

平成28年(ワ)第308号「戦争法」強行成立損害請求事件
原告 ○○ ほか37名
被告 国ほか4名

準備書面(2)

被告準備書面(1)への反論—その1

(被告らの準備書面(1)の認否及び主張に対する反論の概要と
立法行為における国賠法上の違法性判断条件と判断順序について)

2017年7月19日

松山地方裁判所 御中

原告 ○○ ○○

被告準備書面(1)への反論—その1

被告らの準備書面(1)の認否及び主張に対する反論の概要と 立法行為における国賠法上の違法性判断条件と判断順序について

目次

はじめに	3
第1 被告国の認否及び主張に対する反論(概要)	3
1 被告国の認否・主張は、最高裁の判断順序に反し失当である.....	3
(1) 被告国の認否(概要)	3
(2) 被告国の主張(概要)	4
(3) 小結(被告国の認否・主張は、最高裁の判断順序に反し失当である).....	5
第2 最高裁が示す、違憲内容の法律の立法行為の国賠法上の違法性の判断条件	6
1 1985年判決及び2005年判決が示す国賠法上の違法性の判断条件	6
(1) 1985年判決が示す国賠法上の違法性の判断条件	6
(2) 2005年判決が示す国賠法上の違法性の判断条件	7
(3) 2005年判決と1985年判決の国賠法上の違法性の判断条件の関係.....	8
(4) ハンセン病地裁判決が示す国賠法上の違法性の判断条件の考慮要素	8
(5) 立法不作為と立法行為の違法性の評価基準の相違.....	9
(6) 小結(本件は、最高裁が国賠法上の違法と評価する事例に該当)	10
2 人権規範以外の憲法規範違反の立法制定行為の違法性の有無の判断条件.	11
(1) 2005年判決が示す違法性の有無の判断条件	11
(2) 立法行為の違法性の有無を判断する場合の条件.....	12
(3) 2015年判決の立法行為の違法性の有無の判断条件.....	12
(4) 小結(本件立法不法行為の国賠法上の違法評価の判断条件)	13
3 1985年判決の立法行為の違法性の有無の判断条件の意味.....	14
(1) 国会議員の憲法尊重擁護義務に基づく職務行為基準説の意味.....	14
(2) 小結(本件立法行為の憲法尊重擁護義務・職務義務行為違反)	15
4 小結(「戦争法」制定行為は、国賠法1条1項の違法行為に該当)	15
第3 審理における憲法適合性の有無の判断順序について	16
1 法規の憲法適合性の有無を先に判断すべきこと	16
2 2015年判決(夫婦同姓規定合憲判決)は、憲法違反の有無の判断を先行....	16
3 2015年判決(再婚禁止期間違憲判決)も、憲法違反の有無の判断を先行	17
4 本件原告の損害との関係における憲法適合性の判断の順序	18
5 小結(憲法適合性の判断を先行。被告らの主張は失当)	18
第4 本件における司法(裁判所及び裁判官ら)の職責	18
1 三権分立における司法の責務・権限	18
2 小結(本件「戦争法」における裁判所の職責としての訴訟指揮)	19
結語.....	20

訴状の訂正

訂正1

訴状の5頁「2 被告」の(ア)の「国は、憲法違反の「国際平和支援法」及び10本の戦争関連法を改悪する「平和安全法制整備法」(これらを以下「戦争法」という。)を衆議院及び参議院に上程し、同法を成立させ、施行した。」を「国は、憲法違反の「国際平和支援法」及び10本の戦争関連法を改悪する「平和安全法制整備法」(これらを以下「戦争法」という。)を国会(衆議院)に提出し、同法を成立させ、施行した。」と訂正する。

訂正2

訴状の5頁下段1行目の「被告(ア)は、憲法違反の「戦争法」を衆議院及び参議院に上程」を「被告(ア)は、憲法違反の「戦争法」を衆議院に提出」と訂正する。

訂正3

訴状の58頁の「(佐藤幸司『憲法〔第3版〕』350頁)」を「(佐藤幸治『憲法〔第3版〕』350頁)」と訂正する。

はじめに

当準備書面(2)は、被告国及び被告塩崎ら(以下「被告ら」という。)の準備書面(1)に対する反論のその1である。

具体的には、被告らの準備書面(1)の認否及び主張に対する反論の概要と最高裁の判例を検証し、国務大臣及び国会議員らの立法行為(又は立法不作為)が、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるか否かの最高裁の判断条件を示し、そして、訴訟の審理ないし判断の順序として、本件「戦争法」が、憲法違反であるか否かの判断を先に行う必要があることを明らかにする。そのことで、被告らの認否及び主張が、最高裁が示した判断条件及び判断順序の事実と反する事実誤認・理由不備があり、それに基づく主張は、失当であることを示す。

なお、当準備書面(2)における略語等は、訴状及び原告準備書面(1)の例による。

第1 被告国の認否及び主張に対する反論(概要)

1 被告国の認否・主張は、最高裁の判断順序に反し失当である

(1) 被告国の認否(概要)

被告国は、原告の訴状及び準備書面(1)の請求の原因に対する認否において、「戦争法」の成立手続きの違憲性の主張に対しては、①「原告らの意見ないし評価にわたるものであり認否の限りでない」、②「事実の主張ではなく、かつ、本件の争点と

関連しないから、認否のかぎりでない」(被告国準備書面(1)6～7頁)と認否を回避しないし怠っている。

また、被告国は、原告らの「戦争法」の違憲性の主張に対しても、⑥「事実の主張ではなく、かつ、本件の争点とも関連しないから、認否のかぎりでない」(被告国準備書面(1)7頁)と認否を回避しないし怠っている。

さらには、被告国は、原告らの憲法9条は国際法上の条文的地位にあり「戦争法」はこれに反するとの主張に対しては、⑦「原告らの意見ないし評価にわたるものであり認否の限りでない」(被告国準備書面(1)8頁)と認否を回避しないし怠っている。

また、原告らが主張する「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」などの権利・利益の侵害について、⑧「『主権者の利益のため』とある部分が抽象的にすぎるから、認否の限りではない」(被告国準備書面(1)9頁)、「本件の争点と関連しないから、認否の限りでない」(被告国準備書面(1)10～11頁)などと認否を回避しないし怠っている。

(2) 被告国の主張(概要)

被告国は、上記のように認否を回避しないし怠り、その上で、被告準備書面(1)の「第3 被告国の主張」の「1 はじめに」(13～14頁)で、⑨「原告らの被告国に対する請求は、具体的な法的利益の侵害をいうものでもないから、やはり主張自体失当である」(14頁)と主張する。

また、「2 原告らが主張する権利は国賠法上保護された権利ないし法的利益とは認められないこと」の「(1)権利ないし法的利益の侵害がなければ国賠法上の違法を認める余地がないこと」(14頁)のなかで、⑩「国賠法1条1項の違法は、当該個別の国民の権利ないし法的利益に対する侵害があることを前提としており、権利ないし法的利益の侵害が認められない場合には、国賠法上の違法を認める余地はない。」(14頁)と主張する。

さらには、「(2)原告らの主張する『平和的生存権』は国賠法上保護された権利ないし法的利益と認められないこと」(14～18頁)のなかで、⑪「『平和的生存権』に具体的権利性を認めることができないことは明らかであるから、これを国賠法上保護された権利ないし法的利益と認めることはできない。」と主張する。

そして、「(3)原告らの主張する生命・身体の安全を含む『人格権』は国賠法上保護された権利ないし法的利益と認められないこと」(18～19頁)のなかで、⑫「原告らの主張する『人格権』なるものについても、具体的権利性を認めることができないのは明らかであるから、これを国賠法上保護された権利ないし法的利益と認めることはできない。」と主張する。

また、「(4)原告らの主張する『憲法改正・決定権』も国賠法上保護された権利ないし法的利益と認められないこと」(19～20頁)のなかで、⑬「原告らの主張する『憲法改正・決定権』なるものにも具体的権利性を認めることはできず、これを国賠法上保護された権利ないし法的利益の侵害と認めることはできない。」と主張する。

そのうえで、「第4 結語」において、⑭「原告らの主張は、いずれもそれ自体失当であり、理由がないから、速やかに弁論終結の上、原告らの被告国に対する請求はいずれも棄却されるべきである。」(20頁)と主張している。

(3) 小結(被告国の認否・主張は、最高裁の判断順序に反し失当である)

下記の「第3 審理における憲法適合性の有無の判断順序について」(16頁)において述べているように最高裁判例を検証すると、国务大臣及び国会議員らの立法行為(又は立法不作為)が、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるか否かについての事件の場合には、まず、法規の憲法適合性の有無を先に判断するという判断の順序が示されている。

ところが、被告国は、原告らの「戦争法」の違憲性の主張に対する認否において、⑥「事実の主張ではなく、かつ、本件の争点とも関連しないから、認否のかぎりでない」(被告国準備書面(1)7頁)と主張し、認否を回避している。最高裁の判断順序を本件にあてはまると、まず、「戦争法」の内容が憲法に反するか否かを判断することになる。したがって、「戦争法」の違憲性の有無が本件の争点となる。つまり、被告国の認否の回避は、不可欠な認否の怠りであり、「本件の争点とも関連しないから、認否のかぎりでない」との被告国の主張は、最高裁の判決が示す判断順序に反する事実誤認・理由不備があり、失当というほかない。

また、被告国は、原告らの憲法9条は国際法上の条文的地位にあり「戦争法」はこれに反するとの主張に対しても、⑦「原告らの意見ないし評価にわたるものであり認否の限りでない」(被告国準備書面(1)8頁)と認否を回避し、さらには、原告らが主張する「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」などの権利・利益の侵害について、⑧「『主権者の利益のため』とある部分が抽象的にすぎるから、認否の限りではない」(被告国準備書面(1)9頁)、「本件の争点と関連しないから、認否の限りでない」(被告国準備書面(1)10～11頁)などと認否を回避している。この認否の回避は、先に述べた理由と同様に、不可欠な認否に対する怠りがあり、その主張についても同様に、最高裁の判決が示す判断順序に反する事実誤認・理由不備があり、失当というほかない。

下記「第2 最高裁が示す、違憲内容の法律の立法行為の国賠法上の違法性の判断条件」で述べるように、国务大臣及び国会議員らの立法行為(又は立法不作為)が、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるか否かの判断基準に関する最高裁判例を検証すると、⑨「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」には国家賠償法上の違法の評価を受ける余地があることを示している。そして、本件「戦争法」の法制は、このような事例に該当することは明らかである。したがって、被告国の⑩～⑪の主張も、最高裁が示す、違憲内容の法律の立法行為の国賠法上の違法性の判断条件に反する事実誤認・理由不備があり、失当というほかない。

また、不法行為の違法性は、侵害行為の態様・程度と被侵害権利・利益の種類・内容との相関関係によって判断される。その侵害行為とは、2014年7月1日の閣議決定及び2015年5月14日の閣議決定を含む「戦争法」の制定とこれら一連の法制手続である。その内容の中心は、集团的自衛権の行使を可能にし、また、外国軍隊の武力行使と一体化し又はその危険性を有する後方支援活動及び協力支援活動を可能にしたことである。このことが原告らの権利・利益を侵害するか否かが本件の違法性判断の対象である。その侵害行為の違法性は、本件において、その侵害行為の違憲性によって基礎づけられる。したがって、本件不法行為の違法性の判断

は、「戦争法」の内容及びその制定手続の憲法違反性を、侵害行為の態様・程度として検討、判断することが、必要不可欠な要件となる。

したがって、原告らの「戦争法」の成立手続の違憲性の主張に対して、①「原告らの意見ないし評価にわたるものであり認否の限りでない」、「事実の主張ではなく、かつ、本件の争点と関連しないから、認否のかぎりでない」(被告国準備書面(1)6～7頁)と認否を回避しているが、先に述べた理由から「戦争法」の成立手続の違憲性も「戦争法」が憲法に反するか否かと関係するから当然ながら、本件の重要な争点となる。したがって、「本件の争点と関連しないから、認否のかぎりでない」との被告国の主張は、最高裁が示す判断順序に反する事実誤認・理由不備があり、失当というほかない。

なお、被告国の上記のような認否の回避という対応は、恣意的な選択である。その目的は、原告らの本件「戦争法」の内容の違憲性の主張に対する被告国の反論を回避するためにほかならない。なぜならば、本件「戦争法」の内容の違憲の有無が本件の争点となると、これまでの政府の憲法9条における見解・解釈と本件「戦争法」の成立過程における被告国の見解・解釈に齟齬があることが明らかになり、「戦争法」が違憲であることが明らかになるから、それを回避するためである。

被告国の各主張に対する原告らの反論の概要を以下述べる。なお、詳細な各反論は、必要に応じて別途準備書面に述べる。また、本件「戦争法」の内容の違憲性の判断は、憲法前文及び9条に関する違憲性が中心となるが、「戦争法」の内容及びその制定手続の憲法96条(憲法改正手続)、98条(憲法の最高法規性)、99条(憲法尊重擁護義務)等の各条項及び立憲主義・平和主義の基本原則ないし基本理念への適合性が、併せて問題となることを指摘しておく。

第2 最高裁が示す、違憲内容の法律の立法行為の国賠法上の違法性の判断条件

違憲の内容の法律を立法する行為が、国家賠償法上の違法となるか否かを判断する場合の条件をこれまでの最高裁判決などから以下検証する。

1 1985年判決及び2005年判決が示す国賠法上の違法性の判断条件

(1) 1985年判決が示す国賠法上の違法性の判断条件

在宅投票制度を廃止しこれを復活しなかった立法行為の違法性の有無が問題となった上告審判決(以下、「1985(昭和60)年判決」という。)は、下記のように、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別し、国会議員が違憲立法を行ったからといって当然にその立法行為が国家賠償法上の違法行為にあたるわけではないとした上で、例外的に、②「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国会があえて当該立法を行うというとき、容易に想定し難いような例外的な場合」には国家賠償法上の違法の評価を受ける余地があることを示している。

「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いというべきであって、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国会があえて当該立法を行うというごとき、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項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」(最高裁1985(昭和60)年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁)(下線は原告ら。以下同じ。)

(2) 2005年判決が示す国賠法上の違法性の判断条件

最高裁は、いわゆる在外邦人選挙権制限違憲訴訟上告審判決(以下、「2005(平成17)年判決」という。)において、上記1985(昭和60)年判決を維持し、下記のように④「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」、⑤「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」との例外的事例を示し、「国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法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。」と判示している。

「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、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法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。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頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。」(最高裁判所大法廷2005(平成17)年9月14日民集59巻7号2087頁)

この2005(平成17)年判決は、再婚禁止期間に関する最高裁大法廷2015(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「2015(平成27)年判決」という。)でも援用され、立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受ける場合について、次のように、⑥「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合との条件を示している。

「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること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その改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上

の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがある」

(3) 2005年判決と1985年判決の国賠法上の違法性の判断条件の関係

加本牧子最高裁判所調査官は、2015(平成27)年判決の判例評釈において、下記のように2005(平成17)年判決と1985(昭和60)年判決との関係について、1985(昭和60)年判決は、違法になる場合の例示として、前記㉗～㉙事案以外を一切否定せず、立法行為等の違法性が立法の内容等の違憲性の問題とは区別されるべきであり、違法性が認められる場合が「例外的な場合」であると述べているにすぎないと理解する必要があることを示している。その上で、具体的な当てはめについては当該事案の内容に鑑みた事例判断であるとしている。

「限定的な表現を用いた昭和60年判決の判示の『立法の内容が……』の部分は、『国会があえて当該立法を行う』という表現からうかがわれるように、立法不作為ではなく、主に立法行為を念頭に置いて違法の度合いが極端な場合を例示したものとも考えられ、同判決が違法になる場合をその例示のような事案以外につき一切否定したものとは解されない。他方、平成17年判決は、昭和60年判決が異なる趣旨をいうものではない旨を明示しているほか、立法不作為等の違法性が立法の内容等の違憲性の問題とは区別されるべきであり、違法性が認められる場合が『例外的な場合』であるとする点において、昭和60年判決と同旨を述べており、具体的な当てはめについては当該事案の内容に鑑みた事例判断であると理解することができる。」(加本牧子「最高裁大法廷 時の判例」ジュリスト1490号94頁)

(4) ハンセン病地裁判決が示す国賠法上の違法性の判断条件の考慮要素

事例判断の参考として、いわゆるハンセン病訴訟熊本地裁判決(熊本地裁2001(平成13)年5月11日判決・判例時報1748号30頁)がある。それは、以下のとおである。

「最高裁昭和60年11月21日判決(引用者注:1985(昭和60年)判決のこと)は、もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする。右判決は、その論拠として、議会制民主主義や多数決原理を挙げるが、新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権保障を脅かしかねない危険性が内在されているのであって、右論拠は、本件に全く同じように妥当するとはいえない。」

「右判決の文言からも明らかなように、『立法の内容が憲法の一義的な文言

に違反している』ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対条件とは解されない。右一連の最高裁判決が『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎないものというべきである。」

「国会議員としても、このころに新法の隔離規定の適否を判断することは十分に可能であったこと、(中略)新法の隔離規定に合理性がないことが明らかであること、その他、(中略)事情等を考慮し、新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和40年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である。」

ハンセン病訴訟熊本地裁判決の上記判示部分は、1985(昭和60)年判決の「立法の内容が……」の部分为例示列举と捉え、「極めて特殊で例外的な場合」には、立法行為が国家賠償法上違法となり得ることを認めている点で、先の加本牧子最高裁調査官の見解と合致する。

そして、以上のように、④「少数者の人権保障を脅かす可能性がある立法は、国家賠償法の違法性を認める方向で検討していること、立法行為ないし立法不作為により人権被害が重大であること、人権侵害をもたらす立法に合理性がないことが明らかであること、司法的救済の必要が高い」などといった考慮要素を検討した上で、「極めて特殊で例外的な場合」であるとして、国家賠償法上の違法性を認めている。

(5) 立法不作為と立法行為の違法性の評価基準の相違

2005(平成17)年判決とハンセン病訴訟熊本地裁判決は、事案は立法不作為に関する国家賠償請求である。したがって、当該立法不作為が違法と評価されるためには、2005(平成17)年判決において、「国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る」ことが要求される。

その理由は、どのような立法をどのような時期に行うかは、国会の立法裁量に委ねられ、国会が必要な立法措置を講じないというだけでは、安易に裁判所がこれに介入することは、権力分立の観点から許されないと解されるからである。仮に、裁判所が、国会議員の立法不作為に対して法的責任を問うこととなれば、それは、裁判所が、個々の国会議員に対し、特定の内容の法律を特定の時期までに立法すべき義務を課すことにはかならず、これは憲法が採用する権力分立(憲法41条、65条、76条1項)に反すると評価される余地があるからである。

つまり、裁判所は、国会の一定の判断に対して、事後的に評価を加える機関であり、国会が当該立法に関して何の判断もしていない場合に、裁判所がその不作為に対して一定の判断を言い渡すことは、事後審査を旨とする裁判所の役割を逸脱していると評価される恐れがある。

しかし、「国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る」

場合は、国会の「当該立法は行わない」という判断が既になされていると評価できるので、その判断に基づく立法不作為に対しては、裁判所が判断を言い渡すことは、なんら裁判所の事後審査制という性質に反するものではない。したがって、それは許される。

以上ことから、立法不作為に対して、裁判所がその立法過程を問題にして立法行為の違法性を判断することは、権力分立、裁判所の事後審査制への配慮という観点から慎重にならざるをえない。したがって、立法不作為について違法の評価を受ける場合の要件は、立法作為行為に比べて、より厳格なものが要求されることになる。

しかし一方、作為による立法行為である場合には、こうした配慮は不要であり、純粋に立法内容が憲法の規定に違反するものであることが明白かどうかを判断すればよい。

本件は、この後者の国会の立法作為行為である。したがって、違憲立法行為を国家賠償法上の違法と評価したとしても、これが権力分立、裁判所の事後審査制との関係で問題が生じることはない。

(6) 小結(本件は、最高裁が国賠法上の違法と評価する事例に該当)

訴状及び原告準備書面(1)で述べている本件「戦争法」の立法行為は、2005(平成17)年判決の④「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」、2015(平成27)年判決の⑤「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合に該当することは明白である。

具体的には、本件「戦争法」の制定行為は、これまでの政府見解において違憲であるとしてきた集団的自衛権の行使や非戦闘地域以外における後方支援を認めるものであることから④の場合の条件に該当する。また、平和的生存権、人格権の重大な侵害を受ける少数者の人権被害を招いている立法行為であることから、⑤の場合の条件にも該当する。また、人権侵害をもたらす「戦争法」が、日本の安全保障政策に資するという合理性がないことも明らかであるから、④の「人権侵害をもたらす立法に合理性がないことが明らかであること」にも該当する。

さらには、本件は、④の「司法的救済の必要が高い」場合の条件に該当する。その理由は、「戦争法」の制定過程において、内閣法制局による内部的事前統制がこれまでのように機能せず、多くの憲法学者、元内閣法制局長官、元最高裁長官までもが違憲と指摘する法律を採決の強行により制定してしまったこと、それはこれまでまったく前例がなく前代未聞の事態であったこと、このように立法及び行政等の政治部門による憲法的統制が機能しないゆえに、司法的な救済の必要性は極めて高いといえるからである。

以上のように、本件「戦争法」の国会議員による制定行為は、最高裁などが示した国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受ける「極めて特殊で例外的な場合」の条件を完全に満たす事例に該当する。

2 人権規範以外の憲法規範違反の立法制定行為の違法性の有無の判断条件

(1) 2005年判決が示す違法性の有無の判断条件

立法内容が「憲法上保障されている権利を違法に侵害する場合」とは明確にいない違憲立法行為の場合はどうだろうか。憲法に違反する内容の法律であっても人権規範以外の憲法規範に違反する場合であれば、国会議員は違憲の法律を制定することが許されるだろうか。そうした違憲立法によって国民の「権利又は法律上保護される利益」(民法709条)が侵害された場合には、国家賠償法による違法とは評価されず、救済は得られないだろうか。

前記のように、1985(昭和60)年判決は、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別し、国会議員が違憲立法を行ったからといって当然にその立法行為が国家賠償法上の違法行為にあたるわけではないとした上で、例外的に、「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」には国家賠償法上の違法の評価を受けるものとしている。

そして、この「容易に想定し難いような例外的な場合」をさらに人権侵害を伴う立法行為において具体化した規範が2005(平成17)年判決である。すなわち立法行為に関していえば、④「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」という条件に該当する。

2005(平成17)年判決は、「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」と判示している。ここで重要なことは、その判断をする条件は、①選挙権という人権の侵害を伴う立法行為に関するものであること、②文末に「など」とあるとおり、違法になる場合の例示として、前記⑦～⑤事案以外を一切否定してない加本牧子最高裁判所調査官の判例評釈のように、あくまでも1985(昭和60)年判決がいう「例外的な場合」のひとつの具体化にすぎない、ということだ。すなわち、1985年(昭和60)判決の「例外的な場合」の一例として、人権を侵害する立法に関して具体化した規範であり、これ以外の例外的な場合を否定したものと解することはできない。よって、立法行為が人権の侵害を伴うものであれば、その立法行為が国家賠償法上違法と評価されるか否かは、2005(平成17)年判決に従って、④「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」か否かの判断によることになる。あくまでも人権侵害を伴う立法内容であるが故に、④の場合という規範として具体化したのである。

これに対して、人権規範以外の憲法規範に違反した立法の場合はどうだろうか。この場合でも、違憲の内容を持つ立法を制定することは、憲法尊重擁護義務(憲法99条)を負う国会議員として当然に許されない。ただ、国賠法上は、全国民に政治的責任を負うことを原則され、個別の個人に法的責任を負うのは、例外的な場合であるとされているに過ぎない。すると、違憲の内容の法律を制定することは、その法律が明確には人権規範以外の憲法規範に違反する場合でも、その立法行為により、国民の権利又は法的保護に値する利益が侵害された場合には、その立法行為は

違法となる。したがって、その行為は、国家賠償の必要があることは、人権規範違反の立法がなされた場合と何ら異ならない。よって、仮に人権規範違反を伴うことが明確でない場合でも、その立法が憲法規範に違反することは明白である。1985(昭和60)年判決がいう⑦「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」、つまり、「憲法の規定に違反するものであることが明白な場合」の具体化といえるような場合には、違憲の内容の立法行為は、国家賠償法上の違法と評価することが可能となることを最高裁の1985(昭和60)年判決は示している。

(2) 立法行為の違法性の有無を判断する場合の条件

以上から、立法内容が人権規範に違反する場合は、④「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」という判断条件(2005(平成17)年判決)が適用される。また、立法内容が人権規範以外の憲法規範に違反する場合は、それと同等に評価される⑦「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」という判断条件を適用することが可能といえる。すなわち、いずれの場合であっても、違憲の内容の立法行為によって、原告の「権利又は法律上保護される利益」(民法709条)が侵害された場合は、違法性が認められ、これによって生じた損害は、国家賠償として認められなければならない。

(3) 2015年判決の立法行為の違法性の有無の判断条件

立法内容が、人権規範以外の憲法規範に違反するときには、⑦「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」という判断条件が適用されることを述べた。この考え方を以下の2015(平成27)年判決との関係で検証する。

この判決の事案は、女性の再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定が憲法14条1項及び24条2項に違反するにもかかわらず、これを改廃する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に国家賠償を求めたものである。つまり、人権侵害を伴い、かつ、立法不作為の事案である。この判決の判断条件は、下記下線のよう、法律の規定が、①「憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するもの」として、②「憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず」、③「国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合など」と3つの要素から構成されている。①は人権侵害の事案であるための要件であり、③は立法不作為の事案であるための要件であるといえ、人権侵害を伴わない立法行為(作為)の事案であれば、必要な要件は②のみと解することができる。つまり、⑦「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易

に想定し難いような例外的な場合」には、国会議員の立法過程における行動が職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法行為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるということになる。したがって、立法内容が人権規範以外の憲法規範に違反するときに、法律の規定が⑦「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」か否かという判断条件によって、国家賠償法上の違法といえるか否かを判断することは、2015(平成27)年判決に矛盾するものではなく、むしろその趣旨に適合する。

「仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。

もっとも、法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであること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その改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである。」

(4) 小結(本件立法不法行為の国賠法上の違法評価の判断条件)

原告らは、本準備書面において、立法不法行為が行われた際の国家賠償法上の違法を判断する場合の条件に先に述べた判断条件を主張する。そして、本件「戦争法」が、①「**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**」にあたること、仮に権利を侵害するといえなくとも、②「**憲法の規定に違反するものであることが明白な場合**」にあたることを主張する。

原告らは本件訴訟において、平和的生存権、人格権、憲法改正・決定権という権利ないし法的利益の侵害を主張している。これらの権利侵害の程度は、侵害行為の違法性に依存することでもあるので(相関関係論)、①の「憲法上保障されている権利の侵害が明白か」を判断するためには、「戦争法」の内容がいかに重大な憲法違反(憲法9条違反)を含んでいるかを検証しなければならない。よって、この①の主張と②の「憲法の規定に違反するものであることが明白な場合」にあたることの主張は密接に関連するものである。

さらに、「戦争法」の制定過程がこれまでの政府解釈によって定着した憲法規範を無視したものであり、憲法が保障する平和主義のみならず立憲主義という根源的な価値を侵害することが明白であるから、侵害行為の違法性が極めて強く、よってこの点からも「憲法上保障されている権利の侵害が明白」といえる。

したがって、本件「戦争法」が憲法に反するか否かを上記の観点から判断することが、本件立法不法行為の国賠法上の違法評価を判断する場合の条件とすることを要する。

3 1985年判決の立法行為の違法性の有無の判断条件の意味

(1) 国会議員の憲法尊重擁護義務に基づく職務行為基準説の意味

1985(昭和60)年判決の、㊦「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」という判断条件の意味について検討してみる。

これまでの判例は、具体的な公権力の行使について国家賠償法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。2015(平成27)年判決においても、この考え方が維持されている。なお、この「職務行為基準説は判例主導で形成された法理であるが、学説からの批判がすくなくない」(西埜章著『国家賠償法コンメンタル 第2版(2014年)』167頁)。原告らも、この職務行為基準説に異議あるが、ここでは、その点に立ち入らず、同説に基づき述べる。

この基準に基づくと、国会議員による「戦争法」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「戦争法」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。この点、一般的な立法行為が、当該法律の立法裁量の範囲の当不当の疑義によって、国会議員の職務義務違反と認定されることは極めて限られるであろう。しかし、個々の国会議員が憲法を尊重し擁護すべき義務を負っている以上(憲法99条)、こと憲法に違反する内容の法律の制定行為は、遵守すべき行為規範又は国民に対して負う明確な職務義務違反と考えざるを得ない。国会議員が立法行為を行う際に、最も重視すべき行為規範は憲法であり、憲法に違反するような内容の立法の制定行為は、原告を含む主権者(国民)から憲法によって授権されている権限ではないからである(憲法前文)。

ただ、多くの法律は仮に事後的に違憲の疑義が生じ、事後的に裁判所によって違憲判断がなされたとしても(違憲の内容の法律制定という、法が許さない結果を発生させたとしても)、立法時点においては、当該立法の違憲性が明白とはいえない場合があり、そうした事後的な立法内容の違憲判断によって、国会議員の立法行為が直ちに国会議員としての職務義務違反を招来するわけではないということに過ぎない。このために、立法内容の違憲性の問題と国家賠償法上の違法性の問題を区別しなければならない。その点を2015(平成27)年判決も、「仮に当該立法の内容が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。」と指摘している。

しかし、立法過程において、既に重大な違憲の疑義が生じている場合は、別である。国会議員としては、立法過程で既に生じた違憲の疑いを払拭するべく審議を重ね、少なくとも人々(国民)の多くが違憲の疑いを持たない程度には法案の修正などによって対応すべき職務義務がある。審議を通じて、立法事実を丁寧に検証し、

当該立法の必要性、相当性を十分に検討することで、国会議員として人々（国民）の疑問に誠実に応えることは、国会議員が遵守すべき行為規範である。1985（昭和60）年判決がいう「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国会があえて当該立法を行うというごとき」という表現も、立法過程において既に憲法違反であることが明白であるにもかかわらず、国会があえて立法を行ったというごとき、明白な憲法尊重擁護義務違反の場合を指している。つまり、それはこの判例が示している「容易に想定し難いような例外的な場合」である。通常、国会は違憲の疑義が生じたならば、十分に審議をし、そうした違憲の疑義を払拭してから立法するものだからである。

前述のとおり、2015（平成27）年判決が、「憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず」と、憲法違反であることの明白性を要求しているのも同様の趣旨である。

（2）小結（本件立法行為の憲法尊重擁護義務・職務義務行為違反）

本件「戦争法」の制定過程はどうだろうか。訴状及び原告準備書面（1）で述べたが、憲法尊重擁護義務を負う国会議員として、人々（国民）に誠実な態度で立法行為を行ったとは到底いえない。

必要に応じて別途準備書面で述べるが、これまで歴代政府は、日本は個別的自衛権を行使することはできるが、集団的自衛権は行使できないという立場を終始一貫してとってきた。歴代の総理大臣も内閣法制局長官もその旨国会で明らかにし、政府答弁書等においても繰り返し表明されてきた。これは、まさしく憲法9条2項の交戦権否認、戦力不保持規定という一義的な文言によって、解釈上、集団的自衛権の行使は認められないとされてきたからにはほかならない。

今回の政府の集団的自衛権の行使を容認する閣議決定や、「戦争法」案の提出、国会における採決の強行は、これに全く反する。

しかも、元最高裁長官をはじめとして歴代法制局長官、元裁判官、日弁連、憲法学者などの司法関係者のほとんどが、これら政府、国会の行為が違憲である、立憲主義に反すると反対していた。にもかかわらず、被告らは、人々（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せず、「戦争法」を強引に成立させた。

したがって、被告らの本件「戦争法」の立法行為及び内閣構成員である国務大臣の国会答弁などの行為は、明らかに国会議員・国務大臣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・国務大臣の職務義務違反であるといわざるをえない。

4 小結（「戦争法」制定行為は、国賠法1条1項の違法行為に該当）

まず、被告国の各認否（㉔～㉖）において、原告らが、前述の「（3）小結（被告国の認否・主張は、最高裁の判断順序に反し失当である）」（5頁）で述べたように次の「第3審理における憲法適合性の有無の判断順序について」で示す「最高裁の順序」に対する事実誤認・理由不備がある。

被告国準備書面（1）の「第3 被告国の主張」（13頁～20頁）の㉔～㉖及び被告塩

崎らの準備書面(1)の主張(1～2頁)のように原告らの主張を否定するが、上記で述べたように、本件「戦争法」の国会議員による制定行為は、最高裁などが示した国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受ける「極めて特殊で例外的な場合」の条件を完全に満たす事例に該当する。本件「戦争法」は、国家賠償法1条1項が違法とする、明白な人権侵害を伴う立法の制定行為(内閣による法案提出から国会本会議による採決まで)であり、憲法9条の規定に反する明白な違憲の内容を持つ立法の制定行為である。また、その制定過程においても、国務大臣、国会議員として遵守すべき行為規範ないし職務義務に違反する。したがって、被告国及び被告塩崎らの準備書面(1)の主張(1～2頁)は、事実誤認・理由不備あり、失当である。

第3 審理における憲法適合性の有無の判断順序について

1 法規の憲法適合性の有無を先に判断すべきこと

原告らは、違憲内容の本件「戦争法」の立法行為による権利侵害によって被る損害の国家賠償を求めている。これが認められるためには、これまで述べてきたように、「戦争法」が④「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」か、もしくは⑦「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国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」にあたるため、その制定行為が国会議員の職務上の法的義務に違反したものとして国家賠償法上の違法といえることが必要である。こうした判断条件に基づき原告の請求に理由があるか否かを判断するためには、どうしても「戦争法」が原告の主張する憲法の規定に違反することが明白か、もしくは人権を侵害することが明白かを判断しなければならない。

この原告らの主張の正当性を、次の2015(平成27)年判決(再婚禁止期間違憲判決)も、同日に出された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行い、その後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よって、それを証明している。

2 2015年判決(夫婦同姓規定合憲判決)は、憲法違反の有無の判断を先行

具体的には、2015(平成27)年判決(夫婦同姓規定合憲判決)では、法廷意見は夫婦同姓に関する民法750条が憲法13条、14条1項、24条に違反するかどうかを検討した後に、いずれにも違反しないとした上で、結論部分において、「本件規定を改廃する立法措置をとらない立法不作為は、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。」として原告らの請求を棄却している。

岡部喜代子裁判官、櫻井龍子裁判官、鬼丸かおる裁判官の意見は、本件規定は制定当時においては憲法24条に適合するものであったが、現時点においては、憲法24条に違反するものといわざるを得ないとした上で、「婚姻及び家族に関する事項については、その具体的な制度の構築が第一次的には国会の合理的な立法裁量に委

ねられる事柄であることに照らせば、本件規定について違憲の問題が生ずるとの司法判断がされてこなかった状況の下において、本件規定が憲法24条に違反することが明白であるということは困難である。」として、違憲ではあるが、違憲性が明白ではないので国家賠償法上の違法の評価を受けるものではないと、原告の請求を棄却している。ここでは、法令の違憲性の判断と違憲が明白かの判断を区別している。同様に木内道祥裁判官も、本件規定は憲法24条に違反するが、憲法の規定に違反することが明白であるとはいえないとする。

山浦善樹裁判官の反対意見は、憲法24条に違反し、かつ憲法違反であることが明白であるとして国家賠償法上の違法の評価を受けるものとして原告の請求を認容している。

以上のように、全ての裁判官が、本件規定が憲法の規定に違反するか否かの判断を先に行い、その上で、国家賠償法上の違法性の有無の判断を行っている。

3 2015年判決(再婚禁止期間違憲判決)も、憲法違反の有無の判断を先行

2015(平成27)年判決(再婚禁止期間違憲判決)の法廷意見は、民法733条1項の100日超過部分が憲法14条1項に違反するとともに、憲法24条2項にも違反すると指摘した後に、前述した国家賠償法上の違法の評価を受けるための判断条件を提示し、あてはめを行っている。そして、「以上によれば、上記当時においては本件規定のうち100日超過部分が憲法に違反するものとなっただけのもの、これを国家賠償法1条1項の適用の観点からみた場合には、憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反すること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改廃等の立法措置を怠っていたと評価することはできない。したがって、本件立法不作為は、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。」として請求を棄却している。

山浦善樹裁判官の反対意見は、本件規定の全部が憲法14条1項及び憲法24条2項にも違反し、かつ国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるべきものとする。

千葉勝美裁判官は補足意見において、国家賠償法上の違法性の有無についての判断条件に関して「前段の場合に限らず、後段の場合をも含め、国会議員の職務行為である立法的対応がどのような場合に国家賠償法上違法になるのかについての全体的な判断の枠組みを示したものと解することができる。」とし、「本件は、平成17年判決中の前段部分の違憲の立法の改正を怠るという立法不作為の違法性に関する事件ではあるが、多数意見で示された一般論は、その判示内容からして、前段の場合に限らず、後段の場合をも含め、国会議員の職務行為である立法的対応がどのような場合に国家賠償法上違法になるのかについての全体的な判断の枠組みを示したものと解することができる。」、「いずれにせよ、私の理解としては、平成17年判決の判示する判断基準は、このような点も踏まえて、前段部分及び後段部分を含め、今回整理し直されたものということになる。今後は、この点の判断基準は、本件の多数意見の示すところによることとなろう。」と指摘している。

以上のように、2015年判決(再婚禁止期間違憲判決)も、規定が憲法の規定に違反するか否かの判断を先に行い、その上で、国家賠償法上の違法性の有無の判断を

行っている。

4 本件原告の損害との関係における憲法適合性の判断の順序

本件「戦争法」の立法が、憲法の規定に違反するか否かという憲法適合性の判断と原告らの損害の有無の判断の順序に関してはどうか。以下、それを検証する。

2005(平成17)年判決では、まず、「第2在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について」という項目のもと、1998(平成10)年「改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであったというべきである。」と法規の違憲性を判断し、その後「第4 国家賠償請求について」として、前述の立法不法行為に関する判断条件を提示した上で当該事案におけるあてはめを行っている。そして、最後に原告らの「被った精神的損害の程度について検討する。」として各人に対し慰謝料5000円の支払いを命じている。以上のように、法規の憲法適合性の判断を先行させている。

2015(平成27)年判決(夫婦同姓規定合憲判決)では、まず、民法750条の規定が、順次、憲法13条、憲法14条1項、憲法24条に違反するものではないという憲法適合性に関する判断をした後に、「第6 結論」として立法不法行為に関する判断条件を提示することもなく、請求を棄却している。損害の有無についてはまったく触れていない。ここでも法規の憲法適合性の判断を先行させている。

2015(平成17)年判決(再婚禁止期間違憲判決)でも、前述のとおり、民法733条1項の規定の憲法適合性を判断した上で、当該立法不作為の国家賠償法上の違法性の有無についての判断条件を提示してあてはめをした上で、国家賠償法上の違法の評価を受けるものではないとして請求を棄却し、原告の損害については一切検討していない。ここでも法規の憲法適合性の判断を先行させている。

5 小結(憲法適合性の判断を先行。被告らの主張は失当)

以上のように、違憲の内容の法律を立法する行為が、国家賠償法上の違法となるか否かを判断する場合、最高裁判決は、立法行為の内容の憲法適合性の有無の判断を先行させている。したがってこの点においても、被告らの認否及び主張には、最高裁が示す判断順序に対する事実誤認・理由不備・齟齬があり、失当である。

第4 本件における司法(裁判所及び裁判官ら)の職責

1 三権分立における司法の責務・権限

先に引用した2015(平成27)年判決の判例評釈した加本牧子最高裁判所調査官は、下記のように憲法判断の必要性について次のように解説している。

「第1審、原審は、本件規定の憲法適合性につき正面から判断をするまでもなく、本件立法不作為の国家賠償法上の違法性が否定されるとしたものと解される。これに対し、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、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。」(ジュリスト1490号95頁)。

下級裁判所も含めて全ての裁判所には、違憲審査権が与えられ、法規の憲法適合性を的確に判断し、憲法秩序を維持する役割が求められ、その指命を帯びている。

行政(政府)及び立法(国会)によって違憲の既成事実が積み重ねられようとしているときに、司法(裁判所)がそのよう重大な違憲状態を放置したのでは、これを是正する道が失われてしまう。

ゆえに、公権的解釈権を持つ国家機関である裁判所が、行政(政府)及び立法(国会)とは異なる憲法判断を示すことは、権力分立の観点から極めて重要な意味を持つ。行政(政府)及び立法(国会)による合憲という公権的判断しか存在しないところに、司法(裁判所)の違憲判断が出ることによって、行政(政府)及び立法(国会)に対する重要な抑止力になるからである。

2 小結(本件「戦争法」における裁判所の職責としての訴訟指揮)

憲法は、議院内閣制を規定している。つまり、国会が選出した内閣総理大臣により内閣を組織し、内閣が行政権を担い、内閣は国会に対して政治責任を負い、間接的に人々(国民)に対しても政治責任を負う。この議院内閣制では行政権を担う内閣と立法権を担う国会(議会)が一応は分立しているが、権力分立は緩やかで、国会(議会)で多数を占める自民党の総裁が、総理大臣となる。自民党の政策が、基本的に内閣の政策となり、本件「戦争法」が、法制化された。つまり、行政(政府)及び立法(国会)が一体となり、本件「戦争法」の法制化が、強行された(訴状で述べた本件「戦争法」制定における共謀関係)。

釈迦に説法であるが、権力が単一の機関に集中することによる権利の濫用を抑止し、権力の区別・分離と各権力相互間の抑制・均衡を図ることで、人々の権利・自由の確保を保障しようとするシステムが、権力分立である。これは、人類史的経験的歴史を経て生み出された経験則としての立憲主義に基づく、重要な一つの思想及び政治機構システムである。

日本国憲法は、行政(政府)及び立法(国会)の暴走に歯止めをかけ、権力分立によって憲法秩序を維持するために、裁判所に違憲審査権を付与したのである。これが法の支配を徹底させるために裁判所に違憲審査権を付与した意味である。前記した一体化した行政(政府)及び立法(国会)の違憲な国家行為を、裁判所(司法)が追認し、憲法秩序を破壊することに加担させるためではない。

行政(政府)と立法(国会)が一体化し、行政と立法の権力相互間の抑制・均衡が機

能しない状況下によって重大な憲法違反が行われたときに、司法がその謙抑性を理由に、本件「戦争法」問題は行政(政府)及び立法(国会)で解決すべき問題であるとして憲法判断を避けることは、司法(裁判所)としての職責を放棄すると憲法秩序を維持することは権力分立による権力相互間の抑制・均衡のシステムが機能しなくなる。

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、裁判所の憲法判断を明示的に示すことは、日本国の立憲主義を堅持する上で極めて重要な全ての裁判所及び裁判官らの職責である。

また、本件訴訟においては、裁判所という貴重な国家の資源を使って、裁判を進めていくことになる。住民から徴収した税金を使い、貴重な裁判所の時間と労力をこの裁判に費やす。

本件の中心的争点は、「戦争法」が、日本国が再び世界の平和及び安全に対する脅威とならないための法的縛りとしての憲法前文及び9条の戦争の放棄を規定した条文に反するか否かであり、世界の平和と安全に深くかかわる問題である。つまり、憲法の保障する基本的人権が平和の基盤なしには存立し得なく、平和のうちに生存するという基本的人権の基礎にある基底的人権の問題である。

日本国憲法は戦前の大日本帝国憲法と異なり、司法権の独立を保障した上で裁判所に違憲審査権を付与して、徹底した法の支配を採用した。安全保障政策に関する事柄であるというだけで、司法権が違憲審査権を行使しないのであれば、それは戦前の裁判所と同じく単なる行政機関の下請けの地位に甘んじることになってしまう。

裁判所は行政(政府)及び立法(国会)の判断を追認するために存在するのではない。主権者(国民)が行政(政府)及び立法(国会)に委ねた憲法の枠組みに沿った国家運営がなされているのか否かを厳格に監視するためにその存在が認められている。したがって、裁判所及び裁判官らは、憲法76条3項の「良心に従い独立」して、「戦争法」の違憲性について十分な審理を尽くして、憲法が裁判所に課した職責を全うする責務がある。そしてこれは憲法制定権者たる主権者(国民)が裁判所に託した役割であり、裁判官らも、これに応じる憲法尊重擁護義務(99条)がある。

結語

以上のように、最高裁判決は、国会議員の職務行為である立法的対応がどのような場合に国家賠償法上違法になるのかについての全体的な判断の条件を示し、判断する順序を示している。しかしながら、被告国は、原告らの「戦争法」の違憲性の主張などに対して、⑥「事実の主張ではなく、かつ、本件の争点とも関連しないから、認否のかぎりでない」などと認否を怠り、最高裁が示す判断順序反する主張を行うなどの事実誤認・理由不備がある。その上で、④「国賠法1条1項の違法は、当該個別の国民の権利ないし法的利益に対する侵害があることを前提としており、権利ないし法的利益の侵害が認められない場合には、国賠法上の違法を認める余地はない。」と主張するが、この主張も、最高裁が示す判断条件に対する事実誤認・理由不備がある。

したがって、被告らの全ての主張は、失当というほかなく、本件「戦争法」の内容が憲法に違反しているか否かを判断するために、この点を本件の重要な争点とし、本件の真実を発見するための充実した審理を行うことが不可欠である。

以上