

# 違憲審査制と内閣法制局

佐藤 岩 夫

## 概 要

日本の違憲審査制の現実の運用の特徴として違憲判決が極めて少ないことはよく知られている。その原因についてはさまざまな指摘があるが、その1つとして、内閣法制局による厳格な事前審査の存在があげられることがある。それによれば、内閣法制局による法律の厳格な事前審査の存在が裁判所の事後的な司法審査の機能領域を小さなものにしていく。本稿は、この説明の妥当性を比較法社会的な手法を用いて検証し、厳格な事前審査の存在が直ちに事後的な司法審査の機能領域を縮小させるのではなく、裁判所が自らの役割について一定の選択をしているという媒介要因（司法の役割観 *judicial role conception*）が重要であることを主張する。

キーワード

違憲審査制, 司法消極主義, 内閣法制局, 司法の役割観, 比較法社会学

## 1. 問題の所在

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」と規定し、日本に違憲審査制を導入した。しかし、日本国憲法施行後 60 年近くになる期間で、最高裁判所が法律を違憲としたのは、①刑法の尊属殺重罰規定違憲判決（1973 年 4 月 4 日大法廷判決）、②薬事法の距離制限規定違憲判決（1975 年 4 月 30 日大法廷判決）、③公職選挙法の衆議院議員定数配分規定の違憲判決（1976 年 4 月 14 日大法廷判決）、④同じく公職選挙法の衆議院議員定数配分規定の違憲判決（1985 年 7 月 17 日大法廷判決）、⑤森林法の共有林分割制限規定違憲判決（1987 年 4 月 22 日大法廷判決）、⑥郵便法の賠償責任制限規定違憲判決（2002 年 9 月 11 日大法廷判決）の 5 種 6 件に過ぎない（なお、後掲の表 2 も参照）。このような運用実態から、日本の裁判所、とくに最高裁判所による違憲審査制の運用は不活発であり、司法消極

主義であるといわれる<sup>1)</sup>。

問題はなぜ、日本の裁判所、とくに最高裁判所の違憲審査制の運用が消極主義的なものになっているかという点であるが、この点については、かねてから、次のようなさまざまな原因が指摘されてきた。

第1に、政治部門による司法部門の統制である (Miyazawa 1991 ; Ramseyer and Rosenbluth 1993=1995 ; 宮澤 1999 : 192-219 頁)。これは、最高裁判所裁判官の任命権が内閣に与えられている (憲法 79 条 1 項) という制度的条件の下で、戦後一貫して自民党が長期単独政権を担当した結果、自民党政府は自らの政策と整合する方針を持つ者を最高裁判所裁判官に指名することができ、自民党政府の提案した法律について違憲判決が下される事態を阻止することに成功したという説明である。この立場の代表的な論者であるラムザイヤーとローゼンブルースは、「事実上、日本の裁判官は、自民党の代理人であった」とのべている (Ramseyer and Rosenbluth 1993 : p.178=訳 181 頁)<sup>2)</sup>。

司法消極主義の原因としては、第2に、最高裁判所裁判官の資質や姿勢に問題があることも指摘される。たとえば、英米法学者から最高裁判所裁判官に転じた伊藤正己は、自らの最高裁判所裁判官としての経験に基づいて、①意見の対立よりも「和」を重んじる精神風土が日本にあり、政治部門への礼讓の意識があること、②法的安定を重視する立場からすれば、長期間続いた事実状態をくつがえすことは困難なこと、③司法制度上、最高裁判所裁判官が憲法の裁判所という意識を低くもち、違憲主張を軽視することがあるなど、憲法解釈論を粗雑であると見る傾向があること、④大法廷への回付を避けるために合憲判断を下しがちであること、⑤「顔のない裁判官」が求められ、少数意見が生まれにくいことを指摘している (伊藤 1993 : 116 頁以下)。このような最高裁判所裁判官の資質や姿勢の問題点は、日本がアメリカ型の具体的・付随的違憲審査制をとっていることと関連しているとして、伊藤は、裁判官に違憲審査権の行使主体としての自覚を強めるため、ヨーロッパ大陸型の憲法裁判所の創設を提言している。

第3に、最高裁判所の事件負担の重さもしばしば指摘される。たとえば、2001年6月

1) ただし、日本の裁判所の違憲審査制の運用実態を司法消極主義であるとのべることについては、厳密には、次の2点について注意を要する。第1に、違憲判決の少なさが際立っているのは最高裁判所においてであり、下級審のレベルでは、しばしば重要な違憲判断が示されている。このことから、下級審裁判例からの積み上げに着目して日本の違憲審査制の活性化の可能性を探ろうとする指摘がある (樋口他 1999)。第2に、憲法判断それ自体の積極性・消極性と違憲判断の積極性・消極性を区別すべきであるとの指摘がある。日本の最高裁判例では合憲判決は数多く存在するのであり、正確には「合憲判断積極主義・違憲判断消極主義」ということになる (樋口 1998 : 446-447 頁 ; 辻村 2003 : 207 頁)。本稿では、これらの指摘が正鵠を得たものであることを確認した上で、以下では、最高裁判所が違憲判断に消極的であるという次元に着目して司法消極主義という用語を用いる。

2) これに対する批判としては、ヘイリー (1995) 参照。

12日の司法制度改革審議会意見書はこの点に言及し、「違憲立法審査権行使の終審裁判所である最高裁判所がきわめて多くの上告事件を抱え、たと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姿勢をとりにくいという事情を指摘しえよう」と述べている（司法制度改革審議会 2001：6頁）。

さらに、第4の要因として、内閣法制局による厳格な事前審査の存在を指摘するものもある。たとえば、中村明（2001：27頁）は、内閣法制局による法令案の審査が厳密を極めることを指摘した上で、「この作業が内閣提出法律、政令の違憲判決を少なくしていると言っている」と述べ、また、西川（2000：124頁）も、「後で裁判所が判断するということでは大変な混乱が生じる」という大森政輔・元内閣法制局長官の言葉を引用しつつ、「内閣法制局が最高裁に代わって、事実上、最終の違憲立法審査権を行っている」と指摘している。さらに、2003年5月15日の衆議院憲法調査会の「統治機構のあり方に関する調査小委員会」で参考人として意見を述べた山口繁・前最高裁判所長官も、諸外国との比較における日本の憲法裁判制度の特色の1つとして、「我が国におきましても、先ほど津野参考人〔前内閣法制局長官一筆者注〕から御説明のございましたように、法律案は大半が内閣提出法案でありましたために内閣法制局による法案審査がなされます。そこで厳密な合憲性の検討がなされておりますので、違憲ではないかという問題提起がなされるような法令自体少なかったのであります」と述べている<sup>3)4)</sup>。

このように、日本の最高裁の司法消極主義をもたらした要因の指摘は多岐にわたっており、それらの要因のいずれを重視するかも論者によって異なっている。現実にはおそらくこれらの要因が複雑に絡み合ったものであり、単純に1つの原因にのみ還元することはできないのであって、現在求められている課題は、司法消極主義をもたらしている要因のそれぞれについてそれがいかなるメカニズムで違憲審査制の消極的な運用をもたらしているかを精密に分析した上で、各要因の相互影響関係の全体像を描き出すことであると思われる。

本稿は、そのような問題関心の一環として、とりあえず、上記の諸要因のうち第4の点、すなわち、内閣法制局による厳格な事前審査の存在が違憲審査制の消極的運用の原因であるという説明について、その当否を検証することを目的としている。

3) なお、この山口前最高裁判所長官の参考人意見については後に4であらためて詳しく言及する予定である。

4) そのほか、衆議院憲法調査会「最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会」の2004年3月25日の審議の際に衆議院事務局が作成・提出した資料でも、最高裁判所裁判官任命システムの問題、最高裁判所の膨大な処理件数の問題、具体的違憲審査制の問題などと並んで、「厳格な事前審査による弊害」をあげ、「内閣法制局や議院法制局による法案提出前の事前審査により、最高裁判所が違憲審査の経験を積む状況が妨げられていること」を指摘する（衆議院事務局 2004：18頁）。

本稿があえてこの課題に取り組む目的は、以下の2点である。まず第1に、内閣法制局による厳格な事前審査の存在が違憲審査制の消極的運用をもたらしていることそれ自体については上記のように指摘があるものの、では具体的に、内閣法制局による事前審査がいかなるメカニズムで違憲審査制の消極的運用をもたらしているかの立ち入った分析はこれまでなされてこなかったからである。たとえば、内閣法制局による厳格な事前審査が違憲審査制の消極的運用をもたらしているという指摘については、直ちに次のような比較法的反証が想起される。法令の厳格な事前審査制度は必ずしも日本に固有の現象ではなく、たとえば、フランスでは、国务院（コンセイユ・デタ）が、厳格な法令の事前審査を行っている<sup>5)</sup>。ところが、そのフランスでは、とくに1970年代以降、憲法院が活発な違憲審査を行い、多くの違憲判決が下されている。すなわち、比較法的にみれば、厳格な法令事前審査にもかかわらず活発な違憲審査権の行使という現象が見られるのである。このような比較法的反証事例の存在を考えると、法令の厳格な事前審査の存在が当然に違憲審査制の消極的な運用をもたらすとは言えず、もし日本で内閣法制局の厳格な事前審査が違憲審査制の消極的な運用をもたらしているとするならば、そのメカニズムを具体的・実証的に検証することが必要であろう。それは、上に述べた、司法消極主義をもたらしているとする要因のそれぞれについて精密な分析を加えるという課題に応える作業としての意味を持つ。

第2は、比較法社会学的な手法の適用への方法的関心である。上でフランスの例をあげたように、法令の事前審査制度も違憲審査制度も決して日本に特有のものではない。そして日本と同様法令の事前審査制度を持ちながら違憲審査制の運用の点では日本と異なる特徴を持つ国があるならば、日本とそれらの諸国とを比較することを通じて、両者の違いをもたらした要因を析出することができるであろう。筆者は、別の機会に、法社会学において比較という方法がもちうる意義の1つとして、それが変数を統制し、因果関係の確定に役立つ可能性を指摘したことがある（佐藤 2001：74-77頁；2004：157-160頁）。本稿では、このような比較法社会学の方法的関心から、日本と同じく法令の事前審査の制度を持ちながら、違憲審査制の機能に大きな違いがある（司法積極主義の特徴を持つ）フランスおよびドイツを比較の対象として観察することによって、彼我の違憲審査制の運用の積極性・消極性の違いをもたらしている要因を析出することを試みたい。

以下、まず内閣法制局の歴史を概観した上で、内閣法制局の活動と最高裁判所の違憲判決との関係を確認する（第2節）。その後、フランスおよびドイツにおける法令の事前審査機関（国务院、連邦司法省）と違憲審査機関（憲法院、連邦憲法裁判所）の関係を考察し

5) なお、後に触れるように、日本の内閣法制局のモデルとなったのは、このフランスの国务院であるといわれる。

(第3節)、そこで得られた示唆に基づいて再び日本に立ち戻り、内閣法制局と最高裁判所の役割認識の異同を検討する(第4節)。以上の考察の結果得られた結論をあらかじめ要約すれば、<内閣法制局による法令の厳格な事前審査が直ちに事後的な違憲審査制の機能の縮小をもたらすわけではなく、日本でそのような事態が生じているのは、最高裁判所が、政治への介入を厳しく自制する役割観を選択している結果である>というものである。最後に、本稿の分析を踏まえて今後の課題を確認する(第5節)。

## 2. 内閣法制局の法令審査と最高裁判所の違憲判決

### (1) 内閣法制局の沿革

内閣法制局の歴史は、直接的には、1885(明治18)年の内閣制度の発足に伴い、『法制局官制』が制定され、内閣に法制局が設置されたことに始まる<sup>6)</sup>。法制局には、行政部、法制部および司法部の3部がおかれ、行政部は「外交内務勸業教育軍制財務通信ニ関スル法律命令ノ起草審査」を、法制部は「民法訴訟法商法刑法治罪法及之ニ関スル命令ノ起草審査」を、司法部は「恩赦特典及諸裁判所ノ官制及行政裁判」をそれぞれつかさどることとなった。

表1 内閣法制局略年表

1873(明治6)年5月	太政官正院に法制課設置
1875(明治8)年7月	法制課から法制局に
1881(明治14)年10月	太政官に参事院設置(参事院は、法律・命令の起草・審査のほか、行政裁判も所掌。モデルは、フランスの國務院〔コンセイユ・デタ〕)
1885(明治18)年12月	内閣制度発足。内閣に法制局を設置(法制局官制の制定。法制局は、法律・命令の起草・審査のほか、行政裁判も所掌)
1889(明治22)年2月	大日本帝国憲法発布(行政裁判所制度創設)
1890(明治23)年6月	法制局官制の全面改正(法制局の所掌事務を、法令案の審査、立案、内閣総理大臣への意見具申などに整理)
1893(明治26)年11月	法制局官制の全面改正(法制局は「内閣に隸する」こととされる)
1946(昭和21)年11月	日本国憲法公布(裁判所による違憲審査制度の創設)
1948(昭和23)年2月	法制局廃止(法制局の事務は法務庁の所掌となる)
1952(昭和27)年8月	法制局復活(法制局設置法制定)
1962(昭和37)年7月	内閣法制局と改称(法律の名称も内閣法制局設置法に変更)

ただし、1885年以前にも若干の前史があり(表1)、1873(明治6)年5月2日の太政官

6) 以下に述べる内閣法制局の沿革は、主として、内閣法制局百年史編集委員会編(1985)の叙述によっている。

無号達太政官職制により、太政官正院に「法制課」が設置されていた（1875〔明治8〕年に、法制課から法制局に名称が変更された）。その後、1881（明治14）年10月12日に、1890（明治23）年を期して議会を開設する旨の詔書が発せられると、それに伴い、同月21日に太政官中に参事院が設けられることになり、法制局の法律規則に関する事務は参事院に引き継がれることとなった。参事院は、一切の法律案の起草、審議または修正を掌り、各省の諸報告も審査し、さらには、本来行政裁判所が取り扱うべきものと考えられた行政官と司法官との権限争議、地方議会と地方官との法律上もしくは権限上の争議をも審理するものとされていたので、参事院は、内閣が全国務（ただし、統帥権は除く）の統一を確保するための補助機関とでも言うべきものであった。この参事院は、フランスの國務院（コンセイユ・デタ）に範をとったものであるといわれる（内閣法制局百年史編集委員会編1985：12-13頁）。参事院が、法律・命令の起草・審査のほかに、行政裁判も所掌していたのも、フランスの國務院にならったものである。1885年に発足した法制局は、基本的に、この参事院の権限をそのまま引き継ぐこととなった。

その後、1889年に大日本帝国憲法が制定されると行政裁判所が創設され、法制局の司法部の所掌事務は行政裁判所に移され、また、法制部の所掌事務も民事刑事その他の基本法典編纂のための法律取調べ委員会の発足（1886年）とともに、それへ移されていた。そこで、1890（明治23）年に、新しい『法制局官制』が制定され、所掌事務を、法令案の審査、立案、内閣総理大臣への意見具申などに整理し、さらに1893年に組織上の位置づけについて一定の修正が加えられたものが<sup>7)</sup>、基本的に第2次世界大戦時まで継続することになる。

第2次世界大戦の終了とともに、2つの重要な出来事が生じた。1つは、1946年11月に公布された日本国憲法によって、裁判所に違憲立法審査権が付与されたことである（日本国憲法81条）。日本国憲法の基礎となったマッカーサー草案は、司法に関する規定（第6章）の冒頭の第68条で、「強力ニシテ独立ナル司法府ハ人民ノ権利ノ堡壘」(a strong and independent judiciary being the bulwark of peoples right)と宣言したが、裁判所に対する違憲立法審査権の付与は、この「人民の権利」を擁護する強力な司法府の象徴でもあった<sup>8)</sup>。終戦後に生じたもう1つの重要な出来事は、連合軍最高総司令部（GHQ）の指示によって、1948年2月15日に、法制局が廃止されたことである。法制局廃止の理由は必ずしも明らかではないが、内閣法制局百年史編集委員会編（1985：137頁）は「総司令部か

7) それまで「内閣に属」するものとされていたのが（1890年法制局官制1条）、1893年に「内閣に隷」するものと改められ、法制局の独立性の強さが確認された（内閣法制局百年史編集委員会編1985：26頁、28頁）。

8) 草案68条自体はその後削除されたが、しかし、同条の理念は、戦後司法制度の骨格を形成すべき指導理念として、日本国憲法およびその下での戦後司法改革をリードした。小田中・富田（2001：189頁）参照。

ら当時の法制局が余りにも形式的、論理的、反動的であるとみなされたためらしい」と説明している。その結果、1948年以降は、法制局と司法省とが合体してできた新設の「法務総裁」の下に法務庁が設けられ、その下に、法制長官および法務調査意見長官等が置かれることになり、法制局は、一時、内閣直属の地位を失った。

しかし、1952年4月に平和条約が発効し、独立を回復するとともに、占領下での諸制度に見直しの検討が加えられ、同年8月、内閣における法制の整備統一に関する機能を強化するため、法制局が4年半振りに復活し、再び内閣に置かれることとなる（1952年法制局設置法）。法制局設置法によると、法制局の任務は、「閣議に附される法律案、政令案、条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて内閣に上申すること」（3条1号）、「法律案及び政令案を立案し、内閣に上申すること」（同条2号）、「法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること」（同条3号）、「内外及び国際法制並びにその運用に関する調査研究を行うこと」（同条4号）、「その他法制一般に関すること」（同条5号）となっており、この所掌事務の基本は今日まで維持されている。その後、1962年7月から、名称が内閣法制局と改称され（法律の名称も内閣法制局設置法へと変更された）、現在に至っている。

## （2）内閣法制局の法令審査

こうして、内閣法制局は、「内閣の法律顧問」（内閣法制局百年史編集委員会編1985「序」）として重要な役割を果たしてきたが、本稿との関係で当面問題となるのは、閣議に付される法案の審査である。法案については、内閣が法案を作成・提出する「内閣提出法案」と国会議員または国会の委員会・調査会が作成・提出する「議員提出法案」があるが、内閣が提出する法案は、閣議に付される前に各省庁が立案したものすべてを内閣法制局で審査する。日本では、国会に提出される法案の過半を内閣提出法案が占め、また成立する法案の圧倒的多数は内閣提出法案であることから<sup>9)</sup>、この内閣提出法案の事前審査に当たる内閣法制局の役割は非常に大きい。

法案の審査は、主務官庁の担当官と内閣法制局の審査担当参事官との間で、原案の説明、質疑応答、原案の修正、質疑応答といった一連の手続が繰り返し行われる。内容的には、「憲法及び他の現行法制との関係並びに立法内容の法的妥当性についての検討はも

9) 増山（2003：32頁）によると、1947年の第1回国会から2001年の第153回国会までを通算すると、法案提出数では、内閣提出法案が9135本（全体の57.9%）、議員提出法案が6649本（全体の42.1%）、成立数では、内閣提出法案が7267本（全体の85.2%）、議員提出法案が1260本（全体の14.8%）である。

ちろんのこと、立案の意図が、法文の上に正確に表されているか、条文の配列等の構成は適当であるか、用字・用語の誤りはないかというような点についても、法律的、技術的にあらゆる角度から検討する。その対象となる範囲は、題名、目次から本則、罰則はもとより、法律案につける提案理由にまで及ぶ」ものであり（内閣法制局百年史編集委員会編1985：222頁）、審査は厳密を極めるといわれる。もっとも、審査は、基本的には形式的な側面に重点があり、法案の目的の正当性や政策的妥当性などに及ぶものではないとされる。たとえば、内閣法制局の平岡秀夫は、「〔法案の〕内容については、基本的に内閣法制局に持ち込まれる前の段階で、審議会や各省間の折衝で決定されている場合が多く、内閣法制局に持ち込まれた段階で内容の基本的な部分が否定される場合はまずあり得ないと思われる」「審査のポイントについては、政策の中身自身を内閣法制局の方が左右することは少なく、法体系上のバランスをとる、表現を統一する、論理的整合性をとる、正確な文章にするというような形式的な整理を行うことが中心になる」と述べている（平岡1997：286頁、287頁）。

しかし、形式面に限定されるにせよ、一字一句の誤りも許さないといわれるその厳格な審査は、内閣提出法案の立法過程において非常に重要な役割をはたしている。その点について、中村明（2001：20頁）は「内閣法制局は政府部内での憲法の最高有権解釈権者として、『法の支配』を盾に、官僚や政治家が憲法や法律を逸脱しないようににらみを利かせている」と表現し、また、これは内閣法制局に批判的なスタンスからではあるが、五十嵐敬喜らは、「行政機構の一角である内閣法制局が、裁判所が審査する前に、各省庁が法案を起草した段階で、それが新憲法下はおろか、明治以来連綿として築かれてきた法律の膨大な体系と整合性があるか否か事前に審査し、否ならば整合性を持つように法案を書き直させるのである。つまり内閣法制局こそ、第一次違憲審査所なのである。こうして日本の官僚は司法の役割も含めて三権をほぼ手中に収めたのである。これが三権のなかで官僚が突出した最大の理由である」と述べている（五十嵐・小川1995：72頁）。事態の評価については意見が分かれるにしても、日本の立法の重要部分である政府提出法案について、内閣法制局が政府部内での「最高有権解釈権者」として決定的に大きな影響力を行使していることについては異論がないといってよいであろう。

### (3) 内閣法制局の事前審査と違憲判決

問題は、このような内閣法制局による厳格な事前審査の存在が、違憲審査制の運用に与える影響である。内閣法制局の審査が、憲法との適合性（ただし形式的適合性）に及ぶ以上、内閣法制局の厳格な審査を経て成立した法律について、事後的に違憲の疑いがかげら

れる可能性は——少なくとも憲法との形式的な整合性が問題となる限り——大きく減じていることは予想できる。本稿の冒頭で紹介した山口前最高裁長官やその他の論者の見解は、そのような認識を示したものである。

実際、注目すべきことに、戦後内閣法制局が審査した法律で、最高裁によって違憲判決を受けたものはほとんどないといわれる。表2は、最高裁判所がこれまで法律について違憲判決を下した裁判の一覧である。中村明(2001)は、2001年時点では出されていた①～⑤判決について、違憲判決を受けた法律がいずれも内閣法制局の審査を経していないことを指摘している。すなわち、明治時代に施行された尊属殺重罰に関する刑法200条(明治40年4月24日施行)を別とすると、②判決が違憲とした薬事法6条2項・4項は、薬事法自体は政府提出法案だが、問題となった6条2項・4項は、1963年に議員立法で追加されたものであり、したがって、内閣法制局の審査は経っていない。③④判決で問題となった公職選挙法の改正はもちろん議員立法である。⑤判決で問題となった森林法186条についても、森林法自体は1951年に農林省において立案されたものだが、政府提案とせず、議員提出とするいわゆる「依頼立法」の形式で行われた。したがって審査したのは衆議院の法制局であった。つまり、以上の限りでは、戦後、内閣法制局が審査した法律で最高裁から違憲判決を下された事例はなかったということになる(中村明2001:31頁)。唯一の例外は最近の⑥判決で違憲とされた郵便法である。同法は1947年に政府提出法案として成立したものであり、したがって、法制局の審査を経ていることになる。もっとも、この1947年という時期は、終戦直後の新体制の下で多数の新しい法律の制定が問題となっており、また、上述の通り、GHQの指示で法制局の廃止が議論されていた時期とも重なり(1948年2月に一旦廃止)、当時の法案審査は通常と比較するとやや精密さを欠いていたという状況も推測できないわけではない。

以上の事実を踏まえるならば、内閣法制局の厳格な事前審査が裁判所の違憲審査の必要性を減じており、結果として日本では違憲判決が少ないという説明は、一応妥当性を有するもののように思われる。しかし、諸外国に目を転じてみると、政府提出法案が優位な国で、議会への法案提出前に厳格な審査が行われる仕組みを備えながら、なお裁判所による違憲審査制の積極的な運用が行われ、多数の違憲判決が下されている国があることがわかる。次節では、そのような比較法的反証事例としてフランスとドイツを取り上げよう。フランスもドイツも、ともに政府提出法案が優位であり、しかも、相当程度厳格な法令の事前審査制度がある点では日本と共通性を持ちながら、しかし、憲法院(フランス)および連邦憲法裁判所(ドイツ)が違憲審査制の積極的な運用を行っている点では日本ときわだ

表 2 最高裁判所が下した法令違憲判決と内閣法制局の審査の有無

判 決	判決の概要	立法過程における内閣法制局の審査の有無	(参考) 違憲判決後の国会の対応
①尊属殺重罰規定違憲判決 (1973年4月4日大法廷判決, 刑集27巻3号265頁)	刑法200条の尊属殺重罰規定は憲法14条の法の下に平等に反する。	- 1907(明治40)年制定。	1995年の刑法改正で刑法200条は削除される(その間は、法務省の通達により、検察は、尊属殺重罰規定を適用せず、普通殺人で起訴する運用が行われた)
②薬事法距離制限規定違憲判決 (1975年4月30日大法廷判決, 民集29巻4号572頁)	薬事法6条2項・4項等による薬局の適正配置規制(距離制限)は憲法22条の職業選択の自由に違反し無効。	× 薬事法自体は政府提出法案だが、6条2項・4項は、1963年に議員立法で追加されたもの。	判決の約1ヵ月後に、国会で、薬事法6条2項・4項等を削除する法改正が行われる。
③衆議院議員定数配分規定違憲判決 (1976年4月14日大法廷判決, 民集30巻3号223頁)	1972年12月に施行された衆議院議員総選挙における議員定数配分規定は著しく不均衡であり、憲法14条の法の下に平等に違反する(ただし、いわゆる「事情判決」の法理を適用して、選挙自体は無効とはしなかった)	× 議員立法。	判決に先立つ1975年の国会で、議員定数配分規定の改正が行われる。
④衆議院議員定数配分規定違憲判決 (1985年7月17日大法廷判決, 民集39巻5号1100頁)	1983年12月に施行された衆議院議員総選挙における議員定数配分規定は著しく不均衡であり、憲法14条の法の下に平等に違反する(ただし、いわゆる「事情判決」の法理を適用して、選挙自体は無効とはしなかった)	× 議員立法。	判決後の1986年の国会で、議員定数配分規定の改正が行われる。
⑤森林法共有林分割制限規定違憲判決 (1987年4月22日大法廷判決, 民集41巻3号408頁)	森林法186条の共有林分割請求制限規定は憲法29条の財産権保障に違反し無効。	× 議員立法(森林法は農林省において立案されたものだが、政府提案とせず、議員提出とするいわゆる「依頼立法」の形式をとった)。	判決の約1ヵ月後に、国会で、森林法186条を削除する法改正が行われる。
⑥郵便法賠償責任制限規定違憲判決 (2002年9月11日大法廷判決, 民集56巻7号1439頁)	郵便局の過失で損害が生じた場合の賠償責任の範囲を制限した郵便法68条および賠償請求権者を制限した同法73条は、国の賠償責任を定めた憲法17条に違反し無効。	○	判決の約2ヵ月後に、国会で、国の損害賠償責任の範囲の拡大等の措置を講じる法改正が行われる。

った対照を示している国である<sup>10)</sup>。

### 3. 比較法的反証事例

#### (1) フランス——国務院と憲法院

フランスで法令の事前審査に当たっているのは、国務院（コンセイユ・デタ Conseil d'Etat）である<sup>11)</sup>。国務院というと、特に法学の分野では、行政最高裁判所としての役割が注目されるが、実際には、それにも増して、政府の法律草案の作成や法令解釈に関する意見などいわゆる法制局的役割が重要である<sup>12)</sup>。なお、現在の日本の内閣法制局の前身である参事院がこのフランスの国務院をモデルにしていたことはすでに触れたとおりである。

国務院の法制局的役割に関する権限を諮問的権限というが、その範囲は広く、①政府提出法案の準備、②行政立法（デクレ）案の準備、③個別的な行政処分における政府の諮問に対する答申、④法令の解釈について疑義が生じた場合に政府の諮問に対して意見を述べる職務などに及ぶ。とくに重要なのは①の政府提出法案の準備である。原案の作成は各省庁が行い、その後国務院の担当する部に回付されて立法技術に通暁した法律専門家による修正を経て、最終的な政府提出法案とされるのが通例である。フランスでも、成立する法案の大部分は議員提出法案ではなく政府提出法案をもとにしており、また、政府提出法案の内容がその根幹において議会で修正されることは稀であることから、国務院が法律制定においてはたす役割は極めて大きい（滝沢 2004：204 頁）。

10) なお、違憲審査制の積極的な運用ということではまず第 1 に想起されるのはアメリカ合衆国の最高裁判所（U.S. Supreme Court）であるが、アメリカでは法案提出権は議員にしか認められておらず（法案は議員スタッフが作成する）、当然のことながら法案の事前審査の制度も存在しない。この点で、日本とアメリカは、事前審査制の存否と違憲審査制の運用の積極性・消極性の両面で相違が見られることになる。日本とアメリカの比較はそれとして興味深い課題ではあるが、本稿では、前者の事前審査制の存否という変数を統制する趣旨で、事前審査制が存在する点では日本と共通の条件にあるフランスとドイツを比較の対象として選択した。

11) 国務院の起源は遠く旧制度時代に求めることができるが、現行制度の直接の起源となったのは、ナポレオンが第一統領になった 1799 年憲法の 52 条が国務院を設置したことによる。滝沢（2004：200 頁以下）参照。

12) 法制局的役割の重要性は、組織面にも現れており、国務院は伝統的に全体で 5 部からなっていたが、そのうち、行政最高裁判所として機能する訴訟部は 1 つだけであり、他の 4 つの部は、行政部（内務部、財政部、公土木部、社会部）として立法準備や政府による各種諮問に応じる任務を担当している。なお、1985 年 1 月 24 日デクレにより、一般的な法改革の提言と報告書作成を担当する調査部が新設され、6 部制となった。

他方、フランスで違憲審査機関として機能しているのが、憲法院 (Conseil constitutionnel) である。フランスにおける違憲審査制の歴史はそれほど古いものではない。行制裁判所にせよ、司法裁判所にせよ、裁判所は法律の適用を任務とするのであって、法律そのものを審査することはしない、すなわち、法律の合憲性審査権を行使しないというのが、フランスの伝統的な考え方であった。

このような状況を大きく変えたのが第5共和制であり、1958年10月4日の第5共和制憲法において、憲法に違反する法律の効力を審査する機関として憲法院が創設された。もっとも、この憲法院の当初の性格はやや特殊なものであった。そもそも、憲法院創設の背景には、第5共和制憲法における執行権優位型の統治体制への移行があり、憲法院は、「合理化された議会制 (parlementarisme rationalisé)」という理念の下で、執行権が立法権を掣肘する機関の一環として位置づけられた。この時期の憲法院がしばしば「執行権の番犬」として特徴付けられるのもそのためである。なお、憲法院に提訴できるのは、議会において議決がなされて内容が確定した後、大統領が審署して執行力を付与するまでの間に限定されている。また、提訴権者は、制度の創設当初は、通常法律の場合、大統領、首相、両院 (国民議会および元老院) の議長の名に限定されていた<sup>13)</sup>。第5共和制の発足当初には、大統領、首相、両院議長は、議会の多数派と概ね一致していたので、政府が提案し、与党=議会多数派が承認した法律について、大統領、首相、両院議長が提訴するという事態はあまり存在せず、したがって、創設当時の憲法院の機能はそれほど大きなものではなかった。

ところが、1970年代を境に、憲法院の機能は劇的に変化することになる。すなわち、憲法院の違憲立法審査機能が急速に重要性を増し、しかも基本的人権の擁護のために活用されるようになったのである。それには主として2つの理由がある<sup>14)</sup>。

第1は、1974年10月29日の憲法改正により、提訴権者が拡大されたことである。新たに60人の国民議会議員および60人の元老院議員に対して提訴権が付与され、議会少数派が法律の合憲性につき憲法院に提訴することが可能になった。この憲法改正以降、野党議員は積極的に提訴を行うようになり、提訴数は著しく増大することになる<sup>15)</sup>。

第2は、憲法院自身の大きな変化である。すなわち、憲法院は、1971年7月16日のいわゆる「結社の自由」判決<sup>16)</sup>において、1901年の結社の自由の法律が定める結社の自由

13) なお、統治機構のあり方に関する組織法律の場合には、義務的に憲法院の審査に付される。

14) この点については多くの研究があるが、さしあたり、中村睦男 (1976)、滝沢 (2004: 211 頁) を参照。

15) なお、その後1989年に、当時のミッテラン大統領が、市民にも憲法院への直接提訴を可能にする改革案を提案したが、元老院の反対にあって挫折した。ただし、1974年の憲法改正以後、違憲の疑いが存在する法律は反対派によってほとんど提訴されているとの指摘もある (Stone 1994: p.448)。

16) C. const. 71-44DC 16 juillet 1971, Rec. 29. 事案と判決の詳しい内容については、山元 (2002) 参照。

を憲法上の人権規定と認定し、それに照らして、同法の改正を行う法律を違憲とする判決を下した。この判決は、フランスの憲法史上、いくつかの点で画期的な意義を持つものであった。第1に、憲法院は、この判決以降、国民の権利と自由を擁護するために法律の合憲性を積極的に審査し、人権保障機関として重要な役割をはたすようになった。このため、憲法院は、「執行権のための議会監督機関から人権保障機関へとメタモルフォーゼをとげた」といわれる（山元 2002：142 頁）。第2に、その際、憲法院は、違憲審査の根拠となる規範を自ら創設するという無理をあえて行う決断を下した。そもそも、1958年の第5共和制憲法は、人権に関する規定を含んでいなかった。これに対して、憲法院は、1971年の判決で、憲法前文の「フランス人民は、1946年憲法前文によって確認され補完された1789年宣言〔いわゆる人権宣言〕により定められた、人権および国民主権原理に対するその愛着を、厳粛に宣明する」との文言を手がかりに、そこで言及されている1946年憲法前文およびそこでさらに言及されている「共和国の諸法律によって承認された基本的諸価値」<sup>17)</sup>について憲法的効力を認め、そして、「結社の自由」もまたそこに含まれていると判断することによって、それを制約する立法の違憲性を確認したのであった。その後、憲法院が憲法判断を行うために導入したこの規範の総体は次第に拡充され、「憲法ブロック (bloc de constitutionnalité)」と呼ばれるようになっていく。憲法院は、自ら憲法判断の基準となる規範群・諸原理を創設的に確認することによって、違憲審査権の機能領域を拡大していったのである<sup>18)</sup>。

こうして1970年代初頭に生じた憲法院の活動の変化を明瞭に示しているのが、Stone (1994) の作成した表3である。この表でまず目を引くのは、1974年以後の提訴件数の急激な増加である。その主要な原因が、1974年の憲法改正による提訴権者の拡大であることは言うまでもない。この憲法改正によって60人の国民議会議員および60人の元老院議員に対して新たに憲法院への提訴権が付与されたが、表3からも、1974年以降、このカテゴリーの提訴が非常に多数に上り、それが、憲法院への提訴件数全体の数字を大幅に増加させていることが読み取れる。さらに、この表で注目すべきもう1つの点は、違憲判決の多さである。時期によって変動はあるが、判決全体に対する違憲判決の比率は、1974年から1980年の時期が30.4%、1981年から1987年の時期が53.2%、1988年から1990年までの時期が54.8%となっており、この表を作成したStoneの言葉を借りれば、「1970年代以降は重要な法律のほとんどは議会少数派のメンバーによって憲法院へ提訴さ

17) 1946年憲法前文は、「フランス人民は、1789年の権利宣言によって確立された人および市民の権利および自由、ならびに、共和国の諸法律によって承認された基本的諸原理を、厳粛に再確認する」としている。

18) なお、フランスの憲法院が下した重要判決については、フランス憲法判例研究会編（2002）を参照。

れ、しかもその努力は報われ、1981年以降は提訴の半数以上が違憲の判決をもたらした」(Stone 1994 : p.448) ということになる<sup>19)</sup>。

表 3 憲法院への提訴件数と判決の推移

	1959-73	1974-1980	1981-1987	1988-1990
提訴件数	9	66	136	47
内 大統領 によるもの	0	0	0	0
首相	6	2	0	2
国民議会議長	0	2	0	0
元老院議長	3	0	2	0
60人以上の議員	-	62	134	45
憲法院の判決	9	46	92	31
内 違憲判決	7	14	49	17
合憲判決	2	32	43	14

(出典) Stone (1994 : p.449).

こうして、フランスでは、法案の厳格な事前審査が行われているにもかかわらず、裁判所(憲法院)が違憲審査権を積極的に運用し、多数の違憲判決を下すという事態が生じていることが確認できる。

## (2) ドイツ——司法省と連邦憲法裁判所

ドイツ(ドイツ連邦共和国)では、法律の提案権は、連邦政府、連邦参議院および連邦議会議員(議員の5%以上あるいは会派 Fraktion の署名が必要)に帰属するが、議会に提案される法案の3分の2以上は政府提出法案であり、したがって、ドイツもまた、政府提出法案優位の国であるといえる。ドイツでは、日本の内閣法制局やフランスの國務院に対応する機関は存在しないが、司法省(Bundesjustizministerium)が法案の事前審査機関としての機能をはたしている<sup>20)</sup>。

政府提出法案の立案過程を見ると、通常は、関係省庁の部局(Referat)で法案の原案が作成される<sup>21)</sup>。この部局案(Referentenentwurf)について他の省庁と調整を行い、その後、司法省の適法性(Rechtsförmigkeit)の審査を受けることになる。司法省は法案の適法性について評価特権を有しており、その役割は近年ますます重要になっているといわれる。というのも、年を経るとともに法案の内容が複雑になり、また、さまざまな利害

19) なお、姥原(1997 : (2)43頁以下)も、1980年代における通常法律および組織法律の審査件数129件のうち、70%以上に当たる92件が一部違憲判決を含む違憲判決であったという数字を紹介している。

20) 以下については、Beyme(1997 : S.143f.)参照。

21) なお、議員立法の場合も、自身で法案を作成することは稀で、政府あるいは関係省庁に立案を依頼することが多いとのことである(<http://www.bundestag.de/info/gesgeb/index.html>参照)。

関係者の間の妥協的要素が大きくなっている結果、条文に法律的瑕疵が含まれる危険性が以前にもまして増大する状況が見られるからである。そこで、司法省は、憲法（基本法 Grundgesetz）その他の法律との整合性（Vereinbarkeit）や、法律用語の選択と条文構成の正確さ・緻密さなどについて詳細な審査を行うことになる。この審査を通過すると、主務大臣が閣議に提案し、承認が得られると正式の法律案として議会に提案される運びとなる。

問題は、以上のような事前審査を経た後議会で可決・成立した法律について、裁判所の違憲審査がどのような状況になっているかである。

ドイツにおける違憲審査権の行使は、1951年に創設された連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht）が担当している。連邦憲法裁判所が持つ権限はきわめて強力かつ広範であり、各種の連邦最高機関相互の争訟や連邦と州（ラント）との争訟の裁判権、基本権停止の決定や政党の違憲性決定、大統領の弾劾、裁判官の弾劾、選挙法争訟の管轄の諸権限のほか、各種の違憲審査権を集中的に行使している。すなわち、連邦憲法裁判所は、法律の基本法適合性や州法の連邦法適合性について、連邦政府、州政府あるいは連邦議会議員の3分の1からの申立てに基づいて審査する権限を持ち（抽象的規範統制）、また、通常の裁判所が具体的事件について適用しようとする法律が違憲であると考えるときは、手続を中止して憲法裁判所に判断を仰がなければならない（具体的規範統制）。さらに、公権力によって個人の基本権または基本権類似の権利が侵害された場合は、その個人は連邦憲法裁判所に対して、公権力の行使の合憲性の審査を申し立てることができる（憲法異議）<sup>22)</sup>。

そして、連邦憲法裁判所は、実際にもこれらの権限を活発に行使し、司法積極主義的な違憲審査を行ってきた<sup>23)</sup>。とくに、第2次世界大戦直後の政治的社会的状況が不安定な時期を脱し、連邦憲法裁判所の地位も次第に安定するようになった1950年代末以降は、次第に違憲審査機関として活発な活動を示すようになる（戸波1994；渡辺2003）。たとえば、当時のキリスト教民主同盟・キリスト教社会同盟（CDU/CSU）のアデナウアー政権が、連邦が全額を出資する「ドイツテレビ有限会社」の設立を強行しようとしたのに対して、不文の憲法原則として承認されてきた「連邦制友好的行動の原則」および基本法5条の「表現の自由」に違反すると宣言した1961年2月28日の第1次放送判決<sup>24)</sup>は、比較的初期の代表的判決である。また、1970年代には、第2次世界大戦後始めて成立した社会民主党（SPD）中心の左派政権が内政・外交の両面で革新的な政策を展開し、それに対して野に下ったCDU/CSUが抽象的規範統制訴訟を多数提起したため、憲法裁判とい

22) 連邦憲法裁判所の組織と権限の詳細は、工藤編（2002）、渡辺（2003）参照。

23) 連邦憲法裁判所の下した重要判決については、ドイツ憲法判例研究会編（2003）を参照。

24) ドイツ憲法判例研究会編（2003）77判決。

う形でさまざまな政治的対立の帰趨が争われることとなったが、この時期にも、連邦憲法裁判所は、政治的に争点となった問題について多数の重要な判決を下している。その後も、時期により、その積極性と自製の度合いには緩急の差が見られるものの、全体としてみれば、ドイツの連邦憲法裁判所は、1951年の制度創設以来、基本法（憲法）の原理を社会に定着させ、また、個人の基本権を積極的に推進する任務を果たしてきたといつてよいであろう。

ドイツにおける違憲審査制の活発な運用を統計的に示すデータとして、ここで、Beymeの研究（Beyme1997）をあげておこう。Beymeの研究は、1949年の連邦共和国発足から1994年までの時期に制定された法律の中から、法律の内容的重要性（密度と射程）、政治的争点となった度合い、各政策分野の網羅性などを基準に150の重要法律をサンプルとして抽出し、それについてさまざまな角度から分析を加えて、ドイツの立法過程の特徴を明らかにすることを試みたものである。その中でBeymeは、150の重要法律について連邦憲法裁判所の審査の有無とその結果についても分析を加えている（S.300ff.）。それによると、政治的重要法律として選択された150の法律のうち、連邦憲法裁判所に提訴された法律の数は60件（全体の40%）に上ることが確認され、また、連邦憲法裁判所の判決の結果について、法律の全部または一部が基本法に違反し無効とした判決が判決全体の14.8%、直ちに無効とはしなかったが基本法と適合しない旨宣言した判決（違憲宣言判決）が19.4%、基本法と適合する方向での解釈を示した判決が17.5%、基本法と適合的であることを確認した判決（合憲判決）が45.6%、その他が2.7%という数字をあげている。もちろん、1949年のドイツ連邦共和国発足後議会で制定された法律の数は膨大であり、その中から人為的に抽出された150のサンプルについての分析が、どれだけ正確に違憲審査制の運用の実情を反映しているかについてはなお検討の余地もあるが<sup>25)</sup>、しかし、内容的重要性が大きく、政治的にも争点となっている法律について、連邦憲法裁判所が、合わせて30%以上という高い比率で無効判決あるいは違憲宣言判決を下していることは、ドイツの連邦憲法裁判所の司法積極主義的な傾向を示しているといえよう<sup>26)</sup>。

フランスと同様、ドイツでもまた、法令の事前審査制度の存在にもかかわらず、裁判所

25) Beyme自身も、150の法律の選択が複雑な要因に依存しており、したがって *problematisch* であることは認めている（Beyme 1997：S.66）。しかし、本稿の関心からすると、少なくとも、連邦憲法裁判所が法律の無効ないし違憲を確認したケースを系統的に重視してケースを抽出した——司法積極主義に偏ったバイアスが意図的にかけられている——という問題は見当たらない点で、信頼できるデータであるといえる。

26) なお、Reuter（2001：S.113）は、1951年から1999年までの連邦憲法裁判所の判決を分析し、判決で無効とされたり違憲と確認された法令は——法令全体に関するものと個別の規定に関するもの、全部無効と一部無効をすべてあわせて——連邦レベルで361件に上ると指摘している。もちろん、ここで無効ないし違憲とされた法令の重要性はさまざまであるが、しかし、わずか5種6件といわれる日本とは比較にならない積極さであることは確認できよう。

が事後的に活発な違憲審査を行い、実際にも少なからぬ法令が違憲の判断を受けているという事実が確認できる。

### (3) 法令の事前審査機関の役割認識と裁判所の役割認識

以上の比較法的知見を踏まえるならば、法令の厳格な事前審査の存在が論理必然的に裁判所の事後的な違憲審査の余地をなくすわけではないことになる。日本の最高裁判所の違憲判決の少なさを説明する理由としては、内閣法制局による厳格な事前審査の存在を指摘するだけでは足りず、この両者を媒介する別の理由——別言するならば、等しく法令の事前審査が存在するにもかかわらずフランス・ドイツの違憲審査制の積極的な運用と日本の消極的な運用を分けている原因——がさらに探求される必要がある。

その際に重要な手がかりとなるのが、法令の事前審査機関の役割認識と裁判所の役割認識の異同である。政府部内の法令の事前審査機関が、法令の憲法適合性の審査を行うとしても、その基準がもっぱら形式的側面での適合性・整合性の審査になることは想像に難くない。法令の実質的内容（政策）は政府ないし担当官庁によって決定されており、同じ政府の組織が正面からそれに異を唱えるのは難しいと考えられ、ただ、それらの法令も、憲法を頂点とする現行法体系と適合的・整合的でなければならないという制約に服するがゆえに、その点に限定しての事前審査が行われるのである（たとえば、先に引用したように、平岡〔1997〕は、内閣法制局の審査が形式的側面に重点があることを明言しており、また、ドイツの司法省の行う事前審査も形式面に重点を置いた *Rechtsförmlichkeit* の審査である）。もちろん、法律の形式的審査を通じて法律の実施的内容が影響を受けるという事態はありうるであろうが、しかし、それは間接的・反射的效果なのであって、審査が政策内容に直接に吟味を加えるということはあまりないであろう。

これに対して、違憲審査権を行使する裁判所の場合には、それとは別の角度から、たとえば憲法的価値の実現あるいは基本的人権（基本権）の擁護の立場から、法律の実質的内容に審査を加えるという事態は十分考えられる。もちろん、この場合でも、裁判所が法律の内容を政府や議会と同じ視点で——たとえば政策の目的適合性や効率性の点から——審査するわけではないし、また、きわめて高度の政治的判断を要求される事案については、裁判所が自制の立場をとることもしばしば見られるであろう。しかし、違憲審査機関としての裁判所が、自らを憲法的価値の擁護者あるいは基本的人権の擁護者として位置づける度合いが高ければ高いほど、当該裁判所が、法律の内容を憲法の命ずる価値の実現あるいは基本的人権の保障の観点から厳密に審査し、結果として違憲の判決を下す可能性は高まるであろう。そのような違憲審査機関としての裁判所の役割認識は、おのずと、法令の形

式的側面の審査を行う事前審査機関の役割認識とは異なったものとなるはずである。

フランスとドイツについて確認された事実、すなわち、法令の事前審査制度の存在にもかかわらず、裁判所が違憲審査権を積極的に行使し、多数の違憲判決を下しているという事態は、このような法令の事前審査機関の役割認識と裁判所の役割認識の違いないしズレによって説明できるのではないであろうか。違憲審査権の行使主体である裁判所が、法令の事前審査機関とは異なる役割認識を持っているがゆえに、そこに違憲審査制の固有の機能領域が開けてくるのであり、この点でフランスの憲法院が、1971年の結社の自由判決で、本来憲法（第5共和制憲法）には人権規定が存在しないにもかかわらず憲法前文を手がかりにして人権保障の規範的根拠を自ら作り出すという無理をしてさえも、人権保障機関としてのメタモルフォーゼを遂げたことが、フランスの違憲審査制の活発化の重要な契機となったことは示唆的である。

他方、日本について内閣法制局の厳格な事前審査の存在が違憲判決の少なさの原因であるという説明は、暗黙のうちに、法令の事前審査機関である内閣法制局の役割と事後的な違憲審査機関である最高裁判所の役割の均質性という前提を含意しているように思われる。事前審査機関と事後審査機関の役割の均質性を前提としてはじめて、事前審査が機能すればするだけ事後審査の必要が減少するといえるからである。日本で内閣法制局の厳格な事前審査が最高裁判所の司法消極主義の原因であるとするならば、それは、最高裁判所が内閣法制局とまったく同一であるとはいわないまでもかなりの程度近似した役割観を持っているからではないであろうか。そのような条件の下においてであれば、確かに、内閣法制局の審査が厳格であればあるほど、最高裁判所が違憲審査権を行使する必要はなくなるはずであり、当然違憲判決の数は少なくなるといえよう。

その意味で、法令の事前審査制度と違憲審査制度の関係を考える場合には、事前審査機関の役割観と裁判所の役割観との重なりないしズレの度合いが重要である。今、裁判所が自己の役割を基本的にどのように考えているかを、あらためて「司法の役割観 (judicial role conception)」と呼ぶことにする<sup>27)</sup>。次節では、日本の最高裁判所の役割観を、内閣法制局の役割観と比較対照しながら検証してみることにする。

27) “judicial role conception”という用語は、Pritchett (1948; 1954), Gibson (1978) らの研究でも重要な位置づけを与えられている概念である。ただし、本稿では、個々の裁判官が抱く考え方ではなく、裁判所、とくにその中心的・指導的裁判官集団の中で共有されている集合的な考え方のレベルに着目している。なお、個人の態度レベルに着目する行動主義的な司法研究（態度モデル）に対する批判として登場してきた新制度論 (new institutionalism) 的な研究動向の中で、司法機関のもつ集合的な役割認識やインフォーマルなルールが広く「制度」を構成する要素としてあらためて注目されている。詳しくは別の機会に論じたいと考えているが、さしあたり、Smith (1988), Clayton and Gillman (1999) を参照。

#### 4. 最高裁判所の役割観

内閣法制局と最高裁判所の役割観の異同を知る上で興味深い素材を提供しているのが、2003年5月15日の衆議院憲法調査会の「統治機構のあり方に関する調査小委員会」（第3回）での参考人意見である。この会議では、津野修・前内閣法制局長官と山口繁・前最高裁判所長官が同時に参考人としての招致され、それぞれ、「内閣法制局の組織及びその憲法解釈について」「我が国の憲法裁判制度及び最高裁判所による違憲審査権の行使について」と題する意見を述べている<sup>28)</sup>。

##### (1) 内閣法制局の憲法解釈——論理性の強調

この参考人意見において津野前内閣法制局長官が強調するのは、内閣法制局が行う憲法解釈の論理的な性格である。津野前長官によれば、内閣法制局が行う「憲法等の解釈は、規定の文言、趣旨等に即して、立案者の意図等も考慮し、議論の積重ねのあるものについては全体の整合性を保つことにも留意して、確定されるべきものである。／政府による憲法解釈は、このような論理的追究の結果であり、政府が自由に変更することができるようなものではない」（強調は筆者）と述べている。さらに津野前長官は、憲法解釈の論理性ということに関連して、憲法解釈は論理的に確定すべきものである以上、「そのような考え方に基づいて示された政府の憲法解釈につきましては、政府がこのような考え方を離れて自由に変更できるという性質のものではない」とも述べ、論理性ということがときの政府の政策や意見によって左右されるものではないことも強調している。

内閣法制局が行う憲法解釈がこのような意味で「論理的」なものであることは、内閣法制局の一貫した立場である。たとえば、1978年4月3日の参議院予算委員会で当時の真田秀夫内閣法制局長官は、「憲法をはじめ法令の解釈は、当該法令の規定の文言、趣旨等に則しつつ、それが法規範として持つ意味内容を論理的に追求し、確定することであるから、それぞれの解釈者にとって論理的に得られる正しい結論は当然一つしかなく、幾つかの結論の中からある政策に合致するものを選択して採用すればよいという性質のもので

28) 以下の津野前内閣法制局長官および山口前最高裁判所長官の参考意見については、2003年5月15日衆議院憲法調査会「統治機構のあり方に関する調査小委員会」（第3回）の衆議院ホームページ上の会議録 ([http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index\\_kaigiroku.htm](http://www.shugiin.go.jp/index.nsf/html/index_kaigiroku.htm)) によっている。

はないことは明らかである」(強調は筆者)と答弁しており<sup>29)</sup>、また、1998年12月7日の衆議院予算委員会でも、当時の大森政輔内閣法制局長官が、内閣法制局の行う憲法解釈について「憲法を初め法令の解釈と申しますのは、当該法令の規定の文言、趣旨等に則しつつ、立法者の意図あるいはその背景となる社会情勢等を考慮し、また、議論の積み重ねのあるものにつきましては、全体の整合性に留意して、論理的に確定すべき性質のものであるというふうを考え、日ごろそのような立場からその見解を申し上げているわけでございます。／＼したがって、政府の憲法解釈等につきましては、このような考え方に基づきまして、それぞれ論理的な追求の結果として示してきたものでございまして、一般論とすれば、政府がこのような考え方を離れて自由にこれすなわち憲法上の見解を変更することは、そういう性質のものではないと言わざるを得ないと思います」(強調は筆者)と答弁している<sup>30)</sup>。

このように、内閣法制局においては、憲法解釈の論理性が強調され、法案の憲法適合性を論理的・形式的に審査することが自己の役割であると考えられている。

## (2) 最高裁判所の憲法解釈——司法の自製の強調

津野前内閣法制局長官に続いて、次に、山口前最高裁判所長官が、「最高裁判所裁判官として憲法適合性の判断をするにつき実際にどんなことを考えているのか」という観点から参考人意見を述べている。最高裁判所の長官の職にあった者が、系統的に憲法裁判および違憲審査権行使の理念・運用について意見を公表することはあまり例がないことから、最高裁判所の役割観を伺い知る上では貴重な資料である<sup>31)</sup>。

山口前長官の参考人意見は、まず、「諸外国の憲法裁判制度」としてアメリカ、ドイツ、フランスの憲法裁判制度について説明を加えた上で、諸外国と日本との裁判所を取り巻く環境の違いを指摘している。そこで山口前長官が論及するのは、①「多民族国家であるかどうか」、②「連邦制か中央集権体制か」、③「政権交代の有無」、④「立法過程における法案チェックの有無」、⑤「裁量上告制(サーシオレーライ)の問題」などの諸点である。そして、それぞれの点について諸外国と日本を比較し、結論として、それらの点での違いが日本における違憲判決の少なさの原因であるのとの認識が示している。すなわち、日本

29) 1978(昭和53)年4月3日、第84回国会参議院予算委員会会議録第23号3項。

30) 1998(平成10)年12月7日、第144回国会衆議院予算委員会会議録第2号16頁。

31) なお、その他の例としては、第3代の最高裁判所長官横田喜三郎が退官後間もなくの時期に発表した横田(1968)がある。同書の特徴を、奥平(1995:33頁)は、「『違憲審査権の行使は慎重に』という主張を貫徹するために書かれたもの」と評している。以下で検討する山口前長官の参考人意見との連続性が興味深い。

では違憲判決の数が少ないことに触れた上で、「こうした状況を招来しておりますのは、前に申しましたような種々の事情が影響しているゆえであろうかと考えております。少なかるべくして少なかったというのが私の認識であります。最高裁判所が、例えば司法消極主義という一つの立場をとって事件の処理に当たっているわけではありません」。

その上で、意見の後半部分において、最高裁の憲法解釈に臨む姿勢を次のように要約的に述べている。「いつの時代もそうでありますが、最高裁判所の各裁判官は、ある事件につきまして憲法適合性が問題になった場合、憲法の単なる文理解釈ではなく、その条文の真に意図するところ、条文の趣旨、目的、それからそれが制定されるに至りました立法事実というものを点検いたします。それから、当該ケース、この事実、これは司法事実あるいは判決事実と申しますが、それはどういうものか、両者を比較、吟味、検討するわけであります。さらには、憲法解釈をした場合のいわゆる射程距離、その影響がどこまで及ぶか、一般的な判例法理として示すべきかどうか。さらには、政治的色彩の濃いテーマであれば、司法がどこまで判断を示すべきか、あるいは政治にゆだねるべきか、ブランドイス・ルールを採用すべきかどうか、その辺も考えます。／その際には、司法の機能、本質をどのように考えるか。すなわち、裁判官の任命が選挙によっていない点で直接の民主的基盤を持たない司法が、政治問題にどこまで介入し口出しすべきであるか。それから最後に、憲法判断の最終的な実効性がどのようにして確保されるのか。そのあたりの点につきまして総合考慮いたしました上で結論を出されるのであります」。

以上の山口前長官の参考人意見のうち、日本で違憲判決が少ないことがはたして「少なかるべくして少なかった」といえるのかどうかについては別途あらためて検討する必要があるが、ここでは、引用部分の最後の箇所、「司法の機能、本質」として政治問題にどこまで介入すべきか、また、これも政治部門との関係を念頭においてのことであると思われるが、憲法判断の最終的な実効性がどのようにして確保されるのか、という問題が憲法判断の重要な考慮要素として指摘されていることに注目しておこう。

この点は、周知の通り、かねてから憲法学の議論において、最高裁判所の判決が、統治行為論や議会の立法裁量を広範に認める議論を展開していることとの関連で、最高裁判所が過度に政治部門の判断を尊重しているのではないかと問題とされてきた点であるが<sup>32)</sup>、実は、山口前長官の意見の中でも、この点に関わって、いくつかの重要な特徴を読み取ることができる。

第1に、山口前長官の参考人意見ではアメリカ、ドイツ、フランスの例が詳細に紹介されているが、特徴的であるのは、これらの諸国の裁判所で人権保障の発展に重要な寄与

32) さしあたり奥平(1995)、小林(1994)、戸波(1999)の各論文を参照。

をしたものとしてあげられる判決にはほとんど言及がないことである。たとえば、アメリカのブラウン判決<sup>33)</sup>、あるいは本稿でも触れたフランスの結社の自由判決、さらにはドイツで基本権擁護の点で重要な機能をはたしている憲法異議の判決<sup>34)</sup>については、ほとんどまったく触れられていない。

他方、諸外国の判決等で、別紙の参考資料を用意してまで詳しく言及されているのは、司法の自制（政治部門への敬讓）に関わる一群の判決である。たとえば、アメリカの場合には、1930年代のニューディール立法の違憲判断をめぐる最高裁判所の判例変更がとりあげられ<sup>35)</sup>、そこでは、裁判所が選挙に示された国民の判断に従っていることが強調される。また、同じアメリカについては、憲法判断回避に関するブランダイス・ルールについても詳しく言及されている。さらにドイツについては、1952年に当時の東西冷戦の状況下でヨーロッパの防衛のためヨーロッパ防衛共同体（国際軍）の設立に関する条約の承認が議会の案件となり、議会の少数派が連邦憲法裁判所に提訴したのに対して、連邦憲法裁判所が、事件の政治的重要性にかんがみ審理を停止し、まもなく行われる選挙の結果を待つという態度をとったヨーロッパ防衛共同体条約事件<sup>36)</sup>である。

これらはいずれも、裁判所の政治部門への敬讓、司法の自制という点から系統的に理解できるものである。すなわち、諸外国の比較法的事例を参照するに際して、一方で、各国で憲法的価値の擁護あるいは人権保障の発展の観点から注目されている判決群は系統的に言及がなく、他方で、政治部門への敬讓、司法の自制に関わる判決（理論）群が系統的に参照されていることになる。もちろん、憲法的価値の擁護ないし人権保障の発展と政治部門への敬讓ないし司法の自制は、各国の違憲審査制の運用を左右する2つの重要なベクトルであり、後者に関する判決（理論）に言及することは決して不自然なことではない。しかし、あえて前者の問題には言及を控え、後者についてのみ一面的に強調しているところに、裁判所の役割についての一定の選択が現れているように思われる。

実際、意見表明後の質疑の過程では、もっぱら、司法の自制を強調する回答が続くことになる。たとえば、裁判所が政治的問題について消極的過ぎるのではないかとの委員からの質問に対して「いろいろなお立場からいろいろな御批判のあることは十分承知しておりますけれども、やはり政治の問題と司法の問題ときっちり分けて考えていかなければならないだろうと思います。／司法でこういう判断をしたらめり張りがついて政治的に解決の

33) *Brown v. Board of Education*, 347 U.S. 483 (1954).

34) 憲法異議の制度が個人の基本権の保護にきわめて重要な意義をはたしていることは多くの論者によって指摘されているが、たとえば、戸波（1994：54頁）参照。

35) 最高裁判所は、当初、ルーズベルト大統領が打ち出した積極的な経済統制立法を私的財産権の保障、経済活動の自由の観点から違憲と判断していたが、1936年の大統領選挙におけるルーズベルト大統領の圧倒的な再選の後、ニューディール立法の合憲判決を下す立場に転じた。

36) 同事件については渡辺（2003：9頁）参照。

糸口も見えてくるのではないかという趣旨のようなことをおっしゃっておられたように思いますけれども、もしそうであるとすれば、やはり政治の場できちんと判断を示していただくのが、今、津野参考人もおっしゃられたように、王道ではないかというふうに私どもは思っております」と述べ、また、統治行為論の問題についても、「統治行為論の問題でありますけれども、先ほど来御説明申しましたように、国民の選挙によって選ばれた立法機関である国会、これが現に存在しているわけでありまして、司法と申しますのは直接国民によって選ばれた存在ではない、したがって、司法権というものには本質的な制約がある、やはりその制約の中で考えていくべきであるということで、統治行為論につきましても、その司法の本質にふさわしいかどうかという観点から考えていかなければならない」ことを強調している。

この山口前長官の意見の特徴は、ヨーロッパ諸国の憲法裁判官たちの意見と比較してみると、より明瞭になるかもしれない。たとえば、フランス憲法院の裁判官であったジャック・ロベール (Jacques Robert) は、その講演で、憲法院による憲法保障 (違憲審査) の限界にふれながらも、憲法院が、1970年代以降、市民の基本的自由の擁護者としての役割を確立してきたことを確認し、議会との関係では「市民の基本的な公的自由を行使するための保障を立法者が制限する (保障の程度をさげる) ことは禁止される」との立場を明言している (ロベール 1996)。また、ドイツの連邦憲法裁判所のリンバッハ (Jutta Limbach) 前長官は、政治部門に対する敬讓を当然の前提としながらも、しかし、裁判所 (連邦憲法裁判所) が、「法の機関」として、「政治に法のたがをはめる (die Politik in das Recht einbinden)」役割を強調し、そのことに不可避免的に伴う政治的な効果をあえて引き受けようとする立場を表明している (Limbach 1998 : S.134)。ロベール裁判官もリンバッハ前長官も、裁判所が政治部門とまったく同じスタンスで政治問題に介入することは許されないとする点では山口前長官の意見と異なるところはない。違いが見られるのは、裁判所が「市民の基本的自由の擁護者」としてあるいは「法の機関」として判断することが不可避免的に政治的意味を持つ次元についての評価であり、ロベール裁判官が市民の基本的自由を制限する立法が某止されることを明言し、あるいは、リンバッハ前長官が裁判所の「政治に法のたがをはめる」役割を重視するのに対して、山口前最高裁判所長官の意見では、その点においてより自制的・謙抑的であるように思われる。

裁判所は違憲審査権の運用における自己の役割について、いくつかの異なった選択をなす。それは制度の影響を受けると同時に、たとえば、1970年代のフランス憲法院の例に見られるように——さらに言えば、アメリカ合衆国最高裁判所が自らに司法審査権が

存在することを宣言したマーベリー判決<sup>37)</sup>もそうであったように——裁判所自身が選び取るものでもあるが、日本の最高裁判所の役割観において第1次的に関心が向けられているのは、人権保障や憲法的価値の擁護といった観点よりは、より強く、司法の自制、政治部門の決定への影響の回避であるように伺われる。政治への実質的な影響を可能な限り回避しようとするならば、違憲審査制度が機能する領域は自ずと縮小し、残される領域は、政治部門の決定に実質的な影響を及ぼさない論理的・形式的審査だけになるかもしれない。そして、それこそが、内閣法制局が事前に余すところなく先取りしている活動領域なのである。内閣法制局の事前審査が違憲審査の機能領域を小さくするという説明は、このような内閣法制局と最高裁判所が基本的に同じ役割を共有するという条件の下ではじめて成り立つものであり、その意味で、内閣法制局の活動と違憲審査制の運用の2つの現象を媒介するものとしての司法の役割観が決定的に重要なのである。

## 5. むすび

以上、本稿では、日本の最高裁判所による違憲審査制の運用が消極的である理由の1つとして主張される、内閣法制局の厳格な事前審査があるために裁判所が事後的に違憲判決を下す必要がなくなっているという説明について、比較法社会学的な視角から検証してきた。日本と同様法令の厳格な事前審査の制度が存在するにもかかわらず、憲法院ないし連邦憲法裁判所が違憲審査制を積極的に運用し多くの違憲判決を下しているフランスやドイツの例を参考にするならば、内閣法制局による厳格な事前審査の存在が直ちに違憲審査制の消極的な運用をもたらしているとはいえない。裁判所がその役割について、政治への介入を極度に自制する役割観をとっていることが重要な媒介要因であり、そのような条件の下で、内閣法制局のはたす役割と裁判所のはたす役割の重なりが大きなものとなり、その結果、内閣法制局がまず時間的に先行して厳密な審査を行うことがその後の(事後的な)司法審査の機能領域を小さなものにしてしているのである。他方、フランスやドイツでは、裁判所が憲法的価値、とりわけ基本的人権(基本権)の擁護者としての役割認識を強く持っている結果、形式的側面の審査に重点を置く事前審査機関の役割とのズレが相対的に大きなものとなり、この事前審査機関の活動に還元されない機能領域において、活発な違憲審査活動が展開されていることになる。

内閣法制局の事前審査の存在は確かに最高裁判所の事後的な審査の領域を狭めている

37) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1Crach) 137 (1803).

が、それは論理必然的な関係ではなく、最高裁判所による一定の役割観の選択という媒介要因が重要である——その点の違いが日本とフランス・ドイツの違憲審査制の運用の違いをもたらしている——というのが本稿の結論である。

以上を前提に、最後に、本稿の主題に関連する2つの問題に言及し、今後の課題を確認しておこう。

その第1は、違憲審査制の積極的な運用がもたらす事態、とくにそれが政治部門の決定に及ぼす影響をどう評価するかという問題についてである。フランスの憲法院やドイツの連邦憲法裁判所の積極的な違憲審査制の運用が定着するとともに、フランスでも、ドイツでも、法と政治に関わる状況が根本的に変化したことが指摘されている。とりわけ議会での少数派がしばしば法案の合憲性を争い、裁判所（憲法院、連邦憲法裁判所）に提訴する結果、法案の審議をめぐる議会の論争が、当該法案の合憲性をめぐる法的論争に転化し、しばしば裁判官が政治的問題のキャスティングボードを握ることにもなっている。このような現象をどのように評価すべきかは難しい問題であり、両国でも賛否さまざまな議論がある<sup>38)</sup>。その中で、1つの注目すべき視角を提示しているのは、比較政治学の立場からヨーロッパの違憲審査制を考察したShapiroやStone (Stone Sweet)らの研究である。かれらは、ヨーロッパの政治において、(憲法)裁判所がさまざまな次元で立法に影響を及ぼす強力な存在となっていることを確認するとともに、実効的な違憲審査制の存在が政治過程における憲法的ディアローグを活性化させ、議会での議論のクオリティを変える役割をはたしていることを積極的に評価する議論を展開している(Shapiro and Stone 1994; Stone Sweet 2000)。他方、筆者は、そのような指摘を念頭に置きつつ、日本では政治的・公共的議論空間において裁判所の存在が余りにも希薄であること(「司法の不在」)を指摘したことがある(佐藤 2002)。ヨーロッパの政治における裁判所の存在が「過剰」であるのか、あるいは、日本の政治における裁判所の「不在」が問題であるのかは一概には決着のつけられない難しい問題ではあるが、そのためにもまず、彼我の憲法政治における裁判所の役割について実証的な研究が積み重ねられる必要があり、比較法社会学の観点からその問題の解明に寄与するが筆者の今後の重要な課題の1つである。

第2に、本稿では、法令の事前審査制と違憲審査制の運用の間を媒介し、日本とフランス・ドイツの違憲審査制の運用の違いをもたらした要因として、「司法の役割観」の重要性を指摘したが、この点については、次に、それではこの日本とフランス・ドイツの司

38) たとえば、フランスでは、「裁判官統治」の是非をめぐる問題として活発に議論されているが、この点に関する最近のフランスの憲法学者の議論を整理・論評するものとして、山元(2003/2004)参照。また、ドイツについては、1990年代半ばの連邦憲法裁判所の積極的な違憲判決(いわゆる「座り込みデモ判決」「十字架像判決」「兵士は殺人者だ」判決)「財産税判決」などをめぐって生じた激しい議論について、畑尻(1997)、服部(1999)が詳しく紹介している。

法の役割観の違いは何によってもたらされたのかをあらためて検討する必要がある。この点で直ちに想起されるのは、フランスもドイツも独立の憲法裁判所制度を採用しているという点であろう。確かに、独立の憲法裁判所を設けていることは、その構成員（裁判官）に憲法的価値の擁護者としての自覚を持たせ政治過程への介入に積極的な役割観を促す方向で作用している可能性がある。しかし他方、これに対しては、日本と同様（というよりも日本の違憲審査制がそのモデルとした）アメリカ合衆国では、通常裁判所である連邦最高裁判所が積極的な違憲審査活動を行い、政治過程で重要な役割をはたしていることに注意しなければならない。日本の裁判所に政治への介入を厳しく自制する役割観をもたらしている要因は、単に通常裁判所か憲法裁判所かという側面だけではなく、さらに幅広い文脈で検討される必要がある。本稿冒頭に紹介したように、日本の司法消極主義の原因としては多様な要因が指摘されており、それらについてあらためて、「司法の役割観」の形成要因という角度から整理してみる必要がある。これもまた、本稿が残した重要な課題である。

以上の通り、本稿は今後いくつかの重要な課題を残すものではあるが、さしあたり、日本における違憲判決の少なさの原因として内閣法制局による厳格な法令の事前審査の存在を指摘する説明について、比較法社会学的な分析を加え、内閣法制局による法令の厳格な事前審査が直ちに事後的な違憲審査制の機能の縮小をもたらすわけではなく、日本でそのような事態が生じているのは、最高裁判所が、政治への介入を厳しく自制する役割観を選択している結果であることを明らかにしたことをもって本稿を閉じることとしたい。

#### 参考文献

- Beyme, Klaus von (1994), *Der Gesetzgeber*, Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Clayton, Cornel W., and Gillman, Howard (eds.) (1999), *Supreme Court Decision-Making: New Institutional Approach*, Chicago: The University of Chicago Press.
- ドイツ憲法判例研究会編 (2003) 『ドイツの憲法判例 (第2版)』信山社。
- フランス憲法判例研究会編 (2002) 『フランスの憲法判例』信山社。
- Gibson, James L. (1978), "Judges' Role Orientation, Attitudes and Decisions: An Interactive Model," *American Political Science Review* 72, pp. 911-24.
- 畑尻 剛 (1997) 「批判にさらされるドイツの憲法裁判所 (上) (下)」*ジュリスト* 1106号 74-81頁, 1107号 79-85頁。
- 服部高宏 (1999) 「法と政治の力学と憲法裁判」井上達夫・嶋津格・松浦好治編『法の臨界Ⅰ』東京大学出版会, 103-120頁。
- ヘイリー, ジョン (1995) 「日本における司法の独立・再考」(浅香吉幹訳) 石井紫郎・樋口範雄編『外から見た日本法』東京大学出版会, 3-30頁。
- 樋口陽一 (1998) 『憲法 (改訂版)』創文社。
- 樋口陽一, 辻村みよ子, 山内敏弘編 (1999) 『憲法判例を読み直す: 下級審判決からのアプローチ』日本評論社。

- 平岡秀夫 (1997) 「政府における内閣法制局の役割」中村睦男・前田英昭編『立法過程の研究：立法における政府の役割』信山社, 282-303 頁.
- 五十嵐敬喜・小川明雄 (1995) 『議会』岩波書店.
- 伊藤正己 (1993) 『裁判官と学者の間』有斐閣.
- 小林武 (1994) 「最高裁判所判決と議会の関係」ジュリスト 1037 号 90-96 頁.
- 工藤達朗編 (2002) 『ドイツの憲法裁判』中央大学出版局.
- Limbach, Jutta (1998=2001), > In Namen des Volkes <: *Macht und Verantwortung der Richter*, Stuttgart: Deutsche Verlags-Anstalt, 1998 (『国民の名において』青柳幸一・栗城壽夫訳, 風行社, 2001 年).
- 増山幹高 (2003) 『議会制度と日本政治：議事運営の計量政治学』木鐸社.
- 宮澤節生 (1999) 『法過程のリアリティ』信山社.
- Miyazawa, Setsuo (1991), “Administrative Control of Japanese Judges,” in *Law and Technology in the Pacific Community*, edited by Philip S. C. Lewis. Boulder, Colo.: Westview Press.
- 内閣法制局百年史編集委員会編 (1985) 『内閣法制局百年史』内閣法制局.
- 中村 明 (2001) 『戦後政治にゆれた憲法 9 条：内閣法制局の自信と強さ (第 2 版)』中央経済社.
- 中村睦男 (1976) 「フランスにおける人権の保障」公法研究 38 号, 211 頁以下.
- 西川伸一 (2000) 『知られざる官庁・内閣法制局』五月書房.
- 小田中聰樹・富田眞 (2001) 「司法改革」天川晃・小田中聰樹『[日本国憲法・検証 1945-2000 資料と論点・第 6 卷] 地方自治・司法改革』小学館, 170-397 頁.
- 奥平康弘 (1995) 『憲法裁判の可能性』岩波書店.
- Pritchett, C. Hermann (1948), *The Roosevelt Court*, New York: Macmillan.
- (1954), *Civil Liberties and the Vinson Court*, Chicago: University of Chicago Press.
- Ramseyer, Mark, and Rosenbluth, Frances (1993=1995), *Japan's Political Market Place*, Cambridge: Harvard University Press (ラムザイヤー, ローゼンブルース『日本政治の経済学』加藤寛監訳, 川野辺裕幸・加藤助博訳, 弘文堂, 1995 年).
- Reuter, Werner (2001), “Das Bundesverfassungsgericht als Teil des politischen Systems der Bundesrepublik Deutschland,” in Glaesner/ Reuter/ Jeffery (Hrsg.), *Verfassungspolitik und Verfassungswandel*, Wiesbaden: Westdeutscher Verlag.
- ロベール, ジャック (1996) 「基本的自由の擁護者としてのフランス憲法院」(辻村みよ子訳) 法学教室 185 号, 37-44 頁.
- 佐藤岩夫 (2001) 「書評／小森田秋夫編『市場経済化の法社会学』(有信堂・2001 年) を読んで」社会体制と法 2 号, 70-77 頁
- (2002) 「司法改革の課題をあらためて問う：政治的公論における<司法の不在>をめぐる」世界 706 号, 232-240 頁.
- (2004) 「歴史から法を読み解く：歴史法社会学」和田仁孝・阿部昌樹・大田勝造編『法と社会へのアプローチ』日本評論社 146-168 頁.
- 司法制度改革審議会 (2001) 『最終報告書：21 世紀の日本を支える司法制度』(2001 年 6 月).
- Schubert, Glendon (1963), *Judicial Decision-Making*, New York: Free Press.
- Shapiro, Martin, and Stone, Alec (1994), “The new Constitutional Politics In Europe,” *Comparative Political Studies* 26(4), pp. 397-421.
- Shapiro, Martin, and Stone Sweet, Alec (2002), *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford; New York: Oxford University Press.
- 衆議院事務局 (2004) 『「憲法保障 (特に, 憲法裁判制度及び最高裁判所の役割)」に関する基礎的資料』(衆議院憲法調査会・最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会 2004 年 3 月 25 日参考資料).
- Smith, Roger (1988), “Political Jurisprudence, the ‘New Institutionalism,’ and the Future of Public Law,” *American Political Science Review* 82, pp.89-109.
- Stone, Alec (1994), “Judging Socialist Reform: The Politics of Coordinate Construction in France and Germany,” *Comparative Political Studies* 26(4), pp. 443-469.
- Stone Sweet, Alec (2000), *Governing with Judges: Constitutional Politics in Europe*, Oxford: Oxford University Press.

特集 「法の支配」の現代的位相

滝沢 正 (2004)『フランス法 (第2版)』三省堂.

辻村みよ子 (2003)『比較憲法』岩波書店.

戸波江二 (1994)「ドイツ連邦憲法裁判所の現況とその後」ジュリスト 1037号, 53-58頁.

—— (1999)「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」法曹時報 51巻5号 1-40頁.

姥原健介 (1997)「法律による憲法の具体化と合憲性審査：フランスにおける憲法院と政治部門の相互作用

(1) ~ (4・完)」立命館法学 252号 30-61頁, 253号 85-121頁, 254号 67-103頁, 255号 195-236頁

山元 一 (2002)「憲法院の人権保障機関へのメタモルフォーゼ：結社の自由判決」フランス憲法判例研究会編

(2002), 141-146頁.

—— (2003/2004)「責任と統治の主体としての裁判官：最近のフランスにおける裁判権をめぐる議論について

(1) (2・完)」法学 67巻5号 260-283頁, 68巻2号 1-27頁.

横田喜三郎 (1968)『違憲審査』有斐閣.

渡辺康行 (2003)「概観・ドイツ連邦憲法裁判所とドイツの憲法政治」ドイツ憲法判例研究会編 (2003), 3-24

頁.