

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（17）

（平和的生存権に対する反論）

2020年7月3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

目次

1	被告国の訴訟戦術批判	3
2	被告国の判例・学説の扱い方の問題点	3
3	平和的生存権をめぐる判例と学説の到達点	6
	（1）平和的生存権をめぐる学説・判例の議論	6
	（2）憲法前文の裁判規範性	7
4	「平和のうちに生存する権利」規定の法的性格	17
	（1）平和的生存が「権利」とされたことの意味	17
	（2）「裁判規範」の解し方	18
	（3）平和的生存権が裁判規範たる権利であること	20
5	イラク自衛隊派兵差止訴訟名古屋高裁判決以前の平和的生存権に関する下級 審判決	28
	（1）市民平和訴訟（東京地1996年5月10日判時1571号62頁判決）	28
	（2）イラク訴訟各地裁判決による進展	29
6	名古屋高裁判決の意義	32
	（1）自衛隊運用の9条1項違反	32
	（2）平和的生存権にもとづく訴求の肯認	34
	（3）9条と平和的生存権の連結的理解	36
7	流れを強めた岡山地裁判決	37
8	平和的生存権をめぐる裁判所の動向	39

1 被告国の訴訟戦術批判

被告国は、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、違憲の立法行為であり、その違憲の立法行為を前提にして違憲の行為を重ねているとの原告の主張事実について認否もせず、正面から反論を行おうとしない。しかも、本件で原告が違憲と主張しているのは立法行為の違憲だけでなく、当初から当該立法に基づく具体的な自衛隊の行為の違憲性を主張している部分についても、同様に違憲性についての論争を避け続けている。被告国が選んでいるこうした法廷戦術は、原告ら市民を実質上裁判過程から閉め出すものである。本件で争われているのは、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。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、被告国が主張するほど単純なものではない。

2 被告国の判例・学説の扱い方の問題点

- (1) 被告国の主張は、主として裁判例やわずかな学説に語らせた部分が大半を占めているが、その引用する裁判例や学説の扱いは、適切なものではない。以下、具体的に指摘する。
- (2) 被告が最も中心的に依拠している最高裁判例についても、被告が引用す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。被告は、「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」というが、平和的生存権を肯定する学説も本件の原告も、もともと、「平和」について、そのみを孤立させて論ずる方法を取っていない。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。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，という点にとどまっており，平和的生存権が他の場面でいかに働きうるかについてはふれていないのである。

なお，この点，被告も引用する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〔『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〕があるが，同判決の射程範囲は上記のとおりであり，この解説は同判決を正解したものではない。

（３）被告主張の最高裁判例の引用で疑問なのは，長沼訴訟上告審判決（最判1982.9.9民集36巻9号1679頁）に言及していない点である。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」として否定した上で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，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のである。この最高裁判決は，平和的生存権について最高裁がいかなる見解を有しているかを明確にするためには，不可欠の素材のはずである。しかるに，被告が，長沼上告審判決を無視するのは，極めて恣意的であるといわざるをえない。

（４）被告の学説の取り上げ方も疑問がある。

ア 取り上げられているひとは，伊藤正巳『憲法（第3版）』（弘文堂・1995年）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、ここでは、「〔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、およびこの上告審判決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（165－166頁）、肯定説との対論をとおして否定説を弁証しようとしたものではない。

イ もうひとつ被告が、佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』（三省堂・1991頁）を「同旨」として挙げていることについても、その不正確さを指摘せざるをえない。被告は、おそらく、同書の「〔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（27頁、佐藤執筆）を念頭においたのであろうが、この論者の説くところは、それほど単純ではない。

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）』（青林書院・1992年）に詳しいが、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」（646頁）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」（647頁）、としているように、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」（樋口『憲法〔改訂版〕〕〔創文社・1998年〕144頁）という見地と相通ずるものと解される。

- （5）以上のとおり被告の判例・学説の取り扱い方は、ともに粗雑だという批判を免れないものであることが明らかである。

3 平和的生存権をめぐる判例と学説の到達点

（1）平和的生存権をめぐる学説・判例の議論

被告の平和的生存権をめぐる主張が粗雑であることを述べたが、それは他地裁での本件と同種事件に対する判決に同様の批判があてはまる。特に目立つのは、これら判決例が平和的生存権を巡り積み重ねられてきた判例及び学説の到達点を全く踏まえていない点である。その多くは、被告の主張を無批判に繰り返しているに過ぎず、明らかに学問的にもすでに克服された誤った解釈をしていることが目立つ。現時点で平和的生存権についてその具体的権利性を云々する以上、学説上の憲法前文の法規範性を巡る論争、「曖昧であ

る」と批判する平和的生存権を巡って肯定説内部でどのような対立があり、それは権利性を否定するようなものであるのか、長沼事件一審判決以降に平和的生存権を巡り争われた事件について正面から平和的生存権が争われた事件で、どのような判断を各裁判所が行ってきたかを正確に把握し、その積み重ねの上に立って、自衛隊のイラク派兵差止訴訟に関して、名古屋高裁が平和的生存権の具体的権利性を認める判決を下したことを踏まえた上で、判断されなければならない。さらに自衛隊のイラク派遣を巡る訴訟は全国各地で闘われ、その各地裁判決では、平和的生存権の権利性について、それまでとは異なり具体的な権利性を肯定する地裁判決があり、名古屋高裁判決は、これらの地裁判決を踏まえて平和的生存権の権利性を肯定した。そして、名古屋高裁判決にとどまらず、同事件の岡山地裁判決は、平和的生存権について具体的権利性が認められる場合について、より一步進める判決を言い渡したのである。被告の主張及び本件と同種事件の他地裁の判決はいずれも、これらの平和的生存権を巡る裁判例の経緯や到達点も踏まえず、10年以上時代を遡らせたような議論を今日も繰り返している。憲法9条が日本国憲法にとって特別の意味を有する条項であること、今日、その憲法9条を潜脱したと評価されるような違憲の行為がなされたことを批判して起こされた事件を裁く裁判所としてこのような判断を行うことは到底許されることではない。以下、誤解されていると思われる、前文の裁判規範性をめぐる学説・判例の展開と平和的生存権に関する百里基地東京高裁判決の理解、平和的生存権を巡る学説、判例のその後の展開を説明し、被告の主張の誤りを批判する。

(2) 憲法前文の裁判規範性

憲法前文の裁判規範性について、同種事件の札幌地裁判決、東京国賠事件判決、大阪判決、東京差止判決、高知地裁判決はいずれも憲法前文の裁判規範性を一般的に否定するのが当然と考えているかのような判断をしている。しかしながら、これは明らかに学説や判例の動向を踏まえないものと言わな

ければならない。

ア 憲法前文の法的性格

(ア) 前文の法規範性

比較憲法的にみて、憲法典の前文がいかなる法的性格をもつかは、各国の憲法それぞれの制定の背景に規定されて区々であり、一律に扱うことはできず、各々の内容に即して判断しなければならない。

日本国憲法の場合、その前文は、戦後のわが国が拠って立つべき憲法の原則を、民主主義・自由主義・平和主義という形で定めたものであり、憲法典全体の指導理念を明らかにし、少なくとも、憲法本文を解釈する場合の基準、また、立法がなされる場合の準則を示したものとして、憲法典の内容の一部を成す。またそれゆえ、前文の改正も、当然に憲法96条の改正手続によるべきであると考えられる。前文がそのような次元で本文とともに法規範としての性格を有することは、制定の当初から、学説上争いのないところであった。

(イ) 前文の裁判法規範性

① 問題の所在と「裁判法規範性」の定義

問題は、前文が上記の意味の法規範性を有することを前提にしつつ、それがさらに裁判規範としての性格までそなえたものであるか否かである。すなわち、裁判所が直接に前文を適用して法律・命令などの合憲性を判断しうるかの問題であり、また、前文が、違憲審査の際の判定基準として裁判所によって適用されるものであるかどうか、いいかえれば、裁判所に与えられる「憲法に適合するかしないかを決定する権限」（81条）にいう「憲法」に該当するかどうかという問題である。

日本国憲法の前文は、基本原理を宣明するものとして憲法典の一部を形造っており、その運用は、本文各条項と一体の形でなされるのがむしろ本来の姿であって、「それ自身直接に」運用されるのは、本文に欠缺のある

場合に限られる。前文の裁判規範性は、本文各条項と一体の形で裁判所により執行される場合も含め、前文の裁判規範性が論じられるべきである。

② 前文の裁判規範性の存否

前文の裁判規範性をいかに解するかについては、次のように見解が分かれていた。

たとえば、佐々木惣一説は、「前文が、この原理に反する一切の憲法…を排斥するというのは、これらのものの存在を否定するという事実上の政治方針をいうのであって、これらのものを法的に無効とする、という法上の効力をいうのではない」と説き（佐々木惣一「日本国憲法論」昭和24年有斐閣150頁）、法規だが政治的宣言の意味しかない部分を認めていた。

他方、清宮四郎説は、日本国憲法前文は「根本規範または憲法の憲法とでも名づけられるべき規範的性質をそなえたものとみなされる。それは、国家の組織及び作用並びに国民の地位及び権利・義務についての窮極の基準を示すものであり、国家機関にとっても、一般国民にとっても、憲法を解釈し、適用する場合の最高の基準とされるべきものであって、それ自身また憲法的性質をもつものである。いな、憲法そのものの基礎となり、核心をなす本質的な部分である。…前文は、民主主義の基本原則を『人類普遍の原理』とみなし、『これに反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。』といている。たとえ憲法改正手続をもってしても、基本原則を動かすことを許されず、憲法改正行為にもこのような法的限界がある、というのである。憲法改正作用以下の段階における、立法、司法および行政作用が、それによって、拘束されることは当然である。このようにみてくると、前文は、たんに憲法の由来や目的を宣言するのではなく、国家及び国民の行態を窮極の要点において拘束する根本規範として、それ自身法的性質をそなえているものであり、したがって、それに反する行為は違憲の行

為とみなされなければならない」と論じていた。

③ 裁判規範性否定説

裁判規範否定説の中で最も影響力が強いとされる大西芳雄教授は日本国憲法の前文については、それが法的に無意味なものではないことは明らかだが、その性格いかんをめぐっては学説による解明は進んでいない、として、前掲の佐々木・清宮の両説を俎上に載せ、佐々木説及び清宮説を批判した上で、前文の裁判規範性については、「前文は憲法法規の段階構造の中で最上位の根本規範であるから、その下位にある各条文の規定の内容を限定する枠であり、したがって、具体的事件に直接適用される裁判規範ではないが、各条文の規定の解釈基準であり、形式的効力としては、1条以下の各条文の妥当性の根拠であるから、96条の憲法改正権の限界の外にある」とする否定説を採り（大西芳雄「憲法要論」有斐閣38頁）、次の理由を挙げる。①前文の内容は抽象的であって、明白な限界を画するような具体性をもっておらず、いわば一般条項的である。たとえば、前文は「自由のもたらす恵沢を確保し」というが、その具体的内容はすべて各条文にゆづっている。したがって、まずもって裁判基準となるのは本文各条文であって、抽象的な前文の規定を直接適用することはできない。②消極的な理由であるが、一般に、すべての法規が直接裁判規範であるとは限らない。殊に、憲法法規中に多数ある組織規範は、法規であるが必ずしも裁判規範ではない。③前文を憲法法規中の最上級規範とみるなら、前文は各条文の意味を定める枠、すなわち解釈基準としての役割をもち、裁判の基準となるのは具体性をもった各条文であって前文ではない。ただ、本文に欠缺がある場合には前文が直接適用されるという結論が理論的には出されるが、具体的にはそうした欠缺があるとは考えられないから、実際にはその問題の起る余地はない、とする（大西芳雄「前文の内容と効力」有斐閣、憲法講座1巻172頁、大西前掲書37～38頁）。

④ 裁判規範性否定説批判

しかし、裁判規範性否定説は認めがたい。

まず問題となるのは、ある規定が「最上位規範として他の諸規定の妥当性の根拠となり、それゆえにそれらの解釈基準となる」ということは、その規定が裁判規範となりえないことを意味するものではない。問題は日本国憲法が前文の効力をどのように定めていると理解するかである。この点、まず、前文の全体について裁判規範性を否定する議論は成立しがたいことが確認されなければならない。もとより、裁判規範否定説をとる大西説も、前文が前文という形式をとっているがゆえに裁判規範性を有しない、という論理ではない。先に述べたとおり、大西説は、前文は最上位の基礎的規範であって他の規範の妥当性の根拠であり、それゆえ解釈基準としてはたらくものであるから裁判規範とはいえない、とし、また内容上も前文は抽象的・一般条項的で具体性を欠いているから、その点でも裁判規範とはなしがたい、とする。しかしながら、この論法は、少なくとも日本国憲法の前文については妥当しえない。

すなわち、まず憲法の基本原理を宣言した最上位規範は、前文においてのみ表示されているのではない。たとえば、日本国憲法の基本原理は、国民主権、基本的人権の尊重および平和主義であるとされるところ、そのうち基本的人権の尊重の原理は、前文においては少なくともそれ自体としては、明示的には規定されていない。その点で、本文において基本的人権尊重の原理を明示的に規定した11条、12条や97条が、上記の意味での最上位規範として扱われるべきであるといえる。

また、前文を構成している各規定も、それぞれに抽象性、逆にいえば具体性・特定性の程度が相当に異なる。たとえば、「日本国民は…人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚する」などの規定は、抽象度がかなり高いが、他方、「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権利を有する」との規定は、本書面において主張するように、具体性・特定性をそなえたものとみることができる。なお、他方、憲法本文各条項中にも抽象性の強い規定・文言が存在しないわけではない。たとえば、「公共の福祉」などはその代表格ともいえるもので、今日では、これが人権制約の原理として直接に用いることは正当とは考えられておらず、具体的な各種の違憲審査基準がこれを補完し、ないしとって代って援用されていることは、周知のところである。要するに、前文の裁判規範性の存否のテーマは、本文の条項ともども、各規定がその内容において具体性・特定性をどの程度にそなえているかで判断されるべきものである。

次に、前文の裁判規範性を論じる場合の、本文との関連のさせ方の問題である。第一に、大西説も、前述のとおり、本文の欠缺のある場合には前文が直接適用されうることが理論的には認められるとする。しかしながら、こうした場合に前文が違憲審査のために直接適用されることは、理論問題であるにとどまらず、現実にも当然になされるべきことと解され、そこでは、前文の当該規定は明らかに裁判規範性をもつことになる。なお、大西説では、「本文に欠缺があるとは実際には考えられない」というが、これについては、本文各条項を、そこには欠缺がないとするほど柔軟に扱うのであれば、そのように扱われた本文各条項の解釈基準として前文を用いることによって、直接適用したのと同様の効果を導くことになる、との指摘がなされており、説得的である。

第二に、大西説では、解釈基準である規定は裁判規範ではない、という形の議論がなされているが、これも、実際の規範の機能を正しくとらえていないものである。たとえば、前文の「平和のうちに生存する権利」を含む第二段の規定は、9条の解釈基準として有力な役割を果たすとともに、

のちに詳述するように、この平和的生存権自身が、平和主義実現のための法的課題に関して、9条と協働して、また9条がカバーしえない部分については独自で、裁判規範として機能するからである。

第三に、大西論文では、前文の規定は抽象的で、その具体的な内容は本文各条項で展開されているから、裁判規範となるのはもっぱら本文各条項である、との理解がなされているが、これも十分に説得的ではない。たとえば、前文の「恐怖と欠乏から免かれる権利」についてみれば、たしかに、その具体的内容は本文第三章の個別諸人権の中で展開されているが、同時に、たとえばとくに不当な退去強制からの自由といったテーマは、この前文の規定によくなじむものといえる。そうした場合、その内容が本文各条項で具体化されているような前文の規定も、これを本文の規定と併せて用いることは、裁判においても、可能かつ有益であると思われる。

以上の通り、全体として、大西説の前文についての解釈論は、かなり形式的な峻別の思考が強く、妥当でないといわざるを得ない。

⑤ 裁判規範性肯定説

今日、前文の裁判規範性肯定説は、多数の学説の説くところとなっているが、その主張は概ね原告の上記主張と同旨である。すなわち、①前文と本文の抽象性の相違は相対的なものにすぎないこと、②前文の憲法原則が本文に具体化されていることをもってそれだけで前文には裁判規範性がないとすることは正しくないこと、③本文に欠缺があるときには前文が直接適用され、また平和的生存権のような根本原則に違反する国家行為は直接前文を適用して違法と判断すべきであること、などである。加えて、前文であるがゆえに裁判規範性がないとするなら、その立場は、憲法76条3項、81条、99条等との関係で合理性を欠く、とする指摘もある。

ここでとくに注意したいのは、大西説がそうであるように、否定説も前文が本文各条項の解釈基準となることや、また理論的には本文の欠缺のあ

るときは前文の直接適用があることを承認するのであるから、肯定説と否定説は必ずしも相容れないものではないということである。つまり、両説の対立は、「本文各条項の解釈を厳密・限定的に行うか、柔軟・弾力的に行うかという憲法解釈の態度・方法の問題」に帰着するのである。

(ウ) 前文の裁判規範性をめぐる関係裁判例

- a 前文の裁判規範性をめぐる判例については、その読み方自体も否定説と肯定説で異なっている。しばしばとりあげられるのは、以下の三つの最高裁判例であるが、大西説に代表される否定説は、それらについて、次のように解釈する。

まず、①1950年10月25日大法院判決（刑集4巻10号2166頁）であるが、上告趣意が憲法37条の「公正な裁判所の裁判」とは陪審裁判を要請するものであり、それは前文に「〔国政の〕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」とあることから当然であると主張したのに対し、大法院は、「憲法第37条および前文は陪審による裁判を保障するものではない。その他民主主義国家であるからといって必ずしも陪審制度を採用しなければならぬという理由はない」と判示した。これについて、否定説は、上告趣意が37条の解釈基準として前文を援用したのに対して、判旨も、解釈の結論は異なるが、援用それ自体には反対しなかったことを意味するにすぎない、と解している。

また、②1952年5月13日第三小法院判決（刑集6巻5号763頁）は、上告趣意が、上告人の所属する団体は暴力行為等処罰に関する法律1条に該当するとした原審の判決は、右団体が憲法前文に掲げられている趣旨と一致する目的をもって成立し行動している事実を無視したものであって、前文および97条1項に違反すると主張したのに対して、そのような主張は「帰するところ、独自の見解に立って、原判決の事実認定ないし法律の解釈を非難するのであって、刑訴405条の上告理由にあたらない」

としたものである。これについても、前文は具体的事件に直接適用されるのではなく、本件は法律の解釈・適用として処理されるべきであると判示したものである、というのが否定説の読み方である。

そして、③1959年12月16日のいわゆる砂川事件上告審大法廷判決（刑集13巻13号3225頁）は、「アメリカ合衆国軍隊の駐留は、憲法9条、98条2項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない」と判示した。否定説は、これについても、判決は米軍駐留の9条適合性を論ずるにあたって前文を援用しているのであり、つまり、裁判規範として直接用いられているのは9条で、前文はその9条解釈の指針・基準としてそこに遡っているものであって、それを直接に裁判規範としているわけではない、と解釈している。

- b しかしながら、①の判旨は、陪審制度不採用が憲法に違反しないとするこの直接の根拠として前文を援用したものとみるのが自然であるし、②は、法律の——憲法と関連させない——解釈のみで事案を処理したというにすぎないものであって、前文がもっぱら本文各条の解釈基準にとどまるとの判断を示したものではない。また③については、むしろ明瞭に前文の裁判規範性を肯定した事例とみることができる。そのことは、上記引用部分のほかに、「われら日本国民は、……わが国の防衛力の不足は、これを憲法前文にいわゆる平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼することによって補ない、もってわれらの安全と生存を保持しようと決意したのである」と述べて、前文第二段の「平和を愛する諸国民の……」以下の規定を積極的に援用し、それ自身を駐留米軍の合憲性審査の準拠として扱っていることで、より明らかである。また「合衆国軍隊の駐留は、憲法9条、98条2項および前文の趣旨に適合こそすれ、これらの条章に反して違憲無効であることが一見極めて明白であるとは、到底認められない」との判示は、

前文の関係部分について本文と同等の裁判規範性を認めたものと読むのが自然な判例解釈であって、これを「憲法9条を適用するについて、前文をその解釈基準として引合に出した」ものと解するのは、いささか強引の感をぬぐえない。さらに、④最高裁1963年3月12日判決（民集17巻2号318頁）のように、「地方税の賦課徴収権が納税者訴訟の対象となるべき財産に含まれないと解しても、主権在民を宣言した憲法前文に違反しない」としたものもある。

以上からすれば、最高裁の裁判例を、否定説の側にひきつけて解釈することは正しくなく、むしろ憲法前文がもっぱら解釈基準にとどまる旨を示していない（②判決）のみならず、むしろ前文に本文各条項と同等の裁判規範性を認めた判示になっている。（①・③・④各判決）とみるのが自然である。

- c 下級審判決の中にも、前文を直接に適用した例がある。東京地裁1957年4月25日判決（行集8巻4号754頁）は、出入国管理令24条により退去強制を命じられて収容されていた外国人の釈放を人身保護法にもとづいて請求した事件について、「およそすべての人は、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権利を有するとのわが国憲法前文第二段の宣言はわが国内に滞留する外国人に対しても当然にその適用があると考えらるべきである」としたうえで、「現在日本において平和に生活が続けている者に対し退去強制をすることによってそれらの者が直ちに生存することすら脅かされることが明らかな場合に、それらの者の滞留が在留資格を失った後の不法なものであっても、これに対し退去強制をすることは許されない」とした。前記の大西説は、この判決に対して、「本件は人身保護法の問題であり、憲法問題であるとしても本来なら31条を適用すべきところ、それを履践しなかったもので法論理的に飛躍のある誤った判決である」、と批判するが、同判決が憲法前文について、その裁判規範性を

明確に肯定し、かつそれを正当に解釈したものであることは疑いのないところである。

(エ) 小結

以上のような検討に基づくならば、少なくとも、前文が前文であるがゆえに裁判規範性をもちえないとすること、またしたがって前文全体が裁判規範でないとするのは、正しくない。結局、憲法前文の裁判規範性の問題は、前文を形造っている個別の規定に即して、それぞれの内容に特定性・具体性があるか否かという形で論じられるべき性格のものであり、特定性・具体性をそなえている場合、そこに裁判規範性が肯定されることになる。したがって、平和的生存権についても、それが裁判規範たりうるかどうかは、その規定内容が憲法典全体の中で具体性、つまり個別的な特定性・明確性をそなえているかどうかの問題となる。

4 「平和のうちに生存する権利」規定の法的性格

(1) 平和的生存が「権利」とされたことの意味

以上のように、憲法前文の裁判規範性の存否は、前文を全体として一律に論じるのではなく、前文の諸規定を各別に眺めて、それぞれの具体性の有無を検討し、それによりその存否を判断すべきであることになる。したがって、平和的生存権、すなわち、前文中の「平和のうちに生存する権利」規定についても、その具体性いかに問題となる。

ここで注意すべき点がある。それは、憲法が、平和のうちに生存する「権利」との語を用いていることである。それゆえ、前文の裁判規範性を否定的に解しつつも、前文で『権利』として明言されている平和的生存権についてだけは、学説による精密化が進めば、将来、裁判所によって執行可能なものとして直接適用せられることもありうるとして留保する見解も存在するのである。

より重要な点は、憲法典が平和のうちに生きることを「権利」と明言していることの意義にある。すなわち、法理上、実定憲法が或る事項を「権利」と定めた以上、それは、たんなる理念ないし政治宣言ではなく、公権力と国民の間の法的関係——権利＝義務関係——の問題となる。したがって、平和のうちに生きる「権利」については、国民の側からすれば、平和のうちに生きることを、国家が平和政策を行なったことの反射的利益としてではなく、法に裏打ちされた資格をもって自ら積極的に主張・要求することができ、他方、国家の側は、平和政策の遂行を国民に対する関係で義務づけられるのである。そしてまた、「権利」とされた事項は、裁判所によって救済・実現されるのでなければならない。以上が原則である。かかる原則からすれば、憲法前文にわざわざ「権利性」が明記されている平和的生存権については、原則的には裁判規範性があるというべきであり、格別の理由あるいは反証がないかぎりはその裁判規範性を否定することはできないというべきである。

(2) 「裁判規範」の解し方

平和的生存権についてその裁判規範性の存否を論じる際、前文一般の場合で論じたのと同様に、何をもって「裁判規範」とみるかという用語の点について、留意しておくべき問題点があるように思われる。

たとえば、ある有力説は、本来「権利」ないし「権利性」という場合、「抽象的（理念的）な権利」ではなく、「法的な（実定法上の）権利」を指し、またそうであるためには、それが裁判所を拘束する規範でなければならない、という。すなわち、「権利」＝「実定法上の権利」＝「裁判規範」と解し、次のごとく論じる。「『権利』とは実定法規範によって個人に一定の個別的・具体的な内容の利益が認められ、それによって個人が相手方（その利益の実現の義務を負う者）にその実現を要求する力を与えられたときに成立する。そしてその実現が妨げられた場合には裁判によりその実現が保障される。そこに、その実定法規範が裁判規範として裁判所を拘束することとなる。

憲法の条項のなかには基本的人権についての右の実定法規範（裁判規範）たるものが存在する（特に自由権規定）が，さらにそれを具体化する実定法は法律であり，したがって，法律によって右の権利が十分に保障されることとなる。以上の考え方が『権利』ないし『権利性』についての伝統的な法理論であることは認めなければならない」。それゆえ，「平和的生存権の『権利』性を主張しようとしてなされる前記の伝統的な法理論を克服する『権利』理論の構成の試みは今日の訴訟法体系を含む実定法体系が右の伝統的な法理論に基づいて形成されていることからきわめて困難であろう」とするのである。

しかしながら，このような「権利」論は，あまりに伝統的法理論に固執したものであって，妥当でない。すなわち，まず，平和的生存権が裁判規範性を有するか否かの論点は脇に置くとしても，直接の裁判規範性の有無を権利性の有無を分ける決め手とすることは狭すぎるものであって，実定憲法典が「権利」と明定しているにもかかわらず具体化のための法律が制定されていないことをもって直ちに実定的権利でないとするのはできないはずである（しかも，平和的生存権は，前文に直接の憲法上の根拠を有することにとどまらず，後述のとおり，9条および第3章各条項によって内容を充填され，ないし具体化されている権利である）。

そして，とくに，こうした伝統的理論が，憲法上の権利が裁判規範性を有する権利であるためには現行の訴訟法体系によって支えられていることを要すると解しているのは，憲法が保障しているはずの権利を法律のレベルに格下げするものである点で，根本的な謬論といわなければならない。すなわち，まず，日本国憲法11条は，「国民は，すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は，侵すことのできない永久の権利として，現在及び将来の国民に与えられる。」と定めて，明治憲

法の採っていた権利保障における「法律の留保」を否定している。そして、32条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利は奪はれない。」と規定し、裁判の対象となる権利を制限していない。また、76条が司法権の裁判所への帰属を定めたのを受けて、81条が、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定するが、ここでも「法律の留保」はなされていない。このように、憲法上は、憲法の保障する権利に関し、その侵害の排除や権利・利益の回復を訴訟によって求めることについて、それを否定するいわば「実定法の留保」も、また「訴訟法の留保」も存在しないのである。結局、憲法上の権利は、その具体性が確保されるかぎり、直接裁判上の請求権としての性格をもつものであり、実定法律と訴訟法体系のいかんにかかわらず、裁判規範たる権利であるといえるのである。

(3) 平和的生存権が裁判規範たる権利であること

ア 裁判規範性否定説の概要

平和的生存権が裁判規範性については、従来からこれを否定する見解がある。代表的な見解は次のようなものである。

すなわち、前掲の伝統的権利論をベースに、「平和的生存権は理念的・自然法的な、超実定法的な権利ではあるが、具体的・個別的な、実定法上の『権利』ではなく、それは憲法における各種の基本的人権条項の解釈基準（それは同時にそれらの条項を具体化するための立法の基準でもある）の指針として用いられるべきものである」とするものである。そして、肯定論者は平和的生存権の具体的内容を9条および第3章の中に読み込もうとするのであるが、9条については、前文の平和的生存権規定は同条の解釈基準として働くだけで、同条からその具体的内容を導き出すことはできず、また、第3章との関係も、「公共の福祉」や生存権保障規定の解釈の基準として平和的生存権の原理が用いられるにすぎず、同章の諸条項がと

くに右権利の具体的内容を示したものとはいえないのであり、そして、13条の幸福追求権についても、それ自体が独立の個別的・具体的な権利とはいえないのであるから、平和的生存権をそれと結びつけても、そのことでこれに具体的内容が与えられることにはならない、とする。

なお、否定説を採りつつも、より積極的な観方を示す説もあることに注意しなければならない。例えば「新しい人権として『平和的生存権』を主張するためには、従来の人権では救済できない部分を積極的に拾い上げることが必要であり、その点で、『平和的生存権』の存在根拠・諸背景探求の広汎化・深化とともに、『平和的生存権』自体の意味内容の限定化ないし抑制が必要であると思われる」とする見解や、「憲法前文の『平和のうちに生存する権利』という文言から直ちに、これを実定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る。その法的保障のためには、平和に対する国民の高度の意識と、それを権利として要求する自覚的な運動が社会的条件として必要であり、また法理論上も、憲法正文に掲げられた他の基本権以上に、より精密な概念構成が求められるであろう。『平和に生きる権利』の理論的構成は、今日の憲法解釈学の重要な課題の一つとなるとと思われる」とする見解等がそれである。これらの見解は、平和的生存権の権利構築を期待して、そのためにこそ課題提示を積極的行なったものである、と受けとめることができる。

イ 裁判例

裁判例については、平和的生存権の裁判規範性を肯定したものとして長沼訴訟第一審判決があるが（これについては後述する）、それを除く他の下級審諸判決は、この権利の裁判規範性に否定的である。

まず、長沼訴訟の控訴審判決（札幌高判1976年8月5日行集27巻8号1175頁）は、「〔憲法前文の〕第2、第3項の規定は、これら政治方針がわが国の政治の運営を目的的に規制するという意味では法的効力

を有するといひ得るにしても、国民主権代表制民主制と異なり、理念としての平和の内容についてはこれを具体的かつ特定の規定しているわけではなく、前記第2、第3項を受けるとみられる第4項の規定に照しても、右平和は崇高な理念ないし目的としての概念にとどまることが明らかであって、前文中に定める『平和のうちに生存する権利』も裁判規範として、なんら現実的、個別的な内容をもつものとして具体化されているものではない」とする。

また、百里基地訴訟第一審判決（水戸地判1977年2月17日判時842号22頁）も、「平和のうちに生存する権利」は、「その内容が抽象的なものであって、具体的、個別的に定立されたところの裁判規範と認めることはできない」のであって、「平和をもって政治における崇高な指導理念ないし目的」であるとした。

さらに、百里基地訴訟控訴審判決（東京高判1981年7月7日判時1004号3頁）も、平和的生存権は、「戦争と戦争の脅威が存する限り、人間の自由はあり得ないということに思いを致せば、それを独立の権利と呼ぶかどうかは別としても、あらゆる基本的人権の根底に存在する最も基本的な条件であって、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』が現実の社会生活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、「平和ということが理念ないし目的としての抽象的概念であって、それ自体具体的な意味・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、「このことは、『平和的生存権』をもって憲法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、「『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行為の中止等の具体的措置を要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ず、それは、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」とするのである。

最高裁はといえば、まず、砂川事件上告審判決（最大判１９５９年１２月１６日刑集１３巻１３号３２２５頁）で、平和的生存権を、国家が軍事的措置をとることの根拠として援用している。すなわち、「憲法前文にも明らかなように、われら日本国民は、…平和のうちに生存する権利を有することを確認するのである。しかれば、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る自衛のため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」とする。この、平和的生存権と軍事的措置を結びつける論理は、全く逆立ちした論法であるが、一般論としては、この権利の規範性を認めたものといえる。

ところが、長沼浜訴訟上告審判決（最判１９８２年９月９日民集３６巻９号１６７９頁）では、平和的生存権について憲法的判断をせず、また、百里基地訴訟の上告審判決（最判１９８９年６月２０日民集４３巻６号３８５頁）では、「上告人らが平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であって、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準となるものとはいえない」とした。これは一般的には平和的生存権の裁判規範性を否定したものと捉えられているが、正しい理解とはいえない。また、同判決に付された伊藤正己裁判官の補足意見も、「平和的生存権というものの意味内容は明確でなく、それが具体的請求権として、あるいは訴訟における違法性の判断基準として、裁判において直接に国の私法上の行為を規律する性質をもつものでないと解するのが相当である」とした。

正確に上記判決を読めば、後述するイラク訴訟の岡山地裁判決がいうように、上記判決の多数意見は、同訴訟で争われた財産主体としての国と住

民との間の土地売買契約の有効性にかんする問題について、それを裁定する基準として平和的生存権を援用することはできないとしているにすぎず、この判示部分の先例としての射程は、平和的生存権が右のような私法上の行為の効力の判断基準とはなりえないという範囲にとどまり、本件のような、公権力主体としての国の公権力行使の憲法適合性が争われている訴訟については先例とはなりえないと読むことも可能である。また伊藤正己裁判官の補足意見も、平和的生存権が財産主体としての国の私法上の行為を直接規律するものではないと述べているにすぎず、むしろ「直接に」規律しないとしているところから推すならば、間接適用の可能性を留保したものと解しうることに注意しなければならない。

ウ 長沼訴訟第一審判決

これに対し、平和的生存権の裁判規範性を積極的にくみとろうとする裁判例として、前掲の長沼訴訟第一審判決（札幌地判1973年9月7日判時712号24頁）がある。同判決は、平和的生存権を、まず、①原告住民の訴えの利益を肯定する根拠として援用する。すなわち、「森林法を憲法の秩序のなかで位置づけたうえで、その各規定を理解するときには、同法第3章第1節の保安林制度の目的も、たんに同法第25条第1項各号に列举された個々の目的にだけ限定して解すべきでなく、右各規定は帰するところ、憲法の基本原理である民主主義、基本的人権尊重主義、平和主義の実現のために地域住民の『平和のうちに生存する権利』（憲法前文）すなわち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。したがって、もし被告になんらかの森林法上の処分によりその地域住民の右にいう平和的生存権が侵害され、また侵害される危険がある限り、その地域住民にはその処分の瑕疵を争う法律上の利益がある」という。ついで、②原告らの平和的生存権が争われていることを、他の請求原因の検討に先立って憲法判断に入ったことの理由として挙げる。すなわち、「当

該争訟事件の当事者を含めた国民の権利が侵害され、または侵害される危険があると考えられる場合〔には、〕…憲法判断を回避するといった消極的な立場はとらず、その国家行為の憲法適合性を審理判断する義務があるといわなければならない」とする。そして、③平和的生存権の法的権利性を積極的に認める。すなわち、「〔前文2項は、〕平和的生存権が、全世界の国民に共通する基本的人権そのものであることを宣言するものであり、〔社会において国民一人一人が平和のうちに生存し、かつ、その幸福を追求することができる権利をもつことは、さらに、憲法第3章の各条項によって、個別的な基本的人権の形で具体化され、規定されている〕とするのである。

エ 裁判規範性肯定説の展開

この長沼訴訟第一審判決の積極的な平和的生存権理解が生まれた背景には、平和的生存権の裁判規範性に関する学説上の検討の深化がある。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面もある。現在では、平和的生存権の裁判規範性肯定説が明確な形で形成されるに至り、有力に主張されているのである。

その代表的なものは、深瀬忠一および山内敏弘両教授の見解であり、その他にも、近時の注目すべきものに限っても、杉原泰雄、樋口陽一、浦田賢治、浦部法穂、浦田一郎各教授などの見解がある。

(ア) 山内説

まず、平和的生存権の裁判規範性をいうためには、前述のとおり、その具体的内容が明らかであることが要求されるところ、この点について、山内説は

「〔平和的生存権については、なお理念的・抽象的概念にとどまっているとの否定説からの〕批判があるにもかかわらず、平和的生存権は、決して単なる理念的なものではなく、具体的な意味内容をもった憲法上

の権利であると考え。たしかに、『平和』という言葉は、一般的な用法としては抽象的・多義的な概念であることを否定しえないとしても、そのことは、たとえば自由とか平等といった言葉にも同様にあてはまるものである。

問題は、『平和』という言葉が日本国憲法の下での憲法解釈を通じてその具体的な意味内容が確定されえないのかどうかという点であり、この点からすれば、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しうることは、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、『平和のうちに生存する権利』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」と指摘しているが、簡素にして適切というべきである。後述するように、平和的生存権は、9条において客観的制度として保障されている平和主義、すなわち戦争・武力による威嚇・武力の行使の永久放棄、戦力の不保持および交戦権の否認を主観的権利の形で表現したものであって、その具体的な意味内容は9条が定めているものによって充填され、具体的・一義的なものとなるのである。

(イ) 深瀬説の指摘

深瀬説はさらに詳細である。以下、要点のみをとりあげるが、まず、平和的生存権を定義して

「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的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保障している憲法上の基本的人権

の総体である」とし、また、「目的においても手段においても平和に徹し、国際的・国内的次元にまたがり、客観的制度・主観的権利の両側面の保障があり、外延に政治的規範をもち、中核に法（裁判）規範を含む、日本国憲法の平和に徹した基本的人権の総体である」とする。

その上で、平和的生存権の「具体的な現れ方」について、ひとつに、原水爆の被爆や戦争・軍事的圧迫の集積などの場合、平和的生存権の「極限的状況に対する保護・救済」が課題となり、もうひとつに、右の極限状況には至らないが「日常的状況における保護」が課題となる場合には、平和的生存権は、①「自由権的態様（戦争・軍備・戦争準備からの自由としての権力的侵害抑制を排除する権利）」、②「参政権的態様（戦争・軍拡に反対ないし抵抗し、また平和な世界をつくり出すため、国家行為に能動的に参加ないし影響を及ぼしてゆく権利）」、そして③「社会権的態様（国や地方公共団体の公権力の積極的発動により、よりよい『平和的生存権』の確保・拡充措置をとらせる請求権的権利）」というような、「多様な諸形態」が存在することが指摘できるとするのである。その場合、右の各形態のすべてが現行の訴訟法体系に直ちに載せうるものではなく、各別の精査が必要とされるものであることは、後にもふれるとおり、同説自身がもとより承知しているところであるが、ここには、平和的生存権が裁判規範たる権利としてもちうる、その具体的意味内容の豊かな見取り図が示されている。

（ウ）樋口説の指摘

また、樋口説は、平和的生存権の裁判規範性について、長沼事件第一審判決のとした運用手法を参考にしつつ、具体的な場面においてその肯認の可能性を探ろうとする観点から、次のようにいう。「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

のことに限らない」ことに留意し、長沼第一審判決がしたように、つまり、第一に、原告らの権利が争われていることを他の請求原因の検討に先立ってまず憲法判断をしたことの理由にし、第二に、原告らの訴えの利益を肯定する根拠にするなど、憲法訴訟の運用上決め手の意味をもつものとして位置づけるというように、「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である」と。

平和的生存権は、このようにして、具体的実践をとおして一步步裁判規範性を獲得してゆくものであり、今日すでに、その階梯を相当に登り進んだものとみることができる。

以上のような肯定説の指摘からしても、平和的生存権の裁判規範性については、それが具体的意味内容をもつものであるところから、これを十分に肯定することができるのである。

5 イラク自衛隊派兵差止訴訟名古屋高裁判決以前の平和的生存権に関する下級審判決

(1) 市民平和訴訟（東京地1996年5月10日判時1571号62頁判決）

1990年代初頭、湾岸戦争でイラクを攻撃する多国籍軍に対してわが国のおこなった戦費支出・自衛隊掃海艇の派遣の差し止め等を求める「市民平和訴訟」の東京地裁判決は、平和的生存権は差し止め等を請求しうる具体的権利ないし裁判規範性を有するそれ自体独立の権利ということはできないとの結論を示しつつも、これに綿密な検討を加えて、「〔政府が〕全世界の国民の平和のうちに生存する権利を確保する…憲法上の…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」としていた。

(2) イラク訴訟各地裁判決による進展

ア 甲府地裁判決（2005年10月25日）

甲府地裁判決は、「確かに、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は、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、国家は、憲法の基本原理である平和主義に従って平和を維持するよう努め、国民の基本的人権が侵害、抑圧されるといった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務を負っているというべきである。そして、国家がこの義務に反した結果、憲法上保障された基本的人権に対して違法な侵害、抑圧が具体的に生じた場合には、当該国家の行為によって基本的人権を侵害された個人は、当該基本的人権の侵害を理由として、裁判所に権利の救済を求めることは可能といえよう」と抽象的レベルではあるが、国家が平和を維持すべく努力する責務と、その違反によって基本的人権を侵害された被害者の司法的救済の可能性を示唆している（小林武「イラク派兵訴訟岡山地裁判決と平和的生存権」70頁）。

イ 仙台地裁判決（2006年11月28日）

仙台地裁判決は、「たしかに、原告らは、いずれも自らの戦争体験の中で、戦争の悲惨さ不合理さ等を直接体験しており、そのような経験を踏まえて、原告ら自身が考える平和を強く希求しているといえることができる。そして、原告らが、本件自衛隊イラク派遣に際して、過去の戦争体験を想起し、強い憤りや悲しみ等の感情を抱いていることは想像に難くないのであって、これを精神的苦痛と評価することも不可能ではない。」「原告らがそれぞれの固有の戦争体験に基づいて持つに至った平和についての理念は傾聴すべきものであり、この理念に基づき、原告らが本件自衛隊イラク派遣に対して抱いた感情をもって単なる不快感ないし不安感を評することは躊躇を感じざるをえない。」と述べて、原告らが自衛隊イラク派遣によって被った精神的苦

痛に対する共感を示している（小林前掲70頁～71頁）。

ウ 大阪高裁（京都訴訟）判決（2008年2月18日）

大阪高裁判決は、「確かに、憲法前文にあるように、日本国憲法は、政府の行為によって再び戦争の惨禍が起こることのないようにすることを日本国民が決意して確定し、その上で、恒久の平和を念願し、さらに、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生存する権利を有することを確認しているものであるから、憲法の定めた恒久平和主義の理念は、戦争の惨禍により侵害されることになる国民の生命権ないし平和的生存権の保障をその内実とするともいえよう。憲法学者である当審証人上田勝美が、『「平和のうちに生きる権利」の核心をなす、あるいは前提をなす権利は「生命権」そのものなのである』と述べていることも、その趣旨をいうものと解される。」と述べて、平和的生存権に対する理解を示している（小林前掲71頁）。

エ 熊本地裁判決（2008年2月29日）

熊本地裁判決は、「原告らは、平和的生存権の具体的権利性について縷々主張し、証人小林は、その証言中、あるいはその論考において、平和的生存権を、『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付け、そして国民には、政府が平和政策を採るように要求し、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』と具体的に理解し、憲法第3章の人権規定と結びつき、それぞれの人権の中に平和的生存権の趣旨が反映、あるいは意味充填されることにより、具体的な規範効果を導き出し得る旨を述べて、原告らの主張を支持している。かかる見解は、平和的生存権の具体化を試み、より積極的な憲法上の異議を付与させしめんとするものである点において、傾聴に値するものである」と述べ、平和的生存権を積極的にとらえる見解に対する理解を示している（小林前掲72頁）。

オ 田近判決（名古屋地方裁判所民事第7部2007年3月23日1審確定）

（ア）2007年（平成19年）3月23日，名古屋地方裁判所民事第7部におけるイラクへの自衛隊派兵差止訴訟第7次訴訟（原告李誠姫）の判決（以下「田近判決」という。一審で確定）は，限界はあるものの，これまでの同種判決に比較して日本国憲法の平和的生存権の意味を正確に理解しており，高く評価されるべきものである。

田近判決は，以下のように「原告が主張する戦争や武力行使のない日本に生存する権利を直ちに具体的権利とみることは困難である。……〔が，〕平和的生存権は，すべての基本的人権の基礎にあつてその享有を可能ならしめる基底的权利であり，憲法9条は，かかる国民の平和的生存権を国の側から規定しこれを保障しようとするものであり，また，憲法第3章の基本的人権の各規定の解釈においても平和的生存権の保障の趣旨が最大限に活かされるよう解釈すべきことはもちろんであつて，…憲法9条に違反する国の行為によって個人の生命，自由が侵害されず，又侵害の危機にさらされない権利，同条に違反する戦争の遂行ないし武力の行使の目的のために個人の基本的人権が制約されない権利が，憲法上保障されているものと解すべきであり，その限度では，他の人権規定と相まって具体的権利性を有する場合があります」と述べる。

さらに続けて同判決は，人格権侵害の主張については，原告の内心の感情が害されたことをもって人格権の侵害があつたということとはできないが，しかし，「憲法前文及び9条の法文並びにそれらの歴史的経過にかんがみれば，憲法の下において，戦争のない又は武力行使をしない日本で平穩に生活する利益（かかる利益を平和的生存権と呼ぶか否かは別として）が法的保護に値すると解すべき場合がまったくないとはいえず，憲法9条に違反する国の行為によって生活の平穩が害された場合には損害賠償の対象となり得る法的利益（人格権ないし幸福追求権）の侵害があると認めることもまったく不可能な

ことではない」とまで踏み込んでいる。

この判決は、長沼1審判決以来の後この時点までの平和的生存権関係の裁判例の中で、最も水準の高い判決として、原告・弁護団から、裁判長への敬意を込めて「田近判決」と呼ばれるものである。「翌年の高裁判決の陰に隠れたきらいがあるが、むしろ、それを準備したものとして、裁判史上高く評価されてしかるべきであろう。」（小林前掲72頁～73頁）。

6 名古屋高裁判決の意義

（１）自衛隊運用の9条1項違反

ア 2008年4月17日、名古屋高等裁判所は、自衛隊のイラク派兵に対して、差止め、違憲確認および国家賠償を求めている市民の控訴につき、これらをすべて斥けつつも、とくに空自による、米軍を主力とする武装した多国籍軍等をバグダッド空港に輸送していた活動について、傍論ながら、イラク特措法に違反し、かつ憲法9条1項に違反すると明瞭に断じた。そして、平和的生存権が基底的権利として裁判的救済を受けうる場合のある法的規範であることを認めた。この判決は、国側は勝訴のゆえに上告できず、実質勝訴と評価した市民側は上告しなかったことで、翌月5月2日に確定した。

イ この判決が、日本政府がイラク特措法（「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年7月26日成立）にもとづいて派遣された航空自衛隊の活動を憲法9条1項違反としたのは、武力の行使にあたるものとの判断による。

この違憲の論理立ての特徴は、政府の憲法解釈とイラク特措法を前提とした上で、空時のイラクにおける活動をつぶさに実証的に観察し、特措法、ひいては憲法からの違背を結論したところにある。

すなわち、判決は、自衛隊の海外活動に関する憲法9条の政府解釈は、自衛のための必要最小限度の武力の行使は許されること、武力の行使とは我が国の

物的・人的組織体による国際的な武力紛争の一環としての戦闘行為を言うことを前提とした上で、自衛隊の海外における活動については、①武力行使による「海外派兵」は許されないが、武力行使目的でない「海外派遣」は許されること、②他国による武力の行使への参加に至らない協力(輸送、補給、医療等)については、当該他国による武力の行使と一体となるようなものは自らも武力の行使を行ったとの評価を受けるもので憲法上許されないが、一体とならないものは許されること、③他国による武力行使との一体化の有無は、(ア)戦闘行為が行われているか又は行われようとしている地点と当該行為がなされる場所との地理的關係、(イ)当該行為の具体的内容、(ウ)他国の武力行使の任に当たるものとの關係の密接性、(エ)協力しようとする相手の活動の現況、等の諸般の事情を総合的に勘案して個々的に判断されること、を内容とするものである、とていねいに跡付けている。

そして、イラク特措法の要となるところを、つぎのように捉える。すなわち、同法は、上述のような政府解釈の下で、我が国がイラクにおける人道復興支援活動又は安全確保支援活動(「対応措置」)を行うこと(1条)、対応措置の実施は、武力による威嚇又は武力の行使に当たるものであってはならないこと(2条2項)、対応措置については、我が国領域及び現に戦闘行為(国際的な武力紛争の一環として行われる人を殺傷し又は物を破壊する行為)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ることがないと認められる一定の地域(非戦闘地域)において実施すること(2条3項)を規定しているものである、とする。

その上で、空自のイラクにおける活動について、判決は、米軍を中心とする多国籍軍が武装勢力との間で、治安活動の域を超えた国際的な戦闘を惹起していると認識し、それによって、米軍の掃討作戦で多数のイラク民衆が犠牲になったことにも留意する。こうした状況把握を踏まえ、とくに首都バグダッドは、特措法が自衛隊が活動することを禁じている「戦闘地域」に該当する、と認定す

る。

一方、空自 C-130 輸送機による輸送対象のほとんどが多国籍軍の要員であり、現代戦においては輸送等の補給活動も戦闘行為の重要な要素であることからすれば、こうした空自の空輸活動は、多国籍軍の戦闘行為にとって必要不可欠な軍事上の後方支援にあたる。したがって、この活動のうち、少なくとも多国籍軍の武装兵員をバグダッドへ空輸するものについては、他国による武力行使と一体化した行動であって、自らも武力行使を行ったとの評価を受けざるを得ない。よって、この空輸活動は、政府と同じ憲法解釈に立ち、イラク特措法を合憲とした場合であっても、武力行使を禁止した同法 2 条 2 項、活動地域を非戦闘地域に限定した同条 3 項に違反し、かつ、憲法 9 条 1 項に違反する活動を含んでいることが認められる、と結論した。

ウ このような、自衛隊およびその活動の根拠法(イラク特措法)自体の合憲性(法令違反)は問わず、政府解釈を基準にして対応措置の適用違憲の有無を判定していく手法は、政府側が容易に覆すことのできない、安定した堅固な論理立てだといえる。長沼 1 審判決以来の、自衛隊にかんする 9 条違反判決が出された。もっとも、自衛隊の存在自体を 9 条 2 項違反としたものとは異なるが、9 条が、今もたしかな生命力(とくに拘束性)を具えていることを、1 項の領域で立証したのである。

(2) 平和的生存権にもとづく訴求の肯認

ア 名古屋高裁判決が平和的生存権の具体的裁判規範性を疑問の余地なく肯定したことには、画期的意義が認められる。

判決は次のようにいう。「憲法前文に『平和のうちに生存する権利』と表現される平和的生存権は、例えば、『戦争と軍備及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いくことのできる核時代の自然権的本質をもつ基本的人権である。』などと定義され、控訴人らも『戦

争や武力行使をしない日本に生存する権利』、『戦争や軍隊によって他者の生命を奪うことに加担させられない権利』、『他国の民衆への軍事的手段による加害行為と関わることなく、自らの平和的確信に基づいて平和のうちに生きる権利』、『信仰に基づいて平和を希求し、すべての人の幸福を追求し、そのために非戦・非暴力・平和主義に立って生きる権利』などと表現を異にして主張するように、極めて多様で幅の広い権利であるということが出来る」とする。

つづけて、「このような平和的生存権は、現代においては憲法の保障する基本的人権が憲法の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての人権の基礎にあつてその共有を可能ならしめる基底的权利であるということができ、単に憲法の基本的精神や理念を表明したに留まるものではない。

法規範性を有するというべき憲法前文が上記のとおり『平和のうちに生存する権利』を明言している上に、憲法9条が国の行為の側から客観的制度として戦争放棄や戦力不保持を規定し、さらに人格権を規定する憲法13条をはじめ、第3章が個別的に基本的人権を規定していることからすれば、平和的生存権は、憲法上の法的な権利として認められるべきである。」とする。こうした認識にもとづいて、判決は、「そして、この平和的生存権は、局面に応じて自由権的、社会権的又は参政権的態様をもって表れる複合的な権利ということができ、裁判所に対してその保護・救済を求め法的救済措置の発動を請求し得るという意味における具体的権利性が肯定される場合があるということが出来る。

例えば、憲法9条に違反する国の行為、すなわち戦争の遂行、武力の行使や、戦争の準備行為等によって、個人の生命、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・協力が強制されるような場合には、平和的生存権の主として自由権的な態様の表れとして、裁判所に対し当該違憲行為の差止請求や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場合があると解することができ、その限りでは平和的生存権は具体的権

利である。」と言いつつ切ったのである。

イ 長沼訴訟第1審判決の場合は、住民が自衛隊のミサイル基地建設で有事の際には攻撃目標とされるという直接的な被害を内容とする平和的生存権の主張を、訴えの利益の根拠として認めたものであった。名古屋高判は、それを進めて、戦争に加担したくないという市民の良心の蹂躪が平和的生存権侵害にあたる可能性をもつことを肯定した。つまり、それによって、平和的生存権は、戦争によって生命・身体が脅威にさらされることを拒否する権利であるにとどまらず、自国による、あるいは他国と共同しての戦争遂行等の違憲行為に加担・協力を強制されるような場合でも裁判所に対して保護救済を求めうる具体的権利であることが確認されたのである。この判決のもつ意義は、これまでの判例の水準に照らして画期的であり、市民の平和を求める訴訟の地平を大きく切り拓いたものであるといえる。それはまた、日本国憲法が、平和は国家の政策に委ねられるものではなく、人権と一体となった市民の選択する価値であるとの理念をもつことの憲法思想史的意義を照らし出してもいる。

なお、名古屋高判は、控訴人の請求は斥けたが、こうした市民の訴えに深い理解を示していた。損害賠償請求に対する判断部分であるが、「そこに込められた切実な思いには、平和憲法下の日本国民として共感すべき部分が多く含まれている」としたうえで、各地のイラク訴訟における先行判例や名古屋訴訟の原審判決にもみられた、「間接民主制下における政治的敗者の個人的な憤懣、不快感又は挫折感等にすぎない」などとする評価は「決して」採られるべきではない、とするのである。この判断文脈は、少数者の権利擁護にこそ司法権本来の役割があることの強い自覚を物語るものとしてきわめて重要である。

(3) 9条と平和的生存権の連結的理解

ア こうして、名古屋高裁判決が重要な意味をもつものであることは否定しがたく、その後の平和的生存権論に強いインパクトを与えることとなった。前文の「平和のうちに生存する権利」にいう「平和」の意味は、9条によって定義され、

そうすることで平和的生存権は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になる、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）特定の意味を与えられた「平和」であるから、9条違反の政治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。——日本国憲法の規範構造はこのように理解される。そのことからすれば、平和的生存権が、その固有の役割ないし効果を発揮するのは、それを侵害する国家行為が9条に反するものと裁判所により裁定された場合だということになる。

イ この点で、名古屋高判が、平和的生存権の具体的権利性が肯定されるのは、例えば、「憲法9条に違反する」戦争遂行などの国家行為がなされた場合とし、また、自由権的態様が表れるのは「憲法9条に違反する」戦争遂行等への加担・協力が強制されるような場合、としているのは重要である。「9条違反の」が2か所にわたって付されていることに注目すべきである。

「平和」をめぐる、伝統的な立憲主義憲法は、「武力による平和」の観念を原理的には否定していない。それを転じて、武力保持・戦争遂行の峻拒こそ「平和」の意味するところだとしたのが、日本国憲法9条である。平和的生存権は、その「平和」を受けて成り立っており、ここに9条と平和的生存権の連結した関係が認められる。つまり、固有の意味の平和的生存権は、9条違反との連結の中で本来の役割を果たすものである。

7 流れを強めた岡山地裁判決

こうした流れを促進したのが、同じ自衛隊イラク派兵に反対して市民が提起した訴訟で、名古屋高裁の翌2009年2月24日に岡山地裁が出した判決である（2009年2月24日判例集未登載）。この判決は、自衛隊の活動がイラク特

措法および憲法に違反しないか否かの判断には立ち入らなかったが、その平和的生存権論は、注目すべき内容をもつ。

すなわち、この判決は、まず、「前文ないし平和的生存権が法規範性を有することについては、既にほぼ異論をみないところになっており、現時点においては、この平和的生存権が裁判所の司法審査において、裁判所により直接適用される裁判規範といえるか否か、すなわち、裁判規範性を有するか否かだけが争いとなっている」ことを確認する。そして、前文２項で「平和的生存権が『権利』であることが明言されていることからすれば、その文言どおりに平和的生存権は憲法上の『権利』であると解するのが法解釈上の常道であり、また、それが平和主義に徹し基本的人権の保障と擁護を旨とする憲法に即し憲法に忠実な解釈である」とする。

また、８１条にいう「憲法」とは、「憲法改正における前文と本文の同質性にかんがみる限り、前文を含むといわざるを得ないのであるから、前文が法令審査権行使の基準となり、裁判規範性を有することも否定できない」と念を押す。その上で、「そうすると、平和的生存権は、日本国憲法上の基本的人権であり、裁判所が法令審査権を行使するに当たり、本文と同様によるべき裁判規範性を有するというべきである」と明言する。国側がしばしば引き合いに出す百里基地訴訟最高裁判決は、平和主義ないし平和的生存権にいう「平和」は私法上の行為の効力の判断基準とならない旨を判示したにとどまり、平和的生存権の裁判規範性を否定しあるいは消極的評価をしたものと解することはできない、と判示した。

なお、憲法規範上の概念が抽象的不明確で一義性が欠如しているとの非難に対しては、平和的生存権と、たとえば１３条の幸福追求権の規定との間に径庭はない、と一蹴する。その上で、「平和的生存権については、法規範性、裁判規範性を有する国民の基本的人権として承認すべきであり、本件における原告らの主張にかんがみれば、平和的生存権は、すべての基本的人権の基底的权利であり、憲法９条はその制度規定、憲法第３章の各条項はその個別人権規定とみることがで

き、規範的、機能的には、徴兵拒絶権、良心的兵役拒絶権、軍需労働拒絶権等の自由権的基本権として存在し、また、これが具体的に侵害された場合等においては、不法行為法における被侵害利益としての適格性があり、損害賠償請求ができることも認められるというべきである」との結論を導いたのである。

このような、平和的生存権の権利内容を具体的な権利名を例示的に挙げる形で明らかにしたところに、この判決の最大の意義がある。それは、今後、市民が、政府による平和憲法侵害に、裁判所をとおして対抗しうる道を拓けることに資する。とくに、自衛隊員が派兵命令に抵抗しうる根拠がここに提供されている。

8 平和的生存権をめぐる裁判所の動向

(1) 敢えてここに名古屋高裁判決だけでなく各地の下級審の判決を挙げ、その特徴を述べたのは、憲法9条に違反して自衛隊を派遣するという明らかな違憲の国家行為に対して、多くの市民が全国各地で立ち上がり、訴えを提起したのに対し、各地の裁判所、裁判官はそれを受け止め、それぞれの立場からこれに答えようと努力していたことを裁判官や国側代理人に知っていただくためである。名古屋高裁判決は、それだけが孤立してあるのではなく、全国各地の違憲の国家行為を前にして憲法秩序を守りたいと念願する市民、弁護士、裁判官達が懸命の努力を積み重ねて平和的生存権の権利性を導き出そうと努力した成果なのである。本準備書面で述べたようなこれまでの成果を顧みることなく名古屋高裁判決の判決文のみを読んで、機械的に否定した判決を持ってくれば良いというものではない。

(2) 裁判所の任務は私権の救済と憲法秩序の擁護にある。少なくとも、わが国の憲法秩序が脅かされているこの安保法制法の違憲性を問う訴訟において、原告らがどのような思いで訴訟を提起しているのかを真摯に受け止め、これまでの同種訴訟において担当してきた裁判官達が憲法秩序を守るために、平和的生存権の権利性を認めようと努力してきたことを踏まえて裁判官や国

の代理人は同じ法律家として日本国憲法が与えた権限を良心に基づいて行使していただくことを切に希望する。

以上