

〈研究ノート〉

# 安保法制違憲訴訟那覇地裁判決の問題点

小林 武

## 目 次

はじめに——安保法制違憲訴訟の展開

### I 2020年6月30日那覇地方裁判所判決の概要

#### 1 事実の概要と争点

- (1) 事実の概要
- (2) 争点

#### 2 判決理由

- (1) 判断の枠組み
- (2) 平和的生存権侵害について
- (3) 人格権侵害について
- (4) 憲法改正・決定権の侵害について
- (5) 結論

### II 判決の問題点

#### 1 本判決の判断枠組み——憲法判断回避の準則の機械的適用

#### 2 平和的生存権論——従来の消極的見解の踏襲

- (1) 具体的権利性の全面否定
- (2) 安保法制違憲訴訟の先行裁判例への参照
  - ① 札幌地裁判決（2019.4.22）
  - ② 東京地裁判決（国賠事件。2019.11.7）
- (3) 先行2判決および本判決の平和的生存権論の特徴
  - ① 平和主義規範の理念化
  - ② 判決の質の劣化

#### 3 人格権論——平和的生存権に代替させる論理

#### 4 憲法改正・決定権論——判旨の観念性

むすびに——司法の政治化

## はじめに——安保法制違憲訴訟の展開

2015年9月15日、第2次安倍晋三内閣のもと、わが国の「安全保障」体制の根幹を転換させる法制が国会で強行的に成立を見、翌16年3月29日に施行された。この「安保法制」は、自衛隊法をはじめとする10本の法律の改正法である「平和安全法制整備法」と新法である国際平和支援法とを束ねた11本の法律の総称である（なお、提案者の政府は、「平和安全法制」と名付けるが一般の受け容れるところとはならず、「安保法制」・「新安保法制」、「安保関連法制」あるいは「安保法」の呼び名が、報道も含め、定着するようになっており、ここでもそれを使う。なお、批判者側は、法の実質を重視して、「戦争法」という名称を用いることもある。こうしたネーミングにかんする経緯自体が、この法制が国民多数の求めるものでないことを物語っている）。この法制は、その前年2014年7月1日に、それまで集団的自衛権の行使についてこれを否定してきた政府自身の憲法解釈を容認へと転覆させた、同じ内閣による閣議決定（以下、「7.1閣議決定」ともいう）によってもたらされたものである。

この安保法制によって容認されることになった、集団的自衛権を基軸とした自衛隊の実力行使は、戦争の放棄・武力の不保持・交戦権の否認を公権力に命じる憲法9条に明白に違反し、また前文に定められた国民の平和的生存権を蹂躪するものである。しかもそれは、政府が自衛隊合憲の根拠としてきたところの、個別的自衛権の行使のみが許されるという、確立した政府解釈を転覆させるものとして、公権力担当者による立憲主義の破壊を意味するものであった。まさにそうであるがゆえに、自衛隊に対する憲法適否の評価を脇に置いて、全国各地の多くの広範な層の人々から、前記の閣議決定と政府による法案の提出、国会による法制定行為、および、その運用に対して違憲訴訟が提起されるに至った。これが「安保法制違憲訴訟」である。

それは、国家賠償と差止請求を含むが、2016年4月の東京を皮切りとして、提訴順に、福島、高知、長崎、大阪、岡山、埼玉、長野、神奈川、広島、福岡、京都、山口、大分、札幌、宮崎、群馬、釧路、鹿児島、沖縄、山梨、愛

知の、22地方裁判所で25件の訴訟を数える（原告7699名、代理人弁護士1685名（2020年10月15日現在）<sup>41</sup>）。そのうち、2020年10月1日時点で、一審判決は7つ出されており、判決順に、2019年4月22日札幌地裁、同年11月7日東京地裁（国賠訴訟）、2020年1月28日大阪地裁、同年3月13日東京地裁（差止訴訟）、同月24日高知地裁、同年6月30日那覇地裁、同年10月1日前橋地裁がそれぞれあり、すべて原告敗訴となっている。なお、その中で、高知訴訟は控訴審判決が出されている（高松高裁2020年9月16日判決）。これは、地裁への差戻しであるが、裁判手続上の問題を理由とするもので、本稿の検討対象とはしない。

上掲の中で、沖縄では2017年6月23日に提訴がなされた。その訴訟には、沖縄戦の悲惨と、今も人間の尊厳を侵して已まない米軍基地を基因とする災禍という、歴史と現状が背後にある。沖縄県民にとっては、安保法制による日米の軍事同盟関係の緊密化に伴い、再び戦争の惨禍が起こる可能性が高まることにならざるをえない状況が厳しく存在しているのである。安保法制違憲訴訟を中心的に担っている代理人弁護士（複数）は、この点を次のように捉えている。——「[全国各地の訴訟を網羅的に取りあげることにはできないが、] 沖縄の提訴について、どうしても語らざるを得ません。……わが国の戦後の平和が沖縄の犠牲の上に存在していることは明らかな事実です。沖縄の米軍基地はこれまで憲法第9条の規律が及ばない例外として存在し、返還後も日本国憲法の平和主義、国民主権、基本的人権の保障の基本原則が沖縄に定着することはありませんでした。日本国内の米軍専用施設の約70%が沖縄に集中し、今、辺野古基地問題は鋭くわが国の安全保障の矛盾を暴き出しています。沖縄では、本土でまったく報道されない深刻な事態が数々起きていますが、沖縄の弁護士10名は、普天間、嘉手納、高江、辺野古の各基地訴訟と平和活動家に対する人権無視の弾圧事件の対応に奔走している中で、安保法制のもとで戦争準備が前倒しで進められている沖縄の現状が看過することができないものであるとの思いで、違憲訴訟に踏み切ったのです。人権擁護と平和憲法を死守するために、不眠不休のたたかいを続けている沖縄の若手弁護士から私たちは、深く学び、言葉の正しい意味での連帯を築いていかなければならないと思っています。沖縄県民の方々の戦争を憎み平和を求める熱い思いは、今でも私たちの魂を激しく

揺さぶっています。」と<sup>(2)</sup>。

この沖縄訴訟は、2019年12月24日に結審し、翌20年6月30日に判決を迎えた<sup>(3)</sup>。これについて、以下、まず判旨を紹介した上で、評釈を施すこととする。その際に、安保法制違憲各訴訟の中で那覇地裁判決に先行する裁判例のいくつかにもふれておきたいと思う。

## I 2020年6月30日那覇地方裁判所判決の概要

### 1 事実の概要と争点

裁判所は、次のように本件訴訟の事実認定をしている（なお、判決は元号による表記を採っているが、本稿ではすべて西暦表記にした）。

#### (1) 事実の概要

内閣は、2014年7月1日、「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目ない安全保障の整備について」と題する新たな安全保障体制の整備のための基本方針を閣議決定（「7.1閣議決定」）し、これにもとづき、2015年5月14日に、自衛隊法をはじめとする10件の法律を改正することを主な内容とする平和安全法制整備法案および新法制定案である国際平和支援法案（この2法案を「安保法案」という）を閣議決定して、翌15日に第189回国会に提出した。安保法案は、同年9月19日、同国会において可決、成立し、2016年3月29日に施行された（安保法による改正・制定後の法制度を総称して「新安保法制」という）。

本件は、原告ら（市民ら）が、安保法成立過程における内閣（その構成員である国務大臣）による上記2つの閣議決定および安保法案の国会提出、ならびに国会（その構成員である国会議員）による同法案の可決と制定によって、①平和的生存権、②人格権および③憲法改正・制定権を侵害されたと主張して、被告（国）に対し、国家賠償法1条1項にもとづき、慰謝料として各1万円およびこれに対する安保法成立の日からの遅延損害金の支払いを求めた事案である。

(2) 争点

本件の争点は、①新安保法制の施行による原告らの権利侵害の有無（争点1）、②新安保法制が憲法に違反するか否か（争点2）、③内閣および国会の国家賠償法上の責任の有無と原告らの損害（争点3）である。

2 判決理由

(1) 判断の枠組み

憲法76条にもとづき裁判所が行使する司法権は、法律上の争訟についての裁判をおこなう作用を言い、憲法または法律による特別の定めのない限り、具体的な権利または法律関係につき紛争が存在する場合にのみ発動することができるものである（裁判所法3条1項参照）。憲法81条にもとづき裁判所が行使する違憲立法審査権も、このような司法権を発動することができる場合に付随して、具体的な事件の解決に必要な限度でおこなうことができる。裁判所は、原則として、具体的争訟を離れて抽象的に政府や国会のおこなった行為等の違憲、違法について判断する権限を有するものではない（最大判1952.10.8民集6巻9号783頁〔警察予備隊訴訟〕、最大判1953.4.15民集7巻4号305頁〔解散の無効確認訴訟〕参照）。

本件において、原告らは、新安保法制の違憲を主張して、安保法の制定に係る本件各行為により原告らの権利ないし法的利益が侵害された旨主張するが、新安保法制が違憲であるとした場合に初めて原告らの権利ないし法的利益が侵害されるという関係になれば、本件訴訟の解決のために違憲立法審査権を行使することが必要であるとはいえないから、新安保法制が憲法9条に違反するか否か（争点2）を検討するに先立ち、原告らの主張する権利ないし法的利益が、新安保法制が違憲である場合に初めて侵害されるという関係にあるか否かを検討することを必要とする。そこで以下、新安保法制の施行による原告らの権利侵害の有無（争点1）につき検討する。

(2) 平和的生存権侵害について

(i) まず、原告らは、憲法前文および9条が平和的生存権を具体的な権利と

して保障していることを前提に、本件各行為によりこれが具体的に侵害された旨主張しているところ、前文および9条の規定からすると、憲法は、日本のみならず恒久的な国際平和を念願、希求し、安全と生存の保持を含む基本的人権を保障する基礎として全世界の国民が平和のうちに生存すべきことを理念として宣言しているということができる。

(ii) しかしながら、憲法前文は、一般に憲法の基本的精神および理念を表明したものであって、そこに表明されたものが個々の人権を保障した本文の各条項を解釈する指針となりうることもあるとしても、それ自身が国民に対し具体的な権利を直接保障したものであると解することは困難である。「平和のうちに生存する権利」を有することを確認された主体として、わが国の主権の域外にある者を含む「全世界の国民」が謳われていることも、このことを示しているといえる。また、平和とは、理念・目的としての抽象的概念であって、憲法前文が謳う「平和」の内容も抽象的なものにとどまっており、これを実現し保持する手段も一様であるとはいえない。

したがって、憲法前文に「平和のうちに生存する権利」の文言があるとしても、その内容・性質等はなお不明確であるといわざるをえず、その内容が裁判規範となるほどに具体的であるということとはできないから、憲法前文を根拠として、個々の国民に対して平和的生存権という具体的な権利ないし法的利益が保障されていると解することは困難である。

さらに、憲法9条は、国家の権力行使ないしは統治機構にかんする規範を定めたものと解される。仮に、同条にある種の制度的保障規定と解する余地があるとしても、そのことから直ちに、憲法9条を根拠として個々の国民に平和的生存権が具体的な権利として保障されていると解することはできない。なお、以上に判示したところは、憲法の前文および9条を総合的に理解したとしても、変わるところがない。

(iii) もっとも、原告らは、平和的生存権の具体的な権利性は、国民が個人として尊重されることならびに生命、自由および幸福追求に対する国民の権利を保障した憲法13条の内容をなす旨も主張するところ、平和であることは、これらの保障がなされるための必要条件であるということとはできる。

この点、原告らは別に、同じ憲法13条にもとづいて保障される人格権が新安保法制によって侵害されている旨も主張するところ、そこで主張されている人格権の内容は、人間が人間である存在を全うするために認められる、①生命・身体に直結する人格権や、②平和のうちに平穩に生きる権利としての人格権などというものであって、これらは原告らが上記の平和的生存権の内容として主張しているものと実質的に異ならないと解される。そこで、この点については、本件各行為によって人格権が侵害されたか否かにかかわるものとして、次に項を改めて検討することとする。

### (3) 人格権侵害について

(i) この点で、安保法の規定する内容によって、わが国が他国間の戦争に巻き込まれる危険性が高まるという原告らの懸念は、まったく理解できないといったようなものではなく、殊に原告らの居住する沖縄県では、先の大戦において連合国軍が上陸して凄惨な地上戦がおこなわれた末、戦後も長く米軍の統治下に留め置かれたという歴史の記憶も新しく、わが国への復帰後も、そうした復帰前史が継続しているかのようにいまだ米軍基地が集中し、これらの基地は、米国が戦争当事者となった際にその敵対勢力からの標的にもなりうることなどから、本土の市民が抱く危惧に比べても、その懸念は、より切実性のあるものとして捉えられているであろうことは、十分に理解することができる。

しかしながら、本件に顕れた全証拠によっても、本件口頭弁論終結時において、わが国が他国間の戦争に巻き込まれるなどの具体的なおそれが生じているとまでは認められず、客観的な意味で、原告らの主張する戦争やテロ攻撃のおそれが切迫して、原告らの生命・身体の安全が侵害される具体的な危険が発生しているものとは認めがたい。そうすると、原告らが平和的生存権の外延として明確である旨主張しているものと解される生命・身体の保持にかかわる人格権について、安保法を制定に至らせた本件各行為によって、直接的に脅かされているということとはできない。

また、戦争やテロ攻撃に巻き込まれる結果として、将来、生命・身体が侵害される可能性に対する原告らの懸念も、いまだ抽象的な危惧の域を出るものと

はいえ、その可能性が、原告らの人格権を脅かすほどの具体的な蓋然性のあるものとして、現前しているとははいえない。そして、原告らの主張する②平和のうちに平穏に生きる権利について、個人の人格や尊厳にかかわる具体的な権利または法的利益であると解する余地があるとしても、上記のような抽象的な不安・恐怖からの解放までも、その権利または法的利益として保護していると解するのは困難である。

なお、原告らは、安保法制定に立法事実があったことを前提にする限り、原告らの不安・恐怖は抽象的なものでないことに帰着するかのような主張をする。しかし、立法事実として考慮されるべきわが国が戦争やテロ攻撃の当事者になる危険性と、具体的に喫緊に切迫して戦争やテロ攻撃の当事者になるおそれとは、その前提とされる蓋然性の程度がそもそも異なることは明らかであり、前者の危険性があることを前提にしたとして、後者の具体的なおそれがあるとはまで直ちにいえることにはならない。そして、原告らが抱くとする不安や恐怖は、後者のおそれとの関係において、なお抽象的なものにとどまるといわざるをえない。

以上によれば、安保法の憲法適合性の有無にかかわらず、本件各行為によって前記①および②の人格権が侵害されたとする原告らの主張は採用することができない。

(ii) 原告らは、安保法の制定は、確定した憲法解釈を変更したものであって、憲法改正手続なしにはおこなえないことをおこなった本件各行為によって、本来参加しうべき憲法改正手続への参加の機会を奪われたことで、③主権者として蔑ろにされない権利としての人格権をも侵害されたと主張するが、この主張は、次の憲法改正・決定権の侵害の主張と同旨であると考えられるので、次項において検討する。

#### (4) 憲法改正・決定権の侵害について

(i) 原告らは、安保法の制定は、国民から負託された国会による代表民主主義をも蹂躪しつつ、本来憲法改正手続きを踏まなければならないはずの、実質的な憲法改変を強行したものであるとし、本件各行為によって、自らの意思に



もとづいて憲法の条項と内容を決定する憲法改正・決定権を侵害された旨、主張する。

(ii) これについて被告は、憲法96条1項は、抽象的な「国家の主権者としての国民」の憲法改正権を規定するにとどまり、「個別の国民」との関係で、国賠法上の救済が得られるほどの具体的、個別的な権利ないし法的利益としての「憲法改正・決定権」なるものを観念することはできないなどとして、憲法改正・決定権の具体的権利性を否定する主張を展開する。

しかし、憲法96条1項が、直接、個々の国民に対し、憲法改正について何らかの権利または法的利益を保障しているものではないとは解する余地があるとしても、同条に定める日本国憲法の改正について、国民の承認に係る投票（国民投票）にかんする手続が憲法改正手続法によって現に定められ（同法1条参照）、これが施行に移されている以上、遅くともその施行以降、憲法改正の承認手続きに参画する権利は、個別の国民との関係においても法的に保護された権利として確立しているといえる。たとえば、現実には考えがたいことではあるが、法形式として憲法の改正がなされる際、仮に、国会の発議のみをもって、国民投票のおこなわれないうちに、改正憲法が成立したという扱いがされるようなことがあれば、憲法改正手続法により保護された個別の国民の憲法改正・決定権が侵害されることは明らかである。したがって、被告の前記の主張は、採用することができない。

(iii) もっとも、安保法の制定は、法律の制定・改正の形式をとっておこなわれたものであり、法形式として憲法を改変するものではない以上、これについて国民投票の手続がとられなかったことを、法形式上も憲法の改正であるものについてその手続がおこなわれないうような場合と同列に論じることはできない。法形式として法律である以上、仮にそれが上位の法規範である憲法に違反する内容のものであれば、違憲無効なものとして客観的に法的効力を有していないこととなるにすぎないからである。言い換えれば、仮に新安保法制の憲法適合性をめぐって具体的な争訟が成立したときには、当該争訟の当事者は、関係する法条の合憲性および法的効力を争いうるのである。

要するに、安保法の制定によって憲法改正・決定権が侵害されたとする原告

らの主張は、安保法が憲法規範と同価値の法規範として憲法規範を変容させていることを前提に置いていると解されるが、新安保法制が憲法に適合しているか否にかかわらず、安保法の制定は、憲法規範を変容させる法的効力をもつものではないから、原告らの主張は、そもそも上記の前提を欠いており、安保法の制定によって、原告らの憲法改正・決定権が具体的に侵害されたものとはいえない。

(iv) 先に判示したとおり、裁判所の違憲立法審査権は、憲法解釈のいかんによってその存否が左右される具体的権利または法的利益を訴訟物とする紛争を解決するために必要な限度で行使すべきものであるところ、本件においては、憲法解釈のいかんによってその存否が左右される具体的な権利または法的利益が訴訟物とされているとは認められないから、原告らの主張は、結局、安保法の憲法適合性判断を、訴訟物の判断に必要な限度を超えて抽象的に求めようとするものといわざるをえない。

このように具体的な争訟を離れた本来的に抽象的な憲法解釈の争いについて、憲法改正・決定権の侵害を標榜することで裁判所の憲法解釈を求められることにはならない。

## (5) 結論

以上によれば、原告らが違憲の本件各行為によって侵害されたと主張する権利ないし法的利益は、権利性を欠くか、権利性があるものでも本件各行為によって侵害されているものではないことが、新安保法制の憲法適合性についての判断を待つまでもなく明らかである。したがって、その余の争点について判断するまでもなく、原告らの請求にはいずれも理由がないから棄却することとする。

## II 判決の問題点

### 1 本判決の判断枠組み——憲法判断回避の準則の機械的適用

那覇地裁判決が採った判断枠組みの基本的特徴は、いわゆる憲法判断回避の

準則を、その伝統的意味を墨守して機械的にあてはめ、安保法制の憲法適合性について判断をおこなわなかったところにある。すなわち、本件訴訟において、原告らは安保法制の違憲性を適切に主張・立証し、裁判所もその憲法適否を争点として位置付けたが、それにもかかわらず、裁判所は、原告らの主張する権利ないし法的利益、すなわち平和的生存権、人格権および憲法改正・決定権に侵害が認められてはじめて違憲審査に入るとしたうえで、いずれの権利侵害も認められないから安保法制についての憲法適否の判断はしない、という論法を採ったのである。

安保法制は、政府の従来憲法解釈を歪めてこれに違背し、その法案段階から憲法学者はほぼ例外なくこれを違憲と評価してきたもので、いわば憲法違反のかたまりのような作品である。本件訴訟において原告らが指摘した同法制の違憲の要素は、①集団的自衛権の容認およびその行使の憲法9条違反ならびに集団的自衛権行使を容認することの立憲主義違反、②後方支援活動等の実施の憲法9条違反、③PKOの新任務と任務遂行のための武器使用の憲法9条違反、④外国軍隊の武器等防護の憲法9条違反、の諸点にわたる。煩瑣を避けるために項目だけにとどめたが、まことに総合的・俯瞰的に、余すところなく主張・立証がなされている。それにもかかわらず、裁判所は、これらの憲法上のきわめて重要な争点について法的判断を一切拒否したのである。

その論理は、先にも引いておいたが（2判決理由（1）判断の枠組み参照）、要点はつぎのとおりである。——憲法81条にもとづき裁判所が有する違憲立法審査権は、76条の司法権を発動することができる場合に付随して、具体的事件の解決に必要な限度で行使することができる。裁判所は、原則として、具体的争訟を離れて政府や国会の行為等の違憲・違法について抽象的に判断する権限を有するものではない。本件においても、新安保法制が違憲であるとした場合に原告らの権利ないし法的利益が侵害されるという関係になれば、本件訴訟の解決のために違憲審査権を行使することが必要とはされない、というものである。裁判所が設定したこのような判断枠組みは、はたして正当であろうか。

たしかに、わが国憲法81条の定める違憲審査制は、通常の裁判所が、具体的な訴訟事件を裁判する際に、その前提として事件の解決に必要な限度で、適

用法条の違憲審査をおこなう方式、すなわち付随的違憲審査制であるとするのが通説・判例の立場である。その主な理由は、81条は「第6章司法」の章に定められているところ、司法とは伝統的に具体的な権利義務にかんする争い、または一定の法律関係の存否にかんする争いを前提とし、それに法令を適用して紛争を解決する作用であり、違憲審査権はその作用に付随するものとして同条に明記されたと解されるところにある。

付随的審査制は、伝統的な司法の観念に立脚するものであり、個人の権利保護を第一の目的とする（私権保障型）。これは、違憲の法秩序を排除して、憲法を頂点とする法体系の整合性の確保をはかることを第一義とする抽象的審査制（憲法保障型）とは異なるシステムであり、その果たす機能も大きく相違していた。しかし近年、両者の合一化傾向が進行していることがみとめられ、付随的審査制も、実質的に、個人の人権の保障をとおして憲法秩序そのものを保障するという意味を強く帯びようになってきている。このような司法の概念の歴史的变化を考慮に入れて、わが国の問題を論じるときにも、伝統的な私権保障型の付随的審査制を基本としながらも、それが憲法保障の機能をもつべきであることにも十分に配慮しなければならない、とするのが今日の通説であるといえる。

付随的審査制については、アメリカ合衆国の判例の中で形成されてきたところの、裁判所が違憲審査に当面した場合に従うべき準則が存在する。本件とかかわるものは、憲法判断回避の準則（ブランダイス・ルール、またアシュバンダー・ルール）であり、これは、憲法判断は事件の解決にとって必要な場合以外はおこなわないという「必要性の原則」にもとづいた判断方式である。那覇地裁が金科玉条としているのは、このアメリカ判例上の理論である。しかし、現在のわが国における学説上の標準的な見解は、それを絶対的なルールとはせず、「裁判所は、事件の重大性や違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題とされている権利の性質等を総合的に考慮し、十分理由があると判断した場合は、回避のルールによらず、憲法判断に踏み切ることができる」と解するのが、妥当であろう。」と説いている<sup>(4)</sup>。憲法判断回避の準則の絶対視は、違憲審査制の憲法保障機能に反するからである。こうした見解が、今日、学説

では通有のものとなっており、本判決のような伝統的見解に固執した態度をとるのでは、争われている問題の解決に資するところがないといわなければならない。

そもそも、付随的審査制では事件性を充たすことが前提とされる場所、それを充たしていれば違憲審査をおこなうことは論理上可能であり、憲法判断を避けなければならない必然性はない。また、判断の順序として、憲法判断に先立って原告らの権利ないし法的利益の侵害の存否を判断しなければならないという論理的必然性もない<sup>5)</sup>。先に引いた、事件の重大性・違憲状態の程度等についての裁判官に認められた裁量的判断権限にもとづいて、回避のルールに縛られることなく憲法判断に踏み切ることこそが、裁判官の使命なのである。

## 2 平和的生存権論——従来の消極的見解の踏襲

### (1) 具体的権利性の全面否定

原告側は、権利侵害の筆頭に平和的生存権の侵害を挙げ、それについて詳論している。その際強調したのは、安保法制の成立によってその侵害のレベルが質的に、格段に高まり、深刻なものとなったことである。

すなわち、「新安保法制における集団的自衛権の行使や後方支援活動等の実施は、日本が自ら他国の攻撃に加担し、武力の行使や兵站活動等をおこなって、他国の国土を破壊し、その国民・市民らを死傷させるものであるとともに、戦争の当事国となった日本は、敵対国等から領土に対する攻撃を受け、あるいは、テロリズムの対象となるのであり、原告らを含む日本の国民・市民全部が、戦争体制に突入し、その犠牲を強いられることになる。」こうして、「日本国憲法の平和主義に基づく憲法秩序が、下位規範である法律によって侵害されている今こそ、平和的生存権の重要性が再認識され、その機能が発揮されなければならない、憲法9条に違反し戦争を準備する安保法の制定が強行されたことによって、むしろ自由と権利を守るための平和的生存権の権利性が現実化されたというべきである」とするのである。

そして、被告が平和的生存権は一義性に欠け、明確でないというのに対して、原告側は、「憲法は、軍隊による交戦権を通じての平和実現手段を9条2

項によって明確に否定したのであり、平和のうちに生存する方法が多様であったとしても、少なくとも、憲法9条に違反する国家行為によっては、平和のうちに生存することはできないとしたのであるから、平和的生存権の外延は明確である」と反論している。——こうして、平和的生存権侵害の論点は、この事案の核心的な位置を占めるものとなっていた。

それにもかかわらず、判決は、憲法前文は具体的権利を直接保障したものであること、主体をわが国主権の域外にある者を含む「全世界の国民」としていること、「平和」の内容も抽象的であること等、従来の裁判規範否定説に立つ裁判例の論理を、論証のほとんどないままに繰り返すのみであった。加えて、9条の主張については、国家の統治規範であり、国民個人々の具体的権利保障の根拠にはならないとして、これをも一蹴している。

このように、那覇地方裁判所は、従来の自国の防衛に限定された必要最小限度の実力の保持・行使でなく、集団的自衛権行使にまで踏み出した国家行為に対してさえ、国民の平和的生存権を具体的権利・法的利益として認めなかったのである。これは、明瞭に批判されるべき論旨であるが、安保法制違憲訴訟で本判決に先立って出された裁判例と同工異曲であることもまた特徴的である。先行判決のうち札幌・東京両判決を参照しておきたい。

## (2) 安保法制違憲訴訟の先行裁判例への参照

### ① 札幌地裁判決（2019.4.22）

この判決の平和的生存権についての判示部分は、以下のとおりである。

「憲法前文は、『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ことを確認する。』（第2項第3文）と宣言し、憲法9条は、国際紛争を解決する手段としての国権の発動たる戦争と武力による威嚇又は武力の行使を放棄し、この目的を達成するための陸海空軍その他の戦力の保持をしない旨を規定している。しかして、憲法の規定する恒久平和主義は憲法上重要な理念であって、また、国民が平和のうちに生存することは、各人の基本的人権が保障されるための基礎的な条件であるから、平和のうちに生存していくことと各人の人権が保障されることは、密接な関連性を有しているも

のというべきである。

しかし、憲法前文は、憲法の『崇高な理想と目的』（前文第4項）を示すものであり、憲法における解釈指針や憲法第3章で定める人権規定においてその趣旨が斟酌されることがあっても、前文に上記文言があることから直ちに国民に『平和のうちに生存する権利』が具体的な権利として保障されているものと解することはできない。また、平和とは理念ないし目的としての抽象的概念であって、その具体的に意味するところは、各人の思想や信条、世界観等の主観によって異なるものであり、これを達成ないし確保する手段も、他者との関係を含めて達成し得るものであって、その当時の国際情勢によっても左右されるところが大きいのであるから、『平和的生存権』の具体的な内容について一義的に確定することは困難であるといわざるを得ない。この点、原告らは、憲法9条1項及び2項が憲法上保障されるべき『平和』の具体的な内容を充填し、平和的生存権の具体的な権利性をもたらししていると主張するが、憲法9条は国の統治機構ないし統治活動についての基本的政策を明らかにしたものであるにすぎず、国民の私法上の権利義務を具体的に定めたものと解することはできない。

したがって、原告らが国家賠償法1条1項の被侵害利益として主張するところの平和的生存権は、法律上保護された具体的利益ないし権利であるとはいえない。」という。

## ② 東京地裁判決（国賠事件。2019.11.7）

この判決の平和的生存権関連の判旨は、先の札幌地裁判決に酷似した（同工異曲と言えるような）部分を含んでいる。以下のごとくである（／は、原文で改行を示す）。

「原告らは、憲法が、前文、9条及び13条に基づいて、平和的生存権を保障している旨主張する。

憲法前文は、恒久の平和を念願し、全世界の国民が平和のうちに生存する権利を有することを確認する旨を謳い、憲法9条は、国権の発動たる戦争と国際紛争を解決する手段としての武力による威嚇又は武力の行使を放棄し、武力を



保持せず、国の交戦権を認めない旨規定している。憲法が、戦争の惨禍から人類が永遠に免れることを希求し、日本のみならず世界の恒久平和を念願し、基本的人権を保障する基礎的条件として、日本国民が平和のうちに生存すべきであるとの理念を備えていることに疑いはない。／しかし、憲法前文は、憲法の基本的精神及び理念を表明したものであって、そこで表明されたものが本文各規定を解釈する指針となり得ることがあるとしても、それ自体が具体的権利の賦与やその保障を定めたものとは解し難い。／また、平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であり、各個人の思想や信条により、多様な捉え方が可能なものである。また、平和は、個々人の信条や行動のみならず、常に他者との関係を含めて初めて達成し得るものであって、これを確保する手段、方法は、常時変化する複雑な国際情勢に応じて多岐多様にわたり、特定することができない。以上に照らせば、『平和のうちに生存する権利』との文言から、直ちに一定の意味内容や、これを達成する手段や方法が特定されるものではないから、憲法前文から裁判規範となるべき国民の権利としての具体的な意味内容を確定することは困難であり、憲法前文を根拠として、個々の国民に対して平和的生存権という具体的権利ないし利益が保障されているものと解することはできない。

憲法9条は、国家の統治機構ないし統治活動についての規範を定めたものであって、国民の私法上の権利を直接保障したものということとはできず、同条を根拠としては、平和的生存権という個々人の具体的な権利が保障されているということとはできない。

また、憲法13条は、憲法上例示的に列挙されていない利益を新しい人権として保障する根拠となる一般的包括的規定であるが、…『平和』の概念自体が抽象的であること等に照らして、平和的生存権が具体的内容を有するとは認め難いことは先に述べたところであり、憲法13条によっても平和的生存権が原告ら個々人に具体的な権利ないし法的利益として賦与されたということとはできない。

原告らは、その主張する平和的生存権は、議論の成熟に伴い、内容が明確化されている旨主張するが、原告らが主張する『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』が具体的にはいかなる内容で、どのような法律効果があるのかといった点はなお不明確であり、原告らが権利侵害と主張する個別の内容…に照らしても、…『平和』概念の抽象性や多義的性格が左右されるものとはいえない。」

——こう断じて、原告主張を斥けたのである。

### (3) 先行2判決および本判決の平和的生存権論の特徴

安保法制訴訟のこれらの裁判例は何を物語っているか。先行2例の、ひな形をなぞったような類似ぶりからすれば、その後に出された本判決も同様の平和的生存権論となることが懸念されたのであるが、はたせるかな、その例に洩れなかった。それらの平和的生存権判断の特徴を、とりあえず2点、指摘しておこう。

#### ① 平和主義規範の理念化

何より強く印象付けられるのは、日本国憲法の平和主義規範を理念化・宣言化しようとする事への裁判所の意欲である。それは、憲法本文の解釈指針にとどまるとしてきた前文だけでなく、9条にも及んでいる。本判決の場合、前文は、「全世界の国民が平和のうちに生存する権利を有する」ことを「謳い」また「宣言し」ている、とするが、「規定している」とは言わない。そして、9条は、戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認を「規定」するが、これと前文とが相俟って、恒久平和主義の「理念」を形づくっているとする。そして、憲法に言う「平和」は、「理念」ないし「目的」としての「抽象的概念」にすぎない、という特異な概念規定に立って、平和的生存権の具体的な意味内容は確定することができない、とするのである。

この点にかんして、原告側は、平和的生存権の具体的権利性・裁判規範性は十分弁証可能であること、また、日本国憲法のいう「平和」は、9条によって意味充填された法的概念であることを、近時の学説および2008年4月17日の名古屋高裁判決（後出）に代表される裁判例にそくして主張した<sup>(6)</sup>。

裁判所は、安保法制という、政府自身が半世紀を越えて憲法上許されないも

のとしてきた集団的自衛権行使を認容し、またそれゆえその立法過程も異常きわまるものであって、違憲であることが明白な法制度を救い出す役割を担うことになったわけである。この法制自体を合憲と弁じるにはあまりに瑕疵が多すぎるとあれば、採るべき手法は、憲法適合性を判定する規準の方のレベルを上げるほかない。つまり、平和的生存権および9条の平和主義規定の規範性を希薄にする手法である。そして、これは、体制の国家意思を擁護すべく司法機関が用いた手法としては、そのもつ意味は重大であると思う<sup>(7)</sup>。

## ② 判決の質の劣化

また、上に述べた特徴は、同時に、司法の劣化というべき問題を顕在化させたといえる。裁判所は、人権擁護の府であることを究極の存在理由としている。個人の人権が侵害されたとの訴えがなされた場合、これを憲法によって救済するために、法律家として誠実かつ真剣にそれに対応するところにこそ、司法の本来の姿がある。しかし、札幌地裁であれ東京地裁であれ、また那覇地裁についても、その判旨からは、国民の負託に応えようとする真摯な態度を見出すことはできない。主要な論点には、ていねいな検討を経た応答が当然に求められる。そのうちのひとつ、平和的生存権も、戦後の判例・学説において長い歴史をもち、それを踏まえて、ひとつの画期をなすものとして2008年4月17日の名古屋高裁判決が出されている。もとよりそれに対する評価は区々であるが、いずれにせよ正面からの対応は本来避けてはならないものであろう。それにもかかわらず、判決は触れようとさえしていない。

ちなみに、この名古屋高裁判決は、2003年から開始された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た市民の控訴につき、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、基底の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、他方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

ており、裁判例としてもつ意味は大きい。加えて、国際的動向としても、2016年12月、国連総会で『平和への権利宣言』が採択され（2021年1月22日に発効している）、平和を権利として捉える流れの進展がある。しかし、判決には、これらについて関心を払おうとする姿勢などさらにはない。判決の質の劣化を見る思いがするのである。

### 3 人格権論——平和的生存権に代替させる論理

本判決の人格権についての扱いは、平和的生存権の場合とやや異なる。

原告らは、本件各行為によって侵害された人格権を、人間が人間としての存在を全うするために認められるべき、①生命・身体に直結する人格権、②平和のうちに平穏に生きる権利としての人格権、③主権者として蔑ろにされない権利としての人格権、の3側面においてとらえて主張したのであるが、判決は、そのうち①と②を人格権についての判断の中で取り上げ、③は「憲法改正・決定権」の主張と同旨であるとして、その個所に吸収する、という方法をとる。そして、①・②にかんして、「安保法の規定する内容によって、我が国が他国間の戦争に巻き込まれる危険性が高まるという原告らの懸念は、まったく理解できないといったようなものではな [い]」と述べ、ついで、(先に判断理由の(3)で引用しておいたように、)「殊に」として、沖縄においてはこの危険性が格別に顕著であることを、沖縄戦以降の歴史についての簡潔な叙述をふまえて指摘するのである。

この歴史についての叙述は、正確なものであると、私は思う。ただ、続けて、十分な理由を示さないうまま、①については具体的な危険の発生が認められないとし、②については、抽象的な不安・恐怖からの解放までもが保護されるものとは解されない、として切り捨てている。なお、②にかんして、原告らの主張する平和のうちに平穏に生きる権利は個人の尊厳にかかわる具体的な権利又は法的利益と解する余地がある」と述べたことには注意を払っておきたいが、ただそれも、先の沖縄にかかる叙述と同様に、この判決の中ではリップサービスの役割を果たしているにとどまるものと考えざるをえないのである。

平和のうちに生きる権利は、疑いもなく人格的権利の土台をなすものである

ところ、人格権は、憲法に基礎された私法上の具体的権利として定着しているから、平和的生存権の概念そのものについての理解に消極的な裁判所にとっても扱いやすく、隘路を打開するための賢い方途であるといえよう。本判決が、人格権についての判断に、他の争点についての判断には見られない注力をしたのは当然といえるかもしれない。ただ、思うに、このような訴訟において中心的な役割を果たすものは、やはり平和的生存権それ自体ではあるまいか。すなわち、主観的権利としての平和的生存権の核心的機能は、違憲の、とくに9条違反の国家行為を個々の国民が主観訴訟をとおしてやめさせ、正すためにはたらくところにある。生命・身体の安全、また平和のうちに平穏に生きる人格的利益の主張を、これと切り離しておこなうとき、わが国憲法の平和的生存権法制の意義は、その本質を喪失することになる。本判決は、この意味的人格利益を、平和的生存権と切り離してつかんだうえで、その成立を否定したものにほかならないのである。

#### 4 憲法改正・決定権論——判旨の観念性

安保法制違憲訴訟では、憲法違背の程度の深刻さを反映して、憲法改正手続への国民の関与を「憲法改正・決定権」としてとらえなおし、これを違憲主張の主要な根拠のひとつに位置付ける見解が原告から出された。これに対して、那覇地裁は、原告主張は安保法の憲法適合性判断を訴訟物の判断に必要な限度を超えて抽象的に求めるもので、具体的審査制にはなじまない、と一蹴した。したがって、上記③の意味的人格権侵害の主張は、内容上吟味されないまま斥けられている。

原告らの主張は、憲法9条を、明文の改正によることなく法律の制定でもって実質的に改変することは、96条の改憲手続を潜脱するものであって、主権者国民の憲法改正に対する最終的意思表明権を奪うことになるというものである。また、安保法制が制定者の新たな憲法解釈に合致しているというのであれば、そのような解釈変更自体が、憲法規範の実質的な改正にあたることになり、主権者国民はこれを正す地位にあると主張しているのである。このような主張を、実質上門前払いの扱いをした判旨に正当性はない<sup>(8)</sup>。

## むすびに——司法の政治化

以上のようにして、本判決は、他の安保法制訴訟の諸判決と同様、この法制の憲法適合性について沈黙して語らず、また、とくに平和的生存権については、2008年名古屋高裁判決には触れずに、そうすることで同判決の到達点を反転させた。裁判所が、公権力の意思を貫徹させる役割をこのような形で果たしているといえる。司法の政治化を、ここに見る思いがする。推測を含めてであるが、今、共通の事案を扱う裁判所は、体制に沿う自発的な意欲をもって判決の「範例」をつくり、それをベースにして判決書を書いているのであろうか。それが杞憂であることを願い、司法の独立の自覚と国民の権利擁護の使命をとり戻すことを心より求めたい。

これまでに出された判決で、せめても安堵したのは、安保法制自体を積極的に合憲とするものが出されていないことである。憲法の堅固な平和規範と国民の平和を願う声がそのようにさせたものといえる。このことを大切な手掛かりにして、今後を展望したいと思う。

### 註

- (1) 寺井一弘・伊藤 真（編著）『安保法制違憲訴訟——私たちは戦争を許さない』（日本評論社・2020年）9頁。
- (2) 寺井・伊藤編著（前掲註(1)）10頁。
- (3) 筆者も憲法学者として証人申請されたが、裁判所により不採用となった。
- (4) 以上は、芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法 第7版』（岩波書店・2019年）391頁以下に拠る。
- (5) 寺井・伊藤編著（前掲註(1)）9頁参照。
- (6) 筆者としては、安保法制違憲訴訟にかんして、2016年4月26日付で東京地裁に宛て、「安全保障法制の違憲性——主として平和的生存権にかんする意見」と題する意見書を提出している。その概要は、愛知大学法学部『法経論集』第211号（2017年7月）83頁以下所収の拙稿「安保法制違憲訴訟における平和的生存権の主張」参照。

- (7) なお、この点をめぐって、一論者は、主観的権利侵害が成り立つための要件を過度に厳格に用いて憲法判断を回避したもので、これに対しては、訴訟の適法性維持機能という客観的側面を際立たせ、「主観性の壁」を打破して憲法判断を呼び込む戦略を立てるべきである、という（又坂常人「安保法制違憲訴訟 東京地裁判決にみる憲法判断回避の論理」〔NPO 現代の理論・社会フォーラム NEWS LETTER 13号（2020.1）〕2頁以下）。ただ、私は、この判旨が、安保法制の憲法適合性判断をしなかったものではあれ、それを違憲としないための判断枠組みを意欲的につくっており、そうすることにおいてきわめて積極的である点を重視する。つまり、憲法判断それ自体は回避していないのであり、この点は、今後を展望するときのひとつの論点として押さえておきたいと思う。
- (8) この主張についての私の見解として、「沖縄・安保法制違憲訴訟における『憲法改正・決定権』の主張について」愛知大学法学部『法経論集』第220号（2019年9月）163頁以下への参照を請う。

(2020.11.16 脱稿)