

# 森林法違憲判決の法理とその意義

前 田 徹 生

## 目 次

- I. はじめに
- II. 事実の概要
- III. 判決の要旨
- IV. 本判決の法理に対する諸説
  - 1. 視点の整理
  - 2. 学説の評価
    - (1) 「目的二分論」の枠組を基本的に維持しているとする説
    - (2) 「目的二分論」不採用説
    - (3) 「比較考量」説
    - (4) 判断留保説
- V. 判決法理の検討
  - (1) 諸説の整理
  - (2) 法廷意見の法理
    - (i) 目的二分論は採られたか。
    - (ii) いかなる根拠から、いかなる内容の「必要性・合理性」の基準を採用したのか。
    - (iii) 目的二分論の基本的な枠組も排除されたのか。75年判決との関連をどう読むか。
- VI. むすび

## I. は じ め に

1987年4月22日、最高裁大法廷は、共有林の分割を制限している森林法186条を違憲とする判断を下した<sup>1)</sup>。本判決は、違憲審査権の行使に比較的

1) 最高裁昭59(オ)第805号, 最大判1987.4.22民集41卷3号408頁, 判時1227号↗

消極的な姿勢を示してきた最高裁判所が現憲法の下で法律を違憲とした数少ない判決の一つである。過去において最高裁が法律を違憲とした例としては、尊属殺判決（最大判1973.4.4刑集27巻3号265頁）、薬事法違憲判決（最大判1975.4.30民集29巻4号572頁）、二つの議員定数不均衡違憲判決（最大判1976.4.14民集30巻3号223頁、および最大判1985.7.17民集39巻5号1100頁）の四つであり、本判決が五つ目の判決となる。このうち経済的自由の規制を違憲とした判決としては二つめの判決であるが、先の薬事法違憲判決は営業の自由の規制に関するものであり、本件は、財産権行使の制限を規定する立法を違憲とした初めての判決でもある。

ところで、この森林法判決に関する評釈は既に多数にのぼる<sup>2)</sup>。しかし、その評価は多様に分かれており、一致をみていない。その中心論点は、積極目的・消極目的二分論をめぐるものである。経済的自由の規制、とりわけ職業選択の自由の規制に関する合憲性審査基準につき、最高裁は、既に小売商業調整特別措置法合憲判決（最大判1972年11月22日刑集26巻9号586頁、以

2) 21頁、判タ633号93頁。

2) 本判決は、共有分割の方法について従来の判例を変更した点で、民法上の観点からも重要な判決といえる。さらに訴訟法的観点からも、「民事訴訟における違憲審査・違憲判断のあり方、ないしは、私人間の民事紛争に適用される法律の違憲性の攻撃・防御方法の問題」（戸波江二「財産権の制限と違憲審査」樋口他著・考える憲法239頁（1989））が指摘されているが、ここでは憲法上の論点に関連すると思われる評釈のみ掲げる。小林武「経済的自由規制立法と最高裁判所」南山法学11巻2号（1987）、戸波江二「森林法共有林分割制限違憲判決」法学セミナー391号91頁（1987）、今村成和「財産権の保障と森林法186条」ジュリスト890号66頁（1987）、阿部照哉「共有森林分割制限違憲判決」法律時報59巻9号52頁（1987）、佐藤幸治「森林法共有林分割制限違憲判決と違憲審査基準」法学セミナー392号14頁（1987）、米沢広一「森林法違憲判決と最高裁」法学教室83号26頁（1987）、藤井俊夫「森林法186条本文の合憲性」判例評論346号35頁（判例時報1250号）（1987）、芦部信喜「憲法判例の動向と『二重の基準』の理論」・戦後憲法学の展開・和田英夫教授古稀記念論集（1988）、中村睦男「職業選択の自由」法学教室90号28頁（1988）、棟居快行「共有林の分割制限と財産権の保障」憲法判例百選I〔第二版〕162頁（1988）、戸波江二「職業の自由」芦部編・憲法の基本問題〔別冊法学教室〕240頁（1988）、戸波・前掲「「財産権の制限と違憲審査」234頁、柴田保幸「①森林法186条と憲法29条2項」〔最高裁判例解説〕法曹時報42巻5号123頁（1990）、工藤達郎「経済的自由の違憲審査」月刊法学教室123号39頁（1990）、辻村みよ子「8経済活動の自由——薬事法違憲判決と森林法違憲判決」樋口他著・憲法判例を通してみた戦後日本95頁（1990）。

下では72年判決という)および薬事法違憲判決(75年判決という)の二つの判決において審査基準を定式化してきた。そこで明らかにされた審査基準とは、「国民経済の健全な発達と国民生活の安定を期し、もって社会経済全体の均衡のとれた調和的発展を図る」ための積極的規制については「当該規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲」とする、いわゆる「明白性の原則」により審査される。これに対し、「社会生活における安全の保障や秩序の維持」といった消極的規制については「原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、」  
「職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職業活動の内容及び態様に対する規制によって右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」として、いわゆる「厳格な合理性」の基準により審査すべきことを明らかにし、営業の自由を規制する立法の合憲性判断基準としていわゆる「規制目的二分論」(以下「目的二分論」という)を採用したものと解されてきた<sup>3)</sup>。学説の大勢も、判例のこうした動向を積極的に支持し<sup>4)</sup>、「目的二分論」を営業の自由への規制にとどまらず、財産権への規制も含めて経済的自由を規制する立法一般に適用される準則とすべきであるとしてきた<sup>5)</sup>。しかし、一方で「目的二分論」については「その理論的根拠が明確でなく、また、その妥当範囲はきわめて狭く、それを適用するとかえって不合理な結論が導き出される場合が少なくないなど、論理的に欠陥が多い理論」<sup>6)</sup>であり、「不合理で不必要な議論」<sup>7)</sup>であるといった厳しい批判があるのも事実である<sup>8)</sup>。これに対し、「目的二分論」を支持する立場も、こうした批判を踏まえ、

3) 最高裁が、経済的自由の規制、とりわけ職業の自由の規制に関して目的二分論を採用したとする通説的理解に対して、薬事法判決は、「許可制にかぎってのもので、「経済的自由の規制」一般についてのものではない」とする批判がなされている。小嶋和司「営業の自由」法学教室9号11頁(1981)。

4) 例えば、佐藤功「薬事法違憲判決について」判例時報777号5頁(1975)、芦部信喜「薬局距離制限の違憲判決と憲法訴訟」ジュリスト592号14頁以下(1975)。

5) 例えば、佐藤功『憲法(上)』(新版)482頁(1983)、浦部法穂「経済的自由」大須賀明他・憲法講義(2)183頁以下(1979)。

6) 戸波「10節 経済と人権」憲法理論研究会編・現代の憲法理論207頁(1990)。

7) 戸波・前掲論文203頁。

また、現代の複雑で多様な人権状況に対処するために単純な「二分論」を廃し、それをさらに客観化、精密化する方向でこうした状況に答えようとしている<sup>9)</sup>。かように「目的二分論」について、学説の評価は分かれている。

また、最高裁は、営業の自由をめぐる合憲性判断の準則化には一定の努力をしてきたのであるが、財産権の規制立法の合憲性判断の準則化には見るべきものはなかった。最高裁は、初期においては、財産権を制約する立法の合憲性判断にあたり、「公共の福祉のため、当然これを受忍しなければならない責務を負う」（〔奈良県ため池条例合憲判決〕最大判1963.6.26刑集17巻5号521頁）とか、「右程度の不自由さは公共の福祉に適合する合理的な制限」（〔農地等の賃貸借の解約等の制限を規定した農地法20条の合憲性をめぐる判決〕最大判1960.2.10民集14巻2号137頁）、その他にも借地法合憲判決（最大判1962.6.6民集16巻7号1265頁）等において、何ら具体的な合憲性判定基準を示すことなく、「公共の福祉」概念の内容も、さらに根拠すらも明らかにすることなく、規制立法に何らかの「公共の福祉」の意味を見つけることさえできれば合憲とする結論を導く、抽象的「公共の福祉」論であり、「公共の福祉」が常に人権の価値に優先するとする先験的価値判断の立場にたっていた。昭和40年代以降になると、さすがに最高裁も説得性に乏しい抽象的「公共の福祉」論をとらなくなったが、目的二分論が準則化されたとされる75年の薬事法判決以降において出された財産権をめぐる判決においても、国有農地等の売り払いに関する特別措置法合憲判決（最大判1978.7.12民集32巻5号947頁、判時895号29頁）において、最高裁は、目的二分論を採用することなく、「合理性の基準」により判断すべきとしてきたのである<sup>10)</sup>。

8) 覚道豊治「薬事法6条2項,4項,(これらを準用する同法26条2項)と憲法22条1項」民商法雑誌74巻2号308~10頁(1976),戸波・前掲注2),注6)の諸論文の他,米沢・前掲注2)論文,棟居・前掲注2)諸論文他,同「営業の自由における違憲審査基準論の再検討」神戸法学雑誌35巻3号701頁以下(1985),同「財産権の制約根拠再考」公法研究51号120頁以下(1989),工藤・前掲論文41~3頁。

9) 芦部信喜「職業の自由の規制(五)・完」法学セミナー1979年12月号34頁以下。浦部法穂・前掲論文,その他本論文のⅣ.2.(2)で紹介する諸論文参照。

こうした学説、判例の動向の中で、今回の最高裁の森林法判決が出されたわけである。しかも、第一審、控訴審とほとんど注目されることもなかった本事件が、上告審判決でにわかに注目を集めることとなった。その理由は、最高裁としては数少ない違憲判決であったこと、財産権に関する従来の判断基準を変更し、財産権規制立法の合憲性判断基準を相当詳細に明らかにしたこと、そしてなによりも、先例として75年の薬事法判決の法理を引用したことにより、——それはまた72年の小売商業判決の法理が前提となることを意味する——財産権と「目的二分論」の関係が問題となった、といった点にある。しかし、そこで示された法理は、先の二つの判決で示されたほど明解ではなかった。とりわけ、最高裁自らが職業の自由に関して提示してきたとされる「目的二分論」、それが経済的自由規制の一般的審査基準として「財産権」の分野にも及ぶのか<sup>10)</sup>、そもそも本件は「目的二分論」を採用したといえるのか否か、という点で判旨は多様な評価を受けることとなった。この点をめぐって学説は多岐にわかれたのである。

そこで本稿は「目的二分論」に焦点をあてながら、本判決（最高裁法廷意見）が、財産権規制立法の判断基準としても「目的二分論」を採用したのか否か、あるいは、他の判断基準を用いたのか。最高裁はいかなる法理を採用したのか。さらに、従来の違憲審査の基準との関係をどのように理解すべきなのか。そもそも学説が指摘するように、従来の判例は経済的自由規制立法の判断基準として「目的二分論」を採用したといえるのか。最高裁は「目的二分論」をどのように位置づけているのか。諸学説（評釈）の整理・検討を試みながら、本判決の意義と展望をさぐることにする<sup>11)</sup>。

10) この判決で、最高裁は、変更された法律が公共の福祉に適合するか否かの点について、「いったん定められた法律に基づく財産権の性質、その内容を変更する程度、及びこれを変更することによって保護される公益の性質などを総合的に勘案し、その変更が当該財産権に対する合理的な制約として容認されるべきものであるかどうかによって、判断すべきである。」（最高裁昭和48年（行ツ）大24号，最大判1978年7月12日，民集32巻5号949頁。）と判示した。

11) 野中俊彦「営業の自由と距離制限」法学教室131号38頁（1991）。

## II. 事実の概要

まず、本判決で争われた事件の概要から述べることにする。

静岡県の林業経営者である原告X（弟）と被告Y（兄）は、昭和22年に、父親から山林約104ヘクタールを生前分与されたが、昭和40年にYがXの意見を無視して山林の立木の一部を伐採処分したことから両者の信頼関係が崩れ、このためXはYに対して自分の持分（二分の一）の分割を求めたが、拒否されたため、本件山林の持分権に応じた分割と立木伐採による持分権侵害を理由とする損害賠償を求めて提訴したものである。

民法256条1項は「各共有者ハ何時ニテモ共有物ノ分割ヲ請求スルコトヲ得但五年ヲ超エサル期間内分割ヲ為ササル契約ヲ為スコトヲ妨ケス」として、共有者による分割請求を原則として認めている。ところが、森林法は、共有分割に対する例外として、その186条で、「森林の共有者は、民法……第256条第1項の規定にかかわらず、その共有に係る森林の分割を請求することができない。ただし、各共有者の持分の価額に従いその過半数をもって分割の請求をすることを妨げない。」として、二分の一以下の持分に基づく分割請求を、その面積のいかににかかわらず禁止している。そこで、Yは、森林法186条を根拠としてXの分割請求は許されないと主張したのに対し、Xは、同条本文は、憲法29条財産権の保障に違反し無効なものであるとして争った。

第一審、第二審とも、Xの損害賠償の請求は認めたが、共有森林の分割請求については、森林法186条本文は憲法29条に違反するものではないとして、原告Xの請求を斥けた。これに対して、Xは、原審の上記判断は憲法29条の解釈適用を誤ったものであるとして、上告した。

本件で問題となっている森林の分割禁止を定めている森林法186条の沿革

---

12) 財産権規制立法の審査基準以外の点で、本判決の憲法解釈上の特徴ないし意義として挙げられるのは、第一に、憲法29条の解釈に関し、「私有財産制度の保障」と「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」として、通説を採用したこと。（佐藤（幸）・前掲注2）15頁，阿部・前掲注2）52頁。）第二に、財産権の規制に対する憲法29条2項の規定に基づく違憲審査基準を明らかにした初めての判決でもある。

をながめてみると、わが国で森林法がはじめて制定されたのが1897年（明治30年）で、森林法186条の分割禁止規定は、入会林＝部落共有林の分割防止を目的として、1907年（明治40年）の改正法で付け加えられたものである。旧法改正当初の意向としては共有森林の分割を全面的に禁止する方針であったものが、それではあまりに厳しすぎることから、共有持分価額の過半数をもって分割請求を可能とするべく改められたと言われている<sup>13)</sup>。現行森林法186条の規定が旧法から受け継がれるにあたって、森林の土地所有や経営形態について特別の定見があったわけではなく、当時部落共有林の細分化を防止する必要があったことと、この規定を削除すべき事由もなかったという消極的な理由から<sup>14)</sup>、現行の森林法（1951(昭26)年6月26日制定法律249号）にそのまま受け継がれたということである。

森林法186条の合憲性を争った先例としては、津地方裁判所の1953年5月22日判決がある<sup>15)</sup>。同法186条は憲法11条、29条に違反するとの原告の主張に対し、裁判所は、186条が設けられた趣旨は「一般の共有物の如く共有森林についてもこれを自由に何時でも分割し得るものとすれば必然的に森林は細分化され小団地となり森林の公の立場よりする合理的経営ができ難くなって森林法の主眼とする森林の保続培養及びその生産力を増進して国土保全と国民経済の発展に資せんとする目的が阻害される虞れがあるから右目的を達成する為、分割を制限し森林の細分化を防ぐにありしかも同条は森林の共有持分の処分権を奪うものでないから森林の共有者はその持分の譲渡その他の処分はこれを自由になし得るばかりでなく同条による分割の禁止も絶対的なものでなく持分の過半数による請求に対しては分割を許容しているのであるから森林共有者が蒙る斯る程度の不利不便は森林法の究極の目的とする公共の福祉により視て忍容すべきである。尤も同条は各共有者の持分の価額の過半数による場合は分割を認めていながら本件の如く持分平等なる場合にこれ

13) 中尾英俊「共有林分割制限の違憲性」ジュリスト890号75頁（1987）。

14) 中尾・前掲76～77頁。

15) 津地裁昭27（ワ）第116号1953.5.22下級民集4巻5号752頁以下。

を認めないことになるが同条は森林の細分化を防止することを目的とするものであるものの一面出来得る限り私人の財産権を尊重する意味から公共の福祉と私権の尊重との二者の調節を図ったものでその調節線を各共有者の持分の価額の過半数に置いたものと解すべく要するに同条は前示憲法の諸法の諸条項に違反する」ものではないとして合憲の判断を下している。

### III. 判決の要旨

本判決は、12名の裁判官の多数意見により、森林法186条は憲法29条2項に違反するとの判断を示したが、他に、坂上、林両裁判官の補足意見、大内裁判官の少数意見（高島裁判官同調）、香川裁判官による反対意見が示されている。以下順に憲法論として展開されている部分につき、その要点を判決の論旨構成にそって要約する。

#### 1. 法廷意見

(1)「憲法29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とともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至ったため、立法府は公共の福祉に適合する限り財産権について規制を加えることができる」。

(2)「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり立法府が社会全体の利益を図るために加える規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうる。したがって、財産権に対して加えられる規制が憲法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、性質および制限の程度等を比較考量して決すべきものであるが、裁判



所としては、立法府がなした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、立法の規制目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉の合致しないことが明らかであるか、又は規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制目的が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができる。」。

(3)「共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、右のような公益目的を果たすものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分権の処分の自由とともに、民法において認められるに至つたものである。

したがって、当該共有物はその性質上分割できないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法29条2項にいう公共の福祉に適合することを要するものと解すべきところ、共有森林はその性質上分割することのできないものに該当しないから、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定している森林法186条は、公共の福祉に適合するものとはいえないときは、違憲の規定として、その効力を有しないものというべきである。」

(4)森林法186条の立法目的は、同法1条に規定する目的をも考慮すると、「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もって国民経済の発展に資することにある」と解され、同法186条の立法目的は「公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない。」

(5)「森林法186条が共有森林につき持分価額の二分の一以下の共有者に民法256条1項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法186条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないこと

が明らかであって、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものである……したがって、同条は、憲法29条2項に違反」する。

## 2. その他の補足・少数意見

〔坂上裁判官の補足意見〕は、後述の香川裁判官による少数意見への反論として述べられたもので、「森林法186条は、ほんの一握りの森林共有体の経営の便宜のために、すべての森林共有体の、しかもそのうちの持分二分の一以下の共有者についてのみ、その分割請求権を奪うという不合理を敢えてしていると結論せざるをえない」として、同法186条による共有林の分割制限が森林経営の実態からみて合理性がないことを指摘する。

〔大内裁判官の少数意見・高島裁判官同調〕は、持分価額の二分の一以下の分割請求権を禁止する森林法186条のかかる規制は、「憲法上、経済的自由の一つである財産権の制約にあたる。」「経済的自由の規制立法には、精神的自由の規制の場合と異なり、合憲性推定が働くと考えられ、……立法府の判断がその合理的裁量の範囲にとどまる限り、これを尊重すべきものである。」そして、「積極的規制を内容とする立法については、当該規制措置が規制の目的を達成するための手段として著しく不合理で裁量権を逸脱したことが明白な場合でなければ、憲法29条2項に違反するものということとはできない」と積極・消極二分論を採用した上で、本件のような二分の一未満の持分権者の分割請求を禁止している部分については、憲法29条2項に違反するものではないが、持分価額が二分の一の共有者の分割請求の禁止は、「著しく不合理で立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白である」との理由で違憲の結論を導いている。

## 3. 香川裁判官の反対意見

これに対し、〔香川裁判官の反対意見〕は、「共有物分割の請求をいかなる要件、方法、態様等により認めるべきかあるいは制限すべきかの立法は、経済的自由の規制に属する経済的政策目的による規制」であるから、「立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものでなければ、これを違憲と断ずべきではない」としながらも結論において大内意見とは反対に「森林

法 186 条は、その立法目的において公共の福祉に適合するものであることは明らかであり、その規制内容において必要性を欠く甚だしく不合理で、立法府の裁量権を逸脱したものであることが明白なものとは到底解することができないから、憲法 29 条 2 項に違背するものとは断じ得ない」として、合憲の判断を下した。

#### IV. 本判決の法理に対する諸説

##### 1. 視点の整理

本判決の法廷意見は、72年小売商業判決、75年薬事法判決の2つの判決を通じて準則化されたといわれる「目的二分論」を本件の場合にも適用したのか否か。勿論「目的二分論」を適用したと解するにしても、大内少数意見（高島同調）が法廷意見に対する立場から少数意見を展開していることから明らかなように<sup>16)</sup>、積極目的⇒「明白性の原則」、消極目的⇒「厳格な合理性の基準」の公式をカテゴリーカルに適用する、典型的な目的二分論を適用したものではないことは明らかである。

この点は以下で述べるいずれの学説（評釈）も一致するところといえる。その根拠としては、第一に、判決は、森林法 186 条の目的は、「森林の細分化防止」により、「森林経営の安定を図り、……もって国民経済の発展に資することにある」と解しているが、この目的が消極・積極目的のいずれに該当するのか明言せず、目的規制の類型化に基づく審査基準を示していないこと。第二に、森林法の目的がかようなものであるとすれば、むしろ72年判決が踏襲されて「積極目的規制」に分類され、審査基準としては「明白性の原則」が適用されることになるが、そうした立場をとらず、75年判決を引用し

---

16) 香川反対意見が、「目的二分論」を採用したのかどうか。芦部説、今村説および棟居説は「目的二分論」を採用したとしている（それぞれ前掲・注2）の各論文芦部268頁、今村68頁。棟居163頁）が、それが目的二分論を適用した結果としての「明白性の原則」なのか、それとも、単純に経済的自由の規制でしかも政策目的による規制の場合は、立法府の広範な裁量が認められ「明白性の原則」が適用されるとするのか、必ずしも明確でない。香川意見の論調からは、少なくとも「目的二分論」を積極的に採用しようとする姿勢は伺えない。

て規制の「必要性・合理性」が厳格に審査されたこと。第三に、大内少数意見に代表されるように、「目的二分論」に立った反対意見が存在することそのことが、法廷意見が（典型的な）「目的二分論」に立たなかったことのないよりの反証といえよう。

それでは、典型的で厳格な「目的二分論」は採らなかったが、「目的二分論」の基本的な枠組みは維持したとする立場、いわば目的二分論の精緻化ないし拡大と捉える立場である。——ここではとりあえずこれを「緩やかな目的二分論」ということとする——本件法廷意見は、この「緩やかな目的二分論」に依拠し、将来もそれを踏襲するとみるべきなのか、それとも、財産権に関しては、目的二分論の採用をもはや断念したとみるべきなのか。以下においては、この意味での「緩やかな目的二分論」を念頭におきながら、本判決をめぐる論者（評釈）の見解を紹介し、本件判決の法理を明らかにしたい。とりあえず、本件についての論者の見解を、①目的二分論の枠組を基本的に維持しているとする説、②目的二分論の排除説、③比較考量説、④判断留保説、の四つのカテゴリーに類別化して諸説を整理することとしたい。

## 2. 学説の評価

### (1) 「目的二分論」の枠組を基本的に維持しているとする説

#### a. 芦部説

はじめに検討されるのは、法廷意見は基本的に「目的二分論」を維持する立場にたち、規制目的の種類や態様、さらに規制される人権の種類や性質に応じて弾力的に捉える見解であり、「目的二分論」の展開ないし精緻化とみなす立場である。この見解の代表的論者としてはまず芦部説があげられる。

芦部説は、まず、「財産権の規制についても、「二分論的思考の両極」つまり職業の自由に関する四七年判決と五〇年判決のパターンが適用される可能性を、今回の森林法判決は排除していないと考える」<sup>17)</sup>とする。具体的に、本件判決法廷意見の立場を説明してつぎのように述べる。「多数意見が積極

17) 芦部・前掲・注2)「憲法判例の動向と「二重の基準」の理論」279頁。

目的規制と消極目的規制の区別それ自体を決して否定しているわけではない」が、それにもかかわらず「多数説の立法目的の解釈が明確を欠く」理由として、今回の森林法 186 条のケースは、「規制の沿革と実質を考えると、積極的規制と言い切れない、むしろ消極的規制の要素が強い、と判断したためではなからうか」<sup>18)</sup>。その結果、「多数説は純粹の積極目的規制以外の規制を主として念頭に置いて書かれたもので、本件ではそれが「厳格な合理性の基準」として具体的に適用されている、と解されるからである」<sup>19)</sup>と捉え、結局、森林法違憲判決の多数意見は、「50年の薬局判決型のものではないか」<sup>20)</sup> という結論を導いている。

そして、「社会国家」の理念と結びつく純粹の積極目的規制の場合のみに「明白性の原則」の適用を限定することが妥当であり、本判決の「最大の特徴ないし意義」も積極目的規制を限定的に捉えたという点にある、という見方も成り立つのではなからうか<sup>21)</sup>、という。いわば、目的二分論の適用の限定化ないし純化である。本件のケースは、こうした限定化ないし純化された目的二分論からすると、その枠組みからは外れた、例外のケースということになる。しかし、だからといって目的二分論が排除されたわけではなく、基本的に維持されているとする。

ここで芦部教授の念頭に理解されているところの「目的二分論」は、上述のようなカテゴリカルで「厳格な目的二分論」にあるのではない。規制目的の類型論を基調としながらも、規制目的による類型化だけでなく規制の態様や規制の対象をも考慮すべきであるとする理解に立ち、極めて洗練された「目的二分論」に立っている。すなわち、「積極目的と消極目的という規制目的のみによって公権的規制を二つに類型化することには限界があるので、規制の目的だけでなく態様をも考え合わせた方が望ましいし、また、規制対象がもっぱら人の生命・健康に関わるような、いわば司法判断に原則として

---

18) 芦部・前掲268～9頁。

19) 芦部・前掲278頁。

20) 芦部・前掲277頁。

21) 芦部・前掲279頁。

なじまないものかどうか、という点も考慮しなければならない場合も出てくる」「二重の基準」の理論といっても、その骨組みに種々の肉付けをしないと、実際には十分に機能し得ない<sup>22)</sup>として、規制目的の種類だけから単純に結論を導き出そうとするのではなく、規制の態様や時には規制の対象をも考慮すべきことを主張しているのである。芦部説の目的二分論への積極的理解の根底には、なによりも目的二分論が「違憲判断の基準を準則化するための重要な一つの基本的な枠組を提供する」<sup>23)</sup>ものであるという根本的認識がある。

#### b. 今村説

今村説も、本判決は二分論にもとづく少数意見が存在することなどから「二分説を取っていないようにも思われる」が、積極・消極目的が指摘され、その立法目的に応じた「比較考量」が要求されているのだから、趣旨としては、別段、先例の敷いたルールから逸脱したものではないであろう<sup>24)</sup>とした上で、これまでの例は経済的自由への行政的介入を目的とし、これに（行政的介入）対し裁判所は二分論の立場を示したが、本件の「森林法186条の規定は、森林経営の安定を図るために、財産権の行使を法的・一般的に直接規制するものなので、経済政策的目的を持つものとは言え、寧ろ消極的な現状維持を狙いとするものといってよく、この二分法がうまく当てはまる場合でもないようである」。「判旨が、一応明白説を取りながら、その必要性について詳細な検討を加えているのもそのためと言ってよい。とすれば、ここにいう「明白」とは、司法審査に当たって立法府に対する礼讓的表現にとどまるのであろう<sup>25)</sup>と述べ、本件が基本的には二分論に乗りながらも、第一に、本件の場合は行政的介入でなく、財産権行使への法的・一般的な直接的規制であり、第二に、消極的な現状維持を狙いとするもの、との理由から、

22) 芦部・前掲265～266頁。別の論文でも、「規制目的による規制方式の類型化には、……限界があるので、……規制態様による類型化の考え方……を加味することが、妥当であろう。」と述べている。芦部・前掲・注9)「職業の自由の規制(五)・完」35頁。

23) 芦部・前掲注9)「職業の自由の規制(五)・完」35頁。

24) 今村・前掲注2) 69～70頁。

25) 今村・前掲注2) 論文70頁。

二分論がうまく当てはまらないケースであるという。

c. 藤井説

つぎにあげられるのは藤井説である。藤井説も基本的に「目的二分論」に則して本判決を捉えようとしていることは明らかである。まず、本件の規制目的が積極・消極のいずれに分類されるのかという点に関し、森林法186条による規制目的が、典型的な消極目的規制でないことは確かであるとしても、だからといって典型的な積極目的規制に分類されるものともいえない、とした上で、「積極規制立法には各種の類型があるが、立法府の裁量権を尊重すべき理由は、本来それぞれに異なっているのである。」したがって、「緩やかな審査基準の採用というのは、単に規制目的が積極か、消極かということだけによって定まるというのではなく、その規制の本質が緩やかな審査基準を要請する場合にはじめてそうあるべきなのである」<sup>26)</sup>として、積極目的規制であるからといって直ちに緩やかな審査基準を適用すべきでなく、規制の本質が要請する場合にはじめてそうすべきであるとして、画一的な「明白性の原則」の適用を排している。こうした認識を踏まえて、本件規制の場合には、「森林法が一定の形で森林の保護・育成をはかるという政策的積極目的を設定すること自体が「公共の福祉」に反しないとしても、同時に、なお、できる限り規制を受ける側の財産権の保障についても配慮すべきであると主張することは、その立法目的と本質的に矛盾するものではないからである。したがって、この規制においては、基本的には、その目的達成のためにどのような規制をするかについて立法府の政策的判断に委ねられるべき部分が少なくないとしても、なお、その手段の合理性についての要求は、例えば右の経済的弱者保護立法の場合よりも強いと考えることもできるのである。その意味では、この規制はいわば典型的な積極規制と消極規制との中間に位置するものとみることができよう。そして、そのように見た場合には、多数意見が、この規制が消極規制と積極規制とのいずれにあたるかを明示しなかったことも理解しうるし、また、その審査基準として、あえて「著しく不合理」

26) 藤井・前掲・注2) 論文183頁。

という表現を用いなかったことも正当となしうることになるろう」<sup>27)</sup>。その結果、多数意見は72年判決（小売商業判決）のいわゆる「明白性の原則」ほど「緩やかでない」より厳しい審査基準を採用したと理解すべきである。「経済規制立法には、このように消極規制と積極規制との中間に属するような規制ないしは、両者の性格が複合的に内在するような規制が少なくない。私は、この種の規制については、消極規制立法に関する厳格な審査基準を原則としつつ、その性格に応じてその基準を適宜緩やかにする方向で検討してゆくべきであると考えている。……その意味でも判旨は妥当であると考えている。」<sup>28)</sup>として、多数意見の立場を積極的に支持している。

本件を「中間に位置するもの」とする藤井説の前提には、つぎのような目的二分論への理解がある。すなわち、一方において、積極目的規制＝緩やかな審査基準の適用をできる限り限定化すること<sup>29)</sup>。他方、いわゆる積極・消極の「中間に位置するもの」あるいは「両者の性格が複合」するものについては「消極規制立法に関する厳格な審査基準を原則としつつ、その性格に応じてその基準を適宜緩やかにする方向で検討してゆくべき」<sup>30)</sup>とする。本件判決への評釈もこうした認識の上に位置づけられているといえる<sup>31)</sup>。

そうであるとする、藤井説の目的二分論は、積極目的の中の「中間に位

27) 藤井・前掲183頁。

28) 藤井・前掲183頁。

29) 藤井俊夫『憲法訴訟と違憲審査基準』所収の「第五章 経済規制立法と違憲審査基準」は、積極目的の規制立法による「緩やかな審査基準の適用が不必要に拡大されぬようにその範囲を限定して、裁判所による人権規制立法に対する審査を十分機能させるために、まず、緩やかな審査が行われるべき範囲を画定し、次に、経済規制立法における厳格な違憲審査基準の基本的なあり方について、……検討を加える」（143頁）とする方向で、経済規制立法における「二重の基準」論を精緻化している。

30) 藤井・前掲・注2) 論文183頁。

31) 藤井説は、目的類型において積極目的と消極目的の他に「中間に位置する」グラデーション部分——そこには「中間に位置するもの」の他に「両者の性格が複合するもの」も含み入れているが——を認めることから「三分論」であるとする論者もあるが（戸波・前掲・注2）「職業の自由」248頁），違憲審査基準において、この中間部分に消極目的規制における「厳格な審査基準を原則」とし、審査基準は二類型であるから、やはり基本的に「二分論」に立っていると見るべきであろう。



置するもの」と「両者の性格が複合するもの」については「厳格な審査基準を原則」とするという点で、72年、75年両判決で理解されている判例理論とは、異なったものであり、この度の森林法判決がこのような形で判例理論の変更をなしたとみるべきなのか。それとも目的二分論の延長として、中間部分について初めての事例とみるべきなのか。

その際、藤井説は、何を基準として「中間に位置するもの」と捉えるのか。規制目的を類別した結果としてなのか、それとも規制を受ける財産権の保障への配慮の結果としてそうであるとしたのか、藤井説では審査基準の導出が規制目的の類型だけでなく「規制の本質」によって決まるとする。この場合の「規制の本質」が何を意味するのか必ずしも明確ではないが、評釈の論旨展開からすると規制を受ける財産権の保障への配慮に力点が置かれているように読める。そうであるとする、規制の目的が積極か消極かを定めるにあたり規制を受ける権利の保障に配慮することにより、その類型が区別されるものとも思われない。また、目的類型だけの評価で「中間に位置するもの」と捉えたのであるとすれば、藤井説によれば、中間類型は「厳格な審査基準」の適用を原則として、適宜緩めてゆくことになるのであるが、「財産権の保障への配慮」はこの場合の緩める方向での変数として働くことになるのであろう。こうした意味での「目的二分論」は、準則を精緻化するという点で多いに高く評価できるものの、果たして本件多数意見が採ったといえるのか、疑問がある。

#### d. 小林（武）説

小林説も、最高裁が営業の自由の規制立法の合憲性判定基準として、72年、75年の両判決において打ち立てた準則を、本件森林法事件の多数意見が——その踏襲の仕方には問題があるものの——踏襲したとする見解に立つ。小林説は、本判決を75年判決と対比しながら、本判決は、75年判決のような審査基準の種差に着目する方法を採ることなく、したがって、森林法186条についても、その規制目的が両者のうちいずれかであるかにかんして明確な説明をしないままに、一般的に立てた基準をあてはめている<sup>32)</sup>、と指摘する。

「薬事法判決に依拠するのなら、二種類の審査基準、つまり経済的自由規制立法にかんする一元的でない判断枠組が採られるべき」<sup>33)</sup> で、こうした点で若干の問題はあるにしても、本件森林法判決は、72年、75年判決で示されてきた営業の自由に関する規制立法の合憲性判定基準の到達点を「参照」して、その論理を財産権規制立法のケースにそのままあてはめたのである<sup>34)</sup>、とするのである。

多数意見が、森林法の規制目的を積極目的に分類しながらも「厳格な合理性の基準」を適用した理由を、小林説はつぎの点に求めている。一口に「積極規制」といっても、その目的や態様により多様である。本件森林法の規制は、典型的に捉えると、①利用者等の便宜ないし保護という観点が含まれない「積極規制の趣旨を、当該法令の名宛人の経営の保護の側からのみ認めるもの」で、②「専ら積極的規制を目的とするもの」で積極規制・消極規制の両趣旨を併存させるものではない、③政策目的が具体化されておらず、「結局は「経済の発展」といった大状況目的しか有していないもの」にあてはまる<sup>35)</sup>。「この後者は、弱い政策目的しかもたないために、前者よりも厳しい基準が用いられてもよいであろう。本判決が、一応、明白性の原則を採って合理性基準に則りながら、単なる合理性の基準よりやや厳しく審査をおこなった事情のひとつは、ここにあるかもしれない」<sup>36)</sup> として、結局、政策目的が薄弱である点に求めている。

さらに最高裁を批判して、「係争法律が、既存業者の狭い営業利益を守るためのものであったり（薬事法）、明治40年制定という古い法律であったり（森林法）で、合理性に乏しいものであったことが指摘できるのであるが、このように違憲の指弾を免かれ難い法令が俎上にのぼった機会をとらえて出された違憲判決には、経済政策に対する最高裁の一定の観点が示されている

32) 小林・前掲注2)「経済的自由規制立法と最高裁判所」135～137頁。

33) 小林・前掲138頁。

34) 小林・前掲140頁。

35) 小林・前掲141～142頁。

36) 小林・前掲142頁。

ように思われる。……市民的自由の根幹にある精神的自由の保護には非好意的な態度を示す状況のなかで営業の自由や財産権の保障一般を強く打ち出すことは、結局、強者の経済的自由を厚く遇することを意味する」と、その姿勢のイデオロギー性を指摘している。

以上のような小林説の判決評価の視点は、本判決（多数意見）が75年判決を引用している以上、当然に二分論の枠組において「より個別的でキメの細かい判断枠組を設定することが望まれた」<sup>37)</sup> のではないかとするのであるが、それは、72年、75年判決が二分論の立場に立っていることが前提となった議論である。しかし、本判決が75年判決を引用しているにもかかわらず二分論を採用していないということは、その前提を疑ってみる必要があるのではないのか。本判決を二分論という枠組を当然の前提としてしまうと、本判決、さらには75年、72年判決の法理を見誤ることになるのではないのか。さらに、「厳格な合理性の基準」を採った理由が政策目的の弱さに求められているが、政策目的が弱いとなにゆえ「厳格な合理性の基準」となるのか、その理由が示されていない。また、そもそも森林法の立法目的を「経済の発展」に求めてよいのか。本件森林法の規制目的は、「森林の細分化防止→森林経営の安定→森林の保続培養と森林の生産力の増進→国民経済の発展に資する」にあり、この目的が政策として弱いとはたして言いうるのか、疑問なしとしない。

## (2) 「目的二分論」不採用説

これに対して、本判決（多数意見）は、「目的二分論」を採用しなかったと捉える立場として戸波説、米沢説、棟居説があげられよう。

### e. 戸波説

まず戸波説は、本判決を捉えて、「①判旨の冒頭で積極目的・消極目的の区分が一般的に言及されるにとどまり、②森林法186条の立法目的とされる「森林経営の安定」は積極目的に近いにもかかわらず、規制の必要性・合理性がかなり厳格に審査され、③違憲判断の実質は立法事実論に拠ったこと、

37) 小林・前掲141頁。

などからして、判決は積極目的・消極目的区分論に依拠しなかったと解される<sup>38)</sup>とし、二分論を採らず、「規制目的の「公共の福祉」相当性、規制手段の必要性・合理性について、具体的事情を比較考量しつつ立法事実を検証する方法を採った。」すなわち、「立法の必要性・合理性をいわゆる「立法事実」に照らして審査する方法<sup>39)</sup>に拠ったものであること。その上で、二分論を採用しなかったことを積極的に評して、「積極目的・消極目的区分論には、その区分に対応して違憲審査基準を区別することが基本的に妥当か、どちらにもあてはまらない多くの規制の処理をどうするからなどの問題がある。総じて積極目的・消極目的区分論のカテゴリッシュな適用よりも、立法事実の検証こそが重要であり、その意味で、本判決の論理には賛成できる<sup>40)</sup>とする。

多数意見がいわゆるカテゴリッシュな二分論を採らなかったことは、既に述べたように確かなことであるが、そもそも財産権規制立法に関しては、二分論の基本的な枠組まですべて放棄し、立法の必要性・合理性を検証する「立法事実論」に拠ったものといえるのか。判旨が75年判決の一般論を参照として引用していることをどのように解するのか。戸波説によれば、72年、75年の二つの判決で、最高裁の「消極目的・積極目的区分論」が確立したと捉えているが<sup>41)</sup>、この関係はどのように説明されるのだろうか。戸波説が指摘するように、二分論については問題が多いことは確かであり、また、本判決が薬事法判決と並んで詳細に立法事実を検証しており、立法事実の検証が

38) 戸波・前掲・注2)「森林法共有分割制限違憲判決」91頁。同旨、戸波「[15] 財産権の制限と違憲審査」樋口他著・考える憲法249頁。他の論文で、二分論を採らなかった理由を説明して、「積極目的・消極目的区分論によっては、妥当な結論が導かれないという前提から、当該区分論にあえて依拠しなかったと考えられる……積極目的・消極目的区分論にこだわらずに、立法事実論を中心にして財産権規制立法の合憲性を判断していくという方法は十分評価できる」とし、「経済的自由に関しては、すべて「合理性」の基準に拠って、規制の必要性・合理性を立法事実に基づいて検証していくことこそが必要かつ十分」であると主張する。」と述べている。戸波・前掲・注2)「職業の自由」245、248頁。

39) 戸波・前掲書『考える憲法』239頁。

40) 戸波・前掲「森林法共有分割制限違憲判決」91頁。

41) 戸波・前掲「職業の自由」241～242頁、246～247頁の注9)。

重要であるとする主張に異論はないものの、果たして本件多数意見が「必要性・合理性」の立法事実論のみを採用したといえるのか、そう断定するには本判決はあまりに多くを語っているように思われるのだが。

f, 米沢説

法廷意見が、「目的二分論」を採用しなかったとする見解として、つぎにあげられるのが米沢説である。米沢説によれば、判決は、「財産権についても、積極規制と消極規制があることを明示しているが、両者で審査基準が異なるか否かについては、直接言及していない。しかし、(i)小売商業調整特別措置法合憲判決での審査基準とも異なり、薬事法違憲判決での審査基準とも必ずしも同一でない審査基準が、用いられている。(ii)従来の区分論によれば積極規制とみなされうる本件において、積極規制の事例である小売商業調整特別措置法合憲判決が引用されずに、逆に、消極規制の事例である薬事法違憲判決が引用され、かなり厳格な審査がなされている。(iii)薬事法違憲判決は、狭義の職業選択の自由についてのみ限定的に積極—消極目的区分論を導入する趣旨であり、この区分論を経済規制のすべてに一般化する意図はそもそも有していなかった、と解しうる余地がある、等の点からして、法廷意見は、財産権の規制については積極—消極目的区分論を導入しない趣旨であると解しうる。」<sup>42)</sup>そして、こうした法廷意見の立場を積極的に評価して、「財産権の内容およびそれへの規制態様が実に多様であるため、財産権の規制の場合、「積極規制」—「消極規制」というふうにカテゴリーカルに二分化するのに適しておらず、また、経済的自由のサブカテゴリーとして職業選択の自由と並列的に論ずることが、必ずしも適切ではない側面があるからである」との理由を示している<sup>43)</sup>。さらに米沢説は、本件法廷意見を財産権の規制に関する最高裁判例の流れに位置づけて、手段審査においてかなり厳格な審査を行っているなど異なる点もあるが、「(i)当該財産権の内容、規制態様に焦点をあてた分析を行っている、(ii)積極—消極規制で審査基準をたがえるのではな

42) 米沢・前掲・注2)「森林法違憲判決と最高裁」27頁。

43) 米沢・前掲27頁。

く、すべての場合に「合理性」の基準という単一の審査基準を適用するとの態度を示している」等の点で、従来の判決と共通点も多いことを指摘している<sup>44)</sup>。

米沢説が指摘するように、法廷意見が「当該財産権の内容、規制態様に焦点をあてた分析を行っている」という点は、本件の法廷意見の立場を理解する場合にもう少し強調されてもよい点ではなからうか。しかしだからといって、法廷意見が、財産権に関しては目的二分論を断念し、職業の自由の規制立法と異なる審査基準を採用し、「合理性」の基準という単一の審査基準を適用したものといえるのか。法廷意見が、——目的の多様性を指摘するためのレトリックの観がなきにしもあらずであるが——財産権の規制目的についても積極目的と消極目的という二分論的発想を示していること。さらに、一般論として職業の自由が問題となった75年判決を引用していること。しかも、75年判決は、本判決が財産権の多様性に言及しているのと同じく、「職業」の「種類、性質、内容、社会的意義及び影響」および規制態様の多様性に言及していること<sup>45)</sup>、さらに本件法廷意見が財産権を職業の自由と積極的に区別する様子はみられないこと。これらの理由から、法廷意見が財産権につき目的二分論を放棄して、単一の合理性の基準を採用したと断言できるかはなお疑問である。

なお、米沢説は、財産権への適用に限らず、職業選択の自由への目的二分論の適用についても疑問を呈している<sup>46)</sup>。

#### g. 棟居説

同じく本判決が「目的二分論」を採らなかったとし、さらにその不採用を積極的に支持する見解として棟居説がある。棟居説はつぎのように捉える。

本件の規制目的はまさに積極的政策的規制に他ならない。目的二分論に従

---

44) 米沢・前掲27頁。

45) 森林法と薬事法判決との一般論での相違点としては、後者が、職業の自由が精神的自由と比較して公権力による規制が強いとする、いわゆる「二重の基準」論に言及している点と、積極目的規制の中に「国民経済の円満な発展」という規制目的を含んでいた点、の二点である。

46) 米沢・前掲27頁。

えば、手段審査基準として明白性の原則であるべきだが、多数意見は、積極規制・消極規制という類型化を行わず、また、手段審査においても規制類型とは無関係に「必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかである」としていることは、むしろ引用どおり50年判決の必要最小限度の基準に近い一種の合理性の基準であるように思われる。要するに多数意見は、財産権規制立法の分野で営業の自由における二分論を適用せず、規制類型にもとづかない単一の厳格な審査基準をうち立てたのである<sup>47)</sup>。

その上で、「二分論」を採用しなかった理由をつぎのように述べている。  
①財産権の内容および規制の多様性ゆえに、範ちゅう的二分論は財産権保障には適さない。むしろ「必要性と合理性」といった大枠の中で、個別事例ごとの「比較考量」を重ねてゆくしかない。②もともと財産権規制の分野ではこれまでも単一の審査基準がとられてきた。③営業の自由の二分論に対しても、論理的、イデオロギー的に様々の批判が加えられている。④本件事案は規制法が古く明治期の制定であり、範疇的二分論よりも立法事実の厳密な検証が特に必要であった。⑤本件規制は消極的な現状維持をねらいとする政策的規制であり、二分法がうまくあてはまらない<sup>48)</sup>。ただ、こうした理由からだけでは、多数意見がなぜ一種の厳格な合理性の基準を選んだかわからない。その理由として、「単独所有こそが原則的所有形態であり、共有は可及的に解消されるべきであるという多数意見の所有権思想が、本件規制の審査に際して違憲性の推定を働かせ、厳格な基準をもたらした最大の要因であるとみるべきであろう<sup>49)</sup>、と単独所有を原則形態と認識する多数意見の所有権思想に求めている。

---

47) 棟居・前掲注2)「共有林の分割制限と財産権の保障」163頁。棟居説は、本件が単一の審査基準論をうち立てたと解するが、「審査基準を全面的に放棄して立法事実論で代用することはできない。……結局、財産権をその機能に照らして細かく類型化すると同時に、その機能を規制目的と個別に価値考量してゆくべき」(棟居「第二九条」佐藤幸治編・要説コンメンタール日本国憲法(1991)182頁)であると、財産権と規制目的の類型化を前提とした比較考量を提唱している。

48) 棟居・前掲163頁。

49) 棟居・前掲163頁。

### (3)「比較考量」説

#### h. 阿部説

阿部説は、本判決が立法事実を重視したとみる点で、(2)二分論不採用説とすべき面もあるが<sup>50)</sup>、規制目的による類型を積極的に排除しているとは捉えておらず、総合的な比較考量の重要な一要素と捉えているので、ここでは取り合えず比較考量説に分類する。

阿部説は、まず、最高裁が本判決において財産権規制立法についての従来の「観念的「公共の福祉」論を採ることをやめ、「財産権規制立法の違憲判断にあたっての明確な審査基準を設定した」<sup>51)</sup>と積極的に評価した上で、本判決が一般論の展開と審査基準の点で75年判決の立場と一致しているが、「今回の判決がこのルールに（規制目的に応じて審査基準を適用させる準則＝前田補注）したがっているか問題である」<sup>52)</sup>という。本件多数意見は、75年判決が消極的・警察的目的のための規制措置の合憲性判断基準として用いた「重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であるかどうか」「よりゆるやかな制限で同一の目的を十分に達成できないかどうか」の基準を、社会経済政策実施の積極目的の規制領域に拡大適用したものである<sup>53)</sup>。そして、多数意見が目的二分論に基づいて明白性の原則を適用しなかった理由として、「「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」を立法府の第一次的判断権を留保して、比較考量して決すべきものと考えたからであり、規制措置が古く明治時代の立法で、その後大きな社会状況の変化があったこと、その結果、規制目的と手段との関連の不合理性・不必要性が重なると、共有者の共有物分割請求権に

---

50) 芦部教授は、阿部説を目的二分論を導入せず単一の『合理性』の基準を採用したとする説に近い説に分類しており（芦部・前掲注2）「憲法判例の動向「二重の基準」の理論」276頁）、阿部説も本件における立法事実の検証の重要性を指摘している。また、阿部教授自身も最近の論稿の中で本件が「消極規制・積極規制二分論に依拠していない点が注目される」（阿部「第5章 経済活動の自由」法学ガイド・憲法Ⅱ（人権）126頁（1991））と述べている。

51) 阿部・前掲注2）「共有森林分割制限違憲判決」前掲52頁。

52) 阿部・前掲53頁。

53) 阿部・前掲54頁。



対する配慮も要求されることになり、より厳しい基準を適用してコントロールに及んだもの」であり、積極目的・消極目的区分論のカテゴリッシュな運用より立法事実の検証こそが重要と考えた<sup>54)</sup>からであるという。そして、「この判決が最高裁の憲法判例の新たな動向を示唆するものかどうか、断言できない。」ただ、「経済活動の規制の領域において、違憲審査の対象と方法の拡充がはかられたということにはできる」<sup>55)</sup>と捉えるのである。

以上のように、阿部説は、多数意見がカテゴリッシュな二分論を採らなかったのは、規制目的、必要性、内容のみならず、「財産権の種類、性質および制限の程度等」を比較考量したからであり、ないしは、「明治時代の立法」という事例の特異性から「立法事実の検証」を重要と考えたからであり、経済活動に加える規制を一刀両断的に消極・積極目的に割り切るのではなく、「基本権の主体にとって、どのようなことをなす自由がどのような方法で制限されるか」を含めて、「総合的な比較考量において規制目的が考慮されるべき」であるからである、という。かように、阿部説は、目的二分論に批判的ながらもそれを無用なものとするのではなく、それを相対化し、比較考量の秤の一部に——しかも「重要な要素」<sup>56)</sup>として——組み込むものであり、興味深い。

#### i. 佐藤（幸）説

本判決の多数意見は、財産権規制立法について「比較考量」という手法を用いたのではないかとするのが、佐藤（幸）説である。佐藤説は、多数意見が二分論の論法を採らなかったことを具体的に判決の手法に則して説明した後、多数意見が、「一般的に二分論を後退させる趣旨なのか、あるいは、二二条の領域はともかく、二九条の領域ではかかる二分論がそのままでは妥当しないことを示唆しようとする趣旨なのか。……判決が「財産権の種類、性質等〔の〕多種多様」性を強調していることからみると、後者を示唆してい

54) 阿部・前掲55頁。

55) 阿部・前掲55頁。

56) 阿部・前掲55頁。

るようでもあるが、そこに示された「比較考量」という手法は結局経済的自由一般に妥当すべき性質のもののようにもみえる。とまれ、判決は、「個々の財産権」が「基本的人権」として保障されることを明確にする一方で、いわば二分論的思考の両極を削り取って、財産権の制限をめぐる問題を「比較考量」という一般的な秤にのせようとする趣旨のように思われる。<sup>57)</sup>この場合の「二分論的思考の両極を削り取って」とは、二分論を基軸にしながらもその中間的概念について「比較考量」を用いたとの意味なのか、必ずしも判然としないが、本判決を比較考量の手法を用いたものと考えていることが伺える。

#### (4)判断留保説

##### j. 中村説

最後に、多数意見が「目的二分論」に依拠しなかったという点では、前述の(2)不採用説に同じであるが、「目的二分論」につき、最高裁がどのように扱うかは今後委ねられているとして、判断を保留している見解として、中村説があげられよう。

中村説は、本判決が二分論を採用しなかったことに対して、少数意見や反対意見のように、二分論を採用すべきとする見解からすると判決に否定的立場をとるのに対し、二分論そのものに批判的立場からは本判決が積極的に評価されることになる、さらに、当該規制が積極的規制と消極的規制の中間に位置するものであるために、二分論を具体的事例に適用しなかったという解釈も成り立つ、との認識を示しながら、「いずれにしろ、最高裁が、職業選択の自由および財産権に対して積極的規制と消極的規制の二分論をどう扱ってゆくかは、今後の判決に委ねられている」と、判断を今後委ねている<sup>58)</sup>。

そして、「目的二分論」については、「機械的な二分論は複雑な問題を過度に単純化してしまふ危険性が存在する」としながらも、違憲審査のあり方

57) 佐藤(幸)・前掲注2)17頁。

58) 中村・前掲注2)「職業選択の自由」28頁、同『論点憲法教室』197頁(1990)。

59) 中村・前掲「職業選択の自由」28頁。

を客観化するという点で「二重の基準」論は有意義であると主張する<sup>59)</sup>。

なお、中村説は、本判決の審査基準として採用したのは「明白の原則」と「厳格な合理性」の基準の中間にある審査基準を適用したという指摘をしているが<sup>60)</sup>、疑問である。(後述注64) 参照)

## V. 判決法理の検討

### (1) 諸説の整理

以上の諸説をここでもう一度整理してみると、

(i) 多数意見は、二分論の基本的な枠組を維持しているが、本件の事例は、

a. 規制の沿革と実質から「消極的規制の要素が強い」と解したとする。

(芦部説)

b. 行政的介入を目的としたものではなく、財産権の行使を法的・一般的に直接規制するものであり、消極的な現状維持を狙いとするもので、二分法がうまくあてはまる場合でもないので、一応明白説を取りながら詳細な検討を加えたとする。(今村説)

c. 積極目的と消極目的の二分論をさらに精緻化して、新たに「中間に位置する」審査を創造したとする。(藤井説)

d. 積極規制にもかかわらず、「政策目的が弱い」故に、厳格な合理性の基準が採用された。(小林説)

(ii) 多数意見は、二分論によらず、

e. 規制目的の「公共の福祉」相当性、規制手段の必要性・合理性について、具体的事情を比較考量しつつ立法事実を検証する方法を採った。(戸波説)

f. 財産権の規制については、すべての場合に「合理性」の基準という単一の審査基準を適用するとの態度を示している。(米沢説)

g. 規制類型にもとづかない単一の厳格な審査基準をうち立てた。(棟居説)

---

60) 中村・前掲29頁。

## (iii) 比較考量説

- h. 厳格な目的二分論をとらなかったのは、「明治時代の立法」という事例の特異性から立法事実の検証を重要と考えたからであり、75年判決の基準を社会経済政策の実施の積極目的の規制領域に拡大適用したのは、規制目的、必要性、内容のみならず、財産権の種類、性質および制限の程度等を比較考量したからであるとする。(阿部説)
- i. 法廷意見は、二分論的思考の両極を削り取って、財産権の制限をめぐる問題を比較考量という一般的な秤にのせようとするもの。(佐藤(幸)説)

## (iv) 判断留保説

- j. 最高裁が、職業選択の自由および財産権に対して積極的規制と消極的規制の二分論をどう扱ってゆくかは、今後の判決に委ねられているとする。(中村説)

それにしても、本判決への論者の評価が多様に分かれるのは、本判決そのものがそれぞれの評者の多様な読み込みを可能にする“玉虫色”の判決でもあるからであろう。これがまた本判決の特徴とみることもできるのである。その玉虫色がどのような法理から成り立っているのかを明らかにする必要がある。

「比較考量」説と「判断留保」説の少数説を除外すれば、学説の大勢は大きく二つに分かれている。本件法廷意見は、「目的二分論」を捨てたのではなく、基本的に「目的二分論」に立ち、それを精緻化ないし拡大したものとみなす立場と、(少なくとも財産権については)「目的二分論」の適用を断念したとみなす立場である。どちらの立場を採ったといえるのか、それともそれらのいずれでもない第三の立場を取ったのか。この問題を検討するにあたって、論点を若干整理する必要がある。というのは、諸説の中には、「蟹は甲に似せて穴を掘る」の譬えの如く、「評者は二分論への評価に似せて判例を読む」の感がなくはない。判例の法理を乗り越えて、むしろそれを自説

の法理の方向へ引き込まんとする“過剰読み込み”がないとはいえなくはない。『我田引水』ならぬ、『我論引例』である。確かに、論理的に整序された学説上の判例理論が判例をリードするという一定の役割がないとはいえないが、思い入れを先行させて、事実への冷静な認識を欠くならば、源氏物語「末摘花」の物語ではないが、期待は落胆にかわり、失望はやがて判例法理への八つ当たりを招くとも限らない。戯れ言はともかく、①最高裁判決（多数意見）が「目的二分論」に対しどのような立場を採ったのか、②「目的二分論」につき論者がどう評価するか、この二つのことははっきり区別して論ずる必要がある。後者②の目的二分論をどう評価するかという点は別稿に譲るとして、本稿で問題とするのは前者①の森林法判決で法廷意見がどのような立場を取ったのか、という点にある。

以下、その理由と根拠を判例の法理に則して明らかにしたい。

## (2)法廷意見の法理

前述の判決の要旨に従えば、本判決の法廷意見は、要旨(1)(2)の部分が一般論にあたる部分であり、(3)(4)(5)が森林法のケースへの具体的適用の部分にあたる。判例法理としては、一般論の部分が重要であるが、一般論だけではその趣旨が十分に明らかでない部分もあり、具体的適用部分と重ねて読むことにより、その意味が明らかとなる。また、一般論の部分は、本判決が75年薬事法判決を参照せよと指示している部分でもあり、このことは、憲法22条職業選択の自由と憲法29条財産権を基本的に区別することなく同一の法理を適用すべしとする通説の立場と同じ立場をとることを意味するものと解される。ただし、本件と75年薬事法判決の一般論の部分は、後で見るように微妙に異なる部分もあり、75年判決を参照すべしとするものの意味、したがって本判決と75年判決の一般論の解釈をどう捉えるべきかを慎重に検討する必要がある。

### (i)目的二分論は採られたか

法廷意見が規制目的二分論に言及している箇所は、判決要旨(2)の冒頭部分、財産権制約の多様性について論じているところである。

「財産権は、それ自体に内在する制約があるほか、右のとおり（すなわち、

社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至ったため＝前田補注）立法府が社会全体の利益を図るために規制により制約を受けるものであるが、この規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、また、財産権に対し規制を要求する社会的理由ないし目的も、社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なものに至るまで多岐にわたるため、種々様々でありうる。」（下線＝前田，以下同じ）とし、財産権の制約には、まず①それ自体に内在する制約と、②立法府が社会全体の利益を図るために加える規制による制約、と二つの制約類型があることを明らかにしている。（さらに、それに続く「この規制」が何をさすのか。「社会的理由ないし目的」からの制約について述べていること、「これらの規制」でなく、「この規制」というのであるから、後者の②と解するのが妥当であろう。）それに続いて、後者の②の規制目的には、 $\alpha$ ．「社会公共の便宜の促進、経済的弱者の保護等の社会政策及び経済政策上の積極的なもの」から、 $\beta$ ．「社会生活における安全の保障や秩序の維持等の消極的なもの」の二つのカテゴリーがあることを明らかにしている。すなわち、第一に、憲法上許容される財産権の制約には、上記①②の二類型があること、②の立法府が社会全体の利益を図るために加える規制にはさらに「積極的なもの」と「消極的なもの」の二つがあること。したがって、憲法上許容される規制類型としては三類型を認めている<sup>61)</sup>。第二に、財産権規制の多様性は、とりわけ、②の規制では、財産権規制の目的の多様性ばかりでなく、財産権の種類、性質等の多様性から種々様々であるというのである。

判旨はさらに、「財産権に対して加えられる規制が憲法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

61) 佐藤（幸）教授は、「「それ自体に内在する制約」とはかなり狭いものであり、それに対し、「立法府が社会全体の利益を図るために加える規制による制約」は、いわゆる内在的制約および政策的制約を含む相当広汎なものであることが知られる」と指摘している（佐藤（幸）・前掲・注2）「森林法共有分割制限違憲判決と違憲審査基準」16頁）。

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、性質および制限の程度等を比較考量して決すべきものである」と、ここでもただ単に規制の目的のみならず、規制の「必要性」「内容」さらに規制される財産権の「種類」「性質」——さらにここで新たに加味された——「制限の程度」等を「比較考量」すべきであるという。

これに続けて、「裁判所としては、立法府がなした右比較考量に基づく判断を尊重すべきものであるから、a. [目的審査]「規制の目的が前示のような社会的理由ないし目的に出たとはいえないものとして公共の福祉に合致しないことが明らかである」場合、b. [手段審査]「規制目的が公共の福祉に合致するものであっても規制目的が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであって、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を越えるものとなる」場合に限り、「当該規制立法が憲法二九条二項に違背するものとして、その効力を否定することができる」とし、立法府がなした多元的比較考量に対し、裁判所としては規制の目的と手段の観点から立法裁量の逸脱がないか審査すべきことを明らかにしている。（以上、ここまでが75年薬事法判決の総論部分を参照すべきことを注記している部分である。）

森林法判決の一般論を、75年薬事法判決や72年小売判決と比較してみると、薬事法判決では、前述の一般論に続けて、職業の許可制という制限の態様を認定し、許可制が設けられる理由も「多種多様」で、それが憲法上是認されるかは一律の基準をもっては論じがたい、と述べた上で、「一般に許可制は、単なる職業活動の内容及び態様に対する規制を超えて、狭義における職業選択の自由そのものに制約を課するもので、職業の自由に対する強力な制限であるから、その合憲性を肯定しうるためには、原則として、重要な公共の利益のために必要かつ合理的な措置であることを要し、また、それが社会政策ないし経済政策上の積極的な目的のための措置ではなく、自由な職業活動が社会公共に対してもたらす弊害を防止するための消極的、警察的措置である場合には、許可制に比べて職業の自由に対するよりゆるやかな制限である職

業活動の内容及び態様に対する規制によっては右の目的を十分に達成することができないと認められることを要する」として、許可制の場合には、「重要」な公益が要求されるとともに、消極的・警察的目的の規制の場合は、許可制より緩やかな制限である職業活動の内容及び態様により目的を達成できないかを審査することを要するとして、いわゆるLRAの基準が適用されるとしている。これが小嶋説が指摘するように「許可制に限ってのもの」<sup>62)</sup>なのかはともかくとして、消極目的の場合にLRAの審査基準を明示している。

また、72年小売判決の場合も、「社会経済の分野において、……ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合に限って、これを違憲として、その効力を否定することができる」として、ここでも目的類型に応じた審査基準が示されている。

これに比して、本件の一般論は、目的類型の分類から審査基準を示すことなく、「多種多様な」財産権規制一般について、目的と手段の観点から「合理性・必要性」を審査すべきものとしている<sup>63)</sup>。さらに、一般論を具体的に適用している各論部分においても、現行森林法186条が制定されるに至った歴史的経緯をも考慮した上で、同法186条の立法目的を認定して、「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もって国民経済の発展に資することにある」と解すべきであるとし、この目的が積極目的・消極目的のいずれに分類されるかを示すことなく、「同法186条の立法目的は、以上のように解される限り、公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない」と、《規制目的—審査基準》の関係に一切触れることなく、規制目的が公共の福祉に適合することを認定し、さらに、森林法の立法目的と達成手段の必要性・合理性においても、目的類型に依拠した審査基準の提示は一切行われていない。したがって、この点からみれば、本件法廷意見は、目的二分論に依ったもの

62) 前掲注3)参照。

63) 同旨・佐藤(功)『日本国憲法概説(全訂四版)』(1991)は、「財産権の制限にかかる本件については直ちにこの二分論を適用することをせず、別個の「合理性・必要性」という判断基準を用いたのである」(264頁)という。



ではないと言えよう。

(ii)いかなる根拠から、いかなる内容の「必要性・合理性」の基準を採用したのか

それでは、法廷意見は、いかなる根拠から本件の「必要性・合理性の基準」を採用したのか。

本件判旨の一般論によれば、財産権を規制する立法が憲法29条2項の「公共の福祉」により是認されるか否かは、多元的な比較考量により決せられるべきものとされるが、この比較考量に基づく判断は第一次的には立法府の判断を尊重すべきで、裁判所としては、目的と手段の両面から、目的が前記①② $\alpha$ 、 $\beta$ のような社会的理由ないし目的に適合するか否か、さらに、目的が合憲であっても、目的達成のための手段に「必要性・合理性」があるか否か、を審査すべきであるという。そこで、この一般論が各論部分で具体的にどのように適用されているのかをみてみると；

まずはじめに確認しているのは、規制目的についてばかりでなく、財産権の種類、性質、制限の程度について認定し、森林法186条による共有林分割制限が憲法29条の財産権の制限にあたるか否か、を検証している。それは以下のようにいう。

「共有物分割請求権は、各共有者に近代市民社会における原則的所有形態である単独所有への移行を可能ならしめ、右のような公益目的を果たすものとして発展した権利であり、共有の本質的属性として、持分権の処分の自由とともに、民法において認められるに至ったものである」と、民法265条1項の分割請求権の原則性を強調したうえで、「当該共有物はその性質上分割できないものでない限り、分割請求権を共有者に否定することは、憲法上、財産権の制限に該当し、かかる制限を設ける立法は、憲法29条2項にいう公共の福祉に適合することを要する」と述べ、分割請求権の制限が憲法上の財産権の制限にあたることを確認している。その上で、「共有森林はその性質上分割することのできないものに該当しない」と、その財産権の性質を認定し、さらに、「共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否

定している森林法 186 条は、公共の福祉に適合するものとはいえないときは、違憲の規定として、その効力を有しないものというべきである」と、その制限の程度が確認され、「公共の福祉」への適合性が求められている。

つぎに、森林法の立法目的が認定される。「森林の細分化を防止することによって森林経営の安定を図り、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もって国民経済の発展に資することにある」。同法の立法目的は、「公共の福祉に合致しないことが明らかであるとはいえない」として、目的審査はパスさせているが、前述したように、この目的がいかなる目的類型に分類されるかについては全く触れていない。

続いて、同上目的を達成するために、森林法 186 条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を否定していることは「必要性若しくは合理性に欠けていることが明らか」であるか否かが検討され、以下のよう理由から「必要性・合理性」に欠けることは明らかであるという。

①森林が共有であることと森林の共同経営とは直接の関連性はなく、したがって森林共有者間の権利義務の規制は、「経営の安定」という立法目的と合理的関連性がない。②持分価額二分の一以下の共有者に、民法 256 条（共有物の分割請求）の適用を排除した結果は、共有者間の対立、紛争により森林の荒廃といった事態の永続化を招くだけで、経営の安定に資することにはならない。③森林法は、単独所有者が細分化して第三者に譲渡すること、持分価額が過半数の共有者による分割、民法 709 条に基づく遺産分割は認めており、これらに比し、持分価額二分の一以下の共有者に分割請求権を認めてもより細分化されることにはならないから、分割を許容する基準を持分価額二分の一を超えるか否かに求めることには合理性に疑問がある。④上記のように、持分価額二分の一以下の共有者の分割請求を制限し、森林の細分化を防止することによって、「森林経営の安定を図らなければならない社会的必要性が強く存する」とは認められないにもかかわらず、森林法 186 条が分割を許さないとする森林の範囲及び期間のいずれについても限定を設けていないため、「同条所定の分割の禁止は、必要な限度を超える極めて厳格なもの

となっている」。さらに森林の安定的経営のために必要な最小限度の森林面積を問うこともなく一律に分割請求を禁止することは、「同条の立法目的を達成する規制手段として合理性に欠け、必要な限度を超えるものというべきである」と認定して、立法目的とそれを達成する規制手段との合理的関連において、上記①②③の理由から必要性・合理性が見出せないこと、④においてその手段が必要最小限度を超えている（LRA基準？）と述べているのである。その結果、「森林法186条が共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に民法256条1項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法186条の立法目的との関係において、合理性と必要性のいずれをも肯定することのできないことが明らかであって、この点に関する立法府の判断は、その合理的裁量の範囲を超えるものである……したがって、同条は、憲法29条2項に違反」と結論づけている。

以上の論旨展開から、法廷意見が採用した「必要性・合理性」の審査基準は、「森林経営の安定を図らなければならない社会的必要性が強く存する」ことを要求している点等からみられるように、かなり「厳しい」基準を採用している<sup>64)</sup>。目的二分論からすれば、積極目的に分類され、「明白性の原則」が適用されるべきケースであるにもかかわらず、「厳格な合理性の基準」に匹敵する基準が採用されていることから、これは規制目的の類型に拠ったも

64) ここで法廷意見は、いかなる程度の違憲審査基準を採用したのか。この点に関連して、本件は「必要性・合理性に欠けていることが明らか……」と「明らか」という言葉が挿入されており、立法府の裁量を広く認める「明白性の原則」を採ったものとも解しうるが、同じように「明白性の原則」を採用したとされる72年小売判決が「当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合」（最大判1972年11月22日刑集26巻9号592頁）に違憲となるとし、そこでは「著しく」明白であることが要求されていることからすると、本件は、一般論の段階では、72年判決よりは明らかに厳しい基準を採用している。この点は、評者の見解も一致している。（小林・前掲・注2）論文142頁、米沢・前掲・注2）26～27頁他）しかし、75年薬事法判決の「厳格な合理性」の基準と対比すると、それより緩やかな基準を採用したもの（中村・前掲・注2）論文29頁）とする見解があるが、一般論の段階ではそのように解することが可能であるとしても、各論段階では75年判決同様に「厳しい基準」が適用されており、芦部説が指摘するように「全体として合理性の基準を厳格に適用した判決」（芦部・前掲「憲法判例の動向と「二重の基準」の理論」274頁）といえよう。

のではないことは明らかである。

ではどこからこの厳しい基準が導かれたのか。目的・手段の関係に「必要性・合理性」があるか否かを立法事実を精査した上でなされたものであるが、そこで示されているのは①合理的関連がないこと、②目的達成に反する場合があること、③目的達成に不十分な規制であること、といった「必要性・合理性」を否定する理由ばかりで、その反対の理由は示されていない。反対意見に見られるように、「合理性・必要性がある」とする立場から立法事実を論証すれば同じ程度にその理由づけが可能なのにも思われる。言い換えれば、目的・手段の関係に一定の合理的関連性を推定できないわけではない。それにもかかわらず、多数意見が「合理的裁量の範囲を超えるもの」との結論を出しているのは、とりもなおさず「厳格な合理性」の基準に近い「厳しい」基準を採用した結果である。そして、それは目的—手段の関係の合理的関連性の有無よりも、棟居説が指摘するように「単独所有こそが原則的所有形態であり、共有は可及的に解消されるべきである」という多数意見の所有権思想……があり、それが本件規制の審査に際して違憲性の推定を働かせ、厳格な基準をもたらした最大の原因である<sup>65)</sup> といえよう。

一般論で示されていた「必要性・合理性」が「欠けていることが明らか」か否かの基準（逆にいえば、一定の「必要性・合理性」が認められれば合憲性が推定される）を提示していたのに比べれば、各論でのその適用はさらに厳しく、両者の基準に差異がある観が否めない。こうした落差は、財産権保障を強くうちださんとする最高裁の姿勢のあらわれであり<sup>66)</sup>、そこでは、暗黙のうちに侵害される権利（財産権）への優先的価値衡量が働いたものと推定されるのである。

以上のように、法廷意見は、目的と手段の合憲性を「必要性・合理性」の基準に拠って判断したものであるが、この判例によって、最高裁が財産権規

65) 棟居・前掲注2)「共有林の分割制限と財産権の保障」163頁。

66) 小林(武)・前掲・注2) 143頁。浦部法穂「財産権制限の法理」公法研究51号92頁(1989)。

制立法については単一の「合理性の基準」を採用したと断定するには、つぎのような理由でなお躊躇する。第一に、法廷意見が一応目的類型に言及していること、第二に、75年判決を引用していること、第三に、仮に単一の「合理性の基準」を採ったところで、審査段階で再び類型概念が問題とされざるをえないのではないか<sup>67)</sup>、といった理由からである。そこでこの点に関連して、目的二分論が適用される可能性はないのか。75年判決との関係について、つぎに検討したい。

(iii)目的二分論の基本的な枠組も排除されたのか。75年判決との関連をどう読むか。

目的二分論を支持する論者は、今回の森林法事件をおおかれすくなかれ典型的な事例からははずれた例外的なケースに位置づけている。確かに、目的二分論の観点から今回認定された本件の規制目的（「森林の細分化防止——経営の安定——国民経済の発展」）を見る限り、社会的弱者保護といった典型的な積極的価値の実現というより、「消極的な現状維持を狙いとするもの」（今村説）、「消極的規制の要素が強い」（芦部説）、「政策目的が弱い」（小林説）といったむしろ消極的にその弊害を防止するといった事例であり、積極的に社会公共の利益を実現するといった類のものではない。この意味で、最高裁が本件について目的二分論を適用しなかった理由も、こうした事例の特異性にあると考えることもできよう。したがって、本件のケースはたまたま適用されるに相応しくない事例であり、今後の判例は本来の目的二分論に戻ると。しかし、森林法判決をそのように考えてよいものだろうか。確かに、その可能性が全くないことはない。少数意見とはいえ、明確に目的二分論に立って経済的自由規制立法の合憲性判断をなす裁判官がいること、本件の法廷意見も、まがりなりにも積極目的・消極目的の目的類型に言及していること、実際、森林法判決以後の判例において、目的二分論に則ったと思われる

67) 芦部教授は「「合理性の基準」一本で各種の事件を処理することになれば、立法事実論を強調しても、実際には立法府の裁量を強調する「明白性の原則」として運用されがちになる可能性が生ずることは否定しがたいであろう」（芦部・前掲・278頁）と述べている。

最高裁判決が存在していること<sup>68)</sup>、といった理由からである。

しかし、それ以上に、本件森林法判決は、経済的自由規制立法の分野で重要なメッセージを与える、とりわけ、目的二分論にとって冷やかな判決であったのではないか。その理由として、第一に、仮に最高裁が目的二分論の枠組を基本的に維持し踏襲しているものであるとすれば、本件の先例としてはむしろ積極目的の72年小売判決が先例として引用されるべきものである。ところが、消極目的の75年薬事法判決が先例として参照されたこと。第二に、しかも、その薬事法判決で先例として引用されたのは、消極目的について一定の審査基準を明示している許可制についての一般論の箇所ではなく、本件一般論に類似するそれ以前の箇所であること。そのことは経済的自由一般の審査基準として、消極目的=LRAの原則の先例性を打ち消す意味をもたないか。すなわち、薬事法判決での「厳格な合理性」の基準は、小嶋説のいうように、「許可制にかぎってのもの」で、それは経済的自由一般の法理としての先例の意味をもたないことを確認したのではないのか<sup>69)</sup>。第三に、実際、裁判実務の立場から目的二分論を現実の諸問題に具体的に適用してみると、——しばしば批判的論者からその問題性が指摘されているように——射程距離の狭い<sup>70)</sup>、適用範囲の限られた、有用性の乏しい法理として認識され

68) 公衆浴場法違反被告事件(最二小判1986. 8. 28判例時報1302号159頁)は、72年小売判決を先例に「明白性の原則」を適用し、合憲判決を下している。また、下級審においても、目的二分論に則って下された判決として、酒類販売業免許制の合憲性が問われた二つの判決(青森地裁1987. 6. 28行裁集34巻6号1084頁、横浜地裁1988. 3. 9判例タイムズ672号139頁)、西陣ネクタイ訴訟第一審判決(京都地裁1984. 6. 29判例タイムズ530号265頁)等がある。なお、目的二分論を中心に判例動向を詳細に分析した好文献として、矢島基美「経済的自由の違憲審査基準論」徳山大学論叢36号281頁(1991)参照。

69) 前掲・注68)矢島論文316頁は、「87年(森林法)判決の出現は、「75年(薬事法)判決=目的二分論」の先例性を否定しようとするものか、あるいは、そもそも「75年判決=目的二分論」そのものが成立していなかったことを立証するものか、そのいずれかであるといわざるを得ないように思われる」(カッコ内=前田)と述べているが、目的二分論:「消極目的=厳格な合理性の基準」を許可制に限っての極めて個別的なケースに局限し、一般論としての先例は、目的二分論に抛らず、目的の「公共の福祉」適合性、手段の「必要性・合理性」の基準に依拠したものと解されるから、75年判決の先例性を許可制という個別事例に限定し、一般論としての目的二分論の先例性を否定したものというべきではないだろうか。

ているのではないのか<sup>71)</sup>。本件最高裁が、目的二分論に冷やかなのも案外このあたりにその本当の理由があるのではないだろうか。

最後に、本件が目的二分論を採らずに、目的・手段の観点から「必要性・合理性」の基準を適用したのは、財産権の内容や規制態様が多様なため、憲法29条の財産権に限ってのものであり、経済的自由一般の法理として適用したものではない<sup>72)</sup>、とする見解を最高裁は採っているのか。

確かに、従来の財産権の規制をめぐる判例においては、「当該事例ごとの財産権の内容や規制態様に依拠して、結論が導かれ」<sup>73)</sup>、目的二分論に一言も言及されておらず、現に薬事法判決以後に出された国有農地等の売り払いに関する特別措置法合憲判決（最大判1978.7.12民集32巻5号947頁）においても、同様の姿勢は貫かれており、「合理性の基準」により判断している。こうした判例の流れからみると、財産権規制立法の合憲判断の基準としては、職業の自由と区別して「合理性の基準」一本で判断するというのが最高裁の姿勢である、とみるのが自然であろう。また、理論的にも、財産権と職業選択の自由とを並列的に論ずることが適切かどうか疑問はないではない。しかし、本件判決において、最高裁が財産権の場合に限って適用したのだということとはできないように思われる。なぜなら、薬事法判決においても、同様に職業の自由の多様性、規制目的の多様性に言及されており、財産権の場合と同様の認識を示している。そして、なによりも本件判決が職業の自由が問題となった薬事法判決を先例として引用参照していることがその証左といえよう。したがって、最高裁は、通説と同様に、財産権と職業選択の自由を区別

---

70) 目的二分論が、実際にはその妥当な結論を導くための適用範囲が狭く、限られた射程しかもたないのではないかとする指摘は何人かの論者によりなされている。

戸波・前掲・注6)「経済と人権」207頁、矢島・前掲324頁。

71) 目的二分論への批判としては、前掲注2)佐藤(幸)、戸波、米沢、棟居、注6)戸波、注8)覚道、棟居、各氏の論文に詳しい。目的二分論の判例法理としての一歩の難点は、規制される側の利益や価値が十分に衡量されない、さらに規制する目的類型自体も公権的規制目的の形式的な態様に基づく類型論であり、その限りで実体的価値判断がなされず、結果的に具体的妥当性を欠く結論を導く可能性を内包している点にあるように思われる。

72) 米沢・前掲・注2)論文27頁、棟居・前掲・注2)論文163頁。

73) 米沢・前掲25頁。

することなく、経済的自由一般に適用される法理として、本件「必要性・合理性」の基準を提示したものと解すべきであろう。

## VI. む す び

森林法判決は、論者によりその評価が多様に分かれるように、確かにわかりにくい判決である。ほとんど唐突に違憲判決が出された感があったばかりでなく、それまで財産権に関わる判例では、薬事法判決以後もそれほど注目すべき判決をなしていたわけでもなく、むしろ、そっけない判断に終始していた。学界がほとんど注目をすることのないところへ、薬事法というある意味では画期的な判決を引用し、しかも、それとよく似た厳しい審査基準を採用し、職業の自由の領域で確立していた72年、75年の二つの判決を通じて準則化された「目的二分論」——しかもそれは憲法訴訟の客観化という点では従来に比して十分評価に値する審査基準——を匂わすような形で目的類型への言及がなされ、しかも最高裁としては極めて数少ない違憲判決の一つとして提示されたのである。違憲判決としては、地味な出方でありながらその内容はややスキャンダラスな——積極的な評価に惑わされやすい——判決ではある。それにもかかわらず、内容を冷静に読むと、二分論によれば積極目的類型に属すると思われるにもかかわらず目的二分論を採らず、従来の財産権の規制に関わる最高裁判決とあまり変わることのない「合理性」の基準をとりながら、なお厳しい基準を採用している。読めば読むほどわかりにくい。

しかし、それも判例の「論理」にこだわるからかもしれない。いかなる「価値」を擁護しようとするのか、その流れの中で捉えると案外判りやすいことであるのかもしれない。新憲法が制定されて45年。その間に最高裁が法律を違憲としたのは僅かに5件。そのうち、尊属殺人事件、二つの議員定数不均衡事件は、憲法規範からの逸脱が顕著な事例であり、違憲判断が当然といえば当然の事例である。残る二つは、『個人の尊厳』とそれに不可欠な『民主的諸制度』の根幹に関わる生存権、平等権、精神的自由権といった権利に関するものではなく、「二重の基準」論からすれば、いずれも相対的に



劣位に置かれている権利であるところの経済的自由に関する「営業の自由」と「財産権」に関するものである。一方で、「市民的自由の根幹にある精神的自由の保護には非好意的な態度を示す状況のなかで営業の自由や財産権の保障一般を強く打ち出すことは、結局、強者の経済的自由を厚く遇することを意味する。」<sup>74)</sup>と、最高裁の姿勢に鋭く疑義が提出されるのも無理からぬことである。浦部教授が、「森林法違憲判決そのものについては、私は、実際上も理論上も、それほど重要視すべきものとはうけとめていない。ただ、この判決に対する評価としては、最高裁が財産権の重要性を改めて確認し、その保障に強い姿勢を示したことに、基本的な意味がある」<sup>75)</sup>と半ば突き放したくなる気持ちはわからぬでもない。

しかし、本件が「実際上も理論上も、それ程重要視すべきもの」ではない、と楽観視できるものでもなさそうである。というより、実際上も理論上もかなり重要な——それも否定的な意味において——意味をもつのではないか、というのが私の考えである。

昭和40年代以降、まがりなりにも次第に緻密化された判例理論の流れの中で、次第に客観化され、揺り戻しがあるにせよ、学説の大勢においても積極的に評価されてきた「目的二分論」——その前提には「二重の基準」論があるが——に対して、本件最高裁の判決は「冷水を浴びせる」ものではなかったのか。あるいは、好意的に解釈すれば、目的二分論の硬直した類型論に縛られることなく、経済的自由の規制立法の判断法理として、もっとフリー・ハンドを保持しておきたいとする意欲のあらわれであるかもしれない。すなわち、薬事法違憲判決によって示された消極目的=LRAの原則の先例性を経済的自由一般の法理としては否定し、——すなわち、「許可制」に限ったものとその先例性を限定し——形式的な一般論としては、立法裁量を前提に、目的・手段の観点から（一般論としては）緩やかな「必要性・合理性」の基準を提示したものであるというべきであろう。目的二分論のうちで、一般論として

74) 小林(武)・前掲・注2)論文144頁。

75) 浦部・前掲・注66)論文92頁。

の消極目的＝「厳格合理性の基準」の先例性を否定し、他方で、72年判決における積極目的＝「明白性の原則」は依然として先例としての意味を有する、というのが森林法判決の意味ではなからうか。ただし、本件は、実質的に各論部分で、規制目的の類型ばかりでなく、規制の態様、制限される財産権の種類、性質等への多元的類型論を前提とした、比較考量論ともいべき手法を示している。本件判決法理にもし積極的な意義を求めるならばこの点にあるのではないかと思う次第である。

〔追記〕

本稿は、本学経済学部竹浪祥一郎名誉教授の退職記念号に掲載の予定であったが、時間的また能力的な事情で間に合わなかった。竹浪教授には、先生の在職中、公私にわたり御世話になり、筆舌に尽くしがたいご厚情をいただき、感謝の念にたえない。是が非でも、本稿を間に合わせるつもりが果たせなかった。ここに改めて先生のますますのご活躍とご健勝を念じて、拙稿を献ずることをお許しいただきたい。

(まえだ・てつお／経済学部助教授／1992.9.11受理)