

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

中 島 茂 樹

はじめに

立法の不作为をめぐる判例・学説の動向

1. 立法の不作为と国家賠償請求訴訟
2. 在宅投票制廃止事件最高裁判決
3. 関釜元従軍慰安婦訴訟
4. ハンセン病訴訟熊本地裁判決

戦後補償立法の憲法上の根拠

1. 戦争損害受忍義務論
2. 戦後補償立法の憲法上の根拠の類型
3. 損失補償責任に基づく補償請求
4. 小 結

憲法を規準とした財産権の内容形成

1. ポン基本法における財産権の保障と制度保障
2. 日本国憲法における財産権の保障と制度保障

む す び

は じ め に

このところ、戦後補償の問題として、各種の戦争犠牲者に対する補償（賠償）とそのための補償立法の制定が一段と強く求められるようになってきている。ボン基本法それ自体に戦争損害および補償にかんする規定を有し、これを受けた連邦補償法などの一連の補償制度が整備されているドイツ¹⁾とは異なり、わが国では、現在のところ、原子爆弾被爆者と戦傷病者戦没者のほかは、引揚者給付金等支給法や引揚者等に対する特別交付金の支給

にかんする法律，最近では，「平和条約国籍離脱者等である戦没者遺族等に対する弔慰金等の支給に関する法律」(2000年6月7日制定・法律第114号)などに若干の補償金の規定があるだけで，それら以外については，実定法上に明文の包括的な補償規定は存在していない²⁾。そのため，いわゆる「戦後補償裁判」において，原告の請求自体は退けながらも，原告たちが受けている不利益に一定の理解を示した裁判所によって，「立法不作為の状況」や「違憲の疑い」を指摘し，「補償のための何らかの立法措置が講じられてしかるべきだ」と国会に対応を促す判決が積み重ねられてきている³⁾。なかでも BC 級戦犯とされた韓国・朝鮮人の元軍属や遺族が国に補償と謝罪を求めた訴訟の控訴審で，東京高裁は，「違法な国家権力の行使によって犠牲・被害を被った者たちに対しては，国家の責任においてその被った犠牲・被害について一定の補償をすべきであるという認識が次第に我が国を含めた世界の主要国の共通の認識として高まりつつあるものということができる」と従来よりも一歩踏み込んだ見解を表明し，「国政関与者には適切な立法措置を講じることが期待される」と判示している⁴⁾。

ところで，憲法上，立法の不作為とは，憲法により明文上ないし解釈上一定の立法をなすべきことが義務づけられているにもかかわらず，立法者が当該立法義務を果たさない場合に，その不作為が違憲と判定されることをいう。立法者のこの立法義務にかんし，本来的に国には不作為義務があるとして争う自由権侵害立法にあっては，不作為義務違反の問題は当該自由権侵害立法の端的な廃止によってのみ解消されることから，当該作為(自由権侵害立法)による自由の制約を違憲無効とするだけで違憲審査の目的は達成され，さしあたり問題の性格は単純である。これに対して，人権保障のための立法措置を不可欠とする参政権や給付請求権を内実とする生存権などの場合に問題となる制度形成的立法にあっては，どのような立法をなすべきかについての判断は原則として国会の裁量事項に属するところから，当該立法裁量をも制約する立法義務の憲法上の根拠および内容が特定されない限り，憲法上の立法義務に対する違反があるとは判断できない

いことになる⁵⁾。

制度形成的立法の場合に問題となる立法義務のこの憲法上の根拠について、たとえば、公職選挙法204条の選挙無効訴訟として争われた議員定数不均衡訴訟において、最高裁1976年判決は、選挙権の平等は選挙人資格における差別禁止だけにとどまらず、「選挙権の内容、すなわち各選挙人の投票の価値の平等もまた、憲法の要求するところ」と解し、相当程度広範な立法裁量の枠を肯定しながらも、1972年衆議院選挙施行当時の定数不均衡につき、選挙区間の最大格差1対5程度は憲法の要求する投票価値の平等に反する状態、すなわち違憲状態に達していると判断した⁶⁾。また、在宅投票制度の廃止ならびにその後の立法不作為の違憲が争われた国家賠償請求訴訟において、1978年の札幌高裁判決は、結論的には国の賠償責任を否定したものの、憲法が保障する選挙権は、憲法上国民の有する権利のうちのもっとも基本的な権利であって、議会制民主主義の根幹をなすとともに、地方自治の基礎をもなすものであると位置づけたうえで、国会の広範な裁量権をも制約する憲法上の立法義務について、「国会の制定する投票の方法についての法律は、合理的と認められる已むを得ない事由のない限りは、すべての選挙人に対して投票の機会を確保するようなものでなければならず、若し投票の方法についての法律が、選挙権を有する国民の一部の者につき、合理的と認められる已むを得ない事由がないにも拘らず投票の機会を確保し得ないようなものであるときは、国会は投票の方法についての法律を改正して当該選挙権を有する国民が投票の機会を確保されるようにすべき憲法上の立法義務を負うものといわなければならない」と判示している⁷⁾。

ところが、これらの事例と対比して、戦後補償裁判で立法の不作為を争う場合には、重大な人権侵害発生の時点が明治憲法下であることに加えて、日本国憲法は、補償立法制定の直接の根拠となるような条項を定めていないため、その立法義務の憲法上の根拠を何に求めるかについては大きな困難を伴わざるをえない。この点、戦後補償裁判で唯一立法の不作為の違法

性を認定した関釜元従軍慰安婦訴訟山口地裁下関支部判決は、条理を根拠に、「日本国憲法秩序の根幹的価値に関わる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができる」と表明し、国は、従軍慰安婦制度の存在を知っていたはずであるのに、日本国憲法制定後も多年にわたって被害者に対する損害回復措置を怠り、従軍慰安婦だった女性らを放置したままその苦しみを倍加させたことに対して、「特別の賠償立法をなすべき義務を違法に怠った」⁸⁾とした点で、大きな注目を集めるところとなっている。しかし、この問題については、すでに在宅投票制度廃止訴訟最高裁判決が、「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り」、国家賠償法上の違法の評価を受けない⁹⁾、と判示して立法行為の違憲性を理由とする国家賠償訴訟の途を原則的に否定するかのとき判断を下してしまっている。そのために、この最高裁判決に忠実に準拠した上記の関釜元従軍慰安婦訴訟の控訴審である広島高裁判決は、元従軍慰安婦や元女子勤労挺身隊員らの被害事実をおおむね認めつつも、彼女らに対する謝罪と補償についての憲法上の立法義務の存在が一義的に明白であるとはいえないとして、立法不作為の違法を否定してしまっている¹⁰⁾。国家補償責任の法的根拠として論議される、国家無答責の原則、憲法29条3項の遡及適用、条理の適用、除斥期間や安全配慮義務といった戦後補償請求訴訟におけるその他の国内法上の論点も、現在までのところ、被害者救済のための現実的な解決に結びつくものとは必ずしもなっていないといわざるをえない¹¹⁾。

戦後補償請求訴訟をめぐるこのような困難に直面するとき、ぜひとも注目されてよいと思われるのは、日本国憲法29条1項において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、同時に他方で、その2項において「公共の福祉」の観点からする財産権の内容の規律を立法者に委ねるという、いわば「矛盾的構造」を有する財産権保障規定にかんし、これ

を制度保障として捉える考え方である¹²⁾。もちろん、財産権の制度保障観念において問題となる立法者に対する「核心的領域の保護」にかんし、これを立法者の侵害に対する「歴史的・伝統的なるもの」の保障と捉える思考では、まったく問題にならないことはいうまでもない。しかし、財産権が、本質的に「法律依存的権利」¹³⁾として、法律による内容の定めを不可欠とするということを出発点として、財産権の制度保障観念とその「核心的領域の保護」の思考のうちに、国家が積極的に法律による内容形成を行うための法的義務を認識しうるならば、そこに補償立法制定の不作為責任を肯定しうる理論的可能性を展望しうると考えられるからである。

そこで、本稿は、以上のような問題関心にに基づき、憲法を規準とした財産権の内容形成という観点から、ドイツにおける財産権保障理論についての研究をふまえながら、戦後補償の立法的解決の可能性を検討しようとするものである。

1) ボン基本法は、1949年5月23日の公布の時点ですでに、その74条9号において、「国家社会主義の行った不正による戦争損害（Kriegsschädigung）および補償（Wiedergutmachung）が最優先課題であること」を定めていた。

ドイツの戦後補償問題については、さしあたり、佐藤健生「ドイツの戦後補償立法とその実行について」（ベンジャミン・フランクリン〔往岡良明・凱風社編集部共訳〕『奴隷以下 ドイツ企業の戦後責任』（凱風社、1993年））424頁以下、トーマス・ヴェルテンベルガー（鳥居気代和・出口雅久訳）「第2次大戦後におけるドイツの賠償問題」自由と正義44巻9号29頁以下（1993）、広渡清吾「憲法と戦後責任 戦後50年・日本とドイツ」法律時報67巻6号11頁以下（1995）、同「戦後補償の法理論的問題 ドイツを素材に考える」法と民主主義300号4頁以下、同「近代主義・戦後補償・法化論」法律時報68巻11号2頁以下（1996）、清野幾久子「ドイツ戦後補償の法理 アウシュビッツでの強制労働に対する連邦憲法裁判所決定に見る一断面」法律論叢70巻5・6号1頁以下（1998）、矢野久「ドイツ」『記憶・責任・未来』基金の歴史的意義』世界2000年12月号139頁以下、松本克美「戦後補償の日独比較 法学の視点から」ドイツ研究33・34号37頁以下（2002）などを参照。

2) 戦後補償の法的問題を考えるうえでの基本的な文献として、西荊章「戦争犠牲者補償序説」法政理論26巻4号220頁以下（1994）、同「戦後補償訴訟の現在」法学教室235号41頁以下（2000）、専修大学社会科学研究所公開シンポジウム「戦後補償問題の解決を目指して」専修大学社会科学研究所月報371号・372号（1994）、古川純「日本国憲法と戦後補償」法学セミナー477号32頁以下（1994）、石村修「戦争犯罪と戦後補償 戦争犠牲者への補償」

償」憲法問題10号123頁以下(1999)、岡田正則「戦後補償請求訴訟と国家責任 国家無
答責法理と立法不作為を中心に」法の科学31号127頁以下(2001)、松本克美「日本の戦後
補償訴訟の現状と課題」立命館国際地域研究17号85頁以下(2001)などを参照。

- 3) たとえば、東京地判1994年7月15日判時1505号46頁、大阪地判1995年10月11日判タ901
号84頁、東京地判1996年9月9日判時1600号3頁、東京地判1998年7月31日判時1657号43
頁など。
- 4) 東京高判1998年7月13日(韓国・朝鮮人BC級戦犯訴訟控訴審判決)判時1647号39頁。
- 5) 立法の不作為について、さしあたり、戸波江二「立法の不作為の違憲確認」(芦部信喜
編『講座憲法訴訟〔第1巻〕』〔有斐閣、1987年〕)355頁以下、内野正幸「立法行為・司法
行為と国家賠償責任」(西村宏一=幾代通=園部逸夫編『国家賠償法体系〔2〕』〔日本評
論社、1987年〕)1頁以下、宇賀克也「立法と国家賠償」(芦部信喜古稀記念『現代立憲主
義の展開〔下〕』〔有斐閣、1993年〕)62頁以下、中村睦男「立法の不作為に対する違憲審
査」(佐藤幸治=中村睦男=野中俊彦『ファンダメンタル憲法』〔有斐閣、1994年〕)285頁
以下、野中俊彦「立法義務と違憲審査権」(同『憲法訴訟の原理と技術』〔有斐閣、1995
年〕)79頁以下などを参照。
- 6) 最大判1976年4月14日民集30巻3号223頁。なお、同判決は、定数配分規定を違憲とし
ながらも、その下の選挙の効力については、行政事件訴訟法31条の事情判決制度を「一般
的な法の基本原則に基づくものとして理解すべき要素も含まれている」として援用してい
る。
- 7) 札幌高判1978年5月24日判時1647号39頁。なお、同判決は、不作為の違憲問題について、
「国会が或る一定の立法をなすべきことが憲法上明文をもって規定されているか若しくは
それが憲法解釈上明白な場合には、国会は憲法によって義務付けられた立法をしなければ
ならないものというべきであり、若し国会が憲法によって義務付けられた立法をしないと
きは、その不作為は違憲であり、違法であるといわなければならない」とする判断枠組み
を提示している。
- 8) 山口地下関支判1998年4月27日判時1642号24頁。
- 9) 最一小判昭和1985年11月21日民集39巻7号1512頁。
- 10) 広島高判2001年3月29日判時1759号42頁。
- 11) 原告一部勝訴の判決を下したものとして、上記の関釜元従軍慰安婦訴訟山口地裁下関支
部判決があるほか、国の責任を一部認める判決として、中国人の強制連行・強制労働が問
題となった劉連仁訴訟判決(東京地判2001年7月12日判タ1067号119頁)、および、強制連
行された朝鮮人の帰国のために出航した船が機雷に触れて爆沈、多数の死傷者を出した浮
島丸事件判決(京都地判2001年8月24日判時1772号121頁)を数えるのみである。この点
について、松本克美「戦後補償訴訟・和解・立法提案の近時の動向」法の科学32号66頁以
下(2002)参照。
- 12) 財産権の制度保障観念について、拙稿「所有権の制度保障理論 ドイツ連邦憲法裁判
所の判決を中心として」立命館大学政策科学3巻3号127頁以下(1996)および山下健次
「所有権の保障と制度的保障の理論」立命館法学41号1頁以下(1962)のほか、藤田宙靖
「憲法第29条第1項の効果」憲法の争点(新版)118頁以下(1985)、高橋正俊「財産権保

障の意味」憲法の争点（第3版）132頁以下（1999）、樋口陽一『憲法〔改訂版〕』（創文社、1998年）241頁以下、野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法（第3版）』（有斐閣、2001年）頁（高見執筆）などを参照。

- 13) 「法律依存的権利」という表現は、戸波・前掲論文（注5）364頁に依っている。憲法上保障される基本権の保護法益は、たとえば、憲法19条の思想・良心の自由、20条の信教の自由、21条の表現の自由、23条の学問の自由などのように、おのずと法秩序の媒介なしに存立している。これに対して、財産権は、それが法秩序のなかで承認されうするためには、法的な内容形成を必要とする。まことに、「財産権は法秩序によって創出されたものである。法秩序の媒介なしには財産権は存在しない」（Gunther Schwerdtfeger, Die dogmatische Struktur der Eigentumsgarantie, 1983, S. 13）といえよう。Vgl. auch Friedrich Schoch, Die Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, Jura 1989, S. 116; Brun-Otto Bryde, Art. 14 in: Ingo von Münch/Philip Kunig [Hrsg.], Grundgesetz-Kommentar, Bd. 1, 4. Aufl. 1992, Rn. 48.

立法の不作为をめぐる判例・学説の動向

1. 立法の不作为と国家賠償請求訴訟

憲法上保障された権利・利益が立法を欠くことによって実現されないという場合、これは立法不作为の問題として取り扱われる。この立法不作为の違憲性を裁判上争う方法としては、最も直接的に立法不作为の違憲確認ないし宣言を求める訴訟を、無名抗告訴訟として提起する方法、通常の刑事事件や行政事件訴訟において、不備な法律に基づく処分取消ないし無効確認の訴えを提起する方法、国家賠償請求訴訟を提起して、立法の不作为の違憲・違法性を争う方法、の三つが挙げられるのが通例である¹⁴⁾。

このうち、立法不作为の違憲確認訴訟については、生存権の法的権利性をめぐる議論において問題となったが、これに対しては学説は一般に否定的であり、立法不作为の違憲が裁判上確認され、そのことによって立法府が特定の立法をすべきことを義務づけられることになれば、権力分立ないし付随的違憲審査制との抵触や違憲確認判決の効果ないし実効性などの点で、疑問が提起されている¹⁵⁾。つぎに、不備な法律に基づく処分取消

ないし無効確認の訴えについては、第三者に告知・弁解などの機会を与えるべきことを規定しない法律により、第三者の所有物を没収することは憲法31条・29条に違反するとした第三者所有物没収事件判決¹⁶⁾や、財産権規制法令が補償規定を設けていない場合につき、直接憲法29条3項に基づく補償請求の可能性を肯定した河川付近地制限令事件判決¹⁷⁾などにおいて、憲法上の権利の「救済」という観点から立法の不備ないし欠陥を裁判所が是正した事例を認めることができる。しかし、最近の憲法訴訟の展開のなかで、立法行為ないし立法不作為に対する国家賠償請求訴訟が、訴えの利益等の訴訟上の難点なくして法律の違憲審査を求めることができること、立法の改廃を直接求めるものでないために立法府との摩擦が少ないこと、さらに、他の訴訟によっては必ずしも救済を得られない国民に対して権利保護の途を確保する訴訟形態として憲法訴訟上重要な意義を有するなどの点で¹⁸⁾、学説上一般に認められ、実務において幅広く援用されるところとなっている。

ところで、国家賠償法1条は、「公権力の行使」に当たる公務員の不法行為に対して国の損害賠償責任を認めている。そこで、違憲立法の制定もしくは立法不作為の違憲を理由として、国に対し損害賠償を請求することができるか、ということが問題となるが、この点については、「公権力の行使」に立法権も含まれるところから、学説上は一般に、「国の公権力の行使から、立法行為を除外する理由はない」として肯定的に解されている¹⁹⁾。判例も、下級審判決のなかには、議員定数不均衡にかんする1977年の東京地裁判決²⁰⁾、在宅投票制の廃止にかんする1974年の札幌地裁小樽支部判決²¹⁾、その控訴審判決たる1978年の札幌高裁判決²²⁾、在宅投票制廃止違憲二次訴訟第一審判決たる札幌地裁判決²³⁾、私立高校生超過学費返還請求事件にかんする大阪地裁判決²⁴⁾など、立法の不作為を含めて立法行為に対して国家賠償法1条1項の適用の余地を認めたものがある。しかし、つぎに述べる在宅投票制廃止事件最高裁判決は、立法行為の違憲性を理由とする国家賠償訴訟の途をほぼ完全に否定するかのとき判決を

下している。

2. 在宅投票制廃止事件最高裁判決

リーディングケースに位置づけられ、その後の判例の動向に決定的影響を与えた在宅投票制廃止事件最高裁判決²⁵⁾（以下、「最高裁1985年判決」と略称）は、次のような論旨によって構成されている。

「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個別に国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責に任ずることを規定するものである。」

「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ）が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲法の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法規制の対象になじまず、特定個人に対する損害賠償責任の有無という観点から、あるべき立法行為を措定して具体的立法行為の適否を法的に評価するということは、原則的には許されないものといわざるを得ない。」

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべきであって、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」

本判決において注目すべき点は、²⁶⁾において、公務員個人の職務責任に代わる国の責任としての「代位責任説」の立場に立ち²⁶⁾、²⁷⁾において、立法内容の違憲性の問題と立法行為の国賠法上の違法性の問題を区別して、違憲即違法説を排斥し、²⁷⁾において、国会議員の立法にかんし、原則として、政治責任論の立場から個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を否定したうえで、²⁷⁾において、結論として、国会議員の立法行為が違法の評価を受けるのは、「憲法の一義的な文言に違反」しているとき、「容易に想定し難いような例外的な場合」に限られる、とした点に認められる²⁷⁾。

しかし、このような最高裁1985年判決に対しては厳しい批判が投げかけられてきた。まず、²⁸⁾につき、明文で公務員が「第三者に対して負う職務義務に違反したとき」を国家賠償責任の成立要件として定めるドイツの職務責任法とは異なり、わが国の国家賠償法1条1項では違法性を要件とし、そのような職務行為の第三者関与性についての要件は規定されていないところから、そもそもこのような要件を最高裁が要求すること自体が問題であるとされる²⁸⁾。

につき、国会議員が立法行為を行う際には憲法の規定に拘束されるところ、憲法に違反する立法を行うことは、仮に職務行為基準説の立場に立ったとしても違法となるはずであるところから、立法内容の違憲性とその国賠法上の違法性を区別する必要はないとされる²⁹⁾。

につき、立法内容の違憲性とその国賠法上の違法性を観念上区別しようとしても、その区別から判旨のような法的効果が帰結されることにはならないとし、国会議員総体の個々の国民に対する義務の内容が問われている文脈で、個々の国会議員の国民総体に対する責任が問題となる議会制民主主義をもちだすのは論理のすり替えであり、その違法を問題にする余地は依然として残っているとされる³⁰⁾。

また、最高裁1985年判決は、国会議員の発言・表決の免責特権を規定した憲法51条をあげているが、この点については、51条の規定は、個々の国

会議員の自由な言論を保障し、その職務の遂行にあたって制約を受けることのないようにしたものであって、国会の違法行為について国は賠償責任を負わないというような趣旨を含むものとは解されない、との厳しい批判がなされる³¹⁾。

そして、結論的に、につき、立法行為の政治的性格を強調しての政治責任論からする「違法性」要件の加重は、「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほど厳しい制約」を課すもの³²⁾、ないし「立法行為について国家賠償法1条1項の適用は認められないと判示したに等しい」³³⁾ものであって、憲法81条の違憲審査制の趣旨に反し³⁴⁾、違憲状態を除去するための訴訟手段としての国賠訴訟の可能性を事実上封殺するもの、と厳しく批判される³⁵⁾。さらにはまた、ある学説によれば、「この最高裁判決については、多数の学説から批判があるから、裁判所としては、判例を変更するか、少なくとも、寄せられた批判には答える誠実義務があるのではないか」³⁶⁾とまでいう厳しい批判が投げかけられている。最高裁1985年判決をめぐる学説のこのような厳しい批判は、もちろん、立法の不作為が国賠法上違法となる場合につき、まず、実体的な憲法問題として、現行制度上の取り扱いが「憲法の一義的な文言に違反している」かどうかの検討がなされなければならない、さらに加重的要件として、国家賠償法上、そうであるにもかかわらずあえて当該立法を行うというごとき「例外的な場合」に該当するかどうかの検討が求められることになる、と解したことに基づくものである³⁷⁾。

とまれ、このような学説の厳しい批判にもかかわらず、最高裁1985年判決は、これ以降リーディングケースとしての役割を果たすことになる。たとえば、一般民間人被災者の戦後補償が問題となった1987年の最高裁判決³⁸⁾、繭糸価格安定法（改正）による価格統制のために被った経済的不利益が問題になった1990年の最高裁判決³⁹⁾、議員定数不均衡事件にかんする1986年の東京地裁判決⁴⁰⁾や1986年の千葉地裁判決⁴¹⁾などの一連の判決、民法の再婚禁止期間の定めにかんする1991年の広島地裁判決⁴²⁾、などが最高

裁1985年判決を明示的に援用している⁴³⁾。また、戦後補償関係でも、後に検討する一連の判決において最高裁1985年判決が明示的に援用され、被害者の請求が否定されるところとなっている。

しかし、他方で、上記のような最高裁1985年判決に対する学説の厳しい批判を反映して、「憲法の一義的な文言」を弾力的に解し、「例外的な場合」を拡張解釈することによって、当該判決の制約を乗り越えようとする注目すべき試みがなされている。下級審判決であるが、議員定数不均衡にかんし、議員定数配分規定が「選挙権の平等の要求に反する程度に至って」とした最高裁判決の存在を理由に、その判決の時点で「憲法の一義的な文言に違反することが明白となった」とする1986年の東京地裁判決⁴⁴⁾、「作為義務が憲法上明文をもって定められている」場合だけでなく、「憲法解釈上その義務の存在が明白な場合」にも立法不作為が違法となり得るとする1989年の東京地裁判決⁴⁵⁾、民法733条の再婚禁止期間の定めは一見極めて明白に合理性がない」とはいえないから憲法14条1項および24条の「一義的な文言に違反するとまではいえない」とする1991年の広島地裁判決⁴⁶⁾、などがその例である⁴⁷⁾。

3. 関釜元従軍慰安婦訴訟

3-1. 第一審判決

戦後補償請求訴訟において、従軍慰安婦に対する賠償等の立法を怠ったことを違法として損害賠償請求を一部認容した唯一の判決として、大きな注目を集めたこの判決は、次のような判旨によって構成されている⁴⁸⁾。

最高裁1985年判決のいう「『例外的な場合』についてはやや見解を異にし、立法不作為に関する限り、これが日本国憲法秩序の根幹的価値に関わる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも、例外的に国家賠償法上の違法をいうことができる。」

「これが国家賠償法上違法となるのは、単に、『立法（不作為）の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて

当該立法を行う（行わない）というごとき』場合に限られず」、「当該人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合であって（その場合に、憲法上の立法義務が生じる。）、しかも、国会が立法の必要性を十分認識し、立法可能であったにもかかわらず、一定の合理的期間を経過してもなおこれを放置したなどの状況的要件、換言すれば、立法課題としての明確性と合理的是正期間の経過とがある場合にも、立法不作為による国家賠償を認めることができる。」

従軍慰安婦については、「法の解釈原理として、あるいは条理として」、先行法益侵害に基づくその後の保護義務を法益侵害者に課すべきことが一般に許容されており、帝国日本の国家行為によるものであっても、これと同一性ある国家である被告には、その法益侵害が真に重大である限り、被害者に対し、より以上の被害の増大をもたらさないよう配慮、保証すべき「条理上の法的作為義務」が課せられているところ、遅くとも従軍慰安婦が国際問題化し、国会においても取り上げられるようになった1990年5月、6月ころには、不作為による新たな被告の侵害行為は、「いよいよその人権侵害の重大性と救済の必要性を増し、違憲的違法性を帯びる」ものとなり、内閣官房長官談話が出された1993年8月4日以降の早い段階で、先の作為義務は、慰安婦原告らの被った損害を回復するための特別の賠償立法をなすべき日本国憲法上の義務に転化し、3年を経過した1996年8月末には、右立法をなすべき合理的期間を経過したといえるから、当該立法不作為が国家賠償法上も違法となった。

女子勤労挺身隊については、その被害の性質と程度は、慰安婦らに比べると、やはり相違があり、これを放置することが日本国憲法上黙視し得ない重大な人権侵害をもたらしているとまでは認められず、戦後賠償、戦後補償の一環としてとらえられるべき問題として、政治部門である立法府、行政府の裁量のもとにあり、救済を目的とする特別法の制定が日本国憲法上義務づけられているとは認められない。

最高裁1985年判決以後、立法にかんする国家賠償を認めたこの判決の最大のポイントは、その最高裁判決の判例法理に依拠しながらも、立法府の広範な裁量権を認めつつ、立法不作為を違法とする例外的場合として、「立法（不作為）の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行う（行わない）というごとき」場合以外に、日本国憲法秩序の根幹的価値にかかわる基本的人権の侵害をもたらしている場合にも例外的に国家賠償法上の違法をいうことができる、と判示した点に認められよう。この点、最高裁1985年判決で確立した判例法理については、立法内容の違憲性と立法行為の違法性とを区別する違憲要件加重説と解するのが大方の学説の理解であった、ということについてはすでに述べてきた。さればこそ、大方の学説は、立法行為に対する司法審査の可能性を原則的に否認するもの、と評してきたのである。

これに対して、本判決は、「憲法の一義的な文言に違反」しているごとき「容易に想定し難いような例外的な場合」をトータルに解釈し、そのうえでその「例外的な場合」の拡張解釈を試み、「当該人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合であって（その場合に、憲法上の立法義務が生じる）」、しかも、立法課題としての明確性と合理的是正期間の経過とがある場合にも、立法不作為による国家賠償を認めることができると解すると判示するものである。したがって、本判決の論旨からすれば、憲法上の立法義務成立の要件として、「憲法秩序の根幹的価値に関わる人権侵害が現に個別の国民ないし個人に生じている場合」のごとき重大な人権侵害があるか否か、ということが決定的に重要なメルクマールとして位置づけられることになる。

本判決の以上のような理論構成、すなわち、「例外的な場合」を緩やかに拡張解釈するその手法については、これを十分に肯定的に評価できるとしても⁴⁹⁾、なお問題となるのは、憲法上の立法義務の根拠を何に求めるか、ということである。けだし、立法不作為が問題となるのは、憲法上保障された権利・利益が立法を欠くことによって実現されないという事例である

とすれば、この場合の憲法上の権利・利益とは何か、ということが決定的であるからである。本判決は、法益侵害に基づく保護義務の根拠として、「条理」を援用するが⁵⁰⁾、しかし、この点については次に検討するように、その控訴審判決で否定されることになる。

3-2．控訴審判決

関釜元従軍慰安婦訴訟第一審判決にもかかわらず、戦後補償関係のその後の裁判例は、「例外的な場合」につき、おおむねこれを「不作為は、憲法が一義的かつ明白に立法を命じているのに国会議員があえて立法を行わない場合」と解釈し、「立法の要否、内容、立法の時期等については、憲法の一義的な文言に違反していない限り、原則として立法府の裁量に委ねられている」という広範な立法裁量を認めて、立法不作為の違法を否定する点で共通している⁵¹⁾。

ここでは、関釜元従軍慰安婦訴訟の控訴審判決⁵²⁾に即して、立法不作為の違法を否定する論拠の特徴を検討することにしたい。この判決は、次のような判旨によって構成されている。

最高裁1985年判決を踏襲して、「国会議員の立法不作為が国家賠償法上違法と評価されるのは、特定の具体的な内容の立法を行わないことが、憲法の一義的な文言に違反している場合、すなわち、特定の具体的な内容の立法を行うべき立法義務が、憲法の明文をもって定められているか、又は憲法の文言の解釈上、右立法義務の存在が一義的に明白であるにもかかわらず、国会があえて当該立法を行わないというような例外的な場合に限られる。」

「憲法の前文及び各条文の中に、元従軍慰安婦及び元女子勤労挺身隊員に対する謝罪と補償についての立法義務を定めた明文の条項が存在しないことは明らかであるので、以下、一審原告らの主張に係る憲法の前文及び各条文の文言の解釈上、右立法義務の存在が一義的に明白であるといえるか否かについて、順次検討」したうえで、「憲法の

前文及び各条文のいずれを個別的にみても、また、それらを総合的に考慮しても、憲法の文言の解釈上、元従軍慰安婦及び元女子勤労挺身隊員に対する謝罪と補償についての立法義務の存在が一義的に明白であるとはいえず、したがって、国会議員による右立法の不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではない。

「いわゆる戦争損害に対する補償の要否及びその在り方は、事柄の性質上、財政、経済、社会政策等の国政全般にわたった総合的政策判断を待って初めて決し得るものであって、これについては、国家財政、社会経済、損害の内容、程度等に関する十分な資料を基礎とする立法府の裁量的判断にゆだねられたものと解するのが相当であ[る]」。

「一審原告らが元従軍慰安婦ないし元女子勤労挺身隊員として受けた被害の重大さ、その性質等にかんがみると、これらに対する補償を可能とする立法措置が講じられていないことについて不満を抱く一審原告らの心情には察するに余りあるものがある」が、「いわゆる戦後補償問題であるとの一事をもって直ちに立法不作為が国家賠償法上違法の評価を受ける場合の要件について異なる解釈を採るべきものと解することはできない」。

本判決は、元従軍慰安婦や元女子勤労挺身隊員らの被害事実をおおむね認めつつも、最高裁1985年判決の判例法理に準拠して、国賠法上の違法を認定できるケースを憲法上の立法義務の存在が一義的に明白である場合に限定されるとし、憲法前文、13条、14条、17条、29条1項および3項、40条、92条2項の文言およびその解釈上、元従軍慰安婦や元女子勤労挺身隊員らに対する謝罪と補償についての立法義務の存在が一義的に明白であるとはいえないとして、立法不作為の違法の可能性を完全に封殺してしまっている点が特徴的である。

4. ハンセン病訴訟熊本地裁判決

ハンセン病訴訟熊本地裁判決⁵³⁾は、その中心的論点として、立法不作為

の違憲性（らい予防法の違憲性）、厚生大臣の国家賠償責任、損害額の算定、除斥期間の4点を列挙できるが、本稿の主題との関係で、立法不作為の違憲性にかかわる判旨を概括すれば、次のような構成となっている。

らい予防法に基づく患者の隔離は、人として当然にもっているはずの人生のあらゆる発展可能性が大きく損なわれるのであり、その人権の制限は、人としての社会生活全般にわたるもので、このような人権制限の実態は、たんに憲法22条1項の居住・移転の自由の制限ということで正当に評価し尽くせず、より広く憲法13条に根拠を有する人格権そのものに対するものと捉えるのが相当である。

新法制定当時のハンセン病医学の状況等に照らせば、新法の隔離規定は、新法制定当時から既に、ハンセン病予防上の必要を超えて過度な人権の制限を課すものであり、公共の福祉による合理的な制限を逸脱していたというべきであり、また、新法制定以降の事情からすれば、遅くとも1960年には、新法の隔離規定は、その合理性を支える根拠を全く欠く状況に至っており、その違憲性は明白になっていたというべきである。

最高裁1985年判決は、「もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の強制隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする」として、最高裁1985年判決の射程を限定している。

もっとも、最高裁1985年判決は、「立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのは、容易に想定し難いような極めて特殊で例外的な場合に限られるべきである旨判示しており、その限りでは本件にも妥当する」が、ただ、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されず、「立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとした

にすぎない」。

「らい予防法」の隔離政策規定は、「遅くとも昭和35年には、その違憲性が明白になっていた」ことなど、「新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和40年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である」。

本判決の判例法理において注目すべき特徴点は、において、立法不作為が問題になる場合の憲法上の人権侵害の根拠規定を憲法13条に根拠づけられる人格権に求め、において、立法事実を検討して、1953年の制定時から過度な人権の制限を課していた新法は、遅くとも1960年には、その違憲性は明白になっていたと断じ、において、最高裁1985年判決がその論拠として挙げた議会制民主主義や多数決原理を少数者の人権制約立法にそのまま適用することには問題があるとして、最高裁1985年判決の射程を限定し、において、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」という表現は、立法行為が国賠法上違法と評価される場合を限定する趣旨ではなく、その特殊性・例外性を強調するにすぎないとし、において、遅くとも1965年以降に新法の隔離規定を廃止しなかった立法の不作為につき、「容易に想定し難いような例外的な場合」として、国家賠償法上の違法性を肯定していることである。

最高裁1985年判決にいう「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」という要件につき、これを絶対的要件ではなく、「容易に想定し難いような例外的な場合」の例示であると解する本判決の限定解釈の手法は、同じく「例外的な場合」を緩やかに解する上記の従軍慰安婦訴訟第一審判決の手法と対比した場合、その手法において優れたものと評することは可能といえよう⁵⁴⁾。ただし、このような評価については、西荊章が適切に指摘しているように、「それは、あくまでも最高裁判例の枠内での解決であ

り、基本的には依然として、立法内容の違憲性と国賠法上の違法性を区別する考え方（区別説）に立脚したものの⁵⁵⁾であることに、留意が必要であろう。

ところで、本判決にあってもっとも重要な論点は、はたして本件は立法不作為という理論枠組みで構成しなければ解決がつかない事案であるのか、ということである。本件が、国会の作為義務の内容が問題となるいわゆる立法の不作為といっても、既存の立法の不存在の状態での憲法上の立法義務の存否を争う、戦後補償関係訴訟のごとき純然たる立法不作為の事例でないことは、明らかである。本件において審査対象とされているのは、上記判旨の および から明らかのように、「らい予防法」そのものの違憲性であり、これについては、当該法律に基づく隔離政策による人権制限の実態は憲法13条の人格権そのものの侵害を構成し、遅くとも1960年にはその違憲性は明白になっていた、と判示しているのである。本件において、既存の立法の存在を前提として、当該違憲法律を改廃しないことの立法不作為という枠組みで理論構成されたのは、違憲性が遅くとも明白になった1960年の時点で、国は新法を見直すべきであったのに、それをしなかったから「立法不作為」なのだ、という理解に基づくものと考えられる。しかし、国によるハンセン病予防上の必要を超えた多年にわたる過度な人権侵害行為は、それが当該人権侵害行為を根拠づけている「らい予防法」の端的な廃止によって解消するのであって、その場合には、立法の不作為という理論枠組みに依拠する必要は必ずしもなかったといってよいと思われる⁵⁶⁾。

14) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）346頁、野中・前掲論文（注5）83頁以下、中村・前掲論文（注5）285頁以下。

15) 浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社、2000年）287頁、佐藤・前掲書（注14）347頁、戸波・前掲論文（注5）384頁。

16) 最大判1962年11月28日刑集16巻11号1593頁。

17) 最大判1968年11月27日刑集22巻21号1402頁。

18) 戸波・前掲論文（注5）383頁。

19) 古崎慶長『国家賠償法』（有斐閣、1974年）113頁、今村成和『国家補償法』（有斐閣、

1957年)102頁,下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房,1973年)222頁,雄川一郎「日本の国家責任法(下)」ジュリスト305号28頁(1964),中村・前掲論文(注5)291頁以下などを参照。

- 20) 東京地判1977年8月8日判時859号3頁。
- 21) 札幌地裁小樽支判1974年12月9日判時762号8頁
- 22) 札幌高判1978年5月24日判時888号26頁。
- 23) 札幌地判1980年1月17日判時953号18頁。
- 24) 大阪地判1980年5月14日判時972号79頁。
- 25) 評釈・解説として,野中俊彦「在宅投票制度復活訴訟最高裁判決の検討」(同『憲法訴訟の原理と技術』〔有斐閣,1995年〕)108頁以下,中村睦男「在宅投票制度廃止違憲訴訟最高裁判決」ジュリスト855号84頁以下(1986),長尾一紘「国会議員の立法行為と国家賠償責任」民商法雑誌95巻2号264頁以下(1986),同「違法の不作為に対する違憲訴訟」憲法判例百選(第4版)426頁(2000),戸波江二「立法行為と国家賠償」法学セミナー377号109頁以下(1986),藤井俊夫「国会議員の立法行為と国家賠償責任」ジュリスト862号17頁以下(1986),榎居快行「在宅投票制度国賠訴訟上告審判決」判例評論330号40頁以下(1986),内野正幸「在宅投票制度を争う道はいずれに」法学セミナー374号21頁以下(1986),小林武「立法作用と国家賠償請求訴訟」南山法学10巻1号79頁以下(1986),長谷部恭男「立法活動と国家賠償責任」行政判例百選(第4版)308頁以下(1999)などを参照。
- 26) 稲葉馨「国会議員の立法行為と国家賠償(1)」熊本法学58号6頁以下(1988)。なお,公務員の不法行為に基づく国の賠償責任が,公務員の民事責任を国が肩代わりする代位責任なのか,それとも,国自身の当然に負担すべき自己責任なのか,をめぐっては議論が分かれているが,最近では,国家賠償法1条1項は,民法715条の使用者責任と異なり,選任監督に相当の注意をしたときの免責規定がないこと,国が絶対的に責任を負うべきものとしていることを根拠に,国の責任を自己責任と解する見解が有力である(樋口陽一=佐藤幸治=中村睦男=浦部法穂『憲法』〔青林書院,1994年〕359頁以下〔浦部執筆〕)。
- 27) なお,雄川一郎「国家補償総説」(同『行政の理論』〔有斐閣,1986年〕)485頁注4は,最高裁の見解と軌を一にしつつ以下のように論じている。「国会ないし国会議員が違憲の立法をしたり,違憲状態を放置してはならない義務ないし職責を負っていることは当然のことではあるが,それは一般論としては,個別の国民に対して負っているのではなく,言わば国民全体に対して負っているものと考えられるのであって,その義務違背だけでは,故意過失を論ずるまでもなく,個別の国民に対する賠償責任を基礎づけることにはならないのではないかと考えられる。したがって国家責任が生ずるためには,当該の義務ないし職責が個別の国民に対して負っていると見るべき特別の理由のある場合とか,あるいは当該国民の蒙った損害が,通常の違憲立法や不作為による損害とは区別されうべき特殊のものであるとか,特別の要件の存在を必要とするのではないかと考えている」。
- 28) 宇賀・前掲論文(注5)71頁以下,西莚章「立法行為と国家責任」判タ780号25頁(1992)。
- 29) 長尾・前掲論文(注25憲法判例百選)426頁,野中・前掲論文(注25)116頁,戸波・前

掲論文（注5）381頁以下などを参照。

- 30) 棟居・前掲論文（注25）42頁，長尾・前掲論文（注25民商法雑誌）107頁。
- 31) 長尾・前掲論文（注25憲法判例百選）426頁，中村・前掲論文（注5）294頁。
- 32) 芦部信喜『憲法〔第3版〕』（岩波書店，2002年）356頁。
- 33) 野中・前掲論文（注25）116頁，野中俊彦＝中村睦男＝高橋和之＝高見勝利『憲法〔第3版〕』（有斐閣，2001年）265頁（野中執筆）。
- 34) 長尾・前掲論文（注25民商法雑誌）112頁。
- 35) 浦部・前掲論文（注26）365頁は，「立法行為の違憲を争う1つの重要な手段を封殺した」と批判する。
- 36) 阿部泰隆『国家補償法』（有斐閣，1988年）142頁。
- 37) 大石真「ハンセン病訴訟と憲法上の立法義務」判時1748号3頁。
- 38) 最二小判1987年6月26日訟月34巻1号25頁。
- 39) 最三小判1990年2月6日訟月36巻12号2242頁。
- 40) 東京地判1986年12月16日判時1220号47頁。
- 41) 千葉地判1986年9月29日判時1226号111頁。
- 42) 広島地判1991年1月28日判時1375号30頁。
- 43) 以上について，稲葉馨「立法」ジュリスト993号64頁（1992），宇賀・前掲論文（注5）78頁以下などを参照。
- 44) 東京地判1986年12月16日判時2304号47頁。
- 45) 東京地判1989年4月18日判時2229号36頁。
- 46) 広島地判1991年1月28日判時2275号30頁。
- 47) 以上について，稲葉・前掲論文（注43）65頁以下，中村・前掲論文（注5）294頁以下などを参照。
- 48) 注8に列挙の判例。この判決についての評釈・解説として，岡田正則「戦後補償問題における国の立法的解決義務」法学セミナー525号26頁（1998）を参照。そのほか，從軍慰安婦をめぐる法律問題について，藍谷邦雄「戦後補償裁判とその争点」法学セミナー466号61頁以下（1993），戸塚悦朗「戦後賠償・補償問題解決のための第四の道 從軍慰安婦・強制連行問題の解決のために」法学セミナー458号20頁以下（1993），VAWW-NET JAPAN 編訳『戦時・性暴力をどう裁くか 国連マクドゥーガル報告全訳』（凱風社，2000年）などを参照。「慰安婦」制度の実態について，金富子・宋連玉編『「慰安婦」戦時性暴力の実態 日本・台湾・朝鮮編』（緑風出版，2000年），石田米子・中原道子・西野留美子編『「慰安婦」戦時性暴力の実態 中国・東南アジア・太平洋編』（緑風出版，2000年）などを参照。
- 49) 西莚章によれば，本判決は，最高裁1985年判決に「一応従いながらも，実質的には違憲即違法説に立脚して結論を導き出した苦心の作というべきであろう」と評価されている（「戦後補償をめぐる行政法上の諸問題」法政理論31巻4号143頁〔1999〕）。西莚はまた，別の論文で，「関釜訴訟判決の右の理論構成が支持できるとしても，次にその射程距離が問題となる。同判決は，元從軍慰安婦については立法不作為の違法性を肯定したが，女子勤労挺身隊については，「その被害が格別のものであり，これを放置することが日本国憲

法上黙視し得ない重大な人権侵害をもたらしているとは認められない」として、立法不作為の違法性を否定している。しかし、女子挺身隊事件で「日本国憲法上黙視し得ない重大な人権侵害」が認められないということになると、戦後補償事件で立法義務の成立が認められるのは、従軍慰安婦事件以外にはどのようなものが考えられるのが問題となる」と評価している(前掲論文〔注2法学教室〕44頁)。

岡田正則も、本判決を積極的に肯定しながら、判決の問題点として、公式謝罪を認めなかった点、過去の損害についての判断を回避した点、挺身隊についての労働契約成立を認めなかった点、永野元法務大臣の「妄言」を名譽段損と認めなかった点、などを指摘している(前掲論文〔注48〕26頁以下)。

そのほか、「例外的な場合」を緩やかに解釈する手法について肯定的に評価するものとして、宇賀克也「ハンセン病訴訟熊本地裁判決」(判例評論516号)2頁。

- 50) 岡田正則は、本稿とは文脈を異にするが、「本判決が、法益侵害を検討する際に条理に頼っているようにみられる点には疑問が残る」とし、そのうえで、「当時の法制(婦人・児童の売買禁止条約、強制労働に関する条約、帝国憲法、国内や現地の刑事法など)に照らして、慰安所の設置・運営行為や『慰安婦』の募集に軍等が関与したことなどに関する法益侵害の重大性を認定すべきであったように思われる。この侵害に対する賠償が時効ないし除斥期間によって阻まれる場合にはじめて、事後的な立法措置による解決が援用されるべきだったのではなかろうか」と指摘する。そして、「具体性については、被害者が特定されており、立法により解決可能な事案だと考えられる。マイノリティ・グループが過去から負わされてきたハンディキャップを現在の時点で埋め合わせる立法措置とみればよい」とし、結論として、「『従軍慰安婦』問題については憲法上の立法義務が成立しうる」との評価を下している(前掲論文〔注48〕28頁)。
- 51) たとえば、東京高判1999年8月30日判時1704号54頁(韓国併合・元「慰安婦」訴訟)のほか、東京地判1996年11月22日訟月44巻4号507頁(韓国人強制徴兵・徴用者補償請求訴訟)、京都地判1998年3月27日訟月45巻7号1259頁(ベリア抑留在日韓国人恩給地位確認訴訟)、大阪高判1999年10月15日判時1718号30頁(在日韓国人元傷痕重属訴訟)、東京高判2000年11月30日(在日韓国人元「慰安婦」訴訟)など。この点につき、さらに、岡田・前掲論文(注2)127頁以下を参照。
- 52) 広島高判2001年3月29日判時1759号42頁。
- 53) この判決についての評釈・解説として、石崎学「国家犯罪を断罪したハンセン病訴訟熊本地裁判決」法学セミナー560号56頁以下(2001)、宇賀克也「ハンセン病訴訟熊本地裁判決」判例評論516号2頁以下(2001)、大石・前掲論文(注37)3頁以下、小山剛「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」ジュリスト1210号152頁以下(2001)、西荳章「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」法学教室251号43頁以下(2001)、松本克美「ハンセン病訴訟熊本地裁判決の立法不作為論・除斥期間論の射程 戦後補償訴訟との関連で」立命館法学277号1頁(2001)、青柳幸一「ハンセン病国家賠償訴訟熊本地裁判決」判例セレクト'01年3頁以下、土井真一「ハンセン病患者の強制隔離政策と国の責任」ジュリスト1224号26頁以下(2002)などがある。
- 54) 宇賀・前掲論文(注53)2頁は、本判決の限定解釈の手法を「可能であろう」と評価し、

西莚・前掲論文（注53）43頁は、さらに進んで、「最高裁85年判決を前提にして考える限りは、最良のものである」との評価を下している。

55) 西莚・前掲論文（注53）43頁。

56) 大石・前掲論文（注45）3頁も指摘するように、「現行法規の端的な廃止によってのみ不作為義務違反の問題が解消されるという場合には、憲法上の作為義務の内容は当該法規の廃止という形で特定されるわけであって、当該作為（立法）による自由の制約が違憲かどうかの判断で足りることになる」。同旨の評釈・解説として、小山・前掲論文（注53）152頁、青柳・前掲論文（注53）3頁、土井・前掲論文（注53）26頁がある。

立法の不作為の憲法上の根拠

1. 戦争損害受忍義務論

戦後補償請求訴訟において、立法の不作為の違法を含む各種の請求の論拠を否定するうえでの最大の論拠とされているのが、戦争損害受忍義務論である。

民間人被災者を対象とする援護立法を制定しないのは違法であるとして、補償請求がなされた事案（一般民間人戦災訴訟）で、最高裁は、一般論として、「国会議員は、立法に関し、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会ないし国会議員の立法行為（立法不作為を含む。）は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというがごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではない」との上記最高裁1985年判決を踏襲したうえで、次のように判示している⁵⁷⁾。

「そこで、この見地に立って本件をみるに、憲法には前記主張のような立法を積極的に命ずる明文の規定が存しないばかりでなく、かえて、上告人らの主張するような戦争犠牲ないし戦争損害は、国の

存亡にかかわる非常事態のもとでは、国民のひとしく受忍しなければならなかったところであって、これに対する補償は憲法の全く予想しないところというべきであり、したがって、右のような戦争犠牲ないし戦争損害に対しては単に政策的見地からの配慮が考えられるにすぎないもの、すなわち、その補償のために適宜の立法措置を講ずるか否かの判断は国会の裁量的権限に委ねられるものと解すべきことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し明らかというべきである(昭和40年(オ)第417号同43年11月27日大法廷判決・民集22巻12号2808頁参照)。そうすると、上告人らの前記主張にそう立法をしなかった国会ないし国会議員の立法不作為につき、これが前示の例外的場合に当たると解すべき余地はないものというべきであるから、結局、右立法不作為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。」

台湾人元日本兵らが直接日本国憲法29条3項を根拠として戦死傷補償請求をした事案(台湾人元日本兵訴訟)では、最高裁は、「戦争犠牲ないし戦争損害は、国の存亡に係わる非常事態の下では、国民の等しく受忍しなければならなかったところであって、これに対する補償は憲法の全く予想しないところというべきであり、右のような戦争犠牲ないし戦争損害に対しては単に政策的見地からの配慮が考えられるにすぎないものと解すべきことは、当裁判所の判例の趣旨に徴し明らかである(昭和40年(オ)第417号同43年11月27日大法廷判決・民集22巻12号2808頁参照)。したがって、憲法29条3項等の規定を適用してその補償を求める上告人らの主張は、右規定の意義・性質等について判断するまでもなく、その前提を欠くに帰するというべきであ[る]」と判示している⁵⁸⁾。

そして、この判決が踏襲する最高裁大法廷判決は、在外財産を喪失した日本国民が憲法29条3項に基づき補償を求めた事案において、「戦争中から戦後占領時代にかけての国の存亡にかかわる非常事態にあつては、国民

のすべてが、多かれ少なかれ、その生命・身体・財産の犠牲を堪え忍ぶべく余儀なくされていたのであって、これらの犠牲は、いずれも、戦争犠牲または戦争損害として、国民のひとしく受忍しなければならなかつたところであり、右の在外資産の賠償への充当による損害のごときも、一種の戦争損害として、これに対する補償は、憲法の全く予想しないところというべきであり、これに対する国家補償は、もっぱら立法裁量の問題であるとした⁵⁹⁾。

さらにまた、日本の元軍人・軍属がソ連による長期の抑留と強制労働とによって被った損害の補償請求を求めた事案（シベリア抑留国家補償請求訴訟）において、第一審判決は、国会が特定の立法をしないことが違法とされるのは「作為義務が憲法上明文をもって定められているか又は憲法解釈上その義務の存在が明白な場合」であるとし、当該事件においては「憲法上又は憲法解釈上原告ら被抑留者に対する補償立法義務が存在するとはいえない」と判断している⁶⁰⁾。その控訴審判決も、「いわゆる『戦争損害』とは、一般的には、軍人・軍属として戦場における戦闘行為等に参加することにより不可避的に発生する生命侵害や身体の損傷、私有財産等の喪失のほか、戦闘行為には直接参加していないものの、一般国民が敵国軍の焦土作戦に基づく空襲や砲撃等の犠牲となって死亡したり、重大な傷害を受け、あるいは個人所有の家屋敷や家財道具等を焼失・奪取されることに伴う各般の戦災等を指称し、多かれ少なかれ国民各層が直接・間接に参加する戦争といういわば国家の存亡にかかわる非常事態下において発生した損害というべく、その性質上、国民全体が等しく負担すべきものといっても過言ではなく、したがって、国家公共の目的のために課せられた損失という一面は否定できないとしても、その犠牲については、本来国家の補償の対象には当たらないというべきである」と判示している⁶¹⁾。そして、この事案の最高裁判決も、戦争損害は、「国民のひとしく受忍しなければならなかつたところであり」、その補償は「憲法の右各条項の予想しないところというべきである。」「シベリア抑留者が長期間にわたる抑留と強制労働

によって受けた損害が深刻かつ甚大なものであったことを考慮しても、他の戦争損害と区別して、所論主張の憲法の右各条項（憲法11条、13条、14条、17条、18条、29条3項及び40条）に基づき、その補償を認めることはできない」という論旨で、上告を棄却している⁶²⁾。

このようにして、戦後補償請求訴訟にかかる裁判例は、戦争損害は国民のひとしく受忍すべきもので、これに対する補償は憲法も予想していないから、本来的に立法不作為の違法や憲法29条3項の適用の余地はなく、したがって、戦後補償にかんする法令については違憲・違法の問題は生じない、とする論理で、すべてを立法裁量に丸投げする点で一貫している。

しかし、ひとくちに戦争損害に対する補償といっても、その態様にはさまざまなものがある。その原因となった国の行為についての適法・違法の区別、日本人と外国籍の者の区別、損害の軽重（たとえば、一般人と原爆被爆者や従軍慰安婦）など、きわめて多様なものがあるところから、これらの裁判例のごとく、すべてを一律に無補償で甘受すべきものとするのが妥当であるか否かについては、大きな疑問が提示されている⁶³⁾。とりわけ、日本国の他民族に対する戦前・戦中における植民地支配の歴史的責任と日本軍の国際法違反の違法行為に照らしてみると、これらの行為に起因する虐殺、従軍慰安婦や女子勤労挺身隊、強制連行・強制労働などに伴う精神的・身体的・肉体的に著しく大きな犠牲は、上記判例がいうところの一般戦争犠牲ないし一般戦争損害とは異質の特別の犠牲として類型化することが可能というべきであろう⁶⁴⁾。

2. 戦後補償立法の憲法上の根拠の類型

戦後補償請求訴訟といっても、その形態には多種多様なものがあり、それに含まれる法的問題点もそれぞれの事案に即して様ではない。西莚章の整理するところにしたがえば⁶⁵⁾、戦後補償訴訟の種別として、被害者（原告）が日本人であるか外国人であるか、補償請求の対象（被告）が日本国であるか民間企業であるか、訴訟の形態が国家補償（損害賠

償、損失補償）請求訴訟が行政訴訟か、国家補償責任の法的根拠が国際法上のものか国内法上のものか、という類型化が試みられている。また、法的問題点につき、これを国内法上の論点に限ってみても、国家補償責任の法的根拠として、立法の不作为、憲法29条3項の損失補償請求、憲法14条1項の平等原則、条理の適用、民法不法行為法の適用、法例11条の不法行為地法の適用、安全配慮義務、消滅時効・除斥期間、などが列挙されている⁶⁶⁾。

ここでは、戦後補償請求訴訟で提起されているこれらの論拠のうち、立法の不作为の違憲・違法についてはすでに検討したので、それ以外に列挙されている憲法上の重要な論拠について検討することにしたい。なお、以下の憲法上の条項は、立法行為を国家賠償法上違法として争う場合に、立法義務の憲法上の根拠規定としても問題になる。

2-1. 憲法前文

国会の補償立法の責務を憲法前文に求める見解である。この見解によれば、憲法前文の宣言内容を高く評価し、過去の政府の行為によって「戦争の惨禍」が引き起こされたことを認識し、これがもたらした過去の損害に責任を認め、「人間相互の関係を支配する崇高な理想」に基づいてそれらの損害にたいする補償を誠実にを行うことが求められている」と解されるとされる⁶⁷⁾。

前文については、それが本文と同じ法規範的性格を有することに異論はない。問題になるのは裁判規範性であるが、この点については、かつての学説は、前文の内容は抽象的な原理・理念の表明にとどまり、それらの内容は本文各条項に具体化されているところから、裁判規範となるのは本文各条項の規定である、と解されていた⁶⁸⁾。しかし、近年では、前文の内容の抽象性と本文各条項の内容の具体性との相違は相対的なものにすぎず、国民主権や民主主義、平和主義や国際協調主義など憲法の基本原則を定めた前文の重要性から、その裁判規範性を肯定する見解も有力になっている

とされる⁶⁹⁾。

これに対して、裁判例では、自衛隊の合憲性が争われた長沼事件第一審判決のごとく、前文第2段の平和的生存権の裁判規範性を明示的に肯定した判決がごく例外的に存在するが、最高裁の立場は、憲法前文を直接適用せず、解釈準則として援用するにとどまるものとなっている⁷⁰⁾。この点、関釜元従軍慰安婦訴訟広島高裁判決は、「憲法前文は、憲法の基本原理である平和主義の理念等を宣言するものであるにとどまり、……それ自体において裁判規範性を有するものではなく、その文言に照らしても、同前文から右謝罪と補償についての一義的な立法義務を導き得るものではない」と判示している。

2-2. 条 理

国家補償請求の法的根拠として、条理に基づく請求という構成が中心に据えられたのは、韓国・朝鮮人 BC 級戦犯訴訟である。この裁判での控訴人の主張の論拠は、憲法前文、9条、13条等の規定に照らしてみると、「戦争遂行主体であった国家は自らの責任により当該戦争犠牲・被害を補償すべきものとする条理が憲法上承認されていることは、明らかである」とするものである。これに対して、本稿の「はじめに」でも紹介したその控訴審で東京高裁は、次のように判示して、条理に基づく請求を否定している⁷¹⁾。

「我が国及び諸外国における戦後補償に関する立法が人道的ないし国家補償的な配慮に基づくものであることは、既にみたとおりである。そして、右各種戦後補償立法の制定の経過と併せ考えると、第二次世界大戦において国家の権力により犠牲を強いられ、被害を受けた者たち、特に、違法な国家権力の行使によって犠牲・被害を被った者たちに対しては、国家の責任においてその被った犠牲・被害について一定の補償をすべきであるという認識が次第に我が国を含めた世界の主要

国の共通の認識として高まりつつあるものということができる。しかしながら、他方、右各種戦後補償立法による戦後補償は、いずれも、右立法を待って初めて行われるに至ったものであり、立法を待たずに行われたものではない。しかも、右各立法は、いずれも、単に人道的、国家補償的な配慮だけに基づくものではなく、政治的、社会的、財政的その他の見地からする配慮をも合わせた総合的判断に基づき、しかも、いろいろの紆余曲折を経てようやく制定されるに至ったものであることに留意しなければならない。このような点にかんがみれば、右のような戦争犠牲・被害については、しかるべき補償のための立法がされることが強く望まれるとしても、立法を待たずに当然に右犠牲・被害を被った者たちが国に対して補償を請求することができるということが我が国や世界各国の共通の認識として存在していて、それが法の欠缺を補充する条理にまで高められているものとはいまだ認めることができない。したがって、戦争犠牲・被害については立法を待たずに当然に戦争遂行主体であった国に対して国家補償（控訴人ら請求の補償金支払及び謝罪文送付のいずれについても）を請求することができるという条理は、いまだ存在しないものといわざるを得ない。」

裁判の場合に規準となる条理とは、実定法体系の基礎となっている基本的な価値体系をいうが、川島武宜によれば、わが国では、裁判所は一般に、条理によって裁判している場合でも、そうであると表明しないで、何らかの制定法の条文の解釈の結果として判決内容を表明するのが普通であって、制定法に欠缺があり条理によって裁判した場合にも、制定法の「解釈」という形で裁判の正当化を行うのを常とするとされる⁷²⁾。事柄の事情がこのようなものであるとすれば、条理による損失補償の請求は認められないとする判例⁷³⁾の存在を前提とする以上、条理が憲法その他の法令の条項にどのように具体化されているかについての、より説得的な論証が求められることになろう⁷⁴⁾。

2-3. 憲法14条1項

憲法14条1項の平等原則をめぐっては、台湾人元日本兵訴訟、一般民間人戦災訴訟、シベリア抑留訴訟等においてその適用が問題にされた。

国政全般を直接拘束する法規範としての平等原則は、すべての人がその人格的価値において等しいとする理念を前提に、法律上の取扱いにおいて等しくあらねばならないとの法規範的要請を内容とするもので、法律上の均一取扱いを要請する。二つのグループを比較し、異なった取扱いの合理性を問題とするというこうした平等原則の特質のために、立法の不作为が問題となる場面はきわめて多いといえよう。もっとも、そこで問題となるのは、立法的解決の根拠となる新たな補償立法の積極的創出という文脈ではなく、不備な法律に基づく処分の取消ないし無効確認の訴えの提起という訴訟形態が中心になると考えられよう⁷⁵⁾。

後者の点にかかわっては、在日韓国元傷痍軍属国家補償請求訴訟大阪高裁判決が、元日本兵として兵役に従事し負傷した韓国人の原告からの障害年金支給請求について、請求は棄却したものの、日本人であれば多額の軍人恩給が支給されてきたのに、このような問題が放置されてきたことは「法の下での平等を定めた憲法や国際人権B規約に違反する疑いがある」と判示した⁷⁶⁾のが注目される。またこの判決が一つの契機となって、「平和条約国籍離脱者等である戦没者遺族等に対する弔慰金等の支給に関する法律」(2000年6月7日制定・法律114号)の制定に結実していることも記憶に新しい。

これに対して、前者の新たな補償立法の積極的創出という文脈では、上記の関釜元従軍慰安婦訴訟広島高裁判決が、「憲法14条は、国政の高度の指導原理として法の下での平等原則を宣言したものであり、これに違反する法令、処分等は無効とされるが、積極的に特定の具体的な立法をすべき義務を導く根拠となるのではなく、その文言及び趣旨に照らしても、国会に対して右謝罪と補償についての一義的な義務を課したものと解することはできない」と判示している。

2-4．憲法29条3項

国家補償責任の憲法上の法的根拠として、在外資産喪失訴訟、シベリア抑留訴訟、台湾人元日本兵訴訟などが憲法29条3項を挙げている。この点については、本稿の主題と関係してくるので、項を改めて、「損失補償責任に基づく補償請求」という表題のもとに検討することにした。

3．損失補償責任に基づく補償請求

3-1．関釜元従軍慰安婦訴訟における一審原告側主張と控訴審判決

戦後補償関係の訴訟のうち、憲法の財産権条項を根拠にした補償請求において一般に援用されている条項は、憲法29条3項の損失補償である。しかし、これまでの裁判例において、損失補償責任に基づく補償請求を容認した判決は一件も存在せず、また、この補償請求を否定する論拠もほぼ共通しているといつてよい。ここでは、このテーマについて比較的まとまった判断を下している関釜元従軍慰安婦訴訟の控訴審判決を取り上げて、その問題点を検討することにした。

関釜元従軍慰安婦訴訟における損失補償責任に基づく補償請求についての一審原告らは、次のように主張している⁷⁷⁾。

損失補償請求権は、日本国憲法によって新たに創設された基本的人権ではなく、財産権という基本的人権が侵害された場合に発生する「財産権という基本的人権の一内容である請求権」であり、確認された請求権である。

損失補償請求権の法的根拠は、(イ) 明治憲法27条の「財産権」であるとともに、(ロ) 日本国憲法29条3項の「財産権」であり、また、(ハ) 仮に明治憲法と日本国憲法施行との間に空白があるとしても、慣習憲法ないし不文憲法の「財産権」が法的根拠となる。

憲法29条3項においては、財産上特別の犠牲が課された場合に損失補償が認められる以上、その「もちろん解釈」として、生命・身体に特別の犠牲が課された場合にも損失補償が肯定されるものと解すべき

である。

一審原告らは、一審被告の植民地支配及び侵略戦争という国策に基づき、人格権上あるいは財産権上多大な損失を被ったのであり、その損失は「特別の犠牲」に該当するので、一審被告が一審原告らに対し損失補償責任を負う。

これに対して、控訴審判決は、次のような判断枠組みで、一審原告側の主張を全面的に否認している。

明治憲法の下における国の行為による財産権の制限につき、個人が国に対して直接明治憲法27条に基づいて損失補償請求をすることはできない

日本国憲法についてその施行前の行為に対する遡及適用を認めるべき法的根拠は何ら存在しない以上、日本国憲法29条3項にかんする解釈をもって明治憲法27条に基づく損失補償請求の根拠とすることもできない。

生命・身体は、その本質上いかなる補償を伴ってもこれを適法に公共のために用いることは正義・公平に反しできないものであるから、国の行為による生命・身体に対する侵害は、日本国憲法29条3項の解釈上、これを補償の対象に含めることはできない。

成文憲法の制度を採るわが国の法制上、慣習憲法ないし不文憲法なるものは実定法上の根拠を欠き、実体法上の請求権の根拠となり得るものではないから、慣習憲法ないし不文憲法に基づく損失補償請求は、明らかに失当である。

3-2. 明治憲法27条に基づく損失補償請求と慣習憲法ないし不文憲法に基づく損失補償請求

損失補償責任に基づく補償請求をめぐるこれらの論点のうち、明治憲法27条に基づく損失補償請求については、日本国憲法制定の法理にかんし、かりに支配的見解である「八月革命説」⁷⁸⁾の立場に立って、「八月革命」に

よって明治憲法が全面的に失効したと考えるべきではなく、新しい日本国憲法の建前に抵触する限度において明治憲法の規定の意味が変化したと解すべきであるとしても、「八月革命」によって君主主権から国民主権への主権の所在の変更があったことを承認する以上、明治憲法27条の「財産権」がこの「革命」によっていったん失効したと見なしたうえで、その「財産権」が日本国憲法29条の「財産権」に反しない限りで効力を有するものと考えられよう⁷⁹⁾。その意味で、議論の立て方としては、明治憲法27条に基づく損失補償請求の問題としてではなく、次に述べる日本国憲法29条3項の遡及適用の問題として構成されるべきものと思われる。

また、慣習憲法ないし不文憲法に基づく損失補償請求という論点は、成文憲法の制度を採るわが国の法制上なじみがないものといわざるをえない。むしろ、議論の立て方としては、包括的基本権としての憲法13条の問題として構成される必要があると考えられるが、この点については、上記の関釜元従軍慰安婦訴訟広島高裁判決が、「憲法13条は、個人の尊重と生命、自由及び幸福追求に関する権利について規定しており、これらの利益が国家による侵害から保護されるべき個人の法的利益であることの一般的な根拠となり得るものではあるが、積極的に特定の具体的な立法をなすべき義務を導く根拠となるものではなく、その文言に照らしても、国会に対して右謝罪と補償についての一義的な立法義務を課したものと解することはできない」と判示している。

3-3．日本国憲法29条3項の遡及適用

そこで問題となるのは、日本国憲法29条3項の遡及適用であるが、この点については、一般に、新法は施行日以後に妥当し、遡及適用は法令で特別の指示がないかぎり問題とはならないと考えられている。こうした事情もあって、台湾人元日本兵訴訟控訴審判決⁸⁰⁾は、「憲法施行前に生じた原因に基づく損失に対して憲法29条3項等が適用されると解しうるのは、憲法に遡及効を定めた規定がある場合か、旧憲法自体に損失補償の規定が

あって、条理上それが憲法に引き継がれていると解することができる場合であることを要し、単に損失が現存することのみでは補償の要件をみたすことにはならないといわなければならない」と判示し、さらに、「本件のようないわゆる戦争被害に対して国が行う補償、救済は戦争の放棄を定めている憲法の全く予想しないところといえるのであって（最高裁昭和43年11月27日大法廷判決・民集22巻12号2808頁参照）、国がこのような被害についていかなる補償、救済措置を講ずるかは、もっぱら国の政策に基づく立法と法の施行に委ねられた事項である」と断じている。この事件の上告審判決では、29条3項の遡及適用については格別論じられていないが、不遡及は理論上自明のこと、という理解によるものと思われる⁸¹⁾。

この点、学説上では、遡及適用否定説が支配的見解といってよいが、遡及適用を肯定する学説もないではない。戸波江二は、戦後補償にかかる損失補償請求一般につき、財産権保障の趣旨を尊重し、公用収用における負担の公平な分配を考慮し、しかも、明治憲法27条が財産権を保障していたことをも考え合わせて、日本国憲法施行以前の財産権の制限に対しても遡及適用される余地があると⁸²⁾。また、西楚章は、より限定的に、明文の規定なしに遡及適用させることには躊躇せざるを得ないが、戦争損害のうち、香港軍票訴訟や女子勤労艇身隊訴訟のごとく、本来支払われるべきものが支払われていない状態が現行憲法施行後も継続している場合には、直接憲法29条3項を適用する余地がある、と解している⁸³⁾。

第二次大戦中の損害については、日本国憲法は、まだ施行されておらず、大日本帝国憲法下では、憲法上は、損失補償請求権が保障されていなかったとする通説の立場を前提とする限り、解釈論による救済に困難が伴うことは否定しがたいといわざるをえないであろう⁸⁴⁾。

3-4. 憲法29条3項の直接適用

補償規定が法令上でない場合でも補償請求をすることができるかという補償請求権の実定法上の根拠をめぐっては、かねてより、憲法上補償が必

要であるのに特別の犠牲を課す法律に補償規定がない場合には当該規制は違憲無効であるとする違憲無効説と、法令上補償規定を欠く場合でも憲法29条3項を直接の根拠にして補償を請求できるとする請求権発生説との学説上の対立があった⁸⁵⁾。法技術的観点からみて、いずれの学説が優れているかについて、一概にはいいえないこの問題にかんし、最高裁は、河川附近地制限令事件の傍論において、河川附近地制限令4条2号による制限について、「同条に損失補償に関する規定がないからといって、同条があらゆる場合について一切の損失補償を全く否定する趣旨とまでは解されず」、「その損失を具体的に主張・立証して、別途、直接憲法29条3項を根拠にして、補償請求する余地が全くないわけではない⁸⁶⁾」と述べ、請求権発生説の立場に立つことを明言し、爾来この見解が支配的となっている⁸⁷⁾。

このようにして、財産上の犠牲がたんに一般的に当然に受忍すべきものとされる制限の範囲をこえ、特別の犠牲を課したものである場合には、これについて損失補償にかんする規定がなくても、直接憲法29条3項を根拠として補償請求をする可能性が開かれることになるが、ここで興味深いのは、立法者の意思をどのようにみるかという点での考え方の相違である。

すなわち、国会は補償を要しないと判断のもとに財産権規制立法を制定したが、裁判所は補償を要すると判断した場合、違憲無効説によれば、この財産権規制立法は違憲無効となり、補償を支払ってでも当該規制を継続するかどうかは、立法裁量の問題に委ねられることになると考えられる⁸⁸⁾。これに対して、請求権発生説の立場に立てば、裁判所が補償を要すると判断した場合には、当該財産権規制立法自体は違憲無効とはならないので、過去の損失についての補償を可能にするだけでなく、当該規制立法を廃止する法改正が行われるまでは損失部分につき補償請求に応じなければならないことになる。問題は、このようなものとしての請求権発生説がいかなる論拠によって正当化されるかということであるが、この点、請求権発生説には、補償規定を欠く財産権規制立法がなされても、当該規制立法自体は合憲であって、補償規定が存在しないという立法の不備ないし

不作為の部分に違憲性が存するのであるから、当該部分については是正が可能であるならば、規制立法全体を違憲とするには及ばない、との考慮が含意されていると考えられよう⁸⁹⁾。

3-5 . 日本国憲法29条 3 項の生命・身体に対する侵害への適用

憲法29条は、財産的性質を有するすべての権利を保障対象とすると、一般に解されている。そこで、生命・身体の非財産的法益が侵害された場合に憲法29条 3 項を根拠にして補償請求できるか、ということが問題になるが、この点については、予防接種禍訴訟で大きな論議となった。

判例には、一部に、「もともと生命身体に特別の犠牲を課すとするれば、それは違憲違法な行為であって、許されないものであるというべきであり、生命身体はいかに補償を伴ってもこれを公共のために用いることはできないものであるから、許すべからざる生命身体に対する侵害が生じたことによる補償は、本来、憲法29条 3 項とは全く無関係のものである」として、損失補償を否定する見解⁹⁰⁾もあるが、肯定説が有力であるといつてよいであろう。

そして、肯定説には、一方では、「憲法13条後段、25条 1 項の規定の趣旨に照らせば、財産上特別の犠牲が課せられた場合と生命、身体に対し特別の犠牲が課せられた場合とで、後者の方を不利に扱うことが許されるとする合理的理由は全くない。したがって、生命、身体に対して特別の犠牲が課せられた場合においても、右憲法29条 3 項を類推適用し、かかる犠牲を強いられた者は、直接憲法29条 3 項に基づき、被告国に対し正当な補償を請求することができる」と解するのが相当であると判示して、非財産的法益の侵害に憲法29条 3 項の類推適用を認める見解⁹¹⁾と、他方では、「憲法13条、25条 1 項、29条の各規定をみると、憲法は、国民の生命、身体を財産権よりも格段に厚く保障していることが明らかであり、その憲法が14条 1 項で国民が法の下に平等であることを保障し、29条 3 項で公共のために財産権につきなされた特別な犠牲に対して損失補償の必要を規定してい

るところよりすれば」、「憲法が13条、14条1項、25条1項、29条の各条項を規定する趣旨に照らした29条3項の規定の勿論解釈により」、損失補償が認められるとする立場⁹²⁾に分かれている⁹³⁾。

学説では、「生命・身体への侵害という被害の実態に照らし補償額の算定は慰謝料等を含む損害賠償の方式が妥当なことなどを考慮すれば、その補償の根拠は、憲法29条3項に拠るまでもなく、直截に憲法25条に求めるのが適当」とする見解⁹⁴⁾もあるが、生命・身体的重要性に力点を置く勿論解釈が有力に支持されているといえよう⁹⁵⁾。もっとも、特別犠牲を中核とする損失補償の法理そのものは、わが国では、明治憲法以来、負担公平の観念を基礎として構成され、財産権はその概念の必要的前提条件ではなかったとすれば、財産以上の保護価値である生命・身体への侵害に対して損失補償的構成を採用し、その請求権の具体化として29条3項を援用するという点が事柄のポイントなのであって、類推解釈か勿論解釈かという論点は本質的な相違ではないということに留意する必要がある⁹⁶⁾。

とまれ、類推解釈であれ、勿論解釈であれ、本稿の観点からは、非財産的法益である生命・身体への侵害に対して損失補償的構成をとり、憲法29条3項を援用して具体的補償請求を承認するのが判例・学説の有力な立場であるということを確認すれば足りるのであって、このような解釈論上の論理構成は、戦後補償請求訴訟においてもそのまま適用されるべきものと考えられよう。

4. 小 結

以上、立法の不作为の憲法上の根拠について、主として関釜元従軍慰安婦訴訟広島高裁判決の理論構成に即してその問題点を検討してきた。

しかし、関釜元従軍慰安婦訴訟にかんしていえば、もともと、国内法上の請求の根拠をどこに見いだすかについては大きな困難が横たわっていたといわざるをえない。この問題の法理論上の困難性について、一審原告側のある弁護士はすでに次のような発言を行っていた。すなわち、「『従軍慰

安婦』の制度は軍の行為であり、その中でも作戦遂行上の行為即ち軍令に属する行為である。かと言って『慰安婦』は軍人・軍属に属する者でもなく、又国家総動員法の体系上の被徴用者に属するものでもない。つまり、全く法的地位のない立場にあった。このことから、援護法の適用や雇用関係上の立場がないことは勿論、民法の不法行為の主張も困難である。何故なら、国内法上、軍の軍令上の行為は統帥権の独立により法令上の根拠のない行為も不法な行為とはならないからである。故に法的主張の論拠は、援護法の非適用や強制連行、虐殺とは異なった難しさがある」とし、「いずれの訴訟においても戦後補償裁判は、従来の法的理論のみでは解決しえない問題を含んでおり、新しき法理論の構築がなされるべきである」と強調している⁹⁷⁾。

上記で検討してきた国家補償責任の法的根拠としての、立法の不作为、憲法29条3項の損失補償請求、条理の適用、などの関釜元従軍慰安婦訴訟一審原告側の提示した論点は、実はこうした「新しき法理論の構築」をも展望しながら理論構成されたものといえよう。この訴訟の山口地裁下関支部判決が、一定の法理論上の問題点をはらみつつも、最高裁1985年判決のいう「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」場合以外にも、「憲法秩序の根幹的価値にかかわる人権侵害の重大性とその救済の高度の必要性が認められる場合」には、条理に基づく憲法上の立法義務が生ずるとの見解に立って、従軍慰安婦らの被った被害を回復するための特別の賠償立法をすべき憲法上の立法義務の存在を認めた、ということについてはすでに言及した。その控訴審である広島高裁判決は、これに対して、「憲法の一義的な文言に違反」という要件を極度に厳格に解し、「憲法の前文及び各条文のいずれを個別的にみても、また、それらを総合的に考慮しても、憲法の文言の解釈上、元従軍慰安婦及び元女子勤労挺身隊員に対する謝罪と補償についての立法義務の存在が一義的に明白であるとはいえず、したがって、国会議員による右立法の不作为は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものではない」と断じている。

このように見てくれば、国家賠償請求訴訟において立法の不作为の違憲・違法性を争う場合、「憲法の一義的な文言に違反」という命題そのものにこだわるにせよ、「憲法の一義的な文言に違反」しているごとき「例外的な場合」を緩やかに解するにせよ、いずれにせよ戦後補償請求訴訟にかかる謝罪と補償についての立法義務の憲法上の根拠それ自体が問題とならざるをえないところから、この点でのさらに一段進んだ「新しき法理論の構築」が求められているといえよう。そこで、以下では、憲法を規準とした財産権の内容形成という観点から、ドイツの財産権保障理論、なかならずドイツ連邦憲法裁判所のそれをも踏まえながら、戦後補償問題の立法的解決の可能性について検討することにしたい。

- 57) 最一小判1987年6月26日判時1262号100頁。
- 58) 最三小判1992年4月28日判時1422号91頁。
- 59) 最大判1968年11月27日民集22巻12号2808頁。
- 60) 東京地判1989年4月18日判時1329号36頁。
- 61) 東京高判1993年3月5日判時1466号40頁。
- 62) 最一小判1997年3月13日民集51巻3号1233頁。
- 63) 宇賀克也『国家補償法』〔有斐閣、1997年〕413頁、西塾・前掲論文（注2法政理論）220頁。
- 64) 在外財産に対する請求権の放棄と国の補償義務が問題になった注59の事案につき、塩野宏『行政法〔第2版〕』〔有斐閣、1994年〕304頁は、「本件では、直接の戦争被害ではなく、日本が連合国と締結した平和条約により日本政府が負った損害賠償義務の負担の履行のためにした国民の在外資産の権利放棄が問題とされたものであって、特別犠牲に当たるかどうかは微妙な問題である」とする。
また、注62のシベリア抑留国家補償請求訴訟につき、赤坂正浩「シベリア抑留国家補償請求訴訟」判例セレクト97年10頁は、元抑留者らの大部分は「兵卒として徴兵された者で戦争犯罪人ではないこと、平均3年以上抑留されて現行憲法施行後の時期まで強制労働に服したこと、日ソ共同宣言による請求権放棄は、ソ連との国交回復という公共目的のためにソ連抑留者＝特定人に犠牲を強いたこと、これらを考慮すると、本件は、補償を要する特別の犠牲を法律なしでも認定できるケース」であるとしている。
- 65) 西塾・前掲論文（注2法教）41頁以下。
- 66) ， ， および の民法上の論点にかんする近年の注目すべき研究として、松本克美「立法不作为に対する国家賠償請求権と除斥期間の起算点」法律時報73巻11号109頁以下（2001）、同「戦後補償訴訟の新展開 安全配慮義務及び時効・除斥期間問題をを中心に」立命館法学283号48頁（2002）がある。
- 67) 古川純「日本国憲法と戦後補償」法学セミナー477号32頁（1994）、石村・前掲論文（注

2) 131頁以下。

- 68) 佐藤功『憲法(上)(新版)』〔有斐閣, 1983年〕19頁, 伊藤正己『憲法(第3版)』〔弘文堂, 1995年〕59頁。
- 69) 野中 = 中村 = 高橋 = 高見・前掲書(注33) 70頁(高見執筆), 辻村みよ子『憲法』〔日本評論社, 2000年〕58頁。
- 70) 憲法前文が解釈準則として援用されていることの例証として一般に列挙されるのは, 砂川事件最高裁大法廷判決(最大判1959年12月16日刑集13巻13号3225頁)である。そこでは, 「そもそも憲法9条は……前文および98条2項の国際協調の精神と相まってわが憲法の特徴である平和主義を具体化した規定である」と判示されている。
- 71) 注4に列挙した判例。
- 72) 川島武宜『民法総則』〔有斐閣, 1965年〕26頁。
- 73) 最大判1960年10月10日民集14巻12号2441頁。
- 74) この点につき, 今村成和「損失補償」(『損失補償制度の研究』〔有斐閣, 1968年〕) 28頁以下。
- 75) 戸波・前掲論文(注5) 365頁以下。
- 76) 大阪高判1999年10月15日判時1718号30頁。
- 77) この点にかんする一審原告らの主張内容の整理は, 関釜元従軍慰安婦訴訟控訴審判決に依った。
- 78) 「八月革命説」については, 宮沢俊義「日本国憲法生誕の法理」(同『憲法の原理』〔岩波書店, 1967年〕) 375頁以下参照。この見解に対する理論上の疑問については, 佐藤・前掲書(注14) 76頁を参照。また, この見解をめぐる議論の状況については, 野中 = 中村 = 高橋 = 高見・前掲書(注33) 60頁以下(高見執筆), 辻村・前掲書(注69) 52頁以下を参照。
- 79) この点について, 判例は, 「旧憲法上の法律は, その内容が新憲法の条規に反しない限り, 新憲法の施行と同時にその効力を失うものではなく, なお法律としての効力を有する」と解してきている(最大判1948年6月23日刑集2巻7号722頁)。
- 80) 東京高判1985年8月26日判時1163号41頁。
- 81) 西埜・前掲論文(注49) 136頁, 同・前掲論文(注2 法学教室) 43頁。
- 82) 戸波江二「台湾人元日本兵・軍属の戦死傷について国家補償が認められなかった事例」判例評論298号20頁, 同『憲法〔新版)』〔ぎょうせい, 1998年〕50頁以下。そのほか, 萩野芳夫「『台湾人元日本兵の補償請求事件』をめぐる」ジュリスト778号61頁。
- 83) 西埜・前掲論文(注49) 137頁, 同・前掲論文(注2 法学教室) 43頁。
- 84) 宇賀・前掲書(注63) 504頁以下。
- 85) 今村成和『国家補償法』〔有斐閣, 1966年〕70頁以下参照。
- 86) 最大判1968年11月27日刑集22巻12号1402頁。
- 87) 塩野宏『行政法〔第2版)』〔有斐閣, 1994年〕281頁, 宇賀・前掲書(注63) 394頁。両説の長所短所の比較については, 阿部・前掲書(注36) 262頁以下, 宇賀・前掲書(注63) 395頁以下が詳しい。
- 88) この点, 宇賀克也によれば, 違憲の財産権規制立法により被った損害の賠償請求がなさ

憲法を規準とした財産権の内容形成（中島）

れた場合、最高裁1985年判決の立場を前提とすれば、国会議員の立法行為は、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があて当該立法を行うというとき、容易に想定しがたいような例外的な場合でないがぎり、国家賠償法上違法の評価を受けないから、国家賠償請求が認容される余地はまずないと思われる」と指摘される（前掲書〔注63〕395頁）。

- 89) 戸波江二「直接憲法29条3項に基づく損失補償請求の可否」（西村＝幾代＝園部編『国家補償法体系〔4〕』（日本評論社，1987年））268頁。このように見てくれば、請求権発生説の立場に立つことを鮮明にした上記河川附近地制限令事件最高裁判決は、まさしく財政出動を伴う財産権規制立法の領域において、憲法上の権利の「救済」という観点から、裁判所が主導的に立法の不作為ないし不備を肯定した先駆的事例と評することができよう。この点について、佐藤・前掲書（注14）346頁。
- 90) 東京高判1992年12月18日判時1445号3頁。
- 91) 東京地判1984年5月18日判時1118号28頁。
- 92) 大阪地判1987年9月30日判時1255号45頁。そのほかに、福岡地判1989年4月18日判時1313号17頁。
- 93) 以上について、宇賀・前掲書（注62）501頁。
- 94) 戸波江二「予防接種事故と国家補償 東海地方予防接種禍訴訟判決」法学セミナー380号115頁（1986）。
- 95) 棟居快行『人権論の新構成』（信山社，1992年）273頁以下。
- 96) 塩野・前掲書（注87）302頁以下。なお、東京予防接種禍訴訟の控訴審判決は、損失補償的構成を否定したうえで、禁忌該当者に予防接種を実施させないための十分な措置をとる義務を怠ったことを理由として、国の過失責任を肯定している（東京高判1992年12月18日高民45巻3号212頁）。
- 97) 藍谷・前掲論文（注48）61頁以下。

憲法を規準とした財産権の内容形成

1. ボン基本法における財産権の保障と制度保障

1-1. 基本法14条の財産権概念

ボン基本法の財産権保障条項にあつて、他の基本権保障条項から区別される大きな特徴は、14条それ自体のなかに、14条1項1文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、1項2文が財産権の限界だけでなく、その内容の定めをも立法者に委ねるという「矛盾的構造」を内包しているということである⁹⁸⁾。この点、いま少し詳細に、

基本法の財産権保障の構造を立法者による財産権の内容形成という観点からみた場合、まず、14条1項2文は、財産権の内容が憲法それ自身によってあらかじめ定められているのではなく、立法者が財産権の内容について実質的な形成の余地を有することを定めている。立法者のこの広範な内容形成権能は、しかし、まったく無限定というわけではなく、14条2項1文および2文は、財産権を内容形成する立法者を実質的に社会国家原理へ方向づける拘束力ある規準を定めている。そして、財産権保障条項において中心的地位にある14条1項1文は、一般に、法制度としての財産権と個人の法的地位としての財産権の二重の保障を含むものとされ、その制度保障によって財産権を内容形成する立法者に対してもろもろの限界が存在するということを決めている⁹⁹⁾。

内容上相互に関連しているこれらの規範領域を定める基本法14条にかんし、その憲法解釈は、連邦憲法裁判所のいくつかの重要な判決、なかんずくハムブルク堤防判決¹⁰⁰⁾、住居の解約告知判決¹⁰¹⁾、ハムブルク地下鉄建設判決¹⁰²⁾、共同決定判決¹⁰³⁾、クラインガルテン判決¹⁰⁴⁾、義務献本判決¹⁰⁵⁾、砂利採取決定¹⁰⁶⁾を通して、ヴァイマル憲法下の財産権保障についての伝統的理解とは異なる新しい内容が付与され、それに確固とした輪郭が与えられるところとなっている¹⁰⁷⁾。ヴァイマル憲法下の財産権理論から、ボン基本法下における連邦憲法裁判所のそれへの転換において重要な役割を演じたのは、自らも連邦憲法裁判所の裁判官であったヴェルナー・ベーマー(Werner Böhmmer)であった¹⁰⁸⁾。そこで、以下では、連邦憲法裁判所の判決とこれを理論的に指導したベーマーの所説¹⁰⁹⁾に依拠しながら、ボン基本法の財産権保障の特質を明らかにすることにしたい¹¹⁰⁾。

1-1-1. 価値補償(補償の保障)としての財産権

ベーマーによれば、私有財産権には二つの側面が認められるということが指摘される。すなわち、「人にかかわる(menschlich)」側面と「物にかかわる(sachlich)」側面である。財産権は、まず第一に、財産の対象

（Vermögensgegenstand）にかかわる人格的権利（persönliches Recht）である。それは、財産の対象を「自己のもの」として所有し、これを使用し、処分することのできる権利である。財産権は、しかし第二に、物に化体された財産価値である。人の権利（Personenrecht）と財産価値とのこの結びつきという点で、財産権の保障はその他の基本権から区別される。しかし、この点において財産権の特別な困難性が存在し、それはさらに、保障の保護対象、つまり財産権の法制度が必然的に法律による形成を必要とするということによって強化される¹¹¹⁾。

ドイツ法の発展は、基本法に先行する時期にはもっぱら財産法上の側面が法的重要性をもっていたという注目すべき事実によって特徴づけられる、とベーマーは指摘する。かつての国法上の保障の意味は、法学や実務においては、具体的な対象（Gegenstände）の剥奪があった場合に金銭上の調整が行われるという点に認められた。財産権の「不可侵性」や「保障」という概念は、客体への国家的侵害の場合の補償の「約束（Verheißung）」（アンシュッツ〔Gerhard Anschütz〕）にほかならず、この場合立法者には、ヴァイマル憲法のもとでも、つねに補償を排除することが留保されていた。そこでは、財産権の憲法上の保障は相当な補償の保障として理解された、ということが明らかにされる¹¹²⁾。

ベーマーの指摘によれば、ヴァイマル時代でも広範に支配した19世紀の自由主義的財産権理論は、財産権保護の補償請求権への限定に甘んじていた。このことを端的に表明しているのがオット・マイヤー（Otto Mayer）のつぎのような著名な命題である。すなわち、「国家それ自体にはまったく歯がたたず、国庫は金銭を支払う以上のことを為さないので、警察国家における市民的自由のすべての保障は、侵害を受忍し、金銭で償われる（dulde und liquidiere）、ということに帰結する」。ヴァイマル憲法153条をも支配するこの命題から明らかになることは、財産権につきまず第一に認識したのが人格にかかわる法的地位ではなく、対象物の財産価値であったからである。それぞれの種類の財産権は、なによりもまず資本であり、任

意に交換しうる貨幣価値であったからである。物にかんする財産権のうちに、その金銭的価値の権利が優位しているとみなされた。「人格的権利」としての財産権は財産法上のものに還元された。法理論と法実務が財産権につきまず第一義的に認識したのは、価値機能概念(Wertfunktionsbegriff)であったということが強調される¹¹³⁾。

このような財産権についての思考からすれば、財産権にとって典型的な対象物に対する支配は、数で表現される資本価値の処分権(Verfügen dürfen)となり¹¹⁴⁾、収用は、それにともなつて、人格にかかわる法的地位への侵害としての性格を失い、物の金銭への強制的変換以外の何物でもないものとならざるをえない。こうした考え方の創始者であるシュタイン(Lorentz von Stein)は、1868年のある書物の中で、物は剥奪されるが、「財の価値」(Wert der Gutes)は剥奪されない、つまり、被収用者に価値が残っているということは補償に表現されている、と表明していたが、ヴァイマル憲法下の支配的見解も、こうした思考の延長線上で、財産権の憲法上の保障をただたんに補償の保障として、収用を「強制的な財産の移動」として理解した、とペーマーは指摘する¹¹⁵⁾。

このようにして、ペーマーによれば、憲法上の財産権保護の補償請求権への限定は、自由主義的財産権理論および収用理論と結びついて、財産権の憲法上の保障がたんに価値保障を含むにすぎないという見解の登場を促したとされる¹¹⁶⁾。ヴァイマル憲法153条は、対象物の金銭上の価値を維持し、補償を伴わない財産権への侵害を阻止する目的に役立つものとされた。このようなものとして理解された19世紀ドイツの諸憲法の財産権保障条項とヴァイマル憲法153条1項1文につき、その権利保護の実現可能性という点から評価すれば、その価値はきわめてわずかのものであったということが認識される。それらは同時代の理論や裁判実務の判断においてはプログラム規定であつて、直接適用しうる法規範でも、基本権の担い手によって貫徹しうる主観的権利でもなかつた¹¹⁷⁾。憲法は、その加重的改正要件を度外視すれば、法律類似のものであり、市民は、財産権保障の侵害の場

合に、憲法に基づく状態の確立を要求する権利をもたなかったし、ましてや憲法の遵守を強制する可能性をもつものではなかった¹¹⁸⁾。財産権の保障は、立法者に対しても、執行府に対しても貫徹しうるものではなかったがゆえに、学説はそれを適切にも、「空転している」ないし「なくてもよい」ものと特徴づけられた¹¹⁹⁾。

1-1-2. 人格的自由と内面的関連をもつ財産

ベーマーによれば、ボン基本法14条のもとでも、学説および実務は、当初、財産権の保障は財産価値の保障（補償の保障）にすぎない、またはいずれにせよ圧倒的にそうであるという見解に固執してきた。こうした文脈でしばしば援用される連邦通常裁判所の1952年の大法廷判決（賃料損失判決）のなかで、憲法における財産権保護の主眼は補償問題であるということが明示的に明らかにされる¹²⁰⁾。この原則的な命題から、財産権の保障は補償が行われさえすれば充足されるという見解が広範に主張された。収用が存在するかどうかを規定しておくべきものとする「経済的考察方法」は、このような見解の表現である。財産権の保障および基本法14条1項1文の基本権を侵害しさえする財産権侵害は、この方法で「治癒」されるものとされた、とベーマーは指摘する¹²¹⁾。

このような価値保障（補償の保障）としての財産権¹²²⁾という思考からの転換を図るうえで決定的な役割を果たしたのは、連邦憲法裁判所の1968年のハムブルク堤防判決である¹²³⁾。この判決の中で、連邦憲法裁判所は、基本法14条の財産権保障には「ヴァイマル憲法のそれとは異なるより包括的な意味が与えられる」¹²⁴⁾と宣言し、次のように判示している。

すなわち、連邦憲法裁判所によれば、基本法の財産権保障は、「何はさておき補償をともなわない財産権の剥奪（Wegnahme）を阻止するのではなく、すでにその点でヴァイマル憲法153条を凌駕している、所有者の手のなかにある財産権の現存を保障するという任務をもつ」ものであって、「ヴァイマル憲法について、そして一部には基本法14条につい

ても主張される見解」,すなわち「財産権保障の本質的内実は財産権の価値保障であり,財産権の侵害が許されるのは関係人に十分な補償がなされる場合だけであるという見解」は,基本法14条の財産権条項の意味内容と相容れるものではないとされる。市民の財産権の保護を収用概念の拡張によって追求し,その結果として財産権の保護を補償請求権の保障に還元してきたヴァイマル憲法下の裁判とは異なって,基本法14条1項1文によって保障される財産権は,「人とのかわりにおいて,自己責任に基づく活動のための自由な空間として認識されなければならない」とされる。このように述べて,連邦憲法裁判所は,結論的に,「財産権の保障は,なによりもまず物の保障なのではなく,権利の保持者を保障するものである」と宣言するのである¹²⁵⁾。

財産権理論においてこのようなものとしての堤防判決が有する意義について,ペーマーは,「ドイツ憲法史において初めて,人の法的地位が中心になっている実効的な財産権保障が創出された」とし,「国法上の保障の保護機能の重点は,財産法上の側面から人格法上の側面に移動した」と評価している。財産権の補償の保障としての「相当な補償の約束は,すべての国家権力を拘束しかつ完全な権利保護によって保障される本来の意味の基本権になった」とされる。それゆえ,ペーマーの見るところ,財産権の保障はもはや,ヴァイマル憲法下におけるごとき,実効的な権利保護システムの欠如のゆえに,立法府に対しても執行府に対しても「空転」していた自由権を意味するものでも,ただたんに財産喪失の代替物にすぎない補償という点から構想されるものでもないものとなる。このように検討してきたうえで,ペーマーは,「基本法14条1項1文には,ヴァイマル憲法153条1項1文と比肩しうる文言にもかかわらず,異なった意義および機能が帰属する」と高らかに宣言する¹²⁶⁾。

1-1-3. 基本法の意味における財産権

財産権をその他のたいていの基本権から際立たせている条項は,基本法

14条1項2文である。この条項は、財産権の制約のみならず、その内容も立法者によって定められるという、財産権保障にとって根元的意味をもつ規律を含んでいる。まことに、財産権は、現実の生活のなかで実際に使えるようにするためには、どうしても法的内容形成を必要とする「法律依存的権利」という点にその特徴がある。この基本法14条1項2文の規律について、連邦憲法裁判所は次のように解釈している¹²⁷⁾。

「憲法によって保障された財産権の概念は、憲法それ自身から獲得されなければならない。憲法以下のレベルにある単純法の諸規範から、憲法上の意味における財産権の概念はこれを導き出すことができないし、また、私法上の法的地位から、具体的財産権の保障の範囲はこれを定めることができない。……財産権の内容を定める憲法にもとづく法律の全体から、基本法14条1項1文によって保障される存立保護の対象と範囲、したがってまた補償義務を伴う権利の剥奪がいつ生じたのかということも明らかになる。」

ここにおいて、連邦憲法裁判所が、憲法上の財産権概念の独自性から出発し、明示的に個々の法律による内容形成に依存しない自立的憲法概念（selbstständige Verfassungsbegrifflichkeit）を承認していることは明白である。ここで問題となっているのは、財産法における「憲法の合法律性」ではなく、むしろ法律の基準としての憲法上の財産権概念であって、連邦憲法裁判所によれば、基本法14条によって保障された存立保護の対象と範囲は、「法律」からではなく、「憲法にもとづく法律全体」から導き出されるとされる¹²⁸⁾。しかしながら、ここで問題となるのは、「憲法にもとづく法律全体」から導き出される財産権とは何か、ということである。この点について、パウアー（Fritz Bauer）は、連邦憲法裁判所を非難して次のように述べている。「財産権の内容（権能）が単純法律規範から生ずる場合には、単純法の合憲性は単純法律規範でどのようにして判定されるの

か。それは、あえていえば、循環論法ではないのか¹²⁹⁾と。

この問題に対して連邦憲法裁判所は、財産権を形成する単純法律が憲法に即して(単純法律に即してではない)判定されうるし、判定されなければならない、と応答するが、その根拠とされているのは、基本法14条1項2文は、立法者が財産権の内容について実質的な形成の余地を有するということを定めるものであること、基本法14条2項1文および2文は、内容を形成する立法者に対して実質的に拘束力のある規準を与えるものであること、基本法14条1項1文はその制度保障によって、内容を形成する立法者に対してもろもろの限界が存在するということを定めるものであること、というすでに指摘した基本法の財産権保障の構造である。このボン基本法の財産権保障条項の枠組みから、連邦憲法裁判所の1967年の不動産取引法決定¹³⁰⁾以降、なかんずくハムブルク堤防判決のなかで、

基本法14条1項2文にもとづいて成立した法律は、これを基本法14条1項1文の制度保障と基本法14条2項の社会的拘束に即して判定することが可能であること、制度保障(基本法14条1項)に基づいて、内容形成法律は、所有者の私的効用と原則的な処分権能を尊重しなければならないし、また、財産権の社会的拘束を具体的な財産権の客体の社会的機能に応じて正当に評価されなければならないということ、という二つの命題が導き出され、ここから、立法者の内容規定権能は無限定ではないということ、14条2項における財産権の内容形成のための立法者の形成領域が比較的広範であること、が強調される¹³¹⁾。

このようにして、立法者は総じて、財産権の内容形成を行う際に基本法14条1項1文と14条2項との間の調整、したがって一方での財産権の原則的な私的効用や処分権能の所有者への原則的な譲渡と、他方での社会的拘束、すなわち具体的な財産権客体の社会的機能に準拠した所有者の権能の制約との間の調整を行わなければならない¹³²⁾。しかし、その際、連邦憲法裁判所は、自らがかつて定式化していた「民法とその社会的表象」¹³³⁾への立法者の拘束を、「ヴァイマル憲法について主張された見解」として、

次のように明示的に拒否する¹³⁴⁾。すなわち、「収用が承認されうるのは、『BGB903条に基づいて物を任意に処分する所有者の権利が第三者のために侵害』される場合であると解するとき、公法上の諸規定に対する民法上の所有秩序の優位に方向づけられたこのような法的見解は、基本法に対応するものではない」と。

基本法14条の意味における財産権が BGB903 条の意味における財産権ではない、ということを示的に確定するこの一節が呼びおこす重大な意味は、BGB と私法はもはや財産権にかんする思考の出発点とはならない、という点にある¹³⁵⁾。言い換えれば、私法に対する憲法の優位が導かれるこの命題から、財産権保護の新しい出発点となるのは基本法14条であって、もはや BGB が唯一のものではないということ、財産権の憲法上の意味をパラフレーズする制度保障は、その内容上 BGB の規律モデルから区別される、という結論が導かれることになる¹³⁶⁾。

1-2．財産権の制度保障

1-2-1．財産権の古典的制度保障理論

ヴァイマル憲法の基本権が明示的に法律の留保を伴う数多くの規定を含んでいたことは、周知のところである。この基本権の効力につき、トーマ（Richard Thoma）は、これを憲法上の効力をもつものから、ライヒ法律上の効力をもつもの、さらにラント法律上の効力をもつものまで、さまざまな段階に整序したが、しかし、少なからぬ基本権が単純法律による「内容形成や制限、いやそれどころか完全な廃棄」をこうむりうる、というのが支配的見解であった¹³⁷⁾。この法律上の効力しかもたない基本権は、原理的には、行政の法律適合性の原則に他ならないものとみなされ¹³⁸⁾、立法者の決定は、憲法裁判によるコントロールの欠如のゆえに、市民や裁判所によって受け入れられなければならなかった。それゆえ、学説および判例は、一方では、ヴァイマル憲法153条2項の補償条項を用いて所有者の「保護」を収用概念の拡張によって確保しようとし、他方では、153条1項

の財産権の「保障」につき、「私有財産権が法制度として維持されるとい
う確約を含む」¹³⁹⁾ものと解釈した。財産権の制度保障理論と称されるもの
がこれである¹⁴⁰⁾。

ヴァイマル憲法下におけるシュミットの明示的な説明によれば、制度保
障とは、憲法上の保障という一定の性質をもった対象と方法にかんするも
のであって、特別な憲法上の保障の層を発掘し構造化しようとするもので
ある。このようなものとしての制度保障は、シュミットによって、私法的
性質をもつ「内容の特定された規範複合体」¹⁴¹⁾の保障、またはより正確に
は「伝統的に確定している典型的な規範複合体および法関係という意味で
の法制度の憲法上の保障」¹⁴²⁾と定義される。シュミットは、1928年の『憲
法理論』において、制度保障が憲法に受け入れられたのは、「立法権の濫
用に対して保護を与えるためである。……それは、立法者に対して主権行
為、すなわち現行法秩序の破棄を禁ずる」と論述し、その核心は、「単純
立法の方法での制度の除去を不可能にすること」にある¹⁴³⁾、とその基本
的な思考枠組みを提示していた。

そして財産権との関係では、シュミットは、相続権とともに、『憲法理
論』では、どちらかといえば基本権と理解していたが¹⁴⁴⁾、しかし後の
「ライヒ憲法の自由権と制度的保障」および「基本権と基本義務」と題す
る論文では明確に「制度保障」として捉えている¹⁴⁵⁾。シュミットによれ
ば、ヴァイマル憲法153条には「規範の伝統的かつ典型的な態様の保
障」¹⁴⁶⁾が認められるとし、この「153条1項の制度保障は、民法の物の所
有権概念に厳密に限定される」¹⁴⁷⁾ものとしていた。

以上のようなシュミットの制度保障理論の系譜の下に、ボン基本法下の
初期の段階で財産権の制度保障理論を勢力的に展開したのは、ヴェル
ナー・ヴェーバー(Werner Weber)¹⁴⁸⁾である。ヴェーバーも、連邦憲法
裁判所と同様に、基本法14条1項1文の財産権保障にかんし、その規範命
題には、「個人の具体的な財産権」と「法によって形成された社会秩序の
制度としての財産権」の二つの保障機能が含まれているということから出

発する。しかし、ヴェーバーにあって特徴的なのは、「法的地位の保障は、財産権の制度が許容するよりも範囲が広いということはありません¹⁴⁹⁾」と述べることによって、個人的基本権としての基本法14条の解釈効果が制度保障の構成部分であるということを、彼の財産権理論のいわば前提問題として定義していることである。ヴェーバーの場合にあっては、制度の保障が第一義的であって、法的地位の保障はあくまでも第二義的である。そのうえで、ヴェーバーは制度保障をつぎのように定式化する¹⁵⁰⁾。

「所有制度の保障は、最終的に確定した制度の現状を保障しようとするものではなく、またむしろ財産権の名において任意の形成可能性を開こうとするものでもなく、変化のなかで持続する何かあるもの (etwas im Wandel Bleibendes) を固定しようとするものである。持続するものが法制度であって、それは、もちろん経済・社会秩序にとって根本的な仕方です、『財産権』という名に値するものである。」

したがって、ヴェーバーによれば、「財産権」の名において「持続する何かあるもの」を形成することは、立法者に委ねられるものではない。立法者は財産権の「内容および限界」のみを確定しうるにすぎず、財産権の本質的内実を侵害したり（基本法19条2項）、財産権の実質を解消したりすることができない¹⁵¹⁾。こうして、すでに1950年にあまりにも広い「野卑な収用概念」に反対していたヴェーバーの財産権の制度保障理論にあっては、制度保障が保護対象とする具体的「脅威」として、とくに「没収や社会階層の変動」、「計画経済、共同決定ならびに累進課税」政策または「インフレ政策」が列挙され、これらはいづれも「財産権の制度保障に反し、違憲である」と結論づけられることになる¹⁵²⁾。

1-2-2. 連邦憲法裁判所における財産権の制度保障理論

ベーマーの指摘によれば、連邦憲法裁判所が援用する「制度保障」とい

う概念は、ヴァイマル憲法下にシュミットによって創出されたとき古典的の制度保障理論とは全く関係がないものと位置づけられる。

すなわち、連邦憲法裁判所によれば、「財産権の保障は、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。それには基本権の構造全体のなかで、基本権の担い手に財産法領域での自由な空間を保障する任務が帰属し、また、彼にとって私的イニシアティブを基盤として自己責任に基づく生活形成が可能となるべきものである」¹⁵³⁾。法制度としての私有財産権の憲法上の保障は、この基本権の任務の実現ならびに基本権によって全体として意図された自由な秩序の保障に役立つものである¹⁵⁴⁾。「制度保障」というこのような基本権の理解から、立法者に対して規制義務、さらにはまた規制の限界が生ずる。ヴァイマル憲法について展開された理論とは区別される制度保障の定義、その内容および保護効果について、連邦憲法裁判所はつぎのように論じている¹⁵⁵⁾。

「制度保障は、この基本権規定の意味において財産権として特徴づけられる諸規範の根本的存立を保障する。財産権の内容および機能は、この場合、社会的・経済的諸関係への適応能力をもち、かつそれを必要としている。財産権の内容および限界を憲法の根本的な価値決定に即して定めるのは、立法者の事項である(基本法14条1項2文)。制度保障は、しかし、財産法の領域で基本権として保護された活動の根本的存立に属する領域が私法秩序から剥奪され、これにともなって基本権によって保護された自由の領域が廃棄または本質的に削減されることを禁じる」。

このような連邦憲法裁判所の命題から、財産権の制度保障の内実として、立法者は、もはや「財産権」の名に値しない何かある物を私的財産権にとって代えてはならないということ、制度保障はさらに、財産法の領域で基本権として保護された活動の根本的存立に属する事物の領域を私

法秩序から奪うことを禁止し、そしてこれにともなって基本法14条によって保障された自由の領域を廃棄または本質的に削減することが禁止されること、憲法上の財産権概念にはそのほか、そしてこれが最も内容の豊かな（gehaltvollst）概念要素である私的効用と財産権の対象に対する原則的な処分権能のメルクマールが含まれること、そして、つまるところ、立法者に対するもろもろの制約は、すべての関係人の保護に値する利益を正当に調整し、均衡のとれたものにする命令から生ずること、が導かれることになる¹⁵⁶⁾。

法教義学的にみれば、基本法14条1項2文の意味での内容および限界の「定め」は、基本法の枠内でかつその規律に基づいて定めるのが立法者の義務である財産権の定めである。立法者は、客観法のレベルで、所有者の主観的な権利および義務、簡単にいえばその法的地位を規律する法命題を創出する。その場合、財産権の内容形成につき広範な権能を有する立法者は、基本法14条1項2文で自らに配分された、財産権の内容および限界を定める委託を実現するに際して、所有秩序の領域における個人の自由な活動の余地と公共の利益とを公平に調整する課題に答えることが求められる。他方で、立法者に対しては、基本法14条1項2文の規律と基本法のその他の諸規定との連関から、きわめて多様な側面で限界が画される。立法者は財産権保障の根本的な内実を維持しなければならず、その他のすべての憲法規範との一致も保持し、平等原則や法治国家原則を顧慮し、なかんずく、憲法上の比例原則が立法者に限界を課すものとなる¹⁵⁷⁾。

総括的にいえば、連邦憲法裁判所のハムブルク堤防判決とそれ以降の判例で展開される財産権の制度保障観念にあっては、立法者に対する「核心的領域の保護」の思考を維持しつつも、制度保障に典型的な構造上のメルクマールとされる「歴史的・伝統的なもの」への志向性がまったく無視されるとともに、法律のレベルで内容の豊かな（gehaltvoll）決定を行うための余地、所有秩序を顧慮したうえで異なった政治的評価を行うための余地、さらには、憲法の構成部分として、私法および私法上のドグマ

ティークが所有秩序の領域での「正しい」法をめぐる闘争に關与する余地をも残していると考えることができよう¹⁵⁸⁾。

2. 日本国憲法における財産権の保障と制度保障

2-1. 財産権の「保障」をめぐる理論状況

日本国憲法は、29条1項において「財産権は、これを侵してはならない」と定め、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、しかし他方で、2項において「公共の福祉」の観点からする財産権の内容の規律を立法者に委ねるという、いわば「矛盾」した規定を定めている。本条それ自体に内包されているこの「矛盾」は、どのように解されることになるのか。

この点、ごく一部に、29条1項の財産権の保障を、2項にいう「公共の福祉」に適合するように「法律」で定められた財産権の保障と解する見解¹⁵⁹⁾があるが、このような法律の留保型の理解では、財産権を憲法上保障することの意義が減殺されてしまうことになりかねないという問題が生ずる。そこで、通説の見解は、29条1項と2項との両立を可能にする思考として制度保障理論を援用し、2項の法律による財産権の規制にもかかわらず、1項の財産権の本質ないし核心は立法者がこれを侵害することができないものと解する。

このように、通説は29条1項を制度保障、つまり国民個々人の財産権の享有を可能ならしめる前提としての私有財産制度の保障の規定とみるが、さらに、制度と個人の主観的権利との関係につき、この条項が客観的法秩序としての私有財産の制度保障のみを認めたものか、それとも個人の有する財産権を個別的に保障する意味をも認めているかについて、見解が分かれる。少数説は、29条1項の意味をもっぱら客観的法秩序の保障としての制度保障にのみ認め、個人の主観的権利の保障は制度保障に解消されると解する。この見解を代表する柳瀬良幹によれば、1項の財産権は、「現実の個々の財産上の権利の意味ではなく、それ等の権利の主体となり得る能

力の意味であり、第1項が侵してはならぬとしているのは、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」の客観的な保障であって、2項による法律の規制も、それが、私有財産制度自体を廃棄することにならない限りは、合憲と解されるものとする¹⁶⁰⁾。また、宮沢俊義も、私有財産制度の保障という場合、「制度的保障として私有財産制度が保障されるという前提の下に、各個人の財産権が基本権ないし人権として保障されることになる」¹⁶¹⁾とし、「財産権が成立するための前提としての私有財産制の存立」の保障¹⁶²⁾のみが21条1項で保障されているとする。これに対して、通説的見解は、29条1項には、個々人が現にもっている具体的な財産権の保障という意味と、法制度としての財産権という意味の二つが含まれるとし、最高裁も、森林法違憲判決¹⁶³⁾において、本条は「私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障する」ものであると判示している。

この通説的見解は、立法者による改変を免れる制度保障の核心が何であるかにかんし、さらに見解が分かれる。この点についての通説的見解は、制度保障の核心を体制保障に求め、憲法22条1項により営業の自由が保障されていることとのかわりかかわりで、生産手段の私有を基礎とした資本主義の経済体制の保障と解し、これを社会主義体制に変革することは許されないと断じている¹⁶⁴⁾。これに対し、少数説は、制度保障の理論的枠組みは維持しつつも、人間としての価値ある生活を営むうえに必要な物的手段の享有を制度保障の保護対象であると解している¹⁶⁵⁾。

この点、通説が依拠する制度保障の理論的枠組みは、法律の留保のもとにおかれたヴァイマル憲法153条の財産権規定の解釈の際に、ヴォルフ（Martin Wolff）によって提起され、そうしてシュミット（Carl Schmitt）によって理論的に体系化されたもののそれである。この制度保障理論の教義学上の核心は、立法者に向けられた歴史的・伝統的に確定された憲法上の制度の除去または根本的な変更の禁止であり、その目的とするところが、

法律の枠内での効力しかもたないヴァイマル憲法の自由保障をほぼ全能の立法者に対してその「本質的核心」を保護し、もって究極的に立法行為の限界画定を通して一定の基本権の憲法的優位の確保をめざすものである、ということについてはすでに指摘した。

わが国の通説的見解は、このようなものとしての制度保障理論に依拠しつつ、憲法29条1項は制度保障の規定であること、経済体制としての私有財産制はこの制度保障の核心をなすこと、したがって、日本国憲法は資本主義経済体制を保障し、これと対立する社会主義体制は排除される、という解釈を導いている。しかし、資本主義経済体制の保障といっても、ドイツのかつての支配的見解が制度保障に反し違憲と見なしたとき「計画経済、共同決定ならびに累進課税」政策は、現代の資本主義国においては、その社会改良主義的諸施策によりかなりの部分がすでに実現されてしまっているものである。それどころか、今日、一方の資本主義国にあっては、競争的経済秩序の維持、国民生活の安定・向上ならびに経済の安定・成長といった観点から、経済過程への積極的な国家的・行政的介入が行われることは共通する現象となっており、他方の中国やヴェトナムなどの社会主義と称される国家においても、国民生活の安定・向上や経済の安定・成長といった観点から、いわゆる市場原理の導入が積極的に推し進められている。このように、資本主義も多様化し、社会主義も多様化するという今日の国際的諸関係の下にあっては、財産権の「本質的核心」を「資本主義体制」と言い替えてみても、憲法における財産権保障の具体的中身を何ら積極的に明らかにしたことはならなであろう¹⁶⁶⁾。

そこで、問題は、財産権の制度保障の「本質的核心」を「人間としての価値ある生活を営むうえに必要な物的手段を享有」とみる少数説をどのように評価するか、ということになるが、この点については、項を改めて検討することにしたい。

2-2．人格的自由と内面的関連をもつ財産の制度保障

2-2-1．今村成和の見解

この少数説の代表的論者である今村成和の見解にかんし、これを今少し敷衍すれば次のようである。すなわち、今村は、制度保障の理論的枠組みは維持しつつも、資本主義と社会主義の差異は生産手段の私有を認めるか否かにあるが、生産手段の私有は財産権保障の本質的な構成要素ではない（社会主義のもとでも、非生産手段についての私有財産制度が肯定されている）との立場から、「人間が、人間としての価値ある生活を営むうえに必要な物的手段を享有すること」、すなわち、「彼の能力によって獲得し、彼の生活利益の用に供せられるべき財産を、その目的のために使用、収益、処分することの自由」が制度保障の保護対象であると解している¹⁶⁷⁾。したがって、この見解の意味するところは、「人間が、人間としての価値ある生活を営むうえに必要な物的手段の享有」、つまりは、「人間の生存・人間の尊厳・人間の自由と不可分一体のものとしての財産権」の憲法上の保障という点に、制度保障の「本質的核心」を求め、「かかる自由は、憲法改正によっても否定することができない」というものである。

2-2-2．制度保障規定としての憲法29条1項

ここにおいて、問題は、奥平康弘の表現を借りていえば、次のようにたてられることになる。すなわち、「本来的、自然権的な私有財産権思想からかけ離れて財産の私有制なるものをルーズに捉えてしまっている通説に対する異議申し立てとして、こうした考えが出てくるのは、了解できる。しかし問題は、なぜこの立場もまた、憲法29条1項を制度的保障規定と解する通説のわく組み内にとどまるのをよしとしているのか」。むしろ、「29条1項は、端的に素直に、権利保障規定と解して、一向にかまわない」のではないのか¹⁶⁸⁾。

この問題に対する応答は、実際のところ、これまで十分にはなされてきたとはいいがたい。論点の第一は、この文脈で論議されている制度保障が

そもそもいかなる内容を含意するのか、という問題である。

シュミットと彼の理論枠組みを継承する論者にとっては、制度保障という場合、その構造上のメルクマールを決定づける第一義的な要素は「歴史的・伝統的なもの」のコンポーネントに求められている。この点、シュミットが、ヴァイマル憲法153条に「規範の伝統的かつ典型的な態様の保障」が認められるとしていることについてはすでに述べた。ボン基本法下にあっても、そこで援用されている制度保障理論を詳細に検討したシュテルン(Klaus Stern)も、制度保障の「構造ないし類型を決定づけるメルクマールを突き止めるうえで、歴史的コンポーネントが決定的な役割を演じる。それは、制度に特徴を与え、これに同一性と連続性を付与してきた」と述べているところである¹⁶⁹⁾。これに対して、連邦憲法裁判所のハムブルク堤防判決とそれ以降の判例で展開される財産権の制度保障においては、立法者に対する「核心的領域の保護」の思考を維持しつつも、制度保障に典型的な構造上のメルクマールとされる「歴史的・伝統的なもの」への志向性がまったく欠落している点が大きな特徴である、ということについてはすでに指摘した。

第二の論点は、財産権について、「制度」の保障を問題にすることの意味である。

すなわち、樋口陽一も指摘するように、日本国憲法下において、29条1項のほか、20条3項の政教分離規定、21条2項の検閲禁止、23条の大学自治などが、制度保障の例としてあげられることがあるが、これらの例に共通な特徴をきわ立たせるものは、政教分離、検閲禁止、大学自治が、それぞれ、信教の自由、表現の自由、学問の自由の保障に仕える制度として理解されるという限りでの共通性であって、制度保障の理論枠組みに照らした特性を共有しているわけではなく、その意味で制度保障という観念を援用しなければならない必然性はとぼしい、ということがいいうるのである¹⁷⁰⁾。

これに対して、財産権観念について問題にする場合、重要なことは、そ

れが、法律による「人・物・共同体」の相互関係についての規律を不可欠のものとするということである。ベーマーの指摘によれば、財産権概念は、何よりもまず、「私のものと君のもの」という人間相互の財産領域の境界画定の本質的要素であり、財産権の取得、損失、保護にかんする規律を必要とする。孤島で生活するロビンソンはそのような「規範」を必要としない。と同時に、共同体の社会生活においては、「私のものと君のもの」についての規律だけでなく、公共性（Allgemeinheit）に対する諸関係についての規律が必要となる。個人の財産のすべては、そこで彼が生活する社会の秩序に組み込まれている。「私のもの・君のもの・私たちのもの」は、財産権観念を構成し、財産権の内容と限界にかんする規律を必要とする三つの要素である。財産権のいわゆる社会的拘束は、人間が共同体のなかで生活するという事実とその基礎をもっているのである。ロビンソンはいかなる社会的拘束や義務とも関係がない。それゆえ、人間が共同体のなかで生活する場合、この関係を法的に形成することが不可避免的に求められることになるところから、法的「インフラストラクチャー」がなければ、財産権はたんなる「空虚な言葉の容器」にすぎないものとならざるをえない¹⁷¹⁾。

このようにして、日本国憲法29条が、一方では財産権を憲法上保障しながらも（1項）、他方では、その内容、行使の方法、他の権利との調整などについて、法律による定めを不可欠とする本質的に「法律依存的権利」である（2項）、という「矛盾的構造」を有する条項であるとするれば、「29条1項については、あえて『制度的保障』としてそれを解し、社会的観点からの制約を目いっぱいまで推進するという効果にむすびつけることには、それとして固有の意義がある」¹⁷²⁾ということになる。

第三の論点は、財産権保護の範囲と憲法29条2項にいう法律との関係の問題である。

この点、29条1項にかんし、判例および通説的見解によれば、それが制度保障の規定であると同時に、現に個人が保有し、法律で保護された具体

的な財産権を保障することを意味する、と解されていることについてはすでに述べた。この後者の意味での「財産権」には、一般に、所有権その他の物権や債権にとどまらず、著作権・特許権などの無体財産権、鉱業権・漁業権などの特別法上の権利、水利権・河川利用権などの公法上の権利など、およそ財産的性質を有するいっさいの権利が含まれる、と解されている。憲法上の保障の対象として位置づけられるこのような各人の個別的な財産権について、その保護範囲という観点からみた場合、重要なことは、それが、まぎれもなく財産配分の現状自体を憲法上保障するものとして、既得権の保護を含意するもの以外のなにものでもない、ということである¹⁷³⁾。このような文脈では、人間に値する個々人の生活財の保障ということであれば、あえて制度保障理論を援用するまでもなく、個々人の具体的権利としての財産権の保障ということから、それを導きだすことが十分に可能であると考えとしても、その場合には、既得権の現状保障ということが論理的に前提され、かつ理論的展開の出発点とならざるをえないであろう。

ところで、29条2項は、「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める」と規定している。この点、財産権は、その内容および限界が法律で確定されている場合にだけ、実効性をもちうる、ということについてはすでに述べた。そして、ここから、29条2項にいう「法律」の意味として、なにかんずく、それが立法者に対して、既得権を侵害し、これに新しい内容を与えること、いいかえれば、財産の配分の再編成を通して、新しい権能および義務を定めることを授權する規定であるということが明らかになる。このような認識を前提に、通説的見解によれば、この条項は、一般に、財産権制約の根拠を示す規定であって、2項でとくに「公共の福祉」による制約が明記されている趣旨は、「各人に人間的な生存を保障」し、実質的な公平をはかるために、国家が財産権に対して、消極的な規制にとどまらず、積極的な規制を加えることにある、と解されている。このような意味合いにおいて、判例も、29条2項を「1項の不可侵性

に対して公共の福祉の要請による制約を許容したものに外ならない。従って、法律で財産上の権利につき使用、収益、処分の方法に制約を加えることがあっても、それが公共の福祉に適合するものとして基礎づけられている限り、当然になしうる¹⁷⁴⁾としている。しかし、既得権としての財産権一般の現状保障ということ論理的に前提し、かつ理論的展開の出発点とする場合、公共の福祉を根拠とした内在的ないし政策的制約といっても、そのことによって実質的公平がどこまで実現されるかは疑問なしとしないといえよう¹⁷⁵⁾。

そこで、次に問題となる第4の論点は、財産権をとりまく経済的・社会的・政治的状況の変化をどのように評価するかという問題である。

ここでの議論の出発点は、もちろん、財産権の保障を正当化するための中心的論拠、すなわち、個々人の人格的自由の保障のための財産権がきわめて傷つきやすくかつ壊れやすいものになっているということである。個々人の実体的な生存配慮や存立保護は、私有財産権によることはほとんどなく、自己の労働や公の給付によってほぼ媒介され、つまるところ、財産配分をめぐる国家の社会的・経済的政策にますますその依存の度を強めるところとなっている¹⁷⁶⁾。そして、その国家はといえば、グローバルな行動範囲をもつ独自の行為主体として確固とした地位を占めるグローバル企業に、より恒常的に、より直接的に左右されるようになっており、彼らの利害は国家的政策の構想・立案・決定プロセスにおいて決定的な影響を及ぼすに至っている¹⁷⁷⁾。現代の社会と国家のあり方は、今日明らかに大きく変動し、経済危機の原因を「福祉国家」そのものに求める新自由主義のイデオロギーが国家の政策思想の中心を占めるに至っている。しかし、「規制緩和」、「小さな政府」、「自立・自助」などをキーワードとする新自由主義的改革は、自立した市民による自己責任社会が到来する、といったバラ色の未来を約束するものでは決してなく、「強いものはより強く、大きいものはますます大きく」という、「淘汰の未来」に他ならない。

むろん、規制によって発生する利権、規制当局と企業との癒着の構造、

高級官僚の天下り，許認可行政，縦割り行政，業者保護行政などの過剰なまでの国家関与による弊害が早急に是正される必要があることはいうまでもない。しかし，他方で，経済活動において公正な競争メカニズムを設定・維持するための規制，社会的弱者保護の観点から一定の所得再配分を実施するための規制，公害防止や地球環境保全のための規制などは，社会全体で解決すべき国家的課題として，規制緩和や市場競争の名の下で安易に切り捨てられるのではなく，逆に強化されものでなければならない。したがって，ここで問われるべき真の問題は，「人間の尊厳」と「人たるに値する生存」の確保・維持という日本国憲法に内在する価値（理念）を基軸に据え，個々人の人格的自由の保障のための財産権論をどのように構築するか，ということに帰着するであろう。

2-2-3．制度保障における内容形成機能

現代財産権論に対して提起されるこのような課題に対応するためには，財産配分における既得権の現状保障を出発点とし，主としてこれへの法律による介入を侵害ないし制限と捉える通説的な財産権思考をもってしては対処できないということである。ここで求められているのは，国家と社会の関係についての新しい評価である。国家の活動は，もはや第一義的に個人の権利の制限とみなされるのではなく，とにもかくにももろもろの問題をばらみつつも，個々人の人格的自由の保障のための財産権を発展させるための諸条件の一つとみなされる必要がある。

このように見てくれば，現代財産権論に提起される課題の実現に向けて，制度保障という理論的枠組みは，さしあたり財産権のそれに限っていえば，積極的な役割を果たすものと考えられる。むしろ，ここでいう制度保障の観念が，ヴァイマル憲法下においてシュミットによって理論的に体系化され，ボン基本法下においてヴェーバーによって展開されたごとき「歴史的・伝統的なもの」への志向性を有するそれでも，わが国の通説的見解が体制保障に還元するときそれでもないことはいうまでもない。ここで，

われわれが提起するのは、立法者に対する「核心的領域の保護」の思考を維持しつつも、制度保障に典型的な構造上のメルクマールとして人格的自由と内面的関連をもつ財産権の保障を中心に据える制度保障という理解である。

このようなものとしての制度保障の特質は、その作用が立法者に向けられるものと理解しつつも、そこでの法律の機能を個々人の人格的自由に対する制限としてだけでなく、積極的に法律による内容形成の余地を肯定するもののそれである。このような制度保障の思考をつとに指摘していたシュタイン（Erwin Stein）によれば、「制度保障は立法者にとっては同時に、基本法の財産秩序の基本構想を具体化するための法的義務づけを意味する。その限りで、財産権の保障は、制度保障として作用するだけではなく、同時にすべての財産権の権利の価値を決定する原則規範でもある。……消極的には、国家が財産権の規範的核心を侵害することの禁止である。これに基づいて、立法者は、財産権を廃棄し空洞化するおそれのある措置を講じてはならない。立法者はまた、財産権が脅かされるかまたは侵害されるおそれのあるような事態の進展を阻止または除去しなければならない。積極的に、この法的義務は、国家が財産権を適切な措置によって形成する責務を意味する。このように考えれば、社会国家的解釈と結びついた財産権の制度保障は、経済・財政制度への重要な影響をもちうるものである」¹⁷⁸⁾。

かくして、以上のような検討をふまえていえば、憲法29条3項の生命・身体に対する侵害への適用を媒介として、立法者は、財の配分政策において、個々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、しかし、他方で、個々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、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わなければならないであろう。

98) ボン基本法14条の財産権条項にかんするわが国の研究として、拙稿・前掲論文（注12）

注8で列挙した文献を参照。さらに、1874年のプロイセン収用法が前提としていたのはどのような「所有権」であったかという視点から、「公共性」と「所有権」の構造を分析した角松生史『『古典的収用』における『公共性』の法的構造(1),(2)』社会科学研究46巻6号1頁以下、47巻5号97頁以下をも参照。

- 99) 憲法上の財産権保障条項につき、これを法制度としての財産権と個人の法的地位としての財産権の二重の保障を含むと解するのは、ドイツ語文化圏では、ごく一般的な捉え方である。この点についても、拙稿・前掲論文(注12)注9で列挙した文献を参照。
- 100) BVerfGE 24, 367 (1968). 本判決についてわが国の批評として、柏崎敏義「法律による公用収用と正当な補償 ハンブルク堤防整備法判決」(ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』〔信山社、1996年〕)251頁以下を参照。
- 101) BVerfGE 37, 132 (1974).
- 102) BVerfGE 45, 297 (1977).
- 103) BVerfGE 50, 290 (1979). 本判決についてわが国の批評として、栗城寿夫「所有権等の規制と立法者の予測 共同決定判決」(ドイツ憲法判例研究会編・前掲書〔注100〕)245頁以下を参照。
- 104) BVerfGE 52, 1 (1979).
- 105) BVerfGE 58, 137 (1881).
- 106) BVerfGE 58, 300 (1981). 本判決についてわが国の批評として、西埜章「憲法上の所有権概念と地下水利用権 砂利採取事件」(ドイツ憲法判例研究会編・前掲書〔注100〕)256頁以下を参照。
- 107) Bodo Pieroth/Bernhard Schlink, Grundrechte, Staatsrecht 2, 8. Aufl., 1992, Rdn. 986f. 本書については、その15版の翻訳として、永田秀樹=松本和彦=倉田原志訳『現代ドイツ基本権』〔法律文化社、2001年〕が出版されている。Vgl. auch Helmut Rittstieg, Art 14/15 GG. in: Alternativkommentar zum Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland, Bd. 1, 1984, Rdn. 164.
- 108) B. Pieroth/B. Schlink, a. a. O. (Anm. 107), Rdn. 994 は、連邦憲法裁判所の裁判官であったベーマーが基本法14条にかんする当時の連邦憲法裁判所の判決にとくに大きな影響を与えたとしている。Vgl. auch Walter Leisner, Bestandsgarantie des Eigentums vom Bergrecht unterminiert? DVBl 1988, S. 556; Herbert Grabe, Verfassungsvorrang und Gesetzmassigkeit bei der Inhaltsbestimmung des Eigentums durch Bebauungspläne, DÖV 1990, S. 806, Fn. 1.
- 109) Werner Böhmer, Sprach, in: Spanner/Pernthaler/Ridder, Der Grundrechtsschutz des Eigentums, seine Grenzen und Beschränkungen im öffentlichen Interesse, 1977, S. 71; ders., Probleme der Dogmatik und Systematik der Eigentumsbestimmungen des Grundgesetzes, AgrarR 4, Beilage 1, 1984, S. 2; ders., Grundfragen der verfassungsrechtlichen Gewährleistung des Eigentums in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, NJW 1988, S. 2561; ders., Die rechtsgeschichtlichen Grundlagen der Abgrenzungsproblematik von Sozialbindung und Enteignung, Der Staat, Bd. 24, 1985, S. 175ff.

- 110) ハムブルク堤防を判決を中心とした連邦憲法裁判所の財産権ドグマティークについて、Alexander v. Brünneck, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, 1984, S. 193ff. がその特徴を簡潔に検討している。
- 111) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, NJW), S. 2562.
- 112) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, NJW), S. 2562.
- 113) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, Der Staat), S. 175.
- 114) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, Der Staat), S. 175, Anm. 52.
- 115) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, Der Staat), S. 175, Anm. 54.
- 116) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, Der Staat), S. 177.
- 117) ヴァイマル憲法の基本権は、国家権力が自らに与えた「国家権力のための規範」であって、主観的権利を保障するものではなかった。Vgl. dazu Ulrich Scheuner, Die Garantie des Eigentum, in: ders., Staatstheorie und Staatsrecht, 1978, S. 775ff.; ders., Begriff und rechtliche Tragweite der Grundrechte, Der Staat, Beiheft 4, 1980, S. 105; Rainer Wahl, Rechtliche Wirkungrn und Funktionen dre Grundrechte im deutschen Konstitutionalismus des 19 Jahrhundert, Der Staat 18, 1979, S. 321
- 118) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, NJW), S. 2562; W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, Der Staat), S. 176.
- 119) Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reiches vom 11. August 1919, 14. Aufl., 1933, S. 705 は、「我々が合法性の保護のもとにおく基本権条項は、空転しており、余計なものである。それはドイツライヒ憲法においてはとくに……ヴァイマル憲法153条1項について妥当する」としている。Hans Nawiasky, Bayerisches Verfassungsrecht, 1923, S. 246 は、財産権保護にかんする諸規定は一般にその時代の頂点にある憲法典には含まれない。合法性の原則が妥当する法治国家においては、所有権の保障はまったく余計なものである、としている。Vgl. dazu W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, Der Staat), S. 177, Anm. 58.
- 120) 連邦通常裁判所の1952年6月10日の賃料損失判決 (BGHZ 6, 270 [281f.]) は、「国家は、今や、立法ならびに行政を通して収用の方法で市民の財産価値を有するあらゆる権利を侵害し、同時に以前（公共の福祉のための収用）よりもはるかに緩やかな条件で収用を許可している。それに対して、古典的収用理論によってはもはや対処することができない。その適用は、変化した状況のもとではむしろ平等原則に対する重大な違反を意味するであろう。それは、以前であれば絶対に収用されえなかったものが、今ではそれどころか無補償で収用されうる、ということの意味するであろう。むしろ、今や収用に対する保護は国家による収用概念の拡張に適應するものでなければならず、この場合の重点は補償義務におかれなければならない。」と判示している。
- 学説では、ハースがこの立場を端的に表明し、「基本法14条1項1文の所有権保障は、主観的権利のいっさいの剥夺を絶対に禁じている。しかし、そのことが当てはまるのは、公共の利益が優位を占める場合には、所有状態ではなく、その価値だけが保障されるという相当の限定をともなつてである。ただし、3項は、例外として金銭もしくはその他の財貨との交換を行うことを国家に許しているからである。所有権の基本権がまさしく価値保

障を表示するということによって、それはその他のすべての基本権から本質的に区別される」と主張している(Diether Haas, System der öffentlichen Entschädigungspflichten, 1955, S. 35)。

このようにして、その当時の連邦通常裁判所ならびに学説は、所有権の「移転」だけでなく、財産価値を有するいっさいの権利への侵害も収用となりうるという見解を表明し、それとともに憲法における所有権保護の主眼が補償問題であるということを示している。この点について、角松生史「憲法上の所有権? ドイツ連邦憲法裁判所の所有権観・砂利採取決定以後」社会科学研究45巻6号40頁以下(1994)をも参照。

- 121) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, Der Staat), S. 177f.
- 122) これと同じ意味合いで、パドゥーラは、「損失補償義務に体化される財産権の価値保障」と表現している(Peter Badura, Eigentum, in: Hrsg. v. Ernst Benda, Werner Maihofer, Hans-Jochen Vogel unter Mitwirkung von Konrad Hesse, Handbuch des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland, 1983, S. 664)。
- 123) この点を指摘するものとして、vgl. Walter Leisner, Eigentumswende? Liegt der Grundwasserentscheidung der Bundesverfassungsgerichts ein neues Eigentumsverständnis? DVBl 1983, S. 61; Rainer Wahl, Der Vorrang der Verfassung und die Selbständigkeit des Gesetzesrecht, NVwZ 1984, S. 405; Alexander v. Brünneck, Die Eigentumsgarantie des Grundgesetzes, 1984, S. 391.
- 124) BVerfGE 24, 367 (400) (1968).
- 125) BVerfGE 24, 367 (400f.) (1968).
- 126) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, NJW), S. 2563. Vgl. auch W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, Der Staat), S. 175ff. なお、パーマーは、基本法上の規定の法的意味内容をもつばら基本法14条の内容から推論せしめられるものではなく、憲法秩序全体のコンテクストのなかではじめて、基本法の財産権条項の完全な法的射程と実際の意味が明らかになるとし、「テキストの多くの一致にもかかわらず、その折々の憲法規定の法的価値と法学的意味内容において深部にまで及ぶ断絶が存在する。憲法全体の体系のなかで、立法者、行政および裁判所の基本権への拘束、憲法の優位の原理、憲法裁判権による基本権の保障、そして基本法19条4項による包括的な裁判保護の創出に、一定の重要な役割が与えられる」と指摘している(W. Böhmer, a. a. O. [Anm. 109, Der Staat], S. 193)。
- 127) BVerfGE 58, 300 (335f.) (1981).
- 128) Walter Leisner, Eigentum, in: J. Isensee und P. Kirchhof [Hrsg.], Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland, Bd. 4, Freiheitsrechte, 1989, Rdnr. 72. なお、連邦憲法裁判所の砂利採取決定における憲法上の財産権概念の独自性という点については、拙稿「ボン基本法と土地所有権 「建築の自由」をめぐる一考察」(山下健次編『都市の環境管理と財産権』[法律文化社, 1993年]) 286頁以下で、若干の検討を試みている。
- 129) Fritz Bauer, Die „Naßauskiesung“ oder wohin treibt der Eigentumsschutz?, NJW 1982, 1735 unter III.
- 130) BVerfGE 21, 73 (1967).
- 131) 以上について、R. Wahl, a. a. O. (Anm. 123), S. 404.

- 132) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Eigentum, Sozialbindung des Eigentums, Enteignung, in: ders., Staat, Gesellschaft, Freiheit, 1976, S. 319f.; R. Wahl, a. a. O. (Anm. 123), S. 404.
- 133) BVerfGE 1, 264 (278) (1952); 4, 219 (240) (1955).
- 134) BVerfGE 58, 300 (335) (1981).
- 135) BGB903 条には、基本法14条2項が定めるごとき財産権に伴う「義務」も「公共の福祉」も含まれていない。財産権のこの側面はBGBのその概念から始めから締め出されている。14条2項は、連邦憲法裁判所によれば、「基本法の間人権像」(BVerfGE 4, 15f.)の表現である。基本法は、個人と社会の緊張関係にかんし、これを共同体との関連性(Gemeinschaftsbezogenheit)や共同体への非拘束性(Gemeinschaftsgebundenheit)という意味で決定した。それは、BGB903条に具体化された、主権を有する孤立した個人という人間像からの離反を意味し、「社会的に拘束された財産権」に賛意の決断を下すものであって、ここに含意されているのは、「個人の利害が共同体の利害に無条件に優位する所有秩序の拒絶」(BVerfGE 21, 73 [83] [1967])という思考である。
- 136) R. Wahl, a. a. O. (Anm. 123), S. 405.
- 137) Richard Thoma, Die juristische Bedeutung der grundrechtlichen Satze der deutschen Reichsverfassung im allgemeinen, in: H. C. Nipperdey [Hrsg.], Die Grundrechte und Grundpflichten der Reichsverfassung, Bd. I, 1929, S. 32ff.
- 138) G. Anschütz, a. a. O. (Anm. 119), S. 518.
- 139) Martin Wolff, Reichsverfassung und Eigentum, in: Festgabe für W. Kahl, 1923, S. 5. なお、同論文を考察した論考として、石部雅亮「ヴァイマル憲法と所有権 M・ヴォルフの所有権論について」(乾昭三編『土地法の理論的展開』〔法律文化社、1990年〕)121頁以下がある。
- 140) ドイツにおける財産権の制度保障理論については、拙稿・前掲論文(注12)で一定の検討を試みている。以下の検討内容は、そこでの論述と重なる部分があることをあらかじめお断りしておきたい。制度保障理論については、拙稿「ドイツにおける『制度的』基本権理論と『制度的』法思考」(室井力先生還暦記念論集『現代行政法の理論』〔法律文化社、1991年〕)203頁以下と拙稿・前掲論文(注12)130頁注10および11に列挙した文献を参照。最近のものとして、小山剛「制度的基本権理論、その後」ジュリスト1089号65頁以下(1996)、同「基本権の自由と法制度」名城法学50巻別冊81頁以下(2000)、赤坂正浩「人権と制度保障の理論」憲法の争点(第3版)60頁(1999)、石川健治『自由と特権の距離』〔日本評論社、1999年〕を参照。
- 141) Carl Schmitt, Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung (1931), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, 164.
- 142) Carl Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 215.
- 143) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 170ff. なお、シュミットのこの書物には、尾吹善人訳『憲法理論』〔創文社、1972年〕と、阿部照哉=村上義弘訳『憲法論』〔みすず書房、1974年〕とが出版されている。シュミットのこの端緒的アプローチを発展させて、制度保障の保護内容および保護効果につき一般的妥当性をもつものとしてはじめて定式化したの

は、トーマの1929年の論文「ドイツライヒ憲法の基本権規定の法的意味一般」である。トーマはつぎのように定式化している。「制度保障とは、立法府に向けられた法的効力をもつ禁止、つまり制度の内容形成においてその一番外側にある限界を超越し、制度の側では制度それ自体が根絶されまたは変質されることの禁止である。その限界は、ドグメンゲシヒテと1919年夏の法的・政治的状况(ヴァイマル憲法の施行時点)との相互作用によって突き止められなければならない」(R. Thoma, a. a. O. (Anm. 137), S. 30f.)

- 144) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 143), S. 171.
- 145) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 141), S. 160ff.; ders., a. a. O. (Anm. 142), S. 215f.
- 146) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 141), S. 166.
- 147) C. Schmitt, a. a. O. (Anm. 141), S. 163.
- 148) Werner Weber, Eigentum und Enteignung, in: Franz L. Neumann, Hans Carl Nipperdey, Ulrich Scheuner, Die Grundrechte, Bd. 2, 1954, S. 355.
- 149) W. Weber, a. a. O. (Anm. 148), S. 355.
- 150) W. Weber, a. a. O. (Anm. 148), S. 356.
- 151) W. Weber, a. a. O. (Anm. 148), S. 357.
- 152) W. Weber, a. a. O. (Anm. 148), S. 360f.
- 153) BVerfGE 24, 367 (389) (1968).
- 154) BVerfGE 24, 367 (389) (1968).
- 155) BVerfGE 24, 367 (389) (1968) むろん、このような定式化の限りでは、財産権の制度保障の内実も抽象的なものにとどまっているといわざるを得ない。そのためもあって、パウアーは、連邦憲法裁判所のこの命題に対して、空転した決まり文句(Leerformelhaftigkeit)であるという批判を繰り返している(F. Baur, a. a. O. [Anm. 129], S. 1735)。
- 156) R. Wahl, a. a. O. (Anm. 123), S. 406. ショッホは、連邦憲法裁判所の制度保障の構造メルクマルとして、私的効用(対象物の権利の担い手への帰属関係という意味での)、財産権の対象についての原則的な処分権能および財産権の実体の保障、の三つを挙げている。Vgl. dazu F. Schoch, a. a. O. (Anm. 13), S. 116.
- 157) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, Sprach), S. 71.
- 158) 拙稿・前掲論文(注12)142頁。連邦憲法裁判所の判決についてのこのような評価に対して、リッターは、「基本権としての財産権保護を根拠とするいわゆる財産権の制度保障は、実際にはどのようなニュアンスがつけられているにせよ市場経済システムの制度保障である」と批判している(Helmut Ridder, Der Grundrechtsschutz des Eigentums, seine Grenzen und Beschränkungen im öffentlichen Interesse, in: Spanner/Pernthaler/Ridder, Der Grundrechtsschutz des Eigentums, 1977, S. 51)。
- 159) 最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1523頁の栗山茂補足意見
- 160) 柳瀬良幹「憲法と補償」(『人権の歴史』[明治書院, 1949年])60頁以下, 同「土地の国」と憲法」公法研究36号(1974)102頁。
- 161) 宮沢俊義『憲法』[有斐閣, 1959年]105頁
- 162) 宮沢・前掲書(注161)201頁。
- 163) 最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁。

- 164) 法学協会編『注解日本国憲法（上）』（有斐閣，1961年）561頁，橋本公巨『日本国憲法』（有斐閣，1980年）359頁，佐藤・前掲書（注14）566頁，初宿正典『憲法 2 基本権』（成文堂，1996年）377頁以下など。
- 165) 今村成和「財産権の保障」（同『損失補償制度の研究』（有斐閣，1968年））12頁。
- 166) 樋口陽一＝佐藤幸治＝中村睦男＝浦部法穂『憲法』（青林書院，1994年）238頁（中村執筆），藤田・前掲論文（注12）118頁。
- 167) 今村・前掲論文（注165）12頁。
- 168) 奥平康弘『憲法』（有斐閣，1993年）234頁。財産権の制度保障について，私見もこのように解し，「個人的な生活財の保障ということであれば，あえて制度保障理論を援用するまでもなく，国民個々人の具体的権利としての財産権の保障ということから，それを導き出すことが十分に可能なものである。制度保障理論が，発生論的にはヴァイマル憲法下において危機に瀕した資本主義的生産関係の防衛と現状保障を目的として登場し，さらに理論内容それ自体においても制度の本質の核心が何であるかにかんして一義的に確定しえない不確定法概念を含むものであるところから，本条1項の解釈論として，制度保障理論を援用する必要はないといえよう」という見解を表明していた（『基本法コンメンタール憲法〔第4版〕』175頁〔拙稿〕〔1997〕）。しかし，以下の本文の叙述のように私見を改めることにしたい。
- 169) Klaus Stern, Staatsrecht, Bd. 3/1, 1988, S. 870.
- 170) 樋口陽一『憲法〔改訂版〕』（創文社，1998年）241頁以下。日本国憲法上，制度保障の規定と捉えられている条項のうち，もっとも活発な議論がなされているのは，政教分離規定である。政教分離規定の法的性格について，さしあたり，高柳信一「政教分離判例理論の思想」（下山瑛二＝高柳信＝和田英夫編『アメリカ憲法の現代的展開〔2〕』（東大出版界，1978年））222頁，戸波江二「政教分離規定の法的性格」（芦部信喜還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』（有斐閣，1985年））537頁以下。
- また，日本国憲法上，制度保障の例としてあげられるものに，そのほか92条の地方自治がある。地方自治の保障を制度保障と捉えることにかんしては，私見は消極的であったが（室井力・原野堯編『新現代地方自治法入門』（法律文化社，2000年）14頁以下〔拙稿〕），制度的保障に内実化された補完性原理が今日の地方自治制度改革とのかかわりで有する意義との関係で，なお検討を深めることにしたい。補完性原理について，白藤博行「西ドイツの地方自治における補完性原理と比例制原理（1），（2）」法政論集116号135頁以下（1978），128号241頁以下（1989），同『補完性原理』の理論と実際」地域政策 あすの三重2002年夏号14頁以下参照。
- 171) W. Böhmer, a. a. O. (Anm. 109, NJW), S. 2568.
- 172) 樋口・前掲書（注170）242頁。
- 173) 高橋・前掲論文（注12）132頁。
- 174) 最大判昭和35年6月15日民集14巻8号1375頁。
- 175) 高橋・前掲論文（注12）133頁。
- 176) A. v. Brünneck, a. a. O. (Anm. 110), S. 331ff.
- 177) ヨアヒム・ヒルシュ（木原滋哉・中村健吾訳）『国民的競争国家』（ミネルヴァ書房，

1998年)129頁以下。ヒルシュによれば、国家はますます直接的に、多国籍企業の中の比較的少数の集団に従属するようになり、これらの企業の利害が政策を決定する度合いが高まっており、このことは、多国籍企業のトップと有力政治家や官僚との人的な癒着から生じているというよりは、むしろ「国際資本の利益を顧慮しないようなあらゆる国家的政策は、世界市場がグローバル化していくという条件のもとにおいては、破綻を運命づけられている」という「即物的強制」に由来しているとし、その結果、国家は、多国籍企業への従属化とは裏腹に、賃金生活者、中小企業経営者、農民などに対しては、その自立性を強めていく、と指摘している。

- 178) Erwin Stein, Zur Wandlung des Eigentumsbegriffs, in: Festschrift für Gebhard Müller, Zum 70. Geburtstag, Tübingen, 1970, S. 522. この点、バドゥーラも、「制度保障は、財産圏域(Güterwelt)の法秩序についての立法者の処分の限界としてのみ見なされてはならない。包括的な社会国家的な内容形成の委託は、財産権保障に対して、立法者が積極的な財産形成政策をとるように義務づける方向をも与える」と指摘している(Peter Badura, Eigentum im Verfassungsrecht der Gegenwart, 49. DJT, 1972, T 15)

また、最近では、イーゼンゼーが、「制度保障は、立法者に対して向けられている。立法者は、必要な規範を整備し、従来からの現状を保持し、あるいは時代の必要の変化に応じて構造に通うようにこれを発展させることにより、憲法上の規準に具体的な形態を与える」と指摘し、この場合の「法律の機能」として、「内容形成としての機能」と「制限としての機能」を列挙している(ヨゼフ・イーゼンゼー〔小山剛訳〕「契約自由と基本権憲法を規準とした契約の内容統制」名城法学50巻3・4号8頁以下〔2001〕)。

む す び

以上、憲法を規準とした財産権の内容形成につき、これを、立法の不作為をめぐる判例・学説の動向をふまえながら、戦後補償問題における国の立法的解決の課題に即して検討してきた。

戦争犠牲者補償にかんし、現行法制度の下では被害者救済のための現実的な解決が遅々として進まないという問題状況を打開したいという意図のもとに、ボン基本法14条と日本国憲法29条の財産権保障条項それぞれ自体に内包されている「矛盾」、つまり、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」を出発点として、憲法上の財産権の保障とはそもそも何を意味するのか、財産権保障における法律の意義とそ

れが果たす機能はどのようなものであるのか、制度保障という理論枠組みつき、「歴史的・伝統的なもの」や体制保障としてのそれとは異なる新たな理論枠組みの可能性、といった問題を検討してきた。

ドイツ連邦憲法裁判所にあつては、ボン基本法14条1項2文に基づく法律による財産権の内容形成に際して、14条1項1文の制度保障（財産権の私的効用，原則的な処分権能）の尊重の要請と14条2項の社会国家原理を基礎とした社会的義務づけの要請，という拘束力をもった二つの規準への方向づけが立法者に対して作用するものとされる。14条1項1文の財産権の保障は財産権の対象の社会的機能を無視するような利用を保護しないし，同様に14条2項はその社会的機能によって命じられていない私法上の権能の過度の制限を正当化するものではない。このことから，実現されるべき社会モデルの法規範的要素は，一方での14条1項1文による私的所有権の承認，他方での14条2項の公準から関係づけられ，さらにはまた，立法者は，14条1項2文に基づく内容形成権能の行使につき，その他の憲法諸規範に適合的に行為しなければならず，とりわけ過度の侵害禁止（Übermaßverbot）¹⁷⁹⁾と一般的平等原則に拘束される，ということが明らかとなる。かくして，法律による財産権の内容形成に際して卓越した意味が与えられるのは過度の侵害禁止に対してであるということになり，このような文脈では，財産権の制度保障は，「制限の制限（Schranken-Schranke）としての制度保障」¹⁸⁰⁾と捉えられることになる¹⁸¹⁾。

以上は，しかし，ドイツの，なかんずく連邦憲法裁判所の財産権保障理論とその枠組みのなかでの制度保障観念にかんする議論である。かの国では，ボン基本法それ自身がその制定当初から戦争損害および補償にかんする規定を有し，これを受けた連邦補償法などの一連の補償制度が整備されていることについては「はじめに」で指摘した。これに加えてさらに，2000年7月には，ドイツ連邦議会において，ナチス時代の強制労働被害者への補償基金を設立するための法律，いわゆる「『記憶・責任・未来』基金の創設にかんする法律」（Gesetz zur Errichtung einer Stiftung “Erinne-

rung, Verantwortung und Zukunft”)が制定され、連邦およびラントと企業とがそれぞれ半分ずつ負担して100億マルクの基金を創設し、従来の補償立法などの枠組みから排除されていた強制労働被害者に対する個人補償を実現したことが、記憶に新しい¹⁸²⁾。

これに対して、わが国にあっては、立法の不作为の違憲を理由とする国家賠償訴訟の可能性を原則的に否定した最高裁1985年判決の壁は厚く、立法の不作为の違憲・違法性を認定した関釜元従軍慰安婦訴訟山口地裁下関支部判決を唯一の例外として、その控訴審である広島高裁判決を含むその後の裁判例はいずれも原告敗訴となっている¹⁸³⁾。なかでも、2000年12月のフィリピン性奴隷損害賠償請求訴訟東京高裁判決は、国会議員の立法不作为が国家賠償法上違法と評価される場合につき、上記最高裁判決をさらに不当に極度にまで拡張解釈して、「国会議員の立法過程における行動が一義的に確定される場合のことであり、これを言い換えれば、憲法の一義的文言に反する場合か、あるいは憲法に違反することが一見して明白である場合、すなわち憲法上具体的な法律を立法すべき作為義務がその内容のみならず立法の時期を含めて明文をもって定められている場合や、憲法解釈上右作為義務の存在が一義的に明白な場合等誰の目から見ても違憲であることが明らかであるにもかかわらずあえて立法を行うというような場合であり、文字どおり容易に想定し難い場合に限られる」と解釈し、憲法前文、9条、11条、13条、14条、17条、29条、40条、98条2項の「どれ一つを取り上げても、右立法の作為義務を一義的に定めた規定であるとは解することができないし、それらの各条項に反映されている憲法の平和主義、国際社会の尊重、基本的人権の擁護、国の賠償責任、財産権の保障と正当な補償、刑事補償等の規定の趣旨及び目的を総合してみても、控訴人ら主張のような立法をすることが憲法上必要な要請であり一義的に立法義務が定められていると解することは到底できない」と断じている¹⁸⁴⁾。

戦後補償をめぐるこのような判例理論の状況にあって、わが国の憲法問題として、憲法29条の財産権保障条項から、戦後補償問題の立法的解決に

寄与しようとする場合、ドイツ連邦憲法裁判所の財産権保障理論とその枠組みのなかでの制度保障観念をふまえつつも、戦争犠牲者補償にかかる「各訴訟が提起した法律問題は、その大半がこれまでほとんど論議の対象になっていなかったものである」¹⁸⁵⁾ところから、さらに一步踏み込んだ「新しき法理論の構築」¹⁸⁶⁾が求められることは不可避的といわざるをえないであろう。このことは、つまるところ、主として既得権の保護に帰結するところの財産権一般の現状保障を止揚し、補償の保障としての価値補償に矮小化されない、言葉の本来の意味での人格的自由と内面的関連をもつ財産権を基軸に据えた財産権論をどのように構築するか、という課題にかかわる問題であるともいえよう。

以上のような問題関心からの検討を通して本稿が導くことのできた命題は、財産権が、単なる価値保障にとどまらない、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、財産権は、本質的に「法律依存的権利」として、その内容、行使の方法、他の権利との調整等の規律が立法者に委ねられていること、ドイツにおける制度保障理論が、「核心的領域の保護」の思考を維持しつつも、その構造上のメルクマールとして「歴史的・伝統的なもの」への志向性を排除するものであること、単なる財産配分の現状保障（既得権の保護）に終わるのではなく、「人間の尊厳」の確保・維持を目的とした人格的自由と内面的関連をもつ財産権の形成が求められていること、そのようなものとしての財産権は、今日では、財産配分をめぐる国家の社会的・経済的政策にますます依存の度を強めていること、の5点を根拠に、制度保障という理論的枠組みは、さしあたり財産権のそれに限っていえば、積極的な役割を果たすものと考えられるとし、憲法29条3項の生命・身体に対する侵害への適用を媒介として、立法者は、一方では、財の配分政策において、個々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、他方では、個々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、というものであった。

財産権の制度保障から導かれるこのような命題を、一連の戦後補償請求訴訟、なかんずく関釜元従軍慰安婦訴訟に即していえば、その第一審判決が、原告らが当時の慰安所において「監禁同然にして、長期間、慰安婦として旧日本軍人との性交を強要されたこと、同原告らが被った肉体的・精神的苦痛は極めて過酷なものであり、帰国後もその恥辱に苛まれ、今なお心身ともに癒すことのできない苦悩のうちにあること」を認め、これを「決して過去の問題ではなく、現在においても克服すべき根源的人権問題である」とし、さらには「慰安婦原告らを始め、慰安婦とされた多くの女性のその後の人生までを変え、第二次世界大戦終了後もなお屈辱の半生を余儀なくされたものであって、日本国憲法制定後50年余を経た今日まで同女らを際限のない苦しみに陥れている」とも認定した重大な人権侵害がある場合、憲法29条2項により財産権の内容形成を委ねられている立法者は、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解されることになるであろう。

- 179) 過度の侵害禁止 (Übermaßverbot) については、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 (1), (2)」名城法学44巻2号153頁以下 (1994)、44巻3号125頁以下 (1995) が詳しい。
- 180) B. Pieroth/B. Schlink, a. a. O. (Anm. 106), Rdn. 1047.
- 181) 以上について、vgl. F. Schoch, a. a. O. (Anm. 13), S. 119; B.-O. Bryde, a. a. O. (Anm. 13), Rdn. 60-63.; E.-W. Böckenförde, a. a. O. (Anm. 132), S. 319f; A. v. Brünneck, a. a. O. (Anm. 123), S. 193ff.
- 182) この法律については、矢野久「ドイツ『記憶・責任・未来』基金の歴史的意義」世界2000年12月号139頁以下、松本・前掲論文(注1)41頁以下、仲正昌樹「『連邦補償法』から『補償財団』へ ドイツの戦後補償の法的枠組みの変化をめぐって」金沢法学43巻3号89頁以下(2001)を参照。
- 183) 注4の東京高裁判決のほか、東京地判1998年11月26日(イギリス等元捕虜・民間抑留者損害賠償請求訴訟第一審判決)判時1685号3頁、東京地判1998年11月30日(オランダ元捕虜・民間抑留者損害賠償請求訴訟第一審判決)判時1685号3頁、東京高判1999年8月30日(韓国併合・元従軍慰安婦訴訟控訴審判決)判時1704号54頁、東京高判2000年11月30日(在日韓国人従軍慰安婦戦後補償請求事件控訴審判決)判時1741号40頁など。

- 184) 東京高判2000年12月6日判時1744号48頁。
- 185) 西埜・前掲論文（注48法政理論）133頁
- 186) 藍谷・前掲論文（注47）61頁以下。

（本稿執筆の際の資料の収集にあたり、石村修専修大学法学部教授および同僚である松本克美立命館大学法学部教授のお世話になりました。記して感謝申し上げる次第です。）

（本稿は、2000年度～2002年度文部科学省科学研究費補助金〔基盤研究（C）（2）〕による研究成果の一部である。）

〔後記〕

本稿脱稿後、最高裁第三小法廷は2003年3月25日に、関釜元従軍慰安婦訴訟に対して、判決文のない事務的な決まり文句の通知により上告棄却の決定を下した、との報に接した。