

〈研究ノート〉

安保法制違憲訴訟7地裁判決における 平和的生存権判断のあり方

小 林 武

目 次

はじめに 裁判所は違憲性判断抜きの審査をこれからも続けてよいのだろうか

I 7判決の平和的生存権判断をどうとらえるか

1 各判決の採る論理

2 判決の平和的生存権論についての評価

(1) 同工異曲ぶりは何を意味するか

(2) 権利侵害を否定することで憲法判断を回避する論法は妥当か

(3) 積極面をどこに見出すか

① 総論としての憲法平和主義の確認

② 人格権に依拠した判断

③ 歴史への参照——那覇地裁判決の場合

II 安保法制の制定・運用下における平和的生存権の意義

1 違憲の安保法制の展開

(1) 違憲の法制

① 違憲性の確認〔要点〕

② 宮崎礼壹証言の重要性

(2) その運用の問題性

① 違憲の運用実態

② 半田 滋証言が明示するもの

2 平和的生存権の担う今日的役割

(1) 権利の機能変化と平和的生存権

(2) 平和的生存権の裁判規範性弁証の重要性

(3) 新安保法制への転換の中での平和的生存権

むすびにかえて 7つの判決の時点で判断姿勢の見直しを

はじめに 裁判所は違憲性判断抜きの審査をこれからも続けてよいのだろうか

本稿は、2016年以降全国で提起された安保法制違憲訴訟において、2020年12月までに出された7つの地裁判決について、その平和的生存権にかんする判断のあり方を批判的に検討したものである。この稿を基にした文書を同月28日付で東京高等裁判所宛に「意見書」として提出している。

新安保法制法（「平和安全保障整備法」と「国際平和支援法」の2法を束ねた「平和安全保障二法」）は、「一見明白に憲法に違反する」立法である（代表的に、たとえば、宮崎礼壹内閣法制局長官の2019年6月13日前橋地裁における証言）。これは、多数の法律家が共に抱懐する見解であり、筆者も属する憲法学界では、自衛隊の合憲性についての見解のいかにかわからず、きわめて稀な例外を除き、ほぼ全員が共有する憲法解釈上の結論となっているといえる。

そのような立法であったからこそ、国会における同法の制定過程においては、多くの国民がこれに疑問を呈し、反対運動が広範かつ長期にわたっておこなわれた。そして、法の施行ののち時を措かずに各地において違憲訴訟が提起された。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、愛知各都道府県の、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⁽¹⁾〕）。

第1審（すべて地裁）で判決に至ったのは、25件のうち、（本稿執筆の段階で、）4分の1強の7つを数えるが、その7判決は、奇妙な——司法の独立の観点からすればそのようにいわざるをえないのであるが——共通性を蔵している。それは何より、新安保法制法を違憲とする判断を、判決理由中でさえおこなわなかったのはもとより、憲法判断に入ること自体を徹頭徹尾回避し、その手法として、原告主張の権利侵害の不存在、ないし侵害は存在してもその具体

性がないことに理由を求めたことである。しかも、各判決でこうした論理が説かれるとき、その語り口まで酷似しているものがある、そのようにさせる同調圧力というべきものはたらいはいはしないかと案じられるほどである。

すなわち、原告側の権利侵害の主張は、平和的生存権、人格権および憲法改正・決定権（他に、「安定した立憲民主政に生きる権利」（群馬）など）についてなされ、まず、平和的生存権であるが、これに対しては、7 判決すべてが、個別の国民に法律上保護された具体的な権利ないし法的利益ではないとして斥けている。また、人格権については、実定法上確立した権利であることを前提に、原告らの主張する精神的苦痛等について、それらが安保法制法の制定により原告らとの間で個別的・具体的に特別の関係を有しているとは認められないとする。そして、憲法改正・決定権侵害の主張は、これを許容するなら実質的には法令の抽象的な違憲判断を認める結果となる等として排斥した。これらは、各判決共通の論理である。

7 判決は、おおむねこのように、法的保護を与えるべき利益が存在しないから憲法判断に入る必要はないとして、断然、新安保法制法の合憲違憲にふれようとしないのである。あたかも、憲法判断回避の準則を、憲法判断禁止の命令のごとくに受けとめているらしく見える。しかしながら、上記の諸権利の侵害自体が、同法が違憲のものであるところから生じているものであって、その合憲性を審査することなしに判断できないものと考えられるが、各判決は、伝統的司法概念に固執したのである。そこで、これら各権利のうちで、最初に挙げられ、中軸をなす平和的生存権についての各判決の判断をとりあげて考察を加えたい。それをとおして、今後の安保法制違憲訴訟に期待する論点を提起することができればと思う。

I 7 判決の平和的生存権判断をどうとらえるか

1 各判決の採る論理

平和的生存権にかんする各判決の判断を、まず、時系列でとりあげて——それは、各裁判所が先の裁判所の出した判決に倣っているか否かを明らかにする

のに資するであろうと考えるところからである——整理した上で、批判的に検討しておきたい。

(A) 札幌地裁2019年4月22日判決

恒久平和主義は憲法上重要な理念であり、平和的生存権は人権の保障のための基礎的条件であるから、両者は密接な関連性を有している。しかし、前文は、憲法の理想と目的を示すもので、解釈指針とされること等があっても、直接に「平和のうちに生存する権利」を具体的な権利として保障したものではない。また、平和は理念・目的としての抽象的概念で、具体的内容について一義的に確定することはできない。そして、原告は9条がそれを充填すると主張するが、9条は、国の統治機構ないし統治活動についての政策を明らかにしたもので、国民の司法上の権利義務を具体的に定めたものではない、とした。なお、同判決は、憲法第3章（含、13条）はとりあげていない。

(B) 東京地裁2019年11月7日判決〔東京国賠訴訟〕

A判決と基本的に共通した論旨であり（ただし、憲法第3章にふれている）、次のように言う。「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具えていることに疑いはない。」しかし、前文は解釈指針で、また平和は抽象的概念であって特定することはできず、前文から平和的生存権の裁判規範となるべき具体的な意味内容を確定することはできない。9条は、国家の統治機構ないし統治行動の規範であって、国民の私法上の権利を直接保障したものではない。なお13条は、一般的・包括的な権利を定めたもので、それによっても平和的生存権を具体的な権利とすることはできない。原告は、議論の成熟に伴って平和的生存権の内容が明確化されているというが、なお抽象的・多義的性格を免れていない。

(C) 大阪地裁2020年1月28日判決

「戦争に加担させられない権利」を平和的生存権の一内容として位置づけているが、判旨は、A・Bとほとんど同一である。加えて、前文第2項に「全世界の国民」に注目して、そこにある「平和のうちに生存する権利」は、まさに基本的な理念として宣言されたものにすぎないという。

(D) 東京地裁2020年3月13日判決〔東京差止訴訟〕

まず、平和的生存権についての原告らの定義、すなわち、「憲法前文、9条、13条に基づき、戦争と軍備及び戦争準備によって破壊されたり侵害又は抑制されることなく、恐怖と欠乏を免れて平和のうちに生存し、またそのように平和な国と世界をつくり出してゆくことのできる核時代の自然権の本質を持つ基本的人権」^②を掲げるが、その後の展開は、A～Cとほぼ同一である。あえていえば、平和的生存権を抽象的概念であるとする根拠として、百里基地訴訟上告審判決（最判1989.6.20民集43巻6号385頁）を掲げていることにとどまる。

(E) 高知地裁2020年3月24日判決

A～Dから一寸たりとも離れず、付加するところさえない判示となっている。

(F) 那覇地裁2020年6月30日判決

他の判決と、論理と結論において相違はないものの、独自のものが含まれている。まず、前文・9条は、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が、前文は、解釈指針ではあっても具体的権利を直接保障したのではなく、主体として「全世界の国民」が謳われていることもそれを示している、という。また、「平和」も抽象的概念であり、「平和のうちに生存する権利」の内容、性格はなお不明確で、裁判規範となるほどにまで具体的なものではなく、さらに9条は、ある種の制度的保障規定と解する余地があるとしても、具体的権利を導くことはできない。——ここまでは、A～Eと径庭がないが、次の憲法13条論は、ユニークである。

すなわち、平和であることは13条にいう個人の尊重、生命・自由・幸福追求権の保障にとっての必要条件である、とした上で、同条にもとづいて成立している人格権の内容には、生命・身体に直結する人格権や、平和のうちに平穏に生きる権利としての人格権が含まれており、それらは、実質的に平和的生存権の内容をなすものである、ととらえ、人格権についての判断の中で検討している。もっとも、これとて、原告らの生命・身体が直接脅かされる具体的な危険が発生しているとは認められないとして斥けたのであるが、ただ、その文脈においても、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と解する余地があると述べていることに注目しておきたい。

(G) 前橋地裁2020年10月1日判決

この判決の平和的生存権判断は、A～Eの共通部分をコピーしたもののごとくである。ただ一点、原告らが平和的生存権について、戦争の中で殺し殺される危険に巻き込まれないこと、戦争を否定する体制の社会において生存すること等が含まれていると主張していることをとりあげているのが注目されるが、それとて多義的な平和概念のひとつにすぎず、平和の意味内容を特定したことにはならない、として斥けている。

——以上のような、7つの判決に現れた裁判所の平和的生存権判断をどのように評価すべきであろうか。節を改めて述べたい。

2 判決の平和的生存権論についての評価

(1) 同工異曲ぶりは何を意味するか

7判決の平和的生存権判断を一瞥してただちに明白になるのは、各判決が内容のみならず論旨の運びまで酷似していることである。それらの中にはコピーと見まがうものもあり、ひな型の存在を疑わしめる。この現象は、司法の独立の観点から由々しい問題であり、これを等閑視し、ましてや当然視することは許されまい。裁判所のこのような姿勢は、判決に次のような特徴を刻印しているように思われる。

(i) 平和的生存権は、平和訴訟を提起した市民の側にとって権利主張の砦であり、国としてもこれを突き崩すべく全力を傾けるべき一大争点である。裁判所がこれに正面から取り組むことなしには争訟は実質的に解決されることはなく、したがってまた、当事者とその背後にいる多くの国民に対する説得効果も生じない。それにもかかわらず、本件の裁判所は、ただ、平和的生存権に具体性なしとする結論を先行させて、事案をあたかも力づくで処理する態度に出ている。事実と論理にもとづく説得こそ司法の生命であり、存在意義もそこにあるが、今、司法は、自ら危機を招いているのではあるまいか。

(ii) 7つの判決に見られる憲法解釈には、問題が多い。前文について、「崇高な理想と目的」(4項)を掲げたものだから解釈の指針にとどまる、というが、前文の規定の中には法規規範性をもつもの、さらに、ほかならぬ平和的生存権のように、裁判規範性の存否まで論じられているものまでが含まれている。上記の文言は、前文末尾にあって、前文が理想・目的とするものを謳い、その達成の決意を表明したものであって、前文全体に規範性なしとしたものだと読むのは、まったくの恣意的な解釈というほかない。

また、「平和」について、各判決は異口同音に、理念ないし目的としての抽象的概念であるというが、ここで論じられているのは、「平和」一般ではなく、一国の憲法規範中の「平和」概念である。それは、前文および9条で具体化・特定化されたもので、戦争の放棄・戦力の不保持および交戦権の否認(9条)が憲法上の「平和」の核心をなす。その概念内容は、余すところなく明瞭である。

そして、判決の多くは、原告の主張する、前文・9条および第3章を連結させた総合的な平和的生存権解釈につき、それぞれを切り離して、具体的権利性がない、あるいは権利とはいえない等とする論法を採るが、これは原告の解釈の無理解ないし歪曲に立つものである。なお、この平和的生存権の法構造については、のちに(II 2(2))で再度言及したい。

(iii) これまでに出示された安保法制違憲訴訟の判決は、平和的生存権についての裁判例の到達点を後退させているのではないか、との思いがする。平和的生存権は、戦後憲法平和訴訟におけるきびしい論議の場に置かれてきたものであるから、当事者双方の攻撃防御とそれにもとづく判決も、相応に鍛錬されたものとなっていた。そうである以上、とくに先行裁判例の扱いは、今般の裁判所の判断にとって重要な一面を形づくるものとなるはずであるが、本件7判決では、先例を参照したのは東京地裁(差止訴訟)のみである。しかしそれとて、参照したのは、平和的生存権を「理念ないし目的としての抽象的概念」であるとした百里基地訴訟最高裁判決(前出)であって、それは、学説が再三指摘してきたように、私法上の行為の効力と憲法9条の関係が争われた事案であって、平和的生存権判断の先例にはなりえないものである。他の判決には先例へ

の参照は見られず——ましてや学説を参観することはなく——，総じて，7判決とも消極的結論を求めるに急な態度に終始している。司法の怠慢を感じざるをえないのである。

(2) 権利侵害を否定することで憲法判断を回避する論法は妥当か

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，原告の権利侵害の主張が成り立たないとすることによって，安保法制の憲法適合性について判断を拒否したところにある。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，その憲法適否は争点として位置付けられたが，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ことができるとしたうえで，いずれの権利侵害も認められないという理由で，安保法制についての憲法適否の判断を回避したのである。

安保法制は，政府の従来の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。その違憲訴訟において原告らが指摘してい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条違反および立憲主義違反，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，原告側からは，まことに委細を尽くして主張・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。

その論理について，一例として那覇地裁判決をとりあげるなら（他も大同小異であるが），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、具体的な争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。

この付随的審査制は、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を確保しようとする抽象的審査制（憲法保障型）とは、本質的に違ったシステムであり、その果たす機能も大きく異なっていた。しかし近年、両者の合一化傾向が一定程度でみとめられ、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る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。本件とかわかるものは、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」にもとづいた準則である。裁判所が

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中の標準的な見解のひとつは、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⁽³⁾。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な見解に固執した判断では、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。なお、長沼訴訟第1審判決（札幌地判1973.9.7判時712号24頁）も、憲法判断回避の準則について「十分な理由がある」としつつも、①憲法の基本原理に対する重大な違反状態発生の疑い、②当事者を含めた国民の権利侵害の危険性、③当該事件の紛争の根本的解決の必要性、が認められた場合には、裁判所に憲法判断の「義務」があるとして違憲判断に踏み切っている⁽⁴⁾。

そもそも、付随的審査制では事件性が存在することが前提とされること、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、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のである。

なお、この点では、最高裁も、再婚禁止違憲国賠訴訟において、請求を棄却しながらも民法733条1項の憲法適合性の審査をおこなっている（最大判2015.12.16民集69巻8号2427頁）。当該憲法問題の重大性・社会的影響の程度などについての裁量的判断が個々の事案を扱う裁判官に委ねられていることを認めたものである。回避のルールに機械的に縛られることなく、人権の保障と憲法秩序の確保のために適宜に憲法判断に踏み切ることこそが、裁判官の使命であるといえよう。

——以上、筆者は、7判決の平和的生存権をめぐる判断に対して率直な評価をおこなった。同時に、その中から積極的な要素を見出して、それを将来の判決に繋ぐよすがとしたいと思う。項を改めよう。

(3) 積極面をどこに見出すか

① 総論としての憲法平和主義の確認

まず、各判決は、総論として、日本国憲法の平和主義を、理念として等と抑制しつつも明確に認めている。一例であるが、高知地裁判決を引いておこう。——「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』し（2項3文）、憲法9条は、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を保持しない旨を規定しており、憲法が所謂平和主義を採用していると解され、また憲法13条は、前段において個人の尊重を規定し、後段において公共の福祉による制限を残しつつ生命、自由及び幸福追求に係る権利を保障している。そして、現行憲法が、第二次世界大戦の悲惨な体験を踏まえ、戦争についての深い反省に基づいて、国民主権の原理の下、大日本帝国憲法の改正の手續の形式を取りながらも、国民が制定したものであり、国民の平和への希求を前提として、格調高く平和主義の理念を掲げていることに徴すれば、平和主義が憲法上貴重な理念であり、国民が平和のうちに生存することが各人の基本的人権が保障されるための基盤となることは明白であるから、平和のうちに生存することと各人の基本的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である。」と判示したものである。他の判決も、前述したとおり同工異曲であり、いずれの判決においてもこうした明瞭な認識が表明されているのは、日本国憲法の平和主義規範の堅固さによるもので、やはり留意されるべきであろう。

もっとも、これまでにも論じてきたように、各判決はこぞって、それに続けて「しかしながら」とし、平和的生存権の具体的権利性否認の論旨を展開しているのであるから、それは「枕詞」にすぎないと批判も向けられよう。それでもなお、ここには、日本国憲法の平和主義が何人も否定できないまでに定着したものであることが示されている。これを軽視することなく確認し、今後の司法判断への期待に繋げていきたいと思う。

② 人格権に依拠した判断

裁判所は、市民側の人格権侵害の主張についても、おしなべて、生命・身体等の人格権侵害は、漠然とした不安にすぎず、その侵害を惹起する戦争の危険性は現実のものとはなっていない、との判示によりこれを斥けている。ただ、人格権については——木で鼻を括ったような平和的生存権の場合と比べて——各判決が踏み込んで判断していることは、無視しないでおきたい。人格権がすでに確立した実定法上の権利であるところから、伝統的な司法権概念に慣れ親しんでいる裁判所としては、新しい人権のひとつである平和的生存権より依拠しやすいものであることは明らかであろう。そこから、多くの裁判所は、人格権侵害の主張に対して比較的ていねいな判断をおこなったものと考えられる。

典型的なものと思われる高知地裁判決は、人格権にかんする通説・判例の一般的見地を要約した上で、「〔本件では、〕原告らは、約70年間、憲法9条の下で平和国家として存立してきた我が国の国民であることの名誉や尊厳すなわち加害者にならない権利又は法律上保護される利益を有し、これらは憲法又は私法上保護された人格権等であると主張する。／抽象的な概念としては、原告らが主張する平和国家として存立してきた我が国の在り方を誇りとすることは理解でき、また、原告らのいう名誉や尊厳を加害者にならない権利又は法律上保護される利益と同一の概念として置換え可能かは措くとしても、加害者になりたくないとの心情については十分に尊重されるべきもので、多くの国民に共有されているものと思われる。」とする（／は、原文で改行）。もっとも、それは、なお抽象的なものにとどまり、権利または法的に保護された利益とはいえないとして、主張を斥けたのであるが、その行論はていねいである。

さらに、那覇地裁判決の場合、「〔原告が主張する〕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平和のうちに平穏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……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。」として、これを人格権についての判断の個所に移して論じている。すなわち、「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く、殊に原告らの居住する沖縄県では……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。」としている。ただ、判決は、①の意味の人格権については、安保法制によって直接的に脅かされているということはできず、また、②の人格権についても、抽象的な不安・恐怖からの解放を保障したものではない、として斥けている。もっとも、この判決が、人格権として保護しようとされる利益の中に平和的生存権の内実を実質的に盛り込む理解をしたこと、および、「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あるいは法的利益であると解する余地がある」と認めたことの意義は、評価しておくべきものと考ええる。

ただ、この那覇地裁の判示の論理に接するとき、それならばなぜ平和的生存権に正面から取り組んで、その具体的権利性の肯定へと進まなかったのか、と訝しく思われる。これは、平和的生存権の追究を放棄して人格権に逃避する姿勢であるといわざるをえず、これでは争われている問題を真に解決することにはならないであろう。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的意義は、その本質を喪失することになる。この判決は、この意味の人格的利益を平和的生存権と切り離してつかんだうえで、平和的生存権の成立を否定したものにほかならないのである。

③ 歴史への参照——那覇地裁判決の場合

那覇判決が人格権侵害にかんして説いたとき、沖縄の歴史を——短いながら正当に——参照していたことも、司法審査のありようとして相当に重要であると考えられる。すなわち、「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行われた末、戦後も長く米軍統治下に留め置かれたという歴史の記憶も新しく、我が国への復帰後も、そうした復帰前史が継続しているのかのようにいまだに日米軍基地が集中し、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得ることなどから、本土の市民が抱く危惧に比べても、その懸念は、より現実性のあるものとして捉えられていることは、十分に理解することができる。」というものである。ただし、これも、判示に生かされてはならず、今後の裁判所が参照することを望むほかない。

——以上、これまでに出された7判決における平和的生存権関連の判断にかんして、批判的に検討を加えた。今後の訴訟においても、平和的生存権が基軸的な争点となることは必定である。そこで、この権利主張の今日における意義について、章を改めて論じておきたい。

II 安保法制法の制定・運用下における平和的生存権の意義

1 違憲の安保法制の展開

(1) 違憲の法制

① 違憲性の確認〔要点〕

安保法制は、多数の法律家が明白に違憲と評価している法律（群）であるが、まずは、このことを、改めて確認しておきたい。筆者も、その憲法9条違反の内容を、以下のように考えている。（煩瑣を避けて要点のみにとどめる。）

——新たな安保法制の核心は、自衛隊に対する憲法の縛りをゆるめ、時の政府の判断による海外での武力行使に道を開くところにある。つまり、政治権力が必要に応じて自由に軍事行動をおこなうことを可能にするために立憲主義の枠を破碎したことが問題の本質であるといえる。このことを前提にして、今般の安保関連法は、まず、憲法9条を基軸とする平和主義の規範に明瞭に違反している。それは、次のような諸点に顕著である。

すなわち、安保法制を形づくる法律群は、1個の新法と10個の改正法を束ねたものであるが、ここでは、9条違反がとくに指摘される立法を拾い上げておくことにしたい。何よりも、武力攻撃事態法改正や自衛隊法改正などの「存立危機事態」対処法制は、集団的自衛権行使を認めたものであり、その点にお

いて、憲法 9 条に真っ向から反する。すなわち、学説では、個別的自衛権とされるものを含めて、一切の武力行使を違憲とするのが通説であるが、政府の憲法解釈でも、従来、わが国に対する直接の武力攻撃が生じた場合に限り、わが国を防衛するための必要最小限度の武力の行使が許されるのであり、集団的自衛権の行使はその範囲を超えるものであって憲法上許されないとされてきた。すなわち、集団的自衛権は、わが国には何ら攻撃は加えられておらず、他国が別の他国から攻撃されているという事態を想定しているのであって、それは国際武力紛争に該当し、そこでわが国が武力の行使をすることは、武力の行使を禁じた憲法 9 条 1 項に違反する。そして、仮に自衛隊がわが国に対して武力攻撃が発生していない場合に実力を行使する存在になると、それは、9 条 2 項が保持を禁じている「戦力」そのものである。また、自衛隊が国際法上集団的自衛権として実力行使をすることは、同項が否認している「交戦権」の行使となる。

さらに、国連の集団安全保障措置（軍事的措置）への参加も、9 条に違反する。すなわち、2014 年の 7.1 閣議決定の新 3 要件を充たす場合の「自衛の措置」には国連の集団安全保障措置への参加も含まれるというのが政府解釈であるが、これも従来同条に反して許されないとされてきたものである。併せて、外国軍用品等海上輸送規制法も存立危機事態への対処を内容としており、外国軍用品等の輸送阻止のための停船検査、回航措置等の強制権限は、危害を与える武器の使用の許容を含め、きわめて強力な戦時臨検を認めるものである。このような権限が、「我が国と密接な関係にある他国」のために、わが国周辺の公海に限らず、その他国の領海や、さらには公海全体に広がって行使できることとなり、これを合憲とすることは至難の業であろう。

ついで、周辺事態法が、「重要影響事態法」へと大きく衣替えをして、それまでの、「そのまま放置すれば我が国に対する直接の武力攻撃に至るおそれのある事態等」という「周辺事態」概念は、「我が国の平和と安全に重要な影響を与える事態」という、きわめて広範で無限定な「重要影響事態」として替わられた。またとりわけ、自衛隊が「後方支援活動」・「搜索支援活動」等の支援活動をおこなう地域は、これまでは、「後方地域」、すなわち「我が国領域並

びに現に戦闘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わが国周辺の公海及びその上空の範囲」とされていたのを、そのような地理的枠組みを取り払い、「現に戦闘行為が行われている現場」以外の場所ならどこでもできるようにした（2条3項）。しかも、そこで実施される支援活動は、補給、輸送、修理・整備、医療、通信、空港・港湾業務、基地業務等広範に及び、弾薬の提供や発進準備中の航空機に対する給油・整備まで含むとされる。これらはまさに、戦闘行為中の他国軍隊に対する密接な兵站活動（ロジスティックス）であり、「他国の武力行使との一体化」そのものである。このような活動に従事する自衛隊は、相手国から敵とみなされ攻撃の対象とされることは避けられない。この場合に、自衛隊員の安全を確保する方法も、ほとんど考えがたい。一方、攻撃を受けた自衛隊の部隊は、相手国に反撃せざるをえず、ここに武力の応酬による交戦状態が発生する危険性・蓋然性はきわめて高い。このようにして、重要事態法は、自衛隊の海外における武力の行使に道を開くものとして憲法9条違反とされてしかるべきである。

そして、国連平和維持活動（PKO）協力法の改正についても、とくに、国際平和維持活動および国際連携平和安全活動の両者を通じて、その業務内容として、いわゆる安全確保業務と駆け付け警護とを追加している。前者は、住民・被災民の危害の防止等特定の区域の保安の維持・警護等であり、7.1閣議決定では「住民保護などの治安の維持」と表記されていたものである。また後者は、PKO等活動関係者の不測の侵害・危難等に対する緊急の要請に対応する生命・身体の保護業務である。そしてこれらの任務の遂行上で、武装勢力等の妨害を排除し、目的を達成するための武器の使用を必要とし、それを認めている（26条）。しかし、このような任務遂行のための武器使用は、相手方の武装勢力等との武器使用の応酬、さらには戦闘状態に発展しかねず、従来の政府の憲法解釈からも、「武力の行使」を禁止し、「交戦権」を否認した憲法9条に違反するといわなければならない。

加えて、自衛隊法に95条の2が新設されて、米軍等他国軍隊の武器等防護のための武器使用を自衛官の権限として規定している。これは、今までの自衛

隊自身の武器等防護のための武器使用の規定（95条）の趣旨を、米軍等の外国軍隊にまで押し及ぼそうとするものである。ここにいう外国軍隊の「武器等」とは、武器・弾薬等のほか、船舶・航空機まで含む。米軍の空母すら防護対象として否定されていない。また、「我が国の防衛に資する活動」としては、重要影響事態における他国軍隊の輸送・補給活動、自衛隊と共同しておこなう情報収集・警戒監視活動、共同訓練などが挙げられる。しかし、自衛隊の武器等の防護でさえ憲法上の疑義があり、ましてや、米軍等の武器等が、「我が国の防衛力を構成する重要な物的手段」であるとするのは牽強付会もはなはだしく、これを自衛隊員による警護と武器使用の対象とする憲法上の根拠は見出しがたい。なお、外国軍隊の武器等を警護するかどうかは、当該外国軍隊の要請にもとづいて防衛大臣が必要と認めることが要件とされているが（95条の2第2項）、その上で武器を使用するかどうかはあくまで現場の自衛官の判断である。実際には現場の指揮官の判断になることが考えられるが、武器使用に至らない外国軍への何らかの侵害行為があり、その相手国等に対して自衛官による武器の使用がなされた場合、相手国から見れば自衛隊が反撃してきた場合と変わらない。それは、実質的な集団的自衛権の行使になりかねない。その場合、わが国は、閣議決定も内閣総理大臣の防衛出動命令もなく、ましてや国会の承認などもないまま、戦争に突入する危険がある。したがって、この規定もまた、憲法9条に違反している。

——以上のように、安保法制法には、とくに憲法9条に抵触し、そこから逸脱する規定が山積しており、それは一見して明白な違憲立法である。それゆえ、これが運用されるや、自衛隊員は、外国の戦争に参加させられて、戦死の現実の危機に曝される。また国民は、平和な日常を脅かされる。このようにして、人々の平和的生存権に直接の侵害が生じるのである。

② 宮崎礼壹証言の重要性

そして、制定後提起された違憲訴訟の中で、前橋地裁で採用された数少ない証人尋問における宮崎礼壹元内閣法制局長官の証言（2019年6月30日）は、その違憲性を完膚なきまでに白日の下にさらすものであった。

すなわち、同証言は、新安保法制法は「幾つかの点で一見明白に憲法に違反すると言わざるを得ないと、今でも思っております」と明言した上で、その第1として、同法が集团的自衛権の行使を容認したことは憲法9条の明文の規定に反している、と指摘する。それは、とくに、改正自衛隊法76条が、防衛出動の根拠規定として、1号の「我が国に対する外部からの武力攻撃が発生した事態」と並べて、2号で、「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由、幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」を掲げたところに明瞭に示されている。日本国憲法は、9条1項の「国際紛争を解決する手段として」の文言から、個別的自衛権についてはある程度認められるが、集团的自衛権の行使は国際紛争解決のための武力行使にほかならず、またそれに充てる実力は、「現実の国際間における武力紛争を鎮圧するだけの効果があるもの」でなければならないから、もはや必要最小限度の実力とはいえず、2項の禁止する「実力」に当たってしまい、違憲を免れない。

第2に、永年の政府解釈および国会での議論に反する点である。たとえば、とくに1972年10月14日参議院決算委員会提出の政府意見書は、「あくまで外国の武力攻撃によって国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底からくつがえされるといふ急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るための止むを得ない措置としてはじめて容認されるものであるから」、「他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とするいわゆる集团的自衛権の行使は、憲法上許されない」と明記していた。この趣旨は繰り返し述べられ、確立したものとなっているのであるが、それは、たんに内閣法制局が答弁してきたというものであるにとどまらず、「政府も国会も一緒になって、日本国国家として、憲法9条の下では集团的自衛権の行使はできないという道を実践してきたわけで……、憲法実践、国家実践として集团的自衛権の否定ということをしてきた」のである。それを、安倍内閣が今般の新安保法制法制定のために恣意的に覆したのであり、その議論は「あほらしい」いわざるをえないほど没理性のものであった。

そして、第3は、いわゆる「存立危機事態」などの概念がきわめてあいま

いであるために混乱を招き、憲法9条の求めているものに反することである。「存立危機事態」は、前出の改正自衛隊法76条2号が定めるところであるが、安保法制の国会論議の中で、政府側からは、ホルムズ海峡問題で世界的に石油が供給不足となって、経済的影響がわが国に及ぶ事態も「存立危機事態」であると説明され、また、およそ米軍に対する攻撃があった場合にはこの事態に当たると答弁されてきた。これは、この概念の無限定性を示すもので、こうした基準の致命的な不明確性は、かえってわが国の存立を脅かす事態を招き入れることになる。結局、わが国は、加害者となった歴史を反省して9条を含む憲法をもっているのであるから、同条が認めていない集団的自衛権に依拠しようとすべきではなく、国連の安保理中心の集団安全保障の道を追求すべきであると結んでいる。

筆者は、以上に要記した新安保法制法は一見明白に違憲であるとする宮崎礼壹証言は、自然かつ当然の、高い妥当性をもった立論であると考え。本件訴訟は、9条の解釈をめぐる、自衛のための必要最小限度の実力（いわゆる自衛力）の保持は許容されるとするか否か、そして、自衛隊の保持を合憲と見るか否かは問わず、そのいずれの説に立つにせよ7.1閣議決定およびそれにもとづく安保法制法は違憲だとするものである。これは、裁判官も含め、およそ法律家である者の最大公約数的な見解であるといって差し支えないであろう。

(2) その運用の問題性

① 違憲の運用実態

新安保法制法は、2015年9月19日に公布されたが、それに先立ち、同年4月27日に日米安全保障協議委員会（いわゆる「2+2閣僚会合」）において新たな「日米防衛協力のための指針」（新ガイドライン）が締結され、これを実施するものとして新安保法制法が制定されたという関係にある。つまり、新安保法制法は、実質的に、新ガイドラインの実施法であって日本が米軍を支援するための法制としての性格をもつ⁽⁵⁾。したがって、翌2016年3月19日施行以降の新安保法制法の運用は、地球規模の切れ目のない対米協力の色彩を明瞭に帯びたものとなっている。

すなわち、同法の施行後、間を措かずに実施されたものは、南スーダンへのPKOの派遣である。これは、2016年11月に派遣が決定されたが、その部隊は、「国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律の改正」（「改正PKO法」）にもとづいて次のような新しい任務が付与された。駆け付け警護と外国軍隊等を守るための武器使用、宿営地の共同防護と任務遂行に必要な武器使用、および、現地住民保護・巡回・検問等で任務遂行に必要な武器使用であるが、これらは、武力行使や武力による威嚇にあたり、9条1項に違反するとともに、2項の戦力不保持および交戦権否認規定にも反しているといわざるをえない。そして、それは、南スーダンにおいては、一触即発の軍事・治安情勢の中で、政府軍や反政府勢力と交戦する事態に発展するに至れば、自衛官の生命を危機に曝すとともに、自衛官が南スーダンの人々を殺傷することにもなりかねず、明瞭な適用違憲を惹起することになるのである。しかも、翌17年2月になって、廃棄されたとされていた陸上自衛隊部隊の「日報」が開示され、その中で、16年7月の事態については、「戦車や迫撃砲を使用した激しい戦闘」がおこなわれたとの記載があることが明らかとなった。「戦闘」となれば、即、9条1項にいう「武力の行使」にあたり、わが国の派遣は憲法上許されないことになる。こうした経過があって、2017年5月に派遣部隊は撤収されることになったが（ただし、司令部要員4名の派遣は現在まで継続されている〔後述〕）、これは、新安保法制の危険性を如実に示すものであるといわなければならない。

なお、ごく近時の出来事であるが、2020年12月4日、参議院外交防衛委員会において、政府は、安保法制にもとづく集团的自衛権の行使により敵基地攻撃をおこなうことも可能である、と答弁をした。新安保法制の制定をめぐって、政府は、集团的自衛権行使は限定的なものであるとの説明を繰り返したが、この出来事は、それがあいまいなものであることを示している。

加えて、論者⁶⁾によれば、自衛隊の海外派遣は、現在4件に及ぶという。すなわち、(i)先述の南スーダンPKO派遣であるが、施設部隊約350名は2017年に撤退したが、司令部要員4名は継続している。このPKOは軍事的任務が大きく、国際交戦法規が完全適用されているので、司令部要員のみでも、立派な派兵にあたる。(ii)2009年に海賊対処法にもとづいて派遣し、11年7月、自

衛隊航空隊の拠点基地を開設した事案である。ここには、P3C 哨戒機のほか、護衛艦、派遣航空隊も編入し、400人の隊員が活動している。海賊対処の活動はほとんどなく、日米同盟にもとづく中東・アフリカ戦略の拠点となっている。(iii)シナイ半島の多国籍監視軍(MFO)。2019年4月、安保法制で新設された「国際連携平和安全活動」にもとづき司令部要員2名を派遣した。MFOは、米軍が主力で、イスラエルをアラブ諸国から守る目的がある。国連PKOとは異なり、もっぱら軍事的任務を遂行する。そして、(iv)中東における情報収集活動。オマーン湾、アラビア海、アデン湾の3か所で、「平和と安定」および「日本関係船舶の安全の確保」を名目に、2019年12月の閣議決定で、防衛省設置法4条1項18号「調査及び研究」を理由にして、護衛艦、P3C 対潜哨戒機を派遣している。——こうして、安保法制制定後、自衛隊が海外で、中東にシフトして米軍に追従する形で活動しているのである。

② 半田 滋証言が明示するもの

安保法制成立後の自衛隊の運用実態については、前橋地裁が採用した半田滋証人の2019年6月13日の証言が貴重である。新聞記者として、永年にわたり一貫して防衛問題を担当してきたジャーナリスト(現在中日新聞・東京新聞の論説委員兼編集委員)であるが、一般に軍事問題に暗い私たち法律家・裁判官は、こうした軍事問題の専門家の言に耳を傾けなければならないと思う。半田証人は、つぎのように述べている。

すなわち、南スーダンPKOでは、2016年12月に派遣された陸上自衛隊の第11次隊が駆け付け警護の任務を担当した。また、2017年から海上自衛隊・航空自衛隊による米軍の武器等防護がおこなわれた。南スーダンの状況は危機的で、政府軍・反政府軍と陸自との間で戦闘となる具体的状況が存在した。たまたま冷静な隊長の判断で、危機を免れることができたという。海自は、2017年5月に、横須賀基地を出た護衛艦「いずも」が米軍の補給艦を防衛する形で南西諸島まで同行したが、これは北朝鮮による米艦への攻撃を想定しての行動であった。米艦防護は、17年に2件であったものが、翌18年にはその8倍、16件に及んでいるが、新安保法制によって改正された自衛隊法では、自衛隊

も米艦艇を守るための武器使用に踏み切ることから、結果的にアメリカが交戦している相手国との戦争に巻き込まれる可能性が具体的に存在しているのである。しかも、新安保法制法は恒久法であることから、いつでも・いつまでも米国の戦争を支援することになる大変危険な法律であるといわざるをえない、と明言したのである。

——このような適用の実態に照らすとなおさら、新安保法制法について、その合憲性を支えている一般事実の存在をより厳格に検証しなければなるまい。この一般事実、すなわち立法事実は、適用されるべき法律を成立させ、さらにその存続を支える事実であるが、これを抜きにただ憲法と法律の条文を比較するだけの憲法判断は、実態に適合しない形式的・概念的なものとならざるをえない⁽⁷⁾。爾後の裁判所には、立法事実の判断を重視することを望むところである。

そして、新安保法制法の展開は、平和的生存権を考察するにあたっても大きな刺激材となり、この権利の機能ないし役割に新しい意味を与えるに相違ないものと思われる。次に、節を改めて、これについて考えることにしよう。

2 平和的生存権の担う今日的役割

(1) 権利の機能変化と平和的生存権

法的権利、また憲法上の権利を論じるとき、その侵害を生じさせる要因、その置かれている状況の変化を考慮に入れることは、言を俟たない必須の事柄である。それゆえ、立法事実の審査にあたっては、適用される法律を成立させた事実だけでなく、適用・運用の過程においてその存続を支える事実の妥当性をも視野に入れることが求められる。とくに、平和的生存権のような、変化する政治のただ中に置かれている権利の侵害については、裁判所は、司法機関として能うかぎり、それを生み出す事実にあたえず注目し、理解しようとしなければならぬ。

また、こうした事実の変化は、当然、平和的生存権のもつ機能ないし果たすべき役割、つまりは権利内容に新しい意味を加えることになる。とりわけ、前節で述べたとおり、本件の事案のような、日本国憲法が本来予定していなかっ

たところの、集団的自衛権の行使をも認められた軍事力を保持するに至った事態においては、平和的生存権は、国民に、戦争の加害者にもならない政府の下で生存することを保障しているものと理解することが求められ、またそう解釈することは可能であろう。

敷衍するなら、新安保法制が、憲法の規律に違背して、自衛隊の運用を集団的自衛権の行使を伴うものへと格段に拡大深化させるものであることは明白である。事態がそのようであるとき、憲法の定める平和的生存権には、それに機能的に対応したはたらきをすることが要求される。それは、一口に言って、前文の定める「恐怖と欠乏から免かれ平和のうちに生きる権利」が直接には意味するところの、被害者にはならないことに加えて、新安保法制法にもとづく武力行使によって他国の軍隊との間で殺し殺される関係になることから免れること、つまりは加害者とならないことをも、現在の権利内容としてより鮮明に主張するものとなろう。

(2) 平和的生存権の裁判規範性弁証の重要性

もとより、この主張は、これまでの、すなわち新安保法制制定までに形成されてきた平和的生存権論を土台として成り立つものであることはいうまでもない。それは、判例史上は、1960年代の恵庭事件（判決は、札幌地判1967.3.29下刑集9巻3号359頁）における弁護側の立論中で明確に主張され、1973年の長沼訴訟第1審判決（札幌地判1973.9.7判時712号24頁）は、これを訴えの利益の一つの根拠として認めた。もっとも、最高裁はその裁判規範性を否定しつつ（代表的に、百里基地訴訟最判1989.6.20民集43巻6号385頁）が、2000年代のイラク訴訟名古屋高裁判決（2018.4.17判時2056号74頁。また参照、岡山地判2019.2.26判時2046号124頁）は、これが具体的権利であることを認め、またこの権利にもとづいて、係争の国家行為を違憲と判断した。ここに、今日までの判例の到達点を見出してよいと思う。一方、学説は、これら平和訴訟とその運動の中から課題を汲み出すことをとおして理論を發展させたといえるが、平和的生存権について具体的権利性を認める説に、それが確立されることに期待を寄せる立場を加えるなら、積極論が有力になっている。とくに、上記名古屋高裁

判決に対しては、これを肯定的に評価するものが多数であるといえる。

それをふまえて、平和的生存権が裁判規範たるに足る具体的権利性を有していることをより確かに弁証するためには、解釈論上、これまでもっともきびしく争われ、またそ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であるところの、この権利の憲法上の根拠につき、可及的に堅固な論理構成を追究することが必要とされよう（なお、その場合、憲法前文と9条および第3章とくに13条を正しく関係づけることが重要であるが、本件安保法制違憲訴訟7判決ではこの点が雑駁に扱われていることに改めて留意しておきたい）。これについて、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、それによって具体性をそなえた人権として機能しうるものとなり、かつ、第3章の人権条項と相俟って個別の事案において働くこととなる、と解することができる。すなわち、「平和のうちに生存する権利」にいう「平和」は、他ならぬ日本国憲法自身、何よりも9条（および前文の第1、第2段）によって特定の意味を付与された「平和」であるから、9条違反の政府の政策がおこなわれたとき、それは即、平和的生存権を侵害したものと評価されるのである。

もっとも、最高裁は、百里基地訴訟上告審判決で、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、政府は、近時、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する、「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。この後者は、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、政府などが最近主張し始めた前者の「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が、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、憲法の規範構造を見れば、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、たとえば安保法制の制定・運用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々人

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り、これがこの権利本来の役割であるといえる、と私は考える。

なお、このような規範論に立った平和的生存権についてもっとも標準的な定義とされるのは、「戦争と軍備および戦争準備によって破壊されたり侵害ないし抑制されることなく、恐怖と欠乏を免かれて平和のうちに生存し、またそのように平和な国と世界をつくり出してゆくことのできる核時代の自然権の本質をもつ基本的人権であり、憲法前文、とくに第9条および第13条、また第3章諸条項が複合して保障している憲法上の基本的人権の総体である」とするものである⁽⁸⁾。これは、前掲名古屋高裁判決の採るところでもある。

(3) 新安保法制への転換の中での平和的生存権

そして、新安保法制、すなわち集団的自衛権行使法制の登場により、平和的生存権に期待される役割に新しい——より深刻な——意味が加わったわけであるが、それは、とくに、世界の人々を殺すことのない日本政府のもとで生きる権利という意味をも担うに至ったことである。そこで、今日において平和的生存権の定義を試みるとき、先の標準的定義に抛りつつそれに補充を加えて、さしあたり次のように考えたいと思う。——《平和的生存権とは、憲法違反の国家行為である戦争により恐怖と欠乏を強いられ、傷つけられ、生命を奪われることなく、また世界の人々を殺すことのない日本政府を持って生きることをすべての人に権利として保障したもので、憲法前文に直接の根拠をもち、第9条と一体のものとなり、第3章諸条項の各人権と結合して複合的に機能する基本的人権である。》というものである。

その場合、前文第2段にいう「全世界の国民」の文言について、本件安保法制違憲訴訟7判決は、これを、平和的生存権が具体的権利として保障されたものではないとする根拠として挙げているが（たとえば、那覇判決は言う。憲法前文が「具体的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、我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。」と)、しかし、それは却って、全世界の人々がわが国の軍事力によって被害を受けることがあってはならないことを明らかにした文脈で理解できるのである。

そこで、新安保法制下の現在における平和的生存権の意義について、つぎのように敷衍しておきたい。——平和的生存権は、現在においてはますます、被害者にならないという片面的なものでなく、加害者にもならないという双面的な人権としての意味をもつに至っていることが確認される。すなわち、まず、自衛隊員についていえば、他国との間の武力行使によって自己が殺傷されるということだけでなく、他国民を殺傷することをも強いられ、また、自衛隊員の家族や主権者国民もまた、自衛隊員が殺傷されたり殺傷したりすることで、憲法9条で保障された平和が確保された生活を送りえなくなる。こうした形で、すべての国民の平和的生存権が侵害される現実的な危機が格段に高まっているといえる。

自衛隊は、本来、専守防衛の存在である限りにおいて合憲たりえた組織である。自衛隊員は、本質的に、わが国の防衛法制がそのようなものであることを前提に、かつ政府がそれを遵守しつづけることを信じて入隊している人たちである。それにもかかわらず、政府は法制を一変させた。そのことにより、自衛隊員は、外敵による攻撃から自国を守るための貢献でなく、他国のする戦争に加わって身を賭すことを求められる。同時に、その他国の相手国の兵士を殺害することにもなる。そして、この不条理は、すべての主権者国民に及んでいる。今こそ、これを喰いとめなければならず、そのために平和的生存権の果たす役割は不可欠のものといわなければならないのである。

むすびにかえて 7つの判決の時点で判断姿勢の見直しを

安保法制の違憲をいう訴訟は、法制施行の翌月2016年4月を始点として提起された25件のうち7件、すなわち4分の1強が今日までに1審判決を見た。本意見書は、論点を平和的生存権に絞ってその問題点を剔抉し、その上でこの

権利が今後の訴訟展開の中で有している意義を見出そうとしたものであった。拙い考察ではあったが、それでも明確に言えることは、同法制の制定と施行により、わが国が戦争によって世界の人々を殺すことになりうる国家に転換していることであり、そしてそれは、とりもなおさず、平和的生存権には、国民を加害行為に関与させることがない役割をも果たすことが求められていることである。裁判所には、こうした展望をもって平和的生存権を活かす司法判断が期待されている。

安保法制違憲訴訟は、違憲の国家行為に対峙するという、政治的な志に立った市民の活動である。しかし、それは、十全の法的な熟考を経て裁判所に提起されて、安保法制が憲法に適合するものであるか否かの司法審査を待っている。裁判官には、憲法によりその独立を保障された職業裁判官の矜持をもって、政治に右顧左眄することなく、法的判断の役割に徹してほしい。憲法と法律および法的良心にのみ導かれた、国民がこぞって尊敬できる判決を示されることを衷心より待望し、この意見書を閉じる。

註

- (1) 寺井一弘・伊藤 真編『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頁に拠る。
- (2) 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店・1987年）227頁にもとづくもの。
- (3) 芦部信義〔高橋和之補訂〕『憲法〔第7版〕』（岩波書店・2019年）391頁以下。
- (4) 参照、佐藤幸治『日本国憲法論〔第2版〕』（成文堂・2020年）701-702頁。
- (5) 以上、参照、寺井＝伊藤・前掲註(1)48頁以下。
- (6) 佐藤博文「自国軍隊のリアルをどう伝えるか」法と民主主義554号（2020.12）巻頭「時評」欄。
- (7) 参照、芦部・前掲註(3)395頁。
- (8) 深瀬・前掲註(2)227頁。

（2020年12月28日 脱稿）

【追記】

ここでは7つの地裁判決をとりあげたが、本稿脱稿後、2021年に入って、そのうち沖縄訴訟の控訴審である福岡高裁那覇支部が判決を出した（2021年2月18日）。実質上全国で初めての高裁判決として注目されたが、地裁7判決と選ぶところのないものであった。平和的生存権にかんしては、それ自体はとり上げず、「平和のうちに平穏に生きる権利としての人格権」について、「控訴人らの生命・身体の安全が侵害される具体的な危険が発生しているとは認められ」ず、その「恐怖や不安及び精神的苦痛は、……社会通念上受忍すべき範囲を超えるものではなく、これをもって法律上保護された利益が侵害されたということとはできない」と断じて斥けている。

また、同年3月に、釧路訴訟、埼玉訴訟さらに山梨訴訟で相次いで判決が出された（2021年3月16日釧路地裁、同月17日さいたま地裁、同月30日甲府地裁の各判決）。地裁判決はこれで10件となったが、いずれも請求棄却で、判旨は先の諸判決と同工異曲のものであり、憲法判断もなされていない。こうした司法の現況を、筆者は深く憂うものである。（2021年4月12日 記）

加えて、本稿校正段階の2021年4月16日、大阪高裁が、大阪訴訟（本稿にいうC）について控訴審判決を出したが、遺憾ながら上記のものを選ぶところのないものであった。これで、同工異曲の判決が12並んだこととなる。この流れを、司法の独立がよく示されるような方向に転じさせることが、今求められていると思う。（5月22日 記）

さらに、翌5月26日、宮崎地裁および札幌高裁（札幌訴訟(A)についての控訴審）から判決が出された。13番目および14番目である。両者ともそれまでの流れに従ったものである。（5月29日 記）

そして、翌月6月9日、福岡地裁も判決を出したが、遺憾ながら、原告主張の権利侵害をすべて否定し、違憲判断を回避した点で従前の裁判例と寸分変わらず、15番目の例を加えたにすぎないものであった。今後の裁判所にまっすぐな憲法判断を出すことを切に期待しつつ、以上の長い追記を閉じる。（6月25日 記）