

○論説：憲法判断をめぐる司法権の役割について —— 安保法制違憲国賠訴訟を題材に

青井未帆*

目次

はじめに

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
- (2) 「事件」と憲法判断
- (3) 憲法と人権
- (4) 権利の客観的な側面

第2章 客観的な側面を訴訟で争うことについて

- (1) 公立図書館事件
- (2) 公的な利益の実現

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
- (2) 淵源
- (3) *parens patriae* と事件性、準主権的利益
- (4) 連邦政府に対する *parens patriae* 訴訟
- (5) 若干の検討

第4章 「事件」と憲法判断

- (1) 「事件」
- (2) 一人一票訴訟
- (3) 憲法判断回避の準則
- (4) 小括

第2部 安保法制違憲国賠訴訟

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
- (2) 客観的な法秩序違反と国賠法上の違法性
- (3) 国賠法1条1項にいう「違法性」
 - 1 行政の行為・不作為の場合
 - 2 立法行為の場合
- (4) 違憲確認訴訟の代替

第2章 判例の検討

- (1) 在宅投票事件最高裁判決（昭和60年判決）
- (2) 在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁判決（平成17年判決）
- (3) 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（平成18年判決）
- (4) 再婚禁止規定違憲判決（平成27年判決）
- (5) 小括

第3章 安保法制違憲国賠訴訟

- (1) 立法行為の違憲性
 - 1 安保・防衛法制のロジック
 - 2 自衛隊の活動を正当化するための議論
- (2) 憲法判断に踏み込むべきこと
 - 1 人権と9条の意義
 - 2 国会の機能不全
 - 3 三権分立を動的に考える
- (3) 国賠法上の違法性

終わりに

はじめに

本意見書は、2015年に制定された、いわゆる安保関連法（自衛隊法をはじめとする10本の法律の改正法案である平和安全法制整備法及び新法制定法として国際平和支援法のことを指す。以下、本意見書において「安保関連法」という。）について提起された、国家賠償請求訴訟（以下、「安保法制違憲国賠訴訟」という。）に関し、憲法判断をめぐる司法権の役割を論ずるものである¹。

議論にあたり次の2点は前提とし、本意見書では詳論しない。第一に、安保関連法が実体問題として憲法9条に違反することである。ただし、行論に必要な限度で、第2部第3章（1）において安保関連法が「一見極めて明白に違憲」であることを確認する²。また、第二に、原告らが本件において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ことである³。

本意見書は、二部構成である。第1部「司法権と憲法訴訟」では、日本国憲法の下での憲法訴訟について、これまでの一般的な理解を踏まえた上で、客観的な憲法秩序の維持機能を司法裁判所がいかにか果たすかという今日的な課題に焦点を当てる。

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のではなく、まだ理論的にも

* 青井未帆・学習院大学大学院法務研究科教授（憲法学）。本論文は、2017年6月2日に東京地方裁判所民事第一部に提出した意見書に、誤変換等の修正のほか、一定の修正を加えたものである。但し論旨に変更はない。

- 1 安保関連法については、差止訴訟も提起されているところ、本意見書で展開している議論の基本的部分は差止訴訟においても適用可能と考える。
- 2 安保関連法の、憲法の他の条文との適合性については、措く。
- 3 私見によれば、原告らは、日本国憲法に示されている「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、これをいわば「代表」して、権力の暴走に異議を申し立てている者であり、自らの体験に基づき、安保関連法の抱える問題を最も鋭く摘示しうる者である。原告の訴える利益は、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り、これを充填するものであって、安保法関連法制定により、原告らの法的保護に値する人格的利益が損なわれたということができると考える。

実務的にも開拓の余地が広いことを、アメリカ合衆国（以下、「アメリカ」とする。）の^{パレンス パトリー}*Parens Patriae*訴訟⁴を参考として見る。また、司法権の発動要件とされる「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」があるかどうかを鍵となることを強調する。

第2部「安保法制違憲国賠訴訟」では、立法行為（不作為を含む。）が違憲であるとして提起される国家賠償請求訴訟（以下、「立法行為違憲国賠訴訟」という。）に即して、第1部で得られた知見を応用する。立法行為違憲国賠訴訟は、本来的な目的である「損害の填補」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。このような訴訟が抱える理論的限界を自覚しつつも、実質的な訴訟の目的との関係で、問題を検討するべきである。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条の存在理由や、安保関連法の制定過程の異常さ、三権の間の抑制均衡の機能不全などを総合的に検討する結果として、本件がまさに憲法判断（違憲判断）に踏み込むべき事案であることを主張する。そしてまた国賠法上も違法との評価を受けるべきであることを主張する。

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

日本国憲法は、近代立憲主義の正統な系譜に属する憲法であり、その目的は国家権力を制限して国民の権利・自由を守ることにある。憲法は、「自由の規範である人権規範に奉仕するものとして存在する⁵」（「自由の基礎法」（芦部信喜）という点が、憲法の持つ性格の中でも、最も重要である。国法秩序において憲法は最も強い形式的効力を持ち、「憲法に違反する法律、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

4 その意味について、第1部第3章参照。

5 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法（第6版）』（岩波書店、2015年）10頁。

い。」(憲法98条)。最高法規性の実質的根拠は、日本国憲法が「自由の基礎法」であることにある。

憲法は統治機構の組織を定め授権する規範でもあるが、憲法の存在目的より見れば、組織規範もまた究極的には人権に資するための規定であり、かかる観点から、あるべき統治機構像を解釈しなくてはならない。すなわち、本意見書が実体的検討の主たる対象とする憲法9条は、軍事に権限を配分しないという定めであるが、その解釈の際には、憲法の目的である自由の保障という観点を忘れてはならない。

大日本帝国憲法もそうであったが、かつてヨーロッパ諸国では、法令が憲法に適合するや否やに関する審査権限は裁判所に与えられないのが通例であった。しかし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、世界的な潮流となった。日本国憲法でも81条で、「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。」とし、司法裁判所に違憲審査権を認めている⁶。

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⁷」であると解されている(判例・通説)。憲法76条1項により、司法権は裁判所に属しており(「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。」)。つまり、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。76条が伝統的に具体的な事件(「事件性」)を中心に把握されてきたのに対して、81条の法文に違憲審査権行使の要件として「事件性」が示されているわけではなく、

6 司法権の行使に付随するかどうかで、付随的違憲審査制(アメリカなど)と独立的違憲審査制(ドイツなど)とに分けられている。前者は、その主たる目的は紛争解決、後者のそれは客観的憲法秩序の保障とされる。アメリカと同様、わが国における制度は付随的違憲審査制であると解するのが、通説・判例の立場である。なお、両モデルは運用される中で豊かな展開を遂げ、各国の制度は機能において「合一化傾向」にあるとされる。マウロ・カベレッティ(谷口安平・佐藤幸治訳)『現代憲法裁判論』(有斐閣、1974年)86頁以下。

7 芦部・前掲書(注5)379頁。

両者の領分は常に一致するというものではないことに注意を払いたい⁸。

(2) 「事件」と憲法判断

次に司法権と憲法判断の関係について整理する。

我が国で司法権は一般に、「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⁹。」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」）。

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（判例・通説）。判例で「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¹⁰。

なお、本意見書が考察対象としている、違憲の公権力行使として立法行為を対象に国家賠償請求訴訟を提起する立法行為違憲国賠訴訟についていえば、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ことになるものの、損害賠償の対象となりうる法的利益の侵害の有無が問題となる¹¹。ここでは、「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

8 例えば、いわゆる客観訴訟は事件性の要件を満たすものではないが、政教分離原則違反を問う住民訴訟におけるように、違憲審査権行使がなされることは自明視されていると言える。

9 清宮四郎「憲法I〔第3版〕」（有斐閣、1979）335頁。

10 最大判昭和27・10・8刑集6巻9号783頁（警察予備隊訴訟）、最三小判昭和28・11・17行集4巻11号2760頁（教育勅語訴訟。本文での引用は本判決からである。）、最大判昭和28・11・11民集7巻11号1193頁ほか。

11 例えば、首相の靖国参拝を争う違憲国賠訴訟で最判平成18・6・23集民220号573頁は、「人が神社に参拝する行為自体は、他人の信仰生活等に対して圧迫、干渉を加えるような性質のものではないから、他人が特定の神社に参拝することによって、自己の心情ないし宗教上の感情が害されたとし、不快の念を抱いたとしても、これを被侵害利益として、直ちに損害賠償を求めることができないと解するのが相当である。上告人らの主張する権利ないし利益も、上記のような心情ないし宗教上の感情と異なるものではないというべきである。このことは、内閣総理大臣の地位にある者が靖国神社を参拝した場合においても異なるものではないから、本件参拝によって上告人らに損害賠償の対象となり得るような法的利益の侵害があったとはいえない。」とし、司法過程によ

ふさわしいか」という憲法実体問題の観点から、裁判所が司法判断の対象とするものを、大きくくり「事件」という言葉で表すこととする。

憲法訴訟とは、「憲法にかかわる争点を伴って提起される訴訟であ(り)¹²⁾」、裁判所に提起される民事・刑事・行政事件で憲法上の争点の主張がなされる場合に、「憲法訴訟」と呼ばれている。違憲審査権は「裁判所に適正に係属している訴訟の処理にあたり、合憲性の争点はその訴訟の処理と密接な関係をもつものであるとき、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¹³⁾」であると説明されている。

例えば、裁量権の逸脱濫用に当たるために違法とされる場合など、憲法訴訟においても実体的な憲法判断が示されないこともあるが、直接に正面から憲法上の権利の侵害が語られない場合¹⁴⁾も含めて、通常、広く「憲法訴訟」と呼ばれていることに留意したい。憲法訴訟は、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、これを核としながらも、より広く、憲法の「精神」に配慮した法律解釈がなされるべき場合も含めて、観念されているのである。そこで、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

憲法の目的である「人権」の意味するところについて、さらに整理を進める。

憲法は人権を保障するが、その人権と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」そのものではなく、通常の場合はない。今後、公法上の当事者訴訟がさらに展開する可能性はあるとはいえ、憲法上の「権利」といっても、「法律上の争訟性」についての判例の説明である、上掲「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

り違憲性を争うことは容易ではない状況にある。このことは地方公共団体の政教分離原則違反が住民訴訟という形式で争われ得ることと比べて特徴をなす。

12 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）1頁。

13 戸松・前掲書（注12）43頁。

14 最判平成8・3・8民集50巻3号469頁（剣道不受講事件）、最判平成18・2・7民集60巻2号401頁（広島県教組教研集会事件）など多数。

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」
という「権利」（上記で下線を引いた部分）では、必ずしもない。例えば、
ある立法が憲法21条の保障する「表現の自由」に違反しているということが
明白であったとしても、法律が具体的に適用されない段階で、「表現の自由」
の救済を求める訴訟を提起することは、通常の場合、想定しにくい。

また、これまでの判例に照らせば、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
的に違憲とい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。

民事事件でいえば、憲法上の争点の提起は、本案の申立てを根拠づける「法
律上の陳述」の中に位置付けられる。また裁判所は、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であって、これに裁判所が応
答しなくてはならない義務はない。

以上につき、人権の中でも中心にある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、侵害行為が排除されることで、自由が回復する。

侵害行為の排除の方法としては、大別して（A）人権を侵害する法令を無
効とすること¹⁵、（B）特定の人への法令の適用を免れさせる、あるいはそ
の者への処分が無効とすること¹⁶が区別されうる。これらの派生的結果とし
て、自由は回復する。後者の場合、特定の個人への適用に焦点が当てられる
が、前者の場合には、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¹⁷。憲法判断がなされる際、憲法

15 一般に、「法令違憲」という呼称が使われている。

16 学説では、「適用違憲」という呼称が使われることが多いが、必ずしも違憲判断が下され
るわけではない。

17 法律が違憲とされた場合でも、それは当該法律を当該事件で適用しないことを意味する
にすぎないが（「個別的効力説」）、先例の効果として、後の事件でも踏襲されることになる。

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の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な自由や権利の回復として働いているのである。

上記の(A)について例えば、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て著名な森林法違憲最高裁判決¹⁸は、もともと純然たる民事事件であった。請求されていたのは、①共有山林の現物分割と、②原告に無断で立木を売却し、原告の二分の一の共有持分権を侵害したことによる損害への賠償である。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、原判決中の上告人敗訴部分は破棄を免れず、その部分については上告人の分割請求に基づき民法258条に従って本件森林を分割すべきものであるとして、事件を原審に差し戻した。このように本判決は、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。

また、我が国の判例において、特定の個人を超えたより一般的な自由や権利について、人権の特性に鑑み、それを保障する「仕組み」そのものに注目されてきている。例えば表現の自由の特性として、これまでも、「こわれ易く傷つき易い」という表現の自由そのものの特質に一定の注意が払われて、《自由な情報流通の仕組み》との関わりにおいて、表現の自由の保障の範囲が捉えられてきたのであった¹⁹。表現の自由は、このように、個人的な人権

18 最大判昭和62・4・22民集41巻3号408頁。

19 通説的見解によれば、「自己実現」と「自己統治」という二つの価値が、表現の自由の優越的地位を支えている。芦部信喜によれば、前者は「個人が言論活動を通じて自己の人格を発展させるといふ、個人的な価値」であり、後者は「言論活動によって国民が政治的意思決定に関与するといふ、民主政に資する社会的な価値」である(芦部・前掲書(注5)175頁)。

また個人の自律よりも、自己統治の価値に重きを置く論者として、ALEXANDER

であると同時に客観的な仕組みとの関係も認められてきているのである。この点について、次節にて確認しておく。

さて、次に上に挙げた（B）については、学説で一般に「適用違憲」と言われる類型を想定している。最高裁判例はこの術語を用いているわけではないが、判例ではこのような思考方法によって、個別の正義を図ることが、しばしばある。

例えば、国公法違反事件判決²⁰においては、「（国公法）102条1項の文言、趣旨、目的や規制される政治活動の自由の重要性に加え、同項の規定が刑罰法規の構成要件となることを考慮すると、同項にいう『政治的行為』とは、公務員の職務の遂行の政治的中立性を損なうおそれが、観念的なものにとどまらず、現実的に起こり得るものとして実質的に認められるものを指し、同項はそのような行為の類型の具体的な定めを人事院規則に委任したものと解するのが相当である。」ことから、同法110条1項19号、102条1項、人事院規則14-7第6項7号、13号は憲法21条、31条に違反しないとした。そして同判決は、「管理職的地位になく、その職務の内容や権限に裁量の余地のない公務員によって、職務と全く無関係に、公務員により組織される団体の活動としての性格もなく行われたものであり、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。

つまり、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のであった。本判決では違憲判断が下されたわけではないが、判決は適用違憲類似の効果を発揮したものともいえる。

MEIKLEJOHN, POLITICAL FREEDOM: THE CONSTITUTIONAL POWERS OF THE PEOPLE (1960) のような議論にも関心が払われてきたことに留意したい。

上記の「自己実現」「自己統治」という定式に大きな影響を与えたThomas Emersonによれば、表現の自由というのは「システム」である (THOMAS EMERSON, THE SYSTEM OF FREEDOM OF EXPRESSION 3 (1970))。

20 最判平成24・12・7刑集66巻12号1337頁（国公法違反事件（堀越事件））。

(4) 権利の客観的な側面

上では権利の客観的性質について簡単に言及した。本節では、表現の自由に関し、北方ジャーナル事件判決を取り上げて、「自由な表現空間²¹」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。すなわち、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で最高裁は、仮処分による事前差止めの検閲該当性は否定したものの、次のように論じている²²。

(1) 表現行為に対する事前抑制は、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。またその性質上、事後制裁の場合よりも広汎にわたりやすく、濫用のおそれがあるので、抑止的効果が事後制裁の場合より大きい。したがって、表現行為に対する事前抑制は「厳格かつ明確な要件」のもとにおいてのみ許容される。

(2) 出版物の頒布等の事前差止めは、事前抑制に該当する。とりわけ公務員または公職選挙の候補者に対する評価批判等の場合は、公共の利害に該当するものであり、事前差止めは原則として許されない。

(3) ただ、その場合でも、「(a-1) 表現内容が真実でなく、(a-2) 又はそれが専ら公益を図る目的のものでないことが明白であって、(b) かつ、被害者が重大にして著しく回復困難な損害を被る虞があるとき」には、例外的に事前差止めが許される。

21 たとえば思想及び情報の自由な流通が確保されることについてレベタ事件（最大判平成元・3・8民集43巻2号89頁）は、「憲法21条1項の規定は、表現の自由を保障している。そうして、各人が自由にさまざまな意見、知識、情報に接し、これを摂取する機会をもつことは、その者が個人として自己の思想及び人格を形成、発展させ、社会生活の中にこれを反映させていく上において欠くことのできないものであり、民主主義社会における思想及び情報の自由な伝達、交流の確保という基本的原理を真に実効あるものたらしめるためにも必要であって、このような情報等に接し、これを摂取する自由は、右規定の趣旨、目的から、いわばその派生原理として当然に導かれるところである」、としている。また、この文章の後ろで、新聞紙閲読制限事件（最大判昭和58年6月22日民集37巻5号793頁）が参照されている。そこではレベタ事件で用いられたのと同様の言い回しにて、自由に情報に接し、摂取することの意義と、民主主義社会における情報の自由な伝達、交流の確保という基本原則であることが挙げられていた。

22 最大判昭和61・6・11民集40巻4号872頁。

以下、(a-1)、(a-2)、(b)を「北方ジャーナル要件」とする。確認したいのは、北方ジャーナル要件でとられている思考方法というのは、物権のような絶対権への反発力としての差止めの場合と違い、差止め請求権の成立要件を、表現の自由の観点から一定の要件を加重して設定している点である。そうすることにより、差止めが許される場合を絞り込み、真実に反する表現が許容されなければならない場合を広く捉えているのである。

それはなぜなのか。同判決の谷口正孝裁判官意見がその理由について、同裁判官の立場（「現実の悪意」法理の支持）からの発言ではあるが、次のように述べている点が示唆深い。

「真実に反する情報の流通が他人の名誉を侵害・毀損する場合に、真実に反することの故をもつて直ちに名誉毀損に当たり民事上、刑事上の責任を問われるということになれば、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。

このような『自己検閲』を防止し、公的問題に関する討論や意思決定を可能にするためには、真実に反した言論をも許容することが必要となるのである。そして、学説も指摘するように、言論の内容が真実に反するものであり、意見の表明がこのような真実に反する事実に基づくものであつても、その提示と自由な討論は、かえつてそれと矛盾する意見にその再考と再吟味を強い、その意見が支持されるべき理由についてのより深い意見形成とその意味のより十分な認識とをもたらずであろう。このような観点に立てば、誤つた言論にも、自由な討論に有益なものとして積極的に是認しうる面があり、真実に反する言論にも、それを保護し、それを表現させる自由を保障する必要性・有益性のあることを肯定しなければならない。公的問題に関する雑誌記事等の事前差止めの要件を考えるについては、先ず以上のことを念頭においてからなければならない。（誤つた言論に対する適切な救済方法はモア・スピーチなのである。）」と。

ここでは、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。

学説でも、「表現の自由を他の人権以上に強固に保障することこそ、人権全体の保障に不可欠であるという信念²³」が共有されており、それを表現の自由の「優越的地位」と呼んでいる。そしてそのために、表現の自由の行使が畏縮させられないよう（上記谷口意見の下線箇所参照）、畏縮効果を早期に除去すべしという要請が認められてきているのである。別言すれば、表現の自由が畏縮させられるかもしれないという「おそれ」に敏感であることが、表現の自由の性質上、要求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

(1) 公立図書館事件

そもそも憲法判断は、概念としては、具体的な訴訟形式から独立に観念しうるのであり²⁴、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、純粋に主観的な、「私」の利益のみを保障する規範とは考えにくい。国民一般の自由や権利、そして客観法原則や組織・授権規範は、そのような客観的な側面に関わる。先に見た表現の自由は、最高裁自身によってその点が考慮に入れられてきた憲法判断の領域である。

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をどこまで判断をできるか。これは、簡単な問題ではない。

23 高橋和之『立憲主義と日本国憲法〔第4版〕』（有斐閣、2017年）210頁。

24 例えば、最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁（在外邦人選挙権訴訟）は、公選法の違法確認の請求、国賠請求といった個別の請求についての判断に先だって、選挙権が制限されていることの憲法適合性判断をなしている。

それでも、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あるいは相関関係を見出すことができる。

国民一般の自由や権利あるいは客観的な制度や仕組みについて、裁判手続きを通じて救済や是正を求めることは、容易ではない。現実に最も大きな問題は、誰がかかると主張をなすのかという問題である。国民一般の自由や権利について、誰がどのような法的権利や法的保護に値する利益を持つと立論できるか。

この点について興味深い例が公立図書館事件である²⁵。本件はある公立図書館で、定められていた「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、当該図書館の著者が国家賠償請求訴訟を提起したという事案であった。

美術館や図書館は、美術作品や書籍等を通じて自己の思想、意見等を公衆に伝達するうえでの重要な「場」であり、公権力は市民に伝達の「場」を提供することによって表現活動を援助することができる。「場」の提供は、自由の制約ではなく援助であり、その公権力の行使に著作者が異議を申し立てる論理はストレートには出てこないように見える。

実際のところ、公立図書館事件でも、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。曰く、「控訴人ら著作者らは、自らの著作物を図書館がその蔵書書籍として購入することを法的に請求することができる地位にあるものとまでは解されないし、控訴人らの著作物が図書館に購入された場合でも、当該図書館ないし公務員に対し、その所蔵書籍として閲覧に供する方法については、著作権ないし著作者人格権等の侵害を伴う場合は格別、それ以外には、法律上何らかの具体的な請求ができる地位に立つまでの関係には至らないと解されるものである。したがって、

25 その他、金沢地判平成17・5・30判例時報1934号3頁（住基ネット訴訟）など。

その購入された書籍の閲覧に供する方法に不適切な点があったとしても、そのことをもって、直ちに控訴人らの法的権利ないし法的保護に値する利益の侵害があったといえないことは明らかである²⁶。】。

しかし最高裁は、そのような判断を是認せず、次のような注目すべき議論を展開して、図書の著作者の「法的保護に値する人格的利益」を引き出した²⁷。

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出来る。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。】。

26 東京高判平成16・3・3民集59巻6号1604頁。

27 最判平成17・7・14民集59巻6号1589頁。

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、かかる客観法的価値を損なう行為をしないという図書館職員への職務上の義務が導かれ、その義務違反が「思想、意見等を公衆に伝達する」著作者の主観的権利へと結ばれているのである。

このように、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った。このような思考方法は、客観的な法規範と個人の権利利益を結びつける先例として参考になろう。

(2) 公的な利益の実現

そこで、司法における公的な利益の実現について考える。大日本帝国憲法は、司法権の範囲について、フランス、ドイツなどの制度と同様に、民事裁判と刑事裁判のみを通常裁判所に属せしめていた。これを、日本国憲法は行政事件の裁判も含めて全ての裁判事件を通常裁判所に属せしめるよう司法権の拡大をなした。通常裁判所が行政事件も扱う制度は、英米で発達したことから、大陸型からアメリカ型に転換したともいわれる。また、違憲審査制については、アメリカの違憲審査制にならって付随審査制をとっているとも説明される。もっとも、簡単に、大陸型からアメリカ型に転換したといえるものか、本当に大陸型の司法観となったといえるのかには疑問もあり、のちにこの点に関連して触れる。

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²⁸のと比べて、日本では、基本的には「小さな司法²⁹」像を超えることなく違憲審査権が行使されてきたことは周知の通りである。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

28 「メガ政治の司法化」(The Judicialization of Mega-Politics) という言葉も使われる。Ran Hirschl, *The Judicialization of Mega-Politics and the Rise of Political Court*, 11 ANN. REV. POL. SCH. 93 (2008) .

29 棟居快行「最高裁は何処へ？」同『憲法学の可能性』(信山社、2012年) 173頁。

権力間の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。

その根拠は例えば、①「抽象的審査になってしまう」ということであったり、②「憲法判断回避の原則」であったり、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。

しかしながら、これらの根拠を考えるに、①について我が国でも実質的には憲法秩序そのものを保障してきた事例は数多くあり、②の憲法判断回避の原則についても「普通の公理」というよりは、時代規定的な性格を指摘することができる。③はアメリカでは「政治的問題の法理」（political question doctrines）とされるが、その内容は混乱しており、何がこれに該当するか困難であることが指摘されている³⁰。

①～③等は、司法権を外在的に縛っているルールというよりも、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。考えるに、政治との関係で司法権の限界をあらかじめ線引きすることはそもそも不可能と思われ³¹、①～③等が政治部門への自己抑制のための「理由」・「道具」として用いられてきたこと自体は、批判されるべきことではない。問題は、「司法権の限界」論から演繹的に司法権の役割を限定することである。司法権の限界とは、基本的には他権力との関係での司法府による自己抑制を意味するに過ぎない。何ゆえに、それらの法理が用いられるか、また用いることが適当であるかを問うべきである。

なぜ我が国の司法が「小さな司法」であるのか。その背景的な理由として、司法過程を通じた法の執行（エンフォースメント）についての理解が作用し

30 「政治問題の法理が混乱しているのは、何が司法判断不可能な政治的問題であるかについて判断する実効的な基準を最高裁が作り出せていないからである。」（ERWIN CHERMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW PRINCIPLES AND POLICIES, 5th ed.136）。

31 長谷部恭男は「ある法律上の問題について当事者間の主張が対立しており、少なくとも当事者間では当該法律問題が統一的に確定している必要のある状況」を「争訟の状況」と呼び、司法権の発動にはかかる状況が必要とするが、司法ではなく政治部門の解決すべき「政治の状況」と「争訟の状況」は、明確には分けられるものではないことを指摘している。「司法権の概念と『争訟の状況』」新堂幸司監修／高橋宏志・加藤新太郎編集『実務民事訴訟講座〔第3期〕第1巻 民事司法の現在』63-64頁。

ているであろうことに注目したい。日本においても、戦後、行政裁判も司法裁判所が扱うようになったが、「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³²」があることが、いずれも数々の業績を残した著名な学者である田中英夫と竹内昭夫によって指摘されている。

曰く、その背景的な理由の一端は、近代化を短期間で行い新たな体制を作り出した明治維新时期に求められる。「法は、まさに、国民を治めるために治者が動かすものと考えられることになった。法のエンフォースメントは、治者によっていわば『独占』される。被治者のなし得ることは、治者に対し、法の下での救済・庇護を求めることしかない³³」。「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的努力をなすべきで（ママ）主体ではない³⁴」。

上記で論じられている「法」は法律を指しているが、法律制定は憲法の執行という側面もあり、「私」の権利・利益を超える性格を不可避に帯びる憲法問題について、私人がエンフォースに関わる（裁判所に憲法上の争点を提起する）こともまた、この文脈で論じることはできよう。

上記の指摘を立憲主義と絡めて言い換えるならば、次のようにいえないか。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いえる。立憲主義という言葉や伝統はあっても、国民が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³⁵。

32 田中英夫・竹内昭夫「法の実現における私人の役割（一）」法学協会雑誌88巻5・6号4頁（1971年）。

33 田中・竹内前掲論文（注32）8頁。

34 田中・竹内前掲論文（注32）8頁。

35 立憲主義という言葉や伝統について、例えば、立憲主義的な立場にあった人物として、明治憲法体制を構築するに大きな役割を果たした法制官僚・井上毅が著名である。彼は、「今日ノ立憲政体ノ主義ニ従ヘバ君主ハ臣民ノ心ノ自由ニ干渉セズ」（1890年6月20日付け、山縣有朋宛井上書簡）とするなど立憲政体に関する相当の理解を有していたもの

しかし、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、安保関連法制定への批判の聲が高まった際に、「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。あるいは、近代日本の民衆史の文脈において見ても、このような形態はなかったことなのかもしれない。「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いえるのではないか。

国民が立憲主義の維持に参加する形は複数の方法がある。中核にあるのは、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である。また、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である。さらにこれらとともに、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。

我が国では、司法府が過剰に自己規制することによって、裁判所として果たし得る役割を目一杯に果たしてはいないようにも見える。では、果たし得る「目一杯」とはどの範囲か。これを確定的に示すことは不可能ではあるが、章を改めて、日本が継承したとされる英米の司法が果たしている役割の広さを比較対象として考える。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ことを、確認したい。

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

政治部門との関係で司法権が果たしうる役割と範囲について、網羅的に本

と考えられる。しかし、国体を中心とする明治憲法体制において当然の前提であったことであるが、井上にとっての至上命題は万世一系の皇統の主権性を保護しつつ近代国家を整えることにあったのであって、個人の自由から思考を出発させる近代立憲主義とは、根本において狙いが異なるものであった。

* 本章を元に「9条と司法権：*parens patriae*訴訟を参考に」という論考を法律時報89巻8号90頁以下（2017年）に発表した。

意見書で論ずることは不可能であるため、限定的な角度から眺めるにとどまる。ここでは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 patriae*訴訟に手がかりを得る。

そもそも英米では伝統的に、公益や公的な権利が司法を通じて実現・執行 (enforce) される経路があり、その際には法務長官 (Attorney General) が重要な役割を果たしてきた。本章では、アメリカで州の法務長官が *parens patriae* (“the parent of the country”) として起こす訴訟に注目する³⁶。 *parens patriae* は、州にスタンディング (原告適格、主張適格)³⁷ 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³⁸。

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のが *Louisiana v. Texas* である。この判決において最高裁が、州の *parens patriae* 訴訟の有効性について認めたこと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じたことについて、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件であった。最高裁は管轄権がないとして斥けたが、ルイジアナ州の主張について、一定の理解が示された。

曰く、ルイジアナ州の主張の骨子とは、「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。」、 「訴訟原因は、ルイジアナ州の権限への侵害や、同州の財産への特別な損害

36 起源について、Hugh H.L. Bellot, *The Origin of the Attorney-General*, 25 LAW Q. REV. 400 (1909) など。日本では、環境法、少年法、反トラスト法、消費者法などの分野で紹介がなされている。飯泉明子「アメリカのパレンス・パトリエ訴訟に関する一考察—環境法の視点から」企業と法創造7巻2号 (2010年) 291頁以下、佐野つぐ江「米国の州司法長官の権限及び活動に対する法学者の見解と、クラスアクション制度との比較」成蹊大学法学政治学研究41号 (2015年) 1頁以下など。

37 スタンディングに関する邦語文献として、例えば、市川正人「憲法訴訟の当事者適格—第三者の憲法上の権利の主張をめぐって1、2、3」506頁、756頁、860頁以下。民商法雑誌91巻4号 (1985年)、高橋和之「スタンディングに対する『憲法上の要請』—アメリカ判例理論の展開を中心にして」芦部先生還暦『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣、1985年) 283頁以下、渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』(1995年) など。

38 概観として、Margaret H. Lemos, *Aggregate Litigation Goes Public: Representative Suits by State Attorneys General*, 126 HARV. L.REV. 486 (2012) ; Jack Ratliff, *Parens Patriae: An Overview*, 74 TULLREV. 1847 (2000) など。

に関わるものとして捉えるべきではなく、同州がこの問題が市民全体に関わるものであるとして救済を求める資格があることを主張するものとして理解されるべきである³⁹。」と。

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、パブリックニューサンス禁止を、市民の利益の代表者として州が争う訴訟が認められることが続いた⁴⁰。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⁴¹、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のである。

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みた。大規模な不法行為訴訟において集団訴訟（class action）の重要性が陰りを見る一方で、それに変わる選択肢として、class actionと並ぶ、あるいは代替として、市民への被害救済に*parens patriae*訴訟が広く用いられるようになった⁴²。今

39 Louisiana v. Texas, 176 U.S.1, 19 (1900) .

40 North Dakota v. Minnesota, 263 U.S. 365 (1923) ; Wyoming v. Colorado, 259 U.S. 419 (1922) ; New York v. New Jersey, 256 U.S. 296 (1921) ; Kansas v. Colorado, 206 U.S. 46 (1907) ; Georgia v. Tennessee Copper Co., 206 U.S. 230 (1907) ; Kansas v. Colorado, 185 U.S. 125 (1902) ; Missouri v. Illinois, 180 U.S. 208 (1901) .

41 合衆国憲法修正11条（1795年批准）は、州の主権を守るための条項であり、次のように定める。「合衆国の司法権は、合衆国の一の州に対して、他の州の市民または外国の市民もしくはその統治に服するものにより提起され追行される、コモン・ローまたはエクイティ上のいかなる訴訟にも及ぶものと解釈してはならない。」。訳は、高橋和之編『〔新版〕世界憲法集』（岩波文庫、2007年）（土井真一）による。

42 その理由として、この訴訟類型がclass actionよりも 便利で効率的であるという理由がしばしば挙げられる。なお、class actionへの優位性が示されるのに大きな役割を果たしたのが、タバコ訴訟である。Texas v. American Tobacco Co., 14 F.Supp.2d 956 (1997) で連邦地裁は、州は制定法上の根拠がなくとも、医療提供のために年数百万ドルの支出があることや、テキサス州の州民の健康と福祉を向上させるものであるため、「準主権的利益」を追求する訴えを提起することができると判示したのだが、この「準

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⁴³、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*訴訟の淵源はどこにあり、何が根拠となって州が一般的な利益を代表することが認められるのか。最高裁の判例や学説では、*parens patriae*訴訟の説明として、(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と、(ロ) 法の一般原理であることを強調する非歴史的な理解とがあると指摘されている⁴⁴。

(イ) の由来は、ブラックストンの『イングランドの法釈義』（1765年）⁴⁵であり、初期のアメリカ連邦最高裁判決⁴⁶に引用され、その後も繰り返し、判例の中で言及されている⁴⁷。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“the guardian of the realm”として、イギリスの国王大権を継受した⁴⁸という理解である。このような説明は、額面通りに受け止められる傾向も認められるものの⁴⁹、本当に歴史的事実として継受されたと言えるのか、異論も呈されている⁵⁰。どちらが事実として正し

主権的利益」という概念がアメリカの*parens patriae*訴訟の特徴となった（準主権的利益について本文で後述する）。

43 Richard P. Ieyoub & Theodore Eisenberg, *State Attorney General Actions, the Tobacco Litigation, and the Doctrine of Parens Patriae*, 74 TUL.L.REV. 1859, 1864 (2000) は、反トラスト法の領域についての論文であるが、*parens patriae*と明示する判例が少なくなってきたことを指摘している。州法務長官による訴訟として一般化されてきているので、明記する必要性が薄れてきているためであるとする。

44 Margaret S. Thomas, *Parens Patriae and The States' Historic Police Power*, 69 S.M.U.L.REV. 759, 768 (2016) .

45 WILLIAM BLACKSTONE, COMMENTARIES ON THE LAWS OF ENGLAND 47 (1765) .

46 Trs.of Phila.Baptist Ass'n v. Hart's Ex'rs, 17 U.S. 1, 47 (1819) .

47 Hawaii v. Standard Oil Company of California, 405 U.S. 251, 257 (1972) .

48 George B. Curtis, *The Checkered Career of Parens Patriae: The State as Parent or Tyrant?*, 25 DEPAUL L. REV. 895, 896-898 (1976) .

49 Curtis, *supra* note 48はイギリスでの用法について判例を示している。

50 See e.g. Thomas, *supra* note 44.

いか、ここでは踏み込む余裕がないが、少なくとも、共有された歴史的物語として「イギリス法からの継受」が語られていることを確認したい。

次に*parens patriae*訴訟の説明として、(ロ)は、歴史的事実として継受したかどうかというよりも、政府が政府として機能するに当然に必要な普遍的な権能として理解するものである⁵¹。これは、アメリカ法の歴史においても「一般的な法原理」が特に好まれて連邦コモン・ローが導かれていた時代⁵²に言及されるようになった理由付けであると指摘されている⁵³。すなわち、判例によると*parens patriae*たる権能は、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、という⁵⁴。

連邦司法権が一般原則を生み出すことを正面から認める一般的な連邦コモン・ローは、建前上は1938年のErie Railroad Company v. Tompkins⁵⁵で終結したが、*parens patriae*の領域においては、かかる思考方法の残滓があるといえ、ここにも*parens patriae*訴訟の特殊例外性が現れている。

このように、歴史的理論的淵源は明らかであるとはいえず、*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。であるからこそ、「イギリス法からの継受」や「法の一般原則」が正統性を提供しているのであろう。

(3) *parens patriae* と事件性、準主権的利益

さて、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

51 ローマ法に淵源があるとした判決として、Latter Day Saints v. United States, 136 U.S. 1, 51-56 (1890) など。

52 MORTON J. HORWITZ, THE TRANSFORMATION OF AMERICAN LAW 1870-1960: THE CRISIS OF LEGAL ORTHODOXY 121 (1992) .

53 Thomas, *supra* note 44, at 780. 当時の理解を背景とする連邦コモン・ローについて重要な判例として、Swift v. Tyson, 41 U.S. 1 (1842) がある。これは、通商に関わる法理の一般的な原理法理に基づいて、契約と通商に関する連邦コモン・ローを展開したものであった。また、コモン・ローに基づく*Parens Patriae*権能について打ち出した判決としてVidal v. Girard's Executors, et al., 43 U.S. 127 (1853) を参照。

54 Latter-Day Saints, 136 U.S. at 57.

55 Erie Railroad Company v. Tompkins, 304 U.S. 64 (1938) .

によって、「事件及び争訟」とされている⁵⁶。すなわち、事件性は憲法明文での要請なのである。*parens patriae*訴訟についても、それが連邦裁判所で争われる場合、「事件及び争訟」性を満たさなければならない。しかし、先に見たように、州民一般の利益の代表として州が提起する*parens patriae*訴訟は、伝統的な意味での連邦司法権が対象とする「事件」とは言い難い。

一般に、スタンディングについて、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⁵⁷、*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、難しいといわざるを得まい。一体、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。これは、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解釈上導いて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。

そこで、*Parens patriae*訴訟のスタンディングに関して説明をする判例として、Alfred L. Snapp & Son, Inc. v. Puerto Rico ex rel. Barez⁵⁸を見ておきたい。

本件は、プエルトリコ政府が、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、*Parens Patriae*として、宣言判決とインジャンクションを求めたものであった。

56 合衆国憲法第3条第2節第1項は次のように規定している。「司法権は、次の事件及び争訟に及ぶ。(一) この憲法、合衆国の法律、及び合衆国の権限に基づいて締結され、または将来締結される条約の下で生じる、コモン・ロー及びエクイティ上のすべての事件、(二) 大使その他の外交使節及び領事に関するすべての事件、(三) 海法及び海事の裁判権に関するすべての事件、(四) 合衆国が当事者である争訟、(五) 二以上の州の間の争訟、(六) 《ある州と、他の州の市民との間の争訟》、(七) 相異なる州の市民の間の争訟、(八) 相異なる州から付与された土地の権利を主張している、同じ州の市民の間の争訟、(九) 《州または州の市民と外国または外国の市民もしくはその統治に服する者の間の争訟》。」。訳は、前掲・高橋和之編『[新版]世界憲法集』(土井真一)による。なお《》内は、修正11条による修正を受けている。

57 Allen v. Wright, 468 U.S. 737, 751 (1984) によると、憲法に直接由来する中核があるとして、個人的な損害の存在をあげている。

58 Alfred L. Snapp & Son, Inc. v. Puerto Rico ex rel. Barez, 458 U.S. 592 (1982) .

プエルトリコ政府が*parens patriae*訴訟を維持しうるか、スタンディングの有無が主たる争点となったところ、連邦最高裁は、プエルトリコ政府が「準主権的利益」を有し、*parens patriae*訴訟を提起し得ると判示した。曰く、「*parens patriae*の概念は、何らかの原因で自分自身の利益を主張できない特定の市民の利益を、州が代弁するといったものではない⁵⁹」。「スタンディングを有するというためには、州は「準主権的」利益として結実してきたものへの侵害を主張しなければならない。これは司法的解釈によるものであり、簡単にあるいは正確に定義できるものではない。州が追求しうる別の利益と比較することによって、そしてこのカテゴリーに含まれると歴史的に見なされてきたこれらの利益を検討することによって、その性格は、おそらく最もよく理解されうる⁶⁰」。

「準主権的利益とは、主権的利益でもなく、財産的利益でもなく、州が名目上の当事者として訴えを提起する私人の利益でもない。それは、州が、その州民の福祉に有する一連の諸利益から成っている。このように広義に定義すると、合衆国連邦憲法3編のスタンディングの要件を満たさない恐れがある。準主権的利益は、州と被告との間に現実の争訟を十分に作り出すものでなければならない。この概念の曖昧さは、個々の判決を検討することによってのみ補うことができる⁶¹」。

「*parens patriae*に関する過去の諸判決のまとめから、次のような結論が引き出せる。そのような訴訟を維持するために、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、明白である。そのような特徴は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統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⁶²」。

59 *Id.* at 600.

60 *Id.* at 601.

61 *Id.* at 602.

62 *Id.* at 607.

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

以上に見たのは、州が他の州を相手に起こす*parens patriae*訴訟であるが、連邦政府を被告として州が*parens patriae*訴訟を起こせるかについては、伝統的には否定的に解されていた⁶³。

伝統的な立場に立つ判例として、例えば1923年のMassachusetts v. Mellon⁶⁴が挙げられる。マサチューセッツ州が、連邦財務長官に対し、Maternity Actの連邦補助金プログラムは州に不平等な負担を課すものであり、同法は州が留保している権限を行使するものであって合衆国憲法修正第10条⁶⁵に違反すると主張したが、連邦最高裁は、州のスタンディングを次のような理由で否定した。

「マサチューセッツ州の市民は、合衆国の市民でもある。州が*parens patriae*として、連邦政府の市民を、連邦の制定法の運用から保護するための訴訟を起こすことはできない。特定の状況下では、州は*parens patriae*たる資格において自州の市民を保護することができるとはいえ（Missouri v. Illinois, 180 U.S. 208, 241）、州と連邦政府との関係においては、市民を保護することは州の義務でも権能でもないのである。かかる問題について、適切な場合に、*parens patriae*として代表するのは、連邦であって、州ではない。」

63 他にも、South Carolina v. Katzenbach, 383 U.S. 301 (1966) など。本件は、連邦法務総裁を被告としてサウスカロライナ州が訴えを提起したものである。連邦の1965年投票権法の規定が、同州の読み書き能力テストの停止を求めることが、合衆国憲法修正15条等に違反しているとの宣言判決並びにインジャンクションを求める訴え。「すべてのアメリカ市民の究極の*parens patriae*である連邦政府に対して、州が市民の親として憲法規定を引き合いに出して訴えるスタンディングを持たない」(at 324)。

64 Massachusetts v. Mellon, 262 U.S. 447 (1923) .

65 「この憲法により、合衆国に委任されず、または州が行使することが禁じられていない権限は、各州または人民に留保される。」。訳は、前掲・高橋和之編『〔新版〕世界憲法集』（土井真一）に従った。

そのような先例がある中で注目されるのは、Massachusetts v. EPA⁶⁶である。というのもこれは州が連邦政府に対して訴えを提起することを認めたためであり、*parens patriae*たる州がいかなる地位にあるか、スタンディング要件がそれとの関係でどのような意味を持つかに関わる理解が示されたと言えるからである。

本件は、アメリカ環境保護庁（EPA）がなしたClean Air Actの下での規制権限不行使決定について、いくつかの州等が争った事案であり、スタンディングの有無が争点となった。連邦最高裁は州のスタンディングを認めた上、EPAは新規に登録された自動車からの温室効果ガス放出について規制をする制定法上の権限を有していると判断した。

EPA法廷意見は、憲法上の司法権発動要件たる事件性の要件を確認した後、連邦議会がClean Air Actにより、不当に規制権限を行使しなかった行政庁の不作为を争う権利を規定していることに注意を喚起する⁶⁷。そして制定法が具体的な利益を保護するために手続的権利を認めている場合は、救済可能性や切迫性についての通常の基準を全て満たさなくとも、そのような権利を主張できると述べ、州が特別な地位を有していることを強調する⁶⁸。

その際に、かつてジョージア州が、州外に発生源を持つ大気汚染物質の流入から州民を保護しようとした事案で、Georgia v. Tennessee Copper Co.が、ジョージア州は「その領域内の大地と大気」に対する独立の利益の保護という「準主権的」な能力において訴訟を提起したものとされたことを挙げた。そしてこれと同様に、EPAにおいても、マサチューセッツが主権的領域の保全を求めていると理解されたものである。以上を前提に、マサチューセッツは、連邦司法権の行使を認めるのに十分具体的な利害関係を有するものとして、スタンディング要件を満たしているとされたのであった。

これに対して、Roberts長官、Scalia判事、Thomas判事、Alito判事の執筆した反対意見が、次のような批判を加えた。第1に、合衆国憲法3条の事件性

66 Massachusetts v. EPA, 549 U.S. 497 (2007) .

67 *Id.* at 516-518.

68 *Id.*

に関わる先例解釈に鑑みれば、本件は適切に事件性を備えておらず、このようなことは政治部門の任務である。第2に、本件においてスタンディングを有する者はおらず、法廷意見は州のスタンディングに関してルール変更を行っている。第3に、州は準主権的権利を主張し得るかもしれないが、連邦政府との関係ではそのような権利を主張することはできない、と。

法廷意見と反対意見はそれぞれの脚注で本件事案の意味付けをめぐる議論を戦わせた。法廷意見は脚注17で、反対意見の論旨を「法廷意見は先例である *Tennessee Copper* の読み方を誤り、新しいスタンディングの法理を創出している」とし、HART & WECHSLER'S THE FEDERAL COURTS AND THE FEDERAL SYSTEM を権威として引用しながら、同書が *Tennessee Copper* をスタンディングの判例としており、準主権的利益の保護のための *parens patriae* 訴訟の展開に紙幅を割いていることを反論として挙げる。しかし反対意見もいうように（反対意見脚注1）、論点は、*Tennessee Copper* が *parens patriae* スタンディングに関する判例であったかどうかではなく、スタンディング要件のコアの部分、*parens patriae* 訴訟であることを理由に代替されうるのかという点にあったものだろう。

EPA法廷意見は、私人ではなく州が提起したという点を殊更に強調した。しかし、私人が制定法の定める「市民訴訟 (citizen-suit)」条項に基づいて市民たる地位で提起した訴訟でスタンディングを認めなかった *Lujan v. Defenders of Wildlife*⁶⁹ と、EPAは事案そのものとしては、それほど異なるものではない。むしろ法廷意見が依拠した *Snapp* 判決脚注16では、連邦政府に対して州が *parens patriae* 訴訟を提起できないことの根拠として、先に見た *Missouri v. Illinois* が引用されていたのであり、EPAが州の特別性を強調することによって州にスタンディングを認めたことは、いささか無理な論理展開であったように思われる。

法廷意見は、連邦国家の成り立ちに触れつつ、「準主権的」利益という極めて曖昧な概念に訴えるが、それはつまり当該事案で州に関わる公的利益が

69 *Lujan v. Defenders of Wildlife*, 504 U.S. 555 (1992) .

保護されなければならないという結論が先にあったからではないのか⁷⁰。

(5) 若干の検討

*parens patriae*訴訟は、かれこれ1世紀ほどにわたって利用されてきた訴訟類型であるが、上のEPAでも見たように、結局のところ、州の特別な*parens patriae*としての権能が行使されうる外延は、理屈の問題として取り出せば不明瞭である⁷¹。むしろ「準主権的」という言葉が何を意味するかが不明瞭であるからこそ、「準主権的」という言葉が使われてきているのであろう。

「parentとしての州」ではなく、「tyrantとしての州」にも容易に転化してしまいかねない恐れもあるのであって⁷²、特定の立場を「州の住民一般の利益」として構成し、司法過程を通じてそれを実現するという恣意的な利用も懸念される⁷³。法務長官がアグレッシブすぎる場合も、十分にアグレッシブでない場合も、いずれも問題を生じさせる。

そこで、*parens patriae*は汎用性の高い議論とはいえず、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い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。

さはさりながら、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

70 スタンディングや司法権の理解が、様々な要素の働きとその相互的な調整の結果として規定されるという指摘として、安西文雄「政教分離条項と当事者適格」法政研究75巻4号16-17頁（2009年）参照。

71 Ratliff, *supra* note 38, at 1857.

72 Curtis, *supra* note 48, at 915.

73 州の法務長官が*parens patriae*訴訟で「スーパー原告」として振る舞うようになっていくことを批判的に検討する論文として、例えば、Donald G. Gifford, *Impersonating the Legislature: State Attorneys General and Parens Patriae Product Litigation*, 49 B.C.L.REV. 913 (2008)。

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。

すなわち、司法的判断の対象としてふさわしいかという救済についての実体判断が、訴訟の入り口問題の扱いに大きな影響を与えていることを観察できる。*parens patriae*訴訟ではスタンディングという訴訟要件が問題になるが、本案における一定の判断が、訴訟要件の判断を変動させているのである。そこで司法に求められた公益に関する判断が、司法の判断すべき対象として捉えられるかどうかが要点なのである。三権分立の一翼を担う司法府が法秩序の維持に役割を果たすための、一つのルートとしても機能しているものと言える。

この*parens patriae*訴訟は、「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」

以上に得られた知見を、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。

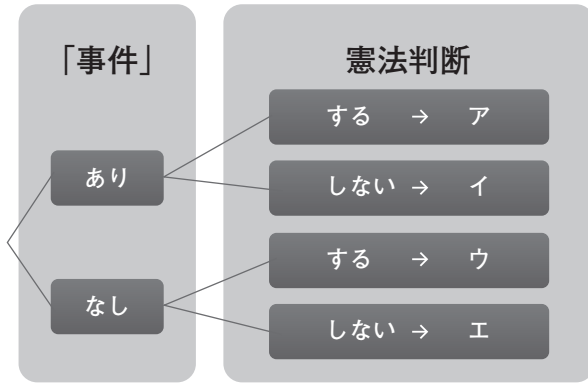
すなわち、裁判所が取り上げて憲法判断すべき状況であるかどうかの主たる問題であり、憲法判断すべき場合には、司法府が法律上保護された利益の有無につき柔軟に判断することも、理論的に排斥されるものではない。法律の根拠なく、司法権限りで「事件」と扱うことも、司法権の果たしうる役割の範囲内というべきである。

このことを、具体的な「事件」と憲法判断の関係として、敷衍する。

憲法上の争点についての判断（憲法判断）が、具体的な「事件」から切り離して観念されうること、そして「事件」がいわば後付的に、憲法判断や権利救済の必要性等の理由により柔軟に扱いうるものとなると、「事件」と憲法判断をめぐり次の4つの組み合わせが考えられる。

(ア)「事件」があり、憲法判断がなされる、(イ)「事件」があり、憲法判断がなされない、(ウ)「事件」がなく、憲法判断がなされる、(エ)「事件」

がなく、憲法判断がなされない。図に表すなら、次のようになる。



これまで、一般的に図の前列、司法権の対象である「事件」を、後列の憲法判断に対して優先させる思考がとられてきたと言える。また上記の図で一番上の行（ア）については、法律判断に加えて裁判所（特に下級裁判所）が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。

しかし、本件のように憲法9条という権限不配分規定への違反が問われ、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ば、本件のような事案について、硬直的に前列が後列に当然に優位すると考えるならば、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。三権の間での抑制均衡を実現するためには、かかるルートが存在することは不可欠というべきである。

無論、国家行為の正当性について、すべての事案について前列の優位性を排除するとすれば、政治部門の判断はすべて司法府の承認を必要とすることにもなりかねず、司法権による他権力の篡奪となってしまうであろうが、理論上は排斥されないものとして、事案に応じて、例外的にはあれ、後列の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。

これは、「事件」についての柔軟な解釈を認める主張であり、前列の「事件」がないにもかかわらず、後列で憲法判断ができる、という立場を主張しているのではない。訴えの利益や被侵害利益を認めるにあたっ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⁷⁴。

(2) 一人一票訴訟

「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⁷⁵」ことは、かねてより指摘されてきており、かかる問題意識は、学説で、そしてまた判例においても広く共有されている。実際に日本でも、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がある。

もはや疑問が呈されることもなくなったとはいえ、講学上、「客観訴訟」に分類される選挙無効訴訟、当選無効訴訟（公選法204条、208条等）や住民訴訟（地方自治法242条の2）は、客観訴訟であるがゆえに事件性がないのであるから、通説によれば本来的な司法権の範囲には入らないはずであり、そうだとすると付随審査制を硬直的に理解するならば、司法審査することはできないという結論に達するようにも思われる。しかし、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、

74 なおアメリカの連邦における納税者訴訟について、安西文雄は「推量を働かせれば、個人的損害という事実があることを根拠としてスタンディングを認めると言うより、むしろ政教分離条項という憲法上の規範を司法的に実現すべきであるとする規範的要請が背後にあり、その要請に影響されて個人的損害という事実が多少なりとも無理して認定され、あるいは擬制（フィクション）され、もってスタンディングが認められているのではなかろうか。」（安西・前掲論文（注70）731頁）、と述べている。本意見書が本文で示した理解も、これと同様の理解をとりつつ、それを妥当であると評価するものである。

75 芦部・前掲書（注5）380～81頁。

立法府とのキャッチボールが試みられ、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。

例えば、衆議院議員定数不均衡に関する最大判平成25・11・20民集67巻8号1503頁は、判断枠組みを、「〈1〉定数配分又は選挙区割り前記のような諸事情を総合的に考慮した上で投票価値の較差において憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っているか否か、〈2〉上記の状態に至っている場合に、憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったとして定数配分規定又は区割規定が憲法の規定に違反するに至っているか否か、〈3〉当該規定が憲法の規定に違反するに至っている場合に、選挙を無効とすることなく選挙の違法を宣言するにとどめるか否かといった判断の枠組みに従って審査を行ってきた。」と整理する。そして、そのような段階を踏む方法をとる理由を、「単に事柄の重要性に鑑み慎重な手順を踏むというよりは、憲法の予定している司法権と立法権との関係に由来するもの・・・」と説明している。

そして、「裁判所が選挙制度の憲法適合性について上記の判断枠組みの各段階において一定の判断を示すことにより、国会がこれを踏まえて所要の適切な是正の措置を講ずることが、憲法の趣旨に沿うものというべきである。このような憲法秩序の下における司法権と立法権との関係に照らすと、上記〈1〉の段階において憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っている旨の司法的判断がされれば国会はこれを受けて是正を行う責務を負うものであるところ、上記〈2〉の段階において憲法上要求される合理的期間内における是正がされなかったといえるか否かを判断するに当たっては、単に期間の長短のみならず、是正のために採るべき措置の内容、そのために検討を要する事項、実際に必要となる手続や作業等の諸般の事情を総合考慮して、国会における是正の実現に向けた取組が司法の判断の趣旨を踏まえた立法裁量権の行使として相当なものであったといえるか否かという観点から評価すべきものと解される。」（下線は引用者）としている。

我が国の選挙無効訴訟は講学上の客観訴訟であり、また客観訴訟においても違憲審査を行うことが当然視されている以上は、元来、一人一票訴訟は憲法適合性を司法過程で訴えやすい構造を持っているといえる。

しかし、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ことを想起したい。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。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、立法の存在・不存在に関わる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、足を踏み入れたのであったことに留意したい。

つまり、立法府が訴訟形式を法定しているかどうかは重要なポイントであるとはいえ、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、訴訟形式が立法府によって指定されていることが必ず必要というわけではないことを示す前例が、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

客観的な法秩序の維持を引き受けるかどうかについて、司法府も裁量権を行使していると言える。しかし司法府が、どのような問題について、いかにしてこの機能を果たすべきか、依然として、判例法理上も理論上も、明らかとはいえない。上記の一人一票訴訟⁷⁶や、近年の家族法の分野⁷⁷では最高裁が積極的な姿勢を見せているものの、他方で首相の靖国参拝違憲訴訟などでは、法律上保護に値する利益を認められるのが困難な状態が続いている。どのような場合が司法府が客観的な法秩序の維持の機能を果たすべき場合に該当するか、現在は、実践の積み重ねからルールを作り出す過程にあるものと言える。

そこで、次に憲法判断をするか否かについてのルールに目を転じたい。憲

76 近時の判決として、最大判平成24・10・17民集66巻10号3357頁（参議院）、最大判平成25・11・20民集67巻8号1503頁（衆議院）、最大判平成26・11・26民集68巻9号1364頁（参議院）、最大判平成27・11・25民集69巻7号2035頁（衆議院）など。

77 平成25・9・4民集67巻6号1320頁（嫡出性の有無による法定相続分差別違憲決定）、最大判平成27・12・16民集69巻8号2427頁（再婚禁止期間違憲判決）など。

法判断をすることに関するルールとして、我が国でもしばしば「憲法判断回避の準則」(constitutional avoidance rule/canon)が参照される。このルールには「例外」も多いとはいえ、今日のアメリカの判例学説においても重要な概念でありつづけており⁷⁸、なお大きな意味を有している⁷⁹。

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されることが適当であるとはいえないことは、付随審査制をとる以上、当然ではあろう。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Marbury v. Madison⁸⁰よりも早くに示されていたとの指摘もあり⁸¹、それは一般法理としても是認されるものと思われる。

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)」(standard/principle)であることに、十分な考慮を払う必要がある⁸²。

例えば、我が国でもよく知られている「ブランダイス・ルール」は、

78 近時の議論として、Lisa A. Kloppenberg, *Avoiding Constitutional Questions*, 35 B.C.L.REV. 1003 (1994); Adrian Vermeule, *Saving Constructions*, 85 GEO. L.J. 1945, (1997); Ernest A. Young, *Constitutional Avoidance, Resistance Norms, and the preservation of Judicial Review*, 78 TEX.L.REV. 1549 (2000); Michelle R. Slackt, *Avoiding Avoidance*, 56 CASE W.RES.1057 (2006) など。なお、憲法判断回避が最も明確な形でなされた判決として、NLRB v. Catholic Bishop of Chi., 440 U.S. 490 (1979) が挙げられる。

79 憲法判断の回避を「徳目」として位置付け、司法の自己抑制を説いた古典であるALEXANDER M. BICKEL, *THE LEAST DANGEROUS BRANCH: THE SUPREME COURT AT THE BAR OF POLITICS* (1962) も大きな影響を与えている。See also, Richard A. Posner, *Statutory Interpretation*, 50 U.CHILL.REV. 800 (1983) .

80 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803) .

81 Vermeule, *supra* note 78, at 1948 (Mossman v. Higginson, 4 U.S. (4 Dall.) 12 (1800) が挙げられている) .

82 「スタンダード(プリンシプル)」と「ルール」を区別する理解は、広く一般的にとられている。See e.g., MARK KELMAN, *A GUIDE TO CRITICAL LEGAL STUDIES* (1987); Duncan Kennedy, *Form and Substance in Private Law Adjudication*, 89 HARV.L.REV. 1685 (1976); Pierre Schlag, *Rules and Standards*, 33 UCLA L.REV. 379 (1985); Kathleen M. Sullivan, *Foreword: The Justices of Rules and Standards*, 106 HARV.L.REV. 22 (1992) . また邦語文献として、長谷部恭男『憲法〔第6版〕』(新世社、2014年) 96頁など。

Ashwander v. TVA⁸³のブランダイス判事の補足意見に示されたものであるが、判例に表れた見解を抽出したという由来にも起因して、各ルール間には重複する部分も含まれており、それぞれが独立に適用領域を持っているというわけではない。

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、実際には顔面通りにブランダイス・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。例えばWebster v. Reprod. Health Servs.⁸⁴のスカリア判事の補足意見は、十分な理由が認められたときには司法は広い射程を持つ憲法判断をしてきた歴史があると指摘している⁸⁵。

また「憲法判断回避のルール」は、「スタンディング」(standing)、「成熟性」(ripeness)、「ムートネス」(mootness)、「政治的問題の法理」(political question doctrines)といった、アメリカ連邦司法府の権限を限界付ける諸法理(justiciability doctrines⁸⁶)と密接な関係があるところ、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⁸⁷。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るわけではないのである⁸⁸。

ブランダイス・ルールについて見ても、その政治的社会的背景には、ニュー・ディール政策への司法部による抵抗とそれが政治部門との間に巻き起こした軋轢、そして法曹界に今日まで続くその多大な影響といった問題があるので

83 Ashwander v. TVA, 297 U.S. 288 (1936) .

84 492 U.S. 490 (1989) .

85 *Id.* at 533-535.

86 「この用語は、日本の伝統的訴訟法学にはみられず、アメリカ憲法学から導入されたものであって、特に憲法訴訟論において使われるようになっている。」。戸松・前掲書(注13)71頁。

87 ERWIN CHEMERINSKY, CONSTITUTIONAL LAW (5th ed. 2015) 47-156.

88 アメリカの学説において、明示されていないものの背景で働いているとの性格づけをすることなどにより、「憲法判断回避の準則」の名の下に論じられる問題領域が広がってきている。このことは、議論を整理し、裁判官の裁量を統制する試みと理解できる。*See e.g.* Young, *supra* note 78.

あり⁸⁹、それらの事情を排して憲法判断回避をブラックレター・ローとして扱うことは妥当性を欠く⁹⁰。

「憲法判断回避の準則」は、そのスタンス自体は異論の対象とはなりにくい、一般的な性格を持っているのであって、本準則が具体的事案を規律する力は強くないことを意識すべきである。具体的な訴訟において真に問われるべきは、回避の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。特定の社会的政治的状况のなかで、司法と政治部門との関係も踏まえて、司法の役割に関する一定の判断がなされた結果、憲法判断に踏み込む場合があると判断されることは、「憲法判断回避の準則」にすでに織り込み済みなのである。

ここで、我が国における「憲法判断回避の準則」を考える上で示唆深い意見として、最高裁判所平成26年7月9日第2小法廷決定（裁判所時報1607号1頁）の千葉勝美裁判官の補足意見を取り上げたい。

本件で問題となった論点に、公職選挙法204条の選挙無効訴訟において、選挙人が同法205条1項所定の選挙無効の原因として、同法9条1項並びに11条1項2号及び3号の規定の違憲を主張することがあり、この点について多数意見は、「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⁹¹。

千葉補足意見は、ブランダイス・ルールに触れている。曰く、「裁判所が、
①-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③念のための応答として①-②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。」また、「制定法についての憲法適合性の判断は、その結

89 See e.g., David E. Bernstein, *Lochner's Legacy's Legacy*, 82 TEX.L.REV. 1 (2003).

90 ブランダイスは進歩主義者であり、民主的な政治過程に高い信頼と価値を置く一方で、司法部を懐疑の目で見ていた。なお、ブランダイスの議論が時代背景にいかに関与していたかについて、See, EDWARD A. PURCELL, JR., *BRANDEIS AND THE PROGRESSIVE CONSTITUTION* (2000)。

91 最判平成26・7・9裁判所時報1607号1頁。

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、②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¹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。（下線及び番号は引用者）

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、及び、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。

千葉補足意見のブランダイス・ルールの理解が正しいかにつき議論の余地があるが、ここでは措き、「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。」という破線の言い回しが、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いけない」とは述べていないのである。

(4) 小括

本来、憲法判断とは他権力の抑制に関わる、政治的性格の強い作用である。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。憲法訴訟において、裁判所の憲法判断に踏み込むに当たった裁量的判断は、分節化すれば、「事件」の把握の仕方をめぐる裁量余地と、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に分けられるが、これらは連動しており、決定的なのは後者である。

一般論としていえば、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。憲法判断をするのもしないのも、いずれも政治的な行為なのである。

加えて、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。本意見書では網羅的にこれらの事実を検証することはできないが、次に第2部では立法行為（不作為を含む。）が違憲であることを理由として提起される損害賠償請求訴訟に即して考察を加え、本件が「必要な場合」に当たると解すべきことを論じる。

第2部 安保法制違憲国賠訴訟

第1章 立法行為を対象とする国賠訴訟⁹²

(1) 立法行為（立法不作為を含む）と国家賠償責任

損害賠償とは生じた損害を填補させることにより、人に一定の行為を命ず

92 筆者は、この訴訟形式に関して、これまでいくつか論考を公にしてきた。「選挙権の救済と国家賠償法」信州大学法学論集9号（2007年）115頁以下とする）、「立法行為の国家賠償請求訴訟対象性・再論」信州大学法学論集12号（2009年）1頁以下、「空襲被災者の救済と立法不作為の違憲——国家賠償責任について」成城法学80号（2011年）35頁以下、「立法不作為の違憲と「人権」侵害の救済——大阪空襲訴訟大阪地裁判決をめぐる」学習院大学法学学会雑誌（2012年）48巻1号3頁以下など。以下、本章はこれらの論考と内容において重複がある。もっとも、本意見書では、最大判平成27・12・16民集69巻8号2427頁（再婚禁止期間違憲判決）を踏まえ、議論の一部に修正を加えている。

る規範（行為規範）の違反へ制裁を加えるものである。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。」）を、立法行為の違憲を訴える憲法訴訟として用いる場合、次のような主張をすることになる。

「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。

しかし、確かに国会議員に、違憲な立法行為をしてはならない何らかの「義務」を観念できるとはいえ、それは通常一般に「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。

つまり元来の意味での義務違反による損害填補とは性質が異なる。例えば、それは「国会議員が表現の自由を侵害する立法をなしたこと」へ私人が慰謝料を請求する訴訟など、通常は考えにくいことにも明らかであろう。一般論としていえば、立法府が立法するにあたって有する裁量は広く、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⁹³。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。立法行為を国賠訴訟で争うことには、かような問題も含まれているのであって、国賠訴訟で立法の違憲性を争うにあたっては、そのことを十分に踏まえる必要がある。

(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、理論的な説明が困難な側面を有しているが、それは性質の異なる二つの法的様相⁹⁴が混交しているためである。

93 その意味において、行政裁量とは質的に異なる。立法裁量と行政裁量の関係について、山本真敬「立法裁量」と「行政裁量」の関係についての一考察」早稲田法学会誌63巻2号（平成25年）371頁以下。

94 ここで念頭に置いている議論は、R.アレクシーの議論を参照した、「行為規範と権限規範」の区別を分析の要とする「法的様相の理論」である。新正幸『憲法訴訟論〔第2版〕』（信山社、2010年）特に181-190頁。

法的様相の一つは、権利・義務にかかわる、「行為規範の様相」である。一般に、道徳的義務と法的義務の1つの大きな違いは、法的義務の履行が強制的に担保されていることにありと指摘される。刑罰や損害賠償（強制執行）がある行為に結び付いているときに、かかる行為を回避することが人に法的に義務づけられていることになる。そこで国賠訴訟は、公務員という自然人に課せられた義務違反に関わる訴訟であるといえる。

いま一つは、法により行政機関に与えられた権限にかかわる、「権限規範の様相」である。すなわち、国家機関の行為は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。「それに一致する行為（権限の行使）によって、一定の法的関係、すなわち権限規範のもとにある権限の名宛人の法的位置を変更し、創出⁹⁵」されることになるのが、権限行使の意味である。

たとえば行政処分の取消訴訟では、《なされた行政処分が行政庁に与えられた権限の範囲内であるか》を、そして裁判所による違憲審査は、典型的には、《法律が立法府に与えられた権限の範囲内であるか》を、裁判所が審査することになる。後者を例にとれば、立法府に立法権限が付与されているところ、裁判所の違憲審査の結果、人権を侵害する立法であるとされるのであれば、立法は無権限の法行為であるとして、効力が否認されることとなる（違憲＝無効）。注意すべきは、権限規範違反は法行為の効力の無効を導く点である。

さて、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。行政処分についていえば、「行政機関」（行政庁）のなした行政処分が、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）となるのである（行為規範の様相）⁹⁶。これら二つの様相をどのように接合するかは、非常

95 新・前掲書（注94）187頁。

96 違法性同一説にたつならば、取消訴訟の違法は国賠法1条の適用においてもそのまま違法となる。違法性相対説にたつ場合でも、少なくとも違法性の判断要素の一つとなる

に難しい問題である。

国家賠償制度の展開に際して、歴史上障害となったのは法治国原理に由来する理由であり、これはそもそも違法な行為は国家に帰属しえず、国家が責任を負ういわれはないとするものであった⁹⁷。違法な行政処分あるいは違憲な立法（権限規範の様相）をなした公務員の職務行為上の義務違反について、なぜ国家が責任を負うのか（行為規範）という問題は残っている。これらの様相をつなぐ論理の不在のため、「国家の責任において損害を賠償する範囲」は機械的には定まらない。

たとえば、判例の立場である職務行為基準説⁹⁸は、客観的な法秩序違反性に「職務上尽くすべき法的義務」違反性を加えて、国賠法上の違法性を判断する（「取消違法」≠「国賠違法」）。これは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といえる⁹⁹。したがって職務行為基準説は、裁判所により設定された基準であり、すなわち「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。

「客観的な違法性」と「国賠法上の違法性」が分けられることについて、本章の考察対象である立法行為についていえば、前者が、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」に、そして後者が「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」となる。国賠訴訟には権限規範と行為規範という二つの法的様相

ものと思われる以上は、やはり両者は関係しているといえよう。

97 塩野宏『行政法Ⅱ 行政救済法〔第5版〕』290頁。

98 最判昭和53・10・20民集32巻7号1367頁（芦別国賠訴訟）、最判昭和60・11・12民集39巻7号1512頁（在宅投票訴訟）、最判平成5・3・11民集47巻4号2863頁（所得税更正処分国賠訴訟）ほか。

99 神橋一彦『「職務行為基準説」に関する理論的考察』立教法学80号（2010年）1頁以下は、一連のプロセスの結果としてなされた結果としての処分が違法であっても、それに至るプロセスに関与した個々の公務員の行為に職務上の義務違反がなかったとする判例（東京地判平成元・3・29判時1315号42頁）等を検討することにより、「公務員の職務上の義務違反に還元できない違法」が存在することを明らかにしている。

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ことは当然であろう。

繰り返しになるが、そもそも、憲法の範囲内で立法しなくてはならないとはいえ、抽象的で開放的なその多くの文言からも明らかのように、立法府には国民代表として直接的な正統性を背景に、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、立法行為が違憲と評価されるのは、民主的正統性の観点からの考察を不可欠とする。

立法府の権限行使たる法律制定は、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に具体的な影響を及ぼすものでは、通常の場合はない¹⁰⁰。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、たとえば行政処分のように、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。

しかし他方で、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ことが一般に認められているため、まずは参照対象とするべく、行政作用の場合を検討する。

1 行政の行為・不作為の場合

職務行為基準説において、国賠訴訟で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。「職務行為基準説」における国賠法上の違法は、「《国家賠償に値する非難可能性》といった漠然と

100 新・前掲書（注94）198-199頁。

した概念として捉えられる可能性があり、民法不法行為の実務取り扱いに近似することはありうる¹⁰¹。

しかしながら、通常、職務行為基準説が結果不法説に対置されるものである以上、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はずである。「国家賠償制度は、行政争訟制度と並び『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として位置付けられる¹⁰²。」との指摘や、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¹⁰³。」といった指摘は重要であろう。そこで、行政法学説の多くが違法性を一元的に捉えることも踏まえ、行政庁に与えられた権限という観点から、国賠法上の違法性を見てみる。

ある状況において組織法上の根拠や根拠規範の有無を客観的に判断しうるとしたときに、ポイントとなるのは、国賠訴訟という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、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点である。すなわち、国賠法とは現実に生じた損害の填補を目的とする訴訟形式であり、この点よりすれば無権限な国家行為の効力の否認を求める権限たる訴権は、具体的な権限違反を訴える個人が裁判上持つ。客観的な法秩序違反が一般的に判断可能であること（一般的な法益保護義務）は、当該事件において、彼／彼女に対する権限の行使が無権限（違法）であることを導くわけではない。

以上をまとめると、国賠法上の違法性について、(i) 行政庁の権限規範違反性が重要である、また (ii) 国賠訴訟というルートを使う以上は、具体的な権限規範違反性が必要である。これらを立法行為の国賠法上の違法性を考える上での参照点とする。

101 神橋・前掲論文（注99）25頁、27頁。

102 藤田宙靖『行政法1（総論）〔第4版・改定版〕』（青林書院、2005年）495頁。

103 塩野・前掲書（注97）321頁。

2 立法行為の場合

先にも述べたように、法律それ自体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く、たとえば行政処分のように、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想定である。行政処分をなした公務員について、処分による「具体的な損害」を被った個人への国賠責任は、この基本的な想定の中で説明がつく。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ず、またそれについて国が代位して責任を負うことになっているのだ。

そこで次に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観念することはできないというべきと思われる。立法行為について国に損害賠償を求めることは、本来、理屈に合うものではないだろう。

(4) 違憲確認訴訟の代替

しかし、立法行為を争う違憲国賠訴訟は、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¹⁰⁴、急速に展開している。

金銭賠償は、損害が生じてしまった後にその損害を填補する救済手段であり、憲法上の権利についていえば、多くの場合で必ずしも最善の結果を齎すものではない。例えば広く知られているように、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¹⁰⁵。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、次善の策に止まる。

学説において、「訴訟の主目的が損害の補填、しかも金銭的補填であること

104 棟居快行は、このような「違憲国賠訴訟」を、「従来型訴訟の枠組みに止まりながら、実質的には現代型訴訟の機能を果たしうるもの」と位置づけている。棟居快行『憲法学再論』（信山社、2001年）463頁（初出・同「現代型訴訟としての違憲国賠訴訟」神戸法学雑誌44巻4号（1995年））。

105 憲法上の権利とインジャンクションの利用について、たとえば、DOUGLAS LAYCOCK, THE DEATH OF THE IRREPARABLE INJURY RULE (1991)。

は、憲法価値の実現ないし憲法秩序の形成と合致しないものといわざるを得ない¹⁰⁶」との指摘がなされている。また権利の裁判的救済の実効性という観点からの疑問として、「救済の実効性は、侵害される実体的権利・利益の内容を無視しては語れない」ため、「国賠法上の違法性の評価を導き出すために、公権力の行使の違憲性が主張され、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、そのような手法が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なろう」との指摘もある¹⁰⁷。

また、たとえば平成17年判決の国賠請求に関する判示に対し付された泉徳治反対意見は、次のように述べていた。

「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。）」、と¹⁰⁸。

そもそも立法行為を国賠で争うことができるのかという論点を措いたとし

106 戸松・前掲書（注12）150頁。

107 井上典之「実効的な権利保障」小山剛=駒村圭吾編『論点探求 憲法』（弘文堂、2005年）238頁以下、246-47頁。他にも、三浦一郎「立法不作為と国家賠償」後藤光男編『憲法と行政救済法』（成文堂、2002年）147頁以下、149頁など。また、平成17年判決につき、「選挙権の行使が本来の目的であり金銭的評価になじみにくい本件のような場合には、確認請求の認容だけで十分であったように思える」という指摘として、米沢広一「在外選挙権と立法不作為」ジュリ1313号（平成17年度重判解）（2006年）7頁以下、8頁。

108 なおこの見解に対しては福田博補足意見が、「選挙後帰国してしまった人々に対しては、心情的満足感を除けば、金銭賠償しか救済の途がない」とし、金銭賠償による救済の必要性を述べ、賠償金が税金から支払われることが国民に広く知らしめられる点は大きな意味を持つとしている（最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁）。

後に泉裁判官は「やはり、国家賠償請求という形を採らないと違憲性を争うことができないというケースも大分あるでしょうから、そういう場合に備えて国家賠償を認めた方がよかったかもしれない。選挙権のような金銭で評価することができない性格のものについては1000円とかのノミナルダメージを認めるのがいいかなというのが今日現在の考え方です。」というように自説を変更しておられる。泉徳治・渡辺康行・山元一・新村とわ『一步前に出る司法』（日本評論社、2017年）194-195頁。

でも、更に問題がある。というのも、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を充たしやすい構造であるからだ¹⁰⁹。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。その結果として、場合によっては全ての立法について、立法行為の違憲・違法性を争う手段にもなりかねないわけである。

換言すれば、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¹¹⁰」という懸念である。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。

そこで、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。すぐ後ろで詳しく扱う、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¹¹¹、すなわち在宅投票制度の廃止に係る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ものといえる¹¹²。のちに平成17年には、このルートの存在は、少なくとも在外邦人の選挙権剥奪という事例において、肯定された¹¹³。私見によれば、平成17年判決は、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、ルール化したものである。

さらには平成27年には、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で、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¹¹⁴、損害の填補という

109 古崎慶長「立法活動と国家賠償責任」判時1116号(1984年)15頁以下、20頁など。

110 下山瑛二『国家補償法』(筑摩書房、1973年)123頁、野中俊彦・江橋崇・浦部法穂・戸波江二『〔ゼミナール〕憲法裁判』(日本評論社、1986年)(戸波江二発言)246頁。

111 最判昭和60・11・21民集39巻7号1512頁(在宅投票制度廃止事件)。

112 たとえば、芦部・前掲書(注5)369頁(「立法不作為の違憲審査を否認するにひとしいほど厳しい制約を課した。」)。

113 最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁(在外邦人選挙権事件)。

114 最大判平成27・12・16民集59巻8号2427頁(再婚禁止期間違憲判決)。

側面がさらに薄まった。

以上のような判例の蓄積の結果として、立法行為違憲国賠訴訟は違憲確認訴訟的に用いるためのルートとして展開を見ているといえ、政治部門の権力抑制の手段となりつつあるようにも思われる。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。

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アであり、司法権固有の任務とは別次元の仕組みである¹¹⁵。」「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¹¹⁶。」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である。

次に見る立法行為違憲国賠訴訟における憲法判断の扱いに関する判例の展開とは、要するに、国賠訴訟という訴訟形式を対象に、憲法判断に踏み込む要件を定式化する過程であったと理解することができよう。

第2章 判例の検討

(1) 在宅投票事件最高裁判決（昭和60年判決：最判60・11・21民集39巻7号1512頁）

昭和60年判決は、次のように議論を展開していた。

(イ)「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務

115 駒村圭吾「違憲審査制の種類」加藤一彦=只野雅人編『現代憲法入門ゼミ50選』（北樹出版、2005年）289頁以下、293頁。

116 戸波江二「最高裁判所の憲法判例と違憲審査の活性化」曹時51巻5号（1999年）1頁以下、26頁。

員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民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ことを規定するものである。」

(ロ)「国会議員の立法行為（立法不作為を含む。以下同じ。）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、①仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反する廉があるとしても、その故に国会議員の立法行為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」

(ハ)「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法的規制の対象になじま」ない。

(ニ)「国会議員は、立法に関しては、原則として、②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いうべきであって、国会議員の立法行為は、③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ものといわなければならない。」

(段落番号、下線及び数字は引用者)

私見によれば、昭和60年判決は、《違憲＝違法》というロジックを前提としながら、違憲判断を例外的に示す場合があることを明らかにしたものである。

すなわち、昭和60年判決の下線①及び③は、国賠法上の違法性判断の対象として違憲判断をなしうる事件を絞っている。立法内容の違憲は直ちに国会議員の立法行為の違法に繋がらないとして、「立法内容の違憲」と「国賠法上の違法」が分離されているが、本判決に従って違憲判断をして法的責任を問う場合とは、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」場合であり、その場合には「違憲→違法」となるという。この判決によれば、限定的に違法の評価を受ける場合である「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」という立法内容の違憲性が存在する場合にのみ、政治責任のみが問われる状況（下線②）から法的責任が問われる状況へと変化するのであり、そのような場合以外は司法が扱いうる領域の外にあるという前提に立っているものと思われる。そのことを、(ハ)の「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法的規制の対象になじま（ない）」という説明が、もっともよく物語っている。

以上をまとめれば、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] = 「a：国賠法上の違法」

(ii) [B：(i) 以外の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]

すなわち、「A + B = 立法内容の違憲」を構成しており、A、Bとaは分離されているが、A = a（違憲 = 違法）である。

昭和60年判決は、必ずしも理論的にすっきりした説明というわけではないが¹¹⁷、立法行為を国賠訴訟で争うことの理論的困難を非常によく認識した上で、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。

昭和60年判決では、重度身障者が投票権を行使しようとするような在宅投票制度の不存在について、実体判断がなされなかったのであるが、これはそもそもかかる制度を用意していない公職選挙法（以下、公選法とする）の仕組みそれぞれ自体が選挙権を侵害し違憲であるとは、必ずしも捉えられていなかったためと理解することができる¹¹⁸。とすると、実体的に選挙権の内容が拡張され

117 理屈を通せば、(ii)の可能性はないようにも思われる。

118 野中俊彦・浦部法穂『憲法の解釈Ⅱ 人権』（三省堂、1990年）「最高裁は、投票権の侵害はないという前提に立って、損害賠償を否定しました。（258頁・野中発言）」、「在宅投票の場合には、投票権が憲法上保障されているという前提に立てば、その不存在によって、身障者等の投票権が侵害されていることとなります。しかも具体的な侵害

て、制度の不存在が違憲となるならば、法的責任を問いうる「違憲＝違法」として、違憲判断が表に現れる可能性も出てくるはずであり、次にみるように実際に、平成17年判決では違憲判断が下された。

昭和60年判決で残された《いかなる場合に違憲判断が可能か》という問題については、平成17年判決と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¹¹⁹（以下、平成18年判決とする。）が一定のルールを示した。少なくとも平成18年判決までは、立法内容の違憲性と国賠法上の違法性と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これを明示する、と。のちに、違憲性の議論が国賠法上の違法性の議論と独立の様相を強め、実質的な違憲確認訴訟に近似していったものではあるが、まずは議論の出発状態を確認したい。

(2) 在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁判決（平成17年判決：最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁）

在外邦人が選挙権を実際に行使し得る制度が不存在であったことが争われた平成17年判決では、まず個々の請求についての判断に先立って、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した。

国賠請求について、国賠法1条1項の違法性は、次のように論じられた。

（イ）「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、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、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。」

です。その侵害を認めないということは、投票権は憲法上保障された権利ではないということになります。（259頁・浦部発言）」。

119 最一小判平成18・7・13判時1946号41頁。

（ロ）「しかしながら、①立法の内容又は立法不作為が国民に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、②国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために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。」

（ハ）昭和60年判決は「以上と異なる趣旨をいうものではない。」

（段落番号、下線及び数字は引用者）

昭和60年判決にあった「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法的規制の対象になじま（ない）。」や「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いうべきであって」という箇所は平成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觀念することが、理論上は困難であるという前提が後景に退いているように見える。

昭和60年判決を前提に、《違憲＝違法》と結びつけて理解するとすれば、次のようになる。平成17年判決は、昭和60年判決を更に展開して、違憲という憲法判断をいつ表に出すかについての裁判官の裁量を整理する一定のルールを示したものであり、それが上記判旨（ロ）における下線①と②である、と。

上記のルールを適用した結果として、当該事件についていえば、「在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当た（る）」とされたのだった。

(3) 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（平成18年判決：最判平成18・7・13 訴務月報53巻5号1622頁）

(2) で見た平成17年判決では、在外国民の選挙権の行使を制限することについて、違憲という判断が示されており、本稿が注目しているところの、違憲判断を限定的に表に出すルートという点でいえば、憲法判断を示さなかったこの平成18年判決の方が、より興味深いものであった。

本判決では平成17年判決の違法性に関する判示を参照し、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、国には所要の措置を執るべき責務があるとされた。

しかしながら、上記平成17年判決判旨（ロ）下線①と少なくとも何らかの関係がある言明として、(i)「身体に障害がある者のように、既存の公的な制度によって投票所に行くことの困難性に結び付くような判定を受けているものではない」ことを述べ、同下線②に係ることとして、(ii)「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」ことを指摘するのである。

そして、「選挙権行使の機会を確保するための立法措置については、今後国会において十分な検討がされるべきものであるが」、「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のである。

本判決でも、平成17年判決と同じく、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ため、この点だけからすれば、抽象的に公選法の憲法適合性判断は「可能」である。実際に、泉徳治補足意見は「憲法に反する状態にあった」と述べている。

その上で、上述の (i) (ii) から考えるに、法廷意見においては、どのような制度が可能であるかが一見して明白ではない現状において、裁判所が憲法判断をなすのは時期尚早であるとの判断をして、憲法判断には踏み込まな

ったものとする。

つまり、平成17年判決の示した、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の判断において、《憲法判断に踏み込むか否か》につき、憲法判断をなすに十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いえる。

(4) 再婚禁止規定違憲判決（平成27年判決：最大判平成27・12・16民集59巻8号2427頁）

近年、さらに興味深い判例展開が平成27年判決で見られた。

本件では、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が、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。

つまり、違憲とされながらも違法との評価を受けずに合法とされた事例であるが、先に見てきたように平成27年判決が継承する従来の判例の大元の枠組みは、国賠法上違法と認められる場合にのみ、憲法判断を示すことを基本としていたように観察され、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。本判決は、機が熟しているとの判断を前提に、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ものといえよう。最高裁は、100日を超える部分について違憲判断をすることで立法を促し、憲法秩序が正しく維持されるきっかけを作る役割を引き受けたと理解しうる。

本意見書は、これまで述べてきたように、客観的な憲法秩序の維持という観点から、憲法判断する必要性があるかという実質的な論点についての判断次第で、「事件」性も含め、裁判所が柔軟な取り扱いをすることは、司法権の範囲内にあるという前提に立っている。かかる立場からすれば、司法府は憲法秩序の維持という役割に、より一層自覚的に、また積極的になってきたものと評価することができる。

本判決は、民法733条1項の規定について上記のような憲法判断を示したの

ち、本件立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無について、次のように述べた。

(イ)「国家賠償法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が個々の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反して当該国民に損害を加えたときに、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである」。

(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」。

(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(る)」。

(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」。

(ホ)「もっとも、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、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、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」。

(段落番号、下線及び数字は引用者)

本判決について、2点、検討する。

第一に、先に見たように平成17年判決では、昭和60年判決にあった「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なものであって、その性質上法的規制の対象になじま(ない)」や「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いうべきであって」という簡

所が引用されていなかった。これに対して、平成27年判決では、(ハ)として「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」という部分が挿入されており、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払われているように見える。

また、(ホ)の国賠法上違法の判断要件の中に、下線箇所のように、「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」という文章が挿入されている。「として」という言い回しに注目するならば、例外的な場合に「職務上の法的義務に違反するものとして見做す(擬制する)」という意味にも受け取れよう。先述の通り、かかる法的義務は、通常の場合には、立法行為について観念し得るとはいいがたいが¹²⁰、客観的な法秩序の維持機能が司法過程を通じて実現されることもまた、司法権の果たす役割の一つというべきであり、憲法判断が必要であると認めた場合に裁判所が判断を示すことは、かかる役割からすれば、正当化され得るものであろう。

つまり、平成17年判決では、あるいは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ところ、平成27年判決では、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。

しかし同時に平成27年判決では、国賠法上の違法性を否定しているのだから、昭和60年判決と異なり、《違憲＝違法》という理解を取っていないことが注目される¹²¹。これは、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より他なからう。国賠訴訟を道具的に、違憲訴訟の受け皿として活用するという選択は、我が国において憲法訴訟を現実的に効果的に運用する目的にとって、是認されうる判断と考える。

さりとて、立法行為違憲国賠訴訟が実質的な違憲確認訴訟に完全に变化したというわけではなからう。上記のように、国賠訴訟を立法行為について用

120 新正幸「立法の不行為に対する違憲訴訟（1）—在宅投票制度廃止事件上告審」高橋和之・長谷部恭男・石川健治編『憲法判例百選Ⅱ〔第5版〕』（有斐閣、2007年）438頁。

121 同日に下された、民法750条の定める夫婦同氏規定について、憲法14条、24条違反が争われた事件で、最大判平成27・12・16民集69巻8号2586頁は、規定について合憲との判断を示し、かつ国賠法上も合法とした。

いることが本来的に困難であることが確認されているのは、利用に一定の限界を画するためのことであつたと思われる。その限界は、今後の展開を待つ段階にあるとはいえ、いかなる国家行為であっても違憲判断を求めうという理解は取り難いであろう。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。

第2に、国賠法上違法とされる要件である。平成27年判決では、(ホ)において、「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、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」としている。

平成17年判決においては、「立法の内容又は立法不作為が国民に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、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために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」というように、「立法がすでに存在する場合」と「存在しない場合」とで前段と後段に分けて論じていた。これを平成27年判決ではまとめている。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うることが、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¹²²。

122 なお泉ほか・前掲書（注108）197頁（泉発言）は、国賠請求を認めなくても違憲判断を示すという傾向について、「原告の本当に争いたい点はそこにあるわけですが、争う方法がないので国家賠償請求という形を採っているということが分かるような訴訟においては、原告らが争いたい点に答えるべきだという考え方が広まっているのかもしれない」と述べている。また、傍論における憲法判断についても「最近では、当事者が憲法問題について十分に主張立証を尽くして、ほかに同種の事案が想定される場合には、違憲審査権を有する裁判所としては、たとえ傍論となっても、憲法解釈を示すという傾向が生まれてきているように思われます。立憲主義を護るために必要なことだと思います」（同）という指摘をしている（197-198頁）。

(5) 小括

行政の権限行使にかかる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。このことに比べても明らかのように、そもそも立法行為について、そのような行為規範を觀念することは性質上困難であり、つまりは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、十分な考慮が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個人との関係というよりも、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。

そのような観点から見るに、判例は、行政の権限行使における責務と同じようなレベルで、個別具体的な憲法上の立法責務を論じているものとは読めず、また立法行為について職務上の法的義務を觀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いえない。立法行為違憲国賠訴訟は、不法行為法としての国賠請求訴訟という本来の用法とは明らかに異なっており、独自の発展を遂げた珍しい分野であるといえよう。

つまりは、実質的な違憲確認訴訟が、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いえる。私人が裁判所に提起する訴訟を通じて公益の実現・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いても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

冒頭に述べたように、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、必要な限りで本章（1）ではこれを論じ

ておく（憲法実体判断）¹²³。そして（2）で、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、また（3）において、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

日本国憲法の出発点は、明治憲法の下で軍事の統制に失敗したことにある。それが憲法9条の戦争放棄・戦力不保持・交戦権の否認や、国家緊急権条項を持たないという選択に結実しているものと解すべきである。また、このことは、統治の仕組み全体についても、軍事の統制という課題を実現するという観点から、動態的に、互いに補い、かつ抑制均衡を通して維持されるものとして見なくてはならない。

日本国憲法の選択した統制方法とは、軍に権限を配分しないことにより、安全保障に関する制度の限界を論理で設けてコントロールするという、諸国に例を見ない新しい試みだった。そのために、憲法のもとで作られてきた安保・防衛法制は、他の国におけるそれとは、根本的に異なっているのである¹²⁴。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。

123 筆者はこの点について複数の論考にて論ずる機会を持った。例えば、青井未帆「安保関連法案の論点—「日本の平和と安全」に関する法制を中心に」長谷部恭男編『検証・安保法案 どこが憲法違反か』（有斐閣、2015年）、『憲法と政治』（岩波書店、2016年）などがある。本章はこれらを元に行っている。

124 例えば、政府解釈は、防衛作用を一般行政作用の一部と理解し、かつての統帥権に当たる内閣総理大臣が有する自衛隊の指揮監督権を内閣総理大臣が有する行政各部の指揮監督権（憲法72条）の確認規定と理解するなど、実態は措くとしても法的にいえば、自衛隊の実力組織としての特殊性は、憲法上の根拠の不在ゆえに、正面から全面的に正当化されえなかった。軍法会議がないこともまた、政府は自衛隊が軍隊ではない証として説明してきている。日本は、結果として軍隊を有する諸国とは性質の異なる防衛法制を構築してきたものである。詳しくは、青井未帆「9条・平和主義と自衛隊」安西文雄他『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）83頁以下の参照を乞う。

立法の憲法適合性が検討される場合、例えば人権制約立法がそうであるように、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。神聖不可侵ゆえに立法による制約を拒むような事柄は、日本国憲法の下では想定されない。

しかしながら、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もあって、これについ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。

本件で問題となってい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を含むのではないのか。他国で一般に安全保障問題について政治部門に広い立法裁量が認められているからといって、我が国でもそうであるということにはならないのである。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はずあって、それは9条が規範性を持つことの帰結でもある。このように、憲法規定そのものに遡るなら、自衛隊をはじめ安保関連法制は、元来厳しく憲法適合性が問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可能性があることに、まず注意を払いたい。

さて、中核的な安保政策としての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も自己定義しなくてはならなかったことにより、政府によって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。つまり、安全保障法制の論理的な限界として、「軍の否定」が置かれてきたのであり、これは他の国にはない珍しい権力統制の手法であった。

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。「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、自衛隊は合憲と説明されてきた。

この説明方法は2014年の集団的自衛権を行使容認した閣議決定や2015年安保関連法制制定においても、基本的には維持されている。それは、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り、安全保障に関わる法体系の正統性を一手に握っているためである。政府の解釈においては、9条と自衛隊にかかわる権限体系とは、9条の文言における「無」と「軍ではない」=「無」=「非・正統」という一点において、ぎりぎり平仄が合っていたと評価しうる。

結果として、安保・防衛法制のみにとどまらず、長年にわたり、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。9条は、軍事的合理性が貫徹することに根本的な疑問を突き付けるものであり、少なくとも2014年まで、そのことが法律以下の法制度に反映されてきたのである。

2 自衛隊の活動を正当化するための議論

上記のような9条の理解の上で、自衛隊の活動を正当化するための議論としては、次の二つの道筋が考えられる。便宜的に「議論A」と「議論B」と呼ぶ。これら二つの議論の道筋自体は、実体が形骸化しているとはいえ、形式的には今般の安保法制整備においても維持されている。

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

「議論A」の「例外として許される武力行使である」というのが、個別的自衛権であり、9条の下での例外として自衛隊を正当化する理由であった。

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。「例外」に当たる場合が、「直接侵略」（旧自衛隊法3条）であり、この場合に自衛隊は防衛出動（同法76条）をして、自衛のために武力の行使をなしうる（同法88条）。

このことを簡潔にまとめていたのが、2014年閣議決定より前に採用されていた「自衛権発動の三要件」である。これは、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を要件としている。

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、「自衛のための武力行使」までの手続きは複雑になったが、自衛権発動の三要件は維持されていた。「武力攻撃事態には至っていないが、事態が緊迫し、武力攻撃が予測されるに至った事態」である「武力攻撃予測事態」（武力攻撃事態法2条3号：防衛出動待機命令等を下令できる）や、「武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至った事態」（武力攻撃事態法2条2号：防衛出動を下令できる）である「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。その場合のみ武力攻撃を排除しつつ、その速やかな終結を図り、武力の行使がなされうると。

以上のように、自衛隊は自国を防衛するための必要最小限度の実力として、憲法上正当化されてきたものであり、政府は個別的自衛権を「自国に対する武力攻撃を、実力をもって阻止する権利」としてきたのである（自国防衛）。

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、そもそも上記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。これらの定義は、傍点を振った「実力をもって阻止」という点において一緒であるので、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。そういう深いレベルで規範が破棄されるなら

ば、解釈の一貫性が失われるのである。「実力を持って阻止」にかかわる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。

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。政府は、個別自衛権と集団的自衛権について、「両者は、自国に対して発生した武力攻撃に対処するものであるかどうかという点において、明確に区別されるもの」としてきた。つまり政府の理解において、個別自衛権と集団的自衛権は、それぞれ重なる部分のない互いに独立の概念であって、他国防衛（集団的自衛権）は、まるごと、憲法9条のもとで行使できないカテゴリーとされてきたのであった。それを覆してしまったのが、2014年の閣議決定であった。

議論B

自衛隊の活動を正当化するためのもう一つの議論の道筋（先に「議論B」としたものは、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。

先に見た「議論A」を拡張すること、つまり集団的自衛権の行使容認は、論理の上で極めて困難だったため、政府は特に海外での自衛隊の活動領域や内容を広げるために、「議論B」を活用した。その結果、「議論B」は、たとえるなら、すでに引っ張られるだけ引っ張られているゴムのような状態にあって切れかかっていたところ、2015年の改正でもはや限界に達したと考える。

限界に達している問題領域は多いが、ここでは「武力行使一体化論」を取り上げておく。この議論に、9条をはじめ、軍の否定に立つ日本国憲法の精神への政府自身の姿勢が明瞭に反映されていたと考えるからである。

一体化論とは、他国軍隊への自衛隊の支援活動は、他国の武力行使と「一体化」すると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。これは自衛隊の海外展開任務において、長年にわたり維持されてきた議論であり、形式的には2015年の

安保法関連法整備でも維持されているが、実質的にはもはや意味をなさなくなっている。

まず周辺事態法は、主として朝鮮半島有事（安保6条事態）に際して行動する米軍への協力等の防衛協力のあり方について定められた1997年の日米ガイドラインの関連法として制定された。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。

そこで戦闘が行われている領域とは概念上区別された「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。具体的な対応措置としては、後方地域支援（補給、輸送、修理・整備、医療、通信等）と後方地域搜索救助活動がある。

そしてテロ特措法とイラク特措法についてみると、テロ特措法は「国際的なテロリズムの防止及び根絶のための国際社会の取組への、わが国の積極的な寄与」などを目的として掲げており、同法に定める自衛隊が行う活動は、協力支援活動、搜索救助活動、被災民救援活動の三つであった。

政府は「武力行使は伴わない非戦闘地域での支援である」という説明をし、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、そして(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りされるとされていた（テロ対応特措2条3項。ただし(3)は基本計画には盛り込まれなかった）。

そしてイラク支援法は、イラクの復興支援のための活動として、イラク国内非戦闘地域での人道復興支援活動、安全確保支援活動を掲げている。これらの活動についても、その実施主体は主として自衛隊であり、法の構造や活

動実施区域についても、ほぼテロ特措法と同じであった。ただし(3)に関し、イラクにあっては、国連決議に従っ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とされ(イラク特措2条3項1号)、陸上自衛隊が派遣されたのであった。

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、技巧的な概念ではあった。また、国際法の観点からすれば、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うる(「1949年8月12日のジュネーブ諸条約の国際的な武力紛争の犠牲者の保護に関する追加議定書」52条2項)。

つまり、自衛隊の活動が武力の行使に当たらないといくら政府が説明したからといって、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。そこで法律の構成上は明示されていないが、周辺事態法(日本平時)についても、武力攻撃事態(有事)と並立することが、実効的な運用上、後方支援の前提要件だったといえるし、これらの事態が並立することは政府も認めてきたのだった。

とはいえ、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ったといえる。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条の精神を現実には生かす枠組みであったと評価することができよう。

しかし、今回の安保関連法制ではそのような配慮がなくなった。このことが持つ意味は、大きい。2015年の改正において、「現に戦闘行為が行なわれている現場」では実施しないものと変更され、搜索救助活動については、戦闘行為が行われるに至っても「すでに遭難者が発見され、自衛隊の部隊等がその救助を開始している時は、当該部隊等の安全が確保される限り」(重要影響事態法7条6項)、活動できるとされた。「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、現実には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、これまでは見えにくかった問題が前面に出てくる可能性がある。問題が前面に出てこなかったのは、単に運が良かったからだけであるともいえる。

たとえば「後方支援活動と捕虜」という問題が、安保法制制定時の国会でも取り上げられたが、政府によるとジュネーブ諸条約上の捕虜は、紛争当事国の軍隊の構成員等で敵の権力内に陥つたものをいうため、「いわゆる後方支援と言われる支援活動それ自体は武力行使に当たらない範囲で行われるものであります。我が国がこうした活動を非紛争当事国として行っている場合について申し上げます、そのこと自体によって我が国が紛争当事国となることはなく、そのような場合に自衛隊員がジュネーブ諸条約上の捕虜となることは想定されないと考えます」（衆議院特別委員会・平成27年7月1日〔岸田外務大臣〕）という。しかし、かといって武装している以上は、文民特権を主張することもできないのであり、隊員はたいへん不安的な法的地位に置かれる。

また、結局のところ、「武力の行使に当たらないからできる」という本意見書のいう「議論B」に整理される活動であつたが、他国軍の後方支援活動は、「例外的に武力行使ができる」という「議論A」（個別的自衛権・集団的自衛権の行使）に収斂する可能性がある。これまでの政府解釈によると、武力の行使に当たらない後方支援活動が、組織的計画的な武力攻撃の対象となるなら、個別的自衛権が当然に発動する。さらに、この場合は、自衛隊法76条1項1号（従来の防衛出動）の規定で防衛出動することになるのであるから、国内の対処措置（自衛隊法103条等）も含めて、連動することになる。とす

ると新たに設けられた76条1項2号（存立危機事態での防衛出動）が、現行法上、国内対処措置の発動と非連動とされていることには、あまり意味のないこととなる。

以上、部分的に取り上げたのみであるが、2015年安保関連法のフレームワークが、これまで9条の下で作られてきた安保・防衛法制を破壊するものであったことは明らかであろう。

「憲法の意味」を考える際に、特に統治に関わる条文の場合、現実に関係する公務員が従う規範内容が公務員にどう理解されているかが重要である。日本の場合は、他の国と異なり、安全保障政策は憲法問題になるのが通常であり、政府解釈においても憲法のもとで合憲性を維持できる範囲に限界が設定されてきた。安全保障政策に関わる法についていえば、憲法前文・9条やそれらの解釈そして具体的な諸政策をあわせた総体として、「機能する憲法¹²⁵」であったものと解することができる¹²⁶。

問題の一つは、それが改変される際に限界があるのかである。政府見解が改められ公務員の理解が変われば、その新しい規範内容が、いかなるものであっても、「新たな憲法の意味」となりうるのかといえ、そうではない。仮に元の解釈を a として、新たな解釈を β とするなら¹²⁷、 β は a の枠の中で行われなければならない。 a 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。

2015年の安保法制制定においては、表面上は従前の政府解釈との論理一貫性が語られたが、もはやその内実は一貫性を維持していない。「機能する憲法」が十分な理由づけなく破壊された。日本国憲法9条の解釈として可能な範囲

125 長谷部恭男『憲法の境界』（羽鳥書店、2009年）15-17頁。

126 自衛隊が違憲であるという解釈学説によれば、自衛隊を中核とする防衛法制に正当性を与えることができないことになるが、学理解釈と政府解釈は性質を異にするのであって、学理解釈の立場のいかに問わず、「機能する憲法」を観察してその論理的限界を論ずることは当然にできる。

127 そもそも a が憲法の条文解釈としてありうる解釈であることが前提であるが、この議論は措く。なお筆者は唯一の正しい解釈が存在するという立場を取っていない。条文解釈として成り立つ解釈は複数ありえ、正しさをめぐる争いは、裁判所が憲法判断を下しても、終焉しない。社会的政治的状況の変化も含めて、解釈の正しさは将来の議論に開かれている。

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。これまで築かれてきた、軍事的合理性が貫徹することに抑制的な法体系そのものに対する波及的影響も、今後発生することが予想される。安全保障法制にとどまらず、日本社会が共有している価値観の変化にも及ぶような、根本的な変更であったというべきである。

(2) 憲法判断に踏み込むべきこと

本件安保法制違憲国賠訴訟で真に原告が求めているのは、政治で進む憲法破壊に対して司法がストップをかけることであるといえる。

裁判所は、裁判所の判断すべき対象たる「事件」としては扱わずに、憲法判断を回避するといった可能性も考えられるが、憲法9条違反という憲法問題に正面から向き合うべきである。

先にも見たように、目下のところ、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」

①、②、③の判断については上記（1）での検討と重なるため割愛する。

本節では④について、権利・自由との関係で憲法9条の意義にさかのぼって検討し、また、⑤について、もし違憲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を述べ、総合的に見て、憲法判断に踏み込むべきことを主張する。

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。本意見書の対象とする憲法9条についていえば、本条は直接に権利を保障した

規定ではないが、もちろん自由や権利と無関係ではない。

そもそも9条は国民の自由や人権との関係で、どう位置付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。」と謳っているのであった。侵害の手前で制度的に自由を確保することが、憲法で選択されたのである¹²⁸。

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といえる。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、一歩手前で防いで自由を確保するという制度の根本目的ないし趣旨が没却される。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。

先に本意見書は「表現の自由」と「自由な表現空間の維持」との関係で畏縮効果を述べたが（第1部第1章（4））、憲法9条の守る自由と9条との関係も、同様に捉えることができる。人権と9条とを併せ、事柄の性質上、自由が侵害される「おそれ」に十二分に敏感に、社会的政治的状况を横目で睨みつつ、侵害の危険が現実化することを防ぐべく、統治の仕組みを考察しなければな

128 それが妥当な制度ではないという場合には、「解釈改憲」ではなく、正式の憲法改正手続（96条）により別の制度が選択し直される必要がある。

らない。本意見書の範囲を超えるため、十分に論じてはいないものの、本件は、まさにそのような「おそれ」が現実化しつつある状況にある。そこで、先の芦部博士の要件④の要請も強く満たす。

では誰の「権利」として主張されるのがふさわしいか。それは、かかる「おそれ」に最も敏感でありうる者といえる。三権の間のバランスや社会的政治的状况等も鑑みて、憲法判断に踏み込むべきか、誰に司法手続きにかかる論点を先鋭に提示することを許すのが最もふさわしいかを考えるべきである。そしてそれらの者は「憲法上保障され又は保護されている権利利益」を主張する者というべきである。本意見書第1部第2章（1）で見たように、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のであった。救済の必要性が権利・利益を生むという相互関係ないし相関関係が認められるのである。

この点も本意見書の範囲を超えるためここでは詳論できないが、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。原告らは、日本国憲法に示されている「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いえる。居ても立っても居られずに反対の声を上げた者、そして本件訴訟の原告らのように裁判所に訴えざるをえなかった人々にとって、この間の権力の暴走は、まさに身を切られるような痛みと苦しみをもたらしている。原告らは、対立的構造をとる司法手続に、違憲の論点を先鋭に提示しうる者であり、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りと考える。

2 国会の機能不全

我が国で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。

先に見たように軍事について立法権限が存在することが自明ではない上に、安保法制制定の際の国会がそうであったように、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。

2015年の通常国会では、国会で安保関連法制定により「どういう国にしてゆくのか」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て、安保関連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。

強行採決という言葉は、法律に定義されているわけではない。また、憲法で強行採決が禁止されているわけでもない。基本的には、議院にそれぞれ、国民代表としてどのような「良い運用」を積み重ねるか、運営は委ねられている。日本国憲法の下においても、国会のあり方や国会と内閣の関係というのは、先例などの規範的な習律の形成に委ねられた部分が大きい。2015年9月17日の参議院特別委員会での採決のような例を、議事運営の先例に加えてしまった責任は重い。正しい議事を行うにあたっては政治部門が自ら責任を深く自覚し、「良い先例」を積み上げることが正道である。しかしもはやそれだけに頼れるものか。本意見書は、この点に懐疑的である。

確かに、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（警察法改正無効事件）で最高裁は、「同法は両院において議決を経たものとされ適法な手続によって公布されている以上、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¹²⁹」とし、「両院の自主性」という議院の自律に重きを置いていた。例外について触れられていないことから、例外なく審査権限を抑制したとも理解しうる。

自らを縛るよう積み上げた規範を自ら破り、新たな規範を作ることについて、議院の自律を認める以上、否定されはしないだろうが、それは同時に、

129 最大判昭和37・3・7民集16巻3号445頁。

なぜ議院の自律や強い委員長・議長権限が認められるのかについて、不断に問い直されることを要請しよう。自律を享有することに伴う責任は負わないで、手続きを無視できることだけ主張するのは、却って議院の権威を低めることにつながろう。省察の上にはじめて議院の自律は確保されるのである。かかる点においても、我が国にとっては大変不幸なことに、国会（議院）は、信頼を失いつつあるものといえるのかもしれない。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 balanサーが、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。

まっとうな政治が行われるためには、議院が自主的・自発的に「病理」から回復することを待つだけでなく、同時に、裁判所という他権力によって法的評価がなされるによって担保される「他律」についても、考え始めなくてはならない。元来、議事手続きは、権限の踰越、濫用を問うという思考になじみにくい、例外的に、どういう場合に「法に反すると評価されるか」について、真剣に検討されるべき段階にあると考える。先に見た警察法改正事件の最高裁判決で「決して口を出さない」とも受け取れる姿勢が示されたことが、議院に甘えを生んできた原因の一つとなっていないか。だとするなら、責任の一端は最高裁にもあるだろう。

このように、実体的な問題として憲法9条に違反するということに加え、制定過程における瑕疵を踏まえるなら、裁判所が憲法秩序の維持に負う役割はなお一層大きいものといわざるを得ず、憲法判断に踏み込むことが強く要請されるというべきである。

3 三権分立を動的に考える

司法府には、統治機構の上で負っている憲法秩序の維持という任務のため、事柄の次第によっては、「一步前へ出る¹³⁰」ことが必要である。

安保関連法について安倍晋三首相も、「憲法との関係においては、まさに

130 泉ほか・前掲書（注108）のタイトルによる。

違憲立法かどうかということも含めて、最終的な判断は最高裁判所が行う、これは憲法にも書いてあることであります¹³¹。」と述べたのであった。

この言葉は、善意に解釈すれば、手続的にも内容についても、厳しい批判が寄せられた安倍関連法制について、「内閣としては合憲のものとして国会に提出し、法律となったが、最終的には最高裁に、法的正当性を判断してもらいたい。」という立場を示しているようにも理解できる。

もっとも、安倍首相の言葉は、最高裁砂川事件判決¹³²を念頭に、いわゆる統治行為論をとった上で「政治が決める事柄だ。」と理解するものではあろう。しかし、統治行為論は我が国で判例法理としてはほとんど展開しなかったであり、その意義については、学説でもかねてより「不要」とする説が有力に説かれてきた。奥平康弘博士はかつて、「憲法解釈は、政治的な問題でありうる。しかし憲法規範は、この点のみこんだ上で81条に体现されたように、憲法解釈機能をあげて裁判所にゆだねたのである。」と説いた¹³³。また、判例でも純粋な統治行為論をとったとされる判決は、苫米地事件¹³⁴一件のみであり、その他、統治行為論「風」な議論がなされているのは、憲法9条絡みの訴訟に限られている。

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」とは呼べない。仮に政治部門が憲法破壊を進める状況にありながらも、司法院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。

砂川事件最高裁判決は、次のように議論を展開していた。

「本件安全保障条約は、前述のごとく、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の政治性を有するものというべきであつて、そ

131 2015年7月15日・衆議院特別委員会。

132 最大判昭和34・12・16刑集13巻13号3225頁。

133 奥平康弘「長沼控訴審判決と統治行為論」法時48巻11号（1976年）。

134 最大判昭和35・6・8民集14巻7号1206頁。

の内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量の判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、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」。

純粹な統治行為論がとられたのであったら、ここで判示は終わるはずである。しかし、さらにこの判決は、駐留米軍の合憲性に論を進めた。「アメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法9条、98条2項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない。そしてこのことは、憲法9条2項が、自衛のための戦力の保持をも許さない趣旨のものであると否とにかかわらないのである」、と。

砂川事件は、日本に独自の防衛力が構築されていない古い時代のものであり、国内への米軍駐留の権利を与えた旧日米安保に基づく駐留米軍が論点だった。これについて、正面から合憲としないまでも、「適合こそすれ」と判断し、かつ「一見極めて明白に違憲であるとは、到底認められない」としている。実体判断に踏み込んで、要は合憲としたものである。しかもその理由は、「(駐留軍の) 目的は専らわが国およびわが国を含めた極東の平和と安全を維持し、再び戦争の惨禍が起らないようにすることに存し、わが国がその駐留を許容したのは、わが国の防衛力の不足を、平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼して補なおうとしたものに外ならないことが窺える」からなのである。さらに「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¹³⁵。

135 平成8年の沖縄代理署名訴訟最高裁大法廷判決（最大判平成8・8・28民集50巻7号1952頁）は、「日米安全保障条約及び日米地位協定が違憲無効であることが一見極めて明白でない以上・・・」と述べており、これもまた、「一見極めて明白に違憲」である

したがって、あたかも統治行為論なる一般的な理論があるかのような言い方は、誤解を招く。必要なのは、事案の性質や経緯、諸機関の行動等に着目し、裁判所の任務や、裁判所に求められる行動を具体的に考えることである。

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。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。

以上により、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¹³⁶。憲法を頂点とする憲

場合には、裁判所が自らの職務として憲法判断を正面からする、理論的可能性を残している。

136 トランプ米大統領の移民入国禁止令をめぐる起こされた訴えについて、シアトル連邦地裁が全米規模での執行禁止を内容とする一時緊急差止め（TRO）を認めた判断を下した際に、決定文の最後に次のように述べていた（2017年2月3日：Washington v. Trump, 2017 U.S. Dist. LEXIS 16012, 9-10 (James L. Robart判事)）。

「本法廷の任務にとって本質的なことは、司法府が我々の連邦政府の三つの対等な機関のうちの一つであることを、注意深く認識することである。本法廷の任務は、政策を作ったり、他の二つの機関により成される特定の政策の賢明さを判断することではない。それは立法府や行政府の任務であり、また、究極的に民主的な統制をこれらの機関に及ぼす市民の任務である。司法府、そして本法廷の任務は、他の二つの機関によってとられた行為が、我々の法そしてより重要なことに我々の憲法に合致しているか、確認することに限られている。本日、本法廷が答えるべき限定的な問題は、この特定の訴訟という背景において行政府によってとられた行為に対するTROを発給することが適切であるかどうかを検討することである。この問題は限定的なものであるが、その命令が当事者、連邦政府の行政府、そして合衆国の市民や住民に対して相当のインパクトを及ぼすかもしれないことに、注意を払っている。本法廷は、本日直面している状況が、三権分立のもとでの司法府に課された憲法的な役割を果たすために

法秩序の維持において、「今」、「この日本」で、司法の役割として憲法破壊を止める（あるいは一旦停止を求める）ことが求められる。政治部門が法を逃れようとする中で、三権分立を機能させるためには、司法府が政治部門にブレーキをかけなければならないのであって、それは司法権が発動されるべき「争訟の状況¹³⁷」である。

(3) 国賠法上の違法性

平成27年判決によれば、「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。」が、「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の要件を満たすことについて、すでにこれまで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¹³⁸、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」であるかどうか検討の余地があるが、仮に本要件を満たさないとしても、本件のような例外的に違憲性の明白である場合、③要件を満たすものと解すべきである。

介入しなければならないものであるとの結論に達した。したがって、TROを認めることが必要である。」

なお、この決定には、「司法権の役割」という観点から、「米国の司法がトランプ大統領の暴走を止めた格好である。」（毎日新聞社説2017年2月11日）など、評価をする声が我が国でも上がった。

137 長谷部・前掲論文（注31）62-64頁。

138 2016年2月19日（日本共産党、民主党、維新の党、生活の党、社民党）。

終わりに

以上、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正面から問うべきであることを強調した。

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。安保関連法制制定にあたっては立憲主義の危機が多くの論者から指摘された。手続的にも実体的にも、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。

国防軍の創設や緊急権条項の新設に関して政権が意欲を示しており、現実味を帯びる現状で、否が応でも裁判所が事後的に政治の判断の正しさのチェックをする必要性は高まっている。憲法判断に踏み込むことも踏み込まないことも、いずれも政治的判断に他ならない。今の状況の中で、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¹³⁹。

憲法に改正手続きが定められているところ、それを無視して国家の最高法規である憲法を変更し得るとすれば、法律よりも上位に憲法という法規範があるという想定自体が崩れる。憲法に基づく政治という、立憲主義のコアにある考えを、正面から否定するに等しい。曲げてはならない原則を守り続けられるかが問われている。

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

139 最高裁は憲法81条により憲法判断について最終的な責務を負っているところ、この責務について裁判官がどのような理解をしているのかは、最高裁裁判官の国民審査（憲法79条2項）の際に、国民にとって極めて重要な情報であることも忘れてはならない。下級審裁判所は、最高裁が司法判断を示すに十分な法律的事実を明らかにする、重大な責務を負っているものと言える。

でもある。立憲デモクラシーが機能するには、「何かおかしい」と声を上げる方法は、複数なくてはならない。政治と法との関係は、行きつ戻りつもしながら、いい習律を積み重ねる努力をして、作り上げるものである。国民はその重要なアクターなのであって、立憲主義の維持は、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9条は、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、未然に防ぐための「仕組み」という側面を有する。予防的仕組みを機能させるためには、その目的たる自由や市民の生活が危険に晒されてしまう「おそれ」に敏感であることが、本質的に要求される。だとするなら、憲法秩序の維持に責任を負う司法府が、かかる「おそれ」に適切に対応することは、憲法上否定されるものではない。裁判所が「違憲判断をすることが必要な状況である」との結論に至るのであれば、自由が制約される「おそれ」を最も鋭く摘示しうる者を代表に、それらの者に、保護に値する法的利益を認め、9条適合性を司法判断の対象とすることは、当然に司法権が有する裁量の範囲内にある。

司法改革審議会報告書（2001年）が指摘するように、裁判所は具体的な事件を契機に、その判断を通じて、「公共的価値の実現」をなすものであり、「公共性の空間」を支える柱である。かかる役割を果たすことが強く求められているのである。