

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(4)

本件「戦争法」の「憲法適合性」の審査が不可欠であること

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)	2
第1 原判決の「憲法判断の要否について」の確認.....	2
第2 最高裁判例が示してきた「憲法適合性」の審査の有無の判断要件.....	2
1 最高裁判例が示す国賠法上の違法の有無の判断要件.....	3
(1) 1985年判決が示す国賠法上の違法の有無の判断要件	3
(2) 2005年大法廷判決が示す国賠法上の違法性の判断要件	3
(3) 2005年判決と1985年判決の国賠法上の違法性の判断要件の関係	4
(4) ハンセン病地裁判例が示す国賠法上の違法性の判断要件の考慮要素	5
(5) 立法不作為と立法行為の違法性の評価基準の相違	6
(6) 本件は、最高裁判例が示す国賠法上の違法と評価する事例に該当	7
2 人権規範以外の憲法規範違反の立法制定行為の違法性の有無の判断要件	8
(1) 2005年大法廷判決が示す違法性の有無の判断要件	8
(2) 立法行為の違法性の有無を判断する場合の要件	9
(3) 2015年判決の立法行為の違法性の有無の判断要件.....	10
(4) 小結－本件立法行為の国賠法上の違法評価の判断要件.....	11
結語.....	11

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「2被告国に対する損害賠償請求について」の「(11) 憲法判断の要否について」(39頁)で、「原告らが主張する平和安全法制関連2法の違憲審査をする必要はなく、判断することが相当でもない。」と判示している。

しかしながら、控訴理由書(3)で述べたように、2005年大法廷判決は、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不作為を違法とし、その際に「公職選挙法の憲法適合性」を審査した。そして、その不作為を国賠法上の違法として、損害の賠償を命じている。本件を2005年大法廷判決などの最高裁判例を当て嵌め、本件「戦争法」の「憲法適合性」の審査が必要であることを明らかにし、「(11) 憲法判断の要否について」の判示が、事実誤認、理由不備・齟齬があ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 原判決の「憲法判断の要否について」の確認

原判決の「第4 当裁判所の判断」の「2被告国に対する損害賠償請求について」の「(11) 憲法判断の要否について」(39頁)で次のように判示している。

(11) 憲法判断の要否について

ア これに対して原告らは、本件訴訟においては、具体的権利性の判断に先んじて平和安全法制関連2法の違憲審査をすべきであると主張する。

イ しかし、我が国の裁判所における違憲審査制度は、具体的事件の結論を出すに当たって必要な場合に必要の限度で行われるものである(付随的違憲審査性)。本件では、国家賠償制度により法的保護がされるべき具体的権利又は法的利益が認められないため、原告らが主張する平和安全法制関連2法の違憲審査をする必要はなく、判断することが相当でもない(以下、この判示内容を控訴人らは「違憲審査不要判示」という。)

第2 最高裁判例が示してきた「憲法適合性」の審査の有無の判断要件

準備書面(2)で、違憲の内容の法律の立法行為が、国家賠償法上の違法となるか

否かを判断する場合の要件を、これまでの最高裁判決を示して検証した。そして、準備書面(48)で本件「戦争法」の立法内容の違憲審査の必要性を主張・立証した。

以下、最高裁判決が示した国家賠償法上の違法となるか否かを判断する場合の要件を確認し、合わせて、「違憲審査不要判示」が、事実誤認、理由不備・齟齬があることを明らかにする。

1 最高裁判例が示す国賠法上の違法の有無の判断要件

(1) 1985年判決が示す国賠法上の違法の有無の判断要件

在宅投票制度を廃止しこれを復活しなかった立法行為の違法性の有無が問題となった上告審判決(最高裁1985(昭和60)年11月21日第一小法廷判決・民集39巻7号1512頁。以下、「1985年判決」という。)は、下記のように、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別し、国会議員が違憲立法を行ったからといって当然にその立法行為が国家賠償法上の違法行為にあたるわけではないとした上で、例外的に、⑦「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」には国家賠償法上の違法の評価を受ける余地があることを示した。

「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って、国会議員の立法行為は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法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。」(下線は控訴人ら。以下同じ。)

なお、本件「戦争法」の立法内容が、⑦「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」場合に該当することは、控訴理由書(3)、準備書面(46)などから明らかであり、本件「戦争法」の立法行為は、1985年判決が示す国賠法上の違法の評価を受ける例外的な事象に該当することを控訴理由書(3)及び準備書面(46)などで主張・立証したとおりである。

(2) 2005年大法廷判決が示す国賠法上の違法性の判断要件

先の2005年大法廷判決は、上記1985年判決を維持し、下記のように④「立法

の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」、㉞「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」との例外的事例を示し、「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。」と判示した。

立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、国民に憲法上保障されている権利行使の機会を確保するために所要の立法措置を執ることが必要不可欠であり、それが明白であるにもかかわらず、国会が正当な理由なく長期にわたってこれを怠る場合などには、例外的に、国会議員の立法行為又は立法不作為は、国家賠償法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日第一小法廷判決・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。(最高裁判所大法廷2005(平成17)年9月14日民集59巻7号2087頁)

この2005年大法廷判決は、再婚禁止期間に関する最高裁大法廷2015(平成27)年12月16日判決(平成25年(オ)第1079号同27年12月16日最高裁大法廷判決・民集69巻8号2427頁、判例時報2284号20頁。以下「2015(平成27)年判決」という。)でも援用され、立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受ける場合について、次のように、㉟「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合との要件を示している。

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。

(3) 2005年判決と1985年判決の国賠法上の違法性の判断要件の関係

加本牧子最高裁判所調査官は、2015(平成27)年判決の判例評釈において、下記のように2005年大法廷判決と1985年判決との関係について、1985年判決は、違法になる場合の例示として、前記㉞～㉟事案以外を一切否定せず、立法行為等

の違法性が立法の内容等の違憲性の問題とは区別されるべきであり、違法性が認められる場合が「例外的な場合」であると述べているにすぎないと理解する必要があることを示している。その上で、具体的な当てはめについては当該事案の内容に鑑みた事例判断であるとしている。

限定的な表現を用いた昭和60年判決の判示の「立法の内容が……」の部分は、「国会があえて当該立法を行う」という表現からうかがわれるように、立法不作為ではなく、主に立法行為を念頭に置いて違法の度合いが極端な場合を例示したものとも考えられ、同判決が違法になる場合をその例示のような事案以外につき一切否定したものとは解されない。他方、平成17年判決は、昭和60年判決が異なる趣旨をいうものではない旨を明示しているほか、立法不作為等の違法性が立法の内容等の違憲性の問題とは区別されるべきであり、違法性が認められる場合が「例外的な場合」であるとする点において、昭和60年判決と同旨を述べており、具体的な当てはめについては当該事案の内容に鑑みた事例判断であると理解することができる。(加本牧子「最高裁大法廷 時の判例」ジュリスト1490号94頁)

(4) ハンセン病地裁判決が示す国賠法上の違法性の判断要件の考慮要素

事例判断の参考として、いわゆるハンセン病訴訟熊本地裁判決(熊本地裁2001(平成13)年5月11日判決・判例時報1748号30頁、以下「ハンセン病訴訟熊本地裁判決」という。)がある。それは、以下のとおである。

「最高裁昭和60年11月21日判決(引用者注:1985年判決のこと)は、もともと立法裁量にゆだねられているところの国会議員の選挙の投票方法に関するものであり、患者の隔離という他に比類のないような極めて重大な自由の制限を課する新法の隔離規定に関する本件とは、全く事案を異にする。右判決は、その論拠として、議会制民主主義や多数決原理を挙げるが、新法の隔離規定は、少数者であるハンセン病患者の犠牲の下に、多数者である一般国民の利益を擁護しようとするものであり、その適否を多数決原理にゆだねることには、もともと少数者の人権保障を脅かしかねない危険性が内在されているのであって、右論拠は、本件に全く同じように妥当するとはいえない。」

「右判決の文言からも明らかなように、『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』ことは、立法行為の国家賠償法上の違法性を認めるための絶対要件とは解されない。右一連の最高裁判決が『立法の内容が憲法の一義的な文言に違反している』との表現を用いたのも、立法行為が国家賠償法上違

法と評価されるのが、極めて特殊で例外的な場合に限られるべきであることを強調しようとしたにすぎないものというべきである。」

「国会議員としても、このころに新法の隔離規定の適否を判断することは十分に可能であったこと、(中略)新法の隔離規定に合理性がないことが明らかであること、その他、(中略)事情等を考慮し、新法の隔離規定が存続することによる人権被害の重大性とこれに対する司法的救済の必要性にかんがみれば、他にはおよそ想定し難いような極めて特殊で例外的な場合として、遅くとも昭和40年以降に新法の隔離規定を改廃しなかった国会議員の立法上の不作為につき、国家賠償法上の違法性を認めるのが相当である。」

ハンセン病訴訟熊本地裁判決の上記判示部分は、1985年判決の「立法の内容が……」の部分为例示列举と捉え、「極めて特殊で例外的な場合」には、立法行為が国家賠償法上違法となり得ることを認めている点で、先の加本牧子最高裁調査官の見解と合致する。

そして、以上のように、㊦「少数者の人権保障を脅かす可能性がある立法は、国家賠償法の違法性を認める方向で検討していること、立法行為ないし立法不作為により人権被害が重大であること、人権侵害をもたらす立法に合理性がないことが明らかであること、司法的救済の必要が高い」などといった考慮要素を検討した上で、「極めて特殊で例外的な場合」であるとして、国家賠償法上の違法性を認めている。

(5) 立法不作為と立法行為の違法性の評価基準の相違

2005年大法廷判決とハンセン病訴訟熊本地裁判決は、事案は立法不作為に関する国家賠償請求である。したがって、当該立法不作為が違法と評価されるためには、2005年大法廷判決において、「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」ことが要求される。

その理由は、どのような立法をどのような時期に行うかは、国会の立法裁量に委ねられ、国会が必要な立法措置を講じないというだけでは、安易に裁判所がこれに介入することは、権力分立の観点から許されないと解されるからである。仮に、裁判所が、国会議員の立法不作為に対して法的責任を問うこととなれば、それは、裁判所が、個々の国会議員に対し、特定の内容の法律を特定の時期までに立法すべき義務を課すことにほかならず、これは憲法が採用する権力分立(憲法41条、65条、76条1項)に反すると評価される余地があるからと考えられる。

つまり、裁判所は、国会の一定の判断に対して、事後的に評価を加える機関であり、国会が当該立法に関して何の判断もしていない場合に、裁判所がその不作為

に対して一定の判断を言い渡すことは、事後審査を旨とする裁判所の役割を逸脱していると評価される恐れがある。

しかし、「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」場合は、国会の「当該立法は行わない」という判断が既になされていると評価できるので、その判断に基づく立法不作為に対しては、裁判所が判断を言い渡すことは、なんら裁判所の事後審査制という性質に反するものではない。したがって、それは許される。

以上の理由から、立法不作為に対して、裁判所がその立法過程を問題にして立法行為の違法性を判断することは、権力分立、裁判所の事後審査制への配慮という観点から慎重にならざるをえないことがあるかもしれない。したがって、立法不作為について違法の評価を受ける場合の要件は、立法作為行為に比べて、より厳格なものが要求されることになる。

しかし一方、作為による立法行為である場合には、こうした配慮は不要であり、純粋に立法内容が憲法の規定に違反するものであることが明白かどうかを判断すればよい。

本件は、この後者の国会の立法作為行為である。したがって、違憲立法行為を国家賠償法上の違法と評価したとしても、これが権力分立、裁判所の事後審査制との関係で問題が生じることはない。

(6) 本件は、最高裁判例が示す国賠法上の違法と評価する事例に該当

以上のように、本件「戦争法」の立法行為は、2005年大法廷判決の④「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」及び2015年判決の⑤「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合に該当することが明らかである(証拠甲2号証、同81号証、同82号証、同88号証。同91号証)。

具体的には、本件「戦争法」の立法行為が、これまでの政府見解において違憲であるとしてきた集団的自衛権の行使や非戦闘地域以外における後方支援を認めるものであることから、④の場合の要件に該当する。また、平和的生存権、人格権の重大な侵害を受ける少数者の人権被害を招いている立法行為であることから、⑤の場合の要件にも該当する。また、人権侵害をもたらす「戦争法」が、日本の安全保障政策に資するという合理性がないことも明らかであるから、④の「人権侵害をもたらす立法に合理性がないことが明らかであること」にも該当する。

また、控訴理由書(3)で述べた憲法改正権の侵害であるから、2005年大法廷判決の④及び2015年判決の⑤場合に該当することが明らかである。

さらには、本件は、④の「司法的救済の必要が高い」場合の要件に該当する。そ

の理由は、「戦争法」の制定過程において、内閣法制局による内部的事前統制がこれまでのように機能せず、多くの憲法学者、元内閣法制局長官、元最高裁長官までもが違憲と指摘する法律を採決の強行により制定してしまったこと、それはこれまでまったく前例がなく前代未聞の事態であったこと、このように立法及び行政等の政治部門による憲法的統制が機能しないゆえに、司法的な救済の必要性は極めて高いといえるからである。

以上のように、本件「戦争法」の国会議員による制定行為は、最高裁などが示した国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受ける「極めて特殊で例外的な場合」の要件を完全に満たす事例に該当する。

2 人権規範以外の憲法規範違反の立法制定行為の違法性の有無の判断要件

(1) 2005年大法院判決が示す違法性の有無の判断要件

立法内容が「憲法上保障されている権利を違法に侵害する場合」とは明確にいない違憲立法行為の場合はどうだろうか。憲法に違反する内容の法律であっても人権規範以外の憲法規範に違反する場合であれば、国会議員は違憲の法律を制定することが許されるだろうか。そうした違憲立法によって国民の「権利又は法律上保護される利益」(民法709条)が侵害された場合には、国家賠償法による違法とは評価されず、救済は得られないだろうか。

前記のように、1985年判決は、立法内容の違憲性と立法行為の違法性を区別し、国会議員が違憲立法を行ったからといって当然にその立法行為が国家賠償法上の違法行為にあたるわけではないとした上で、例外的に、「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」には国家賠償法上の違法の評価を受けるものとしている。

そして、この「容易に想定し難いような例外的な場合」をさらに人権侵害を伴う立法行為において具体化した規範が2005年大法院判決である。すなわち立法行為に関していえば、④「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」という要件に該当する。

2005年大法院判決は、「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合や、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」と判示している。ここで重要なことは、その判断をする要件は、①選挙権という人権の侵害を伴う立法行為に関するものであること、②文末に「など」とあり、違法になる場合の例示として、前記⑦～④事案以外を一切否定していない

加本牧子最高裁判所調査官の判例評釈のように、あくまでも1985年判決がいう「例外的な場合」のひとつの具体例にすぎない、ということだ。すなわち、1985年判決の「例外的な場合」の一例として、人権を侵害する立法に関して具体化した規範であり、これ以外の例外的な場合を否定したものと解することはできない。よって、立法行為が人権の侵害を伴うものであれば、その立法行為が国家賠償法上違法と評価されるか否かは、2005年大法廷判決に従って、④「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」か否かの判断によることになる。あくまでも人権侵害を伴う立法内容であるが故に、④の場合という規範として具体化したのである。

これに対して、人権規範以外の憲法規範に違反した立法の場合はどうだろうか。この場合でも、違憲の内容を持つ立法を制定することは、憲法尊重擁護義務(憲法99条)を負う国会議員として当然に許されない。ただ、国賠法上は、全国民に政治的責任を負うことを原則とし、個別の個人に法的責任を負うのは、例外的な場合であるとされているに過ぎない。すると、違憲の内容の法律を制定することは、その法律が明確には人権規範以外の憲法規範に違反する場合でも、その立法行為により、国民の権利又は法的保護に値する利益が侵害された場合には、その立法行為は違法となる。したがって、その行為に国家賠償の必要があることは、人権規範違反の立法がなされた場合と何ら異ならない。よって、仮に人権規範違反を伴うことが明確でない場合でも、その立法が憲法規範に違反することは明白である。1985年判決がいう⑦「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」、つまり、「憲法の規定に違反するものであることが明白な場合」の具体化といえるような場合には、違憲の内容の立法行為は、国家賠償法上の違法と評価することが可能となることを最高裁の1985年判決は示している。

(2) 立法行為の違法性の有無を判断する場合の要件

以上から、立法内容が人権規範に違反する場合は、④「立法の内容又は立法不作為が国民に憲法上保障されている権利を違法に侵害するものであることが明白な場合」という判断要件(2005年大法廷判決)が適用される。また、立法内容が人権規範以外の憲法規範に違反する場合は、それと同等に評価される⑦「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」という判断要件を適用することが可能といえる。すなわち、いずれの場合であっても、違憲の内容の立法行為によって、控訴人らの「権利又は法律上保護される利益」(民法709条)が侵害された場合は、違法性が認められ、これによって生じた損害は、国家賠償として認められなければならない。

(3) 2015年判決の立法行為の違法性の有無の判断要件

立法内容が、人権規範以外の憲法規範に違反するときには、⑦「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」という判断要件が適用されることを述べた。この考え方を以下の2015(平成27)年判決との関係で検証する。

この判決の事案は、女性の再婚禁止期間を定める民法733条1項の規定が憲法14条1項及び24条2項に違反するにもかかわらず、これを改廃する立法措置をとらなかった立法不作為の違法を理由に国家賠償を求めたものである。つまり、人権侵害を伴い、かつ、立法不作為の事案である。この判決の判断要件は、下記下線のように、法律の規定が、①「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、②「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」、③「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」と3つの要素から構成されている。①は人権侵害の事案であるための要件であり、③は立法不作為の事案であるための要件であるといえ、人権侵害を伴わない立法行為(作為)の事案であれば、必要な要件は②のみと解することができる。つまり、⑦「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」には、国会議員の立法過程における行動が職務上の法的義務に違反したものと、例外的に、その立法行為は、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ことになる。したがって、立法内容が人権規範以外の憲法規範に違反するとき、法律の規定が⑦「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」か否かという判断要件によって、国家賠償法上の違法といえるか否かを判断することは、2015(平成27)年判決に矛盾するものではなく、むしろその趣旨に適合する。

仮に当該立法の内容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国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受けるものではない。

もっとも、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、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。(2015(平成27)年判決)

(4) 小結—本件立法行為の国賠法上の違法評価の判断要件

以上のことから、本件「戦争法」の立法行為は、1985年判決が示した、㉞「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」に該当し、同判決を維持した2005年大法廷判決の㉟「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」及び㊱「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」との例外的事例を該当し、したがって、本件「戦争法」の立法行為は、「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。」との判示の事例に該当する。

この2005年大法廷判決は、2015(平成27)年判決でも援用され、立法不作為が国家賠償法1条1項の適用上違法の評価を受ける場合について、㊲「法律の規定が憲法上保障され又は保護されている権利利益を合理的な理由なく制約するものとして憲法の規定に違反するものであることが明白である」場合との要件を示したが、本件「戦争法」の立法内容は、この事例にも該当する。

つまり、本件「戦争法」の制定過程がこれまでの政府解釈によって定着した憲法規範を無視したものであり、憲法が保障する平和主義のみならず立憲主義という根源的な価値を侵害することが明白であるから、侵害行為の違法性が極めて強く、よってこの点からも「憲法上保障されている権利の侵害が明白」といえる。

したがって、本件「戦争法」の「憲法適合性」の有無を判断することが、本件立法不法行為の国賠法上の違法評価を判断する場合の要件とすることを要する。

特に、控訴理由書(3)で述べたように、本件「戦争法」は、日本国憲法の基本原理である平和主義の要となる憲法9条に反するか否かで、憲法96条1項の国民投票などからなる憲法改正手続が必要か否かを判断する絶対要件となる。

したがって、上記に示したこれまでの最高裁判決が示すことは、本件「戦争法」の「憲法適合性」の審査を避けることは許されない。よって、これを怠ることは、裁判官らとしての使命の放棄にとどまらず、職務上の違法の疑いがある。

結語

以上のように、2005年大法廷判決は、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不作為を違法とし、その際に「公職選挙法」の「憲法適合性」を審査し、公職選挙法を改正することを怠っ

た不作為を国賠法上の違法として、損害の賠償を命じたが、本件「戦争法」もこの2005年大法廷判決と同様に「憲法適合性」の審査が不可欠である。したがって、原判決の「違憲審査不要判示」は、最高裁判決が示した「審理における憲法適合性の有無の判断順序」に著しく反し、真実を発見するために不可欠である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・齟齬があり、判決の取り消しを免れえない。

以上