

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 5 月 22 日現在

機関番号：10101

研究種目：基盤研究(C)

研究期間：2012～2014

課題番号：24530017

研究課題名(和文) 裁判所と政治部門の対話・協働に関する基礎的研究

研究課題名(英文) Basic Study on the Dialogue between the Supreme Court and Political Branches.

研究代表者

佐々木 雅寿(SASAKI, Masatoshi)

北海道大学・大学院法学研究科・教授

研究者番号：90215731

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)：カナダでは、人権保障は、カナダ最高裁判所の違憲審査という1つの点によってではなく、カナダ最高裁判所と議会との対話によって実現すると考えられている。

日本においても、人権保障や憲法保障は、最高裁判所による違憲審査という1つの点によって実現するのではなく、最高裁判所と国会や政治部門との「対話」という相互作用のプロセスによって実現することが実証された。

研究成果の概要(英文)：In Canada, constitutional dialogues between the Supreme Court of Canada and the Parliament are widely recognized especially when statutes are held unconstitutional by the Supreme Court of Canada. The protection of constitutional human rights can be achieved not through the constitutional review by the Supreme Court of Canada alone, but through the constitutional dialogues between the Supreme Court of Canada and the Parliament.

It is demonstrated that the similar constitutional dialogues between the Supreme Court of Japan and the Diet are common in Japan. The protection of human rights and constitutional norms can be attained through the constitutional dialogues between the Supreme Court of Japan and the Diet as well in Japan.

研究分野：社会科学

キーワード：対話 対話理論 対話的違憲審査 対話的違憲審査の理論 カナダ憲法 日本国憲法

1. 研究開始当初の背景

(1) 日本における従来の議論は、自覚するか否かはともかく、人権保障や憲法的価値を実現するという憲法保障は、最高裁判所（以下「最高裁」）の違憲審査という1つの点によって実現すると考える傾向が強かった。そのため、憲法保障の担い手としては最高裁のみが強く意識され、他の国家機関や国民等の役割や機能については必ずしも十分な関心が払われていなかった。このような従来の議論は、最高裁の違憲審査の時点で撮られた「静止画」によって憲法保障をとらえる方法といえる。

(2) それに対しカナダでは、カナダ最高裁による違憲判決—立法府による法改正—改正された法律の違憲審査という時間の流れの中に違憲審査を位置づけ、人権保障はカナダ最高裁による違憲判決という1つの点によって実現するのではなく、カナダ最高裁と立法府との対話という一連の相互作用のプロセスの中で実現するものととらえる。そのため、カナダでは、違憲審査におけるカナダ最高裁と立法府を、対話の主要な主体と位置づけ、対話のプロセスにおけるカナダ最高裁の憲法判断のみならず、それに対する立法府の対応、そして立法府の対応に対するカナダ最高裁による更なる違憲審査をも検討対象とする。このようなカナダの議論は、時間の流れを止めずに、「動画」として、憲法保障の流れをとらえる方法といえる。

2. 研究の目的

本研究は、憲法上の人権保障を具体的に実現するためには裁判所（主に最高裁）と政治部門（立法府および行政府）とがどのような関係に立ち、いかなる対話が憲法上要請されているのかという問題意識の下、裁判所と立法府との関係を対立ではなく「対話」ととらえ、相互の対話を重視しているカナダ憲法を比較検討の対象として、日本国憲法の人権保障を具体的に実現するために憲法上要請されている裁判所と政治部門のそれぞれの役割および相互の対話のメカニズムと内容を具体的に解明することを目的とする基礎的研究である。

3. 研究の方法

(1) カナダにおける、カナダ最高裁の違憲判決の内容、違憲判決後の立法府の対応の内容、違憲判決後に制定・改正された法律の違憲審査の内実、対話のメカニズムと内容を、具体的な判例・学説および議会議事録を中心に分析する。

(2) カナダの分析から得られた知見をふまえて、日本国憲法の下での、最高裁と政治部

門との対話の事例の分析、かかる対話に必要な条件の検討、日本で可能な対話のメカニズムとその具体的内容の提示を行う。

4. 研究成果

(1) カナダにおける対話理論は、人権保障は、カナダ最高裁の違憲審査という1つの点によってではなく、カナダ最高裁と政治部門との対話によって実現すると理解する。その具体的内容は以下のものである。すなわち、(ア)カナダ最高裁が憲法上の人権に関して法律の違憲審査を行う場合、憲法上問題となっている立法目的と立法手段の両方の憲法適合性を審査するが、カナダ最高裁の違憲判決の多くは、立法目的は合憲と判断するが、立法手段を違憲と判断する、(イ)そのため、立法府は、合憲と判断された立法目的を維持しつつ、それを憲法に適合的な新しい手段で達成できるように立法手段を改正するというように、立法府が判決後に対応することができる余地が与えられる、(ウ)憲法上の人権に関する違憲判決は、立法府が決定した政策に対する拒否権の発動ではなく、人権の尊重と社会全体の利益のために行なわれる社会的・経済的政策の達成との調整方法に関する裁判所と立法府との対話の始まりにすぎない、(エ)人権問題に関する最終的判断は、多くの場合、カナダ最高裁ではなく立法府が示すことができるため、違憲審査は民主的正当性をもちうる。

この対話理論は、カナダにおいては、憲法上の人権に関する違憲審査と立法府との関係を理解するための支配的なパラダイムとなっている。

(2) 本研究から得られた「対話的違憲審査の理論」の概要は以下のとおりである。

① 対話的違憲審査の理論の基本的視点は、(ア)違憲審査は法の支配の重要な要請であり、最高裁の違憲判決は他の国家機関を憲法上拘束する、(イ)人権保障、憲法的価値の実現と具体化、憲法保障は、最高裁の違憲判決のみで実現するのではなく、最高裁、国会、行政府、地方公共団体、国民等による憲法に関する対話という相互作用により実現する、というものである。

② 「対話」には主に以下の2つの意味がある。第1は、国家機関同士の対話であり、最高裁の違憲判決は、政治部門の事後的対応を可能にする余地を与え、違憲判決後には政治部門からの対応が示されるという、最高裁と政治部門との間の憲法問題に関する相互作用等を意味し、憲法問題に関する相互作用を「憲法的対話」と表記する。最高裁と政治部門との対話には、最高裁の違憲判決—国会の法改正という「1回の対話」と、最高裁の違憲判決—国会の法改正—改正後の法律の違

憲審査一更なる法改正という「継続的対話」の2種類がある。第2は、国家機関のみならず国民等を含めた対話であり、最高裁、国会、行政府、地方公共団体、国民等による憲法問題に関する相互作用を意味する。

対話の類型には、(ア)違憲審査における対話、(イ)違憲審査後の対話、(ウ)社会における対話等があり、対話の主な主体は、最高裁、国会、行政府、地方公共団体、国民等である。

③ 最高裁が対話を促す方法には、(ア)多数意見による違憲判決、(イ)多数意見による違憲状態・結論合憲判決、(ウ)多数意見の合憲判断の中で違憲の疑いを示唆する方法、(エ)補足意見で違憲の疑いを示したり、反対意見が違憲判断を示すもの等がある。違憲の疑いの示し方にも、強い指摘と弱い示唆とがあり、国会の法改正を求めるやり方も、強い要請と弱い要請、直接的な要請と間接的な要請とがある。

④ 最高裁の違憲判決等を受けた後の政治部門の対応にも、(ア)「服従型」(国会等が違憲判決に従い法律の改廃等を行う)、(イ)「拡張型」(国会等は、基本的に最高裁の違憲判決に従うが、法改正を行う際、違憲判決の内容を超える範囲の法改正を行う)、(ウ)「対向型」(例えば、違憲とされた法律とは異なる立法目的で、別な立法手段を用いて、違憲とされた法律に類似する法律を制定する)があり得る。

最高裁の違憲判決等に国会が対応する場合、国会で十分な憲法論議を行わず、単に最高裁の違憲判決に従い必要な法改正を行う場合は「形式的な憲法的対話」と、そして国会が最高裁の違憲判決をふまえたうえで国会独自の憲法判断を加えて法改正する場合は「実質的な憲法的対話」と評価できる。

⑤ 理想的な対話のモデルは、(ア)国会がある人権制約的な法律を制定する際、国会審議の中で立法事実を明示しつつ、当該法律が合憲である理由を説明してその法律を成立させる、(イ)その法律が最高裁の違憲審査に服する場合、国側はその法律の合憲性について主張・立証する、(ウ)最高裁は、立法目的を合憲としつつも、人権制約の範囲が広すぎるとの理由で立法手段を違憲とする等、違憲判決後に国会が対応することのできる余地を残す違憲判断を示す、(エ)国会は、最高裁の違憲判決をふまえ、独自の憲法論を展開して、当該立法目的を維持しながら、人権制約の範囲がより狭い新たな立法手段を採用する法改正を行う、(オ)その後、改正された法律が最高裁の違憲審査に服し、必要であれば判例変更もありうる、(カ)このような一連の流れを国民等が注視し、選挙、最高裁判所裁判官の国民審査、世論形成等によって国民等の憲法意識を最高裁や政治部門に示す、となる。

⑥ 日本国憲法の下、人権保障、憲法的価値の実現や具体化、憲法保障には、最高裁、国会、行政府、地方公共団体、国民等による憲法的対話は不可欠であり、憲法はそのような対話を要請している。このような対話の必然性は、日本国憲法が三権分立を採用した当然の結果である。

(3) 対話的違憲審査の理論の要請内容は以下のとおりである。

① 最高裁は、対話を実現し、促進させるため、以下のことを要請される。すなわち、(ア)原則として、立法事実をふまえた審査密度の濃い、より厳格な違憲審査を行うこと、その際、違憲判断の具体的基準を示したり、違憲性を解消するための方法に関し一定の指針を示すこと、(イ)違憲=無効という等式から離れて、違憲性の客観的判断と違憲判決の効力や救済方法とを区別し、前者の判断はより積極的に行いつつも、後者の判断では、憲法の枠内で政治部門が事後対応を行いやすいような配慮の下、違憲判決の効力や救済方法を柔軟に決定すること、(ウ)(a)国会等との対話の初期段階に違憲・無効判決を出さず、国会等の自主的対応に期待する手法、(b)対話の初期段階に違憲判決を出し国会等の迅速な対応を求める手法、(c)対話の初期段階に違憲・無効判決を出さず、国会等の自主的対応に期待するが、その後の国会等の対応が不十分な場合、より厳しい内容の違憲判決を出し、国会等の対応を求める手法に加え、(d)最高裁が国会等に対して法改正を間接的に要請する方法と直接的に要請する方法とを、事情に応じて適切に使い分けること、(エ)憲法判断には現状以上に詳細な理由づけを示すこと等である。

また、最高裁に求められているのは、違憲判決の事後処理全てについて見通しを得た上で違憲判決を出すことではなく、憲法の客観的要請、訴訟当事者の司法的救済の必要性等を考慮し、また、違憲判決により生じ得る混乱等を最小限にする工夫を加えて、それらの要請を満たす違憲判決の手法を創造的に開発・採用し、その後の問題解決を国会や政治部門に委ねることである。換言すると、人権保障や憲法的価値の実現にとって必要なことは、問題解決の全責任を最高裁が負うことではなく、最高裁の違憲判断と政治部門による事後処理との連携である。

② 国会に対する要請には、(ア)立法過程において、国会における憲法論議を活性化させ、その質を向上させることと、立法事実等を明示的に示すこと、(イ)違憲判決後に法律を改廃する場合、国会における憲法論議を活性化させ、その質を向上させることと、改正法に関する立法事実等を明示的に示すこと等がある。また、違憲審査における国側に対する要請として、国側が立法事実等を用いて法律

等の合憲性を主張・立証する責任等がある。

③ 国民等に対しては、最高裁の憲法判断や、国会の憲法論議等を注視し、選挙、最高裁判所裁判官の国民審査、世論形成等によって国民等の憲法意識を示す等、主に主権者として憲法的対話へ参加することと、憲法訴訟の当事者として国家行為の合憲性に関する対話に参加すること等が求められる。

(4) 対話理論は、(ア)最高裁の違憲判決を受けて、国会や政治部門は違憲状態を解消するために法改正等の必要かつ適切な対応をとる憲法上の義務を負うが、(イ)国会は、服従型、拡張型、対向型から対応内容を選択することができる、との立場をとる。人権保障や憲法保障は、最高裁の違憲判決と政治部門の適切な対応によって完結するのであるから、最高裁の違憲判決に政治部門が従う憲法上の要請が必要となるからである。

(5) 対話理論は、違憲審査の民主的正当性の問題にも再検討を迫る。対話理論によると、(ア)最高裁の違憲判決は憲法問題に関する最終的決定ではないため、違憲審査の制度それ自体は、これまで指摘されてきたほど、民主主義に反するものではない、(イ)司法積極主義的な違憲審査権の運用に対しては、国会が独自の憲法論を積極的に展開する立法府積極主義によって対向することが可能であり、司法積極主義が必ずしも民主主義に反する程度が高いわけではない、(ウ)司法消極主義から司法積極主義への変化も、対話の初期段階で最高裁が国会に自主的対応の機会を与えているため、必ずしも反民主的程度が高いとはいえない、(エ)最高裁の違憲判決が憲法問題に関する民主的討議を促進させるという効果も考えられる。

(6) 対話理論は、違憲審査を、少なくとも、人権制約の有無の判断と、人権制約の正当性の判断の2段階に分け、前者では人権制約を主張する当事者がその主張・立証責任を負い、後者では人権制約の正当性を主張する当事者および国側がその主張・立証責任を負うと考える。また、対話理論は、私人間の憲法訴訟においても、最高裁と国側との対話の必要性から、何らかの形で国の訴訟参加を要請する。さらに、裁判所で争われている憲法問題に関心をもつ私人が何らかの形でその訴訟に関与することは、国民等を含めた対話を求める対話理論からも要請される。

(7) 日本の最高裁の法律違憲判決の多くは、立法目的を合憲としつつ、立法手段を違憲と判断したため、問題となった法律は全否定されず、立法目的を維持したまま立法手段を修正することにより国会の当初の目的を一定程度実現することが可能となる。これは、最高裁と政治部門との1回対話と評価できる。

① 1回対話の最初の例が尊属殺重罰規定違憲判決(最大判昭48・4・4刑集27巻3号265頁)とその後の法改正である。ただ、違憲判決から刑法200条の改正に22年間を要した経緯には、以下のような特徴がある。すなわち、(ア)最高裁の多数意見は、最高裁と国会との対話の可能性を残していた、(イ)しかし、政府と自民党との合意が得られず、国会と最高裁との対話は長い間実現しなかったが、その原因は、政府と自民党が異なる憲法解釈をとったからではなく、立法政策上の判断として尊属加重規定を全面削除すべきか否かの点で合意が得られなかったからである、(ウ)違憲判決直後の国会審議では、刑法200条に関する憲法論議および立法政策上の議論も十分に行われていない、(エ)国会も政府も、違憲状態を解消するために何らかの立法措置が必要であることは十分認識していたが、国会が22年間法改正を行わなかった背景には、検察と警察の迅速な対応により、実務上刑法200条は機能停止状態となり、実務レベルで違憲状態が解消されていたことがあげられる、(オ)行政府は違憲判決に迅速に対応した、(カ)違憲判決直後に示された複数の改正案は、服従型、拡張型、そして対向的要素をもつ拡張型の対応を示している、(キ)尊属加重規定を全面削除しても、直系尊属を刑法上特に保護するという立法目的は、量刑の適正な判断によって裁判実務上達成することが可能であるため、最高裁と政治部門との対話は成立したといえる。

② 国籍法違憲判(最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁)とその後の国籍法改正も1回対話の例である。そこには、(ア)罰則規定の新たな制定は、最高裁の違憲判決をそのまま受け入れた場合に発生しうる偽装認知等の問題点を回避するため、国会や法務省独自の判断で追加したものであり、これは拡張型の法改正と評価しうる、(イ)ただ、罰則規定が設けられた理由が憲法上の理由ではなく技術的な理由と考えられるため、実質的な憲法的対話が行われたとは評価しがたい、(ウ)国会議員の中には最高裁の多数意見を国民の社会通念や憲法上の三権分立の観点から批判するものがあり、これは、国会と最高裁との実質的な憲法的対話の萌芽と言えるかもしれない、(エ)非嫡出子の相続差別問題も国会審議で取り上げられてはいたが、民法900条4号但書の改正には至っていないため、今回の国籍法改正がもつ拡張型の性質は限定的なものであった等の特徴がある。

③ 1回対話の他の例は、薬事法違憲判決(最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁)、森林法違憲判決(最大判昭62・4・22民集41巻3号408頁)、郵便法違憲判決(最大判平14・9・11民集56巻7号1439頁)、在外国民選挙権制限違憲判決(最大判平17・9・14民

集 59 卷 7 号 2087 頁) とその後の法改正である。

(8) 日本における最高裁と政治部門との対話には継続的対話もある。

① 衆議院中選挙区制の下では、国会による法改正—法改正時点では違憲状態は解消されたが、その後の較差を違憲状態とする最高裁の違憲状態判決—最高裁の違憲判決—国会による法改正—最高裁による合憲判決—法改正時点では違憲状態は解消されたが、その後の較差を違憲状態とする最高裁の違憲状態判決—国会による法改正—最高裁による合憲判決という、継続的対話が行われていた。

中選挙区制の下で最高裁は、昭和 51 年判決 (最大判昭 51・4・14 民集 30 卷 3 号 223 頁) の基本的判断枠組みを踏襲しており、判例を通観すれば、較差の程度に関しては「最大較差 1 対 3 程度を合憲とされる限界の目安にしている」と、また、合理的期間に関しては 5 年が 1 つの重要な考慮要素となっていると解される。

衆議院中選挙区制の下での最高裁と国会との継続的対話の特徴として、(ア)国会は最高裁の多数意見が示す違憲判決または違憲状態判決には対応する、(イ)国会は最高裁の多数意見が示唆する較差 3 倍という基準を超えないよう対応してきた、(ウ)国会は違憲状態を解消するために必要最小限の対応はするが、それ以上の対応には消極的である、(エ)継続的対話は最高裁の多数意見による違憲判決または違憲状態判決を主な契機としている、(オ)投票価値の較差の程度および合理的期間に関する立法裁量の幅は継続的対話の過程において変化していないため、中選挙区制の下での継続的対話は同じ幅の立法裁量を維持する効果を有していた等を指摘できる。

② 衆議院小選挙区制の下、(ア)平成 23 年の違憲状態判決 (最大判平 23・3・23 民集 65 卷 2 号 755 頁) —平成 24 年と平成 25 年の法改正—平成 25 年の違憲状態判決 (最大判平 25・11・20 民集 67 卷 8 号 1503 頁) —国会における選挙制度改革の検討という継続的対話が行われ、これは実質的には、平成 23 年の違憲状態判決から顕在化した、(イ)これまでのところ国会の対応が不十分であるため、最低限度の対話しか実現していない、(ウ)この継続的対話には立法裁量の幅を漸次的に縮小する効果がある。

平成 23 年判決と平成 25 年判決によると、(a)国会に対する最高裁からのメッセージは、多数意見のみならず、個別意見にも込められており、(b)国会は、多数意見のみならず、個別意見の内容、その最高裁内部における位置づけやその変化の方向性等をもふまえて、最高裁からのメッセージを受け取り、そのメッ

セージの内容に応じた、何らかの対応をとることが憲法上要請され、(c)最高裁と国会との対話は、違憲判決後のみならず、違憲判決前から憲法上要請され、違憲判決前後の対話によって憲法保障が実現し、憲法的価値が具体化されることが読みとれる。

③ 非嫡出子の相続差別に関しても潜在的な継続的対話が存在したと評価できる。この点、以下のことを指摘できる。

第 1 に、平成 25 年決定 (最大決平 25・9・4 民集 67 卷 6 号 1320 頁) 後、民法が改正されたため、少なくとも 1 回の対話は成立している。しかし、平成 25 年決定には過去における継続的対話の可能性が秘められている。平成 25 年決定の多数意見は、平成 15 年 3 月 31 日判決 (最 1 小判平 15・3・31 判時 1820 号 64 頁) 以降の判例は、「補足意見の内容を考慮すれば、本件規定を合憲とする結論を辛うじて維持したもの」であり、補足意見の中には法改正を要請するものがあること等を指摘し、判例変更の可能性があったことと法改正の要請という国会へのメッセージが個別意見により継続的に発せられていたことに言及した。また、平成 25 年決定前に当該事案が大法廷に回付されたことは、最高裁から国会への最後のメッセージであった。実際、複数の国会議員は、個別意見からの法改正の要請や判例変更のサインを受け取り、それに適切に対応すべきであったとの見解を、国会審議で示した。これらは、最高裁からの対話への継続的な誘いであったと解される。

第 2 に、過去における継続的対話は、立法裁量の幅を漸次的に縮小し、最終的に違憲判断に導いた。

第 3 に、国会と政府の対応には服従型と拡張型の両方の性質が見られる。当初の政府案は、違憲とされた条文の削除に加え、最 1 小判平 25・9・26 民集 67 卷 6 号 1384 頁で合憲とされた戸籍法 49 条 2 項 1 号の規定をも削除するもので拡張型の要素を伴っていたが、自民党の賛成を得られず、前者のみの服従型の対応となった。衆議院と参議院では、戸籍法を改正する修正案や法案が野党議員から提出され、拡張型の対応の可能性があったが、否決され服従型の法改正にとどまった。しかし、現在法務省内で相続法制の検討が行われ、将来相続法制が改正されれば、それは拡張型の対応となろう。

第 4 に、最高裁の多数意見が違憲判断を示さなければ国会は法改正を行わないが、違憲判断の後には法改正が実現する。ここには 2 つの要素が含まれている。1 つは、対話を実現させるためには、最高裁の多数意見による明示的な違憲判断が必要で、個別意見による違憲判断や違憲性の示唆では対話は実現しないということである。もう 1 つは、政府や法務省は、憲法上または条約上要請されまたは望ましい法改正が自民党等の反対によって実現できない場合、最高裁の違憲判断を契機

としてそれを実現するという、政策実現手段として最高裁の違憲判断を利用する可能性である。これは、最高裁の違憲判断には政策上の解決困難な問題に一定の方向性を示す機能があり、政府は時としてその機能に期待し、それを利用する場合もあり得ることを示している。

第5は違憲判断の効力である。平成25年決定は、(ア)憲法に違反する法律は原則として遡及的に無効となる、(イ)最高裁の違憲判断には先例としての事実上の拘束性がある、(ウ)違憲判断の効力が及ぶ範囲は最高裁が決定できることを明確にした。この決定を受け、法改正前であっても、司法院、行政府、私企業は決定内容に沿った対応をとり、国会も違憲判断に適合的な対応をとる必要性を認識し、法改正を行った。これは、実質的には、一般的効力と呼ぶべきものと解される。

(9) 最高裁の多数意見が、合憲限定解釈によって法律の合憲性を肯定すると、補足意見で法改正を要請しても、対話は実現しない(札幌税関事件判決(最大判昭59・12・12民集38巻12号1308頁)参照)。対話を実現させるためには、多数意見による明示的な違憲判断が必要である。

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4件)

- ① 佐々木雅寿、最高裁判所と政治部門との対話—対話的違憲審査の理論、論究ジュリスト、査読無、12号、2015、pp. 206-217
- ② 佐々木雅寿、長谷部恭男、川岸令和、駒村圭吾、宍戸常寿、座談会 対話的違憲審査、論究ジュリスト、査読無、12号、2015、pp. 218-236
- ③ 佐々木雅寿、対話的違憲審査の理論—法の支配と憲法的対話の融合—、新世代法政策学研究、査読無、19号、2013、pp. 1-107、
<http://hdl.handle.net/2115/52462>
- ④ 佐々木雅寿、カナダ憲法における比例原則の展開—『オークス・テスト(Oakes Test)』の内容と含意—、北大法学論集、査読無、63巻2号、2012、pp. 1-51、
<http://hdl.handle.net/2115/49786>

[学会発表] (計0件)

[図書] (計1件)

- ① 佐々木雅寿、対話的違憲審査の理論、三省堂、2013、pp. 1-272

[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 なし

6. 研究組織

(1)研究代表者

佐々木 雅寿 (SASAKI, Masatoshi)
北海道大学・大学院法学研究科・教授
研究者番号：90215731

(2)研究分担者 なし

(3)連携研究者 なし