

はじめに

本書は私が現在勤務する九州国際大学法学部の紀要（九州国際大学法学会『法学論集』）に2008年3月から2010年3月まで2年間、6回に亘り、「近年の人権判例」というタイトルの下に連載した論文（掲載巻号は、14巻3号、15巻1号、15巻2号、15巻3号、16巻1号、16巻3号）を一書にまとめたものである。むろん一書として公刊するに当たっては必要な調整は行ったし、また気がついた不正確な叙述を改めたり、発表後の新たな関連判例に追記等の形で言及したり、紙幅の関係で一部を消去したり等の修正を施したりもしているが、基本的には発表当時の原型がほぼそのまま維持されている。

私がこうした論文を書き、それをまとめた本書の公刊を構想する元になったのは、2002年4月に初版を出し、2005年にその改訂増補版を出した『基本的人権』の執筆である。

本書でときおり「拙著」とのべているのはこのうちの改訂増補版のことであるが、それまで私はもっぱらモノグラフィーを書き、体系的な憲法学の研究書ないし教科書を著したことはなかった。『基本的人権』によって私としては初めてそうした試みをするようになったわけであるが、そこでの私のスタンスは、判例を手掛かりにしつつ理論にふれ、それを解説し、また、自説をのべるというものであった。その結果当然のこととして、そこでは類書よりは多くの判例が取り上げられているが、そうなることこれまた当然のこととして、その後も新たな関連判例（改訂増補版では2005年6月頃までの判例が取り上げられている）に絶えず注意を払うことになった。そうしてメモし続けた新しい判例を2007年の秋に整理してみたところ、2年余の間に思った以上の新しい、かつ、重要な判決が言い渡されていることに気がついた。

そこで私としてはいわば上にのべてきた改訂増補版のさらなる増補をまとめる必要を感じるにいたった。こうして改訂増補版の「幸福追求権」、「平等権」、「思想・良心の自由」、「信教の自由」、「表現の自由」という章立ての順に従って、整理した判例を順次分析検討し、その結果を連載として発表したのである

が、その分量が当初想定していたよりもはるかに膨らみ、到底新たな改訂増補版の発刊は不可能になったため、独立の一書として刊行することにしたのである。ただ改訂増補版ではその他に「学問の自由」や、「職業選択の自由」等の経済的自由権に関する章もあるが、私の知る限りではとくに増補の対象とすべき新しい判例はこの分野では見当たらず、また「幸福追求権」と「平等権」に関する近年の判例の考察を発表した後の連載継続中に、そこで下級審の判例を扱った住基ネット訴訟と国籍法違憲訴訟について最高裁の重要な判断が示されたため、急速この最高裁の2つの判決について連載の一環としてとくに1章を設けて論じ、それを本書では第3章に置いた結果、5つのテーマを扱っているにもかかわらず本書は全6章になっている。また第3章の表題がその他の章のそれといささか異なるのは、そうした理由によるものである。

以上が本書の公刊にいたる経緯であるが、それは同時に本書のスタイルやねらいの説明でもある。すなわち上にのべたように私の判例研究は通常の判例研究とはいささか異なり、判例を自分が関心をもつ憲法学説や自説について考え、のべる際の素材にしたり、さらには裁判官の思考様式を探る手掛かりにしたりするという傾向が強く、したがって多くの判例研究のように関連判例や著書、論文、判例批評等をもれなく渉猟し、参照してまとめたものではない。いふならばそれぞれの判例をそこから色々なことが読み取れるデータとして、あるいは主尋問や反対尋問を受ける証人として位置づけ、そこから引き出した事柄や証言を自分なりに憲法解釈論的に整理、咀嚼してのべるというのが私の流儀であり、本書の趣旨なのである。むしろ通常の判例研究にもそうした側面は当然あるし、また私の意図がどれほど本書で実現しているかも定かではないが、私としてはそういうスタンスで、本書の元になった論文を書き、本書をまとめたのである。

とはいうものの、かなり多くの幸福追求権、平等権、ならびに精神的自由権に関する最新の判例を順序立ててみたわけであるから、この分野の全体的な判例の流れや傾向、とくに最高裁判例のそれについてもいささかの感想を抱いたことは確かである。

そのことを簡単にいえば、最高裁は近年かなり社会通念（もちろん私の理解す

る意味でのそれであるが）に沿った妥当な判決を言い渡すことが多く、しばしば下級審の判決の方がその妥当性を疑われることがあるということ、にもかかわらず、政治、政治家の行動、政治運動等、より一般化していえば、直接、間接に国政やそれに対する政治運動が関わる事例になると、一転して問題の本質をそらしたきわめて形式的な判断で済ませがちになるということである。

やや具体的にいえば、「国立「大学通り」高層マンション訴訟」、「住基ネット訴訟」、「被疑者・被告人の容ぼう、姿態の撮影・掲載公表とイラスト画の掲載公表に対する肖像権訴訟」、「治療法に関する患者の自己決定権訴訟」、「沖縄入会権者資格差別訴訟」、「国籍法違憲訴訟」、「君が代訴訟」、「公立学校施設の使用不許可」、「記者の取材源証言拒絶事件」等における最高裁の判断は私にはそれなりに理解でき、むしろ下級審の判決の方に一面的な偏った判断が多いとの印象を受けるのである。ただ最高裁のこうした結論において首肯できる判断も他面では法理論的な厳密性がいささか欠けるように感じられることもあり、手放して評価しているわけではないが、それはあるいはことさらに理論的厳密性を求めたがる私や従来の法学界の傾向そのものの方に問題があるのかもしれないという気もする。はたしてそうなのか、あるいはやはり最高裁判決に理論的な曖昧さが残っていると考えるべきなのか、ということについては私の結論はまとまっておらず、今後の課題としたいが、このように問題は残るものの、上記の最高裁判決はおおむね私の評価するところである。

ともあれ、こうした私の評価の詳細については本文を読んでもらいたいと思うが、ひきかえ、「参議院議員定数配分規定違憲訴訟」、「小泉首相靖国神社参拝違憲訴訟」、「集合住宅へのビラ投函のための立入りと表現の自由」等の直接、間接に国政やそれに対する政治運動が関わる事例になると、かなり以前の先例や、事件が直接的には損害賠償や住居侵入事件であることに依拠し、あるいはそのことを利用して、争われている問題の本質は何かということとは当然十分に知りながら、その本質的問題点と対峙することを避け、その手前で終るといふきわめて技術的な処理をしているのである。

しかし最大較差は1対5という投票価値の不平等を合憲とすることは、到底社会通念には合致しないであろうし、首相の靖国神社参拝と政教分離原則の

関係を問う訴えを、原告に具体的損害がないことを理由に退け、同様に政治的ビラの配布という重要な表現の自由に関わる事件で、被害の存在が疑わしいにもかかわらず、住居侵入罪の構成要件に該当し、違法性も備えていることのみを理由に有罪とすることも、社会通念と容易にはマッチしないであろう。にもかかわらずこうした判決が言い渡されるのは、1つは問題を必要最小限の範囲で処理し、拡大させないのが、あるいはそうした処理法を案出するのが優れた裁判官であるとの、一部にみられる判決技術論によるものであろうが、しかしそれに勝る原因となっているのはやはり、原告の請求を容れ、あるいは被告人を無罪とした場合の政治的影響やリアクション、政治運動の増大等への懸念であろう。

確かに本文でも書いているように、政治と司法の距離の問題は簡単に割り切れる問題ではないし、ここでの司法の範囲に一定の限界が置かれることはあり得るであろうが、しかしこの場合の政治とはあくまでも国の政治方針の決定というレベルのものであるし、またそうあるべきであって、政治に関わるものすべてが広くそこに包含されるべきではないであろう。ところが、上記の3判決に関わる政治とは国の政治方針の決定というレベルのものではなく、精々、政界、政党、政治家、政治運動グループといった程度のものであって、司法が本質の問題点に踏み込んで判断することをためらうべき要素があるケースとは到底思えない。

にもかかわらず最高裁が踏み込まないのは、直接、間接に国政に関わったり、政治運動の活発化につながるようなケースでは、無難を期し、反響や批判をできるだけ招来しないような判断にとどめたいという思いが根底にあるためであろう。このことは従来より指摘されてきたことであるが、その結果最高裁の判例には、いわばそれほど政治と関わりのない事例では比較的自由かつ柔軟に、場合によっては加えて創造的にすら判断する一方、政治が絡むと判断されたケースでは抑制的に、形式的な判断で済ませるといふ二重基準らしきものが窺われるように思われるのである。

前者の側面が比較的顕著になってきたのは、私が研究者の道を歩み始めた40年前に比べて随分好ましい変化と感じられるが、しかし後者の側面は40年

間ほとんど同じである。こうしたギャップを認識し、その解消に努めることが最高裁をはじめとする裁判所に期待されるが、同時にそうした方向に寄与することが我が国の憲法学の1つの課題ではないかと考えている。本書の元になった論文を書き、また本書にまとめながら、改めてそう思うにいたった。