

衆憲資第29号

**「司法制度及び憲法裁判所（憲法の有権解释权の所在の視点から）」に関する基礎的資料**

**統治機構のあり方に関する調査小委員会  
（平成15年5月15日の参考資料）**

**平成15年5月  
衆議院憲法調査会事務局**

この資料は、平成 15 年 5 月 15 日（木）の衆議院憲法調査会統治機構のあり方に関する調査小委員会において、「司法制度及び憲法裁判所（憲法の有権解釈権の所在の視点から）」をテーマとする参考人質疑及び委員間の自由討議を行うに当たって、小委員の便宜に供するため、幹事会の協議決定に基づいて、衆議院憲法調査会事務局において作成したものです。

この資料の作成に当たっては、上記の調査テーマに関する諸事項のうち問題関心が高いと思われる事項について、衆議院憲法調査会事務局において入手可能な関連資料を幅広く収集するとともに、

主として憲法的視点からこれに関する国会答弁、主要学説等を整理したつもりですが、必ずしも網羅的なものとはなっていない点にご留意ください。

# 目次

## 第一部 憲法の有権解釈権の所在

第1 問題の所在	3
1 憲法の有権解釈権の所在	4
2 国会と裁判所の関係	4
3 国会と内閣（内閣法制局）の関係	5
4 内閣（内閣法制局）と裁判所の関係	5
5 内閣法制局の役割、立場	6
第2 違憲審査制と憲法裁判所	7
違憲審査制	7
1 違憲審査制の意義と類型	8
(1) 違憲審査制の意義	8
(2) 違憲審査の成立の経緯と発展	9
(3) 違憲審査制の2類型と日本の違憲審査制	10
2 違憲審査の対象	12
(1) 違憲審査の対象	12
(2) 立法不作為	13
(3) 統治行為	14
3 違憲判決の効力	16
(1) 違憲判決の効力	16
(2) 法令違憲と政治部門（国会・内閣）の対応	16
現行の違憲審査制度の運用実態と憲法裁判所	18
1 違憲審査制の運用実態とその要因	19
(1) 現行の具体的違憲審査制の運用実態	19
(2) このような現状を生み出す主な要因	20
2 現行制度の運用改善	20
(1) 裁判官の人選と人数	21
(2) 機構・制度改革	22
3 憲法裁判所、「最高裁判所憲法部」、「特別高裁」構想	23
(1) 憲法裁判所構想	23
(2) 「憲法部」構想	26
(3) 「裁判所法等の一部を改正する法律案」（昭和32年）と 「特別高裁」構想	28
資料1 各国における憲法裁判所の構成及び権限（国立国会図書館 調査及び立法考査局政治議会課憲法室・作成）	31

第3	内閣法制局の所掌事務等	39
1	内閣法制局の設置（内閣法制局設置法1条）	39
2	内閣法制局の所掌事務等	39
(1)	内閣法制局の所掌事務	39
(2)	内閣として憲法解釈が必要となる場合	40
3	内閣法制局の役割、立場等に関する見解等	41
(1)	内閣法制局の役割、立場	41
(2)	内閣法制局の憲法解釈の位置付け等	42
(3)	政策実現の阻害等	43
資料2	内閣法制局 実像と虚像（読売新聞 1997年（平成9年） 7月26日～10月31日）	44
資料3	“絶対権限”を持つ内閣法制局（東京新聞 2003年（平成15年） 5月4日）	69

## 第二部 司法（憲法第6章）に関する論点整理

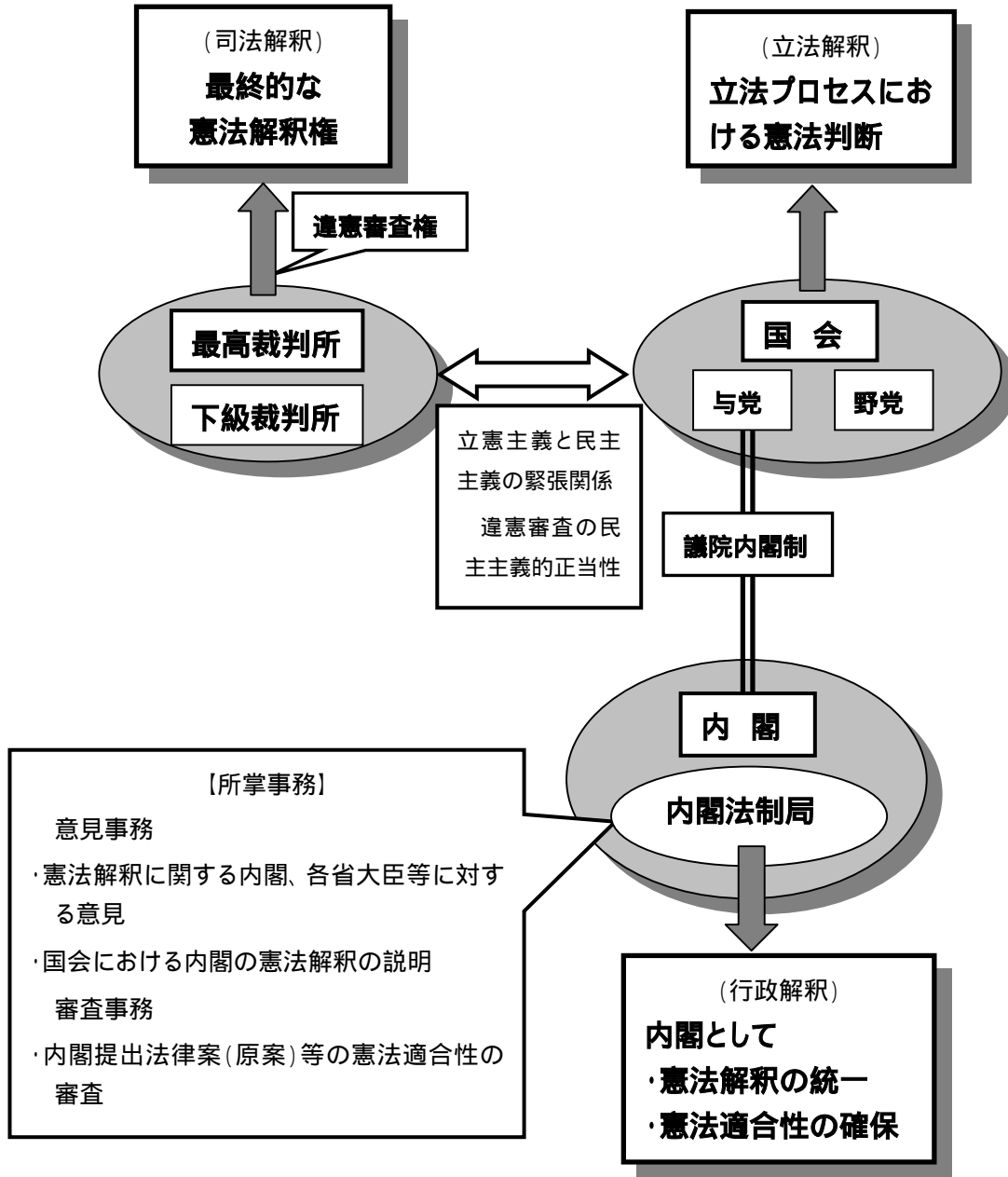
はじめに	73
1. 第76条	74
(1) 司法権の概念	74
(2) 司法権の限界	76
(3) 特別裁判所の禁止及び行政機関による終審裁判の禁止	80
(4) 裁判官の職権の独立	81
2. 第77条	85
(1) 規則制定権の内容	85
(2) 規則制定権の範囲（「訴訟に関する手続」の意義）	85
(3) 最高裁判所規則と法律との関係	85
3. 第78条	88
(1) 裁判官の身分保障	88
(2) 裁判官の罷免	88
4. 第79条	90
(1) 最高裁判所の構成	90
(2) 最高裁判所裁判官の国民審査	91
(3) 最高裁判所裁判官の定年と報酬	93
5. 第80条	96
(1) 下級裁判所裁判官の指名	96
(2) 裁判官の任命をめぐる解釈問題	96

(3) 裁判官の再任の問題点 .....	97
6 . 第 8 1 条 .....	99
(1) 憲法判断の方法 .....	99
(2) 違憲審査の基準 .....	103
7 . 第 8 2 条 .....	108
(1) 裁判の公開原則 .....	108
(2) 公開原則の例外 .....	108

## **第一部 憲法の有権解釈権の所在**

# 第1 問題の所在

## 憲法の有権解釈権の所在



## 1 憲法の有権解釈権の所在

「有権解釈」とは、権限のある機関による法の解釈であり、学理解釈と異なり、拘束力を有する。解釈を行う機関によって、立法解釈、行政解釈、司法解釈に分かれる。

憲法の有権解釈権については、憲法 81 条において、最高裁判所に「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」が与えられていることから（司法解釈）、その最終的な所在は、最高裁判所であることは明らかである。

その一方で、国会においてはその立法プロセスにおいて憲法解釈が行われ（立法解釈）\*、また、内閣においては内閣として憲法解釈を統一し、行政執行等の憲法適合性を確保するという観点から憲法解釈が行われている（行政解釈）。

「有権解釈としては、質的には最高裁の憲法解釈が重要であるが、量的には、政治部門（議会・行政府）による憲法解釈の方が、最高裁が異なった解釈を示さない限り現実を支配する力をもっているという意味で大きな位置を占めているといえる」<sup>1</sup>との指摘もなされており、それぞれが行う有権解釈相互の関係をどのように考えるかが問題となる。

\* 「立法解釈」については、以下のような指摘がある<sup>2</sup>。

- ・ 国会議員は憲法 99 条により憲法尊重擁護義務を負うのであるから、国会の立法その他の行為は、憲法に適合したものでなければならない。そうすると、これらの行為は、国会議員によって意識されたか否かにかかわらず、国会によって黙示的に合憲と解釈されたものとみなすことができよう。
- ・ 国会の憲法解釈とは、国会、各議院、ないし憲法もしくは法令に基づきその内部に設けられた国会議員の組織（各種委員会、両院協議会など）の示す解釈、すなわちそこにおける国会議員の多数意思による解釈をさす...

## 2 国会と裁判所の関係

国会と裁判所の関係については、「日本国憲法は国民主権を宣言し、民主主義原理に立ち、選挙で選ばれた国民の代表が法律を制定することを求めている。ところが、その法律の合憲性が、国民から選挙されておらず再選される必要もない裁判官によって確定されることとなれば、その限りで国民はその代表者を

<sup>1</sup> 内野正幸「議会の憲法解釈機能」ジュリスト 955 号、1990 年、158 頁

<sup>2</sup> 同 157 頁



通して国政を決定することを否定されることになる。そこで、民主主義原理に立つ憲法の下で、なぜ司法審査制が正当化されうるのかの問題（司法審査の民主主義的正当性の問題）を生じる」<sup>3</sup>とされる。

憲法の有権解釈の所在という問題に関しては、このような司法審査（違憲審査）の民主主義的正当性の問題を踏まえつつ、国会・内閣という政治部門と裁判所の関係という観点から、違憲審査の意義、性格、対象（統治行為の問題等）、憲法裁判所を創設し、抽象的違憲審査権を行使させることの是非等について、検討する必要があると思われる。

なお、「日本の議会制は、議院内閣制という統治機構のもとに存在しているのであるから、議会と司法審査との関係を内閣の存在とその作用を切り離して考察することは適切ではない」との指摘がなされている。<sup>4</sup>

### 3 国会と内閣（内閣法制局）の関係

国会は立法プロセスにおいて憲法判断をするが、立法プロセスにおいて、内閣法制局から政府の憲法解釈（内閣提出法律案に関する憲法解釈等）が開陳される場合がある。

この内閣法制局の憲法解釈は、国会はもとより、裁判所に対しても何らの拘束力を持つものではないが、国会における憲法判断は、最終的には多数決により行われるものであることにかんがみれば、内閣法制局が開陳する憲法解釈は、議院内閣制をとる我が国において、「政府・与党の憲法解釈」として大きな意味を持つこととなる。

### 4 内閣（内閣法制局）と裁判所の関係

憲法の解釈は最終的には裁判所の判決を通じて確定されることになるが、内閣としての憲法解釈が、行政執行そのものの憲法適合性を確保する上で必要となる場合がある。

憲法の各規定は、法律案の企画立案をはじめとして各省庁が所掌する事務に非常に幅広く関係するが、各省庁がそれぞれ適当に憲法の規定を解釈して運用した場合、内閣の行政が一貫性のないものになってしまう。そのため、

<sup>3</sup> 松井茂記『日本国憲法』有斐閣、2002年、90頁

<sup>4</sup> 戸松秀典「議会制と司法審査」ジュリスト955号、1990年、124頁

内閣として統一した憲法の理解のもとに行政を一貫して進めなければならぬという要請が生じる。

このような要請に応えるため、憲法解釈について、各省においてはいろいろ疑義があるとか、あるいは各省庁間で解釈に差があるという場合には、少なくとも行政部内においては、内閣法制局の意見が出されることによって、その解釈が統一されることとなっている。

このように行政の統一性を確保するため、行政機関が行政部内で統一的な法令の解釈として定めたものを「行政解釈」と呼ぶ。この行政解釈は、最終的な拘束力はもたず、裁判の過程で裁判所は、行政解釈を否定して独自の解釈をすることができるものである。しかしながら、この行政解釈に基づいて行われた行政行為<sup>5</sup>は、仮に違法であっても、権限ある機関が正式にこれを取り消さない限り、有効とされ国民を拘束するものであり(行政行為の公定力)、行政解釈は大きな意味を持つものである。

## 5 内閣法制局の役割、立場

憲法の有権解釈の所在という問題に関し、国会と内閣(内閣法制局)の関係、内閣(内閣法制局)と裁判所の関係を考えるに当たっては、内閣法制局の役割、立場がどのようなものであるかを理解する必要がある。

内閣法制局の主な業務としては、法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べるという事務(いわゆる意見事務)、閣議に付される法律案、政令案及び条約案を審査するという事務(いわゆる審査事務)の二つがあげられる(内閣法制局の所掌事務等については、39頁参照)。

内閣法制局は、このような事務を通じて、内閣としての憲法解釈を統一し、行政執行そのものの憲法適合性、内閣提出法律案等の憲法適合性を確保するという役割を担っており、そのような観点から憲法解釈を行っている。

---

<sup>5</sup> 「行政行為」とは、行政庁が、行政目的を実現するために法律によって認められた権能に基づいて、一方的に国民の権利義務その他の法的地位を具体的に決定する行為をいう。

## 第2 違憲審査制と憲法裁判所

### 違憲審査制

#### ポイント

##### 1 違憲審査制の意義

最高裁判所は、憲法 81 条により違憲審査権を付与され、憲法の最終的な有権解釈権を有するとされるが、一般に違憲審査制度が正当化される根拠は、次のとおりである。

憲法の最高法規性の観念：国家行為の合憲性を審査し、及び決定する機関の存在により担保されるものである。

基本的人権尊重の原理：基本的人権が侵害される場合、それを救済するための違憲審査制が要請される。

わが国の違憲審査制は、具体的な訴訟事件の解決を本来の機能とする裁判所がその作用を行う過程で憲法に関する争点について判断をする「付随的違憲審査制」であると一般に理解されている。

##### 2 違憲審査の対象

違憲審査の対象は、「一切の法律、命令、規則又は処分」であるが、「立法不作為（国会が一定の立法をすべきことを義務付けられているにもかかわらずそれを怠っている場合、その不作為が違憲審査の対象となるかという問題）」、「統治行為（直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為で、法律上の争訟として裁判所による法律的な判断が理論的には可能であるのに、事柄の性質上、司法審査から除外されること）」等が審査の対象となるかが問題となる。

##### 3 違憲判決の効力

違憲判決の効力に関し、当該事件に限って法令の適用が排除されるという「個別的効力説」が通説となっている。

その理由は、付随的審査制においては、当該事件の解決に必要な限りで審査が行われ、違憲判決の効力も当該事件に限って及ぶと解されること、違憲判決に法令を一般的に無効にする効力を認めることは一種の消極的立法作用を認めることになって、司法権による立法権の侵害となること等である。

裁判所がこれまで下した法令違憲判決は、5 種 6 件である。国会は、これに対し違憲とされた規定を削除する等の対応をしている。

## 1. 違憲審査制の意義と類型

### (1) 違憲審査制の意義

最高裁判所は、81条により違憲審査権を付与され、憲法の最終的な有権解釈権を有するとされるが、違憲審査制の意義はいかなるものか。

また、国民によって直接選挙された議員によって構成される国会の意思（法律等）をなぜ、民主主義的正当性を有しない最高裁判所が判断することができるのか。

#### 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。

第98条 この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。

（以下略）

### ア 違憲審査制の意義

現代国家においても憲法秩序が覆され、又はその危機に直面するという体験を経たことから、国家の基本法たる憲法を守るという憲法保障の問題が重要視されている。憲法保障の方法は様々であり、日本国憲法では、権力分立、憲法改正手続の厳格化、憲法の最高法規性及び公務員の憲法尊重擁護義務を規定するとともに、裁判所に違憲審査権を与えている（下級裁判所も違憲審査権を有すると解するのが通説及び判例の立場である。）

#### 食糧管理法違反事件（最大判昭25年2月1日刑集4巻2号73頁）

食糧管理法違反として起訴された被告が、第1審及び第2審で有罪判決を受け、その後東京高裁に上告するも棄却されたため、違憲立法審査権は最高裁判所のみを与えられているのであって、違憲論を最高裁判所に移送せずに判断した上告審判決は違憲であるとして再上告した事件。

最高裁判所は、裁判官が具体的訴訟事件に法令を適用して裁判するに当たり、その法令が憲法に適合するか否かを判断することは、憲法によって裁判官に課せられた職務と職権であって、これは最高裁判所の裁判官であると下級裁判所の裁判官であるとを問わないと判示した。

この違憲審査制は、主として以下の二つの根拠に支えられる。一つは、憲法の最高法規性の観念である。これは、国家行為の合憲性を審査し、及び決定する機関の存在により担保されるものである。もう一つは、基本的人権尊重の原

理である。基本的人権が侵害される場合、それを救済するための違憲審査制が要請されるのである。

#### イ 違憲審査制の民主主義的正当性

違憲審査権は、論理的には、憲法違反の国家行為を是正するものではあるが、統治過程の機能という観点からみれば、国民の選挙によらない裁判官<sup>1</sup>が、国民によって選ばれた議会の民主的な多数意思を否定するという側面を持っている。この点から裁判所の違憲審査権の行使を慎重に行うべきであるとする意見が登場する。

しかし、違憲審査権の謙抑を説くことには十分な理由があるものの、違憲審査権と民主主義の対立を強調して、違憲審査権の行使が過度に抑制されることになってはならない。なぜなら、現代の多元的民主主義の下で、議会のみが民主的な意見を表明するとみることがあるし、また、そもそも、人権保障は多数の民主的な決定からも保護されるべきであるからである。裁判所は、人権保障と憲法秩序の確保のため、その精緻で説得的な判決の論理によって、違憲審査権を有効適切に行使すべきであるとされる<sup>2</sup>。

#### (2) 違憲審査制の成立の経緯と発展<sup>3</sup>

違憲審査制は、19世紀初頭のアメリカで1803年、マーベリー対マディソン事件<sup>4</sup>におけるマーシャル判決を契機に憲法慣習として確立された。

この制度は、本来、議会が制定した法律を違憲無効としうる点で、議会が国の最高機関であるとする議会主権や議会中心主義の考えに抵触する。そこで、議会中心主義が確立されていた19世紀ヨーロッパ諸国では、違憲立法審査制は容易には受け入れられなかった。

ところが、20世紀の行政国家現象にともなう議会制の危機やファシズムによる人権侵害の経験を経て、第二次世界大戦後からヨーロッパでも多くの国で違憲審査制が採用されるようになった。裁判所を中心とする違憲審査機関が人権保障の機能を担うようになったのである。

ドイツでは、1949年の連邦共和国基本法で憲法秩序の保持を任務とする連邦憲法裁判所が設置され、重要な判例を蓄積してきた。

フランスでも、第5共和国憲法下で設置された憲法院 (Conseil constitutionnel) が、1970年代以降、当初の政治的機関としての性格を脱し、

---

<sup>1</sup> 最高裁判所裁判官については、国民審査制度がある。詳しくは91頁参照。

<sup>2</sup> 戸波江二『憲法(新版)』ぎょうせい、1998年、438頁

<sup>3</sup> 辻村みよ子『比較憲法』岩波書店、2003年、191頁

<sup>4</sup> Marbury v Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803

裁判機関・人権擁護機関として積極的に違憲審査権を行使している。

近年では、欧米のみならず、韓国などアジアでも憲法裁判所が重要な機能を果たしており、「違憲審査革命」とよばれるような違憲審査制の積極化傾向が認められる。

### (3) 違憲審査の2類型と日本の違憲審査制

#### ア 違憲審査の2類型

憲法 81 条に定める違憲審査制については、法令の違憲審査を抽象的に行う憲法裁判所としての役割を最高裁判所に認めているとする見解(「抽象的違憲審査制説」)も存在するが、具体的な訴訟事件の解決を本来の機能とする裁判所がその作用を行う過程で憲法に関する争点について判断をする制度であるとの理解(「付随的(具体的)違憲審査制説」)が一般的であり、判例も同様であるとされる(警察予備隊違憲訴訟参照)。

#### **警察予備隊違憲訴訟(最大判昭 27 年 10 月 8 日民集 6 卷 9 号 783 頁)**

自衛隊の前身である警察予備隊が憲法に違反し無効であることの確認を求めて、日本社会党の代表者であった鈴木茂三郎氏が、最高裁判所を第 1 審として出訴した事件。最高裁判所は、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、そして司法権の発動に当たっては具体的な争訟事件の提起が前提とされることにかんがみれば、裁判所は具体的な争訟事件が提起されていないのに将来を予想して憲法及びその他の法令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権限を有しないと判示した。

81 条が定める違憲審査制が付随的審査制である理由として、81 条が司法の章(第 6 章)に規定されていることにかんがみれば、違憲審査権は、具体的な権利義務又は法律関係の存否に関する争いを前提とする司法の作用に付随するものと理解できること、抽象的違憲審査が認められるためには、憲法上それを明示する規定や、必要な手続的規定(提訴要件や判決の効力、裁判官の選任方法等)が定められていなければならないことが挙げられている。

なお、憲法 81 条が最高裁判所に憲法裁判所的性格を与えているとはいえないにせよ、法律等で手続を定めることにより最高裁判所が憲法裁判所の機能を果たすことも可能であるとする見解もある。

付随的違憲審査制、抽象的違憲審査制については、一般に次のように説明されている<sup>5</sup>。

<sup>5</sup> 辻村前掲書 192 頁を参考にした。

#### 付随的違憲審査制

これは、民事・刑事・行政の裁判を扱う通常の司法裁判所が、係属した訴訟事件の審理判断に付随して、事件解決のための前提として適用法令の合憲性を審査する方式である。アメリカ、カナダ、日本、インドなどで採用されている。これは、アメリカ型といわれ、通常の司法裁判所が主体となることで、司法裁判所型と呼ばれることもある。

この類型では、原告適格や訴えの利益などの訴訟要件が必要とされ、違憲判決の効力も当該訴訟についての個別的効力にとどまるが、その範囲で遡及的効力も認められる。

#### 抽象的違憲審査制

これは、特別に設置された憲法裁判所が法定された提訴権者の申立てに基づいて、具体的事件と関係なく法令そのものの合憲性を審査する方式であり、ドイツ、オーストリア、イタリア、スペインなどの欧州諸国や韓国などで採用されている。これは、ドイツ型とよばれ、特別の憲法裁判所が違憲審査を行うため憲法裁判所型ともよばれる。

この類型では、原告適格等の訴訟要件が厳しく制限されず、抽象的な形で違憲審査を請求できる。さらに違憲判決の効力も違憲と認定された当該法律等が無効とされ、一般的効力をもつことが特徴となるが、一般的効力をもつかわりにその効力は遡及せず、将来的な効力のみが認められる。

### イ 付随的違憲審査制と「行政解釈」、「立法解釈」

通説、判例のように、日本の違憲審査制が付随的違憲審査制であることを前提とするならば、例えば、国会での法案審議等において示される一般的な政府の憲法解釈（「行政解釈」）は、通常、直ちに国民の権利の侵害等具体的な訴訟事件には結びつくものではないため、違憲審査の対象とはなり得ない。

また、国会の立法プロセス（法律の制定等）において、憲法解釈（「立法解釈」）が示されたとしても、同様に、法律の制定だけでは、一般的に具体的な訴訟事件とはなり得ないため、その解釈は、違憲審査の対象とはならない<sup>6</sup>。

### ウ 2 類型の合一化傾向

以上のように、違憲審査制度の類型については、大きく二つに分けられるが、実際には、アメリカ型・ドイツ型の双方で、おのこの欠点を補うべく制度を

<sup>6</sup> なお、具体的な訴訟事件となっても、それが高度に政治的な問題である場合には、違憲審査の対象とはならないとする「統治行為」という考え方がある。これについては、14頁参照。

修正しており、両者の合一化傾向が認められる。

たとえば、アメリカ型では個々の権利救済が違憲審査制の一義的な機能とされ訴訟要件が制限されていたことが改められ、次第に当事者適格等を緩和するような運用が認められてきた。それによってドイツ型のような客観的な憲法秩序保障に近いものが導入されつつあるといえる。

他方、ドイツ型でも、もともとは法律上の制度であった「憲法訴願（憲法異議）」の制度が、1969年の基本法改正後、憲法上の制度となり（ドイツ基本法93条1項4a）国民が憲法裁判所に個別的な基本権侵害の排除を申し立てることが認められて、個別的救済の機能が重視されている<sup>7</sup>。

## エ その他の類型

さらに、これらの2種類の類型とは異なって、憲法審査が法律制定後、施行前に行われる事前審査型も存在する。フランスの憲法院による違憲審査制がそれである。アメリカ、ドイツ、フランスの違憲審査制の比較については、下表のとおりである。

アメリカ・ドイツ・フランスの違憲審査制度の比較

国名	違憲審査制の性質	備考
アメリカ	付随的違憲審査制	違憲審査制に関する明文の規定は憲法上存在しないが、最高法規条項及び裁判官の憲法遵守義務から、判例をもって、裁判所の違憲審査権が解釈上確立している。
ドイツ	抽象的審査制 具体的審査制 憲法異議	裁判部門の頂点である憲法機関としての憲法裁判所が、違憲審査権を集中的に行使することを通じて「憲法の擁護者」としての役割を果たす。
フランス	事前審査制	司法から独立した憲法院が、法令の施行前に当該法令の憲法適合性の審査をすることを通じて人権保障機能を果たす。

## 2 違憲審査の対象

### (1) 違憲審査権の対象

違憲審査の対象は、「一切の法律、命令、規則又は処分」（81条）である。これは、憲法より下位のすべての法規範が違憲審査の対象となることを意味する。したがって、条例、人事院規則、地方公共団体の長の定める規則、裁判所の裁判等も違憲審査の対象となる。

違憲審査の対象となるか否かが問題となるものとして一般的に挙げられるの

<sup>7</sup> 同趣旨、佐藤幸治『憲法（第3版）』青林書院、2001年、332頁。



が、条約、立法不作為、統治行為であるが<sup>8</sup>、有権解釈権の所在に関し、特に国会・内閣といった政治部門と裁判所との関係が問題となるのは、立法不作為、統治行為の問題である。

## (2) 立法不作為

憲法の諸規定に基づき、又はその解釈により、国会が一定の立法をすべきことを義務付けられているにもかかわらずそれを怠っている場合、その不作為が違憲審査の対象となるかという問題がある。

いかなる立法をすべきかは、国の「唯一の立法機関」である国会の判断に委ねられるべき事項であり、したがって、立法の不作為が直ちに裁判所による違憲の判断を導き出すものではない。しかし、立法不作為により個人の権利が侵害されたとして国家賠償請求を求める場合、立法の不備に起因する違憲状態についての訴訟で人権侵害を主張する場合等において、基本的人権の保障の観点から、立法をなすべき内容が明白であること、事前救済の必要性が顕著であること、他に救済手段が存在しないこと、相当の期間が経過していることを要件に、立法不作為が違憲・違法と認められることもあり得るとするのが通説の立場である。

なお、最高裁判所は、**台湾人元日本兵による損失補償請求事件及び在宅投票制度事件**に見られるように、立法不作為を違憲・違法と認めることについて消極的であると評価されている。

### 台湾人元日本兵による損失補償請求事件（最判平4年4月28日判時1429号91頁）

台湾人元日本兵が戦傷を受け後遺症を負ったことにより被った損失等につき、国が日本人に対するのと同等の補償立法を制定しないことは違憲違法である旨の確認と損失補償を求めた事件。

裁判所は、立法内容の一義的特定性、事前救済の必要、他の救済手段の不存在が訴訟成立の要件であるとした上で、補償立法の内容となるべき受給の範囲、支給金額、支給時期、支給方法等が憲法上一義的に特定しているとはいえないと判示した。（東京高判昭60・8・26）また、その上告審判決において、最高裁判所は、我が国が台湾住民である軍人軍属に対しいかなる措置を講ずべきかは立法政策に属する問題であるとして、上告を棄却した。

<sup>8</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法（第3版）』有斐閣、2001年、258頁（野中執筆部分）を参照。なお、統治行為の問題を「司法権の限界」として取り上げているものもある（芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法（第3版）』岩波書店、2002年、313頁）。

### 在宅投票制度廃止事件（最大判昭 60 年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁）

在宅投票制度の悪用による選挙違反が多発したことを理由として同制度が昭和 27 年に廃止された結果、投票ができなくなった者が、同制度の廃止後これを復活させなかったことが憲法 15 条（普通選挙の保障）、14 条（法の下での平等）、44 条（選挙人の資格）等に違反するとして、国に対し損害賠償を請求した事件。

最高裁判所は、国会議員は原則として立法について政治的責任を負うにとどまり、個々の国民に対し法的義務を負わず、したがって、国会議員の立法行為はその立法内容が憲法の一義的な文言に反しているのにあえて立法を行うような例外的な場合でない限り、違法の評価を受けないと判示した。

### (3) 統治行為

#### ア 統治行為の意義

「統治行為」とは、一般に、直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為で、法律上の争訟として裁判所による法律的な判断が理論的には可能であるのに、事柄の性質上、司法審査から除外されるものと定義される。

#### イ 統治行為の学説と判例<sup>9</sup>

このように存在形式上は、一応違憲審査の対象となる国家行為であっても、それが高度に政治的な性格を帯びる場合には、違憲審査の対象から外されるべきであるとする見解が従来から有力に唱えられている（A 説 = 統治行為肯定説。）

統治行為は、一般に、内閣及び国会の組織又は運営に関する基本的事項、それらの相互交渉に関する事項、国家全体の運命に関する重要事項（外交、防衛に関する事項等）が、これに該当する事項として挙げられている。また、その論拠としては、国家主権下の三権分立制度や民主主義的責任原理からくる司法権の限界が挙げられることが多いが、法政策的観点から裁判所の自制の必要が説かれることもある。

これに対し、法治主義と司法審査の貫徹こそが憲法の要請だとして、この観念を否定する見解（B 説 = 統治行為否定説）も決して少なくない。

また、これらの中間にあって、統治行為とその適用される領域が存在することを一応認めるが、包括的・一般的ではなく、個々の行為ごとの吟味を行い、個別的・実質的論拠を十分に示すことができる場合にのみ、これを認めるとする見解（C 説 = 限定的肯定説）がある。この説は、統治行為の認められる場合を厳格にしぼることにより、実質的には否定説にかなり接近する。

<sup>9</sup> 野中他前掲書 261 頁を参考にした。

最高裁判所は、衆議院解散の効力が争われた**苫米地事件**において、このような行為は「裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられている」と判示して統治行為を認めた。

また、最高裁判所は、**砂川事件**では、日米安保条約を「一見極めて明白に違憲無効」と認められない限り司法審査の対象外と判示したが、これは、「一見極めて明白に違憲無効」の場合には司法審査が可能であるとしているため、「例外つきの変則的統治行為論」とも解されている。

#### **苫米地事件（最大判昭 35 年 6 月 8 日民集 14 巻 7 号 1206 頁）**

衆議院議員苫米地義三が、昭和 27 年 8 月 28 日のいわゆる抜き打ち解散の効力につき、解散は憲法 69 条にいう内閣不信任決議を前提とすべきであるのにその解散は 7 条を根拠に行われたこと、その解散の決定には適法な閣議を欠いていたこと、を理由として争った事件。

最高裁判所は、衆議院の解散が統治行為に当たるとして司法審査を行わなかった。

なお、学説には、解散事由の問題は裁量論、閣議決定の方式の問題は自律権論として処理するので、統治行為論をもちだす必要はなかったとの見解もある。

#### **砂川事件（最大判昭 34 年 12 月 16 日刑集 13 巻 13 号 3225 頁）**

昭和 32 年 7 月 8 日、日米安保条約に基づく行政協定の実施の一環として駐留米軍が使用する立川飛行場を拡張する目的で東京調達局が測量を実施した際、基地拡張に反対する者が同飛行場周辺に集合して測量反対の氣勢をあげ、そのうち数名の者が境界柵を破壊し、同飛行場に立ち入った。これらの者は、日米安保条約に基づく行政協定に伴う刑事特別法に違反したとして起訴された。

第 1 審の東京地裁は、駐留米軍が憲法 9 条 2 項の戦力に該当して違憲である旨を判示したが、検察側は、直ちにこの判決に対して最高裁判所に跳躍上告を行った。

最高裁判所は、駐留米軍は戦力には該当せず、また日米安保条約は高度の政治性を有するものであって、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り、司法裁判所の審査にはなじまない性質のものであると判示し、原判決を破棄差戻した。

#### **[参考 条約の違憲審査]**

条約が違憲審査の対象となるか否かについては、見解が分かれている。条約が形式的効力において憲法に優位すると考えれば、条約の違憲審査の問題は生じないが、憲法が条約に優位すると考えるのが通説及び判例の立場である。この通説及び判例の立場をとった場合でも、条約の違憲審査が認められるか否かについては、学説上、消極説と積極説とが対立している。消極説は、条約が 81 条の列記から除かれていること、条約は国家間の合意という性質を有すること、極めて政治的な内容を有することをその論

拠とする。他方、積極説は、条約の形式的効力は法律に優位するが、国内法的には 81 条の「法律」に準じて扱うことができるため、条約の国内法的側面についての司法審査は可能であるとする。裁判所は、砂川事件判決において、条約が一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の違憲審査権の範囲外にあると判示し、いかなる条約も違憲審査の対象外になるとの立場はとっていない。

### 3 . 違憲判決の効力

#### (1) 違憲判決の効力

裁判所が法令違憲の判決を下し、確定した場合、当該違憲判決がどのような効力を持つかについては大別して二つの説がある。一つは当該事件に限って法令の適用が排除されるという「個別的効力説」、もう一つは法令が一般的に無効となるとする「一般的効力説」である。

学説上は個別的効力説が通説となっているが、その理由としては、付随的審査制においては、当該事件の解決に必要な限りで審査が行われ、違憲判決の効力も当該事件に限って及ぶと解されること、違憲判決に法令を一般的に無効にする効力を認めることは一種の消極的立法作用を認めることになって、司法権による立法権の侵害となること、などが挙げられる。

しかし、個別的効力説をとると、当該事件においては法令が違憲無効であるにもかかわらず、他の場合は違憲でないという事態が発生するため、法的安定性や予見可能性を害し、平等原則にも反するという批判がなされる。そして、この批判に対しては、憲法上裁判所に違憲審査権が認められている趣旨を踏まえ、違憲判決がなされた場合には国会での法律の改廃措置や行政機関による執行の差し控えが当然に期待される等の反論がなされている。

#### (2) 法令違憲判決と政治部門（国会・内閣）の対応

最高裁判所がこれまで下したいわゆる法令違憲判決は、5 種 6 件であるとされるが<sup>10</sup>、その判決の概要と、政治部門（国会・内閣）の対応は、次表のとおりである。法令違憲判決に対しては、国会が違憲とされた規定を削除する等の対応がなされてきた<sup>11</sup>。

現行法上は、最高裁判所が違憲判決を下した場合には、その要旨を官報に公告し、かつその裁判書の正本を内閣に送付することとされ、さらにまた、法令

<sup>10</sup> いわゆる法令違憲や適用違憲等の憲法判断の方法については、第 2 部 99 頁参照。

<sup>11</sup> 尊属殺重罰規定については、約 20 年後の刑法改正により削除されたが、その間も法務省の通達で検察側が普通殺人で起訴するという運用がなされていた。

違憲判決にあっては、その裁判書の正本を国会にも送付することとなっている（最高裁判所事務処理規則 14 条）。この規定の趣旨は、違憲判決は当該事件にのみ妥当することを前提にして、国会・内閣に違憲判決に対応する措置を要請するものと一般に解されている<sup>12</sup>。

### 最高裁判所事務処理規則

#### 〔違憲裁判の公告等〕

第 14 条 第 12 条の裁判（引用者注：法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないとの裁判）をしたときは、その要旨を官報に公告し、且つその裁判書の正本を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本を国会にも送付する。

#### 最高裁判所が下した法令違憲判決の一覧とその後の政治部門（国会・内閣）の対応

判決（判決日）	判決の概要と政治部門の対応
尊属殺重罰規定違憲判決 （最大判昭 48・4・4）	最高裁判所は、刑法旧 200 条の尊属殺重罰規定を憲法 14 条の法の下に平等に反し無効と判示した。 これに対し行政機関は、以後の尊属殺人事件について刑法 200 条によらず、普通殺人罪に関する同法 199 条により処理するなどして対応した。 なお、同条は、刑法の口語化（平 7.6.1 施行）の際に削除された。
薬事法距離制限条項違憲判決 （最大判昭 50・4・30）	最高裁判所は、薬事法旧 6 条 2 項、4 項等による適正配置規制（距離制限）を憲法 22 条に違反し無効と判示した。 これに対して国会は、判決から約 1 ヶ月後に、当該規定を削除する改正法案を成立させた。
衆議院定数不均衡違憲判決	
51 年判決 （最大判昭 51・4・14）	最高裁判所は、昭和 47 年 12 月に施行された衆議院議員総選挙における議員定数配分規定が著しく不均衡であり、憲法 14 条に違反すると判示した。ただし、本判決は、いわゆる「事情判決」の法理を適用して、当該定数配分規定は違憲であり、それに基づく選挙は違法と宣言しながらも選挙を無効とはしなかった。 なお、この判決に先立ち、昭和 50 年の第 75 回国会において、議員定数配分規定の改正（20 増、総数 511 人とした。）が行われていた。
60 年判決 （最大判昭 60・7・17）	最高裁判所は、昭和 58 年 12 月に施行された衆議院議員総選挙における議員定数配分規定が著しく不均衡であり、憲法 14 条に違反すると判示した。ただし、本判決も上記判決と同様、選挙を無効とはしなかった。 この判決を受け、昭和 61 年の第 104 回国会において、議員定数配分規定の改正（8 増 7 減、総数 512 人とした。）が行われた。
森林法共有林分割制限規定違憲判決 （最大判昭 62・4・22）	最高裁判所は、共有林の分割請求に制限を加えていた森林法旧 186 条の規定が憲法 29 条に違反し無効であると判示した。 これに対して国会は、判決から約 1 ヶ月後に、当該規定を削除する改正法案を成立させた。
郵便法賠償責任制限規定違憲判決 （最大判平 14・9・11）	最高裁判所は、郵便局の過失で損害が生じた場合の賠償責任の範囲を制限した郵便法 68 条及び賠償請求権者を制限した同法 73 条が、憲法 17 条に違反し、無効であると判示した。 これに対して国会は、判決から約 2 ヶ月後に、国の損害賠償責任の範囲の拡大等の措置を講じる改正法案を成立させた。

<sup>12</sup>戸波前掲書 459 頁

ポイント

**1 違憲審査制の運用実態とその要因**

違憲審査制の運用実態として、司法消極主義、裁判の長期化があるとされている。

違憲審査の現状を生み出す主な要因として、任命システムの問題、最高裁の膨大な処理件数の問題、厳格な事前審査による弊害の問題、人事システムの問題があるとされている。

**2 現行制度の運用改善**

現行制度の運用改善策として、最高裁判所裁判官の人選と人数（15人構成の是非、15人の構成の仕方、新たな任命機関を設けることの是非）、機構・制度（事件負担の解消等）について、改革の議論がある。

**3 憲法裁判所、「憲法部」、「特別高裁」構想**

違憲審査制の改善策として、憲法裁判所を導入する案、最高裁判所に憲法問題だけを専門に判断する「憲法部」を設置する案、大部分の上告審と憲法問題のスクリーニングの役割を担う「特別高裁」を導入する案などが唱えられている。

憲法裁判所については、いくつかの型（抽象的規範統制や憲法訴願制度を認める大陸型憲法裁判所、具体的規範統制手続のみの導入等）があるとされる。

憲法裁判所の導入については、現行憲法上認められないとする説と認められるとする説があり、認められないとする説が通説であるとされる。

憲法裁判所の導入については、メリット（基本的な権利及び自由の保障の程度を高め、民主主義を強化するなどの効果が期待できる等）、デメリット（政治の裁判化、裁判の政治化を招く等）があるとされる。

「憲法部」、「特別高裁」は、法律改正によって導入できるとされる。

## 1 違憲審査制の運用実態とその要因<sup>13</sup>

### (1) 現行の具体的違憲審査制の運用実態

現行の具体的違憲審査制の運用実態として、次のような点が指摘されている。

#### ア 司法消極主義

一般に、裁判所が立法府の決定を最大限尊重し、違憲性が明白でない限り違憲審査を行わないという態度を司法消極主義という。その一般的根拠として、

国民の選挙により選任された者で構成された機関ではない裁判所は謙抑的であるべきこと(裁判所の非民主性)、情報収集能力、政策評価能力等については司法府より立法府・行政府の判断が優れていること、憲法判断を積極的に展開することはかえって司法の客観性と公正さに対する信頼を裏切り、司法の権威を低下させること、権力分立原理を重視すべきことが挙げられている。

現行の違憲審査制度は、その運用開始以来 50 年以上が経過しているが、その間に最高裁判所が法律の明文の規定を違憲と判断したのは、尊属殺重罰規定違憲判決等わずか 5 種 6 件(17 頁参照)であり、最高裁判所の憲法判断に対する姿勢は、極めて消極的であるとの批判がなされている<sup>14</sup>。

#### イ 裁判の長期化(憲法判断の遅延)

裁判の遅延は日本の司法の欠陥の一つであり、深刻な憲法問題を含む事案は長期化する傾向を持つとの指摘がある<sup>15</sup>。

他方、この点については、平成 12 年 5 月 25 日の「戦後の主な違憲判決」をテーマにした衆議院憲法調査会において、最高裁判所事務総局から、その発言や配付資料の中で、平成 10 年施行の改正民事訴訟法による上告制限制度の導入等により、以下のように、裁判の平均審理期間等が大幅に短縮しているとの指摘がなされている。

- ・平均審理期間は、地裁の民事訴訟事件については、昭和 48 年のピーク時に 17.3 ヶ月であったが、その後は、おおむね短縮化傾向にあり、平成 11 年で、9.2 ヶ月となっている。
- ・審理期間 3 年を超える長期の係属事件数は、民事事件、刑事事件で、昭和 40 年

<sup>13</sup> 中谷実「最近の憲法裁判所導入論議について」南山法学 25 巻 3 号、2001 年を参考にした。

<sup>14</sup> 司法消極主義に関し、違憲審査制の運用状況が「一般には司法消極主義として説明されてきたが、厳密には、憲法判断消極主義と違憲判断消極主義を区別することが必要となる。日本の最高裁判例では合憲判決は数多く存在するのであり、合憲判断積極主義で違憲判断消極主義であるといわざるをえない」との指摘もある(辻村みよ子『比較憲法』岩波書店、2003 年、207 頁)。

<sup>15</sup> 伊藤正己『裁判官と学者の間』有斐閣、1993 年、111 頁

代後半のピーク時にそれぞれ 19,471 件、3,248 件であったものが、平成 11 年にそれぞれ、7,725 件、182 件となり、大幅に減少している。

## (2) このような現状を生み出す主な要因

我が国の違憲審査の現状を生み出す主な要因として、次のような指摘がなされている。

### 任命システムの問題

最高裁判所事務総局の関与の下で、内閣が裁量によって行う最高裁判所裁判官の任命（6 条 2 項、80 条）が、憲法判断について積極的な立場をとる者の就任を回避する傾向のあること。

### 最高裁判所の膨大な処理件数の問題<sup>16</sup>

最高裁判所に係属する事件の膨大さにより、裁判官に、最高裁判所が憲法事件の最終審であるとの意識を乏しくさせ、また、實際上、通常の民刑事事件に対応するための実務家出身者中心の任用になっており、憲法事件に精通した裁判官が少ないこと。

### 厳格な事前審査による弊害の問題

内閣法制局や議院法制局による法案提出前の事前審査により、最高裁判所が違憲審査の経験を積む状況が妨げられていること。

### 人事システムの問題

最高裁判所が単一の裁判所制度の頂点に位置し司法行政を担い、職業裁判官をキャリアシステムの中で育成する現行の人事制度により、没個性的、体制迎合的な裁判官を多く生み出していること。

### 具体的違憲審査制の限界の問題

具体的違憲審査制度により、違憲審査権の行使が副次的なものとなっていること。

## 2 現行制度の運用改善

我が国の違憲審査制の運用が極端に司法消極主義的であるとの評価がなされ、

<sup>16</sup> この点に関連し、司法制度改革審議会意見書（2001 年 6 月 12 日）に次の指摘がある。「違憲立法審査制度については、この制度が必ずしも十分に機能しないところがあったとすれば、種々の背景事情が考えられるが、違憲立法審査権行使の終審裁判所である最高裁判所が極めて多くの上告事件を抱え、例えばアメリカ連邦最高裁判所と違って、憲法問題に取り組む態勢をとりにくいという事情を指摘しえよう。上告事件数をどの程度絞り込めるか、大法廷と小法廷の関係を見直し、大法廷が主導権をとって憲法問題等重大事件に専念できる態勢がとれないか、等々が検討に値しよう。」



違憲審査制をいかにして活性化させるかが議論されているが、最高裁判所の改革として次のような点が考えられるとされている<sup>17</sup>。

(1) 裁判官の人選と人数

ア 15人構成の是非

最高裁判所の裁判官が15人であることが、憲法裁判にとって適切かどうかという問題がある。憲法裁判においては、憲法上の価値の実現に向けて、微妙で、価値対立を生む争点についての論議をする場合があり、15人という人数は、それを行うには多すぎて適切ではない、という指摘がある。

イ 15人の構成の仕方

15人の最高裁判所裁判官が従来から、裁判官、弁護士、学識経験者の3母体から選任され、ほぼ、5:5:5の比率が維持されていることについて、改革の必要があるかという問題がある。これについては、学識経験者の中には検察官出身、行政機関出身、学者などが含まれ、他の二つの母体とは異なる様相を示していること、また、ときには裁判官出身者の数が5を超えることがあること、さらに、最高裁判所裁判官が、出世コースの最終到達点であるかのような人選がなされ、必ずしも、憲法裁判の担当者であるとの配慮がなされていないことなどの問題点が指摘されている。

ウ 新たな任命機関を設けることの是非

司法の公正と尊厳に対する一般の信頼を得るため、最高裁判所の人事に政治色があまり強くないようにするための公平で非党派的な選考委員会のような制度を設けることについて議論がある<sup>18</sup>。

1947年に最高裁判所が発足したとき、最初の15名の裁判官は、任命諮問委員会(最高裁判所裁判官推薦諮問委員会)が答申した30人の候補者の中から内閣が選んだという実績があるが、その後は行われていない。

また、民主的統制の要請に応える意味も込めて、議会内に裁判官任命の機関を設けること、あるいは、国会の承認を必要条件とすることも考えられる。しかし、これは、憲法が定める内閣の任命権に変更を加えるものであり、憲法改正が必要ではないかとの疑問が生じるとの意見もある。なお、任命機関の設置については、司法制度改革審議会意見書(平成13年6月)でも触れられている(次頁参照)。

<sup>17</sup> 戸松秀典『憲法訴訟』有斐閣、2000年、446頁を参考にした。

<sup>18</sup> 小林直樹『新版憲法講義下』東京大学出版会、1981年、337頁

司法制度改革審議会意見書 - 21 世紀の日本を支える司法制度 - (抜粋)(平成 13 年 6 月 12 日、司法制度改革審議会)

### III 司法制度を支える法曹の在り方

#### 第 5 裁判官制度の改革

##### 5. 最高裁判所裁判官の選任等の在り方について

- ・ 最高裁判所裁判官の地位の重要性に配慮しつつ、その選任過程について透明性・客観性を確保するための適切な措置を検討すべきである。
- ・ 最高裁判所裁判官の国民審査制度について、国民による実質的な判断が可能となるよう審査対象裁判官に係る情報開示の充実に努めるなど、制度の実効化を図るための措置を検討すべきである。

現行制度においては、最高裁判所裁判官の選任に関して、同裁判所長官については内閣の指名に基づき天皇が任命し、同裁判所判事については内閣が任命することとされているが(憲法第 6 条第 2 項及び同第 79 条第 1 項並びに裁判所法第 39 条第 1 項、第 2 項)内閣による指名及び任命に係る過程は必ずしも透明ではなく、同裁判所裁判官の出身分野別の人数比率の固定化などの問題点が指摘されている。こうした現状を見直し、同裁判所裁判官に対する国民の信頼感を高める観点から、その地位の重要性に配慮しつつ、その選任過程について透明性・客観性を確保するための適切な措置を検討すべきである(昭和 22 年当時、裁判所法の規定に基づき設けられていた裁判官任命諮問委員会の制度も参考となる。)

また、最高裁判所裁判官の国民審査制度については、その形骸化が指摘されている。こうした現状を見直し、最高裁判所裁判官に対する国民の信頼感を高める観点から、最高裁判所裁判官の国民審査制度について、国民による実質的な判断が可能となるよう審査対象裁判官に係る情報開示の充実に努めるなど、制度の実効化を図るための措置を検討すべきである。

## (2) 機構・制度改革

### ア 事件負担の解消策

裁判官にかかる事件負担を軽減して、重大事件に審理のエネルギーを投入できるようにすることは、憲法裁判を発展させるための重要課題であるとされる。これに向けての改革は、最高裁判所が発足して間もない頃から唱えられていた。

具体的には、上告制度を検討する、最高裁判所の審判範囲を狭める、裁判官の員数を減らす、一般法令違反を扱う別の上告裁判機関を設ける等の提言がなされていた。そのような状況の中で 1957 年には、機構改革案(「裁判所法等の一部を改正する法律案」28頁参照)が国会に上程されたが、衆議院の解散により廃案となった。

その後、最高裁判所において未済事件の堆積状態がやや解消したこともあり、機構改革案が国会でとりあげられないままとなっているとの指摘がなされてい

る。

#### イ 司法制度改革

最高裁判所の機構改革論が沈静化した後、重大な事件に十分審理がつくされるような裁判、訴訟制度を整えること（上告制度の見直し等）に関心が向けられるようになったとされる。

この課題に対応した法制度改革の一つが平成8年に成立し、10年から施行された民事訴訟法の上告制限である（これについては、19頁の衆議院憲法調査会における最高裁判所事務総局の指摘を参照）。

その他、司法試験制度改革も行われており、法曹人口の増加により、紛争の司法的解決過程の活性化が期待されているとの指摘がなされている。

### 3 憲法裁判所、「最高裁判所憲法部」、「特別高裁」の構想

現行制度の下での憲法裁判が抱える課題の解決のため、憲法裁判所を導入する案や、最高裁判所に憲法問題だけを専門に判断する「憲法部」を設置する案、最高裁判所の上告審としての負担の軽減を図ること等を目的として「特別高裁」を導入する案などが唱えられている。

#### (1) 憲法裁判所構想

##### ア 経緯

わが国の最高裁判所による違憲判決が極めて少ないことから、司法消極主義という評価が一般的であり、批判の多いところであったとされる。

そうした中で、伊藤正己元最高裁判所裁判官が、退官後、『裁判官と学者の間』<sup>19</sup>において、司法消極主義の現実を憂い、処方せんとして、大陸型の憲法裁判所の導入を提言したのを始めとして、憲法裁判所の導入に積極的な立場からの提言がなされている。

こうした憲法裁判所導入積極論に対しては、ドイツ型の憲法裁判所を日本の司法制度に接続して果たしてうまくいくのかという慎重論や、日本では裁判所の活動が積極化しても人権擁護に寄与することはあまり期待されず、逆に積極的な合憲判断を通じて体制維持的な機能を果たすことになるだろうと警戒する見解もある<sup>20</sup>。

<sup>19</sup> 伊藤正己『裁判官と学者の間』有斐閣、1993年

<sup>20</sup> 永田秀樹「ヨーロッパの憲法裁判所と日本の憲法裁判所構想」法律時報70巻1号、1998年、36頁

## イ 憲法裁判所構想

憲法裁判所の導入に積極的な立場は、現状を司法消極主義として認識し、その司法消極主義の背後にある諸要因を指摘する。そして、現行制度の下においては、最高裁判所、下級審とも司法消極主義から脱却できるとは期待できず、違憲審査活性化の可能性は低いとする一方、憲法裁判所型違憲審査制に高い評価を与える<sup>21</sup>。<sup>22</sup>

一口に憲法裁判所と言っても、その形態は以下の提案に見られるようにさまざまである<sup>23</sup>。

また、憲法裁判所の導入が現行法の枠内に留まるのか、枠外であるとして憲法改正を要するのかなどにより、諸説分かれる。

### (大陸型) 憲法裁判所の導入

… 抽象的規範統制、具体的規範統制、憲法訴願（憲法異議）。大幅な憲法改正が必要となる。（ドイツについて以下の を参照）

#### 具体的規範統制手続の導入

… のうち、具体的規範統制手続のみを採用。憲法改正が必要か否かについては、検討を要する。

#### 最高裁判所内に憲法事件を専門に扱う部門（憲法部）を設置

… 憲法事件を扱う憲法裁判所の設置が必要との認識の下、憲法改正の非現実性にかんがみ、改正を要せず実現する方途を探ったもの。

#### 上告制限

… 現行制度の運用の改善により、最高裁判所を実質的に憲法裁判所に近い形に衣替えを図るもの。最高裁判所への事件の係属件数を削減させ、違憲審査権の行使の活性化を図るもの。

抽象的規範統制：連邦憲法裁判所は、具体的事件を前提とせずに、連邦政府、州政府、連邦議会議員の 1/3 以上の提訴によって、法律等の合憲性、州法の連邦法適合性を審査する。

具体的規範統制：連邦憲法裁判所以外の裁判所は、具体的事件の審理の際に、問題となっている連邦法、州法が基本法に反していると考えられる場合、あるいは、州法が連邦法に違反していると考えられる場合は、手続を中止して、連邦憲法裁判所の裁判を求めなければならない。

憲法訴願：基本権を侵害された個人は、連邦憲法裁判所に憲法訴願の申立てをして救済を求めることができる。

<sup>21</sup> 中谷実「最近の憲法裁判所導入論議について」南山法学 25 巻 3 号、2001 年、49 頁

<sup>22</sup> 違憲審査制のあり方については、1990 年代以降の憲法改正論議のなかでも憲法裁判所創設による抽象的違憲審査制の採用が提案されているが、憲法改正論と法制度改革論議、さらに現行憲法の解釈論とを充分区別して論じられなければならない、との指摘がある（辻村みよ子『憲法』日本評論社、2001 年、504 頁）

<sup>23</sup> 中谷前掲論文 50 頁

### ウ 憲法裁判所の導入と有権解釈権の在り方

具体的事件を前提とせず抽象的に法律の合憲性の審査をすることができる抽象的規範統制が導入された場合、法律や行政処分が違憲審査の対象となるのは具体的な事件の解決に必要な範囲であったのが、そうした事件がなくとも、裁判所の違憲審査の対象になることとなる。その結果、裁判所による合憲性の統制が強まることとなると考えられ、有権解釈権の在り方について影響が及ぶこととなる。

### エ 憲法裁判所に関する学説<sup>24</sup>

現行憲法上、最高裁判所にドイツ連邦憲法裁判所が有しているような抽象的違憲審査の権限（抽象的規範統制）が与えられているか否かについては、次の諸説がある。A説が通説であるとされる。

#### A説（付随的違憲審査制説）

最高裁判所に与えられた権限は、具体的な争訟を前提としてその解決に必要な限りでのみ違憲審査権を行う権限にとどまるとし、抽象的に法令等の合憲性を行う**憲法裁判所的権限は与えられていない**と解する。

#### B説（独立審査説）

最高裁判所に付随的違憲審査権のほかに、**法令等の合憲性を抽象的・一般的に審査・決定する憲法裁判所的権限が与えられている**と解する。

B1説：この権限行使を求めるには、法定の手続が必要であり、それがなければ出訴できないとする。

B2説：法定の手続がなくとも、直接に最高裁判所に対してこの権限の行使を求めることができるとする。

#### C説（法律事項説）

憲法 81 条は、最高裁判所に憲法裁判所的性格を積極的に与えていると解することはできないが、禁ずる趣旨にも解されないから、法律や裁判所規則でその**権限や手続を定めれば、最高裁判所に憲法裁判所の機能を果たさせることができる**と解する。

既に見たとおり、付随的違憲審査制説が通説であり（10頁参照）、判例もその立場に立つが、今日の学説でも、B説を支持する立場もあり、また、司法裁判所としての本質に反しない限度で法律により憲法裁判的権限を付与できるとするC説を支持する立場もある。

<sup>24</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法（第3版）』（野中執筆部分）有斐閣、2001年、256頁

オ 憲法裁判所導入積極論（メリット）と消極論（デメリット）

憲法裁判所制度導入積極論と消極論として、次のような主張がなされている。

なお、導入に当たっては、裁判官任免のシステムや裁判官の構成（任命権者、職業裁判官以外の裁判官の採用、裁判官の国民審査制等）をどのようにするのかなど、考慮すべき要素は少なくないと考えられる。

憲法裁判所導入積極論と消極論

積極論（メリット）	消極論（デメリット）
導入は世界の趨勢であり、思い切った制度改革により、基本的な権利及び自由の保障の程度を高め、民主主義を強化するなどの効果が期待できる。	制度の背景にある法文化等を軽視した安易な制度の移入に過ぎない。 体制維持機能が強化されれば、民主主義の後退ともなりかねない。
憲法判断権限の集中により、明確かつ迅速な判断が可能となる。	迅速な合憲判断により議論が封じられ、裁判所の体制維持機能が強化されるおそれがある。 事実認定を基にしない観念的な憲法判断に終始することになる。 人権感覚に優れた下級裁判所の判断が活かされる機会がなくなる。
憲法解釈の統一を可能とし、憲法解釈をめぐる政争などを早急に制止できる。	国会で争われた政争が裁判所に持ち込まれる（「裁判の政治化」）。
国会万能でなくなり、政府や国会が憲法裁判所の判決を尊重せざるを得なくなり、多数党の行き過ぎを抑制できる。	他の国家機関に著しく優越する機関を設けることになり、三権分立を侵す。 「政治の裁判化」が懸念される。 （立法過程で憲法論、法律論が幅を利かせ、政治家が裁判所に従順になることにより、議会制民主主義が弱体化する）
憲法判断が主文でなされ、判決が一般的効力を持つことにより、法的安定性や予見可能性に資する。	現行制度の下でも、裁判所の違憲審査権を尊重し、国会での法律の改廃措置や行政による執行の差し控えが、当然に予想されている。

(2) 「憲法部」構想

ア 憲法裁判所構想と「憲法部」構想

憲法裁判所の導入について、積極論、消極論とその論拠は、いずれも完全に否定することができないとし、また、憲法裁判の長期化がさまざまな弊害を生んでいるとしても、憲法の理念に反するような迅速な憲法判断も違憲審査制度に対する国民の信頼を崩しかねないとする立場から、最高裁判所に「憲法部」を設けて、そこで憲法判断を専門的に行わせることを唱える論者がいる。

この論者によれば、憲法裁判所的制度を検討するにしても、次のことが要請されるとし、その上で、第一に検討されるべきは、法律による制度改正であり、

その一つとして、「憲法部」構想があげられている<sup>25</sup>。

憲法裁判所的制度を検討する際に要請される事柄

- ・「安易な制度論」になることがないように、まず、憲法裁判所ありきではなく、現状を改善するためにはどのような制度等が有効かを検討する。
- ・迅速な憲法判断を可能にしながら、迅速な合憲判決による憲法論議の封じ込めを防ぐ。
- ・裁判の長期化に伴う弊害を除去する。
- ・下級裁判所の裁判官の憲法感覚・人権感覚を十分に生かす。
- ・職業裁判官と憲法裁判官(憲法的観点から判断を行う裁判官)双方のよい面を生かす。
- ・司法の政治化の危険に対処する。
- ・憲法裁判所の根本的疑念に答える。

#### イ 憲法部構想

「最高裁判所憲法部」構想とは、次のとおりである。

##### 「最高裁判所憲法部」構想

裁判所法を改正して、上告裁判所としての最高裁判所(仮称「最高裁判所上告部」)とは別個のものとして、9名の憲法裁判官によって構成される憲法裁判を専門に扱う最高裁判所(仮称「最高裁判所憲法部」)を設置する。

9名の憲法裁判官は、裁判官任命諮問委員会の諮問に基づき内閣が任命する。

「最高裁判所憲法部」は、具体的規範統制手続(24頁参照)を管轄する。一般の裁判所(最高裁判所上告部を含む)が具体的な事件に適用する法律を違憲であると判断した場合、手続を中止し、その理由を詳細に付した決定を「最高裁判所憲法部」に移送する。「最高裁判所憲法部」は、当該違憲であるとされる法律が具体的な事件の裁判にとって重要な意味を持つか否かを審査した上で、当該法律の憲法適合性の審査を行う。

#### ウ 具体的規範統制手続の憲法上の位置付け

「憲法部」構想における具体的規範統制手続の採用は、現行憲法上認められないとする批判に対しては、次のような反論がなされている。

<sup>25</sup> 衆議院憲法調査会での畑尻剛参考人の資料(平成13年11月29日)を参考にした。

- ・日本国憲法は、抽象的違憲審査制を認めていない。  
この主張は、憲法裁判所一般に対する批判としては妥当であるかもしれないが、具体的規範統制手続には妥当しない。なぜなら、この手続は、一般の裁判所による具体的な訴訟のための法適用の前提としての合憲性判断と、「憲法部」による当該適用法令の合憲性判断の複合的な手続であり、つまり、この手続にあっては、一般の裁判による付随審査が、手続の必須の条件になっているからである。
- ・81条は、最高裁判所を憲法判断に関する「終審」裁判所と規定しており、憲法判断を行う前審的あるいは下級審的裁判所の存在が想定されている。これは憲法裁判所的在り方と必ずしも整合しない。  
具体的規範統制手続にあっては、一般の裁判所の移送決定に、「終審」に対する「前審」性を読み込むことは十分可能である。
- ・具体的規範統制手続に関する憲法上の規定がない。  
具体的規範統制手続の導入程度であれば、必ずしも憲法の明文上の根拠は必要としない。

(3) 「裁判所法等の一部を改正する法律案」(昭和32年)と「特別高裁」構想  
ア 「裁判所法等の一部を改正する法律案」(昭和32年)

訴訟の遅延が重大な問題となった時期(1950年代)、最高裁判所の機構改革が試みられ、1957年(昭和32年)3月、第26回国会に「裁判所法等の一部を改正する法律案」(閣法89号)(以下「57年法案」という。)が提出された。

57年法案は、裁判所法及び刑事訴訟法の各一部改正を内容とするものであり、その骨子は、上告事件等の審理の円滑化をはかるため、憲法違反、判例変更等の重要な事件について審判する最高裁判所の裁判官を減員するとともに、別に最高裁判所に最高裁判所小法廷を置き、刑事訴訟についての上告理由の範囲を拡張して、個々の事件における当事者の救済を全うしようとするものである。同法案のポイントは次のとおりである。

**[57年法案のポイント]**

最高裁判所は、最高裁判所長官及び最高裁判所判事8人で構成し、全員の合議体(大法廷)で審理及び裁判をする。

最高裁小法廷は、最高裁判所に置き、最高裁小法廷首席判事6人及び最高裁小法廷判事24人で構成する。小法廷は、憲法問題について判断をする場合及び従来判例を変更する場合等においては判断できない。

小法廷の裁判に関しては、その裁判に憲法の解釈に誤り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に限り、大法廷に異議の申立てをすることができる。



## イ 「特別高裁」構想

最高裁判所の機構改革に関し、憲法裁判所の導入については、抽象的違憲審査制を有する憲法裁判所があるドイツにおいて法案をめぐって連邦議会で敗北した党派が憲法裁判所への提訴を行う等の「政治の裁判化」の例を見ることができ、また、今の三審制に憲法裁判所を組み込むのであれば、一般的な憲法訴訟は現在より長期化することも予想されることなどから、憲法裁判所導入に消極的な立場から、57年法案をベースとして、「特別高裁」を導入する提言がなされている<sup>26</sup>。

この「特別高裁」制度とは、現在の違憲審査制の基本スタイルは維持したままで、最高裁判所の負担を軽減すること等により、その活性化を目指すというものである。

### 「特別高裁」制度の構想

#### 東西二カ所の「特別高裁」

上告審はその大部分を、東西二カ所に置かれた（一裁判所は30名の裁判官で構成される）最高裁判所とは別の裁判所（「特別高裁」）に担わせる。

#### 最高裁判所の役割

最高裁判所は、9名で構成され、全員が一つの合議体を形成し（ワン・ベンチ）次の役割を持つ。

- ・ 違憲審査権を有し、判例変更について判断すること。
- ・ 最高裁判所の判断が示されていない新しい法律問題について判断すること。
- ・ 「国と地方自治体の間の係争」等について判断すること。

最高裁判所は、上告審としての機能も一部持ち、通常の司法裁判所の系列ともつながることとなる。

#### 「特別高裁」の役割（憲法問題の最高裁への移送）

「特別高裁」は、法律などの憲法適合性についての判断が従来の最高裁判例から明らかでない場合、及び憲法の解釈適用についての従来の最高裁判例に問題があると考えられる場合には、最高裁判所に事件を移送する。

「特別高裁」の裁判に対しては、法律などの憲法適合性の判断が問題となっている限りで最高裁判所への上訴が認められるが、これは81条の趣旨から必要なものである。

見かけ上は、地裁 高裁 「特別高裁」 最高裁となり、憲法問題については四審制となるが、「特別高裁」は、もっぱら憲法問題

<sup>26</sup> 笹田栄司「違憲審査活性化は最高裁改革で」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』（日本経済新聞社、2000年）所収

のスクリーニングの役割を担うことから、全体として裁判に必要な時間は三審制と大差ないこととなる。

新しい法律問題及び判例変更についての条件

新しい法律問題及び判例変更については、「特別高裁」からの事件の移送のみとし、訴訟当事者からの上訴は受け付けないこととする（権利上訴は、「特別高裁」まで）。

「特別高裁」が二カ所に置かれるとすれば、両裁判所の法律問題についての見解の齟齬が予想され、最高裁判所で最終的な決着を付けることが必要になる。

ウ 「特別高裁」導入の効果等

この「特別高裁」制度の導入は、裁判所法の一部改正によって可能であるとされる。

また、導入より、違憲審査制が活性化しない原因がある程度取り除かれるのではないかとされる。すなわち、ワン・ベンチによる最高裁判所の活性化、キャリア出身裁判官の比率を低めた裁判官構成、「憲法の裁判所」とであるという裁判官の意識の高まりが期待されるとするのである。

## 各国における憲法裁判所の構成及び権限

	裁判官					任命機関		権限	
	人数	任期	定年	再任の可否	裁判官の資格	兼職できない職務	裁判官		長官
イタリア	15名	9年	なし	不可	司法および行政上級裁判所の司法官、法学教授、または20年の職歴を有する弁護士であること	国会議員、州議会議員、弁護士、他のすべての公的または私的職務	大統領(5名)、議会(5名)、司法および行政最高裁判機関(5名)	裁判所自身 任期3年(裁判官としての任期内)	<ul style="list-style-type: none"> <li>・法律、法律の効力を有する法規、州法の違憲性の審査</li> <li>・機関争訟</li> <li>・大統領の弾劾</li> <li>・国民投票の許可に関する審査</li> </ul>
オーストリア	14名(6名の予備裁判官)	なし	70歳		<ul style="list-style-type: none"> <li>・法学を修了し、法学の修了が要件とされる職務に10年以上就いていたこと</li> <li>・連邦政府が提案する8名については、加えて、裁判官、行政官、または大学法学教授であること</li> </ul>	大臣、国会議員、州議会議員、市町村議会議員、政党職員	連邦政府(8名)・国民議会(3名)・連邦参議院(3名)の提案に基づいて大統領が任命する	連邦政府の提案に基づいて大統領が任命する	<ul style="list-style-type: none"> <li>・法律の違憲性の審査</li> <li>・命令の違法性の審査</li> <li>・条約の違法性の審査</li> <li>・連邦、州等に対する財産法上の請求で通常の訴訟手続きまたは行政官庁の処分によっても解決されないものに関する裁判</li> <li>・法律の再公布における授權範囲の踰越の審査</li> <li>・機関争訟</li> <li>・選挙に関する上訴裁判</li> <li>・国民投票等に関する裁判</li> <li>・大統領等に対する弾劾</li> <li>・行政裁判</li> <li>・国際法違反に関する裁判</li> </ul>
韓国	9名	6年	65歳(長官は70歳)	可	<ul style="list-style-type: none"> <li>・裁判官、検察官、あるいは弁護士である者</li> <li>・弁護士資格を有し政府または公定機関で法律問題に従事した者</li> <li>・弁護士資格を有し大学の助教授以上の地位にあった者</li> <li>いずれも15年以上の経験のある40歳以上の者</li> </ul>	商業活動を営むこと 国会及び地方議会の議員 国会、政府及び裁判所の職員 企業、団体等の顧問、役員及び職員 政党への加入は認められない	大統領が任命する ただし指名権者は大統領(3名)、国会(3名)、最高裁判所長官(3名)	国会の同意で大統領が任命する	<ul style="list-style-type: none"> <li>・通常裁判所からの移送に基づく法律の違憲審判</li> <li>・高級公務員(大統領、首相、大臣、裁判官、行政委員会の長など)の弾劾審判</li> <li>・民主的基本秩序に反する政党の解散に関する審判</li> <li>・機関争訟</li> <li>・公権力による国民の憲法上の基本権侵害に対する憲法訴願の審判</li> </ul>
スペイン	12名	9年	なし	不可	法律家であること(司法官、大学教授、公務員または弁護士)かつ最低15年の経験	すべての代議的職務、政党もしくは労働組合の指導的職務またはすべての職務、裁判官または検察官の職務、その他すべての専門的もしくは商業的職務	下院(4名)・上院(4名)・内閣(2名)・司法総評議会(2名)の提案に基づき国王が任命する	裁判所自身の推薦に基づき国王が任命する。任期3年	<ul style="list-style-type: none"> <li>・国の法律及び法律の地位を有する規範に対する違憲性の審査</li> <li>・権利及び自由の侵害に対するアンパーロ訴訟(憲法訴願)</li> <li>・国と自治州の間、または自治州相互間の権限をめぐる争議</li> </ul>

	裁判官					任命機関		権限	
	人数	任期	定年	再任の可否	裁判官の資格	兼職できない職務	裁判官		長官
タイ	15名	9年	70歳	不可	<ul style="list-style-type: none"> <li>最高裁判所判事、最高行政裁判所判事</li> <li>法学または政治学の専門家については、国籍保有者、45歳以上で、大臣、選挙管理委員、国会オンプズマン、国家人権委員、汚職防止委員、会計検査委員、副検事長、または大学教授等の職にあった者</li> <li>選挙権・被選挙権欠格者、過去3年間に政党員であった者は除かれる</li> </ul>	下院議員、上院議員、政治職公務員、地方議会議員、地方行政官、政党员（過去3年間）、選挙管理委員、国会オンプズマン、国家人権委員、行政裁判所判事、汚職防止委員、会計検査委員、常勤または定給の公務員、会社等の役員・被雇用者等	上院の助言に基づき国王が任命する 最高裁判所の判事から5名、最高行政裁判所の判事から2名、法学専門家5名、政治学専門家3名	互選	<ul style="list-style-type: none"> <li>議会が承認し国王が署名する前の法案につき、議会または首相の請求に基づき行う当該法案の違憲性審査</li> <li>通常裁判所からの移送に基づく法律の違憲性に関する判断</li> <li>憲法上の機関の職務権限につき、当該機関または国会議長の申立てによる審査</li> </ul>
チェコ	15名	10年	なし	可	上院議員の被選挙権を有し（すなわち、40歳以上）、高等法学教育を受け、最低10年間の法律家としての経験を有し、品行方正であること	財産管理、学術教育文学芸術活動を除くすべての報酬を受ける職務 政党または政治団体の構成員	上院の同意のもとに大統領が任命する	大統領が任命する。 （上院の同意は不必要）	<ul style="list-style-type: none"> <li>法律の違憲性の審査</li> <li>命令等の違憲性、違法性の審査</li> <li>地方自治体による国の違法な干渉に対する憲法異議の審査</li> <li>公的機関による憲法上の権利の侵害に対する憲法異議の審査</li> <li>上下両院の選挙に関する裁判</li> <li>議員の資格争訟</li> <li>大統領の弾劾、職務遂行不能の審査</li> <li>国際裁判所の決定の執行に不可欠な措置の決定</li> <li>政党の活動の違憲性、違法性の審査</li> <li>機関争訟</li> </ul>
ドイツ	16名	12年	68歳	不可	裁判官に就く資格を有する40歳以上の者、うち6名については連邦最上級裁判所で3年以上裁判官であった者	大臣、連邦ないしラント議員、他のすべての公的私的職務	連邦議会(8名)、連邦参議院(8名)が選出し、大統領が任命する	連邦議会と連邦参議院が交互に任命する	<ul style="list-style-type: none"> <li>公権力による基本権等の侵害に関する憲法訴願に対する決定</li> <li>市町村の自治権が法律により侵害されたとする憲法訴願に対する決定</li> <li>連邦法、州法の違憲性および国際法の適用に対する違憲性の審査</li> <li>機関争訟</li> <li>反民主主義的または連邦の存立に反するような政党の禁止</li> <li>基本権の濫用者に対する基本権喪失の決定</li> <li>連邦議会の選挙の効力に関する異議に対する審査</li> <li>大統領の訴追に対する裁判</li> <li>裁判官の訴追に対する裁判</li> </ul>
ハンガリー	11名	9年	70歳	1度だけ再任可	45歳以上で、犯罪歴がなく、大学教授、法学・政治学博士、20年の法律実務経験者で、かつ、過去4年間、政府構成員、政党员、指導的地位にある公務員でなかった者	議員、地方議会執行部の構成員、公務員、利益代表団体の指導者、政党员、研究活動・教授活動・文学・芸術活動を除く報酬のある職業	国会の3分の2の多数により選任する	憲法裁判所裁判官の秘密投票による互選 任期3年	<ul style="list-style-type: none"> <li>採択後の未公布の法律、議院規則及び条約の違憲性の審査</li> <li>公布後の法令の違憲性の審査</li> <li>法令の条約違反の審査</li> <li>憲法上の権利の侵害に対する国民の憲法異議の審査</li> <li>立法不作為の憲法違反の審査</li> <li>機関争訟</li> <li>憲法規定の解釈</li> </ul>

	裁判官					任命機関		権限	
	人数	任期	定年	再任の可否	裁判官の資格	兼職できない職務	裁判官		長官
フランス	9名	9年	なし	不可	なし	大臣、国会議員、経済社会評議会構成員、すべての公職	大統領(3名)、国民議会議長(3名)、元老院議長(3名)	大統領	<ul style="list-style-type: none"> <li>組織法律及び議院規則に対する違憲性の審査</li> <li>通常法律に対する違憲性の審査</li> <li>大統領選挙の適法性の監視、異議申立の審理、投票結果の公表</li> <li>国民議会議員及び元老院議員選挙の適法性の裁定</li> <li>国民投票の施行の適法性の監視、結果の公表</li> <li>大統領の職務遂行不能の認定</li> <li>大統領の非常事態措置権行使の際の諮問</li> </ul>
ベルギー	12名	なし	70歳		<ul style="list-style-type: none"> <li>破産院の裁判官、国務院の評定官、仲裁院の補助裁判官また法学教授等のいずれかの職を5年以上(40歳以上)</li> <li>国会、共同体または地域議員を5年以上(40歳以上)</li> </ul>	議員、司法官、すべての公的職務ないし地位	上院および下院より交互に提出される定数の2倍からなるリストに基づき国王が任命する。	各言語グループ裁判官が1名ずつ長官を任命する。1年交替でその職務を行う。	<ul style="list-style-type: none"> <li>連邦が制定する法律、共同体・地域が制定する法律の効力を有する法規(デクレ、オールドナンス)の以下に限定した審査</li> <li>(a)連邦、共同体、地域の権限配分に関する憲法規定及び憲法規定に基づき制定された法律の規定との適合性</li> <li>(b)一定の基本権(憲法第10条、11条、24条)との適合性</li> </ul>
ポーランド	15名	9年	なし	不可	最高裁判所または最高行政裁判所裁判官に必要とされる資格(すなわち、10年の法律実務経験および法学の学位を有する者。ただし、法学教授については上記の要件は免除される。)	政党员、労働組合理、裁判所および裁判官の独立の原則と両立できない公的職務	下院が絶対多数により選任する	憲法裁判所裁判官全体会の提案する候補者の中から大統領が任命する。	<ul style="list-style-type: none"> <li>条約及び法律の違憲性の審査</li> <li>法律の条約違反の審査</li> <li>命令の違憲性、条約違反、違法性の審査</li> <li>憲法上の権利の侵害に対する国民の憲法異議の審査</li> <li>機関争訟</li> <li>政党の目的または活動の違憲性の審査</li> </ul>
ポルトガル	13名	9年	なし	不可	<ul style="list-style-type: none"> <li>裁判官(6名以上)</li> <li>法律家</li> </ul>	すべての公的私的職務(教育・法学研究職を除く)、政党の指導者	議会(10名)、憲法裁判所(3名)	裁判所自身	<ul style="list-style-type: none"> <li>組織法律に対する違憲性の審査</li> <li>通常法律に対する違憲性の審査</li> <li>立法不作為についての違憲性の審査</li> <li>自治州議会の定める自治州法の違憲性の審査</li> <li>自治州の憲法上の権利の侵害の審査</li> <li>自治州の法規範の違法性の審査</li> <li>行政裁判</li> <li>条約及び国際協定に対する違憲性の審査</li> <li>選挙訴訟の控訴審</li> <li>政党の違憲性と違法性の審査</li> <li>大統領の職務の終了の認定</li> <li>国民投票の違憲性と違法性の審査</li> </ul>

	裁判官					任命機関		権限	
	人数	任期	定年	再任の可否	裁判官の資格	兼職できない職務	裁判官		長官
ルーマニア	9名	9年	なし	不可	法学高等教育を受け、高い職業的能力を有し、18年以上の法律家または法学教育の活動経験があり、かつルーマニア国籍のみを有しルーマニアに在住する者	法学高等教育を除く公的私的職務 政党への加入は禁止	代議院(3名)、元老院(3名)、大統領(3名)が各々任命する	憲法裁判所裁判官の秘密投票による互選 任期3年	<ul style="list-style-type: none"> <li>公布前の法律の違憲性審査</li> <li>憲法改正発議に対する違憲性審査</li> <li>各院の議院規則の違憲性審査</li> <li>法律・命令の違憲性に関する司法裁判所への申立てに対する審査</li> <li>大統領選挙の実施過程の監視及び選挙結果の確認</li> <li>大統領の職務代行を要する根拠となる状況の確認並びにこれに関する議会及び政府への報告</li> <li>大統領の職務停止に関する勧告</li> <li>国民投票の実施過程の監視及び投票結果の確認</li> <li>市民の立法発議権の実現過程の監視</li> <li>政党の違憲性の申立てに対する決定</li> </ul>
ロシア	19名	12年	70歳	不可	申し分のない評判を有する市民であって、法学高等教育を受け、15年以上の法律専門職経験を有し、法学の分野で高い資質を示す40歳以上の者	上下両院議員その他代議制機関の議員並びに高等研究教育及び個人的創造活動を除く全ての公的私的職業活動	連邦大統領の提案に基づき上院の絶対多数で任命する	憲法裁判所裁判官の秘密投票による互選 任期3年 再任可	<ul style="list-style-type: none"> <li>連邦法、大統領令等、及び未発効の国際条約と連邦憲法との適合性</li> <li>構成主体の憲法、法令、条約、構成主体と連邦の間の条約と連邦憲法との適合性</li> <li>機関争訟</li> <li>市民の権利侵害の訴願及び裁判所の照会に基づく、法律の違憲性審査</li> <li>大統領、上院、下院、連邦政府、構成主体の立法機関の照会に基づく連邦憲法の解釈</li> <li>大統領弾劾が定められた手続を遵守したものであることについて、上院の照会に基づく審査</li> </ul>

### 第3 内閣法制局の所掌事務等

以下では、平成13年6月6日の参議院憲法調査会における阪田内閣法制局第1部長の説明等によりつつ、内閣法制局の所掌事務等について説明する。

#### 1 内閣法制局の設置（内閣法制局設置法1条）

内閣法制局は内閣に置くと規定されている。

「内閣法制局の位置付け」

まず、組織の特徴といたしましては、内閣法制局は内閣に置くというふう  
に規定をされております。これは内閣に直属をするという意味でありまして、  
内閣官房と並びまして大変に数少ない直接内閣を補佐する行政組織の一つと  
いう位置づけになっております。

（平成13年6月6日 参・憲法調査会 阪田内閣法制局第1部長）

#### 2 内閣法制局の所掌事務等

##### (1) 内閣法制局の所掌事務（内閣法制局設置法3条）

内閣法制局は、次に掲げる事務をつかさどることとされているが、特に重  
要なのは と の事務であると説明されている。

閣議に附される法律案、政令案及び条約案を審査し、これに意見を附  
し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること（審査事務）。

法律案及び政令案を立案し、内閣に上申すること。

法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述  
べること（意見事務）。

内外及び国際法制並びにその運用に関する調査研究を行うこと。

その他法制一般に関すること。

「内閣法制局の仕事」

内閣法制局の仕事ではありますが、...特に重要なのは と の事務でありま  
す。

は、...私どもは審査事務というふうには称しておりますけれども、原則と  
して、各省庁が原案をつくり政府提出の法律案あるいは政令案、それか  
ら外務省で持ってまいります条約案、これを審査して国会に提出する、ある

いは政令の場合でありますと閣議にかけて公布をするということをやっておる仕事であります。

それから、でありますけれども、...これは意見事務というふうに呼んでおりますが、端的に申しますと内閣のリーガルアドバイザーというようなことでありましょうか。各省庁それから内閣及び内閣総理大臣から法律問題についてお問い合わせがあったとき相談に応じるというような仕事の内容であります。

(平成13年6月6日 参・憲法調査会 阪田内閣法制局第1部長)

## (2) 内閣としての憲法解釈が必要となる場合

内閣としての憲法解釈は、法案審査の際に法令の内容の憲法適合性を審査する場合のほか、行政執行の憲法適合性を確保する上で必要となる場合があるとの説明がなされている。

### 審査事務

...法令相互間の整合を図る、そして法体系全体を秩序正しくあらしめるということが法案審査の大きな一つの眼目でありますけれども、そうした観点から最も重要なことは、その法令の内容が憲法に適合しているかどうかということを検証することです。

### 行政執行に際して必要となる憲法解釈

...内閣としての憲法解釈は、こういう法案等の審査に際して必要であるというだけではなくて、行政執行そのものの憲法適合性を確保する上でも必要となる場合が多々あります。...

...憲法の各規定というのは、法律案の企画立案を初めとしまして各省庁が所掌する事務に非常に幅広く関係はしてまいります。その際に、各省庁がそれぞれ自分のところに関係するときに関係する部分について適当に憲法の規定を解釈して運用していいということには決してならないわけで、そうなりますと、内閣の行政が大変区々まちまちということになりますものですから、内閣として統一した憲法の理解のもとに行政を一貫して進めなければならぬという要請が生じてまいります。

内閣法制局が憲法解釈について内閣その他に意見を述べ、また国会において内閣の憲法解釈について求めに応じて御説明申し上げているというのは、このように内閣としての憲法解釈の統一を図り、行政府が憲法の尊重擁護義務というのを間違いなく果たしていくことができるようにという観点からのものであるということをお聞きいただきたいと思っております。

(平成13年6月6日 参・憲法調査会 阪田内閣法制局第1部長)



さらに、憲法解釈に係る内閣法制局の立場については、大森元内閣法制局長官の答弁がある。

#### 憲法解釈に係る内閣法制局の立場

内閣法制局が開陳する憲法解釈、これは、私どもの所掌事務のうちの、法律問題について内閣あるいは内閣総理大臣または各省大臣に対して意見を述べること、この一環として述べているわけでございます。

言うまでもなく、憲法解釈、これは、最終的な憲法解釈権と申しますのは、憲法 81 条によりまして最高裁判所に帰属している。そのような意味において私どもは憲法解釈権を有しているというものではないことは、私どもも重々承知しているわけでございます。

他方、政府内部におきましては、この憲法解釈、これはいろいろな立場で法律の運用に当たる者は、その前提として憲法問題が介在している場合には、憲法解釈をする必要があるわけです。

したがって、第一次的には、この法律の運用に当たる各省庁におきましても憲法解釈を行っているわけでございますが、その憲法解釈について、各省においてはいろいろな疑義があるとか、あるいは各省庁間で解釈に差があるという場合には、現行の制度におきましては、法制局に持ち込まれまして、法制局における議論、検討を通じて、少なくとも政府部内においてはその方向で解釈が統一されていくということになっているわけでございます。

(平成 10 年 4 月 22 日 衆・行革特委 大森内閣法制局長官)

### 3 内閣法制局の役割、立場等に関する見解等

#### (1) 内閣法制局の役割、立場

ア 「内閣法制局 実像と虚像 番外編」 内閣法制局長官（当時） 大森政輔（読売新聞、1997 年 10 月 11 日）

「内閣法制局の職責とは何か」という質問に対して

「創造と抑制」だと思う。内閣あるいは政府が展開しようとしている施策遂行のための法的制度を築く。これは非常に価値創造的なんですね。もう一つは、内閣が違憲のそしりを受けないように、チェックする。これが抑制的側面です。事柄によっては法制局の判断が国政に非常に大きな影響を及ぼしかねない。そのような場合、首相、閣僚、各省庁に意見を述べるわけですが、相手に耳障りなことでも遠慮なく申し上げる。それが法制局の役割を誠実に果たすことだと思います。

イ 「内閣法制局のあらし 再建 20 周年に寄せて」 元内閣法制局長官 高辻正巳『時の法令』(大蔵省印刷局、1972 年、34 頁～)

内閣法制局の使命は、内閣が法律的な過誤をおかすことなく、その施策を円満に遂行することができるようにするという、その一点にある。そうである以上、同局の法律上の意見の開陳は、法律的良心により是なりと信ずるところに従ってすべきであって、時の内閣の政策的意図に盲従し、何が政府にとって好都合であるかという利害の見地に立ってその場をしのぐというような無節操な態度ですべきではない。そうであってこそ、内閣法制局に対する内閣の信任の基礎があり、その意見の権威が保たれるというものであろう。

ウ 「内閣法制局 その制度的権力への接近」 西川伸一『政経論叢』(明治大学政治経済研究所、1997 年、185 頁～)

内閣法制局の使命の一つは法治国家を支えるために一貫した法体系を堅持するという使命であり、もう一つは政府の法律顧問として、法律で示された時の政府の政策を全力で擁護するという使命である。後者が前者へと連動するときはよいが、実際には両者は矛盾することの方が多い。言葉を換えれば、法制局は法律の番人と政治の侍女とのいわば二重人格性を兼ね備えている。

## (2) 内閣法制局の憲法解釈の位置付け等

ア 「内閣法制局 実像と虚像 番外編」 内閣法制局長官(当時) 大森政輔(読売新聞、1997 年 10 月 11 日、12 日)

「法律の解释权は、最高裁にあるが、統治行為に関してはあまり判断しないなど、事実上、法制局の事前審査や憲法解釈が最終的な国の判断となっているのではないか」との質問に対して

…内閣の政策遂行、職権行使に当たってはその都度、違憲のそしりを受けないようチェックは必要だ。事前の段階で意見を示すのは、当然ですよ。それに、最高裁による事後の審査にすべて委ねるとするのは、事柄によっては著しい混乱と損害を与える場合がある。事前にできるだけ問題を解消することは絶対必要です。

イ 「内閣法制局のあらし 再建 20 周年に寄せて」 元内閣法制局長官 高辻正巳『時の法令』(大蔵省印刷局、1972 年、42 頁)

「内閣法制局は、内閣の施策の法律的弁護のみをこととし、そのために詭弁を弄して憚らず、これに公正な法律的意見を期待することはできない」

との批判に対して

この種の批判は、内閣の政策に反対する立場の人々からなされるのが例である。その政策に反対するが故に、この政策の実施を別に違法でないとする法律論にまでも反対するということが、多い。法律論はどこまでも法律論であって、一般的に政策の方向を制約することはあっても、具体的に政策を決定づけるものではあり得ない。政策は政策として世の批判にさらされるべきであり、その政策を憎むが故にその実施を違法であるとしないう法律論に反対するというのは、筋が通らない。...

(3) 政策実現の阻害等

ア 「内閣法制局 実像と虚像 番外編」 内閣法制局長官（当時） 大森政輔（読売新聞、1997年10月11日、12日）

「法制局が他省庁の政策展開にまで口を出しすぎるのではないかという指摘がある」との質問に対して

一般的に法制局が政策にまで口を出すのは職責ではないし、すべきことではない。ただ、政策の展開はすべて憲法の範囲内で行わなければならないという制約があるから、憲法ののりを超えているかどうかについて、口を出すのは我々の職責ですから、政策に口を出しすぎるという批判は当たらない。

イ 「内閣法制局のあらし 再建20周年に寄せて」 元内閣法制局長官 高辻正巳『時の法令』（大蔵省印刷局、1972年、41頁）

「行政部内で立案された新政策の実現に対して、その推進を期する一念から、内閣法制局が法律問題にかこつけ、とかくこれを阻害しているかのような受け取り方をする者があり、また、その受け取り方を鵜呑みにして、現実認識に欠ける法制官僚の保守的気質がそうさせるのだ...」との批判に対して

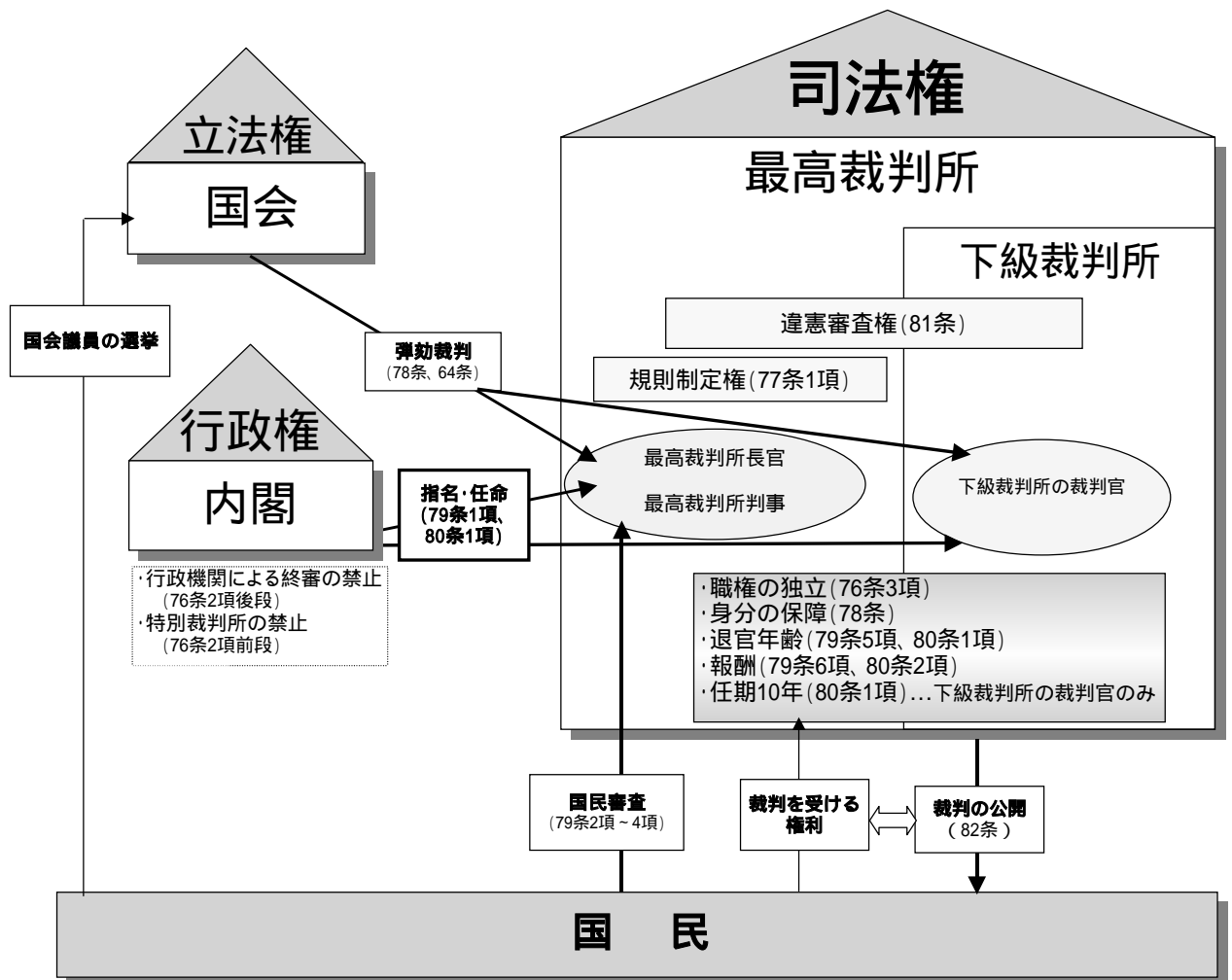
内閣法制局が、法令審査の立場から、原案に対して批判的であることは、もとより当然であるが、内閣の補佐機関である以上、必要な政策の実現に努めこそすれ、別の政策的意図をもってこれをはばむようなことは、むろんあり得ない。...およそ法令の実態に関する事実については、常時、必要な知識の獲得と理解の充実に努めるのが、その職務を遂行する上における最も基本の心構えであって、内閣法制局が現実認識に甘いというような見方は、その辺をしかと見極めることなく下されることがあってはならない。内閣法制局参事官の採用にあたって、現実認識に必要とされる経験や知識を重視するのも、こういう点を配慮すればこそそのことである。...

## **第二部 司法（憲法第6章）に関する論点整理**

## はじめに

憲法第6章「司法」では、司法権の主体たる裁判所の組織・構成や裁判官の任命・身分保障など司法権に関する基本的な組織規定が置かれ、また、司法権及び違憲審査権という裁判所の権限が定められる。さらに裁判の公開や裁判官の国民審査など、国民に対して開かれ、また、国民からの統制を受けるべき裁判所とするための定めが置かれている。

### 「第6章 司法」の構造



## 1. 第76条

### 〔司法権の機関と裁判官の職務上の独立〕

第76条 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。

特別裁判所は、これを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行ふことができない。

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。

### (1) 司法権の概念

#### ア 近代国家における司法権

権力分立制をとる近代国家において、司法は立法・行政と並ぶ国家作用の一つであり、その作用を担う司法権は国家権力の一分枝として、裁判所という独立の国家機関に与えられているのが通常の形態であるとされる（野中俊彦、中村睦男、高橋和之、高見勝利『憲法 [第3版]』有斐閣、2001年、209頁、野中俊彦執筆部分）。

#### イ 司法権の意義と「法律上の争訟」

司法権とは何かについて、憲法の条文自体は明らかにしていないが、「一般に司法とは、具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用である」（清宮四郎『憲法 [新版]』有斐閣、1977年、330頁）とされる。そしてこの場合の「具体的な争訟」の意味については、裁判所法3条の「一切の法律上の争訟」も同じ意味であるとされるが、当事者間の具体的な法律関係ないし権利義務の存否に関する争いであり、かつ、それが法律を適用することにより終局的に解決できるものに限られると解されている（野中俊彦他『憲法 [第3版]』213頁、野中俊彦執筆部分）

判例もまた、「『法律上の争訟』とは法令を適用することによって解決し得べき権利義務に関する当事者間の紛争をいう」と解している<sup>1</sup>。

このような「法律上の争訟」にあらず、裁判所の審査権が及ばないものとして次のような場合または事項がある。

<sup>1</sup> 最判昭和29年2月11日民集8巻2号419頁

**法律上の争訟にあらず、裁判所の審査権が及ばない場合又は事項**  
具体的事件性もないのに、抽象的に法令の解釈または効力について争うこと。  
単なる事実の存否、個人の主観的意見の当否、学問上・技術上の論争など  
純然たる信仰の対象の価値または宗教上の教義に関する判断自体を求める訴え、あるいは単なる宗教上の地位（たとえば、住職たる地位）の確認の訴え。

については、警察予備隊令（昭和 25 年）とそれに基づいて設置された警察予備隊の違憲性を争った事件で、裁判所が訴えを却下した事例（第 1 部 10 頁参照）がある。

もっとも、民衆訴訟と言われる制度（公職選挙法 203 条・204 条の選挙訴訟、地方自治法 242 条の 2 の住民訴訟）のように、具体的事件性を前提とせずに出訴する制度を特に設けている場合がある。

については、判例は、国家試験における合格・不合格の判定は、学問または技術上の知識、能力、意見等の優劣、当否の判断を内容とする行為であるから、試験実施機関の最終判断に委ねられ、裁判の対象にならないとする<sup>2</sup>。

については、**板まんだら事件判決**、**日蓮正宗蓮華寺事件判決**が挙げられる。

**板まんだら事件最高裁判決（最判昭和 56 年 4 月 7 日民集 35 巻 3 号 443 頁）**

「本件訴訟は、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争の形式をとっており、その結果信仰の対象の価値または宗教上の教義に関する判断は請求の当否を決するについての前提問題であるにとどまるものとされてはいるが、本件訴訟の帰すうを左右する必要不可欠のものと認められ、…結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであって、裁判所法 3 条にいう法律上の争訟にあたらぬ。」

**日蓮正宗蓮華寺事件判決（最判平成元年 9 月 8 日民集 43 巻 8 号 889 頁）**

「宗教団体内部においてなされた懲戒処分が請求の当否を決する前提問題となっており、その効力の有無が当事者間の紛争の本質的争点をなすとともに、それが宗教上の教義、信仰の内容に立ち入ることなくしてその効力の有無を判断することができず、しかも、その判断が訴訟の帰趨を左右する必要不可欠のものである場合には、右訴訟は、その実質において法令の適用による終局的解決に適さない」と述べ、上告を棄却した。

<sup>2</sup> 最判昭和 41 年 2 月 8 日民集 20 巻 2 号 196 頁

## ウ 司法権の範囲

明治憲法は、司法権の範囲について、民事事件および刑事事件のみを「司法権」として通常裁判所に属せしめ、行政事件の裁判は、通常裁判所と別系統の行政裁判所の所管とした（大日本帝国憲法 61 条）。これに対して、日本国憲法は、行政事件の裁判も含めてすべての裁判作用を「司法権」とし、これを通常裁判所に属するものとした。

### (2) 司法権の限界

裁判所は、「一切の法律上の争訟を裁判」する（裁判所法 3 条）が、この原則には次のような例外もある。

#### 司法権の限界の例

憲法が特別の理由から明文で認めたもの

議員の資格争訟の裁判（憲法 55 条）、裁判官の弾劾裁判（同 64 条）

国際法によって定められたもの

国際法上の治外法権、条約による裁判権の制限

法律上の係争ではあるが、事柄の性質上、裁判所の審査に適さないと認められるもの

国会ないし各議院の自律権に属する行為、行政機関ないし国会の自由裁量に属する行為、いわゆる統治行為など

これらのうち については、明文の規定が存在しないことが多く、最も問題にされるため、以下において説明する。なお、「統治行為」については、第 1 部 14 頁参照。

## ア 議院の自律権

議院の定足数や議決の有無等の議事手続（56 条ほか）、国会議員の懲罰（58 条 2 項）など憲法上両議院の自律に委ねられていると解される事項については、政治部門の内部的自律の尊重という観点から、裁判所の審査権は及ばないと解されている（宮沢俊義著 芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』日本評論社、1981 年、596 頁）。

この点につき判例は、**警察法改正無効事件判決**において、国会内部での議事手続について、裁判所は審査できないと解している。



### **警察法改正無効事件判決（最大判昭和 37 年 3 月 7 日民集 16 卷 3 号 445 頁）**

昭和 29 年に成立した新警察法は、その審議に当たり、野党議員の強硬な反対のため、議場混乱のまま可決されたものとされたが、その議決が無効ではないかが争われた。最高裁は、警察法が「両院において議決を経たものとされ適法な手続によって公布されている以上、裁判所は両院の自主制を尊重すべく同法制定の議事手続に関する...事実を審理してその有効無効を判断すべきではない」と判示した。

## **イ 行政・立法府の裁量**

### **（ ）行政権の裁量に属する事項**

法治主義の下では、行政権は、法律の定めに従って行使されなければならない。しかしながら、行政の作用中には、法律が詳細・厳密に行政機関を拘束することが困難又は不適當な行為がある。このような行為については、法律の認める裁量権の範囲内で行われている限り、それは当・不当の問題とはなり得ても、裁判所はそれを違法と判断することはできないとされる（行政庁の第一次的判断権の尊重）。このような行為を行政上の裁量行為という。裁判所によって違法とされるのは、その行政処分が法律によって与えられている裁量権の濫用として行われた場合及びその裁量権の範囲を逸脱して行われた場合に限られる。

なお、行政事件訴訟法 30 条は、行政処分の取消しについて「行政庁の裁量処分については、裁量権の範囲をこえ又はその濫用があつた場合に限り、裁判所は、その処分を取り消すことができる」と規定し、取消訴訟についての上記の法理を明らかにしている。また、判例については次の**マクリーン事件判決**を参照のこと。

### **マクリーン事件判決（最大判昭和 53 年 10 月 4 日判時 903 号 3 頁）**

在留期間 1 年として入国したアメリカ人マクリーンが、1 年後に在留期間更新の申請をしたところ、法務大臣が、在留中のベトナム反戦運動などの政治活動を理由に、更新を拒否した事件。最高裁は、「人権の保障は権利の性質上許される限り外国人にも及ぶが、それは外国人の在留制度の枠内で与えられるに過ぎず、在留期間の更新を認めるかどうかの法務大臣の裁量権は広汎であって、在留中の行為について、それが合憲・合法のものであっても、法務大臣は更新拒否のための消極的理由として斟酌することはできる」とし、法務大臣の裁量権の著しい逸脱・濫用は存在しないと判示した。

### ( ) 立法権の裁量に属する事項

立法裁量とは、一般的に言えば、立法に関して憲法上立法府に委ねられた判断の自由を指す。憲法は、立法の時期、内容等に関して必ずしも一義的に立法府を拘束していない場合が多く、そのような場合に、裁判所は立法府の立場をなるべく尊重しなければならない。立法府がその裁量権を著しく逸脱するか、著しく濫用した場合でないと、裁判所の統制は及ばないとされる。

大まかに言って精神的自由が問題となる領域においては、立法裁量は認められないか認められるとしてもその範囲は狭く、経済的自由が問題となる領域においては、立法裁量の範囲は比較的広く認められていると解されている（野中俊彦他『憲法〔第3版〕』216頁、野中俊彦執筆部分）。

#### **小売市場規制事件判決（最大判昭和47年11月22日刑集26巻9号586頁）**

小売商業調整特別措置法3条1項が小売市場の開設を許可する条件として、いわゆる距離制限の規制を課していることの合憲性が争われた事件。

最高裁は、経済活動の規制について積極目的の規制と消極目的の規制とを区別し、積極目的の規制に対しては「明白性の原則」が妥当すると説き、本件の規制の目的が、経済的基盤の弱い小売商を相互間の過当競争による共倒れから保護するという積極目的の規制であると認定して、立法府の広い裁量を認め、規制を合憲とした。

#### **参議院議員定数合憲判決（最大判昭和58年4月27日民集37巻3号345頁）**

昭和52年7月の参議院議員通常選挙について、議員1人当たりの選挙人数の最大格差及びいわゆる逆転現象の合憲性が争われた。

最高裁は、選挙区割、議員定数の配分その他の選挙制度の仕組みの策定や選挙制度の仕組みの変更に当たって予想される実際上の困難や弊害をどのような方法と過程によって解決するかなど問題は、いずれも複雑かつ高度に政策的な考慮と判断を要求するもので、その決定は、選挙制度の内容を決定する責務と権限を有する国会の裁量に委ねられていると判示した。

### ウ プログラム規定

プログラム規定とは、憲法の規定中、国の努力すべき政策・施策の目標を指示しながら、その具体的な内容については立法権・行政権の裁量に委ねるという性質を持つ規定をいう。

このプログラム規定の典型が、朝日訴訟で争われた25条の「国民が健康で文化的な最低限度の生活」を営み得るよう国が努力すべき義務を負うことを定め

た生存権に関する規定であるとされている。この場合、国がなすべき努力の具体的内容は、法律によって定められるものであり、かつ、その法律の制定に当たっては、財政上の考慮等の関係において、立法府の判断に委ねられている部分が少なくない。これは、立法権の裁量に属する事項であるということが出来る。そして、法律の規定がこの立法裁量の範囲内にあると認められる場合、司法は、その法律が違憲とは判断しないとされている。

### **朝日訴訟（最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 巻 5 号 1043 頁）**

朝日茂氏が、生活保護法に基づき厚生大臣の定めた生活扶助基準の最高額月 600 円（昭和 31 年当時）は、憲法 25 条にいう「健康で文化的な最低限度の生活」水準を維持するに足りないとして、訴えを起した事件。

朝日氏は第 1 審で勝訴したが、第 2 審は朝日氏の主張を斥けた。朝日氏は上告後死亡し、相続人が手続を進めた。最高裁は、生活保護受給権は一身専属的権利であるから上告人の死亡と同時に訴訟は終了したと判示の上、念のため、本件生活扶助基準の適否に関し、以下のような意見を付加した。

「憲法 25 条 1 項は、すべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を賦与したのではない。具体的権利は、生活保護法によって、はじめて与えられる。何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定判断は、厚生大臣の合目的な裁量に委されており、その判断は、当不当の問題として政府の政治責任が問われることはあっても、直ちに違法の問題を生ずることはない。」

## **エ 団体の内部事項に関する行為**

自律的法規範をもつ社会ないし団体内部の紛争に関しては、その内部規律の問題にとどまる限りその自治的措置に任せ、それについては司法審査が及ばないという考え方があり、「部分社会の法理」と一般に呼ばれている。

公的な団体内部の紛争としては、地方議会における懲罰や国立大学における単位認定をめぐる紛争が、私的な団体内部の紛争としては、宗教団体・労働組合・弁護士会・政党などの内部規律をめぐる紛争がある。

一般に「部分社会」の自律的決定について、司法権がそれを尊重するのが適切な場合があることは認められるところであるが、この法理にいう「部分社会」には様々な異質な団体が一括して含まれていること、その内部問題に司法審査が及ばないとする理由が不明確なこと等から、その有効性に疑問も呈されるとされる（野中俊彦他『憲法 [第 3 版]』218 頁、野中俊彦執筆部分）

地方議会、国立大学、政党についての判例は以下のとおりである。なお、宗教団体については、前掲**板まんだら事件**（75頁）を参照のこと。

**地方議会議員懲罰事件判決（最大判昭和35年10月19日民集14巻12号2633頁）**

地方議会議員に対する3日間の出席停止の懲罰議決の効力が争われた事件で最高裁は、「自律的な法規範をもつ社会ないし団体に在っては、当該規範の実現を内部規律の問題として自治的措置に任せ、必ずしも、裁判にまつを適当としないものがある」とし、本件懲罰はそれに当たるとした。

ただし、除名処分は「議員の身分の喪失に関する重大事項で、単なる内部規律の問題に止らない」から、司法審査が及ぶとした。

**富山大学単位不認定事件判決（最判昭和52年3月15日民集31巻2号234頁）**

国立大学の単位不認定処分が争われた事件で、最高裁は、大学は国公立であると私立であるとを問わず、「一般市民社会とは異なる特殊な部分社会を形成している」とし、「単位授与（認定）行為は、他にそれが一般的市民秩序と直接の関係を有するものであることを是認するに足りる特段の事情のない限り、純然たる大学内部の問題として大学の自主的、自律的な判断に委ねられるべきものであって、司法審査の対象にはならない」と判示した。

**共産党袴田事件判決（最判昭和63年12月20日判時1307号113頁）**

政党は結社の自由に基づき任意に結成される政治団体であり、かつ、議会制民主主義を支えるきわめて重要な存在であるから、「高度の自主性と自律性を与えて自主的に組織運営をなしうる自由を保障しなければならない」とし、政党の党员処分が「一般市民秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる限り、裁判所の審査権は及ばない」が、「一般市民としての権利利益を侵害する場合であっても、右処分の当否は、当該政党の自律的に定めた規範が公序良俗に反するなどの特段の事情のない限り右規範に照らし、右規範を有しないときは条理に基づき、適正な手続に則ってなされたか否かによって決すべきであり、その審理も右の点に限られる」と判示した。

**（3）特別裁判所の禁止及び行政機関による終審裁判の禁止**

**ア 特別裁判所の禁止**

76条第2項は、平等原則や司法の民主化の観点、また法の統一という実務上の観点から特別裁判所の設置を禁止する。ここにいう特別裁判所とは、「特別の人間または事件について裁判するために、通常の裁判所の系列から独立して設けられる裁判機関であり、戦前の軍法会議がその典型であるとされる（芦部信

喜著、高橋和之補訂『憲法 [ 第三版 ]』岩波書店、2002 年、318 頁)。

## イ 行政機関による終審裁判所の禁止

76 条第 2 項後段では、行政機関が終審として裁判を行うことを禁止する。もっとも裁判所の裁判の前審として、行政機関が行政処分についての審査請求や異議申立てに対し、裁決ないし決定を下すことは、差しつかえないと解されている(芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法 [ 第三版 ]』318 頁)。また、行政の範囲が拡大し、その専門化・技術化がますます進んでいく現代国家においては、専門的な知識や経験を背景とする行政審判にはむしろ一定の積極的な意義を認めることもできるとされる(野中俊彦他『憲法 [ 第 3 版 ]』220 頁)。

### 実質的証拠法則(野中俊彦他『憲法 [ 第 3 版 ]』221 頁)

独占禁止法 80 条は、公正取引委員会のした審決に不服があるとして提起された訴訟については、「公正取引委員会の認定した事実は、これを立証する実質的な証拠があるときには、裁判所を拘束する」と定めている。これを実質的証拠法則(またはルール)と呼ぶが、このように行政機関の事実認定に裁判所を拘束する力を与えることは、違憲ではないかの問題がある。

「もし行政機関の事実認定が裁判所を無条件に拘束とするならば、司法権はすべて裁判所に属するという憲法の趣旨に反しており、違憲と解さざるをえないであろう」(佐藤功『ポケット注釈全書 憲法(下)[新版]』有斐閣、2001 年、964 頁)とされるが、独占禁止法の規定は、無条件の拘束をいうのではなく、「これを立証する実質的な証拠がある時」(独占禁止法 80 条 1 項)に限り、しかも「実質的な証拠の有無は、裁判所がこれを判断するものである」(同法 80 条 2 項)と定めているので、違憲とは解されない(佐藤功『ポケット注釈全書 憲法(下)[新版]』964 頁)とされる。

## (4) 裁判官の職権の独立

### ア 司法権の独立

裁判が公正・厳格に行われ、人権の保障が確保されることは、近代立憲主義の不可欠の要請であり、そのためには裁判を担当する裁判官が、いかなる外部からの圧力や干渉をも受けずに、公正無私の立場で職責を果たすことが必要である。そのため、司法権独立の原則は、近代立憲主義の大原則として、諸外国の憲法において広く認められてきた。

**司法権の独立が要求される理由（芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法〔第三版〕』326頁による）**

司法権は非政治的権力であり、政治性の強い立法権、行政権から侵害される危険性が大きいこと。

司法権は、裁判を通じて国民の権利を保護することを職責としているので、政治的権力の干渉を排除し、特に少数者の保護を図ることが重要であること。

**イ 裁判官の職権行使の独立**

裁判所が、その職責を果たすためには、全体としての裁判所が政治部門から独立して、自主的に活動できるということ（「司法府の独立」）を前提に、裁判官が、裁判を行うに際し、法の客観的意味と信ずるところに従って、その職権を行使できること（「裁判官の独立」）が必要となる。

なお、司法権の独立に関する事件として、**大津事件**がある。この事件は、司法権の独立を守った輝かしい事件として高い評価を受けてきたが、児島自身が、司法内部において裁判官の独立に干渉したという面も問題とされるようになってきた。

**大津事件**

1891（明治24年）5月、訪日中のロシア皇太子が、滋賀県大津市で警備の津田三蔵巡査に刺されて負傷した。政府は外交上の考慮から、死刑判決を下すように大審院に働きかけたが、当時の大審院長児島惟謙はそれに抵抗し、結局、大審院は津田を無期徒刑に処した。

**ウ 裁判官の良心**

76条3項にいう「良心」とは、裁判官個人の主観的な良心（主観的良心説）ではなく、客観的良心、すなわち裁判官としての良心（客観的良心説）であると解され、また、「独立してその職権を行ひ」とは、他の何ものの指示・命令をも受けずに、みずからの判断に基づいて裁判を行うことであるとされる。立法権・行政権はもとより、司法部内の指示・命令もまた排除されると解されている（芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法〔第三版〕』327頁）。

判例は、「裁判官が有形無形の外部の圧迫乃至誘惑に屈しないで自己内心の良識と道徳感に従うの意味である」<sup>3</sup>、「凡て裁判官は法の範囲内において、自ら

<sup>3</sup> 最大判昭和23年11月17日刑集2巻12号1565頁

是なりと信ずる処に従って裁判をすれば、それで憲法のいう良心に従った裁判といえる」<sup>4</sup>としている。

## エ 職権の独立の範囲と限界

裁判官の職権の独立は、裁判に不当な影響を与えるおそれのある一切の外部的行為の排除を要求するが、議院の国政調査権や司法内部における統制が裁判官の職権の独立に対して不当な影響とならないかについて争いがあった。

### (一) 議院の国政調査権

両議院は、それぞれに国政調査権を有しており、それには、裁判に関する調査権も含まれるが、それが一般的な制度の在り方などの問題を超えて、具体的な判決内容の当否や公判廷における裁判長の訴訟指揮の仕方などに関する批判に及ぶときには、裁判官の職権の独立を侵害するとみるべきであるとされる。

また現に裁判所に継続中の事件につき裁判と同時並行的に国政調査を行えるかどうかも問題であるが、行われた先例がある<sup>5</sup>。

#### 浦和事件

1948(昭和23)年、参議院法務委員会が、かねてより調査中の刑事事件不当処理に関する調査の一環として、母子心中を図って生き残った母親の殺人被告事件についての地方裁判所判決を事実認定の点でも量刑の点でも甘すぎるという趣旨の決議を行った。時の最高裁判所は参議院に対して、個々の具体的裁判について事実認定や量刑の当否を調査・批判することは司法権の独立を侵害し、国政調査権の範囲を超えるという抗議を強く申し入れた。参議院法務委員会の反論はあったが、参議院はこれに対して反論を控えた。

### (二) 司法内部における統制

外部からの圧力だけでなく、上級裁判所、とくに最高裁判所の下級裁判所に対する監督権のあり方が問題となった事例として、**吹田黙禱事件**、**平賀書簡問題**などが挙げられる。

<sup>4</sup> 最大判昭和23年12月15日刑集2巻13号1783頁

<sup>5</sup> 二重煙突事件(東京地判昭和31年7月23日判時86号3頁)

### **吹田黙祷事件**

1953（昭和28）年、大阪地方裁判所で公判が開かれた折に、出廷の被告人達が朝鮮戦争の戦死者に黙祷を捧げたが、裁判長はこれを黙認した。この訴訟指揮の当否について、国会では裁判官訴追委員会が担当裁判官の訴訟指揮の当否に関する調査を行うことを決定したこと、特に最高裁判所が「吹田事件の裁判にいかなる影響をも及ぼすものではない」と最後に断りつつも、吹田事件の訴訟指揮は「まことに遺憾」だとし、法廷の威信をそこない法の権威を失墜することのないよう自戒を求める「法廷の威信について」と題する通達を全国の裁判官宛てに出したことが、司法権の独立を侵すものではないか問題となった。

### **平賀書簡問題**

1969（昭和44）年、札幌地方裁判所に係属中の長沼事件に関連して、当時の平賀健太札幌地裁所長が、事件担当の福島重雄裁判長に対して、判断の一助にしてほしいとの前置きの下に、国側の裁量判断を尊重して自衛隊の違憲判断は避けるべきである旨を示唆する内容の「書簡」を私信として送った事件。札幌地裁裁判官会議は明らかに裁判に対する干渉に当たるとして平賀所長を嚴重注意処分に付した。また最高裁判所は、同所長を注意処分に付し、東京高裁に転任させた。



## 2. 第77条

### 〔最高裁判所の規則制定権〕

第77条 最高裁判所は、訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項について、規則を定める権限を有する。

検察官は、最高裁判所の定める規則に従はなければならない。

最高裁判所は、下級裁判所に関する規則を定める権限を、下級裁判所に委任することができる。

### (1) 規則制定権の内容

最高裁判所の規則制定権は、司法に関する事項について国会や内閣の干渉を排除し、裁判所の自主独立性を確保するという見地、ならびに技術的側面からみても、裁判の実務に精通している裁判所が、その手続に関して最も適切な定めをなすという見地から最高裁判所に与えられたものであると解されている(野中俊彦他『憲法 [第3版]』235頁)。

### (2) 規則制定権の範囲(「訴訟に関する手続」の意義)

ここにいう「訴訟に関する手続」は、広い意味では裁判所の組織・構成・管轄権などを含むが、これらの事項は国家権力の基本的部分に関するものであり、国民主権国家においては国民の代表機関である国会が法律で定めるべき事項と解され、実際にも裁判所法等の法律によって定められている。

したがって裁判所の規則で定めうるのは、それらの法律の下で裁判所が事件を処理するために更に必要な事項ということになる。

### (3) 最高裁判所規則と法律との関係

#### ア 規則事項と法律事項

77条1項が最高裁判所規則の所管事項として定める4つの事項について、これを法律によって定めることもできるのか、それとも最高裁判所規則の専属的所管事項として法律によって定めることはできないのかについては、以下のような学説の対立がある。このうち(B)競合事項説が通説であるとされ(野中俊彦他『憲法 [第3版]』221頁)判例<sup>6</sup>もこの説をとる。

<sup>6</sup> 最判昭和30年4月22日刑集9巻5号911頁

**(A) 専属事項説 (末延)**

1 項に列挙された事項 (訴訟に関する手続、弁護士、裁判所の内部規律及び司法事務処理に関する事項) については法律で定めることは許されず、必ず最高裁判所規則で定めなければならないと解する説

**(B) 競合事項説 (宮沢、清宮)**

本条 1 項所定の事項については、法律で定めることもできると解する説

**(C) 一部専属事項説 (佐藤 (幸))**

本条所定の事項のうち一部のもの (内部規律と司法事務処理に関する事項) については、規則の専属事項と解する説

**イ 最高裁判所規則と法律との効力関係**

77 条 1 項所定の事項について、法律によって定めることもできると解する (上の B 説) ならば、規則制定権の範囲内の事項について法律と規則が競合的に制定された場合の両者の効力関係が問題となるが、主な学説は以下の通りである。憲法 41 条の趣旨から、(C) 法律優位説が通説であるとされる (芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法 [第三版]』323 頁)。

**(A) 規則優位説 (兼子 = 竹下)**

規則と法律とが矛盾する場合には、矛盾する程度で法律の効力が否定されると解し、規則に法律より強い効力を認める説

**(B) 両者同位説 (中村、山本)**

最高裁判所規則と法律とを、その形式的効力において等しいものとし、両者が矛盾するときの効力は、「後法は前法を廃する」の一般原則が適用され、規則であれ法律であれ、後に成立したものが有効であるとする説

**(C) 法律優位説 (宮沢、清宮、佐藤 (功)、伊藤、浦部)**

規則と法律とが矛盾する場合には、矛盾する程度で規則の効力が否定されるものと解する。国民の代表者によって構成される国会は「国権の最高機関であって、国の唯一の立法機関である」(41 条) から、その制定する法律は、憲法の下でもっとも強い形式的効力を持つものであり、憲法には、裁判所規則に関してのみこの原則に対する例外を認める趣旨は、どこにも見られない等の点を根拠とする説

**政府答弁「最高裁判所の規則制定権と国会の立法権について」**

「...法律と最高裁判所の定めた規則との間に矛盾、抵触があった場合...憲法におきましては国会の立法権というものが大原則でございます、もしこれに最高裁規則の定めが抵触するというようなことがございましたら、当然法律の方が優先するというふうに考えております。」

**(昭和 58 年 3 月 4 日 衆・法務委 関(守) 政府委員答弁)**

### 3 . 第 7 8 条

#### 〔裁判官の身分の保障〕

第 78 条 裁判官は、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を除いては、公の弾劾によらなければ罷免されない。裁判官の懲戒処分は、行政機関がこれを行ふことはできない。

#### (1) 裁判官の身分保障

裁判官の職権の独立を実効性のあるものにするためには、裁判官の身分が保障されなければならない。78 条の規定のほか、裁判官に対する定期・相当額の報酬の保障並びにその減額禁止の規定(最高裁判所の裁判官につき 79 条 6 項、下級裁判所の裁判官につき 80 条 2 項)も実質的な身分保障の一環をなしている。

#### (2) 裁判官の罷免

##### ア 裁判官の罷免の限定

裁判官が罷免される場合は、「心身の故障のために職務を執ることができない」場合と「公の弾劾によ」る場合の 2 つに限定されている。なお、最高裁判所裁判官については、さらに国民審査による罷免の制度がある(佐藤幸治『憲法〔第三版〕青林書院』、1995 年、329 頁)。

##### ( ) 執務不能の裁判による罷免

罷免が認められる第一の場合は、分限上の理由による場合である。行政府などにより政治的に決定されることを避けるため、「裁判により」行われるものとされ、その際の具体的手続については「裁判官分限法」が規定している。

##### ( ) 公の弾劾による罷免

罷免が許される第二の場合は、「公の弾劾」すなわち両議院の議員で構成する弾劾裁判所(64 条)による裁判である。弾劾裁判について定める「裁判官弾劾法」は、罷免事由を裁判官の行状や職務執行の態様に限定している(裁判官弾劾法 2 条)。

##### イ 懲戒処分

裁判官の懲戒は、その身分関係の秩序を維持するために、裁判官の非行に対

して科される制裁をいう。この懲戒の権限は、司法府の自主性を尊重して、裁判所自身に与えられており、行政機関による懲戒は禁止されている（78条）。裁判所による懲戒も、それ自身の公正さを担保するために、裁判手続によらなければならないと解されている。その手続は裁判官分限法に定められている。

また、罷免は上記の2つの場合に限られ、ここにいう「懲戒」には罷免は含まれないと解されている（佐藤幸治『憲法〔第三版〕』329頁）。

## 4 . 第 7 9 条

### 〔最高裁判所の構成及び裁判官任命の国民審査〕

**第 79 条** 最高裁判所は、その長たる裁判官及び法律の定める員数のその他の裁判官でこれを構成し、その長たる裁判官以外の裁判官は、内閣でこれを任命する。

最高裁判所の裁判官の任命は、その任命後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際国民の審査に付し、その後十年を経過した後初めて行はれる衆議院議員総選挙の際更に審査に付し、その後も同様とする。

前項の場合において、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は、罷免される。

審査に関する事項は、法律でこれを定める。

最高裁判所の裁判官は、法律の定める年齢に達したときに退官する。

最高裁判所の裁判官は、すべて定期的に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。

### (1) 最高裁判所の構成

#### ア 最高裁判所の裁判官

最高裁判所は、その長たる裁判官（最高裁判所長官）及び法律の定める員数のその他の裁判官（最高裁判所判事）で構成される（79条1項）。最高裁判所長官は、内閣の指名に基づいて天皇がこれを任命する。また、その他の最高裁判所判事は、内閣でこれを任命し、天皇がこれを認証する（79条1項、裁判所法39条2、3項）。「裁判所法」は、最高裁判所判事の員数を14人と定めており（5条3項）これに長官を加えた合計15人の裁判官によって現在の最高裁判所は構成されている。

#### イ 最高裁判所の権限

最高裁判所の権限としては以下のようなものが挙げられる。

#### 最高裁判所の権限（野中俊彦他『憲法 [第3版]』237頁による）

上告および訴訟法で特に定める抗告についての一般裁判権（裁判所法7条）

最高裁判所規則の制定権（77条）

下級裁判所および裁判所職員を監督する司法行政監督権（裁判所法80条）

下級裁判所の裁判官指名権（80条1項）

(参考) 司法行政権 (野中俊彦他『憲法 [第3版]』237頁)

最高裁判所は司法行政に関する最高の権限を有する。明治憲法下では司法大臣が裁判所に関しても最高の司法行政監督権を有していたが、現憲法はそれを司法権の自主性に委ね、この点でも司法権の独立を強化した。このことを正面から規定する条文はないが、憲法76条以下の諸規定の総合解釈によって無理なく導き出され、学説の対立はみられない。司法行政権の行使は裁判官会議の議によって行われ、最高裁判所長官がこれを総括する。最高裁判所には庶務を掌る事務総局がおかれ(裁判所法13条)、最高裁判所事務総長が、最高裁判所長官の監督を受けてその事務を掌理し、その職員を指揮監督する(裁判所法53条)。

## ウ 最高裁判所判事の任命

最高裁判所判事の任命権が内閣に与えられていることは、国会のコントロール下であり行政権の責任者である内閣が、ある程度の影響を裁判官の組織に与えることができ、そのことによって権力分立上の均衡を保つようにしたものである。しかし、憲法判断は優れて政治と法の接点に関わるものであること、また、内閣は政党派的性格を強く帯びた機関であることを考え合わせると、最高裁判所の裁判官の任命が全く内閣の一存に委ねられてよいかは問題であるとされる(野中俊彦他『憲法 [第3版]』232頁)。

## (2) 最高裁判所裁判官の国民審査

### ア 国民審査の制度

79条2項から4項までは、最高裁判所裁判官の任命に対する国民審査の制度を定める。これは、最高裁判所の裁判官の任命は、任命後始めて行われる衆議院議員総選挙の際に国民の審査に付し、その後10年を経過した後初めて行われる衆議院議員総選挙の際に再び審査に付し、その後も同様とする(79条2項)、そして国民審査の結果、投票者の多数が裁判官の罷免を可とするときは、その裁判官は罷免される(79条3項)というものである。なお、ここで投票者の多数というのは有効投票の過半数であるとされる(樋口陽一、佐藤幸治、中村睦男、浦部法穂『注釈 日本国憲法 下巻』青林書院、1988年、1185頁、浦部法穂執筆部分)。

この制度の趣旨は、最高裁判所の裁判官について、その任命権(長たる裁判官については、指名権)を内閣に専属せしめながら、しかし、任命後に国民が審査して罷免できるものとすることによって、最高の司法機関であり終局的な

憲法解釈権を持つ最高裁判所の裁判官の任命を、民主的にコントロールすることである（樋口陽一他『注釈 日本国憲法 下巻』1183、1186 頁、浦部法穂執筆部分）とされる。

## イ 国民審査の法的性格

国民審査の法的性格については、以下のような学説の対立があるが、A説が通説であるとされ（野中俊彦他『憲法 [第3版]』233 頁）、判例もこの立場に立つとされる。

### (A) 国民解職（リコール）制説（宮沢、佐藤（功）、佐藤（幸）、浦部）

国民審査を最高裁判所裁判官に対する一種の国民解職（リコール）としてとらえる説

### (B) 信任投票説（清宮、大須賀）

解職と同時に適任者の信任の性格を有すると解する説

### (C) 折衷説（芦部）

解職と任命の事後審査の性格を併有すると解する説

### 最大判昭和 27 年 2 月 20 日民集 6 巻 2 号 122 頁

国民審査制は、「その実質において所謂解職の制度と見ることができる。…このことは憲法 79 条 3 項の規定にあらわれている。同条第 2 項の字句だけを見ると、一見そうでない様にも見えるけれども、これを第 3 項の字句と照らし合わせてみると、国民が罷免すべきか否かを決定する趣旨であって…任命そのものを完成させるか否かを審査するものではないこと明瞭である」とする。

## ウ 投票の方式

国民審査のための具体的手続を定めた「最高裁判所裁判官国民審査法」の定めるところによれば、国民審査は、審査の対象となる裁判官の氏名を記載した投票用紙について、投票者が罷免をしたい裁判官の欄に×印をつけるという方式で行われ、×印の投票が過半数を超える場合にのみ罷免が成立するものとされている。すなわち白票は積極的な罷免の意思のない票として、「罷免を不可とする票」とされている。これはこの法律が、国民審査制度を裁判官の任命を完成させる事後審査の制度ではなく、すでに任命が完了した裁判官を罷免すべきか否かを決定する解職の制度という理解に立っていることを示しているとされる。



この点につき最高裁は、国民審査の性質はリコール制であることを理由に、積極的に罷免を可とする投票以外は罷免を可としないものとして扱うことはむしろ適当である、と判示している。

しかし、解職の制度と解しても、白票を罷免不可の方に数える現行の方式は不合理との批判も少なくないとされる(野中俊彦他『憲法 [第3版]』234頁)。

#### **前掲 最大判昭和 27 年 2 月 20 日**

国民審査の制度は、その実質においていわゆる解職の制度であるとした上で、「積極的に罷免を可とするものと、そうでないものとの 2 つに分かれるのであって、前者が後者より多数であるか否かを知らんとするものである。…罷免するほうがいいか悪いかわからない者は、積極的に『罷免を可とするもの』に属しないこと勿論であるから、そういう者の投票は前記後者の方に入るのが当然である。それ故法が連記投票にして、特に罷免すべきと思う裁判官にだけ×印をつけ、それ以外の裁判官については何も記さずに投票させ、×印のないものを『罷免を可としない投票』の数に算えたのは前記の趣旨に従ったものであり、憲法の規定する国民審査制度の趣旨に合するものである。」

### **(3) 最高裁判所裁判官の定年と報酬**

最高裁判所の裁判官は、国民審査を受けるほかは、下級裁判所の裁判官と同様に、在任中はその身分を保障され、また、定められた額の報酬を受ける(78条、79条6項)。任期は定められていないが、定年があり、年齢70に達したときは退官する(79条5項、裁判所法50条)。

#### **ア 最高裁判所裁判官の報酬**

79条6項における報酬の保障は、裁判官の身分保障を経済的な面から担保するものである。

報酬とは、一般に、一定の役務の給付の対価として与えられる反対給付を意味するが、ここでいう報酬は公務員の俸給と同じ意味のものである。

「裁判官の報酬等に関する法律」(昭和23年法律75号)は、報酬を月額として定め、最高裁判所長官の報酬月額は内閣総理大臣の俸給月額と同額、最高裁判所判事の報酬月額は国務大臣の俸給月額と同額としている。

また、最高裁判所裁判官の報酬は在任中減額することができない。すなわち、その官を保有する限り、たとえば病気のため一定期間以上ににわたり服務し得ない時でも、報酬は減額されてはならず、減額は、その理由を問わず許されな

いとされる(樋口陽一他『注釈 日本国憲法 下巻』1196頁、浦部法穂執筆部分)。

個々の裁判官の報酬を減額するのではなく、財政上の理由などにより、法律を改正して一般的に全裁判官の報酬を減らすことは、本項に照らして許されるかについては、以下のような学説の対立がみられる。

昨年11月に可決・成立した「裁判官の報酬等に関する法律の一部を改正する法律案」(内閣提出第8号)の衆議院法務委員会の審議における森山法務大臣及び最高裁の答弁は以下の通りである。

なお、この点については、80条2項の定める下級裁判所の裁判官の報酬の保障およびその在任中の減額の禁止についても当てはまる(佐藤功『ポケット注釈全書 憲法(下)〔新版〕』1031頁)。

#### (A) 肯定説(佐藤(功))

79条6項の保障は、個々の裁判官に対する個別的保障であり、国家財政上の理由などに基づくやむをえない措置として、法律により、一般的に全裁判官の報酬の減額を定めることは、(司法権の独立・裁判官の身分保障に対する侵害とは考えられないため)許されると解する(佐藤功『ポケット注釈全書 憲法(下)〔新版〕』1030頁)。

#### (B) 否定説(清宮、宮沢)

一般的に裁判官の報酬を減らす措置は、個々の裁判官にとってみれば、やはり「報酬の減額」に他ならないから、法律の改正によって裁判官一般の報酬を引き下げた時は、その改正はその施行後に任命される裁判官にのみ適用するのが憲法の趣旨に合致するとする。

なお、清宮四郎『憲法 [新版]』359頁は、「昭和6年に官吏の減俸を行った際、裁判官について、裁判所構成法73条に、判事は特定の場合を除くほか、『其ノ意ニ反シテ減俸セラルルコトナシ』とあったので、紛議の末、俸給例の改正は、それに同意した判事にのみ適用された例がある。現行憲法には、その意に反してという条件はないから、本人の同意を得ても、報酬を減額することはできない」とする。

### **政府答弁「司法権・裁判官の独立と裁判官報酬の関係」**

「憲法第 79 条第 6 項および第 80 条第 2 項は、…裁判官の職権行使の独立性を経済的側面から担保するため、相当額の報酬を保障することによって裁判官が安んじて職務に専念することができるようにするためのものであるとともに、裁判官の報酬の減額については、個々の裁判官または司法全体に何らかの圧力をかける意図でされるおそれがないとは言えないことから、このようなおそれのある報酬の減額を禁止した趣旨の規定であるというふうに解されます。

…国家公務員全体の給与水準の民間との均衡等の観点から、人事院勧告に基づく行政府の国家公務員の給与引き下げに伴いまして、法律によって一律に全裁判官の報酬について、これと同程度の引き下げを行うということは、裁判官の職権行使の独立性や三権の均衡を害して司法府の活動に影響を及ぼすということではないと思います。したがって、今回の措置は憲法の趣旨に反するものではなくて、また同条に違反するものでもないというふうに考えるわけでございます。」

(平成 14 年 11 月 13 日 衆・法務委 森山国務大臣答弁)

### **政府答弁「最高裁判所裁判官会議における裁判官報酬に関する議論」**

「最高裁判所は、裁判所組織の頂点にある機関といたしまして司法行政全般を統括、運営しておりまして、最高の責任を負うべき地位にございまして、最高裁判所の裁判官会議がこのような司法行政事務に関する最高意思決定機関ということが言えようかと思えます。裁判官会議の結論はあくまで司法行政事務に関する最終意思決定であろうと思えます。

…この問題につきまして最高裁判所の裁判官会議で議論がございまして、憲法上、裁判官の報酬について特に保障規定が設けられております趣旨およびその重みを十分に踏まえて検討いたしました。人事院勧告の完全実施に伴い国家公務員の給与全体が引き下げられるような場合、その場合に裁判官の報酬を同様に引き下げても司法の独立を侵すものではないということで、会議におきましては憲法に違反しない旨確認されております。」

(平成 14 年 11 月 13 日 衆・法務委 山崎最高裁判所長官代理者答弁)

## 5 . 第 8 0 条

### 〔下級裁判所の裁判官〕

**第 80 条** 下級裁判所の裁判官は、最高裁判所の指名した者の名簿によつて、内閣でこれを任命する。その裁判官は、任期を十年とし、再任されることができ。但し、法律の定める年齢に達したときには退官する。

下級裁判所の裁判官は、すべて定期的に相当額の報酬を受ける。この報酬は、在任中、これを減額することができない。

### ( 1 ) 下級裁判所裁判官の指名

下級裁判所裁判官の任命権は内閣にあるが、内閣による任命は最高裁判所の提出する名簿に基づいて行われなければならない。内閣はそこに指名されていない者を裁判官に任命することはできず、指名権を通じて裁判官人事に関する司法権の自主性が認められる。

### ( 2 ) 裁判官の任命をめぐる解釈問題

憲法が下級裁判所裁判官の任命について、最高裁判所の指名と内閣の任命という二段階方式を採用したのは、一方では内閣による恣意的ないし党派的な任命の危険を防ぎ、司法の独立・公正を確保し、他方では裁判所内部だけの任命がもたらすおそれのある司法の独善を防止するという趣旨である。しかし、かりに最高裁判所と内閣の意見が決定的に対立した場合を想定すると、それをどう調整すべきかはかなり微妙な問題であるとされる(野中俊彦他『憲法 [第3版]』240頁)。

#### ア 指名と任命との関係

最高裁判所が実質的に指名したものについて、内閣は任命を拒否できるかという問題については、憲法が全体として司法権の独立の強化を配慮していること、裁判官の任命資格が法律でかなり厳格に制限されていることなどを勘案すると、明白な任命資格要件の欠如のような場合を除き、内閣は任命拒否を行えないものと解されている(佐藤功『ポケット注釈全書 憲法(下)[新版]』1034、1035頁)。

## イ 指名の問題点

指名に関しては、憲法上は特段の定めがなく、また法律上も裁判官の任命資格要件以外には特別の定めはおかれていない。これは広く司法権の自主性を尊重して、最高裁判所の裁量に委ねられたものと解されている。しかし最高裁判所に与えられた裁量権も決して無制約とは言えない。特に任官希望者の選別に当たっては、客観的・合理的な基準によるべきであり、不合理な差別、たとえば性別や思想・信条による差別は裁量権の乱用にあたるものとして排除されなければならない、これは憲法上当然の要請であるとされる（野中俊彦他『憲法 [第3版]』241頁）。

### (3) 裁判官の再任の問題点

80条1項で、裁判官の任期が10年とされ「再任されることができる」とされている趣旨については、以下のような学説上の対立があるが、最高裁判所は宮本判事補再任拒否事件において(A)自由裁量説の立場をとったとされる（野中俊彦他『憲法 [第3版]』242頁）。

#### (A) 自由裁量説（柳瀬、田中）

裁判官は任命の日から10年を経過すれば当然に退官するとし、再任は新任と全く同じであり、任命権を有する内閣及び指名権を有する最高裁判所は、自由な裁量によって再任するか不再任とするかを決定できると解する。

#### (B) 羈束裁量説（佐藤功、小林、伊藤）

裁判官は任命の日から10年を経過すればその身分は消滅するとしつつ、10年の任期の定めは、この期間ごとに特段の事由ある不適格者を排除するために設けられたものであり、そのような特段の事由のない者は再任を原則とすべきであるとする。再任が、もっぱら内閣及び最高裁判所の自由に委ねられているとすると、再任を希望する裁判官について、実質上罷免するのと同じ結果を認めることになり、裁判官の身分保障に反するという根拠とする。

#### (C) 身分継続説（杉原、大須賀）

再任は、裁判官の「身分の継続性」を前提とするものであって、任期の経過により当然退官するものではなく、ただ、10年ごとに、憲法78条所定の例外事由に該当しないことを確認するものにすぎないとする。

### **宮本判事補再任拒否事件**

1971（昭和 46）年、当時熊本地方裁判所判事補であった宮本康昭氏が、10年の任期の終わりを迎え、引き続き再任を希望したところ、最高裁判所は再任指名簿への搭載を拒否し、宮本氏は再任されなかった。最高裁は、再任制度について、裁量行為説の立場に立ったが、再任拒否の理由は人事の秘密に属し公表できないと言明し、宮本氏の不服申立ても却下した。

## 6 . 第 81 条

### 〔最高裁判所の法令審査権〕

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。

なお、「違憲審査の意義と類型」、「違憲審査の対象」及び「違憲判決の効力」については、第 1 部参照のこと。

以下では、「憲法判断の方法」及び「違憲審査の基準」について説明する。

### (1) 憲法判断の方法

訴訟において違憲の争点が適法に提起されている場合でも、裁判所はその争点について必ず憲法判断を下すとは限らない。憲法判断回避の方法として、憲法判断そのものの回避の方法（**憲法判断の回避**）と法律の違憲判断の回避（**合憲限定解釈**）の二つの方法が通常挙げられる（野中俊彦他『憲法 [第 3 版]』290 頁）。

また、違憲判断を下さざるを得ないとしても、裁判所は、状況に応じて、法令の規定そのものを違憲と判断したり、法令の具体的な適用だけを違憲としたりする（**法令違憲と適用違憲**）。なお、違憲（違法）状態が生じていることを宣言するにとどめ、その状況下で行われた行為を無効とすることまではしないと判断する（**事情判決**）こともある。

### ア 憲法判断の回避

裁判所は、訴訟において違憲の争点に触れないで事件を解決できるならば、あえて憲法判断をする必要はないし、すべきでもないという憲法判断回避論が一般的である。主たる論拠としては、付随的違憲審査制においては、当該事件の解決に必要な限りで憲法判断が行われるのが建前であること、裁判所は必要以上に政治部門の判断に介入すべきではないということが挙げられる（野中俊彦他『憲法 [第 3 版]』290 頁）。

実際の裁判例としては、自衛隊の通信線を切断した行為が自衛隊法違反に問われた事件で、その行為がそもそも自衛隊法の規定に違反していないから無罪であり、その結論に達した以上、自衛隊法の合憲性は判断しないとした**恵庭事**

**件判決**、自衛隊基地建設のための保安林指定解除処分が違憲であるとされた事件で、原告には「訴えの利益」がないと判断した**長沼事件**などがある。

#### **恵庭事件判決（札幌地判昭和42年3月29日下刑集9巻3号359頁）**

自衛隊の射撃演習場付近の酪農民が、演習時の爆音等によって乳牛に被害が出たことにたまりかね、演習用通信線を切断したことが自衛隊法121条違反に問われた事件。

裁判において、被告人は、同条を含む自衛隊法全体ないし自衛隊の存在そのものの違憲を理由に無罪を主張したが、裁判所は、憲法判断をせずに、演習用通信線は同条に規定する「武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物」に該当しないと判断し、被告人を無罪とした。検察側は控訴せず、確定した。

#### **長沼事件（最判昭和57年9月9日民集36巻9号1679頁）**

自衛隊のミサイル基地建設のため農林大臣がした保安林指定解除処分に対し、地元住民が同解除処分の取消しを求めた事件。

第1審は、憲法の基本原理に対する重大な違反状態が発生している疑いがあり、その結果、当事者を含む国民の権利が侵害される危険があると考えられる場合において、憲法問題についての判断を避けたのでは紛争の根本的解決が不可能であるときには憲法判断を行う義務があるとした上で自衛隊を違憲と判断し、原告の請求を認めた。これに対し第2審は原告に「訴えの利益」がないとして第1審判決を取り消し、控訴を却下した。なお、第2審判決は、付加見解として、自衛隊の合憲性の問題は統治行為に関する判断であり、国会及び内閣の政治行為として究極的には国民全体の政治的判断に委ねられるべきものであって、裁判所が判断すべきものではないとする「統治行為論」を展開した。（札幌高判昭51・8・5）最高裁は、訴えの利益の観点からのみ第2審判決の結論を支持して原告の上告を棄却し、自衛隊の合憲性の問題には何ら触れないまま訴訟を終結させた。

### **イ 合憲限定解釈**

法律の解釈として複数の解釈が成り立ちうる場合、合憲となるべき解釈がとられなければならないとする準則のことをいう。主たる論拠としては、民主制下においては、法律は合憲の推定を受けること、法的混乱をもたらす法律の違憲宣言はできるだけ避けるのが望ましいこと、法律は、憲法を頂点とする法体系の統一性維持の観点から、憲法に適合するよう解釈されるべきものであることが挙げられる。



実際の裁判例としては、公務員等の労働基本権を制限している法律の規定を限定的に解釈した**全通東京中郵事件判決**、「淫行」の意義を限定的に解釈した**福岡県青少年保護育成条例事件判決**などがある。

#### **全通東京中郵事件判決（最大判昭和 41 年 10 月 26 日刑集 20 巻 8 号 901 頁）**

旧公共企業体の労働組合役員が、郵便局職員に対し勤務時間に食い込む職場集会に参加するよう説得し、現に職場離脱させた行為が、郵便法違反の教唆に当たるとして起訴された事件。

第 1 審が、郵便法違反の点について労働組合法 1 条 2 項の規定などにより違法性が阻却されるため、教唆も成立しないとして無罪判決をしたのに対して、第 2 審では公共企業体等労働関係法（公労法）17 条により労働組合法 1 条 2 項の適用はないとして破棄差戻の判決を下した。

最高裁は、公労法は争議行為に係る刑事制裁を科さない趣旨であると限定的に解釈し、争議行為の正当性についてさらに審理を尽くすべきとして第 2 審判決を破棄し、差し戻した。

#### **福岡県青少年保護育成条例事件判決（最大判昭和 60 年 10 月 23 日刑集 39 巻 6 号 413 頁）**

16 歳の少女とホテルの客室で性交した行為が、青少年に対する淫行を禁止する県条例違反に問われた事件。被告人は、「淫行」の範囲は不明確で、青少年に対する性行為一般を広く処罰する危険があるので憲法 31 条等に違反すると主張したが、最高裁は、『淫行』とは広く青少年に対する性行為一般をいうものと解すべきでなく、青少年を誘惑し、威迫し、欺罔し、又は困惑させる等その心身の未成熟に乗じた不当な手段により行う性交又は性交類似行為のほか、青少年を単に自己の性的欲望を満足させるための対象として扱っているとしか認められないような性交又は性交類似行為をいうものと解するのが相当である」と限定的に解釈して県条例を合憲と判断し、上告を棄却した。

### **ウ 法令違憲と適用違憲**

違憲判断には、法令の規定それ自体を違憲とする方法（法令違憲）と、法令の規定が当該事件に適用される限りにおいて違憲とする方法（適用違憲）とがある。

いわゆる適用違憲は、法令を全面的かつ明瞭に違憲とする判断を避けることにより、裁判所が立法府に対する干渉を最小限にとどめようとするものである。

法令違憲の実際の裁判例としては、5 種 6 件があるとされている（第 1 部 17 頁参照）。

一方、適用違憲の実際の裁判例としては国家公務員の政治的行為を処罰する法律の規定の合憲性が争われた**猿払事件判決**などがあるとされている。

#### **猿払事件（最大判昭和 49 年 11 月 6 日刑集 28 卷 9 号 393 頁）**

現業の国家公務員が総選挙に際し特定の政党を支持する目的で同党の候補者の選挙用ポスターを掲示するなどした行為が、国家公務員の政治的行為を禁じた国家公務員法違反に当たるとされた事件。

第 1 審は、非管理職の現業公務員が、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ、職務を利用し、若しくはその公正を害する意図なしにした行為であって、しかも労働組合活動の一環として行われたと認められるものにまで刑事罰を科す国家公務員法の規定は、そのような行為に適用される限度において、行為に対する制裁として合理的な必要最小限の域を超えたものであって違憲であるとし（適用違憲）被告人に無罪判決を下した。（旭川地判昭 43・3・25）

第 2 審判決も、第 1 審判決を支持した。

これに対し最高裁は、第 1 審及び第 2 審判決のとった適用違憲の手法を「法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであって、ひっきょう法令の一部を違憲とするにひとしい」ものであると批判し、国家公務員法の規定は全面的に合憲であると判断し、被告人に罰金刑を科した。

## **エ 事情判決**

事情判決とは、行政事件訴訟法上の取消訴訟について、処分又は判決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合、請求棄却の判決をすることである（**行政事件訴訟法 31 条**）。これは違法な処分を取り消すことが公共の福祉に適合しない場合、違法状態が生じていることを宣言するにとどめ、その状況下で行われた行為を無効とすることまではしないという趣旨によるものである。

行政事件訴訟法 31 条の規定は、行政事件訴訟法上の取消訴訟について適用されるものであるが、その法理が憲法訴訟についても適用されることがある。**衆議院議員定数不均衡違憲判決**では、違憲の議員定数配分規定に基づいて行われた選挙は違法であると宣言したが、選挙自体は無効としなかった。

### 行政事件訴訟法第 31 条

取消訴訟については、処分又は裁決が違法ではあるが、これを取り消すことにより公の利益に著しい障害を生ずる場合において、原告の受ける損害の程度、その損害の賠償又は防止の程度及び方法その他一切の事情を考慮したうえ、処分又は裁決を取り消すことが公共の福祉に適合しないと認めるときは、裁判所は、請求を棄却することができる。この場合には、当該判決の主文において、処分又は裁決が違法であることを宣言しなければならない。

### 衆議院議員定数不均衡違憲判決（最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁）

選挙人が、昭和47年12月に行われた衆議院議員総選挙は投票価値の平等に反するとして、選挙無効を求めた訴訟。

最高裁は約5対1の格差があり、かつ、合理的な期間内には是正されなかったので議員定数配分規定は違憲の瑕疵を帯びるとしたが、選挙を全体として無効とすることによって生じる不利益を回避するために、行政事件訴訟法31条の定める事情判決の法理を適用し、選挙は違法であると宣言するとともに、選挙を無効とはしない旨判示した。

## (2) 違憲審査の基準

裁判所が法令の合憲・違憲を判断するに当たっては、立法事実を踏まえ、規制対象となる行為と規制目的との関連、規制目的と規制手段との関連がどの程度の強さであるか等について審査することになる。そして、その判断に際しては、これらの関連性が厳格な意味において必要なのか、緩やかな意味において存在すればよいのかという点で、違憲審査の基準が問題になる。また、これは、裁判所が、それぞれの人権について、どの程度の制約が許されると判断するかという人権保障の限界の問題と表裏の関係にある問題でもある。

## ア 公共の福祉

憲法は、法文上は、個別的に制限の根拠や程度を問題にしないで、各人権に「公共の福祉」による制約が存する旨を一般的に定めている（12、13条）。また、居住移転及び職業選択の自由（22条）、財産権（29条2項）については、特に明文で「公共の福祉」による制限が規定されている。このような憲法の規定の下で、基本的人権が「公共の福祉」を根拠として法律によって制限できるのが争われてきた。これは、言い換えれば、人権保障の限界をどう考えるかの問題であり、現在は、後述のように、それぞれの人権の種類や性質に従って違憲

審査の基準を準則化していく方向に議論が発展してきている。

昭和 20～30 年代の判例は、例えば、刑法のわいせつ物頒布罪を合憲とした**チャタレイ事件判決**のように、「公共の福祉」の具体的内容を明らかにすることなく、人権を制限する法律の規定を簡単に合憲と判断していた。

昭和 40 年代に入って、**全通東京中郵事件判決**（101 頁参照）で最高裁は、従来の安易な公共の福祉論を否定し、公務員の労働基本権について、「国民生活全体の利益の保障という見地からの制約を当然の内在的制約として内包している」とし、労働基本権の価値と国民生活全体の利益とを具体的に比較衡量する立場をとった。その後の判例で、このような姿勢が維持されてきたとは言えないが、学説上は、公共の福祉の具体的内容を各人権の具体的種類や性質に従って考えていくことが共通の認識となっている。そして、大まかに言えば、自由権を各人に公平に保障するために必要な最小限度の規制を意味する「自由国家的公共の福祉」と、社会権を実質的に保障するための経済的自由権の規制を意味する「社会国家的公共の福祉」を区別して考えるようになっている。

#### **チャタレイ事件判決（最大判昭和 32 年 3 月 13 日刑集 11 巻 3 号 997 頁）**

D・H・ロレンスの著作「チャタレイ夫人の恋人」の翻訳者（伊藤整）と出版社社長がわいせつ物頒布罪（刑法 175 条）で起訴された事件。最高裁は、「わいせつ」の要件として、いたずらに性欲を興奮又は刺激させること、普通人の正常な性的羞恥心を害すること、善良な性的道義観念に反することの 3 点を挙げるとともに、「憲法上の各種の基本的な人権について、各条文に制限の可能性を明示している」と否とにかかわらず、憲法 12 条、13 条の規定によりその濫用が禁止せられ、公共の福祉の制限の下に立つものであり、絶対無制限のものではない」と判示した。

## **イ 二重の基準論**

### **（ ）二重の基準論の根拠**

人権保障の限界について、公共の福祉の具体的内容を各人権の種類や性質に従って考えていくという議論は、各人権ごとに違憲審査基準を準則化していくという方向に発展してきている。その中で学説上広く支持されているのが二重の基準論である。

この理論は、精神的自由は立憲民主制の政治過程にとって不可欠の権利であるから、それは経済的自由に比べて優越的地位を占めるとし、したがって、経済的自由の規制が合憲性の推定を受け、立法府の裁量を尊重して緩やかな基準

で審査されるのに対して、精神的自由の規制は合憲性の推定を受けず、より厳格な基準によって審査しなければならないとする理論である。この理論の根拠は、経済的自由に対する不当な規制がなされても、民主制の過程が正常に機能していれば、民主制の過程によって是正することが可能であるのに対し、精神的自由が不当に規制されると、自由な言論と選挙を基礎とした代表民主制の過程そのものが傷つけられて、民主制の過程による是正が不可能になるので、裁判所が積極的に介入して是正するために厳格な審査が必要であること、経済的自由の規制の当否の判断には、社会・経済政策上の判断が必要であるが、裁判所はそのような能力に乏しいことである。

### ( ) 判例、学説の展開

判例は、小売市場規制事件<sup>7</sup>、**薬事法距離制限条項違憲事件判決**で、経済的自由の規制を合憲とする論拠としてではあるが、二重の基準論の趣旨を明らかにした。しかし、精神的自由の規制について厳格な基準によるべきということを正面からうたった判例は未だ存在していない。

学説は、権利の性質だけでなく、規制の目的、形態等も加味して、二重の基準をさらに具体化、細分化して整理している。その主要な考え方の大枠を概観すると、精神的自由には、「**厳格な審査基準**」が、また、経済的自由に関しては、経済の調和のある発展、経済的弱者の保護等のような積極目的の政策規制には「**合理性の基準**」が当てはまるが、国民の生命、健康への危険の防止、除去等のような消極目的の警察規制には、「**合理性の基準**」よりは厳格性が要求される「**厳格な合理性の基準**」が当てはまるとされている。そして、権利の性質や規制の目的、形態等に応じて、具体的な基準の定立が試みられている。

---

<sup>7</sup> 最大判昭和 47 年 11 月 22 日刑集 26 卷 9 号 586 頁

## 薬事法距離制限条項違憲事件判決(最大判昭和50年4月30日民集29巻4号572頁)

薬局開設の許可申請に対し、県知事が、薬事法の適正配置規制に基づく県条例の距離制限規定に違反することを理由に不許可処分をしたので、申請者が、薬事法の適正配置規制が憲法22条に違反するとして処分の取消しを求めた。

最高裁は、「職業は、社会的相互関連性が大きいものであるから、職業の自由は、精神的自由と比較して公権力による規制の要請が強い」と述べた上、本件規制は、国民の生命、健康に対する危険防止という消極的警察目的の規制であり、この種の規制は、規制が合理的であり、かつ、より緩やかな手段である行政取締り等によっては目的を達成できないことが必要であるとし、本件規制は、立法目的との間に合理的な関連がないだけでなく、行政取締り等によっても目的は達成できるとして、薬事法の規定は違憲であると判示した。

### 厳格な審査基準

主として表現の自由に適用される基準であり、次のようなものがある。

#### 事前抑制禁止の法理

言論行為を事前に抑制することは、表現の自由に萎縮的效果を及ぼすので、原則として禁止される。

#### LRAの基準

より制限的でない他の選びうる手段(Less Restrictive Alternatives)があれば違憲とするものであり、表現行為の時、場所、方法の規制等について適用される。

#### 明白かつ現在の危険の基準

表現内容の規制には最も厳格な審査が必要であり、表現行為が実質的な害悪を引き起こす危険が明らかに差し迫っている場合以外は、規制は違憲となるとする基準である。

### 合理性の基準

主として経済的自由に適用される基準だが、その中でも、積極目的による規制に適用され、消極目的の規制には、「厳格な合理性の基準」が適用される。

積極目的規制については、立法府の専門的な裁量判断が広く認められ、規制が著しく不合理であることが明白な場合に限り違憲となる(明白性の原則)。

### **厳格な合理性の基準**

主として経済的自由に対する消極目的の規制について適用される。上述の、薬局距離制限事件の最高裁判決に表されているように、立法目的が正当であるかどうか、立法目的と規制手段の間に合理的関連性があるだけでなく、それが最小限のものであるかどうかを審査される。

## 7 . 第 8 2 条

### 〔対審及び判決の公開〕

第 82 条 裁判の対審及び判決は、公開法廷で行ふ。

裁判所が、裁判官の全員一致で、公の秩序又は善良の風俗を害する虞があると決した場合には、対審は、公開しないでこれを行ふことができる。但し、政治犯罪、出版に関する犯罪又はこの憲法第三章で保障する国民の権利が問題となつてゐる事件の対審は、常にこれを公開しなければならない。

### (1) 裁判の公開原則

裁判の公開は、裁判の公正を確保するために必要とされるもので、近代裁判制度の基本原則の一つとされる。

裁判の公開にも例外（82 条 2 項本文）はあるが、その例外の場合は厳しく限定されている（82 条 2 項ただし書）。これは、明治憲法が同様の規定を持ち公開原則を一応保障していたにもかかわらず、秘密裁判による不公正が多く行われたという歴史の教訓にかんがみ、裁判の公開原則の形骸化を防ぐ趣旨であるとされる（野中俊彦他『憲法 [第 3 版]』246,47 頁）。

### (2) 公開原則の例外

「公開」とは、まず傍聴の自由を認めることを意味する。もとより、傍聴席の数に制限があることや、裁判長が法廷の秩序を守るため必要であると認めるとき一定の制約を加えることは、公開原則に反するものではないとされる。

この傍聴の自由は報道の自由を含む。ただし、刑事訴訟では写真撮影、録音、放送が、民事訴訟ではさらに速記も、裁判所の許可を得なければ行うことはできない。判例は、これを法廷の秩序維持と被告人等の利益保護のため必要と解し、合憲としている。



**北海タイムス事件（最大決昭和 33 年 2 月 17 日刑集 12 卷 2 号 253 頁）**

「たとえ公判廷の状況を、一般に報道するための取材活動であっても、その活動が公判廷における審判の秩序を乱し、被告人その他訴訟関係人の、正当な利益を不当に害するがごときは許されない。公判廷での写真撮影等は、時や場所いかんでは、このような好ましくない結果を生ずるおそれがあるので、刑事訴訟規則 215 条が写真撮影許可等を裁判所の裁量に委ねる旨規定するのも憲法に違反するものではない。」

**法廷メモ採取事件（最大判平成元年 3 月 8 日民集 43 卷 2 号 89 頁）**

最高裁は、憲法 82 条により、「裁判の公開が制度として保障されていることに伴い、各人は、裁判を傍聴することができる」が、それは、「各人が裁判所に対して傍聴することを権利として要求できることを認めたものでない」し、「傍聴人に対して法廷においてメモを取ることを権利として保障しているもので（も）ない」と判示した。