

経営と経済 第90巻 第1・2号 抜刷

2010年9月24日発行

長崎大学経済学会

財産権及び営業の自由の「多層的構造」

海野敦史

財産権及び営業の自由の「多層的構造」

海 野 敦 史

Abstract

This paper attempts to unlock the “multiple structure” of property rights and “freedom of business” as stipulated in or deduced from Japan’s Constitutional Law by reviewing and developing traditional academic theories and judicial precedents, thereby addressing the legal benefits and protection range of these fundamental rights. It would be fair to note that both fundamental rights intrinsically have multiple aspects, broadly divided into subjective and objective ones, and that constant review is required in order to ensure their adaptability to changing times in terms of political, economic and social situations. For example, property rights have an aspect that new elements of the rights are built up by law according to the change, while they consistently ask for a commitment of the public authority to ensure certain “legal property order” such as the private property system for maintaining individual self-sufficiency and “minimum standards of wholesome and cultured living.” Freedom of business also needs providing safeguards for “freedom by the public authority”, which is based on “legal competition order” among enterprises including requisite measures to protect consumers, in addition to “freedom from the public authority.” Hence the circumscriptions of these fundamental rights should be demarcated respectively based on a proper judgment as to whether or not relevant legislations are either excessively restrictive or insufficiently formative in line with a certain esteem of their function to “shape” the rights.

Keywords: property rights, freedom of business, freedom to choose an occupation, multiple structure, Japan’s Constitutional Law

1 序 論

国民のあらゆる経済活動は、すべて日本国憲法（以下「憲法」という）における財産権の保障を前提として成立していると言っても過言ではない。経済学上の「共有地の悲劇」¹の例などを挙げるまでもなく、仮に財産権が適切に各人に対して保障されていなければ、円滑な経済活動の実施は極めて困難となり、資源配分上の効率性が損なわれることは明らかであるといえよう²。そして、市場原理に基づく経済活動ないし取引は、一般に「営業」活動を介して成立することが多いことから、明文の形で掲げられてはいない「営業の自由」が憲法上保障されることも経済活動の円滑な実施に不可欠の要素であるといえる。すなわち、財産権及び営業の自由は、「経済活動」という営みを支える中核的な土台となる憲法上の基本権³であると考えられる。

しかし、財産権及び営業の自由とはそもそも何か、またその保障の射程ないし限界はどのように画されるべきであるかということになると、経済学者はもとより、法学者の間でさえも必ずしもコンセンサスが得られているものではない。もとより財産権は「権利の束」⁴と称されるほど多義的な内容を含む権利であり、一義的に明確なものではない。営業の自由についても、財産権に付随する側面を有すると考えられることから、必然的に多様な権利主体を包含する観念となり、その適切な保障のためには公権力による絶妙なハンドリングが必要となると思われる。また、財産権と営業の自由との関係についても、学説において必ずしも見解の一致がみられるものではない。しかも、近年の憲法学における憲法訴訟論の見直しは、財産権や営業の自由に関する制約の合憲性の判断に対しても新たな視座を投げかけており、それに応じて財産権や営業の自由の限界の画定方法も流動的になりつつあるかにみえる。

思うに、経済活動が多様化・複雑化する今日の社会において、財産権ほどその外延が不明確な基本権はない。なぜなら、憲法上、「財産権の内容」は

「法律」により定められることとなっているからである。もとより、これは憲法で規定される財産権の不可侵が独自の意義を有しないということや、「法律」によりさえすればいかようにも財産権の内容を設定できるということの意味するものではないが、少なくとも、財産権及び営業の自由については、その保障の射程に関して、経済活動の実情を踏まえた解釈を通じてそれを明確化することがより強く求められているということを示唆していると思われる。したがって、財産権及び営業の自由の今日的な捉え方について、解釈論の視点から一定の整理及び見直しを行うことは、今後の議論の円滑な進展のための一つの契機として、有意義であると考えられる。このような観点に基づき、本稿は憲法上の財産権及び営業の自由について、既存の主な学説・判例を概観しつつ、その保障の意義、構造、射程及び限界を明らかにすることを目的とする。

具体的には、まず、憲法上の財産権の保障の意義とその限界等について、従来の学説・判例の考え方を踏まえながら考察する（第2節）。次に、営業の自由についても、その憲法上の保障根拠を含め、同様に従来の学説・判例の考え方を踏まえて考察する（第3節）。そして、これらの考察から導かれる示唆を総括することとする（第4節）。このような考察を通じて、財産権及び営業の自由については、主観的側面及び客観的側面を併有し、かつその中で複数の保護法益が連なり合う「多層的構造」を有する基本権であり、しかもその保障内容が時代の変化に機敏に反応しやすいものであるということ、そしてそれに応じた公権力（特に立法権）による適切な対応（ひいては「国家による自由」）を予定している権利であるということを示しながら、経済活動の前提となる両基本権の具体的な保障範囲を浮き彫りにすることが、本稿の最大の目的である。

2 財産権

財産権とは何か。この権利は憲法上不可侵であるとされているが、それはどういうことを意味するのか。本節では、憲法29条1項及び同条2項の意義に主な焦点を絞り、憲法22条1項との関係も視野に入れながら、考察することとする。

(1) 財産権の意義

財産権とは、財産的価値を有する一切の権利を総称するものであり、所有権その他の物権、債権はもとより、著作権、特許権等の無体財産権、鉱業権、漁業権等の特別法上の権利がこれに含まれるということ⁵については、ほぼ通説となっている⁶。管見も同様に解するが、なぜこのように解されるのかを説明するためには、財産権の保障の意義についてより掘り下げて分析する必要がある。以下にこの点について考察する。

(2) 財産権の保障の意義

学 説

憲法29条1項の「財産権は、これを侵してはならない」という規定の解釈をめぐることは、周知のとおり、学説上の争いがある。まず、自然権思想に基づく「侵してはならない」という表現については、これに特別の意味を見出さず、「保障する」と同義に解する考え方が一般的である⁷。問題となるのは、「保障」の対象である。これに関する主な学説については、以下のとおり整理することができる⁸。

第一に、憲法29条1項及び同条2項を整合的に解釈しつつ、「公共の福祉」に適合するように法律で定められた内容の権利が「財産権」として保障されると解する考え方（以下「法律留保説」という）がある⁹。これによれば、本来は「無」である財産権の内容が、立法によって初めて形成されることになる¹⁰。したがって、財産権の不可侵とは、行政権を拘束するにとどまり、立法権を拘束するものではなく、ただ財産権の内容が「公共の福祉」に背反

する限りにおいて立法権に対する「制約」が認められることとなる¹¹。これに対しては、憲法29条1項が法律の成果を保障するにとどまることとなり、法律との関係において、当該規定の意義が著しく減殺されてしまうとする批判がある¹²。また、不可侵とされる財産権の内容が法律によって自由に定められることとなると、財産権の保障の内容が不安定なものとなるとする指摘もある¹³。

第二に、憲法29条1項は法律によっても侵すことのできない財産権の中核部分を保障したものであり、その中核部分として、私有財産制が制度的に保障されるものであると解する考え方（以下「制度的保障説」¹⁴という）がある¹⁵。これによれば、行政権のみならず、立法権によっても財産権の中核部分は不可侵であるということになる¹⁶。この制度的保障説は通説的地位を占めているといえるが、ある立法措置が私有財産制に背反するものとして司法権により違憲無効とされれば、司法審査の民主主義的な正当性が揺らぐこととなるとする批判がある¹⁷。また、憲法29条2項を「社会権の実現ないし経済的・社会的弱者の保護」¹⁸の観点から財産権に対する外在的制約を根拠づける規定であると解する立場からの批判として¹⁹、同条1項を制度的保障と解する場合には、同条2項によって立法権に付与された権限が同条1項によって何らかの限界を画することとなり、社会権の実現が財産権保障の観点から限界づけられることになってしまうとの指摘もある²⁰。更に、私有財産制の侵害は通常特定人又は特定団体の財産権の侵害を意味することから、「財産権は侵害されているが、全体としての私有財産制度は侵害されていないケース」は想定されても、その逆の「私有財産制度は侵害されているが、財産権は侵害されていないケース」はほとんど想定されないため、憲法29条1項が財産権保障とは別に私有財産制の保障をも含むと解する必要性は乏しいと主張する学説もある²¹。

制度的保障説を具体的にみると、更にいくつかの学説に細分化することができる。まず、憲法29条1項の保障の趣旨をもっぱら私有財産制の制度的保

障のみに求める考え方（以下「純粹制度的保障説」という）がある。これは、不可侵とされるのは「現実の個々の財産上の権利ではなく、それ等の権利の主体となり得る能力」²²であるということを前提としている。すなわち、憲法29条1項は具体的な財産権を権利として保障するものではなく、私有財産制の中核部分を侵害してはならないことを規定するにとどまるものとされる。これに対しては、個人の生活に不可欠な財産は、人格的自律²³を可能にする経済的基盤として、公権力の不当な侵害から保護されなければならないにもかかわらず、財産権の主観的権利としての側面を軽視しているとの強い批判がある²⁴。

次に、憲法29条1項は私有財産制を制度的に保障しつつ、各人の現に有する財産権を主観的権利として保障していると解する考え方（以下「制度・権利保障併存説」という）がある²⁵。これは、憲法29条1項の独自の存在意義を求めつつ、同条項が不可侵としているのは「財産」ではなく「財産権」であることを踏まえ、各人の日常生活に不可欠な個別の財産に対する権利が憲法上保障されないという解釈は採りがたいという考え方に基づいており²⁶、通説的地位を占めている²⁷。ここでいう「主観的権利」の内容が問題となるが、現に保有する財産について「権利者は一応自由に使用・収益・処分をなすうる」と解する考え方が有力である²⁸。すなわち、立法以前の状態においては自由な使用・収益・処分権としての財産権が妥当し、憲法29条2項にいう「法律」はそれに「制約」を加えるものであるとされる²⁹。換言すれば、各人は法律に基づく制約を受ける場合を除き、その財産権について公権力による侵害を受けないということを保障されることとなる。他方、この主観的権利は、各人がその保有する財産を自由に使用等することができるということだけでなく、「契約の自由」をはじめとする経済活動の自由の保障を含むと解する学説もある³⁰。

これに加え、財産は「大きな財産」と「小さな財産」とに区別されることを前提としつつ、「大きな財産」については制度的にこれを保障し「小さな

財産」についてはその不可侵性を定めたものであると解する考え方もある³¹。しかし、解釈論の問題として、「大きな財産」と「小さな財産」とを明確に区別することは困難であることが指摘されている³²。この考え方を発展させ、財産権を「人権としての財産権」と「資本主義的財産権」ないし「独占財産」とに区分する学説も存在する³³。この学説は、財産権の区分を財産権に対する制約の目的に関する区分に結びつけようとするものであるが、これに対しては、権利の性質と規制目的とは当然には符合せず、あえて接合する論理的必然性乏しいとする批判がある³⁴。その批判から、「財産権保障の存在意義を、自律的人格を基点とする人権保障全体の価値体系から抽出する作業」に基づき、財産権を「人権としての財産権」(人格的自律の前提となる財産権)と「それ以外の財産権」とに区分する見解も提示されている³⁵。これは、財産権の保障の意義を自律的人格の展開に対して物理的前提を提供するという点と資本主義を維持するという点に求め、前者を人権の問題、後者を制度的保障の問題として把握するものである³⁶。この考え方に関連し、憲法29条1項は財物が特定の私的主体に帰属してその使用・収益・処分委ねられている状態を実現することを約束するものであり、その実現に当たり、人格的自由と直接関係のあるものはこれを尊重することを約束し、直接関係のないものはこれを許容することを約束するものであると解する学説もある³⁷。

純粹制度的保障説においても制度・権利保障併存説においても、私有財産制が制度的に保障されるものであると解する以上、必ずしも既存の財産権制度がそのまま固定されるということにはならないが、少なくとも法律によっても侵すことのできない制度の中核部分が存在することとなる。この中核部分とは何かということをめぐる、学説は更に大別することができる。

通説的地位を占めているのは、憲法29条1項は制度として生産手段の私有を内容とする資本主義体制を保障しており、これに反する体制(社会主義体制等)を排斥するものであると解する考え方(以下「体制保障説」という)である³⁸。その理由として、憲法22条1項に基づき「営業の自由」が保障さ

れると解されること、仮に後述の生活保障説のような趣旨であるとするならば憲法が明示したはずであるということなどが指摘されている³⁹。もっとも、「資本主義体制の保障」をどのように理解するかについても議論があり、「主要な西欧憲法の認める重要産業ないし基幹産業の国有化や社会化（中略）までも憲法が排除していると解するならば、妥当ではない」⁴⁰という見解が有力である。

体制保障説に対しては、いくつかの有力な批判がある。第一に、生産手段の私有を認めることが私有財産制の本質的要素であるとはいえず、社会主義体制においても非生産手段に関する私有財産制があり得ることから、憲法29条1項の制度的保障は必ずしも資本主義体制の保障を意味するものではないとするものである⁴¹。第二に、今日では資本主義及び社会主義の要件が変容し、両者の区別が相対化しているため、資本主義体制の保障と解することは困難であるとするものである⁴²。第三に、憲法は22条1項、25条1項、27条1項などから資本主義体制を当然の前提としており、社会主義体制への移行はこれらの規定を改正しなければ困難であると解されることから、資本主義体制の保障をあえて制度的保障の問題として説く実益が乏しいとするものである⁴³。

これに対し、財産権の保障の究極的な目的が「人間に値する生活の保障」（生存権保障）にあるとする観点から、制度的保障の中核部分とされているのは、人間としての価値ある生活を営むうえで必要となる物的手段の享有であると解する考え方（以下「生活保障説」という）も提示されている⁴⁴。これは、憲法29条1項による制度的保障の目的について、財産によって確保される個人の自律的な生活と捉えつつ、財産権の限界もこの観点に基づき画定されるという思想に基づくものであるといえる⁴⁵。これによれば、生産手段の私有は財産権の保障の本質的な要素ではなく、よって当該物的手段の享有のうえにどのような制度を構築するかは国民の選択に委ねられているとされる⁴⁶。この考え方に対しては、「生きるための財産」（以下「生存財産」とい

う)が積極的に保障される一方、「資本としての財産」(以下「資本財産」という)が相対化され、究極的には「正当な補償」による留保の下に否定される可能性を内包しているとの評価がある⁴⁷。

以上の学説に加え、近年においては、財産権に関する「制度的保障」を再構成し、財産権の「内容形成」の類型の一つとして捉える興味深い見解も有力に提示されている。これによれば、憲法29条1項を財産権に関わる法制度のあり方を「現状保障的」に捉えるアプローチにおいては、既存の財産法秩序に規制を加える立法は財産権の「制限」として観念されるのに対し、それを「立法による法制度のメンテナンス」を要求する「内容形成」として捉えるアプローチにおいては、そのような立法は財産権の内容・限界を再定義⁴⁸する可能性を有しているとされる⁴⁹。そして、この学説は後者のアプローチに依拠しつつ、「憲法29条1項は、憲法の規準に適合した法制度形成の請求(あるいは、憲法の規準に反した法規範による規律を受けないこと)を含む」⁵⁰としている⁵¹。このような立場からは、公権力は、財の配分政策において、各人の「人格的自由と内面的関連をもつ財産権の実質を侵害することは許されない」と同時に、各人の「人格的自由と内面的関連をもつ財産権の実質が侵害されていると見なされる状況がある場合、立法者は、これを放置することは許されず、被害回復のための積極的な立法措置を講じる法的義務を負う」ものという帰結が導かれることとなる⁵²。

判 例

判例は、古くから憲法29条1項は私有財産制を保障する旨を示唆してきたが⁵³、森林法判決⁵⁴において、それを明確化するとともに、「社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権」を基本的人権として保障するものである旨をも示している。これに加え、森林法(昭和26年法律249号)186条(昭和62年法律48号による削除前)に基づく分割請求権の制限を憲法上の財産権の制限と捉えながら、「近代市民社会における原則的所有形態である単独所有」が憲法上保障されるものと解している。

このような単独所有を憲法29条1項に基づき保障されるものと判例が解する根拠について、ひいては民法（明治29年法律89号）に基づく権利が法律上の評価にとどまらず憲法の次元の評価を受ける権利となる理由について、学説上は以下の3つの説明が行われている。第一に、民法が選択した一物一権主義に基づく「法制度としての所有権」を憲法上保障しようとしたものであるとする考え方（以下「法制度保障論」という）である⁵⁵。これによれば、判例は、「私有財産制度の保障とは異なる水準で、『法制度としての所有権』の憲法的保障を、いわば手探りで追求している」⁵⁶ということになる。

第二に、憲法の想定する所有形態に関する「ベースライン」を単独所有と解しつつ、それから「逸脱」した立法についてはその目的及び手段について少なくとも「明白の原則」を満たすことを要求する権利を国民に認めるものとする考え方（以下「ベースライン論」という）である⁵⁷。ここでいう「ベースライン」とは、違憲審査の出発点となる「法律家集団の共通了解」として定義されている⁵⁸。すなわち、この考え方によれば、「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にかかっている」⁵⁹ことから、所有権（単独所有）に対する「当該社会の制度イメージ」が憲法29条1項で定位されるべき財産権の射程に合致する限り、単独所有は憲法29条1項に基づき保障されるものであるということになる。法制度保障論が客観法として所有権を構成しようとするのに対し、ベースライン論は当該ベースラインからの乖離の必要性和合理性を求める主観的権利として所有権を構成しようとする⁶⁰。

第三に、前述の財産権の「内容形成」機能を重視する立場から、財産権は制度の形成という立法行為を伴うものであると解しつつ、現行の民法を「人格発展の保障という憲法上の要請に対して法的インフラを提供する」ものとして定位し、それに基づく単独所有を原則とする思想が基本権の内容を形成

するとする考え方である⁶¹。すなわち、先行する立法行為（民法の制定）が憲法上の要請に合致することが、憲法の次元において「原則」とされることの根拠となるとされる⁶²。これによれば、立法行為による基本権の内容形成は、1回限りのものではなく、「制度を不断に改善する義務」を立法権に課しているとされる。

管 見

財産権の保障の意義について考えるためには、まず、財産権はなぜ憲法上保障されるのかというその根拠に焦点を当てる必要がある。これは、(3)において検討する財産権の限界を考えるうえでも重要となる。この保障根拠（ないし保護法益）の手がかりについては、憲法13条における「個人の尊重」及び「公共の福祉」に求められると解される。

すなわち、財産権は、第一に、「個人の尊重」の原理を支える個人の人格的自律にとって必要不可欠の権利であるということが挙げられる⁶³。今日の社会において、仮に個人に対して財産権が何ら保障されなければ、自ら生計を立てることに対する意欲は薄れ、各人が人格的自律を確保することは事実上困難となるであろう。ただし、財産権の中には、個人の人格的自律との関わりが薄いものも含まれており、これが財産権の限界を画するうえでの「公共の福祉」の内容の一端を形成するものと考えられる。

第二に、他の基本権を行使するための基礎となる性質を帯びた権利であるということが挙げられる⁶⁴。例えば、憲法21条1項に基づく表現の自由であれ憲法23条に基づく学問の自由であれ、一般に基本権を行使するには財産権の保障された一定のツールを用いることとなる。表現は表現物を提示するための媒体（ポスター、看板等）に対する所有権、占有権等が適切に保障されていなければ円滑に行うことができなくなるおそれがあるし、学問も大学における研究施設等に対する所有権、賃借権等が保障されていなければ十分に取り組むことが困難となるからである。このように、財産権は国民の政治的・社会的・経済的活動を支える基礎をなすものであるといえる。

第三に、社会全体の資源を保護しつつ、効率的な資源配分を実現するための権利であるということが挙げられる。なぜなら、経済学上の理論から、財産権が適切に保障されることを一要素として、経済活動における外部性⁶⁵が内部化され、社会全体としての効率的な資源配分（すなわち「公共の福祉」）が実現可能となることが示唆されるということ⁶⁶にかんがみれば、市場原理に基づく現実の経済活動において、その効率性を追求する観点から、財産権の保護は不可欠な要素であるといえるからである。市場原理はそもそも個人の人格的自律とは独立して機能し得るものであるから⁶⁷、財産権を第一の根拠のように個人の人格的自律にとって必要不可欠の権利としてのみ構成することは妥当ではないということになる⁶⁸。

これらの財産権の保障根拠を前提としたうえで、憲法29条1項の意義については、同条2項及び同条3項の趣旨を踏まえて考察する必要がある。すなわち、憲法29条2項において、「財産権の内容」を立法権が法律により定めることが予定され、当該「内容」として財産権に対する制約も含まれると解される中で、同条3項において、私有財産の公用収用等、公権力が法律により財産権を制約する場合には、「正当な補償」が与えられなければならないことが明示されている。したがって、「正当な補償」が与えられるときというのは各人の財産権が例外的に公権力により侵害される場合にほかならず、それ以外の通常の場合には、各人の現に有する財産権は原則として保障されることとなるから、憲法29条1項は一次的には固有の財産権に対する主観的権利を保障した規定であると解することができる。これは、各人固有の財産権は前述のとおり国民の日常生活（自律）に不可欠な権利の一つであるといえるため、それが主観的権利としての保障を受けなければ、財産権を定めた憲法の趣旨を相対化することになるということからも妥当する。

問題は憲法29条1項の保障する固有の財産権の内実である。「財産権の内容」が法律によって具体的な形態を与えられることとなっている以上、財産権の内実については、憲法の次元において厳密に画定することが困難である

ようにも思える⁶⁹。しかし、憲法が29条1項で財産権の不可侵を明示的に規定する以上、法律留保説のように、憲法はもっぱら法律で定められた範囲の「財産権の内容」を保障する（換言すれば憲法29条1項は立法権に対する拘束力を有しない）と解するのは妥当ではない。たとえ「財産権の内容」が法律に基づく権利の「寄せ集め」により構成されるものであるとしても、その中から「不可侵」となる部分を抽出する解釈上の作業が必要となるのである⁷⁰。これは、財産権という基本権が、(ア)法律から独立して不可侵とされる要素を含むこと、(イ)一次的には「防御権」(すなわち「国家からの自由」)の一環として定位されること、(ウ)立法権に対する拘束力を有するものであると認められることの3つの要件を満たすことが必要となるということその含意とする。そこで、憲法上の規律に照らし、憲法固有の財産権の輪郭を浮き彫りにする作業が求められることとなる。そのための手がかりは、前述の財産権の保障根拠を踏まえつつ、以下の3点に求められると考えられる。

第一に、再言するまでもなく、憲法はその13条において「個人の尊重」を基本原理とし、個人の人格的自律を保障しようとしているということである。したがって、個人の人格的自律を保障するために必要となる財産⁷¹（以下「自律保障財産」という）に対する権利については、特に「手厚い」保障を原則とすることが求められる。これは、少なくとも自律保障財産については、その財産に対する権利者が、自由に使用・収益・処分することができることを原則とするということその含意とする。自律保障財産を権利者が原則として自由に使用・収益・処分することができなければ、個人の人格的自律を確保することは極めて困難となるからである。ただし、前述のとおり、財産権はもっぱら個人の人格的自律の確保のためにのみ保障されるものではないので⁷²、自律保障財産以外の財産に対する権利をどのように画定するかという問題はなお残ることとなる⁷³。

第二に、財産権は憲法の保障する個別の基本権保障の土台となるものであるため、個別の基本権の保障内容に照らし、財産権の射程も考えていく必要

があるということである。例えば、表現の自由が保障されるためには、表現を行うための各種ツール（財産的価値を有するもの）に対する権利、なかならず所有権が各人に認められる必要があるのみならず、表現の自由に基づく「思想の自由市場」⁷⁴の活性化等を図る観点から、表現内容そのもの（無体物）に対する財産権（すなわち著作権等）についても一定の範囲で各人に認められなければならない。

また、憲法25条1項において生存権が保障されているということは、「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するための一定の制度的基盤が必要となるということとその含意とするが、憲法13条の「個人の尊重」の原理の確保とともに、当該制度的基盤を形成するための最小限度の要請として、生活保障説のいう「物的手段の享有」を認める私有財産制が保障される必要がある⁷⁵という命題が導かれる。なぜなら、物的手段の享有さえも制度的に認められないということになると、国民は人格的自律を確保しつつ「健康で文化的な最低限度の生活」を送ることがそもそも困難となり、公権力にそれを訴求することも不可能となるおそれがあるからである。すなわち、財産権は、他の基本権の保障を確保しつつ、少なくとも物的手段の享有を認めるという意味での私有財産制を維持するという客観的な目的にも奉仕するものであるといえる。なお、ここでいう「物的手段の享有」とは、各人が生活上保有する物的手段について、それを自らの支配下におき、その自由な使用・収益・処分を行うことが認められることにほかならない。したがって、これは物的手段に対する「所有権」と言い換えることもでき、その意味において、物的手段に対する所有権は財産権の中でも中核部分を占めるといえる⁷⁶。

更に、憲法22条1項の「職業選択の自由」は、自律保障財産以外の資本財産等に対する権利の保障を前提とすることにより保障されるものであると解されることから、憲法上保障されるべき「財産」の幅を大きく「拡大」することとなる。憲法は職業の遂行（ないし「営業」）における企業間競争秩序のあり方については何ら明示しておらず、独占財産のみを憲法上の保障の射

程から除外する理由もないことから、独占的な資本財産（独占財産）に対する所有権等も財産権の保障の射程となり得る⁷⁷。ただし、後述のとおり、客観法的規範としての財産法秩序に基づきこれは一定の「制約」を受けることとなる。

加えて、憲法21条2項後段に基づき保護が予定されている「通信の秘密」が発生するためには、一般に、通信の利用者が既存の通信制度の下で有料の通信サービスを利用することが必要となるということに留意する必要がある。これは、通信の利用者においては通信サービスの利用に対する権利（契約先との関係における「債権」）が、サービス提供者（電気通信事業者）においてはサービス提供に必要となるネットワーク等の通信設備に対する所有権、賃借権等が、それぞれ適切に保障される必要があるということを意味する⁷⁸。その他、憲法24条1項からは婚姻及び家族に関するさまざまな財産的権利が、憲法26条1項からは教育サービスに対する「債権」等が、憲法35条1項からは既存の「所持品」全般にわたる所有権等が、それぞれ関連する基本権の保障の前提として、適切に保障されていなければならないということが導かれる。もっとも、これらの財産権の内実の一部については、広義には自律保障財産に対する権利の保障に含まれるものであり、その限りにおいて、「自律保障財産に対する権利者が、当該財産を自由に使用・収益・処分することができる権利」の具体的内容としても定位される。

第三に、憲法はその22条1項や27条1項などの趣旨にかんがみ、資本主義体制を前提としていと考えられるところ⁷⁹、資本主義体制において国民の経済活動が円滑に行われるような権利の保障を意図していると解され⁸⁰、財産権の保障についてもその一環として捉えられるべきであるということである。すなわち、資本主義体制の下では、市場原理に即して効率的な資源配分が実現されるような形での経済活動が行われることが理想となると考えられるが、そのためには、個人の自律保障財産であるか法人の資本財産等であるかにかかわらず、財産に対するさまざまな権利が適切に保障されることが前

提となる。したがって、このような観点からは、あらゆる財産的価値を有するものに対する各人の権利が憲法上原則として保障されなければならないということになる。このように、憲法29条1項から当然に資本主義体制の制度的保障が導かれると解するのは妥当ではなく、憲法22条1項や27条1項などから導かれる資本主義体制を前提としつつ、憲法の次元で保障される財産権の内実がそれに資する形で解釈されるべきである⁸¹。

以上の3点から明らかとなっており、憲法29条1項に基づき保障される財産権は、他の憲法上の要請を支える「土台」となる権利であり、当該要請の前提を形成するという点において、固有の価値を有するものである。すなわち、憲法から導かれる「個人の人格的自律」、「憲法上の各基本権(財産権を除く)」及び「資本主義体制」を適切に保障・確保するための当然の前提として、財産権の不可侵が明示的に規定される必要があるということである。しかも、その「前提」は民法をはじめとする既存の法秩序によりすでに一定の範囲で形成されているのであり、憲法29条2項はそれを原則として「追認」する役割をも果たしているといえる。換言すれば、憲法は、その29条1項において、既存の財産法における財産的価値に対する権利(以下「既得権」という)及び当該財産法に関する秩序(以下「既存の財産法秩序」という)を所与としながらこれを一応保障し、その29条2項において、これらを原則として「追認」するとともに、財産法に関する新たな権利及び法秩序の形成の余地を残すこととしたものであると捉えることができる⁸²。前者は現状の保障にほかならず、後者は政治的・社会的・経済的状況の変化に対応して法律により財産権に新しい内容を与えること(内容形成)にほかならない⁸³。

ここで説明が必要となるのが、憲法29条1項はなぜ既得権を含む既存の財産法秩序を原則として保障することができたのかということである。これは、既存の財産法秩序の根幹が民法206条の所有権にあるとすれば、なぜ憲法は民法上の所有権を中心とする財産的権利の体系を憲法上の保護法益として認

めることができたのかということである。この点については、法制度保障論やベースライン論などが提示されていることは前述のとおりであるが、管見は、法律上設けられた所有権を中心とする財産ないし財産的価値を有するものに関する主要な権利が、「個人の尊重」の原理（憲法13条）、「個人の尊厳」（憲法24条2項、民法2条）ないし「個人的人格の自律」を確保するために不可欠なものであり、それゆえ憲法の次元においても保障される必要があったものと解する⁸⁴。すなわち、「既存の財産法秩序」ないし「既得権」であればすべからず憲法29条1項の保護法益となるというものではなく、「個人の尊重」の原理にとって必要と認められる範囲内で憲法上保障されることとなるものと考えられる。したがって、「既存の財産法秩序」ないし「既得権」は、憲法上「一応の保障」を受けつつも、それらの中には、政治的・経済的・社会的状況の変化に応じて、憲法29条2項に基づき法律により新たに「塗り変えられていく」ものが含まれ得る。また、逆にその「塗り変え」（内容形成）が著しく過剰なものとなり、「個人の尊重」の原理を揺るがすこととなれば、違憲の疑いが生じることもあり得る⁸⁵と解すべきである。

ここで注意を要するのが、「個人の尊重」の原理に基づき憲法の次元で既得権及び既存の財産法秩序が保障・追認されるということは、民法上の所有権を中心とする財産的価値に対する各種の「主観的権利」が憲法上原則として保障されるということと、民法上の所有権を中心とする既存の財産的権利の体系が「財産法秩序」ないし客観法として制度的に保障されるということの双方を含意するということである。前者の側面からは、(1)で述べたように財産権には物権、債権等のほか特別法上の権利も広く含まれるという帰結が導かれる。後者の側面については、制度的保障の一環として捉えることが可能であるが、その保障対象は、前述の「物的手段の享有」に関する私有財産制とは（一部重なり合う部分があるものの）別個の「制度」である。もっとも、客観法としての既存の財産法秩序ないし財産法制度の体系のうち、立法権によっても侵害が許されない核心部分はどこかということになると、

「物的手段の享有（所有権）」を別とすれば、前述の『『個人の尊重』の原理にとって必要と認められる範囲内』という原則の中で個別に判断するよりほかなく、しかも技術革新やそれに伴う経済成長等の進展に応じて、その範囲が変化する可能性がある⁸⁶。その「変化」の「受け皿」として、憲法29条2項が「用意」されているものと解される。

以上のように考えれば、憲法29条1項にいう財産権の保障の具体的な内実については、(ア)財産的価値を有するものに対する権利を極力広く保障することを基本的な原則とすること、(イ)財産的価値を有するものに対する権利のうち、個人の自律を確保しつつ「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するために必要となる「物的手段の享有」に関する制度 - 各人の物的手段の使用・収益・処分に対する権利（所有権）を保障する制度的基盤 - は立法権によっても「不可侵」であること、(ウ)財産的価値を有するものに対する権利のうち、自律保障財産に対する権利については原則的に保障される一方、それ以外のものに対する権利については基本権の保障に必要な範囲内で保障されること、(エ)「個人の人格的自律」を確保するために不可欠となる既得権及び既存の財産法秩序を保障するため、原則として既得権及び既存の財産法秩序を追認する（「一応の保障」を行う）こと、(オ)前述の(ウ)及び(エ)の保障において矛盾又は相互調整の必要性が生じる場合には、憲法29条2項に基づく法律による既得権の「制約」又は新たな財産法秩序の「内容形成」により対応すること、ということになる。換言すれば、「財産的価値の原則的保障」、「一定範囲における既得権及び既存の財産法秩序の保障」、「私有財産制（物的手段の享有）の制度的保障」という3つの要請を満たしながら、前2者間の所要の調整を行うために、憲法29条2項の「内容形成」条項が設けられていると解するのが妥当である。しばしば憲法29条1項と同条2項との関係が「矛盾的構造」とであると指摘されるが⁸⁷、これは憲法29条1項が「私有財産制（物的手段の享有）の制度的保障」を立法権によっても侵害され得ない領域とすることを確保しつつ、同じく憲法29条1項から導かれる

「財産的価値の原則的保障」という要請と「一定範囲における既得権及び既存の財産法秩序の保障」という要請とを両立させるための調整弁としての役割を憲法29条2項に負わせたものであるとみることができる。

このような解釈を前提とすると、各人固有の財産権については、原則として法人にも認められると解される⁸⁸。なぜなら、財産的価値を有するものに対する権利を極力広く保障することを原則とする中で、法人も社会における重要な構成要素であり、財産的価値を有するものを保有する実体であるからである。しかも、法人に対する財産権を保障することは、社会全体の経済的発展に資するとも考えられる。しかし、法人の財産権は、それが憲法13条の「個人の尊重」の原理ないし個人の人格的自律を阻害するような場合には、必然的に制約を受けることとなろう。とりわけ、資本主義体制の下では、巨大資本による環境破壊や住居立退きの強制など、法人の資本財産に関する財産権が各人の生存等に対する脅威となる形で享有されることがあり得ることから、そのような財産に対する権利については、生命に対する権利をはじめとする他の基本権との衝突の中で捉えられる必要が生じるものである⁸⁹。

これは、財産権が、「国家からの自由」としての主観的権利の保障に加え、一部の資本財産等が国民の基本権を著しく脅かし、客観的な財産法秩序に機能不全をもたらすような場合に、その状態からの機能回復のための積極的な措置が公権力に義務づけられ、これが法律による「内容形成」として、憲法29条2項にいう「公共の福祉」の一端を構成するというを意味する⁹⁰。これは、前述の私有財産制（物的手段の享有）の枠を超えて、既存の財産法秩序そのものが国民の基本権に関する法益を著しく「侵害」することのないような形で制度的に保障される必要性を示唆する。換言すれば、憲法29条1項の保護法益の一つである「既存の財産法秩序」は、原則として、財産権が行使される際には他人の基本権ないし基本権に関する法益を極力脅かすことのないような形で行われることを担保するような「秩序」である必要があり、このような「秩序」が客観法的規範として保障されることが憲法上の要請と

なる。よって、例えば仮にある特定の法人の資本財産がある集落全体を「買収」し、その住民の生存権を著しく脅かすような形で財産権が行使されるとするならば、それは客観的な財産法秩序（当該地域住民がその財産権を適切に行使できることを保障する秩序）が麻痺することを意味することから、必要な限度の範囲内で、公権力による「介入」が求められることとなる。それゆえ、財産権の保護法益には、主観的側面（防御権的側面）だけでなく、客観的側面（客観法的側面）が内在しているといえる⁹¹。この性質は、後述するとおり、財産権を補完する側面を有する「営業の自由」についても妥当する⁹²。以下に述べる財産権の限界についても、「財産権の客観法的側面の観点からみた主観的権利としての財産権の内在的制約ないし保護領域の画定」という視点も踏まえて考察されるべきものである。

以上を総括すれば、憲法の規定する財産権の不可侵とは、「多層的」な保護法益を包含するものであり、当該法益は「主観的権利」の保障の側面と「客観法」又は客観的原則規範⁹³の「制度的保障」⁹⁴の側面とに大別されることとなる。「主観的権利」の保障の側面としては、財産的価値を有するものに対する権利の原則的保障、自律保障財産に対する各人の権利の「手厚い」保障、自律保障財産以外の財産に対する既存の各人の権利（既得権）の一応の保障、財産に対して新たに形成（又は修正）され得る各人の権利の一応の保障が含まれ、これらの保障の多くは憲法上の他の基本権を行使する際の土台を形成する。一方、「客観法」の制度的保障の側面としては、個人の自律を前提とする「健康で文化的な最低限度の生活」に不可欠な「物的手段の享有（所有権の保障）」を認める制度的基盤の絶対的保障、「個人の人格的自律」を確保するために不可欠となる範囲における既存の財産法秩序の追認的保障、他人の基本権を著しく制約したり脅かさしたりしないで財産権が行使されるべきであるとする財産法秩序（ルール）の原則的保障が含まれる⁹⁵。これらのうち、については立法権によっても不可侵の絶対的な領域であるが、については確保されるべき「個人の人格的自律」の水

準等の変化に応じた事後的な「内容形成」を通じて変わり得る部分であり、その意味で相対的な領域である。については原理としての性質を有するものであるため、「最大限の尊重」が求められるものであり、その意味で絶対的とはいえないが、高度な次元でその実現が期待されるものである。それゆえ、この3者間では が最も保障強度が高く、 がこの順でこれに次ぐものと解することができる。そして、これら ~ の客観的側面に関する保障は、いずれも客観的な価値秩序（財産法秩序）が公権力に対する任務規範となったものであると解されることから、公権力に課された積極的要請ないし「義務」⁹⁶であるといえる。したがって、その「履行」の結果については、過度な措置となっていない限りは、原則として公権力（立法権）の判断が尊重されるべきものである。

これらの ~ の各保護法益が相互に作用し合い、主観的権利の保障が最大限確保されると同時に、「客観法」保障の「義務」が遂行される中で、財産権の行使が制約されることもあり得る。すなわち、財産権行使に関して生じ得る ~ 間の矛盾・衝突に関する調整については、「客観法」の制度的保障の側面に基づき、そこで示される前述の保障強度の相違（を絶対的としつつ が に優先するというもの）を踏まえて行われ、この調整の結果が立法措置を介して憲法29条2項に基づく財産権の「内容形成」となる。詰まるところ、憲法上の財産権とは、物的手段の享有に対する制度的基盤の保障を前提としつつ、他人の基本権を著しく「侵害」して財産権を行使することを認めない既存の財産法秩序に基づき、当該秩序の範囲内で保障されているあらゆる財産に対する権利全般及び今後の新たな内容形成に伴い保障される財産に対する権利をひとまず包括する多層的構造を有する権利であるということになる⁹⁷。

(3) 財産権の限界

学 説

財産権の保障に関して制度・権利保障併存説が通説的地位を占めたことに

対応して、憲法29条2項にいう「財産権の内容」とは、財産権の具体的な権利の内容のことでなく、「権利者がそれぞれの財産権に依拠してなしうることの範囲・程度」⁹⁸を表し、同条項は「公共の福祉」による財産権に対する制約の根拠規定となるものと解する学説が一般的である⁹⁹。この考え方を敷衍すれば、同条項は、法律に基づく財産権の内容形成までも立法権に求めているのではなく、財産権の行使においては他の権利・法益との調整が必要となることから、当該調整のための規律を法定することを立法権に要請しているにとどまるものであるということになろう¹⁰⁰。これに対し、憲法29条2項にいう「財産権の内容」を法律で定めるということは、単に既得の財産権に対する法律上の制約を認めているだけでなく、法律に基づく新たな財産権の内容形成を立法権に求めているものであると解する立場も存在することは前述のとおりである。いずれにしても、同条項の「公共の福祉」が、財産権に対する制約の根拠規定となることについては、通説的地位を占めているといってよい。

もっとも、憲法29条2項の「公共の福祉」の内容に関しては、学説上の見解間に相違がみられる。かつては「財産権の内容」と「財産権の行使」とを区別し、前者には憲法29条2項の「公共の福祉」による制約が、後者には憲法12条及び13条の「公共の福祉」による制約が妥当するという見解があった¹⁰¹。しかし、両者を明確に区別することは困難である¹⁰²とともに、この見解に基づくと財産権の行使については外在的制約が妥当しなくなるおそれがあることなどから¹⁰³、このような区別は不要であるという考え方が通説となった¹⁰⁴。

その結果、財産権に対して内在的制約はもとより高度な外在的制約が認められるという点において学説はほぼ一致しているが¹⁰⁵、財産権に対する制約の根拠を一律に憲法29条2項の「公共の福祉」に求めるか¹⁰⁶、それとも内在的制約の根拠については憲法12条及び13条に求めるか¹⁰⁷という点において、依然として学説間の径庭がある。前者の学説によれば、憲法29条2項にいう

「公共の福祉」は、私有財産制の本質を損なうものでない限り、立法権が財産権の規制（内在的制約及び外在的制約）を広範に行うことを認める旨を定めたものであるということになる¹⁰⁸。後者の学説の中には、憲法29条2項の「公共の福祉」について、前述のとおり「社会権の実現ないし経済的・社会的弱者の保護」のための外在的制約に限定して捉えるものもある¹⁰⁹。いずれの学説によっても、財産権がそれに内在する制約（消極目的の制約）に服するだけでなく、積極的に政策を実現するための制約（積極目的の制約）にも服し、その具体的内容が法律によって定められることについては共通理解となっているといつてよい¹¹⁰。

これに加え、このような財産権に対する制約のあり方は、憲法29条1項の解釈と連動して変わり得ることも指摘されている。すなわち、憲法29条1項によって各人の財産権が基本権として保障されることを重視する観点からは、財産権に対する内在的制約として受忍されるべき範囲はおのずから狭まるが、憲法29条1項によって私有財産制が保障されることを重視する観点からは、内在的制約の範囲がより広く捉えられることとなるとされる¹¹¹。

一方、学説においては、表現の自由を中心とする精神的自由権と財産権に代表される経済的自由権とを区別し、民主政の過程に不可欠な精神的自由権については規制の合憲性を厳格に審査する一方（厳格審査）、規制の必要性の強い経済的自由権については規制の合憲性をより緩やかな基準により審査すべきであるとする「二重の基準論」¹¹²が通説的地位を占めた。これに応じて、財産権に対する制約が認められる範囲は更に広範化するかにみえた。それに加え、財産権に対する規制を消極目的の内在的制約と積極目的の外在的制約とに区分しつつ、前者の合憲性審査は比較的厳しく（中間審査）、後者の合憲性審査は比較的緩やかに（合理性の審査）行うべきであるとする「消極目的・積極目的二分論」も有力となった¹¹³。この考え方によれば、消極目的については厳格な合理性の基準、積極目的については明白の原則というそれぞれ異なる厳格度を有する違憲審査基準が妥当することとなる¹¹⁴。これら

の考え方を総合すれば、精神的自由権に関する規制については厳格審査が、経済的自由権のうち消極目的規制については中間審査が、経済的自由権のうち積極目的規制や社会権に関する規制については緩やかな合理性の審査が、それぞれ妥当するということになる¹¹⁵。したがって、このような伝統的な考え方に基づく限り、財産権に対する規制については、それが消極目的規制か積極目的規制かに応じて、中間審査又は緩やかな合理性の審査のいずれかが適用されるという帰結が導かれる。

これに対し、財産権を含む経済的自由権に対する規制立法全般に対し、「消極目的・積極目的二分論」の相対性を認めてこれを不要とし、精神的自由権に対する規制立法ほど厳格な基準は要求されないものの、立法目的とその達成手段について、必要性・合理性を立法事実在即して審査していくべきであるとする学説も主張されている¹¹⁶。このような「消極目的・積極目的二分論」批判は、規制目的が混在している場合、どのような審査基準が妥当するのかが判断が困難となること¹¹⁷、消極目的、積極目的のいずれに属するのかが不明な規制が少なくなく、その場合の審査基準の判断が困難となること¹¹⁸、消極目的規制であればなぜ厳格な審査基準が妥当するのかが不明であること¹¹⁹、法令が明示的に積極目的を掲げていればただちに緩やかな審査基準となるのは不合理であること¹²⁰などの観点に基づくものであるといえる。

他方、「二重の基準論」そのものの内容及び根拠を問い直す試みも活発に行われている。例えば、人権の価値は「憲法が人権享有主体として予定する自律的・自己決定的人格に、一体として帰属するもの」として把握すべきであるとしつつ、財産権に対する制約は「本来的制約」と「他律的制約」においてのみ許容され得るものであり、これらの制約の違憲審査も厳格な基準に服するものと解する学説が主張されている¹²¹。これによれば、「本来的制約」とは他者の人格的自律を妨げる場合であり、その際に基本権間で考慮されるべき価値序列として、自由、機会平等、自助的生存、労働、参加、

資本主義制度という順位づけが採用されるものとされる。また、「他律的制約」とは他者の生命、健康、安全を脅かす場合であり、消極目的規制がこれに該当するとされる¹²²。

更に、近年においては、米国流の違憲審査基準論とドイツにおける「三段階審査論」¹²³の思考様式との異同に注目する観点から、従来の違憲審査基準の抜本的な見直しを唱える学説も有力に提示され¹²⁴、それに応じて財産権に対する制約に関する限界の画定のあり方も新たな見直しを求められつつある。違憲審査基準の選択に関して、「原理的な保護強度による区別」を重視する観点から、「権利の種類や規制目的の種類でカテゴリカルに決めるべきではない」とする見解¹²⁵はその典型である。この見解によれば、従来の「厳格審査」、「中間審査」、「合理性の審査」といった違憲審査基準への機械的な当てはめは、「中間審査」の拡散傾向を生み、その結果として「厳格審査」と「中間審査」との差異を相対化したとされる¹²⁶。それゆえ、違憲審査基準を「厳格に見る方向とそうでない方向があるにすぎない」と捉えつつ、「目的・手段審査」の枠組みに基づく「比例原則」¹²⁷をベースラインとしながら、違憲性の疑わしさの濃度に応じて、正当化事由の論証段階において、「厳格審査」と「合理性の審査」という異なる審査密度が設定されるべきであるとされる¹²⁸。そして、審査密度の設定は、優越的人権論や規制目的論によって行うべきではなく、憲法上の権利に対する保護強度によって定まるべきものであり、それは「権利の重要性と、侵害態様の強度を、例えば、人格連関アプローチなどの原理的な尺度によって測定する、関数的な考察に基づく」こととなるということが指摘されている¹²⁹。ただし、このアプローチから、財産権に対する多様な制約の限界について具体的にどのような判断が示されることとなるのかということについては、必ずしも明らかにされていない。

また、三段階審査論の考え方を積極的に取り込みつつ¹³⁰、基本権の保障を「侵入者としての国家に対する国民の正当防衛」という図式に基づく理解を

基本としながら¹³¹、国家行為による権利侵害の有無、権利の保護範囲、「違憲性阻却事由」としての正当化事由から構成される論証の枠組みを主張する学説もある¹³²。これによれば、権利の保護範囲を画定する第二段階の判断の主力は比例原則であり、目的・手段審査を踏まえた法益の衡量が行われることとなるとされる¹³³。ただし、比例原則は「常に具体化を要する基準」であることから、類型的事案ごとの「比例原則の多段階化」が今後の課題となることが指摘されている¹³⁴。この考え方によれば、「国家からの自由」としての財産権に対する制約について、「過度の侵害禁止（過剰規制の禁止）」¹³⁵の観点から権利の保護範囲及び制約の正当化事由が判断されることとなるが、財産権の「内容形成」の側面に関して、「過少保護の禁止（過少供給の禁止）」¹³⁶の原則を的確に構築することができるかどうかは課題となる¹³⁷。

これらに対し、目的と手段との関係に焦点を当てるドイツ流の三段階審査論の考え方を一定の範囲で評価しながらも、狭義の比例原則に基づく審査を行う場合¹³⁸において、審査の厳格度を定型的に区別することなく「裸の利益衡量」を行っている点を問題視し¹³⁹、通常の審査の枠組みからの乖離、すなわち審査の厳格度を緩和し得る場合について、米国流の審査基準を設定することにより類型ごとに判断しようとするアプローチも主張されている¹⁴⁰。この学説によれば、あらかじめ利益衡量の基準¹⁴¹を設定したうえで、司法権の主観的判断をある程度枠づけ、「裁判官が立法府を尊重すべき場合と独自の判断をすべき場合を類型的に区別する」¹⁴²ことが重要であるとされる¹⁴³。そして、この類型化は、「基本的には規制により制限される人権の側から、その衝撃度に応じて行われなければならない」¹⁴⁴とされる。したがって、これによれば、財産権に対する制約についても、当該制約によって制限される財産権の性質に照らし、その衝撃度に応じて、審査基準を緩和して「合理性の基準」¹⁴⁵を適用するか、又は審査基準を強化して厳格な基準¹⁴⁶を適用するか、もしくは通常の水準の審査基準を適用するかを判断する必要

があるということになる。

判 例

財産権の限界に関する判例の考え方を分析するためには、他の経済的自由権の限界に関する判決からの示唆を踏まえた考察が必要となる。まず、「営業の自由」に対する規制の合憲性が示された小売市場判決¹⁴⁷において、「個人の経済活動に対する法的規制は、個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制である限りにおいて許される」としつつ、「憲法は、国の責務として積極的な社会経済政策の実施を予定しているものといえることができ、個人の経済活動の自由に関する限り、個人の精神的自由等に関する場合と異なって、右社会経済政策の実施の一手段として、これに一定の合理的規制措置を講ずることは、もともと、憲法が予定し、かつ、許容するところ」であると判示されている。そして、「どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかない」ことから、「裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建前とし、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り、これを違憲として、その効力を否定することができる」とされた。この判決は、経済活動の自由に対する規制については、その目的に応じて、社会公共の安全と秩序の維持の観点から行われる消極的な警察的規制と、福祉国家的理想の下における社会経済政策実施のための積極的な政策的規制とに区分されることを明らかにしたものと解されている¹⁴⁸。しかし、このような規制が「著しく不合理であることの明白である場合」に限り違憲とすること（いわゆる「明白の原則」の射程）が積極的な規制のみに妥当するのか、それとも消極的な規制にも妥当するのかは必ずしも明確ではなかった。

その後、職業の許可制をめぐる薬事法判決¹⁴⁹においては、経済的自由権

に対する制約に関して、「職業の自由に対して加えられる制限」が「憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない」とされた¹⁵⁰。そのうえで、当該制限が「社会政策ないしは経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」と判示された。

学説上、これは一般に「二重の基準論」を前提とする「目的二分論」を確立したものと解された¹⁵¹。すなわち、積極目的の規制については、「立法府の裁量的判断を尊重しつつ、ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限り、違憲とする」ことを旨とする「明白の原則」による緩やかな審査が妥当し、消極目的の規制については、その規制が「必要かつ合理的な措置」であることを要し、他の緩やかな規制によっては目的を十分に達成することが困難であると認められるか否かによって合憲性を判断する「厳格な合理性の基準」による比較的厳しい審査¹⁵²が妥当するものと理解された¹⁵³。そして、この理論が財産権に対する制約についても妥当するものと一般に考えられていた¹⁵⁴。

ところが、財産権に対する制約が直接問題となった森林法判決¹⁵⁵においては、「財産権に対して加えられる規制」の適否について、「財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうる」ため、

「規制の目的，必要性，内容，その規制によって制限される財産権の種類，性質及び制限の程度等を比較考量して決すべきものである」とされた。

この判例の考え方については，目的二分論を採用しないこととしたものと理解する考え方¹⁵⁶，目的二分論を維持していると理解する考え方¹⁵⁷，財産権の制約の場合は職業選択の自由（営業の自由）の場合と異なり目的二分論を採用しないということを示唆したものと理解する考え方¹⁵⁸などが提示されている。また，森林法判決の引用する薬事法判決の内容が目的二分論の判示ではなく目的二分論を導く前提となる一般的な判断の枠組みであるとしつつ，これを比例原則の厳格適用を提唱したものと解する学説も有力である¹⁵⁹。これによれば，判例は，経済的自由権に対する制約についての合憲性審査に関して，目的二分論よりも比例原則こそを基調として捉えており¹⁶⁰，規制目的の正当性とそれを達成するための規制手段の「必要性」¹⁶¹・「合理性」が検討のメルクマールとなるということになる¹⁶²。この点に関して，判例は，目的審査について「公共の福祉に合致しないことが明らかであるか」という点を基準としつつ，手段審査については「必要性若しくは合理性に欠けていることが明らか」であるかという点を基準としていることから，実体的な基準としては，「必要性」・「合理性」に収斂されるという見方が示されている¹⁶³。

更にその後，判例は，旧証券取引法（現在の金融商品取引法〔昭和23年法律25号〕）164条1項の合憲性をめぐる判決¹⁶⁴において，「財産権に対する規制が憲法29条2項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは，規制の目的，必要性，内容，その規制によって制限される財産権の種類，性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである」と判示した。これは，森林法判決の考え方をほぼ踏襲したものとみることができるとは，規制目的に関する「積極的」又は「消極的」という目的二分論的区分については一切示されていないことから，判例は，少なくとも財産権の制約に関しては目的二分論を採用しないこととしたものと解することが可能である¹⁶⁵。学説においても，営業の自由の場合と異なり，財産権の場

合には、権利の多様性を背景とする財産権に対する規制目的の多様性に呼応し、審査基準についても中間的なものを含み得る「可变的」なものであると考えざるを得なかったとする分析が提示されている¹⁶⁶。更に、建物の区分所有等に関する法律（昭和37年法律69号）70条の合憲性をめぐる近時の判例¹⁶⁷においても、旧証券取引法164条1項の合憲性をめぐる判決と同様の枠組みで判断を行っており、目的二分論的な考え方については言及されていない¹⁶⁸。

なお、判例は、憲法29条2項に基づく財産権の「内容形成」機能については、事後法による財産権の内容変更との関連で、「法律でいったん定められた財産権の内容を事後の法律で変更しても、それが公共の福祉に適合するようにされたものである限り、これをもって違憲の立法ということができない」としている。そのうえで、そのような「変更が公共の福祉に適合するようにされたものであるかどうかは、いったん定められた法律に基づく財産権の性質、その内容を変更する程度、及びこれを変更することによって保護される公益の性質などを総合的に勘案し、その変更が当該財産権に対する合理的な制約として容認されるべきものであるかどうかによって、判断すべきである」と判示している¹⁶⁹。

管 見

主観的権利としての財産権に対する制約とそれに基づく財産権の限界については、財産権の保護法益それ自体に起因する内在的制約（もっとも、これは「制約」の問題というよりも、むしろ財産権の保護領域の画定の問題として捉えた方が妥当であろう）と、それ以外の（すなわち他の基本権との衝突や政策的目的からの）内在的制約及び外在的制約に一応区分することができる。「財産権の保護法益それ自体に起因する内在的制約」については、「ある人の自律保障財産に対する権利を保障するために別の人の自律保障財産以外の財産に対する権利が『制約』される場合」のように、財産権の主観的側面に起因する内在的制約と、「個人の人格的自律を確保するために不可欠と認められる既存の財産法秩序を維持するためにある人の財産権が『制約』され

る場合」のように、財産権の客観的側面に起因する内在的制約とに大別される。一般論としては、前者についてはやむを得ない「制約」として¹⁷⁰、緩やかな合憲性審査に服し、原則としてその正当性が認められるべきであると考えられる¹⁷¹。後者については、保障されるべき客観的価値秩序の内容に関して、「個人の人格的自律」の確保のために必要となる度合いに応じて、主観的権利を一定の範囲で「枠づける」にすぎないものから制度の本質的内容として高い水準で保障されるべきものまで保護の強度に相違があると考えられ¹⁷²、一律に論じることは困難であるから、当該秩序に基づく「制約」のあり方についても、秩序の保障の目的及び沿革や制約される主観的権利の性質などを踏まえて判断することが必要となる¹⁷³。例えば、主観的権利を「枠づける」にすぎない秩序をどのように実現するかについては、一次的には立法権による具体化に委ねられているものであると考えられることから、そのような秩序に基づく「制約」については、秩序自体の保護の必要性と主観的権利の保護の必要性とが比較衡量されるべきものであり、一定水準の中間的な合憲性審査に服することを原則とすべきであろう。よって、その場合には、「制約」の目的・手段等の妥当性が見出せる場合に限り、その正当性が認められるべきであると考えられる。これに対し、絶対的に保障されるべき秩序に基づく「制約」については、緩やかな合憲性審査に服し、原則としてその正当性が認められるべきであると考えられる。

しかし、このような区別については、制約の種類の違いという意味においても秩序の保護強度の違いという意味においても、相対化している部分が認められる。例えば、「他人の権利を著しく制約等しないで財産権が行使されるべきであるとする財産法秩序」に基づく財産権の行使の制約については、他の基本権との衝突に基づく財産権の内在的制約であると解することもでき、必ずしも両者の区別を厳密に行うことのできるものではない。また、「財産権の主観的側面に起因する内在的制約」が同時に「財産権の客観的側面に起因する内在的制約」となり得る場合も考えられるし、「財産権の客観

的側面に起因する内在的制約」の目的となる秩序の具体的な保護強度についても、秩序の趣旨、制約される主観的権利の性質、可変的な時代の要請等に照らして個別に判断されるべきものであるから、それに応じて当該内在的制約の合憲性判断のあり方も異なり得る。したがって、ここでは「制約」の原因が財産権の保護法益それ自体に内在するものであるか否か、また財産権の客観的側面に内在する場合であっても当該秩序の保護強度が強いものであるか否かということに関しては厳密に区別せずに、一般に主観的権利としての財産権に対する制約が行われた場合において、その合憲性をどのように判断し、財産権の限界を画することとすべきであるかということについて、考察するにとどめることとする。

一般に、人権保障制約原理から、財産権については内在的制約のみならず外在的制約も妥当するとしても、なぜそれらが「公共の福祉」によって説明され得るのかということについては、慎重に検討する必要があると思われる。その際、財産権は多様な財産に対する権利を包括するものであることにかんがみ、私有財産の性質等に応じて異なる制約の程度が妥当すると考えられる。とりわけ、以下の3点が重要になるとと思われる。

第一に、私有財産の中には、法人の所有する一定の財産（例えば電気通信、電力、鉄道等の公益事業に関する固定設備）のように、社会全体の利益となる財産（以下「公共的財産」という）が含まれる。このような公共的財産については、一定の目的のために、その財産権が内在的又は外在的に制約され得る。なぜなら、「公共の福祉」に根ざす社会全体の利益が権利者の利益以上に重要性を有する局面又は社会全体の利益を優先的に確保しなければ各権利者の利益をも適切に確保できなくなるような局面が存在すると考えられるからである。

第二に、前述のとおり、私有財産の中には、生命、健康、安全等に対する権利を脅かすものが存在する。ある種の資本財産としての工場施設が地域住民に対する健康被害をもたらすような場合がその典型例である。したがって、

このような財産に対する権利の制約については、財産権の客観的側面から見た内在的制約として、必要最小限度において認められるべきである。加害原理の考え方¹⁷⁴ にかんがみ、国民の生命、健康、安全等に対する保護は、原則として、財産権の保障よりも優位に立つと考えられるからである。また、近年では、現時点における国民の生命、健康、安全等だけでなく、将来の世代の国民の生命、健康、安全等までを視野に入れた財産権の制約の必要性が注目を浴びており¹⁷⁵、これを内在的制約と捉えるか外在的制約と捉えるかについては議論の余地があろうが、少なくとも、異時点間の「生命、健康、安全等に対する権利」との衝突に基づく客観的な財産法秩序の機能回復の問題として、内在的制約の問題と捉える余地があると思われる¹⁷⁶。

一般には財産権に対する外在的制約と捉えられている独占財産に対する規制についても、この延長線上に捉えられるべきであろう。すなわち、財産権の保障により確保されるべき客観的な財産法秩序の維持の観点から、独占財産に対する財産権の行使が他人の財産権ないし基本権を著しく制約することとなる場合には、独占財産に対する規制は憲法上正当化されるべき内在的制約となる。このような「客観法アプローチ」は、経済法上の基本原理をなす基本権の一つとして、「正常な経済活動を営む権利」を含め、これを生存権や労働権とともに「社会権的経済基本権」を構成するものとして捉える見解¹⁷⁷ に接近することとなる。なぜなら、この「社会権的経済基本権」論は、私的独占の禁止及び公正取引の確保に関する法律（昭和22年法律54号。以下「独占禁止法」という）を中心とする法律による独占財産に対する規制について、憲法上の「社会権的経済基本権」に基づく制約と定位し、内在的制約の一環として捉えているからである。この場合、独占財産に対する財産権は、「憲法の保障する人権との対抗関係で縮減された、その意味で憲法内在的な限界をもつ財産権」ということになる¹⁷⁸。もとより解釈論上「社会権的経済基本権」を定位する必要があるかどうかについては議論の余地があろうが、「正常な経済活動を営む権利」については、憲法22条1項から導かれ、憲法

29条により支えられる規範的な権利であると解することができよう¹⁷⁹。経済の領域における競争秩序について憲法が何ら規定していない以上、「社会的経済基本権」論によれば、独占財産の保有も「正常な経済活動を営む権利」の行使の結果になり得ると思われるが、独占財産という財産的価値の保障により独占企業以外の者の財産権の保障が困難となる場合には、客観法としての既存の財産法秩序の機能回復を図る観点から、「調整弁」としての憲法29条2項に基づき独占財産に対する財産権が必要な限度において制約されることが認められると解される。この場合、当該制約は、独占財産に対する財産権とそれ以外の者の財産権又は「正常な経済活動を営む権利」との衝突の問題に帰着することから、内在的制約であるといえる。逆に、財産権等の保護に不可欠な既存の財産法秩序の機能回復に必要となる範囲を超えて、独占企業に対する過度な財産権の制約が行われる場合には、内在的制約の枠を超えるため、その他の格別の正当化事由が存在しない限り、違憲の疑いが生じることとなる。なぜなら、そのような制約が、人権である財産権に対して原則として優位に立つという理由は存在しないからである。

第三に、私有財産の中には、逆に生命に対する権利ないし生存権等を支えるものも存在し、中には生存権等と観念的に競合するものも含まれている¹⁸⁰。例えば、生活保護法（昭和25年法律144号）に基づく保護を受ける権利は、生存権を構成すると同時に、同法における被保護者（生活保護法6条1項）の財産権でもあると解される¹⁸¹。生存権が一般的には抽象的権利として捉えられており¹⁸²、「最低限度の生活」の保障についてはある程度の幅をもちつつも一応の水準が客観的に決定でき、そのような水準からの著しい逸脱は違憲となり得る一方、「最低限度の生活」を上回る部分の生活の保障については立法権の広範な裁量に服すると解される¹⁸³。ことにかんがみると、このような財産に対する権利のあり方についても、同様に判断されるべきものであると解される¹⁸⁴。したがって、その外在的制約についても、「最低限度の生活」の保障に関するもの（ただし、物的手段の享有に対する制約は除く）に

については「厳格な合理性の基準」等の違憲審査基準の下で、「最低限度の生活」を上回る部分の生活の保障に関するものについては「合理性の基準」等の違憲審査基準の下で、それぞれ認められる余地があると解すべきである。

これらを前提としつつ、個別の問題点について検討する。まず、制約の目的を「積極目的」と「消極目的」に二分し、それぞれ異なる違憲審査基準が妥当とする目的二分論の考え方についてはどのように解すればよいのであろうか。思うに、目的二分論は、違憲審査基準に関する一つの客観的なメルクマールを形成しようとする試みとしては一定の評価を行い得るものの¹⁸⁵、多くの学説が指摘するとおり、積極目的と消極目的との区分の明確化はそもそも困難であることが少なくなく、政治的・社会的・経済的状况によって同一の規制が消極目的から積極目的へと転化する場合も考えられる¹⁸⁶。また、広範かつ多様な種類・性質を有する財産に対する権利を包含する財産権に対する制約については、営業の自由等の他の経済的自由権以上に、規制目的の区分・範疇化が困難であると思われる。更に、仮に目的区分が可能であったとしても、消極目的に関して積極目的と異なりなぜ厳格な審査が求められるのか、必ずしも明らかではない¹⁸⁷。加えて、規制目的のみに着目し、それに応じて違憲審査基準を機械的に当てはめることは妥当ではないと思われる¹⁸⁸。なぜなら、違憲審査基準の強弱の当てはめは、規制目的だけでなく、規制される権利の内容（制約を受ける基本権に対する「衝撃」の度合い）も踏まえて判断されるべきであるからである¹⁸⁹。前述のとおり、現に判例においても、森林法判決が規制目的に関する区別を重視しなかったことによって、少なくとも財産権に関しては、目的二分論は覆されていると解されることから、これを積極的に支持すべき根拠が乏しくなっているように思われる¹⁹⁰。

次に、目的二分論が妥当ではないとすれば、財産権に対する制約はどのようにその限界を画すればよいのであろうか。この点については、前述のとおり、判例が「必要性・合理性」に基づく審査を行っていることが注目される。もとより、財産権には個人の人格的自律の確保と強い関わりを有するものが

ら、他の基本権の保障に対する手段としての価値のみを有するものまであり、それに対する制約もさまざまな観点から行われることが考えられる。本来は、人格的自律との関わりの強いものに対する制約については外在的制約を認めず、当該関わりの弱いものに対する制約については原則として立法権の裁量に委ねるという道も考えられる¹⁹¹。しかしながら、このような財産権の多様性と、個々の財産権を個人の人格的自律との関わりの程度に応じて範疇化することの困難性にかんがみれば、財産権に関しては、一律に制約のあり方を論じるのではなく、具体的な規制の内容に基づき、その規制目的が妥当であるか否か、目的を達成する手段が必要性・合理性の面において十分なものであるか否かを検討することが特に重要となると思われる。その意味において、まずは目的・手段審査を行い¹⁹²、その中で目的の正当性が認められた場合における目的と手段との関係については比例原則を適用するというアプローチが妥当であり、近年の判例も基本的にはこのような考え方に即して合憲性の判断を行っているものと思われる¹⁹³。

このように解すると、厳格な審査、中間的な審査、緩やかな審査といった異なる審査基準のどれが具体的に適用となるべきかが曖昧となり、財産権の限界を適切に把握し得ないとの批判が呈せられよう。一般に、比例原則に基づく個別的な目的・手段審査(比較衡量)に依存することの最大の問題点は、「審査基準なしに目的審査と手段審査を行うとき、得られる利益が失われる利益に優位することをどう説明しうるのが」ということである¹⁹⁴。現に、このような個別的な比較衡量に過度に依存することについては、「一般的に比較の準則が必ずしも明確でなく、とくに国家権力と国民との利益の衡量が行われる憲法分野においては、概して、国家権力の利益が優先する可能性が強い」¹⁹⁵という批判が根強く存在する。

もとより、3種の審査基準のいずれに依拠するかということを決めることは、裁判官ごとに異なり得る主観的な価値判断の相違を緩和し、制約の合憲性を論証するための客観性を高める効果があり、その意味において一定の意

義があることは伝統的な学説が指摘してきたとおりである¹⁹⁶。しかしながら、これらの異なる審査基準については、審査密度に関する「一応の目安」となるものにすぎず、その限りにおいて、3種の基準間の相違は相対的なものである。誤解を恐れずに言えば、これらの基準は、規制される基本権の価値の重要性に応じたいずれかの基準による審査を通過すれば「利益の均衡」は保たれている、ということを確認するために設定されたものとしての要素が強いように思われる¹⁹⁷。なぜなら、例えば手段が目的の実現に「必要最小限」のものであることが要求される場合と「合理的な関連性」があればよいとされる場合とを比較したとき、両者の評価の間の分水嶺を精緻に浮き彫りにすること、ひいては「必要最小限」とは認められないが「合理的な関連性」がある場合の射程を明確化することは極めて困難であり、また求められてもいないからである。しかも、制約に伴い「得られる利益と失われる利益」とを比較する際には、異質の利益間での比較を余儀なくされる場合が少なくないが、このような比較を客観的・価値中立的に行うことはそもそも理論的に困難であり、審査密度（審査の厳格性）にかかわらず、個別の主観的な価値判断とならざるを得ない側面を秘めている。むしろ、このような困難を克服するために、異なる審査基準の中から相対的に最も妥当と認められるものを「選択」し、それを裁判官間で「統一」することが求められるとさえ言い得るのである¹⁹⁸。

それに加え、目的と手段との関係を検討する際の比例原則において、「利益の均衡」に関する審査を行うためには、必然的に手段の適合性や手段の必要性についても改めて審査せざるを得ないと考えられる。なぜなら、手段の適合性や手段の必要性の審査において直接問われているのは、手段が目的を達成するために有効かつ不可欠なものであるかということであり、手段がどの程度基本権を制約しているのかということではないからである¹⁹⁹。換言すれば、手段の適合性・必要性の審査は、手段が妥当で必要最小限度であることが確認されれば「失われる利益」の範囲もより明確になるという意味にお

いて、「利益の均衡」の審査に資する効果を有するにすぎず、最終的には「利益の均衡」をいかに評価するかが基本権の制約の合憲性を判断する際に重要となる。これは、一面では目的審査についても妥当し得ることであり、規制目的が的確に特定されていれば、「得られる利益と失われる利益」の内容の具体化・明確化に資するという効果を有する²⁰⁰。

したがって、合憲性判断に関する目的・手段審査については、審査基準の強弱の相違にかかわらず、最終的には「利益の均衡」に関する審査に収斂されるものであるといえる²⁰¹。これは、審査基準は何ら不要であるということをも必ずしも意味するものではなく、前述の比較の準則を明確化すべきであるという要請にかんがみれば、「一応の目安」としての審査基準は、一部の学説が指摘するとおり、当該比較衡量（「利益の均衡」に関する審査）を行ううえでもなお存置しておくべきものであると考えられる。その際、目的二分論により財産権に対する制約に関する審査基準を決定するのではなく、制約の目的と制約される権利の具体的な内容（制約の衝撃度）を総合的に判断して審査基準の選択が行われるべきである²⁰²。制約の目的については、立法権が掲げる形式上の規制目的（すなわち法律上明記されている目的）のみを真の目的として判断すると、規制の合憲性の判断を大きく誤る可能性があるため²⁰³、真の目的を特定することが重要であり、その特定された目的に基づき権利の制約を行うことが憲法上の正当性及び重要性を有するか否かをまずは検討すべきである²⁰⁴。そのうえで、それが肯定される場合には、制約される権利について、憲法13条の「個人の尊重」の基本原則ないし個人の人格的自律の確保の要請に照らし、それが「公共の利益」を打破してまで保護されるべきものであるかを検討し、それが否定される限りにおいて、制約が正当化される余地が大きく、原則として緩やかな審査基準が妥当すると解すべきである。

もっとも、前述のとおり、目的・手段審査において本質的に重要となるのは、審査基準の厳格性の程度よりも規制目的の特定及び規制により「得られ

る利益と失われる利益の均衡」の比較衡量であり、当該「利益」は法により保護されていることにかんがみると、こうした利益の比較衡量を的確に行う観点から、綿密な実定法の解釈が必要となる。すなわち、審査密度の厳格性を厳密に使い分けることよりも、それは「一応の目安」ととどめておくべきで、むしろその発想の根底にある実定法の解釈が実際にはより重要となると考えられる²⁰⁵。このような点については、多かれ少なかれ財産権以外の基本権にも妥当することであるが、主観的側面と客観的側面とを併有し、規制目的も規制手段も多種多様かつ政治的・社会的・経済的状況の変化に対応して流動的な財産権に対する制約の場合には、特に強く妥当すると考えられる。したがって、財産権の限界を画するうえでは、実定法の精緻な解釈を通じてまずは規制目的を的確に把握し、その妥当性を判断しつつ、制約される基本権の内容も踏まえて一応の審査基準を設定したうえで、衡量されるべき利益（「制約によって得られる利益と失われる利益」）を明確化し、当該利益の均衡を図るための適切な比較衡量を行い、その結果を踏まえた合憲性の判断を行うことが求められる。

多くの場合において、このような利益の比較衡量が難しくなるのは、各利益の内容及び制約の目的を十分に特定できていないことによると考えられる。したがって、まずは制約に関する立法目的ないし規制目的を、法律上の規定のみならず、立法事実等を精査することによつて的確に特定し、それによって実際に得られる利益と制約される利益とを明確化することが重要である。このような作業を通じて、比較衡量の対象となる各利益が限定されれば、たとえ比較の準則（審査基準）が「一応の目安」程度にとどまるものであるとしても、比較衡量における主観的判断の比重が大きく縮減され、その結果としての利益の優位性を説明する際の客観性が相当程度確保されると思われる²⁰⁶。

また、規制目的の的確な特定は、規制手段の適合性・必要性を考慮するうえでも重要である。なぜなら、手段の適合性・必要性についても、目的との

関係から論証されるべきであり、特定された目的の達成にとってどの程度有益であるかという観点から判断されるものであるからである。逆にいえば、規制目的が的確に特定されていれば、それに応じて求められる手段の範囲はおのずから定まることとなると思われる。そして、目的の特定から導かれる「手段の適合性・必要性」に関する審査の妥当性は、究極的には「制約によって得られる利益と失われる利益」の衡量に関する判断へと還元されることから、規制目的の的確な特定は、統一的な審査基準を定型的に当てはめることが困難な財産権に対する制約の場合には、特に重要性を増すと考えられる。これが、「一応の目安」としての審査基準とともに、「比較の準則が必ずしも明確ではない」とする比例原則によるアプローチの欠点を補完し得る要素となると考えられる。

3 営業の自由

「営業の自由」は憲法上明文の形で保障されていないが、これを基本権と解さない学説はほとんど存在しない。したがって、そもそも「営業の自由」とは何かがまずは問題となり、それが明らかになった後、その具体的な保護法益は何かを検討することが求められる。本節では、これらの問題について考察を加えることとする。

(1) 営業の自由の意義

学 説

「営業の自由」については、かつての通説・判例において、憲法22条1項の職業選択の自由に当然に含まれるものと解されていた²⁰⁷。ところが、このような通説に対して、経済史学者から問題提起が行われたことにより、「営業の自由論争」²⁰⁸と称される議論に発展し、通説の基盤は揺らぐこととなった。この問題提起の核心は、「営業の自由」とは私人間における営業の「独占」と「制限」からの自由であり、人権ではなく「公序」であるという点に

あった²⁰⁹。このような主張は、法律学者の間では、一般に「客観的な歴史認識の水準での問題にすぎず、実践的な憲法解釈論とは関係がない」²¹⁰と解され、営業の自由の人権性の否定を支持する見解は見られないが、この論争が、少なくとも「職業選択の自由」と「営業の自由」とを区別して把握することに資する効果があったことについては疑いがないものと思われる²¹¹。

このような区別を具体化する考え方として、学説においては主に以下の各説が主張された。第一に、「営業の自由」は、職業選択の自由の範囲を超える要素があるものと定位しつつ、憲法22条1項及び29条1項により保障されていると解する学説である²¹²。これによれば、営業の自由とは、一般に、「営業をすることについての自由」(狭義の営業の自由)と「営業活動の自由」との双方が含まれる²¹³。そして、営業をすることについての自由とは、「開業の自由、営業の維持・存続の自由、廃業の自由」を指し、営業活動の自由とは「現に営業をしている者が、任意にその営業活動を行ない得る自由」を指すものとされている²¹⁴。これに対し、職業選択の自由とは、「自己の能力発揮の場たる職業を自由に選択し得ること」²¹⁵を意味するものとされ、営業の自由が職業選択の自由の一部を構成しているのは、憲法29条1項に基づき財産権を行使する自由が保障されているからであるとされている²¹⁶。その結果、職業選択の自由に含まれる営業の自由は「営業をすることについての自由」のみであり、「営業活動の自由」については財産権の行使の一環として憲法29条1項により保障されるという帰結が導かれ²¹⁷、後の学説に大きな影響を及ぼしている²¹⁸。すなわち、「営業の自由」の根拠は、憲法22条1項と29条1項の双方にあるとする見解が、今や一般的となっているといってい²¹⁹。

第二に、「営業の自由」を職業選択の自由や財産権とともに経済的人権として解釈論的に体系化しようとする学説である。この学説によれば、憲法22条1項の職業選択の自由は、「国民個人の経済的利益を、個人の経済活動の自由として、個人の意思に即して保障したもの」であるが、あくまで「職業

を自己の職業として選択し、それを主体的におこなうものの自由なのであって、労働者としてやとわれるための職業を選択する自由ではない」とされる²²⁰。その理由として、「自己のやとわれる職業を選択する自由」については憲法27条1項の「勤労の権利」として保障されていることから、職業選択の自由は「自己の営む職業を選択する自由」に限定されるということが指摘されている。その結果、職業選択の自由が「営業の自由」と質的に同義となるとされる²²¹。また、憲法は、「資本主義経済を私有財産制度を基幹としてとらえ、その制度的・物的側面を第29条の財産権として保障し、その人的・意思的側面を職業選択の自由として保障している」ことから、「営業の自由」を個人の営業活動に即して捉える場合には職業選択の自由の延長線上に定位されるし、営業の基礎を形成する財産（資本）として捉える場合には財産権の運用の問題として定位されることとなるとされる²²²。更に、「営業の自由」が認められる場合には、いかなる形態の営業に対しても同じであり、憲法はこの点に関する政策的判断を示していないことから、独占企業の「営業の自由」と中小企業の「営業の自由」のいずれを憲法上の「営業の自由」として認めるかということについては、政策的決定の問題となるとされる。そして、中小企業の「営業の自由」のために独占企業の営業を制限する根拠は、「公共の福祉」になると指摘されている²²³。

第三に、「営業の自由」について、これを「職業選択の自由」と区別する一方、「財産権の自由」と同視しつつ、もっぱら憲法29条によって保障されるとする学説である。これによれば、基本権としての「営業の自由」はもっぱら「国家からの自由」であり、「独占」からの自由としての「営業の自由」は経済の問題であって、「独占の弊害を部分的に除去するものとして独占の財産権の自由（営業の自由）を制限する法原理が要求される」ものとされる²²⁴。しかし、「営業の自由」を「職業選択の自由」から完全に切り離す場合、その根拠が必ずしも明らかではないことから、少数説にとどまっている。

これらの学説に対し、近年においては、「営業の自由」の保障を主として

「職業選択の自由」の保障に吸収される問題として再定位する考え方も有力に主張されている。その例として、第一に、「営業の自由」が職業選択の自由及び財産権の保障により根拠づけられることを認めつつも、それが職業選択の自由及び財産権の保障に還元される限り、独自の人権類型として設定する必要はないとする学説が挙げられる²²⁵。これは、職業選択の自由が職業遂行の自由を内包する²²⁶ことを前提としつつ、営業の自由について、職業選択の自由及び財産権という2つの経済的自由権では完全に説明することのできない独自の価値を有するものと解することを否定する見解である。もっとも、「営業の自由」を職業選択の自由と区別する根拠として、一定の職業への就業について許可制等を通じて制限する規制を職業選択の自由に対する制約と捉えつつ、一定の職業を全面的に禁止する規制を「営業の自由」に対する制約と捉えるという考え方もあるが、このような区別の合理性は乏しい旨が指摘されている²²⁷。また、「営業の自由」は財産権と概念的に区別して論じることが可能であるものの、現代社会においては財産権の行使が「営業」の形態をとって行われることが少なくないことから、一定の規制が財産権に対する制約となると同時に「営業の自由」に対する制約にもなり得ることも指摘されている²²⁸。

第二に、「営業の自由」については、営業に基づく既得の財産的権利に対する保障を除けば、憲法22条1項の職業選択の自由に一化されるとする学説が挙げられる²²⁹。この考え方によれば、「営業の自由」をどのような形で保障するかということにとって不可欠となる「競争秩序」について憲法が白紙としている（「経済政策的中立性」を保持している）ことを踏まえると、「営業の自由」に関する政策を憲法上拘束することとなるのは、憲法29条1項に基づく私有財産制の大枠を除けば、個人の権利を保護する規定のみであるとされる。後者の規定については、さしずめ職業選択の自由と財産権が考えられるが、フローとしての営業活動のすべてを憲法29条1項の保障対象とすると、もとより広範な権利を包括する財産権に関する議論を一層拡散させ

るおそれがある(営業活動に対する規制が安易に正当化されるおそれがある)ため、営業に関する財産権としての具体的な保障対象については営業権、特許権等に限定すべきであるとされる。したがって、「営業の自由」については、原則として、職業選択の自由に対する一般的な保障を通じた間接的な保障のみが憲法上の保護法益となり得るとされる²³⁰。

管 見

そもそも「営業」とは、一般に「営利の目的をもって同種の行為を反復継続して行うこと」²³¹を指すものと解されている。それゆえ、営業の自由の主体は、自然人であっても法人であっても差し支えないが、「営業」ないし「事業」を行い得る能力を有する特定の者が想定されており(それゆえ、憲法28条にいう「勤労者」は除外される²³²)、国民であれば誰しも該当するというものではない(通常は、法人企業又は個人企業家が該当することとなる)。これに対し、「職業」には、「みずから事業を営む場合のみならず、国家や私人に雇傭されて行う各種の仕事」²³³も含まれるものと解されることから、職業選択の自由の主体は、職業を営む能力を有する国民全般が想定されており²³⁴、営業活動の自由とは権利主体の範囲が異なる。しかも、「営業」は常に営利を目的として行われるものであるのに対し、「職業」は必ずしもこの限りではない。すなわち、「営業」を行う主体は、「職業」を営む主体の部分概念となる²³⁵。その結果、職業選択の自由が「人間の尊厳に結びついた全く人間の基本的な自由」²³⁶として定位されることとなるとしても²³⁷、対象がより限定的な「営業の自由」の場合は、少なくともその主観的側面に関しては、必ずしもこの限りではないということになる。

このように、「営業」が「職業」の遂行の部分概念である以上、人権としての「営業の自由」は、職業選択の自由と完全に切り離すことは困難である。少なくとも、「営業の自由」は職業選択の自由から派生的に導かれる自由としての側面を有するものであるといえる。これは、職業選択の自由が自由権すなわち「国家からの自由」として捉えられることについてはほぼ異論がな

いことから²³⁸、営業の自由についても一次的には「国家からの自由」として捉えられるべきであるということをその含意とする。職業選択の自由には職業遂行の自由も含まれると解されることから、「営業の自由」は一次的には職業遂行の自由の部分概念となり²³⁹、原則として職業選択の自由の一環として定位すべき基本権であるといえる。

同時に、「営業」の実施に際しては、私有財産制（物的手段の享有）を前提とする財産に対する権利の行使が不可欠である。したがって、「営業の自由」は営業に関する財産権の保障という側面をも当然に有するものであると考えられる。その意味において、「営業の自由」は、財産権の保障に付随するものであるともいえるのであるが、そもそも「営業」という動態的な概念と「財産」という静態的な概念とは一方が他方を包含する関係にはなく、営業活動における財産権の行使は「営業」のための一手段にすぎないということにかんがみれば、「営業の自由」は財産権といわば部分的に重なり合うにとどまる。換言すれば、「営業の自由」を原則として職業選択の自由から導かれる基本権であるとする前提に立つ場合、財産権と「営業の自由」とは、「国家からの自由」として捉えられる限りにおいて、同一の事実関係について観念的に競合し得るものであると考えられる²⁴⁰。

このような観点からは、現に営業をしている者が、「公共の福祉」に反しない限りにおいて、(ア)営業活動の内容・方法等について自由に決定できることが保障されること、(イ)任意に営業用財産を使用・収益・処分できることが保障されることが「国家からの自由」（主観的権利）としての「営業の自由」の具体的内容となる。(ア)については憲法22条1項に基づく職業選択の自由の一環として定位することが可能であり、(イ)については憲法29条1項に基づく財産権の保障の一環にほかならない。それゆえ、「国家からの自由」としての「営業の自由」については、職業選択の自由と財産権とが相まって保障される人権であるということができ、その限りにおいては、憲法上は職業選択の自由又は財産権の問題に吸収されるべきものであるとも考えら

れる²⁴¹。

しかしながら、「営業の自由」の保護法益はこれにとどまるものではない。なぜなら、以下の4点において、「営業の自由」はその客観的側面に関する独自の保障の射程を有すると解されるからである。第一に、「営業の自由」については、我が国における営業主体の規模が千差万別の中で、当該主体間同士の権利の衝突を容易に招来することから、権利の発動が権利主体の意思のみにかからしめられているものとは言いがたい。しかも、異なる権利主体間の権利行使の「調和」は、客観的な法秩序及び価値秩序を通じて実現されると考えられることから、「営業の自由」は、公権力による適切な調整が必要となる権利であるといえる。典型的には、憲法上の要請を踏まえた独占禁止法をはじめとする法律上の競争秩序がその「調整」の例となろう。すなわち、前述のとおり資本主義体制を前提としている憲法の下で、「営業の自由」は純粋な「防御権」としてのみ構成することが困難であり、「国家による自由」を予定している権利であるということもできる²⁴²。換言すれば、「営業の自由」が実効的に保障されるためには、憲法上の要請の範囲内で、公権力が時代の変化に対応した適切な経済的政策（競争政策）を実施することが求められるのであり、その意味において、「営業の自由」は、経済的政策を具体化する原理を支える基礎的規範を形成するものでもあるといえる²⁴³。したがって、「営業の自由」は、究極的には職業選択の自由及び財産権に還元される権利ではあるものの、両者の狭間に「埋没」しがちである「適切な競争政策の実施」という「国家による自由」を全面に引き出しながら、職業選択の自由の一端を担い、財産権の保障を「補完」する機能をもった基本権であると定位することができる。

これを別の観点からいえば、「営業の自由」が基本権である以上、公権力には、「営業の自由」の具体化ないし内容形成が憲法上の「義務」として課せられているということである。換言すれば、憲法22条1項及び29条1項に定礎される「営業の自由」からは、公権力を客観的に義務づける法規範と、

当該義務が履行されたうえで営業主体の主観的権利の双方が導かれることとなる。憲法13条において求められている基本権の「最大の尊重」は、前者の義務の根拠となるものである。すなわち、「営業の自由」という基本権が、資本主義体制を前提とする憲法にふさわしい形で、各権利主体間での均衡が図られるべく適切に「調和」するよう配慮することが、公権力に課された使命であるといえる。その意味において、各種立法措置による「営業」に対する規制は、主観的権利としての「営業の自由」に対する「制約」となると同時に、原則として公権力による義務の履行の結果であるとみることができる。したがって、そのような立法措置の合憲性を判断し、営業の自由の限界を画する際には、当該義務の射程に留意しながら（特定の営業主体の権利を過剰に侵害することや、本来「調和」の過程で特に保護されるべき営業主体の権利を過少に保護することは認められない²⁴⁴）、当該射程に収まる範囲内においては、立法措置の内容が尊重されるべきであるといえる。

第二に、「営業の自由」の権利主体が「営業」を行い得る能力を有する特定の者であり、かつ「営業」活動にはその相手先としての消費者（国民）の存在が不可欠であることにかんがみると、憲法が「個人の尊重」を基本原理としている以上、個々の消費者の基本権との適切な「調和」も「営業の自由」の実効的保障にとって欠くことのできない要素となるといえる。特に、電子商取引の発展を背景として、「消費者」の幅が格段に拡大しつつある今日においては、営業活動における消費者保護の重要性は大きく高まっていると考えられる。それゆえ、従来は「営業の自由」の保護領域の外側で把握されていた消費者の基本権については、今日では「営業の自由」の保護法益の一環として捉えるべきである。これは、学説上、憲法21条1項の「表現の自由」とりわけマスメディアの表現の自由について、国民主権原理と結合させながら表現の受け手である国民の側から捉え直そうとし、「知る権利」の概念を梃子として多様な情報の流通という政策的な要素を取り込んだ関係²⁴⁵と類似している。すなわち、「営業の自由」の延長線上には消費者の基本権が存

在するのであり、今日における「営業の自由」はその基本権を著しく「侵害」しない範囲内で認められるべきものである²⁴⁶。ここでいう「消費者の基本権」とは、概括的にいえば営業主体の「売る自由」に対応する「買う自由」²⁴⁷であるが、具体的には、例えば「契約の自由」のほか、表現の自由、プライバシーの権利などの基本権が複合的に関与する形で結実する。もとより消費者の基本権も一次的には公権力に対して主張されるべきものであるが、「営業」との関係においては私人である営業主体からそれが「侵害」されるケースが想定されることから、当該基本権に関する法益を保護するために、公権力において一定の措置を履行することが要求されると解される²⁴⁸。

したがって、「営業の自由」という基本権には、それを支える「個人の尊重」の原理を根拠として、営業主体間の権利行使の調和のみならず、営業の相手方としての消費者の権利の保護のための客観的規範が内在し、これが公権力に対する任務規範として機能しているといえる。例えば、「消費者の利益の擁護」等を目的とする消費者契約法（平成12年法律61号）や「個人の権利利益を保護すること」を目的とする個人情報保護に関する法律（平成15年法律57号）などの立法措置については、主観的権利としての「営業の自由」の行使と衝突し得る利益を法律によって保護したうえで所要の調整を図るといった側面を有するものであるから、公権力に課された「営業の自由」の具体化ないし「営業の自由」に内在する客観的規範から導かれる憲法上の義務履行の結果の一端であるとみるのが可能である²⁴⁹。これに対し、消費者の権利との調和のために、このような法的規制に依存せず、「国家からの自由」としての「営業の自由」を尊重しつつ、一次的には営業主体の自主規制に期待し、「営業」活動ひいては国民の経済活動を縮減させることを回避する道も考えられる。思うに、このような法的規制と自主規制は二律背反の関係に立つものではなく、両者を機能的に使い分け、必要に応じて「併用」することが、「営業の自由」の実効的保障のためには必要であるといえる。

第三に、財産権を補完する側面を有する「営業の自由」も、財産権と同様

に、他の基本権行使の前提となる側面を有し、憲法が前提としている資本主義体制の下で、国民の人格的自律を前提とする「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するために不可欠な権利の一つとして定位され、生存権の土台を形成し得るものであるといえる。なぜなら、国民の人格的自律及び「健康で文化的な最低限度の生活」の保障は、各人の生活にとって必要不可欠となる基本的な財・サービスについて市場を通じて需要・購入・消費することのできる機会が開かれていることを前提として実現されると考えられることにかんがみると、「営業」はそのような基本的な財・サービスを供給するための活動の中核部分を占めるものであるといえるからである。しかも、近年の情報通信の著しい発展に伴い、「営業」が実空間のみならずサイバー空間（インターネット上）においても活発かつ頻繁に行われるようになるにつれて、国民生活の中で「営業」が基本的な財・サービスの供給にとって必要となる度合いがますます高まり、今日の社会においては、「営業」が個人の自律や文化的な生活を支えるうえで有する意義が従前以上に増大していると考えられる²⁵⁰。したがって、営業主体間の権利行使の調和や消費者の権利の保護を前提としつつ、国民全体が個人の人格的自律を確保しながら「健康で文化的な最低限度の生活」を営むことができるようにするために必要となる基本的な財・サービスの供給の安定性及び多様性を保障することが、「営業の自由」の今日的な保護法益の一つとなっていると捉えることができる。換言すれば、現代社会における「営業の自由」は、営業主体の自由な営業活動（主観的側面）の実現のためのみに認められるものではなく、基本的な財・サービスの多元的な生産・供給・消費プロセスという機能連関そのものの自律（客観的側面）をも制度的に保障するものである。これは、「基本的な財・サービスの供給の安定性及び多様性」を制度的に最大限確保することが、「営業の自由」の保障から導かれる公権力の責務であるということを示唆するが、このような責務は、憲法25条2項において「全ての生活部面について、社会福祉、社会保障及び公衆衛生の向上及び増進に努めなければならない」

とされる国の責務にも符合すると考えられる。そして、このような責務を果たすための前提条件として、基本的な財・サービスの供給の「多様性」を確保する観点からは、一定の自由競争を可能とするために必要となる中小規模の営業主等が享有する主観的権利としての「営業の自由」が保障されることが、基本的な財・サービスの供給の「安定性」を確保する観点からは、消費者が不当な営業活動から適切に保護されることが、それぞれ必要となるのである。とりわけ、営業主と消費者との関係を見ると、当事者間の対等性が失われ、「情報強者」である営業主が「情報弱者」である消費者に不利となる営業活動を展開する可能性が否定できない。これは、公権力に対しそのような不当な営業活動から消費者を適切に保護することが要請され、それに応じて消費者においても規範的な「不当な営業活動から保護される権利」を享有するというを示唆するものである。

このような観点からみた「営業の自由」の主観的側面と客観的側面との関係については、客観的側面が、主観的側面の保障が確保されることによって必ずしも自然に実現されるものではない。その理由として、まず、個々の営業主の「営業の自由」を最大限に認めると、分野によっては大規模な営業主による独占・寡占が生じる結果、基本的な財・サービスの供給の多様性が確保されずに非効率な資源配分をもたらす「市場の失敗」が発生し、独占価格の設定等を通じて消費者が不利益を被ることとなり得ることが指摘できる²⁵¹。同時に、個々の営業主の「営業の自由」が認められるのみでは、不当（悪質）な営業を行う営業主の存在可能性が何ら排除されないことから、前述の消費者の「不当な営業活動から保護される権利」は適切に確保されないこととなるということが挙げられる。これらは、憲法上の「個人の尊重」の原理に反する状況であると認められることから、公権力において、適切な措置を講じることが憲法上求められることとなると解される。それゆえ、客観的側面の保障のためには、立法措置に基づき主観的側面に関する一定の規制を行うことが必要不可欠となるといえる。よって、そのような規制

の合憲性については、規制の目的が前述の憲法上の要請に適合する限りにおいて、一次的には立法権の判断を尊重しつつ、緩やかな審査基準を適用することとしたうえで、関係する営業主体にとって過度な基本権の侵害となっていないかどうか、また消費者にとって過少な基本権に関する法益の保護となっていないかどうかの観点から判断されるべきである。

第四に、資本主義体制を前提とする限りにおいて、「営業の自由」の客観的側面の実効的な保障のためには、基本的な財・サービスの供給に関して、市場原理による支えが必要となる。仮に公権力において、市場の論理に著しく反するような「営業の自由」に対する立法措置による規制を設ければ、営業主体の反発が予想され、実効性を確保することが困難になるであろうし、営業主体の側においても、市場において消費者に受け入れられるような財・サービスを提供しない限りは、「営業の自由」を実質的に充足させることができないからである。したがって、「営業の自由」の客観的側面の保障に際しては、基本的な財・サービスの多元的な生産・供給・消費プロセスという機能連関の自律の保障に加えて、それに市場原理をどのように組み込み、またそれとの調整をどのように図るかということが特に重要になる。換言すれば、憲法は資本主義経済を予定しつつも市場原理のあり方について明確な価値判断を示してはいないが、「営業の自由」に関する客観的原則規範の中に、市場原理の最大限の尊重というテーゼが暗黙裡に内在していると解することができる。

以上の4点を「営業の自由」の今日的な保護法益と捉える解釈については、実定法上、主観的権利としての「営業の自由」に対するさまざまな立法規制が行われているという事実とも、整合的である。確かに、「営業の自由」をもつばら主観的権利と捉える観点からは、営業主体間でその保障の程度が異なることについては保護の平等性の観点から問題が生じ、また営業主体以外の消費者の権利が「営業の自由」に溶け込むことについては両者を切り分けて考えるべきであるとする批判が成り立つ余地がある。しかしながら、「公

共の福祉」を根拠とする客観法的規範が「営業の自由」に本質的に内在していると考えれば、このような批判を免れ、国民の利益を最大化するような主観的権利と客観法的規範の組合せが可能となり、ひいては自由と規制の調和が成立することとなると思われる。

このような解釈を敷衍させれば、「営業の自由」は、財産権の場合と同様に、主観的側面と客観的側面が併存する「多層的構造」を有するものであるといえる²⁵²。それにとどまらず、(ア)主観的権利の享有主体が特定の能力を有する者に限定されること、(イ)主観的権利の保障が必ずしも個人の人格的自律を確保するものであるとはいえないこと、(ウ)活動の相手方(受け手)が国民全体であり、受け手の視点から権利の性質を捉え直す必要があること、(エ)客観的側面の保障が主観的権利の保障のみによっては必ずしもただちに実現せず、むしろ客観的側面の保障のために主観的権利が「制約」される関係(主観的権利の射程が狭まる関係)が基本となること、(オ)憲法上明文の規定により直接保障される基本権ではなく、少なくともその客観的側面については、憲法全体から捉えられる価値秩序に基づき定位される余地があることなどの点において、学説上一般的に理解されている「放送の自由」²⁵³との共通性が高いことが明らかとなる²⁵⁴。

このように考えると、「営業の自由」については、もはや職業選択の自由の一環及び財産権の補完の枠内のみで捉えることは必ずしも十分ではないといえる。「営業」ということばが存在しない憲法の下では、「営業の自由」の客観的側面について、むしろ、「個人の尊重」、「健康で文化的な最低限度の生活」、「資本主義」といった憲法上の原理・原則ないし憲法から導かれる要請から根拠づけられるべきものであるといえる。すなわち、資本主義体制における市場原理の下で、各人が「健康で文化的な最低限度の生活」を営み個人として尊重されるためには、民間の営業主体による基本的な財・サービスの供給の安定性及び多様性が極力確保されることが必要であり、この観点から、多様な営業主体の「営業の自由」を確保するための競争秩序や消費者保

護のための一定の秩序が憲法上制度的に保障される必要があるといえる。その意味において、「営業の自由」は、財産権とともに、憲法上の基本原則から説き起こされるべき広がりをもった基本権であるといえる。もっとも、この制度的な保障の射程を一律に明確化することは困難である。なぜなら、競争秩序の具体的な内容については市場の状況等によって異なり得るし、消費者が不当な営業活動から保護される範囲についても営業の態様等によって異なることとなる可能性が高いからである。したがって、「営業の自由」の客観的側面の保障についても、一次的には立法権の判断が尊重されるべきものであるといえる。

以上を総括すると、「営業の自由」の保障については、財産権の保障と同様に、主観的側面と客観的側面に大別される。主観的側面としては、各営業主体が自由に営業活動の内容・方法等を決定したり営業用財産を使用・収益・処分したりすることを認める主観的権利を保障することが挙げられる。他方、客観的側面としては、各営業主体間の適切な「競争秩序」を形成しこれを保障すること、営業の相手方である消費者（国民）が不当な営業活動から適切に保護される「秩序」を形成しこれを保障すること（事業者間の公正な競争は消費者の保護を前提として成立するものであることにかんがみれば、この「秩序」は の「競争秩序」に内包されるものとみることが可能である）、営業活動を通じて、前述の 及び を支える原則規範である「国民生活（個人の人格的自律、健康で文化的な最低限度の生活）に不可欠な基本的な財・サービスの供給の安定性・多様性が確保されること」を保障すること、資本主義体制の下での「営業」の前提となる市場原理を最大限尊重することが挙げられる。そして、これらの ~ の保障については、相互に排他的なものではなく、当該要請のいずれをも可能な限り満たす最適な「解」となる政策（立法措置）を追求し、これを実現することが、公権力に課された憲法上の「義務」であるといえる。そのような「義務」の履行の結果として定立される立法規制は、前述の の主観的権利を多かれ少なかれ

「制約」することとなるが、営業主体の権利の過度な侵害又は消費者の権利の過少な保護となっていない限りは、原則として当該規制の趣旨が尊重されるべきものであり、このことが「営業の自由」の限界を画するための大きな判断材料となるといえる。同時に、前述の の客観的原則規範については、及び の秩序を枠づけることとなり、これが結果的に の主観的権利の限界を画することとなるということにも留意が必要である。

もっとも、前述の の客観的原則規範が結果的に の主観的権利の限界を画するとすると、客観法的規範が自由保障機能（主観的権利）に優位することとなり、本末転倒であるとする批判があり得よう。仮に「営業の自由」の保護法益がもつばら営業主体にとっての「国家からの自由」であれば、このような批判は妥当する。しかし、憲法の基本権保障の核心は個人の人格的自律を確保することにあると考えられるところ、権利の主体が限定される「営業の自由」は、財産権と異なり、その主観的側面において個人の人格的自律を支えるものとは言いがたい。むしろ、「営業の自由」に個人の人格的自律を支える側面があるとすれば、それは当該自由内に内在する「基本的な財・サービスの供給の安定性・多様性の確保」という客観法的規範の要素にほかならない。したがって、憲法上明文の規定のない「営業の自由」の場合には、「個人の尊重」の原理に根ざす消費者すなわち国民全体の利益の観点から、客観法的規範が自由保障機能（主観的権利）に原理的に優位するということも認められるし、かつそのように解することが適切であると考えられる。

(2) 営業の自由の限界

学説・判例

学説・判例とも、前述の財産権の限界に関して示した内容の相当部分が、「営業の自由」の限界に対しても当てはまる。特に、判例に関しては、目的二分論の適用範囲について財産権の場合と「営業の自由」の場合とで多少の相違がみられるものの、規制目的の正当性とそれを達成するための規制手段の必要性・合理性が規制の合憲性をめぐる判断のメルクマールとなるという

基本的な考え方については財産権の場合と同様である。そこで、ここでは「営業の自由」固有の内容を中心とする主な学説に焦点を絞ることとする。

「営業の自由」に対する制約についても、他の経済的自由権の場合と同様に、これを消極目的の規制と積極目的の規制とに区分し、両者でその合憲性を判定するための基準を異にするとする見解が存在する。例えば、ある学説は、消極目的の規制を「当該営業行為により社会や他人に害悪をおよぼすのを未然に防止するための制限」と定位しつつ、「営業の自由」に対する内在的制約であるとし、積極目的の規制を「他の社会目的を達成するための政策的見地からする制約」と定位しつつ²⁵⁵、これを「経済的弱者の保護ないし社会権の実現のための制限」として捉えている²⁵⁶。そして、「営業の自由」を制限する手段として広く用いられている許可制について、消極目的の規制の場合には必要最小限度の原則が妥当し、積極目的の規制の場合にはこれが妥当しないとする²⁵⁷。前者の場合、許可制の合憲性が認められるためには、「営業活動の制限によっては制限の目的を達成することができず、また、届出制によっても目的を達成しえないことが示される必要がある」とされる。これに対し、後者の場合、「制限の手段は立法府の裁量に属するとみることができる」ことから、「それが著しく不合理であることが明白でないかぎり、その合憲性を承認することができる」とされる²⁵⁸。

一方、このような消極目的及び積極目的という規制目的の類型は、目的審査における「憲法上許された規制目的」であるか否かの判断の目安となるものにすぎず、手段審査の基準のあり方とは無関係であるとする批判も有力に主張されている²⁵⁹。これによれば、手段審査における審査基準は、「営業の自由」に対する憲法上の保障の強度に応じて決まるものであるとされる²⁶⁰。このとき、手段審査基準は一元的なものであり、「明白の基準」を採れば「必要最小限度の基準」は立法者の自己拘束に基づく法解釈上の一準則にすぎないこととなり²⁶¹、「必要最小限度の基準」を採れば「明白の基準」は目的審査基準にほかならなくなるということが指摘されている²⁶²。

他方、消極目的及び積極目的という目的二分論を維持しつつ、「営業の自由」の制約に関する手段審査基準を柔軟に捉えようとする学説もみられる²⁶³。これによれば、例えば同じ「営業の自由」に対する積極目的の制約であっても、「経済的弱者保護の観点とか経済全体を見通した産業政策的な観点」からの配慮の問題と国民の消費生活への影響の観点からの配慮の問題とでは、多くの場合において齟齬があり、前者の場合には「必要最小限度の基準」が採用し得なくても、後者の場合には「必要最小限度の基準」が求められるということがあり得るとされる²⁶⁴。したがって、目的二分論を基本としつつも、個別具体的な事情に応じて審査基準を適宜変化させることが必要であるとされる²⁶⁵。

更に、「プロセス的司法審査理論にたち、プロセス的二重の基準論を支持する立場」²⁶⁶からの学説として、「営業の自由」(をはじめとする経済的自由権)に対する制約については、その目的にかかわらず、原則として合憲性を推定し、一律に緩やかな審査基準を適用すべきであるとする主張も存在する²⁶⁷。これによれば、民主主義における政治参加過程に不可欠な権利とはいえない「非プロセス的権利」である「営業の自由」等に関する制約については、「いかなる目的の規制であろうが、合憲性を推定し、著しく不合理であることが明確でない限りは、裁判所は社会経済規制立法を違憲とすべきではない」²⁶⁸とされる。

管 見

「営業の自由」に対する制約については、「営業の自由」が財産権の保障を補完する要素を有する以上、少なくとも、前述の財産権の限界と同様の論理が原則として妥当することとなる。したがって、「営業の自由」は、他の基本権との衝突に基づく内在的制約や、政策的目的による外在的制約に服するとともに、「営業の自由」自体に内在する客観的側面からの「制約」も受け、それにより主観的権利の保護領域が画定されることとなる。とりわけ、「個人の人格的自律や国民の健康で文化的な最低限度の生活の保障に不可欠

な基本的な財・サービスの供給の安定性・多様性」を確保する必要性は、「営業の自由」の主観的側面を「制約」する際の背後にたえず横たわる思想となる。もっとも、主観的権利としての「営業の自由」に対する制約については、(ア)営業を行うこと自体について課せられる制約と、(イ)個々の営業行為について課せられる制約とに大別されることが指摘されているが²⁶⁹、ここでは主に(ア)の側面を念頭においてその限界を考察することとする。

公権力による積極的な政策的調整が憲法上予定されていると解される「営業の自由」の内容については、立法措置に依存せざるを得ない部分（立法権の判断を尊重することが望ましい部分）が非常に大きいといえる。もとより、「営業の自由」の「最大の尊重」（憲法13条）を目的として、多種多様な規模及び形態の「営業」を極力「並立」させるためには、一定の競争政策・消費者保護政策上の制度的配慮が必要となることは前述のとおりであり、規制の目的、必要性、規制によって制約される「営業の自由」の種類、性質、程度等を比較衡量することが不可欠となる。判例も示唆するとおり、この比較衡量は一次的には立法権の判断に基づき行われるべきものであり、その判断が不合理なものでない限りは、それが尊重されるべきであるといえる²⁷⁰。その意味において、厳格な違憲審査が実質的に作用する余地は小さくなることとなる。これは、憲法上の要請としての競争政策・消費者保護政策上の観点からの「営業の自由」に対する規制措置については、それがたとえ消極目的（内在的制約）であるとしても、比較衡量の結果として「過度な侵害」となっていない限り、立法権の判断が尊重されるということをその含意とする。

このように立法権の判断を尊重する必要性が特に強く求められる場合の一つが、「公共的財産」を用いて営業活動を行う公益事業に対する規制である。公益事業に対する規制については、消費者との関係においては給付行政的な側面があり²⁷¹、国民生活において不可欠な「基本的なサービス」を中心とする財・サービスを供給する営業主体の主観的権利に対する規制であると定位することができるため、総じて「営業の自由」の客観的な保護法益である

「基本的な財・サービスの供給の安定性・多様性」を確保することを目的とするためのものであると解することができる。したがって、その合憲性については、緩やかな審査基準の下で、必要以上の過度な措置となっていない限り、原則として認められるべきものであるといえる。

もっとも、財産権の場合と同様に、規制の目的・手段及び制約される基本権の制約度合いによっては、厳格な審査が要求される場合も考えられる。例えば、学説・判例において、営業の「許可制」という規制手段については、主観的側面としての営業の自由に対する強力な制約として捉えられており、原則として厳格な審査が要求される場合であると解されている²⁷²。「営業」の態様・種類も踏まえた規制目的との関係で、許可制でなければ当該目的を達成することが困難であるか否かを検討することが必要であるという意味において、このような解釈は妥当であろう。すなわち、制約の目的と制約される基本権の具体的な内容を総合的に判断しつつ、審査密度の厳格度を設定し、これに制約の手段を加味した「利益の均衡」を検討することにより、制約の妥当性に関する判断を導くことが適当である。

ここで注意を要するのが、法律により「内容形成」される側面を有する財産権の射程が「不安定」であるのと同様に、社会的・経済的状况の変化に対応した競争秩序及び消費者保護政策の設定・維持を前提としている「営業の自由」の射程もまた画一的ではないということである。したがって、「営業の自由」に対する規制は、その実施時（立法時）において合憲性が認められるものであったとしても、その後の状況の変化によっては違憲なものへと転化する可能性を秘めている。その意味においても、形式上の規制目的に基づく機械的な違憲審査基準の当てはめは不適當であり、立法事実を形成又は支持し得るその時々々の社会的・経済的状况を具体的に見据えながら、制約される基本権の内容を考慮のうえ、規制目的を的確に特定するとともに、規制手段の必要性・合理性が妥当し得るかどうかを適切に見極めることが重要である。これは、規制目的及び規制手段の必要性・合理性や目的と手段の均衡性

に加え、時代の変化に対応した立法事実に関する適切な判断も、「営業の自由」の限界を画するうえで不可欠の要素となっているということ示唆しているといえる²⁷³。

一方、「営業の自由」の客観的側面は、主観的権利としての「営業の自由」に対して一定の「枠づけ」を行うことにより、それを「制約」し、その保護領域を画定することとなる。その際、最も根源的な客観法的規範は、「営業活動を通じて「国民生活に不可欠な基本的な財・サービスの供給の安定性・多様性が確保されること」であり、これは主観的権利のみならず、前述の「各営業主体間の適切な競争秩序」や「消費者（国民）が不当な営業活動から適切に保護される秩序」をも「枠づける」こととなる。すなわち、この根源的な規範に背反するような競争政策や消費者保護政策は、憲法上の要請とは言いがたいし、それらの政策に基づく主観的権利としての「営業の自由」の制約も、必然的に正当化しがたいこととなる。それゆえ、「営業の自由」の客観的側面に基づき主観的権利が制約される場合の憲法適合性についても、一次的には立法権の判断が尊重されつつも、それにより制約される主観的権利の衝撃の度合い等のみならず、「基本的な財・サービスの供給の安定性・多様性」という規範から過度に「逸脱」したものとなっていないかどうかという観点をも踏まえ、適切に審査されるべきものであるといえる。このような形で枠づけは、「営業の自由」の主観的側面の限界を形成する重要なメルクマールとなるといえる。

4 結 論

以上の考察を総括すると、憲法29条1項における財産権も、憲法22条1項から一次的に導かれ憲法29条1項とも密接に関わる「営業の自由」も、ともに以下の特徴を有する基本権であるといえる。第一に、時代の変化に適切に対応した内容の見直しがたえず求められる権利であるということである。も

ちろん、財産権において、人格的自律の下で「健康で文化的な最低限度の生活」を保障するために不可欠となる物的手段の享有を認める制度（私有財産制）の保障が求められるように、時代の変化に関わりなく常に最低限保護されなければならない部分（立法権によっても侵すことのできない領域）も存在する。しかしながら、一方で、財産権に関しては、財産的価値を有するものに対する権利を極力広く保障することを基本としつつ、「個人の尊重」の原理にとって必要と認められる範囲内において既存の財産法秩序を追認し既得権を保障するだけでなく、政治的・社会的・経済的状况の変化に対応して法律により新しい内容が形成されていくものである。「営業の自由」に関して、一次的には営業主体の自由な営業活動という「国家からの自由」を保障するものであるが、財産権の「内容形成」の程度に応じて、営業活動の一環としての営業用財産の使用・収益・処分が可能となる範囲も異なり得ることから、やはり政治的・社会的・経済的状况の変化に対応した見直しが求められるものである。

第二に、各人の主観的権利を保障するだけでなく、客観的・制度的な保障をも内包する基本権の「二重構造」の中で、それぞれ複数の保護法益を伴う「多層的構造」を有するものであるということである。財産権や「営業の自由」の客観的・制度的な側面については、「個人の尊重」、「加害原理」、「健康で文化的な最低限度の生活の保障」、「資本主義」といった憲法上の要請に対応して保障されるべきものである。このような性質は、財産権も「営業の自由」も、その権利主体が主観的権利を行使するに当たり、一定の「秩序」が必要となるものであるということに起因する。具体的には、財産権については、前述の「物的手段の享有（所有権）」とともに他人の基本権を侵害しない範囲での財産権の行使を認める「財産法秩序」を保障することが、「営業の自由」については、「あらゆる基本的な財・サービスの供給の安定性・多様性」を確保するための「競争秩序」（消費者保護の視点を含む）を保障することが不可欠となる。この場合、その保障の方法として、憲法が既存の

法秩序を追認する場合もあり得るし、また「公共の福祉」を根拠として法律による新たな内容形成を求める場合もあり得る。いずれにしても、このような基本権内在型の秩序は、公権力に対する任務規範として、その適切な設定・維持・確保を義務づけることとなる。

第三に、第二の点の帰結として、「国家からの自由」だけでなく、「国家による自由」をも予定している権利であるということである。すなわち、公権力において一定の制度的な枠組みを積極的に保障することが義務づけられるということは、「国家による自由」が必要となるということにほかならず、その保障に必要不可欠と認められる範囲内においてのみ、各主観的権利も認められ、場合によっては「制約」され得ることとなる。すなわち、主観的権利の保護領域が、国家（公権力）により設定される一定の枠により画定されるという側面を有するものである。

したがって、財産権、「営業の自由」それぞれの限界についても、両基本権に内在する客観的側面の保障に基づき主観的権利が「制約」されることとなる場合には、立法権の判断を原則として尊重しつつ、それが基本権に関する法益間の均衡を欠き「過剰」又は「過少」な措置となっていないかどうかという観点から、画定されるべきものである。また、それ以外の要因に基づく制約の場合であっても、多層的構造を有する権利の内容のうち、どの側面が制約されることとなるのかということを明らかにしつつ、なぜそれが制約されなければならないのかということ（制約の目的）を的確に特定しながら、その許容範囲が画されるべきである。その意味において、一般論としていえば、財産権ないし「営業の自由」に対する制約（規制）については、その目的が「消極（内在的）」又は「積極（政策的）」といった区分に応じて機械的に当該限界画定のための審査基準（審査密度に関する基準）を当てはめ、これに大きく依存してその合憲性の判断を行おうとするのは不適當であり、このような違憲審査基準の厳格度については「一応の目安」ととどめるべきである。むしろ、制約される権利の内容を踏まえつつ、制約の目的と併せて総

合的に考慮しながら、基本権に関する法益間の均衡を適切に図ることが求められる。しかも、当該「均衡」点は、財産権及び「営業の自由」の性質上、時代の変化に応じて可動的となるため、制約を基礎づける立法事実の妥当性に関しても的確な判断を行うことが必要となる。もっとも、財産権の内容の多様性に応じて、財産権に対する制約の態様も、ひいては「営業の自由」に対する制約の態様も多種多様となるから、このような考え方の原則を一般論のレベルで述べるには限界があり、本来は個々の規制をより掘り下げて分析していく必要がある。この点については今後の課題としたい。

注

- 1 「共有地の悲劇」の詳細については、海野・招待98-100頁参照。
- 2 学説においては、「財産権を憲法上保障することは、立法による財産没収などの危険性を小さくして権利を安定化させ、国内外の投資を促進して経済を発展させる」意義がある旨も指摘されている（巻・再考39頁）。
- 3 本稿においては、実定憲法上の権利を便宜上「基本権」と称することとする。
- 4 中島徹・事前240頁。
- 5 中村・財産権236頁。野中=中村=高橋=高見・憲法 460頁。佐藤・憲法565頁。
- 6 解釈論上、このような広い射程がとられることとなった歴史的背景について、石川・位相一12-43頁参照。
- 7 今村・財産権185頁。中村・財産権236-237頁。野中=中村=高橋=高見・憲法 460頁。
- 8 学説の分類は、「野中=中村=高橋=高見・憲法 460-463頁」などを参考にしたものであるが、必ずしもすべての学説を網羅するものではない。
- 9 松井・憲法584頁。高橋正・経済活動301頁。最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1523頁の判例における栗山茂裁判官補足意見参照。
- 10 棟居・新構成245-246頁参照。
- 11 高橋正・経済活動301頁。この学説の考え方によれば、憲法29条1項が不可侵としているのは、「財産」ではなく「財産権」であり、「財産」であれば独立的に意味の画定が可能であるが「財産権」は実定法における財産上の諸権利の束であると考えざるを得ないことから、「財産権」は憲法上独立して存在し得る権利ではなく、他の法規範によって内容を与えられる必要のある「依存条項（abhängiger Satz）」（高橋正・意義二16頁）にす

ぎないとされる。そして、憲法29条2項がその「依存先」を法律と指定し、そこで形成された内容が公共の福祉に適合することを要請しているという。したがって、財産権の不可侵とは、各人の具体的財産を立法権に対して保障するという意味における「立法拘束力」を有するものではなく、「財産権に関する法律による規制を憲法上固定するという意味を持つ客観的法」(高橋正・意義二19頁)であるとされる。したがって、この学説からは、財産権の「不可侵」の意義は、「不可侵」という用語本来の絶対的意義にもかかわらず、相対的意義が与えられるにとどまるものであり、「法律によらざる侵害、あるいは違法な侵害を許さない」(高橋正・意義二8頁)ということにとどまるという帰結が導かれることとなる。その詳細については、高橋正・意義一88-107頁、高橋正・意義二2-19頁参照。

- 12 佐藤・憲法565-566頁。樋口・憲法252頁。
- 13 長谷部・憲法241頁。
- 14 いわゆる伝統的な制度的保障の意義については、芦部・憲法学 87-94頁参照。また、制度的保障説の淵源となるドイツにおける制度的保障論の概略について、シュミット・憲法理論212-217頁、海野・保護義務論58-59頁参照。通説的見解によれば、制度的保障の理論が用いられる場合は、「立法によっても奪うことのできない『制度の核心』の内容が明確で、制度と個人の基本権との関係も論理的もしくは合目的に密接であるもの」に限定されるべきであるとされる(芦部・憲法学 93頁)。
- 15 協会・註解561頁。佐藤・憲法566頁。なお、財産権に関する制度的保障論について、山下・生存財産251-253頁参照。
- 16 協会・註解566頁。なお、同書は、「解釈により法を適用して裁判をなすことはまさに司法権の機能そのものであり、従ってその限りにおいては司法権による財産権の侵害は考えられない」(協会・註解572頁[註11])としている。
- 17 松井・憲法584-585頁。同書は、「憲法は別段私有財産制度の維持を命じてはならず、立法府が公共の福祉に適合するように財産権の内容を定義することはかまわない」と述べている。
- 18 浦部・教室214頁。
- 19 この学説によれば、財産権に対する内在的制約は憲法12条及び13条に定礎させるべきであるとされる。浦部・教室213頁。
- 20 浦部・教室212頁。同書によれば、「これでは、社会権を保障し、そのためには経済的自由権が制限されることを当然のこととした憲法の趣旨が、完全に没却されることになってしまう」とされる。

- 21 渋谷=赤坂・人権106頁。
- 22 柳瀬・歴史60頁。
- 23 「人格の自律」の概念については、佐藤・人権82-97頁参照。
- 24 中村・憲法180頁。これに加え、「およそ権利保障なくして何らかの『私有財産制度』が成立するとは思われない」(棟居・新構成247頁)とする指摘もある。
- 25 芦部・憲法219頁。佐藤功・概説278頁。奥平・憲法 234頁。樋口・憲法253頁。橋本・憲法301-302頁。なお、権利保障と制度的保障という異なるものの保障が併存すると解することは無理があるとの立場から、憲法29条1項は一次的には「権利」を保障するものであるが、当該権利は制度を基盤とするものであるから、制度的保障をも随伴すると主張する学説もあり(芦部=小島=田口・基礎知識93頁)、これも制度・権利保障併存説に含まれる。
- 26 佐藤・憲法566頁。
- 27 制度・権利保障併存説において保障の対象となる主観的権利は、「制度」の中核部分を逸脱する部分も含めて観念されている。芦部=小島=田口・基礎知識93頁。
- 28 協会・註解566頁。民法(明治29年法律89号)206条参照。
- 29 棟居・新構成245頁参照。
- 30 浦部・教室211頁。なお、「契約の自由」については、憲法では明文の形で掲げられてはいないが、一般に経済活動の自由の一環として認められるものと解されている(大石=大沢編・判例憲法209頁)。もっとも、「契約の自由」の本質については、「私的自治の原則による私的イニシアティブの尊重」にその比重をおくか、それとも「一定の役割期待に基づき、それらを私人に委ねる『秩序』として位置付ける」ことにその比重をおくかに応じて、憲法上の位置づけが異なり得る。これは、特に「当事者間に、交渉力に不均衡が存在する場合」や「顕著な情報格差・情報の偏在が見出される場合」に問題となり、後述の「営業の自由」と同様の捉え方をする必要を惹起する(石川・契約146-147頁)。
- 31 高原・財産権249-251頁。この考え方の根底には、「一口に財産権といっても、その権利の客体である財産は極めて多様であって、かかる多様な財産を一括して、その法的処理を考えることは、ほとんど不可能に近い」(高原・財産権248頁)という思想がある。ここでいう「大きな財産」とは「他人の支配をとめない、比較的社会性の強い財産」として、「小さな財産」とは、「他人の支配をとまわず、比較的社会性の弱い財産」として、それぞれ定位される(高原・財産権251頁)。
- 32 佐藤・憲法566頁。松井・憲法586頁。

- 33 浦部・法理102-106頁。同論文によれば、この考え方は、「『人権としての財産権』『資本主義的財産権』などの概念確定を、さしあたり断念し、制約法理の側から、実質的に、『人権としての財産権』の保障と『資本主義的財産権』の制限を実現しよう」としたものである。後述する財産権に対する政策的制約（すなわち積極目的の規制）を「社会権保障ないし弱者保護に限定することによって、この種の制約に服すべき権利の対象を、いわゆる『資本主義的財産権』に限ることが、基本的に可能になる」とされる（浦部・法理105頁）。
- 34 棟居・新構成261頁。同書によれば、「『資本主義的財産権』すなわち、『人権としての財産権』に当たらない財産権については、仮にそれが憲法上の保障のおよそ埒外にある（したがって私法レベルの保障にとどまる）というのであれば、積極規制という社会国家的制約に限らず、広く経済政策的観点からの制約に服すると考えるのがむしろ自然であろう」とされる。
- 35 棟居・新構成266頁。同書によれば、独占財産が財産権保障の制度的意義（資本主義制度の維持）を損ねる作用を果たす場合には制度的保障による保護をも与えられないため、財産権は厳密には「人権としての財産権」、「制度的保障の反射的利益として保護される財産権」、「憲法上の保護を見出しえない独占財産」の3つに分類されるという。
- 36 棟居・新構成264頁。同書によれば、「人格的自律の諸契機のいずれとも結びつかない独占的・資本家的財産は人権としてではなく、資本主義制度が保障されることの反射的利益としてのみ、憲法上の保護を与えられている」とされる。
- 37 栗城・財産権71-73頁。これによれば、「憲法の意味における財産権は人格的自由の実現のために不可欠であるものに限定される」一方、「人格的自由の実現にとって不可欠の前提とは考えられないようなもの」については「憲法はそれらのものについての財産権の成立・存続を許容しているかぎりにおいてそれを保障している」とされる。そして、「憲法自身なんらの限定もなしに財産権の保障を宣言しているのに憲法による保障の範囲を人格的自由の実現にとって不可欠のものに限定すること」については、「憲法が通常用いられている財産権という言葉を用いながら、それに憲法独自の態度・方針をもって臨むということは十分に可能なはずである」とともに、「財産権の特殊性にかんがみて、許される」とされる。
- 38 協会・註解561頁。佐藤・憲法566頁。高橋正・経済活動304頁。伊藤・憲法368頁。田上編・体系346頁。橋本・憲法302頁。
- 39 中村・財産権237頁。伊藤・憲法368頁。
- 40 中村・財産権238頁。野中=中村=高橋=高見・憲法 462頁。

- 41 浦部・教室213頁。奥平・憲法 233頁。
- 42 松井・憲法584頁。辻村・憲法284頁。
- 43 渋谷・憲法289頁。
- 44 今村・財産権189-190頁。これによれば、「彼の能力によって獲得し、彼の生活利益の用に供せらるべき財産を、その目的のために使用・収益・処分することの自由」は憲法改正によっても否定することができないとされる。
- 45 野中=中村=高橋=高見・憲法 463頁。
- 46 今村・財産権190頁。したがって、生活保障説によれば、生産手段の社会化を図り、社会主義体制へ移行することも不可能ではないということになる（奥平・憲法 234頁）。もっとも、生活保障説も、社会主義実現の手段として、企業の無償国有化まで認めているわけではない。山下・財産権27頁，山下・生存財産252頁参照。
- 47 山下・保障332頁。
- 48 例えば、「小山・作法156頁」は、法律による規制よりも後に財産権を取得した者との関係においては、法律による規制は既得の権利を制約するものではなく、むしろ当該権利の内容を新たに定義するものである旨を指摘している。このような考え方に対し、「公私を切り分ける憲法による保障は、公的領域が十分に機能するための最小限の私的領域確保に限定され、それを超えた法制度の整備は、(中略)立法政策の問題と解すべき」であると批判もある（巻・再考38頁）。しかし、この学説のいう「最小限の私的領域確保」の範囲は不明瞭であり、憲法上の財産権の保障が立法による「内容形成」を要することそのものを否定する根拠とはならないと思われる。
- 49 小山・制度63-65頁。「小山・応答13頁」によれば、「財産権保障の理念を財産法領域における個人の自己責任に基づく生活形成と見るならば、社会・経済的と件の変化に対応して財産権保障の理念を実現するためには、旧来の法をそのまま維持するだけでは不十分で、既存の財産法に適宜、手を加えることも必要となる」ため、「基本権内容形成論は、憲法を規準に立法者に拘束を加えると同時に、立法者に対して、社会・経済の変化に対応した所有権の再定義の可能性を与える」ものとされる。
- 50 小山・制度71頁。
- 51 この学説は、前述の伝統的な制度的保障論の考え方の再構成を試みており、制度的保障を「内容形成」の一類型と捉えることにより、保障の対象となる「制度」がその成立に際して積極的な作為を立法権に要求していると解している。この考え方に基づけば、制度的保障は「制度の核心」部分の現状維持の保障に尽きるものではなく、また、制度的保障違反に対抗して当事者は裁判による救済を求めることが可能であるということが示唆される（小山・制度56頁・62頁）。

- 52 中島・内容形成73-74頁。この学説は、財産権は単なる価値保障にとどまらず、人格の自由の保障と緊密な内的関連に立つ根元的な基本権であること、財産権の内容、行使の方法、他の権利との調整等の規律は立法者に委ねられていること、単なる財産配分の現状保障にとどまらず、「個人の尊厳」の確保を目的とした人格的自由と内的関連を有する財産権の形成が求められていることなどから、制度的保障論の枠組みが、財産権の保障に対して積極的な役割を果たすものである旨を指摘している。
- 53 最大判昭和35年6月15日民集14巻8号1376頁、最大判昭和38年12月25日民集17巻12号1789頁参照。
- 54 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。
- 55 石川・法制度284-289頁。この学説は、我が国で制度的保障論として包括されている私法上の“Institut”の保障と公法上の“Institution”の保障とは本来（淵源のドイツにおいては）別個の理論である（石川・距離4頁）としつつ、前者を「法制度保障」、後者を「制度体保障」と称し、憲法で「制度体保障」に相当するのは憲法1章の天皇制のみである（石川・距離236頁）とする考え方に根ざしている。したがって、ここでいう「法制度保障」とは、他の多くの学説のいう「制度的保障」にほぼ相当する。
- 56 石川・法制度287頁。
- 57 長谷部・理性133-134頁。同書によれば、「国家による制度の設営を前提とする権利に関しても、各制度の内容の決定について、当然に広範な立法裁量が認められるわけではない」のであって、「憲法の条項自体が立法裁量を限定している場合もあるが、そうした憲法明文の制約がない場合であっても、当該制度のあるべき内容について法律家共同体内部で広く共有された理解がある場合には、そうした理解に対応する立法裁量の限定を想定することができる」とされる。併せて、長谷部・ベースライン論22頁参照。
- 58 長谷部・ベースライン論20頁。
- 59 長谷部・ベースライン論21頁（注11）。
- 60 巻・再考37頁。「長谷部・理性135頁」は、森林法判決について、「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もとづき、このベースラインからの離脱をはかる立法について、その目的および手段について、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」と解している。
- 61 小山・応答12-13頁。
- 62 小山・作法160頁。
- 63 高橋・立憲主義243頁。「佐藤・人権184頁」も、「財産権等の経済的自由は、人格的自由にとっての手段的価値として位置づけられる」と指摘している。

- 64 高橋・立憲主義243-244頁。
- 65 外部性の意義については、海野・招待93-94頁参照。
- 66 この詳細については、海野・招待100-103頁参照。
- 67 松本哲・財産権108頁。
- 68 これらのほか、学説には、財産権の保障根拠として、行政手続参加権の基礎づけ（財産上の権利の形成・創出過程に各人が参加するための行政手続上の保障）を指摘するものもある（棟居・新構成254-255頁）。興味深い考え方ではあるが、財産権はあくまでそれ自体として財産的価値を有するものに対する権利であるから、「行政手続参加」の保障をこれに取り込むことは解釈論上困難であるように思われる。
- 69 憲法上の財産権を自然法に基づく自然権ないし自然的権利であると解する考え方もある（森村・理論4頁。「阪本・理論 245頁」も「財産権」という概念は「文明の成立と同時に成立」したものである旨を指摘し、法律により創設されたものではないと解している）が、その根拠が明らかでなく、この主張は受け入がたい（中島徹・領分205頁、中島徹・実定性18頁、小山・制度59頁参照）。
- 70 前述の法律留保説は、憲法上「財産権の内容」を法律で定めると規定することと、憲法の次元で「財産権の内容」が独立に定まるとは矛盾するとしつつ、「財産を自由に使用・収益・処分しうる権能」を「財産権の内容」と捉えるとしても、法律上の財産権の内容とは大きな径庭がある旨を指摘する（高橋正・意義二15頁）。その理由として、財産権の代表である所有権でさえも民法206条は「法令の制限内において」自由な使用・収益・処分を認めているにすぎず、また無体財産権については、自由な使用・収益・処分という内容自体が「現実の法のあり方を無視したものとの批判を受けざるをえない」と解されるということが挙げられている（高橋正・意義二15頁）。しかしながら、財産権の内容の詳細が法律により確定されるとしても、その中から、法律の改廃を通じて「侵してはならない」要素を抽出し得ると解することは可能であるから、憲法29条2項は憲法の次元で「財産権の内容」が独立に定まるとを否定する根拠とはならないと解される。管見によれば、後述するとおり、財産権の中核ともいえる所有権、すなわち「法令の制限内において、自由に所有物の使用、収益及び処分をする権利」の中から、物的手段に関わるものの享有を絶対的に認めることが、当該要素の中核部分を占めることとなる。
- 71 これは、前述の生存財産とほぼ同義に解することが可能である。
- 72 したがって、自律保障財産以外の財産に対する権利も憲法29条1項による保障の射程にある。学説には、例えば生存財産とそれ以外の財産のような財産の区別は、財産権の保障の範囲を画定する局面よりも、むしろ保障の程度を検討する局面で考慮すべきであると指摘するもの（高橋・立憲主義244頁）もあるが、妥当であろう。

- 73 なお、自律保障財産とそれ以外の財産とを厳密に区別することについては、前述の「大きな財産」と「小さな財産」との厳密な峻別が困難であるのと同様に、経済活動が多様化している現代社会において、極めて困難である。学説には、「生存のための財産権とそれと矛盾・対抗関係にある財産権の、憲法論のレベルでの区別をすること」の必要性を説くもの（山下・生存財産253頁）もあり、実際に財産権の主体に着目した区別も提示されている。例えば、「影山・独占10頁」によれば、財産権の社会的存在様式は、(ア)労働者とその財産、(イ)小商品生産者、商人、中小企業者等の財産、(ウ)資本家的所有とその社会的主体としての資本家（独占プラス中小ブルジョアジー）に区別されるといふ。しかしながら、例えば資本家の有する財産のすべてが当該資本家の人格的自律を保障することに必ずしも無関係ではないなど、生存財産と資本財産との区別は相対化せざるを得ない部分がある。とりわけ、このような区別は、社会の状況や経済活動の実態等に依じて大きく異なってくるということが指摘できる。
- 74 「思想の自由市場」理論の概要については、海野・検閲27頁（注12）参照。また、この理論の再構成を試みる論考として、阪本・組み直し70-109頁参照。なお、著作権と表現の自由との関係については、さまざまな議論があり、著作権制度が表現活動に対する「萎縮効果」をもたらしているとする考え方もあるが、その詳細については本稿では扱わない。
- 75 したがって、このような物的手段の享有を内容とする私有財産制の維持・確保については、立法権といえども原則として侵害することができない制度的保障における「中核部分」と定位することができる。換言すれば、憲法29条1項は、個々の財産権（主観的権利）に奉仕することを目的としつつ、立法権でも原則として侵害できない要素を制度的に保障することをも含意する規定であると解することができる。
- 76 ただし、近年の高度情報通信ネットワーク社会（高度情報通信ネットワーク社会形成基本法〔平成12年法律144号〕参照）における「情報」の役割の高まりにかんがみると、ここでいう「物的手段」には、民法解釈における「所有物」に関する定義（民法85条参照）と異なり、一定の「各人に帰属する情報」という無体物も含めて解釈する余地が生じつつあるように思われる。ただし、情報については、秘密となるものを除き、原則として「公共財」（公共財の特質については、海野・招待67-69頁参照）としての性質を有するため、それを支配下におくことが困難であり、それゆえ所有権の観念も発生しにくく（中山・将来270-271頁）、財産権の射程に含めることが困難な要素も大きい。したがって、「各人に帰属する情報」のうち、財産的価値の有する情報（排他的に支配・管理することの可能な情報）の範囲を的確に特定することが課題となる。

77 いわゆる自然独占が発生する場合、資源配分の効率性を確保する観点から政府による規制が行われ（海野・招待116-140頁参照）、これが財産権に対する一定の制約となる場合があるが、このような規制の必要性は、独占財産を憲法上の保護の射程から外すことを意味しない。憲法が財産権を保障し、かつ自然独占が他人の基本権を直接「侵害」することなく自然に形成されるものである以上、その独占財産に対する権利については、原則として尊重されるべきものである。ただし、国民の物的手段の享有を阻害する作用を独占財産が果たす場合には、その限りにおいて、独占財産に対する財産権は制約され得る。また、後述のとおり、独占財産を用いた「営業」が、他の営業主体の「営業の自由」を著しく制約することとなる場合には、「営業の自由」に内在する限界の問題として、独占財産による「営業の自由」が制約され、これが独占財産に対する財産権の制約に結びつくこともあり得る。

78 したがって、電気通信事業者等が、電気通信事業等を営むに当たり、通信を媒介するためのネットワークをその支配下におき、それを任意に使用・収益したりその内部を流通するコンテンツを含めて管理したりする権利を「通信管理権」と称するとすれば、通信管理権は憲法上の財産権の一部を構成するものであると定位することができる。通信管理権の行使の具体例として、インターネットにおけるパケット情報の収集・分析等を通じた帯域制御、「迷惑メール」（特定電子メールの送信の適正化等に関する法律〔平成14年法律26号〕2条にいう「特定電子メール」を指す）の抽出及び限定的な通信役務提供拒否、ネットワーク上の権利侵害情報（特定電気通信役務提供者の損害賠償責任の制限及び発信者情報の開示に関する法律〔平成13年法律137号〕3条2項にいう「侵害情報」を指す）の特定及び一定の場合における送信防止・削除等の措置が挙げられる。通信業務の遂行、すなわち通信メッセージ（コンテンツ）を発信者から受信者に送り届けるに当たり、最低限把握することが必要となる通信の構成要素（通信当事者の氏名、宛先等）を電気通信事業者等が知得することについても、ここでいう通信管理権の行使に含まれる。

79 資本主義体制を前提としているということは、憲法29条1項から直接導かれるものではなく、憲法22条1項や27条1項等の趣旨から導かれるものである。判例（最大判昭和47年11月12日刑集26巻9号586頁）も、「憲法が、個人の自由な経済活動を基調とする経済体制を一応予定しているものということができる」と述べているが、これは資本主義体制を憲法29条1項から直接に導いているのではなく、憲法22条1項や27条1項等の規定の趣旨を踏まえつつ憲法全体から導いているものと解することができる。なお、その後の判例（最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁）においては、「憲法は、（中略）

22条、29条等において、財産権の行使、営業その他広く経済活動の自由をも基本的人権として保障している」とされている。

80 この点に関し、「藤井・営業の自由286頁」は、「憲法規定の中にすでに決定ずみの経済体制あるいは政治体制についての価値観が定められていると考えるべき」であるとしつつ、「日本国憲法は資本主義国家（政治的には民主主義国家）の憲法であり、22条及び29条はそれを前提とする規定である」としている。そのうえで、憲法25条以下の規定には「社会国家（積極国家）観が示されている」としつつ、その意味では「具体的な経済的な体制についての選択の余地は広い」ことから、憲法は「時代状況に対応してタイムリーな経済構造の変化をさせていくための柔軟な措置がとられるべきことを予定している」と指摘している。

81 体制保障説のように資本主義体制の保障を制度的保障に含めることについては、その明確な根拠が乏しいと考えられる。もとより憲法が前提とする資本主義体制については、財産権の不可侵のような現に保有する財産の管理等に関わる「静態的」な自由の保障から読み取られるべきものというよりも、むしろ憲法22条1項の職業選択の自由とそれに付随する側面を有すると考えられる「営業の自由」のように、積極的ないし「動態的」な営為の自由を保障する規定から読み取られるべきものであるように思われる。なぜなら、一部の学説が指摘するとおり、資本主義体制においても社会主義体制においても、非生産手段等に関して一定の範囲で財産の私有が認められる点では共通しており、両者の本質的な相違は積極的な営為の自由を伴うか否かにあると解されるからである。

82 前述の「制度的保障」の再構成を説く学説も、「憲法による財産権の保障は、個人の具体的財産権の保障と法制度保障という二重の内容を含むが、後者は、既存の財産法秩序の核心部分の保障という意味を超えて、積極的な法制度形成の委託という内実を含む」と指摘している（小山・内容形成305-306頁）。

83 中島・内容形成60-61頁参照。「渡辺・限界2頁」が指摘するとおり、憲法上保障された権利と法律との関係については、「憲法上保障された権利に対して法律が制約を加える場面」と「憲法上保障された権利の実現が、法律による具体化ないし制度構築に依存する場面」とに大別できるが、ここでいう「内容形成」とは、後者の場面对応するものである。

84 小山・応答13頁参照。

85 これは、後述する比例原則から導かれる「過度の侵害禁止」の考え方に基づくものである。

- 86 したがって、既存の財産法秩序の中には、「個人の尊重」の原理に照らして必要不可欠と認められないものも含まれており、それらの維持又は改廃については、一次的には公権力（立法権）の任意の判断が尊重されるべきものと解される。このような視点から、例えば第三種郵便物（郵便法〔昭和22年法律165号〕22条）に関する料金減免可能措置（同法67条3項参照）を伴う財産法制度について、「基本権の制限にも内容形成にも属しない、第三の領域として考えたほうがよい」と説く学説（小山・内容形成19頁）もある。
- 87 例えば、「中島・内容形成70頁」は、「財産権を立法その他の国家権力の侵害に対して保護するが、しかし同時に、財産権の内容および限界の定めが立法者に委ねられるという『矛盾的構造』」を有している旨を指摘する。
- 88 法人も財産権を享有し得ることについてはあまり異論がない。法人にも個人と同様の人権を保障することを主張する学説の代表例として、芦部・憲法学 164-165頁、佐藤・憲法424-425頁。法人の権利主体性が法規範によって認められるようになったことと法人が自然人と同じ意味で憲法上の権利の主体であると考えてよいかということとは別であることを指摘しつつ、自然人の憲法上の権利と同等の資格でそれと対抗的に法人が主張することのできない権利を重視する見解として、樋口・憲法182-184頁参照。
- 89 山下・財産権28頁参照。
- 90 学説には、「生存権の基礎となる財産権」を「人権としての財産権」と定位する一方、資本主義的財産権や寄生地主的土地所有権等のような「生存権と対立する財産権」を「人権でない財産権」と位置づける考え方も存在する（渡辺洋・財産権論142-145頁、渡辺洋・土地87頁）。これによれば、資本主義的財産権等の「人権でない財産権」は、「個々の法人企業の具体的権利を保障したものでなく、総体としての客観的法秩序（資本主義的私有財産秩序）を保障したもの」（渡辺洋・財産権論144頁）であるとされる。これは、財産権の主観的側面と客観的側面との双方を認めるものと解することができ、その限りにおいて、管見の立場に符合する。ただし、資本主義的財産権も基本権（財産権）であることに変わりはないことから、これを「人権でない財産権」と表現することは必ずしも適切ではない。この学説の立場に照らせば、むしろ財産権の不可侵は、法人企業の権利も含めた主観的権利を基礎づけるとともに、公権力に法人企業の権利行使をできる限り可能とする「資本主義的私有財産秩序」の形成を義務づける授權規範としての性質を併有しているものと捉えられるべきであろう。他の学説からも、資本主義的財産権を憲法による保障の域外におくことについては、解釈論のレベルで「人権としての財産権」と「人権でない財産権」との区別を維持することの困難性の観点から、多数の批判が寄せられている。例えば、「影山・財産権95頁」は、「資本主義的所有（独占）は今日

では、憲法上の制限論のレヴェルで、基本権としての財産権の範疇から除外することができるか」と問題提起している。同旨につき、米沢・経済的自由137頁参照。

- 91 このような基本権の「二重構造」については、海野・保護義務論56-70頁参照。これは、基本権の客観的側面を憲法解釈論に取り入れることによって主観的権利を排除しようとするものではなく、主観的権利を可能な限り保障しつつ、権利を客観的に構成せざるを得ない部分（客観法的規範）を認め、それにより主観的権利の保障が可能となる条件を制度的に支えようとする（枠づける）ものである。
- 92 より正確に言えば、「営業の自由」の方がより強く妥当すると考えられる。なぜなら、「営業」は立場の大きく異なり得る基本権享有主体である消費者（需要者）という相手方を常に必要とするからである。
- 93 「戸波・保護義務論727頁（注49）」によれば、「客観的原則規範」とは、「基本権の要素のうちで防御権を超えた積極的要素をすべて含む概括的な概念」として定義される。
- 94 ここでいう「制度的保障」には、伝統的な制度的保障の理論において示されてきた「立法によってもその核心ないし本質的内容を侵害することができない特別の保護」（芦部・憲法84頁）の与えられた制度それ自体の保障だけでなく、積極的な制度の形成をも含む客観的原則規範の保障を広く包括するものとする。また、以下本稿における「制度的保障」については、このような趣旨で用いることとする。
- 95 ここでいう ~ の各保障内容が「制度的保障」として捉えられるべき理由については、私有財産制、保障・追認されるべき既存の財産法秩序、他人の基本権を侵害しない財産権行使ルールの内いずれも、個人の主観的権利を保障したのではなく、憲法の価値から導かれる特定の制度ないし秩序であり、主観的権利の行使を支える（主観的権利の実効的保障を強化する）ものであると解されるからである。もっとも、「制度的保障」が「人権保障」と峻別されることを理由に、それが主観的権利の保障を強化するどころか弱体化させるとする批判もあり得る（例えば、辻村・憲法149-151頁、浦部・教室54頁参照）。確かに前述の制度ないし秩序の保障が主観的権利としての財産権の行使を一定の範囲において「制約」するという事態は生じ得るが、それがなければ財産権の行使が「無秩序化」し、かえって主観的権利の実効的保障が遠のくという事態が想定されるということが留意されなければならない。この点に関し、「戸波・制度的保障93-94頁」は、「制度的保障の理論が人権抑圧的に動くかどうかは、解釈者の主観的意図に依存するものであり、制度的保障の理論が論理内在的に人権抑圧的要素をもっているとはいえない」と述べている。したがって、「戸波・制度的保障109頁」の指摘するとおり、「憲法規定のうちには、個人の人権保障ではない、特定の制度を客観的に保障した規定があり、そのよ

うな規定を制度的保障という法概念でとらえて、その意義や法的性格を独自に検討することには意味がないわけではない」といえる。なお、同論文においては、制度的保障の理論の特質として、「人権保障規定ではなく、特定の制度を客観的に保障する規定に関する理論であること」、「特定の制度に憲法上の特別の保護が与えられ、そして法律による制度の形成と規制が容認されること」、「制度の本質的内容については法律による改変は許されず、憲法改正が必要となること」が挙げられている。また、「浜田・制度概念524頁」も、「基本権の規定は、国法秩序により承認され形象化された制度としての自由と、その本質上制度化しつつされることのない個人の自然的な自由との、緊張的な存在構造において認識される」と説いている。このほか、小山・保障42-51頁参照。

96 ここでいう「義務」は、基本権保護義務（小山・法理46-72頁、海野・保護義務論70-85頁）に部分的に符合すると考えられる。なぜなら、このルールについては、ある私人による財産権の行使が別の私人の財産権等を「侵害」する場合に、「被害者」の財産権等に関する法益を保護するために「加害者」の財産権を制限することを目的として、公権力において一定の措置を講じることが義務づけられたものと解することができるからである。民法1条3項は、このルールを具体化した立法措置であるとみることが可能であろう。なお、一般に、基本権保護義務については、その履行手段の具体化を必要とするが、これは一次的には立法権に委ねられていると解される。ただし、基本権保護義務の場合、立法権の措置は、「被害者」の保護との関係では過少保護の禁止の原則が、「加害者」に対する規制に関しては比例原則が妥当し、過剰侵害の禁止（過度の侵害禁止）の原則が、それぞれ妥当すると解されている（戸波・保護義務論719頁）。

97 一部の学説が指摘するように、憲法29条1項の財産権の不可侵を経済活動の自由の保障と解することは妥当であろうか。思うに、財産権の保障が経済活動の基礎を形成することに疑いはないが、それが原則として静態的な自由の保障にとどまるのに対し、「経済活動の自由」は動態的かつ積極的な営為であることにかんがみると、財産権の保障を経済活動の自由の保障と完全に同視することは困難であると思われる。現に、自己の財産を用いない経済活動なども存在することから、「財産権」の保障の射程と「経済活動」の射程とは異なることは明らかである。この点を踏まえると、経済活動の自由は、憲法29条1項により支えられつつも、一次的には憲法22条1項から保障されるものであると解される（とりわけ、「営業の自由」のうち「営業活動の自由」との関わりが大きい）。そして、経済活動の自由は、憲法27条1項の勤労の権利や憲法28条の労働基本権によって制約されるとともに、憲法25条の生存権によっても一定の制約を受ける場合（社会保険における事業者負担等）があり得る（山下・生存財産256頁）ほか、財産権及び「営業の自由」の客観的側面によっても制約される。

- 98 佐藤・憲法567頁。
- 99 佐藤功・概説278-279頁。浦部・教室213頁。
- 100 大日方・視点13頁。
- 101 高辻・財産権5-7頁。奈良県ため池条例判決（最大判昭和38年6月26日刑集17巻5号521頁）における入江俊郎裁判官の補足意見（同528-529頁）も同様の立場にたっている。それによれば、「財産権の内容とは、それぞれの財産権がいかなる性質のものであるか、権利者がいかなる範囲、程度においてその財産に対する支配権を有するか等、それぞれの財産権自体に内在する一般的内容をいうものであって、同条項（筆者注：憲法29条2項）は、財産権自体の内容をいかに定めるかを問題としている」とされる一方、「財産権自体の内容をいかに定めるかということではなく、人の権利、自由の享有をいかに規制するかを定めた規定は、その規定の法的効果により、財産上の権利の行使が制限されるに至ることがあっても、それは、憲法29条2項の問題ではない」とされる。
- 102 高橋・立憲主義243頁。同書は、財産権の内容と行使とを区別する実益を否定する。
- 103 これは、憲法12条及び13条にいう「公共の福祉」については、（財産権について一般に許容されている）外在的制約を含むものと解されていないということをその前提としている。野中=中村=高橋=高見・憲法 463頁。渋谷・憲法291頁。
- 104 佐藤・憲法567頁。中村・財産権239頁。
- 105 「今村・理論93頁」によれば、「資本財としての財産権行使の自由には、自由主義的経済の法的支柱としての役割がある」ことから、それが「高度の統制を必要とする理由」となり、最大の尊重を必要とする「人格権としての『職業選択の自由』」との大きな相違となるとされる。
- 106 今村・財産権191頁。佐藤・憲法567頁。伊藤・憲法369頁。高原・公共の福祉39頁。
- 107 浦部・教室213-214頁。橋本・憲法304頁。渋谷・憲法291-292頁。
- 108 伊藤・憲法369頁。なお、「野中=中村=高橋=高見・憲法 464頁」は、憲法29条2項の「公共の福祉」には、社会国家的公共性のみならず、自由国家的公共性も含まれ、両者の根拠規定を区別して取り扱う実益は乏しいと指摘する。
- 109 浦部・教室214頁。
- 110 ここでいう「政策」について、「田上編・体系346頁」は、「私有財産制の絶対化が多数の国民の窮乏化をもたらし、現代の国家の任務の一つが、かかる弊害の是正にむけられているかぎり、社会国家的政策の実現が根本となる」と指摘している。
- 111 芦部・演習168頁。

- 112 芦部・憲法学 213-245頁。佐藤・人権159頁。江橋・基準論131-159頁。長谷部・フロンティア59-71頁。これは、精神的自由権に対する制約は厳格な審査に服する一方、経済的自由権に対する制約は緩やかな審査に服することを原則としつつ、前者については合憲性の推定が働かず、制約を行う公権力がそれを論証しなければならないとする考え方である。その根拠については、精神的自由権の民主的政治過程における重要性、経済規制の領域における司法権の能力の限界（芦部・憲法学 218-219頁）のほか、個人の人格的自律（自己決定）や自己実現などの精神的自由権固有の価値（佐藤・憲法371頁、駒村・法理17頁）、最低限の規制を不可欠として成り立つ経済的自由権と特段の規制がなくても成立し得る精神的自由権との相違（長谷部・迷路104-105頁）なども指摘されている。他方、精神的自由権の内在的価値が経済的自由権のそれに比べて優越していると説くことは自由主義の観点から正当化できないとして二重の基準論を批判する学説として、井上・企て184-187頁参照。財産権も人格的自律の「道具」として機能しているとともに、「思想の自由市場」が「真理への到達」という社会的効用を有するのと同様に、経済市場も「資源の最適配分」という社会的効用を有しているなどの観点から、二重の基準論を批判する学説として、棟居・新構成241-245頁・256-258頁参照。二重の基準論に対する諸学説を整理したものとして、大河内・優越的地位61-67頁参照。
- 113 芦部・憲法211-212頁。もっとも、我が国における目的二分論は、学説よりも後述する判例によって形成された旨が指摘されている。松本哲・基準-266頁参照。
- 114 その理由として、消極目的の規制については、伝統的な比例原則（後述）が作用し、規制は目的達成のために必要最小限度にとどめられるべきであるとともに、規制の目的と手段とが均衡しているか否かを法的に判断することが比較的容易であること、積極目的の規制については、社会・経済政策の観点からなるべく立法者の判断を尊重して合憲とされるべきものであり、その当否を審査する能力に欠ける司法権が判断することは必ずしも適当ではないことなどが指摘されている（戸波・職業242頁参照）。これに加え、積極目的の規制については、目的を実現するための手段の選択に関して、「立法目的の設定と表裏一体となっている」ため、手段の必要最小限度性を追求すると、立法目的そのものを否定することにつながるということが、緩やかな審査基準が妥当する根拠となるとする指摘もある。これによれば、積極目的の規制の場合、手段審査よりも、実際に採用された手段に裏づけられた立法目的そのものの審査（目的審査）の方が実質的に重要であるとされる（藤井・経済576頁）。
- 115 換言すれば、「青井・審査基準論72-73頁」の指摘するとおり、「多くの学説は、二重の基準を上位概念として、審査基準を3つの厳格度に分けるアプローチを採っている」といえる。

- 116 戸波・違憲審査32頁。
- 117 君塚・基準91頁。
- 118 戸波・違憲審査31頁。松井・憲法576頁。
- 119 戸波・職業242頁。松井・憲法576頁。
- 120 「君塚・基準91頁」は、「法令が名目的に積極目的を掲げれば緩やかな合理性の基準になるのは、アメリカやドイツにない『特異な理論』」である旨を指摘する。「小山・限界196頁」は、規制目的の複合化が一般化した場合、立法権が「違憲判決のリスクを回避するために、本来は消極目的で企図された立法についても積極目的をまぶして規制目的の複合化を図り、法律の『目的規定』において積極目的をうたうとともに、消極目的よりも一段上乗せした内容・程度の規制を定めることによって、積極目的指向であるとの外形を示そうとする」危険性が発生することを指摘している。
- 121 棟居・新構成267-271頁。
- 122 棟居・新構成268-269頁。この学説によれば、「生命、健康、安全といったベーシックな価値は、それ自体人格的自律をも当然に上回る憲法的価値」であり、「二重の基準論」にかかわらず、「このような始源的な価値は、当然に、すなわち人格的価値との個別の衡量ぬきで財産権保障に優先する」とされる。そして、「財産権の制約は、当該財産権の行使が、財産権保障を意義づけている憲法的価値の体系（人格的自律の一連の契機、および資本主義制度）を損なう『害悪』である場合に限り許される」とされる。
- 123 ここでいう「三段階審査論」とは、被制約法益が基本権により保護される領域に入るか否か、公権力の行為が基本権の制約を構成しているといえるか否か、公権力の制約行為（権利侵害）が憲法上正当化できるか否かについて、この順番で審査していく論証方式を指す。その詳細については、松本・基本権保障18頁・64-65頁、松本・保護領域95-96頁、小山・作法4-7頁、海野・保護義務論57頁参照。
- 124 例えば、「小山・作法68-94頁」は、薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）をはじめとする主要判例をドイツ流の比例原則の適用という視点から見直し、これらの判例においては「重要な権利に対する強力な制限であれば、特段の事情がない限り、比例原則が厳格に適用される」（小山・作法78頁）こととなっている旨を指摘している。「穴戸・枠組み242-255頁」は、ドイツ流の三段階審査論に根ざす基本権の保護範囲論に基づき、保護範囲内にある自由・利益への制約がなされた段階で、例外的に違憲性阻却がなされるか否かを検討すべきであるとしている。そのうえで、「『憲法上の権利』の保護範囲や制約を検討することは、必ずしも審査基準論と矛盾しないとともに、過度に図式的に受け止められた審査基準論の呪縛から人権解釈論を開放する端緒となる」（穴

戸・枠組み252頁)と指摘している。「青井・審査基準論72-74頁」は、既存の主な学説を分析しつつ、「審査基準論と三段階審査論との相補的な議論の可能性を探ることは、試みるに値する」と指摘している。

125 駒村・厳格審査46頁。

126 駒村・厳格審査46頁。君塚・基準89頁。なお、「駒村・厳格審査50頁」は、「目的=手段審査の枠内で考えるならば、中間基準が固有の審査類型として持ち得る意義は乏しい」と説いている。

127 この比例原則においては、一般に、手段(措置)の適合性、手段(措置)の必要性、利益の均衡(狭義の比例性。すなわち「得られる利益と失われる利益の均衡」)が問われることとなる。仮に基本権の制約となる措置の目的及び手段が憲法上認められないものであれば、そもそも手段の適合性を審査する意義がないことから、この過程において、当該措置の目的及び手段が憲法上認められるものであることが、審査されなければならない(シュテルン・命令一168頁)。したがって、比例原則の適用においては、規制目的の憲法適合性が前提とされており、目的を達成するための手段審査に主眼がおかれているといえる。換言すれば、比例原則とは、「目的と手段との関係」を問う原則である(須藤・比例原則18頁)。ただし、比例原則それ自体は、「どれだけ厳格に比例原則が適用されるかについて、なにも語らない」ため、「厳格な適用と緩やかな適用とがある」とされる(シュテルン・命令一155-156頁)。すなわち、比例原則に基づく利益の衡量においては、「衡量の評価基準を可能な限り客観化すること」が課題となる(シュテルン・命令二132頁)。これが、しばしば審査基準の不明確性に関する批判を招来し、米国流の違憲審査基準論との「折衷」の必要性を提起する。既述の文献のほか、比例原則については、小山・作法75-77頁、石川・法制度293-295頁、松本・基本権保障59-63頁参照。

128 駒村・厳格審査50頁。石川=駒村=亘理・連載39頁。

129 駒村・厳格審査50-51頁。

130 この学説は、ドイツ流の「保護領域の画定 基本権の制限(権利侵害)の認定 正当化の判断」という体系のこの順番を逆転させている。換言すれば、「権利侵害論が保護範囲論に先行する」(石川・夢56頁)ものである。この三段階審査論の「改鑄」について、「宍戸・枠組み243-244頁」は、「行為-保護範囲(因果関係)」という不法行為法の古式ゆかしき枠組みに則って裁判規範として純化する試み」と評しつつも、「保護範囲論を、所与の権利侵害の帰属の問題として捉えるのではなく、権利侵害に先立ち人権条項が保護する自由・利益の範囲の問題として考える」べきであると指摘している。三段階審査論の本来の趣旨を採り入れながら合憲性を判断するうえでは、妥当な指摘であるといえよう。

- 131 「石川・夢58頁」は、「三段階審査論は、請求権・参加権よりも防御権に、人権体系上のプライオリティーをおく立場になっている」と指摘している。
- 132 石川・招待60頁。石川・夢57頁。
- 133 石川=駒村=亘理・連載42-44頁。
- 134 石川・夢58頁。同論文は、とりわけ、従前の違憲審査基準論が招いた「判例解釈の著しい陳腐化」(石川・夢56頁)の経験を踏まえ、「違憲性阻却事由(合憲性の正当化自由)を、万能の一般原則たる比例原則中心に構成してゆく」ことに伴う「新たなフォルマリズム」創出の可能性について、警鐘を鳴らしている(石川・夢58頁)。
- 135 「シュテルン・命令—158頁・175頁」によれば、過度の侵害禁止は「あらゆる基本権制約にあてはまる『制限の制限』」を示すものであるとされ、「立法活動に対する統制基準」として機能するとされる。
- 136 「シュテルン・命令—198頁」によれば、過少保護の禁止は「立法者の形成の余地の下限を確保しようとする」ものであり、基本権保護義務の充足のための適切な基準として機能するとされる。
- 137 石川・夢59頁参照。
- 138 「高橋・動向12頁」は、「ドイツの比例原則が行っていることは、定式の表現の仕方は異なるが、その実体はアメリカの目的審査・手段審査と同内容である」と指摘している。
- 139 「高橋・動向13頁」は、「裸の利益衡量論は、予め設定された基準に拘束されることなく、具体的事例における最善の解決を追求しようという長所をもつが、利益衡量を裁判官の主観的判断に大幅に委ねることとなるので予測可能性を阻害する」と述べている。
- 140 高橋・動向13-17頁。
- 141 この学説においては、「目的審査に関しては、人権を制限してまで実現すべきほどに重要な公益があるのかどうか、手段審査に関しては、その目的の達成と実質的な関連性を有しており、目的達成に必要な手段といえるかどうかという基準」をベースライン(通常審査)としつつ、「裁判所がさらに厳格な審査をすべき場合(厳格審査)」と「立法府の判断を大幅に尊重してもよい場合(敬讓審査)」の審査基準に関する3類型を設定している(高橋・動向14-15頁)。
- 142 高橋・動向14頁。
- 143 この観点から、「高橋・動向14頁」は、「今日の日本で参照すべきは、ドイツよりアメリカではないか」と指摘し、近年の学説におけるドイツ流の論証方式の台頭に警鐘を鳴らしている。
- 144 高橋・動向15頁。

- 145 「高橋・動向15頁」によれば、ここでいう「合理性の基準」とは、「規制が合理的かどうかにつき立法府の判断を大幅に尊重することを主眼としたもの」であり、「目的審査に関しては立法目的が正当かどうか、つまり憲法が禁止するものでないかどうか、手段審査に関しては、手段が目的と関連しているという立法府の判断が著しく不合理でないかどうかという基準」であるとされる。
- 146 「高橋・動向15頁」によれば、ここでいう「厳格」な審査においては、「目的審査に関しては、無しには済まし得ないような公益のための規制かどうか、手段審査に関しては、目的と過不足なくぴったりと適合した手段かどうかという基準」が適用されることとなる。
- 147 最大判昭和47年11月12日刑集26巻9号586頁。
- 148 中村・営業規制205頁。
- 149 最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁。
- 150 同判例は、「職業」について、「その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、国民経済の円満な発展や社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで千差万別で、その重要性も区々にわたる」と述べている。
- 151 芦部・憲法212-213頁。中村・居住98-100頁。ただし、判例は規制目的が「千差万別」であることを示したにすぎず、財産権に対する制約はもとより、職業の自由に対する制約一般についても目的二分論で割り切る意図はなかったものと解する学説もある（野坂・財産権88頁）。
- 152 このような審査（判断）の方法については、「より制限的でない他の選びうる手段」の有無を審査するLRA（Less Restrictive Alternative）の基準とほぼ同様の考え方に基づくものであると解する学説もある（芦部・憲法判例252頁、松本哲・基準—267頁）。このLRAの基準と前述の比例原則との関係について、「立法目的を達成するため規制の程度より少ない手段を選ばなければならないという要請」が存在する点において、「同じ発想に立っている」と指摘する学説もある（松本・保護領域100頁）。一方、LRAの基準と比例原則における「狭義の比例性」の審査との相違に関しては、後者は目的と手段が最も望ましい関係にあることを求めるものではなく、それが不適切な関係にある場合にその不適切さを是正しようとするものである（須藤・比例原則18頁）から、いわば「結果」から妥当性を判断しようとする発想（LRAの基準にはみられない発想）に基づくものであるということが指摘されている（須藤・基準269頁）。

- 153 戸波・職業242頁。
- 154 一般に、小売市場判決及び薬事法判決が目的二分論を確立したものと捉えられている。すなわち、「積極目的を理由として審査密度の緩和をもたらす小売市場判決の論理」（石川・距離制限207頁）が薬事法判決においても妥当することとなったと解されている（戸波・職業241頁参照）。
- 155 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。
- 156 戸波・違憲審査27頁。松本哲・基準—269頁。高橋・動向36頁。野坂・財産権84頁。大津=大藤=高佐=長谷川・四重奏246頁。
- 157 今村・森林法69-70頁。もっとも、目的二分論を維持しているとする考え方にも多様な見解があり、問題となった規制を「典型的な積極規制と消極規制との中間に位置するもの」と捉えていると解する見解（藤井・合憲性183頁）、「消極目的に近似した積極規制」と捉えていると解する見解（野中=中村=高橋=高見・憲法 465頁）、「それまでの積極規制、消極規制というものと矛盾せずに、個々の事案に即応した判断を示せる」ものとして「必要性和合理性」という基準で処理しようとしたものと解する見解（棟居=小山・規制50頁）、消極目的ないし消極目的の要素が強い規制として捉えていると解する見解（芦部・憲法221頁、小林・合憲性等138頁）などがある。
- 158 佐藤・森林法17頁。松本哲・財産権104頁。米沢・森林法27頁。
- 159 この学説によれば、目的二分論の考え方は、森林法判決で変更されたのではなく、それが採用されるかどうかは「事の性質」次第であって、現に目的二分論の考え方は森林法判決以降の判例（例えば最判平成元年1月20日刑集43巻1号1頁）においても、少なくとも「営業の自由」に関しては、一部生き続けているとされる（石川・法制度295頁）。その他、目的二分論の考え方が反映されていると考えられる森林法判決以降の「営業の自由」に関する判例として、最判平成2年2月6日訟月36巻12号2242頁、最判平成5年6月25日判時1475号59頁等が挙げられよう。
- 160 この点に関連し、「須藤・基準274頁」も、薬事法判決及び森林法判決について、「戦前には警察法上の原則にすぎなかった比例原則を、この二つの最高裁判決は違憲判断を導き得る憲法上の原則にまで高めたものとして理解すべき」である旨を指摘している。
- 161 「石川・法制度293-294頁」は、判例は「必要性」という用語を「手段の必要性」（必要最小限度性）という意味と「目的の必要性」という意味の双方で使用しているが、後者の「目的の必要性」については、「不必要な立法ではない」という程度の意味の目的審査は実益が乏しいため、前者の「手段の必要性」という意味に収斂していくと指摘している。

- 162 石川・法制度284頁・292-295頁。なお、同論文によれば、薬事法判決及び森林法判決の内容から読み取れることは、以下の3点であるとされる。第一に、基本権の制約の合憲性が正当化されるか否かについては、具体的な規制措置に即して、規制目的が正当であるかどうか、規制目的を達成するための手段として当該規制が「必要性」と「合理性」を有しているかどうかという観点から判断する必要があることである。第二に、当該判断は一次的には立法府の裁量に委ねられているということである。第三に、司法権は、合理的裁量の範囲を逸脱・踰越しているかどうかという観点からのみ目的の正当性及び手段の必要性・合理性に関する立法権の判断を検討することが可能となり、「目的」と「必要性」・「合理性」は、司法権による裁量統制基準として考慮すべき要素にもなるということである（石川・法制度292-293頁）。そして、判例は、立法権の裁量に対する司法権の統制の密度を左右するのは、具体的な規制の目的・対象・方法等の性質・内容に照らして抽出される「事の性質」であると捉えているとされる（石川・法制度293頁）。これに対し、判例は、比例原則に基づく利益衡量をどのように行うのかということに関して、目的審査と手段審査を行って結論を導きながらも、具体的な審査基準（審査密度の強弱）を設定していないと批判する見解もある（高橋・動向36-37頁）。
- 163 松本哲・基準一270頁。棟居=小山・規制45頁。
- 164 最大判平成14年2月13日民集56巻2号331頁。
- 165 高橋・動向38頁。
- 166 棟居=小山・規制49頁。
- 167 最判平成21年4月23日判時2045号116頁。
- 168 同判例は、「規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すれば、区分所有法70条は、憲法29条に違反するものではない」と述べている。
- 169 最大判昭和53年7月12日民集32巻5号946頁。
- 170 これについては、場合によっては財産権の「内容形成」ないし保護領域の画定の問題と捉える余地もあろう。ある学説（小山・作法39頁）は、「基本権の保護領域を憲法から直接に画定することができず、その保護領域が法律によって初めて定まる権利や、一見すると自由を縮減しているようであるが、実質的には権利行使に関わるルールを設定する法規範」については、「法律による基本権の内容形成」であって、基本権の「制限」とは区別されるべきであり、財産権はその一例であるとされる。
- 171 もちろん、制約を具体化する法律の内容は基本権に拘束されることとなる（松本・留保373頁参照）から、制約の正当性が認められるためには、当該制約が財産権の保護法益

として認められる正当な目的を達成するものであり、かつその目的を達成するための手段も正当であることが必要である。

172 基本権の客観的側面の保護強度の相対性については、財産権の保護法益となる客観的な秩序ないし原則規範が制度的に保障されるべきものであるとしても、そこからただちに当該秩序に伝統的な制度的保障の理論の特質のすべて（例えば中核・核心部分の絶対的保障）が妥当するということにはならないということから裏づけられる。「戸波・制度的保障97頁（注53）」も、「制度的保障とされる憲法規定は、それが制度的保障の範疇に属するといっても、そこから直ちに論理必然的に制度的保障のすべての基本的要素を必ずもつことになるとは限らない」と説いている。また、当該相対性については、基本権保護義務論の視点から、基本権保護義務論には「強い保護義務論と弱い保護義務論」とがあり、「この点についても見解の一致を得ていない」（小山・法理122頁）と指摘する学説の考え方にも符合する。

173 学説には、基本権の客観的側面（基本権保護義務を含む）に対する審査密度については、最も緩やかな基準である「明白の原則」の適用が基本となる旨を指摘するものもある（小山・内容形成307頁）。その理由として、（ア）基本権の客観的側面に主観的側面と同等の強い規範的内実を与え、主観的側面と客観的側面との原理間の衡量により制約の妥当性を導こうとするアプローチや、（イ）基本権の客観的側面に主観的側面と同等の強い規範的内実を与えつつも、行為規範と統制規範（裁判規範）とを区別することにより、統制規範については緩やかな統制が要請されると解するアプローチや、（ウ）基本権の客観的側面に枠秩序という緩やかな性質を付与することによって、緩やかな審査密度を導こうとするアプローチなどがあり得るといことが指摘されている（小山・内容形成252-253頁・307-308頁）。なお、ドイツにおいては、基本権の客観的側面を防御権として再構成しようとする試みもあるが、この点について紹介する邦語文献として、例えば、西土・機能的な基本権99-102頁参照。また、基本権保護義務を防御権として再構成する試みとその批判については、小山・法理142-160頁参照。

174 加害原理（加害禁止の原理）については、浦部・教室79頁、海野・保護義務論83頁・92頁（注205）参照。

175 この点について指摘するものとして、大石=大沢編・判例憲法221頁参照。同書は、財産権の制約に関して、「最近では、自然環境・社会環境をも含む生活空間の確保といった、新たな社会的公共性による制約が認められる場合がある」と述べている。学説上、憲法13条及び25条に定礎され得る「環境権」を基本権として認めるか否かに関して見解の相違がみられることもあり、「環境保護を目的とする財産権規制の位置づけは必ずしも明確

ではない」(赤坂・環境問題41頁)が、個人の権利の形式を採らずに国家の義務の形で環境保護の趣旨を憲法に取り入れようとする「国家の環境保護義務」論の立場からは、基本権保護のための環境保護に伴う財産権の制約は内在的制約として捉えられることとなる。

176 例えば、土地基本法(平成元年法律84号)は、土地が「現在及び将来における国民のための限られた貴重な資源であること」(傍点は筆者による)などを踏まえ、「土地については、公共の福祉を優先させる」(同法2条)ことを原則としつつ、「土地は、その所在する地域の自然的、社会的、経済的及び文化的諸条件に応じて適正に利用される」(同法3条1項)こと、「土地は、適正かつ合理的な土地利用を図るため策定された土地利用に関する計画に従って利用される」(同法3条2項)こと、「土地は、投機的取引の対象とされてはならない」(同法4条)ことなどが「土地についての基本理念」(同法6条1項)として定められ、「国民は、土地の利用及び取引に当たっては、土地についての基本理念を尊重しなければならない」(同法8条1項)こととされている。また、「国及び地方公共団体は、土地の投機的取引及び地価の高騰が国民生活に及ぼす弊害を除去し、適正な地価の形成に資するため、土地取引の規制に関する措置その他必要な措置を講ずるものとする」(同法13条)こととされている。

177 丹宗・経済法258頁。これによれば、「正常な経済活動を営む権利」とは、「国民(一般消費者や中小企業者を含めて)が独占によって不当に抑圧されたり搾取されたりしないで、“ノーマルな経済活動を営みうべき権利”であり、「大企業による『経済権力の濫用』を国家に抑制させる権利」であるとされる。

178 山下・生存財産256頁。

179 ここでいう「経済活動」とは、「営業」や「職業の選択・遂行」はもとより、例えば消費活動等も含むものとして解すべきであると考えられる。その意味において、「正常な経済活動を営む権利」の中には「営業の自由」の保障が含まれるといえる。

180 我が国にも紹介されているドイツの学説の考え方によれば、一般に、憲法上の複数の基本権が単一の事実関係について適用可能な状況を「基本権の競合」といい、複数の基本権主体の基本権の保障が対立している状況である「基本権の衝突」と区別される。「基本権の競合」には、単一の事実関係に複数の基本権が重なり合う状況である「真正な基本権の競合」と、基本権の保護領域の詳細な解釈によってどの基本権が適用されるかを確定する「不真正な基本権の競合」とがある。「真正な基本権の競合」は、一方の基本権が他方の基本権を排除して適用される状況である「法条競合」と複数の基本権が同時に適用される状況(法条競合が存在しない場合のみ)である「観念的競合」とに区別される。これらの詳細については、杉原・競合論—29-46頁参照。

- 181 この考え方は、「栗城・財産権83頁」のいう「参与権としての財産権」を認める考え方であるといえよう。同論文は、「現代国家の複雑な構造及び現代国家の複雑な行動様式に対応して国民の人権保障を実現するためには一つの権利について多元的な方向を考える必要があるということ、及び、参与権をもって必ずしも防禦権と同じ法的効果をもったものと考えする必要はないということ」を考慮にいれば、参与権としての財産権を認めることは必ずしも不適當ではない（栗城・財産権83-84頁）としている。財産的価値を有するものに対する権利を広く原則的に保障することが財産権の保護法益の一つであると解されることにかんがみれば、このような「福祉受給権」とでもいうべき権利が財産権の一環として定位され、場合によっては生存権と財産権との観念的競合となることも自然であると考えられる。
- 182 芦部・憲法254頁。佐藤・憲法621頁。藤井・法意175頁。生存権の法的性質については、プログラム規定説、抽象的権利説、具体的権利説、給付請求権説が主張されているが、給付請求権説を採るものとして、渋谷・憲法259頁参照。どの類型に当てはまるかという問題設定そのものが不適當であることを指摘するものとして、中村・生存権152頁、樋口・憲法281頁参照。
- 183 芦部・憲法255頁。佐藤・憲法623頁。浦部・教室238頁。
- 184 なお、判例（最大判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁）は、生存権に関する具体的な立法措置について、「立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄である」としており、その違憲審査基準として「明白の原則」を採用しているものとされる（中村・生存権158頁）。
- 185 「小林=芹沢編・コンメンタール174頁」は、目的二分論に対する批判の意義を認めつつも、「違憲審査のあり方をできるだけ客観化しようとする試み」としてこれを評価する必要性を説いている。
- 186 戸波・職業の自由23頁。例えば、職業の自由との関連で問題となった公衆浴場の距離制限（公衆浴場法〔昭和23年法律139号〕2条3項に基づき条例により定められるもの）に関しては、当初の判例（最大判昭和30年1月26日刑集9巻1号89頁）においては消極目的の規制であると解されていたが、後の判例（最判平成元年1月20日刑集43巻1号1頁）においては積極目的の規制と解されるようになった。これに対しては、「法律がそのままであるにもかかわらず、立法目的が変わり、消極目的規制から積極目的規制になったとするのはちょっと無理がある」とする指摘もある（新井・職業117頁）。なお、別の判例（最判平成元年3月7日判時1308号111頁）においては、公衆浴場の距離制限に関する規制目的について、消極・積極両方であると捉えられていると解されるものもある。

187 この点に関し、「戸波・職業242-243頁」は、「たとえば、各種の公害規制立法による経済規制は通例は消極目的の規制であると解されるが、しかし、その規制はむしろ国民の生命・健康の維持のために必要不可欠な規制であり、そうであるとすれば、その規制は必要最小限度でなければならないということではなく、むしろ、広汎で強力な規制が要請され、許容されるべき」であると指摘している。

188 この点に関連し、司法権の審査能力等との関係から、機能論的に目的二分論の視点の重要性を示唆する学説（佐藤・人権186頁）もある。すなわち、消極目的規制の場合は「まず害悪の存否が問題であり、次に規制手段がその害悪を避けるために本当に必要なものかどうか、という客観的な事実認識の問題」に帰着するため、その妥当性に関する判断が司法作用になじむが、積極目的規制の場合は「どの産業を、いつ、どのように保護するのが適切かといった問題にかかわり、（中略）その是非は司法手続によって確定し難く、また、政治部門にとっても、そうした保護措置が必要最小限度のものであることを立証せよといわれても著しく困難である」ことから、その妥当性に関する判断が司法作用になじみにくいという問題があるとされる。「小山・限界194頁」も、目的二分論の本質について、「たとえ重要な人権に対する強力な制限であっても立法府こそが判断の適格性を備えた国家機関である場合には緩やかな違憲審査が妥当する」という点にあると指摘する。確かに、積極目的とされる規制に司法審査になじみにくいものが多く含まれることは事実であろうが、このような立法事実の把握の困難さについては、必ずしも常に規制目的との因果関係が認められるものではないし、仮にそのような傾向があったとしても、積極目的の規制について常に緩やかな審査が妥当するという点には直結しないと考えられる（松本哲・基準二58頁参照）。

189 高橋・動向32頁参照。

190 学説には、たとえ機械的な目的区分が困難であるとしても、目的二分論には「各種のボーダーライン・ケースについての具体的な判断方法の目安」となる「典型例」を定める意義があるとする観点から、目的二分論を維持しようとする見解もある（藤井・経済589頁）。この学説においては、何らの「典型」を設定せずに違憲審査基準をアドホックに適用することは、恣意的な利益衡量を助長するおそれがある旨が示唆されている。確かに、前述のとおり、客観的な「一応の目安」として目的二分論が機能する余地が存することは否定できないものの、財産権に対する規制の多様性はもとより、規制目的が複合的に構成されている場合も少なくないことにかんがみると、このような「典型例」を二区分の形で設定すること自体がそもそも困難かつ実益に乏しい作業となるように思われる。現に、この学説も、「消極規制の場合には、目的と手段との関係について、当然、

必要最小限度かどうかの吟味を行うべきであるが、積極規制の場合には、そのような厳格な吟味が困難である」ということが目的二分論の本質であるとしつつも、「消極規制でも、とくに『公共の福祉』の中身となる規制法による保護法益が国民の生命・健康であるような場合には、それを守るためには当然厳しい規制がなされることができる」し、「そのような場合には、『必要最小限度』という要求による吟味によっても、それらの規制は当然合憲化されうはずである」とし（藤井・経済594頁）、「必要最小限度」の範囲の相対化ないし目的区分そのものの相対化の可能性を認めている。したがって、「具体的な判断方法の目安」としての違憲審査基準の存在意義は認められるとしても、その設定は目的二分論によるべきではない（後述のとおり、規制目的と制約される基本権とを総合的に勘案しながら行うべきである）。

191 佐藤・人権184-185頁参照。

192 「高橋・動向41頁」は、目的・手段審査を行うメリットとして、「判断が過度に裁判官の主観に流されることを防止して予測可能性を高めるとともに、公益に対して人権価値を重視した衡量へと裁判官を方向づけることができる」とことを指摘している。

193 判例は、猿払事件判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）において、「禁止することにより得られる利益と禁止することにより失われる利益との均衡」を図る必要性に言及し、このような比較衡量論の基本的な考え方がその後の判例（例えば、最大決平成10年12月1日民集52巻9号1761頁）においても採用されている。もっとも、同判決においては、当該「均衡」の視点のほか、「制約の目的の正当性」及びその「目的と制約される行為との合理的関連性」を問う視点が提示されているが、(ア)手段審査に主眼をおく比例原則と異なり、「制約の目的の正当性」を問う目的審査が含まれる、(イ)制約手段の「必要性」を要求する比例原則と異なり、「合理的関連性」というより緩やかな審査が前提とされているという点において、比例原則とは異なる側面がみられるということが指摘されている（渡辺・現状17頁）。

194 高橋・動向42頁。

195 芦部・憲法100頁。

196 もっとも、「駒村・厳格審査51頁」の指摘するとおり、「中間基準の氾濫や硬直した厳格審査論が、かえって裁判官をして審査基準論に距離を置かせている」とすれば、このような意義も乏しくなる。

197 高橋・審査基準論170頁。

198 高橋・審査基準論169頁。

199 高橋・審査基準論171頁。

- 200 松本・判例理論303頁。
- 201 高橋・審査基準論171頁。この点に関し、「高橋・動向12頁」は、ドイツの比例原則に根ざす「利益の均衡」に関する審査が行おうとしているのは、「正当な目的（公益の実現）の重要度が、制限される人権の重要度と釣り合っているかどうかの審査」であり、「アメリカの審査枠組における目的審査に対応している」と指摘している。
- 202 なお、制約の手段については、その妥当性の範囲が、制約目的が的確に特定されることに応じておのずから定まっていくものと考えられることから、審査基準の「選択」に直接には影響しないものと思われる。
- 203 立法権が、制約を正当化するために、より「正当化しやすい」立法目的を掲げる可能性が否定できないからである。
- 204 例えば、制約の真の目的が個人の人格的自律を支える「既存の財産法秩序」の維持にあるとすれば、それは（管見によれば）憲法29条1項の保護法益となるから、憲法上の正当性及び重要性を推定することができる。
- 205 「石川・夢57-58頁」も、ドイツ流の三段階審査論を積極的に取り入れていくべきであるとの観点から、このような実体法解釈方法論の重要性について指摘している。
- 206 松本・判例理論303頁。
- 207 「宮沢・憲法 379頁」は、「職業選択の自由とは、自分の従事すべき職業を決定する自由をいう。その職業を行う自由（営業の自由）をも含む」と述べている。また、協会・註解442頁参照。判例（最大判昭和47年11月12日刑集26巻9号586頁）も、「職業選択の自由を保障するというなかには、広く一般に、いわゆる営業の自由を保障する趣旨を包含しているものと解すべき」であるとしている。なお、「営業の自由」の歴史的展開については、中村・職業48-54頁参照。
- 208 この論争については、中島・論争334-339頁、下山・論争38-43頁、清水・職業319頁、浦部・営業の自由249-253頁参照。
- 209 「岡田・独占31-32頁」によれば、『営業の自由』は、歴史的には、国家による営業・産業規制からの自由であるだけでなく、何よりも、営業の『独占』（monopolies）と『制限』（restraints of trade）からの自由であり、かかるものとして、それは、誤解をおそれずにいえば、人権として追求されたものではなく、いわゆる『公序』（public policy）として追求されたものであった」とされる。営業の自由をもつば「公序」として定位することについては、それが私人間において直接の効力を有することをその含意とするが、営業の自由の対国家的な主観的権利性（人権性）を否定するための明確な根拠が乏しいことから、妥当ではないと考えられる（高橋・立憲主義230頁参照）。

- 210 石川・営業148頁。
- 211 これに加え、「営業の自由論争」は、基本権としての「営業の自由」の客観的側面（後述）の存在を引き出す意味においても有意義なものであったと思われる。
- 212 今村・理論89-92頁。
- 213 今村・理論90頁。
- 214 今村・理論90頁。
- 215 今村・理論90頁。
- 216 今村・理論91頁。
- 217 今村・理論91頁。このような帰結により、「営業をすることについての自由」が個人の人格的価値と密接に関わるものとして、その制約に対して慎重な配慮が求められることとなる一方、資本財産の自由な使用・収益等を含意する「営業活動の自由」に対しては高度な制約を課することが可能となるとする指摘もある（野中=中村=高橋=高見・憲法452頁。）
- 218 例えば、浦部・教室220-221頁参照。同書は、「営業の自由」に基づく営業主体の廃業の自由は、そこで働く労働者の権利（職業遂行の自由）を奪うこととなるから、「営業の自由」については、職業選択の自由に包含されつつも、それと対立する側面があることを指摘する。また、営業活動の自由は、職業選択の自由から当然に導かれる自由であるとはいえず、財産権の行使の自由の問題である旨を主張する。
- 219 中村・居住91頁，佐藤功・概説267頁，芦部・憲法210頁参照。これに対し、「営業の自由」の根拠をもっぱら職業遂行の自由としての職業選択の自由に求める学説もなお存在する（高橋正・経済活動316頁，伊藤・憲法360頁）。その理由として、財産権やそのコロラリーとされる契約の自由が「営業の自由」の必要的要素とまでは考えられず、事実に経済的な財の獲得が可能であれば「営業」を行うために十分であること、「営業の自由」を「営業をすることについての自由」と「営業活動の自由」に区別することが法理論の形成に必要とは考えられないことが挙げられている。
- 220 長谷川・営業の自由 28頁。
- 221 長谷川・営業の自由 28頁。長谷川・講話131頁。
- 222 長谷川・営業の自由 28頁。
- 223 長谷川・営業の自由 29頁。
- 224 渡辺洋・法学2-3頁，中村・職業43頁参照。
- 225 高橋・立憲主義229-230頁。
- 226 高橋・立憲主義229頁。

- 227 奥平・規制17-18頁。
- 228 奥平・規制18頁。
- 229 石川・営業150頁。
- 230 石川・営業150頁。
- 231 法令用語研究会編・辞典67頁。なお、同書（565頁）によれば、営利の目的かどうかにかかわらず「一定の目的をもって反復継続的に遂行される同種の行為の総体」を「事業」という。
- 232 石川・営業148頁。
- 233 覚道・憲法276頁。
- 234 中村・居住93頁。この解釈に対しては、憲法22条1項における職業選択の自由は自己の営む職業を選択する自由に限定されるとする見解もあることは前述のとおりであるが、憲法27条において勤労の権利が保障されているからといって、憲法22条1項の保障から自己の雇用される職業を選択する自由が除外される理由とはならないと解される。むしろ、「職業」について「各人が自己のもつ個性を全うすべき場として、個人の人格的価値とも不可分の関連を有するもの」と指摘する判例（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）のように、職業選択の自由を普遍的な原理として捉えることが適切であると思われる。
- 235 「佐藤・憲法557頁」は、「『営業』は『職業』の一形態というべきである」と指摘する。
- 236 覚道・憲法277頁。
- 237 「中村・居住94頁」も、職業選択の自由について、「人間の尊厳や人格権にも直接結びつけられる面をもったもの」とであると指摘している。「巻・再考36頁」も、「職業」について、「生存権的側面をもつだけでなく、また社会全体の利益にかなない、さらに人格的価値をも有するものとして、重要な位置付けを与えられている」と指摘している。
- 238 例えば、「佐藤・憲法557-558頁」は、「『職業選択の自由』は、職業を『選択』する自由および職業を『遂行』する自由の両者よりなる」としつつ、その保障について、「かかる『選択』および『遂行』につき公権力により妨げられないことを意味する」ものとしている。そして、「『営業の自由』は国家との関係における自由権として観念されるべきもの」とであると指摘している。
- 239 「佐藤・憲法557頁」は、職業遂行の自由が実質的に「営業の自由」と重なり合う旨を指摘している。「芦部・憲法210頁」も、「自己の選択した職業を遂行する自由」を「営業の自由」と同視し、それが職業選択の自由に含まれる旨を指摘している。しかし、「営業」が「職業」の部分概念である以上、「営業の自由」を職業遂行の自由と完全に同視するのは適当ではなく、職業遂行の自由の一環として「営業の自由」が定位されるべきである。

240 したがって、例えば、前述の電気通信事業者等の「通信管理権」(注78参照)については、一般に「営業」活動を通じて行使されるものであるから、単に財産権を構成するだけでなく、同時にその行使は「営業の自由」の一環としても捉えられることとなる。この場合、電気通信事業者等による「通信管理権」の行使は、財産権と「営業の自由」との「観念的競合」になると考えられる。ただし、「通信管理権」については、「通信の秘密不可侵」の義務(憲法21条2項後段)の主体に電気通信事業者等も含まれ得ると解する限りにおいて(この点につき管見は積極的に解している。海野・私人間効力23頁参照)、「通信の秘密不可侵」の義務とも「法条競合」的な関係(電気通信事業者等からみれば、「通信の秘密不可侵」は義務であって原則として権利ではないため、厳密な意味での基本権の法条競合とはなり得ないが、「通信の秘密不可侵」を国民の側から捉えれば「通信の秘密を侵されない権利」という基本権が導かれる[海野・制約原理87-88頁 注53]ことから、基本権の「法条競合」に準じた関係であると解することができよう)にあるということに留意する必要がある。

241 なお、「今村・叢説144頁」は、営業が取引を業として行うものであることを前提として、「営業の自由」から区別される「取引の自由」を観念し、後者は前者よりも対象領域が広く、営業活動の方法の自由は「取引の自由」の問題として定位すべきである旨を指摘する。しかし、主観的権利としての「営業の自由」について、その根拠を憲法22条1項及び29条1項に定礎しつつ「職業」と区別された「営業」の問題として捉える場合、あえて「営業の自由」と「取引の自由」とを厳密に区別する実益は乏しいと考えられる。したがって、ここでいう「取引の自由」と「営業の自由」とは、その主体が「営業」を行う能力を有する者に限定される限りにおいて、ほぼ同義と捉えて差し支えないと思われる。

242 仮に「営業の自由」がもつばら「国家からの自由」を意味するものとすれば、独占禁止法による規律は、営業の自由に対する政策的な制約ということになる。しかし、これは被規制事業者以外の営業主体(事業者)に対する「営業の自由」を実効的に確保するための「国家による自由」に関する措置として定位することができると思われる。すなわち、「憲法は、事業者の職業遂行については沈黙する」(石川・営業149頁)が、憲法が資本主義体制を前提としていることを踏まえれば、独占禁止法という法律(立法権)によって設定されてきた「自由競争秩序」は、憲法の「沈黙」を補完し、憲法上の「営業の自由」の保障の前提を形成するものと考えらるべきであると思われる。この点に関連し、前述の「岡田・独占32頁」は、このような「自由競争秩序」の中で、「独占事業者からの自由」(公序)こそが「営業の自由」である旨を示唆する。しかし、憲法が独占禁止

法に基づく「自由競争秩序」を積極的に否定していない以上、「国家による自由」として設定された当該秩序の下での「国家からの自由」としての「営業の自由」は憲法上なお保障されるべきものであって、それは一次的には主観的権利ないし人権として捉えられることが妥当である。もっとも、強制された「自由競争秩序」の下での自由は真の自由と呼び得るものなのかどうかという問題もあるが、独占禁止法等により「形成」され今日では所与の「制度」となっている「自由競争秩序」が、多様な営業主体の「営業の自由」を確保するために不可欠な原則規範ないし客観法であるとするれば、そのような秩序の形成自体が憲法の要請であると考えることができる。そして、仮に一定の自由競争秩序が（「営業の自由」の一環として）何ら保障されなければ、経済的に弱小な営業主体が「営業の自由」を行使することは極めて困難となることから、このような秩序は「営業の自由」の保障のために不可欠の規範であるといえる。その場合、営業主体はその範囲内でのみ、公権力に対して「営業の自由」を行使することができるにとどまるとなると解される。有力な学説も、「独占禁止法は、自由な財産権の行使が競争秩序に悪影響を及ぼす限度において、これを違法とするものであるから、その行為は、事実として観察せらるべきもので、私権の行使としての正当性の如何は問う所ではない」（今村・研究二174頁）と説き、独占禁止法による財産権ないし「営業の自由」の制約が、客観法に基づくものであることを示唆している。なお、営業主体同士の「営業の自由」の衝突については、これを純然な人権規定の私人間効力の問題と捉える考え方もあろうが、後述のとおり「営業の自由」に各営業主体間の適切な「競争秩序」の形成という規範を読み込む管見に基づく限り、公権力との関係において保護されるべき「営業の自由」の射程ないし保護領域の問題となると考えられる。

243 ドイツにおける「基本権としての営業の自由」と「社会経済秩序の客観的原理としての営業の自由」との解釈論上の関係について論じたものとして、舟田・職業34-35頁参照。同論文は、ドイツにおける1958年の判例（BVerfGE 7, 377。野中・薬局判決272-275頁参照）が「社会経済秩序の客観的原理としての営業の自由」を否定しつつ「基本権としての営業の自由」に対する制限を広く容認しようとしたことと、それに対する批判的学説を紹介している。

244 これは、前述の基本権保護義務の履行がどの範囲で認められるかということに関する議論にほぼ符合する。この点に関する詳細については、海野・保護義務論76-77頁・84-85頁参照。

245 この点に関しては、多数の先行研究がある。例えば、芦部・憲法学 261-273頁、駒村・法理28-34頁、曾我部・変容16-22頁参照。「長谷部・テレビ32-35頁」は、「マスメディア

は個人の自律と人格の発展を根拠とする送手手の自由を享有しない」ため、マスメディアの表現の自由は社会全体における情報の受け手の利益により支えられていると主張する。一方、「松井・自由79-80頁」は、マスメディアの表現の自由が国民の知る権利に奉仕するものとしてのみ捉えようとする考え方を批判し、「憲法は、市民に対し、マス・メディアに多様な情報の伝達を求める権利を保障していない」ことから、「読者や視聴者のためにマス・メディアの表現の自由を制約することは、憲法の想定することではない」と主張する。なお、表現の自由と自由な情報の流通とを明確に区別する学説として、阪本・組み直し90-93頁参照。

246 営業の主体とそれに関係する消費者とは、私人間の関係であり、その限りにおいて「営業の自由」と消費者の基本権との衝突は純然な人権規定の私人間効力の問題に帰着するようにみえるが、「国家による自由」が予定されている「営業の自由」の保護領域について、消費者の基本権（基本権に関する法益）を「侵害」しない範囲内で画定されるべきものであると解する場合には、（私人間の問題ではなく）公権力との関係において保護されるべき「営業の自由」の射程ないし保護領域の問題となる。学説においては、「営業規制立法については、消費者の権利保護の観点からのチェックも考慮に入れるべきである」とする見解が提示されているが（藤井・営業の自由288頁）、これは営業の自由と消費者等の基本権との関係について、「私人間における人権の対抗関係の問題として客観的に検討しておく必要がある」としており（藤井・営業の自由290頁）、必ずしも公権力との関係において客観的に保護されるべき「営業の自由」の射程ないし保護領域の問題とは捉えられていない。このほか、営業の受け手である消費者が自由競争の当事者としてその利益を享受し得ることを主張する学説として、棟居・再論345-346頁。

247 これは、個人の人格的自律に必要となる自由な消費・購買活動を意味する限りにおいて、憲法13条の幸福追求権を根拠とすることにより、憲法の次元の自由としての地位を獲得することとなると考えられる。

248 これは基本権保護義務（注96参照）として定位できる。

249 このほか、訪問販売等に関する法律（昭和51年法律57号）、割賦販売法（昭和36年法律159号）、不当景品類及び不当表示防止法（昭和37年法律134号）などの法律についても、消費者の権利との適切な「調和」を確保するための主観的権利としての「営業の自由」に対する制約立法であり、憲法上の「営業の自由」に内在する客観的規範を具体化したものであるとみることができる。

250 これは、近年においては、「インターネット上の営業の自由」のあり方を問う必要性が増していることをも意味する。特定商取引に関する法律（昭和51年法律57号）12条の3、

特定電子メールの送信の適正化等に関する法律（平成14年法律第26号）3条乃至6条などの規定については、主観的権利としての「インターネット上の営業の自由」を必要な限度において「制約」する（あるいは「インターネット上の営業の自由」の客観的側面を保障しつつ、主観的側面の保護領域を画定する）ための新たな立法措置として捉えることができよう。もっとも、特定電子メールの送信の適正化等に関する法律においては、「電子メールの利用についての良好な環境の整備を図り、もって高度情報通信社会の健全な発展に寄与すること」がその目的に掲げられ（同法1条）、消費者の権利の保護に関しては法文上明示的には掲げられていない。また、電子署名及び認証業務に関する法律（平成12年法律102号）は、主観的権利としての「インターネット上の営業の自由」を円滑に行使可能とするとともに、客観法的規範としての消費者の権利の保護に関する秩序の形成にも資する環境を整備するための立法措置として定位することが可能であろう。

251 海野・招待116-123頁参照。

252 すなわち、このような「営業の自由」の保護法益の多層性は、憲法上の財産権の保障が、各人の財産に対する主観的権利を保障するのみならず、物的手段の享有という私有財産制を保障し、既得権や既存の財産法秩序を原則として追認するとともに、一部の資本財産によりもたらされ得る客観的な財産法秩序の機能不全等からの回復のための制度的措置をも予定・要請していることとパラレルの関係にある。

253 「浜田・法理215頁」は、表現の自由の一環として定位される「放送の自由」には主観的側面と客観的側面が認められることを指摘し、「放送の自由」に対する規制については、主観的側面においては自由への「制限」として捉えられるが、むしろその客観的側面を強調し、「国家の積極的義務に基づく放送の自由の『具体化』」として理解すべきである旨を主張する。

254 ただし、「営業の自由」については、本質的に市場原理を前提とし、それを極力受容する形で客観法的規範が形成されていくのに対して、「放送の自由」については、伝統的な「放送の公共性」論と新たな（放送事業における）市場原理とのバランスの中で、一定の方向性が形成されていくという点において、両者は異なるといえる。

255 このような形で「積極目的」を限定することについては、「職業活動が社会と様々なかかわりをもち、規制の強度も種々であることにかんがみれば、単なる職業遂行の規制についてまで規制目的を限定するのは適切ではなかろう」とする批判がある（小山・限界197頁）。

256 浦部・許可制116-117頁。この学説は、職業選択の自由のうち、このような政策的見地からの制約を受けるのはもっぱら「営業の自由」である旨を指摘する。その理由として、

「自分が雇われてする職業を選択する自由」については、勤労の権利（憲法27条1項）と密接な関係を有する社会権的な性格の強いものであって、政策的な制約になじまないことが挙げられている（浦部・教室223頁）。

257 浦部・許可制117頁。この考え方に対しては、積極目的の規制を「経済的弱者の保護ないし社会権の実現のための制限」に限定した場合、除外された政策的規制について、厳格な審査が妥当とする根拠が必ずしも明確ではないとする批判がある（戸波・違憲審査31頁）。

258 浦部・許可制117頁。

259 棟居・新構成234頁。

260 棟居・新構成234頁。

261 「藤井・経済587-588頁」は、ここでいう「立法者の自己拘束」について、「立法者の意思に依存するだけのものになるという意味で、薬事法違憲判決を説明するには無理がある」と指摘しつつ、『自己拘束』というのは、むしろ法律内部の『自己矛盾』であるにすぎず、その意味では、それを裁判所が違憲とするとしても、それは必要最小限度論とは関係がないことである」と批判している。

262 棟居・新構成236-237頁。

263 藤井・経済585頁。

264 藤井・経済585-586頁。具体的な「齟齬」の例として、強度な参入規制が存在する場合に、自由競争による価格の低下が期待できなくなることが指摘されている。

265 藤井・経済601頁参照。

266 この立場の根底にある「プロセス的基本的人権観」については、松井・憲法311-313頁参照。

267 松井・憲法575-576頁。

268 松井・憲法576頁。

269 今村・理論94頁。浦部・教室223頁。

270 前述の薬事法判決（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）は、このような比較衡量について、「第一次的には立法府の権限と責務であり、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまるかぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきもの」であるとしている。

271 藤井・基準577頁。

272 例えば、「浦部・許可制117頁」は、「許可制は、営業すること自体を制限するものであるから、営業の自由の規制手段としては、厳しい部類に属する」とする一方、「届出制のほうが許可制よりもゆるやかな手段である」としている。判例（最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁）も、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業の選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限である」と指摘している。

273 この点を指摘するものとして、亘理・比例原則45頁参照。

参 考 文 献

本稿における文献の表示は、便宜上、【 】内に示した各略称によっている。

青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」、『ジュリスト 1400号』68-74頁（有斐閣、2010年）【青井・審査基準論】

赤坂正浩「環境問題と憲法」, 赤坂正浩=井上典之=大沢秀介=工藤達朗『ファーストステップ憲法』29-42頁（有斐閣、2005年）【赤坂・環境問題】

芦部信喜『演習 憲法（法学教室選書）』（有斐閣、1982年）【芦部・演習】

芦部信喜『憲法判例を読む』（岩波書店、1987年）【芦部・憲法判例】

芦部信喜『憲法学 人権総論』（有斐閣、1994年）【芦部・憲法学】

芦部信喜『憲法学 人権各論(1)』（有斐閣、1998年）【芦部・憲法学】

芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法（第四版）』（岩波書店、2007年）【芦部・憲法】

芦部信喜=小島和司=田口精一『憲法の基礎知識』（有斐閣、1966年）【芦部=小島=田口・基礎知識】

新井誠「職業選択の自由」, 岡田信弘編『憲法のエチュード（第2版）』110-119頁（八千代出版、2009年）【新井・職業】

石川健治『自由と特権の距離（増補版）-カール・シュミット「制度体保障」論・再考』（日本評論社、2007年）【石川・距離】

石川健治「財産権条項の射程拡大論とその位相（一）-所有・自由・福祉の法ドグマティック-」, 国家学会『国家学会雑誌 105巻3・4号』1-65頁（有斐閣、1992年）【石川・位相一】

石川健治「憲法解釈学における『議論の蓄積志向』-『憲法上の権利』への招待」, 『法律時報 74巻7号』60-65頁（日本評論社、2002年）【石川・招待】

石川健治「薬局開設の距離制限」, 『別冊ジュリスト 憲法判例百選』206-207頁（有斐閣、2007年）【石川・距離制限】

- 石川健治「法制度の本質と比例原則の適用」, 棟居快行=工藤達朗=小山剛編『プロセス演習 憲法(第3版)』273-302頁(信山社出版, 2007年)【石川・法制度】
- 石川健治「契約の自由」, 大石眞=石川健治編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ 3 憲法の争点』146-147頁(有斐閣, 2008年)【石川・契約】
- 石川健治「営業の自由とその規制」, 大石眞=石川健治編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ 3 憲法の争点』148-151頁(有斐閣, 2008年)【石川・営業】
- 石川健治「夢は稔り難く, 道は極め難し - 『憲法的論証』をめぐる幾つかの試行について」, 『法学教室 340号』53-59頁(有斐閣, 2009年)【石川・夢】
- 石川健治=駒村圭吾=亘理格「Mission: Alternative - 連載 2年を振り返って」, 『法学教室 342号』25-47頁(有斐閣, 2009年)【石川=駒村=亘理・連載】
- 伊藤正巳『憲法(第3版)』(弘文堂, 1995年)【伊藤・憲法】
- 井上達夫『法という企て』(東京大学出版会, 2003年)【井上・企て】
- 今村成和『私的独占禁止法の研究 第2』(有斐閣, 1964年)【今村・研究二】
- 今村成和『現代の行政と行政法の理論』(有斐閣, 1972年)【今村・理論】
- 今村成和『人権叢説』(有斐閣, 1980年)【今村・叢説】
- 今村成和「財産権の保障」, 清宮四郎=佐藤功編『憲法講座 第2巻』180-201頁(有斐閣, 1963年)【今村・財産権】
- 今村成和「財産権の保障と森林法186条(森林法共有林分割制限違憲判決)」, 『ジュリスト 890号』66-72頁(有斐閣, 1987年)【今村・森林法】
- 海野敦史『公共経済学への招待』(晃洋書房, 2010年)【海野・招待】
- 海野敦史「憲法上の通信の秘密不可侵に対する制約原理 - 高度情報通信ネットワーク社会における『通信』の意義 - 」, 『情報通信学会誌 27巻4号』75-94頁(情報通信学会, 2010年)【海野・制約原理】
- 海野敦史「情報通信の発展に伴う検閲概念の再構築 - 青少年閲覧防止措置の『検閲』該当性に関する憲法解釈論」, 『情報通信学会誌 28巻1号』15-30頁(情報通信学会, 2010年)【海野・検閲】
- 海野敦史「憲法上の通信の秘密不可侵の権利性とその私人間効力」, 『社会情報学研究 14巻 2号』17-35頁(日本社会情報学会, 2010年)【海野・私人間効力】
- 海野敦史「憲法解釈における基本権保護義務論」, 『長崎大学経済学部研究年報 26巻』55-99頁(長崎大学経済学部, 2010年)【海野・保護義務論】
- 浦部法穂『全訂 憲法学教室』(日本評論社, 2000年)【浦部・教室】
- 浦部法穂「営業の自由と許可制」, 小嶋和司編『ジュリスト増刊 憲法の争点(新版)』116-117頁(有斐閣, 1985年)【浦部・許可制】

- 浦部法穂「財産権制限の法理 - 積極目的・消極目的二分論をめぐって - 」, 日本公法学会『公法研究 51号』90-107頁(有斐閣, 1989年)【浦部・法理】
- 浦部法穂「営業の自由」, 『ジュリスト 1089号』249-253頁(有斐閣, 1996年)【浦部・営業の自由】
- 江橋崇「二重の基準論」, 芦部信喜編『講座 憲法訴訟(第2巻)』125-159頁(有斐閣, 1987年)【江橋・基準論】
- 大石眞=大沢秀介編『判例憲法』(有斐閣, 2009年)【大石=大沢編・判例憲法】
- 大河内美紀「『精神的自由の優越的地位』について」, 『ジュリスト 1400号』60-67頁(有斐閣, 2010年)【大河内・優越的地位】
- 大津浩=大藤紀子=高佐智美=長谷川憲『憲法四重奏(第2版)』(有信堂高文社, 2008年)【大津=大藤=高佐=長谷川・四重奏】
- 大日方信春「著作権をみる憲法学の視点について」, 『熊本法学 114号』1-36頁(熊本大学法学会, 2008年)【大日方・視点】
- 岡田与好『独占と営業の自由 - ひとつの論争的研究 - 』(木鐸社, 1975年)【岡田・独占】
- 奥平康弘『憲法 憲法が保障する権利』(有斐閣, 1993年)【奥平・憲法】
- 奥平康弘「営業の自由の規制」, 『別冊ジュリスト 39号 続判例展望: 判例理論の再検討』17-23頁(有斐閣, 1973年)【奥平・規制】
- 覚道豊治『憲法(法律学全書)』(ミネルヴァ書房, 1973年)【覚道・憲法】
- 影山日出弥「財産権」, 『法律時報 41巻5号』89-95頁(日本評論社, 1969年)【影山・財産権】
- 影山日出弥「『独占』と人権侵害 - 『財産権』をめぐって」, 『法律時報 44巻2号』8-14頁(日本評論社, 1972年)【影山・独占】
- 君塚正臣「司法審査基準 - 二重の基準論の重要性」, 日本公法学会『公法研究 71号』88-99頁(有斐閣, 2009年)【君塚・基準】
- 栗城壽夫「憲法と財産権」, 日本公法学会『公法研究 51号』63-89頁(有斐閣, 1989年)【栗城・財産権】
- 小林孝輔=芹沢斉編『別冊法学セミナー 基本法コンメンタール第5版 憲法』(日本評論社, 2006年)【小林=芹沢編・コンメンタール】
- 小林孝輔「共有森林の分割制限規定の合憲性等」, 『民商法雑誌 98巻2号』129-139頁(有斐閣, 1988年)【小林・合憲性等】
- 駒村圭吾『ジャーナリズムの法理 - 表現の自由の公共的使用』(嵯峨野書院, 2001年)【駒村・法理】

駒村圭吾「憲法的論証における厳格審査」、『法学教室 338号』40-52頁（有斐閣，2008年）

【駒村・厳格審査】

小山剛『基本権保護の法理 名城大学法学会選書3』（成文堂，1998年）【小山・法理】

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）【小山・内容形成】

小山剛『「憲法上の権利」の作法』（尚学社，2009年）【小山・作法】

小山剛「権利の保障と制度の保障」，小山剛=駒村圭吾編『論点探求 憲法』42-51頁（弘文堂，2005年）【小山・保障】

小山剛「経済的自由の限界」，小山剛=駒村圭吾編『論点探求 憲法』191-199頁（弘文堂，2005年）【小山・限界】

小山剛「人権と制度」，『岩波講座 憲法2 人権論の新展開』49-77頁（岩波書店，2007年）【小山・制度】

小山剛「基本権の内容形成論からの応答」，『法律時報 81巻5号』9-15頁（日本評論社，2009年）【小山・応答】

阪本昌成『憲法理論』（成文堂，1995年）【阪本・理論】

阪本昌成『「思想の自由市場」論の組み直しに向けて』，『立教法学 80号』63-110頁（立教法学会，2010年）【阪本・組み直し】

佐藤功『日本国憲法概説（全訂第5版）』（学陽書房，1996年）【佐藤功・概説】

佐藤幸治『憲法（第三版）』（青林書院，1995年）【佐藤・憲法】

佐藤幸治『現代国家と人権』（有斐閣，2008年）【佐藤・人権】

佐藤幸治「森林法共有林分割制限違憲判決と違憲審査基準」，『法学セミナー 392号』14-17頁（日本評論社，1987年）【佐藤・森林法】

穴戸常寿『「憲法上の権利」の解釈枠組み』，安西文雄ほか『憲法学の現代的論点（第2版）』231-257頁（有斐閣，2009年）【穴戸・枠組み】

渋谷秀樹『憲法』（有斐閣，2007年）【渋谷・憲法】

渋谷秀樹=赤坂正浩『憲法1 人権（第4版）』（有斐閣，2010年）【渋谷=赤坂・人権】

清水睦「職業選択の自由」，『ジュリスト 638号』314-320頁（有斐閣，1977年）【清水・職業】

下山瑛二『「営業の自由」論争について』，歴史学研究会編『歴史学研究 438号』38-43頁（青木書店，1976年）【下山・論争】

クラウス・シュテルン（小山剛訳）「過度の侵害禁止（比例原則）と衡量命令（一）」，『名城法学 44巻2号』153-199頁（名城大学法学会，1994年）【シュテルン・命令一】

- クラウス・シュテルン(小山剛訳)「過度の侵害禁止(比例原則)と衡量命令(二・完)」,
『名城法学 44巻3号』125-184頁(名城大学法学会, 1995年)【シュテルン・命令二】
- C. シュミット(尾吹善人訳)『憲法理論』(創文社, 1972年)【シュミット・憲法理論】
- 杉原周治「基本権競合論(一) - 意見表明の自由と芸術の自由の競合を素材として - 」,
『広島法学 29巻3号』27-55頁(広島大学法学会, 2006年)【杉原・競合論一】
- 須藤陽子「比例原則」, 『法学教室 237号』18-23頁(有斐閣, 2000年)【須藤・比例原則】
- 須藤陽子「比例原則と違憲審査基準 - 比例原則の機能と限界 - 」, 『立命館法学 321・322号』
264-278頁(立命館大学法学会, 2008年)【須藤・基準】
- 曾我部真裕「表現の自由論の変容 - マス・メディアの自由を中心とした覚書」, 『法学教室
324号』15-22頁(有斐閣, 2007年)【曾我部・変容】
- 高辻正巳「財産権についての一考察」, 『自治研究 38巻4号』3-15頁(良書普及会, 1962
年)【高辻・財産権】
- 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第2版』(有斐閣, 2010年)【高橋・立憲主義】
- 高橋和之「審査基準論 - 個別的衡量論と『絶対主義』理論のあいだ」, 『ジュリスト 1089号』
165-172頁(有斐閣, 1996年)【高橋・審査基準論】
- 高橋和之「違憲審査方法に関する学説・判例の動向」, 『法曹時報 61巻12号』1-49頁(法
曹会, 2009年)【高橋・動向】
- 高橋正俊「財産権不可侵の意義(一) - 財産権保障の研究 - 」, 『香川法学 4巻3号』86-
107頁(香川大学法学会, 1985年)【高橋正・意義一】
- 高橋正俊「財産権不可侵の意義(二・完) - 財産権保障の研究 - 」, 『香川法学 5巻4号』
1-20頁(香川大学法学会, 1986年)【高橋正・意義二】
- 高橋正俊「経済活動の自由」, 佐藤幸治編『憲法 基本的人権』291-329頁(成文堂, 1988
年)【高橋正・経済活動】
- 高原賢治「社会国家における財産権」, 田中二郎編『日本国憲法体系 第七巻 基本的人権
()』239-264頁(有斐閣, 1965年)【高原・財産権】
- 高原賢治「財産権と公共の福祉」, 『ジュリスト 447号』36-39頁(有斐閣, 1970年)【高原・
公共の福祉】
- 田上穰治編『体系 憲法事典』(青林書院新社, 1968年)【田上編・体系】
- 丹宗昭信「経済法 - 狭義の社会権的経済基本権への位置づけ - 」, 『ジュリスト増刊 現代の
法理論 基礎法学シリーズ』257-267頁(有斐閣, 1970年)【丹宗・経済法】
- 辻村みよ子『憲法(第2版)』(日本評論社, 2004年)【辻村・憲法】
- 戸波江二「制度的保障の理論について」, 『筑波法政 7号』66-112頁(筑波大学社会科学系
[法学・政治学], 1984年)【戸波・制度的保障】

- 戸波江二「職業の自由」,『法学教室 57号』21-27頁(有斐閣,1985年)【戸波・職業の自由】
- 戸波江二「職業の自由」,芦部信喜編『別冊法学教室 基本問題シリーズ2 憲法の基本問題』240-248頁(有斐閣,1988年)【戸波・職業】
- 戸波江二「職業の自由と違憲審査」,『法学教室 174号』26-34頁(有斐閣,1995年)【戸波・違憲審査】
- 戸波江二「人權論の現代的展開と保護義務論」,樋口陽一=上村貞美=戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻 - 栗城壽夫先生古稀記念 - 』699-749頁(信山社,2003年)【戸波・保護義務論】
- 内閣法制局法令用語研究会編『有斐閣 法律用語辞典』(有斐閣,1993年)【法令用語研究会編・辞典】
- 中島茂樹「『営業の自由』論争」,『法律時報 49巻7号』334-340頁(日本評論社,1977年)【中島・論争】
- 中島茂樹「憲法を規準とした財産権の内容形成 - 戦後補償問題の立法的解決によせて - 」,『立命館法学 287号』1-75頁(立命館大学法学会,2003年)【中島・内容形成】
- 中島徹『財産権の領分』(日本評論社,2007年)【中島徹・領分】
- 中島徹「財産権の自然性と実定性」,『ジュリスト 1356号』12-20頁(有斐閣,2008年)【中島徹・実定性】
- 中島徹「『事前の権利』 - 差止めと損害賠償請求の狭間で - 」,長谷部恭男=中島徹編『憲法の理論を求めて - 奥平憲法学の継承と展開 - 』221-249頁(日本評論社,2009年)【中島徹・事前】
- 中村睦男『憲法30講』(青林書院,1984年)【中村・憲法】
- 中村睦男「職業選択の自由」,芦部信喜編『憲法 人權(2)』41-84頁(有斐閣,1981年)【中村・職業】
- 中村睦男「居住・移転・職業選択の自由,外国移住・国籍離脱の自由」,樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂『注解法律学全集2 憲法 (第21条~第40条)』89-116頁(青林書院,1997年)【中村・居住】
- 中村睦男「国民の生存権,国の社会保障的義務」,樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂『注解法律学全集2 憲法 (第21条~第40条)』138-163頁(青林書院,1997年)【中村・生存権】
- 中村睦男「財産権」,樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂『注解法律学全集2 憲法 (第21条~第40条)』235-255頁(青林書院,1997年)【中村・財産権】
- 中村睦男「社会経済政策としてなされる営業規制 - 小売市場事件」,『別冊ジュリスト 憲法判例百選』204-205頁(有斐閣,2007年)【中村・営業規制】

- 中山信弘「財産的情報における保護制度の現状と将来」、『岩波講座 現代の法10 情報と法』267-290頁(岩波書店, 1997年)【中山・将来】
- 西土彰一郎「機能的な基本権としての放送の自由? - ドイツ基本権理論の新傾向に関する覚書 - 」、『六甲台論集 法学政治学篇 48巻2号』93-131頁(神戸大学大学院法学研究会, 2001年)【西土・機能的な基本権】
- 野坂泰司「共有林の分割制限と財産権 - 森林法違憲判決(最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁)」、『法学教室 313号』77-89頁(有斐閣, 2006年)【野坂・財産権】
- 野中俊彦=中村睦男=高橋和之=高見勝利『憲法 (第4版)』(有斐閣, 2006年)【野中=中村=高橋=高見・憲法】
- 野中俊彦「薬事法距離制限条項の合憲性 - 薬局判決 - 」, ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例(第2版)』272-275頁(信山社出版, 2003年)【野中・薬局判決】
- 橋本公巨『憲法 <現代法律学全集2>』(青林書院新社, 1972年)【橋本・憲法】
- 長谷川正安『憲法講話(2) - 基本的人権 - 』(法律文化社, 1984年)【長谷川・講話】
- 長谷川正安「営業の自由2: 経済的人権の一形態として」, 『法学セミナー 214号』25-35頁(日本評論社, 1973年)【長谷川・営業の自由】
- 長谷部恭男『テレビの憲法理論』(弘文堂, 1992年)【長谷部・テレビ】
- 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』(岩波書店, 1999年)【長谷部・フロンティア】
- 長谷部恭男『比較不能な価値の迷路 - リベラル・デモクラシーの憲法理論 - 』(東京大学出版会, 2000年)【長谷部・迷路】
- 長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会, 2006年)【長谷部・理性】
- 長谷部恭男『憲法(第4版)』(新世社, 2008年)【長谷部・憲法】
- 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」, 『法学教室 347号』19-22頁(有斐閣, 2009年)【長谷部・ベースライン論】
- 浜田純一『メディアの法理』(日本評論社, 1990年)【浜田・法理】
- 浜田純一「制度概念における主観性と客観性 - 制度と基本権の構造分析序説 - 」, 現代憲法学会研究会編『小林直樹先生還暦記念 現代国家と憲法の原理』485-528頁(有斐閣, 1983年)【浜田・制度概念】
- 樋口陽一『憲法(第3版)』(創文社, 2007年)【樋口・憲法】
- 藤井俊夫「森林法186条本文の合憲性」, 『判例時報 1250号』181-185頁(判例時報社, 1987年)【藤井・合憲性】
- 藤井俊夫「経済規制立法と違憲審査基準 - 二分論批判をめぐって - 」, 時岡弘先生古稀記念論文集刊行会『人権と憲法裁判 時岡弘先生古稀記念』555-604頁(成文堂, 1992年)【藤井・経済】

- 藤井俊夫「営業の自由と憲法」, 日本公法学会『公法研究 59号』286-292頁(有斐閣, 1997年)【藤井・営業の自由】
- 藤井俊夫「憲法25条の法意」, 大石眞=石川健治編『ジュリスト増刊 新・法律学の争点シリーズ3 憲法の争点』174-175頁(有斐閣, 2008年)【藤井・法意】
- 舟田正之「職業の自由と“営業の自由”」, 『ジュリスト 592号』30-35頁(有斐閣, 1975年)【舟田・職業】
- 法学協会『註解日本国憲法上巻』(有斐閣, 1953年)【協会・註解】
- 巻矢知紀「経済活動規制の判例法理再考」, 『ジュリスト 1356号』33-39頁(有斐閣, 2008年)【巻・再考】
- 松井茂記『マス・メディアの表現の自由』(日本評論社, 2005年)【松井・自由】
- 松井茂記『日本国憲法(第3版)』(有斐閣, 2007年)【松井・憲法】
- 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会, 2001年)【松本・基本権保障】
- 松本和彦「人権制約の正当化と判例理論」, 阿部照哉=伊藤公一編『榎原猛先生古稀記念論集 現代国家の制度と人権』279-312頁(法律文化社, 1997年)【松本・判例理論】
- 松本和彦「基本権の制約と法律の留保」, 樋口陽一=上村貞美=戸波江二編『日独憲法学の創造力 上巻 - 栗城壽夫先生古稀記念 - 』369-400頁(信山社, 2003年)【松本・留保】
- 松本和彦「基本的人権の『保護領域』」, 小山剛=駒村圭吾編『論点探求 憲法』94-104頁(弘文堂, 2005年)【松本・保護領域】
- 松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(一) - 人権基礎づけ論からみた目的二分論 - 」, 『民商法雑誌 113巻4・5号』260-293頁(有斐閣, 1996年)【松本哲・基準一】
- 松本哲治「経済的自由権を規制する立法の合憲性審査基準(二・完) - 人権基礎づけ論からみた目的二分論 - 」, 『民商法雑誌 113巻6号』36-66頁(有斐閣, 1996年)【松本哲・基準二】
- 松本哲治「財産権」, 『ジュリスト 1400号』103-109頁(有斐閣, 2010年)【松本哲・財産権】
- 宮沢俊義『憲法』(有斐閣, 1959年)【宮沢・憲法】
- 棟居快行『人権論の新構成』(信山社, 1992年)【棟居・新構成】
- 棟居快行『憲法学再論』(信山社出版, 2001年)【棟居・再論】
- 棟居快行=小山剛「経済的自由権と規制」, 『法学セミナー 579号』44-51頁(日本評論社, 2003年)【棟居=小山・規制】
- 森村進『財産権の理論(法哲学叢書6)』(弘文堂, 1995年)【森村・理論】
- 柳瀬良幹『人権の歴史』(明治書院, 1949年)【柳瀬・歴史】

山下健次「財産権の保障」,『ジュリスト 638号』328-334頁(有斐閣,1977年)【山下・保障】

山下健次「財産権」,『法学教室 26号』23-30頁(有斐閣,1982年)【山下・財産権】

山下健次「財産権 - いわゆる『生存』財産と『独占』財産をめぐって」,芦部信喜編『別冊 法学教室 基本問題シリーズ2 憲法の基本問題』249-256頁(有斐閣,1988年)【山下・生存財産】

米沢広一「経済的自由」,山下健次編『憲法 基本法学双書』128-139頁(青林書院,1986年)【米沢・経済的自由】

米沢広一「森林法違憲判決と最高裁」,『法学教室 83号』23-28頁(有斐閣,1987年)【米沢・森林法】

渡辺康行「立法者による制度形成とその限界 - 選挙制度,国家賠償・刑事補償制度,裁判制度を例として - 」,『法政研究 76巻3号』1-53頁(九州大学法学会,2009年)【渡辺・限界】

渡辺康行「憲法訴訟の現状」,日本公法学会『公法研究 71号』1-23頁(有斐閣,2009年)【渡辺・現状】

渡辺洋三『土地と財産権』(岩波書店,1977年)【渡辺洋・土地】

渡辺洋三『財産権論』(一粒社,1985年)【渡辺洋・財産権論】

渡辺洋三「法学と経済学() - 岡田論文を手がかりとして - 」,『社会科学の方法 12号(2巻6号)』1-4頁(御茶の水書房,1969年)【渡辺洋・法学】

巨理格「利益衡量型司法審査と比例原則」,『法学教室 339号』37-46頁(有斐閣,2008年)【巨理・比例原則】