

令和 5 年 6 月 26 日現在

機関番号：14501

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2019～2022

課題番号：19K01298

研究課題名（和文）憲法判断の方法に関する再検討

研究課題名（英文）Reconsideration of Constitutional Remedies

研究代表者

浅野 博宣（Asano, Hironobu）

神戸大学・法学研究科・教授

研究者番号：40261945

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,000,000円

研究成果の概要（和文）：本研究は、違憲審査制が適切に機能していくためには、憲法判断の方法についてさらなる検討が必要であるという観点から、始められた。比較法的な検討に加え、日本の最高裁の諸判決において採られた憲法判断の方法が実際にどのような影響を与えたのかについての詳細な検討を行った。投票価値訴訟などいくつかの分野については、その成果を公表することができた。また、それらの知見を踏まえて、審査基準論や違憲判決の効力論などについて、新たな角度からの分析を行った成果を公表することができた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

現在の裁判所は以前に比べると違憲審査権を積極的に行使するようになっているが、その背景には、憲法判断の方法に関する工夫があると思われる。ただ、それでもなお、適切な判断方法がないとして憲法判断に踏み切れない事例や、憲法判断に踏み切ったものの予想外の結果が生じている事例はあるように思われる。憲法判断の方法については優れた先行業績があるが、本研究は、それをさらに発展させることを試みた。結果、投票価値訴訟など一定の分野や違憲判決の効力などいくつかの論点に関しては成果を得ることができ、また、今後の研究の方向性についても視点を定めることができた。

研究成果の概要（英文）：This study started with an observation that the Japanese judicial review system needs to develop constitutional remedies. I conducted a detailed analysis of the Supreme Court's constitutional decisions and published several articles, including some case studies and some analyses of the general theory of constitutional remedies.

研究分野：憲法

キーワード：憲法判断の方法 違憲判決の効力

1. 研究開始当初の背景

日本の裁判所は違憲審査権の行使は非常に消極的であるというのが、憲法が制定されて以来の長い間の評価であった。しかし、世紀転換期あたりから、以前に比べると最高裁の憲法判断が活性化してきたように思われ、また、そのような指摘が多くの論者から指摘されるようになっていた。活性化の原因については様々な分析があるが、本研究は、憲法判断の方法の工夫にその一つの原因があるのではないかと、という着眼を出発点とした。

すなわち、在外選挙権判決や非嫡出子相続分違憲判決では、最高裁は、立法当初から違憲であったという判断ではなく、立法後の事情変更によって違憲となったという判断をおこなった。このような判断手法の工夫は、政治部門の立法行為自体に瑕疵があったとして政治部門を直接に非難するわけではないという意味で、政治部門との過度な対立を避けることを可能にしたように思われる。また、郵便法違憲判決や国籍法違憲判決は部分無効という判断手法をとった。このような判断手法の工夫は、全面無効により生じる法の空白を避けることを可能にしたように思われる。これらを例とする判断手法の工夫が、最高裁が憲法判断に踏み切る原因の一つになっていたのではないかと考えた。つまり、憲法判断の新たな工夫によって、裁判所はいわば安心して違憲判断に踏み切ることができるようになったことが違憲判断の活性化につながったのではないかと考えた。

他方で、日本の違憲審査権の行使が積極化したという評価に対しては、なお留保をつける指摘もたくさんなされていた。実際、積極化と評価するとしても、全面的な積極化とは決して評価することは難しいように思われる。一定の論点に限って積極化したと評価すべきように思われる。裁判所が違憲判断の積極的な行使に踏み切らない理由も様々に考えられるが、本研究は、ここでも憲法判断の方法に注目した。すなわち、適切な違憲判断の方法がないという理由で違憲審査権の行使に踏み切れない判決もなお多くあるのではないかと考えた。例えば、夫婦別氏事件判決（最大判平成27・12・16民集69巻8号2586頁）では、多数意見は、夫婦同氏制度が憲法13条、14条、24条との関連において問題があると認識していることは示唆しつつ、結論としては違憲性を否定した。その背景には、もしも憲法違反であると判断した場合に、どのような判断方法を探るべきか答えが見つからなかったということがあったように思われる。同事件の寺田補足意見が、「本件で上告人らが主張するのは、氏を同じくする夫婦に加えて氏を異にする夫婦を法律上の存在として認めないのは不合理であるということであり、いわば法律関係のメニューに望ましい選択肢が用意されていないことの不当性を指摘し、現行制度の不備を強調するものであるが、このような主張について憲法適合性審査の中で裁判所が積極的な評価を与えることには、本質的な難しさがある。」と述べていた。これは寺田裁判官が考える裁判所の憲法判断の方法によっては、「法律関係のメニューに望ましい選択肢」を加えること（加えるように促すこと）は困難であるという趣旨であると思われる。

日本国憲法が違憲審査制を採用している以上それが適切に行使されることが必要であると考えられるが、上記の着眼を踏まえると、違憲審査制がその機能を適切に果たすという目的のためには、憲法判断の方法が十分に用意されていることが必要であると思われる。憲法判断の方法に関しては、もちろん重要な先行研究が既に多数あるものの、それでもなお不十分であるように思われた。なお研究の余地は残っているように思われたし、また、上記のような日本の裁判所の変化を受けた上での研究はこれからである。そこで、本研究は、憲法判断の方法について再検討することとした。

2. 研究の目的

憲法判断の方法についてのさらなる工夫について考えていくためには、まずは、日本の憲法判例の再検討が必要になるだろう。新たな憲法判断の方法を採用するとしても、それはこれまでの延長線上に考えることが出発点であると考えられる。また、これまでの憲法判例が採用した憲法判断の方法には、十分に評価・理解されていないものもあるように思われた。そこで、これまでの憲法判例について、どのような判断がなされたのか、それによってどのような結果が生じたのか、その結果をどのように評価すべきかを、すでに日本の憲法判例研究については膨大な蓄積があるものの、憲法判断の方法という観点から改めて丁寧に読み直すこととした。過去の憲法判例の分析から得られる問題意識やヒントをまずは手掛かりとして、日本の裁判所による憲法判断の方法を連続的・漸進的に発展させていくことができないかと考えた。

また、比較法的な知見も参考になると考えられ、とりわけコモン・ロー諸国の憲法裁判の新たな展開からは参考になるところが大きいのではないかと考えられた。コモン・ロー諸国の中ではアメリカの違憲審査制については日本では詳細な研究がなされているが、それ以外の国々に関する研究は比較的新しいものが多く、なお、研究の余地は残されているように思われた。アメリカにおいても、最高裁の保守化もあって、新たな議論が多々現れているところであった。

3. 研究の方法

基本的には文献研究の方法によって行われた。海外の文献については、円安の影響はあるもの

の、ある程度の文献を集めることができた。ただ、計画当初は、海外出張も予定していたところ、コロナ禍という予想外の出来事が起きたために、海外での文献探索や意見交換を行うということが難しくなったのは残念であった。ただ、逆に、文献を丁寧に読む時間はある程度確保することができた。

4. 研究成果

日本の裁判例の分析は相当程度に進めることができた。そのような成果の一つとして、「衆議院小選挙区投票価値平等のための最高裁の戦いぶり」と、「その評価」を挙げることができる。投票価値訴訟についてはすでにたくさんの先行研究があるが、本研究は、判決がもたらした影響を丁寧に検討したこと、また、衆議院議員選挙区画定審議会に及ぼした影響も視野に入れたこと、という点に特色があると考えている。最大判平成 23・3・23 民集 65 巻 2 号 755 頁がいわゆる一人別枠方式について違憲状態判断を行ったが、このことについては、憲法学を中心とする法学においてその論理の丁寧な分析がなされている。また、政治学においても選挙制度研究という観点から投票価値訴訟の研究は進められている。ただ、法学における研究成果と政治学における研究成果とを関連付けたものは少なかったように思われる。本研究にはその欠を補い両分野の研究を架橋しようとした意義もあると思われる。どのような選挙制度を採るべきか、また、その選挙制度をどのように具体化するべきかを考える場合に、政治的な中立性は重要な考慮要素であると考えられる。衆議院小選挙区制の下での選挙区の区割り、ゲリマンダリングの危険性を考えるなら、政治的中立性が特に要求される場所だと思われる。この点、平成 23 年判決以前は、選挙区の区割りについて、内閣の下に一定の中立性を有する区画審が組織され、その区画審が原案を作成し内閣に提出し、国会はそれを法律化するという形で、政治的中立性が確保しようとしていた。それに対して、平成 23 年判決は、区画審が区割りをを行う際の基準が違憲状態であると判断したが、その結果、区画審が原案を作成することを中止するという帰結をもたらした。つまり、平成 23 年判決は、かえって国会自らが区割りの実質的決定権を再入手するということとなり、政治的中立性という観点からは 一時的とはいえ 後退させたと評価すべきであったように思われる。その結果、国会は新たな区割り基準をなかなか定めず、場当たりの改正を繰り返すということが起きてしまった(変更しないというのは現状優先ということであり、決して政治的に中立であるわけではない)。そして、このような結果が裁判所の違憲状態判断という違憲判断に至らない判断によって生じていることに注意を喚起した。本研究では、平成 23 年判決以降の最高裁判決が、実際にはどのような結果を引き起こしたのかを丁寧に追った上で、このような結果は裁判所の意図したとおりであったのか、より望ましい結果を生み出す方法はなかったのかを検討した。また、新たな区割り基準としてアダムズ方式が採用されることとなったが、本研究ではアダムズ方式が持つ意味を検討し、そのうえで、同じ結果を生み出すのであればもっとコストの低い方法はなかったのかなどの点を検討した。

投票価値訴訟以外にも、最高裁のいくつかの重要な裁判について、個別の評釈を執筆している。

また、個々の判例評釈ではない、より一般的な分析としては、「違憲判決の効力と先例の拘束性」を執筆した(公表は 2023 年度の予定である)。違憲判決の効力についても優れた先行研究はたくさんあるが、本研究の特色は、違憲判決の効力について、その効力が違憲審査制の趣旨にふさわしいものであるとともに、その効力の内容が明確である必要があるという問題意識に基づくものであるということにある。そのような問題意識から、違憲判決の効力を導く論理が明確である必要があると考え、そこで、違憲判決の効力に関するこれまでの学説がどのように論じてきたのかについてその構造を分析し、その構造をより明確にするために、違憲判決の効力を通常の司法作用から説明すべきか、それとも、違憲判決に固有の効力として正面からその特別性を論じるべきか、また、違憲判決に特別な効力を認めると、上位規範に反する下位規範は無効であるという一般原則との関係をどのように考えるか、という問題を検討した。本研究はこれらすべての問いに答えることはできていないが、違憲判決の効力を通常の司法作用から説明することができるかという問題を扱い、特に先例拘束性によって違憲判決の効力を導く考え方について、その是非を検討した。違憲判決の効力を先例拘束性によって説明しようとする議論は、先例による拘束を立法による拘束と同一視できることを前提としているのではないかという問題提起を行い、先例による拘束と立法による拘束との違いについて分析を行った。結論は、先例拘束性によっては違憲判決の適切な効力を導くことは難しいというものであり、したがって、違憲判決固有の効力として正面から論じられるべきことを主張した。本研究は、このような分析を行うことによって、違憲判断の方法を研究することがもつ方向性についても、ある程度の見通しを示すことができた。

比較法研究についても研究を進めることができた。公表は遅れているが、アメリカ連邦最高裁の Dobbs 判決の分析に即して裁判例が持つ意義について検討した簡単な論考を公表した。

さらに、本研究を通じて、今後の研究への展望が開けたことも大きな研究成果であると考えている。憲法判断の方法の研究を通じて、この問題が、権利論に関する分析と結びついていることを改めて気づかされた。救済に関する議論は、権利論とは別の論点として議論されてきたし、両者の関係について議論される場合も別のものであることを前提としたうえでその関連性や均衡性が論じられることが多かった。しかし、権利論自体に救済論を取り込んで議論すべきではないか、と考えられるようになり、また、その面での先行研究についても認識し、一定の検討を行うことができた。今後の大きな成果を期待できる論点ではないかと考えている。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計2件（うち査読付論文 0件 / うち国際共著 0件 / うちオープンアクセス 0件）

1. 著者名 浅野博宣	4. 巻 488
2. 論文標題 煽動罪処罰規定と憲法21条	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 法学教室	6. 最初と最後の頁 14-20
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

1. 著者名 浅野博宣	4. 巻 11号
2. 論文標題 衆議院小選挙区投票価値平等のための最高裁の戦いぶりと、その評価	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 憲法研究	6. 最初と最後の頁 71-92
掲載論文のDOI（デジタルオブジェクト識別子） なし	査読の有無 無
オープンアクセス オープンアクセスではない、又はオープンアクセスが困難	国際共著 -

〔学会発表〕 計0件

〔図書〕 計5件

1. 著者名 浅野博宣	4. 発行年 2021年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 38
3. 書名 「最高裁の憲法解釈方法に関する一考察」『法解釈の方法論』（山本 敬三・中川 丈久編）	

1. 著者名 浅野博宣	4. 発行年 2023年
2. 出版社 信山社	5. 総ページ数 -
3. 書名 「違憲判決の効力と先例の拘束性」『野坂泰司先生古稀記念論文集』掲載予定	

1. 著者名 宍戸 常寿、曾我部 真裕、浅野 博宣、尾形 健、小島 慎司、中林 暁生、山本 龍彦	4. 発行年 2022年
2. 出版社 信山社出版	5. 総ページ数 546
3. 書名 判例プラクティス憲法〔第3版〕	

1. 著者名 毛利 透、小泉 良幸、浅野 博宣、松本 哲治	4. 発行年 2022年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 476
3. 書名 憲法 人権〔第3版〕	

1. 著者名 毛利 透、小泉 良幸、浅野 博宣、松本 哲治	4. 発行年 2022年
2. 出版社 有斐閣	5. 総ページ数 434
3. 書名 憲法 総論・統治〔第3版〕	

〔産業財産権〕

〔その他〕

-

6. 研究組織

氏名 (ローマ字氏名) (研究者番号)	所属研究機関・部局・職 (機関番号)	備考
---------------------------	-----------------------	----

7. 科研費を使用して開催した国際研究集会

〔国際研究集会〕 計0件

8. 本研究に関連して実施した国際共同研究の実施状況

共同研究相手国	相手方研究機関
---------	---------