



Title	司法の優越をめぐる法と政治（１）：アメリカにおける議論を手掛かりとして
Author(s)	鈴木, 繁元
Citation	北大法学論集, 73(5), 51-75
Issue Date	2023-01-30
Doc URL	http://hdl.handle.net/2115/87805
Type	bulletin (article)
File Information	lawreview_73_5_03_Suzuki.pdf



[Instructions for use](#)

司法の優越をめぐる法と政治（1）

—— アメリカにおける議論を手掛かりとして ——

鈴木 繁 元

目 次

- 序章：違憲審査制と司法の優越
- 第1節：日本国憲法と司法の優越
 - 第2節：我が国における違憲審査制の運用の評価
 - 第3節：法原理部門としての司法部？司法の政策形成機能？
 - 第4節：司法部をめぐる社会的、政治的状況への着目
 - 第5節：比較対象としてのアメリカ
 - 第6節：論文の構成 （以上、本号）
- 第1章：アメリカにおける司法の優越
- 第2章：司法の優越の正当化議論
- 第3章：司法の優越の揺らぎ
- 第4章：アメリカにおける対話理論の生成と発展
- 結論と今後の課題

序章：違憲審査制と司法の優越

第1節：日本国憲法と司法の優越

我が国においては、司法部が憲法解釈についての最終的権威を有するとする「司法の優越 (Judicial Supremacy)」¹、すなわち、立法部や執行部

¹ 「Judicial Supremacy」という語については、とりわけ、日本国憲法制定直後

に比して、司法部が憲法に関する優越的な解釈者であることは、憲法81条によって明らかであるとされる²。日本国憲法下では、同条によって「憲

の時期における文献では、単に違憲立法審査制の導入を指し示す意味で用いられることもある。末延三次「違憲立法審査制」國家學會編『新憲法の研究』（有斐閣、1947年）244頁、伊藤正己『司法権の優越』（日本評論新社、1952年）12頁。なお末延と伊藤は、「Judicial Supremacy」を「司法権の優越」と訳す。また高柳賢三は、「Judicial Supremacy」を「司法至上主義」と訳したうえで、司法的憲法保障制という、アメリカ憲法における特色を表現する「印象的な言葉」の一つとして紹介する。高柳賢三『司法権の優位〔増訂版〕』（有斐閣、1958年）106頁。なお、アメリカにおける司法の優越の定義については、フェルドマン（Brian M. Feldman）が詳細な分析を試みている。彼は、司法の優越は「弱い形式」と「強い形式」の二つに区分できるとする。Brian M. Feldman, *Evaluating Public Endorsement of the Weak and Strong Forms of Judicial Supremacy*, 89 VA. L. REV. 979 (2003). それによれば、「弱い形式」の司法の優越が、すべての政府における部門が特定の事例において連邦最高裁の憲法解釈を受容することを要請するのに対し、「強い形式」の司法の優越は、連邦最高裁の憲法解釈に政治部門に対する一般的な拘束力を付与することを要請するものである。アメリカ憲法学界における司法の優越は、多くの場合、後者の意味において用いられる。また、連邦最高裁が司法の優越を宣明した判決として名高い Cooper v. Aaron (358 U.S. 1(1958)) でも、司法の優越は後者の意味で用いられている。本論文においても、近時のアメリカ憲法学界や連邦最高裁において用いられる通常の意味において、「司法の優越」という語を用いることとする。Erwin Chemerinsky, *In Defense of Judicial Supremacy*, 58 WM. & MARY L. REV. 1459, 1461 (2017); Stephen Gardbaum, What is Judicial Supremacy? in *COMPARATIVE CONSTITUTIONAL THEORY* 21 (Gary Jacobsohn & Miguel Schor eds., 2018). なお、司法の優越の意味については、見平典『違憲審査制をめぐるポリティクス——現代アメリカ連邦最高裁判所の積極化の背景——』（成文堂、2012年）59頁も参照。

² 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）34頁、川岸令和「違憲裁判の影響——司法の優位についての覚書」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』（有斐閣、2012年）112頁、高橋和之『体系 憲法訴訟』（岩波書店、2017年）331-332頁、辻村みよ子＝山元一編『概説 憲法コンメンタール』（信山社、2018年）350頁〔渡辺康行執筆部分〕、野坂泰司「違憲判断の効力と憲法判例の拘束力」判例時報2463号（2021年）102頁など。

法保障機関としての地位を付与³された最高裁判所こそが、憲法98条1項において規定された憲法の最高法規性を保障する機関として、憲法的価値の実現における中心的な役割を担うべき部門とされてきた。いわば、我が国においては、「憲法の最高法規性の保障と司法機関の間に不即不離の関係⁴が認められてきたといえよう。また、憲法の草案段階の議論において、総司判令部案の第73条が、権利章典に関する事案以外における国会による再審査制度を規定するものであったのに対し、日本側が「立法府による再審査制度のない、その意味で「強い」違憲審査制⁵」を望み、それが採用されたことは⁶、最高裁による違憲審査が最終的であることが想定されていたことを示すものであろう。

上記のように、司法部が憲法に関する優越的な解釈者であることは、日本国憲法上明らかであるとされてきた。そのため、国家機関相互の関係における憲法解釈の優劣関係に関しては、これまで我が国において、正面から論じられる機会は多くはなかった⁷。ただし、司法部、とりわけ

³ 法学協会編『註解日本国憲法 下』（有斐閣、1954年）1208頁。

⁴ 山崎友也『憲法の最高法規性と基本権』（信山社、2019年）7頁。西原博史は、違憲立法審査制の導入により、「通常理解では、裁判所による憲法の最終的解釈権の独占は、近代立憲主義の嫡流とみなされることが多い」ことを指摘する。西原博史「立憲主義において国家を縛るもの——樋口「立憲主義」論を手がかりとした憲法の規範構造論・序説——」藤田宙靖＝高橋和之編『憲法論集 樋口陽一先生古稀記念』（創文社、2004年）563頁。

⁵ 山本龍彦「最高裁のなかの〈アメリカ〉——憲法的二次ルールとしての権限配分」石川健治ほか編『憲法訴訟の十字路 実務と学知のあいだ』（弘文堂、2019年）170頁。

⁶ 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程 II 解説』（有斐閣、1972年）244-245頁、佐藤達夫『日本国憲法成立史 第3巻〔佐藤功補訂〕』（有斐閣、1994年）142頁。

⁷ ただし、アメリカにおけるディパートメンタリズムを参照しつつ、我が国における国家機関同士の憲法解釈の対立関係や協調関係を検討する論稿として、安西文雄「憲法解釈をめぐる最高裁判所と議会の関係」立教法学63号（2003年）61頁以下、大林啓吾「ディパートメンタリズムと司法優越主義——憲法解釈の最終的権威をめぐる——」帝京法学25巻2号（2008年）103頁以下、大河内美紀「Our "Settled" Constitution」論究ジュリスト28号（2019年）129頁以下などが

最高裁が憲法解釈において優越的な解釈者であるとする立場自体は、違憲判決の効力論という、違憲審査制度の導入以来、精力的に議論がなされてきた問題領域において表出している。

最高裁が下した違憲判決の事後処理は、いかになされるべきか。この重要な論点について、我が国の学説では、一般的効力説と個別的効力説の対立を軸としつつ、違憲判決の効力論という形で議論がなされてきた⁸。すなわち、最高裁による違憲判決は当該法律の効力を一般的に失わせるとする一般的効力説と、違憲判決を受けた法令の効力は当該訴訟事件に限られるとする個別的効力説、さらには、判決の効力の問題は法律の定めるところに委ねられるべきとする法律委任説などが、学界において提唱されてきた⁹。我が国の違憲審査制が付随的違憲審査制であること、また、法令の効力を一般的に失わせることが、消極的立法であり憲法41条に抵触することなどの理由から、個別的効力説が日本国憲法の趣旨に適合的であるとされるが¹⁰、一般的効力説と個別的効力説には「接近化傾向」¹¹が見られると評価される。例えば佐藤幸治は、最高裁の違憲判断につき、違憲とされた法令を廃止するような効果（「強い効力」）と、

ある。

⁸ 最高裁と行政府の相互作用について論ずる松井茂記は、違憲判決が立法を法令集から除去する効果をもつか否かにとどまらず、「当該事件で示された違憲判決が他の事件、政府の他の部門にとってどのような影響を与えるか」という、最高裁判所判決の「権威性」の問題にも着目するべきであることを主張する。すなわち松井は、従来の違憲判決の効力論の議論枠組みでは、憲法解釈をめぐる各部門の相互作用が、必ずしも十分に説明しきれないことを指摘するものである。松井茂記「最高裁判所判決と行政府の関係」ジュリスト1037号（1994年）101頁。

⁹ 学界における議論状況の整理として、川岸・前掲注2）のほか、野中俊彦「判決の効力」芦部信喜編『講座憲法訴訟3』（有斐閣、1987年）109頁以下、佐藤美由紀「「違憲判決の効力」論の変遷」杏林社会科学研究所19巻3号（2003年）27頁以下などを参照。

¹⁰ 樋口陽一ほか『注解法律学全集（4）憲法Ⅳ（第76条～第103条）』（青林書院、2004年）152-158頁。

¹¹ 川岸・前掲注2）94頁、野中俊彦ほか『憲法Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2012年）321頁、渡辺康行ほか『憲法Ⅱ 総論・統治』（日本評論社、2020年）379頁。

立法部に対して法令の改廃を求め、執行部に対し当該法令の執行を控えることを要請するという「弱い効力」に区別する¹²。そして佐藤は、個別的効力説において念頭に置かれているのは、後者の「弱い効力」であるとして、個別的効力説の立場から、最高裁の違憲判断に実質的な一般的効力を付与する立場を採用するのである¹³。このような立場は、「付随的審査制といっても、当該訴訟事件の解決ということを超えて同時に多かれ少なかれ憲法保障機能を伴うもの」¹⁴であり、かかる最高裁における憲法保障機能を根拠として、立法部および執行部に対し、違憲判決への何らかの措置を要請するものである。佐藤の説示に代表されるように、我が国においては、個別的効力説に立ちつつも、立法部と執行部は司法部の憲法判断を尊重することが期待されているという立場が通説的地位を占めるといえよう¹⁵。

違憲判決の事後処理に関する問題において表出するように、司法の優越は、我が国において一定の通用力を有しているといえる¹⁶。そして、

¹² 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）340頁。

¹³ 佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂、2020年）721頁。

¹⁴ 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（日本評論社、1984年）220頁。

¹⁵ 野中・前掲注9）115頁、野中ほか・前掲注11）321-323頁、佐藤・前掲注13）721頁、清宮四郎『憲法I〔第3版〕』（有斐閣、1979年）323頁、376頁など。なお、笹田栄司はさらに一歩進んで、最高裁判所の違憲判断には「特別拘束力」が付与されるとする立場を採用し、その根拠として憲法81条、98条、及び99条を挙げる。笹田栄司「違憲判断の「効力」と拘束力」判例時報2529号（2022年）136-137頁。同様の立場として、野坂・前掲注2）や高橋・前掲注2）も参照。

¹⁶ この点につき、1958年のCooper v. Aaron以来、司法の優越を志向してきたウォーレン・コートと、日本の憲法学の関係性を指摘するのが、新井誠である。すなわち、新井は、人種差別問題等に対する積極的な違憲審査を行っていたウォーレン・コートの時代における憲法理論は、芦部信喜の憲法訴訟論などの影響もあり、「戦後一時期からの日本憲法学における司法による憲法価値の実現にとっての偉大なコンセンサスとなっていった」ことを指摘する。新井誠「議会と裁判所の憲法解釈をめぐる一考察」小谷順子ほか編『現代アメリカの司法と憲法 理論的対話の試み』（尚学社、2013年）199頁。なお関連して、塚田哲之「星条旗・第1修正・リベラリズム——（1）—Texas v. Johnsonをめぐる議論を素材に」名古屋大学法政論集152号（1994年）193頁も参照。

日本国憲法制定直後より、最高裁は、最終的な憲法判断を下す機関として、憲法的価値の実現という職責を担うことを期待されてきたのである¹⁷。他方において、最高裁判所による違憲審査権の行使をめぐる国家機関同士が対立する状況がこれまで少なかったこともあり、司法の優越は当然の前提とされつつも、それが我が国の憲法秩序形成に何をもたらすのか、あるいは、司法の優越が現実の司法部の憲法判断にどのように作用するのか、といったことについては、深く探究されることはなかった。

第2節：我が国における違憲審査制の運用の評価

しかしながら、憲法解釈において優越的地位を占めるはずの最高裁は、違憲審査、特に法令への違憲判断に対して、これまで消極的であったという評価が、一般的であった¹⁸。すなわち、日本国憲法の制度上、終審裁判所として憲法的価値の実現について最終判断を下すべき機関であるはずの最高裁は、「違憲立法審査制の機能不全」¹⁹状態に陥っていると評されるように、その役割を十分に果たしてこなかったとの批判が、これまでなされてきたのである²⁰。

¹⁷ 末延・前掲注1) 271頁、大沢秀介『司法による憲法価値の実現』（有斐閣、2011年）155頁。

¹⁸ 伊藤正己『裁判官と学者の間』（有斐閣、1993年）106頁以下、阪口正二郎「権威の文化と正当化の文化——日本の違憲審査制はグローバル化に耐えうるか？——」判例時報2390号（2019年）114頁、市川正人『司法審査の理論と現実』（日本評論社、2020年）177頁。

¹⁹ 西原博史「憲法裁判所制度の導入？」ジュリスト1289号（2005年）42頁。

²⁰ たとえば阪口正二郎は、2001年当時の論文において、我が国の違憲審査制が、「司法消極主義に徹しており、「形骸化」、「空洞化」しているとの評価が一般的に下されてきた」ことを指摘する。阪口正二郎「違憲審査制と「二つ」の世紀末」ジュリスト1192号（2001年）187頁。ただし、これまでの最高裁による11件の法令違憲判決のうち6件が2000年以降に下されており、学界においては、今世紀における最高裁の違憲審査の運用に変化が見られることも指摘されている。市川・前掲注18) 29頁以下、高橋・前掲注2) 23頁、大沢・前掲注17) 205頁、宍戸常寿「最高裁と「違憲審査の活性化」」法律時報82巻4号（2010年）57頁以下。

ただし、最高裁が司法消極主義に陥っているという批判に対しては、例えば、以下のような反論があり得る。第一に、最高裁は、法令違憲判決という形式ではなく、制定法の合憲解釈を通じて、政治部門に憲法上の統制を及ぼしているという主張がある。この点について、阪口正二郎は、日本の最高裁における、政治部門に対する統制方法の特殊性を指摘する。すなわち、最高裁は、法令違憲という手段を用いずに、合憲解釈によって法令の効力を維持し、立法部との衝突を避ける方法を選択してきたというのである²¹。このような分析によるならば、確かに法令に対する明示的な違憲判断は少ないものの、最高裁は、政治部門との全面的な衝突を避けつつ、憲法的統制を及ぼしてきたとも評価することができる。

第二に、内閣法制局を中心とした、厳格な事前審査制度の存在が挙げられる。すなわち、実際に制定される法律の大半を占める内閣提出法案においては、内閣法制局による強い合憲性統制がなされているという点が指摘されてきた²²。つまり、日本においては、内閣法制局による審査をはじめとした「かなり充実した事前の違憲審査システムが機能している」²³であり、それゆえに、裁判過程における事後的な違憲審査の機

²¹ 阪口正二郎「司法支配制と日本の特殊な違憲審査制」浦田一郎ほか編『立憲平和主義と憲法理論 山内敏弘先生古稀記念論文集』（法律文化社、2010年）202頁以下。同様の指摘をする論者として、長谷部恭男を挙げることができる。すなわち長谷部は、「日本の裁判所は、ほとんど制定法を違憲と判断することなく、したがって「司法積極主義」との非難を受けることなく、しかし制定法を最高裁判所の有権解釈権を通じて読み替えることで、積極的に政治部門の判断を変更し、しかもそれを「現状」として固定化してきた可能性」に言及する。長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店、1999年）75頁。

²² 例えば、奥村公輔『政府の憲法解釈の諸相』（日本評論社、2022年）342頁以下を参照。

²³ 大石眞『統治機構の憲法構想』（法律文化社、2016年）317頁。また佐藤岩夫は、司法消極主義的な違憲審査制の運用の背景として、「内閣法制局が厳密な法令審査および憲法解釈を行っていることを前提に、最高裁判所が政治部門の判断を尊重するという、ある種の均衡が成り立っていた」ことを指摘している。佐藤岩夫「内閣法制局と最高裁判所——2つの違憲審査機関の制度配置と政治システム変動」柳瀬孝雄編『司法の国民的基盤 日米の司法政治と司法理論』（日

会が少なくなるとする指摘が、これまでなされてきたのである²⁴。このように、違憲審査制の運用実態につき、司法部による事後的な法令の違憲審査のみならず、「各種の事前審査の機能と運用を踏まえた統一的な統治システムを全体として把握する必要」²⁵を強調する論者は、我が国の最高裁に対する司法消極主義という批判について、一定の留保を付すべきことを主張するのである²⁶。

上記のように、最高裁が違憲審査権の行使において消極的であり、違憲審査の活性化議論が必要であるとの、学界における「共通の認識」²⁷ともいべき評価については、最高裁による憲法判断の手法、そして事前審査制度との関係において、再検討の余地があろう。しかしながら、それでもなお、現行憲法施行後75年を経ているにもかかわらず、法令違憲判決の数が11件という現状は²⁸、比較憲法学的にも、日本特殊の状況ではある²⁹。そうすると、憲法81条によって想定される「憲法上の価値の実

本評論社、2009年）130-131頁。

²⁴ 大石・前掲注23) 261頁以下、園部逸夫『最高裁判所十年』（有斐閣、2001年）236頁、浦田一郎「政府の憲法解釈とその変更——国会・内閣・内閣法制局」浦田一郎＝只野雅人編『議会の役割と憲法原理』（信山社、2008年）131頁、奥村・前掲注22) 374頁。

²⁵ 大石・前掲注23) 318頁。

²⁶ 大石・前掲注23) 338頁。

²⁷ 畑尻剛「具体的規範統制再論 最近の憲法裁判所論との関連で」法学新報103巻2・3号（1997年）498頁。

²⁸ 具体的には、①最大判昭和48・4・4刑集27巻3号265頁、②最大判昭和50・4・30民集29巻4号572頁、③最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁、④最大判昭和60・7・17民集39巻5号1100頁、⑤最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁、⑥最大判平成14・9・11民集56巻7号1439頁、⑦最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁、⑧最大判平成20・6・4民集62巻6号1367頁、⑨最大決平成25・9・4民集67巻6号1320頁、⑩最大判平成27・12・16民集69巻8号2427頁、⑪最大判令和4・5・25民集76巻4号711頁、の11件である。

²⁹ 山元一「司法制度改革20年と司法・憲法訴訟」憲法研究7号（2020年）24頁、岡野誠樹「司法にとっての「社会」の変容と違憲審査「活性化」のゆくえ」論究ジュリスト38号（2022年）64頁。

現について、最終的な判断を下す」という「最高裁判所に与えられた制度上の役割」³⁰と、現実の違憲審査制の運用の間には、ズレが生じていると評価することもできよう。

その要因について、司法部と立法部の相互関係に着目しつつ分析を加えたのが、中村陸男である。中村は、司法部が違憲判断に消極的であることについて、「違憲立法審査権は、司法部の憲法判断と立法府の適切な対応で完結することを考えると、司法部は立法府の対応を予測することが必要であるが、日本の最高裁判所は立法府の対応を配慮し過ぎて、憲法判断に慎重になっている」³¹と評価する。また戸松秀典も、憲法問題の最終的決着は、「立法府と司法府との相互作用を通じて達成されるものである」としたうえで、「日本では、一方で、最高裁判所は自己の憲法判断が最終的であることを過大に感じとりその判断を示すことにあまりに慎重」³²となっていることを指摘する。中村と戸松の指摘に共通しているのは、最高裁が、自己の憲法判断に対する政治部門のリアクションを考慮しつつ、憲法裁判における判断を形成している可能性の指摘と、そこに違憲判断の消極性の一要因を見出している点である。自ら判決を執行する力を有しない司法部は、判決に対応する措置の実施を立法部、あるいは執行部に依存するのであり³³、そうであるからこそ、政治部門が司法部による憲法秩序に反抗したとき、司法の優越は維持が困難とな

³⁰ 戸松・前掲注2) 443頁。

³¹ 中村陸男「最高裁判所の違憲判決に対する立法府の対応」中村陸男＝大石眞編『立法の実務と理論 上田章先生弔念論文集』（信山社、2005年）220頁〔同『人権の法理と統治過程』（信山社、2021年）492頁〕。

³² 戸松秀典『立法裁量論』（有斐閣、1993年）342頁。さらに戸松は、最高裁判所の憲法判断には、「自己の権威を維持するために、立法府が応諾してくれないような違憲判断をなるべく控えようとする傾向があるのではないか」と指摘する。戸松秀典「立法裁量」公法研究55号（1993年）131頁。

³³ 藤田宙靖は、一票の較差訴訟における将来効判決を例に挙げ、このような判断手法は、立法府に対する配慮の表れであり、政治部門のリアクションを意識したものであると指摘しつつも、「立法府の究極のサボタージュに対しては、結局無力」であると述べる。藤田宙靖『裁判と法律学「最高裁回想録」補遺』（有斐閣、2016年）198頁。

る。政治部門によるバックラッシュによって、司法の優越が危機に瀕する可能性の存在は、「憲法に関する終局的解釈権を与えられた最高裁判所といえども、結局は政治部門との力関係の中に身を置きつつ法形成に参与して行かざるをえない」³⁴ことを示すものであろう。

上記では、司法部が、自己の憲法解釈に対する政治部門のリアクションを考慮する可能性について指摘したが、このような考慮の可能性は、政治部門との関係のみならず、社会との関係においても指摘することができる。例えば戸松は、司法消極主義の要因の一つとして、最高裁における政策的配慮の存在を挙げる。戸松は、「最高裁判所は、政策的配慮を加えて個々の憲法訴訟を処理する」ことがあり、この要因は「政治部門や社会による対応の度合と呼ぶことができる」が、その「対応の度合が低いものと予想されるとき、最高裁判所は、積極主義の憲法裁判を控えるはずである」と指摘する³⁵。すなわち戸松は、最高裁における司法消極主義の要因の一つとして、憲法秩序の形成過程における政治部門、さらには、より広く、国民の反応をも考慮に入れた、憲法判断における政策的配慮を重視しているのである³⁶。このように、司法部、とりわけ最高裁は、憲法裁判において、政治部門や国民による批判的評価に晒されることへの「用意と身構え」³⁷をする必要に迫られている。こうした司法部における政治的、社会的状況の考慮を、司法消極主義の一要因として捉えるのが、戸松の指摘であろう。すなわち、司法の優越が学界における「規範的な共通理解」³⁸であるとしても、論争的な憲法問題において、

³⁴ 大石和彦「憲法裁判における原理と政治（三・完）——合衆国最高裁判決 *Roe v. Wade* がもたらしたもの——」法学62巻3号（1998年）124頁。

³⁵ 戸松・前掲注2）422頁。

³⁶ 御幸聖樹は、最高裁による、一票の較差訴訟における違憲状態判決の多用や、国籍法違憲判決、非嫡出子法定相続分違憲決定等における国民の意識を考慮した判断手法を例示しつつ、裁判官が判決に対する政治部門や国民の反応を意識していることを指摘する。そして、このような要素の考慮は、「憲法訴訟の実務を語るうえで不可欠なもののひとつであるとする。御幸聖樹「憲法訴訟における「事実」」法律時報94巻3号（2022年）119頁。

³⁷ 中村治朗『裁判の客観性をめぐって』（有斐閣、1970年）11頁。

³⁸ 「座談会 対話的違憲審査」論究ジュリスト12号（2012年）226頁〔川岸令和発言〕。

司法部が政治部門及び国民との関係で最終的な憲法解釈者として定立しうるかという実際的な問題は、依然として存在することになる。

上記のように、政治部門や国民からのバックラッシュが想定される憲法上の争点に対して、司法部が積極的に介入していくことが求められる局面においては、憲法の最終的解釈者としての司法部の地位の維持が問題となる。すなわち、政治部門や国民による司法部の判断の受容可能性というものは、違憲審査の積極化の阻害要因ともなり得るものである。憲法裁判を取り巻く社会的、政治的状況に目を向けるとき、まさに司法部は、「尾根づたいとしての違憲審査」³⁹ともいうべき困難な道を歩まざるを得ないことが明らかとなるのである⁴⁰。

第3節：法原理部門としての司法部？司法の政策形成機能？

これまでの我が国の憲法学説においては、司法部が政治部門や国民の反応などの法外的要素を考慮しつつ判断を形成することについて、一般的に否定的な評価がなされてきた⁴¹。すなわち、司法部は政治部門から独立した機関であり、原理に基づいた裁判を行うことこそが、その制度上の役割であるとして、政治部門と司法部の性質の差異が強調される見

³⁹ 栗城壽夫は、「裁判機関による違憲審査は、方向を異にする二つの斜面を分かち非常に狭い尾根を伝って進むのにも似た困難な道をたどることを余儀なくされている」と述べる。その上で、このことがあらわれている点の一つとして、憲法裁判が法的機能とともに政治的機能を有することを挙げ、裁判所は「政治的でありつつ、しかし、あまりにも政治的でありすぎないことが肝要」であることを指摘する。そして、裁判所が「尾根をふみはずした場合、換言すれば、違憲審査の機能的限界をこえてた」場合に、政治部門が裁判所による違憲判断を受容しない可能性についても言及する。樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、1988年）170頁、173頁〔栗城壽夫執筆部分〕。

⁴⁰ 川崎政司「立法をめぐる政治と法の状況と課題——法部門による事前審査と事後審査の役割・あり方を中心に」川崎政司＝大沢秀介編『現代統治構造の動態と展望 法形成をめぐる政治と法』（尚学社、2016年）346頁以下も参照。

⁴¹ 見平典「憲法裁判における政治的情勢判断」論究ジュリスト38号（2022年）213頁。

解が、我が国の憲法学界において有力に提唱されてきた⁴²。換言するならば、「静態的・合理的」な法と「非合理的でダイナミック」な政治の領域の峻別がなされてきたともいえよう⁴³。それは、以下の高橋和之による言明からも見て取ることができる。

ぼくは裁判所の役割というのは、政治を法により原理的に枠付けしていくことだと思っています。裁判所は、政治部門と政治的なパワーゲームはやってはいけない。それをやると、裁判所が自己の信用を掘り崩してしまう。法の支配の担い手としての信用を失ってしまうことを危惧するんですよ。ですから原理にしたがってきちっと政治を枠づけていくことを最優先すべきだと考えるのです。⁴⁴

このように、法と政治の峻別を提唱する代表的学説が、佐藤幸治による法原理部門説である⁴⁵。佐藤は、「法原理」を、違憲審査制を前提として、「憲法を頂点とする実定法的諸ルールを中心に、そうした諸ルールの基礎ないし背景にあって権利の存否を確定するのに仕える諸規準・諸法理

⁴² 座談会・前掲注38) 233頁〔川岸令和発言〕、山本龍彦「法原理機関説」の内実についての覚書——リーガル・プロセス理論との距離を中心に」桐蔭法学14巻1号(2007年) 89頁。また関連して、「日本では、違憲審査制が政治的機能を果たしていることを事実上は認めつつも、正面からその意義を承認しようという学説がほとんど存在しない。……裁判所に対して「法原理機関」とか「法原理部門」という呼称を与えて法と政治との異質性を強調し、司法の政治からの独立や隔絶を説く立場のほうが有力である。」とする永田秀樹による指摘も参照。永田秀樹「憲法裁判と議会との関係——法と政治のはざまの憲法裁判・日独の比較による考察」ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的発展』（信山社、2004年）201頁。

⁴³ 「座談会 違憲審査制と最高裁の活性化」論究ジュリスト2号(2012年) 178頁〔宍戸常寿発言〕、また、宍戸常寿『憲法裁判権の動態〔増補版〕』（弘文堂、2021年）350-355頁、山本・前掲注42) 123-124頁も参照。

⁴⁴ 高橋和之＝毛利透「インタビュー 憲法学の現在をどう見るか——人権論と憲法訴訟論を中心に」憲法研究5号(2019年) 19-20頁〔高橋和之発言〕。

⁴⁵ 佐藤・前掲注12) 3頁以下を参照。

を含めて、それらを総称した表現⁴⁶であると定義する。そして、裁判所とは、かかる「法原理」によって、もち込まれる紛争を解決し、「もって法秩序・原理の維持・貫徹をはかることを期待されている受動的な機関」なのであり、その意味で「非「政治」的・非「権力」的機関と称しうる性格⁴⁷を有するとする。すなわち、佐藤は、「国民の政治的統合をはかりつつ国民の意思実現のため能動的・積極的に活動することを期待される」⁴⁸政治部門と、「法原理」による紛争の解決を、その制度上の役割として期待される裁判所の「異質性を強調」⁴⁹するものである。それゆえ、「社会全体の利益にとって何が重要かといった政策的決断」⁵⁰は、裁判所がなすべき判断ではないとされる。

佐藤の立論における、裁判所による判断の法原理性の強調は、法と政治とを厳格に峻別する構想を含むものである。このような見解においては、最高裁が、政治部門や公衆のリアクションを予想しつつ、その判断に政策的考慮を働かせるといったことは想定されない。まさしく、「法原理によって「政治」のもつ“非情”さを一定の枠にとじこめ」⁵¹ることこそが、裁判所の役割とされるのである。佐藤は、裁判所が法原理部門として判断することの意義を、裁判所が「理」の支配するフォーラム⁵²として、「立憲民主主義の機構を原理面で支える（民主主義の擬制の不当な実態化の阻止）、政治部門によって憲法上の権利を侵害されたものが政治部門と対等に「理」をつくして争うことができる場」⁵³を提供することに見出していると評価することができる。

このような、佐藤の法原理部門説に対し、司法による政策形成機能は違憲審査権に内在するものであるとする立場を採用するのが、芦部信喜

⁴⁶ 佐藤幸治「自由の法秩序」佐藤幸治ほか編『憲法五十年の展望Ⅱ 自由と秩序』（有斐閣、1998年）62頁。

⁴⁷ 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）292頁。

⁴⁸ 佐藤・前掲注47）291頁。

⁴⁹ 山本・前掲注42）124頁。

⁵⁰ 佐藤・前掲注12）62-63頁。

⁵¹ 佐藤・前掲注47）292頁。

⁵² 佐藤・前掲注46）62頁。

⁵³ 市川・前掲注18）127頁。

である。芦部は、主としてアメリカの議論を参照しつつ、違憲審査権が特定の国家行為を無効にする機能を有することもさることながら、政治部門の行為を是認し正当化する機能を営むがゆえに、最高裁は「すぐれて政策形成（policy-making）の機能を果たす」⁵⁴ことを主張する。

違憲判決が立法・行政という政治的部門の政策の転換をもたらした場合はもちろん、判決が爾後の立法等により修正され、くつがえされ、または無視される場合も、あるいは最高裁が国家の権力機構の一環として政治的部門の決定した基本政策に反しない範囲内で一定の政策形成の機能を営む場合も、政治過程の動態においてはきわめて重要な政策形成を果たしているのである。⁵⁵

このように芦部は、国家機関同士の相互作用という広い観点から、最高裁の政策形成機能の役割と意義について分析を試みる⁵⁶。芦部が、違憲審査権の行使に内在する政策形成機能に着目するのは、我が国の違憲審査制の運用面における実態を念頭に置きつつ、最高裁が「もっぱら純司法的機能を行行使する機関」⁵⁷として自身の役割をとらえ、「憲法訴訟の特殊性が一般の私的紛争解決の司法権の中に埋没してしまう」⁵⁸ことを危惧するがゆえである⁵⁹。すなわち芦部の学説は、佐藤と同様に、「(近代)司法本来の仕事をも十分に果たせていない」我が国の裁判所の「現状改善策」⁶⁰として捉えることができる。しかしながら、芦部のように、憲法裁判における司法の政策形成機能を強調する立場においては、立法部や執行部を含む政治過程の動態において裁判所を捉えることとなる。つま

⁵⁴ 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）144頁。

⁵⁵ 芦部・前掲注54）146頁。

⁵⁶ 芦部・前掲注54）146頁。

⁵⁷ 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）20頁。

⁵⁸ 芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1994年）154頁。

⁵⁹ それゆえ芦部の立場からは、佐藤の提唱する法原理部門説に対し、「事件性を前提とする私的紛争解決型の司法観に偏しすぎる感を覚える」との批判が向けられる。芦部・前掲注58）158頁。

⁶⁰ 市川・前掲注18）168頁。

り、政策形成機能を営む司法部は、政治部門の行為を違憲無効とするにせよ、あるいは憲法上是認するにせよ、その憲法上の判断は政治部門の政策決定に何らかの影響を及ぼすことにもなり得るだろうし、あるいはより広く、公衆に対するインパクトをもたらすこともあり得る。それゆえ芦部は、「違憲審査の機能は、それぞれの国家における社会的・政治的状况との相関関係において検討してはじめて、その真の意義を明らかにすることができる」⁶¹と述べ、司法部と政治部門、あるいは公衆との相関関係に関する分析を、特に重要視していると考えられる⁶²。「最高裁判所がある程度政治的な役割を演ずること、すなわち、司法審査の理論の下に公の政策を決定するということは、あまりにも明白な事実」⁶³であるからこそ、特に憲法裁判において、司法による政策形成機能につき「立法府・行政府との間の適正な関係をどこに求めたらよいか」⁶⁴もまた、問題となるのである。

ところで、司法の政策形成機能が違憲審査権の行使に内在するものであると強調し、立法部や執行部と司法部の相互作用に着目するとき、次に問題となるのが、司法部による政策形成の限界である。この点につき、芦部は、民主的な基盤を有しない司法部が独自の政策形成機能を営むことは、民主主義との関係においてどの程度まで許容されるべきかという規範的な観点から分析を加えている⁶⁵。これに対し、より実際の観点から、司法の政策形成機能の限界について論ずるのが、田中成明である。田中は、裁判所が「自ら独自の仕方で一定の政策形成を行ったり、立法部・行政府などの他の政治的機関による政策形成に影響を及ぼしてい

⁶¹ 芦部・前掲注57) 367頁。

⁶² 芦部と同様に、司法の政策形成機能に着目する戸松秀典も、司法の政策形成機能とは「司法が政治部門とともに国の統治の機構を成し、政策決定者としての役割を發揮していること」であるとして、「司法の政策形成機能についてもやはり、司法権が政治部門との相互関係においてその権限を行使している」と捉える。戸松・前掲注2) 425頁。

⁶³ A・コックス(芦部信喜監訳)『最高裁判所の役割』(東京大学出版会、1979年) 157頁。

⁶⁴ 芦部信喜『司法のあり方と人権』(東京大学出版会、1983年) 115頁。

⁶⁵ 芦部・前掲注54) 147-155頁。

ることは、否定しがたい現実であることを承認せざるをえない⁶⁶し、裁判所による法的判断が「当該裁判を超えて一般的な政治的社会的勢力関係のバランスにもインパクトを与え⁶⁷ていることもまた、明らかであるとする。田中は、司法による政策形成をこのように捉えたうえで、司法的政策形成の正統性とその役割は、「政治権力の恣意的専断的行使の防止や、無制約で放縦な民主制的政治に対する警戒を第一次的関心事とする立憲主義との関連において解明されるべきものである⁶⁸と主張する。すなわち司法部は、政治部門による恣意的な権力行使の抑制という制度的な役割を有しているのであり、「立憲民主制的な政治過程の健全な作動のための基礎的前提条件を確保・回復するという重要な政治的使命を課せられている⁶⁹のである。そして、このような制度的な役割を果たすことによって、司法部は自らの権威と信頼を獲得し、それを保持し続けることになると田中は論ずる。

ところが田中は、判決を自ら執行する力を有しない司法部による政策形成は、政治部門、あるいは公衆との関係において限界を有することも指摘する。すなわち、司法部自身は、判決を具体化し実現するための手段を保持しえないため、「立法部・行政部の協力あるいは一般市民の同意・支持がなければ、判決のめざす政策目標を現実に達成することはほとんど不可能⁷⁰なのである。それゆえ、特に政治部門に積極的な措置を促すような政策形成の実施につき、司法部は消極的にならざるを得ないことを、田中は指摘する。とりわけ政治的対立の激しい問題において、「国家権力機関のなかでは相対的に弱い位置にありその権力的基盤も不安定な裁判所⁷¹が、自己の権威や信頼を維持しつつ、その政策形成機能を行使することができる限界に注意を払うことの必要性を、田中は論ずるのである。

⁶⁶ 田中成明『裁判をめぐる法と政治』（有斐閣、1979年）128頁。

⁶⁷ 田中・前掲注66）125頁。

⁶⁸ 田中・前掲注66）188頁。

⁶⁹ 田中・前掲注66）194頁。

⁷⁰ 田中・前掲注66）199頁。

⁷¹ 田中・前掲注66）195頁。

芦部と同様に、司法の政策形成機能を重視する田中は、上記のように、司法部による政策形成が政治部門や公衆との関係において、実際的な限界を有することを指摘する。つまり、司法部が違憲審査権を行使することによって、政策形成機能を営む場合、その判断が政治部門や公衆に受容されるかが問題となるのである。とりわけ憲法裁判の有する政治的機能を承認する立場においては、このように、政治部門や公衆による憲法判断の受容可能性という「法外的要素」⁷²をも分析の対象として含み得るものである⁷³。しかしながら、前述のように、我が国においては、「違憲審査制が政治的機能を果たしていることを事実上は認めつつも、正面からその意義を承認しようという学説がほとんど存在しない」のであり、芦部に代表される司法の政策形成機能を重視する立場は「例外に属する」と評価される⁷⁴。そして、社会的、政治的状况下における、司法部による違憲審査権の行使に伴う実際的な限界についても、これまでの学説においては、必ずしも十分な関心が払われてこなかった⁷⁵。

第4節：司法部をめぐる社会的、政治的状况への着目

このような我が国における学説状況に対し、近年、元最高裁判事から重要な問題提起がなされている。すなわち、千葉勝美が近時の著書にお

⁷² 見平・前掲注41) 213頁。

⁷³ 戸松・前掲注2) 435-442頁。

⁷⁴ 永田・前掲注42) 201頁。最高裁が政治的機能を果たすことに対する学界からの懸念として、渡辺康行『憲法裁判の法理』（岩波書店、2022年）483-484頁も参照。

⁷⁵ この点につき、高橋和之は、千葉勝美の「司法部の立ち位置」論を評価する文脈において、憲法規範上の正統性と、「判決に対する事実上の国民の支持」といった「事実上の正統性」を区別する。その上で、学説側が後者を考慮しつつ、「純粋な法理論」を適用して得られた結論を修正することについては、否定的な見解を示す。高橋和之「書評」判例時報2437号（2020年）113頁。また御幸聖樹は、憲法学説の中心的な関心事は、裁判所を含めた国家機関の統制にあり、それゆえ、議論の重点が規範や先例拘束性といった論点に置かれてきたことを指摘する。御幸・前掲注36) 120頁。

いて、「①憲法が保障する基本的人権の擁護を使命とする司法部の役割についての考え方」「②三権分立の下での対立法府、対行政府との緊張関係を踏まえた司法部の違憲立法審査権の在りようについての理解」「③様々な意見が錯綜し価値観の対立が大きな社会的・政治的テーマについて、その憲法判断が将来の我が国社会をどのような姿に導くことになるのかを念頭に置きつつ、国民全体の認識を探り、司法部がいつの時点で、どのような形で乗り出すべきか、それが、多くの国民の理解と信頼を勝ち得ることになるのかについての情勢の分析」といった「司法部の立ち位置」論を提示したことに⁷⁶、本論文は着目する。「憲法学の観点からは、千葉を語ることは近年の最高裁について語ることにほぼ等しい」⁷⁷とも評される、元最高裁判事によって提示された「司法部の立ち位置」論は、憲法学界に大きなインパクトをもたらした⁷⁸。その理由としては、第一に、千葉が事案の適切な解決を重視し、違憲審査基準に依拠することに慎重な姿勢を示している点が挙げられる。そして第二として、特に司法部の立ち位置の③において顕著であるが、千葉が、憲法裁判を行うに際しての社会的、政治的状况を重要視している点が挙げられる。すなわち、

⁷⁶ 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、2019年）ii頁。

⁷⁷ 渡辺・前掲注74）455頁。千葉勝美によれば、「司法部の立ち位置」論は、彼の個人的見解ではなく、「現在の最高裁判所における憲法判断の手法ないし姿勢といった実務の実情、実務家である裁判官の判断の仕方を説明したもの」である。千葉勝美「同性婚認容判決と司法部の立ち位置——司法積極主義の足音は聞こえてくるのか？」判例時報2506・2507号（2022年）199頁。

⁷⁸ 千葉による「司法部の立ち位置」論を分析・検討する論稿として、渡辺・前掲注74）454頁以下、高橋・前掲注75）、山元・前掲注29）のほかに、上田健介「事実をみつめて——千葉勝美」渡辺康行ほか編『憲法学からみた最高裁判所裁判官 70年の軌跡』（日本評論社、2017年）365頁以下、高見勝利「書評」判例時報2437号（2020年）115頁以下、大久保史郎「最高裁の憲法判例と「司法の立ち位置」論」市川正人ほか編『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）3頁以下、浅野博宣「最高裁の憲法解釈方法に関する一考察——なぜ審査基準論を採るべきか」山本敬三＝中川丈久編『法解釈の方法論 その諸相と展望』（有斐閣、2021年）389頁以下、見平典「書評」書斎の窓674号（2021年）26頁以下などを参照。

国民の間で価値観の対立が見られ、さらには政治的な見解の対立をも包含する憲法上の問題においては、「国民の意識の動向や政治の大きな流れ等を無視し、純粋な法理論のみを適用して結論を出す場合、その判断は、紛争・対立を解消するのではなく、火中の栗を拾う、あるいは火に油を注ぐ結果となり、更なる混乱と対立を生じさせるおそれ」⁷⁹がある。それゆえに、司法部、とりわけ最高裁は、社会的、政治的状况を考慮しつつ判断を下すことが重要であると千葉は主張するのである。

このように、政治部門や国民との関係において、「司法部の権威をいかにして確立するか」⁸⁰ということが、千葉の議論において最も重視されている要素の一つである。その具体的な事例の一つとして千葉が挙げるのは、昭和51年の衆議院議員定数訴訟大法廷判決をめぐる最高裁の動向である。すなわち、当時の最高裁が、定数配分の問題を「法原理機関としての司法部に委ねるべきである」という雰囲気や国民全体に広く醸成されてきたという国民世論の状況を見定めた上で、立法府では根源的な解決策（投票価値の較差の大幅な縮小となる定数配分規定の改正）が望めそうにないという当時の政治状況を見極め、更には、立法府自体も、自ら対応できないテーマであるため、本音のところでは、司法部が乗り出すこともやむなしとして司法部の判断を受け入れるはずであるという政治的な情勢判断⁸¹を行っていたことを千葉は指摘するのである。このように、憲法裁判に対する政治部門や国民のリアクションを考慮した「政治的情勢判断」⁸²の必要性と、それが現に過去の最高裁の判断にお

⁷⁹ 千葉・前掲注76) 34頁。

⁸⁰ 村山健太郎「法令の合憲性審査の思考様式」山本龍彦＝横大道聡編著『憲法学の現在地』（日本評論社、2020年）98頁。

⁸¹ 千葉・前掲注76) 173-174頁。

⁸² 見平・前掲注41) 213頁。なお、司法部による憲法判断の形成において、政治的な情勢判断が大きく作用していることは、伊藤正己によっても指摘されている。伊藤によれば、我が国の最高裁が司法消極主義を採択するのか、それとも積極主義を採択するのかにつき、政治部門や国民のリアクションという実際的な考慮が重要となる。すなわち、政治部門が最高裁の憲法判断の実現に対して協力的であるか否か、あるいは、国民が政治部門と司法部のいずれをより信頼しているか等の要因が、司法部の判断の積極性ないし消極性に作用している

いてなされていたことを、千葉は強調する。

上記のように、千葉は、違憲審査権の行使は不可避的に政治的な影響を伴うものであり⁸³、それゆえ、司法部は政治や社会の動向を見極めつつ判断を下すことが重要であると説く。そこにおいては、イデオロギー的な対立を含む憲法問題に司法部が乗り出すことにより、対立の激化を招くことへの危惧とともに、司法部が、自身の置かれた政治的、社会的状況下において、「制度としての存立の基盤」⁸⁴を築くこと——換言するならば、いかにして政治部門や国民に対する司法部の権威・信頼を維持することができるのかということ——への問題意識を読み取ることができる。司法部が、政治部門や国民の裁判に対する反応を考慮しつつ判断を下すことの必要性・重要性については、我が国の最高裁判事経験者も度々言及しているが⁸⁵、とりわけ千葉の「司法部の立ち位置」論においては、そのことが重要視されていると評価することができる。

ところで、上記のように、司法部の置かれた社会的、政治的状況を重要視する見解においては、政治部門が判決を受容するか否かということと、国民が司法部を支持するか否かということが、特に考慮されていると考えられる。政治部門との関係においては、司法部による憲法判断の実際の執行は、立法部や執行部に依存するのであり、それら部門の協力が得られない場合、「裁判所による法的判断が孤立して実効性をもたえない」⁸⁶という事態に陥る可能性がある。その場合、憲法解釈における司法部の他部門に対する優越性は、その維持が困難となる。他方、国民の司法部に対する支持の度合についても、違憲審査権の行使においては重要視される。すなわち、司法部は、「政治的、社会的状況を見据えて、

ことを、伊藤は指摘するものである。伊藤正己「司法積極主義再考」『法学セミナー増刊・最高裁判所』（日本評論社、1977年）74頁以下。

⁸³ 千葉勝美『違憲審査 その焦点の定め方』（有斐閣、2017年）173頁。

⁸⁴ 千葉勝美「裁判における真実の発見・正義の実現について」自由と正義54巻11号（2003年）34頁注9。

⁸⁵ 中村・前掲注37）11頁、157-165頁、伊藤・前掲注82）80-81頁、藤田・前掲注33）198頁、滝井繁男「最高裁の憲法上の役割と国民の期待」憲法問題23号（2012年）134頁。

⁸⁶ 伊藤・前掲注82）80頁。

国民ないし社会全体が何を志向しているのかを注意深く見極め⁸⁷、そのうえで「どのような判断が多く国民の理解と信頼を勝ち得ることになるのか」⁸⁸につき、情勢判断を行うことが必要とされる。なぜならば、判決に対する国民の支持が存在すること、あるいは、千葉が述べるところの「多数決原理とは離れた法原理機関としての司法部」⁸⁹が憲法上の問題を解決することに対する期待が、「国民全体に広く醸成」⁹⁰されていることが、司法部が政治部門と対峙するうえでの実効的な基盤になり得るからである⁹¹。すなわち、国民は、「政治部門が判決に対する批判を超えて、司法権の行使、司法権の独立を脅かすような行動に出たときに、それに歯止めをかけることのできる最終的な主体」⁹²として捉えることができるのである。このように、政治部門が判決を受容するか否かということと、国民が司法部を支持するか否かは密接に関連する。司法部の置かれた社会的、政治的状況を重要視する論者は、憲法に関する終局的な解釈権限を付与された最高裁といえども、政治部門における判決の受容可能性、あるいは、政治部門に対峙する上での基盤となり得る国民の動向を探ることが必要になる可能性について言及していると考えられる⁹³。つまり、司法の優越は、司法部と政治部門、さらには国民との関

⁸⁷ 千葉・前掲注83) 192頁。

⁸⁸ 千葉・前掲注76) 35頁。

⁸⁹ 千葉・前掲注77) 208頁。

⁹⁰ 千葉・前掲注76) 173頁。

⁹¹ 樋口＝栗城・前掲注39) 168頁〔栗城壽夫執筆部分〕。

⁹² 見平典「応答的司法の政治的基盤と正統性」毛利透ほか編『比較憲法学の現状と展望 初宿正典先生古稀祝賀』（成文堂、2018年）468頁。なお、伊藤・前掲注82) 80頁、西川伸一「最高裁における「信頼」の文脈—『裁判所時報』における最高裁長官訓示・あいさつにみる—」年報政治学61巻1号（2010年）108頁も参照。

⁹³ この点について、田中成明は、司法部の政策形成につき「立法部・行政部の双方あるいは少なくともいずれか一方の支持・協力が得られるか、それとも、立法部・行政部の抵抗を圧倒しうるほど強力かつ広範にわたる法曹階層・一般市民の支持・協力がなければ、実効的かつ円滑にはその政策目標を達成しえないと言ってよい。」と述べる。田中・前掲注66) 187頁。なお、「座談会 憲法と憲法学——日本政治思想史との対話」論究ジュリスト33号（2020年）114頁〔大

係を含めて把握されるのである。

このように、千葉に代表される、司法部の置かれた社会的、政治的状况を重要視する論者は、憲法解釈において優越的地位を占める司法부가、一定の社会的・政治的制約の中において憲法判断を下さなければならないことを自覚する。それゆえ、憲法判断において政治部門や国民といったアクターが、判決にどのような反応を示すかを考慮に入れる可能性を論ずるのである。その意味で、司法部の置かれた社会的、政治的状况を重要視する論者の主張は、違憲審査権の適切な行使には、「優れた政治的な判断力が必要であること」⁹⁴を説くものであろう。しかしながら、司法の優越を所与の前提としつつも⁹⁵、法と政治の峻別を説き、裁判所の非政治性を強調する立場が有力な我が国の学説にあっては、千葉が述べるような「司法部の立ち位置」論は、無用な政治的配慮を持ち込むがゆえに、結果的に、最高裁の憲法判断の意義や説得力を失わせると評価されることが多い⁹⁶。そして、違憲審査権の行使における社会的・政治的制約についても、度々学説において言及はされてきたものの、研究の蓄積は十分とはいえない⁹⁷。すなわち、司法부가、社会的、政治的状况を考慮しつつ、「その任務の遂行を通じて、統治機構全体において実現

河内美紀発言]も参照。

⁹⁴ 市川・前掲注18) 162頁。

⁹⁵ 我が国における司法の優越が、違憲審査の活性化などの要因によって動揺する可能性について言及する論稿として、川岸・前掲注2) や、同「リベラル・デモクラシーと裁判所——違憲審査の活性化に向けて」樋口陽一ほか編『憲法の尊厳 奥平憲法学の継承と展開』（日本評論社、2017年）401頁以下を参照。

⁹⁶ 山元・前掲注29) 28頁、高橋・前掲注2) 342-343頁、木下智史「日本の憲法訴訟の歴史と展望」憲法研究7号（2020年）95頁。

⁹⁷ この点について、見平典は、学界は、裁判所が政治的情勢判断を行うことについて否定的である一方で、「憲法裁判実務における政治的情勢判断の実態、その背景、その経験的な合理性や規範的な正当性、それを回避する方途等について、これまで必ずしも十分に立ち入った検討を行ってきたわけではなかったように思われる」と指摘する。見平・前掲注41) 213頁。また、千葉勝美は、「司法部の立ち位置」を考慮するか否かをめぐって、学者と実務家の感覚には乖離が見られることも指摘する。千葉勝美「裁判官とは何者か？——その実像と虚像との狭間から見えるもの——」一橋法学17巻2号（2018年）434頁。

されるべき憲法政治の担い手」⁹⁸として機能するための条件、あるいは、司法部が憲法解釈において最終的権威を保持し続けるためにはどのような判断を下すべきなのか、といった議論についての理論的な枠組みは、我が国においては必ずしも十分に形成されてこなかった。

第5節：比較対象としてのアメリカ

上記のように、近時の憲法学説にインパクトをもたらした千葉の「司法部の立ち位置」論は、司法部が置かれた社会的、政治的状況を重視する⁹⁹。そこで明らかにされたのは、憲法最終的解釈権者であるはずの最高裁の脆弱性であった。千葉は、違憲審査の積極的行使により、司法部が政治的対立に巻き込まれることに懸念を表明するものであり、そうであるからこそ、彼の立論においては、社会や政治との関係における司法部の権威の確立に対する問題意識が強調されているのである。まさしく、「裁判所は、政治的・社会的真空の中で判断を行うわけではない」¹⁰⁰ことを示すものであるといえよう。

憲法解釈において優越的地位を占める司法部と、その判断における社会的、政治的制約に関する議論につき、十分な蓄積があるとは言えない我が国に対して、本論文が比較研究の対象とするアメリカにおいては、連邦最高裁の憲法解釈の優越性に関する議論や、政治部門や人民と司法部の相互作用の展開に関する議論が、今日に至るまで活発になされてきた。その要因としては、人種別学制度や人工妊娠中絶、銃規制や同性婚

⁹⁸ 土井真一「違憲審査の対象・範囲及び憲法判断の方法——憲法適合的解釈と一部合憲判決の位置づけ」土井真一編著『憲法適合的解釈の比較研究』（有斐閣、2018年）272頁。

⁹⁹ 千葉における、司法部と政治・社会の関わりを重視する傾向は、彼が執筆に携わった1990年の司法研究報告書でも見て取ることができる。『欧米諸国の憲法制度について—米国、西ドイツおよびフランスにおける憲法裁判制度の機能と歴史的、政治的背景—』司法研究報告書第43輯第1号（1989年）。

¹⁰⁰ 川崎＝大沢・前掲注40）17頁〔川崎政司執筆部分〕。なお、尾形健「権利保障と憲法的協働——政治部門・社会領域と司法府との「対話」をめぐる」公法研究78号（2016年）201頁以下も参照。

など、連邦の政治部門や州政府、さらにはアメリカ人民をも巻き込んだ激烈な対立を引き起こすであろう論争的な問題につき、司法部が憲法解釈を通じてその解決に乗り出してきた歴史の存在が挙げられる。司法部、とりわけ連邦最高裁が、政治部門や人民による反発が予想される憲法上の問題に乗り出す機会が多いほど、司法部の憲法解釈の優越性が問題となる機会も多くなる。それゆえ、アメリカの憲法学界においては、司法の優越の規範的正当性に関する議論や、実証的な観点から司法の優越を分析する議論、あるいは社会や政治と司法の優越との関係を論ずる議論などが、我が国に比して、活発になされてきた。このような議論は、時の連邦最高裁による司法の優越の宣明はもちろんのこと、司法の保守化を目論む政治部門による司法の優越に対する批判、あるいは1980年代以降の連邦最高裁の保守化に伴う、司法の優越に対するリベラル派の憲法学者による批判等を契機として、アメリカにおいて繰り返されてきたのである。

このような蓄積を有するアメリカの議論を、本論文は比較研究の対象とする。司法の優越が当然の前提とされてきた我が国にあっては、司法部が、政治部門や国民の動向などの「法外的要素」¹⁰¹を考慮しつつ判断を形成することについて、一般的には否定的な評価がなされてきた。しかしながら、千葉による「司法部の立ち位置」論が明らかにしたように、現実の社会、政治に向き合う司法部が、司法の優越を背景として積極的な違憲審査権の行使に打って出ることには、実際的な限界が伴う。こうした憲法実務の状況について、学界が立ち入った検討を重ねてきたとは評価し難い。そこで本論文は、アメリカにおける司法の優越に関する議論を検討することにより、我が国の司法部が、社会や政治と向き合いつつ、違憲審査権の行使を通じて憲法的価値の実現に寄与するための方向性を提示することを試みることにする。

第6節：論文の構成

アメリカにおける司法の優越に関する議論を比較対象として、本稿は

¹⁰¹ 見平・前掲注41) 213頁。

以下のように構成される。第1章では、本論文の主題の一つである司法の優越が、アメリカにおいて、いかにして支配的な見解となっていたのかを、連邦や州の各部門、さらには人民といった裁判所外のアクターの動向にも着目しつつ、検討する。第2章においては、司法の優越の規範的な正当化議論を検討する。具体的には、司法の優越と第二次大戦後のアメリカにおいて主流となった憲法理論との親和性、及び80年代以降に生じたディパートメンタリズムや人民立憲主義といった議論への反論として提起された、司法の優越の擁護に関する議論を検討する。第3章では、現実の憲法政治における司法の優越の揺らぎを検討する。具体的には、司法部の憲法判断が政治部門や人民との関係において維持されなかった事例、あるいは、司法の優越が政治部門によって構築された事例を検討する。第4章では、司法の優越の実際的な限界を踏まえた上での規範理論の構築について、アメリカにおける対話理論に着目しつつ、検討する。これら検討を踏まえ、最後に本論文の総括と結論を、終章において提示する。