

裁判所の違憲審査権

——若干の裁判例を素材として——

東 條 武 治

目 次

序

一 憲法八一条と裁判所の範圍

二 違憲審査権の範圍

(一) 「事件性」との関係

(二) 「統治行為論」との関係

(三) 「憲法判断回避論」との関係

三 若干の検討による私見

序

日本国憲法は、立法、行政、司法の三権分立を国民主権主義を前提として確立し、司法権はすべて裁判所に帰属せるとともに、一切の法律、命令、規則または処分につき裁判所に違憲審査権を有する旨を定めている。この違憲審

査権をめぐって、これまでの主な若干の裁判例を紹介しつつ、思いつき程度ではあるが日ごろ考えているところを、簡単すぎるかも知れないけれども、このさい一応覚書的に整理しておくこととした⁽¹⁾。

一 憲法八一条と裁判所の範囲

合憲的な法令は国民に対して拘束力を有するけれども、違憲なそれは拘束力を有しないことはいうまでもない。ところで、憲法が国民主権主義を基本原則としていることはあらためていうまでもないところである、が、だからといって国民のひとりひとりが合憲か違憲かの判断をして法令の規律に従うか従わないかを自ら個別具体的に決定できるわけではない。憲法は、法令などの国家行為の合憲違憲に関する審査権を、司法権の系列に属するいわゆる司法裁判所に賦与しているのである。ところが、憲法上、その八一条で、「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」と定められているだけであるところから、違憲審査権は、最高裁判所にのみ認められていると解すべきか、それとも最高裁判所ばかりでなく下級裁判所にも認められていると解すべきかという問題がある。この点については、違憲審査権の性格とも関連するが、大きく分けて二つの考え方がある。第一の考え方は、違憲審査権は、最高裁判所にのみ認められているのではなく、下級裁判所にも認められているという見解であり、その場合最高裁判所は違憲審査権に関して常に終審裁判所であるという考え方である。これに対して、第二の考え方は、おおむね、違憲審査権は、最高裁判所にのみ認められているという見解で、一審でしかも終審の裁判所であるという考え方である。これらの考え方のうち、第一の考え方が通説的見解として定着しているといつてよいであらう。

〔事例一〕 右の論点に深くかわっていると見える、最高裁大法廷判決⁽²⁾を紹介しておこう。これは、食糧管理法違反事件に関する刑事事件での同法の違憲をめぐる裁判において、下級裁判所にも違憲審査権があるという判決である。「憲法は国の最高法規であつてその条規に反する法律命令等はその効力を有せず、裁判官は憲法及び法律に拘束せられ、また憲法を尊重し擁護する義務を負ふことは憲法の明定するところである。従つて、裁判官が、具体的訴訟事件に法令を適用して裁判するに当り、その法令が憲法に適合するか否かを判断することは、憲法によつて裁判官に課せられた職務と職権であつて、このことは最高裁判所の裁判官であると下級裁判所の裁判官であることを問わない。憲法八一条は、最高裁判所が違憲審査権を有する終審裁判所であることを明らかにした規定であつて、下級裁判所が違憲審査権を有することを否定する趣旨をもつてゐるものではない。」

二 違憲審査権の範囲

これまで、一般に、司法権の限界を画するものとして、事件性や統治行為などがあげられてきている。ここでは、従来からの司法権の限界論を前提にしつつ、角度を変えて若干の考察をしておくこととしよう。

(一) 「事件性」との関係

あらためて説明するまでもないことではあるが、「事件性」というのは、裁判権の行使につき、裁判所は、具体的な争訟事件が伴っている訴えに対してのみ裁判権を行使することができるのであつて、具体的な争訟事件が伴っていない訴えに対しては裁判権を行使することができない、という意味で一般に用いられている。このような考え方の論拠は、おおむね、第一に、アメリカに既存のいわゆる違憲審査権を憲法八一条で明文化されたものととらえ、第二に、

下級裁判所も含めて裁判所に違憲審査権が認められていると解し、第三に、裁判所は具体的な争訟事件を裁判する場合にのみその解決のために適用すべき法律等の合憲違憲の審査をすることができると解し、したがって第四に、憲法八一条はいわゆる憲法裁判制度を定めるものではないからして、独立した手続による違憲審査権を認めることは憲法上許されないと解している、というところにあるようである。これに対して、少数説とみられる憲法裁判説（独立審査説ともいわれる）がある。この考え方の論拠はともかくとして、結論的にいえることは、現行制度の下でも最高裁判所は具体的な争訟事件とは関係なしに、いわば抽象的に法律等の合憲違憲の判断を求める訴えに対して違憲審査権を行使することができる、という考え方が含まれている。

〔事例二〕 右の論点に深くかわっているといえる、最高裁大法廷判決⁽³⁾を紹介しておこう。これは、いわゆる警察予備隊違憲訴訟であり、原告が右に述べた後者の考え方に立っていきなり最高裁判所へ訴えを提起したものであるが、最高裁判所はいわば前者の考え方に立って判断を示したものといえよう。

「この点に関する諸外国の制度を見るに、司法裁判所に違憲審査権を行使せしめるもの以外に、司法裁判所にこの権限を行使せしめないでそのために特別の機関を設け、具体的争訟事件と関係なく法律命令等の合憲性に関しての一般的抽象的な宣言をなし、それ等を破棄し以てその効力を失はしめる権限を行わしめるものがないではない。しかしながらわが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すとき権限を行い得るものではない。けだし最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使され

るものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはないのである（憲法七六条一項参照）。原告は憲法八一条を以て主張の根拠とするが、同条は最高裁判所が憲法に関する事件について終審的性格を有することを規定したものであり、従つて最高裁判所が固有の権限として抽象的な意味の違憲審査権を有すること並びにそれがこの種の事件について排他的すなわち第一審にして終審としての裁判権を有するものと推論することを得ない。

……要するにわが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がこのような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない。」

（二）「統治行為論」との関係

あらためて説明するまでもないことではあるが、「統治行為論」というのは、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につき、法的判断が可能であるにもかかわらず、その高度の政治性のゆえに、司法権の範囲から除外され、裁判所の審査の対象とならない、とする考え方をいうと一般に理解されている。このような考え方の下では、たとえば、右にみた「事件性」という要件をそなえた具体的な争訟事件であつても法的判断が可能の場合であつても、争いの対象となつてゐる国の行為がその高度の政治性のゆえに、裁判所の裁判の対象にならないという結局のところ一面において二重しぼりに司法権の限界を画することになる。以下において、統治行為論に特に深くかわりのある裁判例を二・三紹介しておこう。もちろん、右のような考え方をめぐつて学説上争いのあるところである。

ところで、「事例三」は、いわゆる「抜打ち解散」の違憲性が争われた事件の最高裁大法廷判決であり、「事例四」⁽⁴⁾

と「事例五」⁽⁶⁾は、自衛隊の合憲違憲にかかわるもので、前者はいわゆる百里基地訴訟であり、後者はいわゆる長沼ナイキ基地訴訟である。これらは、いずれも統治行為論に立つものである。他方、「事例六」⁽⁷⁾・「事例七」⁽⁸⁾・「事例八」⁽⁹⁾は、いずれもどちらかというとき否定的な考え方に立つものといえるであらう。とりわけ、「事例六」は「事例三」の第一審判決であり、「事例七」は同原判決である。また、「事例八」は「事例五」の原判決である。

〔事例三〕（肯定例）

「わが憲法の三権分立の制度の下においても、司法権の行使についておのずからある程度の制約は免れないのであつて、あらゆる国家行為が無制限に司法審査の対象となるものと即断すべきでない。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のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきである。」

〔事例四〕（肯定例）

司法裁判所と自衛隊の違憲審査権の關係について (1) 「日本国憲法は、立法、行政、司法の三権分立を確立し、司法権はすべて裁判所に帰属させ（第七六条第一項）、裁判所法は、裁判所は一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するものと定め（第三条第二項）、民事、刑事のみならず、行政事件についても概括的に司法裁判所の管轄に属するも

のとし、さらに憲法第八一条は、裁判所は一切の法律、命令、規則または処分につき違憲立法審査権を有するものと定めた。以上の結果、具体的事件において、国家行為は、法律上の争訟となるかぎり、すべて裁判所の司法的統制に服することとなったのである。

しかしながら、憲法第八一条の定める違憲立法審査権といえども、あくまでも司法権の作用として認められたにとどまり、司法権は万能であるとはいえず、一定の限界があることを認めざるをえない。憲法の三権分立の主眼は、国権を分離し独立の機関に担当させるとともに、三権相互の抑制と均衡を基礎とする協働により統一的国家意思を決定しようとするものであって、一つの権力が他の権力を完全に支配し制約することは認められず、その基盤には、国民主権の根本原理が存在するのである。

たとえば、直接国家統治の基本に触れる高度に政治性のある国家行為は、たとえ法律上の争訟となりこれに対する法的判断が法律上可能である場合においても、さような国家行為は、政治責任の担い手でない裁判所の訴訟手続によって解決されるべきでなく、事柄の性質上、国民に対して政治責任を負う内閣または国会の権限に留保され、最終的には国民の批判と監視のもとに解決されるのを適当とするのであって、憲法は以上を否定し去っているものとは解されない。

この司法権に対する制約は、結局三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての本来の役割、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、明文の規定は欠くが、わが憲法上の司法権ならびに司法裁判所の本質に内在する制約であると解すべきである。

したがって前示のような国家行為が違憲であるかどうかの法的判断は、具体的事件についての法保障的機能を果す

べき使命を有する司法裁判所の審査には、原則として親しまない性質のものであり、したがって一見極めて明白に違憲無効であると認められないかぎりには、司法裁判所の審査権の範囲に属しないものというべきである。」

(2) 『ところで、旧防衛庁設置法、旧自衛隊法は国会の立法作用に基づくものであるところ、上来説示した諸規定から明らかなように、わが国の平和と独立を守り、国の安全を保つことを目的とし、直接侵略、間接侵略に対しわが国を防衛するため、防衛行政組織を設け、武力を保持し、これを対外的に行使することを根幹とするものである。しこうして一国の防衛問題は、その国の存立の基礎にかかわる問題であり、国家統治の基本に関する政策決定の問題である。すなわち、わが国が上来説示した自衛権行使のために保持すべき実力組織をいかなる程度のものですべきかの政策決定は、流動する国際環境、国際情勢ならびに科学技術の進歩等諸般の事情を、将来の展望をも含めて総合的に考慮し、かつわが国の国力、国情に照らして決定すべき問題であり、必然的に高度の政治的、技術的、専門的判断が要求されるものと解すべきである。したがって昭和三三年当時施行せられた旧防衛庁設置法、旧自衛隊法の規定する自衛隊が、自衛のため必要とされる限度を超え憲法第九条第二項にいう「戦力」に該当するかどうかの法的判断は、原則として司法裁判所の審査に親しまない性質のものであり、一見極めて明白に違憲無効であると認められないかぎり、司法審査の対象とはならないのであって、それは一次的には、前示二法の立法行為であり、直接国民に対して政治責任を負う国会の判断に委ねられるべきものであり、終局的には主権者である国民の批判を受けるべきものである。

しこうして、旧防衛庁設置法ならびに旧自衛隊法に定める昭和三三年当時の自衛隊は、既に通観した諸要素に照らし、憲法第九条第二項にいう「戦力」、すなわち侵略的戦争遂行能力を有する人的、物的組織体に該当することが、

一見明白であると断ずることはできないであらう。』

(3) 「さようなわけで、旧防衛庁設置法ならびに旧自衛隊法が、憲法前文、第九条に違反するかどうかの判断は、統治行為に関する判断であり、裁判所の司法審査の対象とはなりえないものであるから、みぎ二法を違憲無効と断ずることはできないものというべきである。」

〔事例五〕（肯定例）

憲法第八一条の解釈について「憲法第八一条は、一切の法律、命令、規則、処分につき、裁判所が違憲審査権を有する旨規定している。したがって、右規定をみる限り、裁判所は具体的事件において、これら法令、処分の憲法適合性が争われる場合には、これを判断する権限があると同時に、判断する義務もあるというべきである。」

ところで、わが憲法における三権分立の原則は、国権の三作用のうち、立法はこれを国会に、行政はこれを内閣に、司法はこれを裁判所に、それぞれ分属行使せしめ、国権が単一の機関によって専断行使される弊害を避け、各機関における国家意思がそれぞれの機関において独立に決定されるものとしつつ、他方、三機関の相互の抑制のもとに一機関における権力行使の逸脱を防ぎ、調和ある国政の統一を図る政治組織を構成しているものというべきである。しかして、右のうち立法権及び行政権は、本来的にはそれぞれその固有の権能を通じてわが国の政治的運営方針を、その実現のための方策を含めて選択し、これを国家意思として定立もしくは実現する作用を営むものであるから、右各機関の行為は、本質的には、妥当性を指向した合目的裁量行為たる性質を有する政治行為であるといわなければならず、わが憲法下においては、行政府の長たる内閣総理大臣は国会議員たる資格のもとに国会によって指名され、内閣はその行政機能につき国民の代表者をもって構成する国会に対し連帯してその責任を負い、立法府たる国会は、立法

機能を含め、直接国民に対しその政治責任を負い、選挙を通じて国民の批判を受けるものである。これに対し司法権は、各個独立して国家作用を行う個々の裁判所が、立法府、行政府によって選択された法、具体化された処分、その他生活事実等を所与のものとし、その法適合性の判断を高権的なす機能を果すものであって、本質的には個別的確認の判断作用を行うにとどまるものであり、これを超え、国民に対し政治責任を負う各機関に代って、より妥当性ある結果を実現する国の統一的政策決定をなす作用を営むものではないといわなければならない。そうすると、司法部門と他の二機関の機能の本質的相違からして、司法権の他機関の機能に対する介入、抑制も、右機関鼎立の趣旨を実質的に否定するものであってはならず、また事項によっては、司法的抑制に親しまず、これを行うべき本来の機関の専属的判断を尊重すべき場合を生ずることを承認しなければならない。特に、立法、行政にかかる国家行為の中には、国の機構、組織、並びに対外関係を含む国の運営の基本に属する国政上の本質的事項に関する行為もあるのであって、この種の行為は、国の存立維持に直接影響を生じ、最も妥当な政策を採用するには高度の政治判断を要するので、その政策は統一的意思として単一に確定さるべき性質のものである。したがってかかる本質的国家行為は、司法部門における個々の法判断をなすに適せず、当該行為を選択することをその政治責任として負わされている所管の機関にこれを専決行使せしめ、その当否については終局的には主権を有する国民の政治的判断に問うことが、三権分立の原則及びこれを支える憲法上の原理である国民主権主義に副うものであると考えられる。すなわち、憲法は、一方において裁判所に違憲審査権を与え、立法、行政に対する司法の優位を認めるが、同時に三権分立を国家作用に関する国の制度としているものであるから、この両者を統一的に考えたとすれば、司法の優位は三権分立の基本原理を侵さない限度において認められる相対的優位のものとして理解するほかなく、前示のような高度の政治性を有する国家行

為については、統治行為として第一次的には本来その選択行使を信託されている立法部門ないし行政部門の判断に従い終局的には主権者である国民自らの政治的批判に委ねらるべく、この種の行為については、たとえ司法部門の本来の職責である法的判断が可能なのであり、かつそれが前提問題であっても、司法審査権の範囲外にあることが予定されているものというべきである（最高裁昭和三五年六月八日大法院判決参照）。

ところで司法判断は、法令を大前提とし、一定の対象事項を小前提としてその適合性の判断をなすものであるが、統治行為が司法審査権の範囲外にあるという場合、一般的には小前提たる対象事項がいわゆる統治事項に当るものとして考えられていると解されるのであって、大前提たる法規解釈の問題としてとらえられているのではない。しかし、小前提に適用さるべき大前提たる憲法その他の法令の解釈行為についても、なお右と同様の問題が考慮されなければならぬはずである。ただし、裁判所は、大前提たるべき法規については、自らこれを解釈適用する本来の職責を有するものではあるが、当該法規が統治事項を規定しながら、その規定の意味内容が、客観的には必ずしも一義的には明瞭でなく、一応合理的な反対解釈が成立し得る余地のある場合において、各裁判所がそれぞれこれに解釈を与えるということは、その選択そのものが、事柄の性質上、政治部門が行うべき高度に政治的な裁量的判断と表裏する判断をなすこととなるのみならず、その解釈の相違の結果生ずる対社会的、政治的混乱の影響は広範かつ重大であることが避けられず、これを解釈する場合の問題は、小前提たる統治行為が司法判断の対象となり得るか否かを検討した場合の問題と本質的には異なるところはないと解されるからである。

もっとも、純粹な意味で統治行為の理論を徹底させ、これについてはおよそ司法審査の対象にならないとすべきは、立法、行政機関の専権行為については、明白に憲法その他の法令に違反するものであっても、裁判所がこれを抑

制できないことになるが、それはまた、他面において三権分立の原理に反することになるといわなければならない。憲法第九八条の規定からも、右結論を是認することはできない。したがって、立法、行政機関の行為が一見極めて明白に違憲、違法の場合には、右行為の属性を問わず、裁判所の司法審査権が排除されているものではないと解すべきである。ただし、大前提たるべき条規の定めるところが客観的、一義的に明確である場合には、それが統治事項に関する規定であっても、その一義性、明確性にかんがみ、たとえこれにより如何に国民に対し政治的、社会的に重大な結果を招来することがあろうとも、他の政治的、社会的意義に優先して当該事項の選択を是とする見地から、規範として定立されたものと考えることができるのであり、したがってこの場合には、右条規を大前提たる判断基準となし得るものと解するのが相当であり、もし小前提たる法規ないし処分が一義的に明確なものである場合には、それが統治事項に関するものであってもなおこれを司法判断の対象になし得るものと解すべきであるからである。

結局憲法第八一条は、前記統治行為の属性を有する国家行為については原則として司法審査権の範囲外にあるが、前記の如く大前提、小前提ともに一義的なものと評価され得て一見極めて明白に違憲、違法と認められる場合には、裁判所はこの旨の判断をなし得るものであることを制度として認める規定であると解するのが相当である。」

自衛隊の設置等と統治行為について「防衛庁設置法並びに自衛隊法第三条、第八七条、第八八条等の規定を含む同法の制定は国会の立法行為によるものであり、これに基づく自衛隊の設置、運営は内閣の行政行為によるものである。したがって右自衛隊法及び自衛隊の存在の憲法第九条適合性を判断するに当っては、その立法行為及び行政行為が右に検討した司法審査の対象となる国家行為であるか否かがここで検討されなければならない。ところで、防衛庁設置法、自衛隊法の各規定及び上段判示の諸事実に照せば、右立法行為及び行政行為はいずれも、他国からの直接、

間接の武力攻撃に際し、わが国を防衛するため、国の組織として自衛隊を設け、武力を保持し、これを対外的に行使することを認める内容をもつ国防に関する国家政策の実現行為であり、自衛隊は通常概念によれば軍隊ということができるが、仮にいったん他国からの侵略行為が生じた場合は、事柄の性質上、直ちに、国家、国民の存亡にかかわる事態の惹起されることが十分予想され、わが国が他国の武力侵略に対して如何なる防衛姿勢をとるかは極めて緊要な問題であるのみならず、その政策の採否及び効果は、平時、緊急時を問わず、国内における政治、経済、文化、思想、外交その他諸般の事情に深くかわり合いを持ち、かつその選択は、高度の専門技術的判断とともに、高度の政治判断を要する最も基本的な国の政策決定にほかならない。したがって、右政策決定を組成する前記立法行為及び行政行為は、正に統治事項に関する行為であって、一見極めて明白に違憲、違法と認められるものでない限り、司法審査の対象ではないといわなければならないものである。」

〔事例六〕（否定例）（判決要旨）

『裁判所は、いかに政治的影響の多い行為でも、これにつき法律的判断が可能であり、かつそれによつて個人的権利義務についての具体的紛争が解決されるものであれば、その行為の法適合性の有無を審判する権限を有し、また義務を負うものであつて、わが国法上、いわゆる「統治行為」または「政治問題」等の観念を認めることはできないから、衆議院の解散についても、それが憲法所定の手続に従つてなされたかどうかについて法律的判断をすることが可能であり、かつその結果が議員個人の権利義務に影響を与えるものである以上、裁判所は、その適否の審判権を有するものと認めなければならない。』

〔事例七〕（否定例）

「日本国憲法のもとにおける裁判所は、具体的事件についての法適用を保障する機能を果すべきものであるから、衆議院の解散のごとく政治色の濃厚な行為であつても、その効力いかに国民の権利に直接影響を及ぼすものであるかぎり、裁判所は、右解散の効力について審判することができると解すべきである。」

〔事例八〕（いゆる否定例）

自衛隊の司法審査の法的可能性（いゆる統治行為論について）（1）『憲法第七六条第一項は「すべての司法権は、最高裁判所および法律に定めるところにより設置する下級裁判所に属する。」と規定し、さらに、同法第八一条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則または処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定している。後者は、その文言からも、下級裁判所もまた前審裁判所として、いっさいの法律、命令、規則または処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限をもつものである、と解されることは多言を要しない。そして、裁判所法第三条もこれをうけて「裁判所は日本国憲法に特別の定のある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判」と定めている。したがって、右各条項からは、現在の自衛隊の規模、組織、編成などを規定している防衛庁設置法（昭和二十九年六月九日法律第一六四号）、および自衛隊法（同上年月日法律第一六五号）を中心とした関連諸法規および自衛隊に関する国家行為が一応司法審査の対象となる、とみることは当然といえよう。

しかし、このような一般論を前提としたうえで、なお種々の実的要請のもとに、司法審査の範囲外とされる法律、命令、規則、処分、あるいはその他の国家行為の分野があるか否かの問題がある。そして、この問題はいゆる「統治行為」、または「政治問題」という名称で論じられている。』

（2）『一般に、このように一定の国家行為を司法審査から除外しようとする考え方は、憲法体制や、国家組織の理

論的帰結というよりは、むしろ、各国の歴史的、社会的諸事情のもとに形成され発展してきたのであり、そのため、この考え方の内容は、各国各様であって、統一したものをみない。そこで、代表的なものと目されるフランスおよびアメリカについて検討してみよう。……フランスにおいては、古くから行政裁判制度の発達によって、原則として、いっさいの行政機関の行為がコンセイユ・デタ(参事院)の統制のもとに置かれることになったが、その例外として、それが、政治的動機によること、または政治的性質をもっているという理由で、どのような訴訟の対象にもならないとされる一群の国家行為の存在を認め、これを「統治行為」と呼んだ。しかし、具体的にいかなる行為をもって統治行為とするかは、必ずしも明確ではなく、結局は、コンセイユ・デタがその行政裁判の歴史のなかで、いくつかの裁判例によってただ経験的に積重ねてきたものにすぎないが、一応つぎのものがそのなかに含まれるとされている。すなわち、①内政上の行為として、(イ)政府と議院との関係における行為、たとえば、政府による下院の解散、(ロ)コンセイユ・デタによる内部的秩序の維持のための処置と確認される行為、たとえば、軍隊内部の懲戒処分、②外交上の行為として、(イ)領土の合併およびその効果、(ロ)条約の有権的解釈、(ハ)外交上のとりきめ、または条約の条項の適用上の行為、(ニ)その他、③戦争行為がそれである。

このような行為が統治行為とされてきたのは、フランスでは、一面においては、行政訴訟につき一般的に審査権をもったコンセイユ・デタが、高度に政治性をもつ国家行為について議院との間で争いの生ずることを避けようとするなどの政治的合目的配慮からと、他面において、当時、公法の領域においては、法規が未だ完全に整っていないため、コンセイユ・デタが、司法裁判所とは異なって、厳格な法の拘束を受けるものではなく、またそれは司法権の機関ではなく行政権の機関としての性格から、多分に政策的考慮を加味して裁判をする可能性を与えられていた、

という歴史的背景に基づくものであらうといわれている。

しかし、近時フランスにおける法治主義の進展とともに、このような統治行為の考え方は、漸次縮減の方向にあるとされている。

論

(つぎに『東條註』、アメリカの裁判所も、その性質上高度に政治に関連する国家行為をいわゆる「政治問題」と呼び、これについて司法審査をおこなうことを避けてきた。それは、三権分立制の基盤のうえでは、一定の事項について、政治機関たる立法機関と行政機関が最終決定権をもち、たとえその事項が法律上の争訟となっても、裁判所は政治機関の最終決定に従うべきで、これについて司法審査をすることが許されないとするものである。しかし、フランスの場合と同様に、その具体的な範囲は必ずしも明らかではない。ただ、アメリカの裁判所が、その長い歴史のなかで樹立したこのような政治問題には、つぎのものが含まれるといわれている。すなわち、①国際関係として、(イ)条約の効力、(ロ)戦争の開始および終了の決定、(ハ)外国人の入国禁止および追放、(ニ)領土権の範囲、(ホ)国家の承認、(ヘ)その他、②内政関係として、(イ)共和政体の保障、(ロ)インデアン種族と州との争い、(ハ)連邦と州との争い、(ニ)その他、がそれである。

このような政治問題に司法審査権が立入らないとする実質的な根拠について、J・P・フランクは、第一に、迅速かつ単一の政策を必要とする場合、とくに、対外事項に関するある種の問題については、明確な、そして臨機の解答を出すことが、正しい解答を出すことよりも、より強く要求されることがある。第二に、司法権が有能に処理できない場合、すなわち、立法的解決に委ねるのを相当とするか、または、事件の処理に裁判所が知ることのできない情報が必要な場合、第三に、他の政府部門の権限たることが明瞭の事項、第四に、処理不可能な状況を避ける必要性、を

あげている。しかし、このようなお若干の不明確さを伴う政治問題には、アメリカの裁判所はこの方向にあまりにもいきすぎているのではないかという批判がなされ、そしてまた、前記したフランク自身も、政治問題の理論はもっとも好ましくない方向に拡大しつつあり、個人の自由の重要な要求を司法審査から排除するものであるから、アメリカの制度の精神に反するものであり、やむをえない場合に限定されるべきである、と結論づけている。

そして、現在では、アメリカの判例は、次第に形式的には司法審査に適合しないとされる行為（たとえば外交問題）である場合にも、とくに個人の重要な人権の侵害を含む事件においては、政治問題として司法審査の外におくことなく、まさに、個々の事件ごとに審査すべきかをきめるという傾向を確立しつつあるといわれている。』

(3) 「わが国においては、右のような統治行為として司法審査の範囲外とされるべき問題について、未だ学説、判例上確立したものを見ない。しかも、前記したフランス、アメリカで論じられている統治行為、政治問題というものは、いずれも、前述のように、その国の歴史的背景のもとに形成され、発達してきたものであるから、それらの国とは歴史的社会的事情も相違し、しかも、右両国とは異なり、憲法第八一条によって司法権が立法権、行政権のするいっさいの行為にも、審査権をもつ旨規定し、その限度では司法権の他の二権に対する優位を成文上明記しているわが国にただちに導入することもまた妥当を欠くものといわなければならない。

とりわけ、一定の分野の国家行為を司法審査の対象から除外するということは、そのこと自体がすべての国家行為が法のもとにおこなわれ、かつ司法裁判所の審査に服し、これにより国民の権利を擁護するという近代民主主義制度の根幹をなす法の支配ないし法治主義とは対立するものであり、それらは、おのおのの歴史の段階において、その特殊な政治的事情のなかでそれなりの合理性をもっていたとしても、右法治主義からはあくまでも例外的な現象といわ

説

なければならず、このことだけからみても、それはフランスの傾向やフランクの批判をまつまでもなく拡大されるべきものではない。」

論

(4) 『わが国の憲法第八一条は、さきにも指摘したように「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定している。そしてこの「……一切の法律、命令、規則または処分が……」なる文言は、それ自体からはまったく例外を認めない趣旨にも解しうる。

しかしながら、同憲法中にも、たとえば、第五十五条本文は「両議院は各々その議員の資格に関する争訟を裁判する。」と定め、また第六十四条第一項は「国会は、罷免の訴追を受けた裁判官を裁判するため、両議院で組織する弾劾裁判所を設ける。」と規定しており、これらはいずれも第七六条、第八一条の例外を定めたものとみることができる。

さらに、最高裁判所は、昭和三五年六月八日衆議院解散の効力に関する裁判所の審査権限について、「すなわち衆議院の解散は、極めて政治性の高い国家統治の基本に関する行為であつて、かくのごとき行為について、その法律上の有効無効を審査することは司法裁判所の権限の外にありと解すべきことは……あきらかである」旨（民集第一四巻第七号一二〇六頁）を、また同三七年三月七日法律制定の議事手続の効力が争われた事件につき「しかしながら、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事実を審理してその有効無効を判断すべきでない。」（民集第一六巻第三号四四六頁）旨各判示している。これらはいずれも政府と国会の関係および国会内部の事項に関するものとみることができる。

加えて、同裁判所は、昭和三四年二月一日日米安全保障条約の憲法適合性の争われたいわゆる砂川事件につい

て、「ところで本件安全保障条約は、……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って、そ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的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、従って、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って、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のを相当とする。」（刑集第一三卷第一三三三、二二五頁）と判示し、「一見極めて明白に違憲無効であると認められ」る場合を除き、司法審査の対象外としている。この判例はいうまでもなく条約の解釈、または効力の問題に関するものである。』

(5) 『被告は、自衛隊の憲法適合性の問題は高度の政治性のある事柄であり、かつ、国家統治の基本にかかわる問題であるから、司法審査の対象とならないという。なるほど、前掲昭和三五年六月八日付最高裁判所判決は、その前段で「しかし、わが憲法の三権分立の制度の下においても、司法権の行使についておのずからある程度の制約は免れないのであって、あらゆる国家行為が無制限に司法権の審査の対象となるものと即断すべきでない。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のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であっても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられてゐるものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政

治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきである」旨判示している。

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

そしてわが国の憲法が第九七条、第九八条にもみられるように、国民の権利と自由を最大に保護しようとしていることからみれば、このような憲法秩序を維持するためにも、右のような例外は最少に局限されるべきことはいうまでもない。』

(6) 『そして被告のいう「高度の政治性」、「国家統治の基本」なる概念は、いずれもきわめて内容を限定し難い不明確な概念であって、なにをもつて「高度の政治性」あるいは「国家統治の基本」というかは、きわめて流動性に富み、このような曖昧な概念には、ときにはきわめて広汎な解釈を与えることも可能にするおそれがある、といわなければならない。そしてまた、こと法令等の憲法適合性が問題とされる場合には、多かれ少なかれ同時に政治性を伴うことは不可避であり、また、その法令等が少なくとも国家統治の基本と無関係なものは存在しないといわなければならない。』

らない。そしてこのような曖昧な概念をもって、司法審査の対象外とされる国家行為の存在を容認するときには、それらの概念が、ときにはきわめて危険に拡大解釈され、そして裁判所は、国家行為の過誤から国民の基本的人權の救済を図ることなく、かえってみずから門戸を固く閉ざさざるをえなくなるおそれがある。このような被告の主張は、法治主義、そして司法権の優越の原則を、わが国の基礎として定めた現行憲法第八一条の規定にも、また同法第九七条、第九八条などの規定にもみられる憲法の趣旨、またその精神にも合致するものとは思われない。』

(7) 「また被告は……、わが国が、自衛のために自衛隊を保持するか否か、また保持するとしても、いかなる程度の規模、装備、能力等を備えるかなどは、流動する国際情勢、および科学技術の進歩等を総合的に判断して決すべきもので、自衛隊の憲法適合性の問題は、司法裁判に随伴する手続上の制約からみても、司法裁判所の審査になじまないと主張する。

しかしながら、自衛隊の憲法適合性、つまり国家安全保障について軍事力を保持するか否かの問題については、憲法は前文および第九条において、明確な法規範を定立しているのであって、その意義および解釈は、まさに法規範の解釈として客観的に確定されるべきものであって、ときの政治体制、国際情勢の変化、推移とともに二義にも三義にも解釈されるべき性質のものではない。そして、当裁判所も、わが国が国際情勢など諸般の事情を総合的に判断して、政策として自衛隊を保持することが適当か否か、またこれを保持するとした場合どの程度の規模、装備、能力を備えるか、などを審査判断しようとするものではなく、まさに、主権者である国民がわが国がとることのできる安全保障政策のなかから、その一つを選択して軍隊等の戦力を保持するか否かについて定立した右憲法規範への適合性だけを審査しようとするものである。そうであるとすれば、裁判手続のなかで、一定範囲で自衛隊の規模、装備、能力等そ

説

論

の実体を明らかにすることができ程度で主張、立証が尽くされれば、国際情勢、その他諸々の状況を審理検討するまでもなく、自衛隊の右憲法条規への適合性を容易に検討できるのであって、その間、裁判手続に随伴するなんらの桎梏も存在することなく、結局、被告主張のように、司法審査の対象から除外しなければならない理由は見出すことができない。」

(8) 「結局わが国において、憲法第八一条の例外として、司法審査から除外されるべき国家行為は、前記4の事例にだけ認められてきたものであり、これらを除いたその余のいっさいの法律、命令、規則または処分の憲法適合性の審査は、憲法第七六条、第八一条、裁判所法第三条により、司法裁判所の審査の範囲内にあるものであり、したがって、本件訴訟においても当然に司法審査は及ぶものといわなければならない。」

(三) 「憲法判断回避論」との関係

あらためて説明するまでもないことではあるが、「憲法判断回避論」というのは、たとえば、「裁判所の憲法判断は、それをしなければ、裁判の結論が出せないという場合にだけなされるべきであり、憲法判断をもち出さずに裁判がじゅうぶんにできる場合には憲法判断をすることおよばないだけでなく、そういう場合は、むしろ、憲法判断をすべきでない、と解すべきものである⁽¹⁰⁾」とする考え方である。「事例九⁽¹¹⁾」と「事例一〇⁽¹²⁾」は、右のような考え方に立つものといえよう。もちろん、右のような考え方に対しては、学説上有力な異論の存するところである。なお、「事例九」はいわゆる恵庭事件に関するものであり、「事例一〇」はいわゆる家永教科書訴訟(第二次)に関するものである。

〔事例九〕

「およそ、裁判所が一定の立法なりその他の国家行為について違憲審査権を行使しうるのは、具体的な法律上の争

訟の裁判においてのみであるとともに、具体的争訟の裁判に必要な限度にかぎられることはいうまでもない。」

〔事例一〇〕

憲法違反の有無に関する判断について (1) 「思うに、裁判所の機能はすぐれて現実的な国民の権利の伸張、防護にあるのであって、そのことに必要限度内の審理にとどまるように努めるのが、当事者のためにも、同時に係属している他の多くの事件の当事者のためにも、さらには裁判所に裁判を信託している国民のためにも果すべき責務である。そして、現に被控訴人自身もまた教科書検定制度を定める法律、命令等の枠内においても本件各改訂検定申請は検定合格処分を受けるのに相当し、同不合格処分は右制度の趣旨からしても違法であるとして同不合格処分の取消を訴求しているのであるから、一面的な論理にこだわらず、学術的研究心からしても違法であるとして同不合格処分の取消をもっとも直接的で、しかも近く短いすでに示した違法か否かの審理の過程を見すごし、その選択を誤るべきではない。このような立場からの選択による審理の結果、前記のとおり訴求する現実の権利救済が満たされることになる以上、もはや教科書検定制度の憲法違反の有無について審理判断する必要はない。」

(2) 「具体的な争訟について裁判する場合に、法律、命令、規則等に則った判断と憲法の解釈いかんによる判断とがともに前提となるときには、まず前者の判断をなし、その判断を経たうえで、なおも具体的な争訟解決のために憲法の解釈が前提となる場合にのみ憲法解釈について判断するのが裁判所における憲法審査のあり方であることは、次のことからいえる。すなわち、裁判所はその権限行使について独立し他からの干渉を排する以上、みずからも行政または立法の機能に発するものに對する審査の権限を行使するにあたっては、これを必要最小限度にとどめるように配慮するのが相当だからである。このことは、裁判所が、その与えられた憲法審査権能の権限行使をことさらに回避

するのではなく、むしろその権能を本来の趣旨にもとづいて適切、効果的に發揮するゆえんなのである。

もっとも、右の場合、一個の訴訟において争訟の対象となった具体的な数個の行政行為について、そのうちの一個または数個のものについては法律、命令等に則った判断によって解決がえられても、他のものについては、このことのみでは解決がえられないため、さらに憲法解釈が必要とされる場合には、まず憲法解釈上の判断をしたらうえて法律、命令等に則った判断に及ぶ順序が選ばれても、所詮審理の便宜的順序の問題にすぎないため、その是非を問うべきいわれはない。

本件の場合にあつては、すでにみたように法律、命令等に則った判断によって、争訟は訴求者たる被控訴人の期待するとおりに解決されることになるのであるから、もはや憲法上の争点についての審査をする必要もないのである。」

三 若干の検討による私見

(一) 周知のように、法律等の合憲違憲を争ういわゆる憲法訴訟は、これまでの通説・判例に従って、すべて民・刑・行政の訴訟法で、具体的な争訟事件を通じてまかなわれてきている。通説・判例に対しては、有力な異論が出てきている。すなわち、それによれば、さきにも述べたように、通説はアメリカに既存の司法審査制にかなり深く負うていることを明らかにしてその問題性を指摘し、『通説をとる場合には、望むと望まざるとにかかわらず、アメリカ合衆国憲法が成立展開させてきた司法審査制、とりわけ「司法」の觀念に由来する諸要件を継承する方向で吟味することが不可避となろう』としてその吟味をふまえて、『通説は、自己の立論に都合のいい程度までは英米の「司法」に依拠し、それ以降の立論ではこれを切り棄てているのであって、これは英米の「司法」概念の限定相統というか、選択

的・意図的な継受というべきであり、結局のところ憲法訴訟の発展が阻害されている面があるのではなからうか、⁽¹³⁾
 という鋭いメスが入れられてきているといつてよい。

ともかくも、再検討の視角として、司法権の限界を画するとされる「事件性」の問題を解決する道も探られてもよいのではないかと考えられる。要するに、「事件性」については、憲法をはじめ明文の法的根拠があるといえるわけでもなく、またもしも解釈論による解決が無理であるならば、立法的解決ということも考えられてよいのではなからうか。

(二) いわゆる「統治行為論」を肯定してこれに立つ裁判例のいうところによれば、たとえば、直接国家統治の基本に關する高度に政治性のある国家行為については、一次的には国民に対して政治的責任を負う政府、国会等の政治部門の判断に委ねられ、最終的には国民の政治判断に委ねられると解すべきものとせられている。しかし、いずれの裁判例をみても、「直接国家統治の基本に触れる高度に政治性のある国家行為」とは何かについて、またその内容あるいは判断の基準ないし判断のよりどころについて、具体的にはもとより抽象的にも全く語るところがなく、説得力のない表現に終始しているのである。また、高度に政治性のある国家行為の合憲違憲の判断は一次的には法の立法者であり、直接国民に対して政治責任を負う国会の判断に委ねられるべきものであり、終局的には主権者である国民の批判を受けるべきものである旨説かれるけれども、ある法律の合憲違憲に關する事例にあっては、一次的にはすでに国会の判断に委ねられており、その判断が出されたのちのことになるのであって、何も司法裁判所が国会に代わって一次的な判断を行なうということにはならないのではなからうか。国会が一次的に行なった判断が、国民の側からみて、国民が当該判断に対しわが国の最高法規たる憲法の趣旨にかなひこれを具体化するものであるかどうかにつき疑いを

もち訴えを提起した場合に、はじめて司法裁判所に判断の機会が委ねられることになるのであるから、見方によれば、このこと自体国会の判断に対する国民の批判といえないこともないのではなからうかと考えられる。反対に、裁判所のある法律の違憲判決に対して、大多数の国民が納得できないというようなことがあるとするならば、そのときには、それこそ主権者である国民の判断により、憲法そのものの改正手段により、違憲とされた法律が、諸手続の履践の⁽¹⁴⁾ち、合憲的なそれとなることになる道もあるのである。

(三) 仮に、司法権の限界を画するとされてきている「事件性」や「統治行為論」につき、これらを肯定する立場をとるとして考えてみると、裁判所の合憲違憲の判断を得るためには、まず「事件性」という第一の関門をくぐりぬけなければならず、つぎには二重しぼりの「統治行為論」という網にひっかからないことが要求されることとなり、そしてこれにひっかからなかったとしても、そこにはさらに三重しぼりの「憲法判断回避論」がまっていることになるのである。「憲法判断回避論」は、筆者には三重しぼりのな制約と映っており、裁判を受ける権利の保障に重大な制約を課しているように考えられるのである。⁽¹⁵⁾ というのは、抽象的にある法律等が憲法の趣旨に違反するとする訴えが認められるのなら格別、認められないとする通説的見解の下では、具体的な争訟事件を伴っていることによってはじめて、法律等が憲法の趣旨に違反するとする訴えが可能となると解されるからである。そして、これが現在開かれている憲法判断を求める唯一の道であると解さざるを得ないからでもある。

ともかくも、裁判所の役割を高く評価する筆者としては、今後、裁判所に、提起された訴えが、どのような裁判を求めているかを慎重に吟味して、決して「統治行為論」とか「憲法判断回避論」に迎合することなく、可能な限り争点に解決を与えるような裁判を一層望むとともに、基本的人権の一つとして保障されている「裁判を受ける権利」を

裁判所自らがこれを不当に奪うような裁判にならないよう格段の配慮を望む次第である。

- (1) 本稿の基本的なところは、これまでのいくつかの拙稿と変わってはいない。すなわち、『裁判を受ける権利』試論、判例評論一九九号一三二頁、「権利保護の有効性論」公法研究四一号二〇一頁、「司法裁判所と自衛隊の違憲審査権の關係」ほか（新判例評釈）判例タイムズ三五一九九二頁、「違憲審査権」山下末人編・法学―実例による法学入門二七八頁（なお、同稿の参考文献として、奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究四一号、樋口陽一「佐藤幸治編・憲法の基礎、芦部信喜・憲法訴訟の理論、阿部照哉・東條武治「長沼ナイキ基地訴訟第一審判決の法的検討」判例評論一七七号、奥平康弘「統治行為」理論の批判的考察」法律時報臨時増刊・自衛隊裁判、野中俊彦「憲法裁判」公法研究三八号、石村善治「違憲立法審査権」法律時報四九卷七号、ほか、等ですべてに明らかにしてきている考え方と軌を一にするものである。
- (2) 最判昭和二五年二月一日刑集四卷二七三頁。
- (3) 最判昭和二七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁。
- (4) 最判昭和三五六年六月八日民集一四卷七号一二〇六頁。
- (5) 水戸地判昭和五二年二月一七日判例タイムズ三四五号一六六頁。
- (6) 札幌地判昭和五一年八月五日判例時報八二二二二頁。
- (7) 東京地判昭和二八年一〇月一九日行裁例集四卷一〇号二五四〇頁。
- (8) 東京高判昭和二九年九月二二日行裁例集五卷九号二一八一頁。
- (9) 札幌地判昭和四八年九月七日判例時報七一二二二四頁。
- (10) 宮沢俊義「憲法判決について」ジュリスト三七〇号二六頁。
- (11) 札幌地判昭和四二年三月二九日下刑集九卷三三三三九頁。
- (12) 東京高判昭和五〇年一二月二〇日行裁例集二六卷一二号一四四六頁。
- (13) 奥平康弘「憲法訴訟と行政訴訟」公法研究四一号九七頁以下参照。
- (14) 「統治行為論」に関する鋭い説得力のあるものとして、特に、奥平康弘「統治行為」理論の批判的考察」法律時報臨時増刊・自衛隊裁判所収を指摘しておきたい。
- (15) 拙稿「教科書訴訟控訴審判決の問題点」ジュリスト六〇七号七一頁参照。

