

科学研究費助成事業 研究成果報告書

平成 27 年 5 月 23 日現在

機関番号：32689

研究種目：基盤研究(B)

研究期間：2011～2014

課題番号：23330007

研究課題名(和文) 違憲審査活性化についての実証的・比較法的研究

研究課題名(英文) Empirical and Comparative Study on Revitalization of Judicial Review

研究代表者

笹田 栄司(sasada, eiji)

早稲田大学・政治経済学術院・教授

研究者番号：20205876

交付決定額(研究期間全体)：(直接経費) 16,100,000円

研究成果の概要(和文)：カナダでは、最高裁の違憲判決とそれへの立法府の応答(憲法的対話)が広く認められているが、同様のことが日本の国会と最高裁の間にも存在することが示された(佐々木雅寿)。アメリカ及びドイツの憲法裁判と異なる「第三の類型としてのカナダ及び日本の違憲審査制」の可能性が見いだされたのである。

次に、「憲法裁判における調査官の役割」に関する研究が進展し、その成果が2015年7月に北大法学論集で公表される。同論集は北大図書館HP(HUSCUP)で公開されるので、多くの方が閲覧できる。独・仏・米・加・韓・日を対象にする調査官研究は例がなく、違憲審査制を検討するうえで重要な意義を持つものである。

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 the Supreme Court of Canada holds laws unconstitutional. It is demonstrated that the similar constitutional dialogues between the Supreme Court and the Diet are common as well in Japan. The systems of constitutional review in Canada and Japan could be characterized as the hybrid system which are different both from the American and the German systems.

Our study on "The Functions of Law Clerks in the Constitutional Litigation" will be published in the Hokkaido Law Review Vol. 66 No. 2 which can be accessed freely through internet. Our study on the functions of law clerks in Germany, France, the United States of America, Canada, South Korea and Japan is unprecedented and is of significance for the comparative examination of constitutional review.

研究分野：憲法学

キーワード：違憲審査制 対話理論 調査官 違憲判決の効力 最高裁判所裁判官

1. 研究開始当初の背景

(1) 違憲審査制は憲法学にとって主要なテーマであり、多くの研究が積み重ねられている。そのなかで制度改革を伴う違憲審査制の活性化に絞ると、1950年代の最高裁の機構改革問題、及び司法制度改革審議会意見書(2001年)が重要である。もっとも、後者は、違憲審査制が十分に機能していないことは認めつつも、違憲審査活性化のための具体的提言については、最高裁のあり方に関わる全体の仕組みを検討する必要があることから、多くを語っていない。学説は、1990年代には、伊藤正己元最高裁判事の憲法裁判所設置の主張もあって活発化し、憲法部、具体的規範統制手続、勧告的意見、最高裁の機構改革を前提にした特別高裁の設置が提言されていた。しかし、問題は、違憲審査権の性格、最高裁の二重の役割、さらに司法権等の違憲審査制の仕組みにも関わるため、学説は有効な処方箋を提示するには至らなかった。このことが上記意見書で具体的設計を行えなかった一因でもあろう。

(2) 近年、最高裁判所による違憲立法審査権の行使は、在外邦人選挙権訴訟(2005)や婚外子国籍取得訴訟(2008)、そして空知太神社事件(2010)に見られるように、一定の活況を呈している。しかし、この傾向が今後も継続するかは定かではない。最高裁の二重の役割(違憲審査・上告審)に起因する裁判官の過重負担及び上告審機能に適合的な裁判官の選任などの制度上の問題に批判的検討を加える必要がある。そのうえで、上記提案について、いっそうの検討が必要であらう。

2. 研究の目的

わが国の違憲審査制の制度的基盤を検討することなく、違憲審査の活性化のための方策を提言することは説得力に欠けるものであろう。そこで、違憲審査権の性格、最高裁の二重の役割、調査官制度、司法権等の違憲審査制の仕組みを規定する要素について実証的

分析を行うとともに、ドイツ・フランス・アメリカ・カナダ・韓国の違憲審査制についての比較法的知見を駆使して上記要素を検討し、それらに基づき、違憲審査のあり方(立法府との関係)、最高裁判事選任プロセスの改革、客観訴訟の拡大、調査官制度の改革、及び違憲審査制の運用(違憲審査の方法・違憲判決の効力)について提言を行おうとするものである。

3. 研究の方法

本共同研究は三段階のプロセスで構成される。まず、第一段階は、制度改革及び違憲審査制の運用について日本及び主要国を対象にして情報収集を行い、問題の所在に関する認識の共有を試みる。第二段階では違憲審査制のベースを取り上げ、アメリカ司法審査制が各国違憲審査制に与えた影響、アメリカ型司法審査制とドイツ型憲法裁判所制に加えて第三類型の可能性、などを検討する。最後の第三段階で第一及び第二段階の成果に基づき、違憲審査活性化のための方策について提言を行う。また、違憲審査制の活性化策については様々な見解があることに鑑み、第二・第三段階では、ゲストスピーカ - を招き論争的なワークショップを開催することで議論の深化に務めたい。最後に、総括的なシンポジウムを開催し、これまでの研究成果を速やかに公開する。

4. 研究成果

(1) 本研究の目的の一つは、ドイツの憲法裁判とアメリカの司法審査制を対比する観点に限定せずフランス・カナダ・韓国等でも育まれている発想を抽出することで、米独と異なる違憲審査制の類型を探ろうとするものであった。佐々木雅寿(研究分担者)の提唱する「対話的違憲審査の理論」は、カナダをモデルとして、「人権保障は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、主に、最高裁と立法府や政治部門との

対話という一連のプロセスの中で実現する」と主張する。この対話理論は、カナダにおいて、「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支配的パラダイム」であり、「カナダ最高裁の違憲判決の多くは、立法目的ではなく立法手段を違憲とし、立法府が判決後に対応することができる余地を与えており、立法府は立法手段を違憲と判断された法律の立法目的を維持しつつ、それを新しい合憲的な手段で達成できるように法改正することができる、これにより最高裁と立法府との対話が成立し、最後の言葉は最高裁ではなく立法府が述べることができる」。

佐々木は、日本国憲法下の違憲審査を、対話理論によって説明する新たな試みを提示する。佐々木は対話理論を使って、「最高裁と国会や政治部門との関係を、時間の流れの中で、ダイナミックな相互作用として動的に捉える視点」を獲得している。「憲法秩序を守るという憲法保障は、最高裁による違憲審査という一つの点によって実現するのではなく、国会の法律制定・最高裁の違憲審査・国会の法改正・最高裁の更なる違憲審査・国会の更なる法改正という、最高裁と国会などとの相互作用のプロセスによって実現する」のである。

カナダの違憲審査制における対話理論をわが国の違憲審査制に接合する佐々木の試みは本研究の重要な成果である。

(2) アメリカの司法審査制を媒介にして、わが国の違憲審査制をドイツの憲法裁判と対比させる試みも本研究の目的の一つである。

「違憲判決の効力」について、アメリカをモデルとする日独の憲法裁判の成立過程を研究することで、新たな知見が得られた。ドイツ連邦憲法裁判所の判決には法律的効力が付与されているが、それは、通常の裁判所とはそのまま接続しない憲法裁判所を設立したこと、及びドイツにおける「先例拘束」原理の不存在が、理由であった。アメリカの司法審査制

は「対抗モデル」とされ、ドイツ独自のやり方が採用された。これに対し、我が最高裁判所の違憲判断の効力については、ドイツほどの議論はなく、アメリカをモデルとすることに落ち着くものの、深い検討は見られなかった。ただ、ドイツと異なり、最高裁判所は一体的な裁判所システムの頂点にあるから、最高裁判所の違憲判断は下級裁判所に対し強い拘束力を持つ。一方、「法律的効力」が付与されていないことから、議員定数不均衡事件が示すように、立法府は最高裁判所の違憲判断に適切な対応を取らないことも多々ある

(ここでは、「対話理論」で説明できないケースを想定している。)。そこで、立法府に対するなんらかの「拘束力」を認める必要があるが、これは立法的課題といえる。ただ、解釈論により「拘束力」を導出する手法も、今後、検討すべきで課題ある。

(3) 違憲審査制の制度的基盤を研究する場合、調査官制度は極めて重要な位置を占めている。それは、藤田宙靖(元最高裁判所裁判官)が、その経験を踏まえ、「最高裁の裁判は、裁判官と調査官の共同作業によるもの、というのが、最も正確」と明言するところに現れている。2015年8月に、ドイツ(笹田栄司)、フランス(山元一)、アメリカ(中林暁生)、カナダ(佐々木雅寿)、韓国(國分典子)、そして日本(宍戸常寿)を対象とする第8回違憲審査制研究会(「憲法裁判における調査官の役割」)を開催した。これは、本研究「違憲審査活性化についての実証的・比較法的研究」の総括という意味も持つ。これにより、各国の憲法裁判とそれぞれの調査官制度が深いつながりをもって形成されたこと、及び、それにもかかわらず各国の調査官制度には一定の類似点があることが明らかになった。これらの研究会報告を発展させた論稿は、北大法学論集66巻2号に掲載される。

総括コメント(宍戸常寿)では、「諸国の憲法裁判における調査官制度の役割は、意外に

も、『裁判官の命を受けて、事件……の審理及び裁判に関して必要な調査その他他の法律において定める事務をつかさどる』（裁判所法57条2項）とされる日本の最高裁判所調査官のそれとの共通性が多いのではないかと、ということである。これは、各国における憲法ないし憲法裁判が果たしている役割から見て、憲法裁判所ないしそれに相当する機関が処理すべき案件が多種多様かつ膨大であり、それ故に憲法裁判所の裁判官等を組織的に補佐する必要性が高いという普遍的な現象があり、憲法裁判を支える調査官の存在が不可欠であるということが、確認できたのではないかとしたうえで、調査官の補佐形態について、次のように分析する。「日本の最高裁判所調査官は、フランス憲法院調査官と同じく、一体として裁判所を補佐している点で、アメリカ・カナダのロークラーク及びドイツの調査官が個々の裁判官を補佐するのは、鋭い対照をなしている。韓国憲法裁判所研究部が専属部と共同部から構成されているのは、ハイブリッド型といえよう。なお、アメリカのロークラークについても、多数の裁量上訴を処理するために、部分的な『プール制度』が採用されている点は興味深い」。

違憲審査の活性化を考えるうえで、調査官制度は必須の検討対象とすべきである。わが国の調査官制度の将来像について、韓国憲法裁判所研究部のように「ハイブリッド型」として構想する、あるいは、ドイツ、アメリカ、カナダのように裁判官専属の調査官を配置する制度を採用するといった主張がありうるが、いずれの主張をとるにせよ、本研究業績は重要な判断材料を提供する。

（４）英米法的思考に立脚して新たな司法制度を担う人材の払底を高柳賢三が嘆いたのは1952年のことであった。明治憲法下におけるドイツ法に基盤を有する「裁判」及びそれを担う裁判官と、アメリカ憲法研究の進展がそれなりに結びついて、憲法裁判が新たな

展開を示すには一定の時間が必要だった。1978年から1984年まで最高裁判所裁判官であった中村治朗は、まさに高柳が求めていた人材だった。中村は、わが国の違憲審査の基調といえる司法消極主義を理論的に基礎づけるとともに、エクイティ的手法（「事情判決」や「手続的正義」）を創出し、それは最高裁判例において今なお用いられている。

違憲審査制の活性化を検討するうえで、中村は興味深い裁判官である。それは、中村が「理論的な、参謀本部型裁判官」であって、「英米司法に関する造詣は専門の学者に伍する」（園部逸夫元最高裁判所裁判官）という、キャリア裁判官として希有の存在だからだ。中村は、1948年3月に事務局行政部（事務総局行政局）に入る前は、「東京地方裁判所判事（のちに判事補）の肩書で、二年あまりの間外務省の高柳賢三法律顧問室に勤務していた」。中村は、「私はこの間、夢中になって英米法の勉強を続けた」と回想している。中村は裁判官として油がのった時期に大病を患っている。逆境と言うべきこの時期に、中村は病室で英米法や政治哲学の原書を読んでいたと思われる。このような中村の研鑽ぶりは、求道者とも言うべき中村独自のスタイルであり、裁判官一般に求めることはできない。ただ、中村の歩んできた道は、最高裁判所裁判官がキャリア裁判官の「トップ」という位置づけにとどまってはならないことを示している。最高裁判所裁判官は違憲法令審査権を最終的に行使する最高裁判所の一員である以上、憲法に対する「哲学」が求められる。

中村は、違憲審査権を与えられたことにより、裁判所は否応なく「危険な領域に足を踏み入れることになった」と述べている。「裁判は、もっぱら、裁判官個人の主観的な価値観や政策的見解を超えた、ある客観的な正当性の基準（それが『法』という客観的存在である）にのみ基づいてなされ、裁判官は、い

わば無私の心をもってかかる客観的基準を
発見する特別の能力と資格を備えていると
考えられているところに、その権威の根拠を
もっている。これは「神話」かもしれない
が、「裁判がその社会的機能を果たすために、
多かれ少なかれ欠くことのできない要素」で
ある。ところが、「憲法判断においては、そ
れがコントロールヴァーシャルな問題に
関するものであればあるほど」、憲法は直接には客
観的基準を与えるものではない。また、裁判
官の示す判断は、「最終性と拘束力を与えら
れている」。このような事情は、「裁判官に対
し、憲法判断については慎重の上にも慎重で
あるべきことを要請するものではないだろ
うか」。このような中村の考え方は結果とし
て、最高裁判所の司法消極主義礎となる。「中
村の豊富なアメリカ司法に関する知識は、か
えて日本をその理想型において把握する
結果となった。中村の優れた主張は、むし
ろ日本がアメリカのように違憲判断の濫
発を経験した後の状況にふさわしい」(園
部逸夫)との評価は正鵠を射ている。

本研究は、違憲審査の活性化を考えるう
えで、最高裁の二重の役割(違憲審査・上
告審)に起因する裁判官の過重負担のよう
な、制度やシステムにもつぱら焦点をあて
ている。とはいっても、違憲審査制の主
要な担い手である最高裁判所裁判官にも
目を向ける必要は当然ある。キャリア裁
判官として希有と言うべき中村治朗の存
在は、最高裁判所裁判官が研鑽を積む
時間や環境の必要性を「照射」している
のである。

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26件)

笹田栄司、憲法学から見た最高裁判所裁
判官 求道者 - 中村治朗、法律時報、査
読無、87巻5号、2015、116-121頁

笹田栄司、ドイツ連邦憲法裁判所にお
ける調査官の役割、北大法学論集、査
読無、66巻2号、2015、頁数未定

山元二、フランス憲法院における補佐機

構、北大法学論集、査読無、66巻2号、
2015、頁数未定

中林暁生、合衆国最高裁判所におけるロ
ー・クラーク、北大法学論集、査読無、
66巻2号、2015、頁数未定

佐々木雅寿、カナダ最高裁判所にお
けるロー・クラーク、北大法学論集、査
読無、66巻2号、2015、頁数未定

國分典子、韓国憲法裁判所の組織機構と
憲法研究官の役割、北大法学論集、査
読無、66巻2号、2015、頁数未定

穴戸常寿、日本の最高裁判所を踏ま
えての総括コメント、北大法学論集、査
読無、66巻2号、2015、頁数未定

村上裕章、団体訴訟の制度設計に向
けて - 消費者保護・環境保護と行政訴訟・民
事訴訟、論究ジュリスト、査読無、12号、
2015、114-118頁

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、206-217
頁

鈴木秀美、日本の違憲審査制の現状と課
題 - 制度改革をめぐる議論を中心に、阪
大法学、査読無、64巻6号、2015、439-451
頁

赤坂正浩、日本の最高裁判所の違憲
審査60年、江原法学、査読無、41号、2014、
1-23頁

村上裕章、客観訴訟と憲法、行政法研究、
査読無、4号、2013、11-50頁

笹田栄司、学界展望〔統治〕、公法研究、
査読無、75号、2013、297-308頁

山元二、憲法の射程、法律時報、査読無、
85巻5号、2013、4-10頁

穴戸常寿、合衆国最高裁の同性婚判
決について、法学教室、査読無、396号、2013、
156-162頁

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、1-107
頁

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、1-51頁

中林暁生、司法消極主義と司法積極主義、
法学セミナー、査読無、695号、2012、
43-47頁

村上裕章、原告適格拡大の意義と
限界 小田急線高架化事件、論究ジュ
リスト、査読無、3号、2012、102-108頁

林知更、連邦と憲法理論(上)、法律
時報、査読無、84巻5号、2012、99-105
頁

① 林知更、連邦と憲法理論(下)、法律
時報、査読無、84巻6号、2012、66-74頁

② 笹田栄司、警察予備隊違憲訴訟 - 政治
との距離を図る「方程式」の誕生、論
究ジュリスト、査読無、1号、2011、10-17

- 頁
- ⑳ 笹田栄司、第6章「司法」総説、別冊法学セミナー・新基本法コンメンタール憲法、査読無、210号、2011、397-402頁
- ㉑ 笹田栄司、第76条、別冊法学セミナー・新基本法コンメンタール憲法、査読無、210号、2011、402-408頁
- ㉒ 赤坂正浩、公務員と人権-最高裁判例小史の視点から、法学教室、査読無、370号、2011、13-20頁
- ㉓ 山元二、憲法解釈における国際人権規範の役割、国際人権、査読無、22号、2011、35-40頁

〔学会発表〕(計5件)

村上裕章、司法制度改革後における行政法判例の展開 - 理論の過剰と過小、日本公法学会、2014年10月13日、中央大学

赤坂正浩、ドイツ法上の職業と営業の概念、早稲田大学 GCOE「憲法と経済秩序」研究会、2012年1月8日、早稲田大学

笹田栄司、日本の裁判所による人権救済と人権条約上の人権 - 個人通報制度を視野に入れて〔総括コメント〕、国際人権法学会、2011年11月5日、北海道大学

MURAKAMI, Hiroaki, La protection des donnees personnelles en droit public japonais、日仏法学共同研究集会、2011年9月27日、東京大学

山元二、現代における人間の条件と人権論の課題、全国憲法研究会、2011年5月14日、東京経済大学

〔図書〕(計10件)

笹田栄司、信山社、高見勝利先生古稀記念論文集・憲法の基底と憲法論(岡田信弘・笹田栄司・長谷部恭男編)、2015、547-570頁

山元二、信山社、現代フランス憲法理論、2014、1-736頁

佐々木雅寿、三省堂、対話的違憲審査の理論、2013、1-252頁

赤坂正浩、信山社、規範力の観念と条件(ドイツ憲法判例研究会編)、2013、171-194頁

中林暁生、日本評論社、憲法学の世界(南野森編)、2013、149-161頁

笹田栄司、信山社、大石眞先生還暦記念・憲法改革の理論と制度(曾我部真裕・赤坂幸一編)、2012、69-99頁

穴戸常寿、有斐閣、憲法訴訟の現状分析(戸松秀典・野坂泰司編)、2012、64-89頁

村上裕章、有斐閣、阿部泰隆先生古稀記念・行政法学の未来に向けて(高木光・交告尚史・占部裕典・北村喜宣・中川丈久編)、2012、733-752頁

國分典子、慶應大学出版会、近代東アジア世界と憲法思想、2012、1-327頁

山元二、信山社、講座国際人権法<3>(芹

田健太郎・戸波江二・棟居快行・薬師寺公夫・坂元茂樹編)、2011、367-397頁

6. 研究組織

(1) 研究代表者

笹田 栄司 (SASADA EIJI)
早稲田大学・政治経済学術院・教授
研究者番号：20205876

(2) 研究分担者

山元 一 (YAMAMOTO HAJIME)
慶應大学・大学院法務研究科・教授
研究者番号：10222382

村上裕章 (MURAKAMI HIROAKI)
九州大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授
研究者番号：20210015

穴戸 常寿 (SHISHIDO JOJI)
東京大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授
研究者番号：20292815

林 知更 (HAYASHI TOMONOBU)
東京大学・社会科学研究所・准教授
研究者番号：30292816

國分 典子 (KOKUBUN NORIKO)
名古屋大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授
研究者番号：40259312

鈴木 秀美 (SUZUKI HIDEMI)
大阪大学・大学院高等司法研究科・教授
研究者番号：50247475

佐々木 雅寿 (SASAKI MASATOSHI)
北海道大学・法学(政治学)研究科(研究院)・教授
研究者番号：90215731

赤坂 正浩 (AKASAKA MASAHIRO)
立教大学・法学部・教授
研究者番号：80167816

中林 暁生 (NAKABAYASHI AKIO)
東北大学・法学(政治学)研究科(研究院)・准教授
研究者番号：70312535

(3) 連携研究者 なし