

**特定秘密保護法は違憲・無効である旨の宣言判決を求める訴えが退けられた事例**

【文 献 種 別】 判決／東京高等裁判所

【裁判年月日】 平成 28 年 9 月 7 日

【事 件 番 号】 平成 28 年（行コ）第 126 号

【事 件 名】 違憲行為差止請求控訴事件

【裁 判 結 果】 控訴棄却

【参 照 法 令】 行政事件訴訟法、国家賠償法 1 条 1 項、裁判所法 3 条 1 項

【掲 載 誌】 判例集未登載

LEX/DB 文献番号 25543799

**事実の概要**

本件は、弁護士である原告が①特定秘密保護法の違憲無効の確認（宣言判決請求訴訟）、②特定秘密保護法の施行によって「具体的弁護権」が侵害されたとして国賠法 1 条 1 項に基づく慰謝料の支払い、を求めた訴訟の控訴審判決である。一審の静岡地裁判決（静岡地判平 28・2・25（平 26（行ウ）2 号））は①については法律上の争訟に該当しないとして却下、②については具体的弁護権が憲法ないし法律上保障されていないなどとして棄却した。本件判決は一審の判決を維持し、控訴を棄却した。

**判決の要旨****1 本案前の争点（本件無効確認の訴えは適法か）について**

「原告は、本件無効確認の訴えは、無名抗告訴訟（宣言判決請求訴訟）ないし民事訴訟として適法であると主張する。……裁判所法 3 条 1 項という『法律上の争訟』として裁判所の審判の対象となるのは、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に限られ……具体的な紛争を離れて裁判所に対して抽象的に法令が憲法に適合するかしないかの判断を求めることはできない」。

原告は、弁護士には「具体的弁護権」が保障されているとした上で、その行使が特定秘密保護法の刑罰規定に抵触することから、具体的弁護権が

侵害されていると主張する。しかし判決は、「未だ、原告に対する刑罰の適用可能性が具体的になっているということはできず、原告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に至っているということはできない」とする。また、特定秘密保護法の「内容及び仕組みをみても、刑事訴追等の不利益処分を経ずに特定の個人の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に直接の影響を及ぼす規定が含まれているということはできない。とするならば、原告は……不利益処分が原告に対して適用される一般的な可能性を主張しているに過ぎず、具体的な紛争を離れて裁判所に対して抽象的に本件法が憲法に違反するかしないかの判断を求めていると解するほかない」。

**2 本案の争点（国家賠償請求）について**

「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に……国賠法 1 条 1 項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」。

「原告は、上記のとおり、弁護士には、個々の依頼人の存在を離れた立場において、憲法上及び弁護士法上具体的弁護権が保障されており、本件法は原告の具体的弁護権を侵害していると主張している」。しかし「原告の主張する根拠によって

具体的弁護権が保障されているということとはできず、その他、憲法上及び弁護士法上、個々の依頼人の存在を離れた立場において、具体的弁護権が保障されていることを認めるに足りる根拠は見当たらない」。

原告は、本件法が平和主義及び国民主権に反することに加え、基本的人権（プライバシー権・報道の自由・表現の自由・学問の自由・罪刑法定主義・適正手続の保障）を侵害するとして憲法違反を主張したが、いずれの主張も「本件法により、原告にどのような権利ないし利益の侵害が具体的に生じているかは明らかとなつて」おらず、「本件法が原告に憲法上保障されている権利ないし利益を違法に侵害することが明白であると認めることはできない」として退けられた。

## 判例の解説

本件は、外務省秘密電文漏洩事件の被告人であった西山元記者による国家賠償請求訴訟を担当した弁護士によって特定秘密保護法の合憲性が争われた訴訟の控訴審判決である。本件判決の判断は控訴審における補足的主張に関する箇所を除く大部分を一審判決から引用しており、判断の実質は一審とほぼ変わりがない。本件判決の判断枠組みは、無効確認の訴えについては法律上の争訟性を満たしているか否か、国家賠償請求については具体的な侵害を示しているか、という点にあった。後述するところのいわゆる宣言判決請求訴訟や、立法に対する国家賠償請求などの論争的な争点が提示されたものの、判決はそれらの詳細には踏み込まずに「前提論」の段階で訴えを退けている。以下では、特に本件無効確認の訴え（宣言判決請求訴訟）について、司法権ないし裁判所法3条との関連から解説していきたい。

### 一 法律上の争訟と主観訴訟

わが国の司法権理解は、やや複雑な様相を呈している。まず憲法76条で定められている司法権は、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用<sup>1)</sup>」と定義され、学説・判例上広く受け入れられている。この定義から、司法権の及ぶ対象が「具体的争訟」であることを読み取ることができる。では、

具体的争訟とはどのような概念なのだろうか。ここで参照されるのが裁判所法3条である。裁判所法3条は憲法76条を具体化した条文であるが、そこでは裁判所の権限は「法律上の争訟」に及ぶとされている。そして「法律上の争訟」の要件については判例上確立しており、教育勅語失効確認国会決議取消請求事件最高裁判決（最判昭28・11・17行集4巻11号2760頁）において示された「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」「法律の適用によつて終局的に解決し得べきもの」という定式が今日に至るまで一貫して用いられている。

本件無効確認の訴えは「無名抗告訴訟」として提起されたが、抗告訴訟はいわゆる主観訴訟に分類される。そして主観訴訟は司法権に含まれる、言い換えれば「法律上の争訟」の要件を満たした訴訟である<sup>2)</sup>。このように、主観訴訟としての要件を満たすか否かについての判断は「法律上の争訟」として成立していることを前提とした、いわばその「先」の論点である。

本件に即してみても、まず原告は「具体的弁護権」を主張した。すなわち、弁護士には依頼人の有無とは関係なく、独自に社会正義のために調査や公表をする権利があるとし、具体的な内容については国家権力の暴走や脱法を防ぐための調査・公表を行う権利であるとされる<sup>3)</sup>。その上で「何が特定秘密に指定されているか分からない状況の中で、弁護士が特定秘密を調査しようとして関係機関の担当者に接触すると共謀罪、教唆罪、扇動罪……に問われたり、過失犯……として逮捕勾留起訴されたりするおそれがあり、また、弁護士が……事務所のホームページ等で内部告発を求める行為について、教唆罪等……を適用されるおそれがある」旨を主張し、刑罰による具体的弁護権の侵害を主張したのである。そして特定秘密保護法の違憲・無効を確認するところの宣言判決を求めたが、判決は「具体的な紛争を離れて裁判所に対して抽象的に本件法が憲法に違反するかしんかの判断を求めていると解するほかな」く、「原告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ということとはできないから、裁判所法3条1項の『法律上の訴訟』ということとはでき」ないとして本案に入らず、宣言的判決請求訴訟をめぐる詳細に立ち入らなかった所以である。

では、原告の主張した宣言判決請求訴訟とはどのようなものなのだろうか。以下、アメリカを参照しつつ検討したい。

## 二 宣言判決請求訴訟と司法権

本件原告の主張する宣言判決請求訴訟とは「法律が違憲であること、あるいは、違憲の法律に基づいた処分が無効であることを宣言した判決を下すように求める訴訟であ<sup>4)</sup>」る。原告は先例を挙げ<sup>5)</sup>、「事前の救済を認めないことを著しく不相当とする特段の事情がある場合」には無名抗告訴訟として宣言判決請求訴訟が認められる旨を主張する<sup>6)</sup>。宣言判決請求訴訟が認められるか否か、そしてその要件については本件に先立って判決の下されたフリージャーナリストらが特定秘密保護法の無効確認等を求めた事例（東京高判平 28・4・26（平 27（行コ）445 号）<sup>7)</sup> が踏み込んだ判断を示している。すなわち「立法作用に属する法令の制定行為自体の違法を訴訟物とする訴訟であっても……具体的な紛争を前提として提起された場合においては、当該制定行為が、他に行政庁の処分を待つことなく特定の法律効果を直接的に発生させるものであり、かつ、限られた特定の者らに対して、その者らが法令の規定に従って従来から有していた一定の法的地位を奪う結果を生じさせるなどの事情があって……適法性を争い得るとすることに合理性があると認められるのであれば……法律上の争訟として、法律無効確認の抗告訴訟を適法に提起できるとされ」うとする<sup>8)</sup>。もっとも、先述の通り本件判決ではその「前段階」で訴えが退けられており、これらの諸点についての判断は示されていない。

ここで、原告が主張の中で言及しているアメリカのあり方を参照したい。宣言判決請求訴訟はアメリカの連邦レベルでは 1934 年に立法化され、判例上も確立されている。宣言判決請求訴訟では執行行為が開始される前段階で法令について憲法判断を求めることが可能なため、いわゆる抽象的審査との近似性が指摘される<sup>9)</sup>。通常の訴訟が「事後的救済」であることにに対し、いわば「事前救済」であるという点に最大の特徴が求められよう。

アメリカにおいても司法権が発動するためには一定の要件を満たすことが憲法上の要請とされている。その要件がいわゆる「事件・争訟性 (case

or controversy)」とされるものであり、判例上「事実上の侵害」の存在を示すことがその要件の一つとされている<sup>10)</sup>。そして「事実上の侵害」を満たすための要件はさらに具体化されており、①法的に保護された利益への、②具体的かつ個別的な、③推測的なものや仮想的なものではない、現実の、もしくは差し迫った侵害、であることが求められている<sup>11)</sup>。これはあくまでも憲法上の要請とされているため、立法によって覆すことはできない。アメリカにおいては日本における「客観訴訟」に極めて近接した事例も見られるが、それらも理論上は憲法上の「事件・争訟性」の枠組みの中でなされおり<sup>12)</sup>、原告個人の権利義務関係との直接的なつながりを示すことが求められている。宣言判決請求訴訟もその枠組みの中に置かれており<sup>13)</sup>、日本に引きつけた言い方をすれば、あくまでも「主観訴訟」として位置付けられるのである<sup>14)</sup>。この点は、本件原告が無名抗告訴訟として位置付けているところと軌を一にしているといえよう。

日本においても、警察予備隊訴訟判決（最大判昭 27・10・8 民集 6 巻 9 号 783 頁）以来、いわゆる付随的審査制を採っていると解されている。そして、司法権が発動するためには一定の要件を満たさなくてはならない。宣言判決請求訴訟の場合であっても例外ではなく、「法律上の争訟」性を満たすことはたとえ宣言判決請求訴訟であっても避けては通れないのである。

では、原告の主張はどのような点で法律上の争訟性を満たさないとされたのだろうか。以下、「成熟性」に注目して見ていきたい。

## 三 原告の主張と法律上の争訟

法律上の争訟の要件については先述したように判例によって確立されているが、渋谷教授はその第一要件<sup>15)</sup>を具体性・対立性・権利義務という三つの要件に分けている<sup>16)</sup>。そのうち、本件との関係で注目されるのが「具体性」である。同教授は具体性について、抽象性との対比からの具体性と、一般性との対比からの、個別性という意味での具体性、という二側面を指摘する<sup>17)</sup>。特に前者は紛争の「成熟性」として把握されるが<sup>18)</sup>、本件との関連で参照されるのがこの「成熟性」である。成熟性とは訴訟を時間軸の上から把握し、

紛争が司法判断を下すには時期尚早であり、具体的な紛争に至っていない場合には裁判所は取り上げることができない、とする原理である<sup>19)</sup>。判断基準については「直接に私人の具体的な権利義務ないし法律上の利益に法律の変動を引き起こすか否か<sup>20)</sup>」との指摘がなされている。

原告は具体的弁護権が保障されていることを前提として、刑罰による具体的弁護権の侵害を主張していた。いわば「法令違反による不利益を冒すか、主観的には権利と考えられる行為を諦めるかのジレンマ」に陥るとの主張である。これに対し本件判決は判決の要旨1で示したように、原告の主張は「不利益処分が原告に対して適用される一般的な可能性を主張」するものに過ぎないとする。すなわち、刑罰などの不利益を受けるおそれが「現実化」していないと判断したものである。この点については、先述のフリージャーナリストらが特定秘密保護法の無効確認等を求めた事例が「同法に規定されている不利益処分等（刑事訴追等）が原告らに対して現実的に発動されている等の状況を前提とするものではなく……」と述べていることが注目されよう。

紛争を時間軸上で捉えた場合、どの段階をもって「成熟」したと見るのかについては、常に事案に即した判断が求められる。刑罰規定によって自身が「権利」と考える行為を行うことで多大なリスクを負う旨を主張していたものの、そのような可能性が「一般的な可能性」とどまり「現実」のものでないのであれば、成熟性は認められない。他方、アメリカにおいては刑罰の存在に言及しつつ宣言判決を認めた例もあり<sup>21)</sup>、具体的な線引きの如何については議論の余地がありえよう。

# ●——注

- 1) 清宮四郎『法律学全集3 憲法I〔新版〕』（有斐閣、1971年）330頁。
- 2) このような日本の司法権をめぐる理解については、南野教授による「憲法76条の司法権＝具体的争訟＝裁判所法3条の法律上の争訟＝判例の定式」という整理が参照される。南野森「司法権の概念」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』（有斐閣、2009年）178頁。また、主観訴訟の位置付けをめぐることは亘理教授が「司法権＝法律上の争訟＝主観訴訟」と指摘するところである。亘理格「法律上の争訟と司法権の範囲」磯部力ほか『行政法の新構想Ⅲ 行政救済法』（有斐閣、2008年）4～5頁。これらの整理を統合することで「憲法76条の司法

権＝具体的争訟＝裁判所法3条の法律上の争訟＝判例の定式＝主観訴訟」という像が導かれよう。成瀬トーマス誠「安倍首相靖国参拝訴訟について」宗教法35号（2016年）9頁。

- 3) 国家賠償請求についての判断の中で、具体的弁護権は憲法上ないし法律上保障されていないとされている。
- 4) 戸松秀典『憲法訴訟〔第2版〕』（有斐閣、2008年）164頁。
- 5) 最一小判昭47・11・30民集26巻9号1746頁、及び最三小判平元・7・4判時1336号86頁。
- 6) 最一小判昭47・11・30民集26巻9号1746頁。なお、戸松教授も同様の見解を示すところである。戸松・前掲注4）165～168頁。
- 7) なお、同箇所は一番判決（東京地判平27・11・18（平26（行ウ）143号））からの引用である。
- 8) 同判決では宣言判決請求訴訟の成立の余地を認めつつも、原告の主張は法律上の争訟性を満たさないとして、裁判所法3条によって退けられている。
- 9) 宮原均「法令の憲法判断を求める当事者適格——アメリカにおける宣言判決と憲法三条の要件を中心に」東洋法学57巻3号（2014年）1頁。また戸松教授も、宣言判決請求訴訟について「規範統制訴訟ということもできる」と指摘する。戸松・前掲注4）165頁。
- 10) Lujan v. Defenders of Wildlife, 504 U.S. 555, 560-61 (1992).
- 11) *Id.* at 560.
- 12) 成瀬トーマス誠「アメリカにおける司法権の機能と構造」憲法研究46号（2014年）31～32頁。
- 13) アメリカにおいて、歴史的には宣言的判決は司法権には含まれないと解されており、宣言判決は憲法上の司法権に含まれないとする判例も出されていた。
- 14) アメリカには主観訴訟・客観訴訟の枠組みは見られないが、日本に引きつけてこのような表記をとった。
- 15) 「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」とするものを指す。
- 16) 渋谷秀樹『憲法訴訟要件論』（信山社、1994年）180～183頁。
- 17) 渋谷・前掲注16）180～182頁。
- 18) 渋谷・前掲注16）180頁。
- 19) 君塚正臣「成熟性・ムートネスの法理——『司法権』要件の動中静的要請」横浜国際社会科学研究所20巻4＝5＝6号（2016年）13頁。
- 20) 渋谷・前掲注16）196頁。
- 21) 事例の詳細については、宮原・前掲注9）11～12頁を参照のこと。

宮崎大学専任講師 成瀬トーマス誠