

## ○論説：法実務と憲法：『憲法』執筆の動機と目的

戸松秀典\*

### はじめに

この度、『憲法』と題する本を刊行することができた\*。これは、いわゆる憲法概説書に属するが、私は、従来、そのような性格の書——憲法教科書とか憲法体系書と呼ばれるものも同様（以下では、「憲法概説書」は、それらを含めた広い意味で用いる。）——を執筆するつもりはなく、そのことを公言してきたから、この刊行は、奇異に受け止められたようである。実際、これを知ったある出版社の編集者の方からは、疑念を含んだ反応をもらっている。しかし、人は、人生の途上で自己の行動方針を変更することがあり、そこにはそれなりの理由が存在することを認めざるを得ない場合が少なくないのだから、私のこの変更に対しても、ご寛容を乞いたい。

ところで、私のこの方針転換については、他者に理解を求めなければならぬほど大げさなことではないが、疑念を受けたことには応えておくべきだとの気持ちが生じた。そこで、この『憲法』（以下では、「本書」という）を執筆することに至った動機、本書の目的および内容について記しておくことにする\*\*。

\*『憲法』（弘文堂、2015年5月30日刊）。

\*\*本稿は、2015年6月20日に学習院大学法務研究所の研究会で行った報告原稿に加筆したものである。

### 1 執筆の動機

本書の「はしがき」でふれているように、憲法の概説書なるものを書いてみようという意欲は、定年となり、「大学での研究・教育の生活から離れる頃」

---

\* 学習院大学名誉教授。

から湧いてきたといえる。それは、突然ではなく徐々に成長し、これも「はしがき」で記しているように、「複雑、微妙な事情も絡んでいて簡単に語るができない」のであるが、ここでは、次のことはふれておくことにする。

まずあげるべきは、多くの方々から執筆を促すことばをいただいたことである。そのことばの趣旨は、憲法研究者たるものにはその著作として憲法概説書がなくてはならないというものである。これに対しては、後述する事情の故に、素直に受け入れてこなかったのであるが、他方で、その意思を貫いていることに反省の気持ちも生じてきていたのであった\*。

\*変化の糸口として、京都大学名誉教授の佐藤幸治さんから強い勧告のことばを受けたことは、ここに記しておくべきであろう。それは、2008年の晩秋に、京都のある中華料理店で長時間語りあったときにいただいたことばで、以後、私の脳裏から離れず、また、執筆時の支えになった。

このような個人的事情を記しても、本書の意義には結びつかないかもしれないが、次にあげるように、執筆の動機にかかる第二の要因と密接な関係があるために言及した次第である。すなわち、それは、私の行ってきた研究の中軸との関係で、本書執筆の動機が形成されたことである。これについても、本書の「はしがき」の第一段落でふれていることであるが、あえて繰り返しておく。

「私がエネルギーを投じてきたのは、憲法価値の具体的実現を司法過程でなす分野、すなわち憲法訴訟の研究においてであり、それに加え、なるべく詳しい憲法判例集を編むことであった。これらの作業に私が力を注いだのは、日本国憲法の実情を観察し、それをありのままに描き、憲法秩序が形成されている様相を考察することである。この作業は、法実務において何か役立つことがあるとの期待のもとに、私の研究生活の中軸をなしていたといえる。」

この研究生活の中軸における成果\*は、常時点検し、補正をしていくべき性格のものであり、発刊により一段落したわけではなく、研究者として生存するかぎりには、完成の域に向けて精進しようと思っている。それとともに、このままでは何か不足しているところがあるとの感じを次第に強めるようになっていた。つまり、日本国憲法の実情をありのままにとらえようとする意

図が実現されていないように思えたのである。それは、いわゆる憲法概説書を執筆することにより解決されるのではないかと考えるようになった。

\*戸松秀典・憲法訴訟第2版（有斐閣・2008年）、戸松秀典＝初宿正典編著・憲法判例第7版（有斐閣・2014年）、戸松秀典＝今井功編著・論点体系判例憲法1～3（第一法規・2013年）。

ところが、憲法概説書の執筆ということについては、従来、疑問やためらいが強く、前述のように、そこには踏み込まないとの決意といってよいほどの意思を固めていた。その理由は、大量に出現している憲法概説書群\*の中に、自己の作品を投入しても、その意義はほとんどないと考えていたからである。誰もが認めるように、法学分野で、憲法概説書は、とりわけ多数の出版がなされている。それは、大学での教育科目中で日本国憲法——単に憲法とされる場合も含め——を履修の対象とすることが多く、憲法科目を履修する学生数もその授業を担当する教師も他の科目のそれとは比較にならないほど多数となっていることを背景としている。それ故、憲法概説書とは、大学での授業用テキスト・教科書の性格が顕著であり、それに加わる意欲をもてなかったのである。そうではあるが、自己の研究内容における不足との関係で、そのような性格ではない概説書であれば、意義があるのではないかと、考え直すようになった。つまり、後述するように、法実務に向けた憲法概説書という性格の書は、それがどういう形式の内容であるべきかについての検討はともかく、世に送り出す意義があるのではないかと思うようになったのである。また、そういう性格の憲法概説書は、自分の研究の中軸に収まるとも感じたのである。このように生じた執筆の動機の第三の要因は、かつて、何人かの裁判官や弁護士からいただいていた憲法概説書についての指摘、すなわち、どの憲法概説書も金太郎飴のようで個性がないとか、法実務との関係で役立つ内容に乏しいとの感想に応えることができるのではないかとの思いであった。

\*本書の「主要参考文献一覧」には、網羅的とは到底いえない、ごく限られたものではあるが、日本国憲法の概説書や注釈書を掲げた。そこでは、「先駆的な概説書」と「現在の概説書・注釈書」とに類型化したが、後者については、その内容に照らして細分化した分類が可能のように思ったものの、今回は、思いとどまった。前者は、大石眞・憲法講義Ⅰ・Ⅱ（有斐閣、2014・2012年）において「古典的な概説書」という類型をしているのに

做ったが、本文で述べた金太郎館のような概説書といわれる由縁は、その先駆的な書が基本となって、あるいはそれらの強い影響のもとに、後の概説書が登場したからだといえる。私は、現時点では、新たな発想の概説書が必要だと思っているが、そうだからといって憲法概説書の発展を無視し、軽視した書を受け入れるものではない。

こうして、古稀を過ぎてからではあるが、日本国憲法の現況について、自分なりのまとめをしておこうという気持ちになり、執筆作業にとり組んだのである\*。

\*古稀を過ぎると、気力や体力が目に見えて落ちてくる。私の師の芦部信喜先生は、定年退職後、そのことを私にたびたびおっしゃった。そのことばが脳裏にあり、本書の執筆過程でそれを強く思い出すこととなり、自分のやっていることは、古稀を過ぎての無謀な挑戦ではないかと反省することが度々あったのであるが、はしがきに記したように励ましを受け、刊行に漕ぎ着けた。

## 2 本書の目的

本書は、上述したように、従来の憲法概説書とは異なる性格の書とすることを狙いとしている。その性格とは、法実務に資する日本国憲法の概説書となっていることである。もちろん、そのような性格付けは、憲法との関係で法実務に資するとはどういうことかについて示さないと、明確ではない。実は、「法実務と憲法」というテーマは、法科大学院の開設が予定された頃から、私の重要な検討課題であり、法科大学院での教育担当の現場を退いた現在でも、依然として検討の対象となっている\*。それにもかかわらず、法実務に資する憲法概説書を目指しているなどとは、大言壮語を吐いていると受け取られやしないかと恐れている。そこで、これにかかる多少の説明をしておきたい。

\*私は、勤務校・学習院大学での法科大学院のカリキュラム作成にあたり、法学部などの学部段階で扱う憲法科目とは異なるものであるべきと考え、法実務家の素養を培うのにふさわしい内容とするべく同僚とともに検討した。その結果、憲法分野については、自分の研究対象の中軸においていた憲法訴訟の領域を基盤とした内容とすることにした。そこで、科目の名称も「憲法訴訟」とし、未修者が履修する「公法入門」における憲法授業とは区別した。しかし、他の法科大学院では、必ずしもそのような内容とせず、法学部の憲

法科目と同様ないしそれを前進させた内容を履修対象としているようである。また、私が定年退職した後は、学習院大学法科大学院でも、「憲法」に名称が変更されていることを知った。名称がどうであれ、法実務家の養成という教育目的が維持されているのか気になるところである。

さて、法実務に資するということを本書の目的にあげた第一の理由は、前述したように、憲法概説書の内容がかならずしも法実務のことを念頭に入れているとはいえず、ともすれば、大学での憲法授業における教科書としての性格を帯びることになりがちであるからである。また、司法試験をはじめとする資格試験に役立つことがよい教科書と評価されがちなため、意識的ではないにせよ、そのことに配慮した論述となりがちである。すこし誇張して言えば、憲法概説書で展開されている論議は、試験文化特有の憲法論議となっているのである\*。そこで憲法論議は、類型化や定式化が好まれ、どの類型が適切であるかとか、問題をどの種類の方式で解決するのが適切かといった展開がなされる。その具体例は、本書の注で、しばしば試験文化の弊害といえる議論だとしてとりあげているので、ここでは立ち入らない。要するに、本書では、法実務上は役立たない、あるいは法実務においてはあり得ない論点についてはとりあげないように努めたのである。また、かつてはよく議論されたが、現在の法実務上立ち入る必要がない論議、あるいは、今日では取り上げる価値が喪失されている論議についても、ごく簡略に、あるいはその形跡の存在の指摘にのみとどめることもしている。

\*これに関連して、法科大学院の修了者が受ける司法試験の問題は、法実務家の登竜門にふさわしいものとなっているかが問われるべきだと私はみている。ところが、現実には、疑問を投げざるを得ない状態となっている。たとえば、2014年司法試験の公法科目第1問では、「202\*年には道路運送法が改正され、地方分権推進策の一環として、タクシー事業に関する各種規制が都道府県条例により行えることとされ、その許可権限が、国土交通大臣から各都道府県知事に移譲された」との前提を基とした問題が設けられている。そこで、この前提は、いったい現在の実務上あり得ることかという疑問を抱かされるのである。その問題では、タクシー事業の許可が知事によりなされることになっているが、そのことから生じるタクシーサービスの混乱をどうするのか等の諸疑問点がすぐ思い浮かび、それに

照らすと、そのような道路運送法の改正などあり得ないといえるのである。あり得ないことを考察しても、法実務では何の役にもたらず、ましてやそのような架空の前提のもとでの憲法上の思考力を試しても、それはテレビでのクイズに答える程度のものといわざるを得ない。これを良問だと評価している憲法研究者の存在を知り、これぞ法実務とかけ離れた憲法論議の実情だと感じている。ちなみに、この試験問題の作成が検討されていたと思われる当時、いわゆるタクシー「サービス向上」「安心利用」推進法（正式名は、「特定地域における一般乗用旅客自動車運送事業の適正化及び活性化に関する特別措置法等の一部を改正する法律」（平成25年法律第83号））が議員立法として制定され、2014（平成26）年1月29日に施行後、同法の適用をめぐる訴訟が提起され、各地の裁判所で違法の判断が下されている。その詳細は、別の機会に論じるが、重要なことは、その議員立法の制定過程で憲法論議が希薄であり、憲法研究者も注意を向けていなかったことである。

本書の目的として次にあげるべきは、法秩序の形成過程で憲法論議がなされなかったり、希薄であったりする傾向を分析し、あるべき憲法論議の展開の方向を探ろうとすることである。これについては、本書の執筆にとりかかる前から、考察の対象としており、本務校を退職する直前に行った講演でもふれたテーマであった\*。そこでは、「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みとめられる」\*\*から、政治過程と司法過程の両者におけるその現象を観察して、考えてみようとしたのであった。つまり、国法秩序における日本国憲法の位置づけを確認することでもある。実は、この憲法の位置づけについての認識しようとする、社会で、また、政治の世界で、誰しも国法秩序における憲法は重要であると指摘するものの、それが生かされていない実態を観察することができるのである。いわば、憲法を神棚に上げたままの状態となっているといえるのである。本書は、その原因を探るための考察を展開しようとしている。

\*戸松「日本の法秩序には憲法が不在か」学習院法務研究6号1頁（2012年）。

\*\*同、3頁。

本書の目的として、さらに、憲法を頂点とする国法秩序をなるべく客観的に描く、あるいは、ありのままに描くということをおこなう必要がある。

憲法論議は、ともすれば何らかの価値選択を前提として展開されがちである。その結果、他の法分野の研究者から、憲法論議が法的論議とはいえないとして、疎んぜられることが少なからずある。また、逆に、憲法研究者においても、問題中の憲法上の論点のみを扱い、その余の論点を他の法分野の論議に委ねるといった論調を示す例がある\*。この状況に対して、社会に生じる法的問題は、民事、行政、刑事の問題として分類できるが、純粹憲法問題として登場することが稀だといってよいので、そのことを念頭に入れた論議をするように努めることにしている。ただし、本書での論述目的がそのようなものであるとしても、この目的が十分達成されているとは断言できず、これは、法実務に資する憲法論議となるための努力目標にとどまるのかもしれない。

\*例えば、民間のマンションに立ち入り、断りの掲示を無視して政治文書を各戸のドアポストに配布したため、刑法130条の住居侵入罪で起訴された刑事事件の裁判（最二小判平成21・11・30刑集63巻9号1765頁）について、憲法21条の表現の自由の保障問題にのみ焦点を当てて分析し、住居侵入罪にかかる論議を刑事法分野に委ねるといった論調は、その事件にかかる法秩序をありのままにとらえたことにならない。

### 3 本書の内容：主要な特色

1) 本書は、上述したように、憲法価値の具体的実現について、別言すれば、国法秩序（憲法秩序）\*の形成の実状に関心の対象として、論述している。憲法価値の具体的実現は、まず法律によりなされるから、法律の制定過程について、特に、そこにおける憲法論議について注目する必要がある。また、その国法秩序の形成には司法権の役割が大きく働いており、それ故、判例の展開を観察することが重要である。このような観点が本書全体につらぬかれている。

\*日本国憲法のもとに国の法秩序が展開、存在しており、国法秩序とは憲法秩序のことであり、両者を同義語として用いている。

これに対して、本書は、学説への関心が薄いとか、いわゆる憲法理論や憲法上の法理についての考察があまりなされていないとの印象を与えるようである\*。しかし、本書で学説や法理論のことを軽視しているわけではない。

学説が判例の登場過程にさまざまな寄与をしていることは否定し難い事実である。しかし、いわゆる憲法学説が法実務で果たしている役割は、私が法実務家から直接得ている感想や、判例の概観\*\*から得ている印象に照らすと、大きくはない。そこで、憲法の定めを具体的に実現するために制定されている法律の実状、および、法律の適用により登場している判例の展開を、なるべくありのままに、つまり、自己の関心や好みによって選択することなく、描こうとしている。それによって、国法秩序・憲法秩序の現状が示されると考えるからである。いうまでもなく、判例は法であり、学説は法ではない。学説重視の論述は、有力な学説があたかも法であるかのように扱われていることがあり、本書では、そのようなことを避けようとしている。

\*献呈先の憲法研究者から、「学説上論議される法理の説明を大胆に削る」書だとの感想を付した礼状を得ている。そこには、学説軽視について非難がこめられているのかもしれない。憲法学における学説の役割や意義については、かねてより論議されてきたことであるが、それについての私見の展開は、別に行うことにする。

\*\*1980年代から、私は、第一法規の判例体系・憲法の編集を担当してきており、憲法判例の動向については、かなりの程度全体像を把握できる境遇にある。

本書での論述方式は、演繹的というより帰納的であることを選択している。すなわち、何かの原理や原則の意義を示し、それから導かれる憲法上の意味を説くというのではなく、原理や原則にかかわる法令の具体的定めや関連判例を示し、その観察のうえで、憲法上の意味を把握しようとするものである。もちろん、それを徹底することは容易ではないが、そのような分析と考察が憲法の現状を示すことに有益であると考えているからである\*。そして、実務家は、自己の直面している問題について、憲法の現状との関係を知ることができ、いかなる対応が適切かについて検討することができるのではないかと考えている。

\*現状認識が現状肯定に結びつくものでないことはいうまでもないが、両者を混同した誤解を受けたことが、私のこれまでの体験で、少なくない。これは、憲法学界では、とにかく現状批判を展開することが使命だとする立場の者にみられる傾向である。

憲法には、原理とか原則と呼ばれるものが多く存在し、それとの関係で憲



法の内容が語られている。そして、原理や原則について、多くの研究者による優れた研究が登場している。また、それらの原理や原則は、一言で語るこのできないほど複雑、深遠、多彩な内容となっていることが少なくない。それ故、何かの原理や原則を簡単な定義のような形で説明をし、そこから演繹的に多様な問題を導き出して語ることは、正確さを欠くし、納得できないこともある。また、およそ憲法問題にかぎらず法的問題は、その解決の困難さの程度が高ければ高いほど、何かの原理から論理必然的に解決の道筋が示し得ることはないといつてよい。ある法的問題をなるべく正確に分析しようとする、そこにかかわる現状をまずよく認識する必要があり、結論を性急に求めてはならないのである。このような思いが本書の論述の基盤となっている。

また、比較憲法的考察になるべく立ち入らないようにしていることも本書の論述から明らかであり、他の憲法概説書とは異なるところだといえる。これも、単純化した比較を外国の例との間で行うことは、正確さを欠くし、日本の法状況からかけ離れることが少なくないとの考えに基づいている。

2) 本書の構成は、他の多くの憲法概説書のそれと概略では同じである。すなわち、全体を3部に分け、第Ⅰ部では総論、第Ⅱ部では人権保障、そして第Ⅲ部では統治機構を扱っている。これは、日本の憲法概説書の多くが採用している構成であり、伝統を踏襲するものといつてよい。ただし、この構成のもとに、現在の憲法秩序をありのままに描くことに努め、上述したように、それぞれの箇所、かかわりある原理や原則の意義、その由来、歴史的経緯、見解の対立といったことにはあまり立ち入っていない。その理由は、これもすでに述べているが、原理や原則の根源的意味を追究しても、そこから論理必然的に現存する問題が解決されるわけでないこと、その追究に紙幅を費やす余裕がないこと、何か通り一遍の定義付をすることは、憲法論議の意義を薄めることになるといった考えに基づく。

そこで、三つの部における論述の特徴的なことを若干あげておくことにする。

第Ⅰ部の憲法総論では、日本国憲法の成立と動態および基本理念とその維持について論ずるのであるが、上述した本書の基本的性格を反映させて、簡

略な叙述に終始している。そして、「憲法改正を阻む壁が日本の憲法秩序に深刻ともいふべき事態を生んでいることの指摘をして」（24頁）\*、その事態の分析をする前に、憲法の現状をよく観察する必要性を示唆している。

\*以下では、括弧内の頁は、本書の該当箇所を示す。

また、天皇制と平和主義について、それが日本国憲法の特徴を示すものであることを強調すると同時に、「両者とも、法規範としての意義が、10条以下の諸規定とは大きく異なるものであることを認識せねばならない」（45頁）との指摘をし、憲法政治が支配するその領域へ立ち入ることを控えている。

なお、ここでは国民主権原理を扱っているが、それは、選挙や政党にかかわるので、選挙権の保障問題のように、第Ⅱ部以降で具体的に論じることを前倒して論じたところもあり、この論述がややバランスを欠いていると受けとめられることを覚悟している。

第Ⅱ部は、人権保障に関する分野であるが、本書の目的との関係では、当然のことながら論述の主舞台となっている。そして、人権保障秩序をありのままに示すことが望ましいのであるが、そのためには、人権保障を具体化する法令と、それをめぐる問題について争われた事件の判例との状況を詳しく示すことが必要となる。しかし、それを徹底しようとすると、紙幅が膨大となり、概説書の性格を超えるので、多少の工夫を凝らした。

それは、憲法14条と31条とに絞って、判例の展開状況を示すことである。その理由は、本書の「はしがき」でもふれているように、両規定の領域が憲法秩序の形成の様相をもっとも憲法らしく展開させている領域であるからである。すなわち、両規定の定める平等原則と法定手続の原則の内容を具体的に実現しようとする訴訟は、多様な権利や自由にかかわる法令との関係で登場しており、また、時の経過にともなう社会の変化との関係でダイナミックに展開しており、これを詳しく観察することにより、前述した本書の目的の一端を果たすことができると考えたのである。

なお、刑事裁判手続にかかわる憲法規定の判例について、刑事訴訟法の概説書や研究書への参照に委ねた方がよく、いったんは論述をやめようかと考えた。その領域の判例は、刑事訴訟法の実務との関連を無視できず、法秩序

の現状を正確に示すことが難しいと感じているからである。しかし、概説書の伝統に照らして、独自性を発揮することに踏み出さなかった。今後の検討課題である。

他の人権保障領域についても、基本方針をなるべく維持することに努めた。ただし、現時点では解決済みといえる問題については簡略にふれ、また、学説上は盛んであっても実務上は議論の有効性が認められないものについても、簡略化や省略をし、あるいは、注の中で扱うに止めている。

第Ⅲ部で扱っている統治機構についても、本書の基本姿勢を維持し、原理や原則の意義についての立ち入った考察よりも、それに立脚する制度の実状を語ることにしている。たとえば、権力分立の原則については、機械的、形式的説明よりも、政治部門と司法部門とについて、その現実の様相や相互関係に注目した論述を行っている。また、統治機構に関する制度論——それは諸外国の統治制度との比較が不可避となるが——は、前述した理由から、行っていない。

なお、統治機構の現実を描くことが本書の基本方針に従うことであるが、現状に照らして、あるべき憲法秩序にまで踏み込んだところがある。それは、参議院の存在意義とその改革についてである。私見では、地方自治の制度に道州制を導入し、それを基盤に、参議院を構成する議員の選出をすべきというものであるが、それは、日本国憲法下の議会制民主主義が直面している深刻な問題を打破し、議会政を活性化させるために必須の改革であると考えているからである。

3) 本書の発刊後まだあまり時を経ていないから、本書への本格的な評価を受けておらず、論評に應える状態ではない。しかし、予想される論評について述べておく意味はあると考えている。すなわち、それは、上述のように本書に類書にはない個性をもたせたことに対して当然生じるとされる反応についてである。

大量に現出している憲法概説書においては、体系的、網羅的に論点を取り込まれていることが重要だとされているようであるが、本書では、法実務上、無用ないし無益な論点、あるいはおよそあり得ないような論点を無視したり、

省いたりしているところがあり、これについての反応を予想している。その反応とは、本書の各所で指摘している試験文化との関連では、体系性ないし網羅性についての不十分さが不安のもととなるであろうということである。これに対しては、試験準備のための体系性・網羅性が法実務に有益となっていないという試験文化の欠陥に気づき、意識的に変革されることを願うものである。

もちろん、本書が法実務上有用、有益な論点のみを扱っているとの確信もっているわけではない。法実務上、いかなる憲法論議が有用かについて、検討を重ねる必要性を感じており、本書がその検討論議に向かう発端となることを期待している\*。

\*以上の論述との関係で、憲法学が法実務との関係でのみ効用があるなどとは思っていないことを念のために記しておく。憲法学における、歴史的、政治哲学的、社会学的、比較法的研究などの存在とその意義や役割については認識しているつもりである。本書は、あくまでも日本国憲法の概説書であり、その域を出ていない。

## むすび

以上が本書の執筆にかかる動機、本書の執筆目的、および本書の概容である。出来上がってみると、いろいろ不満足なところがいくつか認められ、手直しをする必要を強く感じている。これは、私が憲法概説書の執筆の予定はなく、その作成に向けての積み重ねを怠っていたことに原因の一端があると反省している。そうであるからには、不十分なところを今後補うように努めなければならない。つまり、改訂版の作成に努めることである。

また、本書が現在の憲法秩序を示すことを目的としているのだから、時の経過とともに生じている変化を取り込む作業は必須である。したがって、一定の変化の堆積に応じて、本書の改訂版を出すことになる。

このように、改訂版発刊の必要性が認められるのであるが、法実務に資する書であることを実現するために、多くの実務家からのご意見をいただきたいと願っている。そのために、私から、実務家に対して、法実務と憲法にかかる問い掛けをしたいと思ってその計画をしているところである。