

# 「安全保障」法制に対する違憲訴訟 ——その能否と可否——

小 林 武

## 目 次

### はじめに

- I 安保法制の違憲性 どこを違憲ととらえるか
  - 1 違憲の2つの意味——平和主義・民主主義蹂躪と立憲主義破壊
    - (1) 憲法規範への違反
      - ① 平和主義侵害
        - (i) 安保法制各法における9条違反の要点
        - (ii) 9条違反の論じ方
        - (iii) 9条1項の挿入句をめぐる〔補説〕
      - ② 民主主義侵害
    - (2) 立憲主義そのものの破壊
  - 2 合憲状態回復のための手立て
- II 違憲訴訟の能否と可否
  - 1 違憲訴訟提起の可能性
    - (1) これまでの実例
    - (2) 考えられる違憲訴訟の構想
    - (3) 平和的生存権の主張にかんする若干の注釈
  - 2 違憲訴訟提起の妥当性
    - (1) 違憲訴訟の可能性との区別
    - (2) 提起の妥当性をめぐる省察点
      - ① 司法の本質とわが国制度の特質：具体的審査制，職業裁判官制
      - ② 最高裁の違憲判断消極主義と憲法判断積極主義
      - ③ 勝訴のための必要条件としての弁論・理論・世論
      - ④ 司法にどこまで期待すべきか

むすびにかえて 安保法制の廃止と平和憲法の新生のための課題

## はじめに

平和のありようは、いま、私たちの国で重大な岐路に立っている。そして、これをもたらしたものが公権力を担当する政府自身であるところに、今般の事態の特質がある。すなわちそれは、安倍晋三首相の政権が、日本社会に住む人々すべてに文字どおり死活的影響を及ぼす「安全保障法制」について、過半の国民の不同意にもかかわらず、その根本的転換をはかり、関連法を本年（2015年）9月19日に成立させたとしている、その事態である。

「安全保障」関連法については、提案者側は「平和安全法制」と名付けたが一般の受け容れるところとはならず、「安政法制」あるいは「安保法」の呼び名が、報道も含め、定着するようになった。なお、批判者側は、法の実質を重視して「戦争法」という名称を使うことが多い。こうしたネーミングにかんする経緯自体が、この法制が国民多数の求めるものではないことを物語っている。本稿では、通例に倣って、主として「安保法」または「安政法制」、「安保関連法」などの名を用いることにしたい。

この法制の成立後も、現政権は、筆者の見るところ、立憲主義を逸脱した政治運営をやめておらず、それゆえ、安保法に抗う国民の発言・行動もやむことがない。国民世論の動向は、安保法の廃止によって原状に戻し、平和の維持と立憲主義の回復を実現させることが、喫緊の課題であることを告げている。

本稿は、以上のような状況を大づかみしつつ、安政法制およびその前提である2014年7月1日の閣議決定（以下では「7.1閣議決定」と呼ぶ）の憲法適合性を検討し、それが違憲立法であると認識されるならば、その排除のための手立てをどのように講じるか、とりわけ違憲訴訟の可能性について、その能否と可否を論じることをテーマとしたい。このテーマについては、その重要性に見合って、憲法学以外の各分野でも考察がなされているものと思われる。筆者は、今それらを十分にフォローできていないが、

課題の緊要性にかんがみて今自らの考えているところを率直に述べ、ささやかな問題提起をしたいと思う。「研究ノート」としたゆえんである。こうした作業が、日本国憲法の確保と新生のための一助となればまことに幸いである。

## I 安保法制の違憲性 どこを違憲ととらえるか

戦後日本政治においては、憲法違反と評価されてしかるべき立法が少なからず制定されてきた。一例として、自衛隊法はその典型であるが、少なくとも憲法学者は、今も、その過半がこれを違憲と判断しており、判例にも、これを積極的に合憲としたものはない。しかし、今般の「安全保障」法制ほど、憲法学者がほとんど例外なく違憲と断じたものはない。さらに、憲法学者以外の法学者、内閣法制局の歴代長官、元最高裁長官など、専門的な法律家が次々とこの立法の合憲性を否定する見解を明らかにしている。

これほど違憲性の明白な法律を、国会は、本来制定すべくもない。98条1項において、「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。」として、憲法が最高法規であることが明定されている。その憲法を、国会議員は、99条により、天皇又は摂政、国務大臣、裁判官等と並んで、公務員として「尊重し擁護する義務」を負っているのである。そうであるとすれば、事の本質において、今般の安保法の制定はなされようもないはずである。それにもかかわらず「成立」したとされているのであるから、この事態を原状に戻させることは、憲法が強く要請するところであるといわねばならない。違憲訴訟が相次いで提起されるであろうことが見込まれているゆえんである。

この違憲訴訟の可能性と妥当性について考察することが本稿の課題であるが、その前提作業として、安保法制の違憲性をどの点においてとらえる

べきかを整理しておきたいと思う。

## 1 違憲の2つの意味——平和主義・民主主義蹂躪と立憲主義破壊

### (1) 憲法規範への違反

#### ① 平和主義侵害

##### (i) 安保法制各法における9条違反の要点

まず、安保法制の各法が憲法9条を基軸とする平和主義の規範に違反していることは明瞭である。なお、平和主義の規範については、9条の他に前文、とくに平和的生存権に留意しておかねばならない。

新たな安保法制の核心は、「自衛隊に対する憲法の縛りをゆるめ、時の政府の判断による海外での武力行使に道を開く」ところにある。——これは、法成立直後に書かれた新聞社説<sup>(1)</sup>であるが、今般の法が、政治権力が必要に応じて自由に軍事行動をおこなうことを可能にするために立憲主義の枠を破砕した、という問題の本質を的確に表現しているように思われる。まず、平和主義の侵害は、次のような諸点に顕著である。

新安保法制を形づくる法律群は、1個の新法と10個の改正法を束ねたものであるが、ここでは、9条違反がとくに指摘されている法を拾い上げておくことにしたい。何よりも、武力攻撃事態法改正や自衛隊法改正などの「存立危機事態」対処法制は、集団的自衛権行使を認めたものであり、その点において、憲法9条に真っ向から反する。すなわち、学説では、個別的自衛権とされるものを含めて、一切の武力行使を違憲とするのが通説であるが、政府の憲法解釈でも、従来、わが国に対する直接の武力攻撃が生じた場合に限って、わが国を防衛するための必要最小限度の武力の行使が許されるのであり、集団的自衛権の行使はその範囲を超えるものであって憲法上許されないとされてきた。すなわち、集団的自衛権は、わが国には何ら攻撃は加えられておらず、他国が別の他国から攻撃されているという事態を想定しているのであって、それは国際武力紛争に該当し、そこにおいて

わが国が武力行使をすることは、武力の行使を禁じた憲法9条1項に違反する。そして、仮に自衛隊がわが国に対して武力攻撃が発生していない場合に実力を行使する存在になると、それは、9条2項が保持を禁じている「戦力」そのものであるといわなければならない。また、自衛隊が国際法上集団的自衛権として実力行使をすることは、同項が否認している「交戦権」の行使となる。

さらに、国連の集団安全保障措置（軍事的措置）への参加も、9条に違反する。すなわち、7.1閣議決定の新3要件を充たす場合の「自衛の措置」には国連の集団安全保障措置への参加も含まれるというのが政府解釈であるが<sup>(2)</sup>、これも従来同条に反して許されないとされてきたものである。併せて、外国軍用品等海上輸送規制法も存立危機事態への対処を内容としており、外国軍用品等の輸送阻止のための停船検査、回航措置等の強制権限は、危害を与える武器の使用の許容を含め、きわめて強力な戦時臨検を認めるものである。このような権限が、「我が国と密接な関係にある他国」のために、わが国周辺の公海に限らず、その他国の領海や、さらには公海全体に広がって行使できることとなり、これを合憲とすることは至難の業であろう。

ついで、周辺事態法が、「重要影響事態法」へと大きく衣替えをして、それまでの、「そのまま放置すれば我が国に対する直接の武力攻撃に至るおそれのある事態等」という「周辺事態」概念は、「我が国の平和と安全に重要な影響を与える事態」という、きわめて広範で無限定な「重要影響事態」にとって替わられた。またとりわけ、自衛隊が「後方支援活動」・「搜索支援活動」等の支援活動をおこなう地域は、これまでは、「後方地域」、すなわち「我が国領域並びに現に戦闘行為が行われておらず、かつ、そこで実施される活動の期間を通じて戦闘行為が行われないと認められるわが国周辺の公海及びその上空の範囲」とされていたのを、そのような地理的枠組みを取り払い、「現に戦闘行為が行われている現場」以外の場所ならどこでもできるようにした（2条3項）。しかも、そこで実施される支

援活動は、補給、輸送、修理・整備、医療、通信、空港・港湾業務、基地業務等広範に及び、弾薬の提供や発信準備中の航空機に対する給油・整備まで含むとされる。これらはまさに、戦闘行為中の他国軍隊に対する密接な兵站活動（ロジスティックス）であり、「他国の武力行使との一体化」そのものである。このような活動に従事する自衛隊は、相手国から敵とみなされ攻撃の対象とされることは避けられない。この場合に、自衛隊員の安全を確保する方法も、十全なものとは考えがたい。一方、攻撃を受けた自衛隊の部隊は、相手国に反撃せざるをえず、ここに武力の応酬による交戦状態が発生する危険性・蓋然性はきわめて高い。このようにして、重要影響事態法は、自衛隊の海外における武力の行使に道を開くものとして憲法9条違反とされてしかるべきである。

そして<sup>(3)</sup>、国連平和維持活動（PKO）協力法の改正についても、とくに、国際平和維持活動および国際連携平和安全活動の両者を通じて、その業務内容として、いわゆる安全確保業務と駆け付け警護とを追加している。前者は、住民・被災民の危害の防止等特定の区域の保安の維持・警護等であり、7.1 閣議決定では「住民保護などの治安の維持」と表記されていたものである。また後者は、PKO等活動関係者の不測の侵害・危難等に対する緊急の要請に対応する生命・身体の保護業務である。そしてこれらの任務の遂行上で、武装勢力等の妨害を排除し、目的を達成するための武器の使用を必要とし、それを認めている（26条）。しかし、このような任務遂行のための武器使用は、相手方の武装勢力等との武器使用の応酬、さらには戦闘状態に発展しかねず、従来の政府の憲法解釈からも、「武力の行使」を禁止し、「交戦権」を否認した憲法9条に違反するといわなければならない。

加えて、自衛隊法に95条の2が新設されて、米軍等他国軍隊の武器等防護のための武器使用を自衛官の権限として規定している。これは、いままでの自衛隊自身の武器等防護のための武器使用の規定（95条）の趣旨を、米軍等の外国軍隊にまで押し及ぼそうとするものである。ここにいう外国

軍隊の「武器等」とは、武器・弾薬等のほか、船舶・航空機まで含む。米軍の空母すら防護対象として否定されていない。また、「我が国の防衛に資する活動」としては、重要影響事態における他国軍隊の輸送・補給活動、自衛隊と共同しておこなう情報収集・警戒監視活動、共同訓練などが挙げられる。しかし、自衛隊の武器等の防護でさえ憲法上の疑義があり、ましてや、米軍等の武器等が、「我が国の防衛力を構成する重要な物的手段」であるとすることは牽強付会もはなはだしく、これを自衛隊員による警護と武器使用の対象とする憲法上の根拠は見出しがたい。なお、外国軍隊の武器等を警護するかどうかは、当該外国軍隊の要請にもとづいて防衛大臣が必要と認めることが要件とされているが（95条の2第2項）、その上で武器を使用するかどうかはあくまで現場の自衛官の判断である。実際には現場の指揮官の判断になることが考えられるが、武器使用に至らない外国軍への何らかの侵害行為があり、その相手国等に対して自衛官による武器の使用がなされた場合、相手国から見れば自衛隊が反撃してきた場合と変わらない。それは、実質的な集団的自衛権の行使になりかねない。その場合、わが国は、閣議決定も内閣総理大臣の防衛出動命令もなく、ましてや国会の承認などもないまま、戦争に突入する危険がある。したがって、この規定もまた、憲法9条に違反している。

以上のように、安保法には、憲法9条に抵触し、そこから逸脱する規定が山積している。それは、一見にして明白な違憲立法である。そして、これが運営されるや、自衛隊員は、外国の戦争に参加させられて、戦死の現実の危機にさらされる。また国民は、平和な日常を脅かされ、そこに平和的生存権の侵害が生じるのである。

## （ii）9条違反の論じ方

安保法は、憲法学者の圧倒的多数が違憲と判断している。実質的にはすべての憲法学者が、としても過言ではない。それほど内容上憲法に適合せず、

制定手続上も憲法の枠を破壊してやまない法律である。ただ、その違憲を論じる際、今般の議論には明瞭な特色が見られるように思われる。

憲法9条をめぐるのは、同条は自衛戦争を含むすべての戦争の放棄、一切の戦力の不保持および交戦権の否認を定めたものであるところから、個別的自衛のための武力の行使・戦力の保持をも許していない、とする憲法学の通説からすれば、集団的自衛権の行使などはそもそも容認されるべくもなく、一見明白に違憲とされることになる。これに対して、政府が1954年の自衛隊設置の頃以降採ってきた公定解釈は、9条1項については学説の通説と同じ解釈に立ちつつ、自衛権は国家固有の権利として9条の下でも否定されておらず、自衛のための必要最小限度の実力（いわゆる「自衛力」）の保持は許されるとするものである。この政府解釈の自衛力合憲論にいう「自衛」とは、もとより自国への武力攻撃を前提とした個別的自衛を意味するものであるから、他国の防衛、いわば「他衛」のための集団的自衛権の行使は憲法上当然に認められないとされていたのである。学界でも、この立場を受容する見地は、少数ではあるが有力になっているといえる。今般の安保法をめぐる憲法論議には、これをベースラインにして違憲を説くものが前面に出て、またそれゆえに大多数の憲法学者の共同が実現したといえる。

すなわち、このたびの7.1閣議決定および安保関連法制は、上記の、60年にもわたって維持され、またその意味で定着してきた政府の憲法解釈とその運用を、突如として内閣の手で根本的に大転換させるものであった。それゆえ、少なからぬ憲法学者の違憲の論陣は、7.1閣議決定以前の政府解釈からの逸脱を問題視し、それを9条違反と断じるものであった。代表的論者は、繰り返し、〈集団的自衛権行使を容認した7.1閣議決定は、従来の政府見解との関係で理論的整合性も法的安定性も保っていない。また、政府が持ち出す砂川事件最高裁判決は、行使容認の論拠となりえない。集団的自衛権の行使は、憲法9条に違反する。〉との趣旨を説いている<sup>(4)</sup>。安保

法違憲の主張者は、多く、この線を最低限綱領として手を結び、戦線は広がった。その点で、この見解のもつ意義は大きいものであったといえる。ただ、7.1閣議決定と安保法の違憲は、9条に違反しているところにあることにとどまらず、より根底にある問題として、立憲主義を破壊しているところにあるととらえるべきではなかろうか（本稿では、そのような観点から、この論点は、別の項〔後の②〕で扱う）。つまり、9条違反それ自体を問うなら、やはり1950年代に政府が、憲法制定当初の、学界通説と同様の解釈を転換して、「自衛力」論を主張し始めたところに遡って、この政府解釈が憲法上許容されないものであること、すなわち、日本国憲法は個別的自衛権についてもそれを行行使する戦力の保持を禁止していることを、改めて確認しなければならないのではなかろうか。つまり、集団的自衛権の行使については、政府解釈をベースとするのではなく、9条自体にもとづいて当然に違憲となると論じたい。もとより、こうした見地は多数の憲法学者が共有しているところであるのだが、今般は、後掲に退いた感が否めないのである。

### （iii）9条1項の挿入句をめぐって〔補説〕

なお、このたびの憲法論議をとおして、通説的解釈が抱えていると思われる、9条1項にまつわる論理的弱点を補強しておく必要を痛感したので、補説しておきたい。それは、1項末尾に挿入されている「国際紛争を解決する手段としては」という留保の句にかんするものである。これをめぐっては、通例、次のように論じられてきた。標準的な書物<sup>(5)</sup>によって紹介しておこう。

——「従来の国際法上の通常用語例（たとえば不戦条約1条参照）によると、『国際紛争を解決する手段としての戦争』とは、『国家の政策の手段としての戦争』と同じ意味であり、具体的には侵略戦争を意味する。このような国際法上の用語を尊重するならば、9条1項で放棄されているのは侵略戦争であり、自衛戦争は放棄されていないと解されることになる（甲説）。これに対して、従来の国際法上の解釈にとらわれずに、およそ戦争は

すべて国際紛争を解決する手段としてなされるのであるから、1項において自衛戦争も含めてすべての戦争が放棄されていると解すべきであると説く見解(乙説)も有力である。〔ただ、上記の1項にかんする〕甲説をとっても、2項について、『前項の目的を達するため』に言う『前項の目的』とは、戦争を放棄するに至った動機を一般的に指すにとどまると解し、2項では、一切の戦力の保持が禁止され、交戦権も否認されていると解釈すれば、自衛のための戦争を行うことはできず、結局すべての戦争が禁止されることになるので、乙説と結論は異ならなくなる。これが通説であり、政府もほぼこの立場をとってきた。」というものである。

たしかに、この通説(上の甲説)は、国際法上の用例に従いつつ9条全体として戦争全面放棄の結論を導くことができるという論理の無難さもあって、これまで多数の支持を得てきたのであるが、再検討をすることが求められよう。すなわち、規範構造から言っても、9条を、1項で留保しておいた自衛戦争を2項で遂行しえなくしたものだとする解釈は、同条が立法技術的にきわめて稚拙な作品であると理解しない限り成り立たないものだと思う。1項ですべての戦争を留保を設けることなく永久に放棄し、2項でそれを貫くべくすべての戦力の不保持と交戦権の否認を定めたものと、論理を一貫させて一体的に読むことが、9条の本旨に適う解釈態度であるといえよう。

すなわち、大日本帝国さえも、上記の挿入句をもつ不戦条約に加わっており、そのことによって侵略戦争の放棄を世界に約束していながら、実際には未曾有の侵略戦争を遂行した。日本国憲法は、その戦争の惨禍を再びは政府の行為によって起こすことのないように決意して制定されたものである。そのような日本国憲法が、この挿入句を、従来と同じ意味のものとしてただ繰り返した、と読むことは正当とは思われない。恒久の平和を念願して、戦争の永久放棄へと巨歩を進めた憲法にふさわしい意味をもつものと理解することこそ求められている、と考えるべきであろう。

ただ、そのような考えにもとづいて解釈しようとするとき、上記の乙説のように、およそ戦争はすべて国際紛争を解決する手段としてなされるのであるから1項において自衛戦争も含めすべての戦争が放棄されている、と主張することは説得力に欠け、妥当ではあるまい。なぜなら、この説は挿入句に格別の意味を認めないのであるが、やはり、「国際紛争を解決する手段としては」という文言は、それ自体が明確な限定句となっており、無視することはできないものと思われる。

そこで、9条1項に挿入された限定句を、従来の用語例とは異なって侵略戦争を指したものと捉えず、かつ、有意味なものと解したとき、それは、戦争と武力による威嚇または武力の行使という手段は排除されることを宣明したものである、と解釈することが妥当となる。つまり、わが国が執るべき「国際紛争を解決する手段」とは、戦争や武力による威嚇・その行使を除いて、結局、外交交渉等平和的な解決努力、および、警察力の行使という非軍事的手段を意味することになる、といえるのである。それによって今般の安保法制を見るなら、集団的自衛権にもとづく武力の行使、否、すべからず武力の行使は、国際紛争を解決する手段として執ることを9条1項が許容していない手段であって、1項によってすでに違憲であると解釈できる、と考えるものである。

## ② 民主主義侵害

安保法の違憲性は、それが民主主義を蹂躪するものであるところにも明らかである。

(一) それはまず、何よりも、憲法のありようを根本転換させたものである集団的自衛権の行使容認を閣議決定(2014年7月1日)による解釈でもって容認したことに現れている。今日の時点で憲法改正に進むことの当否は別にして(筆者は、それを断然否定する)、政権が集団的自衛権の行使を容認しようとするのであれば、それは改憲に匹敵する国制の大転換であるか

ら、憲法改正の提案をおこない、96条の手続によって国民投票の実施へと進めていくことがフェアであり、筋道である。あわせては、集団的自衛権行使の認否を最大の、明確に提示された争点とする総選挙を実施し、国民の審判を仰ぐことが欠かせない。その結果にもとづいて国会に事前に諮って十全な審議をすることは、民主主義の原理より発する最小限度の要請である。それにもかかわらず、安倍政権はそのいずれをも採ることなく、閣議決定による憲法解釈変更で大転換を強行した。この事態は、後に述べる立意主義破壊の「解釈クーデタ」、「閣議決定クーデタ」と名付けられてしかるべきもので、法学上のクーデタにあたるものであるといえる。

(二) ついで、安保法制の各法(1つの新法と10の改正法から成る)において国会による承認の制度が欠落していることによる民主主義の侵犯である。軍事力を議会が統制するシステムが整備されていることが立憲民主主義にとって不可欠の条件であることはいうをまたない。しかし、わが国の自衛隊については、その活動に対する国会承認は、これまでも、事前承認主義から事後承認主義へ、そして報告主義へと後退の過程をたどっている。今回の安保法制各法でも、事前承認制を採ったのは新法の国際平和支援法だけである。

すなわち、同法は、「国際平和共同対処事態」における対応措置を国会の事前承認の下に置いたのであるが(6条)、それが「例外なき事前承認」制度であるとして政府、また自民・公明の与党両党から喧伝された。ただ、対応措置が2年経過した後の再承認の際には、国会閉会中または衆議院解散中の事後承認を認めるという例外措置が置かれている。また、より重要なのは、国会各院の承認の議決が7日以内になされることを求めている点であるが、これは、拙速な議事進行を促し、さらに強行採決に口実を与えることにもなる。真に「事前承認」の本旨に適ったものにしようとするのであれば、むしろ、一定の期間内に各院の承認がなされなければ国会が承認しなかったものとみなすという制度にすべきであったことが指摘されて

いるゆえんである。加えて、同法の事前承認は、対応措置の基本計画に限定されていることも、小さくない問題である<sup>(6)</sup>。国際平和支援法以外の各法においては、国会は、原則事前承認、事後承認または報告を受けるにとどめられている。

そして、国会承認にかんして看過してはならないのは、特定秘密保護法の存在である。同法は、施行後1年を迎えるが、防衛、外交などの4分野で、情報について、その「漏洩が国の安全保障に著しい支障を与える恐れがある」と判断すれば、政府は特定秘密に指定できる構造になっている。そのため、政府が、集団的自衛権の行使にかんする情報を公開すると対米関係などに悪影響があるとして、それら関係情報を特定秘密に指定し、国会承認を内容のないものにする事ができる。政府は安保関連法と特定秘密保護法を一体的に運用していく方針であることが今般の国会審議で明らかになったが、自衛隊が海外で武力行使をする根拠が、主権者である国民に公開されないという重大な事態が懸念されるのである。

(三)そして、法案審議の過程は、その実態において、議會制民主主義に求められる要件をすべからく充たしていないものであった。

国会運営では、審議時間が予め定められ、内容上も、首相をはじめとする閣僚の答弁は無内容かつ二転三転するもので、野党の質問の正面から答えず、自説を繰り返すばかりのものに終始した。資料も、政府側が約束したにもかかわらず提出しないままに終わったものがあつた。したがって、世論においては、審議は不十分であるという声が最後まで圧倒的多数を占めた。また、参議院が開催した地方公聴会についての報告を同院特別委員会でおこなわないまま審議を打ち切り、強行採決が敢行された。そのため、特別委員会での「議決」は、聴取不能で記録できない状態となって、議事録にも「聴取不能」と記載されたが、後日、与党は、「可決すべきものと決定した」という虚偽の追記をおこなつた。政府与党は、これらをすべて数の力で押し切つたのである。これは、議員の質問権・表決権を剥奪し、議

会制民主主義をないがしろにし、ひいては国民主権を蹂躪する暴挙として議会史に記録されるであろう。

加えて、7.1 閣議決定の際、それが重大な憲法解釈の変更であったにもかかわらず、内閣法制局の審査は前日1日のみで、「意見なし」と回答しており、その検討過程の記録も公文書として残されていない。これも、同根の問題である。

## (2) 立憲主義そのものの破壊

(一) 戦後、日本国憲法の下で、その憲法にそぐわない立法は少なからず登場した。否、遺憾ながらきわめて多数にのぼるといわざるをえないほどである。ただ、それらは、少なくともその立法を提案・推進する政府の側からすれば、憲法規範についての政府側の理解にもとづくものであると説明され、違憲であると主張する側とは、いずれにせよ憲法解釈の相違によるものであるとされてきた。もとより、実質的には、その中には憲法規範に収まり切らない、つまりは立憲主義の枠を逸脱するものも含まれていた。とくに、9条にかんする法令・条約群、すなわち自衛隊法および日米安保条約を軸にした軍事法体系は、9条の枠それ自体を破碎するものであって、すでにここに明瞭な立憲主義侵犯が認められる。筆者は、この点を、今、再確認しておく必要があると考えている。

ただし、今回の安保法制は、それまでのどれと比べても、立憲主義侵犯がそれ独自のものとして鮮やかに立ち現われ、それを土台にして、平和主義侵害・民主主義侵害という違憲問題が惹き起こされているといえる。本稿では、安保法の違憲の構造をそのようにとらえている。同法を違憲とする結論は同じであっても、先に紹介したように、7.1 閣議決定およびそれにもとづいて立法された安保法制の各法が、従来の政府見解と論理的整合性・法的安定性を根本的に欠いている点を衝いて、そこに違憲の主要問題があるという立論も有力に主張され、幅広い同調を得ている。この立論でとら

えられた9条違反の事象は、筆者の論法からすれば即立憲主義侵犯にあたるものであるが、この立論は、両者を截然と区別しようとするものではない。

繰り返すが、筆者は、安保法制の個々の法律が憲法の平和主義・民主主義の規定に違反している、その意味での違憲を押さえた上で、それとは区別できるレベルにある立憲主義破壊の違憲をとらえておきたいと考えている。すなわち、今般の安保法は、憲法の個々の規範に抵触していることで立憲主義侵犯を惹起しているのであるが、それにとどまらず、同法の成立を図る政権は、憲法の存在自体を軽んじ、憲法に従った国政の運営を蔑ろにして、憲法の枠組みを無視するがごとくに扱う言動を重ねた。このような憲法毀損行為は、立憲主義破壊の格別の問題として扱うのが至当であろう。

(二)「立憲主義」という観念を持ち出して政権の行為を違憲と評する仕方は、立憲主義を十全な形でその基礎に置いた日本国憲法の成立以降、常になされていても不思議でないのであるが、実のところ、新聞紙上でこの言葉は90年代まではほとんど使われていなかったという<sup>(7)</sup>。それは、政治権力が憲法そのものを蔑ろにする傾向がその頃から顕著になってきたことを示すものであろう。「立憲主義」は、まさに、その内容が危機に瀕したときに、守るべき価値として人々に理解されるようになったといえる。政治権力の側が、この憲法の最も基本的な原理をつかみだし、国民の留意を促したという皮肉な役割を引き受けたのである。

そこで意味される「立憲主義」は、ほぼ共通して、個人の権利や自由、人間の尊厳を確保するため憲法によって国家権力を制限する原理のことであるが、それは、長い歴史の中で展開を遂げてきた。ごく最近刊行された、立憲主義を深く論じた書物<sup>(8)</sup>によれば、次のように要約されている。——「人間の本性への省察に基づき、権力は常に濫用される危険があるとの明確な自覚に立って、統治権力を分割統制し、さらに法的制限によって濫用を防止しようとする試みが古代ギリシャ、特に古代ローマ共和国に登場した。これを古典的立憲主義と呼ぶ。そして中世ヨーロッパ、とりわけイギリス

における興味深い立憲主義の展開（「統治」と「司法」の区別など）——いわゆる中世立憲主義——の基盤の上に、ピューリタン革命に象徴される激動・苦闘の17世紀を経て、法の支配と議会主義が結合した近代立憲主義がイギリスで誕生した。/この近代立憲主義の基盤を受け継ぎつつ、それに革新的な工夫を加え、現代の憲法、現代立憲主義の原型を作ったのが、アメリカの独立革命とその所産である合衆国憲法であった。主権者である人民を憲法制定者として、人権の保障と権力分立ないし抑制・均衡の統治構造を定める憲法典（成文憲法）を制定して政府を創設し、立法権を含む政治権力に対する『憲法の優位』性を確保するために独立の（司法）裁判所に、憲法適合性に関する最終的判断権（違憲立法審査権、司法審査権）を付与するものであった。〔/：原文では改行〕というものである。

わが国は、明治維新前後に欧米の立憲主義に接し、大日本帝国憲法においては立憲主義は神権的国体観念と複合する形で採り入れられた。したがって、この憲法は、天皇主権の下にある外見の立憲主義憲法となったのであるが、この外見の立憲主義についてとくに留意しておくべきは、「立憲主義」（Konstitutionalismus）の語が「議会中心主義」（Parlamentarismus）と対置する形で用いられることである。すなわち、「立憲」をもっぱら「専制」を否定するものという限りでとらえ、政府の対議会責任制（議院内閣制）を「議院専制」に傾くものとして、それをむしろ立憲主義からの逸脱と見る立場からの用語法である<sup>9)</sup>。こうした用語法に立って、議会勢力の伸長から天皇権力を擁護する主張を「立憲」の語で主張する政党が、それを自らの名に冠して、いくつも登場した。これに対して、日本国憲法においては、立憲主義は、周知のごとく、法の支配・法治主義と一体となり積極的なシンボルとしての位置を有している。今般の議論の中での立憲主義のとりあげられ方も、それにもとづくものであった。

なお、ここでは詳述を避けるが、立憲主義は、民主主義と、また平和主義と、それぞれ単純に予定調和的にとらえることはできない。それぞれが

もつ緊張関係という憲法上のアポリアを常に意識しておかなければならない。この三者の調和をはかるものが、日本国憲法である。

(三) 立憲主義の破壊を最も顕著に示したものが、7.1 閣議決定である。集团的自衛権にかんしその行使は容認されないとする解釈は、60 余年にわたって政府が保持し、政治実例の中に具体化され、憲法慣習たる規範にまで「昇格」<sup>(10)</sup> し、9 条の骨肉と化していたものであったが、それを、一片の閣議決定によって容認へと転じさせたのである。それに至る道筋は、次のように要約できる。——2012 年末に政権に復帰した安倍晋三氏は、9 条改憲を視野に、まず憲法改正手続を緩和すべく 96 条改正に乗り出した。ところが、世論の支持が得られないと知るや、9 条の解釈変更へと転換する。有権者に改憲の是非を問う必要のない《裏道》である。その実現のために、違憲立法を防ぐ政府内の関門であり、集团的自衛権は行使できないとの一線を堅持してきた内閣法制局長官を、政権の意のままになると考えた人物に交代させるという禁じ手を、真っ先に使った。この新たな法制局の体制の下で、安倍政権は、集团的自衛権の容認を打ち出したのである<sup>(11)</sup>。

まさに、立憲主義破壊を進める狡猾な手口であるといわざるをえない。筆者は、この 7.1 閣議決定へと向かう政治過程に対して、「解釈クーデタ」という規定を与えていた。すなわち、2014 年 3 月 15 日脱稿の小稿<sup>(12)</sup>で、「集团的自衛権の行使容認…を内閣の、つまるところは内閣総理大臣の一存で決める憲法解釈の変更によって行うというのである。こうした手法で集团的自衛権の行使を認めることは、憲法 9 条の規範内容、ひいては憲法のありようの総体を変えてしまうものであるから、これは、解釈による『クーデタ』と呼んで差し支えあるまい。」と論じたのがそれである。同様に、論者<sup>(13)</sup>は、7.1 閣議決定について、集团的自衛権を行使しないことでギリギリのところまで 9 条につながっていた線を、憲法改正の正攻法を採ることなく政府の解釈によって断ち切り、完全な〔日米〕同盟政策に切り替えた点において「法学的な意味でのクーデター、法の破碎といえる」としている。

政府側は、この解釈転換を正当化する論拠として、1959年の砂川事件最高裁判決と1972年の政府見解を持ち出すのであるが、その牽強付会ぶりは「常人の理解を超えた」<sup>(14)</sup>とまで評される所に行きついているといえる。すなわち、砂川事件は、当時の米軍砂川基地の拡張に抵抗行動をした市民が刑事特別法違反で起訴された事件であり、この刑特法の基にある旧日米安全保障条約（現行安保条約はこの砂川事件判決の翌年に改定されたものである）の合憲性が争われた。1審東京地裁は明確な違憲判決（伊達判決）を出したが、跳躍上告されて最高裁の判断となった。そこで争点とされたのは、旧安保条約にもとづく米軍駐留の合憲性であり、日本が集団的自衛権を行使しうるか否かなどは、まったく争点となっていない。つまり、今回政権が正当化の根拠としてしばしば引き合いに出した、「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」という文言も、「憲法9条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求めることを、何ら禁ずるものではない」という趣旨で語られたものである。つまり、9条により「戦力は保持しない」ことから「生ずるわが国の防衛力の不足」を、アメリカに「安全保障を求めること」で補うことは禁じられていない、という結論を引き出しているのである。このような判旨を、集団的自衛権の行使を認めることを意識して書かれたものとは、到底考えられない<sup>(15)</sup>のである。そうであるところから、政府も、この判決を論拠とすることを一時期ためらっていたが、大多数の憲法学者や内閣法制局の歴代の長官が安保法違憲の見解を公にするに及んで、憲法解釈の「最高権威」は憲法学者でも、内閣法制局でもなく、最高裁判所であるとの主張を支えるために、再び持ち出したとされている。要するに、政治の都合に合わせた根拠付けにすぎないのである。

もうひとつの、1972年政府見解（10月14日、参議院決算委員会）は、「〔日本国憲法が、〕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

自衛の措置をとることを禁じているとはとうてい解されない。しかしながら、だからといって、平和主義をその基本原則とする憲法が、右にいう自衛のための措置を無制限に認めているとは解されないのであって、それは、あくまで外国の武力攻撃によって国民の生命、自由及び幸福追求の権限が根底からくつがえされるといふ急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るための止むを得ない措置としてはじめて容認されるものであるから、その措置は、右の事態を排除するためとられるべき必要最小限度の範囲にとどまるべきものである。…したがって、他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とするいわゆる集団的自衛権の行使は、憲法上許されないとわざるを得ない」、としたものである。

これを、7.1 閣議決定は、「我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、①我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合において、②これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他の適当な手段がないときに、③必要最小限度の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容される」、と逆転させたのである（文中の数字は、引用者による）。政府は、ここに示した「新3要件」（上の①②③）によって72年見解の基本的論理は維持されたとするのであるが、しかし、自国を防衛するための個別的自衛権と、他国を防衛するための集団的自衛権（まさに「他衛権」と言うべきものである）とは、まったく本質を異にしており、前者のみが許されるとした論旨を用いて後者の行使を容認するための論拠とすることは、できようはずもないトリックである。まことに、「こんなプラスとマイナスを両方成り立たせようとする論理は憲法解釈とはいえない」<sup>(15-a)</sup>のである。

結局、この2つの論拠とも、それを安保法の合憲性の根拠としたことには「論理的に矛盾があり、ナンセンスである」<sup>(15-b)</sup>と切り捨てられている

とおりのものなのである。

(四) 以上に代表されるように、政府の基本姿勢は、論理的整合性・法的安定性の蔑視に貫かれている。それは、今般の過程において、しばしば明らかになったところであるが、首相補佐官の「法的安定性は関係ない」と切り捨てた7月26日発言<sup>(16)</sup>などは、そのあからさまな代表例である。そして、この法的安定性にとって替えられたものは、政治的必要性の論理であった。とりわけ喧伝されたのは、「安全保障環境の変化」であり、東アジア情勢、要するに北朝鮮および中国がもたらしているとする緊張関係である。これに対応する政府の判断・裁量に憲法の制約を課してはならない、という主張が横行したのである。これこそ、立憲主義の否定以外の何物でもない。

安倍内閣は、安保法成立後も、とくに臨時国会開会をめぐっては、憲法53条にもとづく所定の数の議員の要求を無視して、これを開かず、また沖縄辺野古新基地建設問題では、行政不服審査法の趣旨を歪め、これを濫用して建設を強行している。法治主義から、「人治主義」への逆戻りである。他方で、安保法論議が広まる中で、憲法学と憲法学者は、これまでにない積極的役割を果たした。専門知への国民の期待が、それを促したのである。また、青年・女性・文化人等が一体的な行動をしたことも際立っていた。それら国民と安倍政権が、立憲主義を対抗軸にして向き合っている。

## 2 合憲状態回復のための手立て

今般の安保法制の転換が、その内容と手法の双方において、以上のようなものとしてなされたということができればなら、平和主義の原則を元に戻し、立憲主義を回復させ、もって日本国憲法の再生をはからなければならない。そのためには、安保法を廃止し、かつその根基である7.1閣議決定を取り除かなければならず、さらに、この作業を軸にしつつ、破碎された立憲主義の諸原則・諸制度の修復にあたらなければならない。そのための手立ては、すでに種々出されているが、安保法廃止の課題を中心にしてそれ

を確認しておこう。

① 「採決」不存在の確認 違憲訴訟の提起については後に独立させて論じるとして、まず考えられるのは、「採決」の不存在を（国会に）確認させることである。先にもふれたとおり、安保関連法案など計5件の参院特別委での「採決」とされるものは、参院規則の定める採決の要件を充たしていない。とすれば、審議は、今もって未了の状態にあり、特別委員会の審議が再開されなければならない。これにかんして、自民・公明の与党が、議事録上、鴻池祥肇委員長の発言を「聴取不能」としていた記録に、「可決すべきものと決定した」と付加したのは、国会の民主的運営に反するにとどまらず、違法行為であるといわなければならない。「採決不存在」の確認を求める署名は、開始後5日間で3万2000筆を超えたことが報じられている（中日新聞9月26日付）。ただ、この要求の実現は、司法の課題ではなく、国会自身に改めさせる取り組みが求められるといえよう。なお、安保法審議関連の議事録の公開が異例に遅れていることも、問題になっている（同紙10月9日付）。

② 施行阻止・廃止法案提出 次に、法の施行を阻止すべく、「安保関連法廃止法案」を国会に提出することである。提唱者の一人<sup>(17)</sup>は、「訴訟は時間がかかる。参議院選挙前に最高裁判決が出ることはむずかしい。違憲立法が成立してしまった後のたたかい方として、訴訟や落選運動も有効だが、私は、最も早くできるのは『安保関連法廃止法案』の国会提出である」と考える。この法律が憲法違反であるという緊張感を持続させ、この法律の正当性を剥奪するたたかいを続けることが大切である」と述べている。これは、野党が統一して提出することが望ましい。否、そうすることがこれを実らせる不可欠の要件であろう。

③ 賛成議員の落選運動 そして、安保法に賛成した議員を落選させる運動も進められている。『安保関連法賛成議員の落選運動を支持する弁護士・研究者の会』の賛同呼びかけ文（2015年11月付）によれば、それは、「立

憲主義、民主主義に違反した議員は、それ自体で国会議員としても失格であると同時に今後の国政に関与することは有害であると考え」る立場でとりくまれているものであり、「安保法制に賛成議員の落選運動のみに関与し、特定の政党、特定の候補者などの支援、選挙活動を行うことは一切」ないとして、公選法上の選挙運動と峻別している。多数の人々が各々の考え方を認め合いつつ、重層的に結社し行動する仕方は、今般の安保法反対運動に見られる顕著な特長のひとつであると思われる。

④ 国民投票の実施要求 さらに、安保法制に対して国民有権者の意思を問う国民投票を実施すべしとする要求も出されている。これに適した国民投票制度は、周知のとおり、日本国憲法にはないから、インフォーマルなものとして実施する構想であるのか、あるいは新らしい制度の設定まで展望するものであるのか、今のところ筆者には不明である。

⑤ 政権構想を伴った野党間の選挙協力 加えて、安保法廃止と立憲主義回復を実現すべく、そのための政権構想を示しつつ、来年7月の参院選で野党間で選挙協力をする呼びかけが出されている。これについては、本稿末尾でもふれたいと思う。

——筆者の知るところでは以上であるが、もとより、他にも、国民としてとりくむことのできる手立ては種々ありえ、すでに工夫されているものも多々あるにちがいない。重要なのは、安保法制の廃止および7.1閣議決定の撤回と、立憲主義の回復とを一体的・総合的な課題として追求することである。ここに、今日の運動の、これまでには見られなかった特質がある、と考える。

## II 違憲訴訟の能否と可否

### 1 違憲訴訟提起の可能性

#### (1) これまでの実例

安保関連法を法の世界から追放し、それ以前（閣議決定がなされた2014

年7月1日以前)の法状況を回復させるための手立てを考えると、違憲立法審査制を具えた憲法をもつ私たちが違憲訴訟を提起することに思い至るのは、当然事といえる。

ただ、わが国の違憲訴訟において私たちが実りを得ることは、もとより容易ではなく、検討しておくべき課題は数々あるが、実のところ、すでに閣議決定の時点で、また法成立直後に違憲訴訟が提起されている。すべて新聞報道によるものであるが、まず、①昨年の7.1閣議決定に対して、憲法9条に反するとして無効確認の訴えが提起されたが(原告:三重県津市の元三重県職員珍道世直氏)、東京地裁は同年12月、閣議決定により原告の権利が侵害されたとはいえず、具体的争訟性に欠けるとして却下し、東京高裁も斥けた。これを受けた最高裁(第2小法廷)も、2015年7月29日付で上告を棄却した。のち、②安保法の成立後に、同法の9条(とくに2項の交戦権否認)違反を理由に、無効が主張されたが(原告:愛媛県松山市の自営業福岡英二氏)、東京地裁は、10月8日これを却下した。訴えは抽象的に法律の憲法適合性の判断を求めるもので審判の対象にならないとし、口頭弁論は一度も開かなかった。③東京地裁は、②と同日に、法律廃止の訴え(原告:東京都の男性)を、同じ理由で却下した。この②・③が、安保法に対する違憲訴訟で判決言渡しがなされた最初のケースである。そして、②事件の控訴審で、東京高裁は1審判決を支持して控訴棄却とした。なお、東京地裁は、11月11日までに、上の②・③を含めて少なくとも4件につき、いずれも口頭弁論を開かないまま却下しているという。

こうした状況を受けて、今、1万人規模の集団的訴訟が準備され(山中光茂・三重県松阪市長が結成した市民団体による)、年内にも提訴がなされる見通しであると報じられており、憲法学者らの支援も予定されているという。それは、どのような構想をもつものとして可能か、可能であるとしたとき、違憲訴訟をいま提起することは果たして妥当か。本論に進みたい。

## (2) 考えられる違憲訴訟の構想

現行法上、想定可能な訴訟類型は、少なくない。安保法が施行されるや(来年〔2016年〕3月)、施行直後に差止め訴訟が提起されることになる。併せて、またそれと別個に国家賠償請求も可能である。他にも、安保法にもとづいて海外での軍事活動を命じられた自衛隊員が、派遣命令に対して取消訴訟を提起することも現実味を帯びている。また、違憲確認訴訟が選ばれることもありえよう。いずれにせよ、違憲無効の法律につき裁判所により「違憲」の判断を得て是正し、それをとおして立憲主義と法の支配を回復するという目的に最も適った訴訟類型を正しく選択することが求められる。ここでは、差止めと国家賠償訴訟をとりあげておこう。

これにかんしては、弁護士有志で結成された「安保法制違憲訴訟の会」が提示する構想案(11月7日付)において、具体的な検討がなされている。差止め訴訟については、差止めには行政訴訟と民事訴訟があるところ、差止め行政訴訟では、原告は、国民・市民一般、基地等周辺住民、戦争被害者、弁護士らによって構成される。また、請求の内容は、①存立危機事態における防衛出動(集団的自衛権の行使)の差止め、②重要影響事態における後方支援(兵站)活動の差止め、および、③国際平和共同対処事態における協力支援活動の実施の差止め、等である。そして、請求の理由となる権利侵害として、①平和的生存権の侵害(戦争被害者にとっての切実性も)、②相手国からの攻撃やテロなどによる生命・身体等人格権の侵害・その危険(基地等周辺住民にとってとくに現実的・具体的である)、および③国民の憲法制定権・国民投票権の侵害(国民各人の権利として)が主張される。さらに、公権力行使の違法性については、根拠法令が違憲であり、それによる権利の侵害がなされていることが主張される。そして、差止め請求と併せて、国賠訴訟を同時提訴の方針であるとされている。

なお、被侵害権利のうち、人格権については、集団的自衛権の行使や後方支援活動等が行われる場合に、相手国等からの日本国土への武力攻撃や

テロなどを誘発し、生命・身体等の人格権を侵害されること、と説明され、また、憲法制定権・国民投票権については、本来憲法の改正手続を経なければできないことが解釈改憲と違憲立法によって行われ、憲法制定権力を有する国民の国民投票権等、憲法改正に対する意思表示・決定権を侵害されたこと、と説明されている。示唆的である。平和的生存権については、上述の点以上の立ち入った言及はない。

こうした訴訟の提起を広く呼びかけている「安保法制違憲訴訟の会」は、違憲の法律は放任できず、司法をとおして糺すことが法律家の責務であるという強い使命感にもとづいている。それは、今わが国社会で求められているもののひとつであり、共鳴を覚える。ただ、後にも述べるように、この課題を民主主義過程といかに結びつけるかがとりわけて課題であると、筆者は考えている。

### (3) 平和的生存権主張にかんする若干の注釈

安保法を違憲訴訟で争う場合、平和的生存権の主張が重要な役割を果たすことになることは、疑いのないところであろう。平和的生存権について筆者がこれまでに示してきた規範論上の見解を、確認的に示しておきたい。すなわち、日本国憲法における平和的生存権は、主観的人権として、客観的の制度規範としての9条と一体になって、憲法の平和主義を形づくっているものであるところ、その「平和」の意味は9条により充填されて、公権力が戦争をせず戦力をもたない状態を表現しているものと解釈しなければならない。とすれば、政府が戦争に乗り出し、戦力を保有する等の9条違反の政策をおこなったとき、それは即、平和的生存権が侵害されたものと評価されることになる。そこにおいては、平和的生存権は、9条とともに、政府の、とくに自衛隊また安保条約・駐留米軍の設置運用行為の憲法適合性を判定する実体規範として機能する。と同時に、9条違反の政府行為に対して市民個人が法廷で争うための手続規範としてはたらく。すなわち、

日本国憲法の平和的生存権は、主観的権利でありながら、市民がそれを用いて政府の平和に反した政策を正すという客観的な機能を果たすことになる。これが、この権利の本来の役割である、というものである。そして、こうした考え方は、下級審裁判例の中にも、とくにイラク訴訟名古屋高裁判決（2008年4月17日判時2056号74頁）の基調に採り入れられるところとなっている。

もっとも、平和的生存権の裁判規範性（具体的権利性）については、判例のみならず学説においても消極的に解する見解がなお根強い。安保法の場合も、市民の提訴については、平和的生存権の主張にはこれまでと同様に様々な困難が伴うにちがいない。しかし、これまでとは異なり、市民のこの権利の侵害はより重大で、とくに外国の戦争での武力行使を義務づけられる自衛隊員は、平和的生存権の他に、自衛隊法によって保護されているはずの利益、つまり専守防衛にのみ職責を限定される利益を主張することができる、といえよう。

## 2 違憲訴訟提起の妥当性

### (1) 違憲訴訟の可能性との区別

このようにして、安保法制の違憲を司法をとおして追求するチャンネルは、国民に開かれている。ただ、違憲政治の是正を司法にどこまで期待すべきか、つまりは違憲訴訟を提起すべきか否か、また、いかなる条件が充足されたときに提起に踏み切るのか、という問題は、別個のものとして厳然と存在している。わが国裁判所、とくに最高裁判所がこれまで国家の行為の憲法適合性が争われた際にとってきた姿勢からすれば、せつかくの違憲訴訟の提起が合憲判決を引き出す呼び水になってしまう危険性は、真つ当な結果を生む可能性よりも、遺憾ながら高いとさえいえる。——こうしたことを念頭に置くなら、次のような論点についてのリアルな省察が求められるといえよう。

## (2) 提起の妥当性をめぐる省察点

### ① 司法の本質とわが国制度の特質：具体的審査制，職業裁判官制

司法が本質的に統治の機能であり，それを担う裁判所が権力的統治機構の一部であることは，常に，確認されるべきであろう。つまり，裁判所の権力機関性ないし政治性と裁判官の官僚性は，それらの属性なのである。この基本を確認した上ではじめて，裁判所が，司法府として中立の法適用機関であることを旨とするがゆえに，その権力機関性と政治性において，政府および議会とは異なる性格を有していることを認めてよいであろう。違憲審査の妥当性を考えるにあたっては，まずこの点を押さえておきたいと思う。

そして，わが国の違憲審査制は，具体的事件の発生・存在を前提にし，当該事件を裁定する過程で，その裁定に必要とされる場合に憲法判断に入るといふ具体的審査制であり，また，それは，職業裁判官によって担われている。そうであることから，日本国憲法は，裁判所に政治を直接是正する役割を与えるのではなく，裁判所を，市民の権利保護を基本任務とし，この人権保障の営為をとおして客観的な憲法保障に仕える機関として位置付けている。このことを前提とする限り，政治の是正は，何よりも主権者としての政治的意思表明によって，また国民代表機関たる国会をとおして実現すべきが本筋である，とまず言わなければならないのである。

### ② 最高裁の違憲判断消極主義と憲法判断積極主義

加えて，日本の裁判所，とりわけ最高裁判所の違憲審査権行使についての最も顕著な特色のひとつは，違憲判決（とくに法令を違憲とする判決）の極端な少なさである。すなわち，わが国違憲審査制は日本国憲法の施行とともに始まったのであるから58年に及ぶ歩みをもつわけであるが，これまでに法律を違憲としたものは10件でいどである。こうした違憲判決の過少状況が語るものが，わが国の法令の憲法適合水準の高さではなく，最

高裁の政治部門への過度の謙抑さであることを遺憾としなければならない。むしろ、最高裁は、下級審判決が合憲性に疑問を投げかけた法律や国家行為についても、それを覆して合憲の祝福を与える役割を果たしてきたのである。

したがって、同時に、最高裁は、憲法判断に踏み込むこと自体にはきわめて積極的である。朝日訴訟の大法廷判決（1967年5月24日、民集21巻5号1043頁）によく示されているように、生活保護の被保護者が上告中に死亡したことで訴訟は終了したと判示しておきながら、最高裁は、「なお、念のために」として憲法25条の解釈に立ち入り、同条1項は具体的権利規定ではないとして、プログラム規定に近い解釈論を展開したのである。——こうした、憲法判断それ自体には積極的で、それにもかかわらず違憲判断には消極的であるという両者が相俟って、わが国最高裁の際立った政治的性格を形作っているといえよう。

わが国の司法部が、政治動向、とくに政権の意向に敏感であることにも留意しておきたい。ごく最近の事例であるが<sup>(18)</sup>、沖縄・名護市辺野古の米軍新基地建設のための公有水面埋め立て承認取り消しをめぐる、代執行訴訟に向けて国が動き始める中、提訴先となる福岡高裁那覇支部の支部長が10月30日付で交代する人事があり、これまでに国側に沿った判決を重ね、「国寄りの強権派」とされる判事が就任した、というものである。——安保法の違憲訴訟についても、このような日本の司法の現実を踏まえた熟慮が望まれるのではなからうか。

### ③ 勝訴のための必要条件としての弁論・理論・世論

戦後裁判運動をとおして、人々の経験が蓄積され、市民の提起する違憲訴訟が実りを獲るために多様で確固とした条件が必要であることが認識されるに至っている。例えば、朝日訴訟では、第1審東京地裁が、係争の生活保護基準を、憲法25条の生存権保障に由来する生活保護法8条2項、3

条に違反するものと明確に判示した（1960年10月19日行集11巻10号2921頁，浅沼判決）が，それをもたらしたものは，「地を這うごとき徹底した『事実』調査と，その科学的分析，これに根ざした要求（運動）の正当性に対する揺るぎない確信，そしてこれらの上に立った精力的な裁判官への働きかけ」であり，それが裁判官の良心と響き合い，そのヒューマニズムを引き出したと評価されている<sup>(19)</sup>。また，9条関係の裁判運動についてみれば，砂川事件にかんして，米軍駐留を違憲と断じた第1審東京地裁判決（1959年3月30日判時180号2頁，伊達判決）は，基地拡張のための土地とりあげに反対する人々の20年を超える運動の中で出されている。ここでも，農民とその文字どおりの代表者としての町長，支援の労働者・学生，弁護士，革新政党と労働組合の，日米安保条約とそれにもとづく米軍の駐留は憲法9条に反するとの共通の確信に立つ長期にわたる運動の中で，客観的には，裁判所がこの運動側の主張を支持したといえるのである。そして，自衛隊の憲法9条2項違反を明示した長沼訴訟第1審札幌地裁判決（1973年9月7日訟月19巻9号1頁，福島判決）では，自衛隊をめぐる刑事事件で1967年に判決の出た恵庭事件を上廻る弁護団の献身的健闘，憲法学者の共同研究，市民の支援運動がみられた。これに深い貢献をした代表的学者は，「弁論，理論，世論の三論一体」の裁判運動こそ勝利の展望を拓くという総括を残している<sup>(20)</sup>。

安保法制違憲訴訟は，こうした憲法裁判運動の歴史をふまえて構築しなければならない，と思う。

#### ④ 司法にどこまで期待すべきか

「安全保障」の法制を強権的に転換させたこのたびの政府の行為については，その違憲性が最高度に強いことを考えると，市民が，安保法違憲訴訟を提起して，裁判所は，安保法によってすべての国民について権利侵害が生じているととらえ，このタイプの訴訟を人権救済の新しい方途と認めて

憲法適合性審査に入るべきである、と主張することには十分論拠がある。

しかし、以上に述べたところからすれば、政治の是正というテーマは国民代表議会をとおして実現すべきことを本筋とし、裁判所への要求は、それと正しく結合させた限りでなされるべきことが強調されなければならないと思う。現実的に見ても、安保法違憲の訴えに対する裁判所の判断は、事実上門前払いとなる確率が高いであろうが、集団的自衛権の行使を軸にした安保法を合憲とする判決が出る可能性さえある。つまり、その場合には、市民の提訴が、政府の違憲の政策に裁判所による合憲の祝福を与える事態を導く呼び水となるわけである。このことは、わが国司法の現状に照らせば、けっして杞憂とはいえない。それゆえ、訴訟の進行過程においてこのような可能性が強まったときには、裁判所に、むしろ憲法9条や平和的生存権の実体審理に入らせない訴訟技術を用いる勇気が求められよう。違憲の政治を是正する役割を過度に裁判所に期待する姿勢は、往々にして、このような事態への警戒心を失わせる傾向をもっていることに注意しなければならない。筆者は、そのように考えるものである<sup>(21)</sup>。

## むすびにかえて——安保法制の廃止と平和憲法の新生のための課題

これまでの論旨の要点を述べた上で、展望にかかわる課題にふれて、本稿の結びとしよう。

(一) 安保法制の廃止・7.1閣議決定の撤回と立憲主義の再生、総じて平和憲法の新生のためには、その手立てとして、違憲訴訟ももとより重要な選択肢であるが、主として追求すべきは政治部門での結着である、とするのが私見である。言い換えれば、主軸は、主権者国民の日常的運動と議会における政治論争という、直接民主主義、議会制民主主義の双方による国民意思の実現を追求するところに据えられる。そこでは、集会やデモにおける国民一人一人の意思表示がきわめて重要な意味をもち、こうした抵抗

運動の継続こそ問題の帰趨を決める鍵となろう。また換言するなら、違憲の安保法制を憲法体系から追放し、立憲主義を取り戻すことができるか否かは、国民世論次第であるといえる。違憲訴訟の成否も、結局は、国民の民主主義的力量にかかっているのである。

したがって、違憲訴訟を選択することが賢明だとされる局面も、もとより現出することがあるであろう。ただ、その場合も、「主戦場は法廷の外にある」という、在野法曹自身が長期にわたる努力をとおして築いた原則が妥当する、と筆者は考えている。

(二) 同じ角度から、「国民連合政府」の提案に注目したい。これは、安保法が9月19日未明に強行「成立」されたその日に、日本共産党から出されたものであるが、その他の野党から提案されていたとしても不思議ではない普遍的な内容をもつものである。すなわち、それは、①安保法廃止・安倍内閣打倒の運動をさらに発展させ、実現させようとの呼びかけ、②安保法廃止と立憲主義回復で一致するすべての政党、団体・個人により「国民連合政府」をつくろうとの政府構想の提唱、③この政府構想で一致する各野党による国政選挙における選挙協力の呼びかけ、である。この体系性をそなえた提案は、このたびの国民運動が示した画期性を重視して、新たな政治とその枠組みを、透明性をもって示したもので、その後、広く各党間、各分野で検討が進められている状況である。筆者は、この提案が、とくに、立憲主義の回復を掲げているところに注目しており、そのことによりこの「政府」構想が大義に支えられたものとなっていると思う。こうした動向は、安保法違憲訴訟の提起にも大きな影響を与えるにちがいない。

(三) 最後に、付説にとどまるが、「新9条」案と紙上で名付けられている主張に留意しておきたい。安保法成立前後から、この主張が相次いでいる。私の手元にある資料が今のところ報道（朝日新聞11月10日付。他に、中日新聞10月17日付）に限られているので、個々の主張に立ち入ることは避けるが、要するに、今般の立憲主義を侵犯する政府解釈には歯止めをかけ、

集団的自衛権の行使を許さず、反面、9条2項を変えて、自衛隊という戦力の存在は許容し、個別的自衛権に限って容認する等の内容を盛り込んだ「新9条」に改正しよう、というものである。また、解釈改憲についても、自衛隊を合憲とすることに転じた1950年代の政府解釈が、その後法的にも社会的にも承認されてきたとして、今回の集団的自衛権行使容認の解釈もあながち立憲主義違反とはいえず、むしろ、それを生かす道もある、とする議論も出されている（朝日新聞9月15日付）。

これらを取りあげるメディアの中には、護憲と改憲の間の第3の観点、また「護憲的改憲」の途だと位置付けるものがある。しかし筆者からすれば、今こそ、憲法現象を2014年7月1日以前に帰戻させて、平和憲法を再生させる努力をすることが第一義の課題であると思われる。そうしてはじめて、「新9条」の主張に込められた護憲の願いも実現されるのではあるまいか。

## 註

- (1) 朝日新聞2015年9月21日付「社説」。
- (2) 2014年7月14日衆議院、同日参議院の各予算委員会における集中審議での首相答弁、および、同年6月に政府部内でまとめられた『想定問答』による。
- (3) 以下の叙述につき、福田護「安保法制改定法案の概要とその違憲性」長谷部恭男＝杉田敦編『安保法制の何が問題か』（岩波書店・2015年9月）46頁以下を参照している。
- (4) 長谷部恭男「安保法案はなぜ違憲か」長谷部＝杉田編（前掲・註3）3頁以下、同「序論」長谷部編『検証・安保法案——どこが憲法違反か』（有斐閣・2015年8月）1頁以下。
- (5) 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法（第6版）』（岩波書店・2015年）57-58頁。
- (6) 植松健一「安保関連法案における国会承認制度の欠陥」森英樹編『安保関連法総批判——憲法学からの「平和安全」法制分析』（別冊法学セミナー7・2015年8月）86頁以下。
- (7) 田村理「日本政治のオルタナティブ——憲法を使え！」を紹介する沖縄タイムス2015年10月17日付「社説」参照。

## 「安全保障」法制に対する違憲訴訟

- (8) 佐藤幸治『立憲主義について——成立過程と現代』（左右社・2015年）。引用は、1-2頁。
- (9) 参照、樋口陽一『憲法（改定版）』（創文社・1998年）12頁。
- (10) 山口 繁・元最高裁長官インタビュー（朝日新聞 2015年9月3日付）。
- (11) 朝日新聞 2015年9月17日付「社説」。
- (12) 小林 武「立憲主義否定の『解釈クエダ』——集团的自衛権行使へ疾駆する安倍政権」前衛 909号（2014年5月号）45頁。
- (13) 石川健治「『非立憲』政権によるクエダーが起きた」長谷部 = 杉田編（前掲・註3）223頁。
- (14) 長谷部恭男「序論」（前掲・註4）2頁。
- (15-a,b) 山口 繁インタビュー（前掲・註10）。
- (16) 磯崎陽輔内閣総理大臣補佐官・国家安全保障担当の発言は、要旨、つぎのとおりである。
- （7月26日、大分市での講演）：「我が国は憲法9条の解釈から自衛権は必要最低限度でなければならず、集团的自衛権は必要最低限度を超えるからダメだとしてきた。1972年の政府見解だ。しかし、40年経って時代は変わった。集团的自衛権も、我が国を守るためのものならいいのではないかと〔安倍政権は〕提案している。」「何を考えないといけないのか。法的安定性は関係ない。〔集团的自衛権の行使が〕我が国を守るために必要な措置かどうかを気にしないといけない。我が国を守るために必要なことを憲法がダメだということはあり得ない。」と述べたものである。これに対しては、批判が噴出した。
- （8月3日、参院平和安全法制特委における参考人質疑）「今回の平和安全法制は、…合憲性と法的安定性が確保されていると認識しております。…その上で…安全保障環境の変化を議論しなければならないことを述べる際に、『法的安定性は関係ない』ということばを使ってしまった。」「この発言を」取消しお詫びする。——このように答えた。
- (17) 水島朝穂「安保関連法『廃止法案』を直ちに国会へ——憲法違反を考えつづける」（2015年9月21日付ブログ）。
- (18) 沖縄タイムス 2015年11月17日付。

- (19) 新井 章『体験的憲法裁判史』（現代史出版会・1977年）135頁。
- (20) 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店・1987年）405頁，415頁。
- (21) 拙論の詳細は，小林 武『平和的生存権の弁証』（日本評論社・2006年），とくに第VI論文「裁判運動と市民平和訴訟」への参照を請う。

(追記) 本稿の内容の一部は，2015年11月29日に琉球大学で開催された日本平和学会2015年度秋季研究集会（憲法と平和分科会）において，「安保法違憲訴訟の可能性」と題して報告したものである。

(2015年11月29日 脱稿)