

【憲法】

1.

本問は、奈良県ため池条例事件最大判昭38.6.26刑集17巻5号521頁の事案に手を加えた事例を用いて、財産権の保障に関する基本的な知識の有無とともに、それらの知識を用いて説得力のある論述ができるか否かを問うものです。現在、財産権について学習する際には、森林法違憲判決最大判昭62.4.22民集41巻3号408頁と証券取引法事件最大判平14.2.13民集56巻2号331頁の比重が高く、約50年前の判例である最大判昭38.6.26の比重は相対的に下がっているかもしれません。しかし、この事件の事案を前提に財産権に関する考察を加えることが有益であることに変わりはありません。もちろん、本問に解答する際にあたっては、最大判昭38.6.26をなぞることではなく、現在に至る最高裁判例や学説の展開をふまえて、現在憲法を勉強している皆さんとして検討することが求められています。したがって、本問は最大判昭38.6.26を覚えていないか否かを問うものではありません。

2.

X側の無罪主張としてまず考えられるのは、本件条例第3条第2号、第4条が「公共の福祉」による財産権の制約とは言えない、すなわち憲法第29条第2項に違反するというものです。財産権制約の合憲性判断のあり方(違憲審査基準)については、以前の学説においては職業選択の自由の制約の場合と同様に規制目的二分論を採用する主張が目立ちました。しかし、現在では学説において規制目的二分論への批判が強くなり、無批判に規制目的二分論を前提にすることはできなくなっています。他方で最高裁判例においては、最大判昭62.4.22及び最大判平14.2.13にみられるように、「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。」(最大判平14.2.13)という比較考量の枠組みを前提にして目的手段審査を行うという傾向がはっきりしています。

本問に解答する際には、本件条例がどのような財産権を、どのように制約しているのか、本件条例による制約の目的はどのようなものであり、その必要性はどの程度あるのかといったことに注目しながら、自分なりの判断枠組みを提示し、それにそって具体的な判断を示す必要があります。学説流の違憲審査基準論をとるのか(その際に規制目的二分論に依拠するのか否か)、最高裁判例の比較考量論をとるのかによって直ちに答案の優劣が決まるわけではありません。大切なのは、答案全体の論理的な流れ、そして本問事例に即した具体的な説得力です。

そこで、本件条例を眺めてみると、堤とうを農地として利用することがほとんど不可能になる制約であり、それが新たに堤とうを利用し始める者だけではなく、Xらのように長い年月にわたって堤とうを利用し続けてきた者をも制約することが注目されます（同様の事情は最大判昭38.6.26に対しても指摘されていました）。しかも、堤とうを農地として利用し工作物を設置することによってため池の破損や決かいという結果を生ずるという因果関係もはっきりしないように見受けられます。こういった事情をどのように答案に盛り込むことができるかに注目したいところです（最大判昭38.6.26においては規制に科学的根拠があるとされていました）。

### 3.

憲法第29条第2項との関係では、法律ではなく条例によって財産権を制約することが許されるかという争点を思いつく人がいるかもしれません。これと関連して、財産権の内容と財産権の行使の区別を思い出す人もいるかもしれません。どちらについても試験の答案として述べることは可能ですが、2に比べると従たる地位にとどまる争点です。

### 4.

仮に本件条例による財産権制約が合憲であるとしても、Xのように総有地である堤とうにおいて父祖代々耕作を続けてきた人たちには損失補償がなされてしかるべきであるという議論がありえます。この場合、(a) Xは憲法第29条第3項に照らして損失補償を受けるべきである、(b) 損失補償規定のない本件条例は違憲である、という2段階の主張になるでしょう。(a)については、損失補償が必要な場合はどのような場合か一般論を示したうえで、本問の具体的事案に即して展開する必要があります。ただし、(a)において損失補償が必要であるとの結論になったとしても、河川附近地制限令事件最大判昭43.11.27刑集22巻12号1402頁が直接憲法29条3項に基づく損失補償の請求を可能としたことをふまえると、(b)において損失補償の規定がなくても本件条例は憲法に違反しないという結論を導くことができます。

### 5.

設問は「あなたと異なる見解」への言及を求めています。違憲あるいは合憲といった結論レベルでの「異なった見解」だけではなく、結論を導くに至る過程のなかにも「異なった見解」がありえます。解答者が提示する結論を導くに至る過程のなかで有効な反論となるものほど評価されます。実際に最高裁判例や主要な学説のなかで説かれている考え方を示し、それをとると結論が異なってくるということを示すと好印象を与えます。

以上