

令和3年（ネ）第605号 新安保法制違憲国家賠償請求事件

控訴人 築城昭平 ほか

被控訴人 国

準備書面（38）

（甲 B147—石川健治教授の意見書について）

2022年（令和4年）12月21日

福岡高等裁判所第1民事部 御中

控訴人ら訴訟代理人

弁護士 福 崎 博



弁護士 吉 田 良



弁護士 森 永 正



控訴人らは、本準備書面において、甲 B 第 147 号証（石川健治教授の意見書）を簡潔に述べるとともに、その趣旨を援用して控訴人らの主張を補充する。

- 1 本意見書は、憲法学の石川健治東京大学大学院教授が本件と同様の安保法制違憲国賠訴訟控訴審東京高等裁判所令和3年（ネ）第3390号事件において、とりわけ憲法改正決定権について考察し、作成された意見書である。同訴訟の論点には、本訴訟と同一のものがあるので、本訴訟において援用する。

2 石川教授は、本意見書において、概ね次の通り述べておられる。

- (1) この訴訟で本当に争われているのは、実定法の法内容の解釈上の争いではなく、法内容をめぐる見解の対立を超えたところに核心があるのであり、立法行為は事実に社会的に原始的不能とみられる内容を定めることができないのと同じく論理的に不能なことを内容に持つことはできない。
- (2) 本件訴訟での最大の隘路は、法律上の争訟が成立しているか否かであると考えられるところ、確かに権利侵害の主張としては具体性を欠いており、自らの信条や信念と異なる立法行為が生じしめた精神的苦痛に過ぎないと受け取られるかもしれない。しかしそれでは法学的考察が十分ではない。公職選挙法 204 条の選挙の効力に関する訴訟における最高裁大法廷昭和 51 年 4 月 14 日判決が明示的に認めているように、「およそ国民の基本的権利を侵害する国権行為に対しては、できるだけその是正、救済の途が開かれるべきであるという憲法上の要請」がある以上、①主張されるのが、いったん損なわれると取り返しがつかない法益である場合には、具体的な権利侵害をまたずに、その不可逆性を理由に予防的な訴訟の途を認めるべきであり（*控訴人注・この点については、長谷部恭男教授や青井未帆教授と同様の意見である。）、②権利の前提となる身分（権利能力）そのものをはく奪する国家行為は、現象的には権利侵害を発生させていないように見えて実は具体的権利侵害とは質の異なる損害をもたらすのであって、そのような場合には上記憲法上の要請が一層強く作用するはずだからである。しかし、本件訴訟において、「憲法改正・決定権」や「安定した立憲民主制に生きる権利」の主張には、安保法制に成立過程を通じて、憲法が実定的に承認した憲法改正作用への参加身分そのものをはく奪されたという内容が含まれているが、その点に関しての考察が深められていないと思われる。
- (3) 憲法 96 条 1 項によって国会が憲法改正のイニシアティブを独占している

としても、憲法改正の決定権は、レファレンダムに参加する「公民団」（これと選挙作用に従事する「選挙人団」とは別個の身分的団体である）の側に留保されている。このような「公民団」の構成員としての資格要件を満たす個々の国民が憲法改正レファレンダムへの参加資格の承認を国家に対して求める権利は、あくまで具体的な権利として憲法によって保障されている。原審は、発議がされていない場合についてまで個々の国民に対し、何らかの具体的な権利または法的利益を保障する趣旨であるとは解しがたいと一蹴しているが、それは根本的な誤解に基づくものであると言わなければならない。

- (4) この憲法 96 条については、2013 年から 2015 年にかけて、1 項を改正して発議要件を緩和しようという動きが政府与党にあった。憲法制定権力が将来の事情変更にあわせて憲法改正手続として定めた 96 条は、形式上 96 条を除くすべての条文を改正対象に収めた憲法秩序の要であり、全条文の中でも最上位の規範である。実定憲法内在的に言えば、96 条を改正するということは、憲法の要を破壊して、いったん憲法秩序を崩してしまうことにほかならず「憲法破壊行為」である。この動きは幸いにして立ち消えになった。しかし、それ以外の憲法条文の規範内容を 96 条を用いずになし崩し的に変更したら、この場合も憲法秩序の要石としての 96 条が軟性化し、なし崩しになってしまうことになる。憲法改正ルールが軟性化すると、各条文においてなし崩しの憲法破壊が発生することになる。9 条をめぐって 96 条の軟性化が進行したのが 2014 年以降の展開であった。憲法秩序の要石としての 96 条をなし崩しにしないためには、憲法条文（本件では 9 条）の解釈を論理的限界の枠内にとどめておかなければならない。

憲法 9 条に関する解釈については、これまで内閣法制局が、96 条が支える憲法秩序をなし崩しにしないよう、（それを批判してきた原告も少なくともいにしても）論理的整合性を保ちつつ許容可能な解釈の限界に努力してき

たものと考えられるが、憲法9条に関する政府の解釈操作はもはやこれ以上の意味変化は96条に基づく憲法改正によって行うほかないという限界にまで来ていた。

- (5) 96条がないがしろにされる中で、憲法改正作用への参加権や決定権という憲法上の権利の侵害レベルでとらえられる事態ではなく、原告らが訴えているのはその前提条件（権利能力）のはく奪であり、その能動的身分の喪失から来る精神的損害であると思われる。能動的身分の喪失事案においては、それを前提とする権利侵害自体が成立しないため、原審でも抽象的な主張だと受け止められてしまった。しかしその抽象性は、その承認請求権に対応する救済手続きがないことによる印象であって、能動的身分の承認を求める請求権自体の内容は、承認行為の性質から言って、あくまで個別的具体的である。個人の属性に基づく差別的取り扱い言い換えれば彼の宿命的な帰属集団に対する不承認は、しばしば個々人の権利に対する侵害よりも個人をより深く傷つけるものであり、それは社会による不承認であっても国家による不承認であっても違いはない。自分にとって大切であると思われる問題にコミットしたいのに、能動的身分自体が国家によって一方的にはく奪されたことからくる絶望感や無力感、そこに生まれる傷みの質をその他の不愉快・反発・いら立ち等の感情の中に埋没させない考慮が「精神的損害」論においては必要だと思われる。

- (6) 憲法9条の構造的な理解としては、9条が不戦条約を下敷きに行っていることは明らかと言える。第一次世界大戦前は主流であった攻守「同盟」は、仮想敵に対する抑止力に依存した権力政治モデルの平和政策である。それは、実際に戦争になってみると、逆に「同盟」が理由で各国が戦争に巻き込まれ、戦火が地球大に拡大して未曾有の世界大戦に発展した。その惨禍への反省に立って、特定の「敵」を想定せずに、協力して安全を保障する政策（「安全保障」政策）が多数の国家によって採用され、そして1928

年8月にパリで署名されたのが不戦条約である。ただ、国際連盟においてこの不戦条約を規約に編入しようと規約改正問題の議論が始まったが、規約改正の議論のさなかである1931年9月18日に柳条湖事件が発生して満州事変が勃発したため、規約改正論議は頓挫してしまえばかりか、日本は国際連盟からの脱退を余儀なくされた。その後泥沼の日中戦争の中で、日本は独伊との同盟政策に復帰した。そのような経緯の帰結が対米開戦と敗戦だったわけであり、憲法9条の持つ精神的な意味は、同盟政策の禁止と集団安全保障政策への復帰であったと解するのが自然である。

(7) 現代国際法は、欧州公法から発展した欧州国際法と、南北アメリカの米州公法から発展した米州国際法の摩擦の結果として成立したとされる。第二次世界大戦後復活した集団安全保障政策に基づく欧州国際法としての国連体制と、国連憲章に先んじて成立していた米州国際法における南北アメリカの同盟体制が摩擦を起こす中で、集団的自衛権という概念を新規に捻出し、加盟国の自衛権を承認する国連憲章51条に米州の同盟政策を潜り込ませることによって、戦後の国連はようやく船出することができた。欧州国際法の安全保障政策への復帰を目指す憲法9条が、集団的自衛権を知らないのは当然である。あらゆる9条解釈の土台あるいは外枠として、安全保障政策への選択肢があり、いかなる9条解釈をとるにせよこの外枠だけは96条によってしか外すことができず、9条の外枠を超える同盟政策へのコミットメントは、96条に依拠した明文改正によってでなければならない。

(8) 旧日米安保条約について、最高裁の砂川判決から、集団的自衛権＝同盟政策を正当化する含意を導くことは一切できないはずである。たとえ政治的方便にせよ集団的自衛権の正当化の文脈で砂川事件判決を引用したのは「論理的限界」を超えたニセ解釈に他ならない。限りなく日米同盟条約の実質を帯びるようになった日米安保条約を、その後も首の皮一枚で、憲

法 9 条の安全保障政策の枠内にとどまらせたのは、集団的自衛権の行使だけは容認されないという内閣法制局の頑固な解釈であった。「安全保障」政策というその国防政策の観点から見れば、どれほど非常識に見えたとしても、集団的自衛権＝同盟政策への完全乗り換えの禁止だけは 96 条が支える憲法秩序の維持のためには譲れない一線であり、それ以上の内容を 9 条から引き出したいのなら、96 条を動かすほかないというのが「番人」としての自負を持つ内閣法制局の立場である。日米安全保障条約は、2014 年 7 月 1 日の閣議決定により政府解釈が政治的に変更された結果、名実ともに日米「同盟」条約としての実質を具えることになったが、その瞬間に、日本の憲法秩序は 96 条もろともに「上から」破壊され、法秩序としての連続性は切断された。

- (9) 閣議決定による解釈変更により、憲法 9 条が選択した安全保障政策の枠組みを完全に破壊して、同盟政策へ完全に移行するという選択は、96 条の改正対象としての 9 条の法内容として、そもそも許容され得る解釈ではないどころか、9 条それ自体の法本質的限界（論理的限界）をも超える行為である。この矛盾を解消するためには、同盟政策を引っ込めるか、憲法の規範内容を変更するかいずれか一つしかない。

2014 年 7 月 1 日の閣議決定は、一見極めて明白に違憲であって、典型的な「絶対無効」を語りうる行政行為であり、砂川判決が認める通り、裁判所の司法審査権の範囲内であることが明らかであり、国賠法上も違法の評価に値する。それに起因する一連の立法行為も、同様に「一見極めて明白に違憲」であって、同じく国賠法上違法の評価を与えるほかないものである。

そしてこの安保法制違憲訴訟は、爾来 8 年を経過した法的時間を巻き戻すラストチャンスである。

3 原判決は、「本件各行為が、確立した解釈による憲法規範を根本から変更するという実質的改正に当たり、憲法 96 条所定の憲法改正手続等を経ていないことをもって、憲法改正・決定権が侵害されたと主張するものであるところ、そのような実質的改正がされたか否かが問題となり得るのは、憲法 96 条所定の憲法改正手続等を経ていない場合に限られるから、原告らの主張は、そのような実質的改正がされたことをもって、直ちに憲法改正・決定権が侵害されたと主張するものであり、本件各行為について、抽象的違憲審査を求めるものにほかならない。したがって、原告らの主張する憲法改正・決定権が国賠法上保護された権利又は法的利益に当たるということはできないから、本件各行為により、これが侵害されたということとはできず、原告らの主張は採用できない」と判断した（P31）。

しかしながら、控訴人らは、裁判所に対し「新安保法制が違憲である」ということ自体の審査を求めているものではなく、「抽象的審査を求めるものにほかならない」という原判決の判決理由は、到底理解しがたいし、納得しがたいというほかない。

石川教授が指摘されるように「96 条の改正対象としての 9 条の法内容として、そもそも許容され得る解釈ではないどころか、9 条それ自体の法本質的限界（論理的限界）をも超える行為であり、この矛盾を解消するためには、同盟政策を引っ込めるか、憲法の規範内容を変更するかいずれか一つしかない。」のである。

「同盟政策を引っ込める」ということは、すなわち集団的自衛権行使容認を引っ込めるということであり、これを容認しようとするのであれば、憲法 96 条に基づき憲法 9 条を変更するほかないのである。にもかかわらず、新安保法制は、国会での強行採決によって憲法 96 条を回避し潜脱して「成立」した。

控訴人らは、憲法 96 条による手続きがなされなかったため、自ら意見表

明をしたり国民投票をする機会を一切与えられなかった。石川教授の上記意見書にいうところの「公民団」としての資格を無視されたまま、憲法破壊行為がなされてしまったのである。この事態は、憲法学者から「クーデタ」と評されるものであった。

控訴人らが各自わが国を2度と戦争をする国にしないと誓い守ろうとしてきた国のかたち（憲法）は、主権者であり憲法改正権者である控訴人らがその手続きに全くかかわることなく、戦争をできる憲法規範（国のかたち）に実質的に改変されてしまったのである。

控訴人らは、主権者である国民として最も重要な憲法改正手続きに参加する地位（権利）を全く無視されたことによって、主権者としての地位、それに伴う判断・意思表示等を決定する権利、それに伴う行動や努力の積み重ね等により憲法96条に基づく改正の過程に関わることを、一方的にはく奪された。その結果、控訴人らは、それぞれ憤りや絶望感や無力感に苛まされ、強度のストレスに苦しめられる結果となったのである。

とりわけ、被爆者の原爆による凄まじい被害を経験した者、戦争経験者にとっては、その怒り、精神的損害は計り知れないというほかない。

以上