

平成30年（ワ）第3194号 安保法制法違憲国家賠償請求事件

原告 植村和子，下澤悦夫，寺田誠知 外140名

被告 国

平成30年（ワ）第3796号 安保法制法違憲国家賠償請求事件

原告 秋田正美 外77名

被告 国

原告ら準備書面（8）

（日本国憲法の抵抗権）

2019年6月 日

名古屋地方裁判所 民事第4部合議係御中

原告ら訴訟代理人弁護士	大	脇	雅	子
同	青	山	邦	夫
同	内	河	惠	一
同	松	本	篤	周
同	中	谷	雄	二
				外35名

第1 はじめに

本準備書面は、日本国憲法が、国民に主権的権利として抵抗権を内在させており、明文上の規定がなくとも抵抗権が認められること、安保法制法が日本国憲法秩序の根幹を崩壊させるものであって、憲法秩序の崩壊に対して、主権者たる日本国民は抵抗権を行使する義務があり、本件訴訟は、国民の抵抗権行使であること、裁判所は、憲法上憲法尊重擁護義務を負うものとして、憲法秩序の破壊に対して、抵抗する責務を負うことを述べるものである。

第2 日本国憲法の抵抗権

- 1 日本国憲法がその系譜を引くと言われる、アメリカ独立宣言は、「どのような政治の形体も、これらの目的〔人権を確保すること〕を害するようになる場合には、それを変更し、または廃止し、かれらの安全と幸福を実現するためにいちばん適当と考えられるような原理に基礎を置き、また、そういう形式でその権力を組織して新しい政府を作ることは、人民の権利である」と定めた。これは革命権をみとめたものとして、注目され、これと同じ趣旨は、ヴァージニア人権宣言にも「この権利〔革命権〕は、疑う余地のない、人にゆずることのできない、また棄てることのできないものである。」（3条）と定められていた。アメリカの他の諸州の人権宣言にも同趣旨の規定が存在する。フランスでは、1789年の人権宣言は、人の自然権として、「すべての政治団体の目的は人間の自然的かつ時効にかからぬ諸権利を保存するに存す。これらの権利とは、自由、所有、安定、及び圧制に対する抵抗である。」（2条）と「圧制に対する抵抗」を自然権として承認している。しかし、その後、人権規定の整備とともに、一旦、各国憲法に「抵抗権」が明記されることはなくなったが、第二次大戦後、再び各国の人権宣言に抵抗権が規定されることとなった。これについて、宮澤俊義教授は、「すでにじゅうぶんに確立されたと思われていた諸国の

自由主義的政治体制－したがって、その子である人権の保障－がファシズムの擡頭の前にあのように無力であったという両大戦間の貴重な経験にかんがみて、人権の保障を少しでもより強化しようとの悲願の表現であろう」とその理由を推測している。

- 2 日本国憲法には、「抵抗権」という文言は存在しない。問題は、日本国憲法が、「抵抗権」を認めたかどうかである。宮澤俊義教授は、「合法的に成立している法律上の義務を、それ以前の何らかの義務を根拠として、否認することを正当とする主張」（憲法Ⅱ〔新版〕140頁）といい、抵抗権の実定法化をその本質に反すると主張する。

3 抵抗権は主権的権利である

- (1) 基本的人権の思想史的背景を研究した、野田良之「基本的人権の思想史的背景－とくに抵抗権理論をめぐって－」東京大学社会科学研究所編『基本的人権3』（東京大学出版会・1963年）は抵抗権を実定法的権利であるとして、宮澤説を厳しく批判する。野田論文は、西欧の抵抗権思想についての歴史的考察を踏まえて、「西欧においては、抵抗権と呼ばれるものに二つの源流あるということである。一つはキリスト教的抵抗権の流れであって、ここでは、キリスト者の信仰の純粹を保つための消極的抵抗むしろ抵抗の義務が説かれる。それは本来国家の次元の外に成立する自然法的抵抗権ないし抵抗義務であって、1789年の人権宣言の用語法にしたがえば《droit de l'homme》（人間の権利）の範疇に属する。これにたいしても一つの源流は、ゲルマン的国家観に発するもので、この国家観においては国家権力はその本質上無制限ではないということが説かれる点に特色があり、その説くところは国家権力に対立する国民全体の権利としての抵抗権の主張であって、この抵抗権は政治的色彩の強い権利であり、積極的抵抗の権利であるといえる。人権宣言の用語によれば、《droit du citoyen》（市民（むしろ国民）の権利）

の範疇に属する。」（前掲書 77 頁～78 頁）と指摘し、宮澤説を抵抗権の歴史の源流の内、キリスト教的源流しか考慮していないため、抵抗権を《義務の衝突》と定義することになると歴史的な理解の不十分さを指摘している（前掲書 83 頁注（12）（13）参照）。

- （2） 抵抗権の歴史的考察を行った上記野田論文によれば、「16 世紀まで抵抗権が国民の法的権利としてきわめて明確に主張しえられたのは、すでにみたように主権者としての国民の総体と国家権力を国民から委嘱された国王とは支配契約の二当事者として対立していることが理論的に一般に疑われることがなかったことに起因している。しかし、近代的な社会契約論によって、このような考え方が国家意思の二元性をみとめることになり、それは結局国家概念と矛盾すると批判されるにいたって後は、国家意思の一元性を確立するために、このような対立を理論的に解消することが探求され、その結果、近代的法治国家にあつては抵抗権をみとめることは論理的に矛盾だとされるにいたったのである。このことは、しかし、国家権力とこの権力の究極の源泉たる国民との法的一元性を確立したということの意味するだけで、事実の面でこの二元性が消滅したことを意味するものではない。国民総体を真に行為能力をもつ一個の人格に組織化することが不可能である以上、主権者として国家意思形成の権利能力者ではあつても、その行為能力をもちえない国民は、代表機関によって行為するほかなく、したがって国民と国家権力の担い手との事実上の二元対立はついに解消されえないであろう。」「近代国家にあつては代議制が一般意思形成の避けられない政治技術であるとすれば、法的・形式的には一致したものと見做されざるをえない。」特に現在の日本のように、小選挙区制により、国民の意思と代表議会の意思にずれが制度上生まれ、一票の格差により、選挙自体が違憲無効とされる状態で制定された法律の場合には一層、それがあてはまる。

- （3） 「法的に国民意思とみなされる国家権力の現実意思にたいして真の国家意

思の源泉たる国民の現実意思を優越させること」が抵抗権である。国家契約論的には解消は問題ではなく、国家権力担当者の権力の不当行使にたいして契約違反（憲法前文の用語によれば信託違反）を国民の側で主張することが問題なのであり、したがってここでは自然状態の次元の問題ではなく、依然として市民状態（status civilis—むしろ国家状態と呼ぶべき次元の問題である。このような国民の抵抗権は、自然法上のものではなく、実定法上の概念である国民主権の一属性である。そして、主権は、国民各人が分有しているのであるから、すべての国民は憲法に抵抗権にかんする明文がなくとも、主権者としての当然の効果としてこの権利を持っているというべきである（前掲書79頁）。

4 抵抗権の行使の場面とその機能

- (1) それではいかなる場合に抵抗権行使が問題となるかである。上記野田論文は、「政治的抵抗権の必要は、結局、国家権力の《悪魔化》に有効に対抗するにあるが、権力の悪魔化はけっしてある時点に突然生ずるわけではない。」として、ラウシュニングの言葉を引いて、「われわれの時代の試練のなかから、われわれのテーマ〔抵抗権〕にかんして、われわれ全体にとっての一個の義務が一つの課題としてわれわれのなかに生まれてきた。すなわち、暴力と恣意のあらゆるところみにたいして時宜を得た抵抗をなし、近代の法治国自体によって画された国家の全能に対する限界からの逸脱にむかって事態が進展してゆくことへの端緒を適時に認識するということである。抵抗の成功、それを法の逸脱の当初において、そして国家万能への進展の端緒においてなすことにいかに決定的にかかっているかをわれわれの全てが体験したことと思われる。《princiipiis obsta》（はじめのものに抵抗せよ）。われわれは、国家の恣意と秩序の暴力的変更のころみが両方とも多くの変装のもとに行われうることを体験した。両方とも、法の衣をまとい、立法の形をとり、国家機関の裁量として起こりうる。われわれを脅かしている危険は、われわ

れが過去において体験し、われわれがそれに屈服したようなものとはかぎらない。それは現にあり、将来に起こりうるそれであり、すぐ近くにころがっているものであり、直接に現実に関係あるそれである。暴力と恣意とは、ある決然たる少数派が革命的暴力行為によって国家をわがものとするような場合、また合法的に権力を握った立法者または国家権力の管理者が、個人または政府多数派として公然たるまたは隠然たるクー・デタによって厚かましくも暴君となるような場合にのみこれをみとめこれに抵抗するというのでは足りないのであって、合法的立法過程において社会の本質およびエトスが、これまで一般に妥当していた法規範をまたこれまで実定法のうゑに妥当してきた法を破って変更されるばあいにも及ぼされなければならない。」（前掲書 80－81 頁）と述べている。

- (2) 実定法化された抵抗権を認める樋口教授も「多くの場合には、国家行為の違憲審査制でもって事が足りるだろう。」（樋口前掲書 313 頁）という。樋口教授は、「実定法上の抵抗権は、今日では、いってみれば平常的状況のなかでこそ機能できる。」とし、「実定憲法が少しずつ崩壊してゆくそのときに、個々の違憲行為に対抗する行動を期待するものとして、そのかぎりにおいて効果的なものであり、効果の射程を正確につかんでおかなければならない。」（樋口前掲書 213 頁－313 頁）と言う。
- (3) 本件で問題となっている安保法制は、まさに合法的に多数派を握った自民党及び公明党が昨日まで政府が違憲としていた集団的自衛権の行使を限定的という口実で、合憲とし、それを立法化したのである。戦後ドイツ憲法の原点が、「人間の尊厳」条項にあるとされるように、日本国憲法の原点は憲法 9 条にある。安保法制は、その日本国憲法の原点を変質させてしまったのである。これこそ、主権的権利としての抵抗権行使をすべき場合に該当する。これこそ、樋口教授が言う、「実定憲法が少しずつ崩壊してゆく」時を超え、「合法的立法過程において社会の本質およびエトスが、これまで一般

に妥当していた法規範をまたこれまで実定法のうえに妥当してきた法を破って変更されるばあい」に該当するのであり、主権的権利としての抵抗権行使をすべき場合に該当する。

それでは、その場合の抵抗権の機能とはどのような機能であろうか。

- (4) 抵抗権の行使が、国家権力の不法行為を阻止して立憲主義的憲法秩序を保全するという、国民的利益に資するためになされるところから考えれば、抵抗権の本来的機能は、違法性阻却事由として事後的・消極的ないし原状回復的なものにとどまらず、憲法破壊を事前に阻止し、立憲主義的秩序を確保して人権体系をより堅固なものにする、積極的創造的な性格にこそある。すなわち、国家権力による深刻な憲法秩序破壊に直面した国民は、抵抗権に基づいて、この憲法の秩序破壊そのものを違憲と主張し、表現の自由に代表されるような基本的人権の行使を行い、国家権力による憲法秩序破壊行為それ自体を止めさせることを司法過程をとおして求めることができる。さらに、憲法秩序破壊行為に対して、違憲の宣言をし、国家賠償法に基づき損害賠償をするという方法で、憲法秩序を保全すること、憲法秩序破壊行為に対して、他の手段を待つ暇がない場合には、国民の抵抗権行使が形式的に違法行為に該当しようと、超法規的違法性阻却事由として違法性が阻却されることとなる。このような機能を抵抗権は有する。

5 国民の抵抗義務と公務員の抵抗の責務

- (1) 同じ実定法説に立って、宮澤説を批判した田畑忍教授は、「抵抗権を実定法においては認めがたい、とする謬説が行われている」と手厳しく批判し（法哲学会編「抵抗権と抵抗義務について－日本国憲法に於ける抵抗権と抵抗義務」『法哲学年報1959』有斐閣69頁）、「抵抗権が権利であり、また権利であると主張せられるかぎり、権利としての抵抗すなわち抵抗権は、当然に実定法に於いて設定されていなければならない筈であり、また従ってそれを実定法上の問題でないということができない、と考えるからである。」と

真っ向から対立し、宮澤説を抵抗権を革命及び革命権、叛乱及び叛乱権と混同していると批判している。

(2) 田畑教授は、抵抗権について、革命権と区別をし、「抵抗権（基本的人権）は、権力、とくに国家権力に対決するものではあるが、その対決の姿勢は消極的であって積極的ではない。換言すれば、それは根本的変革的な主張を内在するものではなく、従って抵抗権は、其の意味で、現行法秩序肯定的な性質を有するものであり、革命権は積極的に国家権力に対決して、現行法秩序を武力的手段により根本的に変革し破壊しようとする主張が、権利として設定されているものだからである。故に、抵抗権の主張は、むしろ革新のイデオロギーを含蓄した保守的傾向を有するものである。しかるに革命権は、このような保守性・消極性を有しないのである。」とその異同を明確にしている（田畑前掲「抵抗権と抵抗義務について」77頁～78頁の注（1））。

(3) 田畑教授は、抵抗権を「権力（とくに国家権力）に対決し、実定法的に権力の不当意見の行使に抵抗し且つ反対する権利であり、レジスタンスの権利であることは言うまでもない。従ってそれは、単に自然法上の抵抗の事実又は主張又は思想を言うのではない。前者は後者に根拠するが、両者は峻別されなければならない。かくしてそれは、すでに暴力ではない。すなわち、権力に対して、自由であることができ、またこれに自由に参画できることを主張し得る権利として、『違憲不当の権力への反撥』を内容とするのが抵抗権である、而してこれが義務とせられる場合に抵抗義務と呼ばれるのである。」

（田畑前掲論文 71 頁）と定義づけ、これに続いて、「抵抗権と抵抗義務は、もちろん国民一般の権利・義務であるが、国家権力の執行等のために存在する官吏が、その権力の違憲不当の行使を拒否し抵抗する責務（権利・権限・義務）を憲法の定める場合がある。かくの如き場合には、その官吏は『公務員』である。すなわち公務員は、国務執行権限の根底に於て、かくの如き責

務を有するものであり、そのような公務員の抵抗のための法と権利は、憲法尊重擁護の義務づけを根拠として存在するのである。」（田畑前掲論文71頁）と、抵抗義務の根拠と対象をも明らかにしている。そして、抵抗権又は抵抗義務について憲法上のものではあるが、抵抗権や抵抗義務という文言を憲法上規定しているものは少なく、「多くの近代的憲法は、これを単に権利と呼び、或いはこれを人権と称し、また日本国憲法はこれを基本的人権と呼称している。」（田畑前掲論文72頁）、「基本的人権を定めているすべての近代的憲法（略）は、すべて究極的には抵抗権思想に由来し、またこれに立脚しているものである、とすることができるであろう。」（田畑前掲論文77頁）と日本国憲法が抵抗権を実定していると説いている。そして、日本国憲法上の抵抗義務の規定について、「日本国憲法の定める抵抗義務の規定は、其の第十二条にこれを見る。言うまでもなく、それは日本国憲法の定める基本的人権と、その抵抗権の貫徹のための規定である。すなわち第十二条は、基本的人権の義務として、『この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。又、国民は、これを濫用してはならないのであって、常に公共の福祉のためにこれを利用する責任を負う』と規定するのであり」この前段の、「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。」との規定によって、日本国憲法は、国民の抵抗義務を規定しているとし、次のように説明している。「すなわち、右憲法条項の法意は、憲法の定める基本的人権を保持するために国民は不断の努力をしなければならない、とするのである。つまり憲法は、憲法所定の基本的人権（抵抗権）と憲法とを守るために努力すべし、と定めることにより、違憲の権力に対する抵抗の義務を国民に課しているのである。『即ち、個々の国民は、これによりて、其の永久性をもった自由権中心の基本的人権が、不当なる国政によ

って侵されることなきよう積極的に、また国政の侵害があった場合には事毎に反対するよう消極的に、絶えず努力しなければならない、と言う義務を負うのである。』」（田畑前掲論文 80 頁）。

- (4) 続いて、「国家権力に対する抵抗によりて基本的人権（抵抗権）を守るべし、とする第十二条前段の義務規定を補足する意味を有する憲法規定として、先ず第十三条がある。すなわち第十三条は、『すべて国民は個人として尊重される。生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする』と規定し、国家権力担当者（政府）に対して、国民の基本的人権（抵抗権）を、一般的に最大限に尊重すべきであり、公共の福祉に反する場合でも、最小限の尊重を要する、とするものであることは明らかである。」と 13 条が、国民の抵抗義務の遂行を容易ならしめる趣旨の規定であると解し、第 15 条についても 13 条と同じく第 12 条前段所定の抵抗義務の遂行を容易ならしめる意味をもった規定であると解し、直接には「公務員の抵抗の責務を義務づけているものであることを注意する必要がある」とし、第 79 条第 2 項及び第 3 項の裁判官国民審査制についても同様の意味を有している規定と解釈している（田畑前掲論文 81 頁）。さらに、違憲の法令及び国務行為をすべて無効とする第 98 条第 1 項の憲法規範及び最高裁判所の違憲立法審査権を定める第 81 条を、第 12 条前段所定の抵抗義務と、すべての抵抗権とを支える支柱になっていると解しているのである（以上、田畑前掲論文 81 頁）。そして、「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う」と定める憲法 99 条もまた、第 12 条所定の抵抗義務と、「憲法の保障するすべての抵抗権とのため」に存在する規定である。」「第九十九条所定の公務員の憲法尊重擁護義務の規定は、前示第十五条の公務員制の規定と相俟って、公務員（官吏）の国家

権力の違憲不当の行使の強制に対しての抵抗の責務を保障する規定であることを注意すべきであろう」（田畑前掲論文 82 頁）と結論づけている。すなわち、基本的人権（権力からの自由権と、権力への自由権）が、必ずその本質として抵抗権を含んでいるが故に抵抗権であるという理由は、「若しもこれを権力の侵すところに放任して、抵抗を許されないものとするならば、基本的人権存在の意味は、直ちになくなってしまうからである。」として、その根拠規定として、第 11 条及び第 97 条を挙げている。このように解すれば、「そのすべての立法機構規定・行政機構規定・司法機構規定及び戦争放棄規定が、相寄って其の土台になっているのである。そうであるが故にこそ、逆にまた、これらの憲法機構全体が、国民の抵抗権の行使と抵抗義務の履行により、また公務員の抵抗の責務の遂行によって擁護されなければならないゆえんである。」（田畑前掲論文 84 頁～85 頁）

- （5） 今日、田畑説の重要な意義は、憲法が基本的人権を保障していることは、当然に抵抗権を前提にし、国民の抵抗義務と公務員の抵抗の責務を定めているものと憲法構造全体を解釈する点である。
- （6） これらの憲法上の根拠と関係については、次のように考えることができる。憲法 97 条は、「この憲法が日本国民に保障する基本的人権は、人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であつて、これらの権利は、過去幾多の試練に堪へ、現在及び将来の国民に対し、侵すことのできない永久の権利として信託されたものである。」と定めている。つまり、私たち国民は、日本国憲法が保障する基本的人権を守り、将来の国民に承継するように託された存在である。この負託に応えるために、憲法 12 条は「この憲法が国民に保障する自由及び権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。」と規定し、国民に憲法秩序が破壊されようとしている時には、抵抗の義務を定めたものと解すべきである。そして、憲法 99 条が定める憲

法尊重擁護義務に基づき、裁判官を含む公務員は、憲法秩序の破壊に対して、抵抗する責務を負うとその関係を解することができる。

第3 最後に

日本国憲法秩序の根幹をなす、憲法9条の本質を破壊する安保法制法の違憲性を問う本件において、違憲立法審査権を有し、憲法秩序を守る最後の砦としての任務を託された司法権としては、その負託に応える義務が存在する。裁判所として国民に託された権限を正しく行使されるよう強く期待するものである。

以上