

司法審査権の範囲と限界

戸松秀典

司法審査権の範囲と限界

- 第一節 問題の所在
 - 一 「司法審査権の範囲と限界」論
 - 二 法律上の争訟、司法権、司法審査権
 - 三 本稿の焦点
 - 第二節 国家行為と司法審査権の行使
 - 一 裁量論による司法審査
 - 二 砂川事件判決と苫米地訴訟判決の法理
 - 三 司法審査権と裁量統制機能
 - 第三節 団体内部の紛争と司法審査権の行使
 - 一 板まんだら訴訟判決の法理
 - 二 諸団体の内部紛争と裁判所の対応
 - 三 司法審査権と自律性統制機能
 - 第四節 司法審査権の行使を制約する法理の意味
 - 一 判例による制約法理の形成
 - 二 統治行為論と裁量論
 - 三 司法の自己制限論
- むすび

第一節 問題の所在

一 「司法審査権の範囲と限界」論 司法審査権は、いかなる訴えに対しても必ず行使されるわけではなく、その権限行使には一定の範囲があり、限界があると一般にうけとめられている。どんな内容が司法審査権の範囲と限界というテーマのもとで論じられているのか。そのことを、若干の文献にあたってみると、つぎのようになってくる。

まず、司法審査権の範囲、限界としてもっともよく考察の対象とされるのは、いわゆる統治行為論ないし政治問題の法理についてである。たとえば、芦部教授は、判例の解説に重点をおいた「違憲審査権の限界」と題する論文⁽¹⁾において、統治行為論を中心にした論述を展開し、そのテーマで分析すべき他の論点として、「具体的な争訟事件（法律上の争訟）の意義、それと関連する当事者適格の範囲、違憲性主張の方法（たとえば法律全体の違憲性を争えるかどうかの問題）、違憲性主張の時期（たとえば控訴審で主張・判断されなかった事項を上告理由とすることができるかの問題）など」をあげている。また、横田教授の「審査を排除・制約する法理と政策」と題する論文⁽²⁾においては、まず、統治行為論について論じ、他に、自律権、部分社会の法理、立法・行政裁量論といった事項が論議の対象となっている。あるいは、学生向けの解説物をみても、まず、「統治行為論」がとりあげられ、さらに、「自己制限」として、憲法判断の回避、合憲限定解釈、適用違憲の手法といった事項に説明がなされたり、政治部門の裁量や自律について言及されている、といった具合である。このように、司法審査権の範囲や限界について論じるとき、統治行為論は、必ずとりあげられる事項であるが、その他の議論の対象については、論者によって多少の異なりをみせている。

右の傾向にてらして、統治行為論がいかなるコンテキストにおいて論じられているのかという観点から、さらに

いくつかの文献をみると、憲法の教科書については、たとえば、清宮四郎『憲法I』では、「司法権の帰属」の項のなかで、裁判所の審査に適しないと認められるもの一つとして「統治行為に属すると認められるもの」をあげている。⁽⁴⁾つまり、「各機関の自主権（または自律権）に属するものと認められるもの」や「各機関の自由裁量に属すると認められるもの」と並べて統治行為論を扱っている。また、小林直樹『憲法講義』、橋本公巨『日本国憲法』、そして佐藤功『日本国憲法概説』にみられるように、⁽⁵⁾「司法権の範囲と限界」あるいは「司法権の限界」の箇所では他の事項とともに統治行為論が説明されている例をいくつかみることができ、これらの例から、「司法審査権の範囲と限界」を理解するためには、「司法権の範囲と限界」という観点からも検討しなければならないようである。たとえば、佐藤幸治教授の『憲法訴訟と司法権』においては、「司法権の限界」の項目のなかに、統治行為論のほか団体内部の紛争に対する司法権の行使の問題やいわゆる「部分社会」論がとりあげられ考察がなされているのを見ることができ、⁽⁷⁾

ところで、右にみたように、「司法審査権」でなくて、「司法権」について、その範囲や限界を考察しようとするのならば、われわれは、行政法学の分野において、行政権と司法権との関係についての「司法権の限界」論が展開されていることにも注目しなければならぬ。⁽⁸⁾また、団体内部の紛争に対する司法権の行使に目を向けるならば、たとえば、労働法学の分野において、「司法審査の限界」というテーマのもとに、労働組合の内部統制に対して司法審査権が及ぶか否かが議論されていることを知ることができる。⁽⁹⁾あるいは、宗教団体の内部紛争に対する司法審査の問題が、民事訴訟法学者によって注目されるようになっていく。⁽¹⁰⁾

このように、司法審査権の範囲と限界について語られる領域は、大変広いものであるだけでなく、どんな事項について考察すべきかについて一義的に決まっているわけでもないし、また、それを論ずる学問領域によって、議論の焦点が異なっていることに気付かされる。本稿は、このような「司法審査権の範囲と限界」論が示す状況をみな

から、そのテーマのもとでの基本的な問題、すなわち、何が司法審査権行使の範囲であり、限界なのか、ということを探求することが目的である。

- (1) 芦部信喜「違憲審査権の限界——統治行為を中心として——」同『憲法訴訟の現代的展開』(一九八一年) 第三論文、一二〇頁。
- (2) 横田耕一「審査を排除・制約する法理と政策」法学セミナー増刊・憲法訴訟(一九八三年) 一七八頁。
- (3) 野中俊彦「違憲法令審査権の限界」法学セミナー増刊・最高裁判所(一九七七年) 二六六頁、芦部信喜・池田政章・杉原泰雄編『演習憲法』(一九八四年) 五八一頁の「[60] 違憲審査権の限界」(寛道豊治執筆、樋口陽一・佐藤幸治編『憲法の基礎〔入門編〕』(一九七五年) 二三八頁の「70 統治行為・政治部門の裁量・政治部門の自律」、種谷春洋「司法権の限界」小嶋和司編『憲法の争点〔新版〕』(一九八五年) 二〇六頁など参照。
- (4) 清宮四郎『憲法I』(一九七九年) 三三八頁。
- (5) それぞれ、小林直樹『憲法講義〔新版〕下』(一九八一年) 三六八頁、橋本公直『日本国憲法』(一九八〇年) 六〇〇頁、佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第二版〕』(一九八〇年) 三六五頁。
- (6) たとえば、小嶋和司『憲法概説』(一九八七年) 四八八頁、長尾一紘『日本国憲法〔新版〕』(一九八八年) 三九四頁、佐藤幸治『憲法』(一九八一年) 二二三頁。
- (7) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(一九八四年) 五五頁。
- (8) 代表的文献として、田中二郎『司法権の限界』(一九七六年)、また、「司法権の限界」論を分析したものととして、宮崎良夫「『司法権の限界』論についての一考察」同『行政訴訟の法理論』(一九八四年) 一頁所収、諸学説について、今村成和「行政事件と司法の権能——『司法権の限界』に関する諸学説の検討」同『現代の行政と行政法の理論』(一九七二年) 一六五頁以下。
- (9) たとえば、前田政宏「組合統制の根拠と司法審査権の限界」ジュリスト増刊・労働法の争点(一九七九年) 二九頁、その他後述第三節の注(23)~(26)をみよ。
- (10) たとえば、新堂幸司「審判権の限界——団体の自治の尊重との関係から」新堂幸司ほか編『講座民事訴訟法2 訴訟の提起』(一九八四年) 一頁。

二 法律上の争訟、司法権、司法審査権 何が司法審査権行使の範囲であり、限界であるのか、と問うのは、いうまでもなく憲法および法律が規定するところから、司法権あるいは司法権審査権——その異同については後述するが——の範囲、限界を直ちに明確に導き出すことができないからである。そこで、憲法や法律がどのように規定しているのか、あらかじめみておくことにする。

憲法は、司法権の範囲について何も定めておらず、その七六条一項で、「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」と定めるのみである。そこにいう「司法権」の範囲内容については、憲法は、「当然自明のことと前提としている」⁽¹¹⁾、「暗黙に前提としている」と説明されている。そして、その自明の前提、暗黙の前提が裁判所法三条一項に、「裁判所は、日本国憲法に特別の定めのある場合を除いて一切の法律上の争訟を裁判」する権限を有するとの表現で示されている。つまり、憲法自身が設けた例外を除いて、「一切の法律上の争訟」に司法権が及ぶとされているのである。もっとも、その条項は、裁判所の裁判権が一切の法律上の争訟に及ぶとされているのであり、司法権についていっているのではない。しかし、憲法七六条にてらしてみれば、司法権は裁判所に属しており、裁判所の裁判権は、すなわち司法権のことであると理解してよい。⁽¹³⁾

こうして、司法権の範囲は、法の規定するところによれば、法律上の争訟に限られることになるのであるが、そこから直ちに問われるのは、その法律上の争訟とは何かということである。つまり、「法律上の争訟」とは何かと云う解釈問題は、憲法上の司法権の範囲ないし限界を決することになる⁽¹⁴⁾わけである。最高裁判所は、それについて、裁判所法三条一項にいう「法律上の争訟」とは、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つて、法令を適用することによって終局的に解決することができるものをいう、との解釈を示している。⁽¹⁵⁾この定義によつても、司法権の範囲、限界を具体的によみとることはできない。そこで、裁判所が処理した事件、訴訟をみることによつて、法律上の争訟の具体的内容を捉えるのが適切と思われる。つまり、判例において画定さ

れている法律上の争訟は何であるかということのみをみることに、われわれは、司法権の範囲、限界の内容を知ることができるとはならずである。

なお、裁判所法の三条一項は、さらに、裁判所が「その他法律において特に定める権限を有する」こともうたっている。これも、司法権の範囲を示す内容であるが、その具体的把握は、他の法規定を参照し、さらに判例の動向をたどることによりなすことができるはずである。¹⁶⁾

こうして、司法権あるいは司法審査権の範囲と限界は何であるかという本稿のテーマを探索するためには、まず、判例においてどのような状況になっているかを分析することが必要となってくる。判例が示す範囲や限界をもって、憲法上の司法審査権の範囲や限界であると即断することはもちろん誤りである。しかし、憲法は、すでに指摘しているように、それについて何もいうたわず、司法権の範囲内容について「暗黙の前提」としているといわれるのであるから、憲法の暗黙に前提していることが何であるかを確認したうえで、それが判例の体現しているところと整合性をもっているのか検討する必要がある。そこには、憲法という「司法権」なり「司法審査権」とは何であるのか、という問題、別言すれば、「司法権の本質」なるものを考える必要があるのかという問題にゆきつくことになる。本稿では、そのことについても考察を加えることにしている。

これまでの論述で、司法権と司法審査権との区別を明確にしないまま扱ってきた。また、すでに参照した若干の文献においても、両者の区別をしないで語られていることをみた。そこで、両者を互換的に使用してよいのか、司法審査権の範囲と限界を問うことは、司法権のそれを問うことと同じなのかという疑問がなげかけられるかもしれない。そのことについて、ここで言及しておこう。

司法審査権とは、憲法八一条のいう「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」を指しているのであるが、その権限が法律上の争訟の要件から解放されて独立に行使できるものとは受け取

られていない。判例上は、有名な警察予備隊違憲訴訟判決⁽¹⁷⁾において、それが明らかにされ、今日、日本国憲法の採用している司法審査制が付随的違憲審査制であると性格づけられていることに疑問の余地はない。つまり、司法審査権は、司法権のなかに包含されている権限である。また、司法権のなかに包含されている司法審査権を、それを除いた部分の司法権と対比させたり、区別させて考察するような必要性はみとめられず、その権限行使の実際においては、むしろ逆に、相互に関連した関係にあることを知ることができる。たとえば、ある憲法上の争点が含まれている訴訟に対して、裁判所が憲法判断を加えた場合と、憲法判断を回避して処理した場合とに区別して、前者の場合を司法審査権の行使、後者の場合を司法権の行使としたところで、その区別から何の意味も見出せない。両者とも司法権の行使であることは間違いなく、前者は、積極的な司法審査権の行使、後者は、消極的な司法審査権の行使ともいえるからである。また、私人間の紛争で憲法上の争点が生じた場合、それについて、司法権の行使か審判を下した内容を見ると、憲法上の価値を背景にした理解が必要な場合があり、それについて、司法権の行使か司法審査権の行使かという区分をして分析することは無意味である。結局、司法審査権の範囲と限界を探ることは、司法権の範囲と限界を探ることに密接に関連するのであって、両者を明確に区別しなければならない理由をみつけ出すことはできないのである。⁽¹⁸⁾

(11) 兼子一・竹下守夫『裁判法「新版」』(一九七八年)六八、七〇頁。

(12) 国会の各議院が行う議員の資格争訟の裁判(憲法五五條)、国会におかれる弾劾裁判所による裁判官の弾劾裁判(憲法六四條)、さらに、内閣による恩赦の決定(憲法七三條七号、これは司法作用とみるか否かで異なるが)がその例外。

また、国際法上の限界もある。

(13) 戸松秀典「裁判権の限界」雄川一郎・塩野宏・園部逸夫編『現代行政法大系4行政争訟』(一九八四年)一七〇頁において、私は、「国家の作用のうち裁判の作用を行う権限を裁判権と呼ぶが、近代国家においては、それは、権力分立の原理のもとに司法権に帰属せしめられている。そこで、裁判権の意味を理解するために、『司法』がいかなる概念で

あるかを考察しなければならない……」と述べた。これに対して、佐藤幸治「現代国家と司法権一」同『現代国家と司法権』（一九八八年）所収の第一論文は、『司法』と『裁判』とは区別して考えられるべきもののように思われる」（三頁）と説く。確かに、司法権のすべてが裁判権ではなく、裁判以外の権限を司法権は含んでいるだけでなく、その概念に異なる意味を探り出すことが可能である。ただ、何を語ろうとするかによって、両者の区別の必要性が出てくるはずであり、少なくとも、本稿の目的との関係では、区別する必要がない。

(14) 佐藤功『法律上の訴訟』と司法権の限界」民事研修二二七号八頁（一九七七年）。

(15) 最一小判昭和二九年二月二日民集八巻二四一九頁、最一小判昭和四二年二月八日民集二〇巻二一九六頁など

(16) 「法律において特に定める権限」として行政事件訴訟法の定める民衆訴訟（五条、四二条、四三条）、機関訴訟（六条、四二条、四三条）、その民衆訴訟として公職選挙法の定める選挙無効および当選無効訴訟（二〇三条、二〇四条、二〇七条、二〇八条）、地方自治法の定める住民訴訟（二四一条の二）などの例があり、それらが憲法上の司法権ないし司法審査権の範囲との関係で議論する余地があるが、それについては、別稿で論ずることとする。

(17) 最大判昭和二七年一〇月八日民集六巻九号七八三頁。

(18) なお、新堂、前出注（10）は、「審判権」とのことばを使っているが、それも本稿の司法審査権と同じ意味である。

三 本稿の焦点 以上みたところから、本稿が行う分析と考察の焦点はつぎのようにまとめることができる。

まず、司法審査権の範囲と限界は何かということを探るためには、その権限が与えられて以来今日までに、裁判所は、その内容をどのように示してきたか、つまり、判例に体现されている実情を把握しなければならない。その実情分析の作業は、第一に、司法審査権の中心的役割である国家行為に対する審査権の行使について向けられなければならない。従来の論議は、すでに指摘したように、統治行為論をなによりも重視した考察がなされているのであるが、判例を分析することにより、はたしてその過剰なほどの関心が適切であったか否か検討を加える必要があるのではないか、司法審査権の範囲と限界は、別の観点からの説明が適切ではないかとの見方が生まれるはずであるとの推測がそこに働いている。第二に、団体内部の紛争に対する審査権の行使について分析しなければならない

い。そこでは、第一の作業でみとめた司法審査権の範囲と限界の内容が、この領域でも同じような性格をもって生まれているのか、それとも異なる傾向を示しているのかという関心が働いている。なお、事件性の要件、原告適格などの訴訟要件との関係でも司法審査権の範囲と限界を考察する必要があるが、議論の対象が広がりすぎるので、以下ではひとまず検討の対象からはずすことにしている。

これらの分析の後、以上の二つの領域における審査権行使の実情から、司法審査権の範囲と限界を示す法理がいかなる意味をもっているのか考察することにする。判例によって形成されている司法審査権の範囲と限界はいかなる意味をもつのか、学説上の議論にてらしてどのような理解が可能なのか、といったことが関心の対象である。そこには、司法審査権の範囲と限界が論理的帰結として生ずるのか、という問題を考察しようという意図が働いている。

第二節 国家行為と司法審査権の行使

司法審査権は、憲法八一条のもとで、国家行為に関する合憲性判断を求める事件や訴訟において行使されるところにその主要な役割がある。その役割を發揮する過程で、司法審査権の行使を拒否したり、差し控えたりすることがあり、そこからその権限の範囲や限界が問題とされるのである。そこで、最高裁が国家行為との関係で司法審査権の範囲や限界を設定している実情をまずみて、そこに表われている傾向をよみとることにする。

一 裁量論による司法審査 司法審査権は、国家の諸機関による裁量的権限行使に対して合憲性の統制を行うことがその役割なのであるから、問題の解決を国家機関の裁量に委ねて、その裁量行為の合憲性について司法権の判断を加えようとしないうちに、司法審査権という権限の範囲や限界をみることはできるはずである。司法権の判断を加えようとしないうちにも、司法判断を加えることを全く拒否した場合から、国家機関の判断をほ

とんどそのまま尊重して裁量の余地を広く認める場合、あるいは、国家機関の判断に司法権の立場からの制約を多少付けながらも結果としてその判断に詮索を加えない場合にいたるまで、程度に差がある。われわれは、そこに目を向けるにあたり、司法審査権の行使を全く拒否した場合はなく、その行使を極めて控え目にしていく場合にま⁽²⁾ず注目するのが適切と思う。司法審査権の範囲と限界の内容は、そこから発しているとみることができるところ⁽²⁾。

最高裁が、司法審査権の行使を極めて控え目にした例、すなわち、政治部門の裁量判断を広く尊重して、司法の判断を加えなかった例は数多くある。その代表例として、まず第一に、参議院の議員定数訴訟に対する最高裁判決をあげることができる。最高裁は、昭和三九年の判決⁽³⁾で、「選挙区の議員数について、選挙人の選挙権の享有に極端な不平等を生じさせるような場合は格別、各選挙区に如何なる割合で議員数を配分するかは、立法府である国会の権限に属する立法政策の問題であつて、議員数の配分が選挙人の人口に比例していないという一事だけで、憲法一四条一項に反し無効であると断ずることはできない」と判示して以来、この立法裁量論を繰り返しているのであるが、昭和五八年判決⁽⁴⁾が五倍を超える格差についても立法府の裁量の範囲内であると断定するに至ったことをみると、最高裁は、参議院の議員定数不均衡問題について実質的には司法審査権の行使を拒否したに等しい結果をもたらしている。もちろん、憲法判断を全く加えない場合とは異なり、衆議院の議員定数不均衡訴訟におけるのと⁽⁵⁾同じく、最高裁は、問題が審査権の対象外であるとの訴訟の一方当事者である選挙管理委員会側の主張を排斥しているのではあるが、参議院の特殊性を強調しつつ、大きな格差の是正をしていなくても国会の立法裁量権限の限界を超えるものとはいえないと結論しており、そのような立法裁量論は、その問題に対する司法審査権の限界を形成したものとしてみることができ⁽⁶⁾る。

右と同じような例を、堀木訴訟に対する大法院判決⁽⁶⁾にみることができる。すなわち、最高裁は、その判決でつき

のように説いた。

「憲法二五条の規定の趣旨にこたえて具体的にどのような立法措置を講ずるかの選択決定は、立法府の広い裁量にゆだねられており、それが著しく合理性を欠き明らかに裁量の逸脱・濫用と見ざるをえないような場合を除き、裁判所が審査判断するに適しない事柄であるといわなければならない。」

これによると、「著しく合理性を欠く」場合や「明らかに裁量の逸脱・濫用」となる場合は、極めて希であると思われるから、憲法二五条の趣旨を実現するため制定された法律の合憲性の争いは、実質的には、裁判所の審査権の外にあるとされたことになる。この判示に対しては、学説上の批判がみられるが、ここでは、政治部門の裁量権限の明らかな逸脱・濫用という制約が課されているものの、右のような内容の司法審査権の限界が形成されている、という事実をみるだけにとどめる。

右のほかにも、政治部門の裁量に広く委ねることによって、司法審査を加える余地をほとんどなくしてしまっている例をいくつか指摘することができる。たとえば、公務員の労働基本権の制約について、公共の福祉のために制限したことが「明らかに不合理」でないかぎり、その制限は立法府の裁量権の範囲内にあるとした昭和四〇年の和歌山教組事件判決や、営業規制について、それが積極的な社会経済政策の実施をめざすものであるときは、それについての判断は、立法府の裁量的判断を尊重し、「ただ、立法府がその裁量権を逸脱し、当該法的規制措置が著しく不合理であることの明白である場合にかぎって」違憲とする余地がでてくるとした昭和四七年の小売商業調整特別措置法事件判決などがそれである。あるいは、刑事司法の分野においても、昭和五五年のチッソ補償交渉事件判決において、最高裁は、公訴権の濫用論について、それを原則として認めながらも、「公訴の提起自体が職務犯罪を構成するような極限的な場合に限られる」とのきびしい要件を付して、検察の公訴権に対する司法的統制の余

地をほとんど無くしてしまっている。⁽¹¹⁾

このように、裁量論によつた若干の代表例をみて明らかのように、司法的統制の余地を極めて限定する判決の場合には、すでに指摘したように、その実質をみれば、争われた問題の解決を司法審査権行使の外においているといえるのである。ただし、そこに一定の共通した法則性を簡単に指摘することはできさうもない。問題の個別的性格にてらした判断を最高裁は下しているからである。⁽¹²⁾

ところで、司法判断を全く拒否して問題を司法審査の対象の外にしておくか、明示した判決をも考察の対象に入れて分析すると、司法審査権の範囲・限界の内容が何らかの法則性をもつて説明できるのであろうか。その考察に入る前に、司法判断を全く拒否することと裁量論による実質的拒否との両者にまたがるかのような判断を示した判決をみしておくことにする。

すなわち、昭和四八年初めから翌年一月にかけて生じた物価高騰により郵便貯金が減価したことについて、それが当時の政府の経済政策ないし経済見通しの過誤に基づくとして国に対して損害賠償の請求をした郵便貯金目減り訴訟に対する昭和五七年の最高裁判決がそれである。その判決で最高裁はつぎのように述べている。

「上告人らのいう各目標を調和的に実現するために政府においてその時々における内外の情勢のもとで具体的にいかなる措置をとるべきかは、事の性質上専ら政府の裁量的な政策判断に委ねられている事柄とみるべきものであって、仮に政府においてその判断を誤り、ないしはその措置に適切を欠いたため右目標を達成することができず、又はこれに反する結果を招いたとしても、これについて政府の政治的責任が問われることがあるのは格別、法律上の義務違反ないし違法行為として国家賠償法上の損害賠償責任の問題を生ずるものとすることはできない。」

この判示では、「事の性質上専ら政府の裁量的な政策判断に委ねられている事柄……」と述べているから、一見して

裁量論によつたとよみとることが出来る。しかし、すでにみた判決例と異なり、国の裁量的判断に司法的統制を加える余地を与える「明らかな裁量の逸脱・濫用」といった限定的な条件が付けられていない。そのことは、最高裁がいわゆる統治行為論を採用したといえるのである⁽¹⁴⁾か。その訴訟の上告人は、統治行為であるから司法審査の対象外にあるとするのか、全く自由な裁量に委ねられた事柄だから適法・違法の問題がおこらないとするのか不明瞭である⁽¹⁵⁾と原判決の判示を非難しているが、最高裁の論述は、その非難に明確に答えていないといえる。このどちらともつかない説明のもとに、とにかく司法審査権の限界が提示されているという事実を確認して、つぎの考察に進むことにする。

- (1) 司法審査権による政治部門の裁量統制にかかわる判例の動向の概略については、戸松秀典「最高裁判例の動向・憲法—司法審査権行使の態様」法学セミナー増刊『今日の最高裁判所』（一九八八年）一三五—一三八頁参照。
- (2) 前節で指摘したように、多くの論述は、司法審査権の範囲と限界のテーマのもとに、統治行為論なる審査拒否の場合に直ちに目を向け、そのうち裁量論に言及しているのであるが、それを逆転してみるべきというのが本稿の狙いの一つである。その理由については、後に明らかにする。
- (3) 最大判昭和三九年二月五日民集一八巻二号二七〇頁。
- (4) 最大判昭和五八年四月二七日民集三七巻三号三四五頁。なお、この判決の立法裁量論について論じたものとして、芦部信喜「参議院定数訴訟と立法院の裁量」法学教室三四号六頁（一九八三年）、高野真澄「参議院議員定数最高裁判決について」ジュリスト七九号一三頁（一九八三年）参照。
- (5) よく知られているように、最大判昭和五一年四月一四日民集三〇巻三号二二三頁、最大判昭和五八年一月七日民集三七巻九号一二四三頁、最大判昭和六〇〇七年七月一七日民集三九巻五号一一〇〇頁を通じて、最高裁は、衆議院の議員定数不均衡については、三倍を憲法の許容限度とする基準を打ち出して、審査権の行使をある程度積極的に行っている。
- (6) 最大判昭和五七年七月七日民集三六巻七号一二三五頁。
- (7) 芦部信喜「生存権の憲法訴訟と立法裁量」法学教室二四九五頁（一九二八年）、阿部照哉・判例評論二九一号八頁（判例時報一〇七〇号一七〇頁）（一九八三年）、大須賀明「生存権と平等原則」法学セミナー一九八二年一〇月号八頁、戸

松秀典「堀木訴訟最高裁判決と立法裁量論」ジュリスト七七三号一三頁（一九八二年）、藤井俊夫「堀木訴訟上告審判決」ジュリスト臨増昭和五七年重要判例解説二九頁（一九八三年）など。

(8) 最大判昭和四〇年七月一日民集一九卷五号一一九八頁。

(9) 最大判昭和四七年一月二二日刊集二六卷九号五八六頁。

(10) 最小決昭和五五年二月一七日刑集三四卷七号六七二頁。

(11) なお、その事件の控訴審判決（東京高判昭和五二年六月一日判例時報八五三号三頁）は、公訴権濫用論を採用しており、それと比較すると、最高裁は、司法権による公訴権の統制の余地を極めて限定してしまっていることが明らかとなる。右の最高裁決定については、「川本事件最高裁決定と公訴権濫用論」ジュリスト七七号三七号三二頁以下（一九八一年）、田宮裕・刑事訴訟法判例百選「五版」（一九八六年）六〇頁、鈴木茂嗣・ジュリスト臨増昭和五五年重要判例解説（一九八一年）二二五頁など参照。

(12) その点を含めた分析は、後述の本節・三および第四節・一において行う。

(13) 最小判昭和五七年七月一日判時一〇五三号九三頁。

(14) なお、その訴訟について、裁量論や統治行為論でなくて、事件としての成熟性を欠くものだとする見方もある。藤谷正博・ジュリスト臨増昭和五〇年度重要判例解説（一九七六年）二三頁、野坂泰司・法学セミナー増刊憲法訴訟（一九八三年）一三七頁参照。

(15) 大阪高判昭和五四年二月二六日判例時報九二四号三四頁。

二 砂川事件判決と苦米地訴訟判決の法理 昭和三四年の砂川事件判決⁽¹⁶⁾と昭和三五年の苦米地訴訟判決⁽¹⁷⁾とは、

最高裁が司法審査権の範囲と限界に関わる法理を示した判決としてもっともよく注目され、後の事件・訴訟に対しても影響を与えているものである。すでに学説上いろいろな角度から分析が加えられているが、⁽¹⁸⁾ここで、この二つの判決の判示内容を比較しながら、前項で言及したように、司法審査の全くの拒否の場合を考察する。

砂川事件の第一審判決は、安保条約が憲法九条に違反すると正面から結論したのであるが、それに対する跳躍上

告を受けた最高裁大法廷は、つぎのように判示した。

「本件安保条約は、……主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な關係をもつ高度の政治性を有するものといふべきであつて、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判断に委ねられるべきであると解するを相当とする。」

つぎに、苫米地訴訟は、昭和二七年の第一四国会で吉田内閣が行つたいわゆる抜き打ち解散が違憲の解散行為だと主張して議員の資格の確認および歳費の請求をしたものであるが、下級裁判所が解散にかかわる内閣の助言と承認の有無について判断を異にしたの⁽²⁰⁾に対して、最高裁は、つぎのように述べて請求を棄却した。

「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ゐると解すべきである。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ものである。」

この二つの判示内容を比較すると、つぎのような異同を指摘することができる。すなわち、第一に、一方が安保

条約、他方が内閣の解散行為についてであるが、ともにそれらの合憲性判断をすることは、裁判所の司法審査権の範囲外にあるとしたこと、第二に、争われている問題が高度な政治性を有すると性格づけられたこと、第三に、問題の決着が政治部門の判断に委ねられるべきであり、最終的には国民の政治的判断によるべきであるとされたこと、という三点において共通の内容を示している。もともと、第一の点は、争点に対する結論であつて、あとの二点は、その結論に至る理由づけにあたるとみることが出来る。そして、理由づけという点では、両判決の間には、つぎのような違いもみられるのである。すなわち、砂川事件判決では、争点が法的判断に「原則としてなじまない」とし、「一見極めて明白に違憲無効であるとは認められない限りは」との留保をつけていること、つまり審査権の範囲内とされる例外的場合の存在の余地をみとめているのに対し、苫米地訴訟判決ではそのような例外を考慮してはいないこと、また、苫米地訴訟判決では、司法審査権の範囲外だとする根拠を、「この司法権に対する制約は、……」の箇所の説明しているのに対し、砂川事件判決では、そのような論述にあたる箇所がないことがそれである。さて、両判決における右のような異なる確認のもとに、われわれは、最高裁が示した司法審査権の範囲と限界として何を理解すべきであろうか。

まず、苫米地訴訟判決では典型的な統治行為論が採用され、砂川事件では変形したそれが採用されたとの見方が可能かもしれない。⁽²¹⁾しかし、何をもちて統治行為論とするのかについて、また、統治行為論なる概念が必要か否かについて議論が分かれるのであるから、⁽²²⁾ここではそのような命名をしないで、法理そのものの内容把握に努めておくことが適切だと思われる。すなわち、安保条約についての合憲性判断と、内閣の解散行為についての合憲性判断が、司法審査権の範囲外と結論されたことと、その結論を支える理由とにてらして法理をよみとることが適切だと思ふ。その際、両判決において理由づけに異同がみられるので、それをどのように理解すべきかということが考察の対象となる。その考察にあたり、右両判決後、同種の問題を扱った最高裁判決がいくつか登場しているのなら、

判例の展開過程をたどって、法理内容の読み取りをすることができるのであるが、砂川事件の法理については現行の安保条約の合憲性を争った事件において適用され処理された例があるのみで、他にそれに該当する判決が存在しないためそのような試みは不可能である。したがって、兩判決の法理を踏襲したとみられる下級審判決や、最高裁の類似の判決例とを比較対照しながら、考察をすすめるを得ない。

そこで兩判決の相違点の一つである、一方が審査権の範囲外と結論したところに例外の余地をみとめ、他方が例外の余地をみとめなかったことに焦点をあててみよう。よく知られているように、自衛隊の合憲性が争われた事件に対するその後の下級審判決で、前者の展開がみられた。すなわち、砂川事件判決の「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」という留保付きの審査権の限界を示す法理は、長沼事件の控訴審判決や百里基地訴訟第一審判決に踏襲されたのである。佐藤功教授は、その留保について批判を加えた砂川事件判決における小谷意見を評価しながら、それら下級審判決の動向を分析してつぎのように指摘している。⁽²⁵⁾

「この『一見極めて明白に』という表現については、……小谷意見は正当であると思われる。すなわち、この『一見極めて明白……』の留保は、……三つの判決がともに自由裁量論をも併用し、政治部門に許される裁量の限界を画する意味で用いられたものであるが、『一目見てすぐ判る』とまでいい得るほどに顕著な違憲性があるというような場合は、まさに裁量権の逸脱の極限を示すものであり、そのような場合を想定して、そのような場合でなければ司法審査権は行使し得ないとするこゝは、小谷意見のいうように、結局のところ、統治行為については司法審査権はおよそ及び得ないというにひとしいだろう。すなわち、裁判上、裁量権の限界を問題としなければならないのは、このような極限の場合ではない。そのような極限の場合が裁量の範囲外であることは、およそ、『誰が見てもひと目で判る』ことであり、敢えて裁判所を煩わすまでもないことである。裁判所にとって裁量権の限界が問題となる場合というのは、そのような極限の程度に至らない場合、すなわち、その程度についての見解がわかれ得る場合でなければならない。」

右のように指摘したうえで、佐藤教授は、「砂川事件上告審判決で先鞭をつけられた統治行為論と自由裁量論の併用——および『一見極めて明白……』の留保は、——統治行為論の上に、いわば不必要な混乱と混乱をもたらししているように思われる」と、論難する。たしかに、砂川事件判決の法理のなかの留保部分は、どんな意味をもつか理解しがたいところがあるが、右の論述のように、統治行為論なるものと裁量論とはっきり区別できるとの前提をとらないでみたとき、別の理解が可能ではないかと思われる。

すなわち、砂川事件判決と苦米地訴訟判決とに共通してあげられている理由に着目してみることである。つまり、共通の内容の第三としてあげた、問題の決着が政治部門の判断に委ねられているという政治部門の裁量事項とされているところを基盤にして、分析してみることである。われわれは、すでに前項において、国家の諸機関ないし政治部門の行為に対する最高裁による裁量統制の傾向を概観しているが、そこで確認したように、裁量論による処理の場合に、司法的統制の余地を極めて限定する要件を付して、問題の決着を実質的には司法審査の範囲の外におく姿勢が最高裁判決にみられる。そして、その要件は、砂川事件判決における「一見極めて明白に」という留保に匹敵するといえることができる。そうした裁量論の展開傾向のなかに、両判決を比べてみれば、その判示が特別異なる内容とはいえないようにみえる。

そのことは、さらに類似の判決例と対比することによって示すことができる。その代表例が昭和三七年のいわゆる警察法改正無効事件判決⁽²⁸⁾である。

警察法改正無効事件とは、国会の混乱状態のなかで会期の延長決議がなされ、参議院で議決、成立したとされた昭和二九年の警察法の改正について、大阪府の住民がその会期延長決議が衆議院規則に適合せず無効であり、改正法律は有効に成立していないと主張して提起した納税者訴訟であるが、最高裁は、つぎのように判示して、その主張について審査しなかった。すなわち、警察法は、「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はない。従つて所論のような理由によつて同法を無効とすべきではない」と。

この判示は、苫米地判決が論じたほどには、両院の議事手続が司法審査権の範囲の外にあることの根拠を述べてはいない。しかし、議事手続をめぐる争いについては、それが議院の自律権にかかわるとの観点から司法審査権行使の対象外にあるとしていることは明らかである。そして、その法理は、以後の下級審判決⁽²⁹⁾において踏襲されている。

右と同じく国会の立法行為について争つた例として、在宅投票制度の廃止により選挙に際して投票をすることができず、精神的損害を受けたとして国に損害賠償を請求した訴訟に対する判決の場合がある。最高裁は、「国会議員の立法行為は、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、容易に決定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けない」と判示した。これも、国会の立法行為について、極めて希な場合を留保して、裁判所は、国会の自律性を重んじた判示をしている例であり、砂川事件判決の例と同じような司法審査権の限界設定とみることができ。興味深いのは、右の判決が示した司法審査の限界の法理が後の下級審判決に影響を与えていることである。生糸の輸入制限立法を争つた訴訟、議員定数配分規定の不均衡を争つた訴訟に対する判決⁽³¹⁾がそれであるが、それらの判示は、苫米地訴訟判決と区別するのではなく、同列においてみることができると思われる。

さて、そこで、一連の判決例から、司法審査の範囲と限界を形成する法理をどのように整理して理解したらよいのか。そのことをさらに検討する必要があるが出てくるのであるが、最後に、もう一つ下級審判決をみておくことにする。

それは、昭和六一年七月六日の衆参同日選挙が無効だと主張する訴訟に対する高裁判決⁽³²⁾である。裁判所は、衆参同日選挙を招来した昭和六一年六月二日の衆議院の解散については、苫米地訴訟判決を引用して、その有効無効の判断は、司法審査権の外にあるとした。ところが、同日選挙を回避するよう公職選挙法を運用しなかったことが憲

法違反であるとの原告の主張について、裁判所は、次のように判示した。

「総選挙の期日の決定は、高度の政治判断事項である解散行為と密接に関連し、これに随伴するものであるとともに、当該時期における国政の運営、政治日程などとの不可分の配慮を欠きえない政治的判断事項といわなければならないが、さりとて、衆議院の解散権の行使のように、直接国家政治の基本に関する極めて高度な政治性ある行為とまではなし難いと解されるのであって、これをもって司法審査の対象外のものとしなければならないものではないというべきである。また、裁量権はその逾越・濫用の問題において司法権の対象となりうるものというべく、内閣の自由裁量権に属するからといって、それだけで司法審査の対象となしえないものということはできない。」

このように説いたうえで、裁判所は、当該選挙期日の決定が裁量権の範囲内にあると結論した。

右の判示のように、審査権の外にあるとすると、裁量権の範囲内にあるとするとどのような違いがもたらされるのだろうか。その区別の当否については、異論や批判が加えられよう。ただここで注目したいことは、実質的には司法審査権の限界を設定する結果をもたらすにもかかわらず、裁量論により処理する場合と、司法審査の範囲外に決定的においてしまう場合とを区別して、後者の場合を解散権行使という一事に限ろうとする姿勢がみられることである。そこには、司法権の裁量統制機能の性格が現われているとみることができよう。そのことをつぎに検討する。

(16) 最大判昭和三四年二月二六日刑集一三卷一三三三二五頁。

(17) 最大判昭和三五年六月八日民集一四卷七号一〇〇六頁。

(18) 砂川事件判決について、今井威・憲法判例百選Ⅱ〔第二版〕(一九八八年)三四〇頁、古川純・同三八六頁、手島孝・行政判例百選Ⅱ〔第二版〕(一九八七年)三五二頁、栗城壽夫・憲法の基本判例(一九八五年)一六二頁、祖川武夫・判例評論二四六頁(一九六〇年)など、苔米地訴訟判決については、諸根貞夫・憲法判例百選Ⅱ〔第二版〕(一九八八

- 年)三八八頁、戸松秀典・行政判例百選Ⅱ〔第二版〕(一九八七年)三五八頁、山下威士・憲法の基本判例(一九八五年)一八七頁、有倉遼吉・判例評論三〇号四頁(判例時報二三二号)(一九六〇年)など多数の判例評釈・解説がある。
- (19) 東京地判昭和三四年三月三〇日下級刑集一卷三号七七六頁。
- (20) 第一審の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は、当該解散を違憲無効としたのに対し、第二審の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は、いわゆる統治行為論を排して、当該解散を有効と判断した。
- (21) たとえば、佐藤功「統治行為論の一論点―『一見極めて明白……』の留保の意味―」〔『今村成和教授退官記念・公法と経済法の諸問題上』(一九八一年)二九頁以下所収〕においては、苦米地訴訟判決の法理が純粹の統治行為論であり、砂川事件判決は、「純粹な、あるいはほんらいの統治行為論の判決ではない」(三六頁)と説明する。
- (22) その点に関する文献は多数あるが、ここでは、統治行為論に否定的な分析を加えた、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(一九七三年)五六頁をあげるにとどめ、学説の状況については、たとえば、山下、前出注(18)の解説部分において整理されているところを参照せよ。
- (23) 最大判昭和四四年四月二日刑集二三卷五号六八五頁。
- (24) 札幌高判昭和五一年八月五日行裁例集二七卷八号一一七五頁。
- (25) 水戸地判昭和五二年二月一七日判例時報八四二号二二頁。
- (26) 佐藤、前出注(21)、四七頁。
- (27) 同前、四八頁。
- (28) 最大判昭和三七年三月七日民集一六卷三号四四五頁。
- (29) 東京地判昭和三八年三月二八日行裁例集一四卷三号五六二頁、東京地判昭和四〇年八月九日下刑集七卷八号一六〇三頁、東京地判昭和四二年一月二二日行裁例集一八卷一二号一五九二頁。これらは、昭和三五年六月に国会で自然承認された現行の日米保安条約について、国会承認手続を争った事件に対する判決である。
- (30) 最一小判昭和六〇年一月二二日民集三九卷七号一五一二頁。
- (31) それぞれ、大阪高判昭和六一年一月二五日判例タイムズ六四三号一八六頁、東京地判昭和六一年一月二六日判例時報一二二〇号四七頁。

三 司法審査権と裁量統制機能

司法審査権の重要な機能は、政治部門の行為に対する司法権による合憲性の統制にある。そのことにてらして、司法審査権の範囲と限界の様相を、まず、裁量論に依った主要な判例の動向をみることからはじめたのであった。ただし、そこでみたのは、いずれも合憲の結論に至った判決の例であり、違憲の結論を下した判決の場合にはどのような傾向にあるのかという点も考察の対象にいれなければ、その合憲性の統制の趨勢をつかむことはできないといえる。それについて、私は、別稿でつぎのような傾向を指摘した。⁽³³⁾

「最高裁は、政治部門に対して合憲性の統制を加えるにあたり、合憲の結論を下すときはもとより、違憲の結論に至った場合でも、政治部門の行為に裁量の余地を残し、あるいは、波及効果の少ない抑制的・消極的な統制の仕方を選んでいることができる。したがって、政治部門の行為に対する裁量統制の多様性という側面の確立がほとんどみられないのである。最高裁は、むしろ、裁量権の著しい逸脱・濫用がみられないか、著しい不合理性がみられないかという、単純な考察方法によって、合憲性の統制を加えているとの特徴を指摘することができる。」

このように、司法権による合憲性の統制機能が、抑制的・消極的な性格をもち、多様性のみられない単純な考察方法によって展開されていることを基として、これまで観察してきた司法審査権の限界設定状況を分析し、法則性なり特徴を抽出することにした。

まず、最高裁は、裁量論を憲法訴訟のあらゆる領域に導入しているといえるのであるが、そこでは、国家机关の裁量権限の著しい不合理性ないし明らかな逸脱・濫用がみられない限り、審査権の種極的行使を控えるという内容に要約できる司法審査権の限界設定をしている。ただし、この「裁量権限の著しい不合理性ないし明らかな逸脱・

濫用」という明白性の原則によつた基準は、そのことばの通常示す意味よりかなり柔軟性をもっているといえる。それは、数少ない例しかないけれども、最高裁は、その基準により違憲の結論に至つたことがあるし、⁽³⁴⁾他方、参議院の議員定数不均衡訴訟や堀木訴訟などの判決との関係ですでにみたように、それぞれの訴訟の内容にてらすと実質的には争点を司法審査権の外においたかのような適用の仕方を見ることができるところである。そこで、右の基準による判断の場合には、司法審査権の範囲や限界は、明確な法則性を示すことができないう内容となっている。むしろ、人権の個別的な性格との関係で整理しなければならぬ。⁽³⁵⁾

つぎに、司法審査の余地をかなりの程度狭める表現をして、司法審査権の限界設定をしている場合がある。砂川事件判決の「一見極めて明白に違憲・無効であると認められる」とか、在宅投票制度廃止訴訟判決の「憲法の一義的な文言に違反している」といった留保は、右の「裁量権限の著しい不合理性ないし明らか逸脱・濫用」という基準よりは、もっと限定的内容をもつてみるとみることができ。ここでは、すでに確認したように、その判示の実質は、司法審査権の放棄を意味するともうけとることができる。極めて希な場合を想定して、あるいは、司法審査権の全面的な放棄を打ち出すのは適当でないとの考慮のもとに、司法審査権行使の余地を残した留保をつけたものと思われる。そこで、形式的に司法審査権行使の余地を残して、実質は、司法審査権の放棄をする方式というように性格づけることができる。

三番目に、苔米地訴訟判決⁽³⁶⁾に現われている、形式上も実質的にも、司法審査権の放棄をする場合である。それは、警察法改正無効事件判決⁽³⁷⁾のように、国会の自律性を強調する場合と、苔米地訴訟判決のように問題の政治性を強調する場合との違いがみられるが、司法権による裁量統制機能という側面からみれば、いずれも、政治部門の自律性に全面的に委ねたとしてみることができ。

こうして、図式的にいえば、裁量権の著しい濫用・逸脱がない限り司法審査権を行使しない段階から、一見極め

て明白に違憲・無効といえない限り司法審査の対象外とされる場合、さらに、政治部門の自律性に委ねて全く司法審査の対象外となる段階へと司法審査権の範囲と限界領域が展開していると描くことができる。ただ、注意すべきは、それら三つの段階に明確な区別の線が引かれているわけではないことである。⁽⁴⁾司法権の政治部門に対する裁量統制機能が、それら三つの段階に表われているとの一応の特徴を示しつつ、柔軟なものから、確定的なものへと移行しているとみるべきである。これを段階移行型の審査方式と呼ぶことにする。

判例の動向から右のような段階移行型の審査方式という特徴が指摘できるのであるが、そのことにてらしてみれば、司法審査権の範囲と限界について、それを第三の、政治部門の自律性に全く委ねてしまう領域との関係でのみ捉えたり、あるいは、そのみを重視してみることは適切でないことが明らかになったはずである。むしろ、司法審査権の範囲と限界は、裁量論で処理する最高裁の審査姿勢に端を発し、審査権を放棄した場合にいたるまでの段階において形成されているとみるのである。

さて、そうした整理が可能であるとしても、段階移行型の審査方式において、司法審査権の範囲と限界を確定する法理というものを発見することができるのであろうか。諸判例の動向を分析した過程で唯一明らかとなっているのは、最高裁が問題の性格上、最終的判断を政治部門の自律性に委ねるということであった。繰り返しになるが、その判断の委ね方に程度の差異があり、段階がみられるということである。そこで、問われるのは、問題の性格上とは何を指しているのか、そして、それがなに故政治部門の判断に委ねた方がよいことになるのか、という点である。

この問いについて、最高裁は、諸判決のなかで一貫した法則や法理を提示していない。たとえば、昭和三四年の砂川事件判決で示した法理をわずか半年ほど後の昭和三五年の苦米地訴訟判決でなぜ用いなかったのか、一見すると異なるかのようにみえる法理で処理したのはなぜか、また、苦米地訴訟判決の法理を昭和三七年の警察法改正無

効事件判決でなぜ用いなかったのか、あるいは、昭和六〇年の在宅投票制度廃止訴訟判決でそれらの諸判決とは文
言上異なる表現の法理を採用して処理した根拠はなぜか、といった疑問に、最高裁の判決理由は何ら答えていない
のである。

最高裁が、司法審査の対象外に問題の処理をおいてしまうことの根拠を一貫した法則や法理によって示してい
ないのは、法的な判断基準にはなじまない要因がそこにみられるからだと思われる。それは、司法権による政策的考
慮の要因だということができよう。それも含めた司法権の行使を制約する要因の検討は、後に行うことにする。そ
の検討に入る前に、われわれは、司法審査権が国家行為以外についても行使されている状況を観察し、そこにおけ
る審査権の範囲と限界の動向を知っておかなければならない。

(33) 戸松、前出注(1)、一三七～八頁。

(34) 森林法共有林分割制限規定違憲判決(最大判昭和六二年四月二二日民集四一卷三号四〇八頁)がその例。また、尊属
殺重罰規定違憲判決(最大判昭和四八年四月四日刑集二七卷三号二六五頁)もそれに属するとのみかたもある。棟居快
行「尊属殺重罰違憲判決」法学セミナー増刊・憲法訴訟(一九八三年)八七頁、およびそれに賛同する、野中俊彦「立
法裁量論」芦部信喜編・講座憲法訴訟第2巻(一九八七年)一一七頁参照。

(35) それぞれ、前出注(4)、(6)参照。

(36) ただし、人権の個別的性格を最高裁が十分配慮した判断を下しているわけではない。そこで、その点にかかわる最高
裁による立法裁量論についての検討が必要になるのであるが、それについて、野中、前出注(34)の論文、小林武「憲
法訴訟と立法権の関係をめぐる若干の問題—憲法判例の再検討のために—」南山法学九卷三号一六頁(一九八六年)、
戸松秀典「立法裁量論」小林直樹先生還暦記念『現代国家と憲法の原理』(一九八三年)一八八頁を参照。

(37) 前出注(16)参照。

(38) 前出注(30)参照。

(39) 前出注(17)参照。

(40) 前出注(28)参照。

(41) 郵便貯金目減り訴訟判決(前出注(13))を例にみたように、どの段階か決めかねる判示の場合がそのことを示す。また、すでに指摘したように、最高裁が審査の対象外としたことも、下級審判決との間では対立がみられる。

第三節 団体内部の紛争と司法審査権の行使

前節で分析した国家行為に対する場合だけでなく、団体内部の紛争に対する司法権の行使の様子をみることによる、司法審査権行使の実情をさらによく観察することができる。⁽¹⁾ その団体とは、宗教団体、学校、政党、労働組合などを指すのであるが、いずれもその存在が憲法上保護され、自律性、自主性が尊重されているものである。それらの内部で生じた紛争に対して、司法権は、いかように介入できるのか、つまりその権限行使の範囲と限界はどこにあるのか、という問題が生じる。以下、代表的裁判例を概観しながら、裁判所の示す傾向を捉えてみる。

一 板まんだら訴訟判決の法理 昭和五六年のいわゆる板まんだら訴訟に対する最高裁判決は、⁽²⁾ そこでの争点⁽³⁾ が人権保障の問題に直接かわるものではなかったが、⁽⁴⁾ 憲法上つよい注目を受けた。それは、宗教団体の内部紛争に対する司法審査権の範囲と限界について、最高裁が興味深い判示をしたからである。⁽⁴⁾ その主要な部分は、つぎのように述べている。

「本件訴訟は、具体的な権利義務ないし法律関係に関する紛争の形式をとっており、その結果信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断は請求の当否を決するについての前提問題であるにとどまるものとされてはいるが、本件訴訟の帰すうを左右する必要不可欠のもの認められ、また、記録にあらわれた本件訴訟の経過に徴すると、本件訴訟の争点及び当事者の主張立証も右の判断に関するものがその核心となっていると認められることからすれば、結局本件訴訟は、その実質において法令の適用による終局的な解決の不可能なものであって、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあたらないものといわなければならない。」

この判示は、要するに、当該訴訟が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つても、「法令の適用による終局的な解決の不可能なもの」であるので、裁判所法三条にいう法律上の争訟にあつたといふと述べて、司法審査の対象とならない場合を示したのであるが、そこに示された司法審査権の限界の内容を他の例とも対比させながら検討してみよう。

よく指摘されているように、宗教団体の内部問題との関連で、司法審査権の限界が示された例は、右の判決に至るまでにしばしば登場している。たとえば、宗教法人の代表役員および責任役員の地位にあることの確認を求めた訴えに対して、確認の利益がないとした例⁽⁵⁾、「任職たる地位それ自体は宗教上の地位に過ぎないからその存否自体の確認を求めることが許されない」としつつも、寺の境内地等の引渡請求の前提問題として、任職の地位の存否を判断する必要がある場合には、その判断の内容が宗教上の教義の解釈にわたるものでないかぎり、その地位の存否について裁判所が審査できるとした昭和五五年のいわゆる種徳寺事件判決⁽⁶⁾の例、さらに、「当該宗教団体内部においてのみ自治的に決定せられるべき宗教上の教義ないしは宗教活動に関する問題ではな「い」」任職の地位をめぐる争いに対して、裁判所は審理、判断できるとした昭和五五年のいわゆる本門寺事件判決⁽⁷⁾の例がそれである。また、下級審判決においても、自律規範との関係、不利益処分との関係、前提問題との関係といったように争点が多様であるが、宗教団体の内部事項について、原則として国の機関である裁判所は立ち入るべきではないとしつつ、問題によっては、裁判所の実体判断が加えられるという傾向をみる事ができる⁽⁸⁾。

板まんだら訴訟判決は、これらの判例が示していた法理、すなわち、宗教団体の内部事項については、原則として司法審査権の行使をしないという法理を踏襲していることは明らかである。ただし、その原則に立ちつつも、問題によっては審査権の行使をする場合もあり、それとの関連で、審査権の範囲と限界の実情が微妙なものであることを知ることができるのである。事実、板まんだら訴訟において、第一審判決が最高裁と同じく審査権の対象外と

したのに対して、控訴審判決⁽¹¹⁾がそれと反対の結論を示したのであるが、その理由をみると、前者において、信仰対象の真否や教義の解釈、堂宇の意義に関する問題は内心の信仰に直接かわり、裁判所がそれに介入することを差し控えることは、憲法二〇条の趣旨に沿うものだとしたのに対し、後者においては、第一審判決のように、宗教上の行為にともない財産上の権利の存否に紛争が生じた場合に、裁判所が財産上の権利の存否を判断する権限がないとしてその司法上の救済の途をふさぐこと、ないしはその宗教団体内部の自治に委せるということは、宗教団体に政治上の権利の行使を認める結果となり、憲法二〇条一項の趣旨に反すると論じており、その見解の対立は、問題の微妙さを物語るものといえよう。それゆえ、最高裁が、右に引用したような判示をしたことは、審査権の範囲と限界の内容について、重要な意味をもたらしているといえることができるのである。

すなわち、最高裁が、当該訴訟の性格を「その実質において」どのようなものであるかという観点から捉えているところに注目させられる。最高裁は、「信仰の対象の価値又は宗教上の教義に関する判断」が、当該「訴訟の帰すを左右する必要不可欠のもの」と認められ、かつ、訴訟の核心となつて指摘して、「その実質において法令の適用による終局的解決の不可能なもの」と判断したことがそれである。このように、訴訟の実質がどこにあるのかについて見極めることにより、審査権の限界を設定しているとみることができ⁽¹²⁾る。

板まんだら訴訟判決の評者は、一様に最高裁の判断を支持している。それは、最高裁が当該訴訟の実質的性格との関係で司法審査権行使の対象外としたことに注目してのことである。たとえば、小嶋教授は、「当事者の、本件提訴の実質的な目的は、寄附金返還請求にあるのではなく、被告が宗教的権威とするもの、および被告の行為の不当を国家権力によって烙印づける」ところにあると断定し、そのような請求は『法律上の争訟』とはなりえないとしたのである⁽¹³⁾と指摘する。

結局、板まんだら訴訟は、幾人かの評者も指摘するように、国家機関たる裁判所が宗教団体内部の紛争に介入す

ることによって、憲法の保障する政教分離の原則に抵触する契機を含んでおり、それゆえ最高裁は、審査権の限界について慎重な判断を加えたとみることができるとは⁽¹⁴⁾。その慎重な限界設定を前節でみた苦米地訴訟判決と対比させてみることは、審査権の範囲と限界の状況を観察するために有効かもしれない。⁽¹⁵⁾しかし、ここでは、その分析をする前に、さらに、他の団体の内部紛争に対する司法審査権の行使の実情をみることにして、その後、総合的に考察することが適当と思われる。

- (1) 団体内部の紛争との関連で司法権の限界を考察したものととして、佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』(一九八四年)の「第二章 司法権の限界—5 司法権と団体内部の紛争、6 部分社会」論について、長岡徹「団体の内部紛争と司法審査—判例法理の一考察」香川大学教育学部研究報告第一号六一号二八一頁(一九八四年)が参考になる。
- (2) 最一小判昭和五六年四月七日民集三五卷三三四四三頁。
- (3) その訴訟は、宗教団体である創価学会が日蓮正宗総本山大石寺境内に、広宣流布達成のときにあたり、「板まんだら」と俗称される本尊を安置すべき「事の戒壇」たる正本堂を建立する計画をたて、寄付を募ったところ、原告らはそれに応じたのであるが、その後、広宣流布は未だ達成されていないこと、「板まんだら」が偽物であると判明したことを根拠に、原告らの寄付には重要な要素の錯誤があったとして、創価学会を相手に寄付金の返還を求める訴訟を起こしたものである。
- (4) この判決の評釈、解説として、野坂泰司・憲法判例百選Ⅱ(第二版)(一九八八年)三七四頁、中野貞一郎・民事訴訟判例百選(第二版)(一九八二年)一〇頁、藤井俊夫・ジュリスト七六八号・昭和五十六年度重要判例解説(一九八二年)二六頁、住吉博・同一二八頁、種谷春洋・判例タイムズ四七二二二九頁(一九八二年)、佐藤功『続・憲法問題を考える』(一九八三年)二六九頁以下など多数ある。
- (5) 最一小判昭和四四年七月一〇日民集二三卷八号一四二三頁。
- (6) 最一小判昭和五五年一月一日民集三四卷一号一頁。
- (7) 最一小判昭和五五年四月一〇日判例時報九七三三三三五八五頁。
- (8) これらの判決を含めた分析をしたものとして、新堂幸司「審査権の限界—団体の自治の尊重との関係から」新堂幸

可ほか編『講座民事訴訟2訴訟の提起』(一九八四年)一頁、および、同「宗教団体内部の紛争と裁判所の審判権」(四・完)―最近の最高裁判決を材料にして―法学教室二三号八一頁、二四号六九頁、二五号九九頁、二六号三七頁(一九八二年)参照。

(9) 板まんだら事件判決に至るまでの判例の發展經過を分析した、種谷春洋「宗教問題と司法権の限界」判例タイムズ四八〇号三三頁(一九八三年)が参考になる。その論文では、分析の結果として、① 宗教団体は、国法の範囲内で自律規範を定立し得るが、それが市民的利益に係わる場合には、司法権の介入が可能であること、② 特に、宗教団体構成員の争訟上の適格については、単なる宗教上の地位に留まるものであってはならず、組織上の地位にあるものでなければならぬこと、とする前提がみちびかれ、更に、その發展過程で、③ ②の場合でも、例外的に、人權の如き重要な法的利益にたいする侵害ある場合には、司法権の介入が認められること、④ 他に具体的な権利ないし法律關係に関する紛争や、特定人が組織上の地位を有するか否かを審理する場合などには、宗教活動上の地位についても司法判断が可能とされること、とする論旨が示されるに至った。但し、この場合、④については、特に宗教教義の如きは自治的事項として判断しえない、とされる」と指摘している(同、三七頁)。

(10) 東京地判昭和五〇年一〇月六日判例時報八〇二号九二頁。

(11) 東京高判昭和五一年三月三〇日判例時報八〇九号二七頁。

(12) 前出注(4)参照。

(13) 小嶋和司『憲法講話』(一九八二年)二二二頁。

(14) 「裁判所の審査権の限界の設定についても一歩慎重な基準を打ち出しているかのようである」と指摘した藤井、前出(4)二八頁。また、政教分離原則との關係に言及した佐藤、前出(4)二八〇頁以下、相沢久「宗教教義の紛争と司法権とに関する一考察―宗学団体に対する寄付金の返還請求権に対して司法権が及ぶかについて―」上智法学論集二〇卷三号一頁(一九七七年)の三八頁以下、および種谷、前出注(4)二二二頁など参照。

(15) 住吉、前出注(4)は、板まんだら訴訟最高裁判決の多数意見が、国家試験の判定は裁判所の審査にはなじまないとした最三小判昭和四一年二月八日民集二〇卷二号一九六頁を引用し、寺田意見が苦米地訴訟判決(最大判昭和三五年六月八日民集一四卷七号一二〇六頁)を引用して法律上の争訟性を論じていることについて、「法律上の争訟につき論ずるための傍証としては、双方の立場が引用の仕方逆にしてもよいようにみられなくもない」と指摘する。また、佐

藤、前出注(4)が統治行為論との関係で解説しているところ(二七九～二八〇頁)も参照せよ。

二 諸団体の内部紛争と裁判所の対応 右にみたように、宗教団体の内部紛争に対して、最高裁は、訴訟の實質的性格にてらして司法審査権を行使したり、その対象外として宗教団体の自律的判断に委ねたりするという司法審査権の範囲と限界にかかわる内容の一端を知ったのであるが、社会に存在する他の団体や組織における紛争についても、裁判所は、同じような傾向の司法審査を行っているであろうか。この関心のもとで、学校、労働組合、政党などの内部紛争に対する司法審査の動向をみていくことにする。

まず、最高裁が、社会における諸団体の内部紛争に対して、司法審査権の行使をいかようにすべきかについて、いわば総論的に述べた例をあげなければならない。それは、学校の履修単位不認定・専攻科修了不認定をした大学を相手に学生が起こした訴訟に対する昭和五二年の富山大学事件最高裁判決⁽¹⁶⁾における判示であるが、その冒頭部分で最高裁はつぎのように述べている。

「裁判所は、憲法に特別の定めがある場合を除いて、一切の法律上の争訟を裁判する権限を有するのであるが(裁判所法三条)、ここにいう一切の法律上の争訟とはあらゆる法律上の係争を意味するものではない。すなわち、ひと口に法律上の係争といっても、その範囲は広汎であり、その中には事柄の性質上裁判所の司法審査の対象外におくのを適当とするものもあるものであって、例えば、一般市民の中においてこれとは別個に自律的な法規範を有する特殊な部分社会における法律上の係争のごときは、それが一般市民法秩序の関係を有しない内部的な問題にとどまるかぎり、その自主的、自律的な解決に委ねるのを適当とし、裁判所の司法審査の対象にはならないものと解するのが、相当である。」

この判示部分は、地方議会の議員に対する懲罰について、除名は司法審査の対象になるが、出席停止は内部規律の問題として自治的措置に任せるのが適当であると判断した昭和三五年の最高裁大法廷判決⁽¹⁷⁾を引用しているのであ

るが、地方議会を含めた種々の団体・組織を、判示にいう部分社会なる概念で捉えることが適切であるか否かの議論は、他の説くところに委ねることにしたい。⁽¹⁸⁾ここで注目したいのは、昭和五年の大法廷判決以来、最高裁が、社会における団体、組織に対して、自主性、自律性を重んじて、その内部紛争については司法審査の対象外とする原則を述べたことについてである。さらに、その原則は、争いの内容の個別的 성격によって、適用・不適用が判断されていることである。ちなみに、右の富山大学事件において、最高裁は、そこで争われた「単位授与（認定）行為は、他にそれが一般市民法秩序と直接の関係を有するものであることを肯定するに足りる特段の事情」がないから、「純然たる大学内部の問題として大学の自主的、自律的な判断に委ねられるべきものであって、裁判所の司法審査の対象にはならないものと解するのが相当である」と結論し、専攻科修了の不認定については、「実質的にみて、一般市民としての学生の国公立大学の利用を拒否することにはかならないというべく、その意味において、学生が一般市民として有する公の施設を利用する権利を侵害するものである」から、専攻科修了の認定、不認定に関する争いは司法審査の対象になると、結論している。⁽¹⁹⁾このように、大学の内部の紛争についても、最高裁は、自律性を重んじながら、争点の実質的性格にてらして、審査の可能性を判断するという前項でみたところと同じ傾向を知ることができるのである。

大学の自律性を重んじるという点では、右の三年前に、最高裁は、大学による学則違反を理由に学生を退学処分にしたことを争った昭和女子大学事件において、「大学は、国公立であると私立であるとを問わず、学生の教育と学術の研究を目的とする公共的な施設であり、法律に格別の規定がない場合でも、その設置目的を達成するために必要な事項を学則等により一方的に制定し、これによって在学する学生を規律する包括的権能を有するものと解すべきである」との前提のもとに、「本件退学処分は、懲戒権者に認められた裁量権の範囲内にあるものとして、その効力を是認すべきである」と判決した例をみることが出来る。⁽²⁰⁾さらに、学生に対する大学の懲戒処分について

は、昭和二九年の京都府立医大退学処分判決⁽²¹⁾において、最高裁がつぎのように述べて、大学当局に広い裁量権を認めた例をみることが出来る。すなわち、「懲戒処分を発動するかどうか、懲戒処分のうちいずれの処分を選ぶかを決定することは、その決定が全く事実上の根拠に基かないと認められる場合であるか、もしくは社会観念上著しく妥当を欠き懲戒権者に任された裁量権の範囲を超えるものと認められる場合を除き、懲戒権者に任されているものと解するのが相当である」と。これらの論旨は、前節でみた、国の機関の行為に対して、最高裁が裁量権で処理しているのと類似の内容をみせており、司法審査権の範囲と限界が同じ様相で現われていると観察することができようである。

それでは、労働組合の内部統制については、どのようになっているのであるか。まず、最高裁が示した基本的見解に目を向けることにする。それは、三井美唄炭鉱労働組合事件に対して、労働組合の内部統制権の意義を説いた昭和四三年の最高裁大法廷判決⁽²²⁾においてみることが出来る。最高裁は、その判決でつぎのように述べている。

「およそ、組織団体においては、一般に、その構成員に対し、その目的に即して合理的な範囲内での統制権を有するのが通例であるが、憲法上、団結権を保障されている労働組合においては、その組合員に対する組合の統制権は、一般の組織的団体のそれと異なり、労働組合の団結権を確保するために必要であり、かつ、合理的な範囲内においては、労働組合の団結権保障の一環として、憲法二八条の精神に由来するものといふことができる。この意味において、憲法二八条による労働者の団結権保障の効果として、労働組合は、その目的を達成するために必要であり、かつ、合理的な範囲内において、その組合員に対する統制権を有するものと解すべきである。」

このように、最高裁は、労働組合の統制権については、憲法二八条の趣旨にてらして他の組織団体とは区別された自律性をみとめ、その統制権の行使が「合理的な範囲内」であるかぎり、裁判所の審査権が及ばないとしてい

る。何がその合理的範囲にあたるかについて、その事件では、統一候補の選定にもれた組合員が組合の方針に反して立候補しようとしたのに対して、それを断念するよう勧告または説得することであるとし、立候補取りやめの要求や、それに従わないことを理由に統制違反者として処分することは、組合統制権の限界を超えると説いた。⁽²³⁾

右の判決の翌年にも、最高裁は、参議院選挙に際して労働組合の決議した支持政党とは異なる政党の候補者ポスターを掲示したため除名された組合員が提起した除名処分無効確認請求訴訟に対して、右判示を引用して、「その理は、労働組合の統制と組合員の立候補の自由との関係のみならず、立候補した者のためにする組合員の政治活動の自由との関係についても妥当する」と判決している。⁽²⁴⁾

こうして、労働組合の内部統制にかわるる紛争については、昭和四三年の大法廷判決が先例となり、その統制権が合理的な範囲内にある限り、司法審査権行使の対象外とされることとなつてゐる。もつとも、何がその合理的範囲にあるか、ということについては、最高裁は、不明確な比較衡量法により処理しようとしており、判断基準として適格でないとの批判を加えることができよう。⁽²⁵⁾ ただ、ここでは、判例の実情を観察することが目的なので、その分析は他の論稿に委ねることにする。⁽²⁶⁾

さて、政党については、憲法上その存立について直接規定するところがなく、右にみた労働組合の場合とは対象的なのであるが、政党の内部紛争に対する司法審査の動向についても関心を向けることにする。ところが、政党内部の紛争に対して、司法審査権がどのように及ぶかということを明確に判示した最高裁判決が存在しない。そこで下級審判決をとりあげざるをえないのであるが、共産党の黨員が党の県委員会により除名処分を受けたことなどを争った事件に対する昭和五三年の名古屋地裁判決が、その関心点にかかわる最初の例と思われる。裁判所は、憲法と政党との関係、政党の意義についてつぎのように説いた。

「憲法は政党について規定するところがなく、これに特別の地位を与えていないが、憲法の定める議会制民主主義は、政党を無視しては到底その円滑な運用を期待することはできないのであるから、憲法は、政党の存在を当然に予定しているものというべきであり、政党は、議会制民主主義を支える不可欠な要素であると共に、国民の政治意思を形成する最も有力な媒体である。」

その見地から、政党は、憲法二一条の結社の自由の保障を高度に与えられると論じ、その内部紛争に対する司法審査のあり方をつぎのように述べた。

「政党の自由な組織・運営に公権力の介入が認められるのは、政治資金規制法、公職選挙法、破壊活動防止法など法律に特別の規定がある場合に限定されているのであって、政党の前記のような結社の重要性に着目すると、政党の自律権はできるだけ尊重すべきであり、黨員に対し政党がした処分については当該黨員としてではなく、一般市民として有する権利……を侵害していると認められない限りは、司法審査の対象とはならないと解するのが相当である。」

このような見解のもとに、当該事件の争点である除名処分と点在黨員措置決定⁽²⁸⁾について、それらが政党の有する自律権の範囲内に属するから、処分の当否は司法審査の対象とならないと結論し、県勤務員の責任処分⁽²⁹⁾については、県勤務員が給与名下に金員が支給され、有償である点において市民的権利につらなるから、司法審査の対象となると結論した。

その後、政党内部の黨員に対する除名処分については、司法審査の対象とならないが、手続違反の点については司法判断が可能であるとした昭和五八年の東京地裁八王子支部判決⁽³⁰⁾が登場している。その判示の趣旨は、右の名古屋地裁判決とほとんど同じである。これら両地裁判決が述べる、憲法と政党との関係、政党の意義については、異論のないところであり、政党の結社の自由の重要性についても問題はない。また、政党の自律性を強く尊重すべき

と説いたところは、これまでみた他の団体・組織に対する場合と比較しても、最高裁の姿勢に合致するものであり、結局、一般市民として有する権利を侵害しているか否かという判断基準によって司法審査の対象となるか否かを決定することが適切であるかという問題が残される。このことも後に考察することにする。

さて、政党は、右の判示に語られているように、議会制民主主義を支える不可欠の要素である。したがって、政党の存在を政治過程の領域においてみることができるとはならずであり、そこで、政治過程における団体・組織に目を転ずると、地方議会内における紛争、⁽¹⁾ 国の議会内における紛争、さらに、国の諸機関の行為に対する問題と発展し、それらについての司法審査権の範囲と限界が問われることになる。こうして、議論は、前節で考察したところにながっていくはずである。

(16) 最三小判昭和五二年三月一五日民集三一巻二二三四頁および同二八〇頁。

(17) 最大判昭和三五年一〇月一九日民集一四巻一二号二六三三頁。

(18) 佐藤幸治『部分社会』と司法権』同『現代国家と司法権』(一九八八年)一四七頁以下のほか、佐藤、前出注(1)、長岡、前出注(1)、新堂、前出注(8)などを参照せよ。

(19) この判決を評釈、解説したものと、兼子仁・行政判例百選Ⅱ(第二版)(一九八七年)三五六頁、室井力・判例評論二二二号(判例時報八五三三三)一三三頁など参照。

(20) 最三小判昭和四九年七月一九日民集二八巻五号七九〇頁。

(21) 最三小判昭和四九年七月三〇日民集八巻七号一五〇一頁。

(22) 最大判昭和四三年一月四日刑集二二巻一三三三号一四二五頁。

(23) この判決についての評釈、解説として、近藤幸一・判例批評二二五号(判例時報五五四号)一三四頁(一九六九年)、横井芳弘・労働判例百選(第三版)一五二頁(一九七四年)、片岡昇『労働組合員の立候補の自由と組合統制権の限界』ジュリスト四一六号六四頁(一九六九年)など多数ある。

(24) 最二小判昭和四四年五月二日裁判集民事九五号二五七頁(労働法律旬報別冊七〇八号四頁)。その解説として、横井芳弘・労働判例百選(第四版)一二〇頁(一九八一年)参照。

(25) 近藤、前出注(23)は、「統制権の行使と政治的自由(立候補の自由を一般化していえば)……を比較衡量することによって結論を導き出した態度には賛成し難い。何と何を比較衡量するのか……が不明であり、またいかに比較衡量したのかも明らかではないが、それはともかくとして、比較衡量という弾力的で便利な方法を観念的に駆使して結論を導く必要性もなく妥当でもないと思う」と述べる(一三六～七頁)。

(26) なお、下級審判決を含む判例の動向およびそれをめぐる論議について、長岡、前出注(1)、二九六～三〇四頁を参照せよ。

(27) 名古屋地決昭和五三年一月二〇日判例時報九二七号二四二頁。

(28) 党員の籍は、原則としてその居住する地域ないし同一職場の基礎組織とされており、点在党員とは、その者の居住する地域ないし同一職場の基礎組織に属していないもの。

(29) 県委員会の職務執行機関である県常任委員会の職務に専従する者で、党務に専念することが要求され、党からは、一定の給与が支払われる。

(30) 東京地裁八王子支部判昭和五八年五月三〇日判例時報一〇八五号七七頁。

(31) 地方議会については、前出注(17)の判決。

三 司法審査権と自律性統制機能 司法審査権は、前節でみた国家の諸機関に対する裁量統制と同じように、社会における諸団体に対してその自律性を統制する機能を発揮している。その概略を前項までにおいて観察したのであるが、そこから司法審査権の範囲や限界にかかわる法則性や特徴を探ってみることにする。

まず、団体や組織の自律性を尊重するという原則のもとに、裁判所が慎重に審査権を行使しているという傾向を全体としてみることができる。しかし、司法審査権行使の過程に、その原則を具体化するための一定の基準をみつければ出すことができるかと問うてみると、その答えは容易に生まれてこない。それは、そもそも審査の対象の性格からいって当然のことといえよう。すなわち、団体や組織の自律性の尊重という原則は、憲法二一条の保障する結社の自由、憲法二〇条の保障する信教の自由や政教分離原則、憲法二八条の保障する労働者の団結権などから導かれ

ることであるが、それらの自由や権利もあらゆる場合に無制約であることはできず、一定の制約に服さざるを得ないのであり、その制約は、団体や組織の目的、性格、機能との関係で多種多様に表われてくる。すると、そこに加えられる司法審査の基準は、一律のものであり得ないはずである。⁽³²⁾ 判例の動向をみてすでに確認したように、⁽³³⁾ 政教分離原則と抵触しないか、一般市民としての権利侵害にあたるのかといった判断要素がみられるが、それは自律性尊重の原則のコラリーとしての内容にとどまり、司法審査権行使の範囲や限界の内容を具体的に説明する基準といえるまでになっていない。

そこで、前節でみた国家行為に対する司法審査の場合と対比させながら、司法審査権の限界を形成する法則性を探ってみることが考えられる。それについて、佐藤功教授が、板まんだら訴訟判決を解説するなかで、⁽³⁴⁾ 苫米地訴訟判決⁽³⁵⁾と対比し、「そ」の判決が統治行為にかかわる事項に関する紛争について述べているところは、学説の当否自体についての争いや、政策の是非自体についての争いである場合にも、そのままあてはまる。⁽³⁶⁾ そして、それはまた、まさに宗教上の教義についての争いである場合にも、そのままあてはまる」と説明するところに注目させられる。ここでも、統治行為なる概念を基礎にした論議をすることは避けることにしても、⁽³⁷⁾ 確かに、板まんだら訴訟判決と苫米地訴訟判決とを対比させると、同じような内容の司法審査権の限界設定をしているとみることができずなわち、右の佐藤教授の説明を借りていえば、苫米地訴訟判決では「その訴訟が形のうえではまじうことなき『法律上の争訟』であっても、その解決のためには裁判所が避けて通ることのできない前提問題が統治行為にかかわる場合には、裁判所はその判断に立ち入るべきでなく、このような紛争は同様に裁判所の権限の外にあるとされているのであ⁽³⁸⁾り」、そのことは、板まんだら訴訟判決についても、「統治行為にかかわる場合には」の代わりに、「宗教上の教義についての争いである場合には」と置き換えれば、そのままあてはまるといえそうである。

ところが、前項までに判例の動向を概観したところから明らかなように、団体内部の紛争との関連で行使された

司法審査権が、その限界を設定するのは、板まんだら訴訟のような宗教上の教義についての争いの場合だけではない。大学、労働組合、政党といった関係で司法審査権の限界の場面が生じており、それぞれとの関係で、右の「統治行為にかかわる場合には」に代わる内容を置き換えなければならないことになる。するともはや司法審査権の範囲や限界を一定の法則性をもって説明していることにはならなくなってしまうのではないかと思われる。そこで、団体や組織に対する司法権の自律性統制機能の側面から、再構成してみる必要が生まれてくるのである。それはちょうど、国家機関に対しては、その自律性を重んじ裁量論による処理をしているのと同じように、社会の団体、組織に対してもその自律性を重んじて、司法権による統制を控えるという姿勢に注目することである。

さて、その自律性統制機能において、すでにみた国家行為に対する司法審査の場合と同じように段階移行型の審査方式がみられるであろうか。板まんだら訴訟判決の例のように、全く司法審査の対象の外においてしまう場合、大学における懲戒処分について、社会観念上著しく妥当を欠き、裁量権の範囲を超えるときのみ審査権を行使するとした例、組合統制権が合理的な範囲内にあるかぎり審査権を及ぼさないとした例などを連ねてみると、自律性統制の程度に差異があるとみることができる。しかし、いかなるときに最高裁がその統制権を強め、あるいは弱めるのかについて、一定の法則性をみつけだすことはできそうもない。その原因は、最高裁がそれぞれの訴訟を処理するとき、先例との異同を立ち入って分析することをしないからだと見える。ただし、そのような傾向でありながらも、司法審査権の範囲と限界が、国家行為の司法審査の場合と同様、団体内部の紛争を審査する場合においても、明確な区別の一線を引くことによって示されるものでないことを強調してよいと思われる。司法審査権は、自律性統制機能の場面においても、強弱の程度の違いがみられ、その状況のなかにその権限の範囲や限界が形成されているとみることが適当である。

新堂教授は、団体の自治と審判権の限界にかかわる多くの裁判例にみられる共通のモデルとして、二段審理モデル

ルを指摘し、それは、「審判権の限界・制約に関する審理を二段階に分け、まずはじめに、訴訟物自体について『法律上の争訟性』が認められるかどうかを審理し、これが肯定できるときに、第二審理として、処分の有無の審査を一定の無効原因のみの審査に限定する方式である」と説明する。そして、「判例が作り出してきた第二段審理の枠組というのは、処分の効力を否定するのはよくよくの場合であることにして、団体の決定を多くの場合そのまま裁判上是認できるようにし、そうした取扱いを通じて、裁判所による団体の自治への介入を抑制しようとするものである⁽³³⁾」と指摘する。以上に考察の対象としてきたのは、右の説明にいう第二審理の場面についてであった。そして、第二段審理の特性として指摘されている司法の自己抑制ないし自己制限は、司法審査権の範囲と限界の意味を深る重要な側面であるとみることができるといえる。その理解にたつとき、つぎに、なぜ個々の事例との関係で、司法権は、審査権の行使を抑制するのかわという問題が生ずる。判例の動向をみた過程で、最高裁が訴訟の実質的性格をみつめながら司法権の介入の程度を配慮していることをしばしば指摘したが、そこにはどのような要素が働いているのか、別言すれば、前節において分析したのと同じように、そこには、司法権による政策的考慮という要素を導入して検討する必要があるのではないかと、という観点が生じてくるのである。

その点に関して、これまで考察してきたところを基盤としながら、節を改めて検討することにする。

(32) 佐藤幸治教授は、それについて、「結社の目的・性格・機能は多種多様であるから、制約の具体的内容ないし公権力の介入(司法的介入)の基準を一義的に提示することは困難であるといわなければならない」と説く(佐藤、前出注(1)、七九頁)。

(33) 団体内部の紛争に対する司法審査の動向を分析した長岡論文も、「結局、実践的には具体的事案ごとに、団体の性格、紛争の司法的解決の必要性の程度、裁判所が依拠することのできる判断基準の明確性に応じて、司法審査の可否・程度を論じていく必要がある⁽³⁴⁾」(長岡、前出注(1)、三〇五頁)と結論する。

(34) 前出注(2)参照。

- (35) 前出注(15)参照。
- (36) 佐藤功、前出注(4)、二八〇頁。
- (37) 前節におけると同様、ここでも統治行為論を裁判法理として肯認したうえで、の議論をしないことにする。その議論は、次節の二で扱う。
- (38) 佐藤功、前出注(4)、二八〇頁。
- (39) 新堂、前出注(8)「審判権の限界」、一一頁。

第四節 司法審査権の行使を制約する法理の意味

以上の二節において、国の機関の行為に対する場合だけでなく、社会における種々の団体や組織の行為に対する司法審査権の行使についても目を向け、司法審査権の範囲と限界の実態をみてきた。そこで、以下では、判例が示している実情をもとにして、判例における法理の意味を分析するとともに、学説上の論議と対比させながら、司法審査権の範囲と限界をどのように理解したらよいのかということを考えてみたい。

一 判例による制約法理の形成 憲法七六条にいう司法権について、その権限の範囲内容は、裁判所法三条の規定する「一切の法律上の争訟」に司法権が及ぶということで表現されるにしても、その文言の解釈から具体的内容が直ちに導かれるものではなく、裁判所が処理した事件、訴訟を觀察し、それが憲法および法律の予定しているところと整合性があるのかという考察方法をとるのが適當であると、本稿のはじめに確認した。

それでは、判例の実情分析から、何を讀み取ることができたのであろうか。その第一の答えは、判例においては、司法審査権の範囲・限界について、何か一定の定義で説明したり、何らかの概念を中核において理解できるような様相が示されていないということである。すなわち、国家行為の司法審査については、司法権は、審査の対象の性格に応じて、柔軟な裁量統制から確定的な裁量統制にいたるまでの使い分けを行っており、団体内部の紛争に

對する司法審査の場合においても、司法権による自律性統制機能に強弱の違いがみられ、結局、司法審査権の範囲や限界について明確な区別の一線を引くことができないということであった。

つぎに、司法審査権の範囲と限界が一定の定義や何らかの概念によつて具体的な説明を導き出すことができず、明確な区別の一線を引くことができないにしても、判例は、種々の法理を用いて、その範囲や限界を語つてゐることも確認した。たとえば、「裁量権限の著しい不合理性ないし明らかな逸脱・濫用」、「一見極めて明白に違憲・無効と認められる」、「憲法の一般的な文言に違反していない」、「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⁽¹⁾」、「その実質において法令の適用による終局的解決の不可能なもの」、「一般市民秩序と直接の関係を有しない内部的な問題にとどまる」、「懲戒権者に認められた裁量権の範囲内にある」、「労働組合の統制権の行使が合理的な範囲内にある」、「一般市民として有する権利を侵害しているとは認められない⁽²⁾」といったことを基準として、問題が司法審査権行使の範囲内にあるか否かの判断を下している。ただし、それらの基準は、司法審査の基準と呼べるほどの法則性をもっているわけではなく、個々ばらばらであつて、最高裁が事件・訴訟ごとにいわば恣意的に使い分けているということも確認した。

こうして、司法審査権の範囲と限界は何かという問に対して答えようとするならば、判例をみるかぎりでは、問題の終局的解決が司法審査権の外に委ねられた個々の事例を連ねて説明するしかないことが明らかになる。そのことから、司法審査権の範囲と限界は、判例が形成しているところをもつてその具体的内容であると、一応結論することができようである。

ところが、はじめにも述べたように、判例により形成されているところがそのまま憲法にいう司法権の範囲ないし限界を表わすと結論することはできない。憲法が暗黙の前提としていとされる司法権の作用と整合性があるのか否かについて検討する必要があるからである。いや、おそらくわが国の憲法学上の論議の一般的傾向からみて、

判例が形成したところをもって憲法の意味するところだと結論することに対しては、強い反対論が生まれると思われる。憲法の意味するところは、憲法自体から導かれ、判例の内容もそれに従うものだとの論法をとらなければならないとされるのが通常であるからである。

そこで、憲法の予定している司法権とは何か、司法権の本質なるものが何か、そして、その本質にてらしてみると判例に表われている司法権の範囲・限界が整合性をもっているのか、という観点から考察をしてみる。

まず、「司法権の本質」を追求し、そこから司法作用の分析をすべきとの見解を、佐藤幸治教授の重厚な論文⁽⁵⁾のなかにみることが出来る。ここでは、つぎのように述べられている。「『司法権』が近代立憲主義ないし権力分立主義の発想に立って目的にあるいは政策的に形成されたものであるとしても、その近代立憲主義ないし権力分立主義の前提に立つ限り、『司法権』にはある種の理論的前提があり、またあると考へなければならぬのではないか、換言すれば、『司法権』について理論的概念構成は不可能だといつてかたづけられるのではなく、『司法権』の理論的前提ないし「本質」といったものを問題とすべき余地があり、また必要なのではないか」と。これは、司法権の本質を抽象的・一般的に論ずることができない、また、その必要はないとする見解に向けられているのであるが、佐藤教授は、右のように「司法権の本質」を追求すべしと説くとともに、「法原理部門」としての裁判所の役割を強調する。つまり、「本質」といえるところがあり、それゆえ、「法原理部門」と呼ぶのが適当である本質的構造をみとめることができるとする。そこにいう「法原理」とは、「実定法的諸ルールを中心に、そうした諸ルールの基礎ないし背景にあって権利の存否を確定するのに仕える諸規準・諸法理を含めて、それらを総称している。裁判所が行うべきは、そのような『法原理』による権利の確定を通じての紛争の解決であって、社会全体の利益にとって何が重要かといった政策的判断では決していない」と定義づけられている。詳細な議論の展開がなされているところを、このように簡単に読み取っては、論者の意図を誤解してしまいかもしれないが、ここで関心を向けていることは、

本稿のテーマとの関係で、司法審査権の範囲と限界を論理的に導き出すための論拠たる「司法権の本質」の内容がどのように語られているかということである。どうやら、右の論述からは、司法審査権の範囲と限界がもっぱら政策的判断により決定されたり、司法権の歴史的経緯の過程で形成される、と説くことは誤りであり、司法権の本質にてらして考察すべきであるとの基本的観点が得られるのみで、それから先の具体的内容については何も示されていないようである。

しかしながら、佐藤幸治教授は、右の論文の別の箇所で、「確かに、われわれは、実定法律を離れて、憲法典からいわば玉手箱のように思い思いのものをひき出すことはできない」とか、「日本国憲法にいう『司法権』の内包を解釈論上確定しようとする努力は必要であるといふべきであるが、だからといって……実定制度としての『司法権』が憲法上一義的に導かれるといわんとするのでは決してない」とも述べているので、ここで問うている司法審査権の範囲や限界は、憲法が暗黙の前提としている司法権の本質なるものを確定し、それに基づいてその具体的内容を一義的に導かなくてもよさそうである。そうであるなら、憲法の前提とする司法権の内容が、裁判所法三条で「一切の法律上の争訟」に裁判権が及ぶというかたちで表現され、そのことを基にして裁判所が事件・訴訟の処理を通じて具体化しているという実情を全体としてとらえることが許されると思う。

つぎに、裁判所法三条にいう「法律上の争訟」の要件とその意味を具体化させている判例との関係を考察しなければならぬ。判例も学説も、「法律上の争訟」とは、当事者間の法律関係ないし権利義務の存否に関する争いであることを要するという要件と、当該事件・訴訟が法律の適用により終局的に解決しうるものであることを要するという要件の二つの意味を含んでいると説明している。われわれが注目してきたのは、主としてその第二の要件にかかわる判例の動向についてであった。そして、苦米地訴訟判決や板まんだら訴訟判決は、その第二の要件との関係で、最高裁が司法審査を拒否した例の代表とされているのである。たとえば、佐藤功教授は、すでに考察した板

まんだら訴訟判決について解説するなかで、⁽¹¹⁾ 苫米地訴訟判決と対比させながら、それらの判決は、右の第一の要件を満たしているが、第二の要件を満たしていないとされた例であり、それは、「司法権の本質的限界に基づくもの」⁽¹²⁾ であると指摘する。その「司法権の本質的限界」は、どこから導かれ、その内容はどのように説明されるのであるか。佐藤功教授の論述から、苫米地訴訟における統治行為にかかわる事項、板まんだら訴訟における宗教上の教義についての争い、その他学説の当否自体についての争い、政策の是非自体についての争いなどについて、裁判所が審査を拒否して、その争いの終局的解決を司法権以外のところに委ねる場合を、司法権の本質的限界と捉えているように受け取ることができる。すると、判例において示されたところをもって、司法審査権の限界であると説明することが許されるようである。

さて最後に、司法権がその考えられる範囲や限界、つまり、本質的なる範囲や限界を超えてその権限を行使した場合について考察しておかなければならない。そのような場合が認められるとき、これまで考察してきたテーマに関する論議は、いっそう明確になるはずである。たとえば、最高裁が安保条約を違憲と判断する、内閣の解散権の行使を違憲と判断する、国会のある法律制定手続を違憲とするといった場合、司法審査の権限に本来与えられている範囲を超えているのではないかとの議論が可能となる。ところが、すでに概観した判例の動向から明らかのように、最高裁判決のなかには、右に仮定としてあげたような内容であるがゆえに憲法の暗黙の前提とする司法権の範囲・限界を逸脱した権限行使であるとして問題とされる例は見当たらず、それにかかわる議論は存在しない。つまり、司法消極主義⁽¹³⁾の司法審査権行使に終始している最高裁の審査傾向のもとでは、留まるべき範囲を超えた行き過ぎた権限行使であるのではないかといった論議が登場する余地がない状況をもたらしている。

このようにみてくると、判例が形成しているところをもって、司法審査権の範囲と限界の内容だととらえてよいことになる。ただし、この結論でよしとするわけではない。司法審査権の範囲と限界は何か、という本稿のテーマ

のもとで問題とされるべきことはその先にある。すなわち、判例により形成されている司法審査権の範囲・限界が
いかなるものであるかを理解するために判例の動向を整理したうえで、何らかの法則性を見出すことができるかと
いう問題がそれである。ところが、最高裁による判決理由の示し方や先例引用の仕方にも不十分さがみられたり、精
緻さに欠けるところがあつたり、あるいは、ある判決で示された法理がいくつかの事案との関連で展開されること
がなかったりして、その作業を進めることは容易でない判例状況となつているのである。

- (1) それらの法理については、第二節において(特にその三の部分で)分析したところを参照せよ。
- (2) それらの法理については、第三節において(特にその三の部分で)分析したところを参照せよ。
- (3) 佐藤幸治「現代国家と司法権」同『現代国家と司法権』(一九八八年)所収の第I論文。
- (4) 同前、四六頁。
- (5) 同前、五七頁以下。
- (6) 同前、六二頁。
- (7) 同前、一一一頁。
- (8) 同前、一二三頁。
- (9) 最大判昭和三五年六月八日民集一四卷七号一二〇六頁。
- (10) 最三小判昭和五六年四月七日民集三五卷三号四四三頁。
- (11) 佐藤功『統憲法問題を考える』(一九八三年)二六九頁以下。
- (12) 同前、二八一頁。
- (13) 司法積極主義・消極主義についての議論は、別に稿を改めて行うことにして、ここでは、政治部門の判断を司法権が
尊重して、司法権独自の判断を加えることを控える傾向のことを司法消極主義と呼ぶ、という立場にたつて述べてい
る。司法消極主義については、さらに、後述の三をみよ。

二 統治行為論と裁量論 これまで、司法審査権の範囲や限界は、司法権の裁量統制機能や自律性統制機能と

の関連で形成されるものであるという観点から考察してきた。とりわけ、国家行為に対する司法審査権の行使については、裁判所が広く採用している裁量論適用のプロセスのなかでみることが適当であり、そこで認められる傾向が、社会における団体や組織の内部紛争に対する司法審査権の行使の場面にも、同じように生じていることを確認した。そのような觀察の仕方は、本稿のはじめの部分で概観したところから明らかのように、学説上は、司法審査権の範囲と限界の論議を中心に据えて展開されているのであるから、異なる分析方法だと受け取られるはずである。そこで、なぜ統治行為論を中心に論ずることが適当でないのかということを考察しつつ、本稿で採用した観点的意義を示すことにする。

まず、学説上の統治行為論をみると、(一)統治行為論なるものが国家行為に対する司法審査権行使の限界を表わす法理とされていること、そして、(二)統治行為という概念を使うと審査の範囲や限界が線引きできるとの前提がとられていること、という二つの特徴を指摘することができる。

後者の点については、われわれは、すでに司法審査の範囲や限界について明確な区別の線を引くことができないとの結論を得ているから、そのような前提が適正でないことをここで改めて説く必要はない。そこで、いく人かの論者が指摘しているように、統治行為の概念そのものが明確な概念ではないから、それに基づく審査の限界設定もおのずから説得力を欠くことになるとの指摘をするにとどめる。⁽¹⁴⁾

前者の点については、まず、判例の動向にてらしてみたと、統治行為論が果たして有効な法理として把握できるだけの意味を生み出しているのかという疑問を投げかけることができよう。統治行為論と命名される法理が採用された判決は、昭和三五年の苫米地訴訟判決⁽¹⁵⁾であり、そこで述べられた、衆議院の解散行為のように「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」は司法審査権の外にあるというのが、実際に登場した裁判法理の内容である。そして、すでに確認したことであるが、最高裁判決がその法理を適用したのは右の苫米地訴訟判決の

場合だけでなく、同じく高度の政治性を根拠にあげた砂川事件判決⁽¹⁶⁾では「一見極めて明白に」という留保を付したり、他の判決では別の法理のもとに処理するといった具合で、たった一度の適用例しかみず、何ら発展性がみられない法理⁽¹⁷⁾を根拠にして司法審査権の範囲と限界を確定することは適切ではないといふべきである。⁽¹⁸⁾したがって、統治行為論と裁量論とを区別して、前者を苫米地訴訟判決で示された場合に限定してとりえることにしても、⁽¹⁹⁾そこから有効な結果を生み出すことはできないのである。むしろ、「自律権論および自由裁量論で把握できるもの、あるいは性質上明らかにその機関の判断を最終的なものと解すべき事柄は、『統治行為』の観念を持ち出すまでもなく、司法審査権は及ばないとみることができるとの観点の方が説得的だといえる。⁽²⁰⁾

ところで、苫米地訴訟判決では、当該争点の解決が司法審査権の外に委ねられると判示したことの根拠について、「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」と述べている。この論述は、統治行為論の論拠を司法権に内在する制約であると説いたものと受けとめてよいのであろうか。それに関して学説上の理解は分かれている。それは、学説が統治行為論を肯定するか否定するかについて分かるだけでなく、肯定論者の間で、その論拠として、内在的制約説、機能説、自制説の三説に分かれることに起因している。それらの学説上の論議の様相についてはよく解説されていることな⁽²¹⁾ので、ここで立ち入って考察するつもりはない。また、統治行為論を裁判法理として構成することを否定する本稿の立場からは、統治行為論肯定論者の展開する三つの論拠のどれに与するかについて述べる必要はない。むしろ、司法審査権の裁量統制機能・自律性統制機能の側面から司法審査権の範囲と権限を觀察する本稿の立場のもとでは、統治行為論肯定論者の論拠とするそれらの三つの論拠が、どれか一つというのではなく、いずれもかわりがあることを指摘しておく必要がある。もちろん、それらの論拠をここで援用するのは、統治行為論の正当さを根拠づけるためではなく、裁量論、自律性論を説明するためである。

まず、内在的制約説についてみよう。憲法七六条、八一条、裁判所法三条に掲げられた司法的統制の原則は、民主制の原理や権力分立の原理に基づく制度的限界を内在するものであり、統治行為にはそれゆえ司法審査権が及ばないと説くのが内在的制約説⁽²²⁾であるが、そのことは、統治行為とされる事項だけでなく、われわれが概観した判例の動向のなかでいつでもいえるのではないだろうか。たとえば、統治行為論者が区別する立法裁量論により問題の解決を実質的には司法審査権の外におく判断を下している場合も、最高裁が司法的統制ではなく政治部門による統制に委ねているのであって、そのことを民主政の原理や権力分立の原理に基づく内在的制約によるものだと説明することができる。あるいは、国家行為との関係だけでなく、団体の自律性に委ねて司法審査権の行使を控える場合についても、制度に内在する限界だと説明することは不可能ではない。つまり、最高裁が示した司法審査権の限界状況は、統治の機構に内在する制約から生じたものだと理解がいろいろな場合に可能であり、統治行為とされる事項にだけ関連づける必要がない。ところが、このような、判例により形成されている司法審査権の限界を統治の機構に内在する制約から生じたものだと理解においては、生じた結果の一面を説明するのに役立つとはいえないが、そのいうところの内在的制約の論拠について問題ごとにさらに説明を要することになるはずであり、⁽²³⁾法理の意味を語る役割を十分果たせないことになってしまう。

つぎに、機能説（人によっては折衷説と呼ぶ）は、その論述の対象を統治行為から解放すれば、本稿の観点と一致するといえることができる。すなわち、機能説は、「内在的制約説を基本におきながら自制説の要素を加味〔し〕……統治行為は事件に応じて具体的にその論拠が明らかにされなければならない⁽²⁴⁾」、あるいは、「内在的制約説に自制説を加味し、事件によっては、『権利保障及び司法救済の必要と裁判の結果生ずる事態、司法の政治化の危険性、司法手続の能力の限界、判決実現の可能性などの諸点』（清宮「吉米地判決」統判例百選）をも考慮にいれ、具体的に理由を明らかにしてゆくことが必要である⁽²⁵⁾」と説くのであるが、すでに指摘してきているように、統治行為の

概念が司法審査権の限界を語るのに不適切なのであるからそれから離れて、司法審査権の限界として捉えられる判例状況を対象にしながら、右のような考察方法を採用することは有効だと思われる。もちろん、このように司法権の行使の機能に着目してその範囲や限界を論ずることは、もはや、司法権についての何か本質や原理を基にしてそこから司法審査権の範囲や限界を説き明かすという考察方法を放棄しているのである。

最後に、自制説についてであるが、右の機能説が、わが国の場合、内在的制約説に自制説の趣旨を加味したうえで、事件ごとに諸要素を考慮して司法審査権の適用の可否を決定すべきと説いているところからも明らかのように、司法審査権の機能に着目した観察をするならば、そこにおのずから司法権による自己制限の契機をみることはできるはずである。また、すでに判例の動向を分析したところで、司法審査権の範囲や限界の内容を理解するためには、この自己制限の契機を無視できないことを指摘しておいた。そこで、この点についてさらに考察を加えてみよう。

(14) 統治行為の概念を用いた議論を厳しく批判した論述として、たとえば、「フランスやアメリカの判例法は、個々具体的な事案を前に、それぞれに適切な判断をなしつつ形成されたもので、『統治行為』とか『政治問題』とかの觀念の適用の結果として形成されたものではない。日本の司法権の限界を考える場合にも、個々具体的な事案について適切に判断し確定せらるべきもので、本来、法的判断基準ではないものに法的權威を認めて、『統治行為』の觀念をみとめるとか、認めないといった概括的思考だけでは、法的思考のあり方を誤っている。それは、用語の故に専門的思考のようにみえても、粗雑で、怠慢でもある処理にすぎない」(小嶋和司『憲法講話』(一九八二年)一一三―一一四頁)と説いた例がある。

(15) 前出注(9)参照。

(16) 最大判昭和三四年一月一六日刑集一三卷一三三二―三三五頁。

(17) また、国側は、議員定数不均衡訴訟をはじめとする訴訟の折に、しばしば統治行為論を主張して、当該問題が司法審査の対象外であると主張しているが、最高裁はその主張を斥けている。そのことは、苦米地訴訟判決の法理ないし統治

行為論を裁判法理として確立させる意図のないことをうかがわせる。

- (18) この点については、奥平康弘『統治行為』理論的批判的考察』法律時報臨時増刊・自衛隊裁判（一九七三年）七四～七八頁の論述が説得的である。

- (19) 「私は、学説としては、統治行為とよばれるものの存在を、ただし狭い範囲に限定して、認める立場をとる」（佐藤功『憲法解釈の諸問題第二巻』（一九六二年）一三九頁）、「統治行為の観念を認めるとしても、その範囲は局限されるべき趣旨……を強調……する」（芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』（一九八一年）一三七頁）というように、統治行為論肯定者のなかには、統治行為の範囲を限定する立場がある。ところが、限定すればするほど、裁判法理としての意味が失われてしまい、統治行為論という法理の命名をする必要がなくなってしまう。

- (20) 佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』（一九八四年）六五頁。なお、統治行為論の問題点の整理については、同『憲法』（一九八一年）二四九～二五一頁において『統治行為』論の問題性」として解説されているところを参照せよ。

- (21) 統治行為論についての解説は数多くあるが、最近のものとして、山下威士「統治行為（苦米地事件）」憲法の基本判例（一九八五年）一八七頁、横田耕一「審査を排除・制約する法理と政策」法学セミナー増刊・憲法訴訟（一九八三年）一八七頁、大須賀明編『憲法』（一九八一年）四四〇頁（藤井俊夫執筆）を挙げるにとどめる。また、統治行為論については数多くの研究があるが、最近の研究である、小林節「政治問題の法理」芦部信喜編『講座憲法訴訟第一巻』（一九八七年）三二二頁をあげるにとどめる。

- (22) その代表的論述として、雄川一郎『行政争訟法』（一九六六年）二二七頁以下が挙げられる。ただし、それにつづけて、「統治行為は、法治主義に基く国家行為の司法的統制の原則に対する、いわば、不文の限界の上に位置づけられるから、現実にとどのような国家行為が統治行為の性格を有すると認められるかは、判例にこれを俟たなければならぬが」（同、一二八頁）として、予想しうる事項を列挙しており、その趣旨を、判例による司法審査権の限界の形成ということとを重視しているものと読み取ることができそうである。そうであるなら、私見のように、判例による司法審査権の限界状況を、統治行為とされるものに限定しないでと広く観察した方が適切であることになる。

- (23) ちなみに、統治行為論の内在的制約説に属する論者の間でも、その論拠の内容に異なりをみせている。たとえば、雄川、同前、のほかに、「民主主義の責任原理と市民的法治主義——この両者はともに憲法上の基本原理である——を調整す

る原理として統治行為がみとめられる」としたうえで、司法権の行使を制約させる諸要素を指摘している。金子宏「統治行為の研究(四)」国家学会雑誌七二巻九号三〇〜三三頁(一九五八年)など。そのように、一般的で広い内容をもつ憲法上の原理や原則を論拠とするがゆえに、問題とされる事項の個別的な性格とのつながりを示す説明がさらに必要となる。

(24) 声部、前出注(19)、一三六頁。

(25) 声部信喜・小嶋和司・田口精一『憲法の基礎知識』(一九六六年)二〇七頁(声部執筆)。

三 司法の自己制限論

最高裁判例の動向を分析した結果、紛争の解決を司法審査権の外に委ねてしまうことの根拠を最高裁が一貫した法則や法理によって示していないのは、法的な判断基準になじまない要因がそこに働いているからであるとの指摘をした。その要因を司法の政策的要因と呼ぶことができる。⁽²⁶⁾この政策的要因は、最高裁が対処しようとする事件や訴訟ごとに異なって現われるため、理論的に統合した説明をすることが困難なのであるが、⁽²⁷⁾諸要因全体を貫く性格づけをすることは可能である。すなわち、それは、いずれも政治部門との関係で司法権の行使を抑制しようという最高裁の政策的姿勢をもっているということである。この司法の自己制限は、司法審査権行使の全過程において、事件、訴訟の性格に応じた使い分けが求められる審査姿勢⁽²⁸⁾なのであるが、われわれが観察した司法審査権の範囲や限界にかかわる判例のなかでは、その使い分けが十分なされていただろうか。この問題関心のもとで検討するためには、最高裁がその判決姿勢において自己制限を行っているか否かを観察することと、当該事件・訴訟との関係で最高裁が自己制限すべきであったか否かについて評価することとは区別する必要がある。

まず、司法審査権の範囲と限界を設定する最高裁の判例を観察してみると、自己制限の姿勢に終始している旨指摘することができる。そのことは、たとえばすでに分析した苦米地訴訟、砂川事件、板まんだら訴訟といった事件、訴訟に対して、最高裁の判決と下級審判決との間に大きな違いがみられたことを想起すれば明らかとなる。す

なわち、最高裁は、争点の实体判断に踏み込んだ下級裁判所判決とは異なり、それぞれの根拠に同一性がないけれども、いずれも司法審査権の行使を抑制する方向を選んだのであった。統治行為肯定論者が統治行為論の法理を採用した判決例としてあげる昔米地訴訟判決は、その訴訟の争点にかかわる問題の重要性ゆえに、最高裁が司法審査権の行使を抑制しようと政策的に判断したとみることが適当であろう。そのような見方は、広い立法裁量論により処理した場合をはじめ、国家の機関や社会の団体の自律性を尊重して処理した場合についてもあてはまることである。⁽²⁹⁾

国家行為に対する司法審査の限界設定が段階移行型として表われているとの観察をすでにしたが⁽³⁰⁾、それは、司法の自己制限という観点からみれば、自己制限の程度の違いを指すものとして説明することが可能である。そして、ここでも注目すべきことは、立法裁量論が司法の自己制限を基礎として展開されていることであり⁽³¹⁾、統治行為論者⁽³²⁾があげる例は、自己制限がもっとも強く現われた場合として位置づけられることである。つまり、統治行為とされる事項についてだけ捉えるのではなく、裁量論により処理される場面で見られる自己制限の広がり⁽³³⁾のなかでみた方が、司法審査権行使の実態を適格に理解できると思われる。別言すれば、司法審査権の範囲と限界は、最高裁による自己制限に終始する紛争処理姿勢の過程で形成されていると理解することができるのである。

なお、統治行為肯定論者のうち司法の自己制限によって統治行為論を説く者は、比例の原則をはじめとする論拠⁽³⁴⁾をあげるが、その論拠は、裁量論や自律制論の場合においてもあてはまることを確認しておく⁽³³⁾。

つぎに、最高裁が自己制限の姿勢によって形成した司法審査権の範囲や限界をどのように評価すべきかという問題に移ろう。まず、統治行為論を徹底的に批判した奥平教授が⁽³⁵⁾つぎのように結論したところに注目したい。「こうして『統治行為』の批判的な考察をすすめればすすめるほど、単に『統治行為』のみでなく、この概念を骨頂とするところの『司法自制論』全体を問題にしなければならぬと、あらためておもわされる⁽³⁴⁾」と。また、「こうして、

『司法自制論』の極端な現われのひとつたる『統治行為』理論の解体・分割が帰結されるとしたら、つぎに考察されるべきことは、『司法自制論』の別な表現形態のそれぞれでなければならぬだろう」と。右に確認してきたところにてらせば、司法審査権の範囲や限界についての評価は、この奥平教授の指摘にあるように、司法の自己制限論全体を問題にしなければならぬのであり、また、司法の自己制限論の別な表現形態である裁量論・自律論を考察しなければならぬ。

また、芦部教授は、わが国の司法消極主義についてつぎのように問題点を指摘する。すなわち、わが国の最高裁は、争点の性質に応じて合憲性の推定のはたらしに強弱を認め、二重の基準を採用する司法審査権の行使をするところがなく、また、司法判断をどこまで押し進め、その先は停止するという点について自覚的な自制論を展開することのない、形式論理に偏した事件解決をしている、と。最高裁のみせるこのような司法消極主義の傾向を基盤として、判例上形成されている司法審査の範囲と限界を検討することが肝要である。

こうして、判例において形成されている司法審査権の範囲と限界に対して評価を加えるためには、最高裁の自己制限の姿勢、すなわち、消極主義の司法審査権行使という傾向を検討の対象とせねばならず、また、その傾向の裁判法理としての表われである裁量論や自律性論を分析する必要がある。ここでは、考察のためのそのような方向づけを得たことにとどめ、それらの分析は別稿で行うことにする。

(26) 司法審査権行使の実際を分析してみると、論理的な解明では充足されず、この司法の政策的要因のことを無視できないとの結論をうるはずである。たとえば、横田、前出注(21)の論調にそれが現われており、また、藤井、前出注(21)も、「違憲立法審査権の性格と限界」について解説したうえで、「違憲立法審査権の行使に際しては、その形式(判決技術)上、および内容(対象)上いくつかの限界が見いだされている。そして、それらの限界は一見すると前者については、とくに政策的な要素が強く、また、後者については、より司法権の本質に内在する要素が強いように見受けられる。しかし、すでに述べた学説の対立のなかで明らかにされているように、現実には、後者においても裁判所の政策

判断による部分も少なくないのである。その意味では、違憲立法審査権の行使の限界の問題は、裁判所とくに最高裁の政策判断に、さらに遡れば、憲法保障制度において、最高裁の果たすべき役割に関する自覚に基づく判断のいかんに、強く依存しているといえるのである」(四四一～四四二頁)と、結んでいる。

(27) そのことに関連して、最高裁の政策形成機能という観点から分析することは、司法審査の様相を把握するために意義あることだと思ふ。それについて、戸松秀典「司法の政策機能」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』(一九八七年)二二七頁で考察を試みた。

(28) 司法の自己制限に関する一般的分析については、芦部信喜「司法審査制の理念と機能」同『憲法訴訟の理論』(一九七三年)第I論文、特に三〇頁以下を参照せよ。

(29) 最高裁の政策的判断とのかかわりで判例を分析するためには、右の注(27)で言及した政策形成機能という観点とともに、最高裁の憲法判断が国家、社会に及ぼすインパクトに注目することも重要である。それについて、大林文敏「憲法判断のインパクト論」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』(一九八七年)二六一頁の研究がある。

(30) 第二節三をみよ。

(31) 戸松秀典「立法裁量論」小林直樹先生選暦記念『現代国家と憲法の原理』(一九八三年)一九〇頁において、立法裁量論が司法の自己制限を基盤としていることについて言及した。

(32) 代表的論者として、山田準次郎「統治行為について」公法研究一三〇一～一三〇八頁(一九五五年)参照。

(33) 比例の原則を論拠とするのは、問題の解決にかかわる諸要因を比較衡量することであるとみることができ、それは、裁量論や自律性論にも共通する判断姿勢である。

(34) 奥平、前出注(19)、八三頁。

(35) 同前。

(36) 芦部、前出注(28)、三九頁。

むすび

司法審査権の範囲と限界というテーマのもとで論ずべき事は多い。そのテーマにかかわる論点をすべてとりあげ

て論ずるならば、結局は、司法審査制の内容全体を描くことになるであろう。そこで本稿では、以上のように、そのテーマにかかわる主要な場面に焦点をあてつつ考察し、そこで得られた結論が他の論点にも関連し展開することを示唆しておいた。事件性の要件、当事者適格、司法の自己制限、司法消極主義などの問題については、改めて考察することにして、ここでは、司法審査制についての基本的性格に言及してむすびとしたい。

司法審査の実際の働きを視野に入れて考察しようとするとき、法的論理の場面と法的論理だけでは処理できない場面とがかかわっていることに気付かされる。本論においてもそのことを指摘したが、そのことは、司法審査制の基本的性格を示すものといえることができる。ことに、わが国の最高裁による司法査権の行使の仕方は、慎重さの方が先行し、判決理由における議論の積極的な展開をみせようとしまいものであるため、右両場面に関する分析を難しくさせている。

つぎに、司法審査制は、統治の機構のなかで作用する法実現のための制度であり、そのことにかかわる基本的性格をみることが出来る。すなわち、法制度は、その運用を離れて実像をつかむことができないのであるが、司法審査制についても、司法審査権の現実の行使を通じて、その制度の内容が形成されるという性格をもっているといえる。憲法がうたう基本理念のもとに法律が制度を設け、その制度の運用が実際になされるという過程を全体としてとらえたうえで、実際の運用の場面において制度の内容が具体化されているところに注目すべきである。最高裁判例を通じて司法審査制の具体的内容が形成されていることは、事実として認識しなければならない。学説の役割は、その事実をよく整理したうえで、憲法理念にたちかえり評価することである。ただし、司法審査制についての憲法理念は何かという問いに対して、憲法解釈から一義的な解答が得られないものであり、実定法による法制度設定にみられる政策的選択のことを考慮に入れざるを得ない。本稿においては、右の点を背景にして考察をした。