

司法権論・憲法訴訟論序説

——延長としての「特別裁判所」論を含む

君塚 正臣

はじめに

芦部信喜編『講座憲法訴訟』全3巻¹⁾の刊行は、憲法施行40年記念の憲法訴訟研究会の事業²⁾であるから、早くも30年前のことである。戦前の論説を纏めた高柳賢三『司法権の優位』³⁾のはしがきを見ても、1947年の時点の司法審査制は「わが国の現行法の解釈とはほとんど無関係なアメリカの」⁴⁾「制度」であった。高柳が、日本国憲法施行当初に、「国民主義と並んで、ある意味でそれとは対蹠的な法優位主義が同時に新憲法の基本原理をなしてある」「立憲民主政」⁵⁾だと指摘し、民主主義と法の支配や司法審査との相克を暗示したことはやはり鋭かった。だが、その後、「裁判所の違憲審査権をめぐる諸問題を人権保障の方式という観点から訴訟の理論ないし技術とも結びつけて考察し、そこに存する独自の準則を明らかにする立ち入った研究は、ほとんど行われず、問題によっては皆無にひとしい状態であったこともまた否定しがた」⁶⁾かった。裁判所が個別の裁判において行う憲法判断のルールが憲法学の主要テーマとなったのは、大まかに言って、芦部以降と言ってよい⁷⁾。

1923年長野県生まれの芦部⁸⁾は、東京大学の憲法講座を継承し、宮沢俊義亡き後は憲法学における通説の代名詞となって久しく⁹⁾、また、アメリカ留学

から帰国後の1961年末頃から日本における憲法訴訟論の開拓者となり、芦部自身が語るように、恵庭事件¹⁰⁾、朝日訴訟¹¹⁾、屋外広告物条例事件¹²⁾、『悪徳の栄え』事件¹³⁾、三菱樹脂事件¹⁴⁾など、「次々と生じた重要な憲法事件との対応関係」のため、「憲法訴訟論が学会で注目を惹くようになった」¹⁵⁾。1976年5月に憲法訴訟研究会を立ち上げて、定期的なアメリカ憲法判例研究を始めた¹⁶⁾。『憲法訴訟の理論』¹⁷⁾、『現代人権論』¹⁸⁾、『憲法訴訟の現代的展開』¹⁹⁾、『人権と憲法訴訟』²⁰⁾、『人権と議会政』²¹⁾、『宗教・人権・憲法学』²²⁾などの論文集は、旧司法試験受験者の必読書であった。『講座憲法訴訟』は、同研究会の初期の成果であり、日本の憲法訴訟を語る上で外せない書である²³⁾。芦部による放送大学教養学部講義を纏めた『憲法』²⁴⁾は、1993年に刊行されるや、一躍、司法試験受験者間の基本書となり、その逝去後も補訂が続いた。

また、京都学派では、覚道豊治²⁵⁾を先駆者とする違憲審査権研究を發展させた、佐藤幸治²⁶⁾の名を忘れるわけにはいかない。1937年新潟県生まれの佐藤の代表作は『憲法訴訟と司法権』²⁷⁾、『現代国家と司法権』²⁸⁾、『日本国憲法と「法の支配」』²⁹⁾、『現代国家と人権』³⁰⁾などである。やはりアメリカ留学を経て京都大学の憲法講座の主任教授となり、憲法訴訟の中でも、その入り口の問題、司法権論³¹⁾を特に研究してきた。中でも、司法権を「法原理部門」と捉え、アメリカ流の事件・争訟性の概念から「司法」の定義を行い、その歴史的概念構成を断ち切った辺りが真骨頂であろう³²⁾。関西アメリカ公法研究会によるアメリカ連邦最高裁判例の公表も、1980年開廷期のものから³³⁾暫く続いた。また、基本書の『憲法』³⁴⁾は3版を重ね、1980年代から90年代にかけて、この本を持たざる者は法学部生ではないと言われるほど、旧司法試験受験者を中心に一世を風靡したものである。近年は、『立憲主義について』³⁵⁾、『世界史の中の日本国憲法』³⁶⁾などで見られるように、特に2015年には立憲主義の強き擁護者としてインパクトを与えた。

両者が、この世代のアメリカ憲法研究者であったことは明らかであるが、同時に、両者が、イデオロギッシュで運動家然とした、マスコミ的な意味での「憲

法学者」でも、原理論のための原理論を追求する基礎法学者と見紛うばかりの「憲法哲学者」でもなく、普遍性を伴う立憲主義や人権論に裏打ちされた、中道中庸な或いはリベラルな結論を導く、憲法解釈者であったことも重要である³⁷⁾。このことが、通説や有力説と称された所以であろう。

そもそも、戦前においては、「裁判所カ司法権ヲ行フニ当リ適用スヘキ法律命令カ苟モ其形式ニ於テ欠クル所ナキ以上ハ更ニ進テ其實質カ憲法違反ノ法律ニ非サルカ若クハ法律違反ノ命令ニ非サルカヲ審査シ之カ適用ヲ拒ミ得ヘキモノニ非ス」との大審院判決³⁸⁾で明らかのように、裁判所が天皇を差し置いて憲法解釈を示すことはあり得なかった³⁹⁾。枢密院も「憲法の番人」の役割に応えられなかった⁴⁰⁾。戦後すぐも、旧来のドイツ公法学的影響からか、憲法は統治の法であり、市井の市民の権利を守るために通常司法裁判所で活用されるものという感覚はなかった。そして、岸信介ら右派「改憲派」による憲法全面改正論が掲げられると、憲法9条を筆頭に、その理想は一字たりとも修正されてはならないとする「護憲派」との衝突の時代となった。だが、1960年安保闘争や三井三池争議が終結して政治の時代が終わると、西側諸国の一員として、吉田茂以来の軽武装と経済成長優先の路線を歩むことが漸く確定的となった⁴¹⁾。つまり、国鉄解体や東欧革命、湾岸戦争や「グローバル化」を未だ知らないこの時期は、日本国憲法が安定期に入り、レジームの問題を離れ、現行憲法の解釈を詰める議論が平和裡に可能となり、併せて、戦後導入された違憲審査制度がそろそろ実効性を示してもよいのではないかとの気運も高まっていた時期であり、実際、1973年に最高裁による違憲判決⁴²⁾が下される尊属殺重罰規定については、早くから違憲論が強まっていたのである⁴³⁾。これは、表現の自由の分野の違憲判決はなく、その後、「とりわけ経済的自由についてだけ、気まぐれ的に厳格な審査を行」ってきたことに対して、憲法学が、学問として、二重の基準論に基づく批判⁴⁴⁾がなせる段階になったということである。その時期に、裁判所の憲法判断は理論的にどうあるべきかが説かれたことは、時宜に適ったことのように思われた。そして、初めて憲法学説が裁判理論となっ

たのである。併せて、付随的違憲審査制の母国であることなどから、日本における比較憲法の対象国としてアメリカの存在感が一気に強まったのである⁴⁵⁾。

他方、こういった憲法学の通常の実定法学化を伴う憲法訴訟論などに対しては、憲法学の本来の役割ではないとする批判が生じた。まず、当初から、それが技術的に過ぎ⁴⁶⁾、価値や理念の「科学」的省察を手薄にしているなどとする多くの批判が憲法学界からはあった⁴⁷⁾。また、憲法訴訟論はアメリカの直輸入である⁴⁸⁾、アメリカでの違憲審査基準論も十分内容確定的でないものである⁴⁹⁾、最高裁の司法消極主義的な「実態に正面から対応できていたか」を疑問視する類の批判もあった⁵⁰⁾。それまでの憲法学は、法解釈学の一部というより、やや政治的もしくは歴史・哲学志向的であり過ぎたのであろう。

憲法学の「幅」をどの辺りまでと考えるかは争いがあるだろうが、しかしながら、現行憲法の適切な解釈を示そうとすることなく、単に憲法の全面改正を叫ぶ運動家を(逆に、盲目的に現行憲法の一言一句の修正も許さぬ擁護だけをただ叫ぶ者も)「憲法研究者」にカウントすることは疑問であった⁵¹⁾。筆者の世代辺りで、その「幅」を創造する核は西に移動した⁵²⁾。民法学者が民法の解釈を^{なりわい}生業としているように、憲法研究者の本来の仕事は日本国憲法の解釈を専門家として提示することにある。その周辺に、特定外国憲法に詳しい研究者、哲学的思考に優れた者、大日本帝国憲法(明治憲法)や立憲過程の歴史学者はあっても、それらは憲法学の主目的である現行憲法の解釈のため⁵³⁾、或いは、その限界を提示しての部分的な改正論・制度変革論を提示する実践のためのものであろう。公権的最终解釈者は裁判所とされている⁵⁴⁾以上、ここに向けて、あるべき憲法解釈をまずは理論的に指し示すのが法学部や法科大学院における憲法学の役目であろう。憲法訴訟論は、遅ればせながらのその目覚めであった。

ここに始まった憲法訴訟論及び司法権論はその後の研究者に大きな影響を与え、裁判所における憲法判断の精緻化も進んだ。逆に、憲法研究者による判例研究も進んだ⁵⁵⁾。このことは、ある意味で、他の法分野では通常見られる現象であり、憲法学の一般法学化、もしくは統治の学や神学からの降臨と言っ

てもよい。それまでの最高裁の憲法判断については、憲法学界から「どんなにか厳しい非難がかけられてきたか」は明らかであり、「画期的な素晴らしい判決であるとか、人権保障の理念をよく反映した判決であるとかの高い評価を受けた判決をみつけたそうとしても、それは困難である」⁵⁶⁾のが常識であった。曰く、「違憲判決の数がきわめて少ない」、「権力を批判する姿勢に欠け、むしろ権力の措置を追認しようとする態度がみられる」、「最高裁の合憲判決のうち相当数は論理が粗雑である」⁵⁷⁾、などである。また、その原因として、「日本の精神風土としての和の尊重」、「事件が長期化」すると「争点となる法令が既成事実として定着しがちである」こと、「大半が実質的には民事・刑事事件であり、上告の理由としてあげられる『違憲』の主張の多くは『立ち入って検討するに値しない』ものである」ために裁判官には「憲法解釈論は法律論的ではないと映りがち」であったこと、大法院開廷は負担が大きいために小法院での「憲法判断回避か合憲判断がなされやすい」こと、「ヨーロッパ型の『顔のない裁判官』が理想とされ」るために「憲法裁判で積極的役割を望むことは困難である」ことなども指摘された⁵⁸⁾。必ずしも先例とは思えない先例の引用も多かった⁵⁹⁾。当初の最高裁の裁判官は、戦前の大審院、控訴院、行政裁判所などからの横滑りであり、人権感覚が希薄な傾向はあったかもしれない⁶⁰⁾。

だが、憲法訴訟論の提起後、憲法判例と憲法学説の断絶といった状況は次第に緩和され、1977年頃からは憲法研究者と裁判官による研究会や座談会も開催されるようになり⁶¹⁾、あれから40年、比較的最近では、郵便法違憲判決⁶²⁾、在外邦人選挙権訴訟⁶³⁾、国籍法違憲判決⁶⁴⁾、民法900条4号但書違憲決定⁶⁵⁾、再婚禁止期間一部違憲判決⁶⁶⁾などの法令違憲判決や、愛媛玉串料訴訟⁶⁷⁾、空知太訴訟⁶⁸⁾などの政教分離違反を宣言する違憲判決など、最高裁判所による多くの違憲判断が下されるようになってきた。これ以外にも、明示的ではないが、適用違憲的な判断や、憲法的価値に配慮した司法判断は幾つも見られるようになり、「明らかに憲法訴訟論の成果が反映しているものもみられる」⁶⁹⁾ 憲法判断が数多いことを暗示している⁷⁰⁾。元最高裁判事は、最高裁が「本

質的なものとそうでないものをしっかり見分けると同時に、小さな正義をしっかりと見つけることも司法の基本的な役割であり、他方、もちろん大きな正義を忘れてはならない⁷¹⁾と述べ、闇雲に違憲判断を振り回せばよいものではないことを示唆した⁷²⁾。同様に、何れも別の元最高裁判事による、『合憲限定解釈』の手法によって法令の規定中合憲性の疑わしい部分を解釈上カットして適用するという手法も、最高裁がしばしば採ってきた⁷³⁾、或いは「最高裁は、『法理』を変更することなしに、実質上従来の考え方を変えるようなことを、極めてしばしばやります⁷⁴⁾」という証言や、判例変更はないが、「事実上の大法廷審議」「事実上の連合審査」が多くなったとの証言⁷⁵⁾も、これを裏打ちする。直接的に、特定の理論による明快な法令違憲判決が頻発したわけではないが、訴訟当事者が無理な憲法論を控えたのか⁷⁶⁾、この間の蓄積された学問的成果が総合的に、或いは一般人の法意識の変化を触媒に、具体的な事案を解決する中で、ときに細やかにときに大胆に司法判断を動かすに至ったことは、憲法訴訟論及び司法権論の大いなる成果であると言ってよいであろう⁷⁷⁾。

以下に示したいのは、この憲法訴訟論及び司法権論の筆者なりの解答である。但し、両者を区分した上で、しかし両者をリンクさせた解答であることは肝要である。これまでの日本における学術的な議論を踏まえての⁷⁸⁾、その構築物や成果の総合的な纏めである。それはまた、連綿と続く憲法「学」を受け継ぎ、受け渡す仕事である。芦部や佐藤が憲法訴訟論や司法権論を掲げても、それはそれまでの、例えば宮沢通説への修正を求めるものであった。法律学の営みは、代々物語を紡ぐサグラダ・ファミリアか横浜駅⁷⁹⁾の類で、コペルニクス的なパラダイム転換は滅多に起きるものではない。だが、近時の代替理論は、果たして芦部説や佐藤説に修正を求めた上でこれを受け継ぐ、法「学」らしい論理的で総合的で合理的な判断の束となっているのか、やや疑わしい。中には、「通説」とされる芦部のメインの研究テーマを扱いながら、およそそれを黙殺し、つまりは批判することもなく、別次元の議論を展開する論説もあり、方法論として極めて遺憾である。比較憲法研究を踏まえて日本の憲法理論の修正を理論

的に提案するのが、王道ではなかったか。以上の動きは、自らの比較対象国の議論の直輸入的な姿勢と、あまり立憲主義的とは言えない、誰かの哲学・思想や歴史、或いはその次元ではない、特定の集団の「思い」に流された憲法上の説の提示を懸念する。ここに自説を構造的に提示する意義があるのである。

近代立憲主義は、英米仏の歴史的偶然もしくは稀有な事実として矮小化することはできず、西欧・北欧における憲法典制定の一般化を経て、戦後は、西洋世界を超えて、日本に、そして、開発独裁や軍部政権の崩壊の後、アジアや南米にまで広がり、ソ連邦崩壊後は旧東欧圏、一部中東など、地球大に広がったと言えよう⁸⁰⁾。その中では、憲法裁判所か通常司法裁判所かは別としても、裁判所による憲法判断も一般化してきた。憲法訴訟論の精緻化は、大袈裟に言えば、法と統治に関する世界史的な展開の一コマとすら言えるものである。しかし、先進国を自称する日本の最近の政治状況は、有力な憲法学者99%の違憲だとの声を聞かず、現行憲法9条の下でも許容されるとして安保法案を通し、にも拘らず、憲法尊重擁護義務を第一義的に課されている内閣総理大臣が憲法9条の「加憲」的改正を提案するという、近代立憲主義に背を向けた、或いは法律論として論理が破綻したものとなっている⁸¹⁾。2020年のオリンピック開催を国家構造変革の理由とし、上記のような世界の大半の属する立憲主義諸国から離脱し、戦前の如く、文明世界の大部分に弓引き、世界的に孤立するのではないかとすら危惧するものとなっている⁸²⁾。「東京オリンピック」は高度成長の到達点という共同体の記憶もあるが、ファシズム（つまりは非立憲）と戦争による中止という記憶もあろう。本研究は、司法権のテクニカルな定義や、裁判技術としての憲法訴訟論に留まらず、違憲審査権が世界的に当然となった時代の近代立憲主義理論として、前近代的挑戦に対抗する理論の一翼となると思うものである。要は、憲法訴訟論は理論構築であると同時に、極めて実践的な護憲運動（別の観点からすれば、「日本国」を守る愛国的活動）でもあるのである。

1 憲法訴訟論と区別されるべき司法権論

ところで、「憲法訴訟論或いは司法権論」と言われ、或いは「憲法訴訟論」としてこれに司法権論を内包させる用法が人口に膾炙しているが、冷静に見れば、両者は一応異なるものである。司法権論とは、裁判所が事件として取り上げるものの要件論を主とし、憲法訴訟論とは、その中でも憲法判断を行う要件や判決手法について論じるものである。反実仮想だが、明治憲法やドイツ基本法の下のように、裁判所が憲法判断を止められていても、「司法」の定義、具体的事案において裁判所がそれを取り上げ得るか否かは争点となる。これに対し、憲法訴訟が可能かどうかは、憲法判断が憲法裁判所や憲法院(憲法評議会=Conseil constitutionnel)の権限である憲法下では、通常は、事件と切り離れた抽象的判断が可能であり、「司法」としての要件は第一義的な問題ではなく、それとは別に、一般に濫訴を予防するため、憲法裁判の原告適格を法定するのが普通となる。現在の日本のように、通常司法裁判所が、事件の解決の過程で違憲審査を行う場合、当該事案が「司法」の取り上げる資格を有する中で、その「司法」が憲法判断を行うべき事案であることが問われることになる。だから、日本国憲法下では、両者は区分されるがリンクした議論なのである。

そもそも、明治憲法から日本国憲法への転換により、裁判所は、明治憲法下有さない権限を加えられたという理解が強かった。まず、行政裁判権については当初、「司法」に含まれないとの理解すらあったが、英米流の「司法」概念が憲法76条の意味するところであるとなっていくと、それは次第に当然に「司法」に含まれるとの理解が定着した。そして、違憲審査権についても、憲法76条の「司法」から生ずるというよりも、憲法81条が付加的に付与したものとする理解が強く、両者の関係を再考すべき認識は薄かったように思われる。加えて、長い間、司法権の問題の多くは、戦前の大津事件⁸³⁾の研究のほか、戦後も、浦和事件⁸⁴⁾、吹田黙禱事件⁸⁵⁾や平賀書簡問題⁸⁶⁾、宮本判事補再任問題⁸⁷⁾、寺西判事補事件⁸⁸⁾など、司法権の独立もしくは裁判官の独立の問題な

のであった⁸⁹⁾。政治部門による干渉は多く、またこれと一体となった最高裁が下級審に干渉している、内閣が最高裁の裁判官について政治的な人選を行っているなどの批判は強く、法社会学を中心に、こういった状況の批判的研究が進んでいった⁹⁰⁾。司法の健全化は、最終的には、人事及び司法行政の問題なのかもしれない。この状況下で両論が渾然一体となるのも致し方なかった。

こういった空気はこの分野の著書にも長く影響を与えている。例えば、冷戦時代末の樋口陽一＝栗城壽夫『憲法と裁判』は、全体を第1部と第2部に分割し、前者を樋口が「裁判と裁判官」として主に司法権の独立の問題を記し⁹¹⁾、後者の「違憲審査制」を栗城が記述した⁹²⁾。両者の間で司法権論は飛んでおり、かつ、大陸法国を比較対象国とする両大家の司法観が滲み出ている。

憲法訴訟論が盛んになっても、この「司法」と違憲審査制の関係について、黎明期ゆえの未熟さや混乱が全くなかったなどと言うことはできなかった。『講座憲法訴訟』でも、一面、「周辺のテーマも含めたので、体型性には若干の問題もあ」⁹³⁾った。芦部が、その巻頭論文で「今後の課題点描」として真っ先に挙げているのは、「訴訟要件」であり、次いで「司法権」なのである⁹⁴⁾が、これは、通常の裁判として裁判所が取り上げる要件であって、その中で憲法判断を行う要件ではない。同書がその後に個別のテーマとする事件性や訴えの利益の問題は、憲法訴訟に限らず、広く民事・刑事・行政訴訟の問題であって、裁判所が当該事件を取り上げてよいかの問題であった⁹⁵⁾。統治行為論（政治問題の法理）は、そもそも高度に政治的問題であれば司法権は判断すべきでないということであれば、同様に司法、争訟一般の問題である⁹⁶⁾。立法の不作為の違憲審査の問題は、憲法判断だけが不可能なのか、裁判所の法的判断が全く無理なのかが不分明であった⁹⁷⁾。このほか、裁判所が当該法令等をどの程度疑ってかかるかという意味での司法審査基準一般と、人権や場面毎の合憲性判断テストは混在していた⁹⁸⁾。佐藤の『現代国家と司法権』も、本書の核心、司法権、或いは事件・争訟性の議論に始まる⁹⁹⁾が、次の2章は違憲審査性を巡る問題を取り上げ¹⁰⁰⁾、また、次は公開裁判や「知る権利」の議論という司

法権の議論に戻り¹⁰¹⁾、最後は「司法的正義」、つまりは民主的政体の下で非民選の裁判官がなぜ違憲審査権を行使できるのかという問題を論じて終わる¹⁰²⁾という構成である。こちらもまた、「司法権」を表題としつつ、順不同な印象もありつつ、半分近くが憲法訴訟論なのであった。つまりは、裁判所が一般に何を権限とするかという「司法」の定義の問題と、その中で、或いはそれを超えてか、裁判所が憲法事案にいかなる処断を行うべきかという問題は未分離であった。これらに続く戸松秀典『憲法訴訟』も、その全体は憲法訴訟論の概説書である¹⁰³⁾が、概説書という制約もあって、第2章の「司法権と裁判所」¹⁰⁴⁾と、第4章から6章にかけての「憲法訴訟の手続き論・総説」、「訴え提起の要件」、「裁判過程における要件」¹⁰⁵⁾は、司法権論もしくは裁判所法及び民事訴訟法・刑事訴訟法・行政事件訴訟法等の概説の性格が強い。近年の高橋和之『体系憲法訴訟』でも、違憲審査の方法と種類・効力・救済方法を主要部分とする¹⁰⁶⁾が、その前段に「憲法訴訟の成立要件」の一部として「司法権の内在的限界」、「司法権の外在的限界」、「司法権の限界と訴訟要件」を含んでおり¹⁰⁷⁾、憲法訴訟論と司法権論の分別はあまり意識されていない。

中には、表題その他からして、「司法」の問題と違憲審査制の問題とを区分しようとした例もある。藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』は文字通り両者の区分を認識しているが、分量的にも後者が主役であり、前者の添え物感¹⁰⁸⁾は否めない。逆に、新正幸『憲法訴訟論』は、第1部を「司法権と裁判所」¹⁰⁹⁾、第2部を「憲法訴訟」¹¹⁰⁾としており、題名とは裏腹に、両者を区別した。憲法訴訟論に特化し、司法権論を捨象した時國康夫『憲法訴訟とその判断の手法』があるが、それでも Standing 一般についてアメリカの判例を解説する部分を残してしまった¹¹¹⁾。この区分に綺麗に^は填まるわけではないが、松井茂記は一連の著作で、『裁判を受ける権利」¹¹²⁾と『司法審査と民主主義」¹¹³⁾及び『二重の基準論」¹¹⁴⁾で両者の間の一線を超えないようにしたように見える。徐々に、両者の区分は憲法学において明示的に認識されるようになってきたと言っ

この渾然一体性は、学説が一般に、憲法 76 条の「司法権」解釈と、裁判所法 3 条の中身とを暗黙のうち的一致させてきた点にも表れていた¹¹⁵⁾。そもそもまず、日本国憲法の解釈を下位法令に委ね、現行実定法制度を所与のものとするは、法理論として倒錯的であった¹¹⁶⁾。そして、そのことが、憲法 76 条の「司法権」から物事は決まらず、裁判所法を含む日本の立法や運用を踏まえば足り、その明治以来の伝統は大陸法系なのであるから、そこを眼中に、裁判とは何かは歴史的に叙述されればよいとする歴史的な概念構成の循環論法を産んできたきらいがある。また、憲法と国会法、内閣法、裁判所法などの統治機構を構成する法律が一体をとして「実質的意味の憲法」となっているというイギリス的理解も後押ししていたのかもしれない。また、現在、司法権について歴史的な概念構成により認識する説は、行政権の強いフランスを念頭に置いている¹¹⁷⁾。だが、やはり、理論的に憲法が司法権として裁判所に付与したものを確認し、これを意図的に拡大もしくは縮小することはできない。行政裁判所などの特別裁判所、そして憲法院や憲法裁判所を抱えるフランスやドイツがどうであっても、日本国憲法下の裁判所の権能の解釈は、あくまでも日本国憲法 76 条の「司法」の定義として確定されねばならなかった。最高法規である日本国憲法とその下位法令である裁判所法は一体ではない。前者と後者が矛盾するならば、後者は、少なくとも一部、或いはそのある種の解釈、或いはその適用が、無効とされる関係にある。司法権論は、裁判所法の解釈問題ではなく、あくまでも憲法解釈論なのである。実際問題としてそれは、裁判所が、民事・刑事・行政の裁判に共通して、そもそも法的な議論を行うべきか、いつ、どう、何故行うべきかという司法権に関する議論だと言うことができようか。

そして、それを踏まえて、憲法訴訟論では、そこで定まった「司法権」を行使する裁判所が憲法判断をいつ、どう、何故行うべきか、が論じられるべきである。だが、長年、裁判所が違憲審査権を行使できるのは憲法 76 条とは切り離され、憲法 81 条を根拠とする説明が多かった。このことは、違憲審査権が「司法権」本来の作用ではないという、つまりは、裁判所とは民事・刑事事件を処

理する機関だという明治憲法時代の発想を引き摺っていたのではあるまいか。憲法 76 条の「司法権」について、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」¹¹⁸⁾ などとする定義が早々に示されながら、憲法判断という一点に限ってはより多くの役割を裁判所に期待し、或いは裁判所の本来あるべき役割に着目することなく、つまりはその外延が漠然としまう¹¹⁹⁾ 弊害はなかったか、疑問がないでもなかった。

例えば、芦部は、「司法の近代法的観念といっても、その意味内容は国や時代によって異なる」¹²⁰⁾ とし、司法「の法形成・政策形成機能の重要性を解釈・適用という伝統的な観念の中に盛り込んで考え直してみる必要もありはしないか」¹²¹⁾ と述べ、その意図するところとして、『憲法の番人』と言われる最高裁判所は、違憲審査権を通じて行う憲法保障機能よりも、むしろ最終の法律審として行う法令解釈の統一機能により大きな比重を置いて活動していることなどを考え合わせて、憲法訴訟の特殊性が一般の指摘紛争解決の司法観の中に埋没してしまうおそれもあると危惧したから」¹²²⁾ だとしていた。ここには、憲法訴訟は通常の司法の作用と異なるのだという要素が含まれ、特に、最高裁にはそれ以外の役割を抱えていることが強調されている¹²³⁾。芦部の憲法訴訟観には「穏健な司法積極主義」との評価もあった¹²⁴⁾。憲法 81 条があることにより、ドイツ流の憲法裁判所の機能の一部が日本国憲法内にも乗り移ったという理解のようである。そして、芦部のこの姿勢は、他の「憲法訴訟論研究者」と呼ばれる中でも、芦部が特に立法事実論の重要性を法形成機能に寄与するものとして強調してきた¹²⁵⁾ ことと密接に結び付くように思えるものである。

このような、憲法訴訟論初期の思い入れを整理する必要があるだろう。裁判所が「司法権」に基づく権限行使である以上、そこに政策的配慮が大きく存在すると解する方がおかしいであろう。この意味で、まず、「司法」の定義を確定させ、次に、その中で裁判所が付随的違憲審査制として成せる憲法判断とは何かをしっかりと整理することが求められているように思えるものである。憲法上、できることはできる、できないことはできない、筈である。

2 司法権論及び憲法訴訟論の意義と課題

このように、憲法訴訟論は、特に芦部や佐藤の影響力の強さから、旧司法試験における「受験界の常識」ともなっていた。だが、2004年に司法制度改革がなされ、法科大学院が設立される際、副次的に槍玉に上げられたのは、旧司法試験の憲法における「司法審査基準機械的当てはめ型答案」などであった¹²⁶⁾。ここで問題となったのは、法学部の通常の授業を無視し、いわゆる司法試験予備校に通い、設問に対して論理的に対応することなく、そこで連想できることを書きとばして合格する者、本来の法曹としての資質を獲得していない者等であった。それは司法研修所でも問題になっていた。加えて、昔の学説に依拠することの多い司法試験予備校の授業内容、およそ通説・判例とかけ離れた自説のみに酔っているかのような大学の講義を行う教員の問題であったが、矛先は何故か憲法訴訟論に集中して向けられたように感じる。この時期、ドイツ憲法研究者の巻き返しが鋭く、特に、「保護領域 (Schutzbereich)」「制限 (Eingriff)」「正当化 (Rechtfertigung)」による三段階審査 (Drei-Stufen-Prüfung) 論の邦語での紹介がなされ¹²⁷⁾、概説書も公刊される¹²⁸⁾と、憲法訴訟論は最早古く、三段階審査論による答案こそが新司法試験のトレンドであるかのような気風も生じた。従来の二重の基準論の「論拠の問題点を指摘する見解や、」それ「とは別の枠組みを模索する見解」が「有力」だと言う¹²⁹⁾。二重の基準論の核心は表現の自由の優越的地位にあるが、その根拠とされる「自己実現の価値と自己統治の価値は、理論的には必ずしも両立しうるものではないと考えることもできる」¹³⁰⁾とするなどとして、これを批判するのである。

だが、そもそも民主主義と自由と(実質的平等と)の相克(トリレンマ)は(現代)立憲主義の永遠の課題であり、司法審査基準論に原因があるものではない。状況に応じて司法審査基準を上げ下げしてきた、日本の憲法学一般の未熟さに問題がある。そして、何よりも問題は司法審査基準論自体ではなく、その「機械的当てはめ答案」にあった。処方箋が三段階審査論の機械的当てはめでは、

何の解決にもならないのである¹³¹⁾。法科大学院の立ち上げと混乱への対応で、憲法訴訟論に詳しい研究者が法科大学院教育に専念せざるを得なかったことなどにより、勢力を削がれた面があったことも否めなかった。この中で、日本の全実定法分野の研究でのドイツ法の影響力が憲法学界でもものを言い始めたように思われる。芦部が、憲法訴訟論の導入をしようと提言したとき、そこで希求したのは憲法判断の理論化であり、国家学的な憲法学の改革であったように思う。これに比して、三段階審査論の導入を提言する論者のそれは、寧ろ、ドイツ公法学の用語の直訳で構成されたものであって、過去の憲法訴訟論の成果を没却して新たな理論を提示しようとする、法学方法論として疑問のある気風が見られなかったわけでもない。大陸法系が強くなると、我が国の法分野は抽象的議論が強まり、現実の裁判に対応する実践からやや離れる傾向も見える¹³²⁾。また、この間の憲法学界の特に非法科大学院部分が哲学・歴史シフトを強めたことや、長期政権が右シフトになり、学界の大半がこれに抗して近代立憲主義の擁護を訴えることにエネルギーを割かねばならなくなり、或いはこれに呼応したかのような「幅」が学界内にも生じ、憲法学全体が、一見すると「政治的」にも見える発言が増えざるを得なくなったことにも理由は求められよう。確かに、憲法学の役割には相当の幅があり、研究者の立場によりその目指すところに大いなる乖離があることはやむを得ないとしても、憲法解釈を理論的に精緻に組み立て、現実の政府のいかなる行為を違憲と判断するかについての研究が手薄になったことも否めない。数多くの、広義の憲法判例がありながら、判例を超える理論の提示は残念ながら目立っていない。中道派或いはリベラル派、福祉国家・社会国家（社会民主主義）思考、つまりは広い意味で中庸かつ堅実な憲法学が押され気味になっていることは問題であり、それはそのまま事件の解決に結び付くような憲法理論や憲法解釈論、妥当な結論の提示の沈滞に繋がっているのであれば、究極的には国益もしくは国民益を害する大変に遺憾なことと言わねばなるまい。

筆者は、以上のような認識を踏まえ、司法権論及び憲法訴訟論を、区別しな

がら、これを纏め上げたいと考えた次第である。

まず、司法権の定義を検討すると共に、これまで「司法」の作用に含まれるか微妙であった、非訟事件や少年事件、略式裁判などを憲法上どのように捉え直すかを論じたい¹³³⁾。次に、司法権を支える、適正手続とは何かを、憲法 31 条の法意を再考することで論じたい¹³⁴⁾。このことは、隣の条文である憲法 32 条「裁判を受ける権利」の法意を再考することに繋がる¹³⁵⁾。その上で、刑事裁判の一部に裁判員制度を導入したことの合憲性を論じる¹³⁶⁾。

以上で、狭義の司法制度論を終えると、「司法」の定義に従い、何が「司法」足り得るかを論じる。特に、その要件が訴訟の最初から最後まで充足されることを原則とする意味で、成熟性とムートの問題を取り上げる¹³⁷⁾。そして、法的判断が及ぶ問題は何かという観点から、裁量¹³⁸⁾や自律¹³⁹⁾の問題は現在ではほぼ自明であるため、いわゆる統治行為論を検討したい¹⁴⁰⁾。また、その判断と後の判断との関係を先例拘束性として論じたい¹⁴¹⁾。

続いて、司法による救済の問題を取り上げる。立法の空白をどのように埋めるべきか、ということが第 1 の難問であろうか。このことを国籍法違憲判決のほか、学生無年金訴訟¹⁴²⁾を視野に検討する¹⁴³⁾。第 2 に、ストレートな救済がかえって混乱を生じさせる問題への解決策としての事情判決の法理を再考する¹⁴⁴⁾。そして第 3 に、現時点ではなく将来のある時点から効力が発生するような判断手法が許されるかを論じることとする¹⁴⁵⁾。

そして、司法権の射程に含まれるかという観点から、通常、人権総論の問題に含まれる、憲法の私人間効力論¹⁴⁶⁾と特別権力関係論¹⁴⁷⁾を取り上げる。前者については既に『憲法の私人間効力論』¹⁴⁸⁾にて分析済であるが、異論が散見されるようであるので、これらへの回答という形で論じることとする。

以上で「司法権」そのものの議論を終え、その後は、当該事案の中で憲法判断を行う際の問題、即ち、憲法訴訟論の問題に進みたいと思うものである。

憲法訴訟論部分では、まず、総論として、憲法訴訟・付随的違憲審査とは何かを論じたい¹⁴⁹⁾。「まだ最高裁があるんだ」とは映画『真昼の暗黒』(今井正監督、

1956)の台詞であるが、戦後民主主義は、一方で大衆民主主義を理想としながら、最も民主的でない国家機関である裁判所に、民衆中の政治的マジョリティの選択の結果である一部の政治家・官僚の暴走を止めることを、ユートピア的に期待してきたきらいがある。だが、法の支配、権力分立と共に、あるいはそれ以上の根本原則として国民主権原理を掲げる日本国憲法の下では、最高裁をはじめとする通常司法裁判所の憲法判断に期待してよい部分と、過剰な期待はできず、政治のアリーナに委ねられる部分があるのではないかということが基盤にある。このことは、統治機構の一つである裁判所の判断が政治的な意味を持つことを避けられない。この点を次に論じたい¹⁵⁰⁾。

大きな問題は、司法審査基準論、いわゆる二重の基準論の問題である。憲法判断における裁判所の積極度は分野によって大きく異なる。これは、殆どの憲法学説が認めるところである。このことを基本的には人権毎に、何が該当するのか、それは何故かを論じたい¹⁵¹⁾。そして、個別の人権毎の検討を行う。基本的に厳格度の高い司法審査基準を想定されるものから検討するのが適切かと思えるが、厳格審査ベースを当然とされる精神的自由は、合憲性判断テストの問題として後により分類的に検討することとし、参政権から検討する¹⁵²⁾。次に平等権となろうが、憲法14条1項後段列举事由に基づく差別のうち、人種差別や門地による差別がまず許されないことは明らかであり、性差別と、「社会的身分」の一つと解される非嫡出子であるが故の差別については既に『性差別司法審査基準論』¹⁵³⁾で検討済みであるので、列举事由に基づかないと思われる事案の検討を中心に行いたいと思う¹⁵⁴⁾。そして、合理性をベースとする筈の経済的自由の規制の場面をやや意外な事例を素材に論じ¹⁵⁵⁾、続いて社会権の場合について考えることとする¹⁵⁶⁾。

その後、憲法判断を行うことが可能かについて議論がある場面を検討する。まずは立法不作為の場合についてであり¹⁵⁷⁾、次に第三者の憲法上の権利の援用となる場合である¹⁵⁸⁾。

そして、憲法判断の手法について、しばしば司法消極主義の技法として捉え

られがちな憲法判断回避の準則¹⁵⁹⁾、合憲限定解釈¹⁶⁰⁾、適用違憲¹⁶¹⁾の手法について論じ、法令違憲という手法はいつ使うべきかを論じつつ、運用違憲や適用違憲という手法があるのかを検討したい¹⁶²⁾。

最後に、特に精神的自由の規制の各場面に特化した合憲性判断テストについて論じる。その先頭として、表現者に何らかのサンクションを科してこれを規制する場合のLRAの基準について検討する¹⁶³⁾。これについては、学問的検討が不十分なまま多くの誤解が蔓延している模様であり、しっかりと検討したい。次に、煽動規制の場面の法理であるブランデンバーグ基準等についてである¹⁶⁴⁾。通説的には「明白かつ現在の危険」基準が提唱されているが、筆者としてはこの基準を提唱したいところである。これ以外に、セントラル・ハドソン・テスト¹⁶⁵⁾の提唱もあるが、営利的表現と言えども、表現の自由の規制については一律に厳格審査が妥当すべきだとする立場から、特に取り上げない。オブライエン・テスト¹⁶⁶⁾についても、当該象徴的表現が「表現」と認定されれば、厳格審査の下に吸収されると考えるため、以下では取り上げないこととする。

それ以降は、文面審査・文面違憲の法理として知られる基準を論じる。まず、事前抑制禁止の法理であり、「検閲」についての二元論を提唱すると共に、他の方法がある際には忌避すべき規制であることを強調する¹⁶⁷⁾。次に、表現の規制についてそれが許される局面であるにせよ、規制立法が明確でなければならないとする法理（曖昧・漠然性ゆえ無効の法理）を、罪刑法定主義由来の刑罰法規の明確性と区別しながら論じたい¹⁶⁸⁾。そして、意外にそれが何であるか論じられてこなかった、表現規制範囲が過度に広汎であるときに文面違憲であるという法理の適用局面について論じることとする¹⁶⁹⁾。

そして、精神的自由としてもその特別法的な信教の自由と学問の自由の特則たる制度的保障の場面である、政教分離原則¹⁷⁰⁾と大学の自治¹⁷¹⁾の場面を論じて、憲法訴訟論を纏めて終わることとしたい¹⁷²⁾。

3 特別裁判所論

ところで、筆者はこれまで、特別裁判所¹⁷³⁾とは何かについて、十分には検討してこなかった。そこで、「司法権」を検討するに当たり、ここで特に検討しておく。日本国憲法と国会法などの国家法を一体として「実質的意味での憲法」と考える憲法観も根強いが、憲法が各種法令の上位法であることは公理である。裁判所法自身の合憲性はなお問題にされるべきであり、その設立する裁判所やその手続が常に合憲である保証はない¹⁷⁴⁾ため、以下、議論が必要となる。なお、憲法明文の例外である弾劾裁判所¹⁷⁵⁾については論じない¹⁷⁶⁾。

「司法権」の定義を行えば、その定義に反する「裁判所」を設立することは、少なくとも日本国憲法76条2項の「特別裁判所」の禁止に抵触する。特別裁判所禁止の実質的な理由としては、「裁判における平等」、「司法の民主化」、「法解釈の統一」があるとされる¹⁷⁷⁾。また、それは、通常司法裁判所に対する政治部門の干渉の排除、司法権の独立や裁判官の独立、或いは「法定の裁判官の裁判を受ける権利の保障と、いわば表裏をなすもの」¹⁷⁸⁾と言えよう。戦後すぐの美濃部達吉による、「司法」に行政裁判権を含まない、「民事又は刑事に関して特殊の人に対し又は特殊の事件に付き裁判を為さしむる為に裁判所以外に特に設けらるる特別の機関」¹⁷⁹⁾との定義はさて置けば、最も広い定義は、「通常の裁判所の権限とされる通常の事件からは切り離された特別のカテゴリーに属する事件のみを専管する裁判所」ということであろうが、そうなると、人事訴訟の移管で家事事件を広く扱うこととなった現在の家庭裁判所などはこれに該当するのではないかとの疑念も生じないではない¹⁸⁰⁾。

これに関しては、1956年に、このような大幅な制度改革以前の家庭裁判所も憲法の禁じる「特別裁判所」ではないとする最高裁判決がある¹⁸¹⁾。事案は、被告人が児童福祉法34条1項6号と60条1項の罪に問われた刑事事件であったが、このことは特に問題ではない。本件で論点となったのは、弁護人がその上告趣意書で、「憲法76条2項」の「特別裁判所とは特別の身分を有する者又

は特別な種類の事件だけに対して裁判権を行う裁判所をいうのであるが、家庭裁判所はこのような意味で特別裁判所である」と主張し、本件事案の「家庭裁判所の専属裁判権を定めた少年法 37 条 1 項 4 号の規定は憲法 76 条 2 項後段に違背し無効である」と主張したためである。これに対し、最高裁は、「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ところであり、家庭裁判所はこの一般的に司法権を行う通常裁判所の系列に属する下級裁判所として裁判所法により設置されたものに外ならない。尤も裁判所法 31 条の 3 によれば、家庭裁判所は、家庭に関する事件の審判及び調停並びに保護事件の審判の外、少年法 37 条 1 項に掲げる罪に係る訴訟の第一審の裁判を所管する旨明記するに止まり、そしてその少年法 37 条 1 項では同条項所定の成人の刑事事件についての公訴は家庭裁判所にこれを提起しなければならない旨規定されているけれど、それはただ単に第一審の通常裁判所相互間においてその事物管轄として所管事務の分配を定めたに過ぎないものであることは、裁判所法における下級裁判所に関する規定、殊にその種類を定めた 2 条、及びその事物管轄を定めた 16 条、17 条、24 条、25 条、31 条の 3、33 条、34 条等の規定に徴して明らかである。現に家庭裁判所は同裁判所で成立した調停等に対する請求異議の訴訟についても、家事審判法 21 条、15 条、民訴 560 条、545 条に基づき第一審の受訴裁判所として専属の管轄権あるものと解されているのであつて、この事は家庭裁判所がもともと司法裁判権を行うべき第一審の通常裁判所として設置されたものであることに由来するのである。それ故右と反対の見地に立つ論旨は採るを得ない」と判示し、全員一致で上告を棄却した。その後、家庭裁判所の合憲性を根底から争った例は聞かない。

要約すると、判例は、最高裁を頂点とする裁判機関でないものが「特別裁判所」であるとしたようであるが、さて、これで十分であろうか。歴史的に見ると、刑事裁判権が独立の司法裁判所に属するのは、専制君主など国家権力者の干渉のため、一般に民事裁判権より遅れた¹⁸²⁾。これを排除するため、罪刑法定主義の原則こそが、近代国家において私権の保護よりも重要なことだ

と言える¹⁸³⁾。刑事裁判権の政治権力からの独立こそが肝要である。「例外裁判所 (die Ausnahmegerichte)」の禁止を最初に定めたのは1628年のイギリスの権利請願であり、「法律上の裁判官」による裁判の保障は1791年フランス憲法だと言われる¹⁸⁴⁾。だが、フランス1814年憲法は、88条で関税裁判所、商業裁判所、労資協商審判院などの「特殊裁判所」を「現行の通り」とし、63条で「非常委員会及び非常裁判所」を禁じながら「憲兵裁判所 (jurisdiction prévôtale)」を例外とした¹⁸⁵⁾。1919年のドイツ・ワイマール憲法でも、105条は例外裁判所を禁じながら、「法律の定める軍事裁判所はこの限りではない」としたのである¹⁸⁶⁾。同憲法下では、このほか、管轄権が抽象的に定められている「特別裁判所」が許容された¹⁸⁷⁾。実際、1919年の政令で設置された、密輸入、価格釣り上げ、生活必需品の輸出、価格統制違反などの経済犯罪を裁く die Wuchergerichte、1920年に大統領が設置を認めた非常軍事裁判所、ラーテナウ暗殺事件を動機として1922年に設置された「共和国保護のための国事裁判所」がある¹⁸⁸⁾。このように長く、主に大陸法諸国では、行政裁判、権限争議裁判、大臣弾劾裁判などが司法裁判所ではない別個の裁判所の権限となっており、これを範とした明治憲法もこの類型に属したのである¹⁸⁹⁾。

こういった特別裁判所の許容は、ナチスによって悪用された。司法部に特設された人民裁判所 (Volksgerichtshof = 人民法廷、民族裁判所、民族法廷) を頂点に、法の解釈基準を、ナチスの人種主義の教義である「健全な民族感情」に置いた運用が行われた¹⁹⁰⁾。大逆罪を中心に、政治犯を裁いた人民裁判所により1934年の設立から1944年度までに死刑判決を下された者は5214人にも上るのである¹⁹¹⁾。にも拘らず、この法廷は、ドイツでは「特別裁判所」とは解されなくなっていったのである。基準が近代的な法でない法廷の恐怖である。

こうした歴史を経て、日本国憲法では、法の支配が専ら及ぶべき領域に、政治部門である行政機関が入り込み、あるいは、政治的判断が横行することを排除し、「司法」の領域を確定しつつ、これへの政治的影響も予防すべく、司法権の独立が謳われたのである。だからこそ、「司法」の定義は、歴史的概念構

成ではなく、歴史的経緯を踏まえつつも、厳格に理論的になされるべきである。戦前の皇室裁判所も含め、この種の、最高裁に連なることのない裁判所は、まず、日本国憲法上、「特別裁判所」である¹⁹²⁾。通常司法裁判所から独立した行政裁判所は当然に違憲である。

加えて、日本国憲法の司法権理解は英米流のものであるから、現在の英米での「特別裁判所」の定義は一応の参考にはなろう。アメリカでは憲法裁判所は否定されているが、1980年には合衆国関税裁判所が改組され、連邦通商裁判所となっており、憲法1編8節14項の連邦議会の陸海軍規律に関する立法権限を根拠に、軍人の犯罪や軍規違反に関する管轄権を有する軍事裁判所が設立されている¹⁹³⁾。無論、上訴ができなくてはならない¹⁹⁴⁾。しかも、いかなる管轄権を与えてもよいものではなく、司法権の本質的屬性を担う裁判所や治安判事については、通常裁判所に付随するものでなければならぬとされているほか、破産裁判所について、1986年に裁判官が14年の任期制である限り違憲であるとする判決が下されている¹⁹⁵⁾。ただ、通常裁判所の上訴審での原判断尊重の度合いが低いものであれば、そういった特別裁判所は合憲となるほか、終身制の裁判官の配置があれば違憲ではないとされる。軍法会議などのいくつかの機関について、伝統的に広範な管轄権を与えられているという最高裁相対多数意見もある¹⁹⁶⁾。また、イギリスでは、「特別裁判所」とは、当該「法律に関する紛争を迅速、かつ簡便に処理するために」設置されるものであって、社会保障関係、医療関係、住宅問題、土地不動産など数百種類ある。特別裁判所評議会(The Council on Tribunals)は、特別裁判所が適正に職務を行い、通常裁判所の仕組みにうまく組み込まれるよう、監督・助言を行なっている¹⁹⁷⁾。特別裁判所の特徴は、首席裁判官以外は「素人」、非法律家であることにある¹⁹⁸⁾。

以上の英米における事実は、単に、究極的に最高裁に上告でき、最高裁を頂点とする系列にある機関というだけでは合憲の要件が足りないことを示唆する。それだけでは憲法76条2項の存在意義が薄れよう¹⁹⁹⁾。1956年の判例

にも問題がある。戦前の枢軸国における特殊な裁判所が人権保障と民主化の阻害要因であったことは明らかであり、その反省の上に成り立つ日本国憲法としては、以上のような、明らかに疑問のある裁判機関を違憲とするような「特別裁判所」解釈が望ましい。そこでまず、日本国憲法76条2項後段の行政機関の終審の禁止は、戦前「裁判所」と名乗っていたが行政権の作用であるとされていた「行政裁判所」を真っ向から否定したもののだが、前段の「特別裁判所」とは、「性質上は通常裁判所の権限に属すべき事件(主に刑事事件)でありながら、憲法上(一つには統帥権の独立の要請)ないし特殊司法政策上の要請(一つには軍隊秩序の維持の要請)から、旧憲法下の司法権の系列外に置くのがよいという考慮から、別建の裁判制度として設立されていた『軍法会議』を主な狙いとしたものと言うべきである²⁰⁰⁾。即ち、仮に最終的には最高裁に上告可能な制度設計でも、一般的な法によらない中世イギリスの「星室庁裁判所」類似のものも許されまい²⁰¹⁾。前述の人民裁判所は論外である。当該事件に対して法的に正当な管轄権を有する裁判所が、法を適用する必要があることは当然である²⁰²⁾。

次に、ヨーロッパでの沿革を見通しても、裁判を受ける権利の平等を保障することが重要であり、人種や信条、門地などにより管轄裁判所が異なることは憲法の禁じる「特別裁判所」と言うべきである²⁰³⁾。このため、特殊の事件や特殊の人を対象にする裁判所も日本国憲法の定める「特別裁判所」²⁰⁴⁾であり、禁じられるべき例外裁判所である²⁰⁵⁾。仮に上訴可能でも、特定公務員やその元職を対象とするような軍法会議相当の機関は更に違憲の疑いが濃い。

加えて、裁判官の任命が、他の裁判所の裁判官と同等に行われていることや、最高裁の司法行政上の監督に服することも、裁判所が裁判所である理由として挙げられることもある²⁰⁶⁾。また、英米の例では非法律家の判断を主体とするものは「特別裁判所」とされている。日本国憲法76条の解釈上、こういった機関は司法機関とは呼べず、「行政機関」として終審が禁じられているものであろう。まして、刑事処罰を通常司法裁判所以外のこういった機関が行うことは、憲法32条以下の構造から見ても疑問である。裁判所による事前の「裁判」

を受ける権利を拭った刑事処分であり²⁰⁷⁾、手続が「司法」らしい攻撃・防御が保障されない中で²⁰⁸⁾ 刑事処分が予定されていることもあり²⁰⁹⁾、ますます違憲の疑いが濃い。軍法会議のような「この種の特種な人的管轄権を伴う裁判機構を今更復活せしめようなどという人間は、現在の日本の法律家の中には、まずない」²¹⁰⁾ との指摘に抗うように、「自衛隊に『軍法会議』をもうけるとしても、通常裁判所への上訴の途が開かれていれば、76条2項違反の問題は生じない」²¹¹⁾ との主張も僅かながらあるが、仮に判決に不服な当事者が高裁に控訴できても、「軍法会議」や「皇室裁判所」は複数の理由で違憲であると断じてよからう。

以上で特別裁判所の議論に付き纏いがちな曖昧さは払拭でき、逆に、裁判官により通常の司法作用を営みながら、特定の事項を専門的に所管する裁判所を創設することは違憲ではないとされよう²¹²⁾。家庭裁判所の合憲性について、殆ど疑義はない。「行政裁判所」もこの条件を満たせば設置できるとの説明も多い²¹³⁾。進んで、知的財産権分野など「地方裁判所と同じ数を揃える必要は更々ない」として、「控訴審段階まで当該領域専門の裁判官や専門委員を配置すること」などの提言もある²¹⁴⁾ が、以上の検討を踏まえれば、家庭裁判所であれ、行政裁判所であれ、他であれ、裁判官や審判官が特別な試験により採用され、一般的な法とは異なる、児童心理学や行政実務の蓄積などを第一義的な根拠として判決や審決を下すものは、許されざる「特別裁判所」と言うべきであらう。裁判員制度が、仮に、一般市民の常識を刑事法に優先させるものになれば、それは「特別裁判所」であり、違憲となることにもなる。これらは、一面で「民主的」に見えても、「法の支配」の逸脱であり、権力分立上留意されている司法権の独立を害するものと言わねばならないからである。

4 憲法裁判所論

以上の議論から、当然のことながら、専属的に憲法判断を行う、ドイツ型の

憲法裁判所は、これが最高裁を頂点とする通常司法裁判所の系列にないことは明らかであるから、その設立は日本国憲法に直ちに反しよう。

まず、現行の付随的違憲審査制、即ち、通常の司法裁判所における違憲審査制度²¹⁵⁾はアメリカに始まる。憲法と法律が矛盾するとき、これを糺す機関が何かは建国当時争いがあったところであるが、1803年の連邦最高裁による *Marbury v. Madison* 判決²¹⁶⁾により決着が着いたものと考えられている。合衆国憲法はこれについて明文の規定を有していたわけではないが、そもそも上位法は下位法を破るという法理があり、法の最終的解釈権は司法権にあるため、最高裁は憲法に反する法令を無効とする最終的な判断ができるとした。アメリカにおける違憲審査制は判例法として確立したのである。これは、「司法権」が確立されれば、付随的違憲審査制は解釈上導けることを示している。

これに対し、ドイツやオーストリアにおける憲法裁判所²¹⁷⁾は、「ゲルマンの伝統的な法治自由主義精神を基盤に発達する国家機関の間の憲法の効力適用及び解釈に関する憲法争議 (Verfassungsstreitigkeiten) を訴訟手続に於て解決する制度、憲法争議裁判制度のコロラリーとして発展するものであり、「本来政府と議会、連邦政府と支邦政府、支邦政府と支邦政府との関係を調停し、国家意思の統一と客観化を計らんとする裁判であつて、機関争議たる点に特異性をもつものであ」った²¹⁸⁾。神聖ローマ帝国時代に、等族は大審院において、領主を、自らの憲法上の等族特権²¹⁹⁾の侵害を理由に訴えることができたが、このような制度は神聖ローマ帝国の崩壊などにより冬眠状態となった²²⁰⁾。その後、1830年の七月革命により、憲法争議に関する政治的決断が独立の裁判所の手委ねられることとなり、1832年のザクセン、1848年のフランクフルトの憲法にこれは規定された²²¹⁾。だが、ドイツ帝政への荒波の中で死文化し、実質的に始まりは、1919年のドイツ・ワイマール憲法と翌年のオーストリア憲法であると言われる。後者において、個人が直接訴える民衆訴訟 (*actio popularis*) は認められなかったし、裁判所も憲法裁判所に対して法律の合憲性審査を求められなかった²²²⁾。

現在のドイツの憲法裁判所は、無論、ナチス独裁への反省から設立されたものだが、ナチス時代の人民裁判所の例がありながらも、以上のような特別裁判所の伝統もあって、その一つとして設置されたものである。法令の無効宣言を独占するが、何れの裁判所も、法規範の審査権限をもち、適用法令について、合憲限定解釈などの形で審査する権限は広く承認されている²²³⁾。憲法裁判所は、抽象的規範統制のほか、通常の裁判手続の中で法令に違憲の疑いが生じた場合に、当該裁判所からこれを移送して行う具体的規範統制の権限を有する。また、自己の基本権などの侵害があったとしてなされる憲法異議（憲法訴願）、連邦機関争訟、連邦国家的争訟、「闘う民主主義」の表れとしての基本権喪失、政党の違憲確認なども権限として認められている²²⁴⁾。

ドイツ型の憲法裁判所については、付随的違憲審査制が「司法」の解釈から展開して生まれるのとも異なり、憲法に明文規定があって初めて設立されるべきものと解される。また、違憲審査制についてのドイツ型はそのまま司法についての考え方の違いにも見え、特別な「裁判所」を設置するということは、事件の解決という「司法」を超える役割を求めることであって²²⁵⁾、その意味でも日本国憲法の予定するものとは思えない。最高裁も、設立の翌年の1948年に、刑訴応急措置法17条中の「処分」に裁判が当然に含まれるとして、再上告を認めたが、その際、憲法81条以上に「一層根本的な考方からすれば、よしやかかる規定がなくとも、第98条の最高法規の規定又は第76条若しくは第99条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分に抽出され得る」とし、「日本国憲法第81条は、米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもつて規定した」に過ぎないとして、いわば憲法全体の趣旨・構造から付随的違憲審査制を認めたのである²²⁶⁾。本判決は、「裁判は一般的抽象的規範を制定するものではなく、個々の事件について具体的処置をつけるものであるから、その本質は一種の処分であることは言うをまたぬ」とも判示している。

そして、最高裁は、1952年の警察予備隊違憲訴訟²²⁷⁾でも、「わが裁判所が

現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。けだし最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはない」と判示し、1953 年の「もう一つの苦米地事件」²²⁸⁾においても改めて、「いわゆる違憲審査権なるものも、下級審たると上級審たるとを問わず、司法裁判所が当事者間に存する具体的な法律上の争訟について審判をなすため必要な範囲において行使せられるに過ぎない。すなわち憲法 81 条は単に違憲審査を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所たる性格をも併有すべきことを規定したものと解すべきではない」と判示している。直接最高裁に出訴に認めるなどは、最高裁から見れば、当初から想定外の発想であった。だからこそ、最高裁は当然のように、自身も含めた裁判所が憲法裁判所を兼務する途を断ったのである。

そこで逆に、憲法 76 条の「司法」の定義から、全ての司法裁判所において憲法判断が可能となる。これは、前述のように、早くから判例としての決着を見ている。これで一件落着の筈であった。だが、元最高裁判事からも、米独仏の違憲審査機関が「いずれも、法原理機関であり」、「多くの場合、憲法の理念を守りつつ時代とともに歩み、柔軟かつ毅然として憲法判断を行い、国民の信頼を勝ち得てきた」とし²²⁹⁾、これらの「憲法裁判制度は、正に各国固有の歴史的、政治的産物」²³⁰⁾であるとする評価が出されている。こういった柔軟な「司法権」理解、多分に歴史的な概念構成のエビゴネン的な解釈は、日本の特殊事情を強調することと相俟^{あいま}って、現行憲法下でも、現在とは異なるの憲法裁判制度の設立が可能であるかのような空気を煽ってきたように思われる。

現行制度や判例・通説と対立する最右翼の主張としては、多くの説が客観訴訟を合憲と認めている以上、抽象的違憲審査ができないという結論は再検討を

要するとの主張²³⁰⁾や、付随的違憲審査制の前提となる「事件性の要件は必ずしも例外を許さない絶対的な要件ではない」として、「法律によって抽象的違憲審査制を導入することは憲法上可能である」とする主張であろう²³¹⁾。だが、客観訴訟が具体的な事件の解決のためにあるのと異なり、抽象的違憲審査ではそれが無い。「司法」の周辺に法律による追加は可能でも、「司法」ではない機能を裁判所に付与することはできない。また、この説では逆に、「司法」の定義を歴史の坩堝の中で融解してしまい、その定義が不能になり、独立を守るべき「司法」の範囲が曖昧になるという本末転倒を引き起こし、是認できない。日本国憲法が、第四権とも呼ばれる強い権力を設立するに際し、明文の規定、出訴資格などの規定もなく、或いは法律に委ねたとは信じ難いのである。

これよりは穏健ながら、最高裁判所の中に憲法問題を専門的に扱う「憲法審判部」を設置するとの提案²³²⁾もある。しかし、それが判例の統一を任務とする大法廷ではない終審だとすれば、最高裁を頂点とする裁判所制度の終点前の途中下車であり、当該事件では民事・刑事・行政事件としての判例の統一ができないという意味で制度設計ミスである。また、憲法判断のみを抽象的に行う、具体的事案抜きの抽象的違憲審査は、「司法」の権能に該当せず、通常司法裁判所の機能として、できない。可能であるとすれば、当該憲法専門部が第三審として憲法判断を含む判断を行い、不服があるとすれば大法廷に上訴できる仕組みであろうが、そうすると「憲法審判部」の裁判官は再び事案を審理できないので、これと大法廷を同じ裁判官が兼任できない以上、憲法判断についてのみ「超高等裁判所」が新設される構造になる。そうだとすると、憲法上の争点を挙げれば四審制にできることになり、無駄な憲法上の主張を煽動するばかりであって、制度的にもバランスを欠く。これを高裁に吸収して、その憲法事件専門部として三審制を維持するのが合理的となる。かくして、憲法裁判所的なものを設ける試みは、現行憲法下では挫折するものと思われる。

このほか、抽象的規範統制は現行憲法上無理でも、具体的規範統制なら可能だとする見解がある。「ドイツ流の連邦憲法裁判所の権限の特色」として「《抽

象的違憲審査権限》のみがいたずらに強調されるきらいがある²³⁴⁾と指摘した上で、ドイツ「基本法 100 条 1 項の定めるいわゆる具体的規範統制手続においては、憲法裁判所以外の種々の裁判所（通常裁判所、行政裁判所等々）が、裁判に際してある法律の効力が問題となっている場合に、その法律が違憲であると考えるときは、その裁判手続を中止し、」ドイツの憲法である「基本法に対する違反が問題となっているときは連邦憲法裁判所の決定を、求める」制度があり、裏返せば、「裁判所は、適用すべき法令が憲法に違反しないと判断したときは、自ら合憲を前提として裁判をすることができる」と説明するのである²³⁵⁾。その上で、「この《具体的規範統制》と呼ばれる裁判手続は、」「日本国憲法の制定過程においても実際に構想されていた経緯があり、」「現行憲法下において、具体的事件を前提とした付随的審査制を維持しつつ、その枠内で最高裁判所にこうした権限を付与することは（裁判のその段階で、またどういう形で最高裁判所に移送するのかなど、いくつか解決すべき問題はあがあるが）、制度の作り方次第によっては、必ずしもまったく不可能というわけではない」と主張するのである²³⁶⁾。別の説は、これにより裁判の長期化に伴う問題が解消され、最高裁の姿勢も明快に国民の前に示されると言う²³⁷⁾。審級に拘らず移送ができるので、迅速な判断ができ、事件の発生を待たねば憲法判断が生じない、という問題も解消できると言う²³⁸⁾。この方法により、これを争う市民が違憲の主張を十分にでき、また、下級審の憲法感覚も生かされ、そこでは「上級審で覆されることによる当事者の不利益を考慮することなく、違憲判断ができる」とも述べるのである²³⁹⁾。

しかし、このような制度であっても、最高裁は、一旦、事件と切り離された抽象的な憲法判断を求められるものであるから、「司法権」の範囲を超えた、一種の勧告的意見となり許されない。また、事案本体を担当している下級裁判所から見れば、事案を検討する前に上級審の判断に拘束されることであり、裁判官の独立を害する。以上のことは、仮に、憲法判断を行う裁判所が最高裁ではなく、同級の別の法廷であっても同じことである。更に、もし、具体的規範

統制の主体が最高裁であるときには、この事案が上告された場合、最高裁自身が重ねて法的判断可能なのかも大いに疑問である。加えて、現行憲法解釈を離れた立憲論としても、このような事案では憲法判断が下級審から重ねられ、多元的検討がなされる現行制度の利点が失われ、かつ、最高裁に移送することで節約できる時間も少なく、上告して最高裁の判断を仰ぐ現行制度を変更すべき理由があまりない。憲法裁判所制度と付随的違憲審査制度は合一化傾向にあるという主張もあるが、両者では権力分立の捉え方が異なり、前者が立法府優位の考え方があり、後者には英米流の法の支配、司法権の独立性という思想の違いがあり²⁴⁰⁾、安易に両者のいいところ取りを狙えば、かえって思わぬ弊害を産みかねない。このように考えると、具体的規範統制と言えども日本国憲法上の裁判所の権能として認め難く、制度論としても賛成し難いように思われる。

以上のような検討から、日本国憲法上、憲法裁判所の設置はおろか、最高裁判所であれ下級裁判所であれ、通常司法裁判所は全て、抽象的違憲審査の権能を一部であれ抱えることはできないと思われる²⁴¹⁾。憲法判断を離れても、通常司法裁判所が、架空の事項や担当外の事件に法的判断を示す、いわゆる勧告的意見などは述べることはできない²⁴²⁾。現行憲法上は、裁判所が行使できるのは付随的違憲審査制であるから、事件の憲法判例的要素が強い場合に、事実判断、法律レベルの判断も含め、事案の法的解決を行い、その判決や決定を不服とする当事者が上訴できる下級審の憲法専門部のようなものしか設立できない。およそ裁判所は具体的事件の法的解決のための判断を行うこと、憲法の許容しない抽象的違憲審査は行えないことの再確認が肝要である。

これに対し、アメリカ合衆国「憲法典の基本権保障のカタログは限定的であり、権力分立構造は硬直しており、しかも、司法審査権に関する明文規定に欠ける」として、アメリカ型の司法審査は寧ろ異形のものであるとの指摘もある²⁴³⁾。アメリカでも、連邦控訴裁判所が合衆国裁判所規則 19 に規定されている意見確認手続 (Certification) により、最高裁に法律上の争点について判断を求めることができるとする紹介がある²⁴⁴⁾。意見確認手続は、それにより

最高裁の回答を得られた例は稀であるが、求めるか否かは事件当事者の意思とは関係なく、連邦控訴裁の意思に委ねられている²⁴⁵⁾。1869年法の下、巡回区裁判所では2人合議が可能であったので、対立がある法律上の争点について、最高裁に意見を仰ぐことができた²⁴⁶⁾。1891年に連邦控訴巡回区裁判所(federal circuit courts of appeals)が導入されたが、当初は、新しい、難しい、重要な法律上の争点を解消する手段であり、また、異なる連邦控訴巡回区裁判間で判断が割れたとき的手段として期待されていた模様である²⁴⁷⁾。こういった制度の存在は、「英米流の司法権概念」が流動的であり、抽象的審査の否定が絶対ではないことを示唆しよう。だが、そうであれば逆に、明文規定を有する日本国憲法では「司法権」が付随的違憲審査を行う基盤が強化されていることの決め球となろうし、少なくとも、抽象的違憲審査制が妥当となる根拠にはならない。実際、アメリカの最高裁も、意見確認手続に対して1930年代からは否定的になってきている²⁴⁸⁾。このほか、「ドイツと同様に軍部独裁の結果としての敗戦によって手痛い打撃を体験した日本」でも、憲法保障の機能は強調されてもよいとする主張²⁴⁹⁾にも一理はあるが、ナチスの独裁が男女普通選挙の下での民主的選挙を端緒としたと考え、行き過ぎた直接民主主義の抑制、全体主義思想の根絶をテーマとするドイツ基本法と、思想統制とクーデター未遂などを経ての全体主義・軍国主義化を踏まえ、自由と民主主義と平和主義の、今日では楽観的にも取れるほどの保障を前面に打ち出した日本国憲法とでは何事も同じというわけではなく、比較憲法的手法としても適切ではない。条文構造も無視できない。「司法権」規定を有する憲法の下では、裁判所が違憲審査権を有することは解釈によって導き出せるものであり、併せて、行政事件などを含む一切の事件でも通常の司法裁判所が管轄権を有する。また、先に確認した通り、「司法」ではない、事件の解決を離れた権限、抽象的違憲審査権を司法裁判所が抱えることも違憲である。ある裁判所が事案の解決に必要であるとき、最高裁やその他の裁判所、もしくは裁判所の一部である別の部に憲法判断のみを仰ぐ制度も同様であろう。これらを覆すには、憲法改正により、憲法に明示的な例外規定を

設ける必要がある。現行日本国憲法上、通常司法裁判所が行えるのは付随的違憲審査であり、また、76条の「司法権」の解釈から、それが行使すべきときは行使せねばならないし、すべきでないときはすべきでないということも動かないものと思われる。

しかしながら、日本の裁判所の不活発さ、特に違憲判決の少なさ²⁵⁰⁾の原因を付随的違憲審査制や司法消極主義的な最高裁の姿勢に求め²⁵¹⁾、憲法裁判所の設立を求める見解も多い²⁵²⁾。戦後の「憲法運用の中で一貫して不活発であった違憲審査を活性化するためには、もはや制度改革の大鉦を振るう以外に道はないという思いつめた気持ちは、否定し去るには重たすぎる」²⁵³⁾ということであろうか。特に、1993年に、最高裁判事であった伊藤正己が、現在の最高裁が、民事訴訟法が1998年に上訴制限を加えるまでは典型的であったのだが、憲法上の争点のない事案を小法廷で多く扱っているため、最高裁の裁判官自身が最高裁を「憲法の裁判所」だと思わなくなっているなどと指摘した²⁵⁴⁾ことは大きかった。伊藤は、憲法裁判所制度こそが世界の趨勢であるとも言う²⁵⁵⁾。根本原因は、戦後改革が不十分で、戦前の司法制度からの接木となったことなのかもしれない²⁵⁶⁾。裁判の長期化も大きな問題であり、改革が必要であるとも指摘された²⁵⁷⁾。更に、付随的違憲審査制のほか、法曹一元を欠き、統一的なヒエラルキーを擁する職業裁判官システムであること、状況の変化を好まない裁判官の姿勢、裁判官に定年制があること、制定法主義のため、裁判所が違憲判断といえば法令違憲と思ひ込み、これに躊躇して合憲判断を積み重ねていること、議院内閣制の下で政治部門が強い上、一党支配が長年続く政治状況にあること、憲法が政治・社会の共通の基礎であるというコンセンサスのない政治風土があること、日本社会がなかなか司法的解決をよしとしない法文化があること、アメリカのような「豊かな憲法訴訟のチャンネル」がなく、また「エクイティ（衡平法）の伝統」もないことなども原因として主張された²⁵⁸⁾。1994年11月に読売新聞社は「読売新聞社憲法改正試案」第1次試案を発表し、ドイツの憲法裁判所制度に似た制度の導入を提唱した²⁵⁹⁾こともあり、憲法裁判

所導入は憲法改正論者頻出の提案事項になってきたようにも思われる。

だが、問題状況を要因の全部ではないが制度的なものがその一つであるなどとして、憲法を改正して憲法裁判所を設置する立憲論、憲法改正論²⁶⁰⁾にも賛成できない。憲法裁判所により一旦出された合憲判決を客観視してしまい、後に実際に生じた事案において不条理な結論が見えても、変更は難しいと考え易い、「和の尊重」が変わらぬ²⁶¹⁾ 法文化の下では、制定された法令に早々に合憲のお墨付きを未来永劫与える機関として運用される危険がある²⁶²⁾。実際、終戦直後に尊属傷害致死重罰規定について合憲判決を下してしまった²⁶³⁾ ため、尊属殺・尊属傷害重罰規定の是正にどれほどの時間がかかったかを想起したい。具体的な事件において、人権を侵害され、その回復を真剣に訴える当事者があり²⁶⁴⁾、「具体的事実と格闘する下級裁判所の裁判官の営み」²⁶⁵⁾ があって、憲法判断の変更があることが重要ではないか²⁶⁶⁾。もしも、全体主義的な政権が誕生し、それが崩壊した後には、ドイツの憲法裁判所が当然のように抱えている、全体主義政党の解散をも権限とする裁判所の設置を真剣に議論する必要があるのかもしれないが、それは、最早、日本国憲法 96 条の予定する憲法改正を超えた議論である。また、一般論として、反対党の全く影響力のないところで憲法裁判機関の構成員が選ばれてしまえば、その機関は政府・与党に追随する傾向が生じてしまう²⁶⁷⁾。況や、一党支配構造の下でをや、である²⁶⁸⁾。憲法裁判所が設立されれば、そこには適切な憲法研究者が多く送り込まれるだろうという楽観的 (あるサイドからすれば悲観的な) 予測は多分に外れるであろう。憲法裁判所の裁判官の人選は、最高裁のそれと比べても、政治的であることが正当化され易そうである。司法権の独立があり、行政裁判も含め憲法判断を最高裁以下の通常司法裁判所に委ね、政治部門が介入しないことが定められていた²⁶⁹⁾ ところ、それではそれも揺らぎかねない。通常司法裁判所の判断と極めて違和感のある判決が積み重ねられる危険すらある。戦後改革の成果の重要な点に、これを「『法と政治』の融合は憲法裁判所において、構造化され深化すると割り切ることも、重要な視点」²⁷⁰⁾ だとして割り切れるのか。割

り切れない日本の法文化と政治文化に鑑みて、大いに疑問が残らないか。

問題の解決には憲法裁判所の設立が必要、と決めてかかる必要はない。前述のように、現在の裁判所制度の下でも、近年の最高裁は広い意味での憲法判断を活性化しつつある。憲法判断を伴う以上、最高裁や下級審の憲法事件専門部に憲法研究者を送り込む、もしくは憲法に詳しい裁判官を配置すべきことにすれば、現状よりは有益になろう。司法機関に対して政治部門への敬讓を求めるあらゆる圧力の排除なくして、憲法裁判所導入論は正当化できまい²⁷¹⁾。それが先である。最高裁による憲法判例の貧困を嘆く多くの主張が、裁判機構の官僚化批判と共通項を多く持つとすれば、問題の解決には、憲法裁判所の導入ではなく、裁判官人事の透明化、法曹一元の実現、裁判員制度の定着、法曹人口の増加と共に、法教育の充実などによって国民の法意識が進化することが早道ではあるまいか²⁷²⁾。芦部信喜も、ドイツで憲法裁判所制度がうまくいっているのは、憲法訴訟が多いこと、人権擁護の府として国民の信頼が厚いこと、憲法裁判所と学界の繋がりが強いことなど、ドイツの特殊事情抜きには語れないと述べる²⁷³⁾。日本で、創設された憲法裁判所が逆に前衛的に過ぎ、「草の根保守」の反発ばかりを喰らっても運用はうまくいかない。日本人の法感覚・憲法感覚が変わらなければ、憲法裁判所の設立で物事が飛躍的によくなることはない。状況うまくいかないのは制度のせいだ、全面改正が必要だと言いたがるのは、社会科学分野の研究者の悪癖でもあることを（法科大学院熱病後の今、憲法改正の旗振り役の顔を見返して）よく認識すべきである²⁷⁴⁾。

ところで、ドイツなどとは異なる独自の違憲審査の手法を採用してきたのがフランスである。フランスでは、1958年の第5共和制憲法制定以来、憲法院（憲法評議会）²⁷⁵⁾が事前の憲法判断を担う。組織法律、議院規則、普通法律及び国際取極に対する合憲性の統制が第1の権限であるが、これ以外にも、立法事項と命令事項の確定なども行なってきた。これは、第5共和制憲法がそれまでとは異なり、行政権の拡大・強化という一般的精神を有し、1799年ナポレオン憲法の護憲元老院や1852年第2帝政憲法の憲法委員会の失敗から、違憲審査

制の設置を抑制した結果なのである²⁷⁶⁾。しかし、その司法不信の伝統に基づく意図に逆らうかのように、憲法院は、1971年7月16日審決²⁷⁷⁾により、第5共和制憲法が「愛執を厳粛に宣言」する1789年の「人及び市民の権利宣言」と1946年の第4共和制憲法前文、そしてその前文が確認した「共和国の諸法律によって承認された基本原理」のうちに結社の自由が含まれると解され、結果、「人及び市民の権利宣言」、第4共和制憲法前文、第5共和制憲法前文に実定的・憲法的価値を承認した。これにより、憲法院は人権保障機能を果たすようになった。そして、1974年の憲法改正により、それぞれ60名の国民議会議員の元老院議員に拡大された。これにより、合憲性の統制に関する審決が、普通法律に関するものについては、それ以前の20倍となり、以前は例外的なものであった普通法律の違憲審査が憲法院の中核機能になったのであった²⁷⁸⁾。2008年には憲法改正により、係争中の裁判において法令に違憲の疑いが生じた場合、内閣院や破棄院から移送を受け、憲法院は合憲性の優先問題 (question prioritaire de constitutionnalité)として違憲審査を行うことができるようになっている²⁷⁹⁾。

日本でも、独立行政委員会(機関)合憲の議論²⁸⁰⁾から類推して、憲法改正を特に必要としない、内閣法制局²⁸¹⁾の改組など²⁸²⁾による(日本型)憲法院の設立は、具体的事案の解決を伴わなければ「司法権」でもなく、その機能を一部で有したとしても終審でなければ許容されよう。つまり、制度によっては、設立は違憲ではない可能性がある。実際、立法過程が強行採決などによって踏み躪られ、内閣法制局が所期の機能を発揮できなくなり、違憲の法令が数多く制定され、一連の安保・防衛立法を典型に、事件発生前に有効な法的審査の機会がなく、精神的自由^にに萎縮的效果を与える法令を事前に差止める手段を欠き、なおかつ白地委任など、法律と命令の関係に裁判所が十分に踏み込めない裁判所頼りの弊害を是正する意味では、検討に値するかもしれない²⁸³⁾。ただ、その機関は、最終的な憲法判断を下し、後の裁判所の判断を拘束することになれば、「司法」でもない機関である特別裁判所の設置、もしくは

は行政機関の終審となってしまうため、具体的事案の解決が必要となるまでの一旦の法的判断というのが限界であろう。事後審査はできまい。また、この機関の審決は一つの「処分」であるため、これを裁判所で争うことで、裁判所による迅速な憲法判断の途も開けるかもしれない。より具体的な分析と提言は今後の課題とする。

おわりに

本稿が後半で述べてきた特別裁判所論は、やはり英米流の「司法」の型とされる事件性の要件に拘束された憲法判断の理論の応用・発展・展開である。そして、このことが、憲法判断を行うための事件性の要件の要請を呼ぶものであることを示唆して、本稿を終えたい。日本国憲法の改正により憲法裁判所が設立されると、「裁判」概念が新たに創設され、その概念は政治的判断を含むものとなり、その機関がどのような事案を取り上げ、どのような判断枠組みで審決や判決をなすのかは、通常司法裁判所の憲法判断とは一般理論が異なってしまうが、「司法」の概念が曖昧となり、多くの裁判が政治的であることを是認することを導きかねず、少数者の人権が軽視され、民主主義の暴走を助長しそうであり、賛同できない。結局、堅実な日本国憲法解釈に回帰すべきであろう。

なお、裁判官の独立の問題、政治が通常政治から外れたときを踏まえて、司法権論や憲法訴訟論がどのようなことを考えるべきか、立法論もしくは立憲論となろうが、憲法裁判所や憲法院についての詳細の検討を重ね、制度的・政策論的提案を行うべきかについては検討未了となった。また、憲法13条の権利と司法審査基準の問題は十分検討していない。そして何よりも、これまで、憲法学サイドが余りにも未開拓のまま放置してきた、刑事手続分野における憲法判断、特に司法審査基準や合憲性判断テストの問題は検討できなかった²⁸⁴⁾。このようなことは提示しきれなかった。今後の課題とする。

- 1) 芦部信喜編『講座憲法訴訟第1-3巻』(有斐閣、1987)。
- 2) 同上第1巻i頁[芦部信喜]。
- 3) 高柳賢三『司法権の優位』(有斐閣、1948)。1958年に増補版あり。序1頁によると、1915-1919年のアメリカ留学の成果である。
- 4) 同上序2頁。
- 5) 同上同頁。
- 6) 芦部信喜「憲法訴訟論の課題」芦部編前掲註1) 書第1巻3頁、4頁。
- 7) この間の1964年9月26日には日米法学会の設立がある。<http://www.kichiju-tokyo.ac.jp/introduction.html> 機関誌アメリカ法も1965年11月には創刊され、そこではアメリカ憲法判例の紹介も活発に行われている。
- 8) その理論的分析としては、長谷部恭男「芦部信喜教授の憲法訴訟論」法律時報59巻9号33頁(1987)がある。
- 9) 学界状況については、君塚正臣=藤井樹也=毛利透『VIRTUAL 憲法』275-277頁(悠々社、2005)[君塚]など参照。
- 10) 札幌地判昭和42年3月29日下刑集9巻3号359頁。本件評釈には、阿部照哉「判批」法学論叢81巻5号99頁(1967)、黒田了一「判批」ジュリスト増刊『昭和41・42年度重要判例解説』136頁(1968)、石川才顕「判批」團藤重光編『刑法判例百選』〔新版〕16頁(1970)、小林武「判批」法セミ増刊『憲法裁判』68頁(1983)、大久保史郎「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕342頁(法律文化社、1994)、中谷実「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕208頁(有斐閣、1996)、今関源成「判批」右崎正博=浦田一郎編『基本判例1—憲法』184頁(法学書院、1999)、倉持孝司「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル—憲法I』38頁(三省堂、2000)、尾形健「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法II』304頁(悠々社、2010)、芦部信喜「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選II』〔第6版〕364頁(2013)などがある。同事件被告弁護人によるものとして、内藤功「『論』より『証拠』」法セミ増刊『憲法裁判』242頁(1983)、同「恵庭事件」自由と正義38巻5号25頁(1987)、同「恵庭事件」自由法曹団編『憲法判例をつくる』12頁(1998)、同「恵庭事件—威武に屈せぬ面魂」労働法律旬報1471=1472号32頁(2000)などがある。このほか、「特集・恵庭裁判」ジュリスト370号(1967)、「特集・恵庭裁判」法律時報39巻5号1頁(1967)、「特集・違憲審査制」同39巻9号(1967)、長谷川正安「恵庭判決」法学セミナー134号49頁(1967)、同「恵庭事件のゆくえ」エコノミスト45巻15号42頁(1967)、有倉達吉「恵庭判決」法学セミナー135号13頁(1967)、河上和雄「恵庭事件の憲法的意義」法律のひろば20巻6号31頁(1967)、新井隆一「違憲立法審査の現在の問題」同8号23頁(1967)、「自

憲隊法第 121 条」時の法令 603 号 8 頁 (1967)、植松正「泰山鳴動して単一匹」同 11 頁、「特集・恵庭事件」自由と正義 18 卷 3 号 42 頁 (1967)、「特集・恵庭事件の総合的研究」現代の眼 8 卷 6 号 44 頁 (1967)、深瀬忠一『恵庭裁判における平和憲法の弁証』(日本評論社、1967)、同「恵庭裁判の経緯と争点」世界 259 号 46 頁 (1967)、同「平和憲法はたたかって守られ発展する」杉原泰雄 = 樋口陽一編『日本国憲法 50 年と私』167 頁 (岩波書店、1997)、渡辺洋三 = 松井康浩編『恵庭事件』(労働旬報社、1967)、風早八十二『憲法裁判—恵庭事件と自衛隊』(新日本出版社、1967)、高木武「自衛隊法 121 条への憲法的視点と実定的解釈—恵庭事件における」東洋大学法学部編『東洋大学創立八十周年記念法学論文集』205 頁 (東洋大学法学部、1967)、小林直樹「憲法政治の点検—施行 20 年目の憲法機能の検討」世界 259 号 29 頁 (1967)、平泉渉ほか「座談会・憲法第 9 条の現実をどう見るか」同 72 頁、佐藤功「恵庭判決—政治を避けた『政治的』裁判」朝日ジャーナル 9 卷 16 号 (1967)、針生誠吉「恵庭判決と憲法裁判の限界」日本の科学者 2 卷 1 号 2 頁 (1967)、田畑巖穂「恵庭事件と憲法第 9 条」日本及日本人 1448 号 32 頁 (1967)、宮本吉夫「恵庭判決の政治的意義」自由民主政策月報 137 号 6 頁 (1967)、佐伯静治「『憲法第 9 条』の解釈」月刊社会党 120 号 111 頁 (1967)、星野安三郎「恵庭事件判決と日本の軍事化」同 122 号 59 頁 (1967)、瀬戸山登一「自衛隊と恵庭判決」八幡大学論集 18 卷 1=2=3 号 109 頁 (1967)、鈴木安蔵「恵庭事件の示すもの」文化評論 68 号 42 頁 (1968)、鈴木房太郎「恵庭裁判について」宮城学院女子大学研究論文集 31 号 1 頁 (1968)、上野裕久「自衛隊の違憲性—恵庭事件」針生誠吉ほか『日本の憲法判例』35 頁 (敬文堂、1969)、小笠原謙蔵「砂川及び恵庭判決を顧みて」自由民主政策月報 166 号 70 頁 (1969)、和田英夫「恵庭事件」田中二郎ほか編『戦後政治裁判史録 3』409 頁 (第一法規、1980)、中村睦男 = 常本照樹『憲法裁判 50 年』39 頁以下 (悠々社、1997) [中村]、中村睦男ほか編『教材憲法判例』〔第 4 版〕24 頁以下 (北海道大学図書刊行会、2000)、小林直樹『平和憲法と共生 60 年—憲法第 9 条の総合的研究に向けて』249 頁以下 (慈学社、2006) など参照。

- 11) 最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 卷 5 号 1043 頁。本件評釈には、中川善之助「判批」法学セミナー 136 号 49 頁 (1967)、和田英夫「判批」法律のひろば 20 卷 7 号 6 頁 (1967)、柳瀬良幹「判批」判例時報 485 号 3 頁 (1967)、南博方「判批」判例評論 104 号 5 頁 (1967)、奥平康弘「判批」同 10 頁、渡部吉隆「判批」法曹時報 19 卷 8 号 181 頁 (1967)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇昭和 42 年度』244 頁 (法曹会、1968)、塩田庄兵衛「判批」労働法律旬報 637 号 3 頁 (1967)、茂手木茂夫「判批」社会保障 425 号 12 頁 (1967)、森順次「判批」ジュリスト 398 号 311 頁 (1968)、同「判批」ジュリスト増刊『昭和 41・42 年度重要判例解説』148 頁 (1968)、芦部信喜「判批」法学協会雑誌 85 卷 7 号 106 頁 (1968)、松本昌税「判批」中京法学 2 卷 3 号 75 頁 (1968)、永井憲一「判批」立正法学 1 卷 2 号 99 頁 (1968)、S・H・E「判批」時の法令 681 号 55 頁

(1969)、坂本重雄「判批」民商法雑誌68巻6号93頁(1973)、中村陸男「判批」佐藤進=西原道雄編『社会保障判例百選』8頁(1977)、小川政亮「判批」同12頁、隅野隆徳「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕154頁(有斐閣、1977)、矢野邦雄「判批」雄川一郎編『行政判例百選Ⅱ』382頁(1979)、古川純「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』73頁(1983)、渡辺良夫「判批」自由と正義38巻5号29頁(1987)、杉村敏正「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ』〔第2版〕280頁(1988)、小林孝輔「判批」『判例教室 憲法』〔新版〕276頁(法学書院、1989)[中川義朗、佐藤進「判批」佐藤ほか編『社会保障判例百選』〔第2版〕4頁(1991)、田中館照橋「判批」塩野宏=小早川光郎編『行政判例百選Ⅰ』〔第3版〕32頁(1993)、鳥居喜代和「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕247頁(1994)、「判批」新堂幸司ほか編『民事訴訟法判例百選Ⅱ』〔新法対応補正版〕447頁(1998)、木下智史「判批」法学教室217号56頁(1998)、同「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル—憲法Ⅱ』216頁(三省堂、2000)、前田雅子「判批」塩野宏ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第4版〕32頁(1999)、上田勝美「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕290頁(2000)、新井章「判批」法と民主主義366号15頁(2002)、河野正輝「判批」西村健一郎=岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第4版〕4頁(2008)、井上英夫「判批」同170頁、藤井樹也「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』187頁(悠々社、2010)、前田雅子「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第6版〕38頁(2012)、葛西まゆこ「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕292頁(2013)、尾藤廣喜「判批」賃金と社会保障1608号4頁(2014)、木下秀雄「判批」岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第5版〕4頁(2016)などがある。このほか、佐藤進「朝日訴訟上告審をめぐる問題点—生存権保障と生活保護基準をめぐる司法審査の底にあるもの」判例時報454号3頁(1966)、「特集・朝日訴訟と生活保護」ジュリスト374号22頁(1967)、「特集・朝日訴訟」労働法律旬報632号3頁(1967)、「特集・朝日判決と社会保障の論理—朝日事件最高裁判決批判」法律時報39巻8号4頁(1967)、菊池勇夫ほか「朝日訴訟最高裁判決をめぐる」判例時報481号3頁(1967)、「生活保護受給権は承継できない—憲法25条はプログラム規定—朝日訴訟事件最高裁判決(上、下)時の法令609号44頁、610号49頁(1967)、大須賀明「生存権の性格—朝日訴訟」法学セミナー243号46頁(1975)、新井章(聞き手林治)「私の原点—若手弁護士が聴く3—人間裁判・朝日訴訟」法と民主主義433号43頁(2008)、同「憲法25条を武器に」法と民主主義461号22頁(2011)、小中信幸「『朝日訴訟』を顧みて」法学セミナー674号40頁(2011)、尾形健「老齡加算廃止違憲訴訟をめぐる」同志社法学64巻7号773頁(2013)、山田隆司「『生活保護』と朝日訴訟」法学セミナー714号66頁(2014)などもある。

- 12) 最大判昭和43年12月18日刑集22巻13号1549頁。本件評釈には、木梨節夫「判批」ジュリスト420号59頁(1969)、同「判批」法曹時報21巻4号172頁(1969)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和43年度』474頁(法曹会、

- 1969)、阿部照哉「判批」ジュリスト 459号 87頁 (1970)、同「判批」伊藤正己編『マスコミ判例百選』154頁 (1971)、夏目文雄「判批」藤木英雄編『続刑法判例百選』116頁 (1971)、藤田達朗「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕152頁 (法律文化社、1994)、市川正人「判批」法学教室 202号 70頁 (1997)、清水睦「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第4版〕126頁 (2000)、工藤達朗「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル—憲法Ⅱ』70頁 (三省堂、2000)、君塚正臣「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』113頁 (悠々社、2010)、西土彰一郎「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕128頁 (2013) などがある。
- 13) 最大判昭和 44 年 10 月 15 日刑集 23 卷 10 号 1239 頁。本件評釈には、奥平康弘「判批」ジュリスト 440号 66頁 (1969)、福田平「判批」法律のひろば 22 卷 12 号 12頁 (1969)、和田英夫「判批」判例評論 130号 18頁 (1969)、石村善治「判批」ジュリスト臨時増刊 456号『昭和 44 年度重要判例解説』18頁 (1970)、前田信二郎「判批」團藤重光編『刑法判例百選』〔新版〕174頁 (1970)、新井隆一「判批」法学セミナー 171号 129頁 (1970)、平出禾「判批」法律のひろば 23 卷 2 号 24 頁 (1970)、同「判批」警察研究 43 卷 2 号 100 頁 (1972)、中山研一「判批」判例タイムズ 242 号 10 頁 (1970)、坂本武志「判批」法曹時報 22 卷 5 号 159 頁 (1970)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和 44 年度』497 頁 (法曹会、1970)、田中久智「判批」ジュリスト 443 号 73 頁 (1970)、同「判批」伊藤正己＝堀部政男編『マスコミ判例百選』〔第 2 版〕32 頁 (1985)、野阪滋男「判批」慶大法学研究 45 卷 7 号 87 頁 (1972)、筑間正泰「判批」同 122 頁、真野英一「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 3 版〕238 頁 (1976)、岩井宜子「判批」平野龍一ほか編『刑法判例百選Ⅱ』78 頁 (1978)、平田友三「判批」研修 362 号 95 頁 (1978)、庭山英雄「判批」平野龍一ほか編『刑事訴訟法判例百選』〔第 5 版〕244 頁 (1986)、市川正人「判批」法学教室 203 号 52 頁 (1997)、清水英夫「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第 2 版〕86 頁 (1988)、小早川義則「判批」松尾浩也＝井上正仁編『刑事訴訟法判例百選』〔第 6 版〕208 頁 (1992)、工藤達朗「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル 憲法Ⅱ』62 頁 (三省堂、2000)、佐々木弘通「判批」堀部政男＝長谷部恭男編『メディア判例百選』114 頁 (2005)、阪口正二郎「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第 5 版〕118 頁 (2007)、君塚正臣「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』106 頁 (悠々社、2010)、右崎正博「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第 6 版〕122 頁 (2013) などがある。このほか、S・H・E「マルキ・ド・サドの『悪徳の栄え』(続)は、やはりわいせつ罪の対象になる文書である(1-3)」時の法令 698 号 52 頁、699 号 51 頁 (1969)、700=701 号 115 頁 (1970) などもある。
- 14) 最大判昭和 48 年 12 月 12 日民集 27 卷 11 号 1536 頁。本件評釈には、坂本重雄「判批」ジュリスト臨時増刊 565 号『昭和 48 年度重要判例解説』184 頁 (1974)、萩澤清彦「判

批] 萩沢編『労働判例百選』〔第3版〕32頁(1974)、小林直樹「判批」法律時報46巻2号72頁(1974)、山口浩一郎「判批」判例タイムズ306号11頁(1974)、「判批」時の法令847号51頁(1974)、遠藤きみ「判批」民事研修203号58頁(1974)、安田毅「判批」法と民主主義85号41頁(1974)、瀬元美知男「判批」季刊労働法92号225頁(1974)、堀梧「判批」労働法律旬報849号48頁(1974)、花見忠「判批」日労研資料27巻12号3頁(1974)、同「判批」ジュリスト580号133頁(1975)、稲田陽一「判批」岡山大学法学会雑誌23巻3=4号65頁(1974)、清水睦「判批」白門26巻3号4頁(1974)、富澤達「判批」法曹時報27巻1号209頁(1975)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇昭和48年度』302頁(法曹会、1977)、阿部照哉「判批」民商法雑誌71巻5号927頁(1975)、同「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕4頁(有斐閣、1977)、同「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』14頁(有斐閣、1985)、杉原泰雄「判批」法学セミナー240号36頁(1975)、早稲田大学法学部新井研究室「判批」同245号142頁(1975)、東法子「判批」手形研究253号56頁(1977)、安枝英紳「判批」労働判例365号21頁(1981)、野中俊彦「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』92頁(1983)、萬井隆令「判批」萩沢清彦編『労働判例百選』〔第5版〕22頁(1989)、同「判批」龍谷法学40巻1号72頁(2007)、小林孝輔「判批」『判例教室 憲法』〔新版〕124頁(法学書院、1989)、林修三「判批」『判例解説 憲法編4』435頁(ぎょうせい、1989)、深瀬忠一「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選I』〔第3版〕22頁(1994)、澤野義一「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕66頁(法律文化社、1994)、辻秀典「判批」山口浩一郎ほか編『労働判例百選』〔第6版〕20頁(1995)、石橋主税「判批」同24頁、棟居快行「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕14頁(有斐閣、1996)、近藤敦「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法I』160頁(三省堂、2000)、島田陽一「判批」菅野和夫ほか編『労働判例百選』〔第7版〕20頁(2002)、家田愛子「判批」同24頁、野坂泰司「判批」法学教室300号130頁(2005)、大内伸哉「判批」法学教室331号116頁(2008)、同「判批」同335号61頁(2008)、中窪裕也「判批」村中孝史=荒木尚志編『労働判例百選』〔第8版〕24頁(2009)、井村真己「判批」同28頁、君塚正臣「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法I』14頁(悠々社、2010)、小山剛「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選I』〔第6版〕24頁(2013)、名古道功「判批」村中孝史=荒木尚志編『労働判例百選』〔第9版〕18頁(2016)、阿部未央「判批」同22頁などがある。このほか、有倉達吉「思想・信条による解雇の不合理性不当性と憲法的視点」労働法律旬報727号3頁(1970)、同「三菱樹脂事件最高裁判決の憲法的評価」法学セミナー220号2頁(1974)、磯田進「経歴詐称を理由とする本採用拒否・解雇の法的问题点」労働法律旬報727号7頁(1970)、安田毅「本採用拒否事件をめぐる思想・信条の自由をまもる闘いと課題」同27頁(1970)、松岡三郎「我妻『意見書』と労働法」法律時報43巻5号15頁(1971)、同「企業の自由と信条」法学セミナー220号10頁(1974)、

同ほか「特別企画・三菱樹脂本採用拒否事件」労働判例 190 号 3 頁 (1974)、奥平康弘「基本的人権としての思想・信条の自由の法的性格と意義」労働法律旬報 727 号 15 頁 (1970)、「特集・三菱樹脂解雇事件」法律時報 43 卷 5 号 8 頁 (1971)、「特集・三菱樹脂最高裁判決」ジュリスト 553 号 17 頁 (1974)、片岡昇＝本多淳亮「労働者の政治活動の自由—労働判例理論の再検討」法律時報 46 卷 3 号 35 頁 (1974)、高野達男「働く者の思想と信条」法学セミナー 220 号 24 頁 (1974)、「特集・三菱樹脂事件の意義と問題点」法律のひろば 27 卷 3 号 4 頁 (1974)、和田英夫「三菱樹脂訴訟判決についての感想」判例時報 724 号 3 頁 (1974)、阿部照哉「人権規定の私法関係への適用」同 6 頁、田口精一「会社職員の採用と思想、信条による差別」同 9 頁、川井健「憲法における人権保障規定の私法的効力」同 12 頁、佐藤昭夫「思想・信条の自由と私的自治の限界」同 15 頁、花見忠「思想の自由と雇用関係」同 62 頁、同「労働契約と思想・信条の自由」ジュリスト 580 号 (1975)、川添利幸＝横井芳弘「本採用の拒否と思想・信条の自由」判例評論 181 号 2 頁 (1974)、正田彬＝花見忠＝羽井常喜「採用拒否の合理的理由は何か—三菱樹脂判決を徹底検討する」季刊労働法 91 号 62 頁 (1974)、辻村みよ子＝浦田一郎＝金沢隆樹「思想・信条の自由—三菱樹脂事件最高裁判決をめぐる」一橋研究 27 号 93 頁 (1974)、森田友喜「基本的人権規定の私人相互間への適用について」沖縄大法学論叢 1 卷 1 号 1 頁 (1975)、作間忠雄「私法関係における基本的人権の保障」明学大法学研究 29 号 3 頁 (1983)、棟居快行『人権論の新構成』105 頁以下 (信山社、1992)、同『憲法学再論』248 頁以下 (2001)、芹澤齊「法人に人権?—三菱樹脂事件にみる労働者の人権侵害とは」法学セミナー 503 号 38 頁 (1996)、中村睦男ほか編『教材憲法判例』〔第 4 版〕107 頁以下 (北海道大学図書刊行会、2000)、播磨信義ほか編『新・どうなっている!? 日本国憲法』56-57 頁 (2002)、井上典之「私法関係と憲法の効力」法学セミナー 628 号 82 頁 (2007)、山田隆司「『高度経済成長』と三菱樹脂事件」同 721 号 60 頁 (2015)、君塚正臣「三菱樹脂事件—復活の日なき無効力論・直接効力論」長谷部恭男編『論究憲法』79 頁 (有斐閣、2017) などもある。

- 15) 芦部前掲註 6) 論文 5 頁。
- 16) 芦部信喜「憲法訴訟研究会報告の連載にあたって」ジュリスト 765 号 14 頁 (1982)。同研究会は、1999 年の芦部の逝去後は戸松秀典を中心に運営されていたが、主宰後継者がなく、2010 年 12 月 18 日をもって閉会となった。2011 年 11 月 19 日から、「合衆国最高裁判例研究会」(紙谷雅子主宰) がほぼ隔月で開かれている。
- 17) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973)。
- 18) 芦部信喜『現代人権論』(有斐閣、1974)。
- 19) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』(有斐閣、1981)。
- 20) 芦部信喜『人権と憲法訴訟』(有斐閣、1994)。

- 21) 芦部信喜『人権と議会議政』(有斐閣、1996)。
- 22) 芦部信喜『宗教・人権・憲法学』(有斐閣、1999)。
- 23) 憲法訴訟に関する著書だけでも、清水望「違憲審査制について」早稲田政治経済学雑誌162号47頁(1960)、同「違憲審査制—法学カレッジ」綜合法学5巻8号20頁(1962)、一円一億「憲法裁判」公法研究24号43頁(1962)、同『憲法と違憲審査』(日新書房、1968)、横田喜三郎『違憲審査』(有斐閣、1968)、宇都宮静男「司法審査制の問題点(1)」駒澤大政治学論集3号1頁(1976)、藤井俊夫『憲法訴訟の基礎理論』(成文堂、1981)、同『憲法訴訟と違憲審査基準』(成文堂、1985)、同『司法権と憲法訴訟』(成文堂、2007)[以下、藤井前掲註23]Ⅱ書、と引用)、芦部信喜還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣、1985)、鶴飼信成『司法審査と人権の法理—その比較憲法史的研究』(有斐閣、1984)、塚本重頼『アメリカ憲法研究—違憲性の審査基準』(酒井書店、1985)、土居靖美『アメリカ憲法と司法審査基準の研究』(嵯峨野書院、1985)、市川正人「違憲審査制と憲法学—『批判的憲法訴訟論』の構築に向けて」法の科学15号161頁(1987)、小林節『政治問題の法理』(日本評論社、1988)、渋谷秀樹『憲法訴訟における主張の利益』(大阪府立大学経済学部、1988)、同『憲法訴訟要件論』(信山社出版、1995)、同『憲法訴訟の軌跡と展望』(勁草書房、2015)、中谷実編『憲法訴訟の基本問題』(法曹同人、1989)、同『日本における司法消極主義と積極主義Ⅰ』(勁草書房、2015)、戸松秀典『平等原則と司法審査』(有斐閣、1990)、同『立法裁量論』(有斐閣、1993)、同『憲法訴訟』[第2版](有斐閣2008)[以下、戸松前掲註23]Ⅲ書、と引用)、同『プレップ憲法訴訟』(弘文堂、2011)、同=野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』(有斐閣2012)、松井茂記『司法審査と民主主義』(有斐閣、1991)、井上典之『司法的人権救済論』(信山社、1992)、憲法理論研究会編『違憲審査制の研究』(敬文堂、1993)、芦部信喜=安念潤司ほか「特集・違憲審査制の現在」ジュリスト1037号6頁(1994)、野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』(有斐閣、1995)、佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』(有斐閣、1995)[以下、佐々木前掲註23]Ⅰ書、と引用)、同『対話的違憲審査の理論』(三省堂、2013)[以下、佐々木前掲註23]Ⅱ書、と引用)、高橋和之『憲法判断の方法』(有斐閣、1995)、同『体系憲法訴訟』(岩波書店、2017)[以下、高橋前掲註23]Ⅱ書、と引用)、時国康夫『憲法訴訟とその判断の手法』(第一法規出版、1996)、林屋礼二『憲法訴訟の手続理論』(信山社、1999)、小林武『憲法判例論』(三省堂、2002)、諸橋邦彦『違憲審査制の論点』(国立国会図書館調査及び立法考査局、2006)、初宿正典ほか『憲法 Cases and Materials—憲法訴訟』(有斐閣、2007)、遠藤比呂通『市民と憲法訴訟』(信山社出版、2007)、新正幸『憲法訴訟論』[第2版](信山社、2010)、山川洋一郎『報道の自由』(信山社、2010)、樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす—下級審判決からのアプローチ』[新版](日本評論社、2011)、山田隆司『最高裁の違憲判決—「伝家の宝刀」をなぜ抜かないのか』(光文社、2012)、駒村圭吾『憲法訴訟の現代的転回—憲法的論証を求めて』(日本評論社、2013)、永田秀樹=松井幸夫編『基

- 礎から学ぶ憲法訴訟』〔第2版〕(法律文化社、2015)、国立国会図書館調査及び立法考査局編『違憲審査制の論点』〔改訂版〕(国立国会図書館調査及び立法考査局、2016)、千葉勝美『違憲審査—その焦点の定め方』(有斐閣、2017)など多数ある。
- 24) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』〔第6版〕(岩波書店、2015)。初版は1993年。芦部本人による最後は、1999年の新版補訂版である。
 - 25) 外国憲法研究を除く司法審査制研究として、覚道豊治「法律の合憲性審査についての一考察」法学叢論56巻5=6号52頁(1949)、同「最高裁判所への違憲提訴」阪大法学6号68頁(1953)、同「憲法裁判の作用とその限界」公法研究12号34頁(1955)、同「条約と違憲立法審査権」季刊法律学28号167頁(1959)、同「違憲法律の効力」阪大法学72=73号1頁(1970)、同「統治行為」ジュリスト638号172頁(1977)などがある。
 - 26) その理論的分析としては、市川正人「佐藤幸治教授の憲法訴訟論」法律時報59巻9号39頁(1987)がある。
 - 27) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(日本評論社、1984)。
 - 28) 佐藤幸治『現代国家と司法権』(有斐閣、1988)。
 - 29) 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』(有斐閣、2002)。
 - 30) 佐藤幸治『現代国家と人権』(有斐閣、2008)。
 - 31) 司法権に関する著書は、戦前から司法権の独立に関するものは多いが、司法権の役割や憲法上の限界を論じたものは、藤井俊夫『事件性と司法権の限界』(成文堂、1992)、佐藤幸治還暦記念『現代立憲主義と司法権』(青林書院、1998)、佐藤幸治古稀記念『国民主権と法の支配』(成文堂、2008)、長谷部恭男『司法権をめぐる論点』(国立国会図書館調査及び立法考査局、2004)などに留まる。
 - 32) 佐藤前掲註28)書46頁以下など参照。
 - 33) 「アメリカ連邦最高裁公法判例の動向(1979年～80年開廷期)」判例タイムズ451号6頁(1981)以降。研究会は「関西アメリカ公法学会」と改名して、現在も継続中。
 - 34) 佐藤幸治『憲法』〔第3版〕(青林書院、1995)。初版は1981年、新版は1990年に刊行。この実質的改訂版(第4版)と言えるものが同『日本国憲法論』(成文堂、2011)である。
 - 35) 佐藤幸治『立憲主義について—成立過程と現代』(左右社、2015)。
 - 36) 佐藤幸治『世界史の中の日本国憲法—立憲主義の史的展開を踏まえて』(左右社、2015)。
 - 37) 松井茂記「憲法訴訟論への展望—現代司法権の展開と憲法学(2)」ジュリスト881号116頁、121頁(1987)は、佐藤を、「芦部教授が依拠した政治的法学とは異なるが、70年代展開してきたリベラルな道徳哲学に基づく司法審査理論を典型的に示し」たと評した。
 - 38) 大判大正2年7月11日刑録19輯17巻790頁。本件評釈には、美濃部達吉「判批」法

学協会雑誌38巻4号525頁(1920)などがある。園部逸夫「違憲審査の法理」法曹時報47巻11号1頁、5頁注1による。村上・大正・昭和戦前期における判決例の研究(1)「明大法律論叢」86巻2=3号135頁、144頁(2013)も参照。

- 39) 行判昭和2年12月27日行録38輯12巻1330頁など。専ら、園部同上による。
- 40) 詳細は、宍戸常寿「日本憲法史における『憲法裁判権』—『憲法裁判権の動態—ドイツ憲法研究ノート』補論」東京都立大法学会雑誌45巻2号1頁、17頁以下(2005)などが詳しい。
- 41) 君塚正臣編『高校から大学への法学』62-63頁(法律文化社、2016)[君塚]など参照。
- 42) 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号265頁。本件評釈には、大塚仁「判批」ジュリスト532号49頁(1973)、平野龍一「判批」法律時報45巻6号55頁(1973)、和田英夫「判批」法学セミナー211号2頁(1973)、佐藤勲平「判批」法律のひろば26巻6号34頁(1973)、植松正「判批」同8号33頁、香川達夫「判批」判例評論172号34頁(1973)、同「判批」ジュリスト臨時増刊565号『昭和48年度重要判例解説』132頁(1974)、金沢文雄「判批」判例タイムズ297号2頁(1973)、田尾勇「判批」法曹時報25巻12号175頁(1973)、中谷瑾子=宮崎好広「判批」慶大法学研究46巻7号110頁(1973)、三原憲三「判批」創価法学3巻1号37頁(1973)、久保田きぬ子「判批」ジュリスト臨時増刊565号『昭和48年度重要判例解説』9頁(1974)、上田健二=大谷実「判批」法学セミナー237号135頁(1975)、田尾勇「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和48年度』109頁(法曹会、1975)、西原春夫「判批」法学セミナー259号50頁、260号32頁(1976)、畑博行「判批」同259号90頁(1976)、大須賀明「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第3版〕16頁(1977)、同「判批」樋口陽一=野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第2版〕46頁(1996)、小嶋和司「判批」芦部信喜編『憲法判例百選Ⅰ』32頁(1980)、棟居快行「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』86頁(1983)、渡邊靖子「判批」研修418号103頁(1983)、井上祐司「判批」平野龍一=松尾浩也編『刑法判例百選Ⅱ(各論)』〔第2版〕8頁(1984)、大貫正一「判批」自由と正義38巻5号37頁(1987)、小嶋和司=赤坂正浩「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選Ⅰ』〔第2版〕42頁(1988)、林修三「判批」『判例解説 憲法編4』193頁(ぎょうせい、1989)、澤野義一「判批」上田勝美編『ゼミナール 憲法判例』〔増補版〕78頁(法律文化社、1994)、若狭勝「判批」研修577号59頁(1996)、赤坂正浩「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第4版〕62頁(2000)、糠塚康江「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル憲法Ⅰ』190頁(三省堂、2000)、野坂泰司「判批」法学教室302号71頁(2005)、小林武「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕62頁(2007)、岩井宜子「判批」法学教室350号10頁(2009)、高井裕之「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』39頁(悠々社、2010)、中林暁生「判批」法学セミナー688号50頁(2012)、渡辺康行「判批」長谷

- 部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕60頁(2013)、山田隆司「判批」法学セミナー716号62頁(2014)などがある。このほか、利谷信義「尊属殺違憲判決とその後(日本における家族観の変遷と法1-3)―尊属重罰規定を中心として」法学セミナー213号17頁、214号98頁、215号21頁(1973)、ホセ・ヨンバルト「日本国憲法解釈の問題としての「個人の尊重」と「人間の尊厳」(上、下)―尊属殺違憲判決をめぐる」判例タイムズ377号8頁、378号13頁(1979)、井上典之「ロー・クラス判例にみる憲法実体論(4)―平等保障と平等審査の方法」法学セミナー76頁(2005)などもある。
- 43) これについては、亡夫の親殺しの事案で、尊属殺人重罰規定である刑法200条を適用せず、一般殺人罪の刑法199条で処断した例があり、最高裁にも疑問があったことを示唆していた。最大判昭和32年2月20日刑集11巻2号824頁。本件評釈には、鍛冶良堅「判批」明大法律論叢31巻1号119頁(1957)、福田秀策「判批」北海道大学法学会論集8巻3=4号122頁(1958)、植田重正「判批」関西大学法学論集8巻1号75頁(1958)、中川淳「判批」民商法雑誌38巻5号867頁(1959)、吉川由己夫「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説刑事篇昭和32年度』120頁(法曹会、1958)、西原春夫「判批」法学セミナー259号50頁、260号32頁(1976)などがある。このほか、中林暁生「ロー・クラス憲法ゼミナール(part2)コンテクストを読む(第13回)―判例のコンテクストを読む」法学セミナー688号50頁(2012)などもある。
- 44) 松井茂記「最高裁判所が果たすべき役割―憲法訴訟の半世紀を振り返って」自由と正義48巻5号24頁、29頁(1997)。
- 45) 松井茂記「憲法訴訟論への展望―現代司法権の展開と憲法学(1)」ジュリスト880号119頁(1987)は、「我が国の司法権がアメリカを範にしたものだという認識にも拘わらず、果たして我が国の制度はアメリカのそれと何処まで同じで何処から異なるのかの考察は、これまで必ずしも自覚的に検討されてはこなかった」と指摘していた。
- 46) 浦部法穂「憲法訴訟論」法律時報58巻6号60頁(1986)など。
- 47) 芦部前掲註6)論文5頁が取り上げるのは、小林直樹「憲法保障と裁判所」法セミ増刊『現代の裁判』31頁(1984)である。芦部論文9頁注4は、このほかに、長谷川正安「憲法判例の研究―方法と課題」法律時報57巻6号23頁(1985)、小林節「憲法訴訟論の意義と限界」同40頁、諸根貞夫「現代司法状況と『裁判を受ける権利』」法の科学14号6頁(1986)、小林武「憲法訴訟の現状」同105頁、大久保史郎「アメリカ憲法理論の現段階・覚書」名古屋大学法政論集109号65頁(1986)を取り上げる。
- 48) 奥平康弘「憲法訴訟の軌跡と理論」法セミ増刊『憲法訴訟』2頁、20頁(1983)。
- 49) 浦部前掲註46)論文67頁。
- 50) 大久保史郎「憲法裁判と憲法訴訟論(上)」法律時報70巻1号42頁、43頁(1998)。

- 51) 関連して、法や政治、経済、社会の問題について「〇〇大学教授」の肩書きで発言する者が、実は文学研究者であるなど、社会科学分野の専門性を軽んずる、延いては学問を軽んずる者があることを憂慮しておく。2016年、首相の私的諮問機関「天皇の公務の負担軽減等に関する有識者会議」のヒアリングに集結した16名のうち、中庸な考えに立つ解釈学者という意味での「憲法学者」は辛うじて高橋和之のみであり、有識者会議に行政法学者が1名しかなかったことも含め、日本国憲法が天皇の退位についていかなる立場を取るかについて専門的見識が示されたとは到底言えなかったし、それは意図的に見えた。
- 52) 君塚正臣「統・私立大学入学試験『政治・経済』における日本国憲法の扱いについて—司法制度改革・法教育の導入以降」横浜国際社会科学研究所20巻3号15頁、35頁図(2015)など参照。当時の朝日新聞や中日新聞のアンケートに回答しなかった憲法研究者の立場を更に推理すると、状況はよりリアルになろうか。
- 53) 比較憲法学について、君塚正臣編『比較憲法』1頁以下(ミネルヴァ書房、2012)[君塚]が論じてきたところである。
- 54) この点で、佐々木前掲註23)Ⅱ書3頁が、「従来の議論では、違憲審査と民主主義の緊張関係が過度に強調される傾向がある」と指摘し、同書5頁が指摘するように、「時間の流れの中でダイナミックな相互作用として動的にとらえ、」「最高裁の憲法判断に対する国会などの対応をも検討す」べきだと述べていることは、佐藤幸治などが裁判所を「法原理機関」と呼んだのと対照的に思える。ただ、この種の議論は、統治機構間の「均衡と抑制」の切り取られた一場面と考えれば済むことである。また、和解や説諭により、憲法裁判ではない通常の民事・刑事・行政訴訟の裁判当事者との間にもこの種の機能は認められる。だが、死刑判決も「対話」である、と言われても、被告人は納得できない。結局、憲法裁判に特化してこの議論が述べたかった点は、抽象的違憲審査制下での消極的立法権までは有さない最高裁が、最終的な法改正、行政の慣行の変更をどのように導くかなのであろう。だが、この議論の「解釈」が進んで、違憲状態が改善されない主犯が、国会の怠慢ではなく、最高裁の交渉力不足に摺り替えられることは危惧する。そうなれば、「民主主義」や国会を優位とする憲法観となってしまうが、日本国憲法の予定したモデルなのかは疑問である。裁判所は、最終的な法的解決を言い放つイメージで悪くないのではないか。
- 55) 遠藤比呂通「憲法救済法への試み(1)」国家学会雑誌101巻11=12号1頁、2頁(1988)も、「憲法訴訟論の特徴」の第1に「判例理論の分析」を挙げる。
- 56) 戸松秀典「日本の司法審査」芦部編前掲註1)書第1巻179頁、192頁。
- 57) 戸波江二「司法権・違憲審査制の50年」法律時報66巻6号85頁、86頁(1994)。特に、初期の頃は、「公共の福祉」による人権制約は認められるとの判示をもって規制を合憲とする論法が目立った。松井前掲註44)論文26頁など参照。

- 58) 只野雅人「違憲審査立法制」法学セミナー 576号 91頁、926頁(2002)。
- 59) 大久保史郎「憲法裁判と憲法訴訟論(中)」法律時報 70巻4号 43頁、44頁(1998)。君塚正臣「判批」阪大法学 41巻4号 501頁、513-514頁(1992)も参照。
- 60) 新井章「憲法裁判 50年の軌跡と展望」ジュリスト 1076号 16頁、17頁(1995)。
- 61) 例えば、芦部信喜=大野正男=香城敏磨=杉原泰雄=園部逸夫「研究会・憲法判例の30年—学説と実務との関連において」ジュリスト 638号 452頁(1977)、芦部信喜=川添利幸=香城敏磨=時国康夫=戸松秀典=山川洋一郎「研究会・憲法判断の基準と方法」同 789号 14頁(1983)、芦部信喜=香城敏磨=佐藤幸治=高橋和之「研究会・憲法裁判の客観性と創造性」同 835号 6頁(1985)など。
- 62) 最大判平成 14年 9月 11日民集 56巻7号 1439頁。本件評釈には、高佐智美「判批」法学セミナー 576号 115頁(2002)、井上典之「判批」ジュリスト臨時増刊 1246号『平成 14年度重要判例解説』19頁(2003)、尾島明「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例 1 公法編』53頁(有斐閣、2003)、同「判批」法曹時報 57巻4号 223頁(2005)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成 14年度下』598頁(法曹会、2005)、牛嶋仁「判批」法令解説資料総覧 253号 92頁(2003)、金村敏彦「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成 14年』312頁(ぎょうせい、2003)、貝阿彌誠=高田公輝「判批」判例タイムズ臨時増刊 1154号『平成 15年度主要民事判例解説』88頁(2004)、野坂泰司「判批」法学教室 295号 127頁(2005)、中山茂樹「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』183頁(悠々社、2010)、棟居快行「判批」宇賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕518頁(2012)、宍戸常寿「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕286頁(2013)などがある。このほか、安西文雄「郵便法違憲判決—郵便法の責任免除・制限規定の合憲性審査」長谷部恭男編『論究憲法』187頁(有斐閣、2017)などもある。
- 63) 最大判平成 17年 9月 14日民集 59巻7号 2087頁。本件評釈には、新井誠「判批」法学セミナー 612号 74頁(2005)、土本武司「判批」捜査研究 54巻10号 127頁(2005)、小谷知也「判批」選挙 58巻12号 9頁(2005)、米沢広一「判批」ジュリスト臨時増刊 1313号『平成 17年度重要判例解説』7頁(2006)、木村琢磨「判批」同 50頁、只野雅人「判批」法学教室 306号別冊附録『判例セレクト 2005』6頁(2006)、山本隆司「判批」同 308号 25頁(2006)、野坂泰司「判批」同 315号 77頁(2006)、同「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕324頁(2013)、内野正幸「判批」法律時報 78巻2号 78頁(2006)、浜川清「判批」同 84頁、近藤敦「判批」法学セミナー 613号 118頁(2006)、下山憲治「判批」同 614号 121頁(2006)、古田啓昌「判批」同 615号 30頁(2006)、山崎栄一郎「判批」法律のひろば 59巻2号 63頁(2006)、西村淑子「判批」同 5号 30頁(2006)、赤坂正浩「判批」判例評論 572号 9頁(2006)、吉田尚弘「判批」判例タイムズ臨時増刊 1215号『平

成17年度主要民事判例解説』74頁(2006)、佐久間健吉「判批」同288頁、杉原則彦「判批」法曹時報58巻2号279頁(2006)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成17年度』603頁(法曹会、2008)、早坂禧子「判批」法令解説資料総覧289号77頁(2006)、松永邦男「判批」自治実務セミナー45巻2号30頁(2006)、小山剛「判批」受験新報659号20頁、660号16頁(2006)、村田尚紀「判批」関西大学法学論集55巻6号135頁(2006)、内藤光博「判批」専修ロージャーナル1号147頁(2006)、飯田稔「判批」亜細亞法学41巻1号13頁(2006)、岡田順太「判批」東北文化学園大総合政策論集5巻1号239頁(2006)、鈴木秀孝「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成17年』64頁(ぎょうせい、2007)、木村草太「判批」法学協会雑誌124巻6号234頁(2007)、青木誠弘「判批」筑波法政46号199頁(2009)、毛利透「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』212頁(悠々社、2010)、土井真一「判批」同300頁、越智敏裕「判批」字賀克也ほか編『行政判例百選Ⅱ』〔第6版〕442頁(2012)などがある。このほか、長谷部恭男ほか「鼎談・在外邦人選挙権大法廷判決をめぐって」ジュリスト1303号2頁(2005)、木村将成「憲法の『行為規範』化か」日本大学大学院法学研究年報36号23頁(2006)、井上典之「立法不作為からの権利救済」法学セミナー631号77頁(2007)、穴戸常寿「憲法理論史—憲法理論60年の軌跡と課題(7)司法審査—『部分無効の法理』をめぐって」法律時報81巻1号76頁(2009)、岩切大地「立法行為に対する国賠法を通じた司法審査—裁判所と立法者との関係」立正法学論集45巻1号31頁(2011)、毛利透「選挙権制約の合憲性審査と立法行為の国家賠償法上の違法性判断」論究ジュリスト1号81頁(2012)、山田洋「在外邦人選挙権事件—実質的当事者訴訟の復権」論究ジュリスト3号109頁(2012)、土井真一「立法行為と国家賠償—2つの最高裁判例を読む」法学教室388号91頁(2013)、喜田村洋一「在外邦人選挙権訴訟最高裁判決」長谷部恭男編『論究憲法』201頁(有斐閣、2017)などもある。

- 64) 最大判平成20年6月4日民集62巻6号1367頁。本件評釈には、森英明「判批」ジュリスト1366号93頁(2008)、同「判批」家庭裁判月報61巻5号1頁(2009)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例6平成18-20年』5頁(2010)、同「判批」法曹時報62巻7号240頁(2010)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成20年度』267頁(法曹会、2011)、奥田安弘「判批」法律時報80巻10号1頁(2008)、榎透「判批」法学セミナー645号126頁(2008)、竹下啓介「判批」同647号6頁(2008)、佐久間健吉「判批」法律のひろば61巻11号56頁(2008)、同「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成20年』168頁(ぎょうせい、2010)、村重慶一「判批」戸籍時報629号80頁(2008)、近藤博徳「判批」法と民主主義430号34頁(2008)、同「判批」同433号19頁(2008)、同「判批」法学セミナー651号26頁(2009)、同「判批」自由と正義62巻4号39頁(2011)、山元一「判批」ジュリスト臨時増刊1376号『平成20年度重要判例解説』13頁(2009)、前田雅子「判批」同56頁、立松美也子「判批」同319

- 頁、原田央「判批」法学教室 341 号 6 頁 (2009)、近藤敦「判批」同 342 号『判例セレクト 2008』3 頁 (2009)、石川健治「判批」同 343 号 35 頁 (2009)、松本和彦「判批」民法雑誌 140 卷 1 号 59 頁 (2009)、佐藤やよひ「判批」法律時報別冊『私法判例リマックス』39 号 130 頁 (2009)、浮田徹「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』4 号 9 頁 (2009)、金亮完「判批」同 83 頁 (2009)、市川正人「判批」判例評論 599 号 2 頁 (2009)、寶金敏明「判批」別冊判例タイムズ 25 号『平成 20 年度主要民事判例解説』266 頁 (2009)、栗田佳泰「判批」九大法政研究 75 卷 4 号 101 頁 (2009)、青柳幸一「判批」筑波ロー・ジャーナル 5 号 1 頁 (2009)、松井直之「判批」横浜国際経済法学 17 卷 3 号 325 頁 (2009)、百地章＝山田亮介「判批」日本法学 75 卷 1 号 211 頁 (2009)、甲斐素直「判批」日大法學紀要 50 号 7 頁 (2009)、飯田稔「判批」亜細亞法学 44 卷 1 号 255 頁 (2009)、大村芳昭「判批」中央学院大学法学論叢 22 卷 2 号 1 頁 (2009)、安藤高行「判批」九州国際大学法学論集 15 卷 3 号 101 頁 (2009)、木村草太＝大村敦志「判批」法学協会雑誌 127 卷 2 号 147 頁 (2010)、山田哲史「判批」法学論叢 168 卷 1 号 105 頁 (2010)、畑尻剛「判批」中央ロー・ジャーナル 7 卷 1 号 65 頁 (2010)、吉田仁美「判批」関東学院法学 19 卷 3 号 161 頁 (2010)、横尾日出雄「判批」CHUKYO LAWYER 12 号 21 頁 (2010)、高井裕之「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法 I』42 頁 (悠々社、2010)、毛利透「判批」櫻田嘉章＝道垣内正人編『国際私法判例百選』〔第 2 版〕246 頁 (2012)、横溝大「判批」戸籍時報 684 号 16 頁 (2012)、加藤隆之「判批」亜細亞法学 46 卷 2 号 57 頁 (2012)、井上典之「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選 I』〔第 6 版〕74 頁 (2013) などがある。このほか、「特集・国籍法違憲訴訟最高裁大法廷判決」ジュリスト 1366 号 44 頁 (2008)、今井直「国籍法違憲訴訟最高裁判決と国際人権法」季刊教育法 159 号 74 頁 (2008)、新井信之「わが国の最高裁判所における人権保障のグローバル化の兆候 (1、2) —近年の婚外子裁判をめぐって」香川法学 30 卷 3=4 号 1 頁 (2011)、34 卷 3=4 号 240 頁 (2015)、秋葉丈志「法曹の新しい職域と法社会学」法社会学 76 号 259 頁 (2012)、同「新しい所有権法の理論」同 80 号 243 頁 (2014)、常本照樹「国籍法違憲判決—平等判例における違憲判断と救済方法の到達点」長谷部恭男編『論究憲法』249 頁 (有斐閣、2017) などもある。
- 65) 最大決平成 25 年 9 月 4 日民集 67 卷 6 号 1320 頁。本件評釈には、高井裕之「判批」長谷部恭男編『憲法判例百選 I』〔第 6 版〕62 頁 (2013)、伊藤正晴「判批」ジュリスト 1460 号 88 頁 (2013)、同「判批」法曹時報 68 卷 1 号 292 頁 (2016)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成 25 年度』356 頁 (法曹会、2016)、蟻川恒正「判批」法学教室 397 号 102 頁 (2013)、同「判批」同 399 号 132 頁 (2013)、同「判批」同 400 号 132 頁 (2014)、同「判批」法学 77 卷 6 号 1 頁 (2014)、水野紀子「判批」法律時報 85 卷 12 号 1 頁 (2013)、同「判批」法学教室 401 号別冊附録『判例セレクト 2013-1』25 頁 (2014)、同「判批」東北ローレビュー 1 号 9 頁 (2014)、斎藤一久「判批」法学セミナー 706 号 108 頁 (2013)、同「判批」季刊教育法 181 号 114 頁 (2014)、松尾弘「判

批」法学セミナー706号110頁(2013)、尾島明「判批」法律のひろば66巻12号35頁(2013)、二宮周平「判批」戸籍時報703号2頁(2013)、同「判批」旬刊速報税理32巻33号30頁(2013)、松原正明「判批」戸籍時報703号13頁(2013)、安達敏男=吉川樹士「判批」同92頁、村重慶一「判批」同104頁、藤原彰吾「判批」金融法務事情1980号4頁(2013)、潮見佳男「判批」金融法務事情1982号1頁(2013)、同「判批」法律時報別冊『私法判例リマックス』49号66頁(2014)、笹川豪介「判批」金融法務事情1983号28頁(2013)、榊原富士子「判批」法と民主主義482号38頁(2013)、佐藤健二「判批」月刊大阪弁護士会713号61頁(2013)、本山敦「判批」金融・商事判例1430号8頁(2013)、同「判批」月報司法書士503号60頁(2014)、同=奈良輝久「判批」金融・商事判例増刊1436号32頁(2014)、浅井弘章「判批」銀行法務2157巻12号56頁(2013)、依田孝子「判批」税研JTRI29巻4号97頁(2013)、林仲宣「判批」税務弘報61巻12号43頁(2013)、市野瀬容子「判批」税理56巻14号78頁(2013)、大石和彦「判批」筑波ロー・ジャーナル15号111頁(2013)、中里実「判批」ジュリスト1465号8頁(2014)、野坂泰司「判批」ジュリスト臨時増刊1466号『平成25年度重要判例解説』15頁(2014)、前田陽一「判批」同95頁、井上典之=幡野弘樹「判批」論究ジュリスト8号96頁(2014)、糠塚康江「判批」法学教室400号81頁(2014)、川岸令和「判批」法学教室401号別冊附録『判例セレクト2013-1』3頁(2014)、西希代子「判批」同403号52頁(2014)、渡辺康行「判批」新・判例解説Watch14号23頁(2014)、渡邊泰彦「判批」同105頁、同「判批」判例評論665号2頁(2014)、徳岡由美子「判批」金融法務事情2004号46頁(2014)、田中壯太「判批」NBL1017号68頁(2014)、棚村政行「判批」自由と正義65巻1号97頁(2014)、橋本昇二「判批」市民と法85号13頁(2014)、寺尾洋「判批」公証法学44号93頁(2014)、田中佑佳「判批」阪大法学64巻2号233頁(2014)、山崎友也「判批」金沢法学56巻2号165頁(2014)、中曾久雄「判批」愛媛法学会雑誌40巻3=4号87頁(2014)、青柳幸一「判批」明治大学法科大学院論集15号1頁(2014)、16号1頁(2015)、百地章=小関康平「判批」日本法学80巻1号233頁(2014)、飯田稔「判批」亜細亞法学49巻1号43頁(2014)、横尾日出雄「判批」CHUKYO LAWYER21号29頁(2014)、幡野弘樹「判批」水野紀子=大村敦志編『民法判例百選Ⅲ』116頁(2015)、長尾英彦「判批」中京法学49巻3=4号319頁(2015)、林康弘「判批」月刊税務事例48巻4号56頁(2016)、井上一洋「判批」広島法学39巻4号198頁(2016)などがある。このほか、高山崇彦=小林貴恵「嫡出でない子の相続分に関する最大決平25.94の生命保険実務に与える影響」金融法務事情1981号40頁(2013)、泉徳治「婚外子相続分差別規定の違憲決定と『個人の尊厳』」世界849号229頁(2013)、「特集・婚外子相続分差別規定の違憲決定の影響と課題」自由と正義65巻3号8頁(2014)、高橋和之ほか「非嫡出子相続分違憲最高裁判法廷決定の多角的検討」法の支配175号5頁(2014)、岡本雅弘「婚外子相続分差別規定の違憲決定についての雑感」金融法務事情1985号5頁(2014)、中光弘ほか「非嫡出子の相続分に関する最高

- 裁決定と銀行の預金および貸金実務—具体的事例に基づく検討」同1997号54頁(2014)、二宮周平「婚外子相続分差別違憲決定が問いかけたものは何か」部落解放687号98頁(2014)、海江田誠「非嫡出子相続分規定の違憲決定による実務的な影響」横浜弁護士会専門実務研究9号171頁(2015)、本山敦「講演・婚外子相続分差別違憲決定と相続法改正問題」東北学院大学法学政治学研究所紀要23号1頁(2015)、中林暁生「婚外子法定相続分規定違憲決定」長谷部恭男編『論究憲法』317頁(有斐閣、2017)などもある。
- 66) 最大判平成27年12月16日民集69巻8号2427頁。本件評釈には、渡邊泰彦「判批」民商法雑誌152巻3号287頁(2015)、加本牧子「判批」ジュリスト1490号88頁(2016)、前田陽一「判批」法学教室429号15頁(2016)、笹田栄司「判批」同430号125頁(2016)、神橋一彦「判批」同133頁、久保野恵美子「判批」同136頁、作花知志「判批」法学セミナー734号39頁(2016)、堀口悟郎「判批」同108頁、朝田とも子「判批」同735号109頁(2016)、戸部真澄「判批」新・判例解説Watch19号33頁(2016)、犬伏由子「判批」同105頁、尾島明「判批」法律のひろば69巻4号66頁(2016)、建石真公子「判批」判例時報2284号53頁(2016)、武田万里子「判批」判例評論694号2頁(2016)、安達敏男=吉川樹士「判批」戸籍時報735号35頁(2016)、村重慶一「判批」同736号47頁(2016)、澤田省三「判批」戸籍925号14頁(2016)、窪田充見「判批」家庭の法と裁判6号7頁(2016)、本山敦「判批」法の支配183号131頁(2016)、佐々木雅寿「判批」月報司法書士532号75頁(2016)、近江美保「判批」国際人権27号105頁(2016)、二宮周平「判批」部落解放723号94頁(2016)、井上一洋「判批」広島法学39巻4号198頁(2016)、中曾久雄「判批」愛媛法学会雑誌42巻3=4号173頁(2016)、畑尻剛「判批」白門68巻5号31頁(2016)、飯田稔「判批」亜細亞法学51巻1号87頁(2016)、大竹昭裕「判批」青森法政論叢17号117頁(2016)、木下智史「判批」ジュリスト臨時増刊1505号『平成28年度重要判例解説』18頁(2017)などがある。このほか、巻美矢紀「憲法と家族—家族法に関する2つの最高裁大法廷判決を通じて」長谷部恭男編『論究憲法』331頁(有斐閣、2017)などもある。
- 67) 最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁。本件評釈には、大橋寛明「判批」ジュリスト1119号130頁(1997)、同「判批」法曹時報51巻4号120頁(1999)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成9年度』561頁(法曹会、2000)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例1 公法編』7頁(2003)、大久保史郎「判批」法律時報69巻7号2頁(1997)、笹川紀勝「判批」同11号44頁(1997)、紙谷雅子「判批」判例評論466号15頁(1997)、奥平康弘「判批」時の法令1548号26頁(1997)、依谷利幸「判批」法令ニュース32巻6号16頁(1997)、青山武憲「判批」同8号21頁(1997)、同「判批」国会月報44巻584号42頁(1997)、和久井孝太郎=江原勲「判批」判例地方自治164号9頁(1997)、前田徹生「判批」ジュリスト臨時増刊1135号『平成9年度重要判例解説』10頁(1998)、伊藤真「判批」同129頁(1998)、安念潤司

- 「判批」法学教室208号57頁(1998)、安西文雄「判批」同210別冊付録『判例セレクト』97頁(1998)、中富公一「判批」杉原泰雄=野中俊彦編『新判例マニュアル 憲法Ⅱ』44頁(三省堂、2000)、平野武「判批」民商法雑誌118巻1号87頁(1998)、同「判批」宗教法21号251頁(2002)、徳田和幸「判批」法律時報別冊『私法判例リマークス』17号137頁(1998)、諸根貞夫「判批」法学セミナー521号52頁(1998)、中込秀樹「判批」判例タイムズ臨時増刊978号『平成9年度主要民事判例解説』250頁(1998)、棟居快行「判批」判例地方自治174号108頁(1998)、百地章「判批」憲法研究30号75頁(1998)、中林暁生「判批」法学61巻6号194頁(1998)、西村枝美「判批」九大法政研究65巻2号319頁(1998)、河村好彦「判批」慶大法学研究71巻8号116頁(1998)、林知更「判批」法学協会雑誌116巻8号1382頁(1999)、瀧澤信彦「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第4版〕102頁(2000)、今関源成「判批」法学教室247号19頁(2001)、野坂泰司「判批」法学教室307号116頁(2006)、戸松秀典「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第5版〕100頁(2007)、駒村圭吾「判批」佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』73頁(悠々社、2010)、芝池義一「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第4版〕160頁(2013)、岡田信弘「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』〔第6版〕102頁(2013)などがある。このほか、「特集・愛媛玉串料訴訟最高裁大法廷判決」ジュリスト1114号4頁(1997)、「特集・愛媛玉串料訴訟最高裁大法廷判決」法学教室203号4頁(1997)、土屋英雄「憲法訴訟—最高裁判所と政教分離」法学セミナー512号7頁(1997)、百地章「事前報道された最高裁の『違憲判決』」復原猛古稀記念『現代国家の制度と人権』215頁(法律文化社、1997)、大石和彦「判例による憲法形成の一断面—愛媛玉串料違憲訴訟大法廷判決・再考」菅野喜八郎古稀記念『公法の思想と制度』283頁(信山社、1999)、瀧澤信彦「靖国と憲法—愛媛玉串料訴訟最高裁判決の意義」宗教法27号149頁(2008)、安西賢誠「愛媛玉串料訴訟を提起して」同163頁、阪口正二郎「愛媛玉串料訴訟判決を振りかえる」長谷部恭男編『論究憲法』165頁(有斐閣、2017)などもある。
- 68) 最大判平成22年1月20日民集64巻1号1頁。本件評釈としては、清野正彦「判批」ジュリスト1399号83頁(2010)、小泉洋一「判批」民商法雑誌143巻1号44頁(2010)、小泉良幸「判批」法律時報82巻4号1頁(2010)、蟻川恒正「判批」法律時報82巻11号85頁(2010)、榎透「判批」法学セミナー667号118頁(2010)、榎透「判批」専修法学論集114号109頁(2012)、井田洋子「判批」法学セミナー増刊『速報判例解説』7号19頁(2010)、三好一生「判批」法律のひろば63巻8号53頁(2010)、野坂泰司「判批」判例評論622号2頁(2010)、伴義聖=長谷川浩「判批」判例地方自治327号3頁(2010)、中島光孝「判批」法と民主主義446号75頁(2010)、上代庸平「判批」会計と監査61巻7号35頁(2010)、西嶋淳「判批」季刊不動産研究52巻3号40頁(2010)、大林文敏「判批」愛知大学法学部法経論集185号1頁(2010)、小林武「判批」同187号69頁(2010)、百地章「判批」日本法学76巻2号487頁(2010)、高畑英一郎「判批」日本法学76巻3

号 169 頁 (2010)、飯田稔「判批」亜細亜法学 45 卷 1 号 159 頁 (2010)、吉崎暢洋「判批」姫路ロー・ジャーナル 4 号 121 頁 (2010)、常本照樹「判批」ジュリスト臨時増刊 1420 号『平成 22 年度重要判例解説』15 頁 (2011)、山下竜一「判批」同 67 頁、土井真一「判批」法学教室 365 号別冊付録『判例セレクト 2010 - 1』3 頁 (2011)、高橋心平「判批」別冊判例タイムズ 32 号『平成 22 年度主要民事判例解説』336 頁 (2011)、木村草太「判批」自治研究 87 卷 4 号 133 頁 (2011)、清野正彦「判批」法曹時報 63 卷 8 号 131 頁 (2011)、清野正彦「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例 7 平成 21 年 - 平成 23 年』9 頁 (2014)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成 22 年度上』1 頁 (法曹会、2014)、寺田友子「判批」判例地方自治 339 号 60 頁 (2011)、康由美「判批」法と民主主義 461 号 43 頁 (2011)、塩見佳也「判批」九大法政研究 78 卷 2 号 51 頁 (2011)、藤原淳一郎「判批」慶大法学研究 84 卷 2 号 503 頁 (2011)、三木浩一「判批」慶大法学研究 84 卷 5 号 144 頁 (2011)、山岸敬子「判批」中京法学 45 卷 3=4 号 103 頁 (2011)、安藤高行「判批」九州国際大学法学論集 17 卷 3 号 1 頁 (2011)、三好一生「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成 22 年』24 頁 (ぎょうせい、2012)、井上日出男「判批」神奈川法学学生論文集 8 号 1 頁 (2012)、土田伸也「判批」磯部力ほか編『地方自治判例百選』〔第 4 版〕170 頁 (2013)、長谷部恭男「判批」長谷部ほか編『憲法判例百選 I』〔第 6 版〕110 頁 (2013)、横尾日出雄「判批」CHUKYO LAWYER 19 号 50 頁 (2013)、川嶋四郎「判批」法学セミナー 711 号 136 頁 (2014) などがある。このほか、「特集・砂川政教分離訴訟最高裁大法廷判決」ジュリスト 1399 号 56 頁 (2010)、林知更「『国家教会法』と『宗教憲法』の間—政教分離に関する若干の整理」同 1400 号 83 頁 (2010)、井上典之「政教分離規定の憲法判断の枠組み—空知太神社訴訟」論究ジュリスト 1 号 125 頁 (2011)、石田明義「最高裁判決 2010—弁護士が語る (上)—北海道砂川市・空知太神社政教分離住民訴訟」法学セミナー 673 号 30 頁 (2011)、田近肇「砂川政教分離訴訟とその影響」宗教法 31 号 137 頁 (2012)、中島宏「空知太神社事件最高裁判決と目的効果基準」同 147 頁、大石真「国有境内地処分問題の憲法史的展望」同 167 頁、矢澤澄道「公有地上の宗教施設に対する行政の対応と問題—砂川政教分離訴訟最高裁判決の過剰な波紋」同 191 頁、竹内康博「公有境内地と時効取得」同 211 頁、西山千絵「『信教の自由』への配慮とその評価—砂川政教分離訴訟を受けて」九州法学会会報 2013 26 頁 (2013)、同「信教の自由の保障と国の宗教的中立性との間—空知太神社事件を機縁として」沖繩法政研究 15 号 43 頁 (2013)、野坂泰司「いわゆる目的効果基準について—政教分離原則違反の判断基準に関する一考察」高橋和之古稀記念『現代立憲主義の諸相下』281 頁 (有斐閣、2013)、小暮純也「地方公共団体の財産管理と政教分離原則」地方自治 806 号 84 頁 (2015) などもある。

69) 小林武「憲法分野における実務と学説」法律時報 79 卷 1 号 33 頁、36 頁 (2007)。

70) これに対して、阪本昌成「違憲(司法)審査基準論を質す」近大法科大学院論集 9 号 63 頁、

98頁(2013)は、「わが国の最高裁判例は、憲法学界に浸透してきた違憲審査基準論によってはおらず、最高裁独自の考え方によっている」と憲法研究者も割り切るのが賢明]だとし、未来に向けた裁判所と法学界の対話に虚無的な姿勢を示している。

- 71) 千葉前掲註23) 書197頁。
- 72) 戸松秀典「違憲・合憲の審査の動向」ジュリスト1414号21頁、21-23頁(2011)は、その時点の最高裁を「穏やかな司法積極主義」と評するが、同論文23-25頁にあるように、表現の自由や情報公開の領域において「存続する司法消極主義」があり、これを「司法国家の理念が未成熟」と評する。
- 73) 藤田宙靖『最高裁回顧録—学者判事の7年半』119頁(有斐閣、2012)。
- 74) 藤田宙靖『裁判と法律学—「最高裁回顧録」補遺』39-40頁(有斐閣、2016)。
- 75) 泉徳治(聞き手渡辺康行ほか)『一步前へ出る司法』232-233頁(日本評論社、2017)。他方、少数意見を押し潰そうとした調査官がいたとの証言もある。福田博(山田隆司=嘉多山宗編)『福田博オーラル・ヒストリー—「一票の格差」違憲判断の真意』132頁以下(ミネルヴァ書房、2016)参照。
- 76) このような必要性について、戸松秀典は、度々「筋のよい憲法訴訟」との表現で語った。戸松「法解釈論としての憲法訴訟論の現実的成果と課題」法社会学46号148頁、152頁(1994)など。
- 77) 例えば、君塚正臣『性差別司法審査基準論』167頁(信山社、1996)(初出、「再婚禁止期間の合憲性—民法733条改正の憲法上の許容範囲に関する一考察(1、2・完)」民法雑誌109巻2号260頁、3号471頁(1993))は民法733条の再婚禁止期間は廃止しない限り違憲であると述べたが、近年、最高裁は100日を超える部分を違憲とした。若干触れた民法731条の婚姻年齢の男女差も、2017年臨時国会で改正に向かうようである。同書309頁(初出、「非嫡出子の憲法学—非嫡出子差別事例の審査基準論を中心に」阪大法学44巻2=3号上263頁(1994))は、民法900条4号但書は違憲であり、廃止しかありえないと述べたが、最高裁はこの判断に至った。同書245頁(初出、「性差別と強姦罪—刑法177条の合憲性」法律時報68巻4号67頁(1996))は刑法177条の合憲性を論じたが、2017年、強姦罪は「強制性交等罪」に変更され、性差別は解消された(但し、構成要件は曖昧になった)。以上、大学院生もしくは専任講師になって直後の者が違憲と指摘したことの修正が実現されることは珍しい。同書はこのほかに、203頁(初出、「国公立男女別学校の合憲性」東海大学文明研究所紀要16号55頁(1996))で国公立学校・大学における男女別学を違憲と述べ、268頁で男系男子天皇制も同様だと述べたが、それは現実のものとなると考えるべきではないか。このほか、国籍法3条1項に関する「判批」判例評論566号14頁(2006)については最高裁で、公務員の政治活動に関する「鑑定意見書」横浜国際経済法学19巻1号89頁(2010)についてはコンパニオン・ケースの東

京高裁で、それぞれそのような方向の判断が示されている。

- 78) この点も特徴となる。日本の法律学、少なくとも憲法学の議論は、各研究者が諸外国の憲法研究から研究生生活をスタートさせるのが不文律であるため、ややもすると、当該比較対象国の最近の議論や判例を紹介し、これらの「進んだ」考え方によって日本の学説や判例、政治部門、最終的には国民の意識を変えさせんとする気風が強かった。このことは、地球大の視点からして日本の法解釈が独善に陥らないようにする意味では有意義ではあるが、文明開化直後ではなく、日本国憲法体制も長くなり、様々な論争の蓄積がある中では、まず見るべきものは日本の憲法学、判例、内閣法制局見解などの実務理論であり、その理論的検討を第一義にすべきなのではないかとの思いがある。君塚正臣『憲法の私人間効力論』554頁（悠々社、2008）の結論の導き方がそうであったように、それにより理論的に決着が着くならば、それでよいのである。それでも答えの出せない問題の知恵を得る一つの方法として比較憲法という方法があるのであり、外国憲法の紹介は、そのような確固たる実践的意図を持って行うべきである。君塚編前掲註53）書23頁〔君塚〕。本研究が比較憲法的手法をかなり封印した印象を与えるのは、そのような考えの表れだと解されたい。
- 79) 横浜駅は、ほぼ常に駅ビルや地下通路が工事中で、いつが完成形なのか不明なため、「東洋のサグラダ・ファミリア」と揶揄されることがある。そもそも横浜駅は、1872年6月12日に品川・横浜間開業の現桜木町駅が初代、東海道本線のスイッチバックを解消するため、短絡直通線に1915年8月15日に開業したのが2代目で、現在の、東海道本線と根岸線との分岐点にある3代目は1928年10月15日からであり、さらに新幹線の駅として新横浜もあり、流動的なのである。より遡れば、1858年の日米修好通商条約で開港と決まったのは「神奈川」であったが、実際に幕府は横浜湊を開港している。そして、現在の横浜駅は当時の東海道の神奈川宿の方に近い。
- 80) 中谷実編『ハイブリッド憲法』411頁（勁草書房、1995）〔君塚正臣〕、君塚正臣「『18・19世紀の人権』再考—参政権の獲得過程を題材に」東海大学文明研究所紀要19号51頁（1999）〔以下、君塚前掲註80〕文献、と引用、同「法曹実務にとっての近代立憲主義（第12回）—立憲主義と司法審査—記憶されていない近現代史も含めて」判例時報2309号3頁（2016）〔以下、君塚前掲註80〕論文、と引用など参照。
- 81) 安保法案など以外にも、政権と政権周辺、官僚のスキャンダルは多い。2013年以降、閣僚の靖国神社参詣は続き（首相は2013年12月26日）、アメリカのオバマ大統領が不快感を示したことが2013年4月25日に判明した。東京ドームでの国民栄誉賞授賞式に首相は背番号「96」のユニフォームで登場した。NHK会長や経営委員に首相に近い者が任命された。逆に、民放テレビ局に放送法違反があれば業務停止となることを総務相が言及した（2016年2月にも）。内閣法制局長官に、慣例を破って、政権に近い官僚を指名。

5月、参院環境委員長の解任決議案可決。6月、厚生労働政務官、首相に対する問責決議案が参院で可決。7月、衆議院運営委員長が女性問題で辞任。10月、首相が、消費税率10%への引き上げについて2014年4月の実施を表明したが、実施せず。2014年10月には、公職選挙法違反で法相が、秘書の政治資金規正法違反で経産相が相次いで辞任した。2015年2月、農相が、補助金を支給されてきた企業から寄付金を受けていたことなどが判明し、辞任した。6月、若手勉強会（文化芸術懇話会）で、首相に近い作家が「マスコミを懲らしめるには広告料収入をなくせばいい。文化人が経団連に働き掛けて欲しい」と発言した。7月、安保法案を巡り、首相補佐官が「法的安定性は関係ない」と発言した。参院選候補者としていわゆるブラック企業社長が公認され、その後当選した。8月、未公開株を巡る金銭トラブルで自民党議員が離党した。東京オリンピック・パラリンピック組織委員会（会長は、首相の出身派閥の元領袖）は混乱し、エンブレム、新国立競技場のデザインがそれぞれ二転した。総議員の4分の1による臨時国会の開催要求に対し、内閣は、憲法の規定を破って、結局これを開かなかった。2016年1月、経済再生担当相が金銭スキャンダルで辞任した。別の大臣は、以前に女性の下着を盗んでいたとの報道がなされた。2月、自民党議員が妻の妊娠中の不倫発覚で議員辞職した。「保育園落ちた日本死ね」ブログ騒動で、首相は、匿名記事を理由に事実かどうか確認できないと答弁した。4月には内閣府副大臣に、熊本地震への対応や公金還流の疑惑が生じた。環境相の放射能に関する失言、財務相の中小企業の廃業に関する失言などがある。2017年、文科省の天下り問題に続き、首相に近い理事長の経営する学校法人に便宜が図られたとされる、森友学園問題、加計学園問題が発覚した。3月、自民党総裁の任期が最長連続3期9年に延長された。同月には内閣府政務官が失言で、4月には経産政務官が女性問題で、復興担当大臣が度重なる失言で辞任した。沖縄・普天間基地移転に伴う辺野古埋立て初段階の護岸工事が強行された。5月、首相が衆院委員会で、憲法改正の考え方を問われ、「読売新聞を読んで」と答弁した。首相に近い記者にレイプ揉みし疑惑がかかり、被害者とされる女性が記者会見を開いた。議員が、受動喫煙対策の会合で「ガン患者は働かなくていい」と発言した。文科副大臣は、学校での教育勅語の朗読は「問題のない行為」と答弁し、翌月には、加計学園問題の内部通報者の処分の可能性に言及した。組織犯罪防止法案（いわゆる共謀罪）について衆議院法務委員会で強行採決をし、6月には参議院で中間報告制度を濫用して可決成立させた。6月、防衛相が、「東京裁判史観の克服」を趣旨とする右派論客追悼文を雑誌に寄稿したことが判明したほか、失言も多い。7月、同大臣が廃棄されていたと説明していた、南スーダン派遣自衛隊の日報が実際には保管されており、防衛省関係者が2月に同大臣に報告していたことが明らかになった。このほか、財務相、地方創生担当相、法相などの失言が続いた。政策秘書への暴力などで、自民党議員が離党に追い込まれた。衆院当選2回のいわゆる「〇〇チルドレン」の不祥事も非常に多い。都議選最後の土曜日に、首相は秋葉原で演説中に

群衆に向けて「こんな人たちに負けるわけにはいかない」と発言した。だが、内閣支持率は、安保法案の一時期に不支持率を下回ったが、2017年7月までのそれ以外の時期では不支持率を安定して上回ってきた。35%程度の固定的な支持層、25%程度の固定的な不支持層があり、断層となっていると言えよう。なぜ、以上のスキャンダルや、「3本の矢」経済政策の目標未達成にも拘らず内閣が存続できるのかを考えねばならない。北朝鮮情勢の緊迫化、失業率の低下（但し、就業者の非正規雇用率は増大している）、比較対象が小泉内閣ではなく民主党政権であること、対抗軸となる野党の弱体化、首相に近いマスコミとそうでないところの二分化、「日本会議」などの影響力の増大といわゆる右傾化、小選挙区比例代表並立制の効用（対抗派閥の弱体化）、議員定数不均衡の影響など、説明は多々あろうが、決定的なものが何かは不明である。このような政権の長期化は、民主主義と司法審査の関係を考えるにあたって、多分に官僚支配を破る大衆民主主義（ときに独裁やポピュリズム）への信頼にもたれ掛かれないという学術的な影響を及ぼす可能性があるろう。

- 82) この点については、君塚正臣「民主主義という幻想?—『チャップリンの独裁者』」野田進=松井茂記編『シネマで法学』52頁（有斐閣、2000）、同「未完の『近代立憲主義』」『高等学校 新現代社会 教授資料』81頁（帝国書院、2013）、同「2015年安保法強行採決事件・私の意見（1）—憲政擁護・閥族打破」判例時報2267号130頁（2015）、同「民主主義の限界—立憲主義の希求」現代社会へのとびら32号1頁（帝国書院、2016）、同ほか「民主主義のジレンマ」『高等学校 新現代社会』67頁（帝国書院、2017）、君塚編前掲註80）文献など参照。
- 83) 大場茂馬『湖南事件—大浦庇護事件』（東京堂書店、1916）、沼波瓊音『護法の神—兒島惟謙』（修文館、1926）、兒島惟謙（花井卓藏校）『大津事件顛末録』（春秋社、1931。大空社、1997）、同『大津事件手記』（築地書店、1944）、同（山川雄巳編注）『大津事件手記』（関西大学出版部、2003）、同（家永三郎編注）『大津事件日誌』（平凡社、2003）、尾佐竹猛『湖南事件—露國皇太子大津遭難』（岩波書店、1951）、吉野源三郎ほか「座談会・兒島惟謙の功績—大津事件と司法権の独立について」世界97号139頁（1954）、原田光三郎『兒島惟謙傳』〔全訂決定版〕（松菊堂書房、1961）、田畑忍『兒島惟謙』（吉川弘文館、1963）、同「裁判に対する政府の干渉と大審院長による干渉排除の峻別—家永三郎教授の『兒島惟謙と大津事件』に対する一つの反論として」同志社法學18巻2号28頁（1966）、吉田繁『兒島惟謙』〔新編〕（関西大学出版部、1965）、家永三郎「兒島惟謙と大津事件—田畑忍教授の叱正に答える」日本歴史218号17頁（1966）、穂積重行「大津事件」エコノミスト45巻15号84頁（1967）、竹澤喜代治「大津事件の現代的意義」産大法学3巻3号55頁（1969）、緒方真澄「兒島惟謙の法思想と司法権の独立（1・5・完）—大津事件を中心として」香川大学経済論叢43巻5号1頁（1970）、51巻1=2号36頁、3=4号52頁（1978）、53巻2号184頁（1980）、61巻2号1頁（1988）、森長英三郎「大津事

件一傷だらけの護法の神様」法学セミナー189号98頁(1971)、植松正「刑事訴訟の話題・番外—司法権の独立と大津事件」時の法令758号28頁(1971)、森順次「大津事件と滋賀県」彦根論叢153号1頁(1971)、高梨公之「法一名言とことわざ大津事件回顧」時の法令843号19頁(1973)、森田友喜「児島惟謙にみる司法権の独立と裁判官選任制度—司法権独立の一考察」沖大法学論叢2巻1号111頁(1976)、栗原隆一「法の尊厳はかくて—大津事件と児島惟謙」日本及日本人1548号140頁(1978)、田岡良一『大津事件の再評価』〔新版〕(有斐閣、1983)、元川房三「大津事件と『司法権の独立』問題」南山法学7巻1号1頁(1983)、早崎慶三『大津事件の真相』(サンブライツ出版、1987)、関西大学法学研究所編『危機としての大津事件』(関西大学法学研究所、1992)、山中敬一「論考大津事件」(成文堂、1994)、鬼塚賢太郎「司法権の独立とその擁護者(1・3・完)」東洋法学37巻1号53頁(1993)、2号89頁(1994)、38巻2号277頁(1995)、新井勉『大津事件の再構成』(御茶の水書房、1994)、同「新史料による大津事件の核心—兼ねて木野主計・須賀博志両氏の所説を評する」日大法学紀要41号7頁(1999)、同『大津事件—司法権独立の虚像』(批評社、2014)、三谷太一郎「講演・大津事件の政治史的意味」司法研修所論集1995年2号39頁(1996)、同ほか「児島惟謙没後100年記念シンポジウム—いま裁判員制度が日本に導入される意義—児島惟謙の思想的源流を探りつつ」ノモス23号77頁(2008)、児島惟謙研究班編『児島惟謙の航跡(正・続)』(関西大学法学研究所、1996、1998)、有谷三樹彦「大津事件にみる対露意識と司法権の独立」久留米大学法学27号1頁(1996)、楠精一郎『児島惟謙—大津事件と明治ナショナリズム』(中央公論社、1997)、須賀博志「大津事件という『神話』(1、2・完)」法学論叢142巻3号41頁(1997)、144巻1号19頁(1998)、竹下賢「児島惟謙と江藤新平」ノモス8号285頁(1997)、市川訓敏「五代友厚と児島惟謙」同301頁(1997)、福山達夫「講演・大津事件(湖南事件)」関東学院法学6巻2号163頁(1997)、水島朝穂「現場からの憲法学(10)—司法権の独立—大津事件」から考える」法学セミナー518号72頁(1998)、礪川全次「大津事件と明治天皇—封印された17日間」(批評社、1998)、小林茂雄「大津事件余聞」法曹591号10頁(2000)、岡田登「鈴木資料紹介(7)—大津事件犯人津田三蔵の書簡(上、下)」皇学館大史料編纂所史料170号11頁(2000)、172号7頁(2001)、安広文夫『『自歴譜』『東西兩京の大学』『司法権の独立とその擁護者』』法曹626号24頁(2002)、鎌倉利行『大津事件考』(大阪大学出版会、2003)、宮田孝「大津事件に学ぶ」ディフェンス22巻1号83頁(2003)、大場義之「大津事件の謎に迫る—消えた「児島大審院長意見書」の行方」(文藝春秋、2006)、横山高治「特別招待席—津田三蔵と大津事件—没落士族の凶行、『司法権の独立』へ」歴史研究48巻10号98頁(2006)、坂井暉「『司法権の独立』と児島惟謙—大津事件を中心にして」九州龍谷短期大学紀要53号a27頁(2007)、岩村等「小考大津事件」大阪経済法科大学論集66号3頁(2008)、「児島惟謙没後百年記念展の記録」関西大学年史紀要18号57頁(2009)、橋本康弘=藤澤幸則「“歴史事件”を現代の裁判

- 制度で読み解く(12) — 『大津事件』を裁く』社会科教育 46 卷 3 号 110 頁 (2009)、檜山幸夫総編集(岩壁義光編集・解題・解説)『大津事変』(ゆまに書房、2010)、富岡多恵子『湖の南—大津事件異聞』(岩波書店、2011)、中村稔「人生に関する断章(10) — 大津事件と児島惟謙について」ユリイカ 44 卷 12 号 8 頁 (2012) など参照。このほか、島田正吾による一人芝居『司法権—児島大審院長』も印象深い。
- 84) 浦和地判昭和 23 年 7 月 2 日判例集未登載。宮沢俊義「議院の国政調査権と司法権の独立」法律時報 21 卷 3 号 35 頁 (1949)、参議院法務委員会「国会の国政調査権と司法権の独立—最高裁判所の申入に対する参議院法務会の声明」法曹時報 1 卷 5 号 16 頁 (1949)、小池義一「国会の国政調査と司法権の独立に就いて」法曹公論 50 卷 2 号 18 頁 (1949)、奥野健一「国会の国政調査権と司法権の独立」法律タイムズ 3 卷 6 号 32 頁 (1949)、伊藤修「国政調査権と司法権の独立について」法律新報 754 号 33 頁 (1949)、同「国政調査権と司法権の独立(上、中、下)」国会 2 卷 8 号 19 頁、9 号 16 頁、10 号 10 頁 (1949)、有倉遼吉「国会の国政調査権と司法権の独立」早稲田法学 25 卷 2 号 134 頁 (1949)、宮本百合子「浦和充子の事件に関して」新日本文学 4 卷 3 号 26 頁 (1949)、斉藤秀夫『国会と司法権の独立—国政調査権と裁判官弾劾』(岩波書店、1951)、黒田了一「国会と司法権の独立」公法研究 11 号 28 頁 (1954)、大西芳雄「議院の国政調査権と司法権の独立」季刊法律学 18 号 21 頁 (1954)、大石義雄「国会の国政調査権と司法権の独立」法学論叢 59 卷 6 号 1 頁 (1954)、山田隆司「戦後史で読む憲法判例(21) — 『国政調査権』と浦和事件」法学セミナー 728 号 71 頁 (2015) など参照。
- 85) 斎藤秀夫「黙祷事件の調査と司法権の独立」判例時報 7 号 122 頁 (1953)、同「吹田黙祷事件をめぐる問題について」法学 18 卷 1 号 1 頁 (1954)、同「吹田黙祷事件をめぐる司法権の危機」世界 114 号 100 頁 (1955)、「吹田黙祷事件をめぐる」同 97 号 110 頁 (1954)、「吹田黙祷事件と司法権の危機—再び問題の所在を明らかにする」同 112 号 130 頁 (1955)、佐々木哲蔵「吹田黙祷事件と福島事件—裁判所 17 年の落差」法律時報 43 卷 3 号 58 頁 (1971)、同「吹田公判黙祷事件と司法権の独立」法学セミナー増刊総合特集シリーズ 4『最高裁判所』23 頁 (1977)、同=野村二郎「佐々木哲蔵氏に聞く(上、下) — 吹田黙とう事件の余波、弁護活動のことなど」法学セミナー 342 号 106 頁、343 号 94 頁 (1983) など参照。
- 86) 佐藤功「平賀書簡問題と裁判官の独立」法学セミナー 164 号 2 頁 (1969)、同「平賀・福島裁判官事件と訴追委員会—裁判官の訴追制度はいかにあるべきか」同 178 号 2 頁 (1970)、Bauer F(竹下守夫訳)「司法監督と裁判官の独立(Justizaufsicht und richterliche Unabhängigkeit)」司法研修所論集 1969 2 号 69 頁 (1969)、「揺れる司法権の独立」現代の眼 10 卷 11 号 60 頁 (1969)、桜田勝義「危機に立つ司法権の独立」同 12 号 24 頁 (1969)、「平賀書簡事件について」自由と正義 20 卷 11 号 43 頁 (1969)、「いわゆる平賀書簡問題について」時の法令 692 号 16 頁 (1969)、「ゆらいだ裁判の威信—処分

ですまぬ”平賀書簡”問題」朝日ジャーナル11巻40号115頁(1969)、和田英夫「訴追委員会と平賀書簡問題の転回—QUIS CUSTODIET CUSTODES? 誰が番人の番をするのか」法律時報42巻14号143頁(1970)、「資料・福島判事忌避申立事件〔国側の忌避申立書・福島裁判長の意見書〕」法学セミナー172号7頁(1970)、上田勝美「裁判官の独立(1-3・完)」判例時報576号8頁、577号6頁、579号11頁(1970)、「特集・権力機構再編成下の司法反動」労働法律旬報743=744号2頁(1970)、「特集・司法反動の背景と司法権の独立」同759号3頁(1970)、江藤价泰「軍国主義復活と裁判官の独立」同8頁、762号3頁(1970)、「特集・揺らぐ司法権の独立—石田発言をこうみる」自由と正義21巻7号50頁(1970)、「訴追委の決定・照会と裁判所の処分をめぐる動き」同12号57頁(1970)、潮見俊隆「司法権の独立と裁判官の『中立性』—石田最高裁長官談話をめぐって」世界296号265頁(1970)、同「司法権の独立と長沼判決」労働法律旬報843号10頁(1973)、「特集・危機に立つ司法権の独立」世界298号12頁(1970)、日本科学者会議第2回全国幹事会「裁判官の独立に対する不当な圧迫に抗議する声明(1970年11月1日)」日本の科学者5巻12号46頁(1970)、長谷川正安「『司法権の独立』論」文化評論107号12頁(1970)、久田栄正「長沼ミサイル基地訴訟と司法権の独立の危機」月刊社会党162号78頁(1970)、平賀健太「裁判官の独立と良心—平賀書簡問題に寄せて」自由12巻1号106頁(1970)、井上正治「なぜ急ぐ国の裁判支配—福島裁判長忌避の政治的背景を衝く」朝日ジャーナル12巻18号19頁(1970)、三浦隆「司法権の独立—長沼ナイキ基地訴訟の経過から」関東学院大学文学部紀要1号25頁(1971)、阿部甚吉ほか「司法権の独立に関し国民の皆さんに訴える(声明)」世界304号212頁(1971)、「特集・平賀書簡問題の再検討」法律時報44巻9号8頁及び194頁(1972)、「いわゆる”平賀書簡”(自衛隊裁判)—(資料篇)」同45巻10号333頁(1973)、家永三郎・潮見俊隆「長沼判決と司法権の独立」法学セミナー218号118頁(1973)、「札幌地裁判事=福島重雄—”政治”の圧力をはね返す」エコノミスト51巻41号60頁(1973)、福島重雄「春夏秋冬 憲法9条の流れ」社会評論155号4頁(2008)、福島重雄ほか編『長沼事件平賀書簡—35年目の証言—自衛隊違憲判決と司法の危機』(日本評論社、2009)、「小特集・『長沼事件 平賀書簡事件』から司法を考える」法と民主主義440号28頁(2009)など参照。

- 87) 潮見俊隆「司法行政と裁判官の独立—長谷川判事再任拒否事件をめぐって」法学セミナー161号2頁(1969)、同「司法行政の憲法的感覚—裁判官の独立をおびやかすもの」同185号2頁(1971)、同「司法行政と裁判官の独立」静岡大法経論集9号113頁(1972)、同『司法の法社会学』(勁草書房、1982)、「青法協問題と最高裁判所(特集・最高裁判所)」法律時報42巻7号95頁(1970)、「特集・裁判官の任用と身分保障」法律時報43巻3号8頁(1971)、「特集・裁判と司法行政」同7号8頁(1971)、宮本康昭「欠席裁判の要綱点と『裁判の権威』」同12号40頁(1971)、同「裁判官の身分保障と再任制度—再任を拒否された者から(最高裁を糾弾する)」法学セミナー185号6頁(1971)、同「裁判官

を辞任するにあたって」同210号76頁(1973)、同「任官拒否問題をどう捉えるか」同241号76頁(1975)、樋口陽一「法の解釈における解釈者の立場と裁判官の思想・良心の自由—裁判官の独立をめぐる問題の側面」同186号2頁(1971)、橋本公巨「裁判官の独立と身分保障」時の法令752号23頁(1971)、弘津恭輔「司法権の独立と『青法協』警察学論集24巻1号37頁(1971)、「日弁連臨時総会〔45.12.19〕以後の司法権の独立をめぐる動き」自由と正義22巻4号98頁(1971)、「憲法記念日前から日弁連臨時・定時総会〔5.29〕までの司法権の独立をめぐる動き」同6号82頁(1971)、「日弁連定時総会以後の司法権の独立をめぐる動き」同8号53頁(1971)、「夏から秋にかけての司法権の独立をめぐる動き」同12号72頁(1971)、「特集・司法権の独立と民主主義」文化評論114号2頁(1971)、田代喜久雄「裁判官の独立と報道の責任」新聞研究240号14頁(1971)、「特集・裁判官の再任問題」法律時報44巻3号8頁(1972)、有倉遼吉「裁判官の再任拒否に対する異議申立てと最高裁判所の却下決定について—宮本裁判官再任拒否事件をめぐる一論点」判例時報653号6頁(1972)、「〔最高裁〕決定」同9頁、「〔宮本裁判官の〕異議申立書」同頁、和田英夫＝高柳信一編『現代の司法』(日本評論社、1972)、池田政章＝守屋克彦編『裁判官の身分保障』(勁草書房、1972)、「年末・年始の司法権の独立をめぐる動き」自由と正義23巻2号115頁(1972)、「厳冬から14期再任までの司法権の独立をめぐる動き」同4号94頁(1972)、「24期新任拒否から日弁連熊本総会までの司法権の独立をめぐる動き〔4月5日-5月20日〕」同7号99頁(1972)、松浦基之「日弁連熊本総会以後11月初めまでの司法権の独立をめぐる動き」12号40頁(1972)、「最高裁裁判官国民審査前後から阪口氏修習生に再採用までの司法権の独立をめぐる動き—1972年10月から1973年2月まで」同24巻3号68頁(1973)、「15期再任と25期任官拒否前後の司法権の独立をめぐる動き—1973年2月から同年4月上旬まで」同4号96頁(1973)、「最高裁長官交代前後から日弁連司法シンポジウムまでの司法権の独立をめぐる動き—1973年5月から同年11月末まで」同12号82頁(1973)、宮本康昭古稀記念『市民の司法をめざして』(日本評論社、2006)、黒本亮＝宮本康昭ほか「座談会・裁判官の自由と正義はどこにあるか」世界864号227頁(2015)など参照。

- 88) 最大決平成10年12月1日民集52巻9号1761頁。本件評釈には、佐々木高雄「判批」ジュリスト臨時増刊1157号「平成10年度重要判例解説」6頁(1999)、大橋寛明「判批」ジュリスト1158号112頁(1999)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成10年度下』937頁(法曹会、2001)、同「判批」ジュリスト増刊『最高裁時の判例1 公法編』119頁(2003)、西原博史「判批」法学教室227号98頁(1999)、奥平康弘「判批」法律時報71巻2号1頁(1999)、高見澤昭治「判批」法学セミナー531号106頁(1999)、只野雅人「判批」同536号98頁(1999)、北村栄一「判批」月刊アーティクル154号80頁(1999)、君塚正臣「判批」法学教室234号別冊附録「判例セレクト'99」11頁(2000)、佐々木くみ「判批」法学65巻6号887頁(2002)、小山剛「判批」

佐藤幸治=土井真一編『判例講義憲法Ⅰ』11頁(2010)、本秀紀「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕392頁(2013)などがある。このほか、上村卓也「社会と刑事法—裁判官の政治活動の制限—仙台地裁寺西判事補の分限裁判から」警察時報53巻10号89頁(1998)、小田中聡樹ほか「座談会・令状裁判の実態と裁判官の市民的自由—寺西判事補注意処分をめぐって」法と民主主義327号3頁(1998)、川崎英明「市民的自由論の到達点と寺西裁判官懲戒問題」同329号32頁(1998)、「特集・許されない寺西裁判官懲戒処分」同332号2頁(1998)、「裁判官の市民的不自由—寺西判事補」懲戒申立て」が投げかけた問題」金曜日6巻22号26頁(1998)、「裁判官の発言と市民の利益—独占手記第2弾」同27号24頁(1998)、「寺西裁判官問題第3弾」同34号20頁(1998)、棟居快行「裁判官の独立と市民的自由」ジュリスト1150号106頁(1999)、同『憲法学再論』468頁以下(信山社、2001)、矢島基美「積極的な政治活動(裁判官の独立)」法学教室224号36頁(1999)、「裁判と争点—寺西判事補の分限裁判で最高裁、即時抗告を棄却—「裁判官の市民的自由」にもっと広い議論を」法学セミナー530号122頁(1999)、神坂直樹=寺西和史「『裁判官は権力に批判的でなければならない』—最高裁に目をつけられた男たち」対談(最高裁を問う)」金曜日8巻21号9頁(2000)などもある。

- 89) 戦後の日本の問題を検討したものととして、以上のほかに、「司法権の独立を賭する新聞仮処分事件」労働法律旬報32号11頁(1950)、平野義太郎「条約改正と司法権の独立」日本及日本人2巻4号20頁(1951)、兼子一「民主主義と司法権の独立」世界97号95頁(1954)、大西芳雄「司法権の独立」公法研究11号1頁(1954)、檜山武夫「国民権の下での司法権の独立と憲法裁判権」同20頁、清宮四郎ほか「司法権の独立—第1部会討議報告」同56頁、小島和司「権力分立と司法権の独立」季刊法律学18号1頁(1954)、恒藤恭ほか「座談会・裁判官の独立と良心」同84頁、野間繁「司法権の独立と訴訟委員会の調査」明大法律論叢28巻2=3号66頁(1954)、横川敏雄「司法権の独立と司法権のあり方」法哲学年報1956 47頁(1957)、中谷敬寿「司法権の独立について」関西大学法学論集11巻3=4=5号181頁(1962)、同「司法権の独立について」綜合法学5巻12号2頁(1963)、家永三郎『司法権の独立の歴史的考察』(1962、日本評論社)、同「司法権の独立を侵すものは何か」法学セミナー159号2頁(1969)、同「司法権の独立」日本の科学者6巻1号19頁(1971)、小林直樹『憲法を読む』176頁以下(岩波書店、1965)、藤本豊嗣「裁判官の独立」関西大学法学論集16巻4=5=6号155頁(1967)、長谷川正安『司法権の独立』(新日本出版社、1971)、沼田稲次郎「司法権独立の危機に思う—児島惟謙と石田和外の役割」エコノミスト49巻7号48頁(1971)、上田勝美「司法権の独立と司法反動—最高裁判所の職責と機能を中心として」田畑忍古稀記念『現代における平和と人権』250頁(日本評論社、1972)、野間繁「司法権の独立をめぐる諸問題」創価法学5巻1=2号229頁(1975)、関誠一追悼『現代の裁判と裁判官』(ペリかん社、1976)、鴨野幸雄「司法権の独立」法学セミナー増刊総合特集シリーズ4『最高裁判

所』220頁(1977)、庄幹正「司法権の独立について」関西外国語大研究論集27号311頁(1977)、小田中聡樹「司法権の独立について—『民主主義司法論序説』の一環として」判例タイムズ399号6頁(1980)、宇都宮純一「『法律による裁判』論—司法権の独立に関する一考察」法学46巻1号104頁(1982)、諸根貞夫「『司法権の独立』に関する国際的文書の一考察」愛媛大学教養部紀要19巻1号1頁(1986)、村田光堂「司法権の独立—具体的事例を中心として」國土館大比較法制研究11号63頁(1988)、「判検人事交流・会同、協議会と裁判官の独立を考える(日弁連シンポジウム)」法律時報62巻9号6頁(1990)、宮沢節生「新聞で読む法社会学(19、20)—裁判官の独立(1、2)」法学セミナー454号110頁、455号108頁(1992)、松井康浩「最高裁長官の裁判介入—司法行政権と裁判官の独立」自由と正義43巻3号236頁(1992)、古城誠「『司法権の独立』の経済分析」北大法学論集44巻1号159頁(1993)、Ramseyer J.Markほか「ミニ・フォーラム・司法権の独立の『法と経済学』」アメリカ法[1993-2]175頁(1994)、樋口陽一「裁判の独立」同編『講座憲法学6—権力の分立【2】』41頁(日本評論社、1995)、矢口俊昭「司法権の独立と司法行政権」ジュリスト1089号131頁(1996)、名雪健二「司法権の独立—解釈論を中心として」東洋法学40巻1号33頁(1996)、西修「日本国憲法を考える(6)—『司法権の独立』再考」月刊自由民主537号48頁(1997)、デイビス・ロドニー「裁判官の独立と日本の法学教育」高山自動車短期大研究紀要20号59頁(1997)、佐藤岩夫「裁判官の独立と法曹一元」司法改革1巻2号39頁(1999)、佐々木雅寿「憲法学原論—憲法解釈の基底にあるもの(9)—裁判官の独立とその正当性」法学教室232号65頁(2000)、「司法改革関連基本文献目録(8)裁判官の独立」司法改革1巻10号73頁(2000)、植野妙実子「基本に学ぶ憲法(9)—裁判官の独立(1、2)」法学セミナー553号82頁、555号86頁(2001)、小沢隆一「憲法からみた裁判官の独立と自治—司法制度改革審議会『意見書』にもふれて」法と民主主義362号34頁(2001)、平田公夫「司法の独立性外司法権の独立と裁判官の独立」岡山大学教育学部研究集録128号63頁(2005)、馬場健一「裁判官制度改革と裁判官の独立外よりよき司法の実現に向けて」自由と正義57巻10号73頁(2006)、時任兼作「『裁判官の独立』揺るがず『軽率』では済まされない地裁所長の現場介入」週刊朝日112巻36号33頁(2007)、重村博美「わが国における司法権の独立と司法制度改革をめぐる問題」近畿大学工業高等専門学校研究紀要3号81頁(2009)、辻雄一郎「日本における司法と裁判官の独立」駿河台法学24巻3号34頁(2011)、布川玲子「ワークショップ概要—司法権の独立と司法による自然法の実践—最近明らかになった砂川事件関連米公文書」法哲学年報2013 210頁、寺西和史「自民党憲法改正草案 徹底批判シリーズ(8)—司法権の独立・違憲立法審査権」金曜日21巻21号36頁、26号40頁(2013)、佐藤修一郎「裁判官の独立についての一試論—『外から』見た最高裁判所裁判官」白山法学13号43頁(2017)など参照。

- 90) 広中俊雄『法と裁判』(東京大学出版会、1971)、和田英夫=高柳信一編『現代の司法』(日

本評論社、1972)、和田英夫「法と政治の中の最高裁判所」八幡大学論集23巻1=2=3号137頁(1972)、田中成明『裁判をめぐる法と政治』(有斐閣、1979)、同『現代社会と裁判』(弘文堂、1996)、荒木伸怡『裁判—その機能的考察』(学陽書房、1988)、宮沢節生「司法行政と裁判官行動—企画の経緯と研究の法社会学的意義」法律時報62巻9号46頁(1990)、塚原英治「裁判官経歴と裁判行動」法社会学43号46頁(1991)、棚瀬孝雄『紛争と裁判の法社会学』(法律文化社、1992)、山本祐司『最高裁物語上・下巻』(日本評論社、1994)、田宮裕『日本の裁判』〔第2版〕(弘文堂、1995)、馬場健一「裁判官選任過程と司法の民主的正当性—法曹一元構想における市民参加の系譜から」法社会学59号158頁(2003)、萩屋昌志編『日本の裁判所—司法行政の歴史的研究』(晃洋書房、2004)、守屋克彦編『日本国憲法と裁判官』(日本評論社、2010)、木佐茂男ほか『テキストブック現代司法』〔第6版〕(日本評論社、2015)など多数。

- 91) 樋口陽一=栗城壽夫『憲法と裁判』1-126頁(法律文化社、1988)[樋口]。
- 92) 同上127-360頁[栗城]。
- 93) 芦部編前掲註1)書第1巻1頁[芦部信喜]。
- 94) 芦部前掲註6)論文20-32頁参照。
- 95) 芦部編前掲註1)書第1巻219頁以下[河野敬、時国康夫]参照。
- 96) 同上321頁以下[小林節]参照。
- 97) 同上355頁以下[戸波江二]参照。
- 98) 同上第2巻125頁以下[江橋崇ほか]参照。
- 99) 佐藤前掲註28)書1頁以下。次は部分社会論である。阪本前掲註70)論文98頁も同旨であるが、寧ろ「違憲審査基準」の限定と限界が強調されている。
- 100) 佐藤同上207頁以下。
- 101) 同上393頁以下。
- 102) 同上531頁以下。全体で本文564頁。
- 103) 戸松前掲註23)Ⅲ書128頁以下。全体で本文464頁。
- 104) 同上23-41頁。
- 105) 同上63-127頁。
- 106) 高橋前掲註23)Ⅱ書149頁以下。全体で本文395頁。概説書を志向する本書には全体を通じての参考文献欄がない。
- 107) 同上31-130頁。この章の131頁以下の第4節は「違憲審査の審査対象」として、条約、条例、立法不作為、判決、国家の私法上の行為、私人間効力論、憲法改正を取り上げているが、

- これが司法権論なのか憲法訴訟論（憲法判断の対象かを論じる議論）なのかは曖昧である。
- 108) 藤井前掲註 23) II 書は、裁判所や司法権に関する部分が 106 頁まで、違憲審査権に関する議論が 107-379 頁を占める。
 - 109) 新前掲註 23) 書 3-216 頁。
 - 110) 同上 217-684 頁。
 - 111) 時國前掲註 23) 書 181-202 頁。全体で本文 307 頁。
 - 112) 松井茂記『裁判を受ける権利』（日本評論社、1993）。
 - 113) 松井前掲註 23) 書。
 - 114) 松井茂記『二重の基準論』（有斐閣、1994）。
 - 115) 植野妙実子「違憲審査制と司法」中大法学新報 108 巻 3 号 281 頁、288 頁（2001）も批判的である。
 - 116) 松井前掲註 45) 論文 125 頁同旨。
 - 117) 君塚編前掲註 53) 書 146 頁 [君塚]。
 - 118) 清宮四郎『憲法 I』〔第 3 版〕335 頁（有斐閣、1979）。
 - 119) 長尾一統「司法権の現代的課題」法学教室 253 号 7 頁、12 頁（2001）は、「裁判作用である。民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟をとわず、——客観訴訟も含めて——およそ裁判作用なるものは、すべて『司法作用』、すなわち『司法権』の概念に含まれる」という定義は「あまりにも簡便すぎる」との本人の感想の通り、外延不明の最たるものである。同様に、植野前掲註 115) 論文 290 頁が、日本では「『司法』の中で憲法裁判をすることも求められている」として、抽象的違憲審査と付随的違憲審査を不分明にしたまま「司法」の意味を論じ、同論文 300 頁で「事前審査や抽象的審査は全く必要ないのかといえそうとはいえない」と述べているのも、日本国憲法の解釈論としては疑問である。
 - 120) 芦部前掲註 6) 論文 24 頁。
 - 121) 同上 25 頁。
 - 122) 同上同頁。
 - 123) このため、佐藤幸治の司法権理解を「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」と評する。芦部同上 29 頁。
 - 124) 戸波前掲註 57) 論文 87 頁。
 - 125) 芦部前掲註 6) 論文 32 頁以下参照。但し、このことは、司法審査基準論などに還元できないかとの疑問もある。

- 126) 「旧司法試験時代には、いわゆる記憶再生型答案がよいという業界内の定説があったそうで、それによると、『試験場で多くを考える破目になっては駄目だ』』ということで、「覚えたことを書いた答案が好ましいということであつたらしい。」村田尚紀「憲法訴訟における憲法判断と事実」関大法科大学院ジャーナル7号99頁(2012)。
- 127) 松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会、2001)。関連して、小山剛「審査基準論と三段階審査」ロー・スクール研究14号122頁(2009)、青井未帆「三段階審査・審査の基準・審査基準論」ジュリスト1400号68頁(2010)、山本龍彦「三段階審査・制度準拠審査の可能性」法律時報82巻10号101頁(2010)、「特集・審査基準論と三段階審査」法律時報83巻5号6頁(2011)、三宅雄彦「論証作法としての三段階審査」法学セミナー674号8頁(2011)、前田徹生「最高裁判所棄却型判決の検証—違憲審査基準論? 三段階審査?」桃山法学20=21号425頁(2013)、阪口正二郎「比較の中の三段階審査・比例原則」樋口陽一ほか編『国家と自由・再論』235頁(日本評論社、2012)、山岸喜久治「現代ドイツ基本権論の位相(1-3)」宮城学院女子大学研究論文集118号43頁、119号1頁(2014)、120号3頁(2015)、駒村前掲註23)書100-128頁なども参照。
- 128) 小山剛『「憲法上の権利」の作法』〔第3版〕(尚学社、2016)。初版は2009年。
- 129) 同上86頁。
- 130) 同上88頁。
- 131) 「ともあれ、」機械的当てはめ型答案がよいという、旧司法試験時代から「の都市伝説は根強く残っているように見える。」だが、新司法試験は旧司法試験とは「まったく異なる事例問題である。したがって、」『「試験は現場で考える」』しかない。村田掲註126)論文99頁。同感である。
- 132) ドイツ国法学の直接的な影響ではないであろうが、2017年司法試験論文式公法系第1問は外国人の人権、それも妊娠・出産の権利(幸福追求権)を主題とするものであった。本問の解答を執筆してみると、事実関係ではなく、抽象的な学説論争の整理と峻別に相当のエネルギーを要すること過ぎすぎるであろうか。君塚正臣「新司法試験(憲法)論文式問題解説 2013-2017年—司法試験・法科大学院雑感を含む」横浜国際社会科学研究所22巻3号掲載予定(2017)参照。
- 133) 君塚正臣「司法権定義に伴う裁判所の中間領域論—客観訴訟・非訟事件等再考(1、2、3・完)」横浜法学22巻3号143頁、横浜法学23巻1号1頁(2014)、3号111頁(2015)。
- 134) 君塚正臣「日本国憲法31条の射程について—行政の適正手続保障の憲法上の根拠の議論を中心に」横浜国際経済法学13巻2号31頁(2005)。
- 135) 君塚正臣『「裁判を受ける権利」の作法の発想転換—日本国憲法32条の法意の再再検討』

- 横浜国際経済法学 21 卷 3 号 1 頁 (2013)。
- 136) 君塚正臣「判批」新・判例解説 Watch 10 号 21 頁 (2012)。
- 137) 君塚正臣「成熟性・ムートネスの法理—『司法権』の要件の動中静的要請」横浜国際社会科学 20 卷 4=5=6 号 13 頁 (2016)。
- 138) 覚道豊治「憲法における自由裁量の概念」阪大法学 40=41 号 88 頁 (1962)、同「立法裁量と行政裁量」公法研究 41 号 171 頁 (1979)、鍋沢幸雄「ドイツにおける行政裁量概念の成立序説」早稲田法学会誌 法律編 12 号 185 頁 (1962)、室井力「行政裁量論」法学セミナー 171 号 105 頁 (1970)、同「行政裁量—行政行為を中心として」同 311 号 24 頁 (1981)、金子芳雄「行政裁量」公法研究 33 号 167 頁 (1971)、香城敏彦「憲法解釈と裁量」ジュリスト 638 号 205 頁 (1977)、「特集・日本の行政裁量—構造と機能」年報行政研究 18 号 1 頁 (1984)、阿部泰隆『行政裁量と行政救済』(三省堂、1987)、辻村みよ子「選挙活動の自由と立法裁量—選挙権論の射程」法律時報 60 卷 10 号 97 頁 (1988)、松井幸夫「立法裁量論と憲法 47 条および表現の自由」島大法学 32 卷 2 号 59 頁 (1988)、高橋滋『現代型訴訟と行政裁量』(弘文堂、1990)、木原正雄「立法裁量論に関する一考察」早稲田法学会誌 42 号 131 頁 (1992)、戸松秀典『立法裁量論』(有斐閣、1993)、棟居快行「立法裁量」ジュリスト 1037 号 201 頁 (1994)、又坂常人「行政裁量論」同 206 頁、植村栄治「行政裁量について」法学教室 194 号 123 頁 (1996)、安西文雄「司法審査と立法裁量論」立教法学 47 号 1 頁 (1997)、木下智史「憲法判例 50 年 (18) プログラム規定説から立法裁量論へ—生存権 (1)」法学教室 217 号 56 頁 (1998)、植野妙実子「基本に学ぶ憲法 (4) —選挙権の平等と立法裁量」法学セミナー 548 号 92 頁 (2000)、亘理格『公益と行政裁量—行政訴訟の日仏比較』(弘文堂、2002)、成嶋隆「憲法解釈と立法裁量・立法政策」公法研究 66 号 118 頁 (2004)、葛西まゆこ「生存権と立法裁量—アメリカ州憲法における判例展開を手がかりに」慶大法学政治学論究 67 号 199 頁 (2005)、山村恒年『行政法と合理的行政過程論—行政裁量論の代替規範論』(大学図書、2006)、長尾一紘「立法裁量の法理」比較法雑誌 41 卷 4 号 41 頁 (2008)、宍戸常寿「裁量論と人権論」公法研究 71 号 100 頁 (2009)、人見剛「行政裁量」法学セミナー 649 号 28 頁 (2009)、松原光宏「立法裁量のセオリー・プラクシス—ベルリン・カールスルーエの鞘当て」中大法學新報 116 卷 7=8 号 1 頁 (2009)、清水泰幸「司法審査と立法裁量に関する予備的考察」福井大学教育地域科学部紀要 第 3 部 社会科学 65 号 1 頁 (2009)、太田健介「憲法学から見た行政裁量とその統制」東京大学法科大学院ローレビュー 5 号 25 頁 (2010)、深澤龍一郎「行政裁量論に関する覚書」法学論叢 166 卷 6 号 149 頁 (2010)、「特集・立法裁量とその統制」法律時報 83 卷 5 号 41 頁 (2011)、原島良成=筑紫圭一『行政裁量論』(放送大学教育振興会、2011)、松原直樹「行政裁量に対する司法的統制」桐生大学紀要 22 号 49 頁 (2011)、宮田三郎『行政裁量とその統制密度』[増補版] (信山社、2012)、高田倫子「ドイツ行政裁量論における憲法の構造理解とその変遷 (1-3・完) —

行政に対する司法の地位に関する一考察」阪大法学 62 巻 2 号 487 頁 (2012)、5 号 1443 頁、6 号 1783 頁 (2013)、小林祐紀「アメリカにおける立法記録審査の展開—立法裁量の統制手法に関する予備的考察」慶大法学政治学論究 法律・政治・社会 93 号 199 頁 (2012)、「特集・行政裁量統制論の展望」法律時報 85 巻 2 号 4 頁 (2013)、野田崇「行政裁量の所在と司法審査—羈束行為と自由裁量行為」法学教室 401 号 4 頁 (2014)、宮地基「立法裁量統制の意義と限界」公法研究 77 号 184 頁 (2015)、西原博史ほか「立法裁量領域における憲法上の権利—21 世紀段階の最高裁判決における立法裁量の統制方法をめぐって」Law and practice 9 号 67 頁 (2015)、石村耕治「租税立法(税法令)違憲訴訟と立法裁量論—法令違憲審査不要論につながりかねない司法府・憲法学者の動きを糾す」税制研究 70 号 70 頁 (2016)、高橋洋「立法裁量に関する一考察」愛知学院大学論叢法學研究 57 巻 3=4 号 49 頁 (2016)、駒村前掲註 23) 書 123 頁以下など参照。

- 139) 佐藤功ほか「裁判権と国会の自律権」ジュリスト 204 号 48 頁 (1960)、有倉遼吉「裁判権・検察権と国会の自律権」時の法令 388 号 11 頁 (1961)、清水望「ドイツにおける『議院の自律権』について—とくに立憲主義時代における『議院の自律権』を中心として」早稲田政治経済学雑誌 220=221 号 205 頁 (1970)、同「ワイマール共和制のもとにおける『議院の自律権』について—立憲主義時代における『議事規則の自律権』の内容・意義とその継承を中心として」同 224=225 号 205 頁 (1970)、同「議院の自律権と司法権」法学セミナー 219 号 97 頁 (1974)、横田耕一「国会の自律権と議事手続」ジュリスト 638 号 155 頁 (1977)、石田光義『ドイツ立憲主義と議院の自律権—19 世紀における議会主義化の過程』(成文堂、1986)、大石眞『議院自律権の構造』(成文堂、1988)、同「議院の自律性」ジュリスト 955 号 80 頁 (1990)、同「日本国憲法の誕生 (第 7 回)—自律権思想と議院法伝統との間」法学教室 207 号 40 頁 (1997)、勝山教子「議院自律権と行政裁判所の不介入—議院事務局職員の身分および議院・第三者間の契約に関するフランスの争訟をめぐって」同志社法學 52 巻 2 号 288 頁 (2000)、梶田秀「国会法の制定—GHQ の合理的行動と議院自律権の後退」年報政治学 60 巻 1 号 1 頁 (2009)、「特集・オートノミー—自律・自治・自立」憲法問題 24 号 7 頁 (2013) など参照。
- 140) 君塚正臣「統治行為論再考—《ある》が《ない》」横浜法学 22 巻 1 号 33 頁 (2013)。
- 141) 君塚正臣「判例の拘束力—判例変更、特に不遡及的判例変更も含めて」横浜法学 24 巻 1 号 87 頁 (2015)。
- 142) 最判平成 19 年 9 月 28 日民集 61 巻 6 号 2345 頁。本件評釈には、君塚正臣「判批」ジュリスト 臨時増刊 1354 号『平成 19 年度重要判例解説』22 頁 (2008)、工藤達朗「判批」法学教室 330 号別冊附録『判例セレクト 2007』4 頁 (2008)、新井章「判批」法学セミナー 638 号 30 頁 (2008)、多田一路「判批」同 121 頁、加藤智章「判批」西村健一郎=岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第 4 版〕18 頁 (2008)、西土彰一郎「判批」法学セ

- ナー増刊『速報判例解説』2号19頁(2008)、北村和生「判批」同57頁、岩崎慎「判批」行政判例研究会編『行政関係判例解説平成19年』136頁(ぎょうせい、2009)、村田尚紀「判批」関西大学法学論集58巻5号121頁(2009)、武田美和子「判批」法曹時報62巻10号103頁(2010)、同「判批」最高裁判所調査官室編『最高裁判所判例解説民事篇平成19年度下』620頁(法曹会、2010)、内野正幸「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕298頁(2013)、廣田久美子「判批」岩村正彦編『社会保障判例百選』〔第5版〕22頁(2016)などがある。このほか、君塚正臣「学生無年金障害者問題の憲法学—差別包囲状況における『緩やかな合理性の基準』の想定外の可能性」法律時報77巻8号75頁(2005)、西埜章「学生無年金障害者訴訟における立法不作為の違法性」明治大学法科大学院論集1号131頁(2006)、木村将成「憲法の『行為規範』化か」日本大学大学院法学研究年報36号23頁(2006)、青木誠弘「不平等を解消しない立法不作為」筑波法政43号31頁(2007)、同「立法不作為の違憲問題における立法義務」同47号59頁(2009)、柏崎洋美「学生無年金障害者訴訟に関する一考察」跡見学園女子大学マネジメント学部紀要7号15頁(2009)などもある。関連して、畑中祥子「社会保険における『任意』と『強制』—学生無年金障害者訴訟における国民年金の任意加入制度と立法の不作為について」賃金と社会保障1401号48頁(2005)も参照。
- 143) 君塚同上評釈、同同上論文。
- 144) 君塚正臣「事情判決の法理—議員定数不均衡問題の解決に向けて(2)」横浜法学25巻2号1頁(2016)。
- 145) 君塚正臣「将来効判決、積極的な司法的救済、可分論、そして—議員定数不均衡問題の解決に向けて(3)」横浜法学25巻3号1頁(2017)。
- 146) 君塚正臣「憲法の私人間効力論争は何をもたらしたか」月報司法書士447号7頁(2009)、同「二重の基準論とは異質な憲法訴訟理論は成立するか—併せて私人間効力論を一部再論する」横浜国際経済法学18巻1号17頁(2009)後半、同「いわゆる憲法の第三者効力論・再論—諸学説を検討し、『新聞接効力説』もしくは『憲法の最高法規性重視説』への批判に答えて、憲法の私人間効力論を考え直す」(早稲田大学COE)季刊企業と法創造4巻1号75頁(2007)、君塚前掲註14)論文など。
- 147) 君塚正臣「特別権力関係論・終論—堀越事件判決の再考を経て」横浜国際社会科学研究22巻1=2号21頁(2017)、君塚前掲註88)評釈など。
- 148) 君塚前掲註78)書。1-554頁、i-xii頁。
- 149) 君塚正臣「付随的違憲審査制の活性化に向けて」関西大学法学論集52巻6号81頁(2003)。
- 150) 君塚正臣「憲法・裁判所」岡田浩=松田忠憲編『現代日本の政治—政治過程の理論と実際』96頁(ミネルヴァ書房、2009)。

- 151) 君塚正臣「二重の基準論の根拠について」横浜国際経済法学 16巻1号1頁(2007)、同「二重の基準論の意義と展開—『二重』は『三重』ではない」佐藤幸治古稀記念『国民主権と法の支配下巻』31頁(成文堂、2008)、同「司法審査基準—二重の基準論の重要性」公法研究 71号 88頁(2009)、同「二重の基準論の応用と展望」横浜国際経済法学 17巻2号1頁(2008)、君塚前掲註146)論文前半。
- 152) 君塚正臣「参政権の制約と司法審査基準・合憲性判断テスト—議員定数不均衡問題の解決に向けて(1)」横浜法学 25巻1号 51頁(2016)。
- 153) 君塚前掲註77)書。1-353頁、i-xi頁。
- 154) 君塚前掲註142)論文一部、同「欧米各国における積極的差別是正とその示唆するもの—アファーマティヴ・アクション、ポジティブ・アクション、クォータ」関西大学法学論集 51巻4号 58頁(2001)一部、同「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅰ』(第6版) 66頁(2013)。
- 155) 君塚正臣「日本銀行の憲法学—『国家の通貨発行権』の批判的検討」横浜国際経済法学 18巻3号 49頁(2010)。
- 156) 君塚正臣「社会権としての『教育を受ける権利』の再検討—その過拡大再考の提言」横浜国際社会科学研究 15巻5号1頁(2011)。
- 157) 君塚正臣「立法の不作為の合憲性を争う訴訟について—在宅投票制度違憲訴訟の再考」横浜国際社会科学研究 21巻6号 11頁(2017)。
- 158) 君塚正臣「第三者の憲法上の権利の主張—第三者没収事件の再考—『憲法的事件争訟性』要件の例外的許容範囲」横浜国際社会科学研究 21巻1=2号1頁(2016)。
- 159) 君塚正臣「憲法判断回避の『法理』について」横浜国際経済法学 14巻1号1頁(2005)。
- 160) 君塚正臣「合憲限定解釈の再検討—労働基本権を制約する最高裁判決を素材に」帝塚山法学 11号 35頁(2006)。
- 161) 君塚正臣「適用違憲『原則』について—猿払事件を端緒とする再検討」横浜国際経済法学 15巻1号1頁(2006)。
- 162) 君塚正臣「法令違憲—適用違憲とこれのほかに、運用違憲、処分違憲は存在するか」横浜国際経済法学 20巻3号 29頁(2012)。
- 163) 君塚正臣「LRAの基準—他に選択し得る基準が存する場合における本基準のより制限的な利用の勧め」横浜国際経済法学 19巻3号 103頁(2011)。
- 164) 君塚正臣「ブランデンバーク・テストもしくは『明白かつ現在の危険』基準—渋谷暴動事件再考、そしてヘイト・スピーチ」横浜国際社会科学研究 21巻4=5号1頁(2017)。
- 165) See, Central Hudson Gas & Electric Corporation v. Public Service Commission of New

- York, 447 U.S.557 (1980) . 本件評釈には、松井茂記「米判批」判例タイムズ 451 号 16 頁 (1981)、米沢広一「米判批」アメリカ法 [1982] 68 頁などがある。関連して、木内英仁「合衆国憲法における営利的表現の自由とたばこ広告」慶大法政政治学論究 38 号 77 頁 (1998)、同「憲法における営利的表現の自由に関する一考察」同 39 号 87 頁 (1998)、同「営利的表現に関する総論的検討」江戸川大情報と社会 8 号 21 頁 (1998)、同「憲法における営利的表現の自由に関する一考察」同 10 号 51 頁 (1998)、Rubin v. Coors Brewing Co., 514 U.S. 476 (1995) の評釈である君塚正臣「米判批」ジュリスト 1110 号 161 頁 (1997)、Mainstream Marketing Services, Inc. v. Federal Trade Commission, 358 F.3d 1228 (10th Cir.) , cert. denied, 543 U.S. 812 (2004) の評釈である佐々木秀智「米判批」アメリカ法 [2006-2] 365 頁 (2007) なども参照。
- 166) See, United States v. O'Brien, 391 U.S. 367 (1968) . 本件評釈には、伊藤正己「米判批」アメリカ法 [1970] 60 頁、榎原猛「米判批」『英米判例百選 I』114 頁 (1978)、などがある。関連して、榎原猛「象徴的表現 (1・2・完)」阪大法学 89 号 1 頁、90 号 69 頁 (1974)、紙谷雅子「象徴的表現—合衆国憲法第 1 修正と言葉によらないコミュニケーションについての一考 (1・4・完)」北大法学論集 40 巻 5=6 号上 1872 頁、41 巻 2 号 974 頁 (1990)、3 号 1282 頁、4 号 2042 頁 (1991)、長峯信彦「象徴的表現 (1・4・完)」早大法研論集 67 号 167 頁 (1993)、69 号 197 頁、70 号 321 頁 (1994)、早稲田法学 70 巻 4 号 161 頁 (1995)、奥平康弘「国旗焼却と表現の自由—合衆国最高裁判決によせて」法律時報 61 巻 10 号 100 頁 (1989)、徳永達哉「Symbolic Speech による Government Speech—アメリカ合衆国における国旗焼却事件を素材として」九大比較社会文化研究 11 号 39 頁 (2002)、土屋英雄「アメリカ国旗宣誓・敬礼拒否、国旗焼却事件等に関わる 諸判決」筑波法政 33 号 223 頁 (2002)、山口正紀「メディア一撃・人権とメディア (第 767 回) — 靴投げは議事妨害か抗議の象徴的表現か—秘密法強行採決・抗議逮捕事件で 24 日判決」金曜日 23 巻 7 号 38 頁 (2015)、Tinker v. Des Moines Independent Community School District, 393 U.S.503 (1969) の評釈である久保田きぬ子「米判批」アメリカ法 [1971-2] 329 頁 (1972)、Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) の評釈等である紙谷雅子「米判批」ジュリスト 963 号 134 頁 (1990)、同「米判批」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選』[第 3 版] 52 頁 (1996)、塚田哲之「星条旗・第 1 修正・リベラリズム (1・4・完) Texas v. Johnson をめぐる議論を素材に」名古屋大学法政論集 152 号 189 頁、153 号 153 頁、156 号 355 頁 (1994)、159 号 379 頁 (1995)、この判決と United States v. Eichman, 496 U.S. 310 (1990) についての紙谷雅子「象徴的言論としての国旗の焼却についての 2 つの判決」アメリカ法 [1991-2] 262 頁 (1992) なども参照。
- 167) 君塚正臣「判批」東海大学文明研究所紀要 15 号 95 頁 (1995)。
- 168) 君塚正臣「明確性の原則」戸松秀典＝野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』324 頁 (有斐閣、2012)。

- 169) 君塚正臣「過度に広汎性ゆえ無効の法理」横浜法学23巻2号1頁(2014)。
- 170) 君塚正臣「政教分離と原告適格」榎原猛古稀記念『現代国家の制度と人権』194頁(法律文化社、1997)、同「判批」新・判例解説 Watch 12号11頁(2013)。
- 171) 君塚正臣「国立大学法人と『大学の自治』」横浜国際経済法学17巻3号193頁(2009)。
- 172) 君塚前掲註80) 論文一部。
- 173) 諸外国の例の紹介として、浅香吉幹「アメリカの特別裁判所—通常裁判所の優位性と裁判官専門化への消極性」法の支配138号27頁(2005)、木川統一郎「ドイツの裁判所体系の特徴—ドイツの特別裁判所など」同139号5頁(2005)、同「オーストリアの特別裁判所」同141号22頁(2006)、田島裕「イギリスの特別裁判所—The Council on Tribunalsの重要性について」同139号13頁(2005)、滝沢正「フランスの特別裁判所」同20頁など参照。
- 174) 小野慶二「判批」警察研究31巻7号116頁、117頁(1960)。
- 175) 奥野健一「裁判官訴追委員会と弾劾裁判所」ジュリスト44号22頁(1953)、佐々木高雄「弾劾裁判所判決と弾劾制度の本質—谷合裁判官に対する罷免判決を素材にして」同757号78頁(1982)、高仲東磨「弾劾制度論」昭和大学教養部紀要17号7頁(1986)、国会法規研究会「国会にかんする法規(第2編本論89、90・完)—第6章弾劾裁判所」時の法令1685号72頁、1689号48頁(2003)など参照。
- 176) 弾劾裁判所は、特別裁判所だが憲法の定める例外という記述が多い中、清宮前掲註118) 書344頁は、「ここにいう特別裁判所ではない」としている。
- 177) 特に、渋谷秀樹『日本国憲法の論じ方』〔第2版〕396頁以下(有斐閣、2010)参照。杉原泰雄『憲法Ⅱ』363頁(有斐閣、1989)、樋口陽一ほか『注解法律学全集4—憲法Ⅳ』24頁(青林書院、2004)〔浦部法穂〕、清宮同上343-344頁同旨。なお、渋谷は、「司法の民主化」という理由付けにやや懐疑的である。
- 178) 樋口ほか同上25頁〔浦部法穂〕。
- 179) 美濃部達吉『日本国憲法原論』457頁(有斐閣、1948)。戸松前掲註23) Ⅲ書24頁はこの立場をはっきりと否定する。
- 180) 三月月章「家庭裁判所への人事訴訟移管の司法政策的意義—特別裁判所概念の再検討と再評価をめぐって」家庭裁判月報56巻4号5頁、6頁(2004)参照。
- 181) 最大判昭和31年5月30日刑集10巻5号756頁。本件評釈には、高田義文「判批」法曹時報8巻7号106頁(1956)、桜田誉「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』198頁(1963)、新井隆一「判批」法学セミナー173号106頁(1970)、寿田竜輔「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選』〔第3版〕230頁(1974)、田宮裕「判批」別冊判例タイムズ6号『少年法—その実務と裁判例の研究』72頁(1979)松尾浩也「判批」田宮裕編『少

- 年法判例百選』4頁(1998)、矢口俊昭「判批」芦部信喜ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第4版〕388頁(2000)、笹田栄司「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル—憲法Ⅰ』88頁(三省堂、2000)、久保田穰「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第5版〕400頁(2007)、佐々木雅寿「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』259頁(悠々社、2010)、西村裕一「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕363頁(2013)、小野前掲註174) 評釈などがある。
- 182) 林田和博「司法権の範囲」清宮四郎＝佐藤功編『憲法講座4』1頁、7頁(有斐閣、1959)。
- 183) 同上7-8頁。君塚前掲註135) 論文の結論も、憲法32条の核心は刑事裁判を受ける権利であるとしている。
- 184) 河原峻一郎「裁判を受ける権利・特別裁判所及び行政的最終性の問題」ジュリスト76号6頁(1955) 参照。
- 185) 同上7頁参照。
- 186) 同上8頁参照。
- 187) 同上9頁参照。
- 188) 同上9-10頁参照。
- 189) 林田前掲註182) 論文8頁。
- 190) 山口定『ファシズム』212頁(有斐閣、1979)。
- 191) 同上215-216頁。
- 192) 小嶋和司『憲法概説』463頁(良書普及会、1987)、佐藤功『日本国憲法概説』〔全訂第5版〕469頁(学陽書房、1996)、樋口陽一『憲法Ⅰ』484頁(青林書院、1998)、吉田善明『日本国憲法論』〔第3版〕245頁(三省堂、2003)、川又伸彦『マスター憲法』282頁(立花書房、2009)、佐藤幸治『日本国憲法論』597頁(成文堂、2011)、岩間昭道『憲法綱要』288頁(尚学社、2011)、市川正人『基本講義憲法』323頁(新世社、2014)、安西文雄ほか『憲法学読本』〔第2版〕309頁(有斐閣、2014)〔宍戸常寿、大日方信春『憲法Ⅰ』273頁(有信堂、2015)、川岸令和ほか『憲法』〔第4版〕326頁(青林書院、2016)〔君塚正臣、高橋和之『立憲主義と日本国憲法』〔第4版〕416頁(有斐閣、2017)、渋谷秀樹『憲法』〔第3版〕670頁(有斐閣、2017)、君塚正臣編『ベーシックテキスト憲法』〔第3版〕264頁(法律文化社、2017)〔片山智彦、君塚ほか前掲註9) 書149頁〔君塚正臣〕など。
- 193) 浅香前掲註173) 論文31頁など参照。
- 194) 軍法会議の判決は最終であるものの、軍法会議が権限内の活動をしたか否かは人身保

護法に基づいて通常裁判所が審査できる。See, *In re Grimley*, 137 U.S. 147 (1890) . 河原前掲註184) 論文13頁注参照。

195) *Commodity Futures Trading Commission v. Schor*, 478 U.S. 833 (1986) . 浅香前掲註173) 論文32頁参照。

196) *Northern Pipeline Construction Co. v. Marathon Pipe Line Co.*, 458 U.S. 50 (1982) . 浅香同上同頁参照。

197) 田島前掲註173) 論文13頁参照。

198) 同上17-18頁。

199) 小野前掲註174) 評釈118頁。

200) 三ヶ月前掲註180) 論文7頁。

201) 君塚正臣編『高校から大学への憲法』〔第3版〕110頁(法律文化社、2016) [平地秀哉]。

202) 河原前掲註184) 論文11頁。但し、同論文12頁は、「権限を有する裁判官により裁判されることまで保障している」わけではないとしている。このことは、裁判員制度の合憲性を考える上で、示唆的である。

203) 小野前掲註174) 評釈119頁。

204) 佐々木惣一『改訂日本国憲法論』349頁(有斐閣、1952)、覚道豊治『憲法』〔改訂版〕168-169頁(ミネルヴァ書房、1973)、橋本公亘『日本国憲法』582頁(有斐閣、1980)、伊藤公一『憲法概要』〔改訂版〕173-174頁(法律文化社、1983)、榎原猛『憲法一体系と争点』347-348頁(法律文化社、1986)、阿部照哉ほか編『憲法(4)』〔第3版〕171頁(有斐閣、1996) [野坂泰司]、戸波江二『憲法』〔新版〕411頁(ぎょうせい、1998)、榎原猛=伊藤公一=中山勲編『新版基礎憲法』223頁(法律文化社、1999) [井上典之]、阪本昌成『憲法理論Ⅰ』〔第3版〕389頁(成文堂、2000)、大沢秀介『憲法入門』〔第3版〕317頁(成文堂、2003)、野中俊彦ほか『憲法Ⅱ』〔第5版〕235-236頁(有斐閣、2012) [野中]、長谷部恭男『憲法』〔第6版〕410頁(新世社、2014)、浦部法穂『憲法学教室』〔第3版〕358-359頁(日本評論社、2016)、辻村みよ子『憲法』〔第5版〕446頁(日本評論社、2016)、毛利透ほか『憲法Ⅰ』〔第2版〕281頁(有斐閣、2017) [松本哲治]、杉原前掲註177) 書362頁、樋口ほか前掲註177) 書24頁 [浦部法穂] など。ところが、伊藤正己『憲法』〔第3版〕568頁(弘文堂、1995)は、必ずしも最高裁を頂点とする機構ではなくとも、「常設の裁判所以外で特別の裁判が行われることは考えられ、それは、戦争や内乱に関連して特定の政治目的のために行われるものである。第二次大戦後のニュールンベルグ裁判や極東国際軍事裁判がその例である」と、安易に例外を認めてしまっている。

205) 渋谷前掲註177) 書398-399頁。

- 206) 佐々木前掲註 181) 評釈 259 頁参照。
- 207) 君塚前掲註 135) 論文 52 頁以下からすると、軍法会議による刑の宣告は憲法 32 条違反ともなる。
- 208) 小野前掲註 174) 評釈 120 頁は、その手続法が刑事訴訟法であることも合憲の理由に挙げている。そうだとすると、今日の家庭裁判所が人事訴訟となっていることを直ちに合憲と断じることはできない。民事訴訟法や刑事訴訟法を盲目的に基準と考えることは危険であるが、憲法がそれらの訴訟に要求する手続的適正の要求が満たされなければならぬという意味で理解できよう。
- 209) 念のために付記すれば、仮に設置合憲論が公定解釈となっても、軍法会議相当の機関が憲法上は行政機関に過ぎない。そして、「自由権に関する事件においては、行政機関の決定が最終とされる場合に於いても、独自の審査判断を加うべきである。これも適法手続の要件である。」河原前掲註 184) 論文 13 頁。
- 210) 三ヶ月前掲註 180) 論文 7 頁。
- 211) 長尾一紘『日本国憲法』〔第 3 版〕416 頁（世界思想社、1997）。このため、「特別裁判所」の定義も、「終審として」の裁判であることが強調されている。同書 414 頁。
- 212) 三ヶ月前掲註 180) 論文 7 頁。
- 213) 新井誠ほか『憲法 I』155 頁（日本評論社、2016）〔佐々木くみ〕、榎原前掲註 204) 書 348 頁、橋本前掲註 204) 書 583 頁、阿部ほか編前掲註 204) 書 171 頁〔野坂泰司〕、野中ほか前掲註 204) 書 236 頁〔野中〕など。樋口ほか前掲註 177) 書 25 頁〔浦部法穂〕、戸波前掲註 204) 書 411 頁、浦部前掲註 204) 書 359 頁などは労働裁判所にも言及する。伊藤前掲註 204) 書 568 頁はこの指摘を労働裁判所、租税裁判所にも広げる。これに対して、松井茂記『日本国憲法』〔第 3 版〕229 頁（有斐閣、2007）は、「憲法が行政事件の裁判を司法裁判所に委ねた趣旨を重くみれば、たとえ司法裁判所の系列の中であっても、行政事件専門の裁判所を設置することは許されない」と述べる。長く家庭裁判所を認めてきたことに鑑みると、「行政裁判所」のみを違憲と断ずることには躊躇があるが、仮に設置されるにせよ、「司法権の独立」が何よりも行政権に対するものであったことを斟酌すると、従来の司法裁判所の裁判官などによって構成され、行政庁出身者は排除するなどの最大限の注意が必要であるところまでは賛同できよう。
- 214) 三ヶ月前掲註 180) 論文 10 頁。
- 215) 一般的な外国憲法研究としては、川崎由雄「各国における憲法裁判について一訴訟要件及び違憲判決の効力に関する学説判例」レファレンス 14 号 1 頁（1952）、憲法調査会事務局編『憲法裁判に関する各国憲法の立法例』（1957）、樋口陽一「違憲審査制の近代型と現代型」法律時報 39 卷 9 号 8 頁（1967）、マウロ・カペレットティ（谷口安平＝佐

藤幸治訳『現代憲法裁判論』(有斐閣、1974)、尾崎利生「違憲審査制の史的素描」中京大学大学院生法学研究論集2号94頁(1981)、鶴飼信成『司法審査と人権の法理—その比較憲法史的研究』(有斐閣、1984)、宇都宮純一『憲法裁判権の理論』(信山社出版、1996)、参議院憲法調査会事務局『憲法裁判と司法審査制に関する主要国の制度』(2002)、エドワード・フェレル・マック＝グレゴル(北原仁訳)『憲法訴訟法—ヨーロッパとラテン・アメリカにおける学問としての起源と発展』(成文堂、2010)などがある。

アメリカについては、覚道豊治「アメリカにおける違憲立法審査制の史的考察(1・5・完)」阪大法学8号10頁(1953)、10号113頁(1954)、15号60頁(1955)、18号8頁(1956)、24号23頁(1957)、早川武夫「アメリカ司法審査権の制約」神戸法学雑誌4巻1号33頁(1954)、田島茂「アメリカにおける違憲立法審査制の成立」英米法学5号21頁(1954)、檜山武夫「アメリカの違憲裁判について」公法研究12号58頁(1955)、大野盛直「アメリカ司法審査制度論」ソーシャル・サイエンス4号23頁(1955)、下山瑛二「アメリカ司法審査制と社会の矛盾」法律時報28巻1号32頁(1956)、和田英夫ほか「米国司法審査権発展史の一齣—とくにニュー・ディール期を中心としての覚書」明治大学法制研究所紀要3号1頁(1960)、清岡雅雄「アメリカ憲法と違憲立法審査」福岡学芸大学紀要11(第2部)号93頁(1962)、同「アメリカ憲法と違憲立法審査」法政論叢2巻3=4=5=6=7号21頁(1963)、田中和夫「司法に関するアメリカの各州憲法の規定」(早大比較法研究所、1961)、佐藤幸治「司法審査とデモクラシー—アメリカにおける理解を中心として(1、2)」法学論叢74巻3号1頁(1963)、5=6号35頁(1964)、アーチバルド・コックス(吉川精一=山川洋一郎訳)『ウォレン・コート—憲法裁判と社会改革』(日本評論社、1970)、関誠一『アメリカ革命と司法審査制の成立』(ペリカン社、1970)、青山武憲「アメリカの違憲審査制の起源」日大法学紀要17号7頁(1975)、田中英夫「合衆国最高裁判所による違憲立法審査権の行使をめぐる論議について」公法研究38号1頁(1976)、一倉重美津「アメリカの最高裁判所と司法審査権(1、2)」国士館大学政経論叢22号133頁(1975)、25号177頁(1976)、サミュエル・マーミン(釜田泰介訳)「アメリカにおける司法審査制度—その正当性と限界」同志社法学28巻5号52頁(1977)、下山瑛二ほか編『統治構造』(東京大学出版会、1978)、西村裕三「アメリカの司法審査制に関する一考察(1、2)—その歴史的発展過程と機能的分析」廣島法学3巻1号79頁、3号25頁(1979)、野坂泰司「『司法審査と民主制』の一考察(1-4)」國家學會雑誌95巻7=8号391頁(1982)、96巻9=10号816頁(1983)、97巻5=6号410頁、9=10号656頁(1984)、Glennon Robert Jerome(大久保史郎=藤田達朗訳)「司法審査とアメリカ憲法」立命館法学171号694頁(1983)、大久保史郎「アメリカ司法審査制の現段階—現状分析の基礎視角をめぐって」法律時報57巻6号47頁(1985)、土居靖美『アメリカ憲法と司法審査基準の研究』(嵯峨野書院、1985)、M.J.ペリイ(芦部信喜監訳)『憲法・裁判所・人権』(東京大学出版会、1987)、中谷実『アメリカにお

ける司法積極主義と消極主義—司法審査制と民主主義の相克』(法律文化社、1987)、酒井吉栄『司法審査制の起源から成立まで』(評論社、1988)、同「司法審査制の歩み—コークとマーシャルのあいだ」アメリカ法 [1988-2] 252 頁、ジョン・H. イリイ (佐藤幸治 = 松井茂記訳) 『民主主義と司法審査』(成文堂、1990)、澤登文治「合衆国連邦司法審査の源泉 (1、2・完)」新潟大法政理論 23 卷 1 号 53 頁 (1990)、2 号 48 頁 (1991)、梅山香代子「アメリカ社会と司法審査制度」立教女学院短大紀要 27 号 29 頁 (1995)、三宅裕一郎『国会議員による憲法訴訟の可能性—アメリカ合衆国における連邦議会議員の原告適格法理の地平から』(専修大学出版局、2006)、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)、甲斐素直『米国憲法訴訟史』(デザインエッグ、2015)、ステイーブン・ブライヤー (木下智史ほか訳) 『アメリカ最高裁判所—民主主義を活かす』(岩波書店、2016)、大沢秀介 = 大林啓吾編『アメリカの憲法問題と司法審査』(成文堂、2016)、原口佳誠「アメリカ憲法史における司法審査制の立憲的意義とその社会的影響」ジュリスコンサルタス 24 号 81 頁 (2016)、初岡宏成「アメリカ社会における司法審査制度の機能論 (1)」北海道教育大学紀要人文科学・社会科学編 67 卷 1 号 65 頁 (2016)、松井前掲註 23) 書などがある。カナダについては、野上修市「司法審査とカナダ最高裁判所」明治大学社会科学研究所紀要 4 号 115 頁 (1966)、佐々木雅寿「カナダにおける違憲審査制度の特徴 (上、中、下)」北大法学論集 39 卷 2 号 331 頁、3 号 613 頁 (1988)、4 号 1113 頁 (1989)、富井幸雄「憲法保障機関としてのカナダ法務長官—付随的違憲審査制の補完？」首都大学東京法学会雑誌 46 卷 2 号 133 頁 (2006)、高木康一「カナダ憲法学における『対話』理論—司法審査をめぐる議会と裁判所の関係」専修法学論集 101 号 51 頁 (2007)、手塚崇聡「カナダにおける違憲審査制度の特徴と司法積極主義」比較憲法学研究 28 号 77 頁 (2016) などがある。

スイスについては、覚道豊治「スイス連邦裁判所に於ける憲法裁判」法学論叢 57 卷 2 号 95 頁 (1950)、小林武「違憲審査制の諸類型における『スイス型』(14・完)」南山法学 2 卷 4 号 83 頁、3 卷 1 号 1 頁、3 号 53 頁 (1979)、4 卷 3 号 21 頁 (1980)、同「日本における違憲審査制の展開と特質—スイス公法学界への紹介のための一資料」同 9 卷 4 号 35 頁 (1986)、同「スイス違憲審査制成立史・序説」南山法学 20 卷 2 号 1 頁 (1996) などがある。フィンランドについては、田中館照橋「フィンランドの違憲立法審査制 (上、下)」時の法令 536 号 51 頁、537 号 47 頁 (1965) などがある。ブラジルについては、Rodrigues Vieira Paulo (下井康史訳)「ブラジルの違憲審査制度」北大法学論集 42 卷 6 号 1413 頁 (1992)、佐藤美由紀『ブラジルにおける違憲審査制の展開』(東京大学出版会、2006)、同「2007 年以降のブラジルの違憲審査制」杏林社会科学研究 26 卷 2=3 号 109 頁 (2010) などがある。アルゼンチンについて、同「アルゼンチンにおける違憲審査制の論点」同 27 卷 3 号 77 頁 (2011)、同「アルゼンチンの諸州の集中型違憲審査制」

同30巻2号25頁(2014)などがある。ウルグアイについて、同「ウルグアイの違憲審査制」同28巻4号45頁(2012)などがある。パラグアイについて、同「パラグアイの違憲審査制」同29巻3号81頁(2013)などがある。インドネシアについて、Azhar「インドネシア憲法裁判」札幌学院法学21巻2号689頁(2005)などがある。中国について、冷羅生『中国違憲審査制度の研究』(星雲社、2007)、鹿嶋瑛「中国における憲法保障—違憲審査制の制度改革をめぐる議論を中心に」明大法学研究論集28号1頁(2007)、額外敦畢力格「社会主義憲法の動向—中国における違憲審査制に関する議論について」一橋法学8巻2号317頁(2009)、林来梵「中国の違憲審査制の特徴及び展開の実態—3つの術語の変換という視点から」静岡法務雑誌3号303頁(2010)、牟憲魁『中国における違憲審査制の歴史と課題—大法官憲法解釈制度を中心として』(成文堂、2009)、同「中国大陸と台湾における違憲審査制の比較と展望」比較法学45巻3号99頁(2012)などがある。台湾について、李仁森「台湾における違憲審査制」北大法学論集47巻5号1527頁(1997)、同「台湾における違憲審査制の近時動向—日本憲法裁判の経験を通じて、台湾司法院の位置づけを考える」札幌学院法学21巻1号135頁(2004)、同「台湾における近時の司法改革と違憲審査制」日本台湾法律家協会雑誌5号1頁(2005)、湯徳宗「台湾違憲審査制度之改革」同6号9頁(2006)、張嘉尹=楊遠寧(松田恵美子訳)「台湾における違憲審査制度の発展—歴史的回顧と未来への展望」名城法学64巻3号66頁(2015)などがある。

- 216) 5 U.S. 137 (1803). 本件評釈としては、田中英夫「米判批」伊藤正己ほか編『英米判例百選I』50頁(1978)、畑博行「米判批」藤倉皓一郎ほか編『英米判例百選』〔第3版〕4頁(1996)、紙谷雅子「米判批」樋口範雄ほか編『アメリカ判例百選』4頁(2012)などがある。このほか、「違憲立法審査権」ジュリスト338号21頁(1966)、酒井吉栄「マーベリー対マディソン事件の研究(1、2・完)—アメリカ型司法審査制成立の微視的考察」愛知大学法経論集法律編55号1頁(1967)、56号1頁(1968)、畑博行「裁判官のステータスマンシップ」判例タイムズ465号2頁(1982)、同「アメリカ合衆国司法部の軌跡(1)—違憲立法審査制の成立—マーベリー対マディソン事件の検討を中心に」同601号2頁(1986)、齊藤愛「Marbury v. Madison 事件の尽きせぬ魅力—Mark Tushnet (ed.), *Arguing Marbury v. Madison*」アメリカ法[2006-2]311頁(2007)、勝田卓也「マーベリー判決の神話」中大法学新報119巻9=10号149頁(2013)などもある。
- 217) 一般的に、林田和博「憲法裁判所論」九大法政研究17巻1=2=3=4号205頁(1950)[以下、林田前掲註217] I論文、と引用、同「憲法裁判所論」公法研究12号1頁(1955)、同「憲法保障制度論」(九州大学出版会、1985)、鈴木重武「憲法裁判所の組織・権限に関する立法例」レファレンス53号35頁(1955)、鯨島真男「違憲立法審査—憲法裁判所の問題」ジュリスト131号31頁(1957)、和田英夫「西ドイツ・イタリア・フランスの憲法裁判管見—大陸型違憲審査制の国々をたずねて(1.5・完)」判例時報869号12頁、870号3

頁、872号15頁、873号3頁、875号3頁(1978)、同「西ドイツ連邦憲法裁判に関するバドゥラ教授の所見—『西ドイツ・イタリア・フランスの憲法裁判管見』の補遺として」同881号3頁(1978)、同『大陸型違憲審査制』[増補版](有斐閣、1994)、千葉勝美ほか『欧米諸国の憲法裁判制度について—米国、西ドイツ及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』(法曹会、1990)、浜田豊「大陸型違憲審査制における憲法裁判の観念」工学院大学共通課程研究論叢29号85頁(1991)、永田秀樹「ヨーロッパの憲法裁判所と日本の憲法裁判所構想」法律時報70巻1号36頁(1998)、L・ファヴォルー(山元一訳)『憲法裁判所』(敬文堂、1999)、畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題—選択肢の一つとしての憲法裁判所」公法研究63号110頁(2001)、中谷実「最近の憲法裁判所導入論議について—一つの整理」南山法学25巻3号31頁(2001)、大沢秀介「ファーストステップ憲法(4)統治(21)—違憲審査制の改革の在り方を考えてみよう—憲法訴訟と憲法裁判所」法学教室262号24頁(2002)、濱田邦夫「中欧3か国憲法裁判所訪問記」法曹634号2頁(2003)、西原博史「憲法裁判所制度の導入?(特集・憲法改正論議の現在)」ジュリスト1289号42頁(2005)、市川正人「憲法裁判所(特集・憲法調査会報告書を検証する)」法律時報77巻10号75頁(2005)、山元一「今、憲法裁判所が熱い!?—欧流と韓流と『日流』と?」自由人権協会編『憲法の現在』63頁(信山社、2005)、阪本昌成「違憲審査制のなかの司法審査制」『憲法裁判所—シンポジウム、2007年(第112回)学術大会』九州法学会会報2007111頁(2008)、憲法調査研究会「衆議院憲法調査会報告書を読み解く(13)—憲法裁判所による違憲審査権行使の活性化をめぐる議論—司法制度に関する諸議論の整理」時の法令1831号49頁(2009)、建石真公子ほか「ミニ・シンポジウム・人権保障における憲法裁判所とヨーロッパ人権裁判所」比較法研究73号166頁(2011)、小梁吉章「憲法裁判所と欧州司法裁判所」広島法学34巻3号234頁(2011)、曾我部真裕=田近肇編『憲法裁判所の比較研究—フランス・イタリア・スペイン・ベルギーの憲法裁判』(信山社出版、2016)などがある。

ドイツについては、川崎由雄「西ドイツの『連邦憲法裁判所法』」レファレンス18号78頁(1952)、覚道豊治「西ドイツ連邦憲法裁判所」阪大法学5号105頁(1952)、比較法研究室「連邦憲法裁判所法—西独」明大法律論叢26巻2号72頁(1953)、小島和司註「西独憲法裁判所法」法律時報26巻2号188頁(1954)、G.ライプホルツ「ボン基本法における民主法治国の憲法裁判権」名城法学5巻1号104頁(1955)、小木貞一「連邦憲法裁判所に関する法律の改正法註」自由と正義9巻2号巻末3頁(1958)、清水望「西ドイツの連邦憲法裁判所—その権限と組織について」早稲田政治経済学雑誌168号149頁(1961)、田中館照橘「西独の連邦憲法裁判所の制度的側面」時の法令499号39頁(1964)、G.ヴィルムス(最高裁判所事務局仮訳)「ドイツ連邦共和国憲法裁判所10年の歩み」法曹時報16巻5号655頁(1964)、A.ヴァグナー(同仮訳)「ドイツ連邦共和国憲法裁判所の成立、組織、権限」同662頁、H.エングレー(同仮訳)「ド

イツ連邦共和国憲法裁判所の裁判官」同687頁、山田作之助「ドイツ(西独)最高裁判所、憲法裁判所訪問記」ジュリスト341号72頁(1966)、野中俊彦「西ドイツ連邦憲法裁判所の人的構成」金沢大学法学部論集法学編17号33頁(1970)、E. フリーゼンハーン(廣田健次訳)『西ドイツ憲法裁判論』(有信堂、1972)、永田秀樹「西ドイツ連邦憲法裁判所成立過程の研究」法学論叢104巻2号56頁(1978)、同「連邦憲法裁判所の地位、組織および裁判官の選任」大分大学経済論集33巻5号383頁(1982)、同「資料・〔ドイツ〕連邦憲法裁判所法および連邦憲法裁判所規則(1、2)」同40巻1号78頁、2号88頁(1988)、同「資料・西ドイツ連邦憲法裁判所の政治的機能」法と民主主義261号37頁(1991)、広田健次「西ドイツ連邦憲法裁判所の権限」日大法学紀要23号179頁(1981)、藤田晴子「西独の連邦憲法裁判所の特徴」レファレンス32巻3号56頁(1982)、畑尻剛「西ドイツの具体的規範統制における連邦憲法裁判所の手続」比較法雑誌16巻1号69頁(1982)、同「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所(上、下)」ジュリスト1106号74頁、1107号79頁(1997)、有沢知子「西ドイツ連邦憲法裁判所における具体的規範統制と新しい判決形式—西ドイツおよびオーストリアにおける憲法裁判制度の比較的研究」比較法雑誌16巻4号71頁(1983)、大越康夫「西ドイツ連邦憲法裁判所裁判官の選任」早大社会科学討究30巻3号571頁(1985)、Simon Helmut(永田秀樹訳)「憲法裁判(上、下)」大分大学経済論集39巻3号68頁(1987)、4号117頁(1988)、田上穰治『西ドイツの憲法裁判』(改訂版)(信山社出版、1988)、Wohrmann Gotthardt(畑尻剛ほか訳)「連邦憲法裁判所手続の諸改革」比較法雑誌22巻2号153頁(1988)、名雪健二「西ドイツ連邦憲法裁判所の権限としての具体的規範審査」東洋法学31巻1=2号249頁(1988)、同「西ドイツ連邦憲法裁判所の地位および組織」同32巻1号143頁(1988)、同「西ドイツ連邦憲法裁判所の訴訟手続における諸原則」同2号249頁(1989)、「西ドイツ連邦憲法裁判所の規範審査における決定のヴァリエーション」比較法25号63頁(1988)、同「ドイツ連邦憲法裁判所の抽象的規範審査手続」東洋法学37巻1号157頁(1993)、同「ドイツ連邦憲法裁判所の権限—憲法擁護手続と選挙審査手続」日本法学72巻2号459頁(2006)、同「ドイツ連邦憲法裁判所の権限—機関争訟手続」東洋法学51巻1号1頁(2007)、同「ドイツ連邦憲法裁判所の権限—連邦争訟」同52巻1号1頁(2008)、同「ドイツ連邦憲法裁判所の権限—基本法第100条第2項による手続」同53巻2号47頁(2009)、同「ドイツ連邦憲法裁判所の決定の言渡し」比較法制研究33号25頁(2010)、クラウス・シュライヒ(名雪健二訳)「西ドイツ連邦憲法裁判所(1、2)」比較法27号96頁、東洋法学34巻1号101頁(1990)、同(同訳)「ドイツ連邦憲法裁判所論(3-10)」比較法30号67頁(1993)、東洋法学37巻2号237頁、比較法31号135頁、東洋法学38巻1号309頁(1994)、39巻1号135頁(1995)、2号189頁、比較法34号147頁(1996)、東洋法学40巻2号83頁(1997)、ユルゲン・キューリンク(岡田俊幸訳)「ドイツ連邦憲法裁判所」法と民主主義264号4頁(1992)、岡田俊幸「ド

イツ連邦憲法裁判所調査官の制度と実務」同 277 号 36 頁 (1993)、ペーター・レルヒエ (鈴木秀美訳)「連邦憲法裁判所の最近の基本判決における主要傾向—とりわけ議会の地位に関して」自治研究 71 卷 3 号 12 頁 (1995)、栗城壽夫「ドイツの政治と憲法裁判所」ドイツ研究 21 号 54 頁 (1995)、田代雅彦「ドイツの連邦憲法裁判所」海外司法ジャーナル 1 号 88 頁 (1995)、阿部照哉「ドイツ憲法裁判の限界」覚道豊治古稀記念『現代違憲審査論』171 頁 (法律文化社、1996)、川又伸彦「憲法裁判における法律審の事実審査—ドイツ連邦憲法裁判所の判例を中心に」中大法學新報 103 卷 2=3 号 547 頁 (1997)、憲法裁判研究会訳「ドイツ連邦憲法裁判所規則 (試訳)」比較法雑誌 33 卷 3 号 195 頁 (1999)、ヨーゼフ・イーゼンゼー (名雪健二訳)「連邦憲法裁判所よ、いずこへ (1、2)」東洋法学 43 卷 1 号 139 頁 (1999)、44 卷 1 号 207 頁 (2000)、Limbach Jutta (青柳幸一訳)「ドイツ連邦憲法裁判所の 50 年」ジュリスト 1212 号 56 頁 (2001)、高澤弘明「ドイツ連邦憲法裁判所の具体的規範審査について」東洋大学大学院紀要 38 号 184 頁 (2001)、岡田俊幸「ドイツ連邦憲法裁判所裁判官の選出手続の改革をめぐる議論について (1、2・完)」和光経済 33 卷 2=3 号 55 頁 (2001)、日本大学法科大学院法務研究 14 号 1 頁 (2017)、ホルスト・ゼッカー著 (生天目忠夫訳)『概観ドイツ連邦憲法裁判所』(信山社出版、2002)、工藤達朗編『ドイツの憲法裁判—連邦憲法裁判所の組織・手続・権限』(中央大学出版部、2002)、豊秀一「ドイツの司法積極主義—憲法裁判所導入論の矛盾を問う」世界 730 号 119 頁 (2004)、初宿正典「ドイツの連邦憲法裁判所」比較憲法学研究 17 号 29 頁 (2005)、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』(弘文堂、2005)、秋田智子「世界の司法—その実像を見つめて (82) —ドイツ連邦憲法裁判所・裁判 (抽象的規範統制) 傍聴記」判例タイムズ 1198 号 86 頁 (2006)、アルブレヒト・ヴェーバー (杉原周治訳)「連邦憲法裁判所—その基礎と最近の発展」比較法学 41 卷 3 号 57 頁 (2008)、高澤弘明「ドイツ連邦憲法裁判所の抽象的規範審査手続」憲法研究 40 号 35 頁 (2008)、ヴァール・ライナー (鈴木秀美訳)「ヨーロッパおよび世界におけるドイツ連邦憲法裁判所」ノモス 22 号 1 頁 (2008)、山岸喜久治「憲法擁護の中核 = ドイツ連邦憲法裁判所の法律審査—国家機関による審査請求に応じて」宮城学院女子大学研究論文集 107 号 61 頁 (2008)、Starck Christian (廣田健次 = 名雪健二訳)「憲法裁判所による憲法および憲法訴訟法の解釈と形成」日本法學 75 卷 2 号 415 頁 (2009)、光田督良「ここ数年における連邦憲法裁判所法の改正とその注目点」比較法雑誌 44 卷 2 号 77 頁 (2010)、トーマス・オPPERマン (赤坂正浩訳)「連邦憲法裁判所と国法学」立教法学 87 号 166 頁 (2013)、マティアス・イエシュテットほか (鈴木秀美ほか監訳)『越境する司法—ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』(風行社、2014)、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について—司法審査の民主主義的正当性という問題を中心に—」一橋法学 13 卷 3 号 1065 頁 (2014)、山本真敬「ドイツ連邦憲法裁判所における主張可能性の統制 (Vertretbarkeitskontrolle) に関する一考察 (1-2・完) —共同決定法判決における定

式化まで」早稲田大学大学院法研論集151号383頁(2014)、155号301頁(2015)、櫻井智章「バイエルン憲法裁判所について(1・3・完)―職業裁判官・民衆訴訟・占領米軍」甲南法学55巻1=2号29頁(2014)、3号29頁、4号69頁(2015)、笹田栄司「ドイツ連邦憲法裁判所における調査官の役割」北大法学論集66巻2号389頁(2015)、舩尻剛「憲法の規範力と憲法裁判―ドイツの連邦憲法裁判所に対する世論調査を素材として」中大法学新報123巻5=6号731頁(2016)などがある。オーストリアについて、清水望「オーストリアの憲法裁判所」早稲田政治経済学雑誌187号1頁(1964)、藤田晴子「オーストリアの憲法裁判所」レファレンス32巻12号44頁(1982)、古野豊秋「オーストリアの具体的規範統制における憲法裁判所の手続」比較法雑誌16巻1号25頁(1982)、同ほか訳「資料・オーストリア憲法裁判所法(2・4)」同3号74頁(1982)、4号103頁(1983)、19巻4号105頁(1986)、山本悦夫「オーストリアにおける具体的規範統制の現実的機能〔含 資料・オーストリア憲法裁判所法(1)〕」同2号115頁(1982)、ブリタ・ヴァグナー(古野豊秋訳)「オーストリア憲法裁判所の判例の最近の傾向」比較法学33巻2号143頁(2000)、クリストフ・ベツェメク=戸波江二ほか「オーストリア憲法裁判所―その制度と手続」同45巻3号85頁(2012)、北村貴「オーストリア憲法裁判所の権限はどのように変遷しているか―主観訴訟に関する権限の拡大」憲法研究47号113頁(2015)などがある。

イタリアについては、野村敬造『イタリアの憲法裁判所』(憲法調査会事務局、1961)、渡辺中「イタリア憲法裁判所制度(1、2)」明治大学大学院紀要法学篇16号165頁(1978)、田園調布学園大紀要13号53a頁(1980)、永田秀樹「イタリアの憲法裁判」覚道豊治古稀記念『現代違憲審査論』214頁(法律文化社、1996)、北川弘治「イタリア憲法裁判所訪問記」法曹614号2頁(2001)、田近肇「イタリア憲法裁判所関係法令集」岡山大学法学会雑誌62巻2号366頁(2012)、同「イタリア憲法裁判所の制度と運用」同4号890頁(2013)、同「イタリアにおける憲法裁判所と国会」同63巻4号508頁(2014)、大越康夫「イタリア憲法裁判所の50年」東京国際大学論叢国際関係学部編18号53頁(2012)、芦田淳「イタリア憲法裁判所の特質と近年における変化」比較法研究75号309頁(2013)などがある。ベルギーについて、奥村公輔「ベルギー憲法裁判所の制度の概要」駒澤法学14巻1号128頁(2014)、同「ベルギー憲法裁判所関係法令集」駒澤大学法学部研究紀要72号97頁(2014)、同「ベルギーにおけるコンセイユ・デタ立法部による―事前統制と憲法裁判所による事後統制」駒澤法学14巻4号80頁(2015)、武居一正「ベルギー憲法裁判所の新権限―“連邦への忠誠”統制について」福岡大学法学論叢61巻4号1071頁(2017)などがある。スペインについて、池田実「スペイン憲法裁判所の構成と権限」山梨大学教育学部紀要7号1頁(1993)、佐藤修一郎「スペイン憲法裁判所研究序説―その構成・構造・権限」工学院大学共通課程研究論叢36-2号45頁(1998)、亀野邁夫「スペインの憲法裁判所」レファレンス53巻8

号9頁(2003)、ベドリサ・ルイス「スペイン憲法裁判所における憲法訴訟の位置づけ」比較憲法学研究28号23頁(2016)などがある。ポルトガルについて、佐藤美由紀「ポルトガルにおける憲法統制(14・完) 憲法統制の沿革と憲法裁判所の組織」杏林社会科学23巻4号15頁(2007)、25巻3号41頁、4号35頁(2009)、26巻4号17頁(2010)がある。ハンガリーについて、「ハンガリーの憲法裁判所」外国の立法234号185頁(2007)、ディアナ・メッシ(河合正雄訳)「ハンガリー憲法裁判所の制度と作用」比較法学46巻2号181頁(2012)、小野義典「ハンガリーの憲法保障」城西現代政策研究7巻1号39頁(2013)などがある。ロシアについて、杉浦一孝「ロシアにおける民事監督審制度と憲法裁判所」名古屋大學法政論集225号395頁(2008)などがある。旧ユーゴスラビアについて、野上修市「ユーゴスラビアの憲法裁判所制度(1、2)」明大法律論叢50巻5号1頁、6号33頁(1978)、同「ユーゴスラビアの憲法裁判所」明治大学社会科学研究所年報19号44頁(1978)などがある。ウズベキスタンについて、杉浦一孝「ウズベキスタン共和国憲法裁判所と立憲主義」名古屋大學法政論集224号157頁(2008)などがある。関連して、小森田秋夫「旧ソ連・東欧諸国における違憲審査制の制度設計」レファレンス55巻7号79頁(2005)もある。

韓国について、申平「韓国の憲法裁判所」ジュリスト954号107頁(1990)、「特集・韓国の憲法裁判」法律時報63巻7号27頁(1991)、宋台植「韓国の憲法裁判所」白鴉大学論集8巻1号69頁(1993)、同「韓国憲法裁判所法」白鴉法學1号241頁(1994)、三満照敏「海外法律情報・韓国—大法院と憲法裁判所の確執」ジュリスト1093号83頁(1996)、金道稔(尹龍澤訳)「韓国における新行政争訟制度10年と憲法裁判所制度7年の回顧」創価法学27巻1号145頁(1997)、丁信煥「韓国憲法における違憲審査制論序説(1、2・完)」早稲田大学大学院法研論集88号155頁(1998)、89号131頁(1999)、韓国憲法裁判所(徐元宇訳者代表)『韓国憲法裁判所10年史』(信山社出版、2000)、白井京「海外法律情報・韓国—限定違憲決定をめぐる大法院と憲法裁判所の対立」ジュリスト1206号264頁(2001)、同「海外法律情報・韓国—憲法裁判所の現在—政治的アクターとしての憲法裁判所」論究ジュリスト13号186頁(2015)、吉垣実訳「韓国憲法裁判所」東海法学28号91頁(2002)、朴鍾普(青木清訳)「韓国憲法裁判所の成果と課題」南山法学28巻2号63頁(2004)、朝堂院大覚「法律の違憲性を問う—急務の憲法裁判所の創設—国会では間に合わぬ危急の安全保障対策」月刊タイムス29巻3号22頁(2005)、宮崎礼壺「韓国法制処・法務部・憲法裁判所訪問記」ジュリスト1322号144頁(2006)、金哲沫「韓国の憲法裁判制度」日本學士院紀要61巻3号42頁(2007)、「長期共同研究プロジェクト『韓国統治機構の研究』—韓国司法制度の研究」ジュリスコンサルタス16号357頁(2007)、鄭柱白「韓国の憲法裁判の現況と展望」駿河台大比較法文化18号1頁(2009)、船橋俊司「韓国憲法裁判所」租税訴訟4号108頁(2010)、孟觀燮「憲法裁判所の登場による民法の変化—韓国の憲法裁判所と民法を素材として」秋

田法学 51 号 27 頁 (2010)、李東洽「韓国民主主義の発展における憲法裁判所の貢献」法律時報 82 巻 5 号 72 頁 (2011)、岡田正則＝河明鎬「韓国における憲法裁判所および行政法院の機能と役割」比較法学 45 巻 2 号 1 頁 (2011)、「特集・韓国憲法事情からみえるもの」法と民主主義 470 号 2 頁 (2012)、李範俊著 (在日コリアン弁護士協会訳)『憲法裁判所—韓国現代史を語る』(日本加除出版、2012)、柳智盛「韓国における憲法裁判所と大法院の権限紛争に関する研究」筑波法政 53 号 73 頁 (2012)、金炳学「大韓民国憲法裁判所法邦語試訳」福島大行政社会論集 26 巻 3 号 91 頁 (2014)、同「大韓民国憲法裁判所審判規則邦語試訳」同 4 号 55 頁 (2014)、國分典子「韓国憲法裁判所の組織機構と憲法研究官の役割」北大法学論集 66 巻 2 号 107 頁 (2015)、同「韓国憲法裁判所の権限範囲とその課題」比較憲法学研究 28 号 47 頁 (2016)、藤原夏人「立法情報・韓国—憲法裁判所が統合進歩党の解散を決定」外国の立法 262 号 20 頁 (2015)、安天「genron column 韓国で現代思想は生きていた!? (15) —政党を解散させた憲法裁判所」ゲンロン通信 16=17 号 196 頁 (2015)、前田純一「韓国憲法裁判所による統合進歩党解散決定」科学的社会主義 202 号 92 頁 (2015) などがある。タイについて、飯田順三「海外法律情報・タイ—憲法裁判所の動向」ジュリスト 1184 号 118 頁 (2000)、加藤和英「資料 1997 年タイ王国憲法の制定と憲法裁判所」九州国際大学国際商学論集 13 巻 1 号 113 頁 (2001)、今泉慎也「タイ憲法裁判所の与党解散命令—『政治の司法化』と『政治化する司法』」アジ研ワールド・トレンド 15 巻 5 号 22 頁 (2009)、同「タイの司法を読み解く (2) —憲法裁判所」タイ国情報 44 巻 6 号 11 頁 (2010)、同「エコノミストリポート—タイでクーデター—反タクシン色強める憲法裁判所—政治混乱収拾の見通し立たず」エコノミスト 92 巻 25 号 99 頁 (2014)、石村修「タイ王国憲法における憲法裁判所による民主化」専修法学論集 114 号 225 頁 (2012)、下條芳明「タイ憲法裁判所の成立と展開 (1998-2008) —『新アジア立憲主義』の視点から」比較憲法学研究 28 号 155 頁 (2016)、玉田芳史「新憲法起草で注目を集める憲法裁判所」タイ国情報 50 巻 2 号 1 頁 (2016) などがある。

218) 林田前掲註 217) I 論文 209 頁。

219) 等族には七選帝侯を筆頭とする諸侯(ほほ公爵)、高位聖職者、帝国都市(自由都市)があり、「身分制議会のドイツ版」である帝国議会で議席を占めた。特に特権を有していたのがハプスブルグ家で、元はルドルフ 4 世の偽書とされながら 15 世紀に合法とされた「大特許状」により、オーストリアを皇帝の介入できない永遠の封土としていた。菊池良生『神聖ローマ帝国』174-176 頁 (講談社、2003)。

220) 林田前掲註 217) I 論文 210 頁。

221) 同上 211 頁。

222) 同上 220 頁。

223) 君塚編前掲註 53) 書 148 頁 [川又伸彦] 参照。

- 224) 同上 156-157 頁 [川又] 参照。
- 225) 同上 164 頁 [君塚]。イタリアもそうである。初宿正典編『レクチャー比較憲法』144 頁以下 (法律文化社、2014) [田近肇] など参照。但し、憲法裁判所を設置しながら、最高裁判所に当たる裁判所が行政事件など一切の通常事件の終審である国もある。韓国はそうである。君塚編同上 135 頁 [國分典子]。また、スペインもそうである。初宿編書 171 頁 [ベドリサ・ルイス]。逆に、最高裁判所と対等な行政裁判所等を設けながら、憲法裁判所を設けない場合、憲法判例の統一を行う機関がないことになり、このような制度設計は難しい。
- 226) 最大判昭和 23 年 7 月 8 日刑集 2 卷 8 号 801 頁。本件評釈には、兼子一「判批」判例研究 2 卷 5 号 22 頁 (1948)、團藤重光「判批」警察研究 21 卷 4 号 53 頁 (1950)、吉田常次郎「判批」中大法学新報 57 卷 8 号 62 頁 (1950)、黒田了一「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』211 頁 (1963)、戸波江二「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』26 頁 (1983)、桜田誉「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選』〔第 2 版〕384 頁 (1988)、中島徹「判批」高橋和之ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第 5 版〕432 頁 (2007)、武田芳樹「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第 6 版〕416 頁 (2013) などがある。関連して、高田卓爾「刑訴応急措置法 17 条にもとづく上告の提起期間」判例研究 2 卷 5 号 37 頁 (1948) も参照。
- 227) 最大判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 卷 9 号 783 頁。本件評釈には、覚道豊治「判批」阪大法学 6 号 68 頁 (1953)、俵静夫「判批」民商法雑誌 35 卷 6 号 134 頁 (1957)、市原昌三郎「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』205 頁 (1963)、池田政章「判批」我妻栄編『判例百選』〔第 2 版〕12 頁 (1965)、雄川一郎「判批」東京大学判例研究会編『判例民事法 昭和 27 年度』(1966)、原龍之助「判批」田中二郎編『行政判例百選』〔新版〕206 頁 (1970)、樋口陽一「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第 2 版〕196 頁 (1971) 種谷春洋「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第 3 版〕217 頁 (1977)、同「判批」樋口陽一編『憲法の基本判例』181 頁 (1985)、川上宏二郎「判批」雄川一郎編『行政判例百選Ⅱ』328 頁 (1979)、戸波江二「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』33 頁 (1983)、尾吹善人『解説憲法基本判例』1 頁 (有斐閣、1986)、手島孝「判批」塩野宏＝小早川光郎編『行政判例百選Ⅱ』〔第 3 版〕360 頁 (1993)、川添利幸「判批」芦部信喜＝高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ』〔第 3 版〕400 頁 (1994)、大久保史郎「判批」上田勝美編『ゼミナール憲法判例』〔増補版〕337 頁 (法律文化社、1994)、長谷部恭男「判批」樋口陽一＝野中俊彦編『憲法の基本判例』〔第 2 版〕194 頁 (1996)、渋谷秀樹「判批」杉原泰雄＝野中俊彦編『新判例マニュアル 憲法 I』100 頁 (三省堂、2000)、野坂泰司「判批」法学教室 296 号 109 頁 (2005)、村松勲「判批」小早川光郎ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第 5 版〕302 頁 (2006)、西村裕一「判批」法学教室 349 号 7 頁 (2009)、尾形健「判批」佐藤幸治＝土井真一編『判例講義憲法Ⅱ』287 頁 (悠々社、2010)、斎藤千加子「判批」宇賀

克也ほか編『行政判例百選Ⅰ』〔第6版〕310頁(2012)、佐々木雅寿「判批」長谷部恭男ほか編『憲法判例百選Ⅱ』〔第6版〕412頁(2013)などがある。このほか、真田秀夫「門前払をくつた予備隊違憲訴訟—鈴木委員長の最高裁提訴却下」時の法令78号48頁(1952)、高根義三郎「具体的事件を離れて最高裁判所は抽象的と法律命令等の合憲性を判断できるか」中大法学新報60巻7号68頁(1953)、井上典之「違憲審査制の樹立」法学セミナー604号103頁(2005)、同「裁判所による司法権の自己理解」法学セミナー633号76頁(2007)、笹田栄司「警察予備隊違憲訴訟—政治との距離を図る『方程式』の誕生」論究ジュリスト1号10頁(2012)などもある。

- 228) 最大判昭和28年4月15日民集7巻4号305頁。本件評釈には、黒田一「判批」民商法雑誌29巻3号166頁(1954)、宮澤俊義「判批」法学協会雑誌73巻1号62頁(1956)、水木惣太郎「判批」日本法学26巻3号406頁(1960)などがある。このほか、大石眞「苦米地事件」法学教室349号18頁(2009)などもある。
- 229) 千葉前掲註23) 書195頁。
- 230) 同上167頁。
- 231) 畑尻前掲註217) 論文116頁。
- 232) 戸波前掲註204) 書440頁。戸波説は、多くの憲法学説と共に多数説を形成することが多いが、この点だけはごく少数説に回っている。君塚正臣「書評」関西大学法学論集50巻1号214頁、259頁以下別表(2000)参照。
- 233) 戸波江二「ドイツ連邦憲法裁判所の現況とその後」芦部=安念ほか前掲註215)特集53頁、56頁以下、戸波前掲註204) 書440-441頁など。
- 234) 初宿正典『憲法1—統治の仕組み(1)』111頁(成文堂、2002)。
- 235) 同上111-112頁。
- 236) 同上112頁。
- 237) 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」中大法学新報103巻2=3号495頁、518-519頁(1997)。
- 238) 同上518頁。
- 239) 同上519頁。
- 240) 大沢前掲註217) 論文28-29頁など参照。
- 241) これに対して、園部逸夫「最高裁判所か憲法裁判所か」法曹531号2頁、9頁(1995)は、「抽象的規範統制は、現行憲法の下でも解釈上全く不可能な制度ではない」とする。榎原猛編『基礎法学』106頁(法律文化社、1984)〔澤田嘉貞〕、笹田栄司『裁判制度』145頁(信山社、1997)、佐々木前掲註23) I書276頁以下、畑尻前掲註217) 論文、戸波

- 前掲註 233) 論文 53 頁以下なども同様。
- 242) 広く抽象的違憲審査ができるという立場の中には、勧告的意見も可能と示唆するものがある。佐々木雅寿「勧告的意見の可能性」高見勝利ほか編『日本国憲法解釈の再検討』323 頁（有斐閣、2004）。
- 243) 阪本ほか前掲註 217) シンポジウム 111 頁。
- 244) 紙谷雅子「意見確認 Certification について」同志社法学 64 巻 7 号 29 頁（2013）。特に紹介している事案は、United States v. Seale, 577 F. 3d 566 (5th Cir. 2009) という、制定法による時効の変更が変更前の犯罪に適用されるかどうかという法律上の争点を最高裁に問うたものである。最高裁は、特に理由もなく、これを斥けている。United States v. Seale, 558 U.S. 985 (2009) . 同論文 31 頁。
- 245) 同上 32-33 頁。
- 246) Act of June 1, 1872, 17 Stat. 196. 同上 37-38 頁。
- 247) Act of Mar. 3, 1891, ch. 517, § 6, 26 Stat. 826, 828. 同上 40 頁。
- 248) 同上 42 頁。しかし、連邦最高裁は、こういった手続の廃止を促してもいない。同論文 42-43 頁。実際に、回答した例もある。United States v. Rice, 327 U.S. 742 (1946) ; American Stevedores, Inc. v. Porello, 330 U.S. 446 (1947) ; United States v. Barnett, 376 U.S. 681 (1964) ; Iran National Airlines Corp. v. Marschalk Co., Inc., 453 U.S. 919 (1981) . 同論文 43 頁以下参照。
- 249) 林屋前掲註 23) 書 110 頁。
- 250) 1954 年から 1990 年までの間、最高裁大法廷の処理件数は 743 件であったが、その大半が憲法判断であったとすると、最高裁の違憲判決率は 1% にも満たないものと推測できる。新井前掲註 60) 論文 18 頁。
- 251) 例えば、戸波江二「統治過程における『裁判』—司法権の活性化の課題」ジュリスト 884 号 134 頁（1987）、市川正人「違憲審査制の活性化」土井真一ほか編『岩波講座・憲法 4—変貌する統治システム』287 頁（岩波書店、2007）など参照。
- 252) 詳細は、中谷前掲註 23) 書 21 頁以下参照。
- 253) 西原前掲註 217) 論文 42-43 頁。
- 254) 伊藤正己『裁判官と学者の間』124 頁（有斐閣、1993）。
- 255) 同上 136 頁。
- 256) 笹田栄司「憲法裁判の在り方」ジュリスト 1133 号 143 頁（1998）。
- 257) 伊藤前掲註 254) 書 20 頁。

- 258) 中谷前掲註23) 書26-32頁、市川前掲註251) 論文289-294頁など参照。
- 259) 読売新聞1994年11月3日朝刊。これについては、「読売新聞『憲法改正試案』大論争」文芸春秋72巻16号110頁(1994)、和泉重行「『軍事大国化』への衝動と策謀—読売新聞社の『憲法改正試案』を批判する」前衛655号64頁(1995)、稲正樹「『読売新聞社憲法改正試案』批判(その1)」岩手大学教育学部附属教育実践研究指導センター研究紀要5号203頁(1995)、浜地馨「読売新聞の日本国憲法改正試案を批判する—とくに国会と内閣を中心にして」早稲田大学教育学部学術研究地理学・歴史学・社会科学編44号1頁(1995)なども参照。
- 260) 畑尻前掲註217) 論文111頁。
- 261) 市川正人「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」立命館法学294号104頁、115頁(2004)はこの点を懸念する。
- 262) 西原前掲註217) 論文43頁もこれを懸念する。
- 263) 最大判昭和25年10月25日刑集4巻10号2126頁。本件評釈には、伊達秋雄「判批」法律時報22巻12号66頁(1950)、牧野英一「判批」法律のひろば3巻12号8頁(1950)、小野清一郎「判批」警察研究23巻12号57頁(1952)、覚道豊治「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』21頁(1963)、滝川春雄「判批」我妻栄編『判例百選』〔第2版〕164頁(1965)、小林直樹「判批」同編『憲法の判例』14頁(1966)、小嶋和司「判批」芦部信喜編『憲法判例百選』〔新版〕18頁(1968)、岡部泰昌「判批」團藤重光編『刑法判例百選』〔新版〕178頁(1970)、大須賀明「判批」小林直樹編『憲法の判例』〔第2版〕16頁(1971)、西原春夫「判批」法学セミナー259号50頁、260号32頁(1976)、戸波江二「判批」法セミ増刊『憲法訴訟』31頁(1983)などがある。
- 264) 松井前掲註44) 論文34頁同旨。
- 265) 市川正人「違憲審査制の活性化—アメリカとの比較から」憲法理論研究会編『法の支配の現代的課題』21頁、33頁(敬文堂、2002)。
- 266) このほかに、木下智史「違憲審査制の意義とその活性化の方向性」法学セミナー597号32頁、35頁(2004)、小林前掲註23) 書15頁なども同旨か。
- 267) 栗城壽夫「憲法裁判の機能」ジュリスト1076号10頁、11頁(1995)。
- 268) 樋口陽一ほか『憲法判例を読みなおす』8頁(日本評論社、1994)[樋口]同旨か。
- 269) 園部前掲註241) 論文7頁。
- 270) 阪本前掲註217) 論文115頁。
- 271) 西原前掲註217) 論文50頁同旨。
- 272) 佐藤幸治「わが国の違憲審査制の特徴と課題」園部逸夫古稀記念『憲法裁判と行政訴訟』

- 2 頁、17 頁（有斐閣、1999）など。
- 273) 芦部信喜「憲法学における憲法裁判論」法学協会雑誌 113 巻 8 号 1 頁、34 頁（1996）。
- 274) 奥平康弘『憲法裁判の可能性』3 頁（岩波書店、1996）同旨か。
- 275) これについては、中川剛「フランス第 5 共和国憲法における憲法評議会」大阪府立大学紀要人文・社会科学 10 号 89 頁（1962）、和田英夫「フランス憲法院の改革—とくに〈新機関〉の創設論議と比較最高裁判所論を中心に（1・3・完）」法律時報 48 巻 9 号 92 頁、10 号 43 頁、11 号 163 頁（1976）、同「フランス憲法院と違憲無効判決の分析—ファヴォールの違憲判決無効事由の統計的分析を中心に」明大法律論叢 61 巻 6 号 145 頁（1989）、矢口俊昭「フランス憲法院の構成」香川大学経済論叢 51 巻 6 号 16 頁（1979）、同「憲法院の議院規則に対する違憲審査」同 53 巻 3 号 375 頁（1981）、同「フランス憲法院と通常裁判所」芦部信喜古稀『現代立憲主義の展開下』279 頁（有斐閣、1993）、同「フランスにおける憲法裁判の現況」ジュリスト 1037 号 59 頁（1994）、同「フランス憲法院と組織法律」香川法学 14 巻 3=4 号 81 頁（1995）、同「欧州統合に関わる諸条約と憲法院」中村睦男ほか編『欧州統合とフランス憲法の変容』104 頁（有斐閣、2003）、同「フランスの憲法裁判」芦部編前掲註 1）書第 1 巻 143 頁〔以下、矢口前掲註 275）V 論文、と引用〕、中村睦男「フランス憲法院の憲法裁判機関への進展」北大法学論集 27 巻 3=4 号 619 頁（1977）、アイゼンマン・シャルル＝ハマン・レオ（三好充訳）「フランスにおける憲法裁判権（1875-1961）（1・3・完）」産業経済研究 19 巻 1 号 49 頁（1978）、20 巻 2 号 319 頁（1979）、21 巻 1 号 81 頁（1980）、武居一正「フランス憲法院の性格」法と政治 32 巻 2 号 235 頁（1981）、同「フランスにおける人権保障と憲法院の寄与」日本法政学会法政論叢 20 号 75 頁（1984）、坂本茂樹「フランス憲法院における違憲審査制の機能変化について」明大法律論叢 54 巻 5 号 39 頁（1982）、北川善英「フランス憲法院と人権保障」長谷川正安編『現代人権論』175 頁（法律文化社、1982）、同「フランスにおける『憲法裁判』—憲法院の機能の『転換』をめぐって」法の科学 15 号 106 頁（1987）、藤田晴子「フランス憲法院の特徴」田中二郎追悼『公法の課題』（有斐閣、1985）、今関源成「フランスにおける“違憲審査制”の問題点—政権交代と憲法院」法律時報 57 巻 6 号 61 頁（1985）、同「最近の憲法院をめぐる論義」法の科学 16 号 172 頁（1988）、同「フランス憲法院への事後審査制導入—優先的憲法問題 question prioritaire de constitutionnalite」早稲田法学 85 巻 3 号 21 頁（2010）、野村敬造『憲法訴訟と裁判の拒絶—多元的裁判機構の下のフランス憲法訴訟の研究』（成文堂、1987）、大河原良夫「フランス憲法院と法律事項（1・4・完）」東京都立大学法学会雑誌 29 巻 1 号 403 頁、2 号 229 頁（1988）、30 巻 2 号 263 頁（1989）、31 巻 1 号 235 頁（1990）、磯部力ほか「憲法訴訟・行政訴訟における政策決定問題（第 2 回日仏法学共同研究会（2）憲法・行政部門）」ジュリスト 932 号 84 頁（1989）、樋口陽一「人権の宣言から裁判的保障へ—『遅れてやって来たフランス』からの比較違憲審査制論への発信」

同937号15頁(1989)、植野妙実子「憲法院と行政権」フランス行政法研究会編『現代行政の統制』226頁(成文堂、1990)、同『フランスにおける憲法裁判』(中央大学出版部、2015)、同=兼頭ゆみ子「憲法院とコンセイユ・デタの関係」比較法雑誌48巻1号33頁(2014)、大隈義和「フランス憲法院の新動向—『ニューカレドニアにおける緊急事態』判決(1985年)を素材として」北九州大学法政論集17巻3号255頁(1990)、清田雄治「フランス憲法院による『法律』の合憲性統制の『立法的性格』—D.Rousseauの所論をめぐって」法の科学20号221頁(1992)、今田浩之「フランス憲法院の性格論の性格」阪大法学41巻4号425頁(1992)、同「フランス憲法院と『共和国の諸法律により承認された基本的諸原理』」同43巻4号245頁(1994)、森保憲「フランス憲法院に対する積極的評価の問題点—『法治国家の実現』という観点から」駒沢女子大研究紀要27号9頁(1994)、同「フランスにおける憲法裁判官による憲法解釈とその限界づけ—Yann AGUILAの所説をもとに」中大法学新報103巻2=3号571頁(1997)、辻村みよ子「憲法学の『法律学化』と憲法院の課題—政治と法・人権をめぐるフランスの理論展開」ジュリスト1089号70頁(1996)、山元一「書評・ジャック・ムニエ『憲法院の権力—戦略的分析試論』」法政理論30巻1号45頁(1997)、蛭原健介「法律による憲法の具体化と合憲性審査(14・完)—フランスにおける憲法院と政治部門の相互作用」立命館法学252号294頁、253号533頁、254号751頁(1997)、255号1083頁(1998)、同「憲法院判例における合憲解釈と政治部門の対応(1、2・完)—憲法院と政治部門の相互作用の視点から」同259号142頁、260号585頁(1998)、同「フランス行政裁判における憲法院判例の影響(1、2・完)」同263号148頁、264号370頁(1999)、同「フランス憲法院による審署後の法律の『事後審査』—その可能性と限界」同265号563頁(1999)、同「フランスにおける憲法裁判と公権力」明治学院大学法律科学研究所年報17号93頁(2001)、同「ニューカレドニアにおける自治権拡大とフランス憲法院—『地方法律』(loi du pays)の立法過程および憲法適合性審査をめぐって」明治学院論叢685号77頁(2002)、ロベール・ジャック(山元一訳)「少し距離をおいて見た憲法院の9年間」日仏法学22号106頁(1999)、飯野賢一「フランスの憲法院と違憲審査を行う裁判官の正当性」早稲田法学会誌49号1頁(1999)、小林真紀「『憲法的価値を有する原理』と『憲法的価値を有する目的』の機能—フランス憲法院による合憲性審査に関する一考察」比較法研究63号141頁(2001)、同「フランスにおける合憲性審査基準の変容—憲法院判例に見る新たな準拠規範の果たす役割」上智法学論集45巻3号75頁(2002)、江藤英樹「フランスの違憲審査制をめぐる憲法規範論の再検討」明大法律論叢74巻2=3号235頁(2001)、江原勝行「憲法秩序体の保障における『抽象』と『具象』の狭間—フランスの違憲審査制度に関する改革のベクトルを巡る」早稲田法学77巻2号29頁、324頁(2002)、アレクサンドル・ヴィアラ(馬場里美訳)「憲法裁判の正当性—フランスの視点」法政理論34巻3号83頁(2002)、勝山教子「フランス憲法院と

議院規則」比較法研究 65 号 187 頁 (2003)、山岸喜久治「フランス憲法院とは何か」宮城学院女子大学研究論文集 100 号 39 頁 (2004)、辻信幸「フランス憲法院による法律の憲法適合的解釈に関する一考察 (1-5)」北大法学論集 58 卷 2 号 1 頁、3 号 127 頁 (2007)、6 号 93 頁、59 卷 1 号 65 頁 (2008)、60 卷 6 号 155 頁 (2010)、池田晴奈「フランス憲法院の人権保障機能の再検討 (上、下) —市民への提訴権拡大の可能性」同志社法学 60 卷 4 号 47 頁、5 号 105 頁 (2008)、同「フランス憲法院の事後審査に関する憲法 61 条の 1 の創設—2008 年憲法改正による市民への提訴権拡大の動向」同 62 卷 3 号 207 頁 (2010)、同「1958 年憲法におけるフランス違憲審査制の制定経緯—2008 年憲法改正による事後審査制導入から見る」同 63 卷 5 号 2565 頁 (2011)、同「フランス事後の違憲審査制の手続的諸問題—憲法 61 条の 1 の適用に関する組織法律の制定過程を通して」同 64 卷 7 号 2915 頁 (2013)、建石真公子「人権保障におけるフランス憲法院とヨーロッパ人権裁判所」比較法研究 73 号 181 頁 (2011)、同「フランス憲法院における比例原則による基本権保護—フランス的憲法伝統とヨーロッパ法の交錯」同 75 号 237 頁 (2013)、オットー・プフェルスマン (池田晴奈訳)「フランスにおける事後の違憲審査制の導入について—比較の観点から」同志社法学 63 卷 2 号 1375 頁 (2011)、横尾日出雄「フランスにおける事後の違憲審査制の導入と『合憲性の優先問題』—憲法第 61-1 条ならびに 2009 年 12 月 10 日組織法律に基づく憲法院の違憲審査について」CHUKYO LAWYER 14 号 43 頁 (2011)、ジュアンジャン・オリヴィエ (實原隆志訳)「講演・フランスにおける憲法裁判権」比較法学 45 卷 3 号 73 頁 (2012)、井上武史「フランス憲法院への事後審査制導入の影響—通常裁判所の法解釈に対する違憲審査」岡山大学法学会雑誌 62 卷 1 号 164 頁 (2012)、同「憲法院とコンセイユ・デターフランスの 2 つの憲法解釈機関」法律時報 86 卷 8 号 31 頁 (2014)、同「憲法院への事後審査制の導入とその統治機構への影響—憲法院と破毀院との解釈権論争を例として」日仏法学 28 号 1 頁 (2015)、中村義孝「フランス憲法院の改革」立命館法学 342 号 807 頁 (2012)、曾我部真裕「フランスにおける違憲審査制度改革」比較憲法研究 25 号 31 頁 (2013)、バルトラン・マチュー (植野妙実子 = 兼頭ゆみ子訳)『フランスの事後の違憲審査制』(日本評論社、2015)、レイ・ファヴォール『法にとらわれる政治—政権交代、コアビタシオン、そして憲法院』(中央大学出版部、2016)、フレス・レジ (植野妙実子 = 石川裕一郎訳)「憲法院とコンセイユ・デタ」比較法雑誌 50 卷 1 号 101 頁 (2016) など参照。

276) 矢口前掲註 275) V 論文 154-155 頁参照。

277) Décision n° 71-44 DC du 16 juillet 1971.

278) 矢口前掲註 275) V 論文 157 頁参照。

279) 君塚編前掲註 53) 書 46 頁及び 157 頁 [佐藤修一郎] など参照。

280) 川上勝己「独立行政委員会の今日的検討」法学セミナー増刊・総合特集シリーズ 9『内

閣と官僚』204頁(1979)、相川貴文「行政権の内閣帰属と独立行政委員会」帝塚山大学論集31号64頁(1980)、小林康一「アメリカ合衆国におけるニューディール期以後の独立行政機関と規制をめぐる考察—C. サンシュタインの見解を中心に—」明治大学大学院紀要法学篇29号121頁(1992)、放送制度国際比較プロジェクト「主要国における放送に対する独立行政機関の概要」放送研究と調査48巻2号2頁(1998)、駒村圭吾「アメリカにおける独立行政機関と権力分立—中央銀行の独立性の理論的基礎に向けて」白鷗法学16号31頁(2000)、松田浩「電波行政は誰が受け持つべきか—あらためて独立行政委員会制度を考える」月刊民放37巻4号32頁(2007)、水野清「回想『行革会議』(第3章 3)—通信・放送委員会は三条機関(独立行政委員会)として独立する」時評50巻2号158頁(2008)、清田雄治「フランスにおける「独立行政機関(les autorites administratives independantes)」の憲法上の位置—CNILの法的性格論への覚書」立命館法学2008年5=6号1471頁(2008)、平林英勝「独占禁止法の起草過程にみる公正取引委員会—独立行政委員会の誕生」神奈川法学41巻1号21頁(2008)、半田恭明「フランスにおける独立行政機関(AAI)の創設—CREを例に」東大ヨーロッパ研究12号45頁(2013)など参照。

- 281) これについては、荒井勇「〔内閣〕法制局の思い出」時の法令772=773号75頁(1972)、高辻正巳「内閣法制局のあらまし—再建20周年に寄せて」同793号34頁(1972)、内閣法制局史編集委員会編『内閣法制局史』(大蔵省印刷局、1974)、内閣法制局百年史編集委員会編『内閣法制局百年史』(大蔵省印刷局、1985)、同編『証言近代法制の軌跡—内閣法制局の回想』(大蔵省印刷局、1985)、平岡秀夫「政府における内閣法制局の役割」北大法学論集46巻6号1833頁(1996)、佐藤晋一「国立国会図書館法・議院法制局法・内閣法制局設置法—『立法』の理論(1-4、5の1、2)」茨城大学教育学部紀要教育科学教育科学45号307頁(1996)、46号291頁(1997)、47号227頁、247頁(1998)、48号317頁、339頁(1999)、笠原英彦「内閣法制局前史小考—法制官僚と行政立法」慶大法學研究71巻1号177頁(1998)、西川伸一『知られざる官庁・内閣法制局—立法の中核』(五月書房、2000)、「内閣法制局による法案審査過程—『政策形成過程の機能不全』の一断面として」明大政経論叢72巻6号259頁(2004)、同「いくら首相がやる気でも内閣法制局の憲法解釈は不変—集団的自衛権は認められない」金曜日20巻27号17頁(2012)、同「内閣法制局長官人事への懸念 表明するのは引退議員ばかり 自民の現職議員は皆だんまり」同21巻32号13頁(2013)、桜井よしこ「憲法とは何か(16)—官僚支配の権化=内閣法制局が「諸悪の根源」だ」サビオ12巻3号32頁(2000)、同「憲法とは何か(17)—憲法・法律をコントロールする内閣法制局長官は総理より上に立つ?」同4号38頁(2000)、同=竹中平蔵「連載対談—目を覚ませ、日本人(5)—内閣法制局こそ違憲である」Voice281号38頁(2001)、大森政輔「私の職務報告(1-4)—内閣法制局時代(その1-4)、内閣法制局長官時代(その1、2)」法の

苑 37号1頁、38号1頁(2001)、39号1頁、40号1頁(2002)、42号1頁(2004)、43号6頁(2005)、西修「日本と世界の安全保障—内閣法制局の憲法解釈は『非論理』の積み重ね」世界週報 82巻47号36頁(2002)、「政治家が歪んだ使い方をして 今や護憲派の守り神『内閣法制局』の内幕—字句に拘る憲法解釈に終始し世間は失笑」月刊テーマミス 11巻3号23頁(2002)、中曽根康弘=大島信三「編集長インタビュー—『集团的自衛権』を認めない内閣法制局は法匪である—国難に対処する『国家安全保障基本法』を提案する」正論 358号98頁(2002)、「特集・“憲法の番人”内閣法制局を解剖する」中央公論 118巻9号108頁(2003)、金子仁洋「内閣法制局の未解決問題—官僚支配的構造からの脱却は可能か」都市問題 96巻5号4頁(2005)、佐藤岩夫「違憲審査制と内閣法制局」東大社会科学研究 56巻5=6号8頁(2005)、大石眞「内閣法制局の国政秩序形成機能」公共政策研究 6号7頁(2006)、「ミニ・シンポジウム・内閣法制局と立憲主義」法の科学 38号29頁(2007)、間柴泰治「内閣法制局による憲法解釈小論」レファレンス 58巻2号75頁(2008)、長谷部恭男「比較の中の内閣法制局」ジュリスト 1403号2頁(2010)、中村明「内閣法制局の憲法9条解釈のなし崩し的解体が狙い—内閣法制局長官の国会答弁を禁止する国会法改正問題」法と民主主義 446号22頁(2010)、青井未帆「世界の潮—内閣法制局長官の答弁排除の問題性」世界 800号33頁(2010)、上脇博之「鳩山連立政権における憲法問題—衆院比例定数削減と内閣法制局長官答弁禁止の策動の問題点」人権と部落問題 62巻6号40頁(2010)、相沢英之「時流—内閣法制局とは」財界人 23巻9号28頁(2010)、阪田雅裕「内閣法制局と憲法解釈」憲法問題 22号102頁(2011)、同『政府の憲法解釈』(有斐閣、2013)、同「解釈で『集团的自衛権行使』を認めることはできない」金曜日 21巻36号26頁(2013)、同「内閣法制局の機能」論究ジュリスト 9号47頁(2014)、同(川口創聞き手)『「法の番人」内閣法制局の矜持—解釈改憲が許されない理由』(大月書店、2014)、同ほか「元内閣法制局長官が安保国会に一喝!!」金曜日 23巻22号10頁(2015)、仲野武志「講演・内閣法制局の印象と公法学の課題」北大法学論集 61巻6号2067頁(2011)、横大道聡「執行府の憲法解釈機関としての OLC と内閣法制局—動態的憲法秩序の一断面〔補訂版〕」研究論文集—教育系・文系の九州地区国立大学間連携論文集 5巻1号1頁(2011)、浦田一郎「事前の違憲審査と事後の違憲審査の関係—内閣法制局と最高裁を中心に」明大法律論叢 85巻2=3号467頁(2012)、浦田一郎編『政府の憲法9条解釈—内閣法制局資料と解説』(信山社、2013)、中川律「改めて憲法を考える(4)—内閣法制局長官人事と立憲主義」時の法令 1940号65頁(2013)、牧原出「内閣法制局の憲法解釈」季刊行政管理研究 143号1頁(2013)、南野森「集团的自衛権と内閣法制局—禁じ手を用いすぎではないか」世界 848号20頁(2013)、大村アスカ「小松氏内閣法制局長官就任を読売と産経にリークした政権—マスコミの扱いで見える本質」金曜日 21巻31号14頁(2013)、『『集团的自衛権』反対に絶える 驕れる内閣法制局 小松新長官を牽制へ—異例の人事にエリート意

識まる出しの歴代長官が「戦後の呪縛」を撒き散らす」Themis 22巻9号30頁(2013)、「集団的自衛権行使を阻止へ—内閣法制局は『保身と慣例』に驕っている—護憲勢力の利用にも気づかず元長官らは現実を直視しない主張を繰り返すが」同23巻5号32頁(2014)、宮崎礼堂「宮崎礼堂元内閣法制局長官に聞く—集団的自衛権行使に歯止めはない」金曜日22巻48号16頁(2014)、青柳武彦「内閣法制局の体質改善を!」Will:マンスリーウィル116号104頁(2014)、「内閣法制局の役割について」法令解説資料総覧400号2頁(2015)、濱田邦夫ほか「特集・特別対談—立憲主義の回復のためすべきこと—元最高裁判事、元内閣法制局長官が語る 新安保法制採決1年」Niben frontier 157号2頁(2016)、「小特集・閣法制局と最高裁判所—近年の『変化』をどうとらえるか」法律時報88巻12号74頁(2016)、塩田潮「『集団的自衛権』論争って何だっけ—内閣法制局変節す『9条解釈集』の中身—安倍政権下で存在意義をなくした『法の番人』が生き延びる道を模索するが」Themis 26巻1号12頁(2017)など参照。この並びを見ると、近年、敵味方の入替えが明らかである。市川前掲註217)論文77頁が指摘するように、「憲法調査会における憲法裁判所設置論からは、内閣法制局の権限を実質的に限定したいという意向が窺われる。」

282) 西原前掲註217)論文43-44頁が述べるように、憲法裁判所導入論者の多くが内閣法制局に対する苛立ちを有していることは注意すべきである。近年、しばしばその独立性は侵された。他方、いわゆるリベラル派が内閣法制局に長年苛立ってきたのも事実で、自らに好ましい判断が多ければ擁護するが、そうでなければ非難するということのようにである。結果、強権的・反動(もしくは、反実仮想ながら、急進)的内閣が続くと、内閣法制局の人事は内閣に左右され、慣行が破られることになり、その制度的正当性の脆弱さが浮き彫りにされたのである。

283) 君塚正臣「憲法学者に聞いた—安保法制に関するアンケート調査」コメント テレビ朝日 報道ステーションweb(2015年6月15日) <http://www.tv-asahi.co.jp/hst/info/enquete/80.html>、同「安全保障関連法案に関するアンケート」コメント 朝日新聞2015年7月11日朝刊35面 <http://www.asahi.com/articles/ASH7B0H5ZH79UTIL06L.html>

284) 重要な先行業績として、杉原泰雄『基本的人権と刑事手続』(学陽書房、1980)がある。逆に言えば、このA5判281頁の本以外に、憲法学はこの分野の検討をあまり進めて来なかったのである。

[付記] 本稿は、平成25年度-29年度日本学術振興会科学研究費基盤研究(C)一般「司法権・憲法訴訟論の総合構築」(課題番号25380029)による研究成果の一部である。本稿では、原則として敬称は略させて頂いた。