

## 書評

田畑 忍編

## 「憲法判例綜合研究」

上田 勝美

## 一、はしがき

この数年来、憲法判例の研究が益々盛んになって、その成果が続々と発表されている(判例憲法学(田畑忍編)、綜合判例研究叢書(憲法一・二・三・四)、憲法判例の研究(長谷川正安)、憲法判例百選(ジュリスト)等)。

この度、出版された田畑忍教授編「憲法判例綜合研究」も、その意味で、憲法判例の研究に一層の豊かさや刺激とを与えるであろう。本書の特色は、序文でも明らかにされているように、憲法条文に関する主要な二、三の判例を選択して、これに批評を加えたものではなく、できる限り多くの憲法判例について、判例の傾向または変化について総合的に、詳細な検討をほどこしたものである。その意味で、同じく田畑教授編になる「判例憲法学」の一つの発展せしめられた判例批評書と思う。しかし、

各執筆者の判例批評の態度は、執筆者の数が、「判例憲法学」の八人に対し、二十名に増加したためもあって、主として京都市派に属する人々によって書かれたものではあるが、学説上及び判例批評の方法に、かなりの差異が見られる。即ち、「判例憲法学」に於て展開された判例批評の態度は、「客観的に正しい憲法解釈が前提として存在していなければならない」と言う立場に立ち、「すでに存在する憲法を基準として、憲法判例の正否を考えて、これに批評を加える憲法学である」と言う点に徹していた。これに反して本書の判例を扱う態度は、必ずしも同一ではない。

ただ、「判例憲法学」及び本書に共通している特色は、護憲の立場に徹しており、「それこそは判例研究の正道である」(序文)との確信に貫かれていることである。

思うに、本書及び多くの憲法判例の研究書を読んで考えさせられる問題の一つは、正しい憲法判例の研究方法とは、如何なるものかと云うことである。もし、正しい憲法判例の研究方法が確立されていなければ、多くの判例研究も、その価値を半減せざるを得ないからである。

## 二、憲法判例研究の目的と方法

それでは、憲法判例の研究目的と方法を如何に捉えればよいであろうか。まず、憲法の解釈も、憲法判例の研究も、共に憲法を基準とした客観的な憲法第一主義の研究方法が要請され

るのである。しかし、憲法第一主義に立ちながらも、憲法解釈の方法と憲法判例の研究方法とは、おのおのの性格を異にする点について留意すべきである。田畑忍教授は、この点で、重要な示唆を与えられている。即ち、田畑教授によれば、憲法解釈学は、所与の憲法の客観的な意味内容の把握であって、「一種の意味説明的学問であるが、批判を目的とする学問では決してない。故にそれは意味説明的な学問として終始すべきものではない。故にそれは意味説明的な学問として終始すべきものではない」(田畑忍編判例憲法学八頁)とされ、これに対して、憲法判例学の性格は、「すでに明らかにされている憲法法条の法意の観点から、裁判所の判決によって示された憲法の意味の解釈が正当であるか否かを批判するもの」(判例憲法学十五頁)であると主張されている。従って、同教授によれば、憲法判例学は、憲法解釈学の一分野をなすものではあるが「特殊の憲法解釈学即ち応用的憲法解釈学である」と云うことになるのである。そこで、この応用的憲法解釈学の性格を有する憲法判例研究の目的は、判決に示された憲法解釈を、憲法を基準として批判し、是正するところにある。それは、憲法規範と判決のズレを、憲法に従って正し、憲法の法意を改めて確認すると云うことに他ならない。この意味で、憲法判例研究の重要性は、現に存在する憲法の法理を基準として、判決を批判し、裁判に際して、裁判官の誤った又は恣意的な憲法解釈によって、国民の権利が侵害されることのないように、憲法的要請を徹底することにあ

り、ひいては、判例(判決)批判を通じて、憲法秩序が維持されるべきことを意図しているのである。

要するに、憲法を基準とした客観的な判例研究の方法は、判例(判決)は、「こうなっている」と云うことではなく、憲法の客観的法理に照して「こうなるべきである」と云うことではなければならない。これを図式化すると、

大前提……正しい憲法解釈(憲法)

小前提……判例(判決)

結論……客観的な正しい判例批評

となる。この判例研究の方法乃至「型」は、田畑教授によって、「客観的な判例批評」の方法として、従来より主張されてきたものであり、佐藤功教授によって、判例研究の一つの「型」として高く評価されてきたものである(公法研究二一号一二六頁)。佐藤教授は、判例研究のもう一つの「型」を、「何らかの憲法解釈を前提とすることから脱却して、いわば虚心に判例そのものを直接に捉え、そこに現われている憲法解釈からむしろ逆にさかのぼって既存の憲法解釈を眺めて行くという態度」(前掲書一二六頁)に求めており、同教授も、これに属していると考えられる。従って、判例研究の「型」の特徴を一言にして云えば、田畑教授の判例研究の方法は、「憲法↓判例」と云う方向を採るのに対して、佐藤教授のそれは「判例↓憲法」と云う方向を採る。ただ、ここで云えることは、第二の「型」に属する佐藤教授等の場合は、判例自体に内在する論理を追求される

余り、判例第一主義、判例重視主義に陥る危険があり、憲法判例研究の方法としては、私はこれを採用することを得ない。何故なら、最高裁判所の判決に盲従している多くの誤れる判例研究が、第二の判例研究の「型」に属している事実を否定するわけにはいかないからである。なお、この第二の「型」に必ずしも属しないが、長谷川正安教授は、政治学的、法社会学的な観点から、「判例に内在する裁判官のイデオロギーを客観的に把握する試み」(長谷川、憲法判例の研究二頁)を「現実の裁判に役立つ唯一の判例研究法」として主張されている。

更に、判例を批評する場合の批判基準を、憲法自体に求める

判例批評の基準

主観的基準	客観的基準
①判例自体(判例の解釈と論理)を基準とするもの。 ②憲法に対立する主観的「進歩的」 「反動的」意思または学説によるもの。 ③外国の憲法によるもの。 ④外国の判例によるもの。 ⑤外国の憲法学説によるもの。	憲法自体を基準とするもの。
主観的判例批評	客観的判例批評

※(この図表は、田畑教授編、判例憲法学十五頁を参照して作成したものである)

のではなく、外国憲法・外国の判例・学説等に依存しているものも多い。そこで以上を図式化すると上の如くなる。即ち、憲法を基準としてする判例研究を客観的判例批評とし、憲法以外のものを判例の批評基準とする判例研究を主観的判例批評として大別すると、意識的か、無意識的かは別として、後者の立場に立つ判例研究が多い。もちろん、外国の憲法・外国の判例を参考にすることは差支えないが、それらに依存して我が国の判例批評をすることは妥当ではない。あくまで我が国の憲法を基準とした判例批評、即ち憲法第一主義の「客観的判例批評」の方法に立つことの正しさが痛感せられる。

三、本書の内容と判例研究の態度

本書は、以上の如き憲法判例の研究方法からみれば、如何なる特色を有するであろうか。

まず、本書の構成についてみると、三十七の項目について、それぞれに総合的且つ体系的な判例批評が展開されている。

- 「(1) 衆議院解散権の所在(宮本栄三) (2) 戦争の放棄(田畑忍) (3) 基本的人権の享有(黒田了一) (4) 基本的人権と公共の福祉(芳野勝) (5) 法の下の平等(土井多賀子) (6) 公務員制と政治とくに選挙に関する権利(宮本栄三) (7) 国の賠償責任(西尾昭) (8) 奴隷的拘束およびその意に反する苦役からの自由(大谷実) (9) 思想・良心・信教・学問の自由(一円一億) (10) 集会結社の自由(芳野勝) (11) 職業選択の自由(山本浩

三) (12) 居住・移転・外国移住の自由(山本浩三) (13) 婚姻および家族生活における個人の尊厳と両性の本質的平等(土井多賀子) (14) 生存権(和田鶴蔵) (15) 教育を受ける権利(杉村敏正) (16) 勤労の権利(横川博) (17) 勤労者の団結権・団体行動権(横川博) (18) 財産権(加藤正男) (19) 納税の義務(西尾昭) (20) 法定手続の保障(坂井尚美) (21) 裁判所における裁判を受ける権利(黒田了一) (22) 逮捕の要件(太田雅夫) (23) 拘束の原則(齊藤文男) (24) 住居侵入・搜索・押収に関する保障(大谷実) (25) 残虐な刑罰(山本浩三) (26) 刑事被告人の権利(秋山哲治) (27) 不利益な供述の強要禁止・自白の証拠能力と証明力(滝川春雄) (28) 刑罰不遑及・一事不再議および二重的問責禁止の規範(田畑忍) (29) 国会議員・選挙人の資格(土井多賀子) (30) 内閣の職務(岡久男) (31) 裁判官の独立の義務(西尾昭) (32) 規則制定権(西尾) (33) 最高裁判所裁判官国民審査制の趣旨(西尾) (34) 違憲・合憲決定権(磯崎辰五郎) (35) 裁判の公開(一円一億) (36) 地方公共団体の権能(杉村敏正) (37) 最高法規(太田雅夫)。

そこで、本書の判例批評の態度であるが、各執筆者のほとんどは、京都学派に属しており、数十回の判例研究会を経て執筆されたのであるが、初めに一言したように、必ずしも、客観主義の憲法判例の研究の立場のみに立っているとはいえない。

先ず、憲法判例の研究は、判例の批判にウエイトが置かれるところの一つの特色があるのであるが、ここでは、客観主義又は

主観主義の立場をとりつつ、単に判例の分類乃至は判例の簡単な説明に止まっているものがある。「奴隸的拘束およびその意に反する苦役からの自由」(大谷)、「職業選択の自由」(山本)、「居住・移転・外国移住の自由」(山本)、「裁判官の独立の義務」(西尾)、「最高裁判所裁判官国民審査制の趣旨」(西尾)及び、「違憲・合憲決定権」(磯崎)は、大体それに当る。例えば、憲法第七十六条三項の判例に現われている「裁判官の良心」については、客観的良心主義の立場からの批判が望ましい。また、判例に現われた憲法八十一条の違憲・合憲決定権についての誤った解釈に対して、磯崎教授独特のつつこんだ批判、特に、統治行為論についての批判の割愛されているのが残念である。

次に、どちらかと云えば、憲法を離れて、学説または判例自体に内在する解釈(論理)の紹介・分析及び批判にウエイトを置いたものとして、「基本的人権の享有」(黒田)、「生存権」(和田)、「勤労の権利」(横川)、「勤労者の団結権・団体行動権」(横川)、「財産権」(加藤)、「法定手続の保障」(坂井)、「裁判所における裁判を受ける権利」(黒田)、「拘束の原則」(齊藤)、「不利益な供述の強要禁止・自白の証拠能力と証明力」(滝川)、「内閣の職務」(岡)がある。この中で、黒田教授は、基本的人権を「永久・不可侵の自然権」(一六頁)であり「前国家的な自然権」の性質をもつものだと解されている。しかし、日本国憲法が国民に保障する基本的人権は、あくまでも実定化された法定の権利である筈である。また、特別権力関係の観念

は、日本国憲法の容認していないものであるが、この点について穏健な黒田教授の批判は消極的になっている(一八頁)。さらに、同教授は、司法部の自己抑制について「個々のばあい」に即して、司法部の自己抑制と司法部による人権保障の具体的な利害得失を比較考量することによって、ケース・バイ・ケースで判例法を形成してゆくべきであろう(一三二頁)と主張されているが、同教授の統治行為論及び判例法についての考えは、明確を欠いているのではなからうか。即ち、日本国憲法は、明確に「統治行為」を否定しており(憲法九十八条一項、八十一条)、また判例法を法源の一つに数えていないからである。

これに対して、大体、憲法を基準とした客観的な判例批評と目されものに、「衆議院解散権の所在」(宮本)、「戦争の放棄」(田畑)、「基本的人権と公共の福祉」(芳野)、「思想・良心・信教・学問の自由」(二円)、「法の下の平等」(土井)、「集会結社の自由権」(芳野)、「婚姻および家庭生活における個人の尊厳と両性の本質的平等」(土井)、「教育を受ける権利」(杉村)、「逮捕の要件」(太田)、「刑事被告人の権利」(秋山)、「刑罰不遡及一事不再議および二重の問責禁止の規範」(田畑)、「国会議員・選挙人の資格」(土井)、「裁判の公開」(二円)、「地方公共団体の権能」(杉村)、「最高法規」(太田)が数えられる、ここでは、衆議院解散権の所在(七条)、いわゆる砂川判決(九条)、法の下での平等(十四条)、ポポロ座判決(二十三条)、不当な刑事上の責任を問われない権利(憲法三十九条)、憲法と条約(九

十八条)等に、京都学派の面目躍如とした解釈と批評が窺えるのである。就中、憲法に従って、無罪判決に対する検事上訴を否定した田畑説は、憲法の解釈を誤り、人権を無視してあえて上訴してきた(例えば、砂川判決、松川判決、吹田判決)人権意識の稀薄な検察官に対して警鐘となる。

以上、第二節で、憲法判例研究の目的と方法を、第三節で、その方法に照して、私なりに本書の傾向を分類・分析した。それによれば、本書の判例批評の態度は、単なる判例の分類に止まるものから、憲法を基準とした徹底的な判例批判まで、かなりの差異が認められる。しかし、本書は、全体として、手ごころで且つ体系化された判例研究書であり、判例の総合的研究を一步前進せしめたものであることは疑いない。その意味で、本書は、専門家ばかりでなく、広く憲法研究者に多大の便宜を与える筈である。ただ、憲法第一主義の判例研究の方法乃至「型」は、今後も「あるべき判例研究の方法」として検討が加えられ、憲法判例の研究が、益々盛んになることを期待するものである。なお、巻末に収められた主要判例一覧表(自昭和三二年三月至三五年十二月)は、判決年月日、事件名、収録判例集の巻号等が一目瞭然で、大変便利なものとなっている。(ミネルヴァ書房・二九一頁・六四〇円)