

はしがき

本書は、司法権論及び憲法訴訟論についての、著者なりの、網羅的一般的総合的な解答である。この分野の殆どの問題に言及した論文集は、上下巻で1400頁程度となり、大著の範疇に入るものとなった。

1984年に大学の法学部に入学して、1994年に大学院を単位取得満期退学するまで、憲法訴訟論の隆盛の時期を学生として過ごしたと言ってもよい。問題ある法令や政府行為も多い中、日本の裁判所にいかにして違憲判断をさせるか、その理論的根拠をいかに定立するかが、大きなムーブメントになっていた。これには、単なる技術論であって、思想も哲学もない、真の憲法学の姿ではないかのように論難する声が憲法学界にはあり、これに抗する必要があった。憲法が憲法、つまりは国内最高法規たらしめるためには、最終的な法解釈者である、最高裁判所をはじめとする裁判所に有権解釈をさせる必要があり、そのためには、同じ法律家としての説得、理論構築が必要であることは疑いもなく、それは、民法学や刑法学など、他の実定法学が行ってきたことを当然にすべきように思えた。国法学や統治の学としての憲法学の余韻に触れたことも重要であったが、法律学を幅広く学ぶ中で、やはり国内法の要は憲法であることを確信し、そのような時代の力もあって、いつしか著者は、松井茂記先生のご指導の下、憲法研究者の道を選ぶようになっていった。

大学院に進むと、阿部照哉先生主宰の関西憲法判例研究会、佐藤幸治先生主宰の関西アメリカ公法研究会に入れて頂き、極めて未熟な研究者の卵として、勉強させて頂いた。良き京都学派の時代であった。修士論文のテーマは性差別事例の司法審査基準としたが、これは、1988年当時、実は憲法学の世界で、性差別問題を真剣に取り扱った研究者が殆どいなかったことと同時に、アメリカ連邦最高裁で、性差別事例の司法審査基準が例外的に中間審査基準であったことから、その例外性はどこに根拠があったのかに興味があったからである(博士論文を纏めたものとして、刊行された。『性差別司法審査基準論』(信山社、1996))。

無論、このことが、本書に至る憲法訴訟論研究の第一歩となっている。佐藤先生には、当時、「進歩派ではないがラディカル」などと評されたが、その拙説が、2011年の教科書では、ご批判を含め、多数引用されたこと、畏れ多い思いと共に感謝の念のみである。そして、就職後の1994年には、芦部信喜先生（後に戸松秀典先生）主宰の憲法訴訟研究会に入れて頂いた。これにより、東大系、京大系の両方の先生方の発想に触れたことは、非常に大きかった。この後、著者のテーマは、憲法学界を揺るがしていた憲法の私人間効力論（第三者効力論）に暫く移行した（その成果は『憲法の私人間効力論』（悠々社、2008）として、刊行された）し、2003年末発足のジェンダー法学会では、多様な法分野の先生方との議論を続けて入るものの、メインの研究テーマは、結局、平等論自体というよりも、どちらかと言えば、憲法訴訟論であったと言ってよい。本書は、その積年の成果を、司法権論、憲法訴訟論と一応分けて刊行するものである。そして、ここにお名前を挙げた諸先生方には、まず、本当に深く感謝したい。

司法権論と憲法訴訟論の関係については、特に第1章などを参照して頂きたいが、基本的には区別されるが、しかし、リンクした議論であると思われる。だが、この両者はややもすると渾然一体として論じられてきたきらいがないではない。そのことは整理されて然るべきである。強いて言えば、佐藤先生は前者に、芦部先生は後者に力を尽くしてこられたと言えようか。ただ、「司法権」の定義に進むこととなった日本の憲法学が、それならば、憲法訴訟の訴訟としての枠組みを定立したか、となれば、心許ない面が多々あった。事件争訟性の概念を詰めた筈でありながら、憲法訴訟の入口の議論は欠け、あえて言えば、裁判所になんとしてでも憲法判断を多く求めたいが故に、考えないか、深層心理としては政策的配慮として黙殺したか、だったのではなかったのかとの疑いもある。だが、「司法権」の定義の上に乗る付随的違憲審査制、憲法訴訟論が、理論的に緩く、ましてや解釈者の政治的判断に委ねられてよい筈はないのである。この点を理論的に詰めていくことが肝要ではなかったかとの思いが、本書にはある。法解釈は、およそ「認識」や（幾何学を念頭に置いた）正解のある「科学」などではないと思えるが、それでも、憲法なら憲法全体を見通したとき、スムーズな解釈、あるべき道筋というものが、解釈者の主義主張や

「信念」とは別にあるものだと思う。法解釈学も、広義の社会科学の一部である以上、その結論があまりに非常識、非現実的なものであってよいとは思われないが、他方、私的な思いの吐露であったり、単に大勢に迎合したりする結論は避けねばなるまい。その意味で、部分的には著者の「信念」とは異なっても、体系的で理論的な結論を重視すべきであると思えるし、本書の姿勢は基本的にそうである。無論、近代立憲主義的な結論であることを大前提としている。敢えて言えば、近代立憲主義下、通常司法裁判所による憲法裁判の、より一般理論を示すことを希求したものである。各論で価値判断を繰り返す以前に、このような原理原則から導き出されるルールや道筋は、意外と決定的なものではなからうか。それだからこそ、抽象的な法的判断を特定の国家機関に委ねた制度との差異を、そこから検討できるのだと思える。

また、法解釈学であれば、これまでの判例や通説を踏まえ、その批判を行い、修正を提案するべきところ、憲法学界は、どうもパラダイム転換ないし、比較対象国を総入れ替えが好きである。そのうち、仲間の賛同の大合唱が始まり、議論は飛ばされ、多勢に無勢で学説が変わってしまう。イデオロギー批判も好きである。それらが楽だからであろう。だが、そのようなものに終始することは、法学のあるべき姿ではない。また、通説を意図的にか無意識に誤読して、独自の説が立てられることもあり、しばしば、信念であるとして、批判に耳を傾けず繰り返せばよいと思っているケースもある。法学者は哲学者でも神学者でもない。本書では、芦部説、佐藤説の批判をした部分も多いが、その基本線を認容した上、敬意を持って批判し、修正学説を提示したつもりである。「進歩派ではないがラディカル」な者も、今や意外に正統派でオーソドックスなのかもしれない。この点の評価は、読まれた皆様に委ねることとする。

なお、関連して、芦部説の引用について、本書はある決断を行ったことを付言する。それは、今なお司法試験受験生の間で基本書とされる『憲法』(岩波書店)の扱いである。芦部先生のご逝去から18年以上が経過したが、同書は、高橋和之先生の補訂により、既に第6版を迎えている。この間、高橋先生は、芦部先生の元の言葉の意味を変えないように慎重に扱われてきたように思えるが、それでも、最早、どこまでが芦部通説というべきものなのかが、一見する

とぼんやりしかかっているのである。そして、ご逝去後に登場した判例や学説の扱いになると、芦部先生がそれにどう反応したかは不明であり、原則として、その重要度を踏まえた選定まで考えれば、加筆できないことにすらなってしまう。このため、まず、芦部説の引用にあたっては、論文集か、居住・移転の自由まで書き進められた『憲法学Ⅰ・Ⅱ・Ⅲ〔増補版〕』（有斐閣）を優先的に用い、やむなく岩波書店版を引用する際も、芦部先生の最後の声であることが確認できる新版補訂版を用い、第6版の記述を確認することとした。これは、ローマ法以来の長き伝統に裏打ちされた民法学で、我妻榮著の教科書が、その逝去後も改訂を続けていけるのとは異なる。せいぜい400年の伝統、世界展開して半世紀の近代的な憲法学は、まだまだ、個々の有力な学者の革新の最中にある。それはそのまま、新たな有力な基本書の登場が待たれることでもある。

本書では、重要な判例をしっかりと引用し、日本の学説状況を説明することに重点を置いている。この種の著書では、どうしても、アメリカやドイツなど、諸外国の判例や憲法学説を多く引用し、中には、その比較法対象国の最高裁や憲法裁判所の判例、或いは特定の憲法研究者の学説をしっかりと消化することなく、半ば直輸入し、日本もその通りであるべきだ、と言わんがばかりのものまであったように思える。確かに、ある種のナショナリズムとでもいうか、日本は特殊だということから始まる、しばしば独善的な主張が、とても近代的な法理論ではないことは言うまでもなく、これを避けるために、憲法学では、比較憲法学の重要性が特に強調され、特定の国に偏らない比較憲法研究がなされてきたのである。だが、日本と当該比較法対象国とでは、歴史や状況、そして、当然に、憲法自体の文言や構造が異なる。このため、まず、比較憲法学は、日本国憲法解釈の参考にはなろうが、主客転倒是論外である。終戦直後、本格的な近代立憲主義の道歩みだした頃なら兎も角、戦後70年、日本国内でも憲法判例、憲法学説の蓄積があるにも拘らず、相変わらず、その検証を十分に行うことが足りないのではないかと感じている。ある国の歴史や文化、ある学派の伝統、ある人の思想などに見境なく依拠することは「人文主義的」に過ぎ、少なくとも広義の社会科学に属する法律学においては、方法論的にまず誤りであろう。また、比較憲法的手法に頼る前に、論理的に決着がついたり、

まず、多くの先進国等の常識的結論であると判断できたりすれば、この種の比較は、そこでは不要ということにもなろう。本書では、確かに、ところどころ、アメリカやドイツなどの外国判例を引用することはあるが、それは必要に応じてであり、主としては、日本における判例と学説、もしくは学説相互間の論争を基盤としている。何故、それではいけないのか、何故、日本発の普遍的な理論の提案を視野に入れてはいけないのか、ということも、問題意識として共有して頂きたいと思う。

こうしているうちに、本書の判例や学説の引用は膨大なものとなった。特に、判例の引用は、調べ得る限りで、その判例の評釈を全て示すことに尽力した。無論、これを毎回行うことは無駄であるので、兎に角、本書で初出の際に引用し、2回目以降は、その章の該当箇所を参照せよ、という表記とした。このため、本書は、仮に本書の主張に反対する法律家、法学者などであっても、司法権論や憲法訴訟論を語る際には、いわば司法権論・憲法訴訟論辞典として、抱えているべき密度を有するに至ったと思われる。法曹にとっても、上告趣意書などで展開できる、憲法論として常識の範囲の主張は本書のどこかにあり、訴訟上、憲法上の主張に進む際には大いなるヒントとなると思われる。「一家に一冊」は嘘でも広範囲の方々や機関必携である。

本書に纏められた元の論説等は、章の数以上に上るが、最も古いものは、1995年3月、著者が大学教員生活を始めた、東海大学文明研究所専任講師の時代のものであり、その元となった研究会報告は前年の、大学院生時代のものである。これについても、上述のように、しっかり判例や学説の引用をし直した。その後の展開についても、補充を行った。学説のうち、著書については、改訂がなされたものについては、少なくとも主な憲法の基本書と呼ばれるものについては、最新もしくは最盛期のもので打ち直した。このため、本書は、(世の中の論文集というものでは、しばしばそのようなものが多いようであるが)単に、過去の論説を張り合わせたものとはなっていない。そのため、纏めに3カ月以上、地味な作業で一夏を丸々費やした。その分、過去の著作の寄せ集めではない、一体としての論文集になったように思う。元となった論説等は、22年余、この間の、憲法の私人間効力論に没頭していた時代を除いたとしても、相当の

量に上る。2017年の夏、当然のことながら、論文相互間の整合性も検討することとなったが、政教分離訴訟について前世紀末に示唆した方向を1点修正した以外は、大きな考えの修正はなかった。一貫性が、自分としてはなのかもしれないが、担保できたことは、大いに安心できたことである。

なお、著者は、これまで教科書の分担執筆を繰り返し、憲法全体を見ながら、論説や判例研究などを生み、それは、取り敢えずではあるが、本書に結実した。教科書については(何れも初版で示す)、

- 榎原猛編『基礎憲法』(法律文化社、1992)
- 中谷実編『ハイブリッド憲法』(勁草書房、1995)
- 川岸令和ほか『憲法』(青林書院、2002)
- 君塚正臣＝藤井樹也＝毛利透『VIRTUAL憲法』(悠々社、2005)
- 君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法』(法律文化社、2007)
- 君塚正臣編『高校から大学への法学』(法律文化社、2009)
- 君塚正臣編『高校から大学への憲法』(法律文化社、2009)
- 君塚正臣編『比較憲法』(ミネルヴェ書房、2012)
- 君塚正臣編『大学生のための憲法』(法律文化社、2018予定)

により、憲法の全分野を網羅したことになると思う。このことにより、本書の主張が憲法の全体構造を歪めないことも確認してきたつもりでもある。ここに、付言しておきたい。

また、この間、違憲判決を減多に出さないと言われてきた最高裁も、徐々に変化が生じたように思われる。著者の最初の著書で主張した、民法900条4号但書は全面的に、同733条は、100日を超える再婚禁止期間部分が違憲となった。また、男性が加害者で女性が被害者の場合に限定されてきた強姦罪規定は、性別を不問にするように立法的解決がなされた。その他、著者がある事件で鑑定書を記した、公務員の政治活動の禁止についても、別の事件ではあるが、被告を無罪とする判決が確定し、猿払事件の判例は、事実上、部分的に変更されたとさえ評価できる。最高裁が近くなっている。そして、このことは、憲法訴訟論の成果を踏まえ、日本の憲法学が、普通の法律学化し、「憲法学者」が「法学者」とはまるで異なるかのような感覚が、変わりつつあることを

示している。判例と学説は、憲法学においても、相互に作用仕合い、日本の立憲主義の発展に寄与できる関係になりつつあるのであり、その状況で、日本の憲法学が全面的な転進をする必要はないということでもある。この時期に、本書を刊行する意義は、その意味でも小さくないのである。

さて、前の論文集を刊行した2008年以降、著者の研究環境には、厳しいものがあった。2004年の法科大学院・国立大学法人化以降、法律学全体の業績は減退したと言われるが、法科大学院の不人気が顕著になると、その環境は厳しくなり、予算も激減した。それに引き摺られるように、法学部の不人気も生じた。これらに所属する研究者は、その対応に時間を割かれた。東日本大震災は、著者の研究室などに多大な被害を与え、復旧に相当の時間が必要であった。生命・身体に何もなかったことは幸いであったかもしれないが、精神的にはかなり参った感がある。2011年度と2012年度は、受験生の減少する中、法律系の入試委員長を務めることとなったし、2013年度は、本務校で、改組された国際社会科学府の初代の学務・広報委員長を務め、2014年度は法曹実務専攻長（法科大学院長）を務めることとなり（この年度には、法学教室の演習も担当した）、その2年間は特に多忙を極めた。そして、2015年にいわゆる安保法案の際には、全国の真っ当な憲法学者は全てこれを違憲と論じたが、特に運動家然としているわけでもない著者なども、何よりも、今や全世界的に真っ当な国の常識である、近代立憲主義崩壊の危機が日本に迫っていることについて、声を上げることとなった。最低限の予算と最低限の研究時間を確保し、研究を進めることは、非常に難しかった。このことは、一般に、理系の先端研究についてばかり言えることでもなく、また、国立大学の文系学部再編・淘汰が文部科学省の方針であるとまことしやかに言われ出すと、各地方国立大学の「付度」は妙に素早く、その影響は、哲学や歴史学ばかりでなく、法学・政治学分野にも及んできた。地方国立大学では、総じて、法学・政治学は弱小なのである。憲法の全面改正（つまりは、明治憲法への回帰と近代立憲主義の放棄）を旗印とする政権が比較的長く続いたこともあって、法律学、就中、憲法学受難の時代であり、近代立憲主義や法の支配を支える理論研究が全体に痩せ細っていくのではないかと、危惧すること著しい状況である（2017年度の日本公法学会は東北大学にて、日

本海洋学会が盛大に行っている隣で、「立憲主義と法治主義」をテーマにひっそりで行われたが、行政法の報告者が「立憲主義」を語ることはなかった。立憲主義的でない法律学とは何であろうかと思う)。政治情勢、国際情勢はなお不透明であり、日本の立憲主義に明るくない影を落としている。

この間、2013年度からは、5年間という長期の条件で、平成25年度—29年度 日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」(課題番号25380029)を受けることとなった。本書は、その成果の一部(但し、本書刊行の一部は、著者の本務校への寄付金によるもの)である。これにより、法律系において極限まで減少してきていた、研究費の不足は大きく補えることとなった。今更ながら、本研究を選抜して頂いたことに感謝したい。また、2015年春に法曹実務専攻長を最短の1年で退任することとなり、ジェンダー法学会理事も2014年末の任期切れで退任してあったため、その後は、全学の動物実験専門委員会委員を3年間務めているのが目立った学内業務であるという状況になり、本学法律系の運命等について発言する意味がかなり希薄になったのと引き換えに、国の委員を延べ3種引き受けても余るほど、十分な研究時間を得ることとなった。この2年半の間に執筆した元論文は、本書のかなりの部分を占めていることでも、それは証明できそうである(そして、細かい。学生時代、「お前は検事にだけはなるな。そんな感じで細かく調べられたら、被疑者がかわいそうや」と言われたそのままに)。不幸中の幸いとも言い得ようか。しかし、それでも、科研費の支給には年限があり、成果を出さねばならない。その結果、いかに本書が上下巻合わせて分厚くとも、今後、公表できれば補論として公表したいテーマが少々残った。索引もそれに委ねた。この点は、やむを得ないこととして、ご海容願いたい。なお、本書刊行にあたり、御尽力頂いた、本務校の本部、社会系、法律系の事務職員の皆様に感謝したい。

併せて、憲法訴訟論が大きく取り残している領域に、憲法31条以下の刑事手続上の問題がある。この研究によっては、司法審査基準の数にも変化が生ずるかもしれない。だが、あまりにも時間とエネルギーが足りない。これは、次の科研費を得た機会に残しておくこととする。

本書は、単著としては3・4冊目になる。1996年に、母校で学位を頂いた際、

とある老法学者と一緒に論文博士号を授与された。その際に、その方が言われたことは、自分は5冊書いて博士号を頂いたので、君もいずれは5冊以上書いて欲しい、ということであった。一期一会と思っていたものだが、1999年に関西大学に赴任すると再会することになる。国際私法の本浪章一名誉教授である。周囲には、お互いを「同級生」と紹介しあったものである。本書は、本浪先生との約束にリーチをかけたものである。なおの精進をせねばと思う。そして、本書下巻冒頭の章などは、まさに、その関西大学での市民大学講座を端緒にしたものであり、その自由な研究環境が育んだものであることは確かである。3年半の在籍ではあったが、関西大学法学部にも感謝したい。

これまでの著書ではあまり語らなかったが、母校である大阪大学法学部にも感謝せねばならないであろう。覚道豊治先生の最終年度の講義を聴講できたこと、松井先生や中山勲先生の天才的な部分に触れられたことなどのほか、広範囲の法学・政治学の発想や問題意識、知識と教養を与えてくれたと思える諸先生方には感謝したい。憲法学者なのに、『民法判例百選Ⅲ』(有斐閣、2015)に著者の名前があるのは久貴忠彦先生のお引立てのお蔭であるし、『シネマで法学』(有斐閣、2004)に参加できたのは労働法の野田進先生(のちに九州大学教授)のお蔭である(因みに、「宇宙と法」を執筆することになったのは、松井先生の陰謀の成果(?)である)。そして、憲法が国内法最高法規である以上、下位法令の解釈、基礎法的な支え、政治学的な理論、などが一体となって本書に滲み出ている筈である。若い頃のある程度の広い学習は無形の学習は、後に力となると思う。その意味では、この時期に、著者を経済的に支えて頂いた(財)竹中育英会に感謝せねばならない。下宿生活を支えて頂いた、富山真子さんご一家にも感謝したい。そして、それ以前の、家族、幼稚園から高校までにも感謝したい。感謝すべきは多い。

そして、本書の刊行を強く勤めて頂いた、法律文化社の小西英央さんに感謝せねばなるまい。様々な無理難題をクリアして刊行に至ったことは、小西さんなくしては考えられない。改めて感謝したい。そして、大部な専門書の刊行を決断して頂いた、法律文化社さんに感謝する。加えて、この長い間、暗く(?)机にばかり張り付いている夫の姿に耐えていた、忍耐強い妻に感謝したい。

本書を通じて、多くの人には、近代立憲主義の（あえて言うが）普遍性と、その下での通常司法裁判所による付随的違憲審査制の擁護者になって頂きたいと思う。「自由と平和を愛し、武器は、アイデアと愛嬌」(<https://atarashiichizu.com>より)という方々は、本書の味方であると信ずる。ついでに、平等と友愛（現代においては、兵役以上に、勤労と教育により、社会保障を相互に支えることなどが肝要か。なお、フランスの国旗が「自由・平等・博愛」に由来しているというのは全くの俗説である）と「法の支配」も愛して頂きたいというところか。

なお、本書では、歴史上の大博士から当時学部学生である人まで、原則として敬称は略させて頂いた（当該身分又は職業に意味がある場合には、役職名等を付けた箇所がある）。ご海容願いたい。

2017年11月23日

東京の片隅にて 君塚正臣