立法者の恣意に途を開くものだとは言えない。先に示したように、決定と時期を同じくして、BVerfG は所有権に関する二つの内容規定的法律について違憲判決を下している。⁽³²⁾ 砂利採取決定の意味は、何よりも、「収用」から「内容規定」へと議論の場を移動させたことにある。

ではそのような「一四条三項から一項への実質的問題の移動」⁽³³⁾ には何か意味があるのか? 「収用」概念による統制が、個人的財産的権利の存否、ついでそれに対する侵害の有無という主観法的问题設定を意味するのに対して、「内容規定」の違憲審査はあくまで客観法的統制である。主観法から客観法への焦点の移動は、所有者の視点から国家活動の視点への移動と言い替えてもよいだろう。⁽³⁴⁾ 「収用」の有無という問題設定にあっては、所有者の権利の実体的内容を具体化し、主観的不可侵領域を構成することが試みられるのに対して、「内容規定」の合憲判断にあっては、国

家活動を比例原則・平等原則のような、客観法的・裁量統制的手法で統制していくアプローチが取られることになるのである。

3 本質内容

この変化を示しているのが、基本権の「本質内容 (Wesensgehalt)」と所有権との関係に関する理解である。GG 一九条二項は、「いかなる場合でも基本権をその本質内容において侵してはならない」と定めている。一九七三年のBGHの判例は、内容規定と収用との区別が通常平等原則侵害の有無によって決定されると論じた上で、「また、所有権の本質内容が侵されるときは、常に収用である⁽³⁵⁾」と述べている。ここで「本質内容」は客観法的限界＝平等原則と切り離された実体的なものと観念され、規制の目的を問わず侵すことができない排他的な領域と理解されていると考えられる。⁽³⁶⁾ この点、リーディングケースの賃料損失判決の立場はなお微妙だった。「所有権保障は法律よりも上位であるから、それが（所有権の内容規定によって）その本質内容において侵されること、その実体 (Substanz) において損なわれることは許されない。……制限の理由となる実質的根拠 (sachlicher Grund) が必然的に要請するところのものよりも強く、広範に所有権を制限することは許されない⁽³⁷⁾」とする判旨は、制限の「根拠」と権利との相関関係を問題にするものであり、いわゆる「相対説」の文脈で理解されてきた。⁽³⁸⁾ その理解は全面的に誤っているわけではないが、そこで基本権の超国家性が強調されていること、「実体⁽³⁹⁾」という語が用いられていることに着目すれば、異なった理解も可能であろう。⁽⁴⁰⁾

砂利採取決定の立場は全く異なる。BGHの移送決定は、おそらく従来の見解に立脚した上で、水収支法の規定を「本質内容保障の領域にまで達するような侵害⁽⁴¹⁾」であり違憲と考えられるとしていた。これに対してBVerfGは、「内容限界規定にあたり立法者に課された限界は、GG 一四条一項一文の制度保障・現状保障および比例原則から直

接に生じる。この限界が遵守されている限り、GG一九条二項の侵害は存しない⁽⁴²⁾。」とする。つまり、少なくとも所有権の内容規定に関する限り、「本質内容」概念の道具概念性は否定され、同条は「宣言的意義」⁽⁴³⁾しか有しないことになる。主観法の実体的領域を構成しようという方法は退けられ、ここでもまた比例原則・制度保障などの客観法的限界が強調されるのである。

4 客観法の優位

しかしそもそも客観法の優位とは、賃料損失判決が「収用Ⅱ平等原則違反」という定式を確立させたときに既に敷かれていたルールだとも考えられる。まさにこの定式は、立法に先在するところの所有権の実体的具体的内容が存在するという観念の放棄をも意味するものである。賃料損失判決と異なった立場に立つ学説の多くにあってもこの点は異ならない。まず、W・イエリネックの「要保護性説」は、①侵害の強度②影響を受ける者の範囲③侵害の目的④相手方への対価⑤権力分立⑥付款の有無⑦対象物の価値の有無⑧憲法制定以前の法かどうかなどを総合的に判断して、収用該当性を決しようというものだった⁽⁴⁵⁾。連邦行政裁判所の「重大説」が「侵害の重大性と範囲」という実質的基準」の名の下に特に注目したのは、侵害が「歴史的に内容規定としてとらえられてきたもの」か、「第一次大戦後、……現代国家がその任務の変化にもなっで行うようになったもの」かという歴史的観点だった⁽⁴⁶⁾。これら学説もまた、国家活動の側の観点と所有権者の側の観点とを相関的に捉えるものであり、従って本来的には客観法的観点によりなじむものである。この点、所有権の「本質内容」を「私的効用」（「私的イニシアティブと私的利益」）に見出し、それが失われたかどうかを「収用」と「内容規定」の区別の基準とするラインハルトの「私的効用説」はかなり性格を異にするはずだった⁽⁴⁷⁾。しかし、彼の論文も経済制度全体の「私的効用性」を主張して市場経済を擁護することにかかりの比重が置かれているし、「私的効用」概念を継受したBVerfGも、それを内容規定と収用の区別に直ちに

道具概念として用いることはなかった。⁽⁴⁹⁾ そもそも、公的規制の必要性の有無と切り離し、所有権の実体的内容を所有者の側の視点からのみ構成しようとする試みは、徹底すればそれを極端に肥大させるかミニマムにまで縮小するかなく、実効的な統制を可能にするような結論にたどり着くことは困難なのではなからうか。

二 「社会的拘束」と「内容規定」

「GG 一四条二項に言う所有権の社会的拘束は、所有権の義務と制限を言い直したものである。それを規定(Bestimmen)するのは立法者であり、一四条一項二文によって与えられた権限の枠内で一般抽象的に行われる。そのような権限は、ゲマインデにも国の行政庁にも属さない。それらが個々の市民の所有権を一私企業のために社会的拘束に服させることは許されない。」(ケールカー判決)⁽⁵⁰⁾

GG 一四条二項は「所有は義務づける。その行使は同時に公共の福祉に役立たねばならない」と述べる。この条文は通常「社会的拘束」(Sozialbindung, Sozialgebundenheit)⁽⁵¹⁾の規定と位置づけられているが、この条項と「内容規定」条項(一項二文)との関係をどうとらえるかが問題になる。そして、一項二文が内容規定の権限を「法律」に留保しているため、この問題は立法権とその他の権力—行政権・司法権—との権限争いに直接関わってくるのである。

第一説は、「内容規定」と「社会的拘束」との区別を強調する。前者は立法者のみの任務であるのに対し、後者は立法をまたずして憲法から直接に導かれ、所有者を義務づける。従って、法律が未だ具体化していない限りで、裁判所は「社会的拘束」について判断することができるとされる。⁽⁵³⁾

これに対して第二説は、「内容規定」と「社会的拘束」とを同視する。後者は前者に吸収され、「一元的法律の留保」に服するものとされる。⁽⁵⁴⁾「所有権の内容と限界、従って、(強調は引用者)社会的拘束を規定するのは立法者のみである」⁽⁵⁵⁾というのである。

冒頭に示したケーブルカー判決の判旨に示されているように、BVerfG は第二説に与した。⁽⁵⁶⁾ ベーヤーはこの点をより明快に断言する。「所有者の法的地位を制限する権限は立法者のみに帰属する。……法治国原理の要請として、市民は彼に何が要求されているかを法律の中に読みとることができねばならないのである」⁽⁵⁷⁾ 既にクラインガルテン判決が、「内容規定」によって実現されるべき「社会モデル」(後述Ⅱ四)の下位概念として「一四条二項の社会的要請」を挙げていたことでこのような展開は予想できた。砂利採取決定は、当然ケーブルカー判決の考え方を引き継いでいる。先に述べたように、決定は、G G 一四条に關わる法令を「内容規定」「立法収用」「行政収用」の三類型に区分する。(前述Ⅱ一) 後二者の区別をさしあたり無視すればここでは「内容規定—収用」の二分法がとられている。BGHの判例でとられていた「社会的拘束—収用」という用語⁽⁵⁸⁾は用いられず、ましてや「内容規定—社会的拘束—収用」という三分法は明確に否定されている。⁽⁶⁰⁾ 「社会的拘束」は「内容規定」に吸収されているのである。

三 私法的規定と公法的規定

「所有者の憲法上の法的地位の規定にあたり、民事法と公法的法規は同格に協働するのである。民事法的所有秩序は所有権の最終的な内容限界規定ではない。私法上の所有権規定は、G G 一四条の枠内で財産的規律に關わる公法的規定に対して優先するものではない」(砂利採取決定)⁽⁶¹⁾

1 砂利採取決定の上のような判旨は、直接的には、BGHの移送決定(Vorlagebeschluss)に対する反論であつた。同決定は、B G B (ドイツ民法) 九〇五条一文(「土地所有者の権利は、地面の上部の空間と下部の土壤(Erdkörper)に及び」)から「土地所有はその土地に存する地下水を利用する権限をも含む」ことが帰結されるところで、「水収支法によってこの権限は著しく制限される。……公法的利用秩序が地下水の自由な掌握(Zugriff)を強く制限する」と問題を設定していた。⁽⁶²⁾ その限りで、BGHは、「まず民法によって規定された所有権の内容が、公法規定によって再び制限

される」という問題設定をとっていることになる。

砂利採取決定は、移送決定のこのような理解の端緒をライヒ裁判所の文化財産保護法判決の次のような判旨に求めている。「同条（ワイマル憲法一五三条二項）に言う収用は、所有者が、BGB九〇三条によるその所有物に対して任意にふるまう権利を第三者のために侵害されたときに既に認められる。」⁽⁶³⁾周知のように、「ある物の所有者は、法律又は第三者の権利が対抗しない限りその物を任意に取り扱うことができ、他者のあらゆる関与を排除することができる」と定めるBGB九〇三条は、一般にいわゆる「絶対的所有権」を表象する規定として理解されてきた。BGHはそのようなBGB九〇三条に「即目的には包括的な、憲法上保障された所有権」⁽⁶⁴⁾を前提としているというのが砂利採取決定の理解である。

しかし、砂利採取決定はあまり区別を意識していないが、所有権が「まず民法によって規定される」ということと「BGB九〇三条に絶対的所有権を前提としている」ということは必ずしも同一ではないだろう。民法の相隣関係の規定（BGB九〇六条）をどのように位置づけるかということが問題になるはずである。前者であればそれは当然に内容規定であるし、後者であればさしあたりは所有権に対する「制限」とされることになる。

そこで便宜二つの理念型を設定することができる。第一には、民法（あるいはその他の私法的法律）によって「私法的所有権概念」が成立していると観念し、それに対して公法的規定が制限を加えるというモデルである。これを仮に「私法秩序モデル」と呼ぶ。第二には、「BGB九〇三条に絶対的所有権」を先在する所有権として観念し、それに対して（民法の相隣関係の規定を含む）私法的法規・公法的法規が制限を加えるというモデルである。これを「九〇三条モデル」と呼ぶ。

2 冒頭に引用した砂利採取決定の判旨——「民法と公法的法律が同格に協働する」——は、「私法秩序モデル」を明確

に否定している。BVerfGは、かゝる一九五二年の判決で、「GG（二四条）は、民法と社会通念が形成してきたところの所有権という法律制度を保護している」と述べていた。⁽⁶⁵⁾この五二年判決と砂利採取決定との間に基本的な転換があると考えるのがおそらくは通説的な理解であるが、これを否定する見解もある。判決の当事者ベーマーは、五二年判決は所有権の対象についての判示であり、所有者の権利についての民法と公法的規定との関係についての問題には何等の解答も与えていない、従って両者には矛盾はないとする。⁽⁶⁷⁾逆に砂利採取決定を五二年判決に引きつけて理解しようとするのがライスナーである。彼によれば私有財産は警察的内在的制約にもとより服しているし、また「社会通念」に公法的規定を読み込むことが可能である。従って、砂利採取決定は力点の移動に過ぎないというのである。⁽⁶⁸⁾

それではBGHの立場はどうか。先に述べたように砂利採取決定は、「BGH＝民法九〇三条」という理解を提示するのだが、その根拠として挙げられるのは移送決定の「GG一四条一項二文及びBGB九〇三条に言う所有権」といういわば片言隻句のみである。移送決定の判旨を見ても、そこで検討されているのは専らBGB九〇五条であって九〇三条ではないし、⁽⁷⁰⁾砂利採取決定が挙げる賃料損失判決にも実はBGB九〇三条への言及はみられず、むしろ所有権の内容が「一定の限界内で歴史的に変化し得る」ことを認める判旨⁽⁷¹⁾にはそのような位置づけをためらわせるものがある。

むしろBGHの立場は、さきに挙げた「私法秩序モデル」により近いのではないかと考えられる。もつとも、民法のみで内容規定が尽きているのではなく、それは補完修正を伴わざるを得ない。その一つの現れが、既に触れた「状況拘束性」論であるが、この点についてはⅡ四で改めて検討する。

3 さて、先述したように、砂利採取決定は「私法秩序モデル」を明確に拒絶しているのだが、「九〇三条モデル」についてはどうか。クレッシェルは、BGB九〇三条は以下の二点で基本権としての所有権の構造要素を示していると

する。①法律によって限定されることになる権利を、それでも先在するものとして承認するという、市民的法治国の伝統に沿った法律観②自由が制限に対して原則的に優先すること。⁽⁷²⁾所有権概念の輪郭を形作るのは、「民法的所有権」であり、その中核は九〇三条だといふのである。⁽⁷³⁾シュルテの場合、このような発想はさらに徹底されている。彼によれば、実体的法規範は常に「原則と例外」―「禁じられていないものは常に許されている」―という思考図式で表わされる。これを所有権の「内容」と「侵害」との関係にあてはめれば、「内容」＝全面的な所有者の自由という形式的原則、「侵害」＝上の原則からのあらゆる例外といふことになる。従つて、所有権についての規範は形式的意味では全て「侵害」であり、「所有権は内容的には『侵害』規範によつて初めて輪郭を獲得する。これら侵害規範が所有権に法的内容をもつた形象を与えるのである。⁽⁷⁴⁾その結果、①私法規範であれ、警察的規制であれ、形式的には「侵害」と位置づけられ、②「侵害」の存否と補償の要否は切り離されることになる。⁽⁷⁵⁾シュルテは、現実的・歴史的に所有権に課された制約をいささかも否定しようとするものではない。彼の議論はあくまで「思考図式」として展開されたものであり、所有権の実質的内容とは厳密に区別されねばならないことがたびたび強調されている。⁽⁷⁶⁾逆に言えば、現実の私法制度から切り離された結果、所有権は極度に觀念化されざるを得ないのである。

以上のようなシュルテの議論と全く對蹠的に「侵害―制約思考の一掃」をスローガンとして掲げるのは、一九六二年に出版されたヘーベルレの博士論文『GG一九条二項の本質内容保障』である。⁽⁷⁷⁾彼によれば、「適法的侵害など存在しない。侵害は違法であり憲法上許されない」とされる。しかし、そこで立法権の制限が志向されているのではなく、彼によれば、「内在的な基本権の限界を具体化する立法者は、基本権を侵害するのでも相対化するのでもなく、むしろそれを確認し保障し規定するのだ」「基本権のあらゆる限界付け (Begrenzung) は内容規定の一部である」とされ、むしろラディカルな立法者重視論が展開されているといえる。⁽⁷⁸⁾

砂利採取決定に戻ろう。「所有権からある権限を除外するにあたり」立法者がそれをどのようにしたかは法律技術の問題であるに過ぎない。立法者がまず法的地位を包括的に定義して、続く規定で特定の支配権をそれから除外したとすると、そのように制限された法的地位のみが当事者に最初から帰属することになる。所有権の内容を規定する合憲的法律の総体から、GG 一四条一文の保障する現存保障の対象と範囲が、そして補償義務を伴う権利剝奪がいつ生ずるかが決定される⁽⁷⁹⁾と決定は述べる。この判示は、上の「九〇三条モデル」のような考え方を否定したものと考えられる。

それでは BVerfG 自身はどのようなモデルを想定しているのか？ 既に堤防判決には「立法者が（内容規定の）権限を合憲的に行使した場合には、それは基本権の制限（Einschränkung）ではない」と述べられていた。⁽⁸⁰⁾さらにベーマは次のように論ずる。「（立法者による内容規定は）憲法上の意義における所有権觀念に組み入れられ、個別所有者の地位の本質的限界となる。（……）それら規範が適用されるとき、行政は所有権を侵害するのではなく、所有者に対して、彼の法的地位に公益上の理由から引かれた限界線を宣言的に指し示すのである。かかる状況に『侵害』という語を用いるのは避けた方がよいだろう⁽⁸¹⁾」所有権に関わる立法行為の「侵害」性を否定するこのような理解は前述のヘーベルレの立場に近接するものである。もちろんベーマの立場を直ちに BVerfG 全体のものとしなすことはできない。また、ヘーベルレの議論は基本権一般について展開されたものである。所有権には、それを保障する基本法の条文自体が内容規定を法律に委ねているという特殊性があることを考えると、BVerfG の所有権についての立場を基本権全般に押し広げることには慎重でなければならないだろう。⁽⁸²⁾

しかし、判旨の他の部分、またこれまで考察したことを総合的に考えあわせても、BVerfG が、①所有権に実体的な所与を想定することから出発するのではなく、②いわば白紙の上に所有権の輪郭を描くような役割を立法者に承認

(一定の限界には服するが)し、③その際、私法の公法に対する論理的優先を認めるものではないことは確認されうるであろう。⁽⁸³⁾

四 小括―「状況拘束性」と「社会モデル」

さて、ここまでの議論を総括する意味も兼ねて、以下では、BVerfGとBGHとの見解の差異の背後にある、いわば「思考図式」に接近することを試みたい。便宜BGHから検討することとして、1ではBGHの「状況拘束性」論の検討を通じた接近を試みる。ついで2では、これまで検討してきたBVerfGの見解を総括するものとして、「社会モデル」の概念を取り上げることになる。

1 BGH「状況拘束性」

BGHによって提出された「状況拘束性」論はこれまで日本でもしばしば紹介されてきたが、そのリーディング・ケースとされる一九五六年の緑地帯判決は、従来農業的に利用されてきた土地が緑地帯に編入された場合で、転用目的の売却ができなくなったと主張する土地所有者からの補償請求を退けた事例である。

「かかる特別の状況(①過去に御料地に属し、これまで農業に利用されている②住宅・産業地域の中にある③かかる地域では住民の健康上の理由から緑地帯の必要性が高い。)の下にある土地所有権は、実定法の規定によってではなく、『その性質上(seiner Natur nach)』限定的な(法的な意味での)義務負担性(Pflichtigkeit)と結びついている。この義務負担性は、法律のより具体的(nähere)規定によって(法的な意味での)義務(Pflicht)へと凝縮し得るものであり、場合によっては、所有権から生じうる多くの個別的利用権限の内の一つを禁ずることにもなるものである」その場合、所有者の自由は実質的に侵害されていない。なぜなら、①従来実現していない利用形態の一つが禁じられただけであり、他にも多くの権限が残っている②義務負担性を負っている全ての土地に上のように制限が課されているわけではないが、それは平等原則に反するものではなく、制限は社会的拘束の具体化である。⁽⁸⁵⁾

まず注目すべきは、「義務負担性」という構成の巧みさである。第一に、「平等原則」との関係である。賃料損失判決によって設定された、「収用ニ平等原則違反」という枠組を前提とする限り、およそあらゆる種類の地区指定型規制は困難な説明を強いられる。もちろん平等原則は実質的理由に基づく区別を排除するものではないのだが、たとえば地区境界線を隔てて接しあう二つの地片を比較したときに、両者の区別を正当化する実質的理由を見いだすことは不可能なことが多いだろう。緑地帯判決はそのような不平等の正当化を試みる。判決によれば、「不平等」は「義務負担性」の概念の特性それ自体に内在するものである。そもそも「義務負担性」とは、「義務」へと発展することが「可能性」(kann)ではあるが「必然」(muss)ではないところの法的地位であり、そのような「義務への凝縮」が一部の者のみについて起ることはむしろ通常だというのである。⁽⁸⁷⁾

第二に、立法—行政権と司法権との関係についてである。「義務負担性」は「実定法の規定によって初めて生じるのではなく、『その性質上』」土地に結びついているとされる。そして、立法—行政権の具体的規制により、義務負担性は義務に凝縮する。事柄の実質に即してみれば、「ある土地が『義務負担性』と結びついているかどうかについては、司法権が認定権を持つ。そしてその範囲内にある限り、立法—行政権の裁量が認められる」ということである。この思考図式は、立法—行政権に第一次的認定権を認めた上で、司法権が覆審的に審理するという図式とは、微妙だが決定的に相違していると言えるだろう。立法—行政権による地区指定の所有権に対する形成的効果は曖昧にされる。⁽⁸⁸⁾ところで、Ⅱ二で見たように、「内容規定」と「社会的拘束」との関係はどう見るかについて議論があり、それは即ち、司法権（行政権）が立法を待たずして「社会的拘束」を適用できるかという問題であった。「義務負担性」概念はこの点についての折衷的解決、そして、あえて言えば、限られた範囲ではあれ、少なくとも観念的には司法権による第一次的認定権を認めようという意味でむしろ司法権寄りの帰結を志向したものと考えられる。

さて、「状況拘束性」の法理でもっとも問題になるのは、当然ながら、どのような「状況」に着目するかであるが、緑地帯判決は二つの方向性に手がかりを与えている。第一には「不動産が現実にとのように利用されていたか」⁽⁸⁹⁾を重視する方向である。緑地帯判決は、所有者自身土地を農地として取得し、その後も農業的に利用してきたこと、緑地帯指定以前に建築・倉庫等の経済利用を行ってはいなかったことを認定している。「未だ現実化されていない利用形態の一つ」の禁止だということが重視されている⁽⁹⁰⁾。その後、たとえば一九五七年の「ブナの木判決」⁽⁹¹⁾などでも、現状保護的側面が前面に出てきている。

第二に、緑地帯判決では「理性的かつ賢明な (vernünftig und einsichtig) 所有者であれば、所与の状況に鑑みてそもそも考えられないような」利用形態は保護を受けないという論理が用いられていた⁽⁹²⁾。この方向を発展させたのが、砂利採取事業の許可を拒否された土地所有者に対して補償を認めた一九七三年判決の次のような判示である。「所有者からなにか『奪われて』いるかどうかは、既に享受されている利用だけで決められるものではない。決定的なのは、むしろ『事柄の性質上』 („von der Natur der Sache her“) 存する利用可能性・経済的活用可能性、つまり当該地方の地理的状况と性状 (örtliche Lage und Beschaffenheit) から、理性的経済的に考察して客観的に生ずるところのものが禁止されたり本質的制限を受けたかどうかである」⁽⁹³⁾。このような傾向については、『状況』を一層『規範化』して把握するもの⁽⁹⁴⁾という基本的に正しい評価がなされているが、それが「公的規制をより容易化する方向に進んでいる」⁽⁹⁵⁾とは必ずしも言えないだろう。七三年判決は、現に行われていない利用に対しても、その利用が客観的経済的合理性を有している限り補償を認めるべきであるとした。むしろ所有者保護が拡大されていると言える。

砂利採取決定の事案の移送決定において、BGHは、砂利採取事業の拒否は「事柄の性質上生じ、従来問題なしに行使されてきた土地の利用」の禁止であり、「原告の保護に値する地位への補償を要する侵害」⁽⁹⁶⁾であるとしていた。

現に行われている利用についてはあるが、七三年判決が再び引用されたわけである。これに対して BVerfG は、「立法者は、GG に即した財貨秩序の創出にあたり、『事柄の性質上』生ずる所有権概念に拘束されてはいない」と答える。BGH 七三年判決は、明示的に否定されているのである。

砂利採取決定以後も、BGH は「状況拘束性」論を維持する。「収用類似の侵害」にも関連する一九八四年の決定では次のような整理がなされる。「状況拘束性」の第一の基準は「指導形象」Leitbild としての「理性的かつ賢明な所有者」である。それには通常「当該利用形態が過去に既に実現していたか」が基準となるが、「地片の位置と性状から客観的に提供されている利用可能性」が制限されたかどうかにより決定的である。⁽⁹⁸⁾ また、同判決では、「社会的拘束の観点から、所有者が『状況』に配慮しなければならない」というのが状況拘束性の意味であるとされ、規範的根拠が「社会的拘束」に求められている。先に指摘した二つの方向性は、後者優位の内に整理統合されることになる。

ここでさらに二点指摘しておかねばならない。まず、「状況拘束性」論は、現状保護的傾向を内在させつつも、時間の変化に対して全面的に閉じたものではない。人口・定住構造・産業化などによる新たな必要性も「状況拘束性」の内容たりうるとされる。⁽⁹⁹⁾ 第二に、「地片の位置と性状」という手がかりは、曖昧ではあるが、それなりの説得力を有しうるものである。例えば七三年判決は、緑地帯判決との事案の違いを強調する。緑地帯判決では、「一般的な居住構造の発展によって初めて考慮される」土地利用形態の排除が肯定された。「以前は存しなかった利用可能性を将来に向かっても開かないということによって決定的だったのは、当該地域の全体的発展である」それに対して、七三年判決では、「土地に以前から存する鉱物の利用」が問題となっているのであり、事案が異なるというのである。⁽¹⁰⁰⁾

ここでは、建築のために必要な基盤整備、地域全体の発展との均衡といった問題が、一応認識されているのである。

2 BVerfG 「社会モデル」

クラインガルテン判決は次のように述べる。

「立法者は、GG 一四一条一項二文によってそれに課された任務——所有権の内容と限界の規定——を遂行するにあたって、社会モデルを実現すべき任務を負っている。その規範的要素は一方では一四一条一文による私有財産の基本法的保障から、他方では一四一条二項の社会的要請——所有権の行使は同時に公共の福祉に資するものでなければならない——から導かれる。立法者は、一四一条一項二文の規律にあたり、GG に定められている憲法的保障を受ける法的地位と、社会正義に即した (sozialgerecht) 所有秩序をめざすべき要請との関係という二つの要素を平等に考慮しなければならない。関係者の保護に値する諸利害を適正に調整し、均衡をもたらさねばならないのである。」⁽¹⁰⁾

ここに示されている「社会モデル」の観念は重要である。一方では私有財産の尊重、所有権の私的効用 (Privatnützigkeit) の確保、⁽¹⁰²⁾ 他方では所有権の社会的拘束という対立する原理は相互に「弁証法的関係」にあるものであり、立法者が「関係者の保護に値する諸利害を適正に調整し、均衡関係をもたらす」⁽¹⁰⁴⁾ ことが可能であると BVerfG は捉えている。

ある論者は、この「社会モデル」概念を「調整を志向するGGの国家哲学」の明確な表現であると評している。⁽¹⁰⁵⁾ GG全体についてそのようなことを語りうるかどうかは別として、所有権に関する限り、BVerfG が対立よりもむしろ調整を重視していることは否定できないだろう。

そして、「社会モデル」を実現するのは立法者の任務と考えられている。そこでは、所与の・先在する所有秩序に対して国家が介入し修正するという思考枠組はとられていない。立法者こそが所有秩序の第一次的創設者・形成者としてとらえられている。もちろんその形成に対して憲法的限界——私的効用性と社会的要請の考慮——は存在し、それは結局のところ BVerfG によって統制される。その意味で立法者が全く自由に秩序を形成できるわけではない。この点は、いわゆる「経済制度」論争——GG が特定の経済システム (例えば「社会的市場経済」) へと決定しているかどうか

をめぐる論争—における BVerfG の立場とも関連している。そこでは、G G は明示的に特定の経済体制を決定してはいないこと、従って立法者は G G を遵守する限りその時々々に適切であると思われる経済政策を遂行することができる⁽⁹⁷⁾ことが強調されているのである。G G は「制度」を直接定めるものではなく、立法者による形成活動の統制原理になっているという関係をここでも確認することができる。

3 BGH・BVerfG の思考モデル

さて、以上のような検討から、やや図式的にはなるが、I で指摘した様々な論点をめぐる BGH と BVerfG との対立の背後にある思考モデルを提示することがひとまず可能になるだろう⁽⁹⁸⁾。BGH は、いわば「所有秩序」とでも言うべきものが公法規定に先在することを前提としている。その所有秩序は基本的に B G B 九〇三条的な所有権を中心にして構成されるものではあるが、相隣関係などの私法的な所有権制限規定、また状況拘束性の法理などによって修正補完を受け、それ故に一定程度安定した秩序として—時の流れと共に徐々に発展することは予定されているが—存続することが可能になっている。そのような秩序に基本的に矛盾しない公法規定は社会的拘束の範囲内とされるが、秩序に抵触する場合は収用と考えられる。そして、そのような所有秩序の認識者として立ち現れるのが司法権である。

これに対し BVerfG は、そのような所有秩序の先在を承認せず⁽⁹⁹⁾、秩序はむしろ第一次的に、所有権の内容を規定すべき立法者によって形成さるべきものとしてとらえられている。もちろんそこで形成された秩序が、結果として、『所有権』という名に値しない⁽¹⁰⁰⁾権利しか認めないこと、また比例原則・平等原則等の観点からみて所有者に不当な不利益を課することは許されず、その意味で立法権に先在する価値があることが否定されているわけではない。しかし、例えば私法的秩序が先在するという観念は認められず、公法と私法とが同格に共働する。実体的な所有権が先

在するという発想もまたとられず、所有権侵害の有無は、基本的には先法―後法関係によって処理される。ここでは、秩序の第一次的形成者は立法者であり、それを憲法裁判権が事後的に審査するという形が取られることになるのである。⁽¹¹⁾

(1) BVerfGE 58, 300 (1注1) 同判決についての文献として、西楚章『損失補償の要否と内容』一六頁以下、二二頁註(5) 及び同書掲記の文献参照。所有権論の観点からの紹介として、高橋寿一『所有権制限法理の展開―西ドイツにおける近年の所有権概念の変遷をふまえて―』『一橋研究』九卷二号 五七頁(六二頁)

(2) BVerfGE 52, 1 (27-28), (1979. 6. 12) 同判決は、クラインガルテン(主として都市住民の利用に供される小菜園)の賃貸借に関し、価格統制などを定める一九四四年法(及び一九六九年改正法)が違憲とされたものである。

(3) 以下参照、BVerfGE 58, 300 (330-331)

(4) 「法定収用」と訳される場合もあるが、動的なニュアンスを強調するためにこのように訳した。「法定収用」という訳語は、ワイマール憲法下の判例のように、所有権を制限する法律の定めを収用として解釈することを指すのであれば適当と思われる。

(5) BVerfGE 58, 300 (331)

(6) BGHZ 6, 270. 同判決は、住居法(Kontrollraugesetz Nr. 18)による住居割当の違法性が主張され、補償が請求された三つの事案(事案について詳しくは宇賀克也『国家責任法の分析』一九八八年、一三二―一三三頁。広渡清吾「土地所有権の概念と法的規制」(渡辺／稲本編『現代土地法の研究(下)』一九八三年)四〇八頁以下)について、第三部から連合部に付託されたものである。

(7) BGHZ 6, 270 (277-280). なお、「内容規定」と「社会的拘束」の関係については後述Ⅱのような議論があるが、この判決では十分に区別されていない。

(8) BGHZ 6, 270 (280)

(9) BGHZ 60, 126 (130)

- (10) Wolfgang Sass, *Art. 14 GG und das Entschädigungsfordernis*, 1992, S. 12
- (11) BVerfGE 58, 300 (320) 以下冒頭で引用したクラインガルテン判決の判旨 (BVerfGE 52, 1 (27-28)) 参照。
- (12) BGHZ 6, 270 (279). BGH の立場は、しばしば「内在する拘束も一定の限界を越えれば収用に転化する」とする「転化理論」であると評される。しかし、法律そのものに関して言う限り、少なくとも賃料損失判決は「転化」を認めていない。
- (13) BGHZ 6, 270 (279). 従って、ここで問題になっているのは、違法な行政行為に対する「収用類似の侵害」であり、(Vg. Sass (Anm. 10), S. 13) 適法な収用への転化ではない。
- (14) 判旨は、住居法そのものは内容規定として合憲であるとした上で、その適用の違法を認定して補償を認めている。
- (15) BGHZ 57, 359 (363)
- (16) Vgl. BVerfGE 5, 143; W. Jellinek, *Verhandlungen des 36. Deutschen Juristentages*, 1930, S. 292ff.; Stöcker, *Die öffentliche Entschädigung*, 1933; Stöcker, *Über den Enteignungsbegriff. Bemerkungen zum Enteignungsbeschluß des Bundesgerichtshofs*, DÖV 1953, S. 97ff., S. 136ff.; Rudolf Reinhardt, *Wo liegen für den Gesetzgeber die Grenzen, gemäß Art. 14 des Bonner Grundgesetzes über Inhalt und Schranken des Eigentums zu bestimmen?* in; Reinhardt/Scheuner, *Verfassungsschutz des Eigentums. Zwei Abhandlungen*, 1954, S. 1ff. 賃料損失判決は、それ以前に提起された「要保護性説」「受忍限度説」の二つでは採用しないことを明言している。
- (17) BVerfGE 5, 146
- (18) 例えばシテッターの場合、「戦後の社会状況とそれが所有権概念・収用概念の規定に際して有する特別の関係を考慮する」ことの必要性」が受忍限度説採用の理由であるとす。Stöcker (Anm. 16), DÖV 1953, S. 138.
- (19) 但し、「古典的収用への回帰」を主張する学説一全くの少数説であったがーの場合には例外である。(Günter Dürig, *Zurück zum klassischen Enteignungsbegriff* in; Glaeser/Häberle (Hrsg.) Günter Dürig, *Gesammelte Schriften 1952-1983*, S. 103f. (Erster Ausdruck JZ 1954, S. 4) などペンヤン、可能な選択肢の一つとして「古典的収用概念の呼び戻し」Vgl. Hans Peter Ipsen, *Enteignung und Sozialisierung*, *VVDStRL* 10 (1952), S. 93) に言及する。) そもそも「内容規定と収用との区別」という問題設定が登場したのは、いわゆる「古典的収用概念」がワイマール期に崩壊した結果であることを考えれば、このことは当然である。しかし「回帰」論者も法律に明示的規定のない補償を与えることを全否定するものではなく、「収用」概念と

は切り離した上で「犠牲補償」などを根拠に補償を与えることを主張する。つまり、この場合も補償の要否という問題設定が必要になるものではない。

(20) BVerfGE 58, 300 (330). ただし BVerfG は、問題を「関係規定が、収用的法律であるにも関わらず補償規定を欠き、それ故に違憲であるかどうか」と再設定した上で、移送は適法であるとした。(S. 321, 327-328)

(21) ワイマール憲法一五三条二項二文は、「収用は、ライヒ法に特段の定めがない限り、相当な補償とひきかえにのみなされる」と定め、ライヒ法による補償除外の可能性を認めていた。GG はかかる規定を持たない。但し、後述(Ⅲ二)のように、「公衆の利害と関係者の利害を適切に衡量」して補償額を定める可能性は認められている。

(22) 補償を収用「概念」の一部と見なすかどうかは学説史上、問題だった。いわゆる「古典的収用」概念は、W・イエリネックの定式化によれば、その構成要素として「補償と引き換えに」という点を含んでいるとされる。(W. Jellinek, Verwaltungsrecht, 1931, S. 402) しかし、「古典的収用」を確立したはずの O・マイヤーの場合、補償は収用概念の法的要素ではなく、法律に基づく収用の法的効果に過ぎないとされている。(O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl. 1924, Bd. II, S. 30. (auch n. 22))

(23) BVerfGE 58, 137. 参照、宇賀・註(6)二八八頁

(24) BVerfGE 58, 137 (144-145)

(25) BVerfGE 58, 137 (149-151)

(26) Fritz Osenbühl, Staatshaftungsrecht, 4. Aufl. 1991, S. 153; Sasse (Anm. 10), S. 103f., S. 315ff. 興味深い点として、例えば「オッセンブühl は、『補償』(Entschädigung)の語に替えて、『調整』(Ausgleich)の語を用いている。おそらくは『補償』から連想される可能性のある『収用』概念との結合や完全補償の要請などを回避する意図によるのであろう。

(27) BVerfGE 58, 137 (152)

(28) BVerfGE 58, 300 (331)

(29) BVerfGE 24, 367 (396) 同判決について参照、後述Ⅲ二

(30) Fritz Baur, Die "Nakauskiesung"-oder wohin treibt der Eigentumschutz? NJW 1982, S. 1734 (1735)。オッセンブühl は次のように論ずる。「内容を制限し規律する規定が初めて所有権の状態と範囲とを新たに形成するのであれば、収用的法

律の余地がどこに残っているだろうか。それは定義上考えられない」(Ossenbühl (Anm. 26), S. 130-131.

(31) Walter Leisner, Eigentumsverfall? Liegt der Grundwasserentscheidung des Bundesverfassungsgerichts ein neues Eigentumsverständnis zugrunde? DVBl 1983, S. 61 (64).

(32) クラインガルテン判決 (BVerfGE 52, 1) 献本義務決定 (BVerfGE 58, 137)

(33) Jost Pietzcker, Zur Entwicklung des öffentlich-rechtlichen Entschädigungsrechts—insbesondere am Beispiel der entschädigung von Beschränkungen der landwirtschaftlichen Produktion, NVwZ 1991, S. 418 (419) BVerfG の立場を「形式主義」と決めつける同論文は、「決定されるべき問題の実質—所有権制限はどのような場合に補償を要するの—の困難性はほとんど変わらない。」と批判する。しかし、議論の場所の移動を「立法者の形成余地に着目せよ」と肯定的にとらえる見解もあることを指摘しておかねばならない。(Steinberg, Aussprache, VVDStRL 51, S. 328)

(34) 判例ではなく学説についてのコメントであるが、Vgl. Brünneck (Anm. 7), S. 338. 誤解を招かぬために付言すれば、ここで問題にしているのはあくまで視点の移動である。視点を所有者から国家活動へと移したからといって、直ちに国家活動のより多くの自由が導かれるものではないと考えられる。

(35) BGHZ 60, 126 (130) (Vgl. unten Anm. 93)

(36) 内容規定の限界を「本質内容」に見いだす学説として、Walter Leisner, *Sozialbindung des Eigentums*, 1972, S. 150; Ipsen (Anm. 19), S. 94-95; Stödter (Anm. 18), S. 138. ところで「本質内容」の理解については、いわゆる「絶対説」と「相対説」の対立があるといわれてきた。前者が絶対に制限できないような核心領域の存在を承認するのに対して、後者はより高次の法益の有無と制限の必要性に着目し、比例性を欠く制限の禁止が一九九二項の意義だとする。BVerfG が前者、BGH が後者の立場に立つとされる。Vgl. Maunz in Maunz-Dürig, *Kommentar. z. GG*, Art. 19 Abs. II, Rn. 3-4; Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts*, 15. Aufl. Rn. 333. しかし、このような対比が問題の所在を的確に捉えているかどうか、疑問の余地がある。Vgl. Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz*, 3. Aufl. 1983, S. 11f. 64f., 326ff.; Hesse, a. a. o., Rn. 333; Schneider, *Der Schutz des Wesensgehalts von Grundrechten nach Art. 19 Abs. 2 GG*, S. 158ff. ともあれ、本文で引用した一九七三年判決は、「より高次の法益」の有無を問題とせず、その意味で「相対説」の枠には到底おさまらない。

(37) BGHZ 6, 270 (279)

- (38) 参照、前註 (36)
- (39) Maunz (Anm. 36), Rn. 4 Fn. 1
- (40) Häberle (Anm. 36), S. 313. 但しこの見解は一九八二年の補遺の段階で書き加えられたものであり、初版とはニュアンスが異なる。(Vgl. S. 62 Fn. 341)
- (41) BGH NJW 1978, S. 2290 (2293)
- (42) BVerfGE 58, 300 (348)
- (43) Häberle (Anm. 36), S. 234f. <ローマン>はこの判旨を「絶対的」契機と「相対的」契機の密接な結合」と評している。
S. 290. Vgl. Schwerfeger, Eigentumsgarantie, Inhaltsbestimmung und Enteignung-BVerfGE 58, 300, JzS 1983, 104(107);
Böhmer (IAnm. 11), NJW 1988, 2561(2564)
- (44) 藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』一九八八年(一註(14))、一四五頁は、次のように問題を整理する。「近代国家権力が確立し、また『法律による行政の原理』が確立した後においては、国法によって認められた私有財産の公共の利益のための収用等が、何故に権利に対する『侵害』であるのかということは、当然理論的に問題とされざるを得ない。……従ってこのような状況の下では、損失補償の根拠として、『権利侵害』とは異なる説明が必要となり、適法ではあるが不平等な負担」という観点に重要な意味が持たされることとなるわけである。ところが更に、法律によっても侵し得ぬ『基本的人権』という概念が確立し、財産権もまたその一つということになると、ここでは再び、このような基本的人権の、法律による『侵害』という問題が登場し得ることになる……。GGの下では基本権の法律に対する優位が明言され、資料損失判決自身それを強調しているにも関わらず、『平等原則違反』という形式でしか収用を定義できなかったところに所有権をめぐる問題の特質が現れていると考えられる。
- (45) W. Jellinek, Gutachten, 36 D/JT, 1930, S. 292, 306-309. Vgl. ders., *Verwaltungsrecht*, 1923, S. 413. 参照、人見剛『近代法治国家の行政法学—ヴァルター・イェリネック行政法学の研究』一九九三年、二六二頁以下。
- (46) BVerfGE 5, 143 (146)。判決では所有権保障に関する憲法規範が「価値的文化的法益」を保護すべきことが強調されてゐる。
- (47) Reinhardt (Anm. 16) ins. S. 26, 33.

- (48) Reinhardt (Anm. 16), S. 12f.
- (49) BVerfGE 52, 1 (30); BVerfGE 58, 300 (345). Vgl. Brünneck (Anm. 34) S. 311-312.
- (50) BVerfGE 56, 249 (260). (1981. 3. 10) 同判決で、有限会社によるケープルカー設置のために収用権を発動せざるかという問題が争われた。
- (51) ①②の条文にはこの文言はみられない。 Vgl. Böhmner (Anm. 43), NJW 1988, S. 2567.
- (52) Peter Badura, Eigentum, in: *Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Hrsg. v. Ernst Benda), 1983, S. 653 (656) はさらに本文に述べることを関連して「一四条二項のみならず、一項二文(内容規定)もあわせて「社会的拘束」の規定として挙げる文献がある。 Vgl. Papier in Maunz-Dürig, Rn. 249.
- (53) Kimmich, *Bonner Kommentar*, Art. 14 (67, Lfg. 1992) Rn. 151ff. (ins. 167, 174f.); Nüssgens/Boujong, *Eigentum, Sozialbindung, Enteignung*, 1987, S. 69. フローベ「一四条二項は直接の法的拘束力を有するとするが、それは「社会的権用の防止」の場合に限られようである。 Rüdiger Breuer, *Die Bodennutzung im Konflikt zwischen Städtebau und Eigentums-garantie*, 1976, S. 42.
- (54) Walter Leisner, *Sozialbindung des Eigentums* (Anm. 36), S. 44; ders., Eigentumsverände? (Anm. 31) DVBl 1983, S. 64; ders., Eigentum, *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland* (Hrsg. v. Ipsen/Kirchhof), 1989, S. 1076, Rn. 136; Gasner, *Sie Situationsgebundenheit des Grundeigentums und das Gesetz*, NVwZ 1982, S. 165 (167); Papier (Anm. 52), Art. 14, Rn. 250. ライスナーによれば「一四条二項は内容規定にあたる方向付けに過ぎない」。 Leisner, DVBl 1983, S. 64
- (55) Papier, a. a. O.
- (56) しかし、第一説をとるキミニッチは、ケープルカー判決をかえって自説を裏付けるものと解している。その説明は必ずしも明快ではないが、「所有権の義務と制限」は憲法から抽象的には既に直接に生じていて、立法者はただそれを具体化するだけだ、という理解が背景にあるようである。(Kimmich (Anm. 53), Rn. 175.) もっと「憲法の具体化」を法理論的にどうとらえるかという困難な問題がある。
- (57) Böhmner (Anm. 43), NJW 1988, S. 2561 (2573-74)
- (58) BVerfGE 52, 1 (29)

- (65) BGHZ 60, 126 (130)
- (66) Leisner (Anm. 54), *DVB* 1983, S. 64.
- (67) BVerfGE 58, 300 (336)
- (68) BGH *NJW* 1978, S. 2290 (2291) (1978. 7. 13)
- (69) RGZ 116, 268 (272) しかしその後、例えば建築線判決 (RGZ 128, 18) などではこのような所有権観が継承されなかったとすることが、既に指摘されている。(Sass (Anm. 10), S. 17 Fn. 53)
- (70) BVerfGE 58, 300 (334)
- (71) BVerfGE 1, 264 (278). 同判決は煙突清掃親方業を規律する連邦法に対して、業者が特にその年齢制限を問題にして提起した憲法異議に関するものである。論点の一つとして、「従来確保されていた営業権」が G G 一四条の保護を受けるかどうかという問題があった。判決はこの点について、「個人が自らの業績 (Leistung) と資本出涓によって獲得したものである限りで営業を物的財産と同視することができるとし、煙突清掃業者の権利については保護を否定した。ここに示された「自らの業績と資本出涓」という定式にテューリビのいわゆる「Leistung テーヤ」(後述 III)° Vgl. Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigung seiner Bürger (Subjektive öffentliche Rechte als Eigentum im Sinne der Art. 14 GG) in: *Gesammelte Schriften* (Anm. 19) S. 247ff. (Erster Ausdruck 1958, Fs. für W. Apelt zum 80. Geburtstag) の影響を思ふ取ることは難くない。
- (72) Schmidt-Albmann, Der öffentlich-rechtliche Schutz des Grundeigentums in der neueren Rechtsentwicklung, *DVB* 1987, S. 216 (217)
- (73) Böhm (Anm. 43), *NJW* 1988, S. 2567.
- (74) Leisner, Eigentumswende? (Anm. 31) *DVB* 1983, S. 64.
- (75) BVerfGE 58, 300 (334); BGH *NJW* 1978, 2290 (2291). 但し、移送決定の該当箇所は次のようなものである。「この地下水利用に関する公法的規律 (水収支法) 一 a 条のことー引用者註) は、G G 一四条一項二文及び B G B 九〇三条に言うところの、連邦法による所有権の内容および境界の規定である。」BVerfG は、「BGH = B G B 九〇三条」という位置づけの根拠として、本文に引いたような形で抜粋して引用するのだが、そこで意図的に含意が変更されているのではないかという疑いは拭

いえない。

(70) もっとも、九〇五条を九〇三条と一体をなす「絶対的所有権」の規定と解することは可能である。日本法についてではあるが、民法二十七条（土地ノ所有権ハ法令ノ制限内ニ於テ其土地ノ上下ニ及ブ）を絶対的所有権の確認規定と解するものとして、五十嵐敬喜『都市法』一九八七年、一三頁。

(71) BGHZ 6, 270 (277) 判決の事案について参照。前註 (69)

(72) Kroeschell, Eigentumsordnung und Eigentumsbegriff-Ein Rückblick auf zwanzig Jahre, *Agrarrecht* 1981, S. 31 (39). 同論文の読解については一九九一年度利谷—広渡セミナー（東京大学法学部政治学研究科）における検討に多くを負っている。この論文に触れるものとして、広渡「ナチス民族法典の所得権規定」（一註（3）一六一頁。また、同様の指摘を行う論文として参照、クレッシェル『ゲルマン的』所有権概念説について「石川武監訳『ゲルマン法の虚像と実像』二六七頁以下。

(73) Kroeschell, a. a. O. 従って、クレッシェルの場合、BGB 九〇三条—民法上の制限—公法的・私法的制限といういわば三層構造を想定している。本文に述べた、「私法秩序モデル」と「九〇三条モデル」の混合といつてよいだろう。

(74) Hans Schulte, *Eigentum und öffentliches Interesse*, 1970, S. 54-55. なお、クレッシェルもBGB 九〇三条と「原則—例外図式」との関係を説くが、彼の場合それは直ちに「所有者の権限の推定」という実体的帰結をともなっており、シュルテの形式的議論とは異なる。Kroeschell (Ann. 72), S. 37. なお、「侵害思考」については、山下淳「西ドイツにおける土地の建築的利用規制（四）」『自治研究』六〇巻一号）一六頁が紹介するフロームの見解も参照。

(75) Schulte (Ann. 74), S. 49, 56f. Vgl. ders., *Zur Dogmatik des Art. 14 GG.*, 1979, S. 47.

(76) Schulte (Ann. 74), S. 48, 51, 56. あくまで「思考図式」ととどまるこの議論は、必ずしも所有者の自由を広げる方向に働くとは限らない。それを示しているのが、「建築の自由」に否定的なシュルテの議論であろう。参照、中島茂樹「ボン基本法と土地所有権」（一註14）三〇八頁以下、原田／広渡／吉田／戒能／渡辺編『現代の都市法』一九九三年、七〇頁。なお、念のため付言すれば、本稿で扱う「憲法上の所有権」という問題と、日本でもしばしば紹介されてきた「建築の自由」論争とは、密接な関係を有しつつも互いに別個の問題である。砂利採取決定の枠組で考えるすれば、GGが、所有権の内容として直接「建築の自由」あるいは「建築の不自由」を想定しているとは考えられない。問題は内容規定的法律である建設法典などの実定法規定—「合憲的法律の総体」—をどう解釈するかという問題である。そして、仮に建設法典が「建築の不自由」を定め

ていると解釈された場合、それが違憲ではないかという問題が生じることになる。

(77) Peter Häberle, *Die Wesensgehaltgarantie des Art. 19 Abs. 2 Grundgesetz* (Ann. 36), 3. Aufl. 1983 (1. Aufl. 1962). 同書の制度的保障論に付いての詳細な分析として、赤坂正浩「二つの制度的保障論—C・シチニョナとA・クーペルナー」『法学』四九巻一号）八二頁。

(78) Häberle, a. a. O., S. 223, 57, 179. 参照、赤坂前掲、一〇〇頁。

(79) BVerfGE 58, 300 (336)

(80) BVerfGE 24, 367 (396)

(81) Böhm (Ann. 43), NJW 1988, S. 2572.

(82) GGの下での所有権をめぐる議論に大きな影響を及ぼしたイプセンの国法学会大会報告「既に引用したが―は、「所有権は、一二条一項二文（「職業行使の自由については法律によりまたは法律に基づく規律が可能である」―引用者注）を別にすれば、その内容規定が……（実質の意味の）法律に明示的に委ねられ留保されている唯一の基本権である。」（Ipsen(Ann. 19), S. 84)という認識から出発して議論を展開している。

(83) 藤田宙靖は既に、「財産権保障についての理念型的思考様式として、「決定理論」と「オープン理論」という二類型を提出している。（藤田・註（44）一〇九頁以下、二五三頁以下。）本稿での分析がこれに加えてなんらかの意味をもつとすれば、それは以下の三点に求められるだろう。①「決定理論」内部の二つのモデルの可能性の指摘②同じく「土地所有権の相対化・機能化」を志向しても、立法権と司法権との緊張関係があることを重視していること③BVerfGとBGHの共通点（藤田・前掲一三三頁）よりも相違点をより強調していること。

(84) この議論は日本でも注目され、多くの論文で紹介されている。逐一引用はしないが、遠藤博也『計画行政法』一九七六年、二二〇頁以下は、もっとも詳細にいくつかの判決を紹介する。他に、広渡・註（6）四〇九頁以下、西塾・註（1）、六二頁以下。

(85) BGHZ23, 30 (32-34) なお、「義務負担性」という訳語は、広渡・註（6）四一〇頁に従った。

(86) BGHZ6, 270 (Ann. 6)

(87) BGHZ23, 30 (34) Vgl. BGHZ60, 126 (131-132). 参照、広渡・註（9）四一二頁。

- (88) Vgl. Breuer (Anm. 53) S. 135-136.
- (89) 広渡・註(9) 四二二頁。
- (90) BGHZ23, 30 (33, 35)
- (91) BGH DÖV 1957, S. 669. 同判決では、天然記念物として指定された樹木の伐採禁止が「社会的拘束」として補償を要しないとされた。
- (92) BGHZ23, 30 (35)
- (93) BGHZ60, 126 (131). 同判決の事案では、土地所有者の申請した砂利採取事業の許可は、水道事業への悪影響を主たる理由として拒否された。原告はこれまで砂利採取事業を営んではいないが、隣地では行われている。(同判決についてより詳細には、遠藤・註(84) 二二七頁以下) 一九七六年の水収支法改正で、地下水利用権が土地所有権の内容から明示的に除かれたのは、この判決のような傾向に抗するためという意図もあったといわれている。(Brüneck (Anm. 34), S. 229)
- (94) 広渡・註(6) 四二二頁。ニャアンスがやや異なるが、遠藤・註(84) 二二五頁は「叙述的要素によってではなく、より規範的・価値評価の基準によって規定しようとしている」と位置づける。実定法を待たずして事実から規範的効力を導くのがまさに「状況拘束性」論の本質的問題であり、それ故に事実と規範の峻別を主張する立場からは批判されることになることに注意しなければならない。Vgl. Gassner (Anm. 54), S. 165 (166-167)
- (95) 広渡・註(6) 四二二頁。同旨、高橋・註(1) 六二頁。
- (96) BGH NJW 1978 S. 2290 (2294)
- (97) BVerfGE58, 300 (339)
- (98) BGHZ 90, 17 (25). この判決について参照、後述Ⅲ三²
- (99) BGHZ60, 126 (135). Vgl. BGHZ48, 193 (195) 「長期間存する、とりわけ事実的發展から生じた所有物の状態」が状況拘束性の本旨であるとするライスナーは、当然このような傾向に批判的である。Walter Leisner, *Situationsgebundenheit des Eigentums - eine überholte Rechtsinstitution?* 1990, S. 10, 21.
- (100) BGHZ60, 126 (134)
- (101) BVerfGE52, 1 (29). はば同一の判旨は既に居住賃貸借解約保護法判決(BVerfGE37, 132 (140))にもあるが、表現がよ

り明確なこちらを引用した。また、砂利採取決定ではこの判旨はより簡略化された形で引き継がれる。「GG は、個人の私的諸利害と公共の利害とに適正であるべき所有秩序を創設すべき任務を立法者に委ねている」(BVerfGE58, 300 (335))。ここでクラインガルテン判決、居住賃貸借解約保護法判決が引用されるが、「社会モデル」概念は継承されていない。

(102) 「GG 一四条一項一文によって保障される所有権の法的内容は、所有権の対象に対する所有者の私的効用性と処分の原則的自由によって特徴付けられる。所有権は所有者にとって私的イニシアティブの土台として、自己責任的私的利益を生み出すものでなければならぬ」(BVerfGE52, 1, 30)「私的効用」という概念は、既に紹介したように(Ⅱ-4)ラインハルトの提起にかかるとのである。(Reinhardt (Anm. 16) 既に指摘したように、BVerfG の判例では、「私的効用性」は取用と内容規定の区別の道具概念としての役割を失い、立法権の行使にあたり考慮すべき原則の一つとしての位置づけのみを与えられることになる。

(103) BVerfGE37, 132 (140)

(104) BVerfGE37, 132 (140) ; BVerfGE52, 1 (29)

(105) Grabe (Anm. 12), DÖV 1990, S. 805 (809)

(106) ドイツにおける「経済制度」論に関する本格的学説史的研究として、舟田正之「ドイツ『経済制度』理論史(一)―(七)『国家学会雑誌』八八巻七・八号四三五頁、九・一〇号五三八頁、八九巻一・二号五六頁、五・六号二三三頁、一一・一二号六七七頁、九〇巻五・六号二七〇頁、九・一〇号五八九頁」

(107) 舟田、前掲(七)、国家九〇巻九・一〇号六一五頁

(108) 本稿で検討した対象の限定性に鑑み、ひとまず仮説的に提示しておく。検証のためには、所有権に関する両裁判所の判例のより包括的な検討が必要となろう。また、用語等も十分な吟味を経たものではなく、今後のさらなる検討を予定している。

(109) 但し、ここで先在性が否定されているのは所有権に関する限りの「秩序」である。このことから直ちにあらゆる社会秩序の先在性が否定されるものではない。

(110) BVerfGE24, 367 (389) Vgl. M. Wolff (1 Anm. 12), S. 6

(111) 藤田・註(83)一一五頁は「決定思考」について、「所有権概念の新形成の度合、変遷のテンポを(その相対化・変遷の可能性を承認しつつ) moderate なものに抑制する」機能を有するものとコメントしている。基本的に正しい指摘だと考え

られるが、ここでも立法権と司法権との緊張関係が同時に強調されなければならないだろう。

Ⅲ 人格的自由

「所有権は、人格的自由の保障と内的な関連に立っている基底的基本権 (elementares Grundrecht) である。基本権全体の体系の中で、所有権には、権利主体に財産法的領域における自由空間を確保し、生活の自己責任的形成を可能にする任務が与えられている。」(堤防判決)⁽¹⁾

「人格的自由」(persönliche Freiheit) を強調する堤防判決のこのような判旨は、BVerfG の所有権観の一面を示すものとして引用される。⁽²⁾しかし、「人格的自由」なる概念は BVerfG の専有物ではない。BGH も、賃料損失判決において、「国家の中に組み込まれている個人は、同胞の中で、人格として、即ち自由でかつ自己責任的に生存しうるために、また、圧倒的な国家権力の単なる客体にならないために、つまりその自由と尊厳のために、法的に厳格に保障された所有権という領域を必要とする。」と述べて、所有権と「人格的自由」⁽³⁾とを関連させている。

一部には、上述の BVerfG と BGH の判旨をただ並べて紹介する文献も見られるが、⁽⁴⁾両者の所有権に関する見解がさまざまな点で著しい相違を示していることからみて、また、BVerfG の所有権観の特徴を浮き彫りにしようとする本稿の目的からみて、むしろ、同じく所有権と「人格」とを関連させる両者の見解の差異に注目しつつ分析すること
が有益であろう。この点、栗城は、BVerfG を「オプティマルな保障の立場」、BGH を「マクシマムな保障の立場」と位置づけた上で、両者の差異は、①所有権に関して憲法独自の論理が働くことを認めるかどうか②つまり、所有権と民主政原理・社会国家原理との調和的共存をはかるかそれとも両者の矛盾対立を強調するかにあると分析してい

(5) この分析の意義を認めた上で、以下では、「人格的自由」論のいわば下位命題としての三つの具体的問題——①所有権の差別化 (一) ②現存保障の価値保障に対する優位 (二) ③行政訴訟の優位 (三) を検討し、その上で BVerfG と BGH の差異を「人格」概念の異同という局面からあらためて検討することにした。(四)(6)

一 所有権の差別化

「個人の人格的自由の保障の要素としての所有権が問題になる限り、それは特殊刻印された保護を受ける。例えば所有権の譲渡の禁止など所有秩序の領域における行動の自由の基本的構成要素に関しては特別に厳しい基準が課されることが、自らの業績 (eigene Leistung) が所有者の地位が特別の保護を受ける理由として認められていることは、それと関連している。これに対して、所有権の対象が社会的関連・社会的機能の下にある程度が大きくなればなるほど、立法者の内容・限界規定についての権限はそれだけ広い。その基準となるのは、GG 一四条第二項に表現された視点、つまり利用と処分が所有者の領域の内部でのみ行われるのではなく、当該所有権の利用を余儀なくされる (angewiesen) 他の市民の諸請求にも関係するということである。かかる前提が存する場合、公益に従った利用という GG の要請は、当該対象を自らの自由の保障と責任ある生活形成のために必要とする非—所有者への配慮という要請をも含んでいる。」(共同決定判決)(7)

共同決定判決のこのような判旨は、判決自身によって、所有権保障の「差別化 (Differenzierung)」と称されるが、これは決して目新しい見解ではない。

一九五二年のドイツ国法学会大会報告において、イプセンは、所有権の社会的拘束の程度は「所有権対象の特性への配慮と財貨秩序全体の中でのその地位」への考慮なしには考察されないと指摘していた。(9) 報告を受けた討論の中で、所有権の区別論を主張したのが L・ライザーである。ほぼ同時期に執筆された小論も参照しながら、彼の見解をまとめてみよう。GG 一四条は、ナチズム・東側に対抗して個人の自由と尊厳を強調するものであるが、同条があてはまるのは政治的に無害な一般市民 (einfacher Bürger) の財産、つまり私的生活領域における個人の独立と自由な発

展の保障に資する所有権、あるいは消費的財産である。しかし、企業形態をとる所有のように、所有が他者に対する政治的権力を生み出す場合がある。そこでは所有権はもはや私事ではなく、公共的事項となり、国家介入が正当化される。土地、天然資源、生産手段を対象として挙げるGG一五条(社会化)⁽¹¹⁾は所有権のこのような側面に関わる問題である。つまり、「所有権保障は保護される財貨が果たしている経済的社会的機能に応じてその程度を異にする」という原則を立てることができる。

ライザーの議論は、どちらかといえば、所有権の社会的機能に注目して規制を正当化する理論であったが、共同決定判決に示されているもう一つの方向——「人格的自由」に密接に関わる所有権の保護の拡大・強化——を提唱するのはデュリヒの一九五八年論文である。彼によれば、憲法による財産権保護の存在理由(Causa)が不可分一体の「人格」である以上、保護は外界の財物全てに対して及ばなければならない。有体物のみ、あるいは私権のみに保護を限定してはならない。そして「人格と外界の財物との間の実質的関係の密接さ」のみを基準として憲法的保障の差別化が行われなければならない。とりわけ人間の自己責任的活動によって獲得された財物＝「業績」(Leistung)は保障される。自己責任的業績として獲得されたものであれば、公法的権利も保障の対象になるし、生命健康等を特別の犠牲に服せしめた結果獲得したところの補償請求権もまた同様である。⁽¹²⁾

この後も理論的整理は試みられ、また、差別化の基準の定式化も試みられてはいるが、共同決定判決に至るまでの論点は上記の議論でほぼ尽くされているだろう。⁽¹³⁾しかし、ここで注目すべきは、ライザーが一四条と一五条の關係として問題を捉えていることである。イプセンにも共通していたこの点は、今日継承されず、BVerfGは、あくまでG一四條のみの問題として考えている。現実に進まない「社会化」に対応して、一五条の意義も忘れられていったのである。⁽¹⁶⁾「社会的機能」概念の曖昧さは今日論者の批判の対象となっているが、その曖昧さと、一五条が視角から脱⁽¹⁷⁾

落したことはおそらく無関係ではあるまい。

他方このような差別化に対抗して、「所有権概念の単一性」を強調する論者としてライスナーが挙げられる。「GG は『所有権』(das Eigentum)を保障しているのであって、『財産的諸権利』(einzelne Eigentumsrechte)を保護しているのではない。所有権概念の単一性への決断こそが伝統的・根本的である。……所有権保障が財貨のカテゴリに⁽¹⁸⁾応じて基本的に異なる構成をもつというのではなく、所有権の対象に応じて異なった正当化が必要ということもない。」⁽¹⁹⁾ヴェーバーはより端的に主張する。「所有権保障は、所有権の要保護性の大小を区別しない。かかる区別を所有権保障は知らない。ある権利を相続で得たのか自らの業績で獲得したのか、また多くのものを投入して得た(durch großen Leistungseinsatz)のか偶然で得たのかも、所有権保障の問うところではない。」⁽¹⁹⁾もちろんこのような立場に立つ論者も、所有権の性質に対応した立法的規制およびその合憲性審査がありうることを全面否定するものではないが、「社会的機能」に着目することは、「自由をもつとも危うくする機能主義」と徹底的に排撃されるのである。⁽²⁰⁾

なお一点指摘しておかねばならない。BVerfG が「社会的機能」による差別化を示唆するとき、その直接の名宛人は立法者だということである。BVerfG は、例えば「小さな財産」「大きな財産」という形で、自ら所有権のカテゴリを設立するものではない。「社会モデル」の形成者としての立法者が「社会機能・社会連関」を衡量し、それに⁽¹⁸⁾応じた法制度的形成をなすべきことが要求されている。BVerfG は事後審査のみを任務とする。I で分析した「立法権・憲法裁判権の優位」という特徴がここにも現れている。差別化の問題は、立法権・憲法裁判権の優位と人格的自由の問題との交差点なのである。

二 現存保障と価値保障

「GG 一四条の所有権保障に課されている意義は、ワイマール憲法とは異なり、より包括的である。それが第一義的に有してい

る任務は、(……) 無補償での所有権の剝奪を阻止することではなく、所有者の手にある所有権の現存 (Bestand) を保障することにある。ワイマール憲法について主張された(また一部ではGG一四条についても主張されている) 見解——所有権保障はその本質的内容において所有権の価値保障であり、十分な補償を受けた場合には関係者は所有権侵害を受忍しなければならない——はGG一四条の意義内容と合致するものではない(堤防判決)⁽²¹⁾

1 堤防判決のこの判旨は、「現存保障」(Bestandsgarantie) と「価値保障」(Wertgarantie) という対概念を提出し、さらにGG一四条の下では前者こそが憲法保障の第一義的任務であると主張している。これを仮に、「現存保障の優位」と呼ぶことにしよう。⁽²²⁾ 注意すべきは、そのことが「人格的自由」との論理的関連においてとらえられていることである。「GG一四条一項一文によって保障された所有権は、その人格的関連性において理解されなければならない。つまり自己責任的活動のための自由空間としてである。所有権保障は第一義的には物的保障 (Sachgarantie) ではなく權利主体保障 (Rechtsträgergarantie) である。基本権とは、なによりも、保障対象物の存在 (Bestand) への不当な侵害を防ぐための権限である。」⁽²³⁾

ここで、「現存保障」概念の意味内容を明らかにしなければならない。この点で堤防判決と砂利採取決定との間に変化がみられる。堤防判決が問題にしていたのは、「所有者の手にある所有権の現存」の保障、つまりは古典的意味での(ただし立法取用も含む) 取用に対する保護であった。ここでの「現存」は「存在、存続」という意味、言い替えばある物のその所有者への「帰属」を意味するものとして用いられている。

これに対して、砂利採取決定は、同判決を引用しつつ、「具体的な」という形容を加え、「具体的現存」の保障を問題にする。⁽²⁴⁾ そして、法律による内容規定の結果がそのまま現存保障の対象になることが明確にされる。「所有権の内容を規定する合憲的法律の総体から、(……) 現存保障の対象と外延が生じ、従って補償義務をとまなう取用がいつ

「存するかも定まる。」⁽²⁵⁾このことは二つの意味を持つ。一方では、既に検討したように、法律による内容規定を待たずして「条理上」あるいは「経済合理性から」所有権の一定の内容が導かれることはない。他方、一旦法律が認めた所有権の内容については、その権利が既に行使されている限りで、一応は現存保障の対象となる。「既に実現されている土地利用にあつては、現存保障は、高権的処分の時点における法的・事実的状态を含んでいる」⁽²⁷⁾つまり、砂利採取決定における「現存」概念は、「現に存する法的・事実的状态」であり、「現状」という言葉により近い。同一の概念がある時は「帰属」に重点をおいて、あるときは「現状」に重点を置きつつ用いられる。「現存保障」という、こないだ日本語を訳語とした所以である。

2 さて、「現存保障と価値保障の関係」という問題は、GGの下で初めて生じたわけではない。既にL・シュタインは、所有権を「財物(Gut)に対する権利」と「価値に対する権利」とに区分する。個人の自由と独立を最高原理とする公民的社会にあつて、前者は、個人の自由な活動の障害となるが故に剝奪されねばならない場合がある。これに対し後者は、むしろ、それ自身が個人の自由な活動の場であるから、その剝奪は許されない。そこで、財物を収用する場合、その「価値に対する権利」を所有者に返還する必要があるが、これが収用補償の本質であると彼は論ずるのである。⁽²⁸⁾シュタインの場合、BVerfGとは逆に、価値保障が現存保障に対して優位していると言える。

ペーマーは、GG以前、行政訴訟において収用の公益性を争う道が閉ざされていたとして、当時の「所有権の不可侵」は事後的な金銭補償に尽きていたと論ずる。それは、「自由主義的所有権論」の所有権理解―所有権を「資本」としてとらえる―に対応するものだったのである。そしてペーマーによれば、O・マイヤーがポリツァイ国家を評した定式「受忍せよ、しかる後補償を求めよ」(dulde und liquidiere)という定式が、実態においてはなお妥当しいとされる。⁽²⁹⁾このような認識は、冒頭に掲げた堤防判決のワイマール憲法理解に影響を与えていると考えられ

る。ところでベーマーの理解はやや一面的ではある。収用についても、確かに行政訴訟による実効的保護は期待できなかったとはいえ、例えばプロイセン収用法（一八七四年）を見ても、当事者にそれなりの事前手続の保障を与えている。所有権が完全に価値保障に一元化されていたのであれば、そもそも手続保障は志向されないはずである。⁽³⁰⁾しかし、特にワイマール期に至ると、財産的権利に対する規制立法に対抗する手段として、裁判所への補償請求が選ばれるようになり、価値保障の意義が増大したことは否定できない。この時代には確かに「価値保障の現存保障に対する優位」が妥当している。

GGの下でも、BGHはワイマール期の議論に引きずられていた。ライヒ裁判所の収用概念の継承を明言する賃料損失判決は、財産的権利に対する国家規制の増大を指摘して、次のように論ずる。「それは、以前であればそもそも収用されなかったようなものが、今では無補償で収用されうるということを意味するであろう。今や、収用に対する保護は国家による収用概念の拡大に適応せねばならず、その際重点は補償義務におかれねばならない」⁽³¹⁾

しかしGGの下では、実は決定的に状況が変化していた。一方では、現存保障が飛躍的に強化された。「公権力によって自己の権利を毀損された者」に対して一般的に出訴可能性を認める一九条四項一文と、同条の要請としての行政訴訟における概括主義の導入、また法律が憲法・基本権に拘束されることが明示され（一条三項、二〇条三項）、憲法裁判権が創設される。他方、価値保障について言えば、一四条三項三文は補償を「公衆の利害及び関係者の利害を適切に衡量して」定めるものと規定する。⁽³²⁾これはワイマール憲法一五三条二項二文が「相当の補償」(angemessene Entschädigung)を要求し、それが実際には交換価値の保障と解釈されていたのと比較すれば、少なくとも文言上は価値保障を相対化するものである。⁽³³⁾

BVerfGは、BGHと異なり、変化に無自覚ではなかった。堤防判決の論点の一つに、所有権喪失に対する補償を

交換価値を下回る定額に定めた法律の合憲性という問題があったが、判決は「四条三項三文を引照して合憲を主張している。」「補償確定の基準は、一方では関係者の利害であり、他方では公衆の利害である。それらは適切に比較衡量されねばならない。(……) GG 一四条三項三文の衡量要請は、立法者に、事柄の状況からくる特殊性と時期的状況とを考慮すること、(状況次第では考慮を義務づけている)そしてその上で収用の時点に応じた適切な補償にたどりつくことを可能にしている。固定した、市場価値のみが基準になる補償は、GG には無縁である。」⁽³⁴⁾

堤防判決における「現存保障の優位」は、GG における以上の転換―現存保障の強化と価値保障の相対化―を背景にして主張されたものである。

3 さて、そこで、「現存保障」と「価値保障」とはどのような論理的関連にあるものと考えられているだろうか？ 堤防判決は、GG 一四条三項の要件を充す適法な収用が行われた場合に限り、「現存保障は価値保障に転化(sich wandeln)」⁽³⁵⁾し、従って補償が与えられると説明する。また、補償が与えられることは、適法要件(例えば「公共の福祉」)を充さない収用の違法性を治癒するものではないの⁽³⁶⁾はもちろん、適法要件を緩める効果を持つものでもない⁽³⁷⁾。

ここで示されている「転化」の論理は、①所有権について、「現存保障」と「価値保障」が二元的に区別されるものであることを前提としている。②そして、「現存保障の優位」とはそれが「価値保障」と比べてより重要であるというだけのことではない。両者はそもそも同時並立的に存するものではなく、所有権保障は、一次的には「現存保障」に尽きている。それが侵害されて初めて二次的に「価値保障」が登場するのである。⁽³⁸⁾

この点、先に挙げたL・シュタインの財物―価値の区分論は、「所有権は、両方の、(強調原文)要素への権利を同時に含んでいるのであり、一方の要素を失わせつつ、他方の要素への権利を制限しないということが可能である」⁽³⁹⁾と述べていた。両者が「同時に」存することを主張している点で、堤防判決の論理とは異なっている。また、M・ヴォル

フは、「補償義務の保障規範は、収用事例において所有権保障が所有権価値保障として再解釈 (umdeuten) されることを結果する」⁽⁴⁰⁾と述べる。ある論者は彼の見解を堤防判決の「転化」論の起源とするが、収用を所有権の侵害とみなすことを、「自由主義的経済体制の残滓」として批判するヴォルフの議論は、堤防判決とは殆ど対極にある。おおまかに言えば、現存保障と価値保障との区別は、その出発点においては、シュタインにせよヴォルフにせよ、二元的区別という論理自体によって価値保障の充実を図ることを目的としていたのに対し、堤防判決は議論を転倒させて逆に現存保障の優先を主張しているといえる。

さて学説では、おそらく堤防判決のような立場に反対する趣旨で、価値保障の意義を強調する見解も見られる。ヴェントは次のように述べる。「所有権が、その自由保障機能——一般的商品交換関係への権利主体の自己決定的参加を可能にする——を実効的に果たすためには、所有者に帰属する所有物とともに、資産 (Vermögen) の一部としてのこれら所有物一つ一つの商品価値・資産価値もが G G 一四条の保護の対象とみなされなければならない。ほとんどの財貨は代替可能なものであるから、今日の経済的社会的状況の下では、まさに資産価値保障こそが基本権の主体にとって重要である」⁽⁴²⁾。また、ザスは、現存保障と価値保障とは「メダルの両面」であって同時並行するものとして捉える。「所有権の現存保障は同時にその価値保障であり、前者が変態を遂げることによって後者が発生するのではない」というのである。その上で彼は、現存保障は「価値保障の特に有効な様態」であるとして、BVerfG のようにそれを第一次的な保護とすることは認めている⁽⁴³⁾。なお、現存保障と価値保障との密接な関連性を、やや古典的なテーゼによって基礎づける見解も見られる。「対象物保障 (Gegensandschutz) は間接的に価値保障であり、価値保障は間接的に対象物保障である。補償によって、相応する (他の) 対象を再び得ることができる (はず) であるし、権利者の有する対象を保護することは、その利用的機能のみならず交換機能をも保障することになる」⁽⁴⁴⁾

ところで初期ルーマンの著作『制度としての基本権』⁽⁴⁵⁾は、システム論の立場から、次のような全く独自の所有権論を展開している。社会発展の過程で不可避となってくるところの社会的分化の中で、機能的に特定化された様々な種類の下位システムが成立する。システムは（物理的行為連関によってではなく）行為のコミュニケーション的意味によって形成され、逆にシステムはコミュニケーション過程を構造化する。そのような「分化したコミュニケーション秩序を維持するための制度」の一つが基本権である。所有権の場合、その機能は、経済システムの分化独立を維持することにある。経済のシステム原理はコミュニケーション媒体としての貨幣であり、従って、所有権の本質は貨幣価値に求められる。GG一四条の所有権保障の意義は、貨幣および諸財の貨幣価値についての個人の処分権を保障し、貨幣システムへの信頼を保護することにある。それゆえ、租税以外の形で国家による貨幣価値の剥奪は正当化されない。但し、一四条は、物や権利の現存を保障するものではないのはもちろん、財産の恒常的価値を保障するものでもない。保障されているのは、その時々⁽⁴⁶⁾の市場条件における、貨幣に化体されたコミュニケーション・チャンスのみである。

これ以上のより深い検討はここでは断念せざるを得ないが、ルーマンのこの議論は、L・シュタイン的発想をラディカルに押し進めたもの⁽⁴⁶⁾と考えることができ、検討すべき多くの論点を含んでいる。しかし、その思考のユニークさとルーマンのその後の活躍にも関わらず、少なくとも所有権に関わる文献においては彼の見解はほとんど本格的に検討されず、散発的に言及されるにとどまっている⁽⁴⁷⁾。

三 行政訴訟の優位？

「市民が、自らを名宛人とする処分を取用とみなす場合、補償を提起することができるのは、法律に補償請求権の根拠が定められている時のみである。それが存在しない場合、市民は行政裁判所において侵害行為の覆滅を求めなければならない。取消を断

念して、法律が認めていない補償を求めることはできない。法律上の根拠がなければ、裁判所もまた補償を与えることはできない。よって、(侵害の)相手方は、法律に補償規定が欠けていることを理由として違法な『収用』を攻撃するか、直接補償を求めるか、どちらかを選択する権利をもっているわけではない。(48)

砂利採取決定のこの判旨は、所有権侵害に対する「防御権」を補償請求権に優先させたものであり、「受忍せよ、しかる後に補償を求めよ」という定式を全面否定したものと理解されている。また、その実質的根拠となっているのは「現存保障の人格的側面に対する侵害は、補償によって除かれるものではない」ということである。(49)

「現存保障」——「行政訴訟の優位」という図式をここに見いだすことができる。それではこの「行政訴訟の優位」は、どの程度にまで貫かれているだろうか？市民がその所有権に関する損害を主張するとき、どの場合には行政訴訟をまず提起せねばならず、どの場合には補償を直接請求できるのだろうか？以下この点を検討する。(50)

1 適法な行政処分により損害を受けた場合

(a) 法律が補償規定を定めている場合

処分がその性質上「収用」とみなされる場合は、GG 一四条三項四文により通常裁判所への出訴が保障されている。これは、行政手続により定まった補償額に不満がある場合については、法が本来予定している争訟手段であるし、BGH はそもそも「収用」の存否についても自らが審理権を持つと解している。(51)

(b) 法律が補償規定を有さない場合

この場合、砂利採取決定は、「立法者が請求権 (Anspruchsgrundlage) を定めていない場合、通常裁判所は収用補償を与えることはできない」と明言している。しかし、同決定後の BGH 判決で、行政裁判所により適法性が確定した

処分について通常裁判所が補償を認める可能性を認めるかのようにも読めるものがある。⁽⁵³⁾しかし、同判決はG G 発効以前の法律に関するものであり、したがって付帯条項の適用を受けないため、問題を異にするだろう。⁽⁵⁴⁾

2 違法な行政処分により損害を受けた場合

ここではいわゆる「収用類似の侵害」が問題になる。この概念は、違法な財産的侵害に対する補償を認めるためのカテゴリーとして判例学説上認められてきていたものであるが、砂利採取決定後もBGHはこの概念を維持することを宣言した。⁽⁵⁶⁾その理由として挙げられるのは、①砂利採取決定は技術的意味での「収用」にのみ関わるものであり、収用類似の侵害という制度を放棄するには及ばない②砂利採取決定により、G G 一四条三項から直接補償請求権を導くことはできないことになる。しかし「収用類似の侵害」は、一四条三項からは独立して、犠牲補償の一般思想が判例法となったものとして考えることができる。③違法処分はまず取り消さなければならぬのではないかという問題は、B G B 二五四条の寄与過失の問題として処理すれば足りる。という三点であり、そして、同判決は収用類似の侵害を憲法レベルではなく下位法令 (einfaches Recht) のレベルに属するものと考える。⁽⁵⁸⁾

収用類似の侵害を下位法令のレベルで捉えるというのは、BGHにとってかなりの後退ではある。「収用類似の侵害」を定礎した賃料損失判決当時、既に「古典的収用への回帰——一般的犠牲補償原理に基づく補償」という構成が提案されていた。⁽⁵⁹⁾判決は、このような構成を意識的に排斥したと考えられるが、これは犠牲補償請求権が立法者によって排除・制限される可能性を回避するためだったと指摘されている。⁽⁶²⁾だとすれば、収用類似の侵害を「下位法令レベル」に位置づけることは、重大な譲歩であるのみならず、そもそも「収用類似」という構成の必要性にも疑問を投げかけることとなる。⁽⁶³⁾

3 しかしともかく概念は生き残った。「収用類似の侵害」の事例では、行政訴訟を提起していなくても一応通常裁

判所に補償請求はできることになる。そして、行政訴訟が確定していない限り、通常裁判所が処分 of 適法性を審査する。⁽⁶⁴⁾ (但し寄与過失の法理により補償が削減ないし排除される場合がある) ここで、1で検討したところと考えあわせれば、

①補償規定を定めていない法律に基づく適法な処分を「収用」とみなして補償を請求すること、②補償が不備であるという理由で違憲である法律に基づく行政処分を「収用」と見なして補償を請求することは、確かに排除されているが、それ以外の場合には、むしろ広範に通常裁判所の権限が認められているといえる。おそらく現状では、「行政訴訟の優位」は限られた局面についてのみ語られうることであって、一般論的に主張すれば実態と乖離することになるだろう。

四 小括

ヘーゲルの『法の哲学』において、所有権は人格にとつての「自由の外的領域」としてとらえられていた。ヘーゲルのいう「人格」とは自らを有限性のうちにありながら……無限なもの、普遍的なもの、自由なもの」と意識している主体のことである。このような抽象的意思としての人格は、物件のなかへ自分の意思をおき、自らのものとすることができる。このようにして生じた所有権こそが、自由の第一の具現 (Dasein) である。所有権は、あれこれの欲求のための手段であるよりも、まず、本質的目的それ自身である。ところで物件はそれぞれ独特の有用性を持つが、にもかかわらず「必要一般」として互いの比較が可能である。その意味で物件は普遍性、即ち「価値」を持つ。さまざまな物件の質的な相違は、「価値」によつて量的な差異に還元される。物件の完全な所有者は、物件の使用についてのみならずその価値についても所有者である。そして、この抽象的価値を表現するのは、すべての事物を代表する貨幣をおいて他にない。⁽⁶⁵⁾

ヘーゲルによるこの規定には、Ⅲで取り扱った論点の多くが既に示されている。人格と所有、現存保障と価値保

障、所有権の差別化。Ⅲ冒頭では、「人格的自由」に関する BGH と BVerfG の判旨を紹介した。当該部分だけを取り出せば両者の判旨にはあまり違いがないが、その文脈を考えるならば、「人格的自由」を所有権の差別化へ結びつける BVerfG ではなく、所有権の財産的価値を強調する BGHこそが、ヘーゲルの伝統に沿ったものといえる。そこで BVerfG がなお「人格的自由」の上に自らの議論を構築しようとするのであれば、その課題は、伝統的概念に對抗しうる「人格」概念を創出することにあるだろう。⁽⁶⁶⁾

現在のところ、BVerfG がそのような試みに十分成功しているとは言えない。例えば共同決定判決は、「人格的自由」の例として「所有権の譲渡 (Veräußerung)」のような、「所有秩序の中で行為の自由の基底構成要素」を挙げ⁽⁶⁷⁾るのだが、何が「基底構成要素」であるかを示す基準は提示されていないのみならず、そもそも所有権の「譲渡」にその本質を見いだすというのは他ならぬヘーゲルの基本的な立論だったのである。⁽⁶⁸⁾

論者は、例えば「所有権概念の抽象化」を批判した上で、「具体的財産権の人間の尊厳と人格の発展との関連」を重視すべきことを主張し、所有権対象の種類に応じた保障の程度の考察を試みる。⁽⁷⁰⁾人間と物件とがとりむすぶ関係を、ただ抽象的に観念するのではなく、具体的な生活諸関係に着目して考察していこうというこのようなアプローチには共感を覚えないでもない。しかしながら、「人格」という概念に依拠しようとする限り、単にあれこれの生活関係を分析するのではなく、やはりなんらかの一般化された人間像と社会モデルとを想定し、人間の生活の中で物件の「所有」が果たす役割を一般的に考察した上で、所有権保障の対象の外延と差別化の原理とに関する理論をめざすべきであろう。「生存」や「自らの業績」に着目して所有権論を再構成する方向性が既に示されているが、⁽⁷¹⁾今後の展開に注目すべきである。⁽⁷²⁾

- (1) BVerfGE 24, 367 (389)
- (2) 栗城・一註 (14) 『公法研究』五一号、六七頁以下
- (3) BGHZ 6, 270 (276). リッター・エッターは、所有者の僅かな損害が問題になっている同判決のような事案で、人格的自由の一般論を語るところに疑問を提起する。むしろ賃借人の権利こそが「自由と尊厳」に深く関わるものだったのではないかと、このが、彼の問題提起である。Helmut Krittstiege, *Eigentum als Verfassungsproblem*, 1976, S. 295-296.
- (4) Wendt, *Eigentum und Gesetzgebung*, 1985, S. 80.
- (5) 栗城・註 (2) 六八―七二頁
- (6) 公法学会の討論において、栗城もこのようなアプローチの可能性を示唆している。『公法研究』五一号一六五頁。
- (7) BVerfGE 50, 290 (340-341) (1979. 3. 1) 同判決は、一九七六年共同決定法に対して企業・雇用者団体が提起した憲法異議に対して、同法を合憲と判示したものである。
- (8) BVerfGE 50, 299 (340)
- (9) H. P. Ipsen (II Ann. 19), *VVDStRL* 10, S. 74f (S. 95) イプセンは、ナチス期のヴァッカーの著作を参照して、*s.°* Vgl. Franz Wieacker, in: Weber/Wieacker, *Eigentum und Enteignung*, 1935, S. 48ff. 参照、後述Ⅱ三
- (10) Ludwig Raiser, *Aussprache*, *VVDStRL* 10, S. 158-9, S. 167. Vgl. Kaiser, *Zur Eigentumsgarantie des Grundgesetzes*, *AöR* Bd. 78, S. 118-119 (1952) など、ライザーは国法学会の会員ではない。
- (11) G G 一五条「土地 (Grund und Boden) 天然資源、生産手段は社会化 (Vergesellschaftung) を目的として、補償の種類と程度を定める法律によって、公的所有その他の共同経済の形態へと移転することができる。補償については、一四条三項三文・四文が準用される。」
- (12) Dürig, *Der Staat und die vermögenswerten öffentlich-rechtlichen Berechtigungen seiner Bürger*, in: *Gesammelte Schriften* (II Ann. 19) S. 259-261, 275, 283.
- (13) 財産の大小・種類によって所有権の制限の程度が異なるべきことを基本的に肯定する場合でも、その理論的位置づけは問題である。例えば、重要な社会的機能を果たしている所有権の場合、①そもそも G G 一四条の保障の対象外なのか (このように明言する論者は見いだし得なかった) ②一四条の対象には含まれるが、保障の程度が低いのか (Peter Badura, *Eigentum in*

Verfassungsrecht der Gegenwart, *Verhandlungen des 49. DJT*, 1972, Bd II, Teil. T, S. 5ff.; Rittstieg (Anm. 3), S. 314) ③所有権それ自体の差別化が生じるのではなく、それに対する社会的拘束が所有権の対象に応じて異なると考えるのか (Frotscher, *Aussprache*, *VVDStRL* 51, S. 315) という問題である。

- (14) ヘーベルは以下の七点を挙げる。①当該所有権と人格との密接関連性②当該所有権への人格的投入＝労働の有無③当該所有権の社会過程における機能④経済過程における機能、経済的効率性⑤文化過程における機能⑥政治過程における機能⑦時間的経過。Häberle, *Vielfalt der Property Rights und der verfassungsrechtliche Eigentumsbegriff*, 40R Bd. 109 (1984), S. 36f. (64-65)

- (15) 本文で紹介した国法学会からは四〇年後の第五一回大会は「土地及び環境の利用における所有権保護、社会的拘束、取用」を論題としてとりあげた。そこで再び、L・ライザーの名前を挙げたヘーベルの発言 (Häberle, *Aussprache*, *VVDStRL* 51, S. 296) をあげかけた「差別化」に ついて論争が展開される。

- (16) Vgl. Ipsen (Anm. 9), S. 95. 参照、影山日出弥「社会的法治国家の概念と法的性格」(『愛知大学法経論集』二六号) 一二〇頁。なお、前註で紹介した国法学会討論において、ビッターナーは、「一五条にも着目して質問に答えることを報告者に要求している。Puttner, *Aussprache*, *VVDStRL* 51, S. 327.

- (17) Vgl. Walter Leisner, *Eigentum* (II Anm. 54), S. 1088. なお、共同決定判決は、「社会的機能」の例として「当該所有権の利用を余儀なくされる他の市民」を挙げる (BVerfGE 50, 290 (341))。この記述は賃貸借関係を連想させるが、事実、それがおそらく最初に登場したのは居住賃貸借契約保護法に関する判決 (BVerfGE 37, 132) だった。「社会的機能」について考察する際に、賃貸借関係をモデルとして想定するのが妥当かどうか、慎重に検討されねばならないだろう。

- (18) Leisner (Anm. 17), S. 1042. 参照、栗城・註(1) 八二頁。

- (19) Werner Weber, *Das Eigentum und seine Garantie in der Krise*, in: Pawlowski/Wieacker (Hrsg.), *Fs. für Karl Michaelis zum 70. Geburtstag*, 1972, S. 316 (319) また「類似の立場に立つ論者として」Wendt (Anm. 4), S. 95ff.

- (20) Vgl. Leisner (Anm. 17), S. 1040-41, 1043.

- (21) BVerfGE 24, 367 (400) (1968, 12, 18) 同判決は、「堤防を州の国有財産とすること、そのための従来の私権の権利変換手続を定めたハンブルグ州法に対する憲法異議を退け、同法を合憲と判示したものである。

- (22) Vgl. Sass (II Anm. 10), S. 183.
- (23) BVerfGE 24, 367 (400)
- (24) BVerfGE 58, 300 (323)
- (25) BVerfGE 58, 300 (336)
- (26) 参照 II 四
- (27) BVerfGE 58, 300 (352). 但し、一旦認められた法的地位でも、それが行使されなければ現存保障の対象にはならない。また、既に権利が行使され、現存保障の対象となる法的地位の場合も、必ずしも将来にわたって永続するものではなく、新たな内容規定的立法によって奪われる場合も(相応の経過規定が設けられていることを条件として)ありうるとされる。(S. 350-351)
- (28) Lorenz von Stein, *Die Vernetzungstheorie*, 7. Teil, 1868, S. 76, S. 298. 参照、棟居「公用収用法理の展開と発展可能性」
(1) 『神戸法学雑誌』三三卷二号三九一四〇頁。Hans Kutscher, *Die Enteignung. Ein Beitrag zur Lehre von der Enteignung und vom Eigentum*, 1983, S. 45. シュタインのこのような構成が、当時どの程度支持されていたかは問題である。例えば O・P・ヤー(註)それを明らかに否定する。Otto Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht* Bd. II, 3. Aufl. 1924, S. 30, n. 22)
- (29) Böhmer (I Anm. 11), *Der Staat* 1985, S. 171, 174-175; NJW 1988, S. 2562.
- (30) 棟居「公用収用法理……」(註(28)) (三)『神戸法学雑誌』三三卷四号八三三頁以下。確かに事業認定は挙げて勅令に委ねられていたが、続く計画確定手続には計画の縦覧、利害関係人の異議申立と意見陳述、主務大臣への訴願などの手続規定が定められていた。棟居は、このことから、「プロイセン収用法においては最早『受忍せよ、しかる後補償を求めよ』という法命題は妥当してない」と断じている。
- (31) BGHZ 6, 270 (281-282)
- (32) 同条の意義について考察する文献として、Wilhelm Oeffermann, *Die Enteignungsschädigung nach dem Grundgesetz*, 1974)
- (33) この文言は、「相当の補償」を推す動きを退け、意識的に選択されたものによる。Vgl. JöR Bd. I, S. 153-54.; Ernst Wolfgang Böckenförde, *Eigentum, Sozialbindung des Eigentums, Enteignung*, in: *Staat, Gesellschaft, Freiheit*, S. 318 (321);

Brünneck (I Anm. 7), S. 90-91. しかし、ブリュネックの指摘によれば、主として産業界からの要請により、同条が補償の額についての争いを通常裁判所に委ねたことで、結局交換価値補償とさほど変わらない結果になったとされる。

(34) BVerfGE 24, 367 (420-421). Vgl. BVerfGE 46, 268 (285). なお、ライスナーによれば、BGH はなお完全補償を原則と考えつつあるため、彼が挙げる判決 (BGHZ 11, 156; BGHZ 59, 250) だけからはその点は微妙だと思えるが、BVerfG と潜在的には対立している。対立が顕在化しないのは、ほとんどの法律は現に完全補償を定めているからだとされる。Walter Leisner, Die Höhe der Enteignungsschädigung. Unterschreitung des Verkehrswertes? NJW 1992, S. 1409 (1410). Vgl. Manfred Aust/Rainer Jacobs, Die Enteignungsschädigung, 1991, S. 70.

(35) BVerfGE 24, 367 (397)

(36) BVerfGE 56, 249 (261). Vgl. BVerfGE 24, 367 (398)

(37) BVerfGE 24, 367 (405)

(38) もちろん所有権の交換価値が憲法上一次的意义を何等持たないと言うのではなく、立法者の内容規定の際の衡量要素としてはある程度の保護を受けると考えられる。しかしそれを直ちに主観的「保障」と同視することはできない。

(39) L. v. Stein (Anm. 28), S. 76.

(40) M. Wolf, Reichsverfassung und Eigentum (I Anm. 2), S. 13.

(41) Sass (Anm. 22), S. 183.

(42) Wendt (Anm. 19), S. 308.

(43) Sass (Anm. 22), S. 199, 188.

(44) Lerke Schulze-Osterloh, Das Prinzip der Eigentumsverfehrschädigung im Zivilrecht und im öffentlichen Recht, 1980, S. 216-217.

(45) Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie, 1965. (3. Aufl. 1986) 今井弘道・大野達司訳『制度としての基本権』木鐸社、一九八九年。その後、新たな展開を示したルーマンのシステム論の中で、同書の所有権論がなお維持されているかという点については考察し得なかったため、他日を期したい。

(46) 但し、シュタインらの「自由主義的理論」とその後の発展は、財産価値が貨幣価値に局限されることを明らかにしていな

として批判せらる。Luhmann (Anm. 45), S. 127 Fn. 50 (邦訳二二〇頁))

(47) Vgl. Badura (Anm. 13), S. 8; Schulze-Osterloh (Anm. 44), S. 216 Fn. 94; Wendt (Anm. 19), S. 308 Fn. 92.

(48) BVerfGE 58, 300 (324)

(49) Böhmer (Anm. 29), N/W 1988, S. 2564.

(50) 以下「便宜上」法律に基づく行政処分によって市民が損害を受けた場合のみを考慮することとし、法律によって直接損害が発生する場合、事実行為による損害、処分の副次的効果による損害などは考慮の外におくこととする。

(51) BGHZ 95, 23 (35), Vgl. Kimminich (II Anm. 56), Rn. 566-567.

(52) BVerfGE 58, 300 (319)

(53) BGHZ 90, 4. Vgl. Joachim Lege, Enteignung und „Enteignung“. Zur Vereinbarkeit der BGH-Rechtsprechung mit Art. 14 GG, N/W 1990, 864 (870) 同論文は判決を本文のように理解した上でそれを「誤り」と断ずる。

(54) BGHZ 90, 4 (14)

(55) 端緒は賃料損失判決である。BGHZ 6, 270.

(56) BGHZ 90, 17 参照、宇賀・II 註 (9) 二八八頁以下)

(57) BGHZ 90, 17 (28-33) Vgl. Hans-Jürgen Papier, Zum Schicksal des enteignungsähnlichen Eingriffs, NVwZ 1983, 258.

(58) 取用類似の侵害による補償請求権を「確かにG.U. 四条の所有権保護から導かれるものであるが、その要件効果を個別的に形成するのは下位法令のレベルである」とする判旨はBGHZ 76, 375 (384) を引用したものである。同判決は、外国法人が取用類似の侵害に基づく補償を請求することを容認したものである。その際BGHは、外国法人の基本権享有性を否定したため、取用類似侵害補償が「基本権レベル」のみならず「下位法令レベル」にも存するという説示が必要になったのである。本文のような問題とはかなり状況が異なることに注意せねばならない。

(59) Ipsen (Anm. 9), S. 94, 参照、II 註 (19)

(60) BGHZ 6, 270 (281) は「古典的取用」への回帰の否定を明言する。

(61) イプセンの可能性がある指摘する。Ipsen (Anm. 9), S. 94.

(62) Brünneck (Anm. 33), S. 176. Vgl. Sass (Anm. 22), S. 71ff.

- (63) Vgl. Lege (Anm. 53), S. 869.
- (64) BGHZ90, 17 (23)
- (65) G.-W. F. Hegel, *Grundlinien der Philosophie des Rechts*, 1821, § 35, 41, 44, 45, 63. 参照：村上淳「『近代法の形成』一九七九年、一〇八頁以下。柴田高好『ヘーゲルの国家理論』一九八六年、四二頁以下
- (66) 『公法研究』五一号一六四—一六五頁の石川健治発言、栗城壽夫発言、棟居快行発言参照
- (67) BVerfGE50, 290 (340)
- (68) Hegel (Anm. 65) § 73 「私の意思が、私にとって具現的・対象的であるためには、私はその所有を所有として自分の外に手放す (entäußern) 知るを得ない」
- (69) もちろんこの表現は、GG 一条一項・二条一項の文言を意識したものである。ところで、既に紹介されているように、GG 二条一項の「人格の発展」概念については、その内容を「人格的核心の保護」に限る見解と、「一般的行為自由」を保障しているものと解する見解とがあった。BVerfG は後者を取り、さらに「一般的行為自由」に経済的自由をも含める。だとすれば、二条一項の「人格」概念と一四条に關係した「人格的自由」との関連が問題になってくるであろう。二条一項についての文献として、田口精一「ボン基本法における人格の自由な発展の権利について」『法学研究』三六卷二一—二七五頁、恒川隆生「憲法裁判における基本権保障理論 (二) (三) 完」(『名古屋大学法政論集』九七号) 二〇一頁 (二二三頁以下)、九八号二七一頁、赤坂正浩「人格の自由な発展の権利」『法学』五〇巻七号) 二三頁。
- (70) Vgl. Ritsstieg (Anm. 3), S. 315; ders., *Zur Entwicklung des Grundeigentums*, JZ 1983, S. 161 (165)
- (71) Rupp v. Brünneck, *Abweichende Meinung*, BVerfGE32, 129f. (142); BVerfGE50, 290, 340. なお「人格」を基礎とした財産権論についての石川・註 (66) 一五三—一五五頁の指摘参照。
- (72) III 23で紹介したルーマンの議論は、所有権と人格とを直接に結びつける議論を徹底的に否定する。Luhmann (Anm. 45) S. 121-123, 129 (訳書一九五—一九七、二〇四頁) だからといって人格性が軽視されているのではない。むしろ、基本権が奉仕すべき社会秩序の分化は社会的諸要求の結節点としての「人格性」を要求するというのが彼の理解である。彼は「人格性」の表現を自己表出に求め、その現実科学的条件を探ろうとするのである。A. a. O. S. 54ff. (訳書八八頁以下) 例えば所有権の場合、それが経済システムの分化を可能にし、人格の表出が原則的に所有権に依存しなくなること、彼は重視する。A. a.

Ⅳ まとめと課題

一 「憲法上の所有権」の意義

ここで本稿冒頭に立ち返ってみよう。砂利採取決定に言う「憲法上の所有権」概念はどのような機能を担っていたのか？ 我々はようやくそれに一応の解答を与えることができる地点にたどりついたことになる。

「憲法上の所有権」とは、第一に、私法の優位を否定する文脈で用いられた概念である。再び引用すれば、「憲法の下位に位置する通常の法規範から、憲法上の意味における所有権概念が導かれることはないし、私法的な法的地位から具体的所有権の保障の外延が規定されることはない」とされる。⁽¹⁾既に検討したように(Ⅱ三)、砂利採取決定は「私法秩序モデル」「九〇三条モデル」のいずれをも否定していると考えられるのだが、それを正当化するのが「憲法上の所有権」概念なのである。また、この概念を用いることによって、物権以外の私法的権利、さらには公法的権利に対しても憲法的保護を拡大する可能性が生まれてくるだろう。

しかし第二に、「憲法上の所有権」は、その実体に即して言えば、「法律上の所有権」に他ならない。立法者の形成権限を広範に承認することに、砂利採取決定の第一の意義があるのである。「憲法自身から」その概念を獲得するという砂利採取決定の言い回しは多分にイデオロギー的である。⁽²⁾そこに「明示的に個々の法律による形成に依存しない憲法の自立的概念性」⁽³⁾を見いだすことができるかは大いに疑わしい。所有権に関する限り、憲法自身は具体的な内容規定は行わず、専ら立法権による形成に委ねる。憲法(現実的にはBVerfG)は立法者に価値的要請——所有権の私的効

用性と社会的拘束——を課し、比例原則・平等原則等による事後的統制を行う役割に自らを限定するのである。但し、そこに憲法的価値の反映、憲法の具体化を見いだすことは確かに可能であるから、そういう意味に限って言えば、「憲法上の所有権」を語ることとも許されるであらう。⁽⁴⁾

二 二つの二元論

さて本稿は、BVerfGの所有権観を「立法権・憲法裁判権の優位」及び「人格的自由」という二つの鍵概念に依拠しつつ分析してきた。それではこの二つの概念はどのような関係にあるだろうか？

1 内容規定と収用

既に述べたように、所有権の「差別化」は立法者の形成権限と「人格的自由」との調和点を探る試みだった。そのような特質は、「内容規定」と「収用」との関係についても見いだしうるように思われる。

本稿がこれまで検討してきた論点は、多くが「内容規定」についての判例の分析だったが、確かに違憲判決もあったものの、議論の中心は立法者の形成権限の拡大だったと言える。これに対し、「収用」に関する近時のBVerfGの判例については、むしろそれを厳格に統制していこうという方向性を見いだせる。⁽⁵⁾

このような対応の違いは何に由来するのか？おそらく二通りの補完的説明が可能である。第一に、比喩的に言えば、「内容規定」がいわばゲームのルールを設定する作用であるのに対し、「収用」は、いったん設定されたルールの変更だから特別の正当化を要するという説明である。第二に、「いったん設定されたルール」が特に観念し得ない場合でも、「名義」としての所有権の「帰属」は特別の保護を受けるという説明である。共同決定判決は次のように述べる。「所有権が、その人格的機能に対する制限と比べてより広範な制限を受けるような局面にあって、GG一四一条一項一文の現存保障は、所有権の帰属関係とその実体を維持すべき要請をいかなる場合でも課している。⁽⁶⁾」無条件

に「現存保障」の対象となるところの「名義」・「帰属」に、人格的機能を見いだすことは一般的に可能だと思われる。

ところでGG一四条二項と三項は共に「公共の福祉」概念を用いている。しかし、上述に鑑みるならば、この二つの「公共の福祉」はその内容を異にするものという前提から出発すべきであろう。「内容規定（『社会的拘束』）」と「収用」とに関する「公共の福祉の二元化」を我々は出発点とすることができるのである。

2 システムと生活世界？

ブリュネックは、ハバーマスの言う「システムと生活世界の対立」の図式が所有権論の局面でも見いだせるとする。「所有権の全面的政治化を志向する『システム』の諸要請に対して、それにより人格にまで影響を受ける所有者の『生活世界』の保護が対立する。所有権保障の解釈にあたり、システムと生活世界の対立は次のような問題構成をとる。『システム』の妥当要求が政治決定過程の民主的構造により高い社会的正当化を受け、他方、対立が生じたときに『生活世界』を保護することは専ら裁判手続に委ねられる。」この観点から、ブリュネックは、ByerGの理論を、所有権への立法―行政的介入の一層の必要性と人格的核心の保護という二つの要素を共に受け入れ関連付けるものとして積極的に評価する。⁽⁷⁾ ByerGの理論的枠組を積極的に受け止めるべきことに異論はないが、過度の樂觀主義に陥るべきではない。もちろんブリュネックも認識しているであろうが、ByerGの提起を忠実に受け止めるのであれば、それは「生活世界」を法の観点から評価する動きにもつながってくるだろう。例えば所有権を差別化し、人格的自由との関連性の程度と保護の程度とを関連させるのであれば、それは具体的生活諸関係に法的評価を下すことを意味する。それはかえって、逆説的に、「生活世界の植民地化」⁽⁸⁾を引き寄せるおそれを伴っていないだろうか。

三 歴史認識―連続と断絶

1 ワイマール

本稿は、I で戦後（西）ドイツの所有権論の課題を、①ナチス期の所有権論からの徹底的訣別、②ワイマール期への復帰は解決にならないことに見いだしていた。しかし、実際のところ、戦後西ドイツで現実に行われた法解釈論の中で、第二の課題が共通認識となっていたと言いい難い。

BGHは、賃料損失判決において、ライヒ裁判所の判決との直接的連続の上に自らを位置づけた。その背景となる歴史認識は次のようなものであった。「一九世紀後半、また、第一次大戦に至るまでの二〇世紀初めという安定した時代には」明確な公的必要性が存する個別例外的事例に収用を發動すればよかった。「二〇世紀のより後の時期の社会的危機、そして現代行政国家の急激な進出により、（……）従来考えられなかった規模の無償収用が行われ、その結果は、権利喪失・不自由・そして人間の内在的価値の抹殺だった。他方、国家は同じ時期に、社会秩序の回復のため、以前に必要であったよりも市民の財産的権利により深く介入し、社会的拘束を以前よりも強めることを必要としていた。」⁽⁹⁾多分にイデオロギー的なこの歴史認識の上に、判決は、ワイマール期とGG体制との連続性を説く。ワイマール憲法一五三条とGG一四条とは共にこのような時代への対応であるとされ、さらにGGの方が「立法者に対抗して所有権を保護することをより強調している」⁽¹⁰⁾とされる。このような「ワイマール—GG連続観」は、支配的学説もまた共有するところである。「GGの制憲者が所有権保障・収用条項についてのワイマール期の支配的実務を否定しようとしたのであれば、文言を改めることによって距離をおこうとしたはずである。（制定史を検討しても）そのようなことはなかった。（……）ワイマール共和国末期までに展開された所有権・収用理論がGG一四条の現実的評価にあたっても出発点にならなければならない。」⁽¹¹⁾

これに対して BVerfG は、これまで検討してきたように、①付帯条項の意義の強調②補償に関する「衡量条項」

の意義の重視⁽¹³⁾③現存保障の価値保障に対する優先⁽¹⁴⁾④収用概念の拡張への歯止め⁽¹⁵⁾などを主張することによって、ワイマール憲法(あるいはすくなくともライヒ裁判所の判例)との差異を強調しようとする傾向がみられる。ペーマーは、上記②の点に触れ、以下のように述べる。「所有権保障は、もはや、ワイマール憲法の下でそうであったように、補償の側から理解され、財産的損失の代償であって自由権ではないというのではない。類似した文言にもかかわらず、GG 一四条一項一文とワイマール憲法一五三条一項一文とは異なった意義と機能とを有しているのだ。」⁽¹⁶⁾

2 ナチス

それでは先に挙げた第一の課題についてはどうだったか。確かに戦後の代表的文献は、GG 二条等を引用しつつ、「人格的自由」を強調している⁽¹⁷⁾。また、BGH 賃料損失判決も「人格的自由」を強調することは既に指摘した⁽¹⁸⁾。しかし、堤防判決以後の展開から読み取れる BVerfG の「人格的自由」概念は、BGH のそれとは決定的に異なると考えられる。⁽¹⁹⁾その内実を問わずスローガンのに「人格的自由」を強調することは、いかなる意味でも第一の課題に対する解答には全くなならないということを、我々はこのことから学ぶことができるだろう。⁽²⁰⁾

ブリュネックが指摘するように、戦後の所有権論の骨格を形作った論者の多くは、そのままナチス期の代表的論客でもあった。⁽²¹⁾例えばヴェーバーは、一九三五年の論稿で「国家はもはや、その存続を保障された国家に対して絶対的な個人の私的領域なるものを認めない。……国家は、民族的観点に即したドイツ民族の生活秩序を形成すべき自らの義務をあくまで主張する。……(補償義務によって)民族的生活秩序を個人の利益の側から規定することはありえない」と述べる。同じ論者が、一九五四年には、「所有権保障は、自由保障の補完・対応物である。その意義は、従来から、所有権において、可能な限り独立した生存維持と自己責任的生活形成を保障することにある」と書くことになる。⁽²²⁾彼らの戦前戦後の言説は、表見的には、連続性どころかむしろ断絶を示している。⁽²³⁾

しかし、実定都市法制についていえば、その骨格はナチス期に形成されたものであること、そしてその限りにおいて、ナチス―戦後を連続の側面において捉えることが可能であることが既に指摘されている。⁽²⁴⁾ その連続性がドグマーティクに影響を及ぼしていないとすれば、それはむしろ不自然であろう。

ここで指摘しておくべきなのは、本稿で BVerfG の議論と関連して指摘した論点の一部がナチス期に起源を有し、あるいは少なくともナチス期に大いに喧伝されていることである。一例のみ挙げれば、例えば「所有権の差別化」は一九三八年のヴィアッカーのライトモーターであった。⁽²⁵⁾⁽²⁶⁾ 同じ「所有権の差別化」が、民族共同体による拘束を強調する場合と、「人格的自由」との結び付きを主張する場合とで、果して意義と機能が異なるのか、その検証が課題となるだろう。

つまり、今日では自明のことではあるが、所有権論を考察する限り、われわれはナチス期を「括弧に括って除外する」⁽²⁷⁾ことは到底許されない。また、特定の議論のナチス起源性を指摘することによってそれを排除しようとする試みの不毛性は厳しく認識されねばならない。また、あるドグマーティクの連続と断絶も簡単な問題ではない。さきに挙げたヴェーバーらの論者の議論に、戦前戦後を通じたなんらかの一貫性を見いだそうと言う試みも、彼らの実践的政治的立場にまで視野を広げて行けば、必ずしも無謀な試みではあるまい。そのような作業は、ナチス期の位置づけに關する議論へ、あるいは翻って、今日われわれが立っている場所を計測し直そうという試みへもつながりうるものだろう。

(1) BVerfGE 58, 300 (335)

(2) BVerfGE 58, 300 (335)

- (3) 中島「ボン基本法と土地所有権」(1註)(14)二八六頁。
- (4) 中島・前註二八七頁も『憲法にもとづく法律全体』(角松註・本稿では「合憲的法律の総体」から導き出される財産権か、または『法律にもとづく』財産権かという問題は、実は一般論としてだけで処理しうる単純な事柄ではない」とする。
- (5) BVerfGE56, 249. ins. Abweichende Meinung von Böhmer (266f.). (タープルカー判決); BVerfGE74, 264 (試走場判決)
- (6) BVerfGE50, 290 (341)
- (7) Brünneck (I Anm. 7), S. 390-391.
- (8) Jürgen Habermas, *Theorie des kommunikativen Handelns*, Bd. 2 (edition suhrkamp1502, 1988) S. 522. 邦訳書(丸山高司他訳)(下)三五八頁以下。
- (9) BGHZ6, 270 (276-277)
- (10) BGHZ6, 270 (278)
- (11) Werner Weber, Eigentum und Enteignung, in: Neumann/Nipperdey/Scheuner (Hrsg.) *Die Grundrechte*, Bd. 2, 1954, S. 331 (346) ヴェーバーによれば、G.U. 四条の文言はむしろ広い収用概念を裏付けている。三項一文は立法収用を承認してゐるし、補償額についての利益衡量を認めた三項三文は、広い収用概念を前提にしなければ理解できないものである。ただし、ヴェーバーの場合、ライヒ裁判所の例えば建築線判決が「破滅的影響」を持ったことは認識している。(A. a. O. S. 345)
- (12) 参照、棟居快行「ボン基本法一四条三項(公用収用)における「Junktimklausel」の一考察」(小林還暦『現代国家と憲法の原理』六〇三頁(六二二頁以下))。
- (13) 堤防判決 BVerfGE24, 367. 参照' III 2
- (14) 堤防判決 BVerfGE24, 367. 参照' III 2-1
- (15) 砂利採取決定 BVerfGE58, 300. 参照' III 2
- (16) Vgl. Böhmer (I Anm. 11), NJW 1988, S. 2563.
- (17) Rudolf Reinhardt/Ulrich Scheuner, *Verfassungsschutz des Eigentums* (II Anm. 16), S. 1, 62, 71; Weber (Anm. 11), S. 353).
- (18) BGHZ6, 270 (276) 参照' III 冒頭。

- (19) 参照、Ⅲ四。
- (20) 『公法研究』五一号一六四頁、石川発言(Ⅲ註66) 参照。
- (21) Brünneck (Ann. 7), S. 52f. 彼は Werner Weber, Ernst Rudolf Huber, Ulrich Scheuner, Theodor Maunz の名を挙げ
る。
- (22) Werner Weber, Der Weg zum neuen Enteignungsrecht, in: Weber/Wieacker, *Eigentum und Enteignung* (Ⅲ Ann. 9),
1935, S. 9 (13); ders. (Ann. 11), 1954, S. 353.
- (23) フリョネックの指摘によれば、戦後も影響力を持ったナチス期の論者は、ひとりヴィアッカーを除き (Wieacker, *Wand-
lungen der Eigentumsverfassung* (Ⅲ Ann. 9), 1938; ders., "Wandlungen der Eigentumsverfassung" revisited, in: *Quaderni
Fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno* 1976/77, S. 841.) 戦後、戦前の自らの論説に対する態度を明確にして
いない。(Brünneck, A. a. O.) しかし、それら論者の「転向」を道徳的に批判するのは、本稿の課題とはおよそ無縁である。
- (24) 原田他『現代の都市法』(Ⅰ註76) 四〇頁以下(広渡執筆)。参照、広渡「ナチス民族法典の所有権規定」(Ⅰ註3) 一四
二頁以下。
- (25) Vgl. Wieacker (Ann. 23) S. 10. 但しそこで強調されているのは不動産と動産の区別である。
- (26) また、ライスナーは、「所有権に内在する共同体的義務」という発想は、ナチス期以来のものであるとする。(Teisner (Ⅲ
Ann. 54) *Sozialbindung*, S. 35. しかしゲルマニステン・ワイマール憲法典等の文脈をあえて軽視して論を進めるライスナー
には、ある種の操作的意図が感じられないでもない。Vgl. Brünneck (Ann. 7), S. 49.
- (27) 『現代の都市法』(註24) 四二頁。

* 本稿の一部は、一九九一(平成三)年度文部省科学研究費補助金(特別研究員奨励費)の成果の一部分である。

* なお、脱稿後次の文献に接した。野呂充「ドイツ都市計画法における一時的土地利用規制と損失補償(一)」『法学論叢』一三
三卷一号一九頁、五号三〇頁。