

# 日本国憲法における下級裁判所の違憲審査権 — 判決傍論中における憲法判断の問題性を中心に —

高澤弘明\*

## The Power of Constitutional Review by Lower Courts under the Constitution of Japan : With a Focus on the Problematic Nature of Constitutional Judgments in Obiter Dicta

Hiroaki TAKAZAWA\*

Article 81 of the Constitution of Japan assigns the power of constitutional review to the Supreme Court and, although not specifically stipulated within the Constitution, it has become generally understood that lower courts, too, enjoy with the Supreme Court this same power. Indeed, lower courts have earned a reputation for being more actively involved in constitutional review than the Supreme Court, but this pro-active approach has now resulted in cases in which the stances of lower courts are seen as problematic. The best example of this is the manner in which the Fukuoka District Court ruled on the constitutionality of the prime minister's visit to Yasukuni Shrine (Fukuoka District Court, April 7, 2004, Hanrei Jiho No. 1859, Page 125). The District Court rejected the plaintiffs' claims in the main text of its judgment even as the *obiter dictum* acknowledged the unconstitutionality of the prime minister's Yasukuni Shrine visit in line with the plaintiff's claims, sparking criticism about an unnecessary constitutional judgment in the *obiter dictum* that bore no relation to the text of the judgment. There are those who approve of this approach, however, explaining that constitutional rulings via *obiter dicta* offer "cautionary opinions" serving as "warnings against unconstitutionality" to the legislative and executive branches.

This paper takes a negative view on constitutional rulings via *obiter dicta* in lower courts and does not accept them even as "cautionary opinions" because (1) in terms of procedural law, the prevailing side cannot appeal when dissatisfied with constitutional arguments in an *obiter dictum* and (2) such rulings impede the exercise of the power of constitutional review by the Supreme Court, the court of last resort. To demonstrate this, the paper examines the problematic nature of constitutional rulings via *obiter dicta* and considers the significance of lower courts having the power of constitutional review.

Keywords: Power of Constitutional Review, Lower Courts, Obiter Dicta

### 1. はじめに

一般的に「憲法の番人」としての最高裁判所に対する

評価は、総じて肯定的なものではない。それは苦米地事件<sup>1)</sup>や砂川事件<sup>2)</sup>などでみられる憲法判断の回避や、これまでに下された法令違憲判決の件数がわずかに8件<sup>3)</sup>に止まるなど、最高裁の違憲審査<sup>4)</sup>に対する姿勢が消極的

\*日本大学生産工学部教養・基礎科学系助教

なものとして受け止められているからである。そのためわが国での違憲審査制の活性化といった場合、広範な管轄権と実効的な判決効力を有するドイツ型の憲法裁判所制度の導入がこれまでに論じられてきており、各界で公表される憲法改正試案でも、必ずといってよいほどこの憲法裁判所の規定が盛り込まれている<sup>82)</sup>。ところが、近年そのような最高裁の消極的なイメージに対して、再検討を要するような動きが出ている。たとえば最高裁が下す法令違憲判決のペースが上がっていることであり、これまでに最高裁は8件の法令違憲判決を下しているが、直近の3件についてはこの10年内に出品されたものである<sup>83)</sup>。また、違憲判断ではないものの、1票の較差に関する選挙無効確認訴訟に関して最高裁は積極的な判断を示しており、平成21(2009)年8月30日実施の第45回衆議院議員総選挙<sup>84)</sup>と、平成22(2010)年7月11日実施の第22回参議院議員通常選挙<sup>85)</sup>に対して最高裁はいずれも違憲状態とし、特に参院選の場合については、これまで許容範囲とされていた5倍超の較差を違憲状態とするなど、かなり踏み込んだ判断を行っている。

一方、下級裁判所での違憲審査制の運用は、もともと最高裁よりも積極的に取り組んでいるとの評価があり<sup>86)</sup>、特に最近では第46回衆議院総選挙(平成24(2012)年12月16日実施)の無効確認訴訟がそのような評価を再認識させるものとなっている。この第46回衆議院総選挙に関しては、各地の高等裁判所やその支部に対して16件の無効訴訟が提起されたが、その結果、16件中2件が違憲状態<sup>87)</sup>、12件が違憲(ただし選挙は有効)<sup>88)</sup>とする判決が下され、さらには広島高裁と同岡山支部の2件に至っては、これまでに前例のない選挙無効の判断が出されるなど<sup>89)</sup>、関係者に衝撃を与える内容となっている。このように各高裁は積極的な姿勢で憲法訴訟に取り組んでいることから、そのような姿勢がこれまで消極的と評されてきたわが国の違憲審査制を、その背後から支え続けていたともいえよう。

しかしながらこの下級裁の積極的な姿勢が、逆に問題視されるケースもある。たとえば裁判官が判決主文と関係のない憲法判断を、敢えて傍論で展開するといった事例が問題となっている。具体的には首相が靖国神社へ参拝したことの違憲性が争われた、平成16(2004)年の福岡地方裁判所の判決がある<sup>90)</sup>。詳細は本論で述べるが、福岡地裁の判決は原告らに訴えの利益が認められないとして、主文で原告らの請求をすべて退けたにも拘わらず、主文と関係のない傍論で首相の参拝行為の違憲性に言及したことで知られている。このように主文の内容が傍論での憲法判断と直接関係しない判決を「ねじれ判決」<sup>91)</sup>といい、判決に不要な憲法判断が行われる点で問題視されている。そして、この「ねじれ判決」にはさらに重大な問題性を含んでおり、それはこの傍論での憲法判断に

対して、勝訴した側が不服であっても、訴訟法上、勝訴した側には上訴できないという「控訴封じ」、「上告封じ」といった現象がみられることである。このことが、最高裁を終審裁判所とするわが国の違憲審査制の根幹を揺るがすものとして、特に批判されているのである<sup>92)</sup>。

そこで本稿では、このような下級裁の傍論における憲法判断の是非をめぐって、最近問題となったこの福岡地裁の裁判例と、さらには、同様の手法がとられた自衛隊のイラク派兵差止等請求控訴事件に関する名古屋高裁の裁判例<sup>93)</sup>を基に、下級裁判所における違憲審査権の意義を問うものである。少なくとも憲法81条で定めるこの違憲審査権は、通説上、下級裁にも認められると解するのが一般的であり、さらに76条3項では、裁判官に対して良心に従って職権を行うことも保障されているため、裁判官には違憲の確信を得た場合、何らかの形で違憲問題の指摘をすることが認められている。つまり下級裁の積極的な憲法判断は、このような憲法上の基盤に依って行われているのだが、他方で最高裁を頂点する現行の違憲審査制を考慮すると、下級裁での違憲審査には一定の制約も求められることになる。その意味においては、わが国の違憲審査の在り方やその活性化を考える際に、違憲審査制に携わる下級裁とその終審である最高裁との権限上のバランスが重要となり、「ねじれ判決」や最高裁の判例と異なる傍論での憲法判断などは、下級裁における違憲審査権の意義・在り方を問う根源的事象のように思われる。そのような問題意識に基づいて本稿では、福岡地裁と名古屋高裁の事例を例証しながら、下級裁判所における違憲審査制度の意義についての再検討を試みるものである。

## 2. 傍論の概要および傍論における憲法判断の事例

裁判所が下す判決文の構成はまず冒頭の判決主文があり、次に判決理由が続く。この判決理由とは、主文がなぜそのような判断をしたかの説明であり、具体的には事実認定、争点の解明、あるいは法の適用方法といった内容からなる。そして判決理由にはその先例拘束性の有無を基準にして *ratio decidendi* と *obiter dictum* の2つに区分され、拘束力を有する部分が *ratio decidendi*<sup>94)</sup>、拘束性のない部分が *obiter dictum* となる。このうち後者の *obiter dictum* は一般的に「傍論」と呼ばれ、主文での結論付けと直接関係しない論旨を内容としている<sup>95)</sup>。とはいえ、このような傍論での論旨が憲法解釈の領域では多大な影響を及ぼすこともあり、その典型例が朝日訴訟の最高裁判決である<sup>96)</sup>。朝日訴訟は原告が生存権規定の法的性格を争点とした訴えであるが、結果的にはこの原告が上告後に死亡してしまったため、最高裁の判決の主

文は、原告死亡を理由に訴訟が終了したことを確認したものとされている。ところが最高裁は、この原告の死亡で消滅したはずの生存権規定の法的性格に関する問題について、敢えて論及を行い、現在、この論及が憲法解釈上の重要な参考材料となっている。つまりこの論及は本文と直接関係していないために、まさしく傍論にあたるものであり、傍論であるがゆえに当然に先例拘束性もないことになる。その例証として、この朝日訴訟の傍論で示された生活保護基準については、その後の最高裁の判例には引用されておらず、その理由としては朝日訴訟の傍論であることが影響しているとの指摘がある<sup>15)</sup>。

今回、本稿で取り上げる下級裁判所の判決は、この先例拘束力のない傍論での憲法判断の問題であり、そのような傍論における憲法判断の意義をどのように理解するかをテーマにするものである。ちなみに、このような傍論での憲法判断を行った代表例としては、岩手靖国訴訟の控訴審判決がある<sup>16)</sup>。この訴訟は2つの事件から成り立っており、①1つは岩手県議会が昭和54(1979)年に行った、内閣総理大臣などに対する靖国神社公式参拝の実現を求める要望の議決行為と、その要望書を内閣総理大臣と関係行政庁に提出した行為とが憲法20条と89条に違反するとして、この要望書の作成と提出に要した費用の返還を求める訴訟と、②もう1つが、岩手県が靖国神社に対して昭和56(1981)年に3回にわたった玉串料等の支出が、同じく憲法20条と89条とに違反するとして、住民らが知事らに対して損害賠償を請求した訴訟で構成されている。これに対して一審判決<sup>17)</sup>は原告住民らの違憲の主張を退け、問題の控訴審判決も一審判決を支持して請求を退けたが、その傍論において、議会が求める公式参拝は違憲にあたるとし、玉串料等の支出も同じく違憲とするなど、詳細な説明が行われたのである。つまりこの判決は、形式的には原告敗訴としながら、原告らが主張する違憲性の指摘については、控訴審ではほぼ全面的に認めるという手法をとったのである。このように本文の内容と傍論の憲法判断とが直接関係しない「ねじれ判決」状態となった控訴審判決に対して、初宿正典教授は「結論(請求棄却)を導くために何ゆえこのような詳細な違憲論を展開する必要があったのか、また逆に、裁判所自身の見解として公式参拝が違憲であり本件支出も違法であると判断したのであれば、むしろはっきりと、原告の請求を容認する論理を展開するのが筋ではなかったのかと疑問がのこる」<sup>18)</sup>と、傍論で不要な憲法判断が行われたとして批判されている。その後、この裁判は、被告側が判決を不服として最高裁へ上告をしたが、最高裁は不合法として却下し<sup>19)</sup>、この仙台高裁の判決が確定している。

今回、紹介する平成16(2004)年の福岡地裁の判決と、平成20(2008)年の名古屋高裁判決も、仙台高裁と同様

に傍論で憲法判断が行われた最近の事例であり、初宿教授が指摘する「結論(請求棄却)を導くために何ゆえこのような詳細な違憲論を展開する必要があったのか」の問題意識を念頭に、両裁判の検討を通して下級裁判所における違憲審査権の問題点をまず明らかにする。

## 2.1 首相が靖国神社へ参拝したことの違憲性が争われた平成16年の福岡地裁判決

前述の通り平成16年に福岡地裁が下した判決は、内閣総理大臣(以下、首相と称す)が靖国神社に参拝したことへの違憲性が争われた事例である<sup>20)※6)</sup>。具体的には平成13年8月から16年1月にかけて、当時首相であったXの行った4回の参拝行為に対し、原告Yらは、この参拝行為が①憲法20条3項の政教分離規定等に違反する違憲行為であって、②原告らの信教の自由や宗教的人格権、③さらには前文に明記されている平和的生存権を侵害するものであったとして、その精神的損害を理由に国と首相にそれぞれ損害賠償を求めたものである。これに関して福岡地裁の判決本文は、原告らの賠償請求をすべて棄却して原告敗訴としたが、首相の参拝行為が政教分離規定に違反するかについては、原告らの主張通りに違憲判断を下したのである。その違憲とした理由について福岡地裁は、「本件参拝は、宗教とかかわり合いをもつものであり、その行為が一般人から宗教的意義をもつものと捉えられ、憲法上の問題のあり得ることを承知しつつされたものであって、その効果は、神道の教義を広める宗教施設である靖国神社を援助、助長、促進するものというべきであるから、憲法20条3項によって禁止されている宗教的活動に当たると認めるのが相当である。本件参拝は憲法20条3項に反するものというべきである」と、津地鎮祭事件<sup>21)</sup>の最高裁判決で示された目的効果基準を用いて違憲判断の理由を述べている。なお、この目的効果基準の運用にあたっては、愛媛玉串料訴訟<sup>22)</sup>の違憲判断の手法と類似しているとの指摘があり<sup>23)※7)</sup>ある意味において福岡地裁の違憲判断は、終審裁判所である最高裁の手法を意識して行ったものといえよう。

しかしながら福岡地裁は、このように首相の参拝行為の違憲性を指摘する一方で、原告らの主張する信教の自由と宗教的人格権の侵害については否定したのである。一応、福岡地裁は原告らの参拝行為に対する憤り、不快感、不安感といった精神的苦痛を認めたが、それらが権利侵害となるレベルかどうかについては、次のように否定している。まず、福岡地裁が信教の自由の侵害を否定した理由として、「首相の参拝行為は心理的な強制を含む宗教上の強制や制止をしたりするものではなく、原告らに不安感、危惧の念を生じさせるものではあっても、それ以上に上記のような信教の自由を侵害したものとはいえず、この点に関する原告らの主張は理由がない」と、信教の自由の侵害が認められるためには、首相の参拝行

為に何らかの強制力が働いた場合とし、今回はそのような事象が認められないために原告らの主張を退けたとしている。また、原告らが主張する憲法 20 条 1 項前段と同条 3 項の宗教的人格権の侵害に対しても福岡地裁は「原告ら主張の宗教的人格権なるものは、信教の自由により保障される範囲外においては実定法上の根拠を欠くものであり、その内容も主観的、抽象的なものであって、憲法上の人権として保障されているものとは解し難いから、原告らの主張はその前提を欠き失当である」と、宗教的人格権の具体的権利性も否定している。ちなみに原告らがこの宗教的人格権の侵害を主張した背景には、学説上、首相の靖国参拝のような宗教上の強制力が認められない場合でも、宗教的人格権の侵害を理由に、国民の信教の自由の侵害を主張できるとする見解もあるため<sup>24)</sup>、原告らはその効果を期待してこの権利主張を行ったようであるが、福岡地裁がこのように宗教的人格権の具体的権利性を否定したことにより、原告らが主張する信教の自由の侵害は完全に否定されたことになる。

また、原告らは前文に明記されている平和的生存権の侵害も主張しており、首相の靖国参拝が「原告らに戦争被害を再体験、想起させ、原告らの平和を希求する思いを蹂躪するもの」であったことを理由にあげている。これに対して福岡地裁は「原告ら主張の平和的生存権は、その内容及び性質などの点で抽象的なものといわざるを得ず、憲法上保障されている権利ということとはできない。したがって、原告らの上記主張はその前提を欠き失当である」として、平和的生存権の解釈に関する判例<sup>25)</sup>・多数説<sup>26)</sup>の見地に立ってその具体的権利性を否定し、原告らの主張を退けている。

このように福岡地裁判決は、首相が靖国神社に参拝した行為に対して違憲判断を示したものの、その違憲行為による信教の自由、宗教的人格権、平和的生存権の侵害については否定をし、結果的に主文内容は原告敗訴となっている。このことから、参拝行為を違憲とした判決理由と、原告の請求を棄却した判決主文とは、内容的に関連しておらず、まさしく福岡地裁の判決は「ねじれ判決」であり、不要の憲法判断を行ったとして批判されている。これに対して福岡地裁は、このような批判が出てくるのを予想してか、違憲判断を下した経緯を自ら判決文で説明しており、それによれば「当裁判所は、本判決において、本件参拝につきその違憲性を判断しながらも、結論としては、本件参拝によって原告らの法律上保護された権利ないし利益が侵害されたということとはできず、不法行為は成立しないとして原告らの請求をいずれも棄却するものであり、あえて本件参拝の違憲性について判断したことに関しては異論もあり得るものとも考えられる」。「しかしながら、現行法の下においては、本件参拝のような憲法 20 条 3 項に反する行為がされた場合で

あっても、その違憲性のみを訴訟において確認し、又は行政訴訟によって是正する途もなく、原告らとしても違憲性の確認を求めるための手段としては損害賠償請求訴訟の形を借りるほかなかったものである」。靖国神社への参拝行為は「一方で、靖国神社への参拝に関しては、前記認定のとおり、過去を振り返れば数十年前からその合憲性について取り沙汰され」、「十分な議論も経ないままなされ、その後も靖国神社への参拝は繰り返されてきたものである。こうした事情にかんがみると、裁判所が違憲性についての判断を回避すれば、今後も同様の行為が繰り返される可能性が高いというべきであり、当裁判所は、本件参拝の違憲性を判断することを自らの責務と考え、前記のとおり判示するものである」とし、「ねじれ判決」として非難を受けるのを見越しての判決であったと述べている。いずれにしても憲法 76 条 3 項では、裁判官には良心に従って職権を行うことも保障されているため、このように裁判官に違憲の確信があれば、何らかの形でそれを指摘することができるのである。その一方で、傍論での憲法判断については、憲法 81 条に規定されている違憲審査権の在り方とも関わってくる。今回の福岡地裁の事例の場合、被告である首相と国側は傍論の憲法判断に不服であっても、判決上、勝訴しているために上訴することができない。現に、福岡地裁のこの判決の場合、上訴権は敗訴側の原告にあり、結果的に原告らが控訴を行わなかったため、傍論で首相の参拝行為が違憲であることを指摘したままこの裁判は確定してしまっている。この点をとらえて福岡地裁のこの「ねじれ判決」は「上訴封じ」にあたるとし、このような下級裁の行為が、最高裁を終審とするわが国の違憲審査制を揺るがしかねないとの批判がなされているのである<sup>27)</sup>。

## 2.2 イラク特措法による自衛隊派遣の違憲性が争われた平成 20 年の名古屋高裁判決

平成 16 年の福岡地裁の判決と同様に、平成 20 年に下された名古屋高等裁判所の判決文<sup>28)</sup>にも判決理由のなかに主文と直結しない記述があり、「ねじれ判決」の 1 つとして数えられている。しかしながらこの名古屋高裁の判決には、別の問題点を指摘することができる。それは名古屋高裁が判決理由のなかで、平和的生存権の具体的権利性を認めたことにある。では、なぜこの平和的生存権の具体的権利性の肯定が問題になるかという、百里基地訴訟の最高裁判決で「平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であって、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえず」<sup>29)</sup>と、判例上、最高裁は平和的生存権の具体的権利性を否定しているからである。つまり名古屋高裁の平和的生存権の説明は、この百里基地訴訟での最高裁判決と相反するものであり<sup>30)</sup>、最高裁の判例拘束性と抵触するの

である。この点、前述の福岡地裁の場合は、首相の参拜行為の違憲判断は少なくとも津地鎮祭事件<sup>30)</sup>の最高裁判決で示された目的効果基準を用い、なおかつ愛媛玉串料訴訟<sup>31)</sup>における最高裁がとった手法によって違憲判断を下しているため、福岡地裁の憲法判断は名古屋高裁と異なり、憲法の番人である最高裁の示した判例理論に従った、判例拘束性に抵触しない形で行われたことになる。その観点からすると名古屋高裁の傍論での憲法判断は、自衛隊派遣の違憲判断に関する「ねじれ判決」という問題の他に、平和的生存権の具体的権利性の問題に関して、最高裁の判例拘束性の抵触という、下級裁判所の違憲審査権の本質に関わる争点も含まれていることになる。

まず、名古屋高裁の事件を詳述すると、この事件は、控訴人が被控訴人である国の『イラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する特別措置法』(以下、イラク特措法と称す)に基づいて自衛隊を海外派遣したことに対し、①控訴人の平和的生存権(「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」等)を侵害するものとして、国家賠償法1条1項に基づき損害賠償を請求するとともに、さらに控訴人は②この派遣の差止請求と、③派遣が憲法9条に違反していることの違憲確認を求めた事案である。一審判決<sup>32)</sup>では、控訴人の差止請求及び違憲確認請求は不適法な訴えであるとして却下され、併せて損害賠償請求についても棄却となったために控訴人らは名古屋高裁に控訴したのだが、名古屋高裁はまず自衛隊派遣の憲法9条違反について「現在イラクにおいて行われている航空自衛隊の空輸活動は、政府と同じ憲法解釈に立ち、イラク特措法を合憲とした場合であっても、武力行使を禁止したイラク特措法2条2項、活動地域を非戦闘地域に限定した同条3項に違反し、かつ、憲法9条1項に違反する活動を含んでいることが認められる」<sup>33)</sup>と違憲判断を行ったのである。ただし名古屋高裁は、本件訴訟が民事訴訟であることを指摘して「当事者間の現在の権利又は法律関係をめぐる紛争を解決することを目的とするものであるから、確認の対象は、現在の権利又は法律関係でなければならない。しかし、本件違憲確認請求は、ある事実行為が抽象的に違法であることの確認を求めるものであって、およそ現在の権利又は法律関係に関するものということとはできないから、同請求は、確認の利益を欠き、いずれも不適法というべきである」と、違憲判断を行いながら、控訴人らの訴えの退けており、まさしく「ねじれ判決」の体裁となっている。

問題は名古屋高裁の平和的生存権の論旨であるが、その前に平和的生存権の法的性格を検討すると、現在、次のような学説状況となっている。まず、前文の法規範性の問題であるが、これについては、判例・学説上、前文の法規範性を肯定することに異論はみられない。次に前

文の裁判規範性であるが、現在、判例・多数説ともこれを否定的に解しており(以下、否定説と称す)、前文には裁判規範としての直接執行の可能性はなく、その役割は本文各条項の解釈の指針程度に止まるものとされている<sup>33)</sup>。ただこの否定説の問題点としては、もし前文の内容が憲法本文の各条項に反映されていない場合に、その欠缺に対してどのような対応をとるのが問題となる。まさしくこの欠缺問題の典型例が平和的生存権の扱いに関わってくるのだが、前文中この平和的生存権だけに裁判規範性を肯定するという学説もみられるものの<sup>34)</sup>、多数説はこの平和的生存権を理念的なものとしてとらえ、裁判規範としての直接執行の可能性を否定している<sup>35)</sup>。判例もすでに紹介した通り、百里基地訴訟の最高裁判決で平和的生存権の裁判規範性を否定している<sup>36)</sup>。これに対して名古屋高裁は平和的生存権の具体的権利性を認める見解を示し、その理由を「平和的生存権は、局面に応じて自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利ということができ、裁判所に対してその保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求し得るという意味における具体的権利性が肯定される場合があるということができるとし、「戦争の遂行、武力の行使等や、戦争の準備行為等によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるような場合には、平和的生存権の主として自由権的な態様の表れとして、裁判所に対し当該違憲行為の差止請求や損害賠償請求等の方法により救済を求めることができる場合がある」と、平和的生存権に具体的権利性を認めたのである。そして平和的生存権の理念的・抽象的性質を理由とする具体的権利性の否定について名古屋高裁は「憲法上の概念はおおよそ抽象的なものであって、解釈によってそれが充填されていくものであること、例えば「自由」や「平等」ですら、その達成手段や方法は多岐多様というべきであることからすれば、ひとり平和的生存権のみ、平和概念の抽象性等のためにその法的権利性や具体的権利性の可能性が否定されなければならない理由はないというべきである」と、概念の抽象性を理由に平和的生存権の具体的権利性を否定することの不当性を指摘している。

このように名古屋高裁は判例・多数説と異なる見解を示したが、控訴人らが主張する自衛隊派遣による平和的生存権の侵害については、次のような理由で否定している。「本件派遣は控訴人Aらに対して直接向けられたものではなく、本件派遣によっても、控訴人Aらの生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされ、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制さ

れるまでの事態が生じているとはいえないところであって、全証拠によっても、現時点において、控訴人 A らの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められない」とし、併せて自衛隊派遣の差止請求については「現時点において、控訴人 A らの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められない。そうすると、控訴人 A らは、本件派遣にかかる防衛大臣の処分取消しを求めるにつき法律上の利益を有するとはいえず、行政事件訴訟（抗告訴訟）における原告適格性が認められない。したがって、仮に本件差止請求にかかる訴えが行政事件訴訟（抗告訴訟）であったとしても、不適法であることを免れない」と述べ、いずれもその請求を退けている。このようにして結果的に名古屋高裁の判決は控訴人側の敗訴となったが、この判決に対する上告はなされていない。その理由には、傍論といえども名古屋高裁が自衛隊の海外派遣を違憲と判断し、それに控訴人らが満足したからである。いずれにしても本判決は、自衛隊の海外派遣の違憲問題を最高裁に上告することなく、かつ平和的生存権の具体的権利性に関して最高裁の判例との抵触問題を残したまま同年5月2日に確定されている。

### 3. 下級裁判所の違憲法令審査権に関する学説

このように福岡地裁と名古屋高裁の判決では、いずれも傍論で重要な憲法判断が下されているが、両者の共通点は独自の視点で違憲判断を下し、さらに「上告封じ」ともいわれかねない方法で憲法判断が行われていることにある。この点、最高裁を終審とするわが国の違憲審査制や、さらには最高裁の判例拘束性との問題にも関わってくるが、そもそもこの下級裁判所の違憲審査制の在り方に関しては、次のような学説上の対立がみられる。まず、「最高裁判所独占保有説」というものがあり、この説は違憲審査権を最高裁判所が独占し、下級裁判所はこの審査権から排除されると解する説である。憲法制定時における枢密院や憲法制定議会での政府説明はこの立場からなされており、憲法判断に際して下級裁判所は自ら行うのではなく、最高裁へ移送するか、あるいは中間判決を行うといった説明をしている。実際に、日本国憲法の公布後における昭和22(1947)年1月18日の現行裁判所法の第6次案まで、最高裁への移送・中間判決制度を前提とした違憲審査制の条文が残されており、このような起草作業から現行憲法下でも、憲法問題を最高裁に独占させるという可能性は排除されていないことになる。これに対して「全裁判所保有説」があり、違憲審査権は下級裁判所にも認められると解する説である。これは憲法81条の文理解釈として、本条が最高裁を「終審」と位置付けていることは、その前審となる下級裁判所に

も違憲審査権があると解するもので、現在、この全裁判所保有説が通説・判例<sup>36)</sup>となっている。なお、下級裁に違憲審査権を認める見解には「司法権内在説」もあり、「司法権」という概念には違憲審査権も当然に含まれるものとし、憲法98条による憲法の最高法規性、憲法76条3項の裁判官に対する憲法拘束性、憲法99条の裁判官に対する憲法遵守義務により、司法権には自ずと違憲審査権も含まれると解する説である<sup>37)</sup>。ただし、この司法権内在説に対しては、この説が主張する司法機関に違憲審査権があるとする理論的根拠には、違憲法令は無効という命題に対して、その判断権は法の運用に携わる司法機関に帰属するという理解に立っているのだが、このような理解に対して批判的な立場からは、違憲の判断権が司法機関に帰属するという理論的必然性はなく、判断権の所在機関の問題と混同した内容となっているとの指摘がなされている（たとえば上位規範の憲法に適合するような法を制定する立法機関にも、判断権者としての資格が認められることになる<sup>38)</sup>）。このような学説状況から、現在、全裁判所保有説の立場で、下級裁判所の違憲審査権を理解するのが一般的となっている。その意味では下級裁の裁判官にも良心に基づいて違憲審査権の行使が認められることになるが、ただ、その権限の行使については終審裁判所である最高裁との関係上、完全な形で下級裁に認められたわけではない。そのような理解に基づけば、憲法81条でいう「終審裁判所」には違憲審査制というシステムにおいて、下級裁にどのような役割が求められるかの理解が重要となってくる。これについては、学説上、訴訟当事者がその事件で適用されるべき法令の合憲性について、つねに終審である最高裁に判断を求めることができ、なおかつ最高裁には終審裁判所として、日本国憲法の解釈に関する統一的調整作用を行うという理解が一般的である<sup>39)</sup>。この立場からすれば、「ねじれ判決」や最高裁の判例拘束主義に外れるような下級裁の違憲審査権は認められず、下級裁は最高裁の統一的解釈、つまり最高裁の判例拘束性に制約されることになる。しかしながら下級裁が行使する違憲審査権にも相応的作用を認めようとする見解も根強く、福岡地裁や名古屋高裁の判決でみられた傍論での憲法判断を、「勧告的意見」に類似するものとして肯定的に評価する説もある<sup>40)</sup>。この勧告的意見とは英米法系にみられる司法判断の一形態で、裁判所が現実の争訟の解決とは関係なく、国家機関や当事者の求めに応じて、法律問題（憲法問題）の回答を行うことをいう。その意味では、傍論に法的拘束力が認められていない関係上、傍論で憲法判断を行うことの法的効果はなく、あくまでもその憲法判断の実効化はこれを受けた立法・行政権の政治的対応に求められることになる<sup>41)</sup>。そのため、下級裁の裁判官はその良心に基づいて憲法判断を傍論で行うことができるのであり、そのような行為が

健全な違憲審査制の確立につながると解されているのである。

しかしながら、私見としては、傍論での憲法判断の展開や、それを勧告的意見として評価することについては疑問を持っている。その理由としては、憲法 81 条のいう「終審裁判所」の意味を、つねに最高裁に憲法判断を求めることができ、日本国憲法の解釈に関する統一的調整作用を担うとする一般的理解に基づくものであり、さらには、憲法 79 条で定める最高裁判所の裁判官に対する国民審査制度の主旨にも抵触してくるようと思われるからである。国民審査は、最高裁判所が憲法解釈権を有する終局的な機関であることを考慮して、その裁判官に対しても民主的コントロールに服させることが望ましいという趣旨から設けられてものであり、この民主的コントロールが推定されているからこそ、憲法判断を行うことができるのである<sup>42)</sup>。対して、下級裁判所の裁判官についてはその任命方法に十分な民主的コントロールが及んでいない。そのため、この民主的コントロールという観点から、裁判官の良心に基づくものであっても、傍論での憲法判断や勧告的意見等は自制すべきものと解される。そして、下級裁判所に自制を求める最たる目的は、福岡地裁や名古屋高裁の事例でみられたような、傍論での憲法判断に対して不服があっても、訴訟法上、勝訴側は上訴ができないことや、判例の統一性を妨げるような、下級裁独自の憲法判断の展開を防ぐことにある。つまり下級裁での違憲審査制は、その範囲内で認められるべきと思われる。

#### 4. おわりに

本稿のテーマは下級裁判所の違憲審査権の問題である。既に指摘した通り、消極的司法と評されるわが国の違憲審査制の実情において、下級裁判所のこれまでの実績は非常に大きいものがある。その意味において傍論での憲法問題の展開は、上述の弊害が生じない限り、評価に値する余地もあるように思われる。このような下級裁の在り方に対して参考となるシステムが、ドイツ連邦憲法裁判所の権限の 1 つである具体的規範審査手続 (die konkrete Normenkontrolle) である。この手続は、各裁判所が裁判で適用しようとする法規範に対して、基本法との一致に関し意見の相違または疑いが生じ、更には違憲性を確信した場合に、当該裁判所は直ちに審理を中止して、連邦憲法裁判所に疑義提示をし、その決定を求めるものである。下級裁判所の違憲審査制の在り方に関するわが国の学説でたとえば、最高裁判所独占保有説に近いものがあり、日本国憲法制定時において、政府が枢密院や議会で説明していた違憲審査制や、裁判所法案の内容がこのタイプであったことは前述の通りである。

このドイツの具体的規範審査手続にはいくつかの理念

が内包されており、まず、1 つ目に「立法者の擁護の原則」があげられる。この原則は、各裁判所の裁判官が、連邦の立法者、または州の立法者によって制定された法律の不適用を防ぐことにあり<sup>43)</sup>、ドイツ連邦共和国基本法 100 条 1 項 (具体的規範審査権の規定条文) の主旨を具体化したものとされる。また、「法の統一性・法的安定性の原則」も同じくこの手続の理念として解されており、これは連邦憲法裁判所への憲法解釈権の独占を意味するものである<sup>44)</sup>。ただし、この独占というニュアンスは、連邦憲法裁判所が憲法解釈権を排他的独占するという意味でなく、あらゆる裁判所で多元的な憲法解釈上の討論を行った上で、それらの討論内容を連邦憲法裁判所に集約するという考え方に基づくものとされている。そのため各裁判所の裁判官には、審理中に基本法と連邦 (州) 法との一致に関する意見の相違または疑義が生じた場合に、連邦憲法裁判所へ疑義提示をすることが連邦憲法裁判所法 80 条 2 項で定められており、もし、この疑義提示を行う際には、各裁判所の裁判官は「違憲の確信」を得ていなければならない、さらに連邦憲法裁判所に対して疑義提示する問題の法律が基本法上での規定に抵触するの、関連する学説および判決で展開された法見解を引用して説明することが求められている。つまりドイツの違憲審査権は連邦憲法裁判所に独占されているが、それ以外の各裁判所については、この疑義提示を行うに際して、直接的ではないとしても何らかの形で違憲審査手続に関与する形となっている。このように、「ねじれ判決」の問題や、傍論での最高裁の判例と異なる憲法判断の展開問題など、日本の下級裁判所における違憲審査の在り方を考える場合、各裁判所の疑義提示を切掛けに違憲審査が始まり、最終的には連邦憲法裁判所に違憲判断が集約されていくというドイツの具体的規範審査手続制度が、日本の下級裁判所の違憲審査権の問題を考える上で、有効な参考例になりうることを最後に付言する。

#### 《注記》

注 1) 一般的に日本国憲法 81 条 1 項の「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」の条文に基づき、最高裁判所には「違憲審査権」があると解されている。ところでこの「違憲審査制」の呼称であるが、戸松秀典教授によれば、最高裁による違憲審査制はアメリカの judicial review をもとにしているため「司法審査」とした方がよく、最高裁が合憲性の審査も行っている関係上、「違憲立法審査」や「違憲審査」の呼称は適切ではないと指摘している (戸松秀典『憲法訴訟』、有斐閣、2008 年、43 頁)。この戸松教授の

指摘は憲法裁判制度を考える上で十分に検討すべきテーマであり、本稿でもこの呼称に対する見解を示す必要性があるが、その検討は別稿に譲るとし、本稿では便宜上、比較的によく使用されている「違憲審査」の呼称を用いることとする。

注2) 最近では、産経新聞社が発表した『国民の憲法』の113条などがある(産経新聞, 2013年4月26日版, 1面)。この試案の113条によれば、既存の最高裁判所の組織内に「憲法裁判部」を設け、下級裁判所が具体的争訟事件で適用する法令の憲法違反を認めた際には、裁判手続きを中断して最高裁の憲法裁判部に判断を求めることが定められている。そして、この憲法裁判部が違憲判断を行った場合には、さらに最高裁の大法廷へ回付され、そこで最終的な憲法判断が下されることになる。このような下級裁判所の裁判手続きを中止させて、違憲審査機関に判断を求める試案113条の方式は、憲法裁判所型違憲審査制の重要な権限の1つとして認められている具体的規範審査手続と同じものであり、ドイツ連邦憲法裁判所でも採用されている。その意味では、この産経新聞社試案は現行の最高裁判所機構にドイツのような憲法裁判所型のシステム(具体的規範審査手続)の導入を試みたものとしてみることができる。なお、この具体的規範審査手続の概要については本論及び、拙稿「ドイツ基本法100条1項における具体的規範審査手続」、『憲法研究』35号, 憲法学会, 1~16頁を参照。

注3) 加えて平成22(2010)年には、適用違憲として砂川空知太神社訴訟判決(最大判平22年1月20日民集64巻1号1頁)が出されている。

注4) 「ねじれ」の表現には、「分裂現象」の用例もある。例えば、渋谷秀樹「自衛隊のイラク派遣と憲法9条」『平成20年度重要判例解説』, 有斐閣, 2009年, 8頁。

注5) 一般的に判決理由は、この拘束力のある *ratio decidendi* を指すため、以後、「判決理由」の用語を使用する場合、この拘束力を有する *ratio decidendi* の意味で用いることとする。

注6) この福岡地裁の判決のように、下級裁判所が首相の靖国神社参拝に対する違憲性を指摘して上告されなかった事例として、平成17年9月30日に大阪高等裁判所の判決もある。

注7) なお本稿では、福岡地裁の目的効果基準の運用方法の当否を論じるものではない。これについての批判論として、百地, 前掲論文, 137頁を参照。

注8) 福岡地裁でも平和的生存権の具体的権利性は問題となったが、同地裁は百里基地訴訟の最高裁判決

と同じようにそれを否定している。

注9) 「武力行使との一体化論」。この理論は、日本が直接的に武力行使をしていなくとも、他国が行う武力行使等の緊密性から、日本も他国と一体となって武力行使をしたと評価され得るような行為を禁じるものである。逆にいえば、他国の武力行使と一体化していなければ、自衛隊も他国の軍の中で活動できることになる。最近の周辺事態法(平11法60)の補給・輸送・医療活動といった後方支援活動は、非戦闘地域における武力行使と一体化していない活動として、日本政府は問題ないとしたが、周辺事態法を制定する際の国会審議では、その判別について紛糾した経緯がある。

注10) なお下級裁で平和的生存権の裁判規範性を肯定した事例としては、長沼事件の1審判決(札幌地判昭48・9・7判時712号24頁)がある。この長沼事件の場合は、原告らの訴えの利益を補強するために判決理由で平和的生存権の裁判規範性を肯定して、原告らの請求を容認する判決を導いていることから、「ねじれ判決」には該当しない。ただし本判決における平和的生存権の扱い方には批判があり、これについては佐々木高雄教授の指摘を参照されたい(佐々木高雄「自衛力・戦力・平和的生存権」、『憲法判例百選II』, 有斐閣, 2007年, 376頁)。

## 《参考文献》

- 1) 最大判昭35・6・8民集14巻7号1206頁。
- 2) 最大判昭34・12・16刑集13巻13号3225頁。
- 3) ①尊属殺重罰規定違憲判決(最大判昭48・4・4刑集27巻3号265頁), ②薬事法距離制限条項違憲判決(最大判昭50・4・30民集29巻4号572頁), ③衆議院議員定数不均衡違憲判決(最大判昭51・4・14民集30巻3号223頁), ④同(最大判昭60・7・17民集39巻5号1100頁), ⑤森林法共有林分割制限規定違憲判決(最大判昭62・4・22民集41巻3号408頁), ⑥郵便法違憲判決(最大判平14・9・11民集56巻7号1439頁), ⑦在外日本人選挙権剝奪違法確認等請求事件判決(最大判平17・9・14判タ1191号143頁), ⑧国籍法違憲判決(最大判平20・6・4民集62巻6号1367頁)。
- 4) 最大判平23・3・23民集65巻2号755頁。
- 5) 最大判平24・10・17判時2166号3頁。
- 6) 阿部泰隆「下級裁判所の違憲立法審査権」、『憲法判例百選II』第4版, 有斐閣, 417頁。
- 7) 名古屋高判平25・3・14判例集未掲載, 福岡高判平25・3・18判例集未掲載。



- 8) 東京高判平 25・3・6 判例集未掲載, 札幌高判平 25・3・7 判例集未掲載, 仙台高判平 25・3・14 判例集未掲載, 名古屋高裁金沢支判平 25・3・18 判例集未掲載, 高松高判平 25・3・22 判例集未掲載, 東京高判平 25・3・26 判例集未掲載, 広島高裁松江支判平 25・3・26 判例集未掲載, 大阪高判平 25・3・26 判例集未掲載, 広島高判平 25・3・26 判例集未掲載, 福岡高裁宮崎支判平 25・3・26 判例集未掲載, 福岡高裁那覇支判平 25・3・26 判例集未掲載, 仙台高裁秋田支判平 25・3・27 判例集未掲載。
- 9) 広島高判平 25・3・25 判例集未掲載, 広島高裁岡山支判平 25・3・26 判例集未掲載。
- 10) 福岡地判平 16・4・7 判時 1859 号 125 頁。
- 11) 百地章「靖国参拝訴訟の問題点と今後の課題」, 『宗教法』, 第 27 号, 2008 年, 143 頁以下。
- 12) 名古屋高判平 20・4・17 最高裁 HP 掲載。
- 13) 中野次雄『判例とその読み方』有斐閣, 2004 年, 38 頁。
- 14) 最大判昭 42・5・24 民集 21 卷 5 号 1043 頁。
- 15) 初宿正典『憲法 2』基本権, 成文堂, 2011 年, 429~430 頁。
- 16) 仙台高判平 3・1・10 行集 42 卷 1 号 1 頁。
- 17) 盛岡地判昭 62・3・5 判時 1223 号 30 頁。
- 18) 初宿, 前掲書, 239~240 頁。
- 19) 最判平 3・9・23 宗時 89 号 96 頁。
- 20) 福岡地判平 16・4・7 判時 1859 号 125 頁。
- 21) 最大判昭 52・7・13 民集 31 卷 4 号 533 頁。
- 22) 最大判平 9・4・2 民集 51 卷 4 号 1673 頁。
- 23) 小泉洋一「総理大臣靖国神社参拝違憲訴訟」, 『平成 16 年度重要判例解説』, 有斐閣, 2005 年, 16 頁。
- 24) 芹沢齊他編『新基本法コンメンタール憲法』日本評論社, 2011 年, 165 頁。
- 25) 最判平 1・6・20 民集 43 卷 6 号 385 頁。
- 26) 佐藤功『ポケット註釈全書・憲法(上)』有斐閣, 1983 年, 31 頁。
- 27) 百地, 前掲論文, 144 頁。
- 28) 名古屋高判平 20・4・17 判時 2056 号 24 頁。
- 29) 最判平成 1・6・20 民集 43 卷 6 号 385 頁。
- 30) 最大判昭 52・7・13 民集 31 卷 4 号 533 頁。
- 31) 最大判平 9・4・2 民集 51 卷 4 号 1673 頁。
- 32) 名古屋地判平 18・4・14 最高裁 HP 掲載。
- 33) 清宮四郎他編『憲法講座(1)』有斐閣, 1963 年, 173 頁。
- 34) 有倉遼吉他編『基本法コンメンタール憲法』日本評論社, 1986 年, 7~8 頁。
- 35) 佐藤功, 前掲書, 31 頁。
- 36) 最大判昭 25・2・1 刑集 4 卷 2 号 73 頁。
- 37) 松井茂記『日本国憲法』有斐閣, 2002 年, 85~86 頁。
- 38) 渋谷秀樹『憲法』有斐閣, 2007 年, 466 頁。
- 39) 宮沢俊義『全訂日本国憲法』日本評論社, 1984 年, 676 頁。
- 40) 戸松, 前掲書, 356 頁。
- 41) 戸松, 前掲書, 357 頁以下。
- 42) 名雪健二『日本国憲法』有信堂, 2005 年, 241 頁。
- 43) Hans D. Jarass/Bodo Pieroth, *Grundgesetz fuer die Bundesrepublik Deutschland*, 11. Aufl., 2011, S. 998; *BverfGE* 68, 337 (344f.).
- 44) Jarass/Pieroth, a.a. O., S. 998f.; *BverfGE* 63, 131 (141).

(H 25. 7. 17 受理)

