

## 中島徹氏博士学位申請論文審査報告書

早稲田大学大学院法務研究科教授中島徹氏は、2007年6月27日、その論文『財産権の領分』を早稲田大学大学院法学研究科に提出して、博士（法学・早稲田大学）の学位を申請した。後記の審査員は、同法学研究科の委嘱を受け、この論文を審査してきたが、2008年5月30日、審査を終了したので、ここにその結果を報告する。

### I 本論文の構成と内容

本論文は、日本国憲法29条の財産権、22条の職業の自由の保障を中心とする経済的自由について、その憲法上の保障の意義と問題点、憲法学説および判例の解釈の意義および問題点を、戦後日本の経済史および経済学をも参照しつつ解明し、とりわけ1990年代にはじまる規制緩和および市場主義に対して、日本国憲法における経済的自由および財産権保障の社会的制約性、そしてまた、福祉国家による社会保障の観点から批判的に考察したものである。

本論文は、序章を含め、全8章から成る。序章「社会経済構造の改革は憲法学の主題たりうるか」、第1章「日本国憲法と社会経済構造の改革」、第2章「改憲構想における生存権と社会保障」、第3章「日本国憲法と『市場主義』」、第4章「『リベラリズム憲法学』の行方」、第5章「アメリカ合衆国における財産権概念の『変容』」、第6章「カナダにおける財産権条項の欠如」、第7章「財産権の領分」、である。

まず、序章においては、構造改革論および規制緩和論が憲法学の主題たりうると論じつつ、その憲法上の視点が経済的自由規制論と福祉国家論にあることが指摘される。学説・判例は経済的自由の社会的制約性を承認しつつも、現在では判例は積極規制の政策的制約を広く認める「規制二分論」を放棄し、学説も薬事法での距離制限規制違憲判決の経済規制違憲論を支持しているので、この立場からは規制緩和は支持される余地があり、かかる視点から経済規制は憲法問題たりうるとする。だが、著者は、それとは逆の意味で、規制緩和

和が憲法問題となると説く。すなわち、経済的自由の社会的制約性の論理は、社会的権力の規制と弱者保護の思想を含み、それは福祉国家の思想に連なるが、規制緩和は社会的弱者保護のための経済規制を解体させ、また、民営化は国家の役割を減少させるために消費者・一般国民へのサービス低下をもたらすおそれが強い。そこで著者は、日本国憲法の生存権の保障と福祉国家の原理を積極的に評価すべきであるという立場から、経済の規制緩和と市場主義を批判的に検証していくことの必要性を説くのである。

第1章では、構造改革論ないし規制緩和論が、福祉国家の観点から批判的に考察される。日本の福祉国家および福祉国家論の特質として、1970～80年代の福祉国家の現実、社会保障支出を低く抑えた「小さな福祉国家」であり、福祉国家論も個人と国家の緊張関係の解消という「福祉国家論者」の説く共同体的福祉イデオロギーとは別のものであったという指摘がなされる。また、構造改革論の説く「官僚支配の解体」論に対して、著者は、戦後の経済政策の展開過程において官僚による経済統制は必ずしも一般的ではなく、むしろ、市場主義に基づく企業の自由と厳しい企業間競争が経済秩序の根底をなしていたと論ずる。そして、「護送船団方式」や「競争制限的経済規制」をその特徴とする「見えない憲法」論を批判し、実際の経済活動では「見えない憲法」は成立しておらず、この議論はむしろ市場原理と結びつくものであって、日本国憲法の本来想定する経済的自由および福祉国家の構想と矛盾すると論難する。さらに、著者は、日本の福祉国家の実態は、国家による社会保障という西欧型のモデルではなく、自由市場の展開によって福祉が確保されるという、市場によるセーフティネットと「小さな政府」による福祉であり、この実態は日本国憲法の福祉国家に適合的であったと説く。したがって、著者は、構造改革論が日本型の「小さな政府」の福祉国家を突き崩す方向で進んできたときに、それに対抗するために、「小さな福祉国家」を再建し、憲法25条の規範性を構築することを選択するのである。

第2章では、憲法25条の生存権規定の改正論が批判的に考察される。通説・判例によってプログラム規定と解されている憲法25条を改正する実際上の必要は見出されないにもかかわらず、改憲論では、憲法25条について社会保障における「国民の責務」、「自己責任」

が強調されている。だが、著者は、福祉と「自己責任」とは本来両立せず、自己責任の強調は福祉の縮小につながると主張する。著者によれば、日本の福祉国家は政府の社会保障が大きくはない「小さな福祉国家」であり、政府の社会保障負担を事実上企業が肩代わりしてきた。そのような日本型福祉国家において、福祉の「自己責任」を説くことは、企業の負担を軽減させる一方で、実質的に福祉の縮小になると批判する。そして、日本型福祉国家を再建するためには福祉の財源確保が必要となり、その際には、自己責任ではなく、むしろ法人税の強化を含む租税政策が必要となると説くのである。

第3章では、「市場主義」に基づく権利論が考察の対象とされる。とりわけその有力な思想的根拠となっているリバタリアニズムの思想、その「自己所有権」テーゼが批判的に検討される。「自己所有権」テーゼとは、自己の身体とその処分の自由（たとえば眼球や臓器の所有）を前提に、その身体の自己所有の延長上に、労働の産物である私的所有権を置くことによって、私的所有権を正当化する論理である。著者は、身体の自己所有が認められるとしても、そこから財産の自己所有を導出するのは論理の飛躍であると説く。他方、財産権が市場の存在を前提とする後国家的存在であることを理由に財産権の自然的権利性を否定する見解に対して、財産権が自然権たりうるという立論も可能であり、市場も財産権も政府の規制を前提としていることを指摘するのみでは、経済的自由権の市場主義的理解を否定するには不十分であるとする。また、さらに憲法学説が市場主義に対して不明確な態度をとっているのは、市場主義を無自覚なまま許容していることの表れであると批判する。戦後憲法学は、「強い個人」の「自己決定権」を認めるが、その自己決定権が自己所有権テーゼと結びつくために、市場主義の論理を抱え込まざるをえなかったのである。

第4章では、リベラリズムとリバタリアニズムとが根底において「国家の中立性」という同質の基礎に立っているにもかかわらず、それがなぜ異なった帰結へと到達するのかが考察される。著者は、「国家の中立性」と「自己決定」が密接に関係するとしても、そこでの自己決定の内容を「自律的」と考えるか、個々人の自由な「自己決定」を重視するかによって違いが生じると説く。また、各個人の自律的な存在が自己所有権論と結びつくとき、リ

ベラリズムからリバタリアニズムが分化することになり、自己所有権から自然権的な財産権保障が導き出されることになると論ずる。しかし、著者は、自己所有権論にいう自己決定＝自律の観念から財産の所有をも導出できるかどうか疑問を提起し、その連関を断ち切らなければならないと論ずる。すなわち、自己所有権は、身体に対する自己所有に限定され、財産に対する自己所有を根拠づけるものではないこと、他方、自己決定権と自己所有権との関係についても、自己決定権を個人の人格と身体の不可侵を保障するものと限定的に解し、包括的な自己所有権論との関連を断ち切って考えるべきこと、が提唱される。その結果、財産権の保障は、憲法上の人権性を失い、少なくとも財産権は人権保障の要ではないことになる。

第5章では、財産権の観念を福祉給付にまで広げることを主張したチャールズ・ライクの「新しい財産権」が考察され、それがなぜアメリカで憲法論として受容されなかったのかが検討される。ライクの「新しい財産権」論は、財産権を個人の防御権として捉えて、社会保障給付・手当、政府雇用、免許・営業許可、補助金などの「政府給付」も富の源泉として権利と観念する必要があるとする理論である。著者によれば、この議論は、日本国憲法25条論というよりも、「生存権的財産権」論に近いものである。ライクの「新しい財産権」論に対して、それをリバタリアンの立場から徹底的に批判するエプスタインは、福祉利益は富を生み出すものではなく、剥奪に対して補償を必要とするものでもないこと、「新しい財産」は政府に対する「法の支配」に基づく制約の論理とはなり得ないことを指摘して、「新しい財産権」論を否定する。この両者の結論は真っ向から対立しているが、財産権に対する国家の規制を容認するニューディール・リベラリズム、ひいては、「大きな政府」による強大な福祉国家論とともに批判的であって、財産権に対する政府権限を抑制しようとする点では共通性を有する。しかし、ライクが伝統的財産権と政府給付とを同視し、財産権を「自由の基礎」とすることによって個人の防御権としての財産権に対する国家統制を抑制しようとするのに対して、エプスタインは、財産権を自然権と解して政府の干渉を徹頭徹尾抑制し自由放任を再現しようとする点に違いがある。ライクの「新しい財産権」論をこのように理解したうえで、それについて著者は、生存権規定をもたないアメリカ憲法のなかに生存権

を読み込もうとする試みとしては成功したとはいえないが、「大きな政府」論の功罪を見据えたうえで現代社会に適合的な財産権論を展開したものとして、今日なお日本の理論にも重要な示唆を与えるものであると評価する。

第6章では、財産権規定をもたないカナダ人権憲章およびカナダ憲法(1982年)の制定過程の議論をたどりながら、カナダ憲法が財産権保障規定を設けないことの意味が考察される。まず、1867年憲法では、財産権は憲法上明示的には保障されず、判例も財産権保障を積極的に展開することはなかった。1960年にカナダ権利章典が法律として制定され、その1条で財産権の保障が明記されたが、財産権保障積極派からも消極派からも批判され、判例上も財産権規定はカタログ的なものにとどまった。人権憲章(1982年)においても、財産権保障は見送られた。その最大の理由は、ニューディールにおける実体的デュープロセス論を排除するというものであった。その後、人権憲章のなかの条項に財産権保障が含まれているという解釈も支持されず、判例上も「自然的正義」の原則の保障が実体的デュープロセスへの道を開くこともなかった。さらに、1991年の憲法改正による財産権挿入の提案も否定された。

このような歴史的展開を的確に跡づけたうえで、カナダにおいて財産権条項が採用されなかったことの意味について、財産権保障が社会福祉や平等を阻害する道具として用いられるおそれがあると考えられたこと、財産権保障規定がなくとも、告知・聴聞等の手続的権利や損失補償など、実質的な財産権保障が法律上存在しており、それ以上に憲法上の財産権保障によって利益を受けるのは有産者にすぎないという認識があったことなどが指摘される。

第7章では、市場主義と規制緩和、憲法上の財産権保障と経済的自由、福祉国家と社会保障などを踏まえて、総括的な考察がなされる。そこでの主眼点は、次の諸点である。①憲法学説は、日本国憲法が経済規制と生存権保障による福祉国家体制を採用していると理解してきたが、実際には日本の福祉国家の現実は社会保障支出の低い「小さな政府」であったのであり、日本の福祉は社会保障制度の充実によってではなく、経済政策などによって実

現されてきた。この認識と現実のずれが、日本の憲法学が規制緩和論を明快に批判することができないことの一因となっている。②日本の経済的自由に関する判例法理として展開された規制二分論に対する批判には、積極規制の目的を社会権に限定すべきであるとする福祉国家志向の議論と、市場に対する規制の当否を費用便益によって評価すべしとする議論とがあり、ともに市場の自由を肯定する論理を含んでいるが、市場原理そのものを社会的公正の原理とするものではない。これに対して、市場原理の徹底こそが「社会的公正」の実現と主張するリバタリアニズムは重大な問題をはらんでいる。③リバタリアニズムに基づく市場主義財産権論の難点は、身体の自己所有と財物の所有とを同じ「所有」という概念で統一的にとらえるところにある。身体の不可侵は人格ないし自律と結びついており、「所有」の観念で語るべきではなく、市場主義的財産権を「自然的権利」ととらえる論理は失敗している。④福祉国家再建のプロセスは、多元的な自己決定の保障と市民の参加と討議を通じた「民主主義の過程」の強化によるべきであり、それによって福祉国家の問題点である「政府の肥大化」の抑制を図るべきである。以上のように説いて、日本国憲法における財産権の領分を総括している。

## II 評価

1 本論文は、日本国憲法29条の財産権の保障、および22条の職業の自由の保障にみられる経済的自由の意義およびその実際上の問題点について、多面的に、しかも理論的な基礎にまで掘り下げて考察したものである。本論文で扱われている経済的自由論は、職業の自由および財産権を中心に、憲法25条の生存権および福祉国家、所有権の基礎としての自己所有権と自己決定権、精神的自由との対抗としての経済的自由論および二重の基準論など、経済的自由権以外の人権論および人権体系論にまで及んでおり、しかも、人権保障および規制における国家任務論まで射程に入れた幅広いものになっている。そして、議論の対象としては、学説の経済的自由をはじめとする人権理論、および判例における規制二分論などを解釈論的に分析するほかに、経済学的手法を用いて日本の福祉国家の実態、経済成長と経済規制、市場原理と規制緩和、自由市場と自己決定権の投影、福祉国家と社会保障の特殊日本的問題点などが取り上げられ、さまざま問題について実証的な分析が試みられて

いる。さらにまた、アメリカ政治哲学のリバタリアン思想による所有権の基礎づけおよび二重の基準論否定説を正面から論難するとともに、財産権概念の意義と変容について、アメリカとカナダの理論と実務の状況を比較法的に検討し、日本国憲法における財産権保障およびその制約の法理の解明に努めている。

2 本論文において、特に評価に値する点は次の4点である。

第1に、従来の憲法学説では必ずしも十分に理論的検討がなされてこなかった憲法上の権利としての経済的自由ないし財産権の問題について、経済政策のレベルまで視野を広げ、他方では、自己所有権テーゼという法哲学的議論をも考察の対象とし、幅広く分析していることである。従来、憲法学説は経済的自由の規範的意味や人権論的意味づけについて、もっぱら経済的自由保障の歴史的展開過程から消極性を導き出してきており、経済活動の経済学的分析や戦後経済史の展開といった実証的な分析までは行ってこなかった。これに対し、本論文は、戦後経済史の転換や国家の企業統制の実際、社会保障と福祉の財政学的分析など、実態と実務を踏まえた分析を行って従来の学説が扱ってこなかった分野にまで踏み込んでおり、新しい視角を提供するものといえる。

第2に、経済的自由の人権上の位置づけ、さらには憲法上の評価について、他の人権条項や憲法原則との関係をも視野に入れて、経済的自由を総合的に把握していることである。すなわち、本論文では、経済的自由および財産権の憲法上の保障の意味を、二重の基準論に基づいて精神的自由との対比で位置づけ、福祉国家原理との関係でその制約可能性を積極的に承認し、自己決定権論との関係で財産権保障の意義と特質を解明している。これらのアプローチは従来の憲法学においても試みられてきたものではあるが、著者はそれを独自の批判的問題視角のなかで多面的に分析することに努めている。その一方で、戦後憲法学が無自覚なうちにリバタリアニズム的要素を内包してきたがゆえに規制緩和論に有効に対処できないことを批判する。この意味で、著者の財産権論は、従来の財産権理解とほぼ同様の意味理解に立ちながらも、独自の視点からの批判的検討をなすことによって、従来の学説の財産権論をさらに進展させるものとなっている。

第3に、従来ともすれば経済政策の選択と考えられてきた規制緩和論に対して、それが

憲法の福祉国家構造および財産権制約の法理の観点から憲法問題となりうることを指摘し、規制緩和論が日本国憲法の想定する福祉・経済構造に適合しないことを論証しようと努めたことである。とりわけ、戦後日本の福祉国家が著者のいう「小さな福祉国家」であったことの指摘は従来みられなかったものであり、それを憲法上の根拠として規制緩和論を批判する論理は、非常に説得力をもっており、評価に値する。

第4に、市場主義の最も今日的、原理的な支持論であるリバタリアニズムに対して、日本国憲法の福祉国家原理、および経済的自由制約の法理である二重の基準論に基づいて、原理的な批判を行なっていることである。とりわけリバタリアニズムの思想的根拠となる「自己所有権」テーゼを問題視し、身体の自己所有と財物の所有権とを「所有」という概念で統括し、それによって財産権の自然権的性格を説く論理に対して、身体に関する自己決定と財物の所有とを「所有」の概念で統括することに理論的な難点があることを鋭く指摘し、リバタリアニズムの自然権的所有権および市場主義を批判する。規制緩和論批判も含め、著者の批判論の結論の当否についてはもちろん異論ないし反論がありうるところであるが、著者が財産権論を梃子にして規制緩和論およびリバタリアニズムと正面から対峙し、説得的な論証によって批判を行う姿勢は、憲法学説の進展に寄与するものといえる。

3 もっとも、本論文にも問題点がないわけではない。著者は、規制緩和や市場主義を憲法学の見地から徹底的に批判し、その論理的欠陥を指摘するが、その際、論証の憲法上の根拠を通説的見解に置いている。すなわち、経済的自由および財産権の社会的拘束性を認め、福祉国家の観点からの経済規制を認め、違憲審査基準としては二重の基準論を支持するのである。だが、他方で著者は、現在の通説的見解に対しても批判を向け、通説が規制緩和ないし市場主義に対して批判的姿勢をとっておらず、自己決定権を広汎に理解するために市場主義を容認せざるをえないものになっていると批判する。これらの批判に基づいて著者がどのような独自の経済的自由や財産権に関する憲法論を展開するのかといえば、その点は必ずしも明快ではない。たとえば、著者は所有権の自然権的性格を否定するが、憲法上の権利としての財産権に対する法律の規制が違憲となる場合があることを承認する。それでは財産権は憲法上どのような性格の権利なのかといえば、憲法上の財産権の意



義づけは必ずしも積極的に提示されているわけではない。同様に、著者は財産権の制限について政策的制限を広汎に認める立場に立つが、判例の展開した規制二分論に対する評価は必ずしも明確ではなく、また、どのような場合に財産権の制限が違憲となるのか、違憲審査基準・方法が積極的に提示されているわけでもない。また、著者の提言する「小さな政府」による福祉国家は、それが日本の戦後財政史から事実として認識できるとしても、それが日本国憲法の想定する福祉国家であることの規範的な説明は、必ずしも明確になされているわけではない。さらには、規制緩和論が日本国憲法の社会権保障、財産権の社会的拘束性に示される福祉国家論に適合しないと断ずるときに、その命題が政策的なレベルでの提言なのか、憲法規範的意味での違憲性の指摘なのか、さらに規制緩和が憲法上許されないと解する場合に、憲法は経済的自由を規制すべき義務を立法・行政に課していることになるのか、必ずしも明らかではない。

また、規制緩和論を批判的・実証的に考察するにあたっては、1990年代の規制緩和論のみでなく、その後の議論の蓄積と発展を経た現在の規制緩和論についても検討すべきではなかったか、規制緩和論のプラスの要素をも含めた総合的な考察が必要ではなかったかなど、新たな視角として経済の実証的分析に取り組んだ以上、規制緩和論の蓄積と現況を踏まえた現実に即した分析が望まれるところである。

さらに、規制緩和に対抗する憲法上の原理的基礎として措定する福祉国家論について、著者が日本型の「小さな政府」による福祉国家を支持し、その再建をめざすべきであるとしたとき、その具体的な展望が必ずしも明確に提示されていないことも問題であろう。とりわけ「小さな福祉国家」が高度成長による再配分に依存し、かつ、企業による労働者の生活配慮や公共事業のばらまきによって実現してきたものであるとすれば、現在の低成長と財政赤字の現状でどのように「小さな福祉国家」を実現していくのかが問われよう。

しかし、以上の指摘は、本論文の評価を低めるものでは決してない。今後、著者がどのような経済的自由・財産権論を構築し、福祉国家再建の具体的方法を提示していくかは、本論文を研究の一つの道標としたうえで、今後の研究の深化・発展に待つべきであろう。本論文は、その優れた着想と鋭い分析、理論的で説得的な考察と批判により、財産権の憲法上の保障の意義をより深く解明し、規制緩和論とリバタリアニズムの批判的考察を展開

した点において、憲法学界に重要な寄与をなしたものとして高く評価することができる。

### Ⅲ 結論

以上の審査の結果、後記の審査員は、本論文の提出者が博士（法学・早稲田大学）の学位を受けるに値するものと認める。

2008年6月10日

審査員

主査 早稲田大学教授

戸波江二

早稲田大学教授

今関源成

早稲田大学教授

首藤重幸

早稲田大学教授 博士（法学・早稲田大学）

水島朝穂