The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	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
Author(s)	鈴木, 秀美
Citation	阪大法学. 2015, 64(6), p. 439-451
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/71573
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

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――

鈴木秀美

一　はじめに

日本の違憲審査制は、第二次世界大戦後に制定された日本国憲法によって導入された。ただし、アメリカ[1]やドイツ[2]に比べて違憲審査権が消極的にしか行使されず、憲法学の観点からみて違憲な状態が社会に放置される傾向があった。このため、違憲審査機能をどのようにして強化させるべきかについて、他国の例を参照しつつ議論が展開されてきた。とくに一九九〇年代には、ドイツを手本として憲法裁判所を創設すべきという提案もなされた。そうしたなかで、近年、国籍や選挙権の分野では最高裁によって積極的に救済が認められた事件もあり、「最高裁の活性化」が語られることがある[3]。そして、そのような最高裁の活性化については、憲法裁判所導入論の影響によるものだという指摘がある[4]。とはいえ、最高裁は、例えば表現の自由に対する制約について争われた事件では違憲判決を一度も下したことがなく、問題となった表現規制をことごとく合憲と判断しており、必ずしも違憲審査機能が強化されたとまではいえない状況にあるといえよう。

本稿では、日本の違憲審査制の特徴と、違憲審査権を担っている最高裁の仕組みを簡単に確認した上で、違憲審査機能を強化させるための制度改革をめぐる若干の議論を紹介することにしたい。

二　日本の違憲審査制

1　結合モデルの採用

裁判所による法律の合憲性審査のための制度には、オーストリアやドイツのように、制度的に独立した憲法裁判所が、集中的に違憲審査を行う制度（分離モデル）と、通常の裁判所が、具体的な訴訟事件を裁判する際に、その前提として事件の解決に必要な限度で、適用する法令の違憲審査を行う制度（結合モデル）がある。[5] なお、日本の憲法の教科書では、前者を具体的な争訟と関係なく抽象的に違憲審査を行う「抽象的違憲審査制」、後者を「付随的違憲審査制」と説明されることが多い。[6] しかし、前者の代表ともいえるドイツ連邦共和国の連邦憲法裁判所は、抽象的違憲審査だけでなく、付随的違憲審査も行っている。そこで本稿では、前記の通り、分離モデルと結合モデルという呼び方を採用することにしたい。結合モデルの典型はアメリカ合衆国の連邦最高裁判所である。[7] 東アジアについてみると、韓国はドイツを手本に分離モデルを採用し、憲法裁判所を設置している（一九八八年発足）。[8] これに対して、日本はアメリカを手本に結合モデルを採用している（一九四七年発足）。

日本の最高裁の裁判官は一五名である。最高裁は、一五名全員で構成される大法廷と、五名ずつの裁判官で構成された三つの小法廷として活動する。最高裁に持ち込まれた事件は、まず小法廷に係属するが、憲法判断を要したり、判例変更が必要となる重要な事件については大法廷に回付される。二〇一四年八月末の時点で、一五名のうち六名は裁判官出身、四名は弁護士出身、二名は検察官出身、二名は行政官出身、一名は学者出身である。ただし、

学者出身の裁判官は、四〇代半ばまで裁判官であったため、実質的に学者出身の裁判官は一名もいない状態である。

最高裁では、民事、刑事、行政の各分野に分かれて調査官が配置されており、二〇一三年六月の時点で合計三八名（うち、首席調査官一名、刑事、民事、行政各一名、計三名の上席調査官）が在籍していた。[9] 最高裁調査官には、下級審において相当に経験を積んだ裁判官が任命される。最高裁調査官は、上告された裁判の記録を精査し、最高裁裁判官に答申することを職務としている。調査官は、法律による上告制限の下、最高裁において実質的に審理を行う必要性の有無を判断する役割を果たしていることから、最高裁では裁判官ではなく調査官によって裁判がなされている（「調査官裁判」）と批判されることもある。

2　憲法八一条の意味

日本国憲法は、「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」と定めている（八一条）。この条文の意味をめぐっては、日本国憲法の制定直後から争われたが、現在では、憲法八一条は、付随的違憲審査制を定めたと解するのが通説・判例の立場である。[10] 最高裁は、一九五二年一〇月八日の判決[11]により、日本の「裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は、具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない」という判断を示した。

このように考えられている理由としては、以下の二つが挙げられている。[12] 一つめの理由として、憲法八一条は「第六章　司法」という章に定められているが、「司法とは伝統的に具体的な権利義務に関する争い、または一定の法律関係の存否に関する争いを前提とし、それに法令を適用して紛争を解決する作用であり、違憲審査権はその

作用に付随するものとして憲法八一条に明記されたと解される」ということである。二つめの理由としては、抽象的違憲審査が認められるためには、「それを積極的に明示する規定、たとえば提訴権者・裁判の効力に関する規定等が憲法上定められていなければならない」のに、それらについての規定が日本国憲法にはないということである。

もっとも、憲法八一条は、法律で最高裁に憲法裁判権を与えることを禁止してはいないという説も有力である。この説によれば、憲法を改正しなくても、法律で訴訟手続等を定めれば、最高裁は憲法裁判所として活動することが可能になる。このような考え方は、その後、憲法学において支持を広げていった。[13]

一九九三年、学者出身で最高裁裁判官を務めた伊藤正己が、その経験を踏まえて『裁判官と学者の間』と題する著書を刊行し、その中で「憲法裁判の活性化のためには、大陸型の憲法裁判所の制度に切りかえる必要があるのではなかろうか」[14]という問題提起を行ったこともあり、憲法裁判所制度への関心が高まった。

3　一九九〇年代の憲法裁判所論

一九九〇年代、前述した憲法解釈論とは別に、最高裁による違憲審査権の消極的な行使を背景として、憲法改正による憲法裁判所の導入が提案されるようになった。その代表的な例が、一九九四年の「読売新聞憲法改正試案」である。この試案は、ドイツ連邦憲法裁判所の手続の一部をほぼそのまま導入しようとするものであった。これをきっかけとして、憲法裁判所の導入について、賛成・反対の双方から様々な意見が示された。この時には、法改正ではなく、憲法改正による憲法裁判所の導入が焦点になったことから、それまでの憲法解釈上の可能性をめぐる議論に比べて、憲法裁判所の役割や手続についてのより具体的な議論が展開された。

畑尻剛[15]によれば、憲法裁判所積極論と消極論は、以下のようにまとめることができる。

憲法裁判所積極論は、①当時の違憲審査制のいわゆる閉塞状況（とくに、最高裁が、基本的人権に対する侵害が

争われている事件で、訴訟要件を駆使して不適法としたり、憲法判断を回避したりする手法により、人権救済に消極的な態度をとってきたこと）を打破するためには制度自体の改革も必要なこと、②現代的な問題の多くは迅速な憲法判断を必要としているが、最高裁の下での裁判の長期化は迅速かつ適切な解決を阻むこと、③裁判長期化は、同時に最高裁が憲法判断を積極的に下さない原因のひとつになっていること、④現行制度では、下級裁判所も違憲判断を下しにくいこと、⑤下級裁判所に過度の期待をいだくことはできないこと、⑥職業裁判官的思考では違憲審査を積極的に行うことは期待できず、学者的思考を生かせる憲法裁判所こそが、憲法判断を活性化させること、などを根拠としていた。

これに対して、憲法裁判所消極論は、①安易な制度改革案は制度を支える背景を無視していること、②合憲判断が迅速に下されることによって、最高裁の体制維持機能が一段と強化されること、③憲法裁判所が設けられ、あるいは違憲審査権が最高裁に集中することによって、人権感覚にすぐれた下級裁判所の判断が生かされなくなること、④市民の憲法感覚・権利意識に根差した個別具体的な係争事件からはじまる司法審査制度（付随的違憲審査制度）は、市民参加という点でよりすぐれていること、⑤違憲審査権行使を活性化させるためには職業裁判官による違憲審査権行使の意味を再確認する必要があること、⑥政治の裁判化（司法化）が議会制民主主義を弱体化させること、⑦憲法裁判所制度に対しては根本的な疑念があること、などを根拠としていた。

三　法律による制度改革の提案

1　畑尻剛の提案

畑尻剛は、前述した積極論と消極論のそれぞれの根拠について検討を加えた結果、現行制度をそのままにして運

用の仕方を再検討することも、読売新聞憲法改正試案のように憲法改正というかたちで制度改革を行うことにも問題があるという。そこで畑尻は、なによりも検討されるべきは、「法律による制度改革」であるとの立場から、違憲審査制を強化するための組織、裁判官の選び方、新しい手続などを提案した。[16] 具体的には、組織について、刑事・民事・行政事件の上告裁判所としての最高裁とは別に、憲法裁判を専門的に行う組織を設置することが提案された。例えば、一九五四年に「違憲訴訟及び上訴制度改革に関する衆議院法務委員会小委員会」が示した改革要綱試案では、上告審としての最高裁小法廷（六つの法廷の三〇名の裁判官）と、憲法裁判を行う別個の最高裁大法廷（裁判官九名）の設置が提案された。そこでは、憲法違反と判例違反についての判断は、最高裁大法廷の固有の管轄とされていた。畑尻によれば、実現されなかったものの、この試案が参考になるという。

この他にも、上告審としての「特別高裁」の設置と、ワン・ベンチの最高裁の設置という笹田栄司の提案がある。[17] それによると、上告審の大部分は特別高裁（一五名の二つの裁判所）に任せ、最高裁は、九名に減員し、全員が一つの合議体を形成し、違憲審査と判例違反について判断する。また、これまで最高裁の判断が示されていない新しい法律問題も、この最高裁が担当する。その意味では、上告審としての機能も、一部だけとはいえ最高裁に残ることになる。

畑尻剛は、これらの改革案を踏まえて、裁判所法改正により、上告審裁判所としての最高裁（仮称「最高裁判所上告部」）とは別個のものとして、憲法裁判を専門に行う最高裁（仮称「最高裁判所憲法部」）の設置を提案した。[18] また、このような組織改革により憲法裁判を担う裁判官の選出についても、①諮問委員会の設置、②国会の同意システムの構築、③国政調査権に基づく公聴会の実施などといった提案を参考にしながら、現行憲法の下で可能な制度を検討すべきであると主張した。

2　泉徳治の提案

このような議論の流れを背景として、二〇一三年、元最高裁裁判官の泉徳治の著書『私の最高裁判所論』が出版され、次のような提案がなされた。[19]「日本の最高裁は、通常の一般事件の処理に追われ、その中で時たま憲法解釈を行うという状況にあるから、違憲審査が活発であるとは言い難いところがある。韓国憲法裁判所の成功からも明らかなように、違憲審査機能を強化するには、専門の憲法裁判所を設置するのが最も望ましいが、日本において最高裁の外に憲法裁判所を創設するには、憲法改正が必要である。昭和三二年の『裁判所法等の一部を改正する法律案』のように、小法廷判事を別に設けてこれに一般法令違反審査機能を持たせ、最高裁としては判例変更の他は違憲審査に集中するという機構にすべきであろう。その最高裁に韓国憲法裁判所とほぼ同じような機能を持たせるには、法律改正で足りると考えられる」。前述した畑尻剛と笹田栄司が大学に所属する憲法学者であるのに対し、泉徳治は、最高裁裁判官経験者の中でも、裁判官としてエリートコースを歩んだ経歴の持ち主である。その泉徳治から法律改正による制度改革の提案がなされたことは注目に値する。

ただし、泉徳治は、日本の政治状況からみると、このような制度改革を近い将来に実現することは困難といわざるをえないという現状認識の下、「当面の強化策」にも言及している。[20]それは、①憲法学等の公法学者を最高裁裁判官に複数任命すること、②韓国憲法裁判所の例に倣って、「憲法調査官」や「憲法研究員」を置いて、人権保障の国際水準を含めた憲法裁判の専門的な調査・研究に当たらせることである。泉徳治は、このうち②が「最も現実的な方策」だとみている。

現行制度でも、最高裁では、優秀な裁判官が調査官として最高裁裁判官の活動を支えている。ただし、調査官は、「通常は一般法令の解釈適用に関する調査に忙殺されており、担当事件がたまたま憲法問題を含んでいるときに、

担当事件に関する報告書作成に必要な限りで憲法問題の調査をしている」という。[21] たとえ調査官が職業裁判官として非常に優れていても、「違憲審査の機能からすれば、必ずしも適切な対応ができるかどうかわからない」という見方もある。[22] ところが、違憲審査の機能も担っているはずの最高裁に憲法解釈について専門的に調査研究するスタッフはいない。泉徳治はそれを問題視しており、アメリカの連邦最高裁、ドイツの連邦憲法裁判所だけでなく、欧州人権裁判所の判例も調査して、「国際的な人権判断の基準を探る必要がある」というのである。また、泉徳治は、従来の調査官と異なり、各裁判官専属の調査官（ロー・クラーク）を配置すべきという提案もしている。[23]

四　違憲審査制と調査官――各国比較

筆者は、笹田栄司を研究代表者とする「違憲審査制の活性化についての実証的・比較法的研究」をテーマとする共同研究（二〇一一年度から二〇一四年度）に参加している。この共同研究では、違憲審査制において裁判官を支える調査官の役割に注目している。私自身、二〇一三年九月、他の数名のメンバーとともにドイツ連邦憲法裁判所を訪問し、裁判官一名（ミヒャエル・アイヒベルガー裁判官）とその調査官一名から、調査官の役割についてヒアリングする機会を得た。

その後、二〇一四年八月二三日に北海道大学で開催された研究会では、共同研究の参加者から、アメリカ（中林暁生）、カナダ（佐々木雅寿）、ドイツ（笹田栄司）、フランス（山元一）、韓国（國分典子）の違憲審査制において、ロー・クラークや調査官がどのような役割を果たしているかについて報告がなされ、日本の観点からのコメント（宍戸常寿）もなされた。[24] このうち、アメリカでは一名の裁判官に四名のロー・クラーク、カナダでは一名の裁判官に三名のロー・クラーク、ドイツでは一名の裁判官に四名の調査官が配置されている。アメリカとカナダでは、

ロー・スクールを卒業したばかりの法曹がロー・クラークとして採用されるが、任期は一年と短く、採用が更新されることはない。ドイツの場合、国家試験に合格した後、裁判官として数年のキャリアを積んだ者や、大学で研究者を目指している者が三年から四年の任期で調査官となる。これら三つの国では、裁判官が自らロー・クラークや調査官を選ぶことができる。

韓国について調査を行った國分典子の報告によれば、九名の裁判官から構成される韓国憲法裁判所には、公務員として任期一〇年で再任も可能な「憲法研究官」、公法学教授が時間制で就任する「憲法研究委員」、一年契約で採用され、更新も可能な「憲法研究員」という三種類のポストがある。[25] このうち憲法研究員は、外国で公法分野の博士号または弁護士資格を取得した者で、外国の立法、判例、学説について調査する。

上記の三種類のポストのうち、憲法裁判所において最も重要な役割を果たしているのが憲法研究官であり、泉徳治が前述の著書の中で「憲法調査官」としているのは、憲法研究官のことだと思われる。憲法研究官は、憲法裁判所長の命を受け、事件の審理および審判に関する調査・研究を行う。各裁判官に三名ずつの憲法研究官が配属されているが、個別の裁判官に配属されていない憲法研究官もいる。このため、二〇一三年一〇月の時点で、五二名の憲法研究官と、二〇名の派遣憲法研究官（裁判官一六名、検察官四名）が憲法裁判所に在籍していた。憲法研究官は、人事委員会の審議を経たうえで、裁判官会議の議決を経て所長が任命する。韓国で憲法裁判所の存在意義が高まるにつれて、憲法研究官に対する評価も高まり、優秀な法曹が集まるようになっているという。これまで、憲法研究官は定年まで勤めず、大学教員に転身する例が多かったとのことである。しかし、裁判官の任期が六年でほぼ再任なしの慣行があるのに対し、憲法研究官は任期一〇年とはいえ、それを超えても再任される慣行となっている。このため、憲法研究官が憲法裁判所で果たす役割は次第に大きくなっているという。

なお、この他、韓国では二〇一一年に憲法裁判所を理論的にサポートすることを主な任務とする組織として「憲法裁判研究院」が設置された[26]。憲法裁判所法一九条の四によれば、設置の目的は、「憲法および憲法裁判に関する研究並びに憲法研究官および事務局の職員などの教育のため」である。任期付国家公務員として採用される職員の定員は三三人であり、制度研究、基本権、国際調査、教育という四つのチームが設置されているという。

各国の違憲審査制やその社会的背景には様々な違いがあるため単純に比較することはできないが、裁判官が自ら調査官を選ぶことができる制度のほうが、裁判官の個性が憲法判例に反映されるのではないかと思われる。また、違憲審査機能の強化のためには、韓国のように、憲法解釈について専門的に調査研究するスタッフを置くことが望ましいことはいうまでもないだろう。

五　おわりに

違憲審査機能の強化をめぐる議論にもかかわらず、日本の現状では、憲法改正による憲法裁判所の創設や、法律改正による最高裁の制度改革どころか、公法学者を最高裁裁判官に複数任命することさえ実現することは困難であろう。泉徳治が提案するように、最高裁に、憲法解釈について専門的に調査研究するスタッフを置くことが望ましいとはいえ、そのような予算があるなら通常の調査官を増員すべきだということにもなりかねない。このように、日本では制度改革によって違憲審査機能が強化される可能性は低いといわざるをえないが、二〇一五年に戦後七〇年を迎える機会に、最高裁としても、憲法裁判の専門的な調査・研究を行うスタッフを置くなど、違憲審査への積極的な取り組みの姿勢をみせて欲しいものである。

なお、ベトナムでは二〇一三年一一月二八日に新しい憲法が可決され、その後、新憲法に対応するための法整備

が進められているとのことである。同憲法一一九条一項には、「憲法は、ベトナム社会主義共和国の基本法であり、最高の法的効力を有する。その他あらゆる法令文書は、憲法に符合していなければならない」と定められているが、同条二項の後段に、「憲法を擁護する仕組みは法律が定めるところによる」との規定があり、憲法保障の仕組みは法律に委ねられている。[27] ベトナムにおける憲法保障制度の今後の構築にあたって、戦後日本の違憲審査制についての経験が少しでも参考になれば幸いである。

〔追記〕本稿は、科学研究費（基盤B）による共同研究「違憲審査活性化についての実証的・比較法的研究」（研究代表者：笹田栄司、二〇一一年度から二〇一四年度）の研究成果の一部である。

（1）最近の興味深い研究のひとつとして、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス―現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景』（成文堂、二〇一二）。

（2）Matthias Jestaedt u. a., Das entgrenzte Gericht, 2011 は、ドイツ連邦憲法裁判所創設六〇周年を機会に、同裁判所を批判的に検討している。邦訳として、マティアス・イェシュテットほか（鈴木秀美ほか監訳）『越境する司法―ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』（風行社、二〇一四）。なお、同書に収められた四つの論文は、「どうすればドイツの『最終兵器』であるこの憲法機関〔連邦憲法裁判所〕を、もっとうまく作動させられるだろうか、という肯定的な関心から書かれている」（棟居快行による「監訳者あとがき」）前掲邦訳三七八頁。

（3）例えば、土井真一ほか「日本国憲法研究（座談会）、違憲審査制と最高裁の活性化」論究ジュリスト二〇一二年夏号一六九頁以下参照。

（4）大沢秀介『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、二〇一一）二一三頁の指摘。前掲注(3)の座談会における蟻川恒正（一七一頁）や土井真一（一七五頁）も同旨。

（5）この分類は、ライナー・ヴァール（Rainer Wahl, Das Bundesverfassungsgericht in europäischen und internationalen

Umfeld, in: ders., Verfassungsstaat, Europäisierung, Internationalisierung, 2003, S. 256 ff.）によるものである。邦訳として、ライナー・ヴァール（小山剛監訳）『憲法の優位』（慶應義塾大学法学研究会、二〇一二）三一一頁以下〔鈴木秀美訳〕。

（6）たとえば、芦部信喜＝高橋和之補訂『憲法〔第五版〕』（岩波書店、二〇一一）三六八頁。

（7）アメリカ連邦最高裁判所の構成、組織、権限については、松井茂記『アメリカ憲法入門〔第七版〕』（有斐閣、二〇一二）六九頁以下、八〇頁以下参照。

（8）韓国憲法裁判所の設立について、李範俊（在日コリアン弁護士協会訳）『憲法裁判所』（日本加除出版、二〇一二）五頁以下、その構成と組織については、在日コリアン弁護士協会編『韓国憲法裁判所』（日本加除出版、二〇一〇）二七頁以下〔韓雅之〕参照。

（9）最高裁調査官制度について、泉徳治『私の最高裁判所論』（日本評論社、二〇一三）一三四頁以下。

（10）芦部・前掲注(6)三六八頁。

（11）最大判昭和二七・一〇・八民集六巻九号七八三頁。

（12）芦部・前掲注(6)三六八頁。

（13）土井真一「日本国憲法研究（基調報告）、違憲審査制と最高裁の活性化」論究ジュリスト二〇一二年夏号二〇九頁の指摘。

（14）伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、一九九三）一三七頁。

（15）畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題」公法研究六三号（二〇〇一）一一二頁。

（16）畑尻・前掲注(15)一一六頁。

（17）笹田栄司「憲法裁判の在り方」ジュリスト一一三三号（一九九八）一四四頁以下。

（18）畑尻・前掲注(15)一二一頁。

（19）泉・前掲注(9)一二七頁以下。

（20）泉・前掲注(9)一二八頁以下。

（21）泉・前掲注(9)一二八頁。

（22）前掲注(3)の座談会における川岸令和の発言（一八四頁）。

(23) 泉・前掲注(9)一三六頁以下。

(24) この研究会の成果は、『北大法学論集』に掲載予定。なお、本文括弧内は、各国についての報告またはコメントの担当者名である。

(25) 在日コリアン弁護士協会・前掲注(8)三二頁によれば、憲法研究官の数は憲法裁判所規則で定めることになっている（憲法裁判所法一九条一項）。

(26) 詳細は、鄭永薫「韓国の憲法裁判研究院の紹介」法学セミナー二〇一五年三月号掲載予定参照。

(27) 二〇一三年憲法の訳文は、国際協力機構（JICA）の「法・司法制度改革支援プロジェクトフェーズ2」がインターネットで公表している「ベトナム六法」に掲載された仮訳による。

なお、筆者は、二〇一四年一二月一六日から一九日に香港で開催された国際会議（ドイツのコンラート・アデナウアー財団主催）において、ベトナム社会科学院で憲法を研究しているグエン准教授（Nguyen Nhu Phat）に、二〇一三年憲法が憲法保障制度を法律に委ねることになった経緯について質問する機会を得た。この憲法の制定にも関与したという同准教授によれば、二〇一三年憲法に憲法保障制度を明文化すべきだという提案がなされ、検討も行われたが、最終的にそれは見送られることになったとのことである。なお、同准教授は、二〇一四年九月一八日にベトナム社会科学院で開催された「日越憲法比較シンポジウム」には外国出張のため参加できず、シンポジウムでは同教授の報告「最近のベトナム憲法における基本事項」が代読された。