

◇ 書 評 ◇

立命館大学法学叢書 第21号

市川正人『司法審査の理論と現実』

木 下 智 史*

1 市川「司法審査論」の集大成

市川正人教授は極めて多方面について数多くの著作を有する憲法研究者であるが、なかでも表現の自由論と司法審査論の研究がその研究活動の中心をなしている。表現の自由については、すでに『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）があり、本書は、市川正人教授の司法審査論の集大成である。

市川教授が研究生活に入った1980年代初め、憲法学ではようやく、訴訟要件や違憲審査の方法をめぐる「憲法訴訟論」が「隆盛」をむかえつつあった。平和主義や主権論、議会制論を中心に展開されてきた、それまでの憲法学の研究対象と比べ、「憲法訴訟論」は、いかにも技術論的で「非政治的」なものとなつた。そうした「逆風」に抗して、市川教授は、研究者としての出発点において、「批判的に」憲法訴訟論を研究すると宣言した。それは、①憲法についての実体的価値を踏まえて手続・技術論を構築する、②「裁判所による憲法保障」の意義と限界についての醒めた認識に基づく、③日本の違憲審査制・裁判所の実相、実態の分析を踏まえて展開する、というものである（iii頁）。評者なりにまとめれば、裁判所という存在に過度の期待を抱くことなく、日本の司法とそれをとりまく統治体制の現状を踏まえつつ、憲法の定める基本的人権の保障にとって有効な違憲審査権の行使のあり方を追求するということになろう。本書に納められたどの論稿をみても、上に述べた問題意識が貫かれていることがわかる。

* きのした・さとし 関西大学大学院法務研究科教授

2 本書の構成

本書は5編からなり、これまでの日本の違憲審査制の軌跡（第1編）を概観した後、違憲審査を活性化させる上で乗り越えなければならない理論的課題、司法審査と民主主義との関係を論じ（第2編）、その消極性が夙に指摘される日本の違憲審査制を活性化させるための制度改革の分析・評価が論じられる（第3編）。そして、法令違憲と処分・適用違憲の関係等、違憲判断の対象をめぐる議論（第4編）と違憲審査基準と三段階審査等の違憲審査の方法論（第5編）についても詳しく論じられている。本書は、市川教授のこれまでの業績を纏めたものでありながら、違憲審査について論じなければならない論点をほぼ網羅的に扱う構成となっており、その表題どおり、理論と現実を踏まえた憲法訴訟に関する基本書に値する内容となっている。また、脚注をみれば最新の業績まできちんとフォローし、内容をアップデートしていることもわかる。

3 市川「司法審査論」の特徴

市川教授の「司法審査論」（市川教授は、司法裁判所が違憲審査権を行使する形態の違憲審査制をこう呼ぶ。）は、これまでの日本の違憲審査制の運用が極めて司法消極主義的であるとの認識に基づき、積極的な違憲審査権の行使を志向する点では他の多くの憲法研究者と同様ではあるが、あくまでも司法裁判所の権限行使の範囲内において違憲審査の活性化を実現することを志向する点に特徴がある。市川教授は、司法裁判所が違憲審査権を行使する違憲審査制には、①具体的事件に即したきめ細かな憲法判断を可能とし、②下級裁判所に違憲審査を可能とすることで最高裁との間での「対話」が可能となること、③訴訟当事者として市民が参加しうる点に利点を見出しており、とりわけ、①の点を重視する（187頁）。

(1) 制度改革への評価

日本の違憲審査制の機能不全を改善する方策として、これまで様々な制度改革が提言されてきた。そのなかでもっとも根本的な改革案といえるのが、憲法改正による憲法裁判所の設置である。市川教授は、抽象的違憲審査権を行使する憲法裁判所の設置構想に反対する。

この判断の背景には、市川教授の法についての捉え方と違憲審査の正当性に関する

る教授の認識がある。教授は、「法の意味は具体的事実状況のなかで明らかになる」という理解に立ち（245頁）、「非民主的な機関である裁判所の憲法判断が正当なもの」と主張できる」のは、「具体的事件を対象とする裁判の構造が裁判官の憲法判断に合理性、客観性を与えるがゆえでもある」と論ずる（254頁）。ここから具体的な事実関係から離れた抽象的な憲法判断を可能とする制度構想は否定的に評価される。

市川教授の憲法裁判所への否定的評価は、司法に関する現状認識にも基づいている。1990年代になって活発化した憲法裁判所設置構想は、決して日本における違憲審査制を活性化させようとする意図に基づくものではなく、むしろ政府の施策に対する違憲論が長期にわたり主張されることを避けるために導入が企図されたものである（238頁）。そして、これまでの最高裁の裁判官人事をみれば、保守的な法曹関係者が憲法裁判所の裁判官の多くを占めることも間違いなく、憲法裁判所は違憲性の疑いの強い法令について「合憲」のお墨付きを与える機関として機能する可能性がきわめて高い。

市川教授も、日本における違憲審査制の機能不全が「構造的なもの」であることを自覚しており、裁判官の任用システムと最高裁判事の任命プロセスの透明化、最高裁判所における調査官制度の改革等に関して様々な具体的提言を行う。しかし、結局のところ、違憲審査の活性化についての国民的コンセンサスが形成されてはじめて裁判所の姿勢も変化しうるのであり、単純な処方箋はないというのが現実であろう。

(2) 適用審査優先原則

「法の意味は具体的事実状況のなかで明らかになる」という、市川教授の法理解の具体的な表れが、当該事件に「適用される限りでの」法令の合憲性の審査を原則とするとの立場である（256頁）。これは、現在の日本の法実務と多くの学説が「違憲審査の方法として、漠然と文面審査を措定してきている」（254頁）ことへの批判的視点に基づいている。文面審査は法令の問題点を一般的に検討するものであるから、実際の適用における不合理性を見出しにくい。また、文面審査は、法令の違憲性を一般的な観点から審査するという点で、基本的には、立法府や行政府による合憲性審査と同様の性格をもっており、裁判所が政治部門の判断を覆すことについて、どうしても消極的になりやすい。これに対して、適用審査においては、当事者の主張を通じてマイクロな点における法令の矛盾点を発見しうる可能性も高いし、裁判所本来の作用の過程において行われる合憲性審査であって政治部門における判断

とは異なる観点から行われるから独自性も発揮しやすい。ここから、適用審査を原則とするように転換することが日本における違憲審査のあり方を転換するきっかけになるというのが市川教授の見立てである。

適用審査を原則とすることは、法令が「合憲」とされる場合であっても、「適用上の違憲」性を問題にする余地を広げる可能性もある。市川教授の理解によれば、法令の「合憲判断」とは、あらゆる適用において合憲であることを意味せず、「標準的な適用を前提に法令が合憲である」との判断にすぎないからである。こうした理解に基づけば、判例上、合憲判断が下されている法令についても、下級裁判所が具体的な適用に関して「適用上違憲」という判断を下すことも可能となる(302頁)。

ただし、裁判所における違憲審査の実際が本当に文面審査優先で行われているのかどうか、そしてそれが結果として合憲判断に結び付きやすいのかはなお実証的な検証を要する。また、適用審査を原則とすることが訴訟手続においてどのような意味をもつかを精査する必要があるだろう。

4 「司法審査論」の課題

司法裁判所の審理過程において法令の違憲性を審査させることに日本の違憲審査制の利点を見出し、その枠内で違憲審査権行使の活性化をはかろうとする市川教授の問題意識には共感を覚える点が多い。しかし、市川教授も自覚するように、日本の司法の現実、違憲審査権の活性化という展望をいだくことを容易に許さないものとなっている。司法審査制のもとでの違憲審査が活発に行われているアメリカに匹敵する違憲審査権行使の基盤を日本において整えるのは容易ではない。

とりわけ評者にとって深刻だと思われるのは、裁判所において、憲法判断を回避する傾向がいまも根強くみられることである。たとえば、近年の下級審判決においても、群馬の森道追悼訴訟(前橋地判2018〔平30〕・2・14判時2377号28頁)やフラッシュモブ事件(横浜地判2017〔平29〕・3・8判例自治431号31頁)など、結果としては、基本的人権の保障に積極的な判断を下しているにもかかわらず、まったく憲法に触れない判決がみられる。たしかに裁判所としては紛争を解決することが第一義的な責務であるから、上記の判決はその職責をはたしているとはいえるが、違憲審査権の活性化にはつなげていない。

また、現職の裁判官にも大きな影響力を持っていると思われる千葉勝美元最高裁判事が唱える「司法の立ち位置」論(千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線 その先

に見ていた世界』（有斐閣，2020年）ii頁参照。）は，基本的人権の擁護が司法部の使命であることを踏まえている点で単純な司法消極主義とは一線を画した議論であることは確かであるが，ことさら憲法判断に関して政治部門との関係を考慮するよう求めるものでもある。最高裁の裁判官ですら，このような独特の意識を憲法判断についてもっているとするれば下級裁判所の裁判官はいっそう憲法判断に慎重になることが危惧される。

日本の違憲審査制が華々しい存在感を示すことは難しいとしても，質の高い憲法判断を着実に下すことはもちろん可能である。日本においては，裁判所内部からの違憲審査権行使の活性化があまり期待できない以上，訴訟当事者や学説の役割が大きくなる。そこでは，市川教授が強調する「具体的事実関係を踏まえた憲法判断」を可能とする訴訟手続の構築，（本書第5編で論じられた）具体的な利益衡量判断のための審査基準の精緻化が求められる。