

現代法選書 5

司法の積極性と消極性

樋口陽一著



勁草書房

現代法選書 5

司法の積極性と消極性

—— 日本国憲法と裁判 ——

樋口陽一著

勁 草 書 房

著者略歴

1934年 仙台に生れる
1957年 東北大学法学部卒業
現職 東北大学法学部教授
主要著書 『近代立憲主義と現代国家』(1973年, 勁草書房)
『議会制の構造と動態』(1973年, 木鐸社)
『現代民主主義の憲法思想』(1977年, 創文社)
『比較憲法』(1977年, 青林書院新社)
デュヴェルジェ『社会科学の諸方法』(共訳,
1968年, 勁草書房)

司法の積極性と消極性〔現代法選書〔5〕〕

1978年11月10日 第1版第1刷発行

¥ 1200

©著者 樋口陽一

発行者 井村寿二

発行所 株式会社 勁草書房

東京都文京区後楽 2-23-15

電話 (03) 814-6861

振替 東京 5-175253

* 落丁本・乱丁本はお取替いたします。 港北出版印刷／谷島製本
* 無断で本書の全部又は一部の複写・複製を禁じます。

3032-453103-1836

はしがき

この本は、日本国憲法のもとの司法をめぐる諸問題についてこれまで私が書いてきた論稿の一部をあつめたものである。第①論文から第⑥論文までは、違憲審査制の構造と機能について、第⑦論文から第⑨論文までは、裁判の独立についてのものであるが、どの論稿も、具体的な判決や具体的な出来事が対象となっており、あるいは、少なくとも思考の機縁となっている。そういうわけで、この本は、『司法の積極性と消極性』という大きなテーマについて体系的な思考を展開したものではない。しかし、一九六七年に書いた第①論文以来、私が司法の領域に関する問題についても考えるときには、いつでも、このテーマが問題意識となっているので、あえて、それをこの本の標題とした次第である。

裁判が現実には法創造作用をいとなんでいるということが確かであるかぎり、裁判所が憲法判断を積極的におこなうことは、必ずしも憲法に内在する価値の擁護に役立つわけではない。反対に、憲法典はそのままにしておいて「憲法の柔軟な解釈」をおこなない、「憲法を現実に即応させる」のに役立つことも多いのである。そのような結果をよしとするかどうかは価値判断の問題であり、したがって、論者それぞれの立場によってちがうであろう。現在のわが国では、司法の上層部が司法の消極性を折

にふれ強調しているのに、実際の最高裁は、それが絶対に必要でない場合にも憲法判断に積極的になりこみ、そして、圧倒的に多くの場合、合憲判断を積極的に下している。ところが他方で、日本の違憲審査制の運用に批判的な立場の人々のがわでは、右にのべたような司法上層部の発言にひきずられてであろうか、現状を司法の消極というラベルでとらえ、できるだけ裁判所が積極的に憲法判断にふみこむべきだという主張をすることが多い。そうした錯綜した状況を整理するために、この本では、憲法判断の積極または消極主義と違憲判断の積極または消極主義とを区別すべきだと考え（たとえば九三頁）、そういう観点から、さまざまな具体的論点にアプローチした。同様に、裁判の独立をめぐる問題についても、司法が単に制定法の機械的適用にとどまらぬ役割をはたしているという現実をふまえたうえで、そのような役割を演じている裁判官の独立——したがって政治部門はもちろん、そのときどきの選挙民多数の意思でもってしてもコントロールできない地位にあること——をどのような論拠で基礎づけることができるか、を問題にした。一冊の本にまとめたこの機会に、読者のかたがたの批判をいただければ幸いである。

九つの論稿の発表の時期および場所はつぎのとおりである。発表の機会を提供して下さり、今回はこの本に収録することをみとめて下さったそれぞれの出版社に感謝する。

- ① 「違憲審査制の近代型と現代型」（『法律時報』三九卷九号）、一九六七年
- ② 「憲法裁判の若干の基本問題——いわゆる長沼事件第一審判決に即して——」（『判例タイムズ』

三〇二号)、一九七四年

③ 「職業の自由とその制限をめぐる——薬事法違憲判決の論理——」(『判例タイムズ』三二五号)、一九七五年

④ 「違憲審査における積極主義と消極主義——衆議院議員定数配分の違憲判決に即して——」(『判例タイムズ』三三七号)、一九七六年

⑤ 「言論の自由と反論掲載請求権の關係——サンケイ新聞意見広告事件第一審判決を機縁とするひとつの覚書——」(『判例タイムズ』三五三号)、一九七八年

⑥ 「政治的意見による差別——三菱樹脂事件——」(『セミナー法学全集・憲法I』第二版)、一九七三年、および「思想・信条による差別——三菱樹脂事件——」(同上・第二版)、一九七五年(第⑥論文はこの二篇を、重複を削ったうえで合わせたものである)

⑦ 「法の解釈における解釈者の立場と裁判官の思想・良心の自由」(『法学セミナー』一八六号)、一九七一年

⑧ 「裁判官の『憲法忠誠』と『価値中立』——裁判官の思想を梓づける二つのイデオロギー——」(池田政章Ⅱ守屋克彦編『裁判官の身分保障』勁草書房)、一九七二年

⑨ 「憲法裁判における『公正』と『偏向』」(『ジュリスト』四八七号)、一九七一年

おわりになったが、出版についてお世話になり、また校正を手伝って下さった、勁草書房の郡司東

はしがき

男、東北大学法学部助手・中村英の両氏に、お礼を申しあげる。

一九七八年初秋

仙台で

樋口陽一

目次

はしがき

1 違憲審査制の近代型と現代型

—— 恵庭事件判決に触発されて

はじめに

一 「憲法保障」の建前と現実

二 現代国家と違憲審査制

おわりに

第1論文への追記

2 憲法裁判の若干の基本問題

—— いわゆる長沼事件第一審判決に即して

はじめに

3

一 訴の利益論としての「平和的生存権」論	27
二 法律違反の論点の判断に対する憲法違反の論点の判断の先行	35
三 いわゆる統治行為論の適用排除	42
四 いわゆる実態審理の意義	52
五 憲法解釈における前文の意義	60
結びにかえて	63
「職業の自由」とその制限をめぐって	64
——薬事法違憲判決の論理	
はじめに	64
一 職業の自由	65
——規制目的による区別と規制対象による区別	
二 経済的自由の規制と精神的自由の規制	73
三 厳格な違憲審査の基準と立法事実論	77
四 「職業の自由」と営業の自由論争	84

4	違憲審査における積極主義と消極主義	92
---	-------------------	----

——衆議院議員定数配分の違憲判決に即して

一	問題の所在	92
---	-------	----

二	本件訴訟の適法性	97
---	----------	----

——公選法二〇四条をめぐる論点

三	統治行為論をめぐる論点	103
---	-------------	-----

四	違憲判断の対象としての定数配分規定の可分性・不可分性	106
---	----------------------------	-----

五	いわゆる事情判決制度の基礎にある「法の一般原則」	111
---	--------------------------	-----

六	投票価値平等の原則とその適用	119
---	----------------	-----

七	むすび	124
---	-----	-----

5	言論の自由と反論掲載請求権の関係	127
---	------------------	-----

——サンケイ新聞意見広告事件第一審判決を機縁とする覚書

はじめに	127
------	-----

一	いわゆる直接効力説と間接効力説	128
---	-----------------	-----

[6]

二 直接効力説と反論掲載請求権の関係	132
三 反論掲載請求権の制度と憲法の関係	141
政治的意見による差別	147
——三菱樹脂事件をめぐって	
一 事件の内容	147
二 上告人がわの主張	148
三 被上告人がわの主張	149
四 問題点の検討	152
一 基本権の私人間効力(153)	
二 憲法一四条における「信条」論(155)	
三 労基法三条の「信条」解釈における「企業」の自由(157)	
五 最高裁大法廷の判決	159
一 法律論上の問題点(161)	
二 憲法論上の問題点(162)	

7 法の解釈における解釈者の立場と裁判官の思想・良心の自由……………166

——裁判官の独立をめぐる問題の一側面

一 問題の視角……………166

二 法解釈の実践性……………167

三 石田談話における裁判観……………169

四 裁判官の職務行使の場での思想・良心の自由……………170

五 「全人格」と裁判……………173

六 解釈作用の機能的意味での「粹」……………177

七 裁判官に対する「民主的統制」の問題性……………179

8 裁判官の「憲法忠誠」と「価値中立」……………182

——裁判官の思想を枠づける二つのイデオロギー

一 「司法の危機」と青法協問題……………182

二 裁判官の職務行使と思想・良心の自由……………184

三 新派的裁判観と「憲法忠誠」イデオロギー……………186

四	旧派的裁判観と「価値中立」イデオロギー	188
五	「国民」意思と裁判	191
9	憲法裁判における「偏向」と「公正」	195
	——「偏向」判決批判の検討	
一	問題の視角	195
二	「神々の闘争」	197
三	裁判部門の憲法解釈と政治部門のそれ	200
四	裁判部門の解釈の意義	203

① 違憲審査制の近代型と現代型

—— 惠庭事件判決に触発されて ——

〔一九六七年〕

はじめに

この稿は、全国憲法研究会のシンポジウム（一九六七・六・二、東京）での私の報告にもとづいている。それは、比較法的な概観を巨視的におこなうことによって、違憲審査制というものの現代国家における歴史的な性格について一つの仮説をたて、それとの関連において日本におけるその制度の基本的な問題状況を見定める、ということを目的としたものである。日本国憲法についてわれわれが特定の法実務ないし法実践に有効にとりくむためにも、一見迂遠にみえるそのような認識作業がむだではないと思われる。とりわけ、惠庭判決（昭四二・三・二九札幌地裁、下刑集九卷三号三五九頁）への各方面の対応のなかには、一方では違憲審査制に対する過大な期待ないし要求とそのうらがえしの失望、他方では「元来ブルジョワ国家における裁判というものは……」というふうな本質還元の静観主義、などが目につき、いずれにせよ、本来期待しえぬものを期待する誤謬や本来要求すべきものを要求しない誤謬が目につくだけに、そう思われるのである。

ところで、この制度についての諸外国の例の検討としては、わが国では戦前から、そして戦後はさらに、多くの研究が積み重ねられている。以下では、それらの諸業績から、それぞれ明示的に名を挙げて学恩に謝することを断念せざるをえなかったほど多くのものを学びながら、しかし、そこですでに明らかにされている多くの諸点については再論することをひかえ、私なりの仮説にもとづいて問題を提起し、教えを乞いたいと思う。

報告は、大きく二つに分れる。すなわち、裁判的機関による違憲審査制というものの憲法保障機能を、事実^{ザッヘリヒ}に即してたしかめておくこと(一)、および、現代国家においてその制度が一般化してきたことの基本的意味についての仮説をたてること(二)、である。

一 「憲法保障」の建前と現実

一 違憲審査制の問題は、ふつう「憲法保障」の名のもとにとりあげられる。

ところで、違憲審査制によって期待される「憲法の保障」とは、まず、①最高法規たる所与の憲法法源——ここで具体的に考えるのは硬性の制定憲法——に内在せしめられたところの価値そのものの実現、ということでありうるが、かならずしも常にそうであるわけではない。場合によっては、②実は憲法の漸次的平和的な「合理的」適応——もとより何を「合理的」何を「恣意的」とするかは、さしあたっては立場によって異なるが——ということでもありうる。たとえば、アメリカにおいて一八世紀の文書たる憲法が、アメリカが世界の大国となった今日においても時代の要求に対応して機能し

えているのは、修正条項の追加ということならんで、最高裁判所が判例において示す憲法解釈の作用に負うところが多い、というふうにいわれている。

実際のところ、違憲審査制によって保障されることの「憲法」は、違憲審査権を与えられた機関が解釈したかぎりでの憲法であつてそれ以外のものではない、ということがまずもって重要な事実である。⁽¹⁾ およそ憲法保障行為は、保障者による憲法解釈を前提として成り立っている。それゆえ、憲法保障の担当者がだれであるかという問いは、同時に、憲法の有権的解釈権が最終的にだれに帰属するのかという問いを意味する、ということになる。かようにして、たとえば、いわゆる司法審査制においては「裁判官がこれが憲法だというもの」が保障されるのである。それゆえに、裁判官と憲法制定者Ⅱ国民とを憲法保障者として等置することはできないし、にもかかわらず両者を等置するとしたら、その他の機関もまた憲法に拘束されるべきものである以上、国民と等置されないという論理はない。したがって、憲法の最高法規性から司法審査制が自動的に出てくるわけのものではないのである。

実際にも、最高法規たる憲法の解釈を最終的に示す権限はいろいろな機関に与えられてきたし、また与えることが主張されてきた。いわゆる政治的機関に与える方式としては、君主、議会、あるいはその他の政治的機関が問題となる。中立権論、仲裁者論、憲法の擁護者論などの仕方では行政権に与える方式もある。また、フランスの抵抗運動から生み出されたアンドレ・フィリップの憲法試案のように、何らかの機関の第一次的判断をうけて人民投票が行なわれるという仕方では、選挙人団そのものに憲法の最終的な有権解釈権を与える、という考え方もある。また、いわゆる裁判的機関にそれ⁽²⁾

が与えられる場合としては、普通の裁判所、特別の憲法裁判所、あるいはその他特別の裁判的機関が問題となる。

そして、憲法の有権的解釈にもとづいて、一定の規範ないし行為が憲法に適合するかしないかを明示的に判断する権限がそれらの機関に与えられているときに、ふつう「違憲審査制」とよばれる。以下での議論に際しては、そのなかで、普通の裁判所に具体的事件処理の前提として、違憲審査権を与える方式Ⅱ具体的、付随的または前提的審査制（一八〇三年以後のアメリカ）と、特別の裁判所ないし特別の機関（西独、第五共和制フランス）に抽象的審査を可能にするような仕方では審査権を与える方式Ⅱ抽象的審査制とを、基本的な類型としてとり出すことにしよう。

(1) 「実際、違憲審査の任を課せられた機関が法律とつきあわせるのは、憲法であるというよりは、憲法についてそれが抱いている觀念なのである。」(G. Vedel, *Manuel élémentaire de droit constitutionnel*, Paris, 1949. p. 124)

(2) ここで「裁判的機関」「政治的機関」という用語を用いたのは、い、わ、ゆる、その、よう、な、もの、という意味においてである（以下同じ）。裁判的機関もすぐれて政治的な機能を営むものであるし、また、構成や権限や審査手続の上からも、両者の間に一義的な線をひくことはむずかしい。

二 そして、くりかえすなら、どのような方式がとられるにせよ、保障される「憲法」は、最終的有権解釈権者によって解釈されたところのものであって、それ以外ではなく、所与の法源そのものの自己実現が約束されるわけのものでは決してない。