

令和3年（ネ）第101号 安保法制違憲・国家賠償請求控訴事件  
控訴人 海保 寛 外  
被控訴人 国

# 控訴審第9準備書面 (司法の現代的役割)

令和4年6月10日

福岡高等裁判所 宮崎支部 民事部 御 中

控訴人ら訴訟代理人

弁護士 後 藤 好 成

弁護士 松 田 幸 子

弁護士 久保山 博 充

弁護士 山 田 秀 一

弁護士 江 原 健 太

他22名

## 目次

第1 はじめに .....	3
第2 本件における憲法判断の必要性 .....	4
1 事件性（法律上の争訟）と違憲審査権 .....	4

2	控訴人らの権利侵害の有無を判断するためには憲法判断が必要であること .....	6
(1)	民主主義と立憲主義 .....	6
(2)	控訴人らの人格権侵害の判断に不可欠な憲法判断 .....	8
第3	憲法改正・決定権の侵害の有無について判断するためには新安保法制法の違憲性の判断が不可欠であること .....	10
(1)	控訴人らの主張の確認 .....	10
(2)	原判決の論理が不明であること .....	10
第4	そもそも本事案の特殊性から控訴人らの生命・身体の安全が侵害される具体的危険の発生を要件とするべきでないこと .....	13
(1)	原判決の誤り .....	14
(2)	戦争被害の特殊性—武力攻撃の予見可能困難性と被害回復困難性 ..	14
第5	本件は裁判所が憲法保障機能を発揮すべき事案であること .....	16
1	新安保法制法の制定と日本の軍事化の進行 .....	16
2	司法による憲法判断の必要性和許容性 .....	20
3	裁判所の違憲判決と民主主義（「転轍手」理論） .....	21
4	裁判所の使命と裁判官の職責 .....	22
5	本件における憲法判断と国際法秩序に与える影響 .....	23
第6	終わりに .....	25

1 長谷部恭男教授意見書（甲B170）の結論.....	25
2 ますます強まる控訴人らの不安，恐怖と苦悩.....	26
3 再び裁判官と法曹の責任について .....	27

## 第1 はじめに

新安保法制は、憲法前文及び9条に一見明白に違反する立法であり、かつ日本の戦後史においてこれまで類を見なかった解釈改憲である。その立法目的は軍事同盟である日米同盟の強化、自衛隊の米軍への組み込み（一体化）である。それによって、自衛隊を闘う軍隊とし、日本の安全保障政策ないし防衛政策を「専守防衛」から、国際法上違法な先制攻撃となる可能性をも辞さない積極的攻撃型のものに変えた。すなわち、日本全体を「戦争をしない国，できない国」から「戦争する国」に変えることであった。

2016年3月29日施行後6年を経過し、実戦想定の国内外での多国共同訓練、他国武器防護回数の飛躍的増加、国内での部品等落下事故、首都圏を含め常態化しつつある米軍機の国内での低空飛行、九州沖縄のミサイル基地設置と基地機能拡大、幹部自衛官の中東派遣、南スーダンPKO派遣、従前は持てないとしていた攻撃的兵器の導入（ステルス戦闘機F35、長距離ミサイル、護衛艦の事実上の空母化など）防衛費の膨張など、日本の軍事化は着々と進行した。明らかに米国の対中戦略に組み込まれ完全に一体化し、いわゆる台湾有事の危機が喧伝され、九州沖縄地区が戦場となることが想定された日米一体となった軍事作戦さえ策定されるに至っている。

折しも2022年2月24日にはロシアによるウクライナ侵略戦争が開始された。本来そのことは、これまでいわゆる先進諸国がとってきた米ソ冷戦構造の名残である軍事同盟による核抑止力政策に反省を迫るものである。しかし、これを契機に国連の存在意義に疑問を呈したり、反撃能力と言い換えた敵基地攻撃能力強化論や核共有論が議論され、さらには9条改憲論が政権与党から堂々と提示され国会内の憲法審査会においてこれを推進しようとする動きさえある。

この間、個人としての日本国民や世界の人々の恐怖と欠乏から免れる事態がより前進し、平和を享受することに不安のない状態となったであろうか。む

しろ、世界に新冷戦ともいうべき分断と武力攻撃・威嚇の応酬と軍拡競争の可能性を広げたと言わざるを得ない。

もとより、本件訴訟は、直接国家の安全保障政策の是非を問うものではない。しかし、文字通りの意味の「国民の安全保障」と平和にかかわる日本国憲法の解釈適用が問題となっており、複雑な国際政治状況の下、日本国憲法および国際法が、どのような目的・思想に基づき、どのように他国とかかわるべきとしているかと日本がとるべき安全保障政策は密接不可分である。

日本国憲法は、「政府の行為により再び戦争の惨禍が起こることのないように」「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して我々の安全と生存を保持すると決意」し、「世界の人々が恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利を有することを確認し」「日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成する」と誓い、国際紛争解決手段としての武力行使と武力威嚇を永遠に放棄し、そのために、陸海空その他の軍隊を持たず、交戦権を否認した。この日本国憲法上、新安保法制法がよって立つ日米軍事同盟強化と世界一位の軍事力を持つ米国と一体化して集团的自衛権行使の名目のもと、世界のどこにでも武力行使ができ、平時からその準備行為を可能にした、そのようないわゆる「安全保障政策」（言葉として正確ではなく「戦争政策」が正しいであろう）が許されるかが最重要論点である。そして、そのような政策によって、個々の国民の安全・安心・平穏が逆に侵され、あるいは侵される危険が新安保法制以前に比較してより増大してはいないか、それが本訴訟の論点であり核心である。

そして、人類の英知である近代憲法の系譜にある日本国憲法上、司法はどのような立場にあるか、その根本にさかのぼった行為（判断）を個々の裁判官に求めているものである。

## 第2 本件における憲法判断の必要性

### 1 事件性（法律上の争訟）と違憲審査権

（1）原判決は、憲法改正決定権を具体的権利利益と認めない論理として、

- ① 控訴人らが主張する憲法改正決定権を「立法又は行政の行為につき、本来は憲法改正手続きを要する『憲法解釈の変更をされない権利』と強引に読み替え、
- ② これを認めると、「ある立法又は行政の行為が自らの憲法解釈と異なると考える者が自らの具体的権利・利益の有無に関係なく憲法解釈の変更により当該権利が侵害されたなどとして国家賠償請求訴訟等を提起し、その憲

法適合性を問うことを許容することにつながりかねず裁判所が具体的な事件を離れて抽象的に法令等の憲法適合性を判断する権限を有していないこと（最高裁昭和27年（マ）第23号同年10月8日大法廷判決・民集6巻9号783頁参照）と相容れない」とした。（原判決20頁以下）

（2）憲法改正決定権に関するところは、既に控訴審第6準備書面で批判した。端的に言えば、原判決は、憲法改正決定権についての控訴人（原告）らの主張を曲解したうえ、少しでも抽象的違憲審査につながるような個人の権利・利益を認めない姿勢を明らかにしたものである。その意味で司法の自殺行為につながりかねない判示を含む。また、原判決が引用した最高裁判所判例は、警察予備隊の設置並びに維持に関する一切の行為の無効確認請求事件であり、明らかに、具体的事件を離れて抽象的に政府や国会の行った行為等の違憲、違法について判断することを求める訴えであった。それ故事件性を欠くとして却下されたものである。

しかし、本件がそのような具体的事件を離れて抽象的に政府や国会の行った行為等の違憲、違法について判断することを求める訴えでないことは、原判決が本件について却下判決をしなかったことから明らかである。

本件は司法権を発動することができる場合であることが明らかであるから、憲法81条により裁判所に与えられている違憲審査権は、本件において行使することができるものと解すべきである。

（3）原判決は正面から判示することを避けているが、「結論を導くために必要な要件事実のみを判断すれば足りる」（原判決21頁）とする背景には付随的違憲審査制の趣旨を極めて硬直的かつ金科玉条のごとく捉え、何としてでも憲法判断を回避するとの強固な意思が読み取れる。

しかし、そもそも、司法権につき定める憲法76条が伝統的に具体的な事件を中心に把握されてきたのに対して、同81条の法文に違憲審査権行使の要件として「事件性」が示されているわけではなく、司法権と違憲審査権の領分が常に一致するわけではない（青井未帆「憲法判断を巡る司法権の役割について—安保法制違憲国賠訴訟を題材に—」学習院法務研究所第12号 5～6頁甲B185）。仮に、控訴人らに何の権利侵害も認められず請求が棄却されるべき場合に憲法判断に踏み込むことは実質的に法令に対して抽象的違憲審査を行うことに等しいとして憲法判断を回避するというのであれば、それは以下の点から誤っていると言わざるを得ない。

まず第1に、控訴人らの権利侵害の有無を判断するためには新安保法制法の憲法判断が必要不可欠である。控訴人らは憲法に違反する新安保法制法が

制定・施行されたことによって損害（精神的苦痛）をこうむったと主張しているから、損害発生の原因とされている新安保法制法の憲法適合性の判断が必要なことは当然といわなければならない。第2に、とりわけ憲法改正・決定権の侵害の有無について判断するためには新安保法制法の違憲性の判断が不可欠だからある。第3に、そもそも本事案の特殊性から控訴人らの生命・身体等の安全が侵害される具体的危険の発生にこだわるべき理由がないからである（甲B170長谷部意見書、前掲青井論文参照）。第4に、本件は裁判所が憲法保障機能を発揮すべき特別な事案だからである。付随的違憲審査制であることを踏まえても、違憲審査に踏み込む必要のある（従って許容される）事件があり、本件はそのような事件である。

## 2 控訴人らの権利侵害の有無を判断するためには憲法判断が必要であること

### (1) 民主主義と立憲主義

原判決は憲法判断を回避した。その回避の論理は、原告らが主張する権利ないし法的利益は、いずれも損害賠償により法的保護を与えられるべき具体的権利・利益とはいえないか、又はその侵害が認められないから、その余の点について判断するまでもなく（憲法違反か否かを判断するまでもなく）、原告らの損害賠償請求には理由がないこととなる、というものである。

そのうち、憲法改正決定権を否定した判断については前述したが、この考え方の背景には、本件で問題となっている閣議決定及び立法がたとえ憲法を破壊しかねない憲法違反を含むものであったとしても、その是正は、「民主政の過程において」、憲法で保障されている表現の自由、政治活動の自由によって、多数決原理を基礎とする間接民主制を採用する我が国において多数派を形成して、本件立法の廃止を目指すことにより実現されるべきであり、司法特に下級審裁判所が軽々に判断すべき事柄ではないというような考えが存在するものと推察される。（本件と同種訴訟における東京地方裁判所令和元年11月7日判決などに、より明瞭にこれを読み取ることができるが、原判決も同様であろう。）

しかし、このような考え方は間接民主制を至上、もしくは万能と捉える偏狭で誤った考え方であり、立憲主義、憲法保障の見地から到底許容できない。このような誤った考えを背景にしてなされた「権利・利益侵害が認められない」との結論も当然、正されなければならない。憲法は、立憲主義体制を破壊から守るために、第一次的に民主政に期待していると思われ、同時に主権者である国民の自由な言論活動、政治活動に期待しているものと考えられる（憲法12条、21条）。

しかし、ワイマール憲法が民主政の名の下で破壊された例を引くまでもなく、民主政のみによって憲法保障の機能を健全に果たせないことも憲法は予想し、民主政に全てを委ねず、裁判所に重大な憲法保障の役割を負わせた（憲法 81 条，76 条 3 項）。特に、間接民主制，議院内閣制の下では，政権党が立法及び行政を担い，議会多数派による横暴，憲法破壊も想定されるのであって（本件各行為はその端的な例である），そのような場合に備えて，憲法は，裁判所に憲法保障の職責を与えたのである。議会多数派が選挙によって国民から選ばれたという一事をもって，「もし議会多数派の行動に横暴，憲法破壊といった行為があっても，国民は次の選挙によって是正し得る」という間接民主制至上主義のような理屈が許容されれば，憲法 81 条，76 条 3 項の存在意義は無いに等しいといえよう。間接民主制は，どのような選挙制度を採用するかにより，議会構成も変わりうる制度であるし，現実の選挙活動の実態及び世論調査に表れる国民の投票行動の現実をみれば，憲法保障の観点からは，間接民主制を至上かつ万能と捉えることが如何に危険かは容易に理解できるはずである。公知の事実と言って良いであろうが，最高裁判所は，国政選挙における投票価値の平等が害されており「違憲状態にある」との判断を新安保法制法が国会で審議される前から複数回にわたって行っている。また，国政選挙の投票率も極めて低い。間接民主制自体その空洞化が懸念されているのが現状である。憲法自身，憲法を変更する場合には，間接民主制によらず，直接民主制を採用している（96 条 1 項）。

より直裁に述べると，仮に新安保法制法の成立前に，通常選挙において政権党が新安保法制法の制定を最重要政策として訴え，多数議席を獲得し，その後の議会において議会内の多数決原理に従ったとしても，新安保法制法を成立させることは憲法上許されない。我が国が多数決原理を基礎とする間接民主制を採用するからといって，新安保法制法が憲法を改正しなければ許されない明らかな違憲立法である限り，通常選挙で国民から授権されたことを理由として，憲法改正についての規定である憲法 96 条の手続を回避することは許されない。

違憲審査制は，大日本帝国憲法と日本国憲法を隔てる最大の違いの一つである。違憲審査制は，理論的には，主として憲法の最高法規性の観念と基本的人権尊重の原理という二つの根拠によって支えられている。憲法は，国の最高法規であって，それに反する法律，命令その他の国家行為は違憲・無効であるが，それは，国家行為の合憲性を審査・決定する機関があってはじめて，現実に確保される。基本的人権の確立は近代立憲主義憲法の目的であり，憲法の最高法規性の基礎となる価値であるが，その基本的人権が立法・行政両権によっ

て侵害される場合に、それを救済する「憲法の番人」として、裁判所ないしそれに類する機関による違憲審査制が要請される。

日本国憲法は、その「憲法の番人」の役割を裁判所に与え、司法に憲法保障に係る役割を期待したのである（81条）。

憲法の番人が間接民主制を至上かつ万能と捉えたとすれば、この国の立憲主義は、致命的機能不全に陥ったといわざるを得ない。

## (2) 控訴人らの人格権侵害の判断に不可欠な憲法判断

(一) 控訴人らの人格権侵害の有無を判断するためには、新安保法制法の違憲性の判断が前提として必要となる。合憲だが自分の意に沿わない内容の法律制定がなされたので遺憾に思うというだけなのであれば、法的保護利益の侵害があったとはいえないかもしれない。しかし、控訴人らは明白な違憲の立法行為によって法的保護が必要な精神的苦痛を被ったと訴えているのであるから、その原因である立法行為が合憲なのか、明白に違憲の行為なのかは、原告らの権利侵害の有無、程度に大きな影響を与えることは自明である。この新安保法制法の違憲性を判断せずして、控訴人らの権利侵害の有無、程度は判断できない。以下、原判決の内容を踏まえ論じる。

(二) 原判決は、「原告らが、各々の立場、経験等に加え、自衛隊の南スーダンにおける活動、米国との共同訓練等に関する報道等から、その主張にかかる不安、懸念等を抱くこと自体は理解できないわけではないにしても」「原告らがその主観としてその主張にかかる不安、懸念等を抱くこと自体は理解できないわけではないが」と、控訴人らの精神的被害に一定理解を示している。しかし、本件各行為により、原告らの生命及び身体に対する具体的な危険が客観的に生じたとは認められないから、原告らの生命、身体および精神に関する権利利益としての人格権が侵害されたとは言えないとする（18頁）。

この結論が人格権・利益についての理解と分析を誤っていることは控訴審第8準備書面において詳述した。また、生命及び身体に対する具体的な危険が客観的に生じなければ人格権侵害がないとする基準自体が本件には妥当しない点については後述する。

そもそも、原判決が、新安保法制法についての憲法判断には一切触れず、「自衛隊が他国との戦争等に巻き込まれるなどし、国民が武力攻撃やテロリズムの対象となったとは認められない。また、存立危機事態に際して防衛出動が命じられたことがないことはもとより、存立危機事態に至ったとし



てその対処に関する基本的な方針(事態対処法9条)が定められたようなこともない(顕著な事実)」ことを理由に権利・利益侵害がないとした点は、控訴人らの訴えを捻じ曲げ、論点をすり替えたものである。

控訴人らは、存立危機事態となったり、自衛隊が他国との戦争に巻き込まれたり、国民が武力攻撃やテロリズムの対象になることそのものを国の違法な侵害行為と主張したのではない。自国が攻撃されていない段階で政府による他国への積極的な武力行使を可能にし、平時においてもそのための準備活動を可能とした立法行為自体を違法な侵害行為であるとしたものである。そして、その立法行為の効果として、上記事態を招くと捉えることは被害妄想や杞憂ではなく、蓋然性が認められると主張した。原判決は、「原告らの不安・懸念は理解できないではない」とするのであるから、控訴人らの不安・懸念は被害妄想でも杞憂でもないと判断したものであろう。そうであるなら、控訴人らの主張する人格権・利益(単なる不安や懸念にとどまらないが)又はその侵害の有無の判断においては、新安保法制法の内容に踏み込み、法が施行された場合に想定される個々の国民への影響と控訴人らが主張する人格権・利益の内容との関連性に立ち入らざるを得ないはずである。具体的には、集団的自衛権行使を可能とする存立危機事態において個々の国民はどのような状況に置かれるか、また、平時において集団的自衛権行使・実戦を想定した共同訓練がなされ、他国の武器防護が多数回に及び、その際に武器使用が可能とされることでどんな状況が想定されるか、しかもこれが必ずしも国民に公表されない状況で個々の国民はどのような影響を受けるか、現に戦闘行為の現場でない限り、他国軍に対して燃料補給や弾薬提供を含む後方支援を実施する自衛隊や自衛官はどのような状況に置かれるかなどについて検討しなければならない。それは、実際に法施行後の6年間の客観的事実や、過去の他国の集団的自衛権行使例、さらには集団的自衛権行使を理由(口実)としたロシアのウクライナ侵略とおびただしい兵士や子どもを含む市民の痛ましい犠牲、美しい国土の破壊や環境汚染、原発施設への侵入に見る放射性物質放出の具体的危険等を見ることで十分可能である。そして、立法政策としてそれらの事態を引き起こすリスクを積極的に引き受けたとしても、それが憲法に適合するというのであれば、およそ国家賠償法上控訴人らの人格権・利益が侵害されたと言う余地はないであろうから、新安保法制法の憲法適合性に踏み込まなければ人格権・利益侵害の有無は判断できない。

この点、原判決には、あたかも新安保法制法を所与の前提とするかの危険な思考が垣間見える。何らの留保なく「ある一定の時点で確立していた解釈であっても、社会情勢等の変化を受けて変容して行くことはあり得るとこ

るであり、憲法もその例外ではない。」とする憲法改正決定権に関する判断（20頁）もしかりである。いかなる憲法破壊も、無謀な戦争準備・遂行に向けられた政策も、個人である国民は裁判所に向けて違憲立法審査権行使を求めることはできないというのが裁判所の考えなのであろうか。立憲主義を一顧だにせず個人に着目しない極めて危険な前時代的思考である。

### 第3 憲法改正・決定権の侵害の有無について判断するためには新安保法制法の違憲性の判断が不可欠であること

#### (1) 控訴人らの主張の確認

控訴人らは、新安保法制法により条文自体を変えることなく、その意味内容を変更することは、それ自体、憲法改正手続を潜脱する重大な違法行為であり、これにより憲法改正・決定権が侵害されたと主張している。

すべての国家機関によって安定的な運用がなされて憲法典と一体化された従来の有権的な憲法解釈では許されない立法だったはずのものが、現在の憲法解釈では許されるというのであれば、それはとりもなおさず実質的に憲法の意味内容を変更したことになる。控訴人らはそれが憲法改正手続の潜脱にほかならず、憲法改正・決定権の侵害だと主張しているのである。新安保法制法が、許される解釈の変更の範囲を超えており従来の憲法解釈上許されないものであったか否かを判断しなければ、実質的な憲法の意味内容の変更を改正手続を取ることなく行ったものなのかどうか判断できない。

よって、新安保法制法が憲法の条文を変えることなく、許される解釈の変更の範囲を超えて憲法規範の内容を変更するようなものであったかどうかを検討することは、控訴人らの主張する憲法改正・決定権の侵害の有無を判断するために避けて通ることはできない。

#### (2) 原判決の論理が不明であること

- (一) 原判決は、憲法が国民主権原理（前文，1条）を採用したことを前提に憲法改正について96条1項が国会の発議と国民投票を定め、さらに憲法改正手続法によって国民投票等の手続等が定められ、個々の国民に憲法の改正が発議された際にこの特別の国民投票等に参加する権利が保障されているとしている。そして、憲法に関する自らの意見等を表明し、これを国政に反映させる手段として個々の国民に参政権、表現の自由等の基本的人権が保障され、憲法99条が国务大臣および国会議員を含む公務員の憲法尊重擁護義務を定め

ていることから、憲法に違反する閣議決定を行うことおよび憲法に違反する法律を成立させることは、この義務に抵触する事態を引き起こすとする。

しかし、この判示が具体的な結論にどう結び付くか明らかでない。個々の国民に与えられた国民投票に参加する権利はあくまでも国会の発議を条件とするという趣旨であれば、発議がなされなかったことをどうとらえるか（控訴人らはこれを手続潜脱であると主張している）の判断、すなわち発議を必要とする憲法の意味内容の変更であったかの判断が必要である。しかし何の言及もない。また、憲法違反の閣議決定や法律制定が公務員の憲法尊重擁護義務違反となるなら、その義務に抵触したかどうか、すなわち新安保法制法およびその前提となった閣議決定の憲法適合性の判断に踏み込むのが論理の通常の運びであろうが、これを避けている。

- (二) そして、続けて、何らの留保なく「ある一定の時点で確立していた解釈であっても社会情勢等の変化を受けて憲法解釈が変容していく事があり得る」とし、①「法令等が憲法に適合するかしないかを決定する最終的権限は最高裁判所のみが有しており（憲法81条）、国会が立法を行い、内閣が行政を行うにあたって採用され、又は変更された憲法解釈は憲法の意味内容を確定させ変更する法的効力を有しない。」②「そして、立法又は行政の行為につき、本来は憲法改正手続きを要する「憲法解釈の変更をされない権利」を措定することは、通常の立法又は行政の行為においては憲法改正手続きを経ることはいから、ある立法又は行政の行為が自らの憲法解釈と異なると考える者が自らの具体的権利・利益の有無に関係なく憲法解釈の変更により当該権利が侵害されたなどとして国家賠償請求訴訟等を提起し、その憲法適合性を問うことを許容することにつながりかねず裁判所が具体的な事件を離れて抽象的に法令等の憲法適合性を判断する権限を有していないこと（最高裁昭和27年（マ）第23号同年10月8日大法廷判決・民集6巻9号783頁参照）と相容れない」とした。

- ① については、最高裁のみが最終的な違憲立法審査の権限があることを理由に、政府がどのように憲法解釈を変更しても、憲法の意味内容を確定させる法的効力がないという抽象的法理論を確認したにとどまる。全くの机上の形式的空論と言うほかない。新安保法制法が成立施行した後現実にそれまでとは異なる自衛隊の行為が可能となり、それを前提にした実行行為が着々と積み重ねられ、本来憲法の実践であるべき現実政治に具体的な効果（変化）を与えている。控訴人らが問題としているのはそれらを可能にした立法行為の違憲性である。このような抽象的理屈は、なんら本件紛争の解決に意味をなさない。それだけでなく、最高裁が適時にながしかの憲法判断をしない限り、

現実政治が実定憲法（これを踏まえた実質的根本規範としての憲法）と際限なく乖離していくのを放置しかねない。

- ② については、前述したとおり控訴人らの主張する憲法改正決定権をねじ曲げて読み替え、これが抽象的違憲審査制につながりかねないとして、否定したものである。これもまた、論点をすり替えた極めて不誠実な判示である。

既に控訴審第6準備書面で詳細に述べたところであるが、2014年7月1日の閣議決定（以下、「7.1閣議決定」とする）及び新安保法制法制定行為は、明白な違憲行為であり、実質的に考えるならば憲法の改正に匹敵する行為といえる。先に述べたように条文自体を変えることなく、許される解釈の変更の範囲を超えて憲法規範の内容を変更することは、それ自体、憲法改正手続を潜脱する重大な違憲行為である。

そもそも、「国際紛争解決のためには武力行使、武力威嚇を永遠に放棄する。」「その目的のために陸海空軍その他戦力を保持しない。交戦権はこれを認めない。」と言う憲法9条の文理を平均人の国語力をもって読めば他国と遜色のない軍事実力組織たる自衛隊の存在に違憲の疑いが生じることは否定しえない。しかし、戦後の米ソ冷戦構造のもと日本国憲法の根本原理と緊張関係にある日米安全保障条約（実質は日米軍事同盟）の存在があり、世界が軍事紛争を容易に克服できない現実があった。それらとの相克の中で、憲法9条の文理上は本来無の存在であるべき自衛隊は、「専守防衛」に徹し、「集団的自衛権行使はできない」という政府のぎりぎりの憲法解釈とこれに基づく長年の憲法実践の積み重ねによってかろうじて合憲性の枠内にとどまっていた。政府のぎりぎりの憲法解釈が憲法規範として憲法9条の意味内容を充填補充してきたのである。（以上前掲長谷部意見書、甲B171宮崎礼壹陳述書、同172同証人尋問調書、同188札幌高等裁判所における青井未帆尋問調書）

国民の中に様々な議論はあっても、大方の国民にこれは受け入れられて定着していた。集団的自衛権行使を可能にし、平時からその準備をするという政策転換はこれを180度と言っていいほど大きく変えるものである。元々文理上は疑念を生じて不思議ではないぎりぎりの憲法解釈さえ変更するものであって確立した憲法規範の逸脱である。これは本来憲法改正手続を経た上でなければ立法してはならないものであった。控訴人が主張するのは、国務大臣および国会議員がこれを立法するのであれば、まずは憲法改正手続、具体的にはまず国会発議に向けた国会内論議から入るべきであったところ、全くこれらの手続に入らずこれを潜脱して強引に立法行為に踏み切ったことが違法であるということである。

そして、その結果侵害された控訴人らの権利・利益が憲法改正手続に参加す

る権利・利益としての憲法改正決定権である。

- (三) 憲法 96 条 1 項は、憲法の改正にあたって、改正を承認するか否かの投票に参加する権利を個々の国民に保障していると理解すべきである。多くの学説も国民が有する憲法改正の国民投票権を参政権として扱っている。原判決もこれ自体は否定していない。

長谷部教授が指摘するように、今回の政府・国会による本件各行為は、たとえば言うならば、選挙民による投票の経ることなく特定の候補者を当選者としたり、国民審査に付されるべき最高裁判所裁判官を有権者による審査を経ることなく、引き続きその地位にとどまると決することと同様であって、個々の国民に憲法上保障された権利を明らかに侵害している（前掲同人の意見書 7 頁 折しも令和 4 年 5 月 25 日在外邦人の最高裁判所裁判官審査に参加する法的制度の不備に関して最高裁大法廷は違憲判断を行った。最高裁裁判官国民審査制度（79 条 2 項～4 項）について、個々の国民に選挙権と同様の具体的権利を認めるものとしている。その根拠として、最高裁判所に違憲立法審査権が与えられていることおよび三権分立の観点から国民が司法をチェックする制度の重要性を指摘している）。

以上の点は、飯島意見書（甲 B 182）による国民主権の観点からも明らかであろう。飯島意見書は、「安保法制」は憲法 96 条で定められた、国民投票の経ることを回避して憲法の意味内容を変えた法律であることは一目瞭然であると指摘（飯島意見書 17 頁）した上で、次のように述べる。

「憲法の実質的意味内容を変え、その結果として市民の生命や安全、健康などに重大な影響が生じる場合、国会には主権者である国民（人民）の意志を問う「憲法改正発議義務」が憲法の国民主権規定から課せられている。ところが、安倍内閣や国会は憲法 96 条の手続をとらなかった。安保法制の制定は憲法 96 条の手続を踏まずに憲法の平和主義の実質的意味を変えることになり、国民主権に密接に関連する「憲法改正・決定権」を侵害・剥奪したことになる。」（同 18 ないし 19 頁）

すなわち、控訴人らが主張する「憲法改正・決定権」の侵害の有無を判断するためには、7.1 閣議決定及び新安保法制法が憲法の実質的意味内容を変えたのか否かの判断、つまり 7.1 閣議決定及び新安保法制法が一見明白に違憲か否かの判断を避けて通ることはできないのである。

#### 第 4 そもそも本事案の特殊性から控訴人らの生命・身体の安全が侵害される

## 具体的危険の発生を要件とするべきでないこと

### (1) 原判決の誤り

原判決は、「自衛隊が他国との戦争等に巻き込まれるなどし、国民が武力攻撃やテロリズムの対象となったとは認められない。また、存立危機事態に際して防衛出動が命じられたことがないことはもとより、存立危機事態に至ったとしてその対処に関する基本的な方針（事態対処法9条）が定められたようなこともない（顕著な事実）」ことを理由に権利・利益侵害がないとした（前述）。

具体的危険の発生が客観的に予見されない限り権利侵害があるとはいえないとの理解の下で、新安保法制法において行使可能となった集団的自衛権が実際に発動されあるいはその発動が切迫していることが、客観的かつ具体的に予見される状況でない限り、原告らの生命・身体の安全が侵害される具体的危険が発生したものとはいえないと考えているようである。この前提自体に誤りがある点については、既に述べた。

### (2) 戦争被害の特殊性—武力攻撃の予見可能困難性と被害回復困難性

さらにこの点に関して長谷部意見書において、「具体的危険の発生が客観的に予見されない限り権利侵害があるとはいえない」という判断基準は、本件については適切とは言えないことが指摘されている。理由は2つある。

第一に、いったん集団的自衛権が実際に発動されあるいはその発動が切迫していることが客観的かつ具体的に予見される状況に立ち至れば、裁判を通じて国賠法上の違法性を認定することは、もはや遅きに失することとなる。違憲性の明白な集団的自衛権行使およびそれに対する他国の対応により、原告らを含むきわめて多くの国民の生命・身体に対して回復困難で、かつ、計り知れない損害が加えられることが必至となる状況に立ち至るまで、裁判所が国の行為の違法性について判断を控えるべきだとすることは、司法権の行使を放棄するに等しく、国民の裁判を受ける権利をないがしろにするものである。国の一連の行為の出発点となる憲法解釈の変更に明白な違憲性が認められ、その結果、いったん政府が具体的な行為をとるならば原告らを含む多くの国民に膨大で甚大かつ不可逆的被害が発生する危険性がある場合には、そうした結果の発生を確実に予測し得ない場合であっても、予防＝事前配慮原則にのっとり、国賠法1条1項における違法性を認定すべき十分な理由がある。遺伝子工学や環境問題において、発生が不確実ではあるが大規模かつ甚大で不可逆的な損害が発生するリスクに直面した場合と同様の状況である。

同じことは、青井美帆教授も指摘する。すなわち、「そもそも憲法9条は国民の自由や権利と無関係ではなく、戦争や武力の行使は必ずや誰かの自由や人権への侵害をもたらし、実際に権利や自由への侵害が生じてしまっただけからこそ、侵害が生じる一歩手前の段階で、そのような個別具体的な侵害が生じることを防ぐための手段である。前文が「政府の行為により再び戦争の惨禍が起こることのないように決意」しているのは、侵害の手前で制度的に自由を確保することが、憲法で選択されたもので、たとえていえば「防火壁」のようなものである。そうである以上、日本国憲法9条に違反する国家行為がなされたからと言って、従来説かれていた意味での具体的な権利侵害事件として構成することが難しいのは当たり前である。伝統的な意味での具体的な権利利益侵害が生じていないから裁判所が取り扱えないと言うのでは、手遅れになってからでないと扱えないと言わなければならない。一歩手前で防いで自由を確保するという制度の根本目的ないし趣旨が没却される。それは結局のところ、人権の保障という司法の果たすべき役割を放棄することにもなりかねない。」(前掲 青井論文 68～69頁)

第二に、本件において通常の事案より積極的な司法判断が求められることは、7.1閣議決定における解釈変更の結果として、政府がいかなる場合に武力を行使するかが曖昧模糊としており、不確実性を帯びるものとなったことから根拠づけることができる。政府による武力行使が客観的かつ具体的に予見される状況であるか否かを判断することは従前の解釈の下よりもはるかに困難となっている。自衛権発動の基準が曖昧化したために、原告らを含む国民の権利侵害に関する具体的危険性発生の判断自体が困難となっているわけである。

本件各行為によってもたらされた、憲法9条をめぐるこうした不確実性を考慮するならば、具体的危険性の発生の有無にこだわるべき理由はない。

7.1閣議決定及び新安保法制法制定により武力行使の発動基準全体が漠然性の瑕疵を帯びるに至ったために結果発生が不確実となった場合には、裁判所は、予防＝事前配慮原則に即して、具体的危険性の発生を待つことなく、出発点となる発動基準の違憲性を正面から問題とし、新安保法制法のうち当該発動基準を取り込んでいる部分の違憲性を指摘すべきである。このように、数多くの国民の生命・財産が深刻な危険にさらされるリスクを根源から除去し、政治権力の恣意的な運用を阻止するという最低限の意味での立憲主義を回復することが、司法に求められる。

加えて、控訴人らに伝統的な民事訴訟の要件と同様の具体的危険の発生とその客観的予見可能性の主張立証を要求することは、そもそもこれを困難に

させる事態を引き起こしたのが国の加害行為であることを考えれば、訴訟法上も不公平をもたらす。

以上は控訴審第2準備書面でも指摘したが、極めて重要な視点であるので、再論した。本件においては、具体的危険の発生が客観的に予見される状況に至る前であっても、裁判所は、憲法判断に踏み込むことができるし、それは司法の職責なのである。

## 第5 本件は裁判所が憲法保障機能を発揮するべき事案であること

### 1 新安保法制法の制定と日本の軍事化の進行

2015年9月19日未明、参議院本会議で新安保法制法の採決が強行されて「成立」したとされてから、6年が経過した。

この間、2016年7月には南スーダンPKOに自衛隊が派遣されていた首都ジュバにおいて、大統領派と反大統領派が激しい戦闘を繰り返し、自衛隊の宿営地の頭越しに銃撃戦・砲撃戦まで行われ、もはや停戦合意など存在するといえる状況ではなかったにもかかわらず、同年11月、改正されたPKO協力法に基づいて、現地に向かう自衛隊の部隊に「駆け付け警護」の新任務が付与され、「宿営地の共同防衛」の任務と合わせて行うことになった。現地の状況では戦闘に巻き込まれる危険の非常に高い任務であった。現地からの日々報告など、「戦闘」の存在を示す文書の政府による隠蔽が明らかになり、辛くも2017年3月、政府は南スーダンPKOからの撤収を決定するに至った。

2017年5月には、核開発とミサイル発射実験を繰り返す北朝鮮と米国との緊張関係が極度に高まる中で、防衛大臣は護衛艦「いずも」等に日本海を北朝鮮近海に向けて航行する米海軍艦船の警護命令を発し、自衛隊法95条の2の「武器等防護」を実施した。これに対し北朝鮮は、「日本が真っ先に放射能の雲で覆われる」などと反応し、日朝間の対立関係も顕在化、緊迫化した。

2019年6月には、イランとアメリカとの関係が一触即発の状態となり、アメリカの無人偵察機の撃墜、アメリカによるイスラム革命防衛隊司令官の殺害とこれに対するイラン側の報復など、緊迫した情勢が続き、アメリカは有志連合を結成してペルシャ湾等に軍隊を派遣。日本は友好国イランに配慮し有志連合への参加を避けたものの、同年12月、「調査・研究」名目のもと護衛艦と対潜哨戒機を派遣している。

さらに近年、米中の敵対関係が顕在化し、近未来における中国の台湾への武力侵攻の可能性が関係者によって明言される等の中、日米豪印に欧州諸国まで加わって、南シナ海、東シナ海、南西諸島海域での軍事共同訓練が頻繁に実



施されている。2021年3月の日米安全保障協議委員会での共同発表及び4月の日米首脳共同声明では、52年ぶりに「台湾海峡の平和と安定の重要性」が明記された。

そして自衛隊は、2018年12月の防衛計画の大綱及び中期防衛力整備計画の改定を経て、新安保法制法に対応する軍事能力を急速に拡充しつつある。護衛艦「いずも」と「かが」の空母化、それに搭載可能な戦闘機F35Bの大量調達、長距離ミサイルの開発その他、米軍と一体・共同して戦うための装備の取得や、米国の統合防空ミサイル防衛（IAMD）への参画計画等が進められた。

2022年1月7日日米安全保障協議委員会（2+2）がオンラインで開催され、その概要とともに共同発表が公表された（甲A119「日米安全保障協議委員会（「2+2」）共同発表（仮訳）」防衛省ホームページより）。その内容は、新安保法制法のもたらした到達点としての軍・軍連携による日米同盟の姿を、赤裸々に物語るものであった。

以下、共同発表文からその一部を引用する（下線は控訴人ら代理人）。

①「閣僚は、変化する安全保障上の課題に、パートナーと共に、国力のあらゆる手段、領域、あらゆる状況の事態を横断して、未だかつてなく統合された形で対応するため、戦略を完全に整合させ、共に目標を優先づけることによって、同盟を絶えず現代化し、共同の能力を強化する決意を表明した。」

②「閣僚は、（中国による）地域における安定を損なう行動を抑止し、必要であれば対処するために協力することを決意した。」

③「日本は、戦略見直しのプロセスを通じて、ミサイルの脅威に対抗するための能力を含め、国家の防衛に必要なあらゆる選択肢を検討する決意を表明した。」

共同発表の①の文章では、日米が、軍事面において「未だかつてなく統合された形」「戦略を完全に整合させ、共に目標を優先づける」という、かつてない赤裸々な表現によって、日米の戦力の一体化、戦略の統合が明確に示された。

②の文章は、中国という具体的な戦略上の目標を明記し、日米共同での「対処」を辞さないという極めて強い表現をもってして、鋭い敵対意思を内外に広く宣明している。

共同発表は、上記の通り、日米が対中国という具体的な戦略目標に対して共同して行動することを明示したうえで、日本は「ミサイルの脅威に対抗するための能力を含め、国家の防衛に必要なあらゆる選択肢を検討する」（③）として、日本が敵基地攻撃能力獲得に向けて具体的に検討を進めることとしている。さらに、南西諸島を含む地域における自衛隊の態勢強化を含め、日米の施

設の共同使用を増加させるとされた他、日本側の予算措置にまで具体的な言及が行われている。

駐日中国大使館報道官は、その日のうちに「日米「2プラス2」とその共同声明は、悪意を持って中国にかかわることを持ち出し、中国をゆえなく非難し、中国の内政に乱暴に干渉している。これは国際法および国際関係の基本的準則〈規範〉に著しく反するものだ。われわれは強い不満と断固たる反対を表明し、嚴重な申し入れを行った。」とするコメントを発表し、激しく反発している。

岸田首相は、2+2の直後の2022年1月17日に国会で行った施政方針演説において、概ね1年をかけて国家安全保障戦略、防衛大綱、中期防衛力整備計画を改定し、その中で「いわゆる「敵基地攻撃能力」を含め、あらゆる選択肢を排除せず現実的に検討します」と述べて、2+2で合意された敵基地攻撃能力獲得の検討を国内でさらに具体的にすすめることを表明した。加えて、同年5月17日「敵基地攻撃は新安保法制法に従い集団的自衛権を認める三要件によって可能である」との閣議決定がなされ、岸田首相も国会で同じ答弁をしている（2022年5月17日東京新聞 <https://www.tokyo-np.co.jp/article/177900>。同年6月2日しんぶん赤旗各報道）。

同年5月23日実施された日米首脳会談においても、これらの方針が再確認され、バイデン大統領からは防衛費増大の要求があり、岸田総理大臣はこれを約束した。

敵対は単に口先のものではなく、現実の軍備増強と共同訓練の名による軍事行動の段階に至っている。しかも、「敵基地攻撃の対象は敵基地だけではなく、相手国の指揮統制機能等も含む」、すなわち国家中枢機能までも対象にし、必要なら核持ち込みも想定するとの自民党提言の動きがある。

もはや、先制攻撃や全面戦争となるリスクを辞さない姿勢である。新安保法制法の三要件が実際には何の歯止めにもならず、現実政治の憲法との乖離が加速度的に進みつつある。

現在最も高いリスクを抱えているのが、台湾有事を想定した日米合同での作戦計画で戦場と想定されている九州沖縄であり、集団的自衛権行使を想定した多国間共同訓練の場ともなっている。新安保法制法以後、住民の日常生活に対する具体的な影響もより大きくなっている。F35B配備と米軍利用が予定される新田原基地や多国間訓練が実施されるえびの霧島演習場等を抱える宮崎県の住民である控訴人らが著しい具体的不安を抱くのは軍事常識や太平洋戦争時の経験からごく当然である。そのことは控訴審第4、第5、第8各準備書面で詳細に述べた。

新安保法制法の制定、施行により、自衛隊の軍隊化、日本の軍事国家化への動きが急速に進行し、日本の国のありよう、国のかたちが大きく変貌しつつある。

それにともない本件各行為により侵害された控訴人らの平穏な生活を送るという利益への影響も一段と深刻度を増してきているのである。こうした状況下においてなお、控訴人らに伝統的な民事事件と同じレベルでの保護されるべき利益ないし権利の侵害を要求し、それらが認められない限り、裁判所が憲法判断に踏み込まないというのであれば、その姿勢そのものが明らかに誤っている。

本件は、憲法9条に違反する7.1閣議決定及び新安保法制法の制定により、日本が再び戦争への道を進むのではないかと、そしていずれはアメリカ等他国の戦争に参加することになるのではないかと、さらに日本も戦場になるのではないかと、といった不安や恐怖その他の精神的苦痛を訴える控訴人らが、その精神的苦痛の損害賠償を求めているものである。

新安保法制法が一見明白に違憲であることは、明らかであり、それは、原告らが政府の行為によって再び戦争の惨禍に巻き込まれることに対する「防火壁」となってきた憲法9条を破壊するものである。

憲法を破壊した7.1閣議決定及び新安保法制法の制定は、政治が法を、法の論理を乗り越えようとしているものであり、その問題が広く提起されている現在、三権分立に照らして、政治部門とのバランスをとるために、司法がそのカウンターとなるような役割を果たさなければならない（甲B17青井未帆意見書 59頁）。新安保法制法制定の際の国会のように、国民代表機関であり言論の府である国権の最高機関がその役割を十分に果たせないとき、憲法の目的である人権保障のために裁判所が担う役割は重大である。裁判所はこの憲法問題に正面から向き合わねばならない。本件のような権力間のバランスが崩れる中で、石川健治東京大学教授から「法的にはクーデター」と評価されるような、あってはならない憲法破壊について裁判所が憲法判断に踏み込む必要性は、上記のように平和国家日本の国のあり方が大きく変容し、現実には、日本の軍事国家化が急速に進行している今だからこそ格段に増しているのである。これは決して司法が政治に巻き込まれることを意味しない。むしろ、本件のような明確な違憲立法行為がなされたにもかかわらず、裁判所がここで違憲判断を回避すること自体が、政治部門の暴走を追認する結果をもたらすことになり、それこそ極めて政治的な結果をもたらすことを意味することを忘れてはならない。憲法秩序の維持において、「今」「この日本」で、法を逃れようとする政治部門にブレーキをかけて、司法の役割として憲法破壊を止めることが求められるのである（前掲 青井意見書 62頁）。

## 2 司法による憲法判断の必要性和許容性

法律上の争訟として適法に係属している訴訟において、必要があれば憲法判断を行うことは許されるし、むしろ必要な場合があることは憲法学者のみならず、再婚禁止期間に関する平成27年判決（最高裁大法廷平成27年12月16日判決・民集69巻8号2427頁）の判例評釈において加本牧子最高裁判所調査官も認めている（甲B153）。裁判所には憲法保障機能が期待されているのであり、本件はまさにそうした裁判所による明確な違憲判断が必要な事案にほかならない。

本件における違憲審査の必要性については、原審準備書面（17）で詳論したが、主要諸外国において積極的に違憲審査がなされており、また付随的審査制と抽象的審査制の合一化傾向が進んでいることにも留意すべきである。

50年前とは異なり、世界の潮流として、統治行為論などにより司法が政治に口を出さないという時代はとうの昔に過ぎ去った。今は、アメリカ、イギリス、ドイツ、フランス、どこの国も司法が憲法価値の擁護者としてしっかりと政治にくさびを打ち込み、そのことが司法への信頼を高めている。欧米諸国がすべて優れているとは言わないが、少なくとも立憲主義の担い手という点において、日本の司法もそして裁判官も欧米諸国並でありたいものである。

憲法判断回避準則（ブランダイス・ルール）は厳格に解すべきものではなく、かつそれを前提としても本件のような重大な憲法違反や重要な基本的人権に関わる場合などには適用すべきでない。最高裁も、平成27年夫婦同姓規定合憲判決（最高裁大法廷平成27年12月16日・民集第69巻8号2586頁）と平成27年再婚禁止期間違憲判決において積極的な憲法判断を現にしている。

2021年10月31日に実施された衆議院議員総選挙において、立憲民主党などの野党は「市民連合」と政策合意をしたが、その中に「安保法制の違憲部分を廃止すること」が含まれていた。しかし、新安保法制法が争点とされることもなく選挙は野党の敗北に終わった。このことは、政治部門によって憲法破壊がなされたときに、それを選挙などの政治過程で回復することが必ず期待できるわけではないことを示している。だからこそ、憲法はそうしたときの憲法秩序の回復を裁判所の職責として、司法に託したのである。

それにもかかわらず、裁判所が憲法判断をあえて避けてしまったとしたら、一体誰が憲法秩序を回復し、立憲主義を健全な状態に戻すというのであろうか。主権者には司法に頼らず抵抗権を行使せよというのであろうか。それとも日本が戦争に巻き込まれて現実に死者が出てから、その遺族に裁判で争えとでもいうのであろうか。

### 3 裁判所の違憲判決と民主主義（「転轍手」理論）

違憲審査権と民主主義との関係についてはフランスにおける「転轍手」理論を想起すべきである。「転轍手」理論とは以下のようなものである。

「憲法裁判機関がその規範が憲法と矛盾しており違憲だと考えれば、それを国民や国民代表に対して明らかにするのが違憲判決である。それを知った国民や国民代表は、その規範を採択することがどうしても必要だと考えれば憲法改正を行って、その規範を採択すればよい。もし、そうまでしてまでその規範を採択する必要性を感じないのであれば、国民はそのまま違憲判決を受け入れてしまえばよい。どちらのケースであっても、最終的な政治的判断は国民や国民代表の手に委ねられており、憲法院の判断は決して最終的なものではないから民主主義には反しないはずだ、とされる」（山元一「フランスにおける憲法裁判と民主主義」山下健次・中村義孝・北村和生編『フランスの人権保障－制度と理論－』（法律文化社、2001年）76頁）。

日本においても、「非民主的機関の権力は厳格な自制をもって行使されることが肝要だ」というアメリカ連邦最高裁判事フランクファータの言葉に従い、民主的基盤を持たない裁判所は民主的基盤を持つ政治部門の判断に対しては謙抑的であるべきだと主張されることがある。憲法判断に消極的であることを正当化する理由として、一見もつともらしい。しかし、フランスの「転轍手」理論に指摘されているように、裁判所の判断はたとえ違憲判断であっても最終的には憲法改正国民投票を含めた国民の判断に委ねることになるのであるから、民主主義という観点からは全く問題がない。裁判所は政治部門と比較した際の自らの民主的基盤の弱さを理由に、積極的に憲法判断、違憲判断を下すことを躊躇する理由は一切ない。

本件においても、裁判所による新安保法制法の違憲判決が出た場合、内閣や国会は、日本及び国民のためにこの法律がどうしても必要だと考えるのであれば、その必要性を丁寧に国民に説明した上で、主権者たる国民の判断を憲法改正手続によって求めればよいだけである。日本がどのような国になるのか、国のかたちを変えるのか否かを決めるのは主権者国民であり、内閣や国会ではない。とりわけ新安保法制法は、「海外で戦争できない専守防衛の国」から、米軍と一体となって「世界中で自衛隊の武力行使が可能になる国」に日本の国のかたちを変えてしまい、国民の日々の生活、国民一人ひとりの権利・自由に極めて重大な影響を及ぼすことになる。こうした極めて重大な問題を一内閣や国会が政治的多数によって決めるのではなく、主権者国民が熟議を尽くし

た上で決定すべき事項であるとして違憲判決によって政治部門に突き返すことが、国民主権を尊重する裁判所が行う違憲判決の持つ実質的な意味なのである。

本件における違憲判決は、憲法改正手続を進めるか、それとも違憲判決を受容して新安保法制法を廃止するかの選択を内閣や国会に問いかけるものであって、侵害された国民の憲法改正・決定権を回復し、むしろ国民主権に資するものなのである。裁判所の違憲判決は決して民主主義に反することにはならない。

#### 4 裁判所の使命と裁判官の職責

控訴人らは、本訴訟において、最高裁昭和60年11月21日第1小法廷判決を引用した。そこで述べられている「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。」との判示は、裏を返して言えば、(国会議員の立法行為の自律性は尊重されなければならないが、)最高裁は、「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」が万が一にも現出するようなことがあれば、憲法保障の立場に立って、必ずや立法行為に対しても違法の評価を下すと宣言したものであろう。昭和60年判決は、その後も変更されていないとされている(平成17年大法廷判決、平成27年大法廷判決)。それにも関わらず、どう見ても「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」が現出したといわざるを得ない本件各行為について、裁判所が本件各行為の異常性に目をつむり、あたかも立法政策の問題であるかのように述べて、憲法判断を避け、本件各行為の違法判断を避けようとするのであれば、裁判所は、憲法76条3項、81条、98条1項、99条に基づいて国民が有していた裁判所に対する信頼を失うことになるであろう。

裁判所は、財布も剣も持たない。その裁判所が、権威をもって、司法として機能するためには、専ら、法的正義を実現する姿勢を貫き、政治部門(行政府と立法府)及び国民から裁判所に対する信頼と尊敬に依拠せざるを得ない。

裁判所が違憲審査権を行使することで、たとえ一時的には政治部門から疎んじられることがあろうと、裁判所がその職責を果たし立憲主義の擁護者として憲法価値を尊重し擁護することは、中・長期的にみて明らかに個々の国民の利益の集合体としての国益にかなう。

中・長期的な展望に立ったときに、司法権が政治部門から独立してその職責を果たしている国は、国際社会から立憲主義国家としての信頼と尊敬を勝ち取ることができる。

裁判官は、自らの良心に忠実に仕事ができ、憲法と法律にしか拘束されることがない（憲法76条3項）。そして、苦しんでいる国民・市民を、自らの判断で救うことができるし、自らの信念でこの国の憲法を護ることができる。一歩先のこの国の司法のあるべき姿を見据えて、憲法価値を実現することができる。法律家として、裁判官ほどその力を発揮できる職業はないはずである。

全国で25件の同様の訴訟を提起した控訴人らを含む7699人は、侵害された自らの権利の回復のみならず、毀損された立憲主義の回復を求めて提訴することで「不断の努力」の一部として自立した国民・市民としての役割を果たした（憲法12条）。訴訟代理人らも「基本的人権を擁護し、社会正義を実現することを使命とする」弁護士として役割を果たそうとしている（弁護士法1条参照）。裁判官各位も人権保障機能と憲法保障機能を果たすことによって立憲主義を回復するためその役割を果たさなければならない。

裁判官が国家の安全保障政策について個人としてどのような意見を持つかは個人の自由である。しかし、それは個人の政治的意見である。本裁判において、控訴人らが求めているのは裁判官個人の政治的意見ではなく、法律家としての良心に従い、憲法に拘束された、裁判官の法的見識である。

本件で裁判所が明確な違憲判断を示すことは、司法が政治に巻き込まれるのではなく、司法の威信を取り戻し、立憲主義を回復するために、今、国民から最も司法権に期待されていることである。

## 5 本件における憲法判断と国際法秩序に与える影響

今、世界は経済的なグローバル競争を背景に、宗教・民族・経済的対立が武力紛争に陥る愚行を克服し得ていない。世界の平和と構成員たる個人の人権促進を目指した国連の正常な運用も常任理事国たる大国の拒否権に阻まれ正義の実現も困難である。地球環境破壊や核兵器による脅威にも晒されている。

しかしながら、困難な課題を抱えつつも、国連憲章、世界人権宣言、国際人権規約、各種人権条約、人間の安全保障概念に基づく諸文書、平和への権利宣言、核兵器禁止条約など、国際法秩序、特に国際人権法は発展してきた。また、どこの国であっても、国際紛争を軍事的手段で解決しようとすることに異を唱え、「戦争だけはしてはならない」という確信を持つ人々が少なくない。戦争を願う人が仮にいるなら、それが多数派ではないことは、人間の自己保存本能からしても明らかであろう。軍事行動や戦争で傷つき犠牲になるのはこれ

を提唱し命令する側ではなく、命令されて戦地に赴く兵士、動員された民間人、戦場の住民である。(甲B59 飯島陳述書5頁等もこれを指摘するが歴史的眞実と言って良い。) いわゆる国益と言われるものと個々の国民の利益は必ずしも一致しないことが多い。困難な世界情勢にあっても、世界中の平和を願う人々の努力によって、国際的な法の支配、国際法秩序は発展してきた。世界人権宣言や国際人権条約が、そこにいう人権と自由の擁護と増進のために個人に責任を果たすことを求めているのは、日本国憲法12条前段や97条と同様である。日本人も含め世界中の人々がその責任を果たすべく努力してきた結果が今の国際法水準である。そして、その中でも公的資格者による個人の人権侵害に対して司法ないし裁判所による権利の効果的な救済措置の発展が期待されている(国際人権自由権規約第2条3項(a)(b))。これは、言葉を変えれば(少数の)権力を持つ人間が個人的欲望や誤った確信によって(大多数の)権力をもたない人々の権利・利益を侵害することを裁判所が防止し救済する役割を果たすべきであり、それは効果的なものでなければならないという宣明である。

日本の裁判所については、比較憲法学分野で海外研究者からも関心が寄せられ、違憲立法審査制については、世界でもその違憲判断の少なさから、「最も保守的」と評され(判例時報社「統治機構において司法権が果たすべき役割」第1部 146頁)、あるいは「権威主義体制から立憲的な民主制への移行の成功例を見れば見るほど、その核心に実効的な違憲審査制が存していることが明らかになるが、日本はその貴重な例外事例である。」と指摘されたりしている(前同第2部100頁)。

もともと、特に2002年以来最高裁判所は積極的に違憲判断をするようになってきている。最近も2022年5月25日最高裁裁判官国民審査制に関して違憲判断がなされた(前述)。また、下級審も積極的に違憲判断をする例が多くなり、旧優性保護法に基づく強制不妊手術に関しては、2022年2月22日大阪高等裁判所は旧法の明白な違憲性を認めるだけでなく、除斥期間の適用が正義公平に反するとして賠償を認め、同年3月11日東京高裁も賠償を認めている。またデフレを理由とする生活保護基準の引き下げが憲法25条の生存権保障に違反し違法であるとして全国で訴訟が提起されているが、2021年2月22日大阪地裁判決、2022年5月25日熊本地裁判決は違法性を認め引き下げ処分を取り消している。なお、長年に渉る非人道的差別であるハンセン病問題に関しても下級審の違憲違法判断を契機に一定の立法的解決がなされており、司法の違憲判断が具体的な法的救済につながる機能を果たしている。



実定憲法として武力行使・威嚇を放棄し、そのための戦力と交戦権を放棄した日本国憲法9条は世界から注目されている。他方、近時の日本の軍事国家化も懸念されており、集団的自衛権行使に踏み切った立法について国内の裁判所がどのような判断をするかも世界の人々は注目している（原審準備書面（11）、控訴審第7準備書面）。

2016年12月19日、国連総会で「平和への権利宣言」が採択された（賛成131カ国、反対34カ国、棄権19カ国）。武力行使の足かせとなる「平和への権利宣言」にはアメリカやEU、そして日本が反対したことも一因となり、前文と5カ条からなる、法的拘束力のない「宣言」とどまった。しかし、「平和への権利」の実現を目指してきた市民社会は、法的拘束力を持ち、より豊かな内容を持つ「条約化」に向けた努力を継続している。その中で、新安保法制について違憲判断がなされれば、当然国連の場で紹介され、「平和への権利」の条約化にむけた有力な後押しとなる。

さらに、違憲判決は「国家実行」(State practice)として、一般的な国際慣習法の存在を推定する根拠として考慮される可能性がある。実際、「平和への権利」が国連で審議されていた際、長沼訴訟第1審判決（福島判決）、イラク自衛隊派兵違憲訴訟名古屋高裁判決（青山判決）、岡山地裁判決（近下判決）が「国家実行」の実例として国連で紹介された。（以上『私たちは戦争を許さない』（岩波書店、2017年）171～172頁 甲186）

本件訴訟における裁判所の判断は、単に国内だけでなく、アジアや世界の平和構築に多大な影響を及ぼすものである。

原審でも控訴審でも主張立証したとおり、憲法9条は世界に知られている。その解釈について権限を有する日本の裁判所の態度は、日本が本当に立憲国家、平和国家としての道を歩み続けるのか、米中の狭間で自国の平和と安定を模索するアジア諸国に、際限なく米国と一体であることを示して、アジアに分断と軍事緊張を積極的にもたらすかの分かれ目となる。

## 第6 終わりに

### 1 長谷部恭男教授意見書（甲B170）の結論

前掲意見書を作成した長谷部恭男教授は、2015年6月4日の衆議院憲法審査会に与党側推薦の参考人として出席し、新安保法制の合憲性を問われて、明確にその違憲性を指摘した憲法学者である。同日の審査会では与野党推薦の参考人3名全員が違憲であることを明確にし、新安保法制に反対する世論はますます高まった。

長谷部教授の意見書は、その結論において、安全保障環境が大きく変わった

などとして新安保法制法を擁護する議論について触れ、次のように極めて明快に切り捨てている。

「我が国を取り巻く安全保障環境が、現実により厳しく、深刻な方向に変化しているのであれば、限られた我が国の防衛力資源を本件各行為が目指すように地球全体に拡散しようとするのは愚の骨頂である。」(同意見書4頁)

また、日本がアメリカに軍事協力することが日本の安全保障に資するのだとの議論に対しても、「アメリカが武力を行使しつつ日本を助けてくれると考えるのは単なる願望思考(wishful thinking)である。いかなる国も、その軍事力を行使するのは、自国の利益に適う場合だけであることを肝に銘じる必要がある」と述べ、日本が抑止力を高めることは相手国の軍事増強を招き、安全保障環境がますます悪化するリスクがある、と警告する(同意見書4～5頁)。

長谷部教授は、意見書を次のように締めくくっている。「国家の安全保障とは、突き詰めれば自国の憲法の基本原理を守ることにはほかならない。国民の生命・財産の保全に名を借りて、長年にわたって保持されてきた憲法の根幹をなす条文に関する有権解釈を十分な理由を示すこともなく変更することは、自国の憲法の基本原理をみずから破壊することである。政府がそうした暴挙に踏み出したとき、それを阻止することは、憲法の番人たる裁判所の第一の責務であろう。」

憲法の番人たる裁判所が、日本の憲法原理の破壊を黙認して、これに手を貸すようなことは決してあってはならないのである。

## 2 ますます強まる控訴人らの不安、恐怖と苦悩

新安保法制が法の目的とした日米軍事同盟の深化は、日本を米国がアジアで仮想敵国とする中国・北朝鮮への積極的な武力威嚇に引きずり込み、日本の安全を危うくした。さらには21世紀に起こりうると予想もしないでいたロシアのウクライナへの武力侵略は、俄に戦争というものを現実視させることになった。控訴人らの新安保法制法制定により受けている苦痛、不安、恐怖はますます強く、より現実的具体的なものとなっている。

控訴人らの苦痛、不安、恐怖の具体的な内容については、志田陽子教授の意見書(甲B184)で詳らかにし、控訴審第8準備書面において、それらが国家賠償制度によって保護されるべき精神的苦痛であることを示した。控訴人らの精神的苦痛は、まさしく基本的人権の問題にほかならないのであって、司法がその救済を拒むようなことは、決してあってはならない。

新安保法制法が憲法違反であること、またそれにより生じた精神的苦痛は国賠法1条により保護され救済されるべきであることは、明確に示され、また数々の客観的事実により裏付けられている。長谷部教授が指摘する通り、自国

の憲法原理を自ら破壊することは、立憲主義国家の自殺という他ない。そして、憲法を保障し、国民・市民の基本的な人権を擁護すべき司法府がそれを黙認することは、決してあってはならない。

### 3 再び裁判官と法曹の責任について

2022年2月24日に始まったロシアのウクライナ侵略は同年5月31日現在停戦を見ないが、ロシア・ウクライナ双方の兵士、子どもを含む一般市民の死亡は正確な把握が困難ながら数万人規模であり、国外避難者は589万人と言う犠牲をだしている。戦時下における虐待、虐殺、女性等を対象にした人身売買なども横行していると報じられている。ロシアの武力行使や核威嚇が国連憲章に反した違法行為であることは異論がない。

翻って、今回のことと類似の武力介入を米国がこれまで何度も実行してきたことを思い起こさなければならない（甲B159、164の映像など）。

今、際限なく米国の要求に従い、日米同盟強化一辺倒に走ることは、日本もまた、軍事同盟国の一員として米中対立さらにはNATOとロシア対立の当事者となることである（ウクライナのNATO加盟問題がロシアの軍事侵略の要因の一つであることはほぼ一致した見方である）。それは、国際法上違法と評価される武力行使を余儀なくされる危険を抱え込むことである。核保有国とその軍事同盟国同士で核を含む軍備を競い合う、いわゆる核抑止論が、戦争を予防する力にも、停戦に向けた力にもなっていないことはむしろ今回のウクライナ侵略で増々明白となった。軍事的抑止では武力行使を止めることはできず、潜在的危険を常に抱え込み、それが破綻したときには取り返しのつかない被害を発生させるのである。

日本は第二次世界大戦、太平洋戦争の悲惨な体験から、そのことを嫌というほど学んだはずである。戦争だけは止めなければならないという確信は未だ多くの国民が持っており、憲法9条がその支えとなってきた。太平洋戦争時、天皇主権のもと、軍部の暴走を止めることができず、戦争に至った苦い経験、国家総動員法や治安維持法によって国民の生命、財産はもちろん思想・信条・信教・学問の自由がことごとく蹂躪された歴史的事実は、新聞等のマスコミ報道、文学、演劇、映画などの大衆文化においても語り継がれてきている。

法曹の戦争責任については、大きく論じられることがないが、戦前の治安維持法適用の現場で判検事が、知識層に戦争協力を強要し国民が戦争を批判することを閉ざすことに大きな役割を演じていた。そして、その法的・政治的責任を追及されることなく、戦後もその地位にとどまり続けた。そのことが他にもない憲法の番人たるべき裁判所内に大日本帝国憲法に郷愁を抱き日本国憲

法を軽視する思想が根強く残存することにつながった。裁判所内部において、憲法と基本的人権、民主主義を守るという本来当然の思想が、あたかも「偏向」思想であるように攻撃された。その結果裁判所内部において裁判官の独立が侵害された。これらのことは、元裁判官の告白的著書等で率直に示されている。

（これに対し、ドイツではナチスに協力した裁判官は地位を失った。それは第一次世界大戦後ワイマール共和国となったドイツにおいて以前の裁判官がそのまま居座ったためにワイマール憲法への忠誠の誓いを破ってナチスに協力したことへの徹底した反省からであったと言われていた）（青木英五郎「裁判官の戦争責任」福島重雄ほか「長沼事件 平賀書簡」 いずれも日本評論社）。

ひとり裁判官のみならず、弁護士もまた戦争責任を免れない。結局治安維持法違反の現場で十分な弁護活動もなさず、弁護士界全体が大政翼賛体制に合流して戦争協力に至ったからである。

もちろん、大日本帝国憲法時代にも、司法の独立を守り正義を貫いた著名な裁判官や自らも弾圧されつつ被告人の権利擁護に徹した弁護士は存在したがごく少数であり、全体が戦争を止められず協力者となったことは厳然たる事実である。

軍事評論家である前田哲男氏は、新安保法制に基づく日米軍・軍連携は、『対中臨戦態勢』の域にエスカレートしつつありと強く警告を発している（甲B187）。前田氏は、日米と中国双方による、現実の軍備増強と度重なる共同訓練による挑発によって、「もはや一触即発ともいふべき軍事対決の様相を呈している」と言う。新安保法制制定後に日本が置かれた現実、そしてさらに突き進もうとしている方向は、今のままでは破滅に至るものでしかないと、直視しなければならない。

原判決を含め、「平和を実現する手段については、思想・信条・世界観等により様々である」との裁判例が散見される。最近では、令和4年5月24日付東京高等裁判所判決が、「また、近時戦争やテロ攻撃などの脅威が増していることを国内外の多くの者が感じている中で、本件各実行行為によって我が国が巻き込まれる脅威が増すのか否かの判断が分かれ得ることも同様である。」と判示するのも類似の思考と見られる。

しかし、社会的事象としては仮にそのとおりであっても、法の世界では、明確な思想がある。それは国連憲章でも日本国憲法でも、平和を維持するのは、軍事的手段ではなく、非軍事的手段によるべきであるとの思想である。これに対立するのが、軍事的手段、軍事的（核兵器による）抑止力で平和が実現されるというものである。法の世界では、両者は等価値の思想ではない。国連加盟

国（特に経済先進諸国）は前者の正しさを承認しつつも、なお後者の思想を捨てきれないでおり国連憲章51条で例外的に認められた集団的自衛権がその名残りである。

しかし、第一次世界大戦、第二次世界大戦、そして今に至る数々の武力紛争と戦争の教訓は、軍事抑止力思想は、実は多分に虚構であり、非現実的で高リスク、経済的にも国民個人の福利を犠牲にした無駄であるということである。特に集団的自衛権は米国を代表とする軍事大国の大義なき武力介入の口実となり、数々の国連憲章違反の武力紛争を温存し、紛争地の人々を恐怖と欠乏に陥れた。これを克服しない限り、日本を含め世界の人々が恐怖と欠乏から免れる平和は実現できない。特に、狭い島国で海岸線に多数の原子力発電所を保有している日本において、国民の安全は、徹底した武力攻撃回避でしか実現できないことは明らかである。間違っても自ら積極的に仮想敵国を作って軍事威嚇と受けとられるような挑発に走り他国の武力行使を招く危険を負ってはならないはずである。新安保法制法の具体化たる防衛方針の表明やこれに基づく実施行為が強固な軍事抑止力思想に基づくものであることは言うまでもない。そして、それらによって、北朝鮮から日本は名指しで攻撃対象とされ、中国からは強い抗議の意思表示を受けている。新安保法制法以前にはそこまで露骨な敵対心を表明されることはなかったのであって、新安保法制法が招いた他国からの反発である。安全保障のジレンマ（防衛のための軍拡ないし同盟強化が他国への脅威になることから、軍拡競争や同盟強化競争が続く）の負のスパイラルに新安保法制法が個々の日本国民を巻き込んでいる（前記前田氏もこれを指摘し、これとは反対の「ミサイル脅威のないアジア」、具体的には「東アジアABM（(弾道ミサイル・迎撃ミサイル制限)条約）」、「東アジアINF（中距離核戦力全廃）条約」締結に向けた中国との交渉の土台作りを提案している）。そして、軍事抑止力思想は人の心に戦争（相手に対する不信と敵愾心）を作り出す。「戦争は人の心の中で生まれるものであるから、人の心の中に平和のとりでを築かなければならない。」と国連ユネスコ憲章前文は明示している。武力行使を考えるのも、決断するのも、命令するのも「誰か」であるから、これは修辞上の問題ではなく具体的真実の宣言である。

ところが、この克服すべき時代遅れの思想が、あたかも最先端思想であるかのように、軍事と非軍事、軍隊と民間の境目をなくした形での備えを国民に要求し（経済安全保障法など）、人々の心に戦争を作り出し世論を誤った方向に向かわせつつある。しかも、不幸で悲惨なウクライナ侵略戦争をその契機として利用している。今政府を中心に言われている言説には「武力攻撃を招かないための話し合いをどのように工夫して、どのような枠組みやルートを使って前進させるのか」と言う外交上の工夫の方向の議論が皆無と言って良いほどみ

られない。中国、北朝鮮、ロシアの軍事的脅威を騒ぎ立て、これに軍事的に備える方向での議論のみである。これは新安保法制法による政策転換の結果であり、明らかに憲法前文の趣旨を踏まえた憲法9条に違反している。前記東京高裁判決等は、裁判官自らがその思想に引きずられた結果の判示である。

法の支配の促進を使命とする法律家、特に裁判官がこの克服すべき時代遅れの誤った思想に引きずられることは許されない。

今、再び我々法曹は、太平洋戦争前と同じ立場に立っているとは言えないであろうか。しかも、核兵器の存在は人類滅亡・地球破壊の可能性すら警告している。他方、大日本帝国憲法時代とは異なり、国連憲章と日本国憲法という積極的に活用すべき有力な法的手段が存在する。もし、再び太平洋戦争前の法曹と同じ轍を踏めば、その責任の重さは過去の法曹の比ではないであろう。

控訴人ら、代理人ら、また全国22の裁判所で安保法制違憲訴訟を提起した全ての国民・市民らは、貴裁判所の賢明なる判断を期待してやまない。

以 上