

最近の憲法裁判所導入論議について

— 一つの整理 —

中
谷
実

- 一 はじめに
- 二 憲法裁判所導入にコミットする立場
 - (一) 違憲審査の運用実態の認識
 - (二) 運用実態を生み出す要因の認識
 - (三) 運用実態への評価
 - (四) 憲法裁判所型への評価
 - (五) 憲法八一条の違憲審査制の捉え方
 - (六) 諸提言
- 三 憲法裁判所導入に批判的な立場
 - (一) 違憲審査の運用実態の認識
 - (二) 運用実態を生み出す要因の認識
 - (三) 運用実態への評価
 - (四) 憲法裁判所型への評価
 - (五) 憲法八一条の違憲審査制の捉え方
 - (六) 諸提言
- 四 おわりに
 - (一) 整理と検討
 - (二) 今後の課題

一 はじめに

日本国憲法は、戦後、アメリカの大きな影響の下、司法制度を改革し、司法権は従来からの民事・刑事事件の他に、行政事件を射程におさめるとともに、憲法八一条は、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が法律に適合するかないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定し、違憲審査制を備えるに至った。この違憲審査制の性格につき、当初、そして、その後も、学説上——司法裁判所型の付随的審査制であるか、それとも抽象的審査制を内包させる憲法裁判所型であるか——争われてきたが、実務上は、昭和二七年の警察予備隊違憲訴訟（最大判昭和二七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁）を経て、アメリカ型付随的審査制として定着し、半世紀の間に、多数の憲法判例が生み出されている。

しかるに、わが国の最高裁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つた。そのような評価を背景に、英米法の研究者であり、また、最高裁判事でもあつた伊藤正己氏（以下、伊藤教授とよぶ）が、退官後の一九九四年、『裁判官と学者の間』という書物において、司法消極主義の現実を憂い、処方箋として大陸型の憲法裁判所の導入を提言した。また、同年一二月、読売新聞社は、いわゆる「読売新聞憲法改正試案」を発表し、八七条においてドイツの憲法裁判所制度を真似た制度の導入を提唱している。その後、伊藤教授の流れを汲んだ提言がなされるとともに、他方、このような提言に対する反論も見られる。

これまでの抽象的審査制の議論も、憲法七六条、八一条の解釈にとどまらず、運用実態、比較憲法的観点からの検討がなされていたが、近年の憲法裁判所型違憲審査制導入論議は、半世紀にわたるわが国の——そしてまた、ドイツやアメリカの——違憲審査制の運用実態に対する評価をもとになされており、さらに、現在、衆議院、参議院の憲法調査会において、憲法裁判所導入が議論されていることから、その重みは極めて大きいように思われる。

本稿は、近年の憲法裁判所導入をめぐる論議について、憲法裁判所導入にコミットする立場——本稿では、この立場を広

く捉え、純粹な抽象的審査を導入すべきとする立場だけでなく、その論者の思考のベースにおいてドイツ型憲法裁判所の精神にコミットしていると思われる論者の主張も含める——と、憲法裁判所導入に批判的な立場に大別し、それぞれの立場が、①半世紀にわたる違憲審査の運用実態をどのように認識しているか、②そのような運用実態を生み出している要因をどのように捉えているか、③運用実態をどのように評価しているか、④ドイツ型憲法裁判所についてどのように評価しているか、また、それをわが国に導入した時の機能についてどのように予想しているか、⑤かねてから争いのあつた憲法八一条に規定する違憲審査制の性格についてどのように捉えているか、等の観点から整理する。そして、二つの立場、さらに、各立場内の思想の偏差を整理することにより、わが国における違憲審査制のあり方を考えようとする筆者の今後の研究指針を得ようとするものである。本稿で考察の対象とした論者も限定されており、また、各論者の論稿も十分にフォローしえていない。詳細な検討は後日を期したい。

注

(1) 平成一三年六月一二日付の司法制度改革審議会の意見書は、「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つたとすれば、種々の背景事情が考えられる」とし、活性化のための提言を試みるが(三注(8)参照)、憲法裁判所制導入の論議には触れていない。

(2) 本稿では、主として以下のものを考察の対象とした。

憲法裁判所導入にコミットする立場として——◎伊藤正己①『憲法〔第三版〕』(一九九五)、②『裁判官と学者の間』(一九九四)、◎読売新聞社編『憲法二一世紀に向けて』(一九九四、以下、読売試案と略す)、◎中村睦男①『憲法三〇講〔新版〕』(一九九九)、②「憲法裁判の現状と課題」曹時四七卷二号一頁(一九九五)、③「国民の権利実現と違憲審査制」ジュリ八五九号九六頁(一九八六)、◎戸波江二①「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」曹時五一巻五号一頁(一九九九)、②「憲法〔新版〕」(一九九八)、③「司法権・違憲審査制の五〇年」法時六六巻六号八五頁(一九九四)、④「ドイツ連邦憲法裁判所の現況とその後」ジュリ一〇三七号五三頁(一九九四)、◎畑尻剛①「憲法訴訟と憲法裁判」『憲法の争点〔第三版〕』二四四頁(一九九九)、②「具体的規範統制再論」法学新報一〇三巻二・三号四九五頁(一九九七)。

他方、憲法裁判所導入に批判的な立場として——◎樋口陽一①『憲法』(一九九八)、②『憲法判例を読みなおす』(一九九四)、③「比較憲法論から見た日本の裁判官制度像」判時一四二二号六頁(一九九二)、④「違憲審査制の近代型と現代型」法時三九卷九号八頁(一九六七)、◎奥平康弘①『憲法裁判の可能性』(一九九五)、②『憲法——学習と実践のために——』(一九八一)、◎新井章『憲法裁判五〇年の軌跡と展望』ジュリー一〇七六号一六頁(一九九五)、◎横田耕一「違憲審査制の性格とその運用」ジュリー一〇八九号一五二頁(一九九六)、◎戸部信喜①座談会「日本国憲法五〇年の歩み」ジュリー一〇八九号三四頁(一九九六)、②「憲法学における憲法裁判論」法協一一三巻八号一頁(一九九六)、◎佐藤幸治①「わが国の違憲審査制の特徴と課題」『憲法裁判と行政訴訟』二頁(一九九九)、②『憲法〔第三版〕』(一九九五)。

二 憲法裁判所導入にコミットする立場

まず、憲法裁判所導入にコミットする立場の主張を伊藤教授の主張を中心に整理する。

(一) 違憲審査の運用実態の認識

憲法裁判所導入にコミットする立場は、五〇数年にわたる違憲審査の運用実態をどのように認識しているのであろうか。認識といつても実際には評価と絡み合っており、両者を厳密には区別できない。

(1) 司法消極主義⁽¹⁾

違憲審査の運用実態の認識に関し、例外なく指摘されるのは、司法消極主義という現実である。伊藤教授は、わが国の最高裁の憲法訴訟における特色の一つとして、「違憲判決がきわめて少ないこと」をあげ、「しばしば司法消極主義がめだつと指摘される」(一注)伊藤②一一二頁、「わが国の最高裁が司法消極主義をとっているという指摘は、その態度の是非は別

として、誤ってはいない」(伊藤②一三〇―一三四)という。中村教授は、「日本の憲法裁判の特徴として論者によつてはば共通に指摘されるのは、最高裁判所の司法消極主義的立場である」(中村②一頁)、「日本の最高裁判所が司法消極主義をとつて、最高裁判所の規定を違憲と判断したのは、わずか五件である」(中村②二頁)という。戸波教授は、「日本の違憲審査制の展開を分析した論稿は、裁判所の違憲審査権の行使が消極的にすぎ、有効に機能していないことを異口同音に指摘している。日本の司法権、とくに違憲審査制の五〇年を回顧することを目的とする本稿は、その基本的主張の点でそれらの研究と軌を一にする」(戸波③八五頁)、「違憲判決の数がきわめて少ない」、「人権尊重の立場に立つた判決もあるが、全体としては、違憲判断消極主義の態度が貫かれている」、「この点は、違憲審査権が適切に行使され、人権保障と憲法秩序の維持にとつて有効に機能している米独仏と対比すれば明らかである」、「憲法問題を正面から取り組む態度に欠けるきらいがある」、「権力を批判する姿勢に欠け、むしろ権力の措置を追認しようとする態度がみられる」(戸波③八六頁)と指摘する。⁽²⁾

畑尻教授は、「わが国の違憲審査制度が必ずしも十分には機能していないこと、特に最高裁判所の違憲審査権の行使が消極的であること、そしてこのような現状に対してわが国の違憲審査制度を活性化しなければならないことについては共通の認識がある」(畑尻②四九八頁)という。

(2) 裁判の長期化、憲法判断の著しい遅延

伊藤教授は、「わが国の憲法裁判、とくに最高裁判におけるそれはかなり特異な姿をみせている」として、「裁判の長期化は日本の司法の欠陥の一つであるが、深刻な憲法問題を含む事案はそれだけに長期化する傾向をもつ」(伊藤②二一―二二頁)という。読売試案は、「公布から四八年が過ぎ、さまざまな面で制度疲労が現れている」として、「なかでも大きな問題が、裁判の遅延である。民事・刑事事件ともに長い裁判は多く、特に憲法訴訟では十年、二十年もかかるケースが珍しくない。これが国民を裁判の利用から遠ざけ、『身近な司法』の実現が妨げられているという批判も起きている。この問題の解

決には、最高裁判所の改革が密接にからんでくる」(伊藤②二〇頁)という。

(二) 運用実態を生み出す要因の認識

憲法裁判所導入にコミットする立場は、右に見た運用実態、特に、司法消極主義という実態を生み出す要因について、どのように認識しているのだろうか。

(1) 内閣の人事政策

伊藤教授は、「最高裁の裁判官の人事において、内閣として積極主義の立場を鮮明にとる法律家を避ける傾向のあること(政権の交代のないことから、いつそう最高裁の構成の均質化がすすむことになる)も、その重要な要因」(伊藤②一一六頁)という。戸波教授は、「最高裁事務局の関与の下で内閣が裁量によつて行う最高裁裁判官の任命」(戸波③八七頁)が違憲審査の活性化を阻害するものの一つだという。

(2) 最高裁の過剰負担

伊藤教授は、「日本の場合、最高裁に係属する事件は年間四千件に及び、最高裁はその処理に追われるが、その多数は通常の民事刑事の事件であり、憲法上の争点を含まない」、「このような状況のもとでは、小法廷にあつては、最高裁もかつての大審院と同じような通常裁判所の最終審であるという意識を生み、憲法判断は例外的な事案に限られるとして、憲法の裁判所であるという考え方は低くならざるをえない。ともかく、ここでは憲法をまず考えるという態度は生まれにくい」(伊藤②一二四頁)という。戸波教授は、消極主義の理由の一つとして、「現在の最高裁判所の負担過剰の現状」(戸波①一八頁)をあげ、「現状では、最高裁判所は担当すべき事件や事務を多くかかえ、憲法判例について十分に議論する余裕がないまま

事件処理に追われざるをえない。それに関連して、現在の最高裁判所は人的にも訴訟上も民刑事の上告審の任務に重点を置いていたため、憲法事件の終審裁判所であるという認識が裁判官の間で乏しく、その結果、最高裁判所裁判官は民刑事の実務には精通しているが、憲法事件には必ずしも通じていない、という事態が生じている」(戸波①一八〜一九頁)という。読売試案は、「明治憲法下で上告事件を担当した大審院は、約五十人の裁判官で構成され、民事・刑事あわせて年間約三千年(昭和十七年)の事件を処理した。一方、最高裁判所は、三つの小法廷に分かれた十五人の裁判官が、年間約四千年の事件を処理している。最高裁判所の負担は大きく、これが審理の遅延と憲法判断を示すまで時間がかかりすぎるという結果を招いている。また、一般事件の処理に追われ、最高裁判所が憲法問題に消極的になりがちだという指摘もある」という(読売試案一〇三頁)。

(3) 小法廷の利用

伊藤教授は、「大法廷と小法廷の事件の分担は、それ自体として司法消極主義をもたらすものではないが、この制度の運用の結果として消極主義とつらなるものがある」、「最高裁の初期において、結論は合憲判断であったが、新しい判断であるために憲法問題が大法廷で裁判されたのであり、きわめて多くの大法廷の裁判のあったこと」「は知られるところである」、「しかし、最近はそれがきわめて少なく」なった、「このような減少の最大の理由は、憲法判例が蓄積されることによつて、合憲判断である限り、判例にのつとつて小法廷で処理できるからであり」、「最近では、憲法判例の多くが小法廷で処理されている」(伊藤②二二九頁)、「小法廷で憲法事件を処理すること」は、「憲法判断を避けるか、判例を引用して(ときにかなり無理をして判例の趣旨を援用して)合憲判断をすることとなり、司法消極主義へとつらなることになる」(伊藤②二二二〜二二三頁)という。

(4) 内閣法制局等による法令のチェック

伊藤教授は、「国会での審議はさることながら、政府提出の法案には所管の省庁、そして内閣法制局の厳密な事前審査があり、憲法にふれないかどうかもそこで十分にチェックされるし、地方公共団体の条例についても、自治省などの指導があり、立法の成立に先立って文面上違憲と考えられるような法令は排除され、合憲と考えられる線に修正をうける」、議員立法にも「発議に相当きびしい制約が付けられているし、議院法制局の働きもあり、チェック体制があるから、ここでも文面上違憲となるような法令の成立する可能性が少ない」、「このような立法過程の状況のもとでは、最高裁も違憲審査の眼を鋭くすることが妨げられる」（伊藤②一二六頁）という。

(5) とるに足らない違憲理由

伊藤教授は、民事事件、刑事事件の上告理由における憲法違反の理由について、「率直にいつて、その多くは、判例が確立して変更の可能性のほとんどないような主張であるか、法的にみてもまずとりあげるに足りない主張である」（伊藤②一二四頁）、「いわば立ち入って検討するに値しないような憲法上の主張を日常みせつけられると、裁判官の意識のうちで、憲法論不信とまでいかなくても、憲法的な主張を軽視する気持がよくなり、ともすれば違憲の主張を、仕方なしにつけた無理な主張であるとうけとる傾向を生む」（伊藤②一二五頁）という。

(6) 一元的な裁判制度

戸波教授は、「統一的なヒエラルヒーを形成する単一の裁判所制度、司法制度の頂点に立つて司法行政を行う最高裁判所に抗しえない下級審裁判官、裁判官協議会・会同での法律問題の検討、裁判官の国寄りの判断を助長する判検交流制度などの種々の事情は、いずれも違憲審査制の活性化を阻害するものとして機能しよう」（戸波③八七頁）という。

(7) 日本の精神的風土としての「和」の精神

伊藤教授は、日本の精神的風土としての「和」の尊重をあげ、「そこでは意見の相違が激突せず、むしろ調和が重んじられる」(伊藤②一一六頁)、このことが「少数意見を減少させ、学界などではきびしい対立のある問題についても全員一致の意見を誘出することになる。このことは憲法判断でもそれを均質化する傾向を生み、それは結果として消極主義に落ちつくことになる」(伊藤②一一六―一一七頁)という。そして、さらに、「このような内部的な和の精神よりも重大であるのは、三権分立のなかで他の権力への和の精神が重視され、裁判所は立法部や行政部の判断をできるだけ尊重しようとする体質があることである」、「この態度からは違憲判断はでにくいのは当然であろう。そして公権力の行使と対置される人権保障への配慮が稀薄化し、人権の確保を核心とする憲法裁判の活用が退化していくことになる」(伊藤②一一七頁)ともいう。

(8) 状況の変更を好まない態度

伊藤教授は、「法律家は、一般的に法的安定の確保を至上の目的とする。これは法の目的の実現からいつて当然ともいえる。とくに実務法律家にはそれがつよいと思われる」、「しかし、この法的安定を何よりも重視する裁判官は、既成事実を尊重し、現実に行われている状況の変更を好まない。判決の結果、現状をいちじるしく変革することになるような場合、それに対して萎縮することになる」(伊藤②一二二頁)という。

(9) ドイツ流の明確な概念構成、緻密な論理構造は憲法判断に親近性を乏しくする

伊藤教授は、日本の裁判官の事件処理の際の判断は、「どちらかというと英米的な具体的妥当性の実現を重んずるようであるが、判決を支える論理のくみ立て、判決文に示される理由づけにおいては、ドイツ流の明確な概念構成、緻密な論理構造が好まれる。これは民事たると刑事たるとを問わずそうであるし、また学界における法解釈学の主流についても同様である。裁判官のうちには、判決の結論を一般条項からひき出すことを嫌悪するタイプが少なくないのも、これに通ずるところ

がある。このような思考態度からすると、憲法において、その解釈の基礎となる成文条規そのものが一般的、抽象的であるときが多く、そして解釈そのものも精密さに欠けるとみられがちである。多くの練達した裁判官の眼からすると、憲法解釈論は論理が粗雑であり、「しばしば議論が政治論であつて法律論でない」と考えられる。そのような考え方から、憲法が民法、刑法などの裁判を前提とする厳密な論理で構築される法と質が異なり、およそ法とはいえないのではないかと感ずる裁判官もいなくはない。最近の日本の憲法学では、裁判を前提とする理論の構築をすすめてきてはいるが、それでも実務を行う裁判官からみると、イデオロギー性のない客観性に乏しい議論が多く、同じ公法学に属する行政法学がドイツ流の論理のうえに立つて裁判所に有用であるのに比較して、少なくとも裁判の場で納得させる力が弱いと感ぜられている（伊藤②一二七～一二八頁）。「憲法において、最高裁と学界をへだてる溝が広くなり、裁判官が憲法学の成果を正面からうけとめることが少なくなると、司法消極主義は避けがたい」（伊藤②一二八～一二九頁）という。

(10) キャリアシステムにおける理想としての「顔の無い裁判官」像

伊藤教授は、「わが国における理想的な裁判官像は、ヨーロッパ大陸におけるのと似て、顔のない裁判官、共通した画一性のある裁判官職のもつ良心にしたがつてできるかぎり没個性的な裁判をする（どの裁判官にあつてもほぼ同じような判断が期待される）裁判官のうちに求められているように思われる。このような裁判官像が尊重されるところでは、顔を出すことになる少数意見が生まれにくい」、「法の解釈は解釈者のもつ世界観とつながりがあるが、とくに憲法解釈はその関連が密接である」、「その判断はどうしても個性を表現することになりやすい。そして、公権力の行使が憲法を逸脱するとしてその無効を判示するような違憲判断である場合には、裁判官は顔を出すことになる。そうであるとするれば、ヨーロッパ大陸型の裁判官のイメージのもとで理想像として期待される裁判官は、憲法裁判において積極主義をとることとはなじみにくい」、「私には、大陸型の官僚裁判官制度をとるところでは、個性的判断を要求される憲法裁判に積極的態度を望むことは、いささかないものねだりの感がするし、多彩な経歴をもつ裁判官をもつて構成される最高裁にあつても、それはまず民事刑

事の通常事件を処理するに適任の者であらねばならないから、同じような理想のイメージが働くように思われる。同じく司法裁判所型の憲法裁判をとるアメリカの連邦最高裁の裁判官の場合、通常事件の裁判に対する適格性よりも、憲法解釈の内容が保守的か進歩的であるかは別として、その憲法感覚がとられるのであり（任命承認にあたっての上院の審議をみてもそれがうかがわれる）、顔のある裁判官が期待されているのと対比してみると、そこに日本の憲法裁判の消極主義の一因がひそんでいる」（伊藤②一三二〜一三三頁）という。戸波教授は、「最高裁の裁判官は民刑事の実務には通じているものの、憲法解釈には必ずしも明るいとはいえず、さらに、憲法事件を政治的問題として疎んずる傾向があると推測できる。最高裁判官は、キャリア・システムの採用されている裁判所制度の頂点で、多数の民刑事事件の審理を主要な任務と考えており、そのために、憲法問題は『お荷物』にすぎず、むしろ煩雑な負担と解しているのではないかとさえ想像される。さらに、政治的にも難しい問題を含み、また、理論のレベルも高度化した憲法判例について、実務型裁判官が適切な憲法判断を下すことができるかどうか疑問が提示されている」（戸波③八七頁）という。

(1) 通常事件の上告審裁判所として活動する最高裁

戸波教授は、「他方、最高裁判官の憲法問題を避けるという意識を助長するのが、裁判所制度のなかでの最高裁判所の地位であり、また、付随的審査制という違憲審査の制度である。最高裁判所は、違憲審査権を有してはいるものの、現実には主に通常事件の上告審裁判所として活動しており、違憲審査権の行使は副次的なものになっている。この点に関しては、憲法裁判所として憲法事件を集中的に審理判断しているドイツ連邦憲法裁判所と異なるのはもちろんのこと、サイシオレイライ（裁量上訴）によつて審理事件を選別し、事実上憲法裁判所として機能しているアメリカ合衆国裁判所とも異なっている。そして、民刑事上告審としての任務が中心となる以上、最高裁判官の構成は裁判官出身者等の実務中心の配置となり、それによつてまた、違憲審査権の行使の消極性が促進される」（戸波③八七頁）という。

(12) 憲法が政治・社会の共通の基礎であるというコンセンサスのない政治風土

戸波教授は、「違憲審査権が有効に行使される前提として、憲法に対する社会的コンセンサスが成立し、憲法が国の基礎法であることが国民意識のなかで広く受け容れられている必要がある。しかし、これまでの日本の政治風土では、憲法に好意的ではない政治勢力が政権に就いており、憲法はむしろ統合のシンボルではなく、護憲・改憲の対立軸の極に置かれてきた。憲法学の主流は『抵抗の憲法学』として政治権力を批判し、その抵抗のシンボルとして憲法がもちだされてきた。このように、憲法が政治・社会の共通の基礎であることについてのコンセンサスが欠けている政治風土の下では、違憲審査制を活用して違憲の国家行為を是正する判決を裁判所に期待することは難しい。最高裁判所の違憲審査権の行使の消極性は、憲法をめぐるこのような日本の社会風土にも原因の一端がある」(戸波①一九〇二〇頁)という。

(13) 木に竹を接いだような裁判制度の変革

笹田教授は、渡部吉隆論文を援用して、戦後の司法の「変革は司法権の地位に飛躍的上昇をもたらしたのであるが、『戦後の混乱期において、しかも、占領下という特殊の環境の下で、十分な理論的検討を加えることなく実施されたがために、あたかも、木に竹を接いだような恰好で、従来の大陸法的な土壌の上に英米法的な救済制度が移植された結果』⁽³⁾となった。この点にわが国の憲法裁判の基調をなす『司法消極主義』の一因を求めるとも可能ではなからうか」という。

(三) 運用実態への評価

運用実態、および、その原因を見た後、憲法裁判所導入にコミットする立場は、わが国の司法について、どのような評価をするのであろうか。

(1) 最高裁にも下級審にも期待できない

伊藤教授は、「通常裁判所、とくに最高裁が通常訴訟を通じて法的に憲法を保障する機能が必ずしも十分に働かず、少なくともそれが司法消極主義を脱却することは期待できないように思われる。最高裁の裁判官の任用を一新し、主として憲法裁判を眼中において選任が行われることとなれば別かもしれないが、通常事件の処理が主たる役割であるところからみて、この方法は適切なものとはいえない。アメリカの連邦最高裁における運用は、日本では望めないようである」(伊藤②一三五～一三六頁)という。教授は、ドイツ流の明確な概念構成、緻密な論理構造が好まれ、憲法判断に親近性が乏しくなること(前述⑨)を述べた際、「下級審の裁判官のなかには、ときにこの溝をとびこえる憲法感覚を示す者があるが、一般に最高裁からは暖かい眼ではみられないように思われる」(伊藤②一二九頁)ともいう。

戸波教授は、「最高裁判所の憲法判例は、違憲判断の消極的傾向の点でも、その論理内容ないし水準の点でも、さらには、最高裁判所の政治に対する実際上の影響力の点でも、重大な問題点をかかえている。とりわけ違憲審査制を導入している欧米諸国での実績と比較した場合に落差が大きい」(戸波①一頁)、「判例全体を統一し指導する」(最高裁判所の憲法判例が憲法感覚にあふれた質の高いものになれば、日本の憲法判例全体が向上する」(戸波①二頁)、「最高裁判所の違憲審査権行使の活性化のためには、まず、最高裁判官の憲法裁判に対する意識の変革が必要となる。憲法判例の形成に関与する最高裁判官は、憲法判例の重要性を認識し、過去の先例に配慮し、違憲審査の基準・方法の枠組みをつくり、憲法判例としての射程を考え、説得力のある判決文を書くことが要求される」(このような憲法判例の形成のための努力は、結局は裁判官の資質に依存し、それはどのようにして憲法裁判に携わる資質をもった人物を最高裁判所裁判官に選ぶかという問題に帰着する)、「憲法感覚にあふれた裁判官の選任が可能になれば、問題はかなりの部分で解決する。しかし、刑事事の上告審としての任務を重視している最高裁判所の現状、内閣と最高裁判所事務局によって実質的に決定される選任人事の実態、裁判官出身者が多数を占める最高裁判所裁判官の構成などを考えると、豊かな憲法感覚と鋭い洞察力を備えた人物が最高裁判官に任命される可能性は大きいとはいえない」(戸波②二二頁)という。教授は、「下級裁判所の判決にはこれまでにも注目

すべきものが少なくなく、日本の憲法判例の質の向上に重要な寄与をなしてきた。しかし、下級審裁判所が優れた憲法判例を下すことがあるとしても、その数は必ずしも多いとはいえず、むしろ最高裁判例にしたがつて無難な合憲判決を下す例はるかに多い」（戸波①一〇二頁）、「日本の裁判制度には裁判権の多元性はなく、一元的な裁判制度の下で、民刑事を中心とする事件がすべて単一の組織の裁判所に係属する。ここでは、判例の下級審への拘束力という点でも司法行政による人事管理という点でも、下級審裁判所が最高裁判例に抗する判決を下すことには困難がともなう」（戸波①一九頁）ともいう。

中村教授は、「昭和四〇年代においては、政教分離、公安条例、教科書検定、生存権、公務員の労働基本権と政治活動の自由、さらには平和主義の分野で、人権保障に積極的な下級審判決が数多く出されたが、これは最高裁の判例が未だ確立していない時期の特殊性によるところが大きく、一たん最高裁の判例が確立してしまうと、こと憲法保障に限つていうと、判例の拘束力と最高裁の人事権の下に置かれた下級審裁判官の役割はおのずから限定されたものにならざるをえない」（中村③一〇一頁）という。

（四） 憲法裁判所型への評価

他方、憲法裁判所導入にコミットする立場は、司法型に対するドイツ型の憲法裁判所について、どのように評価しているのだろうか。

（1） 裁判の政治化・体制維持機能

伊藤教授は、「司法裁判所型の場合は、通常の訴訟の存在を前提とするだけに、裁判の性質とあいられないような政治化に対してチェックが働く」（伊藤②一一一頁）という長所面を指摘する一方で、憲法裁判所型に対しては、「憲法裁判所型の違憲審査の欠点とみられるのは、それが裁判とはいっても政治的性格を帯びる程度がつよい」、「手続や運用によつて避けら

れるものもなくはないが、一般的にいつて政治的紛争が比較的裸のまままで裁判所にもちこまれるおそれがあり、政治的部門において政治的に対立した問題をめぐる争いが、そのまま裁判という形をとつて展開される可能性がある」(伊藤②一一〇頁)という短所を指摘する。他方、畑尻教授は、「確かに、逆に迅速な裁判が迅速な合憲判断を生みそれによつて最高裁判所の体制維持機能が一段と強まるという懸念は、このような手統の導入によつて直ちに払拭されることはない」というものの、教授の提言される「具体的規範統制手統では、常に下級裁判所の違憲判断(移送決定)を受けて最高裁(憲法裁判所)の判断が下され、また裁判の長期化に伴う上記のような緩和材がない以上、最高裁判所が体制維持に徹するとしても、その姿勢は現行制度より鮮明な形で国民の前に明らかになるう」(畑尻②五一八〜五一九頁)という。

(2) 裁判の迅速性

伊藤教授は、「司法裁判所型にあつては、具体的紛争の生ずるまでに時間を要するし、紛争が裁判にもちこまれても下級審から審級ごとに判断され」、「憲法判断が最高裁によつて終局的に判定されるまでに長期間を要し、その間は法令が実際上行われるという欠点がある」(伊藤②一一〇頁)ことを指摘する一方で、「憲法裁判所型の方式の一つの長所は、違憲の法令が迅速に排除され、それが疑問をもたれながら長く施行されることを防ぐことができる」(伊藤②一〇九頁)、「憲法裁判所型では、かりに通常裁判所に係属した事件で憲法上の争点が判定される必要があれば、直ちにその問題が憲法裁判所に移送され早急に判断をうける」(伊藤②一一〇頁)とし、憲法裁判所型の長所を指摘する。畑尻教授は、「具体的規範統制手統では、審級にかかわらず具体的事件が係属している各裁判所が独自の判断で連邦憲法裁判所に移送することができるので、提起された憲法問題について一般的にいつてより迅速な判断が可能となる」、「したがつてまた、裁判の長期化に伴う様々な弊害もある程度は防止することができよう」、「具体的な憲法問題が発生してそれほど時間を置かないで判断することができるのであれば、憲法判断の消極性の要因の少なくとも一つは除去することができよう」(畑尻②五一八頁)という。

(3) 違憲判決の実効性

伊藤教授は、司法裁判所型の場合、「普通の裁判に付随する憲法判断であるところから、憲法上の判断が主文でなく理由のなかで示されるにとどまることや判決が法令を違憲とする判示をしても、その効力は当該事件にのみ及び、一般的に法令を無効とするものではないと解されることなどの制約があるし、憲法判断が究極的には最高裁でされるときも、判断の機能が下級審にも与えられて機能が分散するという短所もある」(伊藤②一〇九頁一〇〇頁)とし、他方、憲法裁判所型では、「憲法審査をする機関が集中的に審査を行うことや、主文で法令審査の結論が示され、違憲の判定があるときには、一般的効力をもって、その法令を失効せしめるから、実効性が明確である」(伊藤②一〇九頁)と評価する。

(4) 下級審の憲法感覚・人権感覚は生かされる

畑尻教授は、「具体的規範統制手続では、一般の裁判所の裁判官の審査権は否定されていないのであり、移送件数が示しているように、まさに下級裁判所が違憲判断についてイニシアティブをもつのであり、この意味でも下級裁判所の憲法感覚・人権感覚は十分に生かされる」(畑尻②五一九頁)という。

(5) 市民は違憲の主張を十分にできる

畑尻教授は、「下級裁判所の移送は当事者の違憲という主張に拘束されることはないが、一般の刑事・民事・行政という具体的事件の裁判の中で当事者である市民は違憲の主張を十分に行うことができる」(畑尻②五一九頁)という。

(6) 裁判所自身は心置きなく違憲判断ができる

畑尻教授は、「下級裁判所自身は裁判の長期化あるいは上級審で覆されることによる当事者の不利益を考慮することなく、違憲判断ができる」、「年平均六五件以上の移送件数は、いかに活発に一般の裁判所が、特に審級系列の下の裁判所が違憲判

断を行っているかを明らかにする。同時に安易な移送とこれに伴う連邦憲法裁判所の過重負担を懸念する声を考慮しなければならぬが、このことはそれだけ容易に違憲判断ができることを意味する」(畑尻②五一―九五頁)という。

(7) 職業裁判官と学者裁判官の協同作業

畑尻教授は、「具体的規範統制手続にあつては、事実認定と法解釈に精通した職業裁判官」「の事件裁判官としてのすぐれた現実処理能力に支えられた移送決定とこれを踏まえより憲法的な見地から判断を行う学者裁判官」「の協同作業によつて、双方の良い面が生かされる可能性がある」(畑尻②五一―九五頁)という。

(8) 憲法裁判所型は世界の趨勢

伊藤教授は、「憲法保障として憲法裁判所方式をとるのが、少なくとも現在の世界の趨勢である。かつて韓国は、アメリカないし日本のような司法裁判所型を採用していたのを、現行憲法で憲法裁判所型をとることになり、憲法裁判がいちじるしく活性化した」(伊藤②一三六頁)という。

(五) 憲法八一条の違憲審査制の捉え方

憲法裁判所導入にコミットする立場は、日本国憲法八一条に規定される違憲審査制の性格をどのように捉えるのだろうか。

(1) 付随的審査制であるが抽象的違憲審査制に近い対応も

伊藤教授は、一九九五のテキストにおいて、八一条の理解に関し、付随的審査制との理解が一般であるとし、抽象的違

憲審査制であると解する立場について、「抽象的違憲審査制は、憲法保障の機能を広く發揮できるともいえるが、日本国憲法の権力分立や国民主権の原理にてらしてみると、そのような強い権限を最高裁判所が有するとはとうてい理解できず、またそう理解できるためには明確な根拠規定が八一条のほかになければならないはずであるが、それはみあたらない」、「抽象的違憲審査制に関する基本的事項は少なくとも憲法に規定されていなければならぬが、それが全く欠けている」、「抽象的違憲審査制であると理解しないと、憲法保障の実効性が薄くなるといつた不都合が生じるわけではなく、付随的違憲審査制のもとでも、憲法保障とりわけ人權の保障が十分可能である。したがって、右の見解に立ち、さらに抽象的違憲審査制を具体化する手続法の制定の必要性を説く立場に対しても、右の諸点とともにその意義に疑問が投げかけられる」という。もつとも、「八一条の定める違憲審査制が付随的審査の性格をもつとの前提に立つても、それをあらゆる場合に厳格に解することとは、憲法訴訟の特質にかんがみ正当でない」、「アメリカ合衆国においては、事件・争訟性の要件が柔軟に適用されており」、「わが国においても、行政事件訴訟法が民衆訴訟、機関訴訟の余地を認めているが、このように、立法上、判例法上、抽象的違憲審査制に近い実際の対応を考えることもでき、現実になんかそれが憲法訴訟の課題となっている」（伊藤①六二五頁）という。

中村教授は、「日本国憲法が、憲法の最高法規性を認め（九八条）、最高裁判所を一切の立法や処分の合憲性審査の最終裁判所とし（八一条）、さらに、最高裁判所の裁判官に対しては国民審査による国民的コントロールを受けさせる（七九条二項）ものとしていることをみると、憲法は法律によつて最高裁判所に一定の抽象的違憲審査権を与えることを禁止しているものでなく、これを立法政策に委ねている」、「司法権の観念は、事件性・争訟性の要件とともに憲法学上の重要な論点として論じられてきた」（中村①二四五頁）、「わが国の裁判所法三条一項も、事件性・争訟性の要件を厳格に捉えているわけではなく、裁判所の権限として、『一切の法律上の争訟を裁判』することのほか、『その他法律において特に定める権限』を含めている」、「わが国の現行法制度上採用されている付随的違憲審査制を前提にしても、事件性・争訟性の要件や憲法上の争点を含む訴えを提起し裁判所の判断を要求できる資格たる当事者適格の要件を、立法や解釈によつて柔軟に捉えること

によって、抽象的違憲審査制にかなり接近した運用が可能であることが今日の有力な学説によって主張されている」(中村①二四六頁)という。

戸波教授は、「付随的審査制説をとる通説・判例には論理的に疑問がある。まず、付随的審査制説はその根拠として憲法七六条の『司法』Ⅱ『事件性』を重視するが、事件性の要件は必ずしも例外を許さない絶対的な要件ではない」、「現に事件性を欠く訴訟が法定され、紛争にかかわらない憲法判断が示されている」、また、「抽象的違憲審査制の観念自体が多義的であり、法律の合憲性を争って国会議員が提訴するという抽象的審査のほかに、通常の訴訟過程で生じた憲法問題を最高裁判所に移送する制度などもある。さらには、付随的審査制説の指摘する憲法上の明文規定のないことは、必ずしも決定的な理由とはいえない。このように考えると、通説のように抽象的違憲審査制をとるには憲法改正が必要であるとは解されず、法律によつて抽象的違憲審査制を導入することは憲法上可能であるように思われる。このことは、憲法七六条とは別に、とくに憲法八一条で違憲審査権について定め、そして、最高裁判所を、法令等が合憲かどうかを『決定する権限を有する終審裁判所である』とする規定の趣旨にも適合する」(戸波②四四〇頁)という。

畑尻教授は、「違憲審査権の性格について、司法裁判所説と憲法裁判所並存説のいずれが妥当であるかという一般的・抽象的な検討では不十分なことは明らかである。最高裁および下級裁判所の現状をふまえて違憲審査制を活性化させるためにはどのような方策がありうるか、その一つとして、現行の制度・手続の運用によつて憲法裁判所類似の機能をどこまで果たすことができるか、また憲法解釈上どのような制度・手続であれば新たに導入することができるか、可能であるとして憲法政策上それが妥当であるか否かを個別・具体的に考察しなければならない」(畑尻①二四五頁)という。

(六) 諸提言

憲法裁判所導入にコミットする立場は、司法消極主義として現実を認識し、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、最高裁、下級審とも期待できず、違憲審査活性化の可能性は低いと判断する一方、憲法裁判所型違憲審査制に高い評価を与え、憲法裁判所導入にコミットすることになる。もつとも、結論として、伊藤教授のように、憲法改正を前提とした導入論もあるし、憲法改正の困難さを意識した提言もなされている。

(1) 大陸型の憲法裁判所制度の導入（以下、「憲法裁判所」タイプと略す）

伊藤教授は、「憲法保障制の現状を不満足と考えるとすれば、通常の事件の最終審は、官僚裁判官制を前提とする最高裁であるとしつつ、憲法裁判はそれとは別の憲法裁判所に委ねる大陸型のほうが望ましいのではない」（伊藤②一三六頁）、「現状のような抑制された違憲審査権の行使が日本において妥当であると考えられるならばともかく」、「そうでないことを前提にするならば、憲法裁判の活性化のためには、大陸型の憲法裁判所の制度にきりかえる必要があるのではなからうか」（伊藤②一三七頁）と結論する。⁽⁴⁾ 読売試案は、裁判の迅速化を主たる理由に、ドイツ型を参考にしながら、一般の民事・刑事事件を扱う上告裁判所としての最高裁判所とは別に、独立して憲法訴訟を扱う憲法裁判所の創設を提言する。すなわち、八年の任期中で九人から構成される憲法裁判所（長官以外の裁判官八名は参議院の指名に基づいて内閣が任命する）は、① 抽象的規範統制、② 具体的規範統制、③ 異議の申し立て、の違憲審査権をもつとするのである。⁽⁵⁾

(2) 具体的規範統制手続の導入（以下、「具体的規範統制」タイプと略す）

畑尻教授は、「法令その他の国家行為の憲法適合性審査を直接の目的とするものとして」（畑尻②五〇七頁）の抽象的規範統制、具体的規範統制、憲法異議の三つの手続のうち、具体的規範統制手続についてその制度趣旨と実際の運用状況を検討し、種々のメリットを指摘した上で、「ドイツの連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続はわが国の憲法裁判の現状に対する処方箋の一つとして十分に検討に値する」、「その導入には、立法論として可能かあるいは憲法改正を伴うものであるか等の議論を含めてより詳細な検討が必要である」（畑尻②五二三頁）という。

(3) 憲法事件を専門に扱う部門を最高裁判所内に（以下、「憲法部」タイプと略す）

戸波教授は、「ドイツ連邦憲法裁判所の実態と比較した場合に、日本の最高裁判所の違憲審査権がきわめて貧弱である」、「制度的にみて、日本の違憲審査制が付随的審査制であり、集中型審査制がとられていないことに問題がある」、「ドイツとの制度的落差は明白である」（戸波④五六頁）という。そして、「日本の違憲審査制を活性化させることは、現状の制度のままでは絶望的であり、制度改革が不可欠である」、「国民が人権侵害を裁判で争いやすくし、また、勝訴しやすくなるためには、憲法事件を特別に扱う憲法裁判所の設置が必要となる」、「上告審としての裁判所の任務の比重の大きい現在の最高裁判所の下では違憲審査制の活性化はきわめて困難であり、また、民刑事の実務型裁判官が憲法問題の審理判断を担当していることも問題である」という。もつとも、教授は、「憲法裁判所を創設するためには憲法八一条の改正という時間のかかる手続を踏まなければならない。そこで、憲法改正を伴わない制度改革のためには、最高裁判所のなかに憲法問題を専門的に担当する『憲法部』をつくることが考えられる。ドイツ型の抽象的審査制を参考にして、特別に憲法事件を審理判断する部門を設け、憲法事件を集中的に審理判断することになれば、違憲審査制は活性化しよう」（戸波④五七頁）という。⁽⁶⁾そして、教授は、最高裁判所の機構改革に関する一九五七年の裁判所法改正案——「中二階案」とも呼ばれ、最高裁判所の中に憲法違反および判例違反の事件を特別に扱う九名からなる最高裁大法廷と、他に総員三〇名からなる小法廷をいくつか設ける——が、違憲審査制の活性化につながり、積極的に評価できるという（戸波③三六頁）⁽⁷⁾。

(4) 上告制限（以下、「上告制限」タイプと略す）

中村教授は、一九八六年の論文において、「最高裁判所の司法消極主義的態度は、かなりの程度において、現行違憲審査制度の制度上の欠陥に由来するものでないか」、「憲法施行四〇周年を間近にして、違憲審査制の実効性を確保するために、どこまでが現行制度を前提にして可能なのか、どこからは制度改革が必要であるかを明確にする段階に至っている」、「現在、国民の基本的人権の実現にとって必要なことは、違憲審査制ないし憲法裁判制度の制度改革である」（中村③一〇二頁）

と述べており、一九九五年の論文においても、伊藤教授の提言について、「十分傾聴に値いする」、「このような憲法裁判制度の根本的な改革は将来の課題としても、当面、最高裁が重要な事件に集中するための上告制限の問題に取り組みが必要がある」と(中村②二〇頁)とい⁽⁸⁾う。

注

(1) 司法消極主義、積極主義の定義は論者によって異なる。樋口教授は、わが国の裁判所、特に、最高裁が、しばしば憲法判断に踏み込み、積極的に合憲判断をしているにもかかわらず、消極主義というラベル付けは、権力を正当化している機能を見誤らせる点を指摘するが、筆者の消極主義の定義も、当然、その意味を含んでいる。拙稿「我が国における司法消極主義と積極主義——視点の設定——」南山法学二五巻二号八五頁(二〇〇二)参照。

(2) 教授は、その他、司法消極主義の認識に連なる指摘として、「憲法判例に関しては、最高裁は自覚的に判例形成に取り組んでいるようにはみえない。むしろ、最高裁の憲法判例は、論理構成の内容や水準の点でも、先例としての意義の点でも、総じて粗雑」(戸波①四頁)、「違憲審査にあたって、違憲審査の基準ないし方法を確立することは、違憲審査の精度を高め、合憲・違憲の結論の論理的説得性を確保し、違憲審査権の行使に対する信頼を獲得するうえで不可欠である。違憲審査の基準・方法論は、欧米の違憲審査の実際には、緻密な論理によって構成され、合憲性の判定にとつて重要な役割を果している」、「しかし、最高裁判例は、有用な違憲審査基準論を発展させてきているとはいいがたい」(戸波①八頁)という。

(3) 笹田栄司「憲法裁判の在り方」ジュリ一三三三号一四三頁(一九九八)。教授は、消極主義の一因として、「司法権の限界論」もあげる。一四五頁。

(4) 伊藤教授は、現行の付随的審査制においても、「わが国の違憲審査にあつては、法令違憲といえる場合が少ないことを前提として、むしろ適用違憲、合憲な法令も具体的状況に適用することで違憲となりうるという考え方が重要ではないか」、「この考え方をとるとき、わが国の違憲審査が相当に活性化するのはあるまいか」(伊藤②一二六頁)という。

(5) 抽象的規範統制について、試案八七条一は、「条約、法律、命令、規則又は処分について、内閣又はそれぞれの在籍議員の三分の一以上の衆議院議員若しくは参議院議員の申し立てがあつた場合に、法律の定めるところにより、憲法に適合するかしないかを審判すること」とする。具体的規範統制について、同条二は、「具体的訴訟事件で、最高裁判所又は下級裁判所が求める事項について、法律の定めるところにより、憲法に適合するかしないかを審判すること」とする。異議の申し立てについて、同条

三は、「具体的訴訟事件の当事者が最高裁判所の憲法判断に異議がある場合に、法律の定めるところにより、その異議の申し立てについて、審判すること」とする。読売試案一―三頁以下。

(6) 教授は、「このような集中型の審査制度をとったとしても、『裁判の政治化』という事態は生じないと思われるが、仮にその危険があるのであれば、さしあたり審査対象を人権違反のみに限定し、あるいは、抽象的規範統制を認めないなどの限定をすれば足りると思われる。人権裁判のみに限定したとしても、大きな成果がえられよう」(戸波④五七頁)という。なお、教授は、現行の付随的審査制の下で違憲審査制の活性化について、「司法の本来の任務である権利保護の拡充に努めることが重要になる。この点では、訴訟的に訴えの開口を広げて権利救済の実をあげるとともに、実体的に違憲審査の基準・方法の緻密化を図るべきである」(戸波①三二頁)他の提言もする。

(7) 笹田教授は、「ドイツ憲法を研究していることもあり、憲法裁判所には好意的な立場」だが、「いまの段階では、いまの違憲審査制の何が不満なのか、何を改善すればいいのか、という点を先に議論すべき」、「それがだめならば憲法裁判所、というのがやはり筋ではない」か、「それほど、いまの違憲審査制は絶望的か」というと、「そこまで言うことはできない」という立場にたつ。

そして、最高裁の負担を減じるため、上告審であると同時に違憲審査権を行使するという役割のうち、前者を大幅に削減することによって後者を活性化することを提言する。具体的には、上告審の役割の大部分を最高裁とは別の下級審としての特別高裁に担わせ、最高裁は九名に減員して、違憲審査および判例変更、さらに、これまで最高裁の判断が示されていない法律問題を管轄する、という提言をする。笹田栄司「司法制度改革」法セミ五五四四〇頁(二〇〇一)。

(8) サシオレイライの導入に関しては、かならずしも憲法裁判所導入にコミットする立場ではないが、大沢秀介「最高裁判所と憲法裁判所」公法研究五九号一八五頁(一九九七)参照。

三 憲法裁判所導入に批判的な立場

次に、憲法裁判所導入に批判的な立場の主張を整理する。

(一) 違憲審査の運用実態の認識

「憲法裁判所導入に批判的な立場は、運用実態をどのように認識するのか。

(1) 司法消極主義

樋口教授は、「五十年ちかくなる制度の運用のなかで、法律の条項を違憲とする判断が最高裁段階で示されたのは四種五例にとどまる」(樋口②五頁)、「数字だけを見ても、この状況は、『違憲審査制革命』と呼ばれる世界的な傾向からは離れて遠い」(樋口②六頁)、「日本の最高裁が、圧倒的に多くの場合に合憲判断を下していること、とりわけ、傍論のかたちで合憲判断を示し」、「さらに、付随的審査制の建前からいえば憲法判断をするまでもなく他の論点をきめ手として判断してよい場合でも、あえて合憲判断をする機会を積極的にとらえていること」「は、重要である。最高裁は、そうすることによって、政治部門に対する正統化機能をいとなんでいるのであり、下級審の違憲判決によつて疑いをかけられた法令の正統性を回復してやっている」(樋口②七頁)という。

奥平教授は、「日本最高裁は憲法裁判領域において、いちじるしい程度に、消極的であり、自らの憲法判断をできるだけ手控え、そうすることによつて、この点にかんする政治権力(国会、内閣、およびことの次第によつては地方議会)の判断をなるべく優先させる手法をとつてきている。この、いわゆる司法消極主義は、——その原因が奈辺にあるかはさておき——日本最高裁のまぎれもない特徴の一つとして、多くの論者により指摘されてきており、これに有効に反論を加えるのは困難だろうと思われるほど、広く普及し定着している物の見方である」(奥平①九七頁)、「本書において私は、憲法八一条のもとで構築された司法審査(＝憲法裁判)がどのように展開してきたかを、その成立過程および初期段階など歴史的な文脈を重視しながら、検討してみた。私がおこなったことは、多くの人びとが指摘するところの、いわゆる司法消極主義を浮き

彫りにすることに結果としてなった」（奥平①一頁）という。

新井教授は、「戦後五〇年の憲法裁判の歩みをふり返ると」、「全体としては十分な成果を挙げえていないとまず概評せざるをえない」、「今日までの五〇年間にわが国最高裁が政治部門の決定を違憲と断じた判決は」、「わずか数件にとどまり、関係法令の解釈運用の如何で政治部門の決定が違憲性を帯びることもありうるなどとした、いわば違憲的判決を併せても、三〇件に充たぬという厳然たる事実がある」、「司法統計によれば、一九五四年以降九〇年までの最高裁大法廷の処理件数は七四三件に上るとされており」、「その大半が何らかの形で憲法解釈にかかわる内容のものであることを考えると、最高裁の違憲判決率は恐らく一％にも達しえぬ低水準にとどまつており、アメリカ連邦最高裁に比べてはもとより、ドイツ、フランスなどのヨーロッパ大陸諸国の憲法裁判所の実績に照らしても、その消極ぶりは際立っている」（新井一八頁）という。⁽¹⁾

横田教授は、「日本の最高裁判所における違憲審査制の歴史を概観する者は、ほとんど異口同音に『あまりに司法消極的でありすぎる』と嘆ずる。もつとも、『司法消極主義・積極主義』をどう定義するか、審査過程のどの部分に着目するかなどで学説は分かれている。しかし、『立法院、行政府という政策決定者の決断は最大限度の「謙讓と敬意」をもって扱うべきだという立場』を『司法消極主義』と定義するなら、日本の裁判所（とくに最高裁判所）は司法消極主義の態度を一貫して示してきた」（横田一五四頁）という。

芦部教授は、「日本の最高裁が行う憲法裁判は、確かに消極的でありすぎ」（芦部②二四頁）という。佐藤教授は、戦後半世紀の「裁判所の航海ぶりについては、厳しい評価が一般的なように思える」（佐藤①三頁）とし、司法消極主義だとする認識を援用する。

(2) 司法消極主義ではあるが……

以上のように、各論者は司法消極主義であることを指摘するが、ある程度の評価を与える論者もいる。

(a) 付随的違憲審査制はそれなりに定着

横田教授は、消極主義の現実を種々批判し、「日本国憲法の違憲審査制が米国型の司法審査制であることが判例によつて一応確定したとはいへ、米国型になじみが薄く経験もない裁判所は、具体的憲法事件の解決において、当初はかなり大雑把な対応を行った」としつつも、「学説において違憲審査の現実的運用手続・技術などにつき厳密な議論が展開されるようになる」、「米国型の司法審査制（付随的違憲審査制）」としての違憲審査制は、近年それなりの定着性を示している」（横田一五二頁）という。

(b) 憲法訴訟の現実における役割は大

横田教授は、「裁判所の極度の司法消極主義も、市民にとつて逆風として働いている。しかし、いくつかの違憲判決に示されているように、それが些細な事柄ではあつても、市民の人権の護り手として裁判所が機能する場合もあつた。また、仮に裁判で市民が敗れたとしても、訴訟という形での市民の問題提起によつて制度が市民の望ましい方向に手直しされることもみられた」、「制度改革に直ちに結び付かない場合にも、憲法訴訟の提起は多くの人に問題の所在を示すことになるという教育的・政治的効果をもたらした」、「そしてなによりも、訴訟の提起を契機として『支える会』などが編成され、裁判が運動の結節点となり、裁判日ごとの集會に象徴されるように運動を組織化することにもなつている。このように現実に憲法訴訟が果たしている役割は、判決の結果如何にかかわらず、きわめて大きい」（横田一五六頁）という。

(c) 下級審の活発な違憲審査

新井教授は、「最高裁の合憲判決が、しばしば下級審の画期的な違憲判決をあえて覆した上で、うち出されてきた」（新井一九頁）、「最高裁判所の消極的な違憲審査の姿勢に比べると、下級審裁判所のそれは遙かに積極的であり、活発だった」、「それらの中で文字どおり違憲立法審査権を積極行使したものはさほど多くはないが」、「諸般の事情からその積極行使が阻まれた事案でも、担当裁判官たちは、あるいは適用法令を嚴格（限定）解釈することにより、また、あるいは事実認定を柔軟・妥当に行うなどによつて、当事者や関係国民の權益を保護する判決を導いてきた」（新井二〇〇〜二二頁）⁽²⁾という。

(二) 運用実態を生み出す要因の認識

憲法裁判所導入に批判的な立場は、司法消極主義を生み出す要因をどのように認識するのか。

(イ) 最高裁判官の顔ぶれが、政治部門の多数派に同調する方向で均質化

樋口教授は、違憲審査制の機能不全の第一の理由として、「第一に、政権交代がなく、そのために、審査機関の構成、すなわち、内閣によって任命される最高裁判官の顔ぶれが、政治部門の多数派に同調する方向で均質化してきた、ということが指摘される。たしかに、諸外国の例を見ると、政治部門の多元性を反映する選任方式がとられ、あるいは、政権交代の効果として、政治部門と違憲審査機関の政治的傾向が時期のずれを伴って均衡を保つことになることが、少なくない。それにくらべて、日本の最高裁の場合には、反対意見という形態での違憲論自体が目に見えて減少するなど、政治部門への同調性がきわ立っている」（樋口②八頁）という。

(ロ) アメリカ型違憲審査制とヨーロッパ型違憲審査制の谷間（アメリカ的

伝統もヨーロッパ的伝統もなく、接ぎ木の法文化）

樋口教授は、違憲審査制という「制度の構造そのもの、そして制度を支える法文化の違い」について言及し、「日本で違憲審査のあり方を論ずる際に、よく、『日本はヨーロッパ大陸諸国と違って憲法裁判所制度をとっておらず、『司法』権の範囲内の活動だから』という論法が、裁判所の自制の論拠として説かれる。しかしそれと同時に、『日本はアメリカと違って judge-made law の国でなく制定法主義なのだから、裁判官はそこまでやるべきではない』という論法もまた、持ち出される。こうして、日本の違憲審査制は、ヨーロッパ大陸型からもアメリカ型からも切り離されて、いつてみれば二つの類型のあいだの谷間におちこんだ恰好のものになってしまっている」（樋口②一〇頁、傍点は原文）、「アメリカ型の制度の大前提に

あるのは、アングロサクソン社会に独特の、法律家の權威であり、かつ、ステーツマンとしての法律家という伝統である」(樋口②一〇頁)、「そうした背景を一朝一夕で作り出すことができない以上、日本の違憲審査制も、アメリカ型であろうとする努力には限界があるとして、大陸型の憲法裁判制度にむしろ切りかえるべきだという真剣な提言が、元・最高裁判官によつて示唆されている」(のは、そうした文脈で、重要な意味をもつ。しかしそれなら、大陸型の憲法裁判制度を支えている要素は、日本にあるだろうか。ヨーロッパの憲法裁判所を見わたしてみると、法学教授の存在が、圧倒的に大きいことに気づく。数的にもそうであるが、何より、憲法裁判所の判決の説得力を支えるものとして、彼らの存在が質的に大きな意味をもっているし、裁判所行政の面でも、彼らが指導的地位についていることが多い)、「そしてこのようなありようは、ローマ法学以来、ヨーロッパで法学教授が担ってきた權威によるところが大きい」(樋口②一一頁)という。

佐藤教授は、「最高裁判所の判決の様式や先例の引用の仕方」(佐藤①六頁)に関し、「わが国の違憲審査制は、アメリカ合衆国流の『付随的審査制』とされつつも、それとは異なり、ヨーロッパ大陸流の憲法裁判の影響を受けているようでもあり、しかし、また、ヨーロッパ大陸流の憲法裁判とも異なる独特のものである」(佐藤①七頁)、「園部裁判官流に言えば、『ドイツを中心とするヨーロッパ大陸的な制度にアメリカを中心とする英米的な制度を接ぎ木して日本に植えるということになった』という事情、より端的に言えば、『接ぎ木文化としての法律文化』といったことに求められるのであろう」(佐藤①七頁)という。

横田教授は、「日本の違憲審査のあり方は極端に司法消極主義的であり、運用の実態はドイツ的でないばかりか米国的でもない独自のあり方を示している」(横田一五五頁)という。

(ハ) 小法廷の政治的使用

新井教授は、「最高裁が上告審に係属した事件を大法廷に回付するか、それとも、そのまま小法廷に留め置いて憲法問題抜きで処理するかの二者択一に際して、しばしば政治的判断がらみの決着を図ってきたと疑われるふしがある」(新井一九頁)ことを指摘する。

(二) 憲法そのものが政治過程の中で争われつつつけてきたこと

樋口教授は、違憲審査制の機能不全の第二の理由として、「審査基準とされているはずの憲法そのものが、政治過程のなかで争われつつつけてきた、という事情」(樋口②八頁)を指摘し、「政治的争点から倫理的争点(妊娠中絶など)まで、はげしい価値対立を、一七八八年憲法の読みとり方という場面で争うなかで、『憲法を手がかりとして争う』という手続的コンセンサスをつくりあげてきたアメリカの例、一七八九年人権宣言の条項がそのまま、二〇〇年後のいまの法律を審査する基準として援用されるフランスの例とくらべて、違いは」「たしかに大きい」(樋口②九頁)という。

(六) 最高裁判官の希薄な人権意識

新井教授は、違憲立法審査制を機能させるための条件の一つとして「憲法裁判を担当する裁判官の資質の確保・向上」をあげ、現実はこの点が欠けている理由について次のようにいう。「戦後改革によつて、司法大臣——大審院を頂点とする戦前の司法体制が解体され、新たに最高裁判所を上級庁とする一元的な司法裁判所のネット・ワークに再編されたにもかかわらず、そこで立ち働く裁判官の顔ぶれは殆ど変わらず、天皇制絶対主義下で『天皇ノ名ニ於テ』裁判を行っていた裁判官達が、そのまま民主主義司法の担い手として法廷を務めることとなつた。ドイツの場合は、戦前ナチスに積極的に協力した裁判官を、戦後に追放しているが、わが国では裁判官の戦争協力責任を追究するいかなる手立ても講じられることがなく、また、民主主義司法の理念や原則を徹底・浸透させるための再教育も、なんら実施されることがなかった。されば、肝心の最高裁の裁判官一五名からして、旧大審院の元院長や部長、控訴院長、行政裁判所長官といったアンシアン・レジームの支配層が多数を占め、また、司法行政の元締めとなる最高裁事務総局のメンバーには、旧司法省の幹部として実権をふるつてきた中堅司法官僚グループが、そのまま横すべりした。さらに全国各地の裁判所では、昨日まで治安維持法や戦時統制令の裁判に躍りとなって当たつてきた第一線の判事らが、一夜顔を拭つただけで、憤然として新憲法以下民主諸立法の解釈適用を行うという仕儀となつた。言つてみれば、戦後の民主主義司法体制は、それを維持するのに最もふさわしくないとと思われる人たちによつて担われ、発足したわけであり、今日もなお、そのような戦前世代の体質や思想から免れえているとは到底言

「えない実状にある」(新井一七頁)という。

(ハ) 裁判官が心おきなく憲法裁判に当たれるような司法部内の環境・条件がない

新井教授は、違憲立法審査制を機能させるための条件の一つとして、「裁判官が心おきなく、自信をもって憲法裁判に当たれるような司法部内の環境・条件の整備」(新井一七頁)をあげ、これは現実にはないという。「憲法裁判の場で裁判所が違憲審査権を積極的に行使し、政治部門の行為(立法や行政)をあえて違憲無効と裁断することは、その結果が——たとえ一時的にもせよ——現実政治に小さからぬ衝撃や混乱を惹き起こし、政治部門との間に鋭い緊張関係を生み出しかねないものだけに、担当裁判官にとっては勇氣と決断を要する事柄である。したがって、裁判官らの職務環境を良好に保ち、必要なサービスにつとめるべき事務当局(ひいてはそれを指揮監督する裁判所上層部)としては、憲法裁判の担当裁判官が司法部内外の無理解や偏見、いわれなき反撥等から免れて、安心して違憲審査権の行使にあたれるよう、平素から万全の心配りを怠らず、万一、政治部門等からの反撥や非難が不当にもかれら(ひいては司法部全体)に加えられるような事態が生ずれば、毅然としてこれに対処し、司法権の独立や違憲審査制の貴重な存在意義を断乎として擁護し抜く覚悟が求められる」(新井一七頁)、「ところが残念なことに、その殆どの場合、わが司法当局(上層部)が示した対応は、さような政治権力側の理不尽な反撥や干渉から担当裁判官らを守り通すというよりは、むしろ政治部門の反撥に同調・迎合し、その干渉を實質上受け容れて、担当裁判官らを圧迫、疎外するというものでしかなかった。しかも、そのような憂うべき傾向は、最近になつて益々強まっている」(新井一八頁)という。

(ト) 違憲判決にも虚心坦懐に対応できるだけの政治部門(立法府・行政府)の姿勢がない

新井教授は、「もともと裁判所の違憲立法審査権を尊重し、違憲判決が出されれば虚心にそれに従つて、既成の立法・行政措置を是正するという姿勢が政治部門になれば、この制度は有効に成り立たず、少なくとも著しい歪みをきたすであろうことは疑う余地がない。政治部門にその姿勢が存することを当然の前提として、裁判所が政治部門の決定に相応の敬意を払い、みだりに違憲判断を下すことのないよう自制するということに、三権分立原理の下で違憲審査制は最も良くその存在

意義を發揮し、憲法政治の実現に役立つことができる」という。しかし、現実には、「司法府に違憲審査への消極姿勢、すなわち政治部門に対する過度の敬讓がみてとれるという以上に、政治部門の司法府に対する畏敬の態度が全くといってよいほどみられず、違憲審査制とその運営の結果に対しては尊重の念どころか、ときとして敵意をさえ抱いていると感じさせてきたくらいである」、「わが国政治部門が裁判所の違憲判決の結果を尊重せず、これを無視しないしは軽視してきたという意外の事態は、その後の裁判所側の違憲審査に臨む姿勢にも微妙で、無視しえない負の影響をもたらし始めている」（新井一八頁）という。

(三) 運用実態への評価

(1) 最高裁にも下級審にも期待できない

横田教授は、「最高裁判所の対応における最大の問題は、これまでの最高裁判所の裁判官のほとんどにおいて、人権意識が希薄であるように思われることであろう。違憲審査制の主たる目的の一つが、時々の多数によっても侵されることのできない人権の保障にある以上、違憲審査を担当する裁判官の人権意識はきわめて重要である」、「こうした裁判官に、憲法の護り手として期待することは、残念ながらもったく出来ない」（横田一五四頁）という。新井教授は、下級審の活発な違憲審査を指摘し、「そのような下級審判決の積極的・人権的な傾向は、団藤博士も認めるように、なんといつても担当裁判官の年代が若く、思考や発想が柔軟性に富み、正義感や人権感覚に優れていることや、また、上級審と異なり紛争事件を通して社会の実情に直接触れる機会に恵まれていることなどに依る」が、「それだけではなく、当該事件の裁判に臨んで、違憲(的)判断に自らを踏み切らせるだけの勇氣と確信を、担当裁判官らが持ちあわせていたこと」を指摘するが、「その後重要な憲法裁判で自らの良心と憲法のさし示すところに従い、断乎として違憲判決に踏み切った担当裁判官たちに対して、司法上層部は人事権を濫用して、任用や給与など待遇面で徹底した不利益差別を行い、圧迫を加えてきた」、「そのため、八〇年代以

降は最高裁判所のうち出す合憲判決に——それがいかに多くの問題性を孕むものであつても——公然と批判の矢を向ける下級審判決が次第にみられなくなり、あるものは面従腹背の手法を用いて自らの憲法的新年をおし通そうとし、また、あるものは最高裁の「お先棒」をかついで、ひたすら忠誠を示すことに奔命するなどの、*stare decisis* に対応を生み出す結果となつてゐる。「かくして、わが国憲法裁判五〇年の今日においては、「下級審の実状からして、『下級審の裁判が（上級審の）判例を動かして行く原動力とな」り、「判例の発展の因子になる」という望ましきダイナミズムは、期待薄といわざるをえない」（新井二頁）という。

(2) とはいへ、実績はあながち棄てたものではない

他方、奥平教授は、「たしかに、アメリカカ型司法審査の日本への移植は、木に竹を接いだようなどころがある。しかしそれをいえば、司法審査の継承だけがそうだったわけではない。それによつて保障されるところの憲法における実体的な価値、すなわち民主主義、市民的な諸自由および生存と平和とのための諸措置は、ほとんどすべてがすべて、戦前の旧日本とはうまくつながり得ない『外来的なるもの』であつた、とさえ言える。私たちはほぼ五〇年、これらと付き合ひ、これらを自分のものとするために努めてきた。樂觀のそしりもあるだろうが、それらはそれなりに相当に自分のものとする事ができた、これあるがため、すなわち『人類の普遍的な原理』たる政治原則をそれなりに身につけることができたから、私たちは、世界の諸国との交際において——尊敬とはとうていいえないにしても——相応の承認と信頼をかちえてきているのである。なるほど、民主主義、市民的自由と平和的生存の確保のために司法審査が果たしてきた役割は、尠少なるものがある」、「ともあれ、『ほんの少しの司法審査』と折り合ひをつけながら、私たちは他のいろんな手段を補強的に用いることによつて、市民的自由、民主主義および平和的生存の確保に努めてきた。この実績は、あながち棄てたものではなく、それなりに認識されてしかるべきかもしれない」（奥平①六頁）、「私の理解によれば、市民の憲法感覚・権利意識に根ざした個別具体的な係争事件からはじまるところの司法審査という制度は、市民参加という点で、より適合的なのである。私としては、

『満更棄てたものではありませんよ』といたい部分がある」(奥平①七頁)という。

(四) 憲法裁判所型への評価

憲法裁判所導入に批判的な立場の論者は、憲法裁判所型の短所を指摘し、また、わが国に導入した場合におけるマイナス面を強調する。

(1) ドイツが成功したのはそれなりの事情

芦部教授は、ドイツでは、公的機関のうち、憲法裁判所が最も信頼されているが、その理由は、憲法裁判所と言ってもドイツの場合は、圧倒的多数の事件が、アメリカ型の憲法異議^{II}憲法訴訟願でなされ、その判決の論旨も非常に綿密で、人權擁護的なものが多く、それが憲法裁判所は人權擁護の府だというイメージを国民に強く焼きつけていること、また、憲法裁判所は、警告判決という手法をあみ出して議会に配慮したり、広報活動を通じて国民に訴えかけたり、いろいろなことを積極的に行っていること、憲法裁判所裁判官と学界のつながりや交流も、日本と比べるとはるかにうまくいっていること等を指摘し、「そういうことがあつて初めて、憲法裁判所は、一方では超立法府だというような批判を浴びながらも、高い支持を受けている」という。そして、「日本の司法審査制が少し機能障害を起こしてしまっているのではないか、ということは事実」であるが、「現在の段階で憲法裁判所に変えるべきだというのは、早すぎるというか、問題が多すぎる」(芦部①三四頁)と述べる。

(2) 政治の司法化・司法の政治化

佐藤教授は、ドイツの連邦憲法裁判所のマイナス面について、服部高宏教授の論を引用しながら、「①政治の停滞(政治

が単なる『憲法の執行』となつてしまい、責任ある将来志向の政策形成が難しくなつてゐる）、② 憲法裁判所の負担過剩（莫大な数の憲法訴願だけでなく、重要な政治問題に関する判断を政治部門が委ねてくる）、③ 尋常でない基本法改正の仕方（基本法は頻繁に、しかも歪な形で改正され続けている）、④ 基本法の人権・基本権保障の理念の弱体化（基本法がその都度の政治的妥協を克明に示す公正証書のような存在になつてしまつてゐる）（佐藤①一八頁）とまとめてゐる。

芦部教授は、ドイツにおいて、「政治の裁判化」、「司法の政治化」が懸念されていることを指摘し、「抽象的規範統制はやめたほうがいいのではないか、という意見すら、最近出始めている」、抽象的審査制は、「議會制民主主義がうまく機能してゐない国だと、非常に危険ではないか」、「議會制民主主義が軌道に乗つてうまく機能していればいいけれども、うまくいつていなかつたら、これはまた議會政治を潰す働きをする可能性もある」（芦部①三四頁）という。そして、抽象的審査制導入論について、「キャリア・システムをそのままにして活性化を望むことに大きな無理がある」が、「現在のシステムを前提にして憲法裁判が五〇年の長きにわたつて存続しているという重みも否定できない」、「学者のステイタスや裁判官との関係も、ヨーロッパとはかなり違う」、「それに、日本の議會制民主主義はいま重大な岐路にある」、「政党政治は危機的な状況から脱する展望を持ってない」、これらを考えると、「ヨーロッパ型の問題点を考慮に入れると、何らかの改革案を模索することは必要で」あるが、「現在の状況のもとで憲法裁判所制度を導入すべきだ」という議論には、にわかに賛成できない」（芦部②二四頁）という。

(3) 市民不在の体制適合的な憲法裁判を招来

奥平教授は、『読売』の憲法裁判所構想、ならびに、「一部憲法学者のなかに浸透しはじめている憲法裁判所憧憬論」について、「私はまず、この種の思考方法に共通する『制度』論的な物の見方に、かなり不信感をいだく。ある『制度』がうまくはたらかないのは、その『制度』が悪いからであつて、別の新しい『制度』をもつてくれば、こんどはうまくはたらくと考える傾向には、警戒を要する」（奥平①三頁）、「なかならず問題なのは、『制度』が土壌とするさまざまな要素——あい

まいに『文化』と呼んできている社会的・歴史的な背景もここに入るのだが——を捨象して、拙速に別の『制度』の導入を叫ぶ姿勢である。私はこれを、思想の怠惰性の現れであるとさえ考える。A制度の現状を規定している文化的な——と、取りあえずひと口で言っておくが——諸要素を深く地道に探究もせず、そしてそれらの組み替えの提言をおこなうこともなく、同じ土壌のうえに、Aの代わりにB制度を持つてきても、存外、Bもまた、うまくはたらかないかもしれないのである。」「口早に『制度疲労』を語り、『首のすげ替え』を万能剤と思ってしまうのは、社会科学的方法ではない。いま、ある制度が『うまくはたらかない』といい、他の制度なら『うまくはたらく』という言い方をしてみたが、きつと一番の問題は、『うまくはたらく』とか『うまくはたらかない』とかが意味するものはなにかということ、しつかり見すえることである。』（奥平①三〇四頁）という。そして、「ひととは、非常にたくさんの市民は、司法消極主義を改め司法積極主義に切り換えれば、自分の気に入らない法令や政府の行為が——どしどしというほどではないにしても——相当程度において『違憲』と判定されるにちがいないという見込みを抱く傾向をもつ。けれども、それは短絡というものである。そんな保障はどこにもない。憲法裁判の迅速化・積極化が、それ自体プロパーに『いいこと』だと考えるのは、幻想である。かえって、市民不在の、体制適合的な憲法裁判を招来する可能性があることを知るべきである」（奥平①五〇六頁）と批判する。⁽³⁾

(五) 憲法八一条の違憲審査制の捉え方

憲法裁判所導入に批判的な立場は、日本国憲法八一条に規定される違憲審査制の性格をどのように捉えているのだろうか。

(1) 事件性をベースとした付随的審査制

樋口教授は、アメリカ型の付随的審査制と、ドイツ型の抽象的審査制という「違憲審査制の二類型は、それぞれに長所と

問題点を持つが、付随的審査制は、何より、最も直接の利害関係を持つ者が訴訟当事者となり、そこで問題が真剣に争われるなかで、裁判所が、憲法判断が具体的生活関係にもたらす効果を考慮しながら妥当な結論に達する、ということが期待される。「裁判所内部でいえば、生活関係の審理に密着した下級審のなかでおこなわれる憲法判断のつみ重ねのうえに立つて、最高裁判所の最終的判断が、それだけ説得性を増すであろうことも、期待される」(樋口①四二三〜四二四頁)とし、「付随的審査制を前提としたうえで、つぎに、憲法適合性審査の場をどれだけ広く——あるいは狭く——設定するかによって、審査制の構造の内幕が左右される。ひとつは、違憲審査が『付随』する本体ともいふべき訴訟の成立要件にかかわる」(樋口①四二四頁)といふ⁽⁴⁾。

奥平教授は、「アメリカでは判例法上確立した裁判所の憲法判断権の制度を、日本国憲法は明文の規定でもって継受した」(奥平②一九頁)、憲法八一条の「規定は、一見すると、最高裁判所だけが違憲審査権をもっているように読める。実際、そう解釈する学説もある。しかしながら、『最高裁判所は……終審裁判所である』とする文言からみても、最終判断をくだすのは最高裁であるが、下級裁判所もまた審査権をもつことを暗黙の前提にしている、と読むほうが素直である」(奥平②二二頁)、「第八一条が、西ヨーロッパ型の『憲法裁判所』という特別な役割りを最高裁判所になわした規定である」と見るにしては、この規定は余りにも簡単である。もしそうならば、その点にかなする構成・手続きなど最小限度必要なことは憲法で定めていないと具合がわるい。この解釈はいわば無理な解釈である。また、こう解さなければたいへん困るといふ段段の事情も見当たらない。これはやはり、アメリカ型司法審査をモデルにしていると解するほうが無難である」といふ。さらに、アメリカ型の特徴は、「ふつうの裁判手続のなかで、これに付随して、憲法問題が問われる」(奥平②二二頁)、「だれかと特定の具体的な法律問題について争いがあり(これを「事件性」の要件という)、かつ、この争いについて自分が法的な利益を有すること(これを「原告適格」の要件という)が必要とされる」、「『事件性』や『原告適格』の問題を、あまり厳格に解釈すると、それだけ違憲審査の窓口が狭められ、制度本来の意義が活かされなくなってしまうおそれがある。しかしさればといつて、『事件性』や『原告適格』などの要件をつけること自体けしからんと考え、これをいつさい廃棄せ

よという議論も、勇み足に過ぎてよろしくない。個々のばあい、『事件性』、『原告適格』の解釈問題では苦勞しなければならぬが、だれでもがではなくて、こういう要件をそなえた市民が、憲法問題をつきつけることによって、裁判所は具体的な事件に足をつけて、しかし否応なく憲法判断をするように仕向けられるようになる』（奥平②二二三頁）という。

佐藤教授は、「米国流の違憲審査権である」ということを文字通りにうけとめる限り、正面から抽象的違憲審査制が可能であることは困難である」、「実際、アメリカの違憲審査制を念頭におきながら、抽象的違憲審査制の採用は現行憲法上不可能であるとする説」〔が支配的である〕（佐藤②三三三頁）、「司法裁判所型であるとの前提において抽象的違憲審査が可能かどうかは」、「裁判所に本来の司法権ならざる権限の行使を認めることは、法原理機関としての裁判所の立場を害しない限り不可能ではないとの見地」〔からアプローチすべき問題というべきであろう〕（佐藤②三三四頁）、「抽象的違憲審査制は、裁判所の広汎な憲法判断を引き出す上で確かに有意的とはいえるが、しかしそのことが直ちに基本的人権の保障の強化を帰結するという理論上および実際上の保障はない。と同時に、付随的違憲審査制も」、「実際上の調整措置を講ずることにより、抽象的違憲審査制にかなり接近した運用もありうる」、「現在憲法訴訟手続を定めた独自の法律は存在せず、一般の民事訴訟、刑事訴訟、行政事件訴訟の各手続において、それぞれに関する法律の定めるところに従い事件が処理される過程の中で憲法問題が扱われることになる」（佐藤②三三四～三三五頁）という。

（六） 諸提言

憲法裁判所導入に批判的な立場もいくつかの提言を行う。

- (1) 職業倫理に支えられた裁判官たちによって憲法の意味が示される第三の類型（以下、「第三類型」タイプと略す）
樋口教授は、「制度としてアメリカ型でも大陸型でもなく、制度の背景としても、アメリカ流の『ステーツマン』としての

「法律家」の伝統も、ヨーロッパ流の法学教授の権威も共有していないとしたら、日本の違憲審査制には、出口はないのだろうか。そうした伝統のない日本だからこそ、司法権の職業裁判官層に託された違憲審査権の積極的展望を語る余地はないか（樋口②一〇一―一二頁）と問い、「通常裁判所の下級審を含めた一体としての司法権に違憲審査権を託している日本の制度は、アメリカ型でもヨーロッパ大陸型でもない。それはたしかに、これまでは、日本の制度の機能不全をもたらしつゝの大きな要因だった。しかし」、「 legalization」の脈絡があるだけに、積極的な可能性をそこに読みとるところがあつてもよいのではないだろうか。具体的な事件として法廷にあらわれた生活関係のなかで憲法をどう解釈運用することが妥当な解釈をもたらしつかという場面で、事実認定と法解釈に熟達し職業倫理に支えられた裁判官たちによつて憲法の意味が示される、という制度類型を、第三の類型としてつくりあげてゆく可能性をつかみ出すことはできないだろうか（樋口②一三―一四頁）、「キャリア裁判官としての専門性に沈潜した職業倫理」こそが、「アメリカ型、ヨーロッパ大陸型の二つに対抗しうるレジティマシーの可能性を我々に提供してくれているはずではないのか」（樋口③一三頁）という。⁽⁵⁾

(2) 裁判所あるいは裁判官の「市民化」（以下、「市民化」タイプと略す）

奥平教授は、憲法裁判所導入論を批判するが、自らは、「裁判所あるいは裁判官の『市民化』（奥平①七頁）を提言する。「憲法裁判を職業裁判官に頼ることにしている現行の慣例を」「前提にしていえば、職業裁判官の『市民化』がないわけにゆかない。職業裁判官、またの名、官僚的裁判官を既存の前提としたうえで、そのような裁判官に、私たちの市民的自由と平和的生存にかんする憲法保障を託しても、それはうまくゆかないのは、当たり前まへの話である。憲法訴訟の活性化のためには、裁判官が法律のもう一つ先（あるいはもう一つ上）にある憲法規範までアクセスし、憲法的な観点から市民の現実の欲求を見直してみることに、いますこし積極的になる必要がある。裁判官が、従来からそうしてきたように、あたかも法が自足的に完結した法であつて、それに何ひとつ新しいものをつけ加えることなく自律的に運用することこそ、職業として守るべき第一準則だとするのでなく（セルズニツクのいう『自律的な法』の觀念から脱出し）、法をめぐる環境がいかにあるか

を、もう一つ高い次元、すなわち憲法の地平から眺めて、法をそれが取りまく環境と対応させて捉えること（すなわち、セルズニツクのいう『適応する法』として、法と現実とを調整すること）が試みられるべきである。このばあい、裁判官が総体としてイメージ・チェインジし、職業裁判官というものの限界を一度は取り払い、新しい裁判官像を創り上げてゆくのであればなるまいと思う。そのための方途の一つを、裁判官の『市民化』という目標設定として、言い表すことができるであろう（奥平①七〇八頁）という。そして、「こうした裁判官の『市民化』は、憲法裁判の方向づけに小さくない影響を与えるであろうと期待される」、「裁判官が憲法裁判をするのであるから、その裁判官が『市民化』することは、憲法裁判制度を活かしてゆくための不可欠な要素の一つだと思ふ」（奥平①一三頁）、「こんなふうには、徐々ながら、司法審査はそれなりに展開してゆくにちがいない、と希望的な観測ともいえる展望を、私はなおしばらくは持ちつづけるであろう」（奥平①一四頁）、奥平教授は、「一部から『保守的』のそしりを受けることを覚悟して、『折角ここまで折り合いをつけてやってきて、どこに、どんな問題があるか、代替的補強措置はなにか、などということがようやく分かってきたのだから、文句をいいつづけながら、このままやりつづけてしまおうよ』⁽⁵⁾といたい」（奥平①七頁）という⁽⁶⁾。

(3) 司法容量の拡大、法曹一元、法曹養成制度の改革（以下、「容量拡大」タイプと略す）

佐藤教授は、土井教授の指摘（後述四の注（一）参照）をもとに、秩序形成観には、ドイツ的な「法治国家」観と英米的な「法の支配」観があるとし、抽象的審査制と付随的審査制とを対応させる⁽⁷⁾。そして、「両者の秩序形成観のいずれに軸足をおくかによって、その国の法体系・法秩序の基本的骨格ないし特質が規定されることは否定できない。憲法裁判所型の憲法裁判か付随的違憲審査制かは、まさにかかる法秩序の基本的骨格ないし特質にかかわる事柄であるように思われる。もし日本国憲法の立脚する秩序形成観が、「当初の理解のごとく『法の支配』である」とすれば、そして、日本国憲法下での制度改革がその前提の下でなされたものであるとすれば、憲法裁判所型の憲法裁判への転回を図ることは、再び『百八十度の転回』を図ることではないか。全面的な憲法改正を試みるということであれば、話は別となるが、現在の日本国憲法を前提とする

ということであれば、『法の支配』的秩序形成観を土台にすえて、その拡充的展開の方途を追求すべきではないであろうか」(佐藤①一七頁)、「憲法裁判所の行き方にはもちろん利点はあるが、ここでまたドイツ法的行き方との新たな『接ぎ木』を試みるよりも、具体的事実関係に即して憲法問題も判断するという付随的違憲審査制の長所を活かしながら、憲法問題により本格的に取り組むことのできる体制を整える方向が追求されるべきではないか」(佐藤②三三五〜三三六頁)という。そして、『行政への過度の依存体質に訣別し、自律的個人を基礎と』する自由で公正な社会の構築という観点からは、司法の役割をもっと広く捉える必要がある、「個人の自律的生を支え助長する社会システム整備にあたっての中心的柱として、国民に対する司法サービスの格段の向上を図る必要がある。そのためになすべきことは多いが、何といつても司法の容量の拡大がその基礎的条件である」とし、「法曹人口の増大は自己目的ではないけれども、司法の容量の拡大のためにはその増大は避けて通れない課題」(佐藤①二五頁)だという。教授は、さらに、矢口洪一元最高裁判所長官の主張を援用して、裁判官の任用についての法曹一元に触れ、『政治部門』たる国会・内閣の場合のような「顧客」を有しない『法原理部門』たる裁判所が三権の一翼を担うにふさわしい力をもつためには、『法の支配』の理念を共有しつつ国民の実生活の様々な局面にかかわる弁護士を中心とする広範な法曹によつて支えられる必要がある。豊富な経験と知識をもつた多様な人材が法曹界に属し、個人の自律的生活を助ける、そうした中で、「法を法なるが故に尊重する国民意識も醸成されることになるであろう」(佐藤①二六頁)という。そして、「もし法曹一元が真に望ましいものと考えるのであれば、それを到達目標として決めた上で、到達するための基本的諸条件とその諸条件を充足するための具体的プロセスを描き、それに従つて着実に歩を進めることが必要であり」、「長期的には結局のところ法曹養成制度のあり方に帰着して行くのではなからうか」(佐藤①二七頁)と述べ、法学部教育のあり方の見直しと法科大学院構想を提言する。教授は、さらに、最高裁判所の違憲審査機能強化の道として、最高裁が重要な事件に集中するための上告制限の問題に取り組むこと、「最高裁判所の違憲審査機能の十全な遂行体制を確保することを基本としながら、大審院の機能も果たせる組織的工夫をこらすことである」とし、「中二階案」他の制度改革に言及する。⁽⁸⁾

(4) その他

(a) 任命手続の改善

芦部教授は、「議會制民主主義が一応軌道に乗つてうまく機能するようになった段階で、憲法裁判所制の可否をそれと並行して考える」べきであり、「それまでは、いまいろいろ問題があるけれども、何とか現在のシステムを改善する方向で考えたい。任命手続などなかなか変えられないかもしれない」が、「そういうふう考えたほうがいいのではないか」(芦部①三四～三五頁)という。

(b) 裁判官・裁判官希望者に対する憲法・人権教育(以下、「人権教育」タイプと略す)

横田教授は、「戸別訪問禁止問題にみたように、次々と最高裁判所で説得力を欠く理由で取り消される実態をみれば、市民が下級裁判所に期待はしても最高裁判所に期待できないのは当然である」(横田一五六頁)、「違憲審査制にとつて、これは本当に不幸な事態である。この事態を打開するためには、裁判官選任方法や裁判官制度の改善もさることながら、裁判官・裁判官希望者に対する憲法・人権教育の強化が最低限の必要条件であろう」(横田一五六～一五七頁)という。

注

(1) 教授は、さらに、「わが最高裁は法令等の違憲判断をうち出すには消極的でありつづけたが、さりとてそれは、法令等の憲法適否に関して自らの憲法判断を示すことにも謙抑的であつたというわけではなく、むしろ進んで合憲(的)判断を表明するための恰好の機会として、憲法裁判の場を活用してきた趣さである」、「わが国最高裁がただに違憲審査権行使に消極的であつたというにとどまらず、むしろ違憲審査の機会を逆用して、これを合憲判断表明の舞台ととらえ、政治(権力)部門に政策上のフリー・ハンドを与えてきたことは、動かしがたい事実」(新井一九〇頁)だといふ。

(2) 「現在でも下級審では、国民の重要な人権に関する一部の分野で不十分ながらも違憲判決が存在する。このようなことを軽視すべきではない。消極主義批判の前提には、日本の司法がその使命である国民の人権擁護機能を十分に果たさずきたという、歴史的に実証される認識がある。われわれは、裁判所は『上に行くほど(もつと)悪くなる』という日本の司法状況を前提にし、裁判所とくに最高裁が、憲法上負託された憲法秩序保障の責務を十全に果たさず、人権保障を軽視し、違憲の政治をむしろ

追認することにその任務を限つてきたことを批判するのである」(諸根貞夫「人権軽視の統治正当化システム構想」法と民主主義二九七号二六頁(一九九五))という批判がある。

(3) その他、憲法裁判所導入論について、「これまでの違憲審査の実態をふまえて、近年、まったく異なる立場から、憲法裁判所制の導入が提唱されている。しかし、「単なる制度変更は問題を解決しないばかりか、より不幸な事態を生みそうである」(横田一五七頁)という批判の他、読売試案に対し、「憲法裁判所設置による憲法判断積極主義は、必ずしも国民の人権侵害状況の是正にとつてプラスとはならないだろう」、「試案」八七条三項の『異議申し立て』は、ドイツの憲法訴訟とは相当な距離がある。全体的な脈絡抜きで、唐突に外国の制度を持ち込んで来る安易さもさることながら、むしろ主眼は、内閣が、合憲の「御墨付」を迅速かつ確実に獲得することにあるといえよう。下級裁判所による違憲判断の可能性を遮断することも、これと運動している。この国の司法の現状では『合憲判断積極主義』の制度化になりかねない」(水島朝穂「読売『憲法改正試案』にもりこまれた危険な意図」法セミ四八一号九頁(一九九五))、「憲法裁判所による、迅速かつ効率的な、今まで以上の露骨な合憲化機能が予測される」(諸根・前出注(2)二七頁)、「案は通常の裁判の過程で憲法判断が必要になつた時、これを憲法裁判所に移送することによつて、違憲判断権を下級審から奪つている。戦後五〇年近くに及ぶ憲法の生涯の中で、憲法の持つ平和主義や市民的自由が守られ具体化されたのは、市民たちの運動とその束縛を受けた幾多の下級審の裁判所の判決であつた」、最高裁判所が下級審の「諸判決を大旨否定してきたにもかかわらず、こうした下級審の営みが憲法を力あらしめて来たのである」、「今読売は、そうした日本国憲法の生命力の源を断ち切ろうとしている。下級審から憲法判断権を奪い九人の憲法裁判所にそれを限定してしまふことが、戦後五〇年にわたる憲法の歩みをどのような方向に変質させるかは明らかである」(渡辺治「読売『憲法改正試案』の政治的意味とオルタナティブの道」法セミ四八一号一四頁(一九九五))等の批判がある。

(4) 樋口教授は、かつて、「前提的違憲審査制の方がむしろ、現代においてもできるかぎりで人権を擁護しなければならないという観点にとつて適合的である」、「人権擁護の観点からすれば、審査の開始いかんが国家机关によつて左右されるのか市民自身が開与しうるのか、および、人権擁護にとつて審査機関がどれだけ適合的に構成されているのか、が核心的である。そして、第一に、今日のわが国で、前提的審査によつて、市民自身の側から法廷で少なくとも憲法問題を提起することができのに対して、抽象的審査制はむしろそれに対し制約的にはたらくことが予想される。また第二に、前提的審査制のもとではじめて、下級裁判所を中心に戻されつつあるわが司法権の人権擁護機能が重要な意味をもちうるのに対して、抽象的審査主義は、どのような具体的方式がとられるにせよ、最高裁あるいは特別の裁判所の役割を格段に高めることとならう」(樋口④一四一―一五頁)と述べている。

(5) 教授は、「第三の類型」について、「下級審での訴訟当事者代理人と裁判官」、「憲法訴訟論がまず名宛人としてアピールしてい

るはずの層に、期待を託す」、「訴訟代理人である法実務家の人權感覚をふまえて」、「生の生活事実に即した下級審の判断として、ここはどうしても違憲判断をしないと法律家としてまともな判断を書けない」という場面で積み上げられるような違憲判断が、願わくは最高裁によつても支持をされて定着していく、という方向」である、「現状はなかなかそうはいっていない」が、「しかし、それ以外に軌道に乗せていく道はない」、「逆にそれをうまく軌道に乗せられれば、それこそ国際的なフォーラムでも、第三の道として日本の経験を積極的に参考例として提供できるようなものになるのではなからうか。一九六〇年代に全通中郵判決あたりをきっかけにして、その方向性が見えかけた時期もあつたと思うのですが、その後それが伸びていない。そのためには、司法行政の在り方として、闊達な下級審の裁判官活動ができるような雰囲気、最高司法行政機関としての最高裁にも心がけていただくことが、司法の權威の充実のためにもどうしても必要ではないか」という。座談会「日本国憲法五〇年の歩み」ジュリー一〇八九号三二頁（一九九六）。樋口教授のアプローチに賛意を表する立場として、小林武一「わが国違憲審査制五〇年の軌跡と課題」(一)南山法学二二卷一六二頁（一九九八）参照。

(6) 新井教授は、奥平教授の表現(傍線部分)を引用しながら、「アメリカ違憲審査制二〇〇年の歴史においても、当初の五〇年間は違憲判決がわずかに二、三の例にとどまり、その後時を経るに従つて次第に活潑さを増すようになった由である。したがつて、私たちもこれまでの五〇年間の実績だけでわが違憲審査制の将来を占うことをせず、来世紀までを見据えたロング・レンジのもとで、わが国の法文化や社会の体質をも少しずつ改変・前進させていく努力とかかわらせながら、この貴重な制度の発展を期していくべきものと思う」(新井二二頁)という。

(7) 教授は、「ドイツ的な憲法裁判制度は」、「ドイツ的な秩序形成観の産物である」、「それは、『法治国家』という言葉で表象される歴史的な秩序形成観である」、法治国家は、「観念的・演繹的な思惟によつて形成される知のヒエラルヒーが統治システムのヒエラルヒーへと転写され、秩序形成の基底を形成するもので、それはいつてみれば全体性・組織性・能動性を備えた「垂直下降型の秩序形成」であり、司法型秩序形成に比べはるかに行政型秩序形成と親和的であり、また、抽象的違憲審査制と特徴づけられるドイツ型憲法裁判所による憲法裁判はこのような秩序形成観の産物である」、「ドイツ的な『法治国家』観に立脚している明治憲法下の日本は、第二次大戦後、日本国憲法の制定に伴つて、英米的な『法の支配』へと転換した、あるいは、少なくともそうした自己理解が圧倒的であつた」、「日本国憲法の導入した違憲審査制は『付随的審査制』であるという通説は、そうした自己理解の帰結であつた」、「明治憲法より大転換をとげたことされる『法の支配』ないし『英米式の司法国家主義』とは何であらうか。英米といつても両者の間に重要な違いはあるが、『司法の高い制度的地位、行政官僚組織に対する議会の優位などの点で共通点を有』するもので、自律的個人を出発点として、その共生を図る法を具体的事実即して経験主義的に形成しようとする

ところに『法の支配』的秩序形成観の特徴がある。国民は法（行政）客体として存在するのではなく、法形成への主体的・能動的参与者として捉えられ、それだけに、事件・争訟の当事者が適正な手続の下で対等の立場で真剣に争う司法の場において形成される法が重要視される。いわゆる付随的違憲審査制は、こうした秩序形成観の産物である（佐藤①一六〇―一七頁）という。

（8）佐藤教授が会長をつとめた司法制度改革審議会の平成一三年六月一二日の意見書は、「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、「上告事件数をどの程度絞り込めるか、大法院と小法院の關係を見直し、大法院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。また、最高裁判所裁判官の選任等の在り方についても、工夫の余地がある」とする。

四 おわりに

（一）整理と検討

以上、憲法裁判所導入にコミットする立場と憲法裁判所導入に批判的な立場の主張をみてきた。次に、両者の違い、および、各立場内における偏差を検討したい。

（1）違憲審査の運用実態の認識における偏差

憲法裁判所導入にコミットする立場は、司法消極主義、裁判の長期化、憲法判断の著しい遅延を指摘する。この点、憲法裁判所導入に批判的な立場の認識も異ならない。しかし、注目すべきは、憲法裁判所導入にコミットする立場が、もっぱら最高裁の運用実態に焦点をあてるのに対し、憲法裁判所導入に批判的な立場のうち、「人権教育」タイプ、「市民化」タイプは、付随的違憲審査制はそれなりに定着していること、憲法訴訟の現実における役割は大であること、下級審の活発な違憲

審査ぶりを指摘していることである。「第三類型」タイプも、下級審の動きに注目する。

(2) 運用実態を生み出す要因認識における偏差

この点において、憲法裁判所導入にコミットする立場も、批判的な立場もほとんど異ならないように思われる。前者における「(1)内閣の人事政策」は、後者における「(イ)最高裁判官の顔ぶれが、政治部門の多数派に同調する方向で均質化」に、前者における「(3)小法廷の利用」は、後者における「(ハ)小法廷の政治的使用」に、前者における「(6)一元的な裁判制度」、(7)日本の精神的風土としての『和』の精神」、(8)状況の変更を好まない態度」、(9)ドイツ流の明確な概念構成、緻密な論理構造は憲法判断に親近性を乏しくする」、(10)キャリアシステムにおける理想としての『顔の無い裁判官』像」、(11)通常事件の上告審裁判所として活動する最高裁」は、後者における「(ケ)裁判官が心おきなく憲法裁判に当たれるような司法部内の環境・条件がない」、(ト)違憲判決にも虚心坦懐に対応できるだけの政治部門（立法院・行政府）の姿勢がない」、(ニ)最高裁判官の希薄な人権意識」に、前者における「(12)憲法が政治・社会の共通の基礎であるというコンセンサスのない政治風土」は、後者における「(二)憲法そのものが政治過程の中で争われつづけてきたこと」に、前者における「(3)木に竹を接いだような裁判制度の変革」は、後者における「(ロ)アメリカ型違憲審査制とヨーロッパ型違憲審査制の谷間（アメリカ的伝統もヨーロッパ的伝統もなく、接ぎ木の法文化）」に、各々対応しよう。それ以外の指摘も、それぞれ共有しうろと思われる。

(3) 運用実態への評価

憲法裁判所導入にコミットする立場も、批判する立場も、最高裁にも下級審にも期待できないというが、しかし、批判的立場のうち、「市民化」タイプ、「人権教育」タイプは、実績はあながち棄てたものではないと評価する。それは、違憲審査の運用実態の認識における偏差において述べたように、両タイプが、付随的違憲審査制はそれなりに定着していること、憲

法訴訟の現実における役割は大であること、下級審の活発な違憲審査ぶりを指摘していることによるものであろう。

(4) 憲法裁判所型への評価における偏差

憲法裁判所導入にコミットする立場は、憲法裁判所型について、「裁判の政治化・体制維持機能」のマイナス面を指摘する他は、「裁判の迅速性」、「違憲判決の実効性」、「下級審の憲法感覚・人権感覚は生かされる」、「市民は違憲の主張を十分にできる」、「裁判所自身は心置きなく違憲判断ができる」、「職業裁判官と学者裁判官の協同作業」等のプラス面を強調し、「憲法裁判所型は世界の趨勢」だと評価する。他方、憲法裁判所導入に批判的な立場では、市民生活に近い下級審における「憲法判断のつみ重ね」が強調され、憲法裁判所型における「政治の司法化・司法の政治化」が危惧されている。特に、「市民化」タイプでは、「市民不在の体制適合的な憲法裁判を招来する」点が強調される。英米的「法の支配」の理念にコミットする「容量拡大」タイプは、憲法裁判所型は「法治国家」思想に親和性をもつと考え、批判的である。

(5) 憲法八一条の違憲審査制の捉え方における偏差

憲法八一条の違憲審査制について、憲法裁判所導入に批判的な立場は勿論、付随的審査制として捉え、憲法裁判所導入に好意的な立場も付随的審査制であることを否定しない。前者も事件性の要件を必ずしも厳格に解するわけではないが、後者の方がより緩やかに解し、司法の射程を広げようとする。

(6) 提言における偏差

憲法裁判所導入にコミットする立場は、現実を司法消極主義として捉え、その原因を分析し、最高裁にも下級審にも期待できないと判断をする一方で、憲法裁判所型を高く評価する。その提言には、「憲法裁判所」タイプ、「具体的規範統制」タイプ、「憲法部」タイプ、「上告制限」タイプ等が見られるが、それは、「憲法裁判所」タイプのように憲法改正を前提にす

るのか、憲法八一条の枠内——といつても論者の考える枠内であるが——で論じようとしているのかの違いによる大きなところに思われる。他方、憲法裁判所導入に批判的な立場も、現実を司法消極主義と捉え、原因を分析し、最高裁にも、下級審にも期待できないとしつつも、憲法裁判所型よりも司法裁判所型を評価し、現実の付随的審査制に何らかの改良を加えようとする。もつとも、そこにも次のような異同が見られる。①「第三類型」タイプ、「市民化」タイプ、「容量拡大」タイプとも、わが国の違憲審査制は、アメリカ型違憲審査制とヨーロッパ型違憲審査制の谷間、アメリカ的伝統もヨーロッパ的伝統もない、接ぎ木の法文化等を指摘する点では共通の認識をもつ。しかし、「市民化」タイプと「容量拡大」タイプは、「法治国家」思想よりも英米流の「法の支配」思想にコミットしているが、「第三類型」タイプは、どちらにもコミットしない第三の道を求めようとする。②「第三類型」タイプは、「一人一人の裁判官がそれぞれに自分自身の責任において、閉じ籠もらない、開く接点を見出していく」(樋口③一四頁)とし、「人権に対し開かれた裁判所」(樋口③一三頁)にコミットする。「市民化」タイプも、クローズされた裁判官、裁判所を否定し、開かれた法の運用を主張する。「容量拡大」タイプも、大差ないように思われる。しかし、前二者は、司法改革論議以前の主張であり、官僚司法体制内の職業裁判官を前提とするが、「容量拡大」タイプは、司法改革論議以降の主張であり、法曹二元等の制度的な改革によつて、オープン性を求めようとする。なお、「容量拡大」タイプは、「最高裁判所の違憲審査機能の十全な遂行体制を確保することを基本としながら、大審院の機能も果たせる組織的工夫をこらす」ことや、上告制限を論じる点において、憲法裁判所導入にコミットする立場における「憲法部」タイプ、「上告制限」タイプと接点をもつ。それは、「容量拡大」タイプが制度改革に積極的にコミットすることと、他方、「憲法部」タイプ、「上告制限」タイプが、憲法の改正を前提にしない改革を模索することによるものであらう。

(二) 今後の課題

以上、憲法裁判所導入にコミットする立場と批判的な立場を二分法的に、また、それぞれの立場内の違いについても検討してきた。付随的審査型と憲法裁判所型の長所、短所をどのように評価するか、これと関連して「法治国家」思想、「法の支配」思想のどちらの法秩序形成観にコミットするか、⁽¹⁾それとも第三の道をとるか、さらに、わが国の政治状況を勘案しながら、憲法裁判所を導入した時のプラス・マイナスをどのように評価するか等が、熟慮されるべき問題となろう。と同時に、憲法訴訟五〇数年の全体像をきつちりと捉え⁽²⁾その作業は、これまでに増して、憲法各分野の最高裁、下級審判例の網羅的・体系的・時系列的分析に基づいたより緻密な運用実態の分析を要求しよう⁽³⁾、どのような点に問題があり、どのような点を改良すれば活性化の道が開かれるのかを考えなければならぬ。根本的な制度改革の主張は、そのような作業を前提とするように思われてならない。

注

- (1) 藤田教授は、「今日におけるドイツ型『法治国』原理とアメリカ型『法の支配』原則との違いをめぐる問題は、恐らく、かつて我国でそうであったような理念的・イデオロギー的なところに存在するのではなく、より技術的なところに存在する。少くともドイツ人の意識においてはそうである、と言つて間違ひあるまい。このような理解の下では、『法治国』も『法の支配』も、一般的に見る限り、それなりの存在意義を有し、どちらが優越した価値を有するとは言ひ得ないことになる。従つて問題は、専ら、それぞれの社会の状況において、どちらがより有効に機能するか、ということに帰するであろう」という。藤田宙靖『法と法過程』五二七〜五二八頁（一九八六）。他方、土井真一「法の支配と司法権」佐藤幸治他編『憲法五〇年の展望Ⅱ』七九頁以下（一九九八）参照。

- (2) 奥平教授は、「現状としての司法審査のありようを、それを成り立たしめている土壌分析とともに、もつと真面目に、もつと個別具体的に点検する作業がなければならない」（奥平①四頁）、「司法審査に将来の可能性を託すにさいしては、検討すべきこ

とがたぶん山ほどあるだろう。私たちは、現状、すなわち司法審査をほとんど制度閉塞的なものにしてしまっている状況を成り立たしめている要素をしらみつぶしに調べ上げ、そうした仕組み・慣行・思考方法の組み替えをしないわけにゆかない」(奥平①七頁)という。

(3) 筆者の「消極主義、積極主義シリーズ」の目的の一つも、そこにある。中谷・前出二注(一)九一頁以下参照。

(二〇〇一年八月脱稿)

〔付記〕 本研究は、平成二二〜二三年度文部省科学研究費基盤研究C、二〇〇一年度南山大学パツへ研究奨励金I・IIAによる研究の一部である。