

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 奥村悦夫 ほか37名

被告 国ほか4名

準備書面(38)

最高裁が示した国賠法上の違法性判断条件・順序に基づき、
本件「戦争法」の立法行為・内容の違憲性の有無の審査・判示が不可欠である

2019年9月13日

松山地方裁判所 御中

選定当事者兼原告 ○○ ○○

選定当事者兼原告 ○○ ○○

選定当事者兼原告 ○○ ○○

原告 ○○ ○○

原告 ○○ ○○

原告 ○○ ○○

目次

はじめに(当該準備書面の目的)	3
第1 国賠法上の違法性判断条件と判断順序に関する原告・被告国主張の概要	3
1 原告準備書面(2)－国賠法上の違法性判断条件と判断順序の概要	3
2 被告国第2準備書面－国賠法上違法となる余地はないとの主張の概要	5
3 原告準備書面(20)－被告行為が立法国賠法上の違法の概要	6
4 原告準備書面(25)－被告行為が立法国賠法上の違法の概要	8
5 原告準備書面(32)－原告・被告国の主張の概要と違憲審査の不可欠性	10
6 小結(被告の立法国賠最高裁判例の解釈に事実誤認・理由不備がある)	11
第2 棟居論文が示す本件訴訟の争点の違憲国賠訴訟と被侵害利益の整理	12
1 相関関係説か法的権利性かという対立が意味するもの	12
2 付随審査と抽象的審査の間	13
3 法律上の争訟性・付随審査制と法的権利の具体性	14
第3 棟居論文が示す立法国賠の要件	16
1 立法国賠の要件.....	16
(1)判例の展開	16
(2)立法国賠の判例と法的権利の具体性個別性との乖離.....	18
第4 棟居論文が示す立法国賠としての本件における審査のあり方	21
1 立法国賠としての「戦争法」における審査のあり方	21
結語(被告の国賠上の主張は事実誤認があり、「戦争法」の違憲審査が不可欠)	22

はじめに(当該準備書面の目的)

原告らは、最高裁が示した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基づき、本件「戦争法」の立法行為及び立法内容が、憲法違反であるか否かを審査し、判示する必要があることを述べてきた。当該準備書面では、棟居快行(専修大学教授)の「憲法訴訟の実践と理論【第一二回】 安保法制違憲国賠訴訟における抽象と具体の交錯」(判例時報2363号 2018年5月11日号。以下「棟居論文」という。)を引用し、再度、最高裁が示した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基づき、本件「戦争法」の立法行為及び立法内容が、憲法違反であるか否かを審査し、判示する必要があることを論証する。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 国賠法上の違法性判断条件と判断順序に関する原告・被告国主張の概要

1 原告準備書面(2)－国賠法上の違法性判断条件と判断順序の概要

原告らは、準備書面(2)の「第1 被告国の認否及び主張に対する反論(概要)」で「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」ことの概要を述べた。

「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」の「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」で、「(1) 1985年判決が示す国賠法上の違法性の判断条件」、「(2) 2005年判決が示す国賠法上の違法性の判断条件」、「(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」、「(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」、「(5) 立法不作為と立法行為の違法性の評価基準の相違」を最高裁判例を引用し、その判例の法理を示し、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、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り、その内容の中心は、集団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から、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り、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、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」の成立手続きの違憲性も「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・理由不備があることを踏まえ、「(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)で、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を明らかにし、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し、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し、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」にも該当し、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とした。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ことを明らかにした。

「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」では、「(1) 2005年判決が示す違法性の有無の判断条件」、「(2) 立法行為の違法性の有無を判断する場合の条件」、「(3) 2015年判決の立法行為の違法性の有無の判断条件」を示し、「(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)」で、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した。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する権利侵害の程度は、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こと、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からである。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、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ことを論証した。

「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」で、「(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」を述べ、「(2) 小結」で、本件立法行為の憲法尊重擁護義務・職務義務行為違反があることを論証した。

「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)」で、被告国の認否・主張は、最高裁の判断順序に反し失当であり、最高裁の順序に対する事実誤認・理由不備があり、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し、本件「戦争法」は、国賠法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り、その制定過程においても、国务大臣、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し、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・理由不備があり、失当であることを論証した。

「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、「1 法規の憲法適合性の有無を先に判断すべきこと」、「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」、「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」、「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」を示し、「5 小結」で、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おり、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、失当であることを論証した。

2 被告国第2準備書面－国賠法上違法となる余地はないとの主張の概要

被告国は、第2準備書面で上記原告準備書面(2)の主張に反論し、「国家賠償制度は、国又は公権力の行使に当たる公務員の不法行為によって被害を被った者の救済を図ることを目的としたものであるから、国賠法1条1項の違法性判断の前提として、当該公務員の行為が、原告らの具体的な権利ないし法的利益を侵害していることを要」

し、したがって「不法行為に基づく損害賠償を請求するに当たって、権利ないし法的利益が侵害されていることを要する」が、「原告らが主張するいずれの権利も、具体的な権利ないし法的利益とはいえず」、「当該公務員の行為が国賠法上違法となる余地はない」とし、「原告らの主張は、結局のところ、個々人の権利ないし法的利益を離れて抽象的に法規範等の憲法適合性判断を求めているにすぎないから、国又は公権力の行使に当たる公務員の行為(平和安全法制関連2法の立法行為等)の違法性の判断に入るまでもなく、原告らの請求は理由がない」とし、原告らの訴えを棄却するように主張する(以下これを「被告国の国賠法上の主張」という。)。なお、被告国第4準備書面も同様の主張を繰り返している。

3 原告準備書面(20)－被告行為が立法国賠法上の違法の概要

原告らは、高作意見書を引用し、「第1 国家賠償法第1条における違法性と損害」で、被告国の国賠法上の主張に対して、一般論として、このような理解を従来判例を前提とする限り誤りであると論証した。高作意見書は、違法性判断における「行為不法」の学説及び判例の傾向を示したうえで「国家賠償法上の違法性について行為不法説が支持されているのは、民法上の不法行為の場合とは異なり、法治国家原理ないし行政の法適合性の要請が強いためであると解され」、「不法行為の場合には、損害が発生した場合の負担の分配において、条文上、権利侵害が要件とされたが、その後、違法性へと拡大されるに伴い、必ずしも権利に該当しない利益にも法的救済を与える必要があった」とその理由を述べ、「その結果、相関関係説が採用されてきたのである」と結論付けている。

そのうえで、「国家賠償法第1条の要件は、制定時から違法性の要件が設定されており、また、前提となる法原理が異なるために、同じように見える要件についても異なる判断が妥当する理由がある」とし、「国家賠償法第1条第1項の違法性判断においては、被侵害利益を考慮することなく国家行為の法適合性こそが問われるべきであり、被侵害利益については、基本的には、被害者に生じた損害として評価すれば足りると解される」と結論付けている。

被告国の国賠法上の主張は、単なる被告国の独自の主張であり、それは、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・齟齬があり、失当であることを論証した。

そのうえで、高作は、国賠上の最高裁判例を整理し、原告らが被った精神的苦痛の判断を次の2点に留意して行われなければならないと述べる。

第1に、被侵害利益の認定については、取消訴訟における「法律上保護された利益」の場合ほどには、個別的利益の要素は要求されないことが確認されるべきである。その上で、原告一人一人が「戦争法」の制定によって被った精神的苦痛

については、個別具体的に認定判断されるべきであり、その被侵害利益ないし不利益を、国家賠償法上保護された権利ないし法的利益ではないとして、一律に賠償請求を棄却してはならない。(以下、これを原告らが被った精神的苦痛の判断の「留意第1」という。)

第2に、「国家賠償請求における『反射的利益論』が、違法性要件の問題なのか、損害要件の問題なのかについては、判例も必ずしも、一致しているわけではない」(注18)が、狭義の権力行政の場合にもそれ以外の国家行為の場合にも、反射的利益を損害要件ないし違法性の問題として処理するのが判例の傾向と解される。それを前提として、被侵害利益が考慮されることとなろう。(以下、これを原告らが被った精神的苦痛の判断の「留意第2」という。)

そして、「第2 立法行為の違憲性・違法性」で、「1 判例における判断方法」の「(1) 3つの最高裁判例」と「(2)判例における違法性判断の方法」を述べ、本件「戦争法」の立法行為の違法性を「(1)『武力の行使の一体化』論と憲法解釈の変更」、「(2)集団約自衛権と憲法解釈の変更」、「(3)立法府による『職務上の法的義務』違反」、「(4)立法府による国民に対する不利益・損害」を整理し、憲法に反する集団的自衛権の行使等を容認した本件「戦争法」の立法内容とそれを制定した国会の立法行為が違憲・違法であり、国賠法第1条第1項に基づき損害賠償責任を負うことは明白であることを論証し、被告国の主張は、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・齟齬があり、失当であることを明らかにした。

なお、高作意見書は、最後に「違憲性・違法性判断の出口」を次のように述べ、「司法がそれを制定した立法行為の違法性を正面から審査し判断することで、政治部門に対する『違法行為抑止機能・違法状態排除機能(適法状態復元機能)』を果たすことが重要である」と司法に対して踏み込んだ判断を行うように述べている。

最後に、違憲性ないし違法性判断の出口について整理する。違法性要件及び損害要件についての判断方法を整理すれば、①損害(被侵害利益)要件を満たさず棄却すべきとする判断、②違法性要件を満たさず棄却すべきとする判断(在宅投票制度廃止違憲訴訟における前掲最高裁昭和60年11月21日判決)、③立法の内容や立法不作為が憲法に反することを認めつつも、立法行為を違法とせず棄却すべきとする判断(再婚禁止期間違憲訴訟における前掲最高裁平成27年12月16日大法廷判決)、④立法の内容や立法不作為が憲法に反することを認め立法行為を違法としつつ、損害要件を満たさず棄却すべきとする判断、⑤立法の内容や立法不作為が憲法に反することを認め立法行為を違法とし、かつ損害要件も認めて賠償請求を認容する判断(在外国民選挙権剥奪事件における前掲最高裁平成17年9月14日大法廷判決)があり得る。

このうち、①及び②と③・④・⑤とを分ける点は、立法の内容や立法不作為が憲

法に反するとする判断に踏み込むかどうかという点である。安非法制のような違憲性の明白な法律について、司法がそれを制定した立法行為の違法性を正面から審査し判断することで、政治部門に対する「違法行為抑止機能・違法状態排除機能（適法状態復元機能）」を果たすことが重要である。損害要件の欠如を理由に上記①のごとき判断に逃げ込むことは、国民の権利保護のみならず客観的憲法秩序の確保をも任務とする司法にとっては許されないといわざるを得ない。また、④と⑤の間では、本件原告等が主張する損害ないし被侵害利益についてその個別具体的な認定を行い、救済へ向けた一步を踏み出せるかが司法には問われている。権利利益の外観的な抽象性・不明確性に隠れがちな精神的苦痛の深刻さについて、立ち入った判断がなされなければならない。

本件訴訟では、戦後日本の憲法政治の重大な転換点（ネガティブな意味で）において、立憲国家ないし法治国家という適正な国家運営の回復を図ることができかどうか問われているのであり、それを実現する権限を唯一行使しうるのは司法において他にはない。国民の眼差しは、まさにこの一点に注がれている。

4 原告準備書面(25)－被告行為が立法国賠法上の違法の概要

原告らは、上記準備書面(20)を前提にし、同(25)では東京裁判原告準備書面(7)を参照し、本件に即して援用し、「被告の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」で被告国の主張の概要を整理し、「2 原告の基本的立場」で原告らも職務行為基準説を前提にしていることと被告による重大な権利・利益の侵害を明らかにし、「3 職務行為基準説について」で被告国が主張する「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」ことを明らかにした。

そして、最高裁の判例も国賠法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」・「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」・「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」を示し、「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は、『職務行為基準説』を採用しているが、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、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」こと、「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に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一般の行政処分についても妥当するものと認識の下、一般の行政処分について裁判実務が

採用している違法性判断の基準を誤るものである」ことを明らかにした。

そして、「(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」の「ア 大阪高等裁判所平成10年1月29日判決」・「イ 京都地判昭和47年7月14日」・「ウ 大阪地判平成19年6月6日」を示し、これらの裁判例は、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」ことを明らかにした。

「エ 宇都宮地判平成19年5月24日」では所持許可処分にかかる職務行為の違法性の判断基準を示し賠償責任を認めていること、「(5) 国賠法2条の違法性判断においても相関関係論を採用されている」では、「国賠法2条に関する事案の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を示し、損害賠償請求を認容している」ことを述べた。

「4 立法不法行為の場面での違法性判断」では、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べきであること、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く、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こと、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り、本件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、国会議員の職務義務の内容・レベルは、本件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ことを明らかにした。

また、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、本件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、国会議員が本件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されることを明らかにした。具体的には、本件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、本件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、被侵害者において本件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、本件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、本件立法行為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、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、本件立法行為の国賠法上の違法性が肯定できることを明らかにした。

そして、「結語」でそれらをまとめ、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」必要があるが、被告国の主張は判例実務の基本的な理解に事実誤認があり、その結果、理由不備・齟齬があり、失当であることを明らかにした。そして、被告らの本件「戦争法」の強行成立及びその施行によって、るるこれまで述べた理由により、原告らの「平和的生存権」、「人格権」、「憲法制定・改正権」、「不断の努力」が侵害され、その被告らの違憲・違法行為は、国賠法1条1項の違法となることを明らかにした(詳細は、準備書面(25)のとおり)。

5 原告準備書面(32)－原告・被告国の主張の概要と違憲審査の不可欠性

原告らは、準備書面(32)で、前述の一連の原告・被告国の主張の経過の概要を次のようにまとめた。

被告国は、訴状及び原告準備書面(1)に対して、第1準備書面の「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」で、「(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」と主張した。

原告らは、これに対して原告準備書面(2)で、国務大臣及び国会議員らの立法行為(又は立法不作為)が、国賠法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例を検証し、その判断条件を示し、違憲審査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と主張した。

すると、被告国は、第2準備書面で、再び「国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益が存在しなければ、国賠法上違法となる余地はない」とし、その理由の一つとして、「原告らが指摘する一連の最高裁判所の判決も、国賠法上の違法性の判断に当たって、具体的な権利ないし法的利益の存在を前提としている」と主張した。つまり、「平和的生存権」、「人格権」、「憲法制定・改正権」は、具体的権利ないし法的利益ではないことを前提にしている。なお、被告国は、原告らが指摘する一連の最高裁の判決として、「ア 最高裁平成17年判決について」、「イ 最高裁昭和63年判決について」、「ウ 最高裁昭和43年判決及び最高裁平成2年判決について」、「エ 最高裁平成27年再婚禁止期間違憲訴訟判決について」を例示している。

なお、本件「戦争法」により、侵害される原告らの権利ないし法的利益の主たるものは、「平和的生存権」「人格権(個人の尊厳)」、「憲法改正・決定権」、「不断の努力」な

どであるが、原告準備書面(26)で、原告らの権利が侵害されているとする「憲法改正・決定権」の「国民投票」の「投票権」(憲法96条及び憲法改正手続法)と被告国が具体的権利であると認めている「最高裁平成17年判決について」の「選挙権」は、いずれも同じ有権者の具体的な権利であることを明らかにした。

つまり、被告国は、「憲法改正・決定権」が具体的権利でないことを前提とし、「国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益が存在しなければ、国賠法上違法となる余地はない」として、原告らの訴えを棄却するように求めているが、この前提に事実誤認があり、結論に齟齬を来していることを明らかにした。

そのうえで、原告準備書面(2)で、最高裁の判例を検証し、最高裁が示す「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」にもとづき、本件「戦争法」の立法行為及び立法内容が、憲法に反するか否かを審査し、判断することが不可欠であることを論証した。

6 小結(被告の立法国賠最高裁判例の解釈に事実誤認・理由不備がある)

以上のように被告国の国賠上の主張には、少なくとも次の事実誤認・理由不備があり、失当である。

第一に、原告らの権利が侵害されているとする「憲法改正・決定権」の「国民投票」の「投票権」(憲法96条及び憲法改正手続法)と被告国が具体的権利であると認めている「最高裁平成17年判決について」の「選挙権」は、いずれも同じ有権者の具体的な権利である。したがって、「国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益が存在しなければ、国賠法上違法となる余地はない」とし、「国又は公権力の行使に当たる公務員の行為(平和安全法制関連2法の立法行為等)の違法性の判断に入るまでもなく、原告らの請求は理由がない」との被告国の主張の前提に誤りがある。したがって、この被告国の主張には、事実誤認・理由不備があり、失当である。

第二に、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、「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、認否のかぎりではない」などと認否を怠り、「国又は公権力の行使に当たる公務員の行為(平和安全法制関連2法の立法行為等)の違法性の判断に入るまでもなく、原告らの請求は理由がない」と本件「戦争法」が憲法違反であるかの審査を行う必要がないとするが、この被告国の主張は、最高裁判決が示す法理を恣意的に事実誤認した疑いがある。いずれにしても、最高裁判決が示すこの法理の事実誤認がある。

第三に、第二に関連するが、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必要がある。つまり、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必要があるが、被告国の主張はこの点の判例実務の基本的な理解に事実誤認があり、その結果理由不備・齟齬があり、失当となる。

第2 棟居論文が示す本件訴訟の争点の違憲国賠訴訟と被侵害利益の整理

棟居論文は、東京地裁における安保法制違憲国賠訴訟(平成28年(ワ)1352号、平成28年(行ウ)169号。以下「東京裁判」という。)を主に取り上げ、その憲法上の争点を中心に分析したものである。なお、東京裁判の原告及び被告国の主張の論点及び争点は、前述の「第一、国賠法上の違法性判断条件と判断順序の原告らの主張の概要」から明らかなように、本件「戦争法」の論点及び争点とまったく同じであり、棟居論文の下記の最高裁判例の法理に基づく解説及び指摘は、原告準備書面(2)、同(20)、同(25)の原告らの主張・論証における違憲国賠上の最高裁判決の法理解釈を同じくするので、原告らの主張・論証の妥当性を示すものとなっている。

1 相関関係説か法的権利性かという対立が意味するもの

棟居論文の「二 原告側主張の概要」(139～141頁)で訴状に基づき原告側主張の概要を、「三 被告側反論の概要」(141～142頁)で被告国の答弁書及び準備書面に基づき被告側反論の概要を記載し、「四 違憲国賠訴訟と被侵害利益」の「(1)相関関係説か法的権利性かという対立が意味するもの」で、「本件訴訟の争点は、…国賠法一条一項の公権力の違法な行使にいう違法性とは、民法不法行為法における相関関係説的な総合考慮で中身が決まる不確定概念か(原告)、それとも法治国原理の現れとしての包括的な国家賠償制度の下での違法性要件として、公務員の行為(不作為を含む。)の憲法・法令違反を中心とする行為義務違反がすなわち国賠上の違法性なのか(被告国)、という点に集約されている。」(142頁)とこの裁判の論点・争点を整理している。

そして、「被告国が被侵害利益の法的権利としての個別性具体性にこだわるのも、違法性と被侵害利益とを厳格に分離することで前者を純然たる行為義務違反の問題に、後者を法的権利としての個別性具体性にそれぞれ結実させるためであった。したがって、少なくとも被告国は右の争点を『防衛ライン』に設定することで、安保法制そのものの憲法適合性という実体判断にまで判決が立ち入ることを阻止する、という戦略を

描いているものと思われる。」と分析している。「第一、国賠法上の違法性判断条件と判断順序に関する原告・被告国主張の概要」で示した本件被告国の国賠上の主張の理由は、このためである。つまり、本件「戦争法」の憲法適合性という実体判断にまで判決が立ち入ることを阻止するためである。

また、「原告が違法性については相関関係説に依拠しながら、それにしては熱心に平和的生存権や人格権などの法的権利性の論証をしているのは、技術論としては、このような意味あいにおいてであろう。そして、原告が相関関係説を違法性について援用するのは、被告国からの法的権利性についての反撃をかわすという、これはこれで戦略上の理由によるものでであろう。」とし、「もっとも、原告らの当初からの権利論に込めた思いは、原告らが違憲と考える安保法制によって客観的に平和主義や九条が損なわれているだけでなく、それが自分らの平和のうちに生きる権利(平和的生存権)や、生命健康や幸福追求などありとあらゆる人格的価値の保障(人格権)を根底から奪うものだ、という危機感にもあるようである。訴状に顕著な権利論、すなわち平和的生存権や人格権、さらには(一般には聞かれないが)「憲法改正・決定権」なる権利が侵害されたとの主張は、こうした原初的な思いの素直な理論構成なのでであろう。」と分析している。

2 付随審査と抽象的審査の間

棟居論文は、先の双方の主張の背景の分析に基づき、この裁判の訴えの真実を発見するために、「付随審査と抽象的審査の間」を検討する糸口として、「被告国は、平和的生存権や人格権の法的権利としての具体性個別性を否定しようと努めている」とし、しかし「憲法上の人権は大なり小なり概念としては抽象的でさまざまな解釈を経てようやく法的権利として救済になじむ具体性個別性を獲得するにすぎない」のであるから、「訴訟の実体が付随審査にとどまっているか、抽象的審査が付随審査を仮装しているにすぎないのかは、事件性すなわち法律上の争訟性が存在するか、そして当該紛争を解決するために司法審査権の行使が必要であるか、にかかっている。」と論点・争点を分析し、整理したうえで、「この事件性と必要性の両者をいずれも満たす場合のみが、付随審査制の名に値するである」から、それを検証する必要があると次のように述べている。

(2) 付随審査と抽象的審査の間

もっぱら原告主張のうち権利・法律上の利益の具体性明確性に絞って攻撃を加える被告国のスタンスは、以上からすれば戦略的には理にかなっているものの、むしろ端的に本件国賠訴訟全体を「主観訴訟ないし付随審査の衣をまとった抽象的審査」であると指摘するほうが本質的であり分かりやすいであろう。被告国としては、原告主張が抽象的審査を求めるものにすぎないという論難は、原告の特

異なる主張と思われる「憲法改正権・決定権」の侵害という主張に反論する文脈で明示的に行っているにすぎないようである(三(4)参照)。しかしながら、抽象的審査ではないのか、という疑問符は、本件訴訟の本体である平和的生存権ないし人格権の侵害という主張に対してこそ、むしろ向けられるべきであるように思われる。

もとより被告国は、平和的生存権や人格権の法的権利としての具体性個別性を否定しようと努めているが、憲法上の人権は大なり小なり概念としては抽象的でさまざまな解釈を経てようやく法的権利として救済になじむ具体性個別性を獲得するにすぎない。しかしながら、だからといって憲法上の人権がおしなべて法的保護になじむ主観的権利の資格を有さず、その侵害の除去を求める訴訟が抽象的審査にすぎないなどというわけではない。そして、訴訟の実体が付随審査にとどまっているか、抽象的審査が付随審査を仮装しているにすぎないのかは、事件性すなわち法律上の争訟性が存在するか、そして当該紛争を解決するために司法審査権の行使が必要であるか、にかかっている。そして、この事件性と必要性の両者をいずれも満たす場合のみが、付随審査制の名に値するのである。(下線は、原告ら。以下同じ。)

3 法律上の争訟性・付随審査制と法的権利の具体性

棟居論文は、そのうえでその論点・争点をよりクリアーにし、真実を発見するために、「法律上の争訟性・付随審査制と法的権利の具体性」を次のように検証している。

(3) 法律上の争訟性・付随審査制と法的権利の具体性

事件性・法律上の争訟性については、板まんだら事件判決(最三判昭56・4・7、民集三五卷三号四四三頁)が従来判例を集約した一文を引用すると、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解説することができるもの」と定義される。

また、司法審査の必要性については、憲法八一条の司法審査権の規定が付随審査権を意味しており抽象的審査権ではないことを示した警察予備隊違憲訴訟判決(最大判昭27・10・8、民集六卷九号七八三頁)が、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。……わが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的な事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない。」としたところである。

右の二判例の引用文中の「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係に(板まんだら事件判決)、「特定の者の具体的な法律関係」(警察予備隊違憲訴

訟判決)といった言い回しは、一見すると本件被告国が強調するような権利・法的利益の具体性個別性と同義であるかのようである。しかしながら、これらはいずれも引用文中にも「当事者間の」、「特定の者の」という形容句が付されているように、権利義務・法律関係の「具体性にはそれ自体として判断される要素というよりは、特定の当事者ないし特定の者に人的に帰属する争訟(これは自ずと具体性を帯びる)であることを言い換えているにすぎないと解するのが自然であろう。

客観訴訟と対比される主観訴訟の要件としての事件性・法律上の争訟性は、要するに客観的違法の匡正のみを訴訟の対象ないし目的とするのではないという意味において、当事者の主観的利益の保護を訴訟の本質と捉える。ということは、訴訟によって守られるべき主観的利益は、明確な「法的権利」というまでの具体性個別性を有することまでは要求されないはずである。少なくとも、事件性・法律上の争訟性の要件の核心は紛争の実体の「法的権利」性の有無、ましてやその明確性ではない。たしかに、本件のような立法国賠訴訟において精神的損害の賠償が請求される場合には、当該訴訟における合憲性審査は付随審査であって抽象的審査ではない、という弁証は必要である。また、そのいわゆる論証責任は原告側にある。しかしながらそこで問われるべきであるのは、あくまで事件性・法律上の争訟性が当該紛争に存在し、かつ司法審査が紛争解決にとり必要であるのか、という点に尽きるのであって、問題とされる権利・法律関係の具体性個別性というのは付随審査であることの一徴表ではありえても、それなしでは司法審査になじまないほどの必要条件というものではない。

もちろん、このように言うからといって、本件訴訟のように一人一〇万円といった損害賠償(しかも精神的損害であるから外形的には認定しづらい)を求めさえすれば、実質において抽象的審査を求める憲法訴訟が事件性・法律上の争訟性ならびに司法審査の必要性を備えることが出来、付随審査制の要請を満たすことになる、などというわけではない。こうした違憲国賠訴訟は、魔法の杖でもなければ、政治過程での敗者に司法が場を提供するリターンマッチでもない。違憲国賠訴訟における原告勝訴の要件として、法的権利の具体性個別性は必ずしも要請されない、ということを確認したにとどまる。それでは、同訴訟で原告側が慰謝料を認容されるためには、どのような要件を満たすべきものであろうか。この点については、次節で見ると、立法国賠についての著名な最高裁判例の展開がある。本件両当事者とも、素直にその流れに即して論証を進めればよいだけのことである。(143～144頁)

つまり、「当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係に(板まんだら事件判決)、『特定の者の具体的な法律関係』(警察予備隊違憲訴訟判決)といった言い回しは、一見すると本件被告国が強調するような権利・法的利益の具体性個別性と同義であるかのようである。しかしながら、これらはいずれも引用文中にも『当事者間の』、『特定の者の』という形容句が付されているように、権利義務・法律関係の「具体性にはそれ自

体として判断される要素というよりは、特定の当事者ないし特定の者に人的に帰属する争訟(これは自ずと具体性を帯びる)であることを言い換えているにすぎない」とし、「訴訟によって守られるべき主観的利益は、明確な『法的権利』というまでの具体性個別性を有することまでは要求されないはずである。少なくとも、事件性・法律上の争訟性の要件の核心は紛争の実体の『法的権利』性の有無、ましてやその明確性ではない」とし、「あくまで事件性・法律上の争訟性が当該紛争に存在し、かつ司法審査が紛争解決にとり必要であるのか、という点に尽きるのであって、問題とされる権利・法律関係の具体性個別性というのは付随審査であることの一徴表ではありえても、それなしでは司法審査になじまないほどの必要条件というものではない」と述べている。

このことは、本件「戦争法」の争点の真実の発見にもそのまま当てはまり、「あくまで事件性・法律上の争訟性が当該紛争に存在し、かつ司法審査が紛争解決にとり必要であるのか、という点に尽きる」。

したがって、本件被告国の国賠上の主張である、「国家賠償制度は、国又は公権力の行使に当たる公務員の不法行為によって被害を被った者の救済を図ることを目的としたものであるから、国賠法1条1項の違法性判断の前提として、当該公務員の行為が、原告らの具体的な権利ないし法的利益を侵害していることを要」し、したがって「不法行為に基づく損害賠償を請求するに当たって、権利ないし法的利益が侵害されていることを要する」が、「原告らが主張するいずれの権利も、具体的な権利ないし法的利益とはいえず」、「当該公務員の行為が国賠法上違法となる余地はない」とし、「原告らの主張は、結局のところ、個々人の権利ないし法的利益を離れて抽象的に法規範等の憲法適合性判断を求めているにすぎないから、国又は公権力の行使に当たる公務員の行為(平和安全法制関連2法の立法行為等)の違法性の判断に入るまでもなく、原告らの請求は理由がない」とし、原告らの訴えを棄却するように求める主張は、事実誤認、理由不備・齟齬がある。

第3 棟居論文が示す立法国賠の要件

1 立法国賠の要件

(1)判例の展開

棟居論文は、立法国賠の要件を検討するために、「五 立法国賠の要件」の「(1)判例の展開」で原告ないし被告国が引用している3件の立法国賠をめぐる最高裁判例を引用し、次のように分析し、判例法理を解説している。

(ア) 在宅投票制判決(最一判昭60・11・21、民集三九卷七号一五一二頁)

郵便投票制が廃止され重度身障者に対して復活されなかったという立法不作為の違憲性が争われた国賠訴訟において、最高裁は以下のように述べ、立法内容の違憲性と立法行為の違法性とを峻別した。すなわち同判決は、司法審査をすれば法律の内容が違憲とされるような立法であっても、立法行為が当然に国賠法上の公権力の違法な行使となるわけではないという「立法内容・立法行為峻別論」を採用した。「国会議員の立法行為(立法不作為を含む。以下同じ。)が同項[国賠法一条一項]の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法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どうかの問題であって、当該立法の内容の違憲性の問題とは区別されるべきであり、……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へ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、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない。」

同判決は理論的には考え抜かれているが、国会議員の行為が本質的に政治的であるからといって、個々の国会議員という公務員に対する求償と区別される国の国民に対する国賠責任自体までが、同判決の規範のようにほぼ認められないということになるのは、やはり飛躍である。国会議員の自由な政治活動を守るためには、国からの求償を否定すれば足りる。ともあれ、同判決が立法国賠をほとんど不可能としたのは、本件安保法制違憲訴訟において被告国側が主張するような法的権利としての具体性個別性のゆえではなかった。そうではなく、もっぱら本来は自由であるべき国会議員の行為があえて違憲違法という法的評価に服するのは、国会議員の行為規範としての憲法規範が一義的内容を有する場合くらいしかありえない。ところが、最高裁自身が「容易に想定し難いような例外的な場合」というくらい、憲法規範とりわけ立法国賠が問題となる人権侵害的な立法の場合には、そもそも人権規定の解釈が一義的ということは通常ないことから、実際にはこの例外要件を文字通りに解するかぎり、そうした場合は存在しない。

(イ) 在外選挙権判決(前出)

在外選挙権制度が認められなかったという立法不作為が選挙権行使の機会を奪うとして提起された国賠訴訟において、最高裁大法廷は(ア)の小法廷判決を判例としては維持しながら、立法国賠の成立要件を実質的には拡大する判断を下した。

「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、国家賠償法一条一項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである。〔在宅投票制判決〕は、以上と異なる趣旨をいうものではない。」

(ウ)再婚禁止期間違憲判決(最大判平27・12・16、民集六九卷八号二四二七頁)

なお、民法七三三条一項の再婚禁止期間につき、一〇〇日を超える部分につき法令違憲判決を下した同判決は、国賠については請求を認容しなかった。また、国賠の成立要件についても、在宅投票制判決と在外選挙権判決を並列的に引用しながら、在外選挙権判決の規範をそのまま繰り返すのではなく、以下のようにコンパクトなものに言い換えている。

「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、国家賠償法一条一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」。

同判決の規範は、在外選挙権判決から特に内容的な変更を施されたものとは見えないが、同判決の千葉勝美裁判官補足意見は、「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。」と述べる。

(2)立法国賠の判例と法的権利の具体性個別性との乖離

棟居論文は、先の判例の法理を踏まえて「立法国賠の判例と法的権利の具体性個別性との乖離」を次のように述べる。

(2)立法国賠の判例と法的権利の具体性個別性との乖離

在外選挙権判決は、原告一人あたり五千円の慰謝料を認容するという画期的なものであった。本件原告は同判決を相関関係説に立つものとして援用し、他方、本件被告国は同判決は選挙権という法的権利としての具体性個別性が明確なものの制約が争われた事案であるから、本件のように平和的生存権や人格権などを争う訴訟で原告が有利な判例として援用しうるものではない、と批判する(三(1)参照)。

しかしながら、同判決が被侵害利益の法的権利としての具体性個別性を本件被告国と同様の意味で要求するものであるかについては、以下の理由で疑問である。すなわち、在外選挙権判決は、昭和六〇年の在宅投票制判決を正

面から判例変更しなかった。ただ、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反」という要件は「例外的」を強調するための例示にすぎないものとみなすことにより、「一義的違憲」を「明白な違憲」にまで、在宅投票制判決の思考の枠組みを承継しながら実質的に緩和したわけである。ということは、国賠請求が認められる要件についての在外選挙権判決の到達点は、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」という法規範の客観的違憲性を実質緩和した「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……」ということになる。

これらの判示の「一義性」およびその緩和バージョンである「明白性」は、いずれも本件被告国が法的権利の具体性個別性を強く要求するような意味での「権利としての一義性明確性」というのとは、似て非なるものである点に注意すべきであろう。立法国賠で判例が到達した要件は、あくまで憲法の客観的規範内容に立法ないし立法不作為が「明白」に反しているかを問題にしているのであって、主観的権利として具体的個別的に明確性を備えているかまでは要求していない。在宅投票制判決はそもそも「憲法の一義的文言」という表現をしていたのであり、「憲法上の権利の一義的保障内容」などといった言い回しで権利性を当然に要求することさえしていなかった。

在外選挙権判決は、「憲法上保障されている権利」の侵害の明白性を要件とするので、あたかも本件被告国が要求する法的権利の具体性個別性に判例が近づいているようであるが、そうではない。在外選挙権判決の場合、「権利侵害」が明白であれば国賠が成立するというのであるから、「権利」そのものが明確である必要はない。平和的生存権ないし人格権のように、それ自体は解釈に幅のある理念的抽象的性格の人権であっても、事案ごとの問題とされている立法内容次第では、「権利侵害」としては明白ということは十分にありうるのである。平和的生存権の外延という意味での定義は一義的に明確とはいえないが、それでも仮にわが国が平和主義をおよそ標ぼうしえないような強力な軍事力を保持するに至るとすれば、そのような軍備を可能とする立法によって「平和のうちに生存する権利」が明白に侵害された、という言い方は可能なのである。同様に、人格権の外延もまた確定は困難であるが、それでも個人の自律をおよそ不可能とするような、たとえば国民全員にGPS発信装置の着用を義務付ける立法は、それが人格権侵害であることは明白といえよう。

また、再婚禁止期間判決は、立法国賠の成立要件につき、在外選挙権判決から特に内容的な変更を施されたものとは見えないが、前述のように、「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……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」であることを、立法不作為の場合の国賠法上の違憲違法の要件とした。これは、在外選挙権判決の「権利侵害」よりも、より法的権利としての具体性個別性を要求しないように見える「権利利益の合理的理

由なき制約」という表現により、ますます本件被告国の立法国賠の要件論から遠ざかっているようでもある。

のみならず同判決は、一〇〇日を超える再婚禁止期間につき違憲判断を下しながら、国賠請求は認容しなかった。すなわち再婚禁止期間判決は、通常の不法行為の事案と同様に、原因行為の違法性の判断をまず済ませ、しかるのちに損害の存否や額の認定に進むという判断の順序を遵守した。このことは被告国の、法的権利の具体性個別性および明確性をクリアしないことにはおよそ安保法制の中身の違憲性に裁判所が踏み込めないかのようなスタンスとは、大きく異なるものと思われる。もとより再婚禁止期間の事案では、婚姻の自由という明確な法的権利が存在したとはいえ、そもそも法的権利の存否や明確性にこだわるのは、結局は抽象的審査に実質的に等しくなることを防ぐためであったはずであろう。

ところが同判決では、現実の個別的な悪影響が違憲の法規定によって生じたにもかかわらず、それが国会議員にとり「明白」とまではいいがたいという理由で原告女性の救済を否定したのであった。すなわち同判決は、国会議員にとりその違憲性が明白とはいえないと断りつつ、同時に法令の違憲性をたんねんに司法審査し違憲判断を下したわけである。このような同判決の判断の流れをみたとき、付随審査制の下では必要最小限の場面でのみ司法審査が許されると厳格に捉える立場からすれば、むしろ最高裁は個別救済の観点からはその必要が必ずしも認められない場合であっても、あえて憲法保障機能を重視することもありうべし、という方向に踏み出しているように見えるはずである。

以上のように、在外選挙権判決は、在宅投票制判決を正面から判例変更しなかった。しかし、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反」という要件は「例外的」を強調するための例示にすぎないものとみなすことにより、「一義的違憲」を「明白な違憲」にまで、在宅投票制判決の思考の枠組みを承継しながら実質的に緩和した。つまり、国賠請求が認容される要件についての在外選挙権判決の到達点は、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している」という法規範の客観的違憲性を実質緩和した「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……」ということになる。

これらの判示の「明白性」は、「いずれも本件被告国が法的権利の具体性個別性を強く要求するような意味での『権利としての一義性明確性』」というのとは、似て非なるものであり、立法国賠で判例が到達した要件は、あくまで憲法の客観的規範内容に立法ないし立法不作為が「明白」に反しているかを問題にしている。したがって、主観的権利として具体的個別的に明確性を備えているかまでは要求していない。」ということである。

「在外選挙権判決は、『憲法上保障されている権利』の侵害の明白性を要件とするので、あたかも本件被告国が要求する法的権利の具体性個別性に判例が近づい

ているようであるが、そうではない。在外選挙権判決の場合、『権利侵害』が明白であれば国賠が成立するというのであるから、『権利』そのものが明確である必要はない。平和的生存権ないし人格権のように、それ自体は解釈に幅のある理念的抽象的性格の人権であっても、事案ごとの問題とされている立法内容次第では、『権利侵害』としては明白ということは十分にありうる」ということになる。

また、再婚禁止期間判決は、「『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……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』であることを、立法不作為の場合の国賠法上の違憲違法の要件とした。これは、在外選挙権判決の『権利侵害』よりも、より法的権利としての具体性個別性を要求しないように見える『権利利益の合理的理由なき制約』という表現により、ますます本件被告国の立法国賠の要件論から遠ざかっている」。

さらに同判決は、「一〇〇日を超える再婚禁止期間につき違憲判断を下しながら、国賠請求は認容しなかった。すなわち再婚禁止期間判決は、通常不法行為の事案と同様に、原因行為の違法性の判断をまず済ませ、しかるのちに損害の存否や額の認定に進むという判断の順序を遵守した。このことは被告国の、法的権利の具体性個別性および明確性をクリアしないことにはおよそ安保法制の中身の違憲性に裁判所が踏み込めないかのようなスタンスとは、大きく異なる」。

「同判決は、国会議員にとりその違憲性が明白とはいえないと断りつつ、同時に法令の違憲性をたんねんに司法審査し違憲判断を下した」のである。

以上の最高裁の判決の判断の流れをみたとき、「付随審査制の下では必要最小限の場面でのみ司法審査が許されると厳格に捉える立場からすれば、むしろ最高裁は個別救済の観点からはその必要が必ずしも認められない場合であっても、あえて憲法保障機能を重視することもありうべし、という方向に踏み出している」のである。

したがって、本件被告国の「国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益が存在しなければ、国賠法上違法となる余地はないこと」とし、その理由の一つとして、「原告らが指摘する一連の最高裁判所の判決も、国賠法上の違法性の判断に当たって、具体的な権利ないし法的利益の存在を前提としていること」の主張は、この最高裁判決が示した審査に対する事実誤認・理由不備がある。

第四 棟居論文が示す立法国賠としての本件における審査のあり方

1 立法国賠としての「戦争法」における審査のあり方

棟居論文は最後に「まとめと展望」として、それまで述べてきたことを踏まえて「立法国賠としての本件における審査のあり方」を次のように述べている。

(2) 立法国賠としての本件における審査のあり方

しかしながら、本件のような立法国賠においては、事実行為に対する違憲国賠のように「法的権利」を関所として付随審査制を守る必要はない。そうした技巧を用いなくとも、前節でみたような判例の展開により、立法国賠においては「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」(在外選挙権判決)、あるいは「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……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」(再婚禁止期間判決)といった要件が確立されている。当然に、こうした要件をクリアすることで、立法国賠訴訟がまさに立法過程で政治的意見を貫徹できなかった政治的少数派のリターンマッチの場となることを阻止すると意図され、担保されているのである。

すなわち、本件で詰められるべきは平和的生存権などの法的権利としての具体性個別性ないし明確性という一点ではない。そうではなく、解釈の幅の広い憲法上の権利としての平和的生存権の意味内容をどう捉え(その一つの到達点として前出の名古屋高裁判決のような平和的生存権の解釈もありうる)、また今回の安保法制がそれをどのように侵害ないし制約するのか、その侵害ないし制約の発生は明白といえるほどの客観性を有するのか、といった、前記判例から抽出される諸要件を一つずつ丁寧に吟味することが求められる。本件訴訟のような「政治過程の裁判への持ち込み」と疑われやすい訴訟であればこそ、立法国賠をめぐる判例法理に愚直にしたがいながら、抽象的審査の罠に陥ることなく付随審査制の下で当事者の真摯な損害を見定め、救済の是非が判断されるべきであろう。

結語（被告の国賠上の主張は事実誤認があり、「戦争法」の違憲審査が不可欠）

原告準備書面(2)、同(20)、同(25)、同(32)を再度整理し、本件被告国の国賠上の主張には、真理の発見に不可欠な事実の基礎を欠く誤認があり、その事実誤認に基づく理由不備・齟齬があることを明らかにし、そのうえで棟居論文を引用し、それをさらに補強し、論証した。

つまり、本件のような立法国賠は、事実行為に対する違憲国賠のように「法的権利」を関所として付随審査制を守る必要はなく、解釈の幅の広い憲法上の権利としての「平和的生存権」などの意味内容をどう捉え、また本件「戦争法」がそれをどのように侵害ないし制約するのか、その侵害ないし制約の発生は明白といえるほどの客観性を有するのか、といった、最高裁判例から抽出される諸要件を一つずつ丁寧に吟味することが求められることは明らかである。

以上