

衆憲資第 52 号

「経済的・社会的・文化的自由（特に、職業選択の自由（22条）・財産権（29条）」に関する基礎的資料

基本的人権の保障に関する調査小委員会

（平成 16 年 5 月 20 日の参考資料）

平成 16 年 5 月
衆議院憲法調査会事務局

この資料は、平成 16 年 5 月 20 日（木）の衆議院憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会において、「経済的・社会的・文化的自由（特に、職業選択の自由（22 条）・財産権（29 条））」をテーマとする参考人質疑及び委員間の自由討議を行うに当たっての便宜に供するため、幹事会の協議決定に基づいて、衆議院憲法調査会事務局において作成したものです。

この資料の作成に当たっては、上記の調査テーマに関する諸事項のうち関心が高いと思われる事項について、衆議院憲法調査会事務局において入手可能な関連資料を幅広く収集するとともに、主として憲法的視点からこれに関する国会答弁、主要学説等を整理したのですが、必ずしも網羅的なものとはなっていない点にご留意ください。

なお、景観形成と財産権制限につきましては、野呂充・関西大学教授の委託調査報告書「日本とドイツにおける都市計画・都市景観形成と財産権制限」（衆憲資第 53 号）を併せてご覧ください。

【目 次】

総論

1 経済的自由の源流.....	1
2 経済的自由の展開.....	2
(1) 近代市民革命期と経済的自由の保障.....	2
(2) 経済的自由の絶対的保障の変化.....	4
(3) 「欠乏からの自由」による経済的自由権の制約.....	6
ルーズベルトの四つの自由.....	6
世界人権宣言と国際人権規約における経済的・社会的・文化的権利	7
3 日本国憲法における経済的自由権.....	10
(1) 基本的人権の分類.....	10
(2) 日本国憲法における経済的自由権の位置づけ.....	11

職業選択の自由

1 意義.....	12
2 営業の自由.....	12
3 経済的自由の限界と規制立法の違憲審査基準.....	13
(1) 経済的自由の規制と二重の基準論.....	13
「二重の基準」論.....	13
「合憲性推定の原則」と「合理性の基準」.....	13
二重の基準論と判例.....	14
(2) 規制目的二分論.....	14
規制目的二分論の内容.....	14
判例と規制目的二分論.....	15
規制目的二分論の問題点.....	17

居住・移転の自由

1 居住・移転の自由の意義.....	20
2 海外渡航の自由.....	21

3 国籍離脱の自由.....	22
----------------	----

財産権

1 財産権総論.....	23
2 財産権保障の意味.....	23
(1) 29条1項は何を保障しようとするのか.....	23
(2) 「個人に固有のものとしての財産権」と「社会公共の利益としての財産制度」.....	24
(3) 29条1項は何を保障しようとするのか - 帰結.....	25
(4) 制度的保障の核心.....	25
3 財産権規制立法と違憲審査基準.....	26
(1) 公共の福祉による制限.....	26
(2) 森林法違憲判決.....	26
4 財産権の制限と補償の要否.....	27
(1) 「公共のため」の意味.....	28
(2) どのような場合に補償が必要か.....	28
(3) 「正当な補償」の意味するところ.....	30
(4) 公用収用を定めた法律が補償規定を欠く場合、憲法 29 条 3 項に基づいて補償を請求できるか.....	31
(5) 公用収用と公用制限における損失補償.....	32
公用収用の例 土地収用法.....	32
土地収用法の特別法 駐留軍用地特別措置法.....	37
公用制限の例 自然環境保全法.....	40
(6) 景観的利益の保護による財産権制限.....	42
(参考)「景観」に係る規定を有する諸外国の憲法の例.....	45
参考文献.....	47

総論

1 経済的自由の源流

財産権（所有権）を中心とする経済的自由権は、古くは市民革命期にまでさかのぼることができる。

例えば、フランス革命前のフランスの旧体制（アンシャン・レジーム）においては、聖職者（第一身分）・貴族（第二身分）・平民（第三身分。聖職者・貴族以外の都市市民階層や領民など）の三者に身分が区別されるとともに、聖職者や貴族はその所領を支配し、農民をはじめとして所領に属する領民は、領主に対して、租税を負担し、領主裁判権に服する義務などを負っていた。そして、領主が所領で行使する諸権利は、農業や商工業の自由な発展を著しく阻害するものであった。

このような旧体制を鋭く批判したのがロック¹やモンテスキュー²に代表される自然法思想や啓蒙思想家であり、それに正当化の基礎を与えられた近代憲法の人権宣言においては、ブルジョワ階層が、旧体制の束縛から解放され、自由な経済活動を行うため、財産権（所有権）を中心とする経済的自由権の絶対的な保障が要求された。1789年のフランス人権宣言が、所有権を「神聖かつ不可侵の権利」としたことは（17条）その典型的な表明であった。絶対的な経済的自由権は、近代的人権の中核をなすものだったのである。それは、その後の資本主義社会の発展を支えるものとなった³。

【参考 人及び市民の権利宣言（フランス人権宣言） 1789年】

第17条〔所有の不可侵、正当かつ事前の補償〕

所有は、神聖かつ不可侵の権利であり、何人も、適法に確認された公の必要が明白にそれを要求する場合で、かつ、正当かつ事前の補償のもとでなければ、それを奪われない。

（訳文の出所は、樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』第4版（三省堂，2001年））

¹ ジョン・ロック（John Locke, 1632-1704） 名誉革命期（1688年）のイギリスで活躍した政治哲学者。自然状態にあってすべての個人は平等であり、生命・身体・自由・財産を自然権として享受するものと考えた。人びとは社会契約を締結し、共同社会を形成するものであり、政府権力は人民から信託を受け、自然法を実定法化し権利を擁護するものであると説き、立法権と行政権との二権分立について言及した。主著に、『統治二論』『寛容書簡』など。

² モンテスキュー（Montesquieu, 1689-1755） フランスの啓蒙思想家。裁判官から文筆活動に入り、1748年『法の精神』を著した。これは、法と風土・習俗・宗教・経済・環境・生活様式等との密接な関連を明らかにしようとした比較的・実証的方法に特徴があり、法社会学研究の先駆として高く評価されている。また、近代憲法の基本原理となる三権分立についても論述している。

³ 浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社，2000年）200-201頁

2 経済的自由の展開

(1) 近代市民革命期と経済的自由の保障

ロックやルソー⁴といった 17～18 世紀の啓蒙思想家は、近代自然法（自然権）思想を提唱した。この思想によれば、人間は生まれながらにして自由かつ平等であり、生来の権利（自然権）を持っている、その自然権を確実なものとするために社会契約を結び、政府が権力を恣意的に行使して人民の権利を不当に制限する場合には、人民は政府に抵抗する権利を有する。こうした政治社会の成立が個人の間での契約に基づいており、そのために政治権力は正当性を持つとする理論のことを社会契約論という。

例えば、ロックは、名誉革命期にジェームズ国王側と対立してオランダに亡命するが、1689 年に帰国、『統治二論』（Two Treatises of Government, 1689）を刊行した。『統治二論』は、R. フィルマーの王権神授説を批判した第一論文及び市民政府の始まりやその目的、権限の範囲等について検討する第二論文からなっている。ロックの思想を簡単にまとめるならば、「自然状態⁵は戦争状態⁶ではない。それは平和的共存の状態であり、私有財産制もすでに開始している状態である。つまり「人々が自然法の範囲内で、その行動を律し、自ら適当と思うままに、その財産（possessions）と身体（persons）を処置するという完全に自由な状態」である。この自然的自由への権利において、すべての人は平等である。そして理性の命令である自然法は、何人も他人の生命・自由・財産を傷つけるべきでないとしている。こうしてすべての人は、生まれながらに生命・自由・財産（これらは所有物 property と総称されている）への自然

⁴ ジャン・ジャック・ルソー（Jean-Jacques Rousseau, 1712-1778） 18 世紀フランスにおいて思想、文学、宗教などあらゆる分野においてその才能を発揮した人物。政治思想においては、徹底した人民主権論や一般意思論、さらには直接民主制論を提唱した。1762 年に発表した『エミール』は教育の書として有名であると同時に、政治的社会化論の先駆的業績として評価される。主著に、『人間不平等起源論』『新エロイズ』『社会契約論』『エミール』など。

⁵ 「自然状態」とは、国家ないし政府の成立する以前の状態であり、個人が自由で独立している状態である。また自然法の行われている状態、または個人が自然権をもっている状態でもある。近代自然法論では、このような自然状態から出発し、個人が全員一致の合意である社会契約を媒介にして国家状態に入るという構成がとられている（田中成明・竹下賢・深田三徳・亀本洋・平野仁彦『法思想史』（第 2 版）（有斐閣, 1997 年）47 頁）。

⁶ T. ホブズ（Thomas Hobbs, 1588-1678）の『リヴァイアサン』（Leviathan, 1668）によれば、自然状態は「万人の万人に対する闘争」であり、その内乱を克服し平和を維持するためにも絶対主権をもって君臨する国家（旧約聖書の『ヨブ記』に記された「地の上に並ぶものなき」怪物＝リヴァイアサンに象徴される）を社会契約をもって構築することが必要であるとされる（同 53-56 頁）。

権をもっている。自然権のなかでもとくに生命・自由への権利は不可譲の権利とされている。またすべての人は、神の与えた豊富な共有物に、自己の所有する身体の労働を加えたものに対して権利をもつとして、財産への権利が説明されている」⁷。

ロックの『統治二論』で展開されている政治思想は、アメリカの独立宣言に取り入れられることとなった。ただ、ロックと独立宣言との大きな違いは、ロックが基本的な権利の内容を「生命・自由・財産」としたのに対して、独立宣言はこれを「生命・自由・幸福の追求」としたことであって、ロックの人権論の大きな特徴は財産権の考え方にあるといつてよい⁸。

【参考 アメリカ独立宣言】

〔…略…〕

われらは、次の事柄を自明の真理であると信ずる。〔即ち〕すべての人は平等に造られ、造物主によって一定の奪うことのできない権利を与えられ、その中には生命、自由および幸福の追求が含まれる。〔また〕これらの権利を確保するために人びとの間に政府が組織され、その権力の正当性は被治者の同意に由来する。〔さらに〕いかなる統治形態といえども、これらの目的を損なうものとなるときは、人民はそれを改廃し、彼らの安全と幸福をもたらすものと認められる諸原理と諸権限の編成に基づいて、新たな政府を組織する権利を有する。

〔…略…〕

(訳文の出所は、樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集』第4版(三省堂, 2001年))

このような市民革命期における「経済的自由」は、絶対王制の経済的基盤

⁷ 同 57-59 頁

⁸ 浜林正夫『人権の思想史』(吉川弘文館, 1999年) 32-36頁。また、『統治二論』の第二論文「市民政府論」の訳者である鶴飼信成教授は、次のように述べている。「このロックの諸説には、注意を要する点が二つある。その第一は、基本的自然権の中に所有を数え、所有権の保障を、市民政府設立の大きな目的とみていることである。所有権については、ロックは、さらに所論を展開して、それが労働に基づくものであることを論証した。これがロックの理論の立つ社会的基礎を示すものであることは、疑いをいれないであろう。アメリカの独立宣言は、ほとんど文字通りに、ロックの原理をとり入れたのであるが、この基本的自然権についてだけは、ロックのそれの中の、所有権にかえて、幸福の追求に対する権利をあげており、独立宣言にならった日本国憲法もまた、同様である〔…略…〕。これが、どのような社会的条件の変化を示すものであるかを検討してみることも、本書の読者にとっての、興味ある課題となるであろう」(ジョン・ロック(鶴飼信成訳)『市民政府論』(岩波文庫, 1968) 249-250頁)。しかし、ロックも、私的所有を無制限に認めたわけではない。私的所有が認められるのは、あくまで人間が労働によって価値を加えた限度においてであり、しかもそこには二つの重大な制限が置かれていた。第1は、ある人の私的所有はその人の消費に必要な限りでのみ認められるということであり、第2は、私的所有は他の人による所有に十分なものを残しておかなければならないということである(松井茂記『日本国憲法』第2版(有斐閣, 2002年) 545頁)。

であった「初期独占」を解体して、経済の外的強制下にあった人々を、封建的な土地と中間団体の拘束から解放し、「自由」で「対等」な契約当事者へと転ずる（「身分から契約へ」という文脈において、「自由な経済活動」、すなわち「自由放任（レッセ・フェール）」の創出を目的とするものであった⁹。その意味で、フランス人権宣言 2 条及び 17 条では、「財産権」が「国家からの自由」であることが強調されたのである¹⁰。

(2) 経済的自由の絶対的保障の変化

しかし、この状況は、資本主義経済、特に産業革命以降、変化を見せることとなる。浦部法穂教授によれば、「ロック流の自然権思想は、私的所有を、みずからの生存を維持するために自分で働いて得たものである、ということによって正当化するものであった。しかし、絶対不可侵の経済的自由を背景に発展してきた資本主義経済は、とくに産業革命以後、「所有」と「労働」とをはっきり分離することとなった。そこでは、財産（生産手段）をもっている者は、労働力という「商品」を買い入れることによって、自分で働くことなくその労働生産物に対する所有権を取得する、という仕組みが成立した。こうなると、「自分で働いて得たものだ」という正当化は、もはや通用しない。私的所有をなおも正当化するためには、別の理屈をもち出してこななければならない。こうして、産業革命以後の 19 世紀の社会では、かつてブルジョアジーのイデオロギーとして市民革命を支えた自然権思想が排斥され、それに代わるものとして、「最大多数の最大幸福」を掲げるベンサム流の「功利主義思想」¹¹が全盛をきわめることとなった¹²。「最大多数の最大幸福」は、各人が自由に自分の利益

⁹ 森英樹「経済活動と憲法」樋口陽一編『講座憲法学 4 権利の保障 2』（日本評論社、1994 年）21 頁

¹⁰ 辻村みよ子『憲法〔第 2 版〕』（日本評論社、2004 年）273 頁

¹¹ 事務局注「功利主義（utilitarianism）」 代表的な思想家にベンサム（Jeremy Bentham, 1784-1832）、J.S.ミル（John Stuart Mill, 1806-73）がいる。「最大多数の最大幸福」という定式によって表現され、そこには、行為などの正しさは結果によって判定されるという「結果主義」、快樂が唯一の善、苦痛が唯一の悪とする「快樂主義」、行為などの正しさはすべての人々の幸福全体への寄与によって判定されるという「総量主義」が含まれている（田中成明・竹下賢・深田三徳・亀本洋・平野仁彦『法思想史』（有斐閣、2000 年）75 頁）。

¹² 事務局注 社会契約論に基づき近代憲法が成立した後、19 世紀までは、自由放任主義（レッセ・フェール）が自由主義の主流を形成した。しかし、1929 年の世界大恐慌を期に自由放任主義は終焉を迎え（ケインズ『自由放任主義の終焉』）、個人の福祉の向上に対して政府や社会が責任を持つべきであるとする現代リベラリズムが形成された。特に、第二次大戦後は、現代リベラリズムは先進国において福祉国家体制という形で結実することになる。このような現代リベラリズムの理論的支柱となったのが J.ロールズであり、R.ドゥーキンである（『基本的人権と公共の福祉に関する基礎的資料 国家・共同体・家族・個人の関係

を追求することによってもたらされるから、国家は人々のいろいろな活動に介入してはならないというのが、功利主義思想における「自由」の位置づけである。だから、国民の経済活動についても、国家は不介入の態度をとらなければならない、ということで、経済的自由権の絶対性が維持されることになったのである。近代の「基本的人権」の思想は、人が人間として生きていくための不可欠の権利として主張され、そういうものとして普遍的な価値を担うものであったが、ここでは、そういう普遍的価値はもはや切り捨てられ、要するに「国家立入禁止」という形式的な意味での自由それじたいが価値あるものとされたのである。それは、まさに自由放任主義であった」¹³のである。

しかし、「19世紀の終わりから20世紀にかけて、資本主義の独占化が進んでくると、〔…略…〕経済的自由権は、ほんのひとにぎりの独占資本家にとっての自由でしかなく、それ以外の大多数の人々にとっては、自由な生存に対立するものでしかないことがはっきりしてきたのである。こうして、これまで国家が手を触れてはならない絶対的な自由とされてきた経済的自由権に対し、国家によるその規制を求める運動が、労働者や農民を中心として大規模に展開されることとなった。労働者や農民の要求をある程度受け入れることによって、1917年のロシア革命にみられるような社会主義革命を防止するという意味からも、「20世紀の資本主義国家は、もはや、自由放任主義をあくまでも貫き通すというわけにはいなくなってきた。国家は、労働者や農民などの要求を受け入れて、経済活動に対し一定の法的規制を加えるとともに、経済的弱者の権利を積極的に保護する施策を展開していく必要に迫られたのである。このことの人権論への反映が、経済的自由権の絶対性の喪失とその裏返しとしてのいわゆる社会権の保障である。それを実定憲法の上ではじめて規定したのが、1919年のドイツの「ワイマール憲法」である。そして、これ以後、とくに第二次大戦後の各国の憲法は、各種の社会権の保障規定を置くと同時に、経済的自由権に対する制限を定めるようになった。」「このように、経済的自由権が近代におけるような神聖不可侵性を失ってきたことと、社会権の保障とは、表裏の関係にある。社会権を保障するために、つまり、経済的・社会的弱者の生存を積極的に保護していくために、経済的自由権は制約を受けるべきものとされることになったのである。ところが、とくに1929年から30年代にかけての世界的大恐慌をきっかけに、経済の領域への国家の積極的介入は、もう一つ別の意味合いをもたされることになった。この大恐慌は、もはや資本主義経済が自律性を失い、経済の力だけでは運営されていけないものとなったことを明らかにした。この大恐慌から脱し、資本主義経済体制を維持していくためには、国家が

の再構築の視点から 』（衆憲資第31号・衆議院憲法調査会事務局，2003年）26頁）。

¹³ 浦部前掲注3・200-201頁

さまざまな経済・金融政策を展開して広範に経済の領域に介入するしかないという状況に立ち至ったのである。この点からも、こんにちにおいては、経済的自由権は、もはや国家が手を触れてはならない神聖なものではなくなり、政策上の制限の対象とされることになったのである¹⁴。

経済的自由権の絶対性の変容は、次のワイマール憲法の条文に象徴される。また、以下に述べるアメリカのルーズベルト大統領の「四つの自由」とそれを取り入れた世界人権宣言・国際人権規約へと引き継がれていくのである。

【参考 ワイマール憲法】

第 151 条第 1 項 経済生活の秩序は、すべての者に人間たるに値する生存を保障する目的をもつ正義の原則に適合しなければならない。この限度内で、個人の経済的自由は確保されなければならない。

第 153 条第 3 項 所有権は義務を伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである。

(訳文は、浦部前掲注 3 によった。)

(3) 「欠乏からの自由」による経済的自由権の制約

ルーズベルトの四つの自由

1941 年 1 月 16 日、アメリカ合衆国のフランクリン・ルーズベルト大統領は、一般教書演説において、表現の自由、信仰の自由、欠乏からの自由、恐怖からの自由という四つの民主主義の原則を示した。ここで掲げられた四つの自由は、のち英米共同宣言(1941 年)、国際連合憲章(1945 年)、ポツダム宣言(1945 年)、日本国憲法前文、世界人権宣言(1948 年)、そして国際人権規約などに影響を与え、取り入れられていくことになった¹⁵。

【参考 ルーズベルト大統領の一般教書演説 (“ The Annual Message to the Congress. January 6, 1941 ”)]

{…略…}

われわれが安全にしようと努める将来の日には、つぎの 4 つの本質的な人間的自由に基づいた世界を、われわれは楽しみにして待ち望んでいる。

第 1 番目のものは、言論と表現の自由である 世界のあらゆるところで。

第 2 は、すべての人が自分自身の方法で神を礼拝する自由である 世界のあらゆる

¹⁴ 同 202-203 頁。ただし、浦部教授は、このような観点からの経済的自由に対する制約は、同じ政策的観点からの制約であるとはいえ、「弱者保護」のための制約とは異なるものであることに注意する必要があると指摘する(同 80-81 頁)。

¹⁵ 原秀成『日本国憲法制定の系譜 戦争終結まで』(日本評論社, 2004 年) 121, 125 頁

ところで。

第 3 は、欠乏からの自由である 世界の言葉に翻訳するならば、それはどの国も、その住民に健康な平時の生活を確保するという経済的な合意を意味する 世界のあらゆるところで。

第 4 は、恐怖からの自由である 世界の言葉に翻訳するならば、それはどの国家もその隣国に物理的な侵略行為をすることができないような程度と徹底した方法において、世界的に軍備を削減することを意味する 世界のいかなるところでも。

〔…略…〕

(訳文は、原秀成『日本国憲法制定の系譜 戦争終結まで』(日本評論社, 2004 年) 379-383 頁によった。)

世界人権宣言と国際人権規約における経済的・社会的・文化的権利

1948 年 12 月 10 日に第 3 回国連総会において「世界人権宣言 (Universal Declaration of Human Rights) が採択されたが、国連人権委員会は、次いで、国際人権規約の作成作業にとりかかることとなった。当初、国際人権規約の草案には、市民的及び政治的権利 (Civil and Political Rights) (いわゆる自由権及び参政権) に関する条項と、その実施措置として人権委員会 (Human Rights Committee) の制度に関するものが含まれていた。しかし、1950 年の第 5 回国連総会においては、世界人権宣言が理想とする「自由な人間」であるためには、市民的及び政治的権利が保障されるだけでなく、「欠乏からの自由」つまり「経済的、社会的及び文化的権利」の確保が必要であるとの観点から (この趣旨は、後掲の国際人権規約 (A 規約) 前文にあらわれている。) 規約草案にこれらのいわゆる社会権と男女平等の規定を含めることが決定された。その後、1951 年の第 6 回国連総会においては、規約草案の作成に当たり、「市民的政治的権利に関する規約」と「経済的、社会的及び文化的権利に関する規約」とに分けて、二つの国際人権規約を作成することが決定された。そして、1954 年、国連人権委員会は、それぞれ実施措置を盛り込んだ二つの国際人権規約の草案、すなわち、「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約」(社会権規約・A 規約) 及び「市民的及び政治的権利に関する国際規約」(自由権規約・B 規約) の草案を作成、この草案は 1966 年 12 月 16 日、国連総会において全会一致で採択された¹⁶。

ルーズベルト演説の「欠乏からの自由」には、各人の自由を保障した上で、それでも「欠乏」している人や状態をなくし、救済していくという当時の民主党の政策を反映しているといわれる。戦後、日本の憲法のため GHQ 案を起草したケーディスたちは、民主党のニュー・ディール政策を推し進めた人々であり、「欠乏から免かれ」るべきことは、日本国憲法前文第 2 段に明

¹⁶ 『世界人権宣言と国際人権規約 世界人権宣言 50 周年に当たって』(外務省, 1998 年)

示的に宣言され、第 25 条の生存権保障などの社会権が広く取り入れられることになったのである¹⁷。

【参考 国際人権規約（A 規約）前文】

この規約の締結国は、
国際連合憲章において宣明された原則によれば、人類社会のすべての構成員の固有の尊厳及び平等のかつ奪い得ない権利を認めることが世界における自由、正義及び平和の基礎をなすものであることを考慮し、
これらの権利が人間の固有の尊厳に由来することを認め、
世界人権宣言によれば、自由な人間は恐怖及び欠乏からの自由を享受するものであるとの理想は、すべての者がその市民的及び政治的権利とともに経済的、社会的及び文化的権利を享受することのできる条件が作り出される場合に初めて達成されることになることを認め、
人権及び自由の普遍的な尊重及び遵守を助長すべき義務を国際連合憲章に基づき諸国が負っていることを考慮し、
個人が、他人に対し及びその属する社会に対して義務を負うこと並びにこの規約において認められる権利の増進及び擁護のために努力する責任を有することを認識して、次のとおり協定する。

【表 1 人権宣言史からみた経済的自由の沿革】

国民権から人権へ	
中世身分社会 (13 世紀～16・17 世紀)	例えば、イギリスにおいては、マグナ・カルタ（1215 年）以来、15・16 世紀を通じて古くから徐々に獲得した権利と自由を弁護し、確認した臣民権ないし国民権として保障されていた。
自然権思想の登場 (17 世紀後半～18 世紀前半)	自然権思想に基づき、人間であることに基づいて当然に一定の生来の権利を有し、それは不可譲・不可侵という人権概念が登場
近代憲法 (18 世紀の市民革命後)	「(財産権は)神聖不可侵の自然権」(1789 年 フランス人権宣言 2 条・17 条)とされるなど、封建的な身分社会から解放されたブルジョワ階級が「自由な経済活動を行う権利」として保障され、「国家からの自由」が強調された。

¹⁷ 原前掲注 15・125 頁

自由権から社会権へ	
<p>人権の拡大と実定化 (19世紀的人権思想)</p> <p>第一次世界大戦後 (20世紀前半)</p>	<p>人権は単なる倫理的な要請ではなく、具体的かつ執行可能な保護手段となる。同時に、人権はその自然権的性格を失い、憲法ないし国家によって認められた国民の権利・自由(外見的人権宣言)として保障されることになる(特にドイツ)。</p> <p>少数の資本家への富の集中、貧困者失業者の増大による自由主義社会内部での深刻な階級対立、ソビエト共和国憲法(1918年)の影響を受け、伝統的な自由権を保障しつつ多くの社会権規定や所有権制約条項を設けたワイマール憲法が成立する。 「所有権は義務を伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである」(ワイマール憲法 153条, 1919年)</p>
「法律による保障」から「法律からの保障」へ	
<p>第二次大戦後 (20世紀後半) 自然権思想の復活</p> <p>財産権の社会化</p>	<p>ナチズムの苦い経験の結果、法律による権利・自由の保護を信ずるよりも、法律からの保護の必要性を感じて、法治主義ないし法の支配の考え方が形式的なものから実質的なものへと変化する(自然権思想の復活)。 「人間の尊厳は不可侵である。これを尊重し、かつ、保護することは、すべての国家権力の責務である」(ドイツ連邦共和国基本法, 1949年)</p> <p>自然権思想の復活と並んで、「国家による自由(社会権)」が保障され、財産権にもその影響から社会的制約が強調されるようになる。 「法律は、私有財産の社会的機能を確保し、それをすべての人にとって近づきうるものにする目的で、その取得、共有の方法、およびその制限を定める」(イタリア憲法 42条, 1948年) 財産権の社会性について「その運営が国の公益または事実上の独占の性格を有するときは、すべての財産および企業は、社会の所有となる」(フランス第4共和制憲法・国有化の原則, 1946年)</p>
国内的保障から国際的保障へ	
<p>1948年 世界人権宣言</p> <p>1966年 国際人権規約</p>	<p>国際連合憲章(1945年)を具体化するものとして人権問題が国内的なものから国際的な規律の対象であることを明らかにする。</p> <p>「経済的、社会的及び文化的権利に関する国際規約(A規約)」「市民的及び政治的権利に関する国際規約(B規約)」「同選択議定書」「同第二選択議定書」からなる国際人権規約採択(B規約の第二選択議定書は1989年)条約であり、締結国は、規約に規定している権利を尊重し、確保し、あるいはその完全な実施のための措置を約束する点で世界人権宣言と異なる。</p>

(芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣, 1994年)2-41頁及び『世界人権宣言と国際人権規約 世界人権宣言50周年に当たって』1頁をもとに作成)

3 日本国憲法における経済的自由権

(1) 基本的人権の分類

学説は、基本的人権の分類をさまざまに試みる。例えば、表2は、日本の代表的学説である芦部信喜教授による分類である(ここに掲げた分類は絶対的なものではないことに注意する必要がある。例えば、教育を受ける権利や生存権などの社会権も、公権力によって不当に制限されてはならないという自由権の側面を有する¹⁸⁾)。この分類によれば、

このような基本的人権の分類について、松井茂記教授は、次のように述べている。

「基本的人権は、さまざまに区分されている。例えば、人権思想からの区分により前国家的権利と後国家的権利に、歴史的区分により自由権と社会権、そして内容による区分により、平等権、自由権、社会権等などにである。

しかし、このような基本的人権の類型論の基礎となっているのは、イエリネックの人権体系論である。〔…略…〕学説はイエリネックの類型論を批判しながらも、その体系論を引き継いだ形で基本的人権を分類してきている。」¹⁹⁾()

【表2 日本国憲法における人権の分類】

人 権	包括的 基本権		13条	
	法の下 の平等		14条	
	自由権	精神的自由権	内面的な精神 活動の自由	19条(思想・良心の自由) 20条(信教の自由) 23条(学問の自由)
			外面的な精神 活動の自由	20条(信教の自由) 21条(表現の自由) 23条(学問の自由)
		経済的自由権		22・29条
		人身(身体)の自由		18条,31-39条
	受益権		16条,17条,32条	
	参政権		15条	
	社会権		25-28条	

(芦部前掲注18をもとに作成)

¹⁸⁾ 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法 第三版』(岩波書店,2002年)83頁

¹⁹⁾ 松井前掲注8・302-304頁

イエリネックによる分類 イエリネックは、国家に対する国民の関係として、国家に従属するという「受動的地位」、国家権力から自由であるという「消極的地位」、国家の活動を自己のために請求するという「積極的地位」、国家活動を担当するという「能動的地位」、の四つをあげ、これらに相応して、いわゆる「義務」、「自由権」、「受益権」および「参政権」という権利・義務をすえた²⁰。

基本的人権の歴史、分類については、『市民的・政治的自由（15～21条/23条）（特に、思想良心の自由（19条） 信教の自由・政教分離（20条・89条））に関する基礎的資料』（衆憲資第43号）1-15頁を参照されたい。

(2) 日本国憲法における経済的自由権の位置づけ

日本国憲法における経済的自由権には、憲法22条・29条で保障される職業選択の自由（営業の自由）、居住・移転の自由、財産権が含まれる。

大日本帝国憲法では、法律の範囲内で居住・移転の自由（22条）と所有権の不可侵、公益のための処分の法定（27条）が定められていたが、日本国憲法は、22条1項で居住・移転の自由のほかに職業選択の自由を明示したうえで、現代憲法の歴史的要請を踏まえて、22条1項と29条2項（財産権）の二つの条項に「公共の福祉」による制限を付した。これらの「公共の福祉」による経済的自由の制限は、社会・経済的平等を確立するための積極的・政策的制約であり、憲法12条・13条の「公共の福祉」による消極的・警察的制約、あるいは内在的制約とは異なるものと一般に説明されている²¹。

【参考 大日本帝国憲法】

第22条 日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ居住及移転ノ自由ヲ有ス

第27条 日本臣民ハ其ノ所有権ヲ侵サル、コトナシ

公益ノ為必要ナル処分ハ法律ノ定ムル所ニ依ル

²⁰ 佐藤幸治『憲法〔第三版〕』（青林書院, 1995年）407頁

²¹ 辻村前掲注10・273-274, 179-182頁

職業選択の自由

日本国憲法

第 22 条 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。

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。

1 意義

憲法 22 条 1 項の保障する職業選択の自由は、自己の従事する職業を決定する自由を意味する²²。近代社会が成立した際、従来の身分制秩序が解体されたことで、それまで各自が所属する身分・団体によって異なる特権と地位を有していた人々は、平等な権利を享有する人一般となり、職業についても、従来のさまざまな職能団体の独占や規制から解放されて、職業を選択する自由を獲得したといわれる²³。

2 営業の自由

職業選択の自由とは別に、選択された職業を遂行する権利としての営業の自由があるといわれることがある。遂行する自由を伴わない選択の自由はほとんど無意味であるから、憲法の保障する職業選択の自由は営業の自由を含むと考えられる（最大判昭和 47・11・22 刑集 26 巻 9 号 586 頁《小売商業調整特別措置法事件》）。もっとも、営業の自由が保障されているからといって、あらゆる職業が営利活動として成り立つよう、国家が配慮する義務を負うわけではない。公共の福祉に基づく制約のため、ある職業が実際上、営利活動としては成り立たなくなることも考えられる。営業活動が、私有財産を投資・運用し利益を得るという側面を持つ点に着目して、営業の自由はむしろ憲法 29 条の財産権の保障の下にあるとする考え方もあるが²⁴、いずれの条文の下に保障されるかは、具体的な問題の解決にさして影響を与えないとされる²⁵。

²² 芦部前掲注 18・204 頁

²³ 長谷部恭男『憲法』第 3 版（新世社、2004 年）237 頁

²⁴ 芦部教授は、営業の自由が 29 条の保障の下にあるわけではないが、「営業の自由そのものは、財産権を行使する自由を含むので、29 条とも密接にかかわる」とする（芦部前掲注 18・204 頁）。

²⁵ 長谷部前掲注 23・237-238 頁

3 経済的自由権の限界と規制立法の違憲審査基準

(1) 経済的自由の規制と二重の基準論

「二重の基準」論

二重の基準は、人権のうちでも精神的自由と経済的自由とを二つに分け、精神的自由は、経済的自由より優越的地位を占め、その結果、人権を規制する法律の違憲審査に当たって、精神的自由はより厳格な基準によって審査されなければならないというものである。

二重の基準の根拠としてあげられているのが、「民主的政治過程論」と「経済規制の領域での司法の限界」である。

前者は、表現の自由や選挙の公正が確保され、民主政の過程が維持されている限り、経済活動に対する不当な制約については、民主的政治過程を通じてそれを修正することが可能であるが、表現の自由が侵害された場合には、民主政の過程自体が傷つけられるため、議会による矯正は困難となり、裁判所による積極的な介入が要請されるという議論である²⁶。

経済的自由との関係では、後者の論拠が重要となる。即ち、「経済的自由の規制は社会・経済政策の問題と関係することが多く、その合憲性を判定するには政策的な判断を必要とするが、裁判所はそのような能力に乏しい」ということである²⁷。

この二重の基準論によると、経済的自由の規制については、立法府の判断を尊重するのを建前とすべきであるから、その合憲性は、精神的自由の規制立法に適用される基準よりも緩やかな基準、「合憲性推定の原則」と結びついて広く用いられる「合理性」の基準によって判断されることになる。

「合憲性推定の原則」と「合理性の基準」

「合憲性推定の原則」とは、立法目的及び立法目的達成手段の合理性を支える立法事実の存在が推定されるということ（つまり、立法府の判断に合理的な立法事実の基礎が欠けている場合には合憲性が推定されないということ）を意味する。したがって、ある立法措置の違憲を主張する側で、原則として、この推定をくつがえすよう立法事実を検出し論証することが必要になる。

「合理性の基準」は、この「合憲性推定の原則」と表裏の関係にある。というのは、合理性の有無は、立法目的と立法目的達成手段の両面にわたって、

²⁶ 長谷部前掲注 23・124 頁

²⁷ 野中・中村・高橋・高見『憲法』〔第三版〕(有斐閣, 2001 年) 245 - 246 頁

立法府の判断に合理性があるかどうかを、立法事実を検出・審査し様々な利益を衡量して具体的に決定されるのが建前であるからである。そして、合憲性推定原則を排除するに足る「合理的な疑い」とは、立法事実の審査と利益衡量の結果得られる裁判官の違憲性についての疑いをいい、そういう重大な疑いがあれば、合憲性の推定は覆されると解されることになる。²⁸

二重の基準論と判例

二重の基準論は、「学説において広く支持されているばかりでなく、判例においてもとり入れられている」とされる²⁹。しかし、経済的自由に関する判例法理として展開されているにすぎず、精神的自由に関する判例のうち二重の基準論を採用したものが見出しがたいことを指摘する学説もある³⁰。

(2) 規制目的二分論

規制目的二分論の内容

判例が二重の基準論を採用しているか否かはさておき、通説は、判例が経済的自由の規制立法の違憲審査基準について「合憲性推定の原則」に裏打ちされた「合理性の基準」を用いていると理解する。さらに通説は、判例は規制立法の目的の相違に応じて違憲審査基準を区分するという審査方法(規制目的二分論)を展開してきていると理解する。これによれば、まず、規制立法の目的について、経済の調和のとれた発展を確保し、とくに社会的・経済的弱者を保護するためになされる積極的・政策的規制(積極目的の規制)と、職業活動から生じる弊害から社会公共の安全を確保するために課せられる消極的・警察的規制(消極目的の規制)とが区別される。そして、それぞれの規制の違憲審査基準として、積極目的の規制については、規制が著しく不合理であることが明白である場合に限り違憲と判断するといういわゆる「明白の原則」が適用され、消極目的の規制については、規制の必要性・合理性について他の代替手段の有無をも考慮して厳格に審査するという「厳

²⁸ 芦部信喜『憲法学 人権総論』(有斐閣, 1994年) 235-237頁

²⁹ 芦部前掲注 18・101頁

³⁰ 野中ほか前掲注 27・247頁。また、戸波教授は、「薬事法距離制限違憲判決(最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁)は、「職業の自由は、それ以外の憲法の保障する自由、殊にいわゆる精神的自由と比較して、公権力による規制の要請が著しく、憲法22条1項が『公共の福祉に反しない限り』という留保のもとに職業選択の自由を認めたのも、特にこの点を強調する趣旨にでたものと考えられる」と判示し、二重の基準論を示唆して注目された。しかし、精神的自由に関する判例のうち、厳格な審査基準を適用して違憲判決が下されたといえる例はあまりみられず、判例が二重の基準論を採用しているとはいえない状況にある」とする(戸波江二『憲法[新版]』(ぎょうせい, 1998年) 159頁)。

格な合理性の基準」が適用されるというものである³¹。

【表 3 二重の基準の理論と経済的自由の規制立法の違憲審査基準】

		精神的自由 (表現の自由)			
【保障の程度】 強 弱 厳 緩	文面判断のアプローチ	【検閲禁止】 明確性の理論(過度に 広汎性ゆえに無効法理・漠然性ゆえに無効法理)		経済的自由 (職業の自由)	
	事実判断のアプローチ	【表現内容の規制】			
		【用いられる審査基準】 ・「明白かつ現在の危険」の基準 など			
		【表現の時・所・方法の規制(内容中立規制)】		【消極目的規制】	
		【用いられる審査基準】 ・「より制限的でない他の選 びうる手段」の基準など		【用いられる審査基準】 ・「厳格な合理性」の基準	
				【積極目的規制】	
				【用いられる審査基準】 ・「明白性」の原則	

■の部分、判例が採用しているか否かは争いがある。

(出所：芦部信喜『憲法学 人権総論』277頁以下)

判例と規制目的二分論

この目的二分論を最高裁が採用したと一般的に(通説的に³²)評されるのが(1)小売市場距離制限事件と(2)薬局距離制限事件である。

³¹ 戸波前掲注 30・287頁

³² 通説はこのように解するが、これに対して、前田徹生教授は、小売市場距離制限事件判決も薬局距離制限事件判決も、そもそも規制目的二分論を定式化したわけではないのかとの問題提起をしている(前田徹生「経済的自由規制立法の違憲審査基準と最高裁判所 小売判決と薬事法判決の再検証」栗城古稀『日独憲法学の創造力』上巻(信山社、2003年)621-641頁)

【小売商業調整特別措置法事件(最大判昭和47・11・22刑集26巻9号586頁)】

「小売商業調整特別措置法3条1項が小売市場(1つの建物を小さく区切って小売商の店舗用に貸付・譲渡するもの)の開設を許可する条件として適正配置(既存の市場から一定の距離〔たとえば大阪府では700メートル〕以上離れていることを要求する、いわゆる距離制限)の規制を課していることの合憲性が争われた事件。最高裁は、経済活動の規制について積極目的の規制と消極目的の規制とを区別し、積極目的の規制に対しては「明白性の原則」が妥当すると説き、本件の規制の目的が、経済的基盤の弱い小売商を相互間の過当競争による共倒れから保護するという積極目的の規制であると認定して、規制を合憲とした」³³。

【薬局距離制限事件(最大判50・4・30民集29巻4号572頁)】

「薬局の開設に適正配置を要求する旧薬事法6条2項および広島県条例の規制の合憲性が争われた事件。最高裁は、消極目的規制については、規制の必要性・合理性の審査と、よりゆるやかな規制手段で同じ目的が達成できるかどうかの検討が必要であると、薬局の距離制限は国民の生命・健康に対する危険の防止という消極目的のものであると認定し、「薬局の開設の自由 薬局の偏在 競争激化 一部薬局の経営の不安定 不良医薬品の供給の危険性」という因果関係は、立法事実によって合理的に裏付けることはできないから、規制の必要性和合理性の存在は認められないとし、また、立法目的はよりゆるやかな規制手段、すなわち行政上の取締りの強化によっても十分に達成できる、と論じて、適正配置規制を違憲とした」³⁴。

【表4 経済的自由にかかわる主な最高裁判決の流れ】

小売商業調整特別措置法判決 (最大判昭和47・11・22)	少なくとも「職業選択の自由」の領域について、積極目的の規制立法には「合理性の基準」(明白の原則)を、消極目的の規制立法には「厳格な合理性の基準」(「必要性・合理性の原則」)を適用すべしとする「規制目的二分論」を準則化したと評価されている。
薬事法違憲判決 (最大判昭和50・4・30)	薬事法事件判決を引用しているが、「規制目的二分論」はとらなかったと評価されている。
森林法違憲判決 (最大判昭和62・4・22)	小売商業事件判決を引用しているが、学説上その評価は、「規制目的二分論」に依っているとするとそのものと理論構成が不明なまま「著しく不合理であることの明白」の基準だけが適用され合憲の結論が導かれているとするものに分かれる。

³³ 芦部前掲注18・207頁

³⁴ 同207頁

公衆浴場距離制限第三小法廷判決 (最三判平成元・3・7)	「規制目的二分論」はとらず、消極目的と積極目的が混在しているケースとして扱ったのではないかと評価されている。()
西陣ネクタイ訴訟判決 (最三判平成 2・2・6)	小売商業事件判決を引用しているが、学説上その評価は、「規制目的二分論」に依っているとするとものと理論構成が不明なまま「著しく不合理であることの明白」の基準だけが適用され合憲の結論が導かれているとするものに分かれる。
酒類販売免許制合憲判決 (最三判平成 4・12・15)	薬事法事件判決を引用しているが、「規制目的二分論」はとらなかったと評価されている。
たばこ小売販売業距離制限合憲判決 (最二判平成 5・6・25)	小売商業事件判決を引用し、理論構成が不明なまま「著しく不合理であることの明白」の基準だけが適用され合憲の結論が導かれている。
特定石油製品輸入暫定措置法合憲判決 (最一判平成 8・3・28)	小売商業事件判決を引用し、理論構成が不明なまま「著しく不合理であることの明白」の基準だけが適用され合憲の結論が導かれている。
司法書士法違反事件判決 (最三判平成 12・2・8)	薬事法事件判決を引用しているが、いかなる法理を採用したか説明がなされず、「公共の福祉」適合性のみで判断されている。

(前田徹生「経済的自由規制立法の違憲審査基準と最高裁判所 小売判決と薬事法判決の再検証」栗城古稀『日独憲法学の創造力』上巻(信山社, 2003年)621-622頁をもとに事務局作成。()の欄は、木下智史「公衆浴場の距離制限の合憲性」平成元年度重要判例解説(ジュリスト臨時増刊 No.957)31-32頁を参考にした。)

規制目的二分論の問題点

しかし、規制目的二分論に対しては、次のような問題点が指摘されている³⁵。

() **すべての経済規制立法を、この二つの立法目的にそって明確に区別しうるわけではない。**

この点、芦部教授は、次のように言う。「[...略...]規制目的のみですべて判断できると考えるのは妥当ではない。積極目的・消極目的の区別は相対的であり、たとえば各種の公害規制や建築規制のように、従来消極目的の規制とされてきたもののなかにも、積極目的の要素をも含んだ規制が増加しつつあるのが実情だからである。公衆浴場の距離制限のように、消極目的規制と考えられたものが、事情の変化により、積極目的規制と解されるようになったものもある。したがって、規制の目的を重要な一つの指標としつつ、それだけではなく、いかなる行為がどのように規制の対象とされているかなど、規制の態様をも考えあわせる必要がある。たとえば、同じ消極目的であっても、職業へ新たに参入することの制限(職業選択そ

³⁵ 長谷部前掲注 23・249頁、戸波前掲注 30・288頁

のものの制限)は営業行為(選択した職業遂行の自由)に対する制限よりも一般に厳しく審査されるべきだし、参入制限についても、一定の資格とか試験のような要件ではなく、本人の能力に関係しない条件、すなわち本人の力ではいかんともなし得ないような要件(たとえば競争制限的規制)による制限である場合には、薬局距離制限事件の最高裁判決のように、厳格にその合理性を審査する必要がある。」³⁶

() なぜ立法目的の相違に応じて審査基準が変化するのか根拠が明らかでない。

この点、長谷部教授は、「とりわけ、〔この〕批判は深刻である。判例法理を額面どおりに受け取るなら、消極的警察目的の規制がねらいとする国民の生命や健康の維持よりも、積極的経済政策の実施の方がより保護に値するとの不自然な前提をとっているかに見える」からであるとする³⁷。そこで、長谷部教授は、この点を「政治的多元主義」の立場から説明しようとする。

【「政治的多元主義」からの違憲審査基準が経済規制立法の目的によって異なることの説明】

「政治的多元主義と呼ばれるこの考え方によれば、民主的政治過程とは、多様な利益集団がそれぞれにとって有利な政策決定を獲得すべく抗争し妥協する過程である。競争に打ち勝った集団が、自らにとって有利な立法や政治的決定を獲得することができる。そこでの裁判所の任務は、多様な集団の政治活動が透明かつ公正に行われる環境を整えることである。政治過程では、すべての利益集団に公平な代表の機会が与えられるべきであり、競争と交渉も透明で公正なルールの下に行われなければならない。表現の自由や選挙権の平等が裁判所によって厚く保護されるべき理由も、それらが多様な集団の利害を、公平に議会に代表されるうえで不可欠だからである。経済的自由権を制限する立法について、いかなる違憲審査を行うべきかも、このような民主的政治過程の維持という観点から説明できる。」

「経済的自由を規制する立法の多くは、特定の市場への参入制限や価格統制など、競争を制限する性格を持つ。このような立法は、通常、当該規制からカルテル類似の利益を得ようとする集団のために制定される。〔…略…〕ところが、この種の規制の立法目的としては、より普遍的で正當らしく見える公益の増進がうたわれることがある。当該立法が真に社会全体の利益となるのであれば、その利益は個々の国民にはきわめて薄くしか及ばない。そのため、個々の国民には自らその立法に向けて努力しようとするインセンティブが生まれにくいはずである。実際に成立する経済規制立法の多くが一部の業界や団体の利益のみに仕えているのではないかと想定されるのもそのためである。」

「その際、裁判所の任務は経済規制立法が適切な情報の下で公正かつ透明に行われる環境を整えることに尽きる。したがって、薬事法距離制限規定のように、国会が

³⁶ 芦部前掲注 18・208 頁

³⁷ 長谷部前掲注 23・250 頁

特定の業界の保護立法をあたかも国民一般の福祉に貢献する消極的警察規制であるかのように装って制定した場合には、裁判所は目的と手段との関連性を立ち入って審査し、合理的関連性が無い場合には違憲無効とすべきである。このような審査が行われる結果、立法過程において手段と直接に関連する特定の業界保護という本来の立法目的が明示される効果が期待できる。特殊権益の保護立法に反対する勢力にとって、正確な情報を得るためのコスト（情報費用）は低下し、透明で公正な環境の下で利益集団相互の競争が行われる。」

「他方、小売商業調整特別措置法のように、国会が正面から特定の業界の保護をうたって法律を制定した場合、それは国会が本来果たすべき交渉と妥協による利害調整の結果であるから、裁判所が立ち入った審査を行う必要はない。その立法がなされる以前の法律状態も、それ自体なんらかの利害調整の帰結と考えることができ、裁判所として新たな利害調整の結果よりも以前のそれの方が優れていたと判断すべき根拠は見だしにくい。このような場面では、私的利害の抗争と妥協の結果こそが「公共の福祉」に他ならず、その他に「公共の福祉」を決定する独立の判断基準が存在するわけではない。消極的警察目的の立法は、より普遍的で強い正当性を標榜するからこそ、その立法目的が反対派の目を眩ます意図で濫用される危険を抑制する必要がある。」

〔…略…〕「このように、判例の違憲審査基準論は、さまざまな利益集団の抗争と妥協による過程として立法をとらえる見方によって整合的に説明することができると思われる。もっとも、立法過程に対するこのような見方が憲法秩序全体から見て妥当と言えるか、さらに、このような立法過程を維持することがなぜ裁判所の正当な任務といえるかという点については、なお疑問を提起することができる。」³⁸

また、戸波教授は、「経済規制立法の目的のみによって違憲審査の基準を分けるのが不当なのであり、職業選択の制限か職業活動の制限か、特別の資格が要求されているかどうか、規制される経済活動がどのようなものかなどの事情を勘案して合憲性を審査すべきなのである。積極目的か消極目的かは、合憲性審査の際の一つの考慮事由にとどめれば足り、したがって、経済規制については基本的に合理性の基準によって一元的に審査すればよいと思われる」とする³⁹。

³⁸ 同 250-253 頁

³⁹ 戸波前掲注 30・288 頁

居住・移転の自由

1 居住・移転の自由の意義

憲法 22 条の定める「居住・移転の自由」及び「外国に移住しまたは国籍を離脱する自由」は、歴史的には職業を選択する自由の前提として、身分制の下で人を一定の土地と結びつけていた制度を廃止した結果生じたものであり、経済的自由としての側面をもつ。しかし同時に、自らの生活の場を選択し、自由に他の地域の人々と情報や意見を交流するための条件をも保障するもので、人格の発展を基礎づける人身の自由および精神的自由としての側面が職業選択の自由よりも大きい（最判昭和 60.1.22 民集 39 卷 1 号 1 頁への伊藤正巳裁判官補足意見参照）。旅行の自由や移住の自由が、個人の生き方の選択にとって持つ意味は、近年では、ベルリンの壁とその崩壊とが象徴している。たとえある程度の生活水準が維持されていても、旅行や移住の自由が大幅に制限された国民を自由な国民ということは難しいであろう⁴⁰。

長谷部教授は、この点に着目し、これらの自由を制約するためには、その目的の正当性についても、また制約手段が目的達成のために合理的かつ必要であるかという点についても、経済活動の規制立法の場合より厳しい審査が要請されると考えられるとしている。

【表 5 居住・移転の自由の複合的性質】⁴¹

経済的自由の性質	人身の自由としての側面	精神的自由としての側面	
		表現の自由との関連性	個人的人格形成の基礎
近代市民社会は、土地から切り離された人の自由な移動なくしては成立しえない。その意味で、居住・移転の自由、職業選択の自由、営業の自由および財産権の保障と並んで、人と物の自由な移動を前提条件とする近代社会が存立しうる不可欠の要素として、経済的自由の性質を有する。	居住・移転の自由は、経済活動の目的だけではなく、広く人の移動の自由を保障し、その意味において、人身の自由としての側面を有する。けだし、人身の自由は、ただ単に消極的に拘束されないというだけではなく、より積極的に自己の好むところへ移動する自由を含むものと解されるからである。	移動の自由は、さらに、表現の自由とも密接な関連を有する。このことは、自由な移動の制限が、人々が差し向かいで行う意志伝達、意見交換の抑制を意味し、また、集会・結社・集団行進などの自由に対する抑圧が、居住・移転の制限という形をとって行われうることからも明らかである。	居住・移転の自由は、人の活動領域を拡大することによって見聞を広め、新たな人的交流を可能とすることで、人格形成に必要な不可欠の条件ともなりうる。それは、人格の陶冶に寄与するという意味で、人間存在の本質的自由としての意義をもつ。

⁴⁰ 長谷部前掲注 23・253-254 頁

⁴¹ 野中ほか前掲注 27・420 頁

2 海外渡航の自由

居住・移転の自由に関連して、海外渡航の自由（外国旅行の自由）の保障が問題となる。その根拠については、種々考え方はあるが、外国への移住に類似するものとして、22条2項によって保障されていると解するのが、多数説・判例の立場である⁴²。

一方で、人の生まれながらの自由としての性格を強く持つ国籍離脱の自由および外国移住の自由と、日本政府の保護を受けあるいはそれを期待しつつ一時的に外国に旅行する自由とは、性格を大きく異にしているとして、外国旅行の自由は条文上も「公共の福祉」による制限を前提とする22条1項によって保障されていると考えるべきとする説⁴³も有力である。また、海外渡航の自由を13条の幸福追求権の一つと解する説もある。

海外渡航のためには、旅券法に基づいて旅券を所持することが義務付けられているが、この点に関して、「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」に対して外務大臣が旅券の発給を拒否できると定めている旅券法13条が、違憲ではないかが問題となったのが、帆足計事件である。

帆足計事件（最大判昭和33年9月10日民集12巻13号1969頁）

昭和27年4月3日から10日にかけてモスクワで開催される国際経済会議への招請状を受けた帆足計前参議院議員（ほか1名）が、外務大臣により旅券の発給を拒否され国際会議に出席できなくなったため国に対して起こした損害賠償請求事件。1、2審では原告敗訴。（上告棄却、原告敗訴確定）

〔憲法22条2項は外国へ一時旅行する自由を含むか〕「憲法22条2項の『外国に移住する自由』には外国へ一時旅行する自由を含むものと解すべきであるが、外国旅行の自由といえども無制限のままに許されるものではなく、公共の福祉のために合理的な制限に服するものと解すべきである。」〔旅券法13条1項5号の規定は、合理的な制限といえるか〕「旅券発給を拒否することができる場合として、旅券法13条1項5号が『著しく且つ直接に日本国の利益又は公安を害する虞があると認めるに足りる相当の理由がある者』と規定したのは、外国旅行の自由に対し、公共の福祉のために合理的な制限を定めたものとみることができ、〔…略…〕右規定が漠然たる基準を示す無効のものであるということとはできない。」〔本件について旅券法13条1項5号に当たるとした外務大臣の認定は適法か〕「占領下我国の当面する国際情勢の下においては、上告人等〔の出国が旅券法13条1項5号に該当するとの判断に基づく外務大臣の拒否処分〕は、これを違法ということはできない。」⁴⁴

⁴² 芦部前掲注18・221頁

⁴³ 長谷部前掲注23・254頁

⁴⁴ 野中俊彦・江橋崇編『憲法判例集』〔第8版〕（有斐閣、2001年）109頁

3 国籍離脱の自由

国籍は特定の国家に所属することを表わす資格であり、それを個人の自由意思で離脱することは、明治憲法時代の国籍法では許されず、原則として政府の許可を必要とした。その意味で、憲法 22 条が国籍離脱の自由を認めたことは、一つの画期と言えよう。しかしそれは、無国籍になる自由を含むものではない。国籍法が、「外国の国籍を取得したときは、日本の国籍を失う」と定めているのは（11 条 1 項）その趣旨である。⁴⁵

⁴⁵ 芦部前掲注 18・212 頁

財産権

日本国憲法

〔財産権〕

第29条 財産権は、これを侵してはならない。

財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。

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。

1 財産権総論

「総論」でみたように、歴史的にみると、財産権は、18世紀末の近代憲法においては、個人の不可侵の人権と理解されていた。1789年フランス人権宣言の、「所有権は、神聖かつ不可侵の権利である」という規定（17条）は、この思想を表わす。しかし、社会国家思想の進展にともない、財産権は社会的な拘束を負ったものと考えられるようになった。1919年のワイマール憲法が、「所有権は義務を伴う。その行使は、同時に公共の福祉に役立つべきである」（153条3項）と規定したのは、その思想を表現した典型的な例である。第二次世界大戦後の憲法は、ほとんどすべて、この思想に基づいて財産権を保障している⁴⁶（「総論」参照のこと）。

2 財産権保障の意味

(1) 29条1項は何を保障しようとするのか

29条1項は、「財産権はこれを侵してはならない」と規定し、2項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定している。したがって、これをそのまま読めば、29条1項の財産権の保障は、2項に従い法律で定められた財産権の憲法的保障にすぎないことになってしまう。しかし、通説は、これでは財産権を保障する意味がどこにあるのか疑わしいと考え、そこに国会をも拘束する憲法的な意味があると考えてきた。つまり、憲法は、立法府による定義以前に存在する財産権を憲法的に保障しており、立法府はそれを「制約」し得るのだという考え方である⁴⁷。

それでは、このような憲法的に「侵してはならない財産権」とは何か。

⁴⁶ 芦部前掲注18・213頁

⁴⁷ 松井前掲注8・559頁。ただし、松井教授は通説を批判している。

(2) 「個人に固有のものとしての財産権」と「社会公共の利益としての財産制度」

従来、「憲法は、個人の現に有する具体的な財産上の権利を保障している」という考え方と「憲法は、個々人の個別の財産よりも、むしろ個人が財産を享有しうる法制度、つまり私有財産制を保障している」という考え方が提示されてきた。

この二つの考え方の区別は、財産権が保障される根拠は、それが個人に固有の権利であるからか、それとも財産権を保障することが社会公共の利益にかなうからかという考え方の違いに対応しているとされる。この点を長谷部恭男教授は、J.ロックとD.ヒューム⁴⁸を例にとって、次のように説明する。

「ロックの議論は、個人に固有のもの（property）としての財産権を保障すべきだという議論の典型である⁴⁹。ロックは、個人の身体は彼自身の所有物だという前提から出発する。そうである以上、体を動かすこと（労働）から生ずるものも個人のものであり、労働から生じたものが、自然のままの全人類が共同所有するものと混和した場合には、それもその個人のものになる。たとえば、人はまだ誰のものでもない土地を開墾し耕すことで、その土地と収穫物に対する所有物を獲得し、野生の鹿や兎を捕らえ、魚を釣ることで、それらを手に入れる。彼は労働によって、それらのものを自然状態から自らのものとして取り出したわけである。こうして各人が得たものは、彼の固有のものであるから、それを侵すことは禁じられる。」

「これに対して、ヒュームは、誰がいかなるものについてどのような権利を持つかは、それぞれの社会のルールによって異なるものであり、何時でも何処でも同じように妥当する自然法があるわけではないと考える。しかし、いったん人がある社会に所属した以上は、その社会のルールに従うことは、彼にとっても彼以外の人々にとっても等しく利益になる。財産の所有や交換について、なんらかの共通のルールにすべての人が従うことで初めて人々は財産を安全に保有し、互いに交換して社会生活の便宜を享受することが可能となるからである。したがって、その社会の財産制度を保障することが出発点であり、その帰結として各個人の財産も保障されることになる。」

⁴⁸ デビッド・ヒューム（David Hume, 1711-76） 代表的なスコットランド啓蒙思想家。彼は、歴史的資料には社会契約の痕跡はなく、またそのような契約を結ぶことは未開人にとって思いもよらないことであり、またほとんどの政府は歴史的事実としては、征服や権力の奪取、つまり暴力によって樹立されているとして社会契約説を批判した。また、功利ないし効用（utility）の観点から正義を説明した。代表作に『人生論』（1739-40）、『人間悟性論』（1748）、『道徳原理の研究』（1751）など（田中ほか前掲注5・70-71頁）。

⁴⁹ 事務局注 ロックの財産権に関する議論の法思想史上の位置付けについては、2頁以降参照

「このような考え方からすれば、人が耕地を開墾したことで、それを所有する権利がアプリアリに正当化されるわけではない。しかし、他人が自由に刈り取っていける土地を汗水たらして耕す間拔けな人間はそう多くはない。また、誰も契約を守らない社会で自分一人誠実に契約を履行する人間もいないだろう。各人に一定の財産について独占的な処分権を与え、契約の遵守を強制することで、社会全体として経済活動が活発となり、万人が利益を得ることになる」⁵⁰。

(3) 29条1項は何を保障しようとするのか 帰結

しかし、 の考え方と の考え方は、互いに相反するものではない。「個人の固有のものとしての財産は、社会公共の利益を理由としても侵害しえない、最低限の生活保障のため、あるいは個人の自由な私的生活領域を保護するために不可欠な財産と考えることができる。このような財産は憲法29条1項による保障の中核にあり、法律によっても侵害しえないものである。」「これに対して、現在の高度に複雑化した経済社会を規制する財産法制の大部分は、当該社会のメンバーが、それに従うことに共通の利益を見いだすからこそ存在するものである。このような財産法制は、29条2項の定めるように、社会全体の利益つまり公共の福祉という観点から立法府によってその内容を定められ、変更されうる」⁵¹。

29条1項は、「個人の現に有する具体的な財産上の権利の保障と、個人が財産を享有しうる法制度、つまり私有財産制の保障の二つの面を有する」⁵²ものであると説明することができるのである。

(4) 制度的保障の核心

の意味での財産権の保障をいわゆる「制度的保障」⁵³と理解する場合、制度の核心は法律によっても侵すことはできないが、その核心は何かが問題となる。従来多数説は、生産手段の私有制であると考え、社会主義へ移行するには憲法改正が必要であると説いている。他方、私有財産制の核心は、人間が人

⁵⁰ 長谷部前掲注23・241-243頁

⁵¹ 同243-244頁

⁵² 芦部前掲注18・213-214頁。この見解が通説であるとされる（辻村前掲注10・275頁など）。

⁵³ 人権宣言は、個人の権利・自由を直接保障する規定だけでなく、権利・自由の保障と密接に結び合って一定の「制度」を保障すると解される規定を含んでいる。このような個人的権利、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」という（芦部前掲注18・84頁）。

間たるに値する生活を営むうえで必要な物的手段の享有であるとし、それが侵されない以上、生産手段の社会化は憲法改正によらずに可能であるとする説⁵⁴も有力である⁵⁵。

3 財産権規制立法と違憲審査基準

(1) 公共の福祉による制限

憲法 29 条 2 項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定する。これは、1 項で保障された財産権の内容が、法律によって一般的に制約されるものであるという趣旨を明らかにした規定である。

ここにいう「公共の福祉」は、各人の権利の公平な保障をねらいとする自由国家的公共の福祉のみならず、各人の人間的な生存の確保を目指す社会国家的公共の福祉を意味する。つまり、財産権は、内在的制約のほか、社会的公平と調和の見地からなされる積極目的規制（政策的規制）にも服するのである。⁵⁶

(2) 森林法違憲判決

しかし、国会は、法律によって財産権の内容を何の制約もなく自由に定めることができるわけではない。国会の立法裁量の行使には憲法上の限界がある。1987 年の森林法違憲判決（最大判昭和 62・4・22 民集 41 巻 3 号 408 頁）は、公共の福祉の観点から財産権を規制する立法がどのような基準を満たすべきかという問題を扱っている⁵⁷。

「この事件は、父親から山林を譲り受けた兄弟が各自 2 分の 1 の持ち分について共有の登記をしていたが、兄が森林の一部を伐採したことから争いとなり、弟が持ち分に
応じた森林の分割を求めて出訴したものである。森林法 186 条は持分が 2 分の 1 以下

⁵⁴ 前述のヒュームのような考え方からすれば、社会全体の利益に適うからこそ社会のルールに従うことが要請されるのであるから、もし一定の財（例えば大規模な生産財）については、私的所有権を認めないで公有化し、計画的にそれを管理・運営した方が、経済成長の促進や、所得・富の公平な配分という点で社会全体の利益となるとすれば、そのような経済体制に転換しても憲法の財産権保障には反しないというのが帰結となる（長谷部前掲注 23・243 頁）。

⁵⁵ 芦部前掲注 18・214 頁

⁵⁶ 同 214 頁

⁵⁷ 長谷部前掲注 23・244 頁

の共有者による分割請求権を否定していたため、この条項の合憲性が争点となった。

最高裁の判決は、まず単独所有が「近代市民社会における原則的所有形態である」以上、「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」し、憲法 29 条 2 項にいう「公共の福祉」に適合していない限り、その制限は違憲となるとしたうえで、森林法 186 条の立法目的は、「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にあるが、このような目的は公共の福祉に合致するとする。しかし、持分価額 2 分の 1 以下の共有者に分割請求権を否定することは、この「立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らか」であるから、同条は憲法 29 条 2 項に違反し、無効であるとし、結論として、持分価額 2 分の 1 以下の共有者についても、民法 256 条 1 項本文を適用して分割請求を認めるべきであるとしている。」⁵⁸

なお、森林法違憲判決は、経済的自由権の制限立法についての審査であるにもかかわらず、積極目的・消極目的二分論を採用せずに、森林法 186 条を違憲と判示している。その趣旨が、職業の自由と財産権とは異なると解したのか、積極目的・消極目的区分論の妥当しない分野の問題と解したのか、積極目的・消極目的区分論そのものを否定したのか、必ずしも明確ではない⁵⁹（規制目的二分論については、14 頁以下参照）。

なお、森林法 186 条は、森林法の一部を改正する法律（昭和 62 年法律 48 号）によって削除された⁶⁰。

4 財産権の制限と補償の要否

憲法 29 条 3 項は、私有財産を公共のために収用又は制限することができることを明示し、さらにその際には「正当な補償」が必要であるとするものである。

明治憲法は、憲法自体に補償に関する規定を欠いていた（27 条）ため、憲法制定者の意図に反し補償はもっぱら立法政策の問題とされ、憲法上の要求とはみられなかった。公用収用や制限が行われた場合に補償を実施すべきかどうかは、実定法が補償の規定を置けば補償を要するが、「法の沈黙は補償を否定する趣旨」と解されたのである⁶¹。

29 条 3 項については、主に、次のような点が問題となる。

⁵⁸ 同 244-245 頁

⁵⁹ 戸波前掲注 30・288 頁

⁶⁰ 法案の提出理由は、「森林法中共有林の分割請求の制限に関する規定は憲法違反であるとの最高裁判所判決があつたことにかんがみ、当該規定を削除する必要がある」とされている。

⁶¹ 原田尚彦『行政法要論』全訂第四版増補版（学陽書房、2000 年）249 頁

(1) 「公共のため」の意味

「公共のため」とは病院、学校、鉄道、道路、公園、ダムなどの建設のような公共事業のためだけでなく、戦後の自作農創設を目的とする農地買収のように、特定の個人が受益者となる場合でも、収用全体の目的が広く社会公共の利益（公益）のためであればよい。「用ひる」とは強制的に財産権を制限したり収用したりすることを言う⁶²。

(2) どのような場合に補償が必要か

そもそもなぜ補償が必要になるのか 負担の公平

公共のために私有財産が用いられた場合に補償が必要となる理由としては、通常、「負担の公平」が提示される。例えば、道路やダムの建設などの公共事業のために土地が収用された場合、本来は社会全体で負担すべき損失が特定の土地所有者に課されたことになる。このため、所有者には事業者が補償金を支払うが、その金は最終的には税金や公共料金を通じて、事業の受益者に広く負担させることが要請されることになる⁶³。

補償の要否⁶⁴

補償が必要とされる場合とは、一般に、私有財産の制限が特定の個人に対して特別の犠牲を強いるものであるか否かという点に求められる。すなわち、3項によって補償を要するのは、特定の者に対してその財産権に内在する社会的・自然的制約を超えて、特別の犠牲を課する場合であるとされる。

この場合の「特別の犠牲」が何を指すか。学説は次の二つに分かれる。

【形式・実質二要件説】

これは、「特別の犠牲」にあたるか否かの判断基準を、(a) 侵害行為が広く一般人を対象とするものか、それとも特定の範疇に属する人を対象とするものか（形式的要件）(b) 侵害行為が財産権に内在する制約として受忍すべき限度内にあるのか、それとも財産権の本質的内容を侵すほどに強度なものか（実質的要件）という二つの要件に求めるものである。

【実質要件説】

これは、特定の具体的な権利が指定されている場合でない限り、法律による規制は、その形式において常に一般的なものであるから、「形式・実質二

⁶² 芦部前掲注 18・216 頁

⁶³ 長谷部前掲注 23・246 頁

⁶⁴ 野中ほか前掲注 27・449 - 451 頁

要件説」の(a)ではなく、(b)の実質的基準に拠るべきだとするものであり、次のような基準によって補償の要否が判断せられるべきものとされる。()財産権の剥奪または当該財産権の本来の効用の発揮を妨げることとなるような侵害については、当然、補償を要する。()次に、()の程度に到らない場合には、財産権行使の制限の程度が、第一に、当該財産権の存在が社会的共同生活との調和を保ってゆくために必要とされるものである場合には社会的拘束の現われとして、補償は不要とされ(たとえば、建築基準法に基づく建築制限)、第二に、他の特定の公益目的のために、当該財産権の本来の社会的効用とは無関係に、偶然に課せられる制限であるときには補償を要するものとされる(たとえば、自然公園法に基づく国立公園内の自然風物維持のための制限)。

従来、「形式・実質二要件説」が通説とされてきた。しかし、この説のいう「形式的要件」については、規制の対象が一般人か特定の者かの区別は相対的なものにすぎないという問題があり、「実質的要件説」が有力になりつつある⁶⁵。

消極目的の作用と損失補償の要否

損失補償を要するのは、通常、積極目的の国家作用により財産権が「特別の犠牲」に供せられる場合であり、適法な警察作用による財産権の制限は、一般的に、憲法上は補償を要する「特別の犠牲」に当たらないとされる⁶⁶。

【参考 奈良県ため池条例事件】

〔最大判昭和 38・6・26 刑集 17 卷 5 号 521 頁〕

昭和 29 年制定の奈良県ため池の保全に関する条例は、所定のため池の堤とうに竹木又は農作物を植える等の行為をした者を 3 万円以下の罰金に処するとの定めを設けた。本件は、従来からため池堤とうで耕作を続けてきた原告らが、条例制定後もなお耕作を続けたため、同条例違反に問われた刑事事件。1 審では罰金刑が下ったが、2 審では違憲の主張を認めて無罪、検察側が上告した(破棄差戻し)。

「本条例は、災害を防止し公共の福祉を保持するためのものであり、その 4 条 2 号は、ため池の堤とうを使用する財産上の権利の行使を著しく制限するものではあるが、結局それは、災害を防止し、公共の福祉を保持する上に社会生活上已むを得ないものであり、そのような制約は、ため池の堤とうを使用し得る財産権を有する者が当然受忍しなければならない責務というべきものであって、憲法 29 条 3 項の損失補償はこれを必要としないと解するのが相当である。」⁶⁷

⁶⁵ 芦部前掲注 18・217 頁

⁶⁶ 野中ほか前掲注 27・451 頁

⁶⁷ 野中・江橋前掲注 44・121 頁

(3) 「正当な補償」の意味するところ

財産権の規制に対して与えられる「正当な補償」が何を指すかについても議論の対立がある。

【相当補償説】

昭和 28 年（1953 年）の最高裁判決（最大判昭和 28・12・23 民集 7 巻 13 号 1523 頁）は、戦後の農地改革に際して、農地買収の対価が実際の経済価格と比べて著しく低かった問題について、ここでいう「正当な補償」は、「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、合理的に産出された相当な額をいうのであって、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」とし、補償の額は市場における自由な取引によって成立する価格と一致する必要はないと述べている⁶⁸。

【完全補償説】

確かに、市場における自由な取引によって成立する価格は、実際に自由な取引を試みなければ判明しないはずであり、その価格と補償額との完全な一致を要求することは非現実的である。しかし、個人に固有なるものを保障するという観点からはもちろん、社会の構成員に共通する利益の保障という観点からしても、市場で成立するはずの価格から著しくかけ離れた額を補償額とすることは、29 条 3 項に反すると考えられる⁶⁹。

農地改革に関する最高裁判例を支持する見解も多いが、占領下における前近代的地主制の改革という憲法が前提とする社会を憲法外において創設した例外的な事態に関する射程の限られた判断と考える余地があるとする見解も多い⁷⁰。最高裁自身、後に土地収用法上の損失補償について、収用の前後を通じて被収用者の財産価値を等しくする補償が必要だとし、いわゆる「完全補償説」の立場をとっている（最判昭和 48・10・18 民集 27 巻 9 号 1210 頁）。

完全補償とした場合には、収用される財産の市場価格のほか、移転料や営業上の損失など附帯的損失も含まれる。問題は、たとえば山村の村がダム建設で水没し、離村・転業を余儀なくされるように、財産権制限によって従来の生活を根本的に変えざるをえなくなる場合、附帯的損失を含む金銭的補償だけで「正当な補償」が行われたといえるか、ということである。この場合、特別の犠牲を払う者に対する単なる金銭補償を超える現物補償や生活再建措置が問題となる⁷¹。この問題については、それを憲法上の要請だと考える説と立

⁶⁸ 長谷部前掲注 23・246 頁

⁶⁹ 同 247 頁

⁷⁰ 同 247 頁、芦部前掲注 18・217 頁

⁷¹ 野中ほか前掲注 27・454 頁

法政策による補償と解する説とが対立している。実際には立法によって補償する事例が少なくない(例、公共用地の取得に関する特別措置法4条、都市計画法74条、水源地域対策特別措置法8条)⁷²。

(4) 公用収用を定めた法律が補償規定を欠く場合、憲法29条3項に基づいて補償を請求できるか

憲法上、補償が要求されるはずであるのに、補償に関する規定を備えていない法令の効力をどのように考えるべきかという問題がある。

最高裁は、補償の規定のない河川附近地制限令により従来から行ってきた砂利の採取を禁止された者は、被った損失を具体的に主張立証することにより、「直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求する余地が全くないわけではない」としている(最大判昭和43・11・27刑集22巻12号1402頁)。このため、補償の規定を備えていない法令も、そのために直ちに違憲無効とはならないことになる⁷³。

学説も一般にこれを支持し、三項は私有財産を公共のために用いた場合の救済規定であり、当然に憲法上補償請求権が発生すべきものと解する⁷⁴とされる。

【予防接種禍と憲法29条3項】

予防接種法に基づいて行われた予防接種の副作用により、乳幼児が死亡しあるいは重篤な後遺障害を被ったため、被害者およびその両親が国を相手取り損害賠償又は損失補償を請求した事例につき、憲法29条3項を根拠として補償請求できるかが問題となった。このような事例においては、主に、以下の二つの問題があると考えられる。

憲法29条3項に基づく直接請求の可否

補償請求は通常、関係法規の具体的規定に基づいて行う。しかし、法令上補償規定を欠く場合でも、一般に憲法29条3項を直接根拠にして、補償請求することができると考えられている⁷⁵。判例も「直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求する余地が全くないわけではない」としている(最大判昭和43・11・27刑集22巻12号1402頁)ことは、既に指摘した。

「公共のために私有財産が用いられた場合」の規定である29条3項を生命・身体に対する侵害の補償にも適用することの可否

肯定説及び肯定する判決が多数であるが、近時否定する判決もある。

肯定説としては、例えば、東京地判昭和59・5・18判時1118号28頁は、被害を受けた児童らの特別犠牲によって国民全体が利益を受けていることを指摘し、しかも「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、

⁷² 芦部前掲注18・219頁

⁷³ 長谷部前掲注23・247頁

⁷⁴ 芦部前掲注18・218頁、野中ほか前掲注27・455頁

⁷⁵ 芦部前掲注18・218頁、長谷部前掲注23・247頁

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、「生命、身体に対して特別の犠牲が課せられた場合においても」憲法 29 条 3 項を類推適用して、国に直接正当な補償を求めることができるとした。また、財産権の侵害に補償が行われるのなら、本来侵してはならない生命・身体への侵害に補償がなされるのは当然であるから、29 条 3 項の勿論解釈をとるべきであるとする判例もある(大阪地判昭和 62・9・30)⁷⁶。

これに対して、上記東京地判昭和 59・5・18 の控訴審の東京高等裁判所は、本件予防接種禍は、法によっても侵害することが許されない生命・健康という法益の侵害にかかわるものであるから、財産権に対する適法な侵害に関する補償を定めた憲法 29 条 3 項を根拠に損失補償請求権を導き出すことはできないとし、むしろ、厚生大臣(当時)の過失を広く認める手法で、被害者の救済を図っている(東京高判平成 4・12・18 高民集 45 卷 3 号 212 頁)⁷⁷。

(5) 公用収用と公用制限における損失補償

【公用収用と公用制限】

行政が公共事業その他公益目的を実現していく過程で国民の特定の財産を利用したり、その利用方法に制限を課す必要が生じる場合がある。法律はそうした場合に備えて、行政庁に私人の財産を強制的に取得し、あるいはその利用方法の制限を命じる権限を与えている。道路建設に必要な土地を所有者がどうしても売ってくれないときに、強制的にこれを取得する権限を行政側に認めたり、自然公園の美観を守るために、当該特定地域内での土地の原状変更行為を禁止ないし制限する権限を行政庁に与えるなどがこれである。前者を公用収用、後者を公用制限という⁷⁸。

損失補償を定めた規定はきわめて多数あるが、損失補償の手続が定められている法律として主要なものには、土地収用関係では土地収用法(46 条の 2~46 条の 4・94 条)、農地買収関係では農地法(11 条~13 条)、公用制限関係では自然環境保全法(33 条)や自然公園法(52 条・64 条)、応急負担関係では河川法(21 条)や道路法(69 条・70 条)などがある⁷⁹。

公用収用の例 土地収用法

土地収用法は、「公共の利益の増進と私有財産との調整を図る」(1 条)ことを目的として、土地などを収用又は使用するための手続や補償の内容などについて規定する。

⁷⁶ 長谷部前掲注 23・247-248 頁、辻村前掲注 10・288 頁

⁷⁷ 長谷部前掲注 23・247 - 248 頁

⁷⁸ 原田前掲注 61・248 頁

⁷⁹ 西埜章・田辺愛壹『損失補償法 理論と実務の架橋』(一粒社,2000)195-196 頁

【土地収用の流れの概要】

【事業認定】

起業者は、土地を収用し、又は使用しようとするときは、「事業の認定」を受けなければならない。国土交通大臣又は知事は、申請に係る事業について、要件に該当するかどうかを判断し、事業の認定を行う。起業者は、原則として、事業の認定を受けなければ裁決申請等を行うことができない。大臣又は知事は、事業認定をしたときに告示をする。

【収用又は使用の裁決の申請】

起業者が土地を収用し、又は使用しようとする場合は、収用委員会の裁決を必要とする。起業者は、事業の認定の告示があった日から1年以内に限り、収用し、又は使用しようとする土地が所在する都道府県の収用委員会に収用又は使用の裁決を申請することができる。

【受理・審理】

収用委員会は、却下の裁決をする場合を除くほか、申請書を受理する。2週間の縦覧期間経過後、収用委員会は審理を開始する。

【収用又は使用の裁決】

収用委員会は、収用又は使用の裁決をする。収用又は使用の裁決は、「権利取得裁決」及び「明渡裁決」である。

権利取得裁決がなされても、土地の明渡しがなければその土地を使用することができない。そこで、起業者等は、明渡裁決の申立てをすることができる。明渡裁決は、権利取得裁決と併せて、又は権利取得裁決のあった後に行われる。

【不服申立て及び訴訟】

収用委員会の裁決に不服がある者は、国土交通大臣に対して審査請求をすることができる。また、収用委員会を被告として裁決の取消しを求める訴訟を裁判所に起こすこともできる。裁決のうち、損失の補償について不服がある場合には、直接、起業者対土地所有者又は関係人で裁判所で争うことができる。

起業者は、土地所有者及び関係人がその土地又は物件を明け渡さない場合には、行政代執行法に基づく代執行を請求することができる。

【収用委員会】

土地収用法によって土地収用の裁決等を行うため都道府県に置かれる行政委員会。議会の同意を得て都道府県知事が任命する7人の委員で構成される。任期は3年。

【参考 圏央道建設に伴う土地収用問題（係争中）】

ここでは、土地収用に関して問題となっている事例として、圏央道建設に伴う土地収用の状況とそれに対する住民の動きについて紹介する。⁸⁰

圏央道あきる野 IC 付近の土地収用についての動き

圏央道は正式名称を首都圏中央連絡自動車道といい、首都中心部から 40～60km の位置に計画されている延長約 300km の環状の自動車専用道路である。3 環状 9 放射ネットワークの一翼を担い、首都交通を分散させ、(1) 慢性的な交通混雑の緩和、(2) 地域活性化の支援、(3) 地域の交通環境改善を目的に計画が推進されている。

圏央道の計画は、昭和 61 年に国土庁が第四次首都圏整備計画として策定後、平成元年に東京都が圏央道を都市計画決定した。しかし、平成 7 年の工事着手後も一部地権者の協力が得られないことから、用地買収が進まず、現在あきる野市 IC 付近 80 メートルの区間の工事がストップしている（平成 16 年 4 月 22 日現在）。

裁判上の争いとしては、まず土地収用をめぐる、平成 15 年 10 月東京地裁（藤山雅行裁判長）が都知事の代執行停止を命じる決定を出したが、同年 12 月、東京高裁（鬼頭季郎裁判長）は同決定を覆し、代執行が認められた（最高裁は、高裁決定を支持して地権者側の抗告を棄却）。続いて、平成 16 年 4 月 22 日、東京地裁（藤山雅行裁判長）は、国土交通省による事業認定と都収用委員会による収用裁決を取り消す判決を下した。藤山裁判長は、「騒音被害や大気汚染が予想され、交通渋滞の緩和も具体的な裏付けを欠く。事業の必要性は低く、事業によって得られる公共の利益の判断の過程には、社会通念上見逃せない過誤欠落があり、違法だ」と述べ、事業認定を取り消した。収用裁決についても「事業認定の違法が承継される」として取り消



実線部分の鶴ヶ島 JCT 青梅 IC は 96 年に開通、その先の日の出 IC は 02 年に開通し、供用中。大栄 大芝間は事業計画調査中。点線部分は、事業着手。あきる野 IC は青梅 IC・日の出 IC に続いて工事が進められた。日の出 IC あきる野 IC 間の約 2km のうち 80m が未着工(国土交通省 HP より)。

⁸⁰ 国土交通省 HP、平成 16 年 4 月 22 日朝日新聞夕刊及び同月 26 日東京新聞夕刊を参照した。

した。国及び東京都は、4月27日、東京高裁に控訴した。

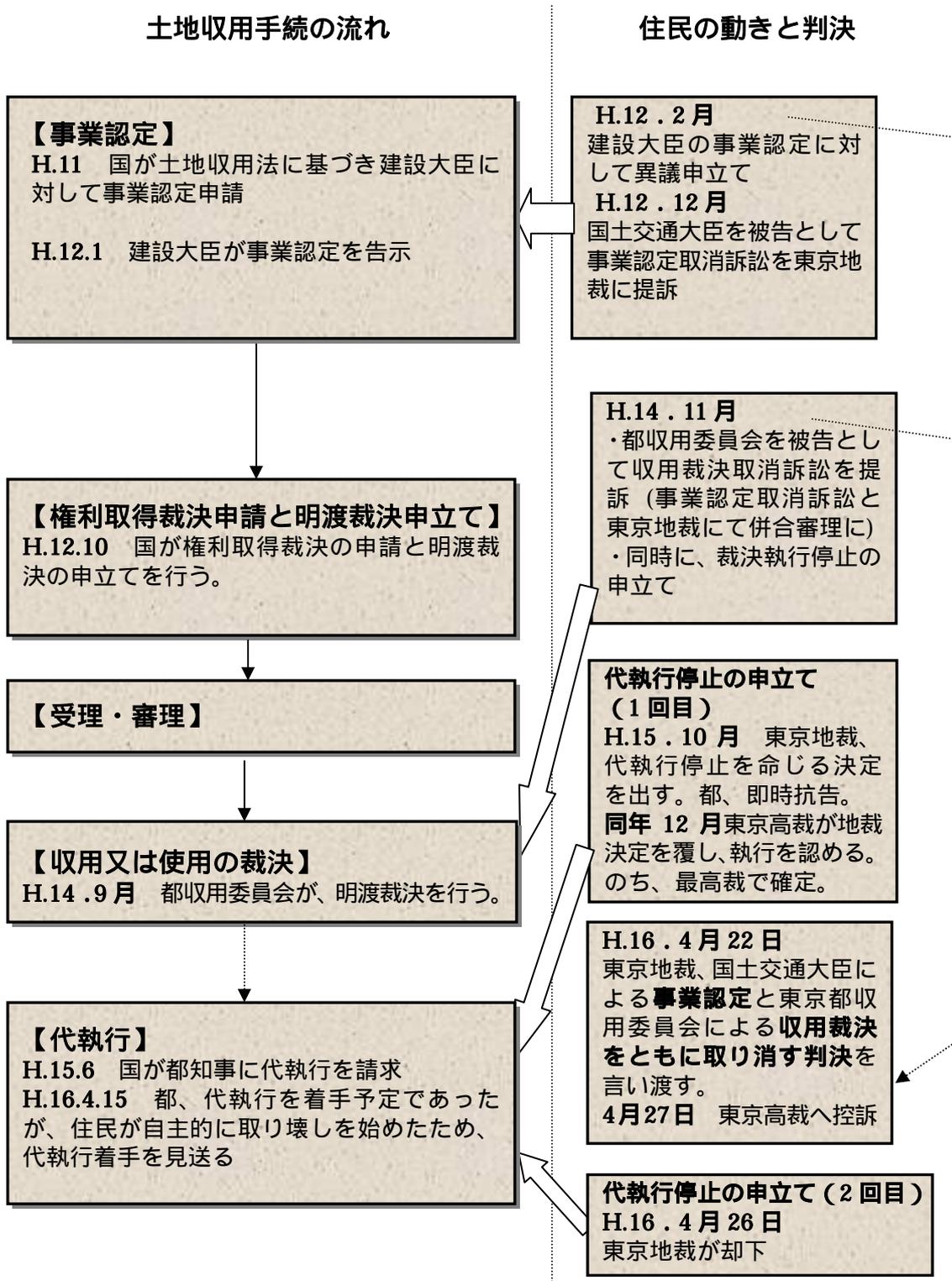
東京地裁藤山判決を受けて地権者5人は、改めて代執行停止を申し立てたが、東京地裁（鶴岡稔彦裁判長）は4月26日、「最高裁で強制収用停止の却下が確定した後、特段の事情変更が認められない」として却下した。司法判断が二転三転したことなどについて東京地裁4月22日判決において藤山裁判長は、「法の支配を有効に機能させるためには事業計画の適否について、早期の司法判断を可能にする争訟手段を新設する必要がある」と現行制度の問題点に言及した。

< 圏央道をめぐる一連の流れ >

昭和 54 (1979) 年	大規模事業計画として本格的に調査開始
昭和 59 (1984) 年	圏央道計画が明らかになり、反対運動が始まる
昭和 61 (1986) 年	第四次首都圏整備計画として策定
昭和 62 (1987) 年	第四次全国総合開発計画において高規格幹線道路に位置づけ
平成元 (1989) 年	東京都が圏央道を都市計画決定(東京・埼玉県境～国道20号)
平成 4 (1992) 年	用地買収着手
平成 5 (1993) 年	用地買収交渉開始(現在まで1300回以上)
平成 7 (1995) 年	工事着手
平成 11 (1999) 年	国が土地収用法に基づき事業認定申請
平成 12 (2000) 年	1月 建設大臣があきる野市牛沼地区の事業認定告示 2月 住民が異議申し立て 10月 国が東京都収用委員会に裁決申請 12月 住民が事業認定取消訴訟を提訴<被告 国土交通大臣>
平成 14 (2002) 年	9月 東京都収用委員会が牛沼地区の明渡裁決 11月 住民が収用裁決取消訴訟を提訴<被告 都収用委員会> (事業認定取消訴訟と東京地裁にて併合審理に) 同時に、住民が裁決執行停止を申し立て
平成 15 (2003) 年	6月 国が都知事に代執行を請求 8月 都が住民に対し、戒告 10月 東京地裁代執行停止を命じる決定 即時抗告申し立て 12月 東京高裁、地裁決定を覆し、執行を認める
平成 16 (2004) 年	4.15 翌日代執行を着手予定であったが、住民が自主的に取り壊しを始めたため、代執行着手を見送る 4.22 東京地裁、国土交通大臣の事業認定と東京都収用委員会による収用裁決をともに取り消す判決を言い渡す 4.26 東京地裁、代執行停止の申し立てを却下 4.27 国と都、東京高裁へ控訴

(国土交通省HPなどをもとに事務局において作成した。)

< 圏央道あきる野 IC 付近の土地収用をめぐる問題の経緯 >



土地収用法の特別法 駐留軍用地特別措置法

【表 6 沖縄における駐留軍用地をめぐる歴史の概要】

昭和 20 (1945) 年	終戦 - 沖縄では米軍基地の建設を目的に民有地の接収が行われる
昭和 22 (1947) 年	日本国憲法施行
昭和 26 (1951) 年	サンフランシスコ講和条約で沖縄が米国の施政下にとどまる。 日米安保条約・日米地位協定締結 土地収用法制定
昭和 27 (1952) 年	「駐留軍用地特別措置法」制定
昭和 35 (1960) 年	日米安保条約・日米地位協定改定
昭和 47 (1972) 年	沖縄が日本に返還 沖縄に憲法・日米安保条約・日米地位協定が適用される。日本国政府は新たに土地所有者との賃貸借契約の締結を進める。
平成 7 (1995) 年	大田沖縄知事の代理署名拒否に対して、国が職務執行命令訴訟を提起
平成 9 (1997) 年	「駐留軍用地特別措置法」改正

【駐留軍用地特別措置法の概要】

我が国は、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約」（「安保条約」）及び「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定」（「地位協定」）により、我が国に駐留するアメリカ合衆国の軍隊に対し、その用に供する施設及び区域を提供する義務を負っている。このため、施設及び区域内の土地等のうち民公有地に属する部分については、国が売買や賃貸借等の契約を締結して用地の使用権原を取得し、これを駐留軍に提供すべきこととなるが、合意による権原の取得ができない場合には、「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約第六条に基づく施設及び区域並びに日本国における合衆国軍隊の地位に関する協定の実施に伴う土地等の使用等に関する特別措置法（昭和 27 年法律第 140 号、「駐留軍用地特別措置法」）により、土地等の使用権原を取得することが認められている（同法 1 条、3 条）。

同法は、防衛施設局長を使用又は収用の手続等を行う起業者に、内閣総理大臣を認定機関にそれぞれ位置付けた上で、原則的に土地収用法の規定を適用することとしている（同法 4 条 1 項、5 条、14 条 1 項）。⁸¹

⁸¹ 行政事件訴訟実務研究会編『判例概説土地収用法』（ぎょうせい、2000 年）448 頁

【表 7 土地収用法と駐留軍用地特別措置法の比較】⁸²

	土地収用法	駐留軍用地特別措置法
目的	公共の利益となる事業に必要な土地等の確保	駐留米軍の用に供する土地等の確保
事業認定者	国土交通大臣又は都道府県知事	内閣総理大臣
事業認定	市町村長が事業認定申請等の写しを公衆の閲覧に供する(24条)	なし
	利害関係人が知事に意見書を提出することができる(25条)	なし
	公聴会を開催する(23条)	なし
	なし	裁決前においても、土地等を暫定的に使用できる(平成9年改正)
収用裁決		土地収用法の規定を適用(14条)

【大田沖縄県知事(当時)の代理署名拒否に対する職務執行命令訴訟】⁸³

沖縄県の駐留軍用地の一部は、地主が政府との賃貸借契約を拒否していたことから、政府は、昭和57年、昭和62年、平成4年の三度、駐留軍用地特措法に基づく使用裁決を受けた上でその使用権原を取得してきた。これに次いで、政府は、賃貸借契約による使用期間及び前回の使用裁決期間の終了により、平成8年4月及び平成9年5月に新たな使用権原を取得する必要がある駐留軍用地について、駐留軍用地特措法に基づく使用裁決の手続きに着手し、この手続きに必要な土地調書・物件調書への立会・署名押印⁸⁴、いわゆる代理署名を沖縄県知事に求めた。これに対し、県は、これを行うべきか否か、関係市町村、各種団体等の意見、前回(平成3年)の公告・縦覧を代行した際の経緯及びその後の政府の対応、さらに最近の在沖米軍基地を取り巻く政治社会状況など、あらゆる角度から慎重に検討した結果、土地調書及び物件調書への署名押印は極めて困難であるとの考えに達し、署名押印はできないと判断した。

これに対し、政府は、地方自治法に基づく勧告・命令を経て、平成7年12月7日、沖縄県知事を被告とする職務執行命令訴訟⁸⁵を、福岡高等裁判所那覇支部に提起し、平成8

⁸² 仲地博・水島朝穂編『オキナワと憲法』(法律文化社,1998)をもとに事務局において作成。

⁸³ 沖縄県庁 HP『沖縄の米軍基地関連資料』

⁸⁴ 駐留軍用地特措法14条1項により適用される土地収用法36条(土地調書及び物件調書の作成)は、起業者が作成する土地調書及び物件調書には、所有者及び関係人の署名押印が必要であるが、土地所有者及び関係人が署名押印を拒んだ場合などは、市町村長(又は当該市町村の吏員)が、市町村長が署名押印を拒んだときは、都道府県知事の指定する立会人が署名押印すると規定する。

⁸⁵ 機関訴訟(国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟・行政訴訟法第6条)の一つとして、旧地方自治法151条の2に規定されていた。平成12年3月の地方自治法改正における国の機関委任事務の廃止に伴い、同条は削除されたが、新たに法定受託事務に基づく職務執行命令訴訟(地方自治法245条の8第3

年3月25日、判決が言い渡され、県の敗訴となった。同年4月1日、沖縄県は、判決を不服として最高裁判所に上告した。沖縄県の訴えに対し、8月28日に言い渡された最高裁判所判決では「米軍基地への土地の提供を定めた駐留軍用地特措法は憲法に違反せず、沖縄県への特措法の適用も憲法違反とは言えない。よって、沖縄県知事の署名代行の拒否は、著しく公益が害されることが明らかである」として、上告を棄却、県の敗訴が決まった。

県は、最高裁判決、県民投票の結果等を踏まえ、また、沖縄の米軍基地問題や沖縄の振興開発に関する県の要望に対し、国が前向きに取り組んでいくことが表明されたことから、国と県が連携を図ることが最も重要であると判断して公告・縦覧代行に応ずることを決定した。

【平成9年駐留軍用地特別措置法の改正 暫定使用制度の創設】⁸⁶

平成9年4月23日、改正駐留軍用地特措法が公布・施行された。

駐留軍の用に供している土地等の使用期間が満了を迎えるが引き続きこれを駐留軍の用に供する必要がある場合、合意に基づく使用権原の更新を行うか、駐留軍用地特措法に基づいて、新たに使用又は収用の手続を行う必要がある。しかし、同法に基づく手続が行われるときで、当初の使用期間が満了するまでの間にすべての手続が完了しない場合、条約に基づく国の義務の履行に重大な支障を生じ得るという事態が想定されていた。そこで、暫定使用制度の創設を中心とする法改正が行われた⁸⁷。

改正法の主な内容は、防衛施設局長は、駐留軍用地について、その使用期限切れ後から収用委員会の裁決による権原取得日の前日まで、それを暫定的に使用できること、暫定使用に際しては、担保を提供して損失補償を行うこと、暫定使用については、改正法の施行日以前に裁決申請が行われた駐留軍用地についても適用されることの三つである。

この法改正は、平成10年5月14日に使用期限の切れる嘉手納飛行場など12施設用地と平成9年4月1日から使用権原のない状態が続いていた楚辺通信所用地についての使用権原を得る必要性という具体的な事件が契機となった。那覇防衛施設局長は、改正後の駐留軍用地特措法の規定により、平成9年4月24日、楚辺通信所用地の一部土地の暫定使用に係る担保を那覇地方法務局沖縄支局に供託し、これによって、改正法に基づき翌25日から暫定使用が開始された。また、同施設局長は、改正後の駐留軍用地特措法の規定により、平成9年5月6日から、嘉手納飛行場等12施設の一部土地の暫定使用に係る担保を那覇地方法務局等に供託し、これによって、改正法に基づき同年5月15日から、暫定使用が開始された。

項～12項)の制度が設けられた。

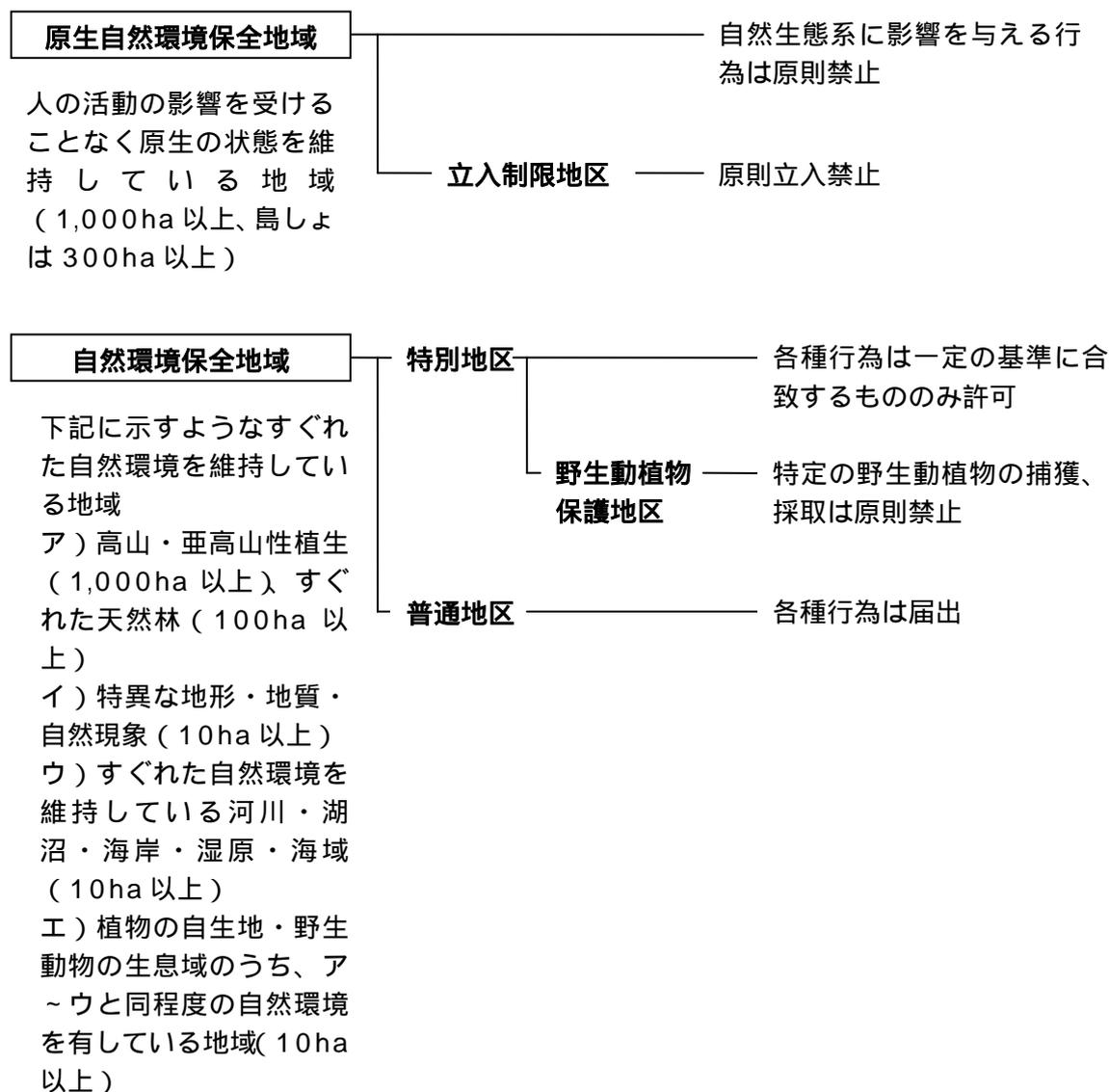
⁸⁶ 沖縄県庁 HP 『沖縄の米軍基地関連資料』を参考にした。

⁸⁷ 行政事件訴訟実務研究会編前掲注 81・470 - 471 頁

公用制限の例 自然環境保全法

ほとんど人の手が加わっていない原生の状態が保たれている地域やすぐれた自然環境を維持している地域について、自然環境保全法に基づき、原生自然環境保全地域及び自然環境保全地域を指定し、自然環境の保全に努めている。

【図 1 自然環境保全法の概要】



（環境省自然環境局 HP⁸⁸をもとに作成した。）

⁸⁸ <http://www.env.go.jp/nature/pamph/14.html>

【自然環境保全法における損失補償制度】

自然環境保全法においては、特別地区内において環境大臣の許可を要するとされている行為について当該許可を得ることができないため等により損失を受けた者に対して、通常生ずべき損失を補償する旨の規定が設けられている。

(損失の補償)

第三十三条 国は、第二十五条第四項〔特別地区内における環境大臣の許可を要する行為〕、第二十六条第三項第六号〔野生動植物保護地区における環境大臣の許可を得て行う行為〕若しくは第二十七条第三項〔海中特別地区内における環境大臣の許可を要する行為〕の許可を得ることができないため、第二十五条第五項、第二十六条第四項若しくは第二十七条第四項において準用する第十七条第二項の規定により許可に条件を附せられたため、又は第二十八条第二項の規定による処分〔普通地区において一定の行為をするための届出があった場合において環境大臣が命ずる行為の禁止、制限又は措置〕を受けたため損失を受けた者に対して、通常生ずべき損失を補償する。

2 前項の補償を受けようとする者は、環境大臣にこれを請求しなければならない。

3 環境大臣は、前項の規定による請求を受けたときは、補償すべき金額を決定し、当該請求者にこれを通知しなければならない。

4 国は自然環境保全地域の指定若しくはその区域の拡張、自然環境保全地域に関する保全計画の決定若しくは変更又は国が行なう自然環境保全地域に関する保全事業の執行に関し、地方公共団体は当該地方公共団体が行なう自然環境保全地域に関する保全事業の執行に関し、第三十一条第一項〔実地調査〕の規定による当該職員の行為によつて損失を受けた者に対して、通常生ずべき損失を補償する。

5 略（準用規定）

(訴えの提起)

第三十四条 前条第三項（同条第五項において準用する場合を含む。）の規定による決定に不服がある者は、その通知を受けた日から起算して三月以内に訴えをもつて補償すべき金額の増額を請求することができる。

2 前項の訴えにおいては、国又は地方公共団体を被告とする。

(6) 景観的利益の保護による財産権制限

【景観緑三法案】

景観法案を含む景観緑三法案が、平成 16 年 2 月 12 日衆議院に提出され、4 月 20 日の本会議における趣旨説明を経て、同日、国土交通委員会に付託、同委員会の質疑を経て、5 月 14 日、衆議院本会議で可決された。

【第 159 回国会に提出された「景観緑三法案」の概要】⁸⁹

法案名	提案理由・概要
景観法案	<p>良好な景観の形成に関する基本理念並びに国、地方公共団体、事業者及び住民の責務を明らかにするとともに、都市、農山漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定、景観計画区域、景観地区等における良好な景観の形成のための規制等、所要の措置を講ずる。</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 市町村（又は都道府県）が景観計画を作成。対象区域内での建物の新築、工作物の設置、土地変更などについて届出を求めるとともに、計画に合わないものは変更を勧告、命令できる緩やかな規制誘導制度を導入。 ・ 景観地区...景観計画区域内において、より積極的に景観形成を図る地区について指定する。建築物や塀などのデザイン、色彩なども規制できるようになる。
景観法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案	<p>景観法の施行に伴い、都市計画法、屋外広告物法その他の関係法律の整備等を行う。</p> <p>（主な改正点）</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 美観地区を廃止し、景観地区を追加。 ・ 景観重要建造物（景観上重要な建築物・工作物等で指定を受けたもの）に関する制限の緩和。 ・ 市町村が屋外広告物に関する条例を策定できるようにする。 ・ 屋外広告物法の許可対象区域を全国に拡大。
都市緑地保全法等の一部を改正する法律案	<p>都市における緑地の保全及び緑化並びに都市公園の整備を一層推進し、良好な都市環境の形成を図るため、緑地保全地域（仮称）における緑地の保全のための規制及び緑化地域（仮称）における緑化率規制の導入、立体都市公園制度の創設等所要の措置を講ずる。</p> <p>（主な改正点）</p> <ul style="list-style-type: none"> ・ 都市公園の整備及び緑地保全・緑化の総合的推進 ・ 立体的に公園区域を定める制度の創設 ・ 都市近郊の里山の緑を保全する制度の拡充 ・ 大規模建築物における緑化率規制の導入

⁸⁹ 上田貴雪『ヨーロッパの景観規制制度 「景観緑三法」提出に関連して』国立国会図書館 ISSUE BRIEF 439 より引用した。

(参考) 景観緑三法案の趣旨説明 (第 159 回国会平成 16 年 4 月 20 日・衆議院本会議)

国務大臣 (石原伸晃君)

景観法案、景観法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案及び都市緑地保全法等の一部を改正する法律案につきまして、その趣旨を御説明申し上げます。

まず、景観法案につきまして申し上げます。

近年、経済社会の成熟化等に伴い、個性のある美しい町並みや景観の形成が求められるようになっており、各地で良好な景観の形成に向けた取り組みが進められています。また、国としても、観光立国を実現するという観点から、良好な景観の形成に向けた取り組みを進めております。

このような景観をめぐる状況の変化に対応し、良好な景観の形成を国政の重要課題として位置づけるとともに、地方公共団体の取り組みを支援するために、良好な景観を形成するための法的な仕組みを創設することが求められています。

この法律案は、こうした状況を踏まえ、我が国で初めて景観についての総合的な法律として定めようとするものでございます。

次に、この法律案の概要につきまして御説明申し上げます。

第一に、良好な景観の形成に関し、基本理念を定め、並びに国、地方公共団体、事業者及び住民の責務を明らかにしております。

第二に、都市、農山漁村等における良好な景観の形成を促進するため、景観計画の策定、景観計画区域、景観地区等における規制、景観重要公共施設の整備、景観協定の締結等について定めております。

その他、これらに関連いたしまして、所要の規定の整備を行っております。

次に、景観法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案につきまして申し上げます。

この法律案は、景観法の施行に伴い、都市計画法、建築基準法、屋外広告物法その他の関係法律について必要な規定の整備を行うものです。

次に、この法律案の概要につきまして御説明申し上げます。

第一に、都市計画法の改正により、都市計画の地域地区として、景観地区を規定しております。

第二に、建築基準法の改正により、景観地区等における建築物の規制に関する規定を整備するとともに、条例で景観重要建造物に対する規制の緩和を行うことができるとしております。

第三に、屋外広告物法の改正により、市町村が屋外広告物に関する条例を制定できるようにすること、屋外広告物の許可対象区域を全国に拡大すること、簡易除却の対象となる屋外広告物等を追加すること、屋外広告業の登録制度を創設すること等の措置を講じております。

その他、これらに関連いたしまして、所要の規定の整備を行っております。

次に、都市緑地保全法等の一部を改正する法律案につきまして申し上げます。

この法律案は、都市の緑とオープンスペースの効果的かつ効率的な保全、増加が求められている状況にかんがみ、緑地の保全、都市の緑化、都市公園の整備を総合的に推進するための制度の創設、拡充等の措置を講じようとするものです。

次に、この法律案の概要につきまして御説明申し上げます。

第一に、市町村の定める緑地の保全及び緑化の推進のための基本計画の記載事項に、都市公園の整備の方針等を追加しております。

第二に、都道府県は、都市計画に緑地保全地域を定めることができることとし、当

該地域内の建築物の新築等について届け出制を導入しております。

第三に、市町村は、都市計画に緑化地域を定めることができるとし、当該地域内で敷地が大規模な建築物の新築等を行う場合には、一定割合以上の緑化施設を敷地内の空地や屋上に設けなければならないとしております。

第四に、都市公園について、効率的な都市公園の整備を図るため、立体都市公園制度を創設しております。

その他、地区計画等の区域において条例により緑地の保全のための規制を行う制度並びに首都圏及び近畿圏の近郊緑地保全区域における管理協定制度の創設等、所要の規定の整備を行っております。

以上が、景観法案、景観法の施行に伴う関係法律の整備等に関する法律案及び都市緑地保全法等の一部を改正する法律案の趣旨でございます。(拍手)

【参考 国立マンション訴訟】

東京都国立市の通称「大学通り」に建設された地上14階建て(高さ44m)のマンションをめぐって、周辺住民ら約50人が「景観権」の侵害などを主張して、市条例が定めた高さ20mを超える部分の撤去などを求めた訴訟で、東京地裁は平成14(2002)年12月18日、住民側の請求を認め、7階以上に当たる高さ20メートル以上の部分の撤去を命じた。判決は「特定地域内の景観利益は法的保護に値し、マンション建設は耐えられる限度を超える権利侵害をした。金銭賠償では救済できない」と、条件付きで「景観権」を認める初判断を示した。既存の建物の撤去命令は極めて異例といわれる。ただ、住民側が都と市に損害賠償を求めた別の訴訟では正面から「景観権」が争われたが、東京地裁八王子支部は訴えを退けている点などから、今後「景観権」が確立するかどうかは微妙であるというのが法曹界の一致した見方であるとされる。⁹⁰

⁹⁰ 「司法記者の目 - 国立マンション訴訟 都市景観を重視」ジュリスト 1238

【参考 「景観」に係る規定を有する諸外国の憲法の例】

諸外国における「景観」に係る規定を有する憲法として、ブラジル連邦共和国憲法とスイス連邦憲法を以下に紹介する。

ブラジル連邦共和国憲法

樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集 第4版』,三省堂,2001

(共同の権限)

第23条

以下の事項は、連邦、州、連邦区および市の共同の権限に属する。

(一及び二 略)

三 文書、作品その他歴史的、芸術的、文化的価値を有する財産、遺跡および著名な天然の景観ならびに考古学的地域の保護。

(四以下 略)

(競合的立法権限)

第24条

以下の事項は、連邦共和国、州および連邦区の競合的立法権限に属する。

(一～六 略)

七 天然の景観美を含む歴史的、文化的、芸術的および観光的記念物の保存。

八 環境、消費者、天然の景観美を含む芸術的、美術的、歴史的、観光的価値を有する財産および権利の毀損に対する責任。

(九以下 略)

スイス連邦憲法

樋口陽一・吉田善明編『解説世界憲法集 第4版』,2001,三省堂

(自然および邦の保全)

第78条

略

連邦は、自己の任務の遂行にあたって、自然および郷土の保全にかんする懸案に顧慮する。連邦は、土地状況、地域景観、史跡および自然的記念物および文化的記念物を愛護する。連邦は、右のものに公的利益が認められる場合には、それを完全な形で保存する。

及び 略

特別の美観と全スイスの意義を有する湿原および湿原景観は、これを保護する。そこにおいては、施設を建築することも、何らかの形態で建造物を変形

することも、これをしてはならない。ただし、保存目的または湿原および湿原景観の従来からの国家経済的利用に資している施設は、この限りではない。

（燃料に対する消費税およびその他の通行税）

第 86 条

及び 略

連邦は、燃料に対する消費税の純収入の半分および国道使用料の純収入を、左の、道路交通に関連した任務および出費に充当する。

a～c 略

d. 自然の暴威を防ぐ建造物を設け、また、道路交通によって不可欠となった環境および景観の保護のための措置を講じることの負担。

e 及び f 略

略

【参考文献】

- 芦部信喜 『憲法学 人権総論』(有斐閣, 1994年)
- 芦部信喜 『憲法』〔第三版〕(有斐閣, 2002年)
- 浦部法穂 『全訂憲法学教室』(日本評論社, 2000年)
- 佐藤幸治 『憲法〔第三版〕』(青林書院, 1995年)
- 辻村みよ子 『憲法〔第2版〕』(日本評論社, 2004年)
- 野中・中村・高橋・高見 『憲法』〔第三版〕(有斐閣, 2001年)
- 長谷部恭男 『憲法』第3版(新世社, 2004年)
- 松井茂記 『日本国憲法』第2版(有斐閣, 2002年)
- 野中俊彦・江橋崇編 『憲法判例集』〔第8版〕(有斐閣, 2001年)
- 樋口陽一・吉田善明編 『解説世界憲法集 第4版』(三省堂, 2001年)
- J・ロック(鶴飼信成訳) 『市民政府論』(岩波文庫, 1968年)
- 原田尚彦 『行政法要論』全訂第四版増補版(学陽書房, 2000年)
- 行政事件訴訟実務研究会編 『判例概説土地収用法』(ぎょうせい, 2000年)
- 西埜章・田辺愛壹 『損失補償法 理論と実務の架橋』(一粒社, 2000年)
- 田中成明・竹下賢・深田三徳・亀本洋・平野仁彦 『法思想史』〔第2版〕(有斐閣, 1997年)
- 前田徹生「経済的自由規制立法の違憲審査基準と最高裁判所 小売判決と薬事法判決の再検証」栗城古稀 『日独憲法学の創造力』上巻(信山社, 2003年)
- 浜林正夫 『人権の思想史』(吉川弘文館, 1999年)
- 原秀成 『日本国憲法制定の系譜 戦争終結まで』(日本評論社, 2004年)
- 森英樹「経済活動と憲法」樋口陽一編 『講座憲法学 4 権利の保障 2』(日本評論社, 1994年)
- 仲地博・水島朝穂編 『オキナワと憲法』(法律文化社, 1998)
- 「司法記者の目 - 国立マンション訴訟 都市景観を重視」ジュリスト 1238
- 上田貴雪 『ヨーロッパの景観規制制度 「景観緑三法」提出に関連して』国立国会図書館 ISSUE BRIEF 439 (2004年)
- 『世界人権宣言と国際人権規約 世界人権宣言 50周年に当たって』(外務省, 1998年)
- 『衆議院ロシア等欧州各国及びイスラエル憲法調査議員団報告書 別冊 訪問国等の憲法』(仮訳)(2001年)
- 『基本的人権と公共の福祉に関する基礎的資料 国家・共同体・家族・個人の関係の再構築の視点から』(衆憲資第31号, 2003年)
- 『衆憲資第21号 タイ王国憲法 - 概要及び翻訳 -』(2003年)
- 『市民的・政治的自由(15~21条/23条)(特に、思想良心の自由(19条) 信教の自由・政教分離(20条・89条))に関する基礎的資料』(衆憲資第43号, 2004

年)

中村民雄 『欧州のための憲法を定立する条約草案 翻訳 』(衆憲資第 40 号付録, 2004 年)

国土交通省 HP <http://www.mlit.go.jp/>

沖縄県庁 HP 『沖縄の米軍基地関連資料』

<http://www.pref.okinawa.jp/kititaisaku/D-mokuji.html>