

| | |
|------------------|---|
| Title | 財産権制約をめぐる近時の最高裁判例における違憲審査基準について：平成14年判決における変更？ |
| Sub Title | Standard of review on the constitutionality of property rights regulations in recent supreme court decisions : a change? |
| Author | 大石, 和彦(Oishi, Kazuhiko) |
| Publisher | 慶應義塾大学大学院法務研究科 |
| Publication year | 2009 |
| Jtitle | 慶應法学 (Keio law journal). No.13 (2009. 3) ,p.127- 141 |
| JaLC DOI | |
| Abstract | |
| Notes | 論説 |
| Genre | Departmental Bulletin Paper |
| URL | https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20090325-0127 |

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

財産権制約をめぐる近時の最高裁判例に おける違憲審査基準について

——平成14年判決における変更？——

大 石 和 彦

はじめに

1 これまでの議論

- i) 目的二分論（の帰趨）への関心
 - ii) 「事の性質」による立法裁量の広狭の違い
- ## 2 平成14年判決における変更？
- i) 実は消失したのは「積極的」・「消極的」の二語だけではない
 - ii) 「比較考量」するのは誰なのか？
 - iii) 「財産権の性質」をどこでカウントするか

むすび

はじめに

本稿の目的は、いわゆる「インサイダー取引」を防止するための証券取引法164条1項の合憲性につき判断を示した最大判平成14年2月13日・民集56巻2号331頁を境に、財産権制約の憲法29条2項適合性につき最高裁が採る基準に変化があったか否か、あったとすれば、いかなる変化であったかにつき、ささやかな問題提起を行うことにある。

1 これまでの議論

i) 目的二分論（の帰趨）への関心

財産権制約の合憲性につき上掲平成14年判決において採られた一般的判断枠

組（または同判決を引用して財産権制約の合憲性を認めるその後の最高裁判例のそれ）は、森林法の共有林分割制限規定（当時）を違憲と断じた最大判昭和62年4月22日・民集41巻3号408頁を基本的に「踏襲したもの」¹⁾、あるいはそれと「同じ趣旨」²⁾ とする見方が、現下一般的であるといえるだろう。

では一体、両者の具体的にどの部分が「同じ」だというのであろうか。以下部分は両判決ほぼ同じであるので、ここでは平成14年判決の方からのみ引用しておこう。

「財産権は、それ自体に内在する制約がある外、その性質上社会全体の利益を図るために立法府によって加えられる規制により制約を受けるものである。財産権の種類、性質等は多種多様であり、また、財産権に対する規制を必要と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に基づくものから、社会生活における安全の保障や秩序の維持等を図るものまで多岐にわたるため、財産権に対する規制は、種々の態様のものがあり得る。このことからすれば、財産権に対する規制が憲法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、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである。」

平成14年判決の調査官解説自身、上掲部分を引用したうえ、「この基本的な立場は、森林法事件判決のそれと実質的に異なるものではない」と述べている³⁾（上掲部分に限っていえば、本稿もそれに異を唱えるつもりはない）。

もっとも、上掲部分のうち「社会政策及び経済政策に基づくもの」および「社

1) 『判例セレクト2002』9頁 [松本哲治]。

2) 内野正幸・法教267号(2002)128頁。

3) 『最高裁判所判例解説民事篇平成14年度上』193頁 [杉原則彦]。『最高裁判所判例解説民事篇平成15年度上』85頁 [山口雅高] も同旨。

会生活における安全の保障や秩序の維持等を図るもの」という箇所からは、森林法判決のうちでそれに対応する箇所(「社会政策及び経済政策上の積極的なもの」および「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」と比較した場合、「積極的」・「消極的」という言葉がそこだけわざわざ削除されていることも、既に指摘されてきている⁴⁾。さらにこのことは、財産権制約分野において最高裁が「目的二分論」を採るものではないという、森林法判決で示された方向性を、さらに鮮明にするものである、との指摘もなされている⁵⁾。

「目的二分論」とは、営業許可制の憲法22条1項適合性が問題となった二つの事案(小売商業調整特措法判決〔最大判昭和47年11月22日・刑集26巻9号586頁〕および薬事法違憲判決〔最大判昭和50年4月30日・民集29巻4号572頁〕のうちに後者)を通じて定立されたといわれる判例法理である。それによれば、ある営業活動につき許可制を採る法律の目的が「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」である場合には、裁判所としては立法府の裁量を尊重して、「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り、これを違憲として、その効力を否定することができる」(小売商業調整特措法判決)のに対し、立法目的が「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」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」(薬事法判決)なければ違憲と判定されるというものである。その後、違憲審査基準の寛厳を立法目的如何で振り分けるといったような議論は、営業許可制の合憲性というもともとの文脈を超えて、財産権を含め経済的自由権に対する制約一般の合憲性判定基準として理解されるに至っていた⁶⁾。

ところが森林法判決では、「森林の細分化を防止することによって森林経営

4) 横田守弘・法セミ573号103頁(2002)、松本・前掲(注1)。

5) 『憲法判例百選Ⅰ(第5版)』(有斐閣2007)215頁[松本哲治]。

6) 山口・前掲(注3)84-85頁。

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」という、上記二分論で行けば「積極的なもの」の方に分類されるはずの目的を有する財産権制約立法につき、目的二分論に触れることなく、制約の必要性・合理性につき詳細な検討を加え、これを違憲と断じたのであった。上記のように平成14年判決が森林法判決とほぼ同じ部分を共有しつつも、「積極的」・「消極的」という言葉を削除していることをめぐってなされている、財産権制約分野において最高裁が「目的二分論」を採るものではないという、森林法判決で示された方向性を、さらに鮮明にするものである、との指摘は、こうした文脈の延長上で語られているわけである。いずれにせよ、営業の自由に対する規制と財産権に対する規制の両方を対象とした包括的な違憲審査方法としての役割を目的二分論に対して期待することは、最高裁判例を前提とする限り、困難（というより絶望的）になっている。

ii) 「事の性質」による立法裁量の広狭の違い

営業の自由に対する規制と財産権に対する規制の両方を対象とした包括的な違憲審査ツールとして、目的二分論に代わって注目されるのが、「事の性質」に応じて立法裁量の広狭を決するという、薬事法判決に含まれていた理屈、森林法判決理解にも及ぼそうとする、石川健治の議論である⁷⁾。

森林法判決が、薬事法判決で示された目的二分論に依拠しなかったことは先に指摘したとおりである。だが一方、森林法判決の中には、薬事法判決を明示的に引用した以下部分がある。

「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、性質等が多様多様であり、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

7) LS憲法研究会編『プロセス演習憲法〔第3版〕』（信山社 2007）273頁以下〔石川健治〕。

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29条2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（最高裁昭和43年（行ツ）第120号同50年4月30日大法廷判決・民集29巻4号572頁参照。）」

ここで森林法判決が具体的に依拠しているのは、薬事法判決の以下部分であろう。

「……職業は、それ自身のうちになんらかの制約の必要性が内在する社会的活動であるが、その種類、性質、内容、社会的意義及び影響がきわめて多種多様であるため、その規制を要求する社会的理由ないし目的も、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、その重要性も区々にわたるのである。そしてこれに対応して、現実に職業の自由に対して加えられる制限も、あるいは特定の職業につき私人による遂行を一切禁止してこれを国家又は公共団体の専業とし、あるいは一定の条件をみたした者にのみこれを認め、更に、場合によっては、進んでそれらの者に職業の継続、遂行の義務を課し、あるいは職業の開始、継続、廃止の自由を認めながらその遂行の方法又は態様について規制する等、それぞ

れの事情に応じて各種各様の形をとることとなるのである。それ故、これらの規制措置が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。この場合、右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、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かぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。」

石川は、上記部分に続く、次の箇所に注目する。

「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。」

薬事法判決において最高裁が「事の性質」として注目したのは、次の二つである⁸⁾。

1 「……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、

8) ただし二者は対等に並立しているのではなく、2（目的二分論）は1の原則を破る例外的要因をあげている関係にあることに注意。このことにつき『憲法の争点（新法律学の争点シリーズ）』（2008）150-151頁〔石川健治〕。

なお最高裁自身が「事の性質」という言葉を明示的に用いたもう一つの判例として酒販免許制の合憲性に関する最三小判平成4年12月15日・民集46巻9号2829頁があるが、そこでは、営業許可制をめぐる事案である以上1は述べられているが、例外的に立法裁量を広く解さざるを得ない要因として、目的二分論に代えて、租税法規定立をめぐると専門技術的性格があげられている。

狭義における職業の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する（立法裁量は狭くなる）。

- 2) ただし「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」である場合には、立法裁量は広く認められるべきである（目的二分論）。

先に森林法判決から引用した部分には、「事の性質」なる言葉は出てこないが、石川は同じ理屈（「事の性質」が立法裁量の広狭を決定すること）が森林法判決にも受け継がれていると見る。そして、当時の森林法の規定が制約していたのが、共有物分割請求権という「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」る「本質的」権利であったことこそ、森林法判決において立法裁量を狭く解させる（裁量統制密度を高める）「事の性質」であった、というのが、石川の説明である。

こうした石川の説明においては、積極目的か消極目的か、といったファクターも確かに重要ではあるが、それは立法裁量の広狭を決する唯一の要因ではなく、それを決すべき「事の性質」に、場合によってはカウントされ得る一要因（しかも上記1に付随する副次的要因）に過ぎないことになる。

こうした説明は、やはり「事の性質」という言葉を明示的には用いていない、その後の財産権制約の合憲性をめぐる判例についても可能かもしれない。実際、平成14年判決調査官解説は、当該立法につき「相当の立法裁量が認められるべき分野に属する」ことをあげており（松本哲治はさらにその理由として当該立法をめぐる「専門技術的要素の強」さをあげる）、また森林法判決以後、財産権制約の合憲性が争われた事案（結局いずれも合憲判断）においては、「高い密度の立法裁量統制を行使するだけの『事の性質』」が存在しなかったと見る評釈もある⁹⁾。

9) 『判例セレクト2007』9頁 [遠藤美奈]。

2 平成14年判決における変更？

i) 実は消失したのは「積極的」・「消極的」の二語だけではない

さて、森林法判決と平成14年の証取法判決の判断枠組が同じかどうか、という冒頭に提起した問題に戻ろう。そもそも森林法判決が採った違憲審査基準とはいかなるものであったか。「立法の規制目的が……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つ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」(傍点は大石)であるかどうか、というのがそれである¹⁰⁾。このうち「明らか」という言葉は、この一般的判断枠組の当該事案へのあてはめの部分でも維持されている。すなわち最高裁は、違憲審査対象である森林法186条の立法目的については、「森林の細分化を防止することによつ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、もつて国民経済の発展に資することにある」と解しつつ、これが「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。これに対し「森林法186条が共有森林につき持分価額2分の1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」であるとしている。

立法目的が「公共の福祉」に合致しないにとどまらず、公共の福祉に合致しないことが「明らか」であるとまでいえないければ、または規制手段が必要性・合理性に欠けるだけでなく、必要性・合理性に欠けることが「明らか」であるとまでいえないければ違憲とは断じ得ないのはなぜか。それは森林法判決が採る立法裁量論と関係する。というのは、立法目的が公共の福祉に合致しないこと、または規制手段が必要性・合理性を欠くことが「明らか」であることと、立法裁量の逸脱濫用とは、判例においては常にワンセットで語られている（つまり

10) この点につき、安念潤司・法教294号（2005）160頁をも参照。

両者は同じことの別の表現である）からである。以上述べたことをさらに補強するために、財産権制約の合憲性をめぐるものでなく、営業許可制をめぐる判例を引こう。以下は小売商業調整特措法判決（最大判昭和47年11月22日・刑集26巻9号586頁）からの引用である。

（積極目的による営業許可制については）「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り、これを違憲として、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。」

ここでは「明白」という言葉が使われているが、これが「明らか」と同じ意味の日本語であることは明らかである。ここではいわゆる「明白性の基準」が（広範な）立法裁量論とワンセットで語られている。森林法判決において額面上語られている基準も、小売商業調整特措法判決の中の「著しく」という言葉が森林法判決にはないことをさしあたり気にしなければ、基本的には「明白性の基準」と同じものであると思われる。

ではこの点、平成14年証取法判決ではどうか。同判決においては、一般論を述べる部分に違憲審査基準らしきものが見られないものの、証取法164条1項の目的につき「上場会社等の役員又は主要株主がその職務又は地位により取得した秘密を不当に利用することを防止することによって、一般投資家が不利益を受けることのないようにし、国民経済上重要な役割を果たしている証券取引市場の公平性、公正性を維持するとともに、これに対する一般投資家の信頼を確保するという経済政策に基づく」ものとした上、「このような目的が正当性を有し、公共の福祉に適合するものであることは明らかである」と述べている。ここにも「明らか」の言葉が見えるが、これをもって「明白性の基準」と同じだと解してはならない。明白性の基準の特徴は、当該規制の目的や手段が「不合理、合理性を「欠く」、合理的で「ない」ことが明白〔明らか〕かを問うも

のだからである（いずれも否定を表す言葉とともに用いられていることに注意）。実質的に明白性の基準に相当する審査基準は、「目的が正当性を有し、公共の福祉に適合するものであることが明らか」かどうかを問うのではなく、「目的が正当性を欠き、公共の福祉に適合しないものであることが明らか」かどうかを問うはずである。

次に平成14年証取法判決のうち、当該規制手段の合憲性を論じている部分から、審査基準と思しきものをさがすと、(当該)「規制手段を採ることは、前記のような立法目的達成のための手段として必要性又は合理性に欠けるものであるとはいえない」という部分が見出される。「明白」とか「明らか」といった言葉がない。平成14年判決は、確かにまとめの部分では、

「以上のとおり、法164条1項は証券取引市場の公平性、公正性を維持するとともにこれに対する一般投資家の信頼を確保するという目的による規制を定めるものであるところ、その規制目的は正当であり、規制手段が必要性又は合理性に欠けることが明らかであるとはいえないのであるから、同項は、公共の福祉に適合する制限を定めたものであって、憲法29条に違反するものではない。」

と述べる。このうち規制手段につき「必要性又は合理性に欠けることが明らかであるとはいえない」と述べる部分は、実質的には明白性の基準と同じだといってよいものである。しかしながら規制目的については端的に「正当である」と述べている（「正当でないことが明らかであるとはいえない」とは述べていない）。いずれにしても平成14年判決では、目的審査・手段審査の両局面で「明らか」という言葉を落としがちになっており、おそらくはそれとの関係で、立法裁量論を語る部分も見られない。

平成14年証取法判決以後、財産権制約の合憲性につき最高裁が判断を示した事案には、最二小判平成14年4月5日・刑集56巻4号95頁、最二小判平成15年4月18日・民集57巻4号366頁、最二小判平成18年11月27日・判時1958号61頁の3件があるが、いずれにおいても平成14年証取法判決と共通の特徴（「明らか」

の語の消失と、おそらくはそれと連動した、立法裁量論の消失) がやはり見て取れる¹¹⁾。

ii) 「比較考量」するのは誰なのか？

ところで平成14年証取法判決のうち本稿で最初に引いた部分は、再三指摘されているように、「積極的」・「消極的」という言葉が削られた以外は、森林法判決からそのまま引き写されたものであり、さらにそれは薬事法判決の上掲部分にまで遡り得るものである。とりわけ「財産権に対する規制が憲法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、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである」という一般論は、証券取引法42条の2第1項3号の規定の合憲性に関する最二小判平成15年4月18日・民集57巻4号366頁、さらには消費者契約の解除に伴う損害賠償の額を限定する消費者契約法9条1号の合憲性に関する最二小判平成18年11月27日・判時1958号61頁という最近の2判決にも受け継がれている。平成14年以降の財産権制約の合憲性をめぐる最高裁判例が、森林法判決の延長上に語られるのは、ゆえなきことではないのかもしれない。

ところでこの、「財産権に対する規制が憲法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、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである」という件のルーツを、森林法判決を超えてさらに遡って行くと、薬事法判決の上掲部分に到達する。具体的にはそのうちの、

11) かような本稿の見地からすれば、最二小判平成14年4月5日・刑集56巻4号95頁が採った基準が「明白の原則と区別された意味での合理性の基準」であるとする内野・前掲(注2)の指摘は当たっているということになる。これに対し、平成14年証取法判決が採った基準につき「規制目的2分論によった場合の積極目的の規制についてと同様」(つまりは明白性の基準)と杉原・前掲(注3)194頁が述べているのは(仮に森林法判決についてそれをいうなら異論はないが)妥当でないことになる。

（職業の自由に対する）「規制措置が憲法22条1項にいう公共の福祉のために要求されるものとして是認されるかどうかは、これを一律に論ずることができず、具体的な規制措置について、規制の目的、必要性、内容、これによって制限される職業の自由の性質、内容及び制限の程度を検討し、これらを比較考量したうえで慎重に決定されなければならない。」

という部分である。ところで薬事法判決は、それに続く部分で、そこにいう「比較考量」の主体につき、次のように語っていた。

「……右のような検討と考量をするのは、第一次的には立法府の権限と責務であり、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かぎり、立法政策上の問題としてその判断を尊重すべきものである。」

この論法は、基本的には森林法判決にも受け継がれている。つまり比較考量の第一次的主体はあくまで立法府であり、裁判所はその判断に逸脱濫用がある（つまりは立法目的が公共の福祉に合致しないこと、又は規制手段が合理性若しくは必要性に欠けることが誰の目からも「明らか」な）場合にしか立法の違憲性を断じ得ない、という議論へと続いて行くのが（それを許さない「事の性質」が特に見当たらない限りは）本来自然なわけである（そしてそれは、〔広範な〕立法裁量論と呼ばれているものにほかならない）。

ところが、平成14年の証取法判決以降、財産権制約の合憲性に関する最高裁判決では、「財産権に対する規制が憲法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、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべきものである」と述べた後に、比較考量するのは第一次的には立

法府であると述べる部分が消失している。本稿がこの消失を、先に述べた「明らか」という語、そして立法裁量という語の消失と絡めて見ていることは、ここまで見てくれば明らかであろう。比較考量の主体として立法府以外に誰がいるか。判決文を読む限り、それは裁判所だと答えるほかあるまい。少なくとも平成14年以降の判決を額面通り読む限り、財産権制約の合憲性審査につき最高裁は立法裁量逸脱濫用審査型ではなく、判断代置型審査へと移行したと見るべきであろう。

財産権制約の合憲性審査につき最高裁は平成14年証取法判決においても、さらにはそれ以降も、立法裁量論を採り続けているとする見解があるが、本稿の上記推測に照らせば肯首し得ない¹²⁾。また、「事の性質」により立法裁量の広狭が左右されているという石川健治の判例理解も、財産権制約の分野では、平成14年以降、そもそもの土俵を失ったことになる。

iii) 「財産権の性質」をどこでカウントするか

問題は、一口で「財産権」といっても、物権、債権、無体財産権その他私法上の権利から、公法上の権利に至るまで雑多なものがあり、要保護性にも幅があることで、こうした事案ごとに異なるファクターにいかにか柔軟に対処する余地を残すかである。この課題を、最高裁は意識しているはずである。というのは、事案ごとに「財産権の種類、性質等が多種多様」(森林法判決)であることは、先にあげた近年の数件の判例を見るまでもなく、森林法判決以前から、財

12) 平成14年証取法判決が立法裁量論に立つとする見解として杉原・前掲(注3)194頁、農地の転用に付き知事の許可を要するとする農地法の規定が憲法29条に反しないとした最二小判平成14年4月5日・刑集56巻4号95頁が立法裁量論を前提としていると解するものとして宮原均・判評532号(2003)205頁以下など。

13) 最大判昭和25年11月22日・刑集4巻11号2389頁、最大判昭和35年2月10日・民事集14巻2号137頁、最大判昭和35年6月15日・民集14巻8号1376頁、最大判昭和36年12月13日・民集15巻11号2803頁、最大判昭和37年6月6日・民集16巻7号1265頁、最大判昭和45年12月16日・民集24巻13号2099頁、最大判昭和53年7月12日・民集32巻5号946頁、最大判昭和55年11月5日・民集34巻6号765頁。

産権制約の違憲性が主張された少なからぬ事案において最高裁は経験しているからである¹³⁾。そうした事案の中で、最大判昭和53年7月12日・民集32巻5号946頁は以下のように述べている。

「『憲法29条1項は、『財産権は、これを侵してはならない。』と規定しているが、同条2項は、『財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。』と規定している。したがって、法律でいつたん定められた財産権の内容を事後の法律で変更しても、それが公共の福祉に適合するようになされたものである限り、これをもつて違憲の立法ということができないことは明らかである。そして、右の変更が公共の福祉に適合するようになされたものであるかどうかは、いつ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。」

先の比較考量論とも通ずるものがあるが、薬事法判決以降の判例では、おそらくは目的・手段の二段階審査に対応して、目的審査においてカウントされるべきもの（規制の目的、必要性）が最初に来て、手段審査段階でカウントされるべきもの（規制の内容、これによって制限される権利の性質、内容及び制限の程度）がその後という順序になっているのに対し、ここではその順序が逆になっており、特に「財産権の性質」が一番最初に来ていて、同判決において環昌一裁判官意見が、原告が主張する「権利なるものの性質、内容を究明することが、本件の憲法判断において基本的な重要性をもつものと考えられる」と述べていたことも指摘しておく。

森林法判決の当事者により主張されていた財産権（共有物分割請求権）の性質は、立法裁量を狭める「事の性質」として機能した、というのが、石川健治の読みであった。そうした読みが現在の財産権分野の判例では成立基盤（立法裁量論）を失ったとすると、財産権の性質は、必要があれば、手段審査段階（「制

限される権利の性質)でカウントすれば差し当たっては十分であるというのが判例の立場であろうかと思われる。実際に例えば証券取引法42条の2第1項3号の規定の合憲性に関する最二小判平成15年4月18日・民集57巻4号366頁は、「私法上有効であるとはいえ、損失保証等は、元来、証券市場における価格形成機能をゆがめるとともに、証券取引の公正及び証券市場に対する信頼を損なうものであって、反社会性の強い行為であるといわなければならない(略)、もともと証券取引法上違法とされていた損失保証等を内容とする契約によって発生した債権が、財産権として一定の制約に服することはやむを得ないものであるといえること」を、手段審査段階での一ファクターとしてカウントしている。

むすび

平成14年証取法判決において、上記のように旧判例(森林法判決)との比較で修正が行われたものと考えれば、同判決自身、そしてそれ以降の判例が決して森林法判決を引用しないこと、さらに同判決が大法廷により下されたこと(裁判所法10条三号参照)につきある程度の説明を与えることができるように思われるが、以上述べたことはあくまで私個人の推測に過ぎない。平成14年判決において実質的な判例の修正があったのかなかったのかについての整合的な説明は、(調査官解説含め)最高裁自身によってなされることが強く望まれる。