H・トリーペルの所有権と制度保障に関する理解

——ヴァイマル憲法における制度保障論の考察の前提として——

柏崎敏義

目　次

1　はじめに
2　M・ヴォルフの所有権理解
3　H・トリーペルの所有権理解
4　むすびにかえて

1　はじめに

トリーペルはかつて，忠実な実証主義者であったといわれる(1)。その方向転換を示したのが，1926年，ベルリン大学総長就任に際して行った講演「国法と政治(2)」であった。この中でトリーペルは，「国家目的，ないし個々人の目的に対する国家目的の制限にかかわることすべてを『政治的』であると呼ぶならば，政治的なものを考慮に入れないで国法規範を全面的に把握することはまったく不可能であることは明らかである(3)。」と述べ，政治的なるものを強調することによって法論理主義的実証主義国法学を批判した。政治的なるものを考慮に入れないとすれば，国法学および法学の貧困化，枯涸化が有無をいわず生ずることになる(4)としたのである。すなわち，法準則を理解するためには，利益像，目的像が必要であり，それゆえ，法的構成は事実と法律効果との結びつきのためではなく，事実，法律効果の，一定のシステムに向けて意図的に整序された結びつきという目的のためにある(5)。したがって，国法学にとっては目的的方法が前提とされ，論理・形式的概念作業と政治的なる

ものの考察の結合が要請されるのである[6]。そのことによって，つまり政治的なるものの考慮によって規範的部分が生きてくるのである。

トリーペルのこの講演は，当時の政治・経済状況の中にあって，法学を政治的現実に解放した国家観の指導的パイオニアであるといわれるように[7]，国法学に大きな影響を与えたわけである。しかし，このような方向転換がこの講演で突然なされたわけではない。講演の2年半前に著された，本稿の対象とする「金平価に基づく貸借対照表に関する命令と優先株」（鑑定[8]）において，「政治的なるもの」という言葉こそ使ってはいないが，すでにこの時点で方向転換の方向性は十分示されていたといえる。すなわち，ケルゼンの方法論における純粋性に対して国民経済，私経済を考慮しない商法に従事することになると批判するが[9]，それをふまえて，本論文は国民経済，私経済を十分考慮に入れた内容となっていることに注意するだけで十分であろう。

時間は逆になるが，「国法と政治」の概観によって，本論文[10]の立場も明らかとなろう。以下では，トリーペルの全体像に言及することが主眼ではなく，本論文の記述を追いながら，ヴァイマル期における所有権の把握，とくに制度保障とのかかわりを検討することにある。最初に，所有権と制度保障との関係を明らかにしたM・ヴォルフの理解を簡単に整理しておき，その継受という形でトリーペルをみていきたい。

2　ヴォルフの所有権理解

トリーペルは，「所有権は不可侵である。この簡潔な言葉で，憲法は法制度としての私的所有権も，『個々の法主体すべての既存の，そして新たに成立する具体的私権』も，憲法の保護の下におき，国家権力による侵害に対して保障しようとする[11]。」と述べて，M・ヴォルフの所有権理解[12]に同意する。したがって，まずヴォルフの理解を整理することによってトリーペルの理解も明らかになろう。

1　ヴォルフは，ヴァイマル憲法153条の所有権保障について次のようにみる。「共産主義的ラント立法者は，間接的に，補償のない『徴発（Anforde-

rung)』によって，土地所有権者に対して，法律行為による土地所有権の国家への移転を強制することができることになる[13]」として，きわめてイデオロギッシュではあるが，当時の政治状況の中では一応の正当性が与えられる理由で自説を根拠づける。それを前提としてヴォルフは，従来物的所有権（民法上の所有権）と捉えられていた所有権概念を，すべての私的財産権，すなわち債権，株式，物権，著作権なども含む権利であるとして所有権概念を拡大した。153条1項の「所有権」は「財産権」と同義に解されることになる。この点で，法律によって内容を形成されたり義務を課されたりする所有権，あるいは次にみる公用収用の対象となる所有権とは，すべての私的財産ということになる。

そして，さらにその所有権保障は「法制度」としても保持されることを強調する。このことの意味はなんであろうか。たとえば，社会権条項に例をみるように，ヴァイマル憲法が独占資本主義段階における憲法としての位置づけが与えられることにより，結局は市民（ブルジョアジー）の力が政治，経済においてなお依然として強いことが示されている。このことを背景として，行政権に対するのはもとより，議会に対する不信感に基づいて（反議会主義），ライヒやラントの立法に対しても所有権を保障することを意味する。すなわち，すべての私的財産権が法制度つまり客観的な財産秩序の保障として，そこへの立法の介入の禁止を導く。それゆえ，「憲法上の保障形態が『所有権の不可侵』という古い形態と同じであるとみなすのは誤り[14]」であるとしながらも，その実質においては，市民層の所有権の不可侵を意図していたのである。

2　つぎに，公用収用の捉え方である。この点についても，従来の見解から離れる。従来は公用収用を，公共の福祉（公益の事業）のために法律上の根拠をもって行政によって所有権を移転することと捉えていた。それに対してヴォルフはつぎのようにみる[15]。まず，公用収用は所有権の不可侵の例外であるとする見解を否定し，それは「所有権の保障の確認であり，特殊化である[16]」とする。そのうえで，①公用収用は行政行為による権利奪取のみならず，

法律自体による奪取でもある。②公用収用は公的事業のためにのみ行われる。③公用収用は権利の移転だけではなく，権利移転に対する債務的義務（つまり補償）を義務づける。④公用収用はすべての所有権にあてはまる。⑤公用収用は権利の完全な奪取だけではなく，既存の権利に物権を設定すること（たとえば地上権，地役権など）も含まれる。⑥公用収用は，一方で私権の奪取であると同時に，他方ではその私権に対する奪取によって利益を受ける者が同種の私権を獲得する場合に生ずる，とした。これらを関連づけてみると，ヴォルフの理解が明確になろう。すなわち，まず⑤によって，たとえば公用制限というような所有権の規制（153条1項2文）と公用収用（153条2項）の区別を曖昧とし，①によって，法律による所有権の規制も公用収用の対象となり，しかも④によってその対象はすべての所有権であるとされる。その結果，すべての所有権に対する権利奪取と規制は「公用収用」となり，③によって，補償が義務づけられることになる。したがって，所有権をすでにみたように法制度の保障と理解することによって，核心以外の部分は制限が可能であるから，その部分の不可侵性は破られるが，しかしそれらはすべて153条1項の法律による補償のない規制ではなくなっており，2項の公用収用であると理解されるので補償が保障されることになる。ヴォルフのこの見解は，トリーペルに受け継がれていく。

3　トリーペルの所有権理解

1　問題状況

トリーペルの本論文の内容に入るまえに，ヴァイマル憲法と公用収用と優先株の関係がなぜ問題となるのか，その状況を簡単に把握しておこう。

第一次大戦の敗戦後，ドイツは大きな打撃を受け，その回復・復興に全力を注いでいた。しかし，同時に大戦後1922年頃までは比較的好況を呈していた経済においてインフレはとどまるところをしらず（1919—23インフレーション期，24—29相対的安定期，29—33恐慌期），さらには連合国への賠償支払問題ともからんで，通貨安定への道は非常に困難となった。第一次大戦後

の１ドル＝４マルクが，23年11月頃には１ドル＝４兆２千億マルクとなった。１マルクの価値が１兆分の１に減じられたのである。そこでまず，第２次シュトレーゼマン内閣の下で23年10月13日に授権法（第１次）が制定され，これによってライヒ政府は財政的，経済的，社会的分野において絶対必要で緊急の諸措置を講ずることができるようになった。そこで政府は，10月15日にドイツレンテンマルク銀行を設立し，一時的通貨としての性格ではあったが，金本位制によるレンテンマルク[17]を発行することによって，インフレを収めようとした[18]。しかしこれでドイツの危機は去ったわけではなく，11月には先にみたように，１レンテンマルク＝１兆マルク＝4.2分の１ドルとなり，マルクの減価により証券などの所有者は大きな打撃を受けた。つまり，旧紙幣を持っていた者たちにとっては，マルクの減価は没収と等しかったのである。それに対して，実質賃金の低下と実質利子率の低下により，資本家などは大きな利益を得た[19]。さらには，賠償問題，あるいは生産の低下や失業の増加などの問題も山積となった。この時内閣はすでに裁判官出身のウィルヘルム・マルクスが率いていたが，マルクス内閣はこれらに対処するために，24年２月15日まで効力を有する第２次授権法を23年12月８日に制定した。第２次授権法は，国民ならびにドイツの危急状態を考慮して必要かつ緊急と認められる様々な措置（すなわち命令の制定，発布）を行える権限を内閣に与えた。その中でもとくに通貨に関して大きな力を発揮した。その一連の政策の中に，第２次授権法に基づいて制定された，「金平価に基づく貸借対照表に関する命令（Verordnung über Goldbilanzen）」（以下ＧＢＶ），およびＧＢＶに基づいて制定された施行規定（Durchführungsbestimmungen）がある。これらはライヒ政府の命令という形で発せられた。第２次授権法に基づいて制定された法令は，国民並びにドイツの危急状態をとり除くために必要とされるはずであったが[20]，トリーペルはこの点について疑問があり，むしろ憲法違反の疑いがあるとする立場から検討する。

それでは，トリーペルは具体的になにを問題としたのであろうか。ＧＢＶは，商人（企業）に対して財産目録，貸借対照表を金平価（Goldmark）で

作成することを義務づけ，あるいは転換[21]に関する規定を設け，ライヒ政府にはこのＧＢＶを実施するために法規命令および一般的な行政規則を制定する権限が与えられる。これによって施行規定が発布されたのである。一般的に，インフレは金銭債務者が利益を得る反面，債権者はその犠牲となる性質を有している。そしてその性質は，ＧＢＶとその施行規定における優先株の取扱いにも現われるのである。たとえば，大コンツェルンＡＥＧ（一般電機会社）が累積的・非参加的優先株を発行しており，その優先株は債権証券類似の株式（schuldverschreibungsähnliche Aktien[22]）であると特徴づけられる。ところが，施行規定は転換（Umstellung）の際の償還額を額面額の百分率に限定した。したがって，金平価に換算した場合の価値は，ＡＥＧの例でいえば，優先株と総資本の比が５：17であるからそれ以上にはならない。しかも，同じく第２次授権法に基づいて24年に発布された第３次租税緊急命令（die dritten Steuernotverordnung）は債権の評価増額の問題について規制を加え，その率を15％としたため，優先株は金平価による総資本の115％を下回ることはないが，実質的な価値は減じられたのと同様になってしまう。つまり，株式投資の場合，とくにＡＥＧのような企業であれば，当面の減価は生産力の回復によって実質的価値は回復する。しかし，社債などの確定利付証券はマルクの価値そのものが回復しないかぎり，実質価値は減じられたままなのである[23]。したがって，優先株は株式ではあるが，後者の状況があてはまるのである。

このような状況からすれば，ＧＢＶの施行規定の意図するところは補償なくして財産価値の収用を実現し，あるいはそれを可能にすることになり，憲法上の所有権保障の問題となるのである。トリーペルの問題の処理のし方は，第一に形式面での無効論，第二に実質面での無効論を展開する。

2　ＧＢＶの有効性

優先株すなわち所有権を保障するために，トリーペルは前述の諸々の法令の違憲性を明らかにしようとする。トリーペルはすでに，第32回ドイツ法曹

大会での「法律と命令の間の限界」において，裁判官が法律，命令に対して合憲性を審査できるとする立場を明らかにしていた[24]。そして本論文ではその立場から次のように展開する。

ヴァイマル憲法77条は，ライヒ政府はライヒ法律の執行に必要な一般行政規則を発することができると規定する。第２次授権法は合憲かつ有効な法律であるから，問題はそれに基づいて発せられた命令であるＧＢＶがライヒ政府に法規命令および一般行政規則を制定する権限を与えている点にある。

まず，ＧＢＶを実施するための命令についてはとくに問題はない。というのも，その命令の必要性は明らかであるからである。問題となるのは，ＧＢＶの規定の例外を認め，あるいは特別な場合として補充的内容もしくは異なる内容の指図をする命令が可能かどうかである。これについてトリーペルは，「完全に一般的な内容をもった授権は，例外や補充や相違を指図することについては一般的なライヒ法律ではまったく禁じられる」とする。なぜなら，法規命令の場合は法律が特別な特定の委任がある場合には可能であるが，包括的な授権は命令委任の限界を越え，ＧＢＶに規定されていない規則を定める権限をライヒ政府が留保することになるからである。したがってこの場合の授権は，本来的意味の授権と解することはできない。しかも，第２次授権法は24年２月15日までの期限つきであることから，その留保は明らかに期限後も効力をもつことになるので，施行規定は無効となる。つまり，２月15日という期限を考慮にいれてもＧＢＶの実施のための法規命令あるいは行政規則は可能であるが，例外・補充・相違の規定は無効であるということである。施行規定は，「当該法律が意図していることすべてを意図すべき」であるから，法律に反しない（nicht contra legem）だけでなく，法律を越えてはならない（nicht praeter legem）のであり，法律に従って（secundum legem）発布されねばならない[25]。

そこで現在問題となっているのは優先株についてであるから，命令はすべて実体的には商法である。したがって，施行規定の条項は商法あるいはＧＢＶの規定を修正することになり，それは授権の範囲を逸脱する。基本株式と

優先株の間の分割問題の決定を行政機関に与えることは認められないということである。それは立法者の意図に反する。

問題はそれだけではない。施行規定に定められた優先株に関する争いが生じた場合，施行規定は裁判所に訴えることを禁じ，代わりにライヒ政府が設置する権限をもった機関が審査することとしている。それに対しトリーペルは，裁判官の審査をも排除したのであり，認めることはできないとする。この批判は，裁判官の審査権を排除することは絶対主義国家へと導びくことになり，自由を守る壁が潰されてしまう。つまり，憲法上の保護がなくなるとする，議会に対する批判的立場に基づくものである。[26]

以上のことからトリーペルがここで問題とするのは，形式的側面を中心に据えた現実の問題の扱い方である。「政治的なるもの」だけを主張するならば命令はすべて承認されることになるのであろうが，規範的なるものとの結合において捉えた場合，様々な措置が状況にそくしたものであったかが問われるのである。

3　ヴァイマル憲法と優先株

次に実質面からのアプローチをみてみよう。実質的というのは憲法の基本権条項との関係であり，これを一方では153条の所有権保障と公用収用の関係から，他方では109条の法の前の平等との関係から，無効論を主張する。

(1)　所有権保障と公用収用と優先株の関係

施行規定は，優先株に対する補償のない公用収用を規定し，それは基本株主あるいは会社自身のために違憲のし方で公用収用することを規定する。ここが出発点であり，結論である。そこで所有権保障の意味と公用収用の諸条件の検討をみる。といっても，ヴォルフのように区別して述べているのではなく，両者をからませながら，しかし後者に重点をおきながら述べているので，それらを整理しておこう。

(i)　所有権保障

まず153条全体の意義を，「すぐに実現される，『現実的な』憲法原則であ

る」とし，153条を含む基本権規定は，「行政権だけでなく立法権も，しかもラントだけではなくライヒ自身の立法権をも拘束する[27]」ものと位置づける。そして，153条は所有という言葉を用いているがそれは私的財産権を意味する。すなわち，所有権のみならず，物権，債権，株式の権利，著作権，特許権なども含むとする。トリーペルは，この見解を根拠づけるものとして，「立法者の意図（あるいは憲法の意図ないし意思）」を用いる。そして，「『所有権は不可侵である。』この簡潔な言葉で，憲法は法制度としての私的所有権も，『個々の法主体すべての既存の，そして新たに成立する具体的私権』も，憲法の保護の下におき，国家権力による侵害に対して保障しようとする[28]。」（傍点筆者）このような見解は，ヴォルフ[29]，トリーペルのみならず，当時の代表的コンメンタールの著者アンシュッツ[30]も同様である[31]。アンシュッツは，トーマ，ケルゼンらとならぶ代表的な法実証主義者である。その立場からすれば，立法者を上位におくことについては好意をもって受け入れられるはずであるが，制憲者意思はむしろ憲法を完結したものとはみなさないところで主張される。政治的憲法学の立場である。しかし，この点だけをもってアンシュッツが法実証主義者でなくなったとみるのは早計であろう。

ところで，トリーペルが法制度の観点の下で，制憲者意思を採用した意味はどこにあるのだろうか。前述したように，すべての私的財産権を所有権に含ましめて捉えることは，それだけ憲法による保障領域が拡大することになる。そしてそこに「法制度」の観点を導入すると，ひとつの財産権秩序ができあがり，したがってその拡大された秩序は立法者によっても壊されることはない。憲法制定者もそう考えていた，ということになる。ここで守ろうとしたものは，優先株主の権利である。今も昔も，株を所有することができるのは結局は「持てる者」であるから，その者たちの保護である。しかし，政治的なるものと規範的なるものとを結びつけて考えても，制憲者の意思を一義的に確定することができるかどうかは，やはり疑問がある。とすれば，優先株の取扱いを立法（議会）が恣意的に処分することを排除し，次の公用収用との関係で，憲法上の保護を与えるとすることが重要なのである。

(ii) 公用収用

ここでは，公用収用についての対象，手続，概念に分けて整理しておこう。

(a) 公用収用の対象

ヴァイマル憲法153条2項の公用収用を所有権保障の確認・特殊化とみるならば，その対象は1項の所有権である。それゆえ，トリーペルは民法にいう所有権のみならず，私的財産権全体を153条の保障の下におくように所有権概念を拡大して捉えるのである[32]。この見解はヴォルフと同様である。それに対し，憲法制定時において所有権の明確な法概念がなかったことから，法秩序全体の意味するところで解釈すべきである。したがって，所有権はあくまで民法の意味での所有権と理解すべきであり，債権にまで拡大すべきではなく，公用収用の対象も同様に捉えるとする見解もある[33]。しかし，私権のすべてが民法で規律されるわけではないことからすれば，限定して解釈すべき理由がない。しかも，法制度という観点をとり入れる場合には，単に自由主義的な意味での所有権だけではなく，経済的な客観的な秩序全体にもかかわるものは広く含まれることになる。たとえば，芸術的作品，歴史的記念物，科学的文献なども公用収用の対象となりうるのである[34]。もともと，公用収用は不動産（土地所有）に関していわれていた[35]。トリーペルは，この脈絡の延長上で次のように考える。「公用収用の場合の犠牲の他に，ある国家目的のための犠牲」がある。その国家目的とは，国家のとくに公行政の個別具体的意図が実行される点にある[36]。したがって，「公用収用がつねにある一定の公的な事業のために行われなければならないとする場合，それはわれわれには役立たない[37]。」その結果，公用収用の事業は「技術的な意味」で考える必要はなく，つまり従来のように土地を必要とする事業との関係においてのみ考える必要はないのであるから，土地とかかわりをもつ鉄道施設，下水設備のようなもののみが事業ではなく，たとえば戦争，農地改革の実施（国家目的）も事業でありうる[38]。この時代の国家・政府の活動が時代状況に対応する形で著しく拡大してきたことの帰結であるから，公用収用の対象である所有権も拡大して捉えることは言葉通りの所有権保障に適合するであろう。

(b) 公用収用の手続

従来，公用収用はもっぱら法律に基づく行政行為として行われるもののみをさした[39]。しかし，前述のように，ヴァイマル共和国は第一大戦後政治的，経済的，財政的な緊急状態となり，その下での所有権の侵害があまりにもひどく，自由主義的な意味での補償が強調されることになった。その所有権の侵害は立法行為によって行われた結果，法律による侵害に対しても公用収用の対象とすることが強調されるのである[40]。

以上を前提として，トリーペルは次のようにみる。153条2項の「法律」の意味は実質的意味の法律をさす。したがって，第2次授権法そのものは形式的には法律であるが，その性格からすれば憲法的特性を備えるものであるから，GBVは法律と同じような立場にたつことになる。そうするとGBV自身は公用収用を行うことができたかもしれないが，実際はなんらの規定もおかず，むしろGBVの施行規定が実質的に定めている。しかし，施行規定そのものはここでいう「法律」ではない。公用収用は法律の許可の下でのみ行わなければならないから，施行規定による公用収用は不可能である。さらには，GBVの施行規定への委任も公用収用のための根拠を提供していない，とする[41]。この意味は，施行規定は法律ではないし，特別の委任もみられない，ましてやその規定は単なる行政行為でもない。したがって無効と解される，ということである。

このように，公用収用を法律による侵害によっても生じると捉えることになると，憲法の規定する「公共の福祉のために」行われなければならないとすることについても，解釈が変化してくる。153条2項2文および3文は，公用収用による侵害に対する補償の要否あるいは補償の金額の高さについては，「法律に別段の定めがない限り」ライヒの単純法律である程度決めることができる。それに対して，2項1文には「法律に別段の定めがない限り」という文言がないことからも，公用収用が公共の福祉のために行われるとするのは絶対的な要件であることになる[42]。それは制憲者の意思である。それゆえ，公共の福祉の必要性は憲法の要求する必要性なので，それから解放され

るには憲法改正の形式をもってしなければならない。その意味で，公共の福祉において重要なのは，誰が公共の主体なのかということではなく，公用収用を正当化する「公的利益」はなにかということである。憲法の意思が社会の利益と捉えられるとしても，いままでの研究でも公共の福祉の内容が明らかにされてこなかったとトリーペルは指摘する。

そこでトリーペルは次のようにみる。従来の公用収用は具体的目的のためにのみ，すなわち特定の公益事業のためにのみ行われうるとされていた。つまり，特定の事業との目的関係が公用収用の本質であった。それに対してトリーペルは，いま現在実行される公益事業を要求しているのではなく，客観的な公益事業つまり将来的な公共の計画をも要求する。先にみた戦争，農地改革の実施も事業に含まれることになる。したがって，事業との目的関係が抽象的な範囲にまで拡大される。

このような公用収用が，行政行為にしろ法律にしろ，行われる場合にはその理由が問われる。それゆえ，その理由つまり法の内容は客観的でなければならない。主観的な恣意，裁量は排除され，あるいは，「一般大衆の現実のあるいは推測されうる『感情』，たとえば国民の大部分がもっている願望を，大事な財産を処分することによって，満たすために行うのではない。」[43]

以上のことから，ＧＢＶの施行規定が予定する公用収用は，結局，基本株主ないし会社自身の利益が公共の福祉となり，それが客観的に公的な目的となりうるかどうかは疑わしいことになる。したがって，優先株主だけが犠牲になる措置は153条違反となるとする。

(c) 公用収用の概念

公用収用の概念とは，ここではなにをもって公用収用というかの問題である。

第一には，公用収用の対象として私的財産権が153条の下で理解されるという点である。

第二には，公用収用は行政行為のみならず，法律によっても生じ，また特定の事業のためにのみすることを必要とはしない。したがって必ずしも従来

のような土地所有とのかかわりを要しない。

ここまではすでに見てきたところであり，つぎの点がここでの問題である。すなわち，第三に，所有権の移転の問題である。私的財産権の侵害をその剝奪とみるかあるいはその制限まで含むか，そしてその効果はなにかの問題である。これはヴァイマル憲法が公用収用の条件は規定したが，その内容を規定しなかったことから生ずる問題であり，いくつかの対立がみられた。

まず，ヴォルフの捉え方は所有権移転説（Übereignungstheorie）[44]と呼ばれる。ヴォルフは基本的にはいままで見てきた点については従来の理論から離れて新たな理解を示してきたのであるが，所有権の移転についてはそれはみられない。まず，公用収用は一方で私権の剝奪であると同時に，他方では受益者が同種の私権を獲得する場合に生ずる[45]。したがって，この理解は公用収用を権利の喪失とみるのではなく，権利の取得として扱い，それゆえ権利の剝奪は取得のための手段であるから，公用収用される財産がどのような形で移転，譲渡されるのかは問われないのである。たとえば，公用収用の形態として，国家権力によって受益者に権利を移転する場合，一方では権利が無効となり，他方では新しい権利が発生する場合，従来の負担が廃止され所有権がより強くなる場合，あるいは新しく負担を設定することによって権利が縮減される場合などはその例であるとする。このように理解することによって，補償の性格は，公用収用によって利益を得る者が他人の権利を自己のものとするから支払われる性格であるとされる。つまりは相殺である。しかし，このように捉えた場合には，たとえば権利の消滅のみがあって権利の移転がない場合，それをも公用収用といえるのか，あるいは補償は財産の損失に対する補償という性格をもつ「損失」補償であることからすれば，相殺という性格づけが妥当かどうかが問題となろう。

これに対してトリーペルはどう捉えているか。公用収用は私的財産権の剝奪ないし侵害であり，同時に他の者に対して利益を得させることである。「公用収用は，他の者の犠牲で受益者に財産の増加をもたらすために行われるのである[46]。」したがって，その利益を得る者は，公用収用された者が奪い

とられたのと同じ権利を得る必要はない。この点で，ヴォルフが同種の私権を得ることとするのと異なる。トリーペルの問題とする優先株を考えれば，優先株には債権としての性質はないが，持分は全資本に対する一定の割合を有しており，それは優先株も株式であることに変わりはないから，株式の本質として当然認められることである。しかし，転換を前提とした場合に全体に対する割合が額面額の一定のパーセンテージに制限されるということは，換算の額が低く見積られることを意味し，結局優先株の利益が奪われることになる。とくに貯蔵株（Vorratsaktien，自己株式と同義）がある場合には，優先株の犠牲は大きい。優先株主の犠牲は公用収用の目的とするところではないということになる。結局，移転の問題との関係でいえば利益の獲得があったか否かが基準となるわけであるから，優先株の利益が奪われる反面，企業が利益を得ることになるので，優先株に対する補償が必要になるのである。このような捉え方の背景には，戦後の大企業の自己金融があり，戦後の株式市場がきわめて不安定で大企業にとっては株式発行による企業金融の魅力が低下した結果，株主を無視した形で展開されたという事情をみることができるであろう[47]。

ところで，いままでみてきたことからすれば，優先株を念頭においた私的所有権への公権力による侵害を排除することが意図されているが，このことは153条2項の公用収用と1項2文の所有権規制の関連をどう扱うかの問題になる。ヴォルフの捉え方によると，「『所有権』の限界という表現は所有の自由という古くさい個人主義的理解への思い出以外のなにものでもない」として，内容と限界は両者同じように捉えることができるとする。そして，「限界」を所有権の制限と捉えると所有権保障は幻想に終ってしまうとする。「憲法が考えている限界というのは，法秩序が所有権者の作用・排他的意向を制限することであり（そのような制限的意向が所有権の内容なのである），法秩序がたとえば所有権それ自体を制限しようとするものではない[48]。」したがって，株式の内容を制限することは，公の利益に合致することになる。ヴォルフの場合，権利の移転が公用収用と単なる制限を区別するメルクマール

なのである。トリーペルはこの理解によれば1項2文に公用収用を含めて考えることはできないと批判する。つまり，所有権の剝奪を単に禁止したにすぎないとしか解釈できなくなるとするのである。それゆえ，「限界」は公用収用との関連で考えるべきであり，そうすることによって法規制は恣意的でなくなるとする。(49)

このように，トリーペルは基本的な点ではヴォルフを受け継ぎながらもいくつかの点で異なる見解を示している。そしてアンシュッツの見解もこれに近い。その見解は個別侵害説（Einzeleingriffstheorie）といわれ，(50) それによれば，公用収用は行政行為によっても法律によっても行われるが，ある特定の個人または比較的狭く限定された人の範囲に対し公共の見地から特別の犠牲を負わせる場合に生ずるとする。したがって，ヴォルフのいうような権利の移転はアンシュッツの場合必要なく，また特定の事業のためではなく公共の福祉のために行うのである。そして財産の制限自体も公用収用と解されることになる。この立場がライヒ裁判所の立場になっていったのである。(51)

以上のような公用収用に関する理論には，自由主義的な所有権観がまず存在し，それに対して国家が法律を用いて恣意的に（とトリーペルはいう）侵害してきたという状況がある。それをできるだけ有利に，所有権者の利益になる方向で展開するために，所有権概念の拡大を前提とした公用収用概念の拡大と，153条1項の制限をも公用収用で捉えていこうとする傾向が強調されることになる。したがって底流にあるのは，可能なかぎりでの私的所有権の保障である。

(2) 法律の前の平等と優先株の関係

優先株主の不利になる措置が違憲であるというのは，結局それは不平等を意味するからである。法律の前の平等の問題(52)は，ヴァイマル期の国法学における論争(53)と深いかかわりのある問題であり，深く立ち入ることはできない。ここでは本論文にそくしてトリーペルの態度を明らかにするにとどめる。

トリーペルは法実証主義を批判し，また議会に対しては反議会主義の立場にたつ。そのうえで，ヴァイマル憲法の法律の前の平等は，アメリカやスイ

スの憲法の意味するところと同じく，司法・行政に対してのみ拘束するのではない。法律は主権的行為ではなく，憲法に拘束された国家権力の行為であるとして（制憲者意思を用いることによって），基本権したがって法律の前の平等も立法に対して一定の規準・制約となるとする。したがって，立法は単に憲法の民主的性格に対応する平等理念の定式化のみを内容とするのではない。法は客観的な基準にしたがった，共同生活の秩序であるから，「平等は，ある一定の関係において平等に扱うに値するような事実を平等に取り扱う」とする相対的平等の立場から分別のある法内容が与えられねばならない。そのためには，現実の社会をじっくり観察することによってなにが相対的であるかの基準が与えられ，正当化することができるのである。それゆえここでは不平等を全く認めないのではなく，相違は現実にある差別化に対して「理性的で正しい関係」にたつことが認められればよい[54]。そこには主観的恣意の入りこむ余地は全くないのである。したがって，立法者を拘束するのは一般的理解にしたがった考えであり，それが客観性をもつことによって法律の内容を決定する価値となるのである。そもそも法実証主義[55]の下では，裁判官も行政官も法を適用する場合にはそれを恣意的に構成，解釈することはないのであるから，それを批判する立場としては，恣意的内容を盛りこむことができるのは立法者であると解することによって，平等の名宛人は立法者も当然含まれることになるのである。

それでは，このような平等観は優先株の取り扱いについてどのように捉えるのか。

一般的に，異なる種類の株式に対して異なる取扱いをすることは認められるところである。しかし，GBVの施行規定の定める優先株に対する不利益な取扱い（privilegium ódiosum 嫌われた特権）は客観的な正当化事由がなく，109条の平等違反とされる。つまり，優先株は払込み金が他の株式よりも高額にもかかわらず，転換比率を考慮する際，それを無視する形で額面額の割合のみで算出するとすれば，その異なる取扱いには合理的な理由を見い出すことはできないということである。したがって，債権証券類似の株式

としての性質を有する優先株は他の株式に比べ，法律上も経済上も異なった取扱いをすることが要求される。そうしなければ，「会社自身に優先株の漸次償却を安い条件で可能にするために援助する」ことになり，また，「行政にとってはやっかいな優先株主を会社における一定の立場から追い出す」[56]ことができることになる。そこから法律上の措置における恣意を読みとることは容易であることになる。

4　むすびにかえて

これまでみてきたように，トリーペルは優先株という財産権を素材にしてその保障を意図した。そのためにまず，現実に生起しているインフレに対する様々の措置を前提としたうえで，所有権の拡大とその制度保障の確立，公用収用概念の拡大，平等保護の適用，をもって私的財産権の保護の根拠とした。そしてその観点はさらに，反法実証主義，反議会主義の観点にたちながらも，他方，ヴォルフとは一線を画するであろう制憲者意思――それが妥当であるか否かは別として――を用いた。制憲者意思を上位におくことによって，経済社会の領域の様々な措置を憲法違反と構成したのである。その意味では，規範を尊重することによって，ヴォルフ的なイデオロギー的側面を解消しえたであろう。相対的安定期の到来によって資本主義の復活が芽生え，そのためになにか目新しいものを追求するのではなく，いまあるもの，つまり私的財産権の保護が必要であったのである。

しかし，問題は，トリーペルに限らず，財産権という「自由」と「制度」とを共存させることが，果たして可能なのかどうかが問われなければならないであろう。この点について，制度保障の観点がなぜ必要なのかは言及されていない。このことは，ヴォルフが制度保障の観点を導入した時も，あたかもそれは自明の理であるかのように問題とされてはいない。もちろん，逆に，重要なのは，制度保障がなにを目的とするか，その役割はなにかさえ明らかになればよいのだ，とも言えなくはないが。

本稿は当初意図したところと異なって，ほとんどトリーペル論文の紹介に

終ってしまった感がある。ヴァイマル期の重要な問題がすべてそこに関わっているだけに，ひとつひとつの問題を整理・把握したうえで，もう一度全体的に位置づけする必要があろう。しかし少なくとも，いままでほとんど言及されたことのない（わざわざ取り上げるほど重要な文献ではないのか）本論文の内容を明らかにすることができたことは，制度保障の考え方を捉えるうえでは意義があると考える。

〔註〕

(1) 小林孝輔『近代ドイツ国法思想の史的研究』149頁（同『憲法における法と政治』15頁参照，三省堂，1980)。トリーペルについては，Vgl. U. Scheuner, Triepel, in : Staatslexikon der Görres, 6. Aufl., Bd. 7, 1962, S. 1044f.

(2) Heinrich Triepel, Staatsrecht und Politik, 1926.

(3) Ebenda, S. 19.

(4) Ebenda, S. 17f., Hrsg., H-J. Koch, Seminar : Die juristische Methode im Staatsrecht, 1977, S. 85.

(5) コッホは，法規範の意味論上の内容が事実的・社会的諸関係の理解によってのみ確認されるのは誤りであると批判し，それは立法者がいかなる利益を促進し，又は否認したかについての理解なしに確認されうるとする（Koch, a. a. O., S. 88f.)。

(6) Triepel, Staatsrecht und Politik. S. 36f.

(7) Scheuner, a. a. O., S. 1044.

(8) H. Triepel, Goldbilanzen-Verordnung und Vorzugsaktien, 1924. (zit. Goldbilanzen）なお，本論文は，大東文化大学法学部助教授菟原明氏に貴重なコピーを頂くことができた。心より感謝する次第である。

(9) Triepel, Staatsrecht und Politik, S. 18.

(10) C. シュミット（佐々木高雄訳）「ワイマル憲法における自由権と制度的保障」時岡弘編『人権の憲法判例〔第三集〕』305頁は，Goldbilanzen-Verordnung を「金本位制」と訳出する。当時の通貨問題の解決の背景に金本位制の導入があったのは確かであるが，Goldbilanzen-Verordnung はそれを前提とした対借対照表の作成にかかわる命令ということで，本稿では本文の訳語をあてることにする。

(11) Triepel, Goldbilanzen, S. 25.

(12) Martin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in : Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Karl zum Doktorjubiläum

am 19. April 1923, SS. 3-30.

(13) Ebenda, S. 22.

(14) Ebenda, S. 5.

(15) Ebenda, SS. 20-27.

(16) Ebenda, S. 13.

(17) 金本位制とはしても，当時のドイツには金の保有がなかったので，その価値は土地に利息をつけた土地抵当債権が設定された（エーリッヒ・アイク（救仁郷繁訳）『ワイマル共和国史Ⅱ』67頁以下（ぺりかん社，1984），ゴーロ・マン（上原和夫訳）『近代ドイツ史2』152頁以下（みすず書房，1977），林健太郎『ドイツ史』390頁以下（山川出版社，1977）参照）。

(18) ドイツ工業全国連盟カルテル局長メッツナーは，「経済界の信頼によってのみレンテンマルクは――金計算に支えられて――維持されえたのである」として経済界を賛美している（栗原優「ドイツ工業全国連盟とドーズ案の成立」歴史学研究332号9頁（1968））。

(19) 小湊繁「相対的安定期におけるドイツの大銀行と産業の資本蓄積(一)」社会科学研究22巻1号15頁（1970）。

(20) この点についてアイクは，「国家官僚の上層部が，平常の国会立法において越えがたい障害に直面するものと見られる，官僚好みの細かな各種法律案を実現できる好機到来とばかり，熱心にこの機会を利用した」として，多くの法令の必要性に疑問を発している（アイク・前掲104頁）。

(21) インフレの中で，産業および企業の再編が進められ，とくに株式相場の暴落，マルク為替の低落などで既存企業の合併，系列化がいっそうすすめられた（小湊・前掲15頁以下）。

(22) 累積的・非参加的優先株が債権証券類似の株式であるというのは，証券投資における投機性と安定性を望む投資者に対応するために，会社は社債の債権性に似た性質を有する株式を発行することを意味する。

(23) 加藤栄一『ワイマル体制の経済構造』238頁以下，273頁以下（東大出版会，1973），戸原四郎『ドイツ金融資本の成立過程』314頁以下（東大出版会，1963），クルト・ゴスヴァイラー（川鍋他訳）『大銀行　工業独占　国家』105頁以下（中大出版部，1979）。評価増額の問題については，広渡清吾『法律からの自由と逃避』201頁以下（日本評論社，1986）を参照。

(24) Verhandlungen des 32. Deutschen Juristentags, 1921, S. 16.

(25) Triepel, Goldbilanzen, S. 8ff.

(26) Triepel, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AöR Bd. 39., 1920, S. 537.

(27) Triepel, Goldbilanzen, S. 15. トリーペルの本論文については，莵原明「E・R・フーバーの基本権論(三)」法学論集7号170頁以下（1984）を参照。

(28) Ebenda. S. 25.

(29) Wolff, a. a. O., S. 3.

(30) G. Anschütz, Die Verfassung des deutschen Reichs vom 11. August. 1919, S. 704, 709. アンシュッツはさらに，ヴォルフと同じく政治的な考察も必要であるとする（S. 710)。

(31) このような見解は，さらにはライヒ裁判所の判例でも採られることになった（Vgl. W. Apelt, Geschichte der Weimarer Verfassung, 1964, S. 341.)

(32) Triepel, Goldbilanzen, S. 16. ドイツの公用収用については，棟居快行「公用収用法理の展開と発展可能性—損失補償制度の一考察—(一)～(五)」神戸法学雑誌32巻2，3，4号，33巻1，2号（1982)，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)～(三)」法学論叢92巻1号，93巻2，4号（1972）を参照。

(33) L. Gebhard, Die Verfassung des Deutschen Reichs, 1931, S. 541

(34) Layer, Prinzipien des Enteignungsrecht, 1902, S. 567.

(35) O. Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, Bd. Ⅱ, 1924, S. 1.

(36) Triepel, Goldbilanzen, S. 24.

(37) Ebenda, S. 22.

(38) Ebenda, S. 24.

(39) O. Mayer, a. a. O., S. 2f.

(40) Anschütz, a. a. O., S. 707ff.

(41) Triepel, Goldbilanzen, S. 19ff.

(42) Ebenda, S. 21.

(43) Ebenda, S. 23. ここでいう一般大衆とか，感情，願望は，村の金持の策士とか幻想者とかお調子者の意にそうこと，あるいは政府がその場の欲望に従うようなことと説明される。

(44) Anschütz, a. a. O., S. 713.

(45) Wolff, a. a. O., SS. 24-29.

(46) Triepel, Goldbilanzen, S. 17f.

(47) 加藤栄一，前掲251頁。たとえば，ＡＥＧをはじめとするジーメンス・ハウスケ，ジーメンス・シュッケルトの三大電機コンツェルンは，28年当時で，バランスシートにおいて自己資本が40.2%，社債が19.5%であり，他に比べ社債への依存度が高い。それはとくに外債に頼る部分が高かったからであり，それをみても株式の方が完全に不利であった。

(48) Wolff, a. a. O., S. 7f.

(49) Triepel, Goldbilanzen, S. 25f.

(50) Anschütz, a. a. O., S. 711f. アンシュッツによればその他の考え方として，W・イェリネクの保護価値説（Schutzwürdigkeitstheorie）という考え方も示されている。それによると，ヴォルフやトリーペル，アンシュッツと異なって，損失補償を要する公用収用とそれを要しない所有権制限との区別は，個々の事例における法感情の判断によるとする。「所有権は，法律に対して，立法者による侵害を公用収用と感じないという意味においてある程度の弱さをもつ。歴史的，一般的な法律の観念，用語法，示唆などは保護に値するものをそうでないものから区別することを可能にする。」アンシュッツは，この見解には裁判官の裁量の余地が大きく，また不明瞭であると批判する。

(51) たとえば，RG 116, 268.

(52) 平等原則については，熊田道彦「平等原則における立法者拘束説(1)～(6)」流通経済論集第1巻2号，2巻3号，4巻4号，山梨大学教育学部研究報告23～25号，同「平等原則における立法者非拘束説考(一)」法政理論15巻3号参照。

(53) 第3回ドイツ国法学者大会で，E・カウフマンは法実証主義を批判する立場から，「国家は法（Recht）を創造しない。国家は法律（Gesetz）を創造するにすぎず，国家と法律とは法の下にある。」として，法律の前の平等は法適用上の平等だけではなく，法定立の平等をも意味するとした。これに対し，ケンゼルは法実証主義の立場から，実証主義は滅びることはないし，自然法への転換には政治的意味があるとして批判した（VVDStL, Heft 3, 1927, S. 20, 54.)。以後，これが立法者拘束か立法者非拘束かの対立となっていく。

(54) トリーペルは次の例をあげて現実との関係を説明する。カリフォルニア州の命令は，クリーニング店を営む者に対し，火事になる危険から認可制を採用したが，それは木造の店舗に対してのみであり，石造りの店舗は対象外とされた。これは確かに理にかなった差別のようにもみえるが，実は木造の店舗はほとんどが中国人の経営するところであり，結局認可制は中国人に対する差別を認めることになる。裁判所はそれを無効とした（Triepel, Goldbilanzen, S. 31)。

(55) たとえば，アンシュッツは，プロイセン憲法4条と同じく立法者非拘束の立場にたち，議会に対する信頼から，平等の名宛人は法を適用する機関のみで十分であるとする（Anschütz, a. a. O., S. 107ff.)。

(56) Triepel, Goldbilanzen, S. 32ff.