

自衛隊イラク派兵差止め訴訟における 平和的生存権の意義

小林 武

目 次

はじめに

司法審査の扉をたたく 平和的生存権の主張は裁判の入口で斥
けられてもやむをえないものだろうか

- 1 イラク攻撃加担の自衛隊派兵を憲法から問う
- 2 国側主張における判例・学説の扱い方の問題性
- 3 平和的生存権の今日的意義を考えたい

戦後史の中の平和的生存権

- 1 憲法制定当初は注目されず
- 2 60年代における「平和的生存権」の提唱と憲庭裁判
- 3 長沼裁判における受容とその後の展開

現在の平和的生存権

- 1 自衛隊海外派遣に直面した市民と司法
 - 2 平和的生存権の今日的弁証
 - 3 派遣自衛隊員（第三者）の権利を原告が援用する可能性
- 21世紀の平和建設に資する違憲審査権行使を むすびにかえて

はじめに

憲法は国家の基本法であり、国家権力はそれによる授権なしにはいかなる権限も行使しえない。日本国憲法についても、この事理が妥当することは言うをまたない。日本国憲法は、戦争と平和のテーマにつき、日本国政府に対して、戦争をせず軍を保持しないことを命じ、その禁止規範として第9条を置いている。しかしながら、わが国公権力は、憲法の発足後暫時を経て今日に至るまで、この禁止規範に背きつづけてきた。「先進」近代国家の憲法の基本原理であって、これほど別異の政治が展開・定着してい

る例は、世界から驚きの念をもって受けとられているところである。あまつさえ今、沸騰点に達している憲法改正論議も、その主要標的は第9条であって、結局、憲法規範を政治現実に合わせてしまう、立憲主義の逆流が見られるのである。

2003年からアメリカが強行している対イラク攻撃・占領にわが国も加わり、自衛隊を派兵しつづけているのも、公権力による9条違反行為の最たるものである。これに対して、主権者としての国民は、黙過し甘受していなければならないいわれはない。訴訟をとおしてこれを匡すには主観的権利の侵害が必要とされるが、まさにこの点で、日本国憲法は、前文において「恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利」を「全世界の国民」が有する旨確認している。こうして、国家に対して戦争と軍備の禁止を命ずる客観的制度規範としての9条と、国民に平和的生存権を保障する主観的権利規範としての前文が、一体のものとなって日本国憲法の平和主義を形作っている。私たち個々の市民は、まさにこの平和的生存権に依拠して、政府の9条違反行為を裁判上弾劾することができるのである。

こうして、平和的生存権は、平和の実現を追求する裁判において市民の側の拠りどころとなりつづけてきた。その端緒は、後に述べるように、1960年代の恵庭裁判に兆したが、その後、主なものとして70年代の長沼裁判、90年代のいわゆる市民平和訴訟において活発に展開されてきた。そして今日、自衛隊のイラク派兵に対して、その差止め等を求めて各地の市民が訴訟を提起するに至った際にも、まさに平和的生存権が、市民たちの支点となっている。名古屋を中心にした地域においても、市民たちが原告となって、国を被告とする訴訟の提起がなされ、名古屋地方裁判所に係属した。

本稿は、この自衛隊イラク派兵の差止め等を請求する名古屋訴訟（平成16年(ワ)第695号・第1458号・第2632号）において、原告側代理人の求めに応じて、平和的生存権のもつ今日的な積極的意義を弁証すべく執筆し、名古屋地方裁判所民事第6部合議係に提出した鑑定意見書をベースにしつつ、

それに手を加えて論説の形にしたものである。「本意見書」、「本件訴え」、「準備書面」、「国側主張」、「答弁書」等の呼称は、この訴訟におけるものである。

日本国憲法の平和主義の実現を目指す「平和憲法学」の進展が今ほど待望されているときはない。小論がそのための作業の一端を担い、またそれをとおして、イラクからの自衛隊撤退を促す一石となりうるならば幸せこの上ないところである。

司法審査の扉をたたく 平和的生存権の主張は裁判の 入口で斥けられてもやむをえないものだろうか

1 イラク攻撃加担の自衛隊派兵を憲法から問う

2003年12月、わが国政府は、自衛隊をイラクに派遣した。戦後、そして日本国憲法制定以降初めての、海外戦地への派兵である。

経過を整理しておきたい。すなわち、同年3月20日、主としてアメリカ、それにイギリスが加わって、イラクに対して軍事攻撃を開始し、5月1日にアメリカが戦勝宣言をした後、今に至るも占領を続けている。これにつき、日本政府は、開戦後直ちに米英への支持を表明し、8月1日には「イラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する特別措置法」(以下、「イラク特措法」)を成立させた。そして、12月9日に、イラクに対する自衛隊派遣の基本計画を閣議決定し、同月18日には、実施要項を定め、26日、ついに航空自衛隊の先遣隊を派遣したのを皮切りに、続けて本隊を派遣した。さらに、翌2004年には、6月18日の閣議決定で自衛隊を多国籍軍に参加させた上、駐留期限の満了する12月9日、派遣延長を閣議決定し、現在もイラク南部のサマワの地に駐留している。

本件の訴えは、この事態が日本国憲法に照らして、はたして許されるものであるか、正面から問うものである。その請求の趣旨は、こうした今般のイラクへの自衛隊派遣の差止、違憲確認および損害賠償を求めるところ

にあり、その争点は、イラクへの自衛隊派兵の憲法適否、イラクへの自衛隊派兵の原告請求原因事実論の成否、および、原告らの請求の権利性（平和的生存権）の成否である。

しかるに、被告国は、答弁書およびこれまでに提出された準備書面において、これら争点のうち、とについては一切認否反論せず、についてのみ、原告らが侵害されているとする平和的生存権の権利性を否定して、それ以上には主張していない。

被告国が選んでいるこうした法廷戦術は、原告市民を實質上裁判過程から閉め出すものであるが、争われているのは、憲法の根幹にかかわる問題である。公益を代表すべき被告国は、この問題についての自身の見解の如何にかかわらず、それが司法判断の俎上に載せられることを阻んではならない。もし、自衛隊のイラク派遣が、憲法にも、自衛隊法、イラク特措法にも違反するものでないとするのであれば、正々堂々とその主張をして、これを肯認する司法判断を得るよう最大限の努力をすべきであって、それが国民に対する責任ある態度だといえる。もっとも、もし、原告らが侵害されていると主張する権利が法的な検討に値しないほど取るに足りないものであるならば、被告国の態度も諾うことができるかもしれない。しかし、ここで争われている平和的生存権の具体的権利性の存否の問題は、被告国が第1準備書面で一刀両断に切り捨てたほど単純なものではない。項を改めて述べよう。

2 国側主張における判例・学説の扱い方の問題性

被告第1準備書面の主張は、地の文が少なく、主として裁判例（加えてわずかに学説）に語らせた部分が大半を占めているが、その引用等扱いは、必ずしも適切なものとはいえない。

すなわち、ひとつに、被告が何より依拠している最高裁判例についても、まず引かれている百里基地訴訟判決（最判1989.6.20民集43巻6号385頁）は、平和的生存権の権利性自体について判断したものではない。それは、「平

和主義ないし平和的生存権として主張する『平和』は抽象的概念だ、というものであるが、平和的生存権を肯定する学説は、また本件の原告も、もともと、「平和」について、それのみを孤立させて論ずる方法を採用していない。後に述べるとおり、前文の平和的生存権をとくに9条、また第3章各条項と結びつけることで、その権利内容を具体化して論じているのである。また、同判決の射程は、そこにいう「平和」は私法上の行為の効力の判断基準とならない、というにとどまっているのであって、平和的生存権が他の場面でいかに働きうるかについてふれているものではないのである(なお、被告国の準備書面は、同判決についての最高裁調査官による「平和的生存権を何らかの憲法上の人格権としてとらえようとする学説があるが、本判決は、これに消極的評価をしたものといえよう」とする解説¹⁾を引用しているが、同判決の射程範囲は上記のとおりであるから、この解説は同判決を正解したものとは言えない)。

被告準備書面のする最高裁判例の引用で疑問に思いうもうひとつの点は、長沼訴訟上告審判決(最判1982.9.9民集36巻9号1679頁)への言及がなされていないことである。周知のとおり、この訴訟では、平和的生存権の法的権利性が正面から争われ、第1審(札幌地判1973.9.7判時712号24頁)がこれを原告の訴えの利益を肯認する根拠として援用したのに対し、控訴審(札幌高判1976.8.5行集27巻8号1175頁)は、「裁判規範としてなんら現実的個別的内容をもつものとして具体化されているものではない」として否定した過程を経て上告審に持ち込まれたものであるから、最高裁のこの点についての判断がとくに注目された。しかしながら、最高裁は、代替施設の完成による訴えの利益の喪失を理由にして上告を棄却し、平和的生存権の論点については、それが裁判規範として認められるか否かの判断を留保した。これは、最高裁の見解を尋ねる際に不可欠の素材であろうから、準備書面がこれを無視するのは恣意的であるといわざるをえない。

被告準備書面の学説への参照にも、疑問を禁じえない。取り上げられているひとつは、伊藤正己『憲法(第3版)』であるが、この書物は、問題

のテーマを十分に解明したものではない。すなわち、「〔平和のうちに生存する〕『権利』をもって直ちに基本的人権の1つとはいえず、裁判上の救済が得られる具体的権利の性格をもつものと認めることはできない」との結論を示しただけである。それに至る考察は、主として判例（否定的見解に立つものとする、長沼訴訟控訴審、百里基地訴訟第一審〔水戸地判1977.2.17判時842号22頁〕・同控訴審〔東京高判1981.7.7判時1004号3頁〕・同上告審、およびこの最後者に付された自らの補足意見）を引用することで代える、という論旨になっていて²⁾、肯定説との対論をとおして否定の見地を弁証しようとしたものではない。

もうひとつに、佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』を「同旨」として挙げていることについても、引用の不正確さを指摘せざるをえない。準備書面は、おそらく、「〔平和的生存権が〕直ちに司法的強行性になじむだけの具体性・個別性を備えているかとなると難しいところがある」との叙述³⁾を念頭においているのであろうが、この論者の説くところは、それほど単純ではない。

すなわち、佐藤教授の平和的生存権論は、この書物よりも、同『憲法（第3版）』に詳しいのであるが、そこでは、「『平和のうちに生存する権利』の特色は、……国家による積極的な国際平和維持のための努力ないし戦争回避行為、さらに場合によっては戦争状態の排除行為を要請しているところである。そしてその課題は、9条の枠の中で、変転する複雑な国際政治状況に対応して、柔軟かつ創造的に追求されて行かなければならない性質のものである。その意味で、該『権利』が『法的権利』ないし『具体的権利』とみることのできる個別的な特定性・明確性を備えているかどうかは、なお今後の検討課題といわなければならない^{4-a)}」とし、また、「長沼訴訟控訴審、百里基地訴訟第1審・同控訴審の）諸判決が『平和的生存権』の裁判規範性に消極的であるのは、『平和的生存権』論の現状に照らして無理からぬところがあるが、『平和的生存権』をもって『ただ、政治の面において平和理念の尊重が要請されることを意味するにとどまるも

の』〔百里基地訴訟控訴審判決〕と述べるのはいいすぎの感もしないではない。『権利』という語も一義的でなく、直接の裁判規範性の有無が必ずしも法的権利性の決め手ではないし、また、文脈に応じて違った意義をもちうるところである^{4-b)}」、としている。

これは、けっして単純な否定説ではない。むしろ、樋口陽一教授が説くところの、「平和的生存権の裁判規範性といっても、もっぱらこの権利を理由として国の一定の政策遂行の義務づけを求めるというふうな、『まるごと』の単純な場合でのことには限らないのであり、長沼事件第1審判決のような具体的な文脈のなかで平和的生存権の裁判規範性を論ずることは、実定法解釈の問題として生産的といえるはずである⁵⁾」という見地と相通ずるものと解されよう。

こうしてみると、国側準備書面のする学説・判例の扱いは、ともに粗雑のそしりを免れないのである。

3 平和的生存権の今日的意義を考えたい

今重要なのは、まさに、此度の自衛隊イラク派遣という事態に照らして平和的生存権の有する法的権利としての意義を解明することである。1960年代以降、主として裁判との応対をとおして構築されてきた平和的生存権論は、たしかに、判例上はなお一般的には受容されず、学説においても今なお多数説とはなりえていない。とはいえ、学説上、有力説の地位を占めるに至っており、この権利が司法的に強制可能な内実を具えたものであることが明らかにされつつある。国側が、この種の訴訟で十年一日のごとくに繰り返し、本件の被告準備書面も踏襲しているところの、「平和的生存権は、その概念そのものが抽象的かつ不明確であるばかりではなく、具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法律効果等のどの点をとってみても、一義性に欠け、その外延を画することさえできない、極めてあいまいなものであり、このような平和的生存権に具体的権利性を認めることはできない」とする論理は、ステレオタイプであるにとどまらず、法の運

用者としての国の怠慢を示すものであるとの謗りを免れることはできまい。

要するに、被告準備書面に記されたものをもってする限り、それは、原告らの訴えを不適法とする論拠としてははなはだ薄弱といわなければならない。すべての国民に保障されている裁判を受ける憲法上の権利を、実質的に無に帰してしまうべく法廷技術を駆使する資格は、そもそも国にはないはずである。本案の主要な争点についての認否をおこなうべきは当然である。またそれゆえ、裁判所には、国側が閉ざそうとしている門戸を開ける訴訟指揮を切望するものである。

そこで、本意見書では、以下、平和的生存権の今日的意義、すなわち現在の戦争と平和にかかわる国家の政策が展開される中で、人々の平和的生存権の主張はいかなる意味をもちうるか、を中心的に考えたいと思う。

戦後史の中の平和的生存権

1 憲法制定当初は注目されず

前文の「平和のうちに生存する権利」の文言は、実は、日本国憲法制定の当初、ほとんど注目されていなかった。

日本国憲法は、軍国主義への深い反省と平和国家の建設、また世界平和の達成への強い情熱をもって誕生した。わが国は、軍隊と武器、軍事施設を一切保持せず、戦争と武力行使を未来永劫に放棄した国として、その戦後の歩みを刻みはじめたのである。このことからすれば、「平和のうちに生きる」権利を保障することは、基本的には、現にある事態を確認することにほかならなかったといえる。1946年の憲法制定議会（第90回帝国議会）の審議においても、「我らは、すべての国民が、ひとしく恐怖と欠乏から解放され、平和のうちに生存するを確認する。」（6月20日提出の「帝国憲法改正案」）の文言をめぐるのは、わずかに衆議院帝国憲法改正案委員会における1議員の質疑（7月11日）を見出しうるにとどまる。しかも、そこでは、「恐怖と欠乏」、とくに物質の絶対量の欠乏からの解放が訴えられてい

るだけで、平和的生存へは話が進んでいない⁶⁾。

また、日本国憲法について最初に出された、本格的で信頼度の高い法学協会編『註解日本国憲法』上巻でも、前文第2段の最後の1文は、「わが国は諸国に率先して戦争を放棄し軍備を撤廃したが、世界各国がこれに倣い、全世界が平和のうちに栄えることがわが国の理想とするところで、全世界の国民が、ひとしく、恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存することを当然の権利として有することを趣旨とする」というにとどまっている⁷⁾。そして、初期のもうひとつの代表的なコンメンタールである宮澤俊義『全国日本国憲法』に至っては、この1文については、「恐怖と欠乏から免かれ」の語が大西洋憲章に由来すること、「から」免かれるという表現の日本語としての適否を注釈するだけで、「平和のうちに生存する権利」には言及さえしていない⁸⁾。

たしかに、日本国憲法が前文の第1段から第3段にわたって恒久平和主義を宣言し、その見地に立って9条で一切の戦争の放棄と軍備の不保持を定めた、その指針に従って国家運営がなされている以上、「平和のうちに生存する権利」のもつ格別の意味に気付かないとしても不思議ではなかった、といえよう。こうした状況は、1950年の警察予備隊創設、52年に保安隊、54年に自衛隊への改編という「再軍備」、および、51年の日米安保条約調印、とりわけ60年の安保条約改定による日米軍事同盟への傾斜など、わが国の軍事政策(いわゆる「安保・防衛」政策)の転換の中で変容するのである。

2 60年代における「平和的生存権」の提唱と憲庭裁判

「平和的生存権」の理論は、のちに裁判をとおして大きな展開をみせるが、まずは学界において提唱された。その嚆矢は、1962年の星野安三郎「平和的生存権序論」であるが、50年以降の軍事化政策で国民の「平和に生きる権利」を侵害する可能性をつくり出し、この権利を自覚させた、とする。そして、この権利を「平和的生存権」と名付け、日本国憲法はこれ

を基軸にして成り立つ「平和国家の憲法」である、と捉える。その上で、「この平和に生きる権利は、具体的には、第2章第9条の戦争放棄・軍備禁止によって保障されるというべきである。なぜならば、戦争放棄と軍備禁止によって、国民は、戦争目的や軍事目的のため、思想・良心・言論・表現・人身の自由や財産権を制限侵害されることがなくなったからである」として、9条と結合した権利と解したのである⁹⁾。憲法学界は、これを重要な問題提起であると受けとめた。

裁判において最初の主張を見たのは、北海道恵庭町で牧場を経営する人が隣接の陸上自衛隊の演習による被害に耐えかねて1962年末に起こした抗議行動が自衛隊法121条の防衛用器物損壊罪に問われた恵庭事件（札幌地判1967.3.29下刑集9巻3号359頁）である。この裁判で、特別弁護人の任を引き受けた深瀬忠一教授は、平和的生存権が司法的救済手段によって裁判上保障されるべき人権にほかならないことを学理をもって主張した。同教授による『恵庭裁判における平和憲法の弁証』は、「平和のうちに生存する権利」の確認は、人民が平和のうちに生活する共通の利益を有しているという近代市民革命の人権思想にもとづきつつ、これを「権利」にまで高めた意義をもち、9条と相俟って、国の主権の発動としての戦争とその手段たる軍備によって国民の人権が侵害されないことを保障したものである、旨説いている¹⁰⁾。

また、この時期に出された『体系憲法事典』で当該項目を担当した針生誠吉教授も、恵庭裁判で主張された、平和主義は人権条項・統治機構を結節する基礎原理であるとの平和的生存権論に注目し、さらなる理論化を期待している¹¹⁾。さらに、高柳信一教授は、「人権としての平和」の考え方を恵庭裁判中に表明していたが、1969年の論文「戦後民主主義と『人権としての平和』」において、平和の確保はこれまで政府に任せられた事項であったが、平和は人権が存立しうるための最大の基礎条件であって、戦争の排除・平和の確保を民衆個々人の人権の問題として再獲得しなければならず、平和的な生存の権利の保障を憲法原理にまで高める必要がある、と説い

た¹²⁾。

以上のように、憲法の平和的生存権が注目されるに至ったのは1960年代、日本の軍事化が顕著となった時期であり、とくに恵庭裁判を契機としている。この時期の平和的生存権論は、9条を軸にしたものが多いが、なお一般的意義を説くにとどまっており、その法的権利性、とくに裁判規範たる権利としての性格について究明を深めることが待たれていた。それを一気に進めたのが、長沼訴訟第一審判決である。

3 長沼裁判における受容とその後の展開

(1) 学説における議論の進展

長沼ナイキ(ミサイル)基地訴訟は、ミサイル基地を北海道長沼町に設置するために保安林の指定を解除した農林大臣の処分の取消を求めて、地域住民によって提起された行政訴訟であるが、その第1審札幌地裁判決(1973.9.7判時712号24頁)は、森林法は個別の森林保護の目的を越えて、地域住民の「平和的生存権を保護しようとしているものと解するのが正当である」という立場から、保安林指定の解除処分は、「一朝有事の際にはまず相手国の攻撃の第1目標になる」と考えられる基地設置を目的とするものであるから、これにより「原告らの平和的生存権は侵害される危険があるといわなければならない」と判断し、この平和的生存権を根拠にして、処分の違憲違法を争いその取消を求める訴えの利益を承認したのである。このようにきわめて積極的に平和的生存権を理解する判決が出たについては、上に見た学説の展開が背景をなしているが、また同時に、この判決に触発されて、学説の議論が一層活発化したといえる。

長沼裁判においても、恵庭裁判につづいて大きな貢献をした深瀬忠一教授は、地裁判決直後の1975年の書物『長沼裁判における憲法の軍縮平和主義 転換期の視点に立って』で、平和的生存権保障の規範構造を論じた。それは、この権利の制度的保障としての戦争放棄・戦力禁止が第9条によって規定され、主観的権利の保障が第3章に具体的に定められ、そして

その法的実効性が司法審査制によって担保されている、という構造を指摘したのである¹³⁾。

同じ時期の浦田賢治教授の「憲法裁判における平和的生存権」も、この権利の裁判規範性の弁証につとめている。そこでは、それまでの学説・判例を整理した上で、成立の前提・客観的基礎・憲法上の根拠・法的性格・法的内容の各項目にわたって「裁判的構成」を試みるが、平和的生存権の憲法上の根拠については、9条によって現実的に保障されるにしても、直接的には前文2項の「平和のうちに生存する権利」を根拠とする旨、説いた¹⁴⁾。

また、恵庭裁判で深瀬教授とともに特別弁護人をつとめた久田栄正教授が、長沼裁判をとおして自説を整理発展させた1976年の論文「平和的生存権」は、平和的生存権を13条の中に読みとる見解を表明する。基本権中の基本権であり、抵抗権の内実をもつこの権利は、三大原理の結節点であり、13条がそれを具体化している、と説くのである¹⁵⁾。

以上にとりあげたのは代表的論説のみであるが、この時期、多くの憲法学者が平和的生存権の裁判論的構成の深化に努めた¹⁶⁾。

(2) 裁判例における消極的傾向とその問題点

他方、裁判例では、長沼訴訟第1審判決を別にして、1976年から81年にかけての同訴訟の控訴審、また百里基地訴訟の第1審および控訴審判決のいずれも、平和的生存権を受容しなかった（なお、両訴訟の上告審判決は平和的生存権を明示的に否定したものではない。このことは、先にふれたところである〔2参照〕）。

すなわち、まず、長沼訴訟控訴審判決（札幌高判1976.8.5行集27巻8号1175頁）は、前文が法的効力を有するとはいえるが、理念としての平和の内容を具体的かつ特定の規定しているわけではなく、「平和のうちに生存する権利」は「裁判規範として、なんら現実的、個別的内容をもつものとして具体化したものではない」とした。

また、茨城県小川町にある航空自衛隊百里基地の用地売買契約の有効性が問題になった、いわゆる百里基地訴訟の第1審判決(水戸地判1977.2.17判時842号22頁)は、前文のいう「平和」は、政治における崇高な指導理念ないし目的を示したにとどまり、「平和のうちに生存する権利」は、内容が抽象的で、具体的・個別的に定立したものであるものとしての裁判規範とはいえず、これを根拠として「平和的生存権」なる権利を認めることはできない、とした。その控訴審判決(東京高判1981.7.7判時1004号3頁)も、「憲法の基本原理である基本的人権尊重主義の徹底化を期するためには、『平和的生存権』が現実の社会のうえに実現されなければならないことは明らかであろう」が、「その具体的な意味・内容を直接前文そのものから引き出すことは不可能であり、またそれは、「13条のいわゆる『幸福追求権』の一環をなすものであると理解した場合においても同様である」ことを指摘した上で、「『平和的生存権』をもって、個々の国民が国に対して戦争や戦争準備行為の中止等の具体的措置を請求し得るそれ自体独立の権利であるとか、具体的訴訟における違法性の判断基準になり得るものと解することは許され」ない、としたものである。

これら各裁判例の見地が、その後の平和的生存権にかかわる事案における多くの下級裁判所の判断にも共通している。とくに、百里基地訴訟東京高裁判決の論理は、本件で被告準備書面も長文の引用をしているが、ひとつの範型となっているともいえる。しかしながら、それらは、平和的生存権の具体的権利性を肯定する見解の論理を正解していない。さしあたり指摘するなら、ひとつに、学説(および長沼訴訟札幌地裁判決)の平和的生存権論は、「平和のうちに生存する権利」の具体的意味・内容を「直接」前文「そのもの」から引き出そうとするものでないことはもとより、同様に直接に幸福追求権そのものから導こうとするものでもない。それは、日本国憲法の平和主義の歴史的・国際的意義をふまえ、平和的生存権の憲法的構造を、前文、なかんづく9条、および13条を含む第3章各条項を総合的に解明した上で、その具体的裁判規範性を主張するものである(後に詳

しく述べるであろう）。

もうひとつに、ここにみられる裁判例の平和的生存権否定論は、少なくとも、今日の時点、すなわち自衛隊が海外派遣されるに至った現段階においては通用しうるものではない。平和をめぐる状況の変化、とりわけわが国政府のとり安全保障政策（軍事政策）の変化にともなって平和的生存権の具体的意味内容も変容を遂げる。この点に目を向けることなしには、平和的生存権を今、正しく理解することはできないと考える。今日、これをいかに論じるべきか、章を改めて述べよう。

現在の平和的生存権

1 自衛隊海外派遣に直面した市民と司法

(1) 自衛隊海外派遣と軍事法制の進展

自衛隊の海外派遣は、1990年代に入る頃を境目とした、いわゆる「冷戦」の終結時に始まり、今日に及んでその度合いを深めている。状況の推移を、平和的生存権の今日的意義を考えるのに必要な限りで描写しておこう。

90年代初めに、ソ連側の体制の崩壊によって、「東西対立」を軸とする国際政治構造、いわゆる「冷戦」は終結した。それで、本来なら、アメリカ側の軍事ブロックも解消して軍隊のない世界へと進む環境が整ったはずであるが、逆に、アメリカの一元的な軍事的影響力が強まった。わが国政府も、このアメリカの姿勢に同調する態度を一層強めた。1990年8月にサダム・フセインのイラクがクウェートに軍事侵攻し、これを併合するという事態が生じたとき、アメリカを中心とする多国籍軍が、91年1月16日、イラクを空爆して「湾岸戦争」が始まり、多国籍軍側の圧倒的勝利で終わった。

この湾岸戦争を契機にして、日本政府は、1990年から91年にかけて、軍事的な「国際貢献」の提案と実践を矢継ぎ早におこなった。すなわち、90

年10月の「国連平和協力法案」の国会提出(これは廃案になった),多国籍軍への90億ドル支出,避難民救出を目的とする自衛隊機派遣のための特別政令の制定,機雷除去を目的とする自衛隊掃海艇の派遣などである。そして,92年には,平和維持活動(PKO)への参加のための「国連平和維持活動等協力法」(PKO法)が制定され(6月),それにもとづいて同年9月を皮切りに自衛隊がカンボジアに派遣された。それ以降,海外派遣は日常化し,さらに,PKO法制定当時には凍結されていたPKF(国連平和維持軍)への参加も,その後これを可能にする法改正がなされている。

そして,アメリカとの関係では,90年代末,日米安保体制の強化の方向での変質(グローバル化)がもたらされた。すなわち,1996年4月に橋本龍太郎首相とクリントン大統領とにより発表された「日米安保共同宣言」にもとづいて,78年締結の「日米防衛協力のための指針」(ガイドライン)の見直しが約束され,97年9月,新ガイドラインが両政府間で合意された。そして,それを実施するための関連立法として,99年5月の「周辺事態法」などの制定に至った。これは,米軍が,地理的限定を意味する概念でないとして説明された「周辺」において戦争行動をする場合,自衛隊は,武器・弾薬を含む物品・人員の輸送といった支援活動(「兵站活動^{たん}」)をおこなない,自治体と民間も協力を余儀なくされる体制である。ここにおいてわが国は,これまでの安保条約の枠組みをも逸脱して,「戦争をする国」へ向かう道に転換したといわなければならない。

ついで,2001年9月11日にアメリカで発生した「同時多発テロ」に対応するとして,同年11月に,いわゆる「テロ対策特別措置法」が,2年間の時限立法として制定された。それは,テロの撲滅のために国連等がおこなう軍事的活動を「後方支援」する目的で自衛隊を派遣することを可能にしたが,派遣地域・支援態様・武器使用要件などにかんしてPKO協力法や周辺事態法による派遣の場合より制限を緩和しており,政府が従来説明してきた海外出動の許容範囲を超えるものである。実際にその前月10月8日から開始されていたアメリカによる対アフガニスタン報復戦争に,自衛

隊が同法にもとづいて海外派遣されてインド洋に展開し、アメリカのための兵站活動をおこなった。

そして、2003年3月20日、アメリカなどが対イラク戦争を開始した。わが国は、即座にこれを支持し、さらに、こうした事態を背景にして、同年6月6日、「有事法制」がつくられた。すなわち、武力攻撃事態法、自衛隊法改正および安全保障会議設置法改正の「有事関連3法」の制定である。これにより、わが国への武力攻撃が発生した事態あるいはそれが予測される事態を政府が認定して対処方針を立て、自衛隊の出撃、自治体・民間企業および国民の動員という戦時体制を敷くことになる。こうした法制が、徹底した平和主義原則を採り、それゆえに有事法制の根拠となる国家緊急権を否認した日本国憲法と相容れる余地はない。

加えて、同年7月26日、アメリカのイラク軍事占領を支援するために自衛隊を参加させる「イラク特別措置法」が制定され、本意見書冒頭に記したように、同年12月の先遣隊の派遣を経て、翌2004年1月から、本隊の派遣が実施されるに至った。武装した自衛隊の、外国の戦地への初めての派兵である。その後、同年6月14日、「有事関連7法」が、前年の「3法」を具体化するものとして制定された。国民保護法・特定公共施設等利用法・米軍支援法・外国軍用品等海上輸送規制法・捕虜取扱い法・国際人道法違反処罰法・自衛隊法改正、の7法である。同時に、関連3条約（ジュネーブ条約追加第1議定書、同第2議定書および日米物品役務相互提供協定〔ACSA〕改定）が、国会承認されている。上のうち「国民保護法」（正式名称は「武力攻撃事態法等における国民の保護のための措置に関する法律」）が、国民の生活と基本的人権に深い関連をもつ。「戦争をする国」としての全般的な法制度の構築が、このように進行している。この動きと併行して、イラク派遣自衛隊は、04年6月18日の閣議決定にもとづいて多国籍軍の一員となり、同年12月10日に、派遣期間を1年間延長することが閣議決定されて、現在に至るまでサマワ駐留は続けられている。

以上のような経過を背景にした自衛隊の海外派遣に直面して、これ

を訴訟で阻止したいと考える市民により、各地で集団的な訴訟が提起されるに至った、それには、2つのピークがある。分けて述べておこう。

(2) 湾岸戦争時の「市民平和訴訟」

まず、1991年、湾岸戦争時の多国籍軍への戦費負担行為の違憲を問う、いわゆる「市民平和訴訟」が、東京・大阪・名古屋・鹿児島などの各地裁に提起され、連携しながら進行した。加えて、掃海艇派遣も訴えの対象とされた。その後、PKO法にもとづく自衛隊のカンボジア派遣に対して、93年に、東京・名古屋・大阪などで訴訟が提起され、その他にも、「ゴラン高原 PKF 違憲訴訟」(東京・大阪)、「思いやり予算違憲訴訟」(同)、「テロ特措法違憲訴訟」(さいたま)がみられ、それらは、今回の自衛隊イラク派遣に対する訴訟につながっている。これら「市民平和訴訟」では、ほぼ共通して、請求の趣旨を差止めと国家賠償請求とし、請求権は、差止めの根拠としては平和的生存権および納税者基本権であり、また国家賠償の被害利益としては法的保護に値する人格的利益が主張されていた。基軸となったのは、やはり平和的生存権である。

このような訴えに対する裁判所の応答の中で、それを認容したものは、管見の限りでは1件もない。平和的生存権の裁判規範性についても、すべての判決が否定したものと思われる。たとえば、テロ特措法関連の事案に対する判決であるが、国側提出の書証(乙1号証)にある東京高裁判決(2004.4.22判例集未登載)の、次のような判断は、その典型的なものといえるかも知れない。すなわち、「そもそも、平和のうちに生存する権利という概念自体、理念ないし目的を表わす抽象的概念としての平和を中核に据えるもので、しかも、それを確保する手段や方法も変転する複雑な国際情勢に応じて多岐多様にわたって明確に特定することができないように、その内包は不明瞭で、その外延はあいまいであって、到底、権利として一義的かつ具体的な内容を有するものとは認め難く、これを根拠として、各個人に対し、具体的権利が保障されているとか、法律上何らかの具体的利

益が保障されていると解することはできない。」とするものである。

こうして、市民平和訴訟においては、平和的生存権について肯定した裁判例は見出せないのであるが、ただ、これに綿密な検討を加えた判決が存在することに注目しておきたい。たとえば、湾岸戦争における多国籍軍への資金抛出・掃海艇派遣が争われた事案に対する東京地裁判決（1996.5.10判時1579号62頁）は、「平和的生存権をもって、個々の国民が、国の平和実現のための施策の履行請求や作為義務の存在確認、国の平和遵守義務違反行為についての違憲違法確認や差止め請求を求め得る具体的権利であるとか、具体的訴訟における違法性の判断基準となるといったような裁判規範性を有するそれ自体独立の権利ということとはできない」との結論を示したものであるが、そこには、次のような判断が含まれていた。

すなわち、「日本国民が平和のうちに生存することは、その基本的人権の保障の基礎的な条件であって、憲法が全世界の国民について平和のうちに生存する権利を確認し、それが実現されることを希求していることも明らかである。」したがって、「いまだ主権国家間、民族、地域間の対立による武力紛争が地上から除去されていない国際社会において、全世界の国民の平和のうちに生存する権利を確保するため、政府は、憲法9条の命ずるところに従い、平和を維持するよう努め、国民の基本的人権を侵害抑圧する事態を生じさせることのないように努めるべき憲法上の責任を負うものということができ、この責務に反した結果、基本的人権について違法な侵害抑圧が具体的に生じるときは、この基本的人権の侵害を理由として裁判所に対して権利救済を求めることは可能といえよう。」とするものである。

こうした論理を積極的に評価しつつ、今般のイラク派兵訴訟が提起されたということができる。

（3）自衛隊イラク派遣事態の格別の重大性

本件事態の裁定にあたって必ず考慮されるべきは、ほかでもなく、今日の事態の重大さであると思う。原告らが憂えているのは、たんに、平和が

脅かされていること一般ではない。実質的な国軍が戦場である外国に送られている事態は、日本国憲法9条の下で生きることと決定的に相容れない、と考えて声を挙げているのである。訴訟を提起した人の中には、自衛隊の存在自体が違憲であるとする見解から、専守防衛を定めたものと憲法規範を解した上で海外派兵はそれに反するとする見解、さらには、自衛隊の海外派遣それ自体は憲法上許される場合もあるとしつつ、今般の派兵は、上のように解した憲法を具体化するものとして制定されたイラク特措法の命ずる「非戦闘地域」への限定に違反しているとする見解までが含まれているが、いずれも、イラク派兵は、「戦争や武力行使をしない日本に生活する権利」と解される平和的生存権を侵害するものであると主張しているのである。

具体的に、自衛隊イラク派兵がいかに平和憲法と相容れないものであるかは、原告主張において余すところなく明らかにされている(とくに、訴状、準備書面(5)・(8)・(18)・(24)参照)。それを反復することは無用であるが、要するに、2003年3月20日に開始されたアメリカおよびイギリスによる攻撃は、イラク民衆を阿鼻叫喚の修羅場に一気に突き落とすものであった。戦争こそ、人々に恐怖と欠乏をもたらす最大の悪事である。しかも、この対イラク戦争には大義はなかった。イラクにある大量破壊兵器を取り除くことを名分にして攻撃を始めたアメリカ自らが、その不存在を認める事態となった。こうした一方的な戦争によって他国民衆を殺戮してよい資格は、どの国にも与えられていない。国連事務総長からも国際法違反を指摘されるような、違法な侵略戦争というほかないのである。

こうした事態に直面してわが国のとるべき行動は、日本国憲法に照らすなら、米英には戦争の即時中止を求め、またイラク民衆には民生的援助をおこなう平和的国際貢献であったはずである。それにもかかわらず、政府は、開戦直後にアメリカを支持する態度を表明し、あまつさえ、その年の12月以降、武装した自衛隊の派遣に及んだ。すなわち、イラク特措法(「イラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する

特別措置法」2003.8.1公布・施行）が制定され、それにもとづく「対応措置に関する基本計画（2004年12月9日閣議決定）」によって派遣された陸上自衛隊が、占領軍司令部の下にある施政当局（連合軍暫定施政当局、Coalition Provisional Authority. CPA）の下に入って、サマワに駐留した。そして、2004年6月18日の閣議決定で多国籍軍に参加し、また同年12月9日の閣議決定により派遣延長が決定され、駐留は今日に及んでいるのである。

同地では、「人道復興支援活動」として、医療・給水・学校等の公共施設の復旧・整備，人道復興関連物資等の輸送をおこなうものと位置づけられ、また、「安全確保支援活動」として、武装した米兵の輸送を含む活動がなされている。その内容、とりわけ後者の実態は知らされていないが、こうした自衛隊の米軍への支援行為は、国際法的には武力紛争への参加とみなされるものであって、相手側に反撃の権利を与える行為にほかならない。連合軍の占領下、全土で戦闘が継続している外国領土に自衛隊が派兵されるのは、いうまでもなく、戦後史最初の事態である。わが国は、湾岸戦争では戦費の負担を求められてそれに応じ、アフガン攻撃では「旗を見せよ」との声に従ってインド洋に自衛艦を展開した。そして遂にイラク戦争においては、「軍靴で地上に」の要請を受けて外国の戦地に地上部隊を送ったのである。

これは、自衛隊の存在自体が憲法9条に違反するとの見解に立つ場合はもとより、その任務を自国防衛に限定している（自衛隊法2条）限りで自衛隊を合憲とする立場でも、それを海外に出勤させたことで違憲となり、さらに、海外派遣も、非戦闘地域に限定（イラク特措法2条3項）したものでなら憲法・自衛隊法に反しないとする立場に立ってさえも、全土が戦闘状態にある国への武装した軍事力の派遣　文字どおり「派兵」である　は、合憲の弁証のとうてい成り立ちえない事態である。先にもふれたように、本件訴訟の原告ら、また各地でイラク派兵差止め訴訟を提起した人々の憲法認識にはこの3種があるが、その違いを越えて1つの原告集団となり

えている。このことは、今般の事態が、これまで憲法の平和主義に照らして問題とされてきたどの事案よりも、違憲性が際立ったものであることを告げているといえる。

したがってまた、自衛隊イラク派兵がわが国の個々の市民に与える打撃も深甚である。過ぐる太平洋戦争で夫を戦死によって奪われた婦人は、位牌に向かって、「また戦争が始まっていますよ」と語りかけていた¹⁷⁾。戦争で受けた傷口をえぐり、平和への心情を傷つけているのが此度の政府の行為である。良心にもとづいてプロテストした外交官は職を失い、またイラク民衆に対して日本の民衆として平和的・人道的な支援に尽力しようとした人が、まさに派兵国の国民であるがゆえに殺害され、ないし殺害の危険にさらされている。あまつさえ、あるうことが日本国憲法の呼びかけに応じて努力したそれらの人々が、公権力担当者から「自己責任」を追求され、「非国民」呼ばわりをされる状況さえ生まれた。これらのことをもって自らの平和的生存権が侵害されたと受けとめて、司法にその救済を求め、この誤った違憲の政治の是正に資する法的判断を求めるのは、法治国家において至極当然のことであるといえる。各意見陳述書は、原告らが、思想・良心において、また生活の上で、自衛隊イラク派兵によっていかに深刻な影響を受けたかを明らかにしている。それらを、「公憤にすぎない」などとして斥けてしまうことは、けっしてできないはずである。

それゆえに、今、「恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利」のもつ意味を、この事態に即して見直さなければならないであろう。平和的生存権を否定しつづけてきたこれまでの裁判例に通有の口吻を繰り返すのでは、今日では、全く説得力をもたないものといわざるをえない。項を改めて検討しよう。

2 平和的生存権の今日的な弁証

(1) 学説の現況 平和的生存権の確立期待説と肯定説への注目

以上に要点を述べた時代の変容の中で、平和的生存権を裁判規範として

鍛えるための努力は、一段と進行している。まず、学説の代表的な仕事を取り上げるなら、湾岸戦争期の少し前になるが、1987年には、何よりも、恵庭・長沼両裁判に大きな学問的貢献をして以降、平和的生存権研究に孜孜としてとりくみ、学界をリードしつづけてきた深瀬忠一教授の浩瀚な研究書『戦争放棄と平和的生存権』が公刊されている。それは、世界の平和思想史と近代憲法史をふまえて、日本国憲法の平和的生存権を、「戦争と軍備および戦争準備によって破壊されたり侵害ないし抑制されたりすることなく、恐怖と欠乏を免かれて平和のうちに生存し、またそのように平和な国と世界をつくり出してゆくことのできる核時代の自然権の本質をもつ基本的人権であり、憲法前文、とくに第9条および第13条、また第3章諸条項が複合している憲法上の基本的人権の総体である」と定義する^{18-a)}。

そして、その裁判規範性にかんしては、「戦争あるいは武力衝突の危険あるいは軍事演習等により、生命・身体・健康・財産・環境・精神的圧迫が具体的に集中し、重大な『恐怖と欠乏』状況に追いつめられた場合には、差し止め請求、妨害排除請求、行政処分執行停止、取消訴訟、国家賠償請求訴訟等により、『平和的生存権』を独立した1つの総合的権利として、裁判所に出訴して救済をもとめることができる」と解しうる。ただし、国民一般の抽象的な『平和的生存権』の侵害を理由に出訴することは、わが国の現行訴訟法体系からいって（個別的具体的立法がないかぎり）無理である。けれども『平和的生存権』侵害の危険性が重大かつ根本的であるような場合、また、具体的条件や範囲が一定の特定性をもつ場合、憲法訴訟としての法的権利性（住民の『平和的生存権』を『訴えの利益』として認める）を排除する理由はないと考えられる（長沼一審判決参照）。^{18-b)} この見解は、平和的生存権論の共通の基盤になりうるのではあるまいか。私も、これを土台にして、具体的な時代と事案の文脈に即して必要な彫琢を加えつつ展開させるべきである、と考えている¹⁹⁾。

たしかに、学説においても、今日なお平和的生存権の裁判的規範性を否定する立場が多数であり、本稿冒頭（2）でふれた被告第1準備書面が

とくに挙げる伊藤正己教授・元最高裁判事の見解などは、その代表的なものに数えられよう。しかし、少し仔細に観察するだけで、多数説が一様ではないことがわかる。同準備書面が伊藤説と並んで引いていた佐藤幸治教授の立場も、すでに同じく冒頭(2)で論じたように、実際には、平和的生存権が裁判所において強制可能な具体的権利として認識されるようになる可能性を封じてしまったものではなく、かえって、「文脈に応じて違った意義」をもつ可能性を認めていたのであり、先にも言及したとおり、むしろ、樋口陽一教授の立論とも相通ずるものがある。

さらに、結論においては否定説に分類されるにしても、平和的生存権が裁判的規範性をもつものへと理論的に精錬されることを期待する見地に立つ学説は少なくない。たとえば、まず、芦部信喜教授は、「裁判規範性が認められるためには、なお具体的権利性についての論議をつめることが必要であろう。私は理念的な権利でないかと考えてきたので、肯定説には踏み切っていないが、肯定説がその論拠を精密化しつつある点に注目している。」とのべている²⁰⁾。また、少し遡るが、小林直樹教授も、前文から直ちに憲法上の基本権として法的権利性を認めることには困難があり、その保障のためには、国民の高度の意識と、自覚的運動と、より精密な概念構成が求められる旨説いて²¹⁾、伝統的な権利観に基本的に立脚しつつも、同時に法的権利としての緻密化を期待した立論であることをうかがわせている。

とくに、奥平康弘教授は、いわゆる市民平和訴訟に即して、「原告たる市民個人々のどんな内容の平和的生存権が、どのように侵害されたかを、裁判所に納得できるように提示し説明するのは、そんなに易しいことではなく、私の見るところ、憲法学はこの試みに、いまだかならずしも成功してはいない。……平和的生存権を『権利』として理論構成する者が、この点の立証責任を負う部分がかなりあるだろう。」とした上で、「市民の側に、実体的な内容をもった主観的法として平和的生存権があるとする理論の構築を期待しよう。」と述べている^{22-a)}。(なお、同教授は、「個々の市民が

誰でも、政府による平和侵害行為と目されるすべてのものに対して……差止め請求できる」客観訴訟を展望している^{22-b)}。たしかに、平和的生存権訴訟は、本質的にそうした民衆訴訟・客観訴訟の方向に進み出る性格をもつが、本件の訴えを含め、今日の実際のイラク派兵差止訴訟は、主観訴訟としての成立可能性を探求するものである。) 加えて、平和的生存権にかんするまとまった叙述としては最も新しい部類に属する矢口俊昭の『注釈憲法』中の分担執筆論文も、この権利に対して裁判所が消極的な傾向にあること、また学説でも具体的権利性の承認に「否定的な見解の優位は、現在のところ、やむをえない」としつつ、平和的生存権が、実定法を豊富化・活性化する役割を果たしていることに強く注目している²³⁾。

そして、平和的生存権が司法的に保障されうる具体的な権利であることが、なお少数ながら有力に主張されている。すでに挙げたものの他に、注目すべき若干のものを、公刊の順に5点とりあげ、とくにこの権利の憲法上の根拠について論じているところを中心に紹介しておこう。

第1に、杉原泰雄教授は、「平和」という言葉自体は多義的であるが、「日本国憲法においては、平和の意味・内容が具体的に規定されているから、この権利は、その9条のもとで生存する権利ということにならざるをえないはずである。日本国憲法は、9条のもとで生存することを、たんに客観的な制度の問題としてだけでなく、主観的な権利としても保障しているのである。したがって、9条に反する国家行為については、他の人権規程を媒介することなく、つまり他の人権の侵害を要件とすることなく、この権利自体をもって争うことになる。」もっとも、その「実効性を保障する訴訟類型は、存在しない。しかし、それゆえに『平和的生存権』が法的権利ではないと解すべきではなく、憲法上それが権利として存在しているところからすれば、その実効性を確保する訴訟類型を整備することこそが下位法に課されている憲法上の義務というべきであろう。」と説いている²⁴⁾。

第2に、山内敏弘教授も、「日本国憲法の下での『平和』は、一切の戦

争の放棄と一切の戦力の不保持をその具体的な内容とするものとして理解することは、その立法者意思からみても、前文や9条、さらには13条などの総合的な条文解釈からみても明らかというべきなのである。そして、もし、そのようなものとして『平和』を理解しうるとすれば、『平和のうち生存する権利』の具体的な意味内容も、決して確定不可能なものではないことになるのである。」としている²⁵⁾。

第3に、浦田一郎教授の論文は、「法規範性」と「裁判規範性」の区別をふまえ、この両者と対応するものとして「憲法上の権利」と「裁判上の権利」という概念を用いつつ、この「裁判上の権利」レベルでの平和的生存権は、「9条違反の国家行為による3章の人権の直接的侵害に対抗する権利」と「9条の遵守を求める権利」から成る、とする。そして、前者は、「内容が明確化すれば、その裁判的救済は当然に肯定すべきこと」であるが、問題は後者であって、「通常の訴訟を前提とする場合には、原告適格を限定する考えかたをするほうが無理がないであろう。」と述べている²⁶⁾。

第4に、浦部法穂教授は、『平和的生存権』を独自の憲法上の権利＝人権として構成すべきであり、「〔徴兵されるなどの〕現実的・具体的な形の不利益が国民に及ぶか否かにかかわらず、むしろ、それ以前の問題として、『平和』の阻害それじたいを権利(人権)侵害と位置づけることによって、国による『平和』阻害行為を排除しようとするのが、日本国憲法における『平和的生存権』の考え方」だとする。そして、憲法9条は、この『平和的生存権』の、いわば最小限の内容として、戦争や軍備のない状態を確保しようとするものである」と主張している²⁷⁾。

そして第5に、辻村みよ子教授も、「(狭義の)平和的生存権〔＝国民の戦争拒否の権利・政府に対する平和的請求権〕は、憲法前文の平和主義原則と9条の戦争の全面放棄条項、憲法13条の個人の尊重原則と幸福追求権を根拠として、生命・自由への侵害の排除と平和的環境の維持、平和的環境での生存を請求する権利(例えば、9条違反の政府の行為によって生命・自由を侵されない権利および軍事目的のために個人の権利や自由を制

約されない権利も含まれる）を主たる内容とする個人の権利（自由権的性格と請求権的性格をあわせもつ権利）と解することができよう。」と説いている²⁸⁾。

以上のごとく、裁判規範性を具えた平和的生存権の成立については、今日でもなお消極説が多数であるが、消極の結論を採りつつもその成立に期待する見解が通説的な学説の中に少なからずみられること、さらに積極説も有力なものとなっていることが、近時の学説状況として認められる。裁判所においても、このような動向への正当な留意がなされることを請う次第である。もっとも、しばしば指摘されるように、また上掲の各引用からもうかがわれるとおり、積極説も、平和的生存権の憲法上の根拠と構成内容（すなわち、権利構造・享有主体・成立要件・法律効果など）について見解が一致しているわけではない。しかしながら、それらについて相違をみせる各説は、けっして相互排他的ではなく、むしろ相互補完的な関係にあり、今日重要なのは、裁判規範性を肯定するその結論にある。結論に至る理論構成が多様であることで、平和的生存権の権利としての具体性が損なわれることにはならないのである。

（2）平和的生存権の憲法上の根拠 その弁証可能性

叙上のように展開されてきた平和的生存権論をふまえて、私は、それが裁判を成り立たせるに十分な具体性をもつ権利である、と考えるものである。その趣旨は、拙稿²⁹⁾に依拠して書かれた原告準備書面（17）に、間然するところなく述べられているので、再論することは避けて、従来からの小見を要約した上で、本件に即して補足すべきことを記しておきたい。

中心的論点となる平和的生存権の憲法的根拠にかんしては、私は、要旨、次のように考えてきた。すなわち、憲法前文が、全世界の国民が平和のうちに生存する「権利」を有するとしたのは、人の平和的生存を、たんに国家が平和政策をとることの反射的利益ととらえる従前の理解から原理的な転換を遂げて、平和をまさに権利として把握したことを意味する。換言す

れば、この平和的生存権規定は、政府に対しては、軍備をもたず軍事行動をしない方法で国際平和実現の途を追求する平和政策の遂行を法的に義務づけ、そして国民には、政府が平和政策を採るよう要求し、また自らの生存のための平和的環境をつくり維持することを各自の権利として保障したものと解することができる。そして、この、前文に直接の根拠をもつ平和的生存権は、9条で具体化されたうえで、ひとつには、13条をはじめとする第3章各条項に定められた諸人権と結合して機能し、またひとつには、第3章の各人権がカヴァーしていない領域ではそれ自身が独自の意味をもつ人権として働くものであるといえる、と。以下で敷衍しておこう。

裁判規範性を具えた平和的生存権の成立を否定し、あるいはそれに期待を寄せつつもなお肯定することを躊躇している見解が、その理由とするものの中心は、「平和のうちに生存する権利」の内容が抽象的で明確性に欠ける、という点にあるが、これは要するに、この権利の憲法上の根拠にかんして堅固な規範論を築くことができるか否かにかかっているものと思われる。

そこで、何よりも、実定憲法規範の関係規定それ自体を正確にとらえておくことが求められるところ、前文が、恒久世界平和達成への強い決意を示す文脈において、「平和のうちに生存する権利」を国民の文字どおり主観的権利として定めていること、それを受けて第2章の唯一の条項である9条が、戦争の放棄と武力の不保持および交戦権の否認を政府に命じた客観的制度を設定していること、そしてその次の第3章が「国民の権利及び義務」と題して10条から40条にわたって個別の人権を保障していることが、改めて確認される。そして、この9条は、近代憲法に通有の、平和を追求しつつ軍備的備えを放棄しない基本姿勢を止揚して、徹底した平和主義の統治構造をとることを宣明したものであるが、それが単独で第2章とされている。つまり、伝統的には統治機構に属すべき規範である9条を、第3章人権保障規定に先行させたのであり、日本国憲法は、このような条文配置をすることで、平和を人権の前提条件と位置づける考えを、より鮮明な

ものとした、といえる。

こうした規範構造に留意するなら、前文の「平和のうちに生存する権利」の意味内容は、9条によって充填され、それによって具体性をそなえた人権として機能しうるものとなり、かつ、第3章の人権条項と相俟って個別の事案において働くこととなる、と解することができる。すなわち、「平和のうちに生存する権利」にいう「平和」は、他ならぬ日本国憲法自身、何よりも9条（および前文の第1、第2段）によって特定の意味を付与された「平和」であるから、9条違反の政府の政策がおこなわれたとき、それは即、平和的生存権を侵害したものと評価される。

つまり、9条のもつ意味は、狭義では戦争放棄・軍備全廃であり、広くは、人権・統治のすべての憲法構造が平和主義にもとづくものでなければならぬという要請であるところ、平和的生存権には、この両者の意味が充填されている。したがって、まず、公権力が戦争や軍備保持の挙にでた場合、それは、9条違反であると同時に、直截に平和的生存権侵害を帰結するが、人権との関係では、平和的生存権侵害にあると同時に、平和主義によって導かれている個別の人権を侵害することとなる。すなわち、徴兵制は、平和的生存権とともに18条に抵触し、反面、それが布かれた場合の良心的兵役拒否は、平和的生存権およびそれと結合した19条によって支えられ、また、軍事徴用は、平和的生存権と一体となった25条・22条に照らして許されない、等々の解釈をとることができよう。さらに、軍事目的達成のための言論統制に対しては、21条の表現の自由が、とりわけ平和的生存権と不可分のものとして主張されるであろう。このようにして、日本国憲法は、憲法の基本原理を宣明する前文において「平和のうちに生存する権利」を定め、その「平和」の内容を9条で確定し、この平和主義の理念が第3章の掲げる基本的人権の意味を指導する、という構造をもつことが明らかとなる。

このような解釈論は、9条を即、人権保障規定とみて、その違反があれば直ちに全国民が救済を求めて裁判提起ができるとする見解³⁰⁾とは異なる

る。この見解は、「人権としての平和」の思想を端的に解釈論として展開したものであり、日本国憲法の理念に適している点で注目されるが、今、能う限り説得的な規範論を追求すべきだと考える見地からは賛同しがたい。すなわち、9条は、その文言から、やはり公権力に対する禁止命令を内容とする客観的制度の規定であって、それ自体を人権規範とみることは、解釈論としては妥当ではあるまい。先述のごとく、9条は、「平和のうちに生存する権利」の中に意味充填されるものであるから、9条違反は、文言どおり主観的「権利」である平和的生存権侵害を意味するものとみて、この権利が侵害されたことをもって出訴の根拠とすべきものとするのである。

なお、その場合、第3章の諸人権中で、13条「幸福追求権」の位置付けには留意しておきたい。私は、これまで、平和的生存権を論ずる際に、13条の人権については、第3章の諸人権のひとつとして扱うだけで格別の留意を払ってこなかった。そのために、9条違反の国家行為がありながら第3章の個別の人権の侵害は惹起されていないため平和的生存権をこの個別人権と結合しては主張できないというケースでは、政府の9条違反行為によって国民の平和に生きる環境が極端に圧迫され、それゆえ平和的生存権が重大な侵害を被っていることを要件として平和的生存権のみで訴えを提起することができる、という論理を立てていた³¹⁾。しかし思うに、13条の個人尊重の原理にもとづく幸福追求権が、個別の人権の1つであるとともに、他の諸人権を支える基盤的人権であり、第3章に列挙されていない人権の根拠となる一般的・包括的な権利であることにかんがみると、平和的生存権をも広く包摂・受容しているものと理解すべきであろう。したがって、先のように、9条違反行為が(13条以外の)個別の人権の侵害を惹起していないという場面でも、平和的生存権のみを援用するのではなく、13条の権利をとりあげ、これが平和的生存権とともに侵害されているとして、両者を一体的に主張する、という論理立てがより説得的であるとされよう。ただし、この場合、13条の包括的人権が第3章の各人権を補充

する役割を担うものであることに留意しなければならないから、平和的生存権を主体的に位置づけ、副次的に13条の権利で補うという構成が妥当である³²⁾。

付言するに、憲法13条論にかかわって、平和的生存権を人格権として主張する見解がみられる。平和的生存権の概念そのものに対する裁判所の消極姿勢に照らして打ち出されてきたものである³³⁾。平和のうちに生きることは、疑いもなく人格的利益の核心をなすものであって、また人格権は私法上の権利として定着しているものであるから、隘路打開のための貴重な考察であるといえる。ただ、それが私法上の権利として承認されるのも、個人の尊厳と幸福追求権を謳う憲法13条にもとづくものであるからにほかならない³⁴⁾。とくに、「平和」という憲法の基本価値にかかわる権利・利益を問題とするものである以上、憲法上の人権として成立しうるかが問われることになり、つまるところ、平和的生存権を憲法論として主張することと径庭がないのではないと思われる。

以上、平和的生存権は、その具体的内容を9条で確定できるものであるから、内容が不明確だという指摘はあたらない。いうまでもなく、法の世界において、それぞれの法典上の位置を考慮しつつ解釈をとおしてその意味内容が確定される概念は、枚挙に暇のないほど多い。日本国憲法典にかんしても、国会の「最高機関」性、「行政権」、「地方自治の本旨」などは、それ自体では必ずしも明確でない概念であって、解釈により意味内容を画定されてきたものである。人権条項にしても、幸福追求権、法の下での平等をはじめ、むしろほとんどのものがそれにあたる。ひとり「平和のうちに生存する権利」のみを明確でないと論難する根拠はなく、かえって、叙上のごとく、客観的的制度規範により支えられる分、他の概念より明瞭度が高いともいえるのではないか。被告国が採るところの、平和的生存権は具体性・一義性に欠けるとの、否定説においてドグマのごとくに示されてきた主張は、今や再検討されるべきであろう。

(3) 平和的生存権の権利内容・享有主体・成立要件・法律効果についての確認

平和的生存権の裁判規範性をめぐる議論においては、これまでに述べた憲法上の根拠の他に、この権利の構成内容の諸要素が問題とされる。本件の被告も、「権利内容」・「根拠規定」・「主体」・「成立要件」・「法律効果」の各点について具体性に欠ける、と主張している。このうち、「根拠規定」にあたるものを、本意見書では、上のとおり、「憲法的根拠」の問題として論じた。残る4点については、私は、すでに、拙稿³⁵⁾において、それぞれ、「権利構造」・「享有主体」・「成立要件」・「法律効果」の項目を立てて、いずれも具体性・明確性に欠けるところがない旨を弁じた。その趣旨は、原告準備書面(17)で主張されており、縷言は避けて、小見の要点を記しておきたい。

まず、権利内容(権利構造)であるが、平和的生存権の複合的な構造については、代表的な研究書³⁶⁾によれば、次のように整理されている。すなわち、その周辺部分は政治と立法に対する指針となる政治的規範、核心部分は法的(裁判)規範である。そして、後者は、大量虐殺行為などを裁く規範として、憲法各条項と下位法の解釈基準として、憲法上の個別の人権と結合して、それぞれ裁判規範性をもつほか、独自の権利、つまり他の既存の人権と結合しえないような場面でも平和的生存権単独で法的権利として機能する。そして、平和的生存権の裁判規範性が最も鋭く問われるのは、上のうちの、それが他の人権と結合しえないような場面であるが(ただし、私見では、先に(本項②)述べたとおり、13条とは一般的な結合関係にあると解するから、この点を留保して)、そうした場面でも、平和的生存権侵害の危険性が重大かつ根本的で、かつ、範囲が特定されているならば、裁判規範性を発揮しうる。こうした論旨に、私は基本的に同調する。

これに照らして今般のイラク派兵訴訟を考えるならば、典型的には長沼裁判で鮮やかに示されていたところの、範囲の特定性という要件、つまり

付近住民の被害可能性の要件は見出しがたく、もっぱら平和的生存権侵害の重大性・根本性を主張することになる。そして、此度の政府の自衛隊イラク派遣行為によって、国民の平和に生きる環境が現実には危機にさらされ、そのため平和的生存権が著しく重大かつ根本的な侵害を被っている状況の下では、この権利自体を裁判規範たる権利として扱うことが肯認されるべきである、といえよう。なお、この論理は、原理的には、今般のような政府の9条違反行為がなされた場合、あらゆる国民が平和的生存権を根拠に出訴しうる、との結論に導く。ただ、現行訴訟法制を前提とした原告適格論を視野に入れて解釈論上の主張をより無理なくおこなうために、今般の政府の行為により直接かつ具体的に平和的生存権侵害を現実には被っていることが、出訴の要件とされてよいものとする。そして、それが本件原告らに具わっていることは、各原告陳述で順次明らかにしてきたところである。

つぎに、平和的生存権の享有主体については、日本国憲法前文が、「全世界の国民」が平和のうちに生存する権利を有する、と定めていることをめぐって、学説が分かれている。すなわち、平和的生存権の主体は個々の国民であり、この権利は国民の基本的な人権そのものであるとする見解、この権利を主として民族的な基本権あるいは日本民族の基本権ととらえる見解、および、これを一方では民族あるいは全体としての国民＝国家を主体とする対外的な基本権であるとともに、他方では国民の国家に対する人権そのものであるとする見解、である。このうち第1の見解が多数説であり、というのも、すでに述べているように、憲法は、「人権としての平和」というとらえ方に立って、平和的生存権を政府に対して主張される基本的な人権として位置づけたものであり、そのことからすでに、その主体は国民個々人であるとみるのが妥当であるといえる。私見も、これを採用。もっとも、第2および第3の見解に立つ論者も、対外的な関係においては民族を享有主体と考えつつ、対内的な関係では国民個々人であるとの、実質的に第1説と同旨の見地に立つものであり、結局、3つの説に決定的な対立

はない。

また、成立要件については、それが成立の背景的要素という問題であるのなら、平和的生存権は、長い歴史の中で、各種の国際条約や国連憲章、各国憲法の中で徐々に生成発展し、確立してきたもので、日本国憲法成立後に採択された国連決議等でも確認されている権利であって、その成立を疑うことはできない。他方、それが平和的生存権侵害が生じるのはいつかという問題であるのなら、叙上のようにこの権利と9条の関係をとらえる限り、9条違反の国家行為がなされたときに権利侵害が発生する、と解することができる³⁷⁾。こうして、権利の成立要件や権利侵害の発生要件について、不明確ないし不透明な点は見出しがたいのである。

そして、平和的生存権を裁判上主張することにより生ずる法律効果(法的効果)であるが、ここには、原告準備書面(17)が明らかにしているように、ひとつに平和的生存権の複合的性格に対応している法的効果の問題と、もうひとつに、この権利の保障効果の射程範囲いかんの問題という、両者が含まれている。これについての右準備書面の指摘はきわめて有益であるので、微細な文章上の補正のみを施して引用しておきたい(33-34頁)。

まず、前者であるが、本件のような、自衛隊を海外に派遣し、外国軍と一体となって戦争遂行に加わる国家行為は、9条に明白に違反し、平和的生存権を重大かつ根本的に侵害するものであるため、当該国家行為の違憲無効確認の訴えも承認され、その行為が完了する以前の時点であれば、差止めを請求することもできる。加えて、原告が、憲法の基本理念である平和主義、とりわけ9条に違反する国家行為によって、自らの平和的生存権をはじめとする種々の権利や自由を侵害されたり、精神的苦痛を被ったといえる場合には、侵害行為の違法性と被侵害利益のいずれも明白であって、国家賠償請求訴訟の成立も認められる。

そして、後者についていえば、平和的生存権は9条によって内容が確定された「平和」を人権としてとらえたものであり、それが第3章の個人人権と結合しうる場合には、それら個別の人権に平和的生存権の内容を付加

し、ないし充填させることになる。その場合、平和的生存権のカヴァーする保障範囲は、第3章の定める個別の人権に尽くされないと考えられる。本件で原告らが主張しているところの、「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」にしても、従来議論されたことのない概念で、第3章中にその名は見出せない。しかし、9条と平和的生存権とは双方の保障範囲が対応し合っていて、ひとつの事柄を制度的に表現するものが9条で、人権の形で表わすのが平和的生存権である、という対応関係にあると考えられる。とすれば、上記の権利も、「日本が戦争や武力行使をおこなう」という政府の行為が9条違反であると構成できるならば（それが可能なことは9条の文言に照らして明白である）、それを平和的生存権の一部であるとして、第3章の個別の人権との対応関係のいかんにかかわらず主張できるのである。結局、平和的生存権と一体となりうるような個別の人権が第3章中にある場合には訴訟において両者を援用することになるが、そうしたものが無い場合でも（13条が一般的な形で平和的生存権に対応していることは別にして）、9条違反にあたる問題を、平和的生存権を媒介させることにより、主観的権利侵害の問題に転化させることができるのである。

以上のとおり、「平和のうちに生存する権利」については、その憲法上の根拠と外延・内包、つまり権利内容・享有主体・成立要件・法律効果などから成る構成内容のいずれの点をとっても権利としての具体性に欠けるところはなく、裁判規範性を具えた「平和的生存権」である、と結論することができる。

（4）現在における平和的生存権侵害の深刻さ 現実性・沖縄の問題・自衛隊員の人権

本件自衛隊イラク派兵の事態は、国民の平和的生存権を侵害するその深さと範囲において、これまでに問題とされた事態にはなかった深刻な様相を呈している。3点に絞ってそれを取り出しておきたい。

第1。まず指摘できるのは、平和的生存権の侵害が現実のものとなって

いることである。この権利が裁判上初めて明確に取り上げられた長沼裁判の場合には、ミサイル基地は「一朝有事の際にはまず相手国の攻撃の第一目標になるものと認められる」から、基地周辺住民の平和的生存権が侵害される危険があるという、攻撃を受ける可能性が問題になっていた。それにひきかえ、現在のものは、仮定の事態ではなく、日本政府がイラク戦争を巡ってアメリカ側に付く態度を鮮明にし、自衛隊を派遣してその支援をおこなっているために、日本国民も武装勢力などから敵国の一員として攻撃対象となっている現実の問題である。まさに、平和的生存権侵害が現に進行中であり、その防衛・回復の必要は、切迫したものとなっているといわなければならない。加えて、外国への自衛隊派遣という事態は、平和的生存権が「全世界の国民」の権利として確認されていることの意味を、否応なくクローズ・アップさせている。現在、自衛隊が派遣されているイラクの国民は、アメリカを中心とする軍事力によって、平和的な生存を日々奪われ、ないし脅かされている。これをやめさせ、イラク民衆が恐怖と欠乏から免かれて平和のうちに生きることのできる権利を実現するために努力することこそ、日本政府には求められているはずである。

第2。また、今日の軍事政策がもたらす国民の平和的生存権侵害の事態は、とりわけ沖縄において深刻な形で生じている。日本全国の米軍基地のうち実に75%が、日本の国土のわずか6%を占めるに過ぎない沖縄県に集中し、それがアメリカのイラク攻撃の発進拠点ともされている。

事例を1つ挙げるにとどめるが、普天間基地の場合、宜野湾市の真中に位置しており、市街地の上空を軍用大型ヘリコプターが常時旋回しているため、墜落事故の危険がつとに指摘されていた。果たせるかな、2004年8月13日、沖縄国際大学の構内にこれが墜落した。奇跡的に大学の学生・教職員また付近住民は難を逃れたが、大学の施設、民家等に損傷を加え、多くの人々に計り知れない恐怖感を与えた。このような事態は、同大学の憲法学教授が指摘するように、「ただ単に大学の施設や敷地、付近住民の住居・家屋などの財産権に対する侵害であるだけではなく、生命と安全その

ものが脅かされたのであるから、日本国憲法前文で保障されている『恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利』、すなわち平和的生存権が侵害されたことにもなる」といわなければならない³⁸⁾。これは、まさに、「沖縄では平和的生存権が具体的に侵害されている³⁹⁾」状況に、深刻な1例を加えたものといえる⁴⁰⁾。

第3。そして、自衛隊イラク派兵の措置が、当の自衛隊員の平和的生存権をはじめとする憲法上の権利を侵害してやまないものであることを指摘しなければならない。被告国はいう。「イラク人道復興支援特措法に基づく自衛隊のイラク派遣は、原告らに向けられたものではない」と（第1準備書面4頁）。そのとおりである。派遣を命ぜられ、それに従って行動しているのは自衛隊員である。しかしながら、この他ならぬ派遣自衛隊員の人権が侵害されている。たしかに、自衛隊員は、強度の服務義務を負い（自衛隊法第5章第4節）、とくに、「法令に従い、誠実にその職務を遂行する」ことが義務づけられており（同法56条）、これを承認して自衛隊員となった人々である。しかし、本件では、派遣を命ずる根拠法は、イラク特措法および一般法としての自衛隊法であるところ、今般の派遣はこの両法にそぐわない。

先にもふれたとおり、自衛隊法を合憲と評価したとしても、武装した部隊を外国領土に送り込むことを、専守防衛をいう自衛隊法3条に反しないと説明するのは至難の業であろうし、またもし自衛隊法に違反しないとしても、派遣地であるサマワをイラク特措法2条3項が定める「非戦闘地域」だと言い張るのは、観念論の極地であろう。今般の自衛隊イラク派遣がこのようにして違法である場合、それにもかかわらず出された派遣命令は、原理上、隊員の服務義務を生じさせるものではないが、實際上、これに従わざるをえない隊員に、重大な権利侵害を被らせることになる。すなわち、それは、9条により意味充填された平和的生存権と一体のものとしての18条が禁じている「奴隷的拘束」ないし「意に反する苦役」にあたるものであろうし、また同様に、平和的生存権と一体のものとしての幸福追

求権や良心の自由等々を侵害するものとなろう。

そして、この場合に必ず心に留めるべきは、自衛隊員がこれに抗命すること、ましてや自己の権利回復のために司法的手段に訴えることは、現実の問題として不可能ないし著しく困難である、という事情である。しかし、これを放置することは、国民の一員である自衛隊員の人権が公権力により侵害されている状態を黙認し、ひいては憲法体系に生じた重大な空洞を看過してしまうことを意味する。とすれば、志をもち、訴訟を提起する適切な地位にある国民が、これら自衛隊員の憲法上の権利を援用し、憲法訴訟においてそれを主張することが望まれるのではあるまいか。そこで、いわゆる「第三者の権利侵害を理由とする違憲訴訟」の形態を本件訴訟にあてはめ、それが原告らの当事者適格を支える要素となりうることを、節を改めて論じておきたい。

3 派遣自衛隊員（第三者）の権利を原告が援用する可能性

憲法訴訟の当事者は、違憲であると主張する国家行為によって不利益を受けている他人（第三者）の権利についての判断を裁判所に求めることができるか。これについては、主観訴訟においては許されず、当事者自身が当該国家行為によって受けた権利侵害のみを主張できる、とするのが通例で、例外は、強度の必要性が存在する場合にのみ認められる、とされる。

これにかんしてわが国判例上問題となったのは、周知のごとく、旧関税法83条1項の規定にもとづき密輸出等の犯人たる被告人に対し、付加刑としてこの被告人が占有する第三者所有の貨物・船舶を没収したことをめぐる事案である（第三者所有物没収事件）。被告人が、善意の第三者に告知・聴聞の機会を与えることなくその財産権を没収するのは憲法31条違反である旨、第三者の憲法上の権利を援用して主張したのに対し、1960年10月19日の最高裁大法廷判決（刑集14巻12号1574頁）は、これを排斥して、「訴訟において、他人の権利に容喙干渉し、これが救済を求めるが如きは、本来許されない筋合のもの」と解するを相当とするが故に、本件没収の如き

事項についても、他人の所有権を対象として基本的人権の侵害がありとし、憲法上無効である旨論議抗争することは許されないものと解すべきである」との理由を示した。これには7裁判官の有力な反対意見が付されており、学界も関心を寄せて、後述のような重要な理論上の問題提起をした。

そして、その後、この旧関税法83条1項を引き継いだ（改正後の）関税法118条1項の規定について、同様の違憲の主張がなされた事例において、1962年11月28日の大法廷判決（刑集16巻11号1593頁）は、先の判決を変更し、次のように説示した。すなわち、「没収の言渡を受けた被告人は、たとえ第三者の所有物に関する場合であっても、被告人に対する付加刑である以上、没収の裁判の違憲を理由として上告をなしうることは当然である。のみならず、被告人としても没収に係る物の占有権を剥奪され、またはこれが使用、収益をなしえない状態におかれ、更には所有権を剥奪された第三者から賠償請求権等を行使される危険に曝される等、利害関係を有することが明らかであるから、上告によりこれが救済を求めることができるものと解すべきである」として、先の判例を明示的に変更したのである（なお、5名の裁判官が反対意見を付している）。

学説では、先の60年判決を契機として、この問題についての本格的な研究がなされ始め、その代表的なものは、アメリカ判例理論を素材とした芦部信喜教授の論文⁴¹⁾であり、62年判決に先立って公にされた。そこでは、第三者の憲法上の権利を援用して違憲の争点を提起する当事者適格の認否判断をする際の考慮要素として次の4点が析出されている。すなわち、

第三者の憲法上の権利を援用する者の訴訟における利益の程度のちがい（第三者の権利を援用することができなければ判決の結果援用者が刑に処せられ、ないし第三者から損害賠償請求を受ける等の場合、これを援用する利益の程度は高いとみなされる）、援用される第三者の憲法上の権利の性格（優越的地位をもつ思想表現の自由の援用が是認されるのに対し、経済的自由については否定される）、援用者と被援用者たる第三者との関係（両者の間に事件前から実質的關係が存在する場合には、偶然的なも

のでしかない場合に比して是認の可能性がはるかに大きい)、もっとも重要な要素として、第三者が独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することの実際上の可能性(これが不可能ないしきわめて困難な事情のもとでは援用者の当事者適格が是認される可能性が大きい)、という諸点である。

ここに示された基準は、アメリカの憲法訴訟における当事者適格(standing)の理論にもとづいて取り出したもので、芦部教授自身がことわっているように、訴訟の構造を異にするわが国にそのままあてはまるわけではないが、同様の問題を分析する場合に十分参考に値するものであるといえる。果たせるかな、それは、最高裁判例の上記のような変更を促した。また、下級審判例中にも、その受容事例を見出すことができる。たとえば、1995年12月19日の東京高裁決定(民集50巻1号231頁)は、上記の62年最高裁判決を引用した上で、第三者の憲法上の権利を主張する適格が認められるかどうかは、「第三者の憲法上の権利の性質、当事者と第三者との関係、第三者が独立の手続きにおいて自らの当該憲法上の権利を擁護する機会を有するかどうか、当事者に対し第三者の憲法上の権利主張の適格を認めないときには第三者の権利の実効性が失われるおそれがあるかどうか等を考慮し、当事者に右適格を与えるのが相当と認められる場合は格別、そうでない限りは許されないものというべきである」と、上記基準に即した判断をしている。学説は、今日、この理論を共有しているといえる。

本件で、派遣された自衛隊員の権利を訴訟に反映させようとするとき、上記の理論とそれに促された最高裁の判例変更に注目してよいであろう。この訴訟では第三者であるが、国家行為の名宛人として派遣を余儀なくされる自衛隊員は、憲法上の重要な権利に対する深刻な侵害を受けておりながら、その救済を自己の訴訟で図る実際上の可能性は、無いが、無いに等しい。こうした状況に、上記学説の示す、第三者の権利援用の可否判断の4考慮要素をあてはめるとき、およびは別にして、とが重要な意味をもつであろう。

まず、で指摘された、援用される第三者の憲法上の権利の性格が注目

される。すなわち、派遣自衛隊員は、戦地において、常に殺されるかも知れない状況に居り、同時にイラク国民を殺害する加害者となりうる場に置かれている。このうち、殺される可能性のある服務は、自らの生きる自由をたえず脅かしており、当該隊員の、平和的生存権およびそれと結合した「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」（憲法13条）を侵害するものにほかならない。もっとも、これに対しては、自衛隊員はもともと生命を賭すことを承知してその職に就いている、との反論があるかも知れない。しかしながら、自衛隊員が生命を賭すのは自国防衛の場であって、外国の戦場における死傷を承服させる根拠は、現行法のどこにもない。

同時に、派遣された自衛隊員は、心ならずも、イラク国民に対する加害者となりうる立場に立たされている。外国においてその国民を殺傷することを余儀なくされる服務は、憲法上、9条により意味充填された平和的生存権と一体のものとして18条が禁じている「奴隷的拘束」ないし「意に反する苦役」そのものである、といわざるをえない。加えて、それはまた、同様に平和的生存権と不可分のものとしての、当該自衛隊員の「良心の自由」（19条）を深く傷つけている。このようにして、本件訴訟において原告が援用しようとしている派遣自衛隊員（第三者）の憲法上の権利は、生命への権利、苦役からの自由および良心の自由という、憲法の深部を形作り、かつ優越的な地位にある基本的人権であって、まさに援用が是認されよう性格をもつ、ということができよう。

そして、上記4要件のうち、⁴²⁾で挙げられた、第三者が独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することが實際上不可能であるという事情が、本件ではとりわけて強く考慮されるべきであろう。この要素については、アメリカ判例理論においても、「〔独立の訴訟で自己の権利侵害を主張することが〕不可能ではないにしても、きわめて困難な事情のもとにおいては、援用者の standing が是認される可能性は大きい。その意味で、この要件は、……単独では決定的な意味をもつとはいえないが、もっとも重要な役割を果たす」とされている⁴²⁾。自衛隊員には、自ら権利侵害を主張すること、

ましてやその擁護を訴訟をとおしてはかることが、実際上きわめて困難である。しかも、隊員の被侵害利益が優越的地位をもつものであることは、今述べたとおりである。とすれば、こうしたケースにおいてこそ、原告らがこれを代位して主張することが是認されてよいであろう。けだし、違憲訴訟は、各自の主観的な権利の救済を主眼としつつ、それを通路にして客観的な憲法秩序の回復をはかることを任務とするものであるから、本件のような場合、他人の憲法上の権利を援用・代位することは、手続上の要件を具備している限り、むしろ積極的に認めることが望ましいといえるのである。

21世紀の平和建設に資する違憲審査権行使を むすびにかえて

本年5月3日に、日本国憲法は、施行58周年を迎える。そして8月15日、太平洋戦争終結60周年となる。平和国家としての新生日本の出発にあたって、その半世紀余の後に、わが国が海外派兵の当事国にならうとは誰が想像できたであろうか。恒久世界平和の理念に立って戦争放棄と全面軍縮を各国に先駆けて宣言したことをもって、世界の人々から「平和憲法」と命名され、世界平和宣言の意義をもつと評されているこの日本国憲法は、まさにわが国の歩むべき、確固とした平和建設の道筋を示したものとして制定されたものであった。

これに違背して自衛隊が置かれた際でさえ、立法者としての参議院は「自衛隊の海外出動禁止に関する決議」を可決して(1954年6月2日)、「現行憲法の条章と、わが国民の熾烈なる平和愛好精神に照し、海外出動はこれを行わないことを、茲に更めて確認する」と、強く誓約していた。そして、日本国憲法は、今に至るも、その一字一句に変更はない。それにもかかわらずなお、今般の自衛隊イラク派遣がこの憲法に照らして許されると弁ずることは、いかにしても不可能であろう。

被告国が、本件で実体審理に入ることを徹頭徹尾避けようとするのは、そのゆえであるに相違ない。しかしながら、「国」は、たんに一方当事者であるにとどまらず、常に公益の代表者でもあるはずである。そもそも国政は、国民の厳粛な信託によるものであって、主権者国民を基盤とせずに成り立つものではない。今、国民は、イラク派兵の国政に甚大な疑念を呈している。国には、この政策の正当性を国民に説明する責任があり、本件においても、実体的争点にかんして認否をおこない、係争の国家行為の憲法上の論拠を弁ずべきである。

これに対して、原告らは、浩瀚で読みやすい訴状と、幾十にも及ぶ準備書面を中心に、真正面からの弁論を重ねてきた。原告らは、原告らの生きる日本社会の明日のために、憲法と根本的に相容れない今般の戦争政策をここで喰い止めなければならないという共通した願いを基礎に、それぞれの形と深さにおいて受けた平和的生存権侵害の回復を求めている。そして同時に、原告らは、第三者たる自衛隊員の権利を代弁している。自衛隊員は、現在、直接イラク国民に対し「殺し、殺される」可能性のある服務をしていることにおいて、「加害者たることを余儀なくされた被害者」の立場にあるが、それにもかかわらず自ら司法救済の途を選ぶことは事実上できない。こうして、本件訴訟において原告らは、自己の権利の主張者として、かつ、同じ主権者国民たる自衛隊員の権利代弁者として法廷に立っているのである。

被告国は、本件訴えは実質的に「日本国政府に政策の転換を迫る」訴訟である、という。この言説は、事柄の半分しか正しくない。なるほど、原告らは、政府に対して今般の戦争政策の転換を迫る市民であるが、しかし、本件訴訟で裁判所に対して求めているのは、当然のことながら、あくまで法的判断である。すなわち、自衛隊をイラクに派遣し、それを継続している国家行為につき、その憲法、自衛隊法およびイラク特措法との適合性を問うている。政策として自衛隊の設置・海外派遣が正当であるか、また適切であるかについての審査判断を裁判所に求めているものではない。それ

ゆえ、原告らの求める法的判断は、裁判所が本来の仕事としてなしうることであり、そして、その法的判断の結果が政治的にいかなる意味を有しうるかは、裁判所が考慮しなくてよく、またすべきではない要素であるといわなければならない。

人々の基本的人権を擁護し、それをとおして憲法秩序の維持に資する違憲審査の権限を行使するその職責は尊い。原告らとその周辺・背後に居る無数の人々が、裁判所が違憲審査権を憲法が求めるとおりに行行使することを期待し、日々見守っている。原告らの提起する問題に真正面から応えた、21世紀の世界平和建設に資する判決を出されることを信じて、本稿を閉じる。

- 1) 『最高裁判所判例解説民事篇平成元年度』(法曹会・1991年)225頁註(9)〔小倉顕執筆〕。
- 2) 伊藤正己『憲法〔第3版〕』(弘文堂・1995年)165～166頁。
- 3) 佐藤幸治編著『要説コンメンタル日本国憲法』(三省堂・1991年)27頁〔佐藤執筆〕。
- 4) 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』(青林書院・1992年) a 646頁, b 647頁。
- 5) 樋口陽一『憲法〔改訂版〕』(創文社・1998年)144頁。
- 6) 清水伸編『逐条日本国憲法審議録』第1巻(有斐閣・1962年)302～303頁による。
- 7) 法学協会編『註解日本国憲法』上巻(有斐閣・改訂版1953年〔初版は1948年〕)55頁, 新字に改めた。
- 8) 宮澤俊義『全訂日本国憲法』(有斐閣, 芦部信喜教授による補訂版1978年〔初版は1953年〕)40頁。
- 9) 星野安三郎「平和的生存権序論」(同『日本国憲法史考』(法律文化社・1962年)所収)5頁。
- 10) 深瀬忠一『憲法裁判における平和憲法の弁証』(日本評論社・1967年)143頁, 175～176頁。
- 11) 田上穰治編『体系憲法事典』(青林書院・1968年)657頁〔針生誠吉執筆〕。
- 12) 高柳信一「戦後民主主義と人権としての平和」世界283号(1969年)(再収, 深瀬忠一編『文献選集・日本国憲法3 戦争の放棄』(三省堂・1977年)195頁)。
- 13) 深瀬忠一『長沼裁判における憲法の軍縮平和主義 転換期の視点に立って』(日本評論社・1975年)280, 297頁など。
- 14) 浦田賢治「憲法裁判における平和的生存権」(同『現代憲法の基本問題』(早稲田大学出版部・1974年))(再収, 前掲〔註12〕『文献選集』296頁)。
- 15) 久田栄正「平和的生存権」ジュリスト606号(1976年)(再収, 前掲〔註12〕『文献選集』312頁)。
- 16) やや詳細な検討した私の論稿「平和的生存権の歴史的意義と法的構造」(1)～(4・完)南山法学18巻4号～19巻3号(1995年)への参照を請いたい。なお, 同論文は, 原告準備

書面(17)に要約して反映されている。

- 17) 2005年1月放映の NHK テレビ番組による。
- 18) 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店・1987年）a 227頁，b 240～241頁。
- 19) これにかんする私見については，準備書面(17)（前掲論文〔註16〕）への参照を請う。
- 20) 芦部信喜『憲法学・憲法総論』（有斐閣・1992年）212頁。
- 21) 小林直樹『憲法講義〔新版〕』上（東京大学出版会・1980年）188～189頁。
- 22) 奥平康弘『憲法・憲法が保障する権利』（有斐閣・1993年）a・bとも434頁。
- 23) 芦部信喜監修『注釈憲法』（1）（有斐閣・2000年）107頁〔矢口俊昭執筆〕。
- 24) 杉原泰雄『憲法・統治の機構』（有斐閣・1989年）154頁。
- 25) 山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社・1992年）288頁。
- 26) 浦田一郎「平和的生存権」樋口陽一編『講座憲法学2・主権と国際社会』（日本評論社・1994年）158～159頁。
- 27) 浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社・2000年）400～401頁。
- 28) 辻村みよ子『憲法〔第2版〕』（日本評論社・2004年）123頁。
- 29) 前掲拙稿（註16）。
- 30) 代表的なものとして，浦部法穂・前掲書（註28）。
- 31) 前掲拙稿（註16）（三）47頁および（四）88頁。
- 32) このように考えるに至ったのは，原告準備書面（25）が，「憲法9条の規定する非軍事・戦争放棄の政府の下で生活することが『生命，自由及び幸福追求に対する国民の権利』（憲法13条）に入るものと考えて，その規定を媒介にして，憲法9条の客観的制度に関する規定が平和的生存権の内容となると考える方が解釈として自然ではないかと思われる」と述べたことに触発されている。
- 33) たとえば，高木吉朗「沖縄の二つの基地騒音訴訟から見る平和的生存権の再構成 嘉手納基地爆音訴訟・普天間基地爆音訴訟の現場から」法と民主主義393号（2004年11月）26～27頁にもその意欲がうかがわれる。
- 34) 参照，芦部信喜『憲法学・人権総論』（有斐閣・1994年）360～361頁。
- 35) 前掲拙稿（註16）（四）81頁以下。
- 36) 深瀬忠一・前掲書（註17）240頁以下。
- 37) 前掲拙稿（註16）（一）158頁以下，原告準備書面(17)33頁。
- 38) 井端正幸「米軍ヘリ墜落事件をめぐる諸問題」『真織』創刊号（2004年11月）6頁。
- 39) 琉球大学高良鉄美教授の言。高木吉朗・前掲論文（註33）26頁による。
- 40) なお，沖縄の現実をとおして平和的生存権のもつ意義を明らかにすることを試みた拙稿「沖縄が問う平和的生存権」長谷川正安＝丹羽徹編『自由・平等・民主主義と憲法学』（大阪経済法科大学・1998年）3頁以下への参照を請う。
- 41) 芦部信喜「憲法訴訟における当事者適格 第三者の権利侵害を理由とする違憲訴訟」ジュリスト261～263号（1962年）（同『違法訴訟の理論』（有斐閣・1973年）に所収，55頁以下）。
- 42) 参照，芦部・前掲書（註14）73頁。