

私法の自律性と憲法上の権利

- 一 はじめに
- 二 憲法上の権利・自由による私法の統制
- 三 憲法上の原形の不存在と法の下の平等
 - 1 非嫡出子法定相続分差別
 - 2 原形の不存在
 - 3 原形不存在の場合の審査枠組み
- 四 財産権における原形
 - 1 森林法違憲判決
 - 2 民法を規準とした審査？
- 五 むすびにかえて

小
山
剛

一 はじめに

(a) 憲法二四条により全面改正が迫られた民法第四編、第五編をさておけば、憲法と私法の関係が比較的初期に議論されたのは、いわゆる基本権の私人間効力をめぐってである。新無効力説（新無適用説）と呼ばれる有力な見解⁽¹⁾を除けば、憲法学説では私人間効力肯定説が圧倒的な多数説である。私法規定を解釈・適用する裁判所は、関連する基本権規定を顧慮した一種の基本権適合的な解釈を求められる。その理論構成にかつて種々の対立があり、現在も対立があるのは、私人間効力の承認が憲法上の権利（基本権）の名宛人を国家から私人へと拡張するのではないかという疑念が付きまとうためであろう。⁽²⁾一方、私法規定それ自体と憲法との関係については、この難題は生じない。私法を定立する立法者も、基本権の拘束を受けることについて疑いはなく、この点では刑法や行政法と変わるものではないためである。私人間効力について無適用説をとる論者も、私法規定の基本権拘束については当然のこととして肯定する。

問題は、この「拘束を受ける」がどのような意味なのかである。⁽³⁾

(b) 私法規定の憲法適合性が争われた判例・裁判例は少なくない。本稿では、違憲審査において私法規定の審査に固有の特殊性は存在するのか、という関心から、①非嫡出子法定相続分差別規定の違憲決定、②森林法違憲判決を取り上げる。前者では、立法裁量が尊重され、審査密度がかなり緩やかであった。後者は、民法が原則とする単独所有とのかかわりで、共有物分割請求権を制限する森林法上の規定が違憲と判断された。一見、二つの素材の間には関連がないように見えるが、私法の自律性を含む憲法と私法の関係を考えるうえで、通底した論点を含んでいる。

憲法と私法の関係のうち、問題の構造が比較的単純なのが、私法規定が憲法上の権利・自由を制限し、または

平等原則と抵触する場合である（後述二）。これに対して、相続制度については、憲法から具体的制度についてのイメージを導出することができず、『嫡出子の二分の一という法律の定めが憲法上の財産権を制約する』という構成には無理がある（後述三）。森林法違憲判決が提起したのは、これとは逆の問題である。すなわち、憲法から財産権の具体的内容を導出できないところまでは相続制度の場合と同じであるが、最高裁は憲法上の財産権条項の内容を民法により充填している（後述四）。大げさな言い方をすれば、憲法と民法の優劣関係にもかかわる問題である。

二 憲法上の権利・自由による私法の統制

上述の単純な構造とは、次のものである⁽⁴⁾。

自由権（防御権）は、国民の権利、自由を過剰に制限する（私法を含む）法律上の規定を違憲として排除する。平等原則は、合理的理由のない別異取扱いを定めた（私法）規定を違憲として排除する。防御権違反の審査については、ドイツでは三段階審査と呼ばれる審査手順が確立している。これは、①憲法二二条の表現の自由であれ、二二条の職業の自由であれ、ある憲法上の権利が、そもそも何を保障範囲としているのか（保護領域）、②その保障範囲に対して果たして、また、どのような制限が加えられているのか（制限）、③その制限は正当化できるのか（形式的・実質的正当化）、という三段階で審査するものである。いわゆる審査基準論は、この第三段階で登場する。平等原則違反についても、特定の比較対象との間の別異取扱いの合理性が、それぞれの事案に応じた審査基準により審査される。

- (a) 再婚禁止期間⁽⁵⁾（民法七三三一条一項）を例にとることにした。

女性にのみ再婚禁止期間を定めることは、憲法一四条の法の下の平等、二四二条二項の両性の本質的平等に抵触するとともに、二四二条一項の婚姻の自由をも制約する。判例（最判平成七・一二・五民集一七七号二四三頁）は、立法行為の国賠法上の違法性に着目し、民法七三三条が憲法一四二条一項の「一義的な文言に違反する」ものではないと簡単に認定しているが、裁判例の中には、もう少し実質的な判断を行っているものがある。

岡山地判平成二四・一〇・一八判時二二八一号一二四頁は、次のように説示している。①立法目的（父性の推定の重複の回避と父子関係をめぐる紛争の発生の未然防止）には「合理性が認められる」。②「その立法目的から再婚禁止期間を嫡出推定の重複を回避するのに最低限必要な一〇〇日とすべきことが一義的に明らかであるともいえない」。③「本件区別についてどのような違憲審査基準を用いるべきかについて種々の考え方があり得ることも踏まえると（……）、同項の規定が本件区別を生じさせていることが憲法一四二条一項及び二四二条二項に違反するものでないと解する余地も十分にあるというべきである」。

また、憲法二四二条一項の婚姻の自由との関係では、平成七年最高裁判決の原審（広島高判平成三・一一・二八判時一四〇六号三頁）が、次のように説いている。憲法二四二条一項が「婚姻の要件として両性の合意以外の要件を定めることを一切禁止する趣旨であるとは解されず、現に民法では、婚姻は戸籍法の定めるところによってこれを届け出ることによって成立するものとされ（同法七三九条）、婚姻適齢が設けられ（同法七三二条）、未成年者の婚姻については父母の同意が要件とされ（同法七三七条）、重婚が禁止され（同法七三二条）、近親婚が禁止される（同法七三四条）などしているのであるから、女子について再婚禁止期間を設けることが直ちに憲法の右条項に違反するものではないことはいうまでもない」。

(b) 以上の判例・裁判例について、二点を指摘するにとどめたい。

第一は、判例・裁判例が、緩やかな審査密度に終始していることである。平成七年判決については、その理由

は民法の特殊性ではなく、国賠訴訟という形式であったためである。この判決で用いられている憲法の「一義的な文言に違反する」は、立法内容の違憲性ではなく、立法行為の国賠法上の違法性を判断する基準として昭和六〇年の在宅投票訴訟判決（最判昭和六〇・一一・二二民集三九卷七号一五二二頁）において定立されたものである。平成一七年の在外国民選挙権訴訟判決（最大判平成一七・九・一四民集五九卷七号二〇八七頁）は、昭和六〇年判決の判断基準を実質的に変更し、国賠法上の違法性が認められる余地を拡大したが、それでもやはり、高いハードルであることに変わりはない。

一方、平成三年の広島高裁判決、平成二四年岡山地裁判決の説示は、直接には立法内容の合憲性（再婚禁止規定の合憲性）を問題にしているが、国賠訴訟の中で審査であるため、手を抜いた論証で終わっている。例えば、平成三年広島高裁判決の審査は、明らかに緩やかすぎる。同判決は、①婚姻の届け出、②婚姻適齢、③未成年者の婚姻についての父母の同意、④重婚禁止、⑤近親婚禁止を羅列し、再婚禁止期間も直ちに憲法に違反するものではない「ことはいうまでもない」としているが、それぞれの制約の間の差異を全く考慮していない。②③は自己決定能力（行為能力）の問題であり、④⑤は婚姻制度の問題である。①は婚姻成立の形式的要件であるが、仮にこの形式的要件が婚姻の自由を実質的にも阻害する場合には、目的および手段について、憲法上の正当化が要求されることになる。女性の再婚禁止期間の設定は、②③、④⑤のいずれにも当てはまらないものであり、異種ものを羅列して制限を正当化するのには、論証のレベルとしては低いと言わざるを得ない。

平成二四年岡山地裁判決における「憲法一四条一項及び二四条二項に違反するものでないと解する余地も十分にある」という歯切れの悪い説示も、国賠訴訟ゆえのものである。同判決の上掲引用中の（ ）内は、「原告は、本件区別についてはいわゆる厳格な審査基準を用いるべきことが明白であったと主張するが、原告が離婚した時点までの最高裁判所の判決の内容を概観しても、上記時点において本件区別についていわゆる厳格な審査基準を

用いるべきことが明白であったなどということとはできない」というものであった。立法内容の違憲性（民法七三三条一項が違憲か合憲か）については、むしろ違憲の可能性を示唆しているように読める。

(c) 第二は、自由と平等の関係である。法の下の平等の保障は、自由権等の実体的基本権とは保障の観点が異なることから、実際の憲法問題においては、競合は容易に生じうる。これについては、①どちらも関連するが、実体的基本権のみの審査が行われる場合、②どちらも関連するが、平等権のみの審査が行われる場合、③実体的基本権と平等権が異なる観点から並列的に審査される場合、④実体的基本権が存在しないところで平等権が適用される場合、が区別される⁽⁶⁾。再婚禁止期間については、実体的基本権（婚姻の自由）の問題として構成することも、平等の問題として構成することも可能であるように思われる。判例・裁判例では、平等（一四条一項、二四二条二項）の観点が強調されているが、婚姻の自由に対する制限として考えた方が本来は素直であるように思われる。性別による差別ということで、原告側が審査密度の厳格化を期待したためであろうか。

三 憲法上の原形の不存在と法の下の平等

国賠訴訟というくびきはあったが、いずれにせよ、再婚禁止期間については、婚姻の自由、法の下での平等との抵触を問題とすることができ、そのくびきを外せば、それなりの審査密度で憲法適合性を審査しえた事案である。これとは異なり、非嫡出子に法定相続分差別（民法九〇〇条四項但書き旧規定）については、憲法上の実体的権利（財産権）に対する制限という構成をとることは困難であろう⁽⁷⁾。

1 非嫡出子法定相続分差別

- (a) 平成七年の非嫡出子法定相続分差別事件決定（最大決平成七・七・五民集四九卷七号一七八九頁）は、憲法一四条一項は合理的理由のない差別を禁止するのであり、合理的理由のある法的取扱いの区別は一四条一項に違反するものではないが、「そこで、まず、右の点を検討する前提として、我が国の相続制度を概観する」とした。多数意見の論理は、次のものである。①相続制度の「形態には歴史的、社会的にみて種々のものがあり、また、相続制度を定めるに当たっては、それぞれの国の伝統、社会事情、国民感情なども考慮されなければならず、各国の相続制度は、多かれ少なかれ、これらの事情、要素を反映している。さらに、現在の相続制度は、家族というものをどのように考えるかということと密接に関係しているのであって、その国における婚姻ないし親子関係に対する規律等を離れてこれを定めることはできない。これらを総合的に考慮した上で、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられている」。②「本件規定を含む法定相続分の定めは……補充的に機能する規定であることをも考慮すれば、本件規定における嫡出子と非嫡出子の法定相続分の区別は、その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り、合理的理由のない差別とはいえない」。③「民法七三九条一項は、……いわゆる事実婚主義を排して法律婚主義を採用し、また、同法七三二条は、重婚を禁止し、いわゆる一夫一婦制を採用することを明らかにしているが、民法が採用するこれらの制度は憲法の右規定に反するものでないことはいくまでもない」。民法が法律婚主義を採用した結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ……ても、それはやむを得ないところといわなければならない」。
- (b) 周知のように、最大決平成二五・九・四民集六七卷六号一三二〇頁は、結論において平成七年最大決を変更したが、基本的な判断枠組み自体には大きな変更を加えていない。同決定は、平成七年最大決の上記引用②に

つては、「補充的規定」という部分を排除したほか、「著しく」を落とし、「立法府に与えられた上記のような裁量権を考慮しても、そのような区別をすることに合理的な根拠が認められない場合には、当該区別は、憲法一四条一項に違反する」に改めている。しかし、立法裁量が尊重されるべき理由については、平成七年最大決①をそのまま繰り返している。

ここでの立法裁量の基礎づけは、相続制度の形態には「種々のもの」があるということである。本稿では、(憲法上の)原形の不存在と呼ぶことにしたい。

2 原形の不存在

(a) 憲法上の原形が存在しない典型的なケースは、関連する自由権が存在しない場合である。

外国人管理職試験受験事件判決(最大判平成一七・一・二六民集五九卷一号二二八頁)は、外国籍の職員から管理職選考試験の受験の機会を奪うことは「合理的な理由に基づくものである限り、憲法一四条一項に違反するものでもない」とし、合理的理由の有無を(緩やかに)審査している。最高裁は、外国人の公務就任が職業選択として憲法二二条一項により保障されるか否かに触れていない。仮に二二条一項の保障に含まれるとすれば、審査は全く違った様相を呈したであろう。自由が原則であり、制限は例外的にのみ許されるという原則―例外関係が成立するためである。現に、原審(東京高判平成九・一一・二六高民集五〇巻三号四五九頁)は、二二条一項の保障が外国人の公務就任に及ぶとして、違憲判決を下している。

(b) 原形が存在しないもう一つの場合は、関連する憲法上の権利または憲法条項が、立法に依存しており、かつ、立法に対して内容上の指針を与えない場合である。

憲法一〇条は、「日本国民たる要件」を定めるために、法律を制定することを命じている。しかし、要件がど

うあるべきかについて、何の指針も与えていない。「国籍の得喪に関する要件を定めるに当たってはそれぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮する必要があることから、これらどのように定めるかについて、立法府の裁量判断にゆだねる趣旨のものである」（最大判平成二〇・六・四民集六二卷六号一三六七頁）。国籍の取得と喪失を同列に置くことは是非をさておき、国籍の取得に限れば、憲法自体から具体的な取得要件を導出することはできないであろう。

同じことは、選挙制度にも当てはまる。最高裁（最大判平成一一・一一・一〇民集五三卷八号一七〇四頁）は、「代表民主制の下における選挙制度は、選挙された代表者を通じて、国民の利害や意見が公正かつ効果的に国政の運営に反映されることを目標とし、他方、政治における安定の要請をも考慮しながら、それぞれの国において、その国の実情に即して具体的に決定されるべきものであり、そこに論理的に要請される一定不変の形態が存在するわけではない」としている。

(c) 憲法一〇条の法的性格は、立法者に対して一定の規範の制定を要求するという「立法委託」とでも呼ぶべきものであり、国籍請求権といった具体的権利を直接に保障するものではない。しかし、原形の不存在は、立法に依存した権利ないし憲法条項のすべてについて発生するわけではない。

郵便法違憲判決（最大判平成一四・九・一一民集五六卷七号一四三九頁⁽⁸⁾）は、憲法一七条の国家賠償請求権が「法律による具体化を予定している」としたうえで、「国又は公共団体が公務員の行為による不法行為責任を負うことを原則とした上、公務員のどのような行為によりいかなる要件で損害賠償責任を負うかを立法府の政策判断にゆだねたものであって、立法府に無制限の裁量権を付与するといった法律に対する白紙委任を認めているものではない」と説示している。同判決は、公務員の不法行為による国・公共団体の損害賠償責任を免除・制限する規定が憲法一七条に適合するかは、①「当該行為の態様、これによって侵害される法的利益の種類及び侵害の程度、

免責又は責任制限の範囲及び程度等に応じ、当該規定の目的の正当性並びにその目的達成の手段として免責又は責任制限を認めることの合理性及び必要性を総合的に考慮して判断すべきである」とし、②当てはめでは、免除・制限の目的は正当であるが、「郵便業務従事者の故意又は重大な過失による不法行為についてまで免責又は責任制限を認める規定に合理性があるとは認め難い」としている。この審査手法は、基本的には自由権（防衛権）の審査と大きくは変わらない。

3 原形不存在の場合の審査枠組み

原形不存在の場合にしばしば援用されるのが、平等条項である。しかし、その審査は、特段の理由がない限り、立法裁量を前提とした緩やかなものとなる。

(a) そのような緩やかな審査の典型は、上に引用した平成七年最大決である。この緩やかな審査は、民法という基本法を対象とした審査だからというわけではない。衆議院の小選挙区・比例代表並立制、小選挙区選挙における選挙運動の便益の較差、重複立候補が候補者届出政党の候補者しか認められないことなど、選挙制度に直接かわる憲法上の諸問題について、上記の平成一年最大判は、同じく緩やかな審査を行っている。

「一定不変の形態が存在するわけではない」選挙制度と、「その形態には歴史的、社会的にみて種々のものがある」相続制度の相似は明らかであろう。平成七年最大決は、「民法が法律婚主義を採用した結果として、婚姻関係から出生した嫡出子と婚姻外の関係から出生した非嫡出子との区別が生じ……でも、それはやむを得ないところといわなければならない」としているが、平成一年最大判も、「候補者と並んで候補者届出政党にも選挙運動を認めることが是認される以上、候補者届出政党に所属する候補者とこれに所属しない候補者との間に選挙運動の上で差異を生ずることは避け難いところである」との説示している。

ここで最高裁が行っている論証は、①憲法上の原形が存在しない↓②具体的な制度の形成は立法者の裁量にゆだねられる（それゆえ審査は緩やかとなる）↓③立法者は法律婚主義に結びつけて相続制度を設計したが（人物本位ではなく、政策本位・政党本位の選挙制度を設計したが）、そのこと自体は憲法二四条等に反するものではない↓④法律婚主義を前提とする以上（政策本位・政党本位の選挙制度とする以上）、AとBとの間に差異が生ずるのはむしろ当たり前のことであり、差異が甚だしい場合以外は違憲となるものではない、というものである。

(b) 平等違反の審査密度が例外的に高められたのが、国籍法判決である。すでにみたように、憲法一〇条は、国籍取得の要件を「それぞれの国の歴史的事情、伝統、政治的、社会的及び経済的環境等、種々の要因を考慮した」「立法府の裁量判断」にゆだねている。しかし続けて、最高裁は、①日本国籍が「我が国の構成員としての資格であるとともに、我が国において基本的人権の保障、公的資格の付与、公的給付等を受ける上で意味を持つ重要な法的地位」であること、②「父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得するか否かということ、子にとっては自らの意思や努力によっては変えることのできない父母の身分行為に係る事柄である」ことを指摘し、別異取扱いの合理的理由の有無については「慎重に検討することが必要である」とした。

これまでのところ、本判決は、平等違反について明示的に「慎重」な検討を行った、唯一の判例である。学説では、①一四条一項後段列挙事由を差別事由としている場合、または、②実体的基本権の行使・享受を著しく妨げる場合に、厳格な審査を要求する。しかし、判例は、①と②の両方に該当する場合にのみ「慎重」な審査を行っており、問題がある。平成七年最大決は、非嫡出子差別であったにもかかわらず、相続制度形成についての立法裁量を前面に押し出している。

(c) 相続制度と選挙制度の相似は、最近の判例においても存在する。

平成二五年最大決は、「民法九〇〇条四号ただし書前段の規定は、遅くとも平成一三年七月当時において、憲

法一四一条一項に違反していた」と判断したが、その理由は、①我が国における家族形態の多様化やこれに伴う国民意識の変化、②諸外国の立法の趨勢及び我が国が批准した条約の内容とこれに基づき設置された委員会からの指摘、③嫡出子と嫡出子でない子の区別に関する法制等の変化、④これまでの判例における問題点の指摘、を総合的に考慮すれば、というものであり、立法裁量を前提に別異取扱いの合理性を審査するという従来の枠組み自体は崩していない。選挙制度については、投票価値の平等の事案をあげておくことにしたい。最新の判例である平成二六年一月二六日大法院判決は、「昭和五八年大法院判決以降の参議院議員……選挙に関する累次の大法院判決の趣旨とするところであり、基本的な判断枠組みとしてこれを変更する必要は認められない」と明言している。

平成七年最大決の論証には、(飛躍はあるかもしれないが)破綻している部分は見当たらず、勝負は最初の仕込みの段階でついていた。平成七年最大決の中島敏次郎ら五裁判官反対意見は、「本件規定で問題となる差別の合理性の判断は、基本的には、非嫡出子が婚姻家族に属するか否かという属性を重視すべきか、あるいは被相続人の子供としては平等であるという個人としての立場を重視すべきかにかかっている」としている。投票価値については、参議院議員定数不均衡訴訟平成一六年判決において、福田博裁判官が、次のような追加反対意見を執筆している。投票価値の平等は「純粹に技術的に修正不可能な要素によるものを除いては、投票価値を限りなく一対一に近づけたものにするのが求められる」のであり、「現代民主主義政治における投票価値の平等とはあくまでも一対一を基本とするもので、一対二は一対一ではない」。

制度問題における(比較的)厳格な平等審査とは、制度全体をみるのではなく、不平等が生じている特定の個所だけに着目し、高められた審査密度の下にその合理性を審査することである。

四 財産権における原形

憲法上の原形の有無は、違憲審査のあり方を大きく左右する。原形の有無および所在が最も激しく議論されたのが、財産権である。憲法二九条一項は、財産権は「侵してはならない」と規定する。重要なのは、財産権の内容は「法律でこれを定める」と規定する二項の存在である。これを素直に読めば、一項の保障する財産権は、二項に従い法律で定められた個別具体的財産権にはかならないことになり、憲法上の財産権は下位の法律に従属する。この問題は、森林法違憲判決（最大判昭和六二・四・二二民集四一卷三号四〇八頁）の評価をめぐって顕在化した。⁽⁹⁾

1 森林法違憲判決

森林法違憲判決は、次のように論証している。①森林法一八六条（旧規定）は民法二五六条一項の分割請求権を否定するものである。↓②民法二五六条の立法の趣旨・目的につき、「共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、……「る」ものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分権の処分の自由とともに、民法において認められるに至ったものである」。↓③「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、かかる制限を設ける立法は、憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべき」である。↓④「森林法一八六条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法二五六条一項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法一八六条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」。

問題は、③と④のつながりである。これについて、安念潤司は、「本判決の上告人（原告）は、違憲判決によって救済するに足るだけの経済的なダメージをそもそも受けているのであろうか」という「素朴な疑問」を提起する。本件は、「もともと分割請求権が制限されていた持分を、それと知って取得した」が、後に兄弟仲が悪くなっただけの話であり、単独所有を憲法が制度として保障していると解すべき根拠は明らかではなく、「森林法違憲判決およびそれを支持している学説……は、その出発点において誤っている」と批判している。

(a) 通説によれば、憲法二九条一項が各人に保障する個別具体的財産権には、物権や債権のみならず、著作権その他の知的財産権や、漁業権その他特別法上の権利、水利権等の財産的価値を有する公法的な権利まで、一切の財産的価値を有する権利が含まれる⁽¹⁰⁾。しかし、この定義にすでに反映されているように、具体的財産権の保障は、「法律の規定によって具体的な形態を与えられ、法律の規定によって現に何人かに帰属している財産権」にのみ及ぶものであり、「財産権の膨大な集合体である現存の私有財産秩序を丸ごと是認する、明瞭に現状維持的で保守的な理論」である（安念潤司⁽¹¹⁾）。高橋正俊によれば、自由権は「憲法条文のみで意味が完結し、法律から独立して存在しうる権利」であるが、財産権は「依存条項」と呼ぶべきものである。「ある個人の自由は当人に帰属すべき正当性は疑われざることであるのに対し、ある個人の財産がその当人に帰属すべきものであるとは、それ自体として正当とはいえない」。財産権については、「何か他の正当と考えられるルールに照らしてはじめて、その正当性が与えられ」る。この正当性の所在は、「民主主義—法治国原理という正当性を内在せしめる法律」であるため、「日本国憲法では財産権の立法拘束力の積極的根拠は見出すことができない」。

(b) 安念は、個別具体的財産権に見切りをつけた後、憲法二九条一項のもう一つの内実である制度保障に目を向ける。すなわち、判例・通説は、二九条一項は「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⁽¹³⁾」と解しているため、制度保障から立法に

対する統制力が生じる可能性があるためである。しかし、安念によれば、「在来型の」制度保障論である、「憲法二九条を舞台とする資本主義と社会主義の代理戦争としての制度保障テーゼ」によっては、森林法違憲判決を説明できないと指摘する。森林法判決を支えるためには、「原形テーゼ」が必要となる。「原形テーゼ」型の制度保障とは、「憲法は自由な財産権を制度として保障する」、「自由な財産権が財産権の原形（プロトタイプ）であり、この意味での原形こそが憲法上（制度として）保障されている」というものであり、これは自明視されてきたが理論的には少しも自明ではなく、財産権を定義づけることと財産権を制限することとは区別できないとすれば、原形すなわち憲法が制度として保障しているはずの自由な財産権が何であるかを観念することは難しい。

2 民法を規準とした審査？

民法も森林法も法律として形式的には同位である以上、一般法と特別法、前法と後法が優劣決定の指標となるが、森林法違憲判決ではそのようになっていない。また、財産権について、憲法がそれを確認すれば済むような法秩序に先行する自然的権利というものは観念できず、財産権あるいは所有権の形態は、国や時代により様々である⁽¹⁴⁾とすれば、上述の相続制度や選挙制度のように、原形の不存在と立法裁量をまず説いたうえで、裁量の逸脱・濫用を（緩やかに）審査するのが筋となる。しかし、森林法違憲判決は、そのような論証をとらず、民法、具体的には単独所有を憲法上の財産権の内実として違憲審査を行っている。

(a) 森林法違憲判決に対する上記の批判に耐えうる見解として、まず石川健治の「法制度保障」論と、長谷部恭男のベースライン論を取り上げることにした。

石川⁽¹⁵⁾によれば、法制度保障とは、伝統的な私法上の法制度をそのまま憲法に取り込むもので、どのような制度を選択するかは、憲法定権力の一回的な決断によって正当化される。すなわち、立法者は、法制度の本質的内

容が侵害されないよう配慮しなければならない。日本において民法が選択した「法制度としての所有権」は単独所有（一物一権主義）である。よって、共有は、「単独所有……への復帰を前提とする、一時的・過渡的な」形態でなければならず、共有物分割請求権を否定する森林法の規定は違憲であるとされる。

他方、ベースラインとは、「憲法明文の制約がない場合であっても、当該制度のあるべき内容について法律家共同体内部で広く共有された理解がある場合には、そうした理解に対応」して立法裁量を限定できるとする見解である。⁽¹⁶⁾ 長谷部恭男によれば、経済的自由規制立法の多くは、競争制限的な性格を有しており、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（積極目的）に制定される。そこで、この種の規制を行う際は、立法目的として普遍的で正当らしく見える公益の増進、つまり、消極目的を掲げる。ここでの裁判所の役割は、経済規制立法が適切な情報の下で透明かつ公正に行われる環境を整えることに限定される。一方、国会が正面から特定業界の保護を掲げて経済的規制を行う場合は、国会が本来果たすべき利害調整の結果である。この場合、経済的規制が行われる以前の状態も何らかの利害調整の帰結であるから、裁判所は、どちらの利害調整がより正しいものかを判断する必要はない。本判決においては、「財産法の規定は政治的に公正中立な基準であり、ベースラインである」という観念が、法律家に広く浸透していたので、目的と手段の関連性に疑いのある規制によって、森林法制定当時の利益集団を現在でも擁護する必要はないとして、違憲の判断が導かれたとされる。⁽¹⁷⁾

(b) 法制度保障論およびベースライン論については、すでに別の個所で私見を述べたことがあるので、本稿では繰り返さない。以下、若干の補足をおきたい。

石川健治の法制度保障論は、森林法違憲判決の説明としては、もつとも説得的であろう。一方、同説については、果たして民法が、特定の所有権制度を採用しているのか（憲法はその所有権制度への決断を行うことができたのか）という問題がある。山本龍彦⁽¹⁹⁾は、日本において憲法が取り込んだ法制度は入会（共同所有）的要素を含ん

だ「瘤付きの明治民法」であり、一つの整齊を保った単色の「法制度」をイメージできるかは疑問であるとする。特に、民法典論争の結果廃案となった旧民法が、家制度問題とともに入会権の規定がなかったことよって批判されていたことは、注目すべき事実であると指摘する。

もちろん、原形とは異なる制度が存在することは、原形そのものの不存在を意味するものではない。必要に応じて例外を設けることは、立法においてむしろ当然のことだからである。純然たる理論的な関心からは、仮に分割請求の制限が森林法ではなく、民法において（森林に限らない）一般的な制限として当初から規定されていたとしたら、民法の当該規定は、単独所有の原則に対する制限として二九条一項違反となるのか、という問題がある。ベースライン論からは、それが法律家共同体の共通理解だということになり、話はそこで終わるのかもしれない（もちろん、どこにベースラインを求めるかによる）。法制度保障論からの帰結は明らかでないが、分割請求を制限する規定が一九四六年以前に民法中に存在した場合（あるいは、分割請求権が民法中に存在しなかった場合）には、分割請求権が重要であるとされるだけになおさら、ローマ法への決断を考えづらことは確かであろう。

(c) たしかに、法制度保障論のように、ローマ法的所有権概念を憲法上の所有権と観念し、これに制限を加える法律を比例原則により審査する、という構成は、森林法違憲判決を上手く説明できそうである。⁽²⁰⁾ しかしながら、この見解は、連邦憲法裁判所の採用するところではない。

連邦憲法裁判所は、最初期（一九五二年）の煙突掃除夫判決で、「基本法はその一四条において民法および社会の考え方が形成してきたとき所有権に関する法制度を保障するものである」という、有名な説示を行った（BVerfGE 1, 264[278]）。この説示は、「民法」に依拠する点で法制度保障論（石川説）に親和的であり、「社会の考え方」に依拠する点で（専門家に限定されていない点が異なるが）ベースライン論とも共通性が認められる。しかし、一九八一年の砂利採取事件決定は、煙突掃除夫判決を変更し、「憲法により保障される所有権の概念は、憲

法自身から獲得されなければならない。憲法より下位の単純法律の規範から憲法の意味における所有権概念を導き出したり、私法上の法的地位から具体的所有権の保障の範囲を決定してはならない」(BVerfGE 58, 300[335])と説示した。この説示は、具体的な文脈では、民法を原則、これに規制を加える公法上の規定を例外と解してはならず、両者を一体として捉えなければならないという主旨のものであった。

「未知なるものを伴った基本権」(ピエロート/シュリンク)をめぐるドイツの議論に深入りすることはできないため、ここでは、結論的に、ハンブルク堤防整備法判決 (BVerfGE 24, 367[389]) を引用しておく。同判決は、次のように説示している。「所有権は、人格的自由の保障と緊密に内的に結びついた基礎的な基本権である。基本権全体のなかで所有権が任務とするのは、基本権主体に財産法領域における自由の空間を確保し、基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成できるようにすることである」。これは、後に基本権 (財産権) の内容形成論につながる考え方である。「一項による制度的保障の目的は、財産によって確保される個人の自律的な生活⁽²¹⁾にあり、財産権に対する制限も、この見地から限定される」とする見解も、この系列に属そう。

森林法違憲判決に戻れば、内容形成テーゼは、民法上の原則ないし権利を自動的に憲法上の所有権概念の構成要素とするものではない。しかし、自由な使用・収益・処分は「財産法領域における自由の空間」の要諦であり、公法上の規定が——しかも、古い規定が漫然と残存して——これに規制を加えるのは合理性を欠き違憲である、との結論は、内容形成テーゼからも基礎付けうる。

五 むすびにかえて

自由権についての三段階審査は、憲法の次元において保障の対象がすでに確定できていなければならない。憲

法一九条の思想・良心の自由は内心の自由を広く保障するのか、それとも信条といえるものだけを保障するのかについては対立があるし、二一条の表現の自由が営利的言論の自由を含むのか否かについても対立があるが、これらは下位の法令を参照してではなく、憲法解釈として、もっぱら憲法の次元で解決されるべきものである。しかし、すべての憲法上の権利、あるいは、憲法第三章のすべての条項が、このような前提を満たしているわけではない。その場合、憲法の保障内容は、下位法を（部分的に）参照して獲得されることになり、立法者には、相応に広い裁量の余地が与えられることになる。この裁量は、無制約ではない。憲法一四条一項による制約は、実体的権利からの内在的制約ではなく、外からの制約と観念したほうが適切であろう。ここで生じる裁量および制約は、私法の定立に固有のものではない。選挙制度、国籍付与の要件などと同種のものである。

一方、内からの制約としては、財産権を考えることができる。財産権については、憲法上の財産権の内容を民法により充填してよいかという問題が生じる。憲法と私法の関係という観点からは、逆の形の問題提起となるが、憲法限りでは内実を獲得できないという点では、相続制度や国籍取得の要件等と同根の問題である。キーワードとなるのが、法律による憲法（上の権利）の具体化・内容形成である。ここでは、一見すると私法（民法）を規準とした（森林法の）違憲審査が行われているが、民法（あるいは、財産権）に固有の問題かどうかは、例えば、刑事裁判制度のあり方（最大判平成二三・一一・一六刑集六五巻八号二二八五頁）と比較してなお検討されるべきであろう。

- (1) 代表的な論者として、高橋和之「私人間効力論再訪」ジュリスト一三七二号（二〇〇九）一四八頁。
- (2) 本稿では、私人間効力の問題には立ち入らない。憲法学者による比較的最近の研究書に、榎透『憲法の現代的意義』（二〇〇八）、三並敏克『私人間における人権保障の理論』（二〇〇五）、君塚正臣『憲法の私人間効力論』（二〇〇

- 八)、木下智史「人権総論の再検討」(二〇〇七) などがあることは、基礎づけの問題が未解決であることを示すものであろう。なお、私見については、小山剛『基本権保護の法理』(二〇〇八)の参照を乞いたい。
- (3) 本稿に関連する拙稿に、『基本権の内容形成』(二〇〇四)、「民法学からの問題提起と憲法学からの応答」法律時報八一巻五号(二〇〇九)九頁、「憲法は私法をどこまで縛るのか」北海道大学新世代法政策学研究一巻(二〇一一)二三頁ほかがある。
- (4) 以下の記述につき、小山剛『憲法上の権利』の作法 新版(二〇一一)一一頁以下を参照。
- (5) この問題を含む性差別に関する憲法学者による基本的研究として、君塚正臣『性差別司法審査基準論』(一九九六)のみをあげておく。
- (6) 詳しくは、小山・前掲注(4)、一〇五頁以下。
- (7) もとより、「遺言」については、憲法に明文の規定がなくても、二九条一項の財産権の保障に含まれると解せよう。
- (8) 種々の見解につき、渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」九州法政七六巻三号(二〇〇九)一頁以下を参照。
- (9) この判決にかかわる論争の批判的検討として、清水潤「憲法上の財産権保障の意義について」東京大学法科大学院ローレビュー三号(二〇〇八)八六頁を参照。
- (10) 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ(第五版)』(二〇一一)四八二頁(高見勝利)。
- (11) 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』(一九九五)一三七頁以下。
- (12) 高橋正俊「財産権不可侵の意義(一)」香川法学四巻三号(一九八五)八六頁、五巻四号(一九八六)五〇七頁。
- (13) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法(第五版)』(二〇一一)二二五頁。
- (14) 例えば、東裕「太平洋島嶼諸国憲法における土地所有権とその制限」比較憲法研究二三号(二〇一一)二二頁以下参照。
- (15) 単独所有を前提とするローマ法に対して、ゲルマン社会では、共同所有が常態であった。ドイツでは、ローマ法

- の継受かゲルマン法の維持かが、民法制定時の論点となった(石川健治「財産権①」小山剛||駒村圭吾編『論点探究 憲法(第二版)』(二〇一三)二二八頁以下)。さらに参照、石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」L S 憲法研究会編『プロセス演習憲法(第四版)』(二〇一三)三〇二頁以下。
- (16) 長谷部恭男『憲法の理性』(二〇〇六)一三四頁。
- (17) 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路』(二〇〇〇)一〇七頁以下。
- (18) 小山剛「人権と制度」西原博史編『岩波講座憲法第2巻人権論の新展開』(二〇〇七)六四頁以下。
- (19) 山本龍彦「ローカルな法秩序の可能性」新井誠ほか編『地域に学ぶ憲法演習』(二〇一三)二五頁以下。
- (20) この理屈で森林法違憲判決を説明するものとして、石川・前掲注(15)(「法制度の本質と比例原則の適用」)二七三頁以下。
- (21) 野中ほか・前掲注(10)、四八五頁。さらに、栗城壽夫「憲法と財産権」公法研究五一号(一九八九)六三三頁以下、中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成」立命館法学二八七号(二〇〇三)一頁以下も参照。