

令和 4 年 6 月 6 日現在

機関番号：34310

研究種目：若手研究(B)

研究期間：2017～2021

課題番号：17K13605

研究課題名（和文）司法権と保全・執行手続 権力分立論の観点から

研究課題名（英文）Relationship between Judicial Power and Civil Provisional Remedies and Civil Execution - From the Viewpoint of the Separation of Powers Theory

研究代表者

御幸 聖樹 (MIYUKI, Masaki)

同志社大学・司法研究科・教授

研究者番号：20634009

交付決定額（研究期間全体）：（直接経費） 1,500,000円

研究成果の概要（和文）：法的権利・利益が侵害された場合、実効的な救済を求めることができる仕組みが憲法上要請される。しかし、現在の法制度および運用上、実効的な救済がなされているとは必ずしもいえない。個別事件についての具体的な救済のあり方を考えるためには、どのような救済が望ましいかについて社会的事実を把握することが必要である。そのためには、司法審査を改善する必要があるとともに、国会が積極的な役割を果たす必要がある。国会のような政治部門と裁判所が協働することによって、実効的な救済が可能となる。

研究成果の学術的意義や社会的意義

どのような国家行為が違法（及び違憲）であるかは、法学の中心的な主題である。しかし、その後の問題、すなわち、違法であると評価された後、どのような実効的な救済がなされるべきかについては、議論は過少である。実効的な救済がなされないのであれば、法的権利・利益の実際上の価値は失われる。本研究では、現状、実効的な救済がなされる制度・運用とはなっていないこと、実効的な救済を検討するには社会的事実を把握する必要があり、そのためには政治部門と裁判所が協働することを示した。

研究成果の概要（英文）：The mechanism to seek effective remedies when legal rights and interests are violated is constitutionally required. However, the current legal system and its operation do not necessarily provide effective relief. In order to consider the specific remedies for individual cases, it is necessary to understand the social facts about what kind of remedies are desirable. To this end, judicial review needs to be improved, and the National Diet needs to play an active role. Effective remedies are possible when the political branches, such as the National Diet, and the courts work together.

研究分野：公法

キーワード：司法権 立法事実

1. 研究開始当初の背景

(1) 研究開始当時、「基盤研究(B)『現代社会における紛争概念の変化と司法の新しい役割 諫早湾開門紛争を例として』(西川佳代研究代表)」の研究分担者として、諫早湾開門紛争を素材として、司法による紛争解決のあり方を研究していた。同紛争は、矛盾する確定判決と仮処分決定が裁判所によって下された結果、国が相反する義務を負うことになった民事事件であるが、保全・訴訟・執行手続といった一連の裁判手続が関係している。このように、実際の紛争は訴訟手続における権利義務・法的地位の観念的解決のみで終焉するものでは決してないところ、「司法権」概念と保全・執行手続との関係性に関心を抱いた。

(2) 前提として、裁判は論理的には3つの段階に整理できる。司法判断可能性を審査する段階、()を通過した場合に)違法性(違憲性を含む意味で用いる。)といった本案を審査する段階、()において違法・違憲と判断された場合に)救済策を決定する段階である。これらの段階は相互に関連する場合もある(例えば、確認判決という救済策を採ることができるかどうかは、)に関連する「確認の利益」を充足するかに依存する。)が、論理的には区別が可能である。

なお、)については、(ア)違法行為がなされた後の事後的な救済策としての損害賠償、違法行為がなされる前の事前の救済策としての差止め、違法行為がなされる前ではあるが違法行為がなされるかどうかは不確実な場合の確認といった判決主文にて示される救済策だけではなく、(イ)合憲限定解釈や憲法適合的解釈といった解釈手法も含まれるとともに、(ウ)判決で示された判断の義務履行確保手段(間接強制や代替執行などの強制執行手段等)も含まれる。

もちろん、このような論理的な3段階の整理は、法律上の建付けとは必ずしも一致するわけではない(例えば、民事訴訟における訴訟物理論を想起すると明らかであろう。)ただ、憲法の視点からわが国の司法制度の現状を俯瞰したとき、)の救済策についての議論が過少であることから生ずる問題は看過しえないと感じられた。問題を可視化するという意味でも、このような3段階の整理を行うことには意義がある。

(3) 憲法解釈の次元で考えると、憲法76条1項「司法権」については、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」と解するのが通説である。このような通説的理解には様々な批判があり、解釈論上の一大争点であった。しかし、そのような争いは主として「客観訴訟」の位置づけを巡るものであり、通説が「裁定する」とのみ述べていることに必ずしも注意を払うものではなかった。他方、「司法権」の解釈については、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定し、解決する国家の作用」として「解決する国家の作用」を入れ込む学説がある(佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1988年)272-286頁)。この差異について検討することが本研究開始当初の背景にあった。すなわち、民事訴訟手続を念頭に置くと、訴訟手続は権利義務・法的地位の確定により紛争の観念的解決を図る手続にすぎず、訴訟手続によって観念的に示された状態は執行(手続)によって事実上実現される。「司法権」概念は、紛争の観念的解決を図るにすぎないのか、それとも権利義務・法的地位が事実上実現されるまでをも含んでいるのかということを検討する必要性を感じたのが研究開始当初の背景である。

2. 研究の目的

(1) 「司法権」概念に「解決する国家の作用」を入れ込むことは、法的権利・利益が侵害された場合に裁判所に対して実効的な救済を求めることができる仕組みが憲法上要請されることを意味する。このことは、救済を求めることができない権利は実際上の価値を(ほぼ)有しないことを踏まえると、当然の帰結であろう。

(2) しかし、わが国の司法制度の現状を踏まえると、必ずしもそのような思想に貫かれているとは言えない。以下、憲法訴訟に焦点を絞る。

まず、憲法上の権利の事後的な救済方法として専ら国家賠償訴訟が利用されている。しかし、国賠の違法性の前提問題として合憲性判断を行うかどうかは裁判所の裁量と解されており、裁判所は違憲性の判断を容易に回避することができる。また、判例法上国賠違法が認められる場合は限定的に解されているとともに、損害賠償額も権利の重要性に比して低額に抑えられる傾向がある。

そもそも、事後的な救済方法としての国家賠償訴訟は、憲法上の権利の侵害がなされた後のことであるため、救済としては次善策にすぎない。そうであれば、事前の救済方法が問題となるが、差止めはそのハードルの高さもあって憲法訴訟にてほぼ機能していない。なお、確認については、近時の重要判例の中には広く認める傾向が生じているものの、そのような判例の姿勢がどこまで広く貫徹されるのかについてはなお今後の展開を待つ必要がある。

このような法制度・判例法理に加えて、憲法訴訟の一方当事者たる国は強大な人的・物的資源

を有するところ、もう一方の当事者である市民にはそのような資源に欠けるという現実も想起する必要がある。憲法上の権利を侵害された市民であっても、時間的・金銭的コストを理由に訴訟提起をためらうことも十分に考えられる。

問題は、このような現状の制度・運用が、国に違憲な行為を行うことについてのインセンティブを与えることになっていないか、である。もしその可能性があるとするならば、その可能性を減少させる必要がある。

(3) 以上が本研究の目的であるが、そのままでは広範な事項を対象とすることとなる。そのため、民事事件の保全手続や執行手続に焦点を当てたうえで、それらの手続において裁判所が行っている国家作用についての性質を分析し、裁判所がそのような手続において広く裁量的な権限行使が許容されるかどうかを研究することとした。

3. 研究の方法

日本とアメリカ・イギリスの法令・判例・学説を整理・分析した。なお、現地での文献調査等を行う予定であったが、新型コロナウイルス感染症の関係で断念せざるを得なかった。

4. 研究成果

(1) 前提として、民事事件の保全手続や執行手続に焦点を当てていたが、アメリカやイギリスの議論を参照する中で、救済 (remedy) についての検討が不可欠であることに思い至った。

また、保全手続や執行手続について、それらの手続において裁判所が行っている作用の性質を分析することを当初は試みた。しかし、特定の国家作用について客観的・一義的なレッテルを貼ることは困難であるという結論に至った(このような結論に至った背景として、委任立法や独立行政機関の性質についての分析がある。すなわち、行政機関による受任命令の制定は立法作用または行政作用のいずれか、特定の独立行政機関の行使する権限はどの国家作用なのかといった形式的な議論は、管見の限り、結論先取りの傾向が否めない。)

そのため、保全手続や執行手続を含めて、救済についてはどの国家機関に適した国家作用であるか、という機能的な観点から分析を進めた。

(2) 特にアメリカの議論においては、権利侵害の有無の判断のような本案の判断と同様に、救済は司法作用であると整理されているように見受けられる。ただし、そこにはニュアンスの差異があって、権利侵害の有無の判断のような純粋な司法作用と同じ性質を有するという見解と、そのような純粋な司法作用とは異なる性質を有するという見解がある。そのような見解を分けているのは、権利が社会的事実依存することを認めるかどうかにある。すなわち、救済策を検討する際には、当該救済策が実際に社会に受容されることで初めて機能する以上、社会的事実についての検討を抜きにしては語ることができない(この点については、争いはないように見受けられる。)。他方、権利侵害の有無については、憲法上の権利を政治的・経験的条件の変化に左右されないものとして捉えるという見解(このような見解の背後には、司法審査と民主主義との緊張関係がある。)と、社会的事実依存することを認める見解がある (See, e.g., Daryl J. Levinson, *Rights Essentialism and Remedial Equilibration*, 99 Colum. L. Rev. 857(1999))。

このような見解の対立を踏まえつつ、救済が社会的事実依存することには争いはない以上、そのような社会的事実的確な把握に適しているのはどの国家機関であるかについて問うことこそが、本研究において求められると結論づけるに至った。

(3) それでは、裁判所は社会的事実を的確に把握することに適しているか。近年の判例を踏まえるに、裁判所は自らの判断を示す際、社会的事実を注意を払っていることには疑いはない。しかし、そこでの社会的事実(「立法事実」と言われる。)の顕出のあり方は未だ不透明である。また、日本の司法制度ではアミカス(amicus curiae)という仕組みも存在しない。そうであれば、裁判所がどこまで社会的事実の的確な把握に適しているのかについては、少なくとも現状を見る限り、疑問を呈せざるを得ない(この点についての研究成果として、「憲法訴訟における立法事実論の現況と展望」論究ジュリスト 29号(2019年)179-186頁、「アミカス」大林啓吾編『アメリカの憲法訴訟手続』(成文堂、2020年)257-284頁、「アミカス・キュリイ」比較法研究 82号(2021年)270-274頁、「憲法訴訟における『事実』」法律時報 94巻3号(2022年)118-123頁)。

(4) それでは、国会は社会的事実を的確に把握することに適しているか。基本的には、そのように考えられる。実際、特定の個別問題について国会によって救済がなされてきた歴史があるとともに、制度上も国会による救済は可能であると考えられる(この点についての研究成果として、「紛争をめぐる政治部門と裁判所」法学セミナー766号(2018年)50-53頁、「日米の個別法律の現況と課題」毛利透・須賀博志・中山茂樹・片桐直人編『比較憲法学の現況と展望 初宿正典先生古稀祝賀』(成文堂、2018年)347-371頁)。

ただし、国会が自ら救済について動くかどうかは政治状況次第である(特に、少数者の憲法上

の権利の救済に自発的に動くかどうかは、なお疑問も残る。)。そうであれば、裁判が国会の救済への契機として機能することにも意味がある。

(5) まとめると、裁判所と国会のいずれも、救済を行う国家機関として一長一短がある。裁判の現状には大いに改善の余地がある一方、国会による救済を促すなど、重要な機能を果たすことも事実である。本研究では、憲法上の権利の救済は政治部門と裁判所の協働という面があることを示したが、救済を実効あらしめるための法制度等のあり方についてはなお今後も検討を続けたい。

5. 主な発表論文等

〔雑誌論文〕 計13件（うち査読付論文 1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 御幸聖樹	4. 巻 29号
2. 論文標題 憲法訴訟における立法事実論の現況と展望	5. 発行年 2019年
3. 雑誌名 論究ジュリスト	6. 最初と最後の頁 179-186
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 御幸聖樹	4. 巻 0
2. 論文標題 アミカス	5. 発行年 2020年
3. 雑誌名 大林啓吾編『アメリカの憲法訴訟手続』	6. 最初と最後の頁 257-284
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 有
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 御幸聖樹	4. 巻 -
2. 論文標題 「日米の個別法律の現況と課題」	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 毛利透・須賀博志・中山茂樹・片桐直人編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』	6. 最初と最後の頁 347-371
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 御幸聖樹	4. 巻 766
2. 論文標題 「紛争をめぐる政治部門と裁判所」	5. 発行年 2018年
3. 雑誌名 法学セミナー	6. 最初と最後の頁 50-53
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 御幸聖樹	4. 巻 82号
2. 論文標題 アミカス・キュリィ	5. 発行年 2021年
3. 雑誌名 比較法研究	6. 最初と最後の頁 270-274
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 御幸聖樹	4. 巻 94巻3号
2. 論文標題 憲法訴訟における「事実」	5. 発行年 2022年
3. 雑誌名 法律時報	6. 最初と最後の頁 118-123
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3件 (うち招待講演 2件 / うち国際学会 0件)

1. 発表者名 御幸聖樹
2. 発表標題 「紛争をめぐる政治部門と裁判所 (ミニシンポジウム 『諫早湾干拓紛争』の諸問題 法学と政治学からの分析」の一部)」
3. 学会等名 日本法社会学会2018年度学術大会
4. 発表年 2018年

〔図書〕 計1件

〔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
---------	---------