

〈資料〉

## 付随的違憲審査制における憲法判断 ——安保法制違憲訴訟でそれがなされることの不可欠性——

小林 武

### 目次

掲載にあたって

はしがき 司法審査と民主主義の緊張関係の中に置かれた裁判所

#### I 安保法制の明白な違憲性

##### 1 憲法規範の蹂躪

(1) 憲法9条違反

(2) 民主主義侵害

##### 2 立憲主義そのものの破壊

##### 3 憲法違反の論じ方

#### II 憲法判断の不可欠性——「回避の準則」適用の問題性

#### III 権利侵害の主張の成立可能性

##### 1 平和的生存権について

(1) 原審の判示とその問題性

(2) 平和的生存権の規範構造と裁判規範性

##### 2 人格権について

(1) 原審の判示とその問題性

(2) 人格権侵害と予防原則

IV 先行裁判例の中に見られる積極的要素——憲法判断の扉の前に居る裁判所  
むすび 安保3文書制定による安保法制の違憲性の深刻化と違憲審査の必須性

（掲載にあたって 2015年に制定されたいわゆる「安保法制」各法は、それまで60余年にわたって、日本政府が一貫して否認してきた集団的自衛権の行使を、真っ当な根拠を提示できないまま容認したものであったため、明白な違憲

立法で無効であるとの強い批判を受け、司法にその是正を求める動きも、全国で一斉に起きた。「安保法制違憲訴訟」がそれであり、2016年より全国22の地方裁判所で25件の訴訟が提起された。2019年以降判決が出され、本稿執筆時現在で地裁24・高裁12を数えるが、その計36の判決が、実に、一つの例外もなくすべて憲法判断を回避し、そうすることで安保法制を違憲無効の淵から救うものとなっている。こうした司法の状況については、問うべき多数の問題があるが、何よりも、裁判所に違憲審査権を行使することを求め、実現させなければならない。

この安保法制違憲訴訟の中で、東海地方の原告らを中心とする「愛知訴訟」もその例外ではなく、1審名古屋地裁（2023.3.24判決）は、平和的生存権また人格権の侵害は成り立たないがゆえに立法の合憲性審査に入る必要はない、との論理でその判断には入らなかった。原告側は名古屋高裁に控訴し、そこでは裁判所が憲法判断に入るべきことを重要な主張点の一つにする方針を立てた。その段階で、筆者には、安保法制違憲訴訟において憲法判断がなされることの不可欠性を弁証する意見書の執筆を求められ、それに応じ、このテーマにかんする筆者の年来の考え方にもとづいて主要な問題について論じた。名古屋高裁には、9月22日付で提出されている。本稿は、その意見書をほぼそのまま収めたものである。

筆者は、本誌236号に「司法による立憲主義の毀損——安保法制違憲訴訟名古屋地裁判決（2023年3月24日）評釈」と題する判例研究を寄せたが、本稿では、それをベースにしつつ、憲法判断の課題に焦点を合わせ、付随的違憲性の特徴を視野に入れて考察した。）

## はしがき 司法審査と民主主義の緊張関係の中に置かれた裁判所

本意見書は、御庁（名古屋高等裁判所）に係属中の安保法制法違憲・国家賠償請求控訴事件（令和5年（ネ）第391号〔安保法制違憲愛知訴訟〕）につき、御庁においては安保法制法（以下、安保法制という）の憲法適合性にかんする司法審査がなされることが不可欠であるとの考えに立って、小見を述べるものであ

る。

本件の安保法制各法は、合憲性が問題とされる立法が数多ある中でも、異例といえるほど、一見して明白な違憲立法である。それは、内閣法制局元長官などを含む多数の法律家が共に抱く見解であり、筆者の属する憲法学の学界でも、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結論になっているといえる。本件の原告・控訴人らが「安保法制『違憲』訴訟」と名付ける訴えは、まさに、この立法に対する違憲の評価を司法が確認することを求めるものであり、文字どおりの直截的な「違憲」訴訟である。

この訴えを受けた各地の裁判所は、周知のとおり、これまでのところ<sup>(1)</sup>、地裁 24 判決・高裁 12 判決のいずれも訴えを斥け、あまつさえ安保法制に対する憲法判断に入ることを拒否しており、原審名古屋地裁も例外ではない。——これほどまでに画一的な判例傾向がなぜ生じているのか。その疑問は、筆者など法律学者だけでなく、直接の衝にあたる裁判官も同様に抱懐しているものなのではなからうか。この点を、まず、本意見書の冒頭でふれて、裁判官とともに考え合うことのできる意見書にしたいと思う

すなわち、この安保法制違憲訴訟は、平和的生存権や人格権など市民・私人としての自己の主観的権利の救済を求めつつ、かつ、それをとおして裁判による客観的な憲法秩序の回復を目指すものであることを基本的特徴としている。それについては、検討しておくべき課題は小さくない。

何よりも、裁判所による憲法判断であるが、これは司法審査と民主主義との強い緊張関係の中に置かれた問題である。この両原理を調和させている日本国憲法は、裁判所に政治を直接に是正する役割は付与しておらず、裁判所を、市民の権利保障を基本任務として、この任務の遂行をとおして客観的な憲法保障に仕える機関として位置づけている。わが国の訴訟法体系が、自己の権利・利益を侵害されたとする者の提訴によってのみ成立する主観訴訟を原則とし、有

---

(1) 2023年5月25日現在の数字である。ただし、これは筆者の収集の限りであることをおことわりしておきたい。

権者ないし納税者のすべてが提訴できる客観訴訟を例外としているのも、門戸が狭隘に過ぎる等々の現行制度の欠陥をひとまず脇に置くならば、上のような司法審査の位置づけを訴訟制度の面で具体化したものといえる。このようなことからすれば、政治の是正は、何よりも国民が、主権者としての政治的意思表明によって、また国民代表機関たる国会をとおして実現されるべきが本筋であると、まずは言わなければならない。

しかしながら、それと同時に、係争の国家行為の憲法適合性を争点とした違憲訴訟がいかにか大きな政治的意味をもつものであっても、それが法的问题を提起しているものである以上、司法裁判所がそれについての法的判断を下すことを憲法が求めている。安保法制違憲訴訟の趣旨もそこにある。

これを市民の側からいうならば、公権力の決定・実施する政策を違憲と考える個々の市民が、憲法上保障された裁判への権利に依拠して、「原告」という、一人一人が自らを顕現させる形でその是正を求めることは、疑いもなく主権者にふさわしい行為である。また、それは、裁判所には、憲法の番人としての役割を果たす機会を提供し、政治部門には、自己の決定した政策への反省と是正を促す機会を与えるものであり、さらに原告団に加わった人々自身が訴訟活動をとおして主権者としての成長を遂げる場となり、加えて、周囲の多くの人々に対し、国民こそが政治のあり方を決定する主人公であることを知らせる契機ともなる。裁判所が市民の権利侵害の主張をとおして憲法判断をおこなうことの意義は、きわめて大きいものであるといえる。

こうして、安保法制にかんして裁判所が違憲審査をすることは、憲法から導かれる必須事であるということが出来るが、ここで、裁判官に憲法判断に入ることを躊躇させる、あるいは拒絶の姿勢をとらせる格別の要因があることに留意しておきたい。それは、係争の安保法制各立法の明白な違憲性である。安保法制各法は、先にも少しふれたように、また後にも章を設けて述べるが、法律家のほとんどすべてにとって、これを違憲の淵から救い出すことには絶望せざるをえない作品であり、憲法審査に入るなら違憲の判断を出すほかないものである。今日の政治と司法をめぐる状況の中では、この訴訟を担当する裁判官は憲法判断に踏み込みたくないという意識をもつことになるに相違なく、それが、

安保法制違憲訴訟のすべての先行裁判例がこれを回避した原因のひとつとなっているものと推測できる。

しかし、裁判官に求められているのは、当然のことながら、政治場裡に立ち入って政策的裁定をすることではなく、あくまで法的判断をすることである。それは、裁判所が本来の仕事としてなしうることであり、そして、その法的判断の結果が政治的にいかなる意味を有しているかは、裁判所が考慮しなくてよく、またすべきではない要素であるといわなければならない。俎上に載せられるものが明白な違憲立法であればなおさら、それに対する法的な審査判断が裁判所にはいっそう強く求められるのである、と私は考える。

——要するに、わが国の違憲審査制は、具体的事件の発生・存在を前提にし、当該事件を裁定する過程で、その裁定に必要とされる場合に憲法判断に入るといふ具体的審査制であり、また、それは、職業裁判官によって担われている。そうであることから、日本国憲法は、裁判所に政治を直接是正する役割を与えるのではなく、裁判所を、市民の権利保護を基本任務とし、この人権保障の営為をとおして客観的な憲法保障に仕える機関として位置付けている。このことを確認した上で、違憲審査権行使が憲法により付与された職責であることに絶えず思いを致し、対象が政治過程のただ中に置かれた明白な違憲立法であってもなお、それに憲法による裁定を下すことに躊躇しないよう願うものである。そのような考え方に立って、以下、主要な論点について、小見を記しておきたいと思う。

## I 安保法制の明白な違憲性

叙上のように、安保法制違憲訴訟が係属した裁判所はこれまで、そのすべてが違憲審査を回避した。つまり、この立法を、理由を示さないうまま違憲のそしりから免れさせ、黙認したわけである。原審もまた、同様である。しかし、これが違憲の法制であることは、法律家が曇りのない目を向けたとき一見にして明白であることに気付く、といわなければならない。そこで、裁判所に憲法判断を促すにあたって、やはり、まず、同法制の違憲性を確認しておくことにし

よう。

## 1 憲法規範の蹂躪

### (1) 憲法9条違反

2015年9月19日成立、翌16年3月29日施行の「安保法制」（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を合わせた11の法律群の総称が「安保法制法」と呼ばれ、それにもとづく法体制が「安保法制」と名付けられる。ただ、本意見書では、両者を厳密に区分することはせず、前者についてもしばしば「安保法制」という）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。

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」対処法制では、集団的自衛権行使を認めたものである点において、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、従来より一貫して、武力の行使は、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で許されるのであり、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、集団的自衛権の行使は、わが国には何ら攻撃は加えられておらず、同盟関係にある国が別の他国と武力紛争事態にある場合に、その他国に対してわが国が武力の行使をすることを意味するものであり、「武力の行使」を禁じている憲法9条1項に明白に違反する。そして、自衛隊がわが国に対する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」そのものとなる。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」の行使にあたる。

また、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」・「捜索支援活動」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、重要影響事態法は、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、2014年7月1日の閣議決定（以下「7.1閣議決定」という）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推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附会もはなはだしく、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、安保法制には、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、それは一見にして明白な違憲立法であるといわなければならない

い。そして、これが運営されるや、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さらされる。また国民は、平和な日常を脅かされる。これは、平和的生存権の侵害以外の何物でもない。

## (2) 民主主義侵害

また、安保法制の違憲性は、民主主義の蹂躪という形でも現れている。

何よりそれは、憲法のありようを根本転換させることを意味する集団的自衛権の行使を閣議決定（2014年7月1日〔「7.1閣議決定」〕）による解釈でもって容認したこと自体に現われている。政権が集団的自衛権の行使を容認しようとするのであれば、それは改憲に匹敵する国制の大転換であるから、憲法改正の提案をおこない、96条の手続によって国民投票の実施へと進めていくことが、当該時点での政治的是非は別にして、立憲主義の筋道である。あるいは少なくとも、集団的自衛権行使の認否を最大、できれば唯一の争点とする総選挙を実施し、国民の審判を仰ぐことが欠かせなかった。そして、国会に事前に諮ることは、民主主義より発する最小限度の要請である。それにもかかわらず、政府はそのいずれをも採ることなく、閣議決定による憲法解釈変更のみで大転換を強行した。この事態は、のちにもふれるが、法学上の「クーデター」にあたるものであるといえる。

ついで、安保法制の各法について国会による承認の制度が欠落していることも、民主主義的手続を侵犯するものである。軍事力については、これを議会在が統制するシステムが整備されていることが民主主義にとって不可欠の条件であることは言うを俟たない。しかし、わが国の自衛隊の場合、その活動に対する国会承認は、これまで、事前承認主義から事後承認主義へ、そして報告主義へと後退の過程をたどっている。そうであるところ、今回の安保法制各法で事前承認制を採ったのは新法の国際平和支援法だけで、それも、同法による対応措置が2年経過した後の再承認の際には、国会閉会中または衆議院解散中の事後承認を認めるという例外措置が設けたものである。また、より重要な問題は、国会各院の承認の議決が7日以内になされることを求めている点にあるが、これは、拙速な議事進行を促し、さらに強行採決の口実を与えることにもなる。

真に「事前承認」の本旨に適ったものにしてしようとするのであれば、むしろ、一定の期間内に各院の承認がなされなければ国会が承認しなかったものとみなすという制度にすべきであったことが指摘されているゆえんである。加えて、同法の事前承認は、対応措置の基本計画に限定されていることも、小さくない問題である。

そして、法案審議の過程は、その実態において、議会制民主主義に求められる要件をすべからく充たしていないものであった。すなわち、国会運営では、審議時間が予め定められ、内容上も、首相をはじめとする閣僚の答弁は無内容かつ二転三転するもので、野党の質問に正面から答えず、自説の繰り返しに終了した。法案の説明資料も、政府側が約束したにもかかわらず提出しないままに終わったものがあつた。そうしたところから、世論においては、審議は不十分であるという声が最後まで圧倒的多数を占めた。また、参議院が開催した地方公聴会についての報告を同院特別委員会でおこなわないまま審議を打ち切り、強行採決が敢行された。そのため、特別委員会での「議決」は、聴取不能で記録できない状態となつて、議事録にも「聴取不能」と記載されたが、後日、与党は、「可決すべきものと決定した」という虚偽の追記をおこなつた。政府与党は、これらをすべて数の力で押し切つたのである。これは、議員の質問権・表決権を剥奪し、ひいては国民主権を蹂躪する暴挙として議会史に記録されるであろう。

さらに、7.1 閣議決定の際、それが重大な憲法解釈の変更であつたにもかかわらず、内閣法制局の審査は前日1日のみで、「意見なし」と回答しており、その検討過程の記録も公文書として残されていなかった。これも、同根の問題である。

なお加えるに、以上に述べた安保法制のもたらす民主主義への侵犯は、同時に、権利論の角度からは主権者国民の憲法改正・決定権の侵害にあたる。憲法改正権およびそれにかかわる国民投票の権利は、本件訴訟では主張されていないが、国民主権原理にもとづいて、参政権とともに憲法上確立している権利である。それが、今般の安保法制で出来た民主主義破壊の事態の中で、具体的な形をとって現われたものといえよう。

## 2 立憲主義そのものの破壊

戦後政治史において、日本国憲法にそぐわない立法は少なからず登場した。否、遺憾ながらきわめて多数にのぼるといわざるをえないほどである。ただ、それらは、少なくともその立法を提案・推進する政府の側からすれば、憲法規範についての政府側の理解にもとづくものであると説明され、違憲であると主張する側とは、いずれにせよ憲法解釈の相違によるものであるとされてきた。ただ、今回の安保法制は、それまでのどれと比べても、立憲主義侵犯がそれ独自のものとして鮮やかに立ち現われ、それを土台にして、憲法9条違反・民主主義侵害という違憲問題が惹き起こされている。それゆえにまた、その政府解釈は、通常一般の目的論的解釈の枠をあからさまに逸脱した恣意的なものであったといえるのである。

そこで含意される「立憲主義」は、共通の理解として、個人の権利や自由、人間の尊厳を確保するため憲法によって国家権力を制限する原理を意味するが、この立憲主義の破壊を最も顕著に示したものが、2014年の7.1閣議決定である。これについては先に民主主義侵害の問題としてとりあげたが、ここで、立憲主義そのものの破壊を意味する重大な事象としてとらえて、少しくわしく論じておきたい。

すなわち、同閣議決定は、60年余にわたって政府が保持し、政治実例の中で具体化され、憲法慣習たる規範にまでいわば昇格し、9条の骨肉と化していたところの、集団的自衛権の行使を容認しないとする解釈を、政府の決定のみで、行使できるものへと転じさせたのである。それに至る道筋は、次のように要約できる。——2012年末に政権に復帰した安倍晋三首相は、9条改憲を視野に、まず憲法改正手続を緩和すべく96条改正に乗り出した。ところが、世論の支持が得られないと知るや、9条の解釈変更へと転換する。有権者に改憲の是非を問う必要のない《裏道》である。その実現のために、違憲立法を防ぐ政府内の関門であり、集団的自衛権は行使できないとの一線を堅持してきた内閣法制局長官を、政権の障碍にならないと考えた人物に交代させるという禁じ手を、真っ先に使った。この新たな法制局の体制の下で、集団的自衛権の行使容認を打ち出したのである。この7.1閣議決定へと向かう政治過程は、集団的

自衛権の行使容認という、憲法9条の規範内容、ひいては憲法のありようの総体を変えてしまうことを内閣の、つまるところは内閣総理大臣の意思で決めたことを意味する。こうした、内閣による憲法解釈の変更という手法で集団的自衛権の行使を認めることは、まさに、「解釈によるクーデター」と呼んで差し支えあるまい<sup>(2)</sup>。

政府側は、この解釈転換を正当化する論拠として、1959年の砂川事件最高裁判決と72年の政府見解を持ち出すのであるが、それは、牽強付会の極みと評されても致し方ないものである。すなわち、ひとつに、砂川事件は、当時の米軍砂川基地の拡張に抵抗行動をした市民が刑事特別法違反で起訴された事件であり、この刑特法の基にある旧日米安全保障条約（現行安保条約は判決の翌年に改定されたものである）の合憲性が争われた。1審東京地裁は明確な違憲判決（伊達判決）を出したが、そののち、アメリカ側の公文書により明らかになったのは、駐日米公使が田中耕太郎最高裁長官と非公式に接触し、長官から最高裁における審理について報告を受けていた、という異様な事実であった。跳躍上告されて最高裁の判断するところとなったのであるが、明確にしておかれるべきは、そこで争点とされたのは旧安保条約にもとづく米軍駐留の合憲性であり、日本が集団的自衛権を行使しうるか否かなどはまったく争点となっていないことである。

すなわち、今回政権が正当化の根拠としてしばしば引き合いに出した、「わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛の措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」という文言も、「憲法9条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求めることを、何ら禁ずるものではない」という趣旨

---

(2) これについては、論者（石川健治『「非立憲」政権によるクーデターが起きた』長谷部恭男＝杉田 敦編『安保法制の何が問題か』〔岩波書店・2015年〕223頁）も、7.1閣議決定は、集団的自衛権を行使しないことでギリギリのところまで9条につながっていた線を、憲法改正の正攻法を採ることなく政府の解釈によって断ち切り、集団安全保障を掲げていた防衛政策を完全な同盟政策に切り替えた点において「法学的な意味でのクーデター、法の破砕といえる」としている。

で語られたものである。つまり、9条により「戦力は保持しない」ことから「生ずるわが国の防衛力の不足」を、アメリカに「安全保障を求めること」で補うことは禁じられていない、という結論を引き出しているのである。このような判旨を、集団的自衛権の行使を認めることを意識して書かれたものであると読むことは、まったくもって不可能事である。そうであるところから、政府も、この判決を論拠とすることを一時期ためらっていたが、憲法解釈の「最高権威」は憲法学者でも、内閣法制局でもなく、最高裁判所であるとの主張を支えるために、再び持ち出したとされている。要するに、政治の都合に合わせた根拠付けにすぎないのである。

もうひとつの、1972年政府見解（10月14日、参議院決算委員会）は、「〔日本国憲法が、〕自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛の措置をとることを禁じているとはとうてい解されない。しかしながら、だからといって、平和主義をその基本原則とする憲法が、右にいう自衛のための措置を無制限に認めているとは解されないのであって、それは、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限が根底からくつがえされるという急迫、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、その措置は、右の事態を排除するためとられるべき必要最小限度の範囲にとどまるべきものである。…したがって、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団的自衛権の行使は、憲法上許されないといわざるを得ない」としたものである。

これを、7.1閣議決定は、「我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、①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、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合において、②これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他の適当な手段がないときに、③必要最小限度の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容される」と逆転させたのである（文中の数字は、引用者による）。政府は、ここに示した「新3要件」（上の①②③）によって72年見解の基本的

論理は維持されたとするのであるが、しかし、自国を防衛するための個別的自衛権と、他国を防衛するための集団的自衛権とは、まったく本質を異にしており、前者のみが許されるとした論旨を用いて後者の行使を容認するための論拠とすることは、できようはずもない操作である。結局、この2つの論拠とも、それを安保法制の合憲性の根拠としたことには論理的に矛盾があり、およそ憲法解釈といえる類のものではないのである。

——以上に代表されるように、政府の基本姿勢は、論理的整合性・法的安定性の蔑視に貫かれている。それは、今般の過程において、しばしば明らかになったところであるが、安保法制法案の国会審議の過程で出来た、首相補佐官の「法的安定性は関係ない」と切り捨てた2015年7月26日発言などは、そのあからさまな代表例である。そして、この法的安定性にとって替えられたものは、政治的必要性の論理であった。とりわけ喧伝されたのは、「安全保障環境の変化」であり、東アジア情勢、要するに北朝鮮および中国がもたらしているとする緊張関係である。これに対応する政府の判断・裁量に憲法の制約を課してはならない、という主張が横行したのである。これは、立憲主義の否定以外の何物でもないといわなければならない。

### 3 憲法違反の論じ方

安保法制は、法律家、また憲法学者の圧倒的多数が違憲と判断している。憲法学者の場合、実質的にはすべてが違憲の見解を採っている、と言っても過言ではない。それほど内容上憲法に適合せず、制定手続上も憲法の枠を破壊してやまない法律である。ただ、その違憲を論じる際、若干の留意が必要であるように思われる。

すなわち、憲法9条をめぐるのは、同条は自衛戦争を含むすべての戦争の放棄、一切の戦力の不保持および交戦権の否認を定めたものであるところから、個別的自衛のための武力の行使・戦力の保持をも許していない、とする憲法学の通説からすれば、集団的自衛権の行使などはそもそも容認されるべくもなく違憲とされることになる。これに対して、政府が1954年の自衛隊設置の頃以降採ってきた公定解釈は、9条1項については学説の通説と同じ解釈に立ちつ

つ、自衛権は国家固有の権利であって9条の下でも否定されておらず、自衛のための必要最小限度の実力（いわゆる「自衛力」）の保持は許されるとするものである。この政府解釈の自衛力合憲論にいう「自衛」とは、もとより自国への武力攻撃を前提とした個別的自衛を意味するものであるから、他国の防衛のための集団的自衛権の行使は憲法上当然に認められないとされていたのである。今般の安保法制をめぐる憲法論議では、これをベースラインにして違憲を説く見解が前面に出て、またその線で多数の憲法学者の共同が実現したといえる。

つまり、この度の7.1閣議決定および安保法制立法は、上記の、60年にもわたって維持され、またその意味で定着してきた政府の憲法解釈とその運用を、突如として根本的に大転換させるものであった。それゆえ、少なからぬ憲法学者の違憲の論陣は、7.1閣議決定以前の政府解釈からの逸脱を問題視し、それを9条違反と断じるところに特色があった。その典型的な見解は、《集団的自衛権行使を容認した7.1閣議決定は、従来の政府見解との関係で理論的整合性も法的安定性も保っていない。また、政府が持ち出す砂川事件最高裁判決は、行使容認の論拠となりえない。それゆえ集団的自衛権の行使は、憲法9条に違反する》というものである<sup>(3)</sup>。安保法制違憲の主張は、多く、この認識を共有したのである。

この同じ文脈で、宮崎礼壹元内閣法制局長官の立論がなされている。前橋地裁での証人尋問における証言（2019年6月30日）は、次のようなものであった。

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、同法が集団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

---

(3) 長谷部恭男「序論」同編『検証・安保法案 どこが憲法違反か』（有斐閣・2015年）1頁以下。同「それでも安保法制は違憲である」『世界』2023年8月号132頁以下でも。

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ているが、集団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」でなければならぬから、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う急迫、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団的自衛権の行使は、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、日本国家として、憲法9条の下では集団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あらう」、憲法実践、国家実践として集団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条を含む憲法もっているのだから、同条が認めていない集団的自衛権に依拠しようとするべきではなく、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。

——以上に要記した宮崎礼壹証言は、強い説得力をもった立論であると思われる。それに拠るとき、9条の解釈をめぐって、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を問わず、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立法は明白に違憲であるとしなければならないであろう。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ものと考えられるのである。

## II 憲法判断の不可欠性——「回避の準則」適用の問題性

(一) 以上述べたとおり、安保法制各法またその前提をなした閣議決定は、他に例を見ないほど明らかに合憲性を欠いた国家行為である。それゆえ、裁判所が憲法判断に入ったならば、違憲の判断を下す以外の選択肢は実質上ない。安保法制違憲訴訟の先行裁判例のすべてが憲法判断を回避したのはそのためであり、同法を違憲とする判断に伴なう裁判官としての責任を引き受けなかったことを意味するものと考えられる。

その場合、それらの裁判所のほとんどが用いた論法は、原告・控訴人側主張の権利・利益の侵害がない（国賠訴訟の場合、国賠法1条1項における違法が成立していない）から、そうである以上憲法判断に入る必要はないとするもので、これがパターン化している。そして、そこでほぼすべての裁判所が「憲法判断回避の準則」を明示的に援用している（本件の原審のような例外もあるが、これらとて、実質的に、この準則に黙示的に依拠しているものといえる）。しかし、これは、憲法判断を回避した理由を説明するために採った論理的テクニックであるに過ぎず、裁判所の判決が必ず備えているべき説得力を欠いている。見ておこ

う。

これまでの各裁判例における憲法判断回避準則の適用の仕方について、周知のところであるが、確認しておくなら、大多数の裁判例は次の論理を採る。——憲法 76 条により裁判所に与えられている司法権は、いわゆる法律上の争訟について裁判をおこなう作用を言い（裁判所法 3 条 1 項）、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する場合にはじめて発動できるものであり、憲法 81 条にもとづいて裁判所が行使する違憲立法審査権も、このような司法権の発動の場合に付随して行使しうるものと解すべきであるから、裁判所は具体的な事件を離れて抽象的に政府や国会のなした行為等の違憲・違法について判断する権限を有しない（諸裁判例がここで参照するのは、最大判 1952.10.8 民集 6 卷 9 号 783 頁〔警察予備隊違憲訴訟〕、最大判 1953.4.15 民集 7 卷 4 号 305 頁〔衆院解散無効事件〕である）。その上で、原告らの主張にかかる平和的生存権、人格権、あるいは憲法改正・決定権、さらには「安定した立憲民主政に生きる権利・利益」などのいずれについても、損害賠償の対象になりうるような権利または利益の侵害は認められないから、政府や国会の行為の憲法適合性についての判断には入らない、というものである。他方、前にふれたように、回避準則を明示しないものもあり、そこでは原告らが主張する平和的生存権および人格権の侵害は認められないがゆえに、安政法制の憲法適否を含む「その余の争点について検討するまでもなく」請求は棄却される、という論理（参照、原審判決）が用いられているが、実質的に前者と変わるところがない。いずれにしても、以下述べるとおり、憲法判断回避の準則に安政法制のケースで依拠することは、違憲の審査に取り組むことから免れるための手法であるといわざるをえず、正しいものとは考えられない。

(二) すなわち、「憲法判断回避の準則」とされるものは、周知のとおり、アメリカで 1936 年の一判決の補足意見の形で示された見解が判例法上の原則（アシュバンダー・ルール、ブランダイス・ルール）にまで育ったものであるが、安政法制違憲訴訟の先行裁判例が拠ったのは、その第 7 準則の中の、「法律解釈をすることによって事件を解決することができる場合には、憲法問題について判断を下さない」というルールである。しかし、この準則は、同じ付随的違憲

審査制のアメリカの判例をとおして形成された理論であるから「むげに否定すべきではな」いが、とくに、そもそも実定憲法上の制度として違憲審査制を採るわが国では、絶対的なルールとして主張されるべきものではない<sup>(4)</sup>。

裁判の中で、この準則が具体的に問題になったのは、恵庭事件（札幌地裁1967〔昭42〕3.29）である。裁判所は、被告人のした演習用通信線切断行為は自衛隊法121条にいう「防衛の用に供する物」に該当しないとして無罪とし、自衛隊（法）の憲法適合性審査には入らなかった。これは、学界の議論を呼び、同判決における憲法判断の回避は正当であるとする見解に対して、違憲の争点当事者から提起されている以上、裁判所は憲法問題についても判断を下すべきであったとする反論が出され、さらに、憲法判断と法律判断のいずれを先行させるかは基本的には裁判所の裁量に属するとする折衷的な見解も提示された。この最後の裁量説は、「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。」と説くものであり<sup>(5)</sup>、その後広く支持を得ている。

(三) この憲法判断回避にかかわる裁判所の裁量について、考え方を一歩進めたのが長沼訴訟第一審札幌地裁判決（1973〔昭48〕9.7）であった。筆者は、そこで提起された判断基準が豊かな説得力を有しているのではないかと考えている。同判決は、自衛隊の憲法適合性が行政訴訟の形で争われた事件にかんするもので、前記ブランドイス・ルールの第4準則（「裁判所は憲法問題が記録上適切に提起されていても、もし事件を処理することができる他の理由が存在する場合には、その憲法問題には判断を下さない」）にあたる事例であったが、裁判所は、憲法判断回避のルールに「十分な理由がある」ことを承認した上で、憲法判断に入り、その理由として次のような見解を示した。

すなわち、札幌地裁は、憲法の基本原理に対する黙過することが許されない

---

(4) 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〔第7版〕』（岩波書店・2019年）393頁。

(5) 芦部・前掲註(4)393頁。

ような重大な違反の状態が発生している疑いが生じ、かつその結果、当該訴訟事件の当事者をも含めた国民の権利が侵害され、または侵害される危険があると考えられる場合において、裁判所が憲法問題以外の当事者の主張について判断することによってその訴訟を終結させたのでは、当該事件の紛争を終局的には解決できないと認められる場合には、憲法判断を回避するといった消極的な立場をとらず、その国家行為の憲法適合性を審理判断する義務があるといわなければならない、としたのである。これは、憲法判断回避準則を等閑視したのではなく、その援用にかんしては裁判所の裁量に拠るべきであるとして、長沼訴訟のような事案では憲法判断に入ることが裁判所の義務であると解したものであるといえる<sup>(6)</sup>。学説にも、同様の見解を採る有力な説がある<sup>(7)</sup>。

そして、ここで示された基準は、本件安保法制違憲訴訟にも、よく適合するものであると考える。

(四) このようにして、本件では裁判所が安保法制の憲法適合性審査に踏み出すことに法的障壁は存在しないことは明らかであるといえる。実のところ、最高裁も、その判例中で憲法判断回避の手法を採ってはいない。たとえば、神宮外苑使用不許可事件において、外苑使用を求める上告人の利益はその使用の日であるメーデーが経過したことで喪失したことを理由に上告を却下しておきながら、「なお、念のために」として、本件不許可処分は表現の自由または団体行動の自由を制限するものではなく、憲法 21 条及び 28 条違反であるということとはできない、としている（最大判 1953〔昭 28〕.12.23）。また、朝日訴訟で、生活保護受給権は一身専属のものであるとして上告人の死亡で訴訟は終了したとしておきながら、ここでも前掲と同じ句を用いて判断を続け、厚生大臣が設定した生活保護基準は憲法 25 条に違反しないとの見解を述べた（最大判 1967〔昭 42〕.5.24）のも、同様に、最高裁の憲法判断に対する積極姿勢を示す事例である。

つまりは、安保法制違憲訴訟が係属した裁判所は、憲法判断について、最高裁との関係から観ても不必要な障壁を自らつくり出しているのだといえる。こ

---

(6) 参照、樋口陽一『憲法〔第 4 版〕』（勁草書房・2021 年）454 頁。

(7) たとえば、佐藤幸治『日本国憲法論〔第 2 版〕』（成文堂・2020 年）701 頁。

のことからも、安保法制違憲訴訟において上述のような形で裁判所が違憲審査を回避ないし拒否することは、憲法によって司法に託された責務に違背するものであるといわざるをえないのである。

### Ⅲ 権利侵害の主張の成立可能性

原審は、先行裁判例に倣って、原告（控訴人）が主張する権利・利益の侵害が成り立たないとするをもつて安保法制の憲法適合性審査を拒否したのであるが、はたしてこれらの主張が成り立たないものであるのか、本件で争われている平和的生存権および人格権についてそれぞれ検討し、原審の見解が根拠に欠けるものであることを明らかにしておきたい。

#### 1 平和的生存権について

##### (1) 原審の判示とその問題性

平和的生存権は、本件でも、被侵害権利・利益の中心に置かれたものであった。原判決は、その具体的権利性を否定して原告主張を斥けたのであるが、そこで採られたのは、つぎのような論法であった。

すなわち、① 憲法前文、9条、13条が平和的生存権を「理念」として掲げていることは明らかであるが、前文にいう「平和」とは、「理念ないし目的としての抽象的概念」である。前文は、そもそも憲法の「基本的精神及び理念」を定めたもので、前文で表明された「理念」は、本文の各規定を「解釈する場合の指針」にはなりえても、具体的権利ではありえない。② 9条は、国家の統治機構ないし統治活動についての規範であって、個人の権利である平和的生存権を直接保障したものではない。③ 13条は、一般的包括的規定として、憲法に明示的に列挙されていない新しい人権の根拠とはなりうるが、平和的生存権の具体的内容の確定は、「平和」概念の抽象性からして、同条に拠っても困難である。また、平和的生存権の根拠として憲法前文、9条、13条を併せて考慮する仕方によっても、この判断は何ら変わらない。④ 憲法研究者の間では平和的生存権の法的根拠や理論構成について精緻な究明が深められており、ま

た、裁判例の中にも平和的生存権の具体的権利性が肯定される場合があることを認めた事例があるということが主張されているが、それを踏まえても、平和的生存権が裁判規範となりうるような具体性を有するものとはいえない、としたのである。

このように、原判決は、平和的生存権の具体的権利性の存否を判断するに際して、前文、9条および13条を切り離して俎上に載せ、それぞれにつき消極の結論を出す手法を採り、また、関係規定の「理念」性、抽象性をくりかえし強調したのである。しかし、平和的生存権にかんしては、これまでに、学説と判例において相当な蓄積がある。その具体的権利性をいう法的根拠についても、今日の学説は、多く、この権利が歴史に根ざした総合性をもった権利であることを前提として、各権利相互の関係性を重視した体系的・総合的な考察へと進んでいる（これについては次の項で、少しくわしく述べる）。もっとも、原判決は、「憲法研究者の間での議論」に触れながら、それを原告らが主張しているというにとどめており、自身で評価しようとはしていない。また、上記の判断の後で、「平和的生存権の根拠として憲法前文、9条及び13条、を併せ考慮しても」と弁じたわけであるが、その「考慮」の具体的な内容は全く示されていない。

なお、原判決は、平和的生存権についての憲法研究者による定義だとして、異例の詳細さで多数の事例を網羅的に紹介しているが、そこに挙げられたものの中には、平和的生存権の定義ではなく、その機能の一部を説明しているものも含まれている。それらを混在させた裁判所の叙述は、結局、平和的生存権の多義性・雑多性を意識的に印象付け、その裁判規範性を貶める論法であろうと思われる。また、原判決が、「裁判規範性を認めた裁判例」として挙げているものは、イラク訴訟にかんする名古屋高裁判決（2008.4.17判時2056号74頁）であろうが、これとて、原告らがそのように指摘しているというにとどめて、他人事視している。この名古屋高裁判決は、それに対する見解の相違はあっても、平和的生存権を論じる際にはけっして等閑視することのできないものである。原審裁判所自身の見解が開陳されるべきところであった。

(2) 平和的生存権の規範構造と裁判規範性

日本国憲法が前文において定めている平和的生存権は、憲法の保障する基本的人権の基底にあって、わが国憲法の平和主義を形づくる主要な柱のひとつを成している。すなわち、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的制度を設け、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1つの事柄（平和主義）の2つの側面を形づくる格好で体系的構造をなしている。しかも、この権利は、13条を媒介にして、第3章の諸人権の基底に置かれ、かつ、各人権と結合して、自由権的側面のみならず、社会権的および参政権的側面をもって個別的・具体的に機能する。平和的生存権は、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成立しているわけである。

敷衍するなら、つぎのように言うことができよう。——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に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

ぬ日本国憲法自らが、何よりも9条によって特定の意味を付与した「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は、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、交戦権が認められ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。

さらに補足しておくなら、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ふ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。

結局、前述のとおり、「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。

——このように考えるなら、平和的生存権には、裁判規範となりうる具体的

権利性が認められるということができる。それにもかかわらず、その裁判規範性を、十分な根拠を示すことなく否認し、それをもって憲法判断を回避する理由にするのは、まことに不当であるといわなければならない。

## 2 人格権について

### (1) 原審の判示とその問題性

原審名古屋地裁が、原告の主張する人格権侵害を斥けた論旨は、要点、次のごとくであった。——① 原告らは、本件各行為によって生命権、身体権及び精神に関する利益としての人格権が侵害されたと主張するが、本件各行為は閣議決定等ないし立法行為であり、また自衛隊による米軍への給油及び米艦防護並びに南スーダンPKOへの自衛隊派遣は法律に基づく実施行為であるものの、やはりそれら自体が直ちに原告らの生命・身体の安全自体に危険をもたらすものではない。そして、原告らの主張する国際情勢等を考慮したとしても、我が国ないし原告らが戦争やテロ攻撃に巻き込まれる現実的な危険が切迫し、具体化しているとは認められず、原告らの生命・身体の安全が侵害される具体的危険が発生したとも認められない。② 原告らは、新安保法制法施行後の国際情勢の下では、戦争に突入する危険が如実に高まり、多くの国民・市民の具体的な生命・身体及び精神的人格権侵害が具体化しているとする。たしかに、我が国においても、近時、戦争やテロ攻撃の脅威が増していることを多くの者が感じているであろうことは、容易に推認することができるが、それをもって直ちに原告らの生命・身体の安全が侵害される具体的危険性が高まっているとはいえない。③ また、原告らが主張する平穏生活権を内容とする人格権は、生命、身体及び財産そのものではなく、不安や恐怖を抱くことなく生活を送る利益であって、抽象的なものであることは否めない。平和的生存権と同様、これを直ちに権利として認めることはできない。④ 多数決原理を基礎とする代表民主制を採用する我が国において（憲法前文第1段、43条1項）、国民各自の政治的信条や信念と異なる立法がなされるのも不可避なことであり、各人の信条、信念、世界観などにより鋭く意見が対立するのも避け難いことであるから、自らの政治的意見や信条に反する立法がなされたことによる精神的苦痛は、法的見

地からは社会的に受忍すべきものと解さざるを得ない原告らの主張する精神的苦痛は、本件各行為によって一般に広く生じ得る抽象的な不安感にとどまるものなのである。——原審が結論を導き出した論法は、以上のようなものであった。

安保法制違憲訴訟の先行諸判決は、人格権の主張については比較的ていねいに扱っている。アトランダムに一、二拾うにすぎないが、たとえば、高知地裁判決（2020年3月24日）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。〔原文ではここで改行〕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。

また、那覇地裁判決（2020年6月30日）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。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

この意義は、評価しておくべきものと考ええる。

そして、とくに横浜地裁判決（2022年3月17日）の人格権にかんする判示が注目すべきものであるが、これは後に、先行裁判例に見られる積極的要素のひとつとして取り上げることとする。

——原判決の人格権論は、こうした裁判例と比較して著しく後退したものと いわざるをえない。加えて、とりわけ看過できないのは、情勢をめぐって、原告側が、人格権侵害の具体的根拠事実として、「米軍の武器等防護と北朝鮮との軍事的対立（当事者化）、新防衛大綱の策定と日本の軍事国家化、台湾有事による集団的自衛権行使の危険（南西諸島のミサイル基地配備等）、ロシアによるウクライナ侵攻など」を挙げたのに対して、原審裁判所は、「平成26年7月閣議決定においても、『我が国を取り巻く安全保障環境は根本的に変容するとともに、更に変化し続け、我が国は複雑かつ重大な国家安全保障上の課題に直面している。』とか、『グローバルなパワーバランスの変化、技術革新の急速な進展、大量破壊兵器や弾道ミサイルの開発及び拡散、国際テロなどの脅威により、アジア太平洋地域において問題や緊張が生み出されるとともに、脅威が世界のどの地域において発生しても、我が国の安全保障に直接的な影響を及ぼしうる状況になっている。』といった情勢認識が示されている」と述べる。つまり、国（政府）の情勢認識を、それに自らの分析を加えることなくそのまま援用して原告主張を斥けたのである。

## （2）人格権侵害と予防原則

そもそも、原判決（そしてほとんどの先行判決）が人格権侵害にかんして採ったところの、生命・身体の安全が侵害される具体的な危険が発生したと認められるとき、という判断基準は、通常の事件では判例上採用されている基準であるが、本件には妥当しない。なぜなら、安保法制にもとづく集団的自衛権の発動が実際におこなわれ、原告らを含む国民・市民の生命・身体の安全が侵害される現実的な危険が切迫し、侵害が具体化している状況では、裁判により人格権侵害の主張が認定されても、それは遅きに失することになる。危険性がある場合にはその結果の発生が確実に予測しえないときでも、予防原則を援用して

人格権の侵害を認定すべきことが司法に求められるのである<sup>(8)</sup>。

#### Ⅳ 先行裁判例の中に見られる積極的要素 ——憲法判断の扉の前に居る裁判所

憲法判断の回避にかんして、安保法制違憲訴訟の先行諸判決は、これまでに指摘したように（黙示的判断手法のものも含めて）、回避準則を機械的に理解して、原告の権利・利益の侵害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審査に入らないとする論法を画一的に採ったものであった。そのもつ問題性の大きさはこれまでに縷々述べてきたところである。しかし、それでもなお、それら諸判決の中に、憲法判断につながるような価値を有する積極的な要素があることに気付く。次の4点を挙げておきたいと思う。

（一） まず、いずれの判決も、総論として、日本国憲法の平和主義を、理念の水準に抑制しつつも明確に認めていることである。一例であるが、高知地裁判決（2020.3.24）を引いておこう。——憲法前文、9条また13条を見るに、「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。他の判決においても同様の明瞭な認識が表明されている

---

(8) このことを論者（長谷部・前掲註(3)『世界』論文）は明言して、「違憲性の明白な集団的自衛権の行使およびそれに対する他国の対応により、原告らを含むわめて多くの国民の生命・身体に対して回復困難で、かつ、計り知れない損害が加えられることが必至となる状況に立ち至るまで、裁判所が国の行為の違法性について判断を控えるべきだとすることは、司法権の行使を放棄するに等しく、国民の裁判を受ける権利をないがしろにするものである。」と説いている（136-137頁）。

が、それは、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」にすぎないとの批判が妥当しよう。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。

(二) つぎに、市民側の人格権侵害の主張について、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。人格権は、広く、人間が人間であることにより当然に共有するもので、憲法13条に支えられて、民法等においてすでに実定法上の権利となっている。その内容としては、生命・身体および人間としての生活を送るのに必要な精神にかんする利益を侵害されない権利はもとより、人間らしくその尊厳を保ちつつ精神的にも物理的にも平穏な生活を営む権利を含むものであり、国賠法上も保護に値する権利ないし利益である、と解されている。このような人格権は安保法制違憲の各訴訟でも例外なく取り上げられ、裁判所も伝統的な司法権概念になじんでいるだけに、踏み込んで判断している。

とくに、横浜地裁判決(2022年3月17日)を参照することがきわめて有益であると思われる。同判決は、まず、〈個人が、戦争やテロ行為等により生命・身体を侵害される危険にさらされず、恐怖と欠乏から免れて生存する自由は、個人の生命、身体、精神および生活にかんする利益の総体から成る人格的利益(人格権)の内容を成すものとして、憲法13条により保障され、国賠法1条1項の適用上も法律上保護された権利または利益に当たるものと解される〉と明言する。ただ、本件各行為は閣議決定および立法行為にとどまるから、それによって〈必然的に原告らの生命・身体が現実的に侵害され、あるいは侵害される具体的な危険が招来されたとは認められない〉とする。

ついで、〈戦争やテロ行為に巻き込まれることなく平穏な生活を送る権利(平穏生活権)についても、その名称は別として、国賠法の適用において法律上保

護された権利・利益に該当するということができるが、違法な侵害に当たるというためには精神的苦痛が社会通念上受忍すべき限度を超えたものとして具体化されていることを要する)として、原告各人の本人尋問・弁論を精査する。結局、横浜地裁は、その権利侵害を否定するのであるが、こうした各別の、詳細な検討は、とくに人格権侵害の主張にかんして裁判所に望まれる不可欠の審査方法であるといえよう。

そして、この横浜の訴訟で原告の主張した「主権者として蔑ろにされない権利」についても、この権利の侵害は認めなかったものの、〈関連2法の国会審議中に実施された朝日新聞による世論調査の結果では、同法案に反対とした回答が賛成を大きく上回っていたこと、およびこの国会での決議に際し、度重なり審議が休止したことが認められる〉ことなど、重要な事象をフォローしている。——こうして、横浜地裁判決は、この訴訟の原告らの主張をことごとく斥けたのではあるが、それでもなお、そこに見られる、原告主張の細部に分け入って検討した上で判断する姿勢は、安保法制の憲法適否の判断をも導く、注目すべき積極性をもつものと評価されるべきであろう。

(三) そして、「歴史」を語った判決に注目しておきたい。前出・那覇地裁判決が人格権侵害にかんして判示したとき、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かのようにいまだ在日米軍基地が集中し、これらの基地は、米国の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、より切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。「歴史」は、立法の合憲性を支える事実を構成する一要素であり、これを裁判所が追究することは、憲法判断を準備するものであるといえる。

(四) さらに、原告側主張を斥けながらも、判決末尾に裁判所の真意を吐露する付言を置いた判決があり、大いに注目される。ひとつに、山口地裁判決

(2021.7.21)は、次のような「なお書き」を残した。——すなわち、「なお、既に判示したとおり、『平和への願い』は共通であっても、平和や安全に対する国民それぞれの信条、信念、理解等は多様である。本件各行為に対する原告らの主張に係る不快や不安等の信条ないし感情あるいはその表明としての意見については、これと対立する信条や意見等と等しく、いかなる状況においても尊重されるべきである。国民主権の下、正当に選挙された国会における代表者を通じて、国民の中の多様な意見を踏まえた議論が尽くされ、恒久の平和の実現に向けた努力が重ねられていくことを、改めて念願するものである。」というものである。

もうひとつは、前出・横浜地裁判決であるが、原告主張は採用できないとした後で、次のように付言する。——「もっとも、関連2法については、『存立危機事態』として想定される事態の範囲など、規定の文言のみから直ちに明らかとはいえない部分もあり、今後、規定の想定する事態等について相当数の国民の理解ないし共通認識が不十分なまま、本件各差止請求に係る命令及び事実行為が行われ、あるいは、行われる蓋然性が生じることになるとすれば、決して望ましいこととはいえない。〔原文ではここで改行〕上記蓋然性が未だ認められるに至っていない現段階のうちに、改めて、関連2法の内容について、行政府による説明や立法府による論議が尽くされ、憲法が採用する立憲民主主義と平和主義の下、広く国民の理解を得て、国の安全保障に関連する諸制度が、国の平和と国民の安全を守るために適切に機能する制度として整備されることが望まれる。」と。

これらは、さぞかし裁判官が様々な制約を受けている状況、とりわけて政治(政権)への付度を有形無形に求められていると感ぜざるをえない状況下で、本来判決文中に反映しておきたかった裁判官としての良心を、付言の形で示したものとといえるのではあるまいか。十分に留めておきたいと思う。とくに、後者横浜地裁判決の場合は、一連の下級審判決の口吻とは距離を置いて、原告主張にしていねいに向き合う姿勢を見せた判示の中での付言である。その内容は、政治部門に対して、国の安全保障法制は憲法上の立憲民主主義・平和主義にもとづき、国民の理解が得られるものでなければならない、と踏み込んでいる。

爾後の裁判所は、ここに示された趣旨を汲みとるべきであると思う。

——ここに取り出したような判旨は、裁判所が憲法適合性審査に入る扉の前に居ることを物語っているように思われる。

## むすびにかえて 安保3文書制定による安政法制の違憲性の深化と違憲審査の必須性

以上に論じたように、安政法制各法（およびそれを準備した前年の閣議決定）は、きわめて明白に違憲の存在である。そうであることは、裁判所に違憲判断に入ることを必須とするものに他ならず、逆にこれを回避する理由にはならない。違憲の立法を憲法体系から排除することこそ、立憲主義回復のために果たすべき司法の役割だからである。

安政法制が合憲であるためにはそれを支える立法事実の存在が欠かせないが、この法制にかんしては、制定されて後、却ってその違憲性を深めるような立法事実が登場している。その最も重大なものが、2022年12月16日に閣議決定された『国家安全保障戦略』、『国家防衛戦略』および『防衛力整備計画』の、いわゆる「安保3文書」（「防衛3文書」とも）であるといわなければならない。それは、3文書のうちで「最上位の政策文書」に位置づけられている『国家安全保障戦略』が自ら謳っているとおり、「戦後の我が国の安全保障政策を実践面から大きく転換させるもの」である。この3文書の閣議決定により、安政法制は憲法からいっそう背反するものとなった。

すなわち、安保3文書は、60年以上の間維持してきた「専守防衛」の基本的な政策方針から転じて、外国への攻撃が可能な能力（敵基地攻撃能力を言い換えた「反撃能力」）の保有を公式に認めたものであるが、これを集団的自衛権の行使を容認した安政法制と結合させた。そして、それによって、安政法制は、武力攻撃事態だけでなく存立危機事態においても反撃能力を発動させる体制に転じたのである。これが、3文書の言う「安全保障政策の実務面からの転換」を意味するところであり、憲法9条は、その実効性において実質的に死文化したことになる。今日、裁判官は、安政法制の憲法適合性につき、叙上の立法事

実の変転をも踏まえて審査・判定することが求められているといえよう。

縷々述べてきたとおり、内閣（政府）は、安全保障政策の根本的転換を遂げるべく、まず、集団的自衛権の行使容認の憲法解釈の変更をおこない、その上で安保法制各法を制定させたわけであるが、この憲法解釈の変更は国会には諮られておらず、同じく、憲法9条にとって代わる内容をもつ安保法制の制定も憲法改正の手続はとられていない（また、今般の安保3文書も、閣議決定という内閣による手続のみで国家的政策文書とされている）。これは、まさに、政府が恣意的に国制を転轍させている立憲主義蹂躪の事態であるといわなければならない。このような事態の進行とそこから生じる人権の侵害を防止し、立憲主義の回復と人権の擁護に努めることは、まさに、「憲法の番人」の位置にある裁判所の重大かつ崇高な責務である。本件安保法制違憲訴訟において同法制の憲法適合性審査に進むことは、この責務遂行のために不可欠な一環であると信じる。このことを表明して、意見書を閉じる。

以上