

『司法審査の理論と現実』

市川正人*著、日本評論社、2020 年

倉 田 玲†

1. 司法審査の選択

日本国憲法の第 6 章「司法」の冒頭に第 76 条があり、第 1 項に、「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」と定められており、第 3 項に、「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」と定められている。そして、同章の第 81 条に、「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」と定められている。終審の手前に位置する裁判所も同じ権限を有するということであり、裁判官が国民主権の原理に基づく民主主義の政治過程の所産である法律——少なくとも建前としては民意の結晶である立法——までも違憲と判定する権限は、だから違憲立法審査権と呼ばれることもある。

第 10 章「最高法規」の末尾の第 99 条に定められているとおり、「……裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」のであるから、法律にも拘束されている裁判官が司法権を行使して事件を裁き、判決を書くとき、憲法違反の法律を使わないで済むようにしてあるのは、当たり前のことだろう。第 3 章「国民の権利及び義務」の第 32 条と第 37 条第 1 項に定められている「裁判を受ける権利」に応答する司法権の行使に必要なとき、それに付随して違憲立法審査権が発動されるシステムは、だから付随的違憲審査制と呼ばれることもあり、さらに司法審査制と呼ばれることもある。

本書の書名は、このシステムの現実に向き合う理論が——離れて見つめるばかりでなく外から動かそうとする実学として——成り立つさまを示している。著者の案内によると、「本書を貫く視点は、裁判所らしさを活かす形で違憲審査制の活性化を図ることが望ましいということである」。だから、日本国憲法に基づく「司法裁判所型の違憲審査制について、第一義的に、最も一般的な『付随的違憲審査制』ではなく、『司法審査制』、『司法審査』（judicial review）という言葉を用いている」。つまり、書名からして「司法裁判所による違憲審査の長所を活かしていくべきという視点の反映でもある」（ii 頁）。

笹澤豊『〈権利〉の選択』（勁草書房、1993 年）が文庫版（筑摩書房、2021 年）になり、「この言葉の意味を支える背景的思想そのものを明確化する作業」も装いを新たにしている（28 頁）。これに

* 立命館大学大学院法務研究科教授

† 立命館大学大学院法務研究科教授
publius@law.ritsumei.ac.jp

仮託させてもらおうと、司法審査という言葉が選び抜かれているところにも「背景的思想」が映し出されており、もしも装いを新たにすることがあるのなら、そのときにも無修正を期待したいような書名である。

2. 理論と現実の間

すでに4半世紀あまり著者の実用的な研究の成果に多くを教えられてきた評者も、司法審査の従事者ではなく傍観者である。これまで判決というものを書いたことがないので、どれほど自由に書くことができるものなのかを実は知らないが、誰が裁いて書いても同じ事件なら似たような判決になると考えるのは、おそらく現実的ではなく、さらには理想的でもなかろう。あからさまに当たり外れがあるようでは困るが、そもそも裁判官の良心に忠実な独立の職権行使を基盤にしているシステムの構想には、もちろん多少の自由が織り込まれているはずである。

市川正人「裁判官の表現の自由」『判例時報』2500号（2022年1月11日号）130頁以下が、「およそ裁判は浮世のもめ事を裁くものであるのに、浮世から超絶した浮世離れした裁判官がそうした浮世のもめ事を適切に裁けるのであろうか」と問いかけている。続けて、「裁判官の市民的自由や私生活を過度に抑制するならば、市民感覚を有した、また、人間と社会に対する十分な洞察力を持った裁判官は育たないであろう」と危ぶんでもいる（130頁）。むしろ市川正人『表現の自由の法理』（日本評論社、2003年）と併読されたい種類の論文の記述であるが、基本的人権として保障される種類の自由を剥き出しのまま持ち込むことが憚られる公務の職場においても、極度の没個性が無理に強要されるようではシステムの設計が歪曲されてしまう。

もっとも、およそ判決が事件の解決の記録であるからには、そこに何を書くべきなのかを勝手に決められるはずもなく、いかに書くべきなのかについても専門の技法や業界の作法があろう。よもや気の赴くままに書き散らかすようなことが許されないのは、もしや書評の場合も同じではないかと思ひ至ると恐縮してしまうが、司法審査の現実には多少とも自由な判決の書き手や書き方が見え隠れしているからこそ、それを正視して——ときには透視もして——浮世の戒めを説く批判の理論が成り立つという道理を思い浮かべるのは、とても簡単なことである。

書評にも専門の技法や業界の作法があり、この小稿の場合には、ありがたいことに模範まである。木下智史教授（関西大学大学院法務研究科）による書評（『立命館法学』391号（2020年3号）431頁以下）は、「市川正人教授の司法審査論の集大成である」と銘打つ本書の基調を簡潔に要約するなら、「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取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る」と説明してくれている（431頁）。

とりわけ「過度の期待を抱くことなく」という姿を探しながら本書を通読すると、第1編「日本における違憲審査制の軌跡」に動態を活写している著者は、第2編「司法審査と民主主義」と第3編「違憲審査制の活性化」と第4編「違憲審査と違憲判断の手法」に続いて自家製の処方箋を束ねている最後の第5編「合憲性判断の方法」に、「よい理論を提供するだけで裁判所が適切に違憲審査権を行使してくれるというのは楽観的にすぎる。現代国家における違憲審査制の意義と限界、わが国の政治・社会構造、裁判官の質・意識、国民意識なども踏まえて、憲法訴訟に関する理論の提示を行うべきである」と記している（376-377頁）。

憲法訴訟というのは、人権問題などが憲法問題として争点になる種類の裁判であり、いわば司法

審査の舞台装置である。人権保障の現場に向き合うのが空理空論では、さすがに虚しかろう。この学術分野における理論と現実の間には、つまり距離感の最適化という難題もある。

3. 司法審査の現実

木下智史「最近の最高裁の憲法判断について」『法の科学』52号（2021年号）134頁以下の末尾に指摘されているとおり、そもそも「最高裁による違憲審査権行使を正当に評価するためには、評価の対象となる違憲審査権の行使が明確な理由づけをもって示されるのが大前提となる」から、「日本における違憲審査制を論ずるうえでの最大の問題は……判決文からはその理由づけが明確にならないという点にある」。やむなく「近年の憲法学の多くのエネルギーは、いかに最高裁の意図を正確に読み解くかを競い合う傾向のために注がれている」が、およそ研究対象への密着には「時に無批判な正当化に陥る危険性もあり、分析する研究者の側でも個々の事件をめぐる社会的背景、制度、判例理論などについての正確な理解が求められる」。この指摘には続きがあり、だから「憲法判例の動向を検討するにあたっては法分野をまたいだ共同研究が実務家も交えて進められる必要がある」と書き添えられている（140頁）。

すぐに想起される事例として、市川正人・大久保史郎・斎藤浩・渡辺千原共編の①『日本の最高裁判所：判決と人・制度の考察』（日本評論社、2015年）と②『現代日本の司法：「司法制度改革」以降の人と制度』（日本評論社、2020年）がある。渡辺康行教授（一橋大学大学院法学研究科）による②の書評（本誌2号116頁以下）とともに、やがて③が続くのを待ち望みたい。

市川正人「違憲審査権行使の積極化と最高裁の人的構成」（①23頁以下）に、スピンアウトの感もある市川正人「顔ぶれが変われば憲法判例も変わる？——憲法判例と最高裁裁判官人事」松井茂記編『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』（有斐閣、2016年）215頁以下の要所のほか、「泉徳治元最高裁判事の著作書評」も組み入れてあるのが、本書の第1編を締め括る第4章「違憲審査権行使の積極化と最高裁の人的構成」である。同じ標題でも単なる再録ではなく、むしろ群像の系統的な分析を積み重ねてある。その結論として、近頃は停滞傾向の「最高裁による違憲審査権行使のさらなる積極化を実現するためには、最高裁裁判官の出身分野別の人数比率の固定化を見直すことが必要である」と提言している（92頁）。

4. 司法審査の理論

違憲立法審査権の発動が法律に反映されているはずの民意を反故にしてよい理由や程度や方法をめぐる難題が主題の第2編には、「裁判官の主観的、主体的な価値判断を不可避免的に含まざるをえない裁判所の憲法判断が、訴訟の具体的な事実状況の中でぎりぎりの選択としてなされるということの意義」の強調がある。ときに政治と対峙する裁判官にも「優れた政治的な判断力が必要である」が、「最高裁の政治判断は法律家として法律家らしい仕方ではなされなければならない、そのようにしてなされてこそ政治部門、国民に対して正当性を主張することができるし、また、内容的にも妥当なものとなるはずである」と主張している（161-162頁）。

もっぱら最高裁ばかりを見据えているわけではなく、第3編の第1章「違憲審査制の活性化策」と第2章「司法審査制における下級審の役割」の標題の並びが示すとおり、全国各地の法廷から司法審査の本領が旺盛に発揮されることにも期待してきたのが著者である。インタビュー記事「最高裁の憲法判断はどう変化してきたか」『季刊救援情報』111号（2021年冬号）2頁以下でも、「下級裁判

所裁判官が最高裁や最高裁事務総局の顔色をうかがって憲法判断をするようでは、付随的違憲審査制のメリットは発揮できません」と断言している（10 頁）。

第4編では、「裁判所（特に下級裁判所）に対して違憲審査権を適切に行使するための豊富な道具、武器を——それぞれの意義と限界を明らかにしつつ——いかに提供するか」という「問題意識」から「実践の学」を自認して、これには「論理的な首尾一貫性、明晰さ、体系性がある程度求められるものの、それだけを追求することで適切な理論が提示できはしないであろう」と自戒している（310 頁）。第5編では、「裁判所による柔軟で実質的な違憲審査を可能にするような基準・概念装置」を探究している（436 頁）。かくも骨格が堅強な本書は、されど牽強附会ではなく「論理的な首尾一貫性、明晰さ、体系性」も妥協していないので、安心して繙くことができる。