

憲法上の財産権保障の意義について

2006年4月入学

清水潤

I. 問の設定と議論の方向

- 1 問の設定
- 2 先行研究の三つのモデルとその問題
一般的自由権を制約する統治利益として
- 3 の財産権

II. 昇格モデル

- 1 議論の方向
- 2 判決
(1) 森林法違憲判決
(2) *Munn v. Illinois*
- 3 私法上の法制度保障
(1) 公法上の制度体保障
(2) 私法上の法制度保障
(3) 日本国憲法 29 条は私法上の法制度保障を採用しているか
- 4 ベースラインとしての民法上の所有権
(1) 国家の制度設営義務とベースライン
(2) 制度設営義務は認められるか
(3) 民法自体のベースラインとしての中立性の問題
(4) ベースライン設定の根拠の問題
- 5 小括

III. 自然権モデル

- 1 議論の方向
- 2 判決
(1) 森林法違憲判決
(2) *Ogden v. Saunders*
- 3 森村進の財産権論
- 4 自然権モデルの批判的検討
- 5 小括
- 6 昇格モデルと自然権モデル

IV. 内容形成モデル

- 1 議論の方向
- 2 小山剛の内容形成モデル
- 3 中島茂樹の内容形成モデル
- 4 内容形成モデルの批判的検討
(1) 客観法的保障という構成に伴う問題
(2) 立法への委託を含むという構成に伴う問題
- 5 小括
- 6 三つのモデルの何が問題なのか

V. 一般的自由権を制約する統治利益としての財産権

- 1 議論の方向
- 2 無限定の一般的自由権説の擁護
 - (1) 憲法上の自由権と人権の峻別
 - (2) 自由権と統治利益の峻別
- 3 自由権制約の思考構造 (1)
- 4 自由権制約の思考構造 (2)
- 5 再び、森林法違憲判決
- 6 財産権立法の統制密度
- 7 憲法 29 条はいかに解釈されるべきか
- 8 小括
- 9 本稿の議論の要約

I. 問の設定と議論の方向

1 問の設定¹⁾

本稿では、憲法上財産権が保障されるとはどのようなことか、という問を扱う。よりドグマティックに言えば、日本国憲法 29 条の解釈論を扱う。この問は、従来、私有財産制度の核心部分の制度的保障と、個々人が現に有する既得の財産権の保障の双方として説明されてきたし、そのようなパラダイムに格段の疑問は呈されてこなかった²⁾。しかし、森林法違憲判決³⁾を機として、憲法が財産権を保障することの意味は今日根本から問い直しを迫られている。

というのも、森林法違憲判決は、従来の通説では全く説明がつかない事案なのである。共有林分割請求に制限を加えた森林法の規定は、確かに民法上の共有物分割請求権を制限し

1) 本稿で扱う問は、教科書ではあまり言及がない。しかし、既に安念潤司「憲法が財産権を保護することの意味」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』(日本評論社、1995) 127 頁や、小山剛『基本権の内容形成』(尚学社、2004) などで検討がなされており、本節の問題設定もそれらを参考にしている。なお、高橋正俊もいち早くこの問に気づいていたと考えられるが、それについては後掲注 2) 参照。

もっとも、ドイツでは既にこの問は教科書レベルのものとなっているようである。ボード・ピエロート＝ベルンハルト・シュリンク(永田秀樹ほか訳)『現代ドイツ基本権』(法律文化社、2001) は、ボン基本法 14 条「1 項は財産権を保障しているが、同時に、財産権の内容規定を立法者に委ねている。しかし、そもそも立法者によってはじめて内容が規定されるのなら、14 条はどうやって立法者から財産権を保護すればよいのだろうか」(同 324 頁)との問に対し、「財産権は単純法律全体によって定義される。したがって、財産権者の意向に対する私法上の制限はもちろん、公法上の制限も、外在的な後からの制限ではなく、最初から財産権の定義の構成部分なのである」(同 326 頁)「内容・制限規定が財産権的自由を縮減する場合、たとえそれによって将来のために財産権を定義する場合であっても、過去において根拠づけられた財産権にとっては、介入を意味することになる(中略)。それゆえ、内容・制限規定はその時間的な効力に従ってのみ区別することができる」(同 331 頁)としている。このようなドイツの通説からすれば、少なくとも原告との関係においては、森林法が違憲となる余地はないし、森林法の分割請求権制限規定が、「憲法上、財産権の制限に該当」することはありえない。

2) 憲法上の財産権保障は私有財産制度の保障と既得権の保障を含むとする通説の紹介として、高橋正俊「財産権保障の意味」高橋和之＝大石眞編『憲法の争点(第3版)』(有斐閣、1999) 132 頁。

もっとも高橋は、森林法判決が出る前に、「財産権不可侵の意義(1)(2)」香川法学 4 巻 3 号 558 頁(1985)、5 巻 4 号 507 頁(1986)によって、通説に異議を申し立てている。高橋は、通説が財産権を自由権と同様の保障構造に服するものと解していることを批判する。財産権は法律に依存する以上、憲法レベルで財産権の内容は定まらず、憲法上の財産権保障は立法者を拘束するものではない、と言うのである。実は、両論文において、「通説」とされた説は異なったものを指している。86 年論文において高橋が「通説」として批判の対象とした見解は、「自由な財産権」が憲法で保障されているとする、判例・学界に無自覚的に自明のものとして共有されてきた説を指しているようである。一方 99 年論文で通説として紹介された説は私有財産制度保障と既得権保障というおなじみの通説を指すと考えられる。本文で言及するように、通説には二つのパターンがあったわけである。

この 86 年論文の見解は、安念や小山によって提起された問題を先取りしていたと評価できる。それにもかかわらず学界が高橋の問題提起を真剣に受け止めなかったのは、森林法判決が出る前だったため、制度保障と既得権保障というおなじみの通説の思考枠組みが不十分であることを「思い知らされる」ことがなかったため、あるいは「自由な財産権」の保障という、無自覚的に共有されてきた「通説」の自明性を疑わなかったためと推測される。

3) 最大判昭和 62 年 4 月 22 日民集 41 巻 3 号 408 頁。

ている。しかし、それは私有財産制度の核心部分を侵害するとは言いがたい。また、原告が共有森林を取得した時点から共有森林分割請求権を制限する森林法の規定は存在していたから、個々人の既得の財産権に制約が課されたとも言えない。それにもかかわらず、なぜ森林法の当該規定は、憲法上の財産権の侵害として考えられたのであろうか。それは、民法上の所有権(民法 206 条)を典型とする、「自由な財産権」が憲法上保障された財産権であり、その「自由な財産権」を法律によって侵害するのは違憲である、という理解が、判例・通説によって無自覚的に、自明のものとして共有されてきたからのようである⁴⁾。いわば、私有財産制度保障と既得権保障という、自覚的な通説のほか、「自由な財産権保障」という、無自覚的なもう一つの「通説」が存在していたのである。

しかし、「自由な財産権」が憲法上の財産権として保障されている、という見解は正しいであろうか。財産権は民法や商法などの法律によってその形を与えられている以上、法律に先行して、「自由な財産権」が憲法上保障され、それに法律が制約を加えるという、自由権と同様の構造は、財産権については成立しないのではないか。安念潤司は言う。

問題は、そもそも自由な財産権とはいかなるものなのかが明らかではない、というところにある。自由に使用・収益・処分できることが財産権の「原形」であるとはいっても、その当の財産権がいかなる内容をもつものであるかは、法律によって具体的な形態を与えられてはじめて決まることである⁵⁾

財産権が法律によって形成されるものである

ならば、法律から独立した憲法上の財産権概念を導くことはできないのではないか。また、財産権が法律によって形成されているならば、財産権の内容を形成する立法と財産権の制限をする立法とは区別がつかないのではないか。法律から独立した「自由な財産権」がまず憲法上保障され、それに法律が制限を加えるのではなく、法律が財産権の内容と限界をはじめて作り出すのではないか。そのような理解からは、森林法判決は「その出発点において誤っている⁶⁾」ことにならないか。

このように、立法内容を統制する規準としての「自由な財産権」が憲法上保障されているという無自覚的に共有されてきた「通説」は、その理論的正当性に疑問がある。森林法判決の結論が基礎づけうるものかを知るには、より詳細な検討が必要とされるのである。現在の憲法学においては、立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念を肯定するにしても、憲法上の財産権概念を「自由な財産権」と素朴に定義するに留まらず、憲法上の財産権概念を正当化する様々な理論が提唱されている。また、財産権が法律に依存することを理由に、立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念を否定しながらも、なお憲法上の財産権保障規定によって財産権の内容形成立法を統制しようとする理論もあり、憲法上の財産権保障の意義について様々な議論が展開されている。

本稿もこのような議論に加わろうとするものである。果たして森林法判決は基礎づけられうるのか、また、立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念はありうるのか。憲法上の財産権概念がありえないとしたら、財産権立法は憲法上どのようにして統制されるのか。これが本稿で問われるべき問である。

なお、本稿では、憲法上の財産権保障規定が、

4) 高橋・前掲注 2) 5 巻 4 号 14-15 頁、安念・前掲注 1) 147 頁。

5) 安念・前掲注 1) 147 頁。

6) 安念・前掲注 1) 151 頁。安念の森林法判決批判の趣旨は、「自由な財産権」が憲法上保障されているとは考えにくいという点にもあるが、仮にそのような「通説」を受け入れたとしても、「自由な財産権」と、森林法判決が保障の内実として読み取った単独所有の間には、論理的な関係がないという点にもある。また、単独所有という概念の不明確性、単独所有が保障される理由の不十分さも批判の理由としてあげている。

(私有財産制度の核心を侵害する立法以外の) 将来へ向けた財産権の内容形成立法を統制するか、という問のみを専ら扱う。憲法上の財産権保障が個々人の既得の財産権保障を含むか、私有財産制度の核心部分保障を含むかの問題は、さしあたってペンディングにして議論を進めることとする⁷⁾。

2 先行研究の三つのモデルとその問題

立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念がありうるとしたら、それはどのような論理に立脚したものなのか。その問に対し、憲法学は大きく分けて二つの答えを用意している。一つは、財産権は法律によって与えられるものであるが、法律上の財産権の特定の内容が、憲法に取り込まれ、憲法上の保障にまで高められるとする理解である。これによれば、憲法上取り込まれた法律上の財産権の特定の内容（主として民法のそれであろう）をさらに法律（主として特別法であろう）によって制限するとき、違憲となりうる。もう一つは、自然権としての財産権が憲法上保障されているとする理解である。これによれば、自然権としての財産権を法律が侵害するとき、違憲となりうる。

第一のモデルを昇格モデル、第二のモデルを自然権モデルと名づけることにする。昇格モデルによれば、特定の法律レベルの権利が憲法上の権利にまで昇格することにより、その昇格された権利をさらに別の法律によって制約するとき、それを憲法上保障された財産権の制約として観念できる。一方、自然権モデルによれば、自然権としての財産権が憲法上保障されており、それを否定する内容の法律を憲法上保障された財産権の制約として観念できる。かくして、財産権が法律によって形を与えられるにもかかわらず、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念はありうるのかというパラドクスは解

決される。しかし、この二つのモデルにはそれぞれ次のような問題がある。

その問題とは何か。まず、昇格モデルであるが、なぜ法律レベルの権利が憲法上の権利としての保障を受けるのか明らかでない。憲法上の権利は法律に対抗し、法律の内容を制約するものである以上、憲法上の権利を法律から導出するのは論理が転倒しているとの批判を受けることになる。次に、自然権モデルにはいかなる問題があるのか。実際問題として財産権は多種多様な実定法によって成立しており、それを離れて自然権としての財産権の内容を特定することができるのかという問題がある。

結論を先取りすれば、昇格モデル、自然権モデルはともに成功しているとはいいがたいと本稿は考える。換言すれば、立法内容を統制する規準となる憲法上の財産権概念は存在しないとの結論をとる。しかし、憲法上の財産権概念が存在しなくとも、憲法上の財産権保障条項による財産権立法の統制は不可能ではない。それが三つめの従来説である内容形成モデルである。内容形成モデルによれば、憲法上の財産権概念は存在しないが、法律による財産権の内容形成が適切かどうかを端的に問えば足りる。憲法上の財産権保障は、法律が適切に財産権の内容を形成することを保障しているというのである。しかし内容形成モデルは、憲法上の権利規定が、制限規範として統治の過剰を統制するのみならず、積極的な立法への委託を含んでいるという憲法観に問題を残す。

3 一般的自由権を制約する統治利益としての財産権

本稿は将来へ向けた財産権の内容形成立法を統制する規準となる憲法上の財産権概念の存在を否定する。つまり、昇格モデルと自然権モデルをともに退ける。さらに、内容形成モデルも適切ではないと考える。その際に行き着く結論

7) 憲法上の財産権保障がこれらの内容を含むかはコントロールバーチャルであり、特に私有財産制度の核心部分の保障という説は批判も多い。

は、29条1項は将来へ向かった財産権の内容形成立法を統制しないというものである。

それでは、財産権の内容形成立法は、なんら憲法的統制を受けないのであろうか。そうではあるまい。本稿は、財産権立法を、29条ではなく13条で統制するという考え方を採用する。憲法13条によって、私人はあらゆる自由を憲法上の自由権として国家に対抗できるとする、無限定の一般的自由権説を本稿は採用する。これによれば、国家の強制力の発動は常に無限定の一般的自由権の制約となりうるが、国家はそのような無限定の一般的自由権を制約することで、治安をはじめとする統治利益を追求することを許されている。財産権立法もまた、法律という強制力による、統治利益の追求であり、同時に無限定の一般的自由権の制約となりうる。このように解すれば、財産権立法は、通常的自由権制約立法と同様の規律に憲法上服することとなる。本稿は、法律が自由の制約となる契機を常に孕み、それゆえに自由の制約として正当化可能かが審査されるべきと考えるのである。Vでは、政治哲学の議論を参考にしながら、異論も多いと考えられる無限定の一般的自由権説を擁護した上で、無限定の一般的自由権がどのように財産権立法を統制するのか、その法的思考構造を詰めていく議論を展開する。

II. 昇格モデル

1 議論の方向

IIではIで昇格モデルと名づけた財産権保障の理論を検討する。この議論によれば、財産権は法律によってはじめて形を与えられる。つまり財産権は後国家的な権利である。しかし、法律上の財産権のうち特定のもの憲法上の保障を受ける権利にまで昇格することで、その昇格した権利を侵害する法律は憲法上の財産権の制約として観念される。このモデルにおいて、どのような権利がどのような論理で憲法上の権利となるのか、それを明らかにした上で批判的に検討することが本章の課題である。

昇格モデルを採ったと思われる判決を見た後、それに基礎を与える理論として、私法上の法制度保障と呼ばれる議論と、ベースライン論と呼ばれる議論を検討する。

2 判決

昇格モデルを採用したのではないかと考えられる判決として、森林法違憲判決と、*Munn v. Illinois*, 94 U.S. 113 (1877)がある。この両判決は、どちらも法律上の権利を憲法上の権利にまで高めていると読むことができる。しかしながら、なぜそのようなことが可能なのか、法律レベルの権利が憲法レベルのものになるのかについての納得のいく説明は付していない点もまた共通である。

(1) 森林法違憲判決

森林法違憲判決では、旧森林法186条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定していたことが憲法29条に反し違憲とされた。判決は、「森林法186条は、(中略)共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法256条1項所定の分割請求権を否定している。そこでまず、民法256条の立法の趣旨・目的について考察することとする」と述べ、分割請求権の趣旨を考察する。それによれば、共有物を分割できないと、共有物の管理について共有者間に紛争が生じたとき、物の経済的価値が実現されない。そこで、そのような事態を防ぐために、「各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ」るために民法上認められたのが分割請求権である。判旨はこの説示の直後に、「したがって、当該共有物がその性質上分割することのできないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当」と述べる。

なぜ、民法上の権利に過ぎない分割請求権が憲法上の権利になるのか。それをつなぐ論理は、「近代市民社会における原則的所有形態」が憲法上保障されているとする理解にある。近代市民社会における原則的所有形態は単独所有であ

り、共有規定を設ける場合には、単独所有へ戻ることが可能なように、分割請求権を保障しておくべきとする理解である。

近代市民社会における原則的所有形態が、実定法に先立つ自然権ではないなら、それは法律の規定のなかでとりわけ基本的なものということになる。このように、森林法判決を、昇格モデルを採用した判決と解すれば、森林法判決は、法律の規定の中でもとりわけ基本的な、近代私法にとって原則的な規定を憲法上の保障にまで昇格させる論理を採っていると読める。しかしながらこれだけではなぜ原則的な規定が憲法レベルのものになるのかは未だ明らかではないであろう。民法にとっての原則が憲法上の保障を受けるとする説は自明ではないからである。

(2) *Munn v. Illinois*

アメリカにも昇格モデルを採用したと考えられる判決がある⁸⁾。それが *Munn v. Illinois* 判決である。*Munn v. Illinois* 判決は、徴収できる倉庫料金の上限が州法によって定めていたことが、実体的デュープロセスに反して財産権を侵害し修正 14 条に反するのではないかが問題となったものである⁹⁾。

法廷意見は、憲法が保障する権利はコモンローに由来すると述べ、コモンローの検討をしている。その際に、コモンローについて 200 年以上前に王座裁判所首席裁判官のヘイル (Hale) が述べたことを引用する。それによれば、私有財産が公共の利益に影響を与えるとき、それは「単なる私権 *juris privati*」ではなくなり、

公衆による一般的福祉のための制約に服さなければならなくなるという。例えば公的な波止場を所有するものは、恣意的に料金を徴収してはならない。それは、波止場が既に単なる私権ではなく、公共の利益に影響するからである。

そして、法廷意見は、コモンロー上に、何人も自己の財産につき好きに料金を設定してよいが、特定の目的のために、公衆は彼の財産につき権利を有し、また彼がその目的のために財産を独占するときは、その対価として、義務を課せられることがあるという一般原則が存在すると言う。そして、これらの原則が、本件で問題となった州法を支持すると述べる¹⁰⁾。つまり、修正 14 条を問題としながら、実際には古来のコモンローの法原理によって州法の合憲性を判断しているのである。

ここにおいても、コモンローという憲法以外の法規範における権利が憲法上の権利にまで昇格され、憲法上の権利の制約があるか否かは、コモンロー上の権利の制約があるか否かによって判断されている。しかしながら判旨は、なぜコモンローに則って憲法修正 14 条が解釈されるべきなのかについての理由を十分に示していない。

3 私法上の法制度保障

財産権が法律によって内容を与えられるにも関わらず、なぜ法律を統制する規準となる憲法上の財産権を観念できるのか。この疑問に対し、昇格モデルは法律上の特定の権利が憲法上の保

8) アメリカ憲法における財産権保障について簡単に紹介しておく。アメリカ憲法には日本国憲法 29 条やボン基本法 14 条のように財産権を一般的に保障したものはない。しかし、契約によって生じた債権債務関係の侵害を禁じる契約条項 (1 条 10 節 1 項) や、収用条項 (修正 5 条) による明文規定があるほか、修正 5 条および修正 14 条のデュープロセス条項が手続き保障のみならず実体的権利の保障まで含むと解釈された結果、実体的デュープロセスの法理によって契約の自由や財産権が保護されている。もっとも、ニューディール期以降、二重の基準の採用によって経済的自由に対する司法審査は空洞化している。

なお、本判決を本稿のように理解する先行研究として、常本照樹「経済・社会立法と司法審査 (1)」北大法学論集 35 卷 1 号 1 頁、30 頁 (1984)、David Bernstein, *Lochner's Legacy's Legacy*, 82 TEXAS LAW REVIEW 1, at 32 (2003)。

9) Waite 裁判官は法廷意見の中で、憲法 1 条 8 節 3 項の問題、1 条 9 節 6 項の問題、そして修正 14 条の三つの憲法問題を挙げているが、法廷意見の大半が修正 14 条の問題に費やされ、また、法廷意見も修正 14 条の検討を最初に行っている。94 U.S. at 123.

10) 94 U.S. at 125-129.

障を受ける権利にまでに昇格するとの論理で答えた。上で見た二つの判決は、そのような思考の足跡をたどっていると考えられる。しかし、なぜ法律レベルの権利が憲法レベルの保障を受けるのか、その正当化は充分ではなかった。本来、憲法上の権利は法律に先立って存在し、法律の内容を制約するものであるから、昇格モデルはこのような通常想定される憲法と法律の関係の例外に該当する。昇格モデルの採用によって、本来なら憲法上の制約を受けるはずの法律の内容は、一転して憲法上の制約を受けるところか、憲法の保障そのものに成り代わる。よって、昇格モデルを正当化するには強い論拠が必要なはずである。

3では、昇格モデルに根拠を与える見解として、私法上の法制度保障と呼ばれる理論を検討する。私法上の法制度保障とは、ワイマール憲法解釈のためにヴォルフ (M. Wolff) やシュミット (C. Schmitt) によって提唱され、今日、石川健治によって再発見された概念である。これによれば、制憲者は特定の私法上の法制度を憲法律レベルで保障し、次の憲法改正までその法制度の存続を約束してしまうことがある。例えば一物一権主義といった私法上の法制度を、制憲者が憲法律レベルで囲い込んでしまうのである。端的に言えば、私法上の法制度保障という論理において、昇格が可能になるのは、その昇格が制憲者の選択だから、というものである。以下ではこの理論の射程と限界の画定のために、より詳しい検討を加えることにしたい。

(1) 公法上の制度体保障

私法上の法制度保障という概念は、従来の制度的保障論を批判する文脈で石川によって再発見されたものであり、その理解には従来の制度的保障論にまでさかのぼるのが有益である。従来の制度的保障論は、「個人的権利、特にとくに自由権と異なる一定の制度に対して、立法

によってもその核心ないし本質的内容を侵害することができない特別の保護を与え、当該制度それ自体を客観的に保障していると解される場合、それを一般に制度的保障と言う¹¹⁾」と制度的保障を定義する。そして制度的保障は、人権の保障に奉仕するものである必要があるとされ、例として、政教分離、大学の自治、私有財産制度、地方自治などがあげられるのが常である。この理論は、ワイマール期のカール・シュミットに由来するとされている¹²⁾。

しかし、このような制度的保障論はシュミットの意図したものとは全く別物であり、シュミットに照らして、制度的保障論を根本的に読みなおすべきとする見解が石川健治によって主張される¹³⁾。石川によれば、シュミットが制度的保障として論じたものには二つの全く異なるタイプがある。それが、「公法上の制度体保障」と、「私法上の法制度保障」である。

公法上の制度体保障とは、官僚制や教会、大学の保障を典型例とする、身分制社会に由来する組織体としての中間団体の存続を憲法律上保障する論理である。シュミットは、ワイマール憲法を「原理的に無制約な市民の自由」と「原理的に制限された国家の権能」を基本原理とする、リベラルな「市民的法治国」原理を採用した憲法と理解していた¹⁴⁾。市民的法治国の原理からすれば、真正の基本権は人一般たる資格に基づいて保障される自由権のみであり、中間団体や、特別の身分に基づく特権は打破されるべき存在となる¹⁵⁾。しかし、そのワイマール憲法自身が、官僚制の保障に代表されるように、市民的法治国の原理と矛盾する規定を置いている。そこで、これらの規定を、市民的法治国の原理といかに和解させるかが解釈論上問題となるのである。そこでシュミットは、これらの規定は本来ワイマール憲法の基本原理とは矛盾する規定であるが、憲法制定者が理論的には筋の

11) 芦部信喜『憲法 (第3版)』(岩波書店、2002) 84頁。

12) 赤坂正浩「人権と制度保障の理論」高橋=大石編・前掲注1)60頁。

13) 石川健治『自由と特権の距離 (増補版)』(日本評論社、2007)。

14) CARL SCHMITT, VERFASSUNGSLEHRE (8. Aufl., Berlin 1993) S.126. 尾吹善人訳『憲法理論』(創文社、1972) 159頁。

15) SCHMITT (Fn.14), §14 Die Grundrechte, 尾吹訳・第14章「基本権」、石川・前掲注13)53頁以下。

通らない決定をしてしまうことはありうると論じ、そのような筋の通らない決定の一端としてこれら公法上の制度体保障を位置づけたのである。

公法上の制度体保障は、憲法の基本原理とは関係のない規定であり、偶然にも制憲者の決定によって憲法律レベルの保障を受けてしまったに過ぎず、憲法改正によっていつでも廃止できる程度の保障に過ぎない。このように、憲法の原理からして公法上の制度体保障はあくまで例外的なものに過ぎないことを強調することによって、シュミットはワイマール憲法において市民的法治国の原理を貫徹させようとしたのである。少し長くなるが石川のテキストを引用する。

シュミットは、憲法制定権力による市民的法治国への決断を読み取ったのであった。しかし、ワイマール憲法には、そうした市民的法治国像から乖離する諸規定が散在する。(中略) こうした規定は、市民的法治国の立場からすれば破砕されるべき特権の主体＝中間団体に対して、その存立を憲法上保障しようとするものである。(原文改行)

これらの規定は、彼のいう憲法理論からすれば、筋が通っておらず許されるものではない。しかし、憲法制定権力は、必ずしも憲法理論ないし近代的な法治国の実定的な原理を踏まえて憲法を制定するものではなく、本来実定的な意味での憲法に矛盾する内容に *relativ* な憲法典的効力を与えてしまうことがあるのであって、この場合はそ

れにあたる。かかる事情を説明するのに、彼は、Institution の Garantie という範疇をもってしたのであった¹⁶⁾

シュミットは、市民的法治国の原理からなり、憲法改正によっても変更できない憲法のコア部分である「憲法」と、市民的法治国の原理とは無関係に、憲法改正によっていつでも追い出せる、ワイマール憲法のアイデンティティに関わらない「憲法律」とを区別した上で¹⁷⁾、公法上の制度体保障を、あくまで憲法律レベルでの保障に過ぎないとしてその相対化を図ったのである。

(2) 私法上の法制度保障

これに対し、私法上の法制度保障とは、「所有権・売買・賃貸借・婚姻・相続その他、私法上の法制度 (Rechtsinstitut) のなかのいくらかにつき、その存続を憲法典が保障する場合¹⁸⁾」である。法制度とは、一定のイメージを備えた、法命題の有機的な複合体とでも呼ぶべきものである¹⁹⁾。所有権という法制度は、一つの物に対して一人の所有権者が自由かつ排他的にそれを使用、処分するものである。このようなイメージを具体化するものとして、個別の法命題が書き下ろされ、法制度としての所有権は完成する。

これらの法制度も、法律によるものである以上、前国家的な自由そのものではなく、市民的法治国の論理と直ちには整合しない²⁰⁾。よって、シュミットはワイマール憲法の所有権保障の規定なども、市民的法治国の原理から保障されるものではなく、制憲者の選択に由来するものであると考えることになる²¹⁾。この私法上の法制度保障もまた、憲法律レベルの保障に過

16) 石川・前掲注 13) 56-57 頁。原文にあるカッコ内のドイツ語を省略させていただいた。

17) カール・シュミット (佐々木高雄訳) 「ワイマー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3集)』(成文堂、1980) 281 頁、298-301 頁、石川・前掲注 13) 57-59 頁。

18) 石川健治「判批」法学協会雑誌 114 巻 12 号 1533 頁、1545 頁 (1997)。

19) 法制度や法命題の概念については、石川・前掲注 13) 37 頁以下。

20) 石川・前掲注 18) 1545 頁、山本敬三「憲法による私法制度の保障とその意義」ジュリスト 1244 号 138 頁、146 頁 (2003)。

21) シュミットの、ワイマール憲法における財産権保障の意義の理解の仕方については、変遷があるようである。1928 年の、SCHMITT (Fn.14), S.171 では、「第 153 条で、個別具体的な所有権に加えて、私法上の制度としての所有権が保障されている」としているのに加えて、さらに、S.172 で、「所有権 (Eigentum、筆者注) の保障は、無内容な名目のみの憲法律的保障としてではなくて、ひとつの原理の承認として意図されているのである。なぜなら、私的所有権をぬきにした市民

ぎず、市民的法治国の原理とは無関係である。シュミット流の私法上の法制度保障によれば、憲法（律）上の所有権保障は以下のように説明されることになる。

ワイマール憲法 153 条 1 項が「Eigentum は保障される」と規定しているところから、私法上の法制度としての Eigentum（すなわち狭義の所有権）に対する憲法上の保障を読み取り、伝統的な「物に対する排他的な支配権」という定式での自由な所有権のありかたの存続を、憲法典が約束した条文として理解されたのが、法制度保障論のそもそもの始まりである²²⁾

石川は、このシュミット流の私法上の法制度保障論を、日本国憲法 29 条の解釈論に応用し、憲法上の財産権保障について新たな見解を提示する。石川によれば、日本国憲法もまた、日本民法が選択した一物一権主義をはじめとする自由で排他的な所有権制度を承認し、それを憲法律レベルの保障として次の憲法改正まで存続させているとみる可能性がある²³⁾。このような説明によって、民法上の制度が、憲法（律）上

の保障を受ける制度に「昇格」したことになり、財産権が法律によるものでありながら憲法レベルの保障を受ける論理を導出したことになる。

なお、石川はあくまで法制度の保障を語っているのであって、権利の保障を語っているのではないと考えられる。その意味で、昇格モデルが、法律上の「権利」を憲法上の「権利」にまで昇格させているという本稿による議論の整理からは漏れる部分がある。しかしながら、法制度としての所有権保障のコロラリーとして、主観的権利としての所有権をも保障されていると見ることができるであろうし、そもそも主観的権利としても自由で排他的な所有権が保障されていなければ、主観訴訟による救済は不可能だったはずである²⁴⁾。

(3) 日本国憲法 29 条は私法上の法制度保障を採用しているか

以上のように、公法上の制度体保障はもちろんのこと、私法上の法制度保障もまた、そのような解釈論をシュミットが導入した背景には、「原理的に無制約な市民の自由と、原理的に制限された国家の権能」をモチーフとする市民的法治国の原理とは無関係または緊張関係にある明文規定があり、その明文規定の地位を格下げ

的法治国はありえず、かつワイマール憲法は市民的—法治国的憲法たらんとしているのであるから（強調原文）」とあり、ワイマール憲法が（憲法律レベルではなく）憲法レベルの原理として私有財産制を保障しているとされる。ここでは 153 条によって、私法上の法制度の保障と並んで、私有財産制が体制選択＝憲法のレベルで保障されていると解されている。しかし、28 年の時点では法制度保障と制度体保障との区別がなされておらず、153 条の位置づけは不明確さを残すものだった。石川・前掲注 13) 171 頁以下参照。

これに対し、最終的に、シュミットは制度体保障と法制度保障を峻別した上で、所有権の保障を法制度保障と位置づけ、憲法律レベルの保障のみに純化を図ったとの解釈が、山本・前掲注 20) によってなされている。「シュミットは、憲法と憲法律を区別して、最終的に、それらの規定（私法上の法制度を保障する規定、筆者注）を憲法律のレベルに属する法制度保障に位置づけ、体制選択の問題から切り離れたわけである」（山本・同 146 頁）。

22) 石川・前掲注 18) 1556-1557 頁。

23) 石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」『プロセス演習憲法（第 2 版）』（信山社、2005）273 頁、278 頁、石川健治「財産権①」駒村圭吾＝小山剛編『論点探究憲法』（弘文堂、2005）200 頁、211 頁。もっとも、石川は、森林法判決を説明する論理として私法上の法制度保障を論じているのであり、石川自身が日本国憲法において一物一権主義が保障されていると解しているかはまた別問題かもしれない。さらに、石川は、判旨の理解として、判旨は一物一権主義の侵害から直ちに違憲を導いているのではなく、財産権規制立法の立法裁量を統制する比例原則の厳格適用を採用する根拠の一つとして、私法上の法制度保障論を導入したと見る。よって、論理はそれほど単純ではないのだが、石川の判例解釈のエッセンスは、概ね本文で述べたところであろう。

24) 法制度保障と主観的権利保障の関係については、小山剛「人権と制度」西原博史編『岩波講座憲法 2 人権論の展開』（岩波書店、2007）が論じているところでもあり、本稿 IV でも検討する。「所有権の『原形』を主観的権利のレベルで説くのであれば、原形に対する制限ないしは内容形成の合理性について、裁判で争うことは当然に可能である」（小山・同 75 頁）が、制度のみの保障で主観的権利の保障はないとすれば、森林法事件において原告は救済を得られなかったはずであろう。

したかったという意図があったことが分かる。市民的法治国の原理を貫徹するために、当該原理と関係のない規定を憲法レベルではなく憲法律レベルに追い出すという、すぐれて実践的な解釈論だったといえよう。

かかる観点からすれば、法制度保障論の解釈論としての導入は、憲法の基本原理から説明のつかない明文規定に対してのみ行われるべきと考えられる。ワイマール憲法が、「所有権の保障」を規定しているのに対し、日本国憲法は、「財産権の不可侵」を謳っている。財産権一般という法制度は存在しえず²⁵⁾、また「保障」と「不可侵」の区別が法制度保障論にとって重要であるならば²⁶⁾、日本国憲法は法制度保障論を導入する前提を欠いていることになる。29条を法制度保障の条文であると解釈することにより当該条文を憲法律レベルに追い出す必要性はないのである。むしろ、憲法の基本原理に沿った形で解釈すれば足りると考えられる。

しかし、一物一権主義的な自由で排他的な所有権を保障することを目的として、目的論的に解釈する場合にはどうか。その場合でも、法制

度保障論の実質的根拠が、制憲者の選択に求められるという難点がある。第一にそれは、1946年における制憲者の決断のみが根拠となる点で、「他の憲法秩序に持ち込むことのできない、特殊な前提の下においてのみ成り立ちうる²⁷⁾」議論であるし、そもそも制憲者がそのような決定をしたという実証的証拠はない。さらに、制憲者の選択が憲法解釈において重要であるとする見解はアメリカにおいて原意主義 (originalism) と呼ばれるものであるが、そのような解釈方法論の正当性は全く自明ではない²⁸⁾。

このような困難に対し、法制度保障論の実質的根拠を制憲者の選択にではなく、保障される対象となる法制度の実質的正義に求めるならば、それはもはや法制度保障論ではなく自然法論である²⁹⁾。もっとも、財産権は法律なくして存在せず、自然法ではないが、法律の規定の中でも特に重要で正義にかなったものが憲法レベルに昇格する、と説くことはなお可能かもしれぬ。しかしどれほど重要であれ、正義にかなったものであれ、それだけでは法律上の制度 (権利) が憲法上保障される制度 (権利) に

25) シュミット (佐々木訳)・前掲注17)308頁。石川・前掲注13)174頁には、「財産権全般という概念はあり得ても、財産権全般などという曖昧な法制度は存在しない。法制度としての Eigentum は、ドイツ民法典 903条にみられる如く、他の財産法上の法制度との対比で明確な輪郭が与えられる、狭義の所有権すなわち物所有権 (Sacheigentum) に限られる」とある。法制度とは、法命題の有機的複合体であり、具体的には所有権や抵当権というレベルで観念されるものである。諸々の諸制度を全てひっくるめた財産権全般は、もはやシュミットの依拠したドイツ民法学における制度概念とは関係ない。

26) 石川・前掲注13)33頁、166頁。ワイマール憲法は、従来のプロイセン憲法などにみられる「所有権の不可侵」ではなく、「所有権の保障」という定式を採用していた。ところでワイマール憲法は、相続権にも同じく「保障」定式を用いていた。相続権が自然権として不可侵であるということは不自然であり、相続権は法制度として保障されていると考えるのが自然である。この相続権保障の論理が、所有権にも等しく及ぶと考えられたのである。

27) 小山・前掲注1)195頁。

なお、引用部分はデペンホイヤー (O. Depenheuer) の議論に対する批判としてのものであるが、デペンホイヤーの議論は「理論的に考うる財産権の具体化は多様多様であるが、その中から憲法制定者は、憲法的効力をもって、特定のタイプの財産権を法律による具体化の雛形であるとした」とするものであり (小山・同188頁以下、小山・前掲注24)60-61頁。)、その点では私法上の法制度保障論に限りなく近い。それゆえ、このデペンホイヤーに対する批判は私法上の法制度保障論にも妥当するものと考えられる。

28) 原意主義の研究および批判として、阪口正二郎『立憲主義と民主主義』(日本評論社、2001)第3章がある。憲法解釈は明文規定の枠の中で行われる必要があるから、その点で憲法の基本的価値原理と反する明文規定を法制度保障なり制度保障なりで解釈するのは理由があるとしても、憲法の基本的価値原理に添った形で解釈可能な条文を、制憲者の選択を理由に法制度保障として解釈することは、相当の疑義を呈されることになる。なぜ制憲者という死者に憲法解釈が縛られるのかという民主主義からの批判、憲法解釈は実質的正義の観点からなされるべきではないのかとの立憲主義からの批判が考えられる。

29) 法制度が実質的正義に適っていることを理由に憲法レベルの保障を受けるとする説は、石川・前掲注13)166-168頁にいう「スメント派法制度保障論」に近いものと考えられる。しかしそれは、「正調の『制度的保障論』」(石川・同175頁)ではない。

までなる理由としては充分ではなからう。実質的正義にかなった法律は合憲となるだけであって、憲法レベルの保障にまで高められるわけではないはずである。法律は憲法の下位にあって憲法の統制を受けるべきであって、解釈によって特定の法律に特権的地位を与えるべきではない。かくして日本国憲法 29 条が私法上の法制度保障を採用していると解することは困難である。

4 ベースラインとしての民法上の所有権

財産権は国家の制定する法律によってはじめて存在する後国家的権利でありながら、法律を統制する規準となる、憲法上保障された財産権の概念を肯定する理論として、ベースライン論をあげることができる。ベースラインという概念は、憲法上正当な中立的状態を指すものとして用いられる³⁰⁾。国家は、ベースラインの維持には憲法上の正当化を強制されない一方で、ベースラインから離脱を図る場合には、なぜベースラインからの離脱を必要とするのかについて憲法上の正当化を強制される。この意味で、ベースラインという概念は、憲法上正当化を必要としない国家行為ないしは状態を指すものと言える。

ベースラインをどこに設定するかによって、国家は自己のいかなる行為が憲法上の正当化を必要とされ、またされないのかについて左右されることになるから、ベースラインをいかに設定するかは憲法論上決定的に重要となる。例えば表現の自由で言えば、表現の自由を禁止しな

いことがベースラインであり、禁止する場合には憲法上の正当化が必要となる。生存権でいえば、プログラム規定説は、ベースラインを設定しない説であり、憲法論となる余地がない。一方具体的権利説では、最低限度の給付をなすことがベースラインであり、給付がない場合にはそのことを国家が正当化しなければならない。

このように、憲法論というものは自覚的であれ無自覚的であれ必然的にベースライン論を伴っているものであり、憲法論とは言い換えれば憲法上のベースラインをどこにいかなる理由で設定するか理論だといってもよい。財産権論に即して言えば、例えば民法 206 条を財産権保障のベースラインと言い換えることで、民法 206 条は憲法上の正当化の強制を免れることになる一方、民法 206 条の原則に変更を加える場合には憲法上の正当化を強制されることとなる。このように、ベースラインという概念を経て、民法 206 条は憲法上の原則へと昇格するのである。しかしながら問題は、そこにベースラインが設定される説得的な理由があるかである。

(1) 国家の制度設営義務とベースライン

長谷部恭男は、国家の制度設営義務とベースライン論を組み合わせて使用することで、憲法上の財産権保障の意義について一定の見解を導いている。長谷部は、社会契約論によって国家の制度設営義務の正当化を図る。長谷部によれば、人々が自然状態において保有していた自力救済の権利を原則として国家に譲渡することは、実効的な権利保護の仕組みを国家が提供すると条件の下でなければ筋が通らない。「生命、そしてそれと同等の重要性と保護の必要

30) 例えば、CASS SUNSTEIN, *THE PARTIAL CONSTITUTION* (Harvard U.P. 1993) は、作為と不作為、中立性と党派性を区別するための概念としてベースラインを援用する。不作為かつ中立的なベースラインがまずあり、この状態の維持には憲法上の正当化を免れる一方で、その状態に変更を加えることは、作為かつ党派的なものとして憲法上の正当化を強制されるのである。「裁判所は現行の実践を中立性と党派性の問題を決定する際のベースラインとしている。裁判所は現行の実践を前政治的で自然なものと想定することによってそうするのである」*Id.*, p.3, 「コモンローを自然の一部として観念することが、そこからの離脱をもって中立性からの離脱と判定されるベースラインを、コモンローが構成すべきであるという見解を助長している」*Id.*, p.48 など。

長谷部恭男『憲法（第3版）』（新世社、2004）189頁は、「違憲判断のベースライン」という概念を提示し、ベースラインからの乖離を図る立法は違憲となりうるとする。

性を持つ個々の国民の利益について、国家がそれを実効的に保護する制度を提供すべき義務を負っているとの結論は、自然に導かれる³¹⁾のである。こうして、国家は刑法や不法行為法などの手段によって防御線を設定する義務を負うことになる。しかし、防御線をどのように設定するかは立法裁量であり、「国家の義務に対応して、特定の義務の遂行を要求する権利が個々の国民に認められること³²⁾」は多くない。

それに対し、国民の利益を保護する目的で制度を設営する義務が国家に課されるに留まらず、国民の側に、そうした制度設営義務を遂行するよう国家に対し請求する主観的権利が憲法上認められることがある。財産権法制もこのような設営義務を伴った法制度であると長谷部説は解していると考えられる。その際、制度の設営に際してどのような制度を設営するかについての立法裁量を縮減する論理がベースラインである。制度を設営するにしてもベースラインに準拠したものであるのが原則であり、ベースラインから離脱する制度を設営する際にはなぜ離脱をするのかを憲法上正当化しなければならないのである。

ではベースラインはどのように定まるのか。長谷部はそれを「当該制度のあるべき内容について法律家共同体内部で広く共有された理解³³⁾」つまり法律家の共通理解に求めている。さらにこの共通理解は、当該社会の社会通念に対応することが通常であるとする。そして、制度設営義務とその裁量を規律するベースライン論で森林法判決を説明できるとする。所有権制度については単独所有があるべき内容として法律家に共有され、財産制度のベースラインとし

て機能しているのである。

本判決は、所有権制度について、法律家共同体の共通理解が憲法の想定するベースラインを構成するとの前提にもとづき、このベースラインからの離脱をはかる立法について、その目的および手段について、少なくとも「明白性」の基準をクリアすることを要求する権利を、国民に認めるものと解することができる³⁴⁾

長谷部説は二つのエッセンスに要約できよう。一つは、国家には制度設営義務が認められ、それに対応して制度設営を遂行するよう要求する主観的権利が認められることがある。もう一つは、制度設営に際してベースラインがある場合には、ベースラインからの離脱を図る際には憲法上の正当化が必要となる。財産権について言えば、財産権制度の設営義務が認められ、設営に際しては民法上の所有権がベースラインを構成する³⁵⁾。

(2) 制度設営義務は認められるか

長谷部説の検討も上記の二つのエッセンスに対して行われる必要がある。まず、憲法上の制度設営義務は認められるか。長谷部説は、私法上の法制度保障論と異なり、明文規定の解釈ではなく社会契約論の論理的帰結として制度設営義務を導いている。

しかしながら、このような社会契約論のコンセプションは自明ではない。社会契約論のコンセプションとしては、法益の保護のために統治機関を創設し、それらに立法権、行政権、司法権を授権する一方で、人権条項によりそれらの

31) 長谷部恭男「国家による自由」『憲法の理性』(東京大学出版会、2006) 131頁。

32) 長谷部・前掲注 31) 132頁。

33) 長谷部・前掲注 31) 134頁。

34) 長谷部・前掲注 31) 135頁。

35) 「民法典、中でも財産法に関する規定が政治的に公正中立な基準であるとの観念は、法律家に広く浸透している」長谷部・前掲注 30) 252頁。なお、制度設営義務論およびベースライン論は、長谷部自身の規範的主張と解するのが自然であると思うが、民法(の単独所有)がベースラインを構成するとの命題は、専ら森林法判決を説明する文脈で登場している。このことから、民法がベースラインとなるという命題は専ら判決を説明するためのものと解する余地もあるかも知れない。しかし、長谷部・同 252頁の記述から、長谷部自身が判決に賛成していると考えられ、本稿では民法がベースラインとなるという命題を長谷部説として扱った。

権力行使に対し制限を課したとする理解も可能である。この理解によれば、憲法は統治権の付与と制限によって構成されるのであって、制度を設営するといった何らかの特定の統治権の行使を義務付けているわけではない。憲法 41 条は法律を制定する権力を国会に与えているが、何らかの法律を制定する義務を国会に課するものではない。このように、人権条項に制限規範を、統治機構に授權規範を対応させる社会契約論理解が一般的であるように思われる。この理解においては、制度設営義務規範は憲法には含まれない³⁶⁾。

(3) 民法自体のベースラインとしての中立性の問題

次に長谷部説におけるベースラインの設定の仕方について批判的に検討してみたい。

仮に制度設営義務を憲法上認めなくとも、民法の財産権規定が公平中立なものであり、作為と不作為、中立性と党派性を区別するベースラインとして機能するなら、民法上の所有権規定をベースラインとして、そこからの離脱を図る立法を憲法上保障されたベースラインとしての財産権を制限するものとして観念できる余地がある。換言すれば、ベースライン概念を経て民法上の所有権は憲法上の権利へと昇格する。

しかしながら、民法の制定ははたして不作為あるいは中立であろうか。民法もまた国家制定法であり、それ自体憲法上の正当化を必要とするものであると考えられ、民法の規定に対して、安易に憲法上の正当化義務を免除すべきではない。社会契約論の理論伝統からすれば、国家はその存在についてさえ正当化義務を免れない。つまり、国家なき自然状態がベースラインとし

て想定され、民法の制定はこのベースラインへの介入と考えられる。

(4) ベースライン設定の根拠の問題

また、民法が憲法判断の際のベースラインとなると解するにしても、その正当化は成功しているか。正当化理由として、長谷部説のあげる「法律家共同体の共通理解」そしてそれを裏付ける社会通念は、説得的なものであろうか³⁷⁾。法律家が特定の制度や状態を公正なものとして受容しているということや社会通念の存在は、事実の問題に過ぎず、それがなぜ公正なのかを論証しなければ規範的な議論とはならないとの批判が可能である。

規範的な議論における論証の提示の必要性については、長谷部と同じくベースライン概念を多用しながら、ベースライン概念をむしろ現状改革的に利用しようとするサンステインの議論が参考になる。サンステインは、アメリカ憲法は、「理由の共和国 (a republic of reasons)」という理念にコミットしていると主張する。それによれば、「アメリカ憲法において、政府は自らのなすことについて常に理由を用意しなければならない³⁸⁾」。そしてその理由は、私的利益、自然性、伝統的慣習といったものに依拠してはならず、全ての市民にとって理解可能な、公共的なものである必要がある³⁹⁾。そしてこのような理念の表現として、熟議的デモクラシーへの支持がアメリカ建国以来受け継がれてきたと主張する。熟議的デモクラシーにおいては、「政治の目的は現存する選好を反省し時には変換することであって、単にそれを充足することではない (中略) 人民は社会的な諸帰結を理性・理由への言及によって正当化しなければならない

36) 小山・前掲注 24) 74 頁の『法律家共同体の共通理解が憲法の想定するベースラインを構成する』としても、それが、制度設営義務それ自体の基礎づけになっているのか、それとも設営されるべき制度の説明にとどまるのかは、なお検討を要しようとする批判も、似たような趣旨と考えられよう。

37) ベースラインの設定根拠を社会通念に依拠する法律家共同体の共通理解に求めることについて、多数者の意思に抗してでも保障されるべき人権の理念との関係から問題があるのではないかと指摘と、そのような批判に対する反批判について、渡辺康行「書評」長谷部恭男編『憲法本 41』(平凡社、2001) 154 頁、160-161 頁、巻美矢紀「憲法の動態と静態 (5)」国家学会雑誌 118 巻 7・8 号 1 頁、30-31 頁 (2005) があるが、本稿では立ち入らない。

38) SUNSTEIN, *supra* note 30, p.17.

39) *Id.*, p.19, p.24.

い⁴⁰⁾」。このような観点からすれば、現状たるコモンロー秩序をベースラインとすることはできない。現状やコモンローもまた、理由によって正当化されるべき国家によって作り出された状態であり、中立・公平なものと理由なしに想定することは許されないからである⁴¹⁾。

民法の定めが法律家共同体において公平と理解されるがゆえにベースラインを構成するという思想は、コモンローからベースラインたる資格を剥奪し、全ての政府行為を万人の熟議の下に公共的理由によって正当化せしめようとする思想とはベクトルが異なることは明らかである。現存する共通了解や社会通念は、公共的な理由によって正当化可能かを審査されなくてはならない。法律家共同体が何を公平として理解しているかという事実命題ではなく、なぜそれを公平として理解すべきかという規範命題が問題なのである。

法律家共同体の共通了解といったところで、それが真に正義に適っているかは怪しいものである⁴²⁾。また、共通了解のような根拠は、ロールズ (J.Rawls) の重なり合う合意 (an overlapping consensus) 論と同じく、集団内部の差異性を捨象し、ありもしない合意を捏造している可能性が高い⁴³⁾。長谷部説のベースライン設定の根拠論に関しては、事実ではなく規範的論拠によって正当化せよというロールズに対する井上達夫の批判がそのまま妥当しよう⁴⁴⁾。

以上で批判的に検討したように、国家設置義務の存在に疑問があるだけでなく、民法が憲法判断の際のベースラインとなるという考え方にも批判の余地がある。したがって、民

法上の所有権規定がベースライン概念を經由して憲法上の保障にまで昇格すると解することはできない。

5 小括

本章では、法律上の権利が憲法上の権利に昇格し、その昇格した権利をさらに特別法などの法律で制限する場合を財産権の制限として観念することにより、財産権は法律によって形成される以上、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念は存在しないのではないかと、というアポリアに解を見出そうとする見解、すなわち昇格モデルの検討をした。その昇格モデルを取ったと解される判例として森林法判決と *Munn v. Illinois* をあげたが、どちらも説得的な理論は示していない。このような判決に理論的基礎を提供しうる学説として、私法上の法制度保障論とベースラインとしての民法上の所有権論を検討したが、そのどちらも批判の余地があった。

ここではさらに、私法上の法制度保障論およびベースライン論の個別の問題点でなく、それらに共通する問題点を指摘したい。まず、憲法上の権利を法律上の権利に依存させるのは、憲法保障の観点からすれば、自殺行為ともなりかねないことである。憲法上の権利は法律に対抗して自由を保障するためのものだからである。それと関連して、憲法上の権利レベルに昇格した法律レベルの権利を憲法上自明視し、憲法上の正当化に服せしめる必要から解放してしまうことである。憲法があらゆる国家行為をその

40) *Id.*, p.135.

41) *Id.*, Ch.2.

42) 例えば、弁護士数増加に反対する弁護士会は、既得権を擁護しているとしか思えない。弁護士の数が絞られるべきとする法律家の共通了解があったところで、それをベースラインとして弁護士制度を構築すべきとするのは馬鹿げている。また、弁護士とは難しい試験を通った人だ、という社会通念があったとしても、そのような観念が国家行為を正当化するかは疑問である。安念潤司「司法制度『改革』偶感」塩野先生古稀記念『行政法の発展と変革・上』(有斐閣、2001) 1頁以下からすれば、弁護士資格の民営化がベースラインとなるべきとなろう。

43) 例えば、民法上の雇用契約ではなく労働法が、民法上の賃貸借ではなく借地借家法が、あるいは民法上の自由な土地所有権ではなく公法的規制のかかった土地所有権がベースラインを構成すべきと考える法律家がいても何ら不思議ではない。前掲注42)も参照。

44) 井上達夫『他者への自由』(創文社、1999) 17-20頁。

統制におこうとするならば、このような帰結は受け入れがたいものとなろう。本来法律は憲法の下位にあってその統制に服するはずである。昇格モデルは、法律をそのような統制から免除するのみならず、一転して憲法上の保障を受けるまでにその効力を高める。いわば法律が、「最高法規」化してしまうのである。そして最高法規化された法律は合憲性を審査される機会を永久に失うこととなろう。法律はたとえそれがどれほど正義に適った内容であったとしても、合憲性の審査を経た上で合憲となるだけであって憲法上の保障に成り代わるはずはない。昇格モデルは、このような憲法保障の構造の根本を覆す不気味さを持っている。憲法 81 条にあるように、「一切の法律」は憲法の統制下にあるべきなのであり、解釈によって特定の法律が憲法の統制を免れることを許すべきではないのである。

以上のように、法律上の財産権の内容を憲法上保障されるべき財産権の内容と考えることはできない。例えば民法上の所有権を制限する法律を、憲法上の財産権の制限と考えることはできないのである。

Ⅲ. 自然権モデル

1 議論の方向

憲法学が財産権保障について用意してきた二番目の解答が、憲法上保障されている財産権とは自然権としての財産権であり、この自然権と

しての財産権の内容を侵害するような法律は、憲法上の財産権の侵害に該当し、違憲となりうるとする見解である。この見解によれば、憲法上保障される財産権の内容は法律に先立って決まっているのであり、憲法上保障される権利が法律によって定まるという逆転現象は生じない。しかし、実際問題として財産権の内容構成は法律によって定まっているという事実があり、また現在において自然権という概念が説得的かどうかは問題となる。このような問題を有するためか、実のところ、現在の憲法学界において自然権として財産権を観念することを明示的に表明する論者は少数であるように思われる⁴⁵⁾。

しかし、自然権論を明示的に表明する論者が稀であっても、多くの論者は、財産権を、表現の自由や思想の自由などの自由権とその保障構造を同じにすると暗黙のうちに捉えてきたと考えられる。「自由な財産権」が自然権として憲法上保障されているという観念が共有されていたからこそ、森林法判決における、分割請求権の制限が憲法上の財産権の制限となるというテーゼに疑問が呈されてこなかったと考えられるのである⁴⁶⁾。

確かに、財産権が自然権であり、憲法はそれを不可侵の権利として保障する、という考え方は、一見説得的である。それは、ジョン・ロック (J. Locke) の社会契約論にも親和的である。自然状態において、人々は不可侵の自然権を持つが、その保全が十分でないために国家を樹立する、という思考の道筋を取る限り、財産権を

45) 自然権としての財産権を明示的に否定するものとして、次がある。松井茂記『日本国憲法 (第2版)』(有斐閣、2002) 559 頁、長谷部・前掲注 30) 248 頁、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、2005) 218 頁、SUNSTEIN, *supra* note 30, p.50.

一方、自然権としての財産権を承認する体系書として、阪本昌成『憲法理論Ⅲ』(成文堂、1995)がある。同書 259 頁には、「財産権は法律から生ずる、とみるのが妥当であるか。本書のように、『財産権の承認は文明の成立と同時並行的にみられる』とする立場からすれば、財産は法律に先立って存在するとみざるをえない(中略)。財産は、法律が各人の必要性に応じて分配するが故に正当性を与えられるのではない。財産は、自然からの専有(獲得)、同意に基づく交換(移転)といった『獲得・移転という経緯』によって正当性を与えられるのである。したがって、(29条、筆者注) 2項は、法律上の財産制度を創設する規定ではなく、<法律は、財産の正当性を確認するための二次ルール(確認のルール)である>ことを示すものと解するのが妥当である」との記述がある。このような財産権観が、ロック＝ノージック (R. Nozick) 的な自然権論を基礎とするものであることは明らかである。

46) この点については、Iでも触れたが、高橋・前掲注 2) 5巻4号および安念・前掲注 1)を参照。

自然権とみなすのは不思議なことではない。しかし実際に国家が成立してからは、財産権の限界と内容は法律によって定まることになるのであり、この点をどう考えるかが問題となる。

Ⅲでは、自然権論を採用したと考えられる判決を見た後に、自然権としての財産権を提唱する理論を批判的に検討することとする。

2 判決

自然権モデルを採用したと考えられる判決として、ここでは森林法違憲判決と、*Ogden v. Saunders*, 25 U.S. (12 Wheat.) 213 (1827) の反対意見を取り上げる。これらの判決は、ロック的な憲法観・財産権観を採用していると考えられ、実務における自然権モデルの影響を見ることができ。

(1) 森林法違憲判決

森林法違憲判決は、Ⅱ 2(1) で検討したように、昇格モデルでも説明が可能であるが、自然権モデルにも親和的である。判旨は、「近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめるための権利として分割請求権を位置づけており、この「近代市民社会における原則的所有状態」を、実定法に先立つ自然権として捉えているのではないかと考えられるからである。この言い方は、おそらく国家と社会の二分論の影響を受けていると考えられる。社会は自生的な秩序であり、法律や国家を待たずして成立する。財産権や財産秩序も同様であり、国家が法律によって介入する以前に、自然法によってその内容は決まっている。民法上の単独所有規定は、このような自生的な自然権を確認し、より実効的に保全しようとしただけのものであるという考え方である。しかし、自生的な自然権の確認と実効的保全に留ま

らず、その内容を制約するような法律は、自然権の制約として違憲となりうると考えられる。

(2) *Ogden v. Saunders*

アメリカにおいて、財産権が自然権であることを強く表明したのが、*Ogden v. Saunders* における反対意見である⁴⁷⁾。アメリカ合衆国憲法1条10節1項は、「いかなる州も、契約上の債権債務関係を侵害するような法律を制定することはできない」と定める⁴⁸⁾。本件では、この契約条項が、未だ成立していない債権債務関係に対して将来的に適用される法律にも妥当するのか、それとも遡及的な債権侵害立法のみを禁止しているのかが争点となった。その際、マーシャル (Marshall)、デュバル (Duvall)、ストーリー (Story) の反対意見は、契約およびそこから生じる債権を自然権的なものとみなし、それを侵害する法律は遡及的な適用か将来に向かったのみの適用かを問わず違憲としている。

その理由は、契約の自由は自然法に由来するものであり、将来的な侵害であれその自然法に反することによって変わりがないからというものである。マーシャルは、自然状態において個人は契約をする権利を有し、さらにその契約は義務的なものであり、契約を履行しない当事者に対し、実力は正当に行使されると言う。そしてこの契約への権利は、政府に由来するものではなく、実定法によっても制限し得ない。これらの権利は、社会によって与えられたものではなく、自然状態から社会に持ち込んだものである。そして、契約の不履行への実力による救済については、社会に入るときにこの強制の自然権を放棄し、社会は自力救済を禁止することができるけれども、しかし契約への権利は自力救済の権利と違って放棄されていないのである⁴⁹⁾。そして、債権債務は、契約の本質であるから、債権債務を実定法によって侵害することはできない

47) もっとも、本判決で問題となったのは債権であって物権ではなく、契約自由という財産権保障とは若干異なる概念が扱われている面がある。本稿では契約自由の検討は行っていないが、今後の課題としたい。

48) No State shall pass any Law impairing the Obligation of Contracts. U.S. Const. art I, §10, cl.1.

49) この理論は、契約条項が債権債務関係のみを保護し、立法者はその救済方法については変更しうるとする先例と適合している。*Sturges v. Crowninshield*, 17 U.S. (4 Wheat.) 122 (1819).

とするのである⁵⁰⁾。

ここにおいて反対意見は、契約によって生じた債権を法律に先行する自然権とみなし、その不可侵を説いていることが明らかである。

3 森村進の財産権論

Ⅲ 3 では自然権モデルを採用する理論の検討を行う。財産権が自然権であるという主張には、異なる二つの意味があるために、それを区別しておかなくてはならない。第一の意味は、各人に個別に帰属している個々の財産権が、自然権として尊重に値するものであり、容易に制約されたり奪われたりするべきではない、という主張である。例えば、再分配を財産権の自然権性を根拠に批判する場合などは、これにあたる。この文脈で財産権の自然権性を主張する場合、たいていは市場の優位を説くことが目的であり、国家の強制的再分配や社会福祉政策、あるいは課税などが批判の対象となる⁵¹⁾。しかし、この意味での財産権の自然権性は本稿とは直接の関係がない。というのは、各人に個別に帰属している個々の財産権の制約は、いわゆる既得権の制限・剥奪であり、本稿では問題としていないからである。また、本稿は市場主義と福祉国家の優劣と言ったテーマを扱うものでもない。本稿で問題としているのは、財産権が法律によって内容を形成されているにもかかわらず、法律に対抗しうる憲法上の財産権概念がありうるか、という問であって、既得権剥奪の局面ではない。

第二の意味が、本稿で問題とするものであり、法律に先立って「財産権かくあるべし」という財産権のあるべき内容が決定できる、という意味での財産権の自然権性である。仮にこの主張が正しければ、財産権が法律によって形成されているという事実は、憲法上の財産権保障に

とってなんらレレバントではないことになる。たとえ実際の財産権が法律によって形成されていても、自然権としての財産権の内容が特定できるならば、そのような自然権としての財産権が憲法上保障され、それに制約を加える法律は憲法上の財産権の侵害となるという論理を導くことが可能だからである。

これら二つの意味はしばしば混同して用いられているように思われるが、本稿の問題関心からは厳格に区別すべきである。そして本稿は第二の意味のみを検討することになる。その際、森村進が第二の意味での自然権としての財産権を主張しているのので、これを検討することとする。

森村は、次のような内容の私的所有権が自然権として正当化されるとする⁵²⁾。

- ① 占有する権利・・・占有すなわち排他的な物理的支配への権利であり、占有による権利とは異なる。民法に言う物権的請求権はこの中に含まれる。
- ② 管理する権利・・・その物の使用者や使用方法を決める権利
- ③ 安全への権利・・・その物を没収されないという地位。公用収用はその例外である。
- ④ その物を使用、消費する自由
- ⑤ 自然な果実への収益の権利
- ⑥ 市場における有償の譲渡の権能、および無償の譲渡の権能
- ⑦ 所有者は自分が所有物によって他人を害することを禁じられるだけでなく、第三者が自分の所有物を使ってそのような行為をすることも防止しなければならない。
- ⑧ 強制執行に対する責任財産となるという地位
- ⑨ 所有権の弾力性

森村は、実定法上の財産権を道徳的に正当化し、ないしは批判するための法哲学的概念とし

50) 25 U.S. at 346-354.

51) 例えば、ロバート・ノージックの権原理論は、この文脈で用いられている。ロバート・ノージック（嶋津格訳）『アーナーキー・国家・ユートピア』（木鐸社、2002）255頁以下。

52) 森村進『財産権の理論』（弘文堂、1995）6-7頁、106頁、117頁。

て自然権としての財産権を論じているが、上のような財産権が自然権として憲法上保障される財産権の内容をなすべきであるという主張と解釈しても森村の意図を大きく外れることにはならないであろう⁵³⁾。では、以上のような自然権としての財産権の内容は、いかにして正当化されるのであろうか。

森村はまず、人は自然権として自己所有権を有しており、自己の身体を他者からの介入なく自由に使用することができるという主張をする。これを森村は「狭義の自己所有権」とし、そこから導出される所有権などの財産権を含めた意味での「広義の自己所有権」とを区別する⁵⁴⁾。そしてまずは狭義の自己所有権の正当化をし、その後でそこから広義の自己所有権がどのように導出されるかを議論する。そしてこれら自己所有権テーゼから導かれる具体的な財産権の内容が、上で見た自然権としての財産権である。その議論の詳細は以下のようなものである。

森村は、狭義の自己所有権が我々の直観に基礎を持つとし、直観による正当化を図る。そのために持ち出される例が「生存のくじ」なるものである。これによれば、心臓を患っている瀕死の患者・甲と肺を患っている瀕死の患者・乙に、くじによって選ばれた健康人を一人殺してその心臓と肺を移植することは正当だという。なぜなら、甲も乙も自らが病気になったことに責めはなく、また健康人も自分が健康であることは偶然に過ぎず、生きる権利は三人とも平等にある。とすれば、より多くの人を生かすのが

道徳的だからである。森村はこのくじの制度を不当だとし、そしてこのくじが不当であることは大多数の賛同を得るはずだと述べるが、その根拠となるのが人は自己の身体に排他的支配を持つべきであるという狭義の自己所有権なのである。そして、このくじを不当とみなすように、狭義の自己所有権は多くの人が直観として有しており、道徳的議論が直観を根拠とすることは正当であるとする⁵⁵⁾。

以上で狭義の自己所有権が正当化されたとしても、そこから財産権を含む広義の自己所有権はいかにして正当化されるのか。それには二つの根拠があると森村は論じる。一つが、「価値創造からの議論」である。自己の身体を用いて労働した結果、価値が生まれるが、その価値を創造したという理由によって財産権は正当化されるというものである。例えば土地を耕した者は、以前は何の経済的価値もなかった土地を経済的価値ある財産に変えたことになるが、自己の身体によって価値を創造した者こそがその価値を支配するに値するというのである。二つ目が、「自由からの議論」である。これは、財産権は狭義の自己所有権の延長であるとする議論である。自己の財産が他者から排他的なものとして守られていれば、自己の排他的支配の領域が広がり、自由を確保できるだろう。広義の自己所有権、つまり財産権は、狭義の自己所有権、つまり自己の身体を自由を拡張し、保障するのである。自己の家が他者の侵入から守られ、自己の食料が他者の篡奪から守られること

53) 森村・前掲注 52) 3-4 頁には、「日本国憲法が基本的人権として認めている奴隷的拘束からの自由や思想の自由は、国家の有無にかかわらず人類共通に認められるべき権利である。このような道徳的・前国家的権利は伝統的に『自然権』と呼ばれてきた。(中略) 憲法上の権利としての思想の自由は、道徳的権利としての思想の自由とは区別されるものの、後者に正当化の基礎を置いているのである。(中略) 私的財産権は自然権であり、それゆえにこそ法的権利として認められなければならない」とある。他にも、「生命や人身の自由は道徳的で前国家的な自然権で、憲法はその自然権に法的な保護を与えている。広義の自己所有権テーゼは市場的財産権もそのような意味で自然権であると主張する」(森村・同 75 頁)、「このテーゼ(自己所有権テーゼ、筆者注)は一次的には私的所有権の一般的正当化事由を与えるものであって、それが直接財産権ルールの詳細を決定する程度は大きくない。とはいえそれは、(中略) 法人の財産権とか憲法上の経済的自由の保護とか著作権制度とか税制とかいった重要な問題において大きな役割を果たす」(森村・同 122 頁)との記述を見出せる。

54) 森村・前掲注 52) 19 頁。財産権は、日常的な意味では自己所有権とは言いがたいが、森村の用語では、財産権も、「広義の自己所有権」なのである。それは、「身体や自由に対する権利と外物の財産権とは基本的に異質のものではないからである」(森村・同 19 頁)。

55) 森村・前掲注 52) 28-43 頁。また、森村進『自由はどこまで可能か』(講談社、2001) 47 頁以下にも同様の議論がある。

は、狭義の自己所有権を全うするために必要である⁵⁶⁾。

かかる森村説からすれば、森林法判決はいかように説明できるのか。法哲学の著作としては自然なことであるが、この点につき、森村は直接には何も述べていない。しかし、共有物分割が制限されることで、先述した自然権の内容のうち、使用や収益の権利は大きく制約されることに鑑みれば、共有状態からの離脱を制約することは、自然権としての所有権に反すると結論付けることも無理ではないと考えられる。

4 自然権モデルの批判的検討

自然権モデルは成功しているだろうか。まず、自然権という概念は漠然としすぎており、具体的に違憲性を判断する際の基準にはなりえないとの批判が考えられるが、この批判は森村の議論には妥当しないであろう。森村の提唱する自然権としての財産権の内容は、憲法論として十分に役立つ具体性を備えている。森村の列挙する①から⑨の財産権の性質を法律が制約するとき、それを憲法上の財産権の制約であると観念することは可能である。

次に、財産権は法律によって形成されている以上、法律から独立した財産権概念は存在しないはずであるという、周知の批判がある。この批判に対し、次のように答えられるかも知れない。森村の自然権モデルの最大の貢献は、法律から独立した、規範的な財産権の内容を明らかにした点にある。財産権の具体的内容が法律によって作られるからといって、法律からも保護されるべきコアとなるような財産権の内容を法律から独立して観念することは可能である。確かに私人間で通用する個々の財産権は、法律を待たずには決まらないだろう⁵⁷⁾。しかし、法律によっても侵害し得ない中心的な財産権の性

質は、法律から独立して考えることが可能ではなくである。森村の考えるような財産権の内容が、自然権として、どのような民商法を持つかに関係なく全ての立憲主義国家において保護されるべきと主張することはおかしいことではない。このように解すれば、法律から独立した憲法上の財産権概念を認めることができ、上述の「財産権は法律によって形成されている以上、法律から独立した財産権概念は存在しないはずである」という批判をかかわることができそうにも思える。

しかし、そうはいかないであろう。確かに自然権モデルは財産権の中核的性質を特定することはできるが、それ自体では具体的な財産権を何一つ作り出せない。個々の具体的な財産権のルールによって、はじめて我々は財産権を行使できるようになる。物を排他的に支配する権利は、実際のルールの中に埋め込まれていなければ行使しようがない。とすれば、排他的な支配の権利といったものが観念できるとしても、それは財産権を規定する具体的なルールから独立して観念されるのではなく、ルールで規定されている財産権の性質の中でも、とりわけ重要で基本的なものとして観念されるのではないだろうか。まずルールから独立して保障されるべき財産権が自然権として存在しているのではなく、実際にルールによって形を与えられた具体的な財産権が先行するのである。ルールなくして自然権の観念だけあっても、そこには実際に行使できる具体的財産権がないからである。そして排他的支配のような性質は、それらの具体的な財産権の諸規定において、とりわけ要保護性の高い性質であるということに留まるはずであろう。森村の言うような自然権的財産権は、それ自体では成立せず、より詳細なルールがあって初めて財産権を行使できるようになるはずである。もちろんそのような財産権のルールは、国

56) 森村・前掲注 52)44-59 頁。

57) 森村自身も、森村・前掲注 52)122 頁などで、財産権のルールの詳細は自然権や自己所有権の概念だけから決めることはできないことを認めている。また、憲法上の財産権は、法律を統制するに足る内容を最低限備えていれば足りるのに対し、私法上の財産権は、私人の権利義務を決定するため、その内容は詳細である必要があろう。

家制定法である必要は必ずしもない⁵⁸⁾。しかし日本国憲法の下においては、財産権のルールは第一次的には法律によって与えられている。

このような意味で、法律から独立した財産権の性質があるとするのは、論理的順序が逆転しているのである。自然権モデルは、財産権の諸規定のうち、自然権として正当化するに耐える正義にかなった規定があると主張しているに留まると解すべきである。しかし、法律に先行して法律を統制する財産権概念がないとすれば、たとえ正義にかなった規定があっても、それは合憲となるだけであって憲法上の保障の内容となるわけではないはずである。

仮に思想の自由や表現の自由が自然権であるとしても、財産権はそれらとは構造を異にしている。憲法論は、国家行為を適切に統制することをその目的とするから、財産権が法律によって形成されているという事実は大きな意味を持つ。仮に財産権が自然権として法律なくして存在し、財産権立法なしに社会が運用されているならば、憲法による統制の問題は生じない。しかし、財産権が法律によって形成されるなら、財産権は国家行為の所産であり、憲法による統制に服せしめる必要があるのである。憲法論が、財産権を安易に自然権とみなすことや、財産権を思想の自由などと同じ構造とみなすことができない理由はこの点にも求められる。

5 小括

Ⅲでは、憲法上の財産権が法律を待たずに自然権として規定可能であるとする判決と理論を検討した。これによれば、財産権の内容が法律によって決まっている以上、法律に対抗した憲法上の財産権保障などありうるのかという問題は、その出発点において解決する。しかしながら、財産権はルールを必要とするのであり、ルールなくして財産権を観念することはできない。そ

してそのルールは日本国憲法の下では法律が第一次的なものであることから、やはり法律なくして財産権を観念することは難しいという結論に至った。結局のところ自然権モデルは、一定の財産権立法を正義にかなったものとして擁護することはできるが、財産権立法から独立して財産権立法を統制する財産権概念を導出することはできない。

6 昇格モデルと自然権モデル

Ⅲ6では、昇格モデルと自然権モデルの双方を関連づけて検討してみたい。昇格モデルは財産権を法律に依存する後国家的権利として、自然権モデルは財産権を前国家的自然権として捉えるという点で、両モデルは世界観のレベルで対立があるようにも思えるが、両モデルの距離は意外にも近い。それはどちらも結論において、自由で排他的な所有権規定を憲法上の統制から免除する。これらのモデルは、その免除の理由が異なるだけであるともいえる。あからさまな明文規定を除けば制憲者の選択に憲法解釈が縛られる必要もなく、また法律家の共通了解といった論拠にもさしたる説得力が見出せないのであれば、結局のところ自由で排他的な所有権規定に対する憲法的統制を免除するもっとも説得的な理由は、それが自然権として正当化可能な、正義に適った権利であるというものである。

しかし本稿の立場からすれば、法律はその一切が憲法上の統制から免れるべきではない。解釈によって特定の法律を憲法上の統制から免除することは憲法保障の構造に反するからである。さらに、本稿は、法律はその本質的属性として、自由の制約たる側面を孕んでおり、自由の制約として正当化可能なものであるかについて憲法上統制されるべきと考える。このような見地からすれば、財産権立法をどのように憲法

58) 本稿はアナルコ・キャピタリズムの可能性を否定するものではない。しかし、アナルコ・キャピタリズムが実現しても、民間企業によって現行の民商法と類似したルールが提供されることが予想される。また、憲法論にとっては、現実に成立している国家制定法の憲法的統制を考えなくてはならない。

上統制可能なのか。このような議論をVで展開することとしたい。

IV. 内容形成モデル

1 議論の方向

IIとIIIにおいて確認されたのは、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念は、端的に存在しない、ということに他ならない。つまり、「憲法上の財産権の制限」という命題は、ありえないことを語っているということになる。では、憲法上の財産権保障規定は、既得権剥奪立法や、私有財産制度の中核を侵害する立法を除いては、法律を統制しないのであろうか。このように解すれば森林法判決は端的な誤りであったと説明されることになろうし、憲法上の財産権保障規定の保障の内実は、実のところそれほどたいしたものではなかった、ということになる。これはこれで十分説得的な見解であるが、憲法上の財産権概念を認めなくとも、憲法上の財産権保障規定は、将来へ向かった立法内容を統制すると考えることもなお可能である。その可能性を提供する従来説が、内容形成モデルである。

小山剛は、昇格モデルや自然権モデルなどの、憲法上の財産権概念を肯定する説を、「原形テーゼ」と整理したうえで、それに「内容形成テーゼ」を対比させている⁵⁹⁾。憲法上の原則的な財産権形態があり、それに制約を加える立法を例外として考えるのが原形テーゼである。原形テーゼによれば、憲法上の財産権保障においても、思想の自由などの「自然的自由」の場合と同様に、原則・例外関係が成立することになる。憲法上の思想の自由＝その例外としての思想の自由制約立法という

構造と同様に、憲法上の自由な財産権＝その例外としての財産権制約立法という関係が成立するからである。

これに対し、内容形成テーゼは、憲法上原則となる財産権形態、言い換えれば憲法上の財産権概念の存在を否定する（その意味では本稿と同じ立場を採る）。財産権には憲法上の原則形態があり、そこからの逸脱を財産権の「制約」として観念することはできないのである。内容形成テーゼは、財産権の内容形成と制約が同じものであることを正面から認めたとえ、内容形成そのものが「適切かどうか」を直接に憲法的に規律しようとする。そのエッセンスは次のようなものである。

「原則としての自由な財産権」、「例外としての制限」という原則—例外関係は成立しない。財産権の内容と限界は、一体として定まる。したがって、財産権に制限を加えているかにみえる法規定に対して、《より制限的でない手段》や、《より効率的な手段》という観点から統制を加えることはできない。しかし、立法府が関連する諸利益を十分に考慮したかどうか、また、他の法規定と整合性がとれているかどうかについて、立法府の判断の「適切さ」を問うことは可能である⁶⁰⁾

これを本稿では、内容形成モデルと呼ぶことにし、本章で検討する⁶¹⁾。内容形成モデルを我が国で採っている論者として、小山剛と中島茂樹がいるので、順に検討を加えることとした。

2 小山剛の内容形成モデル

小山は、自然的自由と法的に構成された自由

59) 小山・前掲注24)63頁。

60) 小山剛「権利の保障と制度の保障」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』(弘文堂、2005)42頁、50頁。

61) 内容形成モデルを採用したと考えられる判決を、日本、アメリカにおいては筆者は発見していない。小山・前掲注1)208-214頁は、ドイツの憲法判例が内容形成モデル(に近い枠組み)を採用していると主張する。この点については、時間と筆者の能力の限界から検討できなかったため、他日を期したい。

とは、おのずとその保障のあり方も異なるはずである、という問題関心から出発する。小山によれば、思想の自由や人身の自由などの、法律や制度に依存しない自然的自由と、財産権のような法律や制度によって構成される自由とは、その法的構造を異にするべきであり、法律から独立した「自由な財産権」があり、それを法律によって制限することが違憲となりうる、と考えることはできない。財産権は法律に依存するのである。

財産権が法律に依存するとしたら、憲法上の財産権条項は立法者を拘束しないのか。もちろん、私有財産制度の核心部分の保障と既得権保障は、財産権が立法に依存するとしても導ける。しかし、それだけでは森林法判決は説明不可能であり、また保障される内容は極めて限られている⁶²⁾。私有財産制度の核心部分および既得権を侵害しない立法についても、立法者拘束性を獲得する道が、小山によれば二つある。それが原形テーゼと内容形成テーゼである⁶³⁾。原形テーゼとは、何らかの説明をかませることで、憲法上の原則的財産権形態を（擬似的に）導出した上で、それを制限する法律を例外と観念するもので、その思考構造は、自然的自由の制約の場合や、防御権ドグマーティクの場合と異ならない。それに対し、内容形成テーゼとは、そのような原則と例外の関係を観念しない。それは、立法による財産権の作りこみが、端的に適切かどうかを憲法上審査する。

では、この二つのテーゼのうちどちらがすぐれているのか。小山は、「原形テーゼは、所有権・財産権に関わる法制度のあり方について、明らかに現状保障的に作用するという問題があ

る⁶⁴⁾」と原形テーゼを批判する。つまり、特定の財産権のタイプを原則となる財産権として保障しても、それが防御権的に保障されるに留まり、社会・経済の変化に対して適切に財産権を作りこんでいくという積極的要請を憲法上課することはできないことを批判する。

社会・経済の急速な変化に直面する現在において、基本権主体の自律的・自己責任的生活形成を保障するには、立法による既存の制度の空洞化だけではなく、立法による法制度のメンテナンスにも目を向ける必要があるだろう。（中略）内容形成テーゼは、憲法を規準に立法者に拘束を加えると同時に、立法者に対して、社会・経済の変化に対応した所有権の再定義の可能性を与えるのである⁶⁵⁾

財産権の保障が国家に対抗する防御的作用にとどまるならば、財産権は、この変化（社会・経済の変化、筆者注）から背を向けた立法者の不作為に対抗できなくなるであろう⁶⁶⁾

このようにして小山は内容形成テーゼの優位を主張する。次に内容形成テーゼをより詳しく検討しよう。内容形成テーゼにおいては、憲法上の財産権保障は、個人の既得権保障に加え⁶⁷⁾、財産権立法の積極的な整備への委託をも含む。いわばそれは財産権の内容を適切に形成するように、立法者に作為義務を課すものといえる。立法者は、適切な立法をしなければならぬという意味で、客観法的に拘束されてい

62) 「制度の骨と皮だけの保障に満足できないのであれば、保障を制度の周辺領域にも及ぼす理屈を考えることになる」小山・前掲注 60) 50 頁。

63) 小山・前掲注 24) 63 頁。

64) 小山・前掲注 24) 64 頁。

65) 小山・前掲注 24) 64 頁。

66) 小山・前掲注 1) 204 頁。

67) 個々人が既に持つ既得の財産権の保障が憲法上の財産権保障の内容に含まれることは、ごく一部の少数説を除いて多くの学説が認める所であり、内容形成テーゼもその例にもれない。問われるべき問題は、それを超えて、憲法上の財産権保障条項が、私有財産制度の核心部分の保障という極めて内実の少ない保障に留まらず、将来に向けた財産権の内容形成立法をも規律できるかということである。

る。憲法上の財産権保障は、まず客観法的保障なのである⁶⁸⁾。「財産権の内容および限界を将来に向けて決定する立法者は、客観法的拘束から自由にこれを行うのではない。しかし、立法者によるこの決定は、防御権と同じ枠組みで統制されるべきものではない⁶⁹⁾」のである。

その客観法的拘束の内実はいかなるものだろうか。小山は、ハンブルグ堤防整備法判決⁷⁰⁾の「財産権は、人格的自由の保障と緊密に内的に結びついた、基礎的な基本権である。基本権全体のなかで財産権が任務とするのは、基本権主体に財産法領域における自由の空間を確保し、基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成できるようにすることである」との判示を引き、このような理念が立法者を拘束すると述べる。憲法上の財産権保障には、「各人が自分の生活を自己責任的に形成できるように、財産権秩序を継続的に形成しなければならない、という積極的要請」が含まれ、「立法府による制度形成がこの積極的要請の履行として『適切かどうか』⁷¹⁾」が審査されるのである。

このような内容形成テーゼを森林法に当てはめると、民法 256 条 1 項の分割請求権と森林法は原則・例外の関係となるわけではないが、関連する諸利益に照らせば、森林法は財産権の内容および限界を定める規定として適切ではなく違憲となる、とされる⁷²⁾。

3 中島茂樹の内容形成モデル

中島茂樹の内容形成モデルも、基本的な問題関心や理論構成は小山と大きく異なるものでは

ない。しかし、中島は小山と異なり、憲法上の財産権保障が適切な内容形成の委託を含んでいるとする見解から、小山に比べ具体的かつ論争的な実践的帰結を内容形成モデルに読み込んでいることが注目される。

中島によれば、個人の既得権保障と私有財産権制度の核心保障だけでは、財産権をめぐる立法の不作为に対応できないことに問題がある。「個々人の実体的な生存配慮や存立保護は、私有財産制度によることはほとんどなく、自己の労働や公の給付によってほぼ媒介され、つまるところ、財産配分をめぐる国家の社会的・経済的政策にますますその依存の度を強めるところとなっている⁷³⁾」とし、国家が「人間の尊厳」と「人たるに値する生存」の確保・維持のために積極的に財産権立法を組みなおしていくべきとされる。「国家の活動は、もはや第一義的に個人の権利の制限とみなされるのではなく、(中略) 個々人の人格的自由の保障のための財産権を発展させるための諸条件の一つとみなされる必要がある⁷⁴⁾」のである。このような観点から、憲法上の財産権保障は、既得権保障のみならず、「積極的に法律による内容形成の余地を肯定するもの」と解され、立法者は「個々人の人格的自由と内面的関連をもつ財産権の実質が侵害されていると見なされる状況がある場合、これを放置することは許されず、被害回復のための積極的な立法措置を講じる法的義務を負う⁷⁵⁾」とされる。

そして中島は、このような理論から、戦争被害の戦後補償の問題について、「憲法 29 条 2 項により財産権の内容形成を委ねられている立

68) 財産権立法には、常に客観法的拘束がかかる。もっとも、財産権の内容形成立法が、将来に向けた財産権の内容形成であると同時に、各人の既得の財産権に変更を加える場合には、各人の既得の財産権を過度に侵害してはならないという意味で、防御権的（主観的権利保障的）な拘束も同時に問題となる。小山・前掲注 1) 206-208 頁。

69) 小山・前掲注 1) 203 頁。

70) BVerfGE 24, 367. ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第2版）』（信山社、2003）308 頁。

71) 小山・前掲注 60) 50 頁。

72) 小山・前掲注 60) 50-51 頁。

73) 中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成」立命館法学 287 号 1 頁、61 頁（2003）。

74) 中島・前掲注 73) 62 頁。

75) 中島・前掲注 73) 63 頁。

法者は、被害回復のための積極的な立法措置を講じる法的義務を負うものと解される⁷⁶⁾と実践的な結論を導いている。

4 内容形成モデルの批判的検討

IV 4では、以上で紹介した内容形成モデルを批判的に検討してみたい。

(1) 客観法的保障という構成に伴う問題

内容形成モデルは、立法者に対して、財産権の内容形成を適切に行うことを義務付けるといふ客観法的保障を憲法上の財産権保障の内実として読み込む。しかし、既得の財産権保障を除けば、個人の主観的権利が憲法上の財産権条項により保障されているとは考えない。この点は、森林法判決を説明できないだけでなく（別にそれだけなら判決が誤っていたとすればよいだけの話であるが）、訴訟の場における救済を困難にするという問題がないか。

この点について、小山は「憲法を規準とした立法者拘束力と主観的権利性の関係についても、従来の常識が疑われなければならない⁷⁷⁾」として、客観法的保障の違反を主観訴訟の場で争うことが可能であると主張する。

法制度の保障は、自己目的ではなく、「基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成」できるためにある。制度としての財産権の保障に反する法律は、直接・現実に財産法領域における当事者の自由の縮減を意味する。憲法 29 条 1 項は、憲法の規準に適合した法制度形成の請求（あるいは、憲法の規準に反した法規範による規律を受けないこと）を含むと考えるべきであろう。

憲法上の選挙原則に対する違反が同時に選挙権の侵害であるとされることと、別異に考える必要はない⁷⁸⁾

しかし、このような主張は誤りを含んでいる。まず、引用にある「当事者の自由」とは何かが明らかではない。内容形成モデルは、「憲法上の自由な財産権」を否定しているのみならず、財産権を「自然的自由」ではないとしている。にもかかわらず当事者の主観的自由が不適切な財産権立法によって縮減されると説くのは、「憲法上の自由な財産権」を思考の道筋に密輸入しているのではないか。主観訴訟において法令を違憲として救済を得るには、憲法上の主観的権利の侵害が必要である。小山の言う「財産法領域における当事者の自由」は、そのような憲法上の権利足りえないはずであろう。それはなお、財産法上の自由、言い換えれば下位法上の自由でしかない。かかる自由の侵害に対して違憲判決による救済は不可能である⁷⁹⁾。

また、確かに不適切な立法による不利益を「自由の縮減」と表現することは可能かもしれないが、そこでは自由の意味はどこまでも希薄化され、「不適切な立法からの自由」を主観的権利にまで高めていると批判されることになる。

憲法上の選挙原則とのアナロジーも、成立するとは思われない。憲法上の選挙権は、既に憲法上の主観的権利として与えられている⁸⁰⁾。憲法上の主観的権利がそもそも観念できる選挙権保障と、憲法上の主観的権利をそもそも観念できないはずの財産権保障は構造が全く異なると思われるべきであろう。なぜ両者を「別異に考える必要はない」のか、不明確である。

もちろん、仮にこの批判が成功しているとし

76) 中島・前掲注 73) 74 頁。

77) 小山・前掲注 24) 71 頁。

78) 小山・前掲注 24) 71 頁。引用にある「法制度の保障」について説明を加えておくべきであろう。本文では言及しなかったが、小山は、財産権の内容形成を客観的に統制する自己のアプローチを、法制度保障の一つとして捉えている。それは、財産権が法制度に依存するためである。小山は、従来の通説と異なり、制度の核心部分以外にも、適切な制度設計を義務付けるという形で制度保障を及ぼそうとするのである。

79) 森林法によって民法上の自由が侵害されても、それは憲法上の主観的権利の制約ではない。

80) 高橋和之・前掲注 45) 249 頁。

ても、なお客観法上の保障は憲法に読み込むことができるから問題ないとする反批判は成立する。よってこのような批判が内容形成モデルを退ける決定的な理由になるとは考えないが、一つの弱点にはなるというべきだろう⁸¹⁾。

(2) 立法への委託を含むという構成に伴う問題

内容形成モデルは、立法不作為に対抗するという実践的目的を持っている。この点は論者にとっては大きな魅力となりうるが、論者にとっては大きな欠点ともなりうる。憲法上の主観・客観法保障の意義を主として国家からの自由の保障に求め、国家の過剰な統治を統制するためのものと考えれば、内容形成モデルは憲法論として不適切な内容を憲法上の保障に読み込んでいると批判されることになる。基本権規定によって憲法に国家の作為義務を課すことは、それによって統治の過剰を招く危険がある。基本権規定は国家の不作為義務を課しているに留まると解釈すべきであろう。

内容形成モデルによれば、憲法上の財産権保障は、「《各人が自分の生活を自己責任的に形成できるように、財産法秩序を継続的に形成しなければならない》、という積極的要請をも含む⁸²⁾」ものである。この「自分の生活を自己責任的に形成する」という要件はそれ自体では不明確であり、様々な価値を立法府の判断で充填できる余地がある。そして、当該要件に特定の正義構想を読み込めば、憲法上の財産権保障条項は、国家が特定の正義構想を実現するために統治権を積極的に発動する根拠となることに注意が必要である。例えば、中島は、市場主義を退け、極めて強い福祉国家的正義構想を憲法上の財産権保障に読み込んでいるように思われる。

経済活動において公正な競争メカニズムを設定・維持するための規制、社会的弱者保護の観点から一定の所得再配分を実施するための規制、公害防止や地球環境保全のための規制などは、社会全体で解決すべき国家的課題として、規制緩和や市場競争の名の下で安易に切り捨てられるのではなく、逆に強化され（る、筆者注）ものでなければならない⁸³⁾

憲法上の財産権保障が、以上のような要請を実現するための立法活動の委託を含んでいると解すれば、憲法上の財産権保障規定は国家の統治権発動の根拠として常に援用されうる。国家の積極的作為が憲法論を理由に正当化されるわけであるが、ここにはまず何よりも憲法は権力を抑制すべきとする立憲主義思想からの大きな転換がある。しかし、憲法は、「立法による法制度のメンテナンス⁸⁴⁾」を積極的に要請するものではなく、不適切な権力行使を排除するという役割を担うだけで足り、それ以上の役割を憲法に担わせることはむしろ危険であるとする伝統的知見をそう簡単に捨てるわけにはいかない。

内容形成モデルは、憲法上の権利保障を、権力の制約根拠から権力の行使根拠へと読み替えることを前提としているのである。そこでは、財産権立法が、自由を恣意的に制約する立法なのか問われるわけではない。あくまでも立法府に憲法上課せられた「積極的要請の履行として⁸⁵⁾」の適切性が問われるのである。もちろんこのような立場をどう評価するかは憲法観の違いに帰着するが、本稿は、憲法上の権利保障はまずもって制限規範であるという伝統的憲法観の立場から、反対を表明する。

81) この弱点は、主観訴訟において救済を受けられなければ、憲法上の保障は「絵に描いた餅」になると考える論者にとっては決定的なものとなりうる。

82) 小山・前掲注 60) 50 頁。

83) 中島・前掲注 73) 62 頁。

84) 小山・前掲注 24) 64 頁。

85) 小山・前掲注 60) 50 頁。

5 小括

本章では、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念を否定しつつも、憲法上の財産権保障規定によって財産権立法を統制する説として、内容形成モデルを検討した。内容形成モデルは、財産権の内容形成と制約が区別できないことを認め、「憲法上保障された財産権」と、「その制約としての法律」という関係を否定する。その代わりに、財産権を形成する法律の内容が適切か否かを憲法によって直接規律しようとする。

その前提には、財産権の適切な内容形成を持続的に行っていくことを立法府に委託することで、社会経済の変化に即応した財産権の作りこみを怠るという立法府の不作为に憲法によって対抗するという問題意識がある。しかし、このように憲法上の財産権保障によって積極的な作為への要請を課すことは、制限規範としての憲法という伝統的憲法観からの逸脱を含むものであった。よって、本稿は内容形成テーゼも憲法上の財産権保障の内実として不適切であると考ええる。

6 三つのモデルの何が問題なのか

以上で先行研究の検討を終えたこととした。そこで本節では、三つのモデルに対する各論的批判ではなく、それらに共通する理論的前提を本稿の採用する憲法観の立場から批判したい。実践的議論において、全く批判の余地を残さない完璧な理論など存在しない。そうである以上、各論的批判を並べ立てたところで、それらを退ける最終的な根拠とはならないであろう。我々は、一つの実践的理論を内的に受容し、その任意の一つの理論的立場から様々な理論を評価できるに過ぎない⁸⁶⁾。

本稿の基本的な立場は、法律が自由の制約となる契機を常に孕み、それゆえに自由の制約として許されるかが憲法上審査されなければならない

ないというものである。かかる理論の正当化はVで行うが、このような理論を受容した視点からすれば、先行の三つのモデルは法律が持つ自由への介入の契機を捉えそこなっていると批判されることになる。本稿は、たとえ財産権の内容形成であってもそれは全き恣意の現れとしての自由を制約するものであり、同時に恣意の現れとしての自由を制約することで法益を追求する国家行為であると考えたいのである。そのような理論をVで提示したい。

V 一般的自由権を制約する統治利益としての財産権

1 議論の方向

財産権は法律によって形成されている以上、憲法上の財産権保障は法律に対抗できるのかという憲法上の財産権保障のアポリアについて解を与えると考えられる従來說として、昇格モデル、自然権モデル、内容形成モデルを批判的に検討した。

結論として、憲法上の自立的な財産権概念は観念できず、憲法上の財産権に法律によって制約が加えられる、という構造は成り立たない。民法などの法律上の財産権が憲法上の財産権に昇格するという理由はない。よって、民法上の財産権に制約を加える立法は、憲法上の財産権の制約ではない。また、自然権として財産権を観念することも困難であった。よって、特定の財産権立法（例えば民法上の所有権）が自然権の具体化であり、特定の財産権立法（例えば森林法）が自然権の制約であるとする論理は成立しない。また、憲法上の財産権保障は立法者が財産権の内容を適切に形成することを保障するという見解も、その前提となる憲法観に問題があり、採用しがたい。

では、憲法はなんら将来へ向かった財産権の内容形成立法を規律するものではないのだろうか。そうではないはずである。財産権立法を憲

86) 参照、長谷部恭男「比べようのないもの」『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000）25頁。

法の財産権条項(29条)で規律できなくとも、他の条項で規律できる可能性は留保されているからである。本稿では、法律は私人の有する無制約かつ恣意的な自由に対する制約となりうる契機を常に孕むことを肯定した上で、財産権の内容形成立法をこのような自由への制約と観念することで、通常的自由権制約立法と同様の規律に財産権立法を服させ、それにより財産権立法を憲法上統制するというアプローチを提唱する。そこでは財産権は一般的自由権の制約であると同時に、国家が迫及すべき統治利益⁸⁷⁾であると観念されることになる。

Vでは、まず一般的自由権説の人権理論としての説得性と魅力を検討する。その上で、一般的自由権説がどのように財産権論と切り結ぶのか、自説によって財産権立法を憲法上の統制と正当化に服せしめることがどのように可能になるのかを検討する。

2 無限定の一般的自由権説の擁護

財産権立法は一般的自由権を制約しつつ統治利益を追求するものであるとの命題を論証するに当たって、本稿ではまず一般的自由権説⁸⁸⁾の妥当性を論証することからはじめ、その作業が終了した後に財産権論と一般的自由権説がどのように関連するのかを論じることにする。本稿では他人の占有する財産を強奪する自由を含む極めて広範かつ恣意的な自由権を憲法が「一応」保障し、それを制約する国家行為として民法上の所有権をはじめとする財産権立法を観念することになる。よって、まずはそのような無限定の一般的自由権を憲法上保障することの正当性が問われなければならないのである。

一般的自由権説は、ボン基本法2条1項の解釈を参考にしながら、主として憲法13条の保護範囲の問題として論じられてきた⁸⁹⁾。ここでは、憲法13条によって法的権利としての幸福追求権が保障されていることを前提に⁹⁰⁾、

87) 統治利益とはあまり聞かない用語であるかもしれない。これはアメリカにおいて *governmental interest* と呼ばれている概念の和訳である。アメリカにおいては、憲法上の権利を制約することによって得られる利益を *governmental interest* と呼んでいる。そして、司法審査の厳格度によって、権利を制約する際に要求される *governmental interest* の重要性に段階が設けられている。「今日、裁判所は、厳格審査テストを、問題となっている法律がやむにやまれぬ *governmental interest* を追求するのにぴったりと適合したものであるか否かを問題にするテストとして説明している」PAUL BREST, SANFORD LEVINSON, J. M. BALKIN, AKHIL REED AMAR, *PROCESSES OF CONSTITUTIONAL DECISIONMAKING : CASES AND MATERIALS* 810 (4th ed., Aspen Law and Business 2000)。

この用語は、通常は政府利益と訳されている。高橋和之・前掲注45)114頁、松井・前掲注45)343頁。松井は、同頁で、政府利益の概念に関して、「基本的人権は政府に対して主張しうる権利であるから、国民が基本的人権を行使したとき他の国民の基本的人権と衝突することはありえない。政府が国民の基本的人権を制約するとき、その制約利益は常に政府利益として捉えられなければならない」と述べるが、全面的に賛成である。

にもかかわらず本稿が統治利益と訳するのは、*governmental interest* は、政府のみが享受する利益ではなく、究極的には私人一般へと還元されるべき利益であり、統治利益と訳したほうが素直なのではないかと考えるからである。

88) 用語の問題であるが、幸福追求権の保護範囲を広く取る説については、「一般的自由説」ないしは「一般的行為自由説」との名称が通常採用されており、「一般的自由権説」との名称はあまり聞かれない。これは主として、一般的自由権説がドイツにおける議論の輸入によっていることに起因していると考えられる。ドイツにおいては、ボン基本法2条1項の保護範囲が、「一般的行為自由 (*allgemeine Handlungsfreiheit*)」に及んでいると解されているからである。ピエロート=シュリンク (永田ほか訳)・前掲注1)123頁。

しかし本稿では、一般的な行為の自由は、政府がそれを制約するに際して憲法上の限界を課され、また合憲的に制約しようとしても制約の正当性を挙証することを憲法上強制されるという点で、国家に対する権利の性質を持つものと考え、一般的自由権説の用語を採用した。松井・前掲注45)569頁のように、一般的自由権説の用語を採用するものもある。

89) ドイツの議論を参照しつつ13条を論じた論文として、戸波江二「自己決定権の意義と射程」芦部先生古稀記念『現代立憲主義の展開・上』(有斐閣、1993)325頁、工藤達朗「幸福追求権の保護領域」法学新報103巻2=3号191頁(1997)、丸山敦裕「包括的基本権条項から導かれる権利の射程」阪大法学48巻6号1541頁(1999)など。

90) 憲法13条の解釈として、具体的・法的権利としての幸福追求権を認めるのが学説の圧倒的傾向であり、また最高裁も、京都府学連事件(最大判昭和44年12月24日刑集23巻12号1625頁)で憲法13条の具体的権利性を承認したと理解されている。それに対し、伊藤正己『憲法(第3版)』(弘文堂、1995)229-232頁のように、憲法13条の具体的権利性を否

その保護範囲を広く取る説として一般的自由権説が、狭く取る説として人格的利益説が対立しているのである⁹¹⁾。人格的利益説は、幸福追求権の内容を限定的に捉え、「人格的生存」や「人格的自律」にとって必要な権利のみを幸福追求権として保障すれば足りるとするのに対し、一般的自由権説は、そのような限定を付さずに、あらゆる活動の自由が幸福追求権として保障されるべきとするのである。そして一般的自由権説にも、最も広く殺人の自由まで幸福追求権の「一応の」射程に含める立場から、「他者の自由を害しない限り」での自由のみが幸福追求権として保障されるとする立場まで様々ある。

本稿で擁護されるのは最も広く自由を保障する立場の一般的自由権説（殺人の自由をも一応幸福追求権の射程に含める立場）であるが、そのような見解を表明した論者として、内野正幸がいる。内野によれば、「対国家的な私人の自由であればなんでも人権として幸福追求権条項で拾える（そのあとで合憲的な制約を受けるかどうかは別として）⁹²⁾」ということになる。内野説では、全ての自由を「一応の自由」として憲法上囲い込んだ上で、その後その自由を合憲的に制約できるか否かを考えるのである⁹³⁾。

このような見解の当否を考えるには、表面的

な理由付けに留まらず、自由権の基礎理論にまで遡及する必要がある。それは、憲法上「一応」であるにしても保護されるべき自由の画定に際しては、自由とは何か、あるいは憲法上の権利とは何かという問題についての見解が大きく影響するからである。新正幸は、ドイツの防御権ドグマーティク⁹⁴⁾を評価する文脈において、内野説を批判するが、その大きな理由のひとつは、『自由は法においてのみ可能であり、およそ法がなければ自由はありえない』という意味で、『自由の存立条件』をなす法と両立しない行為は、基本権の保護領域に属しないとの立場を妥当と考える⁹⁵⁾からである。ここにおいて、自由の概念をどのように理解するかが、幸福追求権の射程をいかに理解するかに影響しているのである。

V2では、幸福追求権の射程として殺人の自由や窃盗の自由などまで含ませる、無限定の一般的自由権説を擁護する理論的根拠を示す。無限定の一般的自由権説は、主としてバーリン (I. Berlin) やホッブズ (T. Hobbes) の政治理論にその着想を得たものである。そこでは万物および万人に対する無制約の自由が自由権として憲法上一応の保障を受け、国家によるそのような自由権の制約は違憲となりうる。これは、ちょ

定する見解もなおある。

91) 学説の網羅的な整理として、藤井樹也『「権利」の発想転換』（成文堂、1998）315頁以下。ここでは、一般的自由権説として、阪本昌成『憲法理論Ⅱ』（成文堂、1993）235頁を、人格的利益説として、芦部・前掲注11)115頁を挙げるに留める。プロセス理論の立場から、人格的利益説と一般的自由権説をともに批判する見解について、松井茂記「自己決定権」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995）57頁。

92) 内野正幸「国益は人権の制約を正当化する」長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社、1995）42-43頁。内野は、この95年論文では、「私人の自由であれば何でも人権として幸福追求権で拾える（下線筆者）」とするのに対し、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社、1991）324頁では、『一応の自由』から合憲的な制約を差し引いた残りが、『憲法上の自由』である、という説明法が妥当する場合については、制約の仕方が問題とされうる」として、幸福追求権で囲い込まれる自由の範囲を、「一応の自由」として「憲法上の自由」と区別している。ここにおいて、「一応の自由」「憲法上の自由」「人権」の三つの概念がいかなる関係に立つのかは、明瞭ではない。内野説の趣旨は、全ての自由について、一応とはいえ憲法上の保護が及ぶということであって、それをどのような用語で整理するかはあまり重要ではないということであろう。

93) 内野・前掲注92)『憲法解釈の論理と体系』325-326頁は、憲法上一応保護される自由限定を付さない説を「無限定説」としたうえで、それを擁護する理由を列挙している。

94) ドイツでは、自由権を制約する国家行為を裁判所が審査するに当たって、「3段階審査」が確立しており、それは「防御権ドグマーティク」とも呼ばれる。簡潔な紹介としては、松本和彦「基本的人権の『保護領域』」小山剛＝駒村圭吾編『論点探究憲法』（弘文堂、2005）94頁。

95) 新正幸「基本権の構成要件について」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社、2004）175頁、194頁。

うどホッブズ的自然状態における自然権⁹⁶⁾に近いが、その名宛人が、つまりはその権利を主張できる相手方が国家のみであるという点で、ホッブズ的自然権と異なっている。つまり、いかなる恣意的自由であれ、それが国家によって制約を受けるときは、それは憲法上の自由権の制約として構成されることとなる。

しかしこのような見解は、一見すると説得的ではない。よって、かかる見解を説得的なものとして提示するには、いくつかの論証が必要である。

(1) 憲法上の自由権と人権の峻別

近年においては、人権と憲法上の権利とを別の概念として自覚的に用いることが通常となっている⁹⁷⁾。この二つの概念を区別して用いることで、一見すると説得的でない無限定の一般的自由権説が説得力あるものであることを示すのが本款の課題である。憲法上の権利は、その性質上、国家に対してのみ主張できる権利である。このような、憲法上の権利の対国家性によって、無限定説は説得的なものとなりうる。

社会契約論の理論伝統によれば、国家はその存在自体が自明ではなく、国家は自らが存在することの正当性を示さなければならない。つまり、たとえ殺人を禁止するにせよ、そのようなことが許されるのは自明ではなく、殺人を禁止できる理由（殺人禁止の正当性）を国家は示さなければならないと考えられる。このような理由提示の強制を達成するためには、私人の側に、たとえ「一応」であつても殺人の自由を保障することが最も簡便である。国家は、私人に殺人の自由が保障される以上、その制約にはその自

由を制約することによって得られる利益を提示し、自らの殺人禁止行為を正当化しなければならないからである。このように、国家に理由提示を強いる権利として、憲法上の自由権は観念できる。

確かに我々は他人を侵害する「人権」を持っていないかもしれない。しかし、だからと言って国家が殺人を刑法によって当然に禁止できるとは言えない。例えば、民間に治安維持を委ねる、刑法を廃止し不法行為に一本化するということが論理的には可能なのであり⁹⁸⁾、それにもかかわらず国家が刑法により介入することの正当性を問いなおす契機として憲法上の自由権を捉えることができる。この点で、無限定の一般的自由権説は、国家の存在を自明視しないという、社会契約論の理論伝統を復唱しているに過ぎないのである。

特定の行為が悪しきものかどうかという問題と、その行為を国家が禁止することが許されるか否かという問題は、別個に観念されるべきであり、無限定の一般的自由権説は、主として後者の問題についての論証を国家に課すことに意義がある。長谷部恭男は、違憲審査基準の厳格度を決めるにあたって、「他の人種を差別したいとか、人を殺したいという欲求は、もともと制度の設計に際して考慮すべき正当な主張ではない⁹⁹⁾」とするが、人種差別に関しては、差別的表現にも厳格審査が適用されるべきとするのが、少なくとも今日の日本の通説であり、また差別的表現を厳格審査しないとしても、それには相当な正当化が要求される。また、差別を含む法律行為にしても、それがなぜ、いかなる

96) 「自然の権利とは、各人が、かれ自身の自然すなわちかれ自身の生命を維持するために、彼自身の意志するとおりに、かれ自身の力を使用することについて、各人がもっている自由であり、したがって、かれ自身の判断力と理性において、かれがそれに対する最適の手段と考えるであろうような、どんなことでもおこなう自由である」 THOMAS HOBBS, *LEVIATHAN* Chap.14, 91 (revised student edition, Cambridge U.P. 1991). 水田洋訳『リヴァイアサン(1)』(岩波文庫、1954) 216頁。「各人はあらゆるものに、相互の身体に対してさえ、権利をもつのである」 *Ibid.* 水田訳・217頁。

97) 石川健治「人格と権利」ジュリスト1244号24頁(2003)、松本和彦「基本的人権の保障と憲法の役割」西原博史編『岩波講座憲法2 人権論の新展開』(岩波書店、2007) 23頁など。

98) ランディ・バーネット(嶋津格=森村進監訳)『自由の構造』(木鐸社、2000) 第11章は、犯罪抑止の手段として、刑罰の廃止と損害賠償への一元化を提唱する。もっとも、それは「分散的所有」という条件の下において可能となるに過ぎないが。

99) 長谷部恭男「それでも基準は二重である！」『比較不能な価値の迷路』(東京大学出版会、2000) 102頁。

根拠によって無効としうるかは、私人間効力論を中心として争われてきたところである。差別的な結社や教育の限界といった問題も、そう簡単に片がつくものではない。他の人種を差別したいという選好が正当なものではないことと、それを国家が何らかの方法により禁圧できるということは、論理平面を異にする問題であって、後者の問題には前者の問題とは別個の論証を用意すべきである。

殺人の禁止にしても、それが比例原則の要請を満たすか、過剰な制約となっていないかは問題としうる。例えば殺人罪に死刑のみを以って臨むのは、立法目的に照らすと殺人行為を過剰に制約していると観念できるはずである。国家は一般予防目的を追求する限りにおいてのみ刑罰によって殺人行為を禁止できるのであり、殺人行為といえども当該目的を実現するための最小限の制約しか許されるべきではないのである。無限定の一般的自由権説は、憲法上の自由権を、選好の当不当ではなく、そのような選好の実現を国家が禁じることの是非を問うための権利として考えるのである。国家はなぜ、殺人行為でさえ過剰な制約をなしえないのか。それを説明する論理として無限定の一般的自由権説がもっとも簡便であり、統一的な説明を可能にする。

これに対し、人権の概念は、人が人であることのみ由来する権利と観念されるのが通常であろう。人権の理念は、道徳哲学的概念として、憲法上の権利の正当化根拠、または批判根拠として援用すべきではなかろうか。このように憲法上の自由権と人権の両概念を区別して把握すれば、憲法上の自由権が一切の自由を保護範囲に含むとしても何ら問題はないはずである。

(2) 自由権と統治利益の峻別

無限定の一般的自由権説に対しては、あらゆる

自由を憲法上の自由権として保障することは、自由の名に値しない行為にまで憲法上の保護を与える点で自由という概念の誤用であり、自由はより実質的に捉えられるべきとする批判が考えられる¹⁰⁰⁾。この批判によれば、刑法による殺人罪の制定は、誰もが恣意的に命を奪われず安心して生活できるという自由を確保するものとなる。自然犯を処罰する刑法は、自由を制約するのではなく、自由を保障するのである。

このような見解は自由を実質的に把握するものだが、政治思想史において、自由概念に実質的価値を充填せず、自由を強制の不在として純粹に形式的に把握する系譜が存在することを忘れてはならない。ホップズ、ベンサム (J. Bentham)、バーリンの系譜がそれである。バーリンは自由をあくまで強制や干渉の不在に求めた上で、自由とそれ以外の諸価値とを区別しようとする。「用語の混乱からは、何も得られない。(中略)自由は自由である。それは平等ではなく、公正ではなく、正義ではなく、文化ではなく、人類の幸福ではなく、また良心の平静でもない。(中略)自由の損失は正義や幸福や平和の増大によって埋め合わされるかもしれない。しかし損失は損失として残り続ける¹⁰¹⁾」。「法律は常に足かせである。たとえそれがあなたを、法律の鎖よりも重たい鎖、例えば専制君主制とか混沌とかの鎖につながれることから守るものであるにしても、そうなのだ¹⁰²⁾」というわけである。

なぜ、偉大な思想家がこのように空虚ともいえるものを自由と呼ぶのだろうか。第一に、自由の概念に実質的価値を充填するのは、自由そのものではなく自由以外の価値を自由の名で擁護しているに過ぎないのだ、という概念的混乱があるからである。ルソーは一般意思への服従を自由と考えたが¹⁰³⁾、このように、自由に一度実質的価値の充填を認めてしまえば、自由概

100) 新・前掲注95)の批判も、同様の見地に立つものであろう。

101) ISIAH BERLIN, *Two Concepts of Liberty*, in *LIBERTY: INCORPORATING FOUR ESSAYS ON LIBERTY* 166, at 172 (Oxford U.P. 2002). 小川晃一ほか訳『自由論』(みすず書房、1971) 309-310頁。Everything is what it is: liberty is liberty という文は簡潔にその精神を表現している。

102) BERLIN, *supra* note 101, at 170. 小川ほか訳・308頁。

103) ジャン・ジャック・ルソー(桑原武夫=前川貞次郎訳)『社会契約論』(岩波文庫、1954) 35頁。

念は論者の価値選択の言い換え以外ではなくなる。自由が抑圧されるとき、それは常に他の何らかの価値を実現するためであるから、自由に実質的価値を充填すれば、ともすれば自由の抑圧を自由の名で擁護することになるのである。

第二に、形式的自由は空虚ではない。自由をどこまでも形式的に把握することによって、我々は他の価値を得ることによって自由を失うことを知るのである。自由が実質的なものであれば、法律や国家の存在によって我々は何も失わないかもしれない。自由を形式的に捉えてはじめて、強制が発動するとき何か失われる価値がありうることを知ることができる。このような態度が結局は強制力に対する抑制となるのである。

憲法学においても、自由と自由以外の諸価値とを区別して考えたほうが思考の明晰化に資するし、自由を擁護する上で有用である。そのような区別が、統治という国家行為と、それに対抗する論理としての自由権という二項対立的な図式で憲法論を語る事が可能になるからである。刑法や不法行為法は自由の促進としてではなく、秩序や治安などの統治利益の追求として捉えられるべきである。そもそも統治という営みは、何らかの統治利益を確保するために、どこまで自由を制限できるかというぎりぎりの営みなのであって、その緊張関係を忘却するならば、統治に抵抗する自由の論理が失われ、統治の過剰を招く可能性がある。自由権はあくまで国家権力に対抗する権利として、統治利益の追求の正当性を挙証させる手段として把握すべきである。本稿は、国家が強制力を発動するとき、それを常に統治利益の追求として把握し、国家の強制力によって自由が制約されるとき、それを常に自由権の制約として把握する。いわば、本稿は、「概念としての自由を思考の排他的定点に据え、個人が自由権を行使することによって統治に対峙するという意味空間」を描き出そうとするものである¹⁰⁴⁾。

3 自由権制約の思考構造（1）

以上で一般的自由権説の正当化を終えたこととし、以下では一般的自由権説の法的思考構造を検討する。以上で論じた無限定の一般的自由権説の特徴をまとめれば、次のようになる。第一に、憲法上の自由権は対国家限りのものであり、私人に対してはなんらか何らかの請求が可能となるわけではない。その裏返しとして、私人が憲法上の自由権を侵害することもまた不可能である。第二に、憲法上の自由権は全くの無制約であり、万人および万物への介入を含んでいる。いわば、ホッブズ的な自由である。ホッブズはそれを自然権として万人が万人に対して主張できる権利としたが、本稿はそのような自由を憲法上の権利として引きなおすことにより、私人が国家に対して主張できる権利として構成する。第三に、国家はそのような私人の有する無制約の自由権を制約することで、治安をはじめとする統治利益を追求することを許されている。

このような無限定の一般的自由権説における自由権制約の考え方をケースで考えると次のようになる。例えば、物権的請求権に基づく建物明渡し請求訴訟が認容された場合を考える。この場合、所有権者の所有権の実現が統治利益となる。一方、被告の占有する自由は一般的自由権として捉えられる。この場合に、被告は現に占有する建物から出て行かねばならず、そこには国家による自由権の侵害が生じる。しかし、統治利益の重要性が自由権の要保護性を凌駕するからこそ、被告の自由権制約は合憲となる。このとき、被告の自由権は民法上の物権的請求権という国家制定法によって制約されている。このように、無限定の一般的自由権説からすれば、財産権立法は自由権の制約として把握しうる。

建物明渡し訴訟のこのような分析は、一見奇妙にも思えるかもしれないが、人格権に基づく

104) 蟻川恒正『憲法的思惟』（創文社、1994）293頁「概念としての個人を思考の排他的定点に据え、かかる個人が動詞 reason を行使することによって世界（国家、国際社会）に対峙するという意味空間」という文章を借用させていただいた。

出版物の差止め請求訴訟と、その構造はパラレルである。問題となる自由権が一般的自由権ではなく表現の自由であるという違いはあるが、統治利益を人格権の保護として、制約される自由権を表現の自由として観念した上で、その自由権の制約を正当化するに足る統治利益が存在するかが問題となるのである。表現の自由を侵害するのは国家の差止め行為であり、憲法上の権利はそれに対抗するためにある、というのは、既によく知られた論理である^{105) 106) 107)}。

4 自由権制約の思考構造（2）

V3で論じた二つのケースは、いずれも私人の既得の地位に国家が侵入してくることをもって自由権の侵害とした。建物明渡し請求訴訟では、既に建物を占有している被告を排除する点に、一般的自由権の侵害があった。出版物の差止め請求では、出版物を差し止めるという国家の作為的行為（の根拠となる民法上の人格権規定）により、表現の自由が侵害された。

これに対し、原告の既得の地位に変化が生じない場合には、問題は複雑になる。例えば、建物明渡し請求訴訟において、請求が棄却された場合はどうであろうか。この場合、私人の自由権の制約は生じるのか。通常、このような場合には自由権の侵害は観念できないと考えられているように思われる。例えば、建物明渡し請求訴訟で原告が敗れても、それだけでは自由権は侵害されず、そのような判決にもかかわらず原告が自力救済をしようとして、刑法や不法行為法によって不利益を被ることになって、はじめて自由権の侵害が生じると考えるのが素直である。しかし、請求棄却によって原告は当該建物へ侵入する自由を国家によって明示的に否定されたことになるのであり、この点をどう考えるかが問題となろう。

同様に、人格権にもとづく出版物差止め請求訴訟を考えてみる。これが棄却されると、私人の自由権の侵害は生じるであろうか。原告の既得の地位にはなんら変化が生じていないので、自由権の侵害はなさそうである。しかし、被告

105) 松井茂記『マス・メディアの表現の自由』（日本評論社、2005）148-149頁は、出版差止めの事例において、「裁判所が差止めの仮処分を命じることが、マス・メディアの表現の自由を侵害することになるかどうかは憲法問題であり、憲法上の基本的人権としてのプライバシーの権利の問題は提起されてはいない。当然、基本的人権である表現の自由と基本的人権であるプライバシーの権利は何ら『衝突』してはいない。（中略）ここで問題とされているのは、憲法上の基本的人権としての表現の自由の制約の許容性であり、プライバシーの権利は、法律上保護された利益として、表現の自由を制約する『政府利益』として登場するだけである」と正当にも指摘する。

106) やや場面が異なるケースではあるが、私人間の問題に過ぎなかった八幡製鉄事件（最大判昭和45年6月24日民集24巻6号625頁）において、法人の人権享有主体性という憲法上の問題が論じられた理由も同様に説明できる。法人に政治的行為の憲法上の権利が認められるなら、それを国家（この場合には公序良俗規定などの制定法）が否定することは、憲法上の自由権の侵害となりうる。仮に法人に憲法上の自由権が認められないなら、法人の自由の制約に憲法上はなんらの制約もないこととなり、それは純粋に民法および商法の解釈問題となろう。しかし、法人の政治的行為が憲法上の自由権を構成する以上、司法権による民法および商法の解釈は、憲法的に限界付けられるのである。いわばその構造は、出版物の差止めが表現の自由を制約するがゆえに、司法権による民法上の人格権の解釈が憲法的に限界付けられるのと同じなのである。

107) いかなる国家行為が自由権を制約するのかを確認しておきたい。行政処分が介在する場合で、法律が合憲であり、行政処分に裁量性がある場合には、行政処分の違憲を問題とすべきであろう（処分違憲）。これに対し、法律の文言が一義的であるときには、行政処分の介在の有無を問わず、直接法律の違憲（法令違憲または適用違憲）を問題とすれば足りる。一方、公序良俗違反や民法上の人格権などのように、法律の解釈の幅が広い場合には、裁判所の解釈や裁判権発動が違憲となるという構成も可能であろうが、法律の合憲限定解釈が可能であればそれによるべきであるし、不可能であれば適用違憲を問題とすべきである。つまり、違憲判断の対象は法律であるべきである。裁判所の法解釈および裁判権発動の合憲性を問題としてしまうと、裁判所は自らの権力行使の合憲性を自ら審査するという構造になり、中立的第三者による審査という構造が崩れるからである。これによれば、出版物差止め訴訟は、差止めを違憲として請求を棄却したい場合には、民法上の人格権の合憲限定解釈によると説明されることとなる。人格権が民法上認められていることが明らかで、合憲限定解釈が使えないと考える場合には、表現の自由を差し止める限りで民法上の人格権規定を違憲とする、適用違憲の方法を用いることになる。

は当該出版物の公表を阻止する自由を確定的に失うことにはなる。この点を自由権の侵害と見ようか。問題はまたしてもパラレルである。

これらの自由権は、無限定の一般的自由権説からすれば、自由権としての内容は持っている。他人の財産へ恣意的に介入することも一般的自由権の内実をなすからである。しかし、自由権の行使が未だ行われておらず、将来の自由権行使を制約されたに留まっている。仮にもこのような状態を自由権の侵害として構成すれば、立法がなされた段階で自由権の制約が発生してしまうという批判がなされる。

この問題は、次のように考えることができる。立法がなされた段階では、どのような自由権がどのように否定されるのかはまだ具体的な形を持っていない。例えば民法が制定されただけでは、所有権を証明できない者が物件に侵入できなくなるという抽象的な事態が生じるだけである。これに対し、訴訟の段階では、請求の趣旨および原因によって、どのような自由を実現したいのかは具体化しているから、それを制約する法律は、既に具体化された自由権の制約となりうる。

例えば、所有権にもとづく不動産返還訴訟において、留置権の抗弁が認められて請求一部棄却（引換給付判決）になった場合を考える。留置権は民法上の所有権を制約するものであっても憲法上の財産権を制約するものではないから、留置権の規定が民法上の所有権制約を理由として違憲となることはない。しかし、当該不動産に対する一般的自由権を留置権は制約しているから、その限りで留置権の規定は憲法上の統制に服することになる。

ここで、財産権立法は、多種多様なのであり、このように全ての財産権立法を自由権の制約として把握することは不可能であり、また明晰な思考を妨げる、と批判されるかもしれない。しかし、訴訟の場においては、原告の請求は常に何らかの物件、金銭、身体などへの物理的アクセ

セスとなって現れる。このような自由はホップズ的な自由として、つまりは一般的自由権として把握可能なものであろう。そして、あらゆる法令は、請求原因、抗弁、再抗弁という構造になって訴訟の場に現れるから、特定の法令を違憲無効とすることで、請求原因や抗弁が認められないのと同じ効果を持つことになり、原告あるいは被告の自由権が救済される構造になる。つまり、被告の抗弁となる法令が違憲となれば、原告の自由権が救済され、原告の再抗弁となる法令が違憲となれば、被告の自由権が救済されるという構造になっている。

例えば、売買に基づく動産引渡し請求訴訟において、被告は錯誤を抗弁として主張し、原告は重過失を再抗弁として主張したとする。このとき、原告の自由権は動産へのアクセス権、被告の自由権は動産を占有する自由、ということになる（どちらの自由権も対国家的な憲法上の自由権としてのみ把握しうる。それは対私人の権利ではない）。売買契約の民法 555 条を違憲とすれば、請求原因が不成立とされ、被告の自由権は救済され、錯誤の民法 95 条本文を違憲とすれば、抗弁が不成立となり原告の自由権が救済される。一方、95 条但書を違憲とすれば、再抗弁が不成立となり被告の自由権が救済される¹⁰⁸⁾。これはあくまで思考実験に過ぎないが、訴訟物は常に財や身体へアクセスする自然的自由として把握可能なこと、訴訟の構造は請求原因、抗弁、再抗弁といった攻撃防御方法から成り立っていることを考えれば、本稿のような思考はほとんどの財産権立法に適用可能と思われる。

5 再び、森林法違憲判決

このようにして、法令が違憲となる場合というのは、当該法令を適用して原告の請求を認容することが被告の自由権を侵害する場合と、当該法令を適用して原告の請求を棄却することが

108) もっとも、このとき合憲性が審査される法律は、財産権に関するものというよりは法律行為に関するものであり、法律行為自由の原則の憲法上の位置づけについての検討が別途必要かも知れない。

原告の自由権の過剰な、ないしは恣意的な侵害となる場合の、二通りが考えられることになる。

では、このような論理で森林法判決を説明できるのか。本件原告は、自己が持分二分の一を有する森林の分割請求を求めて出訴した。森林法を違憲とするには、請求を森林法の規定どおりに棄却することが、原告の自由権の過剰ないしは恣意的な侵害である必要がある。では、棄却した場合にどのような自由権の侵害が生じるのか。

原告が最終的に求めているのは、現物分割を前提とすれば、共有森林の二分の一の面積を自由に処分することである。これは私人に対しては民法上の所有権という権利になって現れるが、国家に対しては、一般的自由権として対抗できる。既にみたように、民法上の所有権が憲法上の権利として国家制定法に対抗できる権利になる理由はなかった。対私人の権利である民法上の権利は、国家制定法に対抗するものではないから、当該森林を自由に処分する権利は、国家に対抗する関係では所有権ではなく一般的自由権として捉えなければならないのである。

では、分割請求権を否定する森林法は、かかる一般的自由権の制約なのか。仮に森林法の当該規定がなければ、分割請求が認められ、原告の求める、共有森林の二分の一の面積を自由に処分する一般的自由権は国家からの妨げを受けない。とすれば、森林法による分割請求権の否定は、当該森林への一般的自由権を制約するものとして捉えうる。そして、分割請求権の否定は、正当な統治利益を欠く規定として違憲となるのである。

6 財産権立法の統制密度

ここで即座に考えられる批判としては、この

ように財産権立法を一般的自由権の制約として捉えると、制約される憲法上の権利が、「財産権」という強い権利ではなく、一般的自由権という弱い権利であることから、厳格な審査を導くことができず、ほとんど合憲になってしまうのではないか、というものがある。

それはそのとおりかもしれない。しかし、それでよいのではないか、というのが本稿の解答である。森林法は、規制手段が立法目的を達成するために「必要性若しくは合理性に欠けていることが明らか」であったからこそ違憲となったのである¹⁰⁹⁾。その森林法の規定も、最高裁が違憲と判示するまで特に合憲性が問題とされてはこなかったのである¹¹⁰⁾。さらに、森林法以外で財産権立法が違憲となったことはなく、学説にも特定の財産権立法を違憲として攻撃するものはほとんどないように思う。民法学界では極めて評判の悪かった短期貸借制度なども、違憲という声は聞かれない。そもそも、従来の通説であった、私有財産制度の核心部分の保障というテーゼは、私有財産制度の核心を侵害する立法などほとんど想定できない以上、財産権立法をきめ細かく規律することをはじめから放棄していたと評されてもやむをえない。財産権立法の憲法的統制は、一般的自由権侵害立法と同程度の統制で、果たして何が問題なのか。本稿の立場を採用したとしても、実際に違憲とすべき法令が違憲とならないという抜き差しならぬ問題が発生するとは思えないのである。

7 憲法 29 条はいかに解釈されるべきか

本稿は、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念を否定し、憲法 29 条は将来へ向かった財産権の内容形成立法を統制しないとの結論

109) 本判決については、中間審査を採用したと評されることが多い。しかし、その文言からして、緩やかな審査を行ったと考える余地はある。確かに判決は立法事実を詳細に検討しているが、日本における緩やかな審査は、アメリカにおける二重の基準論のように、ほぼ審査なしのようなものではないはずである。立法事実を見た上でそれに合理性がないと判断することは可能なのではなからうか。

110) 石川・前掲注 23) 「法制度の本質と比例原則の適用」 288 頁。

を取った。では、憲法 29 条はいかに解釈されるべきか。3 項の損失補償は従来どおり読めば足りるとして、1 項と 2 項をどのように解釈すべきか。

まず 1 項である。本稿は憲法上の財産権概念を否定するから、1 項に言う「財産権」も、法律から独立した憲法上の財産権ではなく、下位法上の個々の財産権と理解しなくてはならない。とすれば、下位法上の財産権が立法に対抗するというのはおかしいことであるから、1 項は立法を拘束するものではないと読むべきとなる。1 項は行政権による個々の既得権の事後的制約・剥奪を禁じていると読むべきだろう¹¹¹⁾。また、1 項の「財産権」を専ら下位法上の財産権とする観点からは、1 項は将来へ向かった財産権の内容形成立法のみならず、過去に向かった財産権制約・剥奪立法も拘束しないと読むのが自然と考えられる。つまり、個々の国民の既得の財産権保障を読み込まないのが自然である¹¹²⁾。

次に 2 項である。本稿は将来へ向かった財産権の内容形成立法を 13 条で統制するという方法を選択した。よって、2 項は、財産権の内容形成立法が一般的自由権の制約たることに鑑み、立法内容が公共の福祉に適合しなければならないという、確認的な意味をまず持つと解される。それに加え、財産権の内容を命令などではなく法律という法形式で定めることを義務付けていると解される。

8 小括

V では、無限定の一般的自由権説を擁護した上で、財産権立法がそのような無限定の一般的

自由権の制約となりうることを検討した。憲法上の自由権と人権が異なる概念であること、自由権と統治利益を対立的に把握することが自由の擁護の上で有益であることから、一般的自由権説を正当化した。その上で、一般的自由権説がどのように財産権立法を自由権の制約として捉えるのか、その法的思考構造を検討した。

本稿の結論は一見すると奇妙なものかも知れないが、自由に実質的価値を充填せず、専らそれを強制の不在として把握すれば、国家による強制力の発動は常に自由制約の契機となるという、政治思想史においては伝統的な理論の帰結に過ぎない。また、憲法の下において、「一切の法律」がその憲法適合性を求められ、憲法の統制から免除されるべきでないとするれば、民法をはじめとする全ての財産権立法が憲法上の統制に服すのもまた当然である。本稿の結論は、政治思想史の伝統からも、憲法理論の伝統からも、その逸脱ではなくその嫡流の思考を十分に踏まえたものとする。むしろそれは、「原理的に無制約な私人の自由」と、「原理的に制限された国家の権能」をモチーフとする、伝統的憲法理論の貫徹である。

9 本稿の議論の要約

本稿は、憲法上の財産権保障の意義について検討した。財産権は法律によって内容を与えられている以上、法律に先行して、「自由な財産権」が憲法上保障され、それに法律が制約を加えるという、自由権と同様の構造は成立しないのではないかと、という問題がある。この問題に対し、なお、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念を肯定する考え方と、否定する考え方が

111) この結論は、既に高橋・前掲注 2) 5 巻 4 号 523 頁以下が辿り着いていた結論である。「1 項が立法に対して拘束力を持たないとすれば、憲法規範として無意味の規定になってしまうという説がある。(中略) この説では、憲法規範としての意味を、立法権への規制力すなわち立法拘束力と同視しており、論点先取との批判を免かれぬ」(高橋・同 524 頁)。

112) ただし、1 項に言う「財産権」を下位法上の個々の財産権と解しても、なお個々の国民の有する既得の財産権保障を読み込んで立法者拘束力を獲得することは、可能なのかも知れない。確かにこの説では下位法上の個々の財産権が、憲法上の保障を受けるまでに「昇格」しているため、本稿の結論とは緊張関係にある。しかし、下位法上の財産権概念が憲法上の財産権概念として昇格するのと、下位法上の個々の財産権に憲法レベルの保護を与えることは異なるのだ、と言うことも可能かも知れない。この点については思考を詰められなかったので他日を期したい。

存在する。

IIでは、下位法上の財産権規定のうち特定のものが、法律を統制する規準となる憲法上の財産権に「昇格」するという議論を検討した。制憲者の選択によって、民法上の特定の法制度が憲法律レベルの保障を受けてしまうことがあるとする私法上の法制度保障論と、民法上の所有権規定が憲法上中立的なベースラインを構成するとの議論があったが、そのどちらにも批判の余地があった。また、両者に共通する問題として、憲法上の財産権概念を法律上の財産権に求めるのは、憲法保障の構造に反し、法律を「最高法規」化してしまう点に問題があった。

IIIでは、憲法上の財産権を自然権としての財産権として把握する説を検討した。これによれば、法律に先立って、「財産権かくあるべし」という財産権の規範的内容は定まっているから、財産権が法律によって内容を形成されている以上、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念は存在しないはずだ、という批判は妥当しない。しかし、財産権の成立にはルールを必要とし、そのルールは我が国では法律によっていることから、やはり法律に先立って財産権の内容を確定できると考えることはできない。財産権はやはり法律に依存するのである。

IVでは、法律を統制する規準となる憲法上の財産権概念を否定しながらも、法律による財産権の作りこみが適切かどうかを直接的に規律すれば足りるとする、内容形成モデルを検討した。内容形成モデルは、憲法上の財産権条項が、財産権を適切に形成する義務を、立法府に課していると考えられる。しかし、それは憲法上の財産権規定が、統治の過剰を統制するのみならず、積極的な立法義務をも課しているとする点で、制限規範としての憲法という伝統的憲法観からの逸脱を孕むものであった。

Vでは、財産権立法は、一般的自由権を制約しつつ、統治利益を追求する国家行為として把

握すべきとの議論を展開した。一切の自由を憲法上の自由権として保障する無限定の一般的自由権説を擁護した上で、無限定の一般的自由権説が、どのように財産権立法を自由権の制約として捉えるのかについての法的思考構造を検討した。これによれば、国家の強制力の発動は常に統治利益の追求として、また同時に自由権の制約として考えることができる。財産権立法は、通常的自由権制約立法と同様の構造に服すると考えるべきである¹¹³⁾。

(しみず・じゅん)

113) 本稿は2007年12月に提出したリサーチペーパーに補正を施したものである。なお、草稿の段階で、岡田健一郎（一橋大学大学院）、吉良貴之（日本学術振興会特別研究員PD）、西村清貴（早稲田大学大学院）の各氏から有益なコメントをいただいた。記して感謝する。