

あとがき

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。平成30年度まで1年延長)による研究成果である、拙著『司法権・憲法訴訟論 上・下』(法律文化社、2018)[それぞれ、上巻第〇章、下巻第〇章、と引用した]は、上・下巻で約1400頁となったが、本書[本書第〇章、本書米判批〇、と引用した](基となった論文等の一部は、上記助成金の成果である)は、表題の通り、その続編である。上記本編の議論を補充する「本編補遺」と、この議論を憲法31条以下にも展開し、本編での予言をほぼ証明した形となった「続巻本体」からなる。一研究者として、5冊目の論文集を上梓できたこと、望外の幸せである。

著者の司法権・憲法訴訟論はこれで一応の完成を見る。司法権論や憲法訴訟論には、一般論として言えば、基本的な構造的問題はない(これに従った風の、機械的当て嵌め答案やそれを良しとする指導の問題は別である)。どう展開し、完成形が何であるかなどの論争が必要なだけである。このため、この理論を根本的に否定して、別の理論を一から構築して説明せねばならないなどということは一切ない筈である。そういった動きには、(法律学の議論は、通説・判例等について修正すべき限度において批判し、対案を提示すべきものであるから、)方法論的に反対する。繰返しになるが、この議論は、民主主義と立憲主義の相剋を踏まえ、通常司法裁判所が憲法上の「司法権」を根拠に憲法判断を行う付随的違憲審査制を実践するための適切な説明を巡るものであり、憲法学の根本と繋がっている。そして、このことを突き詰めていく限り、特段の理由がなければ、司法審査基準は「厳格審査」と緩やかな「合理性の基準」の2つとなる筈である。これが本書の特徴的結論である。但し、もし、「特段の理由」が証明されれば、前者を緩和した「緩やかな厳格審査」のようなものと、後者を厳格化した「厳格な合理性の基準」のようなものは考えられるのかもしれないし、その存在を否定するものではない。ただ、著者の視野からはその「特段の理由」が見当たらず

ない以上、本編・続編を併せた本書の(当座の)結論は、司法審査基準は2つとするものである。間違っても、裁判上の立証責任が不明で、既述の通り、多くの欠陥を有する、文字通りの「中間審査」や、ましてや、その意味での広大な「通常審査」なるものは存在し得ないであろう。様々な理由を挙げて司法審査基準を上げ下げして、殆どの場面のそれを中間的審査基準としたり、法令や政府行為の疑いの程度を恣意性の高いスライディング・スケールとしたり、解釈者による根拠希薄な落とし所としたりすることも理論的ではなからう。これは、最初の論文からの著者の方向性が揺るがなかったものである。

以上のことは、多くの人々がイメージする司法審査基準論、単なるその厳緩の当て嵌めというテクニカルな法解釈論に留まる話ではないことを示している。今や、多くの学説は、裁判所の違憲審査権は日本国憲法81条が創設したのではなく、76条の解釈から「上位法は下位法を破る」という公理を媒介に当然存在するものと認識している。そうだとすると、憲法訴訟論もまた、そのような司法権論の上に載るものでなければなるまい。このため、「司法」の枠組み、「法律上の争訟」の要件を充たして裁判が始まれば、後は裁判官に勝手に憲法判断を求め得る、或いは、憲法判断をするかしないかは政策的な問題、裁判官の裁量だ、と語るのは、理論的に疑問符が付くこととなろう。司法はその要件の下でなければ憲法判断をなし得ないというのが原則で、その枠を超える判断をなし得るためには、憲法上、他の根拠が必要である筈である。表現権の規制に関する文面審査は憲法21条が根拠となっている。そして、多分に、司法審査基準が厳格審査である場面では、救済の拡大が求められ、民主的立法の瑕疵の司法的指摘が許容される傾向は認められ、「司法」の枠組みをやや超えた救済が憲法上も許容される、否、多くの場合、要請されるものだという説明が可能な筈である。本続編では、こういった理論的予測が憲法31条以下の刑事手続条項で妥当するかを検討し、生命・身体的自由の剥奪が厳格審査ペースであることを確認し、(理論的には、下位法であるため、憲法解釈がそれと矛盾する場合には、改説が求められる立場の) 刑事法諸説ともあまり違和感なく接合できることも確認した。要は、憲法学の殆どの先達が踏み込まなかなっただけで、以上のような司法審査基準論は、この分野の議論を経て、完結できるという感想を抱いたものである。

この視座は、結局、近代立憲主義憲法における、国民主権や民主主義と、基本的人権尊重主義・権力分立や法の支配などの立憲主義との相剋をどう考えるか、^{なかんずく}就中、日本国憲法がどうそれを考えているかという問題への解決を見据えている（社会国家・福祉国家においては、基本的人権尊重主義は自由と実質的平等の相剋も抱えるので、全体としては、少なくともトリレンマとなることも見据えている）。著者の研究は、その中でも主に、政治部門と司法権という三権分立の三角形の「高さ」を問題にしてきたものであるが、独立行政機関や二院制など、三権分立以外の権力分立の在り方に関心を広げ、発展性を有している。今後は、これまでの研究を基礎に、そこへの展開を手掛かりに統治機構、政治部門の研究を進め、憲法学のより全貌を示せるようになりたいという願望を有する。今後は、そういった研究を進めていきたいと冀^{こいねが}うものである（それは、初期に民法学と対峙し、本編の一部では民事訴訟法学とも対峙し、本書では刑事法学と対峙してきた著者が、最終的に、いかに^{そぶ}も王道の素振りをしつつ^{からめて}搦手から行政法学と対峙するということになるのかもしれないということである。民（民訴、刑、刑訴、行政）法の憲法化を意味するそれは、同時に、憲法学の法律学化を意味しているように思える）。

本書には、本編上下巻では時間切れでできなかった、事項索引・判例索引を添付できた。本編・本書共通のものであり、判例等の註が原則として前章のそれを指すこととしたことも含め、3冊連動した購読を望むものである。また、研究対象の日本の判例が、著名で重要な憲法判例をほぼ網羅するところまできたため、引用機会のなかった僅かなそれを、本書末尾に加えた。このことによって、3冊合わせて憲法訴訟事典のような性格をも有することとなった。憲法研究者はもとより、大学の法律系組織や憲法訴訟に携わる法律家は、著者の立場への賛否に拘らず、3冊必携であると信じる。

振り返ると、本研究は、前の研究との濃密な継続性を有しつつ進められ、それと合わせればトータルで3冊約2500頁の研究書の刊行に至った。この間、2018年度からは、5年間という長期の条件で、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)を受けることとなった。本書は、その成果の一部である。また、本書は、令和2年度・3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(但し、3年度は学内委員等免除のみ)中の成果である。

この5年間、残る3年間も、学内の委員等は法律系施設研究図書委員などに限定されたことで研究時間が取れたことは幸いであった。また、コロナ禍は、ご存じのような試練を大学や研究者にも与えた。大学附属図書館などが一時閉鎖される時期もあった。研究は困難でもあったが、その危機を好機と読み替えて進められた面もあった(法科大学院募集停止も、皮肉にも、著者に研究時間を与えたことになる)。特殊な時期の成果として、自分の中では記憶されていくであろう。

続編であるので、感謝すべき方々は本編と重なる。学部・大学院の指導教官であった松井茂記先生には改めて感謝申し上げる。『日本国憲法』[第4版](有斐閣)が2022年末に刊行されるとの情報を得たものの、本書の校正に間に合わず、全編にわたり旧版での引用に留めたことをお詫びしたい。学部・大学院時代にご教授頂いた、覚道豊治先生、榎原猛先生、伊藤公一先生、中山勲先生をはじめとする先生方、研究会等でご指導頂いた、阿部照哉先生、佐藤幸治先生、芦部信喜先生、戸松秀典先生、紙谷雅子先生をはじめとする先生方には改めて深く感謝申し上げたい。本編と同じく、(公財)竹中育英会、富山真子さんご一家、最初の就職を実質的に決めて頂いた金子勲先生、前任校の関西大学法学部にも深く感謝申し上げる(本浪章市先生には、ちゃんと5冊目の研究書を刊行しました、と、天にご報告したい)。本書刊行にあたり、御尽力頂いた、本務校の本部、社会系の事務職員の皆様に感謝したい。基論文のうち、横浜国際社会科学研究所掲載のものは、国際社会科学研究所資料室の小田朱里さん(一時、新井健一郎さん)の校正の労の賜物でもあり、ここに感謝申し上げたい。横浜法学については、法学資料室の中川悦子さんなどにもお世話になった。両紀要刊行では、共進印刷の原秀哉さんにもお世話になった。そして、本編や本書の刊行を強く勧めて頂いた、元・法律文化社の小西英央さんに感謝申し上げる。加えて、父母や妻にも改めて感謝したい。以上、簡易な記述となったこと、お詫び申し上げます。

勿論、本書が刊行できたのは、私の本に関して本書から編集を担当された、舟木和久さんのお蔭である。『憲法—日本国憲法解釈のために』(成文堂、2023)の出版前でもあった中、様々な無理難題をクリアして刊行に至ったことは、舟木さんの時間管理と献身的な御仕事の賜物である。改めて感謝申し上げます。そして、本書においても、入札の末、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。

続編が刑事手続条項に焦点を当てている点で、特に感謝したい方がある。

まずは、学習院大学の津村政孝先生である。著者は、同大学で主に開催された憲法訴訟研究会及び合衆国最高裁判所判例研究会において、本書にも掲載したアメリカ連邦最高裁の連邦憲法刑事手続条項に関する判例の研究報告を重ねてきたのであるが、先生からはその際、数々の貴重なご意見を頂いた。先生の刑事訴訟法学の専門的知見なくしては本書のアメリカ刑事判例研究は成り立っていない。ここに改めて感謝申し上げたい。

そして、森本益之先生である。著者は、諸般の事情で、学部生時代、刑事法関係の学習が相対的に手薄であったのであるが、先生が1990年に大阪大学教養部に着任され（後、大学院国際公共政策研究科所属）、1992年度に大学院の「文献講読」を1人で受講しに行ったところ、これを受け入れて頂いた。刑事法学者がどう考えるのか、刑事法学界の空気はどんなものなのか、本では解り得ないものを多くご教授頂いたことは貴重であり、本研究に役立っている。先生は、そのご定年後、摂南大学学長なども歴任されご活躍されておられたが、他界されたことが残念である。ここに、改めて感謝の気持ちを捧げたい。

勝手な発言で恐縮だが、本書を書き進める中で、やはり團藤重光先生には圧倒された。学説の選択としては平野龍一先生などに親近感を覚え、それ以外の刑事法学界の多くの先生方に敬意を表することが多かったが、就中、團藤先生なかんずくの微動だにしない物凄さには改めて畏怖の念を抱いた。面識も何もないが、先生から、狭い研究領域で満足するなどの叱咤を頂いたものと心得る。

本編刊行後、一門の後輩である片山智彦先生を亡くした。後輩研究者を亡くすのは中村孝一郎先生に次いで2人目である。本書第39章は自分なりの追悼の意味を含むものである。ご冥福を祈る。

そして、本書の刊行に向け、基論文の点検・整備が佳境に入った2022年8月は残念なことが続いてしまった。酷暑の記憶は飛び、狼狽した。

月の初め、早稲田大学の川岸令和先生が、まだ60歳で亡くなられた。川岸先生には、ご自身が中心となる教科書の共著者として声を掛けて頂いた。先生の指導力もあって、既に第4版（青林書院、2016）まで改訂を重ねている。出身学部の学部長も務められ、入試改革の先頭に立ち、法科大学院での指導の中、

ジュリスト臨時増刊重要判例解説の中心となり、日本公法学会では報告もなされ、研究も人一倍進められていた。あまりのご多忙の中、残酷にも病魔に蝕まれたことは痛恨の極みである。哀悼の意を表したく存じます。

月の後半、潮見佳男先生の訃報が届いた。先生には、大学院生時代、民商法雑誌に掲載をお願いした論文の仲介をして頂いた。まだ、63歳。母校の副学長など、激務が続かれていたと思われる。哀悼の意を表します。

こういった方々の輝ける業績もあって、法解釈学は紡がれ、多くの研究者や実務家によってバトンが繋がれ、営為は続いていくとしみじみ感じる。著者の研究生活も終焉に近づいているが、それまでに、衆愚政治の悪弊を打破する、日本国憲法を頂点とする国内法体系のあるべき全貌を、法学部か法科大学院か適正な法政系組織などの一員として、うっすらとでも見たいと思っている。

最後に、本書でも、本編と同じく、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(当該身分また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。

2022年9月6日

東京の片隅にて 君塚正臣