

財産権《制約》の類別に関する一試論

——憲法判断対象たる法令の類別という観点から——

大石和彦

はじめに

- 1 薬事法判決と森林法判決との間の比較不可能性
 - i) 法規範の2タイプ
 - ii) 2判決における違憲審査対象はそれぞれどちらのタイプか
- 2 「財産権の行使の自由」に対する制約
 - i) それは「財産権の内容」を定めることなく自由の制約の一つである
 - ii) それは憲法（何条）の保護範囲に含まれるか
- 3 「既得権侵害」と《事後法による予測の攪乱》との間
むすび

はじめに

「全体として、憲法学上の財産権論の業績は決して多いとはいえない」¹⁾、さらにはより広く「憲法上保障された権利の実現が、法律による具体化ないし制度構築に依拠する場面」に関する日本の研究は遅れて来たといわれるが²⁾、その一方、最近では「前国家的」（「自然」、「天然」の）自由に対する制約の合憲性について論ずるための「作法」（としての「三段階審査」等）とは異なる、財産権を含む「国家（法制度）依存的権利」に対する制約（？）の合憲性につき論ずるための「作法」の特徴とはいかなるものか、という問題意識が、おそ

1) 石川健治「財産権②」小山剛・駒村圭吾編著『論点探求 憲法（第2版）』（弘文堂、2013）254頁。

2) 渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法制研究76巻3号（2009）250頁。

らくは法科大学院制度がかなりの程度手伝って、学生向けの著述の中でも、一種定番化しつつあるという状況もまた、見て取れるようにも思われる³⁾。あるいは、さしあたり対象を財産権に特化していえば、基本的には以下のような問題意識もまた既に定番化しているように思われる⁴⁾。

憲法29条2項が「財産権の内容は法律で…定める」としている以上、同条1項にいう「侵してはならない」財産権なるものも、結局は法律（国会）が定めたそれに過ぎないということになりそうだ。とすると、憲法29条1項は行政権（さらには裁判所？）を拘束するに過ぎず、財産権自体の造物主である国会（形式的意味の法律）は拘束し得ない（憲法の教科書類において平等権が語られる際の定番の語彙を用いていえば、「法適用」違憲〔より今風にいえば「処分違憲」〕はあり得ても「法内容」違憲はありえない）ことになる。それでもあえて法律の内容の違憲を語ろうとするのであれば、法律が既に発生している権利（既得権）を「事後的」に侵害する場面に限られよう⁵⁾。では、「事後法」による既得権侵害の事例には当たらないはずの森林法共有林分割制限規定事件⁶⁾において法内容違憲判断がなされたことは、いかにして説明されるのか…

3) そうした問題意識に立つ近時の学生向け著述の例として、小山剛『憲法上の権利の作法（新版）』（尚学社、2011）、宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』（日本評論社、2011）149頁、駒村圭吾「憲法訴訟の現代的展開（第15回）〔第2部 自由権以外の権利と論証の型〕財産権」法セミ684号（2012）68頁など。

4) そうした問題意識に立つと思われる例として前掲注1および注3の諸論稿、さらに安念潤司「憲法が財産権を保障することの意味」長谷部恭男編著『リーディングス現代の憲法』（日本評論社1995）137頁など。

5) 「事後法」による財産権制約の合憲性に関するリーディング・ケースとして最大判昭和53年7月12日・民集32巻5号946頁をあげることに注意が必要であることについては、本稿3にて後述。

6) 最大判昭和62年4月22日・民集41巻3号408頁。

こうした定番の問題意識は、憲法上の権利としての財産権（憲法が財産権を保障すること）とはどのようなものか、という視角から見た場合のものといえる⁷⁾。また、憲法学である以上、このように憲法上の権利、またはそれを保障する憲法の側に焦点を当てて思考の出発点とすることは至極当然といえる。これに対し本稿は、財産権制約に対する憲法判断の可否およびその手法について考える作業の出発点段階で、上記問題意識とは別の方向から、つまり財産権または憲法の側から見た場合の視角というより、それに対する《制約》とはどのようなものか、あるいは、財産権を制約する《法律》（つまりは憲法判断のものさしとしての憲法29条ではなく《憲法判断の対象》）がどのようなものなのか、という視角から考察して行くことの可能性を探ろうとする、ささやかな試みである。

1 薬事法判決と森林法判決との間の比較不可能性

i) 法規範の2タイプ

まずは経済的自由権分野を代表する上記2判例が、本稿の視角から見た場合、どのように見えるのか、ということから説明を始めることにしたい。

「～の自由」というときの「～」とは、人間が《現実世界》で行う何らかの《行為》（不作為含む。）である⁸⁾。この「自由」を《制約》する（つまり、憲法上の自由権規定をものさしとした違憲審査の対象たる）諸法令（地方の例規

7) 前掲（注4）安念論文の表題参照。

8) 赤坂正浩『憲法講義（人権）』（信山社、2011）11頁は、「憲法上の権利の保護対象」として、①行為、②状態、③法的地位の3つをあげたうえ、②の例としてはプライバシーを、また③の例としては財産権をあげている。本稿上記箇所は、このうちさしあたり①を想定している。また同書151頁にいわく、「29条の保護対象は、他の人権のように事実的な行為や状態ではなく、はじめから法的な権利なのである」。これを逆言すれば、「～の自由」というときの「～」とは、国家による「法的な」評価以前（「前国家的」、な、あるいは「天然」、「自然」）の「事実的な」、つまり本稿上記箇所にある《現実世界》における行為ということになる。

含む。)は、何らかの共通属性を持つのであろうか。また、持つとして、それらの間の共通属性とは、どのようなものであろうか。

人間が現実に行う行為をコントロールするための一番手っ取り早い方法は、ある行為に対し国家が不利益（制裁）を加えることを定める法規範を定立施行することである。このタイプの規範の典型例はいうまでもなく刑罰法規であるが、刑罰の他、過料、反則金、追徴課税、（行政上の義務違反者の氏名・法人名の）公表の他さらに、民事上の損害賠償義務の履行強制や行政上の強制執行をも、義務の不履行（不法行為から生じた損害賠償責任の不履行含む）に対して科される「制裁」としてさらに広く考えるなら、民事上の損害賠償法や、さらには行政上の強制執行の根拠法もまた、刑罰法規と基本的に同じ構造を持つものであるとの説明が可能となり、以上まとめて、「義務賦課規範」、「義務づけ規範」あるいは「行為規範」などと総称されることがある⁹⁾。これらの法規範の特徴は、誰かが《現実》に行った行為または不作為（構成要件該当行為、権利侵害、債務不履行…）に着目して、《現実》の世界に直接働きかけ（一般予防効果および特別予防効果を発生させ、被害者を救済し、債権者を満足させ、行政上の目的を実現し）ようとする点にある¹⁰⁾。

これに対し、上記とは異なるタイプの規範の典型は憲法である。すなわち憲法は、国または公共団体の機関（例えば国会）に対し規律（形式的意味の法律）の定立改廃権限を積極的に与えると同時に、その権限行使のあり方を消極的に

9) 田中成明『現代法理論』（有斐閣、1984）58頁、同『法理学講義』（有斐閣、1994）52頁、同『現代法理学』（有斐閣、2011）66頁では「義務賦課規範」、尾吹善人『日本憲法』（木鐸社、1990）5頁以下、同「憲法規範の変性？」新正幸・鈴木法日兎編『憲法制定と変動の法理—菅野喜八郎教授還暦記念—』（木鐸社、1991）383頁以下（尾吹善人『憲法の基礎理論と解釈』（信山社、2007）428頁以下に再録）では「義務づけ規範」、新正幸『憲法訴訟論（第2版）』（信山社、2010）305頁以下では「行為規範」と呼ばれている。

10) 「義務賦課規範」の特徴については、拙稿「『立法不作為に対する司法審査』・再論—それでも規範は二種なのか？—」立教法学82号（2011）130頁、同「『憲法判断の対象』としての《規範》と《行為》—『義務賦課規範』・『権能付与規範』区別論の観点から—」筑波ロー・ジャーナル11号（2012）25頁でも論じた。

制限してもいる。つまり憲法は、法律以下の下位規範に対して法的効力が付与されるための要件を定めている。清宮四郎いわく、「およそ、一つの法規範が適法に存立し、通用するためには、それを定立する権能の所在（定立権者）、定立の手續および様式ならびに定立の内容を定める法規範が、前もって別に存立し、通用していなければならない¹¹⁾。そこにいう「法規範」を清宮自身は「授權規範」と呼ぶが、ここで「授權」とは、（法規範を定立改廃する）権能を付与する、という意味であるから、これを「権能付与規範」と呼ぶ例もある¹²⁾。清宮は上掲引用部において、「授權」の要素として、第1に下位規範「定立権者」の指定、第2に下位規範「定立の手續および様式」の指定、第3に下位規範の「内容」に関する制限、以上3つをあげる。国会を「唯一の立法機関」だとする日本国憲法41条や、政令制定権を内閣に与える同73条六号などは第1の要素に当ろう。また法律制定改廃手續についていえば、憲法59条が上記第2の要素に当るし、憲法56条および57条1項も、法案審議に適用される限りにおいてその意味を持つであろう。さらに憲法98条1項によれば、憲法上の基

11) 清宮四郎『憲法I〔第三版〕』（有斐閣、1979）16頁以下。

12) H・L・A・ハート（矢崎光圀監訳）「法の概念」（みすず書房、1976）105頁以下では「変更のルール（rule of change）」と呼ばれている。日本の文献では、田中・前掲3書（注9）は「権能付与規範」、尾吹前掲論文（注9）は「授權規範」、新前掲書（注9）は「権限規範」と呼んでいる。

なお松井茂記『日本国憲法（第3版）』（有斐閣、2007）が、憲法は「刑法・民法といった行為規範」すなわち「第1次的ルール」とは異なり、国会に立法権を授權する面では「変化のルール」であり、裁判所に司法権を授權する面では「裁決のルール」であるが、「とりわけ…ハートのいう認知のルールとしての性格を強くもっている」とするのも、基本的には本文で述べた法規範2タイプ論と同種であろう（もっともハート〔前掲邦訳書106頁〕は、民法上の規範のうちの全てを1次ルールだと言っているわけではなく、そのうち私人が法律行為により権利義務関係に変更を加える権能を付与するルールを2次ルール〔の一つとしてのrule of change〕に数えている）。本稿での検討対象たる「授權（権能付与）規範」は、ハートの言葉でいえば「2次ルール」のうち専ら「変更のルール」に限られるであろうが、これはあくまで本稿の目的との関係上、議論対象をさしあたりそのように限定したまでのことであって、憲法（中いくつかの規範）がハートいうrule of recognitionやrule of adjudicationに相当するという松井のような見方を否定するつもりは毛頭ない。

本的人権規定等に反する法令は「効力を有しない」。これは法令等の「内容を定める法規範」（つまり上記第3）の例であろう。つまり憲法は、法律をはじめとする下位規範の定立権者および定立手続を定め、さらに下位規範の内容に縛りかける規範だという意味で「法の法」、「規範の規範」だということができる¹³⁾。もちろん授權規範（権能付与規範）の例は憲法にはとどまらない。行政処分の根拠規定もそれに該当しようし、農地法3条7項は、私人に対し法律行為権能を付与する規範のうち、行政庁から「認可」を受けることを、法律行為発効のための手続的要件の一つとして加重するもの、つまり上記のうち第2の例ということができようし、また民法90条は法律行為の内容に関する縛り、すなわち上記第3の要素の例ということになる。これら「権能付与規範」も、もちろん実定規範である以上、間接的には《現実世界》の人間の活動に影響するのではあるが、上記の通り「規範の規範」として、直接的にはその下で定立改廃される下位規範（憲法という上位規範から見た場合の下位規範としての法律、行政処分の根拠規定という上位規範から見た場合の下位規範としての個別具体的処分など）という《観念的世界》の事象をコントロール対象としている¹⁴⁾。

なお、上記区別は、当該法規範を見る者の観点により、相対的であり得る。例えば、行政上の不利益処分（典型例としては公務員や生徒・学生に対する懲戒処分）の根拠法は、処分権者を主体として見れば処分権能付与規範（授權規範）であろうが、懲戒処分の対象者を主体として見れば、懲戒対象行為をした者に対して懲戒処分という《制裁》を科す義務賦課規範に見えることであろう。

ii) 2判決における違憲審査対象はそれぞれどちらのタイプか

では、薬事法違憲判決¹⁵⁾において違憲判断対象とされた薬事法6条2項および4項（当時）とは、上記2タイプ（「義務賦課規範」と「権能付与規範」）の

13) 清宮・前掲書（注11）16頁。

14) これについても前掲（注10）の2拙稿で述べた。

15) 最大判昭和50年4月30日・民集29巻4号572頁。

うちのいずれ（を構成する一部）か。被治者が現実世界で行う行為をコントロールする（＝自由を制約する）ため、許可制といった手段も多く用いられるが、許可制という概念は、許可を得ないで行った行為は処罰されることを込みにして説明されることが多い（例えば現行薬事法4条1項および84条一号）。だとすると、結局は許可制なるものの本体も、不許可行為を処罰する「義務賦課規範」だということになる。薬事法判決が違憲としたのも、許可要件の一つ（「適正配置」要件）を定める規定であって、上記のような許可制を構成する一部であった。つまり薬事法判決において違憲とされた薬事法6条2項および4項（当時）は、まぎれもなく「義務賦課規範」（を構成する一部）であったわけである。また、このことは、本稿の視角から見た場合、上記規定が制約対象とした「営業」というものが、《現実》世界における人間の《行為》であることと、密接不可分である。

では、森林法違憲判決における違憲審査対象とは、どのようなものであったか。そこで違憲とされた森林法186条（当時）の規定は以下の通りである。

森林の共有者は、民法第256条第1項（共有物の分割請求）の規定にかかわらず、その共有に係る森林の分割を請求することができない。但し、各共有者の持分の価額に従いその過半数をもって分割の請求をすることを妨げない。

ちなみに上掲森林法の当時規定が言及する民法256条1項、さらに同258条（当時）は以下の通り。

256条 各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得但五年ヲ超エサル期間内分割ヲ為ササル契約ヲ為スコトヲ妨ケス
（2項略）

258条 分割ハ共有者ノ協議調ハサルトキハ之ヲ裁判所ニ請求スルコトヲ得

前項ノ場合ニ於テ現物ヲ以テ分割ヲ為スコト能ワサルトキ又ハ分割ニ因リテ著シク其価格ヲ損スル虞アルトキハ裁判所ハ其競売ヲ命スルコトヲ得

上記民法（当時）上の規定は、上記2タイプ規範（「義務賦課規範」と「権能付与規範」）分類論から見れば、「（各）共有者」および「裁判所」に対し、共有物をめぐる法関係（個別具体的規範）を変更する権能を付与する、後者のタイプであり、上記民法上の規定の特別法たる森林法の上記当時規定も（他の共有者との関係で使用収益行為が制約される状態を永続させるという点を度外視すれば）この点同じということになる。

つまり、薬事法判決における違憲審査対象法令は、「職業」という《現実世界》における人間の活動を制約する義務賦課規範（を構成する一部）であったのに対し、森林法判決におけるそれは、《現実世界》における人間の行為を直接制約対象とするのではなく、「分割請求権」という法規範そのもの、つまりは《観念的》事象を「制約」の対象とする「権能付与規範」（を構成する一部）という、本来両者ずいぶん異なるものであったわけである。両者の違いを、もっと解りやすく、これまた定番化した今風の対比¹⁶⁾を用いていえば、薬事法の規定は、自由に対する、正真正銘の「制約」であるが、森林法の規定は、民法258条が用意している国（裁判所）による「援助」（私人の権利実現に手を貸してやるという一種のサービス）を受けられなくしているに過ぎないともいえる。

森林法判決をはじめとする財産権制約に関する諸判例が、いわゆる「積極目的規制・消極目的規制二分論」に立つものではない、という認識もまた既に定番化している。もっとも、小売商業特措法判決のある箇所を見れば、同二分論（少なくともそのうちの一方、すなわち積極目的規制に対しては立法府の広範な裁量が認められるべきであり、「明白性の基準」が妥当すべきこと。）は財産権制約についてこそ妥当すべきだ、という見方もあり得よう¹⁷⁾。もっとも、

16) 例えば芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第5版）』（岩波書店、2011）172頁注十〔高橋増補部分〕。

オリジナル・テキストとしての薬事法判決において示された目的二分論は、あくまで「職業の許可制」が「職業の自由に対する強力な制限である」ことを前提とした「職業の許可制」二分論であったことに鑑みれば¹⁸⁾、少なくとも最高裁の判例をベースとした（それを真正面から否定するのではない、というルールの下に）議論を展開する限り、森林法判決で目的二分論が採られたかどうか、採られなかったとしてそれが妥当であったかどうかにつき議論するのであれば、森林法186条（当時）による「制約」が、薬事法6条2項および4項（当時）による制約と比較して、それに負けないくらい「強力な制限である」といえるのかどうかにも（その点にまずは）意が払われてしかるべきではなかったか。それを本稿の視角から見た場合の見え方はこうである。そもそも両者は、比較

17) 最大判昭和47年11月22日・刑集26巻9号586頁いわく、「憲法は、全体として、福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策を要請していることは明らかである。このような点を総合的に考察すると、憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといふことができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なつて、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところと解するのが相当であり、国は、積極的に、国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もつて社会経済全体の均衡のとれた調和的發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対し、一定の規制措置を講ずることも、それが右目的達成のために必要かつ合理的な範囲にとどまる限り、許されるべきであつて、決して、憲法の禁ずるところではないと解すべきである」。「義務をともなう」ものとしてワイマール憲法153条3項により名指しされたのが「所有」であつたことに鑑みれば、昭和47年判決の語る上記事理は、財産権について妥当するものでなくてはならないはずであろう。

18) 今さらいうまでもないことであるが、念のため確認しておく、薬事法判決が目的二分論を語つたとされる以下部分、すなわち「それが社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、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つては右の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もの、というべきである」の冒頭にいう「それ」とは「職業の許可制」を指すことは、それが置かれた文脈から明らかである。

不能である。あるいは、もしあえて両者を比較するなら、後者は国家によるサービス拒否ととらえることも可能であり、だとすると、それは「制約」といえるかどうかすら、実はあやしい。

2 「財産権の行使の自由」に対する制約

i) それは「財産権の内容」を定めることではなく自由の制約の一つであるもともと「財産権分野の憲法判例」の中にも、《現実世界》における人間の一定の《行為》を規制する刑罰法規（＜義務賦課規範）が違憲主張の対象とされた例がある。いわゆる「奈良県ため池条例事件」¹⁹⁾である。同事件で違憲主張の対象となった「ため池の保全に関する条例」（昭和29年奈良県条例38号）²⁰⁾の規定（当時）は以下の通りである。

第4条 何人も、左の各号の一に該当する行為をしてはならない。

- 一 （略）
- 二 ため池の堤とうに竹木若しくは農作物を植え、又は建物その他の工作物（ため池の保全上必要な工作物を除く。）を設置する行為
- 三 （略）

第9条 第4条の規定に違反した者は、3万円以下の罰金に処する

これが「義務賦課規範」に当たることは明白である。

19) 最大判昭和38年6月26日・刑集17巻5号521頁。

20) 現行（本稿執筆当時）規定については以下サイトに拠った。

http://www.pref.nara.jp/somu-so/jourei/reiki_honbun/k401RG00000647.html

なお現行規定の下では、「知事がため池の保全上支障を及ぼすおそれがなく、かつ、環境の保全その他公共の福祉の増進に資すると認めて許可した」場合には、4条2号所定の行為をすることができる。

高辻正巳は、上掲条例につき「財産権の内容」（憲法29条2項）を定めるものではなく、「財産権の行使の自由の制限」であるとした上、財産権の内容に関する定めと、財産権の行使の自由の制限とを区別すべきだとした²¹⁾。赤坂正浩は、「他の人権のように事実的な行為や状態ではなく、はじめから法的な権利」であるという点に、財産権の保護対象の特徴を見出したが²²⁾、「財産権として財産的利益を自己のために主張することができる国法で保障される力の中身」（傍点本稿筆者）という、高辻が「財産権の内容」について与えた説明は、まさにそれが「事実的」すなわち現実世界の事象とは対極にある、「法的」すなわち《観念的》事象であることを思わせる。

ところで、「財産権の内容」に関する規定の例として高辻があげるものとしては、民法、著作権法の他に、鉱業法および漁業法の以下規定（当時）²³⁾がある。

鉱業法

第7条 まだ掘採されない鉱物は、鉱業権によるのでなければ、採掘してはならない。但し、左の各号に掲げる場合は、この限りでない。

- 一 可燃性天然ガスを営利を目的としないで、単に一家の自用に供するとき。
- 二 鉱業権の目的となっていない石灰石、ドロマイト又は耐火粘土を営利を目的としないで、単に一家の自用に供するとき。

21) 高辻正巳「財産権についての一考察」自研38巻4号（1967）3頁、同著『憲法概説（全訂第2版）』（良書普及会、1980）138-141頁。奈良県ため池条例事件上告審判決（上掲注19）に付された入江俊郎裁判官補足意見も同様の区別論に立つ。また佐々木惣一「改訂 日本国憲法論」（有斐閣、1952）419-420頁も、「財産権の内容」が公共の福祉に適合的かどうかという問題と、その「行使」が公共の福祉に適合的かどうかという問題とを区別すべきだとしている。

22) 赤坂・前掲書（注8）151頁。

23) 高辻・前掲論文（注21）が引用する規定は昭和36年の、また高辻・前掲書（注21）が引用する規定は昭和55年の、それぞれ有斐閣『六法全書』に拠った。

研究ノート（大石）

第12条 鉱業権は、物権とみなし、この法律に別段の定めがある場合を除く外、不動産に関する規定を準用する。

漁業法

第9条 定置漁業及び区画漁業は、漁業権又は入漁権に基くのでなければ、営んではならない。

第23条 ①漁業権は、物権とみなし、土地に関する規定を準用する。

②民法（明治29年法律第89号）第二編第九章（質権）の規定は定置漁業権及び区画漁業権（特定区画漁業権であつて漁業協同組合又は漁業協同組合連合会の有するものを除く。次条、第26条及び第27条において同じ。）に、第八章から第十章まで（先取特権、質権及び抵当権）の規定は特定区画漁業権であつて漁業協同組合又は漁業協同組合連合会の有するもの及び共同漁業権に、いずれも適用しない。

上掲諸規定のうち、鉱物法12条および漁業法23条は、「財産権として財産的利益を自己のために主張することができる国法で保障される力の中身」という、まさに観念的（「法的」）事象について定めるもので、要するに鉱物権、漁業権に対して国が保護（サービス）を与えることを予定する点で、現実の行為を規制する、ため池条例のような「義務賦課規範」とは対極的なものであるように思われる。ただ、現実の行為を規制する「義務賦課規範」という点では、上掲鉱物法7条および漁業法9条も同じである（両規定には、鉱物法191条1項一号および漁業法138条一号〔いずれも当時の規定〕において、それぞれ罰則が設けられていた。）。もっとも、ため池条例は、ため池の堤とうに対し何らかの財産権を有する者に対して適用される限りにおいて、当該財産権の持ち主の行為を制約するが、鉱業法および漁業法の上掲規定は、当該財産権の持ち主以外の者の行為を規制する（財産権の主体から見れば、国家による保護〔サービス〕が提供される）点において大きな違いがある²⁴⁾。

一方、「財産権の行使」とは、高辻によれば、その内容を実現（現実化）す

る「行為」または「人の所為」であるとされる。また彼は、「財産権をおかしてはならないという憲法の規定が…財産権を行使して、その内容を実現することをさまたげてはならないという趣旨を含む」とした上で、「財産権の行使」については、その「自由」に対する制限という言葉を使っている。このことから判るとおり、「財産権の行使」として高辻が想定しているのは、「法的」または観念的事象ではなく、《現実》の世界における人間の《行為》である。したがって「財産権の行使の自由を不法に妨げられない自由」を制約する法規範は、他の自由権制約の場合と同じように、刑罰法規を典型とする義務賦課規範ということになりそうだし（実際、高辻が財産権行使の自由の制限の例として引用する法令の多くは、違反行為に対して罰則を置いている。）、さらには、「財産権の行使」の制約の場合、「財産権の内容」に対するその場合とは異なり、他の自由権との違い（具体的制度設計に当たる立法府の裁量に対する敬讓）という点に過度に神経質になる必要も無い、という立場も不可能ではなさそうに思えてくる。

ii) それは憲法（何条）の保護範囲に含まれるか

ため池条例の上掲規定は、当該財産権の持ち主が当該財産権を権原として行った行為のみならず、「何人も」その行為をした場合には、規制の対象としているため、それがそもそも《財産権に対する》制約といえるのかも問題とし得ないではないであろう²⁵⁾。このように、「権原の存否に直接の関心を寄せることなく」、専ら害悪の除去を「直接の関心事として」行われる規制は、「今様にいえば…間接的・付随的規制」²⁶⁾ということになるだろうが、「間接的・付随的」であることから直ちに憲法上の権利の制約としての悪質性が贖罪され切るとは限らない²⁷⁾。また、「何人」にも及ぶ規制が、たまたま当該財産権の持

24) 財産権侵害行為に対し不法行為責任を問うことも、財産権の主体以外の者による財産権侵害行為に対して不利益（広義の制裁）を加えることを通じ、財産権を保護するという点でこれと同じであろう。

ち主に適用された場合、財産権との関係で、「処分審査」や、当該ケースに適用される限りにおいて法令違憲かどうかの判断を行うことは、それこそ「今様にいえば」、不可能ではなさそうである。なお、奈良県ため池条例事件上告審判決において入江俊郎裁判官補足意見は、「財産権の内容をいかに定めるか」の問題と、「財産上の権利の行使が制限されるに至ること」の問題とを分けた上、当該ケースは後者に該当し、「憲法29条2項」の問題ではないとした。もっとも同裁判官は、被告人の行為を「憲法…の保障する財産権の行使の埒外」とする法廷意見に参加しているが、「憲法…の保障する財産権の行使」という書き振りは、少なくとも一定範囲の「財産権の行使」につき、憲法の保障が及ぶことを前提としているように読める。この点、高辻は、「財産権を侵してはならないという憲法の規定が、…財産権を行使して、その内容を実現することをさまたげられてはならない趣旨を含むものであることは、…当然のことであろう」とした上で、「財産権を行使してその内容を実現する自由を制限することも、それが公共の福祉に適合するゆえんであるかぎり、そもそも憲法の容認するところにはかならない」として、「財産権の行使」の自由に対する制限

25) 例えば道路法43条の主語も「何人も」であり(同法100条三号に罰則がある。)、その中から「道路を構成する敷地、支壁その他の物件について」私権を有する者(同法4条参照)を排除する理由は、同規定の目的に鑑みて、無いであろうから、同規定も本文と全く同じ問題を提起する。

これに対し、例えば高辻・前掲書(注21)141頁が財産権行使に対する制約の例として引用する消防法5条および罰則である同法41条一号は、「消防長又は消防署長」による「当該防火対象物の改修、移転、除去、工事の停止又は中止その他の必要な措置をなすべき」旨の命令に従わなかった「権原を有する関係者」を処罰対象とする。

26) 『憲法判例百選I(第5版)』(2007)217頁[石川健治]。

27) 例えば、精神的自由権分野のケースではあるが、エホバの証人剣道受講拒否事件上告審判決(最二小判平成8年3月8日・民集50巻3号469頁)は、「…本件各処分は、その内容それ自体において被上告人に信仰上の教義に反する行動を命じたものではなく、その意味では、被上告人の信教の自由を直接的に制約するものとはいえないが、しかし、被上告人がそれらによる重大な不利益を避けるためには剣道実技の履修という自己の信仰上の教義に反する行動を採ることを余儀なくさせられるという性質を有するものであったことは明白である」として、学校側主張を退けている。

が合憲とされるためには、「公共の福祉に適合する」という形での正当化を要求しており、少なくとも教科書中の一般論としては、「財産権を行使してその内容を実現する自由」が「財産権を侵してはならないという憲法の規定」の保護範囲に含まれること自体、当然の前提としており、さらに上記「入江裁判官の補足意見は、本文と同旨」とする²⁸⁾。

確かに高辻の議論を見ていると、1962年の論文の中では「財産権の一般的内容を制約する規定」の一つとして挙げられていたはずの農地法4条1項が²⁹⁾、後の単行書では「財産権を行使してその内容を実現する自由」に対する制約の例として引用されている³⁰⁾、あるいは、なぜその文脈で引用されるべきなのか、本稿筆者の現時点での頭では十分理解できなかったもの³¹⁾があることも事実で、本稿が想定するような単純な二分法が高辻の議論に本当に適合的か、細かい点では、疑問が残らないわけではない。だが、高辻のアプローチは、憲法（財産権）の側ばかりでなく、財産権を制約する（あるいは、違憲審査対象となる）法令の側の類別という観点に立つものであるという点で、財産権に対する制約を条例で規定できるか、という当時の文脈から切り離してもまだ、財産権制約の合憲性に関する議論の型（作法？）の探求に向けた現在進行中の作業に対して示唆する部分もあるのではないかと思った次第である。

3 「既得権侵害」と《事後法による予測の攪乱》との間³²⁾

「事後法」による財産権制約の合憲性に関しては、最大判昭和53年7月12

28) 高辻・前掲書（注21）140-141頁。

29) 高辻・前掲論文（注21）6頁。

30) 高辻・前掲書（注21）141頁。

31) 例えば高辻・前掲書（注21）141頁において、財産権を行使してその内容を実現する自由に対する制約の例として消防法16条の4（火事の際に危なそうな設備の検査に際し手数料を納めなくてはならない旨の定め）をなぜことさら選んで挙げなくてはならないか、現時点では十分腑に落ちたとはいえない。

日・民集32巻5号946頁がリーディング・ケースとされてきた。だが、財産権制約的「事後法」関係ケースとして、より新しくは最二小判平成15年4月18日・民集56巻2号331頁があり、さらに納税者にとって不利益的な税法改正に関する最一小判平成23年9月22日・民集65巻6号2756頁および最二小判平成23年9月30日・集民237号519頁も、租税行政が財産権の制約に当たるとすれば、その例に加わるであろうが（実際それら2事案で上掲昭和53年判決を引いている最高裁は、そのように考えているのであろう。）、より新しい判例が無かった平成15年以前ならともかく、平成23年判決も出た現時点で、なおも昭和53年判決を「事後法」による財産権制約の合憲性に関するリーディング・ケースとして引用し続けることが、果たして妥当かどうか。念のため述べると、畳と判例は新しいほど良いなどという調子のお話をしているのではない。新しい判例が出て、新しい判例が先例を変更しない（部分がある）場合には、依然先例が重要であることはいうまでもない（いまだに白山比咩神社事件を読む前に津地鎮祭事件を、あるいは衆院小選挙区制導入後の判決を読む前に中選挙区制時代の定数配分規定に関する昭和51年判決を、まずは読む必要があるように）。その点、確かに上記平成23年の2判決も昭和53年判決を、まさに依拠すべき先例として引用していることは確かなので、そういう観点からまさに、昭和53年判決は読まれるべき先例なのかもしれない。私も、昭和53年判決が依然読まれるべき判決であるとは思ふ。しかし、それにしても引っかかるのは、昭和53年判決が平成15年判決や平成23年2判決の先例とされていることである³²⁾。

問題は、ここでいう「事後法」とは何なのか（例えば憲法39条第1文が禁ずる刑事事後法の問題構造と何が同じで何が異なるのか）、である。刑事事後法の「事」とはいうまでもなく構成要件該当《行為》（不作為含む）のことで

32) この問題については、拙稿（上記平成23年判決および最一小判平成23年9月22日・民集65巻6号2756頁に関する評釈）判評642号（2012）2頁（判時2151号148頁）で述べた。

33) 平成15年判決自身は昭和53年判決を引用しないが、昭和53年判決を法廷意見の中で引用する平成23年2判決の調査官解説（小林宏司・ジュリ1441号110頁）が、平成15年判決を引用する。

あり、その行為が処罰対象になるがゆえその行為をしないという選択を当該行為時点で可能ならしめるために、当該行為をするに先立ち、行為者に対し、当該行為を禁ずる刑罰法規が示されていなければならない。つまり、事前の法が行為選択の指針となって、法が定める不利益を被らなくても済む別の行為を選択しうることに、ここでのポイントがある。

こうした観点から見た場合、昭和53年判決での違憲審査対象法令を、憲法39条第1文が禁ずる刑事事後法と同じ意味で「事後法」ということには問題がある。上記昭和53年判決のケースにおいても、「事後法」施行前のもっと早くに国に対し当該農地の売り払いを求める、という《行為》が、原告が事前に法改正を知り得ていたなら選び得た、別の選択肢として観念可能だ、という人がいるかもしれないが、そうしたところで農林大臣(当時)が応じなければ、結局「事後法」により売り払いの対価は値上がりしていた(法の定める不利益を被った)であろう。「事後法」による不利益を免れられたかどうかは、ひとえに農林大臣が売り払いに応じたのが「事後法」施行の前か後かにかかっていたのであって、原告の《行為》のタイミング選択は、決定的ではなかった。

また、そもそも上掲昭和53年判決における違憲審査対象法令が制約している憲法上の権利、すなわち財産権は、被治者が現実世界で行う《行為》の「自由」ではない。それは、当該財産的利益の実現に対し国家の助力を求めうる観念的地位である。この点でそもそも、財産権につき、刑罰法規のような「自由」または現実の《行為》の「規制」と同じような意味での「事後法」というものを観念しうるのかどうかといったことが本来問題とされなければならなかったはずなのである。さらに同判決は、当該個別具体的権利が生じたのは、「国が買収によって取得し農林大臣が管理する農地について、自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた」時点としているので(さらに同判決の背景にある最大判昭和46年1月20日・民集25巻1号1頁もこの点同旨)、同判決における「事後法」なるものの「事」も「国が買収によって取得し農林大臣が管理する農地について、自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実」と解さざるを得まい³⁴⁾。とすると、この「事実」が原告の《行為》

ではない点において既に、憲法39条による刑事事後法の禁止が想定するモデルから離れているのである。

納税者にとっての税法の不利益改正法を、同法施行前に行われた「長期譲渡」にも遡及適用する同改正法附則つき最二小判平成23年9月30日・集民237号519頁は上記昭和53年判決を引用しつつ合憲としたが、同平成23年判決の千葉勝美裁判官補足意見の中には「売却処分後に租税特別措置法が改正され、長期譲渡所得に係る損益通算の廃止が、年度当初の1月1日に遡って適用された場合は、いわば既得の利益が遡及的に立法により奪われるのに等しい状況が生ずることになる。また、納税者は、通常、売却処分時点で施行されている税制

34) 当該権利発生時点につき昭和53年判決法廷意見は、「改正前の農地法80条によれば、国が買収によつて取得し農林大臣が管理する農地について、自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、当該農地の旧所有者は国に対して同条二項後段に定める買収の対価相当額をもつてその農地の売払いを求める権利を取得するものと解するのが相当である（最高裁昭和42年（行ツ）第52号同46年1月20日大法廷判決・民集25巻1号1頁参照）」と語る一方、「同法の施行前において既に自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実の生じていた農地について国に対し売払いを求める旨の申込みをしていた旧所有者は、特別措置法施行の結果、時価の七割相当額の対価でなければ売払いを受けることができなくなり、その限度で買収の対価相当額で売払いを受けうる権利が害されることになることは、否定することができない」とする部分（傍点は本稿筆者）があって、確かに後者の部分を読むと、「自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実」にプラスして、「国に対し売払いを求める旨の申込みをしていた」ことが、旧所有者に当該「権利」が発生する要件と考えているかにも見えなくもない。もっとも、同判決に付された岸上裁判官補足意見の中に見出される「多数意見の趣旨は、わたくしの理解するところによれば、買収農地について自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、その買収農地の旧所有者は国に対し当該農地の売払いを求める権利を取得し、その反面、国は旧所有者の求めに応じて当該農地の売払いを承諾すべき義務を負う、という私法上の権利義務の法律関係が両者間に発生すると解すべきものであつて（多数意見の引用する大法廷判決参照）、この法律関係は旧所有者が売払いの申込みをした後においても基本的には変わることはなく、依然旧所有者は右の権利を有し国は右の義務を負担するという法律関係が存在するにとどまり、この関係は高辻意見がいわれるような『権利の内容を超えて現存する個別の法律関係』とみることができるようなものではない、というのである。」との部分（傍点本稿筆者）、

を前提にして、課税対象所得を計算し、損益通算による利益を考慮の上で経済活動を選択するのであり、損益通算の制度が売却処分より前の暦年当初に遡って廃止されることは、このような納税者に予期せぬ損害を被らせることになり、その額も多額に及ぶこともあり、その点で財産権を事後的に立法によって変更された場合と類似した状況となる。」という2文が見出される。このうち第1文は「既得権侵害」問題を、第2文は行為選択時の予測可能性が「事後法」によって確保されなかったことを指摘する。憲法39条はこれらのうち第2文と重なる。義務賦課規範と権能付与規範という類別論から見た場合、租税法規(のうちの主体部分)は、課税処分という個別具体的規律を定立する権能を課税庁に付与する「権能付与規範」だということになる。だが一方、租税法規は、納税者が現実に行う行為の選択にとって重要な指針としても機能している。

(前頁よりつづき)

さらに高辻裁判官意見の「仮に、多数意見に従い、農地法80条の規定上、買収農地の旧所有者は、当該農地について自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた場合には、国に対しその売払いを求める権利を取得するものであり、その反面において、旧所有者がその権利を行使したとき、国は、その求めに応じ当該農地の売払いをなすべき義務を負うものであるとすれば、その権利は、元来が売払いを求める権利なのであるから、同意見がいうように、当該農地についての売買『契約が成立するためには更に国の売払いの意思表示又はこれに代わる裁判を必要とするような権利』であるのが当然であるけれども、旧所有者が同条の規定に基づき国に対して右の売払いを求める権利を取得し、これを既得の権利として保有するにとどまっているのではなく国に対して行使し、その権利の内容である売払いを求める旨の意思表示をしたときは、そのことによつて直ちに、国において当該旧所有者に対し右の売払いをなすべき義務を履行しその売払いを応諾する意思表示をなすべき拘束を受けるという法律関係が、国との間に設定され、その法律関係について司法的保障を享受する当該旧所有者は、法の規律するところによつておのずから、同法80条二項が売払いの対価として定める買収の対価相当額をもつて当該農地の買受けを実現し、経済上の利益を収受するということになる。」との表現(傍点本稿筆者)は明らかに、当該農地について自作農の創設等の目的に供しないことを相当とする事実が生じた時点で直ちに(旧所有者側による売り払い申し込みを待たずに)当該「権利」が発生するもの(と法廷意見が考えている)との理解であるといえよう。なお、これに対し、宍戸・前掲書(注3)153頁は売り払いの申し込みを「権利」発生のための(もう一つの)要件とする立場か。さらに、駒村・前掲(注3)70頁【図】の③に関する説明。

つまり納税者にとって、自分が行う行為がもたらす課税（または税額の増大）は、刑罰法規が構成要件該当行為に対してもたらす財産刑と比べ、ある行為を行ったことに対してもたらされる金銭的不利益という点で異なるところはなく、その意味で租税法規は、納税者の目から見れば、事実上義務賦課規範的に機能しているものと言いうる。近代立憲主義が想定する、刑事事後法のもたらす害悪というものが、被治者が現実に行う行為の選択する際の指針の喪失、攪乱による「自然（天然）の自由」に対する侵害であるとすれば、法改正以前に行われた取引行為に対し改正規定を遡及適用した本件改正法附則もまた、私人が行う取引行為の攪乱をもたらしうる点で、刑罰法規ではないにせよ、それでもなお本来の意味での「事後法」と言い得るものであった。これに対し、昭和53年の事案は、「既得権侵害」の事案ではあったが、事後法による予測可能性の侵害に関する事案ではなかったことになる。

むすび

以上、財産権「制約」の、自由権「制約」との違いにつき、森林法判決と薬事法判決との比較において問題提起した上、財産権分野においても、自由権制約（≡義務賦課規範）の場合とさほど異ならない構造場面として、「財産権の行使を妨げられない自由」に対する制約、さらには事後法による（既得権侵害ケースとは区別された）予測の攪乱の場面がありうる、との指摘を行った。もちろんいずれも「単なる思い付き」の域を出ないものであり、今後さらに多くの事案を見ながら、一般論として耐えうるものか検証し、さらに一般理論自体の練成に向けた一層の考究も続けていかなければならないと考えている。が、このたびはとりあえず以上をもって、現時点での報告としておきたい。

（おおいし・かずひこ 筑波大学法科大学院教授）