

平成 29 年 6 月 9 日現在

機関番号：14501

研究種目：基盤研究(C) (一般)

研究期間：2014～2016

課題番号：26380036

研究課題名(和文) 憲法訴訟論の源流に関する研究

研究課題名(英文) A study on a Japanese theory of constitutional litigation

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、芦部信喜らによって主導された、いわゆる憲法訴訟論について、その意義を明らかにしようとするものである。特に、憲法訴訟論が主に依拠したアメリカの憲法学の文脈に戻して検討することにより、そこから何を選択し、何が選択されなかったかを明らかにしようとした。特に平等及び選挙の分野についての知見を深めることができ、また、そのような知見に基づいて、日本の現在の判例理論である合理的期間論について具体的な解釈論を提示することもできた。

研究成果の概要(英文)：This research aimed to clarify "Kenpo Sosho Ron (constitutional litigation theory)", which was led by Nobuyoshi Ashibe (1923-1999). By returning it in the context of American Constitutional Law jurisprudence, I tried to make clear what it chose and what it did not pick up. Eventually I reached clearer understanding of "Kenpo Sosho Ron".

研究分野：憲法

キーワード：憲法訴訟

### 1. 研究開始当初の背景

最高裁判所による違憲審査の活性化や法科大学院制度の創設(2004)を背景として、憲法学においては、司法審査に関する研究が盛んに行われるようになってきている。

日本における違憲審査制は、日本国憲法によって導入されたものであるが、憲法学におけるその研究は、特に1960年代後半以降に芦部信喜らによって活発に行われるようになった。それは憲法学における研究分野の一つとして認められるようになり、憲法訴訟論と呼ばれた。ただ1990年代に入ると、「憲法訴訟論ブーム」は次第に下火になったとも指摘されていた。

近年の司法審査制に関する研究の再活性化は、かつての憲法訴訟論を再び注目させることになった。ただ、近年の研究は、単に憲法訴訟論を再会・発展させようとするものだけでなく、むしろ、かつての憲法訴訟論を批判する議論や、憲法訴訟論に代わる枠組みを提示しようとするものを含んでいた。

### 2. 研究の目的

憲法訴訟論に関する肯定・否定さまざまな議論がおこなわれるようになってきているが、では、そもそも憲法訴訟論とはどのような内容の理論であったのかについては、十分な検討が為されていないのではないかとというのが、本研究の出発点での問題意識である。憲法訴訟論の盛期からまだそれほど時間が経過しておらず、多くの憲法研究者にとっては同時代といって良いものであるためか、その内容について当然の共通理解があるかのように議論が進んでいるように思われた。

しかし、現在の問題として憲法訴訟論を発展させるにせよ、批判するにせよ、また、捨て去るとしても、何についてそれをしようとしているのか正確に確認することが必要であるように思われた。議論の中には、十分な検討をすることなく印象論で語られているところもあるように思われた。

そこで、本研究は、かつての憲法訴訟論の意義を明らかにすることを目的とした。

また、憲法訴訟論の意義を明らかにすることによって、現在の憲法訴訟における争点について、問題内容の解明や解決に示唆を得ることも目的とした。

### 3. 研究の方法

憲法訴訟論については、その当時のアメリカ憲法学の判例や学説から大きな影響を受けていると一般に理解されている。ただ、では、その当時のアメリカの判例理論や学説がどのようなものであったのかといえば、現在ではそれほど明らかではなくなっている。また、アメリカの憲法学から影響を受けているといっても、その影響の過程においては取捨選択(意図的であれ無意識的であれ)があったと考えるのが自然だろう。しかし、憲法訴訟論がアメリカ憲法学から何を学び、何を取

り上げなかったのかといえば、その点は明らかではなかった。

そこで、本研究では、憲法訴訟論をアメリカの文脈に戻して捉え直し、そこから何を得たのか、何を選び何を選ばなかったのかを明らかにすることによって、その意義を明らかにするという方法を採用することによって、憲法訴訟論の意義を明らかにしようと試みた。

その際、憲法訴訟論当時のアメリカ憲法学について、現在のアメリカ憲法学がどのように評価しているのかを参考にすることができた。現在のアメリカ憲法学は、ウォーレン・コートを典型とする連邦最高裁の積極主義の時代について、手放して支持するということが最早なくなっている。また、当時の判例展開がどのような帰結をもたらしたのかを踏まえたとより冷静な検討がおこなわれている。したがって、それらの研究成果を利用することによって、当時のアメリカ憲法学についてより冷静な・より客観的な認識が可能になるのではないかと考えた。

### 4. 研究成果

憲法訴訟論当時のアメリカ憲法学を理解することについては、背景となる歴史的な知識や憲法学以外の法分野についての知識を必要とするが、それらの知識の習得には予想された以上に時間がかかった。

研究成果としては、まず、「合理的期間論の可能性」を執筆することができた。

合理的期間論は、日本の最高裁が投票価値に関する訴訟において提示した理論である。投票価値については日米ともに訴訟で盛んに争われてきたが、日米の差異の一つとして、アメリカにおいては憲法違反と判断した場合に様々な裁判の手法が展開されたのに対して、日本ではそれが無いことが指摘されている。そして、その違いは英米法には救済法の伝統があり、他方、日本にはないとも説明される。しかし、同時代的な研究を行うと、アメリカにおいてもその点について始めから疑問なく認められていたわけではなく、批判がある中で、判例や学説によって徐々に形成されてきたことがわかる。そうすると、日米の差異は、単に救済法のあるなしの問題に還元することはできないように思われた。また、日本においても裁判方法の多様な展開を頭から否定して係るのは適切ではないとも考えられた。他方、日本についても仔細に見ると、最大判昭和51・4・14民集民集30巻3号223頁以降は、違憲状態 合理的期間

事情判決という枠組みが定着するが、昭和51年判決以前においては、芦部信喜や野中俊彦らによって異なる可能性が提示されており、また、下級審判例においてはその影響を受けたものもあることが確認できた。

以上の検討を下敷きとして、「立法事実論の可能性」においては、直接には、日本の最高裁における合理的期間論がどのように変

遷してきたのかについての確認と、それをどのように評価すべきかの検討を試みた。合理的期間論は、昭和 51 年判決において提示されたものと、現在のものとはその意義や役割が異なっていると理解すべきであり、現在では、裁判の方法を多様化するためのものとして受け取るべきであると主張した。さらに、現在の合理的期間論は、最大判平成 25・11・20 民集 67 卷 8 号 1503 頁がその意義を説明しているが、そこで説明された目的を前提にしても、十分に展開されているとはいえず、目的を十分に果たすためには、かつて芦部が提唱したような、公選法無効の判断を視野に入れるべきではないか、と主張した。

芦部がかつて提案した手法は、当時のアメリカの判例に見られるような裁判手法と大きく変わらない手法と評価でき、そのような手法が現在では十分に可能ではないかと考えた。

また、現在のアメリカでは、かつての裁判所の積極的な介入が期待された効果を上げなかったという反省から、違憲確認の手法が肯定的に評価されることもある。また、アメリカ以外の英米法系の国々においてそのような判断手法が積極的に採用されているようになっている。この点についても検討を行ったので、今後まとめることとしたい。

また、本研究の副次的な成果であるが、『リーガルクエスト憲法 1 総論・統治』『リーガルクエスト憲法 人権』の改訂を行った。特に 平等に関する部分は、その分野に関する最高裁判例が多数出されたということが直接の理由であるが、本研究の過程で得られた知見を参照して、大きく修正・補足をを行った。

平等に関しては、平成 27・3・10 民集 69 卷 2 号 265 頁に関する評釈を執筆した。近時の最高裁は平等に依拠した判断を行うことが多いが、平等に関するアメリカの判例と比べると、区別することそれ自体については十分に配慮が為されてきたとはいえないように思われる。当該判決はその典型ではないかと思われ、その点の指摘を行った。

総括すると、大学の研究資金が厳しい折、本研究費を得たことにより、研究者個人としては大きな進歩を得たと考える。ただ、出発点におけるアメリカ史全般に関する理解の不足、憲法以外の法分野に関する知識の不足により、それを補うことに研究時間をとられてしまった。そのため、本研究期間中の公表物は少なくなってしまったので、今後は、本研究から得られた成果を展開させ、公表を進めていきたいと考えている。

## 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)

穴戸常寿・浅野博宣・木村夏美・斎藤浩「憲法訴訟における主張構成の方法」法学教室、査読無、437 号、2017 年、158-168 頁

浅野博宣「国籍留保制度と平等」判例セレクト、査読無、2015 [1]、2017 年、6 頁

〔学会発表〕(計 0 件)

〔図書〕(計 4 件)

浅野博宣「合理的期間論の可能性」門田孝・井上典之編『憲法理論とその展開』、信山社、2017 年、155-189 頁

毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治、『憲法 総論・統治(第 2 版)』、2017 年、有斐閣、164-256 頁。

毛利透・小泉良幸・浅野博宣・松本哲治、『憲法 人権(第 2 版)』、有斐閣、2017 年、72-132 頁、310-345 頁。

浅野博宣「非嫡出子の法定相続分差別と法の下での平等(2)」憲法判例研究会編『判例ブックティス 憲法(増補版)』、信山社、2014 年、456-457 頁

〔産業財産権〕

出願状況(計 0 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
出願年月日：  
国内外の別：

取得状況(計 0 件)

名称：  
発明者：  
権利者：  
種類：  
番号：  
取得年月日：  
国内外の別：

〔その他〕  
ホームページ等

6. 研究組織  
(1)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

(2)研究分担者  
( )

研究者番号：

(3)連携研究者  
( )

研究者番号：

(4)研究協力者  
( )