

平成28年(ワ)第159号 新安保法制違憲国家賠償請求事件

原告 〇〇〇〇 外117名

被告 国

平成29年(ワ)第135号 新安保法制違憲国家賠償請求事件

原告 〇〇〇〇 外92名

被告 国

## 準備書面(9)

(被告準備書面(1)・(2)への反論)

2018(平成30)年 月 日

長崎地方裁判所民事部合議A係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 吉田良尚

同 福崎博孝

同 青野悠

## 目次

第1 国家賠償法上の違法性の判断基準について.....	4
1 総説.....	4
(1) 被告の主張.....	4
(2) 原告の基本的立場.....	4
2 職務行為基準説について.....	8
(1) 被告の主張.....	8
(2) 国賠法上の違法性は厳密な行政法規違反に限定されるものではないこと	9
(3) 判例も国賠法1条の違法性を判断する際に相関関係を考慮していること	10
(4) 国賠法1条の違法性判断に当たり相関関係論を採用している判例....	17
(5) 国賠法2条の違法性判断においても相関関係論が採用されている....	20
3 立法不法行為の場面での違法性判断.....	21
4 結語.....	22
第2 「『平和的生存権』は、国賠法上保護される具体的権利ないし法的利益とはいえない」という被告の主張は正当でないこと.....	23
1 「平和的生存権」は具体的権利であること.....	23
2 「平和的生存権」の概念は精緻化・具体化されてきていること.....	26
3 国際社会でも「平和的生存権」を認める動きが進んでいること.....	28
4 被告は裁判所の違憲審査権の行使の在り方を不当に軽視していること....	29
第3 「人格権は国賠法上保護される権利ないし法的利益とは言えない」という被告の主張は、「人格権」に関する不当な理解に基づくこと.....	33
第4 憲法96条1項にいう「国民」が「『国家の主権者としての国民』という抽象的な位置づけ」にとどまるものではなく、憲法改正・決定権が「1人1人の国民」の具体的な権利であること.....	38
1 はじめに.....	38
2 主権者である国民による十分な議論と熟慮の機会と具体的な意思決定の機会	

の剝奪.....	38
3 憲法改正・決定権の主体は「具体的な国民」であること.....	39
4 「憲法条文自体を改正するもの」ではない旨の国の主張は「国の最高法規性」 （憲法98条）、「立憲主義」、「違憲審査制」を蔑ろにする不当な主張であること .....	43
5 憲法の内容を変えるために憲法改正手続きを経ず、違憲立法を制定する手法 は「憲法改正・決定権」を侵害するものであること.....	45
第5 結語.....	47

原告は、本準備書面において、被告の平成29年5月23日付準備書面（1）（以下「被告準備書面（1）」という。）における国家賠償法1条1項の違法性の判断基準のあり方に対して反論する（後記第1）。

さらに、被告は被告準備書面（1）及び平成29年9月15日付被告準備書面（2）（以下「被告準備書面（2）」という。）において、「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」の具体的権利性を否定することから、本準備書面では「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」の具体的権利性を否定する被告の立場が不当なものであることを主張し、これに反論する。

なお、本書面における略語等は、訴状の例による。

## 第1 国家賠償法上の違法性の判断基準について

### 1 総説

#### (1) 被告の主張

被告は、国家賠償法（以下「国賠法」という。）1条1項の違法性に関する原告の立場について誤解しているようなので、まずこの点を正しておきたい。

被告は、被告準備書面（1）の「第2 国賠法上の違法性は、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において判断されるものではないこと」において、「最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁以降の判例は『職務行為基準説』を採用しており、国賠法上の違法性は、権利ないし法律利益の侵害を前提として、公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反したか否かにより判断される」などと主張している。その上で、国賠法1条1項の違法性について、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において違法性が判断されるとする原告らの主張を失当であると論難する（被告準備書面（1）・第2・2項参照）。

しかし、これは「職務行為基準説」の概念を誤解し、かつ、判例実務が採用している国賠法の違法性判断の基本的な理解を誤るものである。以下、これらの理由について論ずる（なお、引用した判例等の下線は引用者による）。

#### (2) 原告の基本的立場

原告らの主張も、「職務行為基準説」を前提としたものであり、そのことと、国賠法の違法性判断において侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において違法性が判断されると考えること（以下、「相関関係論」という。）は相容れないものではない。その理由を述べる前に、国賠法の違法性に関する原告らの基本的な立場を確認し、新安保法制法制定行為が国賠法上の違法であるとする主張を確認しておく。

## ア 原告らが職務行為基準説を前提にしていること

原告らが「職務行為基準説」を前提としていることは、「原告準備書面(7)」13～15頁でも述べたとおりである。原告らは、「これまでの判例は、具体的な公権力の行使について国賠法1条1項にいう違法性があったか否かは、当該公権力の行使について、公権力の主体がその行使に際して遵守すべき行為規範又は職務義務に違反したか否かという基準によって判断され、このような義務に違反した場合に限って、当該公権力の行使に国家賠償法1条1項にいう違法性があると解すべきとする立場(いわゆる職務行為基準説)に立ってきたと思われる。最高裁大法廷平成27年12月16日判決(平成25年(オ)第1079号同27年12月16日最高裁大法廷判決・民集69巻8号2427頁、判例時報2284号20頁 以下では「平成27年判決」という。)においても、この考え方が維持されている。この基準を肯定した上で、国会議員による新安保法制法の立法行為が、国家賠償法1条1項の違法と判断されるか否かは、各国会議員の新安保法制法の立法過程における行動が遵守すべき行為規範又は原告らに対して負う職務上の法的義務に違反したかどうかによることになる」と主張した。

このように、原告らも国賠法1条1項の「違法性」の判断基準については「職務行為基準説」の立場に依拠している。その上で、新安保法制法を制定した被告の行為は国賠法上の違法の判断を免れないと主張するものである。

最高裁昭和60年判決は、「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あえて国会が当該立法を行うというごとき、容易に想定しがたいような例外的な場合でない限り、国家賠償法上1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものと言わざるを得ない」と判示している。以下、この判示部分を基準にして新安保法制法の違憲・違法性を検討する。

憲法9条1項では、「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠

実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する」とされている。しかし、こうした憲法上の規定に反して、2014年7月1日閣議決定では、「憲法の下で許容される『武力行使』」などという、「憲法の一義的な文言に違反」する判断がなされた。そして、そうした憲法違反の閣議決定の内容を具体化するものとして、2015年9月に「新安保法制法」が制定されたのである。

被告が、被告準備書面（1）の新安保法制法の概要の箇所（6～24頁）で主張しているように、新安保法制法は日本が直接武力攻撃を受けているわけでもないのに、「国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険」などとの口実を設け、自衛隊の海外での武力行使を可能にする法制となっている。改正PKO法や国際平和支援法に至っては、日本(人)の平和と安全のためですらないのに、世界中での武力行使を認める法制となっている。このように、世界中での武力行使を可能にする「新安保法制法」は、「武力による威嚇」、「武力の行使」、「戦争」を一切禁止した憲法9条に反する。つまり、新安保法制法制定という国家行為は、「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あえて国会が当該立法を行うというごとき、容易に想定しがたいような例外的な場合」なのであり、憲法99条が「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ」と規定する「憲法尊重擁護義務」に違反して法律を成立させたものであり、このような行為は、明確な「職務上の法的義務違反」に他ならない。

このことは、平成27年判決で示された「憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合という判断枠組みに照らしても、国会議員による新安保法制法の制定行為が、憲法9条の規定に違反するものであることが明白であり、先と同様に「憲法尊重擁護義務」に違反して法律を成立させたも

のであって、これは明確な「職務上の法的義務違反」である。

さらに、新安保法制法の制定過程をみても、歴代政府がとってきた憲法解釈を十分な説明もなく覆し、国民が納得するような立法事実を提示しての十分な審議もなされないまま、新安保法制法を強引に成立させたものであり、こうした行為は、明らかに国会議員として遵守すべき行為規範に違反し、憲法尊重擁護義務を負う国会議員の明確な「職務上の法的義務違反」であるといわざるをえない。これらは、内閣構成員である国務大臣の国会答弁などの行為にも該当する（原告準備書面（7）・15頁参照）。

以上のように、原告らは、職務行為基準説を前提にしながら、各国会議員および国務大臣の新安保法制法の立法過程における行動が、遵守すべき行為規範又は原告らに対して負う職務上の法的義務に違反したものであるから、国賠法上の違法性を認定できると主張するものである。

#### イ 被告による重大な権利・利益の侵害について

原告らが、原告準備書面（2）、（5）、（8）でより詳細に言及しているとおり、被告は、原告らの「平和的生存権」、「憲法決定・改正権」、「人格権」に対する重大な権利侵害を行った。被告は、原告が主張する平和的生存権、人格権及び憲法改正・決定権という権利自体が、そもそも法的保護の対象となる権利・利益ではないと主張するもののようであるが、本件においてこれらの権利・利益の侵害が違法なものであるかどうかは、上述した侵害行為の態様・程度と相関関係において判断されるべきものであり、ア・プリオリに原告主張の権利・利益に値しないという立論は成り立たない。このことは、原告準備書面（1）（第4・2項「法的保護利益に関する被告の主張の誤り」40～43頁）でも主張しているが、この原告らの主張は、国賠法1条1項の違法性判断に関する最高裁判所の「職務行為基準説」を前提とした上で、個別の国民に対する「権利ないし法的利益の侵害」の判断に関して述べたものである。

以上のように、原告らも「職務行為基準説」を前提として議論を展開しているところ、各国会議員および国務大臣は憲法違反の新安保法制法を成立させるという「職務上の法的義務違反」をおかしたこと、そして国民の「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」を極めて重大な程度まで侵害したものである以上、国賠法1条1項違反との評価を免れない。

## 2 職務行為基準説について

### (1) 被告の主張

次に、被告は、被告準備書面(1)26～27頁において、民法上の不法行為においてはいわゆる相関関係説が一般的に妥当していると言われていたのに対して、公権力の行使は、国民の権利に対する侵害を内包することが多く、いかに被侵害利益が強固なものであっても、法の定める一定の要件と手続の遵守の下でその侵害が行われたものである限り、これをもって違法とされるものではないし、また、侵害行為の態様から、国賠法上の権利ないし法的利益の侵害が基礎づけられるというものでもない。すなわち、国賠法1条1項の違法は、民法上の違法の徴憑である被害者の生命、財産等の権利、利益に対する侵害の観点ではなく、それに関与した公務員の行為が当該公務員に命じられた職務義務に違反するか否かが問われることになるのであると主張している。また、そうした理解のもとに、国賠法上の違法性判断は、個別の国民の権利ないし法的利益の侵害が存在することを前提とした上で、公務員が当該個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反したか否かにより判断されるものであり、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において違法性が判断されるとする原告らの主張を失当であると批判している。

そこで、原告らはまず、判例の職務行為基準説をどのように理解するべきかについて論じる。

## (2) 国賠法上の違法性は厳密な行政法規違反に限定されるものではないこと

国賠法の制定に関与された田中二郎博士（行政法学者、元最高裁判事）は、同法1条が定める賠償責任の要件としての違法性について、「ここに違法に他人に損害を加えることを要件としているが、ここで違法というのは、厳密な法規違反を指すのでなく、むしろ民法の『権利侵害』より広く、公序良俗違反とか不正とかを含め、その行為が客観的に正当性をもたないことを示し、ただその行為が客観的に正当性を持つ場合には、違法阻却を理由として賠償責任を否定する根拠たらしめようとするに過ぎぬと解すべきであろう。」（田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』（酒井書店、昭和29年）169頁）と論じられ、国賠法1条の違法性は、厳密な行政法規違反に限定されるものではないことを明確に述べている。

確かに、行政処分が違法に行われ、損害が生じたケースにおいては、行政法規違反の事実は違法性判断に際して重要な要素となる。しかし、行政法規の違反行為がただちに国賠法上の違法にリンクするわけではない。国賠法1条の違法性判断に当たっては、「公権力の行使が根拠法令を遵守したものであるかどうかは重要な要素であるが、それ以外にも、①結果ないし損害の重大性、②被害法益の種類・質・程度、③具体的な状況（とりわけ被害者側の事情）、④侵害行為の態様・性質などの諸要素を比較衡量して判断しなければならない」（大浜啓吉『行政裁判法』（岩波書店、2011年）406～407頁）のである。

例えば、4歳の幼児が3頭の野犬に咬殺された千葉県野犬幼児咬殺事件につき、千葉県犬取締条例に基づいて野犬を捕獲・掃討する権限を有する知事の権限不行使の違法性が問題となった事案において、控訴審の東京高等裁判所は権限不行使の違法性よりも権限不行使によって生じた結果の重大さを重く評価して、賠償義務を認めている（東京高等裁判所昭和52年11月17日判決高等裁判所民事判例集30巻4号431頁）。

藤田宙靖元最高裁判事は、上記千葉県野犬幼児咬殺事件控訴審判決を引用し

つつ、「法解釈論上被害者救済を拡大するための途として、先にも触れたように、国家賠償制度の指導理念を、違法な行政活動に対する権利救済という、『法律による行政の原理』を基盤とした考え方にではなく、むしろ、損害の公平負担という見地、行政活動に基づき生じる損害についての利害調整という見地に求めようとする動向が、一方では存在する（中略）。」「行政主体に広く賠償責任を認めるための、少なくとも一つのクッションとして、このような、“公平負担”“負担調整”という観点が、国家賠償法の解釈に持ち込まれることが少なくないのである。」（藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）556～557頁）と論じている。

このように、国賠法上の違法は、個別の根拠法規違反のみでなく、社会的相当性を欠く場合も含むとされている。そこで、行政活動に属する加害行為について、国賠法1条の違法性判断を行うに当たっては、個別実体法の適合要件などの解釈のほか、行政活動を規律する組織法や手続法等の他の実定法の適合性も問題となり得るほか、比例原則や平等原則など法の一般原則も違法判断として不可欠である。そして、このような違法判断の際、各法条の解釈や法の一般原則のあてはめにおいても、損害の程度が重要な要素とされているのである（佐藤英善編『実務判例 逐条国家賠償法』（平成20年、三協法規出版）57頁）。

### （3） 判例も国賠法1条の違法性を判断する際に相関関係を考慮していること

#### ア 平成25年3月26日最高裁第三小法廷判決の概要

一級建築士により構造計算書に偽装が行われていた建築物計画につき、建築主事による建築確認の違法性が問題となった事案において、平成25年3月26日最高裁第三小法廷判決・最高裁判所裁判集民事243号101頁（裁判所時報1576号8頁）は、国賠法上の違法性を否定した。

同判決の法廷意見においては、建築主事による建築確認の国賠法1条1項の違法性について、建築主事が職務上通常払うべき注意をもって申請書類の

記載を確認していればその記載から当該計画の建築基準関係規定への不適合を発見することができたにもかかわらずその注意を怠って漫然とその不適合を看過した結果当該確認を行ったと認められる場合に、国賠法1条1項の適用上違法となる旨判示している。

この法廷意見の判示部分は、国賠法1条の違法性判断に際して、建築主事の職務上の法的義務違反のみを問題にしているわけではない。実際には、加害公務員の注意義務の内容等を検討するに当たり、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係が考慮されていることは、以下で触れる寺田・大橋両裁判官の補足意見からも明らかである。

#### イ 同判決に付された寺田・大橋両裁判官の補足意見について

上掲平成25年3月26日最高裁第三小法廷判決に付された寺田逸郎裁判官及び大橋正春裁判官の補足意見は、国家賠償法1条の「違法に」の要件が立法当時の一般不法行為法において通説とされた違法性論（相関関係論）の影響を受けたことに触れた上で、「国家賠償法が一般不法行為法の特則として損害賠償の根拠とその要件を規定したものであるという位置付けからみれば、国家賠償法における責任を検討するに当たって一般不法行為法における違法性の判断枠組みが基盤としても意味をなさないこともまた考えにくい。」と述べる。

その上で、同補足意見は、過去の最高裁判例においても、国家賠償法1条の解釈につき、加害公務員の注意義務の内容・レベルを検討するに当たって被侵害利益の種類・性質が考慮されていることを、以下の通り、明確に述べている。

「国家賠償法の制定以前からの解釈論の進展を前提に、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係を中心として判断されてきた一般不法行為法上の『違法性』を、権利を含めた法律上保護された利益の侵害と客観的様相を深めた行為義務違反としての過失とを総合的に判断する契機とし

て捉えることができる」とすると、このような注意義務を総合的に判断する契機としての『違法性』の枠組みの中では、本来、基準に適合する建物であることを確保すべき義務を負っている建築士への委託者であり、建築主事の審査について申請人の立場にある建築主と基準に適合し損なった建築物によって被害を受けた第三者とでは被侵害利益の種類・性質において意味のある違いがあるから、賠償を求めるについての相手方行為者の注意義務の内容・レベルにおいて両者の間に差を見いだすことにさほど困難があるとも思えない（中略）。では、このことを国家賠償法の要件該当性を検討するに当たってどのように位置付けるか。

当審の裁判例においても、国家賠償法1条1項に基づく責任は『公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに』生ずると述べて、上記の意味での違法性を被害者との関係で捉える姿勢を一般論として示したものがあり（最高裁昭和53年（オ）第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁）、また、問題となった法の目的が賠償を請求する者の受けた損害の防止を目的とするものではないことを理由に賠償を否定するいくつかの裁判例（最高裁昭和61年（オ）第1152号平成元年11月24日第二小法廷判決・民集43巻10号1169頁、最高裁平成18年（受）第263号同20年4月15日第三小法廷判決・民集62巻5号1005頁等）においては、被侵害利益の性質が考慮されることによって上記の意味での違法性が否定されていると理解することができる。したがって、本質的には、国家賠償法の解釈においても、加害公務員の注意義務の内容・レベルを検討するに当たって被侵害利益の種類・性質を考慮することが肯定されると考えられ、それを一歩進めるならば、上記の被侵害利益を異にする場合の賠償請求におけるそれぞれの加害公務員側の注意義務の内容・レベルには違いがあるとするのも解釈として可能な範囲内にあるといえよう（以下

略)。」

#### ウ 公権力発動要件欠如説としての「職務行為基準説」が妥当する範囲

被告は、「国賠法上の違法性は、権利ないし法的利益の侵害を前提として、公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違反したか否かにより判断されること」として、最高裁判所昭和60年11月21日第一小法廷判決以降の各最高裁判決が「職務行為基準説」をとっていることは確立した判例の立場であるが如く述べている。

その上で、判例が採用していると主張する「職務行為基準説」の説明として「公権力の行使は、国民の権利に対する侵害を内包することが多く（生命刑や自由刑の執行がその典型である。）、いかに被侵害利益が強固なものであっても、法の定める一定の要件と手続の遵守の下でその侵害が行われたものである限り、これをもって違法とされるものでもないし、また、侵害行為の態様から、国賠法上の権利ないし法的利益の侵害が基礎づけられるというものでもない。」として、原告らの主張は失当である旨を縷々述べている（被告準備書面（1）25頁以下）。

しかしながら、国賠法1条の違法性判断に際して、侵害行為の態様や被侵害利益の内容を考慮すべきでないとする被告の主張は、刑事手続上の検察官や裁判官の職務行為の違法性が問題となった事案における「職務行為基準説」と、一般の行政処分についての「職務行為基準説」を混同する誤りに基づくものである。

最高裁は、いわゆる芦別事件において、無罪判決が確定した場合における捜査・訴追の国賠法上の違法性について、「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない」、「逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎり適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存

否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる」と判示した（最高裁判所第二小法廷昭和53年10月20日判決・最高裁判所民事判例集32巻7号1367頁）。

なお、この芦別事件最高裁判決の立場は、最高裁判所第一小法廷平成元年6月29日判決・最高裁判所民事判例集43巻6号664頁においても踏襲され、さらに、再審において無罪判決が確定した場合における検察官の公訴の提起・追行の違法性について、最高裁判所第二小法廷平成2年7月20日判決・最高裁判所民事判例集44巻5号938頁もかかる立場を踏襲している。

これらの判決は、「職務行為基準説」を採用したものと評価されているが、この場合のいわゆる「職務行為基準説」は、検察官の公訴提起・追行について、侵害行為の態様や被侵害利益の内容などについては考慮せずに、公訴の提起・追行などの公権力発動要件の欠如をもって違法とするのであるから、この場合の「職務行為基準説」は公権力発動要件欠如説である（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997）50～51頁、宇賀克也「国家賠償の課題—違法性論を中心として」ジュリスト1000号63～64頁）。この公権力発動要件欠如説としての「職務行為基準説」は、一般の行政処分に関する「職務行為基準説」といわれているものとは異なるものである。

宇賀克也教授は、芦別事件最高裁判決が採った立場が「職務行為基準説」と呼称されていることについて、以下の通り論評されている。

「そこでは、これまで通常の行政処分について採られてきた公権力発動要件欠如説が確認されたにすぎず、これに『職務行為基準説』という特別の名

称を付する必要はそもそもなかったのである。」

「そして、ここで『職務行為基準説』・結果違法説という言葉が使用されたことは、国家賠償法の違法性に関するその後の展開にとって遺憾であったといわざるをえない。なぜならば、逮捕→起訴→判決と至る一連のプロセスにおいて要求される心証が異なることが法システムとして認められている特殊な事例での用語法が、その特殊性が十分に認識されないまま、一般の行政処分にも持ち込まれたため、異なった意味で使われるようになり、用語法をめぐる錯綜した状況を産み出すことになったからである。」（宇賀克也『国家補償法』（有斐閣、1997）52頁）。

藤田宙靖元最高裁判事は、公権力発動要件欠如説としての「職務行為基準説」（藤田教授は「職務義務違反説」という用語を使用されている）について、「以上のような形での『職務義務違反説』は本来、少なくとも安易に一般の行政活動についてまで適用さるべきものではあるまい。『違法性』についてのこのような考え方は、せいぜい、職務執行に伴う私人の権利・利益侵害の危険が、いわば制度の構造上不可避的なものとして前提されていると考え得る場合に限って、その適用が考えられるべき筈なのであって、そのような特別の事情が無いにも拘らず、徒に行政活動の『違法性』の認定を避けるということは、先にも見たように『法律による行政の原理』の裏打ちとしての国家賠償制度の機能を重視する限り、理論的に一貫しないものと言わざるを得ないであろう。」と述べられる。その上で、最高裁が通常 of 行政行為一般についても「職務義務違反説」を採用している理由の一つとして、以下のような説明をされている。

「最高裁の究極の課題は、現に係属している個別的な事件において最も適正な紛争解決を行うことであって、相対立する法理論や学説の間でいずれか

に決着を付けること自体ではない(藤田『最高裁回想録』135頁以下参照)。そのような前提に立つ限り、従来の判例が採用して来た『理論』の変更は、それがなされない限り当該事件における最も適正な紛争解決を導き得ないという事情が無い場合には、当面必要としない、という選択も十分あり得る。そして、先に見たような理論的問題を内蔵しているにも拘らず、近時の最高裁判例が一貫して『職務上の義務違反説』を維持する結果となっているのも、少なくともその一面においては、このような意味において、それを変更する実質上の必要を見出して来なかったからであるということができよう。」

既に述べたように、平成25年3月26日最高裁第三小法廷判決・最高裁判所裁判集民事243号101頁の寺田・大橋両裁判官の補足意見は、国賠法1条の適用につき、加害公務員の注意義務の内容・レベルを検討するに当たって被侵害利益の種類・性質を考慮することを肯定している。判例実務も、一般の行政処分について「職務行為基準説」を採用しているとされているとはいえ、国賠法1条の違法性を判断する際に、それが明示的ではないとしても、実質的には、加害行為の態様や被侵害利益の種類・性質等を考慮しているのである(なお、下記(4)で触れる各裁判例、特に「ウ 大阪地判平成19年6月6日」及び「エ 宇都宮地判平成19年5月24日」を参照)。

被告国の上記主張は、職務執行に伴う私人の権利・利益侵害の危険が、制度の構造上不可避的なものとして前提されている刑事司法における検察官や裁判官の職務行為等に限って適用されている「公権力発動要件欠如説としての『職務行為基準説』を、「職務行為基準説」という用語に引きずられて、一般の行政処分についても妥当するものとの誤った認識の下、一般の行政処分についてもそれを適用しようというのであり、裁判実務が実質的に採用している違法性判断の基準(加害行為の態様や被侵害利益の種類・性質等を考慮するという考え方)を否定するものと言わざるを得ない。

#### (4) 国賠法1条の違法性判断に当たり相関関係論を採用している判例

裁判例においても、国賠法上の違法性を、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において判断していることを明示的に示しているものは少なくない。以下では、それらの裁判例を挙げる。

##### ア 大阪高等裁判所平成10年1月29日判決

いわゆる豊田商法国家賠償大阪訴訟においては、詐欺的商法を行う法人に対して行政庁が規制権限を行使しなかったことの違法性が争われた。

これに対して、大阪高等裁判所平成10年1月29日判決・税務訴訟資料230号271頁は、以下の通り判示した上で、規制権限の不行使につき国賠法1条の違法性は認められないとした。

「国賠法は実質的には民法の特別法と解すべきであって、国賠法1条1項の損害賠償責任の性質は、民法上の不法行為による損害賠償責任のそれと異なるものではないから、同条項の違法も民法709条の不法行為の成立要件である権利侵害、すなわち違法性と同様に、損害の公平な分担という観点から、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様の相関関係によって実質的に判断すべきであり、権限不行使の違法性の根拠となる作為義務も法令に規定がある場合に限らず、慣習や条理に基づくものも含むと解すべきである。」

一審の大阪地方裁判所平成5年10月6日判決・訟務月報40巻7号1385頁もほぼ同趣旨である。なお、この事件の上告審である最高裁判所第一小法廷平成14年9月26日判決・税務訴訟資料252号順号9205は、「原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、是認することができ、その過程に所論の違法はない。」とこの論理を肯定して上告を棄却している。

##### イ 京都地判昭和47年7月14日

風致地区の現状変更許可申請を前提とする事前相談形式の行政指導の違

法性が争点となった事案において、京都地判昭和47年7月14日判例時報691号57頁は、「加害行為が違法であるかどうかは、被侵害利益の種類・性質と、侵害行為の態様との相関関係から判断し、被侵害利益が強固なものでない場合には、侵害行為の不法性が大きくなければ、加害に違法性がないと解するのが相当である。」と判示している。

#### ウ 大阪地判平成19年6月6日

いわゆる大和都市管財国賠訴訟において、大阪地判平成19年6月6日判例時報1974号3頁は、違法性の判断基準につき以下の通り判示し、財務局長がなした抵当証券業者に対する更新登録は国賠法1条1項の適用上違法となるとした。

##### 「(1) いわゆる職務行為基準説について

国賠法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が職務を行うについて故意又は過失によって違法に他人に損害を加えたときは国又は公共団体が賠償責任を負う旨定めるが、上記の違法性は、公権力の行使に当たる公務員の行為（不作為を含む。）によって国民が被ったとする損害を填補する責任をだれに負わせるのが公平かという見地に立って総合判断した上で決すべきものである。したがって、違法な行政処分を理由とする国家賠償請求における違法性の存否も、当該行政処分に係る法的要件の存否に限らず、条理を含むそれ以外の諸種の要素をも考慮の対象とした上で、究極的には、公務員が当該行政処分を行ったことによって国民に損害を加えたことが法の許容するところであるかどうか、という見地からする行為規範違反性の判断に帰着すると解される。具体的には、当該行政処分の法的要件が充足されていなかったことのみならず、当該行政処分に係る権限を定めた法令の趣旨、目的やその権限の性質、当該行政処分自体及びそれに至る過程において行政庁の有する裁量の有無及びその広狭、侵害行為の態様及びその原因、並びに

侵害されたとする利益の種類、性質（殊に、被侵害者において当該不利益を回避することができたであろう可能性の高低）及びその侵害の程度等に照らし、当該行政処分を行う公務員が、それによって損害を受けたと主張する個別の国民との関係で、当該行政処分を行ってはならないという職務上の注意義務を負っていたにもかかわらず、その義務に違反して当該行政処分を行ったと評価することができる場合に、初めて当該行政処分の国賠法上の違法性が肯定できるというべきである。」

この裁判例は、明らかに、国賠法1条1項の違法性判断に際して、「当該行政処分の法的要件が充足されていなかったことのみならず」、「侵害行為の態様及びその原因、並びに侵害されたとする利益の種類、性質（殊に、被侵害者において当該不利益を回避することができたであろう可能性の高低）及びその侵害の程度等」を考慮すべきことを明言している。

#### エ 宇都宮地判平成19年5月24日

栃木県公安委員会による猟銃所持許可を受けた者が引き起こした殺傷事件について、同県の賠償責任が争点となった事件において、宇都宮地判平成19年5月24日判例時報1973号109頁は、所持許可処分にかかる職務行為の違法性の判断基準につき以下の通り判示した上で、同県の賠償責任を認めた。

「銃刀法は、殺傷を目的とする凶器である銃砲刀剣類及びこれらに類する物件を所持、使用することなどにより生ずる危険性に鑑み、その危害を予防し、国民の生活の安全を図ることを目的として、銃砲等の所持を一般的に禁止する等必要な規制を定めているものであるから、個々人の生命及び身体という個別的利益を保護する趣旨を含むと解され、銃刀法上の所持許可処分にかかる公務員の職務行為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうか

は、許可処分の法的要件充足性の有無のみならず、被侵害利益の種類、性質、侵害行為の態様及びその原因、当該処分の発動に対する被害者側の関与の有無、程度並びに損害の程度等諸般の事情を総合的に考慮して、当該公務員の当該処分に至る過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したか否かにより決すべきである。」

#### (5) 国賠法2条の違法性判断においても相関関係論が採用されている

なお、国賠法2条に関する事案であるが、大阪空港公害訴訟において、昭和56年12月16日最高裁大法廷判決・最高裁判所民事判例集35巻10号1369頁は、供用関連瑕疵（空港の供用に伴う騒音）が問題となった事案の違法性判断の基準について、以下の通り判示し、損害賠償請求を認容している。

「ところで、本件空港の供用のような国の行う公共事業が第三者に対する関係において違法な権利侵害ないし法益侵害となるかどうかを判断するにあたっては、上告人の主張するように、侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察してこれを決すべきものであることは、異論のないところであり、原審もまた、この見地に立つて考察を加えた結果前記の結論に到達したものと考えられる。」

この判決で、最高裁は下線で示したとおり、いわゆる相関関係論に立つて侵害行為の違法性を判断する枠組みを示し、その上で、本件空港の拡張やジェット機の就航、発着機の増加及び大型化等が周辺住民に及ぼすべき影響について慎重に調査し予測することなく、影響を防止、軽減すべき相当の対策をあらかじめ講じないまま拡張等を行ってきたという行為態様を考慮しながら、侵害

行為の違法性を認めている。

### 3 立法不法行為の場面での違法性判断

このように行政処分による国民の権利・利益の侵害については、国賠法上の違法性を判断する際に、判例も職務行為基準説を採用しつつ、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係を考慮していることは明らかであるが、立法不法行為の場合はどうであろうか。

立法不法行為の場合には、職務行為基準説を採用しつつも、より一層、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係を考慮するべきと考える。国会議員の立法行為は、検察官の公訴提起・追行などの公権力発動要件のように明確な要件の欠如が確認される場面は少なく、もともと広汎な立法裁量が許される場面も多い。よって、国会議員の職務義務違反という行為態様の違法性の質と量は、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様等を考慮しなければ、判断できないものといえるからである。国会議員が立法するに際してどのような職務義務すなわち職務上の法的義務としての注意義務を負っているのかは、そこで問題となっている立法内容によって異なってくるはずである。国民各人の具体的な権利や法的利益を侵害するような法律の場合には、相当慎重に立法内容を検討する注意義務があるといえる。さらに有識者から憲法の条規に反すると指摘されるような法律を制定する際にも、当然に慎重な検討が必要であるし、当該立法が憲法違反にはならないことを国民に説得的に説明する法的義務が生じているといえる。すなわち、国会議員の職務義務の内容・レベルは、当該立法行為によって生じる被侵害利益の種類・性質、侵害行為の態様などを考慮しなければ判断できない。なぜなら、国の立法行為は、検察官の公訴提起・追行などの公権力発動要件のように、明確な要件が予め法定されている訳ではないからである。

先の大阪地判平成19年6月6日判決になぞらえて、立法行為の違法性の判断枠組みを提示してみると、以下のように考えるべきである。

違法な立法行為を理由とする国家賠償請求における違法性の存否も、当該立法行為に係る法的要件の存否（定足数の遵守など）に限らず、条理を含むそれ以外の諸種の要素をも考慮の対象とした上で、究極的には、国会議員が当該立法行為を行ったことによって国民に損害を加えたことが法の許容するところであるかどうか、という見地からする行為規範違反性の判断に帰着すると解すべきである。具体的には、当該立法行為の法的要件が充足されていなかったことのみならず、当該立法行為に係る権限を定めた憲法の趣旨、目的やその権限の性質、当該立法行為自体及びそれに至る過程において国会の有する裁量の有無及びその広狭、侵害行為の態様及びその原因、並びに侵害されたとする利益の種類、性質（殊に、被侵害者において当該不利益を回避することができたであろう可能性の高低）及びその侵害の程度等に照らし、当該立法行為を行う国会議員が、それによって損害を受けたと主張する個別の国民との関係で、当該立法行為を行ってはないという職務上の注意義務を負っていたにもかかわらず、その義務に違反して、憲法の規定に違反することが明白な立法行為を行ったと評価することができる場合に、当該立法行為の国賠法上の違法性が肯定できるというべきである。

#### 4 結語

以上で論じてきたように、刑事司法における裁判官や検察官の職務行為等を除き、一般の行政処分については、その国賠法の違法性判断に際して、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様との相関関係が考慮されていることは明らかであり、「国賠法上の違法性は、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において判断されるものではない」との被告の主張は判例実務の基本的な理解を誤るものであり、失当である。

## 第2 「『平和的生存権』は、国賠法上保護される具体的権利ないし法的利益とはいえない」という被告の主張は正当でないこと

### 1 「平和的生存権」は具体的権利であること

被告は、「原告らのいう『平和的生存権』は、依然として概念そのものが抽象的かつ不明確というほかなく、裁判所の法的判断になじむ程度に具体的であるとは言えない曖昧なものである」とか、「『恐怖と欠乏から免れて平和のうちに生存』することは、平和主義の理念であるが、その具体的内容は不明と言わざるを得ないし、『平和な国と世界を作り出していくことができる核時代の自然権』なる言葉も、その内容は不明確である。したがって、原告らのいう『平和的生存権』は、損害賠償の対象となり得るような具体的な権利ないし法的利益と認められない」と主張する（被告準備書面（1）32～33頁）。

被告の立場は、「平和的生存権は抽象的かつ不明確」であり、裁判上の救済の対象となる「具体的権利ないし法的利益と認められない」旨で一貫している。被告のこうした主張は、戦争や武力行使の現実を直視しないことから生じる主張である。「平和的生存権」の権利性を正確に認識するためには、まずは具体的事実例に真摯に向き合うことが必要となる。

たとえば2016年11月、「新安保法制法」に基づく南スーダンへの自衛隊派遣が命じられた青森の地で、ある母親が「『わが子を戦場に送り出したい親がどこにいるか』と悲痛な声で語りました。隊員の息子を女手一つで育て上げました。息子は『経済的に大学は無理』とあきらめ、親に知らせず入隊しました。それを知って息子に、『大学に行かせられなくてごめんね』と泣いてわびました。『その息子がいつ戦場に行くのかと思うだけでも気が狂いそうです。安倍首相や自民党は親の気持ちが分からないのか。そんなに戦争がしたいのか』と絞り出すような声で憤」っていたという（しんぶん赤旗日曜版編集部『元自衛官が本気で反対する理由 安保法反対20人の声』（新日本出版社、2017年）87頁）。原告は原告準備書面（2）42頁ないし43頁において、「子どもを持つ父母や孫をもつ

祖父母は、自分の子どもが戦争に加担させられるのではないかと不安であり、世の中に役立つ人間に育てようと努力してきた自分の人生が無視されたようだなどと感じている」ことを「平和的生存権」侵害の一類型として提示した。本件訴訟でも、息子たちの将来を心配して原告となった者も存在するが、そうした親の気持ちを被告は「抽象的かつ不明確」と主張するつもりなのだろうか。

安倍政権による新安保法制法の制定に反対して、「安保関連法案に反対するママの会」が立ち上げられた。「安保関連法案に反対するママの会」の立ち上げに関わった鷹巣直美氏は、「個人的な話になりますが、2005年に結婚し、2006年に子どもが生まれました。いま、3歳と9歳の子どもがいます。子どもはどの子どもも本当にかわいいです。このかわいい、世界中の子どもたちをひどい目に合わせる戦争は絶対にしてはいけないと強く思うようになりました」と述べている（榎澤幸広・奥田喜道・飯島滋明編『これでいいのか！日本の民主主義 失言・名言から読み解く憲法』（現代人文社、2016年）105頁）。こうした思いを持つ鷹巣さんたち母親は、「だれの子どももころさせない」を合言葉にして「安保法制に反対するママの会」を立ち上げ、安保法制違憲の運動に積極的に関わった。単なる不安感だけからこのような反対運動のために会を立ち上げ、頻繁に行動に出たりするであろうか。自分たちの子どもがひどい目にあう具体的な危険を感じ、いても立ってもいられないからこそ、行動したのではないか。新安保法制法によって、具体的に自分の子どもが戦争の加害者・被害者になることへの切迫した恐怖から重大な精神的苦痛を感じたからこそ、このままではいけないと立ち上がったのである。自分の子ども、さらには世界中の子どもを戦争で不幸にさせないという母親たちの思いを、「法的保護に値しない」と被告は本当に主張するつもりなのであるだろうか。

また、ここで鷹巣さんの例を挙げると、鷹巣さんの祖母は日本の敗戦時には満州におり、朝鮮の平壤まで逃げた。敗戦と同時に軍や役人はすぐに逃げたので、朝鮮まで自力で逃げざるを得なくなったが、ソ連兵を警戒して男姿で移動し、途

中で靴がなくなったので裸足で逃げざるを得ず、足の痛みは終生とれることがなかったという。ソ連兵への恐怖から、鷹巣さんの祖母は男性の格好をして、昼夜の別なく逃げ続けたという。こうした悲惨な戦争経験から、鷹巣さんの祖母は「戦争は絶対にいけない」と言い続けた。亡くなる直前には、安倍首相の集団的自衛権行使容認に関するニュースが流れていたが、「戦争は絶対にいけない」と言い、息を引き取られた（榎澤幸広・奥田喜道・飯島滋明編『これでいいのか！日本の民主主義 失言・名言から読み解く憲法』（現代人文社、2016年）103頁）。

本件訴訟でも、上記の鷹巣さんの祖母と同じような悲惨な経験をした人（例えば、原告番号2-32熊江雅子）、原爆での被害を受けた多くの人たちは「平和の尊さ」を心底訴え続けていた。戦争のために悲惨な人生を送らざるを得ない状況に置かれた人にとって、戦争や武力行使を永久に放棄する、日本国憲法の平和主義は二度と悲惨な状況に置かれられないための心の拠り所であった。ところが世界中での武力行使を可能にする新安保法制を成立させることにより、戦争で悲惨な状況に置かれた人達の心の拠り所が破壊され、あるいは戦争時の恐怖を再び呼び起こされる事態が生じた。

軍や戦争によって危険にさらされない権利、あるいは恐怖心にさらされない権利が、憲法前文、憲法9条、憲法第3章の人権規定、とりわけ憲法13条を根拠とする「平和的生存権」である。その具体的内容については、「戦争と軍備および戦争準備によって破壊されたり、侵害ないし抑制されることなく、恐怖と欠乏を免れて平和のうちに生存し、又はそのように平和な国と世界を作り出してゆくことができる核時代の自然権の本質をもつ基本的権利」、「憲法9条に違反する国の行為、すなわち戦争の遂行、武力の行使等や、戦争の準備行為によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危険にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるような場合はもちろん、当該違法行為の差止請求や損害賠償等が認められる権利」、「憲法9条に反する法律を制定するなどして、

上記の事態に至るおそれが生じることにより苦痛を受ける場合の被害回復のためにも損害賠償請求等の方法により救済を求めることができる権利」と定義できる（原告準備書面（2）38頁）。

以上のような現実を前提とした上で、「平和的生存権」の権利性を考慮すれば、「漠然とした不安感を抱いたという域を出ない、原告らの主観的な感情」と切り捨てる被告側の対応は、軍事の何たるかを理解せず、現実には戦争や武力行使の恐怖におびえざるを得ない状況に置かれている多くの国民・市民の苦しみに目を閉ざす主張と言わざるを得ない。それこそ机上の言葉遊びに終始し、現実には目を向けないから「抽象的かつ不明確」などという主張を繰り返す被告の対応こそ、戦争に関わることを余儀なくされる市民の「平和的生存権」の内実を理解できない理由である。

## 2 「平和的生存権」の概念は精緻化・具体化されてきていること

被告は平和的生存権に関して、「裁判規範となるべき個々の国民の権利としての個別具体的な内容を確定することは困難であり、憲法前文を根拠として、個々の国民に対して平和的生存権という具体的権利ないし利益が保障されていると解することはできない」（被告準備書面（1）36頁）という。

こうした主張は、憲法学界における研究の進展や裁判所の判決の意義も直視しない主張である。

冷戦終了後、歴代政府はPKO協力法（1992年）、周辺事態法を中心とする「ガイドライン関連法」（1999年）、テロ対策特別措置法（2001年）、武力攻撃事態法を中心とする「有事関連三法」（2003年）、「国民保護法」を中心とする「有事関連七法」（2004年）、自衛隊の海外派遣を本来任務にした「改正自衛隊法」（2006年）、「海賊対処法」（2009年）、「新安保法制法」（2015年）など、自衛隊の海外派遣を正当化する法制や動きを加速させてきた。自衛隊の海外派兵を加速させる歴代政府に対して、憲法学界は憲法前文や憲法9条な

どの「平和主義」を空洞化するものと危惧し、平和主義の理論の研究がすすめられ、平和的生存権の内容も精緻化されてきた。

また、政府が自衛隊の海外派遣体制を加速させたことで、具体的な個人に対する「平和的生存権」への侵害も顕在化したことにより、裁判所でも「平和的生存権」の具体的権利性を認める判決が増加している。

平成20年4月17日、名古屋高裁判決は、「例えば憲法9条に違反する国の行為、すなわち戦争の遂行、武力の行使等や、戦争の準備行為等によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合には、・・・裁判所に対し当該違憲行為の差止請求や損害賠償請求等の方法により救済を求めることができる場合がある」のであり、「その限りでは平和的生存権に具体的権利性がある」と判示した。

平成21年2月24日には岡山地方裁判所が「平和的生存権は、・・・機能的には徴兵拒否権、良心的兵役拒否権、軍需労働拒絶権等の自由権的基本権として存在し、また、これらが具体的に侵害された場合等においては、不法行為における被侵害法益として適格性があり、損害賠償請求ができることも認められるべきである」と判示している。

刑罰法規の明確性に関する基準ではあるが「通常的判断能力を有する一般人の理解」（最大判昭和50年9月10日判決）からは、たとえば「戦争の遂行、武力の行使等や、戦争の準備行為等によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合」であるとか、「徴兵拒否権、良心的兵役拒否権、軍需労働拒絶権等」などは、決して意味内容が不明確であるとか裁判所で援用できないとは言えない。

「裁判規範となるべき個々の国民の権利としての個別具体的な内容を確定することは困難であり、憲法前文を根拠として、個々の国民に対して平和的生存権という具体的権利ないし利益が保障されていると解することはできない」などという主張は、歴代政府による海外派遣体制の強化と、そうした政策による個人への「平

和的生存権」侵害の顕在化、そうした顕在化を前提としての憲法学説における「平和的生存権」理論の精緻化、具体的権利性を認める裁判例の増加傾向を正確に認識していないと言わざるを得ない。

### 3 国際社会でも「平和的生存権」を認める動きが進んでいること

原告準備書面（2）35頁でも主張したように、2016年12月19日、「平和的生存権」と同じような内容を有する「平和への権利宣言」が国連総会で採択された。「平和への権利宣言」に関しては、国が本件訴訟で主張しているように、「平和概念が曖昧」であるとか、「司法上の権利となり得ない」旨の主張をして、「平和への権利宣言」に反対する国が存在した。しかし、イラク戦争のような戦争を再び起こさせないためとの目的を実現するために世界的な動きとなった「平和への権利」の国際法典化を目指す国々はこうした主張を支持せず、「平和への権利宣言」は、反対国34カ国、棄権19か国に対して、賛成が131カ国との圧倒的多数で国連総会で採択された。「平和概念が曖昧」であるとか「司法上の権利となり得ない」という見解が国連総会で支持されなかったという重みを日本政府は感じるべきである。国連総会における「平和への権利宣言」採択は、イラク戦争のような、国連憲章上違法な武力行使は「平和への権利」の侵害となることを明確にすべきという国際社会の多数意思の表明である。そして、「武力不行使原則」（国連憲章2条4項）を実効的なものにしようとする「平和への権利宣言」では、戦争や軍により生命や安全を脅かされない権利という中核の部分は明確なものと考えられている。「国際協調主義」を基本原理とする日本国憲法の下では、「平和」を権利とする国際社会の動きに対して背を向けるような言動をすることが適切でないことも念頭に置くべきである（なお、日本政府は、上記「平和への権利宣言」の採択に反対したばかりか、2017年7月採択にかかる核兵器禁止条約への参加を見送り、また、日本政府が主導して1994年から毎年提案している核兵器廃絶決議案の内容を後退させたが、そのことによって核軍縮や平和に対する日本

政府の姿勢が国際社会から批判にさらされている。)

#### 4 被告は裁判所の違憲審査権の行使の在り方を不当に軽視していること

被告は、たとえば名古屋高裁平成20年判決に関して、「被侵害利益が存在しないと判断した以上、他の権利発生要件である侵害行為に関する判断はする必要はなかったにもかかわらず、主文の結論に影響しないいわゆる『傍論』で『平和的生存権』の具体的権利性を肯定した上、自衛隊のイラク派遣は違憲であると判示し、被控訴人である国が上訴審における審査を受ける余地のない形で憲法判断をしたものであり、結論命題にあたるものではなく、また違憲判決の在り方として妥当を欠くものである」(被告準備書面(1)35頁)と述べている。この指摘は日本国憲法81条で裁判所の権限とされている「違憲審査制」の在り方を不当に軽視するものであり、正しくない。

平成27年の再婚禁止期間違憲判決に関して、原告準備書面(7)でも述べたように、加本牧子最高裁判所調査官は憲法判断の在り方に関して以下のような解説をしている(19頁)。

「本判決が、国家賠償請求については棄却すべきものとしつつ、あえて本件規定の憲法適合性に関する判断をしたことについては、国家賠償責任が否定される場合に前提問題として憲法判断を行うか回避するかについて、論理的には、憲法適合性に関する判断が違法性の有無の判断に先行すると考えられるところ、合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられているという立場に立ったものと解されよう。特に、憲法判断を責務とする最高裁の判決においては、憲法適合性につき各裁判官に多様な意見があり得る事件等について、仮に立法府にとって違憲であることが明白でないことを理由に国家賠償請求を棄却すべきものとする場合であっても、憲法判断についての各裁判官の意見を明示的に示すために上

記の必要性が認められることがあるものと考えられる」(ジュリスト1490号95頁)。

加本牧子最高裁判所調査官が指摘するように、国家賠償請求については棄却との結論に至るものであっても、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられている」との立場を最高裁判所が採用したものと評価できる。なお、この事件と同様に再婚禁止期間の合憲性が争われた事件において、最高裁平成7年12月5日第3小法廷判決(集民第177号243頁)は、以下のように判断して上告を棄却している。

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会ないし国会議員の立法行為(立法の不作为を含む。)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ように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところである(最高裁昭和53年(オ)第1240号同60年11月21日第1小法廷判決・民集39巻7号1512頁、最高裁昭和58年(オ)第1337号同62年6月26日第2小法廷判決・裁判集民事151号147頁。)

これを本件についてみると、上告人らは、再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法733条が憲法14条1項の一義的な文言に違反すると主張するが、合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法14条1項に違反するものではなく、民法733条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される以上、国会が民法733条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解

する余地のないことが明らかである。したがって、同条についての国会議員の立法行為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。」

この判決では、立法不法行為に関する最高裁昭和60年判決の判断枠組みを提示した上で、民法733条が憲法14条1項の一義的な文言に違反するものではないと判断している。ここでも原告の損害の有無ではなく、憲法判断を先行させているのである。

さらに、平成27年12月16日の夫婦同姓規定合憲判決（平成26年（オ）第1023号、民集69巻8号2586頁、判例時報2284号38頁）も、民法の規定が憲法24条などに違反するか否かの判断を先行して行い、その後に国家賠償法上の違法の評価を受けるか否かを判断していることについては、原告準備書面（7）16～17頁において述べたとおりである。

芦部信喜東京大学名誉教授も「憲法判断回避の準則」に関して、「むげに否定すべきではない」としつつも、「しかし、それ〔＝憲法判断回避の準則。引用者補足〕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場合が生じる。そこで、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判断し、十分な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」と解するのが、妥当であろう」と主張する（甲B32・芦部信喜、高橋和之補訂『憲法第6版』（岩波書店、2015年）381－382頁）。

最高裁判所も、たとえば「朝日訴訟」において「念のため」として、憲法25条の法的性質について「傍論」という形での憲法判断を示している。

「憲法尊重擁護義務」が課されており、「違憲審査権」の権限を付与されている裁判所としては、「当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮し」て、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が」と判断した場合には、違憲審査権の

行使に踏み切ることが憲法上の役割である。名古屋高裁平成20年判決に関して、「違憲判決の在り方として妥当を欠くものである」などという主張は、人権保障のみならず、憲法保障の役割も付与されている裁判所の役割を誤認していると言わざるを得ない。

いずれにしても、「被侵害利益が存在しないと判断した以上、他の権利発生要件である侵害行為に関する判断はする必要はなかったにもかかわらず、主文の結論に影響しないいわゆる『傍論』で『平和的生存権』の具体的権利性を肯定した上、自衛隊のイラク派遣は違憲であると判示し、被控訴人である国が上訴審における審査を受ける余地のない形で憲法判断をしたものであり、結論命題にあたるものではなく、また違憲判決の在り方として妥当を欠くものである」などと、名古屋高裁平成20年判決に関して、それこそ必要もない執拗な裁判批判をする政府の対応は、「権力分立」が近代法の基本原理とされていること、「法の支配」を実践する裁判所の役割を軽視すると言わざるを得ない。

本訴訟においても、加本牧子最高裁判所調査官が指摘するところの「当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮し」て、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が」と判断し、裁判所が違憲審査権の行使に踏み切るべき場合であることは、原告らがこれまでの準備書面で繰り返し主張しているところであり、この点は強調しすぎることはないと考えている。

**第3 「人格権は国賠法上保護される権利ないし法的利益とは言えない」という被告の主張は、「人格権」に関する不当な理解に基づくこと**

- 1 被告は、原告が主張する「人格権」に関して、「結局のところ、我が国が戦争やテロ行為の当事者となれば、国民が何らかの犠牲を強いられたり危険にさらされるのではないかという漠然とした不安感を抱いたという域を出るものではなく、かかる内容をもって具体的権利性が認められると解する余地はない」（被告準備書面（1）37頁）とか、「漠然とした不安感を抱いたという域を出ない原告らの主観的な感情について、国家賠償法上保護される権利ないし法的利益であることを肯定する根拠となるものではないことは明らかである」（同38頁）と述べている。こうした主張の妥当性を検討するため、最近の事例を手がかりにする。
- 2 2017年4月29日早朝、北朝鮮のミサイル発射情報によって、日本国内の一部の交通機関が安全確認のために一時運行を見合わせた。東京メトロ内では「北朝鮮が弾道ミサイルを発射しました」との構内アナウンスが流れ、運転を見合わせた。こうした状況のため、「いつどこに何が落ちてくるか・・・と恐怖感を口にした市民がいる」と報じられている（東京新聞 2017年4月30日付）。「弾道ミサイルが発射され」との車内アナウンスが流れる状況。こうしたアナウンスののち、停車した列車の中に留め置かれた市民。この市民たちの気持ちを前提としても、「結局のところ、我が国が戦争やテロ行為の当事者となれば、国民が何らかの犠牲を強いられたり危険にさらされるのではないかという漠然とした不安感を抱いたという域を出るものではなく、かかる内容をもって具体的権利性が認められると解する余地はない」等と切り捨てるのであれば、現実の脅威を不当に軽視するものを言わざるを得ない。基地周辺への攻撃の脅威という事態は4月29日だけではない。2001年9月に発生した、アメリカでの同時多発テロ事件以降、沖縄への観光客が激減した。在日米軍基地が過剰なほどに存在する沖縄でもテロの危険性があることを多くの日本の

市民も感じたから生じた現象に他ならない。2017年4月12日、沖縄の嘉手納基地では北朝鮮の攻撃を受けたとの想定での軍事訓練を実施した（琉球新報 2017年4月16日付）。

このように、日本が戦争に加担したと見なされれば、基地周辺や大都市などへの攻撃の危険性が生じることは軍事的な常識であり、「漠然とした不安感を抱いたという域を出ない・・・主観的な感情」などと発言すること自体、軍事の現実から目を閉ざす主張と言わざるを得ない。

現に、「2017年5月2日付の北朝鮮の朝鮮労働党機関紙『労働新聞』は、4月下旬に行われた日本の海上自衛隊の護衛艦と米原子力空母『カール・ビンソン』の共同訓練を批判し、『朝鮮半島で核戦争が起こる場合、最も大きな被害を受けるのは日本だ』と警告した。1日には海自の護衛艦が安全保障関連法に基づいて初めて、『米艦防護』の任務に就いており、日本の連携強化をけん制する狙いがあるとみられる。同紙は、日本が『米軍の兵站基地、発進基地、出撃基地になっている』とし、『日本が真っ先に（核の）放射能の雲で覆われる』と強調した」と報道された（読売新聞 2017年5月3日付）。

ここで指摘された「米艦防護」とは、2017年5月1日に、米軍の要請に応じて、自衛隊法95条の2に基づいて、海上自衛隊のヘリコプター搭載型の護衛艦「いずも」を米軍の補給艦防護のためのいわゆる「米艦防護」任務を命じたものである。同条は、2015年9月に強行的に採決された新安保法制法に含まれるものであるが、2016年11月のいわゆる改正PKO法に基づく自衛隊の「駆け付け警護」任務を含む「南スーダン」派遣に続く二例目の新安保法制法の執行であった。

新安保法制法が成立したことで、基地周辺の住民や大都市の住民、原発周辺の住民が攻撃の恐怖にさらされるというのは漠然たる不安などという簡単な言葉で片づけられて良いものではないのである。

### 3 新安保法制法の成立により、生命や健康の危険を脅かされる危険性が増すの

は基地周辺の住民や大都市の住民だけではない。実際に戦場に行かされる自衛官にとっては、まさに戦争の恐怖、「殺し殺される」という恐怖にさらされる状況に置かれる。たとえば元航空自衛官の水上学氏は、「安保法制の最大の被害を被るのは現場の自衛官です。殺し殺されることになる。そういう姿を家族にも見せたくない。無論、遺体となって帰りたくない」と述べている（飯島滋明、清末愛砂、榎澤幸広、佐伯奈津子『安保法制を語る！ 自衛隊員・NGOからの発言』（現代人文社、2016年）20頁）。元陸上自衛官の末延隆成氏も、「安倍首相、隊員の命はあなた方のオモチャではありません。犠牲になる自衛隊員の流す血、そして家族の涙に対し、あなた方はどう責任をとれるのですか？」（飯島滋明、清末愛砂、榎澤幸広、佐伯奈津子『安保法制を語る！ 自衛隊員・NGOからの発言』（現代人文社、2016年）30頁）と述べている。

2016年11月、安倍内閣は「駆け付け警護」、「宿営地の共同防護」などの新任務を付与して南スーダンに自衛隊を派兵することを命じたが、派遣命令を受けた陸上自衛隊第9師団がある青森では、激励された若い自衛官が「手足を失うことがないよう、半年後、必ず無事に帰ってきます」と発言したという。

「戦闘で狙われるのは防弾ベストで守れない手足。被弾してすぐ止血し生命は助かっても、手足は瞬時に破壊される——。その不安が先の言葉になったのです」という（しんぶん赤旗日曜版編集部『元自衛官が本気で反対する理由 安保法反対20人の声』（新日本出版社、2017年）84頁）。

以上のように、安倍内閣が成立させた新安保法制法を根拠に、日本の安全に関係のない戦争に自衛官が派遣され、生命を失う、あるいは手足を失うなどの危機感を抱かざるを得ない状況に置かれている。こうした危機感を、「漠然とした不安感を抱いたという域を出ない・・・主観的な感情」などと片付けることが被告の対応として適切なのだろうか。

4 さらに新安保法制法が成立したことで、海外にいる日本人も生命が危険にさ

らされる危険性が生じる。2015年9月、新安保法制法成立直前にアフガニスタンの首都カブールにいた清末愛砂室蘭工業大学准教授（憲法学・家族法）は、RAWA（アフガニスタン女性革命協会）のメンバーから「日本で安全保障関連法案（戦争法案）が可決されたら、日本の民衆はより危険にさらされることになるであろう。日本の民衆は海外渡航もできなくなる。なぜなら、世界の民衆、アフガン民衆は日本の民衆を敵であると考えているからだ」と言われたという（飯島滋明、清末愛砂、榎澤幸広、佐伯奈津子『安保法制を語る！ 自衛隊員・NGOからの発言』（現代人文社、2016年）112－113頁）。

実際、アメリカと一緒にイラク戦争に参加したスペインでは2004年3月11日、マドリッドで列車が爆破されるテロ事件が起こり、191名の死者、2000名を越える負傷者が出た。イギリスでも2005年7月7日、ロンドンで地下鉄などが爆破されるテロ事件が起き、56名の死者が出た。フランスでも2015年11月13日、パリで同時多発テロ事件が起き、130名を越える死者が出た。イラク戦争でアメリカを支持した日本も他人事ではなかった。2003年10月、ウサマ・ビン・ラディンは「日本へ報復する」との声明を出した。2003年11月、日本人外交官2人がイラクで武装勢力に殺害された。2013年1月にアルジェリアで起きたテロ事件での死者40名のうち、10名は日本人であった。

新安保法制法に基づいて自衛隊がアメリカと一緒に海外での武力行使をするようになれば、日本の市民および日本がテロの対象とされる危険性がますます高まるという危機感は、今まで実際に生じたテロ行為を前提とすれば、決して「漠然とした不安感を抱いたという域を出ない・・・主観的な感情」などではない。

さらに言えば、海外にいるNGO関係者も生命や安全が危険にさらされる。安倍首相は「2014年7月1日閣議決定」後の記者会見などでパネルを使い、「駆け付け警護」の必要性を例に挙げ、新安保法制法制定の必要性を力説した。

ところが現場で国際協力に携わるNGO関係者は、「駆け付け警護」が実施されれば、かえって自分たちが危険になると批判した。アフガニスタンで30年以上も支援活動を行ってきた中村哲医師は『(現状では) 海外で活動するボランティアが襲われても、自衛隊は彼らを救うことはできない』と言ったそうですが、全く逆です。命を守るどころか、かえって危険です。私は逃げます」と述べている(西日本新聞2014年5月16日付)。

国内の74のNGO、職員ら547人が賛同しているNGO非戦ネットは2015年9月19日に「安全保障関連法採決に対する抗議声明」を出した。この抗議声明で「NGOに対し、『駆け付け警護』と称して武器を使用し武装勢力と交戦する事態となれば、NGOの中立性までが疑われ、取り返しのつかない犠牲を生み出す」、「安保関連法案は平和国家としての日本のイメージを一変させ、紛争に対する中立国としての『日本ブランド』はもはや通用しなくなります。こうしたなか、NGOの活動環境は著しく危険なものに変わるの明らかであり、NGO職員や現地協力者が紛争当事者から攻撃され、『テロ』の標的となる危険性は格段に高まります」と指摘している。

- 5 以上のように、新安保法制法の成立により、基地周辺や大都市、原発周辺の住民、自衛官、海外にいる日本人、NGO関係者などの生命や安全が危険にさらされる。こうした状況はまさに「人格権」の侵害と言わざるを得ない。

#### 第4 憲法96条1項にいう「国民」は「『国家の主権者としての国民』という抽象的な位置づけ」にとどまるものではなく、憲法改正・決定権が「1人1人の国民」の具体的な権利であること

##### 1 はじめに

憲法改正・決定権は、(1) 主権者である国民による十分な議論と熟慮、(2) 主権者による具体的な意思決定、という2つの要素を含むものである。しかるに、「新安保法制法」の制定は、上記(1)(2)を侵害するものである。

以下、(1)については本準備書面第4の2項で、(2)については本準備書面第4の3項で論述する。

##### 2 主権者である国民による十分な議論と熟慮の機会と具体的な意思決定の機会の剥奪

(1) 憲法96条では、「この憲法の改正は、各議院の総議員の3分の2以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない」とされている。「各議員の総議員の3分の2以上」という要件は、国民による議論と熟慮にとっても重要な役割を果たす。現在こそ、衆参両議院で憲法改正に賛成する勢力が3分の2以上の議席を占めているといわれているが、3分の2以上の議席を一つの政党が占めるのは、実はかなり困難である。そのため、各議院の総議員の3分の2以上の賛成による発議をするためには、国会内において各政党による十分な議論がなされることが想定されている。そうした政党間の議論に国民がメディアなどを通じて接することにより、憲法改正問題についての意思表示や意見交換を行い、自己の見解を確たるものにする機会を得ることになる。「各議院の総議員の3分の2以上の賛成で、国会が、これを発議し」という要件は、主権者である国民が憲法改正についての議論と熟慮にとって重要な役割を果たすものといえる。

(2) 通常の国政選挙における選挙期間は、「衆議院議員の任期満了に因る総選挙

は、議員の任期が終る日の前30日以内」(公職選挙法31条1項)、「衆議院の解散に因る衆議院議員の総選挙は、解散の日から40日以内」(公職選挙法31条3項)、「参議院議員の通常選挙は、議員の任期が終る日の前30日以内」(公職選挙法32条1項)と期日が定められているのに対し、憲法改正国民投票では、「国会が憲法改正を発議した日(国会が日本国憲法第96条第1項に定める日本国憲法の改正の発議をし、国民に提案したものとされる日をいう。第100条の2において同じ。)から起算して60日以後180日以内において、国会の議決した期日に行う」(日本国憲法の改正手続に関する法律2条1項)とされている。

このように、一般の国政選挙よりも、憲法改正国民投票の際の投票期間が長く設定されているのは、憲法改正という事柄の重要性に鑑み、通常の国政選挙以上に主権者である国民の十分な議論と熟慮を求めているものと解せられる。

- (3) 以上のとおり、「憲法改正・決定権」には、主権者である国民による十分な議論と熟慮の機会が与えられていることが含まれている。ところが安倍政権は、世界中での武力行使を認める新安保法制法制定という手法によって、実質的な「憲法改正立法」を行うことにより、国民投票が行われるべき期間における国民の議論と熟慮の機会を奪い、そして、主権者としての意思決定の機会である国民投票の機会を奪ったのである。

### 3 憲法改正・決定権の主体は「具体的な国民」であること

- (1) 被告は、憲法96条1項は「『国家の主権者としての国民』という抽象的な位置付けにとどまるものであって、そのことから直ちに、原告らという具体的な『個別の国民』との関係で国家賠償法上の救済が得られるほど具体的、個別的な権利ないし法的利益としての『憲法改正・決定権』なるものを観念することはできない」と主張する(被告準備書面(1)38~39頁、被告準備書面(2)11頁)。しかし、この主張の不当性は、被告準備書面(1)での最高

裁平成17年判決での記述を手掛かりにすることにより明確になる。

- (2) 被告は、最高裁平成17年判決について、「権利ないし法的利益の侵害が前提として存在する事案であること」(被告準備書面(1)27~29頁)として、「国外に居住していて国内の市町村の区域内に住居を有していない在外国民に、公職選挙法上、国政選挙における選挙権の行使の全部又は一部が認められていなかったところ、国会議員の立法行為又は立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるか等が問題とされた事案であり、当該事件の原告らに、国家賠償法上保護された権利が存在することが前提となっている事案である。」

(同27頁)と述べている。すなわち、被告によれば、公職選挙法における「選挙権」は「権利ないし法的利益」であることが前提とされており、実際に、公職選挙法9条では、「日本国民で年齢満18年以上の者は、衆議院議員及び参議院議員の選挙権を有する」とされている。しかしその一方、「日本国憲法の改正手続に関する法律」3条でも、「日本国民で年齢満18年以上の者は、国民投票の投票権を有する」と規定され、同法においても「投票権」との文言が使用されており、双方の規定には、いずれも「権利」であることが明記されているのであって、規定の文言自体に意味内容の差があるとは思われない。

しかるに被告は、国政選挙の選挙権は「国家賠償法上保護された権利が存在することが前提となっている」と評価しているのに対して、憲法96条1項に関しては「『国家の主権者としての国民』という抽象的な位置づけにとどまる」というのである。ここにおいて被告は、明らかに矛盾した解釈に陥っているとわざるを得ない。

- (3) ここで芦部信喜東京大学名誉教授の見解を紹介すると、「もともと国民主権の原理は、国民の憲法制定権力(制憲権)の思想に由来する。国民の制憲権は、国民が直接に権力を行使する(具体的には、憲法を制定し国の統治のあり方を決定する)、という点にその本質がある。ところが、この制憲権は、近代立憲主義憲法が制定されたとき、合法性の原理に従って、自らを憲法典の中に制度

化し、国家権力の正当性の究極の根拠は国民に存するという建前ないし理念としての性格をもつ国民主権の原理、および、法的拘束に服しつつ憲法（国の統治のあり方）を改める憲法改正権に転化したのである（そのため改正権は、「制度化された制憲権」とも呼ばれる）。以上のような国民主権の原理に含まれる二つの要素のうち、主権の権力性の側面においては、国民が自ら国の統治のあり方を最終的に決定するという要素が重視されるので、そこでの主権の主体としての『国民』は、実際に政治的意思表示を行うことができる有権者（選挙人団とも言う）を意味する。また、それは国民自身が直接に政治的意思を表明する直接民主制と密接に結びつくことになる。（中略）これに対して、主権の正当性の側面においては、国家権力を正当化し権威づける根拠は究極において国民であるという要素が重視されるので、そこでの主権の保持者としての『国民』は、有権者に限定されるべきではなく、全国民であるとされる。また、そのような国民主権の原理は代表民主制、とくに議会制と結びつくことになる。（中略）国民（有権者）が国の政治のあり方を最終的に決定するという権力性の側面も看過してはならない。そのように考えるならば、憲法96条において憲法改正の是非を最終的に決定する制度として定められている国民投票制は、国民主権の原理と不可分に結合する」と述べている（甲B32・芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法第6版』（岩波書店、2015年）39－43頁）。

上記の芦部教授の見解によれば、①代表民主制、特に議会制と結びつく「国民主権」における「国民」は「全国民」つまりはフランス憲法学でいう「ナシオン」、国政選挙における「国民」は「抽象的な国民」と観念されるのに対し、②憲法制定・改正の場における「国民」は具体的な国民、フランス憲法学でいう「プープル」と観念される。つまり、芦部教授の説明によれば、上記①の国政選挙よりも、②の憲法制定・改正の際には主権者である国民の意思表示が強く求められることになる。主権＝憲法制定権力という理解は、たとえば樋口陽一東京大学名誉教授も同様な理解を示している（甲B33・樋口陽一『近代

立憲主義と現代国家[新装版]』（勁草書房、2016年）298－304頁）。

（４）被告は、何を根拠にして、憲法改正の国民投票は「『国家の主権者としての国民』という抽象的な位置づけにとどまる」と主張しているかは不明であるが、上記のように、「主権」概念の母国であるフランスの憲法学説に依拠した日本の憲法学説でも、憲法改正・決定権こそが主権者の意見表明であると考えている。

このように理解に立てば、国政選挙における選挙権を「国家賠償法上保護された権利」と認めるのであれば（最高裁平成17年判決）、国政選挙以上に憲法改正・決定権が問題となる国民投票権の「国家賠償法上保護された権利」としての性格を否定する理由はない。

（５）さらに、被告は、「具体的な憲法課題」が何を意味するか全く不明であるとも主張するが（被告準備書面（２）11頁）、それば憲法9条に関わるものであることは、原告らの主張を真面目に理解しようとするれば、火を見るより明らかなことであろう。すなわち、原告らは、新安保法制法を制定するには、憲法9条に違反する法律を制定することであるから、これを制定するには、憲法9条を改正して行わなければならないのであって、その改正手続における原告ら国民の憲法改正・決定権が侵害されたと主張しているのである。

（６）法学協会編『註解日本国憲法 下巻』（有斐閣、1964年）1435-6頁では、憲法96条に関して、「憲法の改正権は、憲法の制定権と同じく、日本国民に在る、という意味で、憲法改正について国民投票を要求している」のであり、「改正につき、主権者たる国民の最終的な承認を必要とすることによって、主権（憲法制定権）在民の立場を徹底的に貫いている」という。こうした前提を無視し、国は主権者である国民投票を経ることなく、世界中で自衛隊による武力行使を可能にする、実質的な憲法改正立法を行ったのである。

こうした国の対応は主権者である国民から憲法改正について議論・熟慮した上での憲法改正の是非に関して主権者として意思表示する「憲法改正・決定権」を

侵害する。

4 「憲法条文自体を改正するもの」ではない旨の国の主張は「国の最高法規性」(憲法98条)、「立憲主義」、「違憲審査制」を蔑ろにする不当な主張であること

(1) 被告は、「そもそも、平和安全法制関連2法は、憲法の条文自体を改正するものではなく、憲法改正手続きに関する原告らの具体的、個別的な権利ないし法的利益に何ら影響を及ぼすものではない」ではない旨の主張を根拠に、憲法改正・決定権は、「国家賠償法上保護された権利ないし法的利益であるなどとは到底言えないものである」とも主張する(被告準備書面(1)39頁、被告準備書面(2)13頁)。

(2) 新安保法制法が「憲法の条文自体を改正するもの」ではない旨の国の主張は、「憲法の最高法規性」(98条1項)や「違憲審査権」の意義を軽視するものと言える。憲法の条文自体の改正ではないから憲法改正が行われたわけではない旨の主張を前提とすれば、憲法の実質的内容を改変する法律を制定することも許されることにつながる。しかし、このような主張が許されれば、「立憲主義」を掘り崩し、危険な事態をもたらすことになる。

歴史上も、第1次世界大戦後にドイツで制定された「ワイマール憲法」は「最も民主的」、「最も先進的」と言われたが、わずか14年で終焉し、ヒトラー独裁政権が誕生してしまった。ヒトラー独裁政権が誕生するに際しては、ワイマール憲法の条文自体の改正がなされた訳ではない。これは、ヒトラー・ナチスによって「授権法」が成立され(1933年3月23日)、これによって、ワイマール憲法が実質的に廃止されたというのが後世の研究者の一致した評価である。このように、ナチスの例にもあるように、明文改正でない、法律の制定によっても憲法の意義が空洞化される事例が存在する。

(3) 被告が「明文改憲」ではないなどという主張を持ち出すこと自体、「憲法の

最高法規性」、近代立憲国家の基本原則である「法的安定性」に対する理解の欠如を示すものに他ならない。さらには、憲法81条では、「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」と規定されている。この違憲審査権の対象として「法律」が明記されているのは、明文改正という手続を経ないで憲法の実質的内容を改変する事態を阻止するためでもある。戦前のような形式的法治主義の時代は、法律の範囲内でしか権利は保障されなかったのであるから、立法行為によって憲法が改変されることもなかった。しかし、現在の法の支配の下では、法律によって憲法の実質的な改変がなされる危険性を阻止するために、違憲審査権を裁判所に与えて、裁判所をして違憲の法律に基づく違憲の事実状態が続くことを阻止する職責を担わせたのである。正式な憲法改正手続をとることなく、違憲の法律が制定され違憲の事実状態が続くことは、国民の憲法改正・決定権の侵害であり許されない。

- (4) また、憲法の条項について、公権的解釈が永年にわたって確立してきたときには、当該解釈が慣習法として成立しているのと同じく、憲法法規の一部となっていると言うべきであって、これを変更するに当たっては、国民の意思を問うべきなのは自明の理である。新安保法制法は、これまで日本政府が永年にわたって日本国憲法9条の下で認められないとしてきた集団的自衛権の行使を認める内容を含むものであるから、国民主権の下において国民の意思を問う手続がとられなければならない。

しかしながら、新安保法制法の制定に当たっては、憲法改正投票が行われなればかりか、新安保法制法を争点とした選挙すら行われず、国民は、新安保法制法に対する意思表示を行う機会を奪われたのである。

- (5) 被告の「憲法条文自体を改正するもの」ではないことを理由の一つとして「憲法改正・決定権」が侵害されたわけではない旨の主張は、憲法改正手続を経ないで実質的に憲法の意義内容を改変してしまう法律の正当化を認めることに

つながる危険なものであり、「法の支配」や「立憲主義」の理念を体現する日本国憲法の基本理念を空洞化させる主張であると言わざるを得ない。

## 5 憲法の内容を変えるために憲法改正手続きを経ず、違憲立法を制定する手法は「憲法改正・決定権」を侵害するものであること

(1) 安倍内閣は「国際環境の変化」を理由にして新安保法制法を成立させた。私たちは国際環境の悪化を理由とする新安保法制法の成立という見解が妥当だと考えるものではないが、そうした立場に賛成の国民がいることも承知している。この場合、国際環境の悪化を理由として憲法の平和主義と異なる政治を進めるために憲法を改正すべきかどうかを判断するのは、主権者である国民であるべきである。そして、主権者が国の在り方の是非を最終的に決めるためには、主権者である国民が十分な議論を行う機会が設けられなければならない。その上で、憲法96条を具体化した法律で「投票権」を有するとされた国民による「国民投票」を経るべきである。

(2) 元最高裁判所長官の山口繁氏は、「少なくとも集団的自衛権の行使を認める立法は、違憲と言わなければならない。我が国は集団的自衛権を有しているが行使はせず、専守防衛に徹する。これが憲法9条の解釈です。その解釈に基づき、60余年間、様々な立法や予算編成がなされてきたし、その解釈をとる政権与党が選挙の洗礼を受け、国民の支持を受けてきた。この事実は非常に重い。・・・9条の骨肉と化している解釈を変えて、集団的自衛権を行使したいのなら、9条を改正するのが筋であり、正攻法でしょう」（朝日新聞2015年9月3日付〔甲C5の19〕）。樋口陽一東大名誉教授をはじめとする、多くの憲法学者が新安保法制法を「憲法違反」と批判するのは、主権者による国民投票という手続を経ることなく、実質的には憲法の内容を変えることにつながる「新安保法制法」を成立させたからである。

(3) こうして新安保法制法は主権者の中核的権利である「憲法改正・決定権」を

侵害した。安倍内閣の行為や国会の立法行為は、主権者である国民の意思表示の機会である「国民投票」という憲法改正手続を経ずに実質的な憲法改正をしたという点でも「憲法尊重擁護義務」（憲法99条）に違反し、ひいては国家賠償法上1条1項にいう「公権力の行使」に該当する。

## 第5 結語

- 1 被告は、「国家賠償法上の違法性判断は、個別の国民の権利ないし法的利益の侵害が存在することを前提とした上で、公務員が当該個別の国民に対して負担する職務義務に違反したか否かによって判断される」とし（被告準備書面（1）25～27頁）、「個別の国民の権利ないし法的利益の侵害が存在する」場合には国家賠償法上の違法性があるという。
- 2 本書面や他の原告準備書面でも主張しているように、新安保法制法を制定した国の行為は、国民の「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」に対する重大な侵害であり、「国民の権利ないし法的利益の侵害」をした。被告の主張は、「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」を正當に理解せず、その重大な権利侵害を軽視しているという過ちを犯している。
- 3 被告は、国賠法上の違法性の判断基準に関して、「公務員が職務義務に違反したか否か」という判断基準も提示しているが、「憲法の下で許容される武力行使」などという「憲法の文言に一義的に反する」閣議決定を行い、そうした憲法違反の閣議決定に基づいて新安保法制法を制定した。つまり、新安保法制法の制定は、最高裁判所昭和60年判決にいう「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あえて国会が当該立法を行うというごとき、容易に想定しがたいような例外的」な場合である。そして、新安保法制法は、最高裁判所平成27年判決にいう「憲法の規定に違反するものであることが明白」な法律である。しかも、憲法99条の憲法尊重擁護義務に反し、国会議員、国務大臣としての職務義務に違反する態様で、憲法9条に違反する法律を制定した。こうした法律を制定させたことによって、原告らの「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」を侵害したのである。

したがって、憲法に違反する新安保法制法を成立させた被告の行為には国賠法1条1項の違法性が認められ、これによって生じた原告らの損害は賠償されなければならない。

以上