

続・法雑学のすすめ

——『憲法—日本国憲法解釈のために』（成文堂，2023）の周辺——

君 塚 正 臣

序

筆者は2023年初頭に『憲法—日本国憲法解釈のために』（成文堂）を刊行し、その周辺事項について「法雑学のすすめ—『憲法—日本国憲法解釈のために』（成文堂，2023）の周辺」を本誌27巻4号（85-116頁，2023）に掲載した。しかし、前稿では項目として半分弱でしかそれを書き起こせなかったため、本稿では残る部分に筆を進めることとしたい。

第1部 憲法総論

第1章 憲法の基本概念

1 憲法とは何か

(3) 憲法の分類

博士論文の向こう側の世界「^{だいし}大師は弘法に奪われ、太閤（元摂政・関白）は秀吉に奪われる」という言い方があるらしく、もっと言えば、黄門（元中納言）は光圀に奪われ、博士は湯川秀樹に奪われる、だろう。

博士は山ほどいる。でも、博士といえ、湯川か朝永かお茶の水である（柳家権太楼「代書屋」では、依頼者は名前が「湯川秀樹」で、代書屋が、あなたねえ、湯川先生っていうのは偉い先生なんですよ、ノーベル賞取った、と振られると、あっしもねえ、この間、天皇賞とった、と言う）。そんな、持っているとい偉い、随分必死に取ったのですね、の時代（学卒助手は「学士」が普通）は終わり、筆者の世代（1965年生）以降、法学・政治学でも、研究

者のスタート・ラインとして、取っていて当然の時代となった。

3 近現代立憲主義

(1) 近代以前

グリム童話「狼と7匹の子山羊」「ヘンゼルとグレーテル」「赤ずきん」「ブレーメンの音楽隊」「白雪姫」などが有名。絵本の挿絵の森が平地であることが、日本と異なるヨーロッパの地形を感じさせる。

第2章 各国憲法史

1 近世・近代

(2) アメリカ

1773年のボストン茶会事件 近年の共和党保守派、最小政府志向派がティー・パーティーと名乗るのはこれが由来。

第3章 日本憲法史

1 大日本帝国憲法時代

(1) 大日本帝国憲法の制定

植木枝盛 東洋大日本国憲法の執筆者であり、終戦直後、それは憲法研究会の憲法草案要綱を経由して、間接的だが日本国憲法に影響を与えている。因みに、（教科書裁判の原告の）家永三郎『植木枝盛研究』（岩波書店，1960）がある本屋の園芸欄にあったとの逸話は本当か？

(3) 大日本帝国憲法の運用

軍部大臣現役武官制 戦前の軍国主義の元凶とされるものだが、ある重要な役職の候補者が

制度的に絞られた場合、その該当者は大きな権力を握る。教授が1人しかいなかった学部では、その1人が学部長になるしかないので、相当な我儘^{わがまま}が通せる筈である。

1905年の日比谷焼打事件 日露戦争が終結できたのは、広い領土に日本を誘い込めば最後は勝てると思っていたロシアで、同年に血の日曜日事件を発端とする第1次革命から混乱が生じたことが決定的だった。旅順攻略戦の無名戦士の死を題材とする反戦歌「防人の詩」(さだまさし, 1980年)を今、ウクライナ人ナターシャ・グジーが歌う。帝国は変わらず悲劇は続く。

2 日本国憲法時代

(3) 日本国憲法の運用

保守回帰 1972年2月(1989年や1995年, 2011年ほどではないが) 結構大変な時期であった。札幌冬季五輪の70m級ジャンプの「日の丸飛行隊」に沸いた中、グアム島で発見された元日本兵、横井庄一さんが帰国した。そして、テレビの前に人々が釘付けになったのが、連合赤軍の起こしたあさま山荘事件である(1972年は、この後、沖縄返還、第1次田中角栄内閣成立、日中国交回復でパンダがやって来たのも東の間、第1次オイルショックで第2次高度経済成長が終わり、トイレットペーパー騒動に至る。美空ひばりの紅白出場が年末で途切れ、わさわさした、工事中のアスファルトの匂いの時代が終わり、日本は曲がり角にきていた)。

あさま山荘事件の中継は、全局合計の瞬間最高で90%近い視聴率となったとも言われる。事態はなかなか動かず、人質も心配な中、人々は固唾を飲んで見守った。行軍の途中、開発が進んでいた軽井沢に抜けてしまったという顛末は、「左翼の終わり」の象徴として語られる(吉見俊哉『ポスト戦後社会』2頁(岩波書店, 2009))。

萩本欽一は、コント55号の練習中にこの中継を熱心に見る坂上二郎を横目に、何故、みんな動かない「窓」の画像を見続けるのだろうか、と自問し、何が起こるか解らないものを見たいのだ、何が起こるか解らないのは素人だ、というところに行き着いて、欽ドン!を始めたとい

う。この画像は1億人近くが見ていた筈だが、萩本だけがこれに到達した。そう、ニュートンは林檎が落ちるのを見て万有引力を発見した、のではなく、問題を見ようとしていたから、落ちる林檎の向こうに万有引力を見たのである。

第4章 平和主義

1 平和主義の理念

(3) 現代

ラロトンガ条約 ラロトンガはクック諸島の主島。『戦場のメリークリスマス』(大島渚監督, 1983年)の撮影地として知られる。同映画は、戦争映画でありながら戦闘シーンがなく、現地の人も特に出て来ず、女性が出て来ず、意味深である。ピートきよしは撮影に参加したが、映画には登場せず、出演料だけ貰って帰ったそうである。兎も角、2023年春、この映画の主役たちはピートたけし以外亡くなってしまった。

それもさておき、トラテロルコ、ペリンドバ、セメイなど、非核条約の名前はロシアの油田並みに覚えにくい。受験生泣かせである。

3 冷戦終結後の安全保障・世界平和と国際協調

(1) PKO協力法

PKO協力法 カンボジアPKOを念頭に制定された当初、「自衛隊違憲・PKO派遣違憲」と「自衛隊合憲・PKO派遣合憲」で意見が真っ二つになった感があるが、「自衛隊は違憲だが、平時の地雷除去のような活動は違憲ではない」という立場と、「自衛隊は合憲だが、それが海外に行くことは違憲」という立場はあり得た。

第2部 基本的人権

第6章 人権総論

1 人権の概念・体系

(1) 人権の保障と義務

納税の義務 同じような犯罪でも、最近では性犯罪や暴力団同士の抗争の重罰化が目立っている。特に、性犯罪については裁判員制度導入の成果だと言われ、閉ざされた男社会の量刑が裁かれた結果となっている。

もう少し長期的に見ると、脱税に対する裁判所の対応も厳しくなっている。当初は、行政法に反した者という形式犯という評価も色濃かったかに思われるが、次第に、「納税によってこの国民共同体を支えることを故意にしない裏切り者」という評価に変わったからであろう。回る回るよ時代は回る、法的評価も回る。

2 人権の主体

(3) 天皇・皇族

皇族 我が家では一時、「皇室アルバム」風がちょっぴり流行ったことがある（「正臣様は割引がだーいすき。20%よりも30%にお目がいけます。とてもお考えが合理的であらせられるのですね」など）。

(4) 外国人

外国人の参政権の学説・判例 図では国政と地方について、「保障」「法律による」「なし」で3分しているの、学説は9つあり得るように見えるが、国政について、地方よりも保障できるという説はなく、感覚的にもそうであろうから、考えられる立場は6つに絞れる。ところが、これに外国人の種別で異なるという見解が加わるため、通説等がズバリ何かは言い難い。

憲法定権力に含まれる外国人 人権享有主体性については、生身の人間にはある、との議論が強く、外国人でも天皇・皇族でも「ある」とする説が通説的であった。しかし、通説は、「ある」と言いながら、様々な人権について様々な理由を挙げて「ない」としたり、かなりの制限を許容したりした。そして、この議論が外国人や皇族の人権擁護の観点から、国籍法や皇室典範などの特定の条文が違憲であることを導いた例は稀有である。そうなる、ここでの議論は、いかに現行法制を合憲的に説明するかの争いであって、悲壮な戦いではなかった。

それと同時に、人権享有主体論は一般に「人権総論」として議論されているのであるが、結論を志向しているということは、ここでの議論が実は各論的思考であることを示している。そうであるとすれば、「人間だもの」人権はあるとして、「国籍」や「天皇制」を根拠に制約が

可能かを議論すればいいだけなのかもしれない。とは言え、人権があるかないかは「人間だもの」だけに還元できるものではなく、日本国憲法上の主権者かどうかの問題である。このため、天皇と一般外国人は人権享有主体性ナシ、皇族と、主権者であった筈なのにポツダム勅令などで日本国籍を認められなかった人（いわゆる在日外国人）については、人権享有主体性を一旦認めた上でそれぞれの合理的制約（例えば、それぞれの理由から、外務大臣となる公務就任権を認めるのは難しい、国籍国で選挙権を行使している人には日本での参政権は認めなくてよい、など）が憲法違反でないかを考えればよいのではないかと。天皇・皇族の人権享有主体性の議論と外国人のその議論は、パラレルでなければ恣意的である。

また、人権享有主体性がないからといっておよそ人権がないかのような対応は認められない。天皇個人は、人権享有主体性は認められなくとも、日本国憲法上、象徴として扱われなくてはならない。また、外国人については、通常、日本が締結した条約により、国際人権法の保障が及ぶと考えればよからう。国内法が憲法を超えて権利保障を行うとしても、それが人権享有主体である人々の人権を不合理に侵害しない限りは違憲ではないので、あとは立法政策の問題である。その意味で、現在最大の人権問題は、一般に入国を認めるかどうかは伝統的に国家の裁量とされてきた、入国の自由、端的には入管問題なのであり、もはや人権の有無を超えた国際人道問題となっていよう。

蛇足だが、近時、動物の人権に関する議論も盛んであるが、日本国憲法は生身の人間の権利を保障したものであるの、それ以外を人権享有主体とする義理はない。無論、法律がそのような配慮（例えば、動物虐待の禁止）を行ったとき、それが違憲でなければいい（たぶん、動物を虐待する幸福追求権を手厚く保障する義理もない）というだけである。

東京都管理職試験事件（最大判平17・1・26民集59巻1号128頁） 外国籍の東京都職員が都

の管理職になれないことを争い、最終的には最高裁で敗れた事件。原告は特別永住者で「保健婦」として採用されていた。

前述のように、いかに日本で生まれ育ち、日本語が母語だとしても、外国人に外務大臣となることを許容することは難しい。サッカー日本代表外国人監督などの例もあり、当人が有能であれば構わないとも言えなくもないが、主権の核たる外交や防衛、警察についてはその国の国籍を有する者に限ることはやむを得まい。問題は、民間に任すこともあり得るような事業について、である。国公立大学の教員・事務職員、国公立病院の医師・職員などは実力本位であるように思えるが、この両極の間に広大なグレーゾーンが広がっている。福祉事業は国籍に拘らないと思えるが、管理職となるとダメだというのが判例の立場である。都の課長職が、国益を左右するから外国籍であってはならないというものか、微妙であろう。

なお、判例は「国籍」は重大考慮案件であるが、他のことは気にならないようである。東京都の職員の多くは東京都に住んでいない。下手をすると、東京で育ってもいないのかもしれない。しかし、こういった人を採用時にハネるべきだという声は聞かない。ただ、この話を進めると、地方公共団体の長は別に外国人であってもよいことになり、国の方は外国籍ではダメという理解であろうから、「主権」は分解され、連邦制に近づく。それでよいかはまた悩ましい。

(5) 「法人」・団体

「法人」の人権享有主体性 ドイツ基本法19条3項が「内国法人」の人権享有主体性を認めたことに影響されてか、日本でも「法人」の人権享有主体性は当然に認められるとする主張は非常に強い。最高裁も、八幡製鐵政治献金事件(最大判昭45・6・24民集24巻6号625頁)でこれを認めたとされ、判例・通説と記述できよう。

しかし、通説的学説は、天皇や外国人について、生身の人間であることを根拠に人権享有主体性を認めてきたものであって、人間ではない

企業などの団体にこれを認めることには齟齬であろう。また、なければ困るものでもない。上記事案でも、八幡製鐵は民事事件の当事者適格が失われるものではない。民法や会社法が、個々の生身の人間(自然人)を権利享有主体としたのでは混乱するとして、社会的存在に対し法人格を与えることは別段憲法がとやかく言うことではないし、法人に集う自然人の憲法上の権利(例えば、憲法22条の保障する経済的自由)を集め、裁判においては、私法上の法人が関連する第三者の憲法上の権利を援用することは可能だ、というだけのことである。放送局が報道を歪められた場合でも、記者などの憲法上の権利を法人としての放送局が援用して、訴訟では国などと対峙すればいいだけである。このため、「法人の人権享有主体性」という問題設定は必要ないように思われる。

そればかりか、民法学においては「法人格なき社団」という議論があり、人間の集団であっても民法上の法人とは呼べないものがある。他方、財団法人は法人であっても建前上は財産の集まりであるのであって人の集合ではない。憲法の議論との間に明らかなズレがある。そして、もし、憲法上の「法人」の人権享有主体性を認めるかどうか民法(私法)上法人であるかどうかで決まるとなると、下位法の議論が上位法の概念を左右することになり、適切とは言えない。あるいは、このような誤解を生み易い。この意味でも「法人の人権享有主体性」という議論は最早^{もはや}即刻やめるべきである。

3 人権の制約

(2) 公共の福祉

美観 これや静寂、電波の混信防止などは、公益、政府利益だと言うだけでは、全体主義を否定した日本国憲法下では、人権制約理由ではなく、究極的には個人の権利・利益を損ねることも視野に入れて説明がなされなければならない。このため、多くの人の精神的平穏や交通安全、衛生面(究極的には生命や健康)に還元されて制限が正当化されよう。

ところで、美観が対抗する局面の多くは、表現の自由の制限の場面である。表現の自由には優越的地位があり、減多なことでは制約が許されないというのが、法学部で憲法を普通に学んだ人の常識の筈であるが、たかだか「美観」をもって合憲的な規制目的としてよいのかは、疑問ではなからうか。そして、多くの事案は、摩周湖畔や宮城・松島海岸、尾瀬高原での大々の派手派手の商業広告の例ではない。大都市部・繁華街での、多くは、右翼や反原発運動の政治的広告や立て看板、ビラなどである。大都市、特に政治都市では様々な政治的見解が飛び交うのが日常で、その中には多くの一般大衆には即座には受け入れ難いものもある。しかし、それを排除することはいかにも立憲民主主義（自由民主主義）的ではない。数寄屋橋で赤尾敏が演説し、御茶ノ水駅西口で新左翼の誰だかよく知らない人がアジっているのが日常だったのだ。それは、多元主義を基調とするなら美しい。無論、それが生命身体を侵害するような煽動に至ったり、多くの人が嫌悪する猥褻もしくはホラーなものであったりすれば規制理由であるが、その限りである。こういった議論を封じるべく、この種の規制は表現内容中立規制とカテゴライズされ、中間審査基準の対象であるから、重要な政府利益のある目的と実質的関連性ある規制手段であれば合憲であるというのが通説的見解となり、多分に、上述の街頭演説もビラ貼りも規制されて当然となっているのであろう。

しかし、この種の表現規制が表現内容中立と言えるのかは、怪しい部分がある。例えば、京都市は条例で、古都の景観を守るため、看板に赤を使うことを規制している。これはまず、赤をイメージカラーとしているあの銀行やあのファストフード店にとっては打撃である。広島カープ（もしくは親会社のマツダ）は京都市内で赤ヘルを前面に出した広告を打てないことになる。それどころか、日本共産党のイメージカラーは（万国共通で）赤である。これを規制するのは政治的表現規制ではなからうか。もし、日本共

産党だけ例外であるとするれば、その判断が、この規制を内容中立ではない規制としてしまう。美観などが表現規制理由となるかも問題であるが、先走って言えば、表現内容規制・表現内容中立規制という区別自体、そして、それによって司法審査基準を異にするという自体に難があるのではあるまいか。

国家保護義務 この言葉については、無用であり（憲法の私人間効力論としても、通常の人権制限法理で考えれば、実は済むことである）、その使用者の意思を超えて、政権担当者などによって、人権への過剰な介入の根拠となり得る危険があるからやめるべきであることを繰り返して述べてきたつもりであるが、最近、ドイツでは普通の言葉だと言わんばかりに（「比例原則」や「三段階審査」、民事裁判官の憲法解釈権と共に）押し通す例が散見されるのは由々しきことである。本当にそうかについて、一部そうでもない、という見解も見たこともあるが、仮にドイツでは普通でも、日本国憲法解釈としてどうなのか。

筆者では不足らしいので、碩学の言を引くこととする。「国の基本権保護義務論が、ドイツの支配的学説のような価値秩序、客観的原理に大きな比重を置く人権論と結びついて、すべての基本権について説かれる形になるのは、日本国憲法の解釈理論として適切かどうか問題があるのではなからうか、と考えるのです。保護義務の範囲や程度は、保護義務論の前提をなす客観的原理とともに、そもそも限定することがきわめて難しいものですから、特に日本の憲法政治や裁判実務との関連では疑問がもたれるのです」（芦部信喜『宗教・人権・憲法学』230頁（有斐閣、1999））。「防衛権構成が国家への帰責を問題にするのは正しいが、その前提には、国家は個人の基本権を他人による侵害から保護しなければならぬという義務、つまり基本権保護義務があると想定しなければならないとする」「『保護義務構成』については、『お上』依存傾向と指摘される日本の体質の中で何を帰結するかいささかの危惧を覚えるところがある」（佐藤幸治

『現代国家と人権』149-150頁(有斐閣, 2008)。憲法学者は免許なき危険物取扱事業者である。新しいものに飛び付くときには、その波紋の国家国民的影響(意図的にそれを悪用する権力者等がいること)を忘れるべきでない。

(3) 二重の基準論

立証責任 司法審査基準においては、厳格審査基準の下では違憲の結論が、合理性の基準の下では合憲の結論が推定され、この結論を覆したいと思うものがその立証責任を負うことがしばしば言及されている。つまり、表現権規制の場面などでは、これを合憲だと国・地方公共団体などの側が主張し、やむにやまれぬ規制目的がそこにはあり、なおかつ、その規制手段がやむにやまれぬものであることを立証できれば合憲という結論が導き出せ、逆に、財産権規制の場面などでは、これを違憲だと、財産権規制を受ける市民などが主張し、何らの合理的な規制目的も規制手段もないものだということが立証できれば違憲となる、というものである。そして、何れも立証に失敗したときには、厳格審査では違憲の、合理性の基準では合憲の結論がそのまま維持されるというものである。

これについて、事実認定は兎も角、法的評価については裁判所の裁量的判断の問題であり、「立証責任」という用語は誤りなのではないか、という批判もある。しかし、法解釈について裁判官が専権のように見えるのは、民事・行政・刑事裁判において、当事者の少なくとも一方が一般市民で、法律の知識に乏しいときに、裁判官が職権でこれに寄り添った援助を行うからではないか。行政機関同士の争いのようなときに、裁判所が、両当事者が全く主張しない法律論を展開することが当事者主義(刑事裁判では弾劾主義)の下で許されるのかは疑わしい。そう考えると、原則としては法律論についても立証責任論は維持され、当事者が法律の素人である際に裁判所がそれを補う議論をしてもよいだけなのではあるまいか。国・地方公共団体などの側が表現権規制の合憲性の主張を忘れれば、裁判所は、

特にそれを助けることなく、黙って違憲の判断を下すばかりである(控訴審などで充実した主張を慌ててすべし)。司法審査基準論がこの場面で「立証責任」という語を用いてきたことも誤りではないであろう。

比例原則 近年、ドイツ公法研究者から、これを用いないことは世界的潮流から外れる、世界的な常識外れであるかのような叫びがある(例えば、須藤陽子「日本法における『比例原則』—その歴史性と独自性」公法研究81号83頁(2019))。

行政法の解釈ではなく、憲法の解釈として、比例原則一本で解決することには疑問点が多い。まず、通常の法令解釈が、国会等が民主的に立法したものについて最終解释权を司法機関に委ねているという憲法構造になっているのと異なり、憲法解釈は、国会等が民主的に立法したものについて、その意に反する解釈を、憲法制定権力の制定した憲法の名の下に司法機関が行う形になるため、どこまで民主的意思を非民主的な法原理機関(佐藤幸治)が覆してよいか、という問題を避けて通れないからである。また、憲法解釈について、司法機関に多大な裁量を与えるべきではない。覆せるし覆すべきなのは特定の人権侵害に限って必ず覆させるよう、事前に解釈を固めておく必要がある。

そして、日本はドイツと異なり、憲法裁判所が事案と切り離して憲法判断の判断権を独占する構造ではなく、全ての通常司法裁判所が事案解決の「ついでに」必要な限りで憲法判断を行う構造なのである。これは、現実に憲法判断を専門としない、民事・刑事裁判を扱うことを圧倒的な仕事としている裁判官に憲法判断を委ねることになることであって、憲法政策的の巧みな判断のようなものを求めることは厳しいものがあることを示唆している。結果、古典的な「二重の基準」が妥当する。

比例原則、それと結び付く三段階審査論にしても、結局、解釈者の裁量を広げてしまう。否、三段階審査論は恣意的な結論を導かないように3段階にわたる審査の枠組みを提供しているの

だ、という反論も聞こえそうであるが、法律学において、「Aである。しかしBとも言え、結論的にはBである」という理由付けも、「Bである。しかしAとも言え、結論的にはAである」という論証も容易に成り立つので、こういったトリックを経て解釈者の意思を押し通すことは簡単なことである。憲法判断という重い判断において、安易にこれに流れることは法律学を離れ政治判断に近くする恐れがある。これは、利益衡量論や、平等の問題で用いられてきた「合理性」の基準などを批判し、司法審査枠組みの確立を模索してきた憲法学の方向性に逆らうものであり、到底容認できないであろう。三段階審査論は、肝心の審査密度がどのように決せられるかの理論構成に至っていない。これらと同じ弊害を抱えたままであると言えよう。この延長で、筆者は中間審査基準に否定的である。三段階審査論の提唱者は、最終的に、しっかりと三段階審査論をやればこのような結論を導き出せる筈だ、俺のように考えろ、俺になれ、と言いつけるのではないか、最後は人格を賭けた論争になる。それが規範・ルールの間学問なのだろうか。原理原則的な二重の基準論（なお、筆者は、ゴリゴリの厳格審査や合理性の基準は無理だ、と述べている）より、この方が硬直的である。時に自分の意に沿わない結論が出てくることもある。それは、恣意的解釈でないとして誇るべきである。憲法はウルトラマン（困った時にやってきて、3分経ったら帰ってくれる）ではない。

なお、「常識外れ」で思い出した。デーモン小暮閣下の言だったと記憶しているが、「常識外れと常識破りは違う」というのは言い得て妙である。常識と思われることをやり尽くして常識を否定して次に進むのが常識破りである。ブーメランのように返ってこないように先に言っておくと、憲法だけ、行政法だけ、もっと細かい分野だけ勉強しただけで、法とは何か、一般原則はこうだと語るのは危ないのであって、大多数の実定法分野や主要な基礎法分野、政治学などについては勉強しておくべきだと

よく言っている（君塚正臣編『法学部生のための選択科目ガイドブック』（ミネルヴァ書房、2011）、「勉強の裏ワザ教えます！—法学・政治学では裏ワザはメビウスの輪の如く」関西大学通信282号5面（2000）など参照）。だから、入学当初に学ぶ「法学概論」は大事である。

4 人権の適用範囲

百里基地訴訟（最判平元・6・20民集43巻6号385頁） 国の私法上の行為に関する議論は、ほぼこの判決の説明のためだけにある議論であると言っても過言ではない。事件は、自衛隊基地用地買い上げを、後に公序良俗に反し無効だと主張した原告に対し、一審（水戸地判昭52・2・17判時842号22頁）の合憲判決、二審（東京高判昭56・7・7判時1004号3頁）の統治行為論による判断なしに続く最高裁の判断である。長沼訴訟の一審（札幌地判昭48・9・7判時712号24頁）の違憲判決、二審（札幌高判昭51・8・5行集27巻8号1175頁）の統治行為論による判断なしに続く最高裁（最判昭57・9・9民集36巻9号1679頁）による訴えの利益なしの判断というのも多様だが、それに並ぶ。とは言え、私法関係には憲法は及ばないというのは、国内法の一部が最高法規に違反してもお咎めなしとなる点で大問題であり、公法私法二分論の基本的誤解の産物である（因みに民法900条4号但書は最高裁により違憲とされている。最大決平25・9・4民集67巻6号1320頁）。

ところで、百里基地は現在、民間機（主にLCC）も乗り入れるようになり、茨城空港と呼ばれることが一般的になっている。つくばエクスプレスの延長開業は一旦は消えそうだが、常磐線の支線を求める声はある。最早、首都圏の第3空港を担いたいという姿勢である。世の中変わっているんだよ、か。

(1) 特別権力関係

全農林警職法事件（最大判昭48・4・25刑集27巻4号547頁） 1973年に、それまでのリベラルな判例（東京都教組事件＝最大判昭44・4・2刑集23巻5号305頁など）を8対6で覆した判決が、驚くなかれ今だに判例である（憲法分野で、「未

だに判例」と書かれるのは、死刑合憲判決=最大判昭23・3・12刑集2巻3号191頁やチャタレー事件=最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁が筆頭かもしれないが)。これに従えば、公務員の労働基本権制限はいくらでも可能という結論になろう。ILOは、消防・監獄職員に対する団結権の付与や、政策決定に関わらない公務員の争議権回復を勧告し続けているが、日本政府は聞く耳を持っていない。無論、国際水準に達していない。

しかし、岩沼市議会事件(最大判令2・11・25民集74巻8号2229頁)で先例変更がなされ、部分社会の法理は消えたのであるが、この法理は特別権力関係を私人間にも拡大する理論だとも言われており、特別権力関係論そのものの黄昏でもある。これに合わせて(何らかの事案が生じれば)判例変更が必要である。

区別(distinction) 裁判官の技術として、特に英米法では重要なもの。判例変更という大掛かりなものはせず、判例である事件の事実との違いを挙げて救済を図るもの。多用し過ぎると、正面切って判例変更すべきだという批判ともなる。堀越事件(最判平24・12・7刑集66巻12号1337頁)のケースがどちらであるかは微妙である(日本の最高裁は、判例変更の場合、必ず大法廷を開かねばならないというのもネックである)。

そういうわけで、この技術を体得すれば、「A先生からは1万円頂きました」と学生に言われ、懇親会の参加費を求められたB先生が、めげずに、「A先生は1万円払ったそうだが、彼は年長だから、私は5000円でいいね」と言うことができる(でも、ケチと噂される)。

(2) 憲法の私人間効力

女児逸失利益訴訟(大阪高判平13・9・26判時1768号95頁) 一般にこの名称で呼ばれ、男女共通のセンサスで逸失利益を算出すべきという同様の判断を示した判決がある(東京高判平13・10・16判時1772号57頁)。ところが、男女別のセンサスで算出することを是認した判決(福岡高判平13・3・7判時1760号103頁)もある。このように高裁判決は割れており、最高裁はそれを

何れでもよしとしたのであって、男女別のセンサスでの算出を違憲もしくは違法とする判例が生まれたわけではないことには注意すべきだ。

ところで、この判決には余波が2つある。第1は、これが私人間効力の問題か、という疑問である。何故それが問題なのかと言えば、芦部通説では、契約などの法律行為では民法90条経由で間接効力説が妥当する(条文によっては無効力もしくは直接効力)が、不法行為など、事実行為については妥当せず、国の行為と見做せればステイト・アクション論が成立するという立場であり、国が関わらない場面ではこの問題の外となるからである。しかし、こういった説明は、下位法令である民法の規定の仕方によって憲法の保護が左右されるという問題があり、近年の有力な見解の多くは、従来の言い方で言えば間接効力説に当たる説で一貫した説明を志向している。そもそも、憲法が私法関係にどう絡むかという問題は憲法総論の問題であって、条文・人権の種類によって異なるという議論も変である。端的に、憲法に反する一般条項の解釈はできず、それを合憲限定解釈もしくは適用違憲的に用いて、性差別的なものは公序良俗違反とすることが憲法の要請であると解すれば足りるのではなからうか。ドイツやアメリカの議論に縛られる必要もない。

第2は、命は平等であり、センサスを用いて人間をカネを稼ぐ機械のように考えること自体への批判をどう考えるか、である。「人間の尊厳」に反するというわけだ。だが、そうすると、一家の大黒柱を突然の事故で失った遺族の救済には金額が足りないこととなる。裁判例は、事故死の未成年者について、優秀であるから大学を卒業できると予測して、全平均賃金より多い逸失利益を算出した例もある。命は平等だという見解は、1985年の日航機事故の際に日本航空側から出されたという。実は加害者側を助ける議論である。子どもについてだけは、という議論も、成人の事例とのスムーズな接合に成功しまい。そうすると、センサスを用いて生涯賃

金を計算するという方法は原則として維持せざるを得ず、ただ、生来の差別を許すことは違憲で、公序良俗に反するものと考えるところになるのではないか。近年、障害者の場合に難問が生じており、労働環境の変化から、これまでのように、健常者との大きな賃金格差を続けることが妥当ではなくなっている印象もある。ただ、このことは、どこまで行っても逸失利益は「同じ」ではないことになる。

第7章 包括的基本権及び生命・身体的自由

1 幸福追求権

(2) 幸福追求権の性格

人格的利益（人格核心）説 憲法13条を「ドラえもののポケット」にしない（「大人のドラえもののポケット」）。それは日本公法学会での若き日の筆者の質問に由来するが、司会の棟居快行教授がそのまま読み上げ、紀要編集委員の初宿正典教授が公法研究にそのまま載せたため、公式記録となってしまった。日本公法学会の公認学説なので、ママ使わせて頂く）ため、その保護領域を制限する議論のうち、現在、最も有力な立場である。教科書によってはこれを「通説」と表記しているものもある。芦部信喜・佐藤幸治がそうだから、というのがその理由だと言ってよかろう（宮沢俊義の時代にはこの議論はなかった）。

しかし、芦部と佐藤ではその説明が実は結構異なっている。芦部は、「個別的基本権を包括する基本権であるという点では」一般的自由権説と同じだが、「その内容（構成要件）を限定し、個人の人格的生存に不可欠な利益を内容とする権利の総体」、「このような包括的権利」という表記である（芦部信喜『憲法学Ⅱ』344頁（有斐閣、1994））ので、14条以下の人権カタログの総論的包括性を保ちつつ、周辺を切り落としたもののように読み取れるが、これに対し、佐藤説は「基幹的な人格的自律」（佐藤幸治『日本国憲法論』（第2版）197頁（成文堂、2020））だと述べ、一般的自由権説を「人権のインフレ化」の問題があるなどとして批判しているのだから、それはかなり狭い、

14条以下と並ぶがやや大きめの人権であるかに近い印象である。

そして、実は、佐藤説に賛同している学説は弟子筋に偏っている。対して、芦部説に弟子筋がそう賛同しているようでもない（旧世代やドイツ派が多いためか？）。近年物故された著名な諸先生もカウントすれば、一般的自由権説は意外と多数である。こういった点から、両説を一纏めに「通説」と表記することは躊躇される。

憲法13条が包括的人権であるという位置付けで、以下の人権カタログの総論的位置にあるというのであれば、一般的自由権説の方に一理あろう。「人権のインフレ化」は問題であるが、佐藤説の原点である憲法訴訟論から論を立てれば、精神的・身体的・政治参加的自由に類するものを厳格審査の下で手厚く保障し、それ以外のものの規制は、合理性の基準の下、事実上、殆ど保障されなくともやむを得ないと考えればよいだけだったのではなかろうか。

(3) 自己決定権

尊厳死 安楽死と共に難しい問題である。治療回復の見込みもなく、意思表示もできず、ただ延命をしている「人間の尊厳」に反する状態であれば、家族の合意により、医師は延命のための管を患者から外せる（消極的）か、最終的にはある種の注射を行ってよい（積極的）とする議論である。現実には、医療費も嵩み、病床も満杯で、事実上の安楽死がなされようか。

人間らしい生存とは、と「哲学的」な設問を立てられると、この問題は非常に難しい。他方、温もりが生きている証だという庶民感覚を非難できない。苦しくなったら死なせてくれというのは、生きることに懸命ではないとする宗教的立場もあろうか。

難問をさらに難しくするのは、自殺との関係である。現時点で、自殺の自由を憲法上広範に認める有力学説はないように思う。それを前提にすると、考えられる最長の人生をできる限り保障することが憲法の生命権なのであり、何であれ、それ以前に死を選ぶこと、あるいは、何

らかの理由で死期を早める選択を許容することは、合憲性に疑問のある公的判断であるということになる。

しかしながら、世の中には「命を削って懸命に生きる」ことへの肯定的評価がある。スポーツに、芸術に、学問に、会社や家族のためにそうして寿命を縮めてもいい、という生き方は、ある意味、時間をかけた自殺である。このことは、喫煙などについてよく言われたことであるが、今日、「危険行為・自堕落な行為」に類するものばかりがそうだとはい難い。横綱の平均寿命は62歳であるらしい(近年、「昭和の大横綱」とされる大鵬は70歳、北の湖は62歳、千代の富士は61歳で死去した)。これは日本人男性の平均に比べ20歳程度短命である。だとすれば、横綱昇進の伝達式は国家的に止めなければなるまい。倒産した会社の社長にされた人物が社員の再就職に奔走する光景をバブル崩壊期に見たが、あれも、寿命を縮めることであり、止めなくてはなるまい。多分、常識的な判断は、そうではなく、自分の将来に悲観して、ビルから飛び降りるような行為をする憲法上の権利はない、ということなのであろうが、「苦しさ」から逃れたい点では、安楽死まで含めても変わらず、解釈者の人生観を反映しただけの危険もある。

ブーメランは「人格的利益説」もしくは「人格的自律」に戻ってくる。自殺は全人格の否定であり、自殺をする権利はない、というのがこの立場の言わんとするところなのであるが、他方、全てを達観し、全人格的に自らを生産しようという、古武士の自刃のような死が人格的自律から何故否定されるのかは疑問である。そもそも、社会権にも人権を拡げた日本国憲法が、感覚的には自殺に寛容とは思えないのであるが、その感覚に頼れば、人格的自律説の維持の困難さに撞着しそうだというだけである。生命権がある以上放棄できない、というのは、財産権はあっても所有物の処分はできるのだから、詭弁のように見える。

喫煙の自由 喫煙など、「自堕落な行為」を

憲法上の人権と認めることは難しい。憲法13条について、人格的利益説を採用した場合、初めから「自堕落」なのだから「人格」形成とは無縁で、権利性が否定されよう。一般的自由権説に拠っても、このような人権の制約は合理性の基準で審査されるべきものであろうから、なかなかその保護が妥当することは少ない。公共機関の全面禁煙を違憲と言うのは難しかろう。

以前、ヘビースモーカーの教員がいて、その時期、徐々に学内の禁煙区域が広がり、喫煙所も限定的になっていったのだが、こういった議題が出る度に、「まあ、皆さんがそういうならそうですけど、ある大変なヘビースモーカーの先生は大変立派な方です」というような発言を繰り返されていた(コントだ)。受動喫煙の害が言われる中、禁煙はもはや他者加害であり、喫煙の禁止は至上命題だろう。

他方、「危険行為・自堕落な行為」に刑罰を科せるかとなると、刑罰法規による規制は厳格度の高い審査をクリアせねばならない。この点は混同し易い。少なくとも、何らかの意味で他者加害でないものについて刑罰を科すこと、道徳的見地のみから刑罰を科すことは許されない。覚醒剤は他者加害の第一歩である(少なくとも抽象的危険はあろう)と思えるが、大麻はどうなのかということは論点にしてよい。冬山登山の禁止はできるが、禁止破りに刑罰まで科せるかは別であろう。また、刑罰であれば、事後処罰の禁止は堅いルールである。仮に喫煙は刑罰をもって禁止されたとしても、過去の喫煙を処罰できない。過剰な処罰も厳しく禁じられる点、単なる経済的自由の規制とは異なることも留意が必要であろう。

親密な結合の自由 この議論は、もともと1980年代後半にアメリカ連邦最高裁の複数の判例で展開されたものである。「結社」と言っても、政党などの「表現の延長としての結社」と、ボーイスカウトのような「親密な人間関係のための結社」があるとされたのである。後者において、結社から黒人や女性を、つまり、人種や

性別を理由として排除することは許されないとされたのである(前者では、例えば、「女性党」の党員資格が女性に限っても、違憲と言うのは難しいか)。

日本では、あらゆる「結社」が憲法21条の「結社の自由」で保障されるとされてきたきらいがあるが、女子会から「喫茶店での若い男女の初々しい会話」、株式会社、労働組合、暴力団(彼らだって、任侠のような目的は掲げている)まで、全てこの条文で保障した上で、規制の合憲性を考えて、一部の規制を合憲とすることは随分難しいルートに入り込んだ印象である。日本国憲法は、20条(宗教団体)、23条(私立大学)、22条(各種営利法人)、24条(家族)、26条(私立学校)、28条(労働組合)と詳細な条文を有しながら、その条文毎に司法審査基準を違えて保障される範囲を考えればよく、決闘団のような、保障が困難なものは保障しなければよからう。

ところで、教科書ではここで、清い恋愛関係は「親密な結合の自由」だと述べたが、恋愛関係は変化してきた。宇多田ヒカルが「Can You Keep A Secret?」(2001年)で「近づきたいよ君の理想に」と、男性を「君」と呼んだとき、彼女が外国育ちなのを超えて、時代の変化を感じたものである。その母、藤圭子が女性の自分を「私」(あたし、に聞こえる)、男性を「あなた」と呼んだ「新宿の女」(1969年)とのギャップは大きい(大正生まれの爺さんが、いや、貴様と俺だろ、というのは無視するが)。

(4) 名誉権・プライバシー権

「宴のあと」事件(東京地判昭39・9・28下民集15巻9号2317頁) 原告は有田八郎。被告は三島由紀夫で、多分、憲法事件の主人公の中でも劇的な死を迎えた人物である。三島はあまりにも有名なので、有田を説明すると、戦前の外交官で、広田弘毅内閣や第1次近衛文麿内閣などの外務大臣。日独伊三国同盟に反対だった。公職追放を経て、1953年に革新系無所属の衆議院議員となり、1955年と59年に日本社会党推薦で東京都知事選挙に立候補したが落選し、政界を引退した。再婚相手と後に離婚する、東京

の白金台の料亭の女将との関係をモデルにされたことは明らかだとして三島を訴えたが、控訴中の1965年に逝去。五男も外務事務次官。

2 生命・身体的自由

(1) 生命権・健康権・身体的自由

予防接種禍東京訴訟(東京高判平4・12・18判時1445号3頁など) 予防接種禍訴訟が生じることは、最近の学生などの世代にはピンとこないのかもしれない。以前は、インフルエンザやBCGなどは、学校で全員接種だったのであり、マラリア 蟻虫検査も行われていた。不幸にして、予防接種で何万人に1人などの割合で落命することがあるのである。このとき、予防接種を全員に強制しないためにインフルエンザの蔓延が生じ、1万人死亡することが予想されるからといって、本人に非のない子どもが接種強制で1人死亡しても仕方ないなどということは、日本国憲法の解釈、否、人権尊重主義の原則により、言えない筈である。このため、このような不幸な死が生じることが判明したため、学校での強制接種はやめるようになった(古い学校のリーダーたちも首を激しく横に振った)。その反省と後始末が予防接種禍訴訟である。

ところで、体育の授業で武道が必修となり、多くの場合、柔道が選択されているという。指導する体育の先生に柔道の経験が乏しく、不幸にして死亡事故が多発しているという。武道の授業を導入する趣旨は、国防に寄与するためとは謳っていないであろうから、基本的には護身のためであろう。柔道を学んだために護身に成功したケースと、授業中の事故で死傷するケースと、どちらが多いのであろうか。算出は難しいが、考えてもよい課題である。そして、安全という点では、意外と、水着の上から廻しを締めての相撲なのではないかという気がしないでもない(最近、ベルリンでは男女平等だからと、公営プールでの女性のトップレスが許容された)。

因みに、筆者は、ある雨の日に、研究棟の5階で滑って転んだが、その先には階段があった。そのまま行けば大怪我をするところであっ

たが、受け身をしたために助かった。柔道の授業の成果である。高校時代の体育の先生は柔道家で、授業では受け身や基礎的準備運動が主で、決して、格好いい巴投げの練習などを素人にさせなかった。

大阪空港訴訟 (最大判昭56・12・16民集35巻10号1369頁) 高裁判決 (大阪高判昭50・11・27判時797号36頁) が深夜の離発着を差し止めた。最高裁はこの点を覆したが、その後、陸上の空港の深夜・早朝の離発着は自粛されている。24時間空港は海上に作らねば無理ということになり、関西空港の建設に進んだのである。

大阪 (伊丹) 空港は、その領域が、大阪府豊中市、池田市、兵庫県伊丹市が複雑に絡み合うことと、パイロット泣かせで有名であった。周囲に住宅地が広がっているため、離陸すると急旋回する必要があったためである。最も難しいのは、伊丹発香港行きの運行だったそうである。香港空港も市街地にあったが、現在では香港中心部から離れた新空港が国際便は発着するようになり、関空と併せて改善されたい。

本件では、一旦、第1小法廷での判決が決まっていながら大法廷回付となり、判決も延期されての住民側逆転敗訴であったため、国側の圧力・裏工作が取り沙汰されていたが、最高裁判事であった團藤重光の直筆ノートが発見され、裁判官出身ながら法務省付が長かった村上朝一元長官の電話による要望があり、法務省担当者の上申書があつてのことであることが明らかになった (NHK・Eテレ2023年4月15日ETV特集、朝日新聞2023年4月20日朝刊32面)。

(2) 奴隷的拘束・苦役・拷問・残虐刑からの自由

人身売買 刑法は224条以下に略取、誘拐及び人身売買の罪を置いており、刑法225条の営利目的略取及び誘拐罪が明治の制定当初に予定していたのは、未成年者を誘拐してサーカスに売り飛ばしたり、監禁して働かせたりすることだったという。想定されているのは身代金目的の誘拐ではない。225条の2には身の代金目的略取等の罪が規定されているが、見ての通り、

後に (1964年) 追加された条文である。誘拐殺人は最も割に合わない犯罪 (ほぼ捕まり、身代金の奪取はまず失敗し、犯人はほぼ死刑だった) と言われながら、高度成長期には多発していた。また、文語カタカナ書き時代の刑法229条には、誘拐者と被誘拐者が婚姻したときには結局罪に問われないとする但書もあったが、略奪結婚を奨励するのは時代錯誤で、削除された。

3 刑事手続上の生命・身体的自由

(1) 総説

実体的デュー・プロセス理論 身近な英語の先生が、この言葉は変だ、と言われた。仰る通りで、相対立する概念を一緒くたにした不思議な学説であることは否定できない。この説が一気に日本で通説となったのは、基本的には人権の保障は広い方がよいという信仰(?)のせいでもあろうが、刑事手続の保障がただ単に立法されたものを司法官憲が守ればよいだけであれば、国会はこの分野に大草原の如き広汎な立法裁量を有することを意味するが、不名誉な形で人々の生命・自由などを奪う刑罰がそうである筈はなく、また、法律によって人権が制限できることは憲法41条の解釈などから一般的に言えるものであって、31条の存在意義は皆無となるので、いくら文言解釈からは正しいと言われても、最狭義説に乗るわけにはいかない。すると、そこでいう手続保障とは、憲法の要請する手続という意味であろうから、適正手続保障であることは素直に引き出されるであろう。しかし、ここで、刑事「手続」が適正であるためには、刑法のような刑事実体法が適正であることも求められるので、結局、その両方を保障することが憲法31条の要請であるという最広義説が通説となった、という論理展開を、筆者はあまり不思議とは思わない。

ただ、実体的デュー・プロセス理論は、アメリカにおいて、修正14条の適正手続条項を「ドラえもののポケット」のようにしたという難点があり、引き出せるものをきちんと限定的にすべきだという反論が、有力になされている。有

力説(松井茂記、田中英夫ほか)は、手続の適正までが憲法31条の保障であるとする。

しかし、刑事実体法の適正を憲法41条などから引き出すことになれば、一般的な人権制限のレベルでしかこの場面の保障を及ぼさないこととなる。また、憲法33条以下の詳細な条項によればよいとするのでは、空白の保障が抜け落ちる。補足すれば、迅速な刑事裁判を受ける権利の規定があるので、憲法32条は民事・行政裁判を受ける権利に特化すればよい、というのも、後方に控える個別条項を用いて刑事裁判を受ける権利一般を保障するのは、解釈論としてあまり美しくない。そして、「ドラえもののポケット」が日本で問題であるのは憲法13条であり、明文化されていない人権の憲法化の際に頼られる人権が、適正手続条項であるアメリカと、実体権的色彩の強い幸福追求権(13条)である日本とでは異なるように思える。このため、適正手続保障説は採れない。

なお、以前しばしば昔の宮沢俊義説として紹介されていた手続適正・実体法定保障説が、最近、複数の教科書によって提唱されていることには驚愕する。学説発展期の途上に、せめてここまでを、と保障範囲を拡張する説なら理解できるが、現在、この種の「寸止め」をする必要性はなかろう。4象限のうち3つまで保障し、残る1つは保障しないというのは、端的に言って美しくなく、接する両サイドとの齟齬が説明し難い。併せて、実体の適正を13条から比例原則で導くというのであれば、表現の自由の一般的な規制は最終的には13条の問題だと主張しなければ矛盾する。そのような学説は聞いたことがなく、答案においても検討対象とする必要がない、というのが率直なところである。

(2) 被疑者・被拘禁者の権利

強制採尿 刑事訴訟法の論点の一つで、強制採尿の令状は何か必要か、というものがある。判例(最決昭55・10・23刑集34巻5号300頁)は、鑑定処分許可状と身体検査令状があれば可能とするのである。排出された尿を検査する鑑定処

分許可状と、身体にある尿を検査する身体検査令状の合わせ一本の感覚で、苦しい。血液と違い、尿はいずれ排泄されると言っても、検査官の前で無理やり排泄させられるとなると、そこに問題はないか、電話傍受には専門の令状が必要のように、独自の令状の創設が必要に思える。

そう言えば、オリンピックの入賞者は、ドーピングがないかどうか、直ちに尿検査を行われる。古代オリンピック(馬車競技以外)が全裸で行われたように、

米子銀行強盗事件(最判昭53・6・20刑集32巻4号670頁) 自動車検問で有名なこの事件は、「米子銀行」の強盗犯の逃走劇なのだと思います。境線後藤駅近くの「松江相互銀行(後、島根銀行)米子支店」である。犯人は赤軍派。

「米子銀行」は別にある(漫画によく出てきた「東京科学大学」が現実のものとなろうとしている)のであって、1941年に松江銀行と合併して山陰合同銀行となった。相互銀行とは、もともと無尽から発展したもので、平成の頭あたりに、最後は1992年4月に普通銀行に転換し、第二地銀として協会を作った。有名なものとして、北洋銀行、京葉銀行、トマト銀行など。

(3) 被告人の権利

ビデオリンク方式 性犯罪事件において、被害者は被告人を前に尋常に証言できるものではなく、これを避けるために、磨りガラス越し(遮蔽措置)の証言などが行われてきたが、それでも同じ空気の中にいるのは怖いということから、被害者は別室で証言し、声は聞こえても、その様子を被告人は見られない状況を作った。

このことは、性犯罪被害者の保護という点では格段の進歩である。他面、いかなる被告人も有罪判決が確定するまでは無罪の推定を受ける。その中で、被告人は証人尋問権が憲法上保障されている。自分に不利な証言に対して、それに尋問を行い、事実関係の有無や証言の矛盾などを叩く権利がある。被告人は冤罪かもしれないのである(実際、痴漢とされた男性が無罪となった例も多い)。この話、刑事裁判のイロハだった

はずであるが、性犯罪事件になるとどうも忘れ去られがちである。性犯罪は許せないということと適正手続の尊重は別の問題である。

死刑 論文集でも触れたことであるが、憲法の教科書を時系列的に見たとき、終戦直後にはほぼ当然と書かれているのに、最近では違憲とは言えなくとも廃止の方が望ましいという色合いが濃くなるのが、死刑についてである。以前は、結構な人権派の憲法学者でも、それを違憲とまで言い放つ人は稀だった。近年は、ある意味、憲法論の枠から飛び出すが如く、廃止論を唱える人が多い。多くの国が死刑を廃止もしくは停止している国際情勢を頼りにする傾向がある。その方が人権派であるらしい。

憲法31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命」「を奪はれ」「ない」と謳っており、死刑は予定されていると見てよく（但し、廃止しても違憲ではない、やはり、国家保護義務論寄りの理解はできない）、違憲論は難しい。他方、残虐刑の禁止を36条が規定しているなど、憲法はそれを簡単に許容しているものでもない。現行の法令と運用には様々な問題がある。執行方法について、法律もしくはその委任を受けた省令で定められていないこと、唯一の根拠法規とされる明治期の命令の凶とも異なっていること、既により残虐でない執行方法がありながら、絞首刑が選ばれていること、生命の剥奪は特に必要最小限の規制であるべきところ、その範囲が限定されていないこと（殺人一般ではない筈である。死刑の求刑がなされるのはごく凶悪な殺人犯だけである）、死刑事件を担当するに足る弁護人が選ばれることが保障されていないこと、その他、特に慎重な手続が要請され、死刑の可能性のある事案であることが一審冒頭から明らかでないこと、そして、何れの裁判所も死刑を妥当とするケースに限られていないことなど、峻厳で最大限の人権制約であることに比例したものとは思えないことなどである。その意味で、現行の制度は違憲の疑いが濃い。また、こういった障害を乗り越えてまで死刑を執行する意味が

あまりない。抑止力があるようにも思えない。人権制限が「必要最小限度」かどうか疑わしく、死刑になりたくて何人も殺して出頭する者が日常化すれば、むしろ死刑制度が殺人を助長していることにすらなる。また、死刑制度は、密室取調べなどと共に、犯罪人引渡し条約を日本が殆どの国と結べぬ障害となっている。鯨を食うことと共に、野蛮だとの評価の一因でもある。冤罪の危険がなお大きいことも、東電女子社員殺人事件や袴田事件で明らかである。

こういったことから、まずは死刑を停止し、犯罪が増えるかどうか見守ることは試してもよい時期がきたように思える。教科書には書かなかった憲法論を超えたコメントだが。

4 平等権

(2) 判断基準

準通説 憲法14条1項後段列举事由による差別は厳格審査の対象であるとする説の表記である。

「通説」と表記してよいのは芦部信喜説だけというのが憲法学界の暗黙の了解のように思える。そして、「伝統的通説」は宮沢俊義説を指す。では、芦部説を常に「通説」と表記してよいかと言えば、少数ながら芦部説が多数・有力とは言えない場面があり、その際にはこの表記を差し控えることとなる。本論点がまさにそうであり、芦部説は、性差別と社会的身分差別には中間審査を提唱しているのである。しかし、今や、列举事由丸ごと厳格審査という立場は圧倒的となり、有力説も挙ってここに集結している。こういう場合、「有力説」と表記するのも弱い気がしたので、筆者は「準通説」という概念を創設してしまったわけである（補足すると、「多数説」でもない。例えば、自衛隊違憲論は今なお学界多数説なのかもしれないが、現時点では有力説ではない。有力な見解はほぼ支持しなくなっている。積極的に支持しなくなったと言ってよいからである）。

なお、この部分では、佐藤幸治説も「第一関門」を立てるという独自の立場は一貫して変えていない。だが、弟子筋も含めて、学説の殆どがこ

れに追随しないということも一貫している。佐藤説は、どうやら封建的・前近代的な人間観・社会観・国家観を表出させた人の区分を一発で違憲とするためにこういった概念を打ち立てたようであるが、もしそうであれば厳格審査で当然に違憲なのではないか、というのが多くの説の思うところのようである。

サラリーマン税金訴訟（最大判昭60・3・27民集39巻2号247頁） 筆者も給与所得者であるので、いわゆるクロヨン税制（もしくは、トウゴウサンピン）についてはある種の感情を有している。高度経済成長期も終わり、サラリーマンは気楽な稼業ではない。とは言え、理論上、生来の差別、14条列举事由の差別こそが厳格審査であると述べながら、ここで例外を認め、サラリーマンは「社会的身分」だなどと言い出すと、体系的信頼性を失う。自分の肌感を全結論に反映させようとはしない方が賢明である。

（正編の「学生無年金障害者訴訟」の補足） コロナ禍の休業補償について、新聞で、2名の同業者がこの状況を違憲と述べていたことである。確かにその方がウケはよい。ただ、結果、憲法判断の枠組みは、「合理性」の基準、比較衡量、比例原則付き三段階審査に戻り、最終的には、解釈者を全人格的に信ぜよ、となって、法「学」ではなくなる。それでよいわけはあるまい。

定年制 定年制は仕方ないと思ってきたが、元気で還暦が近くなると、年齢差別だという感情は湧いてくる。西郷翁、芭蕉翁は共に50代で亡くなっているし、「村の渡しの船頭さんは今年六十のおじいさん」という童謡（作詞武内俊子）もあった。今時、60代をおじいさん・おばあさんと呼ぶと、元気に張り倒されるのがオチである。

法学者業界は、つい最近まで若手教授だったのにあつという間にベテランとなり、定年となる。蟬のようだ。大学自体、経営が苦しいのか、若い教員を任期付助教で採用したい圧力が強まっている。担当授業時間数も多い。採用条件に「英語で授業ができること」が加わっている

ことも多い（結果として、超一流大学以外は、英語はできるが本体の研究が疎かな人が採用され易い）。3年後にはクビということも恐れねばならない。婚期も遅れる。それで、次世代の研究者が育つのかも疑問がある。法科大学院認可のため、マル合の教員が欲しいと、70代でも、下手をすると80代でも採用していたのはつい最近だが。

(3) 列举事由

男女別の定員 東京都立高校は、長年、生徒募集にあたって男女別の定員を示してきた。このため、高校により、男女で合格最低点が異なることことは普通であった。埼玉、栃木、群馬などで県立の男子校・女子校が厳然と続いているよりはマシだとも言えるが（なお、都内でも、国立の筑波大学附属駒場高校、お茶の水女子大学附属高校は今なおそれぞれ男子校、女子校である。また、筑波大学附属高校の定員は、以前は、男女比が2対1であったが、現在では1対1である）、当事者にとっては不公平なことこの上ない。なお、著名な話であるが、GHQも事前の調べで、西日本は保守的・男尊女卑の気風が強いとの予習があつて、厳然と新制高校は例外なく共学にさせたが、仙台に駐屯した皆さんは、地元と懇意になり、母校の伝統を守ってほしいという声に流されて、別学を認めてしまったため、北関東から東北に公立の別学高校が残ったという経緯がある（この結果、高崎高校と前橋高校は、お互いを山猿・白豚と罵る、美しい？伝統が残った）。違憲であろう。

閑話休題。東京でこうなる原因として、私立高校の入試定員が男子校で多く、女子校で少ない（中学入試しか行わない。なお、2023年4月、奈良の東大寺学園が高校入試を次年度から完全にやめることが報道された）ことがあり、放置すると、都立高校が相当女子生徒で占められることを嫌ったからだと言われている。また、遠因として、地区名門校はほぼ旧制中学、つまりは男子校だったので、男子の定員が多めであったことなどもある（逆に、旧制高等女学校であった高校は女子の定員が多かった）。とは言え、男子校も女子校も、少子化による経営難から共学に衣替えの途中で

ある。パンカラで有名だった某私立男子高が、校名をローマ字表記に、次から共学にしますとする広告を電車で発見したときは相当驚いたものである。私学といえども、共学は時代の流れで、社会に出て男子だけ、女子だけという環境は歌舞伎と宝塚ぐらいしかないのだから、そうになっていくことは望ましいし、50年経過したら男子校・女子校は公序良俗違反と言われなくても限らない（その前に、2023年春、いくつかの女子大の募集停止が報じられた）。なお、私学も、共学化の最大の抵抗勢力がいわゆる進学校であることは国公立と同じである（これが是正されると、例えば、「東大で女子学生がやっと2割」問題はかなり解消するのではあるまいか、そもそも前提としての差別的制度の解消が先で、その尻拭いの無理やりな積極的差別是正措置はほぼ無用となろう）。

社会的身分 語感としては、どこそこの有名会社の重役であるとか、地元の名士であるとか、スポーツ界では一目置かれた存在であることなどを指すところ、準通説は狭義説に傾斜し、非嫡出子などを例に、生来の身分と解している。そうでなければ、他の14条1項後段列挙事由がそうであることと合致せず、また、厳格審査を行うという一貫性が崩れる。

5 家族に関する権利

(1) 婚姻の自由と家族の保護

「家」の存続を理由とした一夫多妻制 もし、民法がこのようなものを許容していたら、殆どの人は一発で違憲と思うであろう。これをわざわざここで取り上げるのは、佐藤幸治による14条解釈説として支持が広がらない部分（「第一関門」）について、もしかすると24条解釈論に応用できる可能性を感じたからである。個人よりもイエ、ムラ、国や全体を優先する制度はそう解せないか、そもそも、24条は13条と14条の特別則だというのが現在有力な見解であるので、厳格審査ベースである。結果、夫婦同姓の例外なき強制などは、このあたりから違憲に持ち込め、家族主義的憲法学説にゲーム・オーバーを宣告できる可能性もなくはない（それ以前に、24条論は未開の荒野だ）。

前に、24条論は未開の荒野だ）。

婚姻の自由 法律上、婚姻の自由は保障され、自由な恋愛は戦後民主主義の象徴のように言われる。他方、職業倫理的な問題はあり、政治家の不倫は追及されるだろうし、被告人と交際して辞職した裁判官もいた（町長選に立候補して退職金はせしめた。これをきっかけに、弾劾裁判所に起訴された裁判官の辞職はできないよう、法改正された）。

教職にある者、教え子と恋愛したり結婚したりしてはなるまい。今時、「聖職」と言い張る気はないが、評価権を有している者がその対象者と特別な関係に入ることは、不正の外見を備えてしまい、他の学生から見れば環境型セクハラであろう。せめて、卒業・修了が決まるまでは待つべきであるし、待てないなら、教職にある者が別の学校に異動するなどすべきである（念のためであるが、筆者は、大学院生同士が恋愛関係にあり、片方が助教などになった後に結婚することなどを非難するものではない）。

平成の初め、筆者は関西地方で大学院生であったが、この頃にこれに抵触することが身近に3件あったのである。それ以上に驚いたのは、周辺が、この種のことをすっかり歓迎する雰囲気だったことである。色恋至上主義か、首都圏で就職後、ある先生に、懇親会の場で、そう言えば、先生の師匠のA先生は大学院生と結婚したんですよ、という話をしたところ、その先生は明らかに嫌そうな顔をなされ、察するに、弟子としてはあからさまに反対できないが、倫理的に許されるものではないということを縷々言いたいとでも言いたげであった。そう言えば、そのA先生も関西の某大学の出身である。

このようなことは、冷戦終結直後に日本の一地域の常識だったのだと言い張れたとしても、現在では世界的非常識である。大学でもハラスメント研修は細かに行われるようになっているが、大学院博士課程でも「大学教職倫理」（1単位）か何かを設けて、受講を勧めておいてはどうか。教員のハラスメント研修以前に、

(2) 家族と平等

一つの日本法 しばしば日本法は蛸壺型であり、他の法分野を気にせずにそれぞれの中で発展・発達してきている、という評も聞く。「文明の周辺」に位置する日本は、古代から、様々な文化・文明を受け入れては、これをアレンジし、応用して優れたものを生産してきた。ドイツ人が理論化し、イギリス人が発明し、アメリカ人が量産化に成功したものを、コンパクトにしてインドで大量に販売するのは日本人だったりする。そう言えば、インド由来のカレーも、イギリス経由で日本式のカレーとなり、CoCo壺番屋はインドに出店するに至った。法学者がそういった習い性から自由である筈がない。

このため、日本の官僚や法学者は、明治期にあくせくと西欧の法律学を吸収し、船で送らせては猛然と翻訳してきた。民法は民法で、刑法は刑法で、ということがあり、独自の発展を遂げた。戦前は、どうしても「先生」はドイツだとの傾向は強かったので、相互に似ていたが、戦後、憲法や刑事訴訟法などがアメリカの影響を受け、また、分野によってはフランス法やイギリス法の影響も大きく、そうしたことでかえって蛸壺化も進んだと言えよう。

ただ、同じ国の法律学が、理念や概念から解釈手法、用語法までバラバラというのは望ましいことではなく、同じく法学部で勉強するのであれば、その中で次第に擦り合わせを重ねていくべきである（余談だが、司法試験の短答式の出題形式が憲法・民法・刑法で平然とことなるのは如何なものか。それをよしとでもいうAIはあるんか）。最終的には、上位法である、憲法と「日本が批准した後に国内法化された条約法」と整合性を問うことで、体系性を取り戻していこう。

こうした作業は、ある法分野の憲法化・国際化と呼んでよかろう（特に、「家族法の憲法化」という表現はよく目にした）。具体的には、特定の条文や適用が憲法適合的であることを重要な解釈方針とするようになることであり、合憲限定（拡張）解釈や適用違憲の手法が採られるということである。対条約についても、いわば、合条約

限定（拡張）解釈や適用条約違反の解釈とでも言うべきものがなされるということである。この現象を憲法側から見れば、憲法の〇〇法化（「憲法の家族法化」という表現もよく目にした）、ということになり、憲法学が民法や刑法、労働法や経済法の解釈に入り込むことを意味する。実定法の広範な学習は必要である。そして、憲法は公法であるということから、行政法との関係ばかりが強調されてきたことの限界も（日本公法学会会員としても）再考する余地があろう。

なお、自動翻訳機の発達は激しい。当初、あやふや、というより相当の誤訳が山積していたレベルから、相当正確なものとなり、専門用語もまずまず的確に捉えるようになった。このため、ただ、欧文を日本語に翻訳して紀要に公表するのが主たる業績という法学研究者は、ほぼ存在価値を失った。自動翻訳機は会話についても精度を増している（2023年4月初旬、高校生がスマホのその機能を使って外国人の飛び降り自殺を説得して止めたというニュースがあった）ので、英文講読の授業すら、その補助のできる可能性もある。要は、留学してその国の法学研究者よりもその国の法学者というくらいに詳しくなる（下手をすると、自分が日本人であることを忘れてしまうが、国内実定法学が国民国家を前提としている以上、現時点では、それは行き過ぎである）か、もう、日本の実定法解釈論に特化するか、何れかではあるまいか（2000年頃、大学院生に向けて自動翻訳機のデモンストレーションを行い、このことを予言したのだが、その際に、ドイツ語のものはあるかあ？とだけ聞いてきた某先生は事の本質を理解していない）。

チャットAIの進歩も凄いようだが、パクリというより捏造の凄さである。学生時代、ある科目のヤマが完全に外れて、想像力豊かに答案を「捏造」したところ、何故か良かったことがあるが、それに近いのか。

第8章 精神的自由

1 総説

精神的自由の相互関係 図表は「集会社社の

自由]、「表現の自由」、「思想良心の自由」という横串が、「宗教」と「学問」という具を串刺しにする形になっている(書いているとだんだん、蒲焼が食べたい! おでんでも可)。

憲法の多くの教科書は、精神的自由の章の順序について、条文の順であることが多く、あるいは、「信教の自由」の次に「学問の自由」を語ることも多いのであるが、横串が一般法で、縦の「具」が特別法の関係であることを意識すれば、「思想良心の自由」、「表現の自由」、間に「通信の秘密」を挟んで、「集会結社の自由」という順をベースに、「信教の自由」、「学問の自由」で終わるのが合理的だと提言したい(いずれ、「通信の秘密」は13条の直後に移行か)。

2 思想・信条の自由

(1) 保護の意義と歴史的経緯

アンチ巨人 筆者の幼少期は、川上哲治監督率いる読売巨人軍(正式の法人名である。無論、私人間効力を通じて憲法9条違反というわけではない)は破竹の日本シリーズ9連覇の時期で、王と長嶋がいるのだから、筆者のような天邪鬼あまのじやくでなければ、東京の子どもは巨人ファンであった(その後、1980年代あたりになると、最頂球団ひいきはバラバラになる。大阪の人が、東京人は皆巨人ファンなので、というのは一般的には的外れで、大阪における阪神タイガースの立ち位置とは異なる。野村克也が「スワローズは東京の球団です。巨人は日本の球団です」と迷言?したように、むしろ、地上波中継を頼りとしていた非都市部の方が巨人ファン率は高い)。王さんにも長嶋さんにも何の恨みもないが、ただ、当然に巨人が好きになるべきであるとか、巨人が優勝するのが当然という空気は嫌いであった。運動会の応援歌が「巨人の星」だったときはちゃんと歌わなかった(思想信条の自由の行使である。そもそも、あの漫画は兎跳びや大リーグボール養成ギブスなど非科学的で集団主義的な根性論である)。その意味では筆者はアンチ「巨人ファン」だったのかもしれない。

反共主義や反軍国主義が憲法上「思想」と言えるなら、アンチ巨人も(無論、アンチ阪神も)

憲法上の保護があつてよい。それが思想形成途上のものだとしても、毎年、巨人が優勝し、都市銀行の金利はどこも一緒で、自民党政権が延々と続いている自由社会というのはどうも疑問だと思ふ少年が、こんな仕事に就くものである(ただ、アンチ巨人という言い方はジャイアンツが強いから成立するものであって、Bクラスが常態化すれば、わざわざ言う必要はない)。

3 表現の自由

(1) 保護の意義と歴史的経緯

一切の表現 憲法21条はどんな形であっても表現行為を一旦は保障しているのであり、例示として馬鹿馬鹿しいが、狼煙のろしでもペンライト振りでも表現行為である。例示のピラも古いが、憲法判例も多いし、現時点でもっとも基礎的な表現手段であり、その規制として何が憲法上許容されるかを考えることは、21条論を堅実なものにしよう。

昔、モールス信号という通信手段、表現手段があった。筆者の父方の祖父はその使い手(通信省から某銀行で)であった。それはそうと、祖父は「ジャイアント馬場を育てたのは自分だ」などとホラを吹いていた。祖父は力道山ではなかった筈だ。また、現在の京急だか横浜市電だかの、今で言うマナー標語のコンテストで、「入り口塞げば一人で満員」で入選したことがある。表現もいろいろある。

象徴的表現 文字や発声などを用いた伝統的な表現行為だけを憲法上の「表現」に限定してしまうと、その手段の「自由」はなくなり、合わせて「表現の自由」を保障したことにならないとの懸念が生ずる。岡本太郎が太陽の塔を建てて、丹下健三の設計した大阪万博の建物の屋根をぶち破ったり、YMO(イエロー・マジック・オーケストラ)が電子音を引っ提げて世界進出したりというのはしにくかった可能性がある。要するに、前衛芸術は既成概念との戦いである。

最初、前衛芸術は、誰にもそのメッセージが伝わらないところから始まる。その段階で「表現」と言つてよいのか、という疑問もないでは

ないが、それを認めるとすれば、想像を絶する表現行為であっても憲法上の「表現」と認めつつ、他者加害の限りで制約するということが、ただ、芥川龍之介「地獄変」の主人公は、芸術のためなら女官を一人焼死させてもいいと思っていたように、芸術家の奔放を許すのも、全学委員会での文学部選出委員の冗長な演説を許すのも、忍耐に限度があるのかもしれない。

情報収集権 演習でレポートを書くために図書館で資料を集めることなどである。この段階で、まだ、表現する内容は確定していないが、表現をするための行為であって、憲法21条の保障範囲だと考える方が適切である。最高裁は、以前、石井記者事件（最大判昭27・8・6刑集6巻8号974頁）において、取材の自由は保障範囲でないと述べていたが、この点から見ても変であった。

近年、資料集めは、図書館で蔵書を抱えてコピーして、という肉体労働ばかりでなく、オンラインでpdfを入手することが多くなってきた。最近執筆した論説で言えば、リストアップした論考（資料）のうち、3分の1は本学図書館・資料室で複写、4分の1は本学図書館に複写依頼（本学に資料がなく、他大学図書館の資料を頼る）、そして、4分の1は大学のリポジトリや国会図書館のサイトからpdfで入手し、残り6分の1程度は、まあよしとして入手しなかった感じである。時代は変わったもので、本当に、自宅のパソコンを使って資料を全部揃え、パソコンから論文を送付しておしまい、ということに間も無くなりそうである（横浜法学も2023年度から電磁化媒体を主体とするようになった。横浜国際社会科学研究所はもっと前から）。このため、紀要の編集・印刷・郵送という、情報編集権と情報伝達権の有体物性がなくなりつつあるのである。権威ある紀要でなくとも雑誌の刊行は電磁上でできるようになると、研究業績としてカウントしてよいものとそうでないものの区別が必要となる。そして、情報を情報として創造することも、今ではAIが自動的に、しかも、その作家

風のものを書き上げることができそうなのだ。そうだから、検査が必要である。ある種の盗作、捏造はいくらでも可能になる時代が近い。で、何を持ってその人の著作と認めるのか、ガイドラインの取り纏めは急務である。その検査もまたAIであったりする（1980年代、鳳啓助・京唄子の漫才で、そのうちロボットが漫才をするようになる、でも大丈夫、お客もロボットだから、というオチのものがあり、先見の明があった）。

船橋市西図書館事件（最判平17・7・14民集59巻6号1569頁） 公立図書館は、一旦購入し閲覧に供したものについては、表現内容中立的・思想中立的な扱いをしなければならないということが判例のメッセージであろう。これに対して、天皇コラージュ事件判決（名古屋高金沢支判平12・2・16判時1726号111頁）は、公立美術館は、一旦購入した絵画について閲覧すべきでないとは判断すれば、自由に売却できる、つまりは一般公開できない状態になっても憲法問題にはならない、ということを語ったように思える。

確かに、図書館が情報のプールであり、それが公共の財産であって、書籍の価値が普通、新刊から漸減していくのと異なり、絵画は情報というよりは美術品であり、財産そのものとして、その価値が、モノによっては高騰することもある、という違いもある。このため、美術館が、実際には右翼の街宣車を恐れて問題の絵画を売却したのだとしても、財政的に、高額になったその絵を売ったのだと言われれば、一般人には反論が難しい面がある。いかにも的事案だから問題となった。もしも、公立美術館が思想中立的にはあり得ない判断をしたと認定できる事案であれば、判決は逆のものだったかもしれない。

そう言えば、アメリカの昔の判例で、市営水泳プールから黒人を排除することが違憲の疑いを指摘されて、プールそのものを閉鎖してしまった事案があった。本件でも、公立の図書館や美術館を閉鎖されると、元も子もないが、憲法問題にし難い。公民館など、限定的パブリック・フォーラムにも共通する問題である。

(2) 表現の自由における特殊法理

類型の区別 政治的言論と非政治的言論は区別がつくか。例として挙げたものの具体例は、沖縄の基地問題を素材とした日活ロマンポルノ「黒い雪」(武智鉄二監督, 1965年)あたりと、トヨタ・プリウスの環境適合性を訴える広告などが念頭にある。

また、表現内容に向けられた規制と、表現内容中立的規制の区別が可能なのかも微妙な問題である。前述のように、看板から赤色を排除する条例がどちらの例かは難しいところであるし、昔、問題となった、ポケモンの番組でのパカパカという手法(2色の対照的な色をごく短時間に繰り返す映像手法で、熱中して観ていた幼児が倒れて問題となった)はどちらなのか、音量だって表現者にとって伝えるべき内容ではないのか(ヘビメタバンドだって、騒さわくような音量に抑えられては、抒情派フォークと間違えられる)、などと考えると、これらの区別はどれも難しく、そうであれば、原則に立ち戻って、表現権規制は厳格審査を及ぼせばよい、ということであろう。

独自説 昔、團藤重光門下に、東大首席、国家公務員試験一番、旧司法試験一番という「三冠王」の秀才、藤木英雄という刑法学者(東大教授)があった。若くして亡くなられたのは残念で、長命であれば、刑法学説を大きく変えた可能性もあったのであろう。その藤木青年が、司法試験論述式の刑法で、独自説をその場で作り、採点者を唖らせたという逸話がある。空前絶後である。

この話をするのは、ついつい、皆、学生時代に答案作成中に、苦手科目に限って(あるいは、あまり優秀でない人に限って)、独自説を作って凌しのごうというヒラメキに流されていいと思っているかに見えるからである。藤木先生も、専門とする刑法ではこの技に出たが、他の科目ではやらなかったようで、「独自説」はこのレベルの人だけと思うべき、普通の秀才はやめるべきである(そのうち通説になる。が口癖だった某先生は、全般的に少数無力説のまま人生を終えた)。

それでも、自分は天才だ、という方は止めない。ただ、天才にはついていけない。長嶋茂雄選手の打撃教室は誰一人理解できなかったそうであるし、北の湖親方の、廻しの切り方の弟子への伝授は成功しなかったらしい。某先生の授業は、並の学生には理解不能だった、という話(矢崎光圀先生の、「遠近法、知りませんか、遠近法。これは明治42年に帝国議会通过した法律で……ではなく」に始まり、しかし、授業の最後にいきなり纏まる話とか)はいろいろある。

LRAの基準(「より制限的でない他に選択し得る手段」の基準) このテクニカル・タームは、「特別権力関係」などと並んで、本当に、法学部の初学者が乱用したがるものである。専門の勉強をしたぞ、という高揚感を感じるのであろう。その意味で麻薬と一緒にある。以前に、これについて論考を発表したことがあるのである(『司法権・憲法訴訟論下巻』所収)が、このことを論じた論説は、驚おどくなかれ、ほぼ皆無だった。なのに、ここまで人口に膾炙くわいししているのである。

人権の制限は必要最小限度でなければならぬ、ということは一般論であるから、表現内容中立規制において中間審査基準の際の合憲性判定テストとして用いるべきもの、というよくある理解は、適切とは言い難い。それは、人権総論の普通の話である。アメリカでの用いられ方、代表的な猿払事件一審判決(旭川地判昭43・3・25下刑集10巻3号293頁)での用いられ方などとも異なり、ピュア・モルトな芦部説とも言い難く、ますます正統性が疑わしい。以上に鑑み、表現規制にサンクション(特に刑罰)を科すときには、厳密にその禁止効果のある最小限の規制でなければ違憲である、という合憲性判断テストとして、厳格審査基準の下、ほぼこの分野にだけ適用すべきものである(死刑は、死刑でなければ犯罪を抑止できないケースに限るべきだ、という意味でこれをLRAの基準とする主張もあろうが、厳格審査の下ではあっても、これをそう言ってよいか微妙なところである)。

文面審査 文面審査について、(どうやら、『憲

法』〔第7版〕（高橋和之補訂，岩波書店，2019）を根拠に）芦部説は刑事手続についても認める趣旨だという発言も聞いたことがある。以前書いたことがあることだが，そう読めないし，生前のご発言からもそう理解できない。司法権というのは，それを争点にしたときに法的利益を得る人が正当に主張する限りで認めるものであって，憲法上の争点であっても，違憲審査権が憲法76条を根拠に成立することを前提にする限り，同様であり，文面審査というのは，その大例外として，精神的自由（もしくは表現の自由）の優越的地位を根拠として認められるものである筈であるので，そう簡単に守備範囲を広げるべきではない。そして，文面審査の場面も，事前抑制，過度に広汎，曖昧漠然の伝統的な3種に限られる，というのも領ける。なお，芦部説の抽出を『憲法』〔第7版〕（高橋和之補訂，岩波書店，2019）から行う研究者が最近いるのであるが，同書は放送大学の教養科目テキストを基としており，基原稿は別の先生が書き，また別の先生がチェックしたものだというのがある。これを「芦部説」として引用するのは，その論点でよほど他に「芦部説」の根拠となる文献等がない（前述の有斐閣の教科書はⅢ〔増補版〕までで未完に終わった）場合に限るとするのが不文律だった気もするのであるが，それが通じない（芦部先生が学会で，立ち去ろうものなら，報告者は狼狽するのはと微動だにせずに報告を聞かれていた様子を知らぬ）世代がある。

税関検査事件（最大判昭59・12・12民集38巻12号1308頁）2度にわたるメープルソープ事件（最判平11・2・23判時1670号3頁，最判平20・2・19民集62巻2号445頁）でもそうであったが，税関検査の憲法問題の大半は，猥褻物の輸入の問題である（春風亭柳昇の新作落語「税関風景」は，遺骨と偽っての薬物密輸を元ネタに，ポルノを密輸する話に仕立てている）。

猥褻物の税関検査（「税関検閲」という表記もある）は，麻薬のそれとは異なり，表現の自由の規制であり，厳格審査の下，様々な合憲性判断テストもクリアせねばならないし，文面違憲の

法理も掻い潜らなければ合憲とは言えない。特に，事前抑制の問題は避けられない。海外では既に公開されているものだから「事前」抑制ではない，という反論もあろうが，そもそも日本法の適用範囲は国内にしか及ばないのであるから，日本国内に入ってくるもしくはそこで創造されて公表される時点より前か後かで考えるしかない。害悪が大きく，それを差し止めるしか規制方法がないことを，国側が立証しなければ違憲だというのが本筋となる。一律の網羅的な差止めは違憲である，ということになる。

それはそうだ，とした上でこのことを実際に実施しようとする時，猥褻物の輸入を認知した税関職員は，それが，ハードコア・ポルノであるなど，猥褻物か否かを判断せねば，過大な規制として違憲の国家作用を行ったものとされてしまう。実際，第2次メープルソープ事件判決では，写真集の猥褻性は否定された。一部に性器のアップがあっても，であった。もはや，現場の一公務員の裁量を超えていよう。かといって，税関毎に，独立行政委員会として猥褻物審査委員会などを設置すべきというのであろうか。それとも，性表現も表現の自由の一翼であるとして，大人同士の世界に限られるならば（これも，厳密に言えば某有名写真集のモデルは撮影時17歳だったが，その所持を大量検挙すべきか？），一旦は野放しにすべきか。現実問題としては（裁く側に回ると）難しい。

家永教科書裁判（最判平9・8・29民集51巻7号2921頁など）家永教科書裁判は長い。表記の判決は第3次訴訟の最高裁判決であるが，1962年の検定不合格から考えても，約35年の長期裁判である。

第2次訴訟は最高裁で差戻しとなっており，判決は全部で10である。以前，とある判例集で家永教科書裁判全体を担当したことがあったが，数としてもこれだけあり，それぞれの判例が，この絵画は軍人の遺族は毅然としているというよりもその悲しみを表現していると考えられる，という風に一個一個の表記を認定してい

るので、長いのである。これだけの判例を読み込み、総合的な評釈を示すのは、5代目古今亭志ん生師匠の「黄金餅」ではないが、三次訴訟を戦い終えて弁護士はみんなくたびれた、……あたし（評釈者）もくたびれた、という感じである。でも、家永三郎は矍鑠としていた。

地歴の教科書検定は、執筆者も検定官も譲らないのか、揉めることが多い(家庭科も多い)。様々な観方があるのだから、絶対と絶対の戦いは不毛である。公民分野で争いになることは意外と少ないのは、社会科学というのはいささかというものと両方が理解しているからだろうか。

広島市暴走族追放条例事件 (最判平19・9・18刑集61巻6号601頁) 「暴走族」の定義は難しい。本件で市が定義したいのは、暴走行為の方ではなく、いわゆる特攻服を着て威圧する集団の方であるが、これをどう形容するかである。「特異な服装をし、顔面の全部若しくは一部を覆い隠し」で、あの服装と解るかどうか。風邪気味のコスプレイヤー、覆面レスラー、(中の人を基準として) ふなっしーは暴走族だろうか。

東京都公安条例事件 (最大判昭35・7・20刑集14巻9号1243頁) デモなど表現活動の規制は過剰であってはならない。警察など規制する側からすれば、デモは「甚だしい場合には一瞬にして暴徒と化」すものであり、広汎に規制したくなる。このため、人数を制限し、目立った表通りでのものは禁止し、目立つ時間帯を禁止し、立ち上がれば走り出すだろうからと禁止を強めていくと、「明け方、3、4人で裏通りを小声で這っていくようなものしか認められなくなる」(©中山勲)。このようなものを「デモ行進」と言えようか。

広汎な規制は、それが規制者の恣意的判断を呼び込むことが危険である。

(3) 表現内容に基づく規制

予言の自己成就 人間が次の行動を決めている社会においては、正しい予測や予言が外れ、いい加減な予測や予言が当たることがある。前者の例としては、渋滞予測で、ドライバーの一

定数が混雑時間帯回避の行動に出れば外れるし、壮大なものとしては、カール・マルクスの予言は、資本主義諸国の社会国家化、防貧政策によって外れたと言えるのかもしれない。

後者の例としては、1973年の豊川信用金庫事件が有名である。「あそこ、危ないのよ」という、女子高校生の就職試験の話が伝言ゲームで伝わり、取付け騒ぎになった。国による預金保護制度があるので、庶民のちょっとした預金は保護される。O型の人間はおおらかだという血液型性格分析を皆が信じて、そうなりたいと行動し始めると、O型諸氏がおおらかになってしまうなど(偏狭なO型もいる気がする)。

選挙に関しては、中選挙区制では起き易い。大政党は複数の候補を立てないと過半数を維持できないが、その政党の支持者は、事前の予想で、当落線やや下の候補に票を投じるのが合理的で、当選確実の候補には入れないが、その結果、稀に、当選確実の候補が落選の憂き目に遭うのである。

これに徴し明らか 最高裁の、先例の通りとして終わりにする際の常套句である。全く同じ事件は2度起きないのであるから、どのような意味でその事案を先例とできるのかの説明は必要な筈である。しかし、しばしば、あまり関係のない判例も挙げることは多く、それは適切ではない。類似の事案であることは必要である。

このような「判示」は裁判官の特権であり、学生の答案で真似すべきものではない。表現の自由の関する事案であれば、厳格審査であることを十分に説明し、法令及びその適用について、やむにやまれぬ目的と必要最小限度の手段が認められるかを審査し、原則として違憲ベースで書くことを推奨する。

ところで、「これに徴し明らか」とでも書きたくなるのが政教分離の事案ではないか。通説・判例とされる目的効果基準は、厳格にも緩やかにも使え、そのままでは融通無碍である。元となった、アメリカ連邦最高裁のレモン・テストもそうである。しかし、連邦最高裁は現在、

政教分離事例でレモン・テストなどを振り回すのではなく、類似の先例を探し出し、それに類する結論を導くことが多くなっている。これは、先例拘束力を背景とした裁判官の知恵であるが、やはり、答案で真似できないことには変わりがない。絶対的基準に帰依することは難しく、精神的自由が厳格審査ベースであることに鑑みれば、政教分離が無理である（もしくは、そうするとかえって信教の自由の過剰な制約を呼び込んでしまう）事案以外は同基準を厳格に用い、違憲ベースの答案を書くのが適切である。

サンケイ新聞意見広告事件（最判昭62・4・24民集41巻3号490頁） アクセス権もしくは反論権の先例となっている事件である。保革伯仲の中、サンケイ新聞に叩かれた日本共産党の言い分も解らないではないが、新聞社があくまでも私人である以上、これに憲法上の強制力を持たせることは難しい。

これをまさにここに引き寄せて言えば、本稿で批判された人などが、本誌に、本学会の費用で、自らの反論する論文を掲載できると主張するようなものである。表現の自由の社会権化なのか、私人間効力なのか、何れにしても成立しまい。その意味で、この事件で訴えを斥けた最高裁は妥当である。

いや、サンケイ新聞は「社会的権力」だ、という反論もあるかもしれないが、近時の憲法学では、私人間効力論でこの概念は影が薄い。何がそうであるのか線引きが難しいし、そもそも私人の一部を国家機関の如く扱うことは疑問である。補足すれば、サンケイ新聞は現在、中日、日経は勿論、赤旗や聖教新聞、日刊スポーツやデイリースポーツにも部数で及ばないと言われており、影響力は随分小さくなった。発行部数だけで言えば、多分、日本共産党の方がよっぽど社会的権力である。

博多駅テレビフィルム事件（最大決昭44・11・26刑集23巻11号1490頁） 本書は極めて遊びが少ないものであるが、数少ないところで、作図の中の機関車のパンタグラフが門司を境に異

なっている。大量の電流を必要とする直流機関車は2つ、高圧の交流機関車は1つのそれを上げている（ケイコマ!）。急行「雲仙・西海」は東京から長崎と佐世保に向かう列車（大阪―博多が夜行。日中の相当部分、静岡県内を走行することとなる）であったが、1968年4月には京都発着（夜行）に変わる。事件は1968年1月であるから、ギリギリ東京発時代である。

関連して、事件の駅が「博多」であって県庁所在地の市名である福岡ではないのは、武家町の福岡と町人町の博多が争い、市名が僅差で福岡に決まったので、駅名については博多側が激しく運動したから、とされる。お陰で、新幹線は東京まで「博多」を宣伝して走っている。損して得取れた。

ついでに、明治時代、福岡は九州最大の都市ではなかった。軍が鎮台を置いたのは熊本である。薩長土肥で、鹿児島に重みがあった。戦後、北九州市が政令指定都市となったとき、県庁所在地を差し置いて、なんだ、と反発があったと聞く。筑豊炭鉱や八幡製鉄所の繁栄を背景としていた。世は移り、現在、福岡は九州で一人勝ちの勢いである。

も一つついでに、筆者の高校時代の亡き担任は九州人であった。彼は、高校の同級生6人で「血判状」を交わし、大学は九州を出よう、中途半端は嫌だから箱根の山を越えよう、と決めたそうである。九州人にとって関門海峡と「国立」は重い（今や、関門橋は一瞬で渡って終わりなのに）。

日本テレビ・リクルート事件（最決平元・1・30刑集43巻1号19頁） 「協力者の野党議員」とは、その昔、国会の爆弾男と呼ばれた、社会民主連合の檜崎弥之助衆議院議員である。その誘いに乗って出てきたのはリクルート社の社長室長であった。檜崎氏が断っても、現金を差し出した時点で贈賄罪は成立する。博多駅テレビフィルム事件との違いは、まず、フィルムがビデオテープに代わったことと、押収の当事者が裁判所から検察（被告人を起訴する、刑事司法にお

けるプレイヤー)に代わったことである。

TBS ギミア・ぶれいく事件(最決平2・7・9刑集44巻5号421頁)になると、押収の当事者が警察となる。どう解しても司法官ではない。簡単に、その押収の判断を容認してよいか。なお、「ギミア・ぶれいく」は、大橋巨泉が「巨泉のこんなものいらない」がこんなものいなくなった(?)後にヒットした番組である。

多チャンネル化 情報法学界では、そして、多分、憲法学界でも、地上波テレビは周波数の有限性故にチャンネルが限られており、また、その基本的なテレビであって他に代え難く、だから、放送法の「政治的に公平であること」などの規制は許容されるという意見が強いように思われる。

しかし、まず、BS放送のチャンネルは数多く、CS放送はもっと多い(これら衛星放送は、一地方でも視聴者は少なくとも、全国的には一定の視聴者がいる番組を放映するのに適当である)。ケーブルテレビでは周波数の有限性から解放される。これらはパソコン画面でも観られるほか、インターネット上に配信される番組も増えた(それが難しいので、「タモリ倶楽部」は2023年春で終わったらしい)。こうなると、テレビとインターネットの壁はかなり下がっており、理論的にはなくなっていると思われる。個人が「番組」を配信できるようになり、巨大資本、まさにマス・コミュニケーションだけが一方的な影響力を有する時代は終結した。そうであれば、放送の特殊性は消滅したとも受け取れる。

そして、テレビの家庭での地位の低下である。視聴率が30%を超える「お化け番組」(教科書の例示は無論、1969年開始の「8時だヨ!全員集合」。コント終わりの曲は「盆回り」)は、国際的なスポーツ中継以外では、かなり稀になってきた。このため、テレビの影響力は、インターネット上のインフルエンサーと相対化されてしまった。また、テレビの妙味は生放送にあると思える(まさに、送りっ放しと書く)が、放送時間の何倍もの録画から編集する番組も増えた。刺激的なも

のが予想外にお茶の間に入り込む危険もほぼなくなりつつある(それは、つまらないことでもある)。お色気や暴力が色濃い番組にはスポンサーが付かないので、消えてきている(報道番組であれば、報道の自由への圧力として問題になるところだが、そういう番組についてはそういう議論にならない)。また、現在の技術では、その種の番組を契約者だけに配信することも可能となっており、「囚われの聴衆」からも逃れられる。リモコンのボタンを押すと番組表が現れ、この番組がどんなものかは事前に教えてくれる。

要するに、放送の特殊性の議論が今なお成立するか、疑わしいのではないだろうか。放送が表現の「自由」の問題として認識されなくなりつつあることは、疑問である。インターネット上では、いわゆるネトウヨなどの様々な過激な意見が拡散し、また、同じ意見のものばかりを見たがるので、意見の対立する者同士の対話が成立しないと批判されるが、果たして、テレビや新聞はどうであろうか。日曜朝にTBS系とフジ系の討論番組があるが、どちらかだけしか観ない人が多いのではなからうか。我々は、アメリカを笑えないような分断社会への途で片棒を担いでいるのではあるまいか。

ロス疑惑 週刊誌報道が始まったのは共通一次の直前だった記憶がある。「犯人」とされたAは、逮捕されても争い、最後は銃撃事件については無罪が確定した(アメリカでは別途捜査が続けられ、2008年にサイパンで逮捕。ロス・アンゼルスに移送後、留置所で死亡。自殺とされる)。その過程で報道合戦が加熱したのだが、Aはマスコミを次々と名誉毀損などで訴え、弁護士を依頼しない一人訴訟で次々に勝訴し、高額の損害賠償・慰謝料を得た。これにより、「宴のあと」事件(東京地判昭39・9・28下民集15巻9号2317頁)以降低額で推移してきた日本の名誉毀損訴訟の賠償額が高騰する分岐点となった。

また、Aは、逮捕・移送時の手錠・腰縄付の映像は、無罪の推定を妨げるものだと訴え、現在では、手錠・腰縄などにはモザイクをかけ

るのが普通になってきている。その意味でも時代を分つものである。

私小説 「ししょうせつ」という読み方が市民権を得てきているが、本来は「わたくししょうせつ」と読むものである（三権分立も本来、「三権ぶんりゅう」である）。

日本の小説は私小説が多い。中学になると読むことになる、井上靖「しろばんば」や志賀直哉の「城の崎にて」など、枚挙に遑がない。全く自分のことを書くだけということではできないから、少なくとも家族をはじめ、周辺人物を少なからず巻き込むことになる。世界征服を企む海賊王のような架空の話は稀であり、身の回り300mを詳細に書くものが隆盛を誇った。

「石に泳ぐ魚」事件判決（最判平14・9・24判時1802号60頁）は、被害者の心情に寄り添い、この結論で妥当とする意見が多い。他方、この判決は、表現行為にとって死刑判決とでも言うべき著書刊行の差止めを認めてしまった。公立図書館もこれに反応し、同小説掲載雑誌の閲覧を認めなくなったところが殆どである。このため、文学として同小説に触れることが極めて困難となったほか、果たして差止めという本判決が正しかったかを、証拠に基づいて検証することもほぼ不可能になった。そして、あるいは枕草子あたりにまで遡る日本文学の伝統である、私小説が書きにくくなった。

公権力からの自由を最も必要とする表現の自由と、自由な情報開示を嫌うプライバシー権は激しく対峙する。判断は難しい。

チャタレイ事件（最大判昭32・3・13刑集11巻3号997頁）有効な判例の中でも相当古いものの一つである。この当時、猥褻とされ、翻訳者と出版社社長が有罪となった「チャタレイ夫人の恋人」であるが、1973年の無修正版や1996年の完訳版が猥褻と認定されたという話はなく、今や、「あんな程度のもの」を猥褻だと騒がなくなった。

イギリスでの刊行（1928年）当初にもう一つ問題になったのは、小説が、伯爵夫人と森番の

男との不倫の話だったからである。イギリスは貴族制度が残っており、これへの批判であった点も保守層から嫌悪された。

児童ポルノ 大人のポルノはともかく、児童ポルノは許せない、それを愛好するのは性犯罪者も同然という批判が厳しい。ポルノはあくまでも成人同士、意思表示ができる者同士で、見せたい者が見たい者に見せる、つまり、明から様な性的搾取でない、囚われの聴衆ではない、という範囲で成立するのだ、ということからすると、児童ポルノの擁護の余地はないであろう。

ただ、猥褻の表現規制の憲法学の研究成果（その代表の奥平康弘先生は大変に真面目な先生であった。この種の研究はやはり、真面目にやらねば説得力を欠く）は、やはり、表現の規制は必要最小限でなければならないし、相対的猥褻概念でなければならない、ということであった。そうであれば、親が自分の赤ん坊の全裸写真をWebサイトに上げたのは違法であるとか、自分の幼少の頃の入浴写真を公開するのも違法だとか、芸術的な少女（少年）写真集が規制対象であることは行き過ぎということになろう。モデルのいない、漫画の類も、性犯罪被害者がいない筈で、禁止できまい。それに反応する者もいる、と言い出せば、誰が何に反応するかは解らないので、過度に広汎な規制になるばかりであろう。兎に角、憲法論は尽くされていない。

未成年者は、一見同意があっても、それは完全な同意とは言えないという理由付けも尤もではあるが、そうであれば、一切、未成年者の写真は撮れまい。入学記念写真は違法性があることとなる。そうすれば、第2子以降の、「お兄ちゃんの写真ばかりあって、ずるい」という怒りを鎮めることには寄与するのであろうが。

医事法や薬事法の広告規制 意外な規制は多い。薬のテレビCMで、それを飲むシーンは流せない（これに対し、オロナミンCはごくごく飲んでいる）。「使用上の注意を……」というフレーズは、印象的なピンポンという音の後に入れなければならない。こういった規制は、医薬品が、

用い方によっては健康被害を齎す危険性もあることから、虚偽・誇大広告を禁じる一環でなされている。

そういえば、医院・クリニックの広告は、雑誌でも看板でも地味である。「手術成功率100% 看護婦は全員美人」という類の広告は見ない。他方、その医療技術や設備の優秀さを誇りたくとも、限度があることになる。

(4) 表現内容中立規制

立川反戦ビラ事件 (最判平20・4・11刑集62巻5号1217頁) 自衛隊官舎に立ち入ったのビラ配布が起訴された事案である。

現在、マンションの入り口はセキュリティが厳しくなり、部外者は簡単に入れなくなったが、古いマンション(というか、アパートに毛が生えたようなもの)では、全体の玄関を通過して、それぞれの部屋の前まで到達することは可能であった。ドアに新聞受けが用意されていた(ズボラな人間にとっては、新聞を読むのが楽である)。

これにより、「マンション内に侵入し、住人のプライバシーを侵害」と言っても、事情が異なるろう。まして、当時の自衛隊官舎は、いざという時に一斉出撃できなくてはならないと、厳格なセキュリティはなかった。部外者も部屋の前までは行けたようである。自衛隊幹部が危惧したのは、イラク派遣は危ないというビラを見た隊員の士気が下がることだったらしい。

(5) 情報公開

インカメラ・レビュー 情報公開裁判(自治体を被告とするものが想起されるが、相手が企業等であっても同様)において、被告側が自らの非公開判断の根拠として、法廷で見せれば、自動的に情報公開となってしまう(まるで、欽ドン!の「ドジな〇〇」シリーズである。傑作に、「雨で中止になったドジな気象庁の運動会」など)。裁判を起しさえすれば、本当に非公開にすべき情報であっても公開されるというのはおかしい。

このため、裁判所は、証拠を裁判官にだけ見せるという、インカメラ・レビューという手法を開発した(なお、時々、「イン・カメラ・レビュー」

という表記もあるが、誤り)。ただ、裁判の公開を定める憲法82条の例外規定は、あくまでも非公開の例外を厳密に決めているばかりなので、この種の手法の導入は不意打ちにも見えるが、寸止めの合理的手法とも言えようか。

4 通信の秘密

(1) 保護の意義

通信 放送は、通信との融合も考えねばなるまい。そもそもCSは通信衛星のことである。通信用の電波棒を放送に回しているのである。電話に代表される、1対1の対話、まさに私的な「通信」を極として、1対多の一斉送信があり(それは表現行為であり、一般的な放送の様式である)、多対多の伝言板的なサイトがあり、段階的なものである。このため、自由を旗印とする「表現」と秘密を価値とする「通信」の境目がなくなっていることは自覚すべきである。

このことは、インターネットばかりか、放送においてもそうである。リモコンのボタンで番組に参加することは日常である(クイズの解答のほか、簡単な世論調査も可能である)。昔、香取慎吾主演で物語が進行し、リモコンのボタンの多数決で結末を決める、という実験的番組が放映されたことがあったように思うが、これも、行き着くところはRPGと大差ないものであろう。

その意味で、終戦直後に作られた日本国憲法が、同じ21条に表現の自由と通信の秘密を謳っていることは興味深い。

5 集会・結社の自由

(2) 集会の自由

上尾市福祉会館事件 (最判平8・3・15民集50巻3号549頁) 教科書などによっては、泉佐野市民会館事件(最判平7・3・7民集49巻3号687頁)の方が重要判例として挙げられているケースもあるのだが、敵対する集団が妨害に入り危険だから、という理由で集会を不許可とするのを違法とした点で、上尾市の事件の方を記憶しておきたい。この不許可を許せば、危ない団体ほど脅迫が成功し、地方公共団体などがそれにお墨付きを与えてしまう危険があるからである。公民

館や公会堂は限定的パブリック・フォーラムであり、その貸与は、特に、思想中立的で公平でなければならない（市長支持集会は認め、反対派集会はダメ、などは許されない）。

しばしば、アメリカの判例でこの辺りを見ると、それ以外のパブリック・フォーラムが登場するのであるが、アメリカは非常に広大であり、会社町や巨大ショッピング・モールがあり、私有地だからと言って、所有者の管理を絶対だとすると、その周辺では集会の自由が保障されなくなるという事情があるからである。日本で、近くの空き地（「ドラえもん」の中では、必ず土管が積んである）を想定するのは異なる。空き地は、所有者や借地人の管理権が及んでも仕方ない。ただ、私人であっても、会場を貸すことを生業なりわいとしている企業が、集会を理由もなく拒否するとなると、憲法 21 条に合憲限定解釈を受けた民法 90 条が発動して、違法という認定となり、損害賠償を支払う結果となることもあろう（プリンスホテル日教組集会解約事件＝東京高判平 22・11・25 判時 2107 号 116 頁）。

(3) 結社の自由

共産党袴田事件（最判昭 63・12・20 判時 1307 号 113 頁）リーダーと対立して、人生を賭けて所属してきた政党を追い出される袴田副委員長に同情するが、精神的自由としての結社は、ある考えに共感する人の集まりであり、それが何であるかの解釈を国家機関である裁判所に委ねるべきものでもないし、そのメンバーを警察に明らかにすべきものでもなく、誰をメンバーとするかは内部自治の問題であるから、党内手続に従って除名されたとしても、司法的救済ができないという結論でやむを得まい。感覚的には、寡頭支配を助長することとなり、党内民主主義を削ぐことになるので違和感はあるが、憲法の体系性・一貫性を維持しなければならないとすれば、やむを得ない（これも、党首選挙をしないような政党からは有権者が離れ、嫌なら改革することに解決を求めたい）。このことは、日蓮正宗管長事件（最判平 5・9・7 民集 47 卷 7 号 4667 頁）などの

一連の事件でも、（こちらの主たる争点は、宗教教義の解釈が司法権の範囲か、というところにあったが）期せずして同じということであろう。

結局、この種の問題は、その組織に問題があれば、それに反対する人々は別の組織を立ち上げればよい、ということである。日本社会党（後、社会民主党）に不満だった人たちは、民主社会党（後、民社党）、社会民主連合、新社会党などを設立した。そんなに小さく分裂してどうする、という気もしないではないが、それでは意見を国会に伝えられないとすれば、「小異を捨てて大同につく」こと、つまり、政党の合併に向かえばよい（まさに自由民権運動期の大同団結運動）。宗教団体や日本共産党の場合、なかなかそういう理論的な結論を受け入れ難い現実があるのであろうが、大局的に見れば、カトリックに対するプロテスタントはそうである。

日本新党松崎事件（最判平 7・5・25 民集 49 卷 5 号 1279 頁）も、「殿、ご乱心」と言われ、個人商店ぶりが露呈したものであるが、除名自体は内部自治である。ただ、本件は、国政選挙の選挙後の比例代表名簿からの除名が争点であり、公開した名簿というものは、松崎候補がいることで日本新党に投票した有権者への信頼もあるのであって、明確な不祥事でもなければ、繰上げ当選の対象として名簿には名前は残ると考えるべきように思われる。最近亡くなった扇千景氏（元参議院議長）がそうして復活したことがあったのを、筆者は覚えている。

ショップ制労働組合 強制加入団体は、単純な結社の自由とは位相が異なる。有名なところでは南九州税理士会事件（最判平 8・3・19 民集 50 卷 3 号 615 頁）などがあり、特定の思想を、いくら圧倒的多数決をもってしても、構成員に押し付けることはできない、というのが一貫した判例である。

労働組合法は、ショップ制労働組合を認めてきた。企業別労働組合となることを想定してか、当該企業に入社するならば特定の労働組合に入ることが強制される仕組みである。このことに

よって、企業は、労働組合と対立するということは全従業員を敵に回すことになるので、労使交渉における労働組合側の地位を確保することに意義がある。このため、多くの労働法の教科書では理想的なこととされ、入社後にそうっと組合から離れても企業側が解雇する規定が労働協約に載っていないものを「尻抜けユニオン」と呼び、解雇するかどうか企業側に選択権があるものを「不完全ユニオン」と呼んで、非難してきたように記憶している。

ところが、今や、もともと唯一存在していた闘争的な労働組合を脱退した従業員が結成した「第二組合」(御用組合)が過半数となることが頻出しだし、企業側も喜んでこちらとユニオンショップ協定を結んで、闘争的な元の組合加入の従業員を解雇するようなことが生じてきた。マルクスもびっくりである。このような時代となると、強制加入団体の一般則はここにも及ぶとするのが素直であろう。結果、その会社の全従業員挙げて特定政党を支持するというようなことは困難になった。

6 信教の自由

(1) 保護の意義と歴史的経緯

全ての宗教を信じない こういった姿勢を、無宗教や無神論という。受験参考書や朝の情報番組の占いなどであれば、何でも信じる、という無節操な人もあり得る(それでも、めざましテレビとグッド・モーニングと安住さんの某番組の占いがバラバラの結果だったらどうするのであろう)が、宗教に関しては難しいであろう。

絵踏み 昔の生徒は「踏み絵」と習った。江戸時代にキリスト者を炙り出すために用いられた手法である。徳川家康を「大権現様」とするのを相対化することは許さない、ということなのであろう(キリスト教は自由・平等・博愛だから、という説明もよくあったが、中世キリスト教を誤解している)。

薩摩藩では、浄土真宗を禁じていた。幕府側のスパイが浄土真宗の僧侶だと偽って入り込むからだそうである。浄土真宗のお経は「南無阿

弥陀仏」の繰り返しであるので、装い易いのだそうである。こういったことは、基本的に関東人の筆者には実感の湧かないこと(加賀、伊勢長島と、一向一揆の舞台は北陸を含め、基本的に西日本=灯油のポリタンクが青いエリアで有力である)であったが、葬儀に参列する機会があり、そのことは直ちに理解できた。日本の宗教弾圧は隠れキリシタンばかりではない。

板まんだら事件(最判昭56・4・7民集35巻3号443頁) 寄附金で出来上がった板まんだらさんが偽物ではないかと、寄附金を出した創価学会員が争った事案である。

骨董品が本物かどうか(左甚五郎作の彫刻、円山応挙の絵画など)は、火曜日の夜の某番組に出品すればよいのかもしれない。本事件で問題となっているのはそういう問題ではなく、御本尊などのそのものが、その宗教の信者にとってどのような意味をもっているかの問題である。浅草寺の御本尊はとっても小さいが、多くの参拝客を集めている。善光寺のご本尊は完全に秘仏、ということは確認されていないということである。自然信仰では近くの山が信仰の対象ということもあって、一般的な意味での御神体はない。鯛の頭も信心とも言う。国家機関であり、法解釈を生業とする裁判所が宗教的教義の解釈に踏み込めないのは、妥当な判断であろう。

ところで、末寺の住職の地位が争われた蓮華寺事件判決(最判平元・9・8民集43巻8号889頁)は、板まんだら事件最高裁判決を先例として引いた。同様の事案で、実体判断に踏み込んだ判例はいろいろとあったにも拘らず、である。教義の解釈はできない、となれば、実質的な争いが住職の地位がどちらの者にあるのかという訴訟では、いかに、形式的な訴訟物が宗教法人の代表者の地位であったとしても、これに踏み込むことは難しい。前述のように、精神的自由の結社においては、追い出された者は集まって別の結社を作り、もし、その方が支持を集めれば取って代わるというだけなのであろう(もし、この事案で裁判所が法的判断に踏み込み、血脈相

承を認めないと、日蓮正宗に管長はいないことになり、日蓮正宗は空中分解することになる。逆に、血脈相承を認めれば、管長の地位は国家機関がお墨付きを与えるものとなる。「日本史」の時間に、多くの宗派の開祖たる高僧の名前を覚えないといけないのは、そうやって分派してきたことの現れである。「宗論はどちら負けても釈迦の恥」と言いますが（転じて、修論は出来が悪けりゃ師匠の恥、とも）、裁判所に解決を求める問題ではない。

こういったことは、政教分離だから、ではない。最高裁がこれに言及しているのは勇み足であろう。政党でも私立大学でも（ある意味、イデオロギーとしての労働組合などでも）同じである。

(3) 政教分離原則

サンタクロースの赤い衣装 北欧では宗教的にそれを見ない。赤をイメージカラーとするコカ・コーラ社の1931年の宣伝で使われたものが流布したものである。カーネル・サンダースと同レベルの世俗である。

昔、民営化前の郵便局の「ボーナスは郵貯へ」のポスターで牧瀬里穂がサンタ姿でいた気がするが、無論、郵政省が丸ごとキリスト教に入信したというわけではない。

津地鎮祭訴訟（最大判昭52・7・13民集31巻4号533頁）大学の2年生ゼミの際にこの判例もディベートの対象として取り上げられたのであるが、建造物の工事の際に地鎮祭をしないと工事関係者が非常に嫌がって、引き受け手がなくなる、という合憲論者に対し、国立大学内の工事現場に行き、そんなことはないという現場の証言を得た違憲論側の地道な活動に軍配が上がった（なお、別の某先生が、12月24日はクリスマスだからと授業やるなんて公序良俗違反だとして休講にされたのは、本人がただ呑みたいというだけの動機、世俗的な意味しかないので、国立大学でも政教分離違反とは言えない）。

私立大学ならいいのか、と言われると、私立学校にも私学助成で国費が投入されているということは忘れてはなるまい。違憲ということはないであろうが、非宗教系私学における宗教色

の濃い活動は、ぜひ慎重であって欲しい（ところで、キリスト教系私学でも、チャペル建設の際には地鎮祭をするのだろうか。この辺りは不知である）。

愛媛玉串料訴訟（最大判平9・4・2民集51巻4号1673頁）今にして思えば、最高裁が比較的違憲判決を頻繁に出すようになる、分岐点の事案である。それまで、高校の「政治・経済」の教科書の僅かしか掲載されていなかった最高裁の違憲判決は、今では実は随分増えている。津地鎮祭訴訟の合憲判決とは真逆の判決のように見えるが、事案としても、地方公共団体の長が、長年にわたり、玉串料という宗教的名目の、金銭を公費で出していた、という事案であり、政治と宗教の深い関係としては最たるもの（これ以上、となると、県自身が新興宗教を立てる、ぐらいしかないであろう）と言え、津地鎮祭訴訟を先例としても違憲判決は導き出せるものであったように思われる。

ところで、靖国神社は天皇のために亡くなった数多くの人を祀っているとされており、人間が「神」となる点で、一神教の人々にはなかなか理解できないものであろう。乃木神社も近くにある。戦前、「靖国で会おう」が合言葉だったことや、国のために死んだ人を国が弔うのは当然、という声も聞かすが、いかにも無効となった旧憲法基準の結論で、無宗教の戦没者慰霊施設を造営すれば後者の問題は解決できる（霊の存在を前提にするのはなお宗教性を帯びている、という反論もありそうだが、政教分離原則に関しては、何よりも特定宗教や特定宗教団体と国や公共団体との癒着が禁じられると解され、より違反的でない手法がある限り、その手法が用いられるべきことは憲法論として当然だと思われる）。靖国公式参拝には、中国や韓国だけではなく、アメリカのオバマ大統領も懸念を示した。それがヤルタ体制に背いたように見えることを、忘れるべきでない（ドイツ政府はこの点を非常に^{おぼ}棄えてきたと言えよう）。

空知太訴訟（最大判平22・1・20民集64巻1号1頁）**那覇孔子廟訴訟**（最大判令3・2・24民集75巻2号29頁）と共に、ある意味、この程度のこ

とでも違憲なのか、と言わせた事件である。

政教分離の事件と言えば、それまでは、国家神道の復活を図りたいと言わんばかりの行動を起こしたように見える保守的な自治体を、(そうだと、して) それに反対する革新側の住民が訴えるという図式が一般的であった。しかし、空知太訴訟の争点となった神社は、ムラ(市町村合併以前の村で、一般に部落と称される)の鎮守様であり、神社本庁に連なる末端だ、とは言え、骨の髄まで国家神道の祠ではない。神社の土地が砂川市のものになっていたのは、それを管理すべきムラやその氏子たちが見えなくなったからに過ぎなくもない。神社は正月三が日などだけ神社として機能する程度で、あとは集会所としての役割が主に見える。要するに、この状況にあまり悪意を感じないのである。

しかし、政教分離原則が厳密なものであれば、より分離を図る方法を模索すべきである。実際、最高裁は、聖と俗の区分をすることを求めたし、物理的にできるなら、せよ、というのが、情ではなく、道理であろう。ただ、この判決は、具体的な措置を市に求めつつ原審に差し戻したのだが、結果として、住民訴訟を起こした原告に再上告審の敗訴まで付き合わせる事となったのは疑問である。違憲判決で終結させ、なお、市の措置が不十分であれば、誰か住民が訴え直すのを待てばよかったのではあるまいか。

那覇孔子廟も、孔子様を祀るのがある一族だったことで宗教性を認定された。儒教は宗教なのかもしれないが、ある人の言葉を深く信じだすと(「ゴクミ語録」が「オシムの言葉」になり、「野村ノート」を経て最後は経典やバイブルに至る。なお、「オシムの言葉」に「PK戦はサッカーではない」があっても、W杯の決勝トーナメントを勝ち抜くためには対策が必要である)、宗教性を帯びる。私立学校で、創設者先生の像に敬礼するなどというのは、宗教的である。横浜国立大学でも、いくつか、昔の偉い先生の胸像などがあって顕彰するのは結構だが、下手をすると政教分離違反の恐れもある。要注意。

靖国訴訟(仙台高判平3・1・10行集42巻1号1頁など) 三木武夫が椎名裁定を経て首相になったとき、「青天の霹靂」と叫んだというのであるが、事前に結論は読めていたらしい(「三角大福」の本質は角福戦争なので、自民党を割らないのは三木しかなかった、が後知恵)。それでも、国民協同党書記長として片山哲(社会党)内閣で初入閣した三木は、自民党では最左派と見做され、保守派かどうかの絵踏みをさせられた。それが、終戦記念日の靖国参拝だったのである。

三木は慎重にも、公用車を使わず、玉串料をポケットマネーから出し、内閣総理大臣をはじめとする公職名を記帳しなかった。これをその後は踏襲したのであるが、中曽根康弘はキャラクターが違ったので、事件となったのである。法律論・憲法論・訴訟論としては、地方公共団体ではなく国が政教分離違反をした疑いがあるとき、誰がどのような訴訟を起こせるか、という問題の方が興味深い(政教分離権説、宗教的人格権説、納税者訴訟説、制度的保障故に違憲宣言説など)。

(4) 信教の自由と政教分離原則の関係

日曜学校事件(東京地判昭61・3・20行集37巻3号347頁) キリスト教教会の日曜学校を優先して、小学校の日曜参観を欠席した児童とその保護者が、記録上の「欠席」の取消しを求めた訴訟である。

日本における宗教的少数者の迫害に無神経であることは許されず、また、たかが記録上の「欠席」も、中学受験には響く危険性が高い(東京では、この頃、クラスで男女1、2番の成績の子だけが四谷大塚進学教室を経て行う特異なイベント、ということではなくなりつつあった)。しかし、それでも、この訴えを認めると、宗教的理由を持ち出すと「欠席」は取り消せることとなり、宗教を優遇する結果となる。そればかりか、毎日が安息日という宗教の信者は、学校に通わなくても卒業できてしまう。政教分離原則の縛りの方にやや軍配を上げたい。

ただ、これを厳密に適用すれば、牧会活動事件(神戸簡判昭50・2・20判時768号3頁)でも、

生徒を「迷える子羊」として匿って無罪となるのは牧師の特権ということになろうし（神社神道にはそういう教義はないので、同様のことをした神主は有罪であろう。宗教者ではない高校の校長も同じ）、神戸市高専事件（最判平8・3・8民集50巻3号469頁）における、武道の授業を拒否し続けた生徒の退学処分^の取消しも、宗教上の強い信念による優遇（剣道の防具が臭くて辛いことを理由に拒否する生徒は、多分、救済されない）とも見えなくもない。このため、真摯な宗教心からの大きな不利益覚悟の行為には救済を与えざるを得ないであろう（一般に、宗教的少数者に生じ易い）し、それが政教分離違反でなくするためには（無宗教の自由もあり、その不利益もまた政教分離違反の疑いがある）、宗教上のものではない「確固たる信念」による拒否（「巨人の星」の歌唱拒否とか）にも保護を与えねばならない場面があるのである。

6 学問の自由

(2) 限界・制約

先端科学 先端科学を巡っては、争いがあったとしても、なかなか裁判官に理解が難しいこと、留意すべきである。

昔の、居間にでん！と構えていたテレビは、故障したとき、裏から真空管を見て、あそこが壊れた、と素人でも故障箇所は解った。だが、ICの束となると解らない。1990年代、電話が壊れたので業者を呼んだところ、中のチップを総入れ替えて、技術料を取られたことがあったが、この頃から専門家のブラック・ボックス化したのである。行政機関でも、一般に技官（理系出身者）はいわゆる出世を諦める代わりにアンタッチャブルな聖域を有している。

(3) 大学の自治

中世以来の高等教育機関であって独立性の高い大学の独立王国性 西洋の大学は中世のイタリアや神聖ローマ帝国などに始まり、上級学年で学ぶものは神学、医学、法学であった。これらは、現在でも、大学出でないと就けない仕事である（司祭、医師、弁護士。建築学科や商学部を出なくとも有能な大工や商人がいるのとは大きく違う）。

現代アメリカでは、ロー・スクールと医学部と並んで（神学校に代わって）ビジネス・スクールが高収入への道となっている。

第9章 経済的自由

1 総説

(1) 近代市民革命と自由国家

『モダン・タイムス』（1936年） チャールズ・チャップリンの映画。個人的には、『ライムライト』（1952年）と双璧に思える（無論、影響を与えたという意味では何よりも『独裁者』（1940年）である）。近現代とは何か、ということを経済学的に考えるに当たり必見としておきたい。ネタバレにならぬよう、詳細は省略。

いわゆる3大喜劇王の中で日本での人気が高く、死亡記事の大きさがバスター・キートンやハロルド・ロイドの比ではなかった（爆笑問題『爆笑問題の死のサイズ—新聞の死亡記事で読み解く、20世紀人物列伝』（扶桑社、2000）より）。因みに、益田喜頓^{きとん}は、バスター・キートンから芸名を取った（本当についてだが、谷啓はダン・ケイから）。セルロイドの丸メガネをロイド眼鏡というのはハロルド・ロイドから（本当についてだが、この話から鶴田浩二「街のサンドイッチマン」（1953年）が出てくる人は相当の年齢）。

(2) 貧富の差の解消と福祉国家

ファシズム ナチスは暴力革命で政権を奪取して嫌がるドイツ国民を支配した、かのように思っている人がいるようだ。歴史の教科書を確認して頂きたいところで、選挙で多数を獲得し、首相の座を得て、それから全権委任法の強行採決という順序である。

つまり、時に20世紀で最も素晴らしいとも評されるワイマール憲法（こう言いたがる人は、社会権、生活保障の方に傾倒している）の下、少なくとも1933年1月の政権獲得は民主的な選挙の結果だったのであり、ドイツ有権者がそれを望んだのは何故か、ということが問題である。

ご存じのように、ドイツは第一次世界大戦の結果、多額の賠償金を背負わされ、疲弊して

いたところに世界大恐慌がやってきて、ハイパー・インフレーションに襲われた。この状況に至って、ドイツ人は、社会民主党をはじめとする中道政党を見捨て、左翼の共産党か極右のナチスのどちらかを選ぶ状況となり（つまりは全体主義に賭けた）、最終的に、後者を選んだのである。

ヒトラーの演説の巧みさ（それは一時期のものだ、というのが高田博行『ヒトラー演説』（中央公論新社、2014）の評価）や、会場におけるユーゲントの配置など、大衆操作の徹底（人間の自律性をほぼ信じていない）は凄まじいものがあるが、政権獲得後も多くが支持し続けたのは、中産階級の生活を高め、その象徴としてフォルクスワーゲンの安価量産とアウトバーンの整備（道路公団とは異なり、通行料など取らない）で、それを満喫できたことにある。言論が自由でなくなり、実はユダヤ人の虐待（ヨーロッパで金融を支配していたユダヤ人から財産を奪うという意味もあった）が進行していても、結局、人間は経済生活を取ってしまうのか、という教訓である。大衆民主主義となった現代が、覚え続けていかなければなるまい。格差社会は階級社会と化す、「下流社会」の人々が排外主義となると同時に自治体の窓口などで公務員や教員を罵倒する、政治がその肩を持つ、という流れの行く末はいかに、（スターリニズムなども含めて）現代史を見れば、立憲主義に対する民主主義の優位という憲法観には（プーブル主権論であってもプロセス法学であっても）決して賛成できない。日本は二院制で司法権の独立も謳われ、好むと好まざるとに拘らず象徴天皇制も残ったのである。

2 居住・移転・国籍離脱の自由

営業の自由 筆者の近所には、関西や名古屋に本社を持つ企業の東京方面事務所が結構あるのだが、そのうち2社が最近、これを閉鎖した。営業は人付き合いから、よく会っていると契約に結び付くということだった筈だが、コロナ禍でリモート会議・交渉が増えたようで、そうなれば、支社は要らなくなる傾向にある。新潟は、

上越新幹線開通で多くの支社やホテルがかえって閉鎖されたいが、それより大きな構造的変化のようである。

(1) 居住・移転の自由

旅行（移動）の自由 2023年3月に東急・相鉄新横浜線が全通し、直通運賃がされるようになったのだが、追加運賃が取られ、横浜国立大学に通うのにはJR貨物線ルートで羽沢横浜国大駅（語感に印旛日本医大のノリである）下車（徒歩15分。起伏が3回ある）か、普通りの横浜駅からバスの方が早くて安い場合も多い。移動の自由という意味では、追加運賃をやめて欲しいが、これを憲法上の権利だと東急と相鉄を訴えるのは難しい。今のところ、両沿線から名古屋や関西が近くなったというのが最大の効果か。

3 職業選択の自由・財産権

(1) 職業選択の自由

理容業 若き日の筆者の髪が黒い太い真っ直ぐ多量かつ絶壁で床屋泣かせだったことをここにお詫び致します。

(2) 財産権

奈良県 ため池条例事件（最大判昭38・6・26刑集17巻5号521頁）この事件の解説に、ため池の断面図を掲載した。学生の多くは農家ではなく、田舎の祖父の家で野良仕事を手伝った経験も少なくなった。このため、ため池の堤防を耕してはいけないのは何故かとの質問に、多くは即答できない。

また、ため池を多く見るのは、瀬戸内地方などに偏り（この断面図も大阪府のWebページのものである）、雨の多い地方や、山がちの地方では、いくら実家が農家でも、ため池を知らないこともある。筆者も、皿池の形態をあまり想像できていなかった。地味ではあるが、このような挿絵は学習に寄与するのであろう。

河川附近地制限令事件（最大判昭43・11・27刑集22巻12号1402頁）以前は川砂利の取り放題で、そのための鉄道も多い。東京の多摩川沿いに国鉄の通称下河原線（国分寺―東京競馬場前など）、西武多摩川線、京王相模原線の根元、東

急玉川線・砧線などである。1964年に川砂利採掘は全面禁止となり、通勤路線に化けた。

(3) 自由国家的規制と社会国家的制約

小売市場距離制限判決（最大判昭47・11・22刑集26巻9号586頁） 距離制限3判決は定番であって、多く的人是最高裁の判断に納得しているようである。零細商店の生活保障のため、社会国家的規制はあり得、距離制限による新規参入の制限は、実は既得権益の保護なのではあるが、許容され易いという結論が導かれよう。現在では、公衆浴場の距離制限もこの見地から見直されるべきことが、しばしば主張されている。

以前、法学教室の「演習」(403号148頁(2014))に出題した事案のように、カラオケ屋であるとか、それ以外にも書店や映画館のような精神活動を伴うものについて、経済的自由の制限と見做してよいかは大いに疑問であって、まずは、市町村から書店が消失する弊害が指摘されても、安易な距離制限を簡単に合憲と判断できるかは疑問である。思想的に傾斜しない補助金(特定思想に関する書籍・雑誌の取あつかいをしないことを条件にすることは、許されざる「政府言論」の一種と考えるべきである)を出すことがまずは選択されるべきであろう。

そして、八百屋や肉屋、魚屋などから成る小売市場の距離制限は仕方ないと思っても、それ以外の業種のその可能性は考えていない。ラーメン屋やスナック、整骨院の距離制限はまず想定されていない。一説によると、東京都内で、毎年、ラーメン屋が500軒新規開店して500軒閉店すると言われる。ラーメン屋というのは、開店も簡単だが、成功するかどうかは腕とアイデア一つだと信じられているらしい。過酷な競争は当然ということらしい(「なんでんかんでん」の社長を思い出す)。その意味では、従来の距離制限で考えられている店舗というのは、どちらかと言えば、代々の家業という色合いが見え、八百屋が潰れると、その家族は路頭に迷うということが前提らしい(実は、別の業種を開業してもよいし、企業に就職してもよい筈だが)。

これは、業種の違いなのか、それとも、時代が変わってきていて、およそ一般的に既存業者の保護という利益をそう重く考える必要がなくなっているのか。距離制限が、商店主が自民党を支え、自民党がこういった立法をして支持母体を守った構造は昭和のものとなり、だんだん肌感に合わなくなりつつあるのかもしれない。

第10章 社会権

1 総説

禁酒法 禁酒法はアメリカの連邦憲法修正18条であった。アメリカ合衆国憲法の改正は、上下両院の3分の2、州の4分の3(原則として州議会の議決なので、ネブラスカ州以外は二院制であるため、例えば、現在であれば、38州の賛同を得るということは、異なる州の13の院が反対すれば憲法修正は不成立ということである)という高いハードルを越えたもので、相当の熱気であった(岡本勝『禁酒法』(講談社、1996)参照)。

ところが、アル・カポネなどが跋扈する時代となってしまう、極端に厳しい禁欲生活は無理があった。結局、フランクリン D. ルーズベルトは選挙公約として禁酒法の廃止を掲げ、連邦議会上下両院選挙でも民主党が圧勝して、禁酒法は廃止された(修正21条)。なお、この憲法修正だけは、州議会ではなく各州の批准会議に承認を求めた。州議会には、まだ、禁酒法支持の残党議員が多いと読んで、合衆国憲法の修正手続のもう一つの手段が採用されたのである。

2 生存権

(2) 内容と法的性格

朝日訴訟 (最大判昭42・5・24民集21巻5号1043頁) 中学や高校の公民科の教科書にはまず必ず載っている極めて著名な裁判であるが、最高裁での審理中に原告である朝日茂氏が死去したので、最高裁は裁判打切り、例の「なお、念のため」判決に至った。つまり、生存権訴訟としての先例性は殆どない。その点では、堀木訴訟(最大判昭57・7・7民集36巻7号1235頁)こそこの分野の先例だと考えるべきである。

制度後退禁止原則 福祉予算が削られることを抑止すべく、しばしば主張される原則である。社会権規定がありながら、政府は防衛費の拡張には積極的であるのに、福祉予算については消極的で、挙げ句の果てにはその分を逆進性の高い消費税で賄おうとしているのは「憲法の精神」に反すると言いたい気分も解らないではない。

他方、一旦決まった予算が再考したら高過ぎたときでも修正が利かない、下方硬直性が生じてしまう。また、先例拘束力というものとは絶対ではなく、理由を示して先例を改めることは一般にできる筈のところ、生存権訴訟だけ例外ということになる。そもそも、経済活動や予算については、議会、特に、立憲民主主義国では伝統的に、民意を反映した下院が定めるものであって、福祉予算の充実は「投票箱と民主政」によるべきようにも思える。こういった結論は、筆者が日本国憲法が生存権に冷たいものと解そうとしているのではなく、主に政治のアリーナで民主的に決め、裁判所が介入するのは生存に危険が及ぶレベル（それは、憲法13条の生命権の侵害と言えるのかもしれない）にほぼ限定するという権力分立がなされているのではないかと解したいということである（裁判所が何でも覆せるとなると、憲法が民主主義を予定している意味が消滅しよう）。

3 教育を受ける権利

(1) 保護の意義

皆教育の実施 明治政府は強力な専制政体のように思える（ある先生は、弾圧国家と表現した）が、それでも、子どもを全員小学校に入れることは難しかったらしい。貴重な労働力だという認識が強かったからである。ほぼそれが完成したのは、戦前も最後の方であるらしい。

以前、某書の注で書いたことだが、芸人の世界では小学校もろくに出ていない方が普通で、3代目三遊亭円歌が語ったところでは、終戦直後に「入門した当時、まともに学校を出たのは私と（4代目桂）米丸さんしかいなかった」そうである。この話は続きがあり、米丸さんに学校

はどこだ、と聞いたら、私は中野だと答えるので、この人はこんな顔してスパイだったのかと思ったというオチである（陸軍中野学校ではない。ただ、米丸の母校は現在の東京都立大学理学部に当たるが、中野に所在した記録がない。林家木久扇の母校と勘違いした可能性がある）。

(2) 内容と法的性格

「能力に応じて、ひとしく」 憲法26条のこの文言は、以前は、教育法学会などを中心に、「ひとしく」に力点が置かれていた（その象徴が、運動会での、みんな一緒にゴールイン、であろう）。しかし、「能力に応じて」という文言もあるのだから、最近流行で言うところのギフトテッドにも対応してやるべきだとも言える。このため、飛び級入学はよくあることとなった。いわゆる中高一貫の進学校では、高2までに高3の範囲を全て終えるのが普通のように、大学進学予備校を取り込んだ一種の飛び級に見える。そもそも法律屋の世界では司法試験に若くして合格した方が偉いという評価が厳然としてあって、そのことが新司法試験における予備試験導入の圧力となった（決して、苦学生を救うためとは思えない。医師国家試験で同様の議論は聞かない）。

ところで、飛び級の議論が出たとき、大学3年で大学院進学を認めるときには、そんな優秀な人は大学院修了は堅いのだからと、大学中退の扱いだったが、現在では卒業に移行している。これは、飛び級で行っても案外挫折があることを示している。5つで神童、10で天才、15過ぎたら只の人ということもある（自分…か…）。卒業証書を出すことにしたのは賢明だった。

高校無償化法 大学進学率は50%を超えたが、筆者の世代（1965年生）では4年制大学進学率は25%に過ぎなかった（女子は短大進学者が相当あった）。ましてや、1963年発売の舟木一夫の「高校三年生」では、主人公たちは基本的に就職していく想定である。昔は大変だった、と言いかけて、ふと見ると、作詞者・作曲者共に高校に行けておらず（丘灯至夫は旧制商工学校、遠藤実^は旧制高等小学校）、それは憧れの高校生活だっ

たのである（水島新司は進学を諦めた新潟明訓高校を「ドカベン」に登場させる）。勉強しましょう！

4 労働基本権・勤労権

(2) 労働基本権

労働組合法 憲法が社会権の一つとして語っているからか、あるいは、社会権・9条・直接民主制シフトが強かったせい、高校の公民科では、労働法に関する知識が多く教えられていた（国際法も、それに対し、民法や刑法の基本事項は、長い間、積極的に教えられてこなかったと言ってよい）。大学の労働法の授業は、昔、労働組合法が中心、特に、何が不当労働行為に当たるかという話に集中していたくらいがあり、労働基準法などの個別的労働関係法は脇役だったと言える。しかし、男女雇用機会均等法が制定され、派遣労働が法制化されると、立場が逆転した。

1987年当時、筆者は学生であったわけだが、担当の野田進先生（『シネマで法学』や重要判例解説でお世話になりました）は、4単位の「労働法Ⅰ」と2単位の「労働法Ⅱ」の内容を混乱なく取り替える方法を悩んでおられた。多分、一旦、個別的労働関係法中心の「労働法Ⅰ」（4単位）と集団的労働関係法中心の「労働法Ⅱ」（2単位）を一時的に開いて（従来のⅠとⅡは開講しない）、4年程度経過したところで「労働法Ⅰ」と「労働法Ⅱ」という名称を復活させればよいのではないか（そうでなければ、2単位3科目に分割して、事実上、Ⅱの内容を変え、学生によって生じる多少の幸運不運は押し切る）。昔に比べ存在感の薄くなった手形・小切手法など、調整に悩むケースはこれからも続こう。

なお、労働法は、山猫スト、黄犬契約、某引越し専門会社の労使紛争など、動物がよく出てくる（黄犬とは野良犬のことらしい）。

第11章 国務請求権

1 裁判を受ける権利

民事裁判では私的自治の原則が背景にある民事訴訟法は民事法であるので、出訴するかどうかも本人の考え次第である。ということは、

裁判が終結するまで、和解に応じて裁判を終わりにすることも可能である。ただ、確定判決を覆すことはできない。また、完全勝訴の原告が「勝った、勝った、この快感は忘れ難い」（©中野貞一郎）と上訴することもできない。

第12章 参政権

1 選挙権・被選挙権

(4) 選挙の基本原則

複選制 ヨーロッパの二院制は、上院が直接選挙で選ばれないことが多い。イギリスの貴族院は勿論だが、ドイツの連邦参議院はラントが指定された人数だけ各ラントの与党から代表を送る。代表は、各ラントの代表者は一致した意思を示す。このため、どこかのラント議会の選挙結果から、連邦参議院において連邦政府与党が過半数を割り込んだ、ということが密かに起こることがある。フランスの元老院も各県の代表が送り込まれる。つまり、間接選挙制である（イタリアは、数名の大統領任命の終身議員以外は民選）。教科書にも記述したように、アメリカでも1913年まで、上院は各州から選ばれるもので、直接選挙ではなかった。

こういったことから、上院というものは間接選挙である方が普通である、日本でもそう考えるべきだ、という見解も微かにあるのだが、日本国憲法43条は、「両議院は、全国民を代表する選挙された議員でこれを組織する」と謳っており、直接選挙を予定しているように見える。47条は、「選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める」とあり、選挙が行われることが推認できる。そして、そもそも、15条は、「公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である」とし、「公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障する」と規定しているのであるから、議員の選出が直接選挙でないことは想像できない。もし、参議院について間接選挙を予定しているのであれば、以上の大原則の例外規定を憲法に入れておかねばなるまい。

日本国憲法は、それまでの天皇主権や行政主導の在り方を反省しているため、国会の権限を強めねばならないと考えているもので、そうであれば、国会の権威を高めるため、全議員の直接選出は譲らないであろう。「比較憲法」的もしくは「憲法史」的異論はここでは疑問である。

戸別訪問の全面禁止 自由民主主義の国だが、日本の公職選挙法は選挙時の戸別訪問を全面的に禁止している。1925年に男子普通選挙が導入されたとき、無産政党の進出を警戒するなどの観点から、結構な選挙運動規制がなされ(因みに、中選挙区制も、護憲三派の妥協から、このときに導入された)、それが今日まで続いている。

金銭の授受防止という目的は妥当であっても、全面禁止まで必要か。実際には、草の根運動の妨害に役立っている。西洋先進国では、このようなものはない(アメリカの選挙報道を見れば明らか)。韓国にもない(留学生の証言あり)。憲法原則からして、厳格審査の下で違憲であろうし、こちらは「比較憲法」的に改廃すべきだろうが。

秘密投票 自由選挙原則を担うサブカテゴリーで、一般に無記名投票を指す。日本の第1回衆議院議員選挙は、署名捺印までさせた(選挙は遊びじゃない、という西南雄藩下級武士主導の明治政府の気風を感じる)。この「秘密投票」を「秘密選挙」と表記する教科書も多いのだが、そうだと、どこか秘密の場所で、皆で内密に選挙をしているイメージ、もしくは選挙結果が発表されないイメージで、誤解を招く。

議員定数不均衡 最初に一票の重みが軽いとして注目されたのは、衆議院旧大阪3区だった(池田など、定数5に増えてからは自社公民共で議席を分け合う典型的な大都市の無風区)が、最終的には旧千葉4区である。千葉県の東京寄り、松戸、鎌ヶ谷、津田沼と、ああ、やっとなマイホームが買えたがローンが残って胃が痛い、新京成以遠(神経性胃炎)の「千葉都民」が急増していた。重くて有名だったのは旧兵庫5区で、日本海側の但馬地方(豊岡など)からは接近する京阪神への移住者が多かったろう。

この問題は、以前は、首都圏、京阪神などの大都市部が軽く扱われ、農村部は「地方の声を聞け」と叫ぶという図式だったのであるが、近年の定数増は埼玉、千葉、神奈川など、首都圏に偏ってきている。このため、どのソースを何にかけるか、蕎麦つゆは薄口か濃口か、肉といえば牛か豚か、という例の東西分断問題(親不知と関ヶ原)がここに噴出する。世論調査でも、議員定数不均衡問題に対する大阪の熱意が殆どないのである(以前なら考えられない)。そして、それはそのまま日本政治の分断線になっており、2022年度時点で「維新」勢力は西に偏り、それに近い程度で立憲民主党の議席は東に偏っている。自民党は中四国・九州の圧勝選挙区を守りたくて必死である。議員定数不均衡は、今も民意を捻じ曲げている。

政治的分断ということから、あまり直截的でない話の一つ。以前、桑田佳祐が「すべての歌に懺悔しな!!」(1994年)で批判したのは長渕剛と矢沢永吉だとされ、長渕が激しく反応したという話がある(中山康樹『クワタを聴け!』236頁(集英社、2007)、スージー鈴木『桑田佳祐論』123頁(新潮社、2022)など)。アメリカで、ロックとカントリーのどちらを好むかで支持政党が解するという話があり、日本でも昔は、保守派は演歌、左派は反戦フォークという見え易い図式があったところだが、近年では、2人のどっちに味方するか、というのが解り易いのかもしれない。同世代5人を集めた「時代遅れのRock'n'Roll Band」(2022年)で平和主義の衰退を憂いた湘南ボーイの桑田と、「富士の国」(2015年)で国旗等を礼賛しているように解せる長渕の違いは大きい(夫婦別姓についても立場は正反対だろう)。そう言えば、鹿児島出身の長渕の「とんぼ」(1988年)は「東京のバカヤロー」だった。

県境の移動 日本の都道府県は、某ケンミンショーや、ありえへん県対決、御殿の〇〇県 vs 〇〇県あたりを見ていると、初めから宿命的なものと思ってしまうが、明治維新以降に作られたもので、暫くは変動が続き、四国が2

県だったり、鳥取県がなかったり、逆に、堺県や宇都宮県があったりした時期もあったのである。旧国名とも必ずしも一致せず、江戸時代の領地（「藩」という言い方は、基本的には江戸時代ではなく、明治政府が言い出したもの。「一巻の終わり」は時代劇映画の弁士のセリフなので、時代劇中の登場人物が語るのは嘘）を組み合わせた感が強い。州（元は邦 State）が条約で結び付いて連邦を作ったアメリカや、ラントが基本法（憲法）で保障されているドイツとは異なる。

埼玉から東京へ移動があったことのほか、和光市の中に東京都練馬区西大泉がある。多摩地区はもともと神奈川県だったところ、水資源の確保と自由民権運動のため、東京府に移管された経緯がある。東京都町田市（神奈川中央バスがわんさと走っているが）と神奈川県相模原市の県境は、境川の蛇行のため、しばしば争いの種になり、飛地を交換して整備の途上である。江戸川下流には、東京都と千葉県の係争地がある。このようなことは、州権の独立が先という国で起きようもなく、参議院地方区での県単位死守は、その意味でも無理である。震災などの後の「頑張ろう東北（九州）」という単位の感覚が、もはや妥当ではないか。なお、事実上の小選挙区となった参議院の一人区を解消して地方単位とすると女性の国会議員も増加するであろう、と予言しておく。

第3部 統治機構

第13章 統治機構総論

1 国民主権

(1) 国民の意味

血統主義 日本での国籍の決め方。要は、基本的に日本という国はヤマト民族のものだ、という考えが滲み出ている。とは言え、かなりの国はそうであり、近世・近代の「国民国家」の姿である。

これに対し、アメリカ合衆国は出生地主義である。アメリカで血統主義をやろうとすると、もともとは皆、移民で、先住民居留地は「アメ

リカ合衆国領土」の外という考えなので、アメリカ国民がいなくなるというコントのような結末になる。出生地主義しかない。こういった国で、国を国として成り立たせるのは憲法であり、偶像としての大統領である。アメリカ合衆国の歴史はアメリカ合衆国憲法の歴史である。

(4) 有権者団としての国民

最高裁判所裁判官の国民審査 国民審査は衆議院議員総選挙の際に行われる。60歳よりはつきり早く任命される最高裁判官は現在では考え難く、着任後最初のそれで審判を受けるのがそのまま最後、というのが現状である。実際に罷免された人はない。

この制度は、徹底した民主主義を実現するためであろうが、誰が罷免され得るか考えると、組織的な罷免運動が成功するのは、それが多数派によるときである。しかし、通常、多数派は衆議院を制して、そこから選ばれた内閣が最高裁判官を任命することからすると、国民多数が当該裁判官を罷免する強い意志を有することは少ない。あるとすれば、政権交代選挙で勝利した多数派が、旧多数派の現政権の任命した裁判官の罷免運動をした場合か、内閣が（基本的に、裁判官や検察官の組織、弁護士会の言うままに順送り）任命した裁判官が多数派民衆の反発を受ける場合ぐらいであろう。

何れにせよ、多数派の意向を受けるもので、最高裁の多元化には役立たない。日本国憲法が立憲的であらねばならないとすれば、この制度が適切だったかは疑わしい。（現行憲法の解釈から外れるが）寧ろ、任命時に国会の審査を受ける制度の方が適切だったようにも思える。

憲法改正の国民投票は、憲法制定権力に最も近いものとして有権者団が出勤する必要がある。御存知のように発動されたことがない。地方自治特別法の住民投票も、当該地方公共団体の議会の意思を聞く制度でもよかったのかもしれないが、今や、まず使われない制度である。そう考えると、直接民主制の制度が日本で実効性を持った例は稀有（あると

して、せいぜい、重要政策に関する、法的拘束力のない住民投票)なのかもしれない。

小選挙区制 小選挙区制の下で二大政党制を成立させ、その下で政権選択を図るべきだとする見解もある。しかし、まず、そうであれば、国会選挙で小選挙区制があり得るのは、あつても衆議院議員選挙だけということになろう。参議院議員選挙や都道府県議会議員選挙の1人区は適切ではないであろう。

また、内閣形成の基盤となる衆議院議員選挙においても、要は、政権選択ができればよいのであるから、全部を小選挙区制にすべきだと考える必要もない。また、何れの政党グループのどちらを選択するか、と考えれば、小政党も抱えた連立政権(穏健な多党制)でもよく、小政党が連立先を安易に乗り換えて政治的混乱を招くのを避けられればよいとも言える。そう考えると、適度の比例代表制の要素は入れても構わず、そのことによって、小選挙区制の弊害(死票が多い、少数意見の切り捨て、一党支配を招く危険がある)も緩和できると思われる。では、比例代表制の割合はどの程度とするのが適切なかは難しい。理論的に算出できるものでもない。

そこで、フランス式に、小選挙区2回投票制を実施し、1回目は小選挙区の要素、2回目は(政党間で候補者を調整した後)比例代表制の要素を入れようという意見も出てこよう。ただ、2回目は、1回目で決着した選挙区の結果を見て他の選挙区の有権者は投票行動を起こせるという点で「総選挙」の名に相応しいか、微妙である。

なお、小選挙区制は、ごく小さな領域のボスのような小人物が選ばれ易く、その中から首相や大臣が選ばれるのは制度的にどうなのか、との批判もあり得る。そうであれば、少数の定数の全国区を創設し、首相はそこから選ばれる慣行(首相を目指す段階で、元の小選挙区等は譲り、全国区から立候補する)を作ってもよいであろう。

同士討ち・共倒れ 中選挙区制では、中規模政党にしばしば生じる。選挙対策の上手・下手

に左右され、必ずしも得票率が議席率と比例しないことが起き易い。

現在、最も大きな中選挙区の定数は、東京都議会議員選挙の世田谷区の8だろう。2017年選挙において、自民党は逆風の中、3名が下位で滑り込んだ。これに対し、2021年は好調で、3名の現職に絞り込んだこともあり、上位で当選した。結局、3名当選に変わりはない。よほどの地殻変動がないと、議席は動かない。結果、都内最大の有権者を抱えるこの選挙区の意味を聞く政治的意味があまりなくなっている。

衆議院が小選挙区比例代表並立制なのに、自民党に(中選挙区制だから必要だった、党内党である)派閥が残るのは、昔の名残もあるが、都道府県や政令指定都市の議会の選挙が中選挙区制で、地方議員が系列化されていることが大きい。

2 権力分立・法の支配

独立行政機関 独立行政委員会とも言う。戦後にGHQ指導で大量に生み出された。占領後は激減したと表現されることが多いが、1955年以降は国レベルでは微増微減ばかりで、地方では基本的には大きな変化がない。一定の任務はこのような機関が相応しいということは定着したと言うべきか。

現行のもの以外でも、例えば、電波監理は総務省の一審議会ではなく独立行政委員会が担うべきだという意見は強い。総務相は内閣の一員、つまりは政治的任用だから、中立性は保証できない。表現規制を伴うものとして、自由民主主義国家では政治からの独立性が必要であろう。

もしも、独立行政機関を嫌う民意が強いのであれば、実は人民民主主義のようなもの、もしくは君主と庶民の王国のようなものに親和性が高いことになる。それが日本国憲法全体を解釈しての体感には思えぬが、教科書で直後に取り上げた「権力は腐敗する。絶対的権力は絶対に腐敗する」(ジョン・アクトン)ではないが、権力分立は肝要だ。

なお、独立行政委員会は準立法機能と準司法機能と結び付ける説明が主流だが、よくよく考

えると、行政機関は、法律の範囲内で省令や規則を作ることは当然に出来、また、国税不服審判所や海難審判所のように、法律で準司法機能を付与する場合もある。このため、これらは独立行政委員会という形態を選択する決定的な理由ではない。むしろ、政治から距離を置くべき業務内容（それは結局、精神的・身体的自由や「生まれ」の平等に関するものに集中しまいか）であることが強調されるべきであろう。

半大統領制 フランスでは、大統領と国民議会多数の政治勢力が異なると、首相の最終承認権は議会にあるので、大統領と首相の政党が異なることになる（コアピタシオン）。

韓国では、南北分断を背景に、大統領の権限が強かったため、しばしば権力の腐敗や独裁が生じた。このため、民政移管の後には、これを弱めようと、首相（国務総理）は、大統領が議会の同意を得て任命することとした。このため、形式的にはフランスと同じ半代表制である。ただ、コアピタシオン（동거?）が生じたとの話は聞いたことがない。首相は、行政の長というよりも副大統領的に行動するとされる。

なお、韓国は、一院制、半大統領制、憲法裁判所と、重要なポイントで日本の統治制度と逆の選択をした感がある。

通奏低音 バロック音楽における低音部が続く伴奏の形態。転じて、潜在的に全体に影響するもの。多用するのは気障^{キザ}。乱用は意味不明。「重奏低音」は誤用。

第14章 国会

1 国会の性格・地位

(2) 国権の最高機関性

政治的美称説 国会にヨイショだけして、法的には他の二権に対する何らの優位も認めない説。日本国憲法の理解において、民主主義（国民主権）よりも立憲主義（権力分立）を優位とする考えとして了解できなくもないが、ここまで来ると、憲法の文言無視に見える。終戦直後、内閣・官僚機構に対する国会の優位を規定して

いないとは思えず、総合調整機能説などを妥当と解したい。

(3) 唯一の立法機関性

連署 鎌倉幕府の執権補佐の役職ではない。このことを覚えているとかえって間違っているのだ、大臣が署名、首相が連署する。

余談。鎌倉幕府は西日本の監視のために六波羅探題を置いたが、常時、2名を任命していた。強大な権限を有する当職が幕府に謀反を起こさぬよう、相互に監視させた（仲の悪い2人なら完璧な二権分立）。

褒章条例 栄典の授与は人権の侵害ではないのだから法律の根拠なしに行っても構わない、という理屈で、戦後も政令として登場したのであるが、ある人に褒章を授与し、ある人に授与しないということは、特にそれが精神活動に関わり易く、名誉に関わることであるため、平等権侵害の恐れがあり、そうなると、権利侵害であり、権利付与だから法律の根拠は不要だとは言い難い。かと言って、一般的規範説に従って、あらゆる場面で法律の根拠を要求すると、緊急の物品・金銭の付与・救済ができない恐れがある。この意味で、二重の基準論はここでも妥当し、政府の経済活動で、憲法14条1項後段列举事由に抵触するものを基準に平等違反とは言えないものは構わない、ということであり、非常にざっくり言えば（「非立憲」的要素が入り込む恐れがあるので、慎重な説明を要するが）重要事項留保説がまずは妥当ということになるのではなかろうか。

学群・学類 筑波大学は、入試の区分が（学部・学科ではなく）学群・学類になっている点で特殊である。これは、教員の組織と学生の組織を分けて考えたからで、しばしば、政府の学園紛争対策だったと言われていた（何しろ、某国立大学では学生のデモの先頭に学長がいたという話もあり、その一体感を政府は嫌った）。合理的ではあるが、大学が、高校までとは異なり、同じ学問を志す先輩が後輩を指導する関係だという建前が崩れた瞬間でもある。現在、この構造は一般化し、

横浜国立大学でも大学院大学となる際、教員組織は研究院、学生組織は学府となった。

2 国会の組織・構成・活動

(1) 二院制

国会同意人事 以前、独立行政委員会の委員の一部について、衆議院の優越を認めていた例があった。しかし、一般的に、衆議院の多数を占める勢力が内閣を構成し、その内閣が国会の同意を得る必要があるとすると、結局、衆議院の同意を得れば十分というのであれば、殆ど意味がないことである。参議院の同意も得ることに意味があるのであって、何ら規定がない場合に衆議院の優越を認めるということは、特に、任命されれば比較的長期に大きな権限を有する者については、妥当ではなからう。

4 立法以外の国会の権能

(1) 財政

予算の性質 この議論は、どことなく、爪とは何か？という議論に似ている。爪は骨だ、というのは誤りであろうが、爪は皮膚だと言うべきか爪は爪だと言うべきか。皮膚というのが法律説で、爪は既に皮膚ではないというのが国法(法形式)説ということか。

物品税 以前は乗用車やテレビ、カメラなどの贅沢品には物品税が掛けられていた。贅沢品とは何か、具体的な例が出てくると結構な難問であった。1975年発売、子門真人歌唱で450万枚以上売れた「およげ！たいやきくん」(高田ひろお作詞、佐瀬寿一作曲)に課税しようとしたところ、制作者側は童謡だとして納税を拒否、最終的には、レコードにぬり絵が付いていたのが決め手となって課税できないこととなった。クロヨン税制批判とこういう煩雑さが、消費税導入の遠因である。因みに歌唱印税は買取だったので、ポニー・キャニオンはこの曲のおかげでビルが建ったと言われている。子門真人はそれでも100万円とギターをもらったが、B面(「いっばんでもニンジン」)歌唱のなぎら健壱は特に何も貰えなかったらしい。悲惨な戦いである。

民営化前の国鉄の運賃 1964年の東海道新

幹線開通から日本国有鉄道は赤字の時代が始まってしまう。まだまだ全国に人口が散らばり、自家用車の所有率は低く、高速道路の整備はおろか国道の舗装も不十分(そう言えば、竜飛崎手前には階段国道があり、奈良と大阪の県境には通行が厳しいものもあるなど、エピソードにも事欠かないが、ここでは省略)、長距離移動に航空機はまだ高価だったのであるが、この時期から様相が変わる。新幹線時代は、旅が「タケコプター」から「どこでもドア」に変化する第一歩であり、そのまま、交通網における鉄道(連絡船も含む)の役割の縮減の始まりであったことは皮肉である。一般的な庶民が鉄道の食堂車や寝台車を愛用していたのは、1960年代後半から1970年代までのごく短い期間である。

国鉄運賃は、一般国民の移動手段を保証するため、それを憲法上の「移動の自由」と言うべきかは兎も角、解り易く、また定額が求められた。電気代やガス代が、その地域ではそうであるべきだったのと同じである。混雑時でも、日中の閑散時でも、運賃は同じであったし、それが公共料金というものであった。駅の出札係が、「残念、大宮、売り切れ。赤羽はまだあるの。赤羽、買わない？お安くしとくよ」(©春日三球・照代)と言うことは決してない。

現在、指定席特急料金は超繁忙期、繁忙期、通常期、閑散期で異なり、ピーク時を外せば定期券代が安くなり、様々な企画ものの切符が用意されるようになり、財布とかスマホのアプリから出ていく金額は、本当に様々なものとなった。交通機関は商売、営業の自由の方に移行したのである。2023年5月から、タクシー料金にダイナミックプライシングが導入された(申請のある業者、予約の場合に限る)。

「公の支配に属しない」慈善・教育・博愛事業公金投入が許されないものが、何故、この3事業なのか。憲法20条は政教分離原則を掲げており、89条がその財政面からの裏打ちだと言われる。日本でも、キリスト教の教会が幼稚園を運営しているような例は数多あるが、西洋で

は学校経営に孤児院、寄付集めを行うことは普通である。このため、宗教団体の文字通りの宗教活動だけを対象にしたのでは、裏口からの資金供与の容認になるからであろう。日本の政教分離原則は国家神道の再来を止めるのが最大の目的のように言われるが、それ以外にも厳しい目を向けていると言えまいか。

圧倒的に私学が強くなった大学教育では、私学助成、もしくは授業料補助なしには高等教育が成立しなくなった。ところで、そうなるのか、(少なくとも義務教育以外の)教育は公立が原則なのか、私立が原則なのか。日本は、この点が曖昧である。大学について、文科省が、(少なくとも新設について)理系は国立、文系は私学が当然のように言っているが、国立の経済学部は多いのに、法学部が十指強なのは、本気で法の支配を考えているのか、疑念を生じさせる。

国家の通貨発行権 近年、憲法はこれを積極的に保障したとする説が静かに展開されているが、そうだとすると、例えば、日本と韓国が共通通貨を設立するのは、条約と法律だけではできず、憲法改正が必要ということになるが、本当か。ドイツは、基本法(憲法)にまさに規定があったので、ユーロ加入の際に憲法改正が必要であったが、日本も同じであろうか。明治期、銀行券の発行はかなりの銀行が行っており、信用ならないところを禁じて、結局は、日本銀行だけにこれを制約したものである。(明治憲法史観によるわけではなく、一般化できる)その経緯からしても、経済的自由の究極の制約として説明する方が適切ではないか。

(2) 外交

国際法・国内法二元論 日本政府が締結した条約が憲法と矛盾したとき、国際法上有効で国内法上無効となり、内閣・政府としては、股裂状態となる。条約改正交渉を行うか、国会を通じて憲法改正の発議を願うか、どちらかとなる。内閣が、古くは君主と議会、半大統領制なら大統領と議会の調整の役割を担うと言われるが、一元的構造であっても、国内と外国、ある

いは、中央と地方の調整の役割を担うことは宿命らしい。

第15章 内閣

1 内閣の性格・地位

(2) 議院内閣制

首相公選論 首相は直接選挙で選ぶべきだという議論。イスラエルでは1992年に導入し、1996年にネタニヤフを選出するなどしたが、シャロン政権が2001年に廃止した。現時点での唯一の実施(失敗)例。

要するに、首相を公選するなら大統領制と紙一重である。以前、小派閥の領袖だった中曽根康弘が導入を力説したのだが、衆議院の少数会派所属の首相が選ばれると、政治は不安定になろうし、それでも権力分立が望まれるというのであれば、大統領制を提案すればよい。何れにせよ、憲法改正は必要であり、象徴天皇制との調整は難しい。

2 内閣・行政機関の組織・構成・活動

(1) 内閣の組織

ロッキード事件 1976年に明るみに出た戦後最大の疑獄事件。ロッキード社は軍用機が主力だったが、ベトナム戦争終結に伴い、旅客機トライスターの販売に力を入れ、高価だったこともあり、いくつかの国で賄賂攻勢をかけたのが背景。同年7月に田中角栄元首相の逮捕に至る(他方、全日空が導入したトライスターに目立った事故がなかった点は、感謝すべきかもしれぬ)。

事件の徹底解明をしようとする三木首相に対し、自民党は「三木おろし」に転じた。事件は、ニセ電話事件を招き、判事補が弾劾裁判で罷免された。国会での証人喚問は厳しく、このことから、喚問中のテレビ中継ができないよう、議院証言法が改正された(再改正により弁護人付きで中継可能)。

日本電信電話公社 上方落語の3代目桂文三原作とされる新作落語「ぜんざい公社」は、お役所仕事ぶりを揶揄する。オチは「甘い汁はこっちで吸ってます」。言うまでもなく、ぜんざい

公社は電電公社のパロディである。

日本専売公社 塩と煙草は国家独占であった。安定収入のためとされる。電解で出来た塩化ナトリウムだけが「塩」で、塩田で作られ、ミネラル豊富なもの(伯方の塩など)は「塩」としては売れなかった。煙草は多くの銘柄を抱え、特によく売れた「ハイライト」はよく大きさの基準にされ、東海道新幹線の色デザインの元となったと言われる。

4 一般行政事務以外の内閣の権能

(3) 衆議院の解散権

ハプニング解散 1980年、福田派と三木派の造反(反主流派でも中曽根派は否決に回り、さすが風見鶏と評された)により、野党側の提出した大平内閣不信任決議案は可決され、結果、衆議院は解散された。真面目な大平さんが政争に翻弄された挙句、急死したのは非常に痛切であった。造反した側も弔い合戦を前面に出し、衆参同日選挙では自民党が、中選挙区制の妙もあって、圧勝する(この参議院議員選挙は最後の全国区で、市川房枝がトップ当選し、半年後に亡くなる)。

第16章 裁判所

1 裁判所の性格・地位

大岡裁き 時代劇「遠山の金さん」(「大岡越前」と並んで、多くの人が思い出す江戸町奉行)では、自ら「遊び人」に扮して捜査をし(この際、背中の刺青いれずみを見せるのがお約束)、お白洲でシラを切る罪人に刺青を見せ、ブチ切れて重い刑罰を言い渡すことになっているが、死罪などは町奉行の独断ではできなかった。逆に、大岡政談「三方一両損」(そもそもこの話は、同じく江戸時代初期の江戸町奉行、板倉勝重の話らしい)程度の事件は与力等に任される。

裁判は主権者たる王の要求を貫徹する手段 こう言って、少々(英米法などを)勉強した人が思い出すのはイングランドの星室裁判所(The Court of Star Chamber)である。ウエストミンスター宮殿の星の間(天井に星が描かれていた)で審判がなされたことからこの名がある。

発足がいつかは学説に争いがあるが、一般に、中世、ヘンリー8世統治下の1540年代に整えられたとされ、コモン・ローでは扱えない事案をエクイティ(衡平法)によって裁くものであった。特に刑事裁判を行うようになり、死刑以外のあらゆる刑を科せ、また、陪審裁判は不要であった。だが、1629年以降のチャールズ1世の時代、王の意向に人々を従わせる手段として用いられるようになると、清教徒革命における批判の対象となり、廃止された。以後、密室での恣意的な判断の象徴とされた。

2 裁判所の組織・構成・活動

(1) 裁判所制度

憲法裁判所 その設置が現行憲法でもできる、と言う人がいるので、ここは通説的立場に沿って、無理だと言っておく。

現在の憲法学は、裁判所が違憲審査権を行使できるのは、憲法81条の創設ではなく、76条の解釈によるとされている。つまり、事案を解決する際の法の最終解释权を裁判所が有するので、裁判所は「上位法は下位法を破る」という公理に基づき、憲法と法令が矛盾する場合には、原則として事案の解決に必要な限りで、上位法である憲法の解釈を優先することを宣言することができるのであり、憲法81条はその確認規定に過ぎないとされてきている。このため、事案の解決と無関係に終局的な憲法判断を行う司法機関は憲法改正なしには設立できない。

ドイツ派は不満のようである。このため、中には、最高裁の中に憲法判断を専門とする小法廷などを作ることはできる、などとする見解もあるが、その最終判断が最高裁であるというのは最高裁大法廷であるのは当然(最高裁大法廷が特定の小法廷に委託するのだという反論もあり得るが、ならば、小法廷判断を大法廷が覆す権限がなければ、このことは完結しない)であるから、やはり、ドイツ型憲法裁判所の創設は違憲であろう。

知的財産高裁が許容されるように、主たる争点が憲法問題である事案の二審を、例えば東京高裁の特定の法廷に集中させることは、不服があ

れば最高裁に上告できる限り、違憲とまでは言えまい。また、内閣法制局の機能を拡大し、フランスの憲法院のような、事前憲法判断機関を設立することは可能かもしれない。無論、それが終局的判断であることは許されない。拡大すれば、行政機関として準司法的機能を有する機関が、適用法令の違憲の可能性に言及することも、終局的判断でない限り、許されよう（当該官庁の業務の妨害なので、稀だろう）。

高等裁判所 高等にして下級なもの（憲法上、最高裁以外は「下級裁判所」）。

個別意見 日本では、多数意見（アメリカでは法廷意見という）にまだ何か言い足りない最高裁の裁判官が補足意見を付けるか、結論に反対であるときに反対意見を述べるかという単純なものが主流だが、判例法国の伝統が染み込んだアメリカでは、これ以外に、まず、結論には賛成だが理由付けが異なるとする結果同意意見がある。そして、判決の一部は法廷意見に全面賛成だが、一部は理由付けを異にし（結果同意意見）、一部は結論にも反対（反対意見）ということもザラにある。そこで、一見、法廷意見らしきものが書かれていても、その一部は過半数の裁判官の賛同を得ていないということも生じる。そして、その部分は先例としての拘束力を有さない。英米の判例集を読むときにはとても注意がいる。「先例に徴し明らか」が多用される日本の最高裁とは異なる風景である。

なお、個別意見は、英米法では最高裁の裁判官の特権というものではない。裁判官たるもの、自分の名前で判決を書ける、ということの帰結である。日本では、どうも官僚主義的に裁判所という役所の示す結論にその構成員が異論を唱えることに違和感があるのかもしれないが、大陸法本家のドイツでも、憲法裁判所は1970年から個別意見を付せるようになっていく。

3 司法

(2) 事件争訟性

勧告的意見 裁判所への訴えもない中で、内閣などが裁判所に法律判断を仰いだその意見。

アメリカで、ワシントン大統領が最高裁に求めたが、回答を拒絶された。その伝統、という説明も悪くないが、より原理的に、事件争訟性に反するからである。なお、国際司法裁判所は勧告的意見を出せる。

クラス・アクション 日本法では基本的に認められていない。鶴岡灯油裁判でも、最高裁は、原告に広汎な立証を求めて訴えを斥けた（最判平元・12・8民集43巻11号1259頁）。とは言え、立法により「司法」に相応しい機能を付与することができる、という一般的な憲法解釈によれば、具体的な事件が発生している、法的な問題である、終局性があるというときに、原告適格を関係者に広げることは違憲とは言えないのではないか。実際、2006年の消費者契約法による消費者団体訴訟制度や、2016年の消費者裁判手続特例法による特定適格消費者団体による被害回復の訴訟制度も設立されている。

試験の合否（いくら法学科目であっても）法の問題ではなく、裁判所の判断に馴染まないのが、落とされても、決して裁判所に訴えないように。

「記念樹」裁判（東京高判平14・9・6判時1794号3頁）「あっぱれさんま大先生」（フジテレビ）のエンディング・テーマであった、服部克久作曲の「記念樹」が自作の「どこまでも行こう」に似ており、著作権者人格権侵害などであるとして小林亜星が服部らを訴えた裁判。一審（東京地判平12・2・18判時1709号92頁）は同一性を認めず、小林の訴えを斥けたが、二審は訴えを認容して確定した。

2つの曲が似ているかどうかは、果たして法的な問題なのか、権利性があるから、というのであれば、板まんだら事件を却下した理由は何であろうか。似てる似てないは客観的に判断がつくものか。ド演歌では相互に似ているケースも多く、「風は秋色」は「青い珊瑚礁」の二重投稿だとか、渋谷区歌は同じ作曲家の「UFO」に一部似てるだの、言い出すとキリがない。

以上のような司法モデルは近代の産物。民事訴訟法の大家、中野貞一郎は、「現代型訴訟と

「この「^{のたま}やくざな概念」と宣うた。中野の名言は他にもある（「これから民事訴訟法を担う若い先生方は〇〇とされていますが、私はこれまでの民事訴訟法をやってきましたので」など）。

日米地位協定 大阪方面からの旅客機が、東京の羽田空港に真っ直ぐな飛行ルートで着陸できないのは、米軍の管理する広大な横田空域のせいである。

統治行為 統治行為論は、砂川事件（最大判昭34・12・16刑集13巻13号3225頁）を契機に日本公法学会でも議論された。包括的にこの概念を認める報告が多かったのは、金子宏など、報告者の多くが、大陸法・行政法の研究者だからであろう。その立場からすると、通常司法裁判所が政治問題に突っ込んでくることは非常識だったのである。英米法・憲法の立場の久保田きぬ子は多勢に無勢に見えた。

ただ、この議論は、憲法の問題であり、芦部信喜あたりで憲法学界が引き取ると、何でもかんでも裁判所が遠慮すべきものではなく、特に重大な人権問題については判断すべきという主張が強くなった。また、個別条文を頼りとする解釈論のレベルではない「飛び道具」であるので、これを持ち出すのは（法律学の一般的ルールに従い）例外的事象に限るべきである。このため、結局、統治行為論は安保防衛問題に限るという浦部法穂ほかの揶揄もあるし、宍戸常寿は基本的に不要論に踏み込んだ。「国破れて憲法原則あり」とは言い切れないので、統治行為概念はどこかに残ろうが、実際に裁判で提示できる場面がそう簡単にあるとは思えない、というのが筆者の立場である。

そういった立場から若き日の金子宏報告を批判した。ついでだが、憲法判例百選では、税法が技術的なので司法消極主義だ、という金子説を、憲法の眼から見るときで、経済的自由の問題だからと言うべきだと批判した。先輩教員（文化勲章受章者）に対し不遜だが、

(4) 先例拘束力

先例拘束力 先例、先例と、法律家はうるさ

い。逆に言えば、先例などどうでもいいと言いつくと、法律家も終わりである。教授会や全学委員会でも。

当然のことだと思うのであるが、同じような事案に同じ結論を出さないのは、頭が悪いか卑怯なのである。大陸法では先例拘束力などと言わない、と言ってみても、理由もなく過去の事例と異なる判断を平気ですることは、然るべき権限を有する者なら御法度である。

(5) 陪審制・参審制

裁判員制度合憲判決（最大判平23・11・16刑集65巻8号1285頁）日本でも陪審制は憲法上可能である、何故ならば、法の解釈適用部分は職業裁判官が手放さないから、という説明を、以前はよく聞いた気がする。そうであれば、素人も参加して量刑も決める参審制の一種である裁判員制度は違憲ではないのか、という疑問も出される。

制度導入の旗を振った最高裁が、問われてそれを違憲と答える筈はなかった。教科書に示した違憲論の根拠にきちんと反論できるようにしておく必要がある。

法科大学院 その全体としての定員割れは2022年度にはほぼ収まった。その意味では、あるべき地方で、有力法学部を有する大学で、未修者中心教育を掲げた大学で、それをなくしたのは拙速だった。国立の旧帝大格と早慶などに入学者が集中している。経験則として、理系出身者、国立の社会科学系（就中、旧帝大格法学部）出身者、法律学科の成績上位で意欲のある者の成功率が高かったので、納得できる面もある。大事なそれはそれとカリキュラム（教員の能力でない？ 3+2主なら、その学部入試を再考すべき）。

5 裁判官の独立

(1) 意義

大津事件 これが何年に起きたか、という出題はあまり適切ではないが、大日本帝国憲法が制定され、しかし、まだ、小国としてロシアの圧力に怯えた内閣の反応であったことなどから、1889年と1894年（日清戦争）の間だと推測

させる出題はあり得る。出題にはマナーがある。

(3) 下級裁判所裁判官の任命・再任

法曹一元 戦前は、司法官と弁護士の試験は別物であった。出世具合（例えば、司法大臣の輩出）まで見れば、検察官が最上位に思える。こういったことをなくし、法廷で対決する検察官と弁護士を対等にする必要があった。戦後、司法試験一つになった。

問題は、司法試験合格後、司法研修所を出るとそれぞれ別な道になっていることである。裁判官・検察官として任官すれば、最後までそれであることが一般的で、退官して弁護士になることは多いが、近年まで、弁護士から任官することは稀であった。行政官僚と同じ仕組みである。英米流の法曹一元であれば、まずは全員弁護士となり、その中で優秀な者をスカウトして裁判官や検察官にする仕組みを本来は検討すべきだろう。入り口の試験だけの法曹一元のため、最高裁の人事もこの枠を動かせないし、裁判官再任原則説にせざるを得ない。

6 違憲審査制

(1) 背景

1803年の連邦最高裁判決 アメリカで裁判所が憲法判断できることになったのは、この（*Marbury v. Madison* 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)）ためである。憲法と法律が矛盾したとき、それを宣言するのは連邦議会か、大統領か、最高裁かは最初不明であった。この判決が、「上位法は下位法を破る」公理を盾にしてから、判例法としてそれは成立したのである。合衆国憲法には日本国憲法 81 条のような条文はない。

ところが、その後、これといった違憲判決はない。物議を醸したのは、奴隷が自由州に行ったからといって自由にならないと判示し、南北戦争の引き金となったドレッド・スコット事件（*Dred Scott v. Sandford*, 60 U.S. (19 How.) 393 (1857)）である。また、ロックナー判決（*Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905)）では、最高労働時間規制を違憲とした。共に、時代の変化に最高裁が付いていけなかったもの（裁判官は終身である。

事件の随分前に任命されていることも多い。つまり、三権の中で最後に民意が反映する機関だと言える）だが、目立った違憲判決は数少ない。最高裁が数々の違憲判決を下して人権擁護に邁進するのは、戦後のウォーレン・コート時代（1953-1969年）が主だと言っても過言ではない。そう考えると、アメリカですら、戦前は、少なくとも人権擁護の方向での違憲審査権は活発ではなかったと言える。違憲審査権が開くのは、西洋においても、ドイツ憲法裁判所の設立もあって、第二次世界大戦後のことである。

無論、アメリカ主体のGHQ主導の日本国憲法が、当時設立されていなかったドイツ型憲法裁判所を予定していたとは思えない。

7 憲法訴訟

(1) 憲法事件争訟性

憲法事件争訟性 この概念を書いた教科書は、川岸令和ほか『憲法』（青林書院、2002）以来、全ての版での筆者しかないので、ユニークなことである。ただ、違憲審査権が究極的には憲法 76 条の産物だと言うのであれば、こうなるのであって、憲法判断回避が裁判官の裁量であって「準則」に過ぎないとか、裁判所の憲法判断は適用違憲が原則で法令違憲は例外、文面違憲は大例外だとか、第三者の憲法上の権利の援用も適材適所だとは言えない筈である。「司法」のルールに従った端的な説明が必要だ。

憲法判断回避 恵庭事件（札幌地判昭42・3・29下刑集9巻3号359頁）の際、下級審裁判官の「生活の知恵」と揶揄されたものだが、当該法令が違憲でも合憲でも結論が同じであれば、事案の解決を本務とする司法権は憲法判断を行うべきでない。「裁量」として、憲法判断をしてもよい、とすることは、抽象的違憲審査を導くことである。他方、精神的自由の文面審査は憲法判断必須である。

(3) 憲法判断の方法と基準

中間審査 結局、筆者の説は、集団主義の一翼である民主主義と、個人主義の擁護者である立憲主義（権力分立、法の支配）の激突から生ま

れる司法審査基準は原則として2つなのであって、「二重の基準」論を文字通り貫徹せよ、というものである(もし、証明できるのであれば、「厳格な合理性の基準」「緩めの厳格審査」のようなものはあるのかもしれないが、純粋な中間審査はない)。中間審査は解釈者の裁量があまりに大きく、「公共の福祉」による一刀両断、比較衡量、「合理性」の基準などを批判してきた憲法学が自分の首を絞めるものとなろう。司法審査基準は多くの階層がある、という説明も、そんなケースが他のいかなるケースより上なのか、それは何故なのか、どこまで細かく分類したら納得するのか、それは解釈者の理想の体現に過ぎないのではないか、などと追及していくと、人智を超える困難な壁に当たるだけである。以上は、三段階審査を丁寧にやればよい、という議論も最後は、俺のようにやれ、となる点で同じだろう。

アメリカで、厳格審査が近年、致命的と言われるほどではなくなり、中間審査の厳格度が増している(まるで、準特急と快速急行の停車駅が殆ど同じになったかのよう)中、それを合一としないのは、やはり、人種差別禁止は特別だという特殊アメリカ的事情があるろう。日本が丸呑みすることはない。

しかし、日本人は3が好き(御三家、三人娘、日本三景など)なのか、司法審査基準も「二重の基準」が3つとなった(そして、基準を上げ下げしているうちに全てを微妙なグレーのグラデュエーションにしてしまう)。だが、何故3なのかを考えないと、チャンバラトリオが4人だったり、大橋トリオは1人だったりするのを見過ごす。

* * * *

続編は徐々に細切れになり、橋本武『〈銀の匙〉の国語授業』(岩波書店、2012)かアンブローズ・ピアス『悪魔の辞典(新編)』(岩波書店、1997)のようになってきたが、要は、狭義の法律学や政治だけ知っていれば憲法は理解できるわけではないことは貫徹したつもりである。『シネマで法学』(野田進=松井茂記編 有斐閣、2000)が実は「法学でシネマ」でもあるように、憲法学習

が他の学問の基礎となることも言えよう。幅広い(そして次に深い)学習を望む。

付記

原則として敬称は略させて頂いた。

付記2

『憲法—日本国憲法解釈のために』(成文堂)初刷では、刊行後に以下の修正点が発見された。補正をお願いしたい。

- v 頁11行目 もの基に→ものを基に
- x 頁28行目 (2) 奴隷的拘束・苦役・拷問・残虐刑からの自由 → (2) 奴隷的拘束・苦役からの自由
- xx 頁20行目 [第7版] → [第7版]
- 29 頁3行目 植民地→植民地
- 29 頁24行目・26行目 植民地→植民地
- 136 頁13行目 皇族の人権→天皇の人権
- 188 頁32行目 (2) 奴隷的拘束・苦役・拷問・残虐刑からの自由 → (2) 奴隷的拘束・苦役からの自由
- 190 頁20行目 拷問(☞第7章2(2)) → 拷問(☞第7章3(2)(ii))
- 200 頁18行目 禁じる(拷問の禁止(☞第7章2(2))). → 禁じる(拷問の禁止).
- 208 頁7行目 拷問(☞第7章2(2)) → 拷問(☞第7章3(2)(ii))
- 217 頁10行目 産んだ→産ませた
- 345 頁25行目 大阪高判平30・11・14 高刑集71巻3号1頁→最決令2・9・16 刑集74巻6号581頁
- 500 頁14行目 海難審判庁→海難審判所
- 545 頁16行目 ③最高裁抽象→③最高裁が抽象
- 579 頁21行目 反対にあり、→反対に遣い、
- 580 頁18行目 意向が強く→意向を強く
- 585 頁22行目 行われている。→行われてきた(2011年以降は岩手、宮城、福島も)。

また、本稿の正編、本誌27巻4号85頁、106頁左23行目の「ミランダ告知」の前行に「(2) 被疑者・被拘禁者の権利」を挿入する。108頁右15行目の「民族」の前行に「(3) 列挙事由」を挿入する。

[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]