

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(49)

原告らの主張のまとめーその4

「憲法改正・決定権」は、主権者の淵源的・個々人の具体的権利である。

本件「戦争法」は、その手続を経ず立法化した違憲立法であり、

被告らのその行為は、国賠法上の違法に該当する。

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4

「憲法改正・決定権」は、主権者の淵源的・個々人の具体的権利である。

本件「戦争法」は、その手続を経ず立法化した違憲立法であり、

被告らのその行為は、国賠法上の違法に該当する。

目次

| | |
|--|----|
| はじめに | 4 |
| 第1 被告国への「憲法改正権」に関する主張 | 4 |
| 1 被告国への「憲法改正権」に関する主張 | 4 |
| (1) 被告国の主張 | 5 |
| 第2 「憲法改正承認」の可否の「国民投票」は、主権者の淵源的権利である | 7 |
| 1 「憲法定制権力」は、主権者のみに帰属する、主権者の淵源的権利である | 7 |
| 2 「憲法改正・決定権」も、主権者の淵源的権利であり、主権者のみに帰属 | 8 |
| 3 「憲法改正」の「承認」の可否の最終的決定権者は、主権者である | 9 |
| 4 小結（「憲法改正承認」の可否の「国民投票」は、主権者の淵源的権利である） | 12 |
| 第3 「憲法改正承認」の可否の「国民投票」行為は、個々人の具体的権利である | 13 |
| 1 有権者団は、国家機関の最も基礎的かつ重要な機関である | 13 |
| 2 有権者団の「憲法改正承認」可否の「国民投票」行為は、個々人の具体的権利 | 13 |
| 3 主権者の参政権（参加権）は、主権者の個々の権利 | 14 |
| 4 小結（「憲法改正承認」の可否の「国民投票」は、個々人の具体的権利） | 15 |
| 第4 被告らは、違憲立法の「戦争法」を憲法改正手続を経ずに行った | 15 |
| 1 憲法改正が許されるための要件 | 15 |
| (1) 確立した憲法規範を法律で変えることはできない | 16 |
| ① 憲法改正についての原則 | 16 |
| ② 明文改正によらない解釈変更による実質的憲法改正は許されない | 16 |
| ③ 憲法の実質的変更により侵害された人民（国民）主権の憲法改正・決定権 | 17 |
| ④ 小結（本件「戦争法」は、確立した憲法規範を変えざる違憲立法である） | 19 |
| 2 小結（被告主張⑥は失当である） | 19 |
| 第5 普通選挙の「選挙権」と「憲法改正の承認」の「国民投票」との比較 | 19 |
| 1 国政選挙の選挙権は「国家賠償法上保護された権利」である | 20 |
| 2 憲法96条の「国民投票」の権利は、国政選挙の選挙権よりも根源的権利 | 21 |
| (1) 憲法96条の「国民投票権」は、普通「選挙権」よりも重要な権利 | 21 |
| (2) 「国民投票権」も「選挙権」と同様に主観的権利 | 23 |
| 3 小結（「国民投票権」も「選挙権」と同等の権利であり被告主張①は失当） | 24 |
| 第6 憲法改正決定権は、憲法改正手続法により、より具体的権利となった | 24 |
| 1 憲法改正手続法の規定 | 24 |
| 2 被告主張②—⑤への反論—原告らの参政権の抽象的地位と具体的権利 | 25 |
| (1) 「憲法改正・決定権」の権利は、具体的問題化まで潜在化している | 26 |
| (2) 集団的自衛権行使容認等により、「憲法改正決定権」が顕在化した | 26 |

| | |
|--|----|
| (3) 憲法改正手続法が、「憲法改正決定権」の権利性をより具体化した | 27 |
| (4)「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 | 32 |
| 3 小結(手続法で「国民投票権」が具体的権利化－被告主張❷ないし❸は失当) | 33 |
| 第7 憲法改正決定権の侵害による原告ら個々人の被害内容 | 33 |
| 1 憲法改正・決定権の侵害による原告ら各人の被害内容 | 33 |
| (1) 国民各人の憲法改正・決定権侵害による被害 | 34 |
| (2) 原告らの憲法改正・決定権侵害の具体的内容 | 34 |
| (3) 小結(「憲法改正・決定権」の侵害は、原告ら個々人の具体的な権利侵害) | 37 |
| 2 東京戦争法裁判判決などの反論 | 37 |
| 3 小結(被告らの本件行為が、原告らの「憲法改正・決定権」を侵害している) | 37 |
| 結語 | 38 |

はじめに

「憲法改正・決定権」は、主権者の淵源的かつ個々人の具体的な権利である。本件「戦争法」は、日本国憲法の〈立憲平和主義〉に反した違憲立法である。したがって、本件「戦争法」の立法化には、憲法改正手続が不可欠である。しかしながら被告らは、本件「戦争法」の立法化に際して、その憲法改正手続を行っていない。よって、被告らの憲法改正手続を行わないままの本件「戦争法」の立法行為により、原告らの淵源的・個々人の具体的な権利である「憲法改正・決定権」が侵害されたと原告準備書面(15)、同(26)、同(35)、同(43)、同(45)で主張してきた。

なお、被告国は、被告国第1準備書面及び第2準備書面並びに第4準備書面のなかで、原告らが主張する「憲法改正・決定権」を抽象的であり、「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」などと主張し、これに対して、原告らは、準備書面(15)、同(26)、同(35)、同(43)、同(45)で反論した。

当該書面では、原告らの準備書面(15)、同(26)、同(35)、同(43)、同(45)をベースにしながら、再度、被告国及び被告塩崎らの主張に反論し、「憲法改正・決定権」が原告らの個々人の具体的な権利であり、被告らの本件行為によって、原告らのその権利が侵害され、損害を被っていることを明らかにする。

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 被告国への「憲法改正権」に関する主張

1 被告国への「憲法改正権」に関する主張

被告国は、被告国第1準備書面及び第4準備書面のなかで、原告らが主張している「憲法改正・決定権」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」などと主張を繰り返している。

たとえば、被告国第1準備書面で、憲法改正・決定権について、「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・理念を体現するものであるとしても、それは、『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、原告らという具体的な『個別の国民』との関係で国賠法上の救済が得られるほど具体的、個別的な『個別の国民』との関係で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』なるものを観念することはできない」(19頁)と主張し、同様の主張を被告国第2準備書面の43ないし44頁でも行っている。しかしながら被告国は、原告の主張するそれらの権利が、抽象的であり、具体的権利性を有しないと断言する具体的な「理由・法的根拠」をいっさい述べていない。被告第4準備書面

の5ないし7頁のそれは、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。以下、被告国の主張を記載しておく。

(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(以下これを本件原告らが、「被告主張①」という。以下同じ。)

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」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。)

以上の被告国の主張に、原告準備書面(26)の「第2 憲法改正・決定権は、原告らの具体的な権利である」(5-29頁)で詳細に反論したとおりであるが、再度、これに反論し、被告主張①ないし主張⑥は、事実誤認、理由不備・齟齬があり、失当であることを明ら

かにする。

第2 「憲法改正承認」の可否の「国民投票」は、主権者の淵源的権利である

憲法96条の「憲法改正」の「承認」の認否の「国民投票」権は、人民(国民)主権原理に基づく個々の主権者の淵源的な個別的、具体的権利であることを述べる。

1 「憲法制定権力」は、主権者のみに帰属する、主権者の淵源的権利である

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 constitution)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るれば、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。)

以上のように、「憲法制定権力」は、主権者のみに帰属する主権者の淵源的権利であり、本件原告らは、この淵源的権利を有している。

2 「憲法改正・決定権」も、主権者の淵源的権利であり、主権者のみに帰属

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、「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」と「憲法改正権」との理論上の「分離」を示したうえで、「憲法改正権」も国民(人民)に帰属すると述べている(詳細は、原告準備書面(26)の9-11頁)。

また、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、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」の主体は主権者である人民(国民)ということである。

以上のように、「憲法改正・決定権」も主権者のみに帰属する、主権者の淵源的権利であり、本件原告らは、この淵源的権利を有している。

3 「憲法改正」の「承認」の可否の最終的決定権者は、主権者である

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「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次のように論証している。

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つ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つ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。)(76頁)

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)で、「特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする」(96条1項後段)と定められる。ここでは、国民の投票結果に基づいて憲法改正の可否が最終的に決せられるのであり、国民の承認を停止条件として国会の議決で決せられるのではないことが重要である。国民主権原理のもとでは、主権者国民こそが憲法改正権者であり、最終決定権をもつことが当然のことだからである。(528頁)と解説しているとおりである。

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。

太田裕之(同志社大学法学部法律学科教授)は、『憲法改正国民投票法に関する覚書－主権者の表現の自由・知る権利の観点から－』(同志社法学、五七巻四号 2005年)で、憲法改正における国民投票権を次のように「主権的判断を行使する」ものであると次のよ

うに述べている。

日本国憲法第九六条第一項は、憲法改正について「この憲法の改正は、各議員の総議員の三分の二以上の賛成で、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。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。」と規定する。憲法改正のためにはまず発議のための国会法改正を行い、憲法改正国民投票について定める国民投票法を制定する必要がある。・・・第九六条第一項が求める特別の国民投票については、これは必要条件であり、たとえ憲法改正によっても両議院の総議員の圧倒的多数の可決のみで憲法改正が可能だとすることも許されないとする有力な考え方がある。それは「特別多数決によるとはいえ、国民の代表者にすぎぬ『議会の意思』を主権の存する『国民の意思』に代置することはできない」からであるとされる。憲法改正につき国民にその決定権を留保させ、「『国民主権』の原理を最も忠実に体现した憲法第九六条のもとで、代理人(代表)ではなく主権者本人である国民がその主権的判断を行使するためのものとして憲法改正国民投票は存在するといえる。(1120-1121頁)

原告準備書面(45)で、大阪戦争法裁判原告第13準備書面の「4 国民各人に具体的に保障されている」の「(3) 憲法学者小林武の「憲法改正・決定権の具体的権利性」に関する見解」(25-26頁)を引用したが、再度、小林武(愛知大学法科大学院教授)のそれを援用する。

小林武は、「憲法改正・決定権の性格」について、憲法96条で制度化された具体的・個別的な権利であると、次のように述べている。

「憲法96条の定める国民の『承認』による憲法改正の方式は、『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民主的正当化の要請を確保する最も純粋な手段』(芦部信義=高橋和之補訂『憲法第6版』[岩波書店・2015年]395頁)であるといえる。日本国憲法は、同条を含めて、この国民の地位を、明文をもって憲法改正・決定の「権利」として規定してはいないが、憲法が国民に有権者団の一員として改正の可否に関して表決する主観的権利を保障していることは、以下のとおり、明らかである。

すなわち、日本国憲法が拠って立つところの、近代立憲主義憲法通有の国民主権の原理は、国民が憲法を制定し国の統治のあり方を決定することを意味する憲法制定権力の思想に由来する。そして、この憲法制定権力は、近代立憲主義憲法が制定されたとき、自らを憲法典の中に制度化し、憲法をその拘束に服しつつ改変する憲法改正権に転化した。『憲法改正権は制度化された憲法制定権力である』、といわれるゆえんである。それゆえ、この憲法改正権の主体としての『国民』は、実際に政治的意思表示をおこなうことのできる有権者団(選挙人団)を意味

し、具体的に憲法改正を決定する権能をもつ(前出・芦部〔高橋補訂〕著 39-42 頁参照)。この『憲法改正・決定権』が、日本国憲法では96条の国民投票として制度化されており、その表決に参加する国民の資格は、まさに具体的・個別的な権利といて憚るところがない。

この点で、憲法96条に体现された国民主権原理は、国民を国家の主権者として抽象的に位置づけたにとどまり、そこから個別の国民が憲法改正・決定の具体的権利を有することを導くことができないとする見解も出されるが、成り立ちがたい。すなわち、こうした見解は、国民主権原理に含まれた要素のうち、国家権力の正当性について、その究極の根拠は国民にあるという建前ないし理念を意味する正当性の契機のみを取り出したものである。しかしながら、国民のおこなう憲法改正の決定は、国会議員の選挙や最高裁判所裁判官の国民審査とともに、国の政治のあり方を最終的に決定するという、国民主権の権力的契機の具体的な発現形態に他ならないのである。」(31頁。援用ここまで。)

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」の主体は人民(国民)ということである。したがって、東京戦争法裁判判決においても、「憲法前文第1段は、『日本国民は、(中略)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』と述べて、主権者である国民が憲法制定権力の主体である」と「国民」が「憲法制定権力の主体である」との認識を示している。

以上のように、「憲法改正」の「承認」の可否の最終的決定権者は、主権者である。

4 小結(「憲法改正承認」の可否の「国民投票」は、主権者の淵源的権利である)

以上のように、憲法96条で、「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。

憲法改正決定権は、具体的な憲法改正課題が生じたときに、人民(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淵源的権利であり、しかも、「憲法改正」の「承認」の可否の最終的決定権者は、主権者である。つまり、有権者団の個々人の「憲法改正」の「承認」の可否の意思表示である「国民投票」によってそれが決定される。このような権利を主権者である原告らは有しているのである。

第3 「憲法改正承認」の可否の「国民投票」行為は、個々人の具体的権利である

1 有権者団は、国家機関の最も基礎的かつ重要な機関である

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)と述べたうえで、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。

2 有権者団の「憲法改正承認」可否の「国民投票」行為は、個々人の具体的権利

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による、憲法96条の「憲法改正」の「承認」の可否の「国民投票」という行為は、当然ながら、普通選挙の際の投票と同様に、有権者団の構成員である個々人の具体的権利である。

憲法改正決定権は、具体的な憲法改正課題が生じたときに、人民(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個々人の淵源的権利である。それは、後述のように、単に「国民投票」という行為にとどまらず、国会における発議以前から、人民(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、人民(国民)的意思を形成する過程に参加する権利である。

このように憲法規範の変更には、96条の規定する手続を経るのみならず、人民(国民)各自が、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、人民(国民)的意思を形成する過程に参加する過程も保障されなければならない。そして、そのような一連の手続保障が要請される憲法規範の変更とは、明文の変更のみならず、すでに解釈として確立した憲法規範の意味内容

を根本から変更する場合も含まれる。

つまり、憲法改正とは、憲法規範としての意味内容を変更することで、憲法の条文の文言を変更する明文改憲だけではなく、すでに解釈として確立した憲法規範の意味内容を根本から変更することも実質的な憲法の改正にあたることは明白である(以下、これを「実質的改正」という。)

したがって、こうした場合、人民(国民)各自が、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、人民(国民)的意思を形成する過程に参加した上で、憲法96条の条文及び憲法改正手続法の規定に従って最終的な意思決定をする権利が保障される必要がある。

よって、人民(国民)各自には、特に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構成員には、憲法改正について、上記のような人民(国民)的意思を形成する過程に参加した上で自分たちの最終的意思を問われることなしに憲法改正(実質的改正を含む)をされることがないという権利が保障されているのは明白である。

つまり、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本件原告らは、その具体的な権利としての憲法改正・決定権を有していることは明白であり、その核となる「憲法改正」の「承認」の可否の意思表示である「国民投票」という「投票」行為は、普通選挙における有権者の「投票」行為のいわゆる選挙権と同様に有権者の個々人の具体的な権利である。

3 主権者の参政権(参加権)は、主権者の個々の権利

主権者である人民(国民)は、国家のあり方を決める政治への参政権(参加権)を有する。憲法は、人民(国民)が国政のあり方を限定する制限規範として機能するものであり、すべての国政は憲法規範の拘束の下に実現される(立憲主義)。そして、その憲法規範の拘束の下における個々の様々な政策の実現、すなわち政治過程においても、主権者としての種々の権利を行使して、自らの意思を国政に反映させることができる。

つまり、人民(国民)主権の原理の下では、主権者である個々の人民(国民)は、選挙の「投票」や「国民投票」による権利行使の場合だけではなく、憲法21条等において保障された他の種々の権利(言論ないし集団示威行動等の表現の自由・集会結社の自由等の権利)を行使して政治に参加し、自らの意思を国会等の国政の場に直接反映することのできる権利を有している。その意味では、人民(国民)主権の原理は、個々の人民(国民)に、代表者である国会議員を介しての間接的政治参加を保障しているだけではなく、自らが主体的に直接政治に参加することのできる権利(参政権)も保障していると解することができる(浦部法穂「憲法学教室[第3版]」534～535頁参照、日本評論社)。

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参政権は、絶対的具体的な権利である。したがって、主権者である原告らは、憲法改正という国政のあり方を変更する重要な決定について、その結論の是非を決める際に「国民投票」という

形式で関与する(憲法96条)だけでなく、そうした結論に至る討議の過程においても、自由かつ十分な意見表明(政治的表現の自由の行使)という形で能動的かつ積極的に政治に参加することが憲法上保障されている。

4 小結(「憲法改正承認」の可否の「国民投票」は、個々人の具体的権利)

以上の理由からも、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本件原告らの「憲法改正」の「承認」の可否の具体的な意思表示である「国民投票」という「投票」行為は、普通選挙における有権者の「投票」行為である選挙権と同様に、個々人の具体的権利にほかならない。

したがって、被告主張①ないし被告主張⑥は、事実を発見するために不可欠である客観的事実の誤認があり、それによる理由不備・齟齬を来し、失当というほかない。

第4 被告らは、違憲立法の「戦争法」を憲法改正手続を経ずに行った

憲法改正という行為は、憲法の制定権者であり改正権者である人民(国民)が、多数意思に基づき、憲法の基本原理を根底から没却しない限度において国のあり方を変更する法的・政治的行為である。したがって、民主主義国家において、憲法改正の正当性を有するためには、「憲法改正が許されるための要件」を満たすことが必要不可欠である(詳細は、原告準備書面(15)の「第3 憲法改正が許されるための要件」(13-15頁))。

ところが、被告国は、憲法に反する集団的自衛権の行使等を容認し、憲法9条を実質的に変更する閣議決定を行い、被告らは「憲法改正が許されるための要件」を満たさないまま、違憲立法である本件「戦争法」を強行制定し、しかも、憲法改正するに必須の憲法96条の改正手続を経ずにそれを強行した(詳細は、原告準備書面(15)の「第4 内閣・国会の憲法破壊行為による原告らの憲法改正決定権の侵害」(15-28頁)。原告準備書面(46))。

1 憲法改正が許されるための要件

確立した憲法規範を法律で変えることはできず、本件「戦争法」はこれに反し違憲であることを、原告準備書面(45)の「3 確立した憲法規範を法律で変えることはできず、『戦争法』はこれに反し違憲」(19-23頁)で述べた。この点は重要であるので、再度述べる。

(1) 確立した憲法規範を法律で変えることはできない

① 憲法改正についての原則

ア 憲法改正という行為は、憲法の制定権者であり改正権者である人民(国民)が、多数意思に基づき、憲法の基本原理を根底から没却しない限度において国のあり方を変更する法的・政治的行為である。人民(国民)から信託を受けた代表者である国会議員及び国会議員などから選出された内閣総理大臣及び各国务大臣らは、憲法尊重擁護義務があるから、多数の人民(国民)の中に憲法の特定の条項ないし内容の改正(修正・追加等)についての強い要求が存すると認められない限り、多数人民(国民)の意思を無視して、積極的に憲法改正の発議をなし得ない。これは基本的義務である。

イ その発議も、多数の人民(国民)の意見ないし要求・憲法改正の是非について国会における討議の場に取り入れ、その趣旨を十分に汲み取り、慎重かつ十分な討議を行う必要がある。さらに、国会における討議の内容及び経過を全面的に逐一人民(国民)にフィードバックし、その情報を開示し、人民(国民)は憲法改正の是非について十分な検討の機会を与えられなければならない。

ウ 憲法の基本原理である人民(国民)主権、恒久平和、基本的人権を根底から破壊する改正でないこと。憲法の基本原理である人民(国民)主権の尊重に関し、その趣旨を没却させるような憲法改正は、現憲法を否定して、その同一性を損なう改正行為(憲法の破壊行為)として、たとえ、憲法96条の改正手続(国会による憲法改正の発議)を経たとしてもなし得ない。憲法前文ではこれらの基本原則をかかげ、「これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基づくものである。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。」と宣言している。

仮に、形式的に憲法改正手続に基づいて改正がなされたとしても、このような改正は、法学的には革命と評価される。

② 明文改正によらない解釈変更による実質的憲法改正は許されない

憲法自体の明文の条項を改正するものでない場合においても、政府が、それまでの政府によって長年にわたって確立していた憲法解釈によって憲法規範となっている(不文憲法の性格を有する)場合には、その解釈を閣議決定という手続を経て変更したり、法律によってこの憲法規範を改変するような法案を国会に提出するような行為は、国务大臣の憲法尊重擁護義務に違反する行為として許されない。

すでに明らかなように、本件における集団的自衛権行使容認の閣議決定及び「戦争法」制定は、「集団的自衛権の行使は許されない」という政府の長年にわたって確立していた憲法解釈を変更するものである。しかも憲法の基本原則である〈平和主義〉の基本的内容に関わるものであり、明文の憲法改正であってもその限界を超えるとの解釈もありうる性格のものである。したがって、憲法解釈を変更して法律で実質的に憲法を変えてしまうなどということが許されるはずもない。

政府がそれでも集団的自衛権行使容認とこれに依拠する本件「戦争法」の制定をもくろむのであれば、本来憲法改正手続に沿って発議、国民投票を行い、主権者である国民の賛成を得て、明文改憲しなければならなかった。しかし、被告国は、以下述べるとおりの、明文改憲を回避し、憲法96条の憲法改正手続を潜脱して実質的に憲法9条を改変してしまった。原告らは、人民(国民)的意思を形成する過程に参加した上で自分たちの最終的意思を問われることなしに実質的改憲がなされたのであるから、主権者としての憲法96条の国民投票等の淵源的具体的な権利である「憲法改正・決定権」を侵害されたのは明らかである。

③ 憲法の実質的変更により侵害された人民(国民)主権の憲法改正・決定権

ア 集団的自衛権行使容認及び「戦争法」制定は、それまでの政府によって長年にわたって確立していた集団的自衛権の行使は禁じられているという憲法解釈(不文憲法の性格を有する)を閣議決定で変更し、憲法の基本原理を根底から没却する内容の法律の制定によって憲法9条の規範内容を実質的に改変することであった。

そのため、この閣議決定及び「戦争法」制定については、当時の国会内での野党の迫及や専門家参考人の違憲であるとの明確な意見(2015年6月4日の衆議院憲法審査会で憲法学者3名全員が違憲とする意見表明も含め)等の国会審議はもちろん、さらに、憲法学者の大多数の違憲との意見表明、そして国会前を中心とする「戦争法」案反対、日本を戦争する国にするなどという空前の人民(国民)運動の全国的なうねりなど、反対の人民(国民)世論が大きく広がった。ところが、政府は、国会審議の過程で十分な審議を行うことなく、最終的に参議院特別委員会において、国会前の群衆のみならず、テレビを通して全国で固唾を飲んで多くの人々が見守る中、与党議員によって「議場騒然・聴取不能」という混乱の中で強行採決し、本件「戦争法」を成立させた(原告準備書面(46)73-78頁参照)。まさに、憲法もろとも、日本国の民主主義、立憲主義が破壊された瞬間であった(証拠甲1号証一同12号証)。

すでに述べたとおり、政府は、憲法を変えることなくしては、集団的自衛権行使を容認する「戦争法」を提案することは許されなかったものであり、そのような提案をするためには、憲法96条に基づく改正手続を採らなければならなかった。

この点について、2019年6月13日、前橋地方裁判所で行われた安保法制違憲訴訟の証人尋問において、第一次安倍内閣当時の元内閣法制局長官宮崎礼壹氏は、「戦争法」の違憲性ととも、「内閣法制局の常識として、集団的自衛権を行使するためには、当然、憲法改正が必要になるだろうという認識であった」と証言し、仮に集団的自衛権を部分的にでも行使できるようにするためにはどうか、との質問に対し「憲法改正の手続が必要になる」と明確に証言している。

にもかかわらず、政府は、憲法改正手続を踏まず、しかも上記のような暴力的手法で「戦争法」を成立させた。これは憲法の定める手続の潜脱に他ならない。こうして、原告らは、憲法改正手続に一切参加することができず、違憲の法律が施行され、実質的に改憲されてしまったのであり、「憲法改正・決定権」が侵害されたことは明らかである。

イ 憲法学者小林武は「安保法制違憲訴訟における国民の憲法改正・決定権の主張」において、本件「戦争法」の制定は、人民・国民の憲法改正・決定権を侵害したものと云わざるを得ないとして、次のように述べている。

「政府が、自衛隊の存在およびその憲法適合を前提とした上で、永年にわたって積み重ねてきたところの、集団的自衛権行使の禁止・海外派兵の禁止等を軸とする憲法9条をめぐる法解釈は、裁判所の判断に準ずる有権解釈として定着し、政府自らを拘束する最低限の歯止めとして、現実的な機能を果たしてきた。そして、2014年の閣議決定の時点までは、この解釈が、それを逸脱するなら憲法9条違反が生じるものとして、明確性と安定性を備えた不文の憲法規範となっていたといえる。つまり、憲法の明文規定に加えて、この確立した政府解釈により形成された不文の憲法規範の双方が、日本社会において機能する現実の憲法として国家の権力行使を制約し、そのことをもって立憲主義を支えていたのである。

ところが、政権は、この規範性を有する9条解釈を変更し、その内容を2015年成立の安保法制によって改変させたのである。しかも、この立法の国会審議の過程では、多くの国民と野党の反対を押し切って採決が強行された。」

「まさに、安保法制は、あれこれの違憲の瑕疵を背負った立法などというにとどまらず、立憲主義の廢墟の上につくりあげられた新規の国制であり、実質的に憲法を改正した意味をもつものといえるのである。

この事態を眼前にして、国民の憲法改正・決定権には、憲法秩序を回復するための異例のはたらきが期待されることになる。すなわち、憲法の改正とは、96条に拠る以上、憲法条文の明文の変更作用であることにほかならないが、それを前提としつつ、すでに有権解釈として確立した憲法規範の意味内容を根本的に変更する政府解釈がそのもつ効果において明文の改正に匹敵するものであることが、ここでは格別に強調されてよいであろう。本来は9条に違反し

ている安保法制の法条が、同条にとって代わって新規の規範として通用する状態が事実上形成され、定着することによって、9条の規範自体が死文化してしまうことになるからである。これを許さず、立憲主義的憲法秩序を侵害から救助し回復するために、この事態を、国民の主観的権利としての憲法改正・決定権のはたらく対象としてとらえることが必要とされよう。

そのように解することができるとするならば、有権解釈権を保有する政府側が、ある措置を、96条の手續を執ることをせず、「解釈改憲」などの手段で実現させようとするとき、それが憲法の重要原理を担う規範について、従来より政府自身が確立してきた解釈を恣意的に転換させることで、当該条文の意味内容を実質的に変更させるものであるときには、そのような場合に限り、96条の憲法改正手續で対処することが求められると考えられるのである。そして、安保法制は、詳細は後に述べる通り、まさにそのような政府措置に他ならないから、それにもかかわらず同条の憲法改正手續を潜脱・回避してそれを制定したことは、国民の憲法制定・改正権を侵害したものとわざるをえないのである。」

④ 小結(本件「戦争法」は、確立した憲法規範を変える違憲立法である)

以上のように、確立した憲法規範を法律で通常の手続、つまり、憲法改正手續を経ずに変えることはできない。本件「戦争法」は、確立した憲法規範を変える法律であった。したがって、本件「戦争法」を立法化するには、憲法改正手續が不可欠であった。ところが、前述のように、被告らはそれを行わなかった。よって、本件「戦争法」は、憲法に反する法律である。そして、主権者である原告らは、被告らの本件行為により、前述の淵源的具体的権利である「憲法制定・改正権」を侵害されたのである。

2 小結(被告主張⑥は失当である)

したがって、本件「戦争法」は、確立した憲法規範を変える違憲立法であり、これを「憲法の条文自体を改正するものではなく」との被告主張⑥は、前述の客観的事実に誤認があり、理由不備・齟齬があり、失当である。

第5 普通選挙の「選挙権」と「憲法改正の承認」の「国民投票」との比較

被告国第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)年大法廷判決を取り上げ、「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」と主張する。

この最高裁2005(平成17)年大法廷判決は、同裁判の原告らを、選挙における投票できる地位にあるとして、その原告らの「選挙権」の保障を国民に憲法上保障されている権利であると認めた。被告国は、このことを前提に、前記の被告国第2準備書面の主張を行っている。

ところが、被告主張①及び被告主張④では、憲法96条の「国民投票」と憲法改正手続法3条の「国民投票の投票権を有する」とある「国民投票」の「投票権」の権利性を否定している。その被告国の主張が、失当であることを以下述べる。

1 国政選挙の選挙権は「国家賠償法上保護された権利」である

被告主張①は、「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く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。」と主張する。

その一方で、被告国は、前述したように、最高裁2005(平成17)年大法廷判決と同様に、国政選挙における選挙権を「国家賠償法上保護された権利」であることを認めている。

憲法15条1項(公務員を選定し、及びこれを罷免することは、国民固有の権利である。)にある文言の「国民」と憲法96条1項(この憲法の改正は、各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、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。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする。)にある文言の「国民」のどこがどのように法的に異なり、その結果として、憲法15条1項及び3項などに基づく公職選挙法における「国民」の選挙権は国賠法上の救済が得られる権利となるが、一方で憲法96条に基づく憲法改正手続法の「国民」の「国民投票」の「投票権」は国賠法上の救済が得られる権利とならないのか、その合理的・客観的理由やその法的根拠を示していない。

2 憲法96条の「国民投票」の権利は、国政選挙の選挙権よりも根源的権利

憲法及び公職選挙法の「国民」の「選挙権」の権利が、「国賠法上の救済が得られる権利」であるならば、憲法96条の「国民投票」及び同法に基づく憲法改正手続法の「国民投票の投票権」も、「国賠法上の救済が得られる権利」であることを明らかにする。

(1) 憲法96条の「国民投票権」は、普通「選挙権」よりも重要な権利

- ㉞ 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「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。このことは、「国会議員の選挙」の「選挙権」よりも、「憲法改正の承認」としての「国民投票」をより重要な権利であることを示している。
- ㉟ 『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条の註釈では、「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)と解説している。つまり、「選挙」において「投票」という行為を行う権利を有する「選挙権者」と憲法96条の「国民投票」において「投票」という行為を行う権利を有する「投票権者」は、同じであることから、「選挙権者」の「選挙権」と「投票権者」の「国民投票権」は、少なくとも同等である。
- ㊱ 伊藤正己(元最高裁判事・東京大学名誉教授)の『憲法(新版)』(弘文堂)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。国民主権原理に基づき、「憲法上の機関としての国民」の「憲法上、国民が国家機関として行動」が「二つの場合があり、その一つが、「憲法改正の承認」、つまり、「国民投票」である。したがって、国政選挙における選挙権が「国家賠償法上保護された権利」であるのであれば、国民主権原理に基づく主権者としての「憲法上の機関としての国民」の行動としての「国民投票」のその権利が、「国家賠償法上保護された権利」を有していないということなどは、あり得ない。

- ㊦ 前述の「第2『憲法改正承認』の可否の『国民投票』は、主権者の淵源的権利である」(7-13頁)及び「第3「憲法改正承認」の可否の「国民投票」行為は、個々人の具体的権利である」(13-15頁)で述べたように、「憲法改正」の「承認」可否の意思表示である「国民投票」行為は、主権者の個々人の具体的な淵源的権利である。したがって、国政選挙における選挙権が「国家賠償法上保護された権利」であるのであれば、主権者の淵源的権利である「国民投票」のその権利が、「国家賠償法上保護された権利」を有していないということなどは、あり得ない。
- ㊧ 太田裕之(同志社大学法学部法律学科教授)は、『憲法改正国民投票法に関する覚書—主権者の表現の自由・知る権利の観点から—』(同志社法学, 五七巻四号 2005年)で、憲法改正における国民投票権を通常選挙の選挙権よりも根源的権利であることを次のように述べている。

…公職選挙法第一条は公選法の目的を「衆議院議員、参議院議員並びに地方公共団体の議会の議員及び長を公選する選挙制度を確立し、その選挙が選挙人の自由に表明せる意思によって公明且つ公正に行われることを確保し、もって民主政治の健全な発達を期すること」であると規定する。つまり公選法では主権者国民の、国政および地方レベルでの代理人(代表)を選択する選挙制度を確立し、その選挙が公明かつ適正に行なわれることが目的とされている。したがってそこでは複数の候補者の中から代表を選択するための選挙を公正に行なわせ、かつ主権者国民が能動的に選挙活動に参加できることが求められる。後者の点について現行公選法が極めて不十分なものであることはすでに指摘したが、公選法は、要するに主権者国民が、その代理人(代表)を選択するための法である。

それに対し、憲法改正国民投票法は、主権者国民が、代理人を通じてではなく、自ら憲法改正について賢明な判断を下し、改正案について選択を行なうための法である。憲法改正案は、場合によっては主権のありかをも変更し、代理人たる国会のあり方をも変更するものでありうる。そのような問題について、主権者国民の直接の判断を求めるものが憲法改正国民投票である。両者の性格はまったく異なるのであって、主権者の代理人を選ぶためのものに過ぎない公職選挙法を、憲法改正国民投票法に準用することは許されないといわざるを得ない。(1148-1149頁)

以上の㊦㊧㊨㊩㊪が示すことは、少なくとも「憲法改正」における「国民投票」の「投票権」と選挙における「選挙権」は同等ないし、「国民投票」の「投票権」の方が、より重要であり、その逆はあり得ない。したがって、最高裁が選挙権を個々の有権者の「国家賠償法上保護された権利」であると認めているのであるから、有権者である「国民」の「憲法改正の承認」の可否の具体的な意思表示である「国民投票」の「投

票」行為の「投票権」も、少なくとも「国家賠償法上保護された権利」を有していることは明白である。

(2) 「国民投票権」も「選挙権」と同様に主観的権利

佐藤幸治は、『現代法律講座5 憲法』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。

つまり、「選挙」は、「無投票当選のような場合もある」が、憲法96条の「憲法改正の承認」の際の「国民投票」は、「無投票」の「憲法改正の承認」はない。したがって、憲法96条の「憲法改正の承認」の「国民投票」という「権利」は、「選挙」の際の「選挙権」と同じであり、「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」であり、それは、有権者の個々人の具体的な権利であることを意味する。

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各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。

したがって、憲法改正手続法3条の「国民投票の投票権」も、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。

原告準備書面(15)で述べたように、仮に憲法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」のその権利性は、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、具体的な権利となっている。

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、被告国の独自の希望を込めた主張に過ぎず、何ら合理性・客観性に基づく根拠となり得ず、失当である。

3 小結(「国民投票権」も「選挙権」と同等の権利であり被告主張①は失当)

以上の理由から、憲法及び公職選挙法の「国民」の「選挙権」の権利が、「国賠法上の救済が得られる権利」であるならば、憲法96条の「国民投票」及び同法に基づく憲法改正手続法の「国民投票の投票権」も「国賠法上の救済が得られる権利」である。したがって、被告主張①は失当となる。

第6 憲法改正決定権は、憲法改正手続法により、より具体的権利となった

憲法改正手続法が2007年に制定され、2010年に施行された。同法は、憲法96条の「国民の承認」に関する国民投票などの手続方法や要件などを具体的に定めている。同法によって、人民(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、人民(国民)的意思を形成する過程に参加することになる。その上で、憲法96条の手続に従って最終的な意思決定をする「憲法改正の承認」の可否の「国民投票」の権利は、前述の理由から、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構成員である個々人の有権者の具体的権利であることは明確である。

なお、原告準備書面(15)の「(2) 憲法改正手続法に基づく憲法改正決定権の具現化」(8-10頁)で、憲法改正手続法の規定を㉠～㉣として示し、これを「憲法改正決定権に基づく国民投票手続」と表記した。それは、次のとおりである。

1 憲法改正手続法の規定

憲法改正手続法は、具体的に次の㉠～㉣を定めている。

- ㉠ 憲法改正の国民の承認に係る国民投票に関する手続を定める(1条)。
- ㉡ 国民投票は国会が発議をした日から60日以後180日以内に行う(2条)。

このように、憲法改正の重要性から、国会が発議してから60日以後180日以内に行うと定めている。これは、公職選挙法が、選挙期間について、衆議院議員は「少なくとも12日前」(31条4項)、参議院議員は「少なくとも17日前」(32条3項)に公示しなければならないとされているのに比較して、その期間が長い。それは、主権者の淵源的権利である「憲法改正権・決定権」に基づく国民投票が極めて重要な権利であることを端的に示している。それを具体的に保障するために、国民に改正について十分な情報に基づいて慎重に判断して投票ができるようにするためである。それでもなお、その重要性を考えるとこの期間でも、十分であるとは

いえない。

- ㉗ 18歳以上の国民が投票権を有する(3条)。

同法制定当時の民法の成人年齢及び公職選挙法の選挙権は20歳とされていた。憲法改正という今後の国のあり方を決定するとりわけ重大な参政権であることから、「国民投票」についてはより多くの人々が参加できるよう18歳とされた。このことは、「憲法改正権・決定権」が、主権者の淵源的権利であることを示し、「憲法改正の承認」の可否を決める「国民投票」の権利性の重要性を端的に示している。なお、その後2015年に公職選挙法改正により、選挙権についても18歳と改正された。

- ㉘ 国民投票に関する広報について(11条以下)

「国民投票」にあたっては、国民投票広報協議会を設置し、発議にかかる憲法改正案及びその要旨や新旧対照表等による分かり易い説明並びに国会の憲法改正案の発議に当たって出された賛成意見及び反対意見を掲載した国民投票公報の原稿を作成して、投票期日30日前に中央選挙委員会に送付する。また、公報の記載については客観的かつ中立的に行わなければならない、と特記されている。

- ㉙ 国民投票は、憲法改正案ごとに1人1票の投票を行う(47条)

- ㉚ 投票用紙にあらかじめ印刷された「賛成」または「反対」の文字のどちらかに○をつける方法による(57条)。

- ㉛ 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。

- ㉜ 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。このように、通常の選挙運動と比較して、国民投票運動の重要性を端的に示している。

- ㉝ 国民投票において投票総数の2分の1を超えた場合は、憲法96条の憲法改正についての国民の承認があったものとする(126条)

2 被告主張㉒-㉝への反論-原告らの参政権の抽象的地位と具体的権利

被告国の被告主張②ないし被告主張⑤の主張に対し、以下これに反論する。

(1) 「憲法改正・決定権」の権利は、具体的問題化まで潜在化している

人民(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、人民(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、人民(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、人民(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である。しかし、実際にそれが行われるときには具体的国民審査権を有する。

これら、人民(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、上記のとおり人民(国民)各人の国民投票の具体的権利がより具体的になった。

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」を個々の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、人民(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はならない」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、個々の人民(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)権利侵害か否かという問題となるのである。

(2) 集団的自衛権行使容認等により、「憲法改正決定権」が顕在化した

人民(国民)の憲法改正決定権が集団的自衛権行使容認等の閣議決定時に具体化し、「戦争法」制定時に侵害された集団的自衛権の行使等を容認する2014. 7閣

議決定、及び本件「戦争法」の制定は共に違憲である。したがって、これらの行為は、国務大臣・国会議員の憲法尊重擁護義務にも違反する行為である。よって、本来法律として成立させてはならないものであった。しかしながら、憲法9条に関する憲法規範の改変を含む2014. 7閣議決定の段階で、違憲の閣議決定が行われ、その後国会に提出された「戦争法」案の審議において集団的自衛権の行使の容認等の可否が重要な憲法問題(9条の規範的意味内容の変更の可否という問題)として浮上したことにより、上記閣議決定時点以降、明文の改正と同様に主権者である原告ら個々の人民(国民)の最終的意思を確認しなければならないという事態に至ったということになる。したがって、このような事態に至った段階で、特定の憲法改正課題について、原告ら人民(国民)各人の「憲法改正決定権」侵害の有無という問題が具体化したのである。そして、最終的に「戦争法」の制定によって、人民(国民)の、少なくとも有権者団の「憲法改正決定権」が侵害されたのである。

(3) 憲法改正手続法が、「憲法改正決定権」の権利性をより具体化した

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」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。」とする。

しかしながら、次のように、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」である憲法改正手続法により、「国民投票等」の権利が保障され、具体的な権利となった。

たとえば、選挙における選挙権のその権利の具体的保障としての「投票」行為の保障について、在宅投票制度の廃止に関する訴えに対して、「投票は、選挙権の行使にほかならないから、選挙権の保障の中には、当然に投票の機会の保障を含むというべきであり、投票の機会の保障なくして選挙権の保障などはない」と判示している(札幌高裁判決昭和53. 5. 24判時888号26頁)。また、選挙権行使のためには、選挙人名簿に登録されていることが必要であるが、その在外選挙人の投票権行使の機会を保障する訴えに対しても、「在外選挙人名簿に登録されていることに基づいて投票をすることができる地位にある」(最高裁2005(平成17)年大法廷判決)と選挙権の具体的権利の保障として、在外選挙人名簿に登録にかかわる公職選挙法の規定が不存在であることを違憲と判断した。

このように、憲法の条文により保障する権利は、それぞれの法律などの手続などにより権利の保障付けがより具体的となる。

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、最小限の自由といえることができる。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furter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こう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とし、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」が必要であるという見解を示し、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。

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』(室井カ・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、手続的保障である。

そして、選挙権の具体的な権利の保障にかかわるものが、公職選挙法であり、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にかかわるものが、憲法改正手続法である。つまり、本件「特別の国民投票」、「国会の定める選挙の際行われる投票」の具体的手続規定・要件規定により、個々人の「投票」行為の具体的権利を保障し、保護しているのである。

したがって、被告主張④の「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」、被告主張⑤の「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。」との主張は、事実の基礎をなす客観的事実に誤認があり、それにより理由不備・齟齬を来し、失

当というほかない。

(4)「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・最高裁判事)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」の手続として「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」の具体的な権利性が、憲法改正手続法により確立し、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条及び憲法改正手続法により、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、憲法の改正手続を経ることなく、被告らによる本件「戦争法」の立法行為は、憲法96条及び憲法改正手続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、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続を規定するものにすぎ」ないと被告国の主張は、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。

3 小結(手続法で「国民投票権」が具体的権利化—被告主張②ないし⑤は失当)

憲法改正手続法の規定の㉠～㉣に基づき、上記のア及びイの理由から、有権者団の個々人、つまり、原告らが「憲法改正決定権に基づく国民投票手続」に参加する具体的な権利となる。

したがって、被告主張②ないし被告主張⑤は、前述の客観的事実に対する事実誤認があり、その結果として、理由不備・齟齬を来している。よって、被告主張②ないし被告主張⑤は、失当である。

なお、「憲法の条文自体を改正するものではなく」との被告主張⑥は、前述の「第4被告らは、違憲立法の「戦争法」を憲法改正手続を経ずに行った」(15-19頁)で述べたように客観的事実に誤認があり、理由不備・齟齬があり、失当である。

以下これを「有権者団個々人の憲法改正決定権に基づく国民投票手続参加権」という。また、「有権者団個々人の憲法改正決定権に基づく人民(国民)投票手続参加権」の侵害を「憲法改正決定権に基づく人民(国民)投票手続参加権侵害」という。

第7 憲法改正決定権の侵害による原告ら個々人の被害内容

被告らの前述の行為による憲法改正決定権の侵害による原告ら個々人の被害内容は、原告準備書面(15)の「第5 憲法改正決定権の侵害による原告ら個々人の被害内容」(28-31頁)及び原告準備書面(45)の「6 憲法改正・決定権の侵害による原告ら各人の被害内容」(26-29頁)で述べたが、この点は重要であるので再度述べる。

1 憲法改正・決定権の侵害による原告ら各人の被害内容

「憲法改正・決定権」が、原告ら各人の具体的に保障される具体的権利であることを

これまでの立論してきた。そのうえで、大阪戦争法裁判原告らの第13準備書面の「5 憲法改正・決定権の侵害による原告ら国民各人の被害内容」を以下に援用し、本件原告らの主張とする。

(1) 国民各人の憲法改正・決定権侵害による被害

前記のような憲法9条の実質的改変は、これまでのこの国の在り方の根幹を変容させるものであり、このような国家の根幹を変容させる憲法の実質的改変について、内閣(行政府)と国会における政権与党議員ら多数派議員の賛成のみで決定することは、憲法制定権(改正権)者でかつ主権者である国民の意思を全く問うことなく行うものであるから、このような行為は、96条の手続を完全に潜脱した憲法の規範的意味内容の一方的改変行為(憲法破壊行為)として許されない。

原告らを含む国民各人は、集団的自衛権の行使等を容認する2014年7月1日の閣議決定と新安保法制法の成立により、この国の在り方が戦争をしない国から戦争をする国へと、安倍内閣と政権与党の国会議員らによって根底から変更されるという事態を生じさせられてしまった。本来ならば、原告ら国民各人は96条の憲法改正手続に基づいて憲法上の権利の中でも最も重要な国民投票権という参政権を行使して憲法改正の是非について意思表示をする機会を与えられる筈であった。にもかかわらず、そのような機会を一切与えられないまま違憲の法律によって実質的な憲法の改変がなされるに至ったのである。原告ら国民各人としては、主権者として憲法を自ら改正・決定するという最も重要な最終的決定権を侵害されるという重大な被害を蒙ったのである。

その意味で、憲法に違反する新安保法制を、憲法改正手続を経ずに実質的に憲法を改変してしまったこと自体、原告らに限らず、参政権を有する国民各人が有する憲法改正・決定権を侵害したのである。

(2) 原告らの憲法改正・決定権侵害の具体的内容

ア 原告らの多くは、自ら戦争を体験し、あるいは祖父母や両親から戦争の地獄のような悲惨さを語り継がれ、日本の侵略戦争の下でアジアの2100万人、日本人310万人を犠牲にした戦争の痛切な反省の上に立って戦争を放棄し、戦力を持たないと宣言する平和憲法を自らの誇りとし、日本は二度と戦争はしてはならない、そのために憲法9条の規範を守り通さなければならないと強く決意し、その確信の下にこれまでの人生を送ってきた。

そのため、原告らは、安倍内閣が集団的自衛権行使等を容認する違憲の閣議決定をした直後から、憲法違反の集団的自衛権を認めてはならない、日本を戦

争のできる国家にしてはならないという意見ないし意思を内閣・各政党・各国会議員、さらには社会に対して、可能なかぎり表明してきた。とりわけ、閣議決定にもとづく新安保法制法案が国会に上程された以降は、多くの原告らは、時間の許す限り、国会前集会への参加、国会議員への要請行動、全国各地の地域での大小の集会やデモへの参加、街角でのビラ配り・署名運動、衆・参両議院の各委員会及び各本会議における傍聴・監視等々、あらゆる場面で、日本の自衛隊が海外で武力行使して殺し殺されるような事態を生じさせたり、日本が再び戦争への道を歩むような事態に至ることを許してはならないとして、大きな声をあげてきた。

原告らの陳述書にその思いが語られているが、原告にはそれぞれの生活の中でさまざまな行動をし、さまざまな形で反対の意思を表明してきた。例えば、従前から平和憲法をまもるための活動に積極的に関わってきて安保法制反対の国会前その他の地域の集会・デモに参加してきた者、これまでの人生でデモ等の活動で街頭に立った経験がなかったが、日本が再び戦争をする国にしてはならないという一点で、勇気を出して、違憲の安保法制を許してはならないと国会前及び全国の街頭で訴え、可能なかぎり活動に参加をしてきた者、上記の者と同様の思いを抱きながら上記のような行動に十分あるいは全く参加ができなかった者などである。そして各原告の安保法制問題への関わり方は千差万別であるものの、憲法9条の実質的な改変に対して、主権者である国民の自己決定権として、自らが憲法の条項と内容を決定する権利を行使する、行使したいという思いにおいて、みな共通なのである。

イ 原告らの怒り・憤り・焦燥感・絶望感等は救済されるべき精神的苦痛

(ア) 憲法改正手続を潜脱して、国民投票も行わずに強行された違憲の新安保法制法制定は、原告らの憲法は自分たちで決め、改正するという主権者としての権利を根底から侵害するものである。原告らは憲法改正の最終的決定権者としての手続への参加から排除されたまま、承服しえない憲法状態に置かれていることに対する不安、憤り、焦燥感、絶望感等の苦しみを強いられている。これらの苦しみは、紛れもなく憲法改正・決定権の侵害による精神的苦痛である。

現行憲法に違背する新安保法制法案の強行採決によって、集団的自衛権の行使等を容認するという戦争のできる憲法に実質的に改変されてしまうという事態が生じてしまった。原告らは、憲法96条の改正手続を通じて自ら意見表明する機会を一切与えられないまま、一方的に新安保法制法の成立とその施行によって、自らの主権を蔑ろにされ、原告らがそれぞれ生涯をかけて、二度と戦争をする国にしないと決意し、守ろうとしてきた憲法がその実質を改変されてしまったのである。

原告らが主権者として当然に有する国政に参加する権利(憲法改正・決定権の一内容としての参政権)の行使を一方的に剥奪されたまま、安倍内閣(政府)やこれを支持する国会議員らによって、96条の改正手続を潜脱した。クーデターと評しうる

手法によって、憲法破壊行為が行われてしまったのである。

原告らは、一国の憲法が国民に対して「あなた方が主権者です」「主権者であるあなた方の意思を無視して憲法を変えることはありません」と約束されていた大事な権利がいとも簡単に無視されたことによって、主権者としての地位、それに伴う判断・意思表示・決定権、さらにはこれらに伴う努力や行動の積み重ねなど、憲法改正手続過程に関わる個人としての価値を根底から否定された。

(イ) しかもその改変は、多くの国民が国会前を中心に全国で反対の声を挙げ続け、大多数の憲法学者、元内閣法制局長官、元最高裁判所長官等の専門家が明らかに違憲だと表明し反対したにもかかわらず、原告らが最も誇りとし、宝だと大事にし、自分たち次世代に継ぐことを責務と確信してきた平和憲法の破壊としてもたらされた。したがって、上記の各陳述書にあるとおり、怒り、憤りによって自らの精神が苦しめられたことは当然であり、もう何も信じられないという焦燥感、絶望感、悲壮感に苛まれ、強度のストレスに苦しめられる結果となったのである。これら原告の苦しみは、単に「抽象的な主権の侵害」ではなく、現に原告ら各個人の権利が具体的に侵害されたことによるものであるから、法的に救済されるべき精神的苦痛に他ならない。

(ウ) さらに、上記のとおり何人かの原告が述べているのは、集団的自衛権行使容認について、仮に9条の明文の憲法改正手続が行われたならば、自分は当然「反対票」を投じるのはもちろんそれだけではなく、自ら国民投票運動等に参加することにより9条改正反対の意見を表明するとともに国民多数が反対の意思を形成するために尽力し得たこと、そもそも憲法改正の第1の要件である多数国民の要求に基づくものでなかったこと、逆に恒久平和原則に反し多数国民の声を無視したものであったことから、結果は9条を改正することはできなかったであろう、という思いである。

このことは、単に主権者として国民投票権を行使できなかったというだけでなく、違憲の新安保法制法制定化し、明文改憲を回避し、憲法改正手続を潜脱して強行されたことに対する怒りや憤りがいかに大きいものであるかを示している。

(エ) 原告らの中には陳述書および証言において憲法改正・決定権(国民投票権)に言及している者もいるが、その他にも多くの原告が、新安保法制法の違憲性ととも「民主主義、立憲主義が破壊された」とその怒りや憤りを訴えている。これら内容は憲法改正・決定権が侵害されたとの言葉遣いこそしてはいないものの、同種の訴えである。(31-33頁。大阪戦争法裁判原告第13準備書面の援用ここまで。)

(3) 小結(「憲法改正・決定権」の侵害は、原告ら個々人の具体的な権利侵害)

以上のように、憲法96条の「憲法改正」の「承認」の可否の「国民投票」等に関する条文及び憲法改正手続法により規定する「国民投票運動」などは、憲法改正に関する個々人の思想・良心・価値観に基づき、それを表現の自由等を通じて関与し、影響を及ぼし、最終的に個々人の意思を表示する行為である「国民投票」という「投票」行為の行使に集約され、それは主権者であり有権者である原告ら個々人の淵源的具体的権利である。

したがって、憲法に反する本件「戦争法」が、憲法96条の定める改正手続を潜脱して強行され、しかも、「日本が戦争ができる国」に改変されてしまうという、最も恐れ否定していた事態を目の当たりにし、自らの「憲法改正・決定権」が侵害されたことによって受けた主権者個々人としての精神的苦痛は、何としても救済されなければならない。

2 東京戦争法裁判判決などの反論

原告準備書面(43)の8ないし10頁で、札幌戦争法裁判判決の事実誤認、理由不備などによる誤判があることを、また、原告準備書面(45)の「第2 東京戦争法判決には事実誤認などがあり、誤判を犯している」(6-14頁)で東京戦争法裁判判決の事実誤認、理由不備などにより、誤判を犯していることを詳細に論証し、「憲法改正・決定権」が、原告らの具体的権利であることを明らかにしたとおりである。

3 小結(被告らの本件行為が、原告らの「憲法改正・決定権」を侵害している)

以上のことで明らかなように、憲法96条の「憲法改正」の「承認」の可否の具体的な意思表示である「国民投票」や憲法改正手続法により規定する「国民投票運動」などは、憲法改正に関する個々人の思想・良心・価値観に基づき、それを表現の自由等を通じて関与し、影響を及ぼし、最終的に人民・国民投票権を行使するという、原告ら個々の個別的、具体的権利である。

したがって、本件原告らは、憲法に反する本件「戦争法」が、憲法96条の定める改正手続を潜脱して強行され、しかも、「日本が戦争ができる国」に改変されてしまうという、最も恐れ否定していた事態を目の当たりにし、自らの「憲法改正・決定権」の意思表示の具体的な権利が侵害され、精神的苦痛を被っている。

結語

以上のように、「憲法改正・決定権」は、原告ら個々人の淵源的で具体的な権利である。本件「戦争法」は、憲法の基本原理を改変するものであるから、少なくとも憲法改正手続が不可欠であるが、被告らは、これを行わなかった。したがって、被告らの行為は、個々人の具体的な権利である「憲法改正・決定権」を侵害し、原告らの権利ないし法的利益を侵害している。

被告らの本件行為は、有権者の選挙権における投票という具体的な個々人の権利を「国賠法の救済が得られる具体的な権利ないし法的利益の侵害」とする、少なくともこの権利と同等の権利侵害である。

したがって、被告国及び被告塩崎らの行為は、国賠上の違法行為に該当し、それを賠償する必要がある。したがって、被告準備書面の主張は、失当である。

なお、東京戦争法裁判判決や札幌戦争法裁判判決にも、るる述べた点について、真実を発見するために不可欠である客観的事実における事実を誤認があり、これが要因となり、判決に理由不備・齟齬を来し、著しい誤判を犯している。

以上