

財産権規制と司法審査基準

— 森林法一八六条違憲判決を契機にして —

辰 村 吉 康

一 はじめに

昭和六二年四月二二日、最高裁判所大法廷は、森林法一八六条の共有林分割制限の規定が違憲である旨の判決を下した。これは最高裁の違憲立法審査権に基づいての五件目の違憲判決である。しかし本判決は、同じく最高裁が下したかつての違憲判決、すなわち尊属殺人規定違憲判決⁽¹⁾、議員定数違憲判決⁽²⁾、薬事法違憲判決⁽³⁾に比較すると、国民的関心や脚光の浴び方が異なるように思える。先の判決等は、それぞれの規定が違憲か合憲かについて、世論においても大々的に取り上げられていたが、今回の判決については、判決後もあまり論争されることもなく、また学者の判例批評においても、それ程論ぜられていない⁽⁴⁾。本件は森林法の制限規定が憲法二九条に定める財産権の保障規定に合致し合憲であるか否かが争われたものであって、かつての薬事法に定める距離制限規定と同じく経済的自由権の規制立法に係る事例である。しかし両者は同じく経済的自由権の規制立法に対する違憲判決といえども、それぞれ違憲判断を下すに至った審査基準については大いに異なるところがある。総じて言えば、本判決は薬事法違憲判決の審査基準を前提としながらも、積極的目的による

経済的自由権の規制立法に対して、従来にない厳しい審査基準を採用したものと思える。そこで本稿では、本判決の中の違憲審査基準に的をしぼり分析し、従来の経済的自由権に対する審査基準との対比の上で論評を加えてみたいと思う。

二 本判決の概要

森林法一八六条は、「森林の共有者は、民法（明治二十九年法律第八十九号）第二百五十六条第一項（共有物の分割請求）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」と規定し、共有森林につき持分価額が過半数に達しない共有者に、民法二五六条一項所定の共有林分割請求権を否定している。

事件の発端となったのは、昭和二二年に父親から山林約四〇〇ヘクタールを持分二分の一ずつの割合で贈与され、ずっと共有してきた静岡県の林業経営者兄弟のうち、昭和四〇年ころ兄が弟に無断で立木を伐採した、ということから生じた紛争である。弟は兄に自分の持分に相当する二分の一の森林の分割を求めたが兄が応じなかったので、弟は兄を相手として共有森林の分割を求める本訴を提起した。第一審、第二審とも森林法前記規定を理由に弟の分割請求を認めなかったが、弟が、森林法のこの規定は憲法二九条に違反し無効であるという理由で上告した。

それに対する上告審判決の内容は次に述べる通りである。ただし、本稿では、本稿の主題である違憲審査の基準について述べている部分を重点的にとりあげ要約することにする。本判決には多数意見、意見、反対意見とあり、それぞれにおいて重大な問題が提起されているので、少し詳しくみてみたい。

(一) 多数意見

多数意見の要旨は次の通りである。

① まず五〇年の薬事法違憲判決を引用し、財産権に対する規制立法の審査の前提となるべき審査の手法というものについて述べている。それによれば、

「財産権に対する規制は、財産権の種類、性質等が多種多様であり、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のである。したがって、財産権に対して加えられる規制が憲法二九条二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決すべきものであるが、裁判所としては、立法府が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に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手段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、そのための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ものと解するのが相当である」と述べる。

② 次に森林法一八六条は、共有森林につき持分価額二分の一以下の共有者に、民法二五六条一項所定の分割請求権を否定しているので、森林法一八六条と民法二五六条一項の相関を検討するに当たって、まず民法二五六条一項に規定する共有物分割請求権の立法趣旨、目的について考察している。それによれば、

「民法二五六条は、共有者間に共有物の管理、変更等をめぐって、意見の対立、紛争が生じやすく、いったんかか

る意見の対立、紛争が生じたときは、共有物の管理、変更等に障害を来し、物の経済的価値が十分に実現されなくなるといふ事態となるので、かかる障害を除去し、共有者に目的物を自由に支配させ、その経済的効用を十分に發揮させるため、各共有者はいつでも共有物の分割を請求することができるものとし、「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、右のような公益的目的をも果たすものとして發展した権利である。」「したがって、当該共有物がその性質上分割することが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、憲法二九条二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一八六条は、公共の福祉に適合するものといえないときは、違憲の規定として、その効力を有しないものといふべきである」とする。

③ そこで多数意見は、森林法一八六条が、公共の福祉に適合するものか否かの判断に移つていく。それによれば次の通りである。

(i) 多数意見は、まず森林法一八六条の立法目的について述べる。「森林法一八六条の立法目的は、同法一条の規定からして、結局、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、もつて国民経済の發展に資することにあると解すべきである」。このことから同法一八六条の立法目的が、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た上で、次に同法一八六条が、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、すなわち立法目的達成のための手段が、合理性又は必要性に欠けるところがないか否かの判断に進めるのである。

(ii) 多数意見はまず、「森林が共有であることと、森林の共同経営とは直接関係するものとはいえない」とし、従つて共有森林の分割請求規制は、「森林経営の安定を直接目的とする前示の森林法一八六条の立法目的と関連性が全

くないとはいえないまでも、合理的関連性があるとはいえない」との前提に立ち、それどころか、森林法一八六条は、「共有者間、ことに持分価額が相等しい二名の共有者間において、共有物の管理又は変更等をめぐって意見の対立、紛争が生ずるに至ったときは、各共有者は、共有森林につき、〔民法〕二五二条但し書に基づき保存行為をなしうるにとどまり、管理又は変更の行為を適法にすることができないこととなり、ひいては当該森林の荒廃という事態を招来することになるから」、このことからみても、それは森林法の立法目的との間に合理的関連性がないものと断定している。

- (iii) 更に多数意見は、森林法がひとり持分価額二分の一以下の共有者の分割請求権を否定していることについて、「他の場合に比し、当該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認めるべき根拠は、これを見い出すことができなにかかわらず、森林法一八六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、必要限度を超える極めて厳格なものとなっているといわざるをえず」と述べ、更に「分割後の各森林面積が必要最小限度の面積を下回るか否かを問うことなく、一律に現物分割を認めない」とし、また「当該森林の伐採時あるいは計画植林の完了時期等を何ら考慮することなく、無制限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は合理性に欠け、必要限度を超えるものというべきである」と判断している。
- ④ そして結論として多数意見は、「以上のとおり、森林法一八六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二五六条一項所定の分割請求権を否定しているのは、森林法一八六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といわなければならない」と結論づけている。

(二) 意見

本判決には、多数意見の結論には同調するが、その理由を異にし、共有森林の分割請求権の制限を定める森林法一八六条は、その全部が憲法二九条二項に違反するものではなく、持分価額が二分の一の共有者からの分割請求（本件はこの場合に当たる）をも禁じている点において、憲法の右条項に違反するにすぎず、二分の一未満持分権者の分割請求を禁止する部分は、「著しく不合理で立法府の裁量権を逸脱したことが明白であると断ずることはできない」（この点に関して多数意見に反対）という観点からの大内裁判官の意見がある。この意見には高島裁判官が同調している。

意見の論旨は次のとおりである。

① まず森林法一八六条は、民法が共有者の基本的権利としている分割請求権を奪うものであるから、憲法上、経済的自由の一つである財産権の制約に当たり、憲法二九条二項にいう公共の福祉に適することを必要とした上で、多数意見と同じく、五〇年の薬事法違憲判決の趣旨を引用して、経済的自由権に対する司法審査の手法をまず前提として述べる。それによれば、

「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、合憲性の推定が働くと考えられ、財産権の規制立法についても、その合憲性の司法審査に当たっては、裁判所としては、規制の目的が公共の福祉に合致するものと認められる以上、そのための規制措置の具体的内容及びその必要性と合理性については、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、同じく経済的自由の規制であっても、それが経済的・社会的政策実施のためのものである場合（積極的規制）は、事の性質上、社会生活における安全の保障や秩序の維持等のためのものである場合（消極的規制）に比して、右合理的裁量の範囲を広く認めるべきであるから、右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、憲法二九条二項に違反するものといふことはできない」ということにな

る。

② として森林法一八六条の立法目的については、「林業経営の安定を図るとともに、これを通じて森林の保続培養と森林の生産力の増進を図り、もって国土の保全と国民経済の発展に資するにある」とし、このような目的から二分の一以下の共有者からの分割請求の規制は、前記経済的自由についての積極的規制に当たると位置づけている。

③ 右の立法目的達成のため、森林法一八六条は、持分価額二分の一以下の共有者からの分割請求を禁止しているのであるが、二分の一以下という中には、二分の一未満と二分の一との二つの場合があり、それぞれの場合において、意見は異なった見解を結論づけている。

(i) 「二分の一未満持分権者の分割請求権が否定されているのは、同条が、林業経営の安定等のため、民法二五六条の分割請求権を制限し、過半数持分権者にもみ分割請求権を認めることとした結果にはかならないから、森林法一八六条の右規制内容は同条の立法目的との間に合理的な関連性を有するものといわなければならないから、また、過半数持分権者の分割請求が許されるのに、二分の一未満持分権者の分割請求が禁じられる点は、多数持分権者の意思の尊重という合理的理由に基づくものとして肯定できる。」

(ii) 「持分価額が二分の一の共有者（以下「二分の一持分権者」という。）が分割請求をする場合は、分割請求の相手方も二分の一持分権者であって、この場合いずれも相手に対して分割請求をすることを禁じられるのである。その結果は、共有者全員が共有物分割の自由を全く封じられ、両者間に不和对立を生じても共有関係を解消するすべがないことになるが、このことの合理的理由は到底見出し難く、共有者の権利制限として行き過ぎであるといわなければならない。思うに、森林法一八六条は林業経営の安定等の目的から共有者の分割請求権を制約するものであるが、全面的にこれを禁止しようとするものではない。したがって、二分の一持分権者の共有関係の解消について生ずる右のような結果は、同条の所期するところでないとも考えられ、結局、同条のうち二分の一持分権者の分割

請求を禁止する部分は、前記立法目的を達成するための手段として著しく不合理で立法院の裁量権を逸脱したことが明白である。」

(三) 反対意見

本判決には香川裁判官の反対意見が付されている。反対意見の論旨は次のとおりである。

① 「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つて、憲法二九条二項により公共の福祉に適合することを要するが、その規制措置は、共有物の種類、性質、機能、関係人の利害得失等相互に関連する諸要素についての比較考量による判断に基づく政策立法であつて、立法院の広範な裁量事項に属するものというべきである。したがつて、その立法措置は、甚だしく不合理であつて、立法院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、これを違憲と断すべきではない。

② 共有森林は、森林経営に供されるものである以上、民法二五六条一項本文の規定により、何時にても、しかも無条件に、共有者の一人からでもなされ得る共有物分割の請求によつて、森林の細分化ないしは森林経営の小規模化を招くおそれがあるのみならず、それ以上に、前記の長期的計画に基づく交互的、周期的な森林の施業が著しく阻害され、他の共有者に不測の損害を与え、ひいては森林経営の安定化、活発化による国民経済の健全な発達を阻害し、自然環境の保全等に欠けるおそれがあるので、森林法一八六条は、かかる公共の福祉の見地から、右の共有物分割の請求を制限することとし、ただ、森林経営についても私有財産制の下における営業であり、私的自治の原則が尊重されるべきものであることにかんがみ、謙抑的に、共有物分割の請求の全面的禁止を採らず、共有者の合理的配慮を期待して、いわゆる多数決原理に則り、森林経営により多く利害関係を有する持分価額の過半数以上を以てしなければ共

有森林の分割請求をすることができないものとしているのである。」

③ 以上のことからすれば、「森林法一八六条は、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な、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とは到底解することができない。」

四 補足意見

これら以外に、本判決には、「反対意見は、森林を自らの意思により共有する者は一般に森林の共同経営の意思を有するという前提において立法措置がされるのが当然である、というが、森林共有者の中には相続によるもの以外に自らの意思によらずして共有者となった者がおり、共有者がすべて共同経営をする意思を有するとは限らないこと、一九八〇年世界農林業センサス結果によると、共有にかかる森林のほとんどは共同経営という名に値しないものであり、したがって、森林経営の観点から共有を論じても余り意味はない」とする坂上裁判官の補足意見と、民法二五八条による共有物の分割につき、多数意見に加え、「共有物を共有者のうち一人又は数名の者の単独所有又は共有とし、これらの者から他の者に価格賠償をさせることによる分割も、かかる方法によらざるを得ない特段の事情がある場合には許される」とした、林裁判官の補足意見がある。

三 財産権規制の規制目的と司法審査

(一) 積極規制と消極規制

最高裁は、昭和四七年に小売市場の許可規制の合憲性に関する判決（以下「四七年判決」という。）において、個人の

経済活動に対する法的規制に、二つの類型のあることを明らかにしている。すなわち一つは、個人の自由な経済活動からもたらされる諸弊害が、社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができない場合に、消極的にやむなくこうした弊害を除去ないし緩和するための消極的・警察的規制であり、他は経済の調和的發展、経済的弱者の保護等の社会的政策・経済的政策の実施の手段としてなされる積極的・政策的規制である。この点について学界の大勢としては、憲法がとくに二二条一項と二九条二項において、公共の福祉による制限を明記している以上、この種の権利については、消極的・警察的目的による規制のほかに、さらに社会政策的、経済政策的目的による積極的・政策的規制の存在を肯定しているものと解しうる。⁽⁶⁾ただ問題は、一体どのような目的による規制が積極的規制となり、また消極的規制となるかという点である。このように規制を目的別に類型化しようとした場合、積極的規制と消極的規制のメルクマールを何に求めることができるかにある。今少し、昭和五〇年の薬事法違憲判決（以下「五〇年判決」という。）をも参考にしながら、判例のいう積極的規制・消極的規制の定義づけを分析してみる。

四七年判決は、結局のところ、小売市場の距離制限を積極的・政策的規制と位置づけたのであるから、消極的・警察的規制についての説明はそれ程詳しくしていない。先に記したとおり、「個人の自由な経済活動からもたらされる諸々の弊害が社会公共の安全と秩序の維持の見地から看過することができないような場合に、消極的に、かような弊害を除去ないし緩和するために必要かつ合理的な規制」と述べるのみである。

これに対して積極的・政策的規制については言葉を代え、色々の言い方で説明している。一般的に積極的・政策的規制について述べていると思える部分を引き出せば、「福祉国家的理想のもとに、社会経済の均衡のとれた調和的發展を企図しており、その見地から、すべての国民にいわゆる生存権を保障し、その一環として、国民の勤労権を保障する等、経済的劣位に立つ者に対する適切な保護政策」のための規制、あるいは「積極的に、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發展を図るために、立法により、個人の経済活動に対〔する〕、一定

の規制」といった説明をあげることができる。また個別、小売商業調整特別措置法による規制について述べている点については、「本法一条の立法目的が示すとおり、経済的基盤の弱い小売商の事業活動の機会を適正に確保し、かつ、小売商の正常な秩序を阻害する要因を除去する必要があるとの判断のもとに、その一方策として、小売市場の乱設に伴う小売商相互間の過当競争によって招来されるであろう小売商の共倒れから小売商を保護するためにとられた措置」であるとか、「国が社会経済の調和的発展を企図するという観点から中小企業保護政策の一方策としてとった措置」といった部分をあげることができる。

以上のことから、四七年判決であげられていた経済的自由権に対する規制の消極―積極の目的別類型化において、その目的をみるならば、消極的規制における目的は、「社会公共の安全」、「社会公共の秩序の維持」といった警察的目的をあげることができ、積極的規制における目的については、「社会経済の均衡のとれた調和的発展」、「国民の生存権の保障」、「国民の勤労権の保障」、「経済的劣位に立つ者の保護」、「国民経済の健全な発達」、「国民生活の安定」等があげられ、また個別小売商に關することからいえば、小売商の「適切な事業活動の保障」、「中小企業の保護」といった社会政策的、経済政策的の目的からくるものがあげられるのである。

他方、五〇年判決は、薬事法による距離制限を消極目的による規制と位置づけたので、四七年判決に比して、積極目的についての具体的な内容は明確に見出せない。五〇年判決は、経済的自由権に対する規制は、「国民経済の円満な発展や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千差万別」であると述べることにより、その規制には積極目的による規制と消極目的による規制が存在することを肯定している。

そして薬局等の適正配置規制については、判決は薬事法の提案理由よりして、その立法目的に、「一部地域における薬局等の乱設による過当競争のために一部業者に経営の不安定を生じ、その結果として施設の欠陥等による不良医薬品の供

給の危険が生じるのを防止すること、及び薬局等の一部地域への偏在の阻止によつて無薬局地域又は過少薬局地域への薬局の開設等を間接的に促進すること」の二点のあることを認めるが、中でも前者がその主たる目的で、後者は副次的、補充的目的であると位置づけている。そして主たる目的と位置づけた前者の中でも、「不良医薬品の供給の防止」が元来の目的で、「薬局等の過当競争の防止及びその経営の不安定化の防止」は、元来の目的達成のための手段にすぎないとい

いる。

目的か手段かは別にして、仮に目的とした場合、判決は、「不良医薬品供給の防止」は、国民の生命及び健康に対する危険の防止という消極的、警察的目的とし、薬局等の乱設の防止、過当競争による経営の不安定の防止といった薬局等の経営の保護は社会政策的、経済政策的的目的としている。以上のことから、五〇年判決は、「国民経済の円満な発展」、「社会公共の便宜の促進」、「経済的弱者の保護」、「薬局等の経営の保護」等が積極目的であり、「不良医薬品の供給の防止」のように「国民の生命及び健康に対する危険の防止」が消極的目的に当たると考えているのである。

四七年判決、五〇年判決以降に、下級審判決ではあるが、経済的自由権に対する規制を規制目的別に類型化し、それによつて司法審査を試みる判決が出現した。例えば酒類販売業に免許制度を採用した酒税法九条一項の合憲性が争われた事件において、東京地裁判決は、「酒類販売業免許制度は、自由な販売競争を許容することによつて生ずる弊害にかんがみ、酒類販売業者の経営の安定を通じて酒税収入の確保を図るものであり、……国が国家財政上重要な酒税収入の確保を図るといふ財政的見地から採用した法的規制措置」であると述べ、国家財政の確保を積極目的としてあげ、その合憲性を判示した。この判決では、消極目的と思える、致酔飲料としての酒類販売に対する規制が加えられる結果、飲酒運転及び飲酒による交通事故等の防止、アルコール中毒者の発生・増加の防止並びに未成年者の飲酒の禁止といった社会秩序の維持、国民の保健衛生の確保といった目的は、それ自体が目的でなく免許制度を採用したことに伴う付随的效果にすぎないと理解していた。また、生糸の一元輸入措置に関する繭糸価格安定法の改正が問題となつたいわゆる西陣ネクタイ訴訟に

おける京都地裁判決⁽⁸⁾では、「本件条項は、外国製絹製品などの輸入圧力に対処するために、福祉国家的理想のもとに、養蚕業及び製糸業、とりわけ自然的、経済的に悪環境下にあつて、自助努力のみでは解決し得ない養蚕農家のための保護政策としての法的規制措置」であるとして、経営基盤の弱い養蚕農家の保護という積極目的から、その合憲性を判示していた。

こうしてみると累次の判決が、経済的自由権に対する規制において、消極目的、積極目的をどのように考えているかを垣間見ることができる。四七年判決においては、消極目的を「社会公共の安全と秩序の維持」と表していたのでいささか漠然としていたが、五〇年判決では、具体的に「不良医薬品の供給の防止」をあげ、そのことから一般的に「国民の生命及び健康に対する危険の防止」を消極目的と位置づけていた。このような目的による経済的自由権の何らかの規制は、当然に承認されるであろう。その目的達成のための規制手段については、今のところ置いておくとして、このような目的のための規制は、ひとり経済的自由権に対してのみ認められるものではなく、精神的自由権をも含めて何らかの形で他人の人権とかかわらざるを得ない人権すべてにおいて承認されるべきものであると思う。なぜなら権利・自由といえども、それは決して何をしてもよいという意味で保障されているのではなく、それらはすべての人の権利・自由であり、すべての人に平等に保障されているのであるから、他人の生命や健康を侵害する権利・自由は、当然に制約を受けざるを得ないのである。即ち他人の人権と衝突する人権が、他人の人権との相互調整の上、何らかの制約を受けざるを得ないのは、人権そのものに内在する制約なので、この意味で、消極目的による規制は、ひとり経済的自由権に対してのみ認められるものではなく、いわゆる内心の自由などの、本来他人とのかかわりを持たない人権は別として、精神的自由にも妥当する内在的制約なのである。

次に社会政策、経済政策等の観点から出てくる積極的・政策的目的による規制についてであるが、この点になると累次の判決からも、積極目的とはいかなるものをいうか一義的に定義づけることは困難なようである。しかし判決で使用され

た言葉の趣旨を解して整理するなら二点に整理される。

その一つは、「すべての国民の生存権の保障」、「国民の勤労権の保障」、「経済的劣位に立つ者の保護」とか、「中小企業等の保護」といった政策的目的により具現されるように、経済的・社会的弱者の保護とか国民の社会権・生存権の保障といった目的である。この経済的・社会的弱者の保護や社会権・生存権の保障という点については、憲法が社会権・生存権を基本的人権として保障することによって、これらの実現に向けて国家が積極的に政策を実現するよう義務づけている事項でもある。従ってこれらの目的を実現すべく国家がある政策をとり、その結果、経済的自由権が何らかの規制を受けたとしても、もちろんその規制手段についてはその合理性・妥当性が司法審査されなければならないが、一応目的については是認されなければならないであろう。

問題は、もう一つの目的として具現してくる「社会経済の均衡のとれた調和的發展」、「国民経済の健全な發展」、「社会公共の便宜の促進」とか「国家財政の確保」のように経済体制の維持とか国家的利益の達成といった目的である。経済体制とはもちろん資本主義経済体制をいうのであろうが、この目的では、あまりにも漠然としていて包括的にすぎないように思える。先の社会権・生存権の実現は、憲法自体の要請事項であったが、資本主義経済体制の維持については、憲法はなら積極的に語っていない。経済的自由といえども、人権である以上、憲法が何ら積極的に指示していない政策目的のために、制約を受けるべきではない。⁽⁹⁾ ここにおいては、人権よりも、経済及び国益優先の論理が先行しているように思えない。

以上のとおり、何が消極目的で何が積極目的であるかという問題について、筆者は、結局のところ、消極目的とは、「国民の生命及び健康に対する危険の防止」であり、積極目的とは、「経済的・社会的弱者の保護や社会権・生存権の保障」と限定すべきものと考えている。しかしながら累次の判例では、積極目的の中に、「経済体制の維持とか国家的利益の達成」といった目的も加えられているというのが今日の状況であるといえる。ともあれ、「消極的・警察的規制は、何

人も社会に害悪を及ぼす自由は有しないことを根拠にするものであるから、これは他の自由についても同様に妥当するいわゆる人権の内在的制約として理解することができる〔のに対し〕、積極的・政策的規制は、憲法が生存権の基本権を保障し国の責務として経済的弱者の保護政策等を要請していることの結果であつて、経済的自由についてのみ妥当する¹⁰⁾という見解は正鵠を射ているであらう。

(二) 規制別にみる司法審査基準

前述のとおり、経済的自由は、消極目的の規制か積極目的の規制を受けるものであるが、同じ経済的自由に対する規制をこの両者に類型化する実質的な意義は、経済的自由を制約する具体的な規制手段について、規制目的がいずれに属するかによって、その手段の合憲性を判断する司法審査の基準が異なってくるところにある。目的審査において積極目的と位置づけた四七年判決では、その手段審査について次のように述べている。すなわち、「社会経済の分野において、法的規制措置を講ずる必要があるかどうか、その必要があるとしても、どのような対象について、どのような手段・態様の規制措置が適切妥当であるかは、主として立法政策の問題として、立法府の裁量的判断にまつほかない。というのは、法的規制措置の必要の有無や法的規制措置の対象・手段・態様などを判断するにあたっては、その対象となる社会経済の実態についての正確な基礎資料が必要であり、具体的な法的規制措置が現実の社会経済にどのような影響を及ぼすか、その利害得失を洞察するとともに、広く社会経済政策全体との調和を考慮する等、相互に関連する諸条件についての適切な評価と判断が必要であつて、このような評価と判断の機能は、まさに立法府の使命とするところであり、立法府こそがその機能を果たす適格を具えた国家機関であるというべきであるからである。したがつて、右に述べたような個人の経済活動に対する法的規制措置については、立法府の政策的技術的な裁量に委ねるほかはなく、裁判所は、立法府の右裁量的判断を尊重するのを建て前とし、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

場合に限つて、これを違憲として、その効力を否定することが出来るものと解するのが相当である」と。

そして、目的審査において消極的目的と位置づけた五〇年判決では、同じく四七年判決の手法をその前提として採用した上で、「しかし右の合理的裁量の範囲については、事の性質上おのずから広狭がありうるのであって、裁判所は、具体的な規制の目的、対象、方法等の性質と内容に照らして、これを決すべきものといわなければならない」し、「それが社会政策ないしは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つ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もの、というべきである」と述べていた。

二つの判決の論旨からすると、職業選択の自由の規制措置の憲法適合性に関する司法審査基準を次のように整理することができるであろう。すなわち、職業選択の自由に対する積極目的による規制の場合は、規制の目的において一応の合理性が認められるならば、その規制の手段、態様については、それが著しく不合理であることが明白でない限りは、その規制の合憲性は立法裁量に委ねられ、他方、消極目的による規制の場合は、規制の手段、態様については、よりゆるやかな制限によつては規制の目的を十分に達成することができないと認められない限り合憲と判断されないことになる。ことを換えれば、積極目的による規制については強度の合憲性を推定し、よりゆるやかな基準によつて、そして消極目的による規制については厳格な基準によつて審査すべきであるというのである。すなわち、積極目的による規制についてはそのいう「明白性の原則」、消極目的による規制については「厳格な合理性の基準」が、手段審査の司法審査基準として用いられることになる⁽¹¹⁾。このことは、同じく経済的自由権のひとつである財産権の規制についても妥当するであろう。もちろんこのような判例理論に対しては学説でも鋭く批判がなされている⁽¹²⁾。例えば、「営業の自由に加えられる規制措置(例えば距離制限)がそれ自体としては全く同一であっても、その目的が違うだけで、当該措置の審査基準、ひいては

合憲性の判定までもが異なりうる、ということ（「は」、第一に理論的にみて、司法審査の俎上に乗せられているはずの個々の法律が、立法者の疑らずかな技巧により名目的な『積極目的』を法文にうたいさえすれば、常に緩やかな審査基準へ逃避できるのは奇妙であろう（「し」、第二に実際のにも、立法者が違憲判断を恐れる余り、常に、名目上『積極目的』を掲げることとなれば、結局手段審査の基準も『明白の原則』のみということになり、二分論をとった判例理論は自己破壊的に作用したこととなる」とか、「積極的政策の規制だからと言って、なぜ手段審査が一義的に決定され、しかも『明白の原則』でなければならぬのか」、「積極的政策の規制という類型の中で具体的目的の定立は立法者の広い裁量に委ねられているが、そのための規制手段は当該積極的政策の規制目的を実現するための必要最小限のものでなくてはならない、という考えも成り立つ」）ではないかといった批判である。

確かにそれらの批判が指摘するように、規制目的を一律に割り切つて、一律に手段審査の基準を変えて適用することには限界もある。積極目的に何が含まれるかについて、判例理論ではあまりに漠然としていて広範囲にすぎることではないかと、すでに指摘したとおりである。しかしながら、規制目的による類型化に一定の限界が存するとしても、それは直ちに判例の打ち出したルールの妥当性ないし有用性が否定されるべきものではない。経済的自由権において、特に「国民の生命及び健康に対する危険の防止」など社会公共に対してもたらされる弊害を防止するための消極的な警察的規制にあっては、国家の介入は必要最小限に止められるべきであること、今日の社会福祉国家においては、巨大資本から中小企業を保護したり、一つの憲法的要請である社会権・生存権を表現させるために、国が積極的に、立法により、個人の経済活動に対して一定の規制措置を講ずる必要性が著しく増大していること、そしてこのような規制措置は、主として立法政策の問題として立法府の裁量的判断にまつ領域がきわめて広く、裁判的統制に大きな限界があることなどの諸点を考え合わせると、国の介入が弱く、その合理性・必要性の判断が司法過程にもなじむ消極的な警察的規制と、国の介入がより強く、広汎な立法府の裁量が認められ、その合理性・必要性の判断が司法過程になじみにくい社会経済的政策実施のための積極

規制とを、規制目的によって大別することは、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みを提供すると考えられるからである。⁽¹³⁾

また積極規制に適用される手段審査基準たる明白性の原則は、確かに広汎な立法裁量を前提としているので、もし強度の合憲性推定原則と結びついて適用されると、立法目的を達成するための規制手段の選択は、事実上あげて議会の裁量に委ねられることにもなりかねない。しかし芦部教授の提唱されるように、①この原則は合憲性推定原則と結びついたルールであるが、日本国憲法下における立法ないし立法過程の実態を考慮に入れて考えると、合憲性推定原則を働かせる場合でも、違憲を主張する当事者の主張・立証を事実上すべて排斥するような強度のものを認めることはできないし、また認めるべきではないこと、②明白性の原則は、合憲性推定原則と結びついて経済的自由の規制立法の違憲審査に用いられる準則であり、「合理性」の基準の一つの特殊な形式と考えられるので、すべての人権規制立法に関する憲法訴訟に一般的に適用可能なルールではないことはもちろん、職業の自由の規制措置についても、その必要最小限度性が要求される場合には妥当しない原則である、⁽¹⁴⁾ということに注意するならば、このような基準で手段審査することは、それなりに意義のあることと思われる。明白性の原則が適用されても、すべて積極目的の場合は立法裁量に委ねてしまうというのではなく、その規制内容特に規制手段、方法が、「著しく不合理であることが明白な場合に限り」これを違憲とするのであるから、審査権は未だ建て前として裁判所に留保されているのであり、立法事実の論証ないし審査は依然として裁判所に残されているのである。

四 森林法一八六条の違憲性

持分価額が二分の一ずつの原告・被告の間で、森林法一八六条の合憲性が争われた同種の事件で、下級審の判決ではあ

るが、かつて津地裁が判断を下したことがあった。この判決は森林法一八六条の合憲性について次のように述べていた。⁽¹⁵⁾

「原告は右森林法第百八十六条の規定は憲法第二十九条に違反して無効であると主張するから案ずるに右第百八十六条は財産権の制限たるは免れないところであるが同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も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合理的な経営ができ難くなつ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り分割の禁止も絶対的の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窮極の目的とする公共の福祉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るながら本件の如く持分平等なる場合にこれ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は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つ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条項に違反するとはいひ得ず原告の憲法違反の主張は理由がない。」

即ち、森林法一八六条が、持分価額過半数の共有者による場合は、分割請求を認めているながら、持分価額二分の一以下の共有者の分割請求を認めないのは、森林の保続培養及び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公共目的と、できる限り私人の財産権を保障せんとする二者の調節を図つたもので、その調整線を各共有者の持分価額の過半数に置いた結果であるから、持分価額二分の一以下の共有者が不利不便を蒙つたとしても、公共の福祉よりみて受忍すべきものであるというのである。本判決をめぐっては学説においても賛否両論の立場から、その見解が述べられていた。⁽¹⁶⁾

その後、学説においてもこの森林法一八六条の合憲性については、あまり論じられることもなく本件を迎えたわけであ

る。本件の下級審判決⁽¹⁷⁾において、どの程度まで森林法一八六条の合憲性をめぐる司法審査基準が展開されたのか、残念ながら一審・二審の判決文を手にすることができなかったので詳しく見ることができないが、本件上告審における上告理由から推測する限り、先の津地裁判決の域を出るものではなかったようである⁽¹⁸⁾。

森林法一八六条の共有森林分割請求の禁止が、規制目的からして積極目的なのか消極目的なのかについては、多数意見は明示的に指摘していない。先にみた判例の積み重ねがあるにもかかわらず、何故、この点を明らかにしなかったかについては、そもそも財産権の性質からして、職業選択の自由の規制の場合と比して、その有用性がとばしいから、判旨は積極消極の区分論を採用しなかつたとする見方⁽¹⁹⁾もあれば、「これまでの例は経済的自由への行政的介入を目的とするもので、これを裁判所は、社会秩序の積極的形成を目的とするものと、消極的な社会秩序の維持を狙いとするものとに區別し、それぞれに異なる審査基準を示していた〔が〕、森林法一八六条の規定は、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、経済的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つてよく、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⁽²⁰⁾」とする見方もある。

確かに多数意見は、明示的に森林法一八六条の共有森林分割請求の禁止を、積極目的による規制と断じてはいないが、しかし判決文を検討してみると、「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のである」という前提に立ち、かつ個別森林法一八六条の分割請求禁止については、「立法の過程における政府委員の説明が、長年を期して営むことを要する事業である森林経営の安定を図るために持分価額二分の一以下の共有者の分割請求を禁ずることとしたものである旨の説明に尽きていたことに照らすと、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ることにあつたものというべきであり、当該森林の水資源かん養、国土保全及び保健保全等のいわゆる公益的機能の維持又は増進等は同条の直接の立法目的に含まれてはい

い難い」し、「森林法が一条として規定するに至った同法の目的をも考慮すると、結局、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」と述べていることからみても、多数意見は分割請求禁止の目的を、従来の判例理論という積極的と位置づけていると判断しても間違いないものと思える。

この点、大内・高島裁判官の意見及び香川裁判官の反対意見は、森林法一八六条の分割請求禁止を、積極目的による規制と明示的に位置づけていた。意見及び反対意見が、多数意見と異なる見解を示すのは手段審査の点においてであり、目的審査の部分についてまで異論を唱えているものとは思えない。

多数意見が考えるように、「共有林の分割請求の禁止→森林の細分化の防止→森林経営の安定・森林の保続培養・森林の生産力の増強→国民経済の発展」という図式は、先に述べたとおり積極目的を「経済的弱者の保護とか社会権・生存権の実現」というものに限定して考えるべきであるとする筆者の立場からすれば、積極目的とする内容がいささか広きにすぎ点がある。

なお、森林法一八六条の規制目的の中に「森林の細分化の防止」を入れることには、大内裁判官の意見は反対していた。その理由は、森林法一八六条は、持分価額が二分の一以下の共有者からの分割請求は認めないとし、その限度で共有森林の分割請求を制約するのみで、持分価額が二分の一を超える共有者からの分割請求は勿論、共有者間の協議による分割も同条の禁ずるところではないからということである。その理由はともかくとして、多数意見においても、「森林の細分化の防止」ということには、規制目的としてあまり重点を置いていないように思える。もし細分化防止そのものが、規制目的として第一義的に考えられるならば、その規制手段としては、同条但し書を削除して分割請求を全面的に禁止すべきであると結論に結びついて行く可能性がでてくる⁽²¹⁾。しかし多数意見は、「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認めた場合に、これに基づいてされる分割の結果は、右に述べた譲渡、分割が許容されている場合

においてされる分割等の結果に比し、当該共有森林が常により細分化されることになるとはいえないから……」と述べている。若し「…細分化されることになるとはいえない」というならば、細分化防止の観点からすれば、そのまま即ち持分価額二分の一以下の共有者の分割請求を禁止することのままでよいわけである。このように多数意見の中でいささか矛盾する論理が出てくるのは、「細分化防止」云々よりも、森林法一八六条の目的は、「森林経営の安定」というところに重点が置かれている結果ではないかと思われる。

「森林の細分化防止」を規制目的の中に含ませることの是非はともかく、多数意見は、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もつて、国民経済の発展に資することを、森林法一八六条の規制目的とし、そしてこのような規制目的は、公共の福祉に合致するものとする。

そこで次に問題となるのは、手段審査についてであるが、規制が積極目的による場合は、従来の判例理論では、その規制の手段、態様については、それが著しく不合理であることが明白でない限りは、その規制の合憲性は立法裁量に委ねられるということであった。従来の判例では、規制措置が積極的・政策的目的から出たものであると判断されたとき、その手段審査においては、立法裁量論と結びつき、その結果、立法裁量の行き過ぎを指摘したものはなかった。そして判決論理からすれば、「著しく不合理であることが明白でない限り」ということからすれば、立法裁量による結果（規制手段）が、著しく不合理なのか否か司法審査される余地はあるはずであるが、従来の判例では、不合理か否かの判断でさえ、まずは立法政策の問題として、立法裁量に委ねられて来たのである。

さて多数意見が、本件において、明白の原則を採用しながら、立法裁量に著しく不合理があったかといった観点から、わずかに裁判所に残されている司法審査をしたものか、あるいは積極的規制と位置づけながら、消極的規制に用いられる「厳格な合理性の基準」を採用したものは判断に迷うところである。

多数意見は、結論的に、「森林法一八六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二五六条一項所定の

分割請求権を否定しているのは、森林法一八六条の立法目的との関係において、合理性と必要性（傍点筆者）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といわなければならない。」と述べていた。このことから明らかなように、多数意見は、森林法一八六条の合理性と必要性について判断している。従来の判例理論の手段審査においては、目的において積極的規制と位置づけた場合には、その規制措置の強度の合憲性推定と結びつき、まずは立法裁量に委ねる方式をとってきた。しかし本判決においては、規制措置の合理性・必要性を精密に検討している。

そしてその合理性の判断については、民法二五六条一項が、共有者間に共有物の管理又は変更をめぐって意見の対立、紛争が生ずるに至ったとき、共有物（本件では森林）の荒廃という事態を招来するのをさけるために設けられた規定であるのに、森林法一八六条の規定は、かえって右のような事態の永続化を招くだけの結果となり、森林経営の安定化に資するという森林法の立法目的との間に合理的関連性を見い出せないと述べ、また「森林の安定的経営のため必要な最小限度の森林面積は、当該森林の地域的位置、気候、植栽竹木の種類等によって差異はあっても、これを定めることが可能というべきであるから、当該共有森林を分割した場合に、分割後の各森林面積が必要最小限度の面積を下回るか否かを問うことなく、一律に現物分割を認めないとするのは、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」としている。

さらにその必要性の判断については、「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認めた場合に、これに基づいてされる分割の結果は、……譲渡、分割が許容されている場合においてされる分割（共有者の協議による現物分割及び持分価額が過半数の共有者の分割請求権に基づく分割並びに民法九〇七条に基づく遺産分割―筆者注）等の結果に比し、当該共有林が常に細分化されることになるとはいえないから」二分の一以下の共有者の分割請求に限り禁止しなければならない社会的必要性はないとする。また、多数意見がその積極的目的として掲げる共有森林の「細分化防

止」という観点では、「共有者が多数である場合、その中のただ一人でも分割請求をするときは、直ちにその全部の共有関係が解消されるものと解すべきではなく、当該請求者に対してのみ持分の限度で現物を分割し、その余りは他の者の共有として残すことも許される」から、共有森林につき分割請求をしても直ちにその細分化を来たすものとはいえないし、民法二五八条二項は、「競売による代金分割の方法をも規定しているのであり、この方法により、一括競売がされるときは、当該共有森林の細分化という結果は生じない」とする。

このように多数意見は、森林法一八六条の合理性と必要性を詳細に検討している。森林法一八六条の規制の結果、森林の荒廃という事態を招くか否か、森林の安定的経営のための基準面積を定めるか否か云々といったことは、従来の判例理論では、なべて立法政策の問題として立法裁量に委ねられていたことである。積極目的による規制に対しては、司法の謙抑主義から立法裁量に委ねられていたと思える問題を、本件の多数意見では詳細に検討していることになる。そして多数意見が掲げた「細分化防止」という点に関しては、「より制限的でない他の選びうる手段」ともいうべき、民法二五八条二項という一括競売の方式をその例としてあげている。こうしてみると、本件の多数意見は、森林法一八六条の規制を積極目的による規制と位置づけた上で、その手段審査において、従来の判例理論という消極的規制において用いられるべき「厳格な合理性の基準」を採用したのではないかと思えるのである。この意味で本稿の冒頭において、「本判決は薬事法違憲判決の審査基準を前提としながらも、積極的目的による経済的自由権の規制立法に対して、従来にない厳しい審査基準を採用したものと思える」と評価したのである。たとえここまで積極的に評価し得ないとしても、積極目的の規制に対する手段審査において、従来の「明白性の原則」からは一步俣を出たものと位置づけられることは確かである。このことは、本件の反対意見と対比すれば明らかであろう。

五 おわりに

昭和五七年四月一五日、東京高裁は、精神的自由の一つである選挙運動の規制（公選法一四二条の文書領布規制）の合憲性が問題となった事件で、次のように判示した。⁽²²⁾

「国会は、憲法の制約の範囲内において、公職の選挙に関し、実施の方法その他の事項を定める権限を有しており、それに基づき、現に公職選挙法において、選挙についての各種の事項を定めるとともに、選挙の公正を確保する見地から選挙運動についても種々の規制を行っている。選挙運動についてのこれらの規制の中には、買収、利害誘導の処罰のように、選挙運動として尊重すべき価値をもたず専ら選挙の公正を損なうおそれのある行為を対象とし、選挙に対してもたす直接の弊害を除去するという消極的、警察的見地から行っている規制のほか、選挙運動の期間、方法の規制のように、選挙運動として尊重すべき価値を内包してはいるが、他方において選挙の公正を損なう弊害を伴うことが予想される行為を対象とし、その行為を規制する方が全体として選挙の公正を確保するうえで望ましいとの判断に基づき、積極的、政策的見地に立つて規制を行っているものがある。そして、後者の規制の場合には、すべての候補者等に平等に適用される選挙ルールとしての性格を帯び、かつ、これにより、国会が正当な権限に基づき保障しようとしている選挙の公正維持という利益が実現されるのであるから、その反面において、規制される行為に内包されている憲法二一条その他の価値の何ほどかが失われることになっても、直ちに違憲となるものではなく、失われる憲法上の価値が国会の規制制限を否定すべきほどに重大なものであるとき、つまりその価値が規制により維持、実現しようとする利益を上まわるときに初めてこれが違憲となるものと解するのが相当である。」「法定外文書と憲法二一条との関係について検討すると、法定外文書の領布の禁止は、……全体としての選挙の公正を確保するためにそうすることが望ましいとの判断に基づいた積極的、政策的な規制であり、選挙のルールと解されるところ、その目的は、文書の領布を無制限に認めるときは、激烈な文書領布の競争を

招いて莫大な費用と労力の使用を余儀なくさせ、その結果候補者の経済力という要因が選挙の結果に対し過大な影響を及ぼして公正な選挙に支障を生ずるおそれがあるため、これを法定の範囲内に限定しようとするものであり、その目的と規制対象行為との間には明らかに合理的関連性がある。」

本判決の問題点は、経済的自由に対する規制類型である、積極—消極の目的別区分論を精神的自由権にも適用し、中でも公選法一四二条の文書規制は、積極的・政策的規制であるから、厳格な審査基準は適用されず、規制によって失われる価値が、立法裁量によって実現しようとする利益を著しく上まわるときに違憲とされるというにある。学説においても、本判決のように、精神的自由に対する規制を目的別に積極—消極に区分し、手段審査における基準を異ならせようとする考え方が⁽²³⁾ある。確かにこのような考え方は、精神的自由に対する規制について、その規制態様を類型化し、規制実態のレヴェルを認識する方法としては意義あるように思えるが、その規制の位置づけ方によっては、司法審査基準も異なり、合憲性の判断において硬軟が出てくるとすれば、いささか問題点は残る。仮に分けようとしても、どのような規制が積極的規制になりまた消極的規制になるのかという判定要件も、客観的にはまだ未成熟であるし、そもそも積極—消極の区分論は、経済的自由権にのみ妥当するものと考えられていたからである。⁽²⁴⁾

筆者は、精神的自由権についても、積極—消極の区分論が妥当するのか、かつそれによって司法審査基準に広狭を設けることが妥当なのか、いずれ稿を改めて検討してみたいと思っているが、本稿は、その前段階として、昭和六二年の森林法違憲判決を契機に、判例理論における経済的自由権の積極—消極の区分論及びその結果による手段審査の基準論を筆者なりに纏めたものである。従っていささか森林法一八六条の手段審査についての評価は、独断に走りがちの部分もあるかも知れないし、何よりも同種の問題について検討されている他の研究者との見解と争わせていない欠点を筆者自身認識している。本稿は、次への研究推進の整理という意味で纏めたものであるが、森林法一八六条の違憲判決については、既に公表された判例評釈とは異なった評価をしている部分もあるので、本稿のようなとらえ方の是非について御教示戴けるなら幸甚である。

注

- (1) 最大判昭和四八・四・一四、刑集二七―三―二六五。
- (2) 最大判昭和五一・四・一四、民集三〇―三―二三と最大判昭和六〇・七・一七、民集三九―五―一一〇。
- (3) 最大判昭和五〇・四・三〇、民集二九―四―五七二。
- (4) 本稿執筆時、筆者が目にした判例評論は、今村成和「財産権の保障と森林法一八六条」、中尾英俊「共有林分割制限の違憲性」以上ジュリスト八九〇号六頁と七三頁及び米沢広一「森林法違憲判決と最高裁」法学教室八三号二三頁である。
- (5) 最大判昭和六二・四・二二、判例時報一二二七号二二頁。
- (6) 職業選択の自由や財産権に対する規制において、このように積極―消極規制の目的別に区分すること自体に異議を唱える見解もある。米沢広一前掲二七頁参照。
- (7) 東京地裁昭和五九・七・一九、判例時報一一二九号四七頁。
- (8) 京都地裁昭和五九・六・二九、判例タイムズ五三〇号二六五頁。
- (9) 浦部法穂「経済的自由」憲法講義2一九二頁参照。
- (10) 有倉遼吉「判例コンメンタル憲法I」二七八頁参照。
- (11) 芦部信喜「職業の自由の規制(五)」法学セミナ一九七九年一月号三九頁参照。
- (12) 棟居快行「営業の自由における違憲審査基準論の再検討」神戸法学雑誌三五卷三号七〇一頁参照。
- (13) 芦部前掲三四頁。
- (14) 芦部同三六頁。
- (15) 津地裁昭和二八・五・二二、下級民集四一―五―七五四。
- (16) 「森林の保全培養及びその生産力を増進して国土の保全と国民経済の発展に資する」という公共の福祉の観点から、本判決の結論に賛成する考え方に、山本桂一「公共の福祉」日本国憲法体系第八卷基本的人権Ⅱ所収があり、反対する考え方に、小

林孝輔「基本的人権と公共の福祉」総合判例研究叢書憲法（3）所収があった。

(17) 本件第一審判決は昭和五三・一〇・三二日静岡地裁にて、第二審判決は昭和五九・四・二五日東京高裁にて下されているが、いずれも本稿脱稿時、判例集未登載であった。

(18) 上告代理人藤本猛の上告理由（本判決文中の上告理由参照）では、原判決が第一審判決の判断を相当として控訴を棄却したが、その第一審判決の判断理由を次のように纏めている。

(1) 森林法第一八六条において、森林の各共有者は持分の価額に従いその過半数をもってする場合の外は森林の分割を請求し得ないと定めており、

(2) 同条は財産権の制限たるを免れないところであるが、同条が設けられた趣旨は、一般の共有物のように共有森林についても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、小団地となって、森林の公の立場からする合理的な経営ができ難くなり、森林法の主眼とする森林の保続培養及び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おそれがあるから、右目的を達成するため、分割を制限して森林の細分化を防止しようとするものであり、

(3) 同条によって分割は制限されても、森林の処分権を奪うものではないから、森林の共有者はその持分の譲渡その他の処分は自由になしうるものである、

から右森林法の規定は憲法二九条に違反するものではない。

(19) 米沢前掲二七頁。

(20) 今村前掲七〇頁。

(21) 坂上裁判官の補足意見の中に、香川裁判官の説かれる共同経営論に基づく合憲判断を批判して、「例えば、持分四分の三と持分四分の一の二人の共有者があって、四分の三の持分権者の請求によって分割が行われた場合があったとしよう。四分の三の権利者に分割された森林は、単位面積当たりの採算が分割前より多少不利になったとしても、なお、一応の利益が得られる

が、四分の一の権利者の方は、自己に分割された森林だけでは経済的に維持できないというような場合も生ずることが考えられるのである。こういう場合に分割請求を許すべきでないのは、むしろ二分の一を超える持分権者の方でないかと、筋が通らな
いのではないだろうか。」という記述があるが、多数意見のいう経営安定のために細分化を防止するという観点からしてもこの
ことが言えるのではないだろうか。

(22) 東京高裁昭和五七・四・一五、判例タイムズ四七一号二三〇頁。

(23) 香城敏磨「研究会・憲法判断の基準と方法」における発言、ジュリスト七八九号二三頁。

(24) 本稿注(10)参照。