

# 最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化

戸 波 江 二

はじめに

最高裁判所の違憲審査権が有効に行使されていないという批判が聞かれてから久しい。むしろ、一九四七年に最高裁判所が設置されて以来、最高裁判所は常にそのような批判にさらされてきた。最高裁判所の憲法判例は、違憲判断の消極的傾向の点でも、その論理内容ないし水準の点でも、さらには、最高裁判所の政治に対する実際上の影響力の点でも、重大な問題点をかかえている。とりわけ違憲審査制を導入している欧米諸国での実績と比較した場合に落差が大きい。

もつとも、下級裁判所の判決にはこれまでも注目すべきものが少なくなく、日本の憲法判例の質の向上に重要な寄与をなしてきた。しかし、下級審裁判所が優れた憲法判例を下すことがあるとしても、その数は必ずしも多い

とはいえず、むしろ最高裁判例にしたがって無難な合憲判決を下す例ははるかに多い。とすれば、問題は、判例全体を統一し指導する最高裁判所の憲法判例にある。最高裁判所の憲法判例が憲法感覚にあふれた質の高いものになれば、日本の憲法判例全体が向上することはいうまでもないところである。最高裁判所の憲法判例の意義と問題点こそが第一に問われなければならない。

ところで、最近の最高裁判所の憲法判例は、一九九〇年ごろまでの立法・行政府の判断追認型から変化のきざしがみえ、憲法ないし人権価値を優先した判決を下すようになってきている。この変化は一九九〇年代の政治の転換を背景にしており、また憲法感覚のある裁判官が着任したという事情もあるが、いずれにせよ、最高裁判所が憲法判例に積極的に取り組む姿勢がみえることは重要である。とはいえ、最高裁の憲法判例が質的に全面的に高まったとまではいえず、その推移をなお見守っていく必要がある(1)。

それでは、最高裁判所の憲法判例のどこに問題があるのか、なぜそのような状況に陥っているのか、現状を打開するためにはどうすればいいのか、これらの問題を現在の時点で概括的に考察し、よりよい憲法判例の構築に向けて提言をすること、それが本稿の目的である(2)(3)。

(1) 最近の最高裁判所の憲法判例の積極的傾向をどのように評価するかは難しいが、それについて、小林武「わが国違憲審査制五〇年の軌跡と課題」(二) 南山法学二二巻二号(一九九八)一四頁以下参照。

(2) 日本の違憲審査制ないし最高裁判所の憲法判例に関する論稿は枚挙にいとまがない。主要なものは戸波・後出(3)に引用したが、その後の文献として、芦部信喜「憲法学における憲法裁判論」法学協会雑誌一一三巻八号(一九九六)一一三五頁以下、園部逸夫「違憲審査の法理」法曹時報四七巻一號(一九九五)二七八七頁以下。同「最高裁判所大

法廷と憲法裁判所」宮田古稀記念「国法学の諸問題」(嵯峨野書院、一九九六)一三七頁以下、横田耕一「違憲審査制の性格とその運用」ジュリスト一〇八九号(一九九六)一五一頁以下、戸松秀典「司法審査と民主制」法律時報六八巻六号(一九九六)一六三頁以下、覚道豊治古稀記念論集「現代違憲審査論」の諸論稿(とくに榎原猛「違憲審査と政治的配慮」六二頁以下、松井茂記「討議的で転換的な政治の一形態としての司法審査」八六頁以下、棟居快行「プロセス・アプローチ的司法審査観について」一二二頁以下、新井川村河野戸波「座談会・違憲審査制の活性化のために」自由と正義四七巻一號(一九九六)八七頁以下、笹田栄司「裁判制度」(信山社、一九九七)、中村睦男「常本照樹「憲法裁判50年」(悠々社、一九九七)、大沢秀介「最高裁判所と憲法裁判所」公法研究五九号(一九九七)一八五頁以下、同「最高裁判所と憲法裁判所」岩波講座「現代の法5現代社会と司法システム」(岩波書店、一九九七)三九頁以下、小林武「わが国違憲審査の五〇年——総論的概観」憲法理論研究会編「憲法五〇年の人権と憲法裁判」(敬文堂、一九九七)三頁以下、植野妙実子「憲法裁判の五〇年」同前一七頁以下、小林武「わが国違憲審査制五〇年の軌跡と課題」(一)完(南山法学二二巻一號四頁以下、二號一頁以下、三號一頁以下(一九九八)、奥平康弘「最高裁判所の現在と行方——憲法事件判決の近況と最高裁判所上下」法律時報七〇巻一號六頁以下、二號七四頁以下(一九九八)、大久保史郎「憲法裁判と憲法訴訟上中」法律時報七〇巻一號四二頁以下、四號四三頁以下(一九九八)、浦部江橋野中戸波「座談会・憲法裁判と憲法訴訟」法学セミナー五二二號(一九九八)二八頁以下、松井茂記「プロセス的司法審査理論再論」佐藤幸治還暦記念「現代立憲主義と司法権」(青林書院、一九九八)六七頁以下、土井真一「司法審査の民主主義的正当性と「憲法」の観念」同前一一五頁以下、佐藤初宿大石編「憲法五十年の展望II——自由と秩序」(有斐閣、一九九八)の諸論稿(佐藤幸治「自由の法秩序」一頁以下、土井真一「法の支配と司法権」七九頁以下、米沢広一「最高裁と下級審」一四三頁以下、松井茂記「最高裁判所の憲法判例の半世紀」二〇三頁以下、市川正人「違憲審査制と民主制」二八頁以下)などがある。

(3) 本稿は、戸波「司法権・違憲審査制論の50年」樋口森高見辻村「憲法理論の50年」(日本評論社、一九九六)

一〇九頁以下に続いて、とくに最高裁判所の憲法判例の問題点を分析しつつ、あるべき違憲審査制の制度と運用について考察したが、十分な推敲の時間をとることができず、先行業績を整理して若干の意見を述べるとどまった。問題点の一層の解明は他日を期すことにしたい。

## 一 最高裁判所の憲法判例の問題点

### 1 最高裁判所の憲法判例の「判例」性

最高裁判所は、判例法を最終的に確定するという任務をもつ。最高裁が判決のなかで示した判例法理がのちの裁判の準則となり、下級審および最高裁自身を拘束する。その意味で、最高裁判所の判例は重要な法源となる。しかし、こと憲法判例に関しては、最高裁は自覚的に判例形成に取り組んでいるようにはみえない。むしろ、最高裁の憲法判例は、論理構成の内容や水準の点でも、先例としての意義の点でも、総じて粗雑なものとなっている。最高裁の憲法判例の問題点については、すでに詳細な検討がなされているが<sup>(4)</sup>、ここではとくに戸松秀典教授と米沢広一教授の分析を参照に、最高裁判例の問題点を整理したい。

(1) 戸松教授は、最高裁判例の引用のしかたが不明確であることを批判する。それによれば、最高裁判例は、しばしば「当裁判所大法廷判決〔先例〕の趣旨に徴して明らか」とか「当裁判所判決〔先例〕参照」という方式で先例を援用するが、そこで援用される先例が当該事件にどのように関わるのかが不明確な場合が数多くみられる。たとえば、自衛隊の基地建設のための土地売買契約の効力が争われた百里基地訴訟最高裁判決(最三小判平元・六・二〇民集四三卷六号三八五頁)は、国の私法上の行為に対して憲法九条が直接適用されないとする判示に際して、三菱

樹脂事件判決が援用され、その「趣旨に徴して明らかである」と論じ、また、岐阜県青少年保護条例判決(最三小判平元・九・一九刑集四三卷八号七八五頁)では、有害図書規制が憲法二二条に違反しないとする判示に関して、わいせつ文書規制に関するチャタレイ事件判決、サド事件判決、福岡県淫行条例事件判決を援用して、これらの判決の「趣旨に徴し明らかである」と論じているが、これらの引用がなぜなされたのか、先例のどの部分がどのように係争事件に関連しているのかは不明確であるとする。そして、先例を引用するにあたっては、単に「先例の趣旨に徴して明らか」と述べるのではなく、具体的に先例の引用部分を明示し、先例と係争事件の争点との異同を区別すべきであるとする<sup>(5)</sup>。

戸松教授の指摘するように、最高裁判例の先例の引用のしかたには重大な問題があり、①実態のうえで相当に異なる事案を強引に先例として引用していること、②先例のどの部分が「判例」として係争事件に関連しているのかわからないこと、③先例と本件とがどのように関係するかについて説明がないこと、などの欠陥があることは否定できない。

(2) 米沢教授は、最高裁判決と下級審判決との対応関係について、①先行する下級審判決の論理がどのように最高裁判決に受け入れられているか、②最高裁判決の先例の援用の手法は妥当か、③最高裁判決がその後の下級審判決に対してどのように統制力を及ぼしているか、④下級審判決は先例をどのように評価しているかなどの観点から、尊属殺、公安条例、平和主義など八つの主要な憲法問題の分野で判例の動向を詳細にたどり、とくに最高裁判決の先例について、先例が安易に拡大化されていること、先例の射程が不明確なために不統一が生じていること、引用された判決が先例として不適切な場合があること、先例の引用に一貫性がないこと、などの問題を指摘する。そして、最高裁の先例拘束性の視点からして、「第一に、先例がすでに存する場合には明示的に引用し、それを無視する

ようなことをしない。第二に、先例たりえない判決を強引に「先例」として引用するようなことをしない。第三に、「徴して明らか」『〇〇判決参照』等とのみ曖昧にのべるのではなく、どの判決のどの部分を先例とみなすのかを明示したうえで、その判決が先例たりうる理由を具体的に説明する。第四に、先例を安易に拡大するようなことをしない。第五に、先例の捉え方（たとえば、その射程）を、小法廷を含めた最高裁のその後の判決において統一すると提言する<sup>(6)</sup>。これらの提言はいずれも正当な指摘である。いずれにせよ基本的なことは、最高裁判所は自己の形成する憲法判例の重要性を自覚し、憲法判例を明確に論理化することに努めなければならないということである。

(3) 最高裁判例の先例の参照のしかたに関して、私人間効力に関する判例の展開の問題点を指摘しておきたい。ここでは、先例の内容がのちの判例によって一方的に曲げられ、先例の説いた法理が事実上改変される結果となっている。

人権規定の私人間効力に関する先例は三菱樹脂事件判決（最大判昭四八・二二・二民集二七卷一〇号一五三六頁）であり、憲法の人権規定が「もっぱら国または公共団体と個人との関係を規律するものであり、私人相互の関係を直接規律することを予定するものではない」と述べつつも、「私的関係においては、……私的自治に対する一般的制限規定である民法一条、九〇条や不法行為に関する諸規定等の適切な運用によって、一面で私的自治の原則を尊重しながら、他面で社会的許容性の限度を超える侵害に対し基本的な自由や平等の利益を保護し、その間の適切な調整を図る方途も存する」と説いて、いわゆる間接適用説の立場に立つことを明言していた。しかし、のちの昭和女子大事件判決（最三小判昭四九・七・一九民集一八卷五号七九〇頁）では、前半部分の「私人間に直接適用されない」という部分のみが強調されるとともに、後半部分への言及はなく、その結果、事実上無効力説と同様の論理が展開され、私人間でも人権が保障されるといふ視点が軽視されることになる。さらにまた、「大学は、国公立であると私

立であると問わず、学説の教育と学術の研究を目的とする公共的な施設であり、法律に格別の規定がない場合でも、その設置目的を達成するために必要な事項を学則等により一方的に制定し、これによって在学する学生を規律する包括的権能を有する」という論理が付加され、公立と私立との区別を否定するという、私人間効力論で説いたところとは一致しない論理によって、学則の正当化がなされている。このような判決の流れはいわゆる校則裁判にまで持ち込まれ、私立学校でのバイク校則違反やパーマ校則違反による処分が争われた事件で、最高裁（最三小判平三・九・三判時一四〇一号五六頁、最一小判平八・七・一八判時一五九九号五三頁）は、私立学校には人権規定が直接適用されないと説き、人権問題に一切論及しないままに校則による規制を正当化している。

校則裁判に関する最高裁判例は多くの重大な疑問点を抱えているが、ここで述べた私人間効力論に関する判例理論からの逸脱の傾向はとくに問題である。そもそも間接適用説は、人権規定が私人間でも基本的に妥当し、人権を侵害する私法行為が法的に違法ないし無効と評価されるといふ理論であった。ところが、最高裁判例の展開とともに、人権はむしろ私人間では妥当せず、人権制限の問題はおよそ議論にならないというように変化してきている。それは、三菱樹脂事件判決の先例のとらえ方として不当であるが、そればかりでなく、同じ学校教育を受けている生徒の人権論として、公立学校では人権が保障され、私立学校では人権保障が問題とはならないという矛盾した論理を採用していることになる<sup>(7)</sup>。このような実態に適合しない論理を判例として形成し、それにしがたがって判断をしていること自体、最高裁判所の判例形成能力に疑いがもたれるところである。判例としての論理的一貫性、整合性、説得性などの重要な要素に欠ける判例を積み重ねている最高裁の態度は、強く批判されなければならない。

以上のように、最高裁判所の憲法判例には、先例としての問題点が数多く見受けられる。それは、結局は、事件を担当する裁判官が当該事件での憲法「判例」をどのようにつくるかということに十分配慮していないことに根本

の原因があると思われる。この点に関連して、英独の憲法判例を読むと、①当該事件で問題となっている憲法問題は何か、②それに関する先例にはどのようなものがあるか、③当該事件で確定する判例法理はどのようなものか、という諸点に十分留意して判決文を書いていることが分かる。ドイツ連邦憲法裁判所の判例では、主張された多くの憲法問題のうちで、「本件ではこの問題は未解決のままにしておく」という表現で、事件の解決に不必要な憲法判断を回避することさえしばしばみられ、それだけ憲法判例の形成について慎重に取り組んでいる。日本の最高裁判例には、そのような慎重な態度がみられないことが問題とされなければならない。

## 2 最高裁判例の違憲審査基準論

違憲審査にあたって、違憲審査の基準ないし方法を確立することは、違憲審査の精度を高め、合憲・違憲の結論の論理的説得性を確保し、違憲審査権の行使に対する信頼を獲得するうえで不可欠である。違憲審査の基準・方法論は、欧米の違憲審査の実際では、緻密な論理によって構成され、合憲性の判定にとって重要な役割を果していることは周知の通りである<sup>(8)</sup>。しかし、最高裁判例は、有用な違憲審査基準論を発展させてきているとはいえない。

(1) まず、二重の基準論について、最高裁判所は二重の基準論の論理を示唆しているものの、二重の基準論に忠実に準拠して違憲審査を行っているわけではない。とくに精神的自由に対する厳格審査を行ったという事例はまだみられず、むしろ経済的自由の分野での違憲判決が目立っている。もっとも、議員定数不均衡事件では、最高裁判所は例外的に積極的な違憲判断を下しているが、そこでも違憲審査の基準としては立法裁量論を基礎にしたゆるやかな審査基準が用いられており、事実上極端に較差が開いた場合にのみ違憲判断が示されるにとどまる。二つの違憲判決を含めて、定数不均衡の違憲性を指摘する判決をいくつか下してきているとはいえず、最高裁判所が議員定数不均衡事件で厳格審査を行っているとは言いにくい状況にある。

また、最高裁判所の判例では、さまざまな憲法分野で立法裁量論が用いられており、それによって十分な違憲審査の検討をすることなく違憲の結論を導き出している。立法裁量論は、議会に対する敬讓という意味での司法消極主義に立脚している限りで、違憲審査の基本的態度としては支持できないわけではない。しかし、争われている法律の合憲性の審査の際の判断基準ないし方法としては用いられるべきものではない。とくに、最高裁判例で用いられている立法裁量論は、一般的な事件での合憲の枠内にあることを示す立法裁量論であって、それは結局は「合憲」であることのいい直しにすぎず、違憲審査の基準論として無用のものである<sup>(9)</sup>。このような立法裁量論を多用すればするほど、違憲審査の精度および判例の質が低下し、最高裁判例に対する信頼が失われることになる。

総じて最高裁判例には、違憲審査の基準・方法に対する配慮が乏しいように見受けられる。どのような種類の事件にどのような違憲審査基準をとるかについて、一部の判決を除いて明らかにしようとはせず、むしろ、事件ごとに個別事情をアド・ホックに衡量して結論を導き出すことに終始しているようにみえる。戸別訪問の規制をはじめとする選挙運動に関する一連の最高裁判決(たとえば、最一小判昭五六・六・一五刑集三五卷四号二〇五頁)で、十分な理由を述べないままに合憲判決が繰り返されているのがその例である。また、エホバの証人剣道拒否事件判決(最一小判平八・三・八民集五〇卷三号四六九頁)でも、エホバの証人の信者の学生に対する原級留置・退学処分を取り消した結論は支持できるものの、信教の自由と教育の中立性との衝突という重要な事例であったにもかかわらず、個別的事情を平板に衡量して結論を導き出すにとどまっている。信教の自由の制限に関する重要な先例となりうる事件であったことを考慮すれば、違憲審査の判断枠組みを確立すべきであったように思われる<sup>(10)</sup>。

(2) もっとも、最高裁判所が違憲審査基準論を自覚的に展開した例もみられる。その一つに、職業の自由に関する積極目的・消極目的二分論がある。積極目的・消極目的二分論は、小売市場事件判決(最大判昭四七・一一・二二

刑集二六卷九号五六六頁)と薬事法距離制限違憲判決(最大判昭五〇・四・三〇民集一九卷四号五七二頁)によって形成されたものであり、最高裁判所が独自に展開した数少ない違憲審査の基準・方法論であった。しかし、その後の判例では、西陣絹ネクタイ訴訟判決(最三小判平二・二・六訟月三六卷二二号二四二頁)や公衆浴場距離制限第二小法廷判決(最二小判平元・一・二〇刑集四三卷一号一頁)などで用いられたものの、森林法違憲判決(最大判昭六二・四・二二民集四一巻三号四〇八頁)、公衆浴場距離制限第三小法廷判決(最三小判平元・三・七判時一三〇八号一一一頁)、酒類販売免許制合憲判決(最三小判平四・二二・一五民集四六卷九号二八二九頁)では用いられなかった。学説では、積極目的・消極目的二分論を支持する学説が有力であったが、他方、それに反対する説も有力に主張されていた(1)。思うに、積極目的・消極目的二分論は、違憲審査の基準論として不成功に終わったといわざるをえない。つまり、①なぜ積極目的規制では明白の原則というゆるやかな審査が行われ、なぜ消極目的規制では必要性・合理性が相当に厳格に審査されるのかがなお不明なこと、②国の規制目的によってのみ審査基準を区分することが説得的ではないこと、③積極目的規制にも消極目的規制にも該当しないものが少なくなく、違憲審査基準として一般性に欠けること、④積極目的・消極目的二分論の論理によって得られる帰結が常に妥当なものになるとは限らないこと、などの重大な問題があったからである。この意味で、のちの最高裁判例が意識的に積極目的・消極目的二分論を回避したことは賢明であったといえよう。

なお、森林法違憲判決で最高裁が示した財産権制限立法の合憲性審査の基準・方法は基本的に妥当なものと考えられる。判決は、財産権の制限の多様性に鑑み、規制の目的、必要性、内容、規制を受ける財産権の種類、性質、規制の程度等を比較考量するという立場に立ち、①規制目的が公共の福祉に合致するかどうか、②規制手段が目的達成のために必要であり合理的かどうかという違憲審査基準を提示し、そして、この基準に照らして森林法一八六条

の分割請求制限規定の必要性・合理性の有無を詳しく審査して違憲と判示している。この審査方法は、財産権規制立法について、大枠として比較的ゆるやかな違憲審査基準を設定し、それに基づいて規制の必要性・合理性を個別に審査するものであり、立法事実の検討によって妥当な結論を得ることができる点でも有用な審査方法といえよう。

しかし、森林法違憲判決は、積極目的・消極目的二分論を採らなかつた理由を明らかにしなかつた。そのため、学説でも、積極目的・消極目的二分論を採る先例との関係をどのように解するかについて意見が分かれた(2)。そして、このことはとりもなおさず、森林法違憲判決が後の最高裁ないし下級審判決に対して、先例として適切なメッセージを送っていないことを意味する。公衆浴場距離制限の合憲性が再度問題になった一九八九年に、第二小法廷と第三小法廷とで、同じ合憲判決でありながら積極目的・消極目的二分論を用いるかどうかで意見が分かれたが、その原因の一つは先例としての森林法判決の不明確性にあつたといえよう。

一九九二年の酒類販売免許制合憲判決は、酒類販売免許制の合憲性について、薬事法距離制限違憲判決および大島サラリーマン税金訴訟判決(最大判昭六〇・三・二七民集三九卷一号二四七頁)を援用しつつ、租税立法については立法府の政策的・技術的裁量が尊重されることを前提に、「租税の適切かつ確実な賦課徴収を図るといふ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府の判断が、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」憲法二二条には反しない、という基準を採用し、結論として酒類販売免許制には酒税の確実の徴収という観点からなお必要性・合理性が認められると判示した。

この判決で大島サラリーマン税金訴訟が先例として引用されているが、酒類販売免許制は、それが税に関する事

件であるとはいえ、所得税の徴収方法の間の不平等が争われた大島サラリーマン税金訴訟とは事案を異にしており、また、租税法に関する立法裁量論を営業許可制の争われた事案に援用することにも理由がなく、先例の引用として問題がある。また、酒類販売許可制という職業の自由の制限が争われているにもかかわらず、積極目的・消極目的の二分論を用いず、しかもそれについて説示がないことも問題である<sup>(13)</sup>。

(3) 政教分離裁判での目的効果基準の扱いもまた、最高裁判例の展開した違憲審査基準として注目される。目的効果基準は、津地鎮祭事件ではじめて採用され、その後の政教分離裁判のほぼすべてで用いられてきている。目的効果基準に対する学説の評価はかなり分かれ、かつ時代とともに変化してきている。津地鎮祭事件判決当初は、政教分離原則についてゆるやかな分離論に立脚するものとして批判が強かった。しかし、その後の判例では目的効果基準は違憲審査基準として一貫して用いられ、他方、目的効果基準がアメリカの政教分離裁判で展開してきた有用な違憲審査基準であり、また、下級審判決が違憲判決の根拠として用いたこともあって、「目的効果基準を厳格にしばって適用すれば、広く用いることのできる基準ではないか」とする説が有力になった<sup>(14)</sup>。とはいえ、目的効果基準の不明確性、ゆるやかな審査による合憲判断導出の可能性という問題を踏まえて、目的効果基準を批判する見解も有力であった。

目的効果基準の展開にとって、愛媛玉串料違憲判決（最大判平九・四・二民集五一卷四号一六七三頁）は重要な意味をもつことになった。判決は、目的効果基準を採用しながらも、その検討にあたっては「当該行為の外形的側面のみとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的及び宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならぬ」と説き、結論として、愛媛県知事による靖国

神社等の祭祀への玉串料等の奉納を政教分離違反と判断した。事案への適用過程で、玉串料の支出行為の宗教性が高いことを重視し、また、行為の目的の宗教的意義を客観的にとらえ、効果についても一般人に与える印象を重視するなど、目的効果基準を厳格に適用しようとしていることが注目される。

判決の目的効果基準については、さらに、目的効果基準が不明確であまいであるとする五裁判官の補足意見、目的効果基準に依拠しつつも合憲の結論を導き出している反対意見があることも注意されよう<sup>(15)</sup>。この意味で、目的効果基準自体はなお客観的に確立した基準ではなく、より精度の高い基準を模索していく必要があるようにも思われる。しかし、他方で、政教分離違反かどうかを判定するにあたっては、問題となっている国の行為と宗教とのかわりの具体的状況・程度を検討することが不可欠であって、政教分離違反かどうかは違憲審査基準の精度のみによって解決するわけではない。この意味で、目的効果基準は、政教分離違反かどうかを鋭く切り分ける基準とはいえ、さらに精緻な基準を追求する必要があるものの、政教分離事件で依拠するに足りる一応の基準といえることができると思われる。

いずれにせよ注目されるのは、違憲判決が目的効果基準という違憲審査の基準から導き出されたことである。目的効果基準は、違憲判決の導出にとって有力な判断枠組みを提供したのであり、ここに違憲審査基準論の有用性をみてとることができる。このことに示されるように、裁判所は、違憲審査権の行使にあたって、とくに違憲判断を下すにあたって、確固とした違憲審査の論理ないし枠組みを構築し、判決の説得力を高めなければならない。とりわけ最高裁は、どのような違憲審査の基準・方法をとるか、どのような違憲審査の判断枠組みを採用するかということに注意を払い、よりよい違憲審査基準論を形成することに努めなければならない<sup>(16)</sup>。

### 3 憲法ないし人権問題を回避する傾向

最高裁判例の重大な問題点として、さらに、憲法ないし人権問題が訴訟で問題となった場合でも、憲法問題として扱うことを避け、通常の法律問題として事件を処理しがちなことがある。その例としては、前述した私人間効力論での人権の不適用説的な論理に転換した事例があるが、他には名誉・プライバシー・人格権侵害が損害賠償で争われる場合に著しい。たとえば、弁護士会からの照会に応じて前科を開示したことを違法として損害賠償請求を是認した前科照会事件判決(最三小判昭五六・四・一四民集三五卷三三六二〇頁)では、プライバシーの観念は用いられず、もっぱら損害賠償訴訟の範囲内で議論がなされていた<sup>(17)</sup>。

判例の態度は、不必要な憲法問題に立ち入らないとするいわゆる憲法判断回避の準則に忠実にしたがっているようにもみえる。しかし、上記の事件で、憲法問題を顕在化させて憲法事件として審理することは、決して不必要なことではなく、むしろ問題を適切に解決するために必要なことである。

たとえば、表現の自由と名誉・プライバシーとの対立において、その調整のためには本来憲法レベルの価値衡量が必要であり、それらの権利の憲法上の位置づけや根拠、その制限の可能性と限界などについて人権論から考察することは不可欠なはずである。そして、プライバシー侵害の条件として「宴のあと」事件東京地裁判決(東京地判昭三九・九・二八下民集一五卷九号三二七頁)が示した三条件(①私生活上の事実または事実らしく受け取られるおそれがあり、②一般人を基準に公開を欲せず、③未だ知られていないこと)は、実はプライバシー情報として保護される個人の情報の範囲を示すものであり、それはとりもなおさず人権としてのプライバシー権の外延を確定するものである。とすれば、前科照会事件では、公権力が前科に関することがらを正当な理由なく開示することが人権侵害となることを踏まえて、プライバシー情報の意義とその限界、前科とプライバシーとの関係などの論点について論理化を図るべきであったのである。単に不法行為法上の調整問題としての比較衡量ではなく、憲法上の人権の衝突ない

し人権制限の可否に関する比較衡量として論理構成することは、拠るべき基準のない比較衡量に終わらせないために必要なことである<sup>(18)</sup>。

(4) 最高裁判例に対する下級審判決の対応を分析し、下級審判決が最高裁判例から自由に判断を下していることを指摘する芦部信喜「憲法判例の拘束力と下級審の対応」「人権と憲法訴訟」(有斐閣、一九九四)一七七頁以下、判例の拘束力に関連して、最高裁の憲法判例の拘束力が「事実上」のものであっても強力であることを問題視する樋口陽一「判例の拘束力考」佐藤功古稀記念『日本国憲法の理論』(有斐閣、一九八六)六七五頁以下、判例変更の黙示的変更を論じた戸松秀典「憲法判例の明示的変更と黙示的変更」ジュリスト一〇三七号(一九九四)一二頁以下などがある。憲法判例の変更が非明示的になされていることは、とりも直さず、最高裁が判例の形成の際に先例に配慮していないことを意味する。

(5) 戸松秀典「最高裁判所の憲法判例における先例の扱い方について」高柳古稀記念『現代憲法の諸相』(専修大学出版局、一九九二)一九七頁以下、二一九頁。

(6) 米沢広一・前出注(2)一九三頁。

(7) 校則裁判での判例の問題点について、さしあたり戸波「私立高校での校則違反を理由とする自主退学処分をめぐる憲法上の問題点」日本大学司法研究所紀要五卷(一九九三)九八頁以下参照。

(8) さしあたり、ドイツ・アメリカについて、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(信山社、一九九六)、憲法訴訟研究会Ⅱ芦部信喜編『アメリカ憲法判例』(有斐閣、一九九八)所収の判例参照。

(9) 立法裁量論を違憲審査の場面で用いることができるかとなれば、それは、租税立法や社会保障立法など、とくに立法府の政策的な法形成の余地が広く認められる分野においてであり、しかも違憲審査のあり方としては、「立法裁量Ⅱ合憲」

ではなく、「立法裁量」ゆるやかな審査」と解し、規制立法が不合理であることが明らか場合には違憲となる余地を認めるものでなければならぬ。この点について、とくに戸松秀典「立法裁量論」(有斐閣、一九九二)二五頁以下、私見として、戸波「違憲審査権と立法裁量論」憲法理論研究会編「違憲審査制の研究」(敬文堂、一九九三)一三七頁以下参照。また、最近の研究として、安西文雄「司法審査と立法裁量論」立憲法学四七号(一九九七)一頁以下参照。

(10) 厳格な審査基準を明示しなかったことを問題視する論稿として、小林武・民商法雑誌一一五巻六号(一九九七)九〇頁。

(11) 職業の自由に関する学説・判例の状況について、さしあたり、青柳幸一「職業の自由の制限」樋口野中編「憲法の基本判例(第二版)」二二〇頁以下参照。また、藤井俊夫「経済規制と違憲審査」(成文堂、一九九六)二五頁以下が示唆に富む。

(12) 森林法違憲判決の評価自体かなり分かれている。さしあたり、棟居快行「憲法判例百選Ⅰ(第三版)」(一九九四)一九四頁、石川健治「財産権の制限」岩間戸波編「司法試験シリーズ憲法Ⅱ(第三版)」(日本評論社、一九九四)一八九頁、安念潤司「共有林の分割制限と財産権の保障」樋口野中編「憲法の基本判例」前出注(11)一二九頁等参照。

(13) もっとも、綿引万里子調査官は、酒類販売免許制判決について、「当該規制措置の立法目的が、社会政策上の積極的目的に属するの、消極的警察目的に属するのによつて、その合憲性審査基準を「明白の原則」と「厳格な合理性の基準」とのいずれかに単純に二分するといった思考方法よりも、当該規制立法が、どこまで立法事実上踏込んだ司法判断がなされるべき分野に属するの、換言すれば、立法事実の把握、ひいては規制措置の必要性和合理性についての立法裁量をどの程度尊重すべき分野に属するのを検討することこそが重要である」と説き、「本判决は、右のような見地から、酒類販売免許制度の立法目的が二分論のいう積極的政策目的と消極的警察目的のいずれに区分されるかといった観点から規制の必要性和合理性に関する立法裁量の適否についての司法審査基準を導くのではない」と解説しており、「最高裁判所判例解説民事篇平成四年度」(五六九頁)、本判决が積極目的・消極目的二分論を放棄したことを示唆して

いる。二分論に疑問をもつ立場からすれば、二分論を放棄した判旨は評価できるが、しかし、判例理論からすれば、先例との関係を詳しく説明していないことは問題である。また、違憲審査基準に関する重要な説示ないし実質的判例変更を小法廷で行うことにも重大な問題がある。

(14) 芦部信喜「憲法(新版)」(岩波書店、一九九七)一四九頁。

(15) 目的効果基準の違憲審査基準としての明確性について詳細に分析した最近の論稿として、横田耕一「政教分離をめぐる若干の問題」宗教法一七号(一九九九)一七一頁以下がある。なお、最高裁の憲法判例に補足意見、反対意見が付加されるのは、多数意見の意図を相対的に明確化し、判決の射程を明らかにし、後の裁判に解釈指針を与えるなどの点で、きわめて有用である。この点について、米沢広一・前出注(2)一九四頁参照。

(16) 違憲審査基準ないし判断枠組みに配慮している最高裁の憲法判例は他にもいくつか見いだされる。検閲の定義および検閲違反の判断方法を示した税関検査事件(最大判昭五九・二二・二二民集三八巻一二号一三〇八頁)、名誉毀損言論の事前差止の法理を示した北方ジャーナル事件(最大判昭六一・六・二二民集四〇巻四号八七二頁)、立法裁量を広く認めながらも一応の違憲判断の基準をつくっている議員定数不均衡訴訟などがそれである。

(17) 判例が憲法問題を避ける傾向にあることを批判する奥平康弘「憲法裁判の可能性」(岩波書店、一九九五)一五五頁以下は、①名誉毀損法制、②私人間効力論、③煽動罪の例を挙げて問題点を詳細に検討している。

(18) また、人権侵害が損害賠償訴訟で争われる場合に、被侵害利益が、厳格な審査を要求する精神的自由であるかどうかは、人権理論にとってはきわめて重大な問題なはずである。それにもかかわらず人権問題としてではなく、不法行為上の被侵害利益の問題として扱われ、ひいてはゆるやかな審査が行われることになると、それは違憲審査の基準論からみて許されない乖離となる。

## 二 最高裁判例の消極性とその理由

最高裁判例が憲法判例の形成に力を入れず、違憲審査基準・方法のあり方に十分配慮せず、憲法問題を回避する傾向にあるのはなぜか。これまでの大方の最高裁判官はこのような違憲審査権の消極的行使を是としてきたわけであり、そのような意識が最大の問題であるが、それではそのような消極的意識を生み出す原因は何か。まず考えられるのが裁判官の保守性であり、そして、後述のように体制維持的な判例も見られるが、しかし、憲法問題を回避する態度は、政治的な憲法問題以外の憲法事件においてもみられるところであり、裁判官の保守性のみから最高裁判所の現状を説明することは適切ではない。

最高裁判所の憲法判例を方向づけているものに、最高裁判所裁判官の裁判官としての資質ないし基本態度がある。この点について、伊藤正己教授は、①意見の対立よりも「和」を重んずる精神風土が日本にあり、政治部門への礼讓の意識があること、②法的安定を重視する立場からすれば、長期間続いた事実状態をくつがえすことは困難なこと、③司法制度上、最高裁判官が憲法の裁判所という意識を低くもち、違憲主張を軽視することがあるなど、憲法解釈論を粗雑であるとみる傾向があること、④大法廷への回付を避けるために合憲判断を下しがちなこと、⑤「顔のない裁判官」が求められ、少数意見が生まれにくいこと、などの諸点を指摘する<sup>(19)</sup>。この伊藤教授の指摘はいずれも適切であるが、さらに、ここでは三点を付加しておきたい。

第一に、現在の最高裁判所の負担過剰の現状である。園部逸夫教授は、戦前の大審院、行政裁判所、司法省の任務を統合し、さらに違憲審査権をも付与された最高裁判所が、一五名の裁判官でこれらの任務を処理することになったことを指摘される<sup>(20)</sup>。現状では、最高裁判所は担当すべき事件や事務を多くかかえ、憲法判例について十分に議論する余裕がないまま事件処理に追われざるをえない。それに関連して、現在の最高裁判所は人的にも訴訟上も民事事の上告審の任務に重点を置いているため、憲法事件の終審裁判所であるという認識が裁判官の間で乏しく、その結果、最高裁判所裁判官は民事事の実務には精通しているが、憲法事件には必ずしも通じていない、という事態が生じていることも指摘できる<sup>(21)</sup>。

第二に、裁判所の違憲審査権の行使を支える制度的環境の問題がある。現在の事件性を前提とした付随的違憲審査制の下では、憲法事件の裁判所への係属のしかた、裁判所による憲法事件の選別の難しさ、憲法判断の回避、違憲判決の政治的インパクトの忌避など、さまざまな点で違憲審査権の行使は障害にぶつかる<sup>(22)</sup>。とくに、日本の裁判所制度が統一的なヒエラルヒーをなしていることが問題となる。ドイツでは、連邦制の下で州レベルでも憲法裁判所が設置されるほか、連邦通常裁判所・連邦行政裁判所などに裁判権が分かれているなかで、憲法裁判所が憲法問題を専門的に処理し、通常裁判所の判決をも対象に違憲審査権を行使している。また、アメリカの裁判所制度も連邦制の下で州裁判所からの裁量上訴(サーシオレイライ)の制度によって、事実上連邦最高裁判所が憲法裁判所の役割を果している。ところが、日本の裁判制度には裁判権の多元性はなく、一元的な裁判制度の下で、民事事を中心とする事件がすべて単一の組織の裁判所に係属する。ここでは、判例の下級審への拘束力という点でも司法行政による人事管理という点でも、下級裁判所が最高裁判例に抗する判決を下すことには困難がともなう。また、他方で、複数の裁判権の間の対立はなく、最高裁判例はすべての裁判所の上に君臨することになるので、最高裁判所は判決の結論にのみ留意すれば足り、理由づけに配慮するには及ばない。日本の最高裁判例の質が低位にとどまっているのは、このような裁判制度にも起因しよう。

第三に、違憲審査制をとりまく社会的環境の問題である。違憲審査権が有効に行使される前提として、憲法に対

する社会的コンセンサスが成立し、憲法が国の基礎法であることが国民意識のなかで広く受け容れられている必要がある。しかし、これまでの日本の政治風土では、憲法に好意的ではない政治勢力が政権に就いており、憲法はむしろ統合のシンボルではなく、護憲・改憲の対立軸の極に置かれてきた。憲法学の主流は「抵抗の憲法学」として政治権力を批判し、その抵抗のシンボルとして憲法がもちだされてきた。このように、憲法が政治・社会の共通の基礎であることについてのコンセンサスが欠けている政治風土の下では、違憲審査制を活用して違憲の国家行為を是正する判決を裁判所に期待することは難しい。最高裁判所の違憲審査権の行使の消極性は、憲法をめぐるこのような日本の社会風土にも原因の一端があると考えられる<sup>(23)</sup>。

(19) 伊藤正己「裁判官と学者の間」(有斐閣、一九九三)一一六頁以下。なお、松井茂記・前出注(2)〔憲法判例〕二六七頁以下、戸波・前出注(3)一一四頁以下も参照。

(20) 園部・前出注(2)〔最高裁判所大法廷〕一六〇頁、同・公法研究五九号三二二頁での発言。また、笹田・前出注(2)七五頁以下、同「大沢報告についてのコメント」公法研究五九号二〇〇頁も同趣旨の指摘をする。

(21) 最高裁判所裁判官は、裁判官出身者にせよ弁護士・検事出身者にせよ、憲法事件に専門的に取り組んできたわけではない。実務経験の長い裁判官であっても、本格的な憲法事件を扱うことはまれであるといわれる。なお、伊藤・前出注(19)一二四頁をも参照。

(22) 近時の民法改正による上告制限が違憲審査の活性化につながるかどうか注目される。この点について、とくに笹田栄司「上告制限の憲法的意味」金沢法学三九卷一号(一九九七)一七七頁以下参照。

(23) 日本の憲法学説の中心はこれまで「護憲」憲法学であり、護憲を保守政治批判の基軸に据えてきたが、そのためかえて、憲法を社会的コンセンサスの基礎に置くことが妨げられることになった。

## 三 最高裁判所の違憲審査権行使の活性化

### 1 最高裁判官の意識改革ないし選任の問題

最高裁判所の違憲審査権行使の活性化のためには、まず、最高裁判官の憲法裁判に対する意識の変革が必要となる。憲法判例の形成に参与する最高裁判官は、憲法判例の重要性を認識し、過去の先例に配慮し、違憲審査の基準・方法の枠組みをつくり、憲法判例としての射程を考え、説得力のある判決文を書くことが要求される。

もっとも、このような憲法判例の形成のための努力は、結局は裁判官の資質に依存し、それはどのようにして憲法裁判に携わる資質をもった人物を最高裁判所裁判官に選ぶかという問題に帰着する。そして、憲法感覚にあふれた裁判官の選任が可能になれば、問題はかなりの部分で解決する。しかし、民事の上告審としての任務を重視している最高裁判所の現状、内閣と最高裁判所事務総局によって実質的に決定される選任人事の実態、裁判官出身者が多数を占める最高裁判所裁判官の構成などを考えると、豊かな憲法感覚と鋭い洞察力を備えた人物が最高裁判官に任命される可能性は大きいとはいえない。

### 2 抽象的違憲審査制の導入論とその批判

最高裁判所の違憲審査の不活性の現状を踏まえて、抽象的違憲審査制の導入に好意的な意見が近年有力に唱えられている。とくに伊藤正己元最高裁判所裁判官が最高裁での経験に基づいて、付随的違憲審査制の欠陥を指摘しつつ、抽象的違憲審査制の優位を示唆したことが反響を呼び、抽象的審査制導入の意見が高まった<sup>(24)</sup>。これに対して、一九九四年に読売憲法改正草案がドイツ型の抽象的審査制の導入を唱えたこともあって、抽象的違憲審査制導入に対する批判ないし疑問が強く提起された。奥平教授は、抽象的審査制導入論に対して、①別の新しい制度をもって

くればすべてうまくゆくということにはならない、②抽象的審査によって、とくに憲法裁判の迅速化・積極化によってかえって政府の行為が追認されることになる、③市民の憲法感覚に根ざした具体的な係争事件から司法審査がはじまるといふ制度はむしろ市民参加に適合的である、などを指摘する<sup>(25)</sup>。

抽象的違憲審査制の導入には憲法改正が必要と一般的に解されているので、憲法改正が具体的な日程にのぼるには至っていない現段階で、抽象的審査制の可否を論ずる実益は乏しい。しかし、後に検討するように、付随的審査制の問題点を解明し、違憲審査の活性化に向けて制度改革を図るためには、抽象的審査制の是非に関する議論は有益な示唆を提供する。そこで、ここでは抽象的審査制に対する付随的審査制説からの批判について若干の検討を行うことにする。

(1) たしかに、制度を代えれば直ちにうまくゆくわけではなく、制度を支えている土壌にまで踏み込んで検討する必要があることは、一般論としては異論のないところである。しかし、現在の違憲審査制が隘路に陥っており、その障害の大きな原因が付随的審査制にあるとすれば、制度の見直しは必須のものとなる。そして、制度比較の結果として抽象的審査制を採用すべきであるとする結論が導き出されることはありうることである。

最高裁判所が違憲審査権の行使に消極的な原因の一つに、現在の最高裁判所が民刑事の上告審裁判所としての役割を重視するなかでの負担過重にあることはすでに指摘したが、それを打開するためには、憲法裁判所へと重心を移し、あるいは、少なくとも最高裁判所の一部を憲法問題を専門的に扱う部門へと特化させ、それによって憲法事件の解決に集中させることはきわめて有用である。たとえばドイツ連邦憲法裁判所では、一六名の裁判官のうち常に四、五名の憲法学者が席を占めて判決の形成に大きな役割を果しており、また、憲法事件のみを扱うことによって綿密な憲法論を展開することが可能になっている。憲法事件を扱う部門を設けるならば、憲法事件を専門的に審

議することによって憲法判例の質が向上することが十分に予想される。もちろん、憲法部門の裁判官の選任過程で偏った人事による保守的な裁判官が任命され、政府追従型の合憲判決を下すという事態も予想されないわけではない。しかし、憲法事件に特化した裁判所では、裁判官の選任に際して、候補者が憲法事件を担当するだけの資質・能力をもつか否かが任命にあつての重要な判定要素とならうし、また、憲法部の下した判決に対しては、世論の関心と批判がとくに強まるのが予想される。憲法部の創設は、憲法判例の質の向上につながると考えられる。

(2) 憲法裁判所が政府行為の追認に終始するのではないかという危惧もまた、つとに指摘されている<sup>(26)</sup>。そして、殉職自衛官合祀事件判決(最大判昭六三・六・一民集四二巻五号二七七頁)のように強引な論理によって違憲主張を排除したり、朝日訴訟事件判決(最大判昭四二・五・二四民集二二巻五号一〇四三頁)のように「念のため」として不必要な憲法判断によって厚生大臣の生活保護基準の決定を是認したり、全農林警職法事件判決(最大判昭四八・四・二五刑集二七巻四号五四七頁)および猿払事件判決(最大判昭四九・一一・六刑集二八巻九号三九三頁)のように先例や下級審判決の流れに抗して政府の公務員政策を維持したりする判決を見るかぎり、最高裁判所の保守的姿勢による積極的な政府支援の態度をみてとることができるといえる。しかし、この問題については、いくつかの留意が必要である。

第一に、これらの政府追認型の色彩が濃く表れている判決は、一九九〇年代までの自民党政権下での政治対立を背景にしていたことである。そのような政治の構図が崩壊し、政権の流動化が生じている現在、最高裁判所はより実質的に憲法問題を審理判断すべき地位にあるといえる。そこでは、憲法の最高法規性に対する尊重と、政治に対する批判的な監視とが求められている。保守対立から政治の流動化が進み、官僚支配の政治からの脱却が叫ばれ、制度改革が推進されざるをえない現在の政治状況の下では、単に政府追従型の判決を下すのではなく、実質的に違憲審査権を行使すべき社会的素地ができつつあるということができよう<sup>(27)</sup>。

第二に、政府追認型の最高裁判例を批判するあまりに、最高裁判所が違憲審査権の行使を抑制することを積極的に評価する見解<sup>(28)</sup>があるが、それは妥当ではない。最高裁判所の政府追認型の判決が問題とされるべきなのは、あくまでもその強引な論理と政府寄りの結論にあるのであって、憲法判断を下すことそれ自体にあるのではない。「念のため」判決であっても、訴訟事件との関係や憲法解釈の必要性などに照らして是認されるべき場合はありうる。判決の結論が政府寄りであるからという理由で違憲審査権の行使を控えるべきであるとするのは政治論であって、違憲審査のあり方に関する解釈理論とはいえないであろう。

第三に、積極的・迅速な憲法判断は原理的に否定されるべきでなく、むしろ、違憲審査制を実効的に行使するうえで基本的に必要なことである。裁判の遅延は、人権問題では権利救済を遅らせ、ひいては訴えの利益の消滅を招きかねないし、また、国の違憲行為の合憲性が争われている訴訟では違憲行為の放任によって既成事実が積み重ねられることにもなる。ここでも、政府追認型の合憲判決を危惧して迅速な憲法判断を消極的に評価することは、理論的には同意しがたいところである。たとえ合憲判決であっても判決は迅速に下されることが好ましく、また必要でもある。

(3) 付随的審査制では、具体的な事件に関して当事者の主張に基づいて審査がなされるので、抽象的審査制よりもむしろ事案に即した適切な解決が得られるという主張も有力に唱えられている<sup>(29)</sup>。

違憲審査における個人提訴権は、基本的に否定されるべきではない。違憲審査権の発動を議員や政府のみに留保することは、政治的に重要な憲法問題が裁判所で争われる機会が増えるというメリットはありうるが、しかし、個人の権利救済や個人の違憲主張が取り上げられないことによつて、憲法ないし人権保障の実現が阻害されることになる。憲法訴訟における個人提訴はきわめて重要であり、また、権利保護の任務を負った裁判所は適用法令の合憲

性の審査権を原則としてもつとすべきであろう。

しかし、問題は、裁判所の違憲審査権の行使の場面を、個人の出訴ないし違憲主張の提起がなされた場合にのみ審査できるというように限定してよいかどうかである。そして、この点では、裁判所が憲法問題を審理判断をしやすくなるための工夫があつてよいし、そのために付随的審査制の枠を超えた手続や審理方式が考案されてよいと解される。ひいては、抽象的違憲審査制によつて、審査機関を憲法問題を専門に扱う裁判所に特化させるとともに、憲法問題の審理判断を専門的に行わせることは、違憲審査の実質化にとつて有益であるように思われる。付随的審査制と抽象的審査制について各国の制度を比較すれば、抽象的審査制が優勢であることは容易に判断されよう。

付随的審査制を支持する論者は、権利の救済を求める当事者の主張に基づいて争訟を解決するために必要な限度で違憲審査を行うという限定が、適切な憲法判断の場の確保のために有用であると主張する<sup>(30)</sup>。しかし、付随的審査制を前提とした場合でも、違憲審査を有効に機能させるためには、事件性を要件とする「司法」権の枠にとらわれずに、「違憲審査」の方法を工夫することが必要であると思われる。この点に関連して、司法権と違憲審査権との関係ないし区別について考える必要がある。

第一に、「司法」の意味について、それが事件性を本質とするかどうかが問題となる。この点について、通説は、司法が伝統的に事件・争訟を法によつて解決する作用であつたことを理由に、事件性の要件が司法の不可欠の内容をなすとす。これに関連して、佐藤幸治教授は、法原理部門としての裁判所を前提に、「具体的紛争の当事者がそれぞれ自己の権利・義務をめぐつて理をつくして真剣に争う」ということを前提に、公平な裁判所がそれに依拠して行なう法原理的決定に当事者が拘束されるという構造「こそが司法権の内実をなすとされる」<sup>(31)</sup>。これに対して、高橋和之教授は、近年、事件性を司法の内容とせず、「適法な提訴を待つて、法律の解釈・適用に関する争いを、適切

な手続の下に、終局的に裁定する作用」と説いており、注目される<sup>32)</sup>。司法の観念についてここで論ずる余裕はなく、別稿で検討しなければならないが、司法権が事件性の枠を超えることを認める高橋教授の見解は重要な指摘を含む。通説は司法権と事件性との結びつきを過度に重視しており、しかも、それによって司法権の範囲を不当に限定する結果となっているように思われる。仮に事件性が司法権の本質的内容をなすとしても、事件性の要件を充たさない法的争いを裁判所に審理させることは広く許容されていると解すべきである。

第二に、違憲審査の観念は、事件性を内実とする司法権の観念とは切り離して把握できるし、また、すべきものであるように思われる。このことは、大陸型の抽象的違憲審査制が事件性と無関係に憲法問題を審理判断していることから明らかである。また、自衛隊の合憲性や靖国神社への閣僚の公式参拝の合憲性がさまざまに論議されながらも、具体的な事件がないために裁判所で審査されないという事態もまた、憲法問題が具体的紛争と切り離されて独自に存在しうることを示すものである。

第三に、具体的な訴訟においてさえ、事件性を前提とする司法権と法令の合憲性の審査を行う違憲審査とを区別して理解することができる。たしかに、通常の訴訟で違憲審査がなされる場合に、事件における当事者は、一般に、自己の権利の救済を求めて適用法令ないし処分<sup>33)</sup>の違憲性を主張し、そして、その違憲主張は当事者にとって自己の権利主張のために必要であるが、しかし、主張された違憲性の問題自体は、当事者本人を超えて一般的な問題となりうる。たとえば、無許可集会を行って公安条例違反で起訴された当事者が公安条例の違憲性を主張することは、当事者本人にとっては処罰を免れるために当然であるとしても、公安条例の合憲性の問題それ自体は当事者を超えて一般的に存在するのであり、その問題には集団行動を行おうとする他の人々や各地の公安委員会などの個人や団体が広く関係する。この意味で、通常の訴訟においても、憲法上の争点それ自体は具体的な事件とは別に存在する

とみることができ、したがって、憲法上の争点の審理は訴訟的に当事者の範囲を超えてなされることが必要となることもある。

(4) 当事者が真剣に訴訟で争うという点が付随的審査制の長所とされるが、それも必ずしも絶対ではない。たとえば、憲法問題を当事者が真剣に争うという点では、住民訴訟や選挙訴訟のような客観訴訟で国の行為の違憲性を争う提訴者も人後に落ちないというべきであろう。他方、争訟事件で当事者が違憲を主張する場合でも、当事者が違憲主張を熱心に行わない場合や、当事者ないし弁護人の違憲主張が稚拙である場合には、憲法上の争点の解明が深まらず、しかも裁判所は未熟な議論に基づいて合憲判決を下すことになる<sup>34)</sup>。また、実際の訴訟で真剣な憲法論を戦わすのは訴訟当事者というよりも、弁護士・学者であり、さらには支援団体なのであって、訴訟当事者は必ずしも訴訟の前面に出て自ら主張(とくに憲法上の異議申立)をするわけではない<sup>35)</sup>。さらにまた、憲法問題が訴訟で争われる場合でも、通常、当事者を超えた利害関係人がおり、さらには訴訟の帰趨に間接的な関係をもつか、あるいは事件に注目している市民がいる。したがって、当該憲法問題の審理においても、当事者間の議論にのみ委ねるのではなく、広く関係者からの意見聴取を行うことがきわめて有用になる。たとえば、教科書検定違憲訴訟は、本来は検定不合格処分を受けた家永三郎教授が教科書執筆に関する表現の自由の侵害を争ったものであるが、しかし、教科書検定制度ないしその運用の合憲性は、直接の当事者である文部省と家永氏との関係にとどまらず、広く教師・校長・教育委員会などの教育関係者、親・子どもなどの教育の受け手、教科書出版社、ひいては広く教育に関心をもち市民、国民一般に関連する。このような問題を、事件性を前提とする司法権のなかでのみ論ずることは、現実に適合しない。

通常の訴訟事件での違憲審査において、当該事件と憲法問題とを切り離すことができるということは、実は、当

該事件の当事者と憲法問題の当事者とを区別することが必要となる場合があることをも示唆する。このことは、森林法違憲判決（最大判昭六二・四・二二民集四一巻三号四〇八頁）や非嫡出子法定相続分差別事件（最大判平七・七・五民集四九巻七号一七八九頁）のように、民事事件で私人間の争いの過程で法律の合憲性が問題となる場合に顕著に現れる。すなわち、ここでは、当事者の一方の違憲の主張に対して、もう一方の当事者たる私人が法律が合憲であることを主張・立証せざるをえないが、それはきわめて奇妙であるばかりでなく、法律の合憲性の弁護のあり方として適切とはいえない。逆にいえば、法律の合憲性を本来弁護すべき国が当事者として訴訟に関与しないままで法律の合憲性が審理判断されることも矛盾といえよう<sup>(35)</sup>。

以上の諸点を踏まえるならば、付随的審査制における事件性の要件は、違憲審査権行使のきつかけにすぎず、抽象的な違憲審査を求める請求を限定するものでしかないとみることさえできよう<sup>(36)</sup>。

(5) 現在の違憲審査制においても国家行為のコントロール機能がより重視されるべきである。付随的審査制においては、国民の権利保護が主要な目的とされ、事件性の要件の下で権利の救済を求めてきた当事者に対して憲法上の保護を与えることが重視される。しかし、一般に、諸外国の違憲審査制をみると、その政治的・社会的機能の点で、人権保障とともに国家行為のコントロールの機能が大きくなっていることが分かる。たとえば、ドイツでは、NATO域外への連邦軍の派遣（BVerfGE 90, 286 (1993)）、政党助成違憲判決（BVerfGE 85, 264 (1992)）など、政治部門に対してコントロール作用を及ぼしている。ドイツの場合には抽象的違憲審査制というドイツ的特質のゆえの判決も少なくないが、他方、アメリカでも、人種差別問題（Brown v. Board of Education, 347 U.S.483 (1954)）、選挙運動の自由（Buckley v. Valeo, 424 U.S.1 (1972)）など多くの事件で、最高裁判所は連邦・州政府の行為を批判的に審査している。

日本の違憲審査制においても、国家行為のコントロール機能がより重視されなければならないといえよう。とくに一九九〇年代以降の政治の流れのなかで、エイズ薬害問題、厚生省汚職問題、金融破綻と大蔵省の監督問題など、さまざまな政治問題が生じているが、それに対する裁判所の関わりは重要であるし、実際にも、民刑事事件において裁判所は汚職事件に有罪判決を下し、薬害訴訟・公害訴訟で国の責任を認めるなど、国の行為のコントロールの任務を積極的に行っている。違憲審査との関係でも、裁判所は同様の役割をより積極的に果たすべきであろう。戦後補償裁判は政治に対する批判となりうるし、また、愛媛玉串料違憲判決（最大判平九・四・二民集五一巻四号一六七三頁）ののちも政教分離裁判はなお重要である<sup>(37)</sup>。

(24) 伊藤正己・前出注(19)一三七頁、抽象的違憲審査制の導入論については、戸波・前出注(3)一二三三頁参照。

(25) 奥平康弘・前出注(17)三頁以下。また、抽象的違憲審査制の導入論について詳細に分析し、それを総合的に批判する論稿として、小林武・前出注(2)〔五〇年の軌跡(一)〕五六頁以下参照。また、芦部教授も日本での抽象的審査制の導入に反対される（芦部・前出注(2)一一五八頁）。他方、抽象的違憲審査制の制度および付随的審査制の下での運用の可能性について肯定的に分析する論稿として、佐々木雅寿「現代における違憲審査権の性格」〔有斐閣、一九九五〕とくに一七七頁以下参照。

(26) たとえば、読売憲法改正試案に対して、水島ほか「読売憲法改正試案のねらいは（緊急企画）」法学セミナー四八一号（一九九五）九頁以下参照。また、小林武・前出注(2)〔違憲審査の五〇年〕六頁参照。

(27) 最近の最高裁判所の違憲審査の積極化傾向（前出注(1)参照）もこのような脈絡でとらえることができよう。

(28) 代表的なものとして、樋口陽一「違憲審査革命」と日本」樋口山内・辻村「憲法判例を読みなおす」（日本評論社、一九九四）七頁がある。政府追従型の判決を理由に抽象的審査制の危険性を説く議論はとくに憲法九条の審査に関

して展開されている。そこでは最高裁判所が自衛隊に対して積極的に合憲判断を下すおそれがあることが強調され、そして、最高裁判所が自衛隊の合憲性に対してまだ判断を下していないことが積極的に評価されている。しかし、自衛隊の合憲性について最高裁判所が合憲性の判断を下していないことをもって是とすることは、違憲審査制に対する評価として妥当であると思われぬ。自衛隊の合憲性について統治行為論によって政治の問題とするのであればともかく、自衛隊の憲法判断に立ち入らないことそれ自体は適切な違憲審査のあり方とはいえず、むしろ裁判所としては憲法九条の規範性を認めて積極的に自衛隊の合憲性について審査すべきなのである。自衛隊の合憲性との関係で最高裁判所が政府追随型判決を下さないことを評価することは、最高裁判所の保守的現状に引きずられ、違憲審査制の本来のあり方を誤解した見解といわざるをえない。

(29) とくに、付随的審査制と「法律上の争訟」との関連を重視する土井真一・前出注(2)〔法の支配〕一二二頁以下は、付随的審査制が権利保障に仕えること、具体的事実に基づく経験的判断を重視する事後的審査の制度が観念的な憲法解釈に陥らないために有用であることなどを指摘して、付随的審査制の正当性を説く。

(30) 市川正人・前出注(2)三二八頁。

(31) 佐藤幸治『憲法(第三版)』(青林書院、一九九五)二九五頁。

(32) 高橋和之『司法権の観念』樋口編『講座・憲法学6権力の分立(2)』(日本評論社、一九九五)一三頁以下。

(33) 民事で本人訴訟で争う場合に、憲法上の争点が確定されず、十分な論議がなされないことになりがちである。たとえば、男子中学の丸刈りの合憲性について、表現の自由や平等違反が主張された丸刈り訴訟(熊本地判昭六〇・一一・一三行集三六卷一一・一二号一八七五頁)がその例である。

(34) 当事者の訴訟上の権利主張・権利救済と実際上の当事者の社会的地位との落差について、野中江橋浦部戸波

『ゼミナール憲法裁判』(日本評論社、一九八一)二九八頁以下(江橋執筆)参照。

(35) 戸波「国の関与しない違憲判決?」法学教室一六六号(一九九四)五九頁以下参照。

(36) 付随的な違憲審査の方法が憲法問題の解明にとって万能ではないことは、これまでの最高裁判所の違憲判決をみても明らかになる。当事者が憲法上の権利侵害を争って勝訴した例としては、刑事事件である尊属殺違憲判決を除けば、薬事法距離制限違憲判決のみである。議員定数不均衡に関する二つの違憲判決は選挙訴訟で、愛媛玉串料訴訟は住民訴訟でそれぞれ争われたものであり、それは事件性の要件を必要としない客観訴訟で違憲判断が示されている。第三者所有物没収違憲判決(最大判昭三七・一一・二八刑集一六卷一一号一五九三頁)は、まさに当事者以外の第三者の憲法上の権利侵害が違憲とされたものであり、純粹な付随的審査の枠を超えている。さらにまた、森林法違憲判決は、共有林の分割をめぐる兄弟が訴訟で争ったものであるが、そこでの森林法一八六条の合憲性が兄弟の当事者の弁論によって審理判断されるとすれば、付随的審査制の論理ではそうならざるをえないが、法律の違憲性の審査としてはなほ奇妙である。実際には、「国の利害に係る訴訟」についての法務大臣の権限等に関する法律(四)四条に基づいて法務大臣が意見を述べ、森林法一八六条が合憲であると主張している。以上の例をみると、「当事者」が相互に権利を主張しあうという司法の観念を前提とする付随的審査制が、違憲審査の論理を包括しきれないことが理解されよう。

(37) この点に関連して、外国人登録法上の指紋捺捺義務について判例が一貫して合憲とし、行政実務を支援したことは、結果的に政治決着で義務が廃止されたこととも相まって、問題を残した。また、非嫡出子相続分差別判決でも、非嫡出子差別を違憲とする外国の判例傾向やその後の法改正の停滞に照らせば、違憲判決が下されなかったことが悔やまれる。

### 3 最高裁判所による違憲審査の活性化のための方策

抽象的違憲審査制の導入の是非はなお理論的に検討するとしても、さしあたり現行憲法の枠内で可能なかぎり最高裁判所の違憲審査の活性化の方途を考えることが必要である<sup>38)</sup>。その際には、前述したように、事件性を要件とする付随的審査制という枠を前提としながらも、少なくとも憲法事件についてはそれにとらわれることなく、憲法

問題の実質的な審理が行われるように制度および運用を工夫すべきである。また、その際には、裁判所は、権利義務に関する争いを確信的に判断するという態度を超えて、憲法価値の実現のために議会・政府の行為をコントロールし、政策的判断にも踏み込む場合がありうることを率直に認めて、違憲審査権の行使に努めるべきである。このような前提からすれば、違憲審査の現状を改革するために、以下のような諸施策が考えられる。

(1) 現行の付随的審査制の下で違憲審査制の活性化を図るためには、まず、司法の本来の任務である権利保護の拡充に努めることが重要になる。この点では、訴訟的に訴えの間口を広げて権利救済の実をあげるとともに、実体的に違憲審査の基準・方法の緻密化を図るべきである。とくに訴訟的には、夜間の飛行機の離着陸の差止請求を却下した大阪空港公害訴訟判決（最大判昭五六・一二二六民集三五卷一〇号一三六九頁）のように請求を門前払いするのではなく、なるべく実体の問題に立ち入って請求の当否を審査すべきである。この点で、憲法訴訟に関連する具体的な問題を二点指摘しておきたい。

第一は、立法の不作為の違憲確認請求や法律の執行停止請求のような訴訟類型を積極的に認めることである。一九九七年一〇月、在外国民から選挙権を行使できないことを争う訴訟が提起され、損害賠償請求とともに立法不作為の違憲確認請求を行ったところ、被告国は立法不作為の違憲確認請求が抽象的な法令審査であって不適法な請求であると反論しているということである。しかし、在外国民は本来選挙権を有しているにもかかわらず、公職選挙法上選挙人名簿に名前を登録されていないために選挙権を行使できないのであって、その限りで選挙権の侵害を實際に被っている。立法の不作為を直接に争っているとはいえず、権利侵害の要件は充たされているのであって、それは抽象的に法令の合憲性を争う訴えではない。憲法上の訴えの間口を不当に狭めることは、憲法訴訟の活性化を阻害するものとなる<sup>(39)</sup>。

第二は、憲法上の権利の範囲を広くとらえることである。民事訴訟法の上告制限が採用され、「判決に憲法の解釈の誤りがあることその他憲法の違反があることを理由とするとき」(現行民訴三二二条一項)の解釈が重要問題になるが、そこでは憲法上の権利の意義を広くとらえることがきわめて重要になる。この点では、一つには、憲法一三条の幸福追求権から導き出される権利を一般的自由と広く解釈することが重要になる<sup>(40)</sup>。また、一つには、法律によって具体化された権利と憲法上の権利とを関連させてとらえることが重要になる。後者は、とくに情報公開法に基づく情報開示請求に対する不開示決定が裁判で争われた場合に問題となる<sup>(41)</sup>。

(2) 付随的審査の制度の下でも、憲法問題を十分に審理判断するために、当事者にのみ審理を委ねるのではなく、審査手続を広げて関係者の参加ないし意見聴取を促進するしくみが考案されるべきである。具体的には、たとえば社会保障に関する憲法訴訟では各種の関係福祉団体や地方公共団体の意見を聴取し、また、租税関係の憲法訴訟では税理士会等の関係団体の意見を聴取することが妥当な判決の形成に大きく寄与するであろう。教科書裁判のように政治的・社会的に影響の大きい裁判では広く意見聴取の必要があることはすでに述べたが、校則裁判のような比較的小さな争いであっても、校則による規制の必要性について、教育委員会やPTA連合会の意見を聞くことが有益である<sup>(42)</sup>。

総じて、違憲審査制の機能を高めるためには、立法による憲法訴訟の整備がきわめて有用である。違憲審査のための特別法をもたず、憲法七六条と八一条の解釈論によって憲法訴訟の理論と実務を形成している現在の学説・判例のあり方が生産的であるとは思われない。しかも、憲法訴訟の方法について最高裁判例が自由な解釈によって独自の憲法訴訟理論を展開することは本来可能であるはずであるが、現在の最高裁判所にそれを期待することは困難である<sup>(43)</sup>。法律によって憲法訴訟の方法や審査手続を整備し、憲法問題をより実質的に審議できるようにすること

が有益である。

(3) 最高裁判所は、憲法判断ないし判決形態についても、違憲審査権の行使のための弾力的な方法を考案すべきである。たとえば、違憲判断に際して、合憲・違憲という断定的な判決ではなく、合憲限定解釈、将来効判決、事情判決など、中間的な判決は違憲審査の活性化につながる。一九七六年の議員定数不均衡違憲判決(最大判昭五一・四・四民集三〇巻三号二二三頁)が選挙を無効としないとする事情判決の法理と結びついていたことはよく知られている。

この点に関連して、裁判所が、判決に付加して、立法府に対して是正措置を求めるなどのアピールをすることもまた、肯定的に評価されるべきである。一口にアピール判決といってもその種類は多く、違憲の主張を斥けて合憲判決を下しながらも立法政策として何らかの措置をとるべきことを付加する判決(戦後補償に関する一連の判決のほか、最近では、在日韓国人元日本軍属障害年金訴訟高裁判決(東京高判平一〇・九・二九判時一六五九号三五頁)など)、訴え自体は別の理由で斥けながらも違憲性に言及する判決(内閣総理大臣の靖国神社公式参拝に関する大阪高判平四・七・三〇判時一四三四号三八頁)など)、最高裁判決では補足意見で立法府の対処を促すもの(台湾人元日本兵戦死傷者補償に関する最高裁判決(最三小判平四・四・二八判時一四二二九号九一頁)での園部裁判官の補足意見)など、さまざまな形態がありうる。朝日訴訟での「念のため」判決もまた広い意味ではこれに含まれよう。

裁判所のアピール判決に対しては、事件の解決にとって不必要な憲法判断であるとか、裁判所による政治に対する過剰な口出しになるとか、あるいは、かえって違憲審査での合憲判決を助長するとかいう批判がありうる<sup>44)</sup>。しかし、アピール判決はむしろ積極的に評価されるべきであろう。すなわち、裁判所が争われた法律を合憲と判断したとしても、それは当該法律が政策的に妥当であることを意味せず、そして、合憲の法律であつても人権保障の精

神にもとる場合もあれば、立法技術的に稚拙な場合もある。裁判所が法律の採用した政策について人権保障の見地から劣っていると判断した場合には、裁判所は、その旨を付記して立法府に是正を促すことはありうる<sup>45)</sup>ところである。これは、結局は、前述のように、裁判所による違憲審査は政治部門の活動に対するコントロール機能をもつべきことの帰結でもある。また、違憲審査の関心は合憲・違憲の判定に集中しがちであるが、その審査の過程で憲法に適合する政策判断も行うことは可能であり、また必要でもある<sup>46)</sup>。とくに、立法府が合憲判決に安住せずに一層の現状改善の努力をすべき場合には、アピール判決は立法府に対する警告として重要な機能を果たすことになる。

アピール判決には問題点もあるが<sup>46)</sup>、事件処理の過程で違憲審査を行った裁判所として、立法府に是正措置を示唆することは、問題の真の解決にとって有用な場合もあるといわなければならない<sup>47)</sup>。

(4) 最高裁判所の憲法判例の質的レベルが欧米諸国の憲法判例よりも総じて劣っていることは否めないところである。その原因の一つに、最高裁判所が統一的な裁判所制度の頂点にあつて終審裁判所であることがあるとするならば、最高裁判例をレビューする制度を設けることも考慮されてよい。現在では、国際人権の思想の進展とともに、世界各地に国際的な人権保障機構の制度が設けられており、たとえばヨーロッパ人権裁判所はヨーロッパ人権条約加入国の国内での人権侵害について審査を行い、その過程で各国の裁判所判決をも審査対象としている。最高裁判所の憲法判例の見直しのためには、このような「外圧」も必要ではないかと思われる。さしあたり、国際人権規約自由権規約の選択議定書を批准し、個人通報制度を導入することが望まれる<sup>48)</sup>。

(5) 違憲審査制の活性化のために憲法事件を専門に担当する裁判部門を設置することが妥当であることは前述した。そして、憲法改正による抽象的審査制の導入は実際には困難であるとしても、現在の最高裁判所を改組して特別の憲法部を設けることが理論的には現行憲法の下でも可能である。この問題については、最高裁判所の機構改革

に關する一九五七年の裁判所法改正案をめぐる議論が参考になる(49)。一九五七年案は、いわゆる「中二階案」とも呼ばれ、最高裁判所のなかに九名の裁判からなる最高裁大法廷を設け、他に総員三〇名からなる小法廷をいくつか設けるといふものであり、最高裁大法廷は憲法違反および判例違反の事件を特別に扱うものとされていた。この法案は、民事上告事件の増加に対処するために考えられたものであり、必ずしも特別の憲法事件を扱う憲法裁判部を設けることを主眼とするものではなかった。しかし、この最高裁大法廷構想は、憲法問題をそこで専門に審査することを内容としており、この制度は、笹田栄司教授の指摘するように、違憲審査制の活性化につながるものであり、積極的に評価されよう(50)。

(38) 園部・前出注(2)〔最高裁判所大法廷〕一六二頁は、憲法裁判所の設置の意見に対して、「問題は制度ではなく、運用ではないか」という立場から、「憲法裁判所の設置を考える前に、まず、最高裁判所の憲法上の役割をフルに發揮させるための方策の可能性を徹底的に探ることが、われわれに課せられた当面の課題ではないかと考える」とする。また、奥平・前出注(17)七頁も、「司法審査をほとんど制度閉塞的なものにしてしまっている状況を成り立たしめている要素をしらみつぶしに調べ上げ、そうした仕組み・慣行・思考方法の組み替えをしないわけにゆかない」と説く。

(39) 在外国民の選挙権の不行使に対する立法不作為の違憲確認訴訟について、戸波「在外日本国民の選挙権」法学教室一六二号(一九九四)四四頁以下参照。また、旧国鉄の債務処理に関して、一八〇〇億円の債務負担をJR各社に課する旧国鉄債務処理法に対してJR各社は訴訟で争うことを検討したという。そこでの訴訟としては、債務不存在の確認請求を超えて、法律に基づく具体的な執行行為がなくても債務負担を定めた法律の無効確認訴訟を提起することができると解すべきである。

(40) 幸福追求権から導き出される権利の範囲を広く解釈すべきことについて、さしあたり戸波「幸福追求権の構造」公

法研究五八号(一九九六)一頁以下参照。ドイツの連邦憲法裁判所は、基本権侵害を要件とする憲法異議の訴えの受理にあたって、基本法二条一項の「人格の自由な発展の権利」を一般的自由と解釈して、広く憲法異議の訴えを是認している。この点について、さしあたり戸波「自己決定権の意義と射程」戸部古稀記念「立憲主義の展開上」(有斐閣、一九九三)三二五頁以下参照。

(41) 情報公開法に基づく開示請求権自体は法律上の権利であるが、それは憲法の「知る権利」を具体化したものであって、その制限は憲法問題となると解すべきであろう。

(42) ドイツでは、連邦憲法裁判所の審査の際に、関係諸機関の意見聴取の制度があり、その意見は判例集のなかでも紹介される。アメリカでは、アミクス・キュリエ(裁判所の友)によって事件の解明にとって重要な事実が法廷に持ち出され、判決の形成に貢献している。

(43) 住民訴訟の制度が地方自治法で定められていなかったと仮定して、住民による違法支出等の是正を争う訴訟が判例によって認められるとはほとんど考えられない。むしろ、「法律上の争訟」とはいえないとして却下されることになろう(湾岸戦争の際の九〇億ドルの支出等を争う訴訟は却下されない棄却されている。たとえば、東京地判平八・五・一〇判時一五七九号六二頁参照)。しかし、法律で住民訴訟制度が設けられている場合には、判例は、住民訴訟が憲法七六条の「司法上法律上の争訟」といえるかどうかについて十分検討することなく、訴えを許容して実体審査を行っているのが実情である。

(44) アピール判決をめぐる学説の対立した評価については、蛭原健介・後出注(47)(二・完)一六三頁以下参照。

(45) 違憲審査権の行使に関して、従来の憲法訴訟論は、憲法訴訟事件での合憲・違憲の画定に力を注いできたが、その反面で、合憲の枠内での政策的な当否について十分に議論してこなかった。しかし、合憲の範囲内でも「憲法適合的」な政策の選択はありうるし、その政策の優先判断にあたっては、憲法解釈論は一定の寄与をなしうる。「合憲の範囲内ではすべて立法裁量」とするのではなく、政策判断にも憲法解釈の視点を加味すべきであるとすれば、裁判所も政策論に

ついて一定の論議をすることは可能である。

(46) アピール判決の問題点として、違憲判決を回避して、アピールのリップサービスのついた合憲判決にとどめるといふことがある。その例として、非嫡出子相続分差別合憲判決では、結論的に非嫡出子の法定相続分の差別が合憲とされながらも、いくつかの補足意見で法律の存在に疑問が呈され、立法府による改廃が好ましいものとされた。もつとも、これは個別の判決の結論に問題があったというべきであり、アピールを付加すること自体の問題を示すものではない。

(47) アピール判決の意義と問題点について、立法府の対応をも含めて詳細に検討した蛭原健介「合憲性審査と立法的対応に関する一考察(一)(二・完)」立命館法学一九九八年一号二四頁以下、二号二六二頁以下は、結論としてアピール判決を評価しつつ、立法府と裁判所との「協働関係」を重視すべきこと、裁判所の政策評価機関としての意義を評価すべきことを説いており、きわめて示唆に富む。

(48) 選択議定書の批准に消極的な理由として、政府見解は、規約人権委員会での個人申立の審議と意見が日本の国内の司法権の自主性を害するおそれがあることを挙げている。しかし、国連での日本の裁判の見直しが憲法に抵触するわけではなく、むしろレビューの積極面を評価すべきである。

(49) 一九五七年案については、笹田・前出注(2)〔裁判制度〕三八頁、園部・前出注(2)一五三頁などで、すでに詳細な分析がなされている。

(50) 笹田・前出注(2)一五五頁。もつとも、この大法廷の制度を実現するためには最高裁判所の大規模な機構改革が必要になり、そのためには、なお詳細な構想と慎重な審議が必要であって、その実現は消極的意見の台頭などのために大きな困難がともなうであろう。この点を指摘する園部・前出注(2)〔最高裁判所大法廷〕一六一頁参照。

## おわりに

違憲審査制の活性化は、最終的には人の問題であり、違憲審査に携わる裁判官の問題である。裁判官がどれだけ憲法価値の実現に倫理的情熱を傾けるかが決定的に重要である。欧米の憲法裁判をみるかぎり、違憲審査権の行使にあたって、裁判官は毅然として憲法擁護の姿勢をとり、憲法事件に取り組んでいる。そして、それがまさに違憲審査制の存在意義の根本である。

もつとも、裁判官は、同時に、民意にも配慮しなければならない。違憲審査制における民主主義的正当性の問題は、違憲審査のあり方を規定する一つの重要な要素である。本稿では違憲審査と民主主義的正当性の問題について十分に検討することができず、それについては他日を期すほかないが、最後に二点を補足しておきたい。

一つは、民主主義的正当性を支える重要な要素として、裁判官の選任の問題があることである<sup>(51)</sup>。民主的な公開手続のなかで最高裁判所裁判官の選任が行われることは、違憲審査に関与する裁判官の積極性を支えるものであり、違憲審査の正当化にとって重要な要素となる。この点で、日本の最高裁判所裁判官の選任が公開の手続によらずに決定されていることが問題とされよう。

もう一つは、違憲判決の内容的正当性の問題である。その際に、憲法の最終的解釈権、憲法政治の決定権が議会議事か裁判所かという争いも重要であるが、違憲審査権の行使が民意から離れてよいかということも重要な問題となる。そして、一般論としては民意から離れるべきではないといえようが、しかし、違憲審査制は論理内在的に民意から離れることを予定していることにも留意すべきである。違憲審査制には、議会の多数者意思から少数者の人権をまもり、議会・政府の民主的決定をも憲法に照らして否定することが求められているからである。ドイツでは、一九

# 矯正の現状

法務省矯正局

九五年前後に、連邦憲法裁判所の判決が民意からかけ離れているという批判が各方面からまき起こり、違憲審査の正当性が議論された(52)。しかし、憲法裁判は、ときの多数の意見としての民意にとどまることなく、憲法価値の実現のために、むしろ将来の民意を先取りし、人権思想の普遍化を行うという「民意の啓蒙」機能を果たすべきであるように思われる。民意の現状にとどまっただけでは人権思想の進展はない。違憲審査制は、民意ないし議会意思を尊重しながらも、それを指導し克服し、将来のあるべき憲法社会の実現を図っていくべきであると思われる。

(51) ベッケンフェルデ(岩間昭道訳)「憲法裁判権の構造問題・組織・正当性」初宿編訳「現代国家と憲法・自由・民主制」(風行社、一九九九)二〇三頁以下参照。

(52) ドイツ連邦憲法裁判所の批判論の状況については、畑尻剛「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所(上)(下)」ジュリスト一一〇六号七四頁以下、一一〇七号七九頁以下(一九九七)に詳細な研究がある。また、民主主義的正当性の観点からドイツ連邦憲法裁判所の批判論を分析した論稿として、服部高宏「法と政治の力学と憲法裁判」井上嶋津 Ⅱ松浦編「法の臨界Ⅰ法的思考の再定位」(東大出版会、一九九九)一〇三頁以下がある。さらに、ドイツ憲法判例研究会編「ドイツの最新憲法判例」(信山社、近刊)の栗城壽夫「はしがき」参照。

(早稲田大学法学部教授)

第一 最近の重要動向……………	四	第一 職 員……………	四	第一 收容の状況……………	六
一 監獄法の改正と行刑運営の改善……………	四	二 職 員……………	四	二 保安状況……………	六
二 矯正の行政情報化……………	五	三 少年院……………	五	三 苦情・不服申立ての状況……………	六
三 行刑施設における保安警備体制の充実・強化……………	五	四 少年鑑別所……………	五	四 未決拘禁者の処遇……………	六
四 矯正施設における被收容者の收容状況……………	五	五 職員の研修……………	五	五 受刑者の処遇……………	七
五 刑務作業の充実強化策……………	五	子 算……………	五	六 受刑者の現状……………	七
六 医療体制の充実強化……………	五	一 行刑施設……………	五	七 受刑者の処遇……………	七
七 被收容者の食料給与改善……………	五	二 少年院……………	五	八 未決拘禁者の処遇……………	七
八 少年院運営の充実……………	五	三 少年鑑別所……………	五	九 受刑者の処遇……………	七
九 少年院における教育課程の充実……………	五	四 婦人補導院……………	五	一〇 受刑者の処遇……………	七
第二 機構の概要……………	五	五 施設の整備……………	五	一〇 受刑者の処遇……………	七
一 組織……………	五	一 行刑施設……………	五	一一 受刑者の処遇……………	七
二 職員及び予算……………	五	二 少年院……………	五	一二 受刑者の処遇……………	七
三 組織……………	五	三 少年鑑別所……………	五	一三 受刑者の処遇……………	七
四 行刑施設……………	五	四 婦人補導院……………	五	一四 受刑者の処遇……………	七
五 少年院……………	五	五 職員の研修……………	五	一五 受刑者の処遇……………	七
六 少年鑑別所……………	五	子 算……………	五	一六 受刑者の処遇……………	七
七 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	一七 受刑者の処遇……………	七
八 少年院……………	五	二 少年院……………	五	一八 受刑者の処遇……………	七
九 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	一九 受刑者の処遇……………	七
一〇 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	二〇 受刑者の処遇……………	七
一一 少年院……………	五	五 施設の整備……………	五	二一 受刑者の処遇……………	七
一二 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	二二 受刑者の処遇……………	七
一三 少年院……………	五	二 少年院……………	五	二三 受刑者の処遇……………	七
一四 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	二四 受刑者の処遇……………	七
一五 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	二五 受刑者の処遇……………	七
一六 少年院……………	五	五 職員の研修……………	五	二六 受刑者の処遇……………	七
一七 少年院……………	五	子 算……………	五	二七 受刑者の処遇……………	七
一八 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	二八 受刑者の処遇……………	七
一九 少年院……………	五	二 少年院……………	五	二九 受刑者の処遇……………	七
二〇 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	三〇 受刑者の処遇……………	七
二一 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	三一 受刑者の処遇……………	七
二二 少年院……………	五	五 施設の整備……………	五	三二 受刑者の処遇……………	七
二三 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	三三 受刑者の処遇……………	七
二四 少年院……………	五	二 少年院……………	五	三四 受刑者の処遇……………	七
二五 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	三五 受刑者の処遇……………	七
二六 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	三六 受刑者の処遇……………	七
二七 少年院……………	五	五 職員の研修……………	五	三七 受刑者の処遇……………	七
二八 少年院……………	五	子 算……………	五	三八 受刑者の処遇……………	七
二九 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	三九 受刑者の処遇……………	七
三〇 少年院……………	五	二 少年院……………	五	四〇 受刑者の処遇……………	七
三一 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	四一 受刑者の処遇……………	七
三二 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	四二 受刑者の処遇……………	七
三三 少年院……………	五	五 施設の整備……………	五	四三 受刑者の処遇……………	七
三四 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	四四 受刑者の処遇……………	七
三五 少年院……………	五	二 少年院……………	五	四五 受刑者の処遇……………	七
三六 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	四六 受刑者の処遇……………	七
三七 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	四七 受刑者の処遇……………	七
三八 少年院……………	五	五 職員の研修……………	五	四八 受刑者の処遇……………	七
三九 少年院……………	五	子 算……………	五	四九 受刑者の処遇……………	七
四〇 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	五〇 受刑者の処遇……………	七
四一 少年院……………	五	二 少年院……………	五	五一 受刑者の処遇……………	七
四二 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	五二 受刑者の処遇……………	七
四三 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	五三 受刑者の処遇……………	七
四四 少年院……………	五	五 施設の整備……………	五	五四 受刑者の処遇……………	七
四五 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	五五 受刑者の処遇……………	七
四六 少年院……………	五	二 少年院……………	五	五六 受刑者の処遇……………	七
四七 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	五七 受刑者の処遇……………	七
四八 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	五八 受刑者の処遇……………	七
四九 少年院……………	五	五 職員の研修……………	五	五九 受刑者の処遇……………	七
五〇 少年院……………	五	子 算……………	五	六〇 受刑者の処遇……………	七
五一 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	六一 受刑者の処遇……………	七
五二 少年院……………	五	二 少年院……………	五	六二 受刑者の処遇……………	七
五三 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	六三 受刑者の処遇……………	七
五四 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	六四 受刑者の処遇……………	七
五五 少年院……………	五	五 施設の整備……………	五	六五 受刑者の処遇……………	七
五六 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	六六 受刑者の処遇……………	七
五七 少年院……………	五	二 少年院……………	五	六七 受刑者の処遇……………	七
五八 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	六八 受刑者の処遇……………	七
五九 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	六九 受刑者の処遇……………	七
六〇 少年院……………	五	五 職員の研修……………	五	七〇 受刑者の処遇……………	七
六一 少年院……………	五	子 算……………	五	七一 受刑者の処遇……………	七
六二 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	七二 受刑者の処遇……………	七
六三 少年院……………	五	二 少年院……………	五	七三 受刑者の処遇……………	七
六四 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	七四 受刑者の処遇……………	七
六五 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	七五 受刑者の処遇……………	七
六六 少年院……………	五	五 施設の整備……………	五	七六 受刑者の処遇……………	七
六七 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	七七 受刑者の処遇……………	七
六八 少年院……………	五	二 少年院……………	五	七八 受刑者の処遇……………	七
六九 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	七九 受刑者の処遇……………	七
七〇 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	八〇 受刑者の処遇……………	七
七一 少年院……………	五	五 職員の研修……………	五	八一 受刑者の処遇……………	七
七二 少年院……………	五	子 算……………	五	八二 受刑者の処遇……………	七
七三 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	八三 受刑者の処遇……………	七
七四 少年院……………	五	二 少年院……………	五	八四 受刑者の処遇……………	七
七五 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	八五 受刑者の処遇……………	七
七六 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	八六 受刑者の処遇……………	七
七七 少年院……………	五	五 施設の整備……………	五	八七 受刑者の処遇……………	七
七八 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	八八 受刑者の処遇……………	七
七九 少年院……………	五	二 少年院……………	五	八九 受刑者の処遇……………	七
八〇 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	九〇 受刑者の処遇……………	七
八一 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	九一 受刑者の処遇……………	七
八二 少年院……………	五	五 職員の研修……………	五	九二 受刑者の処遇……………	七
八三 少年院……………	五	子 算……………	五	九三 受刑者の処遇……………	七
八四 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	九四 受刑者の処遇……………	七
八五 少年院……………	五	二 少年院……………	五	九五 受刑者の処遇……………	七
八六 少年院……………	五	三 少年鑑別所……………	五	九六 受刑者の処遇……………	七
八七 少年院……………	五	四 婦人補導院……………	五	九七 受刑者の処遇……………	七
八八 少年院……………	五	五 施設の整備……………	五	九八 受刑者の処遇……………	七
八九 少年院……………	五	一 行刑施設……………	五	九九 受刑者の処遇……………	七
九〇 少年院……………	五	二 少年院……………	五	一〇〇 受刑者の処遇……………	七