

平成28年(ワ)第308号 平成29年(ワ)第345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(26)

被告国準備書面(1)及び(2)並びに(4)に対する反論  
—— 憲法改正・決定権は、具体的な権利であること ——

2018年12月 25日

松山地方裁判所 御中

選定当事者兼原告 ○○ ○○

原告 ○○ ○○

## 目次

はじめに .....	3
第1 被告国の主張 .....	3
第2 憲法改正・決定権は、原告らの具体的な権利である .....	5
1 被告主張①～被告主張⑤への反論 .....	5
(1) 国民(主権者)と代表者の関係性、人類普遍の原理と憲法・法令の関係性 .....	6
(2) 「憲法改正・決定権」の主体は「国民」である .....	7
(3) 憲法96条の国民投票制が示す国民の具体的な権利性 .....	12
(4) 国民投票の投票権は、公職選挙法の選挙権と同様に具体的権利である .....	19
(5) 憲法96条の憲法改正手続規定の権利性 .....	21
(6) 「国民投票」の権利性は、憲法96条に基づく憲法改正手続法で確立 .....	25
(7) 憲法96条「憲法改正手続」における原告らの十分な議論と熟慮権の侵害 .....	26
2 被告主張⑥(本件「戦争法」は、憲法条文自体の改正ではない)の欺瞞性 .....	28
第3 憲法改正手続を経ずの本件立法行為は「憲法改正・決定権」の侵害 .....	29
結語 .....	30

## はじめに

憲法前文及び憲法96条などを法源とするいわゆる「憲法改正・決定権」が、国民個々人の具体的権利であることを原告準備書面(15)などで述べた。これに対する被告国の反論が被告国第4準備書面である。

被告国は、この第4準備書面のなかで、原告が詳細に法的根拠を示した上で主張している平和的生存権・人格権・憲法制定権について、いずれの場合も、それらは抽象的なものであって、「国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益とはいえない」という趣旨の主張を繰り返して行っている。しかも被告国は、原告の主張・立証するそれらの権利が、なぜ、抽象的なものであって、具体的権利性を有しないのか、その「理由・法的根拠」についてはいっさい述べていない。

被告第4準備書面(5～7頁)において記している「憲法改正・決定権」のことについても、そこに書かれているのは、原告がその準備書面(19)の冒頭で述べたように、ただ、「被告国第1準備書面及び第2準備書面の主張の同意反復に過ぎない」ものであって、被告国がそのように主張する理由・根拠は一切示していない。

したがって、原告らは、被告がそう主張する理由・根拠をきちんと受け止めたうえで、その「理由・根拠」に対する具体的反論を行うことを望み、原告準備書面(22)で、被告国の主張する具体的理由・法的根拠を示すように求釈明を行った。裁判所は、充実した審理を行うために被告国に対して誠実に釈明を求める訴訟指揮を行う責務があることを述べておく。

被告国は、被告第1準備書面、第2準備書面、第4準備書面において、原告らの主張(憲法に反する本件「戦争法」の立法行為及びその施行により、原告らの具体的権利である「平和的生存権」「人格権」「憲法改正・決定権」の侵害を否定する(なお、原告らは、「不断の努力」(憲法12条)の侵害も主張している。)。原告準備書面(20)で高作意見書を引用し、その被告国の主張が真実の発見に不可欠な客観的事実の基礎を欠く事実誤認があり、理由不備・齟齬があることを明らかにし、原告準備書面(25)において、被告らの主張する国家賠償法上の違法性の判断基準の認識に事実誤認があることをも明らかにした。

そのうえで、当該準備書面において、東京地裁平成28年(ワ)第13525号(安保法制違憲・国家賠償請求事件)の原告準備書面(7)を参照しながら、被告国第4準備書面の「憲法改正・決定権」に関する被告主張が真実の発見に不可欠な客観的事実の基礎を欠く事実誤認があり、理由不備・齟齬があることを明らかにする。そして、「憲法改正・決定権」が、原告個々人の具体的権利であることを立証する。なお、当該準備書面を被告塩崎等の準備書面(1)の主張への反論とする。

なお、当該準備書面における略語等は、これまでの書面の例による。

## 第1 被告国の主張

被告国は、第4準備書面の5頁で「(2)原告らが述べる『憲法改正・決定権』は、単に国民主権・民主主義の理念を言い換えたものにすぎず、国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益とはいえない」とし、さらに次のように主張する。

被告国第1準備書面第3の2(4)(19、20ページ)及び平成29年11月10日付け第2準備書面(以下「被告国第2準備書面」という。)第4の2(5)エ(43、44ページ)でも主張したとおり、憲法96条1項が、国民が自らの意思に基づいて憲法の条項と内容を決定するという国民主権ないし民主主義の原理・理念を體現し、憲法の改正を国会の発議を経て国民の投票により行うと定めたものであるとしても、そこでいう「国民」は、飽くまで「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のであって、そのことから、直ちに、原告ら「個別の国民」が国賠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」なるものが導かれるわけではない(以下これを「被告主張①」という。)

原告らが「憲法改正・決定権」の具体的内容として主張する、「具体的な憲法改正課題が生じたときに、国民各人が、その賛否を最終的には国民投票制度を通じて表明し、当該憲法改正の是非を決定する具体的権利」という内容を見ても、「具体的な憲法改正課題」が何を意味するか全く不明である(以下これを「被告主張②」という。)

原告らは、当該権利について「国会における発議以前から、国民の代表である国会議員を通じて、あるいは表現の自由、政治活動の自由その他の権利を自ら行使し、国民投票運動に参加するなどの行為により、その憲法改正課題に対して賛否その他の意見を表明し、国民的意思を形成する過程に参加する権利である」とするが(原告ら準備書面(15)第1の5・7ページ)、当該主張は、『国家の主権者としての国民』としての意見・意思の表明という国民主権ないし民主主義の原理・理念を言い換えたにすぎない(以下これを「被告主張③」という。)

そのうえで第4準備書面の6ないし7頁で、「(3)原告らが挙げる根拠規定は、『憲法改正・決定権』が国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益である根拠とならないこと」とし次のように主張する。

原告らが主張する「憲法改正・決定権」について、その法的根拠として挙げられた憲法等の規定も、当該「憲法改正・決定権」が国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益であることを基礎づけるものではない。

すなわち、憲法96条は、憲法改正の際には、国民投票等を要するという手続を規定するものにすぎず、原告らが主張するような「憲法改正課題」全般における、意思表示・選択も含めた「憲法改正・決定権」を具体的な権利ないし法的利益として保障されていることの根拠とはならない。憲法前文第1段の規定も、「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動」すること、「主権が国民に存する」とことといった、国民主権の理念を規定しているにとどまり、この規定から、国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益としての「憲法改正・決定権」が導かれるものではない。憲法99

条も、国会議員、裁判官その他の公務員等の憲法尊重擁護義務を定めた規定であり、憲法の最高法規性の根拠規定とはなるものの、ここから権利ないし法的利益としての「憲法改正・決定権」が導かれるものではない(以下これを「被告主張④」という。)

原告らが「憲法改正・決定権」の法的根拠として更に挙げる日本国憲法の改正手続に関する法律3条、11条、47条、57条、100条、100条の2の各規定についても同様である。そもそも同法は、憲法96条の憲法改正について、国民の承認に係る投票に関する手続等を定めることを目的とした法律であり(同法1条)、国民投票の投票権の具体的な行使方法などを定めた規定であるにすぎず、原告らが主張するような「憲法改正・決定権」が、国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益として保障されることを定めたものではない。例えば、日本国憲法の改正手続に関する法律3条は、国民投票の投票権が認められる者が年齢満18歳以上の日本国民であることを定め、同法11条は国民投票広報協議会についての一般的事項を、同法47条は一人一票の定めを、同法57条は投票の記載事項及び投函を、同法100条は同法第2章第7節及び第8節の適用上の注意を、同法100条の2は、公務員の政治的行為の制限に関する特例をそれぞれ定めたものであるが、いずれの規定も、具体的な「個別の国民」との関係で国賠法の救済が得られる具体的、個別的権利としての「憲法改正・決定権」が存在することの根拠規定となるものではない(以下これを「被告主張⑤」という。)

なお、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、憲法改正手続に関する原告らの具体的、個別的な権利ないし法的利益への影響はなく、結局のところ、原告らの主張は、平和安全法制関連2法が憲法9条に違反するとの主張を単に言い換えたにすぎない(被告国第1準備書面第3の2(4)・19、20ページ)(以下これを「被告主張⑥」という。)

## 第2 憲法改正・決定権は、原告らの具体的な権利である

冒頭で述べたように、原告らは、憲法前文及び憲法96条などを法源とするいわゆる「憲法改正・決定権」が、国民個人々の具体的な権利であることを原告準備書面(15)などで述べた。それを踏まえ、被告第4準備書面の被告主張①ないし被告主張⑥に対して法的根拠や学説などを示しながら反論する。

### 1 被告主張①～被告主張⑤への反論

憲法前文及び憲法96条に基づく憲法改正・決定権の具体的な権利性は、①主権者である国民による十分な議論と熟慮権、②主権者による具体的な意思決定権、という2つの要素を含む。ところが、被告ら(被告国及び被告塩崎ら)の違法立法の本件「戦争法」により、原告らの先の①②の具体的な権利が侵害された。この点について順次述べる。

## (1) 国民(主権者)と代表者の関係性、人類普遍の原理と憲法・法令の関係性

準備書面(15)の「第1 憲法改正決定権の法的性質」、「第2 国民に憲法改正決定権が認められる法的根拠」のなかで、「国民(主権者)と代表者の関係性、人類普遍の原理と憲法・法令の関係性」について既に述べたが、ここで再度それを述べておく。

憲法前文に、国民(主権者)と代表者の関係性及び人類普遍の原理と憲法・法令等の関係性を次のように謳っている。

日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。

ここで「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意」と「政府」を名指し、「再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意」している。この具体化が〈戦争の放棄〉〈戦力の不保持〉〈交戦権の否認〉からなる憲法9条である。本件「戦争法」は、この憲法の基本的原則に反する立法であることは、これまで述べてきたとおりである。

ここでは、この国民主権に基づく「国民の厳粛な信託」が示す、国民(主権者)と代表者の関係性を前提にし、代表者の権限とその制限、いわゆる授権規範・制限規範について述べる。

『憲法 I』(有斐閣、2006年 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利著)には、「権限を授けることは、同時に権限を制限することである。授けられた権限しか行使し得ない」(20頁)とある。辻村みよ子(東北大学大学院法学研究科教授)も『憲法(第4版)』(日本評論社 2013年)で「(2) 授権規範性と制限規範性 憲法は、国法秩序のなかで最終的な授権規範(他の法規範の制定者に対してその権限を授ける規範)としての性格をもち、同時に、制限規範(他の国家行為の内容を規律し制限する規範、すなわち、権力を制限する基礎法)としての性格も有する(清宮・憲法 I 16-24頁)」(14頁)とある。ほぼ同様の解説が、他の憲法の専門書にも書かれている。

杉原泰雄(一橋大学名誉教授・専攻憲法)は、授権規範・制限規範についてやや詳しく、一般的読者に分かり易く次のように解説している。

④統治権について、「権利」としての統治権と「権限」としての統治権を区別しなければなりません。権利も権限も一定のことをすることができる法で認められた力ですが、権利はそれを自分の利益のために使うことができるのに対して、権限はそれを自分の利益のために使うことができない点で、大きく異なっています。権利としての統治権を持っているのは、憲法が特別の定めをしている場合を別として、主権者だけです。国会や内閣などは、憲法で認められている権限としての統治権を担当しているにすぎません。しかも、その権限は憲法の定めている方法で主権者の利益のために行使しなければならない「公務」でもあります。権限の担当者にすぎない者が、その権限を自分の利益のために行使したり、憲法で認められていない事項・方法であることを「権限の濫用」といいます。必要な権限の行使をおこたったり濫用したりすれば、憲法違反となります。

(『日本国憲法と共に生きる』106～107頁)

本件「戦争法」の立法行為をこの授權規範・制限規範に当てはめると、次のことが明らかになる。憲法に反する本件「戦争法」の立法行為は、代表者としての国会議員の授權規範の権限を越えるものであるから許されない。したがって、本件「戦争法」を立法化する場合は、それが、憲法に適合するために、憲法の改正が必要となる。したがって、憲法96条に基づく憲法改正手続を行う義務が被告らにある。この手続における原告らとの具体的権利関係を示せば、①主権者である国民による十分な議論と熟慮権、②主権者による具体的な意思決定権である。

ところが、被告らは、憲法96条で定めた憲法改正手続を経ることなく、違憲立法行為として本件「戦争法」を強行成立させた。具体的には、憲法96条と憲法改正のための法律である「日本国憲法の改正手続に関する法律」(以下「憲法改正手続法」という。)等に基づく手続をまったく行うことなく本件「戦争法」の立法行為を行い、施行し、原告らの①②の具体的な権利を奪い、侵害した。

なお、憲法改正による条文の内容も、「国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。」との制限があり、日本国憲法の基本原理に反する内容への改正は許されない。したがって、本件「戦争法」が違憲である理由は、違憲憲法改正手続を行わなかったことと合わせて、本件「戦争法」の立法内容の違憲があることも原告準備書面で述べたとおりである。

## (2) 「憲法改正・決定権」の主体は「国民」である

高野敏樹(調布学園大学教授)は、『憲法制定権力とアンシャン・レジームの思想基盤』(田園調布学園大学短期大学部『人間文化研究』第2号 2003年度)の「I. シェイエスの憲法制定権力論」において、「憲法制定権力」は、憲法を作る力であり、法秩

序を創造する権力であり、この権力は、国民(主権者)にのみ帰属することを次のように述べている。

### I. シェイエスの憲法制定権力論

「憲法制定権力」(pouvoir constituant) は、国家の基本法である憲法規範を創設する権力であり、憲法を制定することをおして国家の法秩序の諸原則を確定し、国家の諸権力とその制度を創造する国家におけるもっとも始源的な権力である。

国家の形成にあたってこのような権力が存在することを理論上措定すべきこと、そしてその権力が国民の手によって発動されるべきことを意識的、統一的に理論化したのが、フランス革命期において革命の理論上の指導的役割をはたしたシェイエス(Emmanuel-Joseph Sieyes)であった。シェイエスは、1789年、革命前夜に出版され、ひろく配付された『第三身分とはなにか』(Qu'est-ce que le tiers état?) という著作において、国民こそが憲法を制定する始源的な権力、すなわち憲法制定権力を有することを次のように主張したのであった。

- ① 憲法制定権力の始源性 憲法制定権力は、立法権や行政権、司法権などの「憲法によってつくられた権力」(pouvoirs constitués)ではなく、「憲法をつくる力」(pouvoir constitutionnel)そのものである。したがって、憲法制定権力は国家におけるもっとも始源的な権力であると同時に、あらゆる実定法を超越する至上の権力である。
- ② 憲法制定権力の主体 このような憲法制定権力を発動することができるのは国民のみである。すなわち、国民はすべてに優先して存在する(la nation existe avant tout)。その意思はつねに合法であり最高の法である。この国民意思を拘束しうるものがあるとすれば、それはわずかに自然法(droit naturel)があるのみである。
- ③ 憲法制定権力の無限界性国民が発動するこの憲法制定権力はいかなる法にも拘束されない。すなわち、国民意思は絶対的であり、したがって国民が発動する憲法制定権力はいかなる憲法にも拘束されず、その憲法を自由に変更(changer)し、改正(reformer)することができる。

以上のシェイエスの憲法制定権力論は、そこに内包された国民意思の絶対性の理論を媒介としてフランス革命の推進力となると同時に、近代的意味での成文憲法の先駆となった1791年憲法の制定の指導的な法理論としての地位を獲得した。そして、その理論は、現代の憲法学においても、憲法理論の実質的基礎を形成するとともに、学問的方法論において最も重要な基礎を提供している。(1～2頁。下線は原告ら。以下同じ。)

では、「憲法改正・決定権」の帰属はどうであろうか。



高野敏樹は、「憲法制定権力論の再生と変容(1)」で、そのことを次のように、「憲法制定権」と「憲法改正権」の違いをドイツのカール・シュミットの憲法制定権力論を示し、「憲法制定権力」と「憲法改正権」との理論上の「分離」を示し、「憲法改正権」も国民(人民)に帰属すると述べている。

## 1. シュミットの憲法制定権力論

### ——憲法制定権力の再生とその構造

シュミットは、『憲法論(Verfassungslehre)』において、憲法制定権力を次のように体系化した。

(1) 実定憲法の構造について、憲法規範は大きく「憲法(Verfassung)」すなわち「実定的意味の憲法(Verfassung in positiven Sinn)」と、「憲法律(Verfassungsgesetz)」とに二分される。

その場合に、前者の「実定的意味の憲法」こそが「憲法制定権力」すなわち「憲法を作る力」の所産である。憲法は、規範的な正当性(Richtigkeit)や体系的な完結性によって妥当するのではなく、「すべての規範化の以前に存在し」、「憲法を制定する者の実存する政治意思によって妥当する」。この政治意思が「憲法を作る力」すなわち憲法制定権力である。

これに対して、後者の「憲法律」とは、「憲法制定権力」の発動を前提とし、「憲法」から導かれた個々の「憲法規定の集合体」であるにすぎない。「憲法律」は、「その内容からすれば、憲法制定意思を執行する規定である。それは完全に、憲法制定意思にふくまれている政治上の全体決定を前提とし、またそれを基礎としている」にすぎないものである。

(2) 「憲法制定権力」は、その性質上当然に、いわゆる「憲法によって作られた力(pouvoirs constitués)」とは区別されなければならない。

すなわち、「憲法制定権力は、単一かつ不可分である。それは、区分された他の『諸権力』(立法、行政および司法)とならぶ、あるいはそれらの諸権力と同順位の権力ではない。憲法制定権力は、すべての他の『権力』と『権力分立(Gewaltenteilung)』の包括的基盤である」。

「憲法にもとづいて憲法律的規定から派生し、また憲法律的規定にもとづき憲法律的権限の範囲内で生じるものはすべて本質的には憲法制定権力の行為とは別個の性質のものである。『国民(Volk)』すなわち選挙権または投票権を有する公民の憲法律的権能および権限、たとえばライヒ憲法41条によるライヒ大統領の選挙、同20条にもとづくライヒ議会の選挙、同73条による国民投票も、憲法を制定し憲法制定権力の諸行為を定立する主権的国民の権能ではなく、あたえられた憲法の範囲内における権限であるにすぎない。」

「憲法律にもとづいてあたえられ、かつ規制されたところの憲法律的規定を変更すなわち修正するための権限を、憲法制定権力(Verfassungsgebende Gewalt)ないしpouvoir constituant)と称することは正当ではない。ライヒ憲法76条によ

る憲法律の改正ないし修正のための権限もまた、すべての憲法律的権限とおなじく法的に規制された権能であって、原則として制限される。それらの権限は、みずからが基礎づけられている憲法律的規定の範囲を破壊することはできないのである。」

すなわち、「憲法改正権は、憲法を保持しつつ、憲法律的諸規定を変更・追加・増補・削除する権限のみがあたえられている。憲法改正権は、新たな憲法を制定すること、あるいは憲法改正のための権限であるこの憲法改正権の固有の基礎を変更すること、ないしはそれを拡張しまたは新たな権限に置き換える権限をふくまない。」

(3) 上に述べた「憲法」すなわち「実定的意味の憲法」を創造する力としての憲法制定権力とは、まさしく「みずからの政治的実存の様式および形態について、なんらかの具体的な決定をなし、そこから政治的統一体の実存を確定することのできる実力ないしは権威 (Macht oder Autoritat) をともなった政治的意思」にほかならない。(4～6頁)

### 3 . 「憲法制定権力」と「憲法改正権」の分離

——憲法改正の限界論の提示

第三に——「憲法保障 (Schutz der Verfassung)」という観点からみるとき、おそらくはこの点こそがシュミット理論における積極的側面としてもっとも重要視されるべき点であるといえよう——シュミット理論の特質は、「憲法を作る力」と「憲法によって作られた力」を明確に区別したうえで、すすんで「憲法制定権力」と「憲法改正権」とを理論上「分離」した点にある。

この「憲法制定権力」と「憲法改正権」の関係をどのように位置づけるべきかという点については、シェイエスにおいてすら決して明確ではなかった。この点に関するシェイエスの理論は、むしろフランス革命期の政治的状況の変化に応じて大きな振幅を示していたといつてよい。すなわち、革命初期のシェイエスにおいて、まさしく「憲法を制定する者こそがそれを変更する制限されない権利をもつ」ことが強調されており、そこでは「憲法改正権」の発動は事実上「憲法制定権力」の発動と同一視されたのであった。

事態は、シェイエスに先行するアメリカ建国期の憲法理論においても同様であり、そこにおいては、一方で、憲法を自然法的価値を体現する「高次の法 (higher law)」ないしは「最高法規 (supreme law)」と理解する憲法認識が形成されたにもかかわらず、他方で、「憲法改正権」は主権者である国民 (人民) の有する「憲法制定権力」の一部であるという認識が大きな潮流を形づくっていた。そして、このような憲法改正権と憲法制定権力の「同一視」論が、「憲法改正」作用をして「憲法制定権力」の発動と同様の無制約、無限界の権力作用であるという結論を導いたのであった。

そして、注目すべきは、立論の方法こそ異なるものの、伝統的なドイツ国法学においても、次のような理由から、結果として「憲法改正権」の無限界性を肯定する

点で共通の認識が存在していた点にある。

すなわち、すでに述べたように、伝統的ドイツ国法学においては、立法権と区別され、立法権に優越する特別の憲法制定権力という観念は、その存在それ自体が否定された。国家法人説においては、すべての国家権力は国家の自己拘束としての憲法のなかにその権限の根拠を求めなければならない。したがって、この憲法に先行する権力という意味での憲法制定権力の概念は本来否定されざるをえないものである。しかし、その場合になお、あえて憲法の内容に重大な影響をおよぼす最高の権力を憲法制定権力と称してその存在を肯定しようとするなら、その権力は憲法の諸規定中に「実定化された権力」としての「憲法改正権」にほかならないと考えられたのであった。(16～17頁)

芦部信喜(東京大学名誉教授)は、助教授時代に憲法改正問題が浮上し、それとの関係で「憲法制定権力」などに関し精力的に研究し、その論考を発表してきた。これらの論考が後にまとめたものが、『憲法制定権力』(東京大学出版会 1983年)である。これは、日本における「憲法制定権力」の基礎的研究資料と評定されている。その芦部信喜は、『憲法第6版』(芦部信喜著、高橋和之補訂 岩波書店、2015年)の41～43頁で「憲法制定権力と改正権」について次のように述べている。

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(下線は、原告ら、以下同じ。)。(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。

以上の芦部の見解によれば、国政選挙よりも、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（樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』（勁草書房、1995年、301頁））。

また、法学協会編『註解日本国憲法 下巻』（有斐閣、1964年、1435～1436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」とある。

伊藤正己（東京大学名誉教授・元最高裁判所判事）も『憲法（新版）』（弘文堂 1991年）において、「憲法制定権力と改正権とはともに主権の担い手である国民に帰属する」（647頁）と述べている。

このように、「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は、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。

以上の憲法学者の論考・論証が示すことは、「憲法改正・決定権」の主体は「国民」ということである。

### （3）憲法96条の国民投票制が示す国民の具体的な権利性

先に示した芦部信喜の『憲法制定権力』の「Ⅱ 憲法改正国民投票制」の「一 憲法改正公民投票制の思想的背景」で次のように「国民投票制」の歴史的思想的背景が示されている。

3 これに反し、国民投票による憲法改正決定の方式は、同じく根本法の思想を背景としつつ、右に一言した人民主権説もしくは人民主権説的な政治的地盤の上  
に開花する。スイスにおいてルソーの社会契約説が「国法の中心的教義」とな  
っていること、また、フランス憲法史上はじめて国民に憲法改正の発案権を認め、憲  
法制定権力と憲法によって作られた権力をはっきり区別し、直接・民主制（レフェレン  
ダム）を理想の政治形体として採用した1793年ジャコバン憲法が、「主権者たる人  
民はフランス市民の全体である」（7条）と宣言したこと、さらに、一定の場合にかぎ  
り国民投票の義務を定める第四共和制憲法が「国民の主権はフランス人民に属  
する」と規定し（3条）、人民と区別された統一体としての国民に主権があるという政  
治的教義を排除したことは、国民投票制が人民主権説の子である証左といえよう。  
「人民の主権は社会契約説と結びついている。レフェレンダムはその論理的帰結  
にほかならない。レフェレンダムの理論は、要するに、人民によって結ばれる社会  
契約の表現そのものである」。（下線は、原告ら、以下同じ。）

もちろん、国民投票による憲法改正決定の理念は、それぞれの国の歴史的・政

治的事情の相違に応じて、異なった発現形態をとる。任意的国民投票制の国もあれば、あらゆる場合に強制的国民投票を要求する憲法もあり、特定の場合にだけ国民投票を義務づける国もある。そして、これらの場合における国民投票の法的性質も、必ずしも同じではない。しかし、任意的であると強制的であるとを問わず、この制度の根底には、多かれ少なかれ、さきにあげた二つの思想が流れているといつてよいであろう。

ただ、とくに注意すべき点は、フランス憲法にいう国民主権・人民主権の区別は、必ずしもすべての国の憲法に法律的な意味においてそのまま妥当する理論ではないことである。むしろ、われわれは、国民主権という表現によって、国家権力の正統性の根拠が全国民に存在するという契機と、国内における最高権力の究極の行使者は選挙人団すなわち憲法および法律の要求する一定の資格をもち、政治的権利を行使できる市民であるという契機が、不可分に結合した原理であると解する。もしこう解することが正しいとすれば、国民投票による憲法改正決定の論拠として、フランス憲法でいうところの国民主権か人民主権かという問題を追及することよりも、むしろ、主権と代表の関係——すなわち政治的代表的をめぐる国民と代議士との間の法的関係をいかに解するかという問題——に検討を加えることが必要な意味をもつであろう。

ところで、近代代表制の理論、少なくともフランス大革命後国民主権説を前提として構成されたそれは、「主権の実体(Substanz)は国民に存するが、その行使(Ausübung)だけは議会に委任される」と説くことによって、主権不可譲の理論と代表制との矛盾を回避する。そして、代表者は国民の意思を表現する権力あるいは国民のために意思する(vouloir pour la nation)権力として、国民と同一性をもつものと擬制される。シェイエスは、さらに、国民の憲法制定権力の委任も肯定する。「その代表方法のいかんをとわず、またその集会の方法、討議の方法がどうであっても、彼らが国民の特別委任にもとづいて行動することを無視しえざるかぎり(そして、彼らに委任した国民がどうしてそれを無視しえようか)、彼らの共同意思は国民自体のそれに相当するのである」(Qu'est-ce que le tiers état?, ch. V)。したがって、「統治者と被治者の同一性」の原理のもとに、国民と国民代表が一つの心臓をもって呼吸しうるならば、国民投票による憲法改正決定の存在理由は、少なくとも論理上は消滅するであろう。民主主義的諸制度がその力を主として抽象的論理から汲みとったフランスやドイツに、強制的な憲法改正国民投票が結実しない大きな理由は、かような代表民主主義思想の確立にあるとみられる。

しかし、問題は代表制の論理的側面だけにあるのではない。ナヴィアスキーが最近一つの論文において指摘しているように、スイスとスイス以外の大陸諸国における公権力形成の歴史過程の差異にも注意を注ぐ必要があるであろう。すなわちナヴィアスキーは、スイスでは一般に議会で議案が多数で可決され、それがすべての政党の賛成でレフェンダムに付された場合でも、主権者がその法律を圧倒的多数で拒否することが稀ではないが、これは国民と国民代表が決して一つの心臓、一

つの魂をもつものではなく、しばしばするどい対立関係に立つという確かな証拠である、といい、つぎのような趣旨の分析をこれに与えているのである。「このような事実関係は、《Behorde》と選挙人団がスイスでは根本的な対立関係において把握されて公権力作用が形成されてきたという歴史から説明される。この《Behorde》という表現は、行政・司法機関だけでなく、立法機関も含む。したがって、国民代表はgesetzgebende Behordeとして国民と対立関係におかれ、ここに当然、国民が直接に意思を表明するレフェンダムが要請される。これに反し、スイス以外の国家は、すべて君主の権力との抗争を通じて生れた国である。そこでは個々の住民の直接的な権利は問題ではなかった。彼らは本来市民ではなく臣民であった。絶対主義の崩壊と自由主義的国家思想の勝利とともに、公権力に対する国民の関与が要求されたときも、それらの国では、選挙にもとづく代表機関による国民代表の理念以外なものも考えられなかった。国民の自由は、最初から、国民代表の前提と結びついていたのである。このような状態では、一般的・直接的な国民の投票制を導入する希望をはぐくむ前提が欠けている。むしろ、国民投票制は、のちにナポレオンのPlebisziteのように、民主主義を危うくするもの、民主主義を敵対的なものと考えられた。」

ヘルンリットも別の視角からこの問題をかっつこう説いた。フランスにおいて国民の憲法制定権力を貫徹する自明の手段・代表民主制の補正手段として生れた国民投票制は、反革命の拠り所すなわち共和制を君主制に改造することを正統化する手段となったのに反し、スイスやアメリカでは共和制の原理を深化し維持する手段として固い地歩をしるした。これは、国民主権の原理が早くからほとんどすべてのアメリカ植民地の生みの原理であったアメリカ、国民投票制がすでに1802年の憲法において古く尊い民会(Landesgemeinde)の制度と結びつけられたスイスに対し、国家権力の集中化をともなった長い君主制の伝統をもつフランスでは、それを打破するために起った急進民主主義的運動は哲学的思弁に彩られ、その結果直接民主制も、民主的原理からもっとも遠ざかっている憲法にすら適用され、いつでも無雑作に破棄できる単なる「一時的現象」と考えられたからである、と。これら指摘は、国民投票制の淵源を、ルソーの人民主権の理論と、「すべての自由国に多かれ少なかれ看取され、合衆国においてはその極限にまで達したところの議会に対する失望と不信」という実際的原因に求めたブライスと同じく、民主主義制度の発達の出発点の相違に注意をうながす点で注目されてよい。

「レフェンダムは婦人参政権と同じくわが伝統的な民主主義にとっては無縁である」という、かつてのフランス的観念は、かような歴史的事情と徹底した代表民主制の理論にもとづく。フランスでは代表民主制の擬制により、憲法および学説上、国民の憲法制定権力が憲法によって作られた権力たる立法権と制度的に必ずしも明確に区別されなかったのである。

この事情は、ドイツについてもほぼ同様である。ドイツ憲法の著しい特色は、憲法改正について議会が主導権をもつ点である。憲法は「立法の方法」(Weg der Gesetzgebung)で改正され、定足数と議決の要件が加重されるにすぎない(多く

は3分の2の多数決)。わずかにワイマール憲法において任意的国民投票制が加味されたが、しかし、「憲法は立法によってこれを改正できる」(76条)のがあくまで本体であり、「いかなる箇条も、憲法に規定されたとおりの憲法改正に必要な3分の2の多数決によって改正することができ、しかも土台から変えることができる」ということを、通説は憲法の基本原理だと考えた。

これは、メツェルものべているように、「憲法制定権力者と通常の立法権者との同視から生れる」。いいかえれば、「その根拠は憲法の崇高性が少ないところにある」。元来、ドイツにおいては、法律に対する憲法の質的な上位性が明確に意識されていなかった。両者の区別は、ただ憲法の法典化された形式的な性質に存し、そのより高い実質的な価値に存するのではない。憲法は法律として、しかも一般の法律に対してとくに条件のついた法律(besonders qualifizier-tes Gesetz)として観念されたにとどまる。憲法が「立法の方法で改正される」という規定(例、1850年プロイセン107条、1871年ドイツ帝国憲法78条)は、なによりもその証左といつてよからう。そこに、ヘルンリットがかつて適切にも指摘したように、「国民が憲法改正に直接関与することを排除する」君主制の原理(das monarchische Prinzip)が、つよい影響を与えているのを看取することができよう。したがって、その後、君主制の原理と結びついて発達した法実証主義の支配のもとにおかれたドイツでは、ワイマール憲法下においても、憲法の意義は全く「高められた形式的な法律的効力」(erhohte formellen Gesetzeskraft)に帰する、という従来の観念から自由ではなかった。この結果、憲法制定権力＝国民主権は、19世紀後半の法実証主義＝国家法人説によって機関主義(Organsouveranität)とされ、憲法によって作られた憲法改正権と同視せしめられた。このようなドイツ的憲法観と代表民主制の原理のなかに、フライナーは、憲法改正国民投票制をもつスイスとの大きな差異を見出しているのである。(69～73頁。)

芦部は、以上の「国民投票制」の歴史的思考的背景を述べたうえで、「二 日本国憲法の国民投票制に関する論議」において、次のように憲法96条の「国民投票制」が、「代表制」による議員らの意思に基づく「発議」と「提案」に基づき、国民が直接、憲法を改正するか否かを決定する決定権者であることを明確にする条文であることを論証している。

## 二 日本国憲法の国民投票制に関する論議

1 以上、憲法改正国民投票制を結実せしめた思想的基盤として、近代自然法学派によって主張された根本法＝近代立憲主義の憲法思想と、主権と代表に関する所説を概観したが、この素描からも、日本国憲法96条の定める国民投票制の意義はおのずから明らかであろう。それは、国民にビュルドーのいう「組織された憲法制定権力」の行使を認めることによって、国民主権の原理と、最高法規としての憲法の国民意思による正統化の要請を確保するもっとも忠実な手段である。とくに、日本国憲法は、近代根本法の思想的背景のもとに基本的人権を永久不可侵

なものとして保障し、すべての国家権力を制限する客観的・法的な国家最高の法規範であるとともに、その理念を貫徹するために不可欠な国民の自己立法＝下からの国家秩序決定の理念を表現する自由の法である旨を宣明する。この、憲法を専制的に決められた国家秩序から区別する理念の直截な現われというべき国民の憲法制定権力の原理は、国民投票による憲法改正決定の方式にもっとも純粋に具現されることは、疑いない(下線は、原告ら、以下同じ。)

もちろん、「あらゆる憲法は、安定性(Stabilität) 可変性(Abänderbarkeit) という、相互に矛盾するようにみえる二つの原理の要請の間に均衡点を見出すという問題を解決しなければならぬ」。この見地から日本国憲法96条を検すれば、憲法の安定性にきわめて大きな比重をおき、可変性との均衡を失っているかのように見える。最近の憲法改正論者は、この点を強調し、「特別多数決と国民投票はその何れか一によることとする」(旧自由党案)とか、各議院の総議員の3分の2以上の多数で憲法改正が可決されたときは国民投票を不要とし、「参議院の賛成が2分の1以上に止まるとき」(旧改進黨案)、または「いずれか一院の賛成が3分の2以上で、他院の賛成が2分の1を越え3分の2に達しないとき」(広瀬試案、緑風会案)、もしくは「各議院で総議員の過半数で可決されたときに(憲法研究会案)だけ、憲法改正を国民投票の対象とすべきである、と主張する。しかし、憲法改正手続規定の改正は法論理的に不能であるという批判はしばらくおいても、このような憲法改正がはたして立法論的に妥当といえるかどうか。この点について、さきに概観した国民投票制の思想的背景を回顧しつつ、ここに若干の検討を附加しておこう。

(一) 特別多数決だけで「十分である」という見解は、憲法制定権力者と通常の立法権者を同一視する思想にもとづくもので、人民民主主義憲法の場合とはもかく、憲法改正権も憲法制定権力と同じく究極的には国民にあるという、伝統的・典型的な西欧民主主義の憲法思想には背馳する。特別多数決には「非常に高度の慎重性が期待でき」るが、この慎重性がはたして「民意表明の要因に代置する力を有する」といえるかどうか。

代表民主制の理論は、さきにもふれたように、これを肯定する。カレ・ド・マルベールの言葉をかりれば、「代表者の意思を決定するのは国民の意思ではない。反対に、代表者の意思を前もって自己の意思だとするのが国民なのである」から。しかし、この代表理論が前提とする「統治者と被治者の同一性」の論理は、純粋に事実上の両者の利益の同一性」の理念(シントラー)との相互関係において理解されなければならないと思う。国家意思が国民の全体によって形成されるという事実上の状態——これをここでは社会的意味における民主主義とよぼう——は、つねに実現さるべく自己を主張する一つのダイナミックな過程であり、一つの理想であるが、代表理論——いわば法規範的意味における民主主義——は、このダイナミックな社会的現実依存し、かつ「社会的民主主義への道」たる機能を果しうるかぎりにおいて意味をもつ論理とみるべきである。しかるに、宮沢教授が指摘したように、「代表理論は——国民の議会による代表の理論として——国民が立法権をもち、これを議会によってのみ『代表』せられて行使するとの擬制を立てることによって、



真の国民立法への民主的発展を無用と考えさせる」(ケルゼン)イデオロギー的性格をもつものである。だから、選挙の果す機能が、代表される者に対する白紙委任状の交付という意義を全く喪失し、代表する者と代表される者との間のたえざる「イデーの交換」が要求されるようになるにともない、代表民主制の論理は、ますます社会的民主主義の理念による不断の修正のもとに立たせられる。20世紀における「大衆デモクラシー」の思想は、代表される者をルソー的意味における代理者(agent)とみなすことによって、このような事実上の「同一性」の原理を前面におし出したものと考えることができよう。ここに、直接民主制に消極的なシェイエスやモンテスキューの見解にかわって、「議会政とレフェンダムとの結合の理論」、その理論を実定化する多くの憲法が登場した理由が存する。

代表の擬制が、かように、論議の余地を多分に残していることは、さらに、国民投票で表明される国民の意思と総選挙で表明される国民の意思とは相互に独立しているのが諸国の経験の示すところであることによってでも、裏づけることができよう。たとえば、1935年9月8日スイスで施行された憲法改正国民投票は、賛成196,135票、反対511,578票で改正を否決したが、当時改正派の政党を支持する国民は約30万を数えた。1945年6月2日のイタリアにおける国民投票にも同じ傾向がみられたし、同年10月21日行なわれたフランスの憲法制定国民投票では、同時に施行された総選挙と国民投票の結果が全く異なることを明らかに示している。この傾向は、1946年5月5日のフランスにおける国民投票にも指摘できる。このとき国民の賛否に付された5月草案に対する賛成の投票率は、つづいて行なわれた6月2日の総選挙で5月草案を推進した共産党・社会党の獲得した得票率と同じく47%であったが、各選挙区における両者の比率は同じではなく、かなり多くの社会主義政党に属する人が5月草案に反対の票を投じたことを示している。軟性憲法の国イギリスにおいても、根本的な変革は総選挙で国民の承認をえたのちでなければ原則として行なわれないが、この事実も、代表の擬制をもって根本法の変更を正統化することは不可能であることを意味するであろう。

(二) 以上に一言されたように、特別多数決は「民意表明の原因に代置する力を有する」という見解が、理論上も実際上も、国民の憲法制定権力の思想に必ずしも合致しないとすれば、「両議院で総議員の3分2以上の多数で憲法改正が可決されたときのほかに、国民投票に付せられる」という、さきにあげた提案も、同様の批判をまぬかれがたい。ビュルドーがフランス第四共和制憲法の国民投票に関する規定(90条、『註解日本国憲法』1440頁参照)について述べているように、この方式は、「実際上は憲法を通常の議会の裁量にゆだねる」ことになるからである。

もともと、この提案によれば、国会と国民投票における過半数の賛成で憲法改正が成立するから、憲法の安定性と可変性のより合理的な調整が可能になるようにみえる。事実、現行憲法96条の範例を提供したアメリカ諸州の憲法には、このような方式を採用するものも少なくない。しかし、わが国においては、憲法の基本原理そのものがするどい政治的な対立の中におかれ、二大政党対立体制に必要な共通の広場を欠く。こうした社会的・政治的基盤の上では、憲法の安定性の要請

を強く貫く必要があるだろう。その意味で、国会の発議について——衆議院の優越性を認めることはともかく——表決の要件を緩和することは、かりに憲法改正が国民投票をへて成立したとしても、改正憲法を不安定な政治的緊張の中におく危険性がある。(76～80頁)

以上のような歴史的思想的変遷を経て、憲法96条は、「憲法の改正は」、代表制に基づき選ばれた「各議院で総議員の3分の2以上の賛成で、これを発議し」、「国民に提案して」、国民の「その承認を経なければならない」とし、国民の「この承認」の方法として、「特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行われる投票において、その過半数の賛成を必要とする」と定め、最終的な決定権者を国民としているのである。そして、「国民の名で、この憲法と一体を成すものとして、直ちにこれを公布する」と定めている。

このように憲法96条は、「制度化された制憲権」としての「憲法改正権」を定めた規程であり、憲法前文1項に記された国民主権原理と相俟って、具体的な制憲権の所在が国民に存することを宣明するものである。そして、「憲法改正」の承認の有無を国民の「投票」結果により決定するのであるから、「憲法改正・決定権」は、国民個々人の具体的な権利というほかない。

なお、原告準備書面(15)の10頁で「(3)国民の参政権の抽象的地位と具体的権利」で次のように述べ、憲法96条に基づく「憲法改正権」が、具体的権利であることを明らかにしている。

ア 国民の参政権には抽象的地位と具体的権利があることは、国民の参政権のうち、国家機関の中でも最も基礎的かつ重要な機関である有権者団の一員である原告らの国会議員等の選挙権についてみれば明らかである。具体的な選挙が行われるまでの間は、国民各人の選挙権は、国会議員選出の国家機関としての地位にあるという抽象的な権利である。しかし、実際に選挙が行われるときには、各人が支持する候補者に1票を投じる具体的権利として保障される。

また、最高裁判所裁判官の国民審査権においてもそれは同様で、国民各人は最高裁判所裁判官の任命を審査する国家機関の地位にあるという抽象的権利をもともと有しており、実際に国民投票が行われるときには具体的国民審査権を有することになる。

これら、国民の参政権を具体的に執り行うための手続法は国会議員であれば公職選挙法、最高裁判所裁判官国民投票については最高裁判所裁判官国民審査法である。

憲法改正の国民投票については、憲法改正手続法で具体的手続が定められており、上記のとおり国民各人の国民投票の具体的権利が記載されている。

国政の場において、重要な憲法改正問題がまったく生起していない間は、被告のいうとおり「憲法改正決定権」を個々国民が有するか否かについて具体的に問題化することがないためにその権利が潜在しているにすぎない。しかし、憲法に関する重要な改正問題が浮上した場合、もしくは憲法の規範的意味内容

が変更されようとしていたり、変更されてしまったような場合のように、問題が具体化した段階では、「憲法改正のための国民の承認(国民投票)」の必要性の有無という問題を含めて、国家機関の中でも最も基礎的かつ重要な機関である有権者団の国民の「憲法改正決定権」が具体的な問題として浮上することになる。

つまり、国政担当者にとっては、「この憲法改正(実質的改正を含む。)は国民の最終的意思を問うことなしには進めることはできない」という事態となり、国民にとっては、「この憲法改正(実質的改正を含む。)は自分たちの承認(国民投票)なしに行われることがあってならない」という「憲法改正決定権」の行使の必要性という問題として浮上する。したがって、個々の国民の国民投票権の侵害の有無の問題を含めて具体的(実質的改正を含む)権利侵害の否かという問題となるのである。

以上のことから明らかなように、被告主張①～被告主張⑤は、失当というほかない。

#### (4) 国民投票の投票権は、公職選挙法の選挙権と同様に具体的権利である

被告国は、被告第2準備書面で、国会が国政選挙において在外国民が選挙権を行使することができるように公職選挙法を改正することを怠ったことの違法を理由に国家賠償を求めた最高裁2005(平成17)年判決を取り上げ、「当該事件の原告の具体的な権利ないし法的利益の存在を前提として立法行為の違法性判断を行っているものであり、これらの判決は、権利ないし法的利益が認められない場合にまで、立法内容の憲法適合性や国賠法上の違法性について審理判断すべきなどという原告らの主張の根拠となるものではなく」(27頁 下線原告ら、以下同じ。)と主張する。

この被告国の主張は、前述の理由で失当というほかない。そのうえで、以下のことを追加し、それを明らかにする。

最高裁2005(平成17)年判決は、当裁判原告らの選挙権の権利性を憲法及び公職選挙法に基づき認めている。このことを前提に、前記の被告国第2準備書面が書かれている。ところが、憲法96条の「国民投票」と「日本国憲法の改正手続に関する法律」(以下「憲法改正手続法」という。)3条の「国民投票の投票権を有する」とある「国民投票権」については、被告主張①と被告主張④のように、「憲法96条は、憲法改正の際には、国民投票等を要するという手続を規定するものにすぎず、原告らが主張するような『憲法改正課題』全般における、意思表示・選択も含めた『憲法改正・決定権』を具体的な権利ないし法的利益として保障されていることの根拠とはならない」とその権利性を否定している。

以上のように、被告国は、国政選挙における選挙権に関しては「国家賠償法上保護された権利」であることを認めながらも、一方で通常の国政選挙以上に重要な位置にある憲法改正・決定権における憲法改正手続法に基づく「国民投票の投票権」について

は、「国家賠償法上保護された権利」は認められないと主張する。この主張の背後にあるのが、被告主張①の「憲法96条1項が、国民が自らの意思に基づいて憲法の条項と内容を決定するという国民主権ないし民主主義の原理・理念を体現し、憲法の改正を国会の発議を経て国民の投票により行うと定めたものであるとしても、そこでいう『国民』は、飽くまで『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のであって、そのことから、直ちに、原告ら『個別の国民』が国賠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』なるものが導かれるわけではない。」と何度も繰り返される認識である。

しかし、公職選挙法における「国民」と憲法96条にある「国民」とでは、どこがどのように異なり、公職選挙法における選挙権は、国賠法上の救済が得られる権利となり、一方で、96条における投票権が、なぜ、国賠法上の救済が得られる権利とならないのかという合理的・客観的理由やその法的根拠が示されていない。「溺れる者は藁をも掴む」との類の主張というほかない。

いずれにしても、公職選挙法の「選挙権」と憲法96条及び憲法改正手続法における「投票権」が、同様に具体的な国民の権利であることは次に示す理由から明白である。

なお原告らは、多くの人々の反対にもかかわらず、憲法改正手続法を与党が強行採決し、成立(2007年5月、2010年5月18日に施行)されたその手続過程及び同法の内容に多くの問題があり、改正が不可欠であるとの認識を持っていることを述べておく。

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」とある。一方、「日本国憲法の改正手続に関する法律」3条は、「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」とある。

このように、公職選挙法は「選挙権」という文言であり、憲法改正手続法は、「投票権」という文言であるが、双方の規定とも「有する」と規定している。

佐藤幸治(京都大学名誉教授)は、『現代法律講座5 憲法』(青林書院 22版 1986年)の「Ⅲ 選挙制度」のなかで、「選挙とは、有権者団という合成の機関が公務員を選任する行為をいう。有権者団を構成する個々の有権者が公務員を選任行為に参加して行う意思表示は投票と呼ばれ、多数人の行為としての右の選挙と区別される。選挙は、投票によって行うのを例とするが、無投票当選のような場合もある。・・・有権者団の構成員たりうる資格を選挙権というが、その性質としては、機関としての公務という側面と、そのような公務に参加することを通じて国政に関する自己の意思を表明することができるという個人の主観的権利という側面の二面性を有すると解される。」(83頁)と解説している。なお、憲法44条の文言は、「有権者」ではなく「選挙人」とある。

つまり、公職選挙法9条の「選挙権を有する」とは、「有権者団(選挙人団)の構成員たりうる資格を有している」ということであり、具体的な自己の意思を表明することができるという個人の主観的権利の行使として「投票」行為を行う権利である。憲法改正手続法3条の「国民投票の投票権を有する」とは、自己の意思を表明することができるという個人の主観的権利として、具体的な投票行為を行うという権利としての「投票権」である。したがって、「選挙権」と「投票権」という文言の違いがあっても、具体的な権利性に差が

あるはずはない。しかも、前述したように、佐藤幸治の『現代法律講座5 憲法』の「Ⅱ 有権者団の権能とその行使」のなかで、「憲法改正の承認」を「国会議員の選挙」の前に置き、「憲法96条の定める承認は有権者団の最も重要な権能」(80頁)と解説しているのである。

『註釈 日本国憲法 下巻』(樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂 青林書院 1988年)の96条の註釈で「本条にいう『国民投票』は、憲法15条にいう『公務員の選挙』ではない。しかし、『選挙』の際の選挙権者と『国民投票』の際の投票権者とを別異に考えるべき理由はない。既にみたように、本条が『国会の定める選挙の際行われる』『国民投票』を予定しているのも、国会議員の選挙権と『国民投票』の投票権者とが一致していることを示唆しているとみることができる。」(1468頁)とある。

伊藤正己の先の『憲法(新版)』の「三 憲法上の機関としての国民」で「憲法上、国民が国家機関として行動するのは次の場合である。／(ア)特別の立法過程に参加する権能 これは、憲法改正の承認(96条1項)と一の地方公共団体のみに適用される特別法についての同意をすること(95条)の二つの場合がある。」(107頁)と解説している。

これらの憲法学者の立論が明確に示すように憲法改正手続における「国民の承認」としての投票行為の「投票権」の方が、より一層強調されている。したがって、「選挙権」よりも「投票権」の方が、その権利性が高いと言えることはあってもその逆はあり得ない。

ところが被告は、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」と認識しながら、憲法96条1項に関しては「『国民』は、飽くまで『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」との被告の主張は、被告独自の希望を込めた主張に過ぎず、何ら法科学に基づく立論も合理性・客観性に基づく根拠も示せない代物である。

なお、原告準備書面(15)で述べたように、万が一にも憲法96条の「国民投票」が、抽象的な権利であるとした場合でも、後述のように、憲法96条の「国民投票」権は、同法を法源とする憲法改正手続法3条「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」により、それは、具体的な権利となっている。

## (5) 憲法96条の憲法改正手続規定の権利性

被告国は、被告主張④で「憲法96条は、憲法改正の際には、国民投票等を要するという手続を規定するものにすぎず」(6頁)とし、被告主張⑤で「原告らが『憲法改正・決定権』の法的根拠として更に挙げる日本国憲法の改正手続に関する法律3条、11条、47条、57条、100条、100条の2の各規定についても同様である。」(6～7頁)とする。したがって、憲法96条が規定する憲法改正の際の「国民投票等」の「手続規定」に視点を当てて、被告国が、「手続規定」が具体的な権利性を有することを明らかにする。

伊藤正己は、「人間の自由の歴史は、その多くが手続的保障の遵守の歴史である」と先の『憲法(新版)』で次のように述べている。

## 第五章 基本的人権 第五節 人身の自由

### 一 人身の自由の価値

人身の自由とは、人の身体が肉体上も精神的にも拘束を受けないことを意味するが、それは自由の概念の最も基本的な内容であり、それなくして自由が成立しないことから、最小限の自由ということが出来る。既に述べたように、個人の尊厳は人権宣言の基調をなすものであるが、人身の自由は個人の尊厳に直接結びつく根源的価値をもつものである。それゆえ、どの国の人権宣言も必ずこの自由の保障規定を置いており、わが国の憲法も13条の個人の尊厳および18条の奴隷的拘束、苦役からの自由といった原則的規定のほかに、31条以下に詳細な規定を設けて、その趣旨を徹底させている(下線は、原告ら、以下同じ。)(322頁)

(1) 歴史 過去の専断政治は、何よりも恣意的な人身の拘束のうえに行われた。正当な理由のない逮捕や監禁、残虐な拷問や刑罰、その他人格を無視した身体への加害行為の例の多くを思い起こすことができる。

わが国の憲法もそうした過去の経験に基づいて人身の自由を保障している。明治憲法は、・・・実際には保障の意味をもたらさなかった。・・・日本国憲法は、そうした明治憲法時代の経験に対する反省に基づいて、きわめて詳細にまた多角的に人身の自由を保障する規定を設けている。このことは他国の憲法に余りみられないわが国の憲法の特色である。そして、それらの規定が合衆国憲法のもとで発展、形成された刑事手続上の諸原則を基礎としていることは、もう一つの特色である。(322～323頁)

(2) 手続的保障の意義 以上にみるように、憲法は、とくに人身の自由にかかわる手続について詳しい規定をおいている。それは、国家が勝手気ままに自由を制限することを防止するためには、制限の手続をあらかじめはっきり定めておく必要があるという、歴史的体験から得られた考え方による。アメリカの偉大な法律家の一人フランクファーターは、「人間の自由の歴史は、その多くが手続的保障の遵守の歴史である」と語ったが、その言葉は手続的保障の意義をよく表している。

日本国憲法は、31条で、手続的保障の原則を定め、さらに、刑事手続に関する詳しい規定を設けている。国家が刑罰権をもち、その発動の過程で人々の自由が侵害、制限されるのであるから、手続的保障が刑事手続について重視されるのは当然である。しかし、現代国家は、刑罰権の発動だけでなく、行政権行使の過程で、国民生活と多様なかわりをもつようになっており、そこでは、刑事手続の保障とは程度の差はあっても、それにおける同じ趣旨が生かされるべきであるという要請が存在している。(323～324頁)

### 三 適法手続

国家による刑罰権やその他の権限の行使に対して、国民の自由や利益を守る

ためには、その権限行使の根拠や手続が法律に定められていることと行使が適正になされるようになっていくことがもとめられる。そこで、31条は、「何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない」とし、あとに続くいくつかの刑事法上の基礎を規定している。(326頁)

(1) 法律の定める手続 本条のいう「法律の定める手続」という言葉には広い意味がこめられている。すなわち、人権制約の手続だけではなく実体も法律で定められること、および、人権制約の内容が手続と実体の両面にわたって適正でなければならないことである。このように理解するのは、31条が、刑事裁判上の規定としての役割だけでなく、人身の自由全体、さらに人権保障全体にかかわる原則を定めたものととらえることによる。この原則を適法手続の原則とか法定手続の原則と呼ぶ。(327頁)

(イ) 行政手続の適正 適法手続の原則は、行政手続に対しても及ぶ(328頁)。

芦部信喜は、『憲法(第三版)』(芦部信喜著・高橋和之補訂 岩波書店 2002年)の「2 適正手続 (一) 憲法31条の意義」で「憲法31条は、『何人も、法律の定める手続によらなければ、その生命若しくは自由を奪われ、又はその他の刑罰を科せられない』と定める。この規定は、人身の自由についての基本原則を定めた規定であり、アメリカ合衆国憲法の人権宣言の一つの柱とも言われる『法の適正な手続』(due process of law)を定める条項に由来する。公権力を手続的に拘束し、人権を手続的に保障していることとする思想は英米法にとくに顕著な特徴であるが、このような、『自由の歴史は大部分手続的保障の歴史であった』と考える立場は、人権保障にとってきわめて重要な視点であることを看過してはならない。」(222頁)、「(三) 31条と行政手続 31条は、『その他の刑罰を科されない』という文言からもわかるように、直接には刑事手続についての規定である。しかし、その趣旨は、行政手続にも準用されると一般に解されている。行政手続にも適用されると解する説も有力である。判例は1970年代に、憲法35条・38条に関するかぎり、それが行政手続にも及ぶことを原則的に認めるに至った。そして1992年の成田新法事件で最高裁は、行政手続が刑事手続でないとの理由のみで、当然に31条の保障の枠外にあると判断すべきではないとし、…そういう限定つきで31条の行政手続への適用ないし準用を真正面から認めた。…実際には、行政手続法(平成5年法88号)の成立によって、告知・聴聞を受ける機会が保障されることになった。」(224頁)と述べている。

さらに、辻村みよ子は、先の『憲法(第4版)』の「2 31条と行政手続」で「憲法31条は直接には刑事手続についての規定であるが、適正な手続を要求するその趣旨は、行政手続にもあてはめると解される。…最近では、『憲法31条以下の保障は一般的に、行政手続全般について及ぶ』(浦部・教室289頁参照)とする傾向にあるといえる。判例も、川崎民商事件および成田新法事件で、(制限的にであれ)行政手続にも31条の

保障が及ぶことを認めた。」(269～270頁)と解説している。

以上のように、憲法31条が求める適正手続(デュー・プロセス・オブ・ロー、due process of law)とは、法に基づく適正手続で、「デュー・プロセス」と呼ばれることが多く、アメリカでは、アメリカ合衆国憲法修正5条および14条(「何人も、法のデュー・プロセスによらずしては、生命、自由もしくは財産を剥奪されない」と規定している。

そして、前述のように憲法学の学説では、「何人も、法律の定める手続きによらなければ、その生命若しくは自由を奪はれ、又はその他の刑罰を科せられない」とする憲法第31条がデュー・プロセスの原則を示したものと評価する。これについての代表的判例として、第三者所有物没収事件(最高裁判所昭和37年11月28日大法廷判決)がある。最高裁判所は、「第三者の所有物を没収する場合、告知・弁解・防御の機会が必要である」との見解を出し、これを欠く関税法の規定は憲法31条に違反すると判示した。このように、少なくとも刑罰を科すためには適正な手続を必要し、手続的デュー・プロセスの権利を認めている。しかも、同判決における入江俊郎裁判官の補足意見には、「憲法31条にいわゆる法定手続の保障は、単に形式上法律で定めれば、それで本条の要請を満たしたものであるというのではなく、たとえ法律で定めても、その法律の内容が、近代民主主義国家における憲法の基本原理に反するようなものであれば本条違反たるを免れず、単に手続規定のみについてではなく、権利の内容を定めた実体規定についても、本条の保障ありと解すべきであり、更に本条は単に刑罰についてのみの規定ではなく、「若しくは自由を奪われ」というなかには、刑罰以外に、国家権力によって個人の権利、利益を侵害する場合をも包含しているものと解すべきである」とデュー・プロセスの実体化の必要を求めている。つまり、「形式規定」ではだめであり、「実体規定」が必要であると見解を示し、さらには、それは、刑事手続のみならず行政手続にも適用されると述べているのである。

このように、デュー・プロセスを刑事手続のみならず行政手続にも該当するという学説が有力で、このデュー・プロセスを刑事手続のみならず行政手続にも該当するとの根拠は、先の憲法第31条を根拠とする説、同13条を根拠とする説、同31条を類推適用・準用する説に分かれている。

行政権の統制について、手続が適正であれば結果も適正であるとして、その手続を重視するという思想は特に英米法において古くからみられた。日本では、土地収用法や都市再開発法といった個別の法律に、行政処分に先立って一定の手続をふむべき旨の規定が置かれることはあったが、行政の行為一般に適用される統一的な手続法規は存在しなかった。しかし、行政手続きにおけるデュー・プロセスの世界的潮流を受けて、1993年に、「処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資すること」を目的に、行政上の手続についての一般法として行政手続法が制定された。

この手続の内容については、英米法においては、「告知・聴聞の機会を保障する」というのが内容であり、日本の憲法31条もこれを継受したものと解され、行政手続法もそ



れは同じである。

以上のことから明らかなように、「手続的保障」ないし「適正手続」は、「人間の自由の歴史」と深く結びつき、「その多くが手続的保障の遵守の歴史」である。しかも、その手続的保障は、単なる手続の保障だけではなく実体も法律で定められること、および、内容が手続と実体の両面にわたって適正でなければならないことにある。このような歴史と認識を経て、「行政手続」の一般法として、「行政手続法」が制定・施行された。

したがって、行政手続法1条は、「この法律は、処分、行政指導及び届出に関する手続並びに命令等を定める手続に関し、共通する事項を定めることによって、行政運営における公正の確保と透明性(行政上の意思決定について、その内容及び過程が国民にとって明らかであることをいう。第46条において同じ。)の向上を図り、もって国民の権利利益の保護に資することを目的とする。」と規定しているのである。

『コンメンタール行政法 I (第3版) 行政手続法・行政不服審査法』(室井力・芝池義一・浜川清・本多滝夫編者 日本評論社 2018年)には、「一般法として制定される行政手続法は、その内容からいえば、行政決定の事前手続として国民の関与を保障し、行政決定の適正を確保することとともに、国民の権利を保障しようとするものである」(4頁)とし、同法1条の解説として「本件の究極の目的は、国民の権利利益の保護することである。」(16頁)とある。

憲法97条「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」との人権保障にとって、人権としての自由の歴史の大部分は、手続的保障であり、そのまさに中核的手続として憲法96条の「憲法改正の際」の「特別の国民投票」、「国会の定める選挙の際行われる投票」を要するという手続の条文が、被告国が主張するような単なる「手続」ではなく、「国民の権利利益の保護に資することを目的」とする条文であることは明らかであり、「憲法改正・決定権」を具体的な権利として保障する「投票」という行為の「権利」であることは明白である。

## (6) 「国民投票」の権利性は、憲法96条に基づく憲法改正手続法で確立

「特別の国民投票」、「国会の定める選挙の際行われる投票」が、具体的な権利であることは、憲法96条に基づく憲法改正手続法の成立で確立したことは、次のことから明白である。

佐藤幸治は、先の『現代法律学講座5 憲法』の「II 公の賠償請求権」の「(2)「公の賠償請求権」の保障の性格と内容」で「17条について、これをプログラム規定と解し、本条を実施する法律によってはじめて具体的な賠償請求権が確立されるとするのが通説である。国家賠償法が制定されているから、この問題は理論的なものにとどまる」(417頁)と述べ、憲法17条の国家賠償請求権が、国家賠償法の制定により確定したことを

明らかにしている。さらには、「Ⅲ 刑事補償請求権」においても「既に昭和6年に刑事補償法が制定されているが、それがもつ恩恵的施策としての性格を克服し、憲法上の刑事補償請求権にまで高めたのが本条である。」と述べている。

芦部信喜は、先の『憲法(第三版)』で、「知る権利は、積極的に政府情報等の公開を要求することのできる権利であり、国家の施策を求める国務請求権ないし社会権(国家による自由)としての性格を有する点に、最も大きな特徴がある。ただし、それが具体的請求権となるためには、情報公開法等の制定が必要である。」(163頁)と述べている。

辻村みよ子は、先の『憲法(第4版)』で「(3)『知る権利』とアクセス権」で「情報公開請求権は抽象的権利と解するのが通説であり、具体化するための立法が要請される。そこで、情報公開法の法制化が問題となり、・・・1999年5月に『行政機関の保有する情報の公開に関する法律』(平成11年法律42号)が制定された。」とある。

宇賀克也(東京大学法学部教授)は、『新・情報公開法の逐条解説(第5版)』(有斐閣 2010年)の同法1条の逐条解説で、「第一に、この法律が定める『行政文書の開示を請求する権利』が、国民主権という憲法原理に基礎をおくものであることを明示されていることである。」(33頁)とある。

このように、憲法21条を法源として、行政機関の保有する情報の公開に関する法律の成立により、具体的な「請求権」が確立した。

以上の論証により、憲法96条の「国民に提案してその承認」の手續として「特別の国民投票」ないし「国会の定める選挙の際行われる投票」の具体的権利性が、憲法改正手續法により確立し、同3条に「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」と明示されているのである。

以上引用した憲法学者等の立論が示すように、憲法96条及び憲法改正手續法により、具体的な「投票権」を国民(選挙人・憲法上の機関)に認めるものである。したがって、憲法の改正手續を経ることなく、被告らによる本件「戦争法」の立法行為は、憲法96条及び憲法改正手續法が要請する具体的な原告らの権利である「国民投票権」を侵害したというほかない。

つまり、先に示した憲法前文及び憲法96条に基づく憲法改正・決定権の権利の2つの要素の一つである、②主権者による具体的な意思決定権の侵害である。

したがって、「憲法96条は、憲法改正の際には、国民投票等を要するという手續を規定するものにすぎ」との被告国の主張は、事実誤認、理由不備・齟齬があり、それは、単なる被告国の願望を述べているに過ぎず、失当というほかない。

## (7) 憲法96条「憲法改正手續」における原告らの十分な議論と熟慮権の侵害

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」とある。「各議院の総議員の3分の2以上」という要件も、国民による議論と熟慮にとっても重要な役割を果たす。現在たまたま、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

を占めているが、3分の2という議席を憲法改正を求める政党の議員らが占めるのは、かなり困難である。したがって、3分の2以上の賛成による発議をするために、国会内でも各政党による十分な議論がなされることが想定され、また、その際の国政選挙において「憲法改正」が選挙の一つの争点になることも当然ながら予想される。このようなことで、政党間の議論に私たち日本列島の住民(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。「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」という要件も、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は重要な役割を果たすということになる。

原告準備書面(15)の6頁で述べたが、佐藤幸治は、『日本国憲法論』(成文堂)の「主権者としての国民」の中で、「国民主権は、以上述べたように憲法を成立せしめ支える意思ないし権威としてあるのみならず、その憲法を前提に国家の統治制度がこの国民ないし権威を活かすよう組織されなければならないという規範的要請を帰結すると解される。次節にみるように国民は『有権者団』という機関を構成するが、それは民意を忠実に反映するよう組織されなければならないとともに、統治制度全般、とりわけ国民を代表する機関の組織と活動のあり方が、憲法の定める基本的枠組の中で、民意を反映し活かすという角度から不断に問われなければならないというべきである。」(395～396頁)と述べ、その有権者団の性格を「主権者たる国民は、国民主権の実をあげるため、実定憲法上1つの機関を構成して活動する場を確保することを例とする。有権者団という国家機関がそれである。有権者団は一定の判断能力をもつもの(有権者)によって構成される機関であるから、必然的に主権者たる国民とは同一ではなく、その意思も特殊的にならざるをえないが、主権者である国民に最も近いところに存する、国家機関の中でも最も基礎的かつ重要な機関である。」(396～397頁)と述べている。

したがって、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のは、前述の理由からである。

主権者たる国民と有権者団は同一ではないが、通常の選挙においても「民意を反映し活かすという角度から不断に問われなければならない」ず、ましてや憲法の基本原理である「平和主義」の核となる憲法9条の改憲となる本件「戦争法」の立法行為を憲法96条

の手續を行うことなく、つまり、国民・有権者団の頭越しに国会で立法審議などを行うことは、前述の授權規範・制限規範を当てはめると当然ながら違憲・違法である。

なお、佐藤幸治は、先の『現代法律講座5 憲法』（青林書院 22版 1986年）の「Ⅱ 有権者団の権能とその行使」として、「憲法改正の承認」を「国会議員の選挙」の前に置き、「憲法96条の定める承認は有権者団の最も重要な権能」（80頁）と解説している。

主権者である国民による十分な議論と熟慮を経ることなくとは、本件「戦争法」強行成立し、施行したことは、「憲法改正・決定権」の2つの要素の一つである①主権者である国民による十分な議論と熟慮権としての投票期間における国民の議論と熟慮の機会をも奪った権利侵害がある。具体的には原告準備書面（15）の8ないし10頁で述べたが、その一部を次に引用しておく。

㊦ 同法第7節は、国民投票運動について定めている。表現の自由、学問の自由及び政治活動の自由その他憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害してはならない（100条）。ここで国民は、表現の自由、政治活動の自由その他の権利を自ら行使し、国民投票運動に参加するなどの行為により、その憲法改正課題に対して賛否その他の意見を表明し、国民的意思を形成する過程に参加する権利が具体的に保障されている。

㊧ 公務員の政治的行為禁止規定にかかわらず、発議から国民投票期日までの間、公務員も国民投票運動及び憲法改正に関する意見表明をすることができる（100条の2）。これは憲法改正における個人の主権者としての国民投票権の重要性を示していると同時に、公務員であっても国民投票運動を通じて憲法改正に関する意見表明をし、国民的意思を形成する過程に参加する権利が、同条によって具体的に保障されていることを示している。

## 2 被告主張⑥（本件「戦争法」は、憲法条文自体の改正ではない）の欺瞞性

本件「戦争法」は、「憲法の条文自体を改正するもの」ではない旨の被告主張⑥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である。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、こうした主張は「立憲主義」を掘り崩し、危険な事態をもたらす可能性がある。歴史上の実例を挙げれば、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。しかしヒトラー・ナチスによる「授權法」成立（1933年3月23日）により、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。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。

「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ほかならない。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」と規定する。この違憲審査権の対象として「法律」が明記されているのも、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護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、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があるために、これ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。

「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を主張する被告の主張も、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する法律の正当化を認めることにつながる危険な主張であり、「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の空洞化を正当化する主張である。

### 第3 憲法改正手続を経ずの本件立法行為は「憲法改正・決定権」の侵害

安倍内閣は「国際環境の変化」を理由にして「戦争法」を成立させた。私たちは、この本件「戦争法」の立法事実は、存在しないと認識している。仮に、それが存在する場合としても、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、主権者であり、憲法上の機関である国民である。

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」を経るべきであった。山口繁(元最高裁判所長官)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)。樋口陽一(東大名誉教授)をはじめとする、少なからぬ憲法学者が「戦争法」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「戦争法」を成立させたからである。

こうして「戦争法」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。

## 結語

被告国は、「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、「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となることを認めている。本件「戦争法」を制定した被告らの行為は、原告らの「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」である。

つまり、最高裁判所1985(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」な場合が、本件「戦争法」の制定である。そして、最高裁判所2015(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」な法律こそ、本件「戦争法」である。さらに、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。そのうえ、こうした法律を制定させたことで、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。

したがって、憲法に違反する戦争法を成立させた被告らの行為には国賠法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