

II 司法を取り巻く諸問題

1 憲法問題

1 安全保障関連法について

(1) 問題の所在

第二次安倍内閣は、2014（平成 26）年 7 月 1 日、「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」と題する閣議決定を行い、「我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、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、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に適当な手段がないときに、必要最小限度の実力を行使すること」ができるとして、集団的自衛権の行使も憲法上認められる場合があるとの見解を示した。また、上記閣議決定に基づいて、自衛隊が集団的自衛権の行使としての活動を実際に実施できるようにするため、平和安全法制関連二法を国会に上程し、2015（平成 27）年 9 月 19 日に可決させた（2015（平成 27）年 9 月 30 日公布）。しかしながら、平和安全法制関連二法を審議中の衆議院の憲法審査会において、参考人として招致された 3 名の大学教授が全員憲法違反であるとの意見を表明したとおり、集団的自衛権の行使は、日本国憲法に反して許されないのではないか、それ故集団的自衛権の行使を定めた平和安全法制関連二法は、違憲無効ではないかという点が問題となる。

(2) 集団的自衛権行使の解釈について

ア 憲法前文と 9 条

日本国憲法は、その前文において「日本国民は、正当に選挙された国会における代表者を通じて行動し、われらとわれらの子孫のために、諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたつて自由のもたらす恵沢を確保し、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであつて、その権威は国民に由来し、その権力は国民の代表者がこれを行使し、その福利は国民がこれを享受する。これは人類普遍の原理であり、この憲法は、かかる原理に基くものである。われらは、これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。」と述べて、平和主義を憲法の基本原理として採用した。この前文の平和主義は 9 条に具体化され、第 1 項で「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。」と述べ、2 項で「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。」と述べて、戦争の放棄を表明している。

イ 憲法制定時の政府解釈と自衛隊の創設

日本国憲法の制定過程における 1946（昭和 21）年 4 月、枢密院と帝国議会での審議に備えて法制局が作成した「憲法改正草案に関する想定問答・同草案説明第三輯」及びそ

の増補には、「我國に対し、外國が戦争を仕掛けて来た場合は如何」「第九条の規定と自衛戦争との関係如何」との問いに対し、9条は全体として侵略、自衛を問わず、すべての戦争を放棄するが、「自衛権」に基づく「緊急避難」ないし「正当防衛」的行動までなし得ないわけではない（外國の侵略に対し拱手してこれを甘受しなければならないのかといえ、そうではない。その地の国民が、有り合わせの武器をとって蹶起し、抵抗することは、もとより差し支えないし、又かかるゲリラ戦は相当に有効である。しかし、これは国軍による、国の交戦ではない。したがって、国の戦力はなくともできるし、国の交戦権は必要としない。この場合の侵略軍に対する殺傷行為は、交戦権の効果として適法となるのでなく、緊急避難ないし正当防衛の法理により説明すべきものである。）と記されている。当時の吉田茂首相が同年6月26日の衆議院帝国憲法改正案第1読会にて、戦争放棄について、自衛のための戦争も交戦権も放棄したものであると説明したことも知られるところである。いわゆる芦田修正により、2項冒頭に「前項の目的を達するため」という文言が入った後も、政府は、1項が侵略戦争を否定するものであって、自衛戦争を否定するものではないが、2項が戦力の保持及び交戦権を否定する結果として、結局、自衛戦争をも行うことができないことになるとの解釈に特段の変化はないとの見解を示していた。ところが、1950（昭和25）年に朝鮮戦争が勃発し、在日米軍が国連軍として参戦することが決まると、軍事的空白を埋めるべくGHQの占領政策の一環として警察予備隊が設置され、1952（昭和27）年に保安隊への改組と警備隊の設置を経て、1954（昭和29）年には自衛隊が創設されるに至った。そして、その保有する「実力」が「警察力」から「自衛力」へと強化されていく過程で、憲法9条との整合性をめぐって深刻な対立が生じた。東西冷戦終結後の1990年代以降は、我が国を取りまく環境の変化を強調して、我が国を集团的自衛権を行使することのできる国にしようとする動きが現れ、ついに国政上重要な争点となるに至った。

ウ 憲法9条2項の政府解釈

自衛隊は、それが有する装備に照らして陸海空軍などの「戦力」にほかならないとして憲法9条2項に違反するのではないかとの疑問に対し、従来の政府見解は、憲法9条は自衛権の放棄を定めたものではなく、その自衛権の裏付けとなる自衛のための必要最小限度の実力は憲法9条2項にいう「戦力」には該当しないとの立場をとってきた。その上で、自衛権を行使することができるのは、①我が国に対する急迫不正の侵害（武力攻撃）が存在すること、②この攻撃を排除するため他の適当な手段がないこと、③自衛権行使の方法が必要最小限度の実力行使にとどまること、の3要件を満たした場合（個別的自衛権）に限られると答弁してきた（1969（昭和44）年3月10日参議院予算委員会法制局長官答弁、1972（昭和47）年10月14日参議院決算委員会提出資料、1985（昭和60）年9月27日政府答弁書）。これに対し、集团的自衛権は、国連憲章51条によって我が国にも認められているものの、上記①のわが国に対する急迫不正の侵害（武力攻撃）の存在という要件を欠いているから、憲法9条2項に反して許されないとして、その行使が一貫して否定されてきた。なお、日本国憲法上認められている自衛権の行使が「我が国を防衛するために必要最小限度の範囲にとどまるべきものである。」というので

あれば（1981（昭和56）年5月29日稲葉誠一議員に対する答弁32号）、必要最小限度の範囲にとどまるかどうかは数量的概念であるから、「我が国を防衛するために必要最小限度の範囲にとどまる」ところの集団的自衛権は日本国憲法上も認められるという見解（2004（平成16）年1月26日衆議院予算委員会における安倍晋三議員の質問など）は、集団的自衛権を個別的自衛権と同質のものと考え、量的な差異があるだけだと捉える考えに基づいている。これに対する従来の政府見解は、自衛権を行使するための要件のうち①の要件が欠けている場合であるから個別的自衛権とは要件が全く異なり、質的に重なり合うことはないものであるとの理解に立っていた（上記安倍議員の質問に対する内閣法制局長官の答弁）。

(3) 閣議決定と平和安全法制の問題点

ア 第二次安倍内閣による閣議決定とその問題点

しかるに、2014（平成26）年7月1日、第二次安倍内閣は、「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」と題する閣議決定において、「我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、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、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に適当な手段がないときに、必要最小限度の実力を行使すること」ができるとして、集団的自衛権の行使も憲法上認められる場合があるとの見解を示し、集団的自衛権に基づいて実際に自衛隊が活動を実施できるようにするため、根拠となる国内法の整備を進めることとした。この閣議決定の根拠は、「パワーバランスの変化や技術革新の急速な進展、大量破壊兵器などの脅威等により我が国を取り巻く安全保障環境が根本的に変容し、変化し続けている状況を踏まえれば、今後他国に対して発生する武力攻撃であったとしても、その目的、規模、態様等によっては、我が国の存立を脅かすことも現実に起こり得る。我が国としては、紛争が生じた場合にはこれを平和的に解決するために最大限の外交努力を尽くすとともに、これまでの憲法解釈に基づいて整備されてきた既存の国内法令による対応や当該憲法解釈の枠内で可能な法整備などあらゆる必要な対応を採ることは当然であるが、それでもなお我が国の存立を全うし、国民を守るために万全を期す必要がある」という点にある。この閣議決定は、従来の政府見解との連続性・整合性を欠いており、憲法解釈として認められる余地がないということに加え、内容的にも前文で政府の行為により再び戦争の惨禍がおきることはないよう国民主権を宣言して平和的生存権を謳うとともに、9条において戦争放棄を定め、厳格な改正手続を定める硬性憲法である日本国憲法に反しており、憲法改正手続によらずに内閣による「解釈改憲」をなすものであって許されるものではなく、違憲の疑義がある。

イ 平和安全法制とその問題点

さらに、先述のとおり上記閣議決定に基づく平和安全法制関連二法が可決され、同月30日に公布された。「平和安全法制」法案は、整備法（平和安全法制整備法による法律10本の一部改正）と新規制定1本からなるものであり、自衛隊法、国際平和安全協力法、

重要影響事態安全確保法（旧：周辺事態安全確保法）、船舶検査活動法、事態対処法（武力攻撃事態等における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律）、米軍等行動関連措置法（旧：米軍行動関連措置法）、特定公共施設利用法、海上輸送規制法、捕虜取扱い法、国家安全保障会議設置法、国際平和支援法（国際平和共同対処事態に際して我が国が実施する諸外国の軍隊等に対する協力支援活動に関する法律）により構成されている。「平和安全法制」を構成する各法律は、その内容において、集団的自衛権の行使を容認することを前提に、各法律の改正・制定前のこれまでの法制における制約を外し、自衛隊の活動について、後方支援活動等においては非戦闘地域の要件を外して「現に戦闘行為が行われている現場」以外であれば弾薬の提供等を含む後方支援活動・協力支援活動、搜索救助活動、船舶検査活動を行うことを認めるものであり、自衛隊が他国の軍隊と一体となって海外で武力行使を行うこととならないかが問題となる。また、国連統括下の国連平和維持活動（PKO）以外の有志連合等による国際連携平和安全活動を規定して、自衛隊に安全確保業務と駆けつけ警護業務を認め、当該任務遂行のための武器の使用を解禁し、他国軍隊の艦船や航空機等を含む武器等の防護のための武器使用をも認めることで、在外邦人救出等のための武器使用とあわせて、目的達成のために武装勢力の妨害を排除するための実力行使や、他国軍隊の防御のための自衛官の武器使用が、交戦状態や武力行使に発展することが懸念される。また、各法律は、その審議手続について、実質的には11の法案が一括して審議され、審議経過において熟議がなされていないとの立法手続についての問題点も存在する。「平和安全法制」を構成する各法律については、上記閣議決定と同様に憲法上の問題を指摘することができる。また、規定された「集団的自衛権」行使の要件自体が抽象的であり、政府与党間においても説明が食い違うほどに、行使の要否や可否について判断及び検証が可能な規範性を有していない問題もある。その上、そもそも立法事実自体が確かでなく、その根拠についても極めて抽象的であり、実際上も、現在の我が国において、自国の利益のために海外で他国のために「集団的自衛権」を行使すべき必要性は乏しいとの批判もなされている。集団的自衛権の行使を許容するための論拠として砂川事件の最高裁判決（最大判昭34年12月16日刑集13巻13号3225頁）が引用されたことがあるが、砂川事件においては、在日米軍が憲法9条2項の「戦力」に該当するか否かが直接の争点として争われたものの、判決ではいわゆる統治行為論によって司法判断が回避されたにすぎない。集団的自衛権の可否は争点にもならず、判断されていない上、同判決が出された後の1960（昭和35）年4月20日ですら、岸信介首相によって集団的自衛権は憲法9条の下では認められていないとの国会答弁がなされているし、その後も政府は日本国憲法上集団的自衛権の行使は容認できないとの解釈を維持してきたものであるから、砂川事件の最高裁判決は集団的自衛権の根拠となるものではない。人権保障のために憲法によって国家権力の恣意を抑制するという立憲主義の立場からは、憲法9条の解釈を変更した上で制定した「安全保障法制」に関する各法律には違憲の疑義がある。また、硬性憲法である日本国憲法において、憲法改正手続を踏むことなく一政府による解釈の変更によって憲法の条項が改正されたに等しい結果となるような事態は許されるべきではないし、前文から導かれ

る恒久的平和主義との関係においては、仮に憲法改正手続を踏んでも認められるとは限らず、憲法改正の限界との関係でも重大な問題を孕んでいる。このような問題意識のもと、日弁連や東弁を含む各単位会は、政府が憲法 9 条の解釈を変更し、これを踏まえて法律によって集団的自衛権の行使を容認することは、憲法の立憲主義の基本理念、恒久的平和主義及び国民主権の基本原則に違反することを、繰り返し指摘してきた。

(4) 違憲状態の是正

憲法はその最高法規性について、「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。」(97 条)とし、「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。」(98 条 1 項)と規定する。そして、「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。」(99 条)とされている。違憲性が指摘され違憲状態にあると解される法律については、裁判所による違憲審査により是正されるべきであることがまず考えられるが、現在、憲法訴訟としては、平和的生存権の侵害等を根拠とした差止訴訟や国家賠償訴訟が全国各地で提起されており、その帰趨が注目される。また、国民主権のもとで、正当な選挙の結果に基づく法律の改廃等を通じた是正等も当然に検討されるべきである。

(5) 平和安全法制の違憲状態について

「平和安全法制」を構成する各法律は 2016 (平成 28) 年 3 月 29 日に施行されたが、これにより実施可能となった任務を帯びて自衛隊が派遣されるなど、専守防衛の枠を逸脱する活動がなされている。従来 of 政府の確立した解釈は、専守防衛にとどまる限りで最小限の実力ないし武力の行使及び保持は許される、逆に言えばそれを逸脱すれば違憲となるというものであった。現在、政府軍・反政府軍の間の戦闘が繰り返され、紛争当事者間の停戦合意の存在などの PKO 参加 5 原則が満たされるような状況にはほど遠い南スーダンへの PKO、司令部のあるシャルムエルシェイクは航空機テロが発生するなど安全かどうかは極めて微妙であるシナイ半島への自衛官の多国籍軍派遣、米朝関係が極度に緊張していた 2017 (平成 29) 年 5 月に実施された武器等防護としての米艦防護、2017 (平成 29) 年 4 月以降実施されている海上自衛隊による北朝鮮の弾道ミサイルを警戒・監視する米海軍イージス艦への燃料等の補給、さらには自衛隊に消極的防衛的な機能を超えて、積極的攻撃的な機能を具備させようとする動きなど、「平和安全法制」の実施により専守防衛の枠を逸脱した違憲の疑いが濃い活動が実際に行われていることに、我々は十分意識的になり、これらの活動を注視しなければならない。

さらに、2022 (令和 4) 年末には防衛 3 文書 (国家安全保障戦略、防衛大綱、中期防衛力整備計画) が改定され、敵基地攻撃能力 (反撃能力) が明記される見通しであり、そのための増税も議論されている。

敵基地攻撃能力の保有については、過去に「わが国に対して急迫不正の侵害が行われ、その侵害の手段としてわが国土に対し、誘導弾等による攻撃が行われた場合、座して自

滅を待つべしというのが憲法の趣旨とするところだというふうには、どうしても考えられない……そういう場合には、そのような攻撃を防ぐのに万やむを得ない必要最小限度の措置をとること、たとえば誘導弾等による攻撃を防御するのに、他に手段がないと認められる限り、誘導弾等の基地をたたくことは、法理的には自衛の範囲に含まれ、可能である」との国会答弁がなされたことがあり（第24回国会昭和31年2月29日衆議院内閣委員会15号1頁鳩山内閣総理大臣答弁（船田防衛庁長官代読））、これが現行憲法9条が敵基地攻撃能力の保有を容認していることを示す根拠であるかのように語られることがある。しかし、法理的に自衛の範囲に含まれるかどうかという問題と、危険があるからといって平生から他国を攻撃するような攻撃的な脅威を与える兵器を保有することが許されるかという問題とは、別個の問題である。かつての自衛権発動の三要件のコロラリーとして、政府は、従前、自衛力が全体として他国に脅威を与えるものであってはならないとし、個々の兵器に関しても、他国の領域に対して直接脅威を与えるもの、外国が脅威を感じずような攻撃的兵器（ICBM、中距離・長距離弾道弾、長距離核戦略爆撃機、長距離戦略爆撃機、攻撃型空母等）の保有は、直ちに自衛のための必要最小限度の範囲を超えることとなるため、許されないとしてきた（第55回国会昭和42年3月31日参議院予算委員会4号3頁佐藤栄作内閣総理大臣答弁、第63回国会昭和45年3月30日衆議院予算委員会18号（その1）24頁中曽根防衛庁長官答弁、第65回国会昭和46年5月15日衆議院内閣委員会26号3頁久保防衛庁防衛局長答弁、第112回国会昭和63年4月6日参議院予算委員会18号2頁瓦力防衛庁長官答弁等）。これは、個別的自衛権のみを行使しようとのかつての政府解釈が有権解釈として憲法規範であったことと同様の意味において、憲法規範であったのであり、敵基地攻撃能力を防衛3文書に明記しようとの試みは、安保法制同様、憲法改正手続を潜脱してこの規範を骨抜きにしようとするものであり、しかも、安保法制により武力行使の基準・限界が消失してしまったこと（安保法制の問題は、憲法改正なしには許されないとしていた集団的自衛権の行使を容認した点にとどまらず、その発動基準を極めて曖昧不明確なものとした結果、武力行使の基準を消失させた点にもある。）に乗じてなされようとしているものであって、断じて許されない。

弾道ミサイル防衛については、自衛隊法82条の3が弾道ミサイル等の破壊措置の定めを置き、我が国の領域だけでなく公海上空においても、我が国に飛来する弾道ミサイル等の破壊を命ずることが可能であるが、これは、猛スピードで飛来する弾道ミサイル等に対して、その企図や性質のいかんを問わず迅速に対処することが求められるためであって、ミサイル等の落下に伴う我が国の人的・物的被害の防止を目的とする一種の警察権の行使と位置づけられ（この措置を発動する時点では自衛権の発動要件が満たされていることの認定は困難である。）、事後的に、当該弾道ミサイル等の発射が我が国に対する武力攻撃であり、これを破壊する行為が我が国の武力行使に該当したとしても、その武力行使が自衛権発動の三要件を満たすことになるから問題はないと説明されてきた。このように、弾道ミサイル等が飛来する段階では、我が国に対する急迫不正な武力攻撃がなされようとしているのか否かを判断することは困難であり、そのような状況の

中で、飛来する弾道ミサイル等の破壊を超え敵基地等の敵国領域を直接攻撃することが、平和に資するとは考えがたい。また、敵基地攻撃は、敵国のミサイル攻撃能力を喪失させることを目的としてなされるものであろうが、昨今は弾道ミサイル等の発射装置も可動式のものが多く、捕捉が困難であり、敵国領域を攻撃することで我が国がさらなる攻撃を受ける可能性を高める危険もある。さらに、抑止力を高めれば、相手もさらに軍備を増強することが容易に予想されるところであり、抑止力を高めることが我が国の平和に資する保証はなく、むしろ東アジア地域の軍拡競争を招く恐れの方が大きい。加えて、集団的自衛権の行使すなわち他国防衛を容認した安保法制は、我が国に対する武力攻撃の着手がなくても、我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃の着手があれば、我が国が当該攻撃国に対し攻撃することができることを意味するものであり、政府も、2022（令和4）年5月17日付け答弁書で、存立危機事態において敵基地を攻撃できると述べているが、これは、我が国に対する武力攻撃に着手すらしていない国の領域を先制的に攻撃することにほかならず、激烈な反撃を自ら招来するものと言わざるを得ない。政府関係者は、敵基地攻撃は専守防衛に反しないとか必要最小限度という歯止めを設けるなどと言うが、「専守防衛」や「必要最小限度」の意味内容は、他国防衛のための武力行使を容認し武力行使の基準を致命的なまでに曖昧不明確なものとした安保法制の前後で大きく変質してしまっているのであり、「専守防衛」や「必要最小限度」という言葉で国民を安心させようというのは詭弁でしかない。

上述したとおり、我が国は、安保法制により、武力行使の基準を喪失し、いついかなるときにどの範囲で武力を行使するかが曖昧不明確で、何らの歯止めもない不確実性の状況に立ち至ってしまっている。そのような状況の中、他国に脅威を与える敵基地攻撃能力の保有を正面切って認めることは、我が国と東アジアの平和を損なう行為でしかない。安心供与と抑止力はセットでなければ意味をなさないと、我が国は、安保法制による「壊憲」により周辺諸国に対する安心供与が全くできていない状況に陥っている。違憲の安保法制による武力行使基準の喪失を利用した軍備増強論は、断じて許すことができない。まずは、憲法規範であった従前の政府解釈のレベルに我が国を立ち戻らせ、防衛分野における立憲主義や法の支配を取り戻すことが何よりも重要であって、それがなされない間に拙速になされる敵基地攻撃能力保有の動きに対しては、断固として戦わなければならない。

2 憲法改正について

(1) 自由民主党憲法改正草案について

自由民主党は、2012（平成24）年4月に憲法改正草案を発表しており、前文を含めほとんどの条文を総入れ替えする内容であるが、憲法96条が「この憲法と一体を成すものとして、直ちにこれを公布」と規定し、現在の憲法と一体をなすことが前提であるため、新たに新憲法を制定することは想定されていない。また、草案の内容は、国民主権を宣言する前文冒頭の主語を国民ではなく日本国とした上で、「日本国は、長い歴史と固有の文化を持ち、国民統合の象徴である天皇を戴く国家」と位置づけ、天皇を元首とし、平和主義の大前提となる「日本国民は、政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにす

ることを決意し」を削除し、「我が国は、先の大戦による荒廃や幾多の大災害を乗り越えて発展し」を加えて国防軍が創設され、「集会、結社及び言論、出版その他一切の表現の自由」に「公益及び公の秩序を害することを目的とした活動を行い、並びにそれを目的として結社をすることは、認められない。」との制限が付され、国民の義務が増設され、憲法改正手続が、国会の議決の要件が3分の2から過半数に緩和されており、国民主権、基本的人権尊重主義、平和主義を制限し、これらを支える立憲主義を理解しているとは思えない内容となっている。

(2) 国家緊急権について

国家緊急権とは戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害など、平時の統治機構をもっては対処できない非常事態（以下「緊急事態」という。）において、国家の存立を維持するために、立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置をとる権限をいう。国家緊急権は一時的であるにせよ憲法秩序を停止し、行政府への極めて高度な権限集中と人権制約を伴うものであることから、行政府による濫用の危険性が極めて高いものである。これまでの歴史において、非常事態の宣言が正当化されないような場合であっても非常事態が宣言されたり、戦争その他の非常事態が去った後も速やかに憲法秩序を回復させることなく人権侵害がなされたりしてきたものである。現行憲法は、制定時の議論において歴史に学び、憲法に緊急事態条項を敢えて設けず、非常事態に対しては、現行憲法秩序を維持したまま、厳格な要件を課した上で法律により対処することになっているものである。

ア 自由民主党憲法改正草案第9章緊急事態の内容

自由民主党憲法改正草案は、第9章緊急事態において、以下のとおり規定している。

第98条（緊急事態の宣言）

- 1 内閣総理大臣は、我が国に対する外部からの武力攻撃、内乱等による社会秩序の混乱、地震等による大規模な自然災害その他の法律で定める緊急事態において、特に必要があると認めるときは、法律の定めるところにより、閣議にかけて、緊急事態の宣言を発することができる。
- 2 緊急事態の宣言は、法律の定めるところにより、事前又は事後に国会の承認を得なければならない。
- 3 内閣総理大臣は、前項の場合において不承認の議決があったとき、国会が緊急事態の宣言を解除すべき旨を議決したとき、又は事態の推移により当該宣言を継続する必要がないと認めるときは、法律の定めるところにより、閣議にかけて、当該宣言を速やかに解除しなければならない。また、百日を超えて緊急事態の宣言を継続しようとするときは、百日超えるごとに、事前に国会の承認を得なければならない。
- 4 第二項及び前項後段の国会の承認については、第六十条第二項の規定を準用する。この場合において、同項中「三十日以内」とあるのは、「五日以内」と読み替えるものとする。

第99条（緊急事態の宣言の効果）

- 1 緊急事態の宣言が発せられたときは、法律の定めるところにより、内閣は法律と

同一の効力を有する政令を制定することができるほか、内閣総理大臣は財政上必要な支出その他の処分を行い、地方自治体の長に対して必要な指示をすることができる。

- 2 前項の政令の制定及び処分については、法律の定めるところにより、事後に国会の承認を得なければならない。
- 3 緊急事態の宣言が発せられた場合には、何人も、法律の定めるところにより、当該宣言に係る事態において国民の生命、身体及び財産を守るために行われる措置に関して発せられる国その他公の機関の指示に従わなければならない。この場合においても、第十四条、第十八条、第十九条、第二十一条その他の基本的人権に関する規定は、最大限に尊重されなければならない。
- 4 緊急事態の宣言が発せられた場合においては、法律の定めるところにより、その宣言が効力を有する期間、衆議院は解散されないものとし、両議院の議員の任期及びその選挙期日の特例を設けることができる。

イ 立法事実との関係

(ア) 地震等による大規模な自然災害について

災害対策ないしは災害復興の場面において最も重要なことは、「事前に準備していないことはできない」ということである。そして、事前の準備としては、災害対策基本法に基づく防災基本計画があり、これに基づき、大規模災害時には現行憲法下における災害対策基本法、自衛隊法、警察法などの各種法規を活用することで十分に対処できる。東日本大震災の際に、国において対応が不十分であったとすれば、その原因はもっぱら事前の準備不足か、既にある法律の活用を十分できなかった点にあり、自治体において対応が不十分であったとすれば、それは必要な対策に関する国からの権限移譲が不十分だったからに他ならず、憲法に緊急事態条項がなかったからなどという理由によるものではない。特に、自然災害と原発事故が併発する等、複合災害時における指揮命令系統については、現在でも法制度が未整備の部分があり、災害時に混乱の生じないよう、地方への適切な権限移譲、適切な役割分担が急務である。他方、憲法に緊急事態条項ができることで事後対応が可能であることが強調され、その結果として災害対策上の事前準備が軽視されてしまうことが容易に想定されるが、それは必要な災害対策を後退させるものであり有害そのものである。

(イ) 我が国に対する外部からの武力攻撃、内乱等による社会秩序の混乱について

他国から武力攻撃があった場合については、そもそも日本国憲法は、戦争を放棄し交戦権を認めていないのであるから他の国々のような戦時的緊急権を規定する余地はなく、我が国自体の専守防衛のための実力行使の場合については自衛隊法等の立法的措置が既にあるのであり（ただし集団的自衛権までは憲法上認められない。）、それ以上に憲法上の国家緊急権まで必要だという具体的な根拠はない。また、国家緊急権の発動要件を厳格に定めても、安全保障関連情報が特定秘密保護法の特定秘密に指定されている以上、国会議員でさえも判断の基礎となる情報が十分に得られず適切な判断ができない恐れがあり、濫用に対する歯止めが極めて困難である。テロ・内乱等の事

態への対処についても、警察権の適切な行使と最低限必要な立法的措置により対応すべきものであり、人権制約の要素が極めて強く濫用の危険性も高い憲法上の国家緊急権の必要性までは認められない。

(ウ) 国家緊急権の濫用を防ぐ規定が不備であること

自由民主党憲法改正草案は、緊急事態宣言は、内閣総理大臣が「特に必要がある」と認めるときに発令されるとされ、必要性の判断が内閣総理大臣に包括的に委ねられており、内閣総理大臣に無条件の専断的な決定権を与えている。また、自由民主党憲法改正草案では緊急事態の期間に制限を設けておらず、国会の事前承認があれば、いくらでも更新できることになる。そして、自由民主党憲法改正草案では、内閣は法律と同等の効力を有する政令を制定でき、これには事後に国会の承認を必要とするが、承認が得られない場合に効力を失う旨の規定がなく、財政処分についても同様である。明治憲法においてさえ緊急勅令が事後に議会の承認を得られない場合は将来に向かって効力を失う旨の規定があったが（8条2項）、自由民主党憲法改正草案では国会の民主的抑制が機能しないことになる。さらに自由民主党憲法改正草案では、政令で規定できる対象に限定がない。そのため、全ての人権、全ての事項が制約可能である。

(エ) 国会議員の任期について

自由民主党憲法改正草案では、衆議院は緊急事態宣言の期間中解散されず、任期に特例を設けるとされており、緊急事態によっては特定の選挙区において選挙を施行できずに当該選挙区の議員の任期が切れてしまい、国会が機能不全に陥ることを避けるためとされている。しかし、緊急事態の間は、政権与党の多数を維持し、内閣が出す政令、財政処分等について承認を与え続けることが可能となってしまう。仮に衆議院が解散されたとしても、参議院議員は存在しており、参議院議員の任期が満了となっても半数の参議院議員は存在し、参議院の緊急集会の開催が可能である（憲法54条2項）。衆議院議員の任期満了の場合には参議院の緊急集会の規定は直接には適用できないが、公職選挙法57条に繰り延べ投票の規定があるので、被災地の選挙区ないし比例ブロックについては繰り延べ投票を実施し、他の選挙区、比例ブロックについては速やかに選挙を予定通り実施するなどして対応可能である。

ウ 立憲主義との関係

立憲主義は、憲法によって国民の基本的人権を保障し、この基本的人権を確保するため、国家権力を制限することを目的とする近代憲法の基本理念である。日本国憲法が個人の尊重を規定し（13条）、基本的人権を第三章で保障するとともに基本的人権が永久不可侵であるとし（97条）、憲法が国の最高法規であり、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こと（98条1項）、公務員の憲法尊重義務（99条）を規定していることから、日本国憲法は、立憲主義を基本理念として採用しているのである。他方、国家緊急権とは、前述のとおり戦争・内乱・恐慌・大規模な自然災害などの緊急事態において、国家の存立を維持するために、立憲的な憲法秩序を一時停止して非常措置を採る権限をいうのであり、ひとたび濫用されたならば、立憲主義が破壊されそれを容易に回復することが極めて困難となる。以上

のとおり、一時的にせよ立憲主義を機能停止させる国家緊急権は、重大な人権侵害の危険性が極めて高く、また国家権力による濫用のおそれも強く、かつ立法事実の存在も認めることはできないことから、かかる憲法改正は極めて重大な問題を有するものである。

- (3) 2017（平成 29）年 10 月 22 日執行第 48 回衆議院総選挙の自由民主党公約、12 月 20 日自由民主党憲法改正推進本部「憲法改正に関する論点取りまとめ（4 項目）」及び 2018（平成 30）年 3 月 25 日自民党定期党大会「憲法改正 4 項目『条文イメージ（たたき台素案）』」について

2017（平成 29）年 10 月 22 日に執行された第 48 回衆議院総選挙で、自由民主党は、「憲法改正について自衛隊の明記、教育の無償化・充実強化、緊急事態対応、参議院の合区解消など 4 項目を中心に、党内外の十分な議論を踏まえ、憲法改正原案を国会で提案・発議し、国民投票を行い、初めての憲法改正を目指すこと」を公約に掲げた。その後、自由民主党憲法改正推進本部は、同年 12 月 20 日、「憲法改正に関する論点取りまとめ」として、「まさに今、国民に問うにふさわしいと判断されたテーマとして、①安全保障に関わる『自衛隊』、②統治機構のあり方に関する『緊急事態』、③一票の較差と地域の民意反映が問われる『合区解消・地方公共団体』、④国家百年の計たる『教育充実』の 4 項目である。」としたうえで、現段階における議論の状況と方向性を公表した。

ア 自衛隊の明記について

安倍晋三自由民主党総裁（当時）は、2017（平成 29）年 5 月 3 日民間団体主催の集會に寄せたビデオメッセージにおいて、憲法「9 条 1 項、2 項を残しつつ、自衛隊を明文で書き込むという考えは、国民的な議論に値する」という憲法 9 条に関する憲法改正構想を公表し、「2020 年を新しい憲法が施行される年にしたい」と述べた。その後 2017（平成 29）年 10 月 22 日に執行された第 48 回衆議院総選挙で、自由民主党は憲法改正の公約に「自衛隊の明記」をかかげ、2017 年 12 月 20 日の上記「憲法改正に関する論点取りまとめ」では「①安全保障に関わる『自衛隊』として改正の方向性として①「9 条 1 項・2 項を維持した上で、自衛隊を憲法に明記するにとどめるべき」との意見と②「9 条 2 項を削除し、自衛隊の目的・性格をより明確化する改正を行うべき」との意見が紹介された。そして翌 2018（平成 30）年 3 月 25 日自民党定期党大会において公表された「憲法改正 4 項目『条文イメージ（たたき台素案）』」における条文案は次のような内容である。

第 9 条の 2

前条の規定は、我が国の平和と独立を守り、国及び国民の安全を保つために必要な自衛の措置をとることを妨げず、そのための実力組織として、法律の定めるところにより、内閣の首長たる内閣総理大臣を最高の指揮監督者とする自衛隊を保持する。

2 自衛隊の行動は、法律の定めるところにより、国会の承認その他の統制に服する。

日本国憲法を改正し自衛隊を明記することについては、①憲法には、国会、内閣、司法及び地方自治体を除けば、独立機関として会計検査院の条文しか存せず（憲法 90 条）、各省庁等に関しては法律事項とされている中で、自衛隊のみを憲法に規定する必要があるのか、②憲法 9 条 2 項の「戦力」不保持規定、「交戦権」否認規定と整合するのか、③

恒久平和主義を後退させることにならないのか、④立憲主義との関係で問題はないのか、⑤仮に自衛隊を憲法に規定するとすれば、技術的なものを含む相当数の条項が必要となること、現時点では前述のとおり簡潔な条項案しか示されていないこと、⑥仮に現時点で自衛隊を憲法に規定すれば、それは現行憲法下では違憲無効の平和安全法制に基づく任務を帯びた現在の自衛隊を憲法に規定することになり、集団的自衛権の行使等、現行憲法下では違憲とされる自衛隊の任務に憲法レベルでの正統性を与える（自衛隊を憲法に規定した後は集団的自衛権の行使等について憲法違反であるとの主張が封じられる）ことになりかねないことについて国民が十分に理解しているか、⑦憲法施行後初めての国民投票により国民の過半数が「自衛隊」を認めた場合の国際的な影響、等も十分に議論する必要がある。

イ 教育の無償化・充実強化

上記第 48 回衆議院総選挙での自由民主党の憲法改正公約では、「教育の無償化・充実強化」がかかげられたが、2017（平成 29）年 12 月 20 日の上記「憲法改正に関する論点取りまとめ」では「教育充実について」となり「教育の無償化」がはずれた。翌 2018（平成 30）年 3 月 25 日の上記「憲法改正 4 項目『条文イメージ（たたき台素案）』」における条文案は次のような内容である。

第 26 条

3 国は、教育が国民一人一人の人格の完成を目指し、その幸福の追求に欠くことのできないものであり、かつ、国の未来を切り拓く上で極めて重要な役割を担うものであることに鑑み、各個人の経済的理由にかかわらず教育を受ける機会を確保することを含め、教育環境の整備に努めなければならない。

日本国憲法を改正し、26 条に上記 3 項を加えることについては、①「教育」について「国民一人一人の人格の完成を目指し、その幸福の追求に欠くことのできないもの」とし、さらに「国の未来を切り拓く上で極めて重要な役割を担う」と定義しているが、これにより、国が「国の未来を切り拓く」ものでなければ教育ではないとされ、「国の未来を切り拓く」ように生きろ、「お国のために生きろ」との思想を持って教育現場に介入する可能性があり、立憲主義との関係で問題があるのではないかと、②「国は、教育環境の整備に努めなければならない」と、国側の義務として「教育環境設備義務」が書かれているが、仮に憲法にこの教育環境整備義務が盛り込まれた場合、教育環境の整備を理由に、国が現在よりもより強く教育の場に介入してくる可能性があるのではないかと、③教育を受ける権利に関連する学問の自由や大学の自治（憲法 23 条）が侵害される可能性があるのではないかと、などの問題があり、十分に議論する必要がある。

ウ 参議院の合区解消について

上記第 48 回衆議院総選挙での自由民主党の憲法改正公約で「参議院の合区解消」がかかげられ、2017（平成 29）年 12 月 20 日の上記「憲法改正に関する論点取りまとめ」では一票の較差と地域の民意反映が問われる「合区解消・地方公共団体」がかかげられた。そして翌 2018（平成 30）年 3 月 25 日の上記「憲法改正 4 項目『条文イメージ（たたき台素案）』」における条文案は次のような内容である。

第 47 条

両議院の議員の選挙について、選挙区を設けるときは、人口を基本とし、行政区画、地域的な一体性、地勢等を総合的に勘案して、選挙区及び各選挙区において選挙すべき議員の数を定めるものとする。参議院議員の全部又は一部の選挙について、広域の地方公共団体のそれぞれの区域を選挙区とする場合には、改選ごとに各選挙区において少なくとも 1 人を選挙すべきものとしてすることができる。

2 前項に定めるもののほか、選挙区、投票の方法その他両議院の議員の選挙に関する事項は、法律でこれを定める。

第 92 条

地方公共団体は、基礎的な地方公共団体及びこれを包括する広域の地方公共団体とすることを基本とし、その種類並びに組織及び運営に関する事項は、地方自治の本旨に基づいて、法律でこれを定める。

かかる条文案については、①合区を解消するためには、公職選挙法の改正によっても十分対応できるのであり憲法改正による必要はないのではないか、②参議院に地域代表的な性格を与えると、憲法 43 条の全国民の代表とどのような関係になるのか、③参議院における一票の不平等の拡大が許容され、憲法 14 条の趣旨に違反するのではないか、などの問題があり、十分に議論する必要がある。

エ 緊急事態条項について

上記第 48 回衆議院総選挙での自由民主党の憲法改正公約で「緊急事態対応」がかかげられ、2017（平成 29）年 12 月 20 日の上記「憲法改正に関する論点取りまとめ」では、①選挙ができない事態に備え、「国会議員の任期延長や選挙期日の特例等を憲法に規定すべき」との意見と、②諸外国の憲法に見られるように、「政府への権限集中や私権制限を含めた緊急事態条項を憲法に規定すべき」との意見が併記された。翌 2018（平成 30）年 3 月 25 日の上記「憲法改正 4 項目『条文イメージ（たたき台素案）』」における条文案は次のような内容である。

第 73 条の 2

大地震その他の異常かつ大規模な災害により、国会による法律の制定を待ついとまがないと認める特別の事情があるときは、内閣は、法律で定めるところにより、国民の生命、身体及び財産を保護するため、政令を制定することができる。

2 内閣は、前項の政令を制定したときは、法律で定めるところにより、速やかに国会の承認を求めなければならない。

（※内閣の事務を定める第 73 条の次に追加）

第 64 条の 2

大地震その他の異常かつ大規模な災害により、衆議院議員の総選挙又は参議院議員の通常選挙の適正な実施が困難であると認めるときは、国会は、法律で定めるところにより、各議院の出席議員の 3 分の 2 以上の多数で、その任期の特例を定めることができる。

（※国会の章の末尾に特例規定として追加）

前述の2012（平成24）年4月の自由民主党憲法改正草案と比べ、緊急事態を「大地震その他の異常かつ大規模な災害」のみに絞ったかのように見える。しかしながら、①「その他の異常かつ大規模な災害」の解釈によっては、武力攻撃やテロ等の場合も含まれる可能性があること、②「大地震その他の異常かつ大規模な災害」についても前述のとおり問題が多く立法事実が存しないこと、等の問題がある。

(4) 日本国憲法の改正手続に関する法律（国民投票法）

また、そもそも憲法改正のための国民投票法は、最低投票率の定めがなく、本来自由な議論がなされるべき国民投票運動に萎縮的効果を与えるような多くの制約が課されており、資金の多寡により影響を受けないテレビ・ラジオ・新聞・インターネット利用のルール作りが不十分であること等多数の問題が指摘されており、憲法改正を論ずるのであれば、その前提として、憲法改正国民投票法の抜本的解決が優先的に行われるべきである。

3 その他の憲法問題について

(1) 選択的夫婦別姓制度の導入について

ア はじめに

夫婦同姓を強制する民法750条は、憲法13条及び24条2項が保障する個人の尊厳、24条1項及び13条が保障する婚姻の自由を侵害し、14条1項及び24条2項が保障する平等原則に反し、女子に対するあらゆる形態の差別の撤廃に関する条約（以下「女子差別撤廃条約」という。）16条1項(b)が保障する「自由かつ完全な合意のみにより婚姻をする同一の権利」及び同項(g)の規定が保障する「夫及び妻の同一の個人的権利（姓及び職業を選択する権利を含む。）」を侵害する。

したがって、希望する者は全て婚姻前の姓を保持したまま婚姻することができる選択的夫婦別姓制度を直ちに導入すべきである。

イ 現在までの経過

選択的夫婦別姓制度の導入については、遡れば1991（平成3）年から法制審議会民法部会（身分法小委員会）において婚姻制度等の見直し審議が行われ、1996（平成8）年2月に法制審議会が「民法の一部を改正する法律案要綱」を答申したが、当時の与党・自民党が法案提出を了承しなかったため、法案は提出されなかった。

一方、最大判平成27年12月16日民集69巻8号2586頁（以下「平成27年最大判」という。）及び最大決令和3年6月23日集民266号1頁（以下「令和3年最大決」という。）は、いずれも夫婦同姓を強制する民法750条について憲法24条に違反するものではないと判断したが（なお、平成27年最大判及び令和3年最大決は、いずれも、「国会で論ぜられ、判断されるべき事柄にほかならない」として、国会での議論を強く促している。）、平成27年最大判は、改姓について、「そのことによりいわゆるアイデンティティの喪失感を抱いたり、従前の氏を使用する中で形成されてきた他人から識別し特定される機能が阻害される不利益や、個人の信用、評価、名誉感情等にも影響が及ぶという不利益が生じたりすることがあることは否定できず、特に、近年、晩婚化が進み、婚姻前の氏を使用する中で社会的な地位や業績が築かれる期間が長くなっていることから、婚姻に伴い氏を改めることにより不利益を被る者が増加してきている」と指摘し、令和

3年最大決の反対意見は、氏名に関する人格的利益について、「人格権に含まれるものであり、個人の尊重、個人の尊厳の基盤を成す個人の人格の一内容に関わる権利であるから、憲法13条により保障される」（宮崎裕子・宇賀克也両裁判官の反対意見）と指摘している。

また、日本が批准している女子差別撤廃条約に基づき国連人権理事会が設置する女子差別撤廃委員会は、日本政府に対し、夫婦同姓を強制する制度について繰り返し改正を勧告しており、女子差別撤廃条約の実施状況に関する日本政府の第7回及び第8回報告書に対する総括所見（2016（平成28）年3月7日）においても、女性が婚姻前の姓を使用し続けられるよう婚姻した夫婦の氏を選択に関する規定を改定するよう勧告している。なお、婚姻後に夫婦のいずれかの氏を選択しなければならないとする制度（すなわち同氏強制制度。）を採用している国は日本以外には見当たらない（法務省ホームページ）。

しかし、前述の法制審議会の答申から26年以上の年月が経過し、最高裁判所からの国会に向けた二度にわたる議論の要請や、国連女子差別撤廃委員会の度重なる勧告にも拘わらず、現在でも、選択的夫婦別姓制度の法制化が実現していないのが現状である。法相の諮問機関である法制審議会が法案要綱を答申すれば、通常は法律になるところ、法案が国会に提出されず答申が四半世紀以上に亘って店晒しにされたままであるのは、極めて異常な事態である。

ウ 夫婦同姓を強制する現行制度の違憲性

上記のとおり、平成27年最大判及び令和3年最大決は、民法750条の違憲性を否定しているが、以下の理由から夫婦同姓を強制する現行制度は違憲であり、直ちに是正されなければならない。

（ア） 憲法13条に違反することについて

氏名は個人として尊重される基礎であり、人格の象徴として人格権の一内容を構成するものであること（最判昭和63年2月16日民集42巻2号27頁）からすると、意に反して姓の変更を強制されない自由もまた、人格権の重要な一内容というべきである。令和3年最大決の反対意見においても、「本件で主張されている氏名に関する人格的利益は、……人格権に含まれるものであり、個人の尊重、個人の尊厳の基盤を成す個人の人格の一内容に関わる権利であるから、憲法13条により保障される」（宮崎裕子・宇賀克也両裁判官の反対意見）と指摘されている。

そして、婚姻を希望するが夫婦のいずれもが婚姻前の姓を保持することを希望する者らに対しても、いずれかに婚姻のための改姓を強制する民法750条の規定は、人格権の一内容である意に反して氏名の変更を強制されない自由を侵害するものとして、憲法13条に違反するものである。

（イ） 憲法14条1項に違反することについて

また、民法750条と戸籍法74条により、婚姻の際には夫婦が称する姓を定めない限り婚姻届が受理されない現状において、いずれもが婚姻前の姓を保持することを希望する者らは、法的に婚姻することができず、法律婚の効果を享受することができない。

そして、夫婦同姓を希望するか夫婦別姓を希望するかは個人の信条であるというべ

きところ、民法 750 条と戸籍法 74 条に従うと、夫婦同姓を希望する者らのみが法律上婚姻することができ、別姓を希望する者らは法律上婚姻することができず法律婚の効果を享受することができないこととなるので、同規定は信条に基づく差別的な取扱いであって、憲法 14 条 1 項に違反する。

この点について、東京地判令和 3 年 4 月 21 日判時 2521 号 87 頁では、米国ニューヨーク州在住の日本人の男女がニューヨーク州の方式に従って婚姻を挙行した後、本籍地である千代田区長に対し、「婚姻後の夫婦の氏」欄の「夫の氏」と「妻の氏」のいずれにもレ点を付した婚姻の届書を提出して婚姻の届出を行ったところ、千代田区長が不受理処分とした事件について、法の適用に関する通則法 24 条 1 項・2 項において、挙行地の法に基づく方式での婚姻の成立が定められていること、原告らが社会通念上夫婦であると認められる関係の設定を欲する意思を有して婚姻を挙行したものと認められること、原告らの本国法である民法上の実質的成立要件（民法 731 条から 737 条まで）にも欠けるところは認められないことを理由に、原告らの婚姻自体は有効に成立していると判断している。

一方、同判決は、原告らの婚姻を有効としながらも、主位的請求である戸籍による婚姻関係の公証を受け得る地位にあることの確認、予備的請求である国が作成する戸籍以外の方法による公証を受け得る地位の確認及び公証規定を設けないという立法不作為の憲法 24 条違反を理由とした国家賠償請求をいずれも認めなかった。

上記判決の判示によれば、選択的夫婦別姓が認められている外国の方式による日本人同士の婚姻も法律婚として成立しうることとなる一方で、当事者らが婚姻後の姓を定めない限り当該法律婚は日本の戸籍上公証されないこととなる。

そうすると、有効な法律婚が成立している夫婦のうちでも、同姓を希望する夫婦と別姓を希望する夫婦との間に戸籍上の公証を受けられるか否かについての差別的な取扱いがあることとなり、この点からも憲法 14 条 1 項違反があるといえる。

なお、係る戸籍上公証されない婚姻が存在することは、身分関係の確認を困難にし、相続等の実務を混乱させるなど、不都合が多いものと考えられるところ、係る戸籍上公証されない婚姻の発生はひとえに民法 750 条が夫婦同姓を規定していることに起因するのであって、戸籍上、夫婦それぞれの姓を表示することができることとなれば問題は解消されるはずである。

(ウ) 憲法 24 条に違反することについて

民法 750 条は、「夫婦は、婚姻の際に定めるところに従い、夫又は妻の氏を称する。」とのみ定め、夫婦いずれの姓にも限定していないことから、両性の平等には形式的に反しないと考える考え方があり。

しかし日本では実に 95.5%の夫婦について婚姻に際し女性が改姓しており（2019（令和元）年厚生労働省人口動態調査）、婚姻しようとする男女間における婚姻後の姓に関する協議の前提、過程または結果に男性優位の家父長制的婚姻観や家族観が介在している現状があることが強く推認され、両性の平等が実現しているとは到底言えない。

つまり、女性は婚姻にあたり男性の家に嫁ぐものであるとか、当然に男性の姓が維持、継続されるべきものであるとかといった観念が有形無形の形で女性に姓の変更を迫り、女性に対する改姓についての事実上の強制力が生じているものと考えられるため、夫婦同姓の強制は明らかに女性に不利益を生じさせる制度なのである。

具体的には、婚姻に際して女性が自己の姓を婚姻後の姓とすることを提案したり、あるいは、姓の決定を抽選などの公平な方法によることを提案したりしたとしても、（主として男性側であるがときには女性側についても）家族の反対が予想されること、長男であること、男兄弟がおらず男性側の家族の姓が途絶えるおそれがあることなどを理由に男性側の姓を婚姻後の姓にすることを要求されることもあれば、当事者である夫婦が納得のうえ双方が従来姓を使用し続ける目的で事実婚を選択したが、周囲の理解が得られず、夫の親族と妻との関係が悪化し、婚姻後の家庭環境に支障をきたすという事態も発生している。

このように、婚姻に際しては夫の姓を選択するのが「当然」であるという観念が根強く残存する現在のわが国においては、女性が男性に対し自己の姓を婚姻後の姓とすることを提案すること自体が困難である一方、全く合理性を欠く理由であっても男性は自己の姓を婚姻後の姓とすることを堂々と主張し、女性に受け入れることを事実上強制することができる現状が存在するという点で、婚姻後の姓の決定に関する合意形成段階における男女の立場には大きな懸隔が存在すると言わざるを得ない。

したがって、現行の夫婦同姓制度の下では、両性の実質的平等という点で看過しがたい不均衡が生じており、同制度は、「婚姻は、両性の合意のみに基いて成立」と定めた憲法 24 条 1 項に反し、婚姻における個人の尊厳と両性の本質的平等を定めた同条 2 項にも反する。

エ 通称使用について

選択的夫婦別姓制度の導入に慎重な立場からは、民法 750 条の改正でなく通称として旧姓を使用できる範囲を拡大することで足りるとの意見がある。平成 27 年最大判の多数意見も、「旧姓の通称使用が広がることで一定程度は緩和される」とし、違憲性を否定する要素として旧姓の通称使用の拡大を挙げた。

しかし、令和 3 年最大決における三浦守裁判官の意見にあるとおり、通称使用は「任意の便宜的な措置であって、個人の人格に関わる本質的な問題を解消するものではない上、このような通称使用の広がり自体、家族の呼称としての氏の対外的な公示識別機能を始めとして、夫婦同氏制の趣旨等として説明された上記の諸点が、少なくとも例外を許さないという意味で十分な根拠とならないことを、図らずも示す結果となっている」のであって、旧姓使用の拡大を同氏強制制度の違憲性を否定する論拠として持ち出す議論は、それ自体不適當である。通称はどこまでいっても法的な位置づけを持たず、国が正当性を承認するものではない。「通称が使えるのだからよいのではないか」という議論は、「なぜ通称でしか婚姻前の姓を使わせないのか、その必要性・合理性はどこにあって、婚姻前の姓を正式なものとして使用することを一切禁止するだけの正当性を持つものなのか」という点に全く答えられていない。

仮に旧姓の通称使用がさらに拡大したとしても、全ての場面において旧姓が使用できるという状況に至らない限り、婚姻に際して改姓した者は、自己が戸籍上の姓と呼ばれたり、戸籍上の姓が記載された自己宛ての書面などを受領したりする都度、アイデンティティの喪失感と苦痛を味わうこととなり、旧姓の通称使用はこのような点からも問題の根本的な解決にはなりえない。

また、旧姓使用が拡大し、いかなる場面においても戸籍上の婚姻後の姓を一切使用しない状況が生じるとすれば、当該人物を表す通称と、個人の身分関係を公証する戸籍の記載が完全に乖離するという事態が無視できないものとなるはずであり、夫婦同姓を強制する制度の正当性はより不合理なものとなると考えられる。

自己の婚姻前の姓を維持したいと望む者にとって、それを一切許さない現行制度は、その者の選択した生き方や考え方が根本的に誤っているからという理由で権利を侵害するものにほかならず、「切り札」としての人権を侵害するものなのであって、それは、通称の使用が拡大するかどうかによって変わるものではない。

オ 別姓を選択した夫婦の間の子の姓の取り扱いについて

(ア) 子の姓の決定方法について

選択的夫婦別姓制度を導入した場合に検討すべき課題としてしばしば挙げられるのが、別姓を選択した夫婦の間の子の姓をどのように定めるかという問題である。

上述の1996（平成8）年の法制審議会の答申では、選択的夫婦別姓制度においては婚姻に際してあらかじめ出生する子が名乗るべき姓を定めること、子が複数あるときは、子は全員同じ姓を名乗ることとなることが記載されている。

しかし、この点については同答申に合理性がなく（小委員会では「複数いたら別々でもいいのでは」との声が強かったが、答申は自民党に配慮して「結婚の際に夫婦のどちらかの姓に決める」とされたようである。）、子の姓はそれぞれの子の出生時に夫婦が協議して定めることとし、かつ、複数の子がある場合にそれぞれの姓が異なることも当然に許容される制度とすべきである。

この問題に関し、日本弁護士連合会は、「婚姻後、子を持つか否か、持つとしても何人持つかなどは、それぞれの夫婦のライフスタイルの問題であり、それを予め届けさせるような方法は採用すべきでない。子の姓は、子の出生時の事情に応じて、父母がその都度協議して自律的に定めるのが、最も合理的である。夫婦の協議が調わない場合または協議をすることができない場合は、家庭裁判所の審判で定めるものとすべきである。」という見解を表明しており（2021（令和3）年8月19日日弁連意見書）、かかる見解が合理的である。

さらに、現在、95.5%の夫婦において女性が改姓している点をみれば、婚姻に際して選択する子の姓が夫婦の自由な意思と対等な協議によって定められることが実質的に保証されるとは考え難く、答申の示すような制度が採用された場合には、現在の夫婦同姓制度と同様の廃止された家制度の残滓というべき価値観による弊害が、子の姓の選択という場面に残存することとなる恐れが極めて大きいと考えられる。

令和3年最大決における三浦守裁判官の意見は、夫婦同姓を強制する制度に関し、

「婚姻という個人の幸福追求に関し重要な意義を有する意思決定について、二人のうち一人が、重要な人格的利益を放棄することを要件として、その例外を許さないことは、個人の尊厳の要請に照らし、自由な意思決定に対し実質的な制約を課すものといわざるを得ない」と指摘しているが、かかる論理は子の姓の選択の場合においても成り立つものであり、夫婦間に出生する全ての子の姓を予め定めることを婚姻の要件とすることは、自由な意思決定を実質的に制約するものというべきである。

(イ) 家族間で姓が異なることの指摘について

当会の主張は、選択的夫婦別姓制度を導入し、かつ、別姓を選択した夫婦の間の子の姓は子の出生時に夫婦の協議または裁判所の決定により定められるべきであるというものであるが、かかる立場に対しては、親子間、兄弟間で姓が異なる現象が増加することをとらえて、子がいじめや偏見にさらされる危険性があると指摘して反対する見解がしばしばみられる。

しかし、現時点においても国際結婚、両親の離婚または夫婦が事実婚であることにより、親子間、兄弟間で姓が異なるという現象が一定程度発生しており、現行制度の下でも姓を異にする家族が存在する状況は不可避免的に発生するものである以上、同質性が強く求められ多様性が尊重されない教育現場や社会的な観念を改革することこそが求められるのであり、これを放置して、一般的ではない属性を有する子供に向けられるいじめや偏見をあたかも不可抗力であるかのごとく論じ、子の姓の問題を選択的夫婦別姓制度または子の出生時に子の姓を選択する制度の問題点であるにとらえる考え方は、極めて不合理である。

カ 今後の取組み

当会としては、選択的夫婦別姓制度を直ちに導入することを国会に対して求めると同時に、選択的夫婦別姓制度こそが法律家共同体が妥当なものとして承認するベースラインであることを裁判所に突きつけていくための活動を行っていくことが緊要であり、その一環として、海外の制度の研究も行っていく必要がある。

(2) 選挙権（投票価値）の平等について

ア 問題の所在

憲法 14 条の定める法の下での平等は、当然に、選挙権が平等に与えられるべきことを帰結し、憲法 44 条は、「両議院の議員及びその選挙人の資格は、法律でこれを定める」とした上で、選挙人の資格が「人種、信条、性別、社会的身分、門地、教育、財産又は収入」によって差別されてはならないことを確認している。

選挙権のあり方は、国会が、平等原則に反しない限りで定めることができるところ、国会の裁量を限定する選挙権の平等は、複数投票を禁じるという意味での平等のみならず、投票価値の平等（議員一人あたりの有権者数の平等）をも要請する。

最高裁も、このことを前提に、選挙区割りが増憲または違憲状態に達しているとの判断をたびたび示し、国会もそれに応じて一定の対応をしているものの、基本原則であるはずの 1 対 1 から遠く離れた投票価値の較差が未だ解消されていない状況にある。

イ あるべき審査基準の厳格度

表現の自由をはじめとする精神的自由が公権力によって制約されている場合には、経済的自由などの他の自由が制約されている場合に比べて、裁判所はより厳格に審査すべきだとの考え方が一般にとられており、「二重の基準」論と呼ばれている。近代立憲主義に立脚する国家は民主政治の原則をとり、国民一般から選挙される議会が法律を制定し、国の組織や公権力の行使のあり方を定め、議会の生み出す法律は、世論による吟味を受け、その評価は、数年ごとに行われる選挙を経て議会の構成に反映される。この民主的政治過程が良好に機能する限りは、不当な法律は除去されていくはずであるため、裁判所は違憲審査権の行使に謙抑的であるべきであろうが、表現の自由をはじめとする精神的自由が不当に制約されると、この民主的政治過程の良好な機能そのものが損なわれることになるため、民主的政治過程から独立した立場にある裁判所が積極的に審査を行う必要がある。

投票価値の較差が生じ、国民の意見が公正に国政に反映されにくくなっている場合も、民主的政治過程の基盤そのものに機能不全が生じているのであるから、裁判所は厳格審査を行うことが求められる。

かつては較差の許容範囲について2倍未満とする立場が一般的であったが、その理論的根拠は不確かであり、1対1を基本原則とした上で、どのような理由と必要に基づいてこの原則から乖離したかを政府の側に主張立証させ、その合憲性を審査し、政府が議員定数の較差を正当化する十分な理由を示すことができない場合には違憲とすべきである。

ウ 最高裁の判断枠組み

最大判昭和51年4月14日民集30巻3号223頁以降、最高裁判例が採用している判断枠組みは、投票価値の較差が合理的裁量の枠内に収まっているかどうか（裁量を超えた場合は「違憲状態」となる。）を判断し、違憲状態に達していると判断した場合は、合理的期間内に国会による較差の是正がなされていないときに較差を違憲と判断する、というものである。

エ 近年の最高裁判例

近年は、衆議院議員総選挙、参議院議員通常選挙が行われる度に、投票価値の較差を問題とする選挙無効訴訟が提起され、最高裁の判断が示されている。投票価値の平等が「最も重要かつ基本的な基準」であることについて、最高裁の立場は一貫しており、最高裁の判断に応じて立法措置による是正も行われている。

以下、特に重要なものを取り上げる。

(ア) 最大判平成23年3月23日民集65巻2号755頁

最大判平成23年3月23日民集65巻2号755頁は、2009（平成21）年8月30日施行の総選挙当時において、衆議院議員選挙区画定審議会設置法3条の定める衆議院小選挙区選出議員の選挙区割りの基準のうち、同条2項のいわゆる1人別枠方式に係る部分は、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っており、同基準に従って2002（平成14）年に改定された公職選挙法13条1項、別表第1の定める選挙区割りも、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態に至っていたが、いずれも憲法上要求

される合理的期間内における是正がされなかったとはいえ、上記各規定が憲法 14 条 1 項等に違反するものということとはできないとしたものである。

1994（平成 6）年に衆議院議員の選挙制度として従来の中選挙区制に代わり小選挙区比例代表並立制が導入された際、都道府県を単位として衆議院議員の数（＝小選挙区の数）を割り当てる原案を作成する機関として、衆議院議員選挙区画定審議会が設置され、同審議会が抛るべき基準として、各選挙区における人口較差が最大で 2 倍以上にならないことを基本とすること、各都道府県にあらかじめ一議席を配当し（一人別枠方式）、残りの議席を人口比例で各都道府県に配分することが求められていた。このうち、一人別枠方式については、国会の審議では、人口の少ない県に居住する国民の意思も十分に国政に反映させるためとの理由が提示されていたが、最高裁は、国会議員はいずれも全国民の代表であるから、人口の少ない県への配慮が必要だとしても、それは全国的な視野から法律の制定等にあってなされるべきもので、人口の少ない県にあえて多くの議席を割り当てることに合理性はないとし、できるだけ速やかに一人別枠方式を廃止して人口比例原則に基づいて議席を配分し直すことを国会に求めた。一人別枠方式は、2012（平成 24）年の法改正で廃止されている。

(イ) 最大判平成 24 年 10 月 17 日民集 66 卷 10 号 3357 頁

最大判平成 24 年 10 月 17 日民集 66 卷 10 号 3357 頁は、公職選挙法 14 条、別表第 3 の参議院（選挙区選出）議員の議員定数配分規定の下で、2010（平成 22）年 7 月 11 日施行の参議院議員通常選挙当時、選挙区間における投票価値の不均衡は違憲の問題が生ずる程度の著しい不平等状態に至っていたが、上記選挙までの間に上記規定を改正しなかったことが国会の裁量権の限界を超えるものとはいえ、上記規定が憲法 14 条 1 項等に違反するに至っていたということとはできないとしたものである。

最高裁が「参議院議員の選挙であること自体から、直ちに投票価値の平等の要請が後退してよいと解すべき理由は見だし難い」とし、都道府県を参議院議員の選挙区の単位としなければならないという憲法上の要請もないと明言したこと、そして、参議院議員の選挙制度について「単に一部の選挙区の定数を増減するにとどまらず、都道府県を単位として各選挙区の定数を設定する現行の方式をしかるべき形で改めるなど、現行の選挙制度の仕組み自体の見直しを内容とする立法的措置を講じ、できるだけ速やかに違憲の問題が生ずる前記の不平等状態を解消する必要がある」と述べたことは、重要である。

国会は、2015（平成 27）年に公職選挙法の一部を改正し、4 つの県を 2 つの選挙区へと合区する（島根県＋鳥取県、徳島県＋高知県）こととあわせ、10 増 10 減の選挙区間の議員定数の調整を行った。

(ウ) 最大判平成 30 年 12 月 19 日民集 72 卷 6 号 1240 頁

最大判平成 30 年 12 月 19 日民集 72 卷 6 号 1240 頁は、2017（平成 29）年 10 月 22 日施行の衆議院議員総選挙当時において、公職選挙法 13 条 1 項、別表第 1 の定める衆議院小選挙区選出議員の選挙区割り、憲法の投票価値の平等の要求に反する状態にあったということとはできず、上記規定が憲法 14 条 1 項等に違反するものということ

はできないとしたものである。

衆議院議員の選挙制度については、平成 23 年最大判の後、衆議院選挙制度に関する調査会の答申を受けて、2016（平成 28）年に衆議院議員選挙区画定審議会設置法及び公職選挙法の改正が行われ、都道府県ごとの将来の議席配分は、アダムズ方式（各都道府県の人口を一定の数値で除して得られた商（小数点以下は切り上げる。）を各都道府県の議席数とする方式。）によることとされた。そして、この方式が本格導入されるまでの暫定措置として、小選挙区選出議員の 6 減を前提に 2015（平成 27）年の国勢調査の中間調査に基づく選挙区割りの改定が 2017（平成 29）年に行われ、本件選挙はこの区割りに基づいて行われたものである。

法廷意見は、国会の立法裁量の行使は一連の大法廷判決の趣旨に沿った暫時的な是正措置として合理性を有するとし、違憲状態にあるとしなかったが、それまでの最高裁判例では、較差是正の努力を、合憲か違憲状態かの判断の段階ではなく、違憲状態か違憲かの判断の段階で考慮していたのを、合憲か違憲状態かの判断の段階で考慮することとした点が不当である。宮崎裕子裁判官の意見及び山本庸行裁判官の反対意見は、1 対 1 が基本原則であるとの立場に立脚した上で、本件選挙時における区割りは違憲状態であったとし、都道府県を単位とする議席配分を行う仕組み自体が投票価値の較差をもたらす原因となっており、それに代わる方式が検討されるべきだと述べている。

オ 今後の取組み

近年は、衆議院議員総選挙、参議院議員通常選挙が行われる度に、投票価値の較差を問題とする訴訟が提起され、最高裁の判断が示されているが、このような事態は決して好ましいことではない。国会には、対処療法的な弥縫策ではなく、投票価値の平等を恒常的に実現する抜本的な改革が求められている。

しかし、国会は、これまで十分な対応をせず、最高裁が選挙無効判決は出さないと高をくくったかのような対応に終始している。

このことの根本には、国会が選挙で選出される国会議員で構成されており、自己利益に関して適切な判断・対応をすることがそもそも難しいという問題がある。これまで、裁判所は、国会の裁量をある程度広く認める考え方を示してきたが、イで述べたとおり、投票価値の較差が生じ、国民の意見が公正に国政に反映されにくくなっている場合は、民主的政治過程の基盤そのものに機能不全が生じているのであるから、裁判所は厳格審査を行うことが求められるのであって、民主的基盤が弱い司法であるがゆえに民主的過程を強化できると考えるべきであろう。

裁判所は、「違憲状態」の判断までは踏み込むこともあるが、「違憲」との判断にはこれまでのところなかなか踏み込んでいない。そこには、「違憲」と判断した場合、ひいては選挙無効判決を出した場合に、その後始末がどうなるのかということについての躊躇があるようにも思われる。

しかし、最大判昭和 60 年 7 月 17 日民集 39 卷 5 号 1100 頁の寺田治郎・木下忠良・伊藤正己・矢口洪一 4 裁判官による補足意見が「定数訴訟の判決の内容は、憲法によつて

司法権にゆだねられた範囲内において、右訴訟を認めた目的と必要に即して、裁判所がこれを定めることができる」のであり、裁判所が、後始末に困難な問題があるからといって投票価値の不平等の問題に背を向けることは許されない。

当会としては、投票価値の不平等を是正する選挙制度の抜本的改革を国会に対して求めると同時に、違憲判決や選挙無効判決を出すことに対する裁判所の懸念を払拭すべく、ありうべき判決の内容やその効果について理論的な研究を深めていくことが必要である。

4 当会の取組み

当会は、2013（平成 25）年に会務委員会の内部に憲法問題 PT を立ち上げ、会内で憲法問題を研究するとともに、2014（平成 26）年 5 月には、拡大会務委員会として阪田雅裕弁護士（元内閣法制局長官）を招いて集団的自衛権と憲法について考える講演会を開催するなどして会員の研鑽に努めてきた。2015（平成 27）年は、5 月に法友会との共催により集団的自衛権や解釈改憲等の問題について伊藤真弁護士と田島正広弁護士を招いたシンポジウムを実施し、11 月には東弁の後援を得た上で法友会・期成会との共催により、衆議院の憲法審査会において安全保障関連法案が違憲であるとの意見を表明した長谷部恭男早稲田大学法学学術院教授を招いて、安保法制の問題点と法律実務家の対応に関する講演会を開催、2016（平成 28）年 10 月には木村草太首都大学東京（現・東京都立大学）教授を招いて、「憲法改正をめぐる諸問題」についての講演会を開催し、自由民主党の憲法改正草案及びおおさか維新の会の憲法改正原案について検討した。

また、2017（平成 29）年 11 月には日本国憲法施行 70 周年・法曹親和会創立 70 周年記念憲法講演会を企画し、宍戸常寿東京大学大学院教授を招いて、「日本国憲法施行 70 年を迎えた今、あらためて憲法の役割と機能を考える～「憲法を改正する」ことの意味～」について講演していただき、自由民主党の前述の選挙公約 4 項目についても検討し、2018（平成 30）年 11 月には、東弁の後援を得た上で法友会・期成会との共催により、再度、長谷部恭男早稲田大学法学学術院教授を招いて、「憲法改正を巡る諸問題～変えるべきか、変えざるべきか～」について講演会を開催し、2019（令和元）年 10 月には、やはり東弁の後援を得た上で法友会・期成会との共催により、樋口陽一東北大学・東京大学名誉教授を招いて、「（憲）法改正の作法と没作法」について講演会を開催した。2020（令和 2）年度は、新型コロナ禍で、私生活、社会生活、教育、医療、芸術、政治、裁判などの各場面において、外国人、難民、被疑者・被告人・受刑者などを含め、様々な人権問題・人権侵害が生じ、コロナ禍で影響力を増した SNS などで情報が拡散・氾濫している。また、日本学術会議の問題をはじめ、表現の自由、学問の自由をめぐる憲法問題も生じている。このような状況における憲法問題をも研鑽するため、「コロナ禍で再認識した表現の価値」などの観点からも表現の自由の問題を論じている志田陽子武蔵野美術大学造形学部教授を招いて、「表現・芸術・学問と行政～あいちトリエンナーレから日本学術会議まで～」についての講演会を 12 月に法友会・期成会との共催、東弁後援にてハイブリッドの形式で開催した。そして 2021（令和 3）年 12 月には、再度、宍戸常寿東京大学大学院法学政治学研究科教授を招いて、「変容する社会と憲法原理～家族法・プライバシー・偽情報・法規制の在り方の変化など、現在・将来へと変容する社会を考える～」と題する講演会をハイブリッドの形式で、同じく法友会・期成会との共催、東弁後援にて開催

した。2022（令和4）年度は、衆議院憲法審査会が毎週開催されるなどの状況に鑑み、年度内に2回の憲法講演会を予定しており、同年10月には、青井未帆学習院大学大学院法務研究科教授を招いて、「緊急事態条項について改めて考える～緊急事態条項の議論状況と問題点～」と題する講演会を、ハイブリッドの形式で、法友会・期成会との共催、東弁後援にて開催した。

私たちは、今後も委員会や勉強会等の活動を通じて、憲法問題に対する会員の研鑽を深めていくとともに、平和が危機に瀕している今こそ、憲法の基本原理である恒久平和主義、さらには立憲主義を守るための活動を、日弁連、関弁連及び東弁とともに全力で推進していかなければならない。そしてなによりも、憲法改正については、国民投票の担い手である国民に正確な情報が与えられると共に、国民の十分な理解と議論の場が必要であり、法曹親和会としても、そのための施策も推進しなければならない。

以上