

〈研究ノート〉

司法国家の憲法論・雑感

堀内 健志

目次

- I 序、ロースクールと最高裁、アメリカ司法
- II 元最高裁判事藤田教授の発言から
- III 辻村教授の「選挙権権利」説と「市民主権」
- IV 最近の学説の対応
- V 「司法政治学」
- VI 結び、多様化の中での伝統学説の価値—最後の決定権と価値論的吟味の必要

I 序、ロースクールと最高裁、アメリカ司法

(1) 日本国憲法81条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」として、法令等が憲法に違反するかどうかの判断を、最高裁以下の司法府に委ねている。そして、76条3項は「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される」として、裁判官は、良心に従って、この憲法及び法律にのみ拘束されるとする。

問題の法令等が憲法に適合するかどうかが争われたときに、憲法、法律といった法規範を裁判所が自らの解釈により、それを適用し、執行することになるが、その限界ははっきりしないことがある。とくに最高裁は、終審として審査、決定する権限を持っているから、その決定を覆すことは出来ない。

立憲主義的法治国では、立法府が制定する法律が裁判の枠を提供することにより、司法府に解釈の指針と範囲を提示することによって、これに基づいて司法判断が行われる仕組みになっているが、その司法府の審査、決定権が最終のものであることにより、ともすると、その限界が踏み越えられてしまい、これ

は篡奪 (Usurpation) という言葉で言い表される。司法国家という現象が生ずることになる。⁽⁸⁾

(2) わが国の「公法学」の様相は、ロースクールが始まる頃から、従来のものからかなり変わってきたように感じられる。その特徴の一つに「司法」の積極的傾向があげられよう。「法律適用機関」としての「司法」に留まらない「憲法内容創造機関」としての「司法」機能を発揮するようになっていくのである。

この原因には、様々あろうが、裁判実践的憲法解釈技術の研究もその一つであろう。従来深く吟味されなかった裁量統制の技術深化も見られた。これまでは、法律の合理性の確認で合憲とされてきたものがその厳格審査を要求することにより、違憲とされることが多くなった。

このような「司法」の積極的傾向は、外国の裁判実践にも呼応するものが指摘できよう。ドイツの三段階の憲法審査論やアメリカの歴史政治的「司法」の評価などがある。

とくに、アメリカ憲法学においては、「司法」のあり方が憲法政治の歴史的展開に大きく影響を受けてきているという伝統がある。その中で、今日司法積極主義と言われる考え方が「司法」を支配している。⁽¹⁾⁽⁹⁾

かかる傾向のもと、立法への敬讓アプローチという手法が注目されるが、わが国の最高裁の判決の中、とりわけ藤田裁判官の意見にもこのような論脈が散見される。⁽²⁾

II 元最高裁判事藤田教授の発言から

ところで、他方では、今日の最高裁における「司法積極主義」のなかに、裁判の実践性から法学理論の無用さが強調されることがあり、注目される。⁽²⁾ 藤田教授はつぎのように述べておられる。

《法解釈学説が裁判実務に関して基本的に無力であることは、行政法の分野では、しばしば顕著に示されて来た。例えば半世紀程前までは、「公法私法二元論」であるとか、「特別権力関係論」であるとか、果ては「行政行為の公定力論」といった「理論」が学説のみならず判決例においても威を振っていたような時代があったが、今日これらの「大理論」は既に見る影も無く衰退してしまっただけで良からう。それでも例えば、「行政行為が無効であるためには、その瑕疵が重大であるのみならず明白であることを要する」といういわゆる「重大明白説」であるとか、「行政処分取消訴訟において第三者が原告適格を有するのは、当該処分の根拠規範が、処分の名宛人のみではなく当該第三者そのものの利益をも保護する趣旨であると考えられる場合に限られる」といったいわゆる「根拠規範説」等々は、なお、いわゆる「通説」として学説・判例上維持されているが、他方でその妥当根拠通用範囲については、強力な異論が主張されている。ところで、上記に見たような過去の「大理論」の衰退は、法治主義の下におけるその理論的根拠の不明確さということもさることながら、実質的には、それらが実際の事案の解決に際して有する理論的有効性が疑われるようになったことによる面が大きい。すなわち具体的な事例においてこういった「理論」の適用すべきか否かの最終局面にお

いては、しばしば、これらの理論からの一貫した帰結を維持して良いかが問題となり、結局のところ、原則に対して様々の修正が施された挙句の果て、究極的には「個別的具体的な事例において関連する諸利益の考量に基づき決するよりほかない」といった類の判断がなされるようなことにならざるを得ないからである。こういった経緯は、「目の前における具体的事案についての最も適正な解決」という判断基準に立つ裁判実務の本質に照らすならばいわば自明のことであって、そうした運命は、上に引いた古典的な学説についてのみでなく、多かれ少なかれ、(いわゆる「判例法理」をも含めた意味での)法解釈学説一般に関して容易に予測されるものである。例えば、第二次大戦後、いわゆる自由裁量論は「判例主導」で展開されて来たと言って良からうが「裁量権の逸脱・濫用」があったと認められるのは如何なる場合かにつき最高裁判例が到達したとされる「行政庁の判断が全く事実の根拠に基づかないと認められる場合であるか、あるいは、社会観念上著しく妥当を欠き法令によって与えられた裁量権の範囲を超えるものと認められる場合」などという基準は、それ自体としては具体的な紛争解決に役立つ基準ではない。要するに、個別的事案の全てにおいてその解決基準として通用するような「理論」を確立するということは、ことの性質上不可能である(少なくとも不可能であるに近い)と言って良い。⁽³⁾

《法解釈学説は、もはや裁判、取り分け最高裁における判断形成について、基本的に、その導きの糸ともなり得なければマニュアルとしての機能をも果たし得ない。しかしそれは、裁判官の「良識」を如何に適切な「法の言葉」で表現するかについて、重要な支えを与えるものとして機能し得る。これをより詳しく説明すれば、以下の通りである。

先に見たように、最高裁の判断形成過程は、様々な分野の「良識」を代表する15名の

裁判官による「究極の良識」の形成を図る過程であるが、この「良識」は、その表現に際して、「法の言葉」で語られなければならない。この意味において、15人の最高裁裁判官にとって、法概念や法理論について理解するということは、「究極の良識」を表現するために必要な共通言語を弁えるということなのであり、最高裁裁判官たるために最低限必要とされる「法律の素養のある」とはつまり、この共通言語が使えるということの意味する。ある言語を「使える」とは、個々の言葉の意味を知り、そのことによって他人の言おうとすることを理解し、それらを適切に組み合わせる自らの意を他に伝える方法を知り、そして何よりも、そういった手段によって他に伝えるべき十分な内容を持つということである。このそれぞれにおいて、どの程度の広さ、深さ、明確さを持つかによって、その表現が、他にどれだけの感銘を与え、影響を及ぼすかが大いに異なってくる。同じ日本語を用いながら、文豪あるいは大作家と称される人々が書く文章が庶民に与える感動と影響の度が凡人の場合と異なるのは、ここのところの違いによる。庶民は、文学や哲学が無くとも生きて行くことはできるが、しかし、優れた文学や哲学が人生の質を高めてくれることもまた、大いにあり得ることである。これと同様に、裁判官は、法解釈学説が無くとも、裁判をしていくことはできる。15人の裁判官の中に行政法学者がいなくとも、最高裁は、行政事件について判断を下して行くことが、充分可能なのである。しかし、そこで用いられる「法の言葉」において（言葉を換えて言えば、判断が行われる「言語空間」において）、上記に述べたような意味においてより優れた表現を、学者の言説の中に見出すこともまた可能であろうし、そこに自らの判断の支えを見出すこともまた可能な筈である。学者は、このような裁判実務における自らの立ち位置を十分弁えた上で、その言語表現能力

を磨くべきであろうし、また、裁判官は、このような表現に接することに努めることによって、その表現の質を上げることを図るべきである。》⁽⁴⁾

また、このような認識は、すでに少し前に行われた対談中の発言にも見られたものである。最高裁が示す枠組みの一般性について、
《厳密に言えば、判例はその事件についてだけのものなのです。この事件についてはこういうことを最高裁は言ったと、実はそれだけなのです。ただ、一般的な枠組みが独り歩きすることもあるし、下級審などはそれに則ってやりますし、最高裁自身もまたそれに似たようなことをやることはあるのです。だから、それは甚だ微妙なのですが、最後は、あれはこれとは違う、あれはこれだけだったのだという道が、必ず残っているのです。》⁽⁵⁾

《……最高裁の判決はその事案についていかに最も適正な判断をするかということが出発点になっているわけだから、そこを押さえておかないと、あらゆる議論が空振りに終わったり、おかしな方向に行ってしまうりする可能性がある。それは自分が裁判官をやってみて、痛切に感じました。学者の時代に思っていたことと一番大きく違ったのはそこではないかと思います。》⁽⁶⁾

《どうしても、学者は、書いてある一般的な論理をもってこれが判例だということで、それを前提としていろいろな議論をしますし、またそのこと自体必ずしも間違っているというわけではないのですが、そこには注意が必要です。厳密に言えば、こういう判決があるけれども、これはこの事件についてこうだと最高裁は言った、というだけのこと、あるいは、この問題に関して、こういうことを言っている最高裁判決がある、というだけのこと。要するに、1つの参考例にすぎない。私を始めとして、学者は、とかく話を一般的にしたがりますし、まして学生などはそうだと思いますが、そこはいまひとつ要注意であ

ることを理解していただきたいと思います。》⁽⁷⁾

Ⅲ 辻村教授の「選挙権権利」説と「市民主権」

他方で、判例の動向に、学説のほうがある理論的根拠を提供しようとすることもあり得る。

いわゆる投票価値平等訴訟における一連の最高裁判例の流れは、近年周知のごとくにわかeniに限りなく厳格な一人一票という方向に収束する勢いであるが、そもそも選挙権が問題とされる法的局面・性格に関する理論のほうも、当初の①「平等原則説」から、②平等権説へ、そして、③選挙権権利説へと移っていると指摘されている。⁽¹⁰⁾

選挙権の法的性格については、拙稿をすでに公にしているのここでは繰り返さないが、法理論上は、これには「権限」と「権利」との両方の性格が含まれていると考えられる。憲法上の明文はそれを投票価値平等の問題について、はっきり述べてはいない。憲法解釈論として、この「権利」の側面を強調して、さきの選挙権権利説を主張することは1つの積極的な提言ではあり得よう。が、それはあくまでもさきの法理論上の性格を押さえた上での政治的な立論として認められ得るものであろう。⁽¹¹⁾

最高裁の判例の近時の動向についてもそのようなものとして、位置づけられ得るものである。

Ⅳ 最近の学説の対応

最高裁が議員定数不均衡訴訟等において、司法の積極主義の傾向を強めてきていることに対応して「市民主権」論、そして選挙権の権利説がその理論的裏付けを提供しようと懸命になっているごとくであるが、しかし、最近の学説によって全面的に支持されているかと言えば、それは必ずしもそのようにはなっていない。

(1) 辻村教授の〈ユニットとしての近代主権国家〉のゆらぎに対応して提出された「市民主権の憲法学」の一端を検討する山元一教授はつぎのように述べている。⁽¹²⁾

《……辻村の立場からすれば、『市民主権の可能性』を論ずることの意義・必要性が、まさに「国民国家相対化」という地球規模で進行している大文字の状況の中で、「意思の多元化と脱国民国家化の要請に対応しうる構造を内包」した憲法論を構築することころにあったのであるから、(b)の疑問（今日の憲法学が取り扱うべき主題を「市民主権」論は適切に問題にし得ない、というもの＝堀内）を発することはナンセンスであり、まさに、「市民主権」論の大きな目的が、〈ユニットとしての近代主権国家〉の存在を憲法論上疑問に付した上で、「市民」の集積体が主権主体として、即自的に能動的積極的に活動することを想定した主張である、とされよう。しかし他方、辻村によれば、『人民』に主権が帰属するという場合、「市民主権」という名称の個人主義的トーンにもかかわらず、やはり「集合体としての『人民』に帰属することを意味する」ことは否定しえないとされ、この意味において、「法人一機関説的な構成をとらざるをえない」ことが容認されている。

このようにしてみると、辻村の「市民主権」論は、一見すると明快な理論構成であるとの印象を与えるが、筆者にはかなり内在的な理解の難しい主張であるように感じられる。》

(2) また、一方でプーブル主権論とそれに結びついた権利説は、ルソーを引いて一般意思と個々の意思に通底する部分があることを前提にして、現在なお迫力ある議論を構成しようとする小島慎司教授は、他方でつぎのように述べている。少し長くなるが引用しておこう。⁽¹³⁾

《教科書的には通説でないにせよ、プーブル主権的な権利説は、近年の政治に極めて適合的であると思われる。その象徴的な例が

「マニフェスト選挙」である。

選挙時のマニフェストを有権者団との契約と考えて、それによって議員の行動を拘束し、内閣と与党がマニフェストにない政策（たとえば消費税の増税）を実施するならば先に衆議院を解散せよと迫る—こうした論法はプーブル主権論のものであった。杉原は、1989年公刊の教科書ですでに、「とりわけ重要問題について、各政党の公約に『人民』による政策決定としての意味を付与しうるよう、具体的な内容と拘束性をもたせるというやり方や、総選挙の際に『人民』の判断を問うというやり方もある」と主張していた。辻村も、これを支持し、「候補者や政党に対する信任機能を越えて、マニフェストを媒介とした契約選挙（政党の公約を媒介として選挙民に対する議員の従属性を確保するような『現代的な命令的委任』としての民意実現システム）を実施することが今後の課題となろう」とする。

さらに、世論調査の結果を受けて次回の選挙を意識するあまり、政党内部に党首や政策を変える圧力が生じる現象も、また、その世論調査に調査機関の恣意が介在しているとの批判も、日々流動するプーブルの「民意」の正確な把握に努めるものであろう。そうした意味で、プーブル主権論、権利説は時代を先取りしていたとすらいえる。

先に引いた『新エロイーズ』で描かれた仮面のない人間関係は、ルソーの理想であったとしても、通常は耐え難いようにも思われる。それでも、現在、プーブル主権論的な見方がアクチュアルなのはなぜか。原因はもちろん複合的であろうが、本論文は、政治の目標が何かについて共通理解が失われたことが一つの原因ではないかと考えている。正解がない以上、受任者にとっては、委任者の意思を正確に把握しそれに従うことで、その自律的決定を阻害しないことこそが大事である、あるいはそれ以外に判断の物差しがないとき

れているのではないか。いわば、選挙権を公務と考えたくともそれが実質的には不可能であり、もはや権利でしかありえないという具合である。マニフェスト違反をこまごまと指摘し「民意」との乖離を論難し続ける姿勢は、失われた自らの半身のような理想の異性を追求するのではなく、多様な異性をやむことなく求め続けるドン・ファンの思考を前提とすると思われる。プーブル主権論、権利説という「燃え上がるような情熱で社会を改革しようとする」議論にも思えるが、そのイメージは、社会が一定の方向へと発展するという歴史観ゆえに生じるものであろう。プーブル主権論をその歴史観から切り離して純化させるならば、価値の分裂した近代社会では、政治は「民意」とともに行く当てもなくさまようしかないと考える。むしろドライな議論と化するように見える。

しかし、こうしたドライな議論が本当に説得的かは一考を要する。政治には正解がないのだからせめてプーブルの自律的決定を、という主張そのものだけではなぜ正しいといえるのか。仮に外部から客観的に政治を見られるならば、そこには正解がないといえるとしても、なればこそ、社会の内部では正しい（とされる）政策をプーブルの意思に反してでも進めたり、そうした国会や内閣を信用したりすることが好ましいのではないか。だからこそ、本論文は、現在のところ、選挙権が権利でしかありえないという虞を知らしめた、その消極的意義を認めつつも、権利説には与しえない。したがって、選挙制度についての立法裁量を統制し、たとえば投票価値の平等を厳格に求めることも、それのみに関心を向けプーブルの自律的決定の余地を認めればそれでよい（選挙制度の設計を導く原理はその程度のことに尽きる）という趣旨であってはならないと考えている。たとえば、近年の最高裁は、参議院議員（選挙区選出）選挙につき都道府県単位の選挙制度の改革を求め

てきた。これは、定数配分にとどまらず選挙制度そのものについて立法裁量を深く審査してきたことを意味する。しかし、重要なのは、そこでの最高裁の判断が投票価値の平等を頭から重視するものではないことである。すなわち、最大判平成24年10月17日（判時2166号3頁）は、憲法が、「限られた範囲について衆議院の優越を認め」る一方で、「立法を始めとする多くの事柄について参議院にも衆議院とほぼ等しい権限を与え、参議院議員の任期をより長期とする」ことで、両議院の役割をほとんど対等のものとしており、その結果、いずれもが政党化せざるをえないことを指摘した上で、それを前提に、投票価値の平等を強く求めている。つまり、正しい国政のあり方、そこでの第二院の役割についての検討を先行させ、その内部で投票価値の平等が一つの考慮因子としてしかるべき理由に基づいて優先、劣後されうるとの判断枠組みが採られているのである。本論文は、こうした枠組みが好ましいと考えるものである。》

《たとえば、高見勝利『政治の混迷と憲法一政権交代を読む』（岩波書店、2012年）第9章は、参議院を地方の代表として衆議院とは性格の異なるものとするべきであり、その議員の選挙制度を考える上では投票価値の平等も劣後せざるをえないと主張する。この見方と平成24年判決との衝突は、正面からの検討に値する。》

(3) いずれも、辻村教授の理論を好意的に理解したうえでの見解の表明である。が、結論としてそのままに同調してはいない。

要するに、依然として、「人民主権」論のなかに含まれる「人民」と個人である「市民」の関係が明快に決着がつけられていない。

また、「市民主権」に含まれる、徹底した純粹無内容な「民意」の実現は、何事も自律的決定に委ねるべしというだけであり、それだけではどのような政策的価値が望ましいかという実質的議論には至らない。

V 「司法政治学」

ここで、これも近年有力になりつつあるいわゆる「司法政治学」⁽¹⁴⁾の主張にも言及しておこう。司法の積極主義にやはり大いに関連する一つの潮流になりつつある理論である。

伝統学説にあっては、もともと「立法・執行（統治を含む）」が、積極的に国家・国民の意思形成を図り政治的統合活動をするいわゆる「政治部門」とされるに対して、「司法」は、持ち込まれた事件・紛争に法を適用して解決・決着をつけて、法的正義・価値を実現するいわゆる「法原理部門」としてこれに対置されてきたものである。⁽¹⁵⁾

ところが、これに対して「司法政治学」にあっては、これとは根本的に異なる主張が展開されていて、特に注目されるのである。

もっとも、この理論の考察はもっぱら「違憲審査制と憲法秩序の形成のあり方」に限定されていることにまずは注意をしなければならぬ（従って、話は全く別だと言うことかもしれないが、しかし、対象が特に日米といういわゆる付随的違憲審査制を採っている国家の議論であり、ドイツなどの憲法裁判所の議論ではない⁽¹⁶⁾）が、そこでは、裁判所において違憲審査制が機能するためには、規範的資源、政治的資源、実務的資源を保有していることが重要であるとする。そして、日米間において同一の審査制を採りながらもこれらの資源量には大きな格差があり、制度運用が対照的になっていると指摘されている。

かかる視点から、例えば、アメリカでは「司法も統治機関として実質的正義の実現や社会のニーズへの応答に能動的に取り組むことが期待され」、また、政治的「指導者は、司法省を通して創造的な法理論を提供し、その後の積極主義の先例的基礎となるような、画期的違憲判決を形成してきた。また、裁判官選任手続や裁判手続の解放的運用は」、「裁判所の専門性と民主的正統性の両方を強化してきた」とされる。⁽¹⁷⁾

そして、わが国でも特に「2001年の司法制度改革審議会意見書」が「法の支配や国民主権の観念を基礎に、司法部を政治と並ぶ『公共性の空間』を支える柱として再定位し、立法・行政に対する司法チェック機能の充実・強化を規範理論的に正当化した」ことを重要視している。⁽¹⁸⁾

このようにして、違憲判決が政治部門や国民に大きな影響を与えることになることにより、「裁判官による非民主的支配」との批判に一層さらされやすくなることから、アメリカでは、裁判参加手続（アミカス・キューリー制度）や裁判官選任手続（上院公聴会制度）といった司法の民主的回路・開放性を備えることが確保されている。かくて、これらが動的で民主的な憲法秩序形成の一場面として機能しているのだという。^{(19) (22)}

いまや、1980年代以降の「違憲審査制と民主主義」の緊張関係の問題、ディレンマは、アメリカの憲法過程に見られる「多元主義的憲法秩序形成」により緩和されようという。そこでは、つぎのようだという。

《各統治過程（立法過程・執行過程・司法過程）の内部に存在する諸グループが、他の統治過程内部や市民社会にある同じ憲法秩序構想を持ったグループと連携しつつ、他との交渉・妥協や討議・説得を重ねながら、秩序形成をめぐる争っている。憲法解釈はそのような機関横断的なグループ間の対話と競争の中で継続的に形成されており、連邦最高裁判所の多数派の憲法解釈によって論争に終止符が打たれるのではない。むしろ、それは新たな憲法論争を創出するのであり、そこでの議論が判決に対する立法的対応、今後の裁判官指名、新たな訴訟提起とそれへのアミカスとしての参加などに反映され、連邦最高裁判所内の諸グループに影響を及ぼしたそれが繰り返されることを通して、時間軸の中で憲法解釈が形成されていくのである。したがって、特定の時点で公的に通用している憲法解

釈は、上記競争過程において動的均衡状態にある暫定的な性格を持つものとして理解できよう。（そして、憲法秩序の構成要素として確立されたものについては、公聴会等で公的かつ民主的に確認される。）このような憲法秩序形成のあり方においては、最上級裁判所の判決によって憲法解釈をめぐる論争が終結するわけではないことから、「違憲審査制と民主主義」の問題は緩和されることになるであろう。》⁽²⁰⁾

《司法政治学の知見によれば、裁判官は法的正当性を意識しつつ、主観的価値判断も伴いながら、他の裁判官をはじめとする諸アクターとの相互作用の中で、ありうる複数の憲法解釈の中から1つを裁量的に選択しており、いわゆる「法の価値中立的発見」ではなく、実践的・法形成的な「公共的意思決定」に従事しているといえる。このような判決行動は憲法条文の抽象性・多義性や、判決の集合的決定としての性質に照らせば不可避であり、こうした実態を踏まえれば、裁判官が民主的に制定された法令を覆すことの正当性を問うことには重要な意味があるといえよう。》⁽²¹⁾

このような主張が、今日のわが国の実定憲法にそのままに適用できるわけではなく、そしてまた、先にも述べたごとき近代憲法の構成が、その後現代国家的変容を受けた後においても、例えば、ドイツの政治的憲法学の代表者の一人であるR・スメントにおけるいわゆる統合理論的構成においても、ここまで内容的にも進化した提示は見られなかったものである。⁽¹⁶⁾しかし、今後の司法の方向を考える上で、もはや看過し得ない内容を含んでいることは明らかであろう。

VI 結び、多様化の中での伝統学説の価値—最後の決定権と価値論的吟味の必要

(1) 本稿表題は、「司法国家」という言葉を使用した。これは権力の均衡を前提とした古典的な「自由・法治国家」と区別する意

味を持つ。近代憲法（論）は権力分立体制のもとで、権力による恣意的支配ではなく、法による統治を確立し、もって国民の自由を保障しようとした。この体制はしかし、その後の発展・展開により様々の変形を経験してきた。それ故に、単に「権力分立」という原理一つを持って、何らかの憲法解釈上の帰結を導くことはできないものとされてきた。⁽²³⁾

O・W・ケギーは、このような権力バランスの変形が見られる体制を類型化し、「司法」に憲法の重心があり、少なくとも通常の状態では「司法」が最後の決定をする国家のことを「司法国家（Der Jurisdiktionsstaat）」と名付けている。^{(23)a} その最も有名な例として18世紀末前の北アメリカ合衆国憲法が憲法変遷の手続きで、judicial reviewの拡大をもって確立したものを挙げている（司法による統治government by judiciary）。⁽²⁴⁾ もちろん、このような違憲審査制が、アメリカでどのように解釈され、またその後今日に至るまでどのように展開したのかは、ケギーの知るよしもない。想像を遙かに超える拡大を見せたわけである。⁽²⁵⁾

(2) このような意味での「司法国家」においては、「司法積極主義」や「司法政治学」は適格的であろう。また、「市民主権」論で選挙権の権利説を打ち立てて、一人一票制を求める選挙裁判への理論提供に努める学説の営みも「法律違憲判決」への格好の政治的憲法論となろう。憲法学説が裁判には役立たないと断ずる裁判実務も同様の流れに沿うものである。

しかし、問題は、憲法の最後の決定が「司法」にあるべきだという主張も、「市民」の決定に委ねられるべきだとの主張も、実は個々の所与の課題に内容的な吟味がなざりになっていないだろうかと言うことである。伝統学説のもと、選挙区のあり方は、行政区画などの実態に配慮して立法による法政策に委ねることが、真に不合理であるのかどう

か。それが人間の価値観に基づく差別になりうるのか。また、今日話題となっている地方創生や地方分権の要請などとの調和も必要であろう。⁽²⁶⁾ 今日の価値観が多様化し複雑に絡み合った社会的諸問題につき、結局は裁判所による最後の決定やその都度の直接民主制的決定にことを委ねざるを得ない状況であろうが、しかし、だからといって真の問題の内在的吟味が絶えず不可能だと言ってそれに取り組む姿勢を放棄してばかりはいられない。

（平成28年4月8日）

注

- (1) これに関しては、堀内健志「憲法上の『立法・司法』関係のロジック」『青森法政論叢』12号（青森法学会、2011年）98頁以下、同「統・憲法上の『立法・司法』関係のロジック」『青森法政論叢』13号（青森法学会、2012年）107頁以下参照。
- (2) これに関しては、別稿堀内健志「司法と政治」で検討している。
- (2)a 他にも、つぎのように述べられている。「これまでの日本の判例分析では、自己の憲法体系から判例を眺めて、その距離をもとに判例を評価することが多かったように思われます。このような作業自体は、法や法学の発展にとって非常に重要な営みですが、他方で、その体系とは異なる判例体系の中にいる現場の裁判官にとってみれば、参考にすることが難しかった面もあるように思われます」（「憲法学のゆくえ2-2 [座談会] 憲法学と司法政治学の対話（前篇）」『法律時報』86巻9号（日本評論社、2014年）104頁 [見平典発言]）。
- (3) 藤田宙靖「法解釈学説と最高裁の判断形成」『東北ローレビュー』（商事法務、2014年）4-5頁。
- (4) 前掲書6-7頁。
- (5) 藤田宙靖・中川丈久・蟻川恒正教授による対談「特別企画藤田宙靖先生と最高裁判所」(2)『法学教室』401号（有斐閣、2014年）44-5頁。
- (6) 前掲書45頁。
- (7) 前掲書45-6頁。そして、この企画において、憲法事件では、一票の較差訴訟事件（補足意見）、君が代ピアノ伴奏拒否訴訟事件（反対意見）、婚外子国籍取得訴訟事件（意見）、広島暴走族追放

条例事件（反対意見）などについてのそのような判断に至った個別事情が明らかにされている。

例えば、国籍法違憲判決で、藤田意見は、《〔中川〕……論理の途中で本件区別は違憲だということは言われるものの、憲法適合的解釈だから当然と言えば当然なのかもしれないのですが、一貫して違憲としない理屈を立てて、それでいてこれだけの大きな変化を、しかも立法府が手を出す余地なく、もうこのままでいいのだと言っているのは、これはやはり凄い。多数意見判断をしている分、立法者意思から離れることができるけれども、国籍法の規定を合憲とした上でどこまでも法解釈で押していくという選択をした藤田意見は、立法者意思との整合性を自ら進んで弁証していかないと論理にならない。

そういう、多数意見よりも不利なフィールドをあえて選んで戦って、それでどうとうそれを通してしまったのですから、これはアクロバットではないかと。

〔藤田〕アクロバットです。だけど、もしこの結論に嫌なら立法府が変えればいいので、要するに準正子のほうも駄目よと削ってしまえば、理論的にはそれでいいわけですね。……

〔中川〕……「この判決で示した法令解釈を立法府が気に入らないならば、後で立法府が法改正すればよい。司法として、いまやるべきことはやるのだ」という、議会と司法がキャッチボールをするというダイナミックな権力分立観を感じます。

〔藤田〕それはそうなんです。同じことを、私はもう一つ、例の東洋町のリコール事件（最大判平成21・11・18民集63巻9号2033頁）でもやったのですよ。この結論が嫌なら政令を変えればいいじゃないかと。それは言ってみれば居直りみたいなものですけどもね。

〔中川〕その意味では、非常に攻撃的な最高裁判決と言えそうです。その発想は、他の裁判官には共有されているのでしょうか。多数意見のほうはそこまで言わないと思いますが、補足意見もあり先生以外には書かれていないような気がします。

〔藤田〕例えば、国籍法違憲判決でも、今井功裁判官補足意見、近藤崇晴補足意見が、同じようなことを指摘しています。》

《〔藤田〕例えば、「対談の違憲審査」という考え方（参照、佐々木雅寿『対談の違憲審査の理論

〔三省堂、2013年〕）などからすれば、そうなるでしょうね。他方ではしかし、そこまで言わずもがなという意見、藤田は品がないという感想もあるかもしれない。

〔中川〕これは従来の「議会と司法」の関係についての通念とは少々違うかもしれませんが。従来は、裁判官は淡々と裁判をしていて、よほどの場合だけ違憲判決をするという静的な権力分立であると思いますが、これとは異なり、国会と裁判所が、お互いに知恵を出し合おうという感じです。私は、機能不全を起こしている現在の行政国家では、司法もこうした積極的なイニシアティブをとることにためらわないことこそ、非常に健全な裁判所の在り方ではないかと思って、この動きを非常に注目しております（中川丈久「議会と行政」磯部力＝小早川光郎＝芝池義一編『行政法の新構想Ⅰ行政法の基礎理論』〔有斐閣、2011年〕121頁、162-165頁）（特別企画前掲251頁）。

(8) 規範適合性と規範執行者の審査、決定権については、H・ケルゼン著清宮四郎訳『一般国家学』475-492頁。

(9) ドイツの事情については、ペーター・ヘーベルレ著畑尻剛・土屋武編著『多元主義における憲法裁判』（中央大学出版部、2014年）4-5、250-251、294-295頁など。ヘーベルレは、『司法積極主義』と『司法消極主義』のプロセスはもちろん最終的には学によってあとづけることしかできない。このプロセスは学によってその根源を究明することはできない。このことに対しては慎重さが要求される」と述べている（iv頁）。

(10) 辻村みよ子「『権利』としての選挙権と『投票価値平等』」『明治大学法科大学院論集』第14号（明治大学法科大学院、2014年）102頁以下など参照。

(11) 「市民権」については、辻村みよ子『フランス憲法と現代立憲主義の挑戦』（有信堂、2010年）169-170頁なども参照。

(12) 山元一「現代憲法理論における主権—『市民権』論をめぐる一考察—」『法学』77巻6号（東北大学法学会、平成26年）235頁以下。引用箇所は243頁。

(13) 小島慎司「選挙権権利説の意義—プーブル主権論の迫力」『論究ジュリスト』1号（有斐閣、2012年）49頁以下。引用は、55-56頁。

(14) 「司法政治学とは、司法に関わる諸アクターの

- 行動や相互作用を記述し説明することを任務とする、政治学の一分野である」という。見平典「憲法学のゆくえ2-1 [基調報告] 憲法学と司法政治学の対話—違憲審査制と憲法秩序の形成のあり方をめぐって」『法律時報』86巻8号 (日本評論社、2014年) 93頁以下。さらに、曾我部真裕「憲法学のゆくえ2-1 イントロダクション」同87頁以下、見平典・宍戸常寿・曾我部真裕・山本龍彦「憲法学のゆくえ2-2 「[座談会] 憲法学と司法政治学の対談 (前篇)」同86巻9号102頁以下、2-3同 (後篇) 同86巻10号104頁以下などを参照。
- (15) 佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年) 575頁以下参照。
- (16) それ以前のドイツの学説については、堀内健志『ドイツ「法律」概念の研究序説』(多賀出版、昭和59年) 267頁など参照のこと。但し、同じR・スメント学派の系譜に属すると思われるP・ヘーベルレの論調は、「多元主義における憲法裁判」としてより積極的姿勢が示されていることは既に触れた(ペーター・ヘーベルレ・前掲書253、281、291-302、325頁など参照)。
- (17) 見平典・前掲94-95頁。「司法積極主義の政治的構築」については、前掲[座談会](前篇)107-108頁参照。わが国において、政治環境が、政権が自己の政策を国会で実現することが難しくなるときに司法積極主義の政治的構築が生じうるといふ[見平発言]。また、社会のニーズへの「応答性」については、同108-109頁。わが国では、婚外子相続分規定違憲決定(最大決平成25年9月4日)が法の安定的適用や論理性よりも国民の意識の変化に対応する応答性を重視した、また国籍法違憲判決(最大判平成20年6月4日)の事情の変化論の積極的使用も論理性よりも応答性を重視したものとみることができるといふ[山本発言]。
- (18) 見平典・前掲97頁。
- (19) 前掲98-99頁。
- (20) 前掲100頁。
- (21) 前掲100頁。
- (22) これに対しての批判的見解としてつぎのような指摘がなされている。《……憲法の要求以上に、司法の開放性を求めることにはそもそも懐疑的です。》《最近では、(アメリカの=稿者)上院での承認手続もかなり党派化しているといわれます。上院自体の党派化もあるでしょうが、(最高裁裁判官の=稿者)承認手続の性格は以前とはだいぶ

- 変わってきていると思います。えげつなくなってきた。仮にこれをむき出しの民意というならば、果たしてそれによって司法の民主的正統性は高められるのか。》《司法積極主義の政治的構築というご議論を司法も「領地」に含めた政治の陣取り合戦と考えれば、市民に「やられたらやり返す」という思いが出てくる。解放された司法=政治過程で敗北してしまうと、自分と政治的イデオロギーの異なる方向で積極化した最高裁にこてんぱんにやられることになる。だからこそ、司法=政治過程に参加する意欲、と申しますか、闘志が湧く。》《仮にこうしたラディカル・デモクラシー観をとるにしても、誰がその「条件」をモニタリングし、維持するのか、という問題が生じます。結局、最終的には民主制の「外」に監視者がいなければいけない。「理」に、あるいは法律専門職が必要になるのではないのでしょうか。そうすると、結局は、法原理機関としての要素を最高裁に認めざるをえないのではないか。こうした要素がないと、シュミットのな、「敵」を抹消するような世界になってくるようにも感じました》(前掲[座談会](後篇)107頁[山本発言])。また、《1930年代後半の最高裁は、……経済政策立法に対しては司法消極主義の姿勢をとり始め》、《1990年代のレインキスト・コート時期は、保守的な方向で積極主義化していました。そこでは、人権擁護的な連邦法が、連邦議会権限の制限的解釈によって違憲とされることも多かった》ので、《資源を投入すると必ず積極主義化するというわけではない》(前掲109頁[山本発言])。
- (23) 小嶋和司「権力分立」『小嶋和司憲法論集2巻 憲法と政治機構』(信山社、1988年)所収245頁以下参照(初出は、宮澤俊義先生還暦記念『日本国憲法体系第3巻』(有斐閣、昭和38年)所収)。後出の注24の文献で、ケギーも、そのような「権力分立」原理一つからの結論の推論は「不当前提(petitio principii)」であると説明している(S.238 ff.)。
- (23) a 「立法国家(Der Gesetzgebungsstaat)」、「行政国家(Der Exekutivstaat)」に對置されている(注24の文献のS.222ff.,S.236ff.)。
- (24) Oskar Werner Kaegi, Zur Entstehung, Wandlung und Problematik des Gewaltenteilungsprinzips, Eine Beitrag zur Verfassungsgeschichte und Verfassungslehre 1937 S.232ff.

(25) これについては、別稿堀内「司法と政治」で概観している。また、アメリカ合衆国憲法の成立期における「裁判所の法律審査権」解釈についての様々の議論については、清宮四郎『権力分立制の研究』（有斐閣、昭和25年）162頁以下にも紹介されている。

法律審査権と権力分立制の関係について、清宮教授はつぎのように結んでいる。《……ケルゼンは、およそ司法的立法審査は権力分立原理に対する明白な侵害であるという。一般的にせよ、箇別的にせよ、法を廃棄すること（annulment）は、立法作用、いわば、消極的立法行為であり、一箇別的または一般的に一法を廃止する権限がある裁判所は、消極的立法者としての作用を行うものであるという理由から。裁判所の審査、決定の効力については、アメリカでも、（イ）当該事件に限り法律の適用が拒まれるとする説、（ロ）憲法の解釈を有権的に確定する効力も含むとなす説、さらに、（ハ）法律そのものを客観的に無効となす説などいろいろの説がある。もし、（ハ）のような説を採れば、消極的立法の結果となり、それだけ立法権を侵すことになるが、かの地では（イ）説が有力のようである。『司法権の優越』といわれる法律審査制度においても、司法権と立法権とが分離・独立し、司法権による立法権の抑制が両者の均衡を保つとみられる範囲内で行われる限り、理論上は正面から権力分立制を破るものではないといえるにしても、実際上は権力分立の限界を逸脱する結果をまねくおそれはある。また、それによって、本来、政治的に無色であるべき裁判所が政治的に染色され、「政治の司法化」をねらって設けられたこの制度が、かえって『司法の政治化』の結果となり、新たな権力の濫用を生ぜしめる危険もある。……》（清宮・前掲書203-4頁）。伝統学説の視点から今日的「司法の政治化」へ危惧が表明されていた。

(26) 朝日新聞平成26年11月5日によれば、アメリカ上院の選挙制で「一票の較差」が66倍となる実態があるとして、州の代表権の保護という理由で改正が不可能だという。連邦制を採用している他の国にもこのような事情はあり得る。だからというわけではないが、人間の価値観による差別はもちろん認められないが、純粋に人口要件のみを基準とした数字的均一の主張はあまりにも現実的諸要素をネグレクトすることになる恐れがある。な

お、平成26年11月26日最大判は、参議院選最大較差4.77倍につき、違憲状態であるとし、「合区」などして都道府県単位の選挙区を見直すことが必要であるとした。そして、平成27年7月参議院選挙区の定数を10増10減するとともに、鳥取・島根、徳島・高知の「合区」を導入し、平成28年より適用することとした。これも一つの立法政策たり得ようが、毎回、数字だけを根拠に線を引き直すということの是非が問われる。