

憲法判例における「傍論」の存在について

—— 傍論における憲法判断の価値 ——

杉 山 幸 一

1. はじめに
2. 判例構造と違憲審査制
3. 傍論の種類
4. 傍論における憲法判断の価値と問題
5. おわりに

1. はじめに

わが国の違憲審査制は付随的審査とされ、通常の訴訟の中において合憲性が審査され、憲法判断が行われる。つまり、なんらかの法的紛争が発生し、それにより憲法上の権利や人権が侵害されていると提起した訴訟において、憲法判断が行われるシステムである。

わが国の裁判制度は第1審、上訴により控訴審そして上告審となる三審制を採用している。違憲審査は事件に付随して行われるため、審級制度を採用しているわが国は、すべての裁判所で違憲審査が行われ、必要に応じて憲法判断を行うものである。すなわち事件の解決の範囲内で違憲審査が行われる。このためすべての裁判所で違憲審査が行われるので、憲法判断の統一化あるいは解釈統一化という観点から、憲法81条は最高裁判所を違憲審査の最終判断機関としている。つまり、憲法81条の趣旨は、裁判制度における終審裁判所たる最高裁判所を違憲審査の終審裁判所とすることである。

この付随的審査制の中で下される判決のどの部分をもって憲法判断がなされたといえるのであろうか。そもそも判決は、「主文」といわれ

る結論部分とその結論を導くための「判決理由」という構造になっている。「判決理由」は事件解決の結論が述べられている「主文」を導くための根拠などが述べられている部分であり、わが国は原則としてこの部分において違憲審査が行われ、審査結果を述べている。この形態は、英米法の影響を受けているものである。したがって、違憲審査が行われる「判決理由」は真の判決理由たる部分（ratio decidendi 以下、「主論」とする）とそれ以外の部分を「傍論」（obiter dictum）で構成されているといえる¹⁾。つまり、ratio decidendi で行われる憲法判断と obiter dictum で行われる憲法判断がある。また、前者の部分に先例性（先例拘束性）があり後者にはそれがないとする。

そこで、問題となるのは「傍論」の部分で示された憲法判断である。実際に最高裁判所においても、下級裁判所においても傍論で憲法判断がなされているのは事実である。そして、その後の類似の事件において参考にされ、あるいは引用されている。つまり、傍論といえども先例として扱われている場合がある。傍論における憲法判断について、少なくとも最高裁判所で行うことは違憲審査における終審裁判所である以

八戸大学ビジネス学部

¹⁾ 山田晟「『傍論』について」『成蹊法学』16巻（昭和55年）187頁。

上、是認できるとする説²⁾がある。また他方で「傍論」での憲法判断は違憲・違法であるとする説³⁾も存在する。さらに、下級裁判所での傍論における憲法判断には、現行憲法下で許容できるか問題にもなっている⁴⁾。

そこで、本稿は判決構造について分析し、わが国における傍論における憲法判断には一定の価値があるといえるかどうか、その類型化を試み、若干の検討を加えていく。

2. 判例構造と違憲審査制

(1) 判例構造と先例性

裁判所の下す判決は、まず結論部分である「主文」とその主文を導くための論理が述べられている「理由」で構成されている。さらに「理由」は、場合によっては真の判決理由の部分（ratio decidendi を以後「主論」とする）と「傍論」（obiter dictum）に区別されなければならない。「主論」とは、「主文」を導くための論拠が述べられており、先例としての価値があるとされ、他方で、「傍論」とはせいぜい説得的論拠としての価値しか有していないといわれている⁵⁾。「傍論」を別の言い方をすれば、判決理由の中で真の判決理由ではない部分というように消極的に定義することもできる⁶⁾。

そもそも「主文」を導くための論理が記された「主論」と「傍論」に区別しているのは、英米法に由来するものである。英米法では下級裁判所は上級裁判所の判決に拘束されるとする。アメリカでは、連邦最高裁判所および州の最高裁判所は自ら下した判決を変更することはでき

るが、下級裁判所は上級裁判所に拘束される⁷⁾。これがいわゆる「先例拘束性の原理」と呼ばれ、英米法における基本原理とされる判例法主義である。そしてこの拘束力は、法的な拘束力を意味している。したがって、判例は法そのものであり、裁判官法という言葉が示しているとおりである⁸⁾。判決が法であるならば、どんなに不当な内容の判決でもこれに拘束されるということになる。これでは、たとえ理不尽な内容の判決といえども従わなければならないということになってしまう。そこで、「主論」と「傍論」に分けて、結論を導く上で意味のある法的な根拠と理由付けを「主論」で表明し、この部分に拘束力を持たせ、それ以外の部分は「傍論」ということになる。この「傍論」の部分では、当該事件の判断のために必ずしも必要とされない法理や判断、また事件解決に必要な論点の一般論を述べている。したがって、「傍論」は主文を導くのに必要とされていない点を鑑み、先例として認められず、拘束力も認められていない。一方で、例えばドイツなどの大陸法では成文法が法であり、判決はその法を適用した結果に過ぎず、法そのものではないとされている⁹⁾。

このように、「傍論」は「先例拘束性」を有さず、判決の中でも説得的論拠や「主論」で問題となっている論点の一般論を述べているに過ぎない¹⁰⁾。英米法では拘束力という観点から、

⁷⁾ 新正幸『憲法訴訟論』（信山社、平成20年）663頁以下。

⁸⁾ 山田、前掲論文188頁。

⁹⁾ 山田、前掲論文188頁。このため、不当な判決があった場合、その法の適用が正しくないので、これを変更して正しい法の適用をはかるとされる。さらに、英米法と違い判決は法ではないとされている以上、法的な拘束力も存在しないということになる。つまり、法的に上級裁判所が下級裁判所を拘束することもない。したがって、そもそも判決に拘束力がないので、わざわざ「傍論」という概念を用いる必要もない。このようなことから大陸法における判決には「傍論」というものは存在しないということになる。

¹⁰⁾ 中野次雄編『判例とその読み方』（有斐閣、平

²⁾ 中村陸男・堂本照樹『憲法裁判50年』（悠々社、平成9年）151頁。

³⁾ 井上薫『判決理由の過不足』（法学書院、平成10年）175頁。

⁴⁾ 拙稿「付随的審査制における判決方法—下級裁判所の違憲判断について—」『憲法研究』第41号（平成21年）53頁以下。

⁵⁾ 金築誠志「主論と傍論」『司法修習所論集』1973〔2〕（昭和48年）126～127頁。

⁶⁾ 同論文161頁。

「主文」を導くための「判決理由」とは別に、拘束力のない「傍論」が存在することにはそれなりの意義がある。わが国も日本国憲法下の司法制度は英米法の概念を取り入れており、判決理由の中に「傍論」が存在することがある。しかも先例として引用されていることもある。しかし、一方でこの「傍論」は「蛇足判決」であるとする意見もある¹¹⁾。つまり、「傍論」は不要なものであるという。はたして本当に不要なのか、あるいは先例としての価値を有するのか。

(2) 違憲審査制との関係

現行憲法 81 条は「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定した。通説・判例は、この条文からわが国の違憲審査制は「付随的審査制」であるとする¹²⁾。また具体的事件に付随して違憲審査が行われるので、最高裁判所だけでなく、すべての裁判所が審査権を有している。しかし、一方で一般的に付随的である以上、違憲審査は事件の解決に必要な限りにおいて行われるといえる。つまり、事件解決の範囲内で違憲審査が行われ、事件と関係なくある法律や国家行為などを直接審査することはない。

さらに憲法 81 条は、わが国の違憲審査権を定め、違憲審査の終審を最高裁判所と定めている。そして、それを受けて下級裁判所の憲法違反の判断については、最高裁判所への上訴の途が訴訟法上確保されている。例えば、民事訴訟法 327 条では「特別上告」が規定され、第 1 審が簡易裁判所の場合、上告審は高等裁判所となるが、憲法解釈や憲法違反を理由として第 4 審として最高裁判所へ特別に上告することができる。また同法 336 条の「特別抗告」も同様の理

由によりに最高裁判所で審理できるようにするための制度である。

刑事訴訟法でも刑訴規則 254・255 条の「跳躍上告」があり、憲法違反などの憲法問題を理由とした場合、第 2 審を飛ばして直接最高裁判所に上告する制度である。さらに両訴訟法には、憲法問題を理由として控訴裁判所が事件を審理しないで、最高裁判所へ移送する制度（民訴 324 条、刑訴規則 247 条）がある。これらの制度は、例外的なものとはいえ、違憲審査を伴う事件が終審裁判所である最高裁判所までの途を開くための制度と見ることができ。つまり、これは違憲審査が最高裁判所で最終判断できるように配慮している制度であるといえるであろう。

前述のように、最高裁判所は憲法 81 条により違憲審査の終審裁判所の地位を与えられている。憲法 81 条は、一般的に違憲審査権について定めた条文であるといわれているが、一方で最高裁判所の管轄について規定した条文であり、日本国憲法が唯一審級制度の内容に関して言及している条文でもある。これについて日本国憲法制定過程では、憲法 81 条は違憲審査の最終審であり、違憲審査を伴う事件の管轄を最高裁判所が有すると規定した条文であるとする趣旨の発言や記述がみられる。例えば、枢密院での審議に備えるために法制局によって作成された「想定問答」においては、「違憲問題の判断については、最高裁判所はもとより下級裁判所も、これを為し得ると解するが、下級裁判所が判断した問題については、最終的には最高裁判所が決定権を有する。」¹³⁾とされる。また枢密院での松本内務大臣の発言でも「(憲法改正草案第 77 条) 第 1 項と第 2 項との関係は別であり、第 1 項は最高裁判所は終審裁判所である。第 2 項は法律等が違憲か否かを決定するのは最高裁判所専属の管轄を保有することを定め、下級裁判所においても違憲か否かを判定し得る場

成 21 年) 29 頁～30 頁。

¹¹⁾ 井上、前掲書 53 頁以下。

¹²⁾ 芦部信喜『憲法第 5 版』(岩波書店、平成 23 年) 367 頁～368 頁。最大判昭和 27 年 10 月 8 日民集 6 卷 9 号 783 頁。

¹³⁾ 内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経過(第 1 分冊および第 6 分冊の合本)』(司法研修所、平成 9 年) 305 頁以下参照。

合には結局上訴される最高裁判所においても決定される」¹⁴⁾と発言している。憲法制定過程の段階で、すでに最高裁判所が上告審として、さらに違憲審査の最終的な管轄を有することが意識されたといえるであろう。事件は当事者のどちらかが不服の場合は上訴され、事件が上級審へと移る。その結果、最終審が最高裁判所になり、そこで事件の最終判断が下される。違憲審査は事件に付随されて行われるので、上訴されることによって、最高裁判所で最終判断が結果的に受けられるということになる。これがわが国の違憲審査制の特徴であり、これにより最高裁判所は終審裁判所という役割を発揮し、憲法解釈・憲法判例の統一という機能を有するのである。

このような違憲審査制であるため、おのずと事件に付随して、その事件解決のために憲法問題を審査している。例えば、尊属殺重罰規定違憲判決¹⁵⁾では刑法200条の合憲性について問題とされたが、この条文自体を審査したわけではなく、この合憲性の前提となる殺人事件を解決するために違憲審査を行った。つまり、普通殺人罪より罪を重い尊属殺人罪を適用するのは、刑罰の均衡から逸脱しており、法の下での平等に違反するとして、普通殺人罪を適用し、有罪判決を下した。これは、違憲審査を事件解決のための手段としていることがわかる。

そのため、違憲審査は原則として主文を導くための根拠である「理由」に記載されている。わが国の違憲審査制は、日本国憲法がアメリカ合衆国憲法の影響を受けて作られたことから、英米法系であることには違いない¹⁶⁾。すなわち、「理由」も「主論」と「傍論」に分けることができるということである。前述の尊属殺重罰規

定違憲判決のような事件解決に必要な憲法判断は、主文を導くための論理が述べられている「主論」で行われる。

しかし、わが国の違憲審査は「主論」だけで、違憲審査が行われているわけではなく、「傍論」において憲法判断が行われている事例がいくつも存在する。本来ならば、「傍論」での憲法判断は先例性はなく、単なる説得的論拠でしかないはずである。ところが、わが国の場合、とりわけ最高裁判所の憲法判例の場合、単なる説得的論拠だけではないことがある。つまり、先例として扱われる場合がある。そこで、まず憲法判例を類型化を試みることにする。

3. 憲法判例の類型

(1) 主論における憲法判断

憲法判例は、いくつかの類型に分けることができる。前述のように、まず主論において憲法判断が行われた場合と傍論において憲法判断が行われた場合に分けることができる。

わが国の憲法判例とは、一般的・抽象的な憲法の規定を、具体的な内容にし、社会の変化に対応した柔軟性を持ったものである。また、戸松教授は憲法判例には「憲法の規範的意味の解釈に関する見解が示されている判例、特定の法令の規定についての合憲性に言及している判例、および、具体的な処分についての合憲性に言及している判例の三種類ある」¹⁷⁾としておられる。そしてこの三種類いずれも、生きた憲法の内容であり、「判決理由」(ratio decidendi)と呼ばれる部分で判断が行われているとするならば、これを狭義の憲法判例と呼ぶ。これに対して、判決理由の中でも「傍論」となる部分で憲法判断が行われた場合も含めたものが、広義の憲法判例と呼ぶ¹⁸⁾。

主論における憲法判断の類型は、付随的審査制においてもっとも基本的なものである。前述

¹⁴⁾ 村川一郎『帝国憲法改正案議事録』(国書刊行会、昭和61年)141頁。

¹⁵⁾ 最大判昭和48年4月4日刑集27巻3号に165頁。

¹⁶⁾ 松井茂記『日本国憲法第3版』(有斐閣、平成19年)86頁。高橋和之『立憲主義と日本国憲法』(有斐閣、平成17年)358頁。

¹⁷⁾ 戸松、前掲書323頁。

¹⁸⁾ 同書323頁。

のように、付随的審査制は事件を解決する中で違憲審査を行うものである。だからこそ、事件解決に必要な範囲内で憲法判断が行われるのである。そこでいくつか具体的な訴訟を提示してみる。

前述の尊属殺重罰規定違憲判決のように、事件を解決するために違憲審査が行われ、その結果刑法 200 条は憲法違反である以上、適用できないとして刑法 199 条を適用して、事件を解決している。

また、例えば津地鎮祭訴訟では、三重県津市が市体育館の建設にあたり、神式の地鎮祭を挙行し、それに公金を支出したことに対して憲法 20 条・89 条違反ではないかと争われた事件で、いわゆる政教分離訴訟である。この事件で最高裁判所は「市が主催し神式に則り挙行された市体育館の起工式は、宗教とのかかわり合いをもつものであることを否定することはできないが、その目的が建築着工に際し土地の平安堅固、工事の無事安全を願い、社会の一般的慣習に従った儀礼を行うという専ら世俗的なものと認められ、その効果が神道を援助、助長、促進し又は他の宗教に圧迫、干渉を加えるものとは認められない」とし、目的効果基準を用いて合憲と判示した。この事件は宗教行事に支出した公金を違法として津市の市議会議員が損害の補填を求めたものである。この違法な支出の補填は行うべきかを解決するために、前述の憲法判断が行われたわけである。まさに事件解決のための違憲審査といえるであろう。

また、審級制度の具体的内容に関して、昭和 23 年に最高裁判所が「憲法は審級制度を如何にすべきかに付ては第 81 条において『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』旨を定めて居る以外何等規定する處がないから此の點以外の審級制度は立法を以て適宜にこれを定むべきものである」¹⁹⁾と述べている。この事件は、刑事事件を

解決する中で、量刑不当が上告で認められないのは憲法違反かどうかを違憲審査したものである。この場合も事件を解決（有罪か無罪）するために、量刑不当を認めない上告制度について憲法判断を下していると見るべきである。

以上のように一部具体的な例を挙げてみたが、付随的審査制においてこの類型は憲法判断のあり方としてもっとも基本的なものである。事件を解決するための違憲審査であり、事件解決の範囲内で憲法判断が行われている。

(2) 傍論における憲法判断の事例

① 一般論的判断型

この類型は、訴えに利益を失っている場合やすでに判決理由で訴訟が解決している場合にもかかわらず、主文の判断とは関係なく憲法判断を行った事例である。「なお」「念のため」というような形式で、事件解決には不必要な憲法判断であるが、その憲法問題に関して、一般論として憲法判断を行った事例である。この場合は、訴訟に付随して行われる憲法判断ではあるが、本来の付随的審査制である事件解決に必要な範囲で憲法判断を行うのではなく、事件をきっかけにして、その関連する事項について憲法判断を行っている。つまり、主論における憲法判断の事例のように、事件解決のための憲法判断ではなく、事件に関連した憲法問題について一般論的に判断している。

傍論における憲法判断の事例の代表例、とりわけ「念のため」に行われた憲法判断の事例として、皇居前広場事件²⁰⁾、朝日訴訟²¹⁾の両最高裁判所判決がこれにあたる。まず、皇居前広場事件では、メーデーの開催のための皇居外苑使用許可申請に対して不許可処分がなされた。この処分取消しを求めて訴えを提起した事件であり、申請された集会の開催日の経過により訴え

¹⁹⁾ 最大判昭和 23 年 3 月 10 日刑集 2 巻 3 号 175 頁。

²⁰⁾ 最大判昭和 28 年 12 月 23 日民集 7 巻 13 号 1561 頁。

²¹⁾ 最大判昭和 42 年 5 月 24 日民集 21 巻 5 号 1043 頁。

の利益が失われたとして上告を棄却された。この時点で事件は解決しているにもかかわらず、「なお、念のため、本件不許可適否に関する当裁判所の意見を附加する」として、同処分が憲法21条及び28条に違反していないか判断した。

朝日訴訟判決では、生活保護を打ち切り、原告に医療費を負担させる保護変更決定に対する不服申立が却下されたことに関する取消訴訟であった。この判決で、原告が係属中に死亡し、また生活保護受給権は一身専属権であることを理由として、相続人の訴訟継承を否定して訴訟終了を宣言した。しかし、最高裁判所は「なお、念のために、本件生活扶助基準の適否に関する当裁判所の意見を附加する」として、憲法25条の生存権の意味やその基準が25条に違反しないかを判断した。

さらに「念のため」という方式ではないが、同じように「なお」書きで憲法判断を行って事例がある。それが、前述の「四畳半襖の下張」事件²²⁾である。この事件で、最高裁判所は「チャタレー事件」²³⁾で示された刑法175条の合憲性を先例として、「所論は、原判決の解釈が憲法21条に違反するというが、結局のところ、原判決が刑法175条の合憲性を肯定したことを論難するに帰するものであつて、その理由のないことは、わいせつ文書の出版を同法条で処罰しても憲法21条に違反しないとする当裁判所大法廷判例の趣旨に徴し明らかである。」とし、合憲判断を下した。この部分が判決理由の部分に該当し、これを根拠に主文で有罪判決を下している。しかし、この事件は、先例（チャタレー事件）の趣旨に従って合憲とされ、有罪判決を下すに十分な根拠が与えられた。しかし、そのあと「なお…」という方式で、事件が解決しているにもかかわらず文書のわいせつ性の判断を行っている。つまり、わいせつ概念自体は「チャタレー事件」で定義づけがなされ²⁴⁾、それを本

件では踏襲したが、さらに踏み込んで文書がどのような場合にわいせつ概念に該当するのかについて、「文書のわいせつ性の判断にあつては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色の興味にうつたえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要」であり、これらを踏まえた上で「チャタレー事件」で示された3要素を総合的に判断すべきであるとした。この判断は「チャタレー事件」で示された3要素を踏襲し、さらに文書のわいせつ性について基準を設けている²⁵⁾。

また、「なお」書きではないが、訴えに利益を失っているにもかかわらず憲法判断した事例も①の類型に入る。それが、専従休暇不承認処分取消請求訴訟²⁶⁾である。この事件では、旧地方公務員法52条1項が非職員が職員団体に加給することを禁止する趣旨であるとして、これが憲法28条に違反するか争われた。この事件の場合は、上記の事例と異なり、先に憲法28条と旧地公法52条1項の憲法判断を行い、合憲と判断した。その後「被上告人らの本訴請求は、右期間の経過により権利保護の利益を喪失したもの、といわなければならない」と判

人の正常な性的羞恥心を害し善良な性的道義観念に反するものをいう。」とわいせつについて3要素を最高裁判所は示した。

²⁵⁾ 刑事事件の場合は…最高裁判所としては、原告の主張が適法な上告理由にあたらぬとしても、もしそれが実質的に理由があつて、原判決が違法であり、そのままにしておけば著しく正義に反すると認められるときは、刑事訴訟法411条によって原判決を破棄しなければならないので、職権でその論点を取り上げて、判断を示す場合がある。ゆえに傍論ではないとする意見もある（中野、前掲書38頁）。

²⁶⁾ 最大判昭和40年7月14日民集19巻5号1198頁。

²²⁾ 最小判昭和55年11月28日刑集34巻6号483頁。

²³⁾ 最大判昭和32年3月13日刑集11巻3号997頁。

²⁴⁾ 「徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、且つ普通

示した。順序が逆になったにせよ、最高裁判所は訴えの利益がないといいながら、憲法判断を行っている事例であるといえるであろう。

これらの判決を見ると、それぞれ事件解決に必要なにもかかわらず、その事件に関連し、もしくは問われている憲法問題について一般論的な判断を下している。

② 憲法判断不要型

この類型は、①と同様に事件解決は判決理由により導き出された主文によって解決してしまっているにもかかわらず、あえて「傍論」をつけて憲法判断を行っているものであり、しかも憲法判断が主論と矛盾してしまっているものである。例えば、定住外国人地方参政権訴訟²⁷⁾がこれに属すると考えられる。この判決で、最高裁判所は国民とは「日本国民すなわち我が国の国籍を有する者を意味する」とし、「そうとすれば、公務員を選定罷免する権利を保障した憲法 15 条 1 項の規定は、権利の性質上日本国民のみをその対象とし、右規定による権利の保障は、我が国に在留する外国人には及ばないものと解する」とし、これを前提に憲法 93 条 2 項にいう「住民」とは A「地方公共団体の区域内に住所を有する日本国民を意味するものと解するのが相当であり、右規定は、我が国に在留する外国人に対して、地方公共団体の長、その議会の議員等の選挙の権利を保障したものということはできない」と判示した。それにもかかわらず、この後最高裁判所は B「憲法第八章の地方自治に関する規定は、民主主義社会における地方自治の重要性に鑑み、…その地方の住民の意思に基づきその区域の地方公共団体が処理するという政治形態を憲法上の制度として保障しようとする趣旨に出たものと解されるから、我が国に在留する外国人のうちでも永住者等であってその居住する区域の地方公共団体と特段に緊密な関係を持つに至ったと認められる」とする外国人については「法律をもって、地方公

共団体の長、その議会の議員等に対する選挙権を付与する措置を講ずることは、憲法上禁止されているものではない」とした。その上で C「地方公共団体における選挙権を日本国民に限定した法律は憲法 15 条 1 項、93 条 3 項に違反するとはいえないので、その他本件決定を維持すべきものとした原審の判決に誤り」はないと判示した。判決の文章の流れからして、仮に B を削除して考えると A と C は論理が一貫して上告棄却の結論に至ることができる。したがって、この事件の解決は A の部分をもって C の結論に結びつく、すなわち、すでに参政権は外国人に保障されていないとされる時点で解決してしまっている。これだけであれば主論における憲法判断ということになっていた事例であった。しかし、B の部分において法律をもって外国人に参政権を与えることは禁止されていないとした。B は論理的に考えて事件解決に直接結びつくものではなく、この部分を傍論と捉えることができ、ここでの憲法判断は本論部分と矛盾する点を有しており、前述の①の類型のように事件解決とは関係ないが、矛盾しているとまではいえないものとは、いいがたい類型となっている。

③ ねじれ判決型

この類型は、主文と判決理由で矛盾が生じており、さらに判決理由の中においても主論と傍論矛盾が生じてしまっているものである。この事実判定が主文を導くのに必要のない部分であり、「傍論」に該当する。また、この類型は、最高裁判所ではなく、基本的に下級裁判所の判決ということになる。例えば、福岡地方裁判所での小泉首相靖国参拝訴訟²⁸⁾や大阪高等裁判所の靖国参拝訴訟²⁹⁾、さらに名古屋高等裁判所の航空自衛隊イラク派遣訴訟³⁰⁾などの国家賠償訴

²⁷⁾ 最小判平成 7 年 2 月 28 日民集 49 卷 2 号 693 頁。

²⁸⁾ 福岡地判平成 16 年 4 月 7 日判時 1859 号 76 頁。

²⁹⁾ 大阪高判平成 17 年 9 月 30 日〔参照：<http://www.courts.go.jp>〕

³⁰⁾ 名古屋高判平成 20 年 4 月 17 日〔参照：<http://www.courts.go.jp>〕

訟や仙台高等裁判所の岩手靖国参拝訴訟³¹⁾が挙げられる。これらはいずれも、いわゆる「ねじれ判決」といわれ、それぞれ問題となっている行為（靖国参拝、自衛隊派遣、公金支出）を、原告は憲法違反であると訴えた国家賠償訴訟ないし住民訴訟である。

これらの訴訟で共通していることはその問題となっている行為の違法性を判断し、そして違憲であると判断したにもかかわらず、その違憲とされた行為による権利侵害を否定、あるいは権利そのものを認めず、原告の請求を棄却していることである。

4. 傍論における憲法判断の価値と問題

(1) 傍論における憲法判断の価値

このようなわが国における憲法判断の事例のうち「傍論における憲法判断」には価値があるのか。

前述のように、基本的にわが国の違憲審査は事件解決の範囲内で行われるものである。それが「主論における憲法判断」であった。しかし、「傍論における憲法判断」は、事件解決に必要なとされていないが、問題となっている権利の性格を一般論として判断している場合があった。例えば、前述の朝日訴訟では「なお、念のため」として傍論において憲法判断を行った。朝日訴訟は①一般論的判断型といえ、「なお、念のために、本件生活扶助基準の適否に関する当裁判所の違憲を付加する」として、傍論において生存権の法的性格（プログラム規定説の立場であるとする³²⁾）を判断した。さらに、何が健康で文化的な最低限度の生活であるかの認定は「厚生大臣の合目的な裁量に委されており」、「現実の生活条件を無視して著しく低い基準を設定する等憲法および生活保護法の趣旨・目的に反し、法律によって与えられた裁量権の限界をこ

えた場合または裁量権を濫用した場合」には、審査の対象となる、と判断した。

しかし、ここで示された生存権の法的性格とその判断基準については後の堀木訴訟³³⁾において、生存権に関する法律の違憲審査基準について立法府の広い裁量権を認め、「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」に限り、裁判所は審査判断することができるとした。この2つの判例は、朝日訴訟の「傍論」での25条解釈を踏襲し、権利性を否定し、責務であるとし、さらに行政庁と立法府という違いこそあれ、生存権の違憲審査基準に関して広い裁量を認めたとする枠組で共通している。つまり、朝日訴訟の傍論での憲法判断で示された生存権の性格については行政庁の裁量に任せられており、これが著しく逸脱した場合に違法となるとした論理を、堀木訴訟で立法府の決定が著しく合理性を欠き明らかに裁量権を逸脱、濫用した場合には司法審査の対象となり得ると判示した。そして基本的には、広汎な立法裁量及び行政裁量を認めている。この2つの最高裁判所判決は、その後多くの裁判において憲法25条の解釈の先例となり、判例として確立している。

次に『「四畳半襖の下張」事件』において、原判決の判断を支持し、刑法175条を合憲とした上で、被告人を無罪とした。ここまでが「判決理由」であるが、この後「なお…」以下において、「文書のわいせつ性の判断にあたっては、当該文書の性に関する露骨で詳細な描写叙述の程度とその手法、右描写叙述の文書全体に占める比重、文書に表現された思想等と右描写叙述との関連性、文書の構成や展開、さらには芸術性・思想性等による性的刺激の緩和の程度、これらの観点から該文書を全体としてみたときに、主として、読者の好色的興味にうつたえるものと認められるか否かなどの諸点を検討することが必要であり、これらの事情を総合し、そ

³¹⁾ 仙台高判平成3年1月10日判時1370号3頁。

³²⁾ 葛西まゆこ「生存権の法的性格—朝日訴訟」別冊ジュリストNo.187（平成19年）299頁。

³³⁾ 最小判昭和57年7月7日民集36巻7号1235頁。

の時代の健全な社会通念に照らして、それが徒らに性欲を興奮又は刺激せしめ、かつ、普通人の正常な性的羞恥心を害し、善良な性的道義観念に反するものといえるか否かを決すべきである」と文書のわいせつ性の判断を行っている。この部分は、主文を導く理由を述べた後に「なお」書きで憲法判断を行っているもので、「わいせつ文書」の判断基準としてはきわめて重要であるが、本件の結論を導くために必要な判断ではないといえるであろう。

このように捉えると、当該事件におけるわいせつ文書の判断は「傍論における憲法判断」となる。この『四畳半襖の下張』事件は、平成16年に東京地裁で行われたわいせつ図画頒布罪についての刑事裁判³⁴⁾で、先例として扱われ刑法175条の合憲性を判断する1つの基準として、当該事件の「なお」書き以下の基準を用いた。最終的にこの事件を引き合いに出して、最高裁判所は「したがって刑法175条の合憲性に疑問の余地はないというべきである」と判示している。

傍論における憲法判断の一部を取り上げてみたが、これらは傍論とはいえ一定の判例としての価値を確立している。朝日訴訟の場合は、生存権に広い裁量の余地を与えたということが後の堀木訴訟へ踏襲されており、また『四畳半襖の下張』事件の場合は、前述の判決などわいせつ文書を判断する際に先例として扱われている³⁵⁾。

英米法では「傍論」とは説得的論拠に過ぎず、先例性を有しないものであった。しかし、わが国の場合は判例としての価値を見いだすこともできるといえるであろう。

(2) 傍論における憲法判断の問題

しかし、一方で傍論における憲法判断は問題

も含んでいる。すべての傍論が判例としての価値を有しているわけではない。とりわけ問題となるのは、②③の類型となる。

②の定住外国人地方参政権訴訟は、先例として扱われた裁判例が存在しない。外国人の人権に関して、リーディングケースとされているのは「マクリーン事件」³⁶⁾である。この判決以降、外国人の在留の自由、再入国の自由、選挙権や被選挙権または公務就任権などの権利に関しては、いずれも認められないとするのが最高裁判所の立場となっている。なぜ、①のように傍論といえども先例として採用されていないのか。それは、②は不要な憲法判断であり、判決理由の中で、論理的に矛盾が生じているからではないだろうか。

そこで、②の憲法判断不要型は前述の定住外国人地方参政権訴訟の判決内容を三分割(A, B, C)にしたが、明らかにBの部分の憲法判断は不要であった。このBがなくても判決として論理的に成り立つにもかかわらず憲法判断を行い、さらに論点になっていない外国人参政権付与への合憲性について憲法判断を下してしまっている。これは①の一般論的判断型とは明らかに異なる点といえるであろう。一般論的判断型は、確かに傍論部分がなくても判決として成立するという点においては共通しているが、しかし論点ではないことについて審査したわけではない。朝日訴訟における論点は生活保護給付金額が低く、これは憲法25条違反であることを争った。そして、原告が死亡したことにより訴訟は終了となったわけであるが、傍論においてそもそも生存権を用いて裁判できるのかという、生存権の性格について一般論的な憲法判断を行った。事件自体は結局のところ生存権を引き合いに出して裁判を行うことができるかということであった。そこで、訴訟自体は終了しても論点となっている生存権の裁判規範性などに関する憲法判断を下した。

³⁴⁾ 東京地判平成16年1月13日〔参照：<http://www.courts.go.jp>〕

³⁵⁾ 輸入禁制品該当通知取消等請求事件（平成20年2月19日民集第62巻2号445頁）などでも先例として引用された。

³⁶⁾ 最大判昭和53年10月4日民集32巻7号1223頁。

一方で②は「主論」の判断で十分であるにもかかわらず、「傍論」で余計な憲法判断をしてしまったところに特徴がある。つまり「主論」すなわちAの部分では「住民」は「日本国民」のことを指し、外国人に参政権を付与することは保障されていないとした。「傍論」すなわちBの部分では、地方参政権は立法によって外国人に参政権を付与することが禁止されていないとしている。

そもそも、この訴訟は日本に在住している外国人が選挙人名簿に登録するように、公職選挙法24条に基づき申し立てしたが却下された。これを不服として訴訟となった事例である。つまり、この訴訟は、あくまでも外国人に参政権を認めない地方自治法や公職選挙法の合憲性が争点であって、立法によって外国人に参政権を付与するかどうかについての合憲性は争点とされていないといえる。それにもかかわらず聞かれてもいない、あるいは論点とされていない事柄について判断し、その上でCの結論にたどり着いたので、AとBの理論的整合性に疑念を抱かせる判決といわざるを得ない³⁷⁾。

また、AとBとの理論的な展開について、Aの部分では学説でいうと禁止説になり、Bの部分は許容説になる。すなわち、これは内容的に前後矛盾しているといわざるをえない³⁸⁾。確かに、この判決が外国人に参政権が「保障されない」という場合、形式論理からすれば、これはBで述べられた「禁止」だけでなく「白紙状態」、つまり「禁止」まではしていないということも含み得るといえる。しかし、判決はAにおいて、選挙権が「権利の性質上日本国民のみ」を対象とし、「外国人には及ばない」とした。さらに憲法93条2項の「住民」とは「日本国民」を意味し、「右規定は、我が国に在留する外国人に対して…選挙の権利を保障したものである」というこ

とはできない」としている。つまりAの部分においては、地方レベルも含めて、選挙権が権利の性質上、あくまで日本国民のみに認められた固有の権利であるとしている。しかし、Aで選挙権の性質を日本国民に限定しておきながら、Bでは「法律によって永住者等に地方参政権を付与することは憲法上禁止されていない」としているのは、矛盾といえるであろう³⁹⁾。このようにみると、Bの部分は判例の論理的流れとして、排除したとしてもAとCで論理的に一貫しており、Bがなくても事件解決に何等支障をきたさない。したがって、Bは「傍論」となり、さらにいえば不要な憲法判断であったといえることができるであろう。

さらに①と違い、論点ではない参政権付与については立法政策であると判断しており、①のようにいわば事件に関連した中での憲法判断ではなく、事件をきっかけにして不必要な憲法判断をしたと見るができる。したがって、①は矛盾が生じているわけではなく、また完全に不要な判断とは言い切れない点において②とは異なる。

③のねじれ判決型は下級裁判所の段階で憲法判断が行われ、主文の内容とまた主論とねじれた現象を起こしていることが問題となった。つまり、主文の結論並びに②と同様に矛盾した論理展開をした「傍論」が生じてしまっている事例である。そして、とりわけ問題なのは、③は憲法81条を前提とする審級制度を崩壊させるおそれのある類型である。つまり、下級裁判所の違憲審査は、最高裁判所で最終判断を受ける途が開かれていることを前提に認められているにもかかわらず、自らその途を閉ざすことが可能となっている。これはわが国の違憲審査制そのものを崩壊させかねない類型である⁴⁰⁾。

この類型の代表例としての仙台、大阪、福岡での靖国参拝訴訟では、首相による靖国神社参

³⁷⁾ 青柳幸一「憲法判決における『主論』」『筑波ロー・ジャーナル』創刊号（平成19年）17頁。

³⁸⁾ 百地章「在日外国人への参政権付与は違憲」『月刊自由民主』556号（平成11年）41頁。

³⁹⁾ 百地章『憲法の常識常識の憲法』（文春新書、平成17年）158頁。

⁴⁰⁾ 百地、前掲書116頁。

拝行為についての事実を判断する際に憲法判断を行っている。またその憲法判断は主文と論理的にねじれ現象を生じさせてしまっている。つまり、③は事実を認定する際、違憲と主張された憲法判断を含む論点については肯定し、そのほかの事実の要件を否定した上で請求を棄却している類型である。

例えば、福岡地方裁判所での靖国参拝訴訟では、内閣総理大臣の靖国神社参拝は政教分離違反であり、原告らの信教の自由や宗教的人格権などの諸権利を侵害していることから、精神的損害を被ったとして訴えた国家賠償であった。この訴訟は「主文」において原告の請求を棄却している。この主文を導く「理由」を分割してみると、I 事実認定を行い、靖国参拝が国家賠償法1条1項にいう「職務を行うこと」に該当するかについて、「本件参拝は、行為の外形において内閣総理大臣の職務の執行と認め得るものというべきであり」、該当するとした。そして本件参拝の違憲性については、この事実認定に基づき「目的・効果基準」を用いて、靖国神社への戦没者慰霊という宗教的意義を目的とし、「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」ので、憲法20条3項に反するとした。II 原告の主張する権利（宗教的人格権など）は認められず、精神的苦痛は「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「相当に強度のものとは認め得るものの」、賠償の対象となるような法的利益の侵害があったものということではできないので、不法行為の成立を認めることはできない。III 以上のことから、「本件請求は、いずれも理由がないから、これを棄却することとし、主文のとおり判決する」とした。Iにおける憲法判断は後のII IIIと論理的整合性がない。つまり憲法違反の行為があったにもかかわらず、法的利益の侵害はないとする点において「ねじれた」状態となっている。この場合、Iにおける憲法判断は論理的にどのような意味を持つ

か。そもそも法的利益に侵害がないとするならば、その前提となる国家賠償の対象である公権力の行使が憲法に違反する違法行為であるという必要はない。憲法判断しなければ、この判決の論理が通り、訴訟は終了する。この憲法判断が結局主文の結論を導くのに必要のないもの、あるいは違憲であるが、意味ある判断とはいえない以上、「傍論」と呼べる⁴¹⁾。

もしIを「主論」として認めるならば、IIにおいて原告の諸権利を認めた上で、権利侵害を認定し、IIIで原告の請求を認めなければならぬ。このようにするならばI~IIIまで論理が通り、「主論」として扱われる。この判決を「ねじれ判決」というが、その他の「ねじれ判決」についても原稿の関係上詳しい言及は避けるが、福岡地裁のような形態で判決がなされている。

また、そもそも③は他の類型と違い下級裁判所での判決である。つまり、基本的にわが国で先例として扱われる判例は、「傍論」であろうと最高裁判所の判決である。①②はいずれも最高裁判所判決であり、まずわが国で先例となるには最高裁判所判決でなければならない。そして、③の判決は、違憲と判断した行為による権利侵害はないとした点が問題であると指摘した⁴²⁾。通常ならば、憲法に違反するような行為である以上、原告の権利を侵害するのが当然である。しかし、権利侵害は発生していないにもかかわらず、下級裁判所があえて憲法判断を行った結果、ねじれ現象を生じさせてしまったといえる。それゆえに、「傍論」での判断が主文の結論あるいは判決理由における主論とねじれ現象を起こしているため、論理的にも矛盾を生じさせている。

このことから基本的に下級裁判所における

⁴¹⁾ 百地章『憲法と日本の再生』（成文堂、平成21年）32頁～34頁。戸松『前掲書』358頁。

⁴²⁾ 百地、前掲書32頁以下。拙稿「付随的審査制における判決方法—下級裁判所による違憲判断について—」『憲法研究』41号（平成21年）53頁以下。

③のような憲法判断は、必要のない事実認定になる以上「傍論」という扱いを受ける。下級裁判所といえども審査権を有するが、とりわけ事実審といわれている下級裁判所での憲法問題を含んだ事実認定は、その認定にとって必要不可欠なものであって、直接主文に根拠を与えるものでなければならない。このように解するならば、事実審となる下級裁判所での違憲審査は基本的に傍論における憲法判断は存在してはならないというべきではないだろうか。

この「ねじれ判決」では、被告の国からすれば、裁判には勝ったものの、公務員の行為が違憲とされて、原告からすればそもそも裁判を起す理由が賠償請求ではなく、それを口実にして靖国参拝という行為が憲法に違反するかしんないかの判断を求めた訴訟であるため、参拝行為が憲法違反とされれば原告は満足となる。そうすると原告は上訴することなく、また勝訴した被告は上訴できないため、このような訴訟は最高裁判所における違憲審査の最終判断を受けることなく下級裁判所で違憲審査が終了してしまう。③のねじれ判決型は、憲法81条を前提とする審級制度の観点から許されるべきものではない。

以上のように、②③の類型における傍論での憲法判断は判例としての価値を見出すことができないといえよう。①のようなあくまで最高裁判所の判決の流れに沿っている形態の場合、また主文や判決理由に関連した論点について憲法判断している場合には、傍論といえども判例としての価値が見いだすことができるのではないだろうか。論理的に矛盾等を生じさせていたり、また下級裁判所における事実判断の段階で主文の結論を導くことと関連性はなく、いわゆるねじれ現象を生じさせているような「傍論」での判断は、そもそもその価値を見出し難いといえるであろう。

(3) 傍論判断不要論

このようなことから、傍論に否定的な見解も

ある。①の類型ですら必要のない憲法判断とする見解である⁴³⁾。傍論が伴う判決を「蛇足判決」と呼び、裁判所の越権行為としている⁴⁴⁾。この見解は、裁判所はあくまで事件の解決をする機関であり、裁判所がその目的を超えて将来起こるであろう類似の事件の解決基準を示すことは、本来法律で制定したものが裁判の基準となることができるはずであるので、越権行為に当たるとしている⁴⁵⁾。

確かに、付随的審査制であるので、違憲審査そのものが直接の目的ではなく、具体的事件の解決が直接の目的となる以上、憲法判断はその具体的事件の解決という目的達成のために行われる。またその必要な限りにおいて行われる手段であると解することができる。これを「必要性の原則」と呼び、これに基づいてルール化されたのが「憲法判断回避の準則」である。「憲法判断回避の準則」はアメリカの判例において形成されてきた理論である。わが国も最高裁判所が刑訴応急措置法事件⁴⁶⁾において憲法81条について「米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもって規定した」と判示しているように、アメリカの制度に倣っている以上、この準則を否定すべきではなく実際に憲法判断を避けている事例も存在する⁴⁷⁾。このよう

⁴³⁾ 井上、前掲書155頁以下。

⁴⁴⁾ 井上『司法は腐り人権・減ぶ』（講談社現代新書、平成19年）前掲書16～17頁。

⁴⁵⁾ 同書16頁。

⁴⁶⁾ 最大判昭和23年7月8日刑集2巻8号801頁。

⁴⁷⁾ 憲法判断の回避の方法として、憲法判断そのものを回避する方法と法律の違憲判断を回避するという合憲限定解釈という方法の2つがある。前者は前述のように憲法問題に言及しなくても法的解決のできる場合である。例えば恵庭事件第1審判決（札幌地判昭和42年3月39日刑集9巻3号359頁）がこれである。この事件では被告人の行為が無罪となり、事件が解決してしまったためその法律の合憲性を判断する必要がないとされた。後者については文面通りに解釈すると違憲になる可能性がある法文の意味を限定的に解釈して、違憲となる可能性を排除する方法をいう。例えば、広島市暴走族追放条例事件（最三判平成19年9月18日刑集61巻6号601頁）がこれである。暴走族追放条例の規定

な観点で見ると、傍論での憲法判断などは不要でありむしろ裁判所としては権限外のことを行使することになり、場合によっては越権行為といわれてもおかしくはない。このように解すると傍論での判断はいかなる場合でも不要である。

しかし、芦部教授は「憲法判断回避の準則」を「絶対的なルールとして主張すると、違憲審査制の憲法保障機能に反するが生じる」として、「裁判所は、事件の重大性や違憲状態の程度、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等を総合的に考慮し、十分理由があると判断した場合は、回避のルールによらず、憲法判断に踏み切ることができる」と解する⁴⁸⁾としておられる。つまり、「憲法判断回避の準則」を否定すべきではなく、最高裁判所をはじめとした裁判所には事件解決に必要な憲法判断を極力回避すべきということを前提に、しかし違憲状態の程度などの諸事情が十分理由があると判断した場合は、回避の準則に束縛されずに憲法判断に踏み切るべきでということである。これは、違憲審査制の特徴の1つである憲法保障機能を発揮させるためのものであると解することができる。ただ、これをそのまま受け取ってしまうと③ぬじれ判決型を容認することになってしまう。そこで最高裁判所の終審性という観点から、最高裁判所での「傍論における憲法判断」については芦部教授のいうように必要に応じて準則に束縛される必要がないと解することができる。

5. おわりに

以上のように、憲法判例における「傍論」の存在について若干の考察を加えてきた。わが国

は付随的審査制であり、英米法の影響を強く受けた憲法である以上、判決理由が「主論」と「傍論」に分かれる。英米法では「傍論」は説得的論拠であり、先例として拘束性もないもので、裁判官の意見を述べる場所といえることができる。したがって、付随的審査制で行われる違憲審査というものは、通常は「主論における憲法判断」をいう。このことに関してもわが国も同様であるが、しかし一部の「傍論」判断、とりわけ憲法判断が先例として扱われている場合もある。この点が、英米法とは異なり、わが国の違憲審査制の特殊性ともいえるのではないだろうか。

つまり、わが国は最高裁判所を終審とする違憲審査制である以上、判例・解釈統一や「憲法の番人」として、終審裁判所として、事件解決とは関係ないが事件に関連した中で一般論的な判断を下すことは認められるのではないだろうか。これが「傍論」となるが、しかし終審裁判所としての最高裁判所の憲法判断であり、下級裁判所に対しては、一定の影響があるため、それを先例として扱う傾向がある。日本国憲法81条で最高裁判所が「終審裁判所」と明記されている以上、下級裁判所と同様に最高裁判所を扱うべきではない。最高裁判所の憲法判断は、下級裁判所のそれと違い一定の権威が存在し、これが先例としての価値を見出すことがある。

しかし、すべての「傍論における憲法判断」に判例としての価値があるとは限らない。「主論における憲法判断」と違い、その扱いには十分注意する必要があると思われる。

いくら最高裁判所の傍論における憲法判断であるとしても、そこに矛盾が生じているような特異なケースは、先例として扱われていないのが現状である。したがって、最高裁判所には終審裁判所である以上、傍論における憲法判断は慎重に審理し、「主文」やそれを導くための「主論」と矛盾することのないように努めなければならない。また下級裁判所の段階で最高裁判所のように事件解決とは関係ない憲法判断を下す

が何人にも適用されるかのように規定されていたが、「何人」を限定して解釈し、暴走族またはこれに類する集団についてのみ適用されるとして合憲限定解釈を行った。

⁴⁸⁾ 芦部、前掲書364頁。

のは控えるべきである。とりわけ主文と判決理由との間にねじれ現象を起こしているような傍論は憲法81条に反する恐れもある。

「傍論における憲法判断」は、わが国の場合最高裁判所に限って一定の価値を有する場合が

あるといえるが、他方で下級裁判所あるいは最高裁判所といえども「傍論」において好き勝手な内容を述べるところではないといえるのではないだろうか。