

〈研究ノート〉

沖縄・高江訴訟における平和的生存権の主張

小林 武

目 次

まえがき

第1部 高江訴訟で名古屋地裁に提出した意見書（2019.4.24付）

はじめに 人間の尊厳をかけた訴え

- 1 訴えの要となる諸人権
- 2 本件訴訟の位置と意義

I 戦後沖縄の人権蹂躪史 粗描

- 1 沖縄戦と米軍による占領支配——憲法を奪われた27年間
- 2 復帰による憲法適用後の沖縄における人権侵害

II 抵抗権の本来的機能の顕在化

- 1 抵抗権の歴史的概観——前提作業として
- 2 抵抗権の根拠をめぐって——自然法説と実定法説
 - (1) 自然法説について
 - (2) 実定法説の意義

3 抵抗権の本来的機能の追究

4 この章の小括

III 平和的生存権の主張

- 1 「平和のうちに生存する権利」の主張の可能性
- 2 平和的生存権の意義と法的性格
 - (1) 平和的生存権の歴史的位置
 - ① 戦争違法化への世界的潮流と日本国憲法
 - ② 日本国憲法における「平和的生存権」への結晶
 - (2) 平和的生存権の裁判規範性

(3) 平和的生存権の法的構造

① 権利内容

② 根拠規定、享有主体、成立要件および法的効果

(4) 平和的生存権の憲法上の根拠——「平和」の意味の9条による充填

3 沖縄における平和的生存権侵害の特徴——長期的かつ常態的な侵害
むすび 抵抗権・平和的生存権が活かされた判決を

第2部 高江訴訟（名古屋）における平和的生存権にかんする当事者の主張と地
裁判決

1 当事者の主張

(1) 原告側の平和的生存権主張

(2) 被告側の否定論

2 名古屋地裁判決（2019.11.11）の平和的生存権にかんする判旨と論評

(1) 地裁判決の判旨

(2) 判旨の恣意性

あとがき

まえがき

本稿の主な課題は、沖縄県高江のヘリパッド建設に抗う人々を排除するために愛知県が県警機動隊の派遣に公金を支出したことの違法をいう訴訟において平和的生存権を主張することの意義を論じているところにある。

この訴訟は、第1部の「はじめに」でかいつまんで述べているように、人々の平和的生存権の保障を正面から問うものであり、筆者は、原告側の要請に応じて、平和的生存権を主題とした意見書を書き、名古屋地裁に提出した（2019.4.24）。これを本稿の中心に置き（第1部）、併せて、原告側準備書面の論理を紹介する（第2部1）。意見書提出の半年後、地裁判決が出されたが、その判旨に論評を加えることとした（第2部2）。

事案の詳細は第1部への参照を請うが、高江について、念のために一言しておきたい。「高江」（たかえ）は、本島北部の国頭郡東村（くにかみぐん・ひがしそん）にある人口わずか150人余の集落である。現在米軍新基地の建設が強行されている「辺野古」（へのこ）集落は、この東村と隣接する名護市にある。

両者は、基地建設に抗う運動において、隣合って共同の戦線を形づくっているわけである。ただ、隣接と言っても、高江は、辺野古から直線距離で30kmも離れている。裁判所のある那覇には直線で80km、実測ではその2倍を超えるにちがいない。このような、まことに辺鄙な山中の、またしたがって自然環境に恵まれた平和な小村を取り囲むような形で、米軍の軍用ヘリコプター発着帯（これが「ヘリパッド」である）を6基設置することを強行したのが問題の発端であった。世界中に軍事展開する米軍は、人の住む村落の近くでのゲリラ戦を想定した訓練を必要としており、その下で、高江の人々の人間の尊厳が蹂躪されているのである。それは、本文に記載したとおりである。

なお、高江にかかわるさまざまな事件の中で、自家用車両の通行を違法に制止されるなどの扱いを受けた弁護士（沖縄弁護士会所属）が提起した国家賠償請求の訴えが認容されたというケースがあった（那覇地裁2018.1.17判決）。これは、2016年11月に当時米軍ヘリパッド建設が進められていた東村高江の県道で、沖縄県警の指揮下にあった警察官に車両の通行を2時間以上制止され、またビデオ撮影されたとして慰謝料50万円の支払いを求めたものであるが、那覇地裁（森 健一裁判長）は、「原告の自由を制約するもので、警察官職務執行法や警察法のいずれによっても正当化できない」とした。憲法論が直接的に展開されているわけではないが、人権保障に資する判決に数えてよいものと思われる。

まずは、筆者の意見書をほぼそのまま掲載しておこう。

第1部 高江訴訟で名古屋地裁に提出した意見書（2019.4.24付）

（意見書の元のタイトルは、「高江訴訟における抵抗権および平和的生存権の主張」である。平成29年（行ウ）第85号 沖縄高江への愛知県機動隊の派遣違法公金支出損害賠償請求事件につき、名古屋地方裁判所民事第9部D0係宛提出されている。）

はじめに 人間の尊厳をかけた訴え

1 訴えの要となる諸人権

沖縄の人々は、4分の3世紀にも及ぼうとする長い年月、米軍基地の重圧による苦悩を強いられている。これに対して人々が安全な生存と人間の尊厳の回復を求めて抗ってきたのは、人間らしく生きようとする本性にもとづく当然事である。そのことからすれば、人権の確保のために設けられている国家権力は、本来、この人々の権利を確保することにこそ仕えるのでなければならない。しかしながら、米軍基地の建設・強化がすすむ沖縄県国頭郡東村高江（以下しばしば、たんに「高江」という）において展開されてきた現実には、この立憲主義の原型を逆転させるものでありつづけている。

以下に見るような、公権力の不法な行使に対してする人々の平和的な抗議行動を、日本国憲法は厚く支えている。とくに、憲法によって保障された表現の自由や人格権、そして抵抗権および平和的生存権が中心的支柱であるが、さらに地方自治、とりわけ住民自治の原則も、主権的権利としての機能を発揮する側面において、これに加えられるであろう。本意見書は、そのうちとくに抵抗権と平和的生存権が本件訴えの要となると考え、それらが正当に評価され、人々の人権擁護に資する司法判断が導かれることを願って、以下、卓見を開陳するものである。

2 本件訴訟の位置と意義

本件訴訟は、愛知県の住民210名（提訴後に取り下げた人もいる）が同県知事を被告として提起した、つぎのような内容のものである。——愛知県公安委員会は、沖縄県公安委員会の援助依頼を受けて、2016年7月13日から同年12月末日までの間、高江地区の北部訓練場ヘリコプター着陸帯（「ヘリパッド」）移設工事に伴う各種警備事業に対応するために愛知県警察職員（機動隊）を派遣し、同機動隊は、沖縄県公安委員会の指揮のもと、基地建設警備の仕事に就いた。これに愛知県警本部長が人件費（給与・時間外労働手当・勤務手当等）を支

出したのは、公金の違法な支出であるとして、知事に、当時の県警本部長に対して、違法に支出した公金を返還させる損害賠償を請求するよう求めた訴訟である。なお、それに先立ち、住民らは、2017年5月15日、知事の違法な公金支出について、県監察委員に対し、地方自治法242条1項にもとづく監査請求をおこなったが、同年6月27日に請求不適法の却下通知を受けたため、2017年7月26日、本件住民訴訟に及んだものである。

訴状によれば、高江の基地建設は、沖縄県民の合意にもとづくものではなく、環境アセスメントも不備で、ずさんな工事による環境破壊、オスプレイの危険性など、住民の生活を妨害する、それ自体違法なものであるところ、沖縄へ派遣された東京都、大阪府、千葉・神奈川・福岡・愛知の各県の機動隊員約600人が基地建設工事現場でおこなった行為は、車両の検閲、ゲート前の住民テントと車両の強制撤去、県道封鎖、座り込み住民の拘束と逮捕、取材妨害等を含むものであった。あまつさえ、県外から派遣された機動隊員から、抗議行動をしている地元住民に対して「土人が」、「黙れ、こらシナ人」等の差別言辞が発せられた。この発言は、沖縄県議会が当日2016年10月28日に、「沖縄県民の誇りと尊厳を踏みにじり、県民の心に癒しがたい深い傷を与えた。……本県議会は、市民及び県民の生命及び尊厳を守る立場から、沖縄に派遣されている機動隊員らによる、沖縄県民に対する侮蔑発言に厳重に抗議する」と決議したとおり、憲法13条の保障する人間の尊厳、人格権を明白に蹂躪する、到底許しがたいものであった。

また、原告側2018年2月6日付準備書面(5)によれば、とくにヘリパッド建設工事を強行した2016年7月22日には、約500人の機動隊員らが、非暴力で抵抗する市民らを力づくで排除し、その際に殴る蹴るの暴行もおこなわれている。こうした警察行為の違法性は、警察法2条1項が、「警察は、個人の生命、身体及び財産の保護に任じ、犯罪の予防、鎮圧及び捜査、被疑者の逮捕、交通の取締その他公共の安全と秩序の維持に当ることをもってその責務とする」とし、また同条2項が、「警察の活動は、厳格に前項の責務の範囲に限られるべきものであって、……不偏不党且つ公平中正を旨とし、いやくも日本国憲法の保障する個人の権利及び自由の干渉にわたる等その権限を濫用することが

あってはならない」と定めているところに照らしても、ヘリパッド建設現場における警察行為は、警察法にも違反するきわめて異常なものであるといわなければならない。

高江は人口わずか150人余の小さな集落であるが、ここにヘリパッド建設問題が持ち込まれたのは、1996年、日米両政府が前年に設置した沖縄に関する特別行動委員会（SACO）において、既存のヘリパッドを北部訓練場の残余部分に移設することなどを条件に、同訓練場の過半を返還することで合意したことに端を発する。この新たに設置予定の6個所のヘリパッドは、東村内の高江集落から2km以内の位置に、同集落を取り囲むように配置する計画であった。高江の人たちは、「基地の中に住むのも同然になる」と、区民総会で2度、反対を決議した。しかし、沖縄防衛局は、住民が求めた話し合いの場も設けないうまま、2007年、建設準備にともなう重機や資材の搬入に着手した。これに対して住民たちが抗議活動を始めたわけである。

ところが、国（沖縄防衛局）は、2008年11月、高江住民ら15名を相手取って、那覇地方裁判所に通行妨害禁止の仮処分を申し立てた。これに対して同地裁は、2009年12月、2名について通行妨害を禁止する仮処分決定を出した。その後、国は、この2名について通行妨害禁止の本訴訟を提起し、それを受けて地裁は、このうち1名について通行妨害禁止を命じた。この判断は、2013年6月の福岡高裁那覇支部の判決でも維持された。住民は、上告および上告受理申立をしたが、2014年6月13日、上告棄却・上告不受理決定がなされ、訴訟は終了した。

この裁判の本質的な目的は、住民の反対運動を萎縮させるところにあった。住民が交通の便の悪い北部から1日かけて裁判所まで通うことひとつとっても、その生活への負担の重さは計り知れないものがある。こうした、国が、住民運動に対する恫喝・威嚇・弾圧を目的として起こす裁判は、スラップ（SLAPP, Strategic Lawsuit Against Public Participation）訴訟（市民参加に対峙する戦略的訴訟）と呼ばれるもので、本来、その提起自体が不法とされる。しかし、この事案においては、どの審級の裁判所も、このような訴訟の本質にはまったく踏み込むことなく、「抗議・監視活動全般に対する萎縮の効果が生じ

るとはいえない」(控訴審判決)といった実態を見ない判断で、住民側の主張を一蹴したのである。訴訟終結後も住民の非暴力の抵抗が続く中、2014年7月には、建設予定の6つのヘリパッドのうち2つが完成に至り、同月からの名護市辺野古の米軍新基地建設工事の開始につながっている。——本件訴訟の事案は、その延長線上にある。

本件高江の東村と、今日米軍新基地建設が強行されている辺野古の名護市は隣接し合った自治体であり、高江の問題は、もとより孤立したものではない。高江でも、辺野古でも、県民の、米軍基地の新設・強化は許さないという非暴力の抵抗運動が続いている。そして、それを支えている県民の意思は、沖縄戦で本土防衛の捨て石とされて以来27年間、本土から切り離されて米軍支配下に置かれ、そして、施政権返還(「本土復帰」)から47年を経た今においてもなお、米軍基地が圧倒的に集中しているという、苦難の歴史に裏打ちされたものである。本意見書は、住民の抗議活動の正当性を支える柱となるべき憲法上の権利について論じるものであるが、それに先立ち、そのために必須と思われる戦後沖縄史の概観を、憲法の観点から試みておきたいと思う。章を改めよう。

I 戦後沖縄の人権蹂躪史 粗描

1 沖縄戦と米軍による占領支配——憲法を奪われた27年間

1945年、沖縄は、太平洋戦争末期に日本で唯一、民衆の日常生活の場において、大規模な地上戦——「沖縄戦」——がおこなわれた地域となった。押し寄せた米軍は、地上戦闘部隊だけでも18万余り、後方支援部隊を加えると54万人に及んだといわれる。これに対して日本軍は、わずか10万人。しかも、そのうち約3分の1は、沖縄現地徴集の補助兵力であった。3月26日、米軍の慶良間列島上陸を序章として、4月1日の本島(読谷から北谷にかけての西海岸)への上陸に始まった沖縄戦は、太平洋戦争の最後の決戦となったものであるが、日本軍は、「国体護持」を至上目的とし、できるだけ長く抗戦して米軍の本土上陸の時期を延ばす持久作戦を採った。そのため、「鉄の暴風」と呼ばれる、住民を巻き込んだの激烈悲惨な戦闘が繰り返された。住民に「ありっ

たけの地獄を集めた」と表現される、阿鼻叫喚の苦しみを強いたこの沖縄戦は、同年6月23日に日本軍の組織的抵抗が終わったとされるが、兵士はなおゲリラ的抵抗を続けることを命じられており、また住民は戦火の中を逃げまどった。日本軍が降伏文書に調印したのは、9月7日である。こうした沖縄戦によって失われた人命は、軍人以上に多くの犠牲者を出した一般住民を含めて20万人余に及び（犠牲になったのは、本土出身の約6万5000人の兵隊、沖縄でかき集められた約3万人の即製の兵隊と一般民間人約9万4000人、そのほかに朝鮮半島から軍夫や従軍慰安婦として強制連行されてきた約1万の人々がいたとされる）、無数の人々が傷つき、その財産は灰燼に帰した。生産施設や文化遺産なども破壊しつくされ、山野の形状まで一部では変わってしまったほどで——国破れて山河もなし——、沖縄は文字どおり焦土と化した。

このように、沖縄戦では本来の軍人よりはるかに多くの民間人が犠牲になった。日本の公権力担当者は、同じ日本国民の住む沖縄を「国体護持」のための「捨て石」にしたのである。

こうして、人間的生存の条件がすべて奪われたと表現しても過言ではない環境の中で、沖縄県民の戦後は始まった。沖縄占領とともに、米軍はただちに恒常のかつ大規模な軍事基地建設に乗り出した。沖縄における米軍の基地形成は、おおまかに3つの形態に分けて説明される。第1の形態は、占領した旧日本軍の基地をそのまま、または拡張して米軍のための基地としたものである。第2は、戦火に追われて避難を余儀なくされ、また収容所に入れられて、そのために無人地帯となった民間地域を囲い込んで新設された軍事基地で、普天間基地はこのタイプに属する。基地建設は、太平洋戦争の終結によっていったん中断したが、米軍が沖縄戦における戦闘をとおして獲たとする軍事占領状態は、戦闘行為終了後の軍用地の使用に引き継がれていき、講和後、「銃剣とブルドーザー」と呼ばれる、力ずくの接収がおこなわれることになる。これが、第3の形態である。

すなわち、1952年4月28日、講和条約の発効により、法的に、日米間の戦争状態は終結し、日本は独立国としての主権を回復することになった。しかしながら、アメリカは、その世界戦略上、講和後も引き続き沖縄の軍事基地を確

保しようとした。同国は、講和条約3条により施政権者の地位を獲ていたのであるが、基地用地の使用権原についてはそれを改めて取得するための法制を必要とした。そこで、米国民政府が、既採取地の使用権原と新規採取を根拠づける布令を次々と発布し、軍用地使用を法的に追認するとともに、新たな土地採取を強行していった。それは、米軍が武装兵力を動員し、住民を強制的に排除して土地を均していくというやり方であって、このむき出しの暴力は、「銃剣とブルドーザー」と象徴して呼ばれたが、講和前にも例がないものであった。つまり、主権回復とひきかえに日本本土から切り捨てられて米軍の施政権下に置き去りにされた沖縄では、米軍の暴虐のかぎりか尽くされるままに基地が拡大され続けたのである。この、在沖米軍基地形成の実態は、まさに沖縄を植民地とみなしたものにほかならず、県民の平和に生きる条件を奪い、人権を蹂躪し尽くしたものであるといわざるをえない。

沖縄と憲法の関係については、沖縄の人々が1945年4月1日から72年5月15日までの4半世紀を超える間、憲法を奪われていた事実を改めて確認しておくかなければならない。

すなわち、1945年4月1日の沖縄戦開始時に、米軍は「ニミッツ布告」を公布して、西南諸島とその周辺海域を占領区域と定め、日本帝国の司法権・行政圏など統治権の行使を停止して軍政を施行することを宣言した。これにより、大日本帝国憲法の適用は遮断され、県民は憲法を奪われることになった。6月23日、日本軍の組織的戦闘が終結したが、何らこの状況に変化を与えるものではなかった。8月14日、日本はポツダム宣言を受諾し、翌15日に国民に天皇が放送した。それにより、その後、連合国による占領となるが、本土については間接占領であり、憲法の適用は維持された。これに対して沖縄は憲法を奪われたままで、それは、9月7日に沖縄で日本軍が降伏文書に調印をしたことによっても、変わらなかった。1946年4月10日、憲法改正を審議する衆議院を構成する選挙がおこなわれたが、沖縄は、その選挙から排除されるという事態が生じた。11月3日に日本国憲法が公布され、そして、翌1947年5月3日に施行されたが、沖縄はその対象にならなかった。1952年4月28日、対日講和条約が発効したが、その第3条によって沖縄などが除かれた。沖縄に憲

法が戻ったのは、1972年5月15日の本土復帰（施政権返還）によってである。

こうして、大日本国憲法の2年間と日本国憲法の25年間、計27年にわたって憲法をもたない国民と国土が、一国の中に存在したのである。その間、沖縄県民の人権が憲法によって——もとより合衆国憲法によっても——確保されることはなかった。

2 復帰による憲法適用後の沖縄における人権侵害

1972年の沖縄返還は、69年の佐藤・ニクソン共同声明によって決定されたが、その内容は、沖縄における基地の重要性とその機能維持が強調され、復帰後も沖縄の軍事基地が不変であるとの約束がなされた。これは、県民が叫び続けてきた核も基地もない形での真の復帰に逆行するものであった。こうした交渉内容が明らかになるにつれて、共同声明に沿った復帰に反対する県民の抗議と完全本土並み返還を要求する運動は大きく広がった。しかし、ここでも、沖縄県民の声は封殺され、沖縄返還協定は、共同声明を具体化した形で作成・調印された。膨大な米軍基地は、日米安保条約体制下に組み込まれてそのまま存続することになったのである。

米国は、沖縄に対する施政権を、その日本復帰に伴って失ったわけであるが、沖縄返還協定の3条は、同協定の発行の日以降も沖縄の基地の継続使用を米国に許し、その法的根拠は本土についてのそれと同様、安保条約6条であることを明らかにしていた。そのため、日本側は、米軍への基地提供法制として、まず、5年を暫定使用期間とする「公用地法」を制定し、さらにその終了に対応すべく、米軍基地内の地籍不明地の明確化にかこつけて「地籍明確化法」を制定し、さらに5年間の使用を認めた。これらの法律に対しては、琉球政府そして復帰後の沖縄県は、憲法29条、31条および14条に違反するものであると強く抗議したが、日本政府はそれを受け容れなかった。そして、1982年に「地籍明確化法」による使用期限が切れると、それまでほとんど用いられることなく事実上「死法化」していた、土地収用法の特別法である「駐留軍用地特措法」を突如復活させて強権発動し、現在に至るまで、同法による強制使用をおこなってきたのである。

その結果、現在、沖縄における米軍基地は、米軍が常時使用できる専用施設に限っても、実に全国の70.4%が、国土総面積のわずか0.6%しかない沖縄県に集中するという状況が現出しているのである。このことこそ沖縄における県民の人権侵害を惹き起こす元凶となっている、と言って憚るところはない。

このような状況は、憲法と安保条約との関係でいえば、最高法規である憲法とその下にある法律・命令・規則などによって築かれている国家主権・平和主義・国民主権・人権保障の体系を、安保条約・地位協定と各種の特別法から成る法体系が突き崩し浸食している事態である、と認識することができる。とりわけ、日米地位協定が、米国が他国と結んでいる同種の協定に比して、日本をきわめて従属的な位置に置く、事実上治外法権的な内容のものとなっているため、とりわけて基地の集中する沖縄では、米軍の不法行為によって住民のこうむる被害が絶えることのないのである。

加えて、復帰は、自衛隊の沖縄配備をも意味した。沖縄県祖国復帰協議会は、これに強く反対し、「日本軍（自衛隊）の沖縄進駐」という言葉をつかって抗議声明を出した。沖縄戦において日本軍は、住民に対して、これを護ることなどはなく、かえって力ずくで戦場に駆り出し、あまつさえ殺戮さえしたという事実を刻んだ。この住民の悲惨な体験をもとに、自衛隊配備によって沖縄が再度日本の戦争に利用されることを強く危惧していた沖縄では、反自衛隊感情が当然に強かったのである。このことにかんがみて、日本政府は、自衛隊による沖縄への民生協力に力を入れた。今日、とくに先島（宮古・八重山）において、自衛隊基地の建設、部隊の増強を進めている。一方で、自衛隊は、沖縄の米軍基地の中に移駐することも増え、そうした形でも日米軍事協力体制が日々強化されている。

さらに、施政権返還の際に、政府は、米国との間でさまざまな「密約」を結んでいた。すなわち、施政権返還で沖縄米軍基地は安保条約下に置かれた。それは、米軍の基地使用を一定制約する意味をもつものでもあるが、密約で従来どおりの自由使用を認める仕組みが設けられた。これは、沖縄への核の再持ち込みといった重大問題を含むものであった。また、密約には、米国が日本に支払うべき原状回復補償費用を日本側が肩代わりするという内容のものまであっ

た。——これらのことは、沖縄における基本的人権の確保・実現のためには、日米安保条約を終了させる方向での再検討、当面、日米地位協定を対等化する方向への抜本改定が喫緊の課題であることを指し示しているといえよう。

現在の沖縄における基地問題は、普天間基地の運用停止・返還、辺野古新基地の建設の是非に集中しているが、県民の意思は、新基地を拒否することにおいて明確である。沖縄県民は、これまで何回もの選挙で反対の意思を表明し、2018年9月には、その立場を貫いて病没した翁長雄志前知事の後を継ぐ玉城デニー知事を過去最多得票で誕生させ、2019年2月、辺野古新基地建設の賛否を問う県民投票では、さらにその票数を上回る反対票を出すことにより、新基地拒否の民意を不動のものとした。加えて、同年4月21日の衆議院小選挙区の補欠選挙では、玉城知事の後継者として新基地に反対する屋良朝博氏が、容認姿勢を明らかにした島尻安伊子氏を破って当選し、この流れが揺るがないものであることが再確認された。それでも、政府は、こうした沖縄県民の意思表明を一顧だにせず、建設を強行しつづけている。そうした中で、沖縄県民が、姿勢を崩すことなく、民意表明の努力を重ねているのは、自ら憲法を選び直し、自分のものとすることによって、真の主権者に育っている過程といえるのではあるまいか。

以下、主に抵抗権と平和的生存権を検討の対象とするが、そのいずれについても、沖縄の場合、こうした歴史に照らして論じることがとくに強く求められると思われるのである。

Ⅱ 抵抗権の本来的機能の顕在化

公権力が多数の人々の生きる基盤を揺るがして、人間の尊厳を根底から脅かし、とくにそれが長期にわたって継続するとき、人々は、日々孜々としてこれに抵抗することになる。そして、こうした状況下で積み重ねられる行動は、抵抗権のもつ可能性を拡大し、その本来的機能を顕在化させることになる。このことが、沖縄にあっては明瞭に認められるように思われる。これを論じるべく、まず、抵抗権の歩みを概観しておくこととしたい。

1 抵抗権の歴史的概観——前提作業として

抵抗権の思想は、古代ギリシャにおいて兆している。そこでおこなわれた暴君殺し（「暴君放伐」〔モノルコマキ〕）は、十分な理論的後付けを伴うものではなかったにせよ、世俗的絶対主義勃興期の17世紀にまで及ぶ伝統となったし、また、プラトンおよびアリストテレスの「暴君」にかんする考察は、抵抗権理論史への序曲をなすものであったとされる（参照、天野和夫『抵抗権の合法性』〔法律文化社・1973年〕）。

そして、中世ヨーロッパでは、抵抗権の理論的基礎付けへの関心が深まり、とくに中世後期の等族国家においては、抵抗権はかなりの程度に組織化・制度化されており、まさしく実定法上の権利であった。ただし、中世においては、組織的強制力は国王の手に集中しているのではなく、多数の諸権力に分散していたから、「古きよき法」という自然法が同時に実定法であった。つまり、中世の抵抗権は、実定法上の権利であったと同時に、自然法上の「権利」でもあった（参照、樋口陽一「憲法における抵抗権」現代の眼9=6号〔1968年〕133-134頁）。

近代ブルジョア革命期の抵抗権思想は、自然法の観念を土台に、ロックやルソーの理論をとおして、社会的実践としての近代革命の遂行にきわめて大きな役割を果たした。それは、1776年アメリカ独立宣言と諸州の憲法、1789年フランス人権宣言、さらに1793年のジロンド憲法草案とジャコバン憲法草案の中などに規範化されている。しかし、その後、立憲主義的な国制の整備と、とくに法思想における自然法論から法実証主義への転換にともなって、抵抗権の思想は衰退し、憲法典からも姿を消した。「法律は法律である」という法律万能思想、その意味での制定法主義は、抵抗権の居場所を一掃したのである。

これが、第2次大戦後、それをもたらしたファシズムの暴圧に対する批判と反省から、抵抗権は再び強い注目を集めた。ナチスの「法律的」犯罪の爪痕に自然法への回帰の波が打ち寄せ、それとともに抵抗権理念が復活したのである。これを規範として採り入れる憲法も制定された。1946年フランス第4共和国憲法は、1789年人権宣言の諸権利を取り込み、そのような規定の仕方は1958年の現行第5共和政憲法にも引き継がれている。ドイツでは、1946年

ヘッセン、1947年ブレーメン、1950年ベルリンなど各州憲法が抵抗権を規範化している。1949年制定の連邦基本法は明文の抵抗権規定はもたなかったが、連邦憲法裁判所が1956年、ドイツ共産党を違憲とする判決の中で、抵抗権の存在を前提とした判断をし、そして、1968年の改正で、「すべてのドイツ人は、この秩序を排除することを企図する何人に対しても、その他の救済手段を用いることが不可能な場合には、抵抗する権利を有する」と定めるに至った（20条4項）。

日本の場合、大日本帝国憲法の立憲主義は、範型としたプロイセンと比べてさえ一層外見的なものにとどまった。しかし、維新から憲法制定までの20余年の間、自由民権運動の中で欧米の抵抗権思想が摂取され、私擬憲法（憲法私案）の中でも活発に展開された。1881年土佐立志社の「日本憲法見込案」に、「国民ハ非法不法ニ抗スルノ権理ヲ有ス」とあり、とくに同年の植木枝盛「東洋大日本国権按」はさらにくわしく、「日本人民ハ凡ソ無法ニ抵抗スルコトヲ得」（64条）、「政府国憲ニ違背スルトキハ日本人民ハ之ニ従ワサルコトヲ得」（70条）、「政府恣ニ国憲ニ背キ擅ニ人民ノ自由權利ヲ残害シ建国ノ旨趣ヲ妨クルトキハ日本人民ハ之ヲ覆滅シ新政府ヲ建設スルコトヲ得」（72条）等の規定を置き、国民の受動的抵抗、さらに能動的抵抗をも認めたものとなっていた。しかし、その後、天皇制の凶暴な弾圧法制の下、少数者たちの自己犠牲をいとわない抵抗はあったにせよ、国民の抵抗権思想は壊滅させられ、法律実証主義の揺るぎない地盤のみが残った。

戦後、抵抗権の思想と論議は自由を取り戻す。日本国憲法は、抵抗権について、明文規定こそ置かなかつたものの、12条において憲法の保障する権利・自由は「国民の不断的努力によつて」保持すべきことと定め、また97条において「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」である「基本的人権」の保全に努めるべき国民の責務を規定した。抵抗権をめぐる展開は、当然ながら、日本国憲法の存在の下で、政治過程に規定されたものとなる。1940年代後半には、団体等規制令などを契機とした「悪法」論議が交わされ始め、それが50年代前半には、破壊活動防止法や教育2法などを念頭に置いたものに広がり、抵抗権論とつながることになる。同時に、この時期、1949年平事件、

1952年のポポロ事件・吹田事件・枚方事件、1953年舞鶴事件、1957年砂川事件等の法廷で、公務執行妨害罪や騒擾罪等の構成要件該当を問われた被告人の行為の違法性を阻却する事由として、抵抗権が主張された。ついで、1960年安保条約改定批判の国民的運動を背景にして、当時の西ドイツにおける抵抗権論の盛行にも触発されて、論議が活発化する。その後、運動の退潮とともに抵抗権論も低調になるが、いわゆる70年安保問題を見据えて60年代末あたりから、いくつかの考察が出されることになる。

学説で、このあたりまでに出された抵抗権論は、通例、超実定法説（とくに自然法説）・実定法説・折衷説・史的唯物論に立つ抵抗権説などに分類されている。その後の今日までの論議を考察する場合も、これらの分類が参考になる。

以下においては、問題点を広範に扱うことはできないが、抵抗権のとくに根拠および機能に焦点を合わせて論じておきたいと思う。

2 抵抗権の根拠をめぐって——自然法説と実定法説

(1) 自然法説について

抵抗権の根拠をめぐる議論は、今日までしばしば、〈抵抗権は自然法上の権利か、実定法上の権利か〉という形でなされてきている。正確に言えば、「ひとつは、現に強行性をもっている実定法秩序（憲法が最高の実定法であるかぎり『憲法秩序』といいかえることができる）上の義務を、実定法秩序以外にもとづく義務を根拠として拒否する権利があるかどうか。もうひとつは、ひとつの実定法（憲法）秩序を前提とした上で、憲法を擁護する義務を根拠として、公権力への服従を拒否する権利があるかどうか」（樋口・上掲論文182頁）という枠組みである。そして、ここにいう実定法以外の義務付けの根拠となる秩序を自然法に求める場合、自然法説が主張される。

同説は、抵抗権の根拠を自然法に求め、抵抗権は実定法上の根拠の有無にかかわらず保障される権利であるとす。一方、自然法説の中において、抵抗権を、広く実定法上の義務をそれ以外の何らかの義務によって否認することが正当化される権利であると解する立論がかねてより有力に主張されてきた。こ

れを少しくわしくとりあげておきたい。

それは、戦前からの仕事の蓄積のある、超実定法（自然法）的抵抗権の代表的論者たる宮沢俊義の理論であるが、説くところの要点はつぎのところにある。——「抵抗権と呼ばれる概念の特質は、……実定法上合法的に成立している義務を守ることの拒否——これがすなわち『抵抗』である——を内容とする。そうした拒否が義務付けられているとする場合は、むしろ抵抗の義務である。少なくともそうした拒否が許されるとする場合は、本来の抵抗権である。……抵抗権は、どこまでも、実定法上の義務が合法的に成立していることを前提とし、この前提をひとまず承認した上で、そうした義務を拒否することの主張をその内容とするのである。……〔そして、〕抵抗権の場合の対立は、法律義務と法の世界の外にある非法律義務との対立、というよりはむしろ、道德とか宗教とかいう非法律秩序からする、法律秩序に対する挑戦を意味する」。つまり、その場合に「根拠として援用される実定法秩序以外の秩序」は、宗教秩序、道德秩序、また自然法秩序などである。「いずれにせよ、実定法以外の秩序を根拠として、実定法上の義務を拒否することが、抵抗権の本質である。」それで、この場合に生じる「義務の衝突」（Pflichtenkonflikt）は、「忠誠の衝突」（conflict of loyalties）である。「法への忠誠と道德への忠誠とが衝突する場合に、前者よりは後者を重しとするのが、抵抗権の立場である」というものである（宮沢俊義『憲法Ⅱ—基本的人権—〔新版〕』〔法律学全集4。有斐閣・1971年〕140頁以下）。

この宮沢の説は、憲法学界に長い期間にわたって強い影響力を有していた。しかし、それは、抵抗権概念のもともとの意味をよく示したものであるといえるにしても、抵抗権を近代立憲主義的人権宣言の担保として位置づけるところから出発しながら、忠誠の相剋の問題一般に広げて定式化したことには、いかほどの意義があるか疑問とせざるをえない。その点では、かねてより批判が多々出されているところであるが、私は、さらに、宮沢が、例示の中でとりわけてアクセントを置いている新聞記者の職業倫理にもとづく証言拒否のケース（「石井記者事件」）は、宮沢のごとくに、法律上の証人としての宣誓・証言の義務と新聞記者としての業務上の取材源秘匿の義務との衝突と見るのではなく、

端的に、表現にかかわる沈黙の自由（良心の自由に基礎される）の行使としてとられ、そこに抵抗の契機を見出すという理解の仕方が正当ではないか、と考える者である。

(2) 実定法説の意義

今日、抵抗権は、憲法上の明文規定を持つ場合はもとより、そうでなくとも、民主制国家においては裁判制度や違憲審査制また請願制度などの制度の中で実定法化されており、その本質は自然権でありつつ、立憲主義憲法に内在する、実定法上の権利である、と解するのが一般である。日本国憲法の下にあって、抵抗権を実定法上の権利ととらえることは可能であるといえる。すなわち、実定法以外の当為秩序を根拠として実定法上の義務を拒否する——宮沢が説くような——抵抗権ではなく、実定法上の義務を拒否する抵抗権を実定法上措置することができるのである。それは、大きく見て、学説の多数の見解であるといえよう。本意見書の立場も、こうした実定法説に属する。

さらに進んで、抵抗権が国家権力に対する実定法上の権利であるという場合、その国家権力は実定法上合法的に成立していることが前提とされるから、抵抗権の本質は、それ自体としては非合法的なところにあることを、まずは承認しないわけにはいかない。この点を克服すべく、実定法上の抵抗権の根拠を見出そうとするとき、抵抗権を、近代民主制国家における国民主権の原理に基礎づけて国民主権の一属性としてとらえる抵抗権論（野田良之「基本的人権の思想的背景——とくに抵抗権をめぐる」東京大学社会科学研究所編『基本的人権3』〔東京大学出版会・1963年〕）が注目され、私はそれに強く共鳴するものである。

それはまず、西欧の抵抗権思想にかんする歴史的考察をふまえて、抵抗権の2つの源流として、1789年の人権宣言の「人間の権利」(droit de l'homme)の範疇に属する自然法的抵抗権ないし抵抗義務と、「市民(国民)の権利」(droit du citoyen)の範疇の国家権力に対する国民の全体の権利としての抵抗権とがあり、この後者は、積極的・政治的な抵抗の権利である、とする。そして、「近代国家にあっては代議制が一般意思形成の避けられない政治技術であるとすれば、代理人たる代議機関の現実の意思と本人たる国民の現実の意思とは、

実質上完全に乖離している場合でも、法的・形式的には一致したものと看做されざるをえない」ということになる。そこで、「法的に国民意思とみなされる国家権力の現実意思にたいして真の国家意思の源泉たる国民の現実意思を優越させること——それが抵抗権である」。この場合、抵抗権は、「国家権力担当者の権力の不当行使に対して契約違反（憲法前文の用語によれば信託違反）を国民の側で主張すること」を意味し、「このような国民の抵抗権は自然法上のものではなく、実定法上のもの〔にほかならず、〕単なる個人に広い意味での《良心的反対》とは異なり、国民主権——これは実定法上の概念である——の一属性なのである」。「この意味の抵抗権は、とくに憲法に掲げるまでもなく、国民主権の一つの発現としてとらえる」というのである。この論理で重要なのは、抵抗権の主体である国民は主権者であり、国家権力と相対する関係で行使される抵抗権は、まさに主権的権利としての性格をもつ、としたところにあると考える。その点において、国家権力の意思を表明する実定法より、国民の抵抗権を内在化し具体化する実定法に優越的価値をもつことが立証できる論理であるといえる。

3 抵抗権の本来的機能の追究

抵抗権の権利性については、今なお、自然法上のものでしかありえないとして、実定法上の抵抗権の概念それ自体を認めない見解も存在するが、近代立憲主義憲法としての日本国憲法のありよう、とりわけ12条に即して抵抗権を理解するとき、実定法上のものとして抵抗権を読み取ることは十分に可能である。このことを前提にして、抵抗権は《国家が権力を濫用して立憲主義的憲法秩序・人権保障体系を破壊しようとし、ないし破壊した場合に、国民が自ら実力をもってこれに抵抗して、この秩序・体系の擁護ないし回復を図る権利》である、とする定義が成り立つであろう。そして、その機能は、つぎのところにあるとされる。

類型化するなら、第一に、国家権力の圧制に対抗して、破壊に瀕した、ないし破壊された憲法秩序・人権体系それ自体を擁護・回復することであり、これが抵抗権の本来的機能であるといえる。第二に、国家権力が個別の憲法違反や

人権侵害をおこなった場合に、それに対して国民がする抵抗行為を支え、抵抗者を不当な制裁から救済するはたらくであり、個別的な権利救済機能である。そして第三に、人々を実定法上の義務から免からせる超実定法的義務を基礎づける役割である。このうち、第三の、抵抗権の機能を、実定法上の義務を何らかの実定法以外の秩序にもとづく義務を根拠として拒否する行為を正当化するところに見出す立論（宮沢説）は、すでに述べたように、広範に過ぎて漠然とした定義に墮しており、かつ何より、この定義を導くまでの近代立憲主義憲法についての歴史的検討を無にしているなど、今日の抵抗権論にはなじまないものと考えるところから、さしあたり脇に置くこととしたい。

抵抗権の機能としてこれまでもっとも活用されてきたのは、第2のものである。すなわち、抵抗権は、これまで主として違法性阻却の問題として扱われ、また争われてきた。抵抗権の行使は、外見上、公務執行妨害罪をはじめ、暴行・傷害・脅迫等種々の犯罪構成要件に該当するものとして訴追を受け、制裁の対象とされることが避けられないが、不当な権力に対する正当な権利の行使にして罪ありとされることは理に合わず、ここに抵抗権の行使における違法性阻却が課題となる。その場合、抵抗行為には、刑法典が違法性阻却事由として定める正当業務行為・正当防衛・緊急避難の各条項が適用されることになるが、これらの規定ではカバーしえないケースが数多くあり、超法規的違法性阻却事由が重要な論点となる。

裁判例では、超法規的違法性阻却事由の成立それ自体を承認したものは少なくないが、抵抗権の観点からこれを論じたものは稀である。その中で、ポポロ事件第1審判決（東京地判1954.5.11判時26号）は、言う。——「官憲の違法行為を目前に見て徒に座視し、これに対する適切な反抗と抗議の手段を尽くさないことは、自ら自由を廃棄することにもなるであろう。……被告人が、官憲の職務行為の違法性を明らかにして自由の権利を護ろうと考え、法定の手続による救済を求めるに先立ち、まず自らの手で違法行為を摘発し、憲法上の原理を蹂躪するが如き不当な行動を問責することは、……それを機として官憲の違法な自由侵害行為を排除し、阻止するという意味をもつ行為であると認められなければならない」とした。ここでは、抵抗権は、その名は顕かにされてはいな

いが、超法規的違法性阻却事由と位置づけられているといえる。このような形で抵抗権の機能の発揮が人権保障に大きく寄与するものであることはいうまでもない。

同時に、抵抗権の行使が、国家権力の不法行為を阻止して立憲主義的憲法秩序を保全するという、国民的利益に資するためになされるものであるところからすれば、抵抗権の本来の意味は、違法性阻却事由として機能する場合には見られる事後的・消極的ないし原状回復的なものにとどまらず、憲法破壊を事前に阻止し、立憲主義的秩序を確保して人権体系をより堅固にする、積極的かつ創造的な性格にこそあると言えよう。これまでに粗描してきた沖縄における人権の実態からすればなおさら、この第一の本来の機能が発揮される可能性の追究こそがなされるべきであると思われる。

——このように考えることができるとするならば、国家権力による深刻な憲法秩序破壊に直面した国民は、抵抗権にもとづいて、一方で、表現の自由によって代表されるような個別の人権を下支えし、抵抗活動に向けられた権力側からの制裁に対して違法性阻却等の防御壁を築くことになろう。同時に、それと並んで、同じ抵抗権の本来の機能に依拠して、この憲法秩序破壊そのものを違憲と主張し、それが叶えられることで、自己に向けられたもののみならず、企てられた制裁それ自体についてその理由を失わせ、立憲主義的憲法秩序の回復をもたらすことになろう。

4 この章の小括

本章で述べてきたことの要点は、つぎのところにある。抵抗の事実、抵抗の思想そして抵抗権は、歴史の中で成立したものであるが、近代立憲主義憲法に即して抵抗権の機能を考えるとき、それは、第1に、国家による憲法破壊などの圧政に対して人民が憲法秩序の回復と人権擁護を目的として抵抗する手段であるところに本来の意義がある。これは、実際には次の個別的なはたらきを下支えする形で扱われることが多いが、圧政自体を排除する第1の機能こそ本来のものである。もっとも、第2の、抵抗権は、実定憲法典ないし法律の条規に実定化されてとくに公安事件などにおいて表現の自由などを補強し、また違法

性阻却事由の意味を豊かにして基本的人権の保障に仕える。この機能はきわめて現実的で、大きな意義を有している。なお、第3の、実定法上の義務をそれ以外の義務を根拠に否認するところに抵抗権の本旨を見出す説があるが、先に見たとおり、今日これを抵抗権として論じるべきか疑問である。

そこで、私は、抵抗権を、第2の機能の発揮することの意義の大きさを十分に評価しつつ、それにとどめてしまうのではなく、第1の本来的機能が重視されるべきであると考えている。縷言するなら、民衆の抗議・要求などの行為が正当なものであったにもかかわらず制裁の対象とされたり、また不利益を課せられたりすることから人々を救済する根拠として抵抗権が機能すること、それはかけがえもなく重要な役割なのであるが、抵抗権が、それにとどまらず、憲法の保障する自由・権利を「国民の不断の努力によって」保持する(12条)、そのような能動的・積極的な獲得・実現行為に法的表現を与えたものであることを重視したい。国民は、この権利の本来的機能に依拠して、国家権力による憲法秩序破壊行為それ自体を止めさせることを、司法過程をとおして求めることができるものと考えている。

そして、沖縄では、抵抗権が、この本来的機能の発揮を求められる事態が構造的に——国家の側の権力行使と住民の側の抵抗・対峙の運動の双方で——進行している。抵抗権には、個別の権利・利益の救済の役割と同時に、またそれを基底において支えて、本来的な役割を遂行することがとくに強く要求されており、それは喫緊の課題となっているように思われる。いいかえれば、国家権力が沖縄民衆を虐げてきた、そして今も変わらないその圧政の力は、巨大である。それが人間の尊厳と基本的人権を侵害し、立憲主義的憲法秩序を破壊するものであることは明白である。他方、人々は、一貫して非暴力的不服従の方法でもって人権の擁護と立憲主義憲法秩序の回復のための努力を続けている。これは、本来の抵抗権の行使の姿にほかならないといえよう。

Ⅲ 平和的生存権の主張

本意見書は、沖縄県東村高江における米軍ヘリパッド基地建設工事の強行を

許すまいとする人々の平和的抗議行動が、日本国憲法の保障する基本的人権を擁護・実現する優れた一形態であることを弁証しようとしている。それは、たんに許容された行為にとどまるものではなく、憲法の保障する自由と権利を保持するために尽くされるべき「国民の不断の努力」（憲法12条）として要請されているものである。それゆえに、これを侵害し、立憲主義的憲法秩序を破壊する公権力の発動に対して抵抗し秩序の回復を図る国民の行為は、抵抗権の行使と評価されるのであり、その事理を、前章で明らかにしたところである。

この抵抗権とともに、本件の訴えでは、とりわけて平和的生存権が主張されることになる。

1 「平和のうちに生存する権利」の主張の可能性

「平和的生存権」、すなわち、憲法前文第2段末尾にいう、「恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利」は、いうまでもなく、高江住民も「ひとしく」享受するものであるところ、この権利があからさまに侵害されているといわなければならない。すなわち、米軍ヘリコプター離着陸のための軍事施設（ヘリパッド）が集落を取り囲むように設置されたのであるから、前述したように、「基地の中に住むのと同然」の状態に置かれた住民は、その運用によって、まさに生命への直接の脅威を日々蒙り続けているのである。併せて、人々の生命を育む森と生活環境が破壊されることは、恐怖を強いられることなく平和のうちに生きるこの権利を根底から奪い去るものである。

また、平和のうちに生きることを目指して、このヘリパッドの建設工事の強行を阻止すべく非暴力の抵抗につとめる人々に対して、国家が、威圧的に物理力を行使することは、それらの人々の平和的生存権への直接の侵害にあたる。さらに、沖縄をはじめとしてわが国に米軍基地が置かれ米軍が駐留していること、および、その法的根拠としての日米安保条約および地位協定は憲法9条に違反するものであって、そうであるならば、国民はすべて、その存在によって自らの平和的生存権を侵害されたとして、その違憲無効を司法過程に提起することになる。——このように、今日、国家権力は、国民の平和的生存権を侵害する違憲行為を重層的におこなっているといわざるを得ない。これをいかに

正すべきか、以下、本件に即して、平和的生存権主張の可能性を考えておきたい。

2 平和的生存権の意義と法的性格

(1) 平和的生存権の歴史的位置

① 戦争違法化への世界的潮流と日本国憲法

平和的生存権は、人のたんなる観念の産物でもなければ、憲法において権利の名が与えられたことで権利となったものでもない。それは、歴史上、政府の行為によって惹き起こされた幾多の戦争による悲惨な経験と、それをなくそうとする努力をとおして生成された人権である。そこで、その生成の経過を要約的であれ確認しておきたい（平和的生存権にかんする以下の叙述につき、何より依拠したものとして、深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店・1987年））。

(一) やや歴史を遡るが、ヨーロッパ・キリスト教世界においては、初期キリスト教会では絶対平和の信条が遵奉されたが、4世紀以降、国教化を背景にして、ローマ・カトリック教会は正戦論（bellum justum）を採るようになる。この、神の意思を実現するためとされる戦争を「正戦」（ないし「聖戦」）とし、それ以外の戦争を不正の戦争とする戦争観は、中世から近世初期にかけて支配的であったが、独立主権国家の成立と、ローマ教会や神聖ローマ皇帝の権威の失墜によって徐々に力を失った。その流れと並行して、キリスト教の枠を超えた普遍的な自然法の観念にもとづく正戦論も説かれた。

この時期に、平和を、国家権力を拘束することによって保障しようとする考えの下に、征服戦争の放棄を規範化した初めての憲法が登場する。フランス1791年9月3日憲法第6篇であるが、それは、「フランス国民は、征服を行なうことを目的とするいかなる戦争を企てることも放棄し、且ついかなる人民の自由に対してもその武力を決して行使しない。」とするものである。そして、それに違反して征服戦争がおこなわれた場合について、「立法府が、開始された敵対行為が大臣又は執行府の他の官吏の責に帰すべき侵略であることを発見すれば、侵略の主犯者は犯罪として訴追される。」（3篇3章1節2条）との制裁措置を定めていて、実効性の担保を図っていた。ただ、征服戦争禁止の思想

は、侵略の戦争と防衛の戦争を現実には区別しうるかという根本的弱点を宿しており、その点で、正戦論の原罪的欠陥をなお免かれていなかった。

近代独立主権国家が次々と成立し、それが並存するというヨーロッパ世界の基本構造が形成されていくのに対応して、無差別（非差別）戦争観が、正戦論にとってかわるようになる。この、19世紀から20世紀初頭にかけての支配的思想は、戦争の理由が正当であるか否かを問うことをやめ、戦争をすることは、その理由のいかんにかかわらず主権国家の正当な権利の行使であるとするものであった。それは、戦争を、相互に対等な主権国家、いわば「正しい敵」（*justus hostis*）同士があい戦うものとみる決闘的な戦争観であり、いずれが正しいかを判定することはできないものとされたのである。このような無差別戦争観の下で、主権国家相互間における、主権国家の植民地に対する様々な戦争がおこなわれ、同時に、中立の可能性が論じられたのである。

(二) しかし、20世紀における2度にわたる世界戦争をとおして、無差別戦争観は根本的な見直しを迫られることとなり、戦争を違法視する考え方が強くなる。その契機となったものは、両次の大戦がもたらした被害が、戦勝国・敗戦国を問わず甚大なものとなった事実である。まず、1919年に締結された国際連盟規約は、「締結国ハ戦争ニ訴ヘサルノ義務ヲ受諾」する（前文）との紛争についての平和的解決の原則を据えた上で、「戦争又ハ戦争ノ脅威」は「総テ連盟全体ノ利害関係事項」である（11条）と宣言し、「国交断絶ニ至ルノ虞アル紛争」が発生したときには、裁判または調停のいずれかに付託しなければならず（同項後段）、また、裁判の判決後または連盟理事会の報告後3か月以内は戦争に訴えることは許されず、そして、この3か月以降も裁判所の判決に服する連盟加盟国に対しては戦争に訴えることはできない（13条4項）旨規定した。これは、戦争を一定範囲で加盟国に認めつつも、「戦争の自由」を大きく制約するものであり、戦争違法化への第一歩を印したものといえる。

また、当時の90%以上の国の政府が締結した1928年のいわゆる不戦条約（「戦争抛棄ニ関スル条約」）は、「締約国ハ、国際紛争解決ノ為戦争ニ訴フルコトヲ非トシ、且其ノ相互関係ニ於テ国家ノ政策ノ手段トシテノ戦争ヲ抛棄スルコトヲ其ノ各自ノ人民ノ名ニ於テ厳肅ニ宣言ス」（1条）、「締結国ハ、相互ノ

間ニ起ルコトアルベキ一切ノ紛争又ハ紛議ハ、其ノ性質又ハ起因ノ如何ヲ問ハズ、平和的手段ニ依ルノ外之ガ処理又ハ解決ヲ求メザルコトヲ約ス」(2条)として、明確に戦争の放棄と紛争の平和的解決を志向するものであった。この点で、同条約は画期的な意義をもつが、同時に、自衛権にもとづく戦争を無限定に認めるという致命的な限界を有しており、第2次大戦では、日本・ドイツなどが、それに依拠する形で他国に対する侵略に乗り出したのである。

第2次大戦中の1945年6月26日連合各国が署名し、大戦終了直後の同年10月24日に発効した国際連合憲章は、戦争の違法化をより明確に宣言すべく、まず、国際連合の目的を、「国際の平和及び安全を維持すること。そのために、平和に対する脅威の防止及び除去と侵略行為その他の平和の破壊の鎮圧とのため有効な集団的措置をとること並びに平和を破壊するに至る虞のある国際的の紛争又は事態の調整又は解決を平和的手段によって且つ正義及び国際法の原則に従って実現すること」(1号1項)に置き、そして、「すべての加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法によるものも慎まなければならない」(2条4号)として、形式的意味の戦争だけでなく、武力の行使も、また直接的な武力行使には至らない武力による威嚇をも、ともに原則的に禁止した。このように、国連憲章は、まずは、戦争違法化の準則を明確に掲げたものといえる。

しかしながら、それは、最終的には武力による平和の維持回復という考え方に立つ。すなわち、「この憲章のいかなる規定も、国際連合加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置をとるまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない。この自衛権の行使に当って加盟国がとった措置は、直ちに安全保障理事会に報告しなければならない。また、この措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持又は回復のために必要と認める行動をいつでもとるこの憲章に基く権能及び責任に対しては、いかなる影響も及ぼすものではない。」(51条)とするものである。たしかに、そこでは、加盟国が自衛権を行使しうるのは「武力攻撃」が加えられた場合に限られ、さらに、時間的にも、安全保障理

事会が必要な措置をとるまでの間に限られている。とはいえ、この「国連による平和」は、「武力による平和」を根底に置いたものであり、国連憲章にはそうした本質的な限界があることが看過されてはならない。

なお、各国の憲法、第2次大戦後の憲法の中には、侵略戦争（ないし征服戦争）を禁止し、ないし犯罪視して、これを防止しようとする規定が少なくない。日本国憲法9条との関係で最も注目されるのは戦力不保持の規定であるが、わが国のように徹底したものは見られないが、若干の憲法ではあれ、常備軍の制限・禁止条項を備えたものがあることは大いに注目される。

(三) 以上のような近代国際法および立憲主義憲法の系譜の中に、わが国憲法9条は位置している。戦争放棄にかんしていえば、戦争違法化の世界史的潮流を背景として成立したものであり、また、戦力不保持も、ひとりわが憲法だけの態度ではなく、他にも常備軍廃止に向かう憲法が存在するという国際的拮据りをもつものである。そのことをふまえてこそ、日本国憲法が9条の平和主義を、平和的生存権によって後支えすることによりその実定法規範性を強めていることの普遍的意味を正しく理解することができよう。

同時に、日本国憲法の平和主義は、世界の立憲主義憲法史の流れをたんに継承してその標準的な到達点にとどまっているものでないことは、つねに強調されなければならない。それは、近代立憲主義憲法史と断絶する側面を見せつつ、その流れを飛躍的に前進させる位置に自らを置いている。すなわち、これまでの西欧立憲主義の歴史において、絶対平和主義は思想としては存在していたが、実定憲法となることはなく、諸憲法も、放棄されるべき戦争も、「制服を目的とする」戦争、「国家の政策としての」戦争、「国際紛争を解決する手段としての」戦争等、つまりは侵略戦争に限っていた。このことは、平和追求の根底に「武力による平和」の思想が据えられていることを意味するものであり、前述のように、国連憲章でさえ、戦争違法化の原則を掲げつつも、最終的には武力に訴える仕組みを維持したのである。日本国憲法9条は、そのような武力による平和保障とは基本的な考え方において看過できない相違点・断絶面をもつものであり、西欧立憲主義をひとつ上の高みへと進展させる選択をしたものといえるのである。平和的生存権は、こうした平和憲法の不可欠の構成要

素として位置づいている。

② 日本国憲法における「平和的生存権」への結晶

(一) 平和と人権の関係をめぐる考え方は、近代立憲主義においては、むしろ、戦争をおこなうことは主権国家の正当な権利であって、個々の国民は戦争をやめさせる等の権利を法的にはもたないとし、また、憲法が国民に保障する基本的人権が妥当するのは平時のみであって、戦時における制限・剥奪は当然であるとするのが一般であった（国際法における平和への権利の展開については、深瀬・前掲書および山内敏弘『平和憲法の理論』〔日本評論社・1992年〕参照）。その状況を大きく変容させたのは、20世紀の、とくに2度にわたる世界戦争である。

この、現代における戦争は、兵器の飛躍的な「発達」によって総力戦化し、とりわけ核戦争による戦争は、絶滅的な殺戮・破壊をもたらすものとして、戦争と人間の自由および生存との両立の絶対的不可能を人々に教えるものであった。また、このような意識がもたらされたについては、とくに第2次大戦がファシズムを体制としていた日独伊の枢軸国によって引き起こされたという事実が重要である。すなわち、この大戦は、国民主権を破壊し人権を抑圧するファシズムこそ侵略戦争の根源であることを、世界の1千万単位の多数の人々に与えた計り知れない惨禍をとおして、具体的かつ冷厳に実証した。それゆえ、戦争を阻止し平和を実現するためには、国民主権の原理と人権保障の原理が国際的にも国内的にも確保されていなければならないことが、戦後立憲主義の共通認識となったといえる。この国民主権（民主の原理）と基本的人権保障（自由主義）は、合流して広義の民主主義を形成しているが、その意味での国内の民主主義と国際的な平和の不可分性が、近代公法を現代的に進化させる原則となったのである。

(二) 日本国憲法前文の「平和のうちに生存する権利」の規定の源泉が、いずれも1941年の、ルーズベルトの「4つの自由宣言」とそれをふまえた大西洋憲章であることは、周知のところである。

ルーズベルトの宣言（1941年1月16日、連邦議会宛年頭教書）は、ファシズム

との戦いにおける政治道徳の理念を示して、「われわれはつぎの4つの必要欠くべからざる人間的自由を理想とし、その基盤の上にたつ世界を築こうとしている。それは、第1に世界のいたるところにおける言論の自由であり、第2にすべての人の信教の自由であり、第3は世界全体にわたる欠乏からの自由であり、あらゆる国家がその住民に健康で平和な生活を保障できるように、経済的結びつきを深めることである。第4は世界のいたるところにおける恐怖からの自由であって、これは世界的規模で徹底的な軍備縮小を行ない、いかなる国も武力行使による侵略ができないようにすることである」としたものである。

これをふまえて、米・英相互間で第2次大戦後の構想を含めて宣言されたのが大西洋憲章(1941年8月14日)であるが、それは、平和と人権についての明確な認識に立って、「ナチ暴政の最後の撃滅の後に、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」と謳ったものであった。この文書こそ、日本国憲法の平和的生存権既定の制定にあたって参考にされたといわれるもので、その直接の原型であることが確認できる。

この「4つの自由」宣言と大西洋憲章の原則は、1945年の国連憲章(1条3項が「国際連合の目的」の一つとして、「経済的、社会的、文化的又は人道的性質を有する国際問題を解決するについて、並びに人種、性、言語又は宗教による差別なくすべての者のために人権及び基本的自由を尊重するよう助長奨励することについて、国際協力を達成すること」を掲げる)を経て、1948年世界人権宣言、1966年国際人権規約に受け継がれている。すなわち、世界人権宣言は、その前文で、「人類社会のすべての構成員の固有の尊厳と平等で譲ることのできない権利とを承認することは、世界における自由、正義及び平和の基礎であり」、「言論及び信仰の自由が受けられ、恐怖及び欠乏のない世界の到来が、一般の人々の最高の願望」であり、また、「人間が専制と圧迫とに対する最後の手段として反逆に訴えることが内容にするためには、法の支配によって人権を保護することが肝要である」ことを定めている。そして、国際人権規約は、A規約・B規約ともその前文で、国連憲章と世界人権宣言を受けて、「国際連合憲章において宣

明された原則によれば、人類社会のすべての構成員の固有の尊厳及び平等のかつ奪い得ない権利を認めることが世界における自由、正義及び平和の基礎をなすものであることを考慮し、これらの権利が人間の固有の尊厳に由来することを認め、世界人権宣言によれば、自由な人間は恐怖及び欠乏からの自由を享受するものであるとの理想は、すべての者がその市民的及び政治的権利とともに経済的、社会的および文化的権利を享受することのできる条件が作りだされる場合に初めて達成されることになる」としている。

ここにみられる平和と人権の密接不可分性の認識は、その後の、人権にかんする国際的な取極めや決議を大きく貫くものであるといえる。

(三) 日本国憲法の平和的生存権保障は、以上のような国際動向の中で成立したものである。その点で、これは、平和主義原理全体がそうであるように、立憲主義の発達史を継承する普遍的な性格をもつものであるということが出来る。同時に、各国の憲法典レベルでは、日本のような形でこの権利を実定化したものは他には見当たらず、日本国憲法がこれを実定的に規定した最初のものであると解され、そこに重要な先進性が認められるのである。

そして、内容的にも、わが国憲法の場合、9条が戦争および戦争準備と軍備とを全面的に否認する法制度を設け、それに対応する形で前文において主観的権利としての平和的生存権が定められており、この両者が一つの事柄（平和主義）の二つの側面を形づくる姿で体系的構造が組み立てられている。しかも、この権利は、13条を媒介にして第3章の諸権利の中で具体化されており、このようにして、憲法上、完結した形で保障されている。それによって、わが国では、戦争と軍備の法的否認にもとづく人権保障の憲法体系が生み出されたわけであるが、それは、ほかならぬ日本国民自身が味わった悲惨な戦争体験に根ざしている。そこにおいて、平和による人権保障を目指す戦後世界共通の理想が、はじめて一国の憲法という具体的な実定法の形で実現をみた、ということのできるのである。

国際的流れとの対比でいえば、先に掲げた大西洋憲章が、引用末尾の個所で、「平和を確立することを願う」としていた、その「願い」にあえて「権利」という概念を充てたところにわが国憲法前文の固有の意味が認められる。つま

り、憲法前文は、「恐怖から免かれる権利」（19世紀に広く実定化された自由権）および「欠乏から免かれる権利」（20世紀の社会権）から進んで、21世紀の人権としての「平和のうちに生存する権利」を先取的に定めた（“第三世代の人権”とも呼ばれる）もので、そのようにして、日本国憲法は、伝統的な国家の自衛権に代えて国民（人民）の平和的生存権を、国際社会に対してとるべきわが国の姿勢の根本に据えたものということができるのである。

（2）平和的生存権の裁判規範性

憲法前文に置かれた平和的生存権がいかなる法的性格をもつかについては、まず前文自体について論じられるが、前文の性格は、各国憲法それぞれに即して判断しなければならない。日本国憲法の場合、それは、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、憲法典の一部を成す。またそれゆえ、前文の改正も、当然に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において本文と同一の法規範性をもつものであることは、今日では、判例・学説双方において異論なく承認されているところである。

議論があるのは、前文が上記のレベルで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を備えたものであるか否か、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否かをめぐってである。それはまた、違憲審査権行使の際に法令等が憲法に適合するかないかを決定する権限（81条）を裁判所に与えているときの「憲法」の一部であるかどうかという問題である、とも言い換えることができる。この問題は、実際には、ほとんどもっぱら平和的生存権の裁判規範性の存否をめぐって論じられてきた。従来憲法学説は否定説が多数であったが、今日では肯定説も有力である。裁判例では、長沼訴訟第1審判決（札幌地判1973.9.7判時712号24頁）が裁判規範性を認めた以外は、長沼訴訟控訴審判決（札幌高判1976.8.5行集27巻8号1175頁）、百里基地訴訟第1審判決（水戸地判1977.2.17判時842号22頁）・控訴審判決（東京高判1981.7.7判時1004号3頁）・上告審判決（最

三小判1989.6.20民集43巻6号385頁)などは、いずれも裁判規範性を認めてこなかった。しかし、自衛隊イラク派兵訴訟の2008年名古屋高裁判決(名古屋高判2008.4.17判時2056号74頁)および2009年岡山地裁判決(岡山地判2009.2.24判時2046号124頁)が明瞭にこれを肯定し、重要なインパクトを与えた。

すなわち、そのうち名古屋高裁判決は、平和的生存権を「すべての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底の権利」であるとし、「具体的権利性〔上記の裁判規範性と同一である——引用者〕が肯定される場合がある」ことを認め、「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、……裁判所に救済を求めることができ、……その限りで、平和的生存権には具体的権利性がある」と明言した。そして、抽象的概念であること等を根拠に権利性を否定してきた従来の見解について、「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が否定されなければならない理由はない」として斥けている。また、その翌年に出された、同じく自衛隊イラク派兵訴訟の岡山地裁判決も、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」としている。——このような論立ては、規範に忠実な、正当な解釈であるということができる。

消極説は、平和的生存権が具体的権利性(裁判規範性)に欠けるとして、裁判上の救済の対象となる権利ではないとする。とくに、この種の訴訟において国側は、十年一日のごとく、「平和的生存権」は、「『平和』の概念そのものが抽象的かつ不明確であるばかりでなく、具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法的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、極めて曖昧なものであり、このような『平和的生存権』に具体的権利性は認められない。」という論法を繰り返す。前出2016年4月26日東京地裁係属の安保法制違憲差止・国賠訴訟の被告国も、これを踏襲しており、今引用したフレーズは、被告答弁書(2016年9月2日付)のものである。そこで、この国側主張のいう「具体的な権利内容」から始まる各要素

について、その具体的特定が可能であることを、以下、弁証しておきたいと思う。節を改めよう。

(3) 平和的生存権の法的構造

① 権利内容

平和的生存権の構成要素について、まず、権利内容であるが、平和的生存権の複合的な構造と内容については、代表的な研究書（深瀬・前掲書240頁以下）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であり、核心部分は法的（裁判）規範である。そして、後者は、①大量虐殺行為などを裁く規範として、②憲法各条項と下位法の解釈基準として、③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、④独自の権利、つまり他の憲法第3章所掲の既存の人権と結合しえない場合でも、平和的生存権単独で法的権利として機能する。平和的生存権の裁判規範性が最も鋭く問われるのはこの場面であるが、それに対する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、裁判規範性を發揮しうる、と説くのである。こうした論旨に、私も、基本的に同調する。

ただ、第3章の諸人権中で13条「幸福追求権」の位置付けに格別留意すべきであるとするのが私見（拙著『平和的生存権の弁証』〔日本評論社・2006年〕120頁以下への参照を請う）である。すなわち、同条の個人尊重の原理にもとづく幸福追求権が、個別の人権の一つであるとともに、他の諸人権を支える基盤的人権であり、第3章に列記されていない人権についてもそ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、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、平和的生存権との関係においても、平和的生存権を主体的に位置付け、副次的に

13条の権利で補うという構成が妥当である、と考えるものである。

その場合、平和的生存権侵害の重大性・根本性および範囲の特定性という要件が不可欠であろう。この点で、本件訴訟では、まさに、先に縷々述べたように、国の米軍新基地建設の強行、そのための違法な警察権の行使による平和的生存権への侵害は人間の尊厳の破壊にまで至る重大で根本的なものであり、かつ、その範囲は、派遣を強いられた機動隊員を含めてすべての国民に及ぶといえる。その違憲性、権利侵害の度合いの量り知れない大きさが、特定性を充足させるのである。平和的生存権を裁判規範たる権利として扱うことに欠けるところはない、といえよう。

② 根拠規定、享有主体、成立要件および法的効果

以上のような検討をとおして、平和的生存権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ことの弁証につとめてきたが、否定説からは、しばしば、さらに根拠規定、享有主体、成立要件、法律効果（法的効果）などの諸点も不明確であるという指摘がなされている。そこで、順に簡単に言及しておこう。

(i) 平和的生存権の実定憲法上の根拠は、日本国憲法前文第2段末尾の規定が「平和のうちに生存する権利」を、国民の、まさに「権利」として明文で定めているところに求められるこれは、きわめて見やすい規範上の根拠である。そして、この「権利」が、権利としての具体性、つまり裁判規範性をもつものであることは、すでに述べたとおりである。

この前文に規定された平和的生存権の憲法構造全体の中での位置を探るなら、9条が戦争の放棄と武力の不保持を政府に命じていること、そして第3章が個別の人権を保障していることが、改めて確認される。とくに、日本国憲法が、伝統的には統治機構の一部である「戦争の法規」を第2章として、人権と統治機構に先行させているところに示されているように、戦争の放棄を人権と民主主義の前提条件と位置づけた構造を採用していることが重視されよう。

そこで、主観的権利としての平和的生存権は、客観的制度規定である9条と結びついて、9条に違反して政府がおこなった政策に対して、国民個々人がそ

れを平和的生存権侵害であるとして訴訟提起をする道が開かれることになる。その場合、「平和のうちに生存する権利」にいう「平和」は、ほかならぬ日本国憲法自身、何よりも9条によって特定の意味、すなわち戦争放棄・軍備不保持・交戦権否認という規範的意味を充填された「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。他方でまた、平和的生存権は、第3章の人権と結びつく。とくに13条と一体的関係にあることは先に述べたとおりであるが、個別の人権としては、たとえば、18条との結合で徴兵からの自由が導かれ、また、19条との連結の中から良心的兵役拒否の自由が創出され、25条の生存権を支えるところから軍事徴用を受けない自由が形成される等々の、各人権の基礎にある規定的人権として機能する、と考えることができるのである。

(ii) 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、主として民族的な基本権あるいは日本民族の基本権と捉える見解、および、これを一方では民族あるいは全体としての国民、すなわち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、第一の見解が多数説である。というのも、すでに述べたように、憲法は「人権としての平和」という考え方に立って、平和的生存権を政府に対して主張される基本的人権として位置づけたものであり、そのことからすでに、享有主体は国民個人であると見るのが妥当であるといえる。私見もこれを採る。もっとも、第二および第三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、対内的関係では国民個人であるとの、実質的に第一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。

(iii) 平和的生存権の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、平和的生存権侵害が生ずるのはいつかという問題であるのなら、前述のように、この権利と9条の一体的関係にもとづいて、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。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。

(iv) そして、平和的生存権を裁判上主張することによって生じる法律効果(法的効果)であるが、本件のような外国軍隊の駐留を許容し、基地を提供する日本政府の行為は、その根拠となっている安保条約・地位協定とともに、憲法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、国家賠償請求のほかに、差止めの請求をすることもできるといえる。

以上のとおり、「平和のうちに生存する権利」については、その外延・内包、つまり権利内容・憲法上の根拠・享有主体・成立要件・法律効果(法的効果)などのいずれの点をとっても権利としての具体性に欠けることなく、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のである。

(4) 平和的生存権の憲法上の根拠——「平和」の意味の9条による充填

上記の各要素のうち、これまでもっともきびしく争われ、また平和的生存権の裁判規範性を積極的に解する説にとっても、より深めておくべきテーマは、平和的生存権の憲法上の根拠をどこに見出すかである。この点で、可及的に堅固な論理構成が必要とされるが、私は、以下のように考えている。

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、反面で、国民には、政府が平和政策をとるよう要求し、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条で具体化された上で、ひとつは、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。要するに、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、とりわけ第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のである。

もっとも、最高裁は、百里基地訴訟上告審判決（前出）で、平和主義や平和的生存権にいう「平和」は、理念ないし目的にとどまる抽象概念だ、と切り捨てた。そして、その後の平和主義をめぐる訴訟における国側主張は、この最高裁の判示を金科玉条のごとくに扱い、それを根拠に平和的生存権の具体的権利性の欠如を言う、ステレオタイプのものとなっている。そこから、過般のイラクへの自衛隊派遣や、また集団的自衛権を基軸とした安保法制にもとづく他国の戦争への自衛隊参加も、「平和」に反する国家行為ではなく平和的生存権侵害は生じない、とする論法が採られていた。さらに、安倍晋三内閣総理大臣（当時）は、集団的自衛権の行使容認を「積極的平和主義」の語で説明している。ここでは、「平和」を戦争によって得られるものと考え、「武力による平和」の立場が公然と語られているわけである。

ここに政府のいう「積極的平和主義」は、《proactive contribution to peace》と英訳されているものであるが、それは、本来、とくにヨハン・ガルトゥングなどにより説かれてきた《positive peace》の言葉で語られる「積極的平和主義」とは似而非の概念である。この后者は、戦争に協力・参加しない消極的平和主義にとどまらず、平和を実現するため主体的・積極的に働きかけることを意味し、構造的暴力（格差・不平等・差別などの不正義）のない状態

の実現を説き、わが国憲法と親和的である。これに反して、安倍政権主張にかかる前者の「積極的平和主義」は、国際協調主義を恣意的に用いつつ、対外的な軍事機能を「平和」の名で拡大する立場であり、日本国憲法の平和主義とは原理的に相容れない。

もとより、「平和」それ自体は、抽象的で広い概念である。因みに、『広辞苑』（第6版。岩波書店・2008年）は、「平和」の語に、「やすらかにやわらぐこと。おだやかで変わりのないこと」、「戦争がなくて世が安穩であること」の意味を与えている。たしかに、この語そのものは一義的ではなく、多様な解釈が許されよう。とはいえ、この引用は、少なくとも、戦争によってではなく、戦争をしないことによってもたらされるものが「平和」であるとするのが広範な人々の認識の到達点、今日の常識であることを告げている。

さらに進んで、裁判にしても政策提示にしても、わが国の公権力担当者が「平和」についてふれる場合、それを日本国憲法と切り離して語ることはできないはずである。すなわち、公権力担当者には、公の政策にかんしては、「平和」一般ではなく、日本国憲法のいう「平和」を論じることが常に義務づけられているのである。とすれば、平和的生存権の「平和」は、とくに9条の規定により意味充填されて、公権力が戦争をせず・軍備をもたず・交戦権を認めない状態を表現しているものと解釈しなければならないのである。

これにつき、学説の中で、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、その理由としているものの中心は、「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、というところにあるが、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、さらに敷衍しておくなら、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、憲法の規範構造、すなわち、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、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たものであること、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、近代憲法に通有の、平和を追求しながらも軍事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憲法構造をとることを宣明した9条を、単独で第2章としたのである。つまり、日本国憲法は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るという条文配置をすることによって、平和を人権の前提条件とす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、先述のとおり、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章の人権規定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のである。

このようにして、平和的生存権は、憲法の平和主義に違反する政府の行為、つまり本件でいえば沖縄高江への愛知県機動隊派遣の憲法適合性を判定する実体規範として機能する。と同時に、この権利は、9条違反の政府行為に対して市民個人が法廷で争うための手続規範としてはたらく。すなわち、日本国憲法の平和的生存権は、個人の人権保障に資する主観的権利でありながら、市民がそれを用いて政府の平和に反した政策を正すという客観的機能を果たすことになる。これがこの権利本来の役割であるといえよう。

3 沖縄における平和的生存権侵害の特徴——長期的かつ常態的な侵害

平和的生存権は、これまでに述べてきたように、全世界の国民にひとしく保障されたものであるが、沖縄においては、人々が被っているその侵害の姿に、際立った特質がある。

すなわち、狭小な県土に在日米軍基地の過半が集中していることから、この

米軍基地の存在を源にして、県民の平和に生きる権利を侵害するさまざまな問題が惹起され、蓄積されてきた。一例として、1995年の沖縄代理署名訴訟の上告理由書が述べるところを借りるなら、在沖米軍基地によって、沖縄県民、とりわけ基地周辺住民は常にさまざまな生活被害を受けてきた。それは、住民の居住地への被弾、爆音・騒音、軍用機の墜落事故、また米兵による性犯罪をはじめとした凶悪犯罪、飲酒によるものが多い米兵の交通事故等々、挙げればきりのないものである。そして、戦後、アメリカは対外軍事攻撃を繰り返し、そのたびに沖縄は発進基地とされ、それにより住民の被害は甚大なものとなっていた。要するに、沖縄県民は、平穏に生活を営むことを全般的に阻害され、あまつさえ生命自体に脅威を受けているのである。〈米軍基地によって人間の尊厳自体が蹂躪され、市民のあらゆる権利が侵害されている〉と表現しても、けっして誇張ではないのである。

たとえば、上記沖縄代理署名訴訟における知事側第一準備書面がつぎのように論じたのは、まさに正鵠を射ている。——「在日米軍基地が過度に集中する沖縄においては、在日米軍の戦争行為〔知事側の用語では、固有の戦争行為のほか、戦争類似行為、戦争準備行為、戦争訓練、軍事基地の設置管理などを含む——引用者〕によって日常生活のうえで具体的に平和的生存権が侵害されている。この平和的生存権の侵害は、基地にかかわる住民の生活の中で、様々な形で現れている。その個々の被害は、軍による戦争行為を支える基地に起因する人権侵害としてまとめることができる」、したがって、「国は、沖縄県民が、沖縄戦以来……長期間、平和的生存権を侵害され続けてきた事実を直視すべきであり、常態的な平和的生存権の侵害を是正すべきである」と。また、この侵害は、沖縄に集中的にかつ偏重して現われていて、その点で、国政上の差別が沖縄において顕著である。さらに、米軍基地に起因する被害は、沖縄本島に限られないことも加えられよう。

このようにして、沖縄における平和的生存権の侵害は、具体的な生活の中で、長期的・恒常的で広域にわたり、かつ日常的・常態的である点において他に見られない特徴をもつものといわなければならない。こうした実態に照らすなら、沖縄においては、平和のうちに生存する権利の侵害は一義的に明瞭であ

るといえるのである。

沖縄にこの状況がもたらされたのには、日本の法的独立を回復させた1952年の講和条約発効から72年の本土復帰までの間に、在日米軍基地の比重が本土から沖縄に移ったことが重大な一要因となっている。すなわち、基地面積は、本土では同条約発効の1952年4月28日の時点で約1352km²だったものが、58年3月末には約660km²へとほぼ半減し、本土復帰直前の72年3月末では約196km²と7分の1にまで縮小したのに対し、沖縄では、51年には約124km²であったが、その後の相次ぐ拡張によって54年には約162km²、58年約176km²、60年約209km²へと増大し続け、72年5月15日の復帰時には286km²にもなっていたことである。駐留米軍兵力も、本土では52年に26万人であったものが70年11月には3万7500人までに減少したのに対し、沖縄では、50年6月末に2万1248人であったものが60年9月の時点で3万7142人と約1.7倍に、復帰直後の72年5月末には3万9350人へと2倍近くに達していた。加えて、海兵隊も、岐阜・山梨に駐留していたものが59年に沖縄に移駐するなど、本土の負担軽減と対照的に沖縄への軍事的重圧が強まったのである。

本土復帰後の在沖米軍基地に起因する事件・事故について、沖縄県知事公室基地対策課の公刊物（沖縄県知事公室基地対策課（編集）『沖縄の米軍基地』および同（編集発行）『沖縄の米軍および自治体基地（統計資料集）』、いずれも2013年3月刊行）にもとづいて要点を示しておこう。それによれば、1972年から2012年末までの間、米軍用機の事故は、固定翼機によるものが441件（うち墜落事故27件）、ヘリコプターが99件（墜落は16件）にのぼる。また、同じ期間において、米兵（米軍構成員）による犯罪は5801件、うち凶悪犯は570件、粗暴犯は1045件にもなる。

その中で、とくに2004年8月13日に発生した沖縄国際大学構内への米軍ヘリコプターの墜落事故は、死者が出なかったのが奇跡とされるほど、県民に強い衝撃を与えた。また、2012年10月には、垂直離着陸機 MV-22「オスプレイ」12機の普天間基地配備が強行されたが、これは開発段階から度重なる死亡事故を起こして、米本国でも「未亡人製造機」と忌み嫌われている危険機で、この配置に反対する沖縄県民の声は強く、参加者10万人を超える県民大会も開

催されていた。配備されるや、人口密集地での飛行や午後10時以降の飛行を制限する日米合同委員会の合意にさえ違反して運用され、その違反は、同年10月～11月の2か月間で318件を数える。オスプレイ配備は、翌2013年10月に24機態勢となったが、運用ルール違反は、同月だけで172件にのぼる。県民の意思は無視され、いのちとくらしが脅かされつづけるこの事態からは、一片の条理も見出すことができない。

米兵による犯罪の中で、とりわけ人々を震撼させたのは、1995年9月4日、本島北部において、3名の海兵隊員がひきおこした少女暴行事件である。これに対して、県民は、復帰後最大規模（8万5000人）の総決起大会をもち、米軍基地の整理縮小・日米地位協定の見直し等を求めた。しかし、その後も、前掲数字のとおり、米軍の犯罪はやむところがなく、最近の一例を挙げれば、2012年10月16日に本島中部において、2名の海兵隊員が、通行中の日本女性に対して集団暴行（強姦）致傷強盗事件を起こしている。まさに、人間の尊厳が弊履のごとくに踏みにじられたのである。

以上に挙げた事実（事実のほんの一端であるが）からすれば、沖縄における人々の平和的生存権の侵害は明白である。本件高江の事案には、とりわけそのことがあてはまる。

むすび 抵抗権・平和的生存権が活かされた判決を

以上論じてきたところから得られるものを要記してむすびとしたい。

抵抗権は、今日の多数の論者によれば、国家権力が立憲主義的憲法秩序・人権保障構造を不法に侵害し、またしようとしたとき、国民が実力をもってこれに抗い、憲法秩序と人権体系の擁護・回復を図ることのできる実定法上の権利であると理解されている。本意見書では、抵抗権についてのこの理解を正面からうけとめ、抵抗権の担うそのような機能を本来の機能として論じてきた。このような抵抗権の役割は、具体的になされた違憲の国家行為によって不当な制裁を受けた人を事後的に——当該国家行為を違憲と断定することは避けつつ——救済することにとどまらない。要件が整っている場合には、それを違憲と

断じて排除し立憲主義的憲法秩序を回復させることを要請するものであって、それこそが抵抗権の本来的機能にほかならない、と考える。

そして、その要件とは、何よりも、国家権力による憲法秩序・人権保障構造の蹂躪の程度と態様であろう。そして、沖縄の場合、先に述べたとおり、国家権力による憲法秩序破壊は、その程度において深く、態様において長期かつ広範に及び、県民の人間の尊厳と生きる権利を侵害してやまず、耐えがたい苦痛を与え続けているのである。それは、まさに憲法秩序の破壊そのもの、つまり違憲の事態以外の何物でもない。もっとも、それは、客観的な秩序の侵害であって、主観訴訟の法構造においては、それ自体を裁判上争うことはできないという抗弁に出会うであろう。しかし、こうした憲法秩序の破壊が生じたとき、個人には、それを回復するための行動が権利として保障されることになる。そこで、人は、憲法秩序破壊の態様・程度が極端・甚大である場合には、自己の主観的権利としての抵抗権を通路として、憲法秩序の回復を裁判所に訴求することができるのである。そして、このような法構造は、平和的生存権の場合と深く関連し合っていると思われる。

すなわち、平和的生存権は、憲法前文第2段末尾の「平和のうちに生存する権利」の根拠をもつものであるが、それは、「平和」という本来は国家の形成する客観的な秩序を前提にした権利であるから、その主観的権利性を、規範構造上可及的に厳格に弁証しておくことが求められる。これについての小考の要点はつぎのとおりである。——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時実現の途を追究する平和政策の遂行を義務づけ、反面で、国民には、政府が平和政策をとるよう要求し、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、上で具体化された上で、ひとつは、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章の各人権がカバ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。要するに、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、そのことで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はたらくこととなる、と解することができる。したがって、「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のである。

叙上のように考えることができるとするならば、本件沖縄県東村高江における、2016年7月13日から同年末まで派遣された愛知県警の部隊を含む機動隊によって実施された違法な警察活動に対して、住民らがおこなった非暴力の抗議活動は、日本国憲法の定める抵抗権（12条、97条）および平和的生存権（前文第2段）によって保障されたものである。しかも、抵抗権・平和的生存権は、たんに反対住民に向けられる制裁を免からせるための違法性阻却事由を根拠づけるだけにとどまらず、より広く、かつ根源的に、警察力の違法な運用を生み出す、基地建設強行のための住民規制体制それ自体の違憲、それを支える日米安保条約と同条約を具体化する諸法令により形づくられている安保法体系そのものの違憲を導くものであるといえる。それらは、違憲審査をとおして、違憲無効と宣言されてしかるべきものである。

意見書を閉じるにあたって、私は、違憲立法審査権という人権保障のための権能を国民から信託された裁判官への衷心からの期待を表明したい。憲法に違背してなされた人権侵害の国家行為について、憲法の名においてこれを正すことは、どの審級の、独任制の裁判体においてさえ行使でき、また行使しなければならない崇高な権能であり、かつ義務である。憲法は、裁判官が、その重要な役割を果たすことができるよう、その身分を手厚く保障している。たしかに、高江の事案は、政治のただ中にある。しかし、裁判官に求められるのは、法的判断である。政治に右顧左眄することなく、まっすぐな憲法判断を示されることを確信し、意見書を結ぶ。

——私の意見書は、以上である。次に、この高江訴訟の当事者の主張および地裁判決における平和的生存権論を見ることにしよう

第2部 高江訴訟（名古屋）における平和的生存権にかんする 当事者の主張と地裁判決

1 当事者の主張

(1) 原告側の平和的生存権主張

2017年7月26日の訴状には、平和的生存権への直接の言及はないが、同年10月23日付の準備書面(1)(大脇雅子弁護士の意見陳述)また2019年1月(不明)日付準備書面(19)などが、沖縄の歴史、高江の実態にそくして平和的生存権を熱意を込めて語り、その侵害を糾弾している。

(i) まず、前者(準備書面(1))の主張は、次のとおりである。——「2017年10月12日、高江集落の牧草地に、米軍の大型輸送ヘリコプターCH53Eが不時着して炎上大破、放射線ストロンチウムを発する機器が搭載されていた。2004年8月沖縄国際大学の構内に墜落炎上したヘリコプターと同型機である。いつ落ちるかもしれないという住民の不安は現実化した。沖縄県議会、東村議会、宜野湾市議会は、米軍ヘリパッド基地6か所の使用禁止を求める抗議の決議を、いずれも全会一致で採択したが、米軍は、一方的に、同型機やオスプレイの訓練飛行を再開した。オスプレイの危険性は、つとに指摘されている。沖縄では今、10万人規模の抗議集会を開催しても、政府や米軍にかぞえきれないほどの陳情を繰り返しても、非暴力の座り込みをしても、現状は何も変わらない。忍耐と不安、焦りと失望、憤りと無力感、そして屈辱感の渦の中にある。高江の人たちは、米軍基地建設に反対することにより、日米安保条約と正面から向きあっていて、この非暴力の抵抗は、憲法の平和的生存権を求める根源的な活動にほかならない。」というものである。

(ii) また、後者(準備書面(19))は、「高江村における占領期の平和的生存権侵害の実態」として、言う。——「高江村は、近代になって沖縄県内から人が移住をはじめ、10軒～20軒の集落が順次個々に形成されていった静かな『山

村』である。耕作地をもたず、炭焼きをして、薪や木を山から切り落として新川の河口に集積し、週に一度『山原（やんばる）船』に乗せて町に出荷し、町から戻る船には塩、油、みそ等が積まれて帰る暮らしであった。周りを『やんばるの森』にかこまれた桃源郷のようなたたずまいの山村は、沖縄戦で戦場になった沖縄本島のなかで、ほとんど爆撃もなく、那覇や読谷村からの疎開を受け入れた。移住してきた人たちは『高江の人は優しい』という。

しかし、1945年、沖縄を占領した米軍は、国頭村から東村の広大な亜熱帯の森と、高江の平坦な大地に基地を作った。北部訓練場に施設が出来ると、高江の基地のメインゲートまで道路が延び、海岸から陸路の玄関口となった。1957年、ベトナム戦争がはじまると、北部訓練場は即戦力を養成するゲリラ訓練場となった。ジャングルや川に、同時に1000人もの若い兵士が送り込まれて訓練に明け暮れた。兵士の訓練場と高江の住民地区の間にはフェンスひとつなく、山に入って生活の糧を得なければならない高江の村人たちは、米軍が掘った落とし穴や剣山のように槍が敷き詰められた罠に落ちて怪我をした。集団放火や強姦の被害も受けた。薪を拾う老婆が鳥と間違えられて銃で打ち抜かれたりという事件もあった。山に入ることなしには、暮らしが立たない高江の人たちは、やがてベトナム風の集落を巡る訓練において、『ベトナム村の住民』の役で訓練への参加を求められた。山に入らなければ暮らしも立たず、険しい山道を訓練に参加するために女たちや子供もひたすら歩いた。『食糧がもらえる』と参加した人たちも多かった。1960年にベトナム戦争が激しさを増してくると山での生活も限界となり、村人たちは、平地を求めて台地に移り、農耕地を開拓した。高江の村は、厳しい自然の中で、普通に平和に生きることを求めているが、まるで訓練場の中で標的のようにされていたのである。極限状態での平和的生存権侵害が自らの暮らす地域に日常的に存在し、その状態で生きていくことを余儀なくされていたのである。つまり、本件で住民が反対運動に起ち上がっている高江という地域は、このような体験をした人々が住む地域だったのである。」と述べる。

それをふまえて、準備書面は、沖縄施政権返還後も県民の平和的生存権侵害をもたらし続けている基地集中の実態を告発する。すなわち、「沖縄県は、代

理署名拒否訴訟から辺野古訴訟、また埋立承認取消手続きに至るまでさまざまな形で司法への救済を求め、さらに、基地周辺住民は、基地騒音をはじめとした基地公害に対して、夜間差し止め等を求める訴訟を提起しているが、司法は、損害賠償は認めるものの差し止めは認めず、県が当事者となった訴訟では、日本国憲法の平和主義や憲法9条、沖縄県民が被り続けてきた平和的生存権侵害の具体的な救済をはかろうとはしなかった。この間、沖縄では司法はその固有の役割である私権の救済機能を怠ってきたと言っても過言ではない。」と断じるのである。

(iii) 加えて、原告側代理人のひとりである大脇雅子弁護士（前出）から、この訴訟と併走する形で、「平和的生存権保障基本法」の立法構想が具体化されていたことに注目しておきたい。同弁護士は、高江訴訟係属のさ中の2018年にこの法案の骨子案を提示するが、その趣旨を次のように述べている。

——「筆者は、現在名古屋地方裁判所に係属する『沖縄高江のヘリパッド米軍基地の警備目的で派遣された愛知県機動隊への公金支出を違法とする住民訴訟（原告198名）の弁護団に参加している。翁長雄志前知事は、『沖縄では、憲法の上に日米安保条約があり、国会の上にはSACO（日米合同委員会）がある』と記者会見で言明したが、沖縄戦を経て、日本政府は、1952年講和条約では沖縄を切り捨て、1972年の本土復帰以来沖縄の基地をますます拡張してきた。沖縄の人たちは長い間、そしていまも、日常的に『平和的生存権』を侵害され、『非暴力不服従』の不屈の抵抗をしている。『沖縄の怒りではない、私の怒り』を合言葉に訴訟を継続している中で、筆者は、差別と闘い、人間の尊厳を追い求めて、社会を真に変革・進歩させた力は、軍事力・武力ではなく、ふつうの暮らしを『生きよう』とする人たちの『非暴力不服従』の抵抗であったことに気づいた。たとえば絶大なイギリスの武力と立ち向かったマハトマ・ガンジー氏らの抵抗、黒人差別と闘った公民権運動のアーサー・キング牧師らの抵抗、アパルトヘイトの強大な壁に挑んだネルソン・マンデラ氏らの抵抗は、沖縄の抵抗と通底する。沖縄では、選挙で勝利して民意を示しても、『建白書』『意見書』『決議』『声明』をいくつ出して、県民大会、請願、陳情、対話を求めても、現政権は一顧だにしない。私たちの足元にある沖縄の『平和的生存

権』を確立するための抵抗を見過ごすことはできない。いま必要なのは、軍事力による平和ではなく、武力によらない平和を求めて活動する人たちの人権保障である。戦争の惨禍の体験は、軍事力は『愚かな力』であることを歴史的体験として教えているはずである。軍事力による抑止は、必然的に軍拡競争を招く。軍事力の容認。軍事力の民主的コントロール、専守防衛等の軍事力中心の多くの改憲案に対して、あえていま、憲法改正案と平和的生存権保障基本法案の骨子案を提示したい。」と（大脇雅子『『平和的生存権』立法構想』象92号〔2018年秋〕3-4頁）。

この構想は、平和的生存権を憲法本文に組み入れて重ねて保障する趣旨の9条2項増補案と、総則・平和的生存権保障計画・基本的施策・平和的生存権保障推進会議などから成る浩瀚な「平和的生存権保障基本法案 骨子案」から成る。そこには、提案者の参議院議員をもつとめたキャリアにもとづく見識が遺憾なく示されている。もっとも、これは、この訴訟の原告側主張の固有の構成部分ではない。綿密な検討は他日の課題としたい。

なお、裁判所が判決中で原告主張を紹介している個所は、次のとおりである。——「〔原告らは、〕憲法は、前文が、徹底した平和主義をうたい、『われらは、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ことを確認する。』と、『権利』という言葉を明確に用いていることや、9条が、人権規定と等置の規定に先行して規定されていることからしても、戦争放棄を人権と民主主義の前提条件として位置付けていると解されることに鑑みれば、前文、9条及び13条（包括的人権規定）が相まって、個人の人権としての平和的生存権を保障しているものと解すべきであり、ヘリパッド移設工事はこの平和的生存権を侵害するものといえる〔と主張している。〕。」とするものである。

(2) 被告側の否定論

被告側の主張については、筆者の資料入手力の限界から、判決が紹介しているものみに拠るが、判決は、自救行為が本件において許容されるか否かを論じる文脈において、抵抗権の権利性を否定する判断に付随する形で、次のよう

に述べている。——「原告らが援用する平和的生存権は、明文の規定を欠くことはもとより、権利の主体・内容・性質等の点で明確性を欠き、抽象的な理念にすぎないといわざるを得ないから、実定的な権利として構成することはできない。この点、原告らは、平和的生存権が法的に保障されていることの根拠として、憲法前文を挙げるが、日本の法規により、前文に規定されているように『全世界』的に平和的生存権が保障されることはあり得ないから、前文が直接的な保障の根拠となるとは解されない。」というのである。

2 名古屋地裁判決（2019.11.11）の平和的生存権にかんする判旨と論評

(1) 地裁判決の判旨

名古屋地裁判決は、原告は平和的生存権を、環境権、生命・身体・財産と並べて、原告らの抗議活動が自救行為（自力救済）として正当化される一つの理由にしているとした上で、次のように言う。

「原告らは、ヘリパッド移設工事により平和的生存権が侵害されたから、これに対する抗議活動は自救行為となる旨主張する。

しかしながら、憲法前文には、『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』とされているものの、憲法前文は、飽くまでも憲法の基本的精神及び理念を表明したものであるから、前記の『平和的生存権』は、憲法上の理念ないし目的としての抽象的概念であるというほかない（この点において、前文の記載は、憲法第3章に規定された基本的人権とはその性質を異にするものといえる。）。また、憲法9条は、国家の統治機構及び統治活動についての規範を定めたものであり、それ自体で国民の権利を保障する性質の規定ではないことが明らかであって、これをもって国民個人々の具体的な権利が保障されているものと解すべき根拠とはならない。さらに、憲法13条は、憲法上明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り得るものではあるが、平和を確保する手段・方法は複雑な国際情勢にも応じて多種多様にわたる以上、『平和のうちに生存する権利』ということ自体から直ちに一定の具体的内容が確定されるものでもなく、それを実現する手段、方法が特定されているわけでもないのであるから、平和的生存権なるも

の内容、主体、成立要件及び法律効果等は曖昧であって、個々の国民の権利としての具体的内容は不明瞭である。

以上のことからすると、憲法において、個人の権利として平和的生存権が保障されているということではできず、平和的生存権が、法律に定める手続を経ればその実現を図ることができる内容の権利であるとはいえない（この点に関して、原告らが証拠として提出する意見書には、憲法9条違反の国家行為がされれば直ちに権利侵害が発生し、損害賠償請求及び差し止請求が可能となると考えるべきである以上、権利侵害の発生要件や効果について明確性を欠くところはないとの見解を述べるものが存する〔甲98〕が、前記のとおり、憲法9条は、国家の統治機構及び統治活動の規範を定めたものであって、国民の権利を保障する規定ではないから、同条に違反する国家行為によって国民の主観的な権利が当然に害されると解することは困難であるというほかない。）」と。

——これが判旨であるが、とうてい人を納得させるものではない。

(2) 判旨の恣意性

まずは、原告の平和的生存権主張の位置づけ方がきわめて恣意的である。原告は、平和的生存権を、自力救済の正当化の理由として主張しているわけではない。機動隊派遣は平和的生存権を侵害するものであることから違憲となる、とするのが原告側の基本論旨なのである。それにもかかわらず、判旨は、主張を矮小化して、原告の平和的生存権論を形式的にとらえ、とりわけ、原告側が、沖縄の人々のこれまで受けてきた平和に生きる権利のじゅうりんとそれによる苦悩について縷々述べたことに少しも耳を傾けることなく、平和的生存権にかんして沖縄にはまったく言及していない。そこには、司法に求められる公平な判断姿勢と暖かな人権感覚を見いだすことができない。

この判決の判断手法は、先にも少し触れたが、抗議活動の正当性を、表現の自由・自救行為・抵抗権行使のいずれかにあたるか否かという問題設定をして、そのいずれにもあたらない、との結論を導く仕方である。順に見ておこなうなら、まず、表現の自由については、憲法21条もこれを「絶対的に保障したものではない」との、原告側も（学説も）当然に採っている理解から直截に、広

い制限が是認されると断じ、表現の自由が抗議活動正当化の根拠にならないとする論法をとっている。裁判所は、「都立板橋高校君が代事件」の最高裁判決（最一小判2011.7.7刑集65巻5号619頁）を、他人の権利を害する表現行為は許されないとする論拠にしているが、これは、卒業式における君が代斉唱への抗議行為をめぐる事案におけるものであって、そこでは、裁判所の判断の当否は別にして、他人の権利との衡量が問題になっていた。それにひきかえ、本件は、公権力の行使（広く統治活動）に対する国民の意思表示の場面であって、この判例を援用することに妥当性はない。

ついで、平和的生存権を、環境権および生命・身体・財産とともに、前述したように、自救行為（自力救済）のテーマであるとした上で、自救行為の成立余地を、伝統的理解に沿って、ことさらに狭く理解する。そこから、平和的生存権の具体的権利性は、当然のごとくに否定される。そして、抵抗権については別立てにし、これを自救行為と同列に置いて斥けている。

なお、筆者が裁判所に提出した意見書（本稿第1部）も、その趣旨が酷く歪められている。それは、「憲法9条違反の国家行為がなされれば直ちに権利侵害が発生」する、などという短絡的な論理ではなく、先に詳細に示したとおり、9条と平和的生存権との関係を規範論として慎重に解明した上で、本件のような公権力の行為は国民の平和的生存権への侵害にあたることを主張したものである。「同条〔9条〕に違反する国家行為によって国民の主観的な権利が当然に害されると解する」などというのは、私の立場ではない。このような曲解・誤読からは、真つ当な判決が導かれようもないといわざるをえないのである。

あとがき

本稿は、沖縄・高江の軍事基地建設への機動隊派遣を争う訴訟で提出した意見書を紹介した上で、同訴訟の判決への論評をし、平和的生存権の今日的ありようを考察しようとしたものであった。この作業をとおして、あえて言うなら、今日の裁判例から、平和的生存権規定について、その裁判規範性どころか

法規範性を否定し、併せて、9条について、その実効性のみならず拘束性まで貶下させるという傾向を看取することができる。これは、私たちが平和のうちに生きることを危うくするものであることはいうまでもないが、実のところ、司法自身にとっても深刻な危機であることを意味している。

今、研究者には、平和的生存権の土壌を一層深く掘り下げて固い地盤を見つけ出し、その上により確固とした理論の家屋を建てて、それを、裁判運動を担う人々に提供することが求められている。平和的生存権を先駆的に研究し、その理論を築いたのは深瀬忠一その人であるが（『戦争放棄と平和的生存権』〔岩波書店・1987年〕）、深瀬は、平和的生存権を考える拠点は、北海道と沖縄であると、生涯をかけて語っていたが、今、裁判が、民衆——生活するすべての人々——にとって真っ当なものに立ち戻ることを心から願っているに違いない（2015年10月5日ご逝去）。私は、他ならぬその沖縄で、平和的生存権の理論を地域の実生活にもとづいて発展させることを、常に自らの課題としたいと思う。

この原稿は、本来は本誌224号のために執筆されたもので、2020年6月25日に愛知大学法学会に提出されていましたが、しかし、法学会の都合により、224号が225号と合併になり、結果的に公刊が遅れました。小林武教授には深くお詫び申し上げますと共に、読者の皆様の御理解をお願い申し上げます。

——愛知大学法学会