

# 移動の自由の性格と弁証

村 田 尚 紀

## 目 次

1. はじめに
2. 移動の自由の経済的自由性と居住・移転の自由の歴史的沿革
3. 移動の自由と居住・移転の自由
4. む す び——移動の自由の内容・性格と憲法上の根拠

## 1. はじめに

往來の自由あるいは移動の自由は、明文がないとはいえ、日本国憲法上当然保障されている権利と考えられてきた。人・モノ・金・サービスが国境を越えて自由に行き来するなど特徴づけられるグローバル化の時代は、この権利の自明性を揺るぎないものにしたかのようにみえた。

しかし、グローバル化のなかにあっても、まさにグローバル化そのものがもたらした移民問題に苛まれるヨーロッパ諸国では事情は異なった。なかでもフランスは、2015年11月のパリ・サンドニ同時多発テロ事件以降ほぼ2年間にわたり緊急状態下に置かれ、そこでは居所指定による移動の自由の制限も行われた<sup>1)</sup>。こうしてみると、移動の自由の自明性は、移民問題や2001年以降のイデオロギー的なグローバルテロ——民主主義国を自己否定に追い込むことをミッションとしている——の影響からこれまでのところ免れてきた特殊日本の法現象というべきであったかもしれない。

その日本においても、2020年、移動の自由の自明性が問われることになる。グローバル化には未知の病原体と人間との接触そしてそのグローバルな拡散をもたらす危険が伴っていたが、それが日本を含む文字通りグローバルな規模で現実になった。

---

1) 参照、拙稿「テロ対策と国家緊急権——緊急状態下フランスの人権(上)」法と民主主義2017年8/9月号、拙稿「フランスにおける緊急状態をめぐる憲法ヴォードヴィールーエキストラとしての法原理部門」憲法理論研究会編『展開する立憲主義』(敬文堂、2017年)

## 移動の自由の性格と弁証

covid-19パンデミックは、人のグローバルな移動はおろかドメスティックな移動まで厳しく制約される事態を招いた。

もとより移動の自由の自明性といっても、それが絶対無制約を意味するわけでないことはいままでもない。パンデミック対策として移動の自由が制約可能であること自体は議論の余地がない。問題となるのは、その制約の方法や程度であり、また制約の合憲性を判断する基準ないし判断枠組みであり、さらにこのような問題に深くかかわる移動の自由という権利の内容や性格である。日本国憲法上保障されているということが自明視されていた移動の自由は、それにもかかわらず、とくにその内容や性格については議論に曖昧さが残っていた。

これまで筆者は、時折、憲法上の権利の性格をめぐって様々な観点ないし角度から論じられてきたことについて気になる解釈上・認識上の問題を取り上げ、ささやかな考察を試みてきた<sup>2)</sup>。2020年の春以降、コロナ禍が提起する憲法問題について求められて口頭あるいは活字で論じるなかで<sup>3)</sup>、叙上の問題意識のもとに移動の自由や居住・移転の自由の内容や性質について検討する必要性を感じていた。コロナ禍が移動の自由に関する基礎的な検討を求めていると受けとめる問題意識の成果としては、すでに曾我部真裕「日本国憲法における移動の自由」法学セミナー2021年7月号があるが、小論は、この貴重な論文とは異なる角度から、権利の内容や性格の捉え方や論証方法に焦点を合わせて、従来の議論を点検する試論である。

## 2. 移動の自由の経済的自由性と居住・移転の自由の歴史的沿革

### (1) 居住・移転の自由の歴史的沿革

今日でも、多数の学説は、移動の自由が、居住・移転の自由に含まれると解するよう

- 
- 2) 拙稿「政教分離原則に関する覚書——立憲主義としての政教分離原則」関西大学法科大学院ジャーナル2号、「表現の自由の価値と構造に関する覚書——権利フェティシズムを超えて」関西大学法科大学院ジャーナル4号、「平和的生存権の価値と構造——権利ニヒリズムを超えて——」関西大学法学論集59巻3・4号、「知る権利の構造と弁証——権利フェティシズムを超えて——」関西大学法学論集60巻1号
  - 3) 公刊されたものとして、拙稿「新型コロナウイルス禍に便乗する改憲論」図書新聞2020年5月9日号、「COVID-19危機における人権——パンデミックに憲法は無力なのか——」日本の科学者2020年7月号、「フランスにおけるパンデミック対策と憲法」関西大学法学論集70巻6号、「パンデミックと憲法——緊急事態条項の不要性と危険性——」唯物論と現代63号)

にみえる。居住・移転の自由は、憲法第22条1項において職業選択の自由とともに保障されていることから「経済的自由の一部としての意義」<sup>4)</sup>を有するとされる。このように理解すると、移動の自由も経済的自由の一部としての意義を有することになる。もとよりそれだけでなく、移動の自由はさらに「広い機能」<sup>5)</sup>をもつとか、「多面的性格」<sup>6)</sup>を有するなどとしばしばいわれるが、この点については、移動の自由と居住・移転の自由との関係の問題とともに後述するとして、ここでは、居住・移転の自由の性格について検討することにする。権利の性格を論じる際には当然権利の内容が問題となるが、この点も後の問題として、まずここでは、権利の歴史的沿革の扱い方について考えてみる。

居住・移転の自由について論じる際、基本書でもその歴史的沿革に触れることが多い。これは日本国憲法施行後まもない頃からみられる。1948年には、「封建制の時代には各領地毎に境界がとざされ、人民は許可なき限りその外に出ることができず、土地と密接に結びつけられていたが、時勢が進み人の行動範囲が拡大するにつれ、かかる制限は天賦の自由に対する桎梏と考えられ、諸国の憲法は特に明文の規定を設け、居住・移転の自由を基本的人権の一として保障するようになった」とし、憲法第22条1項も「かかる沿革を受けついだものである」<sup>7)</sup>とする見解がみられる。

その後、鶴飼信成は、封建社会において「農民の子は農民として、先祖代々、領主のために耕作を続けて来た土地にしばりつけられて一生を暮すほかなかった」ことに照らして、居住・移転の自由が「生成期の資本主義国家における最も重要な権利であった」とし、これを「経済的基本権」<sup>8)</sup>とした。

1958年の論文で居住・移転の自由を「人の経済生活を安定せしめる基礎の一つとして、経済的基本権のうちにかぞえることができる」<sup>9)</sup>とした伊藤正己は、その後、19世紀～20世紀の憲法典が居住・移転の自由を明文で保障したことには、「市民的自由のひとつとしてそれをかけておくこと」<sup>10)</sup>以上の意味があると説くことになる。すなわち伊

4) 伊藤正己『憲法〔第3版〕』（弘文堂、1995年）358頁。

5) 同前。

6) 同前356頁。

7) 法学協会編『註解日本国憲法 上巻』（有斐閣、1948年）209頁。旧字体は新字体に改めた。

8) 鶴飼信成『憲法』（岩波書店、1956年）133～134頁。

9) 伊藤正己「基本的人権」国家学会雑誌72巻5号535～536頁。

10) 伊藤正己「居住移転の自由」『日本国憲法体系 第7巻』（有斐閣、1965年）195頁。

藤正己は、「居住移転の自由を、単に経済的自由の側面からのみとらえることは、現代においては適切でない」<sup>11)</sup>としつつ、「それらの規定のほとんどすべてが、居住移転の自由を、職業選択の自由、営業の自由とならべて保障している、という事実」<sup>12)</sup>に注目し、日本国憲法も、居住・移転の自由を「経済的基本権の一部として把握していることが明文のうえからもうかがわれる」<sup>13)</sup>と解するのである。

芦部信喜も「居住・移転の自由は、それが制限されていた封建時代から、それが確立した近代社会に移行してはじめて、資本主義経済の基礎的条件が整うことになった、という歴史的背景に基づいて、経済的自由の一つに数えられてきた」としたうえで、それが人身の自由との密接な関連性を持ち、また「広く知的な接触の機会を得るためにもこの自由が不可欠であるところから」「精神的自由の要素」を併せもつことを指摘している<sup>14)</sup>。

以上のように、学説は、居住・移転の自由について、その多面性を視野に入れながら、歴史的沿革を根拠に、しばしばこれを経済的自由として分類してきた。

## (2) 居住・移転の自由の経済的自由性と歴史的沿革

居住・移転の自由の性格をこのように歴史的沿革から捉えることには、少なくとも3点の問題が指摘できるように思われる。

第1に、憲法が保障する権利の性格如何という解釈上の問題を歴史的背景によって解明することの可否という問題が指摘できよう。そもそも憲法が歴史の産物であり、制定時の社会諸関係を政治的に総括する法であることはいまでもない。制定過程における政治的力関係により大なり小なり妥協的な側面があるにせよ、そこにはそれまでの社会関係に対する一定の反省的総括が含まれている。とはいえ、通常、憲法上の権利の性格を歴史的沿革に直接基づいて規定することはない。実際、先に引用した『註解日本国憲法 上巻』は、憲法第22条1項の歴史的沿革を論じるにとどまり、そこから居住・移転の自由の性格を説明しているわけではない。通常、憲法上の権利の性格は、権利の内容（保護領域）そのものの性質から把握される。それは、憲法上の権利とくに人権が普遍的価値を有すると考えられるからであり、また歴史認識と法の解釈の違いが意識され

---

11) 同前197頁。

12) 同前195～196頁。

13) 同前201頁。

14) 芦部信喜『憲法〔第7版〕』高橋和之補訂（岩波書店、2019年）239頁。

ているからであろう。ここではこの後者の理由が問題となる。かつて法解釈論争に強い関心を寄せた憲法学においては、認識と解釈との区別は常識化していたといつてよいであろう。両者を区別したうえであくまでも峻別するか、何らかの意味で結合あるいは統一するかという立場の相違はあるにせよ、認識を無条件に解釈に持ち込むことに批判的である点では見解の一致があったように思われる。その意味で、まず歴史的背景をふまえてなされる居住・移転の自由の性格規定の仕方は異例であり、方法論的な説明が求められるべきではないかと思われるのである。

第2に、居住・移転の自由の性格を歴史的沿革から解明するのであれば、日本国憲法の直接の歴史的前提がまず問題となるであろう。すなわち大日本帝国憲法とその下にあった帝国主義段階の日本社会そして天皇制ファシズムを視野に入れるなら、いわゆるマッカーサー＝ノートには「日本の封建制度」の廃止が新憲法制定の課題として掲げられているが、これが文字通りの封建制の廃止を意味するものでなかったことは明らかである。レーエン制や荘園制のような封建制の本質的要素はすでに存在しなかった。明治維新政府が強権的に断行した諸改革は、限られたものであったとはいえ、「資本主義経済の発展を妨げる封建的障害物を廃絶することを必然とした」<sup>15)</sup>。マッカーサー＝ノートにいう封建制度とは、その歴史的淵源を過去の封建制社会に遡ることができ、またその実質からみて半封建的と形容しうる場合があったにしても、「保守的・反動的・権威主義的・反進歩的等、総じて否定され克服されるべき旧体制」<sup>16)</sup>という通俗的な意味のそれである。多くの学説のように、封建制社会の解体と資本主義社会の創出という歴史的事変のコンテクストから居住・移転の自由の経済的自由性を把握するのは、明治維新の諸変革がひとまず達成された段階で制定されたばかりの大日本帝国憲法第22条（「日本臣民ハ法律ノ範囲内ニ於テ居住及移転ノ自由ヲ有ス」）の居住・移転の自由についてならともかく、日本国憲法第22条1項のその解釈としては、時代錯誤といわざるをえないのではないか。

第3に、居住・移転の自由の歴史的沿革の認識にも問題がないとはい言切れないように思われる。封建制社会において人民とくに農民は、土地に緊縛されていた。そのことが農民の職業の自由を奪っていたことはたしかである。また封建制国家の多元的な権力構造が、すでに末期封建制社会の一部に生まれていた資本の移動を禁じていたことも職

15) ハーバート＝ノーマン「日本政治の封建的背景」全集第2巻（岩波書店、1989年）8頁。

16) 世良晃志郎『封建制社会の法的構造』（創文社、1977年）14頁。

## 移動の自由の性格と弁証

業の自由の規制であった。しかし、そうであるからといって、居住・移転の自由の臣民への付与がもたらあるいは主として経済的意味をもったとすることができるのか。

日本の場合、人民を土地に緊縛していた旧支配層のなかから生まれた新支配層の政治担当者にとって、人民の土地への緊縛は、賃労働の創出を妨げ、さらには資本と賃労働の産業部門間の自由な移動を妨げる重大な障害となっていたから、居住・移転の自由は、殖産興業＝上からの資本主義化にとって不可欠の条件の1つであったといえる。伊藤博文は、人民が「其の本籍の外に居住すること」を許されなかった封建制時代をふりかえり、人民が「自然の運動及営業」を束縛され「植物と其の類を同じくせしめ」られていたのに対し、廃藩置県が臣民に「何れの地を問はず、定住し、借住し、寄留し、及営業するの自由」を与え、帝国憲法が「此れを貴重するの意を明にする」<sup>17)</sup>ものであるとしているが、これは、まさに生産関係の近代化＝資本主義化を目指す政治部門の支配層にとって、居住・移転の自由が営業の自由を当然含むと考えられていたことを示しているといえよう。

しかしながら、土地緊縛が緊縛されていた側にとってもっていた意味は、職業の自由否定にとどまらないより包括的なものであったと考えられる。すなわち封建制社会における人民とくに農民にとって、土地への緊縛は人格の否定、諸自由の否定を意味するものであったから、緊縛からの解放＝居住・移転の自由は、さまざまな活動の自由を保障する条件であった。帝国憲法下において、たとえば美濃部達吉が、居住・移転の自由について「日本の国境内は内地と殖民地とを問はず自分の欲する如何なる場所にも任意にその居所及び之を移転し得べき自由と、国境外に移住し得る自由とを包含する」<sup>18)</sup>権利であると述べるにとどまっているように、通説には、居住・移転の自由にとさら営業の自由を含める考えがみられなかった点<sup>19)</sup>には、居住・移転の自由の保障がもつ意味の多様性の認識がみられるように思われる。

### (3) 移動の自由の経済的自由性と歴史的沿革

以上のように、歴史的沿革から居住・移転の自由を経済的自由と把握することに無理があるとすれば、多数説がそれに含まれるとする移動の自由についても、同様の指摘が

---

17) 伊藤博文『憲法義解』宮沢俊義校註（岩波文庫、1940年）52頁。旧字体は新字体に改めた。

18) 美濃部達吉『逐條 憲法精義』（有斐閣、1927年）355頁。

19) 参照、前掲『註解日本国憲法 上巻』212頁。

できることになる。

### 3. 移動の自由と居住・移転の自由

居住・移転の自由をその歴史的沿革から経済的自由と把握することには無理がある。それゆえか否かはともかく、多くの学説も、同時に居住・移転の自由の性格の多面性を指摘する。しかし、そこにはいくつかの論理的な問題がある。

#### (1) 居住・移転の自由の多面性

まず、ただちに指摘できるのは、居住・移転の自由の多面性を認識しつつ経済的自由に分類する理由が不明であるということである。たとえば芦部説のように「精神的自由の要素」を併せもつというのなら、これを多面性を備えた精神的自由と把握してもよいであろう。経済的自由に分類したのが便宜的な理由からにすぎないとすれば、その便宜の意味が問題となろう。それが二重の基準論の護持にあるとすれば、そのような拘泥はむしろ解釈学説の豊富な発展を阻害することに繋がりがかねない。あるいは単なるベダゴジークな理由からの深い意味のない分類であるとすれば、無用の混乱を招くだけである。何のための分類なのか、そもそも人権の分類や体系的把握ということの意義があらためて問われなければならない。

同じくその多面性に関連することであるが、居住・移転の自由を経済的自由に分類することには別の問題もある。財産権を経済的自由に分類するのと同じように、居住・移転の自由を経済的自由に分類することはできない。財産権が経済的自由に包含されることには疑問の余地がないとしても、それと同じ包含関係が居住・移転の自由と経済的自由との間には成り立たないからである。両者はせいぜい重なり合う部分があるとしかない。これも、居住・移転の自由の多面性の故である。

#### (2) 居住・移転の自由の同一性と多面性

さらにいえば、以上から、そもそも居住・移転の自由に多くの側面がある、ということの意味が問われることになる。居住・移転の自由という同一の権利に多様な側面があるといえるのか。

たとえば芦部説は、先にみたように、「広く知的な接触の機会を得るためにもこの自由が不可欠である」という理由から居住・移転の自由に精神的自由の「要素」があるとする。また、居住・移転の自由には、「その本質から考えなおしてみる」と、経済的自

## 移動の自由の性格と弁証

由の性格のほか「民主制における本質的自由の性格」<sup>20)</sup>があるとする伊藤正己によれば、居住・移転の自由には4つの「非経済的側面」があるという。すなわち、第1に、「当然のことではあるが、居住移転の自由が、広く人間の移動の自由を保障しているところから、人身の自由と密着している」<sup>21)</sup>ことが指摘され、第2に、「移動の自由と集会の自由、集団行動の自由とはきわめて密接な関係に立ち、制限の方式によっては、移動の自由の制約を通じて、表現の自由を実質的に抑えることが可能になる」ことなどから、「居住移転の自由と精神的自由との結合」<sup>22)</sup>が指摘される。第3に、「国民があらゆる面において平等の権利を保障されるために、住所を定め変更する自由、好むところに移動する自由が必要であることは、あらためて説くまでもない」として、居住・移転の自由が「国民の平等権の実現と直結していること」<sup>23)</sup>が指摘され、第4に、移動の自由が人間の活動領域の拡大によって知識を広め人間の成長を促したり、人間交渉の機会を拡大して「人格形成にとって不可欠の条件を構成するものといえる」<sup>24)</sup>と指摘されている。第4の点は、伊藤自身が「個人の人格形成に対する居住移転の自由のもつ意味の重要性」<sup>25)</sup>ともいっているように、これが居住・移転の自由の「側面」といえるのかただちに問題となるが、ともあれ、これらを「経済的自由をこえた多くの面」<sup>26)</sup>と称している。

以上にみた居住・移転の自由の多面性の論証には、伊藤の挙げた第4の側面の論証だけでなく、すべてに問題がある。移動の自由と居住・移転の自由の関係については後述するとして、経済的自由の側面、精神的自由の側面、平等権の側面なるものが居住・移転の自由と内的な関連を有するのであろうか。経済活動に伴う移転はあろうし、精神活動に伴う移転もあろう。しかし、移転は必ずしも経済活動あるいは精神活動と結びつくわけではない。すなわち、移転という行為にとって、経済活動や精神活動は外的な目的にすぎない。だからこそ、伊藤正己は、居住・移転の自由と精神的自由との「結合」というのであろう。

居住・移転の自由は、経済活動や精神活動の条件となることがあるにすぎず、したがってそれ自体に経済的自由の側面や精神的自由の側面があるとすることはできない。

20) 前掲「居住移転の自由」206頁。

21) 同前207頁。

22) 同前209頁。

23) 同前210頁。

24) 同前211頁。

25) 同前。

26) 同前。

(3) 移動の自由と居住・移転の自由

居住・移転の自由について以上に述べてきたことは、移動の自由についても妥当する。移動という行為にとって、経済活動や精神活動は外的な目的にすぎず、それゆえ移動の自由そのものに経済的自由の側面や精神的自由の側面があるとはいえない<sup>27)</sup>。

さらに移動の自由と移転の自由との関係についていえば、伊藤正己のいうように居住・移転の自由が「広く人間の移動の自由を保障している」のではない。移動を伴わない移転はないが、移動が必ずしも移転と結びつくわけではない。前者は後者の条件であり、その意味で前者が後者を包含するといえるが、後者が前者を包含するわけではない。したがって、移転の自由が広く移動の自由を保障しているということとはできない。

4. む す び——移動の自由の内容・性格と憲法上の根拠

目的の如何を問わず移動という行為そのものを保障する移動の自由は、移転の自由とは別個の権利といえよう。そうすると、その憲法上の根拠は第22条1項ではなく第13条となろう<sup>28)</sup>。

それは、経済的自由権ではないし、それ自体多面的な権利でもない。自衛隊のイラク派兵差止等請求控訴事件名古屋高裁判決（名古屋高裁2008年4月17日判決）は、平和的生存権を「現代において憲法の保障する基本的人権が平和の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利」であるとした。人の諸活動の前提ないし条件となる移動の自由もまた、それなしには憲法の保障する多くの人権が存立しえないという意味で、きわめて重要な基底的権利といえる。この点が、コロナ禍において広く深く認識されるようになったと思われる。憲法意識の発展といえよう。

ちなみに日本国憲法と同様に移動の自由の明文規定がないばかりか、居住・移転の自由についてもそれが無いフランス憲法の場合をみると、憲法院判例上、往來の自由

27) よって、移動という行為とその目的とを区別し、「個々の移動目的を問わず、『移動の自由』として包括的に保障することには合理性がある」とする曾我部説（曾我部・前掲論文7頁）に同意する。

28) 奥平康弘は、「根拠規定をめぐる解釈論争は——私からみれば——スコラ的である」というが、移動の自由が「いかなる制限に対して、いかに保障されるかという争点をきちんと議論すること」が「それよりも大事なこと」（奥平康弘『憲法Ⅲ』（有斐閣、1993年）214頁）であることはもちろんであるとしても、解釈論上、論理的な問題は無視できないのではないか。

## 移動の自由の性格と弁証

(liberté d'aller et venir) は、まず憲法的価値を有する原則とされ、ついで第5共和制憲法第66条に根拠をもつ個人的自由 (liberté individuelle)、さらに1789年人権宣言第2条および第4条に根拠をもつ自然権としての自由ないし他者を害しないあらゆることをなしうる自由とされ、その後第5共和制憲法第66条から明確に切り離され、「1789年人権宣言第2条および第4条によって保障されている個人の自由 (liberté personnelle) を構成する往来の自由」<sup>29)</sup>と定式化されるに至っている<sup>30)</sup>。憲法院判例は、憲法上明文のない往来の自由を憲法的価値をもつ一個の独立の自由として認めるにとどまり、その性格についてはとくに述べていないが、これにとくに経済的自由権の性格を認める訳でないことはたしかであるといつてよい。学説には、「動くこと、動かないこと、滞在することは、人間人格のきわめて重要な機能の不可欠な部分をなす」として往来の自由を人間人格と不可分の自由とする見解がみられる<sup>31)</sup>。権利の内容そのものに着目するかぎり、当然、このような把握に至ることになる。

基底的権利は、それ自体の規制がさまざまな権利を間接的に制約することが起こりうる。しかし、他の権利を直接的に制約する訳ではないからといって、それだけでその副次的効果を軽視ましてや無視してよいことにはならない。移動の自由の制約が、それを前提とする権利を剥奪するに等しい結果を招くこともありうる。その点からすると、移動の自由を規制する法令の合憲性は、慎重な判断が求められることになる。また、処分合憲性の判断には、移動の自由と共にいわば串刺しにされることになる権利の価値や間接的制約の重大性の考慮が当然に求められることになる。

---

29) Décision n°2012-279 QPC du 5 octobre 2012.

30) Cf. Thierry S. Renoux, Michel de Villiers et Xavier Magnon (sous la direction de), *Code constitutionnel*, Lexis Nexis, 2016, p. 95 ; Patrick Wachsmann, *Libertés publiques*, 9<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2021, pp. 717-718.

31) Rémy Cabrillac (sous la direction de), *Libertés et droits fondamentaux*, 28<sup>e</sup> éd., Dalloz, 2022, p. 417.