
法科大学院において 憲法判例を学ぶ意義

法科大学院教授 石村 修

1 はじめに

この「専修ロージャーナル」誌は当初の編集方針にしたがって、これまで有意義な判例研究が掲載されてきた。こうして兄弟誌である法学部の「専修法学論集」との区別化が明確となり、読者にとっても学習すべき最新判例を知る材料が提供されてきたことになる。また、本誌もやがて10号になろうとしているが、本誌では単に判例研究をするだけでなく、各科目の担当者による含蓄のある「判例研究の意義」（以下、意義論と略）が論じられてきているのは好ましことと思われる。この仕事は、各教科の特性に応じた判例の成り立ちを知ることになり、こうしてこの作業を通じて具体的な判例研究への理解が高まることが期待される。こうした両面での判例研究への対応策は、この雑誌の主たる読者である法科大学院生にも評判がよく、このロージャーナル誌の存在意義を高めてきていると思われる。

これまでの各教員の「意義論」は、各科目の特性が如実に表れていて興味深いものがある。創刊号の巻頭を飾る元法科大学院長の平井宜雄教授は「どうして判例が尊重されるべきなのか」という基礎的・理論的問題に触れられ、専門とする民法の分野の判例研究の範疇を超えた問題を検討されている¹。同教授は法律家にとって判例はどのような意義をもっているのかを問うている。教授の持論である「法律家とは『議論』による『問題解決者』である」ことからして、議論の末に「判決文で表明された規範命題」が重視されなければならないことになる。法律家に厳しいタスクを課する平井教授の提言は、専修大学法科大学院の存立目標ともなっているが、これを実行できるかどうかは大変な困難を伴うものがあると思われる。

1 平井宜夫「『判例』を学ぶ意義とその限界」専修ロージャーナル創刊号（2006年）5頁以下、なお、平井教授の理論の全体像は、本論文も収められている論文集『法律学基礎理論の研究』（有斐閣、2010年）を参照されたい。

また、元学長の日高義博教授の「意義論」は、刑事法専攻者の特性が表れたものであり、「罪刑法定主義」の関係からの限界を踏まえつつも、「法形成との関連性」を明らかにしようとしていた²。その点で、方法論に拘ったのは理由があるところであった。他方で、良永和隆教授の「意義論」は、「判例を読む」方法に特化している点で、法科大学院生ないし法学部生へのメッセージ性が明確にされている³。こうして、日高・良永論文に共通する実際のケースへの接近は、各学問領域において論争の上で構築されてきた理論が、理論に終わらずに現実への「あてはめ」において活かされるプロセスを知ることになった。

こうした本誌で展開されてきた一連の「意義論」に刺激を受けて、公法、とくに、自分の専攻する憲法から見て、判例研究はどうなっているのかを描いてみようと考えた。法学の歴史からして、憲法は主権国家の完成を前提にしてきた関係もあり、特殊な経緯を経て確立されてきたものであり、裁判のなかで表されてきた内容（判例）はいまだ形成期にあり、その点で民事法や刑事法に比較して熟成度は低い。とくに、日本国憲法史は近代国家の形成が遅れた関係もあり、未熟度の程度は高かった⁴。こうした点を意識して、筆者は最近、同世代の憲法学者と共に憲法制定65年を契機にして、『時代を刻む憲法判例』集を作ってみた⁵。一度の改正も経て来なかった日本国憲法であるが、時代の社会現象を特色づけてきたこうした判例は、憲法の条項がいかに時代のなかで多様に解釈され実行されてきたかを知らしめてくれている。その動きを65年のなかの現実との照合作業を通じて現わした一つの結果が判例のなかに色濃く表されていたのであり、憲法からして判例を読む意味は他の法領域に較べて時代を反映してきたものであったことを考えさせられたのである。

以上が、ささやかな本稿執筆の動機である。これまでの論考によって、「判例」が如何なるものであるかは、十分に論述されてきたので、本稿ではこれまでの「意義論」との違いを、できるだけ憲法から明確にすることを心がけることにした。つまり、憲法という規範の特性を明らかにし、その特性を最高裁という法の番人が「判例」という形で解釈し、その積み重ねが「憲法訴訟論」という形で展開されて

2 日高義博「刑事判例研究の意義と方法」専修ロージャーナル5号（2010年）73頁以下。

3 良永和隆「判例の意義と民事判例の読み方」専修ロージャーナル8号（2013年）1頁以下。

4 こうした歴史的分析については、例えば、長谷川正安・和田英夫「日本の憲法判例の特質」有倉遼吉還暦記念『体系・憲法判例研究 I』（日本評論社、1974年）1頁以下、佐藤幸治「判例について」同『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）262頁以下参照。

5 石村修、浦田一郎、芹澤齊編『時代を刻んだ憲法判例』（尚学社、2012年）。

いる現況を明確にし、その遅れてやってきた憲法訴訟の世界への認識を私なりに整理しておくことにした。それにしても、ロースクール時代にあつて、なんと巷には多様な「憲法判例集」が溢れていることであろうか。憲法判例は、研究者にとって法の公定解釈への検討材料であつたが、学習者にとっては別の意味をもっていた。学習用の「憲法判例集」の先鞭をつけたのは、ジュリストの臨時増刊として始まつた『憲法判例百選』であり、これが最初に出版されたのが1963年であつた。収録された判例は百に収まらずに、115件の判例を数えていた。版を重ねる毎に収録される判例も増え、2013年に出版された2分冊形式の第6判は215件の判例（11件の補遺）へと膨れ上がった。人権に係する判例が増大した結果である。この新版では、判決部分を増やし、解説を簡明にするという方針が示され、ロースクール時代の判例集の一つの有り方を知らしめているようである。つまり、編者は、判旨を多く知ることが重要で、要領良い解説を求めている。有斐閣は、「百選シリーズ」と並行して、「憲法の判例」（基本判例解説シリーズ）「憲法の基本判例」（基本判例シリーズ）を発行し、これの冒頭では、芦部教授、小林直樹教授、そして樋口陽一教授が、それぞれ憲法判例の特性について語っている（後述）。それにしても学習すべき判例の数に振り回されるおそれが出てきているのであり、どの判例のどこを抑えなければならぬかを、賢明な読者は行わなければならないことになった。この悩みを解消するためにも、本稿での「意義論」は、判例のもつ日本国憲法下での原理・原則をまず踏まえ、憲法判例の特性を考えながら順を追って法科大学院時代の憲法判例を学ぶ意義を考えることにした⁶。

2 憲法規範の特性

1 明治憲法

明治憲法時代は、憲法規範は特殊な様相を帯びていた。明治憲法は、プロイセン憲法の名目的な立憲主義（外見的立憲主義）の流れを受けつつも、さらに、天皇主権に拘った独自の「国体」を体現した憲法であつて、法の留保を伴った「法治主義」が貫徹されていた⁷。人権についても法の留保が課せられており、法令審査権がな

6 内容は筆者の能力もあり限定的になり、判例の分析の仕方の一端に言及するに留めた。学習者は漫然と判例に接するのではなく、各自一定の意欲と見識をもって判例に臨んでいってもらえば、判例は有意義な物語をわれわれに語ってくれることであろう。

7 明治憲法の特性については、石村修「明治憲法の特徴」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』（青林書院、2008年）313頁以下、参照。

い限りでは、立法者による人権侵害を判断する余地はなかったことになる。唯一法律の留保がついていない「裁判を受ける権利」(24条)も、特別裁判所の存在や徹底した裁判官の人事管理のような裁判制度の問題もあって、人権の実効的な救済に寄与したとは言えない。明治憲法の下で明治28年、大審院判決録第1輯が出され、これに呼応して判例批評がなされるようになる。しかし、これも民事・刑事に限定され、しかも、自己の法律観に留まった判例研究であったことになる。こうした殻を破ったのは、平井教授の指摘にあるように、大正期に入っの末弘巖太郎、穂積重遠、我妻栄、中川善之助、平野義太郎等の民法判例研究会であった。しかし、憲法・行政法に関する判例研究は、圧倒的に遅れて限定的な場面で登場せざるをえなかった。公法の世界では、美濃部達吉博士が「公法問題判例批評」という形で先鞭をつけ、主に行政判例を論じていた。美濃部が自ら述べていた判例研究の意図は、「一は判例を学問的に分類彙すること。本書に於いて試みた分類は、法令の条文に拘らず、専ら判決の内容に応じ其の法理上の性質を基礎とした。一は判例の内容を分析してその当否を検討することに在る。」とした(『評釈公法判例上巻・下巻』1933年)。美濃部を中心にして門下生が集い、東大公法判例研究会が組織され、その成果は国家学会雑誌に1931年から連載が始まった。しかし、その内容は行政法の一部にならざるをえなかったことは明白であった。美濃部が執筆した「はしがき」の部分はそのすべてを語っていた。「憲法及び行政法に関する事件で裁判上の問題となり得るものは現在のわが国法に於いては、比較的極限せられて居り、単に判例を研究することに拠って、その総ての問題を尽くすことは不可能であるが、少なくとも判例の研究が、公法殊に行政法の研究に付いて、重要な資料であることは、疑いを容れぬ」とした(国家学会雑誌45巻3号)。アメリカにおける違憲審査制は一部の研究者によって知られていたものの、これを日本に当てはめて考えるという発想はいまだ定着することはなかったことになる⁸。私の専修大学での師である鵜飼信成教授は、例外的にアメリカ法の研究に着手し一冊の本に原稿をまとめていたが、1944年の段階ではそれは「時務的」でないという理由で出版できなくなっていた⁹。戦争は学問の停滞ももたらしていたのである。

8 例えば、米国講座の一環として、美濃部達吉『米国憲法の由来及特質』(有斐閣、1918・1946年) 190頁があった。なお戦後すぐに、同じ著者で『米国憲法概論』(有斐閣、1947年)が出ている。

9 鵜飼教授は当時京城帝国大学助教授であったが、1939年から1941年にかけてハーバード・ロースクールに留学していた。戦後にやっと出版出来たのが、『アメリカ法学の諸傾向』(新文芸社、1948年)であった。

2 日本国憲法と最高法規

日本国憲法の制定は、こうした状況を一掃することになる。それは第10章に「最高法規」の章が規定され、これとの関係で裁判所に法令審査権の権限が付与されたことに現れている。こうした構造は、この時期に誕生した一連の憲法に共通して現れたことであり、それは近代立憲主義の再確認の行動であり、さらにこれを昇華して憲法の価値原理の確認とその擁護を強化した憲法保障の実践活動であった。これの典型例は大陸型の憲法裁判権に現れている¹⁰。他方で、日本の方向性は、当初はアメリカ型の法の支配を進化させ、憲法の国家に対する優位を明白にする近代立憲主義の完成を目指すものであった。日本国憲法10章のモデルであるアメリカ合衆国憲法6条は連邦制の楔を維持するための条文であった¹¹。日本国憲法の最高法規は、最初から法秩序の体系における最高法規の実証のために必要とされた規定であった。しかし、この法体系は、一元的かどうかは明確には確認されないままで推移してきた。この条項の性格から、一つには民事法の体系を別個に認めるかどうかでの論争がある。この論争は、人権の私人間の効力論につながる問題であり、民事の法体系を別個のものとする観点からは、憲法の最高法規性は限定的になる¹²。他方で、最高裁判所に託された法令審査権も、それが抽象的な規範審査までも認めるかどうかによって、最高法規に関わる解釈が変化してくる。

後者の問題を扱ったのは、「警察予備隊違憲訴訟」（最大判昭和27・10・8）であった。この戦後すぐに提起された訴訟の判例としての意義は、具体的な事件の無い訴訟をあえて最高裁に提起したことにある。原告は大陸型の憲法裁判所モデル（とくに、オーストリア型）を研修しながら、独自の憲法81条の解釈を展開していた。準備書面では、憲法擁護という新しい発想を披露し、その擁護との関係で最高裁に具体的な法令審査権に加えて、抽象的な法令審査が可能な憲法裁判所としての性格が付与されているとの理解を示した。オーストリア憲法ですでに戦前に示されていた憲法裁判所が独占して違憲判断ができるという理解であり、81条の文言から最高裁判所こそがその憲法裁判所の役割を担っているという発想である。これに対する

10 こうした点を明確にしたのが、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）であった。

11 石村修「憲法規範の運用—憲法の最高法規性」同『憲法国家の実現』（尚学社、2006年）52～4頁。さらに、R・ヴァール、小山剛監訳『憲法の優位』（慶應義塾大学出版会、2012年）Ⅲ 第1章2章参照。

12 この論争は、高橋和之教授の新無効力論の登場と関係している。高橋「『憲法上の人権』の効力は私人間に及ばない」ジュリスト1245号（2003年）137頁以降。山元一「憲法と民法」法セミ2008年10月号、12頁以下。

最高裁の回答は簡単にこの憲法裁判所的性格を否定していた。この否定論は、鶴飼教授の書いた「アメリカにおける司法審査制の成立」(季刊法律学4号 1948年)を参考にした形跡がある。

前者の問題は、少し遅れて「三菱樹脂事件」(最大判昭和48・12・12)でもって、下級審の判断を否定して、基本権の私人間への直接適用を否定する判断が下された。これをもって私人間適用に関する判例が確立したかどうかは、以後の最高裁判決を概観すれば明らかである。私人間問題に言及しないで、本案の判断に触れてくる判断が示されているからである(例えば、サンケイ新聞意見広告事件)。判例が確立していない関係で、学説の上での論争は継続し、無適用説、間接効力説、直接適用説の論争があった。さらに民法からの問題として、私人間の契約や不法行為について憲法が関与する余地があるかどうかと問われると、憲法の最高法規性からの回答は不明確であった。ここで再度、憲法と私法の断絶を明確にする議論が浮上してきたのは、先に指摘した一元的憲法構造に疑問が提示された結果であった。ドイツの憲法裁判所で確立されてきた、国家による保護義務も有力なこうした問題への回答ではあるが、全ての局面で使用することへの問題性は残されている。すべての局面にこうした国家の関わりを認めることは、人権のもつ本来の性質である「国家からの自由」性への関与を是認することになる恐れがあるからである。

憲法訴訟が広範に展開される憲法裁判所型ではない、アメリカ型の訴訟枠組みによる限りで、憲法の最高法規性は絶対的なものではないことになる。しかし、憲法の最高法規性は、憲法の優位に言及した点で日本国憲法にも一定の方向性を明らかにした。統治機関が関わっている場面では、少なくとも憲法の最高法規性は現実に機能しなければ憲法の規範力は活かされないことになる。憲法規範の特性は、時間的にも空間的にも他の規範と異なり普遍性をもっている。他の規範への授權規範としての地位にあるのは、憲法が固有にもたなければならない「正しさ」の故である。その点では「法の支配」の伝統を受け継いだものであるからでもある。非嫡出子の遺産相続分を規定した民法の規定を違憲と判断した「非嫡出子訴訟」(最大判平成25・9・4)は、こうした憲法の最高法規性の実証になる。立法機関と行政機関の裁量事項と違憲審査の関係は、依然として微妙である。この点でも、憲法の最高法規性への言及がなされなければならないところである。判例はこの点で、どこまで明確にしているのかについての具体例は後述することにする。

3 制限規範

近代憲法の有している一般的な性質は、「組織規範性、授權規範性、制限規範性」

がある。判例との関係で言えば、こうした枠組みの中で具体的な憲法動態が実行されているかどうかを検証されなければならない。権力分立に関わる事項が審査された事例として、国政調査権と司法権・検察権を争った「二重煙突事件」（東京地判昭和31・7・23）や「日商岩井事件」（東京地判昭和55・7・24）が典型例である。さらに、内閣総理大臣の行政事件訴訟法上で認められた異議制度を扱った「米内山事件」（最決昭和28・1・16）がある。しかし、判例はそれぞれの問題について、明快な回答を出している訳ではなく、ここでも学説上の論争は続くことになる。

制限規範性の問題は、憲法の運用に関わってあらゆる場面で生じる。憲法訴訟において、法令違憲とならんで適用・処分違憲が検証されるのは、立憲的意味の憲法の特性からくるものである。法令違憲は、最も数的に繰り返されてきている衆議院の議院定数不均衡訴訟に典型的なように、選挙権を実質化している選挙制度の形成に与る立法府の活動を憲法が制約するとする論理から、客観訴訟が一部認められたものである。立法府と司法府の対話を促す契機が、憲法の規範から導かれていると考えられる¹³。適用・処分違憲は、さらに個別な行政活動への監視の表れであり、具体例は多く指摘できる。最も典型的なものは、政教分離という憲法で認められた客観原則違反を認めた「愛媛玉串訴訟」（最大判平成9・4・2）がある。

4 日本国憲法の展開

日本国憲法は、条文数は103箇条であり、実質的には99箇条に留まる。他の法規に較べれば圧倒的に少なく、その関係で条文は極めて簡潔に規定され、しかも一度も改正がなされていない。その意味では稀有な憲法史を辿ってきたのである。数度の憲法改正の動向があったが、それは政治的な決着を得ず、具体的には改正に必要な議会内での各議院の3分の2以上の多数を得られなかったことによって改正は阻止されてきた。改正の焦点は憲法9条にあった。肝心の9条は、大幅な政府の憲法解釈によって、なんとか自衛のための軍隊は維持され、その解釈を巡っての訴訟は、司法部の謙抑的な対応によって明確な判断を示されることもなく終わっている。代表的な「恵庭事件」（札幌地判昭和42・3・29）、「長沼事件」（最判昭和57・9・9）は、9条解釈の本題には至らず、最高裁の9条と自衛隊への言及はなされていない。その意味では、本格的な政治論争を最高裁は避けており、判例形成への道は遠い。

しかし、最高裁が憲法解釈に寄与する余地は、昭和の年数が進むに応じて変化し

13 カナダにおける憲法訴訟の実践がこうした傾向を見せてきた。佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）。日本での一票の重みに関する裁判は、こうした傾向にある。

てきたことは確かであった。後に言及するように、本格的な憲法訴訟論の展開が最高裁の裁判官にまで学問的な刺激を与えたことは確かである。こうした動向に根本的に寄与したのは、日本国憲法を近代立憲主義の流れの中で理解する考え方が定着したことによる。近代立憲主義は中世の身分制と王権の絶対性から解放された地平に誕生したものであり、契約によって構成された国家構造を前提としていた。憲法がことさら近代立憲主義を意識するようになったことで、その内実である「(基本的)人権=基本権と権力の分立」を重視したのは理由のあるところであった。他の法規もこの立憲主義への依存を承認するが、憲法は歴史的な変化を経て形成されてきたものであり、その成果を憲法の中で保持して行かなければならないという使命を帯びていたことになる。法令審査権が「法の支配」の思想に依拠し、さらに近代立憲主義の延長にある「現代立憲主義」の中で確立されてきたのは、基本権と権力分立を実効せしめるためであったことになる¹⁴。法令審査権の導入は、憲法保障という大きな理念の下で、近代立憲主義の理念を強化することに至った。

その具体的な現れは、国民主権の強化と多様な基本権の承認、そして社会的保障国家へと推移してきている。近代のスローガンである「自由・平等・博愛」は、「多様性・安全・連帯」へとパラダイグマを変貌した観がある。多様性の承認は、定住外国人の地方参政権を許容する余地を認め、立法府に問題の解決を委ねた「地方議会参政権事件」(最判平成7・2・28)がある。社会国家の構造は、一連の社会権の導入によって国家の役割を明確にしている。しかし、ごく初期の「食糧管理法違反事件」(最大判昭和23・9・29)は新設の規定を、「憲法25条2項は・・・社会生活の推移に伴う積極主義の政治である社会的施設の拡充増強に努力すべきことを国家の任務の一つとして宣言したものである。・・・国家は、国民一般に対して概括的にかかる責務を負担しこれを国政上の任務としたのであるけれども、個々の国民に対して具体的、現実的にかかる義務を有するものではない」とした。こうしてワイマール憲法の解釈に用いられたプログラム規定説が、亡霊の如くして時代を超えて日本の裁判の定説になった。社会保障の運用は、裁判を通じて立法府や行政府に訴える事後的効果をもち、生活保護の支給金額(朝日訴訟)、併給禁止(堀木訴訟)そして、国籍要件(第二塩見訴訟)も、いずれもなんらかの改善があった。憲法訴訟の原告は、弁護士、学者とこれを支える市民運動によって展開されるのが通例で

14 「法の支配」は多様な局面で応用される可能性がある。近時の「行政改革・司法改革」を法の支配の観点から見てきた、佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣, 2002年)は、その点を再認識させてくれた。同、「発刊にあたって」『判例講義 憲法I』(悠々社, 2010年)。

あり、判決文に付帯する各種の文献を精査することで全体像が見えてくる。憲法訴訟の判例分析には、多面的な分析を必要とされるのは、憲法規範の特性だけでなく、憲法裁判の特性を考慮しなければならないからである。次章では、視点を裁判そのものに向けることにする。

3 憲法裁判の特性

1 憲法判例の特性

日本国憲法が誕生してすぐに、宮沢俊義教授は次のような「判例研究の意義」を述べていた¹⁵。これまでの行政裁判の限定列举主義から概括主義への変化を踏まえた上で、裁判所の機能が大幅に拡張されたことをまず指摘している。裁判所が法令審査権をもつことによって、個別・具体的な裁判の結果が「判例」としての意味をもつようになる。とくに、「ある法律を憲法違反だとする判決は、少なくとも実際において、その法律を廃止する効果をもつ。抽象的・普遍的な法を内容とする法律を廃止するということは、けっして具体的・個別的な法の定立ではなくて、抽象的・普遍的な法の定立である。それはひとつの立法である。」判例が法に転化する契機として、憲法裁判があることを予言している。しかし、最初の法令違憲判決は、刑法200条に関する「尊属殺人事件」(最大判昭和48・4・4)まで待たなければならなかった。先例(昭和25・10・11)を変更しての判決であるから、判例としての意味は有意義であったものの、これに対応する立法府の反応は冷淡であった。法令違憲の判断は、個物的に処理されたことになる。

憲法判例の特性を完結かつ明瞭に論じているのは、判例百選の巻頭を飾る芦部信喜教授の文章であろう¹⁶。アメリカ式のケース・メソッド用の判例を自覚することによって、憲法判例への配慮は以下の2点に絞って考えられるであろうとする。第一は、憲法判例における訴訟手続上の問題を整理して検討することであり、第二に、政治過程における一つの現象として政治学的観点から考察することである、としている。前者は、後に「憲法訴訟論」における重要問題として触れられる点であり、後者は、憲法判例が展開される場面での特性を言い表しているところの論点である。後者は政治学的というよりは、アメリカでの憲法裁判分析でなされてきた、リアリズム法学の系譜にある憲法社会学の流れを考慮することになる。この点は、憲法

15 宮沢俊義「日本国憲法と判例研究の意義」同『平和と人権』(東京大学出版会、1969年)188～9頁。

16 芦部信喜「憲法判例の学び方」同『司法の在り方と人権』(東京大学出版会、1983年)165頁。

の条文が簡潔であること、簡潔かつ客観的な内容を含む条文を現実に生起する憲法問題にあてはめて解釈して行くプロセスにおいて、とくに、最高裁に及んだ事件では、多様な社会的問題を背景にもっているはずである。多くの事件は、同様の事件の複合体であり、アメリカでは「裁判の友」という形で意見を裁判所に提起する機会が与えられ、若手弁護士がデビューする場となった。日本でもこうした傾向は同様に現れており、憲法訴訟は政治現象の中で展開されてきたものである。「はじめに」で述べた、私達が作成した時代のなかで憲法判例を読む姿勢は、この後者の点と重なっている。

小林教授は、憲法判例を、実用性と経験科学の立場から分析すべきであるとしている。後者の点を分析する必要性は、芦部教授の二点目と共通することであろうが、ここではより広く、a 法社会学的研究 b 裁判官の心理学的分析 c 政治過程論的分析、まで必要とする¹⁷。この点は研究者の側の判例研究の視点であると思われる。また、樋口教授は、比較法憲法的視点と下級審の判決の分析の必要を指摘している¹⁸。日本国が法的には遅れて生まれた間隙をどうしても比較憲法で埋めなければならず、同時に、下級審の裁判官の憲法解釈にも注目すべきなのは当然であろう。後者の点は、最高裁裁判官への批判論とも連動していた。

日本国憲法の初期の判例は、1952年のサンフランシスコ講和条約締結までの時代における占領体制の重みを考えなければならない。例えば、「農地改革事件」(最大判昭和28・12・23)は、占領体制のなかで展開された戦後改革の内容を裁判で問うことになった訳で、純粋に法律論で処理できない部分を含んでいた。「侵されない」と憲法29条1項で保障された内容が、常識的には侵されている法状況を、最高裁は「公共の福祉」を唯一の根拠にして制限できるとしたのである。本来的には立法目的論の詳細な検討があり、そこに基づいての納得の行く正当な説明があつてしるべきところであった。アメリカからの司法部への明瞭な干渉があつたとされる「砂川事件」(最大判昭和34・12・16)は、最高裁への飛躍上告が示唆され、最高裁は苦渋の判決を下している。つまり、憲法9条2項の解釈では、外国の軍隊はこれに該当するものではないとした上で、安保条約に対する審査権限を否定し、その論理として、「一見明白に違憲無効」とする判断を開陳した。この砂川判決には後

17 小林直樹「判例研究の目的と方法について」ジュリスト増刊『憲法の判例』2～3頁。

18 樋口陽一「判決・裁判例・判例」別冊法学教室『憲法の基本判例』2～3頁。同じ観点から、樋口、山内敏弘、辻村みよ子、蟻川恒正『新版 憲法判例を読み直す』(日本評論社、2011年)がある。

日談があり、田中耕太郎最高裁長官とレンハート駐日首席公使との会談で、「裁判官の意見が全員一致になるようにまとめ、世論を不安にする少数意見を回避」するようにとの指示があったとの記録が見つかった。この内容は、アメリカ国立公文書館にあった記録からのものであり、当時の司法権の独立は、政治的に介入されていたということになる。

最高裁の裁判官の任命権は、多くの国の憲法実例において行政権が担うことに倣い、日本でも内閣が有し（79条1項後段）、その長は内閣総理大臣が指名し、天皇が任命する（6条2項）。裁判所の人事構成だけでなく、日常業務である裁判活動に他の機関が政治的に関わり、その結果が判決に反映されているということになれば、司法権そのものの基盤が怪しくなると思われる。憲法裁判に関しては他の機関の判断を尊重する、「司法消極主義」になる傾向があり、その点の分析も実際の判例を通じてなされなければならないところである。最高裁の初期の判断が、「公共の福祉論」を万能に使用してきたのが象徴的であろう。例えば、死刑を初めて合憲とした「尊属殺人死体遺棄事件」（最大判昭和23・3・12）では、「1人の生命は、全地球よりも重い。」と言いながら、「公共の福祉という基本的原則に反する場合には、生命に対する国民の権利といえども立法上制限乃至剥奪されることを当然予想しているものといわねばならぬ」としている。同様に海外旅行の自由を争った「帆足計事件」（最大判昭和33・9・10）においても、「外国旅行の自由に対し、公共の福祉のために合理的な制限を定めたものとみることができ」とした。こうした傾向から脱出するためには、一定の最高裁判所（判例）批判が学問的観点から必要であったのであり、憲法訴訟論の勃興もその流れの中で理解できるのかもしれない。

2 憲法判例への批判的分析

最高裁判事は総計で15名となったが、その判事に占める大学教授の少なさ、とくに、公法系の研究者が少ないことは、最高裁が通常の裁判権の頂点にあるという認識に立つものと考えられる。つまり、大法廷にかかる憲法訴訟は最高裁が扱う訴訟の全体の中からすれば僅かであり。その点を鑑みれば公法の専門家はせいぜい1名おれば十分であるということだったのであろう。実際に歴代の公法系の大学教員を挙げれば「河村又介、横田喜三郎、田中二郎、団藤重光、塚本重頼、伊藤正己、園部逸夫、藤田宙靖」を数えるに過ぎず、憲法専攻者は、河村¹⁹、塚本、伊藤に限定さ

19 河村又介判事のことあまり知られていない。東北・九州帝国大学で教鞭をとり、最高裁判事としては、「国政調査権」判決に影響を与えた。河村力『ある憲法学者の足跡』（文芸社、2005年）。

れる。そこで、憲法を選考する研究者が最高裁の判例に向かう姿勢は、必然的に批判的な対応に終始することになる。憲法判例分析とは、学説への理解に冷淡ないし無関心な最高裁に向かって、批判の論陣を張ることが一般的になる。最高裁と研究者集団とは、大きな齟齬があったのであり、相互に共同歩調を採るということがなかったことになる。民法や刑法研究者の判例への対応と根本的に異なるところであった。アメリカに倣った形で法令審査権が導入されたのにも拘わらず、憲法を活かす形の憲法判例がなかなか生み出されなかったのは、初期の最高裁における構造的な問題があったことを指摘しておかなければならない。ただし、少数意見は多くあり、人事構成がすべて誤りであったということはなかった。

こうした最高裁の判例を、イデオロギー批判の手法をもって、定期的に分析していたのは、長谷川正安教授であった。憲法制定後10年を総括する『憲法判例の研究』では、民法における法の解釈論争を踏まえた上で、政府の9条解釈の変節を批判する。それは占領体制のなかで、解釈の特定層における独占があったのであり、これを最高裁も追認してきたことになる。占領体制と憲法の問題は、政令325事件を契機にして所論が提起されていた²⁰。占領体制は独自の法規を生み出しており、憲法の内容に抵触する場合にこれが憲法41条違反を構成することになるのか、それとも超憲法体制の問題として一元的に採られない規定群と理解するのが問題になる。これに対する最高裁の多数意見は後者の考え方を採り、「連合国最高司令官は、降伏条項を実施するためには、日本国憲法にかかわりなく法律上全く自由に自ら適当と認める措置をとり日本官庁の職員に対し指令を発してこれを遵守実施せしめることを得たのである。」とした（最大判昭和28・4・8）。長谷川教授は最高裁の結果として示された管理法体制への合憲・合法への対応を批判し、その迎合的な態度は損失補償の金額を争った農地改革法事件、憲法28条の限界を争った政令201事件に典型的に現れていたとの批判をしていた。主権がすべて政府に帰属してはいなかった国法状態にあって、もっとも裁判批判をなさなければならないところであったのかもしれない。憲法判例は、こうして最高裁の判例には批判の視点を持つのを常とすることになる。

旧憲法下にあった不敬罪の新憲法下で適用できるかを争った「天皇不敬罪事件」は、結果として最高裁多数意見は被告に免訴の判決を下した（最大判昭和23・5・26）。天皇主権から国民主権への変貌があったのであるから、本来的には無罪とす

20 長谷川正安『憲法判例の研究』（勁草書房、1956年）51頁以下。

べきところ、多数意見が免訴に拘ったのも最高裁に無言の力がかかっていたと推測せざるをえないところである。

憲法制定20年に長谷川教授が出版した『憲法判例の体系』は、前著の流れと同じ傾向を最高裁判例の中に読み込んでいた²¹。この書物では、「尊属殺人事件、砂川事件、ポポロ事件」という刑事事件を採り挙げている。興味深い指摘は、これらの事件に共通して最高裁が刑事事件の具体的内容から離れて、「抽象的判断を下している」(74頁)という診断である。この診断はかなり辛辣に最高裁に手厳しいものと言える。「憲法事件に結論を下す最高裁判所の多数意見といえ、政治問題から意識的に回避しようとし、権力に迎合的で、形式主義的・非科学的なイデオロギーにつらぬかれている」(87頁)。しかし、憲法判例は社会の実体に合わせる形で判断を求められ、政治的な枠組みに相応しながら判断せざるを得ないことは否定できない。占領体制後のこの時期には、最高裁の判例はほぼすべての分野で出そろってきた。これに伴い、判例の分析手法が多様化するのも必死であった。判例集が出版され、それが学説との関係で議論されるようになり、これが司法試験の勉強に必要となってきたのは当然の流れであった。こうした流れは、アメリカ流のケース・ブックの登場を促し、同時にこれを理論として概説する必要を促した。これが憲法訴訟論の本格的な登場を導いたことになる。

3 憲法訴訟論の登場

日本で憲法訴訟を意識して書かれた書物の先駆けは、横田喜三郎判事が最高裁を退官した記念で纏めた『違憲審査』(有斐閣、1968年)という大著であろう。彼が任官していたのは1960～66年であり、東京都公安条例事件やポポロ事件に関わっている。この間に彼は必要性に迫られて調査官と伴にアメリカの違憲審査制を研究していた。明治憲法時代の空白期間を埋める作業は、比較憲法での作業を経なければならぬところであった。最高裁図書館は、欧米の判例集が揃い、研究の環境としては最高の場所である。問題は誰から講義を受けていたのかであるが、その点は不明である。東大の社会科学研究所を中心にして、アメリカ法研究会がすでに存在していたから、ここの連携活動は想像がつく。アメリカ型の司法制度論のパイオニアは、戦前にアメリカ留学経験のあった鶴飼信成教授であった。1948年には「違憲判決の効力」「アメリカにおける司法審査制の成立」「司法権優位制と国会主権の原

21 長谷川『憲法判例の体系』(勁草書房、1966年)、さらに同じ著者の憲法30年の時点での論評は、「憲法判例の動向」法学セミナー、総合特集シリーズ「最高裁判所」(1977年)138～145頁、にある。

理」を表し、81条の法令審査権がアメリカ型であり、アメリカ型であるがゆえの司法審査の原理と限界を論じた²²。

とくに、後者の限界のところに注目した横田教授は、先の大著に於いて、結果的には司法消極主義に至る原理の数々を論じている。この本ではアメリカ憲法での違憲審査制度を客観的に描くことを試みているが、結果的には日本の最高裁で結論だけの援用がなされていることは確かであった。本書で扱われている標題から拾うと、「政治問題の原則、国内政治的問題、外交問題、立法府の自律事項、立法府・行政府の裁量、回避の原則、必要の原則、明白の原則、合憲的解釈の原則」という具合に、主に司法権の限界を扱っているにすぎない。これが「砂川事件、苫米地事件、警察法改正無効確認事件」に応用されたことは確かである。そこで使用された司法の消極主義の対応は、これらの判例のなかでそれぞれ「統治行為論、明白の原則、国会の自律権」となって認識できることになる。司法判断の抑制を念頭に描いていた横田教授の基本的立場と、鶴飼教授の民主政に連結する立法府の判断を尊重して権力分立を保持するという主張は、ニュアンスを異にしていた可能性がある。結果として、前述したように鶴飼教授のアメリカ型の違憲審査制度への理解が、「警察予備隊違憲事件」の骨格になっていたことも明らかであった。しかし、アメリカの司法権が、人権という憲法価値に着目して積極主義を展開したことについては、国際法の研究者であり、ケルゼンの信奉者であった横田教授の著作からは見られない。あるいは彼の周辺にいた調査官達の意識の渦中には、違憲審査の憲法擁護意識が欠落していたのかもしれない。

後に、アメリカ憲法研究者を代表するような形で最高裁に入った伊藤正己判事には、大きな使命があったはずである。彼はその判事として多くの少数意見ないし意見を書き、自説を判例の中に書き残すことを試みた。彼の判事任官期間は、1980年から89年にかけての寺田コート時代であり、市民社会内での表現の自由関連の判決に注目する判例がある。それは「検閲概念の見直し、公法上のプライバシー権、パブリックフォーラム論、反論権」等になって反映されている。アメリカ憲法の研究者である伊藤判事の代表作である『言論・出版の自由』（岩波書店、1959年）で、具体的な表現の自由への対処法は示されていた。本書では、違憲審査の基準として「二重の基準」を理論的に整理し、さらに「事前の抑性の理論、明確性の理論、明

22 鶴飼教授のこれらの論文を取めた論文集『司法審査と人権の法理』（有斐閣、1984年）が重要になってくる。

白にして現在の理論」が説明されている。ここで注視したいのは、彼はあくまでも表現の自由の優越的性格を説明するためにこうした理論を紹介していたことであり、残念ながらこれらは正確に判例の中では反映されてはいないことは明確である。もっとも伊藤判事が活躍できた事件は「北方ジャーナル事件」(最大判昭和61・6・11)と「税関検査事件」(最大判昭和59・12・12)であろう。ここでは伊藤判事の「事前抑制の理論」が見事に判例に反映されている。他方で、二重の基準論は、アメリカでも遅れて登場しはっきりと判例のなかで確立した訳ではなかったが、日本では理論としては受けがよくて学説では通説化する。しかし、肝心の精神的自由の優位性を示す形で判例が反応した訳ではなく、経済的人権の合憲性を正当化する脈絡で使用されるようになる。判例と学説とのギャップが現れているところであった。

憲法訴訟論をなによりも日本に定着させたのは、二人のアメリカ留学経験者の努力と叡智であった。奇しくもハーバード・ロースクールに同時期に滞在していた芦部信喜教授と時国康夫判事は、帰国後さっそく1961年に司法研修所にてジョイントセミナーを行った。同時に憲法訴訟研究会を1976年に立ち上げた²³。芦部教授が成果を最初にまとめた論文集『憲法訴訟の理論』(有斐閣, 1973年)には、主に手続き論を中心にした憲法訴訟論が本格的に説かれており、時国判事も「憲法事実」「合憲解釈のアプローチ」といった今日でもよく引用される論文を発表した²⁴。こうした論文を書いた動機は、研究者として憲法判例がお粗末であったという、最高裁判例の批判であったことは変わりがない。この点は折に触れて言及していた点であるが、「最高裁の意見の画一化と人権判例に関する司法哲学の欠如」を指摘し²⁵、憲法の価値(人権の保障)を擁護するために憲法保障機能の活性化を促していた。芦部教授とその周辺に集まった研究者は、最高裁判例を批判するだけでなく、新しい憲法訴訟法の処方箋を提示しようとしたのであった。

アメリカ型の具体的な事件を前提とする違憲審査制であるが故に、他の訴訟法のルールにしたがって訴訟は展開されなければならない。さらに、実体的にも憲法の価値原理の確定とその保障を考慮する特性を、総合的に考慮して行かなければなら

23 こうした経緯について、芦部信喜「アメリカ憲法判例研究の意義」同『憲法叢説1』(信山社, 1994年)110頁、に詳しい。

24 時国康夫「憲法事実」法曹時報15巻5号(1963年)さらに、江橋崇「立法事実論」芦部編『講座 憲法訴訟2』(有斐閣, 1987年)69頁以下も参照。

25 芦部信喜「憲法保障機能の活性化を」法セミ増刊「今日の最高裁判所」(1988年)13頁。

ない。他の訴訟法を援用することになるが、特に行政事件訴訟法の枠内で論を進める限りで、技術論の弊にはまる恐れがある。その点で、芦部教授が先鞭をつけた憲法訴訟論は、対象が憲法であることの特異な性格を反映しながら日本における独自の発展を遂げることになる。

4 憲法訴訟論の応用

最高裁に登ってきた公務員関係の判例は、憲法訴訟論の実体を検証する上で重要な検討材料である。ここでは「全通中郵事件」(最大判昭和41・10・26)と「猿払事件」(最大判昭和49・11・6)を採り挙げる。前者は田中二郎判事が関わり、後者は下級審で時国判事が関わり、それぞれ一定の評価がなされる判断が下されていた。つまり、前者では、相対的な判断枠組みを構成し、合憲限定解釈という手法を用いて、結果的には生存権保障の手段として位置付けられた労働基本権を活かす解釈が採用されている。比較衡量の手法を併用することによって、違憲・違法となる場面を絞り込みする効果をもたらすことになった。しかし、この判断枠組みは長く続かず、「全農林警職法事件」(最大判昭和48・4・25)においては、「全体の奉仕者」論が復活し、争議行為の一律禁止を合憲と判断している。この判決が下される前に、田中判事は依願退職しており、最高裁裁判官人事の構成に応じて判決が変わる典型例となった。

猿払事件の第一審(旭川地判昭和43・3・25)では、今村成和、中山和久教授が被告側証人として、芦部教授が裁判所の鑑定人として意見を述べている。裁判長であった時国判事は、適用違憲の判断を下したが、その根拠は先の全通中郵事件で示された相対主義的観点であった。「勤務時間外において、国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し、若しくはその公正を害する意図もなしで行った」行為であり、労働組合活動の一環として為されたものであるから、これに刑事罰を科することの理由はないとの判断である。なお、この判断において懲戒処分について刑事罰と比較して「他に選り得る手段」(LRA)があるとした構成には、芦部教授は後に批判している。この事件では違憲判断の在り方を問うことになるので、最高裁の判断が注目された。最高裁は、後に明らかにされたように、香城敏磨調査官(判事)が形成した独特の判断枠組みが活かされていた²⁶。つまり、学界からは後に批判されることになる猿払3基準なるものを多数意見は示している。それは、公務員の政

26 香城敏磨『憲法解釈の法理』(信山社、2004年)39頁以下。さらに、以下の対談が興味深い。芦部他「憲法判例の30年」ジュリスト638号、452頁以下。

治活動の自由を規制する立法の合憲性をはかる基準として、①禁止の目的の正当性、②禁止される目的とこれによって禁止される行為との間の合理的関連性、③政治的行為を禁止することによって得られる利益と禁止することによって失われる利益との間の均衡性、を用いた。表現の自由に関する制約の場面であるが、②では合理性の基準が用いられる。さらに③では「間接的、付随的な制約」に過ぎないから、制約そのものは小さいのであるとしている。アメリカの最高裁で示された審査基準として示された積極規制と消極規制の枠組みを使いながら、制約が小さいことを演出する手法は、薬事法のような経済規制立法の違憲性の判断をした「薬事法事件」(最大判昭和50・4・30)では有効でも、同じ論理を「ビラ張りビラ配り」に使用する無謀さを、最高裁は行ったことになる。

4 法科大学院時代の憲法判例

1 法科大学院で求められるもの

日本型の法科大学院は2004年4月に始まった。これに先立って2002年には、設置基準案および新司法試験の概要が提示された。従来の法学教育を反省し、旧司法試験のもつ弊害を解消する観点で、「点からプロセス」の教育が求められることになり、当然に各科目の教育方針も変わらなければならなくなった。また、標準的な各科目の内容に関する「共通到達目標モデル」も提示されるにおよんで、教育内容が具体化し、これとの密接な関係で新たな試験がなされることが予測されるようになった。これに相応するケース・ブックが主要な出版社から相次いで出版されるに及んで、「判例はカミ、学説はゴミ」的な標語が創られるようになる。実際、先のモデルにも「公務員の人権が特別の制約に服するか否かについて、政治的行為の自由や労働基本権が制約される場合などの具体的な例を挙げ、判例を踏まえて、考察することができる」とし、少なくとも「全通中郵判決、猿払判決」は知らなければならぬとしている。換言すれば、法科大学院生はまずもって出発点として主要な判例を知っていることであり、これの先にあるものを応用として展開できる力が求められていることになる。プロセス重視の考え方は、結局、下級審からの事実を辿り、最高裁での原告と被告の争い方を、自分がそれぞれの立場になったと想定して考えられることであり、判決を予測することであった。法律家を養成する法科大学院では、教師も裁判のプロセスを熟知していなければならず、理想的には実務家と研究者のジョイント講義が望まれたのであった。しかし、判例を知っているだけでは答案は書けないのである。自分で答案を構成する力は、類似判例を与えられた事実に

当て嵌め、判例で明確に論じていない審査基準を丁寧に論証した上で、結論（判決）に導く能力である。例証した判例は、参考にした以上は、明確にしておくことが礼儀といえよう。「ゴミとされた学説」は忘れていいのではなく、判例構成において援軍となることは今日でも明白である。最高裁もそこまで成長したと考えなければならぬ。コンピュータ時代は、先例を探すのを便利にしてくれているからなおさらである。

他方で、法科大学院はあくまでも新司法試験を受験するための資質を与える教育を行う場であるとするならば、その新司法試験の内容が最も気になる場所である。プレの試験問題が公表されることによって、長文の憲法問題を内包する問題とこれに対処する立法措置との関係が問われるとの推定がなされる。本稿の最初に議論したことを繰り返すならば、憲法の訴訟を行うかぎりでの前提問題をクリアしなければならなくなる。つまり、憲法訴訟論において余りにも技術的になりうる手続き論に、憲法訴訟論はまず対処しなければならないということであった。ここで行政事件訴訟法の改革に伴う変化を、技術的には知っておかなければ、憲法訴訟は解決がつかないであろう。とにかく、「憲法は難解であり、その割には実用的ではない」という批判を受けるのはどうしてであろうか。まず考えられるのは、①すでに述べた訴訟の入口に付帯する技術性の問題にありそうである。②次いで、審査基準なるものの使い方が考えられる。③こうした実務の集大成が判例になるが、この憲法判例は実は確たるものがない。民法や刑法のように、一応判例の確立がある分野は「判例が神」で解決が付く部分が多い。ところが日本の判例は、最高裁においても審査基準を提示することなく、安易な古典的論理（例えば、公共の福祉、全体の奉仕者、等）でもって結論に至る場合が多い。参考にすべき判例が少なかったことになる。

審査基準論の絶対的な使用も実は危険な落とし穴を持っている。事実関係をよく吟味しないで、これは表現の自由が使用されている場面であるから、厳格審査と決めつけて、それで直ちに違憲という結論を導く誤りは、初心者がよくやることである。審査基準は、保護すべき人権（例えば、信教の自由）が抽象的であるということであるから、その抽象性を審査基準で具体化する作用であり、事実をよく検証しなければ使用できないことである。憲法実例は様々な要素が複合的に合成されているので、保護すべき人権の規範複合はありうることであり、その局面で使用される審査基準は、事実の中からはしか描けないのである。審査基準が最初から決まるのは、「検閲の禁止、奴隷の禁止」のような明白な規範命題に応じて、審査基準が描ける

場合であるから、きわめて限られていることである。

法科大学院では、とくに、授業において判例を重視している。しかし、その判例は、あくまでも一つの応用問題の解答例を知ることであって、解答方法の実例を知るという意味で重要なのであって、その解答方法がすべて判例にあるものではないということである。新司法試験の答案では、「あなたの意見」が、判例の主文の部分になるのであろうが、その結論は違憲である場合もあるし、合憲である場合もある。要は、結論に至る道程がしっかり形成されていることが肝要であり、結論の正当性を求めているものではない。

2 ドイツ型の勃興

アメリカ型の違憲審査制と対比的な大陸型憲法裁判を検討する活動も、もう一つの極として盛んである。ドイツが最も先端を行っているが、すでに戦前から審査制度の導入について一定の議論のあった（西）ドイツは、新たな憲法の下で一気に憲法裁判所のモデル国の地位に就いた。ここでの特性は、具体的事件を離れた抽象的な審査制度や国民による直接の憲法異議を認め、これを連邦憲法裁判所規則で明確にしている。こうしてこの大陸型憲法裁判所は、一定のルールに乗って訴訟は進行して行くので、アメリカ型のような手続き論に頭を悩ますことはないという利点がある。そこで、憲法の価値原理が保障され、侵害されているかの検証を裁判で行い、「憲法の優位」を確保し、基本権の実効的の救済に与るという意味で、憲法保障の機能を果たすという成果を残してきた。

ドイツ型憲法裁判に注目してきた研究者は多いが、とくに、栗城壽夫、戸波江二代表によった「ドイツ憲法判例研究会」（1992年発足）²⁷と川添利幸代表の「憲法裁判研究会」（1977年発足）²⁸が顕著な業績を残している。ドイツ型の憲法裁判で顕著なことは、体系的な基本権の解釈方法について、「三段階審査」という定形を確立したこと、専門性を持った憲法裁判所裁判官集団によって、憲法の現実化を意識し、立法府の誤りを違憲と判断するだけでなく、立法の指針を示すことで最高法規の憲法を活かす方途を構築し、その活動を通じて国民の一定の信頼を確保してきた点にあるであろう。つまり、固定的・静態的な憲法解釈ではなく、動態的な憲法解釈を行うことによって、様々な性格をもつ基本権を国民の側にあるものと認識させた

27 その主な成果が、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの基本判例 新版 I・II・III』（信山社、2003・2006・2008年）であった。

28 重要な業績として、畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』（中央大学出版部、新版2013年）がある。

ことに成功したといえよう。この点は、基本権の主観的性格だけではなく、客観的性格を明確にし、私人間効力論への新たな道筋を示し、具体的には「保護義務論」という法構造を提示するまでに至った。こうした成果を日本国憲法に応用した、小山剛教授の『「憲法上の権利」の作法』（尚学社，初判2009年，新版2011年）と宍戸常寿准教授『憲法の解釈の応用と展開』（日本評論社，2011年）が登場するに及んで、一気にドイツ型は法科大学院生の注目を集めるようになる。

この2冊とも、最新の最高裁判例をベースにしながらか、これをドイツ基本権解釈の手法で解説している点に共通性が認められよう。日本の判例が平成以降は読むに値するものまでに成長したこと、しかし、ドイツ型で解説できる判例とそうでない判例があることをしっかり認識して、読者は両書に臨まなければならないであろう。三段階審査は、「保護領域の確定、侵害されている状態の認識、制限の正当化」の順を追って検討する手法である²⁹。第一、第二段階は、これまでの審査基準論でも行わなければならない点である。答案構成に於いてもこの点で誤った場合、例えば22条の職業選択の制約の問題なのに、27条の勤労の権利の制約で答えたら、それは答案にはならないのである。問題は、三番目の審査を行う場面なのか、その場面であってそれがきちんとできるかどうか、つまり、狭義の比例性の原則を使いこなせるかの問題になる。ドイツ基本法が、人間の尊厳（1条）から始まり、人格権の保障（2条）に至るように、憲法の価値原理に沿って体系的な構造になっているから、比例原則は応用が利くのであり、日本の憲法をそこまで厳密に体系化できるかが鍵となってくる。日本の判例でそこまで明確な人権の体系を示すものが少ないのは、判例と学説のギャップとして現れているものと言えよう。

3 応用問題

少しだけ、新司法試験と判例の関係があるかどうかを考えてみることにする。与えられた問題と非常に接近した判例があったのは、平成22年の「ホームレスと選挙権・生活保護」に関して、大阪で展開された「ホームレス選挙権訴訟」（大阪高判平成23・7・23）と平成23年の「特定地図検索システムとプライバシー」に関して、福岡での「グーグルストリートビュー訴訟」（福岡高判平成24・7・13）があるくらいである。この二つの事例は、社会問題化していた関係で関係者には知られていたが、受験生まで熟知されていた訳ではなく、事件を知らないことを前提として解

29 これを体系化し、実用化したのは、B・ピエロート、B・シュリンク、永田・松本・倉田訳『現代ドイツ基本権』（法律文化社，2001年）であった。

かなければならなかったことになる。高裁判決がでたのは試験後であるから、後から事例があったことを知るようになった。むしろ、22年の問題には、「在外邦人選挙権訴訟」(最大判平成17・9・14)を知っていることを求めている節があり、これをまくらにして前半は解答ができたはずである。その意味では、近時の最高裁大法廷の判決が有している先例としての意味は大きいと言えよう。

平成18年度から始まった新司法試験は、いずれも新聞記事になるような事実を扱い、これに対処する立法や行政処分があり、これの憲法違反を問うていた。しかも、情報化社会での先端技術(フィルターやストリートビュー)および医療の最先端技術(遺伝子操作)を問うていたので、あまりにも特異な分野を扱っているとの批判も出そうであった。しかし、新しい法現象に法律家として直面しなければならないという意味からは、受験生はすでに学習した知識を応用して問題を解かなければならないところであった。それはすでに平成18年度の問題からして推量できる場所であり、グローバルな法現象は、すでに欧米で判例がでてきているケースもある。しかし、これまで受験生は知る由もないから、日本の判例で使える部分を思い出さなければならなくなる。平成18年の「たばこのケースでの警告表示」は、「言いたくない表現行為」の強制であるから、表現の自由の範疇で考えることが可能かどうかの問題である。芦部教授の基本書では、「サンケイ新聞事件」(最判昭和62・4・2)がアクセス権の箇所で紹介されており、これが判例としてはヒントになりうる。どのような健康被害があるかがたばこを吸いたい側は、「未決拘禁者の喫煙の自由」(最大判昭和45・9・16)の原告側の主張を強調することになる。損害を受ける企業の利益は、「予防接種禍事件」(最判平成3・4・19)あたりをヒントにして国家賠償を求めることも考えられる。以上は、一例に過ぎない。かつては「判例同旨」という表記が答案上で散見されたが、どうもこれはいただけないようだ。同じ状況で使われている判例があり、趣旨が同一であれば判例名を出して、先例として挙げる理由を説明することで評価を得ることもありうるのではないだろうか。

日本の判例の問題点は、すでに言及してきているように、審査基準が文面上ではっきりしないことであり、その点でアメリカの判例と異にしている。アメリカの判例をお手本にしてきた日本の研究者が、審査基準に拘る以上、答案にも審査基準を明確に書きたいのは受験生心理である。そこで審査基準だけしっかり学習したいのであるならば、憲法訴訟研究会・芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、1998年)の修正1条関連の判例を読んでみることをお勧めする。手本の判例を読むことは、絶好の学習機会をもつことになると思われるからである。

まとめ

「意義」論を書くとき大見えを切ってきたが、本稿はその割には大した結論を描いている訳ではない。日本の最高裁の変化を中心にして、その判例のなかには読むに値するものが出てきたことを指摘するに留めることにする。最高裁は確かに変わってきたのである³⁰。変化を促してきたものの主たる動因を、本稿は分析したことになる。最後に、最新の「**非嫡出子判決**」(最大判平成25・9・4)の感想を述べて、その判例の完成度を検証することにした。

この判例は、平成7年の同一内容の判例を変更し(10対5)、しかも、今回は全員一致の判断である。女性判事が3名となり、そこに家族法の専門家(岡部喜代子判事)が入ったことで、違憲判決は出るべきに出たという感じである。平成7年から今日まで、同様の判決はあり違憲判決が出る予測はあったが、欧米の変化からしても国会の反応が鈍く、その点を付いた意味からすれば、当然の判決内容であった。今回の判決は、「総合考慮」を3回繰り返している。つまり平成7年と平成23年では、「総合考慮」した結果、立法事実が異なったのであることを違憲の根拠にしている。しかも、原告との関係では「遅くとも平成13年」段階で違憲であったとされる。平成7年以降で大きな事象として、平成8年の法制審議会での「民法一部改正」の答申があったのであるから、これが決定的な事項であろうが、総合考慮としているので、欧米の法改正、人権条約の批准、国民の法律婚に対する考え方の変化等が素材として指摘できるであろう。憲法(立法)事実を検討している点は良いとして、肝心の憲法14条・13条の解釈はどうもすっきりとは論じていない。むしろ、この点は平成7年の判決の方が、とくに、反対意見に明快な論理の展開があった。反対意見は「中間審査」を使い、多数違憲は「厳格な合理性の審査」を行って、立法目的との対応関係を説明している。ところが、今回の判決には審査基準がなく、立法事実の変化をもって違憲という判断を下している。嫡出子の身分が、14条1項にあてはめてどうなるかにも言及がない。

今回の判決は、先例変更をもってその効力が遡及するのか否かについて詳しい言及がある。とくに、金築誠志判事と千葉勝美判事の補足違憲は、日本の違憲審査制の本質から論じていて、一読に値する。遅くとも平成13年から違憲であったという

30 小山教授の言葉を借りれば、「十分に変わる」ことを、さらに、期待しなければならない。参照、小山剛「最高裁判所は変わったか？」憲法問題23(2012年)135頁以下、滝井繁男『最高裁判所は変わったか』(岩波書店、2009年)。

判断からして、それ以降の同じ境遇にある人の相続問題が検討されなければならないはずである。これは話し合いですでに解決された場合を除くことになるので、どの程度の事例が残されているかは不明である。しかし、個物的効力説に立つ場合でもこの該当者の法的利益は失われたはいないとした。この不遡及の判示は、判旨（ratio decidendi）を構成すると明記されている（千葉判事補足）。憲法訴訟論的には、この判決は立法事実の変化を鋭く読み取った点は評価されるが、14条の解釈について不明瞭な点を多く残し憲法訴訟からは満足のいかない判断ではなかったかなと思われる。