

平成 30 年 6 月 19 日現在

機関番号：32687

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2016～2017

課題番号：16K16990

研究課題名(和文) 違憲審査制の憲法的対話理論による基礎付けに関する研究

研究課題名(英文) A Study on the Foundation of Constitutional Adjudication and the Dialogue Theory

研究代表者

岩切 大地 (IWAKIRI, Daichi)

立正大学・法学部・教授

研究者番号：00553091

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 1,000,000円

研究成果の概要(和文)：本研究は、憲法的対話という議会と裁判所に関する議論につき、その議論が前提とする憲法構造を分析した。その際、本研究はイギリス憲法、特に1998年人権法の運用への比較研究に依拠した。

本研究が明らかにしたのは、憲法的対話という議論が前提とするのは、裁判所は法解釈という本来的機能を有するのみならず、その実現に向けた賢慮に基づく行為主体であるという憲法構造把握である。これは、法解釈と救済の区別とも言ことができ、前者では法的理由づけが妥当するのに対し、後者では戦略的理由づけによる。本研究は、日本の違憲審査のあり方、特に多様な違憲判決のあり方についての議論に資すると思われる。

研究成果の概要(英文)： In this study, I have analysed the theoretical foundation of the idea of so-called constitutional dialogue, arguments about the relationship of the legislature and the judiciary after the introduction of Human Rights Act 1998 in the UK.

By way of this comparative constitutional study, it was revealed that the discourses of constitutional dialogue presuppose a certain understanding of the constitutional structure, in which the courts have a role as enforcers of the constitutional order on the basis of prudential reasoning, as well as a traditional judicial role of legal interpretation. This distinction of roles of the courts corresponds with that of legal judgements and remedies, the latter being not necessarily bound by legal reasoning. It is suggested that this understanding of constitutional structure can also be useful for developing practical remedies suitable for the constitutional adjudication system in Japan.

研究分野：公法学

キーワード：違憲審査 司法権 憲法的対話 司法的救済

## 1. 研究開始当初の背景

### (1) はじめに

本研究(違憲審査制の憲法的対話理論による基礎付けに関する研究、若手研究(B)、2016年4月～2018年3月)は、イギリス憲法学等において議論されている「憲法的対話」という論点について、その意味内容を探るのではなく、むしろそれら議論群が前提しているはずの憲法構造について分析した上で、日本の憲法体制、特に裁判所による違憲審査権のあり方について一定の展望を得る目的でして開始された。

### (2) イギリス憲法研究の潜在的意義

確かに、イギリスには憲法もなければ裁判所の違憲審査制度もない。イギリスではこのようなやり方(つまり成文憲法なしでやることと、裁判所が憲法問題に決定権を持たないこと)こそが、いわば立憲主義にかなったものであるというのが伝統的な理解だった。日本の憲法のあり方からは正反対の場所にあるというのはその通りであるが、しかし逆説的に、だからこそその憲法に注目することには一定の意義があると考えている。そしてそれは、「憲法的対話」をめぐる議論の背景を理解することにも関わる。以下で説明したい。

① 第一に、不文憲法(正確には不成典憲法)の下での国家運営は、実質的意味の憲法存在を強く意識させ、またその正統性やその意味内容の確認方法についての考察を強く促す。シンボリックな憲法規範が所与として妥当するという日本での憲法イメージからかけ離れたイギリス憲法のあり方は、そもそも憲法とは何で、どのような内容であり、そしてどのように実現させるかといった問題を、具体的な国家制度の動向一つ一つの考察とその全体的配置の俯瞰を通して考えることの必要性を示す。

② 第二に、憲法規範の生成(改革や意味内容の確認)は、従来のイギリス憲法では主に議会を中心として行われてきた。しかし近年、裁判所の権限ないし役割が拡大している。とりわけ1998年に制定された法律である**人権法(Human Rights Act 1998)**は、裁判所に法律の人権適合性についての判断を委ねた(ここにいる人権が、欧州人権条約の権利および欧州人権裁判所の判例であることもまた、ブレグジットにも関わる複雑な憲法問題を生じさせることになる)のであるが。裁判所は法律を人権違反と認定したあと、その法律をなるべく人権に適合するように解釈する(「**適合解釈**」)か、その法律は人権に違反するという宣言を出す(「**不適合宣言**」)ことになる。ただしこの宣言は法的効果を生じさせるものではないとされており、日本のような違憲無効を前提とした判断をすることはできない。

③ 政治プロセスに比重がある伝統的イギリス憲法と、近年の司法権の役割の拡大——こ

のような矛盾に対処する必要の中で提示される概念の一つが「**憲法的対話**」という議論群である。これは、大雑把に言えば、その直感的ネーミングから示唆されるように、裁判所による違憲判決を「命令」ではなく「対話」と捉え、政治部門による司法判決への応答が促されることで、時間をかけて憲法的価値を実現させるような憲法制度を構想しようとする議論である(なお様々なバリエーションがある)。この説明をとることで、従来の議会中心の憲法体制を維持しながら、裁判所によるアクティブな役割を正当化できることになる。

### (3) 憲法的対話から何を読み取るか

「憲法的対話」という概念や言葉自体は、いかにもハッピーで予定調和的な構想をイメージさせるかもしれないが、しかし次のような問題も含まれている。裁判所による「対話」には妥協もが含まれるのであり、そうであればそれは立法裁量論の別表現でしかない。さらに一般化すると、法的リーゾニングが政治的に必要に折れることもできるという、立憲主義や法の支配原理にとっては重大な含意すらありうる。したがって、「対話」という言葉で記述できるような事例が日本にも存在するとしても、それを規範的な理論として提示するには様々な困難がある。

他方で、憲法的対話(という概念ないしその議論前提)は、日本の違憲審査制のあり方にとっても一定の示唆を持っている可能性がある。とりわけ違憲審査権の救済的側面の性質や、あるいは司法の憲法体制の中での布置という点についての示唆である。違憲審査権の民主的正当性という論点としてではなく、日々生起する国家制度での出来事それ自体としての憲法の中での司法権の変化という論点として主題化されるイギリスでの議論だからこそ、憲法的対話という議論から比較憲法的意味を汲み取ることも可能であろう。

そこで、「憲法的対話」というのが実際のところ何を指しているのか、というより「憲法的対話」をめぐる議論が生じる前提とは何か、あるいは「対話」が何であれ、そもそもなぜ裁判所はそのようなことに関与することができるのかの問題となる。換言すれば、イギリス憲法という特殊な文脈を通じて示されるこの概念の比較憲法的な含意とは何か、が問われなければならない。

## 2. 研究の目的

本研究の目的は、イギリス憲法学において憲法的対話が議論されていることの憲法構造的な基礎を探ることである。憲法的対話がどのような現象を指すのかということよりも、そのようなことに裁判所が関わることの理論的な根拠とは何か、あるいは司法権ないし違憲審査権の性質とは何かと言い換えてもよいだろう。さらに付随的に、憲法を考える上でのリーゾニングの性質についての展望を得ることも目的としている。

より実際上の目的としては、日本の違憲審査権の行使の活性化のための理論的前提を用意することも挙げられる。つまり日本の司法権を強く規定しているように思われる司法権概念の拘束から裁判所を解放し、「多様な違憲判決」への道を開くための理論的根拠の探求も、本研究の目的である。

### 3. 研究の方法

研究方法は、判例と学説の読解・分析による。対象にした文献はイギリス憲法学に関するものである。当初は、余裕があればカナダ、オーストラリア、ニュージーランド、南アフリカといった国々での憲法裁判的な制度にも分析を加える予定であったが、今回の研究ではそこまでに至らなかった。

方法論的には、比較法的視点に依拠し、イギリス法について可能な限り内的視点から捉えようとしつつ、これに外的視点からの分析に重点を置いた。彼我の憲法の大きな違いに関わらず、国家現象という点での普遍性を前提したからである。

### 4. 研究成果

本研究の主要な研究成果は、後述の雑誌論文①および②で公表した。本研究代表者のこれまでの研究成果や、本研究の問題意識の継続として本研究期間の後に得られた成果で今後発表予定の内容も含め、本研究の研究成果内容は以下のようなものである。

#### (1) イギリス人権法の分析

上記で、イギリス憲法における司法権の「役割」の変化と述べたが、そのような変化をもたらした代表例が1998年人権法である。この法律の内容はすでに触れたが、本研究は人権法の意味ないし実践的意義を次のように整理した。

① 第一に、適合解釈（人権法3条）が表象しているのは、法解釈の一体性である。法解釈こそが司法権の領分であり、イギリスにおいてはそれは議会意思に基づく解釈である。適合解釈においてもその建前は放棄されておらず、いかに創造的に見える解釈が示されていたとしても、それが何らかの意味で議会意思の実現であれば法解釈である。人権法3条は、すべての法を一元的・一体的に示すことができるという観点（ドゥオーキンの法の純一性のようなもの）をも表象している。比喩的に言えば、法の網目の補修としての司法権、とも言えようか。その中で人権原理は、網目の中に編み込まれており、また新たに網目を紡ぐ際の指針となる。この思考の理念型によれば、全ては法解釈によって尽きることになる。同様の思考は、日本でいえば、全ては適用違憲で処理すべきであるという理念型的な考え方に共通点を見出すことができるだろう。

他方で、判例は「通常解釈」と「適合解釈」を区別しており、適合解釈を上記の意味での

司法権とは別のもの（法の純一性を破るもの）という理解を示しているように見える。しかし、むしろこの区別の実践的意義は、裁判所が人権に関わる問題について2000年（人権法が施行された年）以前（または欧州人権裁判所の判例変更以前）の自らの先例に拘束されないことについての議会意思による許可が与えられているということの意味することにこそあり、それにとどまるのではないかと思われる。適合解釈の名においてこれからも事由に先例拘束から離れることや、判決のいわゆる遡及効を否定することまでが認められているのではないという点から、このように推測される。また、適合解釈は訴訟当事者の請求を満足させるという点で権利救済に直結するが、しかしこの救済はあくまで、いわば客観的法解釈の反射的効果に過ぎない（イギリス法の分析にこのような表現が適切かどうかおくとして）。もっとも、適合解釈には、実質的には目的・手段の比例性審査の上で手段について判断代置をすることにも等しいという側面もあり、これについては今後十分に検討したい。

② 第二に、不適合宣言（4条）の制度が置かれる文脈は、適合解釈とは全く異なる。その文脈はむしろ政治的に構成されたものであり、そこでは人権規範の基底性ないし所与性が前提とされない。3条に象徴されるような理念の下では司法が法の純一性を構成するのに対して、この文脈はそのような法的判断の結果を相対化する。すなわち、裁判所の（理念的には）純司法的な判断がなされる上で、その判断それ自体とその判断の帰結ないし処置とを区別し、どのような帰結とするかについていわば戦略的な思考（ないし賢慮）を要請するのである。

裁判における戦略的な思考というのと、一見、聞こえが悪い。裁判官は政治的に行動すべきではないという信念が一応妥当している社会であればなおさら、このような思考を正面から承認するわけにはいかないだろう。また、法的判断それ自体とその帰結を区別することは、権利侵害を認めながらその違法状態を放置するというをも意味しうる。

しかし他方で、違法性の放置は司法的な判断の結果ではなく、人権法という法律による要請である。したがって裁判所は、たとえば違憲判断の一時猶予や将来効判決を出すかどうかという本来司法権では行うことができないことをすべきかどうかを考えるまでもなく、法的判断とその処置とを切り離すことができる。その後、人権規範の受容は政治的判断に委ねられることになるが、その際、司法による判断が受容されるための社会的・政治的条件について計算が必要となる。もし受容の実績が積み上がれば、実質的に不適合宣言は違憲判断一時猶予や将来効判決のようなものとなる。そしてその際は人権規範が憲法上の基本原理としての地位を獲得することになる。言い換えれば、この段階に至っては、最終的

な政治的判断の主役となる議会も、司法規範としての人権とは一応切り離されたものとしての「憲法規範としての人権」に拘束されていることになる。

## (2) 憲法的対話論の前提

つまり、不適合宣言という制度が前提としているのは、このような裁判所の憲法上の執行者としての側面なのであるが、実はこれは「憲法的対話」が前提とするものでもある。

そもそも「憲法的対話」が具体的にどのような事態を指しているかは、見解の一致がない。むしろあらゆる憲法状態を意味することのできるマジックワードのような様相すら呈している。とはいえ、議論の最小限の共通点としては、諸機関の間の憲法理解についての不一致の存在と、その解消のためのプロセス必要性の承認、といえる。そうすると、「憲法的対話」が焦点として置いているはずの論点は、裁判所による法的判断とそれに続く処置との溝であると再構成することができる。憲法的対話が語られる際には、その前提として、このような溝を憲法構造上どのように説明するかがすでに答えられているのでなければならない。

イギリス人権法における不適合宣言という方法が示す、これへの回答方法は、法的理由づけによって一体性が確保される法解釈秩序と、これに依拠しつつ賢慮に基づいて行動することが求められる領域（救済法の領域）との区別である。これを踏まえるならば、「憲法的対話」という議論の存在が指し示しているのは、法の描写という役割とは区別された司法部による憲法秩序形成的な役割である。司法の最小限の政治性と言ってもよいかもしれない。その時、裁判所は、人権規範の所与性あるいは司法判断の無謬性が当然の前提とされないという条件の下、その時々状況の中で自らの判断を受容させるというゲーム（その帰趨が憲法の安定性に関わる）に参加しており、そのとき裁判所を導くのは賢慮である。

## (3) 今後の課題

本研究によって得られた視角は、要するに法解釈と救済との区別である。日本に適用するならば、救済については伝統的司法権イメージの枠組みを超えてこれを行うことができる、という議論の可能性を含んでいると思われる。これによって多様な違憲判決（訴訟法上可能な救済以外のものの創出）も正当化できるのではないかと思われる。また、憲法的対話論の前提は、そのような柔軟な憲法判決を可能にするための制度設計を促すという側面も有する。

なお、そもそもこれが日本に妥当する議論であるかどうかについて考えるに、憲法的対話という用語でこの現象の説明が試みられているのは、イギリス憲法の思考方法が全体論的であり、その時々憲法的配置の変動の結果生じた司法権の役割の変化を把握するため

であると考えられる。これに対して日本ではそもそも違憲審査制度が明示され、長年に渡る運用の積み重ねがあるが、いわゆる違憲判断の活性化とともに違憲判断の処理という問題が全面に現れるようになってきている。日本でもこの問題の言語化が必要であり、また実際に「憲法的対話」の語による憲法事例の研究もなされている。そのような意味で、本研究は日本の違憲審査制にも妥当すると言えよう。とはいえ、憲法的対話の前提と想定した憲法変動の性質それ自体の比較研究の必要性も認識させられる。

なお、本研究が提示する救済権限の限界についての検討も不可欠であるが、これも今後の課題である。特にたとえば将来効のある憲法判断を行うことは司法権の本質と正面から反することになるので、本研究が提示する区別がどこまでの区別であるかを測定するためにも、将来効問題をはじめ多様な違憲判決についての研究が不可欠であるように思われる。

## 5. 主な発表論文等

（研究代表者、研究分担者及び連携研究者には下線）

〔雑誌論文〕（計 2 件）

- ① 岩切大地「イギリス人権法における司法的救済の憲法的基礎付け」公法研究 79 号 248-257 頁（2017 年）（査読あり）
- ② 岩切大地「イギリス憲法改革と司法部の位置づけ—不適合宣言に関する判例法理を中心に」比較法研究 78 号 130-137 頁（2017 年）（査読なし）

〔学会発表〕（計 2 件）

- ① 岩切大地「イギリス人権法における権利救済の憲法的基礎付け」日本公法学会・公募報告第二セッション（於：慶應義塾大学、2016 年 10 月 8 日）
- ② 岩切大地「イギリス憲法改革と司法部の位置づけ—不適合宣言に関する判例法理を中心に—」比較法学会第 79 回総会・ミニシンポジウム「イギリスにおける「憲法改革」の行方」（於：関西学院大学、2016 年 6 月 4 日）

## 6. 研究組織

(1) 研究代表者

岩切 大地 (IWAKIRI, Daichi)

立正大学・法学部・教授

研究者番号：00553091

(2) 研究分担者、連携研究者、研究協力者  
なし