

(1) 本書全体の概要

本書は、題名にもかかわらず財産権だけを主題とするものではなく、営業の自由の規制や生存権の保障等、総じて「福祉国家」に直接・間接に関わる諸問題を、主として経済的自由権の保障と制限の観点から検討を加えたものである。本書の主題は、書名が示すように、財産権保障の論理が貫徹されるべき領域を確定することにあるが、それは、市場主義の名の下に、財産権保障が自由一般と等置されて怪しまれることのない最近の社会状況を念頭においてのものであって、財産権の保障を説くことを目的としているわけではない。いいかえれば、本書は財産権保障の論理が貫徹される場面を限定することを説くものなのである。より具体的にいえば、規制緩和論等の現実に行われつつある政策との関係において、財産権をはじめとする経済的自由の保障と制限のあり方を、実証的および理論的観点から明らかにすることを主たる目的としている。

全体の構成は、序章を含めて全8章からなるが、序章で本書全体を貫く視点を示し、1章で社会経済構造の改革論やそれに同調する憲法学説等が描き出す戦後日本社会の像が、実は虚像であることを実証的に示す。2章では、そうした議論が昨今の改憲論にどのように接続しているかを論じ、経済的自由権の厳格な保障を説く議論が、実は日本型福祉国家の解体を目指していることを明らかにする。以上が本書における現状認識部分であるとすると、3章と4章は、社会経済構造の改革論を支える理論としてのリバタリアニズムを原理的に批判しつつ、「財産権の領分」を理論的に検討することにあてられている。

上記のように、序章から2章においては、日本型福祉国家の実像が、いわれるような「大きな政府」ではなく、市場経由の「小さな福祉国家」であったことを実証的に論じたが、他方、リバタリアニズムは、既存社会の中で現実を受容されてきた考え方ではない。その意味で、3章以下では、現実に社会のルールとなっているわけではない考え方を批判的に考察することになるが、いわゆる市場主義は構造改革論議の中心テーゼのひとつであり、それを理論的に徹底させた議論がリバタリアニズムであることから、リバタリアニズムを理論的検討の対象とした。現実の社会でリバタリアニズムを徹底させることはほとんど不可能であるとしても、市場主義を支える原理論としてそれを理論的に検証することは、現実の政策を批判する際の視点（理論からの偏差で現実の政策を評価できる）を提供することになるはずである。

以上に加えて、3章・4章で目指したことは、戦後憲法学説における隠れたリバタリアニズム的傾向を析出し、それが場合によっては無意識のうちに構造改革論議に接続している点を理論的に析出することであった。それゆえ、2章までと異なり、もっぱら理念型としての市場主義を、とりわけ自己決定権論議との関連で検討の対象としたわけである。ちなみに、3章では戦後憲法学の基本的傾向を、4章ではいわゆるリベラリズム憲法学をリベラリズムとリバタリアニズムの異同という観点から理論的検討を加えているが、そのことに示

されるように、実はリバタリアニズムそれ自体よりも、戦後憲法学の位置を問うことが 3 章・4 章の目的であった。

続く 5 章と 6 章では、アメリカとカナダという、一見すると「英米圏」と一括されがちな、しかし実際には財産権保障について対照的な態度をとる国の議論の一端を検討することで、財産権保障をめぐる比較法的検討を行った。アメリカ合衆国における議論（5 章）については、チャールズ・ライクの「新しい財産権」をとりあげている。この学説の存在自体は日本でもよく知られているが、その意義については実は必ずしも十分に検討されてきたとはいえない。そこで 5 章では、ライクの議論とそれに批判的なリバタリアンであるエプスタインの議論を比較対照させることで、アメリカ合衆国における福祉国家論の一典型であったニューディール・リベラリズムに対する両者の対応を明らかにしつつ、その今日の位相を明らかにすることを目的とした。

他方、6 章では財産権条項を意識的に排除したカナダ憲法を検討対象としている。自己所有権論を前提とするリバタリアニズムによれば財産権は自然権であるが、近代立憲主義の系譜に連なるカナダ憲法が、財産権条項を持たないという「自然でない」選択を行ったことは、あたかもアメリカン・グローバリズムが唯一の公準であるかのように語られる今日の社会で、そうした論調に対する間接的反証になるであろう。のみならず、それぞれの社会にはそれぞれの文脈に応じた選択があるということを示すことで、7 章で検討する日本型福祉国家の再建という選択が、グローバル・スタンダードに反するナンセンスなものであるわけではないことを示唆することも 6 章の目的である。

第 7 章では、以上の議論を踏まえて現時点における暫定的な結論として「日本型福祉国家」の再建を論じた。もちろんそれは、単純な復帰を説くものではない。いわゆる企業社会をそれとして復活すべきであると論じることは、戦後憲法学における「法人の人権」論批判を無にするものでもあろう。本章の主眼は、既存の社会をそのまま維持すべきだと論じることにではなく、日本社会の文脈の中で生まれた市場経由の「小さな福祉国家」を単純に破壊すれば、剥き出しの市場主義を肯定することになるが、それは日本国憲法の選択と適合的でないということを示すことにある。本章の最後で論じた復権の道筋は、日本国憲法に適合的な「再建」のアウトラインにすぎず、それを具体的に検討することは今後の検討課題である。以下、各章の概要を述べる。

序章 社会経済構造の改革は憲法学の主題たりうるか

上記タイトルが示すように、憲法学においては、裁判所は経済政策について審査能力をもたないという理由で、事実上、憲法論の領域から放逐されてきた。例えば、規制緩和の是非を論じることは憲法論の領域に属していないというのである。そうした理解を支えてきたのが、小売市場判決や薬事法判決で示され、学説が定式化した規制二分論であり、とりわけ積極規制類型であった。しかし、今日では規制容認論としての規制二分論に対しては、規制緩和論の観点から反論がなされ、それを積極的に基礎づける憲法学説もあらわれ

ている。これに対し、本章では本当に「規制」がもつぱら政策問題であり、憲法規範論の対象たりえないのかどうかについて、具体例をあげながら反証を試みた。その際の基本的視点は、立法裁量は自由裁量ではなく、経済政策もまた憲法規範によってき束されうるといふ、少なくとも抽象的には憲法学にとって当然の命題を、たとえば耐震構造の偽装という問題を通じて確認した。

第1章 日本国憲法と社会経済構造の改革

本章では、護送船団方式と揶揄されてきた戦後日本の経済運営が、今日では経済発展の桎梏となっているからそれを解体することが焦眉の課題であるという議論と、それに照応した法律学からの規制二分論批判（たとえば「見えない憲法」論）が、いかに事実を反しているかを論じた。もちろん、戦後日本の政府主導型の経済政策は、いわれるような側面を有してもいたが、しかし、少なくとも日本経済の要となってきた大企業に関していえば、それは事実を反し、むしろ規制緩和を進めれば進めるほどとも「自由」であった大企業の自由を一層強化し、弱肉強食型の市場主義を帰結する。それは、少なくとも日本国憲法の理念のひとつと戦後憲法学が理解してきた生存権保障を中核とする福祉国家的理想に適合しないはずであるし、何よりも立論の基礎が虚構の上に築かれている点で、正当とはいえないということを指摘した。

他方、戦後憲法学の中でも、福祉国家に対して批判的スタンスを貫く立場からは、欧米的福祉国家を念頭において、自由の剥奪者とでもいふべきイメージの下で、その批判が語られてきた。しかしながら、実際に形成された日本型福祉国家は、必然的に国家権力の増大を伴う（大きな政府を伴う）福祉国家ではなく（現実には国家権力の増大を伴ったとしても、それは福祉国家理念と直結するものではない）、小さな福祉国家であった。それゆえ、西欧型福祉国家モデルを前提に福祉国家批判を行うと、結局のところ主観的意図とは異なり、小さな政府の実現を説く構造改革論に根拠を与えることになりかねない。それはしかし、小さな政府をさらに小さな政府にすることを意味する。それゆえ、日本における福祉国家の原理的批判は、日本型福祉国家を念頭において行わなければならないというのが、本章におけるもうひとつの指摘である。

つまり、日本型福祉国家の解体は、主として規制緩和を通じて実行されるが、これに戦後憲法学の伝統的スタンスである「人権」を対置しても、福祉国家解体の手段である規制緩和を推進するだけなのである。序章で論じたように、ある種の規制を根拠づけるためには、人権保障を前提としつつも、政府権力の行使を基礎づけるある種の権力論が必要となるが、これが立憲主義憲法学にとって鬼門であることはいままでもない。本章ではこうした問題状況を、戦後経済政策の実証研究を手がかりにしつつ、他方で戦後憲法学における理論的営為をも視野に入れながら指摘したわけである。

第2章 改憲構想における生存権と社会保障

1章で検証したように、社会経済構造の改革論議がもたらす実際の効果は、日本型福祉国家の解体である。従来の改憲構想において、憲法25条がほとんど議論の対象とされてこなかったのは、そもそも憲法25条の権利性が否定されてきたことと同時に、社会経済構造の改革によって、わざわざ憲法25条を改正しなくても、同様の目的を達成できるからである。もちろん、いくつかの改憲論において25条の改正も説かれてはいるが、それらは実際には経済的自由の野放図な貫徹を説くだけで、真剣な理論的検討に値する案となりえていないのは、そうした事情による。本章では、以上のような点を指摘しつつ、こうした隠れた改憲構想に対抗するという観点から福祉国家再建の道筋を示し、序章で論じた立法裁量をき束する憲法論の原型を提示した。

第3章 日本国憲法と「市場主義」の権利論

本章で明らかにしたことは、憲法学における通説的見解が人権の根幹に位置づける自己決定権が、実は19世紀的自由放任主義（＝市場主義）を基礎づける原理を背景としていくること、そのことに無自覚なままに憲法学が自己決定権を称揚し、あるいは福祉国家に否定的な構造改革論批判を行っても自己矛盾に陥るだけだ、ということである。すなわち、本章では、肯定的にのみ把握されてきた自己決定権の負の側面を、経済的自由権との関係において理論的観点から明らかにすることに関心が向けられている。そのことは同時に、一方で自己決定を強調しながら、他方で経済的自由権の制限を当然の前提として怪しむことのなかった戦後憲法学の矛盾をつくことでもあった。

第4章 「リベラリズム憲法学」の行方

しかし自己決定権を全面否定することは、近代立憲主義の否定につながりかねない。自己決定権の負の側面（市場主義を導くこと）を取り除きつつ、「個人の自律」を積極的に押し進めることは可能かどうかの検討に着手したのが本章である。その際の基本的視点は、リベラリズムとリバタリアニズムの異同であるが、ここでの最終的な目的は、自己所有権テーゼの含意を批判的に検討することを通じて、リベラリズム憲法学の位相を検証することと、3章で提起した「市場主義と自己決定権、そして自己所有権の連環を切断する」という課題への解答の一端を見出すことであった。後者については、自律と所有の観念を法理論に切断することで可能となるというのが、本章での一応の結論であるが、現在さらにこの点を検討する論文を執筆中である。

第5章 アメリカ合衆国における財産権概念の「変容」

本章では、チャールズ・ライクの「新しい財産権」論を軸に、リバタリアンのリチャード・エプスタインとの対抗関係も視野に納めつつ、他方で日本の生存権的財産権論を横軸において、福祉国家における財産権保障問題を検討した。ライクは、福祉受給権等を「新

しい財産権」と観念し、主としてその手続的保障を論じることで、生存権条項を持たないアメリカ合衆国憲法において実質的な生存権保障を観念しようとしたというのが、日本でもアメリカでも一般的な評価だが、実はそれだけでなく、ライク自身がリバタリアンとは異なる視点からニューディール・リベラル型の福祉国家を批判する議論を展開していたのである。そうした理解は、日本の生存権的財産権論に接続する面を有しているが、日本における現在の改憲論は、財産権の制限を強調しつつ、営業の自由の制限には全く言及しない傾向があることに鑑みると、これは依然として重要な指摘である可能性がある。ただし、前章で言及したように、私自身は生存権的財産権論とは異なる論理で、自律のための権利保障を構想してみたいと考えている。

第6章 カナダ憲法における財産権条項の欠如

カナダ憲法は、西欧型近代立憲主義の系譜に属するにもかかわらず、憲法典には財産権を保障する条項が存在しない。その理由は必ずしも単純ではないが、煎じ詰めれば、「少なくとも今日では財産権が人権であることを憲法上承認しても、総合的にみれば人権保障に資することは何もない」という認識にある。こうした考え方は、戦後憲法学の財産権条項に関する到達点であるところの、財産権＝生存権という定式、すなわち個体的所有論と真っ向から対立する。カナダの選択は、本章で論じたように、実際にはさまざまな政治的妥協の産物であって、純粹理論レベルでの決断ではないが、それにもかかわらず表象として「財産権条項を持たない憲法」が現実社会に与えた影響は少なくない。実際、イスラエル憲法や南アフリカ憲法は、制定に際してカナダ憲法を基準のひとつとしている。もっとも、5章の概要で言及したように、日本の現状では、改憲論が個人の財産権の制限を強調するので、カナダの選択を強調することは、逆に人権保障の弱体化につながる可能性をはらんでいることも忘れるわけにはいかない。

第7章 財産権の領分

本章は、主題に関するこれまでの私の研究の中間総括としての意味をもっている。検討の中心となるテーマは、日本国憲法における政府と市場の役割分担であるが、すでに繰り返し論じてきたように、今日では市場主義財産権論のような政府の市場に対する役割を全面的に否定する議論が大手を振ってまかり通っている。本章では、これを理論的に反駁しつつ（本章では、これまであまり検討対象としてこなかった日本における代表的リバタリアンである森村進の財産権論を検討対象としている）、市場主義が否定する福祉国家を「再建」するための方向性を模索した。本章の暫定的結論は、政府の役割は、多元的な自己決定を保障すべく条件整備を行うことであり、それを実現すべく討議を重ねる役割を自己決定の主体としての市民が担うという「二重の民主化過程」を通じて福祉国家の再建が図られるべきであるというものである。

以上。