

令和3年（ネ）第605号新安保法制違憲国家賠償請求訴訟事件

控訴人 築城昭平ほか

被控訴人 国

準備書面（39）  
（甲B140, 141（青井未帆教授の証人尋問調書）について）

令和5年1月16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 吉 田 良



同 福 崎 博



同 森 永 正



同 福 崎 龍



目次

（はじめに） .....	3
第1 札幌高等裁判所令和3年（ネ）第187号事件（甲B140）について....	3
1 日本国憲法における安全保障政策に対する統制.....	3
2 新安保法制（集団的自衛権）の合憲性 .....	4
3 武力行使一体化論の破綻.....	4
4 国賠訴訟における違憲判断 .....	6
5 付随的違憲審査制.....	7

6	具体的権利侵害の要否 .....	7
7	憲法適合性判断に踏み込むべき場合 .....	8
	(1) 事件の重大性 .....	8
	(2) 違憲状態の程度 .....	8
	(3) その及ぼす影響の範囲 .....	9
	(4) 事件で問題とされている権利の性質 .....	9
	(5) 憲法判断を回避した場合の影響 .....	11
	(6) まとめ .....	12
8	補充尋問の内容 .....	13
	(1) 従前の政府解釈の憲法規範性 .....	13
	(2) 憲法判断に踏み込むべき場合（芦部教授の5要素） .....	14
	(3) 憲法9条の制度目的（防火壁） .....	14
第2	東京高等裁判所令和2年（ネ）第3856号（甲B141）について .....	15
1	日本国憲法における安全保障政策に対する統制 .....	15
2	付随的違憲審査制 .....	16
3	憲法判断に踏み込むべき場合（芦部教授の5つの要素） .....	18
	(1) 事件の重大性 .....	19
	(2) 違憲状態の程度 .....	19
	(3) その及ぼす影響の範囲 .....	19
	(4) 事件で問題とされている権利の性質 .....	19
	(5) 憲法判断を回避した場合の影響 .....	20
	(6) まとめ .....	20
4	安保法制の運用実態（河野統幕長） .....	21
	(1) 朝鮮半島有事 .....	21
	(2) 自衛隊法95条の2 .....	25

(はじめに)

本準備書面では、青井未帆学習院大学教授（専攻：憲法学、以下「青井教授」という。）を証人とする、札幌高等裁判所令和3年（ネ）第187号事件（原審：釧路地裁）における令和4年5月25日の証人尋問（甲B140）、及び東京高等裁判所令和2年（ネ）第3856号事件（原審：前橋地裁）における令和4年6月9日の証人尋問（甲B141）の各調書について、その要旨を述べ、控訴人らの主張を補充します。

第1 札幌高等裁判所令和3年（ネ）第187号事件（甲B140）について

1 日本国憲法における安全保障政策に対する統制

日本国憲法においては、前文で平和について謳い、9条において、戦争放棄、戦力不保持、交戦権の否認などが定められています。また、明治憲法にあった緊急事態条項についても設けていません。これらからすると、日本国憲法の選択した統制方法とは、軍に権限を配分しないことにより、安全保障に関する制度の限界を論理で設けてコントロールするというものといえます。

現に、戦後の政府解釈においても、憲法9条が単なる理想ではないものとして扱われており、政府解釈は、自衛隊を始めとする安全保障政策の限界を9条に合致するものとして作らなくてはならず、他国の軍隊とは違って、自衛隊は、軍ではないと自己定義し、類似性を表に出さないような法制度の作りを防衛法制がとってきたというところに特徴があります。

明治憲法下においては軍に関する法規が法令上もたくさんあったわけですが、これらは、憲法9条と合致しないものとして、日本国憲

法を制定後に改正等によって法体系から放逐されたという過去があります。

本件で問題となっている安保法制関連法は、かかる意味において、そもそも立法権限を発動しえない問題領域を含むものといえ、日本においては、安全保障問題について政治部門に広い立法裁量は認められていないといえます。

## 2 新安保法制（集団的自衛権）の合憲性

これまでの日本国の国家実践として、集団的自衛権は憲法改正をしないとできないことであると、累次の国会答弁等によって示されてきています。これらは単なる国会答弁ではなく、日本国の国家実践、あるいは憲法実践として、憲法9条は、単に理想を、掲げているのではなく、政府に限界をはめる法であると理解してきたものといえます。

独立国家である以上は、他国からの攻撃を受けて自国の防衛のために必要最小限度の実力を持つことは許されますが、それを超えて、他国の防衛まではできない、ということが憲法のコロラリー、論理的帰結であるといえ、これらは政府解釈を超えて、憲法実践、プラクティスとして憲法の内容を構成するものであるといえます。

憲法改正をしなければ行使できないという内閣法制局の立場は一貫しているものといえ、集団的自衛権の行使容認というのは、解釈枠組みを破壊する明白な違憲行為であって、存立危機事態という概念も限定としては役に立たないと言わざるを得ません。

## 3 武力行使一体化論の破綻

日本の安全保障における政府解釈には、2つの大きなポイントがあり、一つが、憲法9条がありながらも、個別的自衛権の行使として武力行使が許される場合、もう一つが、武力行使に当たらないから許される場合、この2つの線に沿って政府解釈は組み立てられています。

政府は、わが国が自ら武力行使しなくても、他国軍隊に対して、その武力行使と一体化するような協力支援を行うことは許されないとする「武力行使一体化論」を前提としてきました。旧周辺事態法等では、武力行使と一体化しないので合憲であると説明してきたものであり、これは、上記政府解釈の2つのポイントの后者の解釈により、旧周辺事態法等を合憲としてきたものといえます。

確かに、旧周辺事態法では、「我が国領域並びに現に戦闘行為が行われておらず、かつ、そこで実施される活動の期間を通じて戦闘行為が行われることがないと認められる我が国周辺の公海及び上空の範囲」と、後方支援活動ができる範囲を制限していました。

しかし、政府は、閣議決定により、「現に戦闘行為が行われている現場」以外は他国の武力行使と一体化しないというかたちで解釈変更をし、現重要影響事態法も、「現に戦闘が行われている現場」以外であれば後方支援が可能であると解釈変更をしています。これによって「武力行使一体化論」の論理によるコントロールが破綻してしまい、現重要影響事態法は、憲法適合性が確保できないものとなっています。

さらに、新安保法制の制定、特に現重要影響事態法によって、存立危機事態を経ずに他国防衛が可能となってしまう危険性があります。すなわち、重要影響事態法は、現に戦闘行為が行われている現場では後方支援はできないが、現に戦闘行為が行われていなければ、後方支援はできるということになります。この後方支援に対し、組織的、計画的な攻撃が行われたならば、わが国の個別的自衛権の発動を介することによって、実質的には、存立危機事態、つまり集団的自衛権の行使と限りなく近い状況になります。存立危機事態を経ない他国防衛も可能になってしまうといえます。

#### 4 国賠訴訟における違憲判断

在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁判決（平成17年判決：最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁。在外邦人が選挙権を実際に行使し得るようになるための制度が不存在であったことが争われた事件）、精神的原因による投票困難者の在宅投票をめぐる最高裁判決（平成18年判決：最判平成18・7・13訴務月報53巻5号1622頁。精神的原因によって投票所において選挙権を行使しえない者が、投票権を実際に行使し得るようになるための制度が不存在であったことが争われた事件）、再婚禁止規定違憲判決（平成27年判決：最大判平成27・12・16民集59巻8号2427頁。民法733条1項の規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分について、憲法14条1項及び24条2項に違反するとして争われた事件）等の立法行為違憲国賠訴訟における憲法判断の扱いに関する判例の展開は、国賠訴訟という訴訟形式を対象に、「裁判所が憲法判断に踏み込む要件」を定式化したものであり、実質的な違憲確認訴訟が、立法措置によってではなく司法判断を通じて開発されてきたといえます。

平成27年判決に至るまでは、法令が違法である場合に違憲であるというような判断を示すのが一般的だったように観察されます。しかしながら、この平成27年判決の画期的なところは、再婚禁止規定のうち100日超過部分は違憲だけれども、国賠法上の違法との評価を受けるものではない、判断した点です。

つまり、違法性についての判断とは独立のものとして、憲法問題について正面から向き合う方法を、裁判所自ら作ったものといえます。

この平成27年判決を踏まえると、本件訴訟は、事柄が憲法9条の明々白々たる違憲性が主張されている事案であり、果たして憲法判断に踏み込むかどうか、憲法判断をするかどうか、この憲法問題につい

て取り扱うかどうかを、国賠法上の違法性の問題とは別個に検討するべき事案であるといえます。

## 5 付随的違憲審査制

原判決だけでなく、一連の安保法制違憲訴訟の多くの裁判所は、付随的違憲審査制を理由として憲法適合性についての判断を行うことは、結論を導き出すに当たって必要な場合ではないということを判示しています。一般論としてであれば、民主的な正当性の高い国会の判断に対して裁判所が自己抑制をするというのは、当然のことかと思えます。

しかし、ブランダイス・ルールにおいては、憲法判断に踏み込まずとも判断が可能であるならば、入らないほうがいい、という程度のルールです。規律力の高いルールではなく、個別事案の拘束力というのは強くありません。

規律力の高くないルールであり、自己抑制に過ぎない以上、ひとたび、裁判所が必要と考えるのであれば、その自己抑制を解いて憲法判断をすることは織り込み済みのルールであるといえます。

## 6 具体的権利侵害の要否

原判決や、一連の安保法制違憲訴訟において、裁判所は、具体的権利侵害が認められない限り、憲法適合性については判断すべきでないという判断をしています。しかし、一般論としてみても、我が国の最高裁判決を始めとして裁判例は、事件の判断に必要な限りしか憲法判断をしないという実践はありません。裁判所が、憲法判断が必要であると判断した場合に憲法判断をしてきているというのがこれまでの、判例かと思われます。

さらに、平成27年判決が明らかにしているのは、憲法判断に向き合うということが裁判所の裁量の範囲内であり、その結果として、違

法性については退けつつも、憲法判断、違憲判断に踏み込むことだっ  
て裁判所の司法権の範囲内であるということです。裁判所は、本件訴  
訟において、憲法適合性に踏み込むべきかどうかという検討が必須で  
あるといえます。

## 7 憲法適合性判断に踏み込むべき場合

故芦部信喜教授は、憲法適合性判断に踏み込むべき場合の考慮要素  
として、「(1)事件の重大性、(2)違憲状態の程度、(3)その及ぼす影響の範  
囲、(4)事件で問題とされている権利の性質、(5)憲法判断で解決するの  
と法律解釈ないしその他の理由で解決するのと、その及ぼす影響がい  
かに違うかという判決の効果など、」、という5つの要素を示しており  
これらを総合的に検討すべきとしています。

この5つの要素にしたがって、本訴訟を検討します。

### (1) 事件の重大性

最初のこの重大性という点について言えば、従前の政府解釈を前提  
とするならば新安保法制に関する閣議決定及び新安保法制というの  
は、これ以上にならないようなレベルで違憲性が一見極めて明白であった  
事案といえ、かかる意味において、事件の重大性は非常に大きいとい  
えます。

### (2) 違憲状態の程度

違憲状態の程度についてですが、こちらも、内容的には重なる部分  
はありますが、上述の政府解釈2つのポイントの通り、日本の安全保  
障政策は、例外的に個別的自衛権として武力行使ができる場合と、そ  
もそも武力行使に当たらないからできる場合という、2つの枠組みで  
限界を設定してきたわけです。しかしながら、2つの枠組みのどちら  
についても、不明確なほどに拡張されて、政府による恣意的な運用が  
可能となっています。集団的自衛権行使についても、武力行使一体化



論についても、理屈として破綻してしまっており、違憲状態の程度というのは甚だしいと言うべきです。

(3) その及ぼす影響の範囲

続いて、違憲状態が及ぼす影響の範囲についてですが、我が国の法体系は軍なるものの否定をその特徴として作られております。例えば、明治憲法下においては、土地収用の一番の大きな理由は安全保障に関わるものでしたが、戦後は、これらは否定されています。

日本における戦後の法体系において、軍の否定が関係している法分野というのは広範に及びますが、2014年、2015年の新安保法制の制定によって大きな公益として安全保障政策により、小さな私益を制限することが極めて容易になっているといえます。そのような点において、現在もまたこれから先も影響してくる範囲は非常に広く、法体系全体に及ぶというべきです。

(4) 事件で問題とされている権利の性質

ア 憲法9条の客観的法規範性（防火壁としての性質）

事件で問題となる権利の性質についてですが、憲法9条は統治に関する規定ではありますが、その前提となっているのが悲惨な戦争によって多くの人の命が奪われ、親をなくし子をなくしといったような苦しみ、そして、生き残った者も塗炭の苦しみをなめた、このようなことが二度とないよとということを前文でうたったうえで、憲法9条があります。つまり、制度の目的、趣旨としては自由を守ることである、その自由を守るために侵害が起こる一歩手前のレベルで防火壁を作っておくというのが憲法9条の一つの役割といえます。自由が侵害される一歩手前でそれを守ろうとする性格ですので、原審が述べるように、具体的権利侵害が生じていなければ憲法9条違反が問えないのであれば、それは本末転倒に

なってしまう。

重大な違憲が行われたと、これに対して、どのようなバランスを国家機関が取れるのか、という観点から考えるべきであり、個人、個別的な特定の利益が侵害されていないから憲法判断に入れないのだということは論理が逆であるといえます。

イ 船橋西図書館事件（最高裁平成17年7月14日判決）

最高裁は、船橋西図書館事件において、客観的な法規範と関係付けることによって、法的保護に値する利益を見出すという判断を行っています。この最高裁判決には、客観的な側面を持つ表現の自由について、その価値に対して、必要に応じて客観的な義務違反を主観的な権利の主張によって問う場を設けるといような思想が背景に見られます。

本件の訴訟においても、見極めて明白な重大な違憲があり、そして、また、実質的に防火壁が機能しなくなるかもしれない状況、蓋然性が高まっている中で、この違憲性を裁判所に問うことができてしかるべきです。誰が対立構造を取る裁判所に一番的確に問題を提起できるのかという観点で考えるならば、憲法9条をはじめとする日本国憲法を作った制憲者である日本国民を代表し、それぞれの経験に基づいて、本件事案を適切に法廷に持ち出すことのできる本件訴訟の控訴人らには、法的保護に値する人格的利益が認められてしかるべきといえます。

ウ 朝鮮半島危機と、権利侵害の現実的危険性

原判決は、戦争やテロリズムのおそれが切迫し、原告らの生命、身体に対する侵害が現実的かつ具体的に生じたと認めるに足る証拠はないと判示しています。しかし、2017年に起こった朝鮮半島危機の際に、河野前幕僚長は、7月27日、8月18日にダンフ

オード米統合参謀本部議長と会談し、これについて、「アメリカが軍事行動に踏み切る可能性も6割あると思った時期もあった」こと、「米軍が北朝鮮に対し軍事行動に踏み切れば自衛隊はどう動くか、」私の責任で頭の体操をした」というふう語っている。明らかに、重要影響事態ないし存立危機事態を当然に想定していたということが伺われます。河野前幕僚長は、同時期に行われた国家安全保障会議について、21回中15回出席していることを踏まえると、これは国家として、米軍が北朝鮮に対して軍事行動に踏み切れば、自衛隊の参戦・出動命令を行うことを真剣に検討されていたと理解せざるを得ません。

また、上記の事柄は、朝鮮半島危機から2年以上経った後、すでに統幕長を退任し、全くの私人であるはずの河野氏が、様々な媒体で述べた内容から判明したものであり、公的に国民に知らされていません。これは大変危惧すべきことです。

新安保法制が制定されたときに、国会において政府が行う判断を事後的に検証するための何らかの仕組みを設けるとの附帯決議がなされていますが、そのような附帯決議が実行されることはなく、私人たる身分で、前統幕長が朝鮮半島危機における切迫した事態が起こっていたことを知らせたのです。つまりは、民主的な統制が十分に図り得ない体制にまだあるのではないかと疑わせる事態といえます。

2017年のこの朝鮮半島危機の際に、戦争は現に切迫していたものであり、控訴人らについて権利救済を認めるべき生命、身体に対して、危険性が発生していたことは明らかです。

#### (5) 憲法判断を回避した場合の影響

最後に、芦部教授の要素の5番目、憲法判断を回避した場合の影響

についてですが、本件のような事案は、基本的には、民主的政治過程で解決されるべき要素が大きいと思います。ただ、新安保法制の制定過程が尋常ではないものであったことを踏まえるならば、ここで国家机关内部でバランスを取るような機関がなければ、権力の統制という立憲主義の試みが失敗してしまう、そのような大きな事態にもなりかねないと考えています。

制定過程に問題があれば常に司法府が前に出るべきとまでは申し上げていませんが、本件の事案の重要性、そのほか総合的に鑑みるならば、ここで裁判所が憲法秩序維持に正面から向き合って積極性を見せなければ、権力の統制とりわけ軍の統制というのは立憲主義の一つの大きな課題ですので、正に、立憲主義的な試みの成功・不成功にも関わる事態になると理解しています。

#### (6) まとめ

以上、芦部教授の5要素、いずれについても満たしており、総合的な判断をするならば、憲法判断に真摯に向き合うべき事案だといえます。事柄は、やはり尋常ではない制定過程を通して作られてしまった法律、しかもその中身が、政府解釈が長年にわたって国家実践、憲法実践としてきたものであります。最終的に国家の後ろ盾となるような実力をどう統制するのか、これについては、立法府・行政府のみならず、司法も含めて細心の注意を払わなくてはなりません。そうでなければ、あっという間に国家というのはバランスを欠くことにもなってしまいかねません。

このまま新安保法制についての憲法適合性について、判断を正面から示さないとするならば、憲法9条を設けていることの意味は限りなく薄くなってしまいます。日本の場合、立憲主義的な統制という意味でいうと、憲法9条と、論理による統制ということが一つ大きな特徴

であったわけですが、政府は、この論理による統制、自身がずっとしてきたものを、自ら壊そうとしているわけです。これについて裁判所もまた権力機関の一部、一翼を担うものとして責任を負っているものではないかと考えております。

## 8 補充尋問の内容

### (1) 従前の政府解釈の憲法規範性

規範がどこから生まれるのかについては幾つも考え方がありますが、英米系で1つ有力に捉えられているのが、事実の世界と規範の世界と融合してしまう議論になります。ある事実が積み重なっていくと、その中に従わなくてはいけないルール性が発見され、自生的ルールが発生するという考え方があります。

憲法実践ということ言えば、統治に関わる条文であるため、それが向けられている公務員自身が何をルールと理解してきているのか、というのが規範の内容を作り上げるに当たっては非常に大きいといえます。特に、日本国憲法103箇条しかありませんし、9条について無を定めている条文ですので、その中身を充填させるものが何かと言えば、日本国憲法9条の下での政府解釈によって作られた自衛隊を基にするならば、政府解釈の内容、規範内容が極めて重要であるということになります。

もちろん、これは、全ての政府解釈に、憲法レベルでの自生的な規範性を認めるという事ではありません。ただし、防衛法制の場合、元々憲法が無になっているところを、論理によって作り出し、それも国際法的な概念である自衛権を使って生み出しているのです。そうすると、その論理の限界が当然出てくるものであり、日本の戦後実践というのは、無から有を生むに当たって論理を使っているのであるから、無から有を生むために作られた論理の限界を超え

ることは、自分の親規定を殺すことになりかねません。

従って、防衛法制に関する政府解釈については、憲法レベルでの自生的な規範性が認められるというべきです。

## (2) 憲法判断に踏み込むべき場合（芦部教授の5要素）

基本的には、自己抑制、憲法判断回避の準則、ブランダイス、ルールにより、民主的な正当性を持っている国会の判断を片っ端から裁判所が違憲とするというのは適切ではありません。

ただし、それでも憲法判断として示さなければならない必要性が認められる場合、裁判所において憲法判断をするというのは、日本国憲法81条があることからすると当然です。

そこで、芦部教授が示す、5つの要素に従って、憲法判断に踏み込むべき場合か否かの判断がなされなければならない、という事になります。裁判例の蓄積がない領域ですので、芦部教授が示す5つの要素は、憲法学者の中でコンセンサスがあるというところまでは言えませんが、一般には芦部教授の5要素が引き合いに出されます。

## (3) 憲法9条の制度目的（防火壁）

例えば政教分離原則規定と信教の自由の関係について、津地鎮祭判決でも、制度の根本目的というような言い方をしています。そのような制度の根本目的たる信教の自由を守るための政教分離原則であるとしています。政教分離原則は何のためにあるのかといえば信教の自由を守るためであり、信教の自由を守るために一番いい方法は何か、というロジックが展開されていたかと思います。同じような意味で、憲法9条と政教分離原則は多分に重なるかと思われませんが、平和裏に生きるということへの利益・自由を確保するというのが憲法9条の根本目的、制度の根本趣旨であるといえます。

第2 東京高等裁判所令和2年（ネ）第3856号（甲B141）について

1 日本国憲法における安全保障政策に対する統制

日本国憲法は、9条で、いわゆる軍隊、かつて我が国に存在したような軍隊に権限を配分せず、戦力不保持、戦争放棄、交戦権の否認を定めることにより実力を統制しています。

しかし、日本国憲法が軍に権限を分配しなかったにもかかわらず、戦後、我が国は自衛隊を保持するに至り、他国から急迫不正の侵害を受けたときには、必要最小限度の範囲で武力を行使し得るという政府解釈を示すようになりました。そもそも憲法9条が軍に権限を配分せず、無としているにもかかわらず、自衛隊を設けるに至りましたので、その正当性の根拠、活動の限界について、理屈を示す必要があったため、上記のような政府解釈が示されたものといえます。

憲法9条は、戦後日本において、安全保障政策、特に一番大きなものは自衛隊ですが、これらについて論理的な限定を課すというような機能を有するに至っています。

具体的には、第1に例外的に武力の行使をし得る場合があるという議論の筋と第2に武力の行使に当たらないからできるという議論の筋、この2つによって論理的な統制、限界を画してきたものと考えられます。

政府は戦後、個別的自衛権の行使としてであれば、例外的に武力の行使はできるけれども、集団的自衛権の行使は憲法上できないという政府解釈を示し続けてきました。この解釈は、憲法9条のあり得る解釈の1つと理解できますし、また、従前の政府解釈は憲法改正をすることなく、集団的自衛権は行使し得ないとの解釈を国家実践、憲法実践として積み上げてきました。

ところが、2014年の新安保法制によって、武力攻撃事態法は、直接急迫不正の侵害を受けない場合でも、存立危機事態に至った場合には、自衛権に基づいて武力の行使ができることを認めました。これは、武力の行使の限界、際限がなくなることによって、武力の行使を禁じた憲法の意味がなくなってしまったものであり、最も違憲性の大きいといえます。従前の憲法9条の論理及び憲法9条の文言の範囲を超えており、一見極めて明白に違憲であると理解しています。

政府は存立危機事態における武力の行使については、限定的な集団的自衛権の行使と説明していますが、その内実は限定的であるとは言えません。例えば存立危機事態に何が当たるのか、政府は国会答弁によっても一義的な回答を示すことができないでおりました。例えばホルムズ海峡の機雷封鎖がこれに当たるとする答弁も、当たらないとする答弁もなされていることから明らかなように、集団的自衛権を行使し得る場合を限定できていません。

## 2 付随的違憲審査制

原判決及び、他の多数の安保法制違憲訴訟において、裁判所は法律上の争訟があって初めて司法権を発動でき、具体的事件を離れて抽象的に法律の違憲、違法を審査する権限を有するものではないことから、侵害されたとする当該個別の国民の権利ないし法的利益が認められない場合において、違憲審査権を行使すべきでないとして、違憲審査権を行使しませんでした。しかし、このような裁判所の判断は正当なものとはいえません。

この司法の自己抑制自体は当然の考え方ですが、法律上の争訟性、あるいは事件性というものから、演繹的に違憲審査権の行使の限界を画するということはできませんし、これまでの最高裁判例によっても、法律上の争訟が認められない事案において違憲審査権の行使はなさ



れています。

例えば、朝日訴訟最高裁判決や皇居前広場事件などが挙げられます。我が国の最高裁判例は、時に一般的抽象的に違憲判断をするというように学会でも言われておりますが、この点、伝統的にも数多く見られるところであり、近時では、選挙無効訴訟を通じての一人一票訴訟ですとか、あるいは立法行為に対する違憲国賠訴訟などが例として挙げられるかと思えます。

在外邦人選挙権剥奪訴訟最高裁判決（平成17年判決：最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁。在外邦人が選挙権を実際に行使し得るようになるための制度が不存在であったことが争われた事件）、再婚禁止規定違憲判決（平成27年判決：最大判平成27・12・16民集59巻8号2427頁。民法733条1項の規定のうち100日の再婚禁止期間を設ける部分について、憲法14条1項及び24条2項に違反するとして争われた事件）等の立法行為違憲国賠訴訟における憲法判断の扱いに関する判例の展開は、国賠訴訟という訴訟形式を対象に、「裁判所が憲法判断に踏み込む要件」を定式化したものであり、実質的な違憲確認訴訟が、立法措置によってではなく司法判断を通じて開発されてきたといえます。

上記平成27年判決に至るまでは、法令が違法である場合に違憲であるというような判断を示すのが一般的だったように観察されます。しかしながら、この平成27年判決の画期的なところは、再婚禁止規定のうち100日超過部分は違憲だけれども、国賠法上の違法との評価を受けるものではない、と判断した点です。

つまり、個別の違法性についての判断とは独立のものとして、憲法問題について正面から向き合う方法を裁判所自ら作ってきたものといえます。憲法判断を裁判所として示す、機が熟していると判断し、

憲法判断が必要であるとの判断の下に、違憲判断に踏み込んだといえます。

この平成27年判決の調査官解説（甲B142・761頁）においても、「あえて本件規定の憲法適合性について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、常に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ものであるところ、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。」とされており、正に、最高裁も同じ見解に立っているものと理解できます。平成27年の大法廷判決と立法行為、立法不作為をめぐる国賠訴訟の到達点を考えるならば、本件において憲法判断に踏み込むことは当然に可能といえます。

### 3 憲法判断に踏み込むべき場合（芦部教授の5つの要素）

憲法判断に踏み込むかどうかは、裁判所の裁量に委ねられていますが、芦部教授は、裁判所が憲法判断に踏み込むべき場合について、「(1)事件の重大性、(2)違憲状態の程度、(3)その及ぼす影響の範囲、(4)事件で問題とされている権利の性質、(5)憲法判断で解決するのと法律解釈ないしその他の理由で解決するのと、その及ぼす影響がいかに違うかという判決の効果など、総合的に検討する」ことになる、との見解を示しています。いまだ判例法理が十分に蓄積されている領域ではありませんが、この芦部教授の示された判断基準は、一般的に学会でも受け入れられているものと理解しています。

この裁判所が憲法実体判断に踏み込むべきかどうかについての、芦部教授が指摘した5つの要素に従って以下検討します。

(1) 事件の重大性

まず、事件の重大性についてですが、事柄が憲法9条の明白な違反性に関わることであり、憲法判断をするべき必要性がある重大な違憲の問題です。かかる観点から考えますと、機が熟していること、必要であることを含め、その重大性が認められるといえます。

(2) 違憲状態の程度

違憲状態の程度についてですが、本件で行われた違憲というのが、戦後実践と憲法実践として行われてきた憲法9条の内容を覆すものであり、論理の限界を超えるというものであり、違憲状態の程度が甚だしいといえます。

(3) その及ぼす影響の範囲

その及ぼす影響の範囲については、憲法9条は、安全保障法制の根幹に置かれている憲法条文であり、その影響というのは、法体系全体でみると、随所に影響を及ぼします。中でも、憲法9条の最も特色のあるところは、軍事的な合理性に根源的な疑問を突き付ける点です。新安保法制の違憲による影響は、人権保障よりも軍事的合理性が優先されることが多くなる危険がある、あるいは国益の名の下に人権侵害が容易となるというようなことが想定され、及ぼす影響の範囲も狭義の防衛法制を超えて、広いということが指摘できます。

(4) 事件で問題とされている権利の性質

事件で問題となる権利の性質についてですが、憲法9条は、平和に生きる自由・利益を守るための客観的法規範制度としての意義があり、その意味で、「防火壁」と呼ぶことができます。

戦争というのは、結局のところは自由や権利の問題であり、一旦起こってしまえば、その影響力は甚大なものになります。そのよう

な事態になる一步手前で、言わば「防火壁」のように自由や権利を守るという取組、プロジェクトが憲法9条であると理解しています。

制度の根本趣旨は自由の保障であり、自由の侵害へのおそれ、十分に注意を払わなくてはいけなければなりません。裁判所が機能が熟し、必要であると考えれば裁判所は憲法判断をしなければならず、むしろ、伝統的な意味での具体的な人権侵害があってからでは、すでに手遅れといえるのです。

#### (5) 憲法判断を回避した場合の影響

日本国憲法の場合は、軍に権限を配分しないという論理の提供をすることによって、権力をコントロールするという方法を選びました。日本国憲法においては、安全保障の問題は全て憲法問題になるという非常に大きな特色があります。

仮に本件において、憲法判断が回避された場合、武力の行使を禁止しているという根本的なところとして意味がなくなってしまうので、結局のところ、日本国民が主権者として作った憲法に存在している9条の権力をコントロールするという意味が極めて薄くなってしまうといえます。

#### (6) まとめ

以上の通り、本件は憲法判断に踏み込むべき事案であるといえます。違憲審査権の行使方法に関しては、いわゆるブランダイス・ルールというものがあり、憲法問題が記録によって適切に提出されている場合であっても、憲法問題を判断せずに、事件を処理することができるのであれば、憲法問題について判断しないという考えです。

しかし、そもそもブランダイス・ルールというのは、民主的な正統性の高い議会に対して、民主的正統性の高くない裁判所が謙譲的であるべしという自己抑制を語ったものです。そのこと自体は誰も否

定できないようなルールであり、一般的な原理ではありますが、規律密度、規律力が高いものではありません。事案ごとに憲法問題について裁判所が判断すべき必要性を認める場合には、当然、憲法判断に踏み込むということも織り込み済みの原理です。

裁判所は、本件において、憲法判断をするかどうか、踏み込むかということを実際に考えてもらう必要があります。平成27年判決にもありますように、今日においては違法性の問題とはまた別に、違憲性について、憲法秩序の維持という観点から、裁判所は必要性を考えるのは当たり前となっています。

実際のところ憲法76条、81条をみても、違憲審査権というのは、裁判所の職責です。必要な場合には、憲法判断に当然踏み込むというのが三権分立を維持する上で当然の前提です。本件について言えば、やはり立法過程が尋常ではなかったことなどを踏まえると、憲法9条が日本国民の制定した憲法の一部として存在していることの意義にも関わりますので、憲法判断に踏み込む、違憲判断に踏み込むことが必要です。

#### 4 安保法制の運用実態（河野統幕長）

##### (1) 朝鮮半島有事

新安保法制が成立した2年後の2017年に、集団的自衛権行使としての防衛出動の対象、つまり、存立危機事態となる事象が想定、検討されています。すなわち、前統合幕僚長である河野克俊氏は、2019年4月に退官されたのですが、その1か月後の2019年5月の新聞のインタビュー記事において、2016年の朝鮮半島有事の際の話として、「施行の安保法制に基づき、日本の平和と安全に重要な影響を与える状況下で自衛隊が米軍を後方支援できる「重要影響事態」や、集団的自衛権を行使して米軍への攻撃に自衛隊が反

撃できる「存立危機事態」を想定した」とあります。

統幕長は、自衛隊の運用について、軍事専門的見地から防衛大臣を一元的に補佐する役割を負っています。この発言をした河野前統幕長は、この記事の中で、「私の責任で頭の体操をした」との表現を使っていますが、そのようには理解できません。朝鮮半島有事の2017年というのは、河野氏が現職であった時代であり、職務の内容から考えると、当然に組織として統合幕僚監部で動き、統幕長、職務として「重要影響事態」「存立危機事態」の想定を行ったものであり、頭の中だけのお話とは到底思われません。

実際に2017年（平成29年）7月28日付けの統合幕僚監部報道発表資料プレスリリースによると、7月27日（米国現地時間）に、河野統幕長はペンタゴン、つまりアメリカの国防総省に呼ばれ、当時のダンフォード統合参謀本部議長と会談を行った旨が記されています。

新聞記事によると、ダンフォード議長と日本の河野統幕長は、7月27日の会談内容について、「当時、自衛隊トップの統合幕僚長だった河野克俊氏によれば、同年7月に会談したダンフォード米統合参謀本部議長（当時）が「政治決断が下される状況になれば、事前に知らせる」と語った。河野氏は「状況」を軍事力の行使と理解したという。」としています。

そして、日本国防協会講演録によると、ダンフォード議長から上記を聞かされた河野統幕長は、米国の軍事力の行使について、「正直、ある時期においては、軍事行動の可能性が6割はあるのではないかと感じていました。朝鮮半島における軍事衝突が、少なくとも「フィフティ・フィフティ」以上で起きるといった感覚を持った時期があったのです。」と述べています。河野統幕長は、日本国防協会の講演以

外にも、茨城新聞でも、「アメリカが軍事行動に踏み切る可能性も6割はあると思った時期もあった」と振り返っています。

その後、河野統幕長は、第1回目の日米の軍事のトップ会談後、つまり2017年7月27日の後、「河野氏は会談後」「米国が軍事行動に出た場合」「重要影響事態」に至る可能性が高いと判断。「河野氏らは現行法制でできることや指揮命令系統をシミュレーションしたという。」とされています。統合幕僚監部を組織として使って、重要影響事態について、シミュレーションができたものと推測できます。

2017年8月18日には、2度目の両国の軍事トップ会談が行われています。すなわち、河野統幕長がアメリカの国防総省ではなく防衛省において、再び、ダンフォード統合参謀本部議長と会談を行っています。その内容については、朝日デジタル（甲C52）によると、米軍統合参謀本部議長ダンフォード氏は「日米どちらかが攻撃されれば、それは双方への攻撃になることを明確にした」と述べたとされています。すなわち、存立危機事態について想定しながら会談が行われたものと読み取れるのです。

さらに、これらの一連の米軍と自衛隊のやり取りは、日本では自衛隊の統合幕僚監部のレベルでとどまっていたものではありません。国家安全保障局決定会議文書によると、2017年7月から12月までの間で合計21回、国家安全保障会議が開かれ、そのうちの15回、参加者の名前に、河野統幕長の名前が挙がっています。国家安全保障会議は、我が国の安全保障に関する重要事項を審議するもので、内閣総理大臣を議長として開かれるものです。河野統幕長は、その15回に及ぶ出席の際に、米軍と自衛隊のやり取りを、国家安全保障会議に報告していたのは明らかです。

さらに、興味深いのは、2017年7月29日土曜日、日本時間の深夜0時44分から四大臣会合が行われているのですが、この前日、7月28日というのは、先ほど述べた、河野統幕長がペンタゴンに呼ばれて会談をした日です。日本政府としては米軍が統幕長に直接何を言ったのか、大変大きな関心事であったことが当然うかがわれ、そのためにこのような深夜に国家安全保障会議が開かれたものと理解できます。出席者も日本の安全保障に関わる政治家と官僚が15名も、深夜に集まっているということから、事柄の重大性がうかがわれます。

また、防衛省開示文書である平成29（2017）年8月21日付の文書には、「河野統幕長とダンフォード米統参議長の会談」との標題があり、また、日時が平成29年8月18日金曜日とあります。先ほど述べた2度目の日米の軍事トップ会談と日時・参加者・標題が一致しており、統幕長及び統合幕僚監部の一連の動きは、政権の意を受けたものであると理解できます。

先ほど述べた、第1回の日米軍事のトップ会談の後に、河野統幕長が指示したと思われるシミュレーションについて、行政文書の開示請求を行ったところ、不開示とされました。不開示の理由については「本請求に係る行政文書の存否を明らかにした場合、我が国の武力攻撃事態対処態勢が推察され、自衛隊の効果的な任務遂行に支障を来し、ひいては我が国の安全が害される恐れがあることから、「その存否の応答を拒否する」との回答がなされています。この不開示理由の説明からすると、自衛隊において、シミュレーションがなされていたことが推測されます。

また、不開示理由として「公にしないことを前提とした米国政府との協議の内容に関する記述であって」との記載もあります。公に



したら米国との信頼関係が損なわれる事項でありますから、当然存立機器事態のシミュレーションを指しているものと理解しました。

原審である前橋地裁は判決文において、「集団的自衛権行使としての防衛出動の対象となる特定の事象が生じていない」旨述べています。しかし、以上からすると、この前橋判決のいう集団的自衛権行使としての防衛出動の対象となる、特定の事象は、現に2017年に生じていたことは明らかです。

(2) 自衛隊法95条の2

自衛隊法第95条の2は、米艦等、外国部隊の武器等の防護を定めるものですが、武器の使用と武力の行使を区別して、現場でそのどちらに当たるのか、現場の自衛官が判断するという立て付けになっています。

ある元防衛研究所所長の方が書物の中で紹介されているのですが、集団的自衛権はからないから、武器防護をできるようにしてほしいというのが海上自衛隊の願いであったという旨の記述があり、また、同箇所においては、防衛法制、今般の防衛法制で日本にとって一番問題となる可能性があるのはここであるというようにも述べています。

しかし、元防衛大学校校長ほかの経歴をお持ちの方の書籍においては、武器の使用と武力の行使を区別することは果たして可能なのかというような疑問を呈しており、安保法制は、「武器の使用」と「武力の行使」を区別して自衛隊が任務を果たすことを期待するが、果たして実際の緊急事態にそうした区別ができるだろうかという懸念がある。」としています。

以上