

平成28年（ワ）第210号 国家賠償請求事件

原告 又坂常人 外361名（1次291名＋2次70名）

被告 国

準備書面（13）

（違憲審査制と裁判所の役割）

令和元年（2019年）5月15日

長野地方裁判所 民事部 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 佐藤 芳嗣

同 安藤 雅樹

同 山岸 重幸

他35名

目次

| | | |
|-----|-----------------------------------|----|
| 第1 | 司法の自己抑制 | 6 |
| 1 | 自己抑制的な違憲審査 | 6 |
| 2 | 付随的審査制と抽象的審査制の合一化傾向 | 6 |
| 3 | 付随的審査制と司法消極主義・司法積極主義 | 7 |
| 第2 | 裁判所が合憲性統制に積極的に乗り出すべき場面であること | 10 |
| 1 | 新安保法制法案の審議過程と国民の声 | 10 |
| (1) | 議会制無視 | 10 |
| (2) | 答弁の変節 | 10 |
| (3) | 無視される参考人 | 11 |
| (4) | 判例の射程 | 12 |
| (5) | 立法事実の不存在 | 12 |
| (6) | 参議院委員会採決の不存在 | 13 |
| 2 | 新安保法制法と司法積極主義 | 14 |
| 第3 | 裁判所の自己抑制の論拠が成り立たないこと | 16 |
| 1 | 憲法判断の順序 | 16 |
| 2 | 事件性の要件と司法積極主義 | 17 |
| (1) | 公立図書館事件 | 18 |
| (2) | 客観訴訟 | 20 |
| 3 | 司法権の限界論と司法積極主義 | 21 |
| (1) | 自律権論 | 21 |
| (2) | 統治行為論 | 22 |
| 第4 | 統治行為論について | 23 |
| 1 | はじめに | 23 |
| 2 | 本件訴訟において統治行為論を採用すべきでないこと | 23 |
| (1) | 統治行為論は憲法81条に反する | 23 |

| | |
|---|----|
| (2) 統治行為論が適用される事案ではないこと | 24 |
| (3) 統治行為論の母国であるフランスでの変化 | 25 |
| (4) アメリカにおける政治的問題の法理 | 27 |
| (5) 札幌地判昭和48年9月7日(長沼ナイキ訴訟第1審判決) | 27 |
| (6) 統治行為論に批判的な学説 | 29 |
| 第5 憲法判断回避について | 32 |
| 1 憲法判断回避とは | 32 |
| 2 ブランダイス・ルールについて | 32 |
| (1) ブランダイス・ルールとは | 32 |
| (2) ブラダイス・ルールの背景 | 33 |
| 3 ブランダイス・ルールそのものに対する批判 | 35 |
| 4 ブランダイス・ルールを前提としても、本件では判断回避すべきではない | 35 |
| (1) 浦部法穂教授の見解 | 35 |
| (2) 佐藤幸治教授の見解 | 37 |
| (3) 木下智史教授の見解 | 37 |
| (4) 芦部信喜教授の見解 | 38 |
| 5 関係する裁判例 | 41 |
| (1) 最決平成26年7月9日(裁判集民事247号39頁) | 41 |
| (2) 福岡地判平成16年4月7日(判例時報1859号125頁) | 42 |
| (3) 札幌地判昭和48年9月7日(判例時報712号24頁) | 44 |
| 第6 外国の違憲審査制 | 47 |
| 1 はじめに | 47 |
| 2 アメリカにおける違憲審査 | 47 |
| (1) はじめに | 47 |
| (2) マーベリー対マディソン事件 | 48 |

| | |
|-----------------------------------|----|
| (3) アメリカにおける違憲審査権の推移..... | 48 |
| (4) アメリカの違憲審査制に関する指摘..... | 52 |
| 3 フランスにおける違憲審査制の展開..... | 58 |
| (1) はじめに..... | 58 |
| (2) フランスにおける裁判所不信の伝統..... | 59 |
| (3) 第五共和制憲法における「憲法院」と「違憲審査制」..... | 63 |
| (4) フランスにおける違憲審査制の正当化..... | 64 |
| (5) 日本の司法消極主義と「転轍手」理論..... | 65 |
| 3 ドイツにおける違憲審査制..... | 65 |
| (1) ワイマール共和国における「司法」..... | 65 |
| (2) ドイツ連邦共和国基本法における「違憲審査制」..... | 67 |
| (3) 連邦憲法裁判所の評価..... | 68 |
| 4 外国の「違憲審査制」をめぐるまとめ..... | 70 |
| (1) 違憲審査権の行使に躊躇しないこと..... | 70 |
| (2) 違憲審査権は民主主義に反しないこと..... | 71 |
| (3) 積極的な違憲判断は国民から支持されていること..... | 71 |
| (4) 付随型違憲審査制と抽象的違憲審査制の合一化傾向..... | 72 |
| 第7 裁判所の職責..... | 74 |
| 1 「人権保障」のための裁判所..... | 74 |
| 2 南スーダンにおける自衛官の危険な状況..... | 74 |
| 3 新安保法制法の違憲性..... | 78 |
| 4 「憲法保障機関」としての裁判所..... | 79 |
| 5 「立憲主義の擁護者」としての裁判所..... | 84 |
| 6 裁判所の存在意義と職責..... | 87 |
| 7 裁判官の職責..... | 88 |
| (1) 福島重雄裁判官の日記..... | 88 |

| | |
|----------------------------------|----|
| (2) 福島裁判官と水島教授のやりとり | 89 |
| (3) 福島裁判官の思いと原告ら及び代理人の強い思い | 91 |

本準備書面においては、違憲審査権の意義と裁判所の役割を主に論じる。裁判所は付随的違憲審査制であることや司法消極主義を理由に新安保法制法の違憲判断を回避することがあってはならないことを論証し、統治行為論、憲法判断回避の準則などがアメリカ、フランス、ドイツでどのように論じられてきたかに触れながら、本件訴訟における裁判所のあるべき態度を主張することとする。

なお、本書面における略語等は、訴状の例による。

第1 司法の自己抑制

1 自己抑制的な違憲審査

日本の司法は、違憲審査権の行使について、その判断がなるべく政治部門に影響を与えないよう、様々な論拠を用いて自己抑制をしてきた。具体的には、本件訴訟と関わりのあるものとして、以下を指摘することができる。

- ① 81条は裁判所に抽象的審査を認めたものではないので、**事件性**を要件とする「司法権」（76条1項）の観念が充たされなければ、違憲審査権も発動できない。
- ② 事件性の要件を充たしても、国会ないし各議院の**自律権事項**は、司法権の限界として司法審査は及ばないから、違憲審査権も発動できない。
- ③ 同じく、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為」である**統治行為**は、司法権の限界として違憲審査権を発動できない。
- ④ 81条の解釈として、違憲審査権の行使に当たっては、付随的審査制のもとでは**憲法判断回避の準則**が妥当する。したがって、「憲法問題が記録によって適切に提出されているとしても、その事件を処理することのできる他の理由がある場合には憲法問題について判断しない。」（ブランダイス・ルール第4原則）もしくは、「合憲性について重大な疑いが提起されても、裁判所が憲法問題を避けることができるような法律の解釈が可能かどうかを最初に確かめることは基本的な原則である。」（同第7原則）

本書面は、このような自己抑制的な違憲審査権の行使が、本件では妥当しないことを論じるものである。

2 付随的審査制と抽象的審査制の合一化傾向

裁判所による違憲審査制にも、大別して、①特別に設けられた憲法裁判所が、具体的な争訟と関係なく、抽象的に違憲審査を行う方式（抽象的違憲審査制。ドイツ、イタリア等）と、②通常の裁判所が、具体的な訴訟事件を裁判する際に、その前提として事件の解決に必要な限度で、適用法上の違憲審査を行う方式（付

随的違憲審査制。アメリカ)がある。

付随的審査制は、伝統的な司法の観念に立脚するものであり、個人の権利保護を第一の目的とする(私権保障型)。これに対して、抽象的審査制は、違憲の法秩序を排除して、憲法を頂点とする法体系の整合性を確保しようとする(憲法保障型)。この両者は、本質的に違ったシステムであり、その果たす機能も大きく異なっていた。

しかし、後に「第6 外国の違憲審査制」で論じるように、近年、両者はそれぞれ他の機能を合わせもつようになり、一定の限度で、歩み寄りの傾向がみられる。たとえば、抽象的審査制といっても、ドイツの憲法裁判所は、公権力による人権侵害を理由として個人が提訴する違憲訴訟を審判する権限を有するし、付随的審査制も、実際には、個人の人権の保障を通じて憲法秩序そのものを保障するという意味を強く帯びるようになっている(芦部信喜『憲法第六版』岩波書店(2015年)(以下、芦部『憲法』と略す)380頁)。

付随的審査制のもとでも、合憲性の統制機能が重視されるようになった背景には、次の事情がある。第1に、行政国家現象が進み、議会主義が形骸化する現代国家のもとで、憲法規範の客観的保障を実現していく役割を果たすことができるのは裁判所だけであること。第2に、民主主義とは、近代立憲主義を基礎とする憲法のもとでは、多数派支配型民主主義ではなく立憲民主主義にとらえるべきだから、裁判所は、必要な場面で憲法保障の実現に躊躇すべきでないこと。

したがって、わが国の問題を考えるときにも、伝統的な私権保障型の付随的審査制を基本としながらも、それが憲法保障の機能をもつべきであるということにも十分に配慮しなければならない。

3 付随的審査制と司法消極主義・司法積極主義

その配慮とはすなわち、裁判所は、付随的審査の基本的枠組みを維持し、議会に敬意と謙譲を払いつつも(司法消極主義)、必要な場合に合憲性の統制に積極的になることである(司法積極主義)。そして「必要な場合」かどうかの判断は、

司法判断適合性に関する裁判所の裁量に委ねられている。裁判所が違憲審査権の行使に自己抑制的になる根拠（1①～④）の有無を判断するに当たっても、そのような裁量が適正に行使されなければならない。

その「必要な場合」かどうかは、「広く、立法事実や憲法事実、社会的背景や権力機関の機能状況等」を総合的に考慮して判断するほかないが（青井未帆「憲法判断をめぐる司法権の役割について」32頁（以下、「青井意見書」と略す））、その際、いわゆる「二重の基準」論において、精神的自由権への規制立法に「厳格な審査」の手法がとられる根拠が1つの手掛かりになる。

経済的自由権の規制立法は、代議的自治の政治過程（投票箱と民主政の過程）を通じて矯正することができる。すなわち、国民の間で意見や情報を交換することにより世論を形成し、そこから直接に政治部門に声を届け、また国会議員の選挙を通じて世論を国政に反映させることにより、悪法を矯正できる。これに対して、精神的自由権が規制されると、国民の声が国会に届かず、代議的自治の政治過程によって悪法を矯正することはできない。こうした自己回復の困難性ゆえに役割分担論が機能しないときに、合憲性の統制に乗り出すことができるのは裁判所だけである。それゆえに、精神的自由権への規制立法には「厳格な審査」が妥当する。

そうだとすると、「必要な場合」かどうかの判断は、代議的自治の政治過程によって悪法を矯正できない状況にあったかどうか、1つの指標となる。精神的自由権への規制はその一例であり、国会に国民の声が届いていない場面である。ほかにも、第1に、国民の声が国会に届いているが、国会が正常に運営されずに法案が成立してしまった場合、第2に、高度の専門性ゆえに、国民にとって当該立法の当否の判断が困難な場合を想定できる。このような場面では、国民の真意が国会の立法に反映されず、代議的自治の政治過程が傷ついている一局面であり、そうしてなされた立法に対して、裁判所は合憲性の統制に積極的に乗り出すことが求められる。なお、そもそも投票価値の平等について、違憲状態とする判決が示されている現衆参両院議員によって構成される国会は、「正当に選挙された国

会における代表者」（憲法前文）ではないから、そもそも国民の声が国会に正確には届いていないことは十分に留意しておかなければならない。

第2 裁判所が合憲性統制に積極的に乗り出すべき場面であること

1 新安保法制法案の審議過程と国民の声

では、新安保法制法案の審議過程において、そうした国民の声が反映されていたかといえば、全くそうではなかった。むしろその不十分さと異常さが顕著な国会というほかはなかった。議会制が無視され、首相らの答弁が二転三転し、不都合な参考人意見に端を発して憲法解釈が行政裁量とされ、裁判所の専権である判例の射程が曲解され、新安保法制法に立法事実がないことが明らかになり、委員会決議がないままに事実と反する議事録が職権で作成された。新安保法制法は、内容のみならず、手続面でも、憲法が予定する議会制民主主義の手続きを破壊して成立したものであった。準備書面4の第3と重複するが、以下、改めて示す。

(1) 議会制無視

憲法は代表民主制を採用する（前文、43条）。それは議会制民主主義、すなわち議会を中心とする政治であり、国民の意思は議会に代表され、議会が公開の討論を通じて、国政の基本方針を決定する。

ところが、本件では、新安保法制法案の国会提出に先立つ2015年4月29日（日本時間30日未明）、安倍首相は、ワシントンの米上下両院合同会議で演説し、新安保法制法の成立を「この夏までに必ず実現します」と公約していた。のちに、参議院の質疑で共産党の小池晃議員が8月11日に暴露した統合幕僚監部の内部資料により、河野（かわの）克俊統幕長が昨年末の訪米時、安全保障関連法案について、今年夏までに成立する見通しだと米軍首脳に伝えていたことがわかった。これにつき中谷元・防衛相は「いかなるものか承知していない」としたが、要は、新安保法制法案が新ガイドライン（日米軍事協力の指針）の全面的な実行法であり、国会における議論の余地はなく、当初から議会制民主主義を無視する仕様だった。

(2) 答弁の変節

憲法は、内閣総理大臣その他の国务大臣に対し、答弁又は説明のため出席を求められたときは、出席義務を課する（63条）。国会が内閣を統制する趣旨

であるから、その答弁は統制可能な程度に真摯かつ明確であることが求められる。

集団的自衛権を行使できる「存立危機事態」の判断基準について、安倍首相はこれまで、日本への石油供給ルートにあたる中東のホルムズ海峡が機雷で封鎖されれば、「経済的なパニックが起こる」と指摘し、「新3要件」を満たす可能性があるとして訴えてきた。しかし衆議院の平和安全法制特別委員会では、「国民生活に死活的な影響が生じるか否かを総合的に判断する」として、単なる経済的な影響では該当しないと述べた。

同じく、これまでは「武力行使の新3要件」を満たせば、他国の領域でも集団的自衛権を行使できるとの見解を示していたが、同委員会では、他国領域での自衛権行使についても、「海外派兵は一般に自衛のための必要最小限度を超え、憲法上許されない」と述べつつ、機雷の除去は例外的に認められると述べた。

また、「専守防衛の定義」をめぐることも、衆議院の委員会で、専守防衛の定義が変わったかどうかを問われた安倍首相は、「全く変わらない」と否定した。しかし他国への攻撃でも「わが国の存立が脅かされるから、これを防衛するのは専守防衛」というのが首相の説明であるが、自国が攻撃されていなくても自衛権を行使できるようにするのは明らかな定義の変更であり、事実と反する。

このような答弁は、国会が統制可能な程度に真摯かつ明確なものとは言いがたい。

(3) 無視される参考人

憲法は、最高裁判所を合憲性判断の終審裁判所とする（81条）。

2015年6月4日の衆院憲法審査会で、参考人の憲法学者3氏がそろって、集団的自衛権行使を可能にする新安保法制法について「憲法に違反する」との認識を表明した。ところが自民党は、違憲の疑義を払拭するどころか、「そもそも、こういう人を呼んでくるのが間違いだ」（二階俊博総務会長）と問題視し、人選の問題にすり替えた。さらに高村正彦副総裁は、11日の衆院憲法審

査会で「憲法の番人は最高裁であり、学者ではない」と反論した。さらに中谷元防衛相は、最高裁が違憲判断を示さない限り、「憲法解釈は行政府の裁量」とした。与党自らが、最高裁に憲法判断を求めているのであるから、裁判所はそれに躊躇する必要はないし、それを放置する限り、合憲性の最終判断は行政府が握ることを認めてしまうことになる。

(4) 判例の射程

憲法は、裁判所に司法権を与え（76条1項）、裁判所は、具体的紛争の解決の訴えを受けて、それを適正な手続きと一貫した法原理を踏まえて解決する責務を負い、「法」の解釈に関する最終判断を委ねられている（法原理機関性）。そこにいう「法」には、成文法のみならず判例を含む不文法を含むと考えられる。

ところが、憲法学者による違憲の指摘を受けて安倍首相は、砂川事件最高裁判決（1959年）を根拠に、法案の合憲性の説明を試みる。すなわち、同判決は、「国の存立を全うするために必要な自衛の措置」を国家固有の権能と認めており、新安保法制法案の集団的自衛権は日本を守る時だけ行使するから、自衛の措置を認めた砂川判決に照らし、「憲法の基本的な論理は貫かれている」という。

しかし、砂川判決は集団的自衛権の行使に触れていない。それは当事者が争点にしていなかったからであり、後に専門家によって議論もされていない。にもかかわらず、同判決に集団的自衛権の判例としての意味を持たせれば、部外者の恣意的な解釈によって裁判所の法原理機関としての正統性を失わせる。

(5) 立法事実の不存在

憲法は、国会に立法権を与える（41条）。そして、立法権を行使して制定された法律が合憲であるためには、法律の立法目的およびその達成手段の合理性を裏付ける社会的・経済的・文化的な事実の存在と、その事実の妥当性が認められなければならない（立法事実）。

ところが、2014年7月の閣議決定直後は、集団的自衛権行使の「典型例」

としてこの機雷除去を例示していたが、衆議院の委員会答弁では、海外派兵は憲法上許されないが機雷除去は「例外」と変転、さらに参議院の答弁では、イラン側による「機雷敷設などあり得ない」との指摘を示されると、「特定の国がホルムズ海峡に機雷を敷設することを想定しているわけではない」とした。

「典型例」が「例外」になり、ついには特定の事実にもとづくものではないとして、立法事実が存在しないことを自白している。

(6) 参議院委員会採決の不存在

憲法は、法律案が両議院で可決したとき法律となることを原則とする（59条）。ところが、新安保法制法は、以下に見るように、参議院特別委員会の決議が存在せず、本会議においてもその瑕疵が治癒されていない点で、「両院で可決」されたものということとはできないものである。

参議院特別委員会における採決の場面を具体的に描写すれば、次のごとくであった。鴻池委員長への不信任動議が出され、同氏が佐藤正久理事に委員長の職務を委託した後、不信任動議が否決されると、佐藤理事は、鴻池氏の復席と速記の停止を求めた。その直後に与党議員が委員長席を取り囲んでガードし、議場が騒然とし議事が混乱するなかで、佐藤理事が、「立つ」、「座る」等の指示をし、委員らがそれに従って立ったり座ったりした。およそ採決がされたとはいえない状況であり、地方公聴会の報告もされず、総括質疑も行われなかったが、「可決」したとされた。

委員会の議事が再開したことは聞き取れないし、速記も止まったままであった。速記録には「発言する者多く、議場騒然、聴取不能」と記録されていた。しかし委員長の職権（規則157条、59条）により次の付記がなされた。すなわち復席後の議事として「……速記を開始し、……右両案の質疑を終局した後、いずれも可決すべきものと決定した。なお、両案について附帯決議を行った」と。しかしこれは事実と反する付記として、裁量権の踰越・濫用にあたる。この点につき、過去にも同様の先例があるとの反論もあるが、今回の強行採決に際しては、委員会での議事が再開していないうえに、規則違反が指摘される

中でのものであり、過去の例から正当化されるものではない。

法案は、本会議で民主党も参加して採決されたが、それが特別予算委員会における採決の瑕疵を治癒するものではないことは、同月19日の福山哲郎議員の以下の発言などから明らかである。

(特別予算委員会での)「あの採決は我々は無効だと思っているけれども、とにかく国民のみなさんの気持ちを代弁し、反対の気持ちを、反対の意思を表明するために、ここに全員立たせて頂いています」(青井未帆『憲法と政治』(岩波書店、2016年)202～205頁)青井未帆著・岩波新書P.202～205)

2 新安保法制法と司法積極主義

このように、新安保法制法の審議過程における不十分さと異常さに照らせば、国民の声がそこに届いていたとは言いがたく、憲法が予定する議会制民主主義を破壊して作られたものだとさえいえる。そうだとすると、裁判所は、合憲性の統制に積極的に乗り出すべきである。

新安保法制法制定により「どういう国にしていくのか」という大きな展望について議論が深められないまま、強引な国会運営がなされ、新安保法制法案が強行採決され「成立」した。成立にカッコをつけたのは、本当に成立したのか、疑問が投げかけられて当然のものであったためである(青井意見書58頁)。まさに、第1の3(本書面8頁)で第1の場合として述べた、国民の声が国会に届いているが、国会が正常に運営されずに法案が成立してしまった場合に当たる。

同じく第2の場合につき、安全保障政策は特にその高度の専門性ゆえに、国民にとってその当否の判断が困難な部類の問題のひとつであり、特にその分野に通じた議員による具体的な議論がなされる委員会審議の充実が不可欠となる。新安保法制法が、情報も軍事機密にかかわるものであるが故に、性質上、十分に国民に公開されないことが多いことを考えれば、一層そのことが当てはまる。しかも、「日本を取り巻く安全保障環境の変化」というあいまいな言説の下に、国民はい

たずらに不安を煽られ、正しい判断ができない危険性があった。

以上、いずれの側面においても、たしかに、次回の選挙によって政権交代を実現するなどして、政治過程で矯正する途は残されている。しかし、安全保障政策における判断の誤りは国民の生命、財産に甚大な損害を与え、取り返しのつかない結果を招来する。また、自衛隊が武力を行使する事態は、明日にでも起こりうるものであり、緊急性も求められる。二大政党制の体制がいまだに整わないわが国で、政権交代等による矯正を期待して、裁判所が自己抑制的な態度を示すことは、座して死を待つことになりかねない。裁判所の英断が求められる局面である。

さらに、憲法が人口比例選挙を保障しているとして訴えが起こされた選挙無効確認訴訟（「一人一票訴訟」）において、最高裁判所は5回の違憲状態判決を示している（最高裁が違憲状態としたものとして、衆院選につき、最大判平成23年3月23日（民集第65巻2号755頁）、同平成25年11月20日（民集第67巻8号1503頁）、同平成27年11月25日（民集第69巻7号2035頁）、参院選につき、最大判平成24年10月17日（集民第241号91頁）、同平成26年11月26日（民集第68巻9号1363頁）がある。）。特に、新安保法制法が可決された当時における衆参両議院は、「正当に選挙された国会における代表者」（憲法前文）ではない。違憲の選挙で選出された議員によって構成される議会には民主的正統性がない。言い換えれば、現状のままでは国民の声が国会に正確には届いておらず、代議的自治の政治過程によって悪法を矯正することができない場面なのである。この点からも、裁判所は消極主義や自制の態度をとってはならない。

第3 裁判所の自己抑制の論拠が成り立たないこと

1 憲法判断の順序

以下、憲法判断への自己抑制の論拠となる事件性の要件、自律権・統治行為論、憲法判断回避について論じるが、これら訴訟要件は、体系上は「司法権」の解釈に関わるものであり、裁判所が自己抑制的に「司法権」の間口を狭くとれば、法令の合憲性判断を回避することができる。かつての裁判所は、立法府に対してそのような自己抑制的な態度をとっていた。

本件でも、事件性の要件に関わる国家賠償法上の違法性や損害論よりも先に、法令の憲法適合性をまず判断すべきである。最近の最高裁判所も、問題の核心が法令の合憲性にあると判断した事件では、国家賠償法の要件論に先行して、法令の合憲性を判断する傾向にあることは、準備書面4でも言及した。

繰り返せば、平成27年の夫婦同姓規定合憲判決（最大判平成27年12月16日（民集第69巻8号2586頁））では、まず、民法750条の規定が、順次、憲法13条、憲法14条1項、憲法24条に違反するものではないという憲法適合性に関する判断をした後に、「第6 結論」として立法不法行為に関する判断枠組みを提示することもなく、請求を棄却している。損害の有無についてはまったく触れていない。

平成27年再婚禁止期間違憲判決（最大判平成27年12月16日（民集第69巻8号2427頁））でも、法廷意見は、民法733条1項の100日超過部分が憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反すると指摘した後、国家賠償法上の違法の評価を受けるための判断枠組みを提示し、あてはめを行ったうえで、憲法違反の「明白性」を否定して請求を棄却し、原告の損害については一切検討していない。

いずれも、法令の憲法適合性判断を先行している。

同様に、法令の憲法適合性と原告の損害の有無の判断の順序に関して、在外邦人選挙権制限事件に関する平成17年判決（最大判平成17年9月14日（民集59巻7号2087頁））では、まず、平成10年改正前の公職選挙法が、在外

国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するとしたうえで、立法不法行為に関する判断枠組みを提示し、本件事案におけるあてはめを行い、上告人各人に慰謝料5,000円の支払いを命じている。

このように考えてくると、これまで述べてきた「司法積極主義が妥当する場面」では、むしろ違憲判断に躊躇すべきではない。そうした態度こそが、政治部門の機能不全下において立憲民主主義を実現する裁判所の役目である。アメリカでは、後に論じるように、パレンス・パトリー（*parens patriae*）訴訟が認められている。そこでは、州の住民一般の利益の代表として州が訴訟を提起することが認められている。私人が提起できない利益に関わる問題があり、私人の提訴がないときでも、付随的審査制の下で事件性の要件を満たすとされている。これも、司法的判断の対象として相応しいかという救済についての実体判断が、訴訟の入り口の問題に大きな影響を与えている例である（青井意見書24頁）。

2 事件性の要件と司法積極主義

自己抑制の論拠の第1は、事件性の要件である。

我が国で「司法権」（76条1項）は一般に、「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、これを裁定する作用である」と定義されており（清宮四郎『憲法I第三版』（有斐閣、1979年）335頁）、司法権は具体的な事件または争訟に対してしか行使されえないと解されている（「事件性の要件」）。

そして事件性の要件は、「法律上の争訟」（裁判所法3条1項）と同義であると理解されている（芦部『憲法』338頁）。最高裁判所によれば、「法律上の争訟」は、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、且つそれが法律の適用によって終局的に解決し得べきものであることを要する」とされている（最大判昭和27年10月8日（刑集6巻9号783頁。警察予備隊訴訟）、最三小判昭和28年11月17日（行集4巻11号27

60頁。教育勅語訴訟）、最大判昭和28年11月11日（民集7巻11号1193頁）ほか。）。

そのため、裁判所が違憲審査権を発動するためには、事件性の要件が満たされなければならないことになる。本件では、たとえば、平和的生存権が国家賠償法上保護された利益と認められない以上、事件性の要件を欠くと判断される可能性がある。

しかし、最高裁判所は、事件性に問題がある事件において、司法積極主義の観点からそれを乗り越えて憲法判断を行った例がある。

（1）公立図書館事件

憲法が定める客観法原則や組織・授権規範に違反する国家行為であって、一見すると伝統的な意味では裁判所が対象とし得る「事件」が見出し難い問題であっても、裁判所がそこに救済の必要を認めたとき、そこに「法的保護に値する利益」を見出し、事件性に求められる権利・利益を生むことがある。公立図書館事件（最一小判平成17年7月14日（民集59巻6号1569頁））がそれである（青井意見書11頁）。

【事案】ある公立図書館で、「除籍対象資料」に該当しないにもかかわらず、図書館職員が独断でコンピューターの蔵書リストから除籍する処理をして廃棄したことについて、当該図書館の著作者が国家賠償請求訴訟を提起した。

【原審】書籍の著作者の著作物が図書館に収蔵され閲覧に供されることにつき、何ら法的な権利利益を有するものではないとして、控訴を棄却した。

【最高裁】次のように判断し、著作者の「法的保護に値する人格的利益」を引き出した。

公立図書館は「住民に対して思想、意見その他の種々の情報を含む図書館資料を提供してその教養を高めること等を目的とする公的な場」であり、「公立図書館の図書館職員は、公立図書館が上記のような役割を果たせるように、独断的な評価や個人的な好みにとらわれることなく、公正に図書館資料を取り扱うべき職務上の義務を負うものというべきであり、閲覧に供され

ている図書について、独断的な評価や個人的な好みによってこれを廃棄することは、図書館職員としての基本的な職務上の義務に反するものといわなければならない。」

「他方、公立図書館が、上記のとおり、住民に図書館資料を提供するための公的な場であるということは、そこで閲覧に供された図書の著作者にとって、その思想、意見等を公衆に伝達する公的な場でもあるということができる。したがって、公立図書館の図書館職員が閲覧に供されている図書を著作者の思想や信条を理由とするなど不公正な取扱いによって廃棄することは、当該著作者が著作物によってその思想、意見等を公衆に伝達する利益を不当に損なうものといわなければならない。そして、著作者の思想の自由、表現の自由が憲法により保障された基本的人権であることにもかんがみると、公立図書館において、その著作物が閲覧に供されている著作者が有する上記利益は、法的保護に値する人格的利益であると解するのが相当であり、公立図書館の図書館職員である公務員が、図書の廃棄について、基本的な職務上の義務に反し、著作者又は著作物に対する独断的な評価や個人的な好みによって不公正な取扱いをしたときは、当該図書の著作者の上記人格的利益を侵害するものとして国家賠償法上違法となるというべきである。」。

つまり、「思想、意見等を公衆に伝達する公的な場」である図書館は、表現の自由の客観法的価値を実現する制度であるところ、図書館職員には、かかる客観法的価値を損なう行為をしないという職務上の義務が課せられ、その義務に違反すれば、「思想、意見等を公衆に伝達する」著作者の主観的権利を侵害するとする。すなわち本判決は、法的保護に値する人格的利益を切り出すことで、私人が客観的な制度の適法性を確保することを可能にした例である。

これを本訴訟についていえば、戦争や武力の行使は、さまざまな自由や人権はもちろん、「生きる」という基底的な権利・利益に致命的な侵害をもた

らす。侵害されてからでは手遅れだからこそ、憲法はその一步手前でそれを防いだ。それが、戦争の放棄、戦力不保持、交戦権否認である。この憲法9条は、自由や人権という客観法的価値を実現する制度であり、そのような価値を損なう行為をしない職務上の義務が、国会議員をはじめとした公務員に課せられるのは当然である。したがって、それに反する立法を行うことは、原告らのような国民の人格的利益を侵害する。その限りで、平和的生存権の内容は明確である。

(2) 客観訴訟

一人一票訴訟のような客観訴訟が、広く違憲判決を連ねることにより、合憲性の統制機能を果たしている。

選挙無効訴訟は、講学上の客観訴訟であり、「法律に定める場合において、法律に定める者に限り、提起することができる」（行政事件訴訟法42条）。その意味で、公職選挙法上の立法的措置（同204条）は、事件性のない客観訴訟を裁判所が判断する1つのポイントではある。

しかし、もともと一人一票訴訟が公職選挙法204条によって争われ得るかどうかは、当初は明らかではなかった。それを認めた最初の大法廷判決（最大判昭和51年4月14日（民集30巻3号223頁））は、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請」があり、「現行法上選挙人が選挙の適否を争うことのできる唯一の訴訟」であることを理由として、適法性が認められたのであった。このことに鑑みれば、司法が一人一票訴訟に積極的に介入することになったのは、立法があるという立法者意思に従ったというよりも、司法府の独自の判断により、足を踏み入れたものといえる。

立法府が訴訟形式を法定したとしても、それにより、裁判所に持ち込まれた訴訟が伝統的意味での「司法権」の観念を充たすことになるわけではない。裁判所は、当該事案で、合憲性の統制ないし客観的な法秩序の維持機能を果たす必要があるかを主体的に判断し、そのうえで憲法判断を行っているのである。

憲法が保障する権利は、司法的救済を認めなければ、権利としての意味がないし、そのような意味づけを与えられるのは裁判所しかない。憲法上、重要な権利が侵害されたときには、その侵害の深刻度に比例して権利としての救済の必要性がより強く求められる場面といえる。

その際、平和を確保するための本質的規定である憲法9条に違反するような国家行為か否かにより、その侵害の度合いは当然変わるのであり、それに応じて救済の必要性、救済手段も異なってくる。新安保法制法の違憲性の強さ（違憲・違法性の重大さ、侵害態様の深刻さ）が平和的生存権や人格権の具体的権利性や機能に影響してくることに照らせば、裁判所は、救済の途を開く必要がある場面として、新安保法制法の違憲性の判断を避けて通ることはできない。

3 司法権の限界論と司法積極主義

自己抑制の論拠の第2は、司法権の限界論、すなわち自律権論と統治行為論である。

(1) 自律権論

事件性の要件を充たしても、国会ないし各議院の自律権事項には、司法審査は及ばない。したがって、違憲審査権も発動できない、というのが自己抑制論の論拠の1つである。法律制定に関わる議事手続の瑕疵が争われたのが、警察法改正無効事件（最大判昭和37年3月7日（民集16巻3号445頁））である。事案は、警察法案の成立を期して与党が会期を延長しようとしたところ、野党がこれに抵抗し、議長が本会議場に入れずに延長の議決を強行して成立させたものである。最高裁判所は、「両院の自主性を尊重すべく同法制定の議事手続に関する所論のような理由によって同法を無効とすることはできない」とした。例外についても触れていない。

しかし、新安保法制法の、特に参議院での審議をみるに、例外なき自律権論という理解が、議院に甘えを生んだ原因の一つとなっていないか。だとするならば、責任の一端は最高裁にもある。統治機構全体への国民の信頼を確保し維持

すべく、政治部門への balanサーが統治機構内部に求められるところ、内閣自体の自律的事前統制、つまり内閣法制局による事前審査が、今日ではその役割を果たせなくなっている。官邸主導の政権運営が常態化した日本の政治状況では、国会による統制も期待できない。そうだとすると、それを担うことができるのは裁判所をおいてほかにはなく、議事手続きに憲法違反がある場合には、司法審査を行うべきである。

しかるに、新安保法制法の審議過程が不十分で異常だったことは、準備書面4で示したとおりである。憲法違反の点を改めて指摘すれば、議会制民主主義を無視した点で前文・43条違反、首相らの答弁が二転三転した点で63条の答弁・説明義務違反、合憲性の統制および法の解釈に関する裁判所の権限を侵害する点で、81条および76条各違反、立法事実を欠く法律を制定した点で41条違反、新安保法制法が両院で可決されたものとはいえない法案である点で59条違反となる。裁判所は、これらの違憲性について判断すべきであり、自律権論によって自己抑制すべき場面ではない。

(2) 統治行為論

同じく、事件性の要件を充たしても、当該問題が「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為」ならば、統治行為として司法権が及ばないといわれることがある。いわゆる統治行為論である。これについては、項を改めて論じる。

第4 統治行為論について

1 はじめに

裁判所の自己抑制の第2の論拠はいわゆる統治行為論である。事件性の要件を充たしても、当該問題が「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為」ならば、統治行為として司法権が及ばないといわれることがある。最高裁判所は、砂川事件判決で、旧日米安全保障条約について「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度に政治性を有する」条約の違憲性は、内閣・国会の「高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない」ので、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて」とする（最大判昭和34年12月16日（刑集13巻13号3225頁））。また、衆議院の解散の効力が争われた苫米地事件では、問題の行為が「裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられている」としている（最大判昭和35年6月8日（民集14巻7号1206頁））。

たしかに、政治部門と異なり、司法府は受動的な機関である。また裁判官は国民から選挙で選ばれていないという意味で政治部門よりも民主的正当性が劣ると指摘されることがある。これらに鑑みれば、裁判所は、不必要な憲法判断に踏み込まないことがあるといわれる。

2 本件訴訟において統治行為論を採用すべきでないこと

しかし、こうした統治行為論もしくは統治行為論類似の理論により新安保法制法の司法判断を避けることは許されない。以下に理由を述べる。

(1) 統治行為論は憲法81条に反する

明文で違憲審査権が規定されていない判例法国のアメリカと異なり、また、そもそも違憲審査権について否定的であったフランスと異なり、成文法主義をとる我が国の日本国憲法では、憲法81条により違憲審査権の対象が「最高裁

判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定されている。統治行為論を認めている過去の苫米地・砂川判決そのものがこの憲法81条の明文に反するものである。

しかも、砂川事件判決そのものが、当時の田中耕太郎最高裁長官が駐日米大使と意思を通じて、一審判決の破棄を確約している「汚れた大法廷判決」であり、先例としての価値も疑わしい。砂川事件の再審請求を棄却した東京地決平成28年3月8日でさえも、「当該刑事事件を担当する合議体を構成する一部の裁判官が、同事件の手続外において、一方当事者のみに対して事件に対する考え方を具体的に伝えるようなことは、一般的には慎まれるべき不相当な振る舞いであることは確か」と判示している。

(2) 統治行為論が適用される事案ではないこと

仮に統治行為論を概念として肯定したとしても、本件訴訟は司法判断がなされるべき事案である。まず前提として、砂川事件判決においては、旧日米安全保障条約が「一見極めて明白に」違憲無効か否かの判断は行っているのであり、憲法判断そのものを回避しているわけではないことも留意されるべきである。従って、砂川判決の統治行為類似の理論に従って今回の新安保法制法を判断するのであれば、「一見極めて明白に」違憲無効か否かの判断を避けて通ることはできないのである。

そもそも統治行為は、憲法の明文上の根拠もなく、内容も不明確な概念であるから、「その概念と範囲を厳しく限定して用いなくてはならない」（芦部『憲法』344頁）。そうでなければ、裁判所が果たすべき合憲性の統制の役割を放棄したことになりかねないからである。

砂川判決の論理を前提として、仮にそれが法律の違憲審査にも準用されるとしても、新安保法制法は「一見極めて明白に違憲無効である」から、違憲審査の対象となる。何よりも、文言解釈として、軍隊を持たない国の、交戦権が認められていないはずの日本の自衛隊が、海外に出かけて行って集団的自衛権の

行使や、後方支援を行うというのは文言解釈として無理がある。

本件新安保法制法の内容は、以下に例示するように、「一見極めて明白に」憲法9条に違反する。第1に、「新3要件」のもとに、我が国が武力攻撃を受けなくても、海外で集団的自衛権の行使をできるようにした。武力の行使を禁じ、戦力保持を禁じ、交戦権を否認する憲法9条のもとで、従来まで、「必要最小限度の実力組織」として自衛隊を認め、9条の下で政府が作ってきたぎりぎりの抑制的な法体系を破り、その違憲性は糊塗できない「一見極めて明白に違憲」となった。第2に、「戦闘現場」以外ならば戦闘地域でも支援でき、支援物資に弾薬（銃弾、砲弾、爆弾、爆薬含む）を含めるなど、武力行使一体化論を形骸化させた。必要最小限度の実力を超えた武力の行使を認めるものである。第3に、「駆け付け警護」、すなわち他国部隊が攻撃を受けたときに、駆け付けて武器を使い救援する活動や、停戦後に武装勢力から現地の住民を守ることにまで広げ、武力を行使せざるを得ない任務を自衛隊に課している点である。新安保法制法の一見極めて明白な違憲性については別の準備書面で詳しく論じる。

付言すれば、統治行為論は、政治問題については、裁判所よりも国民の意思が直接反映されている国会で判断するほうが民主主義に適合することに支えられている。ところが、新安保法制法は不十分な審議経過と異常な議決によって成立し、権力間のバランスが崩れる中でなされたものであり、国会判断に敬意と謙讓を払うべき場面ではない。もし裁判所が本件において憲法判断を回避するならば、政治部門の暴走を追認する効果をもたらすことになってしまう。高度に政治的である場合に司法判断できないのだとしたら、憲法破壊の暴挙が激しければ激しいほど、裁判所の事後審査を受けずに済むことになる。そのようなことでは、裁判所を「憲法の番人」とは言えない。仮に政治部門が憲法破壊を進める状況にありながらも、司法府が何もできないとしたら、憲法81条で違憲審査権が認められたことの意義が大きく減殺される。

(3) 統治行為論の母国であるフランスでの変化

統治行為論は、この理論の母国であるフランスでさえ制限されてきている。例えば、従来は条約の国内法上の適用措置について統治行為とされてきたが、その後、国内法の面については裁判上受理されると考えられるようになっていく（上村貞美「フランス第五共和制憲法下の統治行為」香川大学教育学部研究報告第1部47号（1979）p163）。さらに、現在では、従来は統治行為とされてきた大統領の緊急権についても、憲法上、憲法院による審査・統制が及ぶものとされている（フランス第五共和制憲法16条3項、6項）。なお、奥平康弘教授は「かりに、行政裁判法のレベルで、行政作用と区別された統治行為が認められ、かつ、これにたいしては司法判断がおよばないとする命題が一フランスのコンセイユ・デタの判例法理論になぞらえて一成立したとしても、おなじ命題が憲法裁判法のレベルでも貫徹するとは、ただちにはいえない。」「フランスには、違憲審査制が制度として認められていないことを忘れてしまっってはならない。」とする（「『統治行為』理論の批判的考察」法時45巻10号78頁）。

フランスにおける違憲審査制の問題について、樋口陽一教授は、「議会優位の共和主義的伝統のもとで違憲審査制への否定的評価が一般的であったフランスにおける、最近の事態の変化が注目される。この変化は、基本的には、前の項で見たように、議会をにない手とする立憲主義の貫徹にかわって、憲法の名において裁判所により議会—さらには国民私人じたい—の活動を枠づけるという、立憲主義の変容に見合うものである。しかしそこには同時に、政治部門における反対派の衰退という近時の一般的現象のなかにあって、新しい意味での反対派としての機能を裁判所に期待する、という考え方があることをみのがすことはできない。」（樋口陽一『司法の積極性と消極性』（勁草書房、1978年）204—205頁）と指摘する。

現在の日本では、政権与党が多数の状況の下、自由主義国としては異例の強い党議拘束慣行（しかも政党内民主主義は保障されていない）により、議会において実質的な審議が尽くされぬまま、国民の権利・自由を制約する立法が相

次いでいる。新安保法制法のほか、特定秘密保護法、共謀罪などの制定過程においても同様の問題がある。統治行為論の前提となる政治部門において熟議が行われていない状況では、裁判所が「反対派」としての機能を発揮するほかないのである。

(4) アメリカにおける政治的問題の法理

アメリカ法における「政治的問題の法理」が、砂川判決に影響を及ぼしたとの評価があるが、これについても、1970年代以前とは異なり、かなり制約された領域に関するものと解されている。この点については、後述する。たとえば、1962年のBaker判決では、一票の較差に関する事件について政治問題の法理が適用されないものとした。なお、近年、政治問題の法理が適用された例外的なケースとして、日韓基本条約の効力にアメリカの裁判所が容喙すべきでないとしたHwang Geurm Joo et al. v. Japan判決があるが、これは条約の問題であり国内法の問題ではない。

なお、政府側が政治問題を主張し、かつ下級審が政治問題の法理を適用したものの、連邦最高裁が政治問題に当たらないとして司法判断に踏み込んだケースとしては、ロバーツ長官が法廷意見を執筆した連邦最高裁2012年3月26日判決がある（Zivotofsky v. Clinton, 132 S.Ct.1421(2012)）。ロバーツ長官は、本件は合憲性の問題が絡んでいることから、それを判断することが司法の責務であるとして、政治部門の判断に委ねることはできないとしたのである（大林敬吾「政治問題の法理のゆくえ」慶應義塾大学法学研究87巻2号226頁）。

(5) 札幌地判昭和48年9月7日（長沼ナイキ訴訟第1審判決）

自衛隊の合憲性が問題とされた長沼ナイキ訴訟の第1審判決である（判例時報712号69頁）。この事件で、札幌地方裁判所はフランス、アメリカにおける統治行為論（政治的問題）の理論状況を詳細に検討した上で、被告国側の主張にもかかわらずこれを採用せず司法審査を行った。そこでは、苫米地事件最高裁判決（最大判昭和35年6月8日（民集14巻7号1206頁））を一

般化、普遍化してはならないと以下のように指摘されている。

「しかし、右判決（苫米地事件最高裁判決、引用者注）は、前記したように衆議院の解散の効力に関して判示されたものであって、ただちに本件にも適切であるとは思われない。このような司法審査の対象から除外される国家行為の容認は、前記したようにあくまでも法治主義に対する例外であって、このような例外の理由を述べた判示は、普遍化されるべき性格をもつものではなく、この点を考慮しないで、右の一般的叙述部分のみを安易に拡大しは抽象化することはついに、法治主義の崩壊にも至る危険をはらんでいるものといわなければならない。そのことは、前述したように、統治行為論を生み出したフランスおよびアメリカにおいても、いずれもその長い歴史のなかで、その時々政治、社会の情勢に慎重な考慮を払いながらただ例外としてのみ容認してきた経緯からも容易にうかがい知ることができるのである。

そしてわが国の憲法が第97条、第98条にもみられるように、国民の権利と自由を最大限に保護しようとしていることからみれば、このような憲法秩序を維持するためにも、右のような例外は最小に局限されるべきことはいうまでもない。

そして被告のいう『高度の政治性』、『国家統治の基本』なる概念は、いずれもきわめて内容を限定し難い不明確な概念であって、なにをもって『高度の政治性』あるいは『国家統治の基本』というかは、きわめて流動性に富み、このような曖昧な概念には、ときにはきわめて広汎な解釈を与えることも可能にするおそれがある、といわなければならない。そしてまた、こと法令等の憲法適合性が問題とされる場合には、多かれ少なかれ同時に政治性を伴うことは不可避であり、また、その法令等が少なくとも国家統治の基本と無関係なものは存在しないといわなければならない。そしてこのような曖昧な概念をもって、司法審査の対象外とされる国家行為の存在を容認するときには、それらの概念が、ときにはきわめて危険に拡大解釈され、そして裁判所は、国家行為の過誤

から国民の基本的人権の救済を図ることなく、かえってみずから門戸を固く閉ざさざるをえなくなるおそれがある。このような被告の主張は、法治主義、そして司法権の優越の原則を、わが国の基礎として定めた現行憲法81条の規定にも、また同法第97条、第98条などの規定にもみられる憲法の趣旨、またその精神にも合致するものとは思われない。」（下線は引用者による）

（6）統治行為論に批判的な学説

ア 佐藤幸治教授は、統治行為論の基本的発想について、「『統治行為』論の基本的発想が、憲法上他部門に明確に委ねられている事項には介入せず、また、裁判所としてその問題について判断するには十分な情報に接しえずもしくは自信をもって依拠すべき判断基準が欠けており、したがってまた違憲判断の結果に明確な見通しをつけ難いような場合には違憲判決を避ける、というように解しうるとすれば（アメリカ合衆国の判例にみられる『政治問題』の法理は、そういう観点から理解できるところがある）、『一見極めて明白に』違憲無効な場合はそもそも『統治行為』の範疇外であるとみることもできる。」（佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、1995年）358頁）と述べ、本件のように一見極めて明白に違憲無効な場合には統治行為論を採用すべきではないと指摘している。

そして、さらに佐藤幸治教授は、「仮に『統治行為』の存在が承認されるにしても、基本的人権の重大な制限にかかわる場合には、『統治行為』の法理が妥当するとみるべきではない。『人ではなく法による統治』は、個人の人権が“政治”によって左右されることを忌避するものであって、人権の侵害が認められるにもかかわらず、『統治行為』論によって、結果的にその侵害を容認することがあってはならない。」「議員定数不均衡の問題が、最高裁判所によって『統治行為』の問題とされてこなかったのは、このような文脈において理解されなければならない。」とする（同359頁）。本件のように原告の平和的生存権、人格権、憲法改正・決定権という重要な人権が侵

害されている事案に関しては、「統治行為」の問題として司法判断を避けることは許されないのである。

イ 浦部法穂教授は、日本の統治行為論者が一般に「統治行為」として掲げる事項は、①対外問題に関する事項（条約の締結、国家の承認など）、②政治部門の自律に関する事項（議員の懲罰、国会や閣議の議事手続など）、③政治部門相互の関係に関する事項（内閣総理大臣の指名、国会の召集、衆議院の解散など）、④防衛・安全保障に関する事項、にまとめられるとした上で、「日本の統治行為論は、9条をめぐる争いを、既成事実追認的に、司法審査の場から排除するための理論にしかすぎず、そのことをもっともらしくみせるために、ほかにもこんなものがあるといって①や②や③の事項があげられているだけだ、とさえいえる。」「統治行為論は、厳正に憲法を適用するという違憲審査制のたてまえを、そしてまた、日本国憲法の三権分立制の基本構造を、むしろ崩壊させかねない性格の議論であり、とることはできない。」とされる（浦部法穂『憲法学教室（第3版）』（日本評論社、2016）398頁以下）。

ウ 奥平康弘教授は、憲法9条に関する問題を「統治行為」と論ずることを以下の通り批判される。「内閣の衆議院解散行為や議院の議事運営行為が『統治行為』だということと、憲法9条に関係する国家行為が『統治行為』だということでは、論理の運びがちがうようにおもわれるのであって、かりに前者を肯定したからといって、後者をも肯定しなければならないということにはならない。両方には架橋すべきものがないように思われる。」（奥平康弘「『統治行為』理論の批判的考察」法時45巻10号58頁）。

奥平教授の指摘するように、本件は、立法行為の違法性（しかも議員歳費とは異なり、国民の重大な権利侵害、国際紛争への介入をもたらしかねない海外派兵など国民の権利の基盤をなす平和への脅威）が問題となっているのであって、苫米地事件で問題となった衆議院の解散とは性質を異にする。

同じく、砂川事件判決は、旧日米安全保障条約の合憲性が問題となったケ

ースであるが、本件は条約ではなく国内法の合憲性が問題となるケースであり、事案を異にする。条約の違憲審査については、憲法制定時の貴族院の議論でも問題となり、金森国务大臣も「憲法との関係に於きましては、其の条約の性質に照らして如何に扱うかを慎重に考へなければならぬ」と答弁しているが、法律の違憲審査については、イギリス法流の議会主権主義を否定し、多数派の専横を防止する観点から裁判所に違憲審査権があることを明確に述べている（昭和21年8月27日 貴族院議事速記録第23号）。

エ 仮に、裁判所が本件で違憲審査を回避した場合には、憲法9条の法規範性が失われ、単なる理想条項になりかねないと園部逸夫・元最高裁判事は指摘する。「砂川事件判決は、アメリカ軍の駐留という個別事件の処理のための、自衛権についての法廷意見と補足意見であるから、『平和安全法制』については、別の角度から最高裁の憲法判断や統治行為論が示されることもあり得る。」「集団的自衛権が、砂川事件判決に言う『国家に固有の権能として当然認められるべき自衛権とその行使』に当たるかどうかについては、もし提訴されれば、現在の状況に対する最高裁の新たな判決が期待されるのであって、統治行為論で判断を避ける事案ではないと考える。」「もし、最高裁判所が、集団的自衛権の立法を、合憲と判断し、或いは、統治行為として黙認した場合は、憲法9条は、益々、理想条項となる。」「解釈改憲の果てしない継続は、日本における『法の支配』原理の終焉をもたらす。」（2015年安保関連法強行採決事件・私の意見（3）―「平和安全法制」雑感―判例時報2269号130頁）。

この国の法の支配を堅持するためには、裁判所の明確な違憲判断が不可欠なのである。

第5 憲法判断回避について

1 憲法判断回避とは

裁判所による自己抑制の論拠の第3は、憲法判断回避である。一般には、「憲法判断回避の準則」（ブランダイス・ルール）として7項目が挙げられるが、日本では、恵庭事件（札幌地判昭和42年・3・29下刑集9巻3号359頁）で第7原則が用いられた。そこでは、自衛隊基地内の演習用伝信線が、防衛用器物損壊罪（自衛隊法121条）の客体である「その他の防衛の用に供する物」に該当するかが問題となったが、裁判所は、被告人が切断した電信線はそれに当たらないとして無罪判決を下し、自衛隊の合憲性に立ち入らなかった。ブランダイス・ルール第7原則とは、「合憲性について重大な疑いが提起されても、裁判所が憲法問題を避けることができるような法律の解釈が可能かどうかを最初に確かめることは基本的な原則である。」とするものである。

本件でも、国家賠償法1条の要件論を厳しく解釈することにより、あえて憲法問題を避ける誘惑に裁判所も魅力を感じるかもしれない。

たしかに、憲法上の争点が提起された場合に、それについて常に憲法判断を行うことが妥当ではないことは、付随的審査制を取る以上、当然ではあるともいえる。そもそも、不必要な憲法判断が避けられるべきであることは、司法審査が確立されたマーベリーV.S. マディソン事件よりも早くに示されていたとの指摘もあり、不必要な憲法判断を回避すべしということは、一般法理としても是認されるものと思われる。

2 ブランダイス・ルールについて

(1) ブランダイス・ルールとは

いわゆるブランダイス・ルールについて「アメリカで司法のつつましさ(judicial parsimony)とよばれる技術を一べつしておきたい。その主なものはAshwander事件における次のようなブランダイス補足意見のあげる『憲法判断回避の準則』である。すなわち、①裁判所は談合的な非対立的訴訟手続におい

ては立法の合憲性について判断をしない。②裁判所は憲法問題を、それを決定する必要が生じる前に、前もって取り上げない。③裁判所は憲法に関する準則を、それが適用される明確な事実が要求する以上に広く公式化しない。④裁判所は憲法問題が記録によって適切に提出されていても、もし事件を処理することができる他の理由が存在する場合は、その憲法問題には判断を与えない。⑤裁判所は法律の施行によって侵害をうけたことを証明しない人の申立てにもとづいて、その法律の効力に判断を下さない。⑥裁判所は法律の利益を利用した人の依頼で、その法律の合憲性に判断を下さない。⑦国会の法律の効力が問題になった場合は、合憲性について重大な疑いが提起されても、裁判所が憲法問題を避けることができるような法律の解釈が可能かどうかを最初に確かめることは、基本的な原則である。」

「この憲法判断回避の準則は、つぎの2つの政策的考慮にもとづいているといわれる。第一は、立法の合憲性を判定する裁判所の機能は議会の判断に十分な敬意を払い民主的な代表政の過程に最高度可能な範囲を認めるよう行使されるべきだ、という自制のポリシーであり、第二の政策的考慮は十分に熟慮された憲法判決の望ましさである。」（以上、芦部信喜『憲法訴訟の理論』（1973年、有斐閣）44頁）。

（2）ブランダイス・ルールの背景

樋口陽一東京大学名誉教授はブランダイス・ルールの第4準則および第7準則について「1937年を頂点として最高裁判所の保守的司法積極主義とルーズベルトのニュー・ディール政策が激突したという背景のもとで、リベラル派のブランダイスによって提起され、それにコミットするようになったヒューズ長官等によって支持されたものであった。そういう生い立ちが物語るように、それはもともと司法消極主義の側からの提言であったが、「優越的自由」の保障のための司法積極主義とは矛盾しないものとして、機能するようになっている」と指摘する（樋口陽一『比較憲法』（青林書院、1993年）383頁。下線は引用者による）。

樋口陽一東京大学名誉教授が指摘するように、「ブランダイス・ルール」が採用された背景には、一般市民の要求を正確に把握せず、労働者の保護や積極的な経済政策を実現するための法律をことごとく「デュー・プロセス違反」と判示しつつ、労働者の労働条件の悪化に加担した連邦憲法裁判所への抵抗という事情が存在した。現在ではアメリカでも基本的に違憲判断を控えるべきとされている「経済・社会領域」に積極的に介入して違憲判決を下し続けた、保守的な連邦最高裁判所の立場を転換させるための理論が「ブランダイス・ルール」であった。

1905年のLochner判決で連邦最高裁判所は、製パン工場の労働者を1日10時間、週60時間以上働かせることを禁止するニューヨーク州法が使用者の「契約の自由」を保障する「デュー・プロセス」条項違反との判決を下した。このLochner判決以降、巨大な資本による労働者の酷使から、労働者を保護しようとする州や連邦の法律が連邦最高裁判所によって「憲法違反」とされる事例が相次いだ。時代の変化と民衆の要求を理解しない、こうした最高裁判所の保守的な姿勢は一般大衆を憤激させた。さらに1929年にはじまる「世界大恐慌」への対策として制定された「ニュー・ディール立法」を連邦最高裁判所は次々と違憲無効とした。民衆の意向を理解しない、こうした連邦最高裁判所への不信感は頂点に達し、そうした民意をもとにルーズベルト大統領は再選された。そしてルーズベルトは「最高裁判所抱込法案」(Court-packing Plan)と呼ばれる、連邦最高裁判所の改革法案を議会に提出した。アメリカの世論とルーズベルト大統領の対抗を受け、連邦最高裁判所は経済・社会領域での違憲判断積極主義を放棄した。ブランダイスが「憲法判断回避の原則」を打ち出した背景には、そうしたアメリカの事情があったのであり、そのことに配慮せずに「憲法判断回避の原則」に依拠するとしたら、そうした対応は「個人の権利・自由」の保障を任務とする裁判所の役割としては決して適切ではない。経済・社会立法への憲法判断を控えるとはいえ、そのことが目的とするのは、実質的な個人の権利・自由の保障であった。そのため、「回避のルールは、それ自

体としても、憲法判断あるいは違憲判断を控えるとはいえ、個別的事件の法的解決としては、被告人無罪の結論を導くなど訴訟当事者の保護にかなうものとして機能できるものである」（樋口陽一『比較憲法』（青林書院、1993年）383頁）。

さらにアメリカの実例に関しては、「重大な理由あるときはこのルールを適用せず憲法判断さらには違憲判断をすることができることは承認され、実際にも、連邦最高裁判所がそのようにして人権保障の目的を達した判決を見出すことは、困難ではない」（樋口陽一『比較憲法』（青林書院、1993年）384頁）。

3 ブランダイス・ルールそのものに対する批判

憲法判断回避の準則は絶対的なルールではない。それは、しばしば我が国で語られているような裁判所の判断を厳格に縛る厳格な「ルール」と解すべきではなく、その法的な性格は、解決にあたっての心構えを示し、背景にある考え方を事案に直接に適用させ方向付ける、裁判所により大きな裁量を与える「スタンダード（あるいはプリンシプル）」(standard/principle)であることに、十分な考慮を払う必要がある（青井意見書29頁）。

そして、どのような場合に裁判所が憲法判断を行うかについては、憲法にも法律にも何ら明文の規定はない。憲法判断をしなくても済む場合には必ず回避しなければならないというルールが司法権や憲法訴訟論から帰結されるわけでもない。むしろ、類似の事件が多発する恐れがあり、明確な憲法上の争点があるような場合に憲法判断することは学説上も是認されてきた。これは、憲法判断が“違憲”判断であっても変わらないと解すべきである。」（上脇博之・速報判例解説（法学セミナー増刊）3号37頁）。

4 ブランダイス・ルールを前提としても、本件では判断回避すべきではない

(1) 浦部法穂教授の見解

「『憲法判断回避のルール』」というと、あたかも、厳格な法的意味をもつ原則のように聞こえる。だから、そこで言われているような場合に当たるかぎり裁判所は憲法判断をすべきではないという法的な要請が、どこかにあるような錯覚に陥りがちである。

しかし、さきに述べたように、これらの場合に憲法判断をしたとしても、それは、法的にはなんら問題になるものではない。その事件の解決にとって憲法判断が必ずしも必要でないという場合でも、裁判所は、憲法判断をしたければすばいいのである。つまり、憲法判断をすべきではない、ということは、法的には、どのような場合についてもいえないということである。とすれば、この『憲法判断回避のルール』は、法的な意味をもつルールではないことになる。」 「裁判所は政治の動向に左右されることなく厳正に法を解釈・適用すべき機関として憲法保障・人権保障の役割を担わされていることなど、違憲審査制の積極面を重視すれば、とりわけ、政治の場では匡正困難な重大な憲法違反の事実がある場合とか、政治的には必ずしも十分に保護されえない少数派の権利が重大な侵害にさらされているとかの場合に、当面の訴訟事件を終結させる小手先の法律技術に頼って重大な憲法問題を棚上げするようなことは、裁判所のとるべき方策ではない、ということになるだろう。」 「『憲法判断回避のルール』は、……司法消極主義的観点から、裁判所が違憲行使をするにあたっての、いわば心構えを説いたものにすぎ(ず)……固定的なルールとしてとらえることは、……妥当ではない。」 (浦部法穂『憲法学教室(第3版)』(日本評論社、2016年)406—407頁)。

この浦部教授の基準に従って、政治の場では匡正困難な重大な憲法違反の事実がある場合か、政治的には必ずしも十分に保護されえない少数派の権利が重大な侵害にさらされている場合かをみってみる。

首相、閣僚らの憲法無視の発言などから考えると、現在の政治状況では、新安保法制法を政治の場での匡正することはかなり困難である。また、特に新安保法制法によって人権を制約される自衛官は他の公務員に比較しても、政治的

自由を極めて制限されており、新安保法制法に基づく集団的自衛権の行使・後方支援活動などにより自衛官は身体・生命のリスクという重大な権利侵害を受けることになる。

よって、裁判所は憲法判断するべきといえる。

(2) 佐藤幸治教授の見解

佐藤幸治教授は、「憲法判断回避の準則をどこまで厳格に考えなければならぬかは一つの問題である。この点厳格に解する説もあるが、国民の重要な基本的人権にかかわり、類似の事件が多発するおそれがあり、しかも憲法上の争点が明確であるというような事情の存する場合には、裁判所が憲法判断をすることが是認されて然るべきものであろう。」佐藤幸治『憲法（第3版）』（青林書院、平成7年）362頁）とされる。

教授の基準に従えば、本件訴訟は、原告の平和的生存権、人格権、憲法改正・決定権という重要な人権にかかわり、新安保法制法に基づく自衛隊の海外での活動が違憲となり、自衛官をはじめ多くの国民の人権がさらに侵害される事態が多発するおそれがある。しかも、憲法上の争点は、新安保法制法の違憲性であり明確である。よって、裁判所が憲法判断するべき場合といえる。

(3) 木下智史教授の見解

木下智史教授は「学説上、裁判所の憲法判断は絶対に必要な場合しかなされるべきではないとする立場はむしろ少数であって、事件の重要性、違憲状態が繰り返される恐れ、権利の性質などを総合的に考慮して、場合によっては事件解決に直接結びつかない憲法判断を示すことが是認されると解する説が多数である。なぜなら、付随的審査制であっても、違憲審査制である以上、憲法保障機能を果たすことが期待されており、法制度上、実効的な法的救済を与えることが困難ではあるが、憲法違反行為が繰り返し行われることが予想される場合などには、当該事件の解決に直接結びつかなくても憲法判断を示す必要性が高いからである。」（木下智史「違憲審査制の意義とその活性化の方向性」（法セミ597号33頁、2004年））とされる。

この木下教授の基準に従った場合でも、佐藤幸治教授の基準へのあてはめと同様に本件訴訟においては、憲法判断をすることが是認される。

(4) 芦部信喜教授の見解

芦部信喜教授はあらゆる場合に「憲法判断回避の原則」を貫徹すべきと主張しているわけではない。芦部信喜教授はまず、「ブランダイスが右のルールの裏づけとして引用した判例は、ほとんどすべて精神的自由権が争点となっていない事件であること」を指摘する（芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）45頁）。そして第7準則に関連させて、「法律の限定解釈によって憲法判断を回避するこの技術は、表現の自由と刑事法を制限する立法については、そのまま妥当しないことが注目される。その場合には、罪刑法定主義および表現の自由を規制する立法が漠然不明確であるときは違憲になるという原則が働くので、法律は厳格に解釈されねばならない」とする。そのうえで、公安条例にいう「公安を害するおそれ」という漠然たる基準を限定的に解釈することで違憲判断を救済する手法について、「不当な憲法判断の回避というべきである」と批判する（芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）45頁）。「表現の自由」や「刑事法」を例に挙げるが、権利の性質によっては「憲法判断回避の原則」を採用できないことを芦部教授は指摘している。「あらゆる権利・自由の規制に自制を要求するのは、司法の「自己制限」ではなく、むしろ「自己否定」というべきである」（芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）38頁）という芦部教授の指摘は決して看過されてはならない。

芦部教授は、アメリカの歴史的事情を踏まえ、憲法判断に踏み切るための基準を以下のように設定する。「憲法判断回避の準則は、アメリカの判例において形成されてきた理論であり、むげに否定すべきではない。しかし、それを絶対的なルールとして主張すると、違憲審査制の憲法保障的機能に反する場合が生じる。そこで、裁判所は、事件の重大性（①）や違憲状態の程度（②）、その及ぼす影響の範囲（③）、事件で問題にされている権利の性質（④）等を総

合的に考慮し、十分理由があると判断した場合は、回避のルールによらず、憲法判断に踏み切ることができるかと解するのが、妥当であろう。」（芦部『憲法』381頁、番号は引用者による。）

以下、本件訴訟を芦部教授の基準に当てはめてみる。

① 事件の重大性

本件は、安全保障政策の中でも、武力行使を容認する法律の合憲性が問題になっている。その判断の誤りは、国民の生命、財産に甚大な損害を与え、取り返しのつかない結果を招来する。また、自衛隊が武力を行使する事態は、明日にでも起こりうるものであり、政権交代等による矯正を期待して、裁判所が自己抑制的な態度を示すことは、座して死を待つことになりかねない。その点で、事件は重大である。

② 違憲状態の程度

新安保法制法の内容は憲法9条に違反する。たとえば、第1に、「新3要件」のもとに、我が国が武力攻撃を受けなくても、海外で集団的自衛権の行使をできるようにした。武力の行使を禁じる9条2項のもとで、従来まで、「必要最小限度の実力」として、9条の下で政府が作ってきたぎりぎりの抑制的な法体系を破り、その違憲性は糊塗できないレベルに達した。第2に、「戦闘現場」以外ならば戦闘地域でも支援でき、支援物資に弾薬（銃弾、砲弾、爆弾、爆薬含む）を含めるなど、武力行使一体化論を形骸化させた。必要最小限度の実力を超えた武力の行使を認めるものである。第3に、「駆け付け警護」、すなわち他国部隊が攻撃を受けたときに、駆け付けて武器を使い救援する活動や、停戦後に武装勢力から現地の住民を守ることにまで広げ、武力を行使せざるを得ない任務を自衛隊に課した。これらは、本来ならば憲法改正によって行うべきところ、不十分な審議経過と異常な議決によって成立したものであり、違憲状態の程度は大きい。

③ その及ぼす影響

新安保法制法は、これまで9条の下で作られてきた安保・防衛法制と根本

的に異なる。たとえば武力行使一体化論が形骸化し、「弾が飛んでくるところ」で活動することが可能となった。これまで継続してきた抑制的な安保法体系の運用を根本的に転換するものであるばかりか、それは、憲法前文及び憲法9条に基づく平和主義を前提としてきた日本人の価値観そのものを問うものとするといえる。その点で、本件新安保法制法が及ぼす影響の範囲は大きい。

④ 権利の性質

本件訴訟で問題とされているのは、他の準備書面でもすでに紹介したような「人格権」、「平和的生存権」、「憲法改正・決定権」といった、憲法の基本原理にかかわる、極めて重要な権利である。憲法回避の原則を適用できる権利ではない。

確かに、憲法9条は、人権を具体的に保障しているものではない。しかし、戦争や武力の行使は必ず誰かの自由や人権への侵害をもたらす。侵害される人権は、自由権、社会権、参政権などのすべてに及ぶといっても過言ではない。侵害の程度も、生命を含めて回避できない状況に追い込みながら奪っていく。そのような悲惨な戦争の実体に鑑み日本国憲法は、実際に権利や自由への侵害が生じてしまっただけでなく、侵害が生ずる一歩手前の段階で、そのような個別具体的な侵害が生じることを防ぐことにしたのである。その意味で、9条は、他のどの人権に勝るとも劣らないほど、人権の保障にとって重要な規定というべきである。たとえていえば、「防火壁」のようなものである（青井意見書57頁）。現に血が流れてから救済に乗り出すようでは、司法の役割を放棄するものというほかはない。

⑤ 芦部教授が憲法判断回避のルールによらず、憲法判断に踏み切る際に総合的に考慮すべき要素としてあげる「事件の重大性」、「違憲状態の程度」、「その及ぼす影響」、「権利の性質」という基準からも、新安保法制法の憲法適合性にかかわる本件訴訟については「憲法判断回避の準則」を適用できる場合ではない。

5 関係する裁判例

(1) 最決平成26年7月9日(裁判集民事247号39頁)

この決定の中で、千葉裁判官の補足意見でブランダイス・ルールに言及している。「また、我が国の違憲立法審査権の行使は、いわゆる抽象的な規範統制ではなく、具体的な事件の解決に必要な場合に、その限度で行われる付随的違憲審査制である(最高裁昭和27年(マ)第23号同年10月8日大法廷判決・民集6巻9号783頁等参照)。そして、同じく付随的違憲審査制を採用している米国連邦最高裁の違憲立法審査の在り方について、周知のとおり、米国連邦最高裁のブランダイス判事は、1936年のアシュワンダー対テネシー溪谷開発公社事件(Ashwander v. TVA、297 U.S. 288)の補足意見において、憲法問題回避の準則であるいわゆるブランダイス・ルールを説示しており、その第4準則は『最高裁は、事件が処理可能な他の根拠が提出されているならば、訴訟記録によって憲法問題が適正に提出されていても、その判断を下さないであろう。』というものであり、また、第7準則は『連邦議会の制定法の有効性が問題とされたときは、当最高裁は、その問題が回避できる当該法律の解釈が十分に可能か否かをまず確認することが基本的な原則である。』としている

(以上のブランダイス・ルールの内容の記載は、渋谷秀樹『憲法判断の条件』講座憲法学6・141頁以下による。)。これは、制定法についての憲法適合性の判断は、その結論のいかににかかわらず、多くの場合、政治的・社会的に様々な影響をもたらすものであるところ、必要な場合には違憲立法審査権を行使して判断を示すことは当然であるとしても、司法の本質を見すえ、必要な場合を超えてまで憲法判断を展開することには慎重であるべきものとする考え方であり、このブランダイス・ルールの法理は、その後米国連邦最高裁の判例法理となっている。

そうすると、裁判所が、事件の結論を導くのに必要かつ十分な法律判断に加えて、当事者の主張に対する念のための応答として憲法判断を付加的に判示することは、このブランダイス・ルールの法理に抵触するおそれがある。もっと

も、その憲法判断が当審の確定した先例として既に存在し、あるいは異論のない明白な判断であるといえる場合には、そのような処理もあり得るところであろう。しかし、受刑者の選挙権の問題に関しては、諸外国の法制度が区々に分かれ、特に英国など欧州において様々な議論が行われており、近年、諸外国における制度の見直しを含む法制上の対応や議論の動向は極めて流動的な状況にある。このことを踏まえると、本件制限規定の合憲性に係る判断を付加することは、上記の場合に当たるとはいえず、ブランダイス・ルールないしその精神に照らして疑問のあるところといわなければならない。

なお、このような処理は、上訴審による審査を受ける余地のない形で下級審において憲法判断がされるという点でも、違憲立法審査権の行使の在り方としてその当否が問題となるものといえよう。」（下線は引用者による。）

ここで、千葉裁判官意見（「憲法判断が当審の確定した先例として既に存在し、あるいは異論のない明白な判断であるといえる場合には、そのような処理もあり得るところ」）を前提としても、本件では違憲判断が示されるべき場合といえる。

すなわち、集団的自衛権の行使については、内閣法制局による72年見解が確立した公定解釈として存在し、歴代政府は長らくそれを維持してきた。後方支援活動についても、大森4要件が確立した公定解釈として存在し、歴代政府はそれを維持してきた。これらは、最高裁の確定した先例ではないものの、歴代政府と国会で維持されてきたことを鑑みると、十分な「先例」としての意味があり、さらにこれまでは「異論のない明白な判断」であったといえる。このような公定解釈を抽象的な「日本をとりまく安全保障環境の変化」によって変更できるものではないことは明白である。

（2）福岡地判平成16年4月7日（判例時報1859号125頁）

裁判所が請求棄却しつつも、首相の靖国神社公式参拝につき違憲判断をした九州靖国訴訟は、以下の通りの判示をしている。

「なお、前記のとおり、当裁判所は、本判決において、本件参拝につきその違憲性を判断しながらも、結論としては、本件参拝によって原告らの法律上保護された権利ないし利益が侵害されたということはできず、不法行為は成立しないとして原告らの請求をいずれも棄却するものであり、あえて本件参拝の違憲性について判断したことに関しては異論もあり得るものとも考えられる。

しかしながら、現行法の下においては、本件参拝のような憲法20条3項に反する行為がされた場合であっても、その違憲性のみを訴訟において確認し、又は行政訴訟によって是正する途もなく、原告らとしても違憲性の確認を求めるとの手段としては損害賠償請求訴訟の形を借りるほかなかったものである。一方で、靖国神社への参拝に関しては、前記認定のとおり、過去を振り返れば数十年前からその合憲性について取り沙汰され、『靖国神社法案』も断念され、歴代の内閣総理大臣も慎重な検討を重ねてきたものであり、元内閣総理大臣中曾根康弘の靖国神社参拝時の訴訟においては大阪高等裁判所の判決の中で、憲法20条3項所定の宗教的活動に該当する疑いが強く、同条項に違反する疑いがあることも指摘され、常に国民的議論が必要であることが認識されてきた。しかるに、本件参拝は、靖国神社参拝の合憲性について十分な議論も経ないままなされ、その後も靖国神社への参拝は繰り返されてきたものである。こうした事情にかんがみるとき、裁判所が違憲性についての判断を回避すれば、今後同様の行為が繰り返される可能性が高いというべきであり、当裁判所は、本件参拝の違憲性を判断することを自らの責務と考え、前記のとおり判示するものである。」（下線は引用者による。）

国会審議において、立法事実や合憲性について十分な議論もせずに新安保法制法を成立させた。さらに、安倍政権においては、立憲主義を理解せず、権力分立原則や法治行政の原則を無視する言動をする首相・閣僚が存在する。麻生太郎副総理・財務・金融担当相の「ナチスの手法」発言、安倍首相の「立法府の長」発言、稲田元防衛相の都議選応援演説「防衛省、自衛隊として」お願い発言などがその例である。裁判所が憲法判断を回避し、新安保法制法を既成事

実として放置した場合には、さらなる違憲の行為（集団的自衛権の行使や後方支援活動を含む命令）などが起こりかねない。違憲の法律に基づく違憲の国家行為が繰り返される可能性が極めて高いというべきである。よって、本件訴訟においても、裁判所は、新安保法制法制定の違憲性を判断することを自らの責務と考えるべきである。

（3）札幌地判昭和48年9月7日（判例時報712号24頁）

長沼ナイキ訴訟の第1審判決である。自衛隊の合憲性が問題とされたこの事件で、地方裁判所は自衛隊を「憲法違反」と判示した。その際、請求原因の判断順序に関して、「裁判所が憲法違反の主張についての判断をできる限り最終判断事項として留保し、その権限の行使を慎重にしようとすることは十分な理由がある」として、いわゆる憲法判断回避の原則自体は承認した。しかし、次の3要件の下では、裁判所は、「憲法判断を回避するといった消極的な立場はとらず、その国家行為の憲法適合性を審理判断する義務があるといわなければならない。」と判示して憲法判断に踏み込んだのである（判例時報712号66頁）。

その3要件とは次のようなものである（番号は引用者による）。①「憲法の基本原理に対する黙過することが許されないような重大な違反の状態が発生している疑いが生じ」、かつ②「その結果、当該争訟事件の当事者をも含めた国民の権利が侵害され、また侵害される危険があると考えられる場合」で、③「裁判所が憲法問題以外の当事者の主張について判断することによってその訴訟を終局させたのでは、当該事件の紛争を根本的に解決できないと認められる場合」である。

樋口陽一教授はこの判断について「回避のルールを適用するかどうかについての裁判所の裁量を肯定したうえで、一定の場合には憲法判断を回避しない「義務」があるとして、裁量の限界を示したものといえる」と指摘する（樋口陽一『憲法I』（青林書院、1998年）528頁）。

ここでは、単に憲法適合性の審理判断を回避しないことが許されるというの

ではなく、あえて憲法判断をする「義務」があるとしている点が特に重要である。それは、この地裁判決が続けて判示しているように、「もし、このような場合においても、裁判所がなお訴訟の他の法律問題だけによって事件を処理するならば、かりに当面は当該事件の当事者の権利を救済できるようにみえても、それはただ形式的、表面的な救済にとどまり（同一の紛争がまた形を変えて再燃しうる）、真の紛争の解決ないしは本質的な権利救済にならないばかりか、他面現実には憲法秩序の枠を越えた国家権力の行使があった場合には、裁判所みずからが、それを黙過、放置したことになり、ひいては、そのような違憲状態が時とともに拡大、深化するに至ることをもこれを是認したのと同様の結果を招くことになるからである。そして、このことは、さらに本来裁判所が憲法秩序、法治主義（法の支配）を擁護するために与えられている違憲審査権を行使することさえも次第に困難にしてしまうとともに、結果的には、憲法第99条が、裁判官をも含めた全公務員に課している憲法擁護の義務をも空虚なものに化してしまうであろう」からである。

まさに、本件訴訟において、原告らが裁判所に憲法判断を求めている理由もこの点にある。違憲の新安保法制法の制定が看過されることにより、違憲の既成事実が積み重ねられ、さらに違憲状態が拡大、深化することによって、ますます人権侵害の被害が拡大するのみならず、憲法秩序が破壊され立憲主義、法の支配という憲法価値そのものが大きく毀損されることになる。このような事態に至るにもかかわらず、裁判所がこれを黙過、放置することは、憲法尊重擁護義務を課されている裁判官として許されることではない。

本件訴訟が、この判例のいう3要件を満たすことは明らかであると考えられる。すなわち、①「憲法の基本原理に対する黙過することが許されないような重大な違反の状態が発生している疑いが生じ」ている場合であることは、平和主義、立憲主義、民主主義という憲法の基本原理違反を主張している原告各準備書面で述べた内容から明らかである。また、②「その結果、当該争訟事件の当事者をも含めた国民の権利が侵害され、また侵害される危険があると考えられる場

合」であることも、平和的生存権、人格権、憲法改正・決定権の侵害を主張していることから、少なくともその危険があることは明らかである。そして、裁判所が新安保法制法の違憲性の判断を避けて本件訴訟を終結させた場合には、③「当該事件の紛争を根本的に解決できないと認められる場合」であることも異論を差し挟む余地はないと認められる。

なお、この事件に関する最高裁判所第1小法廷判決（民集第36巻9号1679頁）は「原告適格を欠く」、「訴えの利益は失われた」として本案前の訴訟要件の有無を判断しただけで、原告の上告を棄却した。これは、長沼第1審判決を受けた原告側弁護団が、当時の時代状況を踏まえた様々な配慮から訴訟戦略として、あえて自衛隊の合憲違憲判断を最高裁に訴求しない道を選択して、「訴えの利益」のみを争い「破棄差し戻し」を請求したことへの最高裁の応答だったのである（深瀬忠一「平和憲法は冬眠しているかー憲法解釈学の一つの今日的課題」法律時報56巻6号（1984年）26頁）。本案の判断に入った上で、憲法判断を積極的に回避したものではないことはいうまでもないが、さらに原告らが裁判所に違憲判断を求めている本件訴訟ともまったく異なるものであることは留意されるべきである。

最後に、この長沼ナイキ訴訟札幌地裁判決は、2016年12月19日に国連総会で採択された「平和への権利」の審議の際に「国家実行」として紹介され、「平和への権利宣言」の国連総会採択に影響を及ぼしたことは念頭に置かれるべきである。国際社会ではこの判決は高く評価されているのである。

第6 外国の違憲審査制

1 はじめに

日本国憲法の違憲審査制のあり方について考える際に、日本と同様に立憲主義、法の支配、権力分立、民主主義、司法権の独立、そして基本的人権の保障などの憲法価値を重視している外国の違憲審査制のあり方が参考になるはずである。そこで、アメリカ、フランス、ドイツの違憲審査制について検討し、そこから得られる日本の違憲審査制のあるべき姿を論じることとする。

2 アメリカにおける違憲審査

(1) はじめに

日本国憲法で定められている違憲審査制については、法律で憲法裁判権を最高裁判所に付与すれば、抽象的な違憲審査権も行使できると解する説も有力に唱えられている。しかし日本国憲法81条の「違憲審査権」はアメリカ型の「付随的違憲審査制」と解されている（芦部『憲法』379頁）。日本の違憲審査権がアメリカ型と解されていることから、まずはアメリカの違憲審査権について紹介する。

アメリカでは憲法に違憲審査を認める明文上の規定はない。しかし、1803年の「マーベリー対マディソン事件」をきっかけに「違憲審査制」が確立された。その後、アメリカでは時に裁判所が積極的に違憲審査権を行使してきた。たとえばウォーレンが連邦最高裁判所長官だった時代には、公立学校における人種別学を憲法違反と判示した「ブラウン教育委員会事件」（1954年）、警察官が黙秘権や弁護人選任権があることを取調前に被疑者に告知しなかった場合、そうした手続で得られた証拠は違法収集証拠であり証拠能力がないとして無罪判決を下した「ミランダ対アリゾナ事件」（1966年）。「中絶」の問題は、アメリカでは大統領選挙で大きな争点になるが、裁判所は「政治過程に委ねられるべき」などと述べて判断を避けることなく、「ロー対ウエイド」（1973年）以降、積極的に判断を下してきた。後述するように、最近でも

トランプ大統領が出した入国禁止令に対し、さまざまな裁判所が積極的に違憲判断を下している。

(2) マーベリー対マディソン事件

松井茂記大阪大学名誉教授が指摘するように、「合衆国憲法には、司法審査権、つまり裁判所が法律やその他の政府の行為が憲法に反すると判断した場合にそれを違憲と宣言しうる権限を明文で定めた規定は存在しない。にもかかわらず、最高裁はそのような権限を認め、それ以降、この司法審査権は、アメリカの憲法構造の不可欠の要素として展開してきた」（松井茂記『アメリカ法』（有斐閣、2012）80頁）。「違憲審査権」の確立のきっかけとなったのは、1803年の「マーベリー対マディソン事件」である。この判決でマーシャル首席裁判官は「憲法に反する立法府の法律は無効である」とし、その上で、「何が法であるべきかを述べるのは断固として司法部門の権限であり義務である」とした。そして「裁判所が憲法を尊重しなければならず、憲法が立法府の通常法律に優越するのであれば、両者が適用される事件においてそのような通常法律ではなく、憲法が支配しなければならない」と宣言した（松井茂記『アメリカ法』（有斐閣、2012年）81－82頁）。こうしてアメリカでは、裁判所が憲法に反する法律を無効にできるという「違憲審査権」が確立された。さらに、「州法が連邦憲法に反しているかどうかについても司法審査権が及ぶことは、Fletcher v. Peck、6 Cranch (10 U. S.) 87 (1810) で確立されたと考えられている」。州議会が法律を制定して土地を私人に付与したが、のちに法律制定に際して贈賄工作が行われたとして法律が取り消された。最高裁判所は、法律による土地の付与も契約であり、これを取り消すことは憲法1条10節1項に定められた契約条項に違反すると宣言し、州法をはじめて連邦憲法違反と判示した（松井茂記『アメリカ法』（有斐閣、2012）85頁）。

(3) アメリカにおける違憲審査権の推移

その後、アメリカでは時に裁判所が積極的に違憲審査権を行使してきた。

「ロックナー事件」（1905年）では、連邦最高裁判所は製パン工場の労

働者の労働時間を1日10時間と定めたニューヨーク州法を「デュー・プロセス条項」（「適正手続条項」と訳される場合もあるが、アメリカ憲法のデュー・プロセスとは、手続の適正のみならず法の内容の適正も要求するので、デュー・プロセスのままにしておく）に反すると判示、憲法違反とした。その後も、ルーズベルト大統領がニュー・ディール政策を遂行するための一連の法律に対して連邦最高裁判所は次々と憲法違反とした。「自由放任主義」哲学に基づいて、労働者保護などの内容を有する「社会経済立法」を憲法違反と判示しつづけた連邦最高裁判所の対応には国民世論の批判も強かったこともあり、「ウエスト・コートホテル対パリッシュ事件」（1937年）以降、最高裁判所は「経済領域」での「司法消極主義」の立場に変更した。

しかしウォーレンが最高裁判所長官になった「ウォーレン・コート」以降、連邦最高裁判所は再び「人権保障」の観点から「司法積極主義」の立場を採用している。「ブラウン教育委員会事件」（1954年）では、連邦最高裁判所は公立学校における人種別学を憲法違反と判示した。「ギデオン対ウェインライト事件」（1963年）で、連邦最高裁判所は、修正6条の下で貧困な状況にある刑事被告人には公費による弁護人の弁護を受ける権利があると判示した。「ミランダ対アリゾナ事件」（1966年）では、警察官が黙秘権や弁護人選任権があることを取調前に被疑者に告知しなかった場合、そうした手続で得られた証拠は違法収集証拠であり証拠能力がないとして無罪判決を下した。

それまで純粹に政治的問題であり司法が介入するべきではないとされていた選挙区割り問題に対しても、1962年の「ベイカー対カー事件」（*Baker v. Carr*, 369 U.S. 186）以降、選挙制度の領域に対しても連邦最高裁判は積極的に違憲審査権を行使するようになる。1964年の「レイノルズ対シムズ事件」（*Reynolds v. Sims*, 377 U.S. 533）では州議会での「一人一票」原則を要求した。この判決により、郊外都市化が進んだ影響でそれまで数百倍以上まで格差が広がっていた州議会における投票価値の不平等は、1人1票（one person, one vote）の原則に従って改善されていった。ちなみに、この

判決まではニューハンプシャー州議会において1081倍、カリフォルニア州議会においては428倍、バーモント州議会では972倍などの大きな格差があった。2002年4月8日のペンシルバニア州の米国連邦地裁判決では、同州の連邦下院議員選挙における19の選挙区の1.000029倍の格差を憲法の1人1票の要求に違反して違憲であると判断し、州議会に新たな区割り法案を提出するため3週間を与えた(195F. Supp. 2d 〈米国連邦地裁判例集〉672)。同議会は9日後に1.0000015倍の格差まで是正した修正法を成立させた。最高裁判決によってその後の司法も議会も可能な限り1人1票に近づけて憲法の要求に従うようになった。芦部信喜教授はこれを「アメリカ憲法政治に革命的な変化をもたらした」と評している(芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、1973年)244頁)。

表現の自由に関しても、「ティンカー対デモイン学校区事件」(1969年)で連邦最高裁判所は、ベトナム反戦の意思表示として生徒が教室内で腕章を着用したのは「象徴的言論」として、生徒に対する処分を違憲とした(以上については飯島滋明「日本国憲法の下、憲法裁判はどうあるべきか 一憲法9条関連の裁判を中心として一」『工学院大学研究論叢』43巻2号34-35頁など)。

軍事にかかわる領域でも、連邦最高裁判所は大統領の行為に対して違憲判決を出してきた。グアantanamo湾基地での身体拘束に関しても、たとえば *Boumediene v. Bush*, 553 U.S. 723 (2008) では、グアantanamo湾基地にも人身保護令状を保障した憲法規定の適用を認め、連邦地方裁判所の裁判管轄権を否定した法律を憲法違反と判示した(松井茂記『アメリカ法』(有斐閣、2012年)163頁)。

グアantanamo収容所に収容されたイエメン人たちに対して特別な法廷を設置して異例の審理をおこなったブッシュ政権の対応が問題となった *Hamdan v. Rumsfeld*, 548 U.S. 557 (2006) でも、連邦最高裁判所は、連邦議会は軍事委員会による裁判を憲法とコモン・ローの戦争法規の範囲内でのみ認めたもの

で、大統領が必要だと思えばいつでも用いることができるものではないとした上で、軍事委員会による裁判は被告に見る機会も与えられない証拠に基づく有罪判決を許している点で統一軍事裁判法およびジュネーブ条約に反すると判示した（樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2017年）79頁、松井茂記『アメリカ法』（有斐閣、2012年）163頁）。

そして最近も、アメリカではさまざまな裁判所がトランプ大統領による「入国禁止令」に対して積極的に違憲判断を下している。2017年1月27日、トランプ大統領が出した、7カ国の国民の入国を禁止する大統領令に対して、ワシントン州シアトル連邦地方裁判所は2月3日に大統領令の差止を命じ、2月9日には連邦高等裁判所も、「信教の自由」を保障する合衆国憲法修正1条、不利益処分に対して事前の告知をしなかったのは「適正手続の保障」を保障する合衆国憲法修正5条に反するとして、連邦地方裁判所の判断を支持した。3月6日にはイランを除く6カ国の国民に対する新たな入国禁止令をトランプ大統領が出したが、3月15日にはハワイとメリーランドの連邦地方裁判所がトランプ大統領の新しい大統領令を差し止めた。5月25日にはバージニアの連邦高等裁判所がメリーランド連邦地方裁判所の判断を支持、6月12日にはサンフランシスコ連邦高等裁判所もハワイ州の連邦地方裁判所の判断を支持した。アメリカの各裁判所は、人権擁護と憲法保障の観点から、これら的大統領令が「信教の自由」（合衆国憲法修正1条）やデュー・プロセス条項（合衆国憲法修正5条）に反するとして、大統領令に対して違憲判断を下している。2017年6月26日、連邦最高裁判所はトランプ大統領令について、アメリカ国内の人物や団体と真正な関係があると正当に主張できる外国人には執行できないが、それ以外の、大統領令の対象となるイラン、リビア、ソマリア、スーダン、シリア、イエメン6カ国の国民に関しては10月に最終的に判断するまでの間、入国を90日間禁止するという大統領令の執行を認めた。この連邦最高裁判所の判断に関して、トランプ大統領は「勝利」と発言した。しかし、最高裁判所は全面的に大統領令を無条件に支持したわけではない。10月までの暫定的な

判断であり、大統領令で名指しされた国民でも、アメリカ国内の人物や団体と「真正な関係」にある者については大統領令を執行できないと判示した。連邦最高裁判所の構成として、9人の裁判官のうち、保守派が5人を占める状況であれば、大統領令を全面的に支持するという結論を出すことも可能であった。しかし連邦最高裁判所は大統領令を全面的に支持したのではなく、一定限度で大統領の命令を止めたのである。

(4) アメリカの違憲審査制に関する指摘

以上、アメリカに於ける「違憲審査権」の確立およびその推移について概略した。アメリカの違憲審査権については以下の指摘が可能である。

ア 積極的な違憲審査権の行使

まず、アメリカでの違憲審査権の状況を見れば、アメリカでは裁判所が積極的に違憲審査権の行使に踏み切ってきた事実を指摘できる。権力分立が機能してきたといえるのである。「連邦議会が定めた法律とは、大統領が拒否権を発動しなかったという意味で、他の2つの権力が賛成して成立させたものである。連邦議会と大統領は当然憲法に反しないと考えていることになるが、それを裁判所が違憲と判断することになる」（樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2017年）19頁）。

にもかかわらず、裁判所は積極的に違憲審査権を行使してきた。「レーンキスト・コートは一般的に司法積極主義に立つ裁判所としては見られていない」が、「ウォーレン・コートが最盛期にあった1962年から1969年までの間の違憲判決が17件に止まるのに対し、レーンキスト・コートは1995年から2003年までの間に33の連邦法を違憲としていた」のである（大沢秀介『アメリカの司法と政治』（成文堂、2016年）222頁）。裁判所は大統領や議会に「忖度」せず、「人権擁護」、「憲法擁護」のために積極的に違憲判決を下している。

そして、「当初は非常に激しい反対のあったブラウン判決や一連の選挙区割事件にかかわる判決については、その後アメリカ社会で広く受け入れられ

てきた」（大沢秀介『アメリカの司法と政治』（成文堂、2016年）240頁）という事情も決して看過されてはならない。

イ 政治的問題（Political Question）について

アメリカでも、「具体的事件性」や「当事者適格」の要件を満たしていても、裁判所が「政治的問題」として司法判断を控える例がある。この理論が「政治的問題の法理」と呼ばれる。この「政治的問題の法理」に関して、英米法を専門とする樋口範雄東京大学教授は「政治的問題について裁判所が判断を控えるということ自体、実は本当ではない」と指摘する（樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2017年）164頁）。樋口教授によれば、「政治的問題について裁判所が判断を控えるということ自体、実は本当ではない」ことは、「ニクソン大統領を辞任に追い込んだ1974年のUnited States v. Nixonや、いずれの大統領候補が当選させたかを決着させた2000年のBush v. Goreを見れば明らかである。しかもこれらはきわめてまれな例外というわけではなく、建国の当初から、政治的問題としか言いようのない問題に関し、連邦最高裁判所は司法判断を引き受けてきた（たとえば、違憲審査制の先例となった1803年のMarbury v. Madisonを見よ）」（樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2017年）164頁）。樋口教授が指摘するように、「違憲審査制」がアメリカで確立された事件である「マーベリー対マディソン事件」では、マディソン国務長官に対してマーベリーが裁判官の辞令交付を求めた事件であった。マディソン国務長官によるマーベリーに対する辞令交付の是非について、連邦最高裁判所は「政治的問題」として判断を回避するのではなく、1789年の裁判所法13条は合衆国憲法で認められていない権限を最高裁判所に認めたものであり、憲法違反との判断を下した。

連邦最高裁判所は、①共和政体条項に関する問題、②選挙過程に関する問題、③外交関係に関する問題、④連邦議会の内部的問題、⑤憲法改正の過程に関する問題、⑥弾劾裁判に関わる問題について「政治的問題の法理」が適用される事例だとしてきた。ただ、「これらの領域にあたれば必ず政治的問

題であるとして司法判断適合性を否定してきたわけではないことに注意を要する」（樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2017年）165頁）。たとえば②の問題に関して、「選挙区割りの不平等が争われる訴訟について、連邦最高裁判所はしばらくの間、司法判断適合性がないと判断していた」が、「1962年のBaker v. Carrにおいて、連邦憲法裁判所は選挙区割りの不平等は司法判断適合性を満たす紛争だと判示した」（樋口範雄『アメリカ憲法』（弘文堂、2017年）166頁）。ここでブレナン判事が書いた法廷意見は、「政治問題という司法判断適合性の否定は主に権力分立の機能によるものである。“政治問題”というラベルの許容範囲には多くの誤解が生じケースバイケースで判断する必要性を見失わせてしまっている。ある問題について憲法が他権に委ねるように指示しているかどうか、またはある機関の行為が割り当てられた権限を逸脱しているかどうかを決めることは、それ自体デリケートな憲法解釈の営みであり、最終的な憲法解釈者としての連邦最高裁の責務である。」（Baker、369 U.S. at 210-211）とする。つまり権力分立原理に基づきケースごとに司法判断するべきかどうかを考えていくべきであり、それを決めるのは司法であるとしたのである（大林敬吾「政治問題の法理のゆくえ」慶應義塾大学法学研究87巻2号212頁）。

その後、政治問題とされたのは数件に限られ、日本捕鯨協会が当事者となった1986年の連邦最高裁判決でも、政治問題にはならないとされた（Japan Whaling Association v. American Cetacean Society、478 U.S. 221(1986)）。これは、アメリカの反捕鯨団体が日本を経済制裁対象とする指定を求めて提訴したものであるが、日本捕鯨協会側はBaker判決を引用しながら、本件は外交に関する政策問題であり政治問題であることから司法判断を回避すべきであると主張した。これに対して法廷意見は、外交関連の問題がすべて政治問題となるわけではなく、政治問題となるのは政策の選択等であって、法律の解釈の問題は政治問題にはならないとした（大林敬吾前掲218頁）。本件訴訟においても、原告らは新安保法制法の違憲性とい

う憲法の解釈を求めているのであって、安全保障政策の選択の是非を裁判所に問おうとしているのではない。まさに政治問題にはならないのである。

その後、21世紀に入ると、ますます政治問題の法理が影をひそめるようになる。その象徴的事例が21世紀直前2000年のBush v. Gore連邦最高裁判決であると言われている。稀に見る接戦となった大統領選挙における投票の再集計が求められた事件であり、その行方が大統領を決める可能性が高く、きわめて政治性の高い案件であった。判決文には「司法判断適合性」や「政治問題」といった言葉はないが、再集計を認めないという判断を下した。ブライヤー判事の反対意見の中に「この高度に政治性のある問題について、判断が分かれるという外形を創り出してしまうことは連邦最高裁自体にある公的信頼を弱めるリスクを抱えることになる。……司法は何もすべきではなかったのである。」とある。こうした司法の謙抑を説いた反対意見があったにもかかわらず、法廷意見が司法判断に踏み込んだ点では、Baker判決と同様であり、司法が重要な憲法問題を解決するために積極的に判断を行う姿勢を示したものといえる。

本件訴訟は、新安保法制法が違憲であるか否かという憲法問題を問うものであり、こうした重要な法律問題を解決するために裁判所が積極的にその権限を行使すべき事案であることは、このようなアメリカの政治問題の法理の展開を見ても明らかである。

ウ 「事件および争訟」要件の緩和について

～*parens patriae*訴訟を手がかりに～

アメリカでの違憲審査制について語る際、重大な事件の場合には、「事件または争訟」（アメリカ合衆国憲法3条）の要件を満たさない場合でも、違憲訴訟を提起しうる「当事者適格」を拡大して認めてきたことを正確に認識する必要がある。

アメリカ型の違憲審査権は、司法権を行使する際に付随的に行使されることから、裁判所で憲法問題を争うための前提として、まずは司法権の行使の

要件を満たすことが必要とされている。具体的に言えば、「事件」(case) または「争訟」(controversy)、そして「当事者適格」(standing)が必要とされる。

しかし、この「事件または争訟」などの要件が、アメリカでは必ずしも厳密に適用されているわけではない。松井茂記大阪大学名誉教授も「アメリカでは、当該具体的事件に適用された限りで法律の合憲性が審査されるのが原則であるが、最高裁は、かなり柔軟に法律の文面上の合憲性を審査しているふしがある」と指摘する(松井茂記『アメリカ法』(有斐閣、2012年)92頁)。さらに本件訴訟で提出された、青井未帆学習院大学教授の意見書でもそうした事例が紹介されている。青井教授は「憲法判断をめぐる司法権の役割について」という本件訴訟での意見書において、「司法権が果たし得ると想定される範囲が、日本で通常考えられている以上に広い」(青井意見書16頁)と指摘する。アメリカでの違憲審査権の行使の領域が日本で考えられている以上に広い例として、青井教授は、*parens patriae*(パレンス・パトリー)訴訟を挙げる。*parens patriae*とはparent of the countryの意味であり(青井意見書16頁)、「*parens patriae*訴訟」とは、「州にスタンディング(原告適格、主張適格)を与える理論」、「付随的違憲審査を抽象的に運用する一つの限界的な例」であり、「私人による提訴という起点なく司法過程を通じた公的な利益・法の実現を図る方法」(青井意見書16頁。傍点は青井教授による)である。実際にも、「今日、州と州民の利益のために、州の法務長官が*parens patriae*として訴訟を起こすことは、珍しいことではなく、連邦政府を被告とすることもしばしばである」(青井意見書18頁)。青井教授によれば、*parens patriae*訴訟が「母国イギリスでの用法を超えて展開するきっかけとなったと言われる、*Louisiana v. Texas*で最高裁は、州の*parens patriae*訴訟の有効性について認めたのが嚆矢とされている」。本件は、検疫を理由にテキサス州がルイジアナ州との間の通商を禁止したことに対して、ルイジアナ州がテキサス州を差別的であるとして訴え

た事案である。本件では*parens patriae*が認められなかったが、「州の住民の一般的利益の代表として、州が訴訟を提起する道が開かれたものと理解されている」（青井意見書17頁）。こうした背景には、「合衆国憲法修正11条により、市民が他州に起因する公害について、他州を被告として連邦裁判所に訴訟を提起することが認められていないため、産業革命による環境の変化や天然資源をめぐり、州法務長官が代わりに訴訟を起こす方法がとられるようになった」。さらに、「20世紀中盤に入ると、反トラスト法の領域での利用が活発となり、連邦や州の制定法で州の法務総裁に*parens patriae*としての訴権を付与する規定が設けられるようになる。1990年代中盤からはさらに大きな展開を見た。大規模な不法行為訴訟においてclass actionの重要性が陰りを見る一方で、それに代わる選択肢として、集団訴訟（class action）とならぶ、あるいは代替として、市民への被害救済として*parens patriae*訴訟が広く用いられるようになった」（青井意見書17-18頁）。

ヴァージニア州のリンゴ農家らを被告として、被告らがプエルトリコ出身の移民農民に仕事を与えないことや、プエルトリコの労働者に他の季節労働者よりも厳しい労働条件を強いることは違法であるとしてプエルトリコ州が*parens patriae*として、宣言判決と差止を求めたAlfred L. Snapp&Son, Inc. v. Pueruto Rico ex rel. Barez事件で、連邦最高裁判所はプエルトリコ政府が「準主権的利益」を有するとして*parens patriae*訴訟を提起すると判示した（青井意見書20頁）。

以上のような*parens patriae*訴訟の実例に関して、青井教授は、「伝統的な典型的な意味での個人的な利益の侵害が観念しがたい問題に、連邦司法権が対応するルートであることに注目したい。私人が提起し得ないような利益に関わる問題状況が存在し、それを政治過程のみならず、不随審査制の下で、「事件及び争訟」要件を満たすものとして、存在している」と指摘する（青井意見書24頁）。

そして*parens patriae*訴訟の実例を通じて、青井教授は、「事件及び争訟」は、硬直的に捉えるべきものではなく、場合によっては裁判所によって、いわば「擬制」され得るものであることを示唆している」と指摘している（青井意見書25頁）。

青井教授が*parens patriae*訴訟の実例を通じた紹介したように、「事件性」「争訟性」がなくても、事案が重大な場合、連邦最高裁判所は積極的に司法判断に踏み切ってきた。

こうした*parens patriae*訴訟で得られた知見を「本件訴訟のような憲法9条違反の立法行為を争う訴訟に用いると、次のようになると考える。すなわち、裁判所が取り上げて憲法判断すべき状況であるかどうかの主たる問題であり、そうである場合には、司法府が訴えの利益に関する判断を柔軟に判断することも、理論的に排斥されるものではない。法律の根拠なく、司法権限りで「事件」として擬制することも、司法権の果たしうる範囲内というべきである」（青井意見書25頁）。

ましてや本件のように現実的かつ具体的な権利ないし法的利益の侵害が認められる事案であれば、さらに一層のこと、裁判所が取り上げて憲法判断すべき状況にあるのであり、裁判所は積極的に違憲判断を下すべきである。それは司法の果たしうる範囲内であると同時に、司法の果たすべき職責である。

3 フランスにおける違憲審査制の展開

(1) はじめに

「違憲審査制」という制度はフランス法の歴史では無縁であった。フランス大革命期に反動の拠点とみなされた裁判所に対する国民の不信感はその後のフランス政治にも長く影響を及ぼした。ヨーロッパ、特にフランスでは「裁判官が国政に大きな影響を与える事態は《裁判官統治》（*gouvernement des juges*）と呼ばれ、民主主義社会において何よりも避けなければならないものとして、強く警戒されてきた」（山元一「フランスにおける憲法裁判と民主主

義」山下健次・中村義孝・北村和生編『フランスの人権保障 ―制度と理論―』（法律文化社、2001年）75頁）。

また、「法律は一般意思の表明である」というルソー主義的な議会中心主義を採用してきたフランスでは、法律の合憲性審査を裁判所が行うという「違憲審査制」は意図的に排除されていた。

ところが現在の第5共和制憲法下での「憲法院」（le Conseil constitutionnel）は憲法裁判所としての役割を果たしている。憲法制定当初、大統領選挙の裁定などを任務とする「政治的・諮問的機関」と見做された憲法院は、1971年の「結社の自由」判決を契機に違憲審査権を行使するようになる。1974年の憲法改正により、憲法院への提訴権者が拡大したことが違憲審査への拍車をかけた。さらに2008年の憲法改正により、それまでは法律の事前審査に限定されていた違憲審査制が事後審査にも拡大された。

以下、そうしたフランスの「司法」と「違憲審査制」の概要を紹介する。

（2）フランスにおける裁判所不信の伝統

ア 革命高揚期（1789年～1794年）の司法

伝統的に、フランスでは裁判所に対して国民が不信感を抱いてきた歴史がある。このことを明らかにするためには、フランスの歴史を概観する。「貴族階級が最高法院を根城にして国王権力と対抗し、権限の政治的濫用をなすことは、ルイ15世治下から頻繁に見られた」が、最も有名なのは、ルイ16世の時代に国家財政の建て直しのためのさまざまな改革に「最高法院」

（一般的には「高等法院」という言葉が使われることが多いが、滝沢正教授の用語に従い「最高法院」とする）が抵抗して挫折させたという事情である。財政改革に反対した理由については、「税負担の増加をおそれる貴族階級が、最高法院に抛りつつ一斉に反対した」からである（滝沢正『フランス法 第4版』（三省堂、2013年）41頁）。こうした最高法院の対応を目の当たりにして、「最高法院は国王以上に反動の拠点と看做され、国民の不信の

念が強かった」（滝沢正『フランス法 第4版』（三省堂、2013年）42頁）。「司法」に関しては、たとえばモンテスキューは著書『法の精神』で、「国民の裁判官は、……法の文言を述べる口に過ぎず、その力もその厳格さも緩和することができない無生物である」と述べている。ロベスピエールも「裁判所の判例という言葉は、われわれの言語から抹殺されなければならない。憲法や法律を有する国家においては、判例は法律以外の何物でもない」と議会で演説している。

そして、こうした司法不信の観念が極めて強烈だったが故に、「これが大革命後のフランスにおいて、司法権の独立ではなく、司法権からの他の二権の独立に配慮がなされた権力分立をもたらすことになる」（滝沢正『フランス法 第4版』（三省堂、2013年）42頁）。

フランス大革命の初期における司法裁判所に関する基本的な法律は1790年8月16日－24日の法律である。先に言及したように、フランスにおける「権力分立」は「司法の独立」を確保するものではなく、司法から他の二権、つまり「立法権」と「執行権」を守ることに主眼が置かれた。

立法権との関係で言えば、「司法裁判所に対する不信の念が強かった当時は、裁判所に法律の最終的解釈権限を付与することは、司法権が立法権に介入することにつながり、『司法権からの独立』が危うくされる」と考えられた（滝沢正『フランス法 第4版』（三省堂、2013年）61頁）。「司法権の役割限定という考え方に立ち、1790年の法律は、破毀裁判所

(Tribunal de cassation) を司法権の最高裁判所として位置づけるのではなく、立法府の下に設置することとしている。司法裁判所は法律を自由に解釈することが禁じられ、破毀裁判所の判断に従うことが義務づけられた。破毀裁判所自身も、法律の解釈に疑義があるときは最終的にこれを決めることができず、立法府諮問 (référé Législatif) を行わなければならなかった」。

「行政裁判」についても、「旧制度における最高法院の執行権への干渉に

対する反省から、司法権が行政権に干渉することも同様に厳しく排除された。司法権の独立よりも司法権からの他の二権からの独立が、大革命当時における関心事であった」（滝沢正『フランス法 第4版』（三省堂、2013年）62頁）。

「違憲審査権」に関して言えばなおさらのことで、「司法権は、法律の解釈すら禁じられていたのであるから、ましてや法律の合憲性を審査する余地などあろうはずもなかった。こうして司法裁判所による違憲立法審査制度を持たない伝統が形成された」（滝沢正『フランス法 第4版』（三省堂、2013年）62頁）。

イ 第3共和制憲法・第4共和制憲法における司法

フランス大革命期における裁判不信の伝統は、第3共和制憲法（1875年）や第4共和制憲法（1946年）にも反映されている。第3共和制でも、「過去のアンシャン・レジーム時代に高等法院が政治的役割を演じたことの記憶が強烈で、選挙によらず選挙民の手でコントロールできない裁判所が議会制定法を審査することの政治的危険性を、人々がそれだけ強く感じていた」（樋口陽一『比較憲法』（青林書院、1993年）157頁）。のみならず、「違憲審査制否定の論拠として、観念的には、「法律は一般意思の表明である」という大革命以来のイデオロギーが持ち出され」という事情、アメリカとは違い、「議会中心主義」を基本原理とするフランス的な「権力分立」の下、違憲審査権が否定されたという側面もある。

第3共和制下では、「法律＝一般意思の表明」という命題を基礎付ける「国民代表」概念が「純粹代表」の観念から「半代表」の観念に転換した（樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1995年）244頁）。フランス大革命期、議会は選挙民の意思から独立して「国民意思」を形成するという「純粹代表」原理のもとでは、国民と議会の意思の一致は問題とされず、選挙で選出されない「国王」すら国民の「代表」とされた。ところが議会は選挙民の意思をできる限り忠実に反映し代弁すべきという、直

接民主制的な要素を加味した「半代表」原理への転換がなされるにおよび、統治機構の中で唯一、普通選挙によって選ばれ、したがって選挙民意思を代表しているという建前を援用できる地位にある議会が、行政権や司法権といった他の国家機関よりも優位の地位にあるという「議会中心主義」が根強く定着することになった（樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1995年）244－245頁、樋口陽一『比較憲法』（青林書院、1993年）158－159頁）。議会が法律によって人権を侵害するのを防ぐために裁判所が「違憲審査権」を行使するというアメリカ型とは異なり、「一般意思の表明」である法律こそが権利を保障するのであり、だからこそ行政権や司法権よりも議会が優位に立つという「議会中心主義」的な権力分立がフランス第3共和制では採用された。

こうした議会中心主義的権力分立は、第4共和制憲法（1946年）でも貫かれた。第3共和制憲法とは異なり、第4共和制憲法では憲法の冒頭に「権利宣言」が置かれた。ただ、「これらの権利の確保の方法としては違憲審査制は、採用されなかった。……第3共和制以来の、議会に対してでなく議会によって権利を確保するというフランス式思考は、ここでも一貫している。しかも、当時、裁判的手続による違憲審査制の採否ということが、問題となりながら意識的にしりぞけられた」（樋口陽一『比較憲法』（青林書院、1993年）213頁）。第4共和制当時、たとえば議会制民主主義から誕生したナチスへの反省として、議会中心主義からの転換、法律の憲法審査が採用されたドイツなどと異なり、フランスでも違憲審査制が検討されながらも意図的に排除され、議会中心主義が維持されたのである。

ウ 第5共和制憲法期における司法

現在のフランス憲法である第5共和制憲法（1958年）では、「議会中心主義」から「大統領中心主義」への転換が見られる。ただ、フランス大革命期における裁判所不信の伝統は完全に払拭されなかった。「革命期の法制が裁判官の役割を強く、また周到に封じ込めようとしたことは歴史上の過去

に属するとしても、裁判所ペシミズムの思考は、現在のフランスの実定法のあり方にも反映している。司法権はもっぱら民刑事の裁判を担当し、行政事件の裁判は司法権の外部にある行政裁判所によって行われる。司法にあてられた現行1958年憲法第八篇の表題「司法権」がDe l'Autorité judiciaire（立法や執行についていわれるpouvoir＝「権力」でなく）とされているのは、象徴的である」と樋口陽一東京大学名誉教授は指摘する（樋口陽一『現代法律学全集2 憲法I』（青林書院、1998年）469頁）。

フランスは「司法」とは「民事」「刑事」を指し、「行政」を含まないことに関連して、ここで「統治行為」（acte du gouvernement）についても言及する。繰り返しになるが、司法不信の伝統が強いフランスでは、「司法」といえば「民事」と「刑事」に限定された。こうした「司法裁判所」を「行政」の領域に介入させないための理論が「統治行為論」であった。フランス型の司法不信を前提として、行政の領域に司法が介入するのを阻止するための理論が「統治行為論」であったことは正確に認識される必要がある。

（3）第五共和制憲法における「憲法院」と「違憲審査制」

以上のように、フランスでは大革命期における「最高法院」の反動的役割に起因する司法不信の伝統、「法律は一般意思の表明である」というルソー主義的思考に基づく議会中心主義がフランス第3共和国、第4共和国下で採用されてきたこともあり、違憲審査制とは無縁の歴史をたどってきた。ところが現在では、憲法院が憲法裁判所としての役割を果たしている。フランス第5共和制憲法で、憲法院が違憲審査権を行使する権限があると明文で規定されているわけではない。「憲法院」はどのような機関なのかについては当初、議論上の争いもあり、「憲法院は、憲法制定当初は大統領選挙の裁定等を主な任務とする政治的機関と解されていた」（辻村みよ子『フランス憲法と現代立憲主義の挑戦』（有信堂、2010年）140頁）。ところが、「アメリカ型の立憲主義の影響はここでは幻想である」とフリードリッヒが評したそのフランスでも、1970年代に入って憲法院の違憲審査活動が活発となり、政治機関と考えら

れてきた憲法院は機能的には裁判機関としての性格を濃厚に帯びるに至った」
（芦部信喜『人権と憲法訴訟』（有斐閣、1993年）23頁）。1971年の「結社の自由」判決を契機として、憲法院は違憲審査権を行使するようになる。1974年には憲法が改正され、それまでは大統領、首相、元老院議長、国民議会議長に限定されていた付託の権限が、元老院（上院）あるいは国民議会（下院）の60名以上の議員にも可能となった。そうした憲法改正により憲法院による「違憲審査制」は活発になった。ただ、憲法院による「違憲審査制」は、法案が上院・下院を通過したのちで、大統領に親署されるまでの間になされる「事前審査」であった。その後、2008年7月23日の憲法改正により、「抗弁による事後的違憲審査制」が導入された。新たに新設された憲法61条の1では「裁判所で係争中の事件の審理に際して、憲法で保障される権利と自由が法律によって侵害されていることが主張された場合、憲法院は、所定の期間内に見解を表明するコンセイユ・デタ（國務院）ないし破毀院からの移送によって、この問題について付託を受けることができる」と明記された。

（4）フランスにおける違憲審査制の正当化

繰り返しになるが、司法不信の伝統があるフランスでも、現在では法律の合憲性の事後審査も認められるようになった。こうした違憲審査権、とりわけ民主主義との関係についてフランスではどう考えられているのか。フランスでは、「憲法院の役割を『転轍手（aiguilleur）』としてのそれに見立てる見解（ブデル）が、説得力があるものとして受け入れられてきた」と言われる（辻村みよ子・糠塚康江『フランス憲法入門』（三省堂、2012年）168頁）。

「転轍手」理論とは以下のようなものである。つまり、「憲法裁判を行う際の憲法院の役割は、問題となっている規範が憲法と矛盾しておらず法律というかたちで採択できるかどうかを見極めるところにあり、このように捉えれば民主主義と矛盾しないはずだ、と考える。憲法裁判機関がその規範が憲法と矛盾しており違憲だと考えれば、それを国民や国民代表に対して明らかにするのが違憲判決である。それを知った国民や国民代表は、その規範を採択することが

どうしても必要だと考えれば憲法改正を行って、その規範を採択すればよい。もし、そうまでしてまでその規範を採択する必要性を感じないのであれば、国民はそのまま違憲判決を受け入れてしまえばよい。どちらのケースであっても、最終的な政治的判断は国民や国民代表の手に委ねられており、憲法院の判断は決して最終的なものではないから民主主義には反しないはずだ、とされる」

（山元一「フランスにおける憲法裁判と民主主義」山下健次・中村義孝・北村和生編『フランスの人権保障 ー制度と理論ー』（法律文化社、2001年）76頁）。

（5）日本の司法消極主義と「転轍手」理論

日本においても、「非民主的機関の権力は厳格な自制をもって行使されることが肝要だ」というアメリカ連邦最高裁判事フランクファーターの言葉に従い、司法消極主義の根拠として、民主的基盤を持たない裁判所は民主的基盤を持つ政治部門の判断に対しては謙抑的であるべきだと主張されることがある。しかし、フランスの「転轍手」理論によれば、裁判所の判断はたとえ違憲判断であっても最終的には憲法改正国民投票を含めた国民の判断に委ねることになるのであるから、民主主義という観点からは全く問題がないのである。裁判所は政治部門と比較した際の自らの民主的基盤の弱さを理由に、積極的に憲法判断、違憲判断を下すことを躊躇する理由は一切ない。「司法消極主義は往々民主的な議会ー非民主的な裁判所という図式に依拠しがちであるが、それはあまりにも非現実的な政治観に立脚するものといわなければならない。」（佐藤幸治『憲法』（青林書院新社、1995年）337頁）という指摘は、議員定数不均衡による違憲状態選挙などの現実を無視して政治部門が民主的であることを当然の前提にすることを戒めていると共に、裁判所の判断を非民主的として軽視することをも批判していると理解することができよう。

3 ドイツにおける違憲審査制

（1）ワイマール共和国における「司法」

1919年、ワイマール憲法が施行された。「人間たるに値する生存」（151条）などを保障したこともあり、当時、「最も進歩的」な憲法と言われた。また、国民投票制度や国民が大統領を直接選ぶなどの直接民主制的制度が採用されていたこともあり、当時、「最も民主的」な憲法とも言われた。「最も進歩的」で「最も民主的」と言われた憲法を持つ、ワイマール共和国が僅か14年でヒトラー率いるナチス独裁政権に台頭を許したのはなぜか。ワイマール憲法48条の「非常事態権限」が濫用されたこと、市民が政治的に成熟していなかったことなど、色々な理由が挙げられるが、ワイマール共和国崩壊の一因として司法もあり方も挙げられる。

ワイマール共和国の司法は、左翼に対しては厳しい判決を下す一方、右翼に極めて甘い判決を下した。こうした「司法」の一例として、1923年の「ミュンヘン一揆」をめぐる裁判をあげることができる。ミュンヘン一揆を起こしたヒトラーは当然ながら裁判にかけられた。ドイツ刑法81条では、「反逆罪」は終身刑となっている。しかしヒトラーは5年の禁固刑で済んだ。しかも実際には6ヶ月間刑に服しただけであった。そのうえ、「反逆罪」を理由に有罪となった人物がドイツ人でない場合には国外退去処分にされる旨の「共和国保護法」の規定は、「ヒトラーのようにすぐれてドイツ的にもものを考え、感じる男には、裁判所の見解としては、共和国保護法の規定は適用されない」としてヒトラーに適用されなかった。「反逆罪」についてさらに付言すると、「反共和国組織の活動を報道せんとしたフェッヘンバッハには反逆罪で懲役11年の刑を宣告したミュンヘン民族裁判所が、共和国転覆を企てたヒトラーには5年の禁固刑を宣告した」という、極めて恣意的な判決が下された（飯島滋明「日本国憲法の下、憲法裁判はどうあるべきか ―憲法9条関連の裁判を中心として―」『工学院大学研究論叢』43巻2号30頁）。

ヒルシュベルクは「政治的訴訟において終局的に重大なことは、国家と民主制の存立を擁護することにあるが、司法は憲法と法治国家の崩壊を決定的に促進した。したがって、司法は、ヒトラーによるドイツの崩壊について共同責任

を負うべきである」と批判する（マックス・ヒルシュベルク著、安西温訳『誤判』（日本評論社、1961年）207頁）。このようにワイマール共和国の崩壊の一因は司法にあると、後世において指弾されている。

（２）ドイツ連邦共和国基本法における「違憲審査制」

1949年5月24日にドイツ連邦共和国基本法（基本法というが実質的には憲法）が発効した。基本法では「司法」（Justiz）という用語ではなく「裁判」（Rechtsprechung）という用語が使われている。というのも、「ワイマール時代の裁判所が憲法の保障の機能を十分に果たせなかったことから、国家権力の第三権として、裁判所の担う裁判権をより強調する必要があった」ためである（工藤達郎編『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年）7頁）。

ドイツ連邦共和国基本法では憲法擁護のための機関として、連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht）が明記された。「連邦憲法裁判所」が設けられた事情についてさらに言及すると、「ナチス体制への反動。権力乱用の予防・人権保障の強化・立法者万能思想の打破の必要性」が挙げられる（樋口陽一・栗城寿夫『現代憲法体系⑩憲法と裁判』（法律文化社、1988年）189頁）。

「戦後、憲法裁判が脚光を浴びた理由は、議会の決定がファシズムへの道を開いた歴史的事実から、かつての議会への信頼感が失われ、それを統制する必要性が広く共有されたからであった」と山元一教授は指摘する（山元一「フランスにおける憲法裁判と民主主義」山下健次・中村義孝・北村和生編『フランスの人権保障 一制度と理論一』（法律文化社、2001年）70頁）。山元教授が指摘するように、「ヨーロッパにおいては第二次世界大戦後、まずは西ドイツとイタリアが、ナチズムやファシストといった自国の全体主義の経験を戦後省みて、独立の憲法裁判所を設置し、議会を基本権に拘束した」（クリストフ・シェーンベルガー「カールスルーエについての所見」イエシュテット／レプシウス／メラース／シェーンベルガー著、鈴木秀美／高田篤／棟居快行／松本和彦監訳『越境する司法 ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』（風行社、2

011年)19頁)。そして、「ナチスは形式的には合法的に独裁制を完成したと称したが、このようなことが起こらないようにするのが連邦憲法裁判所を設立した重要な目的の一つであり、したがって連邦憲法裁判所は、わが国の裁判所と異なり、法律全体を違憲だとして無効とすることをためらわない」(山田晟『ドイツ法概論I』(有斐閣、1985年)64頁)。

連邦憲法裁判所には、連邦政府、州政府、および連邦議会議員の4分の1の申立てに基づき法律の合憲性を抽象的に判断する「抽象的規範統制」

(abstrakte Normenkontrolle)、裁判所が具体的事件を審理している際に法律を憲法違反と考えた時、連邦憲法裁判所の判断を求める「具体的規範統制」

(konkrete Normenkontrolle)、そして公権力によって基本権が侵害された場合に各人が訴えることのできる「憲法異議」(Verfassungsbeschwerde)といった「違憲審査権」を行使する権限が認められている。

(3) 連邦憲法裁判所の評価

「ドイツ連邦共和国の歴史の中で、連邦憲法裁判所自身が政治的攻撃または公然たる抗議の対象となった時期がいくらかあるものの、それによって同裁判所への信望が長期にわたって低下することはなかった」(クリストフ・メラーズ「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」イェシュテット/レプシウス/メラース/シェンベルガー著、鈴木秀美/高田篤/棟居快行/松本和彦監訳『越境する司法 ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』(風行社、2011年)260頁)。

「ドイツ連邦憲法裁判所は歴史上、三つの大きな危機に直面した」。つまり、「設立間もない時期の再軍備をめぐる対立」。次に「1970年代における一連の判決についての論争」。そして「十字架決定および『兵士は殺人者だ』という言明の不可罰性についての決定のように、論争を巻き起こしたその他の判例についての世論における対立がある。その際、連邦憲法裁判所は、そのつど政治家と世論の一部によって、ある政治陣営に味方したとか、承認された社会的・政治的基本合意から乖離されたと避難された」。しかし「これらのうちの

いかなる危機においても、連邦憲法裁判所が明らかに苦しんだのは短期間であった」（クリストフ・シェーンベルガー「カールスルーエについての所見」イェシュテット／レプシウス／メラース／シェーンベルガー著、鈴木秀美／高田篤／棟居快行／松本和彦監訳『越境する司法 ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』（風行社、2011年）32－33頁）。

ドイツ市民の支持に関しては、「裁判所がドイツ市民の間で享受し……、その歴史上ほぼ一貫して享受してきた、極めて高い評価は争いの余地なく明白である。連邦憲法裁判所は最も愛される国家機関なのである」と指摘される（クリストフ・メラース「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」イェシュテット／レプシウス／メラース／シェーンベルガー著、鈴木秀美／高田篤／棟居快行／松本和彦監訳『越境する司法 ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』（風行社、2011年）259頁）。

なぜそれほど連邦憲法裁判所はドイツ国民の支持を得ているのか。クリストフ・メラースは以下のように述べている（クリストフ・メラース「連邦憲法裁判所の合法性・正統性・正統化」イェシュテット／レプシウス／メラース／シェーンベルガー著、鈴木秀美／高田篤／棟居快行／松本和彦監訳『越境する司法 ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』（風行社、2011年）259－260頁）。

「連邦憲法裁判所の周知の成功は、とりわけ憲法異議を可能ならしめたこと、すなわちすべての基本権主体に連邦憲法裁判所への出訴の道を開いたことから生じている。今日に至るまでほとんど民主的立憲主義国家に見られない、かかる憲法異議の可能性によって、連邦憲法裁判所は市民の個々の願望と直接的に関わることになる。経験的事実から察せられるように、連邦憲法裁判所は、憲法機関相互の仲裁人または連邦国家的な平面での仲裁人というより、むしろ諸個人の権利の擁護者として、ドイツ連邦共和国の社会の内部で信望を得てきた」。

4 外国の「違憲審査制」をめぐるまとめ

以上、アメリカ、フランス、ドイツの違憲審査制を概観した。

アメリカ、フランス、ドイツに於ける違憲審査権の態様を前提とすると、違憲審査権については以下のように指摘できる。

(1) 違憲審査権の行使に躊躇しないこと

まず、アメリカやフランス、ドイツでは「人権保障」のために裁判所が積極的に違憲審査権を行使し、憲法違反との判決を下すことに躊躇しない現実がある。

この点については、最近のアメリカが適例を提供する。2017年1月27日、トランプ大統領が出した、7カ国の国民の入国を禁止する大統領令に対して、ワシントン州シアトル連邦地方裁判所は2月3日に大統領令の差止を命じ、2月9日には連邦高等裁判所も、「信教の自由」を保障する合衆国憲法修正第1条、不利益処分に対して事前の告知をしなかったのは「適正手続の保障」を保障する合衆国憲法修正第5条に反するとして、連邦地方裁判所の判断を支持した。3月6日にはイラン人を除く6カ国の国民に対する新たな入国禁止令をトランプ大統領が出したが、3月15日にはハワイとメリーランドの連邦地方裁判所がトランプ大統領の新しい大統領令を差し止めた。5月25日にはバージニアの連邦高等裁判所がメリーランド連邦地方裁判所の判断を支持、6月12日にはサンフランシスコ連邦高等裁判所もハワイ州の連邦地方裁判所の判断を支持した。アメリカの各裁判所は、人権擁護と憲法保障の観点から、これらの大統領令が「信教の自由」（合衆国憲法修正1条）や「適正手続の保障」（合衆国憲法修正5条）に反するとして、大統領令に対して違憲判断を下している。

フランスの憲法院は、もともとは「国会」による他の国家機関の権限への侵害行為を監視する機関、いわばフランス的な権力分立を確保するための機関であった。しかし1971年の「結社の自由」判決を契機に、自ら人権保障の任務を引き受け、積極的に違憲判決を下していく。1980年代に憲法院の審査

に付された法律の約70%が違憲とされ、1999年に付託された法律や条約15件のうち10件が違憲、2000年には16件のうち12件が違憲とされた(海老原健介「現代フランスにおける憲法裁判と立憲政治」憲法理論研究会編『立憲主義とデモクラシー』(啓文堂、2001年)59-71頁)。

(2) 違憲審査権は民主主義に反しないこと

次に、フランスの「転轍手」理論が示すように、違憲審査権は民主主義に反するどころか、主権者である国民に対して国政の最終決定権に関する意見表明の場を提供する可能性があるという点で、決して民主主義に反するものでないという主張が受け入れられていることである。つまり、フランスの憲法院の「違憲判決」は、フランス憲法院が最終判断権を行使することを意味するものではない。「憲法違反」と判示された法律を国民や国民代表がどうしても必要だと考えるのであれば、国民や国民代表は憲法改正手続に踏み出すであろう。一方、そこまでして当該法律は必要でないという国民やその代表が考えるのであれば、国民は違憲判決を受け入れるであろう。憲法院の「違憲判決」は、憲法改正手続に進むか、違憲判決を受け入れるかの判断を国民に迫るものであって、決して民主主義に反しないというのがフランスの「転轍手」理論である。違憲判決は憲法改正か違憲判決の需要のどちらを選択するかを国民や国民代表に問いかけるものであって、決して民主主義に反するものではないとフランスでは考えられている。

そして、裁判所による違憲審査権の行使は「立憲主義」の実践にも重要である。違憲審査をめぐるフランスの状況を紹介しますが、フランスでは憲法院が積極的に違憲審査権を行使することで、国会が憲法違反との判示を受けないように注意しながら立法権を行使する状況が生じている。日本でも裁判所が「憲法違反」との判決を下すようになれば、国会や内閣も憲法を意識した行動をとるようになることも想定される。そうすることで「立憲主義」が実現される。

(3) 積極的な違憲判断は国民から支持されていること

さらに、実質的に違憲審査権を行使する国家機関が国民から高い支持を得て

いることを指摘したい。先に「裁判所がドイツ市民の間で享受し……、その歴史上ほぼ一貫して享受してきた、極めて高い評価は争いの余地なく明白である。連邦憲法裁判所は最も愛される国家機関なのである」との発言を紹介したように、「人権保障」の役割を積極的に果たしてきた裁判所に対し、国民は極めて高い支持をしている。ドイツではナチスによる法律や国家行為が「個人の尊厳」を蹂躪するものであったことに鑑み、「連邦憲法裁判所」に強い権限を認めた。連邦憲法裁判所は積極的に違憲の判断を下してきた。司法不信が強く、国会中心主義的伝統の強いフランスでも、第5共和制憲法下での憲法院は法律に対して積極的に違憲判決を下してきた。違憲審査制と深いつながりがなかったフランスやドイツでも、「憲法院」や「連邦憲法裁判所」の積極的な人権擁護の判断は、多くの国民の支持を得ている。

(4) 付随型違憲審査制と抽象的違憲審査制の合一化傾向

最後になるが、「付随型違憲審査制」と「抽象的違憲審査制」の両者がお互いに歩み寄る「合一化傾向」があることを指摘する。違憲審査の方式として、通常の裁判所が具体的な事件を裁判する際に違憲審査権を行使する「付随型違憲審査制」と、特別に設置された憲法裁判所が、具体的事件がなくても抽象的に違憲審査権を行使する「抽象的違憲審査制」があると一般的には紹介されている。そして「付随的違憲審査制」はアメリカが代表例であって「私権保障型」、「抽象的違憲審査制」はドイツが代表例であって「憲法保障型」と説明される。この両者について、マウロ・カペレッティは両者の「合一化傾向」を指摘していた(マウロ・カペレッティ著、谷口安平・佐藤幸治訳『現代憲法裁判論』(有斐閣、1974年))。実際には「以上のアメリカ型、ドイツ型の双方でも、最近ではそれぞれの欠点を補うべく制度を修正しており、両者の合一化傾向が認められる。例えば、アメリカ型では、個々の権利救済が違憲審査制の一義的な機能とされ訴訟要件が制限されていたことが改められ、しだいに当事者適格等を緩和するような運用が認められる。それによってドイツ型のような客観的な憲法秩序保障に近いものが導入されつつある」と指摘されている

(辻村みよ子『憲法 第4版』(日本評論社、2012年)471頁)。アメリカ型については、「最近は、最高裁判所が自分自身を特別の違憲審査のための裁判所と見て訴訟法上の制約を緩和しようとする動きを示している」(樋口陽一・栗城寿夫『現代憲法体系⑩憲法と裁判』(法律文化社、1988年)182頁)。たとえばアメリカでは「クラスアクションや宣言的判決によって、具体的事件性などの厳格な原則が修正されている」(栗城寿夫・戸波江二編『憲法 補訂版』(青林書院、2002年)313頁)。青井未帆教授が意見書で紹介している、州の法務長官が州民と州のために、ときには連邦政府に対して提訴する *parens patriae* 訴訟も「事件性の要件」を緩和するものである。

一方、ドイツでも1969年1月29日の第19回基本法改正で「憲法異議」が採用されることで、「付随的違憲審査制」に近い制度が採用された。さらに、「憲法裁判所以外の専門裁判所(連邦通常裁判所、連邦行政裁判所等)は、自ら直截に違憲の宣言ができないとしても、「憲法適合的解釈」をなすべきとの前提に立って、この事件にこの法律を適用することは憲法上許されないという形で判断を行っているのが実態である」(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)621頁)。マウロ・カペレッティが指摘した「合一化傾向」は、現在ではアメリカやドイツなどでもさらにすすんでいることを認識する必要がある。

第7 裁判所の職責

1 「人権保障」のための裁判所

先にアメリカやフランスの事例を紹介したが、日本の裁判所にも「人権擁護」の任務が憲法上、課せられている。憲法81条では、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と明記されている。芦部信喜教授によれば、違憲審査権の根拠は「憲法の最高法規性の観念」とともに、「基本的人権尊重の原理」であるとされる。つまり、「基本的人権の確立は近代憲法の目的であり、憲法の最高法規性の基礎となる価値でもあるが、その基本的人権が立法・行政両権によって侵害される場合に、それを救済する『憲法の番人』として、裁判所ないしそれに類する機関による違憲審査制が要請される」という（芦部『憲法』378頁）。

そして新安保法制法をめぐっては、日本の裁判所は「人権保障」の職責を自覚し、違憲判断を行うべき緊急性がアメリカやフランスの事例以上に高いものとなっている。

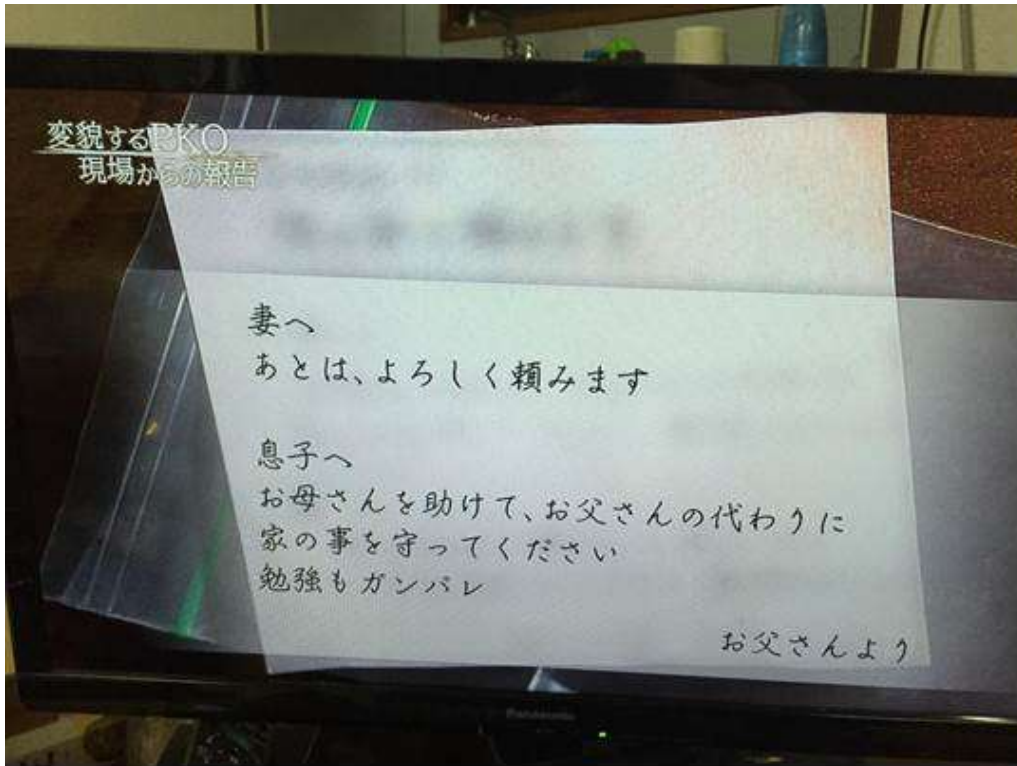
2 南スーダンにおける自衛官の危険な状況

下記の写真は2017年5月28日にNHKが放映した「変貌するPKO 現場からの報告」の映像である。

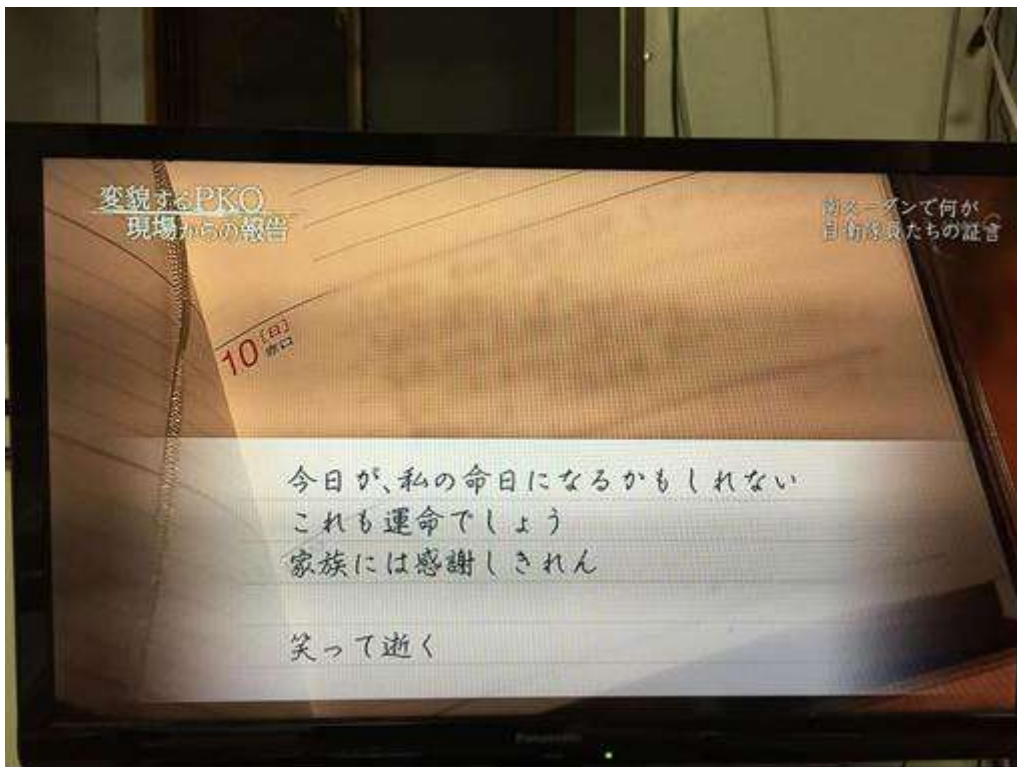
この番組で紹介されたように、2016年7月、南スーダンでの政府軍と反政府軍の戦闘は以下のような状況で行われた【写真1】。こうした状況では当然、自衛隊にも危険が及び、下記のように「遺書」を書かざるを得ない状況に追い込まれた自衛官がいた。



【写真1】 2016年7月、南スーダン、ジュバでの政府軍と反政府軍の戦闘の状況



【写真2】 2016年7月の南スーダン、ジュバで遺書を書いた自衛官



【写真3】 2016年7月の南スーダン、ジュバで遺書を書いた自衛官

上記のような状態で自衛隊を撤退させず、それどころか2016年11月に新安保法制法を根拠に「駆け付け警護」と「宿営地の共同防護」を命じた安倍内閣の行為は、明確に憲法前文や9条の「平和主義」に反し、自衛官の「平和的生存権」、「人格権」を根底から侵害するものである。1992年には「PKO協力法」が制定され、実際にいくつかのPKOに自衛隊が派遣されてきた。その際、自衛隊の海外派遣が憲法違反とされないために「PKO参加5原則」が要件とされた。「PKO参加5原則」の要件の一つとして「停戦合意」があり、停戦合意が守られないことが明確になった場合、自衛隊は撤退させなければならないことになっていた。紛争地での自衛隊のPKO活動は、憲法上許されず、戦闘が発生して自衛官が危険になれば撤退するからこそ憲法違反ではないというのがこれまでの歴代政府の憲法解釈であった。ところが安倍内閣は、上記【写真1】のような状況が2016年7月に発生していながら、自衛隊を南スーダンから撤退させなかった。2016年11月には、南スーダンに派遣される自衛隊の部隊に対して、新安保法制法を根拠に「駆け付け警護」と「宿営地の共同防護」の任務を命じた。安倍内閣はまさに戦闘地での武力行使につながる危険性が高い任務を自衛隊に命じた。「遺書」を書かざるを得ない状況に追い込まれた自衛官は、まさに「生命が根底から覆される明白な危険」に追い込まれた。本件訴訟でもたびたび他の準備書面で繰り返したように、こうした自衛官の現状は、まさに「平和的生存権」、「人格権」が侵害されたと言わざるを得ない。こうした状況に自衛官たちを追い込む法律こそ、2015年9月に安倍内閣が成立させた新安保法制法である。

こうした危険な事態が起こることは法律制定当初から予想されたことであり、だからこそ、原告らは、新安保法制法の成立によって、日本人である自衛官が「人を殺傷し、そして殺傷される危険性のある任務」を命じられることに心底、耐えられず、とりわけ自分の戦争体験から、自衛官が海外での戦闘で人を殺傷すること、そして殺傷される危険性に心底、耐えられないほどの苦痛を感じさせられ、「人格権」（憲法13条）や「平和的生存権」（憲法前文、13条）が侵害さ

れたのである。

3 新安保法制法の違憲性

そして、海外での武力行使を「永久にこれを放棄する」と定めた日本国憲法の下で海外での武力行使を可能にする新安保法制法は、まさに憲法に反する法律である。日本国憲法9条1項では、「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」と明記されている。ところが新安保法制法は、2016年11月に南スーダンに派遣される自衛隊に「駆け付け警護」と「宿営地の共同防護」の任務が命じられたように、自衛隊に対して海外での戦闘、武力行使を命じるものである。しかも日本人の生命や安全を守るものでは全くない。このように、世界中での自衛隊の武力行使を可能にする新安保法制法は、「国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」憲法9条1項、「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。」とする同条2項に明確に反する法律である。そして、世界中での武力行使を可能にする、こうした法律を制定することが本当に国民の生命と安全を守るために必要だと安倍内閣が考えるのであれば、主権者に対してその必要性を十分に説明し、そして主権者である国民の意思を問うこと、つまりは憲法改正手続を踏むべきであった。にもかかわらず安倍内閣は憲法改正手続を経ることなく、実質的に憲法の徹底した「平和主義」を空洞化する新安保法制法案を閣議決定し、国会は新安保法制法を成立させた。こうした安倍政権の法制定に際して、SEALDSの若者たちが国会前で「勝手に決めるな」との発言を繰り返していた。こうした若者たちの発言にあるように、自分たちの国のあり方を自分たちで決めることができず、「勝手に決められた」若者たちにとっては、まさに「憲法改正・決定権」が侵害されたのである。

こうした新安保法制法に対して裁判所が「憲法違反」と判示すること、アメリ

カ、フランス、ドイツの例を出すまでもなく、裁判所が新安保法制法を憲法違反と判示し、実際に侵害されている「人格権」、「平和的生存権」、「憲法改正・決定権」の侵害から国民を守ることこそ、「人権保障」、「憲法擁護」を役割とする裁判所の当然の任務と言えよう。先に紹介したように、自衛官は遺書を書かざるを得ないような状況に追い込まれても、安倍内閣は自衛隊を南スーダンから撤退させなかった。自衛官その人は「平和的生存権」、「人格権」を侵害されているし、自衛官の家族や関係者、戦争体験者などの原告の中には自衛隊が人を殺傷し、そして殺傷されることに恐怖などを感じる人も少なくない。海外での武力行使を認める新安保法制法を憲法違反と判示することは、自衛官やその家族や関係者などの「平和的生存権」や「人格権」を裁判所が擁護し、その職責を果たしたことになる。

一方、裁判所が新安保法制法に対して憲法判断を避けることにより、違憲の既成事実が積み重ねられることを黙認したり、あるいは誤った合憲判断を下したりした結果、新安保法制法が存続することになれば、多くの自衛官が海外での戦闘で殺傷されるような事態を招くことになろう。その場合には、新安保法制法を成立させた安倍内閣と同様、裁判官自身も「自衛官が人を殺傷し、殺傷される」ことへの共同責任を免れないと言わざるを得ない。そして安倍内閣に付度するような判決を下すのであれば、国民の裁判所への不信は募り、ワイマール共和国時代の裁判所と同様、後世において批判の対象となることを免れないであろう。日本の裁判所もアメリカ、フランス、ドイツの裁判所と同様に、人権、そして憲法価値を守る存在であることを明確な判決で示し、日本にも「法の支配」が存在することを内外に明らかにする職責が裁判所にはあるのである。

4 「憲法保障機関」としての裁判所

日本の違憲審査制(付随的審査制)について、芦部信喜教授は「伝統的な司法の観念に立脚するものであり、個人の権利保護を第一の目的とする(私権保障型と呼ばれる)。」と指摘する(芦部『憲法』380頁)。ただ、ここで注意すべき

ことがある。違憲審査制が司法権の行使を前提とする制度であれば、「違憲審査権」の説明は「司法権」の箇所の説明されるはずである。ところが芦部憲法では、「違憲審査権」が「第16章 裁判所」の箇所で説明されているのではなく、「抵抗権」や「国家緊急権」などと並んで「第18章 憲法の保障」の箇所で説明されている。芦部教授の説明を引用すると、「憲法は、国の最高法規であるが、この憲法の最高法規性は、ときとして、法律等の下位の法規範や違憲的な権力行使によって脅かされ、ゆがめられるという事態が生じる。そこで、このような憲法の崩壊を招く政治の動きを事前に防止し、または、事後に是正するための装置を、あらかじめ憲法秩序の中に設けておく必要がある。その装置を、通常、憲法保障制度と言う。」（同書374頁）。

さらにこの「憲法保障制度」についての芦部教授の説明を紹介すると、①「憲法自身に定められている保障制度」と、②「憲法には定められていないけれども超憲法的な根拠によって認められると考えられる制度」が存在する。①の例としては、憲法の最高法規性の宣言(98条)、公務員に対する憲法尊重擁護義務(99条)、権力分立制の採用(41条、65条、76条)、硬性憲法の技術(96条)のほか、「事後的救済としての違憲審査制(81条)」が挙げられている。②の例としては、抵抗権と国家緊急権が挙げられる(同書374頁)。

本件訴訟で重要なのは、日本の憲法学の第一人者であった芦部教授は、「違憲審査権」を「憲法保障制度」と位置づけていたことである。芦部教授は「わが国の問題を考えるときにも、伝統的な私権保障型の付随的審査制を基本としながらも、それが憲法保障の機能をもつべきであることにも十分に配慮しなければならない」(同書380～381頁。下線は引用者による。)と述べているように、日本の違憲審査は権利・自由を保障するという「私権保障」だけに留まらず、「憲法保障機関」としての裁判所でもあるべきと主張している。

そもそも、「人権保障」と「憲法保障」という目的は、「水と油」のような相入れない関係ではない。むしろかなり重なり合う。「違憲審査権」の理論的根拠の一つは「憲法の最高法規性の観念」と言われる(芦部『憲法』378頁)。

この最高法規性の観念は、「この憲法は、国の最高法規であって、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」（憲法 98 条 1 項）との規定に明確に現れている。では、なぜ憲法は最高法規性という性質を有するのか。芦部教授は「憲法が最高法規であるのは、その内容が、人間の権利・自由をあらゆる国家権力から不可侵のものとして保障する規範を中心として構成されているからである」と指摘する（同書 12 頁）。

先に違憲審査権に関して、アメリカ型・私権保障型違憲審査制度とドイツ型・憲法保障型違憲審査制度の「合一化傾向」について指摘したのは他にもない。アメリカ型の「私権保障型」の違憲審査制度だけでも、あるいはドイツ型の「憲法保障型」の違憲審査制だけでも、憲法が目的とする「人権保障」を十分に果たすことができず、十分な人権保障のためには「私権保障型」、「憲法保障型」の両方の性質をもつ違憲審査制を採用することが必要だと認識されたからである。

「ドイツ連邦共和国基本法」（実質的にはドイツの憲法）では、ナチスによる人権蹂躪への反省から、その 1 条 1 項 1 文で「人間の尊厳は、不可侵である。これを尊重し、かつ保護することは、すべての国家権力の義務である。」と定められている。そして「この基本法の変更によって、（中略）1 条及び 20 条にうたわれている基本原理に触れることは、許されない」（79 条 3 項）とのように、1 条の「人間の尊厳」は、改正の対象とすることが明文上禁止されるなど、ドイツ連邦共和国基本法の重要な価値であった。「個人の尊厳」を保障するため、「以下の基本権は、直接に適用される法として、立法、執行権及び裁判を拘束する」（ドイツ連邦共和国基本法 1 条 3 項）と明記されているように、「基本権」擁護が「裁判」の憲法上の義務とされた。「人間の尊厳」、「基本権」を保障する「ドイツ連邦共和国基本法」の保障のため、当初は「抽象的規範統制」や「具体的規範統制」などの違憲審査制が設けられた。しかし、これらの制度だけでは「人間の尊厳」や「基本権」を保障する「基本法」保障の任務が十分ではないとされた結果、「憲法異議」という、付随的違憲審査制が設けられた。

一方、「事件性又は争訟性」という要件や憲法違反を主張できる「当事者適格」

(Standing) の要件を満たさなければ、違憲訴訟を提起できないという、アメリカ型の「付随的違憲審査制度」を厳格に運用するだけでは、重大な権利侵害が行われているにもかかわらず、裁判所が権利救済の任務を果たすことができない。そこで先に紹介したように、アメリカでも具体的な事件性の要件などを緩和する憲法訴訟が認められるに至っている。

こうして世界的にも、裁判所が人権保障の役割を果たすためには「人権保障」だけではなく「憲法保障」の任務を裁判所が引き受けることが必要だと考えられたため、アメリカ型・私権保障型違憲審査制度とドイツ型・憲法保障型違憲審査制度の「合一化傾向」が進んできた現実がある。

「人権保障」のためには、「私権保障型」の司法審査制を固守するのではなく、「憲法保障機関」としての裁判所でもあるべきという要請は、日本国憲法下での裁判所にも当てはまる。とりわけ本件訴訟のように、憲法9条や前文の平和主義が極めて密接に関わる裁判では、「憲法保障機関」としての裁判所たることが強く求められる。いうまでもなく、戦争は最大の人権侵害である。国家が戦争に近づくことを阻止することは、最大の人権侵害を未然に防ぐことを意味する。だからこそ、人権保障のためには、憲法9条や前文の平和主義が要請する平和国家としての憲法秩序の維持が必要なのであり、この憲法秩序を保障するために、裁判所が「憲法保障機関」としての役割を果たすことが要請されるのである。

この点について、青井未帆教授の指摘は重要である。青井教授は本件訴訟の意見書において、「そもそも憲法9条は国民の自由や人権との関係で、どう位置づけられるかを考えるに、戦争や武力の行使は必ず誰かの自由や人権への侵害をもたらすこととなることに思いをいたす必要がある。日本国憲法は、実際に権利や自由への侵害が生じてしまってからでは遅いからこそ、侵害が生ずる一歩手前の段階で、そのような個別具体的な侵害が生じることを防ぐための手段だったのでなかったのか」（青井意見書56頁）と指摘する。青井教授の発言を再び紹介すると、憲法9条は「手前で防止するという性質から、たとえていえば、『防火壁』のようなものである」（青井意見書57頁）。そして、「ここで、もし『防火

壁』を壊すような国家行為であっても、伝統的な意味での具体的な権利侵害が生じていないから裁判所が取り扱えないというのでは、『手遅れになってからではないと扱えない』といわんばかりであり、一步手前で防いで自由を確保するという制度の趣旨が没却される。それは、結局のところ、人権の保障という司法の果たすべき役割を放棄することにもなりかねない」と警鐘を鳴らしている（青井意見書57頁）。

日本国憲法は「個人の尊厳」、「個人の権利・自由の保障」を目的としているが、「個人の尊厳」、「個人の権利・自由」を最も蹂躪する国家行為、それは言うまでもなく「戦争」や「武力の行使」である。だからこそ、日本国憲法は前文で「日本国民は、……政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意」し、憲法9条では「国権の発動」、つまり権力者による「戦争」、「武力の行使」、「武力による威嚇」を永久に放棄している。こうして戦争をさせない「防波堤」を最高法規である憲法に組み込んだのである。

一方、新安保法制法では、「存立危機事態」に際しての自衛隊の武力行使、「重要影響事態法」や「国際平和支援法」での「後方支援」や「搜索救助活動」、「米艦護衛」を可能にする改正自衛隊法95条の2など、アメリカの戦争や軍事活動を自衛隊が世界中で支援できる法的根拠が整備された。2016年11月に安倍内閣が自衛隊に命じた「駆け付け警護」や「宿営地の共同防護」のように、日本防衛に全く関係のない武力行使を世界中で自衛隊に行わせることも可能にする「改正PKO協力法」も「新安保法制法」の一内容である。世界中での戦争や武力行使を可能にする内容をもつ「新安保法制法」は、まさに憲法前文や第3章の具体的権利、そして憲法9条に明確に反する法律である。そして新安保法制法に基づき、実際に自衛隊が世界中で武力行使を行うことになれば、自衛隊員が人を殺傷し、殺傷される危険性が生じる。自衛隊がアメリカの戦争に関与することで日本自体も恨みを買ひ、出張で海外に赴任した日本人、あるいは旅行などで海外に行った日本人がテロの標的とされて殺傷される危険性も生じる。2017年5月に海上自衛隊が自衛隊法95条の2に基づき実施した米艦護衛任務は、北朝

鮮からすればまさにアメリカによる「武力の威嚇」に日本も協力したことになる。その結果、不幸にもアメリカと北朝鮮との間で戦争が生じた際、日本が武力攻撃の対象になるのは軍事的には明白である。このように、新安保法制法は日本人を危険な状態に陥らせる可能性が高い。そして実際に日本人が「殺傷され」てからでは、決して救済はできない。だからこそ、日本人が戦争やテロなどで生命や身体、安全が危機にさらされる事態、日本人が戦争で人を殺傷し、殺傷される事態を事前に予防するため、「防波堤」である憲法前文や9条の平和主義の価値を擁護する「憲法保障機関」としての裁判所であることも、人権保障の観点から要請されている。憲法の平和主義に対する具体的な権利侵害がないから違憲審査権を行使しないなどという立場に立つのであれば、新安保法制法のために日本人が人を殺傷し、殺傷される事態が生じたとき、新安保法制法を成立させた安倍内閣、そして国会とともに裁判所も共同で責任を負うことになる。人権保障の役割を遂行するためには、「憲法保障」のための裁判所としての役割を果たすことも求められているのである。

5 「立憲主義の擁護者」としての裁判所

政府、国会が憲法に違反する国家行為を行った際に、裁判所がその憲法保障機能を発揮して、違憲の国家行為を是正する必要があることは、これまで述べたとおりである。さらに裁判所には、政府が立憲主義に反する姿勢を取っているときに、これを是正する職責があると考えられる。

政府、国会による憲法の個別条文に直接抵触する行為はもちろん、そうでない場合でも、憲法の存在を軽んじ、憲法に従った政治運用や統治システムをないがしろにするような閣僚や国会議員の言動は、立憲主義の原理を致損する行為として許されない。個別条項に反した国家行為の効力を排除する憲法98条とは別に、99条において公務員に対し憲法を「尊重し擁護する義務」を課しているのはかかる毀損行為を戒めるためである。閣僚や国会議員による立憲主義を毀損する言動がなされたときに、裁判所がそうした言動に基づいて行われた国家行為を違憲

無効と判断することで、立憲主義の原理の価値を回復することも裁判所の重要な役割である。

新安保法制法の制定過程において、反立憲主義的な言動が多かったのもこの法案審議の過程の特徴である。いくつかの例を挙げる。

自民党の稲田朋美政調会長は安保法制をめぐる議論状況につき、2015年6月11日の記者会見において、「憲法に違反するかどうかという議論を、これ以上続けていくことには、そんなに意味がないのかなと思う」と語った。これは砂川判決が集団的自衛権を認めているので、これ以上の憲法論議には意味がないという趣旨で述べられたものである。しかし、これまで指摘してきたように同判決は、集団的自衛権行使に関する論点に回答したものではない。新安保法制法が、砂川判決がいう「一見極めて明白に違憲無効」か否かを議論することは、国会においても決定的に重要な意味があったはずである。この発言は、憲法を尊重し擁護するどころか、「憲法なんて関係ない」と突き放すに等しい発言としか理解しようがない（駒村圭吾「安保法案と“九条の環”」長谷部恭男、杉田敦編『安保法制の何が問題か』（岩波書店、2015年）24頁）。

また、2014年7月1日閣議決定の与党協議をリードした高村正彦自民党副総裁は、6月11日の衆院憲法審査会において、「憲法の番人は、最高裁判所であって、憲法学者ではありません」と述べた。憲法解釈について最高裁のそれには耳を貸すが、憲法学者には耳を貸すつもりはないということであろうか。さらに、磯崎陽輔首相補佐官は7月26日の講演会において「法的安定性は関係ない」と発言している。

稲田氏、高村氏はともに弁護士であり、磯崎氏は元自治官僚であり、広義の“法律家”といえる。こうした法律家の政治の世界における役割は、そこで「内的批判者」として振る舞い、他の閣僚や国会議員の憲法尊重擁護義務を実効あらしめることにあるはずである。ところが、こうした役割を放棄してただ沈黙するだけでなく、敢えて憲法を軽んずる言動により、反立憲主義的役回りを確信犯的に演じていた。そして、政治部門においては、組織内法律家としてもっとも機能し

なければならぬはずの内閣法制局が、濱田邦夫元最高裁判事の言葉を借りれば、「今は亡き内閣法制局」と評される（2015年9月15日参議院中央公聴会）ほどにその本来の憲法保障機能を喪失してしまった。2014年7月1日の閣議決定までは、裁判所による事後審査に対して、内閣法制局は法案の事前審査を通じて、憲法秩序を維持することに貢献してきたといえよう。ところが、この閣議決定において、ときの内閣総理大臣の意向に沿って、集団的自衛権に関するこれまでの憲法解釈を説得的理由もなく変更することに加担してしまった。公務員として負うべき憲法尊重擁護義務に反したといわざるをえない。

憲法は、憲法典とその解釈の集積体として存在している。解釈なしには法文の意味は確定できない。閣議決定や答弁書を通じて表明される政府解釈もそのような有権解釈のひとつである。集団的自衛権に関する1972年（昭和47年）の政府見解は、憲法9条の解釈として集団的自衛権の行使を禁止したものとして極めて重い意味を持つものであった。行政の最高機関たる内閣が、国権の最高機関に対する説明責任の履行として、国の最高法規たる憲法について下した解釈である。つまり政治部門の最高機関同士でやりとりされた憲法解釈であることにより、この解釈内容は、少なくとも集団的自衛権行使は憲法上許されないという限度においては、憲法規範となっているのである。そして、この解釈が、過去40年以上にわたり、歴代内閣、歴代内閣法制局によって堅持され、国会もこれを受容し、政権交代の中においてさえ生き残ってきた解釈なのである。その結論も含めて確固たる法的安定性を獲得するに至った解釈といえる。これほど確固たる共通了解が得られた解釈の変更は、もはや憲法改正によらなければならない。それが憲法に拘束され恣意的な権力行使を制限される立憲主義を尊重する態度である。

1983年（昭和58年）2月22日衆議院予算委員会において当時内閣法制局長官であった角田禮次郎は、72年見解を踏襲・堅持する旨の答弁をするに際して、「仮に、全く仮に、集団的自衛権の行使を憲法上認めたいという考え方があり、それを明確にしたいということであれば、憲法改正という手段を当然とらざるを得ないと思います」と述べている。このように反立憲主義的な野望に歯止

めをかけ、憲法価値を擁護することこそが内閣法制局の役割である。

こうした集団的自衛権行使禁止という憲法改正によらなければ変更し得ない憲法規範を閣議決定によって変更するという暴挙を今回、内閣法制局は許してしまった。まさに内閣法制局が、内的批判者たる法律家としての役割を自ら放棄してしまったのである。このような事態に至ってしまった以上は、政治部門の外にいる裁判所が、立憲主義の擁護者としてその役割を積極的に果たす以外に、日本の立憲主義を維持貫徹する方途はない。

6 裁判所の存在意義と職責

裁判所の存在意義の観点からも、裁判所には新安保法制法に対して積極的に違憲判断をする職責があることを確認する。

国民は、政治過程を通じて政治的意思決定を行う。しかし、そこでは情報の偏在や操作により、またムード、雰囲気流されてしまい、ときに目先の利益に目を奪われて、国民も代表者も正しい判断ができないことがある。だからこそ、多数意思によって生じる過ちを、あえて非民主的といわれるような司法によって是正する道を憲法は明確に規定した。これこそ違憲審査権の存在意義である。

安全保障政策は特にその高度の専門性ゆえに、国民にとってその当否の判断が困難な部類の問題のひとつである。情報も軍事機密にかかわるものであるが故に十分に国民に公開されない。また、日本を取り巻く安全保障環境の変化というあいまいな言説の下に、国民はいたずらに不安を煽られ、正しい判断ができない危険性も多分に存する。

他方で、安全保障政策における判断の誤りは国民の生命、財産に甚大な損害を与え、取り返しのつかない結果を招来することになる。だからこそ、憲法は、こうした国家の安全保障政策に対して、憲法9条、前文の平和的生存権などの規定によって、多数派による政治的決定に歯止めをかけ、制限を加えたのである。言うまでもないことであるが、この国の安全保障政策もそれがどれだけ政治家、官僚が正しいことだと確信したものであっても、また仮に多数の国民の支持を得た

ものであったとしても、憲法の制限の枠の中で実現しなければならない。これは立憲主義国家の最低限のルールである。

安全保障政策に関する国民の意思は多様である。具体的な安全保障政策の実現や外交交渉の内容などは政治部門の判断に委ねられているとしても、大きな枠組みは憲法によって規定されている。こうした枠組みの範囲内か否かの判断こそは司法の役割である。ここで司法が、政治部門の判断が憲法の枠組みを逸脱しているか否かの判断をすることを放棄してしまったのでは、憲法が裁判所に違憲審査権を付与した意味が失われてしまう。

日本国憲法は戦前の大日本帝国憲法と異なり、司法権の独立を保障した上で裁判所に違憲審査権を付与して、徹底した法の支配を採用した。安全保障政策に関する事柄であるというだけで、司法権が違憲審査権を行使しないのであれば、それは戦前の裁判所と同じく単なる行政機関の下請けの地位に甘んじることになってしまう。

裁判所は政治部門の判断を追認するために存在するのではない。主権者国民が政治部門に委ねた憲法の枠組みに沿った国家運営がなされているのか否かを厳格に監視するためにその存在が認められているのである。裁判所が、今回の新安保法制法の違憲性についての判断を避け、自らその存在意義を否定するようなことがあってはならない。よって、たとえ被告が争点とするまでもないとして（争点とすることを避けるため）、反論をしなかったとしても、裁判所としては、新安保法制法の違憲性について、原告の主張を受け止め、十分な審理を尽くして、憲法が裁判所に課した職責を全うするべきである。そしてこれは憲法制定権者たる国民から裁判所に負託（付託）された使命であり、裁判官にはこれに応える憲法上の義務（憲法尊重擁護義務については99条）があるのである。

7 裁判官の職責

(1) 福島重雄裁判官の日記

長沼ナイキ訴訟第1審判決に関わった福島重雄裁判長（以下敬称を略して福

島という)が、当時の福島の日記などの資料を基に、水島朝穂早稲田大学教授(同じく以下水島という)が行ったインタビューに応じて、心境などを語っている(福島重雄、大出良知、水島朝穂編著『長沼事件平賀書簡35年目の証言』日本評論社)。福島の発言を紹介しながら裁判官の職責について述べておきたい。

1973年3月29日、福島は日記にこう書いている。「いよいよ長沼事件最終弁論始まる。今日と明日。今日は10人の代理人が弁論をした。明日もまた同じ。長沼の弁論、代理人は盛んに『勇気と英断』を裁判所に求める。まるでいわれている方は、いくじなしのぐずつき者のように聞こえてくる。しかし、国民にそう映るのであれば仕方がない。国民の人権を守った歴史は残念ながら、日本の裁判の歴史の実体ではなかったのだから。」(同84~85頁)。

本件訴訟の原告らおよび代理人も、長沼事件代理人らと同じようについ裁判所に「勇気と英断」を求めてしまう。確かに、「勇気と英断」がなければ、憲法に従った判断を下せないと決めてかかるのは、裁判所に対して礼を失しているのかもしれない。原告らとしては、これまでの戦後日本の裁判所がどのようなものであったかにかかわりなく、当裁判所にはその職責を果たしてもらいたいだけであり、裁判官には自己の良心に従って法律のプロフェッショナルとして当たり前の仕事をしていただきたいだけなのである。

(2) 福島裁判官と水島教授のやりとり

福島は海軍兵学校78期であった。

(福島)「306分隊の同期で毎年集まっています。酒を飲んで、最後にはやっぱり軍歌を。海軍の旗を掲げてね。」……

(水島)「そうすると、軍隊でのネガティブな体験があったとか、軍隊に対する強い反発があったからというのではなく、裁判官として憲法と自衛隊の関係を誠実に見ていくと、自衛隊は軍隊であると判断されたわけですね。」

(福島)「そうそう。」

(水島)「毎年、軍隊時代の仲間と集まり、軍歌を歌い、旧海軍の旗を掲げる裁

判官が、自衛隊違憲判決を出した。そういうことですね。」

(福島) 「軍隊に反対だからということではないです。」 (同79～81頁)。

福島は軍隊を嫌う平和主義者として自衛隊違憲判決を書いたのではなかった。個人的な信条ではなく、あくまでも憲法に照らして素直に判断して自衛隊違憲判決を書いただけなのであった。

福島は2週間あまりたった9月24日の日記の中で、「すべては当然の帰結」という言葉を使っていることを水島に指摘されて、「僕は自分の仕事をその通りにやっただけで、『何で違憲判決したのですか』と取材されたって、僕は仕事をやっただけと答えるだけです。何も変わったことはやっていない。むしろ、違憲判断を避けた人に『どうしてそうしたのか』と聞いてほしい。それは未だに思わざるを得ないところがありますね。あたりまえのことをやっていて何も変わったことはなかったのです。」と答えている。さらに水島に「福島さんが、長沼1審判決のあの内容を、あの時、あのタイミングで出した意義は大きいと思っています。」と言われて、福島は、「僕は平凡な人間です。たまたまこの事件を担当したというだけです。事件番号が1番ずれば、そこらの普通の判事で終わっていただろうと思います。僕が言ったからとかそんなことは関係ない。だれであろうと、たまたま僕がそこで言わされてしまったというだけです。」と応じている(同129頁)。

自らの個人的な思想・信条に縛られて仕事をするのではなく、淡々と憲法に従って真摯に判断をするだけであり、それが実務家だという姿勢に、同じ法律家として強い感銘を受ける。憲法尊重擁護義務を負った法律実務家としてどうあるべきか、そこには裁判官もそして検察官もない。法曹三者は誰もが憲法を学んだ法律家なのである。そして憲法を学び知ってしまった者としての責任を果たさなければならないと考える。

福島は判決から35年たって「あのときの気持ちは何だったのか、今それをどう思っているか」を問われて答えている。

「あの判決は、いろいろな意味でブレーキにはなっていると思います。裁判

官は自分のした判決を後でどうしてくれというものではない。それは後は一般の国民が考えるべきものです。この事件に関してはこう判断しましたということだけであって、後は皆さんでどう解釈されようと、どのように議論されようと、皆さんでやってくださいというところです。でも、正直、最高裁はあの判決を認めないだろうな、とは思っていました。あれをもし最高裁が認めたら、クーデターが起こるという話もありましたからね（笑）。今後、あのような判決がポツポツと形を変えて出てきて、日本のこういうところはおかしいよ、ということ国民も政治も気づくよう。それを期待したいですね。」

「世の中は忘れていきますよ、それじゃいけないので、そういう意味では名古屋高裁判決（2008年4月17日イラク訴訟判決・引用者注）のような違憲判決が、あっちでもこっちでも出れば、最高裁も無視はできない。ただ、政治が判決一本でひっくり返るわけではないですけどね。」

それに続けて、水島が「裁判官は個別の訴訟で問題を解決するプロフェSSIONナルです。憲法で独立した職権が保障されています。名古屋高裁の判決も、裁判官が真剣に事件と向き合って出した結論です。その意味で、裁判所というのはやはり存在意義がある。政府にとって都合の悪い判決が出れば、やはり裁判所はうるさい存在になる。『たかが裁判所、されど裁判所』です。」と述べたことに対して、福島は「そうそう」と応えている。（同132頁）

（3）福島裁判官の思いと原告ら及び代理人の強い思い

1973年の大晦日、福島は日記の「年末所感」にこう記している。

「とにかく今年は大変な年であった。やはり何ととっても私にとっては一生に一つの大仕事であったし、人生を賭けての頑張りであった。……歴史は流れる。国民は、人民は、平和を求める。今や戦争さえも平和の声には敗れなければならない時代に入っている。ベトナム戦争然り、中東然り、大きく目を開き、遠い未来を見つめて人々は生きなければならない。歴史は流れる。希望の灯は次第に明るくなる。」

本件訴訟は間違いなく、歴史に刻まれる裁判である。全国21の地方裁判所、

24の裁判体で7003人（2017年9月21日現在）の原告が、新安保法制法制定による被害を訴え、その違憲性を主張して争っている。内閣が憲法学者からクーデターと評されるような閣議決定をし、国会が国民の反対の声を無視して違憲の法律を採決の強行により「成立」させてしまった。このような異常事態を裁判所として、いや、法律家として放置してよいはずがないことは、これまでも再三、主張してきたことである。福島は、「希望の灯は次第に明るくなる。」と言っている。日本の客観的な状況は、これとは逆に次第に暗くなり、戦争が近づきつつあると原告らも代理人も感じている。これまでもそれぞれの時代における、その時代固有の司法の役割、裁判官が果たすべき役割があったのだと思う。今の時代は、政治部門が憲法を尊重し敬意を払っているとは思えない状況にあり、政治部門内での抑制・均衡が機能不全に陥っている。これまでにないほどに立憲主義、平和主義、民主主義といった憲法価値が危機に直面している。こうした時だからこそ、果たさなければならない司法の役割、裁判官の使命があるはずである。

長沼ナイキ訴訟に関連して、平賀書簡事件でも荒波にさらされた福島はこの書籍の序文で以下のように記している。

「明治24年の大津事件は、黎明期の司法がその独立を確立した金字塔であったとするならば、昭和44年の長沼事件は、まさに司法がその独立をかなぐり捨てかねなかった、悲しむべき出来事であったということができよう。このように司法も時の流れに右往左往しながら130余年もの歴史を歩んできた。今後司法がどのような道を進むかは、これから司法を担当する方々が考えていくべき事柄と思われる。司法は常に政治の荒波に曝され、揉まれる。時には政治の邪魔物になることもあるだろう。だが三権分立の国家体制では、司法は強く気高く聳え立たなければならない。そのためには司法も多くのことを学ばなければならないだろう。政治の波に埋もれて、後世になってから、あれは政治が悪かったといっても、過ぎ去った歴史はもはや戻ってこない。そして、特に

司法は単なる国家権力を一方的に行使する機関となってはならない。政治権力に与することは容易だ。だがそれに楯突くことは極めて困難だ。しかし司法は究極において、ただ権威に頼るのではなく、やはり国民一人ひとりの人権を守り、国民から愛され、信頼される存在にならなければならない。日本国憲法の平和と民主主義のためにも。そのための参考になればと思って、この小文を纏めた。」

最後に再度、主張する。代理人は、裁判所にあえて「勇気と英断」などは求めない。この歴史に残る裁判において、裁判官としての、法律家としての職責を果たしていただきたいだけである。憲法を学んだ同じ法律家として、司法には、政治部門に対して強く気高く聳え立っていてほしい。このことを切に願う。

以上