

令和 2 年 6 月 15 日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2015～2019

課題番号：15K03122

研究課題名(和文) 持続可能な共有型経済と憲法上の「近代市民社会における原則的所有形態」

研究課題名(英文) Sustainability of shared economy and the principle of single ownership.

研究代表者

中島 徹 (Nakajima, Toru)

早稲田大学・法学大学院(法務研究科・法務教育研究センター)・教授

研究者番号：60366979

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,600,000円

研究成果の概要(和文)：日本の最高裁は、近代の所有について他者を排除する単独所有を原則とし、共有は例外であるとの判断を示した。しかし、地球資源の有限性を考えると、資源や物を個人が独占するのではなく、共有することにより持続可能な経済社会の構想に注目が集まっている。最高裁の判断は、こうした構想の妨げとなる可能性がある。本研究は、近代社会における所有の基本原則が単独所有であるという命題は、実は自明ではないことを、制度論の観点から論じたものである。

研究成果の学術的意義や社会的意義

最高裁判所の判断を前提とする限り、共有は単独所有に復帰する分割請求権を保障しない限り、憲法29条の財産権保障に反することになるが、それにより共有は不安定な権利となりかねない。しかし、有限の地球資源を持続可能なものにするためには、共有型経済こそが今後のあるべき姿と考えるべきであり、本研究は法的観点からそれを基礎づけるものである。

研究成果の概要(英文)：Japanese Supreme Court once decided that the principle of ownership in the modern era was the single ownership. I argued that this theorem is not self-evident by referring to the past legal system and common practices of Japanese ownership regarding forests.

研究分野：憲法

キーワード：共有型経済 財産権 単独所有 近代市民社会 分割請求権 森林法 総有 共有林分割請求権

科研費による研究は、研究者の自覚と責任において実施するものです。そのため、研究の実施や研究成果の公表等については、国の要請等に基づくものではなく、その研究成果に関する見解や責任は、研究者個人に帰属されます。

### 1. 研究開始当初の背景

本研究開始時の問題意識は、持続可能な社会を実現するために、一物一権主義の単独所有秩序から、共有を原則とする所有秩序へと転換することにあった。しかし、ことを憲法学の分野に限っても、こうした構想を阻む法理が存在する。その一例が、森林法判決(最大判昭和62年4月22日民集41巻3号408頁)であった。同判決は、共有物分割請求を制限する森林法186条を違憲と判断したが、その際に根拠としたのが、近代市民社会においては単独所有が原則であり、その原則に立ち戻ることを意味する共有物の分割請求を制限することには十分な理由と適切な手段が選択されていることが必要であるが、共有持分半分の者に分割請求を否定する同条には必要性も合理性もないとの判断を示したのである。その際に最高裁が提示したのが、「近代市民社会における原則的所有形態である単独所有の原則」という定式であった。

しかし、一口に「単独所有」といっても、その観念は一義的ではなく、かかる抽象的定式だけで同条を違憲とするに十分といえるかについては疑問がある。それに加えて、同判決は、森林法186条の立法史を無視ないし、それを否定したものと評価することもできる。もともと森林法は明治時代に制定されたが、186条の前身となる規定は、明治政府の近代化政策の下で、総有という前近代的な共有関係を基軸とする入会関係を保護することを目的としていた。それが戦後の法改正時に186条(雑則)として無造作に残されたのである。判決当時の時代思潮からすれば無理からぬ判断との評価は可能だが、同判決が提示した前記定式は、単独所有を近代市民社会における原則と観念し、共有を所有秩序の例外と位置づけることで、共有を基軸とする共有型経済を構想する際の法的障碍となっている。こうした障碍は、明治期における法制度の廃棄こそが近代的な所有制度の確立につながるという単純な発想に基づいて作られたものであり、それが上記最高裁の定式を形作った。もとより、明治期の共有(総有)観念が、そのまま現代社会において共有型経済を構想するために適切な観念であると主張する意図はないが、長い時間をかけて形成されてきた観念の中には、現代社会の経済秩序を構想する際に参考になる点も少なくないのではないか。近代化を目指して、新たに制度化がすすめられた明治期における法制度において、なぜ総有制度は維持されたのか。憲法が保障する財産権は、既得権の束ともいわれるように、歴史的に形成されてきた面があり、それを無視して最高裁のような定式化を行うことには無理があると考え、研究に着手した。

### 2. 研究の目的

世界各国は経済成長を求めて、大量生産・大量消費を前提にしての市場競争を繰り広げてきた。他方、それとは対照的に、大量消費社会を共有型経済(シェアリングエコノミー)へと転換すべきことを説く見解も近時では有力である。後者はしかし、最高裁が森林法判決で述べた「近代市民社会における原則的所有形態である単独所有」の原則に反し、前近代への回帰を含意する可能性もある。だが、なぜ近代においては単独所有が原則なのか。持続可能な社会を構想する際に、シェア(共有)は重要なキーワードのひとつであり、それが近代憲法における財産権保障の例外にとどまる理由は、必ずしも自明ではない。本研究は、最高裁の命題の再検討を通じて、新たな共有のあり方を構想しつつ、憲法論の視点を踏まえて持続可能な社会を構想することを目的とする。

### 3. 研究の方法

申請者は、すでに日本における社会経済構造の改革論議を憲法論および「近代」理念との関連で研究し、その一部は公表済みである。しかし、それを踏まえての実証分析や、制度改革の方向性等は刻々と変化し、その結果を検証することは時の経過が必要であり、短期的な結論を下すことは困難である。そこで、一定期間をかけてグローバル化する世界の実情を確認する作業を行い、そこで「近代市民社会における原則的所有形態としての単独所有の原則」がいかなる変容をとげているのか・いないのかを確認する作業を中心に行った。

その際、日本におけるTPP交渉の行方とも絡んでの農業や漁業の自由化状況の確認等も含めて、日本におけるグローバル化対応を確認することも、本研究に欠かすことができない。そこでも、欧州とりわけドイツにおける選択とアメリカにおけるそれは異質であることから、それぞれの地域における実情とその帰結を確認するために、欧米の研究者・実務家との意見交換を行いつつ、試論の構築をめざした。しかし、トランプ政権の成立は、TPPの主唱者であったアメリカが、そこから脱退するという展開となり、日本がアメリカ以外の国との間でTPPの推進役を担うことになった。とはいえ、アメリカが抜けたTPPに実効力はなく、現在では有名無実化しているといつてよい。それにもかかわらず、日本政府はグローバル化の名のもとに規制緩和を推し進め、それが現在のコロナ禍の下での医療制度等の問題に深刻な影を投げかけている。こうした事情の急変を背景に、当初予定していたグロー

バル化の下での新たな経済秩序の構想は、グローバル化の先行きが不透明となったことを踏まえて研究体制の立て直しが不可避となったが、実際には TPP 交渉の行方にかかわらず、国内の経済体制の改変は従前どおり進められており、それが前述の医療制度のみならず、生活保障全般にわたって大きな影を投げかけている。こうした事情の変化に即応することが、現実社会の問題を念頭に置いての研究においては不可欠である。

#### 4 . 研究成果

研究開始当初に念頭に置いていたグローバル化は、アメリカ合衆国におけるトランプ政権の誕生とともにあからさまな自国優先主義にとって代われ、各国政治が世界経済を支配するかのよう状況となったために、その点を踏まえての状況分析は、取りわけ現在進行中のコロナ危機との関係において先を見通すことが困難なために、研究成果をまとめ上げるには、いましばらく時間が必要である。しかしながら、同時並行的に進めてきた明治期における共有型経済を支える法制の成立と展開、その背後にある政治権力の動向についての研究は、すでに「選挙活動の自由と財産所有」(早稲田法学 94 巻 4 号、2019 年)や「政治的自由と人格の平等」(新田秀樹他編「現代雇用社会における自由と平等」信山社、2019 年)などにまとめ、公表済みである。今後は引き続き、状況の変化を踏まえつつ新たな経済秩序構想の礎となる所有観念の構築に努めていく所存である。

## 5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計5件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 中島徹	4. 巻 単行本
2. 論文標題 政治的自由と人格の平等	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 現代雇用社会における自由と平等（山田昭三先生古稀記念論文集）	6. 最初と最後の頁 557頁580頁
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 中島徹	4. 巻 94巻
2. 論文標題 選挙活動の自由と財産所有	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 早稲田法学	6. 最初と最後の頁 印刷中
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 中島徹	4. 巻 88
2. 論文標題 選挙の公正と憲法学	5. 発行年 2016年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 28、33
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 中島徹	4. 巻 単行本
2. 論文標題 土地、自由、選挙権	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 代表制民主主義を再考する	6. 最初と最後の頁 186、208
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 中島徹	4. 巻 単行本
2. 論文標題 政治的自由と財産私有型民主主義	5. 発行年 2017年
3. 雑誌名 憲法の尊厳	6. 最初と最後の頁 201、232
掲載論文のDOI (デジタルオブジェクト識別子) なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計0件

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

	氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
--	---------------------------	-----------------------	----