

司法審査制度の在り方について

はじめに

憲法第81条「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。」

> この規定は、裁判所に司法審査(judicial review)の権限を付与したものの

この権限は、どのような性質の権限か。

最高裁判所は、この権限を適切に行使してきたか。

この権限を行使するに当たって最高裁判所にふさわしい役割は何か。

憲法改正の必要性はあるか、あるとすればどう改正すべきか。

1 この権限は、どのような性質の権限か。

(1) 最高裁判所は、早くから、この規定は合衆国最高裁判所がマーベリー対マディソン事件判決で認めた司法審査の権限を明文の規定で確認したものと理解してきた。

「現今通常一般には、最高裁判所の違憲審査権は、憲法第81条によって定められていると説かれるが、一層根本的な考方からすれば、よしやかかる規定がなくとも、第98条の最高法規の規定又は第76条もしくは第99条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分抽出されうるのである。米国憲法においては、前記第81条に該当すべき規定は全然存在しないのであるが、最高法規の規定と裁判官の憲法遵守義務から、1803年のマーベリー対マディソン事件の判決以来幾多の判例をもって違憲審査権は解釈上確立された。日本国憲法第81条は、米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもって規定したという点において特徴を有するのである」(最大判1948<昭和23>年7月8日刑集2巻8号801頁)

そしてその趣旨は、警察予備隊違憲訴訟判決でも確認されている。

「わが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。わ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期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。けだし最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはないのである」(最大判1952<昭和27>年10月8日民集6巻9号783頁)

> この解釈に従えば、憲法第81条の権限は、司法権に内在する権限であり、裁判所は、最高裁判所と下級裁判所とを問わず、司法権行使に付随してその権限を行使することができるが、逆に司法権行使の要件を満たす事件・争訟がなければこの権限を行使することはできないことになる。

それゆえ、この権限は、一般に「付随的違憲審査権」と呼ばれている。

(2) 学説の多くはこの最高裁判所の解釈を支持してきた。

しかし、有力な反対説もある。それによれば、憲法第81条は、通常の司法権に内在する司法審査権を超えて、特別な憲法裁判権を最高裁判所に付与しているとされる(反対説A)。この立場は、ドイツの連邦憲法裁判所の権限を前提にして、事件・争訟が存在しなくても、最高裁判所は法律命令等の憲法適合性を審査決定できる。ただし、同じように、憲法第81条は、通常の司法権に内在する司法審査権を超えて、特別な憲法裁判権を最高裁判所に付与しているとしながら、現在はこのような憲法裁判権を行使する手続を定める法律が制定されていないので、最高裁判所が実際にこの権限を行使することはできないという立場もある(反対説B)。この立場は、結果的には、憲法第81条は、その権限の性質について特定の立場をとっておらず、国会が裁量によって最高裁判所に憲法裁判権を付与することは妨げられないという立場(反対説C)と変わらない。

(3) 憲法第76条は、最高裁判所を含む裁判所に司法権しか付与していないし、いわゆるような司法権行使の枠を超える憲法裁判の手続についても何等規定は置かれていない。やはり、最高裁判所同様、憲法第81条は、合衆国最高裁判所が行使してきた司法審査の権限を明文の規定で確認したものと解釈すべきではないか。この解釈では、最高裁判所を含めすべての裁判所は司法権行使に付随して司法審査権を行使できるが、司法権行使の要件を満たす事件・争訟がなければ司法審査権を行使することはできない。そして裁判所は、司法権を行使するに際し付随して、つまり具体的事件に適用された限りで法律の憲法適合性を審査判断する。それゆえ、ドイツの連邦憲法裁判所のように、提訴に基づき事件・争訟がなくても法律の憲法適合性を審査し、しかも具体的事件を離れておよそ法律の憲法適合性を審査判断することはできない。ただし、アメリカとドイツの違いはそれほど大きくはない。両者の「合一化」傾向が指摘されるように、アメリカでも議会が法律を制定したとき国民がその憲法適合性を争う途が広く認められているし、合衆国最高裁判所は法律自体の憲法適合性を審査し、場合によっては法律そのものを違憲だと判断してきている。

2 最高裁判所は、この権限を適切に行使してきたか。

(1) 日本国憲法制定後この半世紀の間に、最高裁判所はこの司法審査権をきわめて消極的に行使してきた。最高裁判所が、法律命令等を違憲と判断した事例はわずか。

平等権	尊属殺事件判決 議員定数不均衡訴訟判決(2件)
政教分離原則	愛媛玉ぐし料訴訟判決
経済的自由	薬事法訴訟判決 森林法訴訟判決
裁判を受ける権利	金銭債務臨時調停法訴訟判決
適正手続の権利	第三者所有物没収事件判決

はたして最高裁判所は、法律命令等の憲法適合性をきちんと審査し、司法審査権を適切に行使してきたか。最高裁判所は、当然、その権限を適切に行使してきたと考えている。しかし学説の多くは、最高裁判所はあまりにも消極的ではないかと批判的。

(2) 最高裁判所がそもそも憲法事件を審査することがきわめて稀。逆にいえば、国民が法律命令等の憲法適合性を争うことが著しく困難。日本では、国会が法律を制定しても、国民はその憲法適合性を争う途がない。国民がその法律に違反して起訴された刑

事事件か、その法律が具体的に行政機関によって適用されたときその処分を争う行政訴訟か、その法律によって権利を侵害された国民が国家賠償を求める国家賠償訴訟だけが現実的。しかし、刑事事件で被告人が法律の違憲性を主張しても裁判所はきわめて冷たく、行政訴訟の提起はきわめて困難であり(実際その数は極めて少ない)、また国家賠償を得るためには国家賠償法上違法でなければならない上に、公務員に故意過失が必要であるためきわめて困難であるし、また賠償では実効的な救済とはいえない。日本と同じく付随的違憲審査制をとっているアメリカでは、議会が法律を制定したとき、その法律が適用され不利益を受けるおそれのある人は、その法律の違憲の確認と執行の差止めを求めて当然訴訟を提起でき、裁判所は司法審査権を行使することができる。日本の司法審査制度はアメリカ型だといわれながら、アメリカから大きく逸脱している。

- (3) 最高裁判所がその権限を適切に行使してきたかどうかの評価は、最高裁判所が日本国憲法のもとでどのような役割を果たすことが期待されていたのかについての考え方の違いによって、異なる。そのためには、最高裁判所にふさわしい役割は何かを考える必要。

3 この権限を行行使するに当たって最高裁判所にふさわしい役割は何か。

- (1) 最高裁判所は、どのような役割をはたすべきかみずからの立場を明確にはしていない。
- (2) これに対し学説は最高裁判所の立場を批判しながら、従来必ずしも最高裁判所にふさわしい役割が何かを明確に議論してこなかった。基本的人権は憲法に先立って存在する自然権であり、漠然と最高裁判所は憲法を守り人権を守る役割を有していると捉え、多数者を常に監視する必要があると想定してきた。人権は多ければ多いほどよく、裁判所の役割は広ければ広いほどよいという発想方法。民主主義よりも自由が大事。
- (3) しかし、その後アメリカの司法審査をめぐる様々な議論を契機にして、「二重の基準論」と呼ばれる憲法理論が展開されてきた。それによれば、民主主義原理のもとで、国会は国民の選挙によって選出された全国民の代表によって構成されているので、裁判所はその判断を尊重し、国会の制定した法律は憲法に適合すると推定(合憲性の推定)して、それが合理的かどうかを審査すべきであるが、一定の権利についてはそれが民主政過程に不可欠な権利であるから、裁判所がそれを擁護する責任をもっており、裁判所の厳格な審査が正当化されるとされた。そのような厳格な審査がふさわしい権利の典型例は、表現の自由などである。この立場では、裁判所が積極的に司法審査権を行行使できるのは部分的。ただこの学説は、この意味で民主政過程に不可欠な権利とは言いがたい経済的自由に付いても、最高裁判所はある程厳しい審査をすべきだと考えているし、人格的自律ないし人格的生存に不可欠な権利についても厳格な審査が正当化されると考えてきた。その結果、憲法の保障する基本的人権について、かなり積極的な司法審査権行使が正当化されることになる。
- (4) たしかに、憲法の保障している基本的人権のほとんどは、国民が政治参加するために必要不可欠な諸権利であり、これらの権利については民主政過程に不可欠な権利であるから、それを保護することは裁判所の固有の権限であり責任だと考えるべきであるし、それはまた裁判所にふさわしい役割でもあると考えられる。だが、この立場では逆に、このような意味で民主政過程に不可欠とは言えない権利については、国会の判断を尊重し、緩やかな審査をすることが妥当。国会の判断を常に裁判所が監視する

という考え方は適切ではない。国民が選択を誤り、国会が国民の利益を害した場合には、国民は次の選挙でその意思を示せばいい。民主主義の原則のもとでは、国民の権利を守ることも国民自身の権限であり責任。裁判所は、国民がこのように政治参加して誤りを正す途がふさがれないように確保することにある。

これが「プロセス的な司法審査理論」の基本的な考え方。裁判所は、いわば「民主主義プロセスの擁護者」。この立場の前提は、憲法を実体的な目標ないし価値を定めたものと理解せず、統治の手続を定めたプロセス的な文書とみるプロセス的な憲法観。憲法の目的は人権の保障で、民主主義を含む統治の原理はすべて人権保障のための手段と捉える支配的な理解とは異なり、統治の原理と人権の保障はコインの裏表の関係で表裏一体と捉える理解。基本的人権は、政治が手を出してはいけない実体的な価値と見る「実体的価値の基本的人権観」とは異なる、守らなければならない手続的なルールと見る「プロセス的な基本的人権観」。そこから、司法審査の目的は、実体的価値として理解された基本的人権の価値の実現と見る「実体的価値の司法審査理論」と対比されるプロセス的な司法審査理論が導かれる。その背後には、日本国憲法が前提としている個人は、好きなことをさせてくれ＝ほっておいてくれと主張するだけの個人ではなく、他の人と共に政治共同体を組織し互いに他を尊重しながら一緒にやっていくことを求める「市民」としての個人。人権さえ保護されればそれでよいとするリベラリズムとは異なり、政治に参加する市民の政治のプロセスをプリュラリズムとして理解し、憲法はそのプロセスを保障しているにすぎず、それを越えた問題は憲法の問題ではなく「政治」の問題と捉える理解。

- (5) この立場では、最高裁判所が経済的自由に関する事例で国会の判断を覆したことは疑問。逆に表現の自由などに関する事例で、裁判所が国会の判断をしっかりと見きわめることなく基本的人権の制約を簡単に認めてきたことも疑問とされなければならない。やはり、最高裁判所が適切に司法審査権を行使してきたとは言いがたい。
- (6) また、日本の司法審査制がアメリカ型だといいいながら、司法権行使の要件をアメリカとは異なり著しく厳しく理解し、事実上法律命令等の憲法適合性を争う途を閉ざしてきたことも、妥当とはいえない。憲法第32条の保障する裁判を受ける権利を無意味にするもの。

4 憲法改正の必要性はあるか、あるとすればどう改正すべきか

- (1) 現状を打開するため、「憲法裁判所」構想が打ち出されている。伊藤正巳元最高裁判所判事の提言、読売新聞社の憲法改正案など。
- (2) ただし、最高裁判所の解釈を前提とすれば、このような憲法裁判所の設置には憲法の改正が必要と考えられる。
- (3) また、憲法裁判所の設置が問題の解決となるかどうか、それがベストな選択かどうかは別問題。最高裁判所が司法審査権行使に消極的な理由について、伊藤正巳元最高裁判所判事は、裁判官の中の「和」の尊重の意識の存在、他の政府の機関に対する同様の意識の存在、最高裁判所の抱える事件の負担のなかで憲法問題を熟慮することの困難さなど様々な点を指摘している。経験に裏付けられた指摘として重く受け止める必要があるが、憲法裁判所の設置がこれらの問題点の解決につながるとは思われない。憲法裁判所を設置すれば憲法裁判所が法律命令等の合憲性を厳しく審査するだろうと考える根拠はない。また、事件・争訟性の要件にはそれなりの理由があり、それを

ずして憲法裁判所が法律命令等の合憲性を審査することが望ましいかどうかは疑問。

- (4) どうすればよいか。必要なのは憲法改正ではなく、「意識改革」と制度改革ではないか。裁判所の司法権は憲法第76条によって憲法上付与されたものであって、法律によって付与されたものではない。裁判所はその憲法上の固有の司法権を行使して、もっと積極的に司法権を行使できるはず。事件・争訟性の要件も、アメリカでは極めて緩やかに解されており、日本でももっと柔軟に解釈し、国会が法律を制定すれば、それが適用されて不利益を受けるおそれのある人であれば、憲法上、法律の違憲性の確認とその執行の差止めを求める訴訟を提起することが可能だと考えるべき。そのうえで、国民の政治参加に不可欠な権利については、裁判所が憲法上固有の権限と責任を負っているのだということをしかりと自覚し、もっと積極的に司法審査権を行使すべき。そのためにも、最高裁判所の裁判官が、下級裁判官や検察官、弁護士等の名誉職的な最終ポストとされている人事を改めると共に、もっと若い人を最高裁判所の裁判官に任命すべき。さらに、訴訟の提起がきわめて困難であり、憲法事件を争うことも困難であり、裁判官が憲法問題を扱うことに消極的である。裁判所全体の根本的な司法制度改革を断行することこそが必要ではないか。