

## 五十三、違反貯水池（溜池）保全條例案件

對溜池使用權能限制之合憲性

最高法院昭和三十八年六月二十六日大法庭判決

昭和三十六年（あ）二六二三號

翻譯人：寰瀛法律事務所（葉大殷）

### 判 決 要 旨

奈良縣存有超過 13,000 個供灌溉用貯水池（即溜池），徵諸縣內以及其他府縣內貯水池之破損、決堤等災害事例，受害者不僅止於所有權人，對一般住民以及滯留者之生命、財產亦發生重大損害，基於貯水池破損、決堤原因調查之科學根據，奈良縣於昭和二十九年依地方自治法第二條第二項、第十四條第一項、第二項、第五項規定制定奈良縣貯水池保全條例，其趣旨乃為防患因貯水池破損、決堤等引起之災害於未然，規定貯水池管理之必要事項為目的。規範對象之貯水池係指供灌溉用，堰堤高度三公尺以上，或受益農地面積達一町步以上者，禁止任何人從事妨礙貯水池排泄餘水之行為；在貯水池堤防上種植竹木或農作物，或設置建築物及其他工作物之行為（貯水池保全上必要之工作物除外）以及其他為破壞貯水池或決堤原因之行為。同條例第九條復規定：「違反第四條規定者，處三萬元以下罰金」。是本條例係奈良縣基於地方公共團體之自治條例制定權，為維護公共福祉，依地方自治法第二條第二項、第十四條第一項、第二項、第五項（自治條例得設刑罰規定之法律授權）而制定之行政事務條例，其規定之內容相當於地方自治法第二條第三項第一款、第八款之事務。本條例對貯水池有財產上使用權之人而言，其使用殆受全面禁止，於其權利之行使，受顯著之限制。此係社會生活上為防止災害之發生不得不採之必要措施。享有使用貯水池堤防財產上之權利者，為公共福祉，就此當然負有忍受之義務。亦即可能成為貯水池破壞、決堤原因之使用行為，不在憲法或民法所保障適

法行使財產權的範圍。從而縱以自治條例禁止、處罰此種行為，並未抵觸或逾越憲法或法律之規定，同條例第九條所定罰則未違反憲法第三十一條規定。又享有使用貯水池堤防財產權之人應受上開自治條例之限制，為其當然應忍受的責任和義務，已如前述，是解為憲法第二十九條第三項規定之損失補償，於本件尚無適用餘地，應屬妥當。

## 事 實

本件稱為唐古池之貯水池（即溜池）與周圍堤防六反四畝二八步，登記簿上為住在奈良縣磯城郡本町大字唐古之 A、B 兩人名義所有，實際上則為住在同大字農家所共有或共同共有。其貯水是供同大字耕作地灌溉之用，受益農地面積達三十町步以上，由同大字的全體代表管理。周圍堤防由同大字居住者約二十七人從歷代祖先起即持續種植竹子、果樹、茶或其它農作物，被告等亦然。嗣奈良縣於昭和二十九年制訂「貯水池保全條例」，禁止任何人在貯水池堤防上種植竹木或農作物以及設置建築物或其他工作物等行為，違反者則科以三萬元以下之罰金。被告於該條例實施後，仍繼續在堤防上種植農作物，因而經檢察官以觸犯違反該條例第四條第二款之罪提起公訴。第一審法院依公訴意旨判處被告罪刑，被告不服，提起上訴。第二審則以：對私有土地權利之限制，不以法律而以自治條例限制，係違反憲法第二十九條二項及第九十四條規定，且奈良縣以自治條例限制系爭貯水池及堤防之使用而未予補償，與憲法第二十九條第三項規定亦有未符，即無上開條例之適用云云，撤銷第一審判決，改判被告無罪。檢察官不服，提起第三審上訴。

## 關 鍵 詞

溜め池（貯水池） 以條例強制限制或停止權利之行使 財產權之不可侵犯 財產權之內容 以不違反法令為限 在法律範圍內  
貯水池保全條例 えん堤（堰堤） 堤とう（堤塘）（堤防）

## 主 文

原判決撤銷。  
本件發回大阪高等法院。

## 理 由

大阪高等檢察廳檢察長代理副檢察長檢察官田邊光夫之上訴趣旨：

一、首先，依本條例制定之趣旨及成為本案問題之本條例各條項之法意而觀：根據記錄，奈良縣存有超過 13,000 個供灌溉用貯水池，徵諸縣內以及其他府縣內貯水池之破損、決堤等災害事例，其災害不僅止於所有者，對一般住民以及滯留者之生命、財產亦帶來莫大損傷，又基於貯水池破損、決堤原因調查之科學根據，而制定公布本條例。且本條例以「為防患因貯水池破損、決堤等災害於未然，規定貯水池管理之必要事項為目的」（第一條）。本條例所謂貯水池是指「供灌溉用，堰堤高度三米以上，及受益農地面積達一町步以上者」（第二條第一款）。除本條例四條規定，為達成本條例第一條之目的，於本條例第二條之貯水池，任何人不得從事：「妨害貯水池多餘之水流出之溢流之行

為」（第一款），「在貯水池堤防上種植竹木或農作物，及設置建築物、其它工作物之行為（貯水池保全上必要之工作物除外）」（第二款），「為前各款所示以外，為破壞貯水池或決堤原因之行為」外（第三款）。同時，本條例第九條規定：「違反第四條規定者，處三萬元以下罰金」。即本條例第四條係為防止貯水池破損、決堤等災害，維護地方公共秩序，保護住民及滯留者之安全，就貯水池，禁止為造成貯水池破損、決堤原因之同條所定行為。違反者，依本條例第九條之規定予以處罰。本條例得認係奈良縣基於地方公共團體之條例制定權，為維護公共福祉，做為行政事務條例，依地方自治法第二條第二項、第十四條第一項、第二項、第五項而制定。且依本條例第三條，國家以及地方公共團體所管理的貯水池，無本條例第五條或第八條之適用，否則本條例即可廣泛的適用於貯水池。本條例應認屬地方自治法第二條第三項第一款、第二款之事務，依原判決所認定：本件稱為唐古池之貯水池與周圍堤防六反四畝二八步，登記簿上為住在奈良縣磯城郡 a 町大字 b 之 A、B 兩人名

義，實際上為住在同大字農家所共有或共同共有。該貯水池是供同大字耕作地灌溉之用，受益農地面積達三〇町步以上，其管理係由同大字的全體代表為之，周圍堤防由同大字居住者約二七人從祖父時代起即持續種植竹子，果樹，茶或其它農作物，被告等人亦然。因本條例之施行，除了被告外，其他人已停止任意種植。因此，本件貯水池顯然非由國家或地方公共團體本身為管理，以本件為限，本條例為地方自治法第二條第三項第一款之事務，且以防止貯水池破損、決堤等災害為目的，為同法第二條第三項第八款之事務（就本件原判決以本條例為同法第二條第三項第二款之事務，並以之為前提，而謂本條例違憲、違法，前提殊屬錯誤）。又，本條例第四條各款係禁止為同條項所規定之行為，係直接令不作為之規定，同條第二款為就貯水池堤防之使用加以限制，故對貯水池有財產上使用權者而言，其使用幾乎全面被禁止，其結果可謂同條項是對前述財產上之權利加以顯著之限制。

惟，該限制之內容係立法者基於科學的根據，禁止經判斷為

貯水池破損、決堤原因之在貯水池堤坊上種植竹木或農作物及設置建物或其他工作物（保全貯水池上之必要工作物除外）之行為。即設訂此種禁止規定之緣由，誠如本條例第一條所示，其目的是為防止貯水池的破損、決堤造成災害於未然，誠如前述，本條例第四條二款的禁止規定，係不論是否為使用堤防財產上之權利者，對任何人都適用。但對持有使用貯水池堤防財產上之權利者，為本條例第一條所示之目的，其財產權之行使幾乎全面被禁止，此係防止災害於未然，在社會生活上不得不然所致。可謂持有使用貯水池堤防財產上之權利者，任何人為公共福祉，當然負有忍受之義務。即會成為貯水池破壞、決堤原因之使用行為，在憲法、民法並不受合法財產權的行使之保障，而應謂在民法、憲法行使財產權保障範圍之外。從而即便以條例禁止、處罰此種行為，並不能說是抵觸、逾越憲法或法律，又前述條項所規定之事項，無可認為既有規定之法令存在，因此不能認為有違憲或違法。且本條例第九條雖定有罰則，其未違反憲法第三十一條，亦為本院判例之趣旨（昭和

三十一年（あ）第四二八九號，同三十七年五月三十日大法庭判決，刑集十六卷五號五七七頁）。

又，根據情況，因特定或若干地方公共團體之特殊情事，國家以法律為統一規定，有困難或不適當時，由各該地方公共團體制定其條例，屬便利且適當。誠如本件，貯水池之保全問題，可謂正是適於此種情形。

因此，本條例並非違反憲法第二十九條二項，就不得以條例規定事項為規定，與此為不同判斷之原判決，應謂係誤解憲法前述條項。

二、其次，原判決雖認以條例強制限制或停止權利之行使，不僅應該補償權利者之損失，但本件卻無給予補償之跡象，此亦係本條例難以適用於被告等理由之一。惟誠如前述，本條例係為防止災害，維護公共福祉，雖然其第四條第二項就使用貯水池堤防之財產上權利行使，為顯著限制之規定，終究係在防止災害，維護公共福祉上，社會生活中不得已之措施，此種限制應認為持有使用貯水池堤防財產權者，理所當然必須忍受的責任和義務，解

為不需憲法第二十九條第三項之損失補償，應屬妥當。此點原判決之判斷，不僅在前提上錯誤，終究不免有誤解憲法第二十九條第三項之違法。

三、綜上所論，原判決誤解憲法第二十九條第二項、第三項，以之為前提，認為本條例第四條、第九條其效力不及於被告等人，而為被告等人無罪之判決，不免失當，此論點誠屬有理由，原判決應撤銷，本件應發回原審。

本判決，除法官入江俊郎、垂水克己、奧野健一之補充意見，以及法官河村大助、山出作之助，橫田正俊之少數意見外，依法官全體一致之意見而為之。

法官入江俊郎之補充意見如下：

吾人雖與多數意見同調，謹就本條例與憲法第二十九條第二項之關係及本條例制定在憲法上之根據暨本條例與憲法第二十九條第三項之關係，表示補充意見：

一、憲法第二十九條第二項規定，財產權之內容以適合公共福祉，依法律定之。然同條第一項規定，財產權不可侵犯，即宣示所謂財產權不可侵犯之原則。財

產權不可侵犯係近代民主主義國家基本人權保障上，被視為極重要之原則，但凡基本人權之享有，應適合公共福祉，此為憲法第十二條、第十三條所明示，縱謂財產權不可侵犯，其亦非絕對無限制，財產權內容應適合公共福祉，憲法第二十九條第二項確將此理明文化。故此之所謂財產權內容，是指各個財產權具有何種性質，權利者在何種範圍、程度對其財產有支配權等，可謂係各個財產權本身一般內在之內容，同條項即是把如何制定財產權本身內容做為問題。故應解為並非如何去制定財產權本身內容，而是規定人之權利、自由之享有為如何限制。依該規定之法律效果，使財產上權利之行使受到限制，此非憲法第二十九條第二項的問題。例如，因自由放任享有人之權利、自由而發生之事態，與公共福祉不相容時，為公共福祉，而為防止、除去該事態所為之規定，受其適用者因之縱然使財產上權利之行使受到限制，此並非規定財產權本身之內容，應謂係，已規定內容之財產權，其行使、實現其內容方面，受到限制。因此，綜觀本條例第四條第二款，同條項不問是否為

有使用貯水池堤防財產上權利者，對任何人都可適用，因此，持有貯水池堤防使用財產上權利者，雖然其財產權之行使幾乎全面受到禁止，然此為防止災害於未然之社會生活上不得已之需要所致，就如同多數人的意見，持有貯水池使用財產上之權利者，任何人為了公共福祉，當然負有忍受的責任和義務。故，同條項是為防止、除去與公共福祉不相容之事態，在防止災害上，不得不予禁止，造成貯水池破損或決堤原因之同條項所規定的行為，係對任何人均禁止，並使負有不作為義務之規定。因此，有使用堤防之財產上權利者，其權利之行使縱受有限制，亦僅屬前述規定之法律效果。如此，依前述說明就憲法第二十九條第二項之法義，前述條項不得以此解為係同條項所定財產權內容之規定，前述權利限制之程度，縱如本件如此明顯，此理亦不應有不同的結論。據此，將本條例第四條第二款以為該當於憲法第二十九條第二項之原判決以及上訴趣旨，均無法認為妥當。

如此，成為問題者為：似此制定條例以限制人之權利、自由，是否違反憲法。按憲法第九

十四條規定：地方公共團體有管理其財產、處理事務、並有執行行政之權能，在法律之範圍內可制定條例。地方自治法第十四條第一項規定：普通地方公共團體以不違反法令為限，就同法第二條第二項之事務得制訂條例。又同條項之事務雖是指公共事務，委任事務，行政事務，但此之所謂行政事務係指在地方公共團體區域內委任事務以外之行政事務，而不屬於國家事務者。其在事務之性質上，以限制人之權利，自由者較多。因此，普通地方公共團體於執行其行政時，必要時，以不違反法令為限，作為行政事務，得限制人之權利、自由，因此亦得制定貯水池條例，此應謂係基於憲法第九十四條地方公共團體之權能，地方自治法第二條，第十四條第一項、第二項之規定即係承其趣旨而為之規定。因之，就各個貯水池事務不需法律特別委任、授權。當然，所謂以不違反法令為限，並非謂在既存的法令上，就基本人權之限制，尚未為規定為限，地方公共團體即可就基本人權，為任何限制。因為既存法令未為任何特別限制，即係擁有自由享有其基本人權的法律秩序早已成立。但

享有基本人權必須符合公共福祉，為憲法第十二條、第十三條所明示，照此等條項而觀，顯然不能與公共福祉相容之本條例第四條第二款所禁止之行為，難認仍得自由為之之法律秩序早已存在，且應認既已規定前述條項所規定事項之法令亦不存在。並且，雖就如多數意見：本條例第四條第二款所禁止之行為，不論在憲法或民法，均不以為是合法的財產權行使，並受到保護，而是在憲法、民法所保障財產權行使之範圍外。此並為似此財產權之行使，為維護公共福祉所為之限制禁止不違反憲法的根據。惟如憲法有認為其未必以法律定之事項，即能解釋成不需法律或法律委任、授權之根據，吾人實難認同。不過，誠如前述，本條例第四條第二款並非該當憲法第二十九條第二項之情事，而應謂係以憲法第九十四條，地方自治法第二條，第十四條第一項、第二項為根據之行政事務條例，因之，解為不以法律特別授權、委任為必要。

因此，本條例並非違反憲法第二十九條第二項，規定以條例不能規定之事項，且是憲法上合法所制定。與此為不同判斷之原

判決，應謂有誤解憲法前述條款之違法。

二、憲法第二十九條第三項所指之為公共所用，並不僅限於所謂公用徵收和公共使用，應廣泛的解為為社會公共利益，利用私人財產權之情形（包括剝奪，限制，使用之情形）。對此，同條規定需有正當的補償，其想法之根據為：為社會公共利益而犧牲個人財產，社會全體就其個人財產上之犧牲，享受利益，社會全體補償其個人損失，乃符合社會正義。似此，憲法第二十九條於規定私有財產不可侵之同時，在為公益而犧牲私益之情形，給予正當的補償，企圖調整公益與私益，藉此謀求社會正義之實現，此方是所謂真正「正當的補償」。此意味著綜合考察具體的實情，從社會正義之觀點認為合理之範圍程度予補償，未必要補償損失全額。又，其法意為：若有財產權的限制，雖擁有該財產權之任何人互相間均需從其限制，但應解為為維持社會公共秩序、安全，屬理所當然之社會責任和義務時，從來自其它社會正義之要求觀之，無法找出應為正當補償之理由，在有充分、合理

之理由時，立法政策上問題，另當別論，解釋上並包含憲法上無必予補償之趣旨。且本條例第四條第二款的情形，正是該當此情況，對此，憲法第二十九條三項之補償損失解為係非必要，與多數意見其結論相同。

但，吾人所謂補償非必要，就本條例實施後之限制，固屬妥當，然就本條例實施前持續在貯水池堤防上耕作者，從實施後因被禁止耕作，不得不除掉、廢棄從前之竹木、茶樹以及其它農作物，或為栽植而實際準備之樹苗，不得不將它廢棄時，因此產生之損失，解為完全不予補償仍有疑問。抑或本條例第四條第二款的規定雖非不能視為只禁止本條例實施後同條項所定之行為，但同條項如做此解釋，則以前種植的竹木、茶樹及其它農物植栽之狀態持續下去時，依本條例趣旨而觀，即該當於第四條第一款或第三款，仍不能不將之除去、廢棄，雖如多數意見：本條例第四條所禁止之行為，係為公共福祉所不得已，持有財產權者互相間應有忍受之義務。但此須以條例明確制定此種法秩序後，始可發生，未有任何限制規定時，該等行為應屬自由放任。從而，吾



人以為在本條施行前，即已種之竹木、農作物不得不予除去、廢棄者，更具體考量其事情，雖以前法律上放任此等行為，本不待條例規定，即具明顯反社會性，以無相當理由可認為係權利濫用為限，因此而生之損失，吾人以為似仍應根據憲法第二十九條第三項給予適當的補償。

尤其依此而論，有應予補償而不補償之所謂違憲，但不能僅因此認本條例第四條即違憲、無效。在該補償而不補償，並制定限制財產權之規定時，依其規定之內容如何，以其規定本身而被認違憲、無效之情形固有之，但就本條例而言，第四條的規定本身，徵諸其宗旨係適法之規定，縱缺少補償之規定，亦不應認屬違憲、無效。因此，吾人以為：在此情形下，主張必需補償之當事人，應解為直接依憲法第二十九條第三項即可為正當補償之請求。或有謂法律或條例未有損失補償之規定時，即不能請求，但吾人認為：在憲法上有補償必要時，以法律或條例為規定，事屬當然，然若未為規定時，仍應可直接根據憲法第二十九條第三項請求補償。向法院提出訴訟時，法院應就何者為妥當之補償予以

審理、判斷。此種解釋，吾人以為係符合制定保障基本人權之憲法精神所在。

法官垂水克己之補充意見如下：

一、本條例罰則之解釋應解為：本件唐古池所在大和盆地與其周邊地方因缺乏水源，自古以來，貯存雨水和貧乏河川水之貯水池很多。此係用以確保灌溉用水之最後寄望，乃公知之事實。此種水池甚多，為防止破損、決堤造成非特定多數人之受害為目的而制定本條例。

本條例以之為犯罪而禁止之行為係「在貯水池堤防上種植竹木或農作物，及設置建築物以及其它工作物（貯水池保全上必要之工具除外）之行為」（本條例第四條第二款）以及包括同條第一款之「為造成貯水池破損、決堤原因之行為」（同條第三款）。

此之所謂「為造成破損、決堤原因之行為」係指經長期下雨、豪雨、地震，加上其它事件，有造成貯水池破損、決堤之虞之行為（抽象的危險）。似不包含無此之虞的程度、狀態下，在堤防上種植少許農作物（例如二、三株小蕪菁）。又，在無破壞貯水池之虞之情況下，如在堤

防設置貯水池使用上必要之排水壓縮機、水災警戒警報小屋，救生艇小屋等，似亦不包含在內，在貯水池堤防上栽培茶樹已八、九十年，到目前為止無造成貯水池破壞、決堤之跡象，似此情況，以茶樹的栽種為限，縱本條例實施後繼續栽培，吾人以為似尚未構成本條例之犯罪。

二、對地方公共團體之附罰則條例制定權，雖私見與多數意見不同，但結論則相同。憲法揭示：任何人如非依照國會制定之法律，不能科以刑罰之原則（第三十一條）。另一方面，對以行政權制定刑罰法令則為嚴格限制：「內閣執行左列事務」、「為執行本憲法及法律之規定，制定政令，但，政令除該法律有特別委任外，不得規定罰則」（憲法第七十三條第六款）。基此，國家行政組織法第十二條亦規定「各大臣……為執行法律或政令，或基於法律或政令之特別委任，得發佈命令（總理府令或省令）」（第一項）。並規定「前述命令如未有法律之委任，不能有制定罰則、課以義務或限制國民權利之規定」（第四項）。

即因政令是為執行憲法或特

定法律所制定之附屬物，其罰則除該特定法律有特別委任外，以不能制定為原則。命令（總理府令以及省令）亦僅係為執行法律或政令或基於法律及政令之特別委任才能發佈，其若未有法律的委任，不能制定罰則、課以義務、或設限制國民權利之規定。

惟，憲法第九十四條規定：

「地方公共團體，……在法律範圍內，得制定條例」，未如依行政權制定刑罰法令時加以嚴格限制，只要「在法律範圍內」即能制定條例。此之所謂條例，並非謂排除其罰則趣旨之規定（如憲法第七十三條第六款但書），從憲法第九十四條，同法第三十一條正當手續之規定，亦無法獲得該趣旨。蓋條例與政令、命令不同，是經由普選之議會本於公開辯論，依民主方式制定，因此被解為只要「在法律範圍內」即可，應合乎憲法精神。按諸「僅適用於一個地方公共團體之特別法，法律之制定時，未得其地方公共團體住民的投票超過半數之同意，國會不得制定之」（第九十五條），可窺知憲法對地方公共團體全體意見之重視，憲法實期待地方公共團體不是萬事依賴國會，而是基於民主的獨立自治

之精神，以自己之手，為了自己而自治。

惟憲法第九十四條所謂「在法律範圍內」究屬何指？或以為係國會制定之法律（或基此之前述命令）為犯罪行為（例如：輕犯罪法所定之罪）在條例不得為犯罪，不包括如把基於法律之法定刑，以條例變更為較重或輕之刑（此為違憲）。但法律（及前述命令）認為是輕的違法行為，或依其地方之事情，視為放任之行為，以條例為處罰則可謂「在法律範圍內」。

總之，地方自治法第二條第二項、第三項所規定之一般地方公共團體之各項事務，同法第十四條第一項、第二項、第五項雖認許一般地方公共團體有以條例制定罰則規定之權限。但認許該權限之前述地方自治法之規定（尤其是第二條第三項各款只不過是概括例示），對一般地方公共團體條例制定權於依行政權之罰則命令制定權，並未為嚴格的限制。該規定與其謂係條例之委任規定，不如說是訂定廣泛的「法律之範圍」之規定。

### 三、是否違反憲法二十九條？

本條例係訂定憲法第二十九

條第二項所謂財產權之內容：

本條例應依吾人前揭一、所述為解釋，又，本條例縱未就其他應屬奈良縣或第三者占有、使用堤防為規定，憲法所謂財產權之概念，吾人以可認為包含私法上持有貯水池之所有權、使用權者，在貯水池的堤防部份種植竹木或農作物，以及設置工作物，即為使用堤防之觀念。若此，以嚴禁使用貯水池堤防部份為限，本條例削減彼等財產權內容之部份，當無疑義。

本條例是否將堤防做為公共使用：

凡人就某物使用、收益、處分之權能，依其物之性質、狀態如何，而有其差異。對有造成人（權利者本人或他人）或物損害之虞之危險物的所有者、使用權者等，應負有不造成該損害而占有、使用、收益、處分之社會責任，此為符合人類社會道理之法。因此，物之所有者當然應忍受某種程度之不利益，為達成此責任與社會道理，該不利益，可謂自始即存在於危險物的所有權裡。此較之「私有財產在正當的補償下供公共使用」（憲法第二十九條第三項）和「財產權的內容應符合公共福祉，以法律定

之」(同條第二項),為更前面之問題。例如夜間公路上,汽車使用者在車體之後,非開紅色燈不能駕駛汽車之規定,對使用者之使用確實一部份受到禁止,但此為不讓他人之汽車、生命、身體或一般的交通遭受損害,同時,也在防止自己之汽車因受追撞而害及自己之生命身體之危險,整體而言,與危險物駕駛者當然應忍受之財產權限制是相同的。在超過一萬三千個貯水池此種特殊情況下之奈良縣,如果縣議會把貯水池當作危險物,難謂有誤。

因本條例禁止「為造成貯水池破損、決堤原因之虞之某行為」之規定,使貯水池下流區域之住民,免於其身體財產因貯水池破損、決堤蒙受損害之虞。同時,因此使貯水池的所有者,具有對屬自己權利客體之貯水池因破損、決堤進而不能利用池水,彼等所不希望發生之直接、間接損害得以避免之利益。以此考量,「屬於法律之範圍內」之本條例罰則規定,可謂「雖包含限制貯水池堤防使用權趣旨,但為符合為公共福祉而訂定財產權之內容」,又,雖亦可謂「本條例所禁止之行為屬憲法上權利濫用」。但吾人以為:本條例所禁

止貯水池堤防部份之部份使用,是以危險物為標之物之財產權,在道理上當然應受內容限制(不能說結果僅對該所有者本人不利),自始即不符合憲法第二十九條第三項之「供公共利用」應予「補償」之情事。

法官奧野健一之補充意見如下:

限制或剝奪私有財產權,必須有法律根據,為憲法第二十九條解釋上不容置疑。蓋同條第一項規定財產權不可侵犯之同時,在第二項規定為符合公共福祉而限制財產權內容時,必須以法律規定之,且,同條第三項為規定因公共利益而剝奪財產權等限制財產權之最大情形,當然應解為此等事項必須以法律規定為前提。從而應解為:為限制或剝奪財產權,需依法律或基於法律委任之命令。(民法第二百零六條的所有者在「法令的限制內」有自由使用、收益及處分權規定之趣旨,亦應解為在法律或依法律委任之命令之限制內。當然,民法前述條文,一般上,不應解為可以委由法律以外之法令以剝奪或限制所有權)。因此,地方公共團體以條例限制或剝奪財產權時,應解為非基於法律的委任,

不得為之。蓋，條例和法律當然不能等同視之，因憲法第九十四條定有地方公共團體在「法律範圍內」得制定條例之意旨，且誠如前述，憲法第二十九條既已規定限制或剝奪財產權時必須依據法律，應謂該等事項係由法律所占領的法律事項，應無條例得以直接規定之餘地。從而，應解為：非基於法律之委任，不能以條例直接剝奪或限制財產權。

且依地方自治法第二條第二項及第三項第一款之規定：地方公共團體應將「維持地方公共秩序，保護住民以及滯留者之安全、健康及福祉」，以及同第八款「實行防災工作」做為事務處理之。雖依同法第十四條第一項定有就該等事務可以制定相關條例，但不能解為因有前述各項規定，認為：為處理前述事務之必要，即把剝奪、限制一般私有財產權之事都委諸條例。此與依同法第二條第三項第十八款、第十九款等所規定：私有財產權之限制，私有財產權之使用或徵收時，必須依「法律所規定」乙節對照，應易受肯認。

惟，本件奈良縣條例三十八號（昭和二十九年九月二十四日公佈）之所以於「貯水池保全條

例」第四條第二款禁止「在貯水池堤防上種植竹木或農作物以及設置建築物或其它工作物之行為（貯水池保全上必要之工作物除外）」，在同條例第九條之所以予違反前述禁止規定者給予處罰，無非是此等行為為貯水池破損、決堤原因之行為。就第四條第三款規定「除前各款所示之行為外，為造成貯水池破損或決堤原因之行為」，前述二款的行為只是例示趣旨之規定，甚為顯然。（是否因所種植竹子、農作物毛根腐蝕，為貯水池破損、決堤之原因，應該屬立法者的判斷做決定之立法政策事項，非法院應置喙之事項。）且，因貯水池的破損、決堤會給該地方帶來很大的災害，當然亦會嚴重危害公共秩序、住民的安全、福祉。此行為，縱為貯水池堤防之所有者，亦難謂係被允許之合法權利行使，顯然應判定屬於權利濫用。從而，禁止、處罰此種行為，並非為公共福祉而限制原來合法財產權之行使，實為禁止對公眾予巨大危害之權利濫用行為。權利濫用並非憲法所保障，依同法條甚為明白，從而亦不受同法第二十九條之保障。又，依民法第一條，亦不允許濫用財產權。

故，本件造成貯水池破損、決堤原因之行為，在憲法、民法並不以之為適法財產權之行使予以保障，應謂係在憲法、民法保障範圍外。從而為處理地方自治法第二條第二項之事務，縱以條例禁止、處罰該行為，亦不抵觸、逾越憲法或法律，可謂是在法律範圍內之條例。據此，應解為地方公共團體禁止此等行為，縱無特別法律之委任，亦得依條例為之，且禁止此種濫用權利之行為，並非非予補償不可。此外，處罰違反前述禁止規定者之條款，係依地方自治法第十四條第五項所受委任之罰則規定，當不違憲。

據上理由，本件條例第四條第二款以及第九條之規定不能謂為違憲。因此，對本件堤防擁所有權以及其它權利者，據此而使用堤防、在堤防栽種者，認前述條例對之不發生效力，判決被告等無罪之原判決不能免予撤銷。

法官河村大助之少數意見如下：

憲法第二十九條第二項是規定：「財產權之內容應符合公共福祉，以法律定之」。前述規定所謂的訂定財產權內容，含有就

既存之財產權將來予以新的限制之趣旨，實不容置疑，但「法律訂定」之法律，是否僅限於形式意義之法律意旨，即是否也包含命令、規則、條例等意旨仍有問題。但鑑於憲法前述規定，在私有財產制度之下，承受具有極重大意義之財產權不可侵犯原則宣言之第一項規定，雖然為公共福祉，容許前述限制財產權內容，但有必要儘量做嚴格的解釋。因此，前述所謂法律是指國家制定的法律，憲法可解為：就財產權之內容，原則上應依民法或其它國家法律，統一規定。

惟依照情況，其規制具體內容之一切，直接以法律定之，可能有不合實情、不適當之情形，甚為顯然，就此情形之特別事項，解為憲法容許法律就此特定事項之限制得委由命令、規則或條例，應屬妥當。從而就財產權之限制，地方公共團體所制定之條例，只不過於基於法律特定事項之委任時，始能相當於國家制定的法律。（尤其就所有權行使自由之限制，在舊憲法下，民法第二百零六條：「所有權於法令限制內，有自由使用收益及處分其所有物之權利」規定中之法令，有力見解為只限於法律及基

於法律之命令，應合併予以考量。）例如，除去、減輕地方公共團體公害之必要上，不僅在海面，連鄰接海面之私有土地亦為禁止採取砂土，認為地方公共團體以條例限制為妥當時，法律就該特定事項，規定委由條例訂定，即屬此例。

本來，憲法第九十四條承認地方公共團體之條例制定權，但前述規定亦顯示，其只不過在法律之下，法律所承認的範圍內被承認，條例其效力低於法律，當然不得違反法律。從而，憲法容許以法律就私有財產權內容之限制，除非法律有特別授權外，應謂不允許以條例為之。

又，地方自治法第十四條第一項雖規定：一般地方公共團體以不違反法令為限，得制定同法第二條第二項所定行政事務等之事務條例。但誠如前述，憲法特別規定以法律規定為私有財產權內容之限制應解為，並不屬於前述所謂地方公共團體的行政事務，也不包含在其權限中，故應解為除有特別法律授權外，不能以前述規定為根據，解為得以條例為前述限制（又，同法第二條第三項第二款之限制貯水池、堤防等之設置、管理、使用權之規

定，於本件地方公共團體無管理權之私有貯水池，解為無其適用應無疑義。）此點，就同法第二條第三項第十八款以及第十九款規定：為一定目的所為公用限制或公用徵收，特別規定「依法律定之」而觀，更易理解。同項第一款之「維持地方公共秩序，保護住民以及滯留者之安全、健康及福祉」及同項第八款「執行……防災……」之規定，僅係同條第二項之一般地方公共團體應處理事務之各個例示。與執行該事務時，不待特別之法律授權是否能為私有土地之公用限制或公用徵收，毫無關係。此點，對照前述第十八款以及第十九款之各規定，甚為顯然，且依本件施行當時之同法第一百六十條規定：因非常災害有必要時，市町村長得使用或徵用他人的土地、物品，及市町村必須補償全額損失；又建築基準法（昭和二十五年法律二〇一號）第三十九條規定：指定為海嘯、漲潮、出水等顯然危險區域或災害地區，及在前述區域內為防止災害上所必要之建築限制、禁止等，以地方公共團體之條例定之。由此規定而觀，憲法第二十九條在解釋上，為防災等之所有權公用限制或公

用徵收，原則上需直接以法律規定，根據條例等其它法規範之規律，僅在有特別之法律授權時，始容許之。即，以前述地方自治法第二條第二項、第三項第一款、第八款例示規定，無法獲得地方公共團體可以條例限制私有財產權之結論，極為明確。

然本件奈良縣「貯水池保全條例」第四條第二款禁止「在貯水池堤防上種植竹木或農作物或設置建築物其它的工作物之行為（貯水池保全上必需之工作物除外）」，在第九條規定「違反第四條規定者，處三萬元以下罰金」。前述規定雖是全面禁止行使堤防所有權的規定，實質上等同課以剝奪所有權之限制（原判決傍論以為：為本件之目的、限制，縣府有必要根據土地收用法，事先就本件土地取得管理權限，值得考慮。）且，前述禁止規定係不問貯水池屬何人所有一律適用，前述條例第三條裡雖規定，國家或地方公共團體管理之貯水池，僅特別規定第五條到八條之規定，不予適用，顯然的對第四條未設任何的除外規定。惟前述條例之用意雖在第一條明定：為了防止貯水池的破損、決堤等災害於未然，但縱是為防止

災害之需求，禁止所有權行使之合理性僅限以法律限制，誠如前述，以非基於法律委任之條例，仍不被認許。若此，本條例第四條第二款及第九款於本件縣府不具管理或使用權之私有堤防地（根據第一、二審判決認定、確定之事實，本件堤防地應視為居住在大字之農家所共有或共同共有物，被告等使用堤防地是依前述土地所有權而行使。），解為可適用，應認係違反憲法第二十九條第二項及第三十一條而為無效，就被告等之行為適用前述條例規定予處斷，應不被允許，結果，原判決之判斷為正當，本件上訴應予駁回。

法官山田作之助之少數意見如下：

本件成為問題之關於貯水池之奈良縣條例係抵觸規定保障財產權之憲法第二十九條，吾人贊成視為違憲之原判決，其理由如下：

一、現行憲法就私有財產制度之規定與明治憲法不同，高度的保障其不可侵性。首先憲法第二十九條第一項宣言：「財產權不得侵犯」，和授予法院違憲立法審查權之同法第八十一條之規定相



輔相成，保障縱有國家權利（包含立法權）亦不能侵犯財產權。本來憲法第二十九條第二項規定：「財產權之內容應符合公共福祉，以法律定之」，從而，勿論在制定新的財產權內容，或在變更或限制既有認定財產權內容時，應以法律為之，且必須符合公共福祉，此應謂係憲法明文之要求。然而，在和同條第一項之關係上，不論有任何公共要求，或不論縱依法律，侵害財產權其本質內容（例如剝奪權利、或全面的否定其效力，從承認私有財產制本身及前述第二十九條第一項之明文，及由憲法整體所示其規定精神而言，應解為不被允許。

二、似此，縱以法律制定亦不得侵害私有財產其本質上之內容。因此，為公共利益，於需強制有限度的限制財產權之內容、或其作用或某程度侵害其本質，但有剝奪財產權本身使用之必要時，憲法規定需以法律並予相當補償為條件，且需從其法律之規定。同條第三項規定「私有財產在正當的補償下」得供公共使用，顯係表明此一趣旨。若此，就該當財產權一律加以限制或訂定其內

容之時，誠如前述，要依法律方可為之，只對特定人或比較特定少數範圍之人，有限制其所有財產權本質上的內容，如有喪失其效用、加以負擔或限制必要之情形，基於本條項只有在法律之下，且予以相當的補償為條件，始可為之。應謂憲法上是不允許一個地方公共團體僅以其制定之條例即就私有財產權為限制，或限制特定少數人所擁有之私有財產之效用。（而且是在本質上全面禁止使用的程度）。

三、回顧本案，依一審及原審所認定，本件貯水池位於奈良縣磯城郡a町大字b，通稱為唐古池，僅該堤防用地即有六反四畝二八步，水池受益面積廣及三〇餘町步的大水池（其挖掘的起源雖不詳，在記錄上可知是在五百年前就存在的水池），屬於前述居住在大字b的農家共有或共同共有，前述周圍堤防地六反四畝二八步是前述唐古居住者二七人，自祖父時代起即持續栽種竹子、果樹（桃子、柿子）茶樹及其它農作物。本件被告等之前述栽種面積，可認定被告C是其中一反一畝二步，同D是其中七畝二二步，同E是其中二五步。（又依記

錄，該堤防上的耕作慣例，早已為部落民所認許，其耕作權在部落間買賣、讓渡亦被允許，各耕作權者依照其使用面積大小，貢獻不同額度予部落，而繳予其代表之總代，因此被告F其年貢為五、六百元，就該耕作地，昭和二十九年度，靠柿子、茶等等，可知年收額有五、六萬元。

四、然，本條例（奈良縣條例三十八號，昭和二十九年九月二十四日公佈貯水池保全條例）於其第四條規定「不得在貯水池堤防上為種植竹木或農作物或設置建築物及其它工作物之行為（貯水池保全上必要之工作物除外）」，第九條規定「違反第四條規定者，處三萬元以下罰金」。因此，如該規定適用於被告等即成為剝奪本件條例制定前，自祖父時代即有本件堤防地之前述耕作權（應可謂為一種永佃權），且不得不除去、廢止從祖父時代做為茶園、果園所種植的茶樹、柿子樹等。此可謂在刑事制裁強制下，接受無補償的沒收。其不被允許已於前面各項做說明，其理自明，原審認定本條例有抵觸憲法第二十九條之違憲，在結論上可謂妥當。

五、又，地方公共團體所制定之條例，並非在法律之外，可和法律並存之法規，其只不過是在法律下、法律範圍內允許其存在。此依憲法第九十四條規定「地方公共團體……在法律的範圍內得制定條例。」觀之，甚為明確。又如前述，訂定私有財產權之內容時（新的設定外，包含對於既存者限制其內容或作用，已如前述），依憲法第二十九條第二項明文，既然規定應基於法律，則私有財產的設定、限制，係條例得規律範圍外之事。惟，本條例並非以直接規定新的財產權內容為目的而立法，只因其規定之內容，變成全面否定前述被告等從祖父時代即有之本件耕作權。實質上等於剝奪特定人之私有財產權，正是侵犯僅保留為法律規律之事項。本件條例既無特定法律之授權存在，其為違憲無效，該觀點亦甚為明確。

六、又就多數意見，擬加一言：

1. 多數意見亦認為「本條例第四條第二款係就貯水池堤防之使用加以限制，對有使用貯水池堤防財產上之權利者，其使用幾乎為全面禁止，結果不得不謂係對前述財產上權利加以明顯限

制」。另外，似本件之私有財產權（且是一部份少數特定人所有之本件類似永佃權之耕作權），其全面的限制禁止使用時，卻以無需根據法律，得以條例為之之理由，係為事前防患貯水池決堤、破壞產生之災害於未然，社會生活上不得已之必要規定，有使用貯水池堤防財產上之權利者，為公共福祉當然負有必須忍受之責任和義務，此種權利行使是已被認係在憲法保障的財產權行使範圍之外，是不值得保護，可推知係以權利內在性本質論以尋求其根據。

然憲法之所以特別在第二十九條第二項規定「財產權之內容應符合公共福祉，以法律定之」，是因表明財產權如同所有的權利，隨著社會作用的變遷或基於公共福祉的需求，應得對其內容、作用加以限制，同時，依前述變遷、需求訂定財產權的內容、行使作用。作為憲法明文規定要求其限制必須以法律定之，應謂具有其意義。若此，權利有應全體社會之需求，或為公共福祉而致變化其內容，或受限制之本質的內在性，以之為理由，解為在某種情況，非依法律規定，得以地方公共團體所制訂之條例

為財產權限制，此論理之飛躍，難以首肯，且應謂係違反憲法第二十九條第二項之明文。

2.又，如本件依多年慣行所設定類似永佃權之耕作權的土地所有權，對土地所有者而言，已成沒有任何權能之空的所有權，此點，為土地所有者之多數部落民和其中數位擁有耕作權的被告等，異其利害，不能因其他土地共有者之部落民一致支持本件條例，即認被告等有濫用權利。

3.又從事實問題來思考，在所謂的貯水池中，在平原地區屢屢可見，係在平坦土地挖掘一部份而成。似此貯水池，其所謂堤防，很多是與堤防連著之田地幾乎等高，故不能認為堤防本身有潰決般之危險。在本件，依原審認定之事實，被稱為堤防用地部份面積有六反四畝二八步，從祖父時代即種植茶樹、柿子樹等迄現在。只因其地目為堤防，即認定有潰決之虞，以之為前提之議論，實難認許。（又依記錄所付現況照片，本件唐古池是在平坦土地上挖掘的水池，其堤防和連接農田之間，幾乎看不到土地的高低之差，所謂堤防的部份，不僅被認為是在水邊耕作之美觀茶園等耕地，且依記錄可知唐古池

的堤防到目前沒有發生過潰決的事跡。)然把貯水池堤防上的耕作權，當作是濫用權利或者在公共福祉上不值得保護的權利，把被告從祖父時代傳下來，祖父時代即支付年貢，平穩公然持續耕作之類似永佃權之本件耕作權，當作如同不值得保護之不合法的耕作權做處理，就此，不根據法律僅依條例，且以為在沒有補償的情況下得予禁止耕作，當然不應被認許。

據上理由，原判決認本條例違憲，洵屬正當，以非違憲為理由之本件上訴，應予以駁回，亦屬妥當。

關於上訴意旨第一點，法官橫田正俊之少數意見如下：

1. 憲法第二十九條第二項規定：財產權之內容應符合公共福祉，以法律定之。前述所謂以法律定之，應解為：財產權內容應基於多數國民的意思，儘可能對全體國民為一致且平等而制訂。因此制定其內容之法的規範，就其制定手續最符合前述宗旨，效力最普遍，且強而有力的法律，即規定僅國會制定法才能制定斯旨。

本來就規定財產權之內容，

為配合地方之實際情事，像目前在法律可見到依照慣例之規定（例如關於入會權之民法第二百六十三條、第二百九十四條，有關所有權限制之民法第二百十七條、第二百十九條第二項、第二百二十八條、第二百三十六條等），法律本身未直接為規定，而委由其他的法規範決定，特別是將財產權內容為限制之規定，被認為是適當時。在此情況，憲法第二十九條第二項解為並無禁止基於法律特別的委任之其它法規範為規定。如以民法某些規定來看此種關係，民法就財產權中之物權，於第一百七十五條裡明確的規定：物權除本法以及其它法律所規定外不得創設，同時，為物權大宗之所有權，於第二百零六條規定：所有權者在法令限制內有自由使用、收益以及處分其所有物之權利。但前述所謂「法令」，被解為是指依照法律以及其特別委任所制定其它法規範，又第九十一條規定：法律行為之當事者為異於法令中無關公共秩序法令規定（所謂的任意規定）之意思表示時，從其意思，由此可知，依法律行為產生之財產權，尤其是債權的內容，在第一個意義上是當事人之意見（與

習慣有關），在第二個意義上是依任意規定所決定之反面，其內容違反公共秩序法令中之公秩序規定（所謂的強行規定）時，其效力顯然應被否定。前述所謂「法令」亦被解為係法律及基於其特別委任所制定其它法規範之意思。如上，為了符合公共福祉，不論在積極的訂定財產權內容，或就其在基於各種政策上的考量訂定為限制此等規定，全部應依法律自體或者基於法律之特別委任所制定之其它法規範，此為憲法第二十九條第二項之法意。

2.就與條例之關係而觀，憲法第九十四條明訂：地方公共團體除管理其財產，處理事務外，有執行行政之權限，且在法律範圍內得制定條例。又，地方自治法第二條第三項亦明定：地方公共團體要維持地方公共秩序，保護住民以及滯留者的安全、健康及福祉，並處理其它同項各款所揭示的事務，同時，在同法第十四條規定：以不違反法令為限，得制定有關前述事務之條例（除法令有特別規定者外，條例中對於違反者，得設罰則）。據此規定，在新憲法下，因尊重地方自治之原則，而確立地方公共團體

之自治立法權，此誠如檢察官所論。但依前述諸規定本身，顯然的，地方公共團體條例之制定，只限於法律容許之範圍，且不得違反法令，憲法第二十九條第二項及與此相關連法律各種規定之趣旨，既為如前述解釋，強調自治立法權之餘，誠如檢察官所論述，如國家係用法律始能規制財產權，當然不能謂地方公共團體得以條例規定為其限制，亦不能以地方自治法之諸規定或前揭民法第二百零六條等之「法令」為根據，認為限制財產權內容之條例係法律一般認許或委任，總之，為決定財產權內容或限制其內容所為之規制，是專保留予國家之事務，僅法律始能為之，條例除基於法律明確之委任外，不能為之。

3.惟反顧思之，財產權之內容及其行使，基於如同前述政策上之考量，除依法律規定受到限制外，亦不能忘記需服從權利本身之內在限制。即憲法上，憲法給予國民保障的自由以及權利，國民不得濫用之。國民負有為公共福祉而利用之之責任（第十二條），國民之權利，在立法及其他國政上必需予最大之尊重，亦以不違反公共福祉為限（第十三

條)，且民法上亦以私權應尊重公共福祉，權利行使應依信義、誠實為之，權利不得濫用等（第一條）。因此，財產權除服從基於政策考慮諸法律規定之限制外，亦應服從權利其內在如前述之限制。從而，在前述限制之範圍內，以法律得對形式上被承認為財產權內容及其行使之行為為各種限制，當然可為之；同樣之限制，為維持地方公共秩序，保護住民等安全、健康及福祉，亦得以條例為之。此條例以不逾越上述範圍為限，僅在法律之範圍內，則並非違反法令，但逾越前述範圍時，不僅違反法令，同時也不免於違反憲法第二十九條第二項及第九十四條。所論引用之各種條例，基此觀點，應判斷其為合憲。

4. 據以上之觀點，關於貯水池之本條例，如原審判決，考量是否違背憲法而言，本條例係以防止貯水池破損、潰決而造成之災害於未然，規定管理貯水池之事項為目的（第一條），並規定不問任何人均禁止為第四條所揭示之行為，違反者則處以三萬元以下罰金（第九條），應解為係依地方自治法第二條第三項第一款、第八款（執行防災）及第十

四條所制定，為本條例對象之貯水池，係供灌溉用之貯水池，緣堤高三米以上、受益農地面積一町步以上，原則上，包含所有在個人、國家、地方公共團體管理下者（第二條、第三條），第四條揭示之禁止行為中，第一款之「貯水池多餘水、溢流障礙之行為」及第三款「除前示各款所揭示者外，為貯水池破損、潰堤原因之行為」等，其縱作為所有權及其他財產權是得以行使，但反顧財產權內在如前述之限制，即不得認係正當行使權利，以條例禁止該行為，對違反者加以如上述之制裁，僅係在法律之範圍內，並未違反法令，不得謂為違反前述憲法之法意。然而，鑑於同條例第四條第二款所揭示之禁止，即「在貯水池堤防上種植農作物或竹木、為設置建物或其他工作物（貯水池保全之必要工作物之行為除外）」之禁止，為其對象之堤防包含私人管理之全部及該行為為行使財產權之全部情形在內，不問堤防面積之廣窄，且其禁止之內容等於剝奪對土地之使用、收益之大部分權能，及並無構成堤防之土地應解為不應為原來目的之使用之根據，因此，難解為僅係財產權內在限制

之範圍。

本來，前述第二款之規定，在與前述第一款以及第三款規定對照上，同款揭示之行為中，雖非無解為只以可能造成堤防破損、潰決之原因行為為對象之餘地，但如此，則此行為之禁止只要依前述第三款之規定為已足，第二款之規定根本無必要。第二款規定存在之理由應解為：一、從政策上的考量同款所示之行為，不問其內容為何，被視為會造成貯水池破損、潰決之原因行為（不允許反證），在形式上統一禁止。此種限制，只要對照剛才所說明，顯然如非法律委任，條例不能為之。縱然能察諒條例制定者的用意，係基於防災目的之意圖，又或應該儘量尊重條例制定者對於實際情況的認識，但前記第二款規定之限制，客觀的加以觀察，可以謂稍失慎重，其內容上則顯然過當。若為完成防災的目的，因前述三款的規定過於抽象，縱認竹木、種植農作物或設置工作物，有設特別規定之

必要，隨此規定而訂定取締之具體標準，或者，例如併行採用申報制度，申報之行為如認為會造成貯水池破損、潰決之原因時，知事可禁止該行為，同時，對於知事之處分不服，應採開放不服申訴之途等立法措施，對於國民之小本經營，不應予妨害，而應給予細心的關照。總之，對未有如所示特別用心考慮之前二款規定，只要貯水池堤防的土地是財產權之對象，即不得不判定係違反憲法第二十九條第二項以及第九十四條之規定而無效。

本件堤防（其面積達六反四畝二八步）不屬於國家或地方公共團體所管理，全然為私有財產權之標的，為原審所確定，因此就本件前述條例第四條第二款、第九條之各規定為違反憲法無效，認定被告等之行為不構成犯罪之原判決洵為正當，檢察官之論點無法採用。

據此，本件上訴，其它論點，勿庸判斷，顯為無理由，應予駁回。