



憲法判例と憲法解釈 : 最高裁の憲法判断とその先例性

井上, 典之

(Citation)

公法研究, 81:1-28

(Issue Date)

2019-10

(Resource Type)

journal article

(Version)

Version of Record

(URL)

<https://hdl.handle.net/20.500.14094/90008014>



憲法判例と憲法解釈

——最高裁の憲法判断とその先例性——

井 上 典 之

一 はじめに——問題の所在——

裁判における先例は一般に判例と呼ばれており、その意味での憲法判例とは、最高裁において憲法解釈を含む裁判において示された先例となる判断ということになる。日本の現行の訴訟制度の下では、憲法判例は、「民事・刑事・行政の各具体的事件の解決に必要な限りにおいてなされる憲法典に関する解釈にかかわる判例として成立する」⁽²⁾ものと一応定義することができ、憲法判例とは、最高裁において具体的事件解決のために下された憲法判断からなる。

この点は、まさに最高裁が自らの権限を規定した初期の判決の中で、最高裁を含めて裁判所が憲法判断を下す違憲審査権を行使し得る場面として、「現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上および法令上何らの根拠も存しない」との判断が下され、憲法判例成立の場面がまさに最高裁の判例として確立されたということが出来る。そして同時に、

そこでは、憲法八一条は、「最高裁判所が憲法に関する事件について終審的性格を有することを規定したものであり、従って最高裁判所が固有の権限として抽象的な意味の違憲審査権を有すること並びにそれがこの種の事件について排他的すなわち第一審にして終審としての裁判権を有するものと推論することを得ない⁽³⁾」とする憲法の規範命題に関する判断が前提として提示されているのであった。

ただ、最高裁によって行使される違憲審査権の場面が確定されたとしても、最高裁が示す憲法判例とは何かはまだ必ずしも明確とはいえない。「憲法典に関する解釈にかかわる」判断が憲法判例になり得るとしても、それは、具体的事件解決のために必要とされる最高裁による具体的な法令の合憲・違憲の判断なのか、問題として取り上げられる法令の憲法適合性判断のための前提として最高裁により提示される憲法の規範命題なのか、あるいは、その規範命題を具体的事件に当てはめるための憲法判断の方法も含むのか、という点は必ずしもはっきりしていない。

具体的な法令審査を行うために示される憲法の規範命題は、最高裁による憲法解釈として提示される。そして、コモン・ロー・システムの下での先例拘束性 (principle of stare decisis) の考え方に従えば、判決理由中の傍論 (obiter dictum) と区別された、判決主文を導くための直接的な根拠となる主論 (ratio decidendi)⁽⁴⁾ が後の裁判の基準として適用される先例になる、すなわち判例が拘束性を持つことになるといわれている。そうだとすれば、付随的違憲審査制の下で判決主文を導くための主題となるのは、事件解決のための適用法令の違憲・合憲の判断であって、その他の部分は傍論にすぎないと考えることができ、憲法判例といっても、最高裁の憲法解釈によって示される憲法の規範命題ではないということになる。しかし、従来、憲法判例とされているのはそれだけなのだろうか。合憲・違憲の判断を導く前提となる憲法の規範命題さらに憲法適合性判断の方法も、憲法問題に関する結論を導き、その結果として具体的事件での適用法令の裁判規範性を確定することから、事件解決のために必要な主論にあたり、憲法判例になると考えることはできないのだろうか。⁽⁵⁾

日本のように判例法主義（コモン・ロー・システム）ではなく成文法主義をとり、しかも憲法裁判所制度ではなく通常の司法裁判所による裁判において、最高裁の憲法解釈として示される憲法の規範命題は憲法判例ではないのか、憲法判例とは法令の合憲・違憲の判断だけか、あるいは、民事・刑事・行政事件という現行の訴訟制度の下で本當に憲法判例といわれるものがあるのかという考察を踏まえて、本稿では、日本での憲法判例とは何か、それを考えることにどのような意味があるのかを検討することにする。

二 先例となる憲法判例とは？

何が憲法判例になるのかを考えるために、まず最高裁が憲法問題を取り上げる際に何を判例と考えているかを検討してみよう。その際に、重要な憲法判例とされている事案のうちで、最高裁自身が判例の変更を明示するものを取り上げて、そこで何が判例とされているのかを確認しておこう。

憲法上の問題を取り上げて判決理由中で法令違憲の判断を示し、その中で判例の変更に言及するのは、一九七三（昭和四八）年の尊属殺違憲最高裁大法廷判決⁽⁶⁾である。そこでは、一九六四（昭和三九）年の地方公務員の高齢者待命処分事件最高裁大法廷判決⁽⁷⁾において示された、憲法一四一条一項後段列举事由の例示性、事柄の性質に応じた合理的な差別（区別）は憲法に違反しないとする相対的平等の保障という憲法一四一条一項の規範内容を当裁判所大法廷判決の示す通りとして引用する。その後、刑法二〇〇条（平成七年改正前のもの、以下同じ）が刑法一九九条との関係で加重的身分犯の規定であるとする刑法判例も引用し、⁽⁸⁾「刑法一九九条のほかに、同法二〇〇条をおくことは、憲法一四一条一項の意味における差別的取扱いに当たる」から、そのような「差別的取扱いが合理的な根拠に基づくものであるかどうか」が刑法二〇〇条という法令の憲法適合性審査に際して問題になるとされる。そのうえで、最

高裁多数意見は、差別的取扱いの合理性の判定を行い、結論としては「刑法二〇〇条は、尊属殺の法定刑を死刑または無期懲役刑のみに限っている点において、その立法目的達成のため必要限度を遥かに超え、普通殺に関する刑法一九九条の法定刑に比し著しく不合理な差別的取扱いをするものと認められ、憲法一四一条一項に違反して無効である」として、「この見解に反する当審従来の判例はこれを変更する」との判断を下した。結局、最高裁多数意見は、この事件で、憲法一四一条一項の規範命題（憲法適合性判定のためには合理性の有無によることを含め）を変更することなしに刑法二〇〇条の尊属殺規定を違憲と判断し、これを判例変更としたのであった。⁽⁹⁾

もう一つの判例変更に言及する憲法上重要と思われる事件は、一九六九（昭和四四）年の全司法仙台事件最高裁大法廷判決⁽¹⁰⁾の内容につき「本判決において判示したところに抵触する限度で、変更を免れない」と明示した一九七三（昭和四八）年の全農林警職法事件最高裁大法廷判決である。⁽¹¹⁾そこでは、憲法二八条の労働基本権保障の趣旨と内容⁽¹²⁾および労働基本権の根本精神に即して考えると、公務員も「一般の勤労者と異なるところはない」から労働基本権の保障は及ぶとしつつ、ただ、この労働基本権は「勤労者の経済的地位の向上のための手段として認められたものであって、それ自体が目的とされる絶対的なものではないから、おのずから勤労者を含めた国民全体の共同利益の見地からする制約を免れない」との公務員の労働基本権の保障に関する従来の憲法の規範命題が示される。そのうえで、関係法規を見ると、「法は、国民全体の共同利益を維持増進することとの均衡を考慮しつつ、その労働基本権を尊重し、これに対する制約、とくに罰則を設けることを、最少限度にとどめようとしている態度をとっているものと解することができ」、この趣旨は一九六六（昭和四一）年の全通中郵事件最高裁大法廷判決⁽¹³⁾の多数意見においても指摘されたところとしつつ、公務員の争議行為およびそのおとり行為等を禁止する国公法九八条五項（現行は九八条二項）は憲法二八条に違反しないとの合憲判断が示される。以上の内容に続けて、最高裁大法廷の多数意見は、国公法一一〇条一項一七号が「違法性のつよい争議行為を違法性の強いまたは社会的許容性

のない行為によりあたる等した場合に限って」刑事制裁を科すものと解し、または「争議行為に『通常随伴』し、これと同一視できる一体不可分のあおり等の行為を処罰の対象としない趣旨と解する」不明確な限定解釈は、「犯罪構成要件の保障的機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法三二条に違反する疑いすら存する」として国公法の定める構成要件の解釈を変更した。結局、全農林警職法事件最高裁大法廷判決の多数意見は、憲法二八条の規範命題に関しては全通中郵事件大法廷判決で示されたものを変更せず、全司法仙台事件大法廷判決（あるいは同日に下された都教組事件最高裁大法廷判決¹⁴）で展開された適用法令に関する限定解釈としての二重の絞りを否定し、この部分を判例変更とする。ただ、確かに国公法の解釈の変更を判例変更としているが、全司法仙台事件大法廷判決では限定解釈をする限り国公法一一〇条一項一七号も「憲法二八条に違反するものということができ」ないとしていた点を変更し、争議行為等の一律全面禁止およびあおり行為等の処罰を合憲としている点で、限定解釈を用いて違憲と判断されていた部分を合憲判断に変える解釈を提示する。すなわち、国公法一一〇条一項一七号という同一法令の違憲とされていた部分の合憲判断への変更を判例変更としていると考えることもできるのである。

もう一つ、最高裁自身が「先例」という用語を用いつつ、具体的な法律規定の合憲判断を違憲判断に変更した事例がある。それが民法九〇〇条四号ただし書（平成二五年改正前のもの）の非嫡出子の相続分差別を違憲とした二〇一三（平成二五）年の最高裁大法廷決定¹⁵である。そこでは、「4 先例としての事実上の拘束性について」との表題の下で、多数意見は、当該事案で問題となった二〇〇一（平成一三）年七月より前に相続が開始した事件についてその相続開始時点での本件規定の合憲性を肯定した判断を変更するものではなく、また、既に関係者間において裁判、合意等により確定していた法律関係までも現時点で覆すことは相当ではないとして、法的安定性の要請から当該事件の違憲判断の先例としての事実上の拘束性を限定する見解を提示した。そこでは、「本件決定の違

憲判断は、長期にわたる社会状況の変化に照らし、本件規定（民法九〇〇条四号ただし書¹⁶井上）がその合理性を失ったことを理由として、その違憲性を……初めて明らかにするものである」ことを指摘し、問題の規定の一九九五（平成七）年の最高裁大法廷決定およびその後の一連の合憲判断が違憲判断に覆ったことを判例の変更とは述べていない。ただ、この大法廷決定後の最高裁は、二〇一四（平成二六）年十二月二日の第三小法廷判決¹⁷で、「平成二二年五月当時において、……民法九〇〇条四号ただし書前段の規定が憲法一四一条一項に違反するものでなかったことは、当裁判所の判例とするところ」とし、また、二〇一三（平成二五）年九月一八日の大法廷決定¹⁸では、前記大法廷決定を引用して、民法九〇〇条四号ただし書は二〇〇三（平成一五）年三月当時において「憲法一四一条一項に違反して無効であり、本件においてこれを適用することはできない」との判断を下している。そうだとすれば、先例として用いられるのは民法九〇〇条四号ただし書の合憲・違憲の判断についてであり、やはり尊属殺事件や全農林警職法事件と同じように具体的な法令の憲法適合性判断が憲法判例になると考えているといえる。

三 憲法解釈としての憲法判例

以上のように、最高裁が具体的な適用法令の憲法適合性判断を変更する場合に限って判例変更と明示するはなぜかを推測するに、それは、裁判所法の規定に影響されているのではないかと思える。裁判所法一〇条は、判例の法律上の効果として、大法廷で裁判しなければならぬ場合を規定している。¹⁹すなわち、一号で「当事者の主張に基いて、法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを判断するとき（意見が前に大法廷でした、その法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するとの裁判と同じであるときを除く。）」とし、二号で「前号の場合を除いて、法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないと認めるとき」と定め、三号で「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」としている。この先例の法律上の効果として、一号かつこ書は憲法判断に関する先例を踏襲する場合を定め、二号で違憲判断を下す場合、三号が憲法判断を含め先例の変更の場合を定めている。そして、まさに上記の三つの事件での最高裁の判断は、三号に該当する場合として、判例の変更（あるいは事実上の拘束性）に言及しているものと考えられる。

確かに、この裁判所法一〇条によって、最高裁による具体的法令の合憲・違憲の判断が憲法判例としての部分を構成することは理解できる。しかし、憲法判例は、具体的な適用法令の憲法適合性判断のみが構成要素となるだけののだろうか。特に、全農林警職法事件大法廷判決の多数意見が法令解釈を変更することで憲法適合性判断を変更していると解するならば、その結論導出方法も憲法判例としての意味を持つ可能性がないとはいえないことになる。そこでここでは、日本の違憲審査権を典型的には「通常の裁判所が、具体的な訴訟事件を裁判する際に、その前提として事件の解決に必要な限度で、適用法条の違憲審査を行う」⁽²¹⁾ものとしたうえで、最高裁によってどのような違憲審査権が行使されるのかを少し考えてみよう。

最高裁が具体的事件解決のためにどのように違憲審査権を行使するのかを、段階的に分解してみれば以下のようなになる。まず、下級審で認定された事実および当該認定事実への適用法令の内容に基づき、①憲法違反とされる法令がどのような憲法規範と抵触するののかの問題が設定され、②適用される憲法の規範命題（憲法判断の方法も含む）を提示し、③適用法令を解釈したうえで、④解釈された法令に憲法の規範命題を適用し、⑤合憲・違憲の判断を導出するという五段階に分類することができる。最高裁の実務上、これらの部分がすべて傍論で全く判例にならないとはいえず、少なくとも⑤が判例とされているのは上記の通りである。それでは判例になるのは⑤だけなのか、②はどうか。確かに②は最高裁による憲法条文の解釈により導出される憲法上の規範命題の提示になる。判例変更を明示した事例を含めて通常の場合、この②は変更されず、最高裁は⑤の変更を判例変更と明示している。た

だ必ずしもそれだけではなく、尊属殺違憲最高裁判決の場合、具体的事案への②の当てはめを示す④を含めて⑤の変更を判例変更と呼び、全農林警職法事件の場合、③を変更することで⑤の変更を導き、それを判例の変更箇所としている。ただ、二〇一三（平成二五）年の非嫡出子相続分差別事件の場合、②は変わらず、立法事実の変化を含めて④および⑤を変更したが、それ自体を判例変更とはいわず、変更した⑤の判断の「先例としての事実上の拘束性」を法的安定性の問題から取り上げて、⑤の変更の拘束性を時間的に限定する判断を示しているということが出来る。

なお、刑事訴訟法四〇五条では、同じく法律上の判例の効果として、一号において「憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があること」と共に二号で「最高裁判所の判例と相反する判断をしたこと」を上告申立事由としている。これとの関係で、国家公務員の政治活動の禁止に関する事案での検察官による判例違反の主張について、二〇一二（平成二四）年の堀越事件最高裁判決は、「判例違反の主張は、事案を異にする判例を引用するものであつて、本件に適切ではなく、所論は刑事訴訟法四〇五条の上告理由に当たらない」として、大法廷での裁判でなく、第二小法廷で原審の無罪判決を是認する判断を下している。そこでは、一九七四（昭和四九）年の猿払事件最高裁判決²³との関係が問題になったが、最高裁自身は表現の自由としての「政治活動の自由」に関する憲法解釈に変更を加えず、堀越事件と猿払事件の事案の区別によって従来の先例の適用により事件を処理している。すなわち、堀越事件最高裁判決は、「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものかどうか」という点で、諸般の事情を総合的に判断して政治活動の禁止に関する「本件罰則規定（国公法二〇二条一項、一一〇条一項一九号、人事院規則一四一七第六項七号および一三三〇井上）の解釈上その構成要件に該当しないためその適用がないと解すべき」事案であり、「憲法の各規定（二二条一項および三一条井上）によってその適用が制限されるものではない」として「本件罰則規定は憲法二二条一項、三一条に違反するものではない」という点は猿払

事件大法廷判決の判例⁽²⁴⁾の趣旨に徴して明らかとしつつ、問題となった選挙運動が「公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるもの」であり、「行政の中立的運営の確保とこれに対する国民の信頼に影響を及ぼす」事案を扱った猿払事件の内容とは区別できる点を指摘して、判例違反として判例変更ではないとの判断を下しているのであった。その意味では、堀越事件最高裁判決は、公務員の政治活動の禁止に関する憲法判例をそのままにして、すなわち違憲審査権行使の①から⑤までに変更は加えず、犯罪構成要件の解釈適用という通常の刑事事件の判断方法で事案を処理したということができるのであった。

この堀越事件最高裁判決を参考に考えてみれば、最高裁は具体的適用法令の合憲判断を変更していないから判例変更ではないとしているようにも読むことができる。ただ、最高裁第二小法廷は、構成要件への適用に違いがあるだけで、猿払事件大法廷判決の判断をほぼそのまま踏襲していること⁽²⁵⁾から判例変更ではないとしているとすれば、違憲審査権の行使に関する①～⑤のすべての段階が判例とされており、それが最高裁による憲法解釈を示す憲法判例であると考えられることも可能になる。そうだとすれば、憲法判例とは、最高裁がその変更を明示する⑤の具体的法令の憲法適合性に関する判断だけではなく、違憲審査権行使において提示される最高裁の憲法解釈、およびその具体的事案への適用過程と結果としての憲法適合性判断そのものになるといえるのかもしれない。そしてこの点が、次に考えなければ問題になる。

四 憲法判例の解釈

違憲審査権行使において提示される憲法解釈の内容が憲法判例になるのか否かを考えるために、ここでは、最高裁自身が自己の判断をどの程度先例として引用しているのかを検討する。そのために、最高裁自身による憲法判例

の解釈を示す事例をいくつか取り上げる。

その際にまず問題になるのは、最高裁自身が提示した憲法判断の基準を変更しつつ、憲法判断の枠組みについては「当裁判所の判例……の趣旨とするところからも明らか」とした二〇一〇（平成二二）年の空知太神社事件最高裁大法廷判決⁽²⁶⁾である。そこで先例とされているのは、憲法に規定された政教分離原則の趣旨を明らかにした津地鎮祭事件最高裁大法廷判決⁽²⁷⁾と地方公共団体の公金支出を政教分離原則違反とした愛媛玉串料事件最高裁大法廷判決⁽²⁸⁾であり、それら先例とされた事件で用いられた目的・効果基準の利用の有無に違いがあるにもかかわらず、判例の変更を明示せず、そこに「政教分離をめぐる判例については重大な変化」⁽²⁹⁾があるのか否かを検討しなければならないということになる。

空知太事件最高裁大法廷判決の多数意見は、「1 憲法判断の枠組み」として、憲法八九条の趣旨および八九条との関係での政教分離原則に関する憲法上の規範内容（憲法二〇条一項後段を含む）⁽³⁰⁾を提示し、そのうえで、この事案で取り上げるべき憲法問題⁽³¹⁾を示し、問題とされる市の怠る行為が「信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えて憲法八九条に違反するか否かを判断するに当たっては」、「一般人の評価等を含め」、「諸般の事情を考慮し、社会通念に照らして総合的に判断すべきものと解するのが相当である」との憲法判断の方法を示すことになる。ここでは前記違憲審査権行使の段階について①と②が逆転していると同時に、②が①に間にはさみ憲法規範の趣旨と憲法判断の方法という形で分離されているが、これは事件への適用法令の憲法適合性が問題とされた事案ではなく、住民訴訟に特有の地方公共団体の事実行為を問題としていることが影響していると考えられる（その結果、当然③の段階はないことになる）⁽³²⁾。そして、これらの憲法の規範命題に関する内容が「当裁判所の趣旨」とするところされているのである。その指摘を参照すれば、政教分離原則に関する憲法適合性判定方法を含めた憲法の規範命題に変更はなく、最高裁は、②の段階で示される憲法解釈も憲法判例と考えているとい

うことができる。結局、目的・効果基準の利用の有無に関する違いは、津地鎮祭事件や愛媛玉串料事件では地方公共団体の公金支出行為が憲法二〇条三項に違反する宗教的活動にあたるか否かであったのに対して、空知太事件では公有地が無償で宗教的施設の敷地としての用に供されている状態が憲法八九条・二〇条一項後段に違反するか否かであったという点で、同じく政教分離原則に関する事件でも、適用される憲法条文が異なる場合として区別しているのではないだろうか。但し、愛媛玉串料事件大法廷判決では憲法八九条に関しても「公金支出行為等における国家と宗教とのかかわり合いが前記の相当とされる限度を超えるものをいうものと解すべきであり、これに該当するかどうかを検討するに当たっては、前記と同様の基準によつて判断しなければならない」としているが、ここでは憲法二〇条三項の宗教的活動にあたるか否かが問題になっている行為と同じ行為が憲法八九条違反になるか否かであることから示された判断であり、そこでの基準は目的・効果基準ではなく、「国家と宗教とのかかわり合いの相当性」と考えることができる。

なお、判例変更が疑われる事案ではないが、②の憲法の規範命題の組み合わせ、すなわち複数の事件において提示される憲法の規範命題を組み合わせることに、ある種の憲法判例を形成すると考えられるケースもある。それが、表現の自由に関する事前抑制と関連する判断であり、一九八四（昭和五九）年の税関検査事件最高裁大法廷判決⁽³³⁾と一九八六（昭和六二）年の北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決⁽³⁴⁾がその例になる。

まず、税関検査事件最高裁大法廷判決は、「公共の福祉を理由とする例外の許容をも認めない」絶対的禁止となる憲法二一条二項の「検閲」の概念を提示し、税関検査が「検閲」に該当しないと判断の中で、憲法二一条一項が表現を「受ける者の側の知る自由の保障を伴う」点を考慮して、「税関検査が表現の事前規制たる側面を有することを否定することはできない」が、輸入禁制品となる書籍も国外では発表済みであることから「事前規制そのもの」ではないとの判断を下す。そのうえで、表現の自由の重要性から、その法律による規制は「基準の広汎、

不明確の故に当該規制が本来憲法上許容されるべき表現にまで及ぼされて表現の自由が不当に制限されるという結果を招くことがないように配慮する必要がある、事前規制的なものについては特に然りというべき」としつつも、事前抑制そのものではない「事前抑制的なもの」については、「表現の自由は、憲法の保障する基本的人権の中でも特に重要視されるべきものであるが、さりとて絶対無制限なものではなく、公共の福祉による制限の下にある」との通常の表現の自由規制の場合と同じ規範命題が提示される。⁽³⁵⁾問題は、規制が「事前抑制そのもの」になる場合をどのように考えるのかになるが、その点を明らかにするのが北方ジャーナル事件最高裁大法廷判決である。そこでは、まず、出版物の頒布等の事前差止めは、税関検査事件大法廷判決で示された概念での「検閲」には該当しないが「事前抑制」には該当し、したがって、「表現行為に対する事前抑制は、表現の自由を保障し検閲を禁止する憲法二一条の趣旨に照らし、厳格かつ明確な要件のもとにおいてのみ許容されうる」ことから、表現行為に対する事前差止めは、「原則として許されないものといわなければならない」⁽³⁶⁾との判断を下す。ここに、二つの最高裁の判断（特に②の憲法の規範命題）の組み合わせにより、表現の自由に対する規制方法との関係で、「検閲」≡絶対的禁止、「事前抑制」≡「原則禁止」で「厳格かつ明確な要件」の下でのみ許容、「事前抑制的なもの」≡通常の表現の自由保障に関する公共の福祉論、との三段階での憲法適合性判定の先例が提示され、これは、まさに①の段階での憲法上の問題を考慮に入れた②の組み合わせが憲法判例とされているのであった。

なお、憲法適合性判定方法そのものではなく、まさにある権利が憲法上保障されるか否かに関する憲法規範の内容に関して、同じように最高裁が提示した憲法の規範命題の組み合わせから、その憲法上の保障の序列が示されるものもある。それが、税関検査事件大法廷判決が「表現を受け取る側の知る権利」に関する先例として引用する一九六九（昭和四四）年の博多駅テレビフィルム提出命令事件最高裁大法廷決定と、一九八九（平成元）年の法廷での一般傍聴人によるメモ行為が問題とされたレパタ訴訟最高裁大法廷判決⁽³⁸⁾である。まず博多駅テレビフィルム提

出命令事件最高裁大法廷決定は、事実の報道の自由に関して、「憲法二二条の保障のもとにある」としつつ、「報道が正しい内容をもつためには、報道の自由とともに、報道のための取材の自由も、憲法二二条の精神に照らし、十分尊重に値するものといわなければならない」との判断から、取材の自由に対する制約が許されるかどうかは「取材の自由が妨げられる程度およびこれが報道の自由に及ぼす影響の度合その他諸般の事情を比較衡量して決せられるべき」だとの規範命題を示す。それに対して、レベタ訴訟最高裁大法廷判決は、情報等に接し、これを摂取する自由を憲法二二条一項の「趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれる」としつつ、一般人の筆記行為は「生活のさまざまな場面において行われ、極めて広い範囲に及んでいるから、そのすべてが憲法の保障する自由に関係するものということはできない」が、「意見、知識、情報に接し、これを摂取することを補助するものとしてなされる限り、筆記行為の自由は、憲法二二条一項の規定の精神に照らして尊重されるべきである」との判断を下す。そして、そこで争われていた一般傍聴人と司法記者クラブの記者との取り扱いの差異に関して、博多駅テレビフィルム提出命令事件大法廷判決を先例として引用し、取材の自由「憲法二二条の精神に照らし十分尊重されるものと、情報等の摂取を補助する筆記行為の自由」憲法二二条の精神に照らして尊重されるものとの比較により、法廷でのメモ行為の許否に関する取り扱いに区別が生じても問題ないとしている。この場面でも、違憲・合憲の判断よりも②の憲法の規範命題の組み合わせそのものが意味を持つと考えることができる事例といえる。

五 先例としての憲法判例

ここまで見てきたいくつかの事例から、最高裁は、少なくとも②と⑤は憲法判例として取り上げていると考えることができる。③は法令の解釈であり、④は具体的事案への当てはめの場面であるとすれば、①で設定される憲法

問題についての②と⑤が憲法判例と考えられるのは当然といふことができる。ただ、その中で興味深いのは、最高裁が提示する憲法の規範命題(②)は、その後の裁判でほとんど修正・変更されていないという点になる。それはなぜだろうか。確かに成文憲法典の条文が改正されていない日本国憲法のもとで、条文が変わらないからその規範命題も変わらないと考えることは可能であろう。しかし、②が変更されていないのは憲法改正が行われていないことだけが理由なのだろうか。

最高裁は、確かに②を変更せず、むしろ②を前提にその適用場面での④で示される具体的法令への当てはめの判断を解釈することによって⑤の結論を変更する場合がある。それが、薬事法の定める薬局開設の適正配置規制を違憲と判断した薬事法事件最高裁大法廷判決⁽⁴¹⁾で提示された職業の自由に関する憲法の規範命題(②)と、その後の職業規制に関する合憲判断で提示される④の具体的当てはめの判断になる。特に許可制による職業の自由に対する制約については、薬事法事件大法廷判決で示された「規制措置の必要性和合理性」が憲法適合性判断のための基準として利用されるものの、その具体的適用において不必要で不合理とされることはなく、憲法の規範命題(②)は維持されつつも具体的適用法令への当てはめとなる④の段階で変化が生じ、具体的適用法令の合憲判断へと導くものとなっている⁽⁴²⁾。そしてその点は、判例変更とは考えられていない。

ただ、②は変更されずに常に維持されているか否かについては、財産権規制の問題についての一九八七(昭和六二)年の共有林の分割請求を制限していた森林法共有林事件最高裁大法廷判決⁽⁴³⁾が提示した憲法の規範命題と二〇〇二(平成一四)年の証券取引法事件最高裁大法廷判決⁽⁴⁴⁾で示されたそれとの関係において問題を提起する。森林法共有林事件大法廷判決は、まず憲法二九条の一項および二項から、日本国憲法は「私有財産制度を保障しているのみでなく、社会的経済的活動の基礎をなす国民の個々の財産権につきこれを基本的人権として保障するとともに、社会全体の利益を考慮して財産権に対し制約を加える必要性が増大するに至ったため、立法府は公共の福祉に

適合する限り財産権について規制を加えることができる」との憲法による財産権保障の趣旨についての判断を示す。それに続けて、そこでの多数意見は、財産権には「それ自体に内在する制約があるほか」、積極・消極目的による規制の存在を示し、そのうえで、実際の「規制手段が右目的を達成するための手段として必要性若しくは合理性に欠けていることが明らかであつて、そのため立法府の判断が合理的裁量の範囲を超えるものとなる場合に限り、当該規制立法が憲法二九条二項に違背する」との一般的な憲法の規範命題を、葉事法事件大法廷判決を引用することで提示する。しかし、証券取引法事件大法廷判決の規範命題は、財産権保障の趣旨には言及せず、そこでの財産権に対する制約の「規制目的は正当であり、規制手段が必要性又は合理性に欠けることが明らかであるとはいえない」との命題を当てはめて合憲判断を下すことになる（すなわち、規制の憲法適合性判断基準は職業の自由を含めた経済的自由に関する事案で用いられている「必要性および合理性」である）が、規制の憲法適合性判断の方法に関しては、「それ自体に内在する制約がある外、……財産権に対する規制を必要とする社会的理由ないし目的も、……多岐にわたるため、……規制が憲法二九条二項にいう公共の福祉に適合するものとして是認されるべきものであるかどうかは、規制の目的、必要性、内容、その規制によって制限される財産権の種類、性質及び制限の程度等を比較考量して判断すべき」として、目的二分論を明示せず、立法府の裁量判断にも言及しない以外は森林法共有林事件大法廷判決と同趣旨の内容を示し、憲法適合性判定のための基準も「目的達成のための手段として必要性又は合理性」として維持されていると思われるのに、それを全く先例として引用していない。そして、これ以降は、財産権規制が問題とされる事案においてこのマイナーチェンジが施された証券取引法事件大法廷判決の②が先例として引用され、森林法共有林事件大法廷判決は先例として用いられることがない状態になっている。ただ、森林法共有林事件大法廷判決が、法令の違憲判断を導くための審査方法を示しているために、それ以降の事件で規制を合憲とするための憲法の規範命題は、そのためのマイナーチェンジを施した二〇〇二（平成一四）年の証券取引法事件大法廷判

決が先例とされることになったと考えることは可能かもしれない。⁽⁴⁶⁾

さらには、②を維持しつつ、⑤の結論の変更を④の具体的適用内容を解釈することで導く事例もある。それが一連の衆議院定数訴訟における最高裁大法廷判決である。そこでは、最近の二〇一五（平成二七）年大法廷判決まで、⁽⁴⁷⁾一九七六（昭和五二）年大法廷判決⁽⁴⁸⁾の提示する憲法判断の基本枠組みを「変更する必要は認められない」としながら、小選挙区比例代表並立制以降の一連の大法廷での判断を斟酌しながら選挙区割りならびに選挙区間の人口の異同によって生じる投票価値の不平等の問題を取り扱い、その結果、⑤の結論となる違憲、違憲状態ないしは合憲の判断が揺れ動くことになる。同じように、参議院定数訴訟でも、最近の二〇一七（平成二九）年大法廷判決まで、⁽⁴⁹⁾一九八三（昭和五八）年大法廷判決⁽⁵⁰⁾の憲法上の規範命題は、「基本的な判断枠組みとしてこれを変更する必要は認められない」とする。但し、参議院定数訴訟では、財産権規制に関する二〇〇二（平成一四）年の証券取引法事件大法廷判決と同じように、「選挙区間の最大較差が五倍前後で常態化する中で、較差の状況について投票価値の平等の観点から実質的にはより厳格な評価がされるようになっていた」との判例そのものが示した憲法の規範命題の具体的適用に関する④の部分についての解釈が付記され、それがマイナーチェンジとして②の表現が微妙に変化しているのであった。

同じように②の中で憲法による保障内容に関する命題は維持しつつ、結果先取りに規範命題における保障の趣旨の表現を変化させるものがある。それが、しばしば法令違憲の判断が下される平等原則に関する事例である。一九七三（昭和四八）年の尊属殺違憲判決や二〇〇八（平成二〇）年の国籍法違憲判決、⁽⁵¹⁾二〇一三（平成二五）年の非嫡出子相続分差別事件大法廷決定、さらに二〇一五（平成二七）年の再婚禁止期間事件最高裁大法廷判決⁽⁵²⁾の適用法令の違憲判断を導く事件では、②の平等原則の規範的意味はそのままにしつつ、その保障の趣旨に関して、「事柄の性質に即応した合理的な根拠に基づくものでない限り、差別的取り扱いを禁止する趣旨」として、適

用法令が違憲となる場合を示している。それに対して、合憲判断が下される場合の保障の趣旨については、「法的取扱いにおける区別が合理的な根拠に基づくものである限り、何らこの規定（憲法一四一条一項Ⅱ井上）に違反するものではない」との、問題の法令が合憲になる場合を提示する⁽⁵³⁾。また同じように、この点は平等原則の事案だけではなく、先に挙げた森林法共有林事件大法廷判決でも法令を違憲とする場合の命題が提示されており、さらには二〇〇五（平成一七）年の在外邦人選挙権訴訟最高裁大法廷判決でも⁽⁵⁴⁾、やむを得ない「事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法一五一条一項及び三項、四三一条一項ならびに四四一条ただし書に違反するといわざるを得ない」との表現で憲法の規範命題が提示されている。この②における表現の違いも、⑤における結論での適用法令の合憲・違憲の判断の違いを生み出すマイナーチェンジの例になるであろう。

問題は、マイナーチェンジを含めて、最高裁がなぜ②の憲法の規範命題の変更を判例変更として明示的に行わないのかということになる。そこには、最高法規としての憲法の規範性が関係していると考えられる。この点に関しては、特に最終的有権解釈機関としての最高裁による憲法解釈の特殊性ということを検討する必要がある。例えば、全農林警職法事件最高裁大法廷判決の田中二郎ほか五裁判官の意見は、まさにその点を指摘することで多数意見の判例変更を非難している。すなわちそこでは、「憲法の解釈は、憲法によって司法裁判所に与えられた重大な権限であり、その行使にはきわめて慎重であるべく、事案の処理上必要やむをえない場合に、しかも、必要の範囲にかぎってその判断を示すという建前を堅持」すること、そして、最高裁が既に提示した憲法解釈と異なる見解から「先例を変更して新しい解釈を示すにあたっては、その必要性および相当性について特段の吟味、検討と配慮が施されなければならない」との見解が提示される。そのうえで、「憲法解釈の変更は、実質的には憲法自体の改正にも匹敵する」だけでなく、「最高裁判所の示す憲法解釈は、その性質上、その理由づけ自体がもつ説得力を通じて他の国家机关や国民一般の支持と承認を獲得することにより、はじめて権威ある判断としての拘束力と実効性を

もちうるものであり、このような権威を保持し、憲法秩序の安定をはかるためには、憲法判例の変更は軽々にこれを行なうべきものではなく、その時機および方法について慎重を期し、その内容において真に説得力ある理由と根拠とを示す用意を必要とする」とその理由が提示され、全農林警職法事件大法廷判決の多数意見のように、「僅少差の多数によってさきの憲法解釈を変更することは、最高裁判所の憲法判断の安定に疑念を抱かせ、ひいてはその権威と指導性を低からしめる虞れがあるという批判を受けるに至ることも考慮しなければならない」とされるのであった。ただ、確かに全農林警職法事件大法廷判決の多数意見は限定解釈を否定し違憲部分の合憲判断(5)への変更を行っているが、憲法解釈の結果として提示されていた憲法の規範命題自体(2)を変更したわけではないということをもう一度確認しておこう。

では、田中二郎ほか五裁判官の意見のいうように、②の最高裁による憲法の規範命題は憲法典の内容そのものと考えてよいのだろうか。もしそうならば、硬性憲法としての実定憲法典の内容は②の変更によるべきではなく、憲法改正によらなければできないはずである。しかし、最高裁によって提示される憲法の規範命題も憲法そのものではなく、あくまでも最高裁による憲法解釈だとすれば、②の不変性にこだわらず、その内容変更も可能になる。ただ、憲法八一条で最高裁が憲法の最終的有権解釈機関であるという前提からすれば、最高裁の提示する憲法の規範命題が少なくとも現実社会で生じる「法律上の争訟」解決のための憲法の規範内容としての機能をもっていることになり、現実を生ずる問題解決の場面で簡単に②を変更することは認められないということが出来る。それこそ田中二郎ほか五裁判官の意見が指摘するように、簡単に②の内容が変更されるならば、国家の基本価値を定めるはずの憲法秩序の安定性が損なわれるということになるが、だからといって憲法解釈の結果としての憲法の規範命題が全く変更不能と考える必要がないこともいうまでもないだろう。結局、②の変更も「内容において真に説得力ある理由と根拠とを示す」ことができるか否かにかかっているということが出来るにすぎない。⁽⁵⁷⁾

六 まとめ

以上のように、最高裁によって判例と考えられている憲法判断は、少なくともその憲法解釈の結果としての憲法の規範命題の部分(②)と違憲審査権行使の結果としての憲法適合性判断(合憲・違憲の判断)の部分(⑤)になっていることが確認できる。ただ、裁判所法一〇条や刑事訴訟法四〇五条のように判例の法律上の効果(民事訴訟法はその三一八条一項で判例違背を上告理由そのものではなく上告受理申立事由としている)は別にして、自らの下した憲法判断にどこまで先例としての効果があるかについては、二〇一三(平成二五)年の非嫡出子相続分差別事件大法廷決定が示すように、多くの学説同様、⁵⁸⁾法的な拘束力ではなく「事実上の拘束性」とされている。そして、「最高裁が尊重する判例は、最高裁自身が『判例』と認定したもの」であり、「何が判例かを認定する最終的な権限も最高裁にある」⁵⁹⁾以上、その拘束力の及ぶ範囲も最高裁自身が決定できると解しているようである。

それでは、主に民事(行政事件を含む)・刑事事件の解決を専門にする職業裁判官による具体的事件解決のための憲法解釈を憲法判例ということにどのような意味があるのだろうか。この点、その本来の制度趣旨・目的が「客観的な憲法秩序の保障」にあるドイツ型憲法裁判制度の場合、⁶⁰⁾ここでは憲法問題そのものが独立の審査対象として取り上げられ、判決本文において合憲・違憲の判断が提示されることになり、主文で表示される憲法適合性判断の結論を導き出す理由にも憲法判例としての意味が付与され、違憲判断が下された場合、その理由に従った形での法律改正が議会に義務づけられるという点での、判例そのものにある種の憲法規範としての意味を持たせる場合がある。⁶¹⁾その意味で、ドイツ連邦憲法裁判所によって提示される憲法(ドイツ基本法)解釈としての憲法判例は、それ自体に一定の法的拘束力が認められ、社会で通用すべき憲法の規範内容としての意味が付与され得るということができ

る。同じような意味で、日本の最高裁による憲法解釈からなる憲法判例なるものに一定の法的意味が付与されるのであろうか。

この点について、日本の最高裁もドイツ連邦憲法裁判所と同じように成文憲法典に関する最終的有権解釈機関であることは否定できない。しかし、日本の場合、民事・刑事・行政事件での紛争処理における憲法判例とは何かが問題になる。ここで特に、日本の最高裁の持つ権限が「憲法上の争訟」ではなく「法律上の争訟」を解決する権限に限定されていることの意味を考える必要がある。というのも、「司法権は『一切の法律上の争訟の裁判』であると論じる場合、そこには『民事・刑事事件の裁判に加えて行政裁判も含む』という以上の意味」、すなわち「『憲法事件は法律上の争訟ではない』という」意味が自覚的に込められており、「『法律上の争訟』に付随して違憲審査権が行使されるという伝統的な構造においては、『憲法上の権利』の侵害があったとしても、『法律上の争訟』の要件を具備しない限り、裁判所は司法権と違憲審査権を行使できない」⁽⁶²⁾からである。そして、最高裁を含めて日本の裁判所による違憲審査権の行使は、実は訴訟の流れの中で非常に限定された場面で登場するにすぎない、すなわち、認定された事実法令を適用する直前で当該適用法令が具体的な「法律上の争訟」を解決するための裁判規範として適用できるのか否かを判断する場面で登場するだけ⁽⁶⁴⁾ということを、たとえ最高裁の判断であろうとも憲法判例の意味を考える際には頭の片隅においておく必要があるように思われる。

同時に、そもそも適用法令が憲法上保護される行為を制限するものでない場合の裁判所の憲法上の言明をどのように考えるのかもここで問題になる。例えば立川ビラ配布事件最高裁判決⁽⁶⁵⁾での憲法二一条一項に関する最高裁の判断をどのように理解することができるのか、という問題である。最高裁は、「被告人らの行為（表現の手段としてのビラ配布＝井上）をもって刑法一三〇条前段の罪に問うことは、憲法二一条一項に違反するものではない」とするが、これは刑法一三〇条の住居侵入罪が直接被告人の表現活動を規制するものではないことを前提に、ビラ配布を

住居侵入罪という犯罪行為として処罰できるか否かに関連する場面での言明である。そして、この言明は、問題とされたビラ配布と「管理権者の管理権」とともに「私生活の平穩」という保護法益とを比較衡量して、本件行為を犯罪として処罰しても問題ない、すなわち表現手段としてのビラ配布は住居侵入罪成立に対する違法性阻却事由にはならないといっているだけで、適用法令の憲法適合性判断の場面に用いられる②や⑤と同じレベルのものといえないのではないだろうか。ただ、もし最高裁がそれを憲法判例⁽⁶⁶⁾と考えるならば、従来、それは自らが判例としてきた②および⑤の憲法上の規範命題でも憲法適合性判断でもない第三の領域ということになるう。

結局、問題は、最高裁自身が憲法に関する「判例」と考える判断・言明にどのような意味があるかということになる。⑤において適用法令が違憲とされた場合、実際に裁判において違憲法令の裁判規範性を否定する効力（憲法九八条一項から無効と表現される）が発生するうえに、事実上の実務として政治部門もその判断を尊重し、違憲法令の改正を行う点での權威が付与されることになり、一定の政治的影響力を持つことになる。ただ逆に、合憲とされた法令は当該事件でのその憲法上の正当性が承認されたものの、それがあらゆる場合に裁判規範として有効か否かは必ずしも明白ではない。一応、事後の事案では合憲であろうという推定は働くが、合憲を違憲に変更した尊属殺違憲事件最高裁大法廷判決や非嫡出子相続分差別事件最高裁大法廷決定のようにその判断は覆る可能性を否定できず、その意味で、最高裁による合憲判断は適用法令のあらゆる場合の有効性のお墨付きとはなっていないということができる。

憲法適合性判断の結論とは別に、②（あるいは刑事事件での違法性判断における憲法上の言明）はどうであろうか。最高裁の憲法判例として提示されている②（あるいは違法性判断の言明）は具体的事件での当事者に対する「説得のための手段」⁽⁶⁷⁾なのかそれとも「実定憲法典」の規範内容そのものなのか。最高裁自身が⑤でさえ「事実上の拘束性」という表題で判例の効果を示す以上、②の規範命題は、あくまでも「法律上の争訟」解決のための当該事件限

りの「事実上」のものにすぎないということになる。そうだとするならば、②の憲法の規範命題は、実定憲法典の内容そのものというよりも、具体的事件の当事者（および判決理由を読むであろう読者）を納得させる「説得のための手段」としての最高裁による憲法解釈にすぎないのではないだろうか。ただそうであっても、それは法解釈のプロである職業裁判官の解釈である以上、法的安定性の見地から、「法律上の争訟」として提起される後続の「同種の事例には同一の結論を与えること」が望ましいとの観点で、事実上の法源として後続の具体的事例でも用いられているということをごここで確認できればいいということになる。

- (1) 長谷部恭男『憲法（第7版）』（新世社・二〇一八年）三〇頁参照。
- (2) 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・二〇一一年）三一頁参照。
- (3) この判断は、いわゆる警察予備隊訴訟最高裁大法廷判決（最大判一九五二（昭和二七）年一〇月八日民集六卷九号七八三頁）の内容であって、これが日本の違憲審査権の性質についての憲法判例とされていることはいまでもない。
- (4) この点についての指摘として、長谷部・前掲注（1）三〇頁参照。
- (5) これに関連して、佐藤・前掲注（2）三一頁では、「先例として拘束力」を持つのは、「法律などの合憲・違憲の結論それ自体ではなく、その結論に至るうえで直接必要とされる憲法規範的理由付けである」としているが、現在の付随的審査制の下では判決主文で法令の合憲・違憲の結論が示されるわけではないから本当にそのようにいうことができるのか否かは検討が必要ということになる。
- (6) 最大判一九七三（昭和四八）年四月四日刑集二七卷三三二六五頁。
- (7) 最大判一九六四（昭和三九）年五月二七日民集一八卷四号六七八頁。
- (8) これは、小法廷判決であったが、それ以前の大法廷判決の判例をうけて刑法二〇〇条の尊属殺規定を合憲とする最判一九五六（昭和三一）年五月二四日刑集一〇卷五号七三四頁の判決理由中で示されたものである。
- (9) 実際に判例変更とされた対象は、最大判一九五〇（昭和二五）年一〇月二五日刑集四卷一〇号二二二六頁に始まる一連の最高裁判決である。その一九五〇（昭和二五）年大法廷判決は、その直前に下された刑法二〇五条二項の尊属傷害致死罪を合憲とした最大判一九五〇（昭和二五）年一〇月二一日刑集四卷一〇号二〇三七頁の趣旨に徴して刑法二〇〇条が合憲であることは明らかと

していたにすぎないが、一九七三（昭和四八）年大法廷判決で問題とされた法定刑の問題については、括弧書きではあるが、「刑法二〇〇条が、その法定刑として『死刑又ハ無期懲役』のみを規定していることは、厳に失するの憾みがないではないが、これとて、犯情の如何によつては、刑法の規定に従つて刑を減輕することはできるのであつて、いかなる限度にまで減刑を認めるべきかというがごとき、所詮は、立法の当否の問題に帰するもので、これがために同条をもつて憲法に違反するものと断することはできない」としていた。

(10) 最大判一九六九（昭和四四）年四月二日刑集二三卷五号六八五頁。

(11) 最大判一九七三（昭和四八）年四月二五日刑集二七卷四号五四七頁。

(12) なお、全農林警職法事件最高裁大法廷判決の多数意見は、労働基本権の保障を「憲法二五条の生存権の保障を基本理念とし、憲法二七条の勤労の権利および勤労条件に関する基準の法定の保障と相まって勤労者の経済的地位の向上を目的とするもの」としている。

(13) 最大判一九六六（昭和四一）年一〇月二六日刑集二〇卷八号九一二頁。

(14) 最大判一九六九（昭和四四）年四月二日刑集二三卷五号三〇五頁。

(15) 最大決二〇一三（平成二五）年九月四日民集六七卷六号一三二〇頁。

(16) 最大判一九九五（平成七）年七月五日民集四九卷七号一七八九頁。

(17) 最判二〇一四（平成二六）年一二月二日、なお、この判決は判例集には掲載されておらず、こゝではLex/DB2506524のネット情報を参照している。

(18) 最大決二〇一三（平成二五）年九月一八日官報六一四二号九頁。

(19) なお裁判所法とは別に、最高裁判所裁判事務処理規則九条一項では、「事件は、まず小法廷で審理する」とし、「裁判所法第一〇条第一号乃至第三号に該当する場合」（一号）、「その小法廷の裁判官の意見が二説に分れ、その説が各々同数の場合」（二号）、「大法廷で裁判することを相当と認めた場合」（三号）には「小法廷の裁判長は、大法廷の裁判長にその旨を通知」し、その通知があった場合には「大法廷で更に審理し、裁判をしなければならない」（二項）としている。

(20) この点、前掲注（18）の大法廷決定は、すでに民法九〇〇条四号ただし書が違憲であることは前掲注（15）の大法廷決定で示されていたが、この二号との関係で、違憲判断を示す裁判であつたことから大法廷での裁判が行われている。なお、これとは逆に、前記の最高裁判所裁判事務処理規則九条四項は、裁判所法一〇条一項かつこ書をうけて、「裁判所法第一〇条第一号に該当する場合において、意見が前にその法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するとした大法廷の裁判と同じであるときは、第二項及び第三項の規定にかかわらず、小法廷で裁判をすることができ」として、合憲判断の場合の先例拘束性についての規定が定められて

いる。

- (21) 芦部信喜『憲法(第7版)』(岩波書店、二〇一九年)三九一頁参照。
- (22) 最二判二〇一二(平成二四)年二月七日刑集六六卷一二号一三三七頁。
- (23) 最大判一九七四(昭和四九)年四月三〇日刑集二八卷九号三九三頁。
- (24) なお、この事件では、猿払事件大法廷判決だけでなく、一九八三(昭和五八)年のよど号乗っ取り事件記事抹消事件大法廷判決(最大判一九八三(昭和五八)年六月二二日民集三七卷五号七九三頁)、一九八四(昭和五九)年の税関検査事件大法廷判決(最大判一九八四(昭和五九)年二月二二日民集三八卷一二号一三〇八頁)、一九八六(昭和六一)年の北方ジャーナル事件大法廷判決(最大判一九八六(昭和六一)年六月一日民集四〇卷四号八七二頁)、一九九二(平成四)年の成田新法事件大法廷判決(最大判一九九二(平成四)年七月一日民集四六卷五号四三七頁)および一九九八(平成一〇)年の寺西判事補事件大法廷決定(最大決一九九八(平成一〇)年二月一日民集五二卷九号一七六一頁)も判例として引用している。
- (25) ただし、この点は本当に判例を踏襲しているのかは学説上問題とされる。例えば、穴戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開(第2版)』(日本評論社・二〇一四年)九一〜九二頁では、堀越事件最高裁判決は「猿払事件判決を実質的に変更する判断を示し、それからの「軌道修正を行った」と指摘している。
- (26) 最大判二〇一〇(平成二二)年一月二〇日民集六四卷一号一頁。
- (27) 最大判一九七七(昭和五二)年七月一三日民集三一巻四号五三三頁。
- (28) 最大判一九九七(平成九)年四月二日民集五一巻四号一六七三頁。
- (29) この点の指摘として、穴戸・前掲注(25)一二九頁参照。
- (30) これに関して、最高裁大法廷の多数意見は、憲法八九条の「趣旨は、国家が宗教的に中立であることを要求するいわゆる政教分離の原則を、公の財産の利用提供等の財政的な側面において徹底させるところにあり、これによって、憲法二〇条一項後段の規定する宗教団体に対する特権の付与の禁止を財政的側面からも確保し、宗教の自由の保障を一層確実なものにしようとしたものである」との判断、そして、「国家と宗教とのかかり合いには種々の形態があり、およそ国又は地方公共団体が宗教との一切の関係を持つことが許されないというものではなく、憲法八九条も、公の財産の利用提供等における宗教とのかかり合いが、我が国の社会的、文化的諸条件に照らし、宗教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で相当とされる限度を超えるものと認められる場合に、これを許さないとすると解される」との判断を下す。
- (31) これについては、「国又は地方公共団体が国公有地を無償で宗教的施設の敷地としての用に供する行為は、一般的には、当該宗教的施設を設置する宗教団体等に対する便宜の供与として、憲法八九条との抵触が問題となる行為」になるとしている。

- (32) この空知太事件最高裁大法廷判決での違憲審査権行使の構造を、筆者はかつて、憲法の一般命題の提示(第一段階)、憲法問題を提起する行為の確定(第二段階)、憲法上の正当性判定のための基準の設定(第三段階)と三段階に区別して説明したことがある。それについては、井上典之「政教分離規定の憲法判断の枠組み」論究ジュリスト一号(二〇一二年)一二六―一二七頁参照。
- (33) 最大判一九八四(昭和五九)年二月二二日民集三八卷一三〇八頁。
- (34) 最大判一九八六(昭和六一)年六月二二日民集四〇卷四八七二頁。
- (35) この点の先例として引用されているのは、わいせつ文書の規制が取り上げられたチャタレー事件最高裁大法廷判決(最大判一九五七(昭和三二)年三月二三日刑集一一卷三九九七頁)および悪徳の栄え事件最高裁大法廷判決(最大判一九六九(昭和四四)年一月一五日刑集二三卷一〇号一二三九頁)である。
- (36) ここでは、その理由として「表現行為に対する事前抑制は、新聞、雑誌その他の出版物や放送等の表現物がその自由市場に出る前に抑止してその内容を読者ないし聴視者の側に到達させる途を閉ざし又はその到達を遅らせてその意義を失わせ、公の批判の機会を減少させるものであり、また、事前抑制たることの性質上、予測に基づくものとならざるをえないこと等から事後制裁の場合よりも広汎にわたり易く、濫用の虞があるうえ、実際上の抑止的效果が事後制裁の場合より大きいと考えられる」という点を明示している。
- (37) 最大決一九六九(昭和四四)年一月二六日刑集二三卷一〇号一四九〇頁。
- (38) 最大判一九八九(平成元)年三月八日民集四三卷二一八八頁。
- (39) この点についてレベタ訴訟大法廷判決は、「各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要」との判断を、よど号乗つ取り記事抹消事件最高裁大法廷判決(最大判一九八三(昭和五八)年六月二二日民集三七卷五号七九三頁)を引用して提示している。
- (40) これに関して、例えば、長谷部恭男「憲法判例の權威について」論究ジュリスト一号(二〇一二年)五頁では、「判例」と呼ばれるものとして、「個々の先例の具体的結論」、「二連の先例を通じて繰り返し現れる法理」やその「法理を背後で支える抽象的レベルの理論」も挙げられており、合憲・違憲の結論が具体的適用法令の裁判規範性に関する結論という意味で⑤と、憲法解釈により提示される②が憲法判断における判例ということとは可能であろう。
- (41) 最大判一九七五(昭和五〇)年四月三〇日民集二九卷四号五七二頁。
- (42) その典型例が一九九二(平成四)年の酒税法事件最高裁判決(最三判平成四年二月一五日民集四六卷九号二八二九頁)であ

る。そこでは、薬事法事件大法廷判決を引用しつつ、「国家の財政目的のための職業の許可制による規制」については、その必要性と合理性について立法府の政策的、技術的な裁量判断を尊重するとの見解を提示している。

(43) 最大判一九八七（昭和六二）年四月二二日民集四一巻三三四〇八頁。

(44) 最大判二〇〇二（平成一四）年二月一三日民集五六巻二二三一一頁。

(45) 例えば、証券法事件大法廷判決の直後の農地法事件（最二判二〇〇二（平成一四）年四月五日刑集五六巻四号九五頁）、同じく証券取引法が問題になった最二判二〇〇三（平成一五）年四月一八日民集五七巻四号三六六頁、消費者契約法九条一項が問題になった事件（最二判二〇〇六（平成一八）年一月二七日判例時報一九五八号六一頁、建物区分所有法七〇条が問題になった事件（最二判二〇〇九（平成二二）年四月二三日判例時報二〇四五号一六頁）、消費者契約法一〇条が問題になった事件（最二判二〇一一（平成二三）年七月一五判例時報二二三五号三八頁）などの財産権規制が争われた事案では、もっぱら二〇〇二（平成一四）年大法廷判決が先例とされ、しかもその憲法の規範命題は非常に簡略化された形で引用されている。

(46) この点については、井上典之「憲法判例に聞く」（日本評論社、二〇〇八年）二〇七頁参照。

(47) 最大判二〇一五（平成二七）年一月二五日日民集六九巻七号二〇三五頁。

(48) 最大判一九七六（昭和五一）年四月一四日日民集三〇巻三三三三頁。

(49) 最大判二〇一七（平成二九）年九月二七日日民集七一巻七号一一三九頁。

(50) 最大判一九八三（昭和五八）年四月二七日日民集三七巻三三四五頁。

(51) 最大判二〇〇八（平成二〇）年六月四日日民集六二巻六号一三六七頁。

(52) 最大判二〇一五（平成二七）年二月一六日日民集六九巻八号二四二七頁。

(53) この表現は、例えば、平等原則の一般的命題を提示し、憲法一四条一項の先例として引用されている地方公務員の高齢者待命処分事件最高裁大法廷判決に始まり、昭和六〇年のサラリーマン税金訴訟最高裁大法廷判決（最大判一九八五（昭和六〇）年三月二七日日民集三九巻二二四七頁）や一九九五（平成七）年の非嫡出子相続分差別事件大法廷決定、さらに二〇〇二（平成一四）年の国籍法事件最高裁判決（最二判二〇〇二（平成一四）年一月二二判例時報一八〇八号五五頁）で用いられている。なお、この点に関しては、井上典之「届出による国籍の取得と法の下の平等」長谷部恭男・石川健治・穴戸常寿（編）『憲法判例百選Ⅰ（第6版）』（有斐閣、二〇一三年）七五頁参照。

(54) 最大判二〇〇五（平成一七）年九月一四日日民集五九巻七号二〇八七頁。

(55) 民集二七巻四号五八八頁以下参照。特に本文中で引用した箇所については、同五九八―五九九頁参照。

(56) 例えば、長谷部・前掲注（一）四四二頁では、「その内容の説得力を通じて現に広く社会の指示を得ている憲法判例を変更す

るには極めて慎重であるべきであろうが、社会の良識に照らして誤っているとみられる憲法判例については、通常の判例に比べて、その変更にはより柔軟に考慮されるべきであろう」と指摘している。

(57) この点について、例えば、野中俊彦・中村陸夫・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ（第5版）』（有斐閣、二〇一二年）三三一頁（野中執筆）は、「判例変更によってもたらされた新しい解釈・適用の中身が正当であれば、判例変更も正当であり、中身が不当であれば、判例変更も不当だったという評価になるはずであり、大切なことは判例変更という形式ではなくて、その中身である」と指摘している。

(58) 野中ほか・前掲注（57）三二八～三二九頁でも、憲法判例の先例としての拘束力は事実上の拘束力であって法的な拘束力ではなく、「それが制定法と同じような強い拘束力を持つものではないと解する点は、論者において大体共通している」と指摘している。

(59) 長谷部・前掲注（40）四頁参照。

(60) この点については、野中ほか・前掲注（57）二七二～二七三頁参照。

(61) ドイツ基本法九四条二項一文をうけて連邦憲法裁判所法三一条二項が「連邦憲法裁判所の裁判が法律としての効力（Gesetzeskraft）を持つ場合」を規定しており、違憲判断は当然違憲法律を無効にするが、それだけではなく、判決理由中の違憲判断を導く理由も議会は考慮に入れないと再び新たな法律が違憲判断を受ける可能性を持つことになる。

(62) この点、警察予備隊訴訟最高裁大法廷判決直後の抜き打ち解散事件最高裁大法廷判決（最大判一九五三（昭和二八）年四月一日民集七卷四号三〇五頁）では、違憲審査権も「具体的な法律上の争訟について審判をなすために必要な範囲において行使せられるに過ぎない」とし、同じことは地方自治法改正無効確認事件最高裁判決（最三判昭和二八年六月九日行集四卷六号一五四二頁）ではもはや大法廷ではなく、第三小法廷でその点が確認されるにすぎない。

(63) 井上・前掲注（46）三三九頁およびそこで引用している穴戸論文参照。

(64) この違憲審査権行使の場面に関連して、棟居快行「人権論の新構成」（信山社、一九九二年）二八六頁では、「これまでの司法審査論は、……基本的には、当該訴訟のある瞬間の一断面（本案審理の過程で適用が問題となる法令の効力審査の時点）における法理のミクロ的考察であった」と指摘されている。

(65) 最二判二〇〇八（平成二〇）年四月一日刑集六二巻五号一二一七頁。

(66) なお、一年後の葛飾マニション事件（最二判二〇〇九（平成二一）年一月三〇日刑集六三巻九号一七六五頁）では、立川ビラ配布事件最高裁判決をほぼそのままの文面で引用し、「このように解することができることは、当裁判所の判例……の趣旨に徴して明らかである」として、それを先例としている。

(67) 長谷部・前掲注(40) 七頁では、最高裁が②で憲法の規範命題を提示するとき、「その議論が権威として受け入れられることを要求しているわけではなく、……実質的な理由を示して読者を説得することを試みている」と指摘されている。

(68) 判例の法源性に関連して、野中ほか・前掲注(57) 一三頁(高橋執筆)ではこの法的安定性の要請から「事実上法源として機能する」と指摘している。なお、最高裁の憲法判断を政治部門との対話として動態的にとらえる「対話的違憲審査の理論」も最近となえられている。それについては、佐々木雅寿「最高裁判所と政治部門との対話」論究ジュリスト一二号(二〇一五年)二〇六頁以下参照。