

学習会「これでいいのか最高裁！？～畑尻教授に聞く最高裁機構改革案～」講演録

開催 平成30（2018）年6月27日

さいたま共済会館

★話者の表記：◆島田／埼玉弁護士会島田浩孝会長

★話者の表記：◆畑尻／中央大学法学部畑尻剛教授

★話者の表記：◆石塚／埼玉弁護士会司法問題対策委員会委員長（司会）

★話者の表記：◆A／

★話者の表記：◆B／

★話者の表記：◆C／

★話者の表記：◆D／

★話者の表記：◆E／

埼玉弁護士会会長挨拶

◆島田

本年度埼玉弁護士会会長の島田浩孝です。本日はお忙しい中お集まりいただき、誠にありがとうございます。

（「これでいいのか最高裁」という学習会タイトルについて）いわばセンセーショナルなタイトルで毎年行なっておりますけれども、最近、私が個人的に思うことは、今国会のニュースを見ていまして、本当にこれでいいのかというふうにつくづく思っております。この国自身が大丈夫なのだろうかというふうに思うのです。もう言うまでもないですけど、森友学園の問題では公文書が改ざんをされたり、破棄されたり、あるいは隠されたりというようなことがございましたし、加計問題でも長年の総理のお友達に特別優遇されたんじゃないかということは客観的な証拠でもう明らかなんじゃないかと思うんですけど、それを当事者の言葉だけで否定をするというように、あまり、論理的な議論がされてないというように思います。そういったこととか、自衛隊の日報が隠されているとか。今、国会で一番問題になっていますのは働き方改革の法案ですけども、この元になったデータも実はかなり不適切な処理をされていて、どうもその立法事実がほとんどなのではないかというように言われていますが、それほど、論理的ではなく、あくまで多数の力で強引にその採決をしていくということで、今の状態、私は個人的には本当心配をしています。これは、内閣だけでなく国会でも多数の議員が政権与党側にいらっしゃるということで、国会も十分な監視機能を果たしていないということになります。そういった意味でいいますと、裁判所、特にその頂点である最高裁判所に期待するところはとても大きいというふうに思っているわけです。ただ最高裁判所も、皆さん共通の認識かもしれませんが、なかなか積極的にその判断をしない、司法消極主義といいたいまいしょうか。特に憲法問題ですとか、あるいは政治的な問題にちょっと絡む問題については判断を避けるという傾向がずっとご

ざいます。そういう中で結局、最高裁判所は憲法の番人あるいは基本的人権擁護の守り手という役割を、残念ながら十分果たしていないのではないかというように思っているわけでございます。この司法問題対策委員会はずっとこの間、「これでいいのか最高裁」というふうに言ってきたのはこういった問題が背景にあるんだろうというように思います。何回もこの最高裁の在り方については議論をしてきたわけでございますけれども、今日は中央大学の畑尻先生においでいただいて、最高裁の在り方について一緒に考えていただくことができます。ぜひご期待をいただいて、最後までお付き合いいただけますようお願いを申し上げます、私のほうのあいさつとさせていただきます。

◆石塚

では早速でございますけれども、中央大学法学部教授の畑尻剛先生の講演をいただきたいと思います。司法問題対策委員会では、先ほど来お話していますように最高裁の機構改革の勉強をずっとしてまして、その中で先生の論考を読ませていただき、今回先生に講演依頼したところ、快く引き受けてくださったという状況でございます。先生は憲法裁判制度に非常に詳しくていらっしゃるって、今日はドイツの憲法裁判所を中心にお話をいただけるかと思います。翻って、日本の最高裁機構改革についても大変示唆に富んだ勉強会になるのではないかと考えております。では先生、お願いします。

講演「ドイツの連邦憲法裁判所－その「制度」と「運用」－」

序

◆畑尻

ご紹介いただきました、中央大学の畑尻と申します。現在、法学部で日本国憲法を教えておりまして、何年か前までは中央大学法科大学院で憲法訴訟論を教えておりました。

本日のテーマが、「これでいいのか最高裁判所」ということですが、2時間のうち1時間ぐらい私から問題提起をさせていただいて、その後、ご参加の皆さんと議論したいと思います。ただ、直接具体的な機構改革の内容のお話というよりは、その機構改革に伴い考えなければいけないことを特に私の研究テーマであるドイツの憲法裁判所を素材にお話をする、こういう形を取りたいと思います。

早速ですが、お手元のレジュメをご覧ください。今日お話をする概要については、最初のページの目次を書いておきました。タイトルは『ドイツの連邦憲法裁判所－その「制度」と「運用」』というもので、目次をご覧くださいとお分かりだと思いますが、最初にⅠで主な仕組み、組織と権限についてお話をしまして、その仕組み、組織と権限がどのように運用されているのかということⅡで具体的に見ていくことにします。仕組みと運用、ここで言うと制度の運用になるわけですが、その制度と運用のちょうど真ん中にあるのは当然、人です。人、制度を動かす人として当然、連邦憲法裁判所の裁判官が重要ですね

ども、その裁判官とこれに対する国民の信頼、これはやはり一番重要な問題ではないかと考えますので、Ⅲでは制度を動かす人として裁判官と国民を挙げたいと思います。

まず、2 ページ。これは序論といいですか、少しお話をしたいのですが、世界の憲法裁判制度としましては大きくアメリカの司法裁判所型と、いわゆるドイツ、オーストリーの憲法裁判所型に分けることができます。その中でドイツの連邦憲法裁判所は憲法裁判所型のいわゆる手本という位置付けをすることができます。最初に確認しなければならないのは、日本の憲法の教科書、あるいは学界における学説も、従前はこの憲法裁判所型と司法裁判所型、つまりアメリカ型とドイツ型というかたちで二分論的な説明をしていました。私の研究の出発点はこのような二分論的な枠組み・類型はちょっと違うんじゃないか。つまり憲法裁判所型対司法裁判所型と明確に二分できるようなものではなく、憲法裁判所の議論の中はかなり司法裁判所の理論も入ってきているのではないかというのが私の最初の問題意識です。したがって、もちろん憲法裁判所と司法裁判所における違憲立法審査権の行使、違うことは違うのですが、あまりこれを絶対視をして、日本が憲法裁判所制度を採用していないのだから憲法裁判所についてはあまり議論にならないのではないか。あるいはアメリカのほうが同じ類型だから、より多くの共通点があるのではないかという二者択一的な議論は避けたほうがいいのではないかと思います。むしろ2 ページの3 行目に書いてあるように、歴史的な理由からさまざまな思想、制度がドイツという一つの国に集まった、アメリカの流れと、いわゆる従来のオーストリー、ドイツの流れが一つの湖になったような、そのような連邦憲法裁判所のイメージが一番適切ではないかと思います。このことを最初にちょっと強調したいと思います。いずれにせよドイツが憲法裁判所型のお手本であることは間違いのないわけで、このドイツをお手本にしてさまざまな国で憲法裁判所が作られています。ラテンアメリカや南アフリカ、あるいはインド、お隣で言うと韓国もそうですけども、たくさんの国々が憲法裁判所というのを採用しております。一つ言えることは、さまざまな国でこのドイツを手本にしながら憲法裁判所を作るわけですけども、全部そのままドイツの憲法裁判所の制度・権限を採用するのではなく、その国の事情によってこの制度は採る、この制度は採らないという形の選択はあります。たとえばお隣の韓国では憲法裁判所ありますが、いわゆる抽象的規範統制は採用していません。このように国によってその制度・権限、この権限はうちに合うから採るけども、この権限はうちとはちょっと合わないから採らないという、そういう形で導入が行われています。だから憲法裁判所は全部導入するか導入しないかという話ではなく、個別に手続・権限の選択も十分可能です。この意味でほとんどの権限や制度がそろっているドイツはお手本になるのではないかと思います。二つほど、ドイツの憲法裁判所について言われている言葉をそこに引用しておきました。ドイツが作った制度で最後まで残るのは、プロイセンの参謀本部と憲法裁判所である。これはプロイセンの参謀長、電撃作戦で有名なモルトケですけども、このモルトケのプロイセン参謀本部制度、これと憲法裁判所はこれからも残り続けるであろう、と。もう一つ、連邦憲法裁判所とその判例理論はメルセデスベンツと並ぶドイツの輸出品

の花形である、と。これもなかなかすてきな言葉だと思います。私、2014年4月にドイツの大学で日本の最高裁判所の現状について講演したことがありまして、やはりドイツに比べると最高裁は憲法判断について消極的だという話をしたときに、ただ私は夢を持っている、どういう夢かというと、最高裁判所とその判例理論がトヨタやソニーのように日本の輸出品の花形になることであるという言葉で締めくくった覚えがあります。いずれにしろ、連邦憲法裁判所というのは世界の憲法裁判所制度のお手本であるということ、これは間違いないわけです。

I 「しくみ」－組織と権限

1 地位

それではお手本である連邦憲法裁判所の仕組みを少し見ていこうと思います。3ページをご覧ください。まず連邦憲法裁判所の地位ですが、連邦憲法裁判所の地位を一言で言うと、「憲法機関」ということになります。連邦憲法裁判所の憲法上の位置付けとしては「裁判」の章の中にありますが、連邦憲法裁判所法の第1条、冒頭では、「連邦憲法裁判所は他の全ての憲法機関に対して自立かつ独立の連邦の裁判所である、」というように言われています。これを根拠に連邦憲法裁判所は「憲法機関」とあると言われていています。具体的に連邦の憲法機関としては、連邦大統領、連邦議会、連邦参議院、そして連邦政府がありますがこの4つの連邦の機関と同等の国家指導機関という非常に高い地位にある、そのことを表すものとして「憲法機関」という言葉が使われています。なお憲法機関とは何かといえ、形式的にはもちろん憲法上の機関、すなわち憲法でその機関が位置付けられている機関ですが、それだけではなく実質的に言えば、要するに規則制定権や予算権、あるいは人事権などの自立（自律）権が認められている機関ということになります。これを日本国憲法で見ますと、76条は「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」。こういう文言になっています。つまり、日本国憲法で裁判所として示されているのは最高裁判所だけです。高等裁判所も地方裁判所もこれはいわゆる裁判所法上の機関であって、憲法上の機関ではありません。逆に言えば最高裁判所だけが憲法上の機関ということになります。しかも最高裁判所には規則制定権がありますし、予算権も間接的ですけどもありますし、もちろん人事権も持っています。ということになると、これはたんに憲法上の機関という以上に、ドイツで言ういわゆる「憲法機関」と位置付けてもあながち無理ではないと思われ。ということは、81条、76条1項で違憲立法審査権が全ての裁判所に与えられているとしても、やはりその全ての裁判所の中での最高裁判所とそれ以外の裁判所というのは、そこに質的な相違、あるいは性格における相違がはっきりと読み込むべきだというふうに考えます。その点、従来の日本国憲法の解釈論は、全ての裁判所に違憲立法審査権があるということを前提に、その全ての裁判所の中の最上級裁判所という、そういう位置付けであったわけです。しかも従来、最高裁判所の違憲立法審査権の行使が必ずしも積極的でないこともあって、最高裁判所のこの憲法機関性について

でもあまり議論されなかったように思われます。しかし、機構改革を言うのであれば、最初にやはりこの最高裁判所はほかの裁判所とは違う、つまり「憲法機関」であるということ、これを前提とした上で「憲法機関」としての最高裁判所はどのような機構であるべきか、これをしっかり議論することが必要であると思います。この話は3ページで言いますと、「憲法上の機関＝憲法機関」ということで、このことは違憲審査の問題についても大きな意味を持つものではないかという問いかけになります。もっと具体的に言うとそこに書いてありますように実効的な憲法判断を求める権利に応える責務が、下級裁判所よりも強く「憲法機関」である最高裁判所には要求される。つまり、より積極的な憲法判断が最高裁判所には要求されてしかるべきであるということ、機構改革案もここから出発しなければならないと考えます。

2 2つの法廷

次に、連邦憲法裁判所は2つの法廷、第1法廷と第2法廷、あるいはこれを「部」というような言い方をしますが、この二つの法廷から成り立っています。この2つの法廷はそれぞれ独立しています。日本における第1小法廷、第2小法廷、第3小法廷と全く同じように、それぞれの法廷が独立して権限を行使します。最初は事件の種類によって第1法廷と第2法廷で担当を分けていましたが、アンバランスが生じたためその後は担当する手続に大きな違いはなくなりました。3ページから4ページにかけてそのことが説明されています。もう一つの連邦憲法裁判所の組織としての大きな特徴は、それぞれ8人で構成される法廷の下に部会というものがあることです。第1法廷、第2法廷にはそれぞれ基本的には3つの部会があって、3人の裁判官で構成されています。このような組織が必要なのかといいますと、非常にたくさんの訴訟が連邦憲法裁判所に持ち込まれますから、それを全て法廷で処理するという事はかなり法廷の過重負担になります。そこで法廷で審議する前にあらかじめ、いわば交通整理のために部会が作られています。ですから最初は部会というものは、圧倒的多数の不適法な憲法異議やその他の訴えを退けるための機関として作られました。しかし現在ではこの部会はたんに退けるというだけではなくて、従来の判例によれば認容してもよいという事例について、認容判決も部会で下すことができることになりました。したがって今、部会がかなり重要な働きをして、部会の決定にも注目しなければいけないということが言えます。

3 裁判官

裁判官および裁判官の選出手続の話をしたしたいと思います。裁判官の資格としては4ページの3のところに書いてありますように、40歳以上で、ドイツの大学において法学教育を受けたのち国家試験に合格をした者ということになります。ですから基本的には法律家、実務法曹の資格を持っている者ということになるわけです。第1法廷と第2法廷の8人のうち3人はいわゆる職業裁判官から任命されることになっております。ここでちょっと強

調したいのは、具体的な選出の方法ですが、連邦議会と連邦参議院（連邦参議会）が3分の2の多数、特別多数でそれぞれ八人を選ぶというシステムになっています。この議会が選ぶことによって強い民主的正統性が付与されることが重要です。次に3分の2の多数を必要とするということで、3分の1の議会少数派が反対すればその者が選出されないこととなりますから、これによって議会内少数派の保護が図られることとなります。もう一つお話をしたいのは、この連邦憲法裁判所の裁判官の多くが政党に所属していたり、特定政党との結びつきが強いことです。今言いましたように裁判官は、連邦議会、連邦参議院（連邦参議会）でそれぞれ選ばれるわけですが、そのときもその裁判官の前の裁判官、その一つ空いたポストにいた裁判官がどこの政党の支持で選ばれたのかによって基本的に決まります。要するに、それぞれのポストが政党によって事実上配分されているというのが実際のところですよ。ですからドイツの連邦憲法裁判所の中立性というのは、個々の裁判官が、一人一人が中立であるということではなくて、議会の政党の勢力図がそのまま連邦憲法裁判所にも反映されるという形で、全体としては政治的中立性が維持されることになっています。もちろんキリスト教民主同盟によって選ばれた裁判官が、キリスト教民主同盟に近い判決を常に下すということには実際にはないと思います。実際には選ばれた政党とは関係なく、やはり憲法裁判官としての矜持を持って「非党派的に」判断しているようです。それぞれの裁判官の選出母体がはっきりしているだけに、逆に党派的な判断ができないのではないのでしょうか。そこで

私がお話をしたいのは、議会によって選ばれているということによる民主的正統性の強さです。従来から日本の最高裁判所の消極的な姿勢あるいは司法消極主義といいますか、それがずっといわれ続けてきたのですが、ある人から言うと、それは決して日本国憲法が予定していない姿勢ではない。日本国憲法では最高裁判所が積極的に違憲立法審査権を行使するような制度設計がなされているわけではない。なぜかという、最高裁判所の民主的正統性は決して強くないのです。内閣によって選ばれるという、現行システムはむしろ違憲審査の消極的行使を前提とする制度設計がなされている。4ページの、この強い民主的正統性イコール積極的な権限行使、弱い民主的正統性イコール消極的な権限行使というところがそれになります。ですから最高裁判所に強い権限を与え、そして強い権限行使を望むのであれば、当然それに対応した形の強い民主的正統性が確保されるシステム構築が必要であるということです。最高裁判所の機構改革の問題はたんに権限の行使や組織改革だけではなくて、最高裁判所の裁判官の選び方についての民主的正統性の問題をしっかり議論しなければならないと思います。憲法改正の場合と法律改正にとどまる場合とは異なります。もちろん憲法改正すれば、いろんな形が可能です。たとえば読売憲法試案の場合は、憲法裁判所を設けてその裁判官の選出を参議院の権限にしようとしていました。これはもちろんドイツを参考にして作られたわけですが、いい悪いは別にして、憲法改正をして憲法裁判所を設けるのであれば強い民主的正統性を付与するということが必要になりますし、法律改正レベルで言えばやはり内閣の任命権、これはもう憲法上の権限ですからこれは否

定できないので、やるとすればそのたびに内閣に諮問機関みたいなのを作って、その諮問にできるだけ内閣が拘束される、いわゆる事実上拘束されるというような形で、その諮問委員会において民主的正統性を確保するとか、あるいは国会で裁判官の候補者について公聴会を行うなど、検討の余地はあります。ですから、機構改革の中にはこういった裁判官の民主的正統性の問題もこれは避けて通れないと思いましたので、あえてお話をさせていただきました。

4 権限・手続

さて、いよいよ権限の話になります。5 ページです。連邦憲法裁判所は、さまざまな権限を持っていますが、その中心は5 ページの一番上を書いてある国家行為の憲法適合性審査、いわゆる違憲立法審査権ということになります。違憲立法審査権にも大きく三つの手続がありまして、いわゆる抽象的規範統制、具体的規範統制、そして憲法異議です。

まず抽象的規範統制。これは、提訴権者が政治機関になります。5 ページの1) のすぐ次に書いてありますように、抽象的規範統制の提訴権者は、連邦政府、州政府または連邦議会の4分の1ということになります。政府とか議会とか、いわゆる政治機関が提訴権者になります。しかもこれは、ある法律が適用される前の段階で提訴することができます。つまり法律が適用されて、その適用されたことによって何か具体的な問題が生じるということは必要ないのですね。この政治機関がある法律を憲法に違反すると考えたときに、その判断を連邦憲法裁判所に求めるという形を取ります。したがって、この抽象的規範統制という手続は最も憲法裁判所的であるということができます。つまりアメリカや日本の(司法)裁判所のように、具体的な事件を前提として、具体的な事件を解決するために適用すべき法令が憲法に違反するかどうかを判断するという違憲立法審査権とは対極にあるものです。具体的な事件を解決するわけでも適用されたわけでもなくてもその法律が憲法に違反すると考えたなら、州政府や連邦政府、あるいは連邦議会の議員の4分の1が連邦憲法裁判所に提訴することができます。議会はベルリンにあります。ベルリンが第一段階です。ベルリンで敗れたら今度はカールスルーエ、連邦憲法裁判所に行こう、そういう感覚です。今度はそのカールスルーエで違憲か合憲を改めて争うという、ある意味非常に政治的な手続であることは間違いないです。2017年の6月30日に、連邦議会では同性婚を認める法律改正がありました。このとき実はメルケル首相が率いる与党はこれに反対だったのです。つまり同性婚は認めることができないという考え方でした。それに対して、野党の社会民主党ですとかほかの政党は同性婚に賛成でした。そのときにメルケル首相は、自分は反対だけれども党議拘束はかけないということで、自由投票にさせました。その結果、賛成 393、反対 226 ということで同性婚がドイツでも認められるという法律が作られました。私、そのニュースを見たときに、この 226 は反対ですから、彼らが結束をすれば連邦議会議員の4分の1はとうとう超えてしまうので、抽象的規範統制でこの同性婚について違憲だと連邦憲法裁判所において主張することも十分可能でありました。ですから恐らくやるのではな

いかと思ったのですが、どういふわけか現在のところではまだ提訴されていないようです。このようにある法律が作られて、これに反対する側がすぐに憲法裁判所へ持っていくというのがこの抽象的規範統制として典型的なものです。数としては少ないのですが、比較的重要な判例が抽象的規範統制の下で下されています。

次に、5ページの2)、これは具体的規範統制と呼ばれるものです。この具体的規範統制の提訴権者は裁判所です。一般の裁判所の裁判官が、具体的な事件に法律を適用する上でその法律が憲法に違反すると確信したときは、違憲であるという主張を連邦憲法裁判所へ持っていくという手続、これは具体的規範統制と呼ばれるものです。ただ注意しなければいけないのは、憲法問題は一般裁判所が判断できない、できないから、憲法問題が生じたときにそれを憲法裁判所に丸投げするというわけではないのです。連邦憲法裁判所に丸投げするのではなくて、あくまで一般の裁判所も違憲という判断をすることができる。ですから、この移送と言いますが、移送決定それ自体はいわゆる日本で言う違憲判決と同じような構造を取ります。事件があって、この事件を解決するためにこの法律が必要で、この法律が憲法に違反するという、まさに日本の裁判所が違憲判決を下すのと同じような判決を、移送決定として連邦憲法裁判所へ持っていく。連邦憲法裁判所はこれについて判断をすることになります。ですから一般の裁判所といいますか、ドイツでは専門裁判所という言い方しますが、連邦憲法裁判所以外の裁判所も違憲立法審査権を持っているわけです。持った上で、ただし違憲立法審査権を全ての裁判所に与えようと法的統一あるいは法的安定性に問題が生じますから、それを最終的には連邦憲法裁判所が判断する、こういう構造になります。私は最初にドイツの憲法裁判について研究を始めたときにこの具体的規範統制の日本の理解がちょっと違うのではないかと。つまり一般の裁判所に審査権がない。ないから、そういう問題を全て丸投げしなければいけない。そういうふうなイメージで具体的規範統制が紹介されていたのですが、ドイツのどの本を見ても、この手続の前提には「裁判官の審査権」があるというふうに書かれています。この「裁判官の審査権」というものは、もともとはアメリカからきた考え方です。つまり司法裁判所にも違憲立法審査権がある。それをドイツも採用した上で、ただし、それをそのまま認めると法的安定性とか判例の統一性から問題があるから、それを与えた上でもう再度連邦憲法裁判所に集中させるという、そういう二段階の構造なのです。したがって、この具体的規範統制は複合的な性格を持っているのです。もしそれが正確な理解だとすれば、日本においても現行法制度の中でこれを導入することができると思っています。このような意味でこの具体的規範統制はかなり重要な意味を持っていると思います。6ページの2-2)の2をご覧ください。2017年、去年末までで、連邦憲法裁判所がこの具体的規範統制を受審した件数が3656件あります。ということは何を意味するかというと、普通の裁判所が3656件の違憲判決を下しているということです。これが大事です。今までに4000件近い違憲判決、一般の裁判所の違憲判決があるということ。これもやはり非常に重要な意味を持つのではないかと考えています。特にそこに書いてあるように、ドイツの裁判所システムで言うと一番

下の裁判所、これ区裁判所といいますけど、この区裁判所が連邦憲法裁判所に移送して、重要な判決が下されているという例も少なくないのです。ですから、そういった意味でいっても、この具体的規範統制というのはいわゆる一般の裁判官の審査権というものの重要性をかなりしっかりと表すのではないかと思います。したがって、この機構改革の中でこの具体的規範統制を導入すべきであると主張しているわけです。これによって下級裁判所の審査権の行使をより積極的なものとするのではないかと思います。現行の三審制の下では、たとえば地方裁判所が違憲判決を下そうと思っても、これ高等裁判所によってひっくりかえされるのではないかと、最高裁判所までは10年かかる。であれば、いわゆる憲法判断を回避しても原告、あるいは当事者を救ったほうがいいのではないかと、そういう発想が出てくることもあるのではないのでしょうか。そのときにすぐに最高裁判所へ移送して、その違憲判断が認められる可能性が出てくるということであれば、この具体的規範統制を導入することによって下級裁判所の審査権も活性化するという、そういうことが十分望めるように思われます。

続きまして憲法異議、これが連邦憲法裁判所の手続の中では最も重要なものになります。実際、件数からいっても圧倒的です。7ページの下から2行目をご覧くださいと思います。去年2017年末までの受理件数で、全体の約97%、ほとんどが憲法異議と言ってもいいぐらいです。この憲法異議は、その7ページの3-1)、最初に書いてありますように、提訴権者は国民です。ですから連邦憲法裁判所が用意している三つの手続、抽象的規範統制、これは政治機関。具体的規範統制、これは裁判機関。そして最後の憲法異議、これは一般国民ということになります。したがって、ここにも何人(なんびと)もというふうに書いてあります。何人も公権力によって、この公権力とは、行政行為、そして立法行為、そして裁判、これらはいずれも公権力の行使になります。行政行為によって権利が侵害される、立法行為によって権利が侵害される、あるいは裁判(判決)によって権利が侵害される、いずれの場合も具体的な権利侵害を前提として、憲法裁判所に訴えを提起することができます。ですからこれは、最も日本の一般裁判所の違憲立法審査権に近い形です。ただ注意しなければいけないのは、このように主観的な権利救済というのが憲法異議の一つの目的ではありますが、憲法異議の目的はたんにそういう主観的な権利救済だけではなくて、もう一つ客観的な法保障という面もあります。したがってその客観的な側面を強調するか主観的な権利保障の面を強調するのによって、憲法異議の性格というのが大きく違ってくるということになります。結論を先取りしますと、現在の連邦憲法裁判所の憲法異議の運用の仕方は、主観的な権利救済を出発点としながらも、客観的な側面の法保障の機能というのを強く持たせようとしています。したがって、ヨーロッパのさまざまな、いわゆるEU関係の訴訟がほとんどこの憲法異議で行われています。つまり外交であるとか財政であるとかという最も権利保障と遠い分野と思われる問題についても、憲法異議手続を使って憲法裁判所が判断をしています。

以上が憲法異議、そして具体的規範統制、抽象的規範統制という違憲立法審査権の手続

において、今度は8ページをご覧ください。それらの手続において連邦憲法裁判所がある法律が憲法に違反すると判断した場合に、どういう判決が下されるのかについてお話したいと思います。たんに違憲無効だけではなくて、さまざまな判決形式が用いられています。これについては後でお話ししますが、まず確認したいのは違憲判決の多さです。8ページの最後に書いてありますけども、去年2017年末までに違憲とされた連邦の法律・命令が50、個々の規範が447で計497あります。かなり積極的に違憲判決を下しているということがお分かりいただけると思います。

このような違憲立法審査権以外にも、大きなものだけでもいくつか重要な権限があります。その一つが、選挙抗告訴訟と呼ばれるものです。日本で言うと公職選挙法の選挙訴訟に当たるものが全部、連邦憲法裁判所の権限とされています。正確に言えば、選挙に関する紛争はまず連邦議会で判断されます(選挙審査)が、その審査に対する異議を連邦憲法裁判所に申し立てることができます。9ページの真ん中にありますが、これもまたかなり件数です。2017年末までに327件という、かなり多い件数が受理されています。ここでも大事なことは、選挙訴訟は主観訴訟ではないということです。つまり個々の選挙において選挙権が侵害されたかどうかを判断してこれを是正するための制度ではなくて、客観的な選挙の公正な実現という客観的な利益を保障するための制度として作られています。日本との関係でお話をすると、日本の公職選挙法上の選挙訴訟というのは、議員定数不均衡などが典型的ですけども、あくまで選挙管理委員会が行った個別の具体的な選挙に関する行為の審査を行うことを目的とする訴訟において、実際にはその公職選挙法自体を争います。これはもう判例で確立していますからいいのですが、このことはしっかり認識すべきでしょう。

10ページの(3)。もう一つ大きなものとして、憲法保障手続というものもあります。ここでは詳しくはお話できませんが、特に重要なのは違憲政党の禁止制度です。

II 「うごき」－具体的運用

1 入り口と出口

以上のような制度・権限のお話をして時間が過ぎてしまいましたが、次に、この権限をどう行使するのか動かすのかという話になります。11ページ。ここでもいくつかの具体的な運用を書いておきました。まず入り口と出口ということで、仮命令の積極的な運用、これが入り口における権利保障の確保という意味では非常に重要ですし、出口のほうから言うと、「違憲確認判決」(違憲宣言)と呼ばれる判決形式があります。つまり違憲無効ではなくて、違憲だけでも無効ではないという判決形式が「違憲確認判決」で、日本でいえば「事情判決の法理」に当たります。ドイツの場合違憲判決がたくさん出ておりますが、その多くがこの「違憲確認判決」で、違憲ではあるが無効とはしないで、具体的な処理については議会に任せるといった形を取ります。

2 「国民（人民）訴訟」としての憲法異議

12 ページをご覧ください。これは私が先ほどお話をした憲法異議という主観的な権利保障を目的とする訴訟だと言われているものが、実は客観的な法保障として使われているという例になります。12 ページの下から二つ目の段落に、たくさんのEU関係の訴訟が書かれています。ご承知だと思いますが、ギリシャの債務超過問題をきっかけにして、たくさんのEUやドイツを中心とする財政危機に対応するための財政出動がありました。ドイツの国民から言うと、自分たちの税金がギリシャの救済に使われるということはおかしいんじゃないかとか、あるいは国民の手の届かないところでEUにおいて重要な政治決定がなされている、そういった危機感というものがドイツ国民にあるわけです。それに対して憲法異議によって、こういった外交あるいは財政の問題が憲法裁判所に提訴され連邦憲法裁判所がこれを判断することになります。実際にこのような憲法裁判所のやり方に対して、多くの国民は支持しています。16 ページに、連邦憲法裁判所についての世論調査がありますが、その問Cと問Dをご覧ください。ドイツはEUの優等生として、EUのさまざまな問題についてできるだけ率先して積極的に解決に尽力するという考えを持っています。それはそれでいいんですが、これに対して、連邦憲法裁判所がちょっとブレーキをかけてくれないう国民の側からの要望がいかに強いのか、問Cと問Dを読んだければ分かります。たとえば、問C、「ユーロ危機に関して連邦憲法裁判所はユーロ圏の高債務国ギリシャに対する救済措置にドイツが参加することが基本法に一致するか否かを判断しています。一般的にいつて連邦憲法裁判所がドイツの救済措置への参加を判断することは良いことだと思いますか」という問いに対して、「良いことだと思う」が68%を占めています。したがって、連邦憲法裁判所のこのような姿勢についてはこれを認めるという、あるいはむしろ期待をしているというのが国民の多数であるということになります。問Dも同じような問いだと思われます。で、12 ページに戻りますと、憲法異議を使って、ヨーロッパのさまざまな財政や外交問題についても一応憲法裁判所に判断を求めることができ、憲法裁判所自身は外交や財政問題については必ずしも積極的に違憲と判断をしているわけではないのですが、一応判断は下して歯止めをかけているということがいえるわけです。「吠えるけども噛まない番犬」という言い方をしますが、連邦憲法裁判所は具体的な内容に踏み込んで違憲とするという形で噛むことはしませんが、しっかり吠えているということはいえるのです。ですから、そういった意味でもそれ自体は主観的な側面が強い制度も、運用の仕方によってはかなり客観的な機能を果たすことができるというのも、この一連の訴訟を見てもよく分かります。

III 「動かすひと」一裁判官の積極性と国民の信頼

1 憲法裁判所の裁判官

今お話したように、権限もそうですけども、その運用についてかなり積極的な姿勢をとっているということですが、積極的な判断がどうしてできるのか。この要因としては二つ

挙げることができます。15 ページに移ります。一つは、裁判官の問題です。つまり連邦憲法裁判所には、16 人の裁判官がいますが、16 人の裁判官のうち憲法あるいは行政法を専門に研究して実際にそのような論文を書いている裁判官、これを国法学者裁判官といますが、その国法学者裁判官が 16 名のうち 9 名おります。つまり、半分以上が行政法あるいは憲法の専門家であるということです。積極的な判断を下す前提にはこのような専門的な裁判官の知見というものがあるのです。あるいはもっと端的に言うと、学説と実務の距離が非常に近いのです。栗城壽夫教授があるシンポジウムでこういうふうな言い方をされました。憲法裁判に対して憲法学、憲法学者の役割としては、いろいろ考えられる。裁判官としての役割、訴訟代理人としての役目、あるいはここに 6 つほど書かれていますが、これ 6 つともドイツの場合は該当します。つまり、憲法学者というのはいろいろな形で実際に影響を行使し、憲法学の知見を実務においても生かしている、その 1 つが連邦憲法裁判所の裁判官です。ところが日本の場合は残念なことに、実際には批判者としての役割しか今までは演じてこなかったし、演じられなかった。と指摘されています。やはり憲法学者も自分たちの考え方をどうやって判決の中に反映させることができるのかということ、真剣に考えなければならないのではないのでしょうか。したがって、やはり最高裁判所の機構改革といっても、最高裁判所の裁判官の中に国法学者裁判官がある程度の割合で含まれるということは、当然に必要となるというふうに思います。16 ページの第 1 段落の一番最後に、泉元最高裁判所裁判官の言葉を引用しておきました。「各小法廷、公法学者を 1 人は入れることです。1 人でもいれば全体の議論が活発化します。憲法の番人といいながら、公法学者が 1 人もいないという姿勢は極めて異常です」と。泉裁判官自身は職業裁判官出身の裁判官ですけれども、これは極めて適切な指摘ではないかと思います。もちろんドイツのように 16 人中 9 人がそうである必要はないと思いますが、現在、最高裁判所の裁判官の中に憲法、行政法を専門的に研究した裁判官は 1 人もおりません。そういう点でも、やはり今後の機構改革の中ではそういった担い手である裁判官の在り方も検討の中に加えられるべきではないかと思います。

2 国民

さて、話は最後になりましたが、連邦憲法裁判所の積極的姿勢を支えるもう一つの要因は、国民の支持ではないかと思われま。具体的には、先ほどからお話をしていますように、16 ページから世論調査の結果の主なものを挙げておきました。特に 17 ページの問 F と問 G をご覧いただければ分かると思うのですが、問 F では「最も強く信頼するものはどれですか」という問いに対して、「最も強く信頼する」という割合の最も高かったのは、ドイツの憲法である基本法で、憲法に対する信頼が最も強く、その次が連邦憲法裁判所 75% です。今度は問 G、「あなたは連邦憲法裁判所についていかなる程度において信頼しますか」という問いに対して、「非常に信頼する」、あるいは「相当程度信頼する」が 75% です。したがって、このような信頼があつて初めて連邦憲法裁判所も積極的なさまざまな活動をす

ることができるし、かなり法解釈として無理があるような形でも議論のフォーラムを提供するという事も可能になっているような気がします。したがって、これから機構改革の問題を議論する上でも、当然のことですけれども、どうやって国民の信頼を確保するのかが、非常に重要な論点になると思います。

私の時間配分が悪くて少し時間をオーバーしましたが、まだ私の説明の足りない部分はぜひレジュメを読んでいただければと思います。ご清聴ありがとうございました。

◆畑尻

今日は具体的な判決とか判例の話はできませんでした。実務法曹の先生方にとってはどのような具体的な事件があって、どういう判決が下されているのかについて興味がおありだと思います。レジュメの21ページをご覧ください。ここに、ドイツ憲法判例研究会というものがあります。このドイツの憲法判例研究会とは1992年に作られて、20年以上も活動し、毎月1回、第一土曜日にドイツ憲法の研究者が集まって最新の憲法判例を研究、分析している研究団体です。定例研究会も、もう通算250回以上行われていますが、その成果として報告者が原稿に起こして、それを『自治研究』に掲載するというをやっています。最近の『自治研究』を持ってききましたが、「ドイツ憲法判例研究」というタイトルの連載があり、現在203回になっています。ここでは最新の憲法判例が詳しく紹介されていますので、ぜひそれをご覧ください。たとえば『自治研究』の最近の号ですと、ドイツの刑訴法100条、100a条に基づくインターネット上の活動に関する監視、いわゆるインターネット監視の問題に関する連邦憲法裁判所の判決について詳しく書かれています。ご自身の担当する事件に直接役立つかは分かりませんが、具体的なドイツの憲法判例が毎月のように載っていますので、ぜひご覧いただければと思います。もう一つ、この連載を『ドイツの憲法判例』という本にまとめています。現在3巻出ておりますが、4巻目も今年秋から冬にかけて公刊されますので、ぜひご覧ください。今日は機構改革の話が中心だったので、具体的な憲法判例の話ができなかった分、ぜひご利用いただければと思います。

◆石塚

今、先生からご紹介あった書籍については弁護士会のほうに備えるようにしますので、皆さま、必要に応じてご覧いただき、4巻以降はぜひご購入くださいということをお願いします。

では、質疑応答に移りたいと思いますが、質問等ある方いらっしゃいますでしょうか。

◆質問者A

先生、今日は講演ありがとうございました。本日のレジュメの15～16ページに書かれていることに関して質問です。

まず、ドイツ憲法裁判所の16人の裁判官のうち国法学者が9名ということで、非常に

多いというお話でした。やはり最高裁の裁判官のメンバー構成というのはとても大事なことだと思うんですが、この9名っていうのはもうずっと前からこういう人数で固定されているのかということをお伺いしたいのと、それからなぜこの9名というかなり多くの国法学者が選ばれるようになったのか、この人数については増減が今でもあるのか、そのあたりをお伺いしたいんですが。

◆畑尻

ご質問ありがとうございます。まず増減についてですが、この9名というのは必ずしも固定した枠ではなくて、その時々によって増減することはあります。ですから、これは2018年3月1日現在の数というふうに考えていただきたいと思います。もう一つは、何をして国法学者裁判官というのかということがあります。あるドイツの先生にお聞きして、国法学者裁判官という言葉があるけども、現在のところ何人なのかと聞いた数字がこれです。9人とも実際に連邦憲法裁判所の裁判官をやりながら各大学、たとえばマーギング裁判官とフォスクーレ長官は2人ともフライブルク大学でも講義を持っています。連邦憲法裁判所の裁判官で唯一兼職が可能なのは、大学の教員なのです。ですから私が聞いたやはりフライブルクで憲法を教えておられるその先生は実際に大学で教えている裁判官の数として9名だとおっしゃったのだと思います。論文をどれだけ書いているとか、あるいは博士号を持っている場合はその内容が公法関係であるか調べたら10人以上いました。恐らくその先生は実際に兼職をしている、大学で教鞭を執っている数として9人とおっしゃったのだと思います。

ご質問の第二点は、なぜそんな国法学者が多いのかということですが、憲法を基準として判断するわけですから、憲法の専門家がたくさんいるのは当たり前で、憲法問題を専門的に研究した者こそが、まさに憲法問題を的確に判断することができる。なぜかという疑問が生じること自体が、現実の問題状況を明らかにしているのではないか。つまりドイツ人から言えば、「それは当たり前だよ。だって憲法裁判所なんだから、憲法裁判所に憲法を専門に研究してきた、あるいは現に大学で憲法を教えている先生がたくさん入っているのはむしろ当たり前なんじゃないか」という意識かもしれません。もちろんこのような意識自体がドイツに固有なものであるという評価も成り立ちますが。

◆石塚

ではB先生。

◆質問者B

ドイツの裁判官は独立だとドイツ連邦基本法に明記されています。日本国憲法も裁判官の職権行使の独立を規定してはいますが、われわれ弁護士の認識では、日本の裁判官の職権行使の独立性については強い疑問があります。ドイツの場合、先ほどの具体的規範統制

の下で、下級裁判所・専門裁判所の裁判官が係属事件に適用すべき法律が違憲であるという確信を持った場合には連邦憲法裁判所に事件を移送する、その件数が2017年までに3600件以上もあったということをお聞きしました。それはやはり、個々の裁判官の職権行使の独立性の保障程度が高いからではないか。日本の裁判官の場合、人事権が最高裁事務総局に握られた上、3年ごとに転勤させられる。それから昇給が細分化されている。そういった諸々の点から職権行使の独立性が日本の裁判官からは事実上奪われているという問題意識があります。そこで、ドイツの裁判官の場合、任命や人事の面、あるいは転勤や昇給の面はどうなっているのか教えてください。

◆畑尻

ご質問ありがとうございます。ドイツの場合は連邦制を採っていますので、連邦の裁判所も州の裁判所もあります。各裁判所の裁判官は応募制で一定資格を有する者が応募し、州の場合は各州の法務大臣等によって、連邦の場合には、州の大臣と連邦議会議員から構成される裁判官選定委員会によって選ばれます。日本のように一元化されているわけではありません。その点では大きな違いがあるのかなと思います。宍戸先生も、先の述べました私の日本における具体的規範統制の導入提案について、「下級裁判所からの違憲の申立てが積極的になされるかどうかは制度の運用にかかっており、そして一元的キャリアシステムを取るわが国の裁判所では、下級審裁判官の申立てを萎縮させ、結局は法律を守る方向でこの手続が機能する蓋然性も高いように思われる。」と述べておられます。

◆質問者B

昇給とか転勤とか、そういうのはあるんですか。

◆畑尻

どうでしょう。少なくとも州の裁判官だと、その州の中で動くということになると思いますが調べてみます。(後日調べたところ、異動は応募制で本人が希望しない限り、異動はないようです)。

◆質問者B

レジュメの18ページの「次のようなヴァールの指摘は興味深い」から始まる段落に、ヨーロッパの金融危機について「フランスでは、これと結びついた全ての問題、特に将来のプランが政治問題として受け止められている。ドイツではほとんどいかなる個別問題も憲法問題として議論され、連邦憲法裁判所が長文の判決を出している」とあります。また、「イギリスの最高裁判官らは、そのような問題を法的に判決することなど夢にも思わないことである、と述べるほかなかった」との記述もあります。このように、EUの問題も含めドイツ連邦憲法裁判所が憲法問題として取り上げる内容が非常に興味深いとともに驚異的な感じがします。

というのが、日本では1959年12月の砂川事件最高裁判決が判示した「統治行為論」以来、高度に政治性をもった国家の行為は司法審査の埒外となってしまった。このような統治行為論なるものが、日本の違憲審査制を事実上骨抜きにさせたと思っています。

そこで、ドイツでは統治行為論とかそのような類の議論はないのか。他方、フランスでは政治問題の法理という議論があると思いますが、日本の統治行為論を少しでも打破していくためのヒントをドイツ連邦憲法裁判所の憲法問題としてのとり上げ方から何か考えられないか、その点をご教示ください

◆畑尻

ご質問ありがとうございます。先ほどから何かドイツのよいところばかりお話をしているようですが、今回の報告の狙いが「ドイツに学ぶ」ということでしたので、特に指摘はしなかったのですが、制度もその運用も「ドイツらしさ」—ドイツに固有の部分—もあります。要するに国家行為を憲法という法を基準に判断するという行動パターンは、ドイツにおいては普通なのです。ですから、たとえばEUの問題にしてもギリシャの問題にしても、それが憲法問題となる以上、これを憲法を基準として考えるというのはドイツではごく当たり前の話なのですが、フランス人にとってみれば、それはおかしい。これは極めて政治的な問題であって法（憲法）の問題ではないと考える。もっと言えば、フランスの場合はごく最近まで事後的な違憲立法審査権は認められていませんでした。ご承知だと思いますが、フランスは裁判官に対する不信というものがフランス革命当時からずっとありまして、簡単に言うと、フランス革命当時、裁判官は王権のほうに所属していましたから、王権と一緒に倒されました。ですから裁判官に重要な判断を任せるといふ発想がないというか、やはり議会こそが政治の中心だという考え方がありますから、議会制定法を裁判官が否定する、あるいはチェックをするということ自体に対するアレルギーがずっとありました。それが、世界の潮流の中で少しずつ変化しているわけです。ですから基本的に今でもやはり外交や財政の問題については、これは基本的に政治問題であって、裁判官が判断する問題ではないというのが、むしろフランスでは当然なのです。ですから、ヴァール先生のお話ですと、フランス人と議論するとき「憲法裁判所の判決では」と言うと、「また憲法裁判所か」と嫌な顔されるっていうぐらい、彼らからすればむしろ、もっと政治のダイナミックな議論の中で政策決定がなされるべきであって、裁判所が憲法を持ち出して憲法はこうなんだからこうしなきゃいけないという発想にはなじまないというほうがむしろフランス的なのです。ここが、法治国家ドイツと民主主義国家フランスの違いかもしれません。ですからアメリカにしてもドイツにしても、あるいは日本にしても基本的な立憲主義の考え方というのは、やはり憲法を基軸にして、憲法を基準にして国の行動の在り方を判断するという、これこそ立憲主義の一つの形だと思うんです。そうであるとすればやっぱり、憲法裁判所と一般の裁判所の違いはあったとしても、「政治問題の法理」であると

あるいは「統治行為論」を使って憲法判断を回避するという事は違憲立法審査権を与えられた裁判所としては、よほど慎重であるべきであると思います。ドイツは統治行為はないのかという質問ですが、日本的な意味での統治行為はありません。さっきお話をしたように、ギリシャの問題にしても安全保障の問題にしても、それが何らかの形で、法問題（人権問題）となる場合には、裁判所はその問題を避けては通りません。ただ、内容については踏み込みこんで厳密に判断して違憲とするところまでいかず、手続の面から枠をはめることが多いです。たとえば議会の関与を強化すべきであるとかといった手続のことは結構いいです。しかし内容については厳密に判断することまではしません。「吠えるけども噛まない」んです。でも、吠えます。統治行為というのは吠えもしない。でもドイツでは吠えはするんですけど、噛むところまでやらない。本来直接国民の意思が反映されているわけではない裁判所が議会や政治部門が決定したことについて一から十までしっかりチェックするという事はないと思います。しかし憲法の大きな枠からいってここまでは許されるけど、ここからは許されないということ判断するのは、どんな政治的な問題についてもやはりやるべきです。吠えなければいけないと思います。その点で統治行為論はかなり大きな問題であるというふうに思います。

◆質問者C

畑尻先生、今日はどうもありがとうございました。ちょうど1年ぐらい前に、日弁連の人権大会の分科会でドイツ視察をして、ドイツ連邦憲法裁判所のマージンゲ裁判官にお会いしてきたのですが、そのとき勉強した中で、2016年の住民監視とかオンライン捜査の判決で、基本権侵害を宣言しつつ、遅くとも2018年7月30日までにその立法を改善するまでは、裁判所の命令があるかぎり効力を持つというような。先ほどで言うと「違憲確認判決」の一種だとは思いますが、たんに違憲だということではなくて、いつまでに立法しなさいと。そういう立法にも深く関わってくる判決が多いということをお聞きさせていただいたのですが、そのような判決がどのぐらい件数あるのかということと、それについて国民側はどのように裁判所を見ているのか。先ほど統計もありましたけれど、その点お話しいただけますでしょうか。

◆畑尻

ご質問ありがとうございます。今お話があったのは、ある法律が憲法に違反すると、通常は違憲無効ですが、ある法律を違憲・無効にすることによってかえって憲法上大きな混乱が生じる場合は、違憲だけど無効にしないという、こういうやり方があります。では無効でないのだからそれをずっと適用していいかという、これはいろいろ問題になるから、場合によっては適用はやめさせる。あるいはやはり適用しないと余計混乱が生じるから、適用させるけども、いつまでにその法律を改正すべしという要求を立法者に対してする。こういういろんな判決手法を使うわけです。それは、それぞれの法律の違憲性の状態によ

って、日本で言うと民法 900 条 4 号ただし書きみたいに、違憲だけでも、その違憲となった時点までさかのぼって全部無効にしたりすると、それこそ婚外子と婚内子の法定相続分に関する争いが再燃してしまうから、それはもういわゆる「固定効」を与える。違憲という判断はするが、その判断を実効的なものとするためにいろいろな手当をする。その一つが、おっしゃったように、違憲だけでも違憲な状態を合憲な状態に戻すのはやはり立法者だから、いつまでに立法者が違憲な状態を踏まえた上で合憲な状態に戻さないという判決を下す。これは比較的多いです。ドイツ憲法判例研究会では毎月、連邦憲法裁判所の最新判例を扱っていますが、この種の判決は結構出ています。たとえば、先日、法政大学の赤坂先生がご報告された判例があります。ドイツでは子の出生の際に作成される出生登録簿に子の性を申告することが義務づけられ、男性の欄か女性の欄かあるいはもし男性も女性も丸を付けたくなければ空欄にしておくことが認められていました。これに対して、私は男性でも女性でもないけど、第三の性としてのアイデンティティーを持っている。しかし、第三の性としてのアイデンティティーを示す欄がない。これは憲法上の人格権侵害であると訴えた事件があります。これについて、連邦憲法裁判所はこれを人格権侵害と捉え違憲としましたが無効とはせず、違憲とのみ宣言しました。違憲ではあるが、どのような欄にするのか。性の欄を全部やめるのか、あるいは第三の性の欄を作るのかは立法者が決めることであるとした上で、その立法措置を 2018 年 1 月 31 日までに行うように義務づけました。このような判決は結構目立ちます(ちなみに、連邦憲法裁判所が作成した統計資料(連邦憲法裁判所 HP)には 2017 年度の規範統制と憲法異議で処理した規範のうち、無効 6 件に対して不適合(違憲確認)は、部分的な不適合を含めて 9 件という記述もあります)。

違憲状態を解消するのは誰が最もふさわしいのかは、連邦憲法裁判所が考えるところです。憲法裁判所は強い権限を持ち、国民の支持も高いのですが、「それでは私が全部やりましょう」ではなく、「やはりこれは立法者がやるべきだ」と、民主的立法者にボールを投げ返すみたいなことはしっかりやっています。このようなやり方自体、国民に支持されているようです。今回のレジュメには載せませんでした。先ほどから紹介しています連邦憲法裁判所に関する世論調査の中に、このような質問肢があります。「連邦憲法裁判所がある法律を違憲であると宣言した場合、いかに合憲の法律にするかについては政治の判断を優先させるべきですか」。これはさっきお話をした「議会にボールを投げ返すべきですか」という問いになりますが、「優先すべきである」、つまり「議会にボールを投げ返すべきである」というのが 55%。「優先すべきではない」、つまり「投げ返すべきではない」が、27%でした。でこのように「違憲確認判決」(違憲宣言判決)という手法については、比較的好意的に受け取られているようです。

◆質問者D

ちょうどそこにかぶるような質問だったのでどうしようかなと思ったんですけども、実際にそれで立法をすべきだというふうに裁判所から言われたときに、実際それが実行され

ないというようなことっていうのがあるのかどうかと。実は事前に勉強した中で先生の論文の注のところそういう例もないわけではない。そういうときに要請というようなことを裁判所からされたこともあるということがちょっと言及されて、その要請というのは具体的に裁判所、どういう行為になってる、手続上というか、どんなものになるのかっていうのがちょっと分からなかったんで、そのあたり、詳しくちょっと教えていただければ。

◆畑尻

ご質問ありがとうございます。私は4年前のフライブルク大学に留学したのですが、その時に新聞に面白い記事がありました。「警告のための発砲」という大きな見出しになってるのです。何のことかと思ったら、実は先ほどお話をしたように、連邦憲法裁判所は何年か前にある法律が違憲だから何月何日までにその法律を合憲な状態に戻せというふうに指示しました。これに対して議会と政府の間で、ずっとやり取りがあったのですが合意を得ることができず、結局期限内に法改正ができなかった。そこで、連邦憲法裁判所は議会と政府の責任者を呼んで、早く法改正を行うように指示しました。それを新聞は「警告のための発砲」というふうに表現しているようです。少なくとも新聞に載るぐらいですから、秘密裏にやったとは思えない。ただ、これが制度としてどこまで正式なものであるかどうかは分かりません。そもそも今話をしている何月何日までにやりなさいというふうな判決形式自体が連邦憲法裁判所によって作られたものです。もっと言えば、もともと連邦憲法裁判所法の中にはこの「違憲確認判決」という判決形式もなかったのです。あったのは「違憲無効判決」だけだった。ところが違憲無効になりますとドイツの場合一般的にかつ遡及的に無効になるので、これによってさまざまな問題が生じます。これに対処するために法律がない段階でこの「違憲確認判決」という判決形式を作ったんです。そしてこれがどんどん増えていったものですから、最終的に立法者、つまり連邦憲法裁判所法を作る議会の側がこれを追認する形で、あとで法律の中に加えられることになった。それ以外にも、「違憲警告判決」であるとか、「信号（シグナル）判決」とよばれる判決形式があります。これは、まだ赤ではない、違憲ではないが今黄色だから、時間がたつと赤になるというような判決です。このような「信号（シグナル）判決」のようなものは、最高裁判所の判例の中にも見られます。現時点では必ずしも違憲ではないが時間がたつと赤（違憲）になると。現行法にはありませんが、このような形で憲法上問題があると思われる状態に対して制度をうまく運用することによって対処するということはやろうと思えばできるし、やはり連邦憲法裁判所はその点ではきちっとやってる印象があります。

◆質問者D

ありがとうございます。

◆質問者E

先生、ありがとうございました。大変興味深いお話だったんですけども、先生が憲法裁判所を研究されてきた経験を基に、今の日本の最高裁判所を根本的に変えなければいけないという話なるかもしれませんが、当面その何か変える、改革をしたらこういう点を少し直したらいいのではないかとか、こういう改革の方法があるのではないかとか、その辺もしお考えがあったら教えていただければと思います。

◆畑尻

ご質問ありがとうございます。1990年代に、従前のあまりにも消極的すぎる最高裁判所の姿勢に対して、伊藤正己元最高裁判官の『裁判官と学者の間』をはじめとしてさまざまな機構改革案が提起されました。その中で、私自身は日本公法学会で、すでにご紹介しました具体的規範統制を導入しその主体としては最高裁判所に憲法部を作り、その裁判官は諮問機関の答申に基づいて内閣が任命するという案を提唱しました。その後、最高裁判所にもある程度変化が見られることは確かです。19 ページの一番下にある、在外国民の選挙権訴訟であるとか、婚外子に関する国籍法3条の違憲判決であるとか、違憲判決が何件か出ています。ですから、憲法裁判所説であるとか機構改革案それ自体は、憲法学界においては少数説ですが、このような最高裁の変化に対して一定の役割を果たしたのではないかと思います。

もう一つは、今挙げた違憲判決というものは、その婚外子の問題であるとか、在外選挙権の問題であるとか、要するに少数者の人権を守るという意味で言えば一歩前進ですけども、政治の大状況に対してどれだけ最高裁判所の判決が「歯止め」になっているかという、これはかなり疑問です。今国民が最高裁判所に望むのは、夫婦同姓制にしても、そういった形で、いわゆる少数者の人権をできるだけ拡大し強化してほしいということとともに、政治の大状況に対して、たとえば現政権による安保法制の改正、いわゆる解釈改憲について、あるいは臨時国会召集要求が無視されるという問題について、つまり、日本国憲法の理念に反する国家行為に対して、裁判所がなんとか「歯止め」をかけてほしいということではないかと思います。状況の変化の中で最高裁判所をはじめとする裁判所の役割があらためて問われる時代ではないでしょうか。このような二つの国民の要望に対して裁判所がどのように応えていくのか、お手本である連邦憲法裁判所の制度とその運用には、そのためのたくさんのヒントが隠されていると思います。

◆石塚

ほかの先生方から特にないようでしたら、今日はここで畑尻先生を招いた講演会、勉強会は終了させていただきたいと思います。お疲れさまでした。