

〈資料〉

平和的生存権の裁判規範性

— イラク平和訴訟熊本地裁における証言 —

小 林 武

（公刊にあたってのまえがき） 本稿は、2007年6月12日午後、熊本地方裁判所において、同裁判所民事2部に係属中の、自衛隊イラク派遣差止等請求事件（平成17年（7）第367号）にかんして、原告側の求めに応じて行なった証言に、ごく一部の字句上の手直しを加えたものである。

この訴訟は、2003年3月20日に開始された、アメリカなど「有志連合」によるイラクに対する攻撃に呼応してわが国政府がおこなった自衛隊の派遣に対して、その差止め等を求める市民によって提起された。

すなわち、わが国政府は、この対イラク戦争を即座に支持し、同年7月にはアメリカ等の軍事行動に自衛隊を参加させる「イラク特別措置法」を制定し、「人道復興支援活動」および「安全確保支援活動」をおこなうべく、12月の閣議決定にもとづき、同月の先遣隊の派遣を経て、翌04年1月から陸上自衛隊・航空自衛隊の本隊派遣が実施された（サマワに駐留していた陸上自衛隊は07年6月に撤収したが、航空自衛隊は、その後も現在に至るまでアメリカ軍等の輸送活動を継続・強化させている）。

この事態に直面して、これを憲法9条およびその下にある法秩序に対する重大な違反行為であり、またそれゆえに憲法上保障された各個人の平和的生存権の侵害にあたると思う市民が、各地において声を挙げた。熊本では、05年3月18日に、県下在住の当初46名の人々による提訴がなされたものである。

ここに公にする私の証言は、この訴訟の憲法学的論点、とくに平和的生存権

が裁判規範性をもつものであることを憲法研究者の立場から弁証することにとめた、いわゆる学者証言である。平和的生存権は、日本国憲法前文において「平和のうちに生存する権利」として明文で規定された権利でありながら、他国の憲法には類例を見ない新しい人権であり、判例上はなお確立していない。それはまさに、平和の実現を求める裁判をとおして錬成されつつある、いわゆる「生成中の権利」(《werdendes Recht》)であり、本件イラク訴訟もその一つの機会として、それをとおして、その成熟が大きく進展することが期待できる。証言を公にしたゆえんはそこにある。

なお、尋問にあたった原告側代理人は、加藤 修・河口大輔・板井俊介各弁護士である。被告国側の代理人からの反対尋問はなかった。亀川清長裁判長からも尋問はなされていない。(2008年12月7日 記)

証言の主要項目*

* 裁判所が作成した「証人調書」には項目のタイトルは記されていない。本誌掲載にあたって、筆者が便宜上付したものである。

1. 経歴、意見書提出の実績、関連著書
2. 憲法9条成立の歴史的経過
3. 国連憲章との関係
4. 平和的生存権の明記に至る経過
5. 平和的生存権の世界における展開状況
6. 平和的生存権の憲法上の根拠と保障の意義
7. 憲法前文の法的性格
8. 外国憲法における前文の法的性格のとらえ方
9. 平和的生存権の裁判規範性
10. 前文の裁判規範性にかんする最高裁判決
11. 「平和」概念の抽象性について
12. 「平和的生存権」の定義
13. 平和的生存権侵害認定の要件
14. 原告らの平和的生存権侵害状況

平和的生存権の裁判規範性

15. 自衛隊の情報保全隊活動による平和的生存権侵害
16. 平和的生存権の具体的人権性の確認
17. 平和的生存権を根拠として成立する訴訟類型
18. 国家賠償請求
19. 差止請求
20. 名古屋地裁 2007 年 3 月 23 日判決(田近判決)の評価
21. 差止請求成立の可能性
22. 自衛隊海外派遣と 9 条との関係
23. イラクの治安状況
24. イラクは内戦状況か
25. バグダッド付近の治安状況
26. 空自と米軍の一体的活動
27. 空自派遣の平和的生存権侵害
28. 国家賠償請求成立の可能性
29. 人格権の主張
30. 名古屋地裁田近判決における人格権論
31. 人格権侵害の成立要件
32. 各原告における具体的な人格権侵害
 - ① 原告・長迫玲子さん
 - ② 原告・藤岡崇信さん
 - ③ 原告・古澤千代勝さん
 - ④ 原告・宮川経範さん
33. イラクの現場検証の必要性
34. 甲府地裁 2005 年 10 月 25 日判決への批判
35. 判決理由中の違憲判断の意義
36. 本件イラク派兵の違憲性の程度
37. 戦争を防ぐために司法は何ができるか
38. むすび：この訴訟において裁判所に期待されているもの

1. 経歴、意見書提出の実績、関連著書

原告ら代理人（加藤）

甲第 76 号証を示す

これは証人の経歴ということで書いてありますけれども、ここに書かれたことは先生が書かれたものに間違いありませんか。

はい、間違いございません。

内容的にも間違いはないですね。

間違いありません。

甲第 77 号証を示す

ここに証人の主要著作目録というのがありますけれども、これも先生が書かれたもので間違いありませんか。

間違いありません。

先生がこれまで裁判所において憲法学者として意見書、あるいは鑑定意見書などを出されたことがございますか。

ございます。

それは何通ぐらいございますか。

10 通前後ではないかと思っています。今改めて調べたということではないのですが、そのような数です。

先生が出された意見書の中で、これまで先生の中で最も印象に残っているものは何でしょうか。

いわゆるエホバの証人、神戸高専事件というのがございますが、かなりよく知られた事件で、「エホバの証人」の信仰をもつ学生がその信仰のゆえに剣を手にすることができないために剣道実技の授業を拒否した事件でございます。その市立の学校は剣道実技を必修にしておりましたので、それが受けられない当該生徒は 1 年目では原級留め置き、2 年目においては学則に従って退学という措置に遭った、その是非が問われた訴訟で、最高裁判所に、原告側からの要請に応じて意見書、鑑定意見書と申しましたか、それを提出しました。

これは、その趣旨が客観的には最高裁判決に採用されて、最高裁判所が

同じ趣旨の判断を出されました。これには心中で快哉を叫んだ記憶がございます。もちろんそれは、きっと、私の意見書のゆえというよりも、私の見解を含む憲法学の通説を最高裁判所が理解されたのだと思っております。

甲第75号証を示す

『平和的生存権の弁証』〔日本評論社、2006年刊〕という著作を示します。これは先生が書かれたものですね。

そうです。

先生がこれまで平和的生存権について書かれてきたものなどをまとめられたものですね。

そうです。

2. 憲法9条成立の歴史的経過

次にこれから原告らが被侵害利益として主張している平和的生存権について先生のお考えを伺います。まず、憲法9条が生まれた歴史的経過についてお述べください。

憲法9条は、これは言うまでもないことですが、第1項で国権の発動としての戦争、武力による威嚇及び武力の行使を国際紛争を解決する手段としては永久に放棄するということを定め、第2項ではそれを受けた形で陸海空軍その他の戦力を保持しないこと、そして国の交戦権を否認することを明確に定めております。もちろん他国の憲法も、平和主義という点では当然共通しておりますが、一切の戦争の放棄、戦力の不保持まで踏み切ったのは、ほぼ日本国憲法だけであると言えるだろうと思います。

そういうものがわが国で成立したにつきましては、一般的には戦争を違法化する、戦争を違法なものとしなすという、国際的な大きな流れが背景をなしています。それは、取り分けこの世紀の二つの戦争の悲惨な結果を受けて明瞭になります。もちろん、古くから、たとえば1791年のフランス憲法が侵略戦争の放棄を言っておりますが、ただそれは侵略戦争の放棄であって、聖戦論に立ったものです。本格的に戦争違法化の流れが生じたのは、やはり今申したように20世紀の二つの戦争が契機になっていると思います。中でも第2次世界大戦後は、その戦争の原因がいわゆるファシ

ズムであったこともあいまって、世界の国々が平和というものに一層注目をし、平和主義を採用することが各国憲法の共通項になったと言えます。ドイツしかりイタリアしかり、フランスも。お隣の韓国憲法もまた同様であります。

ただ、繰り返して申しますけれども、日本の憲法が戦争とそして戦力の絶対的な放棄、例外を許さない放棄、ここまで踏み切ったのは、やはり日本という国が、この戦争についての、加害国であったと同時に民衆が大きな被害を受けたことに因ります。その惨禍の深さが日本の憲法をそこへ踏み切らせたものであると考えております。

3. 国連憲章との関係

1945年に成立した国連憲章が国際紛争の平和的手段による解決を原則として、武力による威嚇または武力行使を慎む原則を定めたことと我が国の今の憲法とは関連がありますか。

国連憲章は1945年の成立で、日本国憲法は47年であります。したがって日本国憲法は国連憲章の定めや、また国連憲章が代表する世界平和の流れを受けて作られておりますので、その関係は深い、決定的に深いと言えます。ただ、今、弁護人がお触れになりました国連憲章は、国際紛争の平和的解決というものを原則にして、それを可及的に追求していくという立場に立っておりつつ、同時にそのような平和的解決がなされないときには軍事的な解決をはかることをなお想定していて、軍事力を発動する制度を作っています。それにひきかえ、日本の場合には、そうした軍事的解決という発想を何ら持たない憲法だという点を、繰り返してでありますけれども注目をしておきたいと思えます。

4. 平和的生存権の明記に至る経過

次に憲法の前文に平和的生存権が明記されましたけれども、その歴史的な経過はどのようなものでしょうか。

平和的生存権は、これも確認でございますけれども、憲法前文の第2段の最後の文章として、「全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。」という権利規定が

あります。こうした、平和のうちに生存することを人権と考える発想は、やはり 20 世紀の二つの世界戦争、取り分けて第 2 次世界戦争が契機になっていると思います。

第 2 次大戦のさなか、当時のアメリカ大統領ルーズベルトがいわゆる四つの自由を発表いたしましたけれども、この中に、恐怖から免れる自由、欠乏から免れる自由をうたっております。それは、平和と結びつけたものではありませんが、このような表現がみられるわけです。その後、同じ年の大西洋憲章の中では恐怖と欠乏から免れて生きる願いというものを表明しております。願い、願望でございます。こうした流れを受けて、そしてこの大西洋憲章のいう、世界の人々が恐怖及び欠乏から免れる自由が確保できるのは平和があってこそだという願いの表明、この願いが日本国憲法の中では権利という形で、つまり平和のうちに生存する権利という形で規範化されています。こうして、まさにこの大西洋憲章に、日本国憲法の平和的生存権規定の直接の文言上の淵源を求めるといえると思います。

5. 平和的生存権の世界における展開状況

その後、平和的生存権については世界でどのようになってきたのか、その点はどうでしょうか。

平和のうちに生存するということが、人々の、日本国憲法の規定では「全世界の国民」、つまり世界におけるすべての人、英文ではオール・ピープルズ・イン・ザ・ワールド、世界のすべての人類の権利だと宣言されています。この考え方は、今日の国際文書の中では確立された思想であると言えます。大体 1970 年以降の、取り分け 70 年代後半以降の少なくない国際諸文書で、国連の文書も含めまして、平和のうちに生存する権利という考え方がうたわれています。ここでは宙で言っておりますから、何年のどれということをおし上げることはできませんが、70 年代後半のヘルシンキ宣言はその代表的な例だと言えます。ただ、ナショナルなレベルといえますか、各国の憲法の中ではなお、平和のうちに生存する権利という規定は日本国憲法を除いてはないのではないかと思います。

先生がお話になったのはこの甲第 75 号証の『平和的生存権の弁証』の中の

26 ページ以降に書かれておる、このあたりでございましょうか。

そうです。70 年代後半から今日にかけての経過というのはそこに示しました。

6. 平和的生存権の憲法上の根拠と保障の意義

平和的生存権のそもそもの根拠は先生はどこに求められますか。

私は日本国憲法の前文それ自体、つまり、「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」という文言に根拠を求めております。

日本国憲法が平和的生存権を保障した意義というのはどこにありますか。

これは大変大きいと思います。日本国憲法は憲法全体として平和主義を基本原理としている、つまり世界の人々が日本国憲法を評する、その評し方によれば正に「平和憲法」であるところに日本国憲法の真骨頂があると思うのです。そのことは何よりも9条で、これは先ほどからお話ししているとおりで繰り返しませんけれども、要するに、戦争しない、戦力を持たないという点で徹底しております。つまり9条は、公権力に戦争をさせない、そしてその公権力が戦力を持つことを認めないという、いわば制度規定、客観的な制度規定です。で、日本国憲法はそれと一体のものとして人権規定、つまり主観的権利規定を平和的生存権という形で置いている、ここに大きな意義があるわけであります。このような規範構造から言いますと、9条の客観的制度的規範についての公権力の侵害行為があった場合には、それはとりもなおさず主観的な人権規定としての平和的生存権侵害になるという構造になっているわけです。

そして、その平和的生存権は、それ自体では大変包括的で規定的な権利であり、第3章で個別に具体化されている権利、つまり、10条以下の40条までの権利、これと結びついて、それぞれの人権の中に平和的生存権の内容を充填していく役割を果たすという意味を持っていると言えます。一つだけ例を挙げますと、18条の奴隷的拘束及び苦役からの自由の条項は、平和的生存権と結びつくとき、徴兵制の禁止という規範効果を導き出すという形になります。要するに、平和的生存権と9条と第3章が結びついて一つの体系的な規範構造となっているのではないのかと理解しております。

7. 憲法前文の法的性格

次に平和的生存権の裁判規範性についてお尋ねします。その前提として憲法前文の法的性格はどのようにお考えでしょうか。

憲法前文、これは第1条の前に置かれている文章で、どの国の憲法も大体前文を持っております。その前文が日本国憲法の場合には一つにはその位置において、つまり日本国憲法というこの憲法のタイトルの後に置かれているという、その位置、やや形式的な根拠でありますけど、その位置のうえから、前文が憲法の一部であることは明らかであります。もう一つは内容上、これは後にくわしく検討することになろうかと思えますけれども、内容上も規範としての性格を欠くものではないと言えます。したがって、憲法前文の改正も96条によらなければならない、つまり憲法の改正手続としての96条は当然前文をも対象にするという、そういう意味で憲法典の一部であります。そうでありますから、少なくとも本文の解釈を導く解釈基準、解釈規範であることは疑いのないところですし、また、公権力の担当者が、この憲法前文を常に自らの政治の方針策定の基準にしなければならないという点でも一般的な法的意味を持っていることは疑いがなく、それらの点で、前文がすでに法的規範であることは明らかであるといえます。

8. 外国憲法における前文の法的性格のとらえ方

他の国の憲法前文の法権利性についても大体同じことが言えるのでしょうか。

外国の憲法について私はすべて知っているわけではありませんけれども、確実に言えますことは、やはり各国において異なっているということです。若干の我々になじみ深い例を拾いますと、アメリカ合衆国憲法、この前文は非常に短いもので、制定の経過について触れている程度のものでございます。したがって、アメリカでは憲法前文の法的効力の有無、また裁判規範性いかにという議論それ自体がないようです。

ドイツの場合には、1871年にビスマルク憲法ができておりますけれども、この前文も大変短いものでありまして、これについても当時のドイツではその法的効力、あるいは裁判規範性についての議論はなかったと思ひ

ます。1919年のワイマール憲法の前文は、長さとしてはその前のものとはさほど変わりはないわけですが、「ドイツ国民が憲法を決定した」という個所が目立って、いわゆる憲法制定権力の議論とあいまって、当時の憲法学者は、この前文には大きな法的意味合いがある、つまり制定権力を国民が持つことの根拠を定めたものである、と理解していました。戦後のドイツ基本法、現行憲法は、その前文は各国家機関を制限する、拘束するものだとされており、明らかに具体的な法的効力を持つものだという理解がなされています。

もうひとつ、フランスを取り上げておきますけれども、フランスの場合には1946年に第4共和制憲法ができています。そこでは、1789年のあの有名なフランス人権宣言が前文の中で確認されていて、それが第4共和制憲法の一部として裁判規範性を持つと理解されています。現行のものは1958年制定の第5共和制憲法ですが、そこでは先ほどの第4共和制憲法の前文と、そして第4共和制憲法が引いていた1789年の人権宣言と、さらに一般的に定立した法規範、法原理、それらすべてを前文で確認するという形をとっており、一層広い範囲で法的な性格、裁判規範性を持っているものと言えます。

つまり、世界の憲法の共通した一律の性格ということは導き出すことができないと思います。したがって、日本国憲法のそのテーマについての理解も他の国の憲法を比較しつつも、日本国憲法それ自体を検討して結論を出すべきだろうと思います。

9. 平和的生存権の裁判規範性

日本の平和的生存権の裁判規範性についてはどのようにお考えでしょうか。

憲法前文が法規範性を持つ、法的効力を持つということは、先ほど確認したとおりです。そこから進んで、前文が裁判規範としての性格を持つか、つまり憲法81条、つまり違憲審査の基準を示している81条という「憲法」の中に前文も入るかということになればかなり微妙で、個別的検討を要する問題が出てくると思います。つまり、日本国憲法前文全体が、それ自体が裁判規範であるということは言い難いのであって、その中でとくに具体

的な性格を持ち、また先ほどもちょっと触れましたけれども、本文の他の規範と結びついている、そうした前文の中の規範部分だけが裁判規範性を持つということができようと思います。今この訴訟で問題になっております平和的生存権はそういうもの、つまり、前文の中で積極的に裁判規範性を認めることができる部分であると考えています。

10. 前文の裁判規範性にかんする最高裁判決

最高裁判所は憲法の前文の裁判規範性についてはどのような立場と理解されていますか。

最高裁判所は、典型的な判決を拾いますと、砂川事件の判決、1959年の大法廷判決ですけれども、そこで争われたのは駐留アメリカ軍の合憲性でありました。そのアメリカ軍の駐留は、最高裁の言い方によれば、前文や9条の趣旨に合致しこそすれ、それに反するものではないとしております。この最高裁判所の判示については、解釈が分かれています。本件の国側代理人の見解は知らないのですけれども、これまでの様々な事件における国側のこの判決についての引用の仕方は、9条ないし9条以下の具体的な条文中に裁判規範性を求めて、前文はそれの解釈基準として用いているのだという理解に立っています。しかし、憲法学説の多くはそうは考えておりませず、前文、9条、こう並べている以上、むしろ、前文についてもそれ自体が裁判規範性をもつことを肯定したのだと受けとめています。もちろん、最高裁判決の結論は駐留米軍は憲法に反しないというものでありますから、この事件における第1審、東京地方裁判所の示した安保条約違憲の結論とは逆でありますけれども、前文の裁判規範性それ自体については肯定したものと読めます。

それから、しばしば引かれますのは、百里基地訴訟の最高裁判決です。そこでは、最高裁判所は「平和」という概念は多義的であって具体性に欠け、したがって、そのような具体性に欠ける「平和」という概念を用いた平和的生存権は裁判規範性を持たない、という論理を展開しています。しかし、憲法解釈にあたって議論されるべきは、抽象的、一般的なそれではなく、日本国憲法における「平和」であります。つまり、それは、先ほど

から幾度も申しているように、戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認という内容をもつものとして憲法9条によって明確に定義されているわけです。したがって、日本国憲法における「平和」は具体性のない概念だから平和的生存権には裁判規範性が認められない、という最高裁の論理は成り立ちません。これ以外には、明確に平和的生存権の裁判規範性について語った最高裁判決はないのではないのでしょうか。百里基地訴訟は自衛隊基地のための土地用地の売買にかんする訴訟ですので、本件のような公権力行使のケースとはかなり性格の違ったところでの平和的生存権論ではなかったかと思っております。

11. 「平和」概念の抽象性について

平和的生存権の権利性に関して、今言われた「平和」の概念の抽象性から裁判規範性を否定する考え方があるようですけれども、これについては今先生が話された内容で具体性があると、日本国憲法における平和というのは具体性があるんだということになりますか。

はい。具体性、特定性があると思います。先ほど申しました9条についてはくりかえしませんが、憲法は、前文でも平和について明確に定めています。前文は「平和の宣言」と言えるほど熱心に平和について語っていき、戦争をしないという態度、それに基づいて平和を消極的ではなくて積極的に建設していく、つまり世界平和を実現していくために日本国民が努力する姿勢をうたっています。たとえば、第1段の、「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起こることのないやうにすることを決意し」という文言に接するとき、日本国憲法は、平和というものを政府、つまり国家権力が戦争をしないという内容のものとしてとらえていることは明らかであります。あるいはまた、前文の第2段の最初の言葉だったと思いますけれども、「日本国民は、恒久の平和を念願し」と述べています。この「恒久の平和」は、一時的な外交上の平和、つまり政策上平和を掲げるということではなくて、永遠の世界平和を確立しようとするものであります。そうした9条や前文全体の規範から見て、日本国憲法にいう平和の概念は具体的であり、かつ特定のなものだと言えるとと思います。

12. 「平和的生存権」の定義

平和的生存権を定義するとしたら先生はどのように定義されますか。

平和的生存権については、何より憲法前文の「平和のうちに生存する権利」という文言に忠実に考えるべきだと考えています。そしてその「平和」が、先ほど申し上げたように、9条によって定義づけられるものである以上、平和のうちに生存する権利とは、公権力が9条違反をしない日本において生存する権利であると言えると思うのです。つまり、その中身は、9条はまず第1項で戦争、武力による威嚇、武力の放棄、そして第2項では戦力を持たないことをそれぞれ定めております。したがって、平和的生存権の定義は、少し長くなりますけれども、「戦争をせず、武力による威嚇をせず、武力行使をせず、そして戦力を保有しない日本に生存する権利」ということになるだろうと思います。

ただ、この事件の原告は、平和的生存権について、「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」という定義をしておられます。そのことを考えますに、私の規範の文言にこだわった定義からいたしますと、原告の定義は短いわけですが、内容上しっかりと中心点を把握した定義だと思えます。そこでは戦力を持たない日本という部分が抜けておりますけれども、自衛隊が戦力に当たるかどうかという、長い期間続けられている議論を脇に置くとして、その自衛隊の活動、とくに海外への派遣を今問題にしているわけですから、やはり中心は戦争や武力行使ということになってまいります。したがって、「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」という定義の仕方は、今日妥当なものであると考え、私はそれに同感する次第であります。

13. 平和的生存権侵害認定の要件

平和的生存権が侵害されたという、それはどのような場合が侵害という結果になるのでしょうか。

平和的生存権についての私のような定義からいたしますと、9条違反の公権力行使がなされたとき、そのとき国民一般の平和的生存権は侵害されたということになるだろうと思います。今、「国民一般」という言葉を使いま

したのは、原理上は、その場合すべての国民が訴訟を提起することができるということを含意しています。もちろん、今日の現実の訴訟制度を考えますと、訴訟要件、とりわけ原告適格の問題が生じますので、どういう形でこれが裁判になじむのかを深く究明していかなければなりません。この点を留保しておきます。

14. 原告らの平和的生存権侵害状況

現在、我が国の状況、言ってみれば原告らの置かれている状況から言って平和的生存権が侵害されている状況であるということが言えますか。

結論として、そのように言えると考えます。なぜならば、今日、憲法第9条や平和的生存権を巡る問題点たくさんありますけれども、その中でイラクへの自衛隊派遣の問題に絞って考えましても、やはり9条とは正面から相容れないのではないのかと思います。しかも、それは、憲法9条に反していることに加えて、自衛隊法にも反している。つまり、自衛隊法はその理念において、また立法目的において専守防衛であります。その専守防衛の目的によって設定されたはずの自衛隊が何ゆえに海外への派遣、しかもこの場合には戦場である外国へ武装して派遣されるということをも可能とするのか、自衛隊法の立場から見ても甚だ理解しがたいことです。

これにかんしては、防衛庁の政務次官を務め、郵政大臣をなさっていた箕輪登さん、防衛庁の官房長であった竹岡勝美さん、また防衛庁の教育訓練局長であった小池清彦さん、現在新潟県加茂市の市長をなさっている、こういうお三人の共著が次のようなタイトルを持っていることは非常に象徴的です。それは『我自衛隊を愛す、故に9条を守る』[かもがわ出版、2007年刊]というものであります。つまり、自衛隊法に立脚した自衛隊を是としてその行政に尽瘁なさってきた方々が、そうであるがゆえに、すなわちその理念に忠実であるがゆえに今日の自衛隊イラク派遣は許せないと主張されているのです。その中の箕輪さんは、自らただひとり原告になって、北海道でこの熊本と同種の訴訟を起こされ、しかし亡くなられました、御承知のことだと思いますが。

つまり、こうしたことは、今回のイラク派遣は、多くの人から自衛隊法

違反と見られていることを物語っています。もう一つ付け加えて、今回のイラク派遣は、イラク特措法それ自体への違反でもあります。結局、それは、9条違反、9条違反は平和的生存権侵害を惹起いたしますが、そのようにして違憲であるとともに自衛隊法違反、そしてイラク特措法違反という、まことに法治主義の体系からは説明し難い国家行為であって、それにもかかわらず、それが今日なお続けられているということは、原告を含む国民の権利を侵害しつつつけているものであると指摘しておきたいと思う次第です。

15. 自衛隊の情報保全隊活動による平和的生存権侵害

甲第79号証の1ないし8を示す

今年6月7日の毎日新聞の報道によれば、自衛隊が全国で市民を監視して、ここ熊本でもこの訴訟の原告41番の荒木正信さんが事務局長を務める「戦争を許さない県民連絡会」などの団体が監視の対象とされておりますけれども、これをどのように先生は考えられますか。

私も市民の一人、あるいは憲法研究者の一人としてこの報道を慄然とする思いで受け止めました。本当に、やや感覚的な言い方をいたしますと、背筋が寒くなりました。なぜか。自衛隊の一つの機関、一つの部隊が、つまり情報保全隊というものが自衛隊の中の警察活動だけではなくて一般市民に対して警察活動を行っている、情報を日常的、系統的に収集をし、そしてそれを分類し、価値づけをしている。この価値づけの中には「反自衛隊活動」という分類もあります。こうした分類をして、私たち市民の生活に自衛隊が常に目を光らせているという事態への慄然とした思いを禁じえないからであります。戦前、憲兵、あるいは憲兵隊という明治時代に作られた、御承知の制度を想い出させます。これは本来旧帝国陸海軍の内部の警察の仕事を行うものとして作られたわけでありましてけれども、直ちに民衆の様々な活動を監視し、抑えていく役割を果たすことになりました。取り分けて1930年代以降の日本の戦時下においては、具体的な市民生活、例えば戦争に対する流言蜚語に耳を澄ませて取り締まるというような活動をいたしました。この憲兵というのはまことに日本の市民から恐れられた存

在であります。今般の情報保全隊は、本質的にこれと同じ活動をする組織なのではないのか。こうしたことが今日本当にあり得るのかという気がいたしました。

この法的根拠を尋ねて自衛隊法を採ってみますと、自衛隊法の中には、自衛隊の行う治安出動下命前の情報収集活動というものがあります。しかしそれは、これに該当しないわけです。自衛隊法施行令の中にもありません。つまり、権限行使の根拠規範なしに自衛隊はナマの権力を行使しているわけです。もちろん、訓令の中にはそれに関連したものがございすけれども、しかしながら訓令という法形式は、法治国家においては市民の自由を制限する根拠になりようはずがないものであります。

そして、そのような違法行為によって市民の被る権利侵害は、具体的にはプライバシーの侵害、また表現の自由、政治的活動に対する大きな制約に及びます。のみならず、この自衛隊のこうした行為は、市民の平和的生存権を侵害します。平和的生存権は、先ほど定義しましたように、要するに、私たちが戦争や軍隊に怯えることなく、穏やかに生活するということを基本的内容としたものです。それに照らせば、自衛隊のこうした行為は平和的生存権の侵害行為にあたります。

この問題で国会での討論を少し注意深く聞いていたのですが、久間防衛大臣は、イラク派遣をしている自衛隊員の家族の皆さんの安全を守るためにこうした活動をしているのだという答弁をしています。つまり、この問題は本件のイラク派兵と結びついているわけです。こういう状況の中で自衛隊が違法な活動をしている。私たちは、この情報保全隊の問題を深刻に受け止めなければならないと思っております。

16. 平和的生存権の具体的人権性の確認

原告ら代理人（河口）

最初に、先ほど先生は相代理人からの質問に対して平和的生存権には裁判規範性があるということでおっしゃいましたのでこの点について具体的にお伺いいたします。まず、平和的生存権の性質をもう少しお伺いしたいんですが、平和的生存権というのは一人一人が有する具体的な人権ということで理解してい

いんでしょうか。

結論としてそうだと思います。憲法の規範に忠実な理解をするなら、全世界の国民が平和的生存権の享有主体だといえます。もちろん、憲法というものはナショナルな、一国の法でありますから、「全世界の」としていても、直接には日本国民ということになろうと思います。また、そこでいう国民は国籍を持った日本国民にとどまらず、日本社会に住んでいる在日外国人も含めた日本社会の人を意味します。そして、平和を求めるということは国民すべてが持っている課題ないし目標でありますから、主体概念は集団的な性格を帯びざるをえません。ただ、やはり、つまるところ権利の主体は個々の国民、先ほど言った広い意味での国民ですが、国民個人ということになろうと思いますし、この訴訟におきましても、原告団を構成しているそれぞれの原告各人の権利ということになるのではないかと思います。

17. 平和的生存権を根拠として成立する訴訟類型

先生は平和的生存権は個人個人が有する具体的な人権であって、かつ裁判規範性を有するという点でおっしゃっておられますので、平和的生存権を根拠として裁判を起すことが可能であるという理解でいいかと思うんですが、では具体的に平和的生存権を根拠とする訴訟にはどういう類型があるんでしょうか。

一般的な言い方になりますが、行政事件訴訟法が抗告訴訟として予定している取消訴訟、違法確認、この場合には違憲確認、差止め、それから義務づけ訴訟、さらには行政事件訴訟を離れまして国家賠償請求訴訟、これらのものが一般的に可能になってくると思います。

18. 国家賠償請求

では平和的生存権によって今おっしゃいました国家賠償、あるいは損害賠償は請求できるというのは一般的に言えばどういう場合にこれが可能になってくるんでしょうか。

公権力の行使にあたる公務員の故意・過失による行為が違法であって、そしてそうであるがゆえに国民が権利、あるいは法的に保護された利益な

いし保護に値する利益の侵害を受けたというときに一般的には賠償請求権が成立をすると思います。

19. 差止請求

では、平和的生存権によって国家行為、あるいは公権力の行為の差止めを請求できるというのはどういう場合ということでしょうか。

差止請求をする場合には要件は絞られて、重要な権利が重大な侵害を受けたということ、またその権利主体が差止めを請求しようとしている国家行為との間に特別な関係を持っているなどの要件が国家賠償請求のとき以上に加わってくる、そのように一般的に思っております。

先生が先ほどおっしゃったことと関連してもう1度お伺いしたいんですが、今おっしゃった平和的生存権が侵害されるというのは国家行為が憲法9条に反する場合ということではないでしょうか。

はい。この今日の私の発言はすべてそういう理解の下でおこなっており、9条の侵害が平和的生存権の侵害になると考えております。

20. 名古屋地裁 2007年3月23日判決（田近判決）の評価

甲第78号証を示す

この甲78号証は本件と同種の裁判が名古屋で起こされておまして、平成19年3月23日の判決文です。この内容を見ていただきたいのですが、この判決書の中に、7ページ及び8ページに差止請求は不適法であるというような判示がされておりますが、この点についてはどうお考えでしょうか。

私もこの判決が出ましたときに、名古屋に住んでおります関係もあってすぐに読みましたが、2点述べておきます。一つはまず民事事件の請求として差止請求が不適法であると述べているのは、これまでの最高裁がずっと示してきた見解にそのまま依拠しているのだらうと思います。特に公権力行使がここで問題になってるわけですから、民事訴訟にはなじまないという理解をしているのだと思うのです。それとともに、この裁判所は行政事件訴訟としての差止めが請求された場合にも不適法だと解しておりますけれども、ここでは権利の具体性ということを取り上げまして、平和的生存権がそうしたものに当たらないという理解をしているように思いま

す。

もう一つ、私はとても注目した点ですが、平和的生存権と人格権双方について成立可能な場合があり得るという論述を加えております。これは、判決の主文には結びつかないものですが、非常に重要だと思います。平和的生存権につきましては、それが第3章の各人権と結びつくような場面があるとすれば、その場合には平和的生存権にも具体的な権利性が認められ得るとしています。平和的生存権が各人権の規定的な権利だということ、きわめて重要な認識をここで示しているわけです。

人格権にかんしても、この判決によれば、憲法9条と前文の歴史的経緯に鑑み、戦争のない、武力行使をしない日本で平穏に生活する利益を意味するものだとしております。この利益が法的保護に値すると解すべき場合が全くないとは言えない、つまり、平和のうちに平穏に生活する人格的利益、いわば平和的生存の人格権というものが認められる余地があるとしているわけです。したがって、そのような場合には損害賠償請求や差止めを求める根拠になり得るという余地を残したものだ、こんなふうに読んでおります。

21. 差止請求成立の可能性

国家行為の差止請求について、その差止めの請求が可能かどうかということは、先生がおっしゃったところによりますと、被侵害利益の人権の重要性とその侵害の程度と関係するというところでまずいんでしょうか。

そうです。その両面から見ていくべきだと思いますね。

その点につきまして、例えば自衛隊の海外派遣、海外派兵という国家行為が平和的生存権の侵害に該当し、かつそれによって自衛隊の海外派遣自体を差し止めるということが可能になるような場合というもの存在するとお考えでしょうか。

私の理解によれば、今般のイラクへの自衛隊派遣の持っている、憲法に照らしての違反の程度は大きなものでありまして、単に自衛隊を日本の領土領海以外に出したというだけにとどまらないものです。かつてなかったことです。PKOの場合は、停戦後の場所へ、しかも最小限度の武器を携

えた形の中立的な働きをする内容で自衛隊を送るというものです。此度のものはこれとは随分違うわけです。また湾岸戦争の際にいわゆる掃海艇の派遣がありましたけれども、これはあのときの言い方で「旗を見せろ」、つまりショウ・ザ・フラッグという声に従って日本の海上自衛隊の旗を外国の空に翻して掃海活動をした。これも後方支援活動の一つにほかなりませんけれども、それにとどまっています。

今日のもは、「軍靴で地上を」踏んだ、ブーツ・オン・ザ・グラウンドという、文字どおりの派兵です。こういう行為はやはりこれまでの海外派遣の流れから見ても格段に違憲性が強いものであろうと思います。したがって、それとの相関関係において打撃を受ける、つまり侵害される国民の利益、これは平和的生存権であり、また平和な生活の人格権ということになるわけですが、これの侵害の程度もやはり格段に大きいと言えないのではないのでしょうか。

22. 自衛隊海外派遣と9条との関係

今先生がおっしゃったのは、自衛隊を海外に派遣したからといって必ず9条に違反するわけではないが、その状況や程度等によっては9条に違反する場合があります。本件はその疑いが強いのではないかということでもまずよろしいでしょうか。

ええ。海外派遣にも、もちろん平和的な活動、つまり、非軍事的・民生的な平和的国際協調活動もあり得るわけであって、そうしたものは別論です。しかし、本件の自衛隊派遣は、これまでも申ししてきましたように、明らかに9条違反のものと言わなくてはなりません。

23. イラクの治安状況

では本件について判断することを前提といたしまして、まずイラクの治安状況についての先生の御見解、御認識をお伺いしたいのですが、まず先生は現在の、近時のイラクの治安状況についてはどのように御認識でしょうか。

私は、外交関係、また国際政治の専門学者ではなく、憲法学を専攻している学徒に過ぎません。それで専門的知識がありませんが、ただ知識人の一人としてそれなりに今の新聞や一般的な報道から関心を持って情報を集

めておりますので、その限りで発言ができるかと思えます。そうした者としてですが、現在のイラク情勢の特にどの点をお話しすればよいのでしょうか。

そうですね。治安状況をどう認識しておられるかということですが。

私は大変破滅的な状況であると判断しています。米英によるイラク戦争開始の2003年3月に出版した本『憲法と国際人権を学ぶ』晃洋書房)の端書きで、私は、「イラクの民衆は阿鼻叫喚の世界の中に置かれている」と書きました。今もそう思っております。

今日の午後私たちは、こうしてお互いこの静かな環境の法廷において裁判という厳正な行為を行うことができるわけですが、イラクだったら果たしてどうなのであろうか、そんなことを思ったりいたします。私は大学の人間ですけれども、静かでみんながここにこしている中で講義が、イラクの場合にはなされようもないのではないかと。まさにいつ殺される、傷つけられるかもしれない、理由もなくそうされるかもしれないという中で生きなければならない状況は、仏教の言葉でいう阿鼻叫喚の世界にほかなりません。今のイラクの治安状況は治安のない状況といえますか、破滅的なものと理解せざるを得ないと思うのです。

24. イラクは内戦状況か

甲第3号証を示す

391の新聞記事を示します。この甲3号証の391は2006年11月29日付けの、昨年11月末の新聞記事です。イラクの現状は内戦状況であるとアメリカの主要なメディアが位置づけるようになってきていることを示しております。甲3号証でこの後にも新聞記事を次々と書証として提出しているのですが、この後もイラクの治安状況は改善してるといことは全然ありませんので、少なくともこの時期より現在は同じ程度か悪化しているということでもまずお考えいただきたいんですが、この時点で米主要紙はイラクの現状は内戦であるということでも位置づけておりますけれども、先生もこの当時、あるいは現在のイラクの治安状況は内戦状況であるというふうに御認識でしょうか。

内戦とは、法的な理屈を言うように恐縮ですが、国内における権

力をもった勢力と反権力の勢力との間の武力紛争、あるいは分離独立を求める武力紛争である、というのが教科書的定義です。私は、この問題について先ほど言いましたように、専門的見識は持っていないのですが、イラクがアメリカなどの攻撃を受けてのち、まさにこのような内戦状況に入っているということができると思います。イラクの場合には宗教的な対立が政治的対立に加わっておりますし、さらに民族間の対立もあります。それにつけても何よりも感じますのは、この状況をイラクの人たちが自らそれを招いたのではないということです。そうではなくて、アメリカなど最初有志連合という形をとっていた国々の、取り分けアメリカのイラクへの侵攻がそれを招いたわけです。

アメリカのブッシュ政権がこれに踏み切ったのですが、アメリカの国内でも、侵攻はイラクをパンドラの箱を開けたような状態にしてしまう、つまり収集がつかなくしてしまうという声はたくさんあったことが今日では明らかにされています。ブッシュ政権の誤った判断によって、まさに市民が毎日殺されるという状態になっている。私の発言は、理想論と受け取られるかも知れませんが、やはりそうした国外からイラクへ入って、今駐留を続けている勢力は、侵攻をやめて撤退し、イラクの民衆が自らその運命を決める、民族自決、これを可能にするような国際環境を作らなければならないと考えます。そうしないと、イラクの民衆を今日のこの阿鼻叫喚の地獄から救うことはできないし、最近の報道では1週間に数千人という単位で殺害されているような状況は変わらないのではないのか。日本もそれにかかわっている以上、本当にこの状態を公権力担当者が深く考えて真摯な態度をとるべきであると思っております。

25. バグダッド付近の治安状況

甲第46号証を示す

甲46号証は行政文書の開示の請求に対する決定の通知書で、4枚目以降が実際に開示されている内容に当たるものです。これをご覧になられると分かると思いますが、内容に関してほとんど真っ黒に塗ってあって判読できないんですけども、航空自衛隊が発着した地点については記載がされております。1枚

目ではアリから出発してアリアルサレムというところに着陸したと。2枚目はちょっと分かりませんが、3枚目ではバグダッドを拠点として行動したことが伺えます。ということをお前提としまして、次にもう1通書証を示します。甲第3号証の新聞記事の342を示します。これは航空自衛隊のイラクでの活動がバグダッド空港を拠点の一つとして活動しているということが示されましたが、これに關しまして甲3号証の342という昨年の10月6日付けの新聞記事ではアメリカのライス国務長官がイラクを訪問した際にバグダッド空港に着陸しようとしたところ、バグダッド空港、先ほど申し上げました航空自衛隊が活動しているバグダッド空港の周辺で砲撃があって、アメリカのライス国務長官の乗っている飛行機の着陸が35分も遅延したということが報じられております。この二つの書証を基にしまして伺いますが、このような今申し上げましたような航空自衛隊が活動拠点にしているバグダッド空港の治安及びこの周辺の治安状況というものを先生はどうお考えでしょうか。

治安の悪い地域は、イラク全土がさぞかしそうだろうと思いますが、その中でも際だって悪い、その一つがバグダッドであることはたしかでしょう。そうであるからこそ、日本の陸上自衛隊は、バグダッド周辺等を避けて、サマワという南部の地域に派遣、駐留をしたわけです。そして空自もごく最近までは、バグダッドへの米兵等の輸送はしなかったわけです。それは、バグダッドが、まことに、イラク特措法のいう戦闘地域中の戦闘地域であるためにほかなりません。

今見せていただいた証拠は、別の市販されている本にも書かれていたのを知っておりましたけれども、ほとんどが墨塗りで、何がなされたの分からない形になっています。つまり国民に情報が知らされていないわけであり、このことはとくに重大です。私たちは主権者でありまして、情報公開をされるその主人公であります。私たちから権力を預かっているにすぎない政府が私たちに公開しないのは民主主義の大もとを崩す所業です。国会でも議論になっておりましたけれども、国民代表議会である国会に対してさえ示していません。ですから、私たちは一体全体航空自衛隊がイラクで本当は何をしているのかをほとんどまったく知らないまま主権者とし

ての判断をせざるを得ない状態に置かれている。これで果たして主権在民の国家と言えるのだろうかという根本的な疑問を感じております。

26. 空自と米軍の一体的活動

甲第 38 号証及び甲第 39 号証を示す

まず甲第 38 号証ですが、これはアメリカ空軍の公式ホームページの記事をプリントアウトしたものです。この内容としては、最初の一番上のほうに書いてありますが、航空自衛隊がコンバットゾーン、つまり米軍が規定しているコンバットゾーン、戦闘地域に配備されているということがまず書かれています。及び同じページ、これ 1 枚目ですけれども、真ん中より下のほうですが、ピーニングから始まる文章については、これは航空自衛隊が米軍と緊密に協力して行動しているという趣旨のことが書かれております。甲 39 号証はこの件に関するインターネット上の新聞記事でして、民主党の鳩山幹事長が批判しているという記事です。このようにアメリカの米空軍の公式ウェブサイトからもはっきりと分かるようにコンバットゾーン、つまりアメリカ軍が提示している戦闘地域ですが、ここに航空自衛隊が派遣されており、そこで米軍と緊密に協力して行動しているということがはっきりと明らかにされておりますけれども、この点について先生はこの活動状況をどうお考えでしょうか。

直接にはイラク特措法に対する正面切った違反だと考えます。コンバットゾーンという英語の表現と我がイラク特措法の使っている戦闘地域とがぴったり一致するのか、それはそれとして細かな検証が必要かと思いますが、実質的には同じものと見てさしつかえないでしょう。アメリカ側はコンバットゾーンで日本自衛隊が活動しているとそこで言っていることを踏まえて考えるならば、日本の自衛隊の活動は、憲法、自衛隊法、それを脇に置いてもおお直接的な活動根拠であるイラク特措法それ自体にも違反していると言えます。前の総理大臣の印象に残る答弁を今思い出しましたが、小泉前首相はこんなふうには言っておりました。自衛隊が派遣される地域が非戦闘地域なんですと。こうした形而上学的な観念論からすればイラク特措法違反は起り得ないわけでありますけれども、これは観念の世界の話であって、実質的には現在自衛隊は、イラク特措法違反を日々続け

ていると言わなくてはなりません。そのように思います。

27. 空自派遣の平和的生存権侵害

今先生がおっしゃいましたような先生の御認識されておられる航空自衛隊の派遣地域と活動内容に関する先生の御認識を前提としますと、あるいは、先ほど情報保全隊がイラク派遣に付随して、あるいは関連して国民の活動を監視しているという、実に公然と活動しているという、航空自衛隊の派遣は付随するそういう監視活動も含めての御認識からすれば、この派遣は、日本国民の平和的生存権を侵害していると判断していいでしょうか。

それは明らかだと思います。既にこれまでも述べたところですので結論だけにとどめますけれども、一般の自衛隊の派遣はどの面から見ても違法の国家行為です。法治国家である日本では法律を徹底的に大事にしなければなりません。それにもかかわらず、その頂点にある憲法から見ても、るる申していますように、その下にある自衛隊法やイラク特別措置法から見ても全く根拠を持たない国家の公権力行使であると言わざるを得ないものです。したがって、それによって受けている人々の権利や利益の侵害というのは、今までの私のお話の中では自衛隊員のことは出しておりませんが、派遣の名宛人になっている自衛隊の皆さんを含めて、国民すべてに多様で深い傷を、法的には権利や利益の侵害をもたらしていると思います。

今おっしゃった趣旨からも明らかだと思いますが、航空自衛隊の海外派遣、海外派兵というのは憲法に違反しているというふうに判断されているということでもいいのでしょうか。

ええ。繰り返して申すとおりですけれども、真正面からの違憲な国家行為であると考えます。

28. 国家賠償請求成立の可能性

では、違憲であるということで損害賠償の請求、あるいは派遣の差止めというものの請求というものはなし得る程度の侵害であるというふうにお考えでしょうか。

その違憲の程度がこれまで申し上げた私の考え方ではきわめて深刻なも

のでありますから、したがってそれによって人々が受ける権利侵害というものは重大なものであって、損害賠償はもちろん差止めの根拠にもなり得ると思います。ただ実際に訴訟の制度に則して考えます場合には一層個別的な検討が必要ですから、その点を課題として留保しつつ、一般的には今日これらの請求を基礎づける程度のものになっていると考えます。

29. 人格権の主張

原告ら代理人（板井俊介）

続きますは人格権のことについてお尋ねしていきたいと思うんですけども、この訴訟で戦争や武力行使をしない日本で生きる権利、これをいわゆる人格権としてとらえることができるのでしょうか。

戦争や武力行使をしない日本で生存する、あるいは生きる権利は、平和的生存権の定義として本件で使われているものです。そして、この平和的生存権は、私法上の権利としての人格権を裏付けています。その人格権の一つの内容として戦争や武力行使のない日本で穏やかに生活をする法的な利益ないし権利が含まれていると言えるのではないかと考えます。

すなわち、人格権は、御承知のとおり、それ自体の理論上の歴史を持っており、また憲法とも関係が深く、取り分け13条の幸福追求権と大きな結びつきがあります。したがって、平和的生存権と共通した内容のもの、つまり平和のうちに穏やかに生活をする利益を私法上の人格権という形で主張できるのではないかと考えます。

30. 名古屋地裁田近判決における人格権論

甲第78号証を示す

10ページ目を示します。これは先ほどもお示ししました今年の3月23日付け名古屋地裁における判決書きですが、この一番下の「もっとも」から始まる下の段落の2行目、「戦争のない、または武力行使をしない日本で平穏に生活する利益」というくだりがあります。それからさらに一つの行の最後のほうから始まりますが、「憲法9条に違反する国の行為によって生活の平穏が害された場合には損害賠償の対象となり得る法的利益」、こういうくだりがあります。今証人が人格権としてとらえることができるというふうにおっしゃった内容と

というのは、今お示した判示の内容の部分の趣旨ということでよろしいのでしょうか。

ええ、ほとんど一致していると思います。

31. 人格権侵害の成立要件

そうすると、今申し上げたような権利が具体的にはどのような場合に侵害されたというふうに言えるのでしょうか。

本件の場合にはイラクに自衛隊を派遣しているという行為でありますけれども、そのような国家行為によって多くの人々が不快感、あるいは焦燥感ないしは恐怖などの感情における侵害を受けます。ただ、平和的人格権、つまり平和のうちに生きる、平穏な生活をする人格権を主張するためには、それに加えた特別の要素が必要になってくるのではないのかと思うのです。つまり、国民それぞれの置かれている状況に照らして、いかえれば個別的に観察をして、それぞれの人が本件派遣との間に特殊な関連、特別な関係を持っていることがやはり必要です。それをしっかりと見ていくことが平和的生存権、また、それに基づく人格権を裁判上主張するためには必要になってくると思っております。

32. 各原告における具体的な人格権侵害

① 原告・長迫玲子さん

甲第33号証を示す

これは原告の長迫玲子さんという方の陳述書です。例えばこの方においてはどういう意味において平和的生存権、あるいは人格権の侵害が生じてるというふうにお考えでしょうか。

本件訴訟の原告の方々の陳述書を私すべて拝見いたしました。大変率直に申しますと、最初これだけのものを読むことは関西弁で言って「しんどい」と思ったのですけれども、しかし読み進めてまいりますと、それぞれの皆さんの平和への心がそこに示されていて胸を打たれ感動しながら読ませていただきました。全体に共通するものは何よりも「戦争」です。直接に体験された方はもとより、そうでない方も、戦争の残したもので大変苦勞をなめておられ、外地からの引き揚げの方もたくさんおられます。そう

した苦勞をした経験をもって、この憲法に出合っておられるわけです。この憲法を、青空のような、希望を与えるものとして受けとめておられる。だからこそ、この憲法の下でそれに反して平和を乱すような国家の行為は、それをやめさせようと努力されている。これが共通しております、その共通性においてすべての原告の方が平和的生存権ないし人格権を主張する資格を持っておられると、私は思います。

もとより、なお現実の日本の訴訟制度の中で厳格な観察をしていかなければなりませんので、そういう点で今弁護士がお示しになった、まずは長迫さんのこの陳述については、先ほど私申しました関連の特殊性ということがとても鮮やかに言えるのではないのかという気がいたしております。

この方は熊本市の自衛隊の総監部が置かれている地域で生活をなさっており、したがって自衛隊の家族の方々とも親しい、そういう方なんです。その中で何よりも自衛隊というのは日本を守るものであって、ふつうの軍隊ではなくて、絶対に外国に行くことはないという気持ちを自衛隊員も持っているし、近所の方々、また長迫さん御本人も持っておられる。そういう中で今回のこれを破っての海外派遣、中身としては「派兵」がなされた。したがって、大変なショックを受けておられて、一体いつから日本はこんな国になってしまったのだろうか、派兵された人々は安全なのだろうかと思ひやり、また、こうした日本国民が加害者になることに打ちのめされているとおっしゃっている。こういう事例というのは、先ほど申したような人格権を証明するのにまことに適しているのではないのかと思ひました。

② 原告・藤岡崇信さん

甲第 64 号証を示す

ただ今のお話は長迫さんについてのものでしたが、例えばほかの原告の方についてもお尋ねしますが、甲第 64 号証、藤岡さんの陳述書があります。例えばこの方で言いますとどういうことになるのでしょうか。

この方は僧侶さんだったと思うのですが、法事、法要をなさる、そのことを通して平和の問題について深く考えるようになったと書いておら

れます。その中で心打たれましたのは、戦争犠牲者の方々というのは法事ごとに年数を経ていくわけですが、もし今生きておれば何歳になりますと遺族の方が言われることがあり、そのような際にしばしば嗚咽される。また、今日は17歳で戦死したこの兄の33回忌ですというようなあいさつをなさったりする。つまり、この僧侶さんは直接ご自身で戦争の体験をされたのではないのですけれども、宗教者としてのお仕事を通して戦争で亡くなった人々への思いを強め、それを通して兵戈無用という釈尊の教えを改めて知ったと、そしてそれがイラク派兵に反対する訴訟に加わった動機なのだとおっしゃっている、こういうケースであります。

③ 原告・古澤千代勝さん

甲第66号証を示す

同じく同様の趣旨で御質問いたしますが、甲第66号証、古澤さんの事例だとどうなるのでしょうか。

この方は小学校の教員を長くなさって退職されている、そういうお立場の方でありますけれども、涙してしまった個所がありました。17歳のときの日記を紹介されていてお兄さんは甲種予科練習生、いわゆる予科練に行っておられて、予科練というのは誇りでありますから、この方も兄さんに続こうと思って少年航空兵になるのだと志しておられた。そうしたとき、お母さんが、国のために尽くす道は軍人になるばかりでなくほかにもある、学校の先生になって次の国民を育てることも大切だと諭された。その際お母さんは、周りを憚るようにして諭されたそうです。そういう時代だったと思うのですね。お母さんは、必死の思いで死ぬと言われたわけです。それでこの方は予科練ではなく、師範学校への道を進んで先生になり、平和教育に励まれた。しかし、この方の孫娘さんが、いろいろな経過があったのだらうと思いますけれども、自衛隊に入られました。それは悲しかったけれども、しかし何とかこのイラク派兵を止めることでこの最愛のお孫さんが死なないようにしたい、と書いておられます。こういう思いは、自分の肉親だけではなくて、すべての若い人に向けられたものなのだろうと私は拝見いたしました。

④ 原告・宮川経範さん

甲第70号証を示す

70号証は宮川さんとおっしゃる原告さんの陳述書です。この方についてはどうなるのでしょうか。

この方は宗教者で、プロテスタントの牧師さんです。特に、香田証生さんの死、殺害に大きな打撃を受けて、そのことでイラク派兵問題を深く考えるようになる。香田証生さん。「証生」というのは、何と、生きることを証すと綴ります。この名前を持っている香田さんがイラクのいわゆる武装勢力によって殺害されるに任せてしまった、その事件は人々を悲しませました。この武装勢力は自衛隊がイラク派兵をやめるならば香田さんを釈放すると宣言していました。このような要求の善し悪しは別にして、もし「人の命は全地球より重い」という立場に当時の小泉政権が立ってくれたならば、この人の殺害はなかったわけです。原告の宮川さんは、この問題のもつ重さをやはり宗教者として自分の問題としてとらえて、今回の訴訟への参加をなさっています。私は感動しましたし、法の世界では人格権の主張をなし得る、そういうお立場であることを確信しました。

33. イラクの現場検証の必要性

今おっしゃられたような原告らの人格権侵害の有無、あるいは損害賠償請求の可否、これを判断するための方策として、イラク国内の現在の治安状況、こういうものを実際に確認する必要があるというふうにお考えでしょうか。

大いに必要があるのではないのでしょうか。もし派遣主体である日本政府が情報をすべて私たち主権者に開示しているのであれば、裁判所においても事実を正確に認識できるわけでありますけれども、そうでないことを考えれば、イラクの現地で実際に調べてみることは不可欠であるだろうと思います。イラクでそうしたことを調べることで、そして、原告の皆さんの生き方と意思をこの裁判において直接表明し、裁判所にそれを聞いてもらえる機会をつくること、それらが必要であると思っております。

34. 甲府地裁 2005 年 10 月 25 日判決への批判

乙第 5 号証を示す

これは本件と同様の訴訟でありますイラク派兵差止訴訟の甲府訴訟の判決、第 23 ページ目を示します。この判決の中で、下のほうの段落、イという段落がありますが、この「また」で始まる段落の 3 行目ですね。判決の理由としてこういうことが書いてあります。「間接民主制の下において決定、実施された国家の措置、施策が自らの信条、信念、憲法解釈等の反することによる個人としての義憤の情、不快感、焦燥感、挫折感等の感情の領域の問題というべきであり、そのような精神的苦痛は多数決原理を基礎とする決定に不可避免的に伴うものである。こういうことを理由にして人格権侵害等が認められない」という判示がありますが、これについてはどうお考えでしょうか。

この甲府地裁の判決は、出されたときに読んでおりますが、本件と同様の趣旨で日本各地において提起されている訴訟のかなり早い段階の判決だったと思います。判決理由中で一番驚きましたのは、やはり先ほどお示しになった間接民主制論の部分です。つまり、ここでいう間接民主制とは議会制のことですけれども、議会によって決められた、例えばイラク特措法、またそれに基づく行政府の決定としてのイラク派遣、こういうものは多数決によって決められたものであるから、それによって生ずる不快感や義憤の情があったとしても国民はそれには従わなければならないという論理です。しかし、民主主義理解という点においてこの判決には根本的な問題があるといわなければなりません。

すなわち、今日近代国家がとっている民主主義観は、こういう多数決民主主義ではなくて立憲民主主義であるはずです。立憲民主主義とは人権の保障を大前提とした民主主義、したがって少数者の自由、人権を最大限尊重し、それに配慮した民主主義、つまり、多数決主義の政治プロセスから排除された少数者の人権を救済できるようにする民主主義であります。この立憲民主主義こそ、私たちの共通理解であったはずです。裁判所もそれに立っているものと思っておりましたけれども、甲府地裁はそうではなかったようであります。議会の多数決民主主義による決定過程で排除された少

数者の意見は、裁判所によって救済がはからなければならないにもかかわらず、この裁判所は、それに理があるかどうかには耳を傾ける前に、決定には従うべしとし、不服があったとしてもそれは単なる不快感、義憤の情、焦燥感にすぎないと切り捨てているわけです。これは裁判所としての役割を自ら放棄してしまったものであって大変な危惧を覚える次第です。一つのイラク派兵訴訟に敗訴判決が出たというだけではなくて、この判決の持っているこうした基本的な問題性は看過できないと思っております。

35. 判決理由中の違憲判断の意義

少し話が変わりまして、憲法訴訟において判決理由中憲法判断を示すことについてはどのようにお考えでしょうか。

判決理由の中で憲法判断を示すという手法は、判決主文の中で憲法判断、その場合問題になるのは当然、違憲の判断でありましようが、そういう手法と比べてどう評価するかをお尋ねになっていると思います。たしかに、我が国の憲法訴訟においては、判決の主文では原告の側の請求を棄却をする形をとりつつ、しかしながら判決理由の中で憲法に触れ、争われている事柄については違憲という評価をしていくことがこれまでもあります。例えば、靖国神社を当時の小泉首相が公式参拝した問題について、福岡地方裁判所や大阪高等裁判所は判決理由中で違憲判断を示しております。

私は、この手法は、今日の我が国の憲法訴訟においては有益であり、また必要なものであると考えております。憲法訴訟において多くの場合に原告が求めているのは、中心的な争点について裁判所が違憲の判断をすることです。例えば靖国神社の場合、公式参拝についての違憲判断を判決理由中で示したとき、他の争点で、たとえば、宗教的人格権の侵害はなかったとして結論としては訴えを棄却するということがあったとしても、この判決理由中の判断は生きます。そして、その場合は、原告は上訴しないという選択をすることが多いわけで、判決は確定いたします。したがって、この憲法判断は将来に大きな積極的な役割を果たすこととなります。この点で、これは、日本の裁判所がとるべき一つの賢明なやり方であると積極的に評価をしている次第です。

36. 本件イラク派兵の違憲性の程度

それでは本件訴訟についての御意見というものもお伺いしたいわけですが、その前提として本件で対象になっていますイラク派兵行為というのは、これまでの海外派兵行為、あるいは自衛隊の活動、こういうものと比較してどのよう

に違法性、あるいは違憲性の程度が大きいかというふうにお考えでしょうか。

すでに申し上げたことを若干繰り返すことになりましたけれども、停戦が成り立ってから中立的な立場でごく限定された武器を持って海外に出掛けるPKO、これと比べて大きく異なっております。違憲性が深まっております。また、同じく自衛隊が海外へ出掛けるにしても、海にとどまって後方支援を行うという、湾岸戦争時期のものとも格段に違憲性が強くなっております。今回は直接戦場になっている他国の陸地へ、武装した自衛隊が、しかも5000人という大きな規模で派遣されている。この点に、まず、これまでとは違った今回の問題の持っている違憲性の深さがあると思います。そして、派兵が長期に及んでいて、なお将来の撤退の見通しが立たないという状況は、やはりこれまで日本の憲法の下で私たちが経験したことがない戦争への参加にあたるものだと言わざるをえません。違憲性の度合は格段に深いと思います。

要するに今回のイラク派兵行為というのは現行憲法下においてこれまでの歴史上最大の違憲行為であるというふうにお考えだということでしょうか。

ええ、現行憲法下、その少なくとも平和主義は、つまり第9条およびそれと一体のものとしての平和的生存権にかんしましては、文字どおり最大の違憲行為だと考えております。

37. 戦争を防ぐために司法は何ができるか

戦争はある日突然やってくるのではなくて、戦争準備の積み重ねがあって、ある時点で初めて目に見える形で起ってくるものというふうに思いますが、現行憲法の下で主権者である国民の平和的生存権を守るためには、いかなるときに司法はいかなる判断をすべきというふうにお考えでしょうか。

戦争について、日本国憲法は実に科学的な認識をしているのではないのかと思われま

文で「政府の行為によつて戦争の惨禍が起ることのないやうにすることを決意」というふうには、戦争は政府の行為によって起こされるものだととらえています。つまり戦争は自然現象ではなく、また民衆が起こすことのできるものでもなく、戦争を起こすのは、そして起こすことができるのはただ軍事権力を持つ国家だけであるという認識を憲法はもっているのだと言えます。大げさな言い方も分かりませんが、私は、わが憲法の戦争観はきわめて科学的であると思っております。

さて、そういうものを起こさせないようにしようという、これが憲法の決意であり、戦争をさせないために、私たちにはあらゆる努力をすることが期待されています。つまり、戦争はある日突然やってくるのではないというのは先ほどおっしゃったとおりであって、戦争準備が積み重ねられてその結果として戦争に至るのでありましょう。とすれば、私たちは、その準備をそれぞれの段階で止めさせなければなりません。

そして、その中で最も大きな役割を果たすことのできるものの一つが裁判所です。裁判所は違憲審査権という気高い権限を憲法を通して国民から与えられているわけです。したがって、この権限の行使を時期を失わずに、つまり戦争準備が進み積み重ねられ、どうにもしようがないところまで至らないその段階で、よく若葉のうちに摘むという言葉がありますけれども、戦争の企みは若葉のうちに摘まなければなりません。その際に裁判所が司法審査権の行使を通して果たす役割は、まことに大きいものであると思います。それは国民が期待するものであり、国民に支えられた権限行使となると言えます。

38. むすび：この訴訟において裁判所に期待されているもの

今までの御意見を踏まえて、最後の質問ですが、本件において裁判所が果たすべき役割、それについて憲法の観点からお話してください。

私は憲法の研究者ですが、特に違憲審査制ということテーマにして修士、博士の課程から勉強してまいりましたが、それを通して、裁判所の外部にいる者として感じるがあります。それは、裁判官、あるいは裁判所が違憲審査権をいざ行使するにはとても大きな決断が必要なので

あろうということです。なぜか、何より政治です。違憲審査権行使は現実の政治に大きな影響を及ぼすわけでありますから、どの裁判官もまずは躊躇されるのは、さぞかし当然であろうと思います。しかも、日本の憲法によれば、違憲審査権はすべての裁判所に、最高裁判所のみならず下級裁判所のすべてに付与されているわけですから、たった一人の、あるいは数人の合議の決断が大きな影響を国家運営に及ぼすことになる。こうしたことへの遠慮ないしは逡巡は、当然に強いものと思われまます。これは理解できるところであります。

しかしながら同時に、憲法はそのことを期待をしておりますし、そしてその期待をバックアップして、裁判官の独立や身分保障というものを最大限に厚くしているわけであります。そしてまたそれを、原告をはじめ国民の皆さんは支持しております。したがって、そういう中で法的な判断をするにあたって、政治に対して右顧左眄する必要はない、全くないわけで、法的にはこうであるという判断を示すことが、裁判官の憲法上の責務にほかなりません。当裁判所がこの責務を見事に果たしてくださることを私はお願いし、また心から期待をして発言を終りたいと思います。

(完)

