

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32名

被告 国ほか4名

準備書面(48)

原告らの主張のまとめ—その3

本件「戦争法」の立法内容の違憲審査の回避は違法である

2021年2月2日

松山地方裁判所 御中

原告らの主張のまとめ—その3
本件「戦争法」の立法内容の違憲審査の回避は違法である

目次

はじめに(当該準備書面の主張目的)	3
第1 本件「戦争法」の立法内容の違憲審査の必要性.....	4
1 附随的違憲審査制についての批判	4
2 最高裁判所判例の解説.....	5
3 憲法判断と国賠判断の学説	6
4 憲法判断の必要性	7
第2 本件は、憲法判断を回避すべき事案ではない	8
1 本件は、「戦争法」の立法内容の違憲性の有無が争点である	8
2 「法の番人」としての司法の違憲審査権を自ら放棄してはならない.....	10
3 本件は、憲法適合性判断を積極的に行うべき事案である.....	11
4 本件「戦争法」の立法内容の違憲審査の裁判所・裁判官の職責	14
第3 三権分立における司法の権限と責務.....	15
1 権力の濫用を制限するための権力分立制	15
2 権力分立による各権力相互間の抑制・均衡による権力濫用抑止.....	15
3 日本の議員内閣制は、立法と行政の権力分立の相互間の抑制機能が弱い.....	16
4 内閣(行政機関)権力の肥大化と、各権力相互間の抑制・均衡の弱体化	16
5 立法・行政権力相互間の抑制・均衡の脆弱化における司法の使命	17
結語(「戦争法」の立法内容の違憲審査が不可欠である)	18

はじめに（当該準備書面の主張目的）

原告訴状及び準備書面(1)で、本件訴えの請求の原因としている本件「戦争法」の立法内容の違憲性の主張に対して、被告国は「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」(被告国第1準備書面 7頁)と認否を回避し、それを怠っている。原告らは、これに対して認否を明らかにするように求めたが、被告国は、被告第7準備書面の時点において、認否などを明らかにしていない。

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原告準備書面(2)、同(20)、同(25)、同(32)で述べ、同(38)で、第2準備書面及び第4準備書面のこの件の主張に反論し、被告国の主張には、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。)を援用し、原告らの主張を補強し、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」の立法内容の違憲審査が不可欠であることを論証した。

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が、そのためにも本件「戦争法」の立法内容が違憲であるか否かの違憲審査と判断が不可欠であることを明らかにした。

なお、全国各地の「戦争法」裁判をめぐる地裁判決も、本件「戦争法」の立法内容の違憲審査を回避している。

以上のことを踏まえ、当該書面では、本件「戦争法」をめぐる大阪地裁裁判(原告準備書面(42)の23頁で大阪戦争法訴訟としている)判決に対する大阪控訴(令和2年(行コ)第30号)における大阪の「戦争法」違憲訴訟の会が原告や支援者に配布している裁判資料の控訴理由補充書(2020年7月30日付 以下「配布控訴理由補充書」という。)及び控訴理由書(2020年5月15日 以下「配布控訴理由書」という。)を援用し、原告らのこれまでの主張を補強する。

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 本件「戦争法」の立法内容の違憲審査の必要性

1 附随的違憲審査制についての批判

冒頭で述べたように、本件「戦争法」の立法内容が、違憲であるか否かが、本件の最大の争点である。そこで、配布控訴理由補充書の「第1 はじめに一附随的違憲審査制についての批判―」(2頁)を援用し、本件「戦争法」の立法内容が、違憲であるか否かを審査し、判断することが必要不可欠であるとの原告らのこれまでの主張を補強する。

第1 はじめに一附随的違憲審査制についての批判―

- 1 原判決は違憲判断を回避した理由は述べていない。しかし、原判決51頁の小括をみると「そうすると、本件各行為によって、本件各国賠償請求原告らに損害賠償の対象となりうるような法律保護される権利又は利益の侵害があったという事はできない。

したがって、本件各国賠償請求原告らの本件各国賠償請求は、その余の点について判断するまでもなく、いずれも理由がない」と述べているのをみると、損害賠償請求権はないから、“憲法判断”をするまでもないという従来からの附随的違憲審査制といわれる憲法判断回避方針をとったと考えられる。

- 2 しかし、この点についてはすでに原審最終準備書面の第6章第3. 憲法判断回避についての項において詳しく論じている。そこでは、アメリカから発展した「ブランダイス・ルール」について、むげに否定すべきではないが、として、芦部教授が指摘するように、「裁判所は事件の重大性、違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題にされている権利の性質等を総合的に考慮し、十分理由があると判断した場合は、回避のルールによらず、憲法判断に踏みきることができる」と解するのが妥当であろう。

- 3 これら学説の上に立って、最近最高裁の判例を分析して、最高裁の方針として成り立っているとして以下の文献があらわれた。

以上のように、芦部教授が指摘するように、仮に国賠償請求の原告らに損害賠償の対象となりうるような法律保護される権利又は利益の侵害がない場合においても、事件の「重大性」から、本件「戦争法」の立法内容の「違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題にされている権利の性質等を総合的に考慮」するために違憲審査を行い、「十分理由があると判断した場合は」、憲法判断の「回避のルールによらず、憲法判断に踏みきることが」必要である。本件は、まさにこのようなケースである。

2 最高裁判所判例の解説

配布控訴理由補充書の「第2 最高裁判所判例解説」(2-3頁)を援用し、原告らが述べてきた最高裁判所判例の解説に関する主張を補強する。

第2 最高裁判所判例解説

1 法曹時報第69巻第5号(甲35)の最高裁調査官加本牧子氏の解説は、平成27年12月16日大法廷判決の再婚禁止期間に関する判決について詳しく分析し検討されている。そして、憲法上の位置づけとして、女性に対する再婚禁止期間の問題は、「婚姻をするについての自由」の制限としてとらえて、「憲法上保護されるべき人格的利益として位置づけるべきものと解することは可能であろう」(235頁)と述べている。

2 そして、同判決が原告女性の国賠請求を否定しながら民法733条1項の100日を超える部分の規定を憲法違反の判決をしたことについて、以下のとおり、重要な指摘をしている。

「ところで、本件の第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。」(262頁)

以上のように、最高裁調査官加本牧子氏は、再婚禁止期間に関する最高裁の大法廷判決が、「原告女性の国賠請求を否定しながらも」民法733条1項の100日を超える部分の規定を憲法違反の判決をしたが、「本判決が、国家賠償請求については棄却すべき」としたにもかかわらず、「あえて本件規定の憲法適合について判断をしたことについて」、つまり、「国家賠償責任が否定される場合」でも、「前提問題として憲法判断を行うか」、それとも「回避する」のかについて、「常に憲法適合性に関する判断」を国賠上の「違法性の有無の判断に先行」させて、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性」があるとした判断について、「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」との立場に立ったと解されると

解説している。

したがって、本件においても、最高裁大法廷判決の立場に立って、仮に被告国が主張するように、被告らの行為に国賠上の違法がなく、「国家賠償責任が否定される」場合であったとしても、本件裁判長らは、本件「戦争法」の立法内容が、日本国憲法の基本原理に反するか否かとの「憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮」して、「憲法適合性に関する判断」を国賠上の「違法性の有無の判断に先行」させて、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性」がある。

3 憲法判断と国賠判断の学説

配布控訴理由補充書の「第3 学説」(3-4頁)を援用し、原告らの主張とする。

第3 学説

棟居快行教授は「憲法の原理と解釈」において、第17章として「違憲国賠訴訟とその周辺」を設け、テーマ的には憲法判断と国賠判断との関係、相関性を論じておられるが、平成27年12月16日の再婚禁止期間判決について、在宅投票制判決以後の流れから、以下のとおり述べておられる。

「しかし、国賠法1条1項の公権力の違法な行使に国会議員の立法行為を含めるからといって、国が公務員に代わって矢面に立つという国賠法の仕組みからすれば、直ちに国会議員の自由な立法行為が損なわれるという関係にはない。国賠の要件を狭める論としては、同判決の一般論は無関係であり過剰であった。

他方で、在宅投票制判決の厳格な峻別論という遺産のおかげで、再婚禁止期間判決においては、国会議員の行為義務の観点から国賠は否定されながら、それとは独立に法律内容についての違憲判断を(傍論としてであれ)得ることが可能となった。国会議員にとり違憲性が明白であるか否かは、通常は個別具体的に判断されるべき事柄であり、定型的に明白性を欠くなどということにはならない。したがって、結果として国賠責任が否定されることとなっても、それとは独立に法律ないし立法不作為の内容につき司法審査を行うことは、抽象的審査の禁を犯すこととはならないのである。かくして、事実行為型の裁判例にみられて、内容的には違憲であるが損害の立証がないので国賠請求は退ける、というかたちに非常によく似た判決手法が、立法行為型においても可能となったように思われる。」(362頁)

被告塩崎らは、答弁書の2頁で、憲法51条を理由に、「両議院の議員は、議院で行った演説、討論又は票決について、院外で責任を問われないと規定する」と述べ、本件「戦争法」の立法行為に対して、「被告らが原告らに対して何らの責任を負わないことは明らかである」と主張し、その理由を「公権力の行使にあたる国の公務員が、その

職務を行うについて、故意又は過失によって違法に他人に損害を与えた場合には、国がその被害者に対して賠償の責に任ずるのであって、公務員個人には、その責を負わないとするのが確立した最高裁判例である」とし、原告らの「被告らに対する請求は、主張自体失当であり何らの理由のないものであるから、直ちに棄却されるべきである」と主張している。

しかし、前述のように、棟居快行は、「国賠法1条1項の公権力の違法な行使に国会議員の立法行為を含めるからといって、国が公務員に代わって矢面に立つという国賠法の仕組みからすれば、直ちに国会議員の自由な立法行為が損なわれるという関係にはない。国賠の要件を狭める論としては、同判決の一般論は無関係であり過剰であった。」と述べ、さらに、「国会議員の行為義務の観点から国賠は否定されながら、それとは独立に法律内容についての違憲判断を(傍論としてであれ)得ることが可能となった。」と述べている。そのうえで、棟居は、「国会議員にとり違憲性が明白であるか否かは、通常は個別具体的に判断されるべき事柄であり、定型的に明白性を欠くなどということにはならない。したがって、結果として国賠責任が否定されることとなっても、それとは独立に法律ないし立法不作為の内容につき司法審査を行うことは、抽象的審査の禁を犯すこととはならない」と述べている。

したがって、前述のように被告国の場合と同じく、本件「戦争法」の立法内容について、最高裁大法廷判決が示したように、仮に被告らの行為に国賠上の違法がなく、「国家賠償責任が否定される」としても、本件裁判長らは、本件「戦争法」の立法内容が、日本国憲法の基本原理に反するか否かとの「憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮」し、「常に憲法適合性に関する判断」が、国賠上の「違法性の有無の判断に先行」させて、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性」がある。かかる理由から、被告塩崎らの主張は、採用できない。

4 憲法判断の必要性

配布控訴理由補充書の「第4 憲法判断の必要性」(4-5頁)を援用し、原告らが述べてきた本件「戦争法」の違憲の有無の憲法判断を行うことが不可欠であるとの主張とする。

第4 憲法判断の必要性

- 1 本件安保法制の強行判決から施行の全過程は、「ソフトクーデタ」と評され、正に、戦後の憲法秩序をひっくり返す暴挙であった。しかしながら、政治部門においてはこの「暴挙」を批判してあらためる動きは生じず、三権の中で憲法秩序を守りうる機関は司法権のみとなっている。
- 2 侵害される国民の権利・利益の関係でいえば、平和的生存権は何度も司法

の場で主張され、ようやく名古屋高裁におけるイラク派遣違憲訴訟で認められる段階にまで至った。

原判決は、日本人に被害はないといったが、結審後に中村哲氏が殺害される事件が起こり、原審の中では西谷文和氏が直接中東での活動に身の危険を感じる状態にまで至っている。

- 3 平和という根源的国民の権利・利益のため、明確な違憲判断がなされるべきであると思料する。

主として、原告準備書面(47)で、本件「戦争法」によって、これまでの自衛隊の「専守防衛」という制限枠を壊し、米軍と自衛隊の武力共同行動を可能とし、自衛隊を攻撃的・侵略的な軍事組織に変貌させ、その攻撃性・侵略性に対する警戒心や敵愾心が広まり、その結果、国際社会及び日本国内の軍事的緊張を高め、紛争・「テロ」の危機と被害をも拡散している。それは、単なる軍事的緊張を高めただけでなく、また、抽象的な戦争や紛争・「テロ」の危機をも高めたというレベルにとどまらず、世界の人々と原告らの具体的危険性と法的保護に値する損害を生み出していることを詳細に述べた。

また、本件「戦争法」が、国際社会の平和ではなく、逆に軍事的緊張を招いていると述べていた医師の中村哲氏が、2019年12月4日、アフガニスタンの東部ナンガルハル州の州都ジャラーラーバードにおいて、車で移動中に何者かに銃撃を受け、死亡した(中村と共に車に同乗していた5名の運転手や警備員など)。

本件「戦争法」の立法内容が、原告のみならず人々の人権の基礎をなす(平和的生存権)の権利侵害するのかの判断に際して、本件「戦争法」の立法内容が、日本国憲法の基本原理である(立憲平和主義)に反し、違憲であるか否かを判断する違憲審査を行うことが司法として、裁判官としての職務を果たすうえに必要不可欠である。

第2 本件は、憲法判断を回避すべき事案ではない

1 本件は、「戦争法」の立法内容の違憲性の有無が争点である

配布控訴理由書(2020年5月15日付)の「第2 憲法判断を回避すべき事案ではありえない」の「1 違憲性が争点でありながら判断しなかったこと」(2-3頁)を援用し、「本件は、憲法判断を回避すべき事案ではない」との原告らの主張とする。

第2 憲法判断を回避すべき事案ではありえない

1 違憲性が争点でありながら判断しなかったこと

**(1) 憲法上の争点について判断すべきであること原判決は、原被告間で争い
になっている憲法上の争点について全く判断をしなかった点において審理不
尽の違法がある。**

一般的には裁判所は、結論を導くために必要な争点について「当裁判所の判断」を示せば足りるのであって、すべての争点について判断することが求められているものではない。しかし、本件は、そのような一般論が妥当するような事件ではない。

本事案の重大性に鑑み、裁判所として必要な憲法判断をするべき事案であった。憲法判断そのものの必要性については後に述べる。

(2) 新安保法制法の違憲性が当事者間で争点となっていたこと

原判決は、集団的自衛権の違憲性について、争点3「甲事件の差止請求に係る各規定の違憲性等」、争点4「丙事件に係る規定の違憲性等」、争点5「本件各国賠請求に係る請求権の存否(1)違憲性」として争点整理していた(原判決20頁～24頁)。

原告は、上記争点3に関し、2号出動命令については、自衛隊法76条1項2号、事態対処法2条4号、3条4項ただし書、9条2項1号ロが憲法9条または国民の憲法改正に関する決定権を侵害していること、後方支援活動としての物品の提供等又は協力支援活動としての物品の提供等については、関連2法に基づく自衛隊の後方支援活動及び協力支援活動が、憲法9条の禁止する「武力の禁止」に当たり、違憲であること、憲法96条を基盤とする国民の憲法改正に関する決定権を侵害したことを主張した。また上記争点4に関し、原告は、平成26年7月閣議決定が自衛隊員に、自己保存型及び武器等防護を超える武器使用の権限を認めた点で、憲法9条に違反すること、関連2法が安全確保業務や駆け付け警護の実施に当たり、自己保存型及び武器等保護を超える武器使用を可能としている点で、憲法9条に違反すること、国際連合が統括しない平和維持活動について、自衛隊が「戦力」となり、交戦権の否認にも抵触するため、憲法9条に違反すること、国連南スーダン共和国ミッションに自衛隊部隊を派遣する根拠となる南スーダン実施計画に、協力法3条5号ラに定める任務である駆け付け警護を追加することは違憲である旨主張した。さらに原告は、上記争点5(1)において、本件各閣議決定及び関連2法が憲法9条または国民の憲法改正に関する決定権を侵害し、違憲であること等を主張してきた。これらの原告の主張に対して被告は全て争っていた。

(3) 原判決が違憲性に関する争点について判断しなかったこと

しかしながら、原判決はこれらの本件事案においてもっとも肝要な新安保法制法の違憲性に関する争点について、何ら判断を示すことなく、判断を回避し

た。このような原判決の姿勢は以下述べるとおり、到底許されない。

以上のように、「戦争法」をめぐる大阪地裁裁判の被告国は、本件「戦争法」の立法内容の違憲性の有無を争い、これが、裁判の争点となっている。しかしながら、本件被告国は、本件「戦争法」の立法内容が、違憲であるか否かについての争いを、「本件の争点とも関連しない」とこれを争いの争点とすることを回避している。このように、本件と大阪において、被告国の認否及び主張が異なり、一環性がなく、信義誠実に反する。

2 「法の番人」としての司法の違憲審査権を自ら放棄してはならない

大阪地裁裁判の判決では、本件「戦争法」の立法内容の違憲性の有無についての判断を回避している。それは、憲法上司法権に与えられた違憲審査権を自ら放棄していることである。このことを配布控訴理由書の「第2 憲法判断を回避すべき事案ではありえない」の「2 原判決は違憲審査権を自ら放棄したに等しい」(3頁)を援用し、本件「戦争法」が違憲立法であるか否かを、司法は、「法の番人」として違憲審査権を行使する責務があるとの原告らの主張とする。

2 原判決は違憲審査権を自ら放棄したに等しい

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」と明記されている。芦部信喜教授によれば、違憲審査権の根拠は「憲法の最高法規性の観念」とともに、「基本的人権尊重の原理」であるとされる。すなわち、「基本的人権の確立は近代憲法の目的であり、憲法の最高法規性の基礎となる価値でもあるが、その基本的人権が立法・行政両権によって侵害される場合に、それを救済する『憲法の番人』として、裁判所ないしそれに類する機関による違憲審査制が要請される」という(芦部『憲法』378頁)。本件では、日本の裁判所は「人権保障」の職責を自覚しなければならない。新安保法制法は、その不十分かつ異常な審議過程からすれば、国民の真意が国会の立法に反映されていないことは明らかであり、代議的自治の政治過程が大きく傷つくに至った。また安全保障政策における判断の誤りは国民の生命、財産に甚大な損害を与え、取り返しのつかない結果を招来する。自衛隊が武力を行使する事態は、明日にでも起こりうるものであり、緊急性も求められる。裁判所はいま合憲性の統制に積極的に乗り出さなければならない。

裁判所が消極主義や自己抑制的な態度を示すことは、座して死を待つことになりかねない。裁判所の英断が求められる局面であった。それにも関わらず、新安保法制法の違憲性に関する争点について何ら判断を示さなかった原判決の態度は、憲法上司法権に与えられた違憲審査権を、自ら放棄したに等しいものといわざるを得ない。

3 本件は、憲法適合性判断を積極的に行うべき事案である

配布控訴理由書の「第2 憲法判断を回避すべき事案ではありえない」の「3 本件は裁判所は憲法適合性判断を積極的に行うべき事案であること」(3-6頁)を援用し、本件は憲法適合性判断を積極的に行うべき事案であるとの原告らの主張とする。

3 本件は裁判所は憲法適合性判断を積極的に行うべき事案であること

(1) 司法部門と政治部門との役割分担の観点から

仮に違憲審査権の行使が抑制的になされるべきであるという考え方がとられるとすれば、その根拠は、三権分立に基づき司法府がとる政治部門への尊重に求められる。しかし、本件は、そのような考えが妥当しない特殊な事案である。立憲主義そのものが危機に瀕している中で、いわば戦後の憲政史上類例のない事案といえる。言うまでもなく、憲法は、権力に対する制限規範であり、憲法の解釈が、時の政権の立場によって自由に変更されることなどあってはならないし、本来それは不可能なはずである。しかし、安倍政権が行った閣議決定による解釈改憲は、正に、許されないはずの、解釈による改憲を敢行したものである。それは憲法9条に明白に違反するものであった。そして、新安保法制法の制定行為は、上記解釈改憲による閣議決定をそのまま法律に反映したものであり、一見極めて明白に違憲の立法行為と言わざるを得ないものであった。

さらに、新安保法制法の審議過程における不十分さと異常さに照らせば、国民の声がそこに届いていたとは言いがたく、憲法が予定する議会制民主主義を破壊して作られたものに他ならない。つまり、本件は、内閣及び与党国会議員による憲法尊重擁護義務が、公然と放棄されている事案であると言わざるを得ない。

このような新安保法制法の違憲性について裁判所がなんら判断せずに放置することによって、憲法が許さない既成事実がさらに積み重ねられ、アメリカと共に戦うための自衛隊へ、そして憲法9条を持ちながら戦争をする国へと、国のかたちが憲法改正手続を経ないまま大きく変貌していくことになる。これは立憲民主主義国家として、けっして許されてはならない事態である。

違憲審査権の行使が抑制的に行われるべきであるとする見解の根拠は、前述のとおり、三権分立の観点から司法府が政治部門の判断を尊重すべきであるという考え方であり、いわば司法府と政治部門の役割分担、ひいては、三権のバランスの問題である。

確かに、今後の選挙によって政権交代を実現するなどして、政治過程で矯正する途は形式的には残されている。しかし、違憲の既成事実が積み重ねら

れることによって、それを回復する困難性は日増しに高まり、選挙を通じての是正を待っている間に、原告らを初めとする国民・市民にとってさらに危険な状況が進行してしまう。「法的クーデター」とも評される異常な新安保法制法の審議過程をみれば、違憲状態を現在の国会議員が自ら回復することは、全く期待できない。

安全保障政策における憲法の則を越えた判断の誤りは、国民の生命、財産に甚大な損害を与え、取り返しのつかない結果を招来する。また自衛隊が米国の戦争に巻き込まれる事態は、明日にでも起こりうるものであり、緊急性も認められる。二大政党制の体制すらいまだに整わないわが国で、政権交代等による矯正を期待して、裁判所が自己抑制的な態度を示すことは、座して死を待つようなことにもなりかねない。司法府と政治部門の役割分担の観点からも裁判所の適切な憲法判断が求められる局面である。

(2) 憲法判断回避の原則の見地からしても例外に当たること

仮に憲法判断回避の原則を肯定するとしても、「事件の重大性や違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題とされている権利の性質等を総合的に考慮し、十分理由があると判断した場合」は例外として裁判所は憲法判断に踏み込むべきとされる。つまり裁判所は、様々な事情を考慮して、憲法判断を伴わない他の理由で同じ結論を導くことが可能であっても、理由中で憲法判断を行うことができるし、そうすべきと考えられているのである。

そこで、「事件の重大性や違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題とされている権利の性質」に当てはめると、まず、「事件の重大性」についていえば、本件は、憲法9条の従前の長期間安定していた解釈が正面から変更される「解釈改憲」という歴史上類例のない事態が起こり、それに基づく法律の制定が行われるという重大な事案である。また、「違憲状態の程度、その及ぼす影響」については、従来は安定していた憲法9条の政府解釈が、政府自身によって正面から変更され、それに基づいて明白に憲法9条に違反する新安保法制法が制定されている。憲法改正手続が履践されないままに、集団的自衛権が行使できる法制度が構築されるという、憲法改正と同じ効果が実現されてしまっている。この違憲の法律が放置されれば、憲法の最高法規性が益々形骸化することは明らかであり、憲法が政府・国会によって容易に無視される社会をも招来しかねないから、「違憲状態の程度」は大きく、「その及ぼす影響の範囲」も著しい。

そして、「問題とされている権利の性質」についても、既に新安保法制法が適用されて、戦争の危険性も高まってきていることからすれば、被侵害利益として問題になっている権利・利益の中に、平和的生存権の中の中核であるところの「生命」、「身体」という最も基本的な法益も含まれるといえる。また、人格権に関しては、このように高まった戦争の危険により、原告らが、単なる抽象的な不安

にとどまらない強い恐怖を覚えており、例えば戦争体験者は過去の地獄絵図のフラッシュバックに怯え、あるいは平和を目的とする活動を行ってきた自己の人生を新安保法制法の制定によって踏みにじられたと感じる原告らも存在する。被侵害権利のうち人格権の侵害は個人の尊厳の蹂躪である。憲法改正・決定権も、憲法の内容と条項を自らの意思で決定する自己決定権として、立憲主義と国民主権を支える重要な権利である。本件訴訟で問題とされているのは、こうした極めて重要な権利なのであり、けっして憲法判断を回避してよいような権利ではない。

したがって、前記の要素に当てはめても、本件は憲法判断回避の原則の例外に当たるといべきであり、本件において、新安保法制法の法令違憲の判断に裁判所が立ち入ることは回避されるべきではなく、積極的な憲法判断がなされるべきであると言える。

戦争や武力の行使は必ず誰かの自由や人権への侵害をもたらす。そして、その侵害される人権は、自由権、社会権、参政権などのすべてに及ぶ。侵害の程度も、最も尊い生命を不可避的に奪っていく。そのような悲惨な戦争の実態に鑑み日本国憲法は、実際に権利や自由への侵害が生じてしまってからでは遅いからこそ、侵害が生ずる一步手前の段階で、個別具体的な侵害が生じることを防ぐことにしたのである。その意味で、9条は、他のどの人権保障規定に勝るとも劣らないほど、人権の保障にとって重要な規定といべきである。たとえていえば、「防火壁」のようなものである。現に血が流れてから救済に乗り出すようでは、司法の役割を放棄するものというほかはない。しかも、前述のとおり、原被告間で新安保法制法の憲法適合性については争点となっていたのであり、裁判所としてこの点を避けて通ることは許されない。

(3) 統治行為論について

事件性の要件を充たしても、当該問題が「直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為」ならば、統治行為として司法権が及ばないといわれることがある。最高裁判所は、砂川事件判決で、旧日米安全保障条約について「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度に政治性を有する」条約の違憲性は、内閣・国会の「高度の政治性ないし自由裁量的判断と裏表をなす点がすくなくない」ので、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであって」とする(最大判昭和34年12月16日(刑集13巻13号3225頁))。また、衆議院の解散の効力が争われた苫米地事件では、問題の行為が「裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられている」としている(最大判昭和35年6月8日(民集14巻7号1206頁))。政治部門と異なり、司法府は受動的な機関である。また裁判官は国民から選挙で選ばれていないという意味で政治部門よりも民主的正当性が劣

ると指摘されることがある。これらに鑑みれば、裁判所は、不必要な憲法判断に踏み込まないことがあるといわれる。

統治行為論は憲法81条に違反して採用できないが、仮に統治行為論を概念として肯定したとしても、本件訴訟は司法判断がなされるべき事案である。まず前提として、砂川事件判決においては、旧日米安全保障条約が「一見極めて明白に」違憲無効か否かの判断は行っているのであり、違憲判断そのものを回避しているわけではない。そもそも統治行為は、憲法の明文上の根拠もなく、内容も不明確な概念であるから、「その概念と範囲を厳しく限定して用いなくてはならない」(芦部『憲法』344頁)。そうでなければ、裁判所が果たすべき合憲性の統制の役割を放棄したことになりかねないからである。だからこそ、それを救済する『憲法の番人』として、裁判所による違憲審査制が強く要請される。

統治行為論は、政治問題については、裁判所よりも国民の意思が直接反映されている国会で判断するほうが民主主義に適合し、それによって支えられている。ところが、新安保法制法は不十分な審議経過と異常な議決によって成立し、権力間のバランスが崩れる中でなされたものであり、国会判断に敬意と謙譲を払うべき場面で決定されたものではない。もし裁判所が本件において憲法判断を回避するならば、政治部門の暴走を追認する効果をもたらすことになってしまう。高度に政治的である場合に司法判断ができないのだとしたら、憲法破壊の暴挙が激しければ激しいほど、裁判所の事後審査を受けずに済むことになる。そのようなことでは、裁判所は「憲法の番人」とは言えず、仮に政治部門に対し何もできないとしたら、憲法81条で違憲審査権が認められたことの意味が大きく減殺される。

4 本件「戦争法」の立法内容の違憲審査の裁判所・裁判官の職責

配布控訴理由書の「第2 憲法判断を回避すべき事案ではありえない」の「4 裁判所の職責」(6-7頁)を援用し、本件は憲法適合性判断を積極的に行うべき事案であり、それを行うことが裁判所・裁判官らの職責であるとの原告らの主張とする。

4 裁判所の職責

2015年6月4日の衆院憲法審査会で、参考人の憲法学者3氏がそろって、集団的自衛権行使を可能にする新安保法制法について「憲法に違反する」との認識を表明した。新安保法制法は憲法違反が明白なのである。

本来、憲法は国家権力、とりわけ行政権の暴走を防止するためにその権力を制限するものである点で、他の法令と一線を画する。そのため、行政府による自由な「解釈変更」が許されて良いはずがない。これを司法が放置するのは、合憲性の最終判断は行政府が握ることを認めてしまうことになる。

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」と明記されている。憲法には司法消極主義を採用した条文もなければ、統治行為論を採用した条文もない。司法積極主義を採用しても何ら憲法に違反することがないことはもちろん、むしろ本件においては司法が積極的に介入し、これまでの憲法秩序の回復に努めることこそが真に求められている。

憲法の基本的な価値が行政府によって明確に侵害されている今こそ、それを救済する『憲法の番人』として、裁判所による違憲審査制度が強く要請される。

第3 三権分立における司法の権限と責務

1 権力の濫用を制限するための権力分立制

原告準備書面(46)で、本件「戦争法」の立法内容は、日本国憲法の基本原理の〈立憲平和主義〉に反することを述べ、〈立憲主義〉憲法が目的とすることは、個人の権利・自由を保障することであり、そのために権力の濫用や恣意的な権力の行使を制限するために権力分立制があることを述べた。

その権力分立の原理を定式化したモンテスキューは、「すべて権力をもつ者はそれを濫用しがちである。彼は極限までその権力を用いる。権力の濫用をなしえぬようにするためには、権力が権力を抑制するよう事物を按配することが必要である。」と『法の精神』で述べ、フランス絶対王政を批判し、均衡と抑制による権力分立制(政治権力を立法・行政・司法に三分割する「三権分立論」)を提唱した。

アメリカ独立宣言を起草し、アメリカ合衆国第三代大統領をつとめたトマス・ジェファソンも、「信頼は、どこでも専制の親である。自由な政府は、信頼ではなく猜疑に基づいて建設される。われわれが権力を託さなければならない人々を憲法で拘束するのは、信頼ではなく、猜疑に由来する。・・・権力の問題において、それ故人に対する信頼に耳をかさず、憲法の鎖によって非行をおこなわないように拘束する必要がある」(ケンタッキー州議会決議)と述べ、権力担当者による権力の濫用を警戒して、権力担当者に対する「不信」と「憲法の鎖」による拘束の不可欠性を説いている。

フランス革命の人および市民の権利宣言の第16条では「権利の保障が確保されず、権力の分立が定められていない社会は、憲法を有しない。」(1789年)と謳い、憲法には権利保障と権力分立が必要不可欠の要素であるとの考え方を明確にした。

2 権力分立による各権力相互間の抑制・均衡による権力濫用抑止

このように、「権力をもつ者はそれを濫用しがちである」ので、憲法によって、「権力が権力を抑制する」ために国の統治組織を立法・行政・司法に分離し、各権力の作用を区別・分離し、各権力相互間の抑制・均衡を図り、「権力の濫用をなしえぬように」し、個人の権利・自由などからなる基本的人権を保障するのが、〈立憲主義〉原理からなる近代立憲憲法の概念である。

この権力分離の対義語は権力集中ないし権力集中制である。この権力の分離には権限の分離と人の分離が含まれ、前者の各権力は、原則として他権力に干渉したり自らの権力を放棄することは許されないということであり、後者は同一人物が異なる権力の構成員であることを排除するものである。

3 日本の議員内閣制は、立法と行政の権力分立の相互間の抑制機能が弱い

日本の議院内閣制は、立法機関(=立法権力)である国会を組織する構成員の国会議員の第一党の自民党のトップの総裁が、行政機関(=行政権力)の内閣の首長の内閣総理大臣となり、国会構成員の議員の第一党である自民党国会議員らが内閣を組織する国務大臣の大半を占めている。つまり、前述の前者の立法権力と行政権力の権限の分離はあるが、後者の人の分離が排除されず、同一人物が立法権力と行政権力のそれぞれの権力・権限を有しているという一元化があり、諸外国の大統領制や半大統領制などに比べて、各権力相互間の抑制・均衡を図る機能が弱く、行政機関が強い権力を持ちうる制度であるといわれている。

4 内閣(行政機関)権力の肥大化と、各権力相互間の抑制・均衡の弱体化

具体的には、行政機関である首相及び官邸(「官邸」は、首相および内閣官房スタッフによる、内閣運営の核となるチームを指す通称としても用いられる)には、次のように権力が集中している。

内閣に設置されている内閣官房の定員は、2001年には186人だったが、安倍政権が発足した2012年には807人、2015年には1007人、2019年8月では、1188人と増員され、首相及び官邸(以下「首相」という。)体制が強化された。

「行政改革一括法」(1999年)と中央省庁の整理統合(2001年)に伴い、内閣(事実上内閣官房を含む)主導により行われる政府内の政策の企画立案・総合調整を補助するという目的で内閣府が新設(2001年)され、首相を長とし、首相に権力が集中し、内閣の中の内閣といわれる行政機関となっている。

重要な政策課題の多くが府省横断的な対応を要することから、内閣府に多くの業務が集中し、存在感を増し、肥大化し、設置当初6名だった特命担当大臣も、2019年4月には9名となり、内閣府の職員は、2393人(2019年8月)と内閣官房の倍の規模とな

り、首相権力は、飛躍的に強化され、公務員制度改革の一環として、内閣官房に人事局が設置され(2014年 内閣法21条)、中央省庁幹部の職員人事が一元管理され、国家公務員の人事が、内閣の権限と責任の元で行われ(日本国憲法73条4号)、2008年に国家公務員制度改革基本法の制定、2014年に人事局が設置された。

前川喜平元文科省事務次官は、これにより、政治から一定の距離を保つはずの各種機関にも首相(官邸)の強い力が及ぶようになり、首相(官邸・行政機関)は内閣人事局を通じて幹部人事権を握り、官僚たちが、首相(官邸)への「忖度」を競い合うようになったと述べている。

このように、立法と行政の分離における人の分離が未分離なうえに、行政権力の肥大化とその行政権力のトップの首相に権力が集中し、人事支配による「人の支配」が蔓延りやすい環境となり、近代立憲主義原理の要である〈法の支配〉を担保し、権力の濫用を制限する権力分立＝非権力集中により、各権力相互間の抑制・均衡を図るといふ機能の脆弱化が進んでいる(詳細は、原告準備書面(46)の「2 個人の権利・自由を保障するための権力を制限する分立制」(7-8頁))。

このようななかで、2014年7月1日、歴代内閣の「集団的自衛権の行使は憲法第9条に抵触する」との解釈を翻し、「集団的自衛権の行使は容認される」との行政権力の首長の内閣総理大臣と国務大臣で組織される内閣の閣議決定がなされ、これに基づき、本件「戦争法」という法律が、行政権力の内閣総理大臣と国務大臣が、つまり、立法権力の第一党の自民党総裁と自民党国会議員で構成される立法権力である国会で強行裁決され、同法が成立した。

このことは、立法権力と行政権力の各権力相互間の抑制・均衡を図る機能が十分に機能していないことを端的に示した事件であった。

5 立法・行政権力相互間の抑制・均衡の脆弱化における司法の使命

以上の状況において、〈法の支配〉を図るためには、三権分立における司法権力の、立法権力と行政権力に対する相互間の抑制・均衡を図るといふ機能が強く求められている。

前述のように権力の分離には権限の分離と人の分離が含まれ、前者の各権力は、原則として他権力に干渉したり自らの権力を放棄することは許されない。

司法権力の最大のものは、司法の存在意味でもある違憲立法審査権である。

本件は、るる述べたように、憲法適合性判断を積極的に行うべき事案であり、それを行うことが司法、裁判所、裁判官らの職責であり、それを回避することは、〈法の番人〉としての司法権力の権力分離原則における司法権力の放棄であり、裁判官としての職務権限の放棄である。司法が、裁判官が、これを放棄すれば、事実上、三権分立制、三権分離原則の崩壊を意味する。したがって、本件「戦争法」の立法内容について、違憲立法審査権を行使することが、三権分立制の維持、三権分離原則上からも不可

欠である。

結語（「戦争法」の立法内容の違憲審査が不可欠である）

以上のように、「戦争法」をめぐる大阪地裁裁判の被告国は、本件「戦争法」の立法内容の違憲性の有無を争い、これが争点となっている。ところが、本件被告国は、本件「戦争法」の立法内容が違憲であるか否かが、「本件の争点とも関連しない」とこれを争いの争点とすることを回避している。つまり、被告国は、「戦争法」をめぐる裁判であるにもかかわらず、本件と大阪地裁では、「戦争法」の立法内容が違憲であるか否かについて、その主張が異なる。それは、行政に求められる信義誠実に反する。

全国各地の「戦争法」裁判における判決は、本件「戦争法」の立法内容が、違憲であるか否かが、本件の最大の争点であるにもかかわらず、その審査を回避している。

日本は、議院内閣制であり、立法と行政の人の分離が排除されておらず、同一人物が権力・権限を有し、しかも、行政権力が、他の権力と比較して強大であり、各権力相互間の抑制・均衡を図るという機能が脆弱である。

権力の分離には、権限の分離と人の分離が含まれ、前者の各権力は、原則として他権力に干渉したり自らの権力を放棄することは許されない。

司法権利の最大のものは、司法の存在意味でもある違憲立法審査権である。本件は、るる述べたように、憲法適合性判断を積極的に行うべき事案であり、それを行うことが司法、裁判所、裁判官らの職責であり、それを回避することは、〈法の番人〉としての司法権力の権力分離原則における司法権力の放棄であり、裁判官としての職務権限の放棄である。司法が、裁判官が、これを放棄すれば、事実上三権分立制、三権分離原則の崩壊である。

したがって、本件「戦争法」の立法内容について、違憲立法審査権を行使することが、三権分立制の維持、三権分離原則上からも不可欠であり、司法、裁判所、裁判官らの職責を果たすことであり、それを回避することは違法となる。

以上