

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（14）  
（被告国第2準備書面に対する反論）

2020年2月7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	青	木	有	加
				外35名

本書面では国被告第2準備書面に対して反論する。

## 1 平和的生存権の「内容が不明」という被告国の主張について

被告国は、被告第2準備書面第1・2（1）において、原告ら準備書面（3）・3（2）ア・10頁記載の「平和的生存権とは、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ることなく、恐怖と欠乏を免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」という主張について内容が不明としている。

しかし、準備書面（3）6（2）ア・24頁で主張したとおり、「自由」「平等」等他の憲法上の概念もおおよそ抽象的なもので解釈によってそれが充填されていくものであるにも関わらず、ひとり平和的生存権のみ平和概念の抽象性等のためにその法的権利性や具体的権利性の可能性が否定される被告国の主張には理由がない。その他の憲法上の権利についても、この程度の文言の抽象性は存在しており、この程度の文言に対して、内容が不明として具体的権利性を否定するのであれば、他の憲法上の権利もおおよそ保障されないこととなる。したがって、被告国の上記主張は不合理である。

また、原告らは準備書面（3）3（2）ア・10頁で、平和的生存権に基づいて憲法9条に違反する国の違法行為の差止請求や損害賠償請求が認められる場面を述べ、平和的生存権の具体的権利性について主張した。上記の原告らの主張に対し、被告国は、ただ「内容が不明」と主張するだけで、上記原告らの主張に対する反論をしていない。

## 2 平和的生存権の具体的権利性について

- (1) 被告国は第2準備書面第1・2（2）で、原告らが裁判例に依拠して平和的生存権の具体的権利性が認められると主張していると述べるが、これ

は原告らの主張に対する誤った理解である。原告らは、平和的生存権を認めた主要な裁判例として、札幌地方裁判所1973（昭和48）年9月7日判決・判例時報712号24頁（以下「長沼訴訟札幌地裁判決」という。）、名古屋地方裁判所2007（平成19）年3月23日判決・判例時報1997号93頁（「自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋地裁判決」という。）、名古屋高等裁判所2008（平成20）年4月17日・判例時報2056号74頁（以下「自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決」という。）、岡山地方裁判所2009（平成21）年2月24日判決・判例時報2046号124頁（以下「自衛隊イラク派遣違憲確認等訴訟岡山地裁判決」という。）について記述した（原告ら準備書面（3）・16頁）。

しかし、原告らは、原告ら準備書面（3）で、平和的生存権の具体的権利性について次のとおり法的根拠を主張した。なお、被告国は、ただ「平和は抽象的で平和的生存権の内容が不明」とただ主張するだけで、原告らが主張した法的根拠について何ら反論を何らしていない。

## ア 平和的生存権の憲法上の権利性について

### （ア）日本国憲法第9条について

20世紀戦争・兵器技術の飛躍的発展や戦争の総力戦化により、もはや戦争が合理的な政治的な解決手段ではなくなり、戦争による一般民衆に及ぼす被害が飛躍的に増加した。そして、二度に渡る世界大戦を経験し、戦争の違法化の考え方が強くなった。

また不戦条約（1928年）においては、国家の政策の手段としての戦争を放棄する、としたが、第二次世界大戦で日本・ドイツが自衛権の行使を名分として侵略戦争に乗り出した。第二次世界大戦中の1945年6月の国連憲章において、武力の行使も武力による威嚇も原則的に禁止し、かつ例外的に認められる場合にも限定を付した。日本国憲法第9

条は上述のような近代国際法及び近代立憲主義憲法の進展の系譜の中に存在する。

#### (イ) 日本国憲法前文2段について

反民主主義的で独裁的な体制がしかれ、人民の権利が著しく抑圧されたファシズム国家によって未曾有の第二次世界大戦が引き起こされた。反民主主義的で、人権抑圧的な体制下では、いきおい侵略戦争を阻止しようとする人民の声も抑えられ、国内から侵略戦争を阻止しようとする運動を築き上げることが困難となっていた。こうしたファシズム国家が侵略的で好戦的になることを第二次世界大戦は例証した。こうした例証を踏まえ、戦争を阻止し、平和を確保・実現する為に国内的にも国際的にも人権の保障がなされることが肝要であるという認識が広くされることとなった。ルーズベルト大統領の「4つの宣言」は、言論の自由・信教の自由・欠乏からの自由、国家が住民に健康で平和な生活を保障すること、といった自由の確保・実現と、平和の達成が密接不可分な関係にあることを示唆した。それを踏まえて、同年8月14日大西洋憲章において、平和と人権の関連について「ナチ暴政の最終的な撃滅の後に、両国はすべての国民が各々自らの領土内で安全な生活をいとむための、またこの地上のあらゆる人間が、恐怖と欠乏からの自由のうちにその生命を全うするための保証となる、平和を確立することを願う」と謳われた。

こうした歴史的背景の下で、第二次世界大戦後に確立された国際社会において、平和と人権は相互依存的な関係にあることが一般化し、国際条約などによって確認された。その流れにそって、日本国憲法前文2段末尾で「平和のうちに生存する権利」が確認されたのである。

(ウ) 以上の歴史的背景は日本国憲法前文の「平和的生存権」の直接的起源が、国際的・国内的次元にまたがり、世界・人類社会の視野において、

普遍的な、人間のもっとも基本的な権利の本質をもつことを示している。

#### イ 平和的生存権の裁判規範性

日本国憲法前文は、民主主義・自由主義・平和主義を日本国憲法全体の指導理念として明らかにしており、憲法本文を解釈する場合の基準を示す憲法典の一部である。そして憲法の保障する権利について実定法の留保も訴訟法の留保も存在しない（日本国憲法第11条、第32条、第76条、第81条）から、憲法上の権利は、具体性が確保される限り、直接裁判上の請求権としての性格を持つ裁判規範たる権利というべきである。

#### ウ 平和的生存権の具体的な権利内容、主体、成立要件、法律効果

平和的生存権とは、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ることなく、恐怖と欠乏を免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、第9条および第13条をはじめとする第3章の諸条項が複合して保障している憲法上の基本的人権の基底的权利であるといえ、自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利である。

具体的には、憲法9条に違反する国の行為、すなわち戦争の遂行、武力の行使等や、戦争の準備行為によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危険にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるような場合には、当該違法行為の差止請求や損害賠償請求が認められるべきであるし、さらには憲法9条に反する法律を制定するなどして、上記の事態に至るおそれが生ずることにより苦痛を受ける場合の被害回復のためにも、平和的生存権を根拠として損害賠償請求等の方法により救済を求めることができるものというべきである。

憲法 9 条は、平和を保障する具体的方法を示し、平和の実現を具体的に担保しているのであって、憲法 9 条に違反する国の行為を許さないという点において平和的生存権の外延は明らかである。

### 3 自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決における平和的生存権の具体的権利性を認めた部分について

被告国は、第 2 準備書面第 1・2 (2) イ (イ) において、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決が平和的生存権の具体的権利性について判示した部分について「被侵害利益が存在しないと判断した以上、他の権利発生要件である侵害行為に関する判断をする必要はなかったにもかかわらず、主文の結論に影響しない、いわゆる「傍論」で「平和的生存権」の具体的権利性を肯定した」「先例としての価値はない」と主張する。しかし、上記記述は以下の反論の通り、根本的に誤っていると言わざるを得ない。

#### (1) 自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決は、主文の結論を導く過程での判断で平和的生存権の具体的権利性を認めたこと

自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決の「事実及び理由」は、「第 1 当事者の求めた裁判」、「第 2 事案の概要」、「第 3 当裁判所の判断」、「第 4 結論」で構成されている。「第 3 当裁判所の判断」は、「1」で違憲確認請求及び差止請求の訴えを不適法却下、損害賠償請求を棄却するという結論を記述し、「2」以下で理由が記述されている。そして「2」は、イラクへの自衛隊派遣の違憲性について記述し、「3」で平和的生存権の具体的権利性を認める判示をした。

その上で、「4 (1)」で違憲確認請求について「民事訴訟の確認の利益がない」から「不適法である」とし、「4 (2) ア」で民事訴訟としての差止訴訟について「自衛隊のイラク派遣は行政上の権限による公権力の行使を本質的内容とするもので私人が民事上の給付請求権を有するもので

はないから不適法である」とし、「4（2）イ」で行政訴訟（抗告訴訟）としての差止請求の適法性について、「自衛隊のイラク派遣によって日本において控訴人らの生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされ、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるまでの事態が生じているとはいえない、現時点において、控訴人らの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められない」として、原告適格を否定して不適法とし、「4（3）」で損害賠償請求について「控訴人らの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまで認められるに足りる程度の被侵害利益が未だ生じているということとはできない」、とした。

したがって、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決の「事実及び理由」の「第3 当裁判所の判断」の「4」で違憲確認請求、民事訴訟としての差止訴訟、行政訴訟としての差止請求、損害賠償請求を不適法とした判断は、その前段である「第3の3」において平和的生存権の具体的権利性を認めたことを前提としているのである。つまり、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決において、平和的生存権の具体的権利性を認めた判示部分は、まさに、控訴人らの請求について、主文の結論を導く過程において平和的生存権の具体的権利性を認める判断をした言うべきなのである。

## （2）仮に傍論であったとしても先例としての価値があること

被告国の上記主張は、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決の平和的生存権の具体的権利性を認めた部分は、傍論だから先例としての価値はない、と理解することもできる。そうすると、この被告国の主張の趣旨の前提としては、被告国は、日本法では判例の傍論には先例としての価値はない、という解釈が存在するものと思われる。しかしこの日本法では判例の傍論すなわち（オビタ・ディクタム）には先例としての価値はない、と

いう被告国の解釈は誤っているというべきである。以下詳述する。

#### ア 日本法は判例法主義ではないから判決理由と傍論を区別する意義は乏しいこと（甲B11）

成文法主義である日本法においては、法典、制定法が法の土台であり、裁判官の判決、判例はそれを捕捉するものと考えられている。一方で、イングランド（以下「英国」という。）等が採用する判例法主義においては制定法はあくまでも判例法を補うものとして位置付けられている。

現代の英国でも、法の基本的な部分の多くは判例法によって定められている。例えば英国の契約の成立についての主要なルール、原則のほぼすべては裁判所の判決に基づいていて、それらの判決の多くは19世紀に下されたものであるが現代でも効力を持っている。刑法の分野では日本の刑法典に相当するものはない。

そして、法典・制定法と判例法の関係が、成文法主義と判例法主義ではちょうど逆になっているといわれている。

判例法主義では判例の先例拘束性の原則は、判例に事実上の拘束力があるという日本のそれよりもはるかに強力である。

英国では、1つの判決が下されると、その判決において示されたレイシオ・デシデンダイ（ratio decidendi、判決理由）は、将来の類似の事件に対して拘束力を持つ。裁判の度に先例が変更されると法的安定性の面で重大な問題が存在するため、英国では最高裁判所の判決は、より下級の裁判所とともに基本的には最高裁自身も拘束する。

判例法主義ではこのようなかかり強力な先例拘束力があるためレイシオデシデンダイ（判決理由）は裁判官が当該事件で重要なものと扱った事実とそのような事実に基づいてくだされた結論のことであるとされている。

対して、判決のオビタ・ディクタム（傍論）は、レイシオデシデンダイ（判決理由）と区別されるのである。

つまり、判例法主義の法の強力で厳格なレイシオデシデンダイ（判決理由）の先例拘束力があるから、レイシオ・デシデンダイ（判決理由）とオビタ・ディクタム（傍論）は区別される意義があるのである。

これに対し、成文主義の日本法においては、判例には上記のような強力で厳格な拘束力はなく、あくまで、判例は制定法を捕足するものであるから、レイシオデシデンダイ（判決理由）とオビタ・ディクタム（傍論）という区別も、両者を区別した上で先例的価値を測る意義は乏しいのである。

したがって、日本法において判例の先例的価値をレイシオデシデンダイ（判決理由）かオビタ・ディクタム（傍論）かによって測り、オビタ・ディクタム（傍論）の場合は先例としての価値は乏しいという被告国の理解は、日本法が成文法主義であるという点からも誤っていると言わざるを得ない。

## イ 本訴訟における被告国の主張の矛盾

上記のとおり、被告国は日本法では判決の傍論には先例としての価値はないという解釈をとっているものと思われる。しかし、次のとおり被告国が自身の主張を補強するために答弁書及び準備書面で引用した判決の箇所についても傍論部分で示された判断が含まれている。すなわち、答弁書・53頁において引用した最高裁判所1989（平成元）年6月20日第三小法廷判決は、私法上の行為に憲法9条は適用されないという理由で上告を棄却した上で、平和的生存権に関して意見を述べたのである。第2準備書面・6頁で引用した札幌高等裁判所1976（昭和51）年8月5日判決は、被控訴人の訴えの利益欠缺を理由に訴えを却下したのちに、平和的生存権について傍論部分で意見を述べたのである。

したがって、平和的生存権の具体的権利性を否定する被告国の主張を補強する場面では、被告国も判決の傍論でも先例としての価値があると解釈しており、被告国の主張は本訴訟の中で矛盾している。

#### ウ 傍論での憲法判断について

日本では従来から傍論で憲法判断を行ってきた。

皇居前広場使用禁止事件の最高裁判所判決（最大判1953（昭和28）年12月23日民集7巻13号1561頁）は、当該原告が1951年11月に1952年5月1日メーデーのための皇居外苑使用許可申請をしたところ、1952年3月13日に不許可処分がなされたため、原告が上記不許可処分取消を求め訴え提起したものである。最高裁判所は不許可処分に対して訴えを起こしても、集会期日の1952年5月1日が経過したことにより判決を求める法律上の利益を喪失したということをも理由に上告を棄却した。もっとも、上記結論の後に、いわゆる傍論部分で、不許可処分が憲法21条及び28条に違反しないことを判示した（甲B12）。

朝日訴訟（1967（昭和42）年5月24日民集21巻5号1043頁）の最高裁判所判決は、上告人が1963年11月20日に上告したものの、翌1964年2月14日に死亡しており、最高裁判所は、生活保護受給権は一審専属の権利であるから上告人死亡によって消滅し、相続の対象にならないから訴訟の承継を否定し、上告を棄却した。もっとも、最高裁判所は、傍論で憲法25条1項の規定はすべての国民が健康で文化的な最低限度の生活を営み得るように国政を運営すべきことを国の責務として宣言したにとどまり、直接個々の国民に対して具体的権利を付与したものではない等、憲法判断をした（甲B13）。

中曽根康弘内閣総理大臣（当時）の靖国神社公式参拝違憲訴訟について、福岡高等裁判所1992（平成4）年2月28日判決（判例タイム

ズ778号88頁)は、「宗教団体であることが明らかな靖国神社に対し「援助、助長、促進」の効果をもたらすことなく、内閣総理大臣の公式参拝が行われうるかは疑問である」と述べた(甲B14)。また、大阪高等裁判所1992(平成4)年7月30日(判決判例タイムズ789号94頁)は、「本件公式参拝は、憲法20条3項、89条に違反する疑いがあるというべきである。」とした(甲B15)。

小泉純一郎内閣総理大臣(当時)の靖国神社公式参拝違憲訴訟について福岡地方裁判所2004(平成16)年4月7日判決(判例タイムズ1157号125頁)、大阪高裁2005(平成17)年9月30日(訟務月報52巻9号2801頁)は、傍論で憲法判断に踏み込み、参拝は行為の外形において国家賠償法1条1項にいう「職務を行うについて」なされたものと認定し目的効果基準に拠って参拝行為の宗教的意義性を認め内閣総理大臣の参拝は憲法20条3項によって禁止されている宗教的活動であると判断した(甲B16、17)。

総理大臣による靖国神社公式参拝に関する上記4つの判決は、いずれも宗教的人格権等が権利保護の対象とはならないことを理由に原告らの請求棄却・控訴人らの控訴棄却としたが、傍論で公式参拝が政教分離原則に違反する疑いがある等、判示したと評価されている。

このように日本の裁判所は、これまでもいわゆる傍論部分で憲法判断を行ってきたのである。

そもそも近代以降の憲法は国家権力の暴走に歯止めをかけるために存在している(立憲主義)。日本国憲法は自らを国の最高法規としそれに違反する法令等を否定し、三権分立制を採用して裁判所に法令の違憲審査権を付与しているのだから、裁判所は具体的な法的紛争においてたとえ請求を認容しなくても、違憲判断が下せるときには、判断を示すことが望ましいともいえる。

このように日本の裁判所による、いわゆる傍論部分での憲法判断が担ってきた役割は大きいことからしても、被告国の、「傍論での判断である場合は先例的価値が低い」という主張は誤りである。

#### 4 自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決に対する憲法学界の反応

本書面2で述べた通り原告らは、日本国憲法に基づいて平和的生存権の具体的権利性が認められると主張している。そこで、最後に、被告国が第2準備書面において、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決が先例として価値がないと繰り返し述べ、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決の影響を誤導していることから、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決の憲法学界の反応を紹介してこれに反論する。

(1) 自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決は有力な法律雑誌において、2008年度になされた重要な憲法判決として、紹介された。

##### ア 2009年2月20日発行の判例セレクト

2009年2月20日発行の判例セレクトにおいて中島徹教授は、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決について、イラクにおける航空自衛隊の活動を違憲・違法と判断し、平和的生存権の具体的権利性を認めた判決と解説した(甲B18)。

イ 2009年5月発行の法律時報判例回顧と展望2018版において小山剛教授らは、平和的生存権を定義し具体的権利性を肯定した2008年度の注目すべき平和主義に関する憲法判例として、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決を紹介した(甲B19)。

ウ このように自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決は憲法学界から非常に注目され、特に平和的生存権の具体的権利性を認めた判決として紹介されているのである。

##### (2) 判例評釈

**ア 2008年10月25日発行の速報判例解説**

2008年10月25日発行の速報判例解説において上脇博之教授は、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決が平和的生存権の具体的権利性を認めたことを画期的であると述べた（甲B20）。

**イ 2008年11月15日発行の国際人権 No. 19 判例紹介**

2008年11月15日発行の国際人権 No. 19 判例紹介において小林武教授は、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決について、平和的生存権の具体的裁判規範としての性格を具えた権利であることを明瞭に肯定した画期的意義があると評価した（甲B21）。

**ウ 2009年4月10日発行の平成20年度重要判例解説**

2009年4月10日発行の平成20年度重要判例解説ジュリスト No. 1376 で渋谷秀樹教授は、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決の意義として、平和的生存権の具体的権利性を認めたことを紹介し、平和的生存権を具体的に執行可能な権利と明言した意義は大きいと述べた（甲B22）。

**エ 2010年2月15日発行判例タイムズ No. 1313**

2010年2月15日発行判例タイムズ No. 1313 は、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決の特徴として、平和的生存権を認めたと解説した（甲B23）。

**5 最後に**

原告らは準備書面（3）において、日本国憲法によって平和的生存権の具体的権利性があることを主張し、憲法学界の研究成果と共に平和的生存権の具体的権利性を認めた判決の一つとして自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決を紹介した。上記原告らの主張に対し、被告国はただ平和的生存権の「内容が不明」という反論するだけで、日本国憲法によって平和

的生存権の具体的権利性が否定される論拠を何ら主張していない。そして被告国は、平和的生存権の具体的権利性を否定した裁判例を、傍論部分でそのように判断したものも含めて引用しつつ、自衛隊イラク派遣差止訴訟名古屋高裁判決が、平和的生存権の具体的権利性を認めた判断は傍論部分であるから先例としての価値はない、と主張した。しかし、前述の通り、そもそも成文法主義の日本法において、判決理由（レイシオ・デシデンダ）と傍論（オビタ・ディクタム）を区別する意義は乏しく、日本の裁判所がいわゆる傍論において憲法判断をし、役割を果たしてきたことからしても、被告国の傍論部分であるから先例としての価値はないという主張は誤りである。したがって、結局被告国の主張である平和的生存権の具体的権利性を否定する主張には根拠がなく、裁判例から見ても、原告らが主張するとおり、日本国憲法によって平和的生存権の具体的権利性は認められるものと言うべきである。

以上