
種 別： 論説

タイトル： 行政作用により設定される私法上の権利の法的構成・急—解釈論と立法論の接続も視野に入れて（1）

著 者： 宮澤 俊昭

所 収： 『上智法学論集』第 69 卷 1-2 合併号（令和 8 年 1 月）37-111 頁

発行元： 上智大学法学会

本頁は書誌情報頁です。適宜論文本文の前に付してご利用下さい。



上智大学法学会

論 説

行政作用により設定される私法上の権利の 法的構成・急—解釈論と立法論の接続も視 野に入れて (1)

宮澤 俊昭

第1章 はじめに

第2章 憲法上の財産権を基礎とする立法に対する拘束

第1節 問題の所在

- 1 学説における議論の前提となる「通説的見解」
- 2 森林法判決
- 3 森林法判決後の判例とその理解
- 4 本稿における考察の対象

第2節 憲法上の財産権とは何かをめぐる学説における議論

- 1 原形テーゼを基礎とする見解
 - (1) 制度設営義務論 (長谷部恭男説)
 - (2) 法制度保障説 (石川健治説)
 - (3) 獲得ルールを含めた憲法上の財産権 (高橋和之説)
- 2 原形テーゼを否定する見解
 - (1) 内容形成論 (小山剛説)
 - (2) 考慮要素モデル
 - (a) 平良小百合説
 - (b) 篠原永明説

第3節 考察

- 1 考察の方法
- 2 憲法上の財産権とは何か①—本稿の立場
 - (1) 原形テーゼか考慮要素モデルか
 - (a) 考察の内容
 - (b) 考慮要素モデルの検討
 - (c) 小括

- (2) どのような原形テーゼか
 - (a) 原形テーゼに対して示されている疑問
 - (b) それぞれの疑問に対する検討
 - (c) 前国家的秩序(自生的秩序)による財産権の原形の成
形と国家の作為義務
 - (d) 前国家的秩序(自生的秩序)を財産権の原形として明
確化するプロセス①—法源としての慣習法との接合
 - (e) 前国家的秩序(自生的秩序)を財産権の原形として明
確化するプロセス②—司法権の本質的構造との接合
 - (3) 憲法上の財産権とは何か①—本稿の立場
 - (a) ここまでの考察の概要
 - (b) 憲法上の財産権とは何か—本稿の立場
 - 3 憲法上の財産権とは何か②—暫定的な枠組み
 - (1) 問題の所在
 - (2) 暫定的な原形テーゼの利用—判例の理解を基礎において
 - (3) 財産権の原形の把握方法—実質的意義における民法の参
照
 - (4) 憲法上の財産権とは何か—暫定的な枠組み
- 第3章 異なる法領域・学問領域間の関係の論じるための基礎理論
—立法論と解釈論の連携を視野に入れて
- 第1節 問題の所在
- 第2節 緩やかな解釈学モデルに基づく立法の理解—藤谷武史説
- 1 立てられた問い
 - 2 立法に向けられる批判のタイプの検討
 - 3 アメリカ法学との比較法的研究からの示唆
 - 4 立法論と解釈論をめぐる従来の議論に対する応答
 - 5 決断モデルの難点から導かれる「緩やかな解釈学モデル」の
契機
 - 6 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位
- 第3節 立法論の視点からの検討
- 1 検討の視角
 - 2 規範論からの手がかり—憲法学の視点からの一貫性の要請
 - 3 立法実務からの手がかり—考慮要素としての一貫性の要請
 - (1) 中島誠の見解
 - (2) 福島成洋の見解
 - 4 検討
 - (1) 規範的視点から

(2) 立法実務の視点から

第4節 法解釈方法論の視点からの検討

1 検討の視角

2 法解釈の目的論の概要

3 主観説と客観説のそれぞれから見た緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位

(1) 主観説・客観説のそれぞれからの考察の必要性

(2) 主観説からの検討

(3) 客観説からの検討

(4) 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位による主観説と客観説の組み合わせ

第5節 考察—立法論と解釈論の緩やかな連環 (以上本号)

第4章 行政作用によって設定される私法上の権利を論じるための議論の枠組み—総論的考察 (以下次号)

第5章 共同漁業権・組合員行使権—各論的考察①

第6章 特許法における無効の抗弁—各論的考察②

第7章 おわりに—今後の課題

第1章 はじめに

行政作用により設定される私法上の権利の法的構成を考察するために、前々稿⁽¹⁾において、共同漁業権 (同 60 条 1 項、同 5 項)・組合員行使権 (漁業法 105 条) について、前稿⁽²⁾において、特許権侵害訴訟における無効の抗弁 (特許法 104 条の 3) について、それぞれ考察を行った。この考察から、①民法、行政法といった伝統的な実定法学のもとで解釈理論として提示された概念と、個別の根拠法全体の仕組みをもとに提示される解釈理論の関係について、実定法学において洗練されてきた概念を用いて論じるための基礎理論を、立法過程を含めた形で構築する必要のあること、②そのような基礎理論

(1) 宮澤俊昭「共同漁業権・組合員行使権の法的性質をめぐる—考察—行政作用によって設定される私法上の権利の法的構成・序」小野古稀『社会の多様性と私法の展開』(法律文化社、2024年) 308頁。

(2) 宮澤俊昭「特許権をめぐる行政作用と民事訴訟の関係についての—考察—行政作用により設定される私法上の権利の法的構成・破」横法 32 卷 2 号 187 頁 (2024 年)。

の構築に向けて、憲法、とりわけ財産権(憲法29条)を基礎とする立法に対する拘束を論じる場面(第一段階)と、そのような憲法の拘束のない状態において複数の法領域が関連する場合におけるそれぞれの法理論の関係を論じる場面(第二段階)とを分け、それぞれについて考察を加える必要のあること、が導かれた⁽³⁾。

以下、本稿においては、このように基礎理論の構図を設定することを前提として、第2章において、憲法上の財産権を基礎とする立法に対する拘束についての考察を、第3章において、そのような憲法の拘束のない状態において複数の法領域が関連する場合におけるそれぞれの法理論の関係について、藤谷武史の示す「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想⁽⁴⁾をもとにした考察を、それぞれ行い、基礎理論を構築する可能性を探る。これらの考察を基礎として、第4章において、異なる体系を有する法領域間の関係の論じ方を含めて、行政作用によって設定される私法上の権利を論じるための議論の枠組みについての総論的考察を行ったうえで、この総論的考察から導かれる議論の枠組みを用いて、第5章において、共同漁業権・組合員行使権についての各論的考察を、第6章において、特許法における無効の抗弁についての各論的考察を、それぞれ加える。最後に、第7章において、本稿の考察から導きうる今後の課題を提示する。

第2章 憲法上の財産権を基礎とする立法に対する拘束

第1節 問題の所在

1 学説における議論の前提となる「通説的見解」

憲法29条1項は「財産権は、これを侵してはならない。」とし、同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。」とする。この憲法29条1項と同2項の関係について、同2項に基づ

(3) 宮澤・前掲注2) 218-221頁参照。

(4) 藤谷武史『「より良き立法」の制度的基礎・序説—アメリカ法における『立法』の位置付けを手がかりに』新世代法政策学研究7号149頁(2010年)。藤谷の構想を考察の対象とすることについて宮澤・前掲注2) 220-221頁参照。

いて法律でその内容を定められた財産権の不可侵を同1項が定めると解釈する見解が示されている⁽⁵⁾。しかし、この見解に立つと、同2項は、法律で定められた内容を保障するのみということになり、憲法規定として存在する意義が失われる。そのため、憲法学においては、同1項に独自の存在理由を認めることを前提とした議論が展開されている⁽⁶⁾。

従来の通説は、同1項の財産権保障の内容として、私有財産制の中核である資本主義的経済の仕組みを侵害してはならないとする（共産主義・社会主義体制の実現を不可能とする）制度的保障と、各人が現に有する財産権に対する公権力による不当な現有財産の侵害を禁止するとする現存保障の二つを挙げてきた⁽⁷⁾。

しかし、この通説に対しては、憲法29条の保障内容が不合理な財産権制度を排除することであるにもかかわらず、それが保障内容として明確に位置付けられていないため、現有財産の事後的な剥奪・規制という現存保障が問題とならない事案において、既存の財産権を具体化する制度それ自体の違憲性を問題としようとしても、どのような保障に依拠すれば良いのかが明らかとはならない、とする指摘がなされている⁽⁸⁾。このような指摘の前提となる問題意識を形成する基礎となったのが、森林法旧186条が定めていた分割請求権の合憲性が争われた最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁（以下「森林法判決」と記述）⁽⁹⁾と、その分析から示された「原形テーゼ」である。

2 森林法判決

森林法判決は、「憲法29条は、…、私有財産制度を保障しているのみで

(5) 松井茂記『日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2022年）546-547頁等。

(6) 議論の整理として、松本哲治「財産権」ジュリ1400号103頁（2010年）、曾我部真裕「財産権」法教497号60頁（2022年）等参照。

(7) 佐藤幸治『日本国憲法（第2版）』（成文堂、2020年）345頁、芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第8版）』（岩波書店、2023年）255-256頁等参照。

(8) 曾我部・前掲注6）60-61頁。山本龍彦「イントロダクション」宍戸常寿＝曾我部真裕＝山本龍彦『憲法学のゆくえ』（日本評論社、2016年）201-203頁も参照。

(9) 森林法判決をめぐる憲法学での議論の概要につき、巻美矢紀「判批」別ジュリ245号『憲法判例百選Ⅰ〔第7版〕』208頁（2019年）等参照。

なく、社会的経済的活動の基礎を成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」とのべ、財産権保障の内容として制度的保障と現存保障を示す通説と同じ立場を示す。そのうえで、さらに森林法判決は、民法258条に定める共有物分割請求権について、次のように判示する。

「…、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、…公益的目的をも果たす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つたものである。

したがつて、当該共有物がその性質上分割することのできないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法29条2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ところ、共有森林はその性質上分割することのできないものに該当しないから、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定している森林法186条は、公共の福祉に適合するものといえないときは、違憲の規定として、その効力を有しないものというべきである。」

この説示について安念潤司は次のような問題提起を行い、それ以後の議論の基礎を築いた⁽¹⁰⁾。すなわち、通説の示す制度的保障(制度保障テーゼ)と既存保障(個別保障テーゼ)のいずれも森林法判決の論理を説明できないとした上で、森林法判決では通説の示す資本主義体制を私有財産の中核とする制度的保障の理解とは異なる「憲法は自由な財産権を制度として保障する」という新しい制度保障テーゼが働いているとする。この新しい制度保障テーゼは、「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」(「原形テーゼ」というものとして理解できる⁽¹¹⁾が、理論的には自明のものではないとする⁽¹²⁾。

(10) 以下の記述につき、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年)137頁参照。

(11) 曾我部・前掲注6)64頁は、森林法判決が示された当時には後述する内容形成論が議論されていたわけではないことを示しつつ、なお、森林法判決の理解としては、単独所有とそのコララリーである共有物分割請求権は、内容形成の結果ではなく憲法上直接保

憲法学における学説の議論は、この原形テーゼとして示された問題意識を基礎として展開されてきた。

3 森林法判決後の判例とその理解

なお、近時の憲法上の財産権をめぐる判例は、旧証券取引法 161 条 1 項の合憲性が争われた最大判平成 14 年 2 月 13 日民集 56 卷 2 号 331 頁を先例として判断しており⁽¹³⁾、森林法判決が先例として引用されてはいない。そして前掲最大判平成 14 年 2 月 13 日は、森林法判決が、共有物分割請求権が共有の本質的屬性として民法において認められるに至ったものであること、および分割請求権を共有者に否定することが憲法上財産権の制限に該当する旨を示した（前掲 2 に引用した）部分に相応する判示がなく、その後の判例も含めて、審査対象となる規制がいかなる意味で「憲法上、財産権の制限に該当」するかについて述べていない。

このような判例の読み方として、判例がこの点に付き判断を回避しているとする読み方と、争われている規制が「憲法上、財産権の制限に該当」するという判断を前提としているとする読み方の、二つの可能性を示す見解がある⁽¹⁴⁾。

また、憲法・民法の関係に関わる複雑な論点を回避して、理論的負荷の軽い客観法的審査に舵を切ったと見るのが可能であり、さらには、人的結合を強制するような財産上のルールは憲法 13 条（個人の尊重原理）や憲法 21 条（消極的結社の自由）を侵害するものとして、特別法にかかわる制限は特別法の名宛人の「身分」に基づく差別（憲法 14 条）として、それぞれ捉え

障される財産権の内容であると理解していると考えるのが合理的であるとする。

- (12) なお、安念・前掲注 10) 147-148 頁は、そもそも自由な財産権とはいかなるものであるかが明らかでないために原形テーゼは脆弱であることを指摘する。さらに、安念・前掲注 10) 150-151 頁は、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、森林法判決およびそれを支持する学説は出発点において誤っている、と結論づける。
- (13) 最判平成 14 年 4 月 5 日刑集 56 卷 4 号 95 頁、平成 15 年 4 月 18 日民集 57 卷 4 号 366 頁、最判平成 18 年 11 月 27 日判時 1958 号 61 頁、最判平成 21 年 4 月 23 日判時 2045 号 116 頁等。
- (14) 小泉良幸「経済的自由権—財産権解釈論を素材に『自由』の意味を考える」判時臨増 2344 号「法曹実務にとっての近代立憲主義」189-190 頁（2017 年）参照。

ることにも可能とする「財産権エンプティ論」の可能性を指摘する見解もある⁽¹⁵⁾。

4 本稿における考察の対象

前述3の通り、財産権エンプティ論のような憲法上の財産権について客観法的な統制を志向する見解が示されている一方、現在の議論の大勢としては、依然として、憲法上の財産権を、立法者による侵害に対抗する防御権と同様の構成で捉えることが基本とされていると指摘されている⁽¹⁶⁾。そのうえで、原形テーゼで示された「原形」の具体的内容の探究を図る見解と、原形テーゼを否定して財産権の法律による内容形成に対する憲法上の統制のあり方を探る見解が、それぞれ示されている。このような憲法上の財産権とは何か、という問題をめぐる議論の考察を、以下では本稿の課題との関わりにおいて行う⁽¹⁷⁾。

以下、第2節において、憲法上の財産権とは何かをめぐる憲法学における議論を概観し、第3節において、それに考察を加える⁽¹⁸⁾。

第2節 憲法上の財産権とは何かをめぐる学説における議論

1 原形テーゼを基礎とする見解

(1) 制度設営義務論(長谷部恭男説)

長谷部恭男は、国家による自由を①「国家からの自由」の憲法上の保障に

(15) 山本・前掲注8) 208頁参照。このほか、憲法上の財産権の客観法的統制を指向する議論の整理として、平良小百合『財産権の憲法的保障』(尚学社、2017年) 49-51頁参照。

(16) 平良・前掲注15) 52頁参照。

(17) 裁判所による違憲審査の方式と基準に関する議論(その概要として松本・前掲注6) 103-106頁、曾我部・前掲注6) 65-67頁等参照)は、本稿の目的と直接関わることのないため、本稿での直接の考察の対象とはしない。

(18) なお、筆者も憲法上の財産権について論じたことがあるが(宮澤俊昭『国家による権利実現の基礎理論—なぜ国家は民法を制定するのか』(勁草書房、2008年) 136頁以下)、本稿ではこの内容を直接の考察対象に加えることをせず、現在の憲法学における議論を対象として整理を行い、それに考察を加えることとする。以上のような本稿の考察は、既存学説の客観的な整理を図ることも意図している。このような方針については、民法学において「混迷」とも表されていた不法行為法における違法性と過失の関係についての学説の整理を行い、展望を示した沢井裕「不法行為法学の混迷と展望—違法性と過失」法セミ 296号 72頁(1979年)を参照している。

当然に付随する「国家による自由」、②国家の設営する「防衛線」によって守られる自由、③一定の制度ないし公共財の提供が国家に義務付けられ、それに対応する権利が憲法で保障される場面での国家による自由、の三つに分けて分析するなかで、森林法判決の解釈を示す⁽¹⁹⁾。

まず、①「国家からの自由」に付随する「国家による自由」については、次のように述べられる⁽²⁰⁾。すなわち、「国家からの自由」は、権利主体が国家に対して、たとえば、表現行為を禁止したり、強制したりしないようにする権利を含んでいる。国家がそうした禁止や強制を行った場合には、そうした禁止や強制の合憲性を争い、救済を求める地位が憲法上保障されなければならない。つまり、「国家からの自由」は、それへの国家による侵害行為の合憲性を争い、救済を求める地位が「国家により」保障されるべきことを含意する。

続いて②国家の設営する「防衛線」によって守られる自由とは、次のようなものとされる⁽²¹⁾。まず、表現の自由や信教の自由が私人間において全く効力を持たないとしても、人々の表現活動や信仰活動は、散歩したり逆立ちをしたりする一般的な行動の自由（一般的自由）と同じ程度の保護を受けている。そして、この一般的自由は、他者に対して対応する個別の義務を課しているわけではないが、刑事実体法や不法行為法等によって張られている「防衛線」を踏み越えてはならないという義務が一般的に課されていることの結果として、国法によって保護されているとされる。そして、生命、それと同等の重要性と保護の必要性を持つ個々の国民の利益、さらには保護のあり方をその時々政治的多数派の判断に委ねることのできないほどの重要性を持つ利益については、このような防衛線を設営する義務として、国家がそれを実行的に保護する制度を提供すべき義務を負っているものとされる⁽²²⁾。な

(19) 長谷部恭男『「国家による自由」』『憲法の理性（増補新装版）』（東京大学出版会、2016年）128頁。

(20) 以下の記述につき、長谷部・前掲注19) 129頁参照。

(21) 以下の記述につき、長谷部・前掲注19) 129-131頁参照。

(22) 長谷部・前掲注19) 131-132頁参照。なお、このような義務を負うことについて、長谷部・前掲注19) 131頁は、社会契約の比喩を用いて、「人々が自然状態において保有していた自力救済の権利を原則として国家に譲渡し、あるいは委託したのは、少なくとも

お、このような防御線の設営義務は個々の国家機関の行動を一義的には指定していないため、この国家の義務に対応する特定の義務の遂行を要求する権利が個々の国民のために認められることが多くはないとされる⁽²³⁾。

そして、以上のような防御線の設営義務と異なり、国民の利益を保護する目的で制度を設営する義務が国家に課されるにとどまらず、国民の側に、そうした国家の義務を遂行するように請求する主観的権利が憲法上認められることも、婚姻制度に関する法制度(憲法24条)や契約に関する法制度を例にして、珍しくはないとされる⁽²⁴⁾。このような制度の内容を定める立法権者の裁量の幅について、婚姻の自由に関する日本国憲法の規定のように憲法の条項自体が立法裁量を限定している場合でなくとも、その制度に関する当該社会の社会通念(社会で共有されている制度イメージ)が、法律家集団における共通理解を通じて立法裁量を限定し、法制度保障の義務内容を限定するとされる⁽²⁵⁾。この当該社会の社会通念と私法秩序の関係につき、次のようにも述べられている。「私法秩序の基本原則が正当性を獲得しうるか否かは、それが立法府によって積極的に形成された場合であっても、結局は、世の中で広く受け入れられた **convention** (自生的秩序) としてどこまで確立しているかにかかっている。これは、頼り甲斐のないあやふやな根拠のように見える

それと同等に実行的な生命保護の仕組みを国家が提供するとの条件の下においてであったと考えなければ筋が通らない。そうした実行的な生命保護の仕組みが提供されていないのであれば、国法を尊重すべき国民の側の理由も著しく弱まることになるであろう。」と説明する。

(23) 長谷部・前掲注19) 132頁。

(24) 長谷部・前掲注19) 133頁。

(25) 長谷部・前掲注19) 134頁。なお、立法裁量を限定し、法制度保障の義務内容を限定するのは「その制度に関する当該社会の社会通念」であって、「法律家集団における共通理解」はそれを明確化するための手段として位置付けられると考えられる。この点につき、法律家集団は **convention** を認識するためのメディアに過ぎないかもしれないことを指摘する水津太郎=宍戸常寿=曾我部真裕=山本龍彦「〔座談会〕憲法上の財産権保障と民法」宍戸=曾我部=山本編著『憲法学のゆくえ』〔山本発言〕(日本評論社、2016年) 255頁参照(ただし、山本龍彦「憲法上の財産権保障とデモクラシー」駒村圭吾編著『テキストとしての判決—「近代」と「憲法」を読み解く』(有斐閣、2016年) 238-240頁は、事実に存在していると措定される「法律家集団における共通理解」そのものが立法裁量を限定するとの理解に立っているようにも思われる)。

かもしれないが、これ以上に確かな根拠がどこかにあるわけではない⁽²⁶⁾。」

以上のような国家の制度設営義務に対応する国民の権利が認められる例の一つとして、森林法判決が示される。すなわち、森林法判決は、所有権制度について、法律家共同体の共通理解が憲法の想定するベースラインを構成するとの前提に基づき、このベースラインからの離脱を図る立法について、その目的と手段について、少なくとも「明白性」の基準をクリアすることを要求する権利を国民に認めるものとする解釈が示される⁽²⁷⁾。

(2) 法制度保障説 (石川健治説)

石川健治は、自然権の構成ではなく、既得権の構成に基づいた財産権の解釈を提示する⁽²⁸⁾。すなわち、既得権の保障という伝統的定式を、客観法と主観的権利という異なる法の層において受け継いだのが通説的な財産権論の枠組みにおける法制度保障と現状保障という論点であり、このような枠組みは既得権の構成に拠っているとする立場からの財産権の解釈を提示する。

この解釈の基礎に置かれるのは、憲法が「法制度としての所有権」の保障を含むと指摘したマルティン・ヴォルフの見解である⁽²⁹⁾。このヴォルフの見解は、所有権、とりわけ土地所有権をめぐる封建制からの歴史的背景⁽³⁰⁾を基礎として採用されたローマ法的所有権について、憲法における所有権（財産権）の条文を改正しない限り民法改正による一物一権主義の変更は許されない、という意味において、法制度の事後的な変更が認められないという限りで既得権益が憲法ランクでの保障を享受している、とする。このような見解を基礎として、単なる財産価値の保障にとどまらない、法制度の保障とい

(26) 長谷部恭男「立法者の基本権内容形成義務とベースライン論」同『続・Interactive 憲法』（有斐閣、2011年、初出・2009年）43頁注11）。

(27) 長谷部・前掲注19）135頁。

(28) 石川健治による憲法上の財産権の解釈については、石川健治「財産権①」『論点探究 憲法（第2版）』（弘文堂、2013年）224頁、同「財産権②」同書241頁、石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」棟居快行『プロセス演習 憲法』（信山社、第4版、2011年）291頁参照。

(29) 以下、石川・前掲注28）「財産権①」234頁参照。

(30) 石川・前掲注28）「財産権①」224-232頁参照。詳細には、石川健治『自由と特権の距離〔増補版〕—カール・シュミット「制度保障」論・再考』（日本評論社、2007年）参照。

うもう一つの財産権保障のレパトリーが用意されたものと理解する。以上のような法制度保障の理解を基礎として、森林法判決の意味を真に読み解くために、「法制度保障」、すなわち明治民法典が選択したローマ法的所有権観念についての次の憲法改正までの存続の約束に注目する必要があるとする⁽³¹⁾。

以上のような法制度保障論の理解を基礎として、憲法29条1項という法命題は、「法制度」レベルでの変更について議会を拘束しており、事後的な改変を議会に禁止しているとの解釈を提示する。すなわち、個別の法命題のマイナー・チェンジであれば原則として認められる一方、法制度のアイデンティティを左右する法改正は憲法上保障された「法制度」の本質的内容を侵害するので違憲となる、とする解釈が示される⁽³²⁾。例えば、所有権制度については、民法制定者の一物一権主義の選択が憲法典レベルで追認をされており、したがって、今回の憲法改正手続きによらなければ民法の一物一権主義を廃止できない、という憲法上の約束を財産権条項から読み取るという解釈が示される⁽³³⁾。

なお、以上のような見解を前提とすると、単独所有を定める所有権制度のみならず、契約自由の原則、権利能力平等の原則なども憲法レベルで保障されると指摘されている⁽³⁴⁾。

(3) 獲得ルールを含めた憲法上の財産権(高橋和之説)

高橋和之は、憲法が保障する財産権を「財産を排他的に獲得し、獲得した財産を自由に使用収益し処分する権利」と解ずるとして、憲法上の財産権保障について、財産を獲得し自己のものとするルール(獲得ルールあるいは帰属ルール)に対する憲法による統制を含めた解釈を提示する⁽³⁵⁾。

まず、自然物(無主物あるいは人類の共有に属するとされるコモンズ)に対

(31) 石川・前掲注28)「財産権①」236頁参照。

(32) 石川・前掲注28)「財産権②」236-247頁参照。

(33) 石川・前掲注28)「プロセス」305頁参照。

(34) 渡辺康行=宍戸常寿=松本和彦=工藤達朗『憲法I 基本権 第2版』[宍戸執筆](日本評論社、2023年)372頁参照。

(35) 以下の記述について、高橋和之『人権研究2 経済活動の自由および社会権』(有斐閣、2022年)52-93頁参照。

して労働を「投入」すればその自然物は自己の所有に帰属するという帰属ルールを前提としていた自然権としての近代的財産権保障について、無主物あるいはコモンズがほとんど存在しなくなっている現代においてはその意味が失われていることなどを理由として、現代の財産権保障においては、自然権思想を否定し、「実定憲法上の権利」としての財産権の保障とならざるを得ないとする。

そして、憲法 29 条 1 項が制度を保障すると同時に財産権も保障した規定であるとする権利・制度保障説に立った場合に問題となる同項で保障される財産権とは何かという問題について、同項の定める財産権の（法律からは独立した）憲法上の内容確定が必要となるのみならず、それが可能ならば、その上になぜ制度保障が必要となるのかという疑問が生じることを指摘する。

この疑問に対して、現に保有する財産の保障を問題とする現有財産権保障が視野の外に置いている、財産を獲得し現に保有する状態に至る過程を憲法による保障の対象とする必要性を指摘する。そのうえで、憲法 29 条 1 項が、1 項の保障する財産権に財産の獲得ルールをも組み込めば制度保障説は不要となるとともに、1 項、2 項の規定順序からみても素直な解釈（1 項を前提として 2 項によりどのような修正を受けたかを確定する）が導けるとする。

以上のような理解を基礎として、憲法 29 条 1 項について、次のような解釈を提示する。

近代財産権は自然権である以上、国家（社会状態）以前に自然状態において「財産」を獲得し自己のものとするルール（獲得ルールあるいは帰属ルール）が存在しなければならず、近代憲法が保障した財産権には、獲得ルールが組み込まれていた。しかし、その後、自然権思想の衰退に伴い獲得ルールが財産権の観念の重要な要素であったことが忘れ去られていった。そして、憲法と法律の上下関係は存続したなかで、自然権としての財産権は「憲法上の権利」に変身して存続し、法律を統制するという構造は残ったはずであるにもかかわらず、憲法上の財産権から獲得ルールは消失し、解釈上現有財産権の保障に縮減されてしまった。しかし、裁判所による憲法統制が重要性を増大させている今日、帰属ルール（獲得ルール）による統制の可能性を放棄することは好ましくない。そこで、憲法が保障する財産権は、「財産を排他

的に獲得し、獲得した財産を自由に使用収益し処分する権利」と解すべきである⁽³⁶⁾。

そして、以上の理解を日本国憲法の解釈に持ち込んで次のような理解が示される。日本国憲法が基本的人権を保障する理由は、国民個人を「個人として尊重」する、すなわち個人が自己の生き方を自ら選択することを保障すること(自律的生)にある。したがって、基本的人権としての財産権とは「自律的生に不可欠なあるいは有用な資材」(以下「財産」と呼ぶ)を「獲得し、使用収益し、処分する権利」であり、憲法29条1項の解釈として、これが(自然権性が否定されたとしても)憲法上の権利としての財産権の「原型(原形)」として内容確定されているとする。

他方、憲法29条2項が定める「財産権の内容」は、前述した財産権の原型の基礎の上に展開されるさまざまな財産あるいは財産権の定型を決定することと解される⁽³⁷⁾。この定型の決定に際して、原形との関係で、その定型が原形を「制限」したものと解される場合には、憲法29条2項に基づいて公共の福祉による制限として許容されるかどうかが問題となる。他方、定型が原形を超える部分をもつと解される場合には、その部分は「法律上の財産権」という理解になるものとされる⁽³⁸⁾。

(36) なお、ここで憲法上の財産権に組み込まれる獲得ルール(帰属ルール)とは何か、という点が問題となる。憲法上の権利としての財産権は、近代財産権とは異なり自然権としての財産権ではないとされる以上、自然権思想に基づく獲得ルール(ロックによれば「労働」)がそのまま憲法上の権利としての財産権においても妥当するというにはならないようにも思われる。しかし、憲法と法律の上下関係のもとで憲法上の権利として法律を統制するという構造が強調されていることからすれば、国家によって設定されるという意味での後国家的なルールではなく、前国家的なルールとして位置付けられよう。例えば、著作権の憲法上の地位を論じるにあたって、憲法上の財産権の獲得ルールとして、自己の創造したものは自己のものであるという論理が考えうるとされている(高橋・前掲注35)79頁)。このような論理は、前国家的に存在している論理として、憲法上の財産権の原型の構成要素となっていると理解するのが自然であろう。ただし、このような論理がなぜ獲得ルールとなるのか、他にはどのような獲得ルールが認められるのか、という点については必ずしも明らかとはされていない。

(37) 憲法29条1項の解釈を提示するにあっても、法律の定める財産権の諸類型は、この憲法上の財産権の原型を限定しあるいは拡張したものと位置付けられるとすることが述べられている(高橋・前掲注35)67頁)。

(38) 拡張の場合、創設された以上憲法による保護を受けるが、原形は維持されているた

憲法 29 条 2 項に基づく制約の原理としての公共の福祉は、近代（自由国家）的公共の福祉（人権の行使が個々人の状況を悪化させる場合にその人権行使を制約する原理）と現代的公共の福祉（個々人の状況の改善、公益の増進を国家が計画的に介入して実現するという哲学を基礎とする原理）があるとされ、このそれぞれに基づく合憲性判断の方法を考えることが憲法学の課題となるとされる。

財産権をめぐる合憲性（違憲）審査は、基本的には、まず財産権の制限の存在を確認し（第一段階）、次に制限の正当化を吟味する（第二段階）という方法で行われるとされる⁽³⁹⁾。そして、森林法判決について、第一段階については、単独所有こそが近代市民社会における原則的所有形態であり、したがって共有に認められる分割請求権は単独所有への移行を可能にするものとして憲法上の財産権に含まれる権利であって、民法 256 条 1 項はこれを確認した規定であるとして、森林法旧 186 条はこの憲法上の権利を制限した規定であるとしたものと理解する⁽⁴⁰⁾。続いて第二段階については、森林法判決は、制限の正当化については、一般論として合憲性の判定をいわゆる利益衡量論に行うべきことを表明したうえで、立法府による比較衡量を尊重すべきであるということや立法府による比較衡量に裁量を認めるべきだということと同視した上で、この立法裁量の範囲を越えたかどうかの基準として「明白性の原則」を採用したものと理解できる、とする⁽⁴¹⁾。

2 原形テーゼを否定する見解

(1) 内容形成論（小山剛説）

小山剛は、憲法 29 条の定める財産権が、表現の自由や信仰の自由のような防御権的基本権としてその制限が問題となる基本権ではなく、憲法の次元

め、立法権に対する保護としては後の法律で修正されればそちらが優先する（後法の優先）から前法が維持されている限りの保障に過ぎず、行政に対しては法律による保護で足りるから、憲法による保護としてはほとんど意味がないとされる（高橋・前掲注 35）72 頁）。

(39) 財産権の範囲（保護領域）を広く採る場合には、保護の範囲に属さないとして制限が否定されることは少なくなるとされる（高橋・前掲注 35）77 頁）。

(40) 高橋・前掲注 35）88 頁。

(41) 高橋・前掲注 35）88-89 頁。

ではその内容は確定しておらず法律によってその内容が形成されるという性質を持つ基本権であることを基礎とする解釈を提示する⁽⁴²⁾。

まず、憲法29条2項が、「財産権の内容は法律で定める」とする点が財産権保障の構造の根幹に関わる次のような問題が提起されるとする。すなわち、憲法29条1項は、個人の現に有する具体的な財産上の権利と、個人が財産権を共有しうる法制度である私有財産制度の2つを保障すると解される。しかし、何が個々の具体的財産権であるかは、憲法の次元では確定していない。法律の規定によって具体的な形態を与えられ、法律の規定に基づいて何人かに帰属しているものが具体的財産権であるにほかならない。そうであれば、憲法29条1項の保障する具体的財産権は、法律に従属した権利であり、法律に対抗しうる権利ではないことになる⁽⁴³⁾。この点で財産権は、表現の自由や思想・良心の自由などとは保障の前提が異なる⁽⁴⁴⁾。

そして、財産権や婚姻自由、契約自由などの憲法上の権利は、私法上の法制度によって初めて実効性を持つ。私法上の法制度の保障は、自己目的ではなく、基本権主体が自身の生活を自己責任的に形成するための条件(法的インフラ)を整備するためにある。このような観点からは、憲法29条1項は、私有財産制度の核心部分を絶対的に保障することに加え、周辺部分について

(42) 以下の記述につき小山剛『憲法上の権利』の作法〔第3版〕(尚学社、2016年)153-158頁参照。より詳細に、基本権の内容形成に関しては小山剛「基本権の内容形成—立法による憲法価値の実現」(尚学社、2004年)111-162頁を、内容形成論に基づく財産権の解釈については同163-214頁を、それぞれ参照。

(43) 小山剛「憲法にとって私法はどこまで特殊か」ドイツ憲法判例研究会編『講座 憲法の規範力(第3巻) 憲法の規範力と市民法』(信山社、2020年)23頁は、「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、国や時代によりさまざまであるとすれば、…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上で、裁量の逸脱・濫用を(緩やかに)審査するのが筋となる」とする。

(44) 表現の自由や思想・良心の自由などは自然的自由モデルによる基本権と位置付けられる。すなわち、生命、信仰、表現、移転の自由などは、人間に固有のものとして、国家に依存せず成立する。自由は、「任務」ないし「目的」を持つものではなく、恣意的自由として観念される。「国家」が加わることによって何が生じるかといえ、《国家は正当な理由のない侵害を加えてはならない》という命題だけである(以上につき、小山剛「人権と制度」『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』(岩波書店、2007年)66-67頁参照)。なお、自然的自由につき、小山・前掲注42)「内容形成」150-152頁も参照。

も、不合理な規制を排除すると考えるべきである、とする⁽⁴⁵⁾。

また、法制度保障は、第一義的には個人に権利を付与するものではなく、国に対して、積極的・消極的意味における制度の保障を客観法的に義務付けるものである。しかし、制度としての財産権の保障に反する法律は、直接・現実に財産法領域における当事者の自由を縮減する。憲法 29 条 1 項は、憲法の規準⁽⁴⁶⁾に反した法規範による規律を受けないことの保障を含むと考えれば良い、とする。

以上のような解釈のもとに、森林法判決について、次のように述べられる。すなわち、法制度保障が周辺部分の保障を含むことを前提に、①森林法旧 186 条による分割請求権の否定が、憲法の規準に反する合理性のない規制であり、②それが同時に原告の自由を縮減する、と考えれば良い。また、森林法判決の実質的な審査密度は比較的厳格であったと解されることについて、森林法の規定が、各人の自己責任による生活形成に奉仕するという法制度の核心に近い部分に制約を加えたためとされる。

(2) 考慮要素モデル

(a) 平良小百合説

平良小百合は、憲法上自立的な財産権概念（原形）を観念しない財産権の保障構造を観念する可能性を探究する⁽⁴⁷⁾。そして、ドイツ憲法学における

(45) 小山・前掲注 42)「内容形成」204-208 頁は、立法者に対して、制度形成に対する拘束と、制度の再形成に対する拘束とが生じると述べる。このうち前者の内容については、次のように述べられる（小山・前掲注 42)「内容形成」204-205 頁）。

「…財産権を内容形成する法律は、放棄することのできない本質的部分（Essentialia）を充足しなければならない。この最低限度を充足しない立法は、初めから委託の真摯な履行とはみなされない。

さらに、このような本質的部分を超えた周辺領域においても、立法者は、基本権の拘束から完全に自由になるのではない。立法者は、基本権が定めた目標の『比例に合った』実現を義務付けられる。このことは、周辺領域における基本権の内容形成が、比例原則（過剰侵害禁止原則）による統制に服するという意味ではない。基本権の内容形成を行う立法者は、『客観的な基本権の内実によって与えられた目標を、放棄し得ない最低限度を超えて、事実に関わる与件と利益状況に対応して実現すること』あるいは『…「事実に関わる諸関係を考慮した」、…適切な結論を提供すること』を要請される。』

(46) 小山剛「基本権の内容形成論からの応答」法時 81 卷 5 号 13 頁（2009 年）は、憲法上の規準の内容として人格発展（の保障）を示す。

議論を基礎において、保護領域としての憲法上自立的な財産権概念は日本国憲法上存在していないものの、立法者がそれに従って財産権を形成する法律を形成しているかどうかの違憲審査の際に指針としうるような憲法上の考慮要素は存在しているとし、立法者は、憲法上の考慮要素を適切に考慮して法律を制定することが要請されるとする考慮要素モデルを提唱する⁽⁴⁸⁾。

(ア) 憲法上の財産権の有する法律依存性

まず、平良は、この解釈を示すにあたって、憲法上の財産権を法的に主張できるものとして根拠づけるために法律が必要であるという意味において、財産権が法律依存性を有することに基礎に置く⁽⁴⁹⁾。

このような憲法上の財産権の特性は、ドイツ連邦共和国基本法（以下「基本法」と記述）14条1項が「財産権及び相続権は、これを保障する。その内容及び限界は、法律でこれを定める」と規定するところと合致するとされる⁽⁵⁰⁾。なお、基本法14条1項にいう「法律」について、慣習法や裁判官法により財産権の内容及び限界が定められると解しうるかについては争いがあるとされる⁽⁵¹⁾、これを肯定する見解であっても、財産権の法律依存性を完全に消失させることはできないとされる⁽⁵²⁾。すなわち、基本法14条1項にいう「財産」に慣習法や裁判官法を含むことを肯定する見解の根底には社会の自生的秩序において形成される財産権というものを重視する思想があるところ、憲法の優位は私法に対しても規範的な要請として確立しており、私的自治の原則に基づいて自律的に私法領域が形成されていることに依拠して、私法立法者が基本権の拘束を逃れることはできないことなど⁽⁵³⁾に照ら

(47) 平良・前掲注15) 7-53頁参照。

(48) 平良・前掲注15) 226頁参照。

(49) 平良・前掲注15) 79-81頁、同225-226頁参照。

(50) 平良・前掲注15) 80頁。

(51) 平良・前掲注15) 80頁。

(52) 平良・前掲注15) 81頁。

(53) 平良・前掲注15) 75-76頁。平良・前掲注15) 76頁は、私的自治と憲法の優位は、比較の平面が違うとする。なお、平良・前掲注15) 76-77頁では、自生的秩序以外の（社会形成的、環境政策的、経済政策的な）根拠によって法律としての私法が形成されることにも鑑みれば、私的自治は私法領域においてあらゆる場面で妥当しうるものではなく、また、私法領域といえども国家が関与することなく方が自生的に生じ、私法秩序を形成

せば、社会の自生的秩序において形成される財産権もまた国家によって形成された法秩序の中で初めて成り立っているものにすぎないと言える。そのため、財産権の法律依存性に否定的な見解であっても、財産権の法律依存性を完全に消失させることはできていない、とする。

(イ) 法律依存性という特質をもつ財産権の憲法上の保障—ドイツにおける四つのモデル

以上のように、法律依存性という特質を顧慮する必要がある財産権に憲法上の保障がどのような理論付けで及ぶのか、という問題について、ドイツ憲法学における学説によって理論構成として提示される4つのモデル、すなわち、①自然権的財産権モデル⁽⁵⁴⁾、②ローマ法的所有権の追認モデル⁽⁵⁵⁾、③行為自由的財産権モデル⁽⁵⁶⁾、④憲法上の考慮要素モデル⁽⁵⁷⁾のそれぞれにつき検討が行われる⁽⁵⁸⁾。

このうち①～③のモデルは、いずれも法律に先立って観念される憲法上の財産権概念の存在を説き、それを制限する法律は基本権への介入であるとして、正当化の負担を課すものとされる⁽⁵⁹⁾。そして、この三つのモデルは、憲法上の財産権の内容すなわち保護領域はあくまでも憲法から自律的に獲得され得るものであるとする理論構成を堅持しているが、これは、基本法の文言から外れたものとなるという批判が加えられる⁽⁶⁰⁾。また、憲法に先立つ段階で観念されるという憲法上の財産権概念の提案に対して、なぜその提案され

しているわけでもない、と指摘される。

(54) 平良・前掲注15) 119-122頁参照。

(55) 平良・前掲注15) 122-125頁参照。

(56) 平良・前掲注15) 125-128頁参照。

(57) 平良・前掲注15) 135-138頁参照。

(58) 平良・前掲注15) 118-138頁参照。

(59) 平良・前掲注15) 128頁参照。

(60) 平良・前掲注15) 130頁参照。ここでは、①なぜ、既に基本法14条1項2文によって、立法者に与えられた内容を形成するという役割の単なる承認が、憲法自身によって保障された保護内実を縮減するものになるのか、という問いが投げかけられること、②財産権を他の自由権と同様に扱うという点については、基本法14条2項の定める社会的拘束と両立しないという見方がなされること、がそれぞれ示される(平良・前掲注15) 130-131頁)。

たものが憲法上の財産権の保護領域を示し、法律による制限の対象となるのかという点についての根拠づけが問題とされ続けると指摘する⁽⁶¹⁾。

以上のような3つのモデルに対して、④の考慮要素モデルは、保護領域としての憲法上の財産権概念を観念することを明確に否定し、憲法から導出されるのは、立法者による財産権の内容形成に際して考慮されるべき要素のみであると考えられるモデルである⁽⁶²⁾。このモデルによれば、憲法上は、立法の際の考慮要素が存在し、立法者が財産権を形成する際にはそれに従って形成しなければならないという要請に応えるかが問題とされる⁽⁶³⁾。

(ウ) 考慮要素モデルにおいて考慮の求められる要素—私的効用性と社会的拘束の調整

この考慮要素モデルでは、憲法による保障の及び方として、財産権という基本権から、立法者が財産権の内容形成をどのように行わなければならないかという指示を読み取ることができ、この指示には満たされなければならない要素が含まれるとされる⁽⁶⁴⁾。この要素として、一方に、連邦憲法裁判所の判例において立法者の指導原則として役割を果たしてきた「私的効用性」というメルクマールが挙げられ、他方で、対立利益として基本法14条2項の要請する「社会的拘束」も挙げられる。そして、この両者の調整を図ることが求められるとされる。

この「私的効用性」というメルクマールは、ドイツ連邦憲法裁判所が、財産権保障を特徴付けるものとして示す三つのメルクマール、すなわち、「財産的価値のある権利」、「私的効用性」、「基本的な処分権限」のうちの一つである⁽⁶⁵⁾。

(61) 平良・前掲注15) 131-133頁参照。

(62) 平良・前掲注15) 135頁参照。

(63) 平良・前掲注15) 139頁参照。この問題の背景には、明示的に規定されていない憲法上自立的な財産権概念の内容を立法者ではなく裁判所が決定し、それに基づいて審査することを是とするのか、それとも、代表民主主義における議会立法者の尊重という観点から財産権の内容決定はあくまで立法者に委ねられ、裁判所は、憲法上要請される最低限の指示が守られているのみを審査することを是とするのかの立場の違いがあるとされる(平良・前掲注15) 139頁、詳細には同135-136頁参照)。

(64) 以下の記述につき平良・前掲注15) 137-138頁参照。

(65) ドイツ連邦憲法裁判所の示す憲法上の財産権保障を特徴付けるメルクマールにつき平

「私的効用性」というメルクマールは、「権利を手中にすれば、これを私的イニシアティブの基盤として、かつ自己責任を伴う私的利害関係においてこれを有益に使用するような権利主体への帰属」と定義される⁽⁶⁶⁾。この概念は、違憲審査の場面で立法者の指導原則として働いている。すなわち、立法者への要請として「立法者は、財産権の内容及び限界を定める場合には、財産権者の保護されるべき利益と公共の福祉の利益とを適切に調整し、均衡のとれた関係をもたらさなければならない」ことが挙げられ、このような衡量の一方を「私的効用性」が表しているとされる⁽⁶⁷⁾。

この概念の元々の出自は私法であり、通常法（法律）の一つである民法が、憲法上の財産権概念を構成するメルクマールの起源となっている⁽⁶⁸⁾。規範的な効力の面において憲法が民法の上位にあることが絶対に否定されないなか（憲法の規範的優位⁽⁶⁹⁾）、このように私法に起源を持つ私的効用性という概念を憲法上の財産権概念のメルクマールにすることについては、私法の歴史的優位（私法の認識の優位）という考え方によって説明することができるとされる⁽⁷⁰⁾。

良・前掲注 15) 99 頁参照。メルクマールとしての財産的価値のある権利については平良・前掲注 15) 103-104 頁を、メルクマールとしての基本的な処分権限については平良・前掲注 15) 115-117 頁を、それぞれ参照。なお、基本的な処分権限というメルクマールに関しては、私的効用性と常に明確に互いに区別されるのではないとされる（平良・前掲注 15) 115 頁）。

(66) 平良・前掲注 15) 105 頁参照。

(67) 平良・前掲注 15) 111 頁参照。判例において、立法者が、財産権の内容及び限界を定める際に考慮に入れなければならない事項を私的効用性が示しているとする理解は、判例において確固たるものなっているとされる（平良・前掲注 15) 112 頁）。

(68) 平良・前掲注 15) 108 頁参照。

(69) 憲法の規範的優位とは、憲法より下位の全ての規範は、基本権の効力の下にあり、下位規範が憲法と衝突した場合、基本権が優位することで決着がつけられることを表す（平良・前掲注 15) 74 頁。ドイツにおける憲法と私法の関係についての検討として平良・前掲注 15) 54-78 頁参照）。なお、平良・前掲注 15) 75-76 頁は、私的自治の原則を基礎に置くと、私法秩序が個人による自己の意思に従った法関係の形成の積み重なりにより自生的に生成するものと考えたことになり、このような憲法の優位が薄れるとする立場に対して、憲法の優位は私法に対しても基本法上の規範的な要請として確立しているのであり、私的自治の原則に基づいて自律的に私法領域が形成されているということに依拠して、私法立法者が基本権の拘束を逃れることはできないと指摘する。

(工) 考慮要素モデルの日本法における妥当性

以上のようなドイツ法において提唱されている考慮要素モデルが、財産権の法律依存性という性質に最もよく適合することを理由として、日本においても妥当するものとする⁽⁷¹⁾。この考慮要素モデルでは、憲法上観念される考慮要素の衡量という枠組みによって、憲法による立法者の統制が可能であることを示しており、日本法に置き換えると、保護領域としての憲法上の財産権に対する制限、正当化という論証過程を経なくとも、憲法29条2項による内容形成の統制を行うということでも憲法による保障として十分成り立つものであることが示されているとする⁽⁷²⁾。

(オ) 考慮要素モデルに基づく衡量審査のあり方—森林法判決の理解を含めて

以上のような考慮要素モデルのもとで、財産権保障の要請が立法者によって果たされているかどうかについては、(私的効用性と社会的拘束という二つの対立する要素を基礎としつつ) 調整的公益観⁽⁷³⁾に基づく衡量審査が行われ

(70) 平良・前掲注15) 108-110頁参照。同109頁は、歴史的事実として憲法にはるかに先行して所有権について定めていた私法に立ち戻ることなしには、憲法上の財産権の保障内容を考えることは難しいとして、私的効用性という概念が憲法上の財産権概念のメルクマールとなることによってこのような私法への立ち戻りが行われているとする。さらに、この私的効用性という概念が、日本法においても、同様に私法の歴史的優位という根拠によって妥当するものとされる(平良・前掲注15) 227-228頁参照)。なお、私的効用性があるということの具体的内容については、平良・前掲注15) 110-111頁参照。

(71) 平良・前掲注15) 226頁参照。

(72) 平良・前掲注15) 226頁参照。

(73) ここでは「対立的公益観」と「調整的公益観」に整理する見解が基礎に置かれている(角松生史『「計画による公共性」・再考—ドイツ建設法における「計画附随的取用」』原田古稀『法治国家と行政法』(有斐閣、2004頁) 513頁参照)。対立的公益観とは、取用の実施において行われる「(取用)目的と財産権との二元的対立を前提とし、後者を犠牲にしてもなお前者を達成すべきかどうかを比例原則に基づいて衡量」が行われる公益観であり、調整的公益観とは、都市計画決定において行われる公的・私的諸利害の適正な衡量・調整、すなわち、「都市空間のあり方に関する多種多様な要素を複雑に組み合わせた考慮・衡量」が行われる公益観であるとされる(興津征雄「計画の合理性と事業の合理性—「計画による公共性」論から見た土地取用法と都市計画」吉田克己・角松生史編『都市空間のガバナンスと法』(信山社、2016年) 288-289頁、同295頁以下、角松前掲528頁、同545頁注52)参照)。なお、興津前掲297頁、同301頁、角松生史「日本行政法における比例原則の機能に関する覚え書き—裁量統制との関係を中心に」政策科学21巻4号196頁(2014年)は、対立的公益観のみにおいて比例原則に基づく衡量が行われ

るものとされる⁽⁷⁴⁾。そして、財産権の内容形成の際、立法者の形成余地は基本的に広く認められるため、違憲と判断される場合は、目的と手段の著しい不均衡があった場合、および財産権者の観点から見ると財産権者に過酷な不利益が及ぶ場合であるとされる⁽⁷⁵⁾。

以上のような考慮要素モデルに基づいて、森林法判決について考察が加えられ、その帰結として次のように述べられる⁽⁷⁶⁾。すなわち、森林法判決の示した審査枠組みにおいて、憲法上実現されていなければならない「財産権者の保護されるべき利益」とは「私的効用性」という概念でくくられるものであり、「公共の利益」は、財産権に「社会的拘束」を及ぼすものと表され得るものとされ、立法者は両者の調整を様々な諸利益を顧慮しながら適切に行うことを要請され、それが適切に行われたかどうかを裁判所が後追的に審査するという構造となっているとの理解が示される。

(b) 篠原永明説

篠原永明は、憲法上の自由を、秩序形成の指導原理（国家によって実現されるべき「価値」）として位置付け、立法等の国家活動も通じてそれを実現することに自由保障の意義があるとする立場から基本権論を組み立てるなかで、憲法上の財産権について考慮要素モデルが採用されることを示す⁽⁷⁷⁾。

るとする。他方、平良・前掲注 15) 236 頁は、調整的公益観に基づいても比例原則による衡量が行われるとする。

(74) 以下の記述につき、平良・前掲注 15) 235-236 頁参照。

(75) なお、こうした広い形成余地が狭められ審査密度が高められる場合はあり得るともされる（平良・前掲注 15) 236 頁）。ドイツ連邦憲法裁判所の判例の分析に基づいて提示される審査密度の段階づけについて、平良・前掲注 15) 163-176 頁参照。また、以上のような考慮要素モデルに基づく最高裁判例の分析について、平良・前掲注 15) 236-258 頁参照。

(76) 以下の記述につき、平良・前掲注 15) 239-241 頁参照。

(77) 以下、篠原の見解について、篠原永明『秩序形成の基本権論』（成文堂、2021 年、初出・2014-1018 年）、同「現代社会における財産権保障—マンション法制の制度形成を素材にして」毛利透編『講座 立憲主義と憲法学〈第 3 巻〉』（信山社、2022 年）286-301 頁参照。

(ア) 基本権規定から防御権を超える規範内容を導出するドイツの基本権論の基礎

篠原は、基本権の客観的価値秩序の側面を承認し、それを足掛かりに各基本権規定から对国家防御権を超える規範内容を導出しているドイツ連邦憲法裁判所の判例と、基本権規定から自由の実現にかかる国家の作為義務を導出することの是非をめぐる学説の議論の検討から、基本権規定から防御権を超える規範内容を導出するとしても、基本権規定の第一次的な規範内容が自由の侵害の禁止という不作為義務とそれに対応する防御権の保障であることは否定されないこと⁽⁷⁸⁾、自由の積極の実現にかかる国家の権限は第二次的なものにとどまること、基本権の客観的価値秩序の側面を承認し、基本権規定から防御権を超える規範内容を導出することの可否を問うとすれば、そこでの問題の焦点は、政治部門、特に法律を制定する立法者と、違憲審査を行う裁判所との関係に置かれること、をそれぞれ示す⁽⁷⁹⁾。

このように基本権規定から防御権を超える規範内容を導出するドイツの基本権論の基礎は、日本法においても共有できるものと評価される⁽⁸⁰⁾。さらに、ドイツにおける共同体における実現目標というべき基本権の客観的価値秩序の側面の議論の展開を検討し、憲法上の自由を秩序形成の指導原理として位置付け、国家の活動も通じて自由を実現することに自由保障の意義があることを直視して基本権論を組み立てる必要性を示す⁽⁸¹⁾。

(イ) 基本権の内容形成における国家の作為義務をめぐるドイツの議論の整理

以上のように憲法上の自由を秩序形成の指導原理として位置付ける場合、各基本権規定が憲法の名宛人たる国家にどのような行為態様が命じられているのか、という意味において、その客観法としての規範内容を明らかにすることが必要になる、とされる⁽⁸²⁾。ここでは、個人等の社会の各主体や、各

(78) 篠原・前掲注77)「基本権論」63-64頁は、さらに「基本権規定の第一次的な規範内容を“自由の侵害禁止”という不作為義務と、それに対応する防御権の保障と考えるということは、自由の積極的な実現は、第一次的には、社会の実践に委ねられるということの意味する」とする。

(79) 篠原・前掲注77)「基本権論」63-64頁、詳細には同18-63頁参照。

(80) 篠原・前掲注77)「基本権論」64-66頁参照。

(81) 篠原・前掲注77)「基本権論」69-88頁参照。

国家機関、特に法律を制定する立法者と、違憲審査権を行使する裁判所が、自由の実現にどのように関わることになるのかという問題について、それぞれの関係を視野に入れ、基本権規定の規範内容を明らかにすることが求められる、とされる。そして、「基本権の内容形成 (Ausgestaltung)」という概念の下で憲法の自由の実現にかかる国家の作為義務をめぐるドイツの議論を参考にして、どのような場合に、どのような理由で、自由の実現にかかる国家 (特に立法者) の作為義務が問題とされ得るのか—その裏側として、どのような場合に“自由の侵害禁止”という不作為義務が問題になるのか—についての総論的な検討が行われる。

このような視点からのドイツにおける内容形成をめぐる議論の考察は、「規範による構成」「規範による輪郭付与」「規範による具体化」の三つに分けて整理するゲラーマン (Gellermann) の見解を基礎として考察が加えられている⁽⁸³⁾。そして、財産権 (基本法 14 条 1 項) は、婚姻・家族の保障 (基本法 6 条 1 項)、契約自由 (基本法 2 条 1 項)、団結の自由 (基本法 9 条 3 項)、国籍 (基本法 16 条 1 項)、結社の自由 (基本法 9 条 1 項) とともに、「規範による構成」の領域の問題として位置づけられている⁽⁸⁴⁾。

(ウ) 「規範による構成」の領域の問題としての財産権—「介入に対する防御」とは異なる統制の必要性

以上のような「規範による構成」の領域に位置付けられる財産権や契約自由などの基本権については、その概念上、他者に対する拘束力等の法的力の付与が内在しているため、それらの基本権においては、「自然的自由」が問題になりえず、「前国家的で“自然的な”保護の対象」が観念できないことが指摘される⁽⁸⁵⁾。また、このような法的力の内容や射程の決定に際しては、

(82) 以下の記述につき篠原・前掲注 77) 「基本権論」93-95 頁参照。

(83) 篠原・前掲注 77) 「基本権論」96-126 頁参照。なお、ゲラーマンの議論については、小山・前掲注 42) 「内容形成」120-134 頁も参照。

(84) 篠原・前掲注 77) 「基本権論」100 頁参照。

(85) なお、財産権等について、前国家的な秩序を観念できず、法的力の付与は国家法によることなくしては考えられないということを根拠づけるために、次のようなクリスチャン・ブムケ (Christian Bumke) の見解が参照されている (以下の記述につき篠原・前掲注 77) 「基本権論」104 頁注 39) 参照。なおこの脚注は、繰り返し参照されている (篠

関連する諸利益の調整を要するので、その内容や射程を憲法上一義的に確定することもできないことも指摘される。これらの指摘を基礎として、財産権や契約自由等の基本権規定においては、法的力の内容や射程を具体的に定める法制度の整備がまずは求められる、とされ、「介入に対する防御」の場合とは異なる統制を行うことが必要となる、とされる⁽⁸⁶⁾。

原・前掲注77)「基本権論」105頁注41)、同124頁注106))。すなわち、市民によって創設された取り決めや規律を、当事者間での拘束力を要求する民間法(Privates Recht)として保護の対象とするのであれば、契約自由等についても「防御権的な保護モデル」を展開する可能性がある。しかし、その際には、法秩序の二重化とそこから生じる国家法秩序と民間法の並存という問題が生じる。この二重化及び並存を認めるのであれば、民主的な立憲国家の部分的な脱正当化(Delegitimation)という代償を支払わなければならない(民間法という独自の正当な法秩序を認めることになるためである)。そうでないならば、立憲国家においては、「民間法」は、国家法としての私法を基礎に存在することになる。

なお、民間法について篠原・前掲注77)「基本権論」104頁注39)において参照指示されているChristian Bumke/Anne Röthel, *Auf der Suche nach einem Recht des Privaten Rechts*, in: Dies. (Hrsg.), *Privates Recht*, 2012, S.2ff. では、民間において形成された私的ルールが法制度に組み込まれる場合において、そのような私的ルールは国家主権によって制定された国家法としての私法(Privatrechts)とは区別して観念されることになる、とされ、そのように私法と区別される私的ルールが「民間法(Privates Recht)」と表現されている。このような民間法は、組織主導的な民間法(Initiiertes Privates Recht)と自然発生的な民間法(Spontanes Privates Recht)に分けられている。前者の例として、DIN(ドイツ工業規格)、CEN(欧州標準化委員会)、ISO(国際標準化機構)に加えて、DCFR(ヨーロッパ私法に関するモデル準則)が挙げられ、後者の例として、国際市場や国際スポーツにおける私的な規則(die privaten Regeln der internationalen Märkte und des internationalen Sports)が挙げられている。

- (86) 篠原・前掲注77)「基本権論」106頁、同124頁参照。なお、放送の自由(基本法5条1項2文)などが例として挙げられる「規範による輪郭付与」については「基本権の内容形成」の問題とすることはできず「介入に対する防御」の問題として構成すべきと結論づけられる(篠原・前掲注77)「基本権論」125頁、詳細には同106-116頁参照)。また、第三者等の非国家的な領域に由来する侵害から基本権の自由を保護するという要請(基本権保護義務)等が問題となる「規範による具体化」の領域については、基本権の客観的価値秩序ないし指導原理としての自由を根拠として、基本権規定から自由の実現にかかる国家の作為義務を一般的に導出することが可能かということが問題とされたうえで(篠原・前掲注77)「基本権論」125頁、詳細には117-124頁参照)、日本における基本権保護義務の成否が検討され、これに対して慎重な立場が示される(篠原・前掲注77)「基本権論」127-158頁参照)。

(工) 考慮事項調整型の判断枠組みによる統制

このように、国会による制度形成が求められる基本権条項についての統制の枠組みとして、自然的自由を保障した基本権について受容されている原則一例外型、すなわち、自由の侵害の禁止という規範を観念した上で、自由を原則、制約を例外とし、その正当化を求めるという合憲性判断の枠組み⁽⁸⁷⁾とは異なり、問題となる基本権ごとに立法の際の考慮事項を抽出し、考慮事項を適切に調整し合理的な制度を形成するという立法義務を観念した上で、考慮事項の調整という観点から制度形成の統制を行う枠組み（考慮事項調整型）⁽⁸⁸⁾があるとされる⁽⁸⁹⁾。そして、結論としては、両者の枠組みは排他的なものではないとされつつ、法制度による具体化に依存した権利・自由を保障する基本権規定においては、先ずは国家による制度形成が求められているとすれば、考慮事項調整型の判断枠組みを基本とすべきとされる⁽⁹⁰⁾。

考慮要素調整型の判断枠組みの課題として、憲法上の要請である義務的考慮事項と考慮禁止事項を特定し、いかに義務的考慮事項が調整されたのかを論じる必要があるとされる⁽⁹¹⁾ところ⁽⁹¹⁾、財産権に関する判例に基づきながら、財産権にかかる制度形成の際の義務的考慮事項として、①権利者の財の使用・収益・処分の自由の確保、②当該財の使用・収益・処分によって影響を受けることになる他者の財産的利益の確保、③当該財が性質上備える危険の防止、が挙げられている⁽⁹²⁾。

第3節 考察

1 考察の方法

以上第2節で概観したように、憲法上の財産権をめぐる議論は、非常に複雑で混迷した状況にある。憲法学においても、教科書レベルはもちろん、学

(87) 篠原・前掲注77)「基本権論」159頁参照。

(88) 篠原・前掲注77)「基本権論」179頁参照。

(89) 篠原・前掲注77)「基本権論」159-186頁では、ドイツの議論を参照しつつ、この両者の枠組みについての考察が行われ、それぞれの発展のための課題が提示されている。

(90) 篠原・前掲注77)「基本権論」285-286頁参照。

(91) 篠原・前掲注77)「基本権論」183-185頁参照。

(92) 篠原・前掲注77)「財産権保障」298-300頁参照。

界でもまだ共通の理解には至っていないとされ⁽⁹³⁾、さらには、法律が原則として制限できない「憲法上の財産権」の存在や形については、その言明を避けること、少なくともお茶を濁すことが、賢明な憲法研究者の作法となっている、とすら言われている⁽⁹⁴⁾。

前述第1節で示した通り、本稿の目的は、民法、行政法といった伝統的な実定法学のもとで解釈理論として提示された概念と、個別の根拠法全体の仕組みをもとに提示させる解釈理論との関係を実定法学上の概念を用いて論じるための基礎理論の構築であり、その理論的基礎の第一段階が、憲法上の財産権を基礎とする立法に対する拘束である。そのため、憲法上の財産権とは何か、という問題をめぐる議論について本稿の立場を明示せずに済ませることはできない。

ここで、本稿の立場を明示することによって憲法上の財産権をめぐる議論を一定の結論に向けて収束することが期待できるのであれば、考察をそこで止めることもできる。しかし、本稿で一定の結論を示したとしても、それをもって憲法上の財産権をめぐる混迷に即時に終止符を打てるということには到底できず、さらには、この問題についての憲法学における議論の帰趨に何らの影響も与えない可能性も高い。

そこで、本稿では、実践的な見地から、憲法上の財産権の形や内容を論じるための暫定的な枠組みを、現在の憲法学における学説・判例に基づいて(最大公約数的に)提示することも合わせて試みる。以下2において、憲法上の財産権についての本稿の立場を明示するための考察を、3において憲法上の財産権を論じるための暫定的な枠組みを提示するための考察を、それぞれ行う。

2 憲法上の財産権とは何か①—本稿の立場

(1) 原形テーゼか考慮要素モデルか

(a) 考察の内容

前述(2)で整理した通り、現在の憲法学における議論は、憲法上の財産

(93) 穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開(第2版)』(日本評論社、2014年)156頁。

(94) 山本・前掲注25)234頁。

権の「原形」を探究する（原形テーゼを肯定する）方向性と、そのような「原形」を探究するのではなく財産権をめぐる立法の統制を憲法的に論じる（原形テーゼを否定する）方向性とに分かれている。そこで、このいずれの方向性が適切であるのかを明確に示すために、まずは、後者（原形テーゼを否定する方向性）の妥当性を検証する。

なお、小山剛の示す内容形成論については、原形テーゼを否定する立場の論者からも、そもそも原形を観念しているのと変わらない論理構成になってしまっている⁽⁹⁵⁾、あるいは、個々の法制度との関係で具体的にどのように制度形成の統制を行えば良いのかという点が必ずしも明らかではない⁽⁹⁶⁾、といった問題が指摘されている。そこで、以下では考慮要素モデルを提唱する平良説（前述第2節2（2）（a）参照）および篠原説（同（b）参照）を対象として考慮要素モデルの採否について考察を加える。

(b) 考慮要素モデルの検討

(ア) 検討の視角—考慮要素モデルは原形テーゼを完全に否定できているのか

原形テーゼを否定して考慮要素モデルを提示する見解は、憲法上の財産権を法的に主張できるものとして根拠づけるためには法律が必要である、という意味において、憲法上の財産権が法律依存性を有していることをその根拠の基礎においている⁽⁹⁷⁾。

まず、平良説においては、「憲法の優位か、私法の優位か」という問題を設定したうえで、ドイツの「憲法と私法」論の考察を行い、その結果として、憲法の規範的優位が確立していることを確認し、これを基底に据えて財産権の法律依存性を根拠づけている。そこでは、私的自治を基礎において自生的に生成された私法秩序に依拠して私法立法者が基本権の拘束を免れることはできない旨が述べられ、社会の自生的秩序において形成される財産権もまた国家によって形成された法秩序の中で初めて成り立っているにすぎない

(95) 平良・前掲注15) 40-43頁参照。

(96) 篠原・前掲注77)「財産権保障」293頁

(97) 平良説について前述第2節2（2）（a）参照。篠原説においても、法的力の内容や射程を具体的に定める法制度の整備がまずは求められることが基礎に置かれている（前述第2節2（2）（b）参照）。

とする理解が明示される。

しかし、憲法が民法に対して規範的に優位をすることと、(前国家的な)社会における自生的秩序が民法の内容形成を拘束することを両立させようのであれば、単に憲法の民法に対する規範的優位のみを根拠として原形テーゼを否定することはできないといえる。この点については、例えば次のように構成することにより、民法の内容形成について、憲法による制約と社会における自生的秩序による拘束とを両立させることができる⁽⁹⁸⁾。

すなわち、社会において私人間において実力を持って強制されるべきとされる規範の集合(私法秩序・自生的秩序)が存在している場合、先行する社会のために憲法によって創出・統制される国家が強制力を独占しているのであれば、国家は、社会において自律的に形成される私法秩序を実現するために、私人間の紛争を解決するための基準として私法秩序に基づいて民法を裁判規範として制定することが求められる。ただし、立法府も司法府も憲法の拘束を免れ得ないため、国家機関による民法の制定・適用・解釈は、憲法によって認められる範囲に限定される。

さらに、社会において生ずる諸問題の解消のために国家による社会への介入が認められる場合には、行政法的規律を通じた介入のほか、前国家的な私法秩序に含まれる規範とは異なる裁判規範を立法化するという介入もありうる。この場合には、やはり立法府による民法の制定、司法府による適用・解釈は憲法によって認められる範囲に限定されるほか、国家が自律的に形成された私法秩序にも拘束される以上、その秩序を本質的に改変するような方法・内容による修正は認められない。

以上のような構成によれば、前述の通り、民法の内容形成について、憲法による制約と(前国家的な)社会における自生的秩序による拘束とを両立させよう。無論、憲法と民法の関係についてはさまざまな構成が提示されているなか⁽⁹⁹⁾、以上のような構成のみにより考察を進めることは適当ではない

(98) 以下の記述につき、山野日章男編著『新注釈民法(1)総則(1)』〔宮澤俊昭執筆〕(有斐閣、2018年)264-265頁、詳細には宮澤・前掲注18)54-81頁、同「民法と憲法の関係の法的構成の整理と分析—共通の視座の構築をめざして」横法24巻1号178-180頁(2015年)参照。

ともいえる。しかし、憲法学における学説として、憲法上の財産権について、国家（社会状態）以前に自然状態において「財産」を獲得し自己のものとするルール（獲得ルール／帰属ルール）による統制の可能性を放棄することは適切でないとして、憲法上の財産権を「財産を排他的に獲得し、獲得した財産を自由に使用収益し処分する権利」と解する見解（高橋説）も示されていることにも鑑みれば、原形テーゼを否定するためには、単に、日本法体系のもとで、法律たる民法に対して憲法が規範的に優位することを確認すれば足りるのではなく、社会における自生的秩序を前国家的秩序と捉えて憲法上の財産権の原形を構想する可能性を明確に否定する必要がある⁽¹⁰⁰⁾。

(イ) 民主的正統性による自生的秩序の前国家的秩序性否定への疑問

この問題について明確な根拠を示しているのが篠原説である。篠原説においては、財産権や契約自由などの基本権についての法的力の付与が国家法によらなければならないことの根拠を、プムケの見解に依拠して次のように示していた⁽¹⁰¹⁾。すなわち、市民によって創設された取り決めや規律を、当事者間での拘束力を要求する民間法（Privates Recht）として保護の対象とするのであれば、契約自由等についても「防御権的な保護モデル」を展開する可能性がある。しかし、その際には法秩序の二重化とそこから生じる国家法秩序と民間法の並存という問題が生じ、さらには民主的な立憲国家の部分的な脱正当化を引き起こしてしまう。

以上のような根拠は、民主的正統性という観点から、財産権の内容は立法機関によって法律として定められる必要がある、というものとして理解しよう⁽¹⁰²⁾。しかし、このように民主的正統性という考慮要素のみを持って憲

(99) 議論の整理として山野日編著・前掲注 98) 263-266 頁 [宮澤執筆]、宮澤・前掲注 98) 169-184 頁を、筆者（宮澤）の立場からの分析・考察も含めて宮澤・前掲注 18) 11-103 頁を参照。

(100) 平良・前掲注 15) 80-81 頁に示された基本法 14 条 1 項にいう「法律」をめぐる議論に即して言い方を変えれば、慣習法や裁判官法を基本法 14 条 1 項にいう「法律」に含めるとする見解に対して、財産権の法律依存性を完全に消失させることはできていないことを示すだけでは足りず、慣習法や裁判官法を「法律」に含めることはできないとする立場のみが正当であることを示すことによって、慣習法や裁判官法を含めるとする見解を完全に否定する必要があるということになる。

(101) 以下の記述について前掲注 85) 参照。

法上の財産権の内容形成を根拠づけることについては、次のような二つの疑問が生じる。

(ウ) 私法体系における慣習法の位置付け—第一の疑問

第一が、現行法体系、とりわけ私法体系における慣習法の位置付けをめぐる問題である。

法の適用に関する通則法3条は、「公の秩序又は善良の風俗に反しない慣習は、法令の規定により認められたもの又は法令に規定されていない事項に関するものに限り、法律と同一の効力を有する。」と定め、民法92条は、「法令中の公の秩序に関しない規定と異なる慣習がある場合において、法律行為の当事者がその慣習による意思を有しているものと認められるときは、その慣習に従う。」と定める。この二つの条文の関係についての多くの議論が存在しているが⁽¹⁰³⁾、いずれも民主的正統性を有する立法機関によって制定された法律によらずに慣習によって法律関係が規律されることを肯定している。さらに、商法1条2項は、「商事に関し、この法律に定めがない事項については商慣習に従い、商慣習がないときは、民法(…)の定めるところによる。」とさだめ、明示的に、法律である民法に優位する効力を商慣習に認めている⁽¹⁰⁴⁾。

(102) 平良・前掲注15) 80頁は、慣習法、裁判官法で財産権の内容・限界を定めることに否定的な見解が、基本法14条1項2文が、財産権保護の範囲を直接正当化された国民の代表者としての立法者に委ねることを目的としていることを重視するとする。

(103) 議論の概要について、川島武宜＝平井宜雄編『新版注釈民法(2)総則(3)』〔淡路剛久執筆〕(有斐閣、2003年)253頁、児玉寛「慣習論」内田貴＝大村敦志編『民法の争点』(有斐閣、2007年)63頁、石川博康「『民法から』民法・商法における慣習」潮見佳男＝片木晴彦編『民・商法の溝を読む』(日本評論社、2013年)9頁等参照。また立法過程につき、星野英一「編纂過程から見た民法拾遺—民法92条・法例2条論、民法97条・526条・521条論」同『民法論集(1)』(有斐閣、1970年、初出・1966年)154頁参照。なお、慣習法をめぐる法理上の議論について、青井秀夫『法理学概説』(有斐閣、2007年)119-135頁参照。

(104) 商慣習法の効力に関する議論につき服部榮三＝星川長七編『基本法コンメンタール〔第4版〕』〔豊崎光衛＝佐藤幸夫執筆〕(日本評論社、1997年)5-8頁、大隈健一郎『商法総則〔新版〕』(有斐閣、1978年)80-83頁、得津晶「『商法から』民法・商法における慣習」潮見佳男＝片木晴彦編『民・商法の溝を読む』(日本評論社、2013年)17頁等参照。前掲大隅81頁は、商慣習法に対し民法に優先する効力を認めて、民法に拘束されることなく自由な発達をとげさそうとするのが、商法1条の趣旨に他ならないとする。

これらの規定は、個別・具体の規範についての利益調整について、立法機関の検証を経ることなく、慣習に財産権に関する規律を包括的に委ねる内容を持つものと理解しうる。

さて、考慮要素モデルは、憲法による財産権についての保障の及び方として、財産権という基本権から、立法者が財産権の内容形成をどのように行わなければならないかという指示を読み取ることができ、この指示には満たされなければならない要素が含まれるという構成のもとで論じられている⁽¹⁰⁵⁾。このような構成において、そもそも前述のような包括的に慣習に規律を委ねる内容を持つ規律は是認されうるのであろうか。すなわち、民主的正統性に支えられた法律によって規律することを憲法からの指示と読み取るのであれば、個別具体的な法律関係について、民主的正統性を有する立法機関による利害調整を経ることなく、包括的に慣習にその規律を委ねることが認められるのであろうか。さらに、それが認められるとした場合であっても、そのような包括的に委ねる規定の憲法上の統制をどのように行うのか、個別具体的な法律関係の規律と同じ枠組みで論じることができるのか、という点も問題として浮かび上がってこよう。

また、個別の法律関係において、現実に慣習法を基礎とした権利が肯定されていることについて考慮要素モデルがどのように向き合うのか、という点についても疑問が生じる。例えば、民法 175 条は、物権法定主義を明文で規定している。しかし、温泉専用権（地下から湧き出る温泉を排他的に管理使用する権利）⁽¹⁰⁶⁾や水利権（河川などの水を排他的に利用する権利）⁽¹⁰⁷⁾のように、法律によることなく慣習法に基づいて物権的権利が認められる場合が存在する。民主的正統性を有する立法機関によって制定された法律によることなく、社会において自律的に形成された慣習法に基づいて認められている物権

(105) 平良説に関する本章第 2 節 2 (2) (a) 参照。

(106) 大判昭和 15 年 9 月 18 日民集 19 卷 1611 頁。議論の概要につき松尾弘「判批」別ジュリ 262 号『民法判例百選 I [第 9 版]』92 頁（2023 年）参照。

(107) 大判明治 32 年 2 月 1 日民録 5 輯 2 卷 1 頁、大判明治 38 年 10 月 11 日民録 11 輯 1326 頁、大判明治 39 年 2 月 23 日民録 12 輯 445 頁等。議論の概要につき、川島武宜＝川井健編『新版 注釈民法 (7) 物権 (2)』[中尾英俊＝江渕武彦執筆]（有斐閣、2007 年）378 頁等参照。

的権利を、考慮要素モデルがどのように憲法上の財産権概念に包摂するのか(あるいはしないのか)という点は、少なくとも現時点で明らかとはなっていない⁽¹⁰⁸⁾。

(エ) 判例法の位置付け—第二の疑問

第二が、民主的正統性を有しない裁判所によって行われる法形成(判例による法形成)を憲法上どのように位置付け、さらにはその統制をはかるのか、という疑問である⁽¹⁰⁹⁾。財産権に関する私法上の法律関係においては、例えば、民法94条2項類推適用を基礎とする権利外形の信頼保護法理⁽¹¹⁰⁾、担保物権法における譲渡担保⁽¹¹¹⁾等の非典型担保や、債務不履行責任としての

(108) なお、篠原説の依拠する民間法(Privates Recht)の概念につき、それを提示するブムケによって示される例が(EUのような国家連合的枠組みを含む)国際的な枠組みのもとでの規律であることから、国内法における慣習法の位置付けをめぐる問題は、少なくともブムケの問題関心の中心には置かれていないようにも思われる。

しかし、篠原説は、日本国憲法の解釈として考慮要素モデルを提示しており、前述のようなブムケの見解はあくまで自説を基礎付けるために参照されていると考えられるため、ブムケの問題関心によってその見解の射程を画されることはないと言いうる。そして日本国憲法の解釈としての考慮要素モデルの提示である以上、社会において自律的に形成された慣習法を前国家的秩序として位置付けたいうえで財産権につき防御権的構成をとる可能性についてどのように対応するのか、という問題に明示的に向き合うことは避けて通れないものと考えられる。

なお、国内法における慣習法をめぐる私法学の議論の検討と、慣習国際法をめぐる国際法学の議論の検討を関連づけつつ、いずれにおいても伝統的説が慣習法を認めるための要件として法的確信をあげていることにつき批判的に考察を加える多喜寛『慣習法と法的確信—民事法と国際法の視座から』(中央大学出版部、2012年)も参照。

(109) なお、判例の法源性について、これを否定しつつ、慣習に基づいて裁判所が規範命題を構成することを判例による法形成として位置付ける立場(広中俊雄『新版民法綱要 第1巻 総論』(創文社、2006年)45-46頁、同51-52頁等)に立つ場合には、この疑問は、慣習法の位置付けに関して前述した第一の疑問に連続するものとして位置付けられる。判例の法源性については、中野次雄編著『判例とその読み方〔三訂版〕』(有斐閣、2009年)、五十嵐清「法学入門(第4版新装版)」(日本評論社、2017年)66頁以下等参照。

(110) リーディングケースとして最判昭和29年8月20日民集8巻8号1505頁。議論の概要につき、野々上敬介「判批」別ジュリ262号『民法判例百選I〔第9版〕』42頁(2023年)、佐久間毅「判批」前掲『民法判例百選I〔第9版〕』44頁等参照。

(111) 最判昭和46年3月25日民集25巻2号208頁(譲渡担保権者の清算義務:議論の概要につき山野目章夫「判批」別ジュリ262号『民法判例百選I〔第9版〕』190頁(2023年)等)、最判平成6年2月22日民集48巻2号414頁(不動産譲渡担保の実行:議論の概要につき瀬戸口祐基「判批」前掲『民法判例百選I〔第9版〕』192頁等)、最判平成

安全配慮義務⁽¹¹²⁾、さらには累積的競合の場面における共同不法行為責任⁽¹¹³⁾など、判例によって法形成されたと評価されうる場合は決して稀なこととはいえない。考慮要素モデルのように、民主的正統性に基礎付けられた立法機関により制定された法律によってのみ憲法上の財産権の内容を形成しうるとするならば、これらの判例による法形成は、全て認めることができないとする結論を導くことになるのであろうか。あるいは、立法機関とは異なる憲法上の統制を構想するのであろうか。いずれにしろ、私法の規律する領域において重要な意義を持つ判例による法形成の憲法上の位置付け、そしてその統制のあり方が明らかになっていないことは、考慮要素モデルの採用を躊躇させる重要な根拠となろう。

(c) 小括

以上のような疑問が考慮要素モデルに認められる点に鑑みれば、少なくとも現時点においては、考慮要素モデルは、社会における自生的秩序を前国家的秩序と捉えて財産権の原形を構想する可能性を明確に否定することができていない、と評価せざるを得ない。そのため、本稿においては、憲法上の財産権の「原形」を探究する方向性に沿った考察を進めることが適切であると考えられる。

18年2月7日民集60巻2号480頁（譲渡担保の認定：議論の概要につき、小山泰史「判批」前掲『民法判例百選Ⅰ〔第9版〕』188頁等）等。

なお、2025年6月に「譲渡担保契約及び所有権留保契約に関する法律」が成立したため、同法の施行後、同法の規律の対象となる譲渡担保権、留保所有権については判例法による規律とは言えなくなる。しかし、同法の立法前には判例法として形成されていたこと、及び、不動産の譲渡担保権については引き続き判例法による規律がなされると考えられることに鑑みれば、引き続き、判例による法形成の例として挙げることができると考えられる。

(112) 最判昭和50年2月25日民集29巻2号143頁、最判昭和59年4月10日民集38巻6号557頁等。議論の概要につき吉政知弘「判批」別ジュリ263号『民法判例百選Ⅱ〔第9版〕』6頁（2023年）等参照。

(113) 最判令和3年5月17日民集75巻5号1359頁。議論の概要につき米村滋人「判批」別ジュリ263号『民法判例百選Ⅱ〔第9版〕』178頁（2023年）等参照。

(2) どのような原形テーゼか

(a) 原形テーゼに対して示されている疑問

原形テーゼの探究という方向性を旨と位置付ける見解(前述第2節1参照)を、その原形の正当化の方法という視角から大別すれば、前国家的秩序(自生的秩序)によって正当化をはかる見解(制度設営義務論(長谷部説)および高橋説⁽¹¹⁴⁾)と、憲法制定者による追認(選択)によって正当化を図る見解(法制度保障説(石川説))に分けることができる。

このうち前国家的秩序(自生的秩序)によって正当化をはかる見解については、特に(長谷部説に対して)「当該社会の制度イメージ」や「法律家集団における共通理解」、さらには自生的秩序に根拠を求めている点について、議論の落とし所にはなっても、なぜ憲法がそれを尊重しなければならないのかの説明としては足りない指摘されている⁽¹¹⁵⁾。また、(やはり長谷部説に対して)制度設営義務を社会契約論の論理的帰結として導いている点について、そのような社会契約論のコンセプトは自明ではないとの批判も示されている⁽¹¹⁶⁾。

他方、法制度保障説(石川説)については、次のような指摘がなされている。まず、石川の示す法制度保障論は、民法制定者の選択した法制度としての所有権が、憲法典レベルで追認されたことを持って、これが「原形」として憲法上の財産権の保障の対象となったものと理解している点について、他の憲法秩序に持ち込むことのできない特殊な前提の下において成り立ちうる

(114) なお、高橋説における「獲得ルール(帰属ルール)」が前国家的な性質を持つと考えられることにつき、前掲注36)参照。

(115) 小山・前掲注46)12頁、渡辺康行「立法者による制度形成とその限界」法政76巻3号295頁(2009年)、青井未帆「ベースライン論—長谷部恭男教授の議論の検討を中心に」法時83巻5号48頁(2011年)等。平良・前掲注15)46頁は、法律家共同体における共通理解が立法者の拘束の基準として働くには余りにも漠とし過ぎていると指摘する。なお、高橋説における獲得ルールについても、その内容が必ずしも明らかでないことからすれば、同様の指摘が妥当しよう(高橋説にいう獲得ルールの内容が必ずしも明らかでないことについて前掲注36)参照)。

(116) 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3号97-98頁(2008年)。

議論であることが指摘され、さらにはそもそもそのような憲法制定者によるそのような追認（選択）をそもそも観念できるのか、という点にも疑問が呈されている⁽¹¹⁷⁾。また、この法制度保障論による正当化は所有権に限定され、「全体的な財産的空間」や「あらゆる財産的権利の総体」は法制度たりえないと指摘される⁽¹¹⁸⁾。この指摘を基礎とすれば、所有権以外の財産権の原形を、石川の法制度保障論では示しえないとする疑問が呈されることとなる^{(119) (120)}。

(b) それぞれの疑問に対する検討

以上 (a) で見たそれぞれの見解に対して示されている疑問について検討すると、両者の性質に違いがあるといえる。すなわち、前国家的秩序（自生的秩序）によって正当化を図る見解に対する疑問は、説明が不十分であるという内容を持つ疑問であるのに対し、法制度保障説に対する疑問は、理論構

(117) 小山・前掲注 42) 「内容形成」195-196 頁、同・前掲注 44) 63-64 頁、清水・前掲注 116) 95 頁等参照。なお、本注で参照している小山のいずれの文献もデペンホイヤー (Depenheuer) の議論に対する批判として示されているが、これが石川の示す法制度保障論にも妥当しうると考えられることについて、清水・前掲注 116) 95 頁注 27) 参照。このほか、小山剛「憲法は私法をどこまで縛るのか—憲法の優位と私法の独自性」新世代法政策学研究 11 号 37 頁 (2011 年) は、憲法制定権力の決断という説明が技巧的にすぎるとする疑問を呈している。

(118) 小山・前掲注 44) 63-64 頁。なお、この引用箇所もデペンホイヤーの議論に対する指摘として示されている（この点につき前掲注 117) 参照）。

(119) 小山・前掲注 117) 37 頁参照。

例えば、渡辺他・前掲注 34) 372 頁 [穴戸執筆] は、法制度保障論を基礎として憲法レベルで保障される法制度の一つとして契約自由の原則を挙げる（前掲第 2 節 1 (1) 参照）。しかし、民法の規定として契約自由の原則は、民法（債権関係）改正法（平成 29 年法律第 44 号）によって初めて明文の規定が設けられたものであり、それ以前は広く承認はされていたものの明文化されてはいなかった（民法学における契約自由の原則の概要につき、中田裕康「契約法〔新版〕」（有斐閣、2021 年）23 頁以下等参照）。このような法原則を、石川の示す法制度保障論によって原形として正当化するののかについては疑問が残ると言わざるをえない。

(120) なお、小山・前掲注 46) 12 頁、小山・前掲注 117) 37 頁は、石川の法制度保障論に対して、さらに小山・前掲注 44) 64 頁は、この疑問を原形テーゼ全体に対して、可塑性が同時に要求される所有権、さらには財産権一般の法理としては現状保全（現状固定・現状保障）的な性質を持つことになるのではないか、という疑問も投げかけている。この疑問に関しては、後掲注 159) で改めて検討を行う。

成そのものに対する本質的な疑問である。そして後者についてみれば、いずれの疑問の示す内容も妥当と評価しうるものであり、憲法29条の解釈理論として法制度保障説を採用することを否定的に捉えざるをえない。

他方、前国家的秩序(自生的秩序)によって正当化を図る見解については、議論の落とし所になるとの評価が示されており、その内容については一定の妥当性が認められていると評することができる。そして、前述の通り、この見解に対して示されている疑問の内容は、その説明が十分に提供されていないとするものであることから、十分な説明さえ提供されれば解消される可能性のある疑問と位置付けられる。そこで、以下では、この見解に対する疑問に答えるための理論的考察を行う。

前国家的秩序(自生的秩序)によって正当化を図る見解に対して現在示されている疑問は、次の二つに整理することができる。第一は、前国家的秩序(自生的秩序)から導かれた原形を基礎として財産権に関する制度を構築するという国家の作為義務についての説明が十分でない、という疑問である。長谷部説に即して言えば、財産権についての国家の制度設営義務の根拠づけの問題といえよう。第二が、前国家的秩序(自生的秩序)の内容を明確化して財産権の原形として示すプロセスについての説明が十分でない、という疑問である。長谷部説に即して言えば、「法律家集団における共通理解」が曖昧でありその内容が明らかでないという問題といえよう。

以下(c)において、上述した第一の疑問(前国家的秩序(自生的秩序)を財産権の原形とすることに対する疑問)について、(d)以降において、第二の疑問(前国家的秩序(自生的秩序)の内容を明確化して財産権の原形として示すプロセスについての疑問)について、それぞれ検討を加える。

(c) 前国家的秩序(自生的秩序)による財産権の原形の成形と国家の作為義務

財産権に関する制度を構築する国家の作為義務に関しては、内容形成論は、基本権の理屈として考えるという道筋を志向しているのに対し、前国家的秩序(自生的秩序)によって正当化を図る見解は、国家であることを理由としているという説明を行うものと指摘されている⁽¹²¹⁾。

そして、後者の説明としては、特に長谷部説に対して、前述の通り、社会

契約論に即してそのような国家の作為義務が導かれているとの評価が示されている⁽¹²²⁾。すなわち、人々が自然状態において保有していた自力救済の権利を原則として国家に譲渡・委託したのは、少なくともそれと同等の制度が設営されるとの条件のもとにおいてであったと考えなければ筋が通らないとすれば、財産権について私人間の法律関係を規律する制度を設営する義務が国家に認められ、前国家的秩序（自生的秩序）が法律家集団における共通了解を通じて立法裁量を限定し、法制度保障の義務内容を限定すると解されることになる⁽¹²³⁾。

これに対して、社会契約論のコンセプトとしては、以上のような構想とは別に、法益保護のために統治機構を創設し、それらに立法権、行政権、司法権を授権する一方で、人権条項によりそれらの権力行使に対し制限を課したとする理解も可能であると指摘される⁽¹²⁴⁾。この理解によれば、憲法は統治権の付与と制限によって構成されるのであって、制度を設営するといった何らかの特定の統治権の行使を義務付けているわけではない。憲法 41 条は法律を制定する権力を国会に与えているが、何らかの法律を制定する義務を国会に課すものではないとされることになる。

しかし、上述のような批判説の示すコンセプトのもとでも、憲法が統治機構を立法権、行政権、司法権に分けて授権していることを基礎として、財産権に関する立法が国会に義務付けられているとする帰結を導く可能性が認められると考えられる。すなわち、司法権を、具体的な争訟事件について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定（解決）する国家作用である、と捉える憲法学における通説的見解⁽¹²⁵⁾によるならば、私人間の財産をめぐる法律関係について司法権を発動するためには、その前提として、（裁判の基準となる）実質の意味での民法⁽¹²⁶⁾が存在している必要がある。制

(121) 小山・前掲注 117) 38-39 頁参照。

(122) 前述 (a) 参照。

(123) 以上の内容は、長谷部・前掲注 19) 131 頁において防衛線の設営義務を社会契約論に基づいて説明している内容を制度設営義務に置き換えたものである。

(124) 以下の記述につき清水・前掲注 116) 97-98 頁参照。

(125) 佐藤・前掲注 7) 630 頁、芦部・前掲注 7) 361 頁等参照。

(126) 形式的意味での民法・実質の意味での民法については山野目編著・前掲注 98) 3 頁

定法(成文法)主義をとる日本⁽¹²⁷⁾においては、法律(制定法)は法源として最上位に位置付けられるものである。これらを基礎に置けば、財産権をめぐる私人の法益を保護するために、財産権に関する裁判規範を国会が法律として制定する義務を、社会契約論のもとで憲法内在的に構成することができよう⁽¹²⁸⁾。

(d) 前国家的秩序(自生的秩序)を財産権の原形として明確化するプロセス①—法源としての慣習法との接合

以上のように前国家的秩序に基づいて財産権をめぐる制度を設営する義務が国家に認められうるとするならば、続いて、前国家的秩序(自生的秩序)を「法律家集団における共通理解」といった概念を通じて財産権の原形として成形・明確化していくというプロセスを憲法上尊重することに対する説明が可能か、という点についての検討が必要となる。以下では、前国家的秩序として自生的秩序が具体的にどのように現れるのか、という視角から、民法学における法源としての慣習法をめぐる議論との接合の可能性について検討を加える。

(ア) 法源としての慣習法

民法学においては、国家による制定法とは異なる法源として、慣習法が認

[大村敦志執筆]等参照。

(127) 明治8年太政官布告103号裁判事務心得3条、およびそれを承継した法の適用に関する通則法3条参照。

(128) なお、財産権の原形としての正当化原理として、人格を示す見解もある(巻美矢紀「経済活動規制の判例法理再考」ジュリ1356号37-39頁(2008年))。しかし、「人格発展の保障」が憲法上の要請であるとしても財産権と結びつくことは自明ではないと指摘されている(松本・前掲注6)107-108頁参照)。また、財産権の原形として働くものとして人格的自由を捉えると、憲法による拘束が及ぶのは人格的自由となんらかの関係のある財産的権利に限られることになり、憲法上の財産権保証の及ぶ範囲が狭きにすぎるとの批判も示されている(平良・前掲注15)46頁)。これらに鑑みれば、仮に財産権の原形としての正当化原理に人格を据えるとしても、かなり緩やかで曖昧な外縁を設定する必要があると考えられる(例えば高橋・前掲注35)67頁は、基本的人権としての財産権を、「[自律性に不可欠あるいは有用な]資材(以下「財産」と呼ぶ)」に対する一定の権利(傍点筆者)とする理解が示しているところ、この財産の定義は、有用性という概念を包含しているため、かなり緩やかで曖昧と評されることとなろう)。そのような緩やかで曖昧な外縁を持つ概念のみを用いて憲法上の正当化原理とすることは困難であると言わざるをえないのではないかと。

められている⁽¹²⁹⁾。慣習法と言われるためには社会の成員の間に一定の慣行が存在するほか、その慣行が成員によって法的拘束力のあるものとして意識されること（法的確信）が必要であるとするのが有力な見解である⁽¹³⁰⁾。

ただし、社会に損する慣習のうち、慣習法として認められるものとそうでないものの区別は困難であること、あるいは。慣習において多かれ少なかれ存在する不明確部分を明確化する必要が常に伴う⁽¹³¹⁾。そこで、制定法や判例による明確化が求められることになる。

(イ) 慣習法と制定法の関係

慣習法について、制定法との関係を次のように説明する見解がある⁽¹³²⁾。すなわち、社会の発達において、最初は習慣・道徳・宗教・法律などの各社会規範は完全に分化せず、渾然たる一つの社会規範をなして社会生活を規律している。その後、社会の進歩に従って、次第に各種の規範に分化する。そして、この分化の結果、社会の中心勢力によって強行されるようになった規範が慣習法としての法律である。その後、社会の中心勢力は、この慣習法の存在と内容を明瞭にするために、これを文字に現していわゆる法律の編纂を行い、またはこの慣習法を修正し善導するために成文の法律を制定する。し

(129) なお、法源とは何かという問題については、法の認識手段・存在形式する考え方、裁判規範ないし裁判の基準だとする考え方など、レベルの異なる幾つかの考え方があるところ（議論の概要につき谷口知平＝石田喜久夫編『新版 注釈民法（1）総則（1）』〔改訂版〕〔谷口＝石田執筆〕（有斐閣、2002年）1-2頁）、憲法29条の解釈との関わりで問題となるのは、裁判規範ないし裁判と基準として法源を捉えた場合の慣習法の理解であると考えられる。このような裁判の基準としての規範の形式として法源を捉えたうえで慣習法について論じるものとして、川島武宜『民法総論』（有斐閣、1965年）17頁、同21-23頁、星野英一『民法概論Ⅰ（序論・総則）』（良書普及会、改訂版、1993年）30-35頁、広中・前掲注109）30頁、同51-56頁、五十嵐・前掲注109）50-51、同59-65頁等。

(130) 我妻榮『新訂 民法総則』（岩波書店、1965年）17頁、五十嵐・前掲注109）59頁等。川島・前掲注129）21頁は、「社会行動の一定の様式の繰り返し（慣習）という事実として現象しているところの・社会行動の規範（一定の社会行動をなすべきことについてのコミュニケーションと、それに対するサンクション）を慣習規範と呼ぶ。なお、広中・前掲注109）55頁は、「法的確信」という言葉が明晰でないことを指摘する。また星野・前掲注129）32頁は、慣習とは何かを厳密に言うのは困難であるとする。このほか、法的確信を慣習法の成立要件とすることを批判的に検討する多喜・前掲注108）も参照。

(131) 五十嵐・前掲注109）64-65頁、広中・前掲注109）51-52頁等参照。

(132) 以下の記述につき、我妻・前掲注130）17頁参照。

かし、社会生活は不断に流動するから、新たな社会規範を生じてその裡に慣習法がおのずから分化してくるといふ現象は成文法の編纂または制定によって阻止されることはない。従って、その結果、慣習法は、発生的に見て、法律の第一次的なものとして、一定の文化に達した社会には常に存在するだけでなく、成文法のいかに完備した社会においても、不断に発生するものである⁽¹³³⁾。

(ウ) 慣習法と判例との関係—判例による法形成

慣習法は、裁判所によって承認される、あるいは裁判所によって規範命題として構成されることを通じて、裁判基準としての機能を果たすようになる⁽¹³⁴⁾。このような慣習法と判例との関係は、判例法を法源とするか否かを問わず、判例による法形成として位置づけられることになる⁽¹³⁵⁾。

この判例による法形成について、民法学においては、先例規範としての「判例」が形成される過程が次のように説明される⁽¹³⁶⁾。

判例の法源性を肯定するか否かに関わらず、ある判決が先例規範として(一種の裁判規範として)機能することを前提としても、判例の「理解」は、いかなる点に着目して先例規範を抽出するかによって、つねに複数の読み方が成立する可能性がある。このように「理解」が複数成立しうる場合があるといっても、それらが全て判例として通用するわけではない。通常は、判例評釈等における判例の読み方をめぐる論議が繰り返られる過程で、そのような複数の判例「理解」のなかから、ある特定の「理解」が、最も適切な、

(133) この他、たとえば五十嵐・前掲注109) 64頁は、法社会学の立場から見れば、今日においても慣習法は第一次的法源としての制定法のみなものであり、それは制定法を改正したり廃止したりする効力を有する、とする説明を示す。

(134) 五十嵐・前掲注109) 64-65頁、広中・前掲注109) 51-52頁等参照。なお、五十嵐・前掲注109) 65頁は、論理的に言えば、慣習法の法源性が認められる以上は、あらかじめ社会に慣習法が存在し、それを裁判所が認めて適用するという形を取るようになるが、実際には裁判所によって承認されるまでは、慣習法の効力は不安定なものである、とする。

(135) 広中・前掲注109) 45-46頁は判例の法源性を否定しつつ、同51-52頁はこのような慣習法と判例の関係を判例による法形成としての色彩を帯びるものとする。

(136) 以下の記述につき、大村敦志＝道垣内弘人＝森田宏樹＝山本敬三『民法研究ハンドブック』(有斐閣、2000年) 318-321頁参照。

共通の判例「理解」として、法律家共同体の中に受容されるようになる。その時点以降は、そのような判例の理解が先例として機能することになる。つまり、裁判官や当事者に対して裁判規範として受け取られ、一定の行動の指針を与えることになる。判例に事実上の拘束力があるというのは、このように形成された理解に即してのものである。

このようなプロセスが存在するという見方に立てば、ある判決が出されたからといっても、それだけで先例規範が存在していることにはならない。実際にも、判決理由を一読しただけでは、それにどのような規範の意味があるのかが判然としないこともある。その判決がどのような先例規範を定立したものと解されるのか、という解釈の作業がなされることを通じて、はじめて判例がそこから抽出される。

また、一旦判例の理解が確立したとしても、それが後になって変わることもありうる。ある判例の読み方が、その後の学説の批判によって適切ではないとされ、そのような指摘が広く受容されるようになれば、先例規範として機能している判例が、事実上変更されることになる。

(Ⅰ) 民法学における議論の持つ意義—憲法理論による基礎づけの必要性

以上のような民法学における慣習法及び判例による法形成をめぐる議論は、前国家的秩序（自生的秩序・当該社会の制度イメージ）は具体的にどのように明らかになるのかという疑問に対する一定程度の回答を示すものと考えられる。すなわち、社会において（サンクションを伴う）法的拘束力を持つものとして意識された慣行（慣習法）は前国家的秩序（自生的秩序）と位置づけられ、その内容は法律の制定を通じて、あるいは判例による法形成を通じて、規範として明確化・具体化されて示されることにより明らかとされることになる。

しかし、このような説明は、民法（解釈）学のもとで慣習法が裁判規範として析出されるプロセスを明らかにするものである。そのため、このような民法学において示されているプロセスを、憲法が、前国家的秩序（自生的秩序）を基礎として財産権の原形として成形・明確化していくというプロセスとして尊重しなければならぬのはなぜか、という疑問に対する説明としては十分に説得的であるとまでは言えない、とも評価しうる。

(オ) 慣習法の明確化プロセスとしての民主主義的手続と憲法

それでは、前国家的・自生的秩序としての慣習法を成形成・明確化するプロセスとして、どのような説明を行えば、そのプロセスを憲法上尊重しなければならないものとする説明として十分な説得性を有するといえるのであろうか。

この点については、憲法学において、森林法判決の分析から、憲法29条について、「日本国憲法は、『財産権の内容』は憲法29条の包含する目的・価値・経済秩序観を『公共の福祉』との調整を図りつつ、もっともうまく実現できる制度体・institutionが民主主義的に『定める』ことを要求するものである」とする制度的・機能的接近法を提示する見解のあることが注目される⁽¹³⁷⁾。ここでの注目点は、このような見解の採否にかかるものではなく、この見解が憲法学において一つの学説として成立しているという点である。この見解に基けば、財産権の議論において、民主主義的手続は、憲法上尊重されるべき財産権の内容の明確化プロセスの一つとして位置付けうる⁽¹³⁸⁾。すなわち、本稿でのここまでの考察内容に則してこの見解を理解するならば、前国家的秩序(自生的秩序)としての慣習法について、その内容を明確化するプロセスとして民主主義的手続が用いられ、その内容が制定法とされた場合には、そのプロセスは憲法上尊重されるとする根拠となりうると理解されよう⁽¹³⁹⁾。

(137) 山本・前掲注25) 252頁以下参照(引用部分は266頁)。

(138) なお、本文に述べたことは、制度的・機能的接近法を支持することを意味するものではない。例えば、山本・前掲注25) 267頁は、制度的・機能的接近法を採用する帰結として、「憲法上の財産権」という概念を残しておく必要がどこまであるのかが、憲法上改めて問題となる(山本が財産権エンプティ論の可能性を示していることについては前掲注15)も参照)。もし、このような論理に従って憲法上の財産権概念を否定する結論をとるといえるのであれば、通説の見解から示される疑問(本章第1節1参照)であるところの、日本国憲法において財産権の保障を定める憲法29条が憲法規定として存在する意義を明らかにする必要がある。

(139) なお、以上に述べたことは、立法機関によって(裁量的に)原形が制定法として定められることを意味するわけではない。あくまでも財産権の原形は自生的秩序によって形成されるのであり、その内容を確認・明確化するプロセスとして民主主義的手続による制定法化が行われることを論じるものである。

この文脈において、「民事の基本法制は法制審議会における調査審議を経て内閣提出の

(カ) 判例による法形成の憲法学的基礎づけの必要性

さて、前述 (ウ) にみた通り、民法学における議論では、慣習法の内容の明確化のプロセスとして、制定法によるプロセスのほか、判例による法形成によるプロセスがあることが示されていた。そこで、立法機関の制定する法律が有する民主的正統性という憲法上の基盤と同程度の基盤を、前国家的秩序 (自生的秩序) たる慣習法を基礎とした判例による法形成に対して与えることができるのか、という問題を明らかにすることが求められる。以下では、憲法学における司法権の本質的構造をめぐる議論を踏まえて、この問題の検討を行う。

(e) 前国家的秩序 (自生的秩序) を財産権の原形として明確化するプロセス

②—司法権の本質的構造との接合

(ア) 司法権の本質的構造—法原理部門としての司法権

憲法学において、司法権の本質的構造について論じているのが佐藤幸治である⁽¹⁴⁰⁾。佐藤によれば、司法権が司法権たるゆえんは、公平な第三者 (裁判官) が、適正な手続きを基盤に、関係当事者の立証と法的推論に基づく弁論

法律案が準備される」という事情に注目をする山野日章夫「財産権の規矩としての民事基本法制」企業と法創造 35 号 165 頁 (2013 年) の指摘が重要な意義を有すると考えられる。すなわち、民事基本法制の立法過程においては、前国家的秩序 (自生的秩序) をその内容とするをも任務に含まれるからこそ、それに相応しい立案課程が整えられている、とする理解を示すことも可能なのではないか (ただし、前述の山野目の指摘は (その慣行も含めて) 法制審議会を経ることを民事基本法制に特別な地位を認める根拠としているので、前述の論理とは逆を向いていることには留意を要する)。このような理解に基づけば、民事基本法制の立法過程については、法制審議会の議論を経ることを通じて、長谷部説のいう「法律家集団における共通了解」が確保されていると捉えることができよう。

(140) 佐藤幸治「現代国家と司法権」同『現代国家と司法権』(有斐閣、1988 年、初出・1986-1987 年) 1 頁、佐藤・前掲注 7) 632-633 頁。なお、以下で論じる司法権の本質をめぐる佐藤幸治の見解については、憲法学において、司法権の概念において具体的事件性の要件を必要とするか否かという論点に関連して論じられている (近時の議論の概要として毛利透「客観訴訟と司法権」曾我部真裕 = 赤坂幸一 = 新井誠 = 尾形健編『憲法論点教室 第 2 版』(日本評論社、2020 年) 180 頁、岡野誠樹「司法権」山本龍彦 = 横大道聡編著『憲法学の現在地』(日本評論社、2020 年) 374 頁等参照)。しかし、具体的事件性の要件をめぐる議論は本稿の問題関心とは直接関わりをもたない。そのため、以下では、具体的事件性の要件をめぐる議論は検討の対象としない。

とに依拠して決定するという、純理性の特に求められる特殊な参加と決定過程たるところにあると解される⁽¹⁴¹⁾。これを基礎として、司法権の本質的構造は、具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利義務をめぐって理をつくして真剣に争うことを前提にして、公平な第三者たる裁判所がそれに依拠して行う法原理的な決定に当事者が拘束されるという構造である、とされる⁽¹⁴²⁾。司法権がこのような構造を持つことにより、個別の人間の置かれた具体的立場を公正に配慮し、対政府の関係であれ、対社会的実力者との関係であれ、対等の参加の場を提供するという意義を担うことになる⁽¹⁴³⁾。そして、近代立憲主義的統治構造のもとにあっては、国民はその代表者たる「政治部門」を通じて一般的法形成に参加するとともに、司法権の担当部門であるところの「法原理部門」を通じてそれぞれの個別的権利義務関係の形成について参与する機会を持つということになる⁽¹⁴⁴⁾。

この理解における「法原理」は、実定法的諸ルールを中心に、そうした諸ルールの基礎ないし背景にあって権利の存否を確定するのに仕える諸基準・諸法理を含めて、それらを総称したものとされる⁽¹⁴⁵⁾。そして、裁判所が行うべきは、そのような「法原理」による権利の確定を通じての紛争の解決であって、社会全体の利益にとって何が重要かといった政策的決断ではない、とされる⁽¹⁴⁶⁾。

(141) 佐藤・前掲注7) 632-633頁。これはフラー (Fuller) の提示する裁判本質論の検討から導かれたものである(佐藤・前掲注140) 53-57頁)。

(142) 佐藤・前掲注7) 633頁、佐藤・前掲注140) 57-58頁参照。

(143) 佐藤・前掲注140) 58頁。佐藤・前掲注7) 633頁も参照。

(144) 佐藤・前掲注140) 58頁。佐藤・前掲注7) 633頁も参照。

(145) 佐藤・前掲注140) 62頁。

(146) 佐藤・前掲注140) 62頁。なお、以上のように司法権を理解し、その司法権を裁判所が独占的に行使するとしたとしても、裁判所は司法権のみを行使することを直ちに意味するものではなく、本来の司法権を核として、その周りに法政策的に決定されるべき領域が存在することも認められている(佐藤・前掲注7) 635-636頁)。そこでは、①憲法にいう実質的意味の司法権を核として、②立法府が、司法権を行使する裁判所にふさわしい権限として立法政策上付与するものがありえ、しかし③裁判所に付与しえない(裁判所として受けてはならない)ものもある、という構造として捉えられるとされる(佐藤・前掲注7) 637頁)。このように、司法権の概念を、核(コア)・中間領域・外周に区別して構成されるドーナツ(同心円)構造として捉えることについて、中川丈久「行政

(イ) 判例による法形成を通じた慣習法の明確化プロセスの憲法上の位置付け

以上 (ア) でみた司法権の本質的構造に基づくくと、判例による法形成を通じた慣習法の明確化プロセスは、次のようなプロセスとして理解できる。

すなわち、具体的紛争が民事裁判手続に持ち込まれ、一方当事者が、自己の権利義務に基づいて一定の主張を行う場合、その権利義務が制定法ではなく、慣習法に基づいて発生するものと主張されることがある。この主張に関して弁論手続においてなされた両当事者の主張・立証を基礎として、公平な第三者たる裁判所が、その慣習法に基づいて権利義務の存否について判断を行うとき、裁判所は、その慣習法を、法原理として認定したと評価することができる。ただし、裁判所によってどのような規範が法原理として認定されたのかについては、具体的紛争の解決として示される判決のみからでは明らかとならないこともある。そのため、その判決がどのような法原理（先例規範）を定立したと解されるのかについて、さらに解釈の作業が行われ、この作業を通じて判例による法形成が完成する⁽¹⁴⁷⁾。なお、裁判所に認められるのは、あくまでも紛争の解決の基準としての慣習法の認定であり、社会全体の利益を考慮して政策的な根拠に基づいた規範を定立することは認められない⁽¹⁴⁸⁾。

このように、司法権の本質的構造に基礎をおいて、判例による法形成を通じた慣習法の明確化プロセスを理解することにより、このプロセスを、民主主義的手続を通じた慣習法の明確化プロセスと同等の憲法上の基盤を有するものとして評価することが可能となる⁽¹⁴⁹⁾。

事件訴訟法の改正—その前提となる公法学的営為」公法 63 号 124 頁（2001 年）も参照。

(147) このような解釈の作業を理論的に基礎付けてきたのは、民法解釈学の元で体系化された民法理論である。この意味において、民法理論が、前国家的秩序から導き出される憲法上の財産権の原形を探るための参照点を形成するものと位置付けることができる。憲法上の財産権について、民事基本法制が規矩（物差し）としての役割を果たすとする山野目・前掲注 139）158 頁の見解は、このように理解することもできるのではないか。

(148) 以上のような判例による法形成プロセスは、長谷部説のいう「法律家集団における共通理解」という概念の具体化の一つとして捉えることができよう。

(149) 以上に述べたように判例による法形成を通じた慣習法の明確化プロセスを把握し、このプロセスに憲法上の位置付けが与えられるとするならば、民事法に関する立法過程における判例法理の明文化の意義を規範的に根拠づけることもできるといえよう。

そして、以上(2)において行ってきた考察全体に鑑みれば、憲法29条に定められた財産権について、前国家的秩序(自生的秩序)に基づいてその原形を観念し、その財産権の原形に対する制限を憲法上の審査対象とすること(原形テーゼ)を肯定することが認められよう⁽¹⁵⁰⁾。

(3) 憲法上の財産権とは何か①—本稿の立場

(a) ここまでの考察の概要

ここまで、憲法上の財産権とは何か、という問題につき、本稿の立場を明らかにするための考察を行ってきた。

(ア) 原形テーゼの採用

まず、現在の議論において、原形テーゼを肯定する方向性と否定する方向性の二つの議論の方向性があるところ⁽¹⁵¹⁾、考慮要素モデルの検討を通じて、現時点では、原形テーゼを明確に否定することはできておらず、憲法上の財産権の原形を探究する方向性に沿った考察が必要となると結論づけた⁽¹⁵²⁾。

(イ) 前国家的秩序(自生的秩序)による正当化のための課題の設定

続いて、現在、原形テーゼの探究という方向性を目指すと位置付けうる見解を、前国家的秩序(自生的秩序)によって正当化を図る見解と、憲法制定者による追認(選択)によって正当化を図る見解(法制度保障説)とに分けたうえで、それぞれに対して現在示されている疑問の検討を行なった。

その結果、まず、法制度保障説に対して示されている疑問は理論構成そのものに対する本質的な疑問であり、かつ、その疑問が示す内容も妥当と評価できるため、法制度保障説を採用することはできないとの帰結を導いた。

他方、前国家的秩序(自生的秩序)によって正当化を図る見解に対して示されている疑問については、その内容の妥当性は一定程度認められているものの、十分な説明が提供されていないという疑問であると評価できることを

(150) なお、前述(d)(イ)に見た通り、民法学において、慣習法は、成文法の完備した社会においても不断に発生するものとされる。このことは、憲法上の財産権の原形を基礎付ける前国家的秩序(自生的秩序)が刻々と変化していくことを表している。そのため、憲法上の財産権の原形(及びそれを基礎付ける自生的秩序)に変化が見られるときは、それに対応する判例法の形成、および立法による対応が求められることになる。

(151) 前述(1)(a)参照。

(152) 前述(1)(b)および(c)参照。

示した上で、提示されている疑問を、①前国家的秩序（自生的秩序）に基づいて財産権の原形を構成することに対する疑問と、②前国家的秩序（自生的秩序）の内容を明確化して財産権の原形として示すプロセスについての疑問の二つに分析し、それぞれについて考察を行なった⁽¹⁵³⁾。

(ウ) 前国家的秩序（自生的秩序）に基づいて財産権の原形を構成しうることについて

前国家的秩序（自生的秩序）を財産権の原形とすることに対する疑問については、社会契約論に基づいた正当化が可能であると結論づけた⁽¹⁵⁴⁾。

(エ) 前国家的秩序（自生的秩序）を財産権の原形として明確化するプロセスについて

他方、前国家的秩序（自生的秩序）を財産権の原形として成形・明確化するプロセスに対する疑問については、まず、民法学における法源としての慣習法をめぐる議論を確認したうえで⁽¹⁵⁵⁾、この議論を憲法理論によって基礎付ける可能性について考察を加えた。その結果として、前国家的秩序（自生的秩序）を財産権の原形として成形・明確化するプロセスとして、民主主義的手続を通じて制定法とすることを通じて明確化するプロセス⁽¹⁵⁶⁾と並んで、司法権の本質的構造を基礎に置いて理解されうる判例による法形成を通じて明確化するプロセスが、それぞれ憲法によって尊重されうるプロセスと位置付けられる⁽¹⁵⁷⁾ことを示した。

(b) 憲法上の財産権とは何か—本稿の立場

以上 (a) にまとめたここまでの考察からすれば、憲法 29 条 1 項にいう財産権保障は、前国家的秩序として社会において存在する自生的秩序において財産に関する権利義務の発生根拠となる規範⁽¹⁵⁸⁾が存在する場合に、その規

(153) 以上につき、前述 (2) (a) および (b) 参照。

(154) 前述 (2) (c) 参照。

(155) 前述 (2) (d) 参照。

(156) 前述 (2) (d) (イ) 参照。

(157) 前述 (2) (e) 参照。

(158) 長谷部説にいう「社会で共有されている制度イメージ」、および高橋説にいう「獲得ルール」にあたる規範と理解される。

範に基づいて認められる権利を原形として保障すること、と解される⁽¹⁵⁹⁾。

そして、憲法29条2項が定める「財産権の内容」については、高橋説の示す解釈が基本となろう⁽¹⁶⁰⁾。すなわち、立法機関によって法律で定められた「財産権の内容」(憲法29条2項)⁽¹⁶¹⁾が、財産権の原形を「制限」していると解される場合には、憲法29条2項に基づいて公共の福祉による制限として許容されるかどうかが問題となる。他方、その「財産権の内容」が、財産権の原形を超えて拡張された部分をもつと解される場合には、その部分は「法律上の財産権」という理解になる⁽¹⁶²⁾。そのため、財産権の原形との関わりでは、憲法29条2項に基づく制限を論じることは求められない⁽¹⁶³⁾。

なお、法原理部門としての裁判所は、あくまで財産権の原形の成形・明確化を行い、それに基づいて具体的紛争において権利義務関係の存否について判断をすることが認められるのみである⁽¹⁶⁴⁾。そのため、立法者により「財産

(159) なお、前述注120)で述べた通り、原形テーゼに対して、現状保全(現状固定・現状保障)的であるという批判も示されていた。この疑問に対して、二つの方向からの応答が可能となろう。一つは、財産権を憲法典で保障するということは当然に保守的な行為であるため、現状保全的であるということは批判とならない、という応答である(松本・前掲注6)108頁、さらに法学という営みそのものの漸進性について、中山竜一『ヒューマニティーズ法学』(岩波書店、2009年)102-106頁参照)。もう一つは、民法学において示される慣習法と制定法の関係(前述d)イ)参照)を基礎におけば、本稿の立場として結論づけた前国家的秩序(自生的秩序)を財産権の原形とする原形テーゼは、現状保全的というよりは、むしろ制定法に対して社会・経済の変化に対応することを促す作用が認められる、という応答である。

(160) 高橋説の概要につき、本章第2節1(3)参照。

(161) 高橋説においては、これが「財産権の定型」と表現される。

(162) 高橋説においては、定型が原形を超える部分をもつと解される場面においては、憲法上の保護はほとんど意味がないとされる(前掲注38)参照)。ただし、この点については、なお考察が必要とも考えられる。例えば、原形を超えた法律上の財産権を法律によって定める場合において、考慮要素モデルによる憲法上の統制が図られるとすることも十分に考えられよう。また、純粋な政策的考慮を通じて憲法上の原形を持たない私法上の権利の制度化が論じられるとした場合、その憲法上の統制についても考慮要素モデルがその基礎を与える可能性は否定できない。このような形で原形テーゼと考慮要素モデルが連接する可能性を含めて、この点についての考察は今後の課題となる。

(163) ただし、この場面においても、各人の現に有する財産権に対する不当な現有財産の侵害を禁止する現存保障としての憲法29条に基づく保障を論じる必要はある。

(164) 前掲(2)(e)(7)参照。

権の内容」が定められていない場合、裁判所が財産権の原形に基づいてその「財産権の内容」を決定するにあたっては、次のような制限を受けることになる。

すなわち、法原理部門としての裁判所が財産権について行いうるのは、財産権の原形を成形・明確化し、それをそのまま財産権の内容として決定すること、及び前国家的秩序（自生的秩序）の変化によって原形そのものが変化したことに基づき、その変化した原形に基づいた財産権の内容を決定することに限られる。これに対して、財産権の原形とは異なる財産権の内容を政策的決断によって決定すること、あるいは政策的決断によって財産権の原形を拡張して財産権の内容を決定することは、民主的正統性をとする国会によらなければならない。政策的決断に基づく財産権の内容の決定を、判例による法形成によって行うことは認められない。

3 憲法上の財産権とは何か②—暫定的な枠組み

(1) 問題の所在

以上2では、憲法上の財産権とは何かについての本稿の立場を示した。しかし、前述1でみた通り、本稿の立場を示したとしても、憲法上の財産権をめぐる議論の帰趨に何の影響も与えられない可能性も高い。そこで、以下3において、憲法上の財産権の形や内容を論じるための暫定的な枠組みを、現在の憲法学における学説・判例に基づいて提示することを試みる。

(2) 暫定的な原形テーゼの利用—判例の理解を基礎において

現在の判例は、いったん「財産権の制約のない状態」を想定し、個々の事件で問題となっている法律がそれを規制するものとしてその合憲性を審査していると理解されている⁽¹⁶⁵⁾。そしてこのような判例の立場は、内容形成論の立場に立って財産権には保護領域や制約が観念できないとしても、保護領域の問題ではなく、違憲審査方法の問題と捉えることにより、一定程度説明が可能であるとされる。例えば、区分所有法に定められた建替え決議制度の合憲性が問題となった最判平成21年4月23日判時2045号116頁の理解として、区分所有権が区分所有法によって創設された範囲内では全面的な使用・

(165) 以下の記述につき、曾我部・前掲注6) 66-67頁参照。

収益・処分をなしうることをひとまず前提とした上で、同法62条1項、同70条1項の定める制度はそれを制限するものであるとする捉え方に基づくものと考えられる⁽¹⁶⁶⁾。

以上のような判例の理解を前提とするのであれば、憲法適合性を判断するために、暫定的には、原形テーゼと同様の理解に立ち、制約のない状態における財産権を原形として措定する作業を行い、それに対する制限・制約の合憲性を判断するという枠組みを採用することが妥当といえよう。

(3) 財産権の原形の把握方法—実質的意義における民法の参照

以上(2)にみた通り、判例の立場に従うことによって原形テーゼと同様の理解にたつて憲法上の財産権を理解するという立場をとった場合、その原形をどのように把握するのかが次に問題となる。

まず、本節2(2)(e)で検討した憲法上の司法権の理解を基礎とすれば、憲法上の制約により、裁判所は、政策的考慮に基づいて財産権の内容を決定することはできないと解さざるをえない。

それでは、どのような方法によって制約のない状態における財産権を決定するのか。この点を考えるにあたっては、原形テーゼを否定して考慮要素モデルを採用する平良説における民法の位置付けが注目される。

考慮要素モデルを採用する平良説において、財産権の内容形成を行うにあたって立法者が考慮しなければならない要素の一つとして「私的効用性」が挙げられている⁽¹⁶⁷⁾。この概念は、「立法者は、財産権の内容及び限界を定める場合には、財産権者の保護されるべき利益と公共の福祉の利益とを適切に調整し、均衡のとれた関係をもたらさなければならない」とする立法者に対して要請される衡量の一方を表すものとして位置づけられている。

ここで注目されるのが、この概念の起源が民法であるとされる点である。

(166) 原形テーゼを否定して考慮要素モデルを主張する平良も、審査の外観はそう解するのが素直な読み方であるとする(平良小百合「判批」別ジュリ259号『マンション判例百選』168頁(2022年)参照)。ただし、篠原永明「区分所有法70条の憲法29条適合性—最判平成21年4月23日判時2045号116頁の検討」甲法63巻1・2号78-80頁(2022年)はこのような捉え方を明示的に否定する。

(167) 以下、平良説における私的効用性について本章第2節2(2)(a)(ウ)参照。

このように私法に起源を持つ私的効用性という概念を憲法上の財産権概念のメルクマールにすることについては、私法の歴史的優位（私法の認識の優位）という考え方によって説明することができるとされている。

以上のように、憲法の規範的優位を強調する考慮要素モデルを採用する平良説においても、規範的視点とは別の視点から、民法を参照して財産権の内容形成が行われることが一定程度許容されている。すなわち、原形テーゼを否定して考慮要素モデルを採用する立場ですら、財産権の内容を探究するために民法を参照することを否定していない。そのため、学説の議論状況の最大公約数的な理解に基づいて、制約のない状態における財産権を決定するための暫定的な方法として、私法の一般法としての民法を中核とした私法体系、さらにはそれを基礎付ける思想・法理を参照することは肯定されるといえよう⁽¹⁶⁸⁾。

(4) 憲法上の財産権とは何か—暫定的な枠組み

以上に見たように、現在の判例・学説の議論を踏まえれば、憲法理論としての財産権（憲法 29 条）について、その解釈が定まるまでの立法論・解釈論を基礎付ける暫定的な枠組みとして、次のような枠組みを採用することが妥当であろう。

まず、財産権に関わる立法を行う際には、「制約のない状態での財産権」を原形として措定し、その原形に対する規制を行うものとしてその法律を把握するという方法を採用する。そして、「制約のない状態での財産権」の内容は、私法的な諸制度、さらにはそれを基礎付ける思想・法理を参照することを通じて決定する⁽¹⁶⁹⁾。前者に示した方法は判例の立場を、後者に示した方

(168) 以上に述べた参照点としての民法理論の位置付けは、その根拠づけこそ異なるものの、本稿の立場として示した憲法上の財産権の理解において同様に与えられる（前掲注 147）参照。

(169) 本稿では裁判所による違憲審査の方式と基準に関する議論は直接の考察の対象とはしていない（前掲注 17 参照）ところであるが、この問題については、暫定的な枠組みとしては、現在の判例が先例として引用する最大判平成 14 年 2 月 13 日民集 56 卷 2 号 331 頁（旧証券取引法判決）が示す審査基準に沿うことが求められると考えられる（同判決につき、松本哲治「判批」別ジュリ 245 号『憲法判例百選 I 〔第 7 版〕』210 頁（2019 年）等参照）。

法は憲法学における議論の最大公約数的把握を、それぞれ基礎として示されるものである⁽¹⁷⁰⁾。

なお、原形として措定された財産権を制約するのではなく、拡張する内容をもつ立法に関しては、そこに憲法上の制約はかからないとする見解がある一方、特に考慮要素モデルに立つ場合には憲法上の制約がかかると解する余地があるため、議論の最大公約数的把握は困難である。そのため、現在のところは、暫定的な結論を示すことは難しいと言わざるを得ない⁽¹⁷¹⁾。

(170) 以上3で述べた暫定的な枠組みは、結果として、本節2に述べた本稿の結論とほぼ同じ内容を持つ。しかも、その内容は、本稿では直接の考察対象に含めないとした自説の内容(宮澤・前掲注18)136頁以下)とほぼ一致する。自説を直接の考察対象に加えることをせず、現在の憲法学における議論を対象として整理・考察を加えたとしながらも、結論として自説と同内容を主張することとなつては「語るに落ちた感がある」(沢井・前掲注18)91頁。本稿における憲法上の財産権に関する考察の方法は同論文を参照していることにつき前掲注18)参照)。

しかし、本稿では、あくまでも憲法学における議論の内在的な理解を試みたうえで可能な限り客観的に整理し、考察を加えてきた。憲法29条の財産権の解釈は、憲法領域のみならず私法領域にも波及的な影響があり、また、立法の限界を画する(あるいは立法の際の考慮要素を明示する)という意味において、学術的な意義にとどまらず立法論・解釈論を含めた法実践においても重要な意義を持つはずである。にもかかわらず、本章第3節1にみた通り、憲法学においては、法律が原則として制限できない「憲法上の財産権」の存在や形について、その言明を避けること、少なくともお茶を濁すことが、賢明な憲法研究者の作法となつているとの評価すら示されている状況にあるのは、決して健全とはいえない。上記のような評価を示した論者は、憲法学において、旧証券取引法判決(最大判平成14年2月13日前掲注169)以降の財産権判例群は必ずしも理論的構築性が高いとはいえず、新たな「理論」を受け入れるための余地を取って作り出しているともいえるとの評価も示している(山本・前掲注25)268頁)。本章第3節1で述べた通り、本稿での考察が憲法学における議論の帰趨に大した影響を与えない可能性が高いことは十分に認識しつつ、そのような理論の構築に幾ばくかの寄与ができていることを願う。

(171) この点につき、前述注162)参照。

第3章 異なる法領域・学問領域間の関係の論じるための 基礎理論—立法論と解釈論の連携を視野に入れて

第1節 問題の所在

第1章で示した通り、本稿においては、行政作用により設定される私法上の財産権の法的構成について、憲法29条を基礎とする立法の拘束を論じる場面を第一段階、そのような憲法に基づく拘束のない状態において複数の法領域が関連する場合におけるそれぞれの法理論の関係を論じる場面を第二段階として構想し、それぞれについて考察を加えている。そして、本稿第2章において、憲法29条に基づく憲法上の財産権をめぐる議論に考察を加え、前述した第一段階における憲法上の財産権に基づく拘束のあり方について本稿の結論を導き出した。

第3章においては、前述した第二段階における理論的基礎として藤谷武史の示す「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想を用いることについて、立法論と解釈論のそれぞれの視点から検討を加える。以下第2節において「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」を概観したのち、第3節において立法論の視点から、第4節において解釈論の視点から、それぞれこの構想に検討を加える。

第2節 緩やかな解釈学モデルに基づく立法の理解 —藤谷武史説

1 立てられた問い

藤谷武史は、「法学（あるいは法学者）は、いかにして《立法の質》を語りうるか」、「実定法学者が（特に「法政策学」と呼ばれる思考枠組みにおいて）『立法』について語るという営みはいかなる意味を持ちうるか」という問いを出発点⁽¹⁷²⁾として、憲法が許容する広範な立法裁量の枠内で行われた具体的な立法選択に関して法学者が行う評価・批判がいかなる規範的なステータ

(172) 藤谷・前掲注4) 149-152頁参照。同212頁では、同論文の出発点が「『実定法学が立法を相対化して論じる』ということがいかにして可能であるか、という問い」であるとされる。

スを有するのか、という問題の考察をおこなう。

2 立法に向けられる批判のタイプの検討

この考察において対象とされる立法への批判のタイプとして、立法者による実体法的な選択自体が誤りであるとするタイプの批判が挙げられる。そして、このような批判のあり方は、立法者が法規範の「正しさ」の源泉であると措定する立場⁽¹⁷³⁾と矛盾することが指摘される⁽¹⁷⁴⁾。

この矛盾に対しては、まず「正当性」と「正統性」を分けるとする法哲学の立場⁽¹⁷⁵⁾から問題が整理される⁽¹⁷⁶⁾。すなわち、法の正当性をめぐる論争の存在を正面から認めつつ、ある立法の「正当性」に異論を持つ「敗者」に対してもなお「法」としての「正統性」基盤を問うべきである、とする立場を基底に置き、アリーナの正統性が担保されたと仮定したうえで、アリーナ内で行われる正当性をめぐる競争はどのように行われるのか、という問題として整理される⁽¹⁷⁷⁾。そして、この問題に対する一つの(素直な)解答として、「正しさ」についての哲学的理論体系=正義構想を各陣営が競って彫琢し、それを戦わせる、という解答を示したうえで、その解答とは異なる形での「法学者が《立法の質》を論じる」作法の可能性について、リーガル・プロセス学派以降のアメリカ法学における「立法」の位置付けの変遷を参照して考察を行うことが示される⁽¹⁷⁸⁾。

(173) 藤谷・前掲注4) 151頁では、日本を含む大陸法系の法学においては「立法者と法律(制定法)が法システムの要石である」との想定自体が相対化されていないことが指摘されている。

(174) 藤谷・前掲注4) 153頁。

(175) 井上達夫「立法学の現代的課題—議会民主制の再編と法理論の再定位」ジュリ 1456号 128頁(2008年)、同「憲法の公共性はいかにして可能か」同編『岩波講座憲法1立憲主義の哲学的問題地平』(岩波書店、2007年)301頁参照。なお前者の第I節及び第II節は改訂され、同「立法理学としての立法学—現代民主制における立法システムの再編と法哲学の再定位」同編『立法学のフロンティア1立法学の哲学的再編』(ナカニシヤ出版、2014年)23頁として公表されている。

(176) 以下の記述につき藤谷・前掲注4) 153-155頁参照。

(177) 藤谷・前掲注4) 154頁注14)は、「正義の諸構想をめぐる論争に対する規整原理としての普遍主義的正義理念(井上・前掲注175)「公共性」326頁)の要請を充たすことは前提としつつ、その上でなお、より『生産的な』競争を促進するような競争の作法はありうるか、という問いである」と述べる

3 アメリカ法学との比較法的研究からの示唆

前述2に見たような問題意識に基づいてアメリカ法学における「立法」の位置付けの検討が行われる⁽¹⁷⁹⁾。そしてその検討からの示唆として、次の3点が指摘される⁽¹⁸⁰⁾。

第1が、制定法解釈論という法的問題領域において、隣接諸科学の知見をベースにした制度論的視点からの議論が、具体的な法的含意・レヴエンスを持つものとして展開されていることである。これは、法学が、「立法」を、経済学その他の全く外在的な視点からではなく、さりとて完全に内部化することで藤谷の提起した問題自体を消滅させてしまう立場でもない視角から論じうることを示唆するものと評価される。

第2が、こうした議論がなぜアメリカにおいて(のみ)観察されるのか、という問いを立てることができる点、そして、その問いに対して(リアリズム法学以降のアメリカ法学の発想方法の影響は無視できないものの)アメリカ法体系における制度配置のあり方が重要な意味を持つという(暫定的な)応答ができる点である⁽¹⁸¹⁾。

第3が、隣接諸科学(特にミクロ経済学の系統に属する議論)の影響を受けた議論と法的言説との関係についてである。この点について、まず、アメリカにおいては制度を理解するための隣接諸科学の知見が法実践に直接関わる議論に取り込まれてきたと理解するならば、それにもかかわらず法学が法学

(178) なお、藤谷・前掲注4) 195頁は、以上のような問題意識のもとで本節1に示した問いを発することは、「法の外部から(法学以外の隣接諸科学の理論的足場に立脚して)立法を批判する」という途でも「立法内容は法システムにとって所与であると割り切り、その当否は論じない」という途でもなく、さらには上位の規範=憲法による立論という途も取らないことを意味する、とまとめている。

(179) 藤谷・前掲注4) 156-186頁参照。

(180) 以下の記述につき、藤谷・前掲注4) 186-194頁参照。

(181) 藤谷・前掲注4) 188頁は、「アメリカにおける『立法者』はもともと何重もの意味で『相対化』されており、制度間選択という発想に馴染みやすい。となれば、アメリカ法における法実践(例えば制定法解釈論)においては、制度の動態(それを理解するための隣接諸科学の知見)を踏まえつつ、その制度の上で行われる法的言説の位置付けを考える、という営為が説得力を持ちやすかった。立法論はおろか、解釈論でさえ、制度的真空の中では行い得ない。」と述べる。

であり続けている(ように見える)のはなぜか、という疑問が示される。

この第3の疑問に対しては、法と経済学の位置付けに関するポズナー(Posner)の議論を素材として、次のように(暫定的に)応答される。すなわち、法学と経済学の思考方法が全く異なるとしても、そのことが「法学と経済学の思考方法が違うから、経済学の知見や思考方法は法的推論に取り込みようがない異物である」という命題を論理的に帰結しない⁽¹⁸²⁾。そして、アメリカにおいて「法と経済学」がなお法学たり得たのは、経済学の知見や思考枠組みを、それまでの法実践の中にいったん位置付けた上で、法実践を発展させる魅力的な方向として提示して見せ、法実践者の説得に一定程度の成功を取ってきたからではなからうか、と述べられる。このような帰結を基礎として、隣接諸科学の知見を取り込みつつもなお「法学」であり続ける方法は存在する、とする立場が表明される。

4 立法論と解釈論をめぐる従来の議論に対する応答

以上のようなアメリカ法の検討からの示唆を基礎として、まず、政策と法、立法論と解釈論を峻別しようとする伝統的な法学の立場と、政策論的思考に一元化する立場のそれぞれに対する応答(反論)が示される⁽¹⁸³⁾。

前者の立場に対しては、政策と法、立法論と解釈論の区別が自明ではないことが示される。全ての制定法テキストは解釈されるまでは意味を持たない、という言語哲学的な議論を持ち出すまでもなく、解釈方法論の在り方によって、制定法の意味(すなわち法ルールが社会的にもたらす機能)はもちろん、制定法を産出する「立法過程」のあり方、さらには《立法の質》それ自体にまで影響が及ぶと指摘される。

他方、後者(政策論的思考に一元化する立場)については、法システムの内部に「《立法》という文節」を意識して議論してきた法的実践との関係で、法の実践者として期待される役割を果たすには、隣接諸科学の知見・政策的な観点における洗練度とは独立に、それを法的実践の内部言語に接続する能力が求められることが指摘される。そして、経済学等の基準の使い分け

(182) 藤谷・前掲注4) 193頁は、「法と経済学」をめぐる法学者が好んで標榜する「法的思考と経済学的思考の対立」という枠組みがそれほど自明ではない、とする。

(183) 以下の記述につき藤谷・前掲注4) 195-200頁参照。

を語る法学者は、法実践の内部にいるのか、外部から語っているのか、あるいはそれらを調停しうる超越論的な高みに立っているのか、との問いかけを行なったうえで、一見魅力的な第3の選択肢（超越論的な調停者の地位）が塞がれていることは、アメリカ法学におけるリーガル・プロセス学の蹉跌から示されることが指摘される⁽¹⁸⁴⁾。

さらに、システム間の根源的なコミュニケーション不可能性を軽視しているとの指摘⁽¹⁸⁵⁾に対しては、法学者が「法政策学」を語ろうとするとき、外的視点と法的実践の根源的な亀裂を意識しつつ、なお「橋を架ける」ための努力をすべきである、との認識が示される。

5 決断モデルの難点から導かれる「緩やかな解釈学モデル」の契機

以上のように、立法と解釈の実質的不可分性を強調しつつ、法的言説として「立法」を論じる可能性を示す一方、このことは〈解釈〉に関わる法的実践のあり方をそのまま立法に及ぼすべきことを意味するものではなく、むしろ立法と解釈の不可分性を意識しつつ《立法》という文節を法システムが持つことの意味を適切に把握する必要のあることが示される⁽¹⁸⁶⁾。そして、立法府が「法的議論」ではなく「政治的論議」に基づき、過去の法実践から自由に新たな法規範を創設しうるという立法（権）の特殊性を指摘する見解⁽¹⁸⁷⁾を引いたうえで、「法外のデータ（extra-legal date；立法事実）」を立法者自身の政治的洞察に基づいて法的規制へと転換するメカニズムである立法が、法システムの閉鎖性のもと「破れて」いる場所であることを指摘する。

(184) 藤谷・前掲注4) 200頁注141)は、超越論的な調停者の地位がありえないことについて、尾崎一郎「トートロジーとしての法（学）？—法のインテグリティと多元分散型統御」新世代法政策学研究3号191頁（2009年）、長谷部恭男「法源・解釈・法命題—How to return from the interpretive turn」同『憲法の理性』（東京大学出版会、2006年、初出・2004年）202頁、広渡清吾「法的判断論の構図—法の解釈・適用とは何か」同『比較法社会論研究』（日本評論社、2009年）330-331頁注51)の参照を指示する。

(185) 藤谷・前掲注4) 200頁では直接引用されていないが尾崎・前掲注184) 199頁以下参照。

(186) 以下の記述につき、藤谷・前掲注4) 201-204頁参照。

(187) 藤谷・前掲注4) 201頁注146)は、高見勝利「立法の「合理性」もしくは'Legisprudence'の可能性について」同『現代日本の議政と憲法』（岩波書店、2008年、初出・2004年）244-246頁を参照指示する。

以上の認識にたち、まず、立法を(演繹モデルや解釈学モデルに對置される意味での)「決断」モデル⁽¹⁸⁸⁾として理解する可能性につき、3つの難点があることが指摘される。その3つの難点とは、①法実践の側が立法=決断を法の外部=異質な論理に基づく営為と捉える場合には、立法者が、法実践者にどう読まれるかわからないテキストをただ算出するだけ⁽¹⁸⁹⁾の酷く阻害された存在に甘んじることになること、②「決定」が、立法者が既存の法実践に縛られずに自由な意思に基づく決定を行なうことを含意するのであれば、立法過程の正確な描像とは言えないと考えられること、③立法者が、立法過程とその成果(法律)において、特定の集団や政治家の露骨な私的利害によって歪められていないという意味における「公共性」を演じること⁽¹⁹⁰⁾に失敗した場合、その立法は規範的に望ましくないだけでなく、裁判所、行政、さらには(一般私人を含む)法実践者が受容しないという意味において、法実践の側におけるそれなりの報復を受けざるを得ないこと、である。そして、この③の点から、立法に対する緩やかな規律づけ効果を及ぼす「緩やかな解釈学モデル」の契機を見出しうる、とされる。

(188) 藤谷・前掲注4) 202頁注148)で参照指示されている広渡・前掲注184) 324頁以下によれば、演繹モデルと決断モデルは対立的に捉えられ、方法論史の文脈において、この対立は、法律実証主義的概念法学と自由法学的反法律実証主義の対抗基軸であったとされる。これに対して解釈学モデルは、演繹モデルと決断モデルの両極を使用する新たなモデルとして提示されるものであり、演繹モデルと決断モデルが解釈者と解釈の対象である法規・事実関係を別個独自の(相互に孤立した)ものとして相対しているのに対して、解釈学モデルでは解釈者と解釈の対象の間に多次元において循環が存在し、それゆえ、解釈とは主体としての解釈者が客観の対象を「認識 *erkennen*」するという行為ではなく、相互の循環を通じて解釈を必要とする事態が「理解 *verstehen*」されることになる、と位置付けられるとされる。

(189) この認識の前提として、解釈論的転回以降の法哲学の議論(大屋雄裕『法解釈の言語哲学—クリプキから根源的規約主義へ』(勁草書房、2006年)が参照指示されている)に基づき、法命題の意味はそれを参照し意味を制作する営為によって初めて与えられることを重視することが示される。

(190) 立法者が演じ切るべき公共性については、高見勝利「『より良き立法』へのプロジェクト—ハート・サックス“THE LEGAL PROCESS”再読」ジュリ1369号20頁(2008年)が引用され、さらに、高見・前掲注187) 217頁が参照指示されている(藤谷・前掲注4) 204注155)。

6 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位

前述5でみた通り、法システムにおける〈立法〉の特質は、過去の法実践との整合性に縛られず、(むしろあえて)断絶を作り出せることにあるとする立場に依って議論がなされている。しかし、同じく前述5から示される通り、そのような立法による決断について、公共的な根拠による「説明」が求められるという点に、単なる恣意的な「決断」の堆積との微妙な違いが見出される、とされる⁽¹⁹¹⁾。そのうえで、次のように述べられて、緩やかな解釈学モデルによる立法の(再)定位がなされる。

「立法は法的な真空状態に対してなされるわけではなく、既存の法実践に対して意図的な変化をもたらすことを企図して行われる。となれば当然、立法者の提示すべき公共的な根拠は、立法によって変更されるべき法実践の何が問題であったのか、を説明するものであると同時に、既存の(その立法が変更することを意図しない)法実践とも整合的なものでなければならない。立法者は憲法の枠内でさえあれば自由に決断しうるのでなく、やはり何らかの公共の意味の『物語り』を提示し、(その前後の立法者との関係で)競い合う存在として理解される。ある立法政策は、今までの法実践と何を共有し、何において断絶することを選択したのか、その選択の意味は何か、を問いうる、と言う面において、これは解釈学的な営為として位置付けることができるのではないか。もちろんこれは法的実践とは異なる意味での解釈学的な営為である。説明の論拠と方法は限定されておらず、その説明によって相手方が現実に『説得』される必要はない。しかし少なくとも何らかの『説明』は与えなければならない。この意味で、狭義の法実践との比較において『緩やかな』解釈学モデルによる立法の定位、と呼ぶことができよう⁽¹⁹²⁾。」

(191) 以下の記述につき藤谷・前掲注4) 204-208頁参照。

(192) 藤谷・前掲注4) 204-205頁。なお、藤谷・前掲注4) 205頁注157)は、次のように述べる。「すなわち、『立法』がある時点におけるある決定手続を経て収斂されたと擬制される一つの『意思』ないし『声』の表明であると考えつつも(その意味での『立法者』は単数形である)、それに続く立法者(同一会期内における一事不再議の原則を踏まえれば、会期ごとに考えるべきか)は異なる『意思』を持ちうるものであり、複数形の『立法者』は、各々、立法の公共性に関心を持って注視する人々の前で自らが提示する『公共

以上のような緩やかな解釈学モデルによる立法の理解は、立法の正当化のみならず、狭義の《立法の質》の向上にも関わるとされる。時間と情報の制約の中で行われる立法過程においては、対立する意見の収斂が待たれず決定がなされることがあり、また、取り組むことで初めて適切な対処方針が判明する公共的課題も多く存在する。そのため、対立過程を保存したままで決定を行い、後にその決定を検証し批判するための論理的見通し・透明性を確保するための理論が必要となる。このような「理論」の提示自体が、「緩やかな解釈学モデル」において〈立法〉を場として行われる法実践の一部であり、将来的により良い立法を可能にする前提条件を整えることになるとされる。

さらに、緩やかな解釈学モデルによる立法の理解は、過去の法実践との整合性に制約されずに敢えて断絶を作り出す仕組みとしての立法の特質とも整合的に理解しうるとされる。すなわち、立法の実現に要求される手続的ハードルは低くなく、制度的に現状維持バイアスが組み込まれていると考えられる点について、「立法者は既存の法実践に制約されない代償として、社会に存在する多様な利害の競争と調整の結果がある一定の閾値を越えられた場合に限って、現状変革の引き金を引くことができる、という位置付けが与えられている」という説明が可能となるとされる。すなわち、解釈学モデルの下で動的・連続性の中で絶えず正しさを問い直したとしても、立法の正当化は「決断」のあとで「後付け的」に与えられることは否定できないこと、立法が法実践の総体に与える解釈的インパクトはやはり無視できないこと、そして、立法がなされた後でやり直しが効かないことも合わせて指摘されたうえで、立法が単体としての意味のみならず、解釈的営為としての法実践における特異な位置付けが与えられているために、そのようなインパクトを与えるための閾値が高めに設定されている、との理解が示される。

的意味」が他の立法者の提示するそれよりも魅力的であることを競い合っている、と言う考え方である。」

第3節 立法論の視点からの検討

1 検討の視角

以上第2節に見たように、藤谷は、立法者が立法に際して提示すべき公共的な根拠として、立法によって変更されるべき法実践の問題の所在に加えて、既存の（その立法が変更することを意図しない）法実践とも整合的であることも含まれるとする。そして、立法者は憲法の枠内でさえあれば自由に決断しうるのではなく、何らかの公共的意味の「物語り」を提示し、（その前後の立法者との関係で）競い合う存在として理解される。そのうえで、ある立法政策は、今までの法実践と何を共有し、何において断絶することを選択したのか、その選択の意味は何か、を問いうる、と言う面において、立法を（法的実践とは異なる意味での）解釈学的な営為として位置付けるとする。ただし、少なくとも何らかの「説明」は与えなければならないとはいえ、説明の論拠と方法は限定されておらず、その説明によって相手方が現実的に「説得」される必要はないという意味において、狭義の法実践との比較において『緩やかな』解釈学モデルによる立法の再定位とされる。

このような緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位の特徴の一つとして、単に立法によって変更されるべき法実践の問題とそれへの対処法を示すことでは足りず、既存の（その立法が変更することを意図しない）法実践との整合性も求められていることがある。立法論の視点から見たとき、このような既存の法実践との整合性を求めることをどのように基礎付けるかが問題となる。

以下、このような既存の法実践との整合性を求めることにつき、以下2において、規範論の手がかりとして、憲法学の立場から立法論を論じる見解を、3において、実践の手がかりとして、内閣提出法案（閣法）⁽¹⁹³⁾の作成過程における法案作成担当者の認識を、それぞれ概観したうえで、4において検討を行う。

(193) なお、立法過程における法案として、内閣提出法案と議員提出法案があるところ、以下では、国会で審議される法案の主流を占めるとされる内閣提出法案の作成者の認識を対象とする。立法のプロセスの概要につき、中島誠『立法学〔第4版〕—序論・立法過程論』（法律文化社、2020年）31頁以下参照。

2 規範論からの手がかり—憲法学の視点からの一貫性の要請

西原博史⁽¹⁹⁴⁾は、目的・手段関係に関わる事実命題の検証を課題とする比例原則に基づく審査と、当該法分野の主要な法原理から逸脱する特別法の設定が適切かどうかを問う対応審査の二つの審査方法を区別するフスター(Huster)の見解⁽¹⁹⁵⁾を引きつつ、立法の質を担保する枠組みの柱として、立法府による目的・手段関係の法的統制のほかに、すでに法律によって設定された特定法分野の体系性を踏まえ、違憲立法審査の制度を実質的に立法の一貫性保障に資するものとして運用する可能性を指摘する。

そして、日本における対応審査の手法を用いた最高裁判決の例として森林法判決が引かれたうえで、このような法律上の規範複合の憲法化は、立法に先立って成立するはずの憲法の独立性を内側から掘り崩すことになるため、立法に対して外から枠を設定する条件プログラムとしての憲法の意義を重視する視点からみて厳に慎むべきであるとする。また、ドイツにおいてもこのような一貫性の要請について議論の対象となり⁽¹⁹⁶⁾、一定の意義は認められるものの、その適用範囲は限定されるべきと指摘されたことが紹介される。

他方、西原は、ドイツにおける議論において、一貫性の要請が実際に機能しうるものかどうかを検討する際の指標の一つとして解釈学との整合性が挙げられていることを示し、この点に、立法学を語る上で極めて重要な手がかりがあるとする。

各個別法分野において、すでに立法が積み重ねられ、現在の到達水準があるなかで、新しい問題状況を前にして、伝統的な水準を超えて法的規律を発展させる必要が認められるとき、過去の体系に固執することによって法の発展を妨げることも、過去の体系で構築された法の信頼性を投げ捨てること

(194) 以下の記述につき、西原博史「憲法構造における立法の位置と立法学の役割」同編『立法学のフロンティア2 立法システムの再構築』(ナカニシヤ出版、2014年)30-32頁参照。

(195) Huster Stefan, Rechte und Ziele, 1993, 165-194.

(196) 西原・前掲注194)32頁では、Grezeszick, Bernd, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtssetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL, 71, 55-57に加えて、Lienbacher, Georg, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtssetzung im demokratischen Rechtsstaat, VVDStRL, 71, 18-26が引かれている。

も、いずれも賢明な対処とは思われなかつつ、しかし選択は場合により必要となるとする。そして、このような状況において、伝統的な体系を支えてきた根本的思想性を常に再吟味し、時代の要請に対応しうる道を常に反省的に確保し、その限りにおいて無限の自己批判に導かれた学問的な営為として（憲法を含めた）各法分野で立法学的視点を深めていくことが要請されることになることとされる。

3 立法実務からの手がかり—考慮要素としての一貫性の要請

(1) 中島誠の見解

中島誠は、法案作成担当者が立法にあたっての考慮する要素として、①政策目的の達成、②法手続の尊重、③資源の効率的使用、④関係者・国民の協力の確保、⑤波及効果、⑥個人的利益、⑦組織的利益、⑧政治的要素を挙げ（197）。このうち、本稿の課題との関係で重要となるのが、⑤波及効果についての考慮である（198）。

前述した立法にあたっての考慮要素のうち、①～④（政策目的の達成、法手続の尊重、資源の効率的使用、関係者・国民の協力の確保）は、一定の政策目的を達成するという行政官の職務に直接関連した事項であるとされる。しかし、ある法案が影響を及ぼすのは、その法案が予定している範疇にだけとどまるわけではないものとされ、現在のような複雑化・流動化した社会においては、ある社会事象の発生、あるいはその変化は、それを取り巻く多数の社会現象にさまざまな波及効果を及ぼしており、官僚は、立法の際に、その波及効果を綿密に予想、検討することが求められることとされる（199）。

そして、とりわけ、同種のケースへの波及効果が予想される場合、併せて

(197) 中島・前掲注 193) 51-55 頁。

(198) 以下の記述につき中島・前掲注 193) 53 頁参照。

(199) なお、内閣提出法案の国会への提出プロセスの一つに位置付けられる各省協議の機能の一つとして、法体系の整合性の確保が挙げられ、その具体的内容につき、次のように述べられる（以下の記述につき、中島・前掲注 193) 86-87 頁参照）。我が国の法令は、憲法を頂点に全体として論理一貫した体系を維持しなければならない。そのため、法律の制定・改正・廃止の場合に、それが他の法律のどの部分に形式的・実質的に波及するかを見極める必要がある

対応が迫られることになるのか、論理的に分けて考えることができるのかの検討が重要となる。ここで、官僚が特に危惧するのは、その法案での対応を例外的なものとして位置付けたとしても、そこでの論理が他の同種のケースにも適用されることとなり、それが蟻の一穴となって制度の根幹を揺るがすことにつながらないか、という点であるとされる。その際、(i) 揺るがすことができない制度の根幹に関わる場合、(ii) 論理的に切り分けられない場合、(iii) 制度の根幹を見直す必要性は認識しつつも、関係者の理解と納得が得られていない場合などでは、具体的妥当性と法的安定性との間の衝突となる、とされる。

(2) 福島成洋の見解

福島成洋は、消費者法の作り方にあたっての思考方式として、(個人的な意見としながら)、①政策的な必要性、②新しい法制度の現行法との関係、③法案全体としての見せ方が大事となるとする⁽²⁰⁰⁾。本稿の課題との関わりで重要となるのが、②新しい法制度の現行法との関係についての認識である。

ここでは、新しい法制度の現行法との関係について、憲法との適合性や法律間の矛盾がないことに加えて、法律の基礎にある考え方、思想としても折り合うかどうかにも関心が向けられている。すなわち、ある法律(A法律)の改正に際しては、他の法律(B法律)との関係のみならず、その法律(A法律)の現行法との関係でも整合性が問われるという認識が示され、この局面で法学の出番が大きいのではないかと指摘されている。

4 検討

(1) 規範的視点から

前述2にみた西原の見解によれば、①立法において既存の法体系との一貫性を保つように要請することについて、憲法に基づく立法の拘束の根拠としてはかなり限定的に解されるべきであるとされつつも、一定の規範的意義を

(200) 以下の記述につき、福島成洋=室岡健志=吉政知弘=西内康人=得津晶=丸山絵美子「座談会：消費者法の改正動向を論じる—『消費者法の作り方』総括(2021年春)」丸山絵美子編『消費者法の作り方—実効性のある法政策をめざして』〔福島発言〕(日本評論社、2022年)200-201頁参照。なお同座談会に福島は消費者庁消費者制度課課長補佐として参加している。

認めうるものと解しうる。

また、一貫性の要請を基礎として立法における解釈学との整合性が考慮要素として挙げられること、さらにこのことを敷衍して、伝統的体系を支えてきた根本的思想性を常に再吟味し、時代の要請に対応しうる密を常に反省的に確保し、その限りにおいて無限の自己批判に導かれた学問的営為として立法学的視点を深めることが求められることも示される。このような意味での一貫性の要請は、憲法に基づく立法の拘束の根拠として示されているのではない。しかし、憲法理論としての規範的基礎を淵源とした立法に関する学問的営為として示されている。このような学問的営為を構想することにより、憲法の許容する枠内において、複数の法領域にまたがる場面も含めて、既存の法実践との整合性を立法に対して求める「緩やかな解釈学モデル」に、規範的基礎を与えうると言い得よう⁽²⁰¹⁾。

(2) 立法実務の視点から

前述3にみた通り、立法実務においても、立法に際しての考慮要素として、政策目的の達成と並んで、既存の法実践との整合性が挙げられている。さらに、そのような考慮を行うにあたって、具体的妥当性と法的安定性との間の衝突が起こりうる場合のあることも指摘されている。

本章第2節6にみた通り、緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を通じて、立法者が提示すべき公共的な根拠として、立法によって変更されるべき法実践の何が問題であったかを説明すると同時に、その立法によって変更されることが企図されていない既存の法実践との整合性を図ることを求めることになる。このような緩やかな解釈学モデルは、立法に際しての考慮要素として、政策目的の達成と既存の法実践との整合性の両者を含める立法実務のあり方を基礎付ける理論的枠組みを提供しうる。

さらに、説明の論拠と方法は限定されていないという意味で「緩やか」で

(201) なお、本節2に見た通り、西原は、森林法判決を、対応審査的手法を用いた裁判例として示している(西原・前掲注194)31頁)。この点について、第2章における本稿の考察に基けば、森林法判決は法律上の規範複合の憲法化を行っているものではないと解されることになるため、対応審査的手法を用いた裁判例として位置づけることは適切ではないということになる。

あるとはいえ、立法における法実践を解釈学的営為として捉えることにより、その立法の公共的な説明のための(数多ある)手法の一つとして、法解釈学において錬磨されてきた手法をも取り込むことも基礎づけうることになる。これにより、立法における具体的妥当性と法的安定性の間の衝突が起きた際に、立法の具体的妥当性を基礎付ける社会的諸事情(さらには、それらについての自然科学・社会科学による分析に基づく記述的・規範的帰結)の持つ意義を、法体系全体の視点から明確化することができ、それらの議論を整理して適切な調整へと導く可能性を広げうるものと考えられる。

以上のように、「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想を採用することを通じて、このような立法実務の現状を説明するための適切な枠組みを提示することができる。また、そこで示される課題にも適切な方向性を示すことができるモデルとして位置づけうることも明らかとなろう。

第4節 法解釈方法論の視点からの検討

1 検討の視角

藤谷が緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位という枠組みを示すにあたって示していた問いは、「法学(あるいは法学者)は、いかにして《立法の質》を語りうるか」「実定法学者が(特に「法政策学」と呼ばれる思考枠組みにおいて)「立法」について語るという営みはいかなる意味を持ちうるか」というものであった⁽²⁰²⁾。そのため、その対象が「立法」に向けられていることは明らかである。

しかし、藤谷は、緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位を行うにあたって、立法と解釈の不可分性を強調する⁽²⁰³⁾。また、政策と法、あるいは立法論と解釈論を峻別しようとする伝統的な法学の立場に対して、解釈方法論のあり方によって、制定法の意味、立法過程のあり方、さらには立法の質それ自体にも影響が及ぶとする理解も示す⁽²⁰⁴⁾。このような理解からすれば、緩やかな解釈学モデルによって立法を把握することは、そのような立法によって

(202) 前述(2)(a)参照。

(203) 前述(2)(c)参照。

(204) 本章第2節4参照。

制定された法の解釈のあり方についても影響を及ぼすこととなろう⁽²⁰⁵⁾。そのため、「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想を採用することについては、この構想をどのように解釈論と接続するのか、という点について、法解釈方法論をめぐる従来の議論に照らした検討を行うことも必要となる。

法解釈方法論については、立法者意思と制定法意思のいずれに解釈の照準を合わせるべきかにつき、主観説と客観説の対立を軸とした議論の蓄積がある⁽²⁰⁶⁾。以下 (b) において、主観説と客観説の対立を軸とした法解釈の目的・目標をめぐる議論を概観したのち、(c) において、「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想における立法論と解釈論との接続のあり方について検討を加える。

2 法解釈の目的論の概要

制定法の規定の意義・意味内容を確定する作業としての解釈（いわゆる狭義の解釈）については、主観説と客観説の対立を基礎として議論が行われてきた⁽²⁰⁷⁾。

主観説とは、終局的な解釈目標、つまり制定法の実質的内容は、歴史的立法者の過去の一度限りの意思により規定されるものである、とする立場とされる。

他方、客観説とは、制定法の実質的内容は「制定法の意味」と呼ばれる客観的な意味としての制定法自体の内に、つまり制定法の「文言」の中に宿つ

(205) 民法の解釈について論じる西内康人「民法の解釈—紛争解決と社会統制の関係を巡る理解の試み」民商 158 巻 3 号 123 頁 (2022 年) は、立法論と解釈論の関係について藤谷・前掲注 4) が有益であると指摘する。

(206) 法解釈方法論の目的・目標について、磯村哲「法解釈方法論の諸問題」同編『現代法学講義』（有斐閣、1978 年）85 頁、広中俊雄『民法解釈方法論に関する十二講』（有斐閣、1997 年）4 頁、青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007 年）468-493 頁参照。また、近時の状況の整理として、川濱昇「経済法解釈の特徴について—競争法におけるルールとスタンダード」山本敬三＝中川丈久編著『法解釈の方法論』（有斐閣、2022 年）129-133 頁参照。

(207) 以下主観説と客観説の概要についての記述は、青井・前掲注 206) 469 頁による。なお、広中・前掲注 206) 4 頁は、「客観的解釈」「歴史的解釈」の語を用いる（その理由につき同 5 頁注 1) 参照）。

ているとする立場とされる。客観説に立つ場合、その客観的な意味は、歴史的立法者の「主観的」な考えや意思から独立した「客観的」な精神の一成分であり、自由に運動し発展していく可能性を有するものとされる。

この二つの見解のうち、主観説に対しては、立法者の予見しえなかった諸事実を生ぜしめるものを含む社会的諸現象の変動に対応することが難しいとの批判が示され、他方、客観説に対しては、結局解釈者の願望・目的を読み込むことになってしまうとの批判が示される⁽²⁰⁸⁾。

現在の議論において、主観説・客観説のうち、客観説が優勢であるとされる⁽²⁰⁹⁾。しかし、以上の両説は、対極的な主張の根幹の総意を最も理解しやすいように構成した理念型としての側面を有しており、最近では、一方の基本学説により強く傾斜しながらも、他方の学説の要素を何らかの仕方に取り込み、その弱点を補強する試みがしばしば登場し、多様な形の混合型が生じているとされる⁽²¹⁰⁾。日本においても、立法者意思を含めた制定時における社会的諸条件に基づいた解釈(歴史的解釈)を起点としながらも、それによらない客観的解釈(さらには発展的法形成)が認められる段階を認めるというかたちで、主観説と客観説が組み合わせる見解が有力に示されている⁽²¹¹⁾。

3 主観説と客観説のそれぞれから見た緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位

(1) 主観説・客観説のそれぞれからの考察の必要性

前述2にみた法解釈の目的(対象)の議論の現状からすれば、理念型としての主観説と客観説の中間に、立法者意思を含めた歴史的解釈と、客観的な法律意思(統一体としての法の目的(意図))⁽²¹²⁾を基礎に置く客観的解釈とを

(208) 磯村・前掲注206) 90-92頁、広中・前掲注206) 4頁参照。両説の根拠づけも含めた両説の対立について詳細には青井・前掲注206) 471-483頁参照。

(209) 青井・前掲注206) 471頁、川濱・前掲注206) 131頁参照。磯村・前掲注206) 90頁は客観説が通説的地位を占めると評する。

(210) 青井・前掲注206) 476頁、川濱・前掲注206) 131頁参照。なお、混合型の分類の例として、青井・前掲注206) 476頁注13)参照。

(211) 磯村・前掲注206) 94-95頁、広中・前掲注206) 23頁注2)、広中・前掲注109) 65-67頁、青井・前掲注206) 488-490頁等参照。

(212) 川濱・前掲注206) 129-130頁注14)は、客観説の目的を法律意思の探究と呼ぶことがある点について、「条文の意味は法の全体構造に照らして統一体として見出さなければ

組み合わせた解釈のあり方が模索され続けている、と評価できる。この評価に基けば、主観説と客観説のいずれか、あるいは歴史的解釈と客観的解釈のいずれかに適合的な解釈方法論でなければ正当化されないとはいえないこと、および、歴史的解釈と客観的解釈の組み合わせとして具体的・説得的な枠組みを提示できているかという視点から、法解釈方法論としての採否を論じうることを、をそれぞれ示しうる。

そこで、以下では、緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位という構想について、主観説・歴史的解釈の視点と、客観説・客観的解釈の視点のそれぞれから解釈論としての意義について検討を加えたい。両者の組み合わせとしての具体的・説得的枠組みを、相互に適切に包摂し合う形で提示できているかについて考察を加える。

(2) 主観説からの検討

まず、主観説あるいは立法者意思を含めた歴史的解釈の視点から見た場合、緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位という構想を採用することにより、立法者による立法政策の（公共的）根拠の提示を、解釈学的営為としても把握することが可能となる点に意義を認めうる。すなわち、この構想を採用することにより、ある立法政策がそれまでの法実践と何を共有し、何について断絶したのかを問うという面において、立法を解釈学的営為と捉えることが可能となる⁽²¹³⁾。これにより、その立法について、立法時において示された政策的根拠や社会的諸条件を、日本法体系全体の視点から整序し、統一体としての法の目的（意図）を基礎とした（客観法的）解釈論に接続する基礎を築くことが可能となる。

さらに、説明の論拠と方法が限定されていないという意味で「緩やかな」解釈学モデルにおいては、民法、行政法といった既存の法学の領域に限定し

ならないという前提で、当該法が統一体として追求すべき目的（意図）を措定して解釈を施すのが常道となろう。また、その目的（意図）を法律意思と呼ぶということになろう。もっとも、法律意思という擬人化表現はかえって意味が曖昧なものとなるので本稿ではこの表現は用いない」とする。本稿においてもこれに倣い、以下では「統一体としての法の目的（意図）」という表現を用いる

(213) 本章第2節6参照。

た理論体系のみならず、日本法全体を対象とした体系的視点からの考察も可能となる。

(3) 客観説からの検討

他方、客観説あるいは客観的解釈の視点から見た場合、緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位において、立法者による公共的根拠の提示を公共的意味の『物語り』の提示として捉え、その前後の立法者との関係で競い合う存在として理解することが重要な意味を持つ。この理解を基礎とすることにより、立法時の立法者意思を基礎とする解釈を、統一体としての法の目的(意図)を基礎とする解釈と競い合うことできる存在と捉えるための途を開くことが可能となる。

すなわち、緩やかな解釈モデルによる立法の再定位によって、立法時の立法者意思の意義は、他の時点での立法との関係で相対化される。そして、立法時の立法者意思が相対化されるという点に着目をすれば、他の時点での立法との関係にとどまらず、法適用時における統一体としての法の目的(意図)との関係でも、その相対化は意義を有するということができる。このような理解からすれば、緩やかな解釈学モデルに基づいて、立法時の立法者意思に基づく(主観法的)解釈と、法適用時における統一体としての法の目的(意図)に基づいた客観法的解釈とを競い合う存在として把握するための理論的基礎を構築することが可能となる。

さらに、説明の論拠と方法の限定されていない「緩やかな」解釈学モデルであるため、「統一体としての法の意図(目的)」を論じるにあたっては、既存の法学の領域を跨いだ解釈を論じる基礎も提供することが可能となる。

(4) 緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位による主観説と客観説の組み合わせ

以上のように、緩やかな解釈モデルによる立法の再定位という構想は、主観説において本質的要素として求められる立法者意思への考慮も、客観説において本質的要素として求められる統一体としての法の目的(意図)への考慮も、いずれをも、適切に包摂できると評価しうる。

まず、この構想においては、上述(2)に示した通り、主観説において解釈の基礎となる立法時の立法者意思を解釈学的営為によって把握することを

通じて、立法時の統一体としての法の目的（意図）を基礎とする客観説的な解釈論との接続を図ることができる。すなわち、立法によって決断されたそれまでの法実践との（ある範囲における）断絶と（その他の範囲における）共有を反映させた形で、いわば立法によって更新（アップデート）された統一体としての法の目的（意図）を観念することが可能となる。そのため、立法時において、このような統一体としての法の目的（意図）を基礎とした客観説的解釈を行うとしても、その解釈には、立法者意思が反映された統一体としての法の目的（意図）に基づく解釈が行われる、という形で、主観説的解釈が包摂されていると理解することが可能となる。

他方、そのように立法時の立法者意思を包摂する形で把握される立法時の統一体としての法の目的（意図）は、前述（3）に示した通り、他の立法時点での（解釈論と接続の図られた）立法者意思と競い合う存在として把握されるだけでなく、法適用時における統一体としての法の意思（目的）との関係でも相対化される。そのため、法適用時において客観説的解釈を行うとしたとき、立法時における統一体としての法の目的（意図）と、法適用時における統一体としての法の目的（意図）を競い合わせる、すなわち、法適用時において立法時からの変化も踏まえて前者と後者を比較し、いずれが正当と解しうるかという形で解釈論を展開することができる⁽²¹⁴⁾。この意味において、法適用時においても、主観説的解釈の基礎となる立法者意思を包摂したかたちで、統一体としての法の目的（意図）を基礎とする客観説的解釈論を展開する基礎が構築される。

また、前述（2）および（3）に見た通り、主観説・客観説のいずれの説の立場からも、独立した法領域として体系的に理論が構築されている個別の法領域を超えて、日本法体系全体を視野にいれた解釈目的論を展開する基礎

(214) なお、以上のような解釈論の理解をするとしても、解釈論を用いる主体が国家機関である場合には、憲法上の制約を回避することはできない。例えば、佐藤幸治の示す憲法上の司法権の法原理部門としての理解（本稿第2章第3節2（2）（e）（7）参照）に基づけば、裁判所は政策的決断を行うことはできないという制約のもとで法解釈を行う必要がある。そのような拘束を受けない弁護士等の法曹実務家や法学研究者の立場に立ったとしても、裁判における法解釈を論じる場合には、そのような憲法上の制約を裁判所が受けることを認識したうえで解釈を論じる必要があろう。

を見出すことができる。

以上のような緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位という構想は、理念型としての主観説と客観説の組み合わせのあり方の一つを、それぞれの理念形を相互に適切に包摂させ合う形で具体的・説得的に提示しているものと評価できよう。

第5節 考察—立法論と解釈論の緩やかな連環

本章においては、憲法に基づく拘束のない状態において複数の法領域が関連する場合のそれぞれの法領域における法理論の相互関係を論じる理論的基礎として、藤谷武史の示す「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想を位置付ける可能性について考察を加えてきた。

その結果として、立法論の視点からは、規範的根拠の視点からも、実践的有用性の視点からも、このモデルが正当化しうることができることが示された⁽²¹⁵⁾。また、解釈論の視点からも、理念型としての主観説と客観説の組み合わせのあり方として相互に適切に包摂し合うかたちでの一つを具体的・説得的に提示している、という意味で、やはり正当化できることが示された⁽²¹⁶⁾。

さらに、以上のような立法論と解釈論のそれぞれからの考察を合わせてみると、次のような立法論と解釈論の関係を見出すことができる。

すなわち、立法論の視点からは本章第3節4(2)に見た通り、立法を基礎付ける公共的な説明のための手法の一つとして法解釈学において錬磨されてきた手法をも取り込むことが基礎づけられる。このことは、その立法の対象となっている問題についてその立法時前に解釈理論として論じられてきた内容を、立法論における立法政策的根拠の一つとして、立法の具体的妥当性を基礎付ける社会的諸事情と並ぶ位置付けを与える基礎を構築するものと評価できる。また、その立法が変更することを目的とする法実践について、解釈理論として展開されてきた議論を参照することにより、当該立法によって変更される法実践の内容が明らかになるとともに、当該立法によって変更さ

(215) 本章第3節参照。

(216) 本章第4節参照。

れない法実践との体系的整合性の確保をはかるための有益な知見をもたらすことも可能となる。

他方、本章第4節3に見た通り、この「緩やかな解釈学モデルによる立法の再定位」という構想によって、立法者意思に基づいて立法時に更新された統一体としての法の目的（意図）と、法適用時における統一体としての法の目的（意図）に基づいた解釈を競い合う存在として把握するための理論的基礎を構築することが可能となる。このことによって、立法論として論じられている内容を解釈論に結びつける基礎が構築されるものと評価できる。そして、このように競い合い錬磨されていく解釈論は、前述の通り、その後の異なる時点における立法についての立法政策的根拠の一つとしての位置付けが与えられる。

以上のように、緩やかな解釈学モデルによって立法を再定位することを通じて、立法論から解釈論への緩やかな接続、そして解釈論から立法論への緩やかな接続がそれぞれ実現され、その結果として、立法論と解釈論の「緩やかな連環」が形成される。このような立法論と解釈論の緩やかな連環を根拠づけうるこの構想は、異なる法領域における実定法理論を、立法論の視点からも、解釈論の視点からも、それぞれ共通の視座から分析することを可能にする。立法の頻度の差違などを含めて、異なる法領域においては立法論の位置付けに違いが見られる点にも鑑みたとき、このような立法論と解釈論の緩やかな連環という共通の視座からの分析を可能にする緩やかな解釈学モデルは、異なる法領域におけるそれぞれの法理論の関係を比較して論じるための理論的基礎を適切に構築しうるといえよう。

(以下次号)

(本研究は JSPS 科研費 21K01246、19H00571 の助成を受けたものである。)

(本学法学部教授)