

中島徹報告をめぐる質疑応答

(2011年9月18日)

発言者一覧（発言順）

愛敬浩二（名古屋大学）
山野目章夫（早稲田大学）
長谷部恭男（東京大学）
水島朝穂（早稲田大学）
蟻川恒正

○愛敬浩二（名古屋大学） 今日の中島先生のご報告の関心の中心は、ピンポイントで言うと、漁業権の問題について、憲法論として達増拓也知事のような立場を正当化できるかという点か。
○中島徹（報告者・早稲田大学） 関心としてはそうであるが、なにぶん漁業権については知らないことも多く、今日は、山野目先生にお越しいただいた。

それは措くとして、そもそも、入会権者が言うような権利が、憲法で保障する財産権だと本当に言えるのかどうかは、やはりよく分からない。少なくとも最高裁は、森林法判決と漁業権判決で、おそらくそれを真っ向から否定している。近代的な権利を憲法が保障しているとも保障していないと考えることも可能であるので、保障していないと考える場合には、法律制度が変われば、漁業権であれ何であれ、位置づけは変わる。それゆえ、特区構想に何の問題もないということにもなる。

そして、実際、本当に漁業が零細化しているのかという点は、私には分からないし、それが「中央目線だ」と批判されるゆえんでもある。果

たして、集約化したほうがうまくいくのか。農業に関して言うと、集約化の効用を否定するのは非常に難しいのではないかという感じはある。1軒1軒の農業がきちんと自分の土地を耕し、生産をなささいというのは簡単だけれど、それができる状況にあるのかが問題である。

もちろん、これはTPPのようなものを念頭に置き、世界市場で競争することを考えると現状のままでは無理だという議論でもある。しかし、そうではなく国内自給率確保の観点でいくのなら、漁業権がそうであるように、漁場を荒らされないほうがよいということにもなってくるであろう。この点は政策問題なので、憲法でどこまで縛束する議論ができるかという問題はあるだろう。

漁業権が憲法上の権利であるとすれば、最高裁のように、いともたやすく「法律改正により、もう入会的権利である性格は失われた、社員権として近代的な権利になったのだ」と言えるのか。仮に言えるとしても、少なくとも、憲法上の権利である以上、法改正の時点で補償が必要だったはずである。しかし、そうした補償はなされていない。とすると、最高裁は、漁業権をそもそも憲法上の権利とは考えていないはずである。そうした問題をどう考えるべきかくらいは、憲法学でも論じることができるのではないか。これは、憲法が保障する財産権とは何かという、おなじみの議論でもある。

同時にそれは、憲法と民法という論点でもある。私法で築き上げられてきた権利が、当然に憲法上の権利でもあると言えるのか。この場合、

漁業法は入会権的なものを権利として実定化したという、水産庁の説明を鵜呑みにするのであれば、まさに憲法上の財産権として保障された前近代的な権利だと言えなくもないだろうが。

○愛敬 29条1項と2項の対立という論点において、左翼はどちらかという2項を重視してきた。要するに、財産権の内容は法律次第だということを強調し、神聖不可侵性はある種、軽視するという流れがあった。しかし、よく考えてみると、これは2条よりも1条の問題として、やはり立法政策に限界があることを議論したいという趣旨か。

○中島 議論する必要があるかもしれないということであり、今議論したいとは必ずしも思っているわけではない。今はまだよく分からない。

○愛敬 かつて、土地が高騰したときに銀行から借り入れをして、都市部の地価の高い土地を購入し、相続税を圧縮することが行われた時期があった。その後の法改正か何かで、結局、時価に近い形で相続税を課すことになった。

『憲法判例百選』で私は、相続税額が相続した金額よりも高くなってしまふ事例が出てきたという事案を扱っている。それを書く際に、一生懸命、憲法の本や論文も読んだのであるが、何も参考になるようなことが書かれていない。唯一分かったことは、相続した金額より1円でも高く相続税をとると、おそらく憲法29条違反となる、ということであった。というのも、相続したものに対する担税力に対し、相続税を課すのであるから。では、全部持っていかれたら憲法違反なのかと言われると分からない。結局、憲法上の財産権ってよく分からないという問題が、震災の問題に伴って集中的に出ているのではないか。

○山野目章夫（早稲田大学） 今の愛敬先生の指摘の税金の議論は、それとして大きな主題であると考えているが、直ちに回答を持ち合わせていない。中島先生が取り上げた漁業権についての問題を少し考えてみると、それは、一般に民法学において、必ずしも活発に研究がされているものではない。民法学として、本当は漁業権あ

たりのことを、もう少しきちんと勉強してなければいけないことは、たしかである。しかし、河川、漁業、海などの話になると、どうしても研究が手薄であるというのが、今までの研究状況であるであろう。

報告を聞いていて気になった点は、中島先生が、漁業権を主に引き合いに出して、前近代的な権利は憲法的な財産権保障の対象か否かという問題を取り上げた点である。この切り口は、すごく斬新で勉強になったのと同時に、報告の全体を通じて「近代とは何か」ということと、その裏返しとしての「前近代とは何か」という概念の解明、掘り下げ方、その造形が、どのようにされるべきなのか。それが少し分からなくなってきた。

憲法が基本的に想定するのは、所有権に代表されるような近代的な権利である、という話それ自体はその通りであろう。しかし、どちらかといえば消極的、ネガティブに見られている前近代的ないろいろな権利の中にも、雑多な種類の権利や、雑多なルールがある。大別すれば、一方で、封建社会の政治的支配を正当化し維持するような、いわば支配系に属する前近代的な権利と、他方、近代的権利ではないけれども、村や山などにいる人々が共生していくための、いうなれば共生系に属する前近代的権利とも言うべきものがある。

それらの二つの系統の前近代的権利はどちらも、原子論的な個人を前提にその人が主体になる所有権というものから見るならば、確かに前近代という大きな括り方をされてしまうかもしれない。しかし、29条の文脈で考えたときに、まず、支配系のルールのほうは、それが復活してこないように、29条の解釈などが厳しく歯止めをかけるということは必要な話であろう。

他方、共生系のルールについて、最高裁判所の森林法判決が「近代」という言葉で何かを強調したことをもって、共生系のルールはネガティブなものとして取り扱われてしまうとすれば、それは森林法判決の深読みというか、その射程が非常に肥大してきているのではないか。

そうすると漁業権は、今のような観点から考えるとどうなるか。おそらく、達増知事の発想は、彼の政治的意図はともかくとすれば、漁業権は、少なくとも貧しい漁村で漁民が共に寄り添って生きていくための権利である、という見方が背景にあるかもしれない。それは確かにピカピカの近代的権利ではないけれども、どちらかという支配系の前近代的権利よりは共生系の前近代的権利であり、それを引き続き守るべきである、というのが岩手県の立場であるということではないか。そのようなアングルで見ると、13条とつながっている部分があるともみることでもできるであろう。

○中島 近代とは何か、前近代とは何かという点は、私自身も同じ問題意識を共有している。前近代的な支配が復活するということが今日においてそれほどあり得るのかということについて言えば、「おれたち、そんなことをするはずじゃないか」と、産業界も言う。そういう問題のレベルと、いま山野目先生が共生系として論じたものを私は「コモンズ」というおなじみの言葉で理解しているが、そのコモンズ的な権利の保障は全く別問題である。そのコモンズという形で、例えば、環境を共有し、さまざまな形で生産物を維持していくというレベルの議論は、前近代的な性格がまさにそれを果たしていた側面に着目しつつも、それを今日において新たな権利として構想し直すという問題があるだろう。

これを即憲法論として、少なくとも裁判所で執行可能な権利論に組み立てることができるかという、そうではないだろう。しかし、裁判所で決着がつかない問題でも考えてみる余地はあるはずだ。そのきっかけが一方で漁業権にあり、しかし全くそれと矛盾する形とまで言えるかどうかはともかくとしても、他方で農地の問題にあると考えて、本日の報告をさせて頂いた。実は、私が最大の関心を持っているのは後者、農地の問題である。TPP 絡みの問題であり、その論文を書こうと思っていた矢先にこの震災が起きてしまい、今は、どうしたらいいのか考えあぐねている。

それに加えて、漁業権問題をめぐり、宮城県知事からあのような議論が出てきたので、これはいったいどういう問題なのかと考えてみたところが、意外や意外、実は憲法が保障する財産権とは何かということを考える一つのきっかけになるのではないかと考え、今日整理をした次第である。

よく石川健治先生が言及する薬事法判決の「知恵者」が、森林法判決において近代化を促進したと言えなくもない。そして、それが山野目先生の指摘にあった近代とは何か、前近代とは何かということにも関わってくる。89年の漁業権に関する最高裁判決を、知恵者が書いたかどうかはともかく。いずれにせよ、この判決は出来がよくないので、違う人が書いたのかもしれないが、路線自体は同じである。それを、ローマ法がゲルマン法を凌駕したと評価することが本当に適切なのかという問題はあろう。

○長谷部恭男（東京大学） 第1点目は細かい話で、平成1年の共同利用権に関する判決で最高裁が何を言っているのかという点について。入会的権利から社員の権利に変わったと言われた共同漁業を営む権利は、漁業行使権のことなのか、あるいは、共同漁業権のことなのか。最高裁が念頭に置いているのは共同漁業権であると思うが。

○中島 共同漁業権のほうである。

○長谷部 丸ごと収用されてしまったものを、どう配分するのかという問題だとすると、それは社員の権利に留まっている。仮に個々のメンバーに何かの持ち分があるとすると、それはもう社員の権利だと言っているにすぎない。そうだとすると、それはそれで非常に小ぢんまりしたレベルでは、筋が通り得るのかもしれない。

第2点は、山野目先生の前近代的権利にも二種類あるということについて。ひとつのモデルを挙げると、修道院に入った人がその修道院所有のさまざまな物や、さらに全教会が持っていることになっているはずのものを、どうやって使用しているのか。これは今でも、フランチェスコ修道会やドミニコ修道会はそうになっている。

そういうものを前提にして、それがモデルだとすると、それはそもそも権利なのか。

つまり、少なくともフランチェスコ修道会のオーソドックスな考え方によると、メンバーに権利はないと言っている。それゆえ、非常に極端な話をすれば、寄付をした人が「やり返してください」と言ったとすると、それを留める権利は、修道会にも修道士にもないという前提ものを考えているはずである。

中島先生が引き合いに出された、とりあえず Kommunismus のものの考え方を取る人も、Commun に属している人にあるのはやはり法的権利ではないという前提ではないか。その意味では、要するに、利用権でもなく、単に事実上使用しているだけだ、という想定なのか。

○中島 実は今の最初の質問と2番目の質問は連動しているだろう。つまり、社員の権利ということを経済法はただ言っただけだと理解できるかもしれない、私も一旦は考えた。しかし、共同漁業権の免許は、少なくとも漁業法上は、漁協（漁業協同組合）という、それ自体は近代的な位置づけを与えられた組織に対して与えられる。

ところが、漁業権それ自体は、その漁協に属している組合員の個々の権利と理解される。これも社員の権利と理解されるならば、分割可能で共有可能な権利になることになるので、例えば、ある漁協が、遠く離れた漁協と合併した場合に、その遠く離れた漁協の組合員も漁業権を持つという構成になる。

ところが、先ほど報告で述べたとおり、規則によって、現地に住んでいる人間だけを組合員にしている。事実の問題として、例外なくそういう規則を作っている。しかし、そうしなければならないという規範を一体どこから導き出せるかという、それは入会権的な性格を持つからだとしか説明ができない。その説明を否定するということは、完全に分割可能な権利を想定することになり、まさに森林法の理屈に適合することになる。しかし、その限りでは逆に、個々のメンバーに何らかの権利を想定して漁業

権が作られているということになり、これはフランチェスコ修道会の権利問題と同じなのか。同じではないのではないか。

むしろ、ここで言う共同漁業権は、入会権の権利の性格を持つものなのか、あるいは、近代化された社員権のものであるのかという点に関係なく、法的な権利という形で構成されている。しかし、これは共同漁業権の限りで、では組合に入っていないものの、現地に住んでいる人間が漁業権を持たないかということ、これも法律上、漁業権を持つとされている。その者がたった一人で組合を作ってもよいし、組合を作らなくても漁業権を持つという形で分属させられている。しかし、それを売却する権利はないし、分割請求をする権利もない。これが、ここでの共同漁業権の構成であり、少なくとも法律上はそう定められている。

それゆえ、先の修道会の議論とここでの議論は、前近代的な性格を持っているという側面では同質のように見えながら、実は異質なものであるように思われる。

○水島朝穂（早稲田大学） 第1点。農地法が数年前に改正され、実質的に日本は耕作者所有主義から離れた。耕作者所有主義は戦後農地改革のなかで、寄生地主（不在地主）を排除するという思想のもとに行われたものだが、耕作者所有主義から離脱するような農地法改正が行われると、新たな「不在地主」である企業も参入できることになる。しかし、海というのは、「ここからここまで私の所有です」と登記しているわけではない。とすると、漁業の問題と農地の問題は、当然、分けなければならない。

さらに、漁業の場合、これは県知事が非常に大きな権限を持っている。特に、今回の震災で、カキのいかだが崩壊したが、それをもう1回再建しようとする場合に、前と同じように県知事が許可する順位は、漁協が第1位と決まっている。これに対し、漁協だけが第1順位ではなく、なるという宮城県知事の提唱する流れが出てきた。漁業特区構想である。そこに企業がドッと参入してくる。

そうすると、参入規制の問題と漁業権の性格との緊張関係と、農地法が改正された後の議論は、震災について考える場合であっても、私は変わってくると考えている。つまり、新自由主義的改革が、農地よりも漁業法は遅れていたという点についてはどう考えるのかという点である。

第2点。TPPとの関係からさらに進んで、PPP (Public Private Partnership) との関係はどう考えるか。PPPの議論は、もし展開していくとTPPよりもっと直接的に問題が出てくるように思われるが。

○中島 そういう話になってくると、私が今考えていることの射程外になる。つまり、そこまで考えていない。第1点の漁業権の問題は農地法の問題よりも遅れているという評価は、その遅れているという評価が一定の観点からの評価になるので、遅れていると言うべきかどうかということは、留保しておきたい。ただ、今の指摘の観点からすれば、「遅れている」のだろう。

しかし、遅れていることの意味をどう考えるのかということでもあり、それは農業の進み方が適切なのかということでもある。そういう問題を政策論ではなく、憲法論として論じることができるのかどうかということが、一応ここでこだわっている事柄である。「それはもう憲法の守備範囲の問題じゃない」という指摘は、必ず出てくるだろう。本当にそうであれば、私もその領域の方にお任せしたい。しかし、どうもそうではない。少なくとも、例えば、樋口陽一先生の教科書のあの短い記述の中からでも、本当にそうだったのかということを読み取る余地はあるはずである。

そう考えると、第2点のTPPの問題もやはり同じであろう。「民間が最も効率的にやれるので、民間で行うのが一番良いことだ」と本当に言えるのかという問題が、最初の政府の役割と民間の役割の問題である。しかし、それについて、「こうだ」と言える何かを、私を持っているわけではないので、考えるヒントをいただければと思う。

○蟻川恒正 特に1980年代末から1990年代初めにかけて、最高裁なのか、最高裁を超える何らかの主体なのかは分からないが、前近代的な所有に対して一定の態度決定に舵を切りつつあるのかという点は非常に大きな問題である。

その上で、先に言及があったように、石川先生は薬事法判決について最高裁に知恵者がいたと指摘している。しかし、その人は恐らく石川さんが考えるほどに、人格権というものには思い入れを持っていない人だろう。薬事法判決の読み方はいろいろあり得るであろうが、従来の一般的な読み方を挟んで、一方では、石川先生のような人格権にアクセントを置いて読む読み方と、他方で、長谷部先生の読み方があるのではないか。つまり、最高裁は、職業選択の自由の問題と言っているけれど、しかし結局、憲法22条の人権としてではなく、それを規制する国家権力の限界の問題として処理した。それをテクニカルに憲法上の権利として表現したということではないか、という長谷部先生の読み方がある。恐らくその最高裁の知恵者は、石川先生的なレトリックを使いながら、長谷部先生的な実質思考をしたのではないと思われる。

それと比べてときに、もう森林法判決は、それほど知恵者が書いたようには思われない。加えて、「近代的な所有形態」という非常に大がかりな議論の立て方がなされているものの、これも実際、何らかの個人像や所有についての近代的なイメージを本気で持っていたというよりは、むしろ、別の判決の園部逸夫裁判官の補足意見の中での森林法判決への次のような言及が示唆的である。すなわち、法律家は民法の思考に馴染んでおり、それゆえに民法以外の問題に裁判官が取り組むときには色々と構えるけれども、民法がベースにあるところは比較的なじみやすく議論する。ゆえに、森林法違憲判決は、厳格な審査を憲法論として施したというよりは、民法的思考形態で判断していくと、おのずと細かくよく分かっていくところがあるので厳しいものになった、と。おそらく、そういうことではないだろうか。この点については、長谷部先生の

言われる法律家共同体のプラクティスというものが、園部先生の考えとどういう関係に立つのかも知りたいところではあるが。

そういう意味で最高裁自身はいずれにせよ、人格的な権利や個人像について、それほどの哲学を持って語っているのではないと思われる。森林法判決の理解に関しては、現時点での私は以上のように考えているが、中島先生の今日の報告の切り込み方については、これは純粋に面白く、勉強させていただいた。

○長谷部 先ほどの私の発言の続きである。山野目先生の指摘の通り、私も森林法判決のレトリックは、あまり拡張解釈をしないほうがいいと考えている。森林法判決では、単独所有にしたほうが、個々の所有者が自分のことに気をつけるので、全体として資源の保護に役立つのだ、という指摘がなされている。

これはトマス・アクィナスやウィリアム・オッカムも指摘していることである。カトリック神学の前提だと、昔は本当にコモン、つまり共同所有であり、そこではみんなで自分が必要なだけ適切な量を使っていた。しかし、アダムとイブが罪を犯したおかげで人間は墮落してしまい、必要以上のものまで「自分のものだ」と主張するようになってくると、共同所有のままでは事がおさまらないので単独所有制をとっている、という物語である。近代的所有、つまり近代法の体系で単独所有を語るのは、もともとはこうした物語に依拠した議論であろう。

そうだとすると、漁業権は別だという議論が成り立ち得るのではないか。つまり、地上において耕作、収穫し、果実を取っていくという話とは別のものである、と。先ほど中島先生の指摘の通り、海に出て行き魚をとるということは、闇雲にとればいいのかという問題に、つながってくる。たとえ森林法判決の議論を前提としたとしても、漁業は別立ての議論を立てようと思えば立てられると思われる。

○山野目 森林法判決が近代市民社会云々と言及した、あの「近代」という言葉が中島先生の指摘のような重い意味を持っているものである

とは、この判決の理解として私は考えていなかった。民法の定める共有物分割請求権を制限するためには、特別の理由が必要である、通常は単独所有のほうがよいでしょうね、という比較的簡明な理屈を言うときに、その「近代市民社会」という言葉を用いたものであろうと私は考えていた。おそらく、民法学者の一般的な理解も、そのようなものであると想像する。

しかし、今日の報告はそうではない。森林法判決が封建的権利の排斥に関して一定の意義を有する云々という話が出てきて、正直、私は皆さんの顔を見て、「憲法学ではこれが常識であって、そういう初歩的なことを私のみ知らなかったのかもしれない」、と感じていたほどである。けれども、今、先生方の話を伺っていると、どうもそうでもない部分もあるようである。今日の中島報告というのは、森林法判決と漁業権判決がドラマチックに正面衝突し、非常に興味深く面白いのであるが、ひょっとすると漁業権判決も中島先生が指摘するほどの大きなサイズのものではないかもしれないし、さきほど述べたような意味で森林法判決もまた大きなサイズのものではないかもしれない。どちらも少しサイズアップした上で、話をドラマチックに仕立てましたね、という感想を抱いた。

○中島 本音を言えば、今のご指摘の通りである。というのは、森林法判決は「近代市民社会における原則的所有形態」という言葉を出さない限り、違憲という結論を導けない。一種のレトリックである。それを、ローマ法からゲルマン法の排斥という形で論じるのが石川先生なのであるが、果たしてそれほどドラマチックなのかという点は、私もその通りだと考えている。

漁業法の問題も、最高裁はそんな文脈で考えていないと言え、恐らくそうだろう。「あえてクローズアップすれば、このようにも読める」、というのを今日報告してみた、ということである。憲法問題に仕立て上げるにはどこかでそういう議論をせざるを得ないというのは、最高裁の森林法判決と同じ悩みでもある。

ただ、非常に大きな流れとしては、農地改革

はあのような形で行われたが、例えば、山林の改革はなされなかった。国有林であるが、もともとは皇室のものである。それに一切手を触れないというのが、戦後改革であった。

それが1991年になると、先ほど述べたように民営化という問題が出てくる。それが時期的に言うとも1980年代後半から1990年代で、先ほど蟻川先生の指摘にもあったように、いったい誰がこういうことを仕掛けたのか。最高裁なのか。もっと何か他のものがあったのか。おそらく、他の何らかの動きがあったと推測しているが、それが何であるかは、私には分からない。その大きな流れの中で、一種の括弧付きの「近代化」がなされた。この「近代化」は、例えば、かつてイギリス土地所有権法の中で議論されていたような、「土地所有権の近代化とは資本主義化である」というテーゼと、どこかで重なるところがあると思われる。そういう意味での近代化論と、しかし同床異夢で土地の公有制や利用権強化という議論が、戦後の私法学の分野で展開されてきた。私が学生時代には、篠塚昭次先生のような議論があった。しかし、その議論は今日では、先ほど水島先生が指摘にもあったように、農地の「所有から利用へ」の転換という議論に回収されてしまっている。回収されてしまった議論をもう一度腑分けする必要はないのかということが、今日のクローズアップの意味でもあった。

○愛敬 そもそも、森林法判決は合憲判決でもよかったのではないか。「非常に不合理な規制であるけれども、憲法には違反しない」という結論を出せば、あれほど大きな議論をする必要はなかったケースだろう。しかし、憲法学者は森林法判決を重視している。というのも、いわゆる経済的自由に関しては原則的には立法府の裁量を尊重する流れがある中で、森林法判決は、従来の規制目的二分論の理解からすると、積極目的のように見える規制について違憲判決を出したからである。

民法学者の大村敦志先生の指摘にもあるように、売り渡せる相手が一人しかいないので損を

するかもしれないが、持ち分譲渡という形で済ますこともできる事案である。かつ、相続するときにも分割請求できないことを前提にして、相続税額は低めに計算されたはずである。そのため、違憲と言ってまで救わなければいけない事案だったのかという疑問を、私は以前から持っている。非常に不合理な規制だけれども合憲だという結論を出せば、あんな難しい議論をする必要がなかっただろう。

よって、ああいう大きい議論をしてしまったことの責任は、最高裁にあるのではないか。憲法問題において、裁判所は必要以上に大きい議論をするべきではないという考え方を私は持っている。拡張解釈される可能性のあるキー・フレーズを出してしまったことの問題点があると思われる。

それから、薬事法判決に関しては、奥平康弘先生の論評と長谷部先生の整理がいちばん正しいと思われる。奥平先生は、薬局に関して適性配置規制を認めたら、他の業界も全部認めざるを得なくなり、こんなことは法的に負担が厳しすぎて不可能だ、と指摘している。もしそのような規制の合憲性を認めると、そば屋だろうが、何だろうが、もしかしたらクリーニング屋にまで、適正配置規制が認められることになってしまう。こんなことは法制度上あり得ない。そういう問題がある中で、やはり立法府の立法政策の限界として、「あれを許してはいけない」という判断が、法律家としては当然出てきたのではないか。そもそもあの薬事法改正案は、内閣法制局が拒否した法案である。それを違憲無効とするのに、あれほど格調高い理論を作ったこと自体が私は大問題だと思っている。

薬事法判決と森林法判決から、石川健治先生などは、格調高い憲法理論を導き出しているが、判例の読み方として妥当なのだろうか。ともあれ、以上のような問題状況を踏まえると、中島先生のような問題意識も理解できなくはない。ただし、私自身は、長谷部先生と山野目先生と同様、「大したことはない」と考えたい。

○山野目 森林法判決、たいしたことがない、と

いうアングルで言い過ぎたかもしれないと感じているところもある。今の愛敬先生の話自体は、全体としてその通りであろう。

民法を扱っている人間の目から見たときに、森林法判決が用いた「近代市民社会」という言葉や枠組みが、ある部分は少し大袈裟なものだったり、不要なものだったり、舌足らずだったりする側面があると感じる。そのような意味において、あの判決それ自体の素地は、でこぼこがある。それをうまく受け止め、今後に向けて使いこなしていくことが、民法学者や憲法学者の仕事であろう。

しかし、森林法判決の結論自体は、奇異であるという感じはしない。中島先生的な読み方や、近代市民社会の素地のことは少し脇に措くとしても、森林法判決を今日から見たときに果たしている役割は、人権としての29条云々というよりも、財産権の編成が立法府において何でも自由に行なわれてよいというのではなく、合理的にされるべきであるという一定の隠された出発点がある、その確認としての意義は大きい。そして、法律家の良識を超えたある限度での不合理な所有権その他の財産権の編成が憲法的コントロールを受けるということは、私個人としてはあってもよいのではないかと考える。森林法判決が有している一つの意味や、その後担ってきている意義もそういうところにあるのではないか。そういうアングルから見たときに、それは別に悪くはないだろう。

ふたつ例を挙げたい。阪神・淡路大震災のあと、マンションが全壊して土地のみになってしまった、そのような場所においても仕方がないから共有物分割請求で処理しましょう、という人が沢山出てくると、被災地の復興が混乱することになる。それゆえ、一定期間、共有物の分割制限をしようという特別法が作られた。が、ただし、そのときに森林法判決のドクトリンからいって、きちんと共有物分割制限を正当化しないと違憲だと言われるかもしれないということを、政府は非常に心配して、やや複雑な条文になっている。最高裁判所から違憲だと言われな

いようにするために、複雑な工夫がなされている。しかし、それはやはり法律を作る人に対し、森林法判決の法理が、「民法の共有のルールと異なることをするのであるから十分に気をつけておやりなさい、と戒めた部分があるといってもよい。それはそれとして諒とされるべきである。

次に、比較的最近、マンションの集合建替え、団地建替えに法律の規律が合憲であるとした判決がある。13条や、29条、25条違反等を当事者は主張していた。このように29条の文脈も一つの論点とされたのであり、財産権の規律は、きちんと中身は合理的であることが必要である、という見地からは審査される、という姿勢は、最高裁判所においても確認されている。その規定それ自体は、問題となった程度の多数決であれば合憲であろうという判決の書き方ではあったが、「問題となった程度の多数決であれば」というときの「問題となった程度」が、では、どこまでいけば違憲になるかはよく分からないとしても、一定の限度を超えて良識を踏み外したらコントロールする、という姿勢がにじみ出ていると思われる。

そうすると財産権の編成について、何らか一定の審査をする、という態度を示したということであって、これは、規制目的二分論のような文脈の外側にある、もう一つ別なアングルを提示してくれたという意味では、もっともな議論である印象を受ける。

○中島 先ほど山野目先生の指摘にあった前近代にもふたつの意味があるというときの、まさにそのふたつの意味に関わって、森林法自体は入会の山林の存続を意図していたとしても、森林法事件の兄弟喧嘩は全く入会の問題ではないので、あの事件には合理的な法律となっていなかった。それゆえ、法令そのものを違憲とする必要まではなかったはずであり、例えば、適用違憲という形で論じることもできたはずである。あの事件で、法律それ自体が合理性を失うことには、当然にはならないのではないかとも思われる。