

令和元年6月4日現在

機関番号：12501

研究種目：基盤研究(C)（一般）

研究期間：2016～2018

課題番号：16K03300

研究課題名（和文）時代状況に合わせた憲法判例の展開とその理論的根拠についての研究

研究課題名（英文）The study of constitutional cases reflecting social change and its theoretical ground

研究代表者

白水 隆（Takashi, SHIROUZU）

千葉大学・大学院社会科学研究院・准教授

研究者番号：70635036

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 3,400,000円

研究成果の概要（和文）：本研究では、時代状況に応じて憲法の意味を柔軟に解釈する方法につき、主にカナダにおける憲法判例の中でそれがどのように裁判所によって用いられ、かつ、それをいかに理論づけることができるのかという点から研究を行った。成果として、カナダの裁判所のアプローチが「生ける樹」という理論として正当化されていることを明らかにし、その用いられ方が事案や分野によって異なっていること、そして、同理論がカナダにおいて定着している背景に歴史的事象やカナダ憲法の基礎をなす諸原理に基づくことが確認された。それを踏まえて、アメリカ合衆国における同理論の認識との対比及び同理論の日本への適用についても検討を加えた。

研究成果の学術的意義や社会的意義

日本の最高裁判所が近年、立法事実の変遷を理由に違憲判断を下すなど、ある法令の合憲性の検討に際し、時代状況の変化を考慮要素に入れる手法は定着してきている。そのため、憲法条項の解釈を時代状況に照らして柔軟に行うことの是非について分析することは極めて重要であり、本研究ではこの手法に関する理論的基盤を提供した。特に、憲法制定当時と時代状況が大きく変わっている現代において、例えば、憲法14条1項が保障する「平等」の意味や21条1項が保障する「表現」の内容を、現代の価値観に照らして裁判所が解釈することの是非について検討することは、社会に存する問題解決に一定の示唆を与えるものと思われる。

研究成果の概要（英文）：In this research, we examined how the Supreme Court of Canada interprets the constitution in light of the social changes and how the approach is justified as a constitutional theory. More precisely, by looking at the number of cases, it is revealed that the living tree doctrine is the core ground of the approach. As a result, we concluded that some of the reasons why the doctrine is accepted in Canada were relating to its historical dimension and the fundamental notions of the Canadian Constitution. In addition, we considered how the doctrine is captured in the United States as well as how it can be adopted into the Japanese context.

研究分野：憲法学

キーワード：事情変化の法理 生ける樹理論 カナダ憲法 アメリカ憲法 憲法解釈

様式 C - 19、F - 19 - 1、Z - 19、CK - 19 (共通)

1. 研究開始当初の背景

(1) 問題意識

近年、日本の最高裁判所(以下、最高裁とする。)は、時代状況の変化や国民の意識の変化に言及しながら違憲判断を下す傾向がある(国籍法違憲訴訟や非嫡出子相続分違憲訴訟)。そして、こうした最高裁判所の判断に対しては、時代状況の変化を踏まえた点を肯定的にとらえられる指摘もみられるところである。しかし、最高裁が違憲判決に至る過程において、時代状況の変化などへの言及を行うことについては、必ずしも時代状況に合わせた憲法解釈が行われたものや理論的な背景をもとになされたものとは言えず、憲法解釈の枠組みの中でなされた判断とはいえない。

すなわち、近年の最高裁による時代状況の変化や国民の意識の変化に言及した違憲判断は、必ずしも時代状況に合わせた憲法解釈による判断を意味しておらず、こうした時代状況の変化や国民の意識の変化を憲法解釈の場面で用いることの意義と限界が、明確になっていない。また、こうした近年の最高裁の判断の背景には、理論的な裏付けをもとにした憲法解釈を行ってきた傾向や意図を見出すことができず、最高裁の判断には理論的根拠を見出すことができない。そのため、最高裁による憲法解釈において、時代状況の変化や国民の意識の変化がいかなる意義を有するかが判然としない。そればかりではなく、時代状況に合わせた憲法解釈を司法部門が行うことから、政治部門との関係を踏まえ、憲法を構築するという観点からの問題点が含まれている。

(2) 学説上の背景

こうした時代状況の変化に対応する憲法理論的な議論としては、アメリカでは「原意主義(originalism)」や「生ける憲法(Living Constitution)」などの議論がなされているところである。これらの議論は、アメリカにおいて時代状況の変化を憲法解釈の枠組みの中で理論化する議論として、多くの検討がなされているところである。また日本における憲法解釈をめぐる議論については、もっぱらこうしたアメリカの状況を比較検討するものが多く、近年では、「原意主義」や「新原意主義(New Originalism)」に関する論争やその展開を検討し、日本との比較の文脈で紹介する議論がなされている状況にある。さらにこうした議論を通じて、憲法構築論などの従来の憲法解釈方法論にとどまらない議論が展開されているところである。

もっとも、アメリカにおける議論にも様々な問題が指摘されているところであるが、隣国のカナダでは、日本において参照されるアメリカの議論とは全く別の形で憲法解釈理論(「生ける樹」理論)が培われてきた。同理論は、上院議員の資格が争われたイギリス枢密院における1930年のEdwards事件において、カナダ憲法の解釈方法として提示された。それ以降、カナダ憲法の解釈において、過去、現在、未来の文脈をその中に読み込み、時代状況に合わせた解釈つまり目的論的憲法解釈や進歩的憲法解釈を行うことで、カナダの憲法理論が構築されてきた。それにもかかわらず、これらの理論そのものの十分な検討や、日本の議論との比較はなされてこなかった。

2. 研究の目的

(1) 研究の主たる目的

本研究は、こうした日本の最高裁における憲法理論の不在と、学説上の憲法理論化の未成熟性を踏まえ、時代状況に合わせて憲法の意味を柔軟に解釈してきたカナダの司法審査に光を当て、それがどのように形成されてきたのかを探ることで、時代に合った憲法解釈方法の実態を明らかにすることである。加えて、それが政治部門や憲法学界においてどのように受け止められているのかを考察し、最善の憲法解釈とは何かを検討するものである。

カナダ憲法は、1982年の憲法改正によって、違憲審査権が最高裁に付与され、その後、司法積極主義的な姿勢を示しながら、時代の変化に応じて、カナダ最高裁における憲法解釈は進展してきた背景がある。そのため、最高裁におけるそうした憲法解釈を行った事例について、時代の変化や裁判所の特徴を踏まえ、断片的にそれらの事例を分析してしまうと、時代の流れを最高裁がどのように判断したのかという本来的な議論を見失う可能性がある。また、カナダ最高裁は、最高裁長官が担う各コート期で、その判決に至る意見形成や、裁判所内部での対立構造などの特徴が異なっている。そして、こうした点を裏付けるような、最高裁の裁判官に着目した研究や統計的な研究も数多く行われているところであり、歴代最高裁長官の業績や思想などについて、その実像なども踏まえながら検討がなされている状況である。また一方で、アメリカにおける議論との比較を含めた憲法理論に基づく多くの検討がなされており、こうした問題への注目が集まっている。そのため、1982年以降の最高裁の特徴や背景を踏まえ、さらにはアメリカにおける議論との比較を含めて、カナダ最高裁における時代状況に合わせた憲法解釈の意義を明らかにする必要がある。

そこで、本研究は、第一に、カナダ最高裁の各コートによって示されてきた時代状況に合わせた憲法解釈の実態を明らかにしつつ、具体的な解釈方法やその理論的根拠となりうる憲法解釈理論の検討を行うものである。第二に、こうしたカナダにおける時代の変化に対応する憲法解釈方法とそれを支える憲法理論の検討を通して、近年の日本の最高裁における判断過程に対する理論的な根拠を示すものである。

(2) 具体的に設定した到達目標

カナダ最高裁の各コートにおいて示された時代状況に合わせた憲法解釈を明らかにし、その

背景にある憲法理論を明らかにするためには、さらに、それが他権とどのような関係性があるかという点についても、検討しておかなければならない。特に「生ける樹」理論は、カナダ最高裁における司法積極主義やそれに対する批判、さらに対話理論といった議論とも関わる議論であり、時代状況に合わせた憲法解釈は、他権（特に議会主権）との関係での分析が必須だからである。

そのため、主たる目的をさらに明らかにするために、本研究は、カナダ最高裁における時代状況に合わせた憲法解釈の実態と、それに対する政治部門の対応という視点から検討を行うことで、憲法解釈における判例法理や憲法解釈理論の明確化と、憲法構築の観点から司法と政治部門の対話の内容を明らかにするものである。より具体的には、「1982年以降のカナダ最高裁の各コートにおける憲法解釈方法の実態と内容の把握」、「各コートにおける時代状況の変化に合わせて構築した憲法解釈方法論の抽出・分析と検討」および「制度的観点からみる憲法解釈方法論の意義と限界の明確化」、「司法及び政治部門それぞれにおける憲法解釈方法論の意義と限界の検討」という目標を設定している。は時代状況に合わせた憲法解釈の実態を明らかにするための、さらには本研究の基盤となるものであり、現在に至る最高裁の各コートの特徴を明らかにすることが目的である。はそうした特徴を踏まえながら、各コート期に下された判決から、時代状況に合わせた憲法解釈を抽出し、カナダ最高裁における憲法解釈方法論の意義と限界を明らかにすることが目的である。はとを踏まえ、さらに他権との関係を比較的に検討することで、カナダ最高裁における時代状況に合わせた憲法解釈の意義について、政治部門との対話の観点から明らかにすることが目的である。

3. 研究の方法

(1) 本研究のアプローチ

本研究は、カナダ最高裁の各コートにおける時代状況に合わせた憲法解釈について、憲法構築の観点から明らかにするために、司法と政治部門の対話の内容を踏まえた検討を行う必要がある。それは、時代状況に合わせた憲法解釈が憲法解釈の枠内だけではなく、権力分立構造の中でどのようにとらえることができるかという点と、司法におけるそうした解釈の限界点を明らかにするためにある。そこで、本研究では、カナダの「生ける樹」理論を裁判所における動態から検討する司法部門に関するアプローチと、司法に対する政治部門の応答を検討する政治部門に関するアプローチの両方の視点からの研究を行うものである。なお、これらのアプローチから得られた成果を踏まえながら、最終的には、わが国における憲法解釈独自の性格を明らかにし、憲法判断の手法の全体像を解明する研究への架橋を行うこととした。

(2) 司法部門に関するアプローチ

司法部門に関するアプローチでは、まずカナダ最高裁における各コートが採用した憲法解釈の体系化を試みることでその特徴を解明する。カナダ最高裁は、1980年代、1990年代、2000年代で最高裁長官が交代しており、各コート期（ディクソン、ラマー、マクラクリン）における最高裁判例の蓄積を分析することで、それぞれのコートの特徴と違いを明らかにし、また具体的な判決の体系性を明らかにする。またこれによって、時代状況に合わせた憲法解釈を支える判例法理や理論（たとえば「生ける樹」理論）がどのように生成、発展してきたのか明らかにするものである。なお、本アプローチの遂行には膨大な判例の分析が必要となるため、共同研究者すべてが司法部門の検討を行うこととし、また、半年に東京で1回研究報告会を開き、各コートの特徴を報告・検討することとした。さらに、これらに加えて、アメリカ憲法との比較の観点から憲法構築論を踏まえた分析を行うこととした。

(3) 政治部門に関するアプローチ

政治部門に関するアプローチでは、まず制度的な観点から、カナダ独自の憲法解釈に関わる方法論の意義と限界を明らかにすることとし、制度的に構築されたカナダにおける司法権の行使について、その特徴を明らかにする。また一方で、カナダ最高裁における時代状況に合わせた憲法解釈が、政治部門においてどのような意義を有しているかという点を明らかにするために、政治部門と司法部門との対話の内容を明らかにすることとした。なお、これら研究成果を公表するために、憲法解釈方法論と理論との架橋、さらには政治部門との対応に関するシンポジウムを東京で開催した。

4. 研究成果

(1) 上記のとおり、本研究は、カナダ最高裁の各コートにおける憲法解釈を整理することで、司法部門による「生ける樹」理論の生成・発展を探る、司法部門と政治部門の対話を基軸とした政治部門による「生ける樹」理論への反応、の2つの観点からなされ、それぞれ、下記のとおり成果を挙げた。

(2) 司法部門における「生ける樹」理論の生成と発展

本研究では、1982年憲法制定以降、これまで積み上げられてきた最高裁判決について、各コートの特徴やその意義に焦点を当てて、各コートにおいて「生ける樹」理論がどのような影響を与え、いかなる意義を最高裁が見出してきたかという点を明らかにした。上述のように、同理論は1930年のイギリス枢密院での事件において初めて言及されたものである。もっとも、同理論については、その後のカナダ最高裁判決においてほとんど言及がなされたことはなく、1982年憲法制定以降、最高裁に違憲審査権が付与されたことも影響するが、同裁判所による憲法判

断の際に言及がなされたことで、注目を集めた理論である。とりわけ 1982 年憲法制定以降、初めて憲法判断を下したディクソン・コートは、同理論が最も活用されたコートであることが知られているが、その理由には、歴史的背景が関係していることが考えられる。つまり、1982 憲法が制定され、カナダ憲法に人権条項が備わったものの、その解釈につき一定の指針を目的論的解釈により示す必要性があったという点である。これについては、カナダ憲法がしばしば比較憲法学において先端性を有した憲法であると評されることから、多くの人権条項を備えた 1982 年憲法をより実効的なものとするために、進歩的な解釈をする機運が高まったことが背景にあるともいえよう。また長官を務めたディクソン自身も、「開拓者」と評されるように、時代状況を注視しながら、1982 年憲法を解釈すること、また、そうした最高裁の姿勢をリードする努力が背景にあったといえよう。

ディクソン・コート後のラマー・コート、マクラクリン・コートにおいても、同理論への言及が見られた。しかし、1982 年憲法の開拓期を支えたディクソン・コートに比べると、同理論を用いた重要判決は存するものはいずれのコートにおいても、同理論への言及はトーンダウンしている。これについては、上記の理解に従うのであれば、まずディクソン・コートを経て、各条項の一定の解釈指針が示されたことが考えられる。つまり、新たな人権条項に対する解釈指針を示す過程において、目的論的解釈や進歩的解釈が示され、その根拠として、同理論が用いられたためである。しかし、ディクソン・コートを引き継いだラマー・コート、マクラクリン・コートでは、1982 年憲法が定着してきたという時代状況において、カナダ最高裁が同理論への言及を積極的に行う必要性が乏しいといったことが考えられる。特にラマー・コートにおいては、例えば、平等権に関する事案において、裁判官同士の対立がみられるなど、裁判所として進歩的な解釈を示す契機が少なかったことなども挙げられよう。他方で、マクラクリン・コートでは、全員一致判決が数多く見られたことも影響したのか、同理論をカナダ最高裁が用いた代表例とされる同性婚に関するレファレンスが出されるなど、同理論と裁判所の構成について一定程度の相関も見受けられる。しかし、マクラクリン・コートではこうした同理論への言及が見られるものの、ディクソン・コートと比較しても、その頻度は少ない。またマクラクリン・コートと同理論が結び付けられることを裏付ける研究は少なく、同性婚のレファレンスも平等権判例の一連の中で下された事情を鑑みると、ラマー・コートにおける議論の蓄積によって、マクラクリン・コートにおいても同理論への言及がなされたとの分析も可能である。マクラクリン・コートと同理論との関連性に関しては、今後の課題でもある。

(3) 政治部門における「生ける樹」理論への対応

「生ける樹」理論は、その性質上、司法積極主義と結びつきやすいことは言うまでもない。これは、裁判所が、時代状況という抽象的な概念を根拠に、進歩的かつリベラルな判決を下す際に同理論を用いたことから明らかである。そこで、本研究は、まず、カナダ憲法(学)が司法積極主義と親和的である背景について検討を重ねた。カナダにおいて司法積極主義が脚光を浴びたのは、ディクソン・コート期の 1980 年代であり、たとえば信教の自由、中絶規制や言語権などのように、実際に違憲判決が多く下されている。また、ラマー・コートにおいても、死刑執行国への送還や在監者の選挙権に対する規制、さらには中絶規制や性的差別などについての違憲判決が下されており、1990 年以降も一定の司法積極主義が継承されていると考えられる。カナダにおける司法積極主義については、裁判官による法創造、裁判官によるそうした姿勢への熱望、裁判官による切り札としての権利への意識、裁判官がラストワードを持つことといった点から定義づけられることがあるが、こうした最高裁による司法積極主義的な姿勢については、多くの否定的な見解も示された。特に重要な点は、否定的に捉える見解はカナダ憲法学界をはじめとした法学界からはさほどなく、批判の多くは政治学界からなされた点であった。もっとも、憲法学界も司法積極主義を全て是としているわけではなく、司法部門と政治部門との緊張関係を緩和するためにいわゆる対話理論が提唱されるなど、司法部門による行き過ぎた憲法解釈に歯止めをかける動きが見られたこと、そして、実際に対話理論がなされた事案を検討することで、政治部門への配慮がみられたことなどを提示した。

対話理論が定着しつつあった 2010 年代においても、マクラクリン・コートでは、選挙権規制や性的差別、売春規制、安楽死規制など、ディクソン・コート、ラマー・コートと同様に、違憲判決が多く下されている。マクラクリン・コートは、特に長期の保守党政権下にあっただけでなく、カナダ最高裁による司法積極主義が維持されており、例えば、前述の売春規制だけでなく、薬物規制については、自由党政権下を実施された政策を保守党政権が取りやめる決断について、保守党政権における政策を否定する結論を下しており、特にマクラクリン・コートにおいては、保守党政権との対立も見られた。しかし、近時の司法積極主義は、「生ける樹」理論を根拠とした形でなされているわけではなく、先例拘束の否定という形でなされていることが明らかとなっている。特に、マクラクリン・コートにおける売春規制と安楽死規制に対する違憲判決については、「生ける樹」理論に基づく違憲判断がなされたわけではなく、先例拘束性を否定することに焦点があてられた上で、違憲判断が下されている。したがって、生ける樹理論が司法積極主義と親和性を有している反面、必ずしも常に両者が交わっているわけでもない。そこで、「司法積極主義と対話理論」という枠組みとは別の観点から、政治部門における「生ける樹」理論への対応を捉え直す必要性が生じた。この点は、政治部門による憲法解釈とも関わるものであり、今後の課題でもある。

(3) 総括

以上のように、カナダ最高裁が「生ける樹」理論を用いた事案の分析、そして、それが可能であった歴史的背景や裁判所の構成、分野における違いなどが明らかとなった一方で、上述した課題が浮かび上がった。加えて、古典的なテーマとして、同理論と原意主義との対立、また、政治部門との関係で権力分立の観点からの考察も今後の課題として挙げられよう。この点については、アメリカ憲法との比較を通じて検討し、その一部が成果として公表されているが、特に日本への示唆という観点からも引き続き重要な課題である。確かに、カナダ最高裁が同理論を用いる際の基準が不明確であるなどの理由から、同理論を用いることに慎重であるべきとの見解も見られる。しかし、憲法解釈において明確な基準を常に導出することは困難であるし、カナダ最高裁もまた、同理論に対しての制約を natural limit (文脈に応じたもっともらしい制約) として提示していることから、全く無制限に用いているわけではない。したがって、同理論の我が国への適用可能性についてはカナダにおける議論を参照する意義は大きく、本研究はその端緒を示したものといえよう。特に、一昨年発足したワグナー・コートにおける判例分析を通じて、同理論が再度用いられる際にどのような形で用いられるのか、また、反対に、アメリカ合衆国におけるロバーツ・コートが今後原意主義に舵を切るのであれば、アメリカ憲法学における生ける憲法はどのように評価されるのかといった比較憲法学の観点からも本研究の重要性は評価できよう。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕(計 11 件)

富井幸雄、カナダ憲法の権利実効条項(Enforcement) 憲法救済法の視点、法学会雑誌、査読無、59 巻 2 号、2019、1 - 44。

富井幸雄、最高法規条項と人権侵害の法令違憲判決にける救済 カナダ憲法における解釈的救済、とくに暫定的無効中断の意味 法学会雑誌、査読無、59 巻 1 号、2018、99 - 138。

富井幸雄、アメリカ大統領の法的責任と弾劾 執行権の長のアカウントビリティ、法学新報、査読無、125 巻 7・8 号、2018、27 - 104。

大林啓吾、判決の余韻、千葉大学法学論集、査読無、33 巻 1 号、2018、127-161。

大林啓吾、ソロンのディカステリア アメリカの大統領制とポピュリズム、憲法研究、査読無、2 号、2018、91-106。

大林啓吾、生ける憲法と憲法訴訟——合憲性審査としての立法事実——、法学研究、査読無、91 巻 1 号、2018、395-426。

手塚崇聡、憲法解釈における「生ける樹」理論と司法積極主義、法学研究、査読無、91 巻 1 号、2018、427-454。

富井幸雄、カナダ立憲主義の構築者としてのディクソン最高裁判事、法学会雑誌、査読無、58 巻 1 号、2017、167-211。

手塚崇聡、憲法解釈における国際的法規範の「参照」の正当性：カナダ最高裁判所における国際的法規範の「参照」と正当化議論、社会科学研究、査読無、37 巻 2 号、2017、1-45。

手塚崇聡、カナダにおける違憲審査制度の特徴と司法積極主義、比較憲法学研究、査読無、28 巻、2016、77-101。

大林啓吾、憲法訴訟の転機と司法積極主義の兆し 契機としての再婚禁止期間違憲訴訟と夫婦別姓訴訟、法律時報、査読無、88 巻 7 号、2016、66-71。

〔学会発表〕(計 3 件)

手塚崇聡、比較憲法学における相互「参照」の意義、比較憲法学会、2018 年 10 月 27 日、日本大学(東京都千代田区)

大林啓吾、The Dynamic Constitutional Order Focusing On the issues of Sharing Economy、2018 The International Society of Public Law Conference (ICON-S) (国際学会)、2018 年 6 月 25 日、The University of Hong Kong (香港)

大林啓吾、アメリカの憲法適合的解釈、比較法学会、2016 年 6 月 5 日、関西学院大学(兵庫県西宮市)

〔図書〕(計 7 件)

手塚崇聡、司法権の国際化と憲法解釈：「参照」を支える理論とその限界、法律文化社、2018、262 頁。

山本龍彦 = 大林啓吾共編著、違憲審査基準 アメリカ憲法判例の現在、弘文堂、2018、326 頁。

毛利透 = 須賀博志 = 中山茂樹 = 片桐直人編白水隆ほか著、比較憲法学の現状と展望、成文堂、

2018、912 (591 - 610) 頁。

大林啓吾 = 白水隆共編著、世界の選挙制度、三省堂、2018、256 頁。

細川道久編富井幸雄ほか著、カナダの歴史を知るための 50 章、明石書店、2017、384(221-226) 頁。

山本龍彦 = 清水唯一朗 = 出口雄一編白水隆ほか著 (宇野文重先生との共著) 憲法判例からみる日本法 × 政治 × 歴史 × 文化、日本評論社、2016、304 (21-41) 頁。

大林啓吾 = 見平典編富井幸雄ほか著、最高裁の少数意見、成文堂、2016、382 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 :

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 :

国内外の別 :

〔その他〕

ホームページ等

無し。

6 . 研究組織

研究分担者

手塚 崇聡 (TEZUKA, Takatoshi)

中京大学、国際教養学部、准教授

研究者番号 (8 桁) : 30582621

大林 啓吾 (OBAYASHI, Keigo)

千葉大学、大学院社会科学研究院、准教授

研究者番号 : 70453694

富井 幸雄 (TOMII, Yukio)

首都大学東京、社会科学部、教授

研究者番号 : 90286922

(2)研究協力者

無し。