

資 料

## 日本における違憲審査制の軌跡と特徴

市 川 正 人

### は じ め に\*

本シンポジウム「台独日三国法学に関する比較研究」にお招きいただき、日本における違憲審査制につき報告する機会を与えられたことを非常に光栄に存じます。ご招待いただいた台北大学に対して、また、連絡役になっていただき何かとお世話いただいた蔡秀卿先生に心よりお礼申し上げます。

さて、私は、以下、日本における違憲審査制の実状とそれに対する評価、最近提唱されている改善案について報告することによって、日本、ドイツ、台湾三者の比較のための素材を提供したいと思います。

### 日本における違憲審査制の性質

#### (1) 違憲審査制の成立

第2次世界大戦後、日本民主化のための戦後改革の要として日本国憲法が制定された（公布1946年11月3日、施行1947年5月3日）。戦前の憲法であった大日本帝国憲法は、裁判所に違憲審査権を認める規定を有しておらず、裁判所は違憲審査権を有しないと解されていた。違憲審査制は、日本においては、81条において「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と定める日本国憲法において初めて導入された。

ただ、当初から、日本国憲法の採用する違憲審査制が司法裁判所に違憲審査権を認める司法裁判所型（司法権の行使に付随して違憲審査権が行使されるので、付随的違憲審査制とも呼ばれる）か、あるいは司法裁判所型と憲法裁判所型との折衷型であるのかをめぐって学説上対立があった。後者の立場は、最高裁判所が憲法判断をする権限を有するという日本国憲法81条の文言に注目して、これは、すべての裁

判所に司法権に付随した違憲審査権が認められることを前提<sup>1)</sup>、さらに最高裁判所に抽象的違憲審査権を認める規定である、と捉えるのである。最高裁判所は、ドイツの連邦憲法裁判所の抽象的規範統制のような形で、政治部門等の要請に基づき、具体的事件を前提とせず法律の合憲性について判断を下すことができる、というのである。しかし、抽象的違憲審査権は伝統的な司法権概念とは異質なものであるのに、憲法81条は司法の章にあること、憲法81条が最高裁判所に抽象的違憲審査権を付与する規定であるのであれば、出訴権者、出訴事項、判決の効力等、抽象的違憲審査権の行使に関する基本的な事項が憲法に定められているはずだが、そうした定めが憲法にないこと等からして、憲法81条が最高裁判所に抽象的違憲審査権を付与する規定であると解するのには無理がある。そこで、最高裁判所も司法権行使に付随した違憲審査権のみを有するという前者の立場が圧倒的な通説である。そして、そうした立場に立つ学説の多数は、法律でもって最高裁判所に抽象的違憲審査権を付与することは憲法違反であるとしている。また、最高裁判所も早くから前者の立場をとることを明らかにしており<sup>2)</sup>、日本国憲法下の違憲審査制は、司法裁判所が通常の事件につき裁判をするのに必要な場合に必要の限りで憲法判断をする、という司法裁判所型の違憲審査制として運用されてきている。

## (2) 司法裁判所型違憲審査制の憲法保障機能

このように日本の違憲審査制は実務上司法裁判所型として展開してきている。司法裁判所型の違憲審査制の下では、違憲審査権は司法権を行使するのに（すなわち裁判所に持ち込まれた紛争を解決するのに）必要な場合に必要の限りで行使されるわけであるから、違憲審査権は、本来的に私的紛争解決機能ないし私権保障機能を果たすことになる。しかし、個々の事件について必要な場合に必要の限りで憲法判断を下すことを通じて、その限りで国家行為の合憲性をチェックしているのであるから、司法裁判所型の違憲審査制も憲法保障の仕組みであり、憲法保障機能を果たしている。そこで、一般に、違憲審査権を有する終審裁判所である最高裁判所は「憲法の番人」と呼ばれている。

ところで、日本の裁判所は、本来的な司法権を行使するのに必要な場合にだけ違憲審査権を行使しているわけではない。民事訴訟、刑事訴訟、個人の権利・法的利益の侵害の救済を求める行政訴訟（主観訴訟たる行政訴訟）の裁判が本来的な司法権の行使である。しかし、裁判所に本来的な司法権の行使以外の権限を法律で付与することは許される、と解されている。裁判所法3条1項は、こうした立場に立ち、裁判所は法律上の訴訟の裁判を行うほか、その他法律において特に定める権限を行

使すると規定している。法律によって裁判所に与えられた権限のうち重要なものが、当事者の具体的な権利利益の保護ではなく、客観的な法秩序維持を目的とする訴訟である客観訴訟の裁判である。客観訴訟には、「自己の法律上の利益にかかわらない資格で提起」される「国又は公共団体の機関の法規に適合しない行為の是正を求める訴訟」である民衆訴訟（行政事件訴訟法5条）と「国又は公共団体の機関相互間における権限の存否又はその行使に関する紛争についての訴訟」（同法6条）である機関訴訟がある。前者の例としては、有権者や候補者が選挙の効力等を争う選挙訴訟（公職選挙法203・204条）、住民が地方公共団体による違法な公金支出等を争う住民訴訟（地方自治法242条の2）、後者の例としては、大臣が、都道府県知事が法律によって都道府県が受託した国の事務の管理・執行を怠っているなどとして提起する代執行訴訟（同法245条の8）がある。裁判所は、こうした客観訴訟の裁判をするにあたっても違憲審査権を行使している。たとえば、選挙訴訟は議員定数の不均衡（投票価値の不平等）を争う主たるルートになっているし、住民訴訟は地方公共団体の宗教とかかわりをもつ行為を政教分離原則違反として争うルートとして頻りに利用されている。このように裁判所は、本来の司法権を行使する場合だけでなく、法律によって付与された権限を行使するのに必要な場合にも違憲審査権を行使している。それゆえ、日本の司法裁判所型違憲審査制において憲法保障機能が発揮されうる場合は、相当広い。

また、日本の判例上は、当初から違憲審査制の憲法保障機能が意識されていたようである。たとえば、最高裁判所は、当事者が主張していない（それゆえ、それにつき判断を下すことが当該事件を処理するのにどうしても必要というわけではない）憲法問題についても職権によって憲法判断を示してきた。また、法令の違憲審査の方法としても、当該事件の事実関係を前提に法令が当該事件に適用された限りで合憲か否かを審査する（適用審査）よりも、一般的に法令が合憲かどうかを問題としてきた（文面審査）。さらに、最高裁判所は、訴訟が期日の経過や原告の死亡で既に消滅したという判断を下しながら、「なお、念のため」として括弧書きの中で憲法判断を示したことがある<sup>3)</sup>。当該具体的事件が終了しているのであるから、当該事件を処理するのに憲法判断が必要であるわけではないのに、最高裁判所は、最高裁判所の違憲審査権の憲法保障機能を意識してこうした「念のため」判決を下したのであろう。もっとも、最高裁判所が常に違憲審査制の憲法保障機能を十分発揮させようとして憲法訴訟の間口、憲法判断の場を拡大してきたとは言いがたい。たとえば、立法の不作为の違憲性を国家賠償訴訟で争う道を実質的に閉ざす判決を下している<sup>4)</sup>、高度に政治的な国家行為は違憲審査の対象とならないという統治行

為論<sup>5)</sup>を採用してもいる。ただ、最高裁判所が、違憲審査制は憲法保障機能を有するものであり、違憲審査権の行使は当該事件の解決にどうしても必要な範囲に厳密に限定されなければならないものではない、と意識してきたことは確かである。

## 日本における違憲審査制の軌跡

### (1) 違憲審査権の運用状況

では、日本の裁判所（とりわけ最高裁判所）は、違憲審査権をどのように行使してきたであろうか。最高裁判所は「憲法の番人」として政治部門の行為について有効なチェックを及ぼしてきたであろうか。

まず、最高裁判所は、当初、憲法12条（「国民は……常に公共の福祉のためにこれ〔憲法によって保障される自由・権利〕を利用する責任を負ふ」）、13条（「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り……国政の上で、最大の尊重を必要とする」<sup>6)</sup>）を根拠に、基本的人権も公共の福祉によって制限されるとし、三段論法的な公共の福祉論を用いて、基本的人権を侵害すると主張された法令・国家行為の合憲性を簡単に認めていた<sup>7)</sup>。この三段論法的な公共の福祉論とは、図式化すれば、「大前提 = 基本的人権も公共の福祉によって制限される、小前提 = ある基本的人権を制限する法律は〇〇〇という公共の福祉の実現を目標とするものである、結論 = 問題の法律は憲法に違反しない」といったものである。そこでは、問題の法律の目的規定や国会での趣旨説明から法律の目的を認定しそれを公共の福祉としているだけであり、事実に照らして規制目的を認定しているわけではないし、規制の必要性の程度（規制をしない場合に弊害が生じる可能性や弊害の程度）を問題としてもいない。さらに、規制手段が当該目的を達成するのに役立つか、目的実現のために必要最小限の（あるいは必要かつ相当の）ものであるか否かも問題としていない。これでは「公共の福祉」さえ持ち出せばどんな人権制限も許されることになってしまう。こうした最高裁判所の姿勢には学説の批判が向けられ、公共の福祉論をめぐる論争が生じた。

しかし、1960年代に入ると、最高裁判所は、できる限り人権の保障がはからなければならないという見地から、より緻密に憲法判断を下すようになった。その典型が、公務員の労働基本権制限に関する1960年代の判決である。日本においては、冷戦の深まりを背景に公務員の労働基本権（特に争議権）が厳しく制約されるに至った。すなわち、公務員はストライキ等の争議行為を禁止され、あおり・そのかしについては刑罰が科されている。戦後長らく公務員の労働組合が労働運動の中

心的な位置を占め、また、野党第1党である社会党の有力な支持母体であったこともあって、こうした公務員の労働基本権の制限が労働基本権を保障する憲法28条<sup>8)</sup>に違反しないか否かは、戦後日本を代表する憲法問題の一つであった。当初、最高裁判所は、このような制限は、公務員が「全体の奉仕者」である<sup>9)</sup>ことに伴う公共の福祉のための当然の制約であり、合憲であると簡単に述べていた<sup>10)</sup>。しかし、1960年代になると、最高裁判所は、公務員の労働基本権の制限は必要最小限でなければならないという立場から、争議行為を禁止する法律に限定解釈を加え、法律自体を違憲とはしなかったものの、公務員による争議権の行使を事実上刑事罰から解放した<sup>11)</sup>。

もちろん、こうした変化は最高裁判所においてのみ生じていたわけではなく、下級裁判所にも生じており、当時、裁判所全体としてより積極的な違憲審査権行使の方向に動きつつあった。しかし、裁判所のこうした変化は、右翼、財界、自由民主党による「裁判所は偏向している」といった強い批判を招いたのであり（「司法の危機」と呼ばれた）、自由民主党政権の内閣はより注意深く最高裁判所裁判官の人事を行い<sup>12)</sup>、しばらくして公務員の労働基本権制限を全面的に合憲と考える裁判官を多数派とすることに成功した。こうして、最高裁判所は、1973年に、公務員の労働基本権制限の全面合憲論へと再び転換したのであった<sup>13)</sup>。ただ、最高裁判所は、単純に公共の福祉論へ回帰したわけではなく、「公務員の勤務条件は法律によって定められており（勤務条件法定主義）、公務員の使用者である政府に対して争議行為をするのは的外れである。また、争議行為は国会の議決権を侵害し、議会制民主主義に背馳するおそれすらある（議会制民主主義論）」といったような、より緻密な論理を用いている。このように、最高裁判所は、公共の福祉論よりも緻密な論理で合憲判断を示すことが多くなってきている。

そして、公共の福祉論にかわる立法正当化の理屈としてしばしば用いられているのが、立法府に広い裁量を認める「立法裁量論」である。たとえば、生存権を保障する「憲法25条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するのに適しない事柄である」とか<sup>14)</sup>、相続制度をどのように定めるかは、立法府の合理的な裁量判断にゆだねられているので、相続制度についての民法の規定は、「その立法理由に合理的な根拠があり、かつ、その区別が右立法理由との関連で著しく不合理なものでなく、いまだ立法府に与えられた合理的な裁量判断の限界を超えていないと認められる限り」、法の下での平等を定める憲法14条1項違反と言うこ

とはできないとか<sup>15)</sup>、するのである<sup>16)</sup>。

他方、1973年、最高裁判所は、公務員の労働基本権に関する全面合憲判決の直前に、初めて法律を憲法違反とする判決を下した。それ以降、最高裁判所は法律を違憲とする判決（法令違憲判決）を下すようになったが、最高裁判所の法令違憲判決は5種類6つにすぎない。すなわち、法令違憲判決には、自己または配偶者の直系尊属（父母、祖父母、曾祖父母）を殺した場合の法定刑を死刑または無期懲役と定める刑法の規定（尊属殺重罰規定）が法の下での平等を定める憲法14条1項に違反するとした判決<sup>17)</sup>、衆議院の議員定数を配分する公職選挙法の規定が、著しい投票価値の不平等を発生させており、法の下での平等を定める憲法14条1項に違反するとした2つの判決<sup>18)</sup>、既存の薬局から条例で定めた距離以上に離れていなければ薬局開設の許可を与えないという薬事法の規定が、職業選択の自由を保障する憲法22条1項に違反するとした判決<sup>19)</sup>、共有林の持分価額が過半数に満たない者の分割請求権を否定する森林法の規定が財産権を保障する憲法29条違反であるとした判決<sup>20)</sup>、郵便業務に伴って生じた損害の賠償責任を限定している郵便法の規定について、書留郵便物について郵便業務従事者の故意または重大な過失によって損害が生じた場合、および、特別送達郵便物について郵便業務従事者の軽過失による不法行為に基づき損害が生じた場合に、国の損害賠償責任を免除または制限している部分が、国家賠償請求権を定める憲法17条に違反するとした最高裁判決がある<sup>21)</sup>。

このように最高裁判所の法令違憲判決は少なく、圧倒的多数の判決は、立法裁量論などを用いての合憲判決である。それゆえ、最高裁判所が憲法の番人、人権擁護の砦として積極的に活動してきたとは言い難いであろう。

もっとも、最近では、の法令違憲判決のほかにも人権保障的な判決がいくつか出てきており、最高裁判所には変化の兆しも見えている。たとえば、エホバの証人の信者である工業高等専門学校<sup>22)</sup>の生徒に武道授業を拒否する権利を認めた判決<sup>23)</sup>であるとか、あるいは税理士会（全税理士が加入を強制されている団体）が税理士政治連盟に政治献金するために特別会費を全会員から徴収しようとした事例において、税理士にそういった特別会費の徴収を拒否する権利を認めた判決<sup>24)</sup>が挙げられる。また、愛媛県知事の靖国神社・護国神社への玉串料、献燈料の支払いを政教分離原則に反し違憲とした判決<sup>25)</sup>もある。

(2) 司法積極主義・消極主義

このように最近、変化の兆しが見えないでもないが、最高裁判所は極端な司法消極主義(judicial passivism, judicial self-restraint)の立場をとっていると批判されている。司法積極主義(judicial activism)、司法消極主義は、1960年代のアメリカ合衆国最高裁判所の積極的な違憲審査権行使をめぐって生じた論争に由来する用語であるが、本来、司法積極主義は、裁判所が立法府の判断を尊重せず独自の立場で法律の合憲性を判断することをいい、司法消極主義は、裁判所が立法府の判断を尊重した違憲審査を行い、立法府の判断が著しく不合理な場合であってはじめて違憲と判断することを意味する。日本の最高裁判所は、かつては公共の福祉論により、最近では立法裁量論により、国会の判断を著しく尊重する姿勢を示してきたのであって、確かに極端な司法消極主義の立場をとってきたと言える。

もっとも、訴訟当事者が相争うことによって進められるという訴訟手続からくる限界、専門的技術的ないし政策的問題に対する裁判所の判断能力の限界、さらには、民主主義の正当性を有さない司法裁判所が民主主義の正当性を有する立法府の判断を覆すことは民主主義に反しないかという原理的な問題(「司法審査と民主主義」の問題)の存在からして、司法裁判所が極端な司法積極主義を採用することも適切ではないであろう。それゆえ、司法裁判所による違憲審査権の適切な行使のためには、司法積極主義と司法消極主義の使い分けがなされなければならない。そうした使い分けの枠組みとして、日本の学説において広く支持されているのが、「二重の基準の理論」である。それは、「裁判所は精神的自由を制約する法令に対しては司法積極主義でのぞみ、経済的自由を制約する法令に対しては司法消極主義でのぞむ」というものである。二重の基準の理論は、アメリカの判例上形成されてきた違憲審査の枠組みであるが、精神的自由が民主主義過程の維持保全にとって不可欠であるということや、精神的自由が人格的自律・人間の尊厳に直結するなどの理由から、日本の学説の圧倒的多数は日本における違憲審査の枠組みとしても妥当すると主張してきた。最高裁判決には、二重の基準の理論を示唆するような記述がなされたものもあり、最高裁判所が二重の基準の理論を受容しているようにも見える。しかし、最高裁判所の法令違憲判決には精神的自由の制約についての違憲判決はなく、最高裁判所が精神的自由を制約する法律に対し厳密な違憲審査を行ったとは言い難いのである<sup>26)</sup>。それゆえ、最高裁判所が真に二重の基準の理論を受容しているとは思われない。

## 憲法保障機能の十分な発揮に向けて

### (1) 司法消極主義の原因

以上見てきたように、日本の最高裁判所は、極端な司法消極主義の立場をとってきており、違憲審査権を適切に行使して、「憲法の番人」としての役割を十分に果たしてはこなかった。ではなぜ、最高裁判所は違憲審査権を積極的に行使してこなかったのだろうか。

この点についてはいくつかの要因が指摘されているが、最近では、最高裁判所が最上級の裁判所であることに原因を求める見解が有力に唱えられている。従来、民事訴訟において上告制限がなされていなかったこともあり、おびただしい数の上告がなされた。そのため、最高裁判所は膨大な上告事件（最高裁判所裁判官の1人あたりで300件以上！）の処理に追われ憲法問題を十分検討する余裕がない。また、そうした忙しさのゆえに、最高裁判所裁判官たちは新しい憲法問題を扱うために大法廷を開くことに消極的になっている<sup>27)</sup>。その結果、実際には新たな憲法問題であるにもかかわらず、既に大法廷で判断された憲法問題であるとして小法廷で扱われることになり、大法廷判決を挙げて、憲法違反でないことはそうした「大法廷判決の趣旨に照らして明らかである」といった簡単な説明で合憲とする小法廷判決が多くなっている。

最近、民事訴訟法が改正されて民事訴訟の上告が制限されるに至っているが（1998年1月施行）<sup>28)</sup>、民事訴訟でも刑事訴訟でも、憲法違反を主張すれば上告できるので、上告を認められんがため違憲の主張がなされることも多い。最高裁判所裁判官たちは、日頃そうした違憲の主張ばかり見ていると、違憲の主張を胡散臭いものとみなしがちになると指摘されている。また、最高裁判所裁判官は、自分たちが最上級審の裁判官であり、法解釈の統一にあたることこそが自己の職務であるという意識をもっているのに、憲法解釈のような政治的判断が必要な政治性の強い職務は、自分たちの本来の職務ではないと感じているのではないかと、とも指摘されている。

また、最高裁判所裁判官候補者の選任のされ方にも問題がある。憲法上は、内閣が最高裁判所裁判官の任命・指名権をもっており、裁判所法は任命資格を「識見の高い、法律の素養のある年齢40年以上の者」としている（41条1項。但し、15名中10名は一定年限以上裁判官・弁護士等の職にあった者でなければならない）。しかし、これまでの運用で事実上、裁判官6、弁護士4、検察官2、学識経験者3（外



交官1, 内閣法制局1, 法学者1)といった出身別の枠ができており, 最高裁判所裁判官が欠ける場合にはその裁判官の出身層(たとえば弁護士であれば日本弁護士連合会, 検察官であれば検察OB)から推薦を受けた上で最高裁判所が候補者を決め, 内閣に伝えている。内閣の眼鏡にかなう人物でなければ最高裁判所裁判官に任命されないことは確かであるが, 今日, 政治的に露骨な最高裁判所裁判官人事がなされているわけではない。しかし, 実際, 現在の出身別の枠は最高裁判所が最上級審であることを前提としたものであり, しかも, 推薦候補者の決定が密室で行われるのでは, 憲法の番人である最高裁判所の一員にふさわしい人であるかどうかを考慮して選ばれている保証はない。

これまで述べてきたような, 最高裁判所が最上級審であること, 最高裁判所裁判官の任命のされ方以外にも, 最高裁判所の司法消極主義をもたらしている要因としてさまざまな事柄が挙げられる。たとえば, 最高裁判所裁判官は, 「和」を尊重する日本の精神風土のために, 最高裁判所内部での「和」を尊重する意識にとどまらず, 政治部門への礼譲の意識を強く持っているのではないかと, といった指摘もなされている。

さらに, 日本の違憲審査制が活性化していない理由として, 訴訟制度の定め方も挙げられる。行政機関の公権力の行使を争う行政訴訟は, 訴訟の種類・間口が狭く, 判例上也狭く扱われている。そのため国家権力の憲法違反の行為を争う場がないことも多く, 憲法違反として訴訟を提起しても裁判所によって門前払いされてしまうことが多いのである。また, 日本においては, 憲法問題が絡むような複雑な事件は往々にして長期化するが, 裁判の長期化によって争点となる状況が既成事実化してしまうと, 裁判所がこれを覆すことが難しくなってしまう。

また, 前述したように日本における司法裁判所型違憲審査制の憲法保障機能が意識されたことがかえって, 最高裁判所の違憲審査権行使を自己抑制的にしてしまったという側面もある。すなわち, 最高裁判所が, 漠然と審査の一般的な姿を, 文面審査 文面上無効判決 事実上の一般効力という図式で捉えてきていることが, 裁判所が違憲審査権行使の結果を過大視することを導き, 立法府の判断を尊重する緩やかな違憲審査をもたらしているように思われる。また, 法令の適用をめぐる具体的な事実にあまりこだわらず文面審査を行うことが, 法令の具体的な適用状況の不当性に目をつぶった合憲判決を生んでいるように思える。さらに, 最高裁判所は, 緩やかな文面審査の結果法律自体が合憲であるとの判断に達した場合には, それで満足し, その適用が違憲であるか否かを厳密に検討してはいない。文面審査を前提とする最高裁判所にとって, 文面上合憲である法令がその適用において違憲となる

という発想はなじみにくいために、適用審査に基づく適用違憲の手法の働く余地が著しく狭くなっている。

日本の違憲審査制が活性化していない原因の一つとして、最高裁判所と下級裁判所との健全な関係が形成できていないという事情もある。司法裁判所型違憲審査制が適切に機能するためには、下級裁判所が、訴訟において具体的な事実を突きつけられぎりぎりの憲法判断を下し、最高裁判所はそうした下級審判決の積み重ねを踏まえて憲法の意味を確定させていく（そして、下級裁判所はその影響を受ける）といった下級裁判所と最高裁判所との対話が円滑に機能していなければならない。しかし、下級裁判所裁判官が本当に自由に判断を下すことができているか疑わしい状況にある。たとえば、最高裁判所の憲法解釈と異なった憲法解釈を行った裁判官は、任地等で差別されているのではないかと指摘されている<sup>29)</sup>。とりわけ最高裁判所が一貫して合憲であると判断している法律（たとえば公職選挙法の選挙運動規制規定）を違憲であると判断した裁判官は、その後、地方の地方裁判所支部に長く勤務させられているという研究結果も報告されている。このように判決内容が考慮事由となっているのではないかという憶測を呼ぶような事態がある限り、下級裁判所は、事案の違いも無視して最高裁判決にその傍論も含めて過度に従い、あるいはより保守的な方向に最高裁判決の論理を拡張してしまいがちである。

最後に、いわゆる55年体制<sup>30)</sup>の下で自由民主党の長期政権が続いてきたという政治的要因も無視できない。前述したような形で最高裁判所裁判官候補者が選考されるにせよ、任命権をもっているのは内閣であるから、内閣の意向に反した最高裁判所裁判官の人事を行うことはできない。これは、憲法自身が定めていることであり、違憲審査制と民主主義の矛盾を解消する一手段ではある。しかし、長い間政権交代がなければ、長期政権の考えに近い人ばかりが最高裁判所裁判官の職を占めることになる。また、最高裁判所が数十年にわたる長期政権によって形成された既成事実をくつがえすことは、極めて困難である。

## (2) 改革の提案

日本の違憲審査制の運用が極端に司法消極主義的であるため、違憲審査制活性化のための諸提案がなされてきている。そのうち最も徹底したものは、憲法を改正してドイツ型の憲法裁判所を導入すべきであるとの提唱であり、ドイツ憲法を研究してきた憲法研究者を中心に有力に提唱されている<sup>31)</sup>。この提案は、日本の違憲審査制が活性化していない原因をそれが司法裁判所型違憲審査制であること自体に求め、ドイツにおいて憲法裁判所が違憲審査権を積極的に行使し高い評価を受けているこ

とを引き合いに出しつつ、憲法裁判所型の違憲審査制への転換が必要であると説くのである。

ただ、日本国憲法は硬度度の高い憲法であり改正が著しく困難であるので<sup>32)</sup>、日本国憲法の下で、すなわち司法裁判所型違憲審査制の枠組みを維持しつつ最高裁判所を「憲法裁判所」化しようとの諸提案もなされている。すなわち、最高裁判所に憲法問題を専門に判断する憲法部を設置するとか、特別高等裁判所を設置し、上告事件は原則的に特別高等裁判所どまりとし、特に重要な事件のみ最高裁判所への移送を認めるという制度を導入するとか(「中二階案」と呼ばれる)、下級裁判所が最高裁判所に憲法問題のみ判断を求めて事件または争点を移送するという、ドイツの具体的規範統制に類似する制度を導入する、といったことが提案されている。

憲法裁判所が設けられれば、確かに、国家行為が違憲審査に服する機会が現在よりも増えるという点では、違憲審査制は活性化すると言える。しかも、現在は、憲法の最終の有権解釈権者である最高裁判所の判断を得るまでに相当の時間がかかり、第一審裁判所に提訴されてから10年も経ち最高裁判所の憲法判断が下されるといったことすらあるが、憲法裁判所が設置されればたとえば衆議院議員の3分の1の要求に基づき、あるいは具体的事件を扱っている裁判所の要求に基づきもっと早期にその憲法判断を仰ぐことができる。しかし、早期に有権解釈者の判断が示されることは、国家行為の合憲性についての争いを早期に終了させるものであり、結構なことである、とばかりは言えない。というのも、人権制約立法を十分な検討もなしに早期に合憲とする判決が積み重ねられる可能性もあるからである。しかし、憲法裁判所設置を説く学者たちは、憲法裁判所は人権保障的な判決を下すに違いないと考えている節がある。憲法裁判所は人権擁護の砦であるはずだという信頼があるのであろう。しかし、なぜ憲法裁判所が現在の最高裁判所よりも人権保障的な判決を下す可能性が高いと言えるのであろうか。

この点、憲法裁判所設置論は、憲法裁判所を設置すれば、それにふさわしい人物が憲法裁判所の裁判官に任命され、そして憲法裁判所の裁判官も今の最高裁判所裁判官とはちがった意識を持ち、その結果非常に活性化した違憲審査制になるのだというイメージで語られている。確かに、憲法裁判所は、憲法判断を下す専門の機関として構成されるので、その裁判官は憲法判断を下す能力・意欲のある人物であるかどうかという観点から選ばれるのが建前となはずである。しかし、制度さえ変えればすべてうまくいくと考えることはできないであろう。ドイツの連邦憲法裁判所は高い評価を受けているが、ドイツにおいて憲法裁判所型の違憲審査制がうまく

機能しているのにはそれなりの基盤・背景があるはずである。はたして日本において憲法裁判所型の違憲審査制が適切に機能する基盤があるか否かについて、より慎重な検討が必要であろう。たとえば、最高裁判所の司法消極主義をもたらしている要因として日本の精神風土としての「和の尊重」も挙げられているが、はたして憲法裁判所が設置された場合、その裁判官たちはこうした「和の尊重」という精神的態度を持っていないであろうか。

このように私は制度さえ変えれば全てうまくいくといった見方に懐疑的である。また、日本国憲法の改正は、厳格な手続的要件のゆえにだけでなく、鋭い対立を生む政治的な争点でもあるので、著しく困難である。それゆえ、まずは現在の日本国憲法の規定を前提に、すなわち司法裁判所型違憲審査制であることを前提にその可能性を探り、必要な改革を提案することの方が生産的であろう。

そして、司法裁判所型の違憲審査制を前提とするのであれば、適切な違憲審査権行使にとって、具体的な事実状況の提示や、最高裁判所と下級裁判所との健全なコミュニケーションの過程の維持が必要であることを踏まえて、憲法解釈論上の主張や制度改革の提案を行うべきである。

この点で、最近、グローバル化、社会の複雑化を背景に日本の司法制度の不十分性が意識されるに至り取り組まれている「司法制度改革」の動き<sup>33)</sup>の中には、ある程度司法裁判所型違憲審査制の活性化につながるものがあることが注目される。たとえば、最高裁判所裁判官の選任過程の透明性・客観性の確保<sup>34)</sup>、裁判官の人事制度の見直し（人事評価における透明性・客観性の確保）、弁護士からの判事任用の拡大、行政事件訴訟制度の改革、民事訴訟の迅速化、法科大学院を中心とした法曹養成制度への転換による法曹人員の拡大などは、先述した日本における違憲審査制が不活発であることをもたらした諸要因のうちのいくつかを解消させる可能性をもっているのである。

## 結 語 に

違憲審査制は、現代の憲法において普遍的な制度となっており、世界的に、憲法保障、人権擁護の仕組みとして大きな期待を集めている。確かに、違憲審査権がやみくもに積極的に行使されればよいというものではなく、民主主義、権力分立原理等と適切なバランスを保った形で行使されるべきである。しかし、それにしても、日本における違憲審査制は、あまりにも消極的な実状にあり、より積極的な方向への展開が必要である。それゆえ、日本においてより積極的な違憲審査権行使を導く

ための改革を考える時期に来ていると思われる。しかしまた、改革を支える基盤の有無についての慎重な検討も必要である。日本における違憲審査制を活性化しうる基盤を育てると共に、そうした基盤に照らして制度改革案を議論していくべきであろう。

\* 本稿は、2003年4月5・6日に台湾の台北大学主催で行われたシンポジウム「台独日三国法学に関する比較研究」における報告のための原稿である。中国語版(蕭淑芬訳)は、既に月旦法学(The Taiwan Law Review)98号76頁(2003年)に「日本違憲審査制之軌跡與特徴」という題で掲載されているが、日本の違憲審査制を海外に紹介したものととして参考になる点もあろうと考え資料として掲載した。本稿には、わが国の憲法・法律の条文を説明してある部分もあり、判決の判例集巻号頁も付されていないが、資料としての性格からそのままとした。また、2003年4月以降の状況を踏まえた修正もほどこされていない。

- 1) この説は、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」と定める憲法76条1項から、下級裁判所を含むすべての裁判所が司法権を行使するにあたり必要な場合には憲法判断をなしうとする。
- 2) 最高裁判所1948年7月8日大法廷判決、最高裁判所1950年2月1日大法廷判決、最高裁判所1952年10月8日大法廷判決。3つ目の判決は、自衛隊の前身である警察予備隊の設置にかかわる行為の違憲を主張して直接最高裁判所に出訴がなされた著名な事件についての判決である。
- 3) 最高裁判所1953年12月23日大法廷判決(皇居外苑の使用不許可が集会の自由を侵害するとして争われている間に、当該集会期日が徒過していた事例)、最高裁判所1967年5月24日大法廷判決(厚生大臣が定めた生活保護基準が低すぎ実質的に生存権を侵害すると争われていたところ、上诉人[第1審原告]が死亡した事例)。
- 4) 最高裁判所1985年11月21日第1小法廷判決。
- 5) 最高裁判所1960年6月8日大法廷判決(衆議院の解散に関して統治行為論を用いて憲法判断を加えなかった)等。
- 6) 12条「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負ふ。」13条「すべて国民は、個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする。」
- 7) 最高裁判所1950年9月27日大法廷判決(選挙運動としての戸別訪問には種々の弊害を伴うので、「選挙の公正」という公共の福祉を実現するためにそれを禁止しても表現の自由を保障した憲法21条1項に違反しない)、最高裁判所1957年3月13日大法廷判決(わいせつ表現の禁圧は、「性的秩序を守り、最小限度の性道徳を維持する」という公共の福祉のために表現の自由を制限するものであり、憲法21条1項に違反しない)、最高裁判所1953年3月18日大法廷判決(古物営業の許可制は、盗品が古物商に流れることを阻止し、また、

## 日本における違憲審査制の軌跡と特徴（市川）

その発見に努め、被害者の保護を計ると共に、犯罪の予防・鎮圧・検挙を容易にするためのものであるから、「国民生活の安寧」という公共の福祉のための規制であり、職業選択の自由を定める憲法22条1項に違反しない）等。

- 8) 「勤労者の団結する権利及び団体交渉その他の団体行動をする権利は、これを保障する。」
- 9) 「すべて公務員は、全体の奉仕者であって、一部の奉仕者ではない。」(憲法15条2項)
- 10) 最高裁判所1953年4月8日大法廷判決。
- 11) 法律は、公務員の争議行為のあり、そそのかしを処罰すると規定しているのみで特に限定を加えていないのに、結局、最高裁判所は、1969年4月2日の大法廷判決において、違法性の高い争議行為についての違法性の高いあり・そそのかしのみが処罰されるとの合憲限定解釈を加えるに至った。
- 12) 日本国憲法の下では、最高裁判所の長官は内閣の指名に基づき天皇が任命し、他の裁判官は内閣が任命するので、最高裁判所裁判官を選任する権限は内閣が独占的に有している。最高裁判所裁判官の選任に関して国会が関与する制度とはなっていない。
- 13) 最高裁判所1973年4月25日大法廷判決。
- 14) 最高裁判所1982年7月7日大法廷判決（社会保障手当・年金の併給禁止規定は憲法25条に違反しない）。
- 15) 最高裁判所1995年7月5日大法廷決定（非嫡出子の法定相続分を嫡出子の半分とする民法の規定は、憲法14条1項違反ではない）。
- 16) 他の例として、最高裁判所1992年12月15日第3小法廷判決（「租税の適正かつ確実な賦課徴収を図る」という国家の財政目的のための職業の許可制による規制については、その必要性と合理性についての立法院の判断が、右の政策的、技術的な裁量の範囲を逸脱するもので、著しく不合理なものでない限り、これを憲法22条1項の規定に違反するものということとはできない」から、酒税保全目的での酒類販売業の免許制は合憲）等参照。
- 17) 最高裁判所1973年4月4日大法廷判決。憲法14条1項「すべて国民は、法の下に平等であって、人種、信条、性別、社会的身分又は門地により、政治的、経済的又は社会的関係において、差別されない。」
- 18) 最高裁判所1976年4月14日大法廷判決、最高裁判所1985年7月17日大法廷判決。
- 19) 最高裁判所1975年4月30日大法廷判決。憲法22条1項「何人も、公共の福祉に反しない限り、居住、移転及び職業選択の自由を有する。」
- 20) 最高裁判所1987年4月22日大法廷判決。憲法29条1項「財産権は、これを侵してはならない。」2項「財産権の内容は、公共の福祉に適合するやうに、法律でこれを定める。」
- 21) 最高裁判所2002年9月11日大法廷判決。憲法17条「何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。」特別送達とは、郵便による送達（訴訟上の書類の内容を当事者等に知らせる目的で法定の方式に従ってなされる通知行為）のことであり、特別送達郵便物は書留郵便物の一種である。
- 22) 深く専門の学芸を教授し、職業に必要な能力を育成することを目的とする5年制の学校。中学校卒業者が進学するが、最初の3年間は、日本において中学校卒業者の大半が進学す

る高等学校と同様な教育が行われる。

- 23) 最高裁判所1996年3月8日第2小法廷判決。
- 24) 最高裁判所1996年3月19日第3小法廷判決。
- 25) 最高裁判所1997年4月2日大法廷判決。玉串料、献燈料とは、祭祀を行う神社に対して、玉串(神の枝に紙などをつけて神前に捧げるもの)や寄進者の名前の入った灯明の代金などとしてなされる寄付のこと。
- 26) もっとも、最近、最高裁判所は、市民会館の使用不許可処分が争われた事例において、公共施設の使用不許可処分が「必要かつ合理的なものとして肯認されるかどうかは、基本的には、基本的人権としての集会の自由の重要性と、当該集会が開かれることによって侵害されることのある他の基本的人権の内容や侵害の発生危険性の程度等を較量して決せられるべきものである」として、利益衡量論をとった上で、「このような較量をするに当たっては、集会の自由の制約は、基本的人権のうち精神的自由を制約するものであるから、経済的自由の制約における以上に厳格な基準の下になされなければならない」、と述べている(最高裁判所1995年3月7日第3小法廷判決)。これは、利益衡量にあたり二重の基準の理論の趣旨を用いるものであり注目される。
- 27) 最高裁判所は全裁判官(15名)によって構成される大法廷と各5名の裁判官によって構成される3つの小法廷からなる。上告された事件はまず各小法廷に配分されるが、小法廷では各裁判官に事件が割り当てられる。裁判官は割り当てられた事件を主任となって担当し、小法廷の合議に原案を提出する。なお、憲法違反の判断を下したり、新しい憲法問題について判断を下すことができるのは大法廷のみである。
- 28) 刑事訴訟においては、憲法違反・憲法解釈の誤り、最高裁判所の判例違反、大審院(戦前の最上級裁判所)または高等裁判所の判例違反だけが上告理由とされている(刑事訴訟法405条)のに対して、民事事件・行政事件に妥当する民事訴訟法の下では、従来、刑事訴訟法におけるような上告制限の制度はとられていなかった。それに対して、新しい民事訴訟法では、憲法違反・憲法解釈の誤りがあるというもののほか、法律に従って判決裁判所が構成されなかったといったような重大な手続上の違法がある場合にも上告理由は限定された(民事訴訟法312条)。そして、控訴審判決に不服のある者は、上告理由がなくても最高裁判所に対して上告受理の申立をなしえ、最高裁判所は、「法令の解釈に関する重要な事項を含む」としてその申立を受理するか否かにつき裁量を有する、という裁量上告制度が導入された(同法318条)。この民事訴訟における上告受理制度の導入は、最高裁判所の負担を軽減し、最高裁判所をして重要な事件に集中できるようにするものとして注目を浴びたが、なお最高裁判所の負担を著しく軽減することには成功していない。たとえば、新民事訴訟法施行後の2001年においても、最高裁判所裁判官は1人あたり364件の主任事件を担当し、さらに、1456件の他の小法廷事件の合議に参加している。これは、なお訴訟当事者の多くが「最高裁判所まで争える」という意識をもっているということを示している。最高裁判所において上告事件をスクリーニングする制度を導入しない限り、最高裁判所の負担加重は解消しないであろう。
- 29) 日本国憲法は、「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」と、裁判官の独立を宣言しており(76条3項)、さらに、裁

## 日本における違憲審査制の軌跡と特徴（市川）

判官の独立を確保するために、裁判により「心身の故障のために職務を執ることができない」と決定された場合と公の弾劾による場合にしか罷免されない、と裁判官の身分を保障し（78条前段。ただし、最高裁判所裁判官の場合には、国民審査の結果、罷免されることがありうる。憲法79条2・3項）、また、その報酬は在任中減額されないとしている（79条6項、80条2項）。しかしながら、日本国憲法は、下級裁判所裁判官の任期を10年と定め、再任されることができるとしている（80条1項）。下級裁判所裁判官の任命は、内閣が最高裁判所の提出した名簿に基づき行うことになっているが、最高裁判所は、再任希望者をこの名簿に登載するか否かは最高裁判所の自由裁量の判断によって決定される、との立場をとっている。また、下級裁判所裁判官は、数年ごとに所属する裁判所を変更する転勤があり、また、昇級もあるが、最高裁判所は任地選定や昇級の基準を明らかにしてこなかった。下級裁判所裁判官の圧倒的多数は、司法試験合格後の司法修習を終えた後ただちに判事補になり、10年後に判事になりそのまま裁判官を勤めるとする人であるだけに、任地、昇級、再任をめぐる不明朗な状況は、下級裁判所裁判官に無用の萎縮効果を与えてきたように思われる。

- 30) 1955年に2つの保守政党が合同して自由民主党が結成され、右派・左派に分かれていた社会党も統一された。それ以降1993年まで、基本的に（小さな保守政党との一時的な連立といった例外もあるが）自由民主党が単独で政権を維持し、他方、社会党は、政権を争えるほどの政党には成長せず、自由民主党の2分の1強の議員数で推移した。これを55年体制という。
- 31) 特に、著名な英米法学者・憲法学者であり、司法裁判所型違憲審査制研究の開拓者であった伊藤正己教授が、最高裁判所裁判官を退官した後執筆した『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）という著書の中で、憲法裁判所型の違憲審査制へ転換すべきだと提唱したことは、憲法学界に大きな衝撃を与えた。
- 32) 日本国憲法の改正には、国会の各議院（衆議院・参議院）の総議員の3分の2以上の賛成で国会が発議し、さらに、国民投票に付され、その過半数が賛成することが必要である（憲法96条）。日本国憲法はこれまで一度も改正されていない。ただ、これは改正規定が厳格であるからだけではなく、憲法改正問題が、日本の再軍備（さらには軍隊の海外派兵）を正当化するかどうかという、激しい政治的対立のある争点とかがわっていたからでもある。
- 33) 1999年に内閣に設けられた司法制度改革審議会が2001年6月に、包括的な制度改革案をまとめた意見書を提出し、それを受けて、内閣に司法制度改革推進本部が設けられ、改革案の具体化が練られており、すでに改革のためのいくつかの法律が成立している。
- 34) すでに日本弁護士連合会は、全国の弁護士会が推薦諮問委員会に推薦することができ、委員会は投票によって推薦者を決定するといったように、最高裁判所裁判官候補者推薦過程をかなり可視化している。