

憲法判例研究論

——叙情的ではない判例評釈執筆に向けて——

君 塚 正 臣

はじめに

実定法学者による、実定法学者特有の業績の一つに「判例研究（評釈）」がある。経済法研究者には公正取引委員会審決・通知令・報道発表や消費者庁裁決があり、国際法・国際私法研究者には外国裁判所判決や国際機関の諸決定、労働法研究者には労働委員会の審判など（これ以外に、行政庁や独立行政機関の行う行政審判を評釈の対象とすることは少ない）、憲法研究者には極めて特殊な例として裁判官弾劾裁判所判決があるなどするものの、一般的に司法裁判所の下した判決や決定、命令、審判が対象である。裁判上の和解は一般に「判例研究」の対象ではない。

司法裁判所と言っても、日本には最高裁判所と下級裁判所があり、下級裁判所には高等裁判所、地方裁判所、家庭裁判所（それぞれの支部、出張所を含む）、簡易裁判所がある¹⁾。そして、毎年、それらの下した、膨大な判決や決定が存在する²⁾。その何れもが判例研究の対象であると言えなくもないが、通常、そのうち、重要で有意義なものが対象とされる。評釈者は、当然のことながら、まず、研究対象をその膨大な判決・決定から選抜せねばならないのである。

ところで、「憲法」「判例」「研究」「論」という本稿の表題は、それぞれ論争的なものを含んでいる。たまたま近くの簡易裁判所で判決を傍聴したおおよそ法学の素人が、その判決には憲法に関わる要素があるという「神の声」を聞いた

としてその感想を地方新聞の読者欄に掲載するか、或いはwebページにupするような話があったとしよう。しかし、それを現実社会で憲法判例研究と呼べるか、である。最広義にはそれも憲法判例研究なのかもしれないが、一般的にはそうではない。どこかに、暗黙の了解としての区切りがあるのであろう。この例は極端だとしても、では、いかなる条件を揃えたものが憲法判例研究であり、何がその優劣を測る基準（もしくは水準点）なのか。このことについて、実はあまり検討はなされてこなかったように思われてならない。法学界で、「論説」とは何かについての明快な検討はないがそれが量産されているように、「判例研究」もそうであって、これでいいのだということなのかもしれない。だが、まずはその判決・決定等が「憲法」分野のものであることは外せない。では、何があれば「憲法」判例なのか、扱うに値する「判例」とは何か、論じられた例を知らない。そして、何が「研究」「評釈」であって、「紹介」やそれ以外ではないのかも同様である。

ところで、一般にそれを書くのは憲法研究者である。憲法研究者とは誰か。概ね、大学の法学部で憲法ゼミを選び、大学院に進学して憲法を専攻し、外国憲法を素材として修士論文を執筆し、これを種に公表論文を書き、運と実力で大学や短大などの憲法講座や教養科目担当部局に就職していく人々である³⁾。ただ、ここまでのプロセスに、特に望んで実践しない限り、日

本法研究や判例研究はないのである(この点は、他の実定法分野でも大差ないものと思われる)。これらはできて当然と思われており、特段の一定程度の定型的な訓練はシステム化されていない。法学部のゼミで様々な判例を取り上げて発表することはあろうが、多くの場合、この段階では「判例研究」の稽古不足は否めないのである(特殊天才的事例を除く)。大学院時代に適切な指導を受けなければ、あとは自己流ということになり易い。研究会での報告によって揉まれることはあるが、判例研究能力は研究会の構成員の部分最大値の総和と本人の吸収率の積をほぼ限界としてしまう。結果、判例研究は職人芸の世界となってきたように思えるのである。

かくの如き諸要因から、「憲法判例研究」がどうあるべきかは特に検討されず、あまり正面切って語られてもこなかったのであろう。鳥辭がましいことではあるが、特異な事態となった2020年初夏に立ち止まって考えてみたい。

1 「憲法」判例研究

まず、「憲法判例研究」と言う以上、研究対象は「憲法」判例でなければならないのであるが、実はその画定は容易ではない。ドイツなどと異なり、日本には憲法判断に専念する憲法裁判所があるわけではなく、通常の司法裁判所が事件の解決に必要な限りで憲法判断を行うものであって、外形は民事・行政・刑事の裁判なのである⁴⁾。形式的な区別は通用しない。「とくに憲法の表現はきわめて簡潔であるから、現実に通用する憲法の意味内容を形成する判例の研究なくして、憲法を真に究めることは不可能だとい」う⁵⁾側面があり、判例の選抜はその課題を負う。

まず、「憲法判例」とは何かの標準を示していそうなものは、憲法判例百選と毎年的重要判例解説(ジュリスト臨時増刊)の「憲法」で取り上げられたものであろう。まず、過去10年の重要判例解説の「憲法」で取り上げられた判決・決定を網羅したものが〔表1〕である。重要判

例解説は、憲法判例百選のように研究・学習の基準となる戦後のオーソドックスな判例を示すほどの恒久性はないが、判例評論(判例時報別冊)や現在の判例セレクト(法学教室掲載)のようにほぼ毎月、判例を挙げるほど速報性重視ではない(中間やや重判解寄りに、TKCロー・ライブラリー随時掲載分を纏めて半年毎刊行の新・判例解説 Watch(法学セミナー増刊)がある)。このうち、2019年の憲法判例百選Ⅰ・Ⅱ第7版(長谷部恭男=石川健治=宍戸常寿編)でも取り上げられたものは2割弱であるから、原則として判例百選の方が性格上も実際上も掲載のハードルが高い⁶⁾。

「憲法」判例として認識されるものは、基本的には、憲法条文を争点として訴えられた訴訟である。しかし、中には、特に、最高裁への上告理由が絞られてきたこともあって、上告するための憲法違反を強弁する主張も散見される。このため、「憲法」判例とは、評釈をする側から見れば、当事者の主観的熱意から引いてやや客観的に見て、憲法条文を争点にすることで結論が変わり得るものに限定して考えるべきように思われる。逆に、最高裁が簡単に上告棄却したからと言って、憲法判例ではないとはいえない。最高裁こそが誤った判断をしたと批判できる事案もあり得るところが厄介である⁷⁾。また、当該事案を裁判所が法的に取り上げることが可能か、という司法権論、事件・争訟性に関する事案のほか、旧法令の有効性を問う事案も一般に「憲法」判例に含んでいる⁸⁾。

各種判例集の中には、判例選抜を行った、編者などのある種の熱意が過剰に感じられることがある。〔表2・3〕では、憲法判例百選Ⅰ・Ⅱ以外に、掲載判例が200程度の判例集を比較のため取り上げた。まず、これらがもし、憲法判例百選Ⅰ・Ⅱと全く同じ判例を取り上げるのであれば、その個性を示す自由度が狭まるであろうから、それ以外の判例を取り上げ、百選掲載の判例の一部を取り上げない戦略に出るであろうことは容易に想像できる。取り上げた5つの判例集は、表に見られるように、最新の百選に

不掲載の多くの判例を取り込んでいる。このうち、杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅰ・Ⅱ』（三省堂、2000）と戸松秀典＝初宿正典編『憲法判例』〔第8版〕（有斐閣、2018）は、現在では百選から抜け落ちた比較的古い判例を取り上げることで個性を発揮しようとしていると言えよう。これに対し、植野妙実子＝佐藤信行編『要約憲法判例205』（編集工房球、2007）と佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ・Ⅱ』（悠々社、2010）、工藤達朗編『憲法判例インデックス』（商事法務、2014）の3冊は、比較的新しい判決群を積極的に取り上げようとする傾向が見受けられる⁹⁾。ところが、同じ傾向の各2冊（掲載判例が200に満たない工藤編を除く）は、興味深いことに、判例百選不掲載ながら当該判例集が掲載した判例の一致率がかなり低いのである。前2冊では、戸松＝初宿編がより古い判例、刑事手続分野の判例を拾っている印象である。苦米地事件の下級審を拾いながら、戸松＝初宿編が一審（東京地判昭和28年10月19日行集4巻10号2540頁）で、杉原＝野中編が二審（東京高判昭和29年9月22日行集5巻9号2181頁）であることなども興味深い。古い判例の一部は、後の判例によって上書きされているものもあるが、それでもなお紹介する必要があるのかは、一般論としては検討の余地があろう。後2冊（工藤編を除く）の傾向もかなり異なる。新しい判例を取り上げることは、出版時に目新しさをアピールする格好の手段なのではある¹⁰⁾が、この中では、植野＝佐藤信編に、いかなる意味で「憲法」判例なのか微妙なものが明らかに多く含まれており、判例の選抜に「人権」判例であればよいというムードを感じる。憲法の私人間効力論において、多数説は間接効力説でありながら、直接効力説シフトが強かった¹¹⁾と感じる点は、こういった側面にも表れる。速報性を求められる場合ではないのであれば、その外延を曖昧にして、编者などの主張を取り込むために直近の判例を取り上げることは、判例集としては疑問である。実際、掲載された1999年以降の判例の

類書との一致率は非常に低い。如是、現在では、憲法判例集において、選抜する判例に独自性を発揮することは見識を問われ易くなっている。

〔表2〕では憲法判例百選が分冊されて以降の掲載判例の変遷を、〔表4〕では分冊前の変遷を示した。そこからは1963年の初版から1968年の新版の間に、相当数の判例の入替えがあったことが分かる。その際、新版刊行までの約5年間に新たな判例の蓄積があり、旧いものを淘汰したようなこともあったであろうが、新版で消えた判例の多くが実は刑事手続分野である¹²⁾。初版には、現在では刑事訴訟法判例百選かと目を疑うような判例群が、東になって掲載されている。刑事手続に関する判例は、寧ろ刑事訴訟法で扱うべきものとなり、憲法31条以下の領域に属するものでも、少数の代表的なものを除いては憲法判例百選では取り上げないという棲み分けが早い時期に進んだと言える¹³⁾。このようにして、掲載に適した別の百選が存在する判例が外れていったことも指摘できよう。

但し、このことによって、そのような理由から、最新版の憲法判例百選から外れたと思しき判例が重要憲法判例ではない、とは必ずしも認定できない。その意味では、法科大学院や法学部の憲法ゼミが扱うべき憲法判例は、精神的自由や平等権を中心に、目を通すべき判例はこれでは足りない印象もある¹⁴⁾。また、刑事手続分野の判例について、憲法研究者が憲法学の観点から違憲・合憲の評価を下すことを遠ざけたとも言えよう¹⁵⁾。

なお、評釈者は、判例集などで憲法学的論点に絞ることを编者等によって要請されていない場合、つまりは大学の紀要などでの判例研究においては、憲法判断以外の分析を制限されているわけではない。また、判例研究としての意味は、当該判例の法的評価が第一であって、偏に「憲法」的でなければならぬ必然性もなければ、どこからが憲法の領域か微妙な事例もある。また、原告適格、事件争訟性の問題は司法権論として憲法判例の守備範囲とされている。この

ため、例えば、刑事事件であれば、刑法や刑事訴訟法の解釈問題について論及してもよい¹⁶⁾、事実関係の分析という「地上戦」の最たるものから始めることも必要であろう。他方、判決の政治的・社会的意味などに過度に傾倒することは、いかに憲法が政治的法であるとしても、疑問である¹⁷⁾。評釈者は法律学を知らないのではないか、との印象を与える危険も大きい。しばしば、憲法分野では、政治的意味のある判例を選んで政治的な解説をすることもよしとされる傾向もあったが、判例研究はアジ演説ではない。一部の憲法研究者は評釈対象として9条に関するインパクトのある判決を選びがちで、平和主義者(俗に言う「護憲派」)としての拳の固さを示す熱い戦い(?)をしがちだが、法学全体から見れば、多分に違和感がある態度であったことも自覚すべきではなかろうか。判例を批判するなら、裁判官は法律家として下手くそだ、という論陣を張るべきである。

2 憲法「判例」研究

判例研究の対象である「判例」とは、狭義には先例拘束力¹⁸⁾を有する¹⁹⁾、最高裁の判決・決定の ratio decidendi 部分で、その後判例変更されていないものだけを原則とするべきである²⁰⁾し、最狭義には最高裁大法廷判決・決定で最高裁判所民事判例集(民集)と最高裁判所刑事判例集(刑集)に掲載されるもののみであろう。「判例」とは先例として拘束力を有するものであるべきだからであり、日本では、判例変更は裁判所法の規定もあって大法廷でしかできない。ただ、大法廷はなかなか開かれなため、他の小法廷も異なる判断をしない、統一感・安定感がある小法廷判決は事実上の「判例」と言ってよいであろう²¹⁾。特に、憲法判断も大法廷でなければならないという「憲法」の特殊事情があることも、これを後押しする。また、民集と刑集に掲載の判例²²⁾に掲載されていることは、「判例」であるか否かの大きな目安であるが、両公式判例集掲載分に限ってしまうことは、

「判例」の外延の決定権を最高裁事務総局に全権委任することになってしまうため、それには慎重であるべきである。そうすると、「判例」の範囲はやや広がる。

判例が現在何であるかを確認し、問題がなければそう評価し、問題があればそれを覆す理論や根拠を組み立てるのが法曹実務家や法学研究者の仕事である。公務員の労働基本権を巡って、都教組事件判決(最大判昭和44年4月2日刑集23巻5号305頁)が正しく、全農林警職法事件判決(最大判昭和48年4月25日刑集27巻4号547頁)が誤っていると信じて、批判の対象は、現時点でも「判例」である後者の方であり、判例集に主判例として掲載されるべきものも後者である。無論、判例変更の当否は論じなければならない。〔表2〕を見ると、憲法判例百選では、上告審判決が下されると、多くの場合、評釈対象は原審から挿し替わっていることが解る(例えば、東大ポボロ事件は、1963年の初版では東京高判昭和31年5月8日高刑集9巻5号425頁が掲載されているが、1968年の新版では最大判昭和38年5月22日刑集17巻4号370頁に変更されている)し、判例変更がなされると新しい判例に掲載が変更されている(例えば、尊属傷害致死事件=最大判昭和25年10月11日刑集4巻10号2037頁は、尊属殺重罰規定違憲判決=最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁以降、判例としての価値が大きく減退し、1974年の第3版以降は掲載されていない)が、当然の対応であると言えよう。ただ、大法廷で覆された最高裁判決・決定も、憲法判例百選には都教組事件のように意外と残っており(合憲限定解釈の例、つまりは憲法訴訟の判例として掲載されていると思われる。合憲限定解釈の最高裁判例と言えるものがほかにない)、この点は他の判例集もそうであって、法曹関係者や学生などは、注意すべきである。

ところで、法学関係者は「判例」という語を、下級審の判決・決定なども含め、やや曖昧に使っているきらいがある²³⁾。特に憲法研究者は広く下級審の判断までを「判例」と呼び、時には最高裁の判例よりも「本当は正しい」もの

のように扱う気風があった²⁴⁾。砂川事件の一審（東京地判昭和34年3月30日下刑集1巻3号776頁）を「伊達判決」、長沼事件の一審（札幌地判昭和48年9月7日訟月19巻9号1頁）を「福島判決」、猿払事件の一審（旭川地判昭和43年3月25日下刑集10巻3号293頁）を「時國判決」、そして、第2次家永教科書裁判の一審（東京地判昭和45年7月17日行集21巻7号別冊1頁）を「杉本判決」などと符丁で呼び、称賛する（そして、返す刀でその上告審判決を蔑む）「文化」がなかったわけではない。上告審があるにも拘らず、以上の4判決のうち3つは、憲法判例百選に掲載され続けている。2017年刊行の行政判例百選Ⅰ・Ⅱ第7版が、掲載判例を全て最高裁判例で統一しているのとは対応を異にしている印象である²⁵⁾。そして、〔表1〕を見れば明らかなように、重要判例解説の「憲法」編においても、必ずしも最高裁判決・決定ばかりで構成されているわけではない（この点は、民法、民事訴訟法などでは事情が異なる模様である）。その理由は、多分に、最高裁における重要な憲法「判例」だけで毎年度約10件を揃えることは難しいからであろう²⁶⁾。

しかし、〔表5〕で明らかなように、2019年刊行の憲法判例百選Ⅰ・Ⅱ第7版では、下級審判決が掲載されている例は、Appendixまで含む227の掲載判例のうち、下級審判例は高裁6、地裁15、簡裁1に抑えられてきている。相当数は、下級審で確定したか、上告がなされても最高裁が簡単に上告棄却をしたような例である。講学上、これに代わる最高裁判例がないのであろう。猿払事件では、「適用違憲」の説明をするため、長沼事件では、唯一の自衛隊違憲判決を残すため、第2次家永教科書裁判では、3次まで続き各3審以上を抱える一連の判決の中で「国民の教育権」説寄りの唯一の判断例を残すためだと言ってよいのではあるまいか²⁷⁾。3判決の単なる「人気」のためでもないであろう。実は1963年の初版（芦部信喜編）でも、115の掲載判例のうち、下級審判例は高裁3、地裁4を数えるに過ぎなかった。下級審判例は寧ろ

分冊後に増加し、1994年のⅠ・Ⅱ第3版（芦部信喜＝高橋和之編）で、225の掲載判例のうち、高裁17、地裁27、簡裁1とピークを迎える。判例百選の中でも憲法は下級審判例に手厚い²⁸⁾という印象はこの頃に作られたものであり、漸く元に戻ってきたとも言えるのである。〔表2〕を見れば、憲法判例百選掲載の最高裁判例として、1996年以降のものが一旦掲載されながら外れた例はなく、1995年の2例も明らかな判例変更がなされたものである。このため、2000年の第4版（芦部信喜＝高橋和之＝長谷部恭男編）以降では、追加判例は、数は少ないがその後消えることはほぼなく、その分、古い最高裁判例と、それ以上に下級審判例が淘汰されているのである。

なお、判例は正面切って変更されないが、事実上変更されている場合があることには留意すべきである。猿払事件（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）は、堀越事件（最二判平成24年12月7日刑集66巻12号1337頁）で判例変更されず、事案の区別（distinction）がなされ、判例として生き続けている²⁹⁾。だが、堀越事件で区別された事例が該当しない例がどのようなケースなのかを考えると、官公労組合が弱体化し、或いは「公」の権威全般が下がった今日、公務員の政治活動と言っても個々の匿名性の高い活動がせいぜいである³⁰⁾とき、猿払事件最高裁判決の先例性はかなり薄まったとも言える。また、最高裁は、宗教団体内部の人事抗争では、銀閣寺事件（慈照寺事件。最一判昭和44年7月10日民集23巻8号1423頁）において、住職の地位は「法律上の権利関係の確認を求めるものとはいえない」とする判断が下った後、種徳寺事件（最三判昭和55年1月11日民集34巻1号1頁）と本門寺事件（最一判昭和55年4月10日判時973号85頁）では、宗教法人の団体役員の地位を巡る事案で本案判決を下してきたが、蓮華寺事件（日蓮正宗擯斥処分事件。最二判平成元年9月8日民集43巻8号889頁）では、これらよりも「板まんだら」事件（最三判昭和56年4月7日民集35巻3号443頁）

を頼りに却下判決とした。その後、日蓮正宗管長事件(最三判平成5年9月7日民集47巻7号4667頁)でも、本門寺事件のみを引きながら、「宗教上の教義ないし信仰の内容にかかわる事項についてまで裁判所の審判権が及ぶものではない」という趣旨での引用を行い、この種の宗教団体の内部紛争を本案判決としない判例を確立させたのである³¹⁾。最近でも、市議会議員への嚴重注意処分に関する事件(最一判平成31年2月14日民集73巻2号123頁)で、山北村議会事件判決(最大判昭和35年10月19日民集14巻12号2633頁)を引きながら、その中身は決して部分社会論ではない³²⁾ような例がある。このような判例の事実上の変更は、そうであることをまずは指摘し、かつ、当否を問わねばならず、取り上げて論評する価値がある。

このようにして、「憲法」「判例」が何であるかは確定され、併せて、選ばれるべき判例群も固定化されてきたように思える。結果、新たな判例集が編纂されようとも、現在の憲法判例百選Ⅰ・Ⅱに掲載される判例の多くが、或いは、数は少なくともその重要なものが漏れるとすれば、信頼度にかなり欠ける印象があるところまでに至っている³³⁾。

以上のことから、評釈者が素材として判例を選ぶに際し、特に制約であるとか、編者等の要請がないのであれば、まずは最高裁判決・決定を選ぶのが基本ということになろう。重要判例解説が対象とするであろうような、できれば、憲法判例百選掲載が予測できるような、最近の有意な最高裁判例であるべきである。特に、初めての判例研究の際には、そうであるべきであろう。憲法判例となると、最高裁が「いきなり抽象的な憲法命題(例えば、当初の典型例でいえば、基本的人権も「公共の福祉」によって制限される)を述べて結論し、事件の事実関係をどのように捉え何を重要とみたのか必ずしも明らかにしない性向を持ってきた」³⁴⁾と言えるが、最高裁の理由付けが比較的簡単であっても、評釈対象は最上級審の判断であるべきであろう³⁵⁾。せいぜ

い、何らかの理由により下級審で確定したが司法判断として重要な意味があるものか、最高裁判決がいわゆる「三行判決」³⁶⁾であって原審が実質的判断を行っているものなどまでに研究対象を留めるべきである。〔表1〕の判例の中でも、自由に評釈できるときに選ぶべきものは限られ、ましてや、これ以外から選ぶとときには相当の躊躇が必要である。

無論、判例評釈には、上訴中の下級審判決・決定について行い、最終的には最高裁で判例となることを見越してこれを批判したり擁護したりするタイプのものもあろう。三菱樹脂事件(最大判昭和48年12月12日民集27巻11号1536頁)について、下級審判決から評釈(や特集、奥平康弘のキレ味鋭さが印象濃厚)が数多あるのは、明らかに原告勝訴のそれを擁護し、最高裁を牽制するためのものであった。確かに、憲法論としてインパクトが与えられるのは「憲法」研究者であって、非法学者の批判は政策論、他の実定法学者の批判は立法論止まりの評価にされがちであるから、そのような評釈ができるのは「憲法」研究者の特権であるとも言える。しかし、そのインパクトが期待できる憲法研究者は限られる。最初に執筆する判例研究でそれを行おうとすることはお勧めできない。

3 憲法判例「研究」

判例「研究」は「評釈」とも呼ばれるが、要は単なる紹介ではない。また、判例をあくまでも素材に学說的論争を展開する「論説」(分量が過小、注が少ない、根拠が不確か、調査の途上、結論が全く定まらないなど、その構成要素を欠く場合は「研究ノート」とする)³⁷⁾でもない³⁸⁾。では判例「研究」とは何か。

まず、紙幅に影響されるが、ほぼ分析のない、「立派な判決である」「反対だ」と言ったに過ぎないものは「研究(評釈)」ではない。そこには評釈者の評価、意思が加わるが、当然ながらそこには一定量の根拠が必要である。判例研究は判例の感想文ではない。準じて、法学セミナー

(最新判例演習室)や法学教室(判例セレクト)の連載は1頁が定番であり、業績としては「判例紹介」で挙げるのが謙虚な姿勢であろう。判例「研究」が広義の社会科学的営為であるならば、その公表が意味を有し、当該判例を支持するか、もし一部に問題点があれば理論的に指摘して改善を示唆するものでなければならない。それが全くなければ、今度は量の問題ではない。

次に、判例を「研究」していることを忘れ、判例を端緒に、専ら自説(しばしば独自説)を展開するものを「判例研究」とは言わない。特定の外国事情、哲学・思想などを主展開するものは果たして判例「研究」だろうかと思わざるを得ない。「研究」部分に、「フランスでは」「ドウォーキン曰く」「伝統に従い」などが頻出する判例研究も疑問である(換言すれば、判例を出汁にすべきではない、ということ)。こういったことが誇張でなくなれば、どうなるか。判例百選には、「判例百選ではなく学説二百五十選だ」という揶揄も聞いたことがある。憲法判例百選は、原則として執筆者は1判例担当とする慣例があり、比較的学閥や世代に偏らずに主要法学部・法科大学院教員が広範に解説を担当している³⁹⁾。そのバランスのよさと、担当執筆者大半の全力投球ぶりは称賛できる。反面、どうしてもその玉石混交ぶりを非難する声もあること、近接する判例の評釈が全く逆方向であることを止めるのが難しく⁴⁰⁾、場合によっては初学者を混乱させかねないことがトリセツ取扱説明書の上位にきそうである。共著共通の難点で、共著者は担当判決と関連判決との繋がりに配慮すべきであるが、それ以前に「判例」集でなくなる危険を、当該法学界構成員は感じるべきである。

憲法判例の研究は、判例評釈に限られたものではないが、戦後すぐの憲法学は、「判例を整理・分析して憲法規範の解釈論(評釈ないし批評)をこころみるものが大多数であった」⁴¹⁾そうである。判例は学説の従者であるべき、判例は出来損ないの学説とでも言いたげな「空中戦」第一主義が、そこにはあった。だが、法律学にお

いて、有権的解釈は判例の方である。実定法学は、全体及び局面で学界内の「通説」を巡って争い⁴²⁾、その前段階に「有力説」「多数説」などがあるとも言えるが、やはり争われるべきは判例の是非にあり、問題ある判例(や閣議決定・行政慣行)があるとすれば、その変更を求めて働きかける方が第一義であろう。初学者が、長年の法曹経験に根差した合議に異論を唱えることは、本来、勇気のいることである⁴³⁾。だが、それは、大学院生といえども法学研究者の特権である。理論的に確かであること、そして、それによって世の中を変える熱意は必要である。その意味で、判例集の一判例の評釈を頼まれたわけでもない、大学紀要もしくは大学院生論集などにその執筆を検討しているとき、対象は最近のものであるべきである。確かに、古い判例の再評価、読み直しということは考えられる。だが、猿払事件は適用違憲では不足であるとか、三菱樹脂事件最高裁判決は無効力説だという説はおかしい、などの見解は、判例研究ではなく論説として公表すればよい。

そして、判例研究は裁判所を含む法曹実務に影響を与え、判例をよりよき方向に導きたいという意欲を持ち、俗な言い方をすれば、文学的ではなく理論的に書かれるべきである。しばしば、憲法判例「研究(評釈)」の中には、最高裁の「精神」、より主観的な表現を用いれば「根性」が曲がっていることをひたすら批判するような例も散見された。しかし、最高裁とすれば、それは見解の相違として片付けてしまい、判例「研究」公表の大きな理由である、判例変更への導きの効果は殆どない。社会科学として意味がないことを深く思うべきではないか。泣き所を的確に突きたい(上品な御方は、判例と対話する、と曰う)⁴⁴⁾。実定法学者は苦手なら翻訳や書評を書かない途はあり得ても、判例研究が書けないでは許されない。だが、型を身に付けることでかなりの部分はクリアできる。

判例研究においては、「事実の概要」「判旨(決定要旨)」「解説」という型、様式美は守られる

べきである⁴⁴⁾。型であるから、例えば、原告はX(2人以上ある場合はX₁, X₂などとする)、被告・被告人はYと記述することなど⁴⁵⁾は、感性に合わないとしても、まずは守るべきである⁴⁶⁾。論説においては、章立ての固定的な決まりが緩く、「はじめに」と「おわりに」があることが決まっている程度なのかもしれない⁴⁷⁾。しかし、判例研究においては、定式がある程度固まっており、これを崩すには相当の説明責任が必要となろう。「解説」の前に、判例の客観的分析のようなものを置く例もあるが、解釈に客観的な「枠」と主観的实践の区別が困難である⁴⁸⁾ように、一般的にはあまり賛成できない。特に、前述の長沼事件や猿払事件などに象徴されるように、下級審が特徴的な判決、最高裁とは異なる結論や理由付けをした判示をしている場合は、自ら判例を選抜して研究するときには、これを「概要」部分で適切に紹介することが望ましい。

判旨においてはまず、判決・決定の結論は明示されるべきであり、認容か棄却か却下かなどを記すべきであって、憲法裁判所ではない日本の司法裁判所の判断は「違憲」や「合憲」ではない(古くは誤解もあった)。続いて、判例の主要部分を紹介するのであるが、無論、結論を左右する理由付けを過不足なく載せることを心がけるべきである。ときどき、かなり評釈者の言葉が入っているもの、稀には評釈者の要約(解釈)になってしまっているものもあるが、伝聞証拠とせず、「最高裁に語らせる」ことは肝要である。また、紙幅の関係で少数意見が割愛されていることも多いが、それは多数意見(法廷意見)の有力な批判となっている場合が多く⁴⁹⁾、将来は判例に転化するか、少なくとも学説に影響を与えそうなそれは、紙幅の許す限り、解説を割いてでも、取り上げるべきであろう(同意意見なのか反対意見なのかの区別も必要。本来は、法廷意見か相対多数意見かの区別も必要で、「意見」が多く付いて過半数の賛成を得ていない多数意見の理由付け部分は狭義の「判例」ではない⁵⁰⁾。

解説において、まずは判決それ自体の内在的

批判が可能であれば、それを心掛きたい。根拠の欠如や論理矛盾の指摘は決め球である。あまり目立たないが、重大な事実誤認がある場合もそうであろう。そして、当然に言及すべきことが先例との関係である。先例と異なるのであれば、理論的整合性を問い、一方当事者にとっては突然の権利剥奪に等しい(但し、刑事・行政事件での被告人・原告有利な変更はこの限りではない)ことであるので批判するか、逆に、先例を批判して判例変更を迫るかである。裁判官の側の特権に、「先例に徴し明らかである」式の、判例を根拠とするシンプルな理由付けがときとして許される⁵¹⁾、或いは求められることがあろうが、そこで引用される先例が妥当でなければ、的確に突いてやるべきである。次に、有力な下級審判例や通説、有力説、多数説との相違を、根拠を挙げて指摘し、批判すべきである。何れにせよ、評釈者は(特に初学者であれば)ギリギリまで行司に徹し、自分を前面に出すことは最後の手段とする方が適切である。前述のような、最高裁の「根性」を批判するような、外在的批判に終始するのはただ「私は嫌いだ」と言うに等しい。その上で、解説の中では、本判決の射程、法的意味、社会的意味などを示すべきである。

なお、外国判例研究の場合では、ここに「日本法への示唆」⁵²⁾を欠いたものは、研究の意味に疑問が生じる。英米法学者の田中英夫は、「自国の法および法学の枠組から一歩離れた立場から自国法を眺めることによって、自国法の用いているいろいろな法準則、法技術のうちどこまでが自国の社会的諸条件のもとで必然的なものであるかということ明らかにする」ことが大事だと語っている⁵³⁾。比較法学がどのようになされてきたかを再考し、憲法学内部で通過儀礼として行われている外国憲法研究の意味を問う必要がある。

忘れがちなことであるが、最後に「参考文献」を挙げることも重要である。紀要などに掲載する場合、論説と同様、注を打ち、引用を行うべきであるが、紙幅に限りがある場合、参考文献

は本文途中の括弧書きか、文末に纏めてということにならざるを得ず、判例研究の作法として許容されている。可能であれば、後の研究者のため、或いは執筆した判例研究を利用して学習する学生のため、当該判例を検討した判例研究を網羅的に紹介することが望ましい。CiNiiや国会図書館のwebページはもとより、TKCロー・ライブラリーやDI-LAWなどが使える環境なら補助的に使うべきである。それらには、当該判例の評釈ができるだけ網羅するように掲載されている。書籍としては、浦田賢治＝大須賀明編『新・判例コンメンタール1・2・3』（三省堂、1993・1994・1994）などもあり、刊行年前の主要憲法判例評釈について紹介されているので利用したい。「参考文献」は実際に参考にした文献を引用すべきで、こういった諸評釈の存在は、後学もこれらで調べればよい、との反論もありそうだが、何れも完全に網羅しておらず、書籍となった判例集や法学部紀要に掲載された判例研究が抜け落ちる傾向にはあり、これを拾いつつ書誌を形成する作業は、学界の一員として必要のように思える。評釈の「研究」部分を縮小してでも、以上の貢献を貫徹することを優先させたいと個人的には思う。

研究者の執筆する判例「研究」においては、明確な結論が出せず、「難しい問題である」風の結語が示されることもある。他方、裁判官には、結論は本職にはわからない、十分に何十年も考えたい、ということは許されない。このことに配慮がなされなければならない。しばしば、伊藤正己が、裁判官は判例に縛られるなどの事情から、最高裁判事としての判示とそれまでの法学者としての学説が異なることとした⁵⁴⁾ことを、二心あるのか、などと非難する向きもあったが、裁判官と法学者では、アクターとしての役割は異なると言わざるを得ない。また、逆に、二心あってはならないとすれば、自分が裁判官になってはとて言えない判断を判決に求めるような評釈や論説は慎むべきであろう。

判例研究をある程度多く公表し続けるために

は、以上のような方法論のスキル向上も大切であるが、研究領域を広げ、いわゆる守備範囲を広げることも重要である。新たな研究分野で論説を書き出すのに比べ、判例研究はハードルが低い。逆に、研究分野を広げる第一歩として、未知の分野の判例研究に積極的に挑戦することも望みたい（また、判例研究の評価は実定法分野では相互にある程度できる、と言われる。このため、最初の就職や移籍の際にアピールし易い）。

判例研究のエキスパートはどの法分野にも存在する。憲法学界では、もう一つその評価が高くないことは如何なものか。一つの指標ではあるが、重要判例解説の執筆回数は、基本的には歴代編者の信頼の厚さを示そう。〔表6〕に示したように、石村善治、野中俊彦の6回が最高のように思われる。これに続く5回は、尾吹善人、久保田きぬ子、戸波江二、渋谷秀樹、棟居快行のようである。石村と野中の業績は、それぞれ表現の自由、参政権に偏る傾向があった。しかし、近年多数執筆をしている研究者では、人権条項を多く跨ってのことが多い。このことは、一般に執筆の多いいわゆる「55年世代」⁵⁵⁾に共通しよう。この世代の主力がジェネラリストであろうとしたこと、総論志向であったことを、よく示している。守備範囲の広さは必要であるし、司法権論、憲法訴訟論、人権総論などへの研究の広がりも必要であるように思える。

判例研究の執筆者は、以上のことを自戒して、あるべき判例研究を自ら考え、分析的に立ち向かう必要がある。野村再生工場の再生第一号は野村克也本人なのである⁵⁶⁾。

おわりに——「論」？

以上、「憲法判例研究」執筆に関する、いわば覚書を展開してきた。本稿をきっかけとしてその方法論を考えて頂ければ幸いである。そして、適切な方法論（「お作法」）が適切に伝達されていくことを望みたい。

このように思うのには理由がある。憲法学界では、いわゆる「55年世代」の最初の定年退

表 1 近年の重要判例解説 (ジュリスト臨時増刊) 掲載判例

年度	百選	種類	裁判所・期日など	掲載判例集	事件概要 (原則に掲載に従う)	上訴審など	
平成 22		▲	東京高判平成22・3・10	判タ1324-210	逮捕における「届出でない子」差別と憲法14条		
		△	京都地判平成22・5・27	判時2093-72	労働者災害補償保険法による障害補償給付と憲法14条		
		×	東京高判平成22・1・28	判時2086-148	国歌斉唱時における不起立と再雇用拒否	最高判平成23・6・6民集65-4-1855	
		●	○	最大判平成22・1・20	民集64-1-1	砂川政教分離訴訟上告審	最高判平成24・2・16民集66-2-673
		◎	○	最一判平成22・7・22	判時2087-26	白山ひめ神社訴訟上告審	
		◎	○	最二判平成21・11・30	刑集63-9-1765	マンションでのピラ投函行為処罰と憲法21条	
		×	東京高判平成22・3・29	判タ1340-105	国家公務員の政治的行為禁止の合憲性 (堀越事件)	最二判平成24・12・7刑集66-12-1337	
		◎	○	最一決平成22・3・15	刑集64-2-1	インターネット上の表現についての名誉毀損罪の成否	
		○	最三判平成22・2・23	判時2076-40	市営と畜場の廃止と損失補償の要否		
		×	東京高判平成22・5・27	判時2085-43	生活保護高齢加算廃止訴訟控訴審	最三判平成24・2・28民集66-3-1240	
	×	福岡高判平成22・6・14	判時2085-76	生活保護高齢加算廃止訴訟控訴審	最三判平成24・4・2民集66-6-2367		
平成 23		●	◎	最大判平成23・3・23	民集65-2-755	衆議院議員総選挙と「投票価値の平等」—「1人別枠方式」の合憲性	
		×	東京高判平成22・11・17	判時2098-24	参議院議員選挙と「投票価値の平等」	最大判平成24・10・17民集66-10-3357	
		×	東京高判平成22・11・17	判時2098-34	参議院議員選挙と「投票価値の平等」		
		◎	○	最大決平成23・5・31	刑集65-4-373	最高裁判所長官忌避申立て決定	
		◎	○	東京地判平成23・4・26	判時2136-13	在外日本国民の最高裁判所裁判官国民審査権	
		△	大阪高決平成23・8・24	判時2140-19	民法900条4号ただし書前段と平等原則		
		●	◎	最二判平成23・5・30	民集65-4-1780	「君が代」起立斉唱の職務命令と思想および良心の自由	
		×	大阪高判平成22・12・21	判時2104-48	靖国神社による戦没者の合祀と遺族の人格権	最二判平成23・11・30判例集未登載	
		◎	○	最一判平成23・7・7	刑集65-5-619	卒業式での意見表明行為に刑法234条を適用することと表現の自由	
		△	東京高判平成22・11・25	判時2107-116	プリンスホテル日教組大会会場使用拒否事件控訴審		
	×	岐阜地判平成22・11・10	判時2100-119	町による署名者戸別訪問調査と表現権・請願権・プライバシー	最三決平成24・10・9判例集未登載		
平成 24		●	◎	最大判平成24・10・17	民集66-10-3357	参議院議員定数不均衡訴訟上告審	
		●	◎	最大判平成23・11・16	民集65-8-1285	裁判員制度の合憲性	
		△	名古屋高判平成24・5・11	判時2163-10	発声障害のある地方議会議員の発言保障—中津川市代議拒否訴訟控訴審		
		×	広島高判平成23・10・28	判時2144-91	市議会議員政治倫理条例の合憲性	最三判平成26・5・27判時2231-9	
		×	仙台地判平成24・3・26	判時2149-99	自衛隊情報保全隊による情報収集活動の適法性	最二判平成28・10・26判例集未登載	
		×	東京地判平成24・3・23	判時2173-28	国籍法上の国籍留保制度の合憲性	最三判平成27・3・10民集69-2-265	
		◎	○	最一判平成24・1・16	判時2147-127	起立斉唱命令違反を理由とする懲戒処分の適法性	
		○	最一判平成24・1・16	判時2147-139	起立斉唱命令違反を理由とする懲戒処分の適法性		
		◎	○	最一判平成24・2・16	民集66-2-673	空知太神社事件第二次上告審	
		●	◎	最二判平成25・1・11	民集67-1-1	医薬品のインターネットによる販売規制の適法性	
平成 25		●	◎	最三判平成24・2・28	民集66-3-1240	生活保護高齢加算廃止訴訟上告審	
		×	名古屋高判平成24・4・27	判時2178-23	関ヶ原署名調査事件控訴審	最三判平成24・10・9判例集未登載	
		◎	○	最大判平成25・11・20	民集67-8-1503	平成24年衆議院議員選挙と「1票の較差」	
		×	大阪高判平成25・5・9	判例集未登載	市議会議員の議会質問と市長の名誉	最一判平成25・10・17判例集未登載	
		×	東京地判平成25・5・29	判時2196-67	民法750条を改正しない立法不作為の合憲性		
		●	◎	最大決平成25・9・4	民集67-6-1320	民法900条4号ただし書前段と14条1項	最大判平成27・12・16民集69-8-2586
		◎	○	最一判平成25・9・26	民集67-6-1384	戸籍法49条2項1号と14条1項	
		×	大阪地判平成25・11・25	判時2216-122	遺族補償年金差別訴訟	最三判平成29・3・21判時2341-65	
		▲	東京高判平成25・1・16	判時2184-14	「団体規制法」に基づく觀察処分の合憲性		
		●	◎	最二判平成24・12・7	民集66-12-1337	国家公務員の政治的行為に対する刑事罰 (堀越・宇治橋事件)	
	◎	○	最二判平成24・12・7	民集66-12-1722	国家公務員の政治的行為に対する刑事罰 (堀越・宇治橋事件)		
	×	京都地判平成25・10・7	判時2208-74	「憎悪表現」に対する救済	最三決平成26・12・9判例集未登載		
	△	東京地判平成25・3・14	判時2178-3	成年被後見人は選挙権を有しないとする規定の合憲性	(控訴後和解)		
	△	大阪高判平成25・9・27	判時2234-29	受刑者に対する選挙権制限の合憲性			
平成 26		◎	最大判平成26・11・26	民集68-9-1363	平成25年参議院議員選挙と「一票の較差」		
		●	◎	最二決平成26・7・9	判時2241-20	選挙無効訴訟における違憲主張の可否	
		◎	○	最一判平成27・1・15	判時2251-28	地方議会議員選挙と「一票の較差」	
		○	最三判平成26・5・27	判時2231-9	市議会議員政治倫理条例の合憲性		
		×	東京地判平成26・1・15	判時2215-30	警察によるイスラム教徒の個人情報の収集・保管・利用の合憲性	東京高判平成27・4・14判例集未登載	
		◎	○	最一判平成26・1・16	刑集68-1-1	「出会い系サイト規制法」上の届出制度の合憲性	
		×	東京高判平成25・11・28	判時2216-52	テレビ番組の放送と名誉毀損—NHK・JAPANデビュー訴訟	最一判平成28・1・21判時2305-13	
		×	大阪高判平成27・1・21	判例集未登載	風営法によるダンス営業規制の合憲性	最三決平成28・6・7判例集未登載	
		×	京都地判平成26・2・25	判時2275-27	風俗案内所の規制に関する条例の合憲性	最一判平成28・12・15判時2328-24	
		×	東京高判平成26・1・30	判地自387-11	地下水保全条例による井戸の設置規制と憲法29条2項	最二決平成27・4・22判例集未登載	
	◎	○	最二判平成26・7・18	判地自386-78	永住外国人と生活保護受給権		
	◎	○	最二決平成26・8・19	判時2237-28	逃亡犯罪人引渡法35条1項と憲法31条		

平成27	●	◎	最大判平成27・11・25	民集69-7-2035	平成26年衆議院議員選挙と「一票の較差」	
	△		東京高判平成27・7・1	判例集未登載	性同一性障害者に対するゴルフクラブ入会拒否の適法性	
	△		大阪地決平成27・6・5	判時2288-138	GPSを使用した捜査の合憲性	(控訴後棄却)
		◎	最三判平成27・3・10	民集69-2-265	国籍法12条が規定する国籍留保制度の合憲性	
	×		大阪高判平成27・6・19	判時2280-21	遺族補償年金の支給要件と憲法14条1項	最三判平成29・3・21判時2341-65
	×		東京高判平成27・5・28	判時2278-21	起立斉唱職務命令に違反した教員に対する懲戒処分の適法性	最三判平成28・5・31判例集未登載
	●		最三判平成27・3・27	民集69-2-419	暴力団員に対する市営住宅の明渡請求を認める条例の合憲性	
	△		大阪高判平成27・1・7	判時2264-36	タクシー運賃の規制と営業の自由	
	△		大阪高判平成27・12・16	判時2299-54	労使関係アンケート調査の合憲性	
	△		大阪高判平成27・10・13	判時2296-30	労働組合活動に関する便宜供与を禁止する条例と憲法28条	
平成28	×		東京地判平成26・10・30	判時2255-37	人事院勧告なき給与減額改定・臨時特例憲法28条	最二決平成29・10・20判例集未登載
	◎		最三判平成28・10・18	判時2327-17	千葉県議会議員の議員定数配分規定の適法性と合憲性	
	◎		最一判平成27・12・14	民集69-8-2348	退職一時金に付加して返還すべき利率の定めを政令に委任する法律規定の合憲性	
	×		仙台高判平成28・2・2	判時2293-18	自衛隊情報係隊による情報収集活動の適法性	最二決平成28・10・26判例集未登載
	●	◎	最三決平成29・1・31	民集71-1-63	検索エンジンサービスとプライバシーの法的保護	
	△		横浜地川崎支決平成28・6・2	判時2296-14	マイノリティ集住地域における特定人を標的としないうへい・デモの仮処分による差止め可否	
	●	◎	最大判平成27・12・16	民集69-8-2427	再婚禁止期間を定める民法733条の合憲性	
	●	◎	最大判平成27・12・16	民集69-8-2586	夫婦同氏制を定める民法750条の合憲性	
	◎		最一判平成28・1・21	判時2305-13	NHKが放送したテレビ番組による名誉毀損の成否	
	△	◎	和歌山地判平成28・3・25	判時2322-95	町立博物館による入館拒否と情報提供行為	
平成29	◎		最一判平成27・12・3	刑集69-8-815	公訴時効停止の遡及適用を定めた経過措置規定の合憲性	
	×		東京地決平成28・3・8	判時2364-6	砂川事件再審請求と「公平な裁判所」による裁判	東京高判平成29・11・15判時2364-3
	◎		最大判平成29・9・27	民集71-7-1139	平成28年参議院選挙と「一票の較差」	
	×		名古屋高判平成29・2・2	判地自434-18	地方議会における発言取消命令と司法審査	最一判平成30・4・26判時2377-10
	×		岡山家津山支審平成29・2・6	家判22-119	性同一性障害者特例法上の性別取扱い変更要件と憲法13条・14条	最二決平成31・1・23判時2421-4
	◎		最三小判平成29・3・21	判時2341-65	遺族補償年金支給資格と憲法14条1項	
	△		福岡宮崎支決平成29・3・30	訟月64-1-1	報道機関が撮影した映像に対する原審裁判所による提出命令の適法性	
	×		さいたま地判平成29・10・13	判時2328-24	「9条係争訴訟」地裁判決	最一決平成30・12・20判例集未登載
	△		大阪高判平成29・7・14	判時2363-36	集会の用に供される都市公園の利用許可の審査基準として市の勧告・後援の許可を要件とすることの適法性	
	●	◎	最一判平成28・12・15	判時2395-52	京都府風俗案内所規制条例の合憲性	
平成30	×		大阪地判平成29・7・28	債社1693-26	朝鮮学校を高校授業料無償化の対象外とした文科大臣の処分等	大阪高判平成30・9・27判例集未登載
	●	◎	最大判平成29・3・15	刑集71-3-13	GPS捜査とプライバシー	
	◎		最三判平成28・12・9	刑集70-8-806	税関職員による無令状での郵便物検査と憲法35条	
	◎		最一判平成30・4・26	判時2377-10	県議会議長の議員に対する発言の取消命令と司法審査	
	◎		最大決平成30・10・17	民集72-5-890	裁判官のツイッターへの投稿と表現の自由	
	×		熊本地判平成30・4・16	判例集未登載	司法修習生に対する給費制廃止の合憲性	福岡高判令和元・5・10判例集未登載
	×		大阪高判平成30・8・30	訟月65-4-623	顔出し認める夫にのみ認める民法規定の合憲性	最二決令和2・2・5判例集未登載
	◎		最一判平成30・7・19	判時2396-55	起立・斉唱職務命令違反を理由とする再雇用等不適合の適法性	
	×		東京地判平成29・12・25	判例集未登載	足立区反社会的団体規制条例の合憲性	東京高判平成30・7・18判例集未登載
	×		那覇地判平成30・4・13	判地自454-40	孔子廟のための敷地使用料免除と放教分離原則	福岡高那覇支判平成31・4・18判地自454-26
令和元	●	◎	最大判平成29・12・6	民集71-10-1817	NHK受信料訴訟	
	×		東京高判平成30・5・18	判時2395-47	「9条係争訴訟」控訴審	最一決平成30・12・20判例集未登載
	▲		前橋地判平成30・2・14	判時2377-28	公園施設たる追悼碑の設置期間更新不許可処分の適法性	
	◎		最三決平成29・12・18	刑集71-10-570	医療観察法の合憲性	
	▲		仙台地判令和元・5・28	判時2313-2314-3	旧優生保護法違憲訴訟仙台地裁判決	
	◎		最二決平成31・1・23	判時2421-4	性同一性障害者特例法における性別取扱い変更のための生痕除去要件の合憲性	
	×		東京地判平成31・3・25	訟月65-11-1555	戸籍法上の夫婦同氏制違憲訴訟	東京高判令和2・2・26判例集未登載
	△		熊本地判令和元・6・28	判時2439-4	ハンセン病患者家族訴訟	
	◎		最大判平成30・12・19	民集72-6-1240	平成29年衆議院議員選挙と「一票の較差」	
	◎		最三判平成31・2・5	判時2430-10	都議会島部選挙区の適法性と合憲性	
未登載	×		東京地判令和元・5・24	判例集未登載	選挙供託金制度違憲訴訟	東京高判令和元・12・11判例集未登載
	▲		大阪高判平成30・11・14	判時2399-88	タトゥー施術業医師法違反事件控訴審判決	
	?		東京高判平成31・2・6	判例集未登載	要指導医薬品対面販売規制違憲訴訟控訴審	
	◎		最一判平成31・2・14	民集73-2-123	市議会議員への厳重注意処分とその公表に対する司法審査	
	▲		東京地判令和元・5・28	判時2420-35	在外日本人最高裁判官国民審査権制限違憲訴訟	
	●	◎	最一判平成23・9・22	民集65-6-2756	租税法律における遡及立法	
●	◎	最一判平成25・3・21	民集67-3-438	自治体の課税権一神奈川県臨時特例企業税事件		

種類 ◎：確定最高裁判決 ○：差戻最高裁判決 △：確定下級審判決 ▲：上訴中下級審判決 ×：上訴審判決のある下級審判決
 訟月：訟務月報、刑月：刑事裁判月報、交民集：交通事故民事裁判例集、債社：債金と社会保障、家判：家庭の法と裁判、税資：税務訴訟資料

職（必ずしも引退を意味しない）が始まっている。専門分化が進み、どの法分野でも、全体を語る研究者が少なくなった⁵⁷⁾。他方、法科大学院制度が2004年に始まり、その修了者が憲法研究

者となっている例も多くなってきた。一般論としては、従来型の研究者に比べ、外国法研究のスタートは遅いが、その分、国内実定法を広く学習しており、特に判例の重要性は身に染みて

表2 憲法判例百選Ⅰ・Ⅱなど掲載最高裁判例のうち第7版不掲載

裁判所・期日など	掲載判例集	事件概要 (原則に掲載に従う)	憲法判例百選Ⅰ・Ⅱ版						杉野	植信	幸土	工	戸初
			初	2	3	4	5	6					
最大判昭和23・5・5	刑集2-5-447	準世帯米穀購入通帳虚偽記載事件											●
最大判昭和23・6・23	刑集2-7-734	刑事被告人の証人喚問請求権							●				●
最大判昭和23・7・19	刑集2-8-922	物価統制令事件											●
最大判昭和23・7・19	刑集2-8-952	被告人の証人尋問権	●	●									●
最大判昭和23・9・29	刑集2-8-801	裁判所施行令等違憲訴訟							●				●
最大判昭和23・12・1	刑集2-13-1661	合憲判決の方法	●	●	●				●				●
最大判昭和23・12・22	刑集2-14-1853	食料管理法違反事件							●				●
最大判昭和24・3・23	刑集3-3-352	裁判を受ける権利	●	●	●	●			●	●	●		●
最大判昭和24・4・6	刑集3-4-456	投票の秘密							●				●
最大判昭和24・5・18	民集3-6-199	出訴期間の短縮と裁判を受ける権利	●	●	●						●		●
最大判昭和24・5・18	民集3-6-772	団結権・団体行動権	●	●	●				●				●
最一判昭和24・6・16	民集37-1077	社会的身分による差別	●										●
最大判昭和24・7・13	刑集3-8-1286	補償金の支払時期	●		●				●				●
最大判昭和24・12・21	刑集3-12-2062	再犯加重刑合憲判決											●
最大判昭和25・2・1	刑集4-2-73	下級裁判所の違憲立法審査権	●		●	●			●	●	●		●
最大判昭和25・2・1	刑集4-2-100	弁護人依頼権と必要的弁護事件							●				●
最大判昭和25・3・15	刑集4-3-355	刑事被告人の証人審問権							●				●
最大判昭和25・4・26	刑集4-4-700	刑訴法応急措置法違憲訴訟											●
最大判昭和25・6・21	刑集4-6-1049	公共の福祉による営業の自由の制限	●						●				●
最大判昭和25・10・11	刑集4-10-2037	尊属傷害致死事件											●
最大判昭和25・10・25	刑集4-10-2151	刑訴規則施行規則無効訴訟											●
最大判昭和26・1・10	刑集5-2-149	国政調査のための特別委員会の性格	●	●									●
最一判昭和26・3・1	刑集5-4-478	法律成立の時期	●	●	●	●	●		●		●		●
最二判昭和26・5・18	刑集5-6-1175	公務員の地位に基づく科刑の差異	●	●					●				●
最大判昭和26・8・1	刑集5-9-1709	法の下の平等と社会的身分による差別—賭博常習者											●
最大決昭和27・4・2	民集6-4-387	連合国最高司令官の指示の効力											●
最大判昭和27・8・6	刑集6-8-974	取材源の秘匿と表現の自由	●	●	●	●			●	●	●		●
最大決昭和28・1・16	民集7-1-12	司法権と行政権—米内山事件	●						●		●		●
最大判昭和28・4・1	刑集7-4-713	弁護人を依頼する権利	●	●									●
最大判昭和28・4・8	刑集7-4-775	憲法と占領下の諸法令—政令201号事件							●	●	●		●
最二判昭和29・1・22	民集8-1-225	私有財産を「公共のために用ひる」の意義			●	●	●	●	●		●		●
最二判昭和29・7・2	民集8-7-1009	弁護士懲戒事件											●
最三判昭和29・7・30	民集8-7-30	学生と人権—京都府立医大事件							●				●
最大判昭和29・10・20	民集8-10-1907	選挙権と学生の住所	●	●	●							●	●
最大判昭和30・2・16	刑集9-2-305	新聞紙の頒布・掲示の制限違反事件											●
最三判昭和30・4・19	民集9-5-534	国家賠償と賠償責任の負担者	●						●				●
最一決昭和30・12・8	刑集9-13-2622	法律と条例制定権の範囲	●										●
最大判昭和30・12・14	刑集9-13-2760	外国人登録令違反事件											●
最二判昭和31・11・30	民集10-11-1502	国家賠償の要件	●	●									●
最大判昭和32・2・20	刑集11-2-802	氏名の秘匿権	●	●					●				●
最大判昭和32・6・19	刑集11-6-1663	外国人の不法入国											●
最大判昭和32・11・27	刑集11-12-3132	第三者没収事件								●			●
最大判昭和32・12・25	刑集11-14-2423	台帳地積による換地処分と補償	●	●	●								●
最大判昭和32・12・28	刑集11-14-3461	法令公布の方法	●	●	●	●	●		●			●	●
最大決昭和33・2・17	刑集12-2-253	報道の自由と法廷における写真撮影の制限	●	●	●	●	●				●	●	●
最大判昭和33・4・9	民集12+5-717	建築許可に付した無補償撤去の条件	●	●									●
最大判昭和33・4・16	刑集12+6-942	公務員関係と基本的人権											●
最大判昭和33・5・28	刑集12-8-1698	争議権の限界—羽幌炭鉱事件							●				●
最大判昭和33・5・28	刑集12-8-1718	共犯者又は共同被告人の自白—練馬事件	●	●					●				●
最大判昭和33・7・16	刑集12-12-2591	罰則適用の不平等	●	●									●
最大決昭和33・7・29	刑集12-12-2776	捜索・差押許可状の記載要件	●	●									●
最大判昭和35・1・27	刑集14-1-33	医業類似行為の禁止	●	●	●	●	●						●
最大判昭和35・2・10	民集14-2-137	公共の福祉による財産権の制限	●	●					●				●
最一判昭和35・3・3	刑集14-3-253	街頭演説の許可制	●	●	●	●							●
最大判昭和35・12・7	民集14-13-2964	豊南市議会議員除名処分取消訴訟											●
最大判昭和35・12・21	民集14-14-3157	私有財産を「公共のために用ひる」の意義	●										●
最大判昭和36・4・5	民集15-4-657	国民と国籍要件—平和条約と国籍変更							●				●
最大判昭和36・6・7	刑集15-5-915	緊急逮捕前の捜索押収—大阪麻薬事件							●				●
最大判昭和36・9・6	民集15-8-2047	夫婦所得課税	●	●	●	●	●			●	●	●	●
最大判昭和36・12・20	刑集15-11-1940	行政調査権に基づく出頭要求	●	●									●
最大判昭和37・2・21	刑集16-2-107	遊興飲食税の特別徴収制度	●	●	●								●
最大判昭和37・2・28	刑集16-2-212	財政決定の限界									●		●
最大判昭和37・3・14	民集16-3-537	連座制	●	●	●								●
最大判昭和39・2・5	民集18-2-270	参議院の議員定数不均衡							●				●

最一判平成9・1・30	刑集51-1-335	呼気検査と自己負担拒否特権									●	
最一判平成9・3・13	民集51-3-1233	正当な補償と戦争被害—シベリア抑留補償請求事件							●			
最二判平成9・7・11	民集51-6-2530	懲罰的損害賠償外国判決執行事件								●		
最三判平成9・8・29	民集51-7-2921	第3次家永教科書裁判									●	●
最二判平成10・6・12	民集52-4-1087	予防接種禍東京訴訟								●		
最一判平成10・7・16	判時1652-52	酒類販売の免許制									●	
最二判平成11・2・26	判時1682-16	死刑確定者の新書発送に対する不許可処分										●
最二決平成11・6・11	税寛243-270	相続税更正処分取消請求事件								●		
最一判平成11・11・25	判時1698-66	首都高速中央環状新宿線事件								●		
最三判平成11・12・14	裁時1258-1	宮崎県青少年保護条例事件								●		
最二判平成12・3・17	判時1710-168	人事院勧告の代償性—全農林82秋季年末闘争								●		
最二判平成12・10・27	判例集未登載	天皇コラーージュ事件								●		
最三判平成13・12・18	民集55-7-1647	衆議院議員選挙無効訴訟								●		
最三判平成14・1・22	判時1776-58	寺院墓地における墓石設置の拒否									●	
最二判平成14・2・22	判時1779-22	宗教法人の建物明渡請求と「法律上の争訟」										●
最二判平成14・4・12	民集56-4-729	裁判権免除—横田基地事件									●	
最一判平成14・4・25	判時1785-31	群馬司法書士会事件								●	●	●
最三判平成14・6・11	民集56-5-958	正当な補償								●	●	●
最三判平成14・7・9	民集56-6-1134	宝塚市パチンコ店規制条例事件									●	●
最一判平成15・6・26	判時1831-94	宗教団体アレフ信者転居届不受理事件									●	
最一判平成15・10・16	民集57-9-1075	所沢ダイオキシン報道事件										
最一判平成15・11・27	民集57-10-1665	「象のオリ」訴訟								●		
最一判平成15・12・11	刑集57-11-1147	ストーカー規制法事件								●		
最三判平成16・3・16	民集58-3-647	学資保険訴訟									●	●
最三判平成16・4・13	刑集58-4-247	医師法21条の届出義務と黙秘権									●	●
最二判平成16・10・15	民集58-7-1802	水俣病関西訴訟								●		
最一判平成16・11・25	民集58-8-2326	訂正放送請求事件								●	●	
最三判平成16・12・7	判時1881-51	衆議院議員選挙無効訴訟								●		
最一判平成17・12・1	判時1922-72	横浜教科書裁判								●		
最大判平成17・12・7	民集59-10-2645	小田急立体交差事業認可取消事件								●		
最二判平成18・3・17	民集60-3-773	沖縄入会団体事件								●		●
最一判平成18・3・23	判時1929-37	熊本刑務所観書発信不許可事件								●		
最二判平成18・6・23	判時1940-122	内閣総理大臣の靖国参拝								●	●	●
最二判平成18・7・14	民集60-6-2369	別荘地水道料加重事件								●		
最一判平成18・9・14	判時1951-39	弁護士懲戒取消請求事件								●		
最大判平成18・10・4	民集60-8-2696	参議院議員選挙無効訴訟								●		
最二判平成18・10・27	判時1954-38	衆議院議員選挙無効訴訟								●		
最三判平成19・2・27	民集61-1-291	日野市「君が代」ピアノ伴奏事件									●	●
最二決平成19・3・23	民集61-2-619	代理母出産時出生届不受理事件								●		
最大判平成19・6・13	民集61-4-1617	衆議院議員選挙無効訴訟								●		
最三判平成20・2・19	民集62-2-445	第2次メイプルソープ事件										●
最一決平成21・1・15	民集63-1-46	情報公開訴訟におけるインカメラ・レビュー										●
最三判平成22・2・23	判時2076-40	市営と畜場の廃止と損失補償の要否										●
最一決平成22・3・15	刑集64-2-1	インターネット上の表現についての名誉毀損罪の成否										●
最三判平成23・6・14	民集65-4-2148	国家起立斉唱命令と教師の思想・良心の自由									●	
最一判平成23・7・7	刑集65-5-619	卒業式前の意見表明行為への刑法224条適用と表現の自由										●
最一判平成24・2・2	民集66-2-89	パブリシティの侵害—ピンクレディ事件										●
最大判平成25・11・20	民集67-8-1503	平成24年衆議院議員選挙と「1票の格差」										●
最一判平成27・12・14	民集69-8-2348	退職一時金付加利率の定めた政令										●

杉野：杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅰ・Ⅱ』（三省堂、2000）、植信：植野妙実子＝佐藤信行編『要約憲法判例205』（編集工房球、2007）、

幸土：佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ・Ⅱ』（悠々社、2010）、工：工藤達朗編『憲法判例インデックス』（商事法務、2014）、

戸初：戸松秀典＝初宿正典編『憲法判例』（第8版）（有斐閣、2018）

いる筈なのである。判例研究は全国一律の最低限の制度的品質保証もあるとも言える⁵⁸⁾。しかし、近年、外国事情や歴史、哲学などで法学の結論を規定しようという「人文主義的」気風⁵⁹⁾、人的交流でも閉鎖的傾向が強まっており、判例研究のような実務的な業績がかえって軽視されているように感じるが思い過ごしであろうか。「人文主義的」気風の遠因となっている法科大学院高揚期の教員配置の弊害⁶⁰⁾が解消し、またその閉鎖期のダメージから法学界が回復できた

とすれば、彼らによって、憲法学界、就中、憲法判例研究は変わるという楽観的な見通しでよいのであろうか。畏るべき後生には、先達の悪い真似は避け、手堅い研究を続けることを心底望みたいものである。

何れにせよ、今後、判例研究も成熟した、判例と向き合う一人の憲法学者が総体として憲法学自体であることを望むものである。まずは中道派立憲主義的憲法解釈学の復権である。政府抑制の立憲主義の一翼を自ら挽がぬためにも。

表3 憲法判例百選Ⅰ・Ⅱなど掲載下級審判例等のうち第7版不掲載

Table with columns: 裁判所・期日など, 掲載判例集, 事件概要 (原則に掲載に促す), 憲法判例百選Ⅰ・Ⅱ版 (初, 2, 3, 4, 5, 6), 杉野, 横信, 岸土, 工, 戸初, 上訴審など. Rows list various court cases such as 大判昭和9・9・29, 東京高判昭和25・4・27, etc.

神戸地判平成5・2・22	行集45-12-2108	エホバの証人信徒公立高専原級留置処分			●								最二判平成8・3・8民集50-3-469
東京高決平成5・6・23	高民集46-2-43	嫡出と非嫡出子の相続分差別			●								(確定)
東京高判平成7・8・16	訟月42-7-1783	未決拘禁者との接見制限と取材の自由				●	●	●				●	(上告)
大阪地判平成7・10・17	行集46-10-11-942	地価高騰による相続税額と取材の自由				●	●						最二決平成11・6・11税務訴訟資料243-270
福岡高部裁判平成7・10・26	判時1555-140	象徴的表現一日の丸庭却却事件										●	(確定)
大阪高判平成8・7・26	判地自176-69	第2重見訴訟											● 最三判平成13・3・13訟月48-8-1961
大阪高判平成8・9・27	行集47-9-957	情報公開と個人情報開示				●							最三判平成13・12・18民集55-7-1603
札幌地判平成9・3・27	判時1598-33	二風谷ダム事件											(確定)
東京高判平成9・11・26	高民集50-3-459	外国人の公務就任権				●		●					最大判平成17・1・26民集59-1-128
東京高判平成10・2・9	高民集51-1-1	自己決定権と信仰による輸血拒否				●							最三判平成12・2・29民集54-2-582
富山地判平成10・12・16	判時1699-120	天皇コラージュ事件											● 名古屋高金沢支判平成12・2・16判時1726-111
東京地判平成11・3・24	判時1673-3	即位の礼・大嘗祭と政教分離の原則				●							東京高判平成16・4・16判例集未登載
大阪高判平成12・2・29	判時1710+121	堺通り屠殺人名譽毀損事件											(上告)
東京地判平成12・3・28	訟月47-4-736	駒場登壇請求事件											(控訴)
那覇地判平成12・5・9	判時1746-122	住民投票結果と異なる首長の判断の是非					●						(確定)
東京高判平成12・10・25	判時1753-50	弁護士調査報告書事件											(確定)
名古屋地判平成12・11・27	判時1746-3	名古屋南部大気汚染公害訴訟											(控訴)
東京地判平成13・6・13	判時1755-3	宗教団体アフレパ観劇処分事件											(確定)
東京高判平成13・8・20	判時1757-38	男女別進学先利算定事件											最三決平成14・7・9交民集35-4-917
東京地判平成13・8・27	判時1778-90	ニフティサーブ「本と雑誌のフォーラム」事件											(控訴)
東京地判平成13・8・31	判時1787-112	通信傍受法無効確認等請求事件											(控訴)
東京高判平成13・9・5	判時1786-80	ニフティサーブ「現代思想フォーラム」事件										●	(確定)
札幌地判平成14・11・11	判時1806-84	小樽市外国人入浴拒否事件											最一決平成17・4・7判例集未登載
東京高判平成14・12・25	判時1846-52	「2ちゃんねる」京動物病院事件											(上告)
京都地判平成15・1・15	判時1822-83	強制連行損害賠償事件											大阪高判平成18・9・27訟月53-5-1633
東京高判平成15・1・30	判時1814-44	自治体の課税権—東京都銀行訴訟				●							(上告)
東京地判平成16・3・24	判時1852-3	障害基礎年金と受給資格—学生無年金障害者訴訟											● 最二判平成19・9・28民集61-6-2345
東京高決平成16・3・31	判時1865-12	「週刊文庫」販売禁止事件											(確定)
福岡地判平成16・4・7	訟月51-2-412	内閣総理大臣の靖国神社公式参拝											(確定)
大阪高判平成17・1・25	訟月52-10-3069	ビデオテープ再生拒否事件											(上告)
東京高判平成17・3・25	判時1899-46	障害基礎年金と受給資格—学生無年金障害者訴訟				●							最二判平成19・9・28民集61-6-2345
大阪高判平成17・9・30	訟月52-9-2979	内閣総理大臣の靖国神社公式参拝											(確定)
東京高判平成17・12・9	判時1949-169	自衛隊宿舎ビラ投函事件											最二判平成20・4・11刑集62-5-1217
大阪高判平成18・11・30	判時1962-11	住基ネット離脱請求事件											最一判平成20・3・6民集62-3-665
名古屋高決平成18・12・11	判時1962-40	住基ネット離脱請求事件											(上告)
東京高判平成19・1・29	判夕1258-242	女性国際民衆法廷テレビ報道事件											● 最一判平成20・6・12民集62-6-1656
東京地判平成25・3・14	判時2178-3	成年被後見人は選挙権を有しないと定める規定の合憲性											● (控訴後和解)
横浜地判平成28・6・2	判時2296-14	マイノリティ集住地域における特定人を構造的としないヘイト・デモの取扱いによる差止めの可否											● (確定)

表4 憲法判例百選掲載判例のうちI・II第7版不掲載(表2・3掲載のものを除く)

裁判所・期日など	掲載判例集	事件概要(原則は掲載に従う)	憲法判例百選版		
			初	新	3
最大判昭和23・6・23	刑集2-7-715	不当に長い拘留・拘禁後の自白	●		
最大判昭和23・10・6	刑集2-11-1275	犯情による科刑の差異	●		
最二判昭和24・3・12	刑集3-3-293	迅速を欠いた裁判	●		
最大判昭和24・12・21	刑集3-12-2048	無期懲役と残虐な刑罰	●		
最大判昭和26・12・5	刑集5-13-2463	立法の委任一枠の設定と枠内の立法の委任	●		
最二判昭和27・2・22	民集6-2-258	私法関係と基本的人権—十勝女子商業高校事件	●	●	●
最一判昭和28・3・5	刑集7-3-482	罔捜査	●		
最一決昭和29・7・15	刑集8-7-1137	警察官の職務質問	●		
最大決昭和32・7・17	刑集11-7-1842	弁護人を依頼する権利	●		
最大判昭和33・3・5	民集12-3-381	非訟事件手続法による裁判	●		
最二判昭和33・6・13	刑集12-9-2009	強制による自白—小島事件	●		
最大判昭和35・10・10	民集14-12-2441	直接憲法に基づく補償の請求	●	●	
最大判昭和35・12・14	民集14-14-3037	得票計算の合理性	●		
最二判昭和35・12・16	集刑136-677	法令と条例・規則の地域的効力	●		
東京高判昭和28・7・14	東高時報4-1-17	盗聴器の使用とプライバシー			●
東京高判昭和31・5・8	高刑集9-5-425	大学の自治—東大ボボロ事件	●		
名古屋高判昭和46・5・14	行集22-5-680	神道式地鎮祭と政教分離の原則			●

表5 憲法判例百選Ⅰ・Ⅱ〔第7版〕掲載の下級審判例（ほかに裁判官弾劾判昭和31・4・6判時74-3）

裁判所・期日など	掲載判例集	事件概要（原則に掲載に従う）	上訴審など
福井地判昭和27・9・6	行集3-9-1823	内閣の行政権と独立行政委員会	(不明)
東京地判昭和29・3・6	判時22-3	国会議員の期限付逮捕許諾	(確定)
東京高判昭和29・9・22	行集5-9-2181	解散権行使の根拠と手続一抜き打ち解散事件	最大判昭和35・6・8民集14-7-1206
東京地判昭和37・1・22	判時297-7	国会議員の免責特権—第1次国会乱闘事件	(確定)
東京地判昭和39・9・28	下民集15-9-2317	プライバシーと表現の自由—「宴のあと」事件	(控訴後和解)
札幌地判昭和42・3・29	下刑集9-3-359	法律解釈による憲法判断の回避—患庶事件	(確定)
旭川地判昭和43・3・25	下刑集10-3-293	違憲判断の方法—狼狽事件1審	最大判昭和49・11・6刑集28-9-393
東京地判昭和45・7・17	行集21-7別冊-1	第2次水永教科書裁判1審	最一判昭和57・4・8民集36-4-594
札幌地判昭和48・9・7	訟月19-9-1	自衛権・戦力・平和的生存権—長沼訴訟1審	最一判昭和57・9・9民集36-9-1679
神戸簡判昭和50・2・20	刑月7-2-104	牧会活動の自由と犯人蔵匿罪	(確定)
東京地判昭和55・7・24	刑月12-7-538	国政調査権の性質と範囲—日商岩井事件	(確定)
東京地判昭和59・5・18	訟月30-11-2011	予防接種機東京訴訟1審	最二判平成10・6・12民集52-4-1087
熊本地判昭和60・11・13	行集36-11=12-1875	公立中学校における髪型の規制	(確定)
東京地判昭和61・3・17	行集37-3-294	自然公園内にある財産権と損失補償	東京高判昭和63・4・20高民集41-1-14
東京地判昭和61・3・20	行集37-3-347	宗教的理由による学校授業欠席の自由—日曜日授業参観事件	(確定)
名古屋高判昭和62・3・25	行集38-2=3-275	解散権行使の限界—衆参同日選挙事件	(上告)
東京高判平成2・1・29	高民集43-1-1	「公の支配」の意義と幼児教室	(上告)
神戸地判平成4・3・13	行集43-3-309	障害ある生徒の教育を受ける権利—市立尼崎高校事件	(確定)
東京高判平成9・9・16	判タ986-206	同性愛者に対する公共施設宿泊拒否—東京都青年の家事件	(確定)
名古屋高金沢支判平成12・2・16	判例1726-11	天皇コラーージュ事件	最二判平成12・10・27判例集未登載
熊本地判平成13・5・11	訟月48-4-881	立法不作為の違憲訴訟—熊本ハンセン病訴訟	(確定)
大阪高決平成16・5・10	判例集未登載	違憲判決の効力と再審開始決定	(再審開始)

表6 重要判例解説多数執筆憲法研究者の解説例（このほかに、尾吹善人、久保田きぬ子）

該当者	裁判所・期日など	掲載判例集	事件概要（原則に掲載に従う）	掲載年度重判解
石村善治	最大判昭和44・10・15	刑集23-10-1239	「ワイセツ」文書の出版と表現の自由	昭和44年
	東京地判昭和49・1・31	判時732-12	外務省機密漏えい事件	昭和49年
	最大判昭和50・9・10	民集29-8-489	表現の自由と徳島市公安条例	昭和50年
	東京地判昭和51・4・27	判時812-22	四畳半襖下張事件	昭和51年
	東京地判昭和52・7・13	判時857-30	サンケイ新聞意見広告訴訟第1審判決	昭和52年
	東京高判平成3・1・21	行集42-1-115	情報公開条例訴訟	平成3年
野中俊彦	東京高判平成3・5・31	行集452-5-959		
	最大判昭和51・4・14	民集30-3-223	衆議院議員定数配分規定の平等原則違反と違憲判決の方法	昭和51年
	東京地判昭和52・8・8	判時859-3	議員定数の不均衡と国家賠償の要件	昭和52年
	最一判昭和54・12・20	刑集33-7-1074	公選法235条の2第2号の限定解釈と同148条3項1号イの合憲性	昭和54年
	最一判昭和57・4・8	民集36-4-594	家永教科書訴訟(第2次)上告審判決	昭和57年
	最一判昭和58・11・10	刑集37-9-1368		
最二判昭和59・1・20	刑集38-1-1	公職選挙法138条1項2項の合憲性	昭和59年	
最三判昭和59・2・21	刑集38-3-387			
最三判平成4・12・15	民集46-9-2829	酒類販売業の免許制と職業選択の自由	平成4年	
戸波江二	最大判昭和53・7・12	民集32-5-946	事後法（国地売払特別措置法）による財産権の内容変更	昭和53年
	東京地判昭和57・2・18	行集33-1=2-73	船舶所有者等の責任制限と補償の要否	昭和57年
	最大判昭和58・6・22	民集37-5-793	未決拘禁者の「閑談の自由」	昭和58年
	福岡高判平成4・4・24	判時1421-3	南九州税理士会政治献金徴収拒否訴訟	平成4年
最二判平成23・5・30	民集65-4-1780	「君が代」起立斉唱の職務命令と思想および良心の自由	平成23年	
棟居快行	最大判昭和62・4・22	民集41-3-408	森林法共有林分割制限と財産権の保障	昭和62年
	東京高決平成3・3・29	判タ764-133	非嫡出子の相続分を定めた民法900条4号但書の合憲性	平成3年
	東京地判平成11・6・22	判時1691-91	小説モデルのプライバシーと小説の公表差止め	平成11年
	東京地判平成20・6・26	判時2014-48	生活保護高齢加算の廃止と生存権	平成20年
最大判平成29・9・27	民集71-7-1139	平成28年参議院選挙と「一票の較差」	平成29年	
渋谷秀樹	東京高判昭和61・2・26	行集37-1=2-189	第2次東京都議会議員定数訴訟	昭和61年
	大阪高判平成3・8・2	判タ764-279	公立工業高等専門学校の原級留置処分と司法審査	平成3年
	最二小判平成14・2・22	判時1779-22	法律上の争訟と建物明渡請求	平成14年
	名古屋高判平成20・4・17	判例集未登載	自衛隊のイラク派遣と憲法9条	平成20年
最三判平成28・10・18	判時2327-17	千葉県議会議員の議員定数配分規定の適法性と合憲性	平成28年	

表 7 筆者による判例研究など(演習を含み、百選以外の外国判例研究を除く)

(1) 判例百選	判例百選			憲法 I (第 4 版) (2000年 9 月 30 日)	70-71 頁	
	最高裁判所	判決 No.	判旨			
判例百選	東京高判平成9・9・16	判タ986-206	同性愛者に対する公共施設宿泊拒否—東京都青年の家事件	憲法 I (第 5 版) (2007年 2 月 28 日)	68-69 頁	
	最大判昭和60・3・27	民集39-2-247	所得税の平等—サラリーマン税金訴訟	憲法 I (第 6 版) (2013年 11 月 15 日)	66-67 頁	
	最三判平成7・12・5	判時1563-81	女性の再婚禁止期間の合憲性	憲法 I (第 7 版) (2019年 11 月 30 日)	70-71 頁	
	最一判平成7・4・13	判集49-4-619	個人觀賞目的のわいせつ表現物の輸入と税関での水際阻止論	家族法 (第 6 版) (2002年 5 月 20 日)	8-9 頁	
	最大決昭和33・2・17	判集125-2-253	法廷における写真撮影と報道の自由—北海タイムス事件	家族法 (第 7 版) (2008年 10 月 30 日)	12-13 頁	
	最裁判1973(昭和48)・5・14	411 U. S. 677	Frontiers v. Richardson—性別差別と平等保護	民法 III (2015年 2 月 1 日)	12-13 頁	
	大阪地判平成12・7・31	判夕1080-126	均等法施行前入社労働者の男女別雇用管理—住友電気工業事件	メディア (2005年 12 月 15 日)	120-127 頁	
	福岡高判平成13・3・7	判時1760-103	交通事故死女児の逸失利益の算定方法と男女平等	メディア (第 2 版) (2018年 12 月 20 日)	6-7 頁	
	東京高判平成13・8・20	判時1757-38		アメリカ法 (2012年 12 月 25 日)	82-83 頁	
	最二判平成19・9・28	民集61-6-2345	学生無年金障害者訴訟と憲法14条・25条	平成12年度 (2001年 6 月 15 日)	209-211 頁	
	最一判平成31・2・14	民集73-2-123	市議会議員への厳重注意処分とその公表に対する司法審査	令和元年度 (2020年 4 月 10 日)	26-27 頁	
	東京地判平成17・4・13	判時1890-27	国賠法3条1項違憲判決	566号 (1918号) (2006年 4 月 1 日)	14-18 頁 (176-180頁)	
	重判解	最一判平成25・9・26	民集67-6-1384	戸籍法49条2項1号の出生記載と憲法14条1項	667号 (2226号) (2014年 9 月 1 日)	2-6 頁 (132-136頁)
		静岡地院松支部平成26・9・8	判時2243-67	株主会員の制約と株主の権利	678号 (2259号) (2015年 8 月 1 日)	14-20 頁 (144-150頁)
		最大判平成27・11・25	民集69-7-2035	2014年12月衆議院議員総選挙の議員定数不均衡	690号 (2296号) (2016年 8 月 1 日)	2-7 頁 (148-153頁)
連判例研究	最三判平成29・10・31	判時2357-2358-1	被選挙権年齢制限の合憲性を争う資格	716号 (2377号) (2018年 10 月 1 日)	9-14 頁 (155-160頁)	
	最二決平成31・1・23	判時2421-4	性別同一性障害者特例法3条1項4号の合憲性	736号 (2440号) (2020年 6 月 1 日)	未定頁 (未定頁)	
	岡山地判平成22・1・14	判時2081-99	民法の確立規定による出生届の不受理	8号 (2011年 4 月 25 日)	11-14 頁	
記要	越前地判平成22・12・14	判時1890-27	交通事故の損害賠償請求における外貌職機障害の性別差別	9号 (2011年 10 月 25 日)	15-18 頁	
	最大判平成23・11・16	民集65-8-1285	裁判員制度を最高裁判所大法廷が合意と初めて判断した例	10号 (2012年 4 月 25 日)	21-24 頁	
	最一判平成7・4・13	民集66-2-673	空知訴訟再上告審判決	12号 (2013年 4 月 25 日)	11-14 頁	
書籍	最二判平成2・9・28	刑集44-6-463	煽動罪と防犯法—いわゆる渋谷暴動事件最高裁判決	阪大法学41巻4号 (1992年 3 月)	501-518 頁	
	最三判平成5・3・16	民集47-5-3483	事前抑制と教科書検定—家永教科書裁判第一次最高裁判決	東海大学文学研究紀要15号 (1996年 3 月 30 日)	95-116 頁	
	最大判昭和48・12・12	民集27-11-1536	私法関係と基本的人権—三菱樹脂事件		14-15 頁	
	最大判昭和59・12・12	民集38-12-1308	事前抑制禁止の原則—輸入書籍・映画等の税関検査事件		79-80 頁	
	最大判昭和57・4・8	民集36-4-594				
	最三判平成5・3・16	民集47-5-3483	教科書検定と事前抑制—家永教科書裁判		81-84 頁	
	最三判平成9・8・29	民集51-7-2921				
	最二判平成2・9・28	刑集44-6-463	犯罪の煽動と表現の自由		85-86 頁	
	最大判昭和24・5・18	刑集3-6-839	破壊活動防止法の『せり動』罪と表現の自由—破防法煽動事件		87 頁	
	最大判昭和32・3・13	刑集11-3-997	わいせつ文書の頒布禁止と表現の自由—チャタレイ事件		104-105 頁	
	最大判昭和44・10・15	刑集23-10-1239	わいせつ物の概念—『悪徳の栄え』事件／『四畳半襖の下張』事件		106-107 頁	
	最二判昭和55・11・28	刑集34-6-433				
最三判平成元・9・19	民集43-8-785	有奇因書指定と表現の自由—岐阜県青少年保護育成条例事件	佐藤幸吉＝土井真一編『判例講義憲法1』(悠々社、2010年 4 月 1 日)	108 頁		
最大判昭和36・2・15	刑集15-2-347	禁刊物の表現とその規制		109-110 頁		
福岡高部支判平成7・10・26	判時1555-140	象徴的表現—日の丸焼却事件		111 頁		
最一判昭和35・3・3	刑集14-3-253	街頭演説の許可制		112 頁		
最大判昭和43・12・18	刑集22-13-1549	屋外広告物条例と表現の自由—大阪市屋外広告物条例事件		113 頁		
最三判昭和62・3・17	刑集41-2-15	立看板と表現の自由—大分県屋外広告物条例事件		114 頁		
最大判昭和45・6・13	刑集24-6-280	ビラ貼りと表現の自由—軽犯罪法違反事件		115 頁		
最大判昭和59・12・18	刑集28-12-3026	駅構内でのビラ配布と表現の自由—駅構内ビラまき事件		116 頁		
最二判平成20・4・11	刑集62-5-1217	集合住宅でのビラ配布と表現の自由—立川反戦ビラ事件		117 頁		
最一判平成17・7・14	民集59-6-1569	公立図書館における蔵書閲覧—船橋市西図書館事件		118 頁		
最大判平成6・1・27	民集48-1-53	情報公開と知る権利—大阪府知事交際費公開請求事件		119-121 頁		
判例批評・紹介	大阪高判平成7・11・21	行集46-109-11-1008	児童福祉手当と非編出子差別	96 (198号) (1997年 3 月 1 日)	9 頁	
	最大決平成10・12・1	民集52-9-1761	裁判官の政治的表現と分限裁判—寺西刑事補事件	99 (234号) (2000年 3 月 1 日)	8 頁	
	最大判平成13・4・5	判時1751-68	戦後遺族等援護法の国籍等差別の合憲性—在日韓国人日本元軍軍階級年金訴訟	01 (258号) (2002年 3 月 1 日)	8 頁	
	最三判平成7・12・5	判時1563-81	再婚禁止期間の合憲性と国家賠償訴訟	115巻4-5号 (1997年 2 月 15 日)	729-733 頁	
	最二決平成21・9・30	判時2064-61	民法900条4号借書前段(非編出子の相続分)の合憲性	141巻4-5号 (2010年 2 月 15 日)	115-119 頁	
	最大決平成7・7・5	民集49-7-1789	出生による法定相続分の差別—非編出子法定相続分差別事件		117-134 頁	
	最大判昭和57・7・7	民集36-7-1235	障害福祉手当と児童福祉手当との併給禁止—熊本訴訟	浦部法穂＝戸波江二編『法科大学院ケースブック憲法』(日本評論社、2005年 7 月 20 日)	381-397 頁	
	最大判昭和60・11・21	民集39-7-1512	立法の不作為に対する違憲訴訟—在屯田策制度廃止事件		645-662 頁	
	最大判昭和27・10・8	民集6-9-783	付随的違憲審査制度—警察予備隊違憲訴訟		17-18 頁	
	最三判平成5・9・7	民集47-7-4667	当事者連絡・訴えの利益—日蓮正宗管長事件		18-21 頁	
	最大判昭和28・12・23	民集7-13-1561	終身性—皇外苑使用許可取消訴事件		22-25 頁	
	最大判昭和34・12・16	刑集13-13-3225	司法権の限界・統治行為論—砂川事件		25-29 頁	
	最大判昭和48・4・4	刑集27-3-265	先例拘束性—憲法審査会違憲判決		29-35 頁	
	最大判昭和62・4・22	民集41-3-408	司法審査基準—森林法判決		35-38 頁	
	最大判昭和37・11・28	刑集16-11-1593	憲法訴訟上の当事者連絡—第三者所有物没収事件		38-41 頁	
	札幌地判昭和42・3・29	下訂集9-3-359	憲法判断回避—直産事件		41-43 頁	
	最大判昭和44・4・2	刑集23-5-305	合憲限定解釈・特別権力関係—東京都教組事件	原田一明＝君塚正嗣編『ローワークル憲法総合演習』(法律文化社、2012年 10 月 4 日) *何れも原田と共著	43-46 頁	
	旭川地判昭和43・3・25	下訂集10-3-293	適法違憲と合憲性判断テスト		47-50 頁	
最大判昭和51・4・14	民集30-3-223	法令違憲と救済方法—衆議院の議員定数不均衡		50-55 頁		
最大判昭和61・6・11	民集40-4-872	文部審査の可能性—北方ジャーナル事件		55-58 頁		
最一判平成20・3・6	民集62-3-665	住基ネット判決		61-63 頁		
最大判平成20・6・4	民集52-6-1367	国賠法違憲判決		63-66 頁		
最三判平成19・2・17	民集61-1-291	君が代ビラノ件業務命令拒否事件		66-69 頁		
最三判平成19・9・18	民集61-6-601	広島市暴走族追放条例事件		69-72 頁		
最大判平成22・1・20	民集64-1-1	空知訴訟		72-77 頁		
最大判平成17・9・14	民集59-7-2087	在外邦人選挙権訴訟		77-82 頁		
最三判平成20・2・19	民集62-2-445	性表現規制のゆるやかな変化として—最高裁判第二次メイトルズプログラブ写真集事件判決の影響	新聞研究681号 (2008年 4 月 1 日)	50-53 頁		
最大判昭和48・12・12	民集27-11-1536	復活のななき無効力論—三菱樹脂事件判決	論実ジュリスト創刊号 (2012年 5 月 10 日)	33-40 頁		
東京家裁家事第2部第3係	平成8(家)8981	非編出子相続分差別事件鑑定意見書	東海大学文学研究紀要18号 (1998年 3 月 30 日)	53-82 頁		
東京高判平成22・5・13	判夕1351-123	国家公務員法違反事件鑑定意見書	横浜国際経済法学19巻1号 (2010年 9 月 20 日)	89-125 頁		
東京高判平成26・12・12	高判集67-2-1	刑事訴訟法281条の4違反被告事件鑑定意見書	横浜国際社会科学20巻3号 (2015年 9 月 20 日)	113-134 頁		

注

- 1) この点、〔表3〕に示す通り、戦前の大審院判決を取り上げた憲法判例集もあるが、奇特である。判例集は現行法令下のものを取り上げるべきであって、憲法、家族法、刑事訴訟法では戦後のものに限るのが当然であろう。なお、当該判例集の編者の気持ちに寄り添えば、近代以降の日本法制史は、基礎法(法制史)学者ではなく実定法学者が語るべきだということがあるのかもしれないが、そうであればそのような編著書の執筆に進むべきなのかもしれない。戦後70余年、「法学概論(原論)」で語るべき内容に戦後法制史がある時代である。或いは法制史判例百選が必要なかもしれないが、通常、それは資料集という。
- 2) TKC ロー・ライブラリー掲載の戦後今までの「日本国憲法」に関する判決・決定は2020年7月31日現在で6,928件であり、最高裁によるものだけでも2,818件、そこから大法廷によるものに絞って501件もある。
- 3) 蛇足ながら、民法の解釈はできないが、民法条文の改正の運動に明け暮れている者を民法学者と呼ばないように、憲法全面改正の運動家を「憲法研究者(学者)」と呼べない筈であるところ、それこそが「憲法学者」であるかのような雰囲気はまだ一部ではまかり通っているのは問題である。高校の「政治・経済」や「現代社会」の記述には、過剰な社会権(過小な精神的自由)と、直接民主政への願望が満ち溢れていることが多いように、法学部・法科大学院の憲法学ではない憲法学がこの国の各所にある。
- 4) このため、ドイツで憲法(人権)の私人間(第三者)効力が問題となったとき、それが憲法裁判所を取り上げる判断かということが問題となるのは、日本は異なるのである。ドイツ憲法裁判所のいわゆる代理商判決=BVerfGE 81, 242 (1990)は、日本では公序良俗違反で片付く事案である。基本権(国家)保護義務論も無用である。君塚正臣『憲法の私人間効力論』265頁(悠々社、2008)[以下、君塚前掲註4] I書、と引用。あるいは、佐藤幸治『日本国憲法論』168頁注112(成文堂、2011)などが示唆するように、有害である。民事裁判官の憲法拘束のようなものは、日本で考える必要がない。君塚正臣『司法権・憲法訴訟論上』530頁(法律文化社、2018)[以下、君塚前掲註4] II書、と引用。ほぼ同じ立場と思われる棟居快行『憲法の原理と解釈』333頁以下(信山社、2020)も参照。
- 5) 芦部信喜「憲法判例の学び方」同編『憲法判例百選』5頁(有斐閣、1963)。
- 6) 但し、この10年間に重要判例解説「憲法」で取り上げられなかったものの憲法判例解説I・II第7版で取り上げられた判例が2つある。一般に両者は編者が異なるため、単純にその考えの違いということもあるが、前者がその年の目立った判例を10程度選抜することになり易いのに対し、後者は、主に学習用に、全分野でバランスよく選抜する必要があるため、いわば地味な分野でより新しい判例が登場すれば、掲載に踏み切るということがあるのではないかとと思われる。
- 7) 第2次永教科書裁判=第一判昭和57年4月8日民集36巻4号594頁、長沼事件=第一判昭和57年9月9日民集36巻9号1679頁などが思い浮かぶが、最たるは、「なお、念のため」の傍論の意味を考えなければならない朝日訴訟=最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁であろう。青木人志『判例の読み方—シッシー&ワッシーと学ぶ』106-107頁(有斐閣、2017)は、このような「なお書き」の「部分も重要な『判例』だというのがふつうの考え方で、最高裁自身も『なお書き』部分を判例として取り扱っている」と解説している(なお、同書を真面目に引用するとき、某番組の森田美由紀アナの気分になる理由を全ての日本国民に問いたい)。
- 8) 佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法I』i頁(悠々社、2010)[佐藤]。この点について、時國康夫『憲法訴訟とその判断手法』181-254頁(第一法規、1996)は、米判例も引きながら、通常の原告適格と憲法上の争点を争う原告適格などに分けて論ずる。併せて、君塚正臣『司法権・憲法訴訟論下』390-445頁(法律文化社、2018)も参照。
- 9) 戸松=初宿編に最も新しい最高裁判例を取り上げる傾向があるようにも見えるのは、同書の刊行が2018年と新しいために過ぎない。また、同書は最近のメディア判例を多く拾っており、憲法判例百選I・IIが、メディア判例百選にある程度の判例を譲ったと思える事情があるために、そう見えることがあるのかもしれない。
- 10) 佐藤幸=土井編には、実は、出版間際に判示された判例の掲載が少なく、寧ろ2002年頃のものの方が多い。慎重に判例を選抜したから、でなければ、様々な事情が推測できよう。締切りを破りながら執筆から降りない、など。
- 11) 君塚前掲註4) I書91頁。
- 12) それと同時に、憲法判例百選初版には14もの「国法の形式」分野の判例が挙げられている。国法学が憲法研究者の当然の仕事であったことを改めて認識する。橋本公巨『日本国憲法』(有斐閣、1980)参照。
- 13) 実は、密やかに、表現の自由などの分野の判

例の幾つかがメディア判例百選(旧・マスコミ判例百選)専科になっている側面もある。古くは、宗教判例百選に回ったものもある。最広義には、これらや、行政、地方自治、教育、租税、社会保障、刑法、環境法(公害・環境)、医事法、家族法の百選掲載判例などの一部も憲法判例と考えられようか。実際に、精神的自由分野などでは、憲法の講義科目で取り上げたい判決がこれらに掲載されている例も多い。

- 14) このため、初学者に向けて判例集を精選して、コンパクトな判例集を刊行する場合があるほか、判例百選が、その性格上、最重要判例も200番目の判例もほぼ同じ頁数しか割り当てられていないということから、重要判例について詳細な事実関係、下級審判決の丁寧な紹介、重厚な解説を行うようなものも考えられてよいのではないか。川岸令和ほか『憲法』[第4版]30頁(青林書院、2016)が掲載する34の「基本判例一覧」は基準となろう。
- 15) このことは、この分野の判例を多く掲載していた、1963年の憲法判例百選初版でもそうである。「人身の自由」29判例の評釈者うち、純粋に憲法学者は田上穰治、久保田きぬ子(各1判例)の2人に過ぎず、残るはごく一部に英米法学者、行政法学者があるものの、大半は刑事法学者である。この傾向は長く続き、1980年の憲法判例百選Ⅰ初版でも、28判例のうち、憲法学者は熊本信夫、杉原泰雄、上野裕久、手島孝、中川剛(各1判例)の5人程度、1988年の同Ⅰ第2版でも30判例中7人程度(松井茂記、向井久了が加わる)に思われ、刑事法学者に頼った編成になっていた。1994年の同Ⅱ第3版で、16判例のうち14判例となり、状況が大きく変わって現在に至っている。
- 16) 憲法研究者の多くは、次に自分を「公法」学者と自己規定し、多くは日本「公法」学会に加入している。このためか、諸法の中では行政法への親近感が強い傾向にあるのだが、「憲法」判例のかなりの部分は民事事件、刑事事件であり、就中、最高裁における違憲判決の重要なものは民法、刑法に関わるものが多い。その意味で、憲法研究者(の卵である大学院生など)に基礎法を勧め、実定法の中では行政法以外の勉強を勧めないような指導姿勢は勧められない。統治行為論を巡って、砂川事件前後、当初、広汎にそれを認める説が優位だったのは、大陸法傾斜の行政法学者が、ドイツなどでは通常司法裁判所がそれを扱わないことを強調し、それに憲法学者も押し切られたきらいがあった。君塚前掲註4)Ⅱ書304頁以下参照。近年でも、ドイツ行政法学の理論が世界の常識であるかのように言う日本公法学会報告もあったが、あくまでも異国の話であり、そもそも行政法は憲法の

下位法である筈なので、これに流されるべきではない。過剰な親近感には道を誤る。

- 17) なお、筆者は、政治的憲法学は絶対にダメだと言いたいわけではない。政治学科の憲法、教育学部の憲法、環境系学部の憲法、人文的憲法学というものはある。ただ、そのような自己規定で臨むのであれば、法学部・法科大学院世界の「判例研究」というものは埒外である。また、政治「学」的憲法学(憲法を振り回して政治的主張をする、ではない)であるためには、政治学をきちんと(全部ではないにせよ)修める必要がある。ロバート・ダールって誰?などという顔をしてはいけない。
- 18) もともと先例拘束性の原則(原理)とは英米法のルールである。「ある判決でとられた法の準則は、将来同種事件において、原則として従われるべきものとする法理。先例としての意味をもつためには、同旨の判断が繰り返してなされる必要はなく、単一の判決」でよい。また、その厳格な適用はイギリスでは1966年に終わり、アメリカではそれ「が認められていたことではない。」田中英夫編集代表『英米法辞典』270頁(東京大学出版会、1991)。なお、念のため、
- 19) 日本の裁判所の判決は先例拘束力を有しない、何より日本法は大陸法系だからだ、という議論もまだあるようであるが、事件を担当する裁判官が、先例と無関係に思うがままに正義を実現すればよい、ということは、法的安定性、平等、法の準則性などから考えて、あり得ない。君塚前掲註4)Ⅱ書346-354頁。行政である政府見解、例えば第2期安倍晋三政権に対して統一性を求めてきたのは、行政に全権委任ではなく実質的法治主義を見るからである。
- 20) 佐藤=土井編前掲註8)書1頁[佐藤]。
- 21) 福田博(聞き手・山田隆司=嘉多山宗)『福田博オーラル・ヒストリー——「一票の格差」違憲判断の真意』180-181頁(ミネルヴァ書房、2016)によると、小法廷の意見が割れそうなとき、調査官室がそうならない「有用」な役割を果たしており、「どうしようもなくなると、」各小法廷から長官以外の裁判官がやってきて、「『事実上の連合審査』みたいなもの」、「『事実上の大法廷審議』みたい」なものがなされることがあるという。泉徳治(聞き手・渡辺康行=山元一=新村と泉)『一歩前へ出る司法—泉徳治元最高裁判事に聞く』232-234頁(日本評論社、2017)もこのことを確認し、その会議のまとめ役は特に決まっていなと証言する。
- 22) 両判例集は権威であり、それに掲載の判例を引用するときにはそれぞれ「民集」「刑集」という固まった略語で引用するのが法曹界・法学界のルールであり、また、それらが掲載する判例は、それ以外の判例集で(少なくとも筆頭で

- は) 引用しないことにもなっている。他については、「高民(刑)集」、「行集」、「下民(刑)集」及び「労集」、「判時」、「判夕」という序列はほぼ暗黙の了解(慣習法?)となっており、特報や月報と名の付くものは、以上にならないときに引用するものようである。ローカルルールもあり、例えば、労働法学界では「労判」の順位が高い模様であるが、法学界一般では通じない。また、「集民」と「集刑」の位置付けは微妙である。判例集に全く掲載されていないければ「判例集未掲載」とするが、重要判例解説の頁数を記載する例や、今や、LEX/DBの文献番号を記載する例もある。
- 23) 青木前掲註7) 書15頁も、まず、「すごくおおざっぱに言うと『過去において裁判所が下した裁判』のこただ」と説明している。
- 24) 象徴的なものが、樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす下級審判決からのアプローチ』〔新版〕(日本評論社、2011)である。無論、伊藤正己『裁判官と学者の間』45頁(有斐閣、1993)が示すように、「下級審が最高裁の判例に反する判断を示すことは、それがとくに相当多くの下級審の態度となるときには、最高裁が上告をうけて自己の先例の合理性を反省して再検討する機縁となるものといえる」。
- 25) 1判例解説を執筆した関係で手元にある、2015年刊行の民法判例百選Ⅰ・Ⅱ・Ⅲを見ると、306判例のうち、Ⅱで地裁判決Ⅰ、Ⅲで高裁判決・決定6、家裁審判Ⅰがある以外は、大審院又は最高裁の判決・決定である。そして、意外と大法廷によるものは少ない。
- 26) TKCロー・ライブラリー掲載の2019年の最高裁から簡裁までの全判決・決定等は4,895件であるが、「日本国憲法」で絞りをかけると30件、掲載誌があるものは24件に過ぎない。
- 27) 「猿払事件」や「長沼事件」を一審から最終審まで一つに纏めて、それぞれを重要判例として解説することも考え得る。但し、そうすると、判例集全体としては、「猿払事件」は特別権力関係論(即ち人権総論)、「長沼事件」は統治行為論もしくは原告適格(即ち裁判所・司法権)に分類されることになり、両一審判決の特徴はあまり強調されないことになる恐れがある。一般に、判例集は、同じ判決を取り上げるにせよ、どの項目で取り上げるとかという配列の問題から逃げられない。
- 28) しかし、上には上がある。1991年刊行の宗教判例百選第2版(芦部信喜=若原茂編)は、113の掲載判例のうち大審院判例は3、最高裁は27に過ぎず、控訴院1、高裁34、地裁(戦前)1、地裁(戦後)45、簡裁2と、事実審優勢である。
- 29) 千葉勝美『違憲審査—その焦点の定め方』60-66頁(有斐閣、2017)は、堀越事件判決がなぜ大法廷による判例変更でなかったかを論じ、「一般法理を修正・改変することがあると、射程の長い一般法理を掲げる処理は、結果的に法的安定性を欠くことになる」(63頁)という問題があり、猿払事件最高裁判決は「今日の利益衡量の手法や厳格な基準を想起させるようなあるいはその萌芽とも見得る説示も散見され、かつての『公共の福祉論』や『公務員の職務の特殊性』からいきなり憲法適合性を導き出す手法とはやはり異なるものであって、」堀越事件で「その判断、見解についてあえて判例変更の処理をしなければならなかったものとは思われない」(65頁)のであり、「大法廷において殊更判例変更して大きな一般法理や公務員制度の制度設計の憲法論的指針をいきなり先走って示すような判示をするといういささか仰々しい処理ではなく、行政の中立性の確保を制度の目的等として捉えた上で、近時踏襲されてきた合憲性の厳格な審査基準を踏まえて、小法廷での憲法判断をしっかりと示すことで足りるはず」だからだ(66頁)、とする。本当か。
- 30) 君塚正臣「演習 憲法」法学教室413号134頁、135頁(2015)参照。
- 31) このような、判例の黙示的変更については、君塚前掲註4)Ⅱ書356-358頁参照。
- 32) 君塚正臣「判批」ジュリスト1544号『令和元年度重要判例解説』26頁、27頁(2020)。
- 33) このことは、高校の現代国語の教科書で、1980年代頃から、芥川龍之介「羅生門」、夏目漱石「こころ」、森鴎外「舞姫」といった定番小説が、それぞれ問題がありながら、採用を決定する高校側の安定志向とでも言うべき心理があるため、営業上の理由で外せなくなっていることと似ている。川島幸希『国語教科書の闇』(新潮社、2013)参照。このような教材の固定化・寡占化は、皮肉なことに、教科書検定制度のためというより、自由競争面によって生じている。
- 34) 佐藤=土井編前掲註8) 書ⅰ頁[佐藤]。
- 35) 但し、最高裁判決がごく簡単な理由付けしか判示していない場合、表向き評釈対象には最高裁判決を掲げつつも、「事実の概要」として原審などを詳細に取り上げ、寧ろそちらを中心に評釈を加えざるを得ないときもあるように思われる。
- 36) 伊藤前掲註24) 書62頁は、三行判決の場合、最高裁の「裁判官の意識としてはこれが判例として拘束力をもつとは必ずしも考えられていない」と、興味深い指摘をしている。
- 37) なお、民商法雑誌、北大法学論集のように、大学院生の論文は概ね「研究」などに分類する運用がなされているところもある。このようなものについては、評価者は、そのレベルが「論

- 説」に匹敵するのであればそう評価すべきであろう。逆に、近年、理系を中心に電磁媒体雑誌が濫造されているとの報道があるが、この種のものに掲載されても論文の評価は高まらない。法学界では査読の有無をあまり煩く言わず、大学院生論集掲載でも「論説」は「論説」であるとしてきたのであるから、その分、伝統的雑誌か、近年創刊であればISSNを有し国会図書館WebページやCiNiiで検索できるものに投稿はなるべく限り、信頼性を担保すべきである。
- 38) このほか、実定法学者の業績には「翻訳」があるが、一般に労多くして益少ないものと言われる。「書評」は他分野に比べて少ない。政治学では、その重厚なものは「書評論文」として評価するようであるが、法学部・法科大学院世界ではその壁は厚く、法学者は、基本的に「書評」の扱いを受けると考えておいた方がよい。法制史などでなければ、発掘した「資料」の評価も低い。講演、新聞・雑誌のコメント、DVD作成などは、採用や昇進のポイントにならないものと思っておくべきである。
- 39) このため、2015年の安保法案を巡る議論の際に、憲法学者の総意を知る基準として、朝日新聞などは最新の憲法判例百選の執筆者にアンケートを行った。その意義について、木村草太首都大学東京(当時)教授がTVのニュース番組でコメントしているのを見た記憶がある。有名歌手の目安として「紅白出場」を基準とするようなものにする。紅白未出場でも誰もが知る一流歌手がいるように、個々の絶対的な優劣の基準ではないが、一定の統計的処理方法としては納得できる。外国憲法の歴史的・哲学的研究を専科とするのでこれを辞退する憲法研究者がいても不思議ではないのであるが、そのような例は聞いたことがない。なお、同時期、蓮舫参議院議員が、そう言っている「著名な憲法学者10人」を挙げよと政府を問い質したこともある。
- 40) これを押し止めるためには、同一論点判例を同じ執筆者に委ねる方法もある。しかし、文字通りに別判例と扱えば解説に重複が生じ、同じ項目で扱うと、事実の概要がぐどくなるという欠点もある。このほか、[表7]に示したように、3つの家永教科書裁判(つまり10判決)を一人で抱えたこと(君塚正臣「判批」佐藤=土井編前掲註8)書81頁)もあったが、ヘビーであった。
- 41) 芦部前掲註5) 文献5頁。
- 42) このため、現時点では芦部説を無視した憲法学の論説は疑問である。準じて、佐藤幸治説についてもそうである。過去に、本論文のテーマの芦部説は下らないので無視した、と返答した憲法研究者がいたのであるが、誤った姿勢ではないか。また、特に有力説、取り上げるべき独自説でもない説を取り上げないことについて怒る(本人ではなく、その弟子筋などであることが多い)のも変である。
- 43) 研究会において、「研究生活を開始したばかりの若い学者の卵が大審判決に対してきびしい論評を加えることがしばしばあったときに、我妻栄先生が、判決を下したのは数十年の実務経験をもつ裁判官であるのに、その苦心の判決にむかってほとんど研究歴のない者が判旨反対と簡単に断定するのは不遜にすぎるとは思わないかとたしなめられたことがあった。きわめて適切な助言であったと思われる。しかし、ここにいえることは、学者はその研究生活のはじめから最上級の裁判所の判例であっても批判を加えることを恐れない態度をとっているということであり、そこに判例に対する学者的思考の特徴があらわれている。」(伊藤前掲註8) 書55頁。
- 44) 以前、TV番組で、狂言師の野村萬斎が、狂言における「型」の意味を語り、笑うといっても心底笑うのではなく笑う型を示すのだという趣旨の説明をしていたが、それにもやや通じる。
- 45) この点、事件名を付けるのは、初期に著名な法学雑誌に判例研究・紹介の執筆機会を得た研究者の「特権」になっているとも言える。労働法では、企業名がそのまま事件名になる慣例がある。憲法では生存権判例には人名が付き易い。そして、民法や刑法と比べて、憲法では事件名の命名が多い傾向がある。全ての憲法判例に事件名を付けるのも、主要事件なのに付けずに匿名とってしまうのも、後の憲法研究者・法曹実務家、学生にとって迷惑である。地名などを付けてよいのは相当の大事件に限りたい。それ以外は、事件内容を彷彿とさせる命名を心がけたい。そして、当事者が有名人・公人であるか、死刑判決が確定しているかなどでなければ、人名はなるべく避けたい(その意味では「堀越事件」は非管理職公務員の人名であり、微妙である)。
- 46) 以前は「甲」「乙」などの例も散見されたが、現在では異例である。また、当事者が女性の場合だけ「甲女」などとする例もあったが、男性中心社会だった時代の遺物であり、人種・性別・社会的身分又は門地等に関する差別的表記は避けたい。なお、家族法学界、労働法学界などのローカルルールがあることにも注意したい。
- 47) 無論、「序章」「終章」という構成などもあり得る。なお、「おわりに」を「結びに代えて」とするのは「結び」を書かないという逃げだ、という批判を聞いたことがある。逆に、真理の探究の末に、安易な結論が早々に出せるものではない、という意見もあるのかもしれない。この辺りは哲学の違いか。世の中には、はじめに、A国の場合、B国の場合、などの章立ての末、

- 「おわりに」がなく（未完ではなく）唐突に終わる論説もあるが、論外である。
- 48) 君塚正臣編『比較憲法』6-8頁（ミネルヴァ書房、2012）[君塚]。
- 49) 伊藤前掲註24）書80頁は、少数意見は当該裁判官の資質、能力を示していることがあると指摘している。この点に関連して、藤田宙靖裁判官の意見は、特に、憲法・行政法分野のものはよく読めと、法科大学院では指導してきたものである。
- 50) 戸松秀典＝初宿正典編『憲法判例』〔第8版〕ii頁（有斐閣、2018）は、その第4版はしがきの中で、最高裁判決の個別意見は、「裁判官名をすべて列記した」とする。
- 51) 政教分離の最重要判例、津地鎮祭訴訟＝最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁で最高裁が用いた目的効果基準は、厳格に適用するか緩やかに適用するかで結論がおよそ異なってくる一般則であり、その多数（法廷）意見と少数意見はまさにそこで割れたものであることが容易に判明する。このため、同分野の判例は、日米共に、事案の類似する先例を頼りにする傾向がある。裁判官は、類似の事案の判例を探し、こう宣言することで、それに準拠することで法的安定性を守ることができる利点がある。これに対し、学生が答案を書く（司法試験受験生はこれを特に「起案」と呼ぶが、権威的で、あまり好きな符丁ではない）際には、先例をただ引用することはできないため、理由付けに苦しむことになる。また、当人の宗教環境に流された安易な理由付けになり易い。
- 52) これは、研究会・スクーリングなどでの佐藤幸治先生の定番の質問であり、近年、鬼軍曹として当方が継ぐ形になっている。一見簡単な質問で申し訳ないのであるが、重要であると思うものの、なかなか軍曹から昇進できない。比較憲法もまた実践である。君塚編前掲註48）書9-13頁[君塚]。
- 53) 田中英夫『英米法と日本法』320頁（東京大学出版会、1988）。
- 54) 例えば、伊藤前掲註24）書43頁は、「学者的思考と裁判官的思考とは、それを典型的にみると、判例の拘束力をどうみるか、具体的な裁判の場において先例をどれだけ尊重して判断を形成するかという点において相違するようになる」と述べる。
- 55) 一般に、長谷部恭男編『リーディングズ現代の憲法』（日本評論社1995）に執筆した、長谷部、赤坂正浩、内野正幸、松井茂記、常本照樹、市川正人、紙谷雅子、安念潤司、棟居快行、笹田栄司、渋谷秀樹から1952年生で英米法講座に席を占める紙谷を除く、1955-56年生の憲法学者のことを指す。このメンバーは、1952年生の大沢秀介を加えて、紙谷雅子編『日本国憲法を読み直す』（日本経済新聞社、2000）で再結集するなどしている。多くが基本書、講義案、論点解説などを残した。
- 56) 林新『よみがえる熱球—プロ野球70年』156頁以下（集英社、2005）によると、野村克也は1957年、パ・リーグのホームラン王を初めて獲得するが、その後、スランプに陥った。その最中の1959年、大リーグの理論書を読み、投手の「癖」と傾向を読み取ることを始め、1961年から長く打撃タイトルを連続して獲得するようになるのである。野村は著書も多いが、同じ話の重複も多く（もう一つの「野村再生工場」とも皮肉られたが）、必読書はやはり『野村ノート』（小学館、2005）か。
- 57) このことは、憲法分野での、いわゆる基本書の枯渇現象を生んでいる。芦部信喜先生のご逝去から21年経過するが、その記した『憲法』（岩波書店）が高橋和之補訂で改訂され続けており、現在でも基本書の地位を保っていることは、本当は問題である。ご逝去後の判例に論評できる筈もなく、芦部先生の「おことば」がどこまでなのかを誤読するケースもあろう。生前の、身動き一つせず日本公法学会の全報告を聞いておられた芦部先生を知らない世代（特に東京学派でない人々）がその小さなサークルで、しばしば、同書の些細な記述を盾に「通説」を「創造」するのは、如何なのか。同書の元が放送大学の教養科目用のテキストであったことも問題の深化に輪をかけている。本来は『憲法学Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ』（有斐閣）に続く巻の完結が待たれていた。基本書として用いるべきはこちらと、未完部分については芦部著の論文集の筈である。様々な要因があるのであろうが、出版不況で、現役世代の共著教科書は出版できるが、単著は難しくなっているという事情もあるのかもしれないと言っておく。
- 58) それまでであれば、一芸入試か帰国子女入試、編入試験で大学に入り込み、「学」「策」「史」（君塚正臣編『法学部生のための選択科目ガイドブック』ii頁（ミネルヴァ書房、2011）[君塚]参照）等の単位を可山優三で掻き集めて卒業、法学的素養は全くないが、得意の語学力を生かしてどこかの大学院に進学、何かの間違いで大学教員となり、おかしな講義をして学内政治に明け暮れてもその迫力や鬱陶しさや意味不明の外來語の羅列のために許されている、というような「サクセス・ストーリー」も全く不可能ではなかった。このあたりの詳細は、鷲田小彌太『大学教授になる方法』（青弓社、1991）に委ねたい。
- 59) ある基礎法学者は「憲法学者は文学青年」と評した。分析的であり社会学者でありたい。

判例研究は型通りにできなくてはならない。

60) 2004年の全国的な法科大学院開設に合わせて、憲法学界では、憲法訴訟論などを専門とする教員が比較的そこに配属されることとなり、従来型の大学院担当教員は哲学・歴史・比較法志向の強い者に偏った感がある。研究者養成を考えたとき、全科目のうち憲法に関する一部分を前者が担っても、博士後期課程では後者が担ったということである。この時期に養成された憲法学者が、意外に哲学・歴史志向であるのは、こういった事情があるのかもしれない。

付記

本号には、当初、別のテーマでの論考の掲載を予定していたが、COVID-19の猛威での緊急事態宣言(この間に9月入学案も浮上したが、即実施は現場を想像できぬ人の戯言である。3月入学半期制を将来慎重に導入して、「国際化」にも対応するのがせいぜいではないか)受けての長期にわたる本学閉鎖と附属図書館の臨時休館で資料収集が困難となったため、本題に切り替えた。本紀要が大学院生の論説を中心とする性格を有すること、加齢に伴う生命危機意識もあって、本稿を公表することを決意した。判例

研究に関しても、大学院生時代の指導教員である松井茂記先生の教えは大きい(個別の引用はしなかった)。先生には改めて深く感謝したい(無論、本稿の内容はその後の「学習」部分も多く、その責任は筆者が負うものである)。本来は、本稿の内容は当然のこととして片付けられることが理想である。

本稿に関連して一言申し上げると、司法試験論述式公法系第1問(憲法)は本年まで3年間、ある制定予定の法令の合憲性(主として法令違憲)を問う、旧司法試験に先祖返りしたかのような、「空中戦」重視の問題が確信犯的に続いた。このことは、事案の解決を旨とする法曹の能力を測る試験問題としては適切ではない。あるいは、出題者の判例研究への姿勢を問われかねないことを指摘しておく。

本稿は、平成30年度-令和4年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「憲法訴訟論の適正手続・身体的自由への発展・展開」(課題番号18K01243)による研究成果の一部である。また、令和2年度横浜国立大学国際社会科学研究院法律系サバティカル中の成果である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。

[きみづか まさおみ 横浜国立大学大学院国際社会科学研究院教授]