

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 6 月 11 日現在

機関番号：34416

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2012～2014

課題番号：24530040

研究課題名(和文) 違憲審査基準論の比較法的再検討

研究課題名(英文) A Comparative Study on Judicial Review Standards

研究代表者

木下 智史 (Kinoshita, Satoshi)

関西大学・法務研究科・教授

研究者番号：40183793

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 3,500,000円

研究成果の概要(和文)：憲法上の権利・自由の制約に関する違憲審査基準の効用を検証するため、違憲審査基準論の母国、アメリカ合衆国における違憲審査基準論がどのように生成し、どのように活用され、どのような問題があるのかを研究した。合衆国の違憲審査制の歴史と現状を理解するうえでの認識を共有するため、合衆国最高裁Steven Breyer裁判官の著作を共同翻訳し、出版予定の段階にある。また、研究代表者と連携研究者は、研究会と合衆国への調査旅行で得た知見をもとに、違憲審査制のあり方、表現の自由論、法の下での平等論に関する著作を発表しつつある。本研究の結果、違憲審査基準論と「比例原則」との共通点を探る作業の必要性が確認された。

研究成果の概要(英文)：We have translated STEVEN BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW, which is to be published soon. The book has provided useful insight about the history and the current situation of American judicial review. Based upon the knowledge that has been acquired from the book, we have conducted research and published the articles on the history of the strict scrutiny and the current Supreme Court decisions about Equal Protection of sexual minorities. We have also examined the Japanese courts' constitutional judgments and found, although there have been some progress, most Japanese cases still lack well developed reasoning about their constitutional decision-making. In order to find the appropriate reasoning process, we have found it vital to compare the American-style judicial review standards and the proportionality principle, which is commonly used as an adjudicative principle in many European constitutional courts.

研究分野：公法学

キーワード：司法審査 基本的人権 違憲審査 裁判所 アメリカ合衆国

1. 研究開始当初の背景

法科大学院設立後、憲法学においては、芦部信喜が積極的に導入した違憲審査基準論を批判的に見直し、ドイツの憲法解釈学において発展させられてきた三段階審査を違憲審査の「論証の作法」として導入しようとする動きが強まっている。三段階審査は、確かに、形骸化した違憲審査基準の選択に比して、憲法上の権利の保護領域の判断や権利侵害の有無・程度の判断を組み入れることができ、さらにこれまでの判例の憲法判断の解析にとっても有用である。ただし、すでに多くの論者から指摘があるように、憲法上の権利侵害の正当化における比例原則の適用にあたってその審査密度をどのように確定するかについて曖昧さを残しており、裁判所の判断の幅を広く認めすぎるおそれがある。違憲審査基準論は、もともと裁判所の憲法判断のルール化により判断過程を透明化することに狙いがあった。したがって、三段階審査が憲法判断の論証の作法として有用であったとしても、違憲審査基準論の意義が失われたわけではない。

ただし、芦部信喜が導入をはかった違憲審査基準論は、当時の最高裁判決の判断傾向への対抗理論としての性格が強いためか、実際に、論証を進める段になると多くの点で不明確な点があり、そのことが基準論の形骸化を招いた一因であることも否めない。また、そもそも芦部の違憲審査基準論は、その参照対象であったアメリカ最高裁判所の違憲審査のあり方とも大きくズレている。これは、アメリカの違憲審査基準論も歴史的な産物であり、歴史的変遷を免れることができないこと、そして、それを日本に導入するにあたっては、各論者の実践的意図が不可避的に介入することの反映でもある。ここから、アメリカの違憲審査方法論についての歴史的研究を踏まえた上での正確な現状分析が必要なることを示している。

2. 研究の目的

本研究は、いまいちど、アメリカの違憲審査のあり方を、その歴史的形成過程と正確な現状分析を通じて見直すことにより、アメリカ流違憲審査基準論のこれまでの導入のあり方の問題点をさぐり、日本の違憲審査制において活用可能な違憲審査の方法論として再生させようとする試みである。本研究は、問題意識を共有する気鋭の若手研究者を連携研究者とし、研究対象をより多面的なものとしつつ、アメリカの憲法研究者との対話を通じて、アメリカにおける違憲審査のあり方より正確な把握をめざした。

3. 研究の方法

(1) アメリカの違憲審査のあり方を、その

歴史的形成過程と現状に即して正確に理解するため、本共同研究期間中、計6回の研究会を開催し、合衆国最高裁判官スティーブン・ブライヤー氏の著作『Making Our Democracy Work: A Judge's View』の精読及び翻訳作業を行った。同書は、合衆国の違憲審査制の確立を歴史的に跡づけるとともに、違憲審査制の機能を統治構造のなかに位置付け、それが機能する条件をさぐるとともに、現在の合衆国最高裁が直面する具体的問題の検討を通じて、現代アメリカ社会において違憲審査制がいかに機能し、いかなる課題をかかえているかを、一般向けに論じた著作であり、本共同研究遂行にあたっての共通認識を形成するうえで好適な著作であった。

(2) 本共同研究は、ブライヤー氏の著作の翻訳作業と平行して、アメリカ憲法学を専門的に研究する研究者を研究会に呼んで、各々の研究領域における専門的知見を提供してもらい、また、研究代表者・連携研究者もそれぞれの問題意識に基づく研究報告を行うことを通じて、アメリカの違憲審査制に関する問題意識を深めた。

各研究会における研究報告の内容は以下のとおりである。

予備研究会(2012年5月12日(土))

ブライヤー著作の検討

第1回研究会(2012年8月22日(水)14時~24日(金)12時)

大久保史郎(立命館大): 合衆国における違憲審査制の現状とブライヤー判事について

坂田 隆介(立命館大): 合衆国における司法権行使のあり方について

木下 智史: 合衆国における表現の自由に関する違憲審査について

塚田 哲之: 合衆国における違憲審査の歴史的検証

第2回研究会(2012年11月2日(金)15時~11月3日(土)12時)

福嶋 敏明(神戸学院大): 合衆国における政教分離をめぐる理論状況

大久保 史郎(立命館大): 合衆国最高裁史における Breyer 裁判官の位置

坂田 隆介(立命館大): National Federation of Independent Business v. Sebelius 判決について

本多 滝夫(龍谷大): 行政法研究者としての Stephen Breyer

木下 智史: 合衆国におけるポピュリスト的立憲主義と民主主義観の変容

塚田 哲之: 合衆国憲法の「非民主性」をめぐる議論動向

大野 友也: 合衆国における戦時下の違憲審査

第3回研究会(2013年2月2日(土)13時~2月3日(日)13時)

大久保史郎(立命館大): 合衆国最高裁史における Breyer 裁判官の位置

倉田 玲(立命館大): Stephen Breyer,

Active Liberty について

坂田 隆介(立命館大): ロバーツ・コートにおける Breyer 裁判官の位置

本多 滝夫(龍谷大): 行政法研究者としてのブライヤー裁判官

小竹 聡(拓殖大): ロバーツ・コートの現在

第4回研究会(2013年3月29日(金)14時~3月30日(土)12時)

研究課題(「違憲審査基準論の比較法的再検討」)に関する合宿研究会を開催し、Stephen Breyer, Making Our Democracy Work 翻訳の最終的検討を行い、来年度の研究遂行について連携研

第5回研究会(2013年8月22日(木)15時~8月23日(金)12時)

大久保史郎(立命館大): スティーブン・ブライヤー論

坂田 隆介(立命館大): 医療改革法訴訟にみるアメリカ的福祉

大野 友也(鹿児島大): ゲイライツと違憲審査基準

塚田 哲之(神戸学院大): 厳格審査基準の構成要素としての narrowly tailored test の起源

木下 智史(関西大): 日本における違憲審査基準論の受容について

(3) 本研究は、アメリカの違憲審査制の正確な認識を得るために、合衆国最高裁における実地調査とアメリカにおける憲法研究者へのインタビューを行った。2回にわたる海外調査の内容は、以下のとおりである。

第1回海外調査(2013年2月21日(木)~2月28日(木))

アメリカ合衆国における違憲審査基準論の現状について、カリフォルニア大学アーバイン校ロースクールの Erwin Chemerinsky 教授へのインタビューと同ロースクールにおける資料収集、並びに翻訳の集中的点検を行った。

第2回海外調査(2013年11月3日(日)~11月10日(日))

アメリカ合衆国における違憲審査基準論の現状について調査するため、合衆国最高裁の見学及び口頭弁論の傍聴、合衆国最高裁長官付顧問 Jeffrey P. Minear 氏へのインタビュー、イェール大学ロースクールの Bruce Ackerman 教授らへのインタビュー、また、連邦議会図書館等での資料収集を行った。

4. 研究成果

(1) スティーブン・ブライヤー著『民主制を機能させる違憲審査(仮題)』(原題: STEPHAN BREYER, MAKING OUR DEMOCRACY WORK: A JUDGE'S VIEW) 翻訳の意義

同書の翻訳は完成し、現在、監訳者の最終的な点検を経て、近いうちに出版作業に入る

段階に至っている。同書の翻訳の過程でなされた綿密な内容の検討を通じて、以下のような知見が得られた。

同書の第1部が扱った歴史的記述(合衆国憲法の制定、裁判所の違憲立法審査権を確立した Marbery v. Madison 判決、チェロキー族の追放をめぐる最高裁とジャクソン大統領との対立、南北戦争のきっかけとなった Dred Scott 事件、人種統合教育をめぐるリトルロック高校事件)を通じて、違憲審査制の確立にとって、制度だけではなく、アメリカの人民に受け容れられなければならないことが明らかとなった。

同書の第二部が扱う、違憲審査制の制度と機能に関する叙述を通じて、違憲審査制が現実に機能する条件について、考察を深めることができた。ブライヤー裁判官は、第1部において導き出した違憲審査制確立の根本的条件、すなわち裁判所の憲法判断が人民によって受容されることがいかに達成されるかについて、憲法解釈の方法論と裁判所と他の政府機関との関係に留意する。まず、ブライヤー裁判官は、憲法の解釈方法論として裁判所が憲法に込められた原理を現実に活かす解釈、すなわち、憲法制定者の原意や文言、歴史だけに依拠したり、ましてや政治的判断や主観的判断などに基づくことなく、条文の目的と特定の解釈が現在の状況にいかなる効果をもたらすのかを重視する「プラグマティックな解釈」を提唱する。また、ブライヤー裁判官は、憲法解釈にあたって、議会、大統領、行政機関などの他の政府機関との関係を考慮すべきことを強調する。これらによって、違憲審査制が人民に受容されるためには、憲法解釈の結果妥当性を追求すべきという、平凡ではあるがしばしば忘れられがちな結論にいたる。

同書の第3部が扱う、近年注目を集めたいくつかの具体的問題に関して、合衆国最高裁がいかに対応したかの検討を通じて、アメリカの違憲審査制の現在についての全体像を得ることができるとともに、第2部でブライヤー裁判官が提唱した違憲審査の方法論が「民主主義を機能させる」とのテーマといかに結びついているのかを検証することができた。また、ブライヤー裁判官がいくつかの判決の結果妥当性について、「均衡性(proportionality)」という言葉を用いていることは本研究にとっても重要な示唆となった。「均衡性」は、比例原則とも訳され、ドイツ憲法学(そして、その他の欧州大陸諸国)において防御権侵害の合憲性を判断する基準として知られているものと同質のものと考えられる。ここから、本研究のテーマである違憲審査基準論とドイツ流「比例原則」との共通項を探ることの可能性もみえてくる。

(2) 合衆国における違憲審査基準論の成立過程と現状について

合衆国における違憲審査基準論は、当初から存在したのではなく、20世紀に入ってから「憲法革命」を通じて、厳格な違憲審査と緩やかな審査との使い分けが必要となった時点から展開を始めたといえる。今日、我々が違憲審査基準論としてイメージする様々な基準の使い分けは、ウォーレン・コート期の積極的な違憲審査権の行使とその後のバーガー・コート期における保守派とリベラル派とのせめぎ合いのなかで、先例拘束性の法理を梃子に、発展してきたものである。具体的な違憲審査基準の成立過程については、木下が「明白かつ現在の危険」、明確性の原則などについて研究を進めてきたのをはじめ、連携研究者の塚田が表現の自由領域における厳格な基準の展開過程を、合衆国最高裁内部での議論状況の綿密な検討をふまえて、研究を進めているところである。また、連携研究者の大野は、本研究への参加を通じて、合衆国における平等原則の現状についての関心を深め、同性愛者の権利に関する近年の判例法理についての研究を進めている。

(3) 日本における違憲審査基準論について
ブライヤー裁判官が違憲審査のあり方について述べているように、違憲審査をうまく機能されるためには、裁判所が「適切」な憲法解釈に基づいて、「妥当」な判断を示さなければならない。問題は、「適切な憲法解釈」はいかにしてなされ、「妥当な憲法判断」はいかにして形成されるかということである。本研究のテーマである、違憲審査基準論は、合憲・違憲をめぐる厳しいせめぎ合いのなかで、「妥当な憲法解釈」であることを説得力をもって示す方法として生み出されてきた判断手法であるといえる。基準の当てはめによって結論を導くという論証方法は、法的推論の基本的作法に則ったものであり、合衆国のように判例法の伝統をもち、先例拘束性が強く意識される国においては、高い有効性を持ち得る。他方で、審査基準の振り分けに過度に偏った理由づけは、その説得力とともに、ブライヤー裁判官が最も重視する結果妥当性をも失う。そこで、ブライヤー裁判官が重視するのが憲法判断における「均衡性」という概念であり、(1)でも述べたように、これはドイツをはじめとする欧州諸国における「比例原則」と共通性をもつと考えられる。すなわち、アメリカにおける違憲審査と欧州諸国における違憲審査の根本にあるのは、均衡性＝比例原則であり、違憲審査基準論はそれを具体化する手段であったという仮説を導き出すことができる。

今後は、アメリカにおける違憲審査基準論の機能についてさらに考究を深めるとともに、ドイツをはじめとする欧州各国における「比例原則」の具体的な判断手法を検討することを通じて、両者の共通点を探り、それを日本に応用することも可能となるであろう。

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 14 件)

木下 智史、最高裁判所の機能と判決手法の位相：憲法判断についての覚書、関西大学法科大学院ジャーナル、査読無、No.10、2015、pp.45-50

木下 智史、憲法訴訟論の先駆者—時國康夫、法律時報、査読無、87 巻 4 号、2015、pp.61-66

塚田 哲之、精神的自由権、法律時報増刊 / 改憲を問う—民主主義法学からの視座、査読無、2014、pp.86-91

DOI:BB17241385

塚田 哲之、出会い系サイト規制法上のインターネット異性紹介事業届出制度が憲法 21 条 1 項に違反しないとされた事例、法学セミナー増刊 / 速報判例解説 新判例解説 Watch、査読無、15 号、2014、pp.23-26

DOI:BB08947382

塚田 哲之、表現の自由とヘイトスピーチ、人権と部落問題、査読無、867 号、2014、pp.15-22

DOI:40020336578

大野 友也、アメリカにおける同性愛者差別立法の違憲審査基準、鹿児島大学法学論集、査読無、49 巻 1 号、2014、pp.15-33

塚田 哲之、いま表現の自由を考える—特定秘密保護法制定後の日本で、法学セミナー、査読無、712 号、2014、pp.8-12

塚田 哲之、出会い系サイト規制法上のインターネット異性紹介事業届出制度が憲法 21 条 1 項に違反しないとされた事例、TKC ローライブラリー 新・判例解説 Watch、査読無、2014、pp.1-4

DOI:z18817009-00-010821039

木下 智史、私立大学における学生の自由、別冊ジュリスト 憲法判例百選 [第 6 版]、査読無、213 号、2013、pp.26-27

木下 智史、改憲論における精神的自由権の位置付け、法律時報臨時増刊『「憲法改正論」を論ずる』、査読無、2013、pp.45-50

大野 友也、婚姻を男女間に限定するとした連邦法が違憲とされた事例 United States v. Windsor, 570 U.S. ___; 133 S.Ct.2675(2013)、鹿児島法学、査読無、48 巻 1 号、2013、pp.63-70

木下 智史、国家公務員法 102 条「政治的行為」禁止について無罪とされた事例、TKC 新・判例解説 Watch Web 版、査読無、2013 DOI:z18817009-00-010670

塚田 哲之、日の丸・君が代強制問題の現在、労働法律旬報、査読無、1768 号、2012、pp.6-17

大野 友也、同性愛行為に対する憲法上の保護—Lawrence v. Texas、アメリカ法判例百選、査読無、2012、pp.102-103

〔学会発表〕(計 2 件)

木下 智史、時國判事の憲法訴訟論、「憲法学からみた最高裁判官」研究会、2014年11月02日、日本評論社会議室(東京都豊島区)

木下 智史、最高裁判所の判決行動の人的/制度的分析-憲法分野からの報告。国際シンポジウム『現代社会における最高裁判所の役割と条件』、2013年7月12日~13日、立命館大学(京都府京都市)

〔図書〕(計 1 件)

本 秀紀編、愛敬 浩二、塚田 哲之他、日本評論社、憲法講義、2015、520

〔産業財産権〕

出願状況(計 0 件)

取得状況(計 0 件)

〔その他〕

ホームページ等

6. 研究組織

(1) 研究代表者

木下 智史(KINOSHITA, Satoshi)
関西大学・大学院法務研究科・教授
研究者番号: 4 0 1 8 3 7 9 3

(2) 研究分担者

()

研究者番号:

(3) 連携研究者

塚田 哲之(TSUKADA, Noriyuki)
神戸学院大学・法学部・教授
研究者番号: 0 0 2 8 3 3 8 3

大野 友也(OONO, Tomoya)
鹿児島大学・法文学部・准教授
研究者番号: 7 0 4 6 8 0 6 5