

原審 平成28年(ワ)第308号 平成29年(ワ)第345号  
令和3年(ネ)第154号  
「戦争法」強行成立損害請求事件  
控訴人 ○ 外15名  
被控訴人 国 外4名

## 控訴理由書(3)

憲法改正権に関する原判決には、事実誤認、理由不備・齟齬がある

2021年6月25日

高松高等裁判所 第4部 御中

控訴人兼選定当事者

### 目次

|  |   |
|--|---|
| はじめに(当該準備書面の主張目的) .....                    | 3 |
| 第1 原判決の「憲法改正・決定権について」の確認 .....             | 3 |
| 第2 「権利性の否認理由②」には、事実誤認、理由不備・齟齬がある .....     | 4 |
| 1 「戦争法」は、憲法9条の条文自体に反し、9条の実質的改正である .....    | 4 |
| (1) 集団的自衛権行使を容認する本件「戦争法」の違憲性の概要 .....      | 5 |
| (2) 憲法学者・元最高裁長官・元内閣法制局長官、「戦争法」を違憲と表明 ..... | 7 |
| (3) 「集団的自衛権容認・行使」は、これまでの政府解釈にも反する .....    | 7 |
| (4) 集団的自衛権の行使が認められないことは確立した憲法規範 .....      | 7 |
| (5) 憲法9条に関する確立した憲法規範の変更は、実質的憲法改正である .....  | 8 |
| (6) 元内閣法制局長官宮崎氏の法廷証言－戦争法違憲・憲法改正手続不可欠 ..... | 8 |
| (7) 小結－「戦争法」制定には、憲法96条1項の改正手続が不可欠である ..... | 8 |
| 2 小結(「権利性の否認理由②」は、事実誤認、理由不備・齟齬がある) .....   | 9 |

|  |    |
|--|----|
| 第3 「権利性の否認理由①」の事実誤認、理由不備・齟齬 .....            | 9  |
| はじめに.....                                    | 9  |
| 1 「憲法改正承認」の可否の「国民投票」権は、主権者の淵源的権利である.....     | 10 |
| 2 「憲法改正権」の侵害とは、「国民投票権」と「国民投票運動権」の侵害である ..... | 10 |
| (1) 「国民投票」の権利行使は、個々人の具体的権利ないし法的利益である .....   | 11 |
| 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.....            | 11 |
| ② 投票権者の「国民投票権」行使は、個々人の具体的権利ないし法的利益 .....     | 11 |
| ③ 「国民投票運動」の権利の行使は、個々人の具体的権利である.....          | 14 |
| ④ 「国民投票権」と「国民投票運動権」は、個々人の具体的な参政権である .....    | 15 |
| ⑤ 憲法改正手続法が示す「国民投票権」と「国民投票運動権」の権利性 .....      | 15 |
| ⑥ 小結－「権利性否認判示」は、事実誤認、理由不備・齟齬がある.....         | 19 |
| 3 2005年大法廷判決は、選挙権を「固有の権利」と認めている.....         | 19 |
| (1) 「選挙権」が示す、憲法96条1項の「国民投票」の「固有の権利性」 .....   | 19 |
| (2) 2005年大法廷判決は、公職選挙法の選挙権行使制限を違法と判示.....     | 20 |
| (3) 2005年大法廷判決は、選挙権行使制限を国賠法の違法と判示 .....      | 23 |
| (4) 2005年大法廷判決は、本件の国賠法上の違法を明確に指し示している .....  | 25 |
| ① 本件「戦争法」は、違憲立法である .....                     | 25 |
| ② 本件「戦争法」を制定するには、憲法改正手続が不可欠である.....          | 26 |
| ③ 本件「戦争法」の制定過程の手続上の違憲・違法行為 .....             | 26 |
| ④ 憲法96条1項に基づく改正手続の不作为による違憲・違法 .....          | 28 |
| (5) 小結－2005年大法廷判決は、「権利性の否認判示理由①」の誤判を示す ..... | 29 |
| 4 2005年大法廷判決が示した判断基準に反する「権利性の否認判示理由①」 .....  | 29 |
| (1) 司法制度改革に基づく「国民の権利利益の救済範囲の拡大」 .....        | 30 |
| (2) 「国民の権利利益の救済範囲の拡大」を図るための法改正 .....         | 30 |
| (3) 2005年大法廷判決が示した「国民の権利利益の救済範囲拡大」判断基準 ..... | 31 |
| 5 「憲法改正権」の権利侵害による控訴人らが被る個々人の被害内容 .....       | 32 |
| 6 小結（「権利性の否認理由①」は誤判である） .....                | 32 |
| 第5 「権利性の否認理由③」には、事実誤認、理由不備・齟齬がある.....        | 33 |
| 1 原判決の「技巧的な論理構成」との断定は、事実誤認、理由不備・齟齬がある .....  | 33 |
| 2 原判決の「憲法適合性の審査対象」には、事実誤認、理由不備・齟齬がある .....   | 34 |
| 3 小結（「権利性の否認理由③」は、事実誤認、理由不備・齟齬がある）.....      | 35 |
| 結語.....                                      | 35 |

## はじめに(当該準備書面の主張目的)

原判決の「第4 当裁判所の判断」の「(4) 憲法改正・決定権について」(35頁-37頁。以下「憲法改正権に関する原判決」という。)には、真実を発見するために基礎をなす客観的事実に事実誤認があり、それが原因となる理由不備・齟齬がある。したがって、原判決の取り消しは免れえない。以下それを明らかにする。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 原判決の「憲法改正・決定権について」の確認

原判決の「憲法改正・決定権について」で「憲法改正・決定権」(以下「憲法改正権」という。)の具体的権利性の有無を次のように判示している。

#### (4) 憲法改正・決定権について

ア 原告らは、憲法96条の国民投票権が主権者のみに帰属する権利であり、憲法前文第1段や99条と相まって国民主権原理に基づく個々の主権者の淵源的な具体的権利であることが明らかになっているし、憲法改正手続法の立法化によって、更に具体的権利性が強化されていると主張する。

イ 憲法96条1項は、憲法の改正は国会が発議し、国民の承認を経なければならないとして、憲法改正の最終決定権が国民にあることを明らかにし、同条2項は、国民の名で憲法を公布するとして、憲法改正権の主体が国民であることを明示している。原告ら(ただし、日本国民に限る。)も、憲法改正手続の際にはその主体となる。

しかし、憲法96条が、上記のとおり憲法改正手続を定めているものの、そのことは、原告らの主張するような「憲法改正の課題となるべき事項に対し国民投票権を行使してその是非について意思表示する権利を含む憲法改正・決定権」が具体的権利又は法的利益として保障される根拠になるとは解されない(下線内容を控訴人らは「権利性否認判示」という。以下同じ。)。憲法前文も、国民主権の理念を定めているにすぎないし、憲法99条も、憲法が最高法規として国会議員や裁判官らの憲法尊重擁護義務の対象となることを定めているにすぎず、これらから憲法改正・決定権の具体的権利性が導かれるものではない。(以下「権利性の否認理由①」という。)

ウ よって、原告らの主張する憲法改正・決定権が、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べき具体的個別的な権利ないし法的利益であるとは認められない(以下「国賠請求権の否認判示」という。)

そもそも、平和安全法制関連2法の制定は、憲法の条文自体を改正するものではないから、憲法改正に伴う国民投票制度における個別の国民の投票権の内容や行使に具体的な制約を加えるものでない(以下「権利性の否認理由②」という。)。原告らは、平和安全法制関連2法が端的に違憲であると主張すれば足りるものを、あえて、被侵害権利ないし法的利益の存否の争点を克服するための技巧的な論理構成として憲法改正・決定権という概念を持ち出しているにすぎない。原告らの論理では、およそ憲法違反の法令であれば全て憲法改正・決定権違反の立法行為によるものとなるのであり、憲法改正・決定権を持ち出せば、あらゆる法令も国家賠償請求の名の下に憲法適合性の審査対象とすることができることになる。結果として、個別の具体的権利を離れ、抽象的に法令自体の憲法適合性の審査を求めることを許容することになるのであり、現行の司法制度の下で採り得るものではない(以下「権利性の否認理由③」という。)。

その他原告らが主張する点を踏まえても、原告らの主張する憲法改正・決定権の具体的権利性を否定した上記結論は左右されない。(35頁-37頁)

以上の「憲法改正権に関する原判決」には、後述のように事実誤認、理由不備・齟齬がある。しかも、控訴人らの主張の改ざんとしか言いようのない事実誤認がある。したがって、この「憲法改正権に関する原判決」の事実誤認、理由不備・齟齬を整理し、論理付けるために、まずは「権利性の否認理由②」、次に「権利性の否認理由①」、そして「権利性の否認理由③」の順番で事実誤認、理由不備・齟齬を明らかにし、そのうえで「国賠請求権の否認判示」の事実誤認、理由不備・齟齬を明らかにする。

## 第2 「権利性の否認理由②」には、事実誤認、理由不備・齟齬がある

### 1 「戦争法」は、憲法9条の条文自体に反し、9条の実質的改正である

控訴人らは、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・違法であり、憲法9条に反し違憲・違法であることを準備書面(1)、同(4)、同(14)、同(17)、同(23)、同(24)、同(33)、同(35)、同(42)、同(46)で明らかにした。つまり、本件「戦争法」は、憲法9条の条文自体に反する。それにもかかわらず、被控訴人らは、本件「戦争法」を憲法96条1項が求める憲法改正手続を行わないまま、同法を制定した。

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(以下、これを「実質的改正」という。)。この点をこれまで主張・立証したが、その概要を再度述べ、

「権利性の否認理由②」には、事実誤認、理由不備・齟齬があることを明らかにする。

## (1) 集団的自衛権行使を容認する本件「戦争法」の違憲性の概要

集団的自衛権行使を容認する本件「戦争法」の違憲性の概要は、次のとおりである。

ア 集団的自衛権の行使の容認は、いかに「自衛のための措置」と説明されようとも、政府の憲法解釈として定着し、規範となってきた憲法第9条の解釈の核心部分、すなわち、**自衛権の発動は日本国に対する直接の武力攻撃が発生した場合にのみ、これを日本国の領域から排除するための必要最小限度の実力の行使に限って許される**との解釈を真っ向から否定するものである。それは、他国に対する武力攻撃が発生した場合にも自衛隊が海外にまで出動して戦争をすることを認めることであり、その場合に自衛隊は「戦力」であることを否定し得ず、交戦権の否認にも抵触し、憲法第9条に違反することになる。

イ 新3要件に即してみると、そのことはより明確である。まず、「他国に対する武力攻撃」に対して日本国が武力をもって反撃するということは、法理上、これまで基本的に日本国周辺に限られていた武力の行使の地理的限定がなくなり、外国の領域における武力の行使すなわち海外派兵を否定する根拠もなくなることを意味する。

そして第1要件についていえば、「我が国に対する武力攻撃」があったかなかったかは事実として明確であるのに対し、他国に対する武力攻撃が「我が国の存立を脅かす」かどうか、「国民の生命、自由および幸福追求の権利を覆す」かどうかは、評価の問題であるから、極めてあいまいであり、客観的限定性を欠く。ましてや「脅威が世界のどの地域において発生しても、我が国の安全保障に直接的な影響を及ぼし得る状況になっている」との情勢認識を政府がしている以上、第1要件が何の歯止めにもならないことも充分考えられる。「密接な関係」「根底から覆す」「明白な危険」なども全て評価概念であり、その該当性は判断する者の評価によって左右される。そして、法案審議における政府の国会答弁によれば、この事態に該当するかどうかは、結局のところ、政府が「総合的に判断」するというのである。

第2要件(他に適当な手段がないこと)および第3要件(必要最小限度の実力の行使)は、表現はこれまでの自衛権発動の3要件と類似するが、前提となる第1要件があいまいになれば、第2要件、第3要件も必然的にあいまいなものになる。

例えば、国会審議を含めて政府から繰り返し強調されたホルムズ海峡に敷設された機雷掃海についてみれば、第1要件のいう「我が国の存立が脅かされ、

国民の生命等が根底から脅かされる」のは、経済的影響でも足りるのか、日本が有する半年分の石油の備蓄が何か月分減少したら該当するのか、そのときの国際情勢や他国の動きをどう評価・予測するのかなどの判断のしかたに左右され、第2要件の「他の適当な手段」として、これらに関する外交交渉による打開の可能性、他の輸入ルートや代替エネルギーの確保の可能性などの判断も客観的基準は考えにくく、さらに第3要件の「必要最小限度」も第1要件・第2要件の判断に左右されて、派遣する自衛隊の規模、派遣期間、他国との活動分担などの限度にも客観的基準を見出すことは困難である。

以上に加えて、2013年12月に制定された特定秘密保護法により、防衛、外交、スパイ、「テロリズム」等の安全保障に関する情報が、政府の判断によって市民に対して秘匿される場合、「外国に対する武力攻撃」の有無・内容、その日本および市民への影響、その切迫性等を判断する偏りのない十分な資料を得ることすらできない。政府の「総合的判断」の是非のチェックができないのである。

ウ 「戦争法」に基づく集団的自衛権の行使容認は、これまで政府自らが確立してきた憲法第9条の規範内容を否定するものであるとともに、その行使の3要件が客観的限定性をもたず、きわめてあいまいであるため、時の政府の判断によって、日本が他国のために、他国とともに、地理的な限定なく世界中で武力を行使することを可能にするものとして、憲法第9条の規定に真っ向から違反するものである。

エ 集団的自衛権の行使が憲法上許容されるものであることについての根拠を示すことが困難になっていく中で、政府与党からは、最高裁1959年12月16日大法廷判決(刑集13巻13号3225頁、砂川事件判決)が「わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」と述べていることをもって、この必要な自衛の措置をとることの中には、集団的自衛権も含まれるとして合憲性の主張の根拠とするようになった。

しかし、同事件においては、集団的自衛権の憲法適合性はまったく争点になっておらず、最高裁の上記判示部分は、日本に対する直接の武力攻撃があった場合の当然の「国家固有の権能」としての自衛の権利について述べたものであることは文脈上も明らかである。安全保障環境がまったく異なる60年近く前のアメリカ合衆国軍基地の駐留が合憲か否かの裁判の判決の、しかも傍論部分の片言隻句をもって今回の「戦争法」の正当化の論理の根拠として利用せざるを得ないところに、合憲論の根拠の弱さが明白に表れている。この点の詳細は、準備書面(46)の31頁から37頁のとおりである。

## (2) 憲法学者・元最高裁長官・元内閣法制局長官、「戦争法」を違憲と表明

以上の理由などから、2015年6月4日の衆院憲法審査会で、「立憲主義」をテーマに招致された参考人の憲法学者3人がそろって、集団的自衛権行使を可能にする「戦争法」案について「憲法に違反する」との認識を表明した(証拠甲88号証)。

また、代表的な憲法学者ないし法律家、元最高裁長官、最高裁判事、元内閣法制局長官なども集団的自衛権行使を可能にする「戦争法」案について「憲法に違反する」との認識を表明した(証拠甲2号証、同81号証、同82号証、91号証)。この事実が、本件「戦争法」が、憲法違反の法律であることを端的に示している。

## (3) 「集団的自衛権容認・行使」は、これまでの政府解釈にも反する

憲法9条に関して、内閣法制局及び政府も、「憲法9条の下で武力行使が認められるのは個別的自衛権、すなわち、わが国(日本)に対する急迫不正の侵害があり、これを排除するために他に適当な手段がない場合に行使される必要最小限度のやむを得ない措置に限られる」「集団的自衛権の行使は違憲であり、憲法改正なしにはあり得ない」との解釈を一貫して表明してきた(証拠甲81号証、同82号証)。

この事実も、本件「戦争法」が、憲法違反の法律であることを端的に示している。

## (4) 集団的自衛権の行使が認められないことは確立した憲法規範

国会における答弁等でも明らかであるが、憲法上、日本国の個別的自衛権の行使は、武力攻撃から日本国の国民(憲法の英訳はpeople=人民である。以下表記を人民(国民)とする。)を守るための措置である。つまり、個別的自衛権の行使は、日本国に対する武力攻撃の発生をその発動の要件とするのに対して、集団的自衛権の行使は、日本国に対する武力攻撃が発生しておらず、人民(国民)や国の存立が直接危険にさらされていない状況下での武力行使である。この点において、個別的自衛権と集団的自衛権では決定的にその性格を異にする。

これについて、内閣法制局及び歴代の内閣総理大臣が「憲法上、個別的自衛権は認められるが、集団的自衛権は認められない」との解釈を国会で繰り返し表明し、長年にわたって歴代内閣によって同様の見解が維持されて確立した政府解釈として定着している。さらに憲法学者をはじめ人民(国民)もこれを支持し、すでに不文の憲法規範として確立していた(証拠甲81号証、同82号証、同91号証)。この事実も、本件「戦争法」が、憲法違反の法律であることを端的に示している。

## (5) 憲法9条に関する確立した憲法規範の変更は、実質的憲法改正である

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、次の「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、被控訴人らは、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、「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))。

## (6) 元内閣法制局長官宮崎氏の法廷証言－戦争法違憲・憲法改正手続不可欠

第1次安倍内閣当時の元内閣法制局長官(2006-2010年)宮崎礼壹氏(法制局に20年勤務)は、2019年6月13日、前橋地方裁判所で行われた安民法制違憲訴訟の証人尋問において、「安民法は長年の政府解釈や国会の議論に明白に反しており、違憲だ」と述べ、「集団的自衛権は憲法9条の下では行使できない。政府でも確立した考え方で、国会でもそう捉えられてきた」「一貫した政府の解釈で、歴代の総理大臣もそのように答弁してきた」と証言した。

日本と密接な関係にある他国への武力攻撃で日本の存立が脅かされた場合などを規定した「武力行使の新3要件」については「極めて曖昧で混乱を招く。9条の求めるものに反する」と指摘し、開廷後の取材に「集団的自衛権は憲法を改正しないと行使できない」と断言した。(証拠甲95号証、『愛媛新聞』2019年6月14日)

## (7) 小結－「戦争法」制定には、憲法96条1項の改正手続が不可欠である

以上の理由から、本件「戦争法」を制定するには、憲法96条1項の憲法改正手続なしに行うことは許されず、手続上の違憲がある。したがって、集団的自衛権の行使容認を内閣(政府)の閣議決定という手続のみでできないことはもちろん、そうした閣議決定の内容を実現することを意図して「戦争法」案を国会に上程することも、国務大臣の憲法尊重擁護義務に違反する行為として許されず、被控訴人らの本件「戦



争法」の制定行為は、違憲である。

## 2 小結(「権利性の否認理由②」は、事実誤認、理由不備・齟齬がある)

以上の理由から、本件「戦争法」の制定行為は、つまり、「平和安全法制関連2法の制定」行為は、「憲法9条」の「条文自体を改正する」事実行為に該当する。よって、「憲法改正に伴う国民投票制度における個別の国民の投票権の内容や行使」を行わないまま(＝不作為)での本件「戦争法」の制定行為は、事実上の「憲法改正に伴う国民投票制度における個別の国民の投票権の内容や行使に具体的な制約を加える」行為にほかならない。

したがって、原判決の「平和安全法制関連2法の制定は、憲法の条文自体を改正するものではない」との判示には、「平和安全法制関連2法の制定」行為が、「憲法9条」の「条文自体を改正する」事実行為であるとの客観的事実に著しい誤認がある。このことが原因となり、事実上の「憲法改正に伴う国民投票制度における個別の国民の投票権の内容や行使に具体的な制約を加える」事実行為である本件「戦争法」を、「憲法改正に伴う国民投票制度における個別の国民の投票権の内容や行使に具体的な制約を加えるものでない」との判示、つまり、「権利性否認判示理由②」を導きだしているが、これは明らかに、理由不備・齟齬を来している。したがって、「権利性否認判示理由②」との原判決は、取り消さざるをえない。

## 第3 「権利性の否認理由①」の事実誤認、理由不備・齟齬

### はじめに

原判決の36頁で憲法96条1項の解釈を示し、そのうえで、「憲法96条が、上記のとおり憲法改正手続を定めているものの、そのことは、原告らの主張するような『憲法改正の課題となるべき事項に対し国民投票権を行使してその是非について意思表示する権利を含む憲法改正・決定権』が具体的権利又は法的利益として保障される根拠になるとは解されない。」と判示し、その理由を「憲法前文も、国民主権の理念を定めているにすぎないし、憲法99条も、憲法が最高法規として国会議員や裁判官らの憲法尊重擁護義務の対象となることを定めているにすぎず、これらから憲法改正・決定権の具体的権利性が導かれるものではない。」(権利性の否認理由①)と述べている。しかしながら、この理由には、次のように真実を発見するために不可欠である客観的事実に誤認があり、理由不備・齟齬がある。したがって、原判決の「権利性の否認理由①」は、取り消しは免れえない。

なお、「憲法改正権」は、主権者個々人の具体的権利であり、被控訴人らの本件行為によって、控訴人らのその権利が侵害され、損害を被っていることを準備書面(15)、同(26)、同(35)、同(43)、同(45)、同(49)で明らかにしている。

## 1 「憲法改正承認」の可否の「国民投票」権は、主権者の淵源的権利である

準備書面(49)の7から12頁で、『『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』こと、『『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』すること、『『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』ことを述べた。つまり、「憲法改正承認」の可否の「国民投票」権は、主権者の淵源的権利である。

## 2 「憲法改正権」の侵害とは、「国民投票権」と「国民投票運動権」の侵害である

本件「戦争法」の立法内容は、前述のようになる述べてきたように憲法9条に反し、長年にわたって歴代内閣によって維持されて確立した政府の憲法9条の解釈にも反する。したがって、本件「戦争法」を制定するには、憲法96条1項に基づき、「憲法9条改正」案を「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。」。

憲法96条1項に基づく憲法改正手続法1条は、「日本国憲法第九十六条に定める日本国憲法の改正(以下「憲法改正」という。)について、国民の承認に係る投票(以下「国民投票」という。)に関する手続を定めるとともに、あわせて憲法改正の発議に係る手続の整備を行うものとする。」とあり、「憲法改正の発議に係る手続」の一つとして、「憲法改正原案の発議に当たっては、内容において関連する事項ごとに区分して行うものとする。」とし、「憲法改正原案について国会において最後の可決があつた場合には、その可決をもつて、国会が日本国憲法第九十六条第一項に定める日本国憲法の改正(以下「憲法改正」という。)の発議をし、国民に提案したものとする。この場合において、両議院の議長は、憲法改正の発議をした旨及び発議に係る憲法改正案を官報に公示する。」と定めている。

憲法改正手続法の概要は後述のとおりであるが、憲法改正手続法の第7節の100条の国民投票運動の条文で、「この節及び次節の規定の適用に当たっては、表現の自由、学問の自由及び政治活動の自由その他の日本国憲法の保障する国民の自由と権利を不当に侵害しないように留意しなければならない。」とする。つまり、人民(国民)は、「憲法改正の発議」を受け、国民投票運動としての表現の自由、政治活動の自由その他の権利を自ら行使し、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を保障している。以下これを「国民投票運動権」という。

また、憲法改正手続法47条は、「投票は、国民投票に係る憲法改正案ごとに、一人一票に限る」と規定している。つまり、官報に掲載された「憲法改正」案について、憲法改正手続法3条の「日本国民で年齢満十八年以上の者は、国民投票の投票権を有する」個々人が、その個々人の1票の投票権を行使する権利を有している。これが、「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」(以下「国民投票」という。)であり、これを以下「国民投票権」という。

控訴人らが、被控訴人らの憲法改正手続の不作为による本件「戦争法」の制定の強行行為により、侵害されたと主張する「憲法改正権」の具体的な権利ないし法的利益とは、この「国民投票権」及び「国民投票運動権」を行使する機会の侵害である。

## (1) 「国民投票」の権利行使は、個々人の具体的な権利ないし法的利益である

### 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(京都大学名誉教授)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 投票権者の「国民投票権」行使は、個々人の具体的な権利ないし法的利益

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1項の「憲法改正」の「承認」の可否という具体的な意思を示す投票権者の「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ないし法的利益である。そのことを次の㉗㉘㉙㉚㉛が、端的に示している。

㉗ 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」をより重要な権利ないし法的利益を有していることを示している。

㉘ 『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。

㉙ 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、後述の2005年大法廷判決が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」とであると判示しているのだから、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」の行動としての憲法96条1項の「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。

㉚ 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かつ適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」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わざるを得ない。(1148-1149頁 下線控訴人ら)

- ④ 大阪戦争法裁判の原告第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(愛知大学法科大学院教授)の『憲法改正・決定権の具体的権利性』に関する見解」(25-26頁)で次のように述べているので、それを援用する。

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・個別的な権利といっ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。

### ③ 「国民投票運動」の権利の行使は、個々人の具体的権利である

国会が憲法改正の発議を行い、人民(国民)に対して「憲法改正」案を提案し、その「憲法改正」案の承認を、つまり、「憲法改正」案に対し賛成又は反対の投票をするように、又はしないように勧誘する「国民投票運動」は、前述のように、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人民(国民)の自由と権利を不当に侵害してはならないとある個々人の具体的かつ主観的権利である(国民投票運動権)。

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らの最終的意思である投票に係わる行為の行使を問われることなしに、憲法改正(実質的改正を含む)をなされることがないという権利ないし法的利益を控訴人らは有している。その一方で、被控訴人らは、これを保障する憲法上の義務を負っている。

#### ④ 「国民投票権」と「国民投票運動権」は、個々人の具体的な参政権である

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の権利を有している。

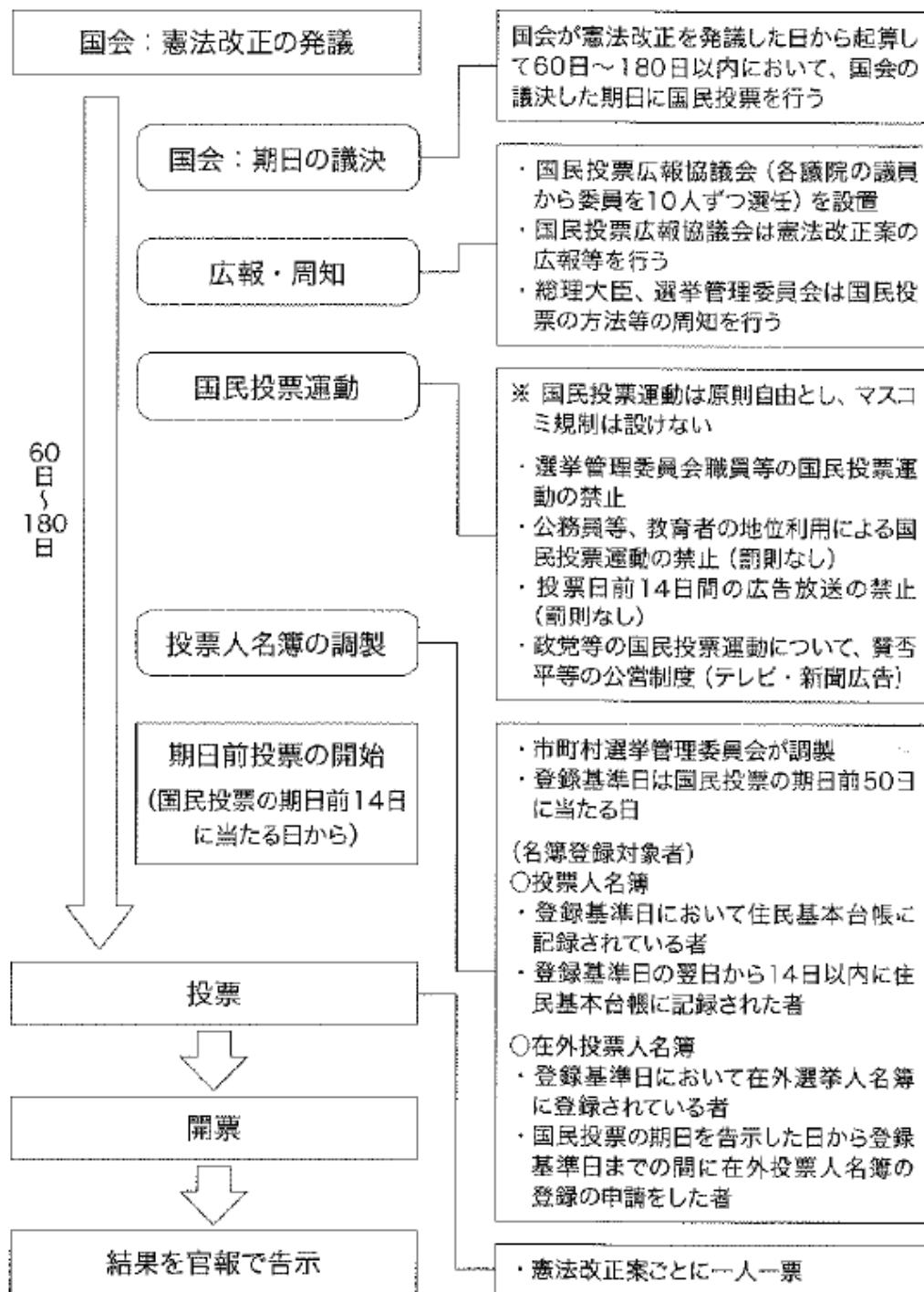
つまり、人民(国民)主権の原理の下では、主権者である個々の人民(国民)は、選挙の「投票」や「国民投票」という権利の行使の場合だけではなく、憲法21条等において保障された他の種々の権利(言論ないし集団示威行動等の表現の自由・集会結社の自由等の権利)を行使して政治に参加し、自らの意思を国会等の国政の場に直接反映することのできる権利を有している。その意味では、人民(国民)主権の原理は、個々の人民(国民)に、代表者である国会議員を介しての間接的政治参加を保障しているだけではなく、自らが主体的に直接政治に参加することのできる権利(参政権)も保障していると解することができる(浦部法穂「憲法学教室[第3版]」534～535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

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参政権は、絶対的具体的権利である。したがって、主権者である控訴人らは、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」という単なる「投票」という行為の権利の行使(憲法96条1項)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、つまり、憲法改正手続法の第7節にある国民投票運動(100条)に参加し、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具体的権利ないし法的利益を有することは明白である。その一方で、被控訴人らはこのような機会を保障する責務を憲法上負っている。

#### ⑤ 憲法改正手続法が示す「国民投票権」と「国民投票運動権」の権利性

以上のように、「国民投票権」の行使と「国民投票運動権」の行使は、一体不可分の関係にある。このことを次頁の『完全解説 憲法改正国民投票法』(一般社団法人選挙制度実務研究会編19頁)の「国民投票手続の流れ」の図が、端的に示している。

### 国民投票手続の流れ



憲法96条1項に基づく憲法改正手続法が規定する憲法改正手続の概要は、次のとおりであり、「国民投票」と「国民投票運動」は、上記のように一体不可分であり、「国民投票権」及び「国民投票運動権」の権利性を示している。



㉞ 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)。

㉟ 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。

㊱ 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。

㊲ 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。

㊳ 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)

次頁の投票用紙が示すように、「憲法改正」案ごとに、1人1票の投票という権利を行使することを示している。

㊴ 次頁図のように投票用紙は、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)。

⑥ 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)。ここで人民(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。

また、「投票」行為とこの国民投票運動は、人民(国民)の具体的な権利であることを示している。

|   |     |   |     |     |   |  |
|---|-----|---|-----|-----|---|--|
| <table border="1" style="width: 100%; border-collapse: collapse;"> <tr> <td style="width: 50%; text-align: center;">記 載</td> <td style="width: 50%; text-align: center;">欄</td> </tr> <tr> <td style="text-align: center;">反 対</td> <td style="text-align: center;">賛 成</td> </tr> </table> | 記 載 | 欄 | 反 対 | 賛 成 | <p style="text-align: center;">○注 意</p> <p>一 憲法改正案に賛成するときは、次の欄内の賛成の文字を○の記号で囲むこと。</p> <p>二 憲法改正案に反対するときは、次の欄内の反対の文字を○の記号で囲むこと。</p> <p>三 ○の記号以外は何も書かないこと。</p> | <p style="text-align: center;">日本国憲法改正国民投票</p> <div style="border: 1px solid black; padding: 5px; text-align: center;"> <p>都(道府県) (市) (区) (町) (村)</p> <p>選挙管理委員会</p> <p>印</p> </div> |
| 記 載   | 欄   |   |     |     |   |  |
| 反 対   | 賛 成 |   |     |     |   |  |

⑦ 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。

⑧ 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)。

## ⑥ 小結—「権利性否認判示」は、事実誤認、理由不備・齟齬がある

原判決は、この「国民投票権」及び「国民投票運動権」などを、「原告らの主張するような『憲法改正の課題となるべき事項に対し国民投票権を行使してその是非について意思表示する権利を含む憲法改正・決定権』が具体的権利又は法的利益として保障される根拠になるとは解されない。」と判示している(権利性否認判示)。

しかしながら、この「権利性否認判示」には、前述の「第2 『権利性の否認理由②』」には、事実誤認、理由不備・齟齬がある」及び「1 『憲法改正承認』の可否の「国民投票」権は、主権者の淵源的権利である」こと、「2 『憲法改正権』の侵害とは、『国民投票権』と『国民投票運動権』の侵害である」こと、「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」こと、「② 有権者団の「国民投票権」行使は、個々人の具体的権利ないし法的利益で示した㉞㉟㊱㊲や、「③ 「国民投票運動」の権利の行使は、個々人の具体的権利である」こと、「④ 『国民投票権』と『国民投票運動権』は、個々人の具体的な参政権である」で主張・立証した客観的事実及び法的根拠で示した客観的事実の著しい事実誤認があり、それが原因となる理由不備・齟齬がある。

つまり、「国民投票権」及び「国民投票運動権」とは、「憲法改正」案に対する個別具体的な投票権者の意思を形成する過程に参加する具体的権利ないし法的利益がある。したがって、これを否認する原判決の「権利性否認判示」は、取り消しを免れえない。

## 3 2005年大法廷判決は、選挙権を「固有の権利」と認めている

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大法廷判決(在外日本人選挙権剥奪違法確認等請求事件 2005(平成17)年9月14日 民集 第59巻7号2087頁。以下「2005年大法廷判決」という。)が示した判例から、原判決の「権利性否認判示」に事実誤認、理由不備・齟齬があることを、また「権利性の否認理由①」にも事実誤認、理由不備・齟齬があることを明らかにする。

### (1) 「選挙権」が示す、憲法96条1項の「国民投票」の「固有の権利性」

公職選挙法9条では、「日本国民で年齢満18年以上の者は、衆議院議員及び参議院議員の選挙権を有する」とある。一方、憲法改正手続法3条は、「日本国民で年齢満18年以上の者は、国民投票の投票権を有する」とある。

このように、公職選挙法9条は「選挙権」、憲法改正手続法3条は「投票権」と条文

の文言が異なる。しかしながら、2005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」を次のよう「固有の権利」とであると判示している。したがって、前述した理由から憲法96条1項及び憲法改正手続法3条の国民投票の「投票権」も、少なくとも「選挙権」と同様に投票権者の「固有の権利」であることは明らかである。

## 第2 在外国民の選挙権の行使を制限することの憲法適合性について

1 国民の代表者である議員を選挙によって選定する国民の権利は、国民の国政への参加の機会を保障する基本的権利として、議会制民主主義の根幹を成すものであり、民主国家においては、一定の年齢に達した国民のすべてに平等に与えられるべきものである。

憲法は、前文及び1条において、主権が国民に存することを宣言し、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と定めるとともに、43条1項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、15条1項において、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と定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を保障している。そして、憲法は、同条3項において、公務員の選挙については、成年者による普通選挙を保障すると定め、さらに、44条ただし書において、両議院の議員の選挙人の資格については、人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入によって差別してはならないと定めている。以上によれば、憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利として保障しており、その趣旨を確たるものとするため、国民に対して投票をする機会を平等に保障しているものと解するのが相当である。（下線は控訴人ら）

### (2) 2005年大法廷判決は、公職選挙法の選挙権行使制限を違法と判示

2005年大法廷判決は、上記のように選挙権を「固有の権利」とし、そのうえで、次のように、①「選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず」、それを制限する場合は、②「制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならず」、③「公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り」、④「やむを得ない事由があるとはいえず」、⑤「このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、違反するといわざるを得ない」との判断基準を示している。そして、⑥「不作為によって国民が選挙権

を行使することができない場合についても、同様である」としている。

そして、憲法が保障する「選挙権又はその行使を制限する」違法となるか否かを、「改正前の公職選挙法」を⑥の不作为の関係で「憲法適合性」を検討(審査)し、⑦「国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない」として、「改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法・・・に違反する」と判示している。

さらには、「改正後の公職選挙法」をも⑥の不作为の関係で「憲法適合性」をも検討し、⑧「やむを得ない事由があるということはず、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法・・・に違反する」とその不作为が違法であると判示している。

憲法の以上の趣旨にかんがみれば、自ら選挙の公正を害する行為をした者等の選挙権について一定の制限をすることは別として、国民の選挙権又はその行使を制限することは原則として許されず、国民の選挙権又はその行使を制限するためには、そのような制限をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならないというべきである。そして、そのような制限をすることなしには選挙の公正を確保しつつ選挙権の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合でない限り、上記のやむを得ない事由があるとはいえず、このような事由なしに国民の選挙権の行使を制限することは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するといわざるを得ない。また、このことは、国が国民の選挙権の行使を可能にするための所要の措置を執らないという不作为によって国民が選挙権を行使することができない場合についても、同様である。

在外国民は、選挙人名簿の登録について国内に居住する国民と同様の被登録資格を有しないために、そのままでは選挙権を行使することができないが、憲法によって選挙権を保障されていることに変わりはなく、国には、選挙の公正の確保に留意しつつ、その行使を現実的に可能にするために所要の措置を執るべき責務があるのであって、選挙の公正を確保しつつそのような措置を執ることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる場合に限り、当該措置を執らないことについて上記のやむを得ない事由があるというべきである。

## 2 本件改正前の公職選挙法の憲法適合性について

前記第1の2(2)のとおり、本件改正前の公職選挙法の下においては、在外国民は、選挙人名簿に登録されず、その結果、投票をすることができないものとされていた。これは、在外国民が実際に投票をすることを可能にするために

は、我が国の在外公館の人的、物的態勢を整えるなどの所要の措置を執る必要があったが、その実現には克服しなければならない障害が少なくなかったためであると考えられる。

記録によれば、・・・同法律案が廃案となった後、国会が、10年以上の長きにわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置し、本件選挙において在外国民が投票をすることを認めなかったことについては、やむを得ない事由があったとは到底いうことができない。そうすると、本件改正前の公職選挙法が、本件選挙当時、在外国民であった上告人らの投票を全く認めていなかったことは、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものであったというべきである。

### 3 本件改正後の公職選挙法の憲法適合性について

本件改正は、在外国民に国政選挙で投票をすることを認める在外選挙制度を設けたものの、当分の間、衆議院比例代表選出議員の選挙及び参議院比例代表選出議員の選挙についてだけ投票をすることを認め、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙については投票をすることを認めないというものである。この点に関しては、・・・初めて在外選挙制度を設けるに当たり、まず問題の比較的少ない比例代表選出議員の選挙についてだけ在外国民の投票を認めることとしたことが、全く理由のないものであったとまでいうことはできない。しかしながら、本件改正後に在外選挙が繰り返し実施されてきていること、通信手段が地球規模で目覚ましい発達を遂げていることなどによれば、在外国民に候補者個人に関する情報を適正に伝達することが著しく困難であるとはいえなくなったものというべきである。また、参議院比例代表選出議員の選挙制度を非拘束名簿式に改めることなどを内容とする公職選挙法の一部を改正する法律(平成12年法律第118号)が平成12年11月1日に公布され、同月21日に施行されているが、この改正後は、参議院比例代表選出議員の選挙の投票については、公職選挙法86条の3第1項の参議院名簿登載者の氏名を自書することが原則とされ、既に平成13年及び同16年に、在外国民についてもこの制度に基づく選挙権の行使がされていることなども併せて考えると、遅くとも、本判決言渡し後に初めて行われる衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の時点においては、衆議院小選挙区選出議員の選挙及び参議院選挙区選出議員の選挙について在外国民に投票をすることを認めないことについて、やむを得ない事由があるということとはできず、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法15条1項及び3項、43条1項並びに44条ただし書に違反するものといわざるを得ない。

### (3) 2005年大法院判決は、選挙権行使制限を国賠法の違法と判示

2005年大法院判決は前述のように、選挙権を「憲法は、国民主権の原理に基づき、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を国民に対して固有の権利」とし、**①②③④⑤⑥⑦**を経て、選挙を限定する部分がある公職選挙法を改正しなかった立法不作為を、**⑧**「やむを得ない事由があるということではできず、公職選挙法附則8項の規定のうち、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定する部分は、憲法・・・に違反する」と判示した。

そのうえで、その違法な制限を「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」と次のように賠償を命じている。

#### 第4 国家賠償請求について

国家賠償法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、国又は公共団体がこれを賠償する責任を負うことを規定するものである。したがって、国会議員の立法行為又は立法不作為が同項の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。しかしながら、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。最高裁昭和53年(オ)第1240号同60年11月21日第1小法院判決・民集39巻7号1512頁は、以上と異なる趣旨をいうものではない。

在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられたことを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、前記事実関係によれば、昭和59年に在外国民の投票を可能にするための法律案が閣議決定されて国会に提出されたものの、同法律案が廃案となった後本件選挙の実施に至るまで10年以上の長きにわたって何ら

の立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない。このような立法不作為の結果、上告人らは本件選挙において投票をすることができず、これによる精神的苦痛を被ったものというべきである。したがって、本件においては、上記の違法な立法不作為を理由とする国家賠償請求はこれを認容すべきである。

そこで、上告人らの被った精神的損害の程度について検討すると、本件訴訟において在外国民の選挙権の行使を制限することが違憲であると判断され、それによって、本件選挙において投票をすることができなかったことによって上告人らが被った精神的損害は相当程度回復されるものと考えられることなどの事情を総合勘案すると、損害賠償として各人に対し慰謝料5000円の支払を命ずるのが相当である。そうであるとすれば、本件を原審に差戻して改めて個々の上告人の損害額について審理させる必要はなく、当審において上記金額の賠償を命ずることができるものというべきである。そこで、上告人らの本件請求中、損害賠償を求める部分は、上告人らに対し各5000円及びこれに対する平成8年10月21日から支払済みまで民法所定の年5分の割合による遅延損害金の支払を求める限度で認容し、その余は棄却することとする。

以上のように、2005年大法廷判決は、**⑨**「国会議員の立法行為又は立法不作為が同項(控訴人:国賠法1条1項)の適用上違法となるかどうかは、国会議員の立法過程における行動が個別の国民に対して負う職務上の法的義務に違背したかどうかの問題であって、当該立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別されるべきであり、仮に当該立法の内容又は立法不作為が憲法の規定に違反するものであるとしても、そのゆえに国会議員の立法行為又は立法不作為が直ちに違法の評価を受けるものではない。」と「立法の内容又は立法不作為の違憲性の問題とは区別」し、それが、「直ちに違法の評価を受けるものではない」とした。

しかし、**⑩**「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。」と例外的に国賠上の「違法の評価を受ける」とした。

そしてそのうえで、**⑪**「①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、②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。」と国家賠償法1条1項の規定の適用上、違法の評価を受ける場合の事例を示した。

そしてこの事例をこの裁判の事象の⑫「在外国民であった上告人らも国政選挙において投票をする機会を与えられることを憲法上保障されていたのであり、この権利行使の機会を確保するためには、在外選挙制度を設けるなどの立法措置を執ることが必要不可欠であったにもかかわらず、・・・長きにわたって何らの立法措置も執られなかったのであるから、このような著しい不作為は上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない。」と国賠法1条1項の違法の評価を受けると判示している。

#### (4) 2005年大法廷判決は、本件の国賠法上の違法を明確に指し示している

2005年大法廷判決が示した国賠法上の違法の判断適用要件・事例を本件の事象に当て嵌めて、ここでは、本件「戦争法」の立法行為が、国賠法上の違法行為に該当するか否かを検討してみる。

##### ① 本件「戦争法」は、違憲立法である

前述したように、2015年6月4日の衆院憲法審査会で、「立憲主義」をテーマに招致された参考人の憲法学者3人がそろって、集団的自衛権行使を可能にする「戦争法」案について「憲法に違反する」との認識を表明し(証拠甲88号証)、代表的な憲法学者ないし法律家、元最高裁長官、最高裁判事、元内閣法制局長官なども集団的自衛権行使を可能にする「戦争法」案について「憲法に違反する」との認識を表明し(証拠甲2号証、同81号証、同82号証、91号証)、憲法9条に関して、内閣法制局及び政府も、「憲法9条の下で武力行使が認められるのは個別的自衛権、すなわち、わが国(日本)に対する急迫不正の侵害があり、これを排除するために他に適当な手段がない場合に行使される必要最小限度のやむを得ない措置に限られる」「集団的自衛権の行使は違憲であり、憲法改正なしにはあり得ない」との解釈を一貫して表明してきた(証拠甲81号証、同82号証)。

この点に関する国会における答弁等でも明らかで、内閣法制局及び歴代の内閣総理大臣が「憲法上、個別的自衛権は認められるが、集団的自衛権は認められない」との解釈を国会で繰り返し表明し、長年にわたって歴代内閣によって同様の見解が維持されて確立した政府解釈として定着している。さらに憲法学者をはじめ人民(国民)もこれを支持し、すでに不文の憲法規範として確立していた(証拠甲81号証、同82号証、同91号証)。つまり、本件「戦争法」が、憲法違反の法律であることは客観

的事実である。

## ② 本件「戦争法」を制定するには、憲法改正手続が不可欠である

したがって、本件「戦争法」を制定するには、憲法改正を行う必要があり、民主主義国家において、その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った(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))。

しかしながら、被控訴人らは、「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」を参議院「特別委員会」で強行議決した。

## ③ 本件「戦争法」の制定過程の手続上の違憲・違法行為

この参議院「特別委員会」で強行議決については、本件訴状6頁から8頁で、「参議院『特別委員会』強行議決に対する『弁護士有志声明』」(225名)を引用したが、その概要は、次のとおりで、手続上に違憲・違法がある。

2015(平成27)年9月17日午後4時30分頃、参議院「我が国及び国際社会の平和安全法制に関する特別委員会」(以下「委員会」)で、野党が出した鴻池祥肇(よしただ)委員長の不信任動議を賛成少数で否決し、その後、鴻池氏が委員長席に戻ったあとで、これまでの審議を締めくくる総括質疑を行わないまま、採決を強行した。しかも、傍聴していた者及びインターネット等で国会中継を見ていた者からはおよそ外形的に見て採決が存在したとは到底言い難い状況であった。また、速記録(未定稿)では、鴻池委員長が席に戻った後は「発言する者多く、議場騒然、聴取不能」と書かれている。

参議院規則136条1項の「議長は、表決を採ろうとするときは、表決に付する問題を宣告する。」と定め、同規則137条1項の「議長は、表決を採ろうとするときは、問題を可とする者を起立させ、その起立者の多少を認定して、その可否の結果を宣告する。」とあるが、議決(表決)が、議員による議題に対する賛否の意思表示である以上、同136条1項の「議長」による表決に付する問題の「宣告」は、議決権を有する議員が明瞭に聞き取れるものでなければならないが、これを欠いた「議決」は、なんらかの議員の意思表示がなされていたとしても、そもそも意思表示の対象を特定することができないのであるから、議決は外形的に不存在というほかないが、それを強行した。

上記は参議院規則のみならず、会議体の議決の一般原則である。例えば、株主総会において、議長が議題を宣告しないのに、株主が挙手や起立をして

も、それは議決とは認められない。

同日の9月17日の委員会の映像記録を見ても、議長による議題の宣告がなされたことは確認できない。また、速記録でも、「聴取不能」とされており、議題の宣告がなされたことは一切確認できない。さらに、議決は、参議院規則137条1項にあるように、議題に賛成する者の起立で行われるが、映像記録を見ても速記録を見ても、「議場騒然」の状況であり、議題に対する賛成者が多数であるか否かを確認することが不可能な状況であった。これでは法的に見て議決が存在したとは到底評価することができない。

憲法99条は「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。」と定めている。したがって、憲法に適合する法律を制定するのが国会議員の職責である。また、仮に提出された法案が憲法に適合しないのであれば、憲法に適合する内容に修正するのが国会議員の職責である。現在国会にて審議中の安保法案の内容については、憲法違反であることが元・最高裁判所長官の山口繁氏、最高裁判所元判事、70名を超える元裁判官、歴代の内閣法制局長官を初めとする多くの法律家や学者によって指摘されており、憲法違反であることは明白である。また9月15日に中央公聴会、9月16日に地方公聴会を開催したばかりであるところ、それらの公聴会でも多くの公述人が安保法案を違憲と述べた。その中には、元最高裁判官の濱田邦夫氏も含まれている。憲法尊重擁護義務を国会議員に課す憲法99条に基づき、委員会の参議院議員は、公聴会での公述人の意見も踏まえて、安保法案を憲法に適合するものに修正するための審議を十分な時間をかけて行なうか、あるいは、改めて立法事実の存在から問い直し、安保法案を廃案にすべきではないかを検討すべき義務があった。採決を強行しようとした多数派は、かかる義務に違反している。

以上の強行採決を2005年大法廷判決に当て嵌めると、①「憲法尊重擁護義務を国会議員に課す憲法99条に反し、委員会の参議院議員らは、公聴会での公述人の意見も踏まえて、『戦争法』案を憲法に適合するものに修正するための審議を十分な時間をかけて行なうか、あるいは、改めて立法事実の存在から問い直し、『戦争法』を廃案にすべきではないかを検討すべき義務があったが、採決を強行し、参議院規則違反、会議体の議決の一般原則違反があり、憲法31条の適正手続に反し、憲法96条1項の義務に違反し、『国民投票権』及び『国民投票運動権』又はその行使を制限することは原則として許されず」、それを制限(＝不作為)する場合は、②「制限(＝不作為)をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならぬ」が、前述の客観的事実で明らかなように、そのような事由は存在せず、③「公正を確保しつつ『国民投票権』及び『国民投票運動権』の行使を認めることが事実上不可能ないし著しく困難であると認められる客観的事実も存在しない。したがって、不作為によって『国民投票権』及び『国民投票運動権』又はその行使を制限する」ことを

④「やむを得ない事由があるとはいえず」、よって、⑤「このような事由なしに国民の『国民投票権』及び『国民投票運動権』の行使を制限(＝不作為)することは、違反するといわざるを得ない」。つまり、憲法96条1項及び憲法改正手続法が保障する「国民投票権」及び「国民投票運動権」の行使を完全に制限した憲法31条違反がある。

つまり、本件「戦争法」を憲法31条などが要請する適正手続に反し制定したことは、⑩「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」及び「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、被控訴人らが正当な理由なくこれを怠る場合」に該当し、「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。」と例外的に国賠上の「違法の評価を受ける」事例に、本件「戦争法」の制定過程は該当する。

これは、2005年大法廷判決が示した例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない。したがって、被控訴人らの本件行為は、国賠法上の違法となり、控訴人らの権利ないし法的利益の侵害により被った精神的苦痛に対する損害賠償の責任を負う。

#### ④ 憲法96条1項に基づく改正手続の不作為による違憲・違法

前述の①②の理由から、本件「戦争法」を制定するためには、憲法96条1項の手続が不可欠である。しかしながら、被控訴人らは、この憲法改正手続上、国会で可決した憲法改正案を発議し、これを「国民」に提案し、国民投票の期日を官報で告示するなどの措置を講じることなく、本件「戦争法」の制定行為を強行した(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))。

この不作為を2005年大法廷判決に当て嵌めると、①「『国民投票権』及び『国民投票運動権』又はその行使を制限することは原則として許されず」、それを制限(＝不作為)する場合は、②「制限(＝不作為)をすることがやむを得ないと認められる事由がなければならぬ」いが、前述の客観的事実で明らかのように、そのような事由は存在せず、③「公正を確保しつつ『国民投票権』及び『国民投票運動権』の行使を認めることが事実上不能ないし著しく困難であると認められる客観的事実も存在しない。したがって、不作為によって『国民投票権』及び『国民投票運動権』又はその行使を制限すること」を④「やむを得ない事由があるとはいえず」、よって、⑤「このような事由なしに国民の『国民投票権』及び『国民投票運動権』の行使を制限(＝不作為)することは、違反するといわざるを得ない」。つまり、憲法96条1項及び憲法改正手続法が保障する「国民投票権」及び「国民投票運動権」の行使を完全に制限した

違憲・違法がある。

憲法改正手続の不作为は、⑩「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」及び「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为は、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。」と例外的に国賠上の「違法の評価を受ける」事例に該当することは明白である。

つまり、被控訴人らの本件不作为は、先の⑫に該当し、憲法96条1項及び憲法改正手続法の「国民投票権」及び「国民投票運動権」を行使する控訴人らの機会を奪い、「国民投票権」及び「国民投票運動権」のための「憲法改正」案の発議措置を執ることの義務を果たさず、前述のように強行議決し、本件「戦争法」を強行制定したという著しい不作为がある。これは、上記の例外的な場合に当たり、このような場合においては、過失の存在を否定することはできない。

つまり、被控訴人らは、控訴人らの憲法96条1項の憲法改正手続における具体的な権利の行使となる「国民投票」と「国民投票運動」の機会を保障する職務上の法的義務を負っていた。しかし、被控訴人らは、憲法上保障されている控訴人らの憲法96条1項の憲法改正手続における具体的な権利の行使となる「国民投票」と「国民投票運動」の機会を奪い、その機会を奪ったまま、つまり、憲法96条1項及び憲法改正手続法に違背し、本件「戦争法」を制定した。この結果、控訴人らは、憲法96条1項の憲法改正手続における具体的な権利の行使となる「国民投票」という投票をすることができず、これによる精神的苦痛を被ったのである。

以上の客観的事実は、2005年大法院判決が示した「過失の存在を否定することはできない」事象に該当し、被控訴人らの本件行為は、国賠法上の違法となり、控訴人らの権利ないし法的利益の侵害により被った精神的苦痛に対する損害賠償の責任を負う。

#### (5) 小結－2005年大法院判決は、「権利性の否認判示理由①」の誤判を示す

以上のように、原判決の「権利性の否認理由①」は、2005年大法院判決が示した①ないし⑫に反し、事実誤認、理由不備・齟齬があることを明確に示している。よって、「権利性の否認理由①」は、誤判であり、取り消しが免れえない。

#### 4 2005年大法院判決が示した判断基準に反する「権利性の否認判示理由①」

## (1) 司法制度改革に基づく「国民の権利利益の救済範囲の拡大」

司法制度改革審議会が設置され、同審議会意見書(以下「意見書」という)において、「司法の行政に対するチェック機能の強化」と題して「行政事件訴訟法の見直しを含めた行政に対する司法審査の在り方に関して、「法の支配」の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行う必要がある。政府において、本格的な検討を早急に開始すべきである。」と指摘したことに基づき、司法制度改革推進本部に設けられた行政訴訟検討会において検討した結果、2004年1月6日に公表された「行政訴訟制度の見直しのための考え方」(以下「考え方」という)に基づき、「国民の権利利益の救済範囲の拡大」が図られ、行政事件訴訟法が改正され、同法9条の提案理由で、「第1に、行政事件訴訟による国民の権利利益の救済範囲の拡大を図ることとしております。まず、取消訴訟の原告適格についての適切な判断が担保されるようにするため、処分又は裁決の相手方以外の第三者について原告適格の要件である法律上の利益の有無を判断するに当たっては、当該処分又は裁決の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、当該法令の趣旨及び目的並びに当該処分において考慮されるべき利益の内容及び性質を考慮するものとするなどの事項を定めることとしております。」と説明している。

## (2) 「国民の権利利益の救済範囲の拡大」を図るための法改正

2004年の改正行政事件訴訟法(以下「改正法」という。)9条2項は、「国民の権利利益の救済範囲の拡大」を図るために、処分の相手方以外の第三者について、法律上の利益の有無を判断するに当たって、①処分の根拠となる法令の規定の文言のみによることなく、②法令の趣旨、目的、③処分において考慮されるべき利益の内容、性質を考慮するものとし、④その場合において、上記②の法令の趣旨、目的を考慮するに当たっては、その法令と目的を共通にする関係法令の趣旨、目的をも参酌し、⑤上記③の利益の内容、性質を考慮するに当たっては、処分の根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容、性質とこれが害される態様、程度をも勘案するものと規定した。

改正法がこのような考慮事項を定めた趣旨について、行政訴訟検討会の座長の塩野宏教授は、「裁判所が原告適格を判定するに際して考慮すべき事項を定め、これによって裁判所が実質的に原告適格の範囲を拡大することへの道を開こうとしたもの」で、従来の判例を固定化した閉じた解釈規定ではなく、開かれた解釈規定であり、今後裁判所に適切な救済法理を展開してもらうための広場、オープンスペースを提供するものであるとする(2004年5月11日衆議院法務委員会における参考人意見陳述)。

同法9条2項で考慮として列举された②ないし⑤の内容は、最高裁判所が、長沼

ナイキ基地訴訟、新潟空港訴訟、もんじゅ原子炉訴訟の判決において、原告適格を認める範囲を広げる判断を繰り返してきた中で示したものである。

最高裁判所の個別の判決において挙げられたこれらの事項が、すべての事件において、常に必ず考慮すべき最小限の事項として、まとめた形で法律に掲げられたことは、裁判所が、これらの事項を含む種々のファクターを広く考慮、検討し、柔軟な合理的解釈により、事案の特性等に応じ、適切な判断をすることを法が期待しているということを、明確に示したものである。しかも、列挙された事項は、いずれも、最高裁判所が、事案の特性等に応じて、必要な救済の機会を与えるために、画期的ともいべき柔軟な判断を行い、原告適格を認める範囲を拡大してきた際に挙げてきたものである。このように、判例理論の発展の中で、柔軟な解釈、運用による原告適格の拡大に先端的な役割を果たしてきたこれらの判決の示した事項が、必要的な考慮事項として法定されたことは、適切で柔軟な解釈、運用による原告適格の実質的拡大に対する法の強い期待を示すものといわれている。

そして、特に、④のように、根拠法規と目的を共通にする関係法令の趣旨、目的をも必ず参酌すべきものとされたことは、法が幅広い観点からする総合的、合理的な判断を期待していることを示すものであり、また、③及び⑤が必要なる考慮、斟酌事項とされたことは、裁判実務に対し、事案の被害等の実態に即し、事案の特性に応じた適切、妥当な判断を行う上での有用な基準を与えることになるといわれている。

塩野座長の指摘するとおり、9条2項は、柔軟な解釈、運用による原告適格の実質的拡大に対する法の強い期待を示すものであるとともに、裁判所に対し、そのような解釈、運用を可能とする場を提供しているといわれている。

### (3) 2005年大法廷判決が示した「国民の権利利益の救済範囲拡大」判断基準

上記は、行政事件訴訟法9条の「原告適格」に関することではある。しかしながら、司法制度改革における「司法の行政に対するチェック機能の強化」としての「法の支配」の基本理念の下に、司法及び行政の役割を見据えた総合的多角的な検討を行い、「国民の権利利益の救済範囲の拡大」のための改正であることを勘案すると、ここで示された趣旨を2005年大法廷判決は、反映させていると思料される。

したがって本件においても、2005年大法廷判決が示したそれに基づき、「憲法改正・決定権」における「国民の権利利益の救済範囲の拡大」の観点から、法律上の権利・利益の有無を判断するに当たって、控訴人らが、①権利侵害の根拠とする憲法前文や憲法9条、15条、21条、31条、96条、99条の各条文の文言のみによることなく、②憲法前文や憲法9条、15条、21条、31条、96条、99条の各条文の趣旨、目的、③侵害されると主張する利益の内容、性質を考慮するものとし、④その場合において、上記②の憲法条文の趣旨、目的を考慮するに当たっては、その憲法条文と目的を共通にする関係法令（憲法改正手続法、公職選挙法など）の趣旨、目

的をも参酌し、⑤上記③の利益の内容、性質を考慮するに当たっては、侵害の根拠となる法令に違反してされた場合に害されることとなる利益の内容、性質とこれが害される態様、程度をも勘案することが求められる。

先の2005年大法廷判決は、「憲法は、前文及び1条において、主権が国民に存することを宣言し、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と定めるとともに、43条1項において、国会の両議院は全国民を代表する選挙された議員でこれを組織すると定め、15条1項において、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と定めて、国民に対し、主権者として、両議院の議員の選挙において投票をすることによって国の政治に参加することができる権利を保障している」と①憲法条文の文言のみによることなく、②各条文の趣旨、目的、③利益の内容、性質を考慮している。

ところが、原判決は、「憲法9条改正」案に対する1人1票の「国民投票権」及び「国民投票運動権」を、「憲法前文も、国民主権の理念を定めているにすぎないし、憲法99条も、憲法が最高法規として国会議員や裁判官らの憲法尊重擁護義務の対象となることを定めているにすぎず、これらから憲法改正・決定権の具体的権利性が導かれるものではない。」と判示し、①憲法条文の文言のみで判断し、②各条文の趣旨、目的、③利益の内容、性質を考慮していない。したがって、司法制度改革による「司法の行政に対するチェック機能の強化」としての「国民の権利利益の救済範囲の拡大」にも著しく反し、2005年大法廷判決が示した判断の道筋ないし基準に著しく反する。

## 5 「憲法改正権」の権利侵害による控訴人らが被る個々人の被害内容

前述の被控訴人らの「憲法改正権」の侵害行為によって控訴人らが被る個々人の被害内容は、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)で述べたとおりである。

## 6 小結(「権利性の否認理由①」は誤判である)

以上のように、「権利性の否認理由①」は、司法制度改革による「司法の行政に対するチェック機能の強化」としての「国民の権利利益の救済範囲の拡大」にも著しく反し、2005年大法廷判決が示した判断基準に著しく反し、真実を発見するうえで不可欠である客観的事実の誤認があり、これが原因となる理由不備・齟齬がある。よって、原判決を取り消しは免れえない。



## 第5 「権利性の否認理由③」には、事実誤認、理由不備・齟齬がある

原判決は、「原告らは、平和安全法制関連2法が端的に違憲であると主張すれば足りるものを、あえて、被侵害権利ないし法的利益の存否の争点を克服するための技巧的な論理構成として憲法改正・決定権という概念を持ち出しているにすぎない。」とし（以下これを「技巧的な論理構成」という。）、そのうえで、「原告らの論理では、およそ憲法違反の法令であれば全て憲法改正・決定権違反の立法行為によるものとなるのであり、憲法改正・決定権を持ち出せば、あらゆる法令も国家賠償請求の名の下に憲法適合性の審査対象とすることができることになる。」とし（以下これを「憲法適合性の審査対象」という。）、「結果として、個別の具体的権利を離れ、抽象的に法令自体の憲法適合性の審査を求めることを許容することになるのであり、現行の司法制度の下で採り得るものではない。」との「権利性の否認理由③」を導いている。しかしながら、これは、次に述べる理由から、真実を発見するために不可欠である客観的事実に誤認があり、それが原因となる理由不備・齟齬がある。

### 1 原判決の「技巧的な論理構成」との断定は、事実誤認、理由不備・齟齬がある

控訴人(原告)らは、一貫して本件「戦争法(平和安全法制関連2法)」を繰り返し繰り返し違憲であると主張し、本件「戦争法」が違憲であるか否かの審査を求めてきた。しかしながら、原審裁判長らは、それを行わないままで、「原告らは、平和安全法制関連2法が端的に違憲であると主張すれば足りる」との記載は、論理破綻、控訴人らの主張の改ざんである。

また、控訴人(原告)らは、一貫して本件「戦争法(平和安全法制関連2法)」を違憲であると主張し、したがって、本件「戦争法」を制定するには、憲法96条1項に基づく憲法改正手続が不可欠であると主張し、この手続を行わないままでの本件「戦争法」の制定行為は、「憲法改正権」の侵害であると主張しているのである。したがって、控訴人(原告)らの主張には、論理上の一環性があり、「技巧的な論理構成」など存在しない。

そもそも、控訴人(原告)らが、どのような論理構成で訴えるのかは、控訴人(原告)らの自由であり、それを裁判官らがとやかく述べる筋合い外の問題である。裁判官らの職責は、控訴人(原告)らの訴えに対して、公正公平かつ客観的事実に基づき、憲法76条3項の「すべて裁判官は、その良心に従ひ独立してその職権を行ひ、この憲法及び法律にのみ拘束される。」との責務を誠実に果たすことに尽きる。つまり、〈法の支配〉となるように、〈法の番人〉として、本件「戦争法」が違憲立法であるか否かを審査し、判断することが求められていた。ところが、原審裁判長らは、それを回避したことを、つまり、職務放棄したことを棚に挙げて、控訴人(原告)らの主張を「技巧的な論理構成」などと歪曲することなどは、論外である。

以上の理由から、原判決の「技巧的な論理構成」との断定は、事実誤認及び理由

不備・齟齬があり、失当である。

## 2 原判決の「憲法適合性の審査対象」には、事実誤認、理由不備・齟齬がある

日本の中学校社会科公民的分野でもっとも多く使用されている東京書籍教科書には、日本国憲法の基本原理を「日本国憲法は、立憲主義や法の支配を実現するための充実した内容を持っています。国民主権、基本的人権の尊重、平和主義が、日本国憲法の三つの基本原理です。」(43頁)と記載されている。この日本国憲法の三つの基本原理を図式化したものが右図である。

同教科書46頁において、その平和主義についての理解を深めるために「平和主義の意義と日本の役割」を学習課題とし、「日本は、太平洋

戦争で多くの国々、なかでもアジア諸国の人々に対して多大な被害をあたえ、日本の国民も大きな被害を受けました。そこで、日本国憲法は、戦争を放棄して世界の平和のために努力するという平和主義をかかげました(憲法第9条)。第9条第2項は、陸海空軍などの戦力を持たず、交戦権を認めないと定めています。」と記載している。

このように、憲法などを学ぶ教科の中学校の教科書において、日本国憲法の三つの基本原理の一つを「平和主義」とし、その「平和主義」を憲法9条の「戦争の放棄」の条文との関係で学んでいる。

本件「戦争法」は、このような憲法前文や9条が示す日本国憲法の基本原理である「平和主義」に反する法律であるから、代表的な憲法学者ないし法律家、元最高裁判官、最高裁判事、元内閣法制局長官なども集団的自衛権行使を可能にする「戦争法」案について「憲法に違反する」との認識を表明し(証拠甲2号証、同81号証、同82号証、91号証)、この客観的事実を前提にし、憲法96条1項の規定が求める憲法改正手続が不可欠であると控訴人(原告)らは主張しているのである。この事実から明らかなように、控訴人(原告)は、「憲法違反の法令であれば全て憲法改正・決定権違反の立法行為によるものとなる」などと主張しているのではないことは明らかである。

ところが、原判決は、「原告らの論理では、およそ憲法違反の法令であれば全て憲法改正・決定権違反の立法行為によるものとなる」と控訴人(原告)らの訴えや主張を勝手に拡大解釈ないし改ざん解釈し、「憲法改正・決定権を持ち出せば、あらゆる法令も国家賠償請求の名の下に憲法適合性の審査対象とすることができることになる」との「権利性の否認理由③」を導き出している。これは、真実を発見するために不可欠である客観的な事実誤認を通り越し、控訴人(原告)らの訴えや主張の改ざんであり、許されない。

↓東京書籍 公民教科書(43頁)



### 3 小結(「権利性の否認理由③」は、事実誤認、理由不備・齟齬がある)

以上のように、「権利性の否認理由③」は、判決に際して裁判官らに求められている公正・公平を著しく欠き、真実を発見するうえに不可欠である客観事実に著しい誤認があり、その誤認は、恣意的ないし改ざんと言わざるを得ない事実がある。この誤認(恣意的ないし改ざん)に基づく「結果として、個別の具体的権利を離れ、抽象的に法令自体の憲法適合性の審査を求めることを許容することになる」のであり、現行の司法制度の下で採り得るものではない。」との「権利性の否認理由③」は、当然ながら理由不備・齟齬があり、司法の信頼を裏切る誤判であり、取り消しは免れえない。

#### 結語

以上のように、憲法改正権に関する原判決は、事実誤認、理由不備・齟齬がある。つまり、被控訴人らの本件行為は、控訴人らの「憲法改正権」の権利ないし法的利益を侵害し、それは、国賠法上の違法となり、控訴人らに対する損害賠償の責任を負う。したがって、憲法改正権に関する原判決は、取り消しを免れえない。

以上

#### 添付資料

- |   |                           |     |
|---|---------------------------|-----|
| 1 | 証拠説明書(19)                 | 各1通 |
| 2 | 証拠甲95号証 、『愛媛新聞』2019年6月14日 | 各1通 |