

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(52)

原告らの主張のまとめ—その7

被告らの本件行為は、原告らの「人格権」を侵害している

それは、国賠法上の違法行為に該当する

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7
被告らの本件行為は、原告らの「人格権」を侵害している
それは、国賠法上の違法行為に該当する

目次

はじめに(当該準備書面の主張目的)	3
第1 被告らの本件行為は、国賠法上の違法であること	3
1 法的保護に値する損害	4
(1) 「抽象的な危険」を理由とする損害否定の問題性	4
(2) 「受忍限度論」を理由とする損害否定の問題性	5
第2 被告らの本件行為が、国賠法上の違法であること	11
1 国賠法成立の歴史的経過と法的意義	11
2 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	13
3 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	14
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	18
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	20
6 立法不法行為の場面での違法性判断	21
7 人格権ないし人格的利益の保護の考え方について	22
8 最高裁判例における法的保護利益の検討	25
9 主に人格権に関する下級審裁判例の検討	26
10 違法性判断における『行為不法』傾向	26
11 損害要件の判断方法と本件における損害	26
12 立法行為の違憲性・違法性	26
13 違法性における被侵害利益	27
14 小結(被告らの本件行為は、国賠法上の違法行為に該当する)	30
第3 本件行為の権利侵害のもう一つの本質(思想・良心・信教の自由の侵害)	30
結語(被告らの本件違法行為は、国賠法上の違法行為に該当)	32

はじめに（当該準備書面の主張目的）

① 被告らの本件行為が違憲である第1の理由は、本件「戦争法」が、日本国憲法の基本原理である〈立憲平和主義〉に反する違憲立法であるということである。しかも、被告らは、憲法に反する違憲立法を憲法改正手続を行うことなく、それを強行した。この被告らの本件行為の本質は、〈立憲主義〉という基本原理に基づき主権者の権利を保障するという憲法の基本原理の破壊行為である。したがって、被告らの本件行為による権利侵害と被る損害は、平穏な日々を過ごすという基礎的な権利である〈立憲平和主義下の平穏な生活権〉の侵害であるから、本件「戦争法」の立法行為及びその施行による直接的影響の有無やその強弱の程度にかかわらず、すべての主権者の権利侵害であり、被る損害であるということが、本件行為の最大の特徴であることをこれまでの原告準備書面をまとめて、原告準備書面(46)及び同(47)並びに同(49)で明らかにした。

② 被告らの本件行為が違憲である第2の理由は、前述の第1の原因で述べた理由から、すべての主権者の〈立憲平和主義下の平穏な生活権〉の侵害であり、「人格権」及び「平和的生存権」並びに「不断の努力」の侵害であることを原告準備書面(50)及び同(51)並びに同(53)で明らかにしている。また、この〈立憲平和主義下の平穏な生活権〉の侵害という「人格権」及び「平和的生存権」の侵害は、淵源的基本的権利であるから、その権利侵害は、直接的影響の有無やその強弱の程度にかかわらず、すべての主権者の権利侵害であり、被る損害であるということが、本件行為の最大の特徴であることを原告準備書面(50)及び同(51)並びに同(53)で明らかにしている。さらには、被告国の「人格権」などの主張が失当であることを、また、「戦争法」をめぐる札幌地裁判決及び東京地裁判決の「人格権」に関する判決理由が、訴えの真実を発見するうえで不可欠である客観的事実に誤認があり、理由不備・齟齬があり、誤判を犯していることを原告準備書面(50)、同(51)で明らかにした。

当書面では、以上のことを前提にし、新たに、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書((2020年12月18日付 以下「配布控訴理由書」という。)を及び甲第38号証の高作正博(関西大学法学部教授)の意見書(「戦争法」違憲訴訟の会作成の2020. 12. 22配付資料 安保法制違憲訴訟における「人格権等」。以下「高裁高作意見書」という。)並びに控訴理由補充書(損害論)(2020年9月30日 以下「配布控訴理由補充書」という。)を援用し、被告らの本件行為によって原告らが被る権利侵害(「人格権」「平和的生存権」「不断の努力」など)とその損害を明らかにする。

第1 被告らの本件行為は、国賠法上の違法であること

1 法的保護に値する損害

(1) 「抽象的な危険」を理由とする損害否定の問題性

配布控訴理由書の1頁で、「本件の本質問題である憲法適合性の審査であるが、従来から主張している理由に加えて、本書面では国家賠償法は法治国原理担保機能を有していることを主張する。違法性について「公権力発動要件欠如説」を採って、損害要件を充足しないとして請求棄却になる場合でも、違法性判断を行うべき根拠を、国家賠償法が有している法治国原理担保機能は求めることができる(宇賀克也『国家補償法』78頁)ことを強く主張するものである。」と主張目的を明らかにし、大阪地裁判決の「具体的損害の否定」の判断について「原判決は、『本件各国賠請求原告らが、各自の悲惨かつ過酷な戦争経験等を踏まえ、本件各行為によって、生命、身体等に対する危険が生ずることへの不安、憂慮及び精神的苦痛を感じていることは、十分うかがい知ることができる……』と認めながら『…原告らの生命、身体及び健康等の利益に対する具体的な侵害が生じていることは認められない……』ので『前記の不安、憂慮及び精神的苦痛は……一般に広く生じうる抽象的な不安感にとどまる』と判断して棄却した。」と述べている。このように、大阪地裁判決も札幌地裁判決と同様に「具体的損害」を否定している。これに対して、「上記原審の対応は一般的損害判断では認められるとしても、本件で問題となるのは戦争被害である。戦争被害の特殊性を前提にしなければ、正確な判断とはいえない。」とし、高裁高作意見書を引用し、「確かに、損害賠償請求訴訟において賠償請求が認容されるためには、権利利益に対する侵害発生の『具体的な危険』が存在しなければならない、とするのは一般論としては首肯することができる」としながらも、「他方、戦争被害については別の考慮が必要である」と次のように述べている。

第1に、その損害発生のプロセスの特殊性である。原判決の論理によれば、次のような段階を経ることとなる。すなわち、国際関係が悪化し情勢が緊迫化する中で「抽象的な危険」が発生し、さらに国家間の対立が激化する中で小規模な衝突が発生する等、「危険」が具体性を増してくる。いよいよ武力攻撃やテロリズムが発生し、生命・身体・健康等の権利侵害の可能性が現実化し、「具体的な危険」となって表れる。その段階に至ってようやく人格権侵害や不安感・精神的苦痛が法的保護に値する損害として認められるとするもののように思われる。しかし、戦争被害の場合には、国際関係の悪化や情勢の緊迫化から現実の武力攻撃やテロリズムの発生まで一気に進む可能性があることが考慮されなければならない。とりわけ、法改正以前には国家機関に認められていなかった活動が、法改正によって可能となり、従来は憲法違反とされていた権限までが行使可能とされた現在、一般市民が被る精神的苦痛を「具体的な危険」の不存在を理由に法的保護に値しないとして一律に判断するのは適切ではない。

そのことは、訴訟の提起から判決までに相応の期間を要することからも、前倒しの救済の必要性を説明し得ると思われる。(2頁)

(2) 「受忍限度論」を理由とする損害否定の問題性

そのうえで、原告らのこれまでの主張、特に原告準備書面(40)の19-29頁及び同(48)の23-35頁で、るる主張してきたことを裏付ける主張であるので、以下これを援用する。

第2に、事後的な救済の困難さである。判決の論理によれば、生命、身体、健康、財産等に対する実際の損害が発生しなければ、法的保護に値する損害とは解されないとするもののように思われる。しかし、戦争被害についてはそもそも損害賠償の対象とはなりにくいとする先例の立場を考慮すれば、事後的な救済で満足すべきとする態度には重大な問題がある。(2頁)

高裁高作意見書は、前述の重大な問題を次のように述べている。これを援用し、原告らの主張とする。

(2) 「受忍限度論」を理由とする損害否定の問題性

原判決は、生命、身体等に対する危険が生ずることへの不安、憂慮及び精神的苦痛は「抽象的な不安感」にとどまるものであり、社会通念上受忍すべき限度を超えるものとはいえず、法的保護に値する損害としては認められないと判示する。他方で、水俣病認定についての長期間の不作為で精神的苦痛を被ったことを理由に損害賠償を請求した水俣病認定遅延訴訟では、最高裁は、「認定申請者としての、早期の処分により水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待、その期待の背後にある申請者の焦躁、不安の気持を抱かされないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として、これが不法行為法上の保護の対象になり得るものと解するのが相当である」と判示した(最高裁平成3年4月26日判決・民集45巻4号653頁)。不安、憂慮及び精神的苦痛が「抽象的な不安感」であるにとどまらず、「社会通念上受忍すべき限度」を超え、法的保護に値する損害として認定されるかどうかについては、どのような判断が適切なのであろうか。

この点、大阪空港訴訟における最高裁判決は、いわゆる受忍限度論について次のように判示している。「本件空港の供用のような国の行う公共事業が第三者に対する関係において違法な権利侵害ないし法益侵害となるかどうかを判断するにあたっては、上告人の主張するように、侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性

の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察してこれを決すべきものである」(最高裁昭和56年12月16日大法廷判決・民集35巻10号1369頁)。この考え方は、直接には国家賠償法第2条の営造物責任に関するものではあるが、同法第1条第1項の場合にも妥当するものと解される。

「社会通念上受忍すべき限度」を超えているかどうかを判断するには、「被侵害利益の性質と内容」だけでなく、「侵害行為の態様と侵害の程度」等、国家機関の行為の事情をも考慮に入れて審理判断すべき、とするのが最高裁の立場であるように思われる。このことは、水俣病認定遅延訴訟判決でも指摘されている。「救済法及び補償法の中に、認定申請者のもののように私的利益に直接向けられた作為義務の根拠を見だし難いとしても、一般に、処分庁が認定申請を相当期間内に処分すべきは当然であり、これにつき不当に長期間にわたって処分がされない場合には、早期の処分を期待していた申請者が不安感、焦燥感を抱かされ内心の静穏な感情を害されるに至るであろうことは容易に予測できることであるから、処分庁には、こうした結果を回避すべき条理上の作為義務があるといえることができる」。「そして、処分庁が右の意味における作為義務に違反したといえるためには、客観的に処分庁がその処分のために手続上必要と考えられる期間内に処分できなかったことだけでは足りず、その期間に比して更に長期間にわたり遅延が続き、かつ、その間、処分庁として通常期待される努力によって遅延を解消できたのに、これを回避するための努力を尽くさなかったことが必要であると解すべきである」(前掲最高裁平成3年4月26日判決)。

不安、憂慮及び精神的苦痛が「社会通念上受忍すべき限度」を超え、法的保護に値する損害といえるかどうかを判断するには、「侵害行為の態様と侵害の程度」等、国家機関の行為の事情を考慮に入れざるを得ず、いわゆる安保法制を制定した立法行為の違憲性・違法性を問う必然性が生じるものと解される。原判決は、結論を導くために必要な審査を行っておらず、妥当性を欠くものと解される。(4、5頁)

この点について、控訴理由補充書は、『(a)の各事情が発生する具体的な蓋然性が存するとは認められない』とある点は、原審の結審の後であるが、日本人の中村哲氏がアフガニスタンで殺害された事件が発生したことによって、上記認定は否定されるとともに、今回、証人申請をしている半田滋氏の証言予定の中には、本件安保法が制定された後、日米の軍事的連携行動は飛躍的に増加拡大し、米軍の軍事行動に即座に自衛隊が巻き込まれ日本人の生命、身体に対する危険が発生する蓋然性が極めて高くなっている状況も明らかにされるであろう。」とし、「したがって、原判決のように、具体的危険が及ばないという前提に立って損害論を立ててはならないこと、及び、その損害の程度の基準として語られる『受忍限度論』の具体的

内容を検討し、少なくとも、水俣病認定遅延訴訟判決(最高裁平成3年4月26日判決)で認められた『不法行為法上の保護の対象になりうる』『法的利益』の基準を満たしていることを述べる。」と補充書の目的を明らかにしている。

なお、この半田滋氏の証言は、原告証拠甲94号証である。原告準備書面(47)でこれを援用し、被告らの本件「戦争法」の立法化とその施行により、自衛隊活動は大きく変貌し、本件「戦争法」は、全世界に対して「㊦攻撃当事国の表明行為」となり→「㊧攻撃当事国日本人に対する敵愾心を涵養」し→「㊨攻撃当事国日本人への反撃」を生み出し→「㊩日本国の日常生活の危険を増大」させ、そして、「㊪攻撃当事国日本人となる人格権侵害による精神的苦痛」を生み出し→「㊫攻撃当事国日本人に対する敵愾心を涵養させる精神的苦痛」を生み出し→「㊬日本国の日常生活の危険の増大で被る精神的苦痛」を生み出し、主権者(原告らを含む)に苦痛を与え続けていることを原告準備書面(50)及び同(51)で明らかにした。

なお、前述の「受忍限度論」と重複するところがあるが、控訴理由補充書を援用し、原告らの主張の補強とする。

第2 水俣病判決の保護基準

1 同判決の重要部分について、以下のとおり、下線を付して引用する(本件原告ら:配布された当該控訴理由補充書には下線ない)。

①「一般的には、各人の価値観が多様化し、精神的な摩擦が様々な形であらわれている現代社会においては、各人が自己の行動について他者の社会的活動との調和を十分に図る必要があるから、人が社会生活において他者から内心の静穏な感情を害され精神的苦痛を受けることがあっても、一定の限度では甘受すべきものというべきではあるが、社会通念上その限度を超えるものについては人格的な利益として法的に保護すべき場合があり、それに対する侵害があれば、その侵害の態様、程度いかんによっては、不法行為が成立する余地があるものと解すべきである。」

②「認定申請者としての、早期の処分により水俣病にかかっている疑いのままの不安定な地位から早期に解放されたいという期待、その期待の背後にある申請者の焦燥、不安の気持を抱かされないという利益は、内心の静穏な感情を害されない利益として、これが不法行為法上の保護の対象になり得るものと解するのが相当である。」

上記引用の①はいわゆる「受忍限度論」の検討をしなければならないこと、②は具体的な事実関係の中でこの「内心の静穏な感情を害されない利益」の具体性が本件違憲訴訟の原告(控訴人)らにおいて認められるかが検討されなければならない。

2 「受忍限度論」

(1) 受忍限度論は、複雑化する市民生活において、本来非難されない行為が他人との関係で違法性を帯びる基準として成立してきた。したがって、被害者、加害者という対立関係になるが、もともと、両者は違法な行為をしてきたわけではないが、その一方が他方に対して、受忍できる限度を超えて被害を及ぼしたときに違法な加害となるという原則である。

したがって、本件訴訟において原判決はこの受忍限度論に基づいて原告(控訴人)が主張する被害は法的に認められる限度ではないと判断しているが、本件での加害は一方的な憲法違反による立法という加害であり、被害者は何らとがめられることも全くしていない国民であって、本来適用される原則ではない。憲法違反行為に対して「受忍する義務」など全くありえないからである。

(2) しかし、原判決は「社会通念上」という言葉も使用しており、要するに、原告(控訴人)が訴える被害の程度が、法的に保護される程度に至っていないという趣旨と理解できる。

ただ、「社会通念」という言葉にかえたとしても、その内容をどのように確定していくかという問題になると、「受忍限度論」で考慮される諸要素をもとに検討しなければならない。通常受忍限度論では、加害者側の事情として、侵害行為の程度、態様、性質がまず検討され、その被害の結果回避・緩和への努力と、加害者側の強い主張としてその行為の必要性が述べられる。被害者側の事情としては、被侵害利益の性質、程度、行政上の規制で守られているかどうか、などが検討される。

(3) ただ、本件の加害、被害の構図は、国家対国民の関係であって、受忍限度論が対等な市民対市民の関係であるのと根本的に異なる構図がある。

つまり、国家は憲法違反の行為を一方的に行い、国民の方は憲法で守られていた秩序を一方的にこわされたという関係に立っており、国家の行為が社会通念によって擁護される余地がないという加害行為であり、国民の側は、社会通念によって、その国家行為を容認すべき程度という基準は考えがたい。

しかし、それでも損害と認められる程度を論じなければならぬとすれば、国家対国民という関係で、しかも「社会通念上」「甘受すべき」侵害ではないといえるかどうかを論じなければならない。

3 国家対国民における「甘受すべき」でない侵害行為か否か

(1) 多くの国家賠償請求訴訟で争われる「被害」事実は、市民生活上に発生した国家権力の違法行為によるものであって、通常「受忍限度論」の範疇に入る。

(2) では、憲法違反の法制度と国民との関係はどうか。最近の事例でいえば、再婚禁止期間違憲訴訟最高裁判決(平成27年12月16日判決)は以下のとおり述べている。

「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。」

この判決は、国会議員の立法不作為が職務上の法的義務に違反したものとして国賠法上の違法の評価をうけると判断したものであるが、しかし、なぜか賠償請求は否定されている。

(3)では、本件での国家対国民の構図から「甘受すべき」でない侵害行為か否かを検討する。

ア 本件の構図

本件は単なる国家権力対国民の関係ではない。国家権力がその行政権の主導の下に立法権において、積極的に憲法第9条に違反する本件安保法制を立法し施行した。本件国家権力の行為は、憲法第9条を変更する法律を立法するという憲法改変行為をなしている。憲法を改正する権限は主権者国民にしかない、その法的形態は憲法改正の発議がなされて国民投票を経てなされる行為である。しかし、本件では、この国民の憲法制定権を侵害して、集団的自衛権の行使を認める法律を立法して積極的違憲法を制定した国家と、憲法改正権を侵害されて違憲法を作られた国民の関係が加害者対被害者の関係に立っている。

一言でいえば、積極的違憲法を制定した国家権力と憲法改正権という主権を侵害された国民の関係において、「甘受すべき」でない侵害行為なのか否か、が争点である。

イ 本件加害行為の侵害程度

本件安保法が、従来からの長年に亘る政府答弁にも違反し、専守防衛を否定する集団的自衛権行使を認める法制度を作り上げた。

この事は、憲法第9条を改廃したのと同じ効力をもつほどの違憲行為である。

ウ 多くの国民は、憲法に明記された条文に真正面から違反する法律の立法により、従来からの平和な生活について、いつなるとき戦争に巻き込まれる事によって根底から平穏な生活が破壊されるかもしれないという恐怖に襲われ、日々、世界情勢の中における戦争の動きに対して精神的苦痛を味わっている。原告(控訴人)はおろか、日本の国民全てが、戦争の危険を意識する生活に入れられてしまった。しかも、その戦争の危険とは、外国の戦争、つまり、アメリカ合衆国の行う戦争にいわば「道具」として使われる戦争の危険であって、何ひとつ正義や愛国というような人生における貴重な価値などとは無関係な戦争へ

の恐怖が日本国民を襲っているといっても過言ではない。

かつて経験したことのない、生まれて初めての戦争への恐怖、しかも、憲法では放棄しているはずの戦争に理不尽にも巻き込まれるこの不条理に対して、耐えがたい苦痛を感じるのは原告(控訴人)ばかりではありえない。

4 以上の検討から、水俣病判決の保護基準は、本件で充分充足されており、原告(控訴人)らが訴える「生命、身体等に対する危険が生ずることへの不安、憂慮及び精神的苦痛」は、「社会通念上その限度を超えるもの」であって、法的保護の対象となるものである。

5 この結論の前提として、本件安保法立法による原告(控訴人)らの人格権の侵害が「社会通念上その限度を超えるのは、あくまで、本件安保法制が憲法に違反するからであり、したがって、本件損害が存在するか否かは、まず、安保法制の違憲判断が前提となる。

原判決は、憲法判断をせずに損害の存在を否定しているが、かかる認定はなしえない。まず、憲法判断をしなければならない。その上で、原告(控訴人)らの侵害された利益が法的保護に値する利益か否かの結論を出すべきである。

(2、3頁)

また、この大阪高裁の控訴理由書(2020年5月15日)で次のように主張している。これを前述の主張に追加し援用し、原告らの主張を補強する。

3 損害の関係で「受忍限度論」を適用しているが、これは誤りである。

(1) 原判決は、原審原告(以下、本書面では「原告」という)らが陳述書を提出し、法廷でも供述した自らの損害の内容について、そのような「苦痛」「不安」等の存在を認めたが、いずれもそれらは受忍限度を超える損害ではないとして一切その法的利益を認めなかった。

(2) しかし、「受忍限度論」というのは、損害を加えた行為について、もともとその行為は適法な行為でありながら、その行為の結果の量的大きさから被害者が受忍すべき程度をこえるために違法となる行為である。

しかし、本件の「加害行為」は憲法違反の行為であり、その出発点から違法であって、受忍限度論が適用される事案ではありえない。本件の加害行為たる憲法違反の行為について適用すると、憲法違反でも受忍の義務があるのかという変な問題が生じる。

(3) この点について損害論のところで述べているが、憲法違反で生じた損害について、量的に少ないから認められないという議論はありえないのではないか。損害はあるかないか、あるとしても極めて僅少だという場合、僅少な金額例えば金1円との認定でも損害を認定することは可能である。

問題は、原告らは、財産的損害の填補を目的としているのではなく、憲法違反の行為によって損害を受けたという事実の認定を求めているのであるから、原判決の理論構成は誤っている。

以上のことから明らかなように、本件被告らの本件行為により、原告らが被る権利侵害のその被害には、いわゆる「受忍限度論」を当て嵌めることはできない。したがって、札幌地裁及び東京地裁並びに大阪地裁の各判決の論理構成は誤っている。それは、何度も繰り返し述べているように、被告らの行為の本質の捉え方に、つまり、被告らの「主観的」主張ではなく、真実を発見するために「客観的目的」と「客観的効果」を客観的事実に即して考察すれば、被告らの主張には、客観的事実に誤認があり、それが原因となる理由不備・齟齬を犯し、誤判を招いているのである。その理由の一つに、次の述べる国賠法の成立の歴史的経過とその法的意義の認識の事実誤認があるからである。

第2 被告らの本件行為が、国賠法上の違法であること

1 国賠法成立の歴史的経過と法的意義

村山貴子(流通経済大学法学部講師)は、『人権保障と行政救済法』(編集者後藤光男 成文道 2010年)の「第4章 国家賠償」「第1講 憲法と国家賠償法」「第1節 国家賠償の歴史」で、「国家賠償制度の発展を見たのは近代になってのことである。封建時代には最高権力者である国王の非拘束性を土台として、どの国においても王の意思である法に反する不法行為が王自身(国家機関)によってなされる余地はない、と論じられていた。すなわち「王は悪をなしえず」とのイギリスの法諺が示す如く、国王は悪を授權し得ないという論理の上に官吏自身による責任が導かれたのである。／19世紀においてもこれは変わらず、主権者は自動的に免責され、違法な行政による損害は公権力それ自体への賠償請求としてではなく私法上の不法行為による賠償責任として処理され続けた。公権力それ自体への賠償請求は許されなかったのである(「国家無答責」の原理)。(243頁)と歴史的経過を述べ、「第2講 国家賠償法1条1条に基づく不法行為責任」「第1節 国家賠償制度の意義」(253頁)で、「国民の権利が、違法な行政活動によって侵害された場合、それを救済する方法として、(1)原状回復による救済と(2)金銭による救済の2種類を区別することができる。／原状回復による救済は、違法な行政によって国民の権利が侵害された場合に、それを前の状態に戻すことで権利を回復させる。これにかかわるのが行政不服申立てや行政事件訴訟である。これに対して、もはや原状回復ができないということになれば、国民の不利益を金銭的に評価したうえで、それに見合った賠償がなされる必要がある。これに係わるのが国家賠償で

ある。」と国賠法の権利回復の救済の意義を解説している。

辻村みよ子は、『憲法(第4版)』(日本評論社 2013年)の「二 国家賠償請求権」の「1 意義と性格」において、「憲法17条は、何人も、公務員の不法行為による損害に対して、国または公共団体に賠償を求めることを定める。このように公権力に対する国民の請求権と国民に対する国家の賠償責任が保障されたのは、国民主権原理が確立した近代以降のことにすぎない。・・・日本では、大日本帝国憲法は『国家無答責の原則』に従って国家賠償の規定をおいていなかったのに対して、日本国憲法制定過程でこの規定が追加された。」(290頁)と解説している。

古崎慶長(大阪地方裁判所判事・当時)は、『国家賠償法の理論』(有斐閣 1981年)の「第一章 国家賠償法の総論的考察」の「第一節 国家賠償の法理」「一 序説」で、「国家賠償の原点は、憲法17条である。／同条は、これまでは、斬捨て御免で、ただ諦めと忍耐を強いられてきた国民に対し、国又は公共団体の違法な公権力行使による被害を可及的に救済しようとして設けられたものであることを、忘れてはならない。／同条に基づき国家賠償法が制定された。したがって、わが国の国家賠償制度を運用する者の視点は、被害者の可及的救済でなければならない。」(1-2頁)と解説している。

伊藤正己(最高裁判事・東京大学名誉教授)も、上記の歴史を踏まえて、『憲法(新版)』(弘文堂 1991年)の「三 国家賠償請求権」において「日本国憲法17条が、『何人も、公務員の不法行為により、損害を受けたときは、法律の定めるところにより、国又は公共団体に、その賠償を求めることができる。』と明定したことは、20世紀中葉の諸国における趨勢にならったとはいえ、わが国では画期的なものであった。・・・前節まであげた自由や権利の保障を完全なものとするため、それら自由や権利への侵害に対する救済方法を賠償請求権の保障という形で定めたものとみることができる。」(394-395頁)と解説している。

国賠法の制定に関与した田中二郎(行政法学者、元最高裁判事)は、同法1条が定める賠償責任の要件としての違法性について、「ここに違法に他人に損害を加えることを要件としているが、ここで違法というのは、厳密な法規違反を指すのでなく、むしろ民法の『権利侵害』より広く、公序良俗違反とか不正とかを含め、その行為が客観的に正当性をもたないことを示し、ただその行為が客観的に正当性を持つ場合には、違法阻却を理由として賠償責任を否定する根拠たらしめようとするに過ぎぬと解すべきであろう。」(田中二郎『行政上の損害賠償及び損失補償』(酒井書店、昭和29年)169頁)とし、国賠法1条の違法性は、厳密な行政法規違反に限定されるものではないと解説している。

以上の人権救済の歴史を踏まえた国賠法の法的意義は、本件「戦争法」が、日本国憲法の基本原理の〈立憲平和主義〉に反する違憲立法であり、被告らの違憲・違法行為の本質が、そして、侵害される原告らの権利の侵害の本質が、〈立憲平和主義〉下での平穏な暮らしという根源的な人権の権利の侵害であるのであるから、本件「戦争法」が、日本国憲法の基本原理の〈立憲平和主義〉に反する違憲立法であるか否か、そして、侵害される原告らの権利の侵害の本質が、〈立憲平和主義〉下での平穏な暮らしという根源的な人権の権利の侵害であるか否かを考察することが不可欠であること

を端的に示している。

2 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

原告準備書面(20)で「高作意見書」に基づき、「(3)判例における職務行為基準説」(6～7頁)と「(4)学説による評価」(8頁)を述べた。原告準備書面(25)で、被告国が拠り所とする判例の職務行為基準説をどのように理解すべきかについて東京裁判原告準備書面(7)の「2 職務行為基準説について」の「(2)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」(9～10頁)から援用し、本件原告らの主張としたが、必要に応じて、再度援用する。

(2)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

……略……

行政処分が違法に行われ、損害が生じた場合では、行政法規違反の事実は違法性判断に際して重要な要素であるが、行政法規の違反行為が直ちに国賠法上の違法に直結するわけではない。国賠法1条の違法性判断に当たっては、「公権力の行使が根拠法令を遵守したものであるかどうかは重要な要素であるが、それ以外にも、①結果ないし損害の重大性、②被害法益の種類・質・程度、③具体的な状況(とりわけ被害者側の事情)、④侵害行為の態様・性質などの諸要素を比較衡量して判断しなければならない」(大浜啓吉『行政裁判法』(岩波書店、2011年。406～407頁)とある。

例えば、4歳の幼児が3頭の野犬に咬殺された千葉県野犬幼児咬殺事件において、千葉県犬取締条例に基づいて野犬を捕獲・掃討する権限を有する知事の権限不行使の違法性が問題となった事案で、控訴審の東京高等裁判所は権限不行使の違法性よりも権限不行使によって生じた結果の重大さを重く評価して、賠償義務を認めている(東京高等裁判所昭和52年11月17日判決 高等裁判所民事判例集30巻4号431頁)。

藤田宙靖(元最高裁判事)は、上記千葉県野犬幼児咬殺事件控訴審判決を引用しつつ、「法解釈論上被害者救済を拡大するための途として、先にも触れたように、国家賠償制度の指導理念を、違法な行政活動に対する権利救済という、『法律による行政の原理』を基盤とした考え方にはではなく、むしろ、損害の公平負担という見地、行政活動に基づき生じる損害についての利害調整という見地、に求めようとする動向が、一方では存在する(中略)。「行政主体に広く賠償責任を認めるための、少なくとも一つのクッションとして、このような、“公平負担”“負担調整”という観点が、国家賠償法の解釈に持ち込まれることが少なくないのである。」(藤田

宙靖『行政法総論』(青林書院、2013年)556～557頁)と述べている。

以上のように、国賠法上の違法は、個別の根拠法規違反のみではなく、社会的相当性を欠く場合も含むとされている。したがって、行政活動に属する加害行為について、国賠法1条の違法性判断を行うに当たっては、個別実体法の適合要件などの解釈のほか、行政活動を規律する組織法や手続法等の他の実定法の適合性も問題となり得るほか、比例原則や平等原則など法の一般原則も違法判断として不可欠である。このような違法判断の際、各法条の解釈や法の一般原則のあてはめにおいても、損害の程度が重要な要素とされている(佐藤英善編『実務判例 逐条国家賠償法』(平成20年、三協法規出版。57頁)のである。

3 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

原告準備書面(25)で、被告国が拠り所とする判例の職務行為基準説をどのように理解するべきかについて東京裁判原告準備書面(7)の「2 職務行為基準説について」の「(3)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」(10～16頁)を援用し、本件原告らの主張としたが、必要に応じて、再度援用する。

(3)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

一級建築士により構造計算書に偽装が行われていた建築物計画について、建築主事による建築確認の違法性が問題となった事案で、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(裁判所時報1576号8頁)は、国賠法上の違法性を否定した。

同判決の法廷意見においては、建築主事による建築確認の国賠法1条1項の違法性について、建築主事が職務上通常払うべき注意をもって申請書類の記載を確認していればその記載から当該計画の建築基準関係規定への不適合を発見することができたにもかかわらずその注意を怠って漫然とその不適合を看過した結果当該確認を行ったと認められる場合に、国賠法1条1項の適用上違法となる旨判示している。

この法廷意見の判示部分だけを見れば、国賠法1条の違法性判断に際して、建築主事の職務上の法的義務違反のみを問題にしているようにも読めるが、加害公務員の注意義務の内容等を検討するに当たり、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、以下の寺田・大橋両裁判官の補足意見を参照すれば明らかである。

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

上掲平成25年3月26日最高裁第三小法廷判決に付された寺田逸郎裁判官及び大橋正春裁判官の補足意見は、国家賠償法1条の「違法に」の要件が立法当時の一般不法行為法において通説とされた違法性論(相関関係論)の影響を受けたことに触れた上で、「国家賠償法が一般不法行為法の特則として損害賠償の根拠とその要件を規定したものであるという位置付けからみれば、国家賠償法における責任を検討するに当たって一般不法行為法における違法性の判断枠組みが基盤としても意味をなさないこともまた考えにくい。」と述べる。

その上で、同補足意見は、過去の最高裁判例においても、国賠法1条の解釈につき、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・性質が考慮されていることを、次のように明確に述べている。

国家賠償法の制定以前からの解釈論の進展を前提に、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中心として判断されてきた一般不法行為法上の『違法性』を、権利を含めた法律上保護された利益の侵害と客観的様相を深めた行為義務違反としての過失とを総合的に判断する契機として捉えることができるとすると、このような注意義務を総合的に判断する契機としての『違法性』の枠組みの中では、本来、基準に適合する建物であることを確保すべき義務を負っている建築士への委託者であり、建築主事の審査について申請人の立場にある建築主と基準に適合し損なった建築物によって被害を受けた第三者とでは被侵害利益の種類・性質において意味のある違いがあるから、賠償を求めるについての相手方行為者の注意義務の内容・レベルにおいて両者の間に差を見いだすことにさほど困難があるとも思えない(中略)。では、このことを国家賠償法の要件該当性を検討するに当たってどのように位置付けるか。

当審の裁判例においても、国家賠償法1条1項に基づく責任は『公権力の行使に当たる公務員が個別の国民に対して負担する職務上の法的義務に違背して当該国民に損害を加えたときに』生ずると述べて、上記の意味での違法性を被害者との関係で捉える姿勢を一般論として示したものがあり(最高裁昭和53年(オ)第1240号同60年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁)、また、問題となった法の目的が賠償を請求する者の受けた損害の防止を目的とするものではないことを理由に賠償を否定するいくつかの裁判例(最高裁昭和61年(オ)第1152号平成元年11月24日第二小法廷判決・民集43巻10号1169頁、最高裁平成18年(受)第263号同20年4月15日第三小法廷判決・民集62巻5号1005頁等)においては、被侵害利益の性質が考慮されることによって上記の意味での違法性が否定されていると理解することができる。したがって、本質的には、国家賠償法の解釈においても、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が肯定されていると考えられ、それを一歩進めるならば、上記の被侵害利益を異にする場合の賠償請求におけるそれぞれの加害公務員側の注意義務の内容・レベルには違いがあるとすることも解釈として可能な範囲内にあるといえよう(以下略)。

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

刑事手続上の検察官や裁判官の職務行為の違法性が問題となった事案における「職務行為基準説」と、一般の行政処分における「職務行為基準説」の違いを明らかにする。

最高裁は、いわゆる芦別事件において、無罪判決が確定した場合における捜査・訴追の国賠法上の違法性について、「刑事事件において無罪の判決が確定したというだけで直ちに起訴前の逮捕・勾留、公訴の提起・追行、起訴後の勾留が違法となるということはない」、「逮捕・勾留はその時点において犯罪の嫌疑について相当な理由があり、かつ、必要性が認められるかぎりには適法であり、公訴の提起は、検察官が裁判所に対して犯罪の成否、刑罰権の存否につき審判を求める意思表示にほかならないのであるから、起訴時あるいは公訴追行時における検察官の心証は、その性質上、判決時における裁判官の心証と異なり、起訴時あるいは公訴追行時における各種の証拠資料を総合勘案して合理的な判断過程により有罪と認められる嫌疑があれば足りる」と判示した(最高裁判所第二小法廷昭和53年10月20日判決・最高裁判所民事判例集32巻7号1367頁)。

なお、この芦別事件最高裁判決の立場は、最高裁判所第一小法廷平成元年6月29日判決・最高裁判所民事判例集43巻6号664頁においても踏襲され、さらに、再審において無罪判決が確定した場合における検察官の公訴の提起・追行の違法性について、最高裁判所第二小法廷平成2年7月20日判決・最高裁判所民事判例集44巻5号938頁もかかる立場を踏襲している。

これらの判決は、「職務行為基準説」を採用したものと評価されているが、この場合のいわゆる「職務行為基準説」は、検察官の公訴提起・追行について、侵害行為の態様や被侵害利益の内容などについては考慮せずに、公訴の提起・追行などの公権力発動要件の欠如をもって違法とするのであるから、この場合の「職務行為基準説」は公権力発動要件欠如説である(宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997)50～51頁、宇賀克也「国家賠償の課題—違法性論を中心として」ジュリスト1000号63～64頁)。この公権力発動要件欠如説としての「職務行為基準説」は、一般の行政処分に関して「職務行為基準説」といわれているものとは異なるものである。

宇賀克也(東京大学法学部教授)は、芦別事件最高裁判決が採った立場が「職務行為基準説」と呼称することについて、次の通り論評している。

そこでは、これまで通常の行政処分について採られてきた公権力発動要件欠如説が確認されたにすぎず、これに『職務行為基準説』という特別の名称を付する必要はそもそもなかったのである。

そして、ここで『職務行為基準説』・結果違法説という言葉が使用されたことは、国家賠償法の違法性に関するその後の展開にとって遺憾であったといわざるをえない。なぜならば、逮捕→起訴→判決と至る一連のプロセスにおいて要求される心証が異なることが法システムとして認められている特殊な事例での用語法が、その特殊性が十分に認識されないまま、一般の行政処分にも持ち込まれたため、異なった意味で使われるようになり、用語法をめぐる錯綜した状況を産み出すことになったからである。(宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997)52頁)。

藤田宙靖(元最高裁判事)は、公権力発動要件欠如説としての「職務行為基準説」(藤田は「職務義務違反説」という用語を使用)について、「以上のような形での『職務義務違反説』は本来、少なくとも安易に一般の行政活動についてまで適用さるべきものではあるまい。『違法性』についてのこのような考え方は、せいぜい、職務執行に伴う私人の権利・利益侵害の危険が、いわば制度の構造上不可避的なものとして前提されていると考え得る場合に限って、その適用が考えられるべき筈なのであって、そのような特別の事情が無いにも拘らず、徒に行政活動の『違法性』の認定を避けるということは、先にも見たように『法律による行政の原理』の裏打ちとしての国家賠償制度の機能を重視する限り、理論的に一貫しないものと言わざるを得ないであろう。」と述べている。その上で、最高裁が通常の行政行為一般についても「職務義務違反説」を採用している理由の一つとして、次のような説明をしている。

最高裁の究極の課題は、現に係属している個別的な事件において最も適正な紛争解決を行うことであって、相対立する法理論や学説の間でいずれかに決着を付けること自体ではない(藤田『最高裁回想録』135頁以下参照)。そのような前提に立つ限り、従来判例が採用して来た『理論』の変更は、それがなされない限り当該事件における最も適正な紛争解決を導き得ないという事情が無い場合には、当面必要としない、という選択も十分あり得る。そして、先に見たような理論的問題を内蔵しているにも拘らず、近時の最高裁判例が一貫して『職務上の義務違反説』を維持する結果となっているもの、少なくともその一面においては、このような意味において、それを変更する実質上の必要を見出して来なかったからであるということができよう。

前述したように、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。

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。

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

原告準備書面(25)で、被告国が拠り所とする判例の職務行為基準説をどのように理解するべきかについて東京裁判原告準備書面(7)の「2 職務行為基準説について」の「(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」(16-19頁)を援用し、本件原告らの主張としたが、必要に応じて、再度援用する。

(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

裁判例においても、国賠法上の違法性を、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していることを明示的に示しているものは少なくない。以下では、それらの裁判例を挙げる。

ア 大阪高等裁判所平成10年1月29日判決

いわゆる豊田商法国家賠償大阪訴訟において、詐欺的商法を行う法人に対して行政庁が規制権限を行使しなかったことの違法性が争われた。

これに対して、大阪高等裁判所平成10年1月29日判決・税務訴訟資料230号271頁は、次の通り判示した上で、規制権限の不行使につき国賠法1条の違法性は認められないとした。

国賠法は実質的には民法の特別法と解すべきであって、国賠法1条1項の損害賠償責任の性質は、民法上の不法行為による損害賠償責任のそれと異なるものではないから、同条項の違法も民法709条の不法行為の成立要件で

ある権利侵害、すなわち違法性と同様に、損害の公平な分担という観点から、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の様態の相関関係によって実質的に判断すべきであり、権限不行使の違法性の根拠となる作為義務も法令に規定がある場合に限らず、慣習や条理に基づくものも含むと解すべきである。

一審の大阪地方裁判所平成5年10月6日判決・訟務月報40巻7号1385頁もほぼ同趣旨である。なお、この事件の上告審である最高裁判所第一小法廷平成14年9月26日判決・税務訴訟資料252号順号9205は、「原審の認定判断は、原判決挙示の証拠関係に照らし、是認することができ、その過程に所論の違法はない。」とこの論理を肯定して上告を棄却している。

イ 京都地判昭和47年7月14日

風致地区の現状変更許可申請を前提とする事前相談形式の行政指導に違法性が争点となった事案において、京都地判昭和47年7月14日判例時報691号57頁は、「加害行為が違法であるかどうかは、被侵害利益の種類・性質の相当である。」と判示した上で、当該行政指導の国賠法上の違法性を否定している。

ウ 大阪地判平成19年6月6日

いわゆる大和都市管財国賠訴訟において、大阪地判平成19年6月6日判例時報1974号3頁は、違法性の判断基準につき次のとおり判示し、財務局長がなした抵当証券業者に対する更新登録は国賠法1条1項の適用上違法となるとした。

(1)いわゆる職務行為基準説について

国賠法1条1項は、国又は公共団体の公権力の行使に当たる公務員が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加えたときは国又は公共団体が賠償責任を負う旨定めるが、上記の違法性は、公権力の行使に当たる公務員の行為(不作為を含む。)によって国民が被ったとする損害を填補する責任をだれに負わせるのが公平かという見地に立って総合判断した上で決すべきものである。したがって、違法な行政処分を理由とする国家賠償請求における違法性の存否も、当該行政処分に係る法的要件の存否に限らず、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、公務員が当該行政処分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。具体的には、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、当該行政処分に係る権限を定めた法令の趣旨、目的やその権限の性質、当該行政処分自体及びそれに至る過程において行政庁の有する裁量の有無及びその広狭、侵害行為の様態及びその原因、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に照らし、当該行政処分を行う公務員が、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、当該行政処分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当該行政処分を行ったと評価することができる場合に、初めて当該行政処分の国賠法上の違法性が肯定できるというべきである。

この裁判例は、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。

エ 宇都宮地判平成19年5月24日

栃木県公安委員会による猟銃所持許可を受けた者が引き起こした殺傷事件について、同県の賠償責任が争点となった事件において、宇都宮地判平成19年5月24日判例時報1973号109頁は、所持許可処分にかかる職務行為の違法性の判断基準につき以下の通り判示した上で、同県の賠償責任を認めた。

銃刀法は、殺傷を目的とする凶器である銃砲刀剣類及びこれらに類する物件を所持、使用することなどにより生ずる危険性に鑑み、その危害を予防し、国民の生活の安全を図ることを目的として、銃砲等の所持を一般的に禁止する等必要な規制を定めているものであるから、個々人の生命及び身体という個別的利益を保護する趣旨を含むと解され、銃刀法上の所持許可処分にかかる公務員の職務行為が国家賠償法1条1項の適用上違法となるかどうかは、許可処分の法的要件充足性の有無のみならず、被侵害利益の種類、性質、侵害行為の態様及びその原因、当該処分の発動に対する被害者側の関与の有無、程度並びに損害の程度等諸般の事情を総合的に考慮して、当該公務員の当該処分に至る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否かにより決すべきである。

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

原告準備書面(25)で、被告国が拠り所とする判例の職務行為基準説をどのように理解すべきかについて東京裁判原告準備書面(7)の「2 職務行為基準説について」の「(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」(19-20頁)を援用し、本件原告らの主張としたが、必要に応じて、再度援用する。

(5) 国賠法2条の違法性判断においても相関関係論が採用されている

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について、次の通り判示し、損害賠償請求を認容している。

ところで、本件空港の供用のような国の行う公共事業が第三者に対する関係において違法な権利侵害ないし法益侵害となるかどうかを判断するにあたっては、上告人の主張するように、侵害行為の態様と侵害の程度、被侵害利益の性質と内容、侵害行為のもつ公共性ないし公益上の必要性の内容と程度等を比較検討するほか、侵害行為の開始とその後の継続の経過及び状況、その間にとられた被害の防止に関する措置の有無及びその内容、効果等の事情をも考慮し、これらを総合的に考察してこれを決すべきものであることは、異論のないところであり、原審もまた、この見地に立って考察を加えた結果前記の結論に到達したものと考えられる。

この判決で、最高裁は下線で示したとおり、いわゆる相関関係論に立って侵害行為の違法性を判断する枠組みを示し、その上で、本件空港の拡張やジェット機の就航、発着機の増加及び大型化等が周辺住民に及ぼすべき影響について慎重に調査し予測することなく、影響を防止、軽減すべき相当の対策をあらかじめ講じないまま拡張等を行ってきたという行為態様を考慮しながら、侵害行為の違法性を認めている。

6 立法不法行為の場面での違法性判断

東京裁判原告準備書面(7)の「3 立法不法行為の場面での違法性判断」(20～22頁)を援用し、本件原告らの主張とする。

このように行政処分による国民の権利・利益の侵害については、国賠法上の違法性を判断する際に、判例も職務行為基準説を採用しつつ、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していることは明らかである。では、立法不法行為の場合はどうであろうか。

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るべきである。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い。よって、国会議員の職務義務違反という行為態様の違法性の質と量は、被侵害利益の種類・性質と侵害行為の態様等を考慮しなければ、判断できないものといえるからである。国会議員が立法するに際してどのような職務義務すなわち職務上の法的義務としての注意義務を負っているのかは、そこで問題となっている立法内容によって異なってくるはずである。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といえる。さらに有識者から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るし、当該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ているといえる。すなわち、国会議員の職務義務の内容・レベルは、当該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。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が予め法定されている訳ではないからである。

先の大阪地判平成19年6月6日判決になぞらえて、立法行為の違法性の判断枠組みを提示してみると、次のように考えることが可能であろう。

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、当該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、国会議員が当該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。具体的には、当該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、当該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に照らし、当該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、当該立法行為を行ってはい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、当該立法行為の国賠法上の違法性が肯定できるというべきである。

7 人格権ないし人格的利益の保護の考え方について

東京裁判の原告準備書面(14)の「2」で「人格権ないし人格的利益の保護の考え方について」(11～15頁)を述べている。これを援用し、本件原告らの主張及び立証と

する。

2 人格権ないし人格的利益の保護の考え方について

(1) 被告は、本件で原告が主張している上記のような権利・利益の侵害について、いくつかの判例等を挙げるだけで、何ら具体的な基準を示すこともなく、頭から国賠法上法的保護の対象となる具体的権利ないし法的利益はないと断定する。そこで、ここでは法的保護利益についての基本的な問題点を、少しく検討しておく。

民法709条の「権利侵害」要件を「加害行為の違法性」要件に置き換えた違法性説によれば、本来、侵害の対象となる権利・利益は、それ自体で不法行為の対象を画し、制限するような独自の要件ではないと理解される。

著名な大学湯事件(大審院大正14年11月28日判決・民集4巻670頁)は、民法709条の侵害の対象について、「或ハ夫ノ所有権地上権債権無体財産権名誉権等、所謂一ノ具体的権利ナルコトアルヘク、或ハ此ト同一程度厳密ナル意味ニ於テハ未タ目スルニ権利ヲ以テスヘカラサルモ、而モ法律上保護セラルル一ノ利益ナルコトアルヘク、否、詳ク云ハハ、吾人ノ法律觀念上其ノ侵害ニ対シ不法行為ニ基ク救済ヲ与フルコトヲ必要トスト思惟スルーノ利益ナルコトアルヘシ」(読点及び下線は引用者)と判示した。

また、学説上も末川博士、我妻博士らによって提唱された、民法709条の「権利侵害」要件を「加害行為の違法性」要件に置き換えて読むべきだとするいわゆる違法性説示有力となり、その違法性要件が相関関係論を通じて具体化された(『新注釈民法(15)』288頁)。

この大学湯事件の判決理由からすれば、民法709条の要件としての「権利侵害」は、被害者のいかなる権利が侵害されたのかということの基準ではなく、加害者の行為が法律上許容されるべきかどうかという加害者の行為についての法律的な評価をなすための基準となるはずであり、その意味では、この判決は、「権利侵害」要件からの「離脱」を示したものと見るべきであり、また、この判決では「侵害対象」の問題が「損害」要件に実質的に解消されているとみられる、と指摘されている(木村和成「個人の『主観』と不法行為法」157～158頁)。ちなみに、上記判決文の下線部分は、「法律上保護される利益」よりも広く救済利益を考えていると読み取れる。

また、権利侵害を違法性に置き換えそれを相関的に判断する判例や通説の考え方では、権利侵害は、せいぜい被侵害利益の性質における考慮要素の一つでしかなくなるから、要件としての独自の意義を失うことになる、とも指摘される(吉村良一『不法行為法(第5版)』36頁)。

(2) このように、判例・通説とされる違法性説ないし相関関係説によれば、侵害の

対象となる権利・利益(被侵害利益)は、それ自体で不法行為の対象を画し、制限するような独自の意義はなく、「法律観念上」救済を必要とする利益として広く捉えられるべきものである。

国家賠償法1条1項の「違法に他人に損害を加えたとき」という条項は、上記のような判例・通説となった違法性説の表現であり、現代語化された民法709条も大学湯事件判決以来の判例の立場を条文に織り込む趣旨で「他人の権利又は法律上保護される利益を侵害した者は」と規定されたものである。

したがって、「法律上保護される利益」を問題にする場合であっても、基本的に、当該利益に係る被害の種類・性質と侵害行為の態様・程度との相関関係・総合的判断の中で考察されれば足り、社会生活上問題になる利益の侵害について、明確な根拠もなしに「法的保護に値しない」として、不法行為法による救済の入口で頭から対象として排除するような解釈方法がとられるべきではない。

実際、「法律上保護される利益」に該当しないとして不法行為責任が否定されるケースは、「こんにちでは、人格的利益を中心に不法行為法の保護利益が拡大しており、判例上、不法行為の成立が全く否定される利益は必ずしも多くない」と指摘されるし(『新注釈民法(15)』294頁)、後述のように、多くの最高裁判例も、「主観的な利益」を保護の対象に含めてきているし、また「法律上保護される利益」を侵害行為の態様・程度等の諸要素との相関関係の下で総合的に判断している。

したがって、被告の主張のように、本件において新安保法制法の制定等によって原告らが被っている人格権・人格的利益の侵害が、「漠然とした不安感」にすぎない等として、「法的保護に値しない」として決めつける論理は成り立たない。現に被告は、原告らの被害が「法的保護に値しない」とする何らの基準も示していないし、示すことができていないのである。

(3)ところで、近時の不法行為の事例においては、人の精神に対する侵害や環境への侵害など、非物理的侵害が注目されるようになってきて、これに焦点を当てた検討が必要であることが指摘されている(能見善久「新しい法益と不法行為法の課題 総論——本シンポジウムの目的と視点」NBL936号9頁、2010年)。

また、人格権の「主観化」がますます進み、個人の「思い」とか「感情」、「主観的な不快感」などが不法行為の対象として重要となり、「ここがむしろ人格権の核心部分になるのではないか」と指摘される(木村和成「意見書」4頁)。

その場合、上記のような大学湯事件判例の理解によれば、「権利侵害要件を脱落させ、これを『侵害行為』の『違法性』に置き換えることによって、個人の『主観』が、権利又は法律上保護される利益として保護されるべきか否かというフィルターによって弾き飛ばされる局面は消え去ることになる。大学湯事件で示された民法709条の新たな解釈は、個人の『主観』をそのままの形で、不法

行為法上の保護の対象に取り込むことを可能にするものであると再評価することができよう」とも指摘される(木村和成・前掲論文159頁)。

木村教授は、最近の人格権に関する裁判例(公害・生活妨害型、名誉毀損・プライバシー侵害型、氏名・肖像侵害型、その他の紛争)を詳細に検討し、個人の主観に依存する利益の法的保護が拡大しているという意味で、人格権の「主観化」が加速している事実を指摘し、その裁判例の傾向として、「人格権の内容のうちどのような権利や利益が侵害されたかをもはや問題とせずに、被害者が加害者の(違法と評価される)行為により精神的苦痛を被ったことや同人が不快感を抱いたことそれ自体をもって人格権侵害とする傾向」を指摘する。そして、「特に労働関係での人格権侵害、男女関係での人格権侵害、そして近時爆発的な増加を見せているインターネット上での人格権侵害においては、加害者の違法行為によって被害者が精神的苦痛を被ったことや同人が不快感を抱いたという事実に対し、端的に人格権侵害という評価が与えられている(ここでは、生命、身体、健康、名誉、プライバシーなどといった具体的な法益の侵害は問題にされていないし、そもそもそうした法益の侵害を見いだすこと自体が難しい)。このことから、『違法な行為によって精神的苦痛や不快感を与えられない権利』としての『人格権』が浮かび上がってくる」とする(木村和成「近時の裁判例に見る『人格権』概念の諸相」153頁)。

そして、もともと不法行為法が財産権の侵害に対する「損害の填補」を目的とするものとして形成・構成されてきたのに対し、「人格権侵害に基づく損害賠償請求の多くは、不法行為法の機能である『損害の填補』を目的とするものではなく、他者の行為によって自身の人格が侵害されたことに対する『個人の尊厳を守るための闘い』であるといってもよい。財産権の侵害と決定的に異なるのはこの部分であり、それを抽象的に権利侵害として不法行為法上の保護法益として論じることは、人格権の保護にとって適切であるとはいえない」と、基本的な問題点を指摘する(木村・同論文164～165頁)。

まして、本件原告らの受けている新安保法制法による前記のような個別具体的な戦争やテロについての不安・恐怖、人生の支えや平穏な生活の喪失、生涯をかけた活動・使命に対する妨害等は、個人の尊厳としての人格権の侵害そのものであり、これに対する本件賠償請求はまさに個人の尊厳を守るための訴えにほかならない。

このような人格権に基づく損害賠償請求に対し、安易に「法律上保護される利益」を否定することは、今日において不法行為法が果たすべき機能に照らし、許されることではない。

8 最高裁判例における法的保護利益の検討

東京裁判の原告準備書面(14)の「第3」で「最高裁判例における法的保護利益の

検討」(15～31頁)を行っている。これを原告準備書面(27)の42～52頁で、援用し、原告らの主張としているとおりである。

9 主に人格権に関する下級審裁判例の検討

東京裁判の原告準備書面(14)の「第4」で「主に人格権に関する下級審裁判例の検討」(31～42頁)を行っている。これを原告準備書面(27)の53～59頁で援用し、原告らの主張としているとおりである。

10 違法性判断における『行為不法』傾向

原告準備書面(20)の3～9頁で、高作正博(関西大学法学部教授)の大阪地方裁判所平成28年(ワ)第5586号 平和的生存権等損害賠償請求事件。(以下「大阪地裁事件」という。)での、「平和的生存権等損害賠償請求事件に関する意見書」(2018年2月8日付。以下「高作意見書」という。)を援用し、被告国第2準備書面の26～29頁の主張「国家賠償法第1条における違法性の判断方法について」に対する原告らの反論としているとおりである。

11 損害要件の判断方法と本件における損害

原告準備書面(20)の9～14頁で、高作意見書の「2 損害要件の判断方法と本件における損害」を援用し、被告国の主張に対する反論としているとおりである。

12 立法行為の違憲性・違法性

被告国は、原告準備書面(2)の反論として、被告第2準備書面の「(3)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」とし、「ア 最高裁平成17年判決について」(30～31頁)、「イ 最高裁昭和63年判決について」(31～32頁)、「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」(32～33頁)、「エ 最高裁平成27年再婚禁止期間違憲訴訟判決について」(33頁)の各判決を「原告らが主張の根拠とし、あるいは被告国の主張の根拠とならないと批判する上記一連の最高裁判所の判決は、いずれも損害賠償が認められるために、具体的な権利ないし法的利益が必要であることを前提としている。」と主張する。

一方で原告らは、本件「戦争法」の立法内容が、憲法に反し、国が「国民に憲法上保障されている権利を侵害するものであることが明白な場合」に該当し、本件「戦争法」の強行成立及びその施行により、原告等の「平和的生存権」、「人格権」、「憲法改正・決定権」の具体的な権利ないし法的利益が侵害されているとる主張・立証してきた。

そして、原告準備書面(2)などで示した最高裁判決が示した判断の順序に従い、本件「戦争法」の立法内容が、憲法に反しているか否かをまず判断する必要があると主張・立証した。しかしながら、被告国第2準備書面の前記した被告国の主張は、この原告らの主張・立証(原告準備書面(2)などで示した最高裁判決、つまり、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、判断する順序があり、この判断順序に基づくこと。)に対する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・齟齬の主張であることを、原告準備書面(25)、同(32)、同(38)で論証した。

また、そのうえで原告準備書面(20)の14-29頁で、前述のように、高作意見書の「第2 立法行為の違憲性・違法性」を引用し、被告国の主張に対する原告らの反論としたとおりである。

13 違法性における被侵害利益

前述のことを踏まえ、高裁高作意見書の「違法性における被侵害利益」(5, 6頁)を援用し、原告らの主張の論証とする。

第3違法性における被侵害利益

(1) 立法行為の違法性の思考様式

損害要件を違法性とは別に考える以上の考え方とは異なり、被侵害利益として違法性要件の中で判断するとするのが最高裁判決の思考様式である。原則としては、在宅投票制度廃止違憲訴訟における最高裁判決(最高裁昭和60年11月21日判決・民集39巻7号1512頁)が述べる次のような見解である。①立法行為(立法不作為を含む)の違法性の問題は、「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」である。②「国会議員の立法行為は、本質的に政治的なもの」である。③「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではないというべき」である。

他方で、例外的に立法行為の違法性が認められる場合もありうる。①「国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けないものといわなければならない」(前掲最高裁昭和60年11月21日判決)。

②「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受けるものというべきである」(在外国民選挙権剥奪事件・最高裁平成17年9月14日大法廷判決・民集59巻7号2087頁)。

③「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってその改廃等の立法措置を怠る場合などにおいては、国会議員の立法過程における行動が上記職務上の法的義務に違反したものとして、例外的に、その立法不作為は、国家賠償法1条1項の規定の適用上違法の評価を受けることがあるというべきである」(再婚禁止期間違憲訴訟・最高裁平成27年12月16日大法廷判決・民集69巻8号2427頁)。

(2) 被侵害利益としての精神的苦痛

ここで挙げた先例は、いずれも憲法上の権利利益を侵害する立法行為が争われた事案であったため、事例に即した要件設定となっているが、例えば、不安、憂慮及び精神的苦痛等の被侵害利益が生じている場合でも、違法性が一切認められないとは解されない。そのことは、広島徴用工在外被爆者訴訟の最高裁判決でも承認されている。「原子爆弾被爆者の医療等に関する法律」及び「原子爆弾被爆者に対する特別措置に関する法律」(「原爆二法」)に基づく通達によって被った落胆、怒り、被差別感、不満感、焦燥感を理由とする損害賠償請求につき、判例は次のように判示した。

①「上告人の担当者の発出した通達の定めが法の解釈を誤る違法なものであったとしても、そのことから直ちに同通達を発出し、これに従った取扱いを継続した上告人の担当者の行為に国家賠償法1条1項にいう違法があったと評価されることにはならず、上告人の担当者が職務上通常尽くすべき注意義務を尽くすことなく漫然と上記行為をしたと認められるような事情がある場合に限り、上記の評価がされることになるものと解するのが相当である」。②「402号通達を作成、発出し、また、これに従った失権取扱いを継続した上告人の担当者の行為は、公務員の職務上の注意義務に違反するものとして、国家賠償法1条1項の適用上違法なものであり、当該担当者に過失があることも明らかであって、上告人には、上記行為によって原告らが被った損害を賠償すべき責任があるというべきである」(最高裁平成19年11月1日判決・民集61巻8号2733頁)。

以上の理は、立法行為によって、不安、憂慮及び精神的苦痛等の被侵害利益を被った場合にも妥当するものと解される。それでは損害賠償が認められる事例が膨大となり、法的にも財政的にも適切ではないとする見方もありうるが、違法性

の判断は被侵害利益のみで判断されるものではなく、「職務上の法的義務」を基準とし、それに違背した場合に違法とされるべき場合がありうるものと解されるため、賠償義務が無限に広がるものではない。特に、国家機関にも信頼保護原則(信義則)が適用されるとする判例の存在(最高裁昭和56年1月27日判決・民集35卷1号35頁)、また、「政府が『今後とも集団的自衛権の行使を禁ず』という約束事を自ら定めた場合」、その規定は、「今後の法規範の変更・改正にかかわる規定(変更禁止規定)を包有するもので、すでに普通の政府見解とは『同じ段階にはあり得ず』、それより『上位段階の規範』とみなさなければならない」とする見解3に着目すれば、長年にわたって蓄積されてきた政府見解及びそれを立法化した立法府の行為は、従来の憲法解釈を一方的に変更してはならない「職務上の法的義務」を負っているものと解され、それを前提に違法性の有無を審理判断すべきである。

以上のように、「長年にわたって蓄積されてきた政府見解及びそれを立法化した立法府の行為は、従来の憲法解釈を一方的に変更してはならない『職務上の法的義務』を負っているものと解され、それを前提に違法性の有無を審理判断すべきである」と述べている。つまり、本件の場合、これに該当し、本件「戦争法」の立法内容が、憲法に反しているか否かをまず判断する必要がある。

高裁高作意見書も「結——憲法判断の可能性」(6、7頁)で、「憲法判断を行うべきである」と次のように述べている。

結——憲法判断の可能性

以上の通り、損害ないし違法性についての原判決の判断は不十分であって、再検討の必要がある。学説上も、国家賠償法「1条1項は『損害』といっているだけであって、何らそれを限定しているわけではない。不快感・焦燥感等といえども、これは精神的苦痛の一種であり、損害から排除すべき理由はない」とする指摘もある(西埜章『国家賠償法コンメンタール[第3版]』(勁草書房、2020) 809頁)。

また、違法性につき「公権力発動要件欠如説」を採り、損害要件を充足しないとして請求棄却になる場合でも、違法性判断を行うべき理由が認められる。国家賠償法が有する法治主義担保機能である。宇賀克也は、「たとえば、誤判により死刑が執行された場合、当該囚人の父母、配偶者、子は、それにより受けた精神的苦痛の賠償を求めることができる。しかし、死刑廃止論者が受けた精神的苦痛の賠償は認められがたいと思われる」とした上で、次のように指摘する。「この場合、当該死刑の執行が、死刑廃止論者との関係では違法ではないと説明するよりも、それは、何人との関係においても違法な行為ではあるが、死刑廃止論者が受けた精神的苦痛は、国家賠償法上保護に値しないと説明する方が、公権力発動要件が欠如した行為を違法ではないとして処理しない点において、国家賠償法のもつ法治国原理担保機能に、より忠実であるといえると思われる」とする(宇賀克也『国家補償法』(有斐閣、1997) 78、79頁。)

他方、「職務行為基準説」に従うと、違法性要件は、被侵害利益だけでなく行為態様も加味して判断されることとなり、その結果、安保法制の違憲性ないしそれを制定した立法行為の違法性にも司法の判断が求められることとなる。最終的に請求棄却になる場合であっても、憲法判断に踏み込むべき場合がありうることを考慮する必要がある。このことは、最高裁判所の判例には、法律上の争訟の解決に直接関係しないにもかかわらず、あえて憲法判断を述べる判決(皇居前広場事件に関する最高裁昭和28年12月23日大法廷判決・民集7巻13号1561頁、朝日訴訟に関する最高裁昭和42年5月24日大法廷判決・民集21巻5号1043頁は、どちらも「念のため」として傍論の中で憲法判断を述べている。)が見られることから説明が可能である。

安保法制のように憲法に反する疑いが強い立法がなされても司法判断が行われないことになれば、同様のことが繰り返されることとなり法秩序の崩壊につながる。それを回避しあるべき法秩序へと回復するためには、「繰り返されるが、審査を免れる」という事態を回避すべく、憲法判断を行うべきである(佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011)633、634頁。)

以上の理由から、被告国の主張は、原告らの訴えの真実を発見するために不可欠である客観的事実に誤認を来し、理由不備・齟齬があり、失当というほかない。その理由は、原告らが訴えている、本件「戦争法」が、憲法に反し違憲立法であるとの主張に対し、反論を回避しているからにほかならない。

14 小結(被告らの本件行為は、国賠法上の違法行為に該当する)

以上のように、被告らの本件行為は、日本国憲法の〈立憲平和主義〉に反する違憲立法行為であり、被告らの本件行為が、日本国憲法の〈立憲平和主義〉の破壊行為であり、それにより、主権者ら(原告らを含む)の淵源的・基本的な権利を侵害しており、それは、国賠法上の違法に該当する。

第3 本件行為の権利侵害のもう一つの本質(思想・良心・信教の自由の侵害)

本件は、私人(民間人)による私人(民間人)への「個人の尊厳」の侵害の事象ではなく、行政権力と立法権力を有する被告ら(公的機関・公人)が、私人(民間人)であり、主権者である原告らの「個人の尊厳」などを侵害する事象である。改めて述べるまでもなく、近代国家において、立憲主義に基づく日本国憲法という法体系下において、公的機関の価値的中立は、基本的な大原則である。つまり、多様な思想・良心・信条を有する人々(私人)の個々人の思想・良心の自由は、公的機関の価値的中立がなければ、そ

れを保障できない。日本国憲法19条の「思想・良心の自由」、憲法20条の「信教の自由」は、換言すれば、国家(公的機関)との関係における「思想・良心の自由」「信教の自由」である。

日本国憲法は、その前文で、「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し」、そのうえで、「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。」(以下「平和を愛する諸国民の公正と信義の信頼に基づく恒久平和の実現という憲法上の基本理念」という。)とする憲法上の基本理念を宣明している。これは、いわば日本国憲法上の基本理念であり、憲法上の思想・良心的理念であるといえる。

この憲法上の思想・良心的理念をある「平和を愛する諸国民の公正と信義の信頼に基づく恒久平和の実現という憲法上の基本理念」を憲法99条に基づき「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」がある。逆にいえば、主権者の個々人の「思想・良心の自由」「信教の自由」の保障との関係から、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員」は、「平和を愛する諸国民の公正と信義の信頼に基づく恒久平和の実現という憲法上の基本理念」に対して、価値的中立の言動を課せられているということである。

繰り返しになるが、近代国家において、立憲主義に基づく日本国憲法という法体系下において、公的機関、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員」は、「平和を愛する諸国民の公正と信義の信頼に基づく恒久平和の実現という憲法上の基本理念」に対して価値的中立であることを近代の基本的な大原則として義務付けられている。そして、これに反すると、多様な思想・良心・信条を有する人々(私人)の個々の思想・良心の自由を侵害するということになる。

さらに、憲法前文の「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。」とし、そして、「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。」と断定している。これを憲法98条で、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」と明文規定し、そのうえで、同99条で、「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この憲法を尊重し擁護する義務を負ふ。」と規定し、近代の〈立憲主義〉原理を明文化している。

つまり、国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員らは、いわゆる「授權規範」・「制限規範」による権限の行使という〈立憲主義〉という憲法上の籜という制限を受けている。これを杉原泰雄(一橋大学名誉教授)は、『憲法と公教育』(93頁 勁草書房)で、「統治権の権利主体は主権者であって、国会・内閣・裁判所等現実の公権力担当者は、憲法で認められている権能だけを『権利』(自己の利益のために行使できる法的な力)としてではなく、主権者の利益のために行使しなければならない『権限』(自己の利益のためには行使できない法的な力)として、憲法の定める方法(手続と条件)に従ってのみ行使することができる、とする立憲主義についての通常理解の仕方をいう。」と解説している。

したがって、日本国憲法、特に上記前文に示されている憲法の基本理念に忠実に憲法遵守の義務を負っている、国務大臣・国会議員である被告らは、「平和を愛する諸国民の公正と信義の信頼に基づく恒久平和の実現という憲法上の基本理念」に相反する本件「戦争法」を強行可決し、立法化し、施行したということは、「平和を愛する諸国民の公正と信義の信頼に基づく恒久平和の実現という憲法上の基本理念」から逸脱したという違憲であると同時に、それは、近代国家において、〈立憲主義〉に基づく日本国憲法という法体系下において、公的機関の価値的中立に反することであり、特定の思想・価値観を主権者に強いることである。つまり、被告らの本件行為は、主権者ら(原告らを含む)の、憲法19条「思想・良心の自由」、憲法20条「信教の自由」の侵害となる。それは、国賠上の違法行為である。

結語（被告らの本件違法行為は、国賠法上の違法行為に該当）

以上のように、被告らの本件行為は、日本国憲法の〈立憲平和主義〉に反する違憲立法行為であり、日本国憲法の〈立憲平和主義〉の破壊行為であり、それにより、原告らの淵源的・基本的な権利を侵害している。それは、主権者(原告らを含む)の「立憲平和主義下の平穏な生活権」、「人格権」、「平和的生存権」、「不断の努力」の侵害であり、憲法19条「思想・良心の自由」、憲法20条「信教の自由」の侵害となる。それは、国賠上の違法行為に該当する。

以上