

テーマ

青井意見書『憲法判断をめぐる司法権の役割について』

青井未帆 学習院大学法科大学院 教授

報告者 国賠訴訟原告 長尾晴人

憲法判断をめぐる司法権の役割について

はじめに

「新安保法制法」について提起された、国家賠償請求訴訟に関し、

憲法判断をめぐる司法権の役割について論じる。

(議論の前提)

- 安保関連法が実体問題として憲法9条に違反する。
- 原告らが法的保護に値する利益を主張しており、かかる利益・権利の侵害が立証されるものとする。

第1部 司法権と憲法訴訟

- ① **客観的な憲法秩序の維持機能**を司法裁判所がいかに果たすかに焦点を当てる。
- ② 司法過程を通じた法秩序の維持について、**潜在的に司法権が果たし得るはずの役割**は依然として十分に実現されているものではなく、**まだ理論的にも実務的にも開拓の余地が広い**ことを、アメリカ合衆国の**Parens Patriae訴訟**を参照対象として見る。
- ③ 「**事件性**」と「**憲法判断**」の関係を再考し、司法権が**憲法判断を下すこと**によって**客観的な憲法秩序の維持に一歩足を踏み出す「必要」があるかどうか**が鍵となることを強調する。

第2部 安保法制違憲国賠訴訟

立法行為が違憲であるとして提起される**国家賠償請求訴訟**

= 本来的目的「損害の補填」を超えて**憲法秩序を維持するための訴訟形式**として実務上も用いられるようになってきている。

安保法制違憲国賠訴訟について、**原告らが実質的に求めていることは裁判所による憲法判断、それも違憲判断**であるところ、

- ・ 人権保障との関係での
憲法9条の存在理由
- ・ 新安保法制法の制定過程の異常さ
- ・ 三権間の抑制均衡の機能不全

総合的に検討して

・ **憲法判断に踏み込むべき事案**と主張

・ **国賠法上も違法**との評価を受けるべき

と主張

第1部 司法権と憲法訴訟

第1章 日本国憲法と憲法訴訟

(1) 日本国憲法

○ 第二次世界大戦後は、司法裁判所あるいは特別の憲法裁判所に**違憲審査権**が与えられるのが、**世界的な潮流**である。

● 我が国の制度は、「通常裁判所が**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、適用法条の違憲審査を行う方式**」であると解されている。(判例・通説)。☞**付随審査制と解されていること**

憲法76条1項(「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」)により、**司法権は裁判所に属しており**、
憲法76条の**司法権の行使に付随して**、憲法81条の**違憲審査権が発動されることと**されている。

(2) 事件と憲法判断

「司法権」と「憲法判断」の関係を論じる。

(「事件」と「憲法判断」の関係は第4章で論じている。)

○ 司法権は一般に、「**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、
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。

「**事件性の要件**」＝(同義)「**法律上の訴訟**」

「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」ものとされている。

● **立法行為の違憲国賠訴訟**において、訴訟物が「損害賠償請求権」であることから「**権利保護の資格**」は認められる。「**権利保護の利益**」の有無が問題となるが、

「当該事件において憲法判断をすることが司法権にとってふさわしいか」という憲法実体問題からすれば、これらを厳格に区別する意義は大きくない。

⇒ 大きくり「**事件**」であらわす。

○ **違憲審査権**は「合憲性の争点はその訴訟の処理と密接な関係をもつとき、統治機関の行為についての**合憲性の判断を下す裁判所の権限**」である。

● **憲法訴訟**(憲法にかかわる争点を伴って提起される訴訟)は、
狭く国家行為の有効・無効に関する憲法判断を伴うものだけではなく、・・・
より広く、**憲法の「精神」に配慮した法律解釈**がなされる場合も含めて、観念される。
憲法訴訟における裁判所の役割は、あるべき国法秩序そのものに関わる広い視点から考察されなければならない。

(3) 憲法と人権

○ **憲法は人権を保障するが**、それは**特定の個人**が具体的な法律関係の中で主張する「権利・利益」そのものでは、**通常の場合はない**。

○ 判例に照らせば、**憲法違反であるという主張をすれば、訴えの利益の要件が緩和される**というルールは形成されてきていない。**客観的に違憲と言える場合**であってもそれは**司法的救済と直結するものではなく**、また裁判所が違憲と判断しただけでは、基本的には国家行為の無効が帰結されるだけで、真に「人権」が救済されるわけではない。

○ 裁判所は、**職権により憲法判断できる**ことも注意を要する。

訴訟当事者のなす違憲性の主張とは、裁判官がなす法律問題の判断の際の参考として扱われるのが通常であり、これに裁判所が応答しなくてはならない義務はない。

○ 自由権について具体的に憲法論の働き方を見ると

憲法が人権を保障するとは、国家からの侵害を排除する権利が保障されていること

を意味しており、裁判所が侵害行為の効力を否認することを典型に、侵害行為を排除することで、自由は回復される。

○ 侵害行為の排除の方法としては、

(A) 人権を侵害する法令を無効とすること。

☞ 特定の個人の自由や権利のみならず、事実上、より一般的に、自由や権利は回復することとなる。

(B) 特定の人への法令の適用を免れさせ、あるいは当該処分が無効とすること。

☞ 特定の個人への適用に焦点が当てられる

これらの派生的結果として、自由は回復する。

○ 憲法判断がなされる際、憲法上の権利は、

ある場合には法令に作用しその結果として特定個人の自由や権利の回復として働き、

ある場合にはより一般的自由や権利の回復として働いているのである。

森林法違憲最高裁判決

財産権制約立法（森林法186条（旧））を法令違憲とした憲法判例とした。

もともと純然たる民事事件であった ⇒ 第一審及び控訴審判決では憲法判断に立ち入っていない

⇒ 最高裁は、森林法186条（旧）共有林分割請求権への制限が、立法目的達成のための手段として必要性も合理性も欠くために憲法29条に違反するという判断を下し・・・事件を原審に差し戻した。

【判例】

上記（A）に関わり

本判決は、具体的な事件の解決に付随して、適用される法律の合憲性統制がなされた例であり、事実上、ひとり原告の権利救済のみならず、より一般的な射程をもつものであった。

○ 憲法訴訟や憲法判断は、当該事件固有の判断であると同時に、より一般的で客観的な判断射程をも有することに注意を払いたい。

☞ 安保違憲訴訟の原告個人々の被害論と一般的な法令違憲判断への示唆

上記（B） ☞ 一般に「適用違憲」と言われる類型

国公法違反事件判決

「公務員による行為と認識し得る態様で行われたものでもないから、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが実質的に認められるものとはいえない。そうすると、本件配布行為は本件罰則規定の構成要件に該当しないというべきである。」とした。

○ 憲法的観点を加味した解釈により構成要件を限定し、そこに当たらないとすることにより、被告人を無罪とした原審判決を維持した。

本判決では違憲判断が下されたわけではないが、判決は「適用違憲」同様の効果を発揮したものとも言える。

（4）権利の客観的な側面

○ 表現の自由に関し、「自由な表現空間」といった客観的な仕組みとの関わりで、表現の自由の保障の範囲が捉えられていることを確認する。権利と言っても、そこには特定の個人に還元されない、客観的な性質が含まれることが認められてきている。

北方ジャーナル事件判決

表現行為に対する（出版物の頒布等）事前抑制は、表現物の内容を受け手に到達させる途を閉ざすなどにより、公の批判の機会を減少させる。事後制裁の場合よりも広範にわたりやすく、濫用のおそれがあるので、抑止の効果は事後制裁の場合より大きい。 事前差止めは原則として許されない。

○ 一般の市民としては、表現内容が真実でないことが判明した場合にその法的責任を追究されることを^{おもんばか}慮り、これを危惧する結果、いきおい意見の発表ないし情報の提供を躊躇することになるであろう。そうなれば、せつかく保障された表現の自由も『自己検閲』の弊に陥り、言論は凍結する危険がある。

○ 真実に反する言論であっても、表現情報の自由な流通、すなわち人々が自由に「自己検閲」することなく表現をできる状態という客観的な仕組みそのものが、保障されることを要請しているとの立場が示されているのである。

第2章 客観的な側面を訴訟で争うことについて

☞ 安保法制法の違憲性（客観的な側面）を平和的生存権等の（個人的な侵害）を訴えて訴訟することへの考察

（1）公立図書館事件

○ 憲法判断は、概念としては、具体的な訴訟形式から独立に観念しうる。元来、客観的な側面と密接な関わりあいをもつ。

○ 憲法が国家権力を名宛人とし、その権力を制限することからすれば、憲法上の権利が、純粹に主観的な、「私」の利益のみを保障する規範とは考えにくい。

憲法規範が多かれ少なかれ有する客観的な「公」の性格を、私的権利・利益の救済を伝統的に任務としてきた司法権が、適法に提訴された訴訟において、どこまで実現できるか、

中でも私人が提起する訴訟において公的性格の強い論点についてどこまで判断をできるかは、簡単な問題ではない。

現実に日本の裁判所も、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、「法的保護に値する利益」を見出してきていることが注目される。

つまり、そこに救済の必要性が権利・利益を生むという相互関係を見出すことができる。

☞ 安保違憲訴訟での原告適格との関連

公立図書館事件判決は、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った。

公立図書館事件

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ことについて、当該図書館の著者が国家賠償請求訴訟を提起したという事案。

第一審と控訴審では、法的保護に値する利益の侵害があったとはいえないとされていた。

（最高裁判断）

「公立図書館の図書館職員は、（略）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」

「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館の著作者にとって、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えることができる。

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館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、（略）当該図書館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。」

（2）公的な利益の実現

（司法権の範囲）

大日本帝国憲法： 民事裁判と刑事裁判のみ

日本国憲法： 行政事件も含めて全ての裁判事件へ司法権の拡大
違憲審査制は付随審査制とされている

○ 今日では諸国で、裁判所が重要なアクターとして政治に関わることで違憲審査制の爆発的展開を見ているのと比べて、

日本では、基本的には「小さな司法」像を超えることなく違憲審査権が行使されてきた。なるべく司法の判断が政治部門に影響を与えないよう、司法府が抑制均衡の問題を引き受けたくないよう、様々な論拠を用いて自己抑制をしてきたように見える。

根拠は、①「抽象的審査になってしまう」

②「憲法判断回避の原則」

③「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」（統治行為）

であったりした。

①から③は、裁判所が「**大きな司法**」を拒むために用いている「**道具**」というのが正確であろう。

○ **なぜ我が国の司法が「小さな司法」であるのか。**

「**行政機関が法のエンフォースメントを独占しようとする日本法の傾向、裏からいえば、法の実現のための私人の活動をエンカレッジし、それによって行政機関の能力を補って行こうという発想法の欠如**という日本法の一つの特質」（田中英夫と竹内昭夫による指摘）

「**国民は、治者による統治の客体**であって、国民相互の間で正義を追求し秩序を維持するための積極的努力をなすべきで(ママ)主体ではない。

明治憲法は、一応は**立憲主義憲法**であったが、それは**統治機構内部に作用するもの**にとどまっており、**被治者が憲法秩序を維持する回路**は、長い間、政治過程を通じた**限定的なもの**に限られていたと言える。

立憲主義という言葉や伝統はあっても、**統治に主体的に関わり、公益実現や法秩序の維持機能を果たすことによる政治権力の抑制**という側面は薄かった。

○ 2015年を節目とする安保関連法制定にかかわり、「立憲主義」をめぐる状況は変化をしつつあるように見える。

国民の間で、新安保関連法制定への批判の声が高まった際に、「**立憲主義**」という言葉が**急速に広く人口の各層に膾炙**したが、このような現象は、近年、なかったことである。

「**統治の技法**」に偏っていた立憲主義の意味を、**国民が関与し得る別の形に変化させる側面**もあったと言えるのではないか。

国民が立憲主義の維持に参加する形は複数の形態がある。

- ① 民主主義的な政治過程を通して、憲法に従った政治を確保するという方法。
- ② **表現の自由を行使**することによる**正しい政治の確保**も正統な手法。
- ③ 司法過程に私人が憲法的な争点を提起し、適正な手続きを経て、十分な議論

を尽くし、裁判所の判断を仰ぐことによって、政治が憲法に従うことの意味を問うという方法も、立憲主義を維持する正当な方策の一つである。

第3章 司法の守備範囲再考 — アメリカの例を参考に

(1) **parens patriae訴訟** ⇨原告適格についての考察に参考とする。

付随的違憲審査を抽象的に運用する一つの限界的な例として、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と解しうる、parensパレンスpatriaeパトリー訴訟に手がかりを得る。

アメリカで州の法務長官に**parens patriae**(“parent of the country”)として、**スタンディング(原告適格、主張適格)**を与える理論であり、この訴訟形式は、かれこれ一世紀ほど前から展開を見るようになった。

○ きっかけ 《ルイジアナ州がテキサス州を差別的であると訴えた事例》

「ルイジアナ州は**全州民のparens patriae、受託者、後見人、または代表者の立場として、訴えを提起している**」

本件においては、parens patriaeが認められなかったのではあるが、州の**住民一般の利益の代表として、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。

○ その後、

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。

○ 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。

(2) **淵源** parens patriae訴訟の根拠 (説明は省略)

歴史的理論的淵源は明らかであるとは言えず、parens patriae訴訟の訴訟形式としての位置付け自体が曖昧さを抱えている。

(イ) イギリス法の継受であることを強調する歴史的な理解

未成年者、精神遅滞者、精神障害者などの保護等、慈善行為の後見が、国王の良心の守護者

である大法官を通じて行われてきたことに由来し、独立戦争の時に州が イギリスの国王大権を継受したという理解。

(ロ) 法の一般原理である。統治の根本的な性質に関わり、人間性への利益を守るため、自らを守れない者への侵害を防ぐために、かかる権能が正当化される、

(3) parens patriaeと事件性、準主権的利益

○ アメリカの場合は、連邦司法権の発動される対象は合衆国憲法3条によって、「事件及び争訟」とされている。すなわち、事件性は憲法明文での要請なのである。

☞ 日本国憲法ではこうした明文化はない！

「アメリカ型の付随審査制」とは異なると見るべき

○ スタンディング（原告適格）について、中核となるのは当事者が**個人的な損害（personal injury）**を被っていることという要件であるが、parens patriae訴訟で「個人的な損害」を見いだしうるものなのかといえ、定義からいっても難しい。

州法務長官が州や州民の**一般的利益のために、スタンディング（原告適格、主張適格）を持つことを、どう説明するのか。** アメリカと同様に司法権発動要件として事件性の要件を据えている我が国での議論にとっても、興味深い問題である。

○parens patriaeに関する諸判例のまとめとして

「州は**特定の私人の利益から分離された利益**をはっきりと示さなくてはならない。」
「かかる利益のいくつかの特徴は、（略）次の二つのカテゴリーに分けられる。

第1に、州は州民一般の健康及び身体的経済的な福祉に関わる準主権的利益を有する。

第2に、州は、連邦システム内においてその正当な地位を差別的に否定されない

ことについて、準主権的利益を有する。

このように、**個別の利益に分割されないような、州民全体に関わる利益**について、**準主権的利益**として州がparens patriaeの立場から訴えを提起する道が認められている。

(4) 連邦政府に対するparens patriae訴訟 ☞ **（州と連邦政府の米国の特殊な事情でもあるので省略する）**

(5) 若干の検討

○「**準主権的**」という言葉が何を意味するかが不明瞭

parens patriaeは汎用性の高い議論とは言えず、特殊な文脈における特殊な議論というべきであろう。州のparens patriae権能は、**アメリカ合衆国の連邦制構造と密接不可分**であり、州が本来的・潜在的に持っていると思われる権能の大きさに留意する必要がある。parens patriae訴訟を日本に直接に応用するような議論はできない。
○ さはなさりがら、これが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。

私人が提起しえないような利益にかかわる問題状況が存在し、それを政治過程のみならず、司法過程で争う方法が、私人による提訴という結節点がないにもかかわらず、付随審査制の下で、「事件及び争訟」要件を満たすものとして、存在しているのである。

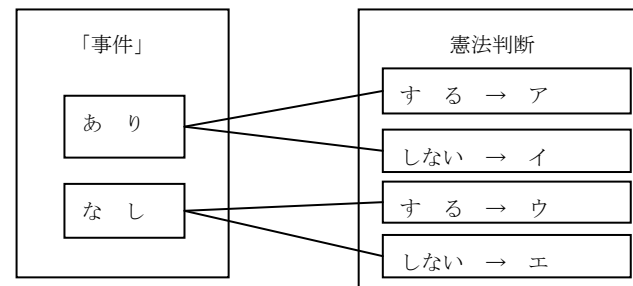
○「**事件及び争訟**」は、硬直的に捉えるべきものではなく、場合によっては**裁判所の裁量的な判断により柔軟に扱われうるものであることを示している**と解したい。

第4章 「事件」と憲法判断

(1) 「事件」

○ 本件訴訟のような憲法9条違反の立法行為を争う訴訟では

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が主たる問題であり、
⇒ 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。**司法権限りで「事件」と扱う**ことも、司法権の果たしうる役割の範囲内というべきである。



○ これまで、一般的に図の前列、司法権の対象である「事件」（審判の対象）、後列「憲法判断」に対して優先させる思考がとられてきた。

憲法判断を付加的に判示しうる場合を、「憲法判断回避の準則」を根拠に、極めて限定的に理解する立場も示されてきた。

○ 客観的な憲法秩序の維持に関する問題が生じている場合において、裁判所に求められている主たる論点は、**憲法適合性判断**である。このことを直視するなら、**硬直的に前列が後列に当然に優位すると考えるのは、司法過程を通じて憲法の実現をはかるルートが閉ざされる**ことになってしまう。

事案に応じて、例外的にはあれ、後列「憲法判断」についての判断を、前列「事件」に対して優先させる余地があると解すべきである。

○ 訴えの利益についての司法権の広い裁量を正面から認め、**司法が取り上げて判断すべき問題状況であるかどうかこそが本題**であり、それが認められるようなケースは、前列の「事件」についても満たすものとしてみなすべきと論ずるものである。

(2) 一人一票訴訟

○ 客観的な憲法秩序の維持について、司法の柔軟な判断の積み重ねを見ている分野。「客観訴訟」に分類され、事件性がない、選挙無効訴訟、当選無効訴訟や住民訴訟これらは裁判所が**憲法判断を示す重要な形式**として定着している。

特に**選挙無効訴訟**は、公職選挙法別表上の違憲を争う方法として活用されてきた。

一人一票訴訟を通じて、**投票価値の平等を実現する**という**憲法保障機能を果たす**よう議論が積み重ねられてきたと理解できよう。

○ もともと公職選挙法204条によって一人一票訴訟が争われ得るのか、当初は明らかではなかった。

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害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の路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。

☞ **司法府の独自の判断により、足を踏み入れた。**

○ 客観的な法秩序の維持機能を司法府が果たすにあたって、訴訟形式が法定されていることが必ず必要というわけではないという前例が、我が国にもあることを確認したい。

(3) 憲法判断回避の準則

☆ 最高裁が積極的な姿勢 ☞ 一人一票訴訟、近年の家族法の分野

★ 訴えの利益自体、認められるのが困難 ☞ 首相の靖国参拝違憲訴訟など

どのような場合がそれに該当するか、実践の積み重ねからルールを作り出す過程にあると言える。

○ 「**憲法判断回避の準則**」(constitutional avoidance rule/canon)

不必要な憲法判断を回避すること、一般法理としても是認される。

しかし、その際、「憲法判断回避の準則」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)**」であることに、十分な考慮を払う必要がある。

○ **他権力の抑制機能という司法審査権の持つデリケートな性格**を反映し、実際には額面通りブランドイス・ルールの適用がなされてきたわけではなく、**柔軟な扱い**がなされてきている。

これらの法理はいずれも「**例外**」に溢れていることにも注意を払いたい。

現実の運用は政治的社会的背景と密接不可分であり、**裁判所の裁量的な判断余地が常に存在する**。「**いつ憲法判断に踏み込むべきか**」という**問題が残っている**のであり、それについてアメリカにおいても判例学説ともに明確な答えが出されていないのである。

○ 具体的な訴訟において真に問われるべきは、原則から逸脱することを正当化する十分な理由があるか否かである。

最高裁判所平成26年7月9日第2小法廷決定（裁判集民事247号39頁）の

千葉勝美裁判官の補足意見

多数意見は、「選挙人が他者の選挙権の制限に係る当該規定の違憲を主張してこれを争うことは法律上予定されていない」ことをもって、「選挙人が同条の選挙無効訴訟において同法205条1項所定の選挙無効の原因として本件各規定の違憲を主張し得るものとはいえない」と判断した。

千葉補足意見は、「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・・・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。」（下線は引用者）

また、「制定法についての憲法適合性の判断は、その結論のいかんにかかわらず、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、司法の本質を見ずえ、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。」と述べている。

この見解は、

- ① 「事件」と「憲法判断」が論理的に別の概念として独立であること
- ② 「必要な場合」は「違憲立法審査権を行使して判断を示すことは当然」であることを前提として、
- ③ 「念のための応答として」後者を付加することを、「ブランダイス・ルールないしその精神に照らして疑問」とするものである。

○ 「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。」という言い回しが、憲法判断回避を「準則」としてではなく「原理」を述べるものとして理解されうる点に、注意を払っておきたい。

「必要かつ十分な法律判断を行うことによって事件の結論を導くことができる場合には、憲法判断を行ってはならない」とは述べていないのである。

（４）小括

○ いつ憲法判断に踏み込むかについては、憲法上、一義的に確定可能なものではなく、基本的には、個々の事案における裁判所の裁量に委ねられている。

- ① 「事件」の把握の仕方をめぐる裁量余地
 - ② 憲法判断に踏み込む必要があるかどうかについての裁量余地
- これらは連動しており、決定的なのは後者②である。

○ 一般論として言えば、

抑制的に違憲審査権が行使されることは妥当である。

しかしながら、過度に抑制的であっては、憲法秩序の維持の任務を果たせないこととなる。違憲判決を下せば政治部門からの厳しい反作用に直面する可能性もあるが、ひたすら回避することは、司法権という権力の恣意的行使である。憲法判断をするものしないもの、いずれも政治的な行為なのである。

○ 憲法判断の回避の妥当性を考える際には、アメリカと日本の状況の違いについて留意しなければならない。

アメリカでは、違憲審査権を謳う憲法の明文規定がないが、

日本国憲法には81条がある。81条は、具体的な事件の存在を要件として掲げているわけではなく、それ自体としては、抽象的な客観的法秩序の維持を述べた規定であり、憲法は裁判所の責務として「憲法秩序の維持」を割り当てているといえる。

○ すなわち、違憲審査権という権力相互の抑制に関わる権限を、憲法は明文で裁判所の権限に加えているのである。

○ 憲法判断することが「必要な場合」かどうかを判断するには、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に関する、正確な理解が不可欠である。

第2部 安保関連法制制定違憲国賠訴訟

第1章 立法行為を対象とする国賠訴訟

(1) 立法行為（立法不作為を含む）と国家賠償責任

国賠法1条1項（「国又は公共団体の公権力の行使に当る公務員が、その職務を行うについて、故意又は過失によつて違法に他人に損害を加えたときは、国又は公共団体が、これを賠償する責に任ずる。」）

○ 立法行為の違憲を訴える憲法訴訟として用いる場合

「国会議員には、**違憲な立法行為**をなしてはならない**義務**があり、この義務違反より生じた損害の金銭賠償を国に求める。」と主張。

一般に「**義務**」という言葉で観念されるものとは異なるのであって、それは「**立法権限**」に対する「**立法責務**」というべき性質のものである。

○ 一般論として言えば、立法府が立法するにあたって有する**立法裁量は広く**、いつ立法するか、立法目的達成のためにどのような手段をどのように用いるか、など、憲法から唯一の解を引き出すことは、通常はできない。

そのような立法行為について国家賠償責任を問うことは、理論的に困難を伴う。

(2) 客観的な法秩序違反と国賠法上の違法性

国賠法1条1項は、性質の異なる二つの法的様相が混交している。

「**行為規範**の様相」・・・**権利・義務**にかかわる。

公務員という自然人に課せられた（法的）**義務違反**が関わる。

「**権限規範**の様相」・・・**権限**に関わる。

法によりその国家機関に与えられた**権限の範囲内でなされた場合に限り**、**正当で効力のあるもの**とみなされる。

権限規範違反は法行為の効力の無効を導く。（違憲＝無効）

国賠法で公務員の公権力の行使へ損害賠償が求められるときには、これらの二つの様相が絡み合う。

職務行為基準説（判例の立場）

「職務上尽くすべき法的義務」が違反される範囲内で、国家が責任を負うとしたもの。

「客観的な法秩序違反性（**権限規範**）」に「職務上尽くすべき法的義務」違反性（**行為規範**）を加えて、国賠法上の違法性を判断する。

「取消違法」≠「国賠違法」

○ 一定のプロセスを経て国家権力の行使がなされる場合に、その帰結の**客観的な違法性**と発生した**損害**とを考えると、プロセスに携わる複数の自然人の負う義務と、客観的な違法性に対して国家が責任を負うことが、一致するわけではないとの理解を示している。

○ いつ、どのような立法をするかについて、**広い裁量の余地**があり・・・

法律制定は、一般的・抽象的な法規範の制定であり、具体的な個人に対して直接的な影響を及ぼすものではない、通常の場合は、ない。

憲法判断という作用自体は、**必ずしも個人の具体的な損害発生を待たずしてもなしうる**。立法権限の有無に関する合憲性判断は、個別の個人への損害の填補とは位相を異にする。

☆ 以下では、抽象的なレベルでの立法府の権限規範違反性判断たる憲法判断が、具体的な訴訟形式から独立に観念しうることを前提に、国賠請求訴訟という主として行為規範の領域にある制度について議論を進める。

(3) 国賠法1条1項にいう「違法性」

立法作用は、国賠訴訟の対象としては特殊である。

1 行政の行為・不作為の場合

（次ページの表にまとめる）

2 立法行為の場合

（次ページの表にまとめる）

行政行為の場合 <small>☞立法行為の国賠法上の違法性を考える上での参照点</small>	立法行為に関して
<p>《職務行為基準説に関して》</p> <p>「職務上尽くすべき法的義務」が違反される範囲内で、国家が責任を負うとしたもの、と理解し得る。</p> <p>発生した法益侵害ではなく行政庁に与えられた権限規範が遵守されることが、少なくとも一定の重要度を占める。</p> <p>行政処分が、のちに取消訴訟で裁判所により違法と判断されて取消されたとして（権限規範の様相）、それが国賠法1条において当該「行政機関」を構成する「公務員」の職務上の行為が違法（不法）となる（行為規範の様相）。</p> <p>これら二つの様相をどのように接合するかは、非常に難しい問題である。</p> <p>「権限規範違反たる客観的な法秩序違反性」がそのまま「国賠法上の違法」を導くわけではない。</p>	<p>《職務行為基準説に関して》</p> <p>「国会議員には、違憲な立法行為をなしてはならない義務があり、この義務違反より生じた損害の金銭賠償を国に求める。」と主張。</p> <p>この「義務」は一般の義務と異なり、「立法権限」に対する「立法責務」というべき性質のもので、義務違反による損害填補とは性質が異なる。</p> <p>立法行為が客観的な法秩序に違反しているという「客観的な違憲性」（権限規範）「職務上尽くすべき法的義務」が違反されることにより、国家が責任を負う「国賠法上の違法性」（行為違反）という二つの法的様相が併存していることを考えれば、「客観的な合憲性についての判断」と「かかる判断を裁判所がなすかどうか」が一致するわけではない。</p>
<p>《事件性に関して》</p> <p>国賠訴訟という現実に生じた損害の填補を目的とする訴訟形式、事後的な損害の填補を目的とした訴訟形式を用いる以上は、</p> <p>具体的な者に対する具体的な権限規範違反性が必要であることが基本となる。</p> <p>具体的な法益侵害を受けた個人との関係で無権限の国家行為であるために、当該処分の効力が否定されなければならない、またそれについて国が代位して責任を負うことになる。</p>	<p>《事件性に関して》</p> <p>立法行為について考えるに、具体的な個人との関係では、立法府が立法するについて責務を負っているとは、通常はいえず、立法府について作為義務を觀念することはできないというべきと思われる。</p> <p>法律そのものとしては、具体的な個人へ具体的な損害を発生させるものではないと理解されており、行政処分のように、法律が執行されて初めてかかる損害が発生するというのが、基本的な想定である。</p>
<p>☆ 違法行為抑止機能</p> <p>『法律による行政の原理』そして『法治国家』の実現を担保するための制度</p> <p>客観的な違法性へ国賠事件における違法性を合致させることは、「法律による行政の原理の支配する行政過程と国家賠償制度とを整合的に結合し、国家賠償制度の有する違法行為抑止機能を効果的に働かすのに適している。</p>	<p>☆ 一種の違憲確認的な訴訟</p> <p>裁判所から違憲判断を得るといふ、一種の違憲確認的な訴訟として展開している。</p> <p>国賠法で立法行為の憲法適合性を問うるとすれば、精神的損害を訴えることにより、ひいては全ての立法の違憲審査が可能となり、「実質的に抽象的違憲審査を認めることになってしまわないか」という懸念。</p> <p>付随審査制を前提にするなら、国賠訴訟という形式を用いて、実質的に違憲確認訴訟を無限定に起こせることは、妥当とはいえない。</p>

(4) 違憲確認訴訟の代替

○ 立法行為を争う違憲国賠訴訟が、国賠訴訟本来の目的というよりも、違法性判断において裁判所から違憲判断を得るという、一種の違憲確認的な訴訟として、急速に展開している。

○ アメリカ合衆国の場合、憲法上の権利の救済に際しては、**事前的な救済手段**である**インジャンクション**や**宣言判決**が求められることが多い。かかる観点からすれば、国賠を違憲確認として用いることは、**次善の策**である。

《 課題として 》

○ 「救済の実効性は、侵害される実体的権利・利益の内容を無視できない。」
「違憲とされても損害賠償という金銭の支払いで権利保護を実現する手法として、権利救済の実効性を有するものか否かを検討することも必要」との指摘。

○ この訴訟形式は、何らかの損害が認められる限り訴訟要件（権利保護の資格）を充たしやすい構造である。

これはすなわち、既存の訴訟要件のレベルで適切に憲法的争点の限定ができないという問題を孕むことを意味している。

○ 国賠法で立法行為の憲法適合性を問うるとすれば、**精神的損害を訴えることにより**、**ひいては全ての立法の違憲審査が可能となり**、「**実質的に抽象的違憲審査を認めることになってしまわないか**」

○ 一つの考え方は、この国賠ルートによる訴訟提起を、基本的には認めないというものである。

この種の問題についてのリーディング・ケースである**昭和60年判決**、すなわち在宅投票制度の廃止に係り国会議員の責任が追及された訴訟在宅投票制度を廃止して復活しなかった立法不作為が争われた訴訟の最高裁判決は、**この考え方をとっていた**。

(判例の変遷 次ページ表参照)

(平成17年判決の国賠請求に関する判示に付された**泉徳治反対意見**)

「上告人らの上記**精神的苦痛**は国家賠償法による**金銭賠償**になじまないもので、本件選挙当時の公職選挙法の合憲・違憲について判断するまでもなく、上告人らの**国家賠償請求は理由がないもの**として棄却すべきであると考える。」

そもそも「本件国家賠償請求は、**金銭賠償を得ることを本来の目的とするものではなく**」、国家賠償請求は「選挙権回復の方法としては迂遠」である。選挙権が行使できなかったことによる「上告人らの**精神的苦痛は、金銭で評価することが困難**(である)」、

学説で、「**違憲審査**とは、国家行為の正当性を**多数決民主主義とは異なる原理**で統制しようとするアイディアであり、**司法権固有の任務とは別次元の仕組み**である」、

「**違憲審査の観念**は、事件性を内実とする司法権の観念とは**切り離して把握**できるし、また、すべきものであるように思われる」と指摘されている。

「事件」と「憲法判断」を**互いに独立の概念**と捉え、いかなる場合に裁判所が憲法判断を回避せずに踏み込むのが適当であるかを仮に「**憲法判断に踏み込む要件**」と呼ぶなら、これ自体もまた、**個別の事件には依存しない独立の概念**である。

「客観的な合憲性についての判断及びその要件」と

「判断をするか否かにかかわる要件」とは質の違う問題であり、

違憲判断をなすに当たっての**立法府への謙讓などの考慮**は、後者にかかわる問題

第2章 判例の検討

	立法内容の違憲	国賠法上の違法性
<p>昭和60年判決</p> <p>在宅投票事件</p> <p>(重度身障者が投票権を行使しうるような在宅投票制度の不存在)</p>	<p>《判断回避》</p> <p>在宅投票制度を有していない公職選挙法の違憲性に関しては判断を行わなかった。</p> <p>(国賠ルートによる訴訟提起を、基本的には認めないという考え方)</p>	<p>「国会議員の立法行為(立法不作為を含む。)が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり」</p> <p>「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであるであって、その性質上法的規制の対象になじま(ない)。」</p> <p>「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないと」(A)</p> <p>「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けない。」</p> <p>⇒ 例外的な場合には「違憲」 → 国賠法違法が可能。</p>
<p>平成17年判決</p> <p>在外邦人選挙権剥奪訴訟</p>	<p>《違憲判断》</p> <p>制度がないことの合憲性について違憲判断をしたのちに、確認請求と損害賠償請求について判示。</p> <p>(国賠訴訟を違憲確認として用いる場合を制限的に肯定し、「違憲という実体判断ができ、それを違法性判断の中で示すことが適当である場合に国賠法上違法となる」ことについて、ルール化した)</p>	<p>「仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」</p> <p>「憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。」</p> <p>⇒ 上告人各人に慰謝料5,000円の支払いを命じた。</p> <p>※ 反対意見：前ページ参照</p> <p>昭和60年判決の(A)の個所は平成17年判決では用いられておらず、立法行為について国家賠償責任を観念することが、理論上は困難であるという前提が後景に退いている。</p>

	立法内容の違憲	国賠法上の違法性
<p>平成18年判決</p> <p>精神的原因による投票困難者の在宅投票をめぐる最高裁判決</p>	<p>《判断保留》</p> <p>精神的原因によって投票所において選挙権を行使しえない場合にも投票を可能とするような立法措置を講ずること自体は憲法上の要請と考えられている。</p> <p>☞ 補足意見として違憲状態とされた</p>	<p>「少なくとも本件各選挙以前に、精神的原因による投票困難者に係る投票制度の拡充が国会で立法課題として取り上げられる契機があったとは認められない」</p> <p>「所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などに当たるということとはできない」ため、平成17年判決の示した例外的に違法という評価を受ける場合ではないとされた。</p>
<p>平成27年判決</p> <p>再婚禁止規定違憲判決</p>	<p>《違憲判断》</p> <p>民法733条1項の規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分について、憲法14条1項及び24条2項に違反するとの憲法判断が示された。</p> <p>国賠法上違法とされない場合に、それでもなお憲法判断を示したことは、平成27年判決の「新たな特徴」であった。</p> <p>最高裁が憲法判断を示す「必要」を認めた例であり、実質的な違憲確認訴訟として機能した。</p>	<p>国会が民法733条1項の規定を改廃する立法措置をとらなかったことは、国賠法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではないとされた。</p> <p>「違憲」と判示 ≠ 「違法」とされた事例である。</p> <p>☞ 立法行為を争う違憲国賠訴訟において損害の填補という性格が希薄になったからと理解する。この展開の過程で、「事件」とは別個独立のものとして「憲法判断」が扱われる傾向が強まっている。</p> <p>(イ) 「職務行為基準説」について述べる。</p> <p>(ロ) 「国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個々の国民に対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかの問題であり、立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきものである。」(60年判決の前提)</p> <p>(ハ) 「上記行動についての評価は原則として国民の政治的判断に委ねられるべき事柄である。」(60年判決の前提)</p> <p>(ニ) 「仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。」</p> <p>☞ 60年判決の前提が引用され、立法行為について法的「義務」を観念することの理論的困難性に一定の考慮がなされているように見える。</p> <p>(ホ) 「憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして(見做して、擬制して)、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである」。</p>

(昭和60年判決)

昭和60年判決のいう「違憲」には、次の二つが含まれる。

- (i) [A: 立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているという違憲]
= [法的責任を問うる違憲] = 「 α : 国賠法上の違法」
- (ii) [B: (i)以外の(国民全体に対する)政治責任しか負わない違憲]
= [国賠法上違法ではなく、違憲判断も表に現れない。

ごく例外的な場合としながらも、司法府が立法府の行為について合憲性を問い得るチャンネルを残しておいたものだろう。

実質的な違憲確認訴訟導入の「布石」のような効果を持つものであった。

(平成17年判決)

立法行為について国家賠償責任を問うことの理論的困難性が曖昧にされたようにも受け取れる側面があった。

少なくとも平成18年までは、立法内容の違憲性と国賠法上の違法性が密接に結びついた形で展開していた。すなわち、合法の場合には憲法判断に抑制的に、違憲＝違法という例外的な場合にはこれを明示する、と。

(平成18年判決)

国賠訴訟で違憲判断をいつ表に出すかという裁判官の裁量に係るルール判断において、《憲法判断に踏み込むか否か》につき、憲法判断をなすに充分に機が熟しているかが判断の一つのポイントであったと言える。

(平成27年判決)

○ 女性について6か月の再婚禁止を定める民法規定(733条1項)につき合憲性が争われた事案は、100日を超える部分について違憲との判断が示されたものの、国賠法上は合法とされ、損害の填補という側面がさらに薄まった。

○ 立法行為について国賠訴訟を用いるのには、理論的に限界があると解していることを明らかにしているように見える。

○ いつ違憲という判断をなされるかは、現在のところは、かなり広い司法裁量に委ねられている。

○ 違憲であるという憲法実体判断と、それが明白であり期間が経過していることなどの国賠法上の要件が別に考察されることが、一層、明らかになった。

この点にも裁判所がこれまで以上により明確に、前者(憲法実体判断)についての司法判断が「必要であるか」を直截に問うようになっていることを見ることができよう。

(5) 小括

○ 行政の規制権限行使の損害賠償責任を問う場合において、行政庁と原告個人との関係での具体的な権限行使における規範がある場合に初めて、国賠法上の責任が発生するのであった。

○ 立法行為について、そのような行為規範を観念することは性質上困難であり、国賠法上の責任を求めることは、理論的に難しい側面があることには、十分な考慮を払われるべきである。

○ 憲法に適合した立法をなすことが立法府に与えられた権限であるとはいえ、それは立法府が個別具体的な人間に対してというよりも、国民一般に対して有する抽象的な立法権限にとどまり、立法府の有する裁量の余地は広い。

○ (判例は)、立法行為について職務上の法的義務を観念し得る特別な理由が述べられているわけではなく、十分な理論的な説明がなされているとは言い難い。

実質的な違憲確認訴訟を、立法措置によってではなく司法判断を通じて開発されてきたと言える。

私人が裁判所に提起する訴訟を通じて憲法の実現・執行がなされることは、日本の司法権が手本にしたとされる英米法系における裁判所の正統な任務であり、憲法上の争点について適正な手続きを経て十分な理由付けをもって違憲とされるのであれば、それは三権分立における政治部門の統制や憲法秩序の維持という任務を効果的に果たす一つの手段であるというべきである。

第3章 安保法制違憲国賠訴訟

本意見書は、安保関連法が憲法9条に違反していることそのものに焦点を置いていない。とはいえ、安保関連法制定という立法行為の違憲性を主張するにあたり、

本章（1）安保関連法が憲法9条に違反していることを必要な限りで論じておく

（2）本件では違憲という実体判断に踏み込むべきであると主張し

（3）国賠法上も違法であると判断されるべきことを論ずる。

（1）立法行為の違憲性

1 安保・防衛法制のロジック

○ 9条が、「軍隊」に権限を配分しないという「無」の規定である

にもかかわらず、自衛隊を正当化して、さらにその活動しうる範囲を確定するのであるから、その作業は、理屈（論理）の力に頼らざるをえない。「無から有を生む」ことの特異性・例外性を意識せざるをえないからである。

○ 立法の憲法適合性が検討される場合、通常は当該領域における立法権限が存在していることは前提とされている。

しながら、日本国憲法9条は、その点で特殊なのである。軍に関わる権能を憲法から排除しているのであって、

立法権限が存在することそのものが自明ではないのである。

安保法制関連法は、かかる意味において、そもそも立法権限を発動しえない問題領域にあるのではないのか。

○ 安全保障問題だからと言って、当然に立法裁量が広いわけではないのである。

仮に9条に違反することが一見極めて明白ではないとしても、なお、**立法裁量が通常の立法案件よりも狭い**のであって、それは**9条が規範性を持つこと**の帰結でもある。

自衛隊をはじめ安保関連法制は全て、元来厳しく憲法適合性が扱われなければならない内容なのである。立法裁量そのものが極めて限定されることに、まず注意を払いたい。

○ 自衛隊を取り上げると、政府はストレートに「国の安全には戦力が必要だ」と自衛隊を正当化してきたのではない。

憲法の禁ずる「戦力の保持」には「当らないもの」という、いわば消極的な自己定義を余儀なくされながら、軍とは違うものとして積極的に自己定義しなくてはならなかった。

警察でも軍隊でもないものという、いささか不明確な位置づけが与えられてきたのであった。「できる」のが当たり前である軍隊ではなく、「できない」のが当たり前だからこそ、一つひとつ、できることを法律で定めなくてはならないが、これは、相当程度に政策の自由度を奪うものである。

政府解釈は、国家固有の自衛権が憲法上放棄されることはなく、自衛行動をとることは当然に認められるとし、自衛のために必要な「戦力」に至らない実力を保持することは憲法9条2項に違反しないとする。「他国からの武力攻撃があった場合に、座して死を待つことを憲法が命じているとは考えられない。自国を防衛するための必要最小限度の実力は憲法に違反しない」、という理屈である。このようにして、自衛隊が合憲と説明されてきた。

○ これが憲法上の権限規範が「ない」ところに生みだされた安全保障法体系の根幹に置かれているからである。

我が国の法体系は、抑制的な、軍事が優先されない法体系であった点に特徴がある。

2 自衛隊の活動を正当化するための議論（説明は省略）

議論A) 憲法の武力行使の禁止の例外として許される武力行使である。

議論B) 武力の行使に当たらないからできる。

議論A： その「例外」に当たるかどうかは、2014年の閣議決定による解釈変更まで長らく「我が国に対する外部からの武力攻撃の有無」により判断されてきた。

「自衛権発動の三要件」（2014年閣議決定より以前のもの）

①わが国に対する急迫不正の侵害があること

②これを排除するために他に適当な手段がないこと

③必要最小限度の実力行使にとどまるべきこと

(説明は省略)

武力攻撃事態法が制定されたことで、事態の緊迫度が「予測→切迫→武力攻撃」と段階的となり

「武力攻撃予測事態」や、「武力攻撃切迫事態」であっても、自衛隊は武力を行使できず、あくまでも、「我が国に対する武力攻撃」が発生することが武力行使の要件であった。

そこで、「自国と密接な関係にある外国に対する武力攻撃を、自国が直接攻撃されていないにもかかわらず、実力をもって阻止する権利」たる集団的自衛権(他国防衛)は、そもそも①の論理の外にあるのであって、憲法上、できないことになる。

実際のところ、憲法改正せずに集団的自衛権を行使し得ないということは、政府自身により何度も確認されてきていた。

自国でも他国でも(限定的であれ)実力を使えるとしてここを突破したら、憲法9条が武力の行使を禁止している意味がなくなるはずである。

「実力を持って阻止」という非常に深いレベルで理解の変更をすることは、その上に乗っている議論を破綻させるに等しい。解釈枠組みの土台そのものを破壊することにつながるのである。それをしてしまったのが、2014年の閣議決定であった。

議論B: 武力の行使と区別される**武器の使用**(警察権行使)や**後方(地域)支援等**に用いられてきた**正当化の理屈**である。

「**武力行使一体化論**」

他国の武力行使と「一体化」として評価されることがあってはならないが、**一体化しない限りにおいて自衛隊の活動は許される**とするものである。

「**周辺事態法**」は、(略) 武力攻撃を受けていないのに、日本領域を超える地域(海外)において対米軍事支援のために自衛隊が出動する可能性が生じた点で、従来のあり方から変わる大きな一歩であった。周辺事態において日本は「有事」ではなく「平時

であるため、「そのまま放置すれば我が国に対する直接の武力攻撃に至るおそれのある事態等我が国周辺の地域における我が国の平和及び安全に重要な影響を与える事態」(周辺事態法1条)への対処として自衛隊のなしうる活動は、武力の行使に当たらない限りで正当化される。

「後方地域」における支援活動は、戦闘とは関係がなく、憲法の禁ずる武力の行使には当たらないという説明であったのである。

「**テロ特措法とイラク特措法**」についてみると、

自衛隊が行う活動は、協力支援活動、捜索救助活動、被災民救援活動の三つ。

「武力行使は伴わない**非戦闘地域**での支援である」 **活動実施区域**は

- (1) わが国の領域、
- (2) 現に戦闘行為が行われておらず、かつ、そこで実施される活動期間を通じて戦闘行為が行われることがないと認められる公海及びその上空
- (3) 外国の領域で活動する場合には**当該外国の同意**がある場合に限られるとされていた。

ただし(3)に関し、**イラク**にあつては、**国連決議**に従つて**イラクで施政を行う機関の同意があれば当該外国の領域で活動できることとされ、陸上自衛隊が派遣されたのであつた。**

○ **非戦闘地域**とは、一般的には軍事行動と理解される**兵站活動**などを、憲法で禁止された武力行使に当たらないとするための、**技巧的な概念**

日本がいくらそのような解釈をしたところで、他国軍への支援活動が「軍事活動へ効果的に貢献」しているとして**合法に攻撃対象とされる**であろうことが指摘される。

自衛隊が攻撃対象から免れ得るものではないため、武力攻撃への対処の必要性が常に考えられなければならない。

一体化論の現実の役割としては、砲弾の届かないところに活動が限定されることで、事実上、隊員を攻撃対象となることから免れさせるという、極めて実務的な解釈だつたと言える。

つまり、憲法と国際法との間を、ギリギリ綱渡りするような工夫であり、憲法に適合す

るというための理屈であると同時に、自衛隊員の安全を確保するという性格を併せ持つものであった。政治的な判断と法的な判断の境目で、綱渡りのように日本国憲法9条の精神を現実に生かす枠組みであったと評価することができよう。

○今回の安保関連法制ではそのような配慮がなくなった

「**現に戦闘行為を行っている現場**」でなければ、そこで実施する日本の支援活動は、そもそも当該他国の武力行使と一体化するものではないという考えによることになったのである。状況の変化に応じて、その場所が「**現に戦闘行為を行っている現場**」になる場合には、その活動を休止・中断すればよいと説明されている。さらに、後方支援活動の内容として、**弾薬の提供**や、戦闘行為のために**発進準備中の航空機に対する給油・整備**まで許容することとされた。

○ 一体化論の現実主義的メリットが、現実に弾が飛んでこないところで活動することにより自衛隊員の安全を確保することにあつたとしたら、それがなくなる以上、これまで見えにくかった問題が前面に出てくる可能性がある。

○ **元の解釈を α** として、**新たな解釈を β** とするなら、 β は α の枠の中で行われなければならない。 α と根本的に矛盾する解釈は、単なる憲法解釈の変更ではなく、**憲法破壊**である。

○ 日本国憲法9条の解釈として**可能な範囲を超えた**というべきであり、このように理屈の観点からすれば、**安保関連法は一見極めて明白に、違憲無効である。**

(ここまで説明は省略)

(2) 憲法判断に踏み込むべきこと

憲法判断に踏み込むかどうかは挙げて裁判所の裁量に委ねられており、ルール化は今後に開かれている問題であるが、芦部信喜博士の次の整理に即して考えるに、本件はまさにそのような場合に当たる。

「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**、⑤憲法判断で解決するのと法律解釈ないしその他の理由で解決するのと、その及ぼす影響がいかに違うかという判決の効果など、総合的に検討する」

☞準備書面13に引用

①、②、③の判断については上記の検討と重なるので割愛する。

1 人権と9条の意義

○ 芦部博士の要件④は、事件で問題とされている**権利の性質**に注目する。

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**だったのではなかったのか。

前文は、「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保し、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、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。」と謳っている。

(防火壁としての役割)

侵害の手前で制度的に自由を確保するものであることが憲法で選択されたのである。手前で防止するという性質から、たとえば、「**防火壁**」のようなものである。

そうである以上、日本国憲法9条に違反する国家行為がなされたからといって、従来説かれている意味での**具体的な権利侵害事件として構成することが難しい**のは当たり前である。

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**権利利益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。

原告適格に関して

- 誰の「権利」として主張されるのがふさわしいか
 - 憲法上保障され又は保護されている権利利益を主張する者
 - 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、「法的保護に値する利益」を見出してきている。

- 本件原告の陳述書より明らかなように、いずれも**適格性**を有している。
「戦争を許さない」という日本国民のコミットメントに基づき、これを「代表」して、権力の暴走に異議を申し立てていると言える。

- **その訴える利益は**、それぞれの経験に支えられた、「ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存すること」に関わる人格的利益であって、いわゆる**平和的生存権の内実と重なる**と考える。

2 国会の機能不全

- 三権分立が実際に機能しているのか、あるいは機能していないのかは、憲法判断に踏み込む必要があるか否かを決する上で重要な意味を有する。

- 国民代表機関であり言論の府である**国権の最高機関である国会がその役割を十分に果たせない時には**、憲法の目的である人権の保障が十全に果たされるため、**裁判所が担う役割は重大である。**

- これまで司法府は、法律制定に関わる議事手続を裁判所が審査することに**消極的**であった。（警察法改正案をめぐる衆議院での会期延長の議事手続が衆議院規則に適

合せず無効であると争われた住民訴訟)

「**両院の自主性**」という議院の自律に重きを置いていた。

- 統治機構全体への国民の信頼を確保し維持するためには、政治部門へのバランスが、統治機構内部に求められる。内閣法制局がかつての役割を果たせなくなっている今日、それは**司法府が果たすべき任務**である。

3 三権分立を動的に考える

- 統治行為論をとったとされる判決は、苫米地事件一件のみである
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 8 1 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。

○ 砂川事件最高裁判決は

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、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねらるべきものであると解するを相当とする。

☞ **統治行為論のような論理が述べられているが・・・**

「一見極めて明白に違憲無効」と認められる場合には、裁判所の司法審査権の射程に完全に入ることになり、「違憲」とする**理論的可能性**が述べられているのである。

- 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當性が劣る。これらに鑑みれば、裁判所が不必要な憲法判断に踏み込まないことは原則である。しかし、それは**硬直的なルールと理解されるべきではなく**、事案に応

じた適切な対応が司法府には求められる。

- 憲法判断をなすに十分な理由があるかを、真正面から精査し判断することが、司法府には求められる。本件のような、権力間のバランスが崩れる中での尋常ではない憲法破壊について、裁判所には憲法判断に踏み込む十分な理由がある。

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であろう。

- 芦部信喜博士の先の要件に従って検討するに、本件はいずれの要件も満たしており、政治部門による暴力的な権力行使を一旦立ち止まらせる必要の極めて高い場合であるというべきである。

(3) 国賠法上の違法性

- 平成27年判決によれば、

「①法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、

②国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合

③など

においては、国会議員の立法過程における行動が上記**職務上の法的義務に違反した**ものとして、**例外的に**、その立法不作為は、**国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受ける**ことがあるというべきである」。

①は本意見書で明らかにしてきた。②について、安保法制廃止法案が2016年に野党により衆議院に提出されたが、国会で審議されなかった。「正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合」であるかどうか疑問の余地があるが、仮に本要件を満たさなくても、本件のような例外的に違憲性の明白である場合、③要件(など)を満たすものと解すべきである。

終わりに

- 本意見書では、司法府が憲法判断に踏み込むに当たって有する広い裁量に焦点を当て、憲法判断に踏み込むべき理由が存在するかどうかも正面から問うべきであることを強調。

- 憲法判断することが「必要な場合」かどうかを判断するには、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に関する、正確な理解が不可欠である。

- 安保関連法制定にあたっては立憲主義の危機が多く論者から指摘された。手続き的にも実体としても、異例かつ異常な権力行使がなされたものであり、本件訴訟ではまさにそのような諸事実を、白日のもとにさらさなければならない。

後世の検証にも耐えられるような丁寧な事実認定が求められる。

- 戦争や武力の行使による具体的な自由への侵害が発生する手前で、そのようなことが起こらないよう、**未然に防ぐために**、9条というドラスティックな方法がとられたことを強調した。いわば「防火壁」としての側面であるが、それが政治部門によって破壊されることなく機能するためには、三権及び国民が協働することが重要である。

- それが必要と判断される場合に、**侵害の「おそれ」に最も敏感な者**など、日本国憲法のいう**国民のコミットメントを「代表」するのに適切な者に9条違反の立法を司法過程に提起することを認めることも、司法権の範囲内にある**。本件訴訟がそうであるように、**私人である原告が司法過程を通じて法秩序の維持を求めることは、正しい政治あるいは立憲主義を実現する道筋の一つでもある**。

- 立憲デモクラシーが機能するには、**国民はその重要なアクター**三権のみならず**私人も合わせて協働して、不断に求め続けなければならない**。

- 憲法81条に明文で規定された**司法審査権**は**裁判所の権限**であり、裁判所に、**他権力の統制による憲法秩序維持の責務**を負わせている。

- 裁判所が政治とは異なる「法」の論理で動く機関であることを主張し続けるためには、**動態的な憲法秩序の維持の一部として、政治の追認ではなく政治とは違う論理を一貫させる**ことでしか、国民の信頼をつなぐ方法はない。

以上