○講演：日本の法秩序には憲法が不在か

戸松秀典*

◆本題に入る前に

多くの方にお集まりいただき、ありがとうございます。

学習院大学法務研究所は、現時点（2012年3月）で3周年を経ることになります。これを記念して、本題の話に入る前に、本研究所について、少しふれさせていただきます。これは、ここにお集まりの皆さんから本研究所についてのご理解をいただき、今後のご支援、ご協力を賜り、本研究所がますます発展することを願う私の思いからであります。

2009年4月の発足時に、法務研究所は、その活動内容を次のように定め、それ以来、これを研究所のホームページに掲げております。

一　法実務に貢献する法学研究の促進をする。

二　法科大学院における法実務教育の内容について研究し、本法科大学院での教育のあり方に寄与する。

三　その他、リーガルクリニック、エクスターンシップなど広く法実務にかかわる事項の支援をする。

これに加えて、学習院大学における法的問題の解決に寄与することも予定しております。これらの目的遂行の成果の一部は、紀要の「学習院法務研究第1号～5号」に登載されておりますのでご覧ください。

法務研究所の組織・構成については、堅苦しいものとすることを避けて、柔軟で開かれたものとしたいと考えており、実際に、広く学習院関係者にご参加いただくようにしてまいりました。その運営の様子は、次のようなものとなっております。すなわち、所長のもとに企画・運営委員（3人の法科大

---

* 平成24（2012）年3月まで学習院大学法務研究所所長。現在、同研究所顧問、学習院大学名誉教授。
本稿は、平成24年3月24日に行われた法実務研究会での講演の記録に多少の加筆をしたものである。

学院教授）をおき、その委員が法科大学院修了弁護士の方の協力を得て、月例の法実務研究会を開き、また、時には講演会や座談会を開催し、さらに、法科大学院生や修了生のための勉学支援などもやっております。これらは、学習院大学法科大学院の教員と学生、法学部法学科の教員、さらに、学習院大学の卒業・修了者のほか、学習院高等科卒業生で法曹となっている者、あるいは、以上の者の紹介者というように、広範囲の方々の参加を得て、進められております。もちろん、学習院大学法科大学院や法学部出身の法曹には、その活躍の拠点ないし母体としていただくことを強く願っております。他大学においては、明治期に法律学校として出発したということを背景に、伝統ある法曹拠点を築いているところがみられますが、本研究所もそのようなものとして成長していくことを願って止みません。

私が引退した後の平成24年度からは、前田重行教授が所長となって、本研究所を運営、発展させていくことになっています。特に、先にあげた本研究所の目的の4番目について、前田教授らは、法律相談事業を計画しています。どうか皆さんからのご協力・ご支援のほどをお願い申し上げます。

さて、ここから本題に入りますが、一言、おことわりを申しておきます。

それは、この講演は、私の最終講義ではないということであります。私は、学習院大学での勤務の最終年である本年度（平成23年度）の今日に至るまで、法科大学院でも法学部でも最終講義なるものをやっておりません。そのため、本日のこの講演がそれに該当するとの噂が広まっていたようです。しかし、この講演も決して最終講義の性格はもっておりません。なぜ最終講義なるものを避けているかについては、以下の話からその理由の一端をご理解いただけると思っております。

序論――問題の所在

本日の話の題名として、「日本の法秩序には憲法が不在か」というのを掲げました。これに対しては、直ちに異論が投じられるかもしれません。日本国憲法が存在し、そのもとに法秩序が形成されていることは、あらためて問うまでもないことだと誰しも思うからであります。実は、この題名には次の

ような契機が存在するのです。

昨年の秋に、元最高裁裁判官のお方と会食する機会があり、その時、彼から、アメリカの法律家に「日本には憲法がない」といわれたとのことばを耳にしました。そこで、この題名にかかわる思いが即座に脳裏に浮かんだのであります。確かに、そういわれても仕方ない実態が日本の法秩序には存在する、と。何人かの同席者がいたその場の雰囲気から、これにかかわる議論を展開するわけにいかず、その時はそれで終わってしまいましたが、検討したいという思いはその後もつづいておりました。

今回、ここで話をすることになって、日本には憲法不在だというこの指摘を少し正面から検討してみることにしました。それは、私が憲法の研究者として長年やってきて、しばしばそのことにかかわる思いを抱いているからでもあります。日本国憲法という憲法典は存在しているけど、日本の法秩序には、それから離れたり、それを無視したり、意識すべきなのにしていない、といったことが放置できない程度認められるからであります。アメリカ合衆国では、確かに、憲法を中心に、あるいは軸に、しっかりと法秩序の形成がなされているといえるようですが、それと比べ、日本では、憲法不在だといわれても仕方がない状態があるといってよいと思われるからであります。

もちろん、私は、本日のテーマに関して、肯定・否定のどちらかの結論を得ようと追究するものではありません。このような問いを発せざるを得ない状況を摘出して､そこに認められる課題の検討を目的とするものであります。そこで、観察の対象を政治過程と司法過程とに分け、前者については、本講演に当てられた時間との関係で、立法過程に限ることとします。もちろん、憲法論議の不在の根源を探るためには、行政分野や政党の活動との関連でも分析することが肝要ですが、その作業は、別の機会に行うこととします。

Ⅰ　憲法論議の不在――政治過程

まず、法秩序の原点である立法過程、つまり法律の制定場面に目を向けることにします。そこにおいては、制定されようとしている法律が憲法に抵触しないか、あるいは憲法秩序に取り込まれる法律として適切か、といったこ

とは、必ず検討されているはずです。そうした検討を前提にして、法律に対する合憲性推定の原則が働くと説明されております。にもかかわらず、憲法不在ということがあるのか。若干の例を示して検討いたします。

●若干の例

ここにあげる例は、私の担当する法科大学院の授業でふれていることですし、マスコミでもよく報じられたことです。思い出していただけることを前提に、簡潔にふれることとします。

まず、「国旗及び国歌に関する法律」（平成11年）をみるのが適当でしょう。この法律は、果たして法律というにふさわしいかが問われます。その第1条で、国旗が日章旗であること、第2条で、国歌が君が代であることを定めて、わずか二つの条文からなるだけで、たとえば、国旗・国歌に対する侮辱罪を定めることをしておりません。別記の第1に、日章旗の制式として寸法の割合と日章の位置、また別記第2に、君が代の歌詞と楽曲（つまり楽譜）が定められていて、およそ他にはみあたらない法律様式なのですが、その特異さはともかく、いったいその二つの条文によっていかなる法秩序を形成しようというのでしょうか。皆様ご承知のように、罰則などを定めて国旗・国歌にかかる法秩序を形成しようとすると、猛烈な反対論や紛争が生じるので、それを避けてこのような形になったのです。ここには、明らかに、反対論や紛争に伴う憲法論議を避けた形跡をみることができます。あいまいにしているといえばそうですが、法秩序の形成に憲法論を避けた、つまり憲法不在だといってもよいといえます。ところが、後述するように、国旗･国歌について、避けたはずの憲法論議に付き合わざるを得ない事態が生じてもいるのです。

次に、C型肝炎救済特別措置法、すなわち、正式名として、「特定フィブリノゲン製剤及び特定血液凝固第Ⅸ因子製剤によるC型肝炎感染被害者を救済するための給付金の支給に関する特別措置法」（平成20年1月）の例があります。C型肝炎患者の問題については、マスコミを通じて広く知られたことですので、この法律の制定事情について、ここで立ち入って述べるまでもないでしょう。注目すべきは、選挙戦を見据えて、与党も野党も、このC型

肝炎患者救済のための特別措置法の制定に突っ走ったということです。その場面では、このような特定の患者の救済に向けられた措置法は、法律として正しいあり方かという憲法41条の法律の意味について議論したり、とりわけ同じような状況に置かれている者との間の平等な扱いに欠けるところはないか、合理的説明ができるのかというまさに憲法14条の平等原則のことが論議される必要があります。しかし、実際にはそれがなされず――いや、なされようとしても主流とならなかったというべきかもしれませんが――、憲法論不在のままその法律が制定されました。法律制定後、患者団体の代表者がマスコミの前で、自分たちと同様の状態に置かれている人たちへの救済が今後なされることを願う、と述べていたことは、大変印象的でした。

さらに、「裁判員の参加する刑事裁判に関する法律」（平成16年5月制定、平成21年5月施行）の例をあげることにします。現在、この法律に基づいて、裁判員裁判が実施されています。その実施に先立ち、憲法論議は、尽くされていたのでしょうか。その法律の案が衆議院に上程された当時、憲法論議が希薄なまま成立に向かって進んでいることを危惧して座談会が企画されましたが、私はそれに参加し、憲法上の問題点を議論しました（椎橋隆幸＝高木俊夫＝戸松秀典＝長谷部恭男＝松尾浩也「座談会：裁判員制度と日本国憲法」判例タイムズ1146号4頁（2004年）参照）。内容は、違憲論がかなり強いものでありました。しかし、校正の段階で、法律は参議院を通過し、成立してしまい、後追いの違憲論の意味に鑑み、論調を和らげて出版せざるを得なかったことを覚えております。そして、この法律との関係でも、憲法論の不在を感じているのです。なお、裁判員法合憲判決（最大判平23・11・16判時2136号3頁）が登場しておりますが、法律制定過程での憲法論議不在が裁判にどのように影響しているかは、分析の課題であります。ここでは、その指摘にとどめます。

他に、「口蹄疫対策特別措置法」（平成22年6月）のように、与党・野党の議員がこぞって、宮崎県で発生した口蹄疫対策に向けて多額の金を注ぐことを内容とした議員立法を成立させた例もあります。既存の家畜伝染病予防法（昭和26年5月）を適用しないで、また、憲法29条3項にかかる補償の論議

の必要性を顧みることなく突き進んだ状態は、憲法不在の法秩序形成と呼ばざるを得ないのであります。過剰なまでの熱気が去った後、平成23（2011）年4月に家畜伝染病予防法の改正がなされました。この改正による法秩序は、憲法論議を込めたものであったといえるのか、検討を要します。

こうした例は、金融商品取引法の適用場面をみて、あるいは、民事訴訟法の改正（平成8年）や行政事件訴訟法の改正（平成16年）の過程についてなど他にもいくつかとりあげることができますが、具体例の提示はこのくらいにして、話を次の段階に進めることとします。

●法制定過程での憲法論議の様相

このように、法制定過程において、憲法論議のあり方に関する問題が看過することを許さない程度存在しているようであります。そこで、政治部門においては、法制定過程で憲法論議をいかなる具合でとりこむようになっているのか、という制度面について関心を呼びます。これを二つの場面でみることにします。

一つは、衆議院法制局や参議院法制局において、いかなる取り組みがなされているかです。そこで、私は、それぞれの部署で法制定に携わっている――つまり、議員立法の作業に従事している――専門家から説明を受ける機会を設けました（平成23年9月と10月の法実務研究会）。従来、議員立法の法案作成過程については、公にされているところや研究者による研究が少なかったといえます。それ故、2回の法実務研究会では、貴重な実態を知り、大変有意義な知識を得ました。ただし、研究会での成果を紀要に掲載するには難しい事情があって実現しておりません。このように、議員立法の法案形成過程を公開する制度をいかに設けるかということは、大変難しい問題が存在するのですが、法制定過程の憲法不在を打開する糸口であるといえます。

もう一つは、内閣法制局などの行政機関における憲法論議です。ご承知のように、法律案の圧倒的割合が内閣提出のもので、法律案として国会にかかるまえに、内閣法制局での徹底的な検討がなされ、憲法問題の吟味もしっかりなされているといわれております。それ故、立法にかかわる合憲性の統制

は、司法部門だけでなく、政治部門においても受け持たれているということができます（詳しくは、大石眞「違憲審査機能の分散と統合」初宿正典先生還暦記念論文集・各国憲法の差異と接点（2010）237頁参照）。しかし、そうであっても、いやそうであるからこそ、憲法不在と呼んでもよいような法制定がなされる事情を追究しなければならないのではないでしょうか。

Ⅱ　憲法論不在の例――司法過程

次にみるべきは、司法過程における憲法論議についてです。これについては、いうまでもなく、違憲・合憲の判決がいくつか登場しており、私も編者の一人である「憲法判例第6版」（有斐閣、2010年）を使用して、法科大学院や法学部で授業しているので、憲法論議が不在だとは到底いえないことが明らかです。しかし、全体としてはそうであっても、個別の問題との関係で、憲法不在の法秩序だと言わざるを得ない場合が存在します。これの例の一つとして私が授業で示すレペタ訴訟のことは、本日ご出席の法科大学院出身者がご記憶のことではないかと思います。それは、要するに、日本の裁判所の傍聴席でメモをとろうとしたところ、それを禁止され、また、許可を求めたところ拒否されたレペタ氏（アメリカの弁護士）がその禁止・不許可を争って起こした訴訟のことです。レペタ氏にとって、アメリカでは、傍聴席でメモを取ることは、合衆国憲法第一修正の保障する表現の自由のもとに保護される憲法上の権利であることが当たり前のことなのですが、この訴訟に対する日本の最高裁判所は、消極の判断を下しました（最大判平元・3・8民集43巻2号89頁）。すなわち、メモを取る行為は、憲法21条1項の精神に照らして尊重されるべきであって――ここが特徴あるところで、憲法上の権利だとは言っていないのです――、法廷で傍聴人がそれを行うことを故なく妨げてはならない、と説いたうえで、レペタ氏に対してなしたメモの禁止および不許可措置については、それを妥当であったとして積極的に肯認し得る事由を見出すことができない、と判示したのでした。要するに、メモ取る行為は、憲法21条のもとに尊重されるべきだが、憲法上の権利ではない、というのです。これは、少々分かりにくく、いや、全く理解できない説明だと言われ

ても仕方ないとところです。レペタ氏は、判決後、憲法研究者である私に解説を求めて電話をしてきました。私は、その時、説明に大変苦労したことを今でも覚えております。レペタ氏は、納得なさっていないはずです。納得できないことは、次の事実をみるといっそう深まります。最高裁判所は、この判決後直ちに、全国の裁判所に、法廷傍聴者のメモ取り行為を故なく禁止してはならない旨の通達を出し、以後、ご存じのように傍聴者は自由にメモが取れるようになっております。それはそれで結構なことなのですが、そのような実態を生み出しておきながら、なぜ、最高裁判所は、傍聴席でメモを取る行為が憲法21条のもとで保護される権利だとの憲法秩序の形成にまで踏み切らなかったのでしょうか。不可解だとの疑問は残ったままです。これをもって憲法論の不在だと言わざるを得ないのではないでしょうか。私は、教室で、このような判決を一方的に批判するのではなく、なぜ最高裁判所は、このような内容の判決を下したのか、その理由を追究する必要があることを説いております。本日の話も、その延長線上にあります。

●若干の例

このような例を、最近登場している最高裁判例においてもあげることができます。

まず、一昨年の謝罪広告事件判決――いや「大相撲八百長関連記事と週刊現代謝罪広告事件」判決と呼ぶのが適当かと思いますが――に注目します。これは、平成22年10月21日に最高裁第一小法廷が下した判決です。判例集には未登載なので、その重要性に鑑み、私は、学習院法務研究3号122頁にこれを掲載することにしました。また、判決理由には、深めるべき憲法論議が全くと言ってよいほどみることができない極めて簡潔なものなので、その憲法論議不在の意味を検討するために、同事件の上告審に提出された喜田村洋一弁護士による上告理由書を、彼の承諾を得て登載しました。ご覧ください。

大相撲八百長事件については、これもマスコミに大きくとりあげられ、大筋をご存じだと思いますが、要するに大相撲で八百長がなされていたこと、

とりわけ朝青龍元横綱のそれが露骨であったことなどが報じられ、これに対して日本相撲協会や朝青龍自身が名誉棄損訴訟を提起したものです。その報道を熱心に行ったのが週刊現代ですが、発行元の講談社関係者と記事執筆者は、下級審で負け、損害賠償といわゆる謝罪広告の掲載を命じられました。これを争って上告したところ、今ふれた最高裁判決が下されたのであります。最高裁判所は、謝罪広告事件の先例（最大判昭31・7・4民集10巻7号785頁）を引用し、今申したように極めて簡潔な理由のもとに棄却の判決を下しております。しかし、この事件では、謝罪広告と言っても、掲載した記事の取消し広告――学習院法務研究3号142頁にこれを掲載していますから見て下さい――を、被告が発行している週刊現代誌上に掲載することを命じるものであって、先例の事件のように、一般新聞紙上での謝罪広告とは異なるものであります。先例では、謝罪広告を強いられることが憲法19条で保障されている思想・良心の自由の侵害となるかが中心の論点であったのですが、この事件では、それだけでなく、報道機関の報道の自由や記事執筆者の表現の自由について検討することが不可避であるといえます。しかし、最高裁判所は、その争点には全く言及しておりません。これを憲法不在と言っても間違いないでしょう。ただし、ここでも、私は、最高裁判決への一方的批判で終わってはならないと考えております。たとえば、出版社や報道機関にとっては、この判決は、自らの自由にかかる重大な内容だと言えるのに、大した反応なしに過ぎてきております。さらに、謝罪ということについての日本社会での独特の問題もあると私はみております（前出、学習院法務研究を参照）。

次に、課税処分の遡及を容認した事件をみることにいたします。

この事件は、2003年（平成15年）12月18日の日本経済新聞の一面全体に掲載された「与党税制改正大綱の要旨」という見出しの記事に関係します。その記事の中に、よく見ると、次の箇所があるのに気付きます。

「3　土地、建物等の長期譲渡所得の金額または短期譲渡所得の金額の計算上生じた損失の金額については、土地、建物等の譲渡による所得以外の所得との通算および翌年以降の繰り越しを認めない。（注）200年分以後の所得税および2005年度分以後の個人住民税について適用する。」

これは、要するに、その当時、租税特別措置法31条で認められていた土地、建物等の長期譲渡所得にかかる損益通算の制度を廃止するという税制の改正を意図するものであります。ただし、これは、与党・自民党の税制調査会がまとめた税制改正の大綱であって国の法律といえないことはいうまでもありません。翌年、政府は、この記事の内容を含む改正法を閣議決定し、2月に法案を国会に上程し、2004年3月26日に租税特別措置法は成立し、同月31日に公布、4月1日から施行されました。こうして、この改正法による租税特別措置法31条の改正により、その長期譲渡所得にかかる損益通算が認められなくなったのですが、その改正法附則27条1項により、損益通算に関する改正が2004年１月1日以後に行う土地等または建物等の譲渡についても適用するものとされたのであります。

このように、2004年4月１日施行の法律の規定の一部が同年の1月1日に遡って適用されるのですから、通常の人にとっては、いや、とりわけ法律施行前に土地、建物等の長期譲渡所得にかかる損益通算の制度による納税上の地位を合法的に行使できると信じていた者にとっては、予想外で不意打ちともいえる事態だといって過言ではないでしょう。したがって、このような遡及適用の租税法規定は、憲法84条の命ずる租税法律主義に反し、また、憲法14条、29条、31条等の人権保障規定違反であるとの憲法訴訟が提起されることとなっても当然だと思われます。実際に、東京、千葉、福岡の地方裁判所に訴えが提起され、最終的には、昨年9月に二つの最高裁判所判決（最一判平23・9・22判時2132号34頁、最二判平23・9・30判時2132号39頁）が登場しました。私は、その訴訟担当の弁護士さんからの依頼をうけ、最高裁判所に意見書を提出しました。いくら何でもこのような立法に対しては、最高裁判所によりお灸が据えられることになるであろう、そうでなければ法治国家とはいえず、水戸黄門のテレビドラマに登場する勝手な年貢取り立ての悪代官の時代と同じことになってしまうなどと考え、私の意見書の効果を期待するまでもなく、違憲の判断が下されるであろうと予想しておりました。しかし、結果は、全く逆で、違憲の主張は退けられました。その判示内容の分析は、別の機会に行うこととして、ここで注目したいのは、当然行うべき

憲法論議になぜ踏み込まなかったかということです。いや、憲法論議が全く不在であったというわけではないのですが、明らかに、立ち入った憲法論議を展開することを避ける論述に終始しています。特に不思議なのは、第二小法廷の補足意見です。それを読んでいくと、結論は違憲となるはずなのですが、その裁判官は、法律の難点を指摘するにとどまっています。また、下級審から最高裁判所まで、先にふれた新聞記事との関係で、理解不能の判断を下しています（ここでは、このことに立ち入るのを省略しますが、私は、「書斎の窓」の2012年7・8月号にそれにかかわるエッセイを書いたのでご覧いただきたい）。こうして、この判決との関係で、憲法論不在について、なぜそうなっているのかの考察を必要とさせております。

さらに、公立学校における国旗・国歌をめぐる事件を例としてあげることにします。ただし、判例としては、レジュメに列挙したように、最近連続して登場しており、これを詳しく扱うゆとりは到底ありません。ここでも、本日のテーマとの関係で簡略に触れておくことにします。

〔レジュメに列挙の判例〕

①最三判平19・2・27民集61巻1号291頁・・・戒告処分取消請求（否認）

②最二判平23・5・30判時2123号3頁・・・再雇用拒否処分取消請求（否認）

③最一判平23・6・6判時2123号18頁・・・国家賠償請求（否認）

④最三判平23・6・14判時2123号3頁・・・戒告処分取消・採決取消請求（否認）

⑤最三判平23・6・21判時2123号3頁・・・戒告処分取消請求（否認）

⑥最一判平23・7・7判時2130号144頁・・・威力業務妨害事件（有罪）

⑦最一判平24・1・16裁時1547号16頁・・・懲戒処分取消請求（一部容認）

⑧最一判平24・2・9裁時1549号4頁・・・懲戒処分差止請求等（否認）

これら一連の判例中、①は、ピアノ伴奏拒否事件とし有名で、藤田裁判官の反対意見が付されていることでもよく注目されています。②～⑧は、公立高等学校や中学校の教師らが卒業式等の式典において、国歌斉唱の際に起立斉唱行為をしなかったこと等につき不利益処分を受け（⑥は刑事事件）、それが憲法19条に違反するとして争った事件に対する判決であります。ただし、⑧は、義務の不存在確認および懲戒処分の差止めを求めていて、他の処

分取消し訴訟とは異なる訴え方式であるところに特徴があります。このように、多少の違いがみられるものの、争点の中心は、国歌斉唱の際に国旗に向かって起立することを拒否する行為に対して憲法19条に基づく保護を求めるものであり、そのことでは共通しています。最高裁判所は、全体として、違憲の主張を斥ける判断を下していますが、⑦については、当事者の二人ついて、停職、減給の処分を取消しています。

さて、これらの判決において、最高裁判所は、憲法19条違反の主張を無視したり、それに関する判断を回避したりしているわけではありません。したがって、憲法不在の法秩序についての直接の具体例としてあげたのではありません。しかし、憲法19条にかかる法秩序がこれら一連の判決で確立されたかという問いを投じてみると、肯定の答えは出てこないと、私は見ております。最高裁判所は、同じ憲法上の争点について、三つの小法廷が違憲の主張を斥ける判断を下したのですから、実質的に大法廷に準ずる判断が示されたと同様の意味を持つ、との解説をする例（法律時報2123号7頁参照）があり、そのようにも受け取ることができるのかもしれません。しかし、卒業式で国歌斉唱の際に国旗に向かって起立することを教職員に強制する職務命令やそれを拒否する教職員の行為に対する懲戒処分は、憲法19条の思想・良心の自由への侵害の問題として争えばよいのかという点について、説得力ある判断が示されたとはいえないと私は受け止めています。不起立の行為への制約――判決では外部的行動の制限と表現している――が争われているのだから、憲法21条の表現の自由の問題なのではないか、そもそも憲法19条の思想・良心の自由は内心の自由であると通常説明されており、それへの制限とはどういうことを指すかについて、先例（前述の昭和31年の謝罪広告事件判決）でも明らかになっておらず、それを解決してから判断すべきではないか、などの問題が存在するといえます。ここでは、それに立ち入ることが本講演のテーマからはずれるので、指摘だけにとどめます。

本講演のテーマとの関係では、⑦の判決の存在が気がかりです。この判決では、停職・減給の懲戒処分を受けた二人の教職員について、処分取消しの判断が下され、大いに注目されました。新聞記事にも、「処分の行き過ぎに

警鐘」とか「常識にかなった『君が代』判決」とかの見出しで大きく報じられたので（日経新聞2012年1月17日、19日朝刊）、皆さんの中にはご記憶なさっておられえる方が少なくないと思います。この判決のその関係個所の判示は、次のようです。

「・・・過去に入学式の際の服装等に係る職務命令違反による戒告1回の処分歴があることのみを理由に同第1審原告に対する懲戒処分として減給処分を選択した都教委の判断は，減給の期間の長短及び割合の多寡にかかわらず，処分の選択が重きに失するものとして社会観念上著しく妥当を欠き，上記減給処分は懲戒権者としての裁量権の範囲を超えるものとして違法の評価を免れないと解するのが相当である。」

結論としては、裁量権の逸脱・濫用を指摘するものであり、それはそれでよいというべきでしょう。しかし、このような裁量権の逸脱・濫用は、法秩序においてなぜ容認されないのでしょうか。最高裁判所は、社会観念上妥当でないとしていますが、憲法の下での法秩序の形成者として、社会観念という不確定概念を根拠とするのでは、説得力に欠けるように思えてなりません。つまり、憲法上の価値の侵害を根拠とした方が、法秩序としては明確で、それこそ信頼のおける社会観念の形成にむすびつきます。

こういうわけで、国旗・国歌をめぐる訴訟において、最高裁判所は、多大の労力を投じているにもかかわらず、憲法不在の場面をもたらしているといわざるをえません。ただし、ここでも繰り返しますが、その責任を一人最高裁判所に負わせることは適切でなく、そのような状況を生み出している原因を多角的に考察する必要があると、私は考えております。

●司法過程での憲法論議の様相

以上の若干の例だけから、司法過程での憲法論不在の原因を究明することは不可能であるし、何か結論めいたことをいうことは性急で、学問の在り方としても適切でありません。しかし、以上の例から、憲法不在の法秩序が最高裁判例との関係で存在していることは、事実として認めざるを得ないのです。そこで、この事実について、検討を深めることが必要だと私は受け止め

ております。その検討は、一面で従来からよくなされている判例分析の作業を深めることといえますが、その判例分析も工夫が必要だと思っております。何のための工夫かというと、学問研究自体の満足のためでなく、実務に役立つ分析と考察を行うということです。少々挑戦的に聞こえる言い方のようで気が引けるのですが、熱心に展開されている憲法判例の評釈や解説を読んで感じていることを申し上げました。言ったからには、どうあるべきかを具体的に示さなければ責任が果たせないのですが、多くは、今後の私の研究成果として示すことにする所存でおります。ここでは、言及した具体例との関係で、次のことの指摘にとどめます。

最高裁判例にみられる憲法論不在については、最高裁裁判官の憲法感覚に問題ありとの批判に終わることが適切でない事情があるはずで、それをも検討の対象にいれるべきであると考えています。その事情は、単純ではなさそうです。当該事件の第一審の段階から憲法論がよく扱われていたか、下級審の段階での憲法論は、当該事件の事実との関連で綿密に論じられていたか、最高裁判所の判断が政治過程や社会にいかなるインパクトを与えることになるか、扱われている問題が裁判所による終局的解決をもたらす問題といえるか――東京都教育委員会と教職員とが真っ向から対立し譲る気配のない国旗・国歌問題はその典型といえそう――、裁判所による一つの積極的介入が呼び水となり同種の紛争を引き起こすことにならないか、裁判所による現時点での解決より社会での変化を待った方が解決の意義が得られないかなどといったことがそれです。これらの点について、直ちに反論が生じるのではないかと予想しておりますが、提示だけにとどめておきます。

Ⅲ　憲法価値の具体的実現

以上でみたように、政治過程と司法過程において憲法不在といえる状況は、私が従来から憲法価値の具体的実現と呼んでいるところに関係しているといえます。すなわち、国の法秩序は、憲法を頂点として、法律以下の法形式が憲法内容を具体的に実現したものとして存在し、形作られていると描くことができます。もっとも、このように図式的に描くことは、抽象化の集合であ

る法の世界の把握にしばしば不正確なことを生じさせますが、これについて話出すと、到底本日の予定時間を超えてしまうので、そこに立ち入らないで話を前進させることにします。そして、その憲法内容とは、憲法価値と言い換えてよいのですが、それは所与のものとして決まっているわけではなく、政治過程で、あるいは司法過程で議論しながら形成されていくものであります。このように、憲法のもとでの法秩序が形成されていくという見方が大事だと思います。憲法の解釈に基づき論理必然として、つまり憲法規定から演繹的に、法秩序が成立しているのではないのです（戸松「憲法価値の具体的実現」法学教室253号31頁（2001）参照）。

今まで指摘してきた憲法不在といえる個別の具体例においては、どうも憲法価値の具体化に努めて、法秩序を形成しようという意欲に欠けていると見ることができるのではないでしょうか。

もっとも、司法過程については、すでに私が最近の論稿において指摘したように――いや、私だけでなく、同様の指摘をしている研究者は少なくないのですが――、21世紀に入って、穏やかな司法積極主義の展開と呼ぶにふさわしい最高裁判所の動向を認めることができます（戸松「憲法訴訟の現状分析・序論」戸松＝野坂編・憲法訴訟の現状分析（有斐閣、2012年）3、11頁を参照）。その主要な判例をレジュメに列挙しましたのでご覧ください。

〔レジュメに列挙の穏やかな司法積極主義判例〕

1997年の愛媛玉串料訴訟判決（最大判平成9・4・2民集51巻4号1673頁）、2002年の郵便法違憲訴訟判決（最大判平成14・9・11民集56巻7号1439頁）、2005年の在外日本人選挙権制限規定違憲判決（最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁）、2008年の国籍法違憲判決（最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁）、2010年の砂川市神社土地利用提供行為違憲訴訟判決（最大判平成22・1・20民集64巻1号1頁）、および、2011年の衆議院小選挙区再配分訴訟判決（最大判平23・3・23民集65巻2号755頁）。

これに対して、依然として司法消極主義的傾向を示している領域があります（戸松、前出13頁参照）。特に、表現の自由、政治的表現の自由の分野がそうであり、社会福祉立法や租税関連法規に関する領域もその傾向が顕著で

あります。これらの領域が積極主義的司法判断に支配されることを願っているわけではなく、個別の訴訟・事件にはそれなりの理由、事情が存在していることを私は認識しているつもりです。しかし、憲法不在、あるいは、憲法論不在（この両者を区別することなく使用してきましたが、憲法論議がなされず、あるいは、過少であることから、憲法不在といってよい事態が生じていると捉えております）と認められる場面が無視できない程度あり、今後の研究の対象はそこにあると、私は思っております。その研究では、憲法価値の具体的実現を阻んでいる要因を探り出すことが重要だと考えております。

むすび

以上、日本の法秩序には憲法が不在か、という問いかけに対して、正面からこれを肯定するわけではないことが明らかになったと思います。また、正面からという表現が示唆するところに注視すべきことも同時に明らかになったといえます。憲法不在といわれても仕方ない実態が存在していて、そのことが日本の法秩序の現実として観察できるのです。

そこで、憲法不在といわれる状態にどう対処するか、あるいはこれをいかに克服するか、ということについて何かの提言をするよう求められるはずで、学問の役割は、その求めに答えることであります。しかし、残念なことに、今の私には、何か特別の提言を用意することができておりません。特別な提言に向けていろいろ検討せねばならないと思っております。その検討は、憲法価値の具体的実現の場面、すなわち、政治過程、司法過程、さらに社会において、憲法論議がなぜ避けられるのか、あるいは、なぜ憲法論議に至らないで法的問題を解決しようとしているのか、ということに向けられるはずです。

私のこれまでの研究は、司法過程における憲法価値の具体的実現について力を注ぐものでありました。その成果は、まだまだ不十分であり、今後もさらに深めたいと思っていますが、本日お話したように、憲法不在と指摘できる場面は、司法過程での憲法論議の問題に限らず、政治過程や社会にも密接に関係しております。そうであるからといって、研究対象をもっと拡げよう

としているわけではありません。あくまでも、憲法訴訟の研究との関係で、穏やかではあるが司法積極主義といえる法領域から取り残されているところにも、さらに検討を加えようとしております。別言すれば、自分の今後の仕事（研究計画）は、法実務への憲法論議が浸透するように力を注ぐということです。その具体的内容は、著書の『憲法訴訟』の第3版や『憲法判例』の第7版を出すことであり、さらに、法実務に役立つ詳細な憲法判例集を編集することなどであります。

法科大学院の同僚の一人で、民事法分野で活躍なさった元裁判官の方は、ある時、私の憲法訴訟に関するこれまでの研究が実務に影響を与える兆候をみせていると評価をして下さいました。そして、それは、例えて言うと、地平線のかなたにかすかな光がみえるようになったことだとおっしゃいました。このおことばを励みにして精進し、天空に輝く太陽のごとき状態にするなどとの大それた野心をもつことなどはせず、地道に研究を継続していきたいと思っております。したがって、現時点では、最終講義などといった終止符をうたない、打ちたくないという気持ちであります。そこで、今計画している仕事が一段落したとき、最終講義をやらせていただくことをここで約束して、本日の話を終わることとします。

ご清聴に感謝いたします。