

# 憲法判例の「射程」を 考えるということ

本書は、憲法判例の「射程」を考えるということは一体どのようなことなのかを中心に解説するものである。個々の論点に関する判例の検討に入るのに先立って、まず、本書のコンセプトを明確にしておきたい。

## I 判例の重要性

### 1. 判例とは何か

まず、「判例」とは何か、ということから始めよう。

「判例」という言葉は、法令上、「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」と、「最高裁判所の判例がない場合に、大審院若しくは上告裁判所たる高等裁判所の判例又はこの法律施行後の控訴裁判所たる高等裁判所の判例と相反する判断をしたこと」を上告理由として認める刑事訴訟法 405 条 2 号および 3 号、同趣旨の定めを置く民事訴訟法 318 条および 337 条などにおいて用いられている\*1。また、「憲法その他の法令の解釈適用について、意見が前に最高裁判所のした裁判に反するとき」に大法廷での審理を要求する裁判所法 10 条 3 号における「前に最高裁判所のした裁判」も、「判例」に該当するといえる。ここから、判例とは、「法令の解釈適用」について「裁判所のした判断」のことである、ということができる。

日本の場合、上級審の裁判所が示した判断は、その事件についてのみ下級審を拘束するにすぎない(裁 4 条)。そのため、「判例」の拘束力が実定法上、制度的に保障されているわけではない。しかし、法令上の「判例」の位置づけにかんがみれば、下級審裁判所が上級審裁判所とりわけ最高裁判所の「判例」に相反する判断をしたとしても、最終的に覆される公算が高い。また下級審といえ

\*1 そのほか、法廷等の秩序維持に関する法律 6 条、少年法 35 条、心神喪失等の状態で重大な他害行為を行った者の医療及び観察等に関する法律 70 条、家事事件手続法 97 条、非訟事件手続法 77 条、国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律 111 条にも、抗告等の場合における同趣旨の規定が置かれている。

ども、地域や担当裁判官によって法令の解釈適用が変わるというのは望ましい事態とはいえないだろう。そのため、裁判官には通常、最高裁判所の判例にしたがって法的判断を下すインセンティブがはたらくとされる。このことを指して、一般に、「判例の事実上の拘束力」が存在するといわれる\*2。

裁判所において判例が事実上の拘束力を有しており、それに従った法的判断がなされる蓋然性が高いとすれば、裁判所に対して自己の主張を受け入れさせようと活動する弁護士、検察官といった訴訟当事者もまた判例を無視できない。したがって訴訟においては、当該事案に関連する判例を踏まえうえで各々が訴訟戦略を構築することが必須となる。その際、みずからに有利となる判例があれば、それを積極的に活用しようとするだろうし、逆に、不利となる判例があれば、当該判例が採用した考え方はこの事件では適用されないなどと主張して、区別（distinguish）を試みたりすることになる。

こうして、各訴訟当事者は、判例を中心軸において議論を組み立てていく。定評のある概説書は、このことに関して次のように述べている。

……司法試験に合格し、司法修習生として司法研修所で実務家になるための修習を始めてまず驚くのは、判例というものが学説とは比較にならない大きい権威をもっているということであろう。そこでは、どの法律問題についても、その点に関する判例はどうなっているかがまず問題とされる。そして、判例があれば、大抵はそれに従うべきだといわれるだろう。そのことから知られるのは、判例が好むと好まざるとにかかわらず実務の世界を支配しているという事実である。……このように判例が実務を支配しているというのは、いいかえれば、実務家は判例を尊重しこれに従うべきだと考えられているということである。それは、法が人を拘束するのに似ているところから、一般に「判例の拘束力」と呼ばれている\*3。

なお、いかなる部分が「判例」となるのかについて、裁判で争いのあった論点についてなされた判断（=判決理由（ratio decidendi））のみであると説明されることが多いが、実務上は、判決で示された「理論」（ないし理由づけのための一般的法命題）も判例とされる場合がある\*4。

---

\*2 中野次雄編『判例とその読み方（三訂版）』（有斐閣・2009）18-23頁〔中野執筆〕。

\*3 中野・前掲注2）10-11頁。

## 2. 「憲法」判例とは何か

「憲法」判例も判例の1つであるから、他の判例と事情は変わらない\*5。もっとも、憲法学ではより広く「判例」を捉える傾向があるように見受けられる。たとえば戸松秀典教授は、「憲法判例とは、憲法裁判を通じて明らかにされ、将来も従うことが予測される憲法規定に関する規範的意味付けのことである\*6」とする狭義の定義のみならず、「裁判書中の傍論 (obiter dictum) をも含めた広義の憲法判例にも注目すべきである」として、「憲法にかかわる争点を伴って提起される訴訟」と定義される「憲法訴訟」に対しての裁判例が、広い意味での憲法判例であるとしたうえで、このように広義に捉えることで、「日本国憲法の現実を知ることができる」としている\*7。

このような広義の定義を採用するのは、そのように解さないとすると、ただでさえ多いとはいええない憲法判例の数がかなり限定されてしまい、その結果、判例から憲法を学習するという試み自体が困難となりうるといった事情もあるだろう。しかし狭義に理解するにせよ、広義に理解するにせよ、憲法判例は他の判例とは異なって、その理解や分析に困難が伴う場合が多いということがここでは重要である。その理由は、おおむね次のとおりである\*8。

- ①基本的に法的三段論法によって判断される民事・刑事事件においては、法的三段論法の大前提たる法令の意味内容に関する裁判所の法的判断が判例となるのに対して、憲法判例 (の多く) は、そもそもある法令を法的三段論法の大前提として用いることができるかを審査するものである。
- ②一般的な法律の規定と比較すると、憲法の規定はかなり抽象的であり、規定のなかに要件と効果が詳細に定められていない。そのため、上記①の審査に際して解釈が果たす役割が極めて大きい。もちろん、抽象的な法規定であっ

\*4 この論点については議論があるところである。中野・前掲注2) 29-73頁。高橋一修「先例拘束性と憲法判例の変更」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第3巻』(1987) 139頁以下も参照。

\*5 なお、「判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするとき」は、民事訴訟法、刑事訴訟法いずれにおいても上告理由とされている。民事訴訟法312条1項、327条1項、330条、336条、刑事訴訟法405条1項を参照。また、「行政事件訴訟に関し、この法律に定めがない事項については、民事訴訟の例による」と定める行政事件訴訟法7条も参照。

\*6 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』(有斐閣・2008) 335頁。

\*7 戸松・前掲注6)。

\*8 以下の記述については、戸松秀典「最高裁判所の憲法判例における先例の扱い方について」高柳信一先生古稀記念論集『現代憲法の諸相』(専修大学出版局・1992) 197頁以下、安念潤司「判例で書いてもいいんですか?——ロースクール講義余滴」中央ロー20号(2009) 85頁以下、穴戸常寿「判例の機能と学び方——憲法」池田真朗編『判例学習のA to Z』(有斐閣・2010) 111頁以下、松本和彦=穴戸常寿「憲法事例問題を対話する」法教412号(2015) 2頁以下などを参考にした。

ても判例による解釈の積み重ねがあれば、その意味内容は徐々に明らかになっていき、新たな問題を考える際の手がかりを得ることができる。たとえば、不法行為に関する民法709条も抽象的であるが、判例による解釈の積み重ねと精緻化がなされているため、それらを頼りに具体的事例における解釈、そこで提示された理論の射程を考察する手がかりを得ることができる。しかし、憲法判例の場合、付随的違憲審査制のもとでの(過度の)司法消極主義といった諸要因が作用して、裁判所の考え方や判断枠組み、審査基準が詳細に明らかにされないことが多い。

- ③また、とりわけ憲法裁判において最高裁は、「……の趣旨に徴して明らか」というような引用をするにとどまる場合が多く、判例間の相互関係が不明確である。そのため、具体的に先例のどの部分の「趣旨」に拘束力を見出しているのか明らかでないことが少なくない\*9。
- ④そのため、憲法判例を理解するために、学説の主張や学者による判例評釈を参照にせざるをえない場面が多いが、従来学説は判例を「外在的」な視点から厳しく批判するのが通例であった。このように学説と判例との間には大きな溝があるなかで、学説に依拠する主張を展開するとすると、判例とはかけ離れた主張になってしまいかねない。上述したように、実務家は判例を中心軸において議論をすることが基本作法とされているから、学説のみを頼りにした議論は「抽象的」、「具体的事実を無視している」などと批判されることになる。

### 3. 憲法判例の使われ方とその問題点

#### (1) 二極化した憲法判例の扱われ方

以上のような事情もあって、試験での学生の答えは、判例をきちんと踏まえることのない学説だけを頼りにした「抽象的」論述に終始したり、逆に、判例の立場の批判的吟味やその射程の検討を経ることなくそのまま用いたりする

\*9 「判例の趣旨に従い」の場合は、「適用法条または重要な事実が既存の判例と全く同じではないがしかもそれに類似している事案に、その判断を『準用』することだといってよいであろう」とされる(中野・前掲注2)68頁)。また、「最高裁判所自身も、判例の類推の場合と同じく『判例の趣旨』として判例理論を適用することがある(同73頁)。

なお、滝井繁男元最高裁判官は、「趣旨に徴して明らか」という手法について、「先例の判断を広く解釈してこれを引用する結果、その事件についての裁判所の判断が明確さを欠き、先行する判決とそこで争われている主題についてどのように考えているのかが不明確になって、説得力を損なうことにならざるを得ない」として、その問題点を指摘している。滝井繁男『最高裁判所は変わったか——一裁判官の自己検証』(岩波書店・2009)52頁。

答案が目立つ、という二極化状況にあると指摘されるような状況になっている。たとえば、平成26年の「司法試験の採点実感等に関する意見」（採点実感）は次のように述べている（平成25年も同様の指摘をしている）。

判例及びその射程範囲が理解できていない答案が目立った。それゆえ、「法科大学院教育に求めるもの」として、昨年度と同じ指摘をしたい。

法科大学院では、実務法曹を養成するための教育がなされているわけであるが、その一つの核をなすのは判例である。学生に教えるに当たって、判例への「近づき方」が問われているように思われる。

判例の「内側」に入ろうとせずに「外在的な批判」に終始することも、他方で、判例をなぞったような解説に終始することも、適切ではないであろう。判例を尊重しつつ、「地に足を付けた」検討が必要であるように思われる。判例の正確な理解、事案との関係を踏まえた当該判例の射程範囲の確認、判例における問題点を考えさせる学習の一層の深化によって、学生の理解力と論理的思考力の養成がますます適切に行われることを願いたい。

それではなぜ、「判例の『内側』に入ろうとせずに『外在的な批判』に終始すること」、そして、「判例をなぞったような解説に終始すること」が「適切ではない」のだろうか。

## （2）二極化思考の問題点

まず、判例に対する外在的批判に終始することの何が問題なのだろうか。憲法学者の手による論文や判例評釈などを読むと、「表現の自由の重要性を判例は理解していない」、「この論点に言及すべきであった」といった批判を目にすることが少なくないだろう。しかし、学者による判例評釈や検討は、学者としての立場から行われるものであって、必ずしも実務との架橋を意識して行われているわけではない——近年は学説にも変化の兆しが見られるとされるが——。上述したように、実務では判例を中心に議論が組み立てられているから、「判例はカミ、学説はゴミ\*10」という安念潤司教授の韻を踏んだキャッチーな標語に全面的に賛同するかどうかはともかく、「実務家になる以上、判例の知識を披歴することが『マスト』だということだ。判例は実務家にとって端的

---

\*10 安念・前掲注8）88頁。

に法であり、一に制定法、二に判例、三・四がなくて五もないといっているらしいである\*11」との指摘はそのとおりである。

判例が重要であるとしたら、それではなぜ「判例をなぞったような解説」が批判されるのだろうか。この疑問に対する解答は、「厳密に言いますと、判決理由というのは、一般論を展開しているように見えても、実はそれは、その事件の個別的な事実関係と切り離して理解することはできないのであって、これは最高裁判例にあっても基本的に同じことです\*12」、という藤田宙靖元最高裁判官の言明に集約されている。すなわち、重要判例の下した判断内容は、常にその事案の事実関係とセットで存在しているのであり、事実関係が異なれば、潜在的にその判例の射程外とされて別の論理が及ぶ可能性が常に存在している、ということである。

それぞれの個性を有した一回的な出来事が「事案」であり、別の事案と事実関係が同一となるという事態はほとんどありえない。個別的・個性的な事実関係を前提に判決理由が書かれているとすれば、事実関係が異なる場合には、別の判例をなぞっても適切な判断とはならないことはいうまでもない。もちろん、細かな事実関係の違いはあれども、ある事案で示された判例理論や考え方を、別の事件で用いることができる場合もある。しかし、そのような場合に該当するかどうかは、具体的な事実関係との照合によって判断されなければならないし、その判断過程をつまびらかにして正当化を試みる必要がある。蟻川恒正教授は、法令等の憲法適合性審査を行った多くの最高裁判決が、「事案類型の設定→基準の定立→個別事案への適用」という3つの部分から成り、事案類型の設定に際しての事案分析が重要であることを強調しているが\*13、これは、ある判例の「判決理由で示された一般理論」(＝基準)を別の事案で用いることができるかどうかは、「個別的な事実関係の分析」(＝事案類型の分析)なくしては

---

\*11 安念・前掲注8) 88頁。

\*12 藤田宙靖『裁判官と法律学——『最高裁判想像』補遺』(有斐閣・2016) 36頁。

\*13 蟻川恒正「最高裁判決を読む」法教 391号(2013) 119-120頁。さらに、次の指摘も参照。「『憲法事例問題の解き方』を考える上で、まず重要な作業は、目の前に差し出された憲法事例問題に対して、可能ならば、それに『近い』基本的な最高裁の憲法判例を見つけ出し、問題の事案と当該判例の事案との『違い』を考えてみるということではないかと私は考えている」、「まず、当該事例の事案類型をその『近い』判例の事案類型から隔てている当該問題の特性を析出し、次に、当該特性があることに即応させるならばその『近い』判例の『判断枠組み』をどのように変容させるのが適切かを考え、当該事例問題に適用すべき『判断枠組み』を『近い』判例の『判断枠組み』の変容形態として案出することができるという寸法である」(蟻川恒正「2015年司法試験公法系第1問」法教 418号(2015) 100-101頁)。

なしえないとする藤田元裁判官の指摘と重なり合うものである。

### (3) 学説の役割

そうすると、学説を勉強する意味はどこにあるのか、と思うかもしれないが、当然意味はある。まず、判例は一見して内容が明確とはいえないものが少なくないので、判例を読む際には学説の補助が有益である。次に、判例が実務を支配しているとしても、その変更が制度上予定されているということは、判例が時代に合わなくなったり、誤っていたりする場合があります、ということである。判例が妥当でない場合には、それに対して批判を展開するという能力もまた法曹に求められているのであり、その際に学説による検討が参考になる。上記の採点実感において、「判例における問題点を考えさせる学習」も求められていたことを踏まえる必要がある。また、試験では三者の見解を使い分け、「あなた自身の見解」をも述べるように求められるのが通例であるが、この作業を学説の助力なしに行うことが困難であることは明らかだろう\*14。本書でもしばしば学説を参照するが、それは以上の理由に基づいている。

重要なことは、採点実感も指摘しているように、「判例に対しては様々な見解があり得るので、判例と異なる立場を採ること自体は問題ないが、その場合にも、判例の問題点をきちんと指摘した上で主張を組み立てていくことが求められる」(H26 採点実感)ということである。判例をベースにしつつも、それにべったりでなく、かといって学説にべったりでもなく、各当事者の立場から最も妥当な主張を、事案に応じた個別・具体的な検討を通じて構築していくことが求められるのである\*15。

## 4. 憲法判例の学習

先に引用した採点実感は、二極化した憲法判例の使われ方を戒めつつ、「判例を中心とした学習」を通じて、「判例を正確に理解」し、「事実との関係を踏まえた当該判例の射程範囲の確認」や、「判例における問題点」を理解することを法科大学院教育に求めている。それでは具体的に、どのような学習をすればよいのだろうか。

\*14 松本哲治「当事者主張想定型の問題について」曾我部真裕ほか編『憲法論点教室』（日本評論社・2012）194頁以下を参照。

\*15 なお中野・前掲注2）115頁は、判例と学説の望ましい関係について、次のように述べている。「裁判官は、理論の面での自己の限界を自覚し、学者の言うところに謙虚に耳を傾けるべきであるし、他方、学者の側では、判例が『生きて現に動いている法』であることを直視し、これを単に他者として批判するだけでなく、その健全な発展に協力するという姿勢をもって臨むことが望ましい」。

この点については、ロースクール黎明期に、今後のロースクール教育のあり方について述べた駒村圭吾教授の次の文章が示唆に富む。

ローでの教育の中心は、判例の Reverse Engineering になるだろう。Reverse Engineering (逆行分析) とは、コンピュータ・プログラム開発の分野で使われる術語であるが、プログラムの中に組み込まれた概念や技法を、製品の製造過程を逆行しながら、解明・複製することを意味する。これと同じく、ロースクールでも、判例に組み込まれた原理や思想を解明するため、その論理と構造を状況設定要因である事実関係との照応の下で明らかにする。……判例の Reverse Engineering は、①判決文を解剖してその論理構造を明らかにし、別の事例への応用を試みるものであるが、そこにはもうひとつの作業があり、それは、②明らかになった法理の構造が、一体いかなる原理・思想によって正当化されているかを解明する仕事である\*16。

①の作業の遂行のためには、『憲法判例百選』(有斐閣)とか『判例プラクティス憲法』(信山社)に掲載されているような重要判例の「内容」を理解することがまずは重要である。判例を理解するための教材も多く刊行されており、それらを使った学習が有益であろう\*17。しかし、「判例を中心とした学習」はそれだけでは完結しない。当該判例の内容理解に加えて、その法的判断を支える理由は何か、どこまでその判断方法を用いることができるのかといった、いわゆる「判例の位置づけ」や「判例の射程」について考えなければならない。その際には、ある判例で示された考え方や判断枠組みは、当該判例の事実関係のみにおいて妥当するのか、それとも、より一般的に応用可能な判断枠組みなのか、前者であるとしたら当該判断枠組みを用いるに際していかなる事実が重要となっているのか、といった検討を、他の判例と有機的に関連付けたり、あるいは区別をしたりしながら行うことが必要となるし、そのような検討を通じて明らかにした「判例法理」ないし「理論」を支える理屈を解明することで、それを別の事実関係でも利用できるか否かの手がかりを得ることができる(②の作業)。

こうした作業こそが、「判例を読む」という作業なのである。

\*16 駒村圭吾「憲法判例の Reverse Engineering」三色旗 672 号 (2004) 11 頁。

\*17 本書の執筆者の多くが関わった、木下昌彦編集代表『精読憲法判例』(弘文堂・2017 刊行予定) も参照いただければ幸いである。



## Ⅱ 「憲法判例の射程」へのアプローチ

「判例には必ず射程というものがあ、それはある程度限定されたものであるとみなされています。しかし、その限定がどこにあるかと問われても、それは必ずしも一見して明白というわけではありませんので、法律家が様々なテクニックを使い、根拠づけていくことによって、その射程を明らかにしていかなざるを得ないのです\*18」と指摘される。それでは、「憲法判例の射程」を「判例」から考えるためにはどうしたらよいだらうか。

ある論点に関して明確に言及した判例が1つしかない場合には、その判例をつぶさに検討して、どこまでその判例の射程が及ぶのかを推測するしかない。他方、関連する判例が複数ある場合には、それらの相互関係の検証を通じて判例の射程は明らかになるはずである。そのような検証作業の方法として、さしあたり本書では、学習の便宜のため3つの判例へのアプローチ方法を設定した。

### 1. メイン型



第1に、ある問題・論点につき、裁判所の基本的な考え方が明確に示されたと思われる主要な判例の「射程」を、それと関連する他の判例との比較・対比などを通じて明確にするとともに、「限界事例」を明らかにしていくという方法である。

たとえば、**在外国民選挙権訴訟**（最大判平17・9・14民集59巻7号2087頁）は、「自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない」として、選挙権制限に対する極めて厳しい態度は採用したが、この判断枠組みが選挙権に関する他の事

\*18 松本=穴戸・前掲注8) 29頁(松本発言)。

例にどこまで及ぶのかは、この判断枠組みが用いられた**精神的原因による投票困難者の選挙権訴訟**（最判平 18・7・13 判時 1946 号 41 頁）、この判断枠組みが用いられなかった**帰化日本人投票制限国賠請求事件**（東京高判平 25・2・19 判時 2192 号 30 頁）などとの関係の分析を通じて明らかになる（⇒第 6 章）。

本書ではこのような分析方法を「メイン型」とよんでいる。

## 2. 対比型



第 2 に、事案や問題構造の類似性にもかかわらず、異なった判断枠組みが用いられた判例を取り上げて、両判例を対比させながら、場合によっては別の判例への言及もしつつ、それぞれの判例が示した判断枠組みが適用される場面を明確にして、その「射程」を明らかにしていくという方法である。

たとえば、**猿払判決**（最大判昭 49・11・6 刑集 28 巻 9 号 393 頁）で示されたいわゆる「猿払基準」は、国家公務員の政治的行為の規制に対して用いられる判断枠組みであると長らく考えられてきた。しかし、約 40 年後に登場した**堀越判決**（最判平 24・12・7 刑集 66 巻 12 号 1337 頁）と**世田谷判決**（最判平 24・12・7 刑集 66 巻 12 号 1722 頁）により、別の判断枠組みが示された。学説では、猿払判決は事実上変更されたと受け止める向きもあるが、堀越判決はそれを明示的に否定している。そうだとすれば、理屈のうえでは猿払判決の判断枠組みが適用される場面がいまだ残されることになるが、それはどのような場面なのだろうか。これは両判決の対比を通じて明らかにしていくことが必要である（⇒第 1 章）。

別の例も挙げてみよう。**津地鎮祭判決**（最大判昭 52・7・13 民集 31 巻 4 号 533 頁）は、国家行為が憲法 20 条 3 項の禁止する「宗教的活動」に該当するかの判断枠組みとして、「およそ国及びその機関の活動で宗教とのかかわり合いをもつすべての行為を指すものではなく、そのかかわり合いが右にいう相当とされる限度を超えるものに限られるというべきであって、当該行為の目的が宗教的意義をもち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである」という、いわゆる「目的効果基準」を採用した判決である。この目的効果基準は、20 条 3 項のみならず、20 条 1 項、89 条との関係でも応用可能な、政教分離原則に違反するか否かを判断するための一般的基準として長らく受け止められてきたが、**空知太神社判決**（最大判平 22・1・20 民集 64 巻 1 号 1 頁）の登場により、そのような理解に揺らぎが生じて

いる。空知太神社判決で示された総合衡量型の判断枠組みが用いられる場面と、従来型の目的効果基準が用いられる場面とはどのようにして区別されるのか。両判決の比較、さらには、**白山比咩神社判決**（最判平 22・7・22 判時 2087 号 26 頁）などとの比較対照を通じて明らかにしていかなければならない（⇒第 8 章）。

本書ではこのような分析方法を「対比型」とよんでいる。

### 3. 通覧型



第 3 に、ある憲法上の権利ないし問題領域に関する判例を「通覧」することで、判例の考え方を浮かび上がらせるという方法である。個別の判例から判断枠組みや「射程」の抽出・測定が困難な場合に有用な分析方法といえるだろう。

たとえば、**京都府学連判決**（最大判昭 44・12・24 刑集 23 卷 12 号 1625 頁）は、憲法 13 条に関して、「これは、国民の私生活上の自由が、警察権等の国家権力の行使に対しても保護されるべきことを規定しているものといえることができる。そして、個人の私生活上の自由の 1 つとして、何人も、その承諾なしに、みだりにその容ぼう・姿態……を撮影されない自由を有するものといえるべきである」とした。憲法 13 条は、「国民の私生活上の自由」を国家権力から保護することをその内実（の少なくとも 1 つ）とするという理解が示されたわけであるが、肝心の「個人の私生活上の自由」の全貌は、京都府学連判決からはわからない。そこで、同じく「個人の私生活上の自由」に関して述べた、**指紋押捺拒否事件**（最判平 7・12・15 刑集 49 卷 10 号 842 頁）、**住基ネット訴訟**（最判平 20・3・6 民集 62 卷 3 号 665 頁）、さらには私法関係において問題となったため 13 条についての明示的言及はないものの、関連すると思われる**前科照会事件**（最判昭 56・4・14 民集 35 卷 3 号 620 頁）、**早稲田大学江沢民講演会名簿提出事件**（最判平 15・9・12 民集 57 卷 8 号 973 頁）なども視野に入れながら、判例が考える「個人の私生活上の自由」の内実を分析していくことが必要である（⇒第 4 章）。

本書ではこのような分析方法を「通覧型」とよんでいる。

### 4. 留意点

以上、「メイン型」「対比型」「通覧型」という判例分析の方法をみてきたが、ここで急いでいくつかの留意点を付け加えておかなければならない。

第 1 に、これらの判例分析方法の相対性である。このことを、結社自体の活動の自由と構成員の憲法上の権利とが衝突する事例をもとに考えてみよう。関

連する著名判例として、八幡製鉄政治献金事件（最大判昭45・6・24民集24巻6号625頁）、南九州税理士会事件（最判平8・3・19民集50巻3号615頁）、群馬司法書士会事件（最判平14・4・25判時1785号31頁）などがすぐに思い浮かぶことだろう。この論点に関する判例を分析するとき、南九州税理士会事件を中心に据えた「メイン型」でも、南九州税理士会事件と群馬司法書士会事件の「対比型」でも、さらには、三井美唄炭鉱労組事件（最大判昭43・12・4刑集22巻13号1425頁）、国労広島地本事件（最判昭50・11・28民集29巻10号1698頁）、近畿税理士会事件（最判平5・5・27集民169号57頁）などを並べて分析する「通覧型」でも、有意義に検討することが可能である。このことが示しているのは、判例は上記のどれか1つの分析方法にしかなじまないというわけではないこと、さらに、複数の分析を通じて、より立体的に判例理解が進む可能性がある、ということである。本書では、この論点について「対比」型での分析を行っているが（⇒第2章）、各自で別の分析を試みてほしい。

第2に、以上の判例分析方法は、判例の考え方ないし「判断枠組み」を中心にみていこうという観点からのものであり、いわゆる「当てはめ」については別途の検討を要するということである\*19。すなわち、「実体的な憲法問題については、判例や学説を踏まえて適切に構築される判断枠組みと、問題の事実に関する認定・評価という2つのパートから検討することになる」（H21ヒアリング）と指摘されるが、本書は主に前者についての分析を行うものである。しかしこのことは、後者の分析の重要性を否定するものでは当然ない。後者の分析は、定立した判断枠組みのもとで、事例問題の具体的事実関係を法的に整理して評価するという作業であり、この段階でも判例が重要な意味をもつことがある。たとえば、津地鎮祭判決で示された「目的効果基準」の実際の「当てはめ」ないし適用の仕方を見ると、目的と効果をそれぞれ取り上げて検討するというよりはむしろ、「ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討す

---

\*19 なお、「当てはめ」という言葉は、採点実感が再三批判したために、受験業界では禁句になりつつあるようである。「求められているのは、『事案の内容に即した個別的・具体的検討』である。あしき答案の象徴となってしまっている『当てはめ』という言葉を使うこと自体をやめて、平素から、事案の特性に配慮して権利自由の制約の程度や根拠を綿密に検討することを心掛けてほしい」（H23採点実感）、「毎年のように採点実感で指摘しているためか、判断枠組みを前提として事案を検討する際に、『当てはめ』という言葉を使用する答案は少なくなっている。他方で、『当てはめ』という言葉を使って機械的な『当てはめ』を行う答案の問題性が、際立つ」（H24採点実感）。しかし重要なことは、「当てはめ」の仕方であって、その言葉ではないはずである。

るにあたっては、当該行為の主宰者が宗教家であるかどうか、その順序作法(式次第)が宗教の定める方式に則ったものであるかどうかなど、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない」と述べた部分に沿って検討しているのが実情である(⇒第8章)。このような観点から、目的効果基準が用いられた**箕面忠魂碑訴訟**(最判平5・2・16民集47巻3号1687頁)、**愛媛玉串料訴訟**(最大判平9・4・2民集51巻4号1673頁)などを検討して、「当てはめ」の方法をみていくこともまた、判例学習として重要である。

第3に、判例が示す重要な憲法上の判断は1つに限られないということである。そのため本書では同じ判例を別々の章で重複して扱う場合がある。たとえば、**非嫡出子法定相続分違憲決定**(最大決平25・9・4民集67巻6号1320頁)は、憲法14条1項に違反するか否かの判断以外にも、違憲判断の効力に関しても重要な判断を示している。そのため本書では同判決を第5章と第26章で取り上げている。また、前掲の在外国民選挙権訴訟は、選挙権およびその行使を制限する法令の合憲性審査と、立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となる場面に関して、それぞれ重要な判断を示している。そのため本書では同判決を第6章と第21章で取り上げている。そのほかにも各章で重複して言及する判例がいくつかあるが、それはその判例の有する以上のような性格によるものである。

第4に、ここでの分析方法はあくまでも現段階の最高裁判例をベースとしたものであって、その後の展開次第で、判例の「射程」が変化しうる、ということである。たとえば、当初、猿払判決が、公務員の政治活動の制限一般に妥当する判断枠組みを提示した判決であると受けとめられ、だからこそ学説からの批判が多く寄せられてきたわけであるが、堀越判決の登場により、その射程が極めて限定されることになった。このことが示しているように、新たに下された最高裁の判断により、判断枠組みの射程も変化しうる。あくまで本書が用いる3つの分析方法は学習の便宜のためのものであって、その適用方法や解釈は将来に向かって開かれている。

### Ⅲ 本書の使い方

教科書や基本書によって得た知識を、憲法事例問題で「使う」ための方法については、すでに小山剛『「憲法上の権利」の作法〔第3版〕』、穴戸常寿『憲法解釈論の応用と展開〔第2版〕』、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回』、曾我部真裕＝赤坂幸一＝新井誠＝尾形健編『憲法論点教室』などの優れた解説書があるし、木下智史＝村田尚紀＝渡辺康行『事例研究憲法〔第2版〕』、穴戸常寿編『憲法演習ノート』など、工夫を凝らした演習書も多く出版されている。

そのようななかで本書は、「憲法判例の射程」を理解することの重要性を踏まえて、さしあたり上記の3つの分析方法を用いながら、主要な問題領域における「憲法判例の射程」に特化した解説を試みようとするものであるという点に特色がある。いわば本書は、憲法の基本書・教科書を一通り勉強した読者が、上記の解説書・演習書に自信をもって取り組むことができるための「橋渡し」の試みである。

本書が「憲法判例の射程」に対象を特化したのは、採点実感などで、「判例の言及、引用がなされない（少なくともそれを想起したり、念頭に置いたりしていない）答案が多いことに驚かされる。答案構成の段階では、重要ないし基本判例を想起しても、それを上手に持ち込み、論述ないし主張することができないとしたら、判例を学んでいる意味・意義が失われてしまう」（H23 採点実感）、「司法試験は、法曹となるべき者に必要な知識・能力を判定する試験であるので、検討の出発点として判例を意識することは不可欠であり、判例をきちんと踏まえた検討が求められる。したがって、判例に対する意識が全くない、あるいは、これがほとんどない答案は、厳しい評価とならざるを得なかった。判例に対しては様々な見解があり得るので、判例と異なる立場を採ること自体は問題ないが、その場合にも、判例の問題点をきちんと指摘した上で主張を組み立てていくことが求められる」（H26 採点実感）といった趣旨の指摘が、毎年度繰り返されており、この点に特化した学習を手助けできるような教材を作りたいと考えたからである。

\* \* \*

本書の各章は、先に述べた3つの判例分析方法のうち、適当と思われる方法

を用いて検討を行っている。各章はいずれも、「はじめに」、「Ⅰ 判旨」、「Ⅱ 基本解説」、「Ⅲ 発展説明」、「まとめ」、「FAQ」から構成されている。

「はじめに」では、その章で学ぶべき事柄や論点が予告される。まずはこの部分を読んで、何を学習するのかを確認してほしい。「Ⅰ 判旨」では、その章で取り上げて解説する判例のうち、特に重要な判旨部分を、基本的にそのまま記載している。本書は一通りの学習を済ませている読者を想定しているため、事案の事実関係の詳細な説明は基本的には行っていない。学習の便宜のため、ポイントとなる判旨部分のみを挙げているが、必要に応じて原文にもあたってほしい。なお、強調したい箇所には下線を引いておいたので、その部分に特に注意してほしい。「Ⅱ 基本解説」では、判例の考え方を中心とした解説を行っている。その際、調査官解説や判例評釈などを主たる参考資料にしながら、読者が判例を内面的に理解することに役立つ説明となるように意識している。適宜、「Ⅰ 判旨」を確認しながら、説明の理解に努めてほしい。「Ⅲ 発展説明」は、判例の論理や他の判例との関係について、もう一步踏み込んだ説明を行っている。ここでもやはり、学説ではなく判例の理解をめざしてその「射程」等をさらに深く分析している。以上の説明の理解度確認のために、「まとめ」では、その章で述べた概要を示しておいた。チェックリストの形式にしてあるので、適宜利用してほしい。そして末尾に置いた「FAQ」は、その論点に関連して学生が抱くであろう疑問について、実際に教室で受けた質問などを素材にしながら、Q & A 形式で言及している。

本書は、26 の章から成るが、いずれも憲法上の重要判例が関わる論点を扱っている。基本的に各章は独立しているので、どの章から読んでもらってもかまわない。各章はいずれも通読するのに困難ではない分量に抑えているので、ぜひ通読してほしい。

判例相互を有機的に関連づけるとはどのような作業なのか、そして、判例の射程を踏まえた検討とはどのような作業なのか。これを本書を通じて学び、それが基本書や判例、解説書の理解を深める手助けとなれば、執筆者一同、これに勝る喜びはない。

〔横大道 聡〕