

憲法訴訟・憲法判断について考える[†]

青井未帆[‡]

はじめに

I 導入——政教分離原則関連判決を素材に

- 1 一般的な国民の感覚
- 2 九州靖国訴訟福岡地裁判決
- 3 井上薫元判事の「蛇足判決理論」

II 整理

- 1 違憲審査制
- 2 訴訟形式

III 考察

- 1 視角の提示——「ルールに対抗する権利」として
- 2 考察

おわりに

はじめに

このたびは、憲法勉強会に講師としてお招きいただきまして、有難うございます。演題を「憲法訴訟・憲法判断について考える」といたしまして、政教分離原則関連の判決を素材に、憲法や憲法上の権利の特徴である、「個人的なものを越える性格」に注目して、お話いたしたいと思います。

政教分離原則の領域を選んだ理由ですが、第一に「個人的なものを越える」という点で感覚的にも最も分かりやすいこと、第二に利用可能な訴訟形式という面で問題の所在を指摘しやすいこと、そして第三に個人的権利侵害を理由として訴訟も起こされていること、にございます。

報告の構成を申しますと、最初に「I 導入」として九州靖国訴訟福岡地裁判決を題材にして、一般的な国民の意識や、井上薫元横浜地裁判事

からの批判についてお話いたします。次に「II 確認」として、日本国憲法81条を具体化している現行の違憲審査制と政教分離訴訟で用いられることの多い訴訟形式を取りあげて、現行制度の確認をいたします。そして「III 考察」として、「個人的なものを越える性格」という視点から、憲法訴訟について考察いたしたいと思います。

ところで、お話を始めるに当りましての前提として、「憲法訴訟」という言葉の定義をしておく必要があります。と申しますのも、それぞれ訴訟法を持っております民事訴訟、刑事訴訟、行政訴訟と違ひまして、憲法訴訟には専用の訴訟法はありません。ここでは、「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る¹」という憲法学での通説的な理解をご紹介します、先に進みたいと思います。

[†] 本稿は、2007年12月4日の信濃毎日新聞社「憲法勉強会」（社内勉強会）において行った報告原稿に加筆修正を加えたものである。紀要への投稿を快諾くださった信濃毎日新聞社に心より感謝申し上げます。

[‡] 信州大学准教授（憲法学）。e-mail: aoi@shinshu-u.ac.jp

1 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）1頁。

I 導入——政教分離原則関連判決を素材に

1 一般的な国民の感覚

さて、憲法訴訟や憲法裁判についての一般的な国民の考えとしては、次のようなものではないでしょうか。すなわち、「日本の法の中で一番効力が強いのは、憲法だ。法律は憲法に反することはできない。裁判所は『憲法の番人』として、憲法に反する法律を無効にするものだ」と。換言すれば、「客観的な憲法秩序は守られるべきであり、維持機能を果たすのが裁判所の使命だ。そして、それが憲法訴訟だ」というものではないかと考えます。

たとえば、小泉純一郎元首相の靖国神社参拝（以下、靖国参拝とする）をめぐる訴訟で、最高裁が被侵害利益を認めず、憲法判断をしないで棄却した平成18年6月23日最高裁第二小法廷判決（以下、平成18年最判とする）²を伝える信濃毎日新聞夕刊の記事でも、一番大きな見出しが「最高裁憲法判断せず」でありました³。国民の一般的な関心としては、「最高裁がどのような憲法判断をするか」にあるといっても良かったと思います。そして憲法判断をしなかったことに対しては「『憲法の番人』として気概を見せて欲しかった」との批判も、テレビ等のコメントで耳にしました。

政治が憲法に従ってなされること、つまり客観的な憲法秩序が維持されることの保障を、裁判所の役割として求めるといった「国民の感覚」があるといえましょう。それは、憲法を自分たちのものとして守ってゆこうという意識として捉えることができるのではないのでしょうか。しかし、ここで留意しなくてはならないのは、そのような国民の感覚がある一方で、《端的に法令の合憲性を争う訴訟形式はない》ということです。

急いで付言するならば、国家賠償請求訴訟で立法行為（不作為を含む）の違憲・違法を争うルートがありますが、必ず憲法判断がえられるわけではありません⁴。さらに、平成17年9月14日に出された在外邦人選挙権剝奪訴訟最高裁大法廷判決⁵において、行政事件訴訟法の定める「公法上の当事者訴訟⁶」を活用して、在外邦人が「投票できる地位」にあることの確認を求める訴えを認めたことから、今後このルートが展開する可能性が生じていますが、今現在、確立しているわけではありません。

つまり、「違憲だ」ということを直接に裁判所に訴えるルートはないといってよい状況なのですが、これは、一般的な国民の感覚からは、違和感があるのではないかと推測します。同じく政教分離原則違反が争われて、「合憲」という判断の下された津地鎮祭訴訟最高裁大法廷判決⁷や、「違憲」という判断の下された愛媛玉ぐし料訴訟最高裁大法廷判決⁸などと同じように考えて、「何で最高裁は憲法判断をしないのかな？」と思うのが、一般的な国民の感覚なのではないでしょうか。

2 九州靖国訴訟福岡地裁判決

首相の靖国参拝を憲法違反として各地で起こされた訴訟の判決の中には、「違憲」という判断を下しながらも、今ご紹介した平成18年最判と同じく被侵害利益を認めずに請求は棄却したものとして、九州靖国訴訟福岡地裁判決⁹、大阪靖国訴訟大阪高裁判決¹⁰があります。ここでは前者を取り上げます。

本判決は、「靖国神社の沿革や性格、参拝にいたる経緯、参拝の状況、参拝後の状況」を詳細に事実認定したうえで、本件参拝行為は首相の職務行為に該当し、行為は違憲であると判定

2 最二小判平成18年6月23日判時1940号122頁。

3 信濃毎日新聞平成18年6月23日夕刊。

4 選挙権の救済との関係で国賠訴訟について考察したものであるが、拙稿「選挙権の救済と国家賠償訴訟—立法不作為の違憲を争う方法として」信法9号（2007年）115頁以下をご参照いただければ幸いです。

5 平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

6 行政事件訴訟法4条。

7 最大判昭和52年7月13日民集31巻4号533頁。

8 最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁。

9 福岡地判平成16年4月7日判時1859号76頁。

10 大阪高判平成4年7月30日判時1434号38頁。

しましたが、被侵害利益の不存在から請求は棄却したというものでした。

津地鎮祭最高裁大法廷判決で示された目的効果基準を用いて、次のような違憲判断を下しています。

本件参拝は宗教と係わり合いを持ち、参拝当時、参拝することについて、自民党や内閣の中にも強い反対意見があり、国民の間でも消極的な意見が少なくなかったことからすると、「一般人の意識においては、本件参拝を単に戦没者の追悼という行事と評価しているものとはいえず」、小泉本人の弁からは「将来においても継続的に国の機関である内閣総理大臣として靖国神社に参拝する強い意思を有していることが窺われることからすれば、単に社会的儀礼として本件参拝を行ったとは言い難い」。

そして、「本件参拝直後の終戦記念日には、前年の二倍以上の参拝者が靖国神社に参拝」したことからすれば、「本件参拝によって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、促進するような効果をもたらしたというべきである。

以上の諸事情を考慮し、社会通念に従って客観的に判断すると、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」、本件参拝は違憲である、と。

本判決はマスコミでも大きく扱われました。これを伝えた当日の信濃毎日新聞夕刊でも一面のトップで扱われ、見出しも「首相靖国参拝は違憲」「『政教分離に反する』」「賠償請求は棄

却」でありました¹¹。

3 井上薫元判事の「蛇足判決理論」

ところで、この判決を口を極めて批判している一人が、井上薫元横浜地方裁判所判事です。判決批判を述べている元判事の著作は複数ありますが、ここでは最新刊である『裁判所が道徳を破壊する¹²』を取り上げます。

元判事は、自らの理論を「蛇足判決理論」と呼び、普及に努めておられます¹³。これはどういうものかということ、判決主文を導く説明である「要部」と、主文に影響を及ぼさない「蛇足」とを区別したうえで、判決理由欄に「蛇足」を記載するのは違法だ、というものです。法律により裁判所は「蛇足」について判断する権限を与えられていないから、越権の違法を犯している、というのです¹⁴。

そして、このことは、これまで見逃されてきたのであり、裁判実務は越権の違法のし放題、学者も蛇足の違法を知らず、そして、「マスコミは、この傾向をさらに拡大して、国民を洗脳」した、といえます¹⁵。その例として挙げられているのが、先に紹介した福岡地裁判決に対する報道のあり方です。

こうです。本件判決では被侵害利益が認められなかった、すなわち損害が認められなかったので、違憲判断は「蛇足」で違法だったにもかかわらず、マスコミはその「蛇足」にスポットライトを当てて、大々的に報道した。しかし報道すべきは、「棄却」で「損害がない」ことであり、憲法判断については、「蛇足」で「越権で違法」であることを読者に伝えなくてはならない。見出しとしては「またまた蛇足判決」「免れぬ裁判官の責任」「どこまで腐る現代司法」などが思い浮かぶ、というのです¹⁶。

このような指摘に対して、どう答えるべきで

11 信濃毎日新聞平成16年4月7日夕刊。

12 井上薫『裁判所が道徳を破壊する』（文春新書590）（文藝春秋、2007年）。

13 井上元判事によると、この理論は元判事の著作の社会への普及に伴って広く知られるようになったと

のことである。井上前掲（注12）149頁。

14 井上前掲（注12）150-151頁。

15 井上前掲（注12）152頁。

16 井上前掲（注12）155-157頁。

しょうか。元判事は週刊誌上においても蛇足判決批判を展開していますし¹⁷、この問題の存在自体は、それなりに国民の間でも知られているといえるかもしれません。とするなら、元判事によるマスコミ批判は、新聞社としては、少なくとも、踏まえておく必要があるのではないかと思います。この問題は、憲法訴訟をどのようなものとして捉えるのか、裁判所が憲法判断をするということどう考えるのか、ということと密接不可分です。

次に、現行制度を確認することにして、この問題をさらに考えてゆくことにしましょう。

II 整理

1 違憲審査制

(1) 違憲審査制の意味

憲法が国の最高法規であることから、形式的効力の問題として憲法は法律よりも上位にあり、憲法に違反した法律は効力をもちえないこととなりますが、違反しているかどうかを誰が判断するのかは、憲法の最高法規性からは直接には出てきません。

といいますのも、国民の代表機関である「議会在が判断する」という仕組みも大いにありうるのでありまして、実際のところ——戦前のわが国もそうでしたが——、19世紀においては、諸国において一般的なありようでした。「私たちの代表である議会在がなす立法なのだから」、という議会在への信頼が基本にあります。

そのような状況の中で、アメリカ合衆国においては、憲法に違反しているかどうかを判断するのは誰かという問題への答えを「司法府」と

する違憲審査制を、憲法上に明文規定はなかったにもかかわらず、判例で展開させるにいたしました。1803年のマーベリー対マジソン事件¹⁸を嚆矢としたものです。イギリスの議会在との関係に端を発した議会在不信や、また、封建構造や絶対王政のなかった新天地でのスタートであったことに起因し、司法府への一定の信頼をベースにしていました。

時代が下って、第二次世界大戦から人間が学んだことの一つは、議会在を無条件に信頼することはできないということでありまして、大戦後には、独立の裁判所なり、通常の司法裁判所なりが憲法の最高法規性を担保する制度が、諸国で採られるに至ったのでした。違憲審査制の一般化といういい方もされます。

(2) 2つのモデル

今日、違憲審査制には二つのモデルがあるといわれています。〔図1〕にまとめましたが、一つが、アメリカで発展したような、通常裁判所が司法権の行使に付随して、事件の解決に必要な限りで憲法判断を行うという付随審査制であり、もう一つが、ドイツなどで採られているような、憲法裁判所等が司法権の行使とは独立に違憲審査を行う独立審査制です¹⁹。わが国では、憲法81条（「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」）は付随審査制を採用しているというのが、通説・判例の理解となっています。

17 井上薫「やっぱりヘンだよ『靖国参拜』蛇足判決」週刊新潮2004年4月22日号58頁以下。ちなみに、この中では国立大学法人信州大学の構内に神社があることは政教分離原則に違反すると提起された訴訟において、東京高裁が判決の中で「憲法に反する」と述べたことも、批判の対象とされた。これにより名誉を毀損されたとして、当該政教分離違反訴訟を提起した原告から元判事に対して損害賠償請求訴訟が提起されたが、東京地裁は請求を棄却している（東京地判平成17年2月18日）。

18 *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1. Cranch) 137 (1803).

19 「付随的審査制」と「抽象的審査制」という対応のさせ方も、比較的一般的になされているところではあるが、これについては分析概念の混乱が指摘されている。違憲審査類型の詳細も含め、渋谷秀樹『憲法』（有斐閣、2007年）460-462頁参照。なお、同「憲法訴訟の要件」ジュリ1089号（1996年）158頁以下も参照。

〔図1〕

付随審査制		独立審査制	
性質	司法裁判所型・非集中型・紛争解決型・アメリカ型	性質	憲法裁判所型・集中型・規範統制型・オーストリア/ドイツ型
説明	司法裁判所が、通常の訴訟手続において、具体的事件を解決する前提として、適用法令の憲法適合性を審査する制度	説明	特別の裁判所等が、法令の憲法適合性そのものを、一般的・抽象的に審査する制度
目的	主観的権利の保障	目的	客観的憲法秩序の維持

これらにつき、世界的に両モデルの「合一化傾向²⁰」も指摘されてきているところであり、アメリカにおける司法審査制も実質的には客観的憲法秩序の維持機能を果たすように²¹、そしてたとえばドイツにおいても運用の重点が主観的権利保障に置かれるようになるといった具合に²²、両制度ともに豊かな展開を遂げてきています。そのような中で、わが国は、両制度の「拾ってくれるところのない隙間」に落ち込み²³、「ほとんど制度閉塞的なもの²⁴」とさえ評されるような状況にあります²⁵。

そこで、違憲審査制の活性化のためには独立審査制の方向へ制度を改革すべきという意見も一方では有力に説かれながら²⁶、他方では付随審査制を前提にしたうえで、二つのモデルの対立を超えていかなる違憲審査制が可能かという

ことが議論されているのが現在であります²⁷。

この点につきまして、「付随審査制を採るから抽象的な審査ができない」わけではないことに注意すべきです。違憲審査そのものの性格は一般的・抽象的なものであり、このことに留意しながら、違憲審査が如何なる契機でなされるか（次頁〔図2〕の行）、本体の訴訟の目的は何か（〔図2〕の列）でマトリックスを書くことができます。そして〔図2〕の中で、太い枠で囲んだ列が、憲法81条下で可能な形態となります。通常、司法裁判所における訴訟の直接の目的は、主観的権利の保障ですが、付随審査制とは司法権の行使に付随して違憲審査がなされるものであり、違憲審査の有する一般的・抽象的な性質を考えれば、客観的憲法秩序の維持を図る訴訟制度の可能性はあるでしょう。

20 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。

21 See Henry Monaghan, *Constitutional Adjudication: The Who and When*, 82 YALE L. J. 1363 (1973).

22 たとえば、笹田栄司『裁判制度やわらかな司法の試み』（信山社、1997年）146-147頁。

23 樋口陽一『転換期の憲法?』（敬文堂、1996年）210頁。同旨の指摘として、浦部法穂「違憲審査制の構造と機能」樋口陽一編『講座憲法学6 権力の分立【2】』（日本評論社、1995年）67頁以下、77頁（「アメリカ型であるという性格規定は、大陸的な抽象的違憲審査を排除するという消極的な形においてのみ機能し、たとえば、原告適格の拡大なども、それが実質的に抽象的違憲審査を認めることにつながるなどとして否定する傾向が強い。アメリカ型・ドイツ型の近接化という傾向とは逆に、日本の場合には、『憲法保障』を排して厳格に『私権保障』に限定しようとする傾向にあるといえるように思われるのである」）。

24 奥平康弘『憲法裁判の可能性』（岩波書店、1995年）7頁。

25 その理由の一端として、裁判所自身の認識として司法の本質を非権力的民事事件の裁判に見出すところから、「行政事件の裁判には不得手意識を持ち続けたり、違憲審査権を手に余るアブノーマルな権限として受け止め、その取扱いに苦慮し続けることになるのではなからうか」という指摘として、宍戸常寿「司法のプラグマティック」法教322号（2007年）24頁以下、26頁。

26 たとえば、最高裁内部に憲法問題を専門的に扱う部門を設けて下級審から移送する制度を作るという構想は、中でも実現可能性が高いもののように思われる。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、笹田・前掲書（注22）155頁以下など参照。

27 たとえば、佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』（有斐閣、1995年）序論、市川正人「佐藤幸治教授の憲法訴訟論」法時59巻9号（1987年）39頁以下、43頁。

〔図2〕

違憲審査の契機	司法権の行使に付随 (付随審査制)	司法権の行使と独立 (独立審査制)
訴訟の目的	現在の違憲審査制	
主観的権利の保障	※例：最高裁に憲法裁判部を設けて下級審から移送する 制度を作る場合	
客観的憲法秩序の維持 (※要・特別の制度)	例) ドイツ 抽象的規範統制	

(3) 憲法訴訟

そこで、わが国における憲法訴訟とは次のようになります。

違憲審査は、具体的な事件に付随してなされると理解されているわけですから、憲法訴訟とは、通常、憲法適合性そのものを直裁に求めるものではありません。憲法に違反する法律が作られたとしても、その時点では、誰にも何の損害も与えないと、一般的には考えられています。

たとえば、表現の自由を制約する立法を考えていただきたいのですが、法律の段階では、一般的・抽象的性格ゆえにまだ誰も具体的な損害を被っておらず、法律が適用された段階で、はじめて損害が発生すると考えられています。

具体的な例として、法律を行政が執行する段階で、たとえば「道路使用の不許可処分が下された」とするならば、この処分を捉えて、当該処分は、違憲な法律に基づく違法な処分であるから取消されるべし、というような取消訴訟(行

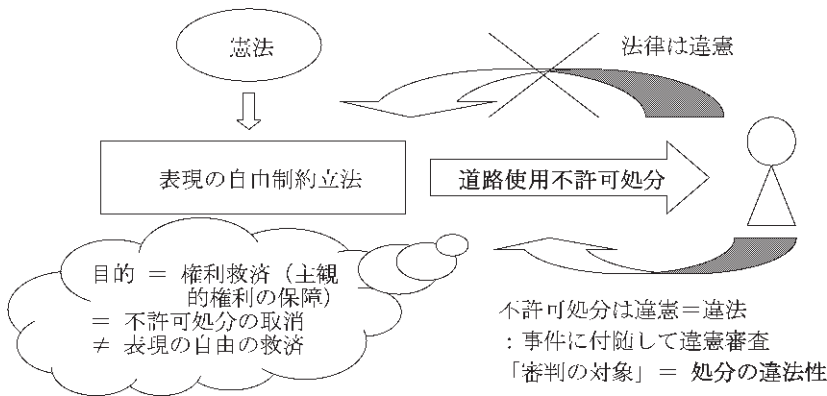
政訴訟)が提起されることになるわけです(〔図3〕参照)。

そのような取消訴訟における審判の対象(訴訟物)は当該処分の違法性の主張であり、違憲の主張は、本案の申立てを根拠づける「法律上の陳述」という位置づけなのでありまして(具体的な事件を基礎付ける攻撃防禦方法)、「争点の提起」というにとどまるのです。

したがって、「本法は『表現の自由』に反して違憲なのではないか」という問題が、仮に国民的な関心をひいているイシューであるとしても、それがメインテーマになるのではなく、あくまでも本体は処分の違法性が認められるや否やであり、これを解決するにおいて付随的に、法律の憲法21条違反性について判断が下され、判決理由で示される、ということになります。

そして、もし法律が違憲となれば、憲法上の権利である「表現の自由」の救済は、当該事件に適用されるにおいて法律が「違憲=無効」とされることにより、図られることになります。

〔図3〕



(4) 「必要性の原則」・「憲法判断回避の準則」

さて、次に確認しておきたいことは、憲法判断に際しては、「必要性の原則」と「憲法判断回避の準則」が妥当するものと、わが国でも一般に考えられてきていることです²⁸。

まず前者ですが、これは付随審査制を採用していることに伴って、「憲法判断は事件の解決にとって必要な場合以外は行わない²⁹」とするものです。「司法消極主義」・「司法の自己制限」とも呼ばれる考え方ですが、その理由としては、次のようなことが挙げられます³⁰。

- ① 権力分立の観点から、裁判所は立法権に介入することをできる限り差し控えるべきである。司法権の第一次的任務は具体的事件の解決にある。
- ② 民主政の観点から、民主的政治体制の下では、司法府は、有権者に対して直接に政治責任を負わないので、民主的正統性を有する議会が制定する法律を違憲無効とすることには謙抑的であるべきである。
- ③ 裁判所の能力の観点から、伝統的な司法過程（組織構造と手続）は、憲法判断に必要な、広範囲の社会的利害に関係した資料を入手するのに適格的には構成されていない。
- ④ 実際の観点から、憲法上の争点についての公権的解釈は社会の中でさまざまな観点から議論がなされ論点が煮詰って明確化するのを待って行ったほうがよい。

そして、この「必要性の原則」から後者の「憲法判断回避の準則」が導かれると考えられています。「憲法判断回避の準則」としては、

アメリカの連邦最高裁が1936年に下したアシュワンダー対テネシー溪谷開発公社判決³¹の補足意見において、ルイス・D・ブランドイス (Louis D. Brandeis) のまとめたものが知られています。

ルールは7つ定式化されましたが、とくに重要視されているのが、第4準則と第7準則です³²。

第4準則：裁判所は憲法問題が記録によって適切に提出されていても、もし事件を処理することのできる他の理由が存在する場合には、その憲法問題には判断を下さない。

第7準則：国会の法律の効力が問題になった場合は、合憲性について重大な疑いが提起されても、裁判所が憲法問題を避けることができるような法律の解釈が可能かどうかを最初に確かめることは、基本的な原則である。

「憲法判断回避の準則」は、わが国では恵庭事件札幌地裁判決³³の後に、活発に論じられました³⁴。これは、自衛隊の演習用の通信線を切断した行為が、自衛隊法121条の「自衛隊の所有し、又は使用する武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物を損壊」する行為に該当するかが問題となった刑事事件で、自衛隊法全体の憲法9条との適合性が争点として提起されていました。

本判決では、構成要件該当性が否定されることによって、自衛隊法の合憲性という争点については判断されませんでした。この判決が上記

28 たとえば、芦部信喜『憲法〔第4版〕』（岩波書店、2007年）364頁。

29 芦部・前掲（注28）364頁。

30 高橋和之『憲法判断の方法』（有斐閣、1995年）53頁に挙げられている司法消極主義の論拠に、一部文言上の変更を加えた。なお芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）32-33頁も参照。

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

32 芦部・前掲（注30）44頁。

33 札幌地判昭和42年3月29日下刑集9巻3号359頁。

34 いわゆる宮沢・有倉論争など。宮沢俊義「恵庭判

決について」ジュリ370号（1967年）25頁以下、有倉遼吉「恵庭判決—法と政治」法セミ135号（1967年）13頁以下など参照。

35 たとえば、芦部信喜や長谷部恭男は、第7準則と解する一方、（芦部・前掲書（注30）300頁以下、長谷部恭男「司法消極主義と積極主義」高橋和之・大石真編『憲法の争点〔第3版〕』（有斐閣、1999年）246頁以下、246頁）高橋和之や佐藤幸治は第4準則の例と解している（高橋・前掲（注30）63頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書院、1995年）361頁）。

ブランドイス・ルールのどちらに当てはまるかは、実は議論のあるところですが³⁵、いずれにせよ憲法判断が完全に回避されたことは間違いありません。

(5) 現実

さて、このように司法消極主義に基づく憲法判断への限定が語られてきたわけですが、学説は、これらの原則を厳格には解していません。たとえば、芦部信喜は次のように説明しています。「事件の重大性、違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題にされている権利の性質、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かに違うかという判決の効果など、総合的に検討した結果十分の理由があると判断した場合は」、厳密な意味で必要な場合でなくとも、憲法判断に踏み切ることができる、と³⁶。

そして、裁判実務においても、これらの原則に則って憲法判断は事件の限りで謙抑的になされてきたかという点、そうではなく、「法令そのものをより客観的・一般的見地から問題にする」審査方法が何とはなしにと指定されてきたなどと指摘されています³⁷。

たとえば、上告人の死亡によって訴訟自体が終了していたにもかかわらず、「なお、念のため」として傍論で憲法判断を下した朝日訴訟最高裁大法廷判決³⁸、公園の使用許可を申請した日にちが既に経過しているから判決を求める法律上の利益を喪失したとしながら、「なお、念のため」として憲法判断を下した皇居前広場事件最高裁大法廷判決³⁹などが有名です。

これらは合憲判決ですが、近時の違憲判決として、たとえば郵便法違憲最高裁大法廷判決⁴⁰では、特別送達郵便物の責任・賠償額制限につ

いて問題となっていたのですから、この問題に憲法判断の対象を限定することもできたとも思われるところ、書留郵便一般についての責任・賠償額制限の合憲性審査をしました。

また、ご報告の最初でご紹介した九州靖国訴訟福岡地裁判決は、傍論で違憲判断をしたことについて、次のような理由を述べています。

「……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。……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。

したがって、憲法判断についての実務でのありようを簡単にまとめるなら、一般的に違憲判決を下すことについては消極的な裁判所ですが、少なくとも憲法判断を裁判所がなすことについては、限定的には考えてきていないといえます。そこで、「厳格な意味での必要性の存在が憲法判断の前提であるとの立場はとられていない⁴¹」、「最高裁は、たしかに違憲判断には消極的だが、憲法判断をすること自体については、全体としてむしろ積極的⁴²」、「前提的審査型に基づく違憲審査をするといっても、それはあくまでも裁判所による違憲審査権の行使のきっかけを意味するにとどまるものであり、わが国の憲法81条の違憲立法審査権は単に事件の処理だけのために保障されたものではなく、それを一

36 芦部信喜『司法のあり方と人権』（東大出版会、1983年）203頁。他にも、たとえば、佐藤・前掲（注35）362頁。

37 佐藤幸治『現代国家と司法権』（有斐閣、1988年）218-219頁。ほかにも、たとえば、市川正人「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」立命294号（2004年）104頁以下、106-107頁。

38 最大判昭和42年5月24日民集21巻5号1043頁。

39 最大判昭和28年12月23日民集7巻13号1561頁。

40 最大判平成14年9月11日民集56巻7号1439頁。

41 長谷部・前掲（注35）247頁。

42 樋口陽一『憲法〔第3版〕』（創文社、2007年）461頁。

定程度を超えた憲法保障型の権限としての意義をも有すべきものと解されている⁴³」などといった指摘もされているところです。

2 訴訟形式

(1) 住民訴訟

次に、「I 導入」で扱った政教分離関連訴訟を主たる素材として、憲法訴訟として用いることのできる訴訟形式について整理しておきましょう。

津地鎮祭訴訟や愛媛玉ぐし料訴訟は、具体的な権利侵害ないし事実上の損害がなくとも、住民たる地位に基づいて訴えを提起できる「住民訴訟」という形式を用いています⁴⁴。国政レベルでは同じような訴訟形式はないのですが、地方レベルでは、地方公共団体の執行機関又は職員の財務会計上の行為の適法性を、「自己の個人的利益のためや地方公共団体そのものの利益のためではなく、専ら原告を含む住民全体の利益のために、いわば公益の代表者として⁴⁵」住民が争うルートが用意されているのです。そこで、「違憲な行為に公金が支出された＝違法」などとして、憲法判断を引き出す途として活用されてきました。

(2) 損害賠償請求訴訟

では、九州靖国訴訟はどのような争い方をしていたのでしょうか。本件では、戦没者遺族、宗教者、信徒、無宗教者、在日コリアンが原告となり、当時の小泉純一郎内閣総理大臣が靖国神社に職務として参拝したことが、政教分離規

定等に違反する行為であり、それによって、原告らの権利が侵害され精神的損害を被ったと主張し、国に対しては国賠法1条1項に基づき、小泉に対しては民法709条に基づいて、それぞれ損害賠償を求めていました。

侵害された権利と損害ですが、政教分離規定の保障する人権、信教の自由、宗教的人格権及び平和的生存権が侵害され、被った精神的損害は、それぞれ10万円を下るものではないと原告らは主張していました。個人としての権利利益の侵害がなくとも提起できる住民訴訟ではないため、事案としては同じく政教分離原則をめぐる訴訟なのですが、こちらでは以上のような個人的利益を主張しなくてはならなかったのです。

しかし、これはなかなか難しい途です。

実際に裁判所は、政教分離規定の保障する人権、信教の自由、宗教的人格権、平和的生存権の侵害を否定した上で、原告らが主張した精神的苦痛の評価として、「本件参拝によって、原告らが、不安感、不快感、憤り、危惧感、圧迫感などを抱いたことは認め得るものの、……なお本件参拝により賠償の対象となり得るような法的利益の侵害があったものということとはでき」ないとしました。つまり、首相が靖国に参拝することによって誰かの法律上保護された具体的権利ないし利益が侵害されたとはいえないとの判断です。

また、平成18年最判の事案においては、上告人らから「戦没者が靖国神社に祀られているとの観念を受入れるか否かを含め、戦没者をどのように回顧し祭祀するか、しないかに関して

43 藤井俊夫『司法権と憲法訴訟』（成文堂、2007年）135頁。

44 地方自治法242条の2。特に4号が用いられてきたが、これは、平成14年の改正で再構成されている。旧4号訴訟は「普通地方公共団体に代位して行なう当該職員に対する損害賠償の請求若しくは不当利得返還の請求又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に対する法律関係不存在確認の請求、損害賠償の請求、不当利得返還の請求、原状回復の請求若しくは妨害排除の請求」をすることができると定められており、請求の相手方となる職員は、違法に職権を行使したに基づく、個人としての責任を問わ

れた。これに対し、現在の規定は「当該職員又は当該行為若しくは怠る事実に係る相手方に損害賠償又は不当利得返還の請求をすることを当該普通地方公共団体の執行機関又は職員に対して求める請求」となっている。

なお、これはアメリカの納税者訴訟類似のものとして受け入れられたと説明されているが、アメリカでは日本と違って、「損害がなくとも提起できる」訴訟形式ではなく、納税者であることを足がかりに訴えの利益が拡張されている点に注意が必要である。

45 最一小判昭和53年3月30日民集32巻2号485頁。

（公権力からの圧迫、干渉を受けずに）自ら決定し、行う権利ないし利益」が主張されていました。

しかし最高裁は次のように述べて、これを認めませんでした。

「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は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。

(3) 訴訟形式の限定性

憲法訴訟は、既に述べましたとおり、通説によれば通常の事件の解決に付随して憲法上の争点について判断する形態をとるため、一般的には、「憲法訴訟とは憲法上の権利の救済をはかる訴訟であるわけではない」、ということになります。

そこで、事件として成立するかどうか、裁判所から憲法判断を引き出さるかどうかの一つの関門なのでありまして、訴えの利益の欠如や、原告適格性の否定などにより、そもそも「訴訟として成立しない＝憲法判断されない」ことも多くなっています。

本来ならば、憲法上の権利の、「実体権としての性質」から、それにふさわしい救済の性質を考えるという思考が合目的的といえます。たとえば、憲法上の権利の多くにとっては、侵害される前にその侵害を差止める方が適していますが、「差止める」という救済手段を現在の訴

訟形式の選択肢のなかに位置づけるのは容易ではありません。

また、特に、個人に権利を保障しているわけではない政教分離原則や、統治機構の領域では、事柄の性質上、そもそもその違反を訴訟にしにくいのであります。

そのような中で、先にも紹介しましたが、在外国民選挙権剝奪訴訟最高裁大法廷判決⁴⁶が出されたのでありまして、これが有する潜在的な展開可能性は極めて大きいといえます。取消訴訟のような抗告訴訟を中心としているのが行政事件訴訟法の立場ですが、私人の権利義務に引きなおして使う——つまり、一般の民事訴訟と同じ形態の——当事者訴訟という形式もございまして、平成16年の行訴法改正では、「活用する」という姿勢が示されたのでした。もっとも、なんでも確認を求められるからこそ、なんでもは訴えられえないのでありまして、今後、選挙権以外にどのような展開が生じるかは、未知数ではあります。くり返しになりますが、いずれにせよ、憲法訴訟として活用可能なルートは限定されているのが、現在のありようであることを、ここでも再び確認しておきたいと思えます。

III 考察

1 視角の提示——「ルールに対抗する権利」として⁴⁷

私法上の権利とは違って憲法上の権利規定の多くが多かれ少なかれ抽象的であり、開放的であることにも起因して、憲法上の権利は「権利」とされながらも、私法でいう「権利」とは違って政治的マニフェストないし理念（＝お飾り）に限りなく近いものとして捉えられたり、道徳哲学的な<人権>と同レベルで憲法上の人権が語られたりする傾向がありました。

しかしながら、憲法上の権利の「権利」性を

46 最大判平成17年9月14日民集59巻7号2087頁。

47 なお、本節の議論の詳細な展開については、別稿を準備中である。さしあたり、青井未帆「憲法訴訟論（仮）」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔改訂版〕』（有斐閣、近刊）を参照願いたい。

真剣に考えて、国家に対しての権利保護の義務付けという問題意識から憲法上の権利を再構築しようとする理論的探求が、有力になってきています。そのような探求の一つの途は、憲法上の権利を対国家的な「防禦権」として、国家の介入を排除する権利と構成する「防禦権的構成」であり、もともとはドイツで展開されてきた解釈枠組みですが、日本でもたいへんに活発に議論がなされ、蓄積も相当程度に及んでいます⁴⁸。

私も、「憲法上の権利も『権利』なのだから裁判的救済を真剣に考えるべきだ」という考え方にコミットしておりますが、同時に、個人権的構成に収まりきらないような、憲法や憲法上の権利特有の性質について考えあわせることも重要ではないかと考えております。

そこでここでは、憲法や憲法上の権利のありようを記述的に見ると浮かび上がる《個人的権利という構成を越える性格》に注目したいと思います。本節の見出しの副題に「『ルールに対抗する権利』として」と掲げましたが、憲法訴訟や憲法上の権利の内包する客観的要素に注目いたします。そしてこれからご紹介する議論は、付随審査制をとるアメリカでの議論なのですが、「個人的なものを越える」問題がどう議論されているかは、同じく付随審査制を採っているわが国でのありようを考える上で、参考になるのではないでしょう。

さて、「ルールに対抗する権利」という視座は、マシュー・D・アドラー (Matthew D.

Adler) というアメリカの憲法学者⁴⁹が提唱しているものです。アドラーは、「憲法上の権利とは、ルールの無効ないしは修正を主張する法的権限を有するということである」と主張しています⁵⁰。そして、憲法訴訟とは、「憲法に照らして下位の法規範の有効性を判断し、無効ないしは修正を裁判所が加える訴訟である」としました。ここでのポイントは、個人的な権利という構成ではなく、個人を越えた存在である「ルール」に対する権限 (権利) という構成が、憲法上の権利につき採られているところにあります。

たとえば、星条旗を焼却することに罰則を課している法令について、政治的な表現の一つとして聴衆の面前で星条旗を焼却することは、構成要件に当てはまることとなりますが、表現の自由の保障の見地から、焼却行為へのルールの適用を排除することもありえます⁵¹。

この場合、罰則の対象者は、「星条旗を焼却する憲法上の権利 (表現の自由)」を有しているわけではありません。星条旗を焼却するという行為は、別の場面においてであれば、合法に取り締まるのが可能です。そこで、星条旗を焼却するという「個人的な権利」を対象者が有しているわけではない、とアドラーはいいます。法令の有する憲法に合わない部分 (表現的行為まで含まれている部分) を、司法府が削って修正したというのが、裁判所によってなされた内容であり、これを指して、憲法訴訟とは、「憲法に照らして下位の法規範の有効性を判断し、

48 たとえば、石川健治「憲法解釈学における『論議の蓄積志向』—『憲法上の権利』への招待」法時74巻7号(2002年)60頁以下、同「人権論の視座転換—あるいは『身分』の構造転換」ジュリ1222号(2002年)2頁以下、宍戸常寿「『憲法上の権利』の解釈枠組み」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点』(有斐閣, 2006年)203頁以下、松本和彦『基本権保障の憲法理論』(大阪大学出版会, 2001年), 同「基本的人権の『保護領域』」小山剛・駒村圭吾編『論点探求憲法』(弘文堂, 2005年)94頁以下など。

49 University of Pennsylvania Law School, Leon Meltzer Professor of Law.

50 ひとことでいえば“Rights Against Rules”となる。この考え方が展開されている論文は、Matth-

ew D. Adler, *Personal Rights and Rule-Dependence: Can the Two Coexist?*, 6 LEGAL THEORY 337 (2000); Matthew D. Adler, *Rights, Rules, and the Structure of Constitutional Adjudication: A Response to Professor Fallon*, 113 HARV.L.REV. 1371 (2000) [hereinafter Adler, Response]; Matthew D. Adler, *Rights Against Rules: The Moral Structure of American Constitutional Law*, 97 MICH. L. REV. 1 (1998) [hereinafter Adler, Moral Structure] であり、以下での紹介は、これら論文の要約である。

51 この例は、Texas v. Johnson, 491 U.S. 397 (1989) である。

無効ないしは修正を裁判所が加える訴訟である」としているのです。

興味深いことに、このアドラーの主張はアメリカの学界でそれなりの賛同が得られています⁵²。つまり、コモン・ロー上の権利（私法上の権利）とは違って、憲法上の権利の中には、権利とはいえ純粋に個人的に内容充填される権利とは違う性質を有するものが含まれていること自体は、多くの論者によって認められているのです⁵³。

この視座は、魅力的であるように思います。といいますのも、先ほどご紹介した防禦権的構成のように、個人的な権利として構成することは確かに安定的ではありますが、やはり憲法上の権利や憲法訴訟は、私法上の権利や一般の民事訴訟などとは違う、ルールとの強い関連性という特質を有していて、その特質を重視することもまた、重要なことなのではないかと思うからです。

この点については関連して、近時の行政法学において行政訴訟の構造を、行政権限行使の違法性の是正という側面から捉えようという見解が有力になってきていることに注意を払っておきたいと思います⁵⁴。ある論者は、「適法性という客観的要素を内在させた利益の保護・救済のための訴訟である行政訴訟は、本来的に、主観的要素と客観的要素との有機的接合の上に立脚した訴訟形態である⁵⁵」と述べています。同様のことは憲法訴訟や憲法上の権利についてもいえるように思われ、その特質は「憲法訴訟や憲法上の権利が内包する客観的要素」となりましょう。

ところで、「憲法訴訟とは、法的ルールの無効化または修正を求める訴訟である」というのは、要は、法令の合憲性審査であるということであり、その意味では別段、奇抜なことを述べているわけではありません⁵⁶。自身の行為が憲法上の保護に値するがゆえの違憲（適用上違憲）

52 たとえば、Harvard Law Review上で、アドラーとの間で論争をしたりチャード・ファロンも「多くの憲法上の権利はルールに対抗する権利であるというアドラーの重要な洞察」と述べて、「ルールに対抗する権利」という考え方自体は受け入れている。Richard H. Fallon, Jr., *As-Applied and Facial Challenges and Third-Party Standing*, 113 HARV. L. REV. 1321, 1325 (2000)。なお、アドラーはすべての権利がルールへの権利であるという趣旨の主張ではないことを明らかにしている。Adler, *Response*, *supra* note 47, at 1374-75。

他にも「政府の規制を免れている行為を形作るというような憲法上の権利は少ないのであり（例外として奴隷的拘束を受けない権利など）、アドラーの『ルールに対抗する権利』という主張は正しい」という指摘として、David L. Franklin, *Facial Challenges, Legislative Purpose, and the Commerce Clause*, 92 IOWA L. REV. 41, 80-81 (2006)。*See also*, Matthew D. Adler and Michael C. Dorf, *Constitutional Existence Conditions and Judicial Review*, 89 VA. L. REV. 1105, 1166-1167, note 159 (2003)。

53 この点に関して、脚注21で触れたモナハンの議論（私権モデル (private rights model) と特殊機能モデル (special function model)）などは、わが国でも広く知られるところとなっている（芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（有斐閣、1981年）3頁以下など）。アドラーの議論はモナハンの議論を徹底させたものといえることができる。記述的に捉えて

みても、憲法上の権利や憲法訴訟は私権アナロジーでは理解しえないとして、ルール適合性審査の観点からの説明を貫徹させている。*See also*, Larry Alexander, *Is There An Overbreadth Doctrine?*, 22 SAN DIEGO L. REV. 541, 544-47 (1985); Abram Chayes, *The Role of the Judge in Public Law Litigation*, 89 HARV. L. REV. 1281 (1976); Owen M. Fiss, *Foreword: The Forms of Justice*, 93 HARV. L. REV. 1 (1978); Daniel J. Meltzer, *Detering Constitutional Violations by Law Enforcement Officials: Plaintiffs and Defendants as Private Attorneys General*, 88 COLUM. L. REV. 247 (1988)。

54 たとえば、小早川光郎「行政訴訟改革の基本的考え方」ジュリ1220号（2002年）62頁以下、亙理格「行政訴訟の理念と目的」ジュリ1234号（2002年）8頁以下など。

55 亙理・前掲（注54）14-15頁。

56 客観的な憲法秩序の維持という機能への着目という点では、はや1966年の時点で民事訴訟法研究者である林屋礼二が、「具体的事件」と「法令の違憲性」という二つの異なった「審判の対象」が実質的に存在することを正面から認める必要があるとの主張をしていた。林屋礼二「憲法訴訟における裁判の拘束力と民事訴訟における裁判の既判力」学習院大学法学部研究年報2号（1966年）27頁以下〔同『憲法訴訟の手続理論』（信山社、1999年）所収〕。

57 高橋・前掲（注30）序章（特に21-27頁）。

という考え方⁵⁷になじみのないわが国において、憲法訴訟・憲法判断とはそもそも法令の文面における憲法適合性が想定されてきたのであり、それはまた一般の国民の感覚とも近いものといえます。そのことを踏まえた上で、本日のご報告での主張というのは、司法権発動対象(=「法律上の争訟」「具体的事件」と違憲審査との明確な区別の上で、後者において、先に述べた憲法訴訟の特徴たる「ルールの無効化」・「客観的要素の織り込み」の問題に視点を移そうとするものです。この観点から考えてみることは、一定の意義を有するのではないかと考えています⁵⁸。

2 考察

(1) 憲法上の権利・憲法訴訟について

ある人が憲法上の権利を主張しようということは、客観法を訴える手がかりとして、すなわち法的ルールの無効化ないしは修正を求めているということとしていい替えられます(①)。そして付随審査制は、憲法判断(特に違憲判断)を裁判所がどう表に出すかという「絞り方」に関して柔軟な対応を可能とする違憲審査制度といい換えられましょう(②)。

①について、これは原告適格や違憲性の主張の利益の問題とも密接に関わってきますが、原告適格など憲法上の権利の主張可能性については、政策的に判断される側面も持っているのではないかと思います。実体が、合憲性判断という客観的なものの実現にあるのなら、一般国民からは何らかの区別される利益を主張する、対審構造に適した対立状況が作られるならば、訴訟の提起や憲法上の権利の主張を禁ずる憲法

上の理由はないはず⁵⁹。

②について、独立審査制ならば、抽象的に基本的には合憲か違憲かの二値で回答を裁判所に迫るわけですが、付随審査制は、具体的状況に即する形で、柔軟に憲法判断の表面への現れ方をコントロールできる仕組みといえます。

憲法上の権利は「ルール対抗性」を有しており、憲法訴訟は、ルールへの修正・改変であるということは、憲法判断が「具体的事実や背景に依存しないでもなしうる」ということをストレートに認めるものです。ここで、たとえば、憲法判断の際に何らかの基準を当てはめて答えを得るという思考がわが国でも広い支持を集めていて、アメリカの審査基準を参考にされていますが、これらの基準が、極めて一般的な性格を持っていることに留意すべきです。

一つの例として、アメリカで表現の自由規制立法に用いられる、いわゆる厳格審査(strict scrutiny)は次のような問いかけをします。立法目的が、真にやむをえない利益(compelling interest)を促進するものか、立法目的を達成するための手段が必要最小限度であるか、そして、それらの関係が必要不可欠の関係であるか、であります。この基準のどこが「原告の具体的状況」と関係するのでしょうか? そのほかにも、「疑わしい区分(suspect classification)」や、政教分離原則違反を審査する目的効果基準など、これらは不可避に一般的な性質を持っており、一般的な結論を導いています⁶⁰。

憲法判断は一般的で抽象的な色彩を元来もっています。この一般性を基本として、そもそも憲法問題を取り上げるか(原告適格、第三者の権利の主張の利益、事案の成熟性など)、憲法判

58 違憲審査に重点を置く思考として、たとえば、駒村圭吾『『憲法の留保』と権力の変容』法教324号(2007年)46頁以下、47頁など。

59 原告適格の政策的性格は、原告適格が要されながら、本家で一般的・抽象的で原告の特殊的・具体的状況から離れた判断がなされる場合に如実に表れている。たとえば、アメリカの例ではあるが、項目別拒否権法(the Line Item Veto Act (codified as amended at 2 U. S. C. 691-692 (2000)))の合憲性について、See *Raines v. Byrd*, 521 U.S. 811 (1997),

Clinton v. New York, 524 U.S. 417 (1998).

第三者の権利の主張について、See *Barrows v. Jackson*, 346 U.S. 249 (1953), *Craig v. Boren*, 429 U.S. 190 (1976)。またわが国でも、有害図書の販売を規制する青少年保護育成条例を違憲と争った販売業者が、第三者である青少年の憲法上の権利(表現の自由)を侵害すると主張をし、その主張に対して、憲法違反ではないと裁判所が答えた例がある(最一小判平成元年9月19日刑集43巻8号785頁)。

断を表に出すか、範囲をどの程度のものとして出すか（一部違憲・全部違憲（適用上違憲・文面上違憲）などへの判断が、連続体上に並ぶと考えるべきではないでしょうか⁶¹。

(2) いくつかの例に即して

① 首相の靖国参拝問題

合憲性判断という、通常裁判所の任務として異質な任務を遂行するに当たっては、政治的なインパクト、政治力学、国際関係論や外交上の利益なども考慮に入れざるをえず、裁判官の良心と裁量に委ねられる部分は、どうしても大きくなりましょう。そのような要素を織り込みながら、裁判官が裁量的に——別言すれば政治的に——憲法判断を表に出すという権限が、憲法81条によって認められているものと思います。たとえば首相の靖国参拝の合憲性について考えてみましょう。

靖国参拝問題は、否が応でも国際政治上の争点とならざるをえません。特に先にご紹介した最高裁判決が出された当時において、この問題は法的争点というよりも、政治的争点としての意味合いの方が強かったといってもよいと思われます。

平成18年最判が、憲法判断を示すべきではないと政治的に考えて、その結果が「損害の否定」であったという理解もできようかと思えます。愛媛玉ぐし料訴訟最大判などの先例から考えれば、憲法適合性という実体判断をすると、首相の靖国参拝は限りなく違憲に近いといえましょう。しかし、最高裁が政治的問題へ巻き込

まれるのを防ぐべしと考えて憲法判断を回避する余地は否定できないのであり、とするならば、事件として成立させることへの理論的要請はありません。

しかし、逆にこのような問題について、政治的問題である場合には憲法判断をしてはならないというべきかという点、そうではありません。なにしろ、憲法上の根拠をもたないアメリカと違って、わが国の憲法は81条で裁判所の職務として違憲審査を定めているのです。したがって、たとえば九州靖国訴訟福岡地裁判決が違憲判断をしたことについては、様々な考慮をした上で憲法判断をすべしとの選択をしたものとして、ありうるだろうと思います。

ただし、本判決についていえば、違憲判決をなすからには、被侵害法益の存在は認めるべきであったと思います。そうでないと、何の権利・利益の侵害もなくとも金銭賠償請求訴訟を提起して、憲法判断を引き出す途ができることになってしまいます。金銭賠償をそのような本来的役割を超えて用いることは妥当とは思われません。そこで、地裁判決は被侵害利益を否定したわけですが、政教分離については、これまでの過程も考慮に入れ、かつ地方レベルとの訴訟形式のアンバランスも考慮に入れて、何らかの権利や利益の侵害を認めて、新たな実体的権利・利益の発展の契機とすることもできたと考えます。

以上のように、合憲性判断（特に違憲判断）をしないということならば、事件として扱う要請はないわけですが（平成18年最判）、するなら

60 違憲審査基準のもつ、一般的・客観的な性質については、先に紹介したアドラーもその一人であるが、広くアメリカでも指摘されているところである（*eg.*, See Adler, Moral Structure, *supra* note 50, at12）。特に言及されるべきは、Marc E. Isserles, *Overcoming Overbreadth: The Facial Challenges and the Valid Rule Requirement*, 48 AM. U. L. REV. 359, 439 (1998)（「憲法判決の主要部分を構成する法理テストにおける審査は、特定の制定法の適用の特定の特徵に依存するものではない」）。

なお、駒村・前掲（注58）47頁脚注2でも、違憲審査基準の抽象性について述べられている。

61 客観的な憲法秩序の維持機能を正面から裁判所に引き受けさせるとして、「いつ、どのように裁判所は憲法判断に踏み込むべきか」という点から整序する必要がある。

もっとも、本稿のように違憲審査の「客観的」「一般的」傾向を重視することは、司法のより一層の、司法消極主義的帰結がもたらされるという批判もありうるであろう。たとえば、市川・前掲（注37）112頁は、憲法保障機能が意識されたことが却って、違憲審査権行使を自己抑制的にしたと指摘されている。

ば(九州靖国訴訟福岡地裁判決)、事件として構成するのが、具体的事件の解決を任務とする司法裁判所の特性上、宜しいかと思えます⁶²。

② 国民投票法の「地位利用」

次に、いわゆる国民投票法の公務員等・教育者を対象とした、「地位利用による国民投票運動」の制限について、若干ですが、触れておきたいと思えます。

国民投票法103条1項によると、公務員等・教育者は、その「地位にあるために特に国民投票運動を効果的に行い得る影響力又は便益を利用して、国民投票運動をすることができない」とされています。

自民・公明党が当初示していた案では罰則が用意されていましたが、最終的に成立した法律では、罰則は外れました。360万人の公務員と130万人の教育者について、公務員・教育者で構成される労働組合が日本の労働組合の中で最も大規模で、かつ、政権党に批判的なスタンスをとっていると一般的に目されていることが、この規定が設けられたことに大いに影響していると指摘されています⁶³。

さて、これとの関係で問題となるのは、公務員法上定められた政治的行為の規制に関する規定との抵触問題です。国民投票運動は選挙運動ではありませんが、政治的行為との区別が明確であるとは到底いえませんから、公務員法上定められた政治的行為の禁止と抵触するおそれがあります。最も問題となるのは地方公務員で、地方公務員法36条2項では、「公の選挙又は投票において特定の……事件を支持し、又はこれに反対する目的をもつて、次に掲げる政治的行為をしてはならない」とし、1号で「公の……

投票において投票をするように、又はしないように勧誘運動をすること」と規定していますので、「公の投票」に憲法改正国民投票が入ると解釈する余地もあるのです。

近年頻発している公務員の逮捕に鑑みれば、これは大問題です。成立した法律では、附則11条で公務員の政治的行為の制限に関して、「国は、この法律が施行されるまでの間に、公務員が国民投票に際して行う憲法改正に関する賛否の勧誘その他意見の表明が制限されることとならないよう、公務員の政治的行為の制限について定める国家公務員法、地方公務員法その他の法令の規定について検討を加え、必要な法制上の措置を講ずるものとする」としてはいますが、本則で適用除外しているのではなく、附則による定めが終わっています。さらに、行政処分(懲戒等)の可能性はあり、恣意的に行使される可能性も指摘されています⁶⁴。

そこで、以上から考えるに、本条項はあいまい不明確であり、公務員や教育者の表現の自由に許されざる萎縮効果を及ぼし違憲無効と考えられます⁶⁵。

この法律の場合は特にそうですが、法律が実際に適用されて罰則の対象となってから、法律の合憲性を訴えるのでは遅いわけです。公務員と教育者合わせて約500万人という多数の国民が対象であることを考えると、該当する人々が安心して国民投票運動ができなければ、憲法改正権の行使という主権者としての最も重大な契機の正統性に影響が及ぼされてしまうのではないのでしょうか。

そこで、あいまい不明確ゆえに無効を理由に、差止め訴訟や無効確認訴訟といった訴えが認められて然るべきではないかと考えます。罰則を

62 アメリカで、違憲審査制度が客観的憲法秩序機能を果たすようになってきているのは、裁判所が扱うことのできる事件の範囲を拡大することによってであるが(事件性の拡大)、これはつまりは、規範統制自体を事件(紛争)というように擬制しているものとの説明が可能である(参照、上掲[図2]の一番下の行)。

63 自由法曹団編『国民投票法=改憲手続法案の「カラクリ」』(学習の友社、2006年)32頁以下、47頁以下。

64 愛敬浩二・松宮孝明【対談】刑事法学から憲法学に問う」法セミ635号(2007年)10頁以下、16頁。

65 愛敬・松宮・前掲(注64)12頁では、愛敬によって、実際に既に萎縮効果が発生していることが紹介されている(野田9条の会などが参加する「平和のための戦争展」の実行委員会が企画への公園を野田市と同教育委員会に求めたところ、「地位利用」に当たるとして拒否されたという例)。

受ける・受けないというレベルでも、罰則対象となりそうな者にとっては特に大きな問題ですが、合憲性の確保も国民全てにとって重大な問題です。どのような訴訟形式が利用可能かということは、難しい問題ですが、重要なのは訴訟形式があるかどうかではなく、違憲の疑いがない手続によって、憲法改正が行われることであるはずです。

裁判所は——違憲判決を出す可能性は低いですが——、違憲性の疑いを払拭する合憲限定解釈をできることも忘れてはなりません。もし、仮にそのような訴えが提起された場合には、訴訟要件レベルでは、できる限り広く解して訴えを適法とし、違憲判決を出さないまでも、違憲性の疑いを払拭するような限定解釈を提示することが、客観的憲法秩序の維持機能から考えるならば、裁判所には求められていると思います。

(3) 井上元判事の議論について

井上元判事の議論についていえば、その特色の一つは、違憲審査の規範統制機能をまったく認めないところにあります。主観的権利の保障だけをしていればよかった時代の司法府ならともかく、現憲法では他の国家権力の統制という任務を、裁判所は憲法上負っているのです。政治の統制に、いやおうなしに組み込まれているわけで、その任務は、民事訴訟における任務とは、多かれ少なかれ性質を異にしているのです。

憲法訴訟や、憲法上の権利が客観的要素を内包している以上は、たとえば合憲性統制が特に強く望まれるというような状況がある場合など、その要素の重大性が大きければ、客観的秩序の維持という目的のために裁判所が憲法判断をすることは、裁判所に憲法上課せられた任務行使における裁量の範囲内であり、「蛇足＝違法」といわれるようなものではないと考えます。

(4) 立法論・運動論として

さて、本日のお話で取り上げた政教分離関係訴訟についてみましても、地方自治法では住民訴訟がある一方で国政レベルでは同じファンクションを営む訴訟形式が欠如していることは、些かアンバランスであるということができようかと思えます。

国政レベルでの訴訟形式の欠如ゆえに、現在のありようでは、やはり政教分離に関する裁判所の憲法判断を引き出すのは、容易ではないことは確かです。そこで、住民訴訟の国政版（「国民訴訟」）を法定すべきだという議論もあります⁶⁶。

私自身は、国民訴訟の法定にはそれほど積極的ではありませんが——裁判所に「その気」があれば、どうにでもなると思っていますので——、国民の間に、訴訟形式の拡充や使いやすさを求める声が広がることは、たいへん結構なことと思えます。憲法訴訟として使える訴訟形式の貧困なことに鑑みれば、違憲を直接に確認することを求める訴訟類型の法定や、憲法訴訟手続法の法定を求めることも、少なくとも運動論としては、意義のあることと思えます。

いずれにせよ、国民の間に、憲法訴訟や憲法判断の意味について理解が深まることは、憲法（客観的な憲法秩序）を自分たちのものとして守ってゆくという試みにおいて大切なことと思えます。立法論や運動論という観点からみるに、マスコミの果たしうる役割は、実に大きいものと考えます。

おわりに

客観的な憲法秩序を裁判によって回復することには、国家権力と私たち国民の、「憲法を守ろう」という相互作用的な不断の努力の結果という側面があるのではないのでしょうか。本日の

66 国民訴訟の法定につき、たとえば、松井茂記『「国民訴訟」の可能性について』村上武則・高橋明男・松本和彦編『法治国家の展開と現代的構成』（高田古稀）（法律文化社、2007年）351頁以下。

67 そのような感覚の背後にはアジア・太平洋戦争に突入してしまったことについて、軍部独裁や敗戦を

もたらした議会への不信があるといえるのかもしれない。もっとも、司法の戦争責任は別途考えてゆく必要はある。たとえば、上田誠吉『司法官の戦争責任満州体験と戦後司法』（花伝社、1997年）など参照。

ご報告での主張につきましてこの観点から換言するならば、「裁判所は『憲法の番人』である」という一般的な国民の感覚を大事にすべきであり⁶⁷、それに応えることができるような裁判実務や理論を考えるべきである、ということにな

ろうかと思えます。

長くなりましたが、これにて本日のご報告を終えたいと思えます。ご清聴有難うございました。

(2008年1月30日脱稿)