

侵害されている3つの権利

《基本的人権の基底的3つの権利》

- ・ 平和的生存権
(準備書面2)
- ・ 人格権
(準備書面8)
- ・ 憲法改正・決定権
(準備書面5)

安保法制法の成立・施行による

権利侵害

違憲の事実

《安保法制法とその成立過程の違憲性》

- 《集团的自衛権の容認》 (準備書面11)
- 閣議決定による『解釈改憲』
- 自衛権行使のための新3要件
- 従来の政府見解の逸脱 (法的安定性の欠如)
- ★憲法改正手続きによらなければ為し得ない

《武力の行使及び武力行使との一体化》

(準備書面9)

- ・ 武力の行使 (駆けつけ警護・共同宿営地防護)
- ・ 武器等防護 (武力による威嚇)
- ・ 後方支援 (弾薬の提供・発進準備中の航空機への給油) 武力行使との一体化

《法律の成立過程》

(準備書面4)

- ・ 議会制民主主義の破壊
- ・ 立法事実がない
- ・ 法的安定性の破壊
- ・ 審議不十分強行採決

3つの権利侵害による被害状況

《被害論》 (準備書面3&6)

3つ権利侵害による被害者

- ・ 戦争体験者
- ・ 広島・長崎原爆被害者
- ・ 基地周辺住民
- ・ 公務員・公共労働者
- ・ 宗教家・学者・教育者
- ・ お母さん達 e.t.c

これらの被害に基づき
国家賠償請求 (訴状) を行っている

安保法制法違憲訴訟 (国家賠償請求)

違憲審査権の行使

のあり方について論じている
(準備書面13)

安保法制法がもたらしている被害状況・因果関係を判断するに当たって、
平和的生存権等の権利性と安保法制法の違憲性が判断される。(付随的審査制)

2018.3.13 原告勉強会資料

準備書面13

(違憲審査制と裁判所の役割)

各準備書面のつながり

安保法制法違憲訴訟の構造と

準備書面（13）（違憲審査制と裁判所の役割）の構成と記述内容

（主旨）当訴訟において、司法消極主義により憲法判断を回避すべきでない。

裁判所が新安保法制法に対して憲法判断を避ける→違憲の既成事実の積み重ねを黙認
また、誤った合憲判断を下し → 新安保法制法が存続し → 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

（このことは）

= 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主張しています

【準備書面(13)の目次】

第1 司法の自己抑制

自己抑制的な違憲審査、付随的審査制と司法消極主義

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

議会制民主主義を新安保法制法案の審議過程と国民の声

第3 裁判所の自己抑制の論拠が成り立たないこと

事件性の要件と司法積極主義

第4 統治行為論について

統治行為論は憲法81条に反する

統治行為論の母国であるフランスでの変化

札幌地判昭和48年9月7日（長沼ナイキ訴訟第1審判決）

第5 憲法判断回避について

「ブランダイス・ルール」（憲法判断回避7原則）について

第6 外国の違憲審査制

アメリカ、フランス、ドイツにおける違憲審査制

第7 裁判所の職責

「人権保障」、「憲法保障機関」、「立憲主義の擁護者」としての裁判所
長沼ナイキ訴訟・福島裁判官の思いと原告ら及び代理人の強い思い

《日本国憲法の違憲審査権に係る規定》

第81条

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。 ☞抽象的審査制と解釈すべき

第98条1項

この憲法は、国の最高法規であって、その条項に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部または一部は、その効力を有しない。

第99条

天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負う。 ☞積極的審査制と見るべき

I. 司法消極主義に関わる論点

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経緯があります。

☞ 違憲審査制の性質として

1. 「付随的審査制」か「抽象的審査制」か？

《違憲審査制の2タイプ》

『抽象的違憲審査制（憲法保障型）』：ドイツ、イタリア等 ☞ 事件性に関わりなく判断
『付随的違憲審査制（私権保障型）』：アメリカ ☞ 具体的事件に関連して判断

● 日本国憲法第81条で定める違憲審査制はアメリカ型の『付随的違憲審査制（私権保障型）』とする見解がありますが・・・

☞ 日本国憲法のどこにもこの旨の記述はない！

第81条 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。

☞ 「抽象的違憲審査制」と理解するのが、直な解釈ではないか。

● 付随的違憲審査制 とされることによるさまざまな制約

・ 事件性の要件：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ないと解されている。

⇒ 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。

⇒ 本件では、平和的生存権等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ります。

・ 自律権事項：事件性の要件を満たしても、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とする考え方

・ 統治行為：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（後述3）
は憲法判断すべきでない

・ 『憲法判断回避の準則』に配慮する必要がある。（後述4）

2. 「司法消極主義」か「司法積極主義」か？ 憲法判断のスタンス

（司法消極主義）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う必要があるとするスタンス

● 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。

（司法積極主義）必要な場合に合憲性の統制に積極的になることが重要であるとする。
必要な場合かどうかの判断

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つた場合

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。

3. 統治行為論

(1) 統治行為論とは：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する考え方。です。

《これが適用された砂川事件判決》

最高裁判所は、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」として憲法判断が回避されました。

(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。

統治行為論が生まれたフランスの歴史的背景

フランス大革命期に貴族階級の利益と結びついた司法の反動性から、「法律は一般意志の表明である」という「議会中心主義」が貫かれ、違憲審査制は否定されて来た。

選挙民の手でコントロール出来ない裁判所が議会制定法を審査することの危険性が問題視された。フランスにおける「統治行為論」は、司法は民事と刑事に徹し、政治行政には介入させないという「議会中心主義」を貫いてきた歴史的背景の中で論じられてきたことを見落としはならない。 ⇒ 議会が国民の意志を反映して、正常に機能していることが大前提です。

(2) 統治行為論に批判的な学説

芦部信喜教授：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。

佐藤幸治教授：『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。

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。

浦部法穂教授：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や、日本国憲法の三権分立制の基本構造を崩壊させかねない性格の議論である。

奥平康弘教授：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。

園部逸夫・元最高裁判事：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。

(3) **新安保法制法** は砂川判決に照らしても「一見極めて明白に」憲法9条に違反する。

第1：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：「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：「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。

(また)

● 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譲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。

統治行為論の制約を受けるべきではない！

4. 『憲法判断回避の準則』

(1) アメリカにおける違憲審査制

● もともと アメリカの憲法には、違憲審査権は明文化されていない

1803年の「マーベリー対マディソン事件」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。これをきっかけに、アメリカにおいて「違憲審査制」が確立された。

● ところが、労働者保護を内容とする「社会経済立法」や、ニューディール政策を遂行する一連の法律を憲法違反と判示しつづけた保守的な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。

● こうした背景の下で、提起されたのが、「ブランダイス・ルール」である。

「ブランダイス・ルール」『憲法判断回避の準則』は、以下の7つの準則で構成されている。

- 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受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。

☞ (判例)：日本において、自衛隊の違憲性が問われた恵庭事件判決（昭和42・3・29）で、この第7準則が用いられて、憲法判断が回避された。

即ち、自衛隊基地内の演習用伝信線の切断は、防衛用器物破損罪の対象とならないと（憲法判断を回避する法律解釈を行って）無罪判決し、自衛隊の合憲性には立ち入らなかった。

(2) ブランダイス・ルールに対する日本の学者の見解

国内の学者では、ブランダイス・ルールを厳格なルールと解すべきでないとする意見が多い。芦部信喜『憲法訴訟の理論』によると

●この憲法判断回避の準則は

第一：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、という自製のポリシー。

第二：政策的考慮は十分に熟慮された憲法判決の望ましさ。

●「憲法判断回避の準則は、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。

●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次の4つの点をあげている。

- ① 事件の重大性
- ② 違憲状態の程度、
- ③ その及ぼす影響の範囲
- ④ 事件で問題とされている権利の性質

を総合的に判断して、十分理由があるとした場合は、回避ルールに拠らず、憲法判断に踏み切ることが妥当とする考えである。

☞ 安保違憲訴訟に当てはめると、

- ① 事件の重大性・・・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・・・明白な憲法9条違反、「必要最低限の実力」の逸脱、後方支援に関する武力行使の一体化論の形骸化、「駆けつけ警護」など、本来ならば憲法改正に抛らなければなし得ない。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・・・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、それは日本人の価値観そのものを問うものとすらいえる。
 - ④ 権利の性質・・・平和的生存権、人格権、憲法改正・決定権という憲法の基本原理に係る、極めて重要な権利。戦争の行使は、自由権、社会権、参政権などすべてに影響を及ぼす
- このように、芦部教授の見解に照らしても、安保違憲訴訟において、ブランダイス・ルール適用による、憲法回避判断はなされるべきでないとの結論に至る。

《ブランダイス・ルールに対するさまざまな学者の見解》

樋口陽一教授の見解

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」される。

浦部法穂教授の見解

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う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。

『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。

(安保法への適用)

- ・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。
- ・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。

☞ 『憲法判断回避のルール』を適用すべきでない。

佐藤幸治教授の見解

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。

木下智史教授の見解

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。

II. 司法消極主義の克服

1. 『統治行為論』を超えた判例

札幌地判昭和48年9月7日（長沼ナイキ訴訟第1審判決）

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、これを採用せず司法審査を行った。

『高度の政治性』、『国家統治の基本』なる概念・・・

- ・きわめて内容を限定し難い不明確な概念
- ・何をもって『高度の政治性』あるいは『国家統治の基本』というかは、きわめて流動的、曖昧な概念 = 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
- ・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。
- ・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。として自衛隊を違憲と判示した。

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 を列記している。

審議過程 不十分さと異常さが顕著な国会

ア. 議会制無視

新安保法制法案の国会提出に先立つ2015年4月29日

安倍首相は、米上下両院合同会議で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。

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

イ. 答弁の変節

○「存立危機事態」の判断基準について

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。

⇒「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。

○海外での武力行使に関して

「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

⇒「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。

ウ. 無視される参考人

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。

⇔「憲法の番人は最高裁であり、学者ではない」と反論

エ. 判例の射程

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」というが、砂川判決は集団的自衛権の行使に触れていない。

オ. 立法事実の不存在

「存立危機事態」の事例＝ホルムズ海峡に機雷を敷設する「典型例」 機雷の掃海

⇒「例外」になり、

⇒ 特定の事実にもとづくものではない

⇒ 立法事実が存在しないこととなる

カ. 参議院委員会採決の不存在

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。

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。

(2) 新安保法制法と司法積極主義

ア. 1票の格差が違憲状態にある選挙で選出された議員によって構成される議会

⇒ 民主的正統性がない。

イ. 国民の声が国会に正確には届いていない。

⇒ 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である。

ウ. 二大政党制の体制が整っていない

⇒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。

◎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。

(3) 事件性の要件より憲法適合性の判断が先行する

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。

《法令の憲法適合性判断が先行した判例》

①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）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なく、請求を棄却

②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）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に、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

③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）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。

◎事件性のない客観訴訟も行われている。

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。

(4) 事件性より「防火壁」が重要

《青井意見書》

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。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つては遅いからこそ、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。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。

【関係する裁判例】

1. 福岡地判（平成16年4月7日）

内閣総理大臣中曽根康弘の靖国神社参拝時の訴訟

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。（憲法23条3項）

『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、裁判所が違憲性についての判断を回避すれば、今後も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る。

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。』

☞ 本件訴訟においても、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。従って裁判所は、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。

2. 長沼ナイキ訴訟の第1審判決（札幌地判昭和48年9月7日）

自衛隊の合憲性が問題とされた ⇒ 自衛隊を「憲法違反」と判示した

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、憲法判断回避の原則自体は承認した。

しかし、

- 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
- 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
- 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

『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。』と判示した。

さらに、

『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、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。

☞ 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

本件訴訟において、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。

Ⅲ. 外国の違憲審査制

1. アメリカにおける「消極主義」から「積極主義」への転換の傾向をみることができます。

(1) 「経済領域」での司法消極主義の立場を取った「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。

(2) 政治的問題 (Political Question) について

「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

連邦最高裁判所は、

- ①共和制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

以上を「政治的問題の法理」が適用される事例だとしてきた。

しかし、実態はそうではない。

- ①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。
- ②純粋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」以降、選挙制度の領域に対してであっても連邦最高裁判所は積極的に違憲審査権を行使するようになる。
- ③反捕鯨団体が日本を経済制裁対象とする指定を求めた提訴
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
- ④軍事に係る領域でも、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。

☞ 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。

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。

(3) 「事件および争訟」要件の緩和について されてきている。

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』)

(4) 原告適格の範囲拡大 してきている。

● 「私人」ではなく、「州」に（原告適格、主張適格）を与える理論も出てきている。

州と州民の利益のために、州の法務長官が *parens patriae*（*parent of the country* の意味）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」

「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。

● 「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。

☞ 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、・・・

ましてや本件のように、裁判所が取り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。（青井意見書）。

2. フランスにおける違憲審査制の展開

(1) 議会中心主義の伝統

- 裁判官が国政に大きな影響を与える事態は《裁判官統治》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。
- 「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。
- 「議会中心主義」：普通選挙によって選ばれ、選挙民意思を代弁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。

しかし・・・

現在の第5共和制憲法下での「憲法院」＝憲法裁判所としての役割を果たしている。

「憲法院」は・・・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」

1971年の「結社の自由」判決を契機に違憲審査権を行使

1974年の憲法改正・・・ 憲法院への提訴権者が拡大

2008年の憲法改正・・・ 法律の事前審査 ⇒ 事後審査に拡大

(2) 統治行為論 に関しても

「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

しかし、今日では・・・

① 条約の国内法上の適用措置 ⇒ 裁判上受理されるようになっている。

② 大統領の緊急権 ⇒、憲法上、憲法院による審査・統制が及ぶものとされている。

(3) 憲法判断の民主的基盤としての『転轍手理論』

選挙で選ばれていない「憲法院」による憲法判断の民主的基盤は、「転轍手理論」によって裏付けられている。

・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。

☞『転轍手理論』の日本へのあてはめ

裁判所が違憲判断・・・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
・・・民主主義という観点からは全く問題がないのである。

・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。

3. ドイツ連邦共和国基本法における「違憲審査制」

第二次世界大戦後、西ドイツとイタリアが、ナチズムやファシストといった全体主義の経験を敗戦後省みて、独立の憲法裁判所を設置し、議会を基本権に拘束した

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、連邦憲法裁判所を明記

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

ドイツの連邦憲法裁判所において行使する権限が認められている「違憲審査権」

① 「抽象的規範統制」：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

② 「具体的規範統制」：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

- ③ 「**憲法異議**」：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ができる
- ・すべての基本権主体に連邦憲法裁判所への「憲法異議」出訴の道を開いた。
 - ・連邦憲法裁判所は、市民の個々の願望と直接的に関わり、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

- ・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。
- ・**アメリカ**では、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た
- ・**フランス**では、「**憲法院**」が、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。

「**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。**

- ・違憲審査権の行使は「立憲主義」の実践にも重要である。
 - ・**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。

5. 付随型違憲審査制と抽象的違憲審査制の合一化傾向

抽象的違憲審査制（憲法保障型）：ドイツ、イタリア等

付随的違憲審査制（私権保障型）：アメリカ

両者の「合一化傾向」

アメリカ・・・「**当事者適格等を緩和**」するような運用

「**具体的事件性**」などの**厳格な原則が修正**されている

ドイツ・・・憲法裁判所が「**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く。「付随的違憲審査制」に近い制度が採用された。

- 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。

- 「付随的審査制」の下においても

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と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。

IV. 裁判所の職責

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99条「憲法尊重擁護義務」＝ 憲法で保障された「人権の擁護」

《南スーダンにおける自衛官の危険な状況》

NHKが放映した「変貌するPKO 現場からの報告」(2017年5月28日)の映像「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。

●自衛隊を撤退させず

⇒ 2016年11月に「駆け付け警護」と「宿営地の共同防護」を命じた

⇒ 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。

裁判所が新安保法制法に対して憲法判断を避ける→違憲の既成事実の積み重ねを黙認

・・・誤った合憲判断を下し → 新安保法制法が存続 →
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
＝ 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

☞ 「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」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。

☞ 「憲法保障機関」としての裁判所

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

☞ 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。

☞ 「違憲審査権」の理論的根拠・・・「憲法の最高法規性の観念」

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

☞ 「立憲主義の擁護者」としての裁判所

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。

(立憲主義を冒瀆する言説)

稲田朋美政調会長・・・「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」・・・「憲法なんて関係ない」と突き放すに等しい発言

高村正彦自民党副総裁・・・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

磯崎陽輔首相補佐官は・・・法的安定性は関係ない
反立憲主義的役回りを確信犯的に演じていた

内閣法制局・・・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。 公務員として負うべき憲法尊重擁護義務に反した。

裁判官の責務に関して・・・

長沼ナイキ訴訟の福島裁判官は当時を振り返って述べている。

「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。」
(長沼ナイキ訴訟の福島裁判官の著書の序文より)

準備書面13は次の意見で結ばれている。

「最後に再度、主張する。代理人は、裁判所にあえて「勇氣と英断」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ほしい。このことを切に願う。」(安保法制法違憲訴訟代理人)

国賠訴訟原告 長尾 晴人