

〔書 評〕

白井雅子『日本国憲法への招待』（同友館、2009年）

武 市 周 作

はじめに

本学で法学部の「環境法」と、商学部の「法学」と「憲法」の講義をご担当頂いている白井雅子先生が2009年に『日本国憲法の招待』を出版され、先生ご自身から書評を書く機会を頂いた。本学の学生も日常の学習で用いる教科書であり、その内容を紹介することができるのは大変ありがたい。以下、原則として、()内は本書の頁を表す。

1 本書の趣旨と大学教育

著者が本書を執筆した動機は、「はしがき」にあるように、受講生からの要望に加えて、「著者の憲法理解、著者が学生諸君に講義で伝えたいことにうまくマッチするようなテキストや、法律と関連の薄い専攻分野を学ぶ学生諸君にわかりやすく、かといって易しすぎることのないテキストがなかなか見当たらなかった」(i頁) ことにある。法学部ではない学部の授業であれば殊更であるが、法学部の授業であっても、授業の目的に合わせて自身で執筆した教科書を用いるのが理想的であろう。私自身—法学部1年生の必修科目である憲法I（人権）を担当している—も、自らも関わった共著の教科書を用いるのが、できる限り教科書の内容に合わせて進めようと心掛けても、構成や内容に変化を加えて用いざるをえない。教科書の構成・内容に変化を加えて進めるからこそ大学の授業であるとか、受講生にとって批判的に教科書を読み進める訓練になるというのもっともで

あるが、他方で、学部を問わず初年度の学生の中に抵抗を感じる者が少なくないのも現実である。(それに合わせるのがよいかどうかは措くとして) このような現状を踏まえて、主要科目について、学部で共通の教科書を自前で作成する大学・学部もある⁽¹⁾。ファカルティ・ディベロップメント自体の評価は別にしても、「学生のニーズ」(個人的にはこのニーズを掴むこと自体に毎年苦勞する)、「分かりやすい授業」に応じるならば、授業の流れに合った教科書を用いるのも今日の大学教育においては有意義と評価されるであろう。本書のような——学生の声に応じて企画され、担当教員自身が執筆し、筆者の思考の筋道が見える——教科書で学ぶことができるのは受講生にとって大変有益であるということができよう。

さらに、著者は、教科書から離れても、「憲法全体を視野に収めてみることで、自分の研究を位置づけられると考え」、本書を「研究人生のささやかな一里塚」としている。私自身は、研究を深めていくことの不十分さを日々反省しなければならないと同時に、日々の授業では、憲法全体を見渡して広い視点を持つことの難しさにもぶつかっている。筆者が積み重ねてきた研究の成果を、広く憲法全体で発揮されるということには敬意を表する。

本稿では、構成と内容について若干のコメントを付していきたい。その際、教科書である限りにおいて「授業で説明する」ことを前提にしているのは当然であるが、そのことにとらわれずに書いたことを予めお断りしておきたい。

2 人権規定—第1章から第11章まで

本書の特徴と構成については序章で触れられており、この序章自体が年度当初の授業計画等の説明に沿うことが想定される。とりわけ初学者にとって常に全体構造を意識しながら学習を進めることは重要なことであろう。

本書は「人権規定」「統治機構」「憲法総論」の「三つの柱」(2頁)で

構成されている。

まず、人権規定について、『『読者自身』の実感に近いものから順々に説き起こしてゆく』ように配慮されており、『『読者自身』にとって一番『身近な』身体の自由』から説き起こし、次のように配置されている（2頁）。

第1章：身体の自由

第2章：思想・良心の自由と信教の自由・学問の自由

第3章：表現の自由

第4章：プライバシーの権利ほか

第5章：経済活動の自由

第6章：生存権と勤労権・労働基本権

第7章：教育を受ける権利

第8章：法の下での平等

第9章：受益権と参政権

第10章：幸福追求権と新しい人権

第11章：人権総論

従来の教科書は人権総論から各論へと章立てされたものが多かったが、今日では本書のように独自の構成された教科書も珍しくない。例えば、有斐閣アルマシリーズの渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法1 人権〔第4版〕』（有斐閣、2010年）も、「個別の人権としていちばんイメージしやすく、人間のあらゆる行動のベースにある『人身の自由』から」（同書1頁）始まっている。また、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）も、「第2編 人権総論」、「第3編 人権各論」と従来によく見られた枠組を残しているものの、第3編の構成を「第1章 身体の所在」、「第2章 経済生活」、「第3章 精神生活」、「第4章 共同生活」と独特の構成を採用している。これらの構成・章立ては、それぞれの筆者による人権の体系・分類論に直接関わるわけではなく、教育的観点から章立てを変更している場合もある。そ

もそも基本権の「分類は、論者自身が認めるように、いずれも相対的なものであって、どのような視点に立つかによって異ってくる。そしてその視点が不当なものでない限り、必ずしもどの分類が正しくどの分類が誤りだというように断定できるわけのものではない」⁽²⁾。本書も新たな分類論を試みているわけではなく、恐らく従来の「①精神的自由権、②経済的自由権、③人身の自由、④国務請求権（受益権）・参政権、⑤社会権」という分類によっている。その上で、それぞれの基本権が緩やかに関連していることを読者に把握しやすいように新たな章立てを試みているのである。

さて、本書は人身の自由から始められているが、人身の自由が個別的基本権として身近に感じるかどうかは別にして、確かに、とりわけ初学者にとっては、人権総論から読み進めることは難しくもあろうし、個別的人権から入ることで憲法に関わる問題をイメージしやすくなるであろう。しかし他方で、例えば、本書が第1章の最初ですでに「憲法の人権保障は原則として国家と個人（私人）間の関係で、国家に対して人権尊重を義務づけているものであるが、この第18条は例外的に、私人間における関係についても禁止し、保障するものになっている（これを私人間効力という。…）」（7頁）としているのをみると、結局は「憲法の性質」や「人権保障の意義」などのおよそ人権総論で触れる内容については先に示しておく方が分かりやすくないだろうか。もちろんどちらを先にしてもそれぞれに難しさは出てくるし、後に詳しく触れる内容を前で全く書かないことなどはおよそ不可能であろうから、「ないものねだり」であることは分かりつつも指摘しておきたい。

私自身の例を挙げさせてもらえば、憲法Ⅰの受講生の多くが高校卒業直後であることを意識して、年度最初の授業テーマを「教育に関わる人権問題」にしている（もちろん指定教科書では「教育を受ける権利」や「教育権」については冒頭にはない）。しかし、そこではいわゆる教育権の所在などの内容にはほとんど触れず、人権保障の意義や人権救済に関する基本的な事柄などを学ぶことを目的としている（学生のニーズに適っているかは分から

ないが、反応は悪くないように思われる（思い込んでいる？）。テーマが身近であっても、書かれている文章・内容が従来通りであるとする、せっかくの構成の工夫が十分に活かされないように思われる。人権総論から始めないという大枠はそのままに、人権総論の内容を人権編の最後の章で一括してまとめるのではなく、憲法を学ぶ上での必要な基本事項だけを切り離して冒頭に置くような構成の方が読者の理解に役立つのではないだろうか（いざその基本事項を書こうとすると「法学」の教科書との衝突という外在的問題も発生しそうであるが）。

いずれにしても、教科書レベルで「人権総論から人権各論へ」という従来の構成に変化を加え、読者に読みやすいように再編することの意味は大きい。本書をはじめとして今後様々に工夫された教科書が続くであろう。このような教科書で学ぶ学生らが、憲法に対して持つイメージの生成過程は我々が学部生の頃とは異なるのかもしれない。

人権規定に関する構成で特徴的なのは、「プライバシーの権利」を独立して掲げ、第3章の「表現の自由」に続く第4章に置いている点である。これについて筆者は「（プライバシーの権利）が成立するようになったきっかけが表現の自由との衝突であり、読者にも権利と権利とのせめぎ合いがあると理解する一助になると考えるから」（2頁）とする。確かに、裁判例としてプライバシー権を認めることになるのは、いわゆる「宴のあと」事件（東京地判昭39・9・28下民集15巻9号2317頁）であることもあって、表現の自由との衝突事例の中でプライバシー権に言及するのが読者にとってもイメージしやすいかもしれない。初学者向けの教科書である限りにおいてそのように導入するのが便利なのは十分に共感できるし、表現の自由とプライバシー権の衝突という重要論点を学ぶ際に容易にプライバシー権を関連づけられるのは有益であろう。

他方で、プライバシー権の生成過程やその後の展開、対公権力的権利としてのプライバシー権と「対マスメディア」の権利としてのその異同など⁽³⁾を踏まえると、読者は注意しながら読み進める必要が出てこよう。

細くなるが、例えば、北方ジャーナル事件最高裁判決（最大判昭61・6・11民集40巻4号872頁）の次の箇所を指摘しておくのが読者の助けになるように思われる。すなわち、「表現行為により名誉侵害を来す場合には、人格権としての個人の名誉の保護（憲法13条）と表現の自由の保護（同21条）とが衝突し、その調整を要することとなるので、いかなる場合に侵害行為としてその規制が許されるかについて憲法上慎重な考慮が必要である」。これにより、たとえ主体としては私人同士の紛争であるとしても私人間効力について云々することなく、憲法上の利益衡量が必要であることを示唆することができる。「プライバシーの権利は私人間（個人同士）での侵害の場合、民法上の争いとなる」（67頁）といった説明がなされているのをみると、この判決文を示しておく意味は高くなるであろう。

また、プライバシー権が経済活動の自由によって侵害される可能性が高い点を指摘しているが（76頁以降。それゆえ次の章に「経済活動の自由」を置いている）、やはりそれが私人間関係の問題であることをどのように理解すればよいのかを示しておくのは初学者向けであるがゆえに必要ではないだろうか。プライバシー権について、公法・私法上の違いをどう把握するかは議論のあるところであろうし、初学者に対してどのように伝えるかは難しいところもあろうが、指摘しておきたい。さらに、別の視点から、プライバシー権の章立てに特徴を持たせたことを前提に、さらに進めて経済活動や私人によるものにとどまらない「安全・安心のための監視社会」問題などにも言及できれば、読者にとってより具体的・現実的に捉えることができるように思われた。読者が法学部生でないことを想定すればこそ、思い切って従来の教科書を超えて、より今日的な問題に踏み込む意義は大きいように思われる。コラムで各章に関連する事項について触れており、発展的に学習しようとする読者に道筋を与えているが、ここでもよりアクチュアルな問題に切り込んで面白かったのではないだろうか。

他に法の下での平等が、社会権の後に置かれているのも構成として特徴的である。「社会権の登場」（4頁）によって、平等の捉え方が変化したこと

を受けてのことである。どの人権とも関わる平等をどのタイミングで説明するかは悩ましい。

3 統治機構—第12章から第17章まで

次に、統治機構では、「三権の中では通常一番最後に扱われることが多い」司法権と違憲審査について、「判例と違憲審査の重要性を強調するため、三権の最初に」（5頁）置いているのが特徴的である。

先にも触れたように、本章で書かれている内容のうち、違憲審査の制度・機能などの簡単な説明については、個別の人権に入る前にまとめておくのが、初学者にとっては便利ではないだろうか⁽⁴⁾。判例は、初学者にとっては具体的に考えるのに最適であるし、またその理解は重要であるが、個別の人権について説明する際にも違憲審査について基本事項を念頭に置いて学べる方が理解を促すように思われる。読み始めると突如出てくる判例をどう読み、どう扱ってよいかは難しいものであろう。他方で、違憲審査制について唐突に出てくるのもまた、初学者にとっては難しいかも知れない。

違憲審査に関連して、その審査基準論が212頁以下で独立して扱われている。本書は、「人権分野ごとの具体的な違憲審査基準…は、初学者にはやや煩瑣にすぎると思われるので、本書では割愛し」ているが（5頁）、人権分野ごとではない説明としてここに置いたものである。ただし、経済的自由権に対する目的二分論については、「第5章 経済的自由権」において比較的詳細に判例を提示して整理している（84頁以下。この点、消極・積極目的二分論については基本的に紹介にとどまっているが、一方で公衆浴場の平成元年判決につき「消極目的と積極目的の両方を認定しているとうけられる」としながら、他方で一連の判例のまとめとして目的二分論が「距離制限という規制が違憲か合憲かの分かれ道になった」と評価して終わっているのは不十分ではないだろうか）。初学者にとって煩瑣であるから分野ごとの基準論をあえて省くという配慮は共感できるし、人権全体を学んだ後で違憲審査

の基準について整理するという意図も分かりやすい。

しかし、このように人権論と離れた章で書かれた内容が、人権に関する個別の議論とどのように関わるのかを読み解くのは困難であろう。これはそもそもの違憲審査基準論の問題といえる。以前から指摘されるところでもあるが、ロースクール教育が始まってからより強く、審査基準論の教育的弊害が聞こえてくる。私自身は実際にそういった問題に直面した経験はないが、学部やロースクールの授業で審査基準論をすり込まれることもなかりうに、このような問題が指摘されることを思うと、教育的観点から審査基準論をどう扱うかは一つの大きな課題といえるのではないだろうか⁽⁵⁾。

4 その他

最後に、どのような構成の教科書にもあてはまるだろうが、本書のように構成が特徴的である教科書ではとりわけ、常に各問題点の全体的な位置づけを意識させることが重要になる。従来の構成を崩しつつも、個別の内容自体はオーソドックスなものであるため、説明が前後する場面が増え、そこにギャップが生じやすいからである。このような点を克服する方法として最近の教科書などでは多く、クロスリファレンスの手法が取られる。ドイツの教科書などでは欄外番号が付されており、参照関係が大いに役立つし、全体構造を把握するには最適である。日本でも同じような方法が取られている教科書もあるが、本書では従来通り「第〇章参照」といった指示がなされている。参照の数自体は決して少なくなく、読者への配慮が見て取れるが、さらに進んだ参照の手法をとることで読者にとって学習の助けになるのではないだろうか。

おわりに

終章「本書の総括—憲法を学び、使う人へ—」では、筆者の憲法観が綴られている。個人的には学生たちには最初にこの章を読んで、筆者の憲法に対する思いを知った上で授業などを受けてほしいと思う。少し長くなる

が、印象的な箇所を引用する。

「『理想 vs 現実』という問題設定は、常に適切なことなのかどうか。『現実』を言い立てているときに、何らかのイデオロギーの色眼鏡を通して状況を見てはいないか、ということには注意を払わなければならない。逆に、『理想』をもって、現実に関わり始める場合、大義名分をもって広範な合意を取り付けるという積極的なものから、これを盾に内外からの圧力を回避するという消極的なものまで、選択の幅は実は広いということをお忘れしてはならない。」(289頁)

「日本国憲法は、実はまだ『可能性』の段階にとどまっているのだということも、忘れないでほしい。日本国憲法はまだ十分に『使いこなされ』あるいは『使い尽くされて』はいないのである。」「憲法を『使いこなす』ために、読者諸兄にここで今一度、『自分自身』と日本国憲法との関係および立ち位置を再確認してほしい。」(290頁)

本書の構成上の工夫はどれも相互の章の関連性を意識したものであり、筆者の思考の筋道が分かりやすく打ち出されており、読者がそれに沿って学べるのは至便である。法学部生ではない読者にとって、憲法の体系性を意識することは難しいが、このような配慮がその大きな助けとなるであろう。さらに、どのような構成の教科書でもいえることだが（これまでのオーソドックスな流れのものも含めて）、憲法全体の学習を一通り終えた者が、別の教科書を読むことで得られる学習効果は高い。それが最初のものと同様に構成が異なる教科書である場合には、その効果はより高くなるだろう。その意味でも、本書の構成の恩恵を被るのは初学者だけでないであろう。

最後に、公刊されてすぐに書評の機会を頂いておきながら、ここまでそれを書くことができなかったことをお詫びしなければなりません。教科書としての性質や読者に対する筆者の配慮を無視して、細々と指摘したり、私が勝手に「書きたい教科書」を想定してコメントしてしまったのではな

いだろうかと心配です。この書評を機に、改めて白井先生から色々のご指導頂ければ幸いです。

注

- (1) 例えば、駒沢女子大学の「自主自立を促すための面倒見ある教育」は、文部科学省の平成18年度「特色ある大学教育支援プログラム」に採択され、その様々な取り組みの中で自前テキストの作成を行っている。<http://www.komajo.ac.jp/uni/guidance/characteristic/chgp/>（2010年9月30日確認）。
- (2) 初宿正典『憲法2 基本権〔第3版〕』（成文堂、2010年）64頁。
- (3) このような問題については、新保史生『プライバシーの権利の生成と展開』（成文堂、2001年）、田島泰彦・山野日章夫・宇崎正博編著『表現の自由とプライバシー—憲法・民法・訴訟実務の総合的研究』（日本評論社、2006年）を挙げておく。
- (4) 例えば、初宿・前掲注（2）の第二版（2001年）では、基本権のテキストであるにもかかわらず、「基本権の裁判的保障」について書かれていた。違憲審査制について理解することが基本権理解に大いに有益であることは確かである。ただし、第三版では、シリーズの執筆担当の関係もあって、第二編は割愛された。
- (5) この点、ドイツの三段階審査への傾斜が指摘されるが、あまりに形式的に三段階審査を扱えば、審査基準論と同じ問題をすぐに抱えることになる。ロースクール生の違憲審査理解を問題視し、三段階審査の手法を説くものとして、小山剛「審査基準論と三段階審査」（ロースクール研究14、2009）。また、とりわけ違憲審査基準論との関係で、石川建治・駒村圭吾・亘理格「憲法の解釈第20・21・22回（Round7-1～7-3）違憲審査基準論」（法学教室337-339、2008）は審査基準論の問題点と三段階審査が触れられている（ただし、石川建治の説く三段階審査はドイツ基本権ドグマティックのそれとは異なる）、宍戸常寿「ロー・クラス憲法 解釈論の応用と展開（1）～（6）」法学セミナー640～645号（2008年）。また、阪口正二郎「人権論II・違憲審査基準の二つの機能—憲法と理由」法律時報80巻11号（2008）70頁。