

## 「経済的自由権」

本ファイルは、安藤高行編『憲法II 基本的人権』（法律文化社、2001.4）213-250頁（第5章）に掲載していただいた拙稿の草稿段階のものです。公表に当たり若干の修正を加えていますので、本草稿の無断引用はご遠慮下さい。引用される場合は、公表版の方からお願いします。

### I 序説

#### 1 経済的自由の沿革と意義

##### (1) 歴史認識—「近代から現代へ」

日本国憲法は、「居住、移転及び職業選択の自由」（22条1項）を保障し、また、「財産権」を不可侵として憲法的保障を及ぼしている（29条1項）。これらは通常「経済的自由」として一括して語られる。

近代立憲主義国家の憲法は、例外なく経済活動に関する「自由」を強調する規定を置いている。それは、近代憲法の成立期において、経済の不自由を原則とする封建制的経済システムが当時の新興経済層にとって桎梏となり、その打倒への要求が市民革命の原動力の一つとなっていたからである。このような要求は、やがて資本主義の名でよばれることになる新たな経済システムを求めるものであったと同時に、その主唱者にとっては「自分の生き方、自分のライフ・スタイルの問題」であり、それゆえに特定の階層の利益としてではなく、普遍的原理として主張されることができたと考えられる（奥平・憲法 III209頁）。このように、近代憲法における経済的自由は、資本主義経済システムの基本原理としての客観的側面（＝制度）と、個人の生き方の自由にかかわる主観的側面（＝権利）の双方とを当初から有していたのである。

19世紀後半から20世紀前半にかけて、資本主義がもたらす社会問題の解決の必要が強く意識されるようになり、第一次大戦後にはドイツのワイマール憲法など、経済過程への国家介入を強調する憲法が登場する。1930年代に世界恐慌への対応としてとられたアメリカのニュー・ディール政策は、私的自治を強調する最高裁の抵抗を招いたが、最終的には判例変更によって容認される。そして第二次大戦後には、日本国憲法を含む各国の憲法において、程度の差はあれ、経済的自由の社会的規制が定められるようになる。日本国憲法第三章が、22条と29条についてのみ「公共の福祉」による制限を明記するのは、経済的自由を社会的観点から制約する現代型憲法の特徴を示したもの（樋口・憲法 238頁）と解されている。

##### (2) 前提の問い直し

いわゆる「二重の基準」論（本書第一章 VII）や後述する規制の積極目的と消極目的の区別論は、上のような歴史認識と、「社会国家」「福祉国家」という標語でよばれる経済への国家介入的政策を前提としていた。しかし1980年代にいたり、このような前提は、アメリカ・イギリスにおける新自由主義的政権の成立、「対抗馬」としての社会主義体制の崩壊、経済のグローバルイゼーションなどによって挑戦を受けることになる（参照、森英樹「経済活動と憲法」樋口編・講座 413-46頁）。経済的自由に関する憲法解釈の前提自体が問い

直されているのである。しかし一方で、単に時計の針を逆に回し、経済的「自由」を強調することで事足りるという姿勢をとるべきではない。

第一に重要なのは、「個人を超えた巨大な企業法人（原文傍点）が、利潤追求をそれ自体の目的として活動し」ている現代の経済活動において「もはやおおらかに人間の（原文傍点）ライフ・スタイルの自由とか自己決定権とかを語るのが難しくなっている」（奥平・憲法 III212 頁）現実を踏まえることである。そこで経済的自由の「個人の生き方の自由」としての側面を強調することは、両刃の剣となる。現実のイデオロギー的正当化にも、現実批判の論理にもなりうるのである。

第二に、今日勝利がうたわれている市場経済システムが、そもそも人為的制度であることを重視すべきである。(i)「市場」の作動の前提であるさまざまなルールについて国内的にも国際的にもいっそうの「法化」が進行していること(ii)「市場」の機能を重視する規制緩和や民営化政策にしても、実質的な競争が展開されるような諸条件の設定や、経済主体内部に自己制御のメカニズムを組み込むことが同時に要請されていることからすれば、経済システムがあたかも自然発生的・自律的に作動するかのようにみなし、国家がそれに外から規制を及ぼすようなもの見方は今日妥当しない。制度の人為性という基本認識に立った上で、制度設計の第一次的担当者としての立法者と、その司法的統制との役割分担が、さまざまな局面で問われているのである。

## II 居住移転の自由

### 1 居住移転の自由の趣旨

憲法 22 条 1 項は、「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する」と定める。居住移転の自由が職業選択の自由と並列され、経済的自由の一環としてとらえられているのは、封建制的束縛を廃して人の自由な移動を認めることが資本主義体制成立の前提だったという近代立憲主義憲法の歴史的沿革によるものである。しかし今日、この自由は、自己の生活の本拠地を自ら決定するという人格的自由の側面がより大きく、その他の経済的自由とは区別して取り扱われるべきである（この観点から居住移転の自由、外国移住・国籍離脱の自由を精神的自由権の箇所であつかう体系書もあるが、本書では歴史的沿革を重視し、経済的自由権の一環としてとらえる）。

近年、居住・移転の自由の「政治参加の基本的な権利」としての性格を強調する見解がある（松井・憲法 480 頁）。歴史的に見て、居住移転の自由の制限が自由な政治的意見交換の抑圧の手段となった（野中ほか憲法 I410 頁[中村]）ことを踏まえれば、この自由の制約にはいっそう慎重であるべきである。また、自らの選択する地域共同体・政治共同体に帰属（居住）したり離脱（移転）したりする自由を「政治参加」としてとらえる上記の見解は傾聴に値する。ただし、このような「足による投票」と、自らが現在帰属する政治共同体の公共的事象への積極的コミットメントをひとしなみに「政治参加」と扱うべきかどうか、より詳細な検討が必要であろう。

### 2 必要最小限の制約

居住移転の自由の制約は、権利の内在的制約としての必要最小限のものにとどめられる

べきであり、積極的な国家介入目的による制約は認められない。例えば懲役・禁固刑を受けた者が自由に移動できないことは、拘禁刑を主要な刑とする刑罰制度をとる以上やむをえない制約であるが、ある者の犯罪歴や、かつて反社会的活動を行った特定の団体に所属していることのみを理由とした住民登録の拒否は許されない。

感染症に対してとられる強制的入院措置（感染症予防医療法 19 条(2)、精神保健福祉法 29 条(1)）や入院命令（結核予防法 29(1)）は、居住移転の自由に対するもっとも重大な制約であり、客観的な事実に基礎づけられた必要最小限の行動制限に限り合憲性が肯定できる。1996 年にいたってようやく廃止されたらい予防法が、医学的合理性を有しなくなった隔離政策を少なくとも法の建前としては維持しつづけ、社会的偏見の温存助長につながったこと（同法は制定時の医学的知見に照らして当初から違憲であった可能性が高く、患者・元患者が各地で国家賠償訴訟を提起している）、旧伝染病予防法が集団の感染症予防に重点を置き、病者の人権を尊重する姿勢に欠けていたこと（参照、角松『『らい予防法』の教訓と『感染症予防・医療法』の課題』法セ 524 号 29-32 頁）を、我が国の憲法現実としてふまえねばならない（参照、感染症予防医療法前文）。(i) 必要最小限の行動制限であることに加え、(ii) 「集団の感染症予防」から出発するのではなく、「個人の予防・治療の積み重ねとしての社会全体の感染症予防」という視点に立つこと（iii）最新の医学的・社会科学的知見に立脚することが制度的に担保されていること（参照、感染症予防医療法附則 2 条）(iv) 事前・事後の手續整備が要求される。精神障害者に関する措置入院制度を定める精神保健福祉法 29 条についても、基本的には同様のことが妥当する。

### 3 外国移住・国籍離脱の自由

#### (1) 外国移住の自由

憲法 22 条 2 項は、「何人も、外国に移住し、又は国籍を離脱する自由を侵されない」と定める。「移住」とはいえない一時的な外国旅行についても、その根拠規定については(i) 憲法 22 条 2 項に求める説(ii) 同条 1 項に求める説(iii) 1 3 条に求める説があるが、憲法上の保障を受けることに争いはない。上記居住移転の自由と同様、制約は必要最小限のものにとどめられる。

旅券法 13 条 1 項は旅券の発給拒否事由を定めるが、外国旅行に際しては旅券の所持が義務付けられているので、これは実質上外国旅行の自由の制限として機能する。とくに「外務大臣において、著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する行為を行う虞があると認めるに足りる相当の理由がある者」に対する発給拒否を認める五号の合憲性が問題となる。

最高裁は、外国旅行の自由を憲法 22 条 2 項の外国移住の自由に一応含めた上で、「公共の福祉のために合理的制限に服する」とあっさりその合憲性を肯定する（最大判 1958(昭和 33)年 9 月 10 日民集 12 卷 13 号 1969 頁）（\*）。他方、多くの学説は海外渡航の自由の精神的自由の側面を強調して、同号を漠然・不明確ゆえに文面上違憲無効とする（芦部・憲法 208 頁。野中ほか憲法 I417 頁[中村]）。中間的立場に立つものとして、最判 1985(昭和 60)年 1 月 22 日民集 39 卷 1 号 1 頁における伊藤補足意見（同判決は、「旅券法 13 条 1 項五号に該当する」とのみ記されている一般旅券発給拒否処分を理由付記の不備のため違法としたものである）は、外国旅行の自由が「精神的自由の側面を持つものとはいえ、精神的自由そのものではない」として、同号を「害悪発生の相当の蓋然性が客観的に存する」場合

にのみ適用されると合憲限定解釈している。(メモ:「持つ」の表記は原文のままです)

文面上違憲説が妥当と思われるが、同号で問題になる萎縮的効果が、他の精神的自由の場合とはやや位相を異にすることには注意が必要である。例えば表現の自由に関する漠然不明確な規制は表現に萎縮的効果を及ぼすが、外国旅行の自由を規制する旅券法の規定は、外国旅行自体に萎縮的効果を及ぼすわけではない。表現の自由・信教の自由などのその他の市民的自由の行使に同号が萎縮的効果を及ぼすこと、つまり、報復的旅券発給拒否を恐れ市民が反体制的と見られるかもしれない活動を控えることが問題なのである。

## (2) 国籍離脱の自由

22 条 2 項後段が定める国籍離脱の自由は、一般に無国籍者になる自由を含むものではないと解されている。国籍法 13 条が外国の国籍を有することを国籍離脱の条件としているのは合憲と思われるが、その理由として「国籍唯一の原則」をあげることは、一定の要件の下に重国籍を認める国家が登場しつつある今日、妥当でない(参照、芦部・憲法 209 頁)。

## III 職業選択の自由

### 1 職業選択の自由と職業活動の自由

憲法 22 条 1 項が明文で保障する「職業選択の自由」は、人が自らの生計を維持するための活動として何を選択するかという、自己の生き方を自律的に選択する上での中核部分をなす自由であると同時に、経済システムの作動の基本原則となる点で社会関連性が強い自由でもある。この自由に、自らが選択した職業を自由に遂行する「職業活動の自由」をも含めるべきかがまず問題となる。(i)立法者が経済活動を規制しようとして制度を設計するにあたり、職業選択の自由の制限にあたる許可制等をとるか、職業への参入は自由として職業活動に対して規制を及ぼすに止めるかはかなり流動的である。(ii)国家的規制の合憲性を判断するに当たり、許可制をとるかとらないかよりも、許可の要件としてどのような事柄が定められているかの方が重要である。(iii)職業活動に対する厳しい規制の方が、実態としては許可制以上に「強い」国家的干渉として機能する場合もある。(例:風俗営業法における風俗営業(許可制)と性風俗特殊営業(届出制))などからすれば、職業選択の自由には本条の保障が及び、職業活動の自由に対しては及ばないといった二分論をとるべきではない。

しかし確かに、個人の人格的自由の観点からいえば、前者の方が個人の生き方そのものに関わる要素が大きく、一般的にいえば、自由に対するより強い制約となる傾向があるといえる。職業活動の自由を職業選択の自由から派生する自由とみなし、保障の程度が異なることを認めるのが妥当であろう。後述する薬事法判決(最大判 1975(昭和 50)年 4 月 30 日民集 29 卷 4 号 572 頁)は、職業選択の自由そのものの制約である許可制と、職業活動の内容及び態様に対する規制とを区別し、後者が「よりゆるやかな規制」としているが、機械的な二分論に陥らない限り、支持できる。

## 2 「営業の自由」論争 人権と「公序」

1960 年代頃までの憲法学は、「職業選択の自由とは、自分の従事すべき職業を決定する自由をいう。その職業を行う自由(営業の自由)をも含む」(宮沢・憲法 II、391 頁)とい

うやや曖昧な論理で、職業選択の自由に「営業の自由」を含めていた。

このような理解に強烈な異議を唱えたのがヨーロッパ経済史学の研究者・岡田与好である。『『営業の自由』は、歴史的には、国家による営業・産業規制の自由であるだけでなく、何よりも、営業の『独占』と『制限』からの自由であり、…人権として追求されたものではなく、いわゆる公序として追求されたものであった』という歴史認識を前提として彼は、(1)職業選択の自由と営業の自由は区別されるべきである。前者が個人の自由権として主張されうるのに対して、後者は、個人の自由の原理に準拠しえず、「公序」についての一定の理解と判断、つまり、現実に存する『独占』や『制限』の社会的機能と効果についての一定の具体的な評価を基準とせざるを得ない(2)独占禁止法は、経済的基本権の制限としてではなく、営業の自由が立法的に具体化されたものとして把握されるべきである(岡田与好・独占と営業の自由、32-40頁。参照、岡田・経済的自由主義、樋口・比較 134-141頁)と主張する。

法学・経済学にまたがる激しい論争をまきおこした岡田の所説は、職業選択の自由と営業の自由との区別については、今日多くの学説によって受け入れられている。「営業することの自由」(開業の自由、営業の維持・存続の自由、廃業の自由)が憲法22条1項から、「営業活動の自由」は憲法29条の財産権保障から導かれる自由と解し、後者に大幅な制約を認める解釈(今村成和『『営業の自由の公権的規制』』ジュリ 460号 42頁、浦部・教室 I、274-275頁)も見られる。

他方、「営業の自由」を客観的「公序」とする理解は、歴史認識としての意義を認められつつも、解釈論としての支持を得ていない。一つには、憲法訴訟の技術的な問題がある。抽象的規範統制の仕組みを有しない日本の司法制度では、営業の自由をめぐる紛争は、ほとんどの場合、原告が有する主観的法益の制約の違憲性を主張する形をとることになる。「憲法事件に仕立てるのには、憲法違反で人権ということにひっかけるのが、いちばん手っ取り早い…人権論として議論を仕立てると言う法律解釈論の宿命」(樋口・合評会発言・社会科学 39-6-187)があるのである。また、現在の憲法訴訟における違憲審査の枠組みでは、(1)立法目的が憲法に適合するかどうか (2)立法目的が合憲だとしても、立法目的の達成手段としては行き過ぎていないかどうかという目的=手段図式がほぼ定着しており、(樋口陽一編・ホーンブック憲法 174頁[石川健治])このような審査枠組と「営業の自由=客観的『公序』」論はうまく整合しないのである。

### 規制緩和と「公序」論

今日規制緩和が重要な政策課題とされているが、それが憲法上の要請でもあるという説がある。憲法は経済的秩序に関して「原理としての秩序ある市場経済」を予定しているため、競争制限的な規制は原則として違憲であり、社会的弱者は競争制限で救済するのではなく、社会保障等により救済すべきだというのである(平松毅「経済活動の規制緩和の基準と違憲審査の基準(上)」ジュリ 1078-57)。この見解は、憲法22条等をいわば「公序」あるいは「制度」として理解する点においては--「公序」の内容は正反対であるが(参照、岡田・独占と営業の自由 59頁)--岡田の理解と通ずるものがある。

しかし、「競争的市場経済秩序」というものが自然にまず存在して、国家的規制を撤廃すればそのような秩序がふたたびもたらされる、といった考え方は今日通用しない。後述( 頁)する電力自由化の例にも見られるように、「自由競争」はしばしば立法者による

制度設計によって初めて実現されるものである。そもそも岡田の所説を敷衍すれば、資本主義の生成過程における「営業の自由」自体、反＝独占、反＝同業組合的政策の下に国家により強制的に実現される、いわば「国家による自由」であった（樋口・比較、134-135頁）といえる。

さらにいえば、労働者の団結権を明文で承認する(28条)日本国憲法は、「独占禁止と団結禁止とを同一線上にとらえた、かつての公序としての営業の自由」を採用していない(石川健治「営業の自由とその規制」争点130頁)。憲法が経済についてどのような「公序」を選択しているかは、決して自明ではない。

### 主観的権利と客観的秩序・制度

憲法22条の解釈については、専ら個人の主観的権利としての「職業選択の自由」から出発するアプローチと、それに加え、個人の権利とは区別された客観的な秩序・制度の憲法的保障を読み込んでいくアプローチがありうる。上述に照らせば、後者は必ずしも実り多いものといえないのではなからうか。本章は、(i)個人の権利としての職業選択の自由から議論を出発させる (ii)その際、その「核的価値」(佐藤幸治「立憲主義といわゆる『二重の基準』論」芦部古稀上1-34(31))としての人格的自由とのかかわりあいの「濃淡」を考慮した解釈論が必要であり、職業選択の自由と職業活動の自由の区別はその一つの手がかりとなる という立場をとる。

## 3 積極的規制と消極的規制

### 小売市場判決と薬事法判決

小売商業調整特別措置法が定める小売市場開設の許可制(距離制限を伴って運用されていた)を合憲とした最大判1972(昭和47)年11月22日民集26巻9号586頁(小売市場判決)は、許可制は「小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって招来されるであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた」ものであり、憲法が国の責務として予定する「積極的な社会経済政策」の実施として位置づける。そしてこのような政策は「その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適正な評価と判断が必要」とあるという認識から、「立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはない」とする。

他方、薬局の開設許可に関して適正配置規制を定める薬事法の合憲性が問題となった最大判1975(昭和50)年4月30日民集29巻4号572頁(薬事法判決)は、同規制は「国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的のための規制措置」であって、上記小売市場判決とは事案を異にすると判示する。提案理由を検討して、適正配置規制の立法目的は「不良医薬品の供給の危険」の防止と「薬局等の一部地域への偏在の阻止」であって、「小企業の多い薬局等の経営の保護」というような社会政策的ないしは経済政策的目的(---これが真の立法目的ではないかと疑う理由は十分にあった---(引用者注))は右の適正配置規制の意図するところではない」とするのである。そのため、立法府の裁量の範囲はより狭く、その合憲性を肯定するには「許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては(立法)目的を十分に達成することができないと認められることを要する」と判示する。

上の両判決は、「積極的な社会経済政策目的」の規制については広汎な立法裁量を認める（「明白性の基準」）一方で「消極的警察的目的」の規制にはより厳しい基準（アメリカの「厳格な合理性の基準」あるいは「より制限的でない他に選ぶ手段(LRA)の基準」。また、ドイツ法にいう「比例原則」に近い）をとっていると一般に理解されている。もっとも、薬事法判決がいう「よりゆるやかな規制」とは、「職業選択の自由そのものの制約（＝許可制）」と「職業活動の内容及び態様に対する規制」という二つのカテゴリーの比較についてのものであって、ありうべきあらゆる規制を比較して「より制限的でない他に選ぶ手段」をとるべきだとまでは言っていない。

### 積極目的・消極目的の区別

ここで2点が問題となる。第一に、積極目的と消極目的を区別して司法審査の密度を変えることの是非であり、第二に、どのように積極目的と消極目的を区別するかである。

前者であるが、生命・健康・財産などに対する危険の防止を内容とする消極目的は、(i)歴史的にも論理的にも外延をまだしも一定程度明らかにすることができること (ii)特定集団の利害ではなく国民の普遍的な利益を目的にするものと考えられること からすれば、国家的規制の必要性がむしろ大きいとすら考えられ、消極目的規制に対して裁判所がより厳しい態度をとるのは一見逆説的である。しかし、(i)消極的規制については、危険が発生するかという客観的な事実の認識問題が問題となり、その限りで政策的判断はさしあたり必要とされない—リスクの許容限度の問題は残るが—こと（奥平・憲法 III226-227 頁）(ii)消極目的は一見普遍的でより強い正当性を標榜するからこそ、その濫用の危険を抑制する必要があること（長谷部・憲法 242 頁）などを考えれば、消極目的規制に裁判所がより厳しいことにも理由があるといえる。

積極目的による規制は、しばしば、立法者が「弱者」（「経済的劣位に立つ者」＝小売市場判決）と見なすところの特定集団の利害を保護するという形を取る。ここで、どの集団が「弱者」であるかを客観的に明らかにすることは困難である。また、「弱者」保護は、場合によっては別の「弱者」の利害を犠牲にしてなりたつものである。例えば繭糸価格安定法（現「生糸の輸入に係る調整に関する法律」）に基づきかつてとられていた一元輸入措置は、養蚕業者の利害を保護する一方で、絹織物生地製造業者に不利益を及ぼしていたといえる（参照、馬川千里「経済活動の自由と競争政策」法学研究 65 巻 12 号 243 頁、最判 1990（平成 2）年 2 月 6 日訟月 36 巻 12 号 2242 頁（西陣ネクタイ事件））

しかし、このような「弱者」保護を憲法の立場として一切否定するのではないが、現在の社会経済的状况においてどのような利害集団を「弱者」として保護するかという判断は、基本的には立法府に任せるよりない。ただしその前提として、それら規制が真に国民の意思を反映し国民に対する説明責任が果たされたものであることを確保するために、特定の利害集団の保護という「真の立法目的が立法過程において正面から掲げられ、それを前提として審議・採決がなされたか、あるいはそれが不必要なほど、既存の業者保護という立法目的が明らかであったという事情が存在する」ことが必要である（長谷部恭男・酒税法事件（最判 1992（平成 4）年 12 月 15 日）判例評釈、法協 111 巻 9 号 1426-7 頁）。それがそのまま第二の問題に対する答えになろう。原則的には立法過程において表明された目的に従い、積極目的と消極目的を区別すべきである。仮に薬事法改正の真の目的が「小企業の多い薬局等の経営の保護」であったとすれば、それを表面に出さず「不良医薬品供給の防止」とい

う消極目的に藉口するのが、民主政の過程を最も歪めるものなのである。

## 4 職業選択の自由の制約

### (1) 就業強制

職業選択の自由の制約の最も極端な形態として、特定の職業に就くこと(例えば家業を継ぐこと)を個人に強制することが考えられるが、これはまさに市民革命期の憲法が主要な攻撃目標としていた封建制的制限にほかならず、いかなる公共の福祉をもってしても否定し得ない「切り札としての人権」に属する事柄だと考えられる。(長谷部・憲法 229 頁)。日本国憲法の下では、憲法典自身が認める特殊な制度(奥平・憲法 III37 頁)としての天皇制を例外として、職業選択の自由のこのような制約は存在し得ない。必ずしも一生涯ではなくとも、相当期間にわたって特定の職業に従事することを国家が強制するとすれば、違憲と考えられる(徴兵制は、仮に「その意に反する苦役」(憲法 18 条)に該当しないとしても、生活時間のかなりの部分を占める継続的役務に相当期間従事することを個人に強制するという点で違憲と考えられる)。しかし、例えば特定の職業に従事する資格として当該あるいは関連職業の一定の実務経験を要求するなどの規制は、合理的理由がある限り合憲と解すべきであろう。

### (2) 特定職業の全面禁止

職業選択の自由の中心的問題は、個人がある職業に従事するに際してのさまざまな禁止・制限である。第一に特定の職業を営むことをあらゆる者について全面的に禁止することがあげられる。当該業務の国家独占に伴うものとして、1985 年の労働者派遣法成立以前妥当した有料職業紹介業の禁止(旧職業安定法 32 条)がある。これは明治 30 年代の製糸・紡績業における女工の就職のように、民間職業紹介業が人身売買・強制労働・中間搾取などの弊害を伴っていたという歴史的事実に由来するものであったが、最大判 1950(昭和 25)年 6 月 21 日刑集 4 巻 6 号 1049 頁は「在来の自由有料職業紹介」に「基因する弊害」を抽象的に述べるのみで、ほとんど説明なく「公の福祉」により規制を合憲とした。職業活動の規制や許可制による参入規制に止まらずなぜ全面禁止が必要なのか、より説得的な説明が必要だったと思われる(奥平・憲法 III223-224 頁)。

国家独占を伴わない特定職業の全面禁止として、売春防止法による売春助長行為(5 条)・管理売春行為(12 条)の禁止があげられる。ただしこの場合、「売春が人としての尊厳を害し、性道徳に反し、社会の善良の風俗をみだすものである」とする同法の目的(1 条)からすれば、管理売春はもちろん、処罰の対象とはなっていない売春それ自体も「職業」とそもそも捉えていないとも考えられる。(なお参照、若尾典子「女性の身体と自己決定」岩波講座現代の法 11 ジェンダーと法 247 頁)

### (3) 許可制

#### (イ) 許可制の意義

ある職業を営むことを何人に対しても一般的に禁止しておいて、一定の要件を備えた特定人に対して申請によりその禁止を解除するという法的仕組みを、広い意味で許可制とよぶ。そのうちで、警察許可と公企業の特許という 2 類型が伝統的に区別されてきた。前者(飲食店営業に関する食品衛生法の規制等)は、消極的な危険防止・秩序維持目的のために基準を設定するものであり、市場への参入を数量的・地域的に規制することはない。後者(ガ

事業法、電気事業法等)は、事業の公益性と自然独占性に着目して市場への参入を独占あるいは寡占的にのみ認め、他方で消費者保護等の見地からその活動に強い規制(供給義務、料金規制等)を課すものである。後者についてはかつて、当該活動は営業の自由の範疇には属せず、国家に本来属する経営権が私人に「付与」されたものであるという説明がとられていた。しかし、今日では、両者は規制の仕方について大きく差異があるものの、その区別はあくまで相対的であり、後者を営業の自由の範疇外だとする説明は妥当しないとされるのが一般的である。公企業の特許という概念をもはや用いず、「公益事業許可」としてとらえる見解(小早川光郎・行政法上 203 頁)が有力である。

とくに近年、電気事業・ガス事業などの公益事業許可に関して規制緩和が進行中である。その際とられる手法として、従来不可分一体と考えられてきた業態のうち、自由競争に適した条件が備わった部分を切り出していくというものがある。例えば 95 年電気事業法改正は、発電と送配電を切り離し、前者(卸供給事業)について自由な参入と競争を容認し、続く 99 年改正は一定規模以上の大口小売供給を自由化した。この場合、ユニバーサルサービス(国民生活に不可欠なサービスであって、誰もが利用可能な料金など適切な条件で、あまねく日本全国において公平かつ安定的な提供の確保が図られるべきサービス)を維持しつつ自由化を進めていく必要がある。また、従来独占ないし寡占企業によって営業されてきたため、有意義な競争を実現するための種々の条件整備が要求される。例えば、95 年改正は、電力買取のための入札制度の創設を伴っていたし、99 年改正は、新規事業者が既存の送配電ネットワークを通じて電力を販売できるように、託送制度を設けた。このような領域では、自由競争の現実的条件(例えば小規模発電所の技術的可能性)についての状況判断や、競争を有意義なものにするための制度形成について、立法者の裁量の幅は広い。でない。

## (ロ) 適正配置・需給調整規制

### (a) 公衆浴場判決

職業の自由との関連でとくに問題になるのは、許可制とリンクされた競争制限的適正配置規制・需給調整規制である。最大判 1955(昭和 30)年 1 月 26 日刑集 9 卷 1 号 89 頁(公衆浴場判決)は、「配置の適正」を許可要件とする公衆浴場法と同法に基づき距離制限規定を定める福岡県条例を、公衆浴場の偏在による国民の日常的利用の不便に加えて、「その濫立により、浴場経営に無用の競争を生じその経営を経済的に不合理ならしめ、ひいて浴場の衛生設備の低下等好ましからざる影響を来すおそれ」という「国民保健及び環境衛生」上の理由(=消極目的)で合憲とした。学説の批判は強かったものの、この合憲判決は、競争制限的規制を有する新立法の制定を促す役割を果たしたといわれ(芦部・人権と憲法訴訟 376-377 頁)、同判決と全く同じ論理で改正挿入された薬事法の適正配置規制(1963 年)もその一例であった。

前記のように、薬事法の同規制は前記最判 1975(昭和 50)年 4 月 30 日(民集 29 卷 4 号 572 頁)によって違憲とされる。しかし、公衆浴場法について 1989 年に出された二つの最高裁判決(最判 1989(平成元)年 1 月 20 日刑集 43 卷 1 号 1 頁、最判 1989 年 3 月 7 日判時 1308 号 111 頁)は、いずれも同法を再び合憲と判示した。両判決とも、前記公衆浴場判決と異なり、既存業者の経営の安定による公衆浴場の確保を正面からうたっている。とくに前者は、小売市場判決を引用し、積極目的性と明白の原則の適用を宣言している。確

かに、公衆浴場をめぐる社会的状況の変化で、利用者が内風呂を持たない社会的弱者と位置づけられうることからすると、積極目的で規制を正当化する論理に一定の説得力はある。ただし、規制の下でも公衆浴場は減少しつつあり、手段の実効性は疑問である。また、前記のように積極目的・消極目的の区別は原則として立法過程において表明されたところによるべきであり、適正配置規制の提案理由で「公衆衛生の確保」が強調されていたことからすれば、積極目的としての読み替えには問題がある。

## (b) 酒税法判決

適正配置規制ないし需給調整規制の効果を有するものとして、酒税法が定める酒類販売業の免許制（同法の用語にはこうあるが、許可制と法的意味を持つ区別ではない）がある。同法は、他の要件に加え、(i)経営の基礎が薄弱である場合（10条10号）(ii)酒税の保全上酒類の需給の均衡を維持する必要があるため酒類の製造免許又は酒類の販売業免許を与えることが適当でないと認められる場合（10条11号）、免許を与えないことができるとしている。そして、1963年の通達では、申請者の人的資格要件、需給調整上の要件に加え、申請販売場と既存の販売場との距離制限を設けていた。

最判1992（平成4）年12月15日民集46巻9号2829頁（酒税法判決）は、同法の立法目的を「酒税の納税義務者とされた酒類製造者のため、酒類の販売代金の回収を確実にさせることによって消費者への酒税の負担の円滑な転嫁を実現する」とことと理解した上で、サラリーマン税金訴訟判決（最大判1985（昭和60）年3月27日民集39巻2号247頁）を引用し、租税が総合的政策判断・専門技術的判断を必要とすることから、立法裁量を広く認めざるを得ないとし、免許制それ自体も(i)の不許可要件も合憲とした。続いて、最判1998（平成10）年7月16日判時1652号52頁は、(ii)の需給均衡要件を、距離制限が緩められた1989年通達に基づく実務についてであるが、合憲としている。

酒税法判決は、少なくとも明示的には積極目的＝消極目的の二分論によっていない。租税の(i)総合的政策判断(ii)専門技術的判断という要素を重視し、広汎な立法裁量を根拠づけている。(i)は、酒税法判決が引用するサラリーマン税金訴訟判決のように、税標準、税率、納税者、担税者をどうするかについては妥当するだろう。それらをどうするかは、(社会的弱者の保護とは必ずしもいえないにせよ)まさに様々な集団の間の利害配分にかかわるものであるため、立法者の広い政策的裁量を認めることに十分な理由がある。しかし、酒税法判決が立法理由とする「租税の適正かつ確実な賦課徴収」は、様々な集団間の利害配分ではなく、もっぱら(ii)の専門技術性に関わるに過ぎない。それは一定の立法裁量を正当化する理由にはなるにせよ、客観的な立法事実の存在が疑わしい場合にまで立法者の決定を正当化する根拠とはならないだろう。なお最高裁は酒類の致酔性も理由にあげるが、これは租税徴収とは全く別問題である。

## (二) 業務独占資格・欠格条項

医師（医師法17条）弁護士（弁護士法72条）など、その資格をもった者でなければ一定の業務活動に従事できないとする業務独占資格は、業務の場所や施設に関する規制（職業活動の自由の制限）とは異なり、職業選択の自由に対する直接の制限である。国民の権利と安全や衛生の確保、取引の適正化、資格者の資質やモラルの向上等など、消極目的を掲げるものが多く、業務独占の必要性の厳格な吟味と資格取得手続の合理化・透明化が追求されるべきである。合格者数制限が存し参入規制的に機能している実態がある場合、その合理

性は特に厳格に吟味されなければならない。

身体又は精神の障害を理由に資格・免許や営業許可の取得を制限するいわゆる欠格条項は、障害者の職業選択の自由に対する重大な制限である。ノーマライゼーションの観点を踏まえ、最新の医療・科学水準の上に立って真に必要なものに限り、最小限度の制約となるよう厳しく再検討がなされなければならない（参考、「障害者に係る欠格条項の見直しについて」1999年8月9日障害者施策推進本部決定）。とくに、障害を理由に一律排除する絶対的欠格は原則的に認められない。

## IV 財産権

### 1 財産権の正当化根拠

#### (1) 個人の権利としての基礎づけ

##### (イ) ロックとヘーゲル

憲法29条1項は「財産権は、これを侵してはならない」と定めるが、そもそも財産権が保障される根拠はどこにあるのだろうか。以下に説明するロックとヘーゲルの考え方の違いには、今日の問題にまで通ずるいくつかの分岐を見出すことができる。

ロックは、誰であつても自己の身体(person)に対して排他的な所有権(property)を有しているという前提から出発し、従って、「彼の身体の労働とその手の働き」から生じたものもまた彼固有のものだとする。また、「ものがそこなわれないうちに生活の何かの便宜のために人が利用できるかぎり」という限界が設けられ、そのような限界の中に所有権が止まる限り、争いがおこることは少ないと論じられる（ロック・統治論第5章）。所有権は具体的人間労働によって基礎づけられ、具体的利用可能性に重点がおかれているのである。

これに対して、ヘーゲルの場合、議論の出発点はむしろ抽象的な「人格」の意思の自由である。人格は、あらゆる物のうちに自分の意思を投入し、自らのものとすることができる。その意思は「手にとる」という形によって示される。こうして生じた所有権は、自由の第一の現存在として、もろもろの欲求の充足のための手段ではなく、それ自身が本質的な目的である。そして、所有権が意思に基づいている以上、それを譲渡することができることということが、所有権にとっては基底的である。（ヘーゲル『法哲学要綱』§41-45, §51-52, §65）抽象的な人格に理論の基礎をおくことと、処分の自由に重点を置くことが理論的に結びつけられている。

この二人の論理は、少なくとも論理の上では、人権＝全ての人の権利としての側面を強調する点において共通している。しかし財産権には、他の自由権と質的に異なる問題がある。特定の物についての財産権をある者に承認することは、財産権者の自由を意味すると同時に、素朴に考えれば、その土地に関する限り、他の者の利用の制限される＝財産権者以外の不自由を意味する。これに対し、ある者に表現の自由を権利として保障することは、（その行使がときに他の者の人格権等と衝突することはあるにせよ）そのこと自身で他者の表現の不自由を招来するものではないのである。

もちろんロックもヘーゲルも、この問題を無視してはいない。ロックの場合は、天然資源が豊富にある状態を前提にし、また先に見た所有権取得の限界を課することにより、「自らの分を囲い込んだからといって他のものに残された分が少なくなるということはない」という想定によって解決する。ヘーゲルの場合、全ての者がともかく何かを所有していること

が重要なのであり、「わたしがなにをどれくらい所有するか」は、権利の本質にはかかわらない。だから、財物の平等な配分を主張するのは誤りとされる。ヘーゲルの場合も、財産を取得する可能性（資格・能力）は万人に権利として保障されているのである。

### （ロ） 現存保障

上のヘーゲルの議論とも関わるが、憲法29条1項で「侵してはならない」とされる「財産権」には、(i)特定の者が現に有する個々の具体的な財産的権利と(ii)具体的な財産的権利を取得する可能性・資格という二つの意味がありうる。(ii)の意味は、従来「制度(的)保障」という形で論じられてきたこと(柳瀬良幹「憲法と補償」『人権の歴史』54頁)と重なるものである。

(i)の意味に解するとすれば、憲法29条1項は、特定の者が現に保有している財産の現存—当該財産のその者への帰属と、その現実の利用(および、保障の程度を低めつつ「利用可能性」)—を保障するものと解することができる。しかし、現実社会における具体的な財産の配分が合理的であったり正義に適っていたりするという保障はどこにもない。むしろ、そうではないと想定する方が妥当であろう。とくに財産権者の自由が同時にそれ以外の者の不自由も意味する以上、現実の財産配分状況に憲法上の保護を及ぼすべきかどうか、ためらわせるものがある(高橋正俊「財産権保障の意味」争点133頁)しかし、財産権はその保有者にとって、安定した生存を保障し、人格的自由の物理的条件を形成する機能を営んでいる。憲法は、現在の財貨配分の正義性についてあえて判断を避けた上で、このような機能に着目して、個人の具体的な財産権の現存をさしあたり保障していると解すべきであろう。このことは経済政策・租税政策等による財貨再配分政策を否定するものではないが、具体的な財産の現存を直接の再配分の対象とすることは、経済システムへの信頼と市民生活の安定性を極度にゆるがす恐れがあり、謙抑的対処が要請される。

### （ハ） 差別化論

前述( 頁)したように、現代社会において中心となっている財産権は、法人を主体とする資本主義的所有権である。人格や労働によって財産権を根拠付けるロックやヘーゲルの議論は、財産権の正当化だけでなく、その現状を批判的に考察するための手がかりを与えているといえる。職業選択の自由と同様、人格的自由という「核的価値」とのかかわりあいの濃淡に応じて、財産権保障を差別化するアプローチをとることが考えられる。ここでは、ロックのように利用に重点をおくのか、ヘーゲルのように処分に重点をおくのかで違ってくる。後者の議論は、人格的自由を強調する一方で、差別化論とは緊張関係にある。(参照、棟居快行・人権論の新構成251頁、角松「憲法上の所有権」社会科学研究45巻6号1頁)

わが国の学説では、人格や労働との具体的な関連に加え、財産権の生存権的機能に関する考察も加えることによって、財産権の差別化論(\*)が主張されることが多かった。「小さな財産」と「大きな財産」(高原賢治『財産権と損失補償』)、「人権としての財産権」と「人権でない財産権」(渡辺洋三『財産権論』141頁)、「個人の個体的生存のための財産」「中小企業者の、競争の自由の下での活動の可能性の保障としての財産」「資本主義的所有及び独占の財産」(山下健次「財産権」芦部信喜編別冊法学教室『憲法の基本問題』254頁)などの区別が提起されている。このような差別化論は、直ちに解釈論として適用するには困難があるにせよ、問題の考察に有益な視点を提供するものである。

## (2) 社会全体の福利増進

以上は個人の権利の観点からの財産権の正当化であるが、これとは別に、財産権には、社会全体の福利を増進するという観点からのみ正当化される部分がある。もっともわかりやすいのは、いわゆる「共有地の悲劇」による説明である。牛の飼い主たちが共同で利用している共有の牧草地があるとす。どの買主も自分の利得の極大化をめざす「合理的」な行動をとり、また、その共有地が産出する牧草の量には限界があると仮定する。この場合、牛の飼い主たちはできるだけ多くの牛を共有地に放そうとするだろう。共有地に牛を「もう一頭」放牧することによって得られる正の効用（増えた一頭の売却益）はその牛の飼い主一人のものになるが、負の効用（共有地の疲弊）は全ての牛の飼い主に分散されるから、「合理的」な牛の買主には「もう一頭」の放牧を避ける動機がないのである。その結果、共有地は、過度の放牧によって疲弊し、使いものにならなくなってしまふ。この事態を避けるためにはどうするか。共有地を分割して各飼い主の私有財産とするか、飼い主たちの合意によって放牧時間等を割り当てるのがよいとされる。いずれにせよ、飼い主たち個々人のなんらかの財産的権利が設定されることになる。（ギャレット・ハーディン「共有地の悲劇」シュレーダー＝フレチェット編・環境の倫理（下）445-470頁、参照、森村進・財産権の理論140頁）この比喻は人口問題・環境問題について唱えられたものである（例えばCO2の排出権取引を考えてみよう）が、財産権一般について敷衍することも可能である。

この場合の財産権は、「人権だから」という理由によって正当化されているのではない。社会全体の破滅を防止したり、福利を増進したりするために設定されているのである。したがって、いかなる財についていかなる場合でも私有制の方が望ましいとは限らない。たとえば知的財産権の場合を考えてみよう。知的財産権は、多くの者が利用することによって財が劣化することはないため、上の「共有地の悲劇」の例はあてはまらない。にもかかわらずそこで、物理的には誰もがなしうる行為に対して人工的に禁止権が設定され（田村善之『知的財産法』17頁）、独占的利益が一定期間認められているのは、それにより新しい成果開発へのインセンティブが保障・創出され、文化・産業が発展し、社会全体の福利を増大させるという判断に基づくものと考えられるだろう。だとすれば、いわゆるオープン・ソース運動が提起している（エリック・スティーブン・レイモンド（山形浩生訳）・伽藍とバザール156-161頁）ように、知的財産権の性質によっては、社会の共有として、無数の利用者による絶えざる改善を予定した方がかえって文化・産業の発展につながるということもありえないことではない。そのどちらをとるべきかを判断するのは、「人権」の観点ではなく、福利増進のための合理的制度設計の観点に基づく。それを担当するのは、日本国憲法の下では、基本的には民主的正当性を有する立法者であるべきであろう。なお、かつての財産権論は、土地所有権を暗黙のモデルとしていたが、今後の社会で知的財産権が有する意義に鑑みると、むしろ今後こちらこそがモデルとなっていくことも考えられる。

## 2 制度（的）保障論

### (1) 3つの考え方

上述のように、社会全体の福利増進のための制度設計権限は基本的に立法者に属するが、憲法自身が既に一定の制度設計を行っているとなれば、その限りでは話は別である。いわゆる制度（的）保障論は、この点を問題とするものにとらえることもできる。

最大判 1987(昭和 62)年 4 月 22 日民集 41 卷 3 号 408 頁(森林法判決、後述 頁)は、憲法は「私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障する」と述べる。ここで述べられた、憲法 29 条によって個別的主観的権利のみならず客観的「制度」が保障されているとという考え方を、一般に「制度(的)保障」論とよぶ。

「制度(的)保障」と一口に言っても、そこで保障されている「制度」の内容が何であるかについて、いくつかの説がある。

第一に、上述森林法判決で述べられているように「私有財産制度」とし、さらにそれを「資本主義」と等置する考え方である。これは日本国憲法制定直後から主張されてきた見解であり、「経済体制として、社会主義を排して資本主義をと」ることに眼目がある(法協・註解上 561 頁)。しかし今日、どうなれば私有財産制度を否定し、社会主義に移行したことになるのかがおよそ明確ではない(松井・憲法 549 頁)以上、このような問題設定は現実的意義を失っている。

第二に、「人間が、人間としての価値ある生活を営む上に必要な物的手段の享有」が制度的に保障されているとする見解(今村成和「財産権の保障」『損失補償制度の研究』13 頁)がある。財産権の差別化論(上述 頁)と同様、人格との結びつきを重視するこのような視点には基本的に賛成できるが、なぜこの問題を「制度(的)保障」という形で論じなければならないかは必ずしも明らかではない。憲法 29 条 1 項で保障されている「財産権」に、具体的な財産的権利を取得する可能性・資格が含まれる以上(上述 頁)「人間が、人間としての価値ある生活を営む上に必要な物的手段」を自分のものとして取得する可能性を否定する立法は、上の「権利」の侵害として違憲となると考えられるのではないか。

第三に、所有権を中核として歴史的に形成されてきた財産権秩序を憲法が制度として保障している(参照、戸波江二/松井茂記/安念潤司/長谷部恭男、憲法(2)202 頁(安念))という考え方がある。この考え方によれば、憲法 29 条 2 項が所有権の内容を「法律で定める」というのは、立法者が全く白紙の状態から財産権秩序を形成するというわけではない。上述のような特定の財産権秩序がまずあって、立法者はそれを「制限」していると考えるのである。

## (2) 制度(的)保障論の必要性

「制度(的)保障」論の元祖として扱われてきたカール・シュミットは、第一の考え方とするものと従来解されてきたが、近時の学説(石川健治・自由と特権の距離 174 頁)は、シュミットにおける所有権の制度的保障とは、「法制度としての Eigentum(所有権)」=「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」に限られていると主張する。だとすればむしろ第三の考え方に近い。ただし、シュミットの議論の対象であるワイマール憲法は文理上「所有権」を保障している。これに対して、日本国憲法 29 条 1 項が「侵してはならない」としているのは「財産権」である。「財産権」は、一つの「法制度」として語ることは到底不可能である。通説のように「財産権」を「すべての財産的権利」として、「無体財産権」も「水利権・河川利用権のような公法上の権利や無体財産権」も含め(宮沢(芦部補訂)・全訂 286 頁)た上でこの第三の考え方をとると、例えば特許権や意匠権という制度を廃止することも憲法上許されないことになる。このような決定を憲法から読み取ることはとうていできないだろう。

結局のところ、制度（的）保障論を採用すべき積極的必要性を見出すことはできない。むしろ、29条1項が個人の「権利」として、(i)既に取得された個別具体的財産権の現存保障及び(ii)人格的生存に不可欠な物的手段を取得する可能性を保障していると解し、29条2項による立法者の財産権内容規定を立法者による「制限」ではなくむしろ「形成」と考えることを基本とした解釈論を試みるべきではないか。

### (3) 森林法判決

ここであらためて、上述森林法判決を検討してみよう。森林法186条は、共有森林につき持分価額2分の1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たが、この事件では、山林を2分の1の割合で共有する兄弟間に紛争が生じ、弟が裁判で共有物分割を請求したものである。1審、2審は分割請求を排斥したが、最高裁は、同法の違憲性を前提として、本件を原審に差し戻した。

本件の事案では、個別具体的財産権の現存保障は問題にならない。本件の原告は、山林の権利を取得した時点で、既に森林法186条による制約が付された権利しか取得していないのだから、そのような個別的权利が立法者によって改めて制限されたわけではない。そうではなく最高裁は、単独所有が「近代市民社会における原則的所有形態」だという認識を前提として、民法が定める「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」するという形で問題を立てる。その背景には、民法の共有規定が「紛争の解決基準を定めたものであり、完結した合理的な基準である」（柴田保幸・昭和62年最高裁判所判例解説・249頁注(1)）という見方があるだろう。民法を中心とする「私法秩序」が森林法より先に存在すると想定し、それに基づいて原告が本来有していた分割請求権が法律によって制限される、という思考図式がここではとられているのである。（参照、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『リーディングス現代の憲法』（1995）日本評論社、138頁）。上述（ 頁）したように同判決は憲法が「私有財産制度」を保障しているという、制度的保障説の第一の考え方に近い表現をとるのだが、思考図式としてはむしろ第三の考え方に近いといえる。

なお、森林法判決は、同法の立法目的を「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もって国民経済の発展に資すること」として一応の正当性を認めたが、目的と手段との関係に「合理的関連性」がなく規制が「必要な限度を超える極めて厳格なものになっている」として違憲とした。同判決の違憲審査基準と積極—消極目的二分論（上述\*\*頁）との関係には学説上さまざまな議論がある（参照、安念潤司・憲法の基本判例（第二版）131頁）。ただし最高裁は、分割禁止の合理性をおよそ認めていないとも考えられ（参照、柴田・前掲解説 235頁）、だとすれば、どのような違憲審査基準を採っても結論は変わらなかったともいえる。（参照、安念・前掲 132頁）

## 3 内容規制と条例

憲法29条2項は、財産権の内容を「法律で」定めるとするが、この「法律」に地方公共団体の条例も含まれるかどうか問題となる。奈良県ため池条例事件（最大判 1963（昭和38）年6月26日刑集17巻5号521頁）では、この点が問題になった。この事件では、ため池の堤とうに農作物等を植えたり建物等を設置したりすることを無補償で禁止する奈良県

条例に違反した被告人について、控訴審は条例を違憲として無罪判決を下したが、最高裁は合憲判断を下したのである。だが、多数意見の論理はあいまいである。「(本件禁止行為が)堤とうを使用する財産上の権利を有する者であると否とを問わず、何人に対しても適用される」と述べる部分は、財産権の「内容」と「行使」を区別する見解(高辻正巳「財産権についての一考察」自治研究 38 卷 4 号 3 頁(1962 年))を踏まえていると思われる。また、「ため池の破損、決かいの原因となるため池の堤とうの使用行為は、憲法でも、民法でも適法な財産権の行使として保障されていないものであって、憲法、民法の保障する財産権の行使の埒外にある」と述べる部分は、権利の濫用あるいは警察規制に関する限り、条例による規律が許されるとする立場(雄川一郎「財産権の規制と条例」ジュリ 280 号 14 頁)に近い。しかし、今日最も重視される「事柄によっては、特定または若干の地方公共団体の特殊な事情により、国において法律で一律に定めることが困難又は不適當なことがあり、その地方公共団体ごとに、その条例で定めることが、容易且つ適切なことがある」とのべる部分は、憲法 29 条 2 項の「法律」に条例を含めることを肯定したものと理解されている。通説もまた、地方公共団体の議会において民主的手続によって制定されていることを重視し(芦部・憲法 212 頁)、「地域的事情」がある場合は条例による内容規定の合憲性を認めるのが一般的である。

ただしここでいう「地域的事情」とは、問題自体が特定地域固有のものである、あるいは地域によって問題の性質が変化することのみに限るべきではない。法的対処を要する新しい種類の問題が生じたときに、現場の事情により通じている地方公共団体の方が、問題の認知あるいは分析において国よりも先行する(認知的先導性)場合も含めて解すべきであろう(参照、角松「自治立法による土地利用規制の再検討」『日本の都市法 II』2000 年予定)。

## 4 財産権規制と補償

### (1) 「公共のため」

憲法 29 条 3 項は、「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができる」と定める。同条はもともと土地収用制度を想定した規定であり、「公共のため」とは典型的には道路・鉄道などの公共事業用地取得目的をさす。

歴史的に見れば、19 世紀にそれなりに明確な輪郭を有した法技術としての土地収用法制は 20 世紀に入り動揺する。各国で(i)土地収用の法技術が、古典的な公共事業に限られず、都市計画の実現や住宅の提供などのための手法としても用いられるようになってきたことに加え、(ii)都市計画等の分野において、法律による土地利用規制の強化に反対する保守的法律家が、憲法上補償が要求される「収用」概念の拡大解釈によって規制への補償を要求した(ドイツでは、ワイマール共和国期に「収用概念の解体」が指摘された)のである。この二つの異なった方向からの動因により、「公共のため」が拡張的に解釈される。

日本国憲法下においても、(i)に対応する問題として、最終的受益者が私人である宅地造成・処分事業のための収用(新住宅市街地開発法)や、小作農へ売渡すための強制的農地買収などの合憲性が問題とされた。後者について、農地改革に関する最高裁判決(最大判 1953(昭和 28)年 12 月 23 日民集 7 卷 13 号 1523 頁)の井上/岩松少数意見は、買収地を特定の小作人に交付することの「公共のため」該当性を疑問視している。多数意見はこの

問題に直接には触れないが、栗山補足意見は「公共の用というのは公共の利益をも含む……収用した結果具体的の場合に特定の個人が受益者となつても政府による収用の全体の目的が公共の用のためであればよい」とする（参照、藤田宙靖『西ドイツの土地法と日本の土地法』創文社(1988年)170-171頁）。古典的収用事業における起業者が私人（鉄道会社等）であることとの対比で考えても、最終的受益者が私人であることだけで直ちに「公共のため」たりうることを否定すべきではないが、当該事業が継続的に公共性を有するものであるための制度的担保を憲法上要求していくことは考えられる。

## （２） 補償の要否

収用法制の動揺の歴史的動因として指摘した上記の第(ii)点に対応して、古典的な土地収用にあたらぬ財産権規制によって受けた損害に対して憲法上補償が要求されるかという問題が、憲法 29 条 3 項の下でも生じる。補償の要否の基準としては、財産権者に対して一般人と異なる「特別犠牲」が課せられたものであるかどうか従来問題にされてきた。ドイツの O. マイヤーの学説に由来する「特別犠牲」説は、出発点においては、収用補償の限定を正当化する文脈で用いられた。収用補償は、債務不履行や不法行為の損害賠償と異なり、所有者が蒙った全ての損害（例えば土地に対する愛着価値や、人的要因等により当該土地から特別の利益を得ていた場合）を填補する必要がなく、基本的には土地の客観的価値の補償で足りるというのである。しかし日本においては、補償の要否を判断する道具概念としてこの概念が用いられることが定着した。

ある財産権侵害が特別犠牲にあたり補償が必要であるかについての基準として、(i)侵害の強度（財産権の本来の効用の発揮を妨げることになるか）および(ii)侵害の目的（財産権に内在する社会的拘束の表われか、他の特定の公益目的のためのものか）が学説によりあげられる（今村成和・損失補償制度の研究 32 頁。ただし同書は「特別犠牲」概念にやや距離をおく）が、明確なメルクマールではなく、総合的判断の要素・視点たりうるにとどまる（阿部泰隆・国家補償法 280 頁は「点数制」で説明する）。

現存保障を重視する立場からすれば、「完全に自由な所有権」がどの程度制限されているかと問題を立てるのではなく、むしろ「現実に行なわれている利用」への制限の有無に着目すべきである。財産権の現実の適法な利用状態を補償か、なんらかの経過措置なしにそれを不可能にするのは、当該規制がそもそも一般的に許されるかどうかという問題に比べて、より強い正当化事由を必要とする。最判 1968（昭和 43）年 11 月 27 日刑集 22 卷 12 号 1402 頁（名取川砂利採取判決）は、現に行なわれている砂利採取事業に一定の保護を認める余地を示唆した。この事件の被告人は、名取川附近の民有地を賃借して砂利を採取販売していたが、同地が「河川附近地」に指定されたため、河川附近地制限令 4 条 2 項により、砂利採取には許可が必要となった。その後も無許可で砂利の採取を行って起訴された被告人は、補償を与えない同令の違憲性を主張したのである。他方、前記ため池条例事件では、最高裁は、目的が災害防止という消極的なものであることのみを重視して補償を不要とした。結論はともかく、禁止された農業的利用が、条例の施行前から、原告の「父祖の代より」営まれてきたものであることを十分に考慮に入れていないのは疑問である。

## （３） 請求権発生説と違憲無効説

## (イ) 両説の対比

財産権を規制する法律について憲法上補償を要するとして次に問題になるのは、な法律に立法者が補償規定を設けていない（または額が不十分である）時に、直接憲法 29 条 3 項に基づいて損失補償を請求できるかという問題である。これを肯定する説を請求権発生説、否定して当該法律を違憲無効とする説を違憲無効説とよぶ。前記名取川砂利採取判決は、被告人の蒙った現実の損失についての補償の必要性について一定の理解を示しつつ、「本件被告人も、その損失を具体的に主張立証して、別途、直接憲法二九条三項を根拠にして、補償請求をする余地が全くないわけではない」として、河川附近地制限令の規制と罰則を違憲無効と解すべきではないとした。同判決は一般に請求権発生説に立ったものと解されているが、それは法律の合憲性を導くため傍論的にのみ用いられていることに注意しなければならない。

請求権発生説には、国会の意思が必ずしも尊重されない問題がある。国会としては憲法上補償不要と考えて規制したが、補償が必要ならば規制を断念するつもりだったということもありうる。請求権発生説に立つと、このような場合も補償を支払う必要が生じ、予期しない財政支出を発生させる。違憲無効説によれば、補償を支払っても規制を継続するかどうか、国会があらためて判断する機会を与えられることになるのである（宇賀・国家補償法 395-396 頁）。このような考慮と、所有権の現存保障を重視の発想から、ドイツでは違憲無効説的な取り扱いがなされ、憲法にもそれを裏付ける規定（付帯条項）がある（参照、棟居快行「ボン基本法 1 4 条 3 項（公用収用）における Junktimklausel の一考察」小林還暦・現代国家と憲法の原理 603 頁）が、日本では違憲無効説にさまざまな困難がある。とくに、違憲の法律により既に受けた損害の補償を認めることが、ドイツの「収用類似の侵害」的構成が確立していない日本では難しい。他方国家賠償も、立法行為による損害に対する賠償に異常に厳しい要件を課す最判の立場を前提にすれば（最判 1985（昭和 60）年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁）困難である（両説の使い分けを示唆する見解として、阿部・国家補償法 262-268 頁）。

## (ロ) 予防接種被害

予防接種の副反応により生じた死亡または後遺障害に関して、「財産上特別の犠牲が課せられた場合と生命、身体に対し特別の犠牲が課せられた場合とで、後者の方を不利に扱うことが許されるとする合理的理由は全くない」として、憲法 29 条 3 項を類推適用して補償を認めた裁判例として、最判 1984（昭和 59）年 5 月 18 日判時 1118 号 28 頁がある。受忍限度を著しく逸脱した予防接種被害の一方で、その他の国民が疾病の予防等公衆衛生の増進による利益を受けていることに照らせば、被害の「特別の犠牲」的性質には異論は少ないだろう。しかし、生命・身体への侵害に関して、「公共のために用ひる」と定める憲法 29 条 3 項を（類推）適用することには問題がある。また、当時の予防接種の実態の適法性を問い、副反応のより少ないより良いありかたを求めていく上では、同判決のような損失補償的構成ではなく、適法性担保機能を有する国家賠償的構成の方がより優れている。この点、東京高判 1992（平成 4）年 12 月 18 日判時 1445 号 3 頁は、当時の問診等の実態に即して「禁忌該当者に予防接種を実施させないための十分な措置をとることを怠った」厚生大臣の過失を、被害者側に有利に認定することによって国家賠償請求を認めたため、この時期までの予防接種については、国家賠償による救済が与えられることがすでに事実上確定して

いる。損失補償的構成は、今後起こる事件について「過失が否定される場合のバックアップ」(宇賀・国家補償法 504 頁)にとどめ、注意して用いられるべきであろう。

#### (4) 正当な補償

##### (イ) 完全補償説対相対補償説？

###### (a) 両説の対比

憲法 29 条 3 項が要求する「正当な補償」については、従来より「完全補償説」と「相当補償説」との論争があった。完全補償説の多数は、「当該財産の客観的な市場価格」が全額補償されるべきとする(参照、芦部・憲法 215 頁)のに対し、相当補償説とは、「かならずしも完全な補償(傍点)を意味するのではなく、そこでの公共目的の性質にかんがみ、社会国家的基準にもとづいて定める妥当な、または合理的な補償を意味する」(宮沢・憲法 II408 頁)とされる。しかしこの対比には注意が必要である。被収用権利の価額全ての補償は、必ずしも収用によって生じた被収用者の損失の全てを補償するものではない。土地収用法が、みぞかき補償(75 条)移転料(77 条)などの「通常受ける損失」(88 条)も補償するのはそのためである。さらに、精神的損失や後述する生活権補償なども含まなければ「完全補償」とはいえないという考え方もなりたたないではない。

###### (b) 農地改革判決

「正当な補償」概念は、戦後農地改革における農地買収価格をめぐって大きな争点となった。自作農創設特別措置法 6 条 3 項が定める強制買収の最高価格(田については賃貸価格の 40 倍、畑については 48 倍)について、前記( 頁)農地改革判決は、「正当な補償とは、その当時の経済状態において成立することを考えられる価格に基き、合理的に算出された相当な額をいうのであつて、必しも常にかかる価格と完全に一致することを要するものでない」と解するを相当とする。」と述べ、補償の合憲性を肯定した。しかしこの判決は、直ちに「相当補償説」をとるものと理解すべきではない。

まず判決の論理においては、本件は農地価格の算定方法が争点になっているのであり、最高裁も農地価格を下回る「相当な額」を補償額とすることが許されると判示してはいないことに注意すべきである。既に戦時中から農地の自由な売買は禁止されていたため、土地そのものの「市場価格」が算定不可能なことは前提であった。具体的に言えば(i)地主採算価格によらず、自作収益価格によったこと(ii)統制経済下の公定米価により、経済実態を反映させなかったこと(iii)対価算出時からの経済事情の激変にもかかわらず、価格が据え置かれたことなどの価格算定方法の是非が争われたのである。(柳瀬・公用負担法 267 頁注(10)は、最高裁はあくまで「生じた損失の全部に対する完全な補償」を前提として理解している)

他方、事案の実態にかんがみると、本件を「相当補償説」と位置づけることは逆にかなり危険である。上のような算定方式の結果、本件農地の買収価格は「田 1 反(約 1000 m<sup>2</sup>)の買収対価が鮭 3 尾の代価にも及ばない」(原告主張)ものとなっていた。「相当な補償」というよりは無補償というほうが実態に近い。「相当補償説」がこのような補償をも一般的に許容するとするのであれば、問題であろう。

###### (c) 農地改革の位置づけ

今日有力なのは、農地改革の特殊性を重視する立論である。第一説は、農地改革が占領政策の一環として連合軍最高司令官指令に基づいて行われていることをとらえ、それに超憲法的効力を認める（田中二郎・行政上の損害賠償及び損失補償）ものである。第二説は、農地改革が「現行憲法の社会的基盤を創出するための歴史的前提（原文傍点）」であることを重視し、「前近代的・封建的独占」としての旧地主の財産権は憲法 29 条 1 項が不可侵とする財産権の中には入らないとして、憲法的保護を否定するものである（渡辺・財産権論 227-8 頁）。この説の評価にあたっては、農地改革判決原告が採用を主張する地主採算価格なるものが、小作農からの「三割九分」の収納を前提として計算されたものであること（1 審判決による）を重視せねばならないだろう。

以上二説は、「一回限り」の問題として農地改革をとらえるものであるが、それを日本国憲法のもとでも生じうる普遍的な問題として捉える第三説が今日かなり有力である。一般の土地収用のように「財産権の侵害が、個別的偶然な事情により、特定の権利者に加えられた」という場合と、本件農地改革のように「或る種の財産権に対する社会的評価が変化したことに基づき、これを除去することを目的とする侵害行為」とを区別し、前者については完全補償を要求し、後者についてのみ相当補償を容認する説である（今村・損失補償制度の研究 38-39 頁）。この説によれば、「国有化・社会化のように社会変革としてなされた財産権の侵害」（樋口ほか憲法 II251 頁[中村]）については相当な補償で足りることになり、説得力に富む。

この場合、そもそも日本国憲法下で「社会変革」的な立法がどこまで許されるのかを問わねばならないであろう。財産権の「核的価値」は人格や労働に求められるべきであるから、それらから大きく距離をおく資本主義的財産権については、立法者がその「距離」を補償額算定に当たって考慮し、補償を限定することも許されるだろう（参照、棟居・人権論の新構成 271 頁）。まさにこのような「積極目的」政策については、その真の目的が明確に表明される限りにおいて、一定の立法裁量が認められるべきである。ただし平等原則による拘束は及ぶため、例えば特定企業の財産にとってあくまで外在的な理由—例えば鉄道や道路用地のための収用—による財産権の剥奪に対しては、それが「資本主義的財産権」であっても、低額の補償しか与えないことは許されない（阿部・国家補償法 299 頁）。「ある種の」財産権一般に対して剥奪ないし制限がなされる時にのみ、低額補償が許されるというのが第三説の趣旨である。

## （ロ） 都市計画制限と損失補償

都市計画法は、都市計画で道路・公園等の都市施設の区域として決定された土地について、一定の建築制限を課している（53 条、54 条）。憲法 29 条 2 項の財産権の内容規定と解されるこのような規制について、同法は補償規定を有しない。ただし、最高裁（最判 1973（昭和 48）年 10 月 18 日民集 27 卷 9 号 120 頁（倉吉市都市計画道路予定地収用事件））では、上記建築制限のいわば前身である旧建築基準法の規制について、対象地が最終的に収用される場合、補償価格は建築制限を前提とした価格ではなく、制限がないものとして算出した価格によらなければならないとする。土地収用法における損失補償は、「被収用者が近傍において被収用地と同等の代替地等を取得することをうるに足りる金額の補償を要する」ことがその理由としてあげられる。（同判決で「完全な補償」という言葉が用いられているため、

最高裁は完全補償説をとったと言われることがあるが、判旨はあくまで土地収用法の解釈であり、憲法 29 条 3 項の解釈として述べられたものではない。）

この判例は、建築制限そのものに補償を与えないことの合憲性について直接言及はしないが、そのような実務を前提とはしている。おそらくその背景には、土地の「所有」の保護は重視するが、単なる「利用」は余り重視しない判例の傾向（藤田『西ドイツの土地法と日本の土地法』270 頁）があろう。不相当に長期に建築制限が続き「へびのなま殺し」（阿部・国家補償法、280 頁）的状況が多く見られることに照らすと、上のような実務自体疑問の余地があり、都市計画制限の種類等に応じた、補償の要否・方法について検討すべきである。（参照、野呂充「都市計画制限と損失補償」広島法学 20-2-253）他方、本件都市施設予定地の建築制限のように当該土地にとって明らかに外在的な理由に基づく制限でなく、用途地域制など内在的ともいえる制約には、本件判旨の射程は及ばないと解すべきであろう。

## （ハ）生活補償

### （a）生活再建補償

「正当な補償」をめぐる上述の諸問題の背後には、財産権の「核」を、交換価値に求めるのか現実の利用に求めるのかという問題がある。この対立がもっとも鮮明に現われるのが、生活補償の問題である。伝統的な補償理論は、前述の倉吉市都市計画道路予定地収用事件で最高裁がのべるように、近傍における同等の代替地を取得するに足る金額の補償により、被収用者が従前の生活を再建できるという想定の上に立っていた。

しかし例えば、大規模ダムによる水没で従来のコミュニティ全体が破壊されてしまう場合、被収用者の生活を従来可能にしてきた社会的ネットワークや自然環境などの生活便益——これらは多くの場合地価に反映されない——が失われてしまうため、交換価値に見合った補償では、従来の生活の再建は到底困難である。また、収用の対象とならなかった少数残存者もコミュニティから得ていた生活便益の大部分が失われることになる。そこでいくつかの法律（水源地域対策特別措置法、公共用地の取得に関する特別措置法など）は、事業施行者や自治体などが生活再建措置を講ずべき努力義務を定めている。また、任意買収の買収額の基準とされる「公共用地の取得に伴う損失補償基準要綱(1962. 6. 29)」は、上の少数残存者に対する補償に加え、被収用者に雇用されている者が職を失う場合の離職者補償について定めている。

### （b）憲法の要求か、政策的措置か

これら生活再建補償が憲法 29 条 3 項の要求なのか、それとも立法政策・行政実務によって政策的に認められたものに過ぎないのかが問題となる。下級審判例は財産権を経済的交換価値中心に考え、生活補償の憲法的性質について否定的となる傾向があるが（新東京国際空港用地の収用に関する東京地判 1988(昭和 63)年 6 月 28 日行集 39 卷 5・6 号 535 頁、東京高判 1993(平成 5)年 8 月 30 日行集 44 卷 8・9 号 120 頁、徳山ダムに関する岐阜地判 1980(昭和 55)年 2 月 25 日行集 31 卷 2 号 184 頁）、財産権の現存保障（＝人格と結びついた利用）的側面を重視すれば、生活のような人的要素も内包したものとして財産権をとらえ、生活補償も財産権補償の中に含めることが可能であろう（三辺夏雄「公共用地の取得に伴う生活補償について」高柳古稀・行政法学の現状分析 422 頁）。憲法上の根拠は 25 条や 13、14 条に求めるよりも、29 条を「憲法 25 条の趣旨によって解釈」（中村睦男・樋口ほか他憲法

II254 頁[中村]) する方が妥当と思われる(参照、西谷剛「生活再建補償」小高剛編・損失補償の理論と実際 110 頁) しかし、少数残存者補償などの金銭的補償は別として(代替地補償は微妙)、それに尽くされない生活再建措置(相談・斡旋等)は、訴訟上具体的な請求権として構成するのは不可能である(塩野・行政法 II、293 頁)。この点では請求権発生説より違憲無効説の方が、立法者の再考を促しかえって救済の可能性を広げることになりうる。

類似の問題として、土地区画整理における減歩がある。公共施設の整備改善および宅地の利用増進(区画整理法 1 条) のために行われる区画整理は、公共施設用地や保留地のため必要な分を、各所有者からの減歩によって調達する仕組みを基本にしている。そして従前の土地と換地とは、原則として土地の交換価値に着目した照応の原則によって対応することが予定されている。この場合、土地の処分を希望する所有者や、地価の上昇に対応した高度利用が可能な所有者にとっては問題ないが、従前の生活や営業の継続を求める(とくに小規模な)土地所有者にとっては大きな不利益が生じる。交換価値及びそれに反映される抽象的な利用可能性は確かに失われていないが、現実的な利用価値は大きく損なわれることになるのである。しかしここでも判例は、もっぱら経済的交換価値の増減に着目して、減歩の問題を処理している(最判 1981(昭和 56)年 3 月 19 日訟月 27 卷 6 号 1105 頁およびその下級審(福岡地裁大牟田支判 1980(昭和 55)年 2 月 25 日訟月 26 卷 5 号 730 頁、福岡高判 1980(昭和 55)年 6 月 17 日訟月 27 卷 6 号 1105 頁)。