

機関番号：12601

研究種目：若手研究（B）

研究期間：2009～2010

課題番号：21730021

研究課題名（和文） 違憲判決の法理の研究ードイツ・アメリカとの比較を中心に

研究課題名（英文） Research on the theory of judgment over unconstitutionality  
-in comparison with German and American law system

研究代表者

穴戸 常寿（SHISHIDO JOJI）

東京大学・大学院法学政治学研究科・准教授

研究者番号：20292815

研究成果の概要（和文）：本研究は、憲法訴訟において裁判所が用いる様々な判決手法（法令違憲に加え、部分違憲、適用違憲、合憲限定解釈、違憲確認判決、なお合憲判決、将来効判決等）の意義と問題点を、ドイツ法・アメリカ法との比較を通じて検討し、抽象的違憲審査制か付随的違憲審査制かという違憲審査制の基本的性格とともに、問題となる事案、法令そして憲法判断の理由づけの重要性を強調し、これら判決手法の柔軟化が司法審査の活性化にもつ意義を評価したものである。

研究成果の概要（英文）：This study examines the meanings and problems of methods in which courts uphold or invalidate the statutes in Japanese judicial review in comparison with German and American law system. It finds out that the relation among the case, statute and reasoning of the judicial judgment is as important as the structure of judicial review in deciding the best method and concludes that the flexibility of these methods will activate the judicial review.

交付決定額

（金額単位：円）

	直接経費	間接経費	合計
2009 年度	1,300,000	390,000	1,690,000
2010 年度	1,100,000	330,000	1,430,000
年度			
年度			
年度			
総計	2,400,000	720,000	3,120,000

研究分野：社会科学

科研費の分科・細目：法学・公法学

キーワード：公法学・憲法訴訟論

## 1. 研究開始当初の背景

## (1) 国内外の研究動向

わが国で憲法訴訟に関する研究（憲法訴訟論）は、1980年代半ばの芦部信喜編『講座憲法訴訟』全3巻をもって一つの頂点を迎えたとされる。裁判所の憲法判断、とりわけ違憲判決の方法についても、議論はなされてきたが、そもそもわが国の憲法訴訟の実務が停滞していたこともあり、憲法訴訟論とりわけ違

憲判決の方法についての研究は、これまで盛んではなかった。もっとも、理論と実務の架橋を目指すロースクール教育により、また(2)で後述するとおり違憲判断の活性化を踏まえて、憲法訴訟論全体に関する関心は近時高まりを見せており、2008年には戸松秀典『憲法訴訟』（有斐閣）の第2版が刊行されたほか、新正幸『憲法訴訟論』（信山社）も公刊された。もっとも、本研究の直接の対象とする違憲判決の方法に関する研究は依然

として停滞した状況にあった。

外国においては、とりわけ強力な憲法裁判所制度を誇るドイツにおいて、違憲判決の方法に関する実務と研究が華やかなところである。ドイツの憲法訴訟法のテキストは、必ず一章を設けて部分違憲判決や判決の効力といった違憲判決の方法について実例とともに論及している。

## (2)着想に至った経緯

わが国では、最高裁が過度の司法消極主義の姿勢を採用しているのではないか、憲法裁判所制度の採用により「違憲判断の活性化」を探るべきである、といった趣旨の批判が、1990年代には相次いだ。しかし近時の最高裁は、事実上人権救済的な判決を下すことはもちろん、法令違憲の判決を下すことにも、積極的になっているように見える。それが、郵便法事件判決（最大判平成14・9・11民集56巻7号1439頁）、在外国民選挙権事件判決（最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁）、そして国籍法事件判決（最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁）である。

学説では主としてこれらの判決の実体的な内容、すなわち「いかなる規定をいかなる基準で違憲としたのか」という点に研究の関心が集まりつつあったが、ここで注目したいのは、この3つの大法廷判決がいずれも法令の一部を違憲とする判決、すなわち部分違憲判決の手法を採用していたことである。判決の手続的側面、すなわち、「いかに違憲とするのか」も、実は隠れた大きな論点となっているのである。現実に裁判官は、違憲判断に至った際に、それをどのように判決として下すのかについても、判断を下さなければならない。これまでの学説では、主として違憲審査制の実体的議論、とりわけ違憲審査基準論に研究の力点を置き、こうした手続法的側面の議論とりわけ議論の出口に当たる違憲判決の方法に関する議論が疎かになってきた面は否めないように思われる。

研究代表者は、(3)で後述するとおり、ドイツの違憲審査制を一つの研究の柱としているところ、郵便法違憲判決の評釈を委ねられた際に違憲判決の方法の意義と問題性について、わが国の研究の蓄積が乏しいことに改めて気づかされたのである。

## (3)これまでの研究代表者の研究との関係

研究代表者は、これまでドイツの憲法裁判所制度の歴史的・理論的研究を進めており、その成果は単著『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）として既に公表しているところである。本研究は、これまでのいわば総論的な研究成果を踏まえつつ、いわば憲法訴訟の各論として違憲判決の方法について研究し、わが国の憲法訴訟の実務・学説に対する貢献

をしようと試みた。

## 2. 研究の目的

本研究は、憲法訴訟において裁判所が法令を違憲と判断する際の手法、問題点を明らかにすることを通じて、憲法訴訟の理論的・実務的要請に応え、こうした観点から違憲審査制の役割を新たに再検討することを目的とした。

### (1)ドイツ・アメリカにおける違憲判決の方法の比較法的研究

まずドイツにおける違憲判決の方法について、部分違憲判決や将来効判決、アピール判決などの違憲判決の種類や違憲判決の効力について、連邦憲法裁判所法の規定、実務及び学説を検討する。これに対してアメリカでは憲法訴訟に関する法典が存在しないものの、適用違憲判決の原則、可分性の法理等の違憲判決の方法に関する実務や議論が積み重ねられており、これらを再検討する。

### (2)わが国における違憲判決の方法の研究と提言

(1)での検討を踏まえて、わが国における違憲判決の方法という観点から、最高裁のこれまでの先例はもちろん下級審判決をも検討する。また、従来学説で断片的に論じられてきたところを整理し、自覚的に一つの体系立てられた法理としてまとめることを目的とする。

## 3. 研究の方法

### (1)ドイツにおける違憲判決の方法に関する実務・学説の検討

ドイツにおける違憲判決の方法に関する連邦憲法裁判所の規定と運用、学説の検討について、資料・文献の収集及び調査を行った。

### (2)アメリカにおける違憲判決の方法に関する実務・学説の検討

アメリカにおける違憲判決の方法に関する運用、学説について、資料・文献の収集及び調査を行った。

### (3)わが国における違憲判決の方法に関する検討

(1)(2)との比較を踏まえつつ、わが国の違憲審査制における、適用違憲の原則、文面上無効、可分性の法理等について、統一的な観点から再検討を行った。

#### 4. 研究成果

本研究の現段階での研究成果は、以下のとおりである。

##### (1) ドイツ・アメリカにおける違憲判決の法理

ドイツの連邦憲法裁判所は、法令の当初無効を原則としていたが、その後、違憲宣言判決、部分違憲判決、「なお合憲」判決および合憲解釈の手法等の多様な違憲判決の方法が判例により創出され、また、法令の全部を違憲としない、量的ないし質的部分無効の手法が編み出されることになった。

アメリカの司法審査では、適用審査・適用違憲が原則とされつつも、実際には文面審査・法令違憲の手法が採られる場合もある。合憲限定解釈や文言または意味の一部無効判決が下されるかどうかについては、いわゆる可分性の理論が重要な役割を果たしてきた。さらに事件・争訟の一回的解決とはいえないものの、憲法上の権利に対する実効的な救済として、宣言的判決等の手法が用いられる場合もある。

こうしたドイツ・アメリカの違憲判決の法理に、一定の類似性が見られる理由としては、違憲判決の方法が、違憲審査制の性格と並んで、問題となる事案、法令そして違憲の理由によって、大きく左右されるものであること、また法令を違憲と判断するだけでは憲法上の権利を実効的に救済することができないという現実の要請に対応するものであることによるものと考えられる。

わが国では従来、「付随的審査制か憲法裁判所型か」という違憲審査制の性格論が憲法訴訟論全体において重視され、「日本は付随的審査制だから」という理由で結論を導く傾向にあった。しかるに違憲判決の方法は必ずしも違憲審査制の性格によってのみ左右されるものではなく、全体としての憲法判断の構造にも左右されるところが大きく、アメリカと並んで、ドイツの議論もまたわが国の違憲判決の方法について大きな示唆をくみ取りうるものと考えられる。

##### (2) わが国における違憲判決の法理の展開と可能性

わが国の最高裁は、そもそも違憲法令審査権の行使には消極的であり、違憲判決を下す場合には法令違憲判決を用い、適用審査・適用違憲の手法については否定的な態度を採ってきた。ところが、近時の最高裁判例には、結論だけでなくその理由づけにおいても司法審査の活性化現象が見られるとともに、法令の文言ないし意味の一部無効の手法を用いていることが注目される（前掲した郵便法事件判決、在外国民選挙権事件判決、国籍法

事件判決に加え、衆議院議員選挙の一票の較差に関する最大判平成 23・3・23 裁時 1528 号 1 頁）。

また、文面上無効や合憲限定解釈の限界について、これまでよりも立ち入った議論が小法廷内部で闘わされた判決も見られる（最判平成 19・9・18 刑集 61 卷 6 号 601 頁）。非嫡出子法定相続分規定の合憲性について、それを憲法違反と判断した場合の法的安定性を違憲判決の遡及効の制限によって維持する、あるいは、この問題に配慮して同規定をなお合憲と判断するという手法も議論されている（最判平成 21・9・30 家月 61 卷 12 号 55 頁）。さらに、参議院議員選挙の一票の較差について合憲の結論を採りながらも、将来の違憲判断を示唆し、早期の立法による是正を勧告した判決も見られる（最大判平成 21・9・30 民集 63 卷 7 号 1520 頁）。

こうした判例の動向からは、違憲判決の手法の柔軟化が、司法審査の活性化や憲法判断の深化を可能にし、それを前提づけていることが、確認できる。そしてこうした違憲判決の手法の柔軟化は、法令違憲を原則と捉えたり、違憲審査制を争訟裁判に付随するものと捉えたりする限りでは、消極的に評価されることになろうが、違憲審査制が立法に対するコントロールの側面を有するものであることからすれば、正当に評価されるべきであり、しかも憲法上の権利のより実効的な救済にも資するものでもあることに留意されるべきである。

もともと、付随的審査制の長所である事案に則した司法判断という観点からすれば、適用違憲の手法がより活用されるべきであるにもかかわらず、判例は、法的安定性を依然として過度に重視する傾向から、この手法に消極的である。この点で、国家公務員法・人事院規則による政治的行為の禁止・処罰規定の合憲性について、下級審判決が、適用違憲の手法を用いていることが注目される（東京高判平成 22・3・29 判タ 1340 号 105 頁）。

法令違憲の判断を回避しつつ憲法上の権利を実効的に救済するという観点で、合憲限定解釈・意味の一部違憲・適用違憲の手法は連続性を有することを前提に、事案と法令、憲法判断の理由の連関の中で、最適な判決手法を選択するという枠組を確立することが、今後の司法審査の活性化のために必要である。

研究代表者としては、『憲法訴訟の現状分析』（共著、有斐閣、2012 年刊行予定）に、「違憲判決の方法」を寄稿するほか、今後できるだけ早期に、本研究の成果を最終的にとりまとめて、公表したいと考えている。

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8件)

①宍戸常寿「最高裁判決で拓かれた『一票の較差』の新局面」世界2011年6月号、20-24頁(査読無)

②宍戸常寿「憲法訴訟の今を知る」法学セミナー674号、2011年、2-4頁(査読無)

③遠藤比呂通=宍戸常寿「憲法解釈論／訴訟論と憲法学修」法学セミナー670号、2010年32-44頁(査読無)

④宍戸常寿「憲法判断の方法」法学セミナー666号、2010年、66-70頁(査読無)

⑤宍戸常寿「違憲審査制」法学セミナー665号、2010年、62-66頁(査読無)

⑥宍戸常寿「裁判所」法学セミナー664号、2010年、76-80頁(査読無)

⑦宍戸常寿「最高裁と『司法審査の活性化』」法律時報82巻4号、2010年、57-62頁(査読無)

⑧宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究71号、2009年、100-111頁(査読無)

[学会報告] (計2件)

①宍戸常寿「公務員の政治的行為と表現の自由」国際人権法学会、2010年11月14日、明治大学

②宍戸常寿「憲法学からの問題提起」、法社会学会関東支部シンポジウム、2009年11月28日、東京大学

[図書] (計3件)

①宍戸常寿「司法審査－『部分無効の法理』をめぐって」辻村みよ子・長谷部恭男編『憲法理論の再創造』日本評論社、2011年、195-208頁

②宍戸常寿『憲法 解釈論の応用と展開』日本評論社、2011年、342頁

③宍戸常寿「統治行為論について」浦田一郎＝阪口正二郎＝只野雅人＝加藤一彦＝松田

浩編『山内敏弘先生古稀記念論文集 立憲平和主義と憲法理論』法律文化社、2010年、237-253頁

6. 研究組織

(1) 研究代表者

宍戸 常寿 (SHISHIDO JOJI)

東京大学・大学院法学政治学研究科・准教授

研究者番号：20292815

(2) 研究分担者

なし

(3) 連携研究者

なし