

## 2018年度同志社大学大学院司法研究科

### 前期日程入学試験問題解説

#### 憲法

##### 憲法【第1問】

現行の予防接種法は予防接種を受けることを法的義務とはしていない（同法9条の努力義務規定参照）。

本問は、将来、感染症A緊急対策特別措置法のような法律が制定され、感染症Aに関する予防接種を法的に義務付ける規定（同法10条1項、2項）が設けられた場合（架空事例問題）を想定し、同条の合憲性についての検討を求めるものである。

解答の基本としては、（1）同法10条は憲法13条後段を根拠とする憲法上の自己決定権の一内容・一類型である「生命・身体・健康のあり方に関する自己決定権」の重大な制約となっていること（本問予防接種ワクチンは「極めてまれではあるが、副作用として死亡あるいは重大な健康被害が発生している」こと、「このような副作用がどのような者について発生するかは、予防接種前には判定することができない」こと、同法10条2項の刑罰規定など）、（2）本問の「生命・身体・健康のあり方に関する自己決定権」の重大な制約の憲法13条適合性の審査においては厳格審査基準が妥当すると解すべきこと、（3）目的審査レベルでは、「感染症Aは発症した場合には患者は極めて高い確率で死亡する」ことに照らし、感染症A予防目的は「極めて重要な目的」とされるであろうが、手段審査レベルでは本問予防接種ワクチンの強制よりもより制限的でない代替手段である隔離措置（「感染症Aについては、空気感染をしないことなどから、隔離措置により、実効的に感染拡大を防止できる」こと）が存在するため、本問予防接種の強制は、同目的達成のための「必要不可欠ないし必要最小限度」の手段であるとはいいがたいので同法10条は憲法13条後段に反し違憲とされることになろう、といった諸点を念頭において、憲法問題が論じられることになろう。

##### 憲法【第2問】

統治行為論とはどのような考え方か説明し、これを採用したか否かが問題となる判例について論じた上で、あなたの考え方を述べなさい。

##### 定義的説明

伝統的な理解によれば、統治行為とは、「高度の政治性を有する行為であつて、それについて法的判断は可能であつても、その高度の政治性という性質上、裁判所の司法審査から除外されるものをいう」（佐藤功『日本国憲法概説〔全訂第5版〕』〔学陽書房、1996年〕475頁）である。

わが国では、学説上、「高度の政治性」を有する「統治行為」であるとされうる事項は、最も広くとった場合で、「①国家全体の運命にかかわる重要事項（国家の承認、条約の締結その他の外交活動や国家の安全保障にかかわるもの）、②政治部門の組織・運営に関する

る基本事項（意思決定手続，議員の懲罰など），③政治部門の相互関係（衆議院の解散など），④政治部門の政治的・裁量的判断に委ねられた事項」だと整理されている（佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）644頁。この解説全体について、同書643-648頁参照）。

しかし、このうち②と④は、それぞれ独自に司法権の限界の問題として観念すべき事項であって、統治行為の問題として論じる必然性はない（ただし、今回の入学試験問題の採点としては、およそ論じてはいけないとまでいう趣旨ではない）。ここで検討する必要があるのは①と③である。判例では、砂川事件（最大判昭和34・12・16刑集13巻13号3225頁）が①に、苫米地事件（最大判昭和35・6・8民集14巻7号1206頁）が③にかかわるといことが、さしあたり、できる。

#### 判例1 苫米地事件

苫米地事件は、衆議院の解散は憲法に違反し無効であるとして、衆議院議員であった者が、解散によっては衆議院議員たる身分を失わないとして、歳費の支払を求めて訴えを提起したものである。

判例は、「現実に行われた衆議院の解散が、その依拠する憲法の条章について適用を誤つたが故に、法律上無効であるかどうか、これを行うにつき憲法上必要とせられる内閣の助言と承認に瑕疵があつたが故に無効であるかどうかのごときことは裁判所の審査権に服しないものと解すべきである」と判断した。その理由は、「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為のごときはたとえそれが法律上の争訟となり、これに対する有効無効の判断が法律上可能である場合であつても、かかる国家行為は裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられているものと解すべきである。この司法権に対する制約は、結局、三権分立の原理に由来し、当該国家行為の高度の政治性、裁判所の司法機関としての性格、裁判に必然的に随伴する手続上の制約等にかんがみ、特定の明文による規定はないけれども、司法権の憲法上の本質に内在する制約と理解すべきものである」という点にあり、統治行為の文言は用いていないものの、その理論を全面的に採用したものと受け止められている。

#### 判例2 砂川事件

砂川事件は、米軍飛行場の拡張計画への反対運動の際、一部の人間が飛行場内に入った行為が、刑事特別法に違反するとして訴追された事件である。

判例は、「安全保障条約は、その内容において、主権国としてのわが国の平和と安全、ひいてはわが国存立の基礎に極めて重大な関係を有する」とし、このような条約の「内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否

やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従って、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであって、それは第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものである」とした。

これは、一種の修正統治行為論と受け止められている。なお、判例は、「かようなアメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法9条、98条2項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない」とも述べており、端的な合憲判決との理解も可能である。

なお、沖縄代理署名訴訟（最判平成8・8・28民集50巻7号1952頁）は、砂川事件判決に依拠して、「日米安全保障条約及び日米地位協定が違憲無効であることが一見極めて明白でない以上、裁判所としては、これが合憲であることを前提として駐留軍用地特措法の憲法適合性についての審査をすべきである」として、駐留軍用地特措法は、憲法前文、九条、一三条、二九条三項に違反するものということとはできないと判断している。

## 検討

上に見たように、伝統的な学説によれば、統治行為とは、「高度の政治性」を問題にするのが、司法裁判所に、違憲審査権を与えた以上、その判断が、高度の政治性をもちうることは当然のことではある。法的判断が難しいということであればともかく、法的判断は可能であっても、司法審査から除外されるということがなぜ正当化できるのか。このような疑問を貫けば、統治行為の否定説に至る。

これに対して、肯定説の理由づけは三権分立下の司法権の本質に内在する制約であるとする内在的制約説と、裁判所の政策的な自制であるとする自制説とに分かれるとされる。

しかし、内在的制約説では、上述の否定説の疑問に答えることが難しく、三権分立の原理をそこまで確定的な解釈論上の結論を正当化することのできる概念と捉えることが妥当とは思われない。また、自制説ではなぜ憲法上与えられている権限の自制が許されるのか、権限は同時に義務である場合もあるのではないのか、との疑問に答えなければならない。このような事情から、肯定説は自制説と内在的制約説の折衷説に依拠していると考えられているところである。

以上のようなことを前提に、種々各々の立場を論じてもらったらよい。

たとえば、苫米地事件には重大な疑問があると論じてもらってもよい。この判決の論理を受け入れるということは、7条解散が現に行われた以上、解散権の行使が69条の場合に限定されるかということ解釈論上議論することはおよそ意味をもたない、という命題を受け入れることである。69条限定説の立場はとるかとは関係なく、憲法解釈として、そのような立場は受け入れることはできない。どういう場合に、執行府が、議会で院を解散できるかということは、一国の立憲的な秩序の基本的構造の1つである。そ

れが、執行府の決定にすべて委ねられるというような議論を認めることは、立憲主義の解釈学説の自己否定である。このような議論は可能であろう。

附加して指摘するならば、③に関する事件で無条件に統治行為論を肯定し、①に関する事件において条件付きで統治行為論を採用しているのであるとすれば、そのバランス感覚は倒錯しているといわざるをえないし、また、定数是正訴訟は統治行為論によっていない。このような議論の延長線上では、苫米地事件については、むしろその結論は、争点を②と④の領域に腑分けした上で、実体的な解釈の問題として、受け入れることが検討されるべきであろう。

砂川事件については、そのいわんとするところがなんであるのかを厳密に問うことも可能である。砂川事件が修正統治行為論とでもいうべきものだと受け止められているということはすでに述べたとおりであるが、それがそれでも統治行為論であるのか（藤田・入江裁判官の補足意見は「統治行為」という用語を用いている）、実際には裁量論（島裁判官の補足意見は「裁量の範囲」か否かを問題にする）であるのかを判断することはなかなか難しい。

加えて、砂川事件について重要であるのは、判決が、「一見極めて明白に違憲無効」かどうかを問題にする言い回しを用いているものの、上に見たように、実際には合憲判断を明言している点である。つまり、砂川事件の修正統治行為論は、おそらく当時の政治状況での最高裁判所の1つの政治的意思を反映した、傍論なのである。

以上の分析を前提にすれば、砂川事件の存在にもかかわらず、統治行為論は全面的に否定されるべきである、あるいは、砂川事件は先例として統治行為論を採用したものではない、あるいは、砂川事件が述べているのことは、結局は裁量論であると論ずることも十分合理的である。

ただ、①にかかわる砂川事件については、たしかに、すべてが司法裁判所の判断に委ねられるべきで、「政治」に残される部分はないと言い切れるのか、なお躊躇するところが残るのも事実である。この点については、統治行為論の基本的発想を、「裁判所としてその問題について判断するには十分な情報に接しえずもしくは自信をもって依拠すべき判断基準が欠けており、したがってまた違憲判決の結果に明確な見通しをつけ難いような場合には違憲判決を避ける」というものであると解した上で、そうだとすれば、「『一見極めて明白に』違憲な場合にはそもそも『統治行為』の範疇外であるとみることができる」（佐藤 647 頁）として、むしろ砂川事件を正統な統治行為論であると評価し直すことも可能であるのかもしれない。このような理解の場合は、刑罰を科すあるいは人格権に基づく差止請求を退けるといったような、基本的人権の重大な制限にかかわる場合は、「統治行為」の法理を用いることは許されないことになろう（佐藤 648 頁）。

\*以上この解説全体を通じて、毛利透ほか『憲法 I 総論・統治〔第2版〕』（有斐閣、2017年）276-281頁〔松本哲治執筆〕参照。