

〈資 料〉

## 自衛隊イラク派兵の違憲性および 平和的生存権の具体的権利性の弁証

— 名古屋高裁における証言 —

小 林 武

（公刊にあたってのはしがき） 本稿は、自衛隊のイラク派兵の差止めを求める名古屋訴訟の控訴事件（平成 18 年（ネ）第 499 号）を審理する名古屋高等裁判所において、2007 年 10 月 25 日午後におこなった証言と、関連する 3 つの資料から成る。

（1）この、「イラク平和訴訟」と呼ばれる、自衛隊イラク派兵の違憲を主張する訴訟は、全国各地の市民により担われているが、名古屋では、2004 年 2 月 23 日に違憲確認請求、差止請求および損害賠償請求の形態で、以降 7 次にわたって提起された。それらの訴えは地裁で斥けられたが、そのうちいくつかの訴訟（原審：名古屋地裁平成 16 年（ワ）第 695 号、同第 1458 号、同第 2632 号、同第 4887 号、平成 17 年（ワ）第 2956 号）が控訴審まで進んでいた。

2003 年末から政府が始めたイラクへの自衛隊派兵は、その後、サマワに駐留していた陸上自衛隊は 2007 年 6 月に撤退したが、航空自衛隊は、主としてアメリカ軍等多国籍軍の武装した兵員をバグダッド空港へ頻繁に空輸する活動をその後も継続し、アメリカ軍のイラク国民等に対する武力行使にとっての不可欠の一部となっている。

名古屋高裁民事第 3 部は、2008 年 4 月 17 日、遂に、このような空自の活動を、イラク特措法に違反し、かつ憲法 9 条 1 項に違反すると断じ、加えて、この訴えの根拠とされた平和的生存権について、具体的権利性をもち裁判規範と

なりうるものである、と明言する判決を下した。主文においては市民側の違憲確認・差止め・損害賠償の各請求はいずれも斥けられたため、勝訴となった国側は上告できず、また、傍論における違憲判断を実質勝訴と評価した控訴人側はもとより上告せず、5月2日、同判決は確定した。自衛隊をめぐる違憲判決は、1973年の長沼訴訟札幌地裁（福島判決）以来35年ぶりであり、とくに、確定したものは、1947年の違憲審査制開始以来初めての例であって、これが、画期的・歴史的意義をもつものであることは明らかであるといえよう。

こうした判決が出されることに、私のおこなった証言が幾分でも寄与しているならば、喜びこれに過ぎるものはないが、その検証は広く人々に委ねられる課題であり、そのために、これを——スピーチゆえの不正確さを補うための字句上の若干の手直しを加えて——ここに公にすることにした。なお、この証言の尋問にあたった控訴人側代理人は、中山 弦、中谷雄二各弁護士であり、私の発言を適切に引き出して下さったことに感謝するものである。

(2) 証言に関連する資料を、3点付した。資料①は、判決当日、裁判所側から配布された「要旨」である。この歴史的判決書のうち、判決理由の主要部分が、文字どおり要領よく要約されている。これを朗読した当日の裁判体は口頭弁論終了時とは入れ替わっていたが、判決を書いたのは、青山邦夫（裁判長）、坪井宣幸、上杉英司各裁判官より成る名古屋高裁民事第3部であった。

資料②は、判決から日を置かずに行った、筆者のさしあたっての感想的論評である。名古屋高裁判決のもつ意義についてのささやかな解説となればと考へ、掲載した。他日、このテーマで学術的な検討を深めることを期している。

なお、もうひとつ資料③として、同じイラク平和訴訟で2008年2月29日に出された熊本地裁判決を抜粋して掲げた。これは、その前年6月12日に同地裁でおこなった私の証言（本誌176号所収）をふまえた判決であるが、時間的に176号には掲載することができず、本号において併載した次第である。この判決は、原告らがした、自衛隊イラク派兵に対する違憲確認、差止め、および損害賠償の各請求をいずれも斥けたものであるが、平和的生存権にかんしては、判決理由中に傾聴に値する叙述も認められ、その部分を抜粋した。

(2008年6月27日 記)

I 自衛隊のイラク派兵差止等請求控訴事件（平成 18 年（ネ）第 499 号）にかんして 2007 年 10 月 25 日に名古屋高裁でおこなった証言

証言の主要項目

註）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、著作、研究分野、意見書提出の実績と関連著作
2. 平和的生存権の裁判規範性
3. 平和的生存権の裁判規範性肯定の根拠
4. 日本国憲法 9 条成立の歴史的・国際的背景
5. 他国憲法の平和的条項との比較
6. 平和と人権の関係
7. 日本国憲法平和主義の普遍性と特殊性
8. 国連憲章との比較
9. 日本国憲法平和主義の先進性を生み出したもの
10. 日本国憲法における平和保障の構造
11. 平和的生存権と 9 条との関係
12. 平和的生存権と第 3 章との関係
13. 前文の裁判規範性
14. 前文の裁判規範性にかんする最高裁判所の判断
15. 平和的生存権概念の具体性
16. 平和的生存権の憲法上の根拠
17. 平和的生存権の享有主体
18. 平和的生存権の成立要件
19. 平和的生存権の法的効果
20. 平和的生存権の権利構造
21. 自衛隊情報保全隊の市民監視活動と平和的生存権保障との関係
22. 平和を人権ととらえることの意義
23. 人格権侵害の主張
24. 名古屋地裁 2007 年 3 月 23 日判決（「田近判決」）の評価
25. 人格権侵害と平和的生存権侵害との関係
26. 人格権の憲法上の根拠規定

27. 百里基地訴訟最高裁判決の平和的生存権判断の射程範囲
  28. 百里基地訴訟判決以外の、平和的生存権の裁判規範性にかんする最高裁の裁判例
  29. 下級審——長沼訴訟札幌地裁判決による平和的生存権の裁判規範性の肯定
  30. 湾岸訴訟東京地裁1996年5月10日判決の平和的生存権論の積極性
  31. 田近判決における平和的生存権と9条との関連づけ
  32. 田近判決における平和的生存権と第3章との関連づけ
  33. 田近判決における間接民主制の扱い方
  34. 田近判決による、平和的生存権の具体的権利たりうる可能性の示唆
  35. 田近判決における具体的事実認定の欠如
  36. 田近判決の人格権論
  37. 田近判決に対する総体的評価
  38. 自衛隊イラク派兵についての憲法的評価。他国の武力行使との一体化の判断基準
  39. イラクにおける空自の活動の事実。多国籍軍部隊を輸送
  40. 米軍による掃討作戦の実態
  41. 空自の活動に対する、政府の憲法解釈に照らした評価：① 戦闘地域との地理的關係
  42. ② 空自自身の行為の内容
  43. ③ 武力行使との関係の密接性
  44. ④ 協力相手（米軍等多国籍軍）の活動の現況
  45. 政府解釈に照らした、空自の輸送行為の総括的評価
  46. PKO活動の違憲性との比較
  47. 自衛隊現地隊長の「駆けつけ警護」発言の憲法問題
  48. 各控訴人における具体的な平和的生存権侵害
  49. 控訴人のうち5人の陳述書に見る
    - ① 池住義憲さん
    - ② 井上二郎さん
    - ③ 水田 洋さん
    - ④ 津田公子さん
    - ⑤ 天木直人さん
  50. 控訴人全体に共通する被侵害利益
  51. 裁判所に求められる判断姿勢
  52. 今般、違憲のイラク派兵に直面した裁判所が果たすべき役割
  53. このケースで裁判所が違憲審査権発動を謙抑すべき理由はない
  54. 裁判所には、政治部門に右顧左眄することなく、今こそ法律家としての憲法判断による歴史的判断を下すこと期待する
- 補1. 平和的生存権の裁判規範性の確認
- 補2. 自衛隊イラク派兵は自衛隊法・イラク特措法に違反し、とりもなおさず憲法に違反することの確認

## 証人調書

平成19年10月25日 第6回口頭弁論 名古屋高等裁判所

事件番号 平成18年(ネ)第499号

証人氏名 小林 武

控訴人ら復代理人(中山)

### 1. 経歴、著作、研究分野、意見書提出の実績と関連著作

甲D第7号証、甲D第8号証を示す

証人の経歴は、この甲D第7号証に書かれたとおりで間違いありませんか。

ええ、間違いありません。

証人が今までにお書きになった著作は、甲D第8号証に書かれたとおりで間違いありませんか。

ええ、間違いありません。

証人は、これまで、どのような分野を研究されてきたのでしょうか。

主に、憲法の中では、憲法訴訟です。憲法研究者は、通例、比較の対象を外国に求めて研究をするのですが、私の場合はスイス憲法でありまして、スイス憲法の研究で法学博士の学位を取得しています。

証人は、これまで、本件以外に、平和的生存権の問題に関連して、裁判所に意見書を提出したことはございますか。

ええ、ございます。湾岸戦争の時期の、いわゆる市民平和訴訟に関して、大阪地方裁判所に出しました。何年だったかは失念しましたが、それが1件。そしてまた沖縄の、沖縄県知事に係る職務執行命令訴訟の訴訟参加の事案、これにつきましても福岡高裁の那覇支部に意見書を出しております。

証人がこれまで書かれた意見書をまとめた著作というのはございますか。

ええ、ございます。

甲C第20号証を示す

この『平和的生存権の弁証』というのが、今お話しされた著作ですか。

はい、そうです。2006年に日本評論社から出した『平和的生存権の弁証』という本です。

## 2. 平和的生存権の裁判規範性

それでは、これから、平和的生存権に関する証人のお考えを伺っていきたいと思います。この裁判の中で、国側は一貫して、平和的生存権に裁判規範性は認められない、すなわち、平和的生存権は裁判所が違憲審査の判定基準として適用できる権利ではないという主張を展開しています。このような国側の主張に対して、証人は、まず、結論的にはどのようにお考えでしょうか。

憲法が定めております平和的生存権、それは、憲法の前文の、「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権利を有することを確認する」という、「この平和のうちに生存する権利」のことであります。そして、その規定が裁判規範性を持っていることは十分にそれこそ弁証することができると思っております。何よりも、前文の中にあるわけですけれども、憲法の前文というのは、文字どおり日本国憲法の一部分であります。そしてまた、憲法81条に言う憲法、つまり、その憲法を基準にして一切の国家行為がそれに適合するかしないかを決定すると書かれている、その81条の中の憲法、その中に前文も含まれますので、まず前文は法的規範であることは疑いのないところです。

その法的規範である前文の中には、裁判規範でない部分も含まれていますが、具体性のある規定でありますと裁判規範としての意味を持ってくると思います。平和的生存権はそのような裁判規範性を持っている前文のうちの一部である、と考えております。

## 3. 平和的生存権の裁判規範性肯定の根拠

では、証人が平和的生存権に裁判規範性が認められると考える根拠としては、大きく言って、どのような点が挙げられますか。

やはり、最大の、そして、またこれはある意味では単純率直な論拠と言えると思いますけれども、憲法自身が「権利」だと定めていることです。

平和のうちに生存する権利、まごうかたなく権利という言葉も憲法自身が

使っているわけです。つまり、単なる政治の理念ですとか、あるいは、政府が進めるべき政策の原則ではなくて、国民、全世界のすべての国民に保障された権利という言い方をしているのでありまして、したがって、国民は、そのことによって、平和というものを単に政府の政策のもたらす反射的利益、つまり政策のおかげとしてではなくて、市民の側が積極的にこれを主張することができる。また、そして、それを害されたときには、市民は裁判所に救済を求めることができるということになってまいります。このように、「権利」と書かれたことは、それが裁判規範性を持っていることの何よりの論拠になるだろうと思います。

併せて、私は、私の著書にも、るる書いているわけですが、憲法の規範構造、つまり、憲法全体の条文の構造というものが、平和的生存権が具体的な権利であることの証しになっていると思うのです。すなわち、前文でいう、平和のうちに生存するという文章の「平和」という言葉自体は、抽象的といえるかも知れませんが、憲法はそれにとどまらずに、9条で、皆さん御承知のとおり、一切の戦争をしない、そのために一切の軍備を持たない、そして交戦権を否認するという、第1項、第2項の明確な規定を置いております。そういう意味合いをもつものが、憲法で言う平和であります。その内容はきわめて具体的で明確であるといえます。

そして、その平和的生存権は、第3章に国民の権利が宣言されている、日本国憲法の人権宣言部分でありますけれども、その中の13条、つまり、幸福追求権の規定を通して、第3章の中にあるそれぞれの人権と結びつき、具体化されます。結局、前文だけでなく、9条、そして第3章と併せて、憲法の規範構造全体を見ますと、平和的生存権の裁判規範性というのはとてもはっきりするのではないかと考えております。

#### 4. 日本国憲法9条成立の歴史的・国際的背景

今、証人がお話しされた憲法の規範構造については、また後ほど詳しく伺いますけれども、ここでまず、日本国憲法が制定された歴史的、国際的背景について伺っていきたく思います。日本国憲法9条は、戦争の放棄、軍備及び交戦権の否認を規定しておりますけれども、このような規定がされるに至った背

景には、世界史的に見て、戦争に対する考え方の、どのような変遷があったのでしょうか。

戦争の世界史というのはとても長い時間を要するテーマですので、かいつまんで申します。中世では正しい戦争、正戦論というものが一般的であったと言われております。ローマカトリックの場合は、その「せい」の言葉に「聖」なる、そちらのほうを当てて聖戦論、これが普通、説かれていたわけであります。しかし、近世から近代にかけて、ヨーロッパでは主権国家が成立をするに至りますと、各国が、戦争をすることは自国の権利に属する事柄である、この場合、国家の主権の問題であるとして戦い合うという、無差別戦争観が主流になります。それが20世紀に入って、第1次、第2次の2つの世界戦争を経ますと、そういう戦争の悲惨さに鑑みて、戦争を違法なものにしていく。戦争の条件を限定したり、あるいはまた戦争の効果、つまりルールに反した戦争については、それに対してサンクションを与えるという、戦争の違法化の流れが強まりました。大まかに言って、そのような流れの中で第2次世界大戦直後に出来た作品が、日本国憲法ということになるかと思えます。

## 5. 他国憲法の平和的条項との比較

それでは、日本以外の国の憲法でも、この平和主義に基づく条項を置いている例はございますか。

今日では、各国とも、基本的に、戦争は正しいものではない、違法なものだという見地に立っています。ただ、多くの国は、戦争を違法なものとしつつ、自衛のための戦争などならば認められるとして、一定の戦争を留保しています。それでも平和主義は、今日の世界の憲法の共通した原則であるといえます。侵略戦争をしない、あるいは侵略のための軍隊を持たないなどという平和主義条項です。その中で、日本国憲法は、一步進んで一切の戦争を禁止するところへとステージを高めたわけです。

日本国憲法の規定によく似た、常備軍を保持しないという規定を持つ例として、中米のコスタリカの憲法があります。コスタリカという国は、憲法を子細に見ると、例外的には常備軍を持つことを政府に許しています。



それにもかかわらず、賢明なコスタリカ政府は、軍隊を持っておりません。日本国憲法は、そういう例外を設けずに一切の軍隊を日本の公権力に禁止しているわけですが、それにもかかわらず、日本の公権力はそれを保持しています。残念なねじれ現象だという思いがいたします。

## 6. 平和と人権の関係

では、日本国憲法において、平和的生存権が規定されるに至った背景には、平和と人権の関係に対する考え方の、どのような変遷があったのでしょうか。

先ほど本当に簡単にしか申しませんでした。戦争が主権国家の権利だと考えられていた時期には、平和と人権とを結びつける考え方は生まれる余地はなかったと言えます。その後、戦争を違法なものとしていく流れの中で、人々の生存と自由のためには平和が不可欠だという、人の生存や自由を平和と結び付ける考え方が育ってまいりました。これを模範的に採用して、権利という実定法の水準に高めて結晶させたのが日本国憲法だと思います。

## 7. 日本国憲法平和主義の普遍性と特殊性

それでは、これまで証人がお話しされてきた歴史的な背景、国際的な潮流の中で、戦争の放棄、軍備及び交戦権の否認を規定する9条をもって、それから平和的生存権を規定する日本国憲法は、どのように位置付けられるのでしょうか。

私は、つねに、日本国憲法の位置付けを2つの面から考えております。ひとつは普遍性と申しますか、近代の立憲主義憲法が到達している平和主義をわが国憲法を採り入れたという面です。もちろんこれは先ほども申しましたように、自衛の戦争とそのため軍隊を留保した意味での平和主義ですが、この世界の憲法の到達点に、まずは日本国憲法も立っています。同時に、もうひとつの面は、日本国憲法の特特殊性ですが、つまり、さらにそこから一歩踏み出して、一切の戦争を放棄する、そして一切の軍備を持つことを公権力、政府に対して禁止をする、そして、交戦権は、本来、国際法的には、今なお独立国の主権の一部であるはずであるのに、それを日本国憲法は否認するという、そうしたところへ進み出していることです。

この点で、日本国憲法は、きわめて先進的だと言えます。このような両面から9条を位置付けたいと思っております。

## 8. 国連憲章との比較

今の証人のお話の中であった日本国憲法の持つ先進性という点ですけれども、例えば、国連憲章の武力行使に関する規定と比較した場合、日本憲法にはどのような違いがあると言えるのでしょうか。

国連憲章も、戦争違法化という流れの中にある極めて重要な国際文書であります。したがって、戦争、武力による威嚇、武力行使を原則として禁止するというところに立っております。しかし、国連憲章は、国際紛争を平和的な手段によって解決するための努力をしつつ、なお平和的手段ではそれが成し得ないときには武力に訴えるという、つまりは国際紛争の軍事的な解決を最終手段としております。とりわけ51条は、最近よく知られた条文になっておりますけれども、「個別的又は集団的自衛の固有の権利」という言い方で、集団的自衛権まで認めております。そこからいたしますと、日本国憲法は、国連憲章よりも平和を基準にして一步進んだところに立っておりまして、国連憲章が留保している様々な軍事的手段を一切否定をしているわけです。

## 9. 日本国憲法平和主義の先進性を生み出したもの

今、証人がお話しされた、国連憲章と憲法との間にある違いというのは、なぜ生じたとお考えでしょうか。

日本国憲法の平和主義は日本国民の悲惨な戦争体験に基づくものである、とよく言われます。そして、それは、まことに正しい指摘だろうと思えます。ただ、私は、あえてその点を少し掘り下げておかなければならないのではないかと常々思っております。すなわち、日本の悲惨な戦争体験と言ったとき、その日本の行った戦争が、私によれば、他に類例を見出し難いような、極めて非人間的な性格を持った侵略戦争であったことをおさえておかなければなりません。

2つの側から申しますけれども、ひとつは他国の人々に与えた日本の戦争の影響。これは、例えば、中国に対して、三光作戦という、殺し尽くし、

焼き尽くし、奪い尽くす、文字どおりの侵略を行いました。1931年以降の事態ですけれども、そういう戦争であります。その中で、毒ガス、そして細菌という、いわゆるBC兵器が使われております。あまつさえ、女性方を従軍慰安婦という形で、強制的に性的奴隷の状態に置いております。さらには、男女を問わず、大規模な拉致をいたしまして、強制労働に従事させております。そしてまた、相手国の兵士については、これを国際法上定められた捕虜としての処遇をせずに、虐待をしております。もっとさまざまな現象、事例を挙げなければならないと思いますけれども、少なくともこういう残酷な特徴を持った侵略戦争でありました。

もうひとつ、自国の国民に対しては、戦争に反対する言論を一切封ずるという全体主義の体制を敷いていました。そういう無権利状態の中で、沖縄においては、住民に対して軍が自決を強いるという事態も出ております。そして、その軍自体、他国の捕虜を虐待すると同様に、自国の兵士についても捕虜となることを許さず、そのように教えて、自決を求めました。さらには、死以外には選択肢のない特攻作戦なるものを、日本軍は軍是といたしました。そういう例に現れているような、まことに非人間的、非人道的な戦争を日本は行ったわけで、これは、戦争一般には、あるいは侵略戦争であればそのようなことは仕方がないということにさえ尽くせない、格別に悲惨な戦争の形態だったのではないのでしょうか。そして、つまるところが原子爆弾の投下という結果になりました。

これらの事柄が、やはり日本国憲法が、もう断然、一切戦争はしない、いろんな理屈を付けることなく、しない。そのための保障として軍を持たないということにまで踏み切った、大きな動機、背景になっていると思います。そう考えますと、日本国憲法第9条や、あるいは平和的生存権の中には、日本国民の平和への願いと併せて、アジアの人々を中心にした世界の人々の平和への願いが込められていると思っております。

## 10. 日本国憲法における平和保障の構造

それでは次に、日本国憲法における平和保障の構造について見ていきたいと思えます。まず日本憲法は、前文で、平和のうちに生存する権利を国民の主観

的権利として規定した上で、戦争の放棄、武力の不保持、交戦権の否認を規定した9条を第2章として、人権保障を規定した第3章の前に置いておりますが、このような規範構造に照らすと、日本国憲法は、そもそも平和主義と人権保障との関係を、どのようにとらえていると言えるのでしょうか。

今説明されました日本国憲法のかたちは、非常に体系的で堅固な規範構造をなしていると思います。まず、前文の平和的生存権は、平和のうちに生存する権利という、文字どおり主観的な権利規定です。もちろん、ここで言う主観というのは、勝手に判断するというのではなくて、個々人の権利という意味であります。それと対応する客観的な制度規範として第9条があります。政府に対して、戦争をすること、軍隊を持つことを禁ずるといふ、禁止の制度規範です。この両者、つまり権利規範と制度規範が一体を成す形で置かれている。そして、平和的生存権は、第3章の各権利条項と結び付いて、より具体化、個別化されています。第3章の冒頭近くに13条、幸福追求権がありますけれども、これを言わば導入口といたしまして、それを通して第3章の各人権と個々に結び付いて、その各人権に、平和の意味内容を充填し、その人権と一体となって法的効果を発揮しているという構造をなしているのではないのか。それを、私は、極めて体系的で堅固な平和の規範構造、と特徴づけております。

## 11. 平和的生存権と9条との関係

今のお話の中で、主観的権利としての平和的生存権が前文で規定されて、それから、客観的制度としての9条というお話がありましたけれども、この平和のうちに生存する権利と9条との関係というのは、どのように理解すべきなのでしょう。

先ほど言った私の規範理解、つまり条文の関係についての理解からすれば、公権力が9条違反の行為をいたしましたとき、つまり、9条は、まずは戦争を禁止しておりますが、国がそれに反して戦争をいたしましたとき、また、武力による威嚇を禁止しているにもかかわらずその拳に出たとき、そして、武力の行使も許していないのに国がそれを行使したとき、そのようなときに平和的生存権は直ちに侵害されることとなります。また、第2

項では戦力を、陸海空軍その他にわたって全面的に禁止をしておりますから、それに反して国がそれらのたぐいの戦力を持ったときに平和的生存権は侵害される。また、国が交戦権を、否認されているにもかかわらず行使をしたとき、同じく平和的生存権も蹂躪されるという、そうした対応関係になると理解しております。

## 12. 平和的生存権と第3章との関係

では、前文に規定された平和のうちに生存する権利と、第3章の個別の人権規定との関係は、どのように理解すべきなのでしょう。

先ほど一般的には申しましたとおりに、平和的生存権は、13条を通して、第3章の各人権と結び付くという関係にあります。例を挙げれば、憲法の18条は奴隷的拘束及び苦役からの自由の条項ですが、それが平和的生存権が結び付くと、徴兵制を禁止する法的効果を持つことになりますし、また19条、思想及び良心の自由、これは平和的生存権と一体となることによって、良心的兵役拒否の根拠になります。あるいは、25条の生存権、22条の職業選択の自由や29条の財産権の保障は、平和の意味内容をそこに充填させることによって、徴用、強制労働、あるいは財産の強制的な供出などを禁止する条項として働くことになろうと思います。

## 13. 前文の裁判規範性

この裁判の中で、国側は、前文に裁判規範性は認められないという裁判例も持ち出して主張を展開しておりますけれども、証人は、この前文の裁判規範性という問題については、どのようにお考えでしょうか。

これも、最初のところで少し触れましたけれども、しばしば前文なるがゆえに裁判規範性を持たないという議論があるわけですね。そういう議論の根拠は、前文の文言が抽象的であるとするところにあると思います。確かに、前文の中には抽象的な文脈や文言も認めることができます。けれども、この抽象性は、前文と本文とは程度の差でしかないと言えるのではないかと。例えば、本文の中に、「公共の福祉」などという言葉も4か所出てまいりますけれども、この4か条のいずれを見ても、条文自身はその意味内容を詳述していません。つまり抽象性を免れておらず、解釈をともし

てそれを確定するわけです。あるいはまた、「地方自治の本旨」などの言葉も同様であります。それは、憲法が国家の運営の大きな基準を示すものであることから、そうした抽象的な言葉を随所で使っているわけです。

要するに、前文と本文とは、抽象的であるか具体的であるかで截然と区別をされてはおりません。先ほど申しましたように、前文と本文を合わせて一つの日本国憲法典を構成しております。日本国憲法は、「日本国憲法」というタイトルを立てて、前文の4つの段から成る言葉を書いた上で第1章に続けているわけです。つまり、この前文もまさに日本国憲法の一部であって、また、81条で違憲審査の基準とされている「憲法」の構成部分なのです。ですから、抽象性ということにとらわれずに、前文の個々の規定ごとにその性格を検討していくことが必要です。平和的生存権についても、そのような検討方法が求められると思います。

#### 14. 前文の裁判規範性にかんする最高裁判所の判断

では、この前文の裁判規範性の問題について、最高裁は、これまでそのような判断を行ってきたのでしょうか。

最高裁も、前文に裁判規範性がないとは言っていません。大法廷判決であり、かつ憲法判例としても重量級の判決の一つである、いわゆる砂川事件判決（最大判1959.12.16 刑集13巻13号3225頁）がそれです。安保条約にもとづく駐留アメリカ軍の憲法適合性が争われた裁判ですが、最高裁判は、憲法の前文に照らしてもアメリカ軍の日本駐留は違憲ではないとしました。それは、前文の、「平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した」という文言を援用して、駐留アメリカ軍の合憲を導いたものです。このような形で、最高裁判所は前文の裁判規範性を明確に認めております。

また、大法廷は、それに先立つ1950年の判決（最大判1950.10.25 刑集4巻10号2166頁）で、陪審制に関しまして、陪審制は憲法前文が要請している制度だという上告人の主張に対して、前文はその根拠とならないという文脈で、前文の裁判規範性を認める判断をしています。

#### 15. 平和的生存権概念の具体性

国側は、平和的生存権は、その概念そのものが抽象的かつ不明確であるという主張もしておりますけれども、この主張については、証人は、どのようにお考えでしょうか。

先ほど触れたことに少々重なるかも知れませんが、平和的生存権の規定は、「平和」というそれ自体は抽象的な言葉を用いたものですが、それは、それだけで独立しているものではなくて、9条と結び付き、また、憲法第3章とつながることで十分具体性を与えています。我々は、その裁判規範性を主張、弁証することができると思います。

#### 16. 平和的生存権の憲法上の根拠

では、今の平和的生存権の具体的な内容について、更に詳しく伺っていきたいと思います。まず、証人は、平和的生存権の憲法上の根拠については、どのようにお考えでしょうか。

これについては、学説にはいろいろな議論がありますが、私は大変率直に、「平和のうちに生存する権利」という文言を置いている前文が直接の根拠だと考え、そしてそれを、9条や第3章の権利と結合させて総合的に理解しようとする立場であります。

#### 17. 平和的生存権の享有主体

では、証人は、平和的生存権の享有主体については、どのようにお考えでしょうか。

日本国憲法は、「全世界の国民」と言っております。平和のうちに生存する権利は、原理上世界中の人々に保障されているということを述べたものですが、現実には憲法は国ごとのものですから、日本国憲法はさしあたり日本国民にこれを保障していると言えます。そして、そこでいう「国民」の意味ですが、英文の日本国憲法、これは解釈をするときの大切な参考資料だと私は常々思っておりますけれども、そこではピープルとなっております。これを参考にしつつ、またそもそも平和的生存権の性質から考えて、日本国憲法が国民と書いておりましたが、それは、国籍を有する日本国民という狭い意味ではなくて、日本に在住する国籍のいかんを問わないすべ

ての人々を意味するものと解釈すべきでありましょう。それが平和的生存権の享有主体であると、私は考えています。

#### 18. 平和的生存権の成立要件

では、証人は、平和的生存権の成立要件については、どのようにお考えでしょうか。

成立要件という言葉は、一般的に言えば、平和的生存権が侵害されたと認定できる要件を意味しますから、先ほど申しましたように、公権力が9条違反の行為をしたことが成立要件になろうと思います。

ただ、日本の裁判の中でしばしば使われる成立要件という言葉は、むしろ訴訟要件と申しますか、訴訟に入るための要件という意味のものです。その場合には、権利侵害が深刻であるか否か、あるいはその権利侵害の及ぶ範囲がどこまでであるか、等の訴訟要件の要素を指すことになります。いずれにしても、この訴訟で成立要件というのは、この後者の平和的生存権を主張して裁判に入ることができるための要件だと考えてよいと思います。

#### 19. 平和的生存権の法的効果

では、証人は、平和的生存権の法的効果については、どのようにお考えでしょうか。

いわゆる法的効果とは、平和的生存権を主張することにより生ずる法律的效果のことですが、2つの論点があると思います。ひとつは、平和的生存権にもとづいていかなる訴訟ができるかという問題ですが、本件の場合、自衛隊イラク派兵の違憲確認、差止め、および、それにより被った精神的苦痛に対する損害賠償の各請求の訴えが成り立つことになりましょう。

もうひとつは、平和的生存権を主張することが、他の人権との関係において独自の効果をもっている点です。すなわち、先ほどお話ししましたように、9条違反の国家行為は平和的生存権違反を惹き起こします。その場合、平和的生存権は、それと一体となりうるような個別の人権が第3章の中にある場合は両者を援用することになりますが、そうしたものがない場合には、平和的生存権のみを根拠にして9条違反の問題を司法で争うこと



ができます。この点にも、重要な法的効果が認められます。

## 20. 平和的生存権の権利構造

では、証人は、平和的生存権はどのような権利構造を持つとお考えでしょうか。

これも、2つの面から整理をして申し上げたいと思いますけれども、ひとつは平和的生存権の、いわば権利としての性格、特に裁判規範性のあるなし、あるいは強弱ということに着目した形で、規範構造を整理をするやり方があります。これは、私の考えというよりも、既に我々の先学、とりわけ深瀬忠一教授が唱えてこられたことに基づいて、それを少し自分の頭で整理をしただけのことでありますけれども、それによれば、次のようになります。まず、平和的生存権の一番外側には政治的な規範の層がある。卵の白身、黄身のようなイメージを持っていただければ分かりやすいかも知れませんが、卵の白身の部分、その外側の皮のようなところが政治的な規範、つまり政策を方向付けるような、それ自体は法的効果を持たないものです。これは、いわば、平和的生存権の周辺の部分です。

その内側に平和的生存権の中核部分、卵の黄身があるわけですが、この黄身の部分は、法的な効果を持つ法的規範です。それがまた4つくらい濃淡がありまして、その1つ目、卵の黄身の一番外側の部分は、裁判所も含めて、国家機関が法の解釈をするときの解釈基準です。これはもう、政治ではなくて法の世界の話です。2つ目は、自然法的な部分と言いますか、例えば、ジェノサイドですとか、そうした人道に反する戦争行為を罰するとき用いることのできる、自然法的な規範です。3つ目は、第3章の各人権であって、他の人権と結び付いて法的効果を持ち得る部分。そして、最後の、4つ目の、最も核心的な部分ですけれども、他の人権との結び付きは見出すことができません、平和的生存権独自で働き得る、あるいはそういう働きをしなければならない部分です。このような整理の仕方が、私もその影響を受けているわけですが、有力な学説によって説かれてございます。

もうひとつの角度は、言わば平和的生存権の権利の内容という視点から、

平和的生存権を狭義、広義に分けて構造を論じる仕方です。狭い意味の平和的生存権というのは、戦争や武力行使によって生命を奪われることのない権利、文字どおりの生存の権利、生命という意味での生存の権利です。広義の平和的生存権は、戦争や武力行使、あるいは軍事政策によって、憲法第3章の各人権を侵害されたり、制約されたりしない権利を意味します。つまり、これは、生命の保持というもっとも重要な課題を中核に置いた上で、それにとどめず、平和的生存権を憲法第3章の各人権の保障にも広げようとする考えです。

以上の2つの考え方は、相容れないものではなくて、相互依存的にとらえればいいのではないかと思います。本件名古屋の訴訟では、平和的生存権を、「他国の戦争に加担することを強制されない権利」という構成をしておりますし、あるいはまた、「戦争や武力行使をしない国に住む権利」という定義もなされておりますが、他にもさまざまな形で平和的生存権をつかまえるやり方がありうると思います。それらは、それぞれ、先ほど申しました権利構造の中のどこかに重点を置きながら主張されているものであって、訴訟によって違ってよいことでありましょう。また時代によって、そして結局のところ、政府の政策次第で、つまり政府がどのような9条違反の行為をしてくるのかによって、平和的生存権の重点の置き方もそれに対応して定められることになりましょう。そういう意味で、平和的生存権の権利構造は、動的なものだと言えるのではないのでしょうか。

## 21. 自衛隊情報保全隊の市民監視活動と平和的生存権保障との関係

これまでお話しされてきた平和的生存権の内容をより明らかにするために、具体例に即した形で説明していただきたいと思います。今年の6月、イラク戦争開戦の翌日に作られた自衛隊の情報保全隊が、自衛隊のイラク派兵に反対する運動を日常的に調査、監視し、記録していた事実が明らかになりましたが、証人のお考えからすると、このような事態は。

被控訴人指定代理人（田原）

異議があります。本件とは直接関連性のない質問と思料いたします。

控訴人ら代理人（中谷）

平和的生存権の内容について具体的に聞いていることですから、関連性は十分あり得ると思います。

裁 判 長

尋問を続行してください。

控訴人ら復代理人（中山）

今、お話ししたような事態は、平和的生存権保障という観点からは、どのように理解されるのでしょうか。

私もそのニュースといいますか、そういう事実があったことを報道で知りまして、とても驚きましたし、深い懸念を抱き、強い恐怖を覚えた次第であります。情報保全隊とは、自衛隊法にも根拠がない、また自衛隊規則にも根拠のないもので、せいぜい防衛大臣の出す内部規範としての訓令、これに基づいて存在している組織のようであります。それにもかかわらず、それが市民の生活、また市民のさまざまな表現活動、平和運動に対して、しかも、微に入り細をうがって、すみずみにまで監視の目を働かせているというのは、これは、立憲主義の国家たる日本、自由と民主主義を標榜する日本にはあり得ない事態なのではないかという驚愕と憤慨の念を、何より抱きました。

しかも、それがイラク派兵と機を一にして進められているということは、自衛隊が海外で武力行使をすることを容易にする、その立場からすれば安全にするために、市民の動きに監視の目を光らせていることを意味します。要するに、これは、戦前、銃後の監視に当たった憲兵隊と同じ性格を持った組織が、今日の平和憲法の時代に登場していることを意味します。人権論からいたしますと、それは言うまでもなく、私たちの市民のプライバシー、また集会の自由、広く表現の自由を侵害するものであり、そしてそれらはまさに、平和的生存権と結び付いた自由でありますので、この情報保全隊の活動は、平和的生存権を真っ向から侵害するものだ、私は認識しております。

## 22. 平和を人権ととらえることの意義

ここで改めて伺いますけれども、平和的生存権に裁判規範性を認め、平和を個人の人権として認めることの意義は、どのような点にあるのでしょうか。

平和的生存権を権利として認めることの意義は、平和か戦争かという問題を国家に委ねるのではなくて、個人の権利の問題としてとらえるところにあります。これはすでに触れたことですが、ここでもう少し敷衍させていただきます。

平和の問題は、伝統的には、やはり国民にとっては国家が平和の政策を採ってくれることの反射として、反射的利益という言葉が法律では使われますけれども、いわば「おかげ」として受け取らざるを得ないという立場でありました。しかしながら、これを憲法が権利として定めた以上、国民は、それを主張、要求することができるし、その侵害については救済を求めることができる。とりわけ、裁判を通してその実現・救済を求めることができるわけです。さらに、私たちは、平和的生存権を全うするような、つまりは平和の政策を採るような政府を形成する、そういう権利を有したことになります。そのことはまた、もし私たちの選んだ政府が平和の政策から反したときには、その政府を取り替えるということを、事実の問題を越えて、権利として主張することができることをも意味します。つまり、平和を個人の人権として認めることの原理的な意味は、とてつもなく大きいものであると言えます。

## 23. 人格権侵害の主張

では、次に、人格権と平和的生存権との関係の問題に移ります。本件で控訴人らが、平和的生存権のほかにも人格権侵害も主張しているのは御存じでしょうか。

ええ、存じています。本件では、控訴人の主張を拝見いたしますと、平和的生存権侵害と併せて、政府の自衛隊イラク派兵という行為が控訴人の人格権侵害を引き起こしているという主張が、とても強調されていることがわかります。

#### 24. 名古屋地裁 2007 年 3 月 23 日判決（「田近判決」）の評価

今年の 3 月に出されたイラクへの自衛隊派兵差止，第 7 次訴訟における名古屋地裁判決，これからこの判決を，裁判長の名前を取って「田近判決」というふうに呼びますけれども，この田近判決も，平和的生存権に具体的な権利性が認められる場合があると認めたのと併せて，人格権侵害について，憲法 9 条に違反する政府の行為によって，平穏な生活を営む権利の侵害があった場合には，差止めや損害賠償等の請求が可能な場合があるという判断をしておりますけれども，証人は，平和的生存権と人格権との関係は，どのようにお考えでしょうか。

私は，基本的に，人格権というものが憲法の平和的生存権の一部であるという考え方を取っております。その大まかな根拠は，これまでのお話でも触れてきましたけれども，憲法の平和的生存権というのは基礎的・基底的な権利と申しますか，あるいは権利の中の権利，人権中の人権という性格を持っております。先ほどご指摘になりました田近裁判長の名古屋地裁判決の中でも，基底的権利という把握の仕方が見られます。まことにそのとおりでありまして，平和的生存権については，まずその基底的な，また総合的な性格を踏まえるべきだと思います。そのようにとらえた平和的生存権の中に，平和のうちに平穏な生活を営む権利ですとか，また，平和な環境において内心の静穏を確保する権利，あるいは利益，これは文字どおり人格権でありますけれども，そういう人格権も含めて保障されている。こういう理解が良いのではないかというのが，私の考えの基本です。

#### 25. 人格権侵害と平和的生存権侵害との関係

そうすると，人格権侵害を平和的生存権侵害とは別に議論することには，意味はないのでしょうか。

いえ，それは必ずしもそうではありませんでして，人格権が平和的生存権の一部を構成するものだと押さえつつ，なお，人格権には特別な位置づけをしておく必要があるだろうと思います。すなわち，人格権は，それ自体，歴史を持った権利概念で，私法，取り分け民法によって支えられています。それで，これまでの裁判例の中でも，人格権侵害はさまざまな形で

認められておりますし、したがってまた、提訴する側も主張しやすいと言えます。ちなみに、このイラク訴訟の中でも、大阪訴訟では、大阪地方裁判所は、人格権に基づく差止め請求は適法であると、一般論ながら、つまり具体的な結論においては原告の請求を退けておりますけれども、一般論の中でそうした判断を出しております（大阪地判 2006.7.20）。これも、この人格権というものの定着ぶりをうかがわせるものだと思います。そして、本件で控訴人が主張しているところの、平穏な生活の権利・利益、内心の静穏の権利・利益というような権利ないし利益は人格権の一部だという論理は、裁判例に照らしても十分成り立つものであると思います。

そうしたところから言いますと、平和的生存権を基本に据えながら、その一部を構成するものとして、人格権の持っている特質に着目して、これに相当なアクセントをおいて主張することに大きな意味があることは確かです。ただ、本件におきましては、この人格権の主張は、やはり本件のイラク派兵が憲法違反だということを前提にして成り立つわけです。この点は、私は、大事なところだと思います。先ほどの田近判決も、憲法 9 条違反があったときに人格権の侵害が成り立つ可能性があるとしていました。私はその理解が正しいと考えております。

## 26. 人格権の憲法上の根拠規定

先ほどのお話で、控訴人らが主張している、他国の戦争に加担することを強制されない内心の平穏、あるいは、平和を求める良心というのを、人格権侵害の問題として議論することもできるというお話がありましたけれども、人格権侵害と構成した場合の憲法上の根拠規定についてはどのように考えておられますか。

一般的には、憲法 13 条に基づくというのが通説的な理解だと思います。ただ、私は、先ほどから申していますとおり、特に本件のような事案を頭に置いた場合、やはり、人格権を平和的生存権の一構成要素ととらえておりますので、これを、結論的には 13 条を根拠規定するという解釈を取りつつ、その前提として、前文の平和的生存権、そして、それは 9 条によってその内容が充填されているわけですが、そのように前文と 9 条か

ら出てくる平和的生存権が、13条の幸福追求権の下支えをして、その13条によって平和を求める良心等的人格権が成り立つ、という憲法解釈をしているのです。

## 27. 百里基地訴訟最高裁判決の平和的生存権判断の射程範囲

次に、平和的生存権に関するこれまでの最高裁判所の判断について伺いたいと思います。平和的生存権に関して判断した事案として、国側が持ち出す判決に百里基地訴訟判決がございますが、この判決の射程範囲についてはどのように理解すべきなのでしょう。

百里基地訴訟というのは、ご承知のとおり、財産権主体としての国が、土地所有者である住民との間で、基地建設のためにした土地売買契約をめぐる紛争の事案です。そのような売買契約の有効性を判断する基準として、平和的生存権を援用することができるかどうかにつき、最高裁はそれはできないという消極的判断をしたわけです。とすれば、この百里基地訴訟の最高裁判決の射程範囲は、私法的な権利関係にかんする事案に平和的生存権を援用することはできないということに限られると思います。つまり、国が公権力主体として登場して、公権力行使の違憲性が争われる事案については、百里基地訴訟判決は先例性を持たないといわなければなりません。そして、本件はまさにその後者、つまり、国の公権力行使の事例であります。

## 28. 百里基地訴訟判決以外の、平和的生存権の裁判規範性にかんする最高裁の裁判例

では、最高裁判所が平和的生存権の裁判規範性について判断した例はあるのでしょうか。

今述べた百里基地訴訟判決を除いては、最高裁判決では、平和的生存権の裁判規範性について判断した例は、私の知る範囲では、見当たりません。

## 29. 下級審——長沼訴訟札幌地裁判決による平和的生存権の裁判規範性の肯定

では、下級審では、これまで、平和的生存権の裁判規範性を肯定した裁判例はございますでしょうか。

ええ、あります。著名な長沼訴訟の第一審札幌地方裁判所判決（札幌地

判 1973.9.7 判時 712 号 24 頁) です。周知のところでありますけれども、平和的生存権の裁判規範性を真正面から認めまして、それに基づいて提起された森林法上の指定解除の処分取消請求を容認する判決を出しております。

### 30. 湾岸訴訟東京地裁 1996 年 5 月 10 日判決の平和的生存権論の積極性

下級審の裁判例として、1996 年 5 月 10 日に出された湾岸訴訟での東京地裁判決は次のように判示しています。日本国民が平和のうちに生存することは、その基本的人権の保障の基礎的な条件であって、政府は憲法 9 条の命ずるところに従い、平和を維持するように努め、国民の基本的人権を侵害、抑圧する事態を生じさせることがないよう努めるべき憲法上の責任を負う、この責務に反した結果、基本的人権について違法な侵害、抑圧が具体的に生じるときには、この基本的人権の侵害を理由として、裁判所に対して権利救済を求めることは可能であるという判示をしておりますが、証人は、この東京地裁の裁判例については、どのように評価されていらっしゃるのでしょうか。

私は、この東京地裁判決(1996.5.10 判時 1579 号 62 頁)を積極的に評価しています。東京地方裁判所は具体的な請求を斥けておりますけれども、今、紹介された判決の部分は、平和的生存権論を一步進める、その礎石になり得る意義を持っていると考えます。

ちょっと、今、紹介された中で、もう一度読んでほしい箇所があるのですけれども、人権保障の条件であるという言葉が出てきたと思いますが、聞き漏らしましたので。

基本的人権保障の基礎的な条件であるという部分でしょうか。

そうです。「基礎的な条件」と言っているのですね。これは、平和的生存権の権利性に正面からは触れずに、いわば一般的な叙述、事実上の文言として条件という言葉を使ったのだと、私は理解しています。なお、名古屋地裁の田近判決は、それを基底的な「権利」という、法律上の言葉を使ってその水準を高めたものだといえます。

いずれにせよ、この東京地裁判決は、先程紹介があったような、平和的生存権について綿密な検討を加えた積極的な論理を持つものであり、湾岸



戦争時の市民平和訴訟の裁判運動の一つの成果であり、今般のイラク平和訴訟へと架橋したものだ、私は考えています。

### 31. 田近判決における平和的生存権と9条との関連づけ

今の証人のお話の中で、田近判決との比較ということが触れられておりましたけれども、この田近判決について順に伺っていきたいと思います。田近判決が、9条は、国民の平和的生存権を国の行為の側から規定し、これを保障しようとするものであるとした点については、どのように評価されていらっしゃいますか。

これは、まことに妥当な憲法解釈論です。先ほど申しました、憲法前文の主観的な権利としての平和的生存権と、制度的規範としての9条とを一体のものとして把握する立場と共通するものであり、その点で積極的な評価をしております。

### 32. 田近判決における平和的生存権と第3章との関連づけ

次に、田近判決が、憲法第3章の基本的人権の各規定の解釈においても、平和的生存権の保障の趣旨が最大限生かされるよう解釈すべきとしている点については、どう評価されていらっしゃいますか。

これも、これまでここで説明してきました、私の憲法規範についての理解と共通する解釈でありまして、正当な判断で、価値のある判決部分であると思っております。

### 33. 田近判決における間接民主制の扱い方

では、田近判決が、国家の存立にかかわる国の行為についての違憲性の判断は、間接民主制の統治システムが円滑に機能している限り、慎重かつ謙抑になされるべきであるが、と判示している部分については、証人はどのように見ていらっしゃいますか。

一般論としてそう言えるだろうと思っております。つまり、裁判という作用は、日本の具体的審査制の場合ですけれども、紛争を前提にいたしまして、その紛争を受けて、いわば受動的に裁判官がそれについての裁定、判断をする、そうした仕組みでありますので、したがって、一般的には、その仕事は政治部門に対して謙抑的な態度を持ってなされるべきことが要

請されると思うのです。ただ、そこで田近判決が言っている趣旨は、私も再読いたしましたけれども、現在、果たして政治部門が健全に機能しているのか、この場合の健全というのは、憲法が要求しているとおりに動いているのかということであろうと思います。もし、それがそのようでないとき、そこでは間接民主制とっておりますが、間接民主制だけではなくて、要するに、日本国憲法が定めている統治機構が憲法の定めどおりに動いていないときには、その謙抑性を越えて、政治部門の行為について憲法的判断、すなわち、違憲審査の判断というものを積極的にすべきだということを含意していると思います。田近判決をそのように理解して、私は、この部分は正当な指摘をしていると見ております。

#### 34. 田近判決による、平和的生存権の具体的権利たりうる可能性の示唆

では、田近判決が、憲法9条に違反する国の行為によって、個人の生命、自由が侵害されず、また、侵害の危機にさらされない権利、同条に違反する戦争の遂行ないし武力の行使のために、個人の基本的人権が制約されない権利が憲法上保障されている、その限度で、他の人権規定とあいまって具体的権利性を有する場合がありますとしている点については、どのように評価されていますか。

2点申し上げます。ひとつは、今お読みになった部分で、人権が侵害される危険でしたか危機でしたか。

侵害の危機にさらされない――。

わかりました。侵害の危機にさらされない権利というのは、侵害からの事後の救済にとどまらずに、市民は、事前に侵害行為を差し止めることを司法に求めることもできるということを意味しています。田近判決がここまで示唆したのは、とても大事なことだと思います。

もうひとつは、平和的生存権が具体的権利性を有する可能性をもっていることを指摘したところです。具体的権利性、つまり平和的生存権の裁判規範性について、一般論ではありますけれども、明確にその可能性を認めたとの意味もきわめて重要です。

### 35. 田近判決における具体的事実認定の欠如

では、田近判決が、結論において、憲法9条違反の国の行為であるか否かについての事実認定を行わなかった点については、どう評価されていますか。

田近判決は、一般論としては極めて正当な判示をしているにもかかわらず、それを一般論にとどめて、具体的な判断に生かしておらず、その点はとてども残念なところです。田近裁判長の名古屋地裁は、やはり、原告の人々が、それぞれの平和的生存権、そして、その中に込められる人格権の侵害を多様で個別的な形で主張していたことに耳を傾け、事実認定をして具体的な結論に入っていたら良かった。そうすれば、一般的な平和的生存権や人格権についての判断枠組みが生きて、一層立派な判決がそこで得られたのではないかという思いが残っております。

### 36. 田近判決の人格権論

では、人格権侵害の可能性について、田近判決が、憲法の下において、戦争のない、又は、武力行使をしない日本で、平穏に生活する利益が、法的保護に値すると解すべき場合が全くないとは言えず、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の侵害があると認めることも全く不可能なことではない、としている点については、どのように評価されていますか。

これは、人格権の角度から踏み込んだ判断をした重要な個所であると考えます。9条違反の国の行為があったときに人格権侵害が成立する可能性を明確に認めています。とくに注目したのは、人格権を、憲法から切斷して論じることなく、憲法違反の公権力行為と個々人の人格権侵害というものを結び付ける論理を展開しているところです。この点には、まことに共鳴する次第であります。

### 37. 田近判決に対する総体的評価

では、証人は、全体として、この田近判決をどのように評価されているのでしょうか。

平和的生存権と人格権それぞれについて、きわめて重要な判示が、一般論ながらなされています。重複は避けて結論的な言い方をいたしますと、

平和的生存権が具体的権利、つまり裁判規範性を持った権利として成立する可能性があると言明したこと、これがひとつです。それから、もうひとつは、人格権侵害に関して、9条違反の政府の行為があったときには人格権の侵害が成立する可能性があるとした判示です。この2点が非常に大きな意義を持つものであろうと思います。こうした判断が出たことについては、私が思うに、今日平和が危機に直面しているという時代感覚ないしは歴史認識が田近コートにあり、また、学説の大きな流れについてのたしかな理解がそこにはあるという気がいたします。それゆえに憲法的な高い見識を示しえたわけですから。残念ながら、具体的な判断では原告の請求を退けていますのでそれを差し引くとしても、この一般論的な判示において、9条判例史の上で大きな意義をもつであらうと思っております。

これを受けて、今後の課題としては、裁判運動や、あるいは弁論、そして、私も属しております学説、それら各々が、この平和的生存権や平和主義の問題について、もっと水準を高めて、この判決では得られなかった実り、つまり、具体的な判断においても憲法違反とされる実りを得るための努力をしなければなりません。この判決は、それを期待して後に託したのではないかという気がいたします。

### 38. 自衛隊イラク派兵についての憲法的評価。他国の武力行使との一体化の判断基準

では、次に、本件で問題とされている自衛隊のイラク派兵についての憲法上の評価について話を進めたいと思います。

甲C第23号証を示す

これは、憲法9条に関する政府解釈の変遷をまとめたものですが、このうち、縦軸真ん中の「集団的自衛権不行使原則」という欄を見ていきますと、従来から、政府は、少なくとも憲法上集団的自衛権は認められないという解釈をとってきたということが分かりますね。

はい、そのとおり、ここからよく分かります。

その集団的自衛権の行使に当たるかどうかの判断基準ですが、従来、政府は、他国による武力行使と一体化する場合は、集団的自衛権の行使として許されな

という解釈をとってきましたね。

そうです。

この甲 C 第 23 号証の 2 枚目、一番下の欄を見ますと、1996 年 5 月 21 日の大森内閣法制局長官の答弁の欄がありますけれども、これを見ると、政府は武力行使と一体化しているかどうかの判断基準について、「i）戦闘行為が行われ、又は行われようとしている地点との『地理的關係』」、「ii）こちら側の具体的な『行為の内容』」、「iii）武力行使を行っている者との『關係の密接性』」、「iv）協力しようとする『相手の活動の現況』」という、4 点から判断するとしてきたことが分かりますね。

はい。

### 39. イラクにおける空自の活動の事実。多国籍軍部隊を輸送

では、これを前提に、イラクで行われている事実を見ていきたいと思います。甲 B 第 43 号証を示す

これは、2006 年 12 月 6 日の中日新聞の記事ですが、この記事の一番上の段落を見ると、航空自衛隊 C-130H 輸送機が 1 週間に 4 回、クウェート、イラク間を往復しているということ、バグダットへは週 2 回運航し、うち 1 回は北部のアルビルまで運航している、残り 2 回は南部のタリル空軍基地へ出向いて、多国籍軍の後方支援に便利のように定期便化しているということが分かりますね。

ええ、分かります。

甲 B 第 46 号証を示す

これは、2006 年 11 月 11 日の中日新聞の記事ですが、これを見ると、イラクに派遣される航空自衛隊の輸送機クルーが、硫黄島においておとりの火炎弾をまき散らしてミサイルをかかわす訓練を受けているということが分かりますね。

はい。

甲 B 第 110 号証を示す

これは、情報公開法に基づいて防衛庁に航空自衛隊の空輸物資の開示を求めたところ開示された文書です。4 枚日以降が週間空輸実績の報告書となっております。この甲 B 第 110 号証の 13 枚目、平成 18 年 9 月 4 日から 9 月 10 日の

報告書を見ると、9月6日に国連関係者を輸送した項目以外は、人員についても貨物についてもすべて黒塗りになっていたことが分かりますね。

はい。

18枚目を見ますと、平成18年9月25日から10月1日の報告書ですが、輸送した人員について、月日も発着地も所属も人数もすべて黒塗りになっているということが分かりますね。

はい。

#### 40. 米軍による掃討作戦の実態

甲B第21号証の5を示す

これは、2005年5月30日付け毎日新聞の記事ですが、これを見ると、2005年5月29日に、バグダッドで米軍がイラク治安部隊と共に大規模な掃討作戦を実施したということが分かりますね。

はい。

甲B第42号証1, 2を示す

これは、ジョンホプキンス大学ブルームバーグ公衆衛生学部の教授による、2003年イラク侵攻後の死者数を調査した報告書ですが、訳文である甲B第42号証も2の10ページを見ますと、その中段のところで、2004年の調査期間まで、報告された死亡率によると、イラクではその時期に推定11万2000人もの超過死亡があったとされることが分かりますね。

はい。

これは、2004年の時点の数字ですので、現時点では65万人もの死者数があるという報道もされていますね。

はい。

#### 41. 空自の活動に対する、政府の憲法解釈に照らした評価：① 戦闘地域との地理的關係

では、今、お示しした幾つかの証拠から明らかになっているイラクの現状と、それから、そこで航空自衛隊が行っている輸送活動が、先ほどお話しいただいた従来の政府の憲法解釈に照らして、どのように評価されるのかという点について順に伺っていきたいと思います。まず、武力行使と一体化しているかどうか

かの判断基準の1番目、戦闘行為が行われ、又は、行われようとしている地点との地理的關係という観点からは、どのように評価されるでしょうか。

イラクにおいて国際的な武力紛争が行なわれており、その中でもバグダッドはイラク特措法にいう「戦闘地域」にあたることは明白ですが、空自の活動は、そのバグダッドが主な場所になっていて、バグダッドへ、米軍を中心とした多国籍軍を輸送する活動に当たっているわけですので、その一体性、つまり、米軍等のしている武力行使との一体性というものが明瞭であるといえます。

#### 42. ② 空自自身の行為の内容

では、政府の言う武力行使の一体性の判断基準の2番目、こちら側の具体的な行為の内容という観点からは、どのように評価されるでしょうか。

空自の従事している行為の具体的な内容は、武装した米兵等の輸送でありますから、米軍による武力行使と一体化したものであることは明瞭です。

#### 43. ③ 武力行使との関係の密接性

では、基準の3番目、武力行使を行っている者との関係の密接性という観点からはいかがでしょうか。

空自は、その証拠に基づけば、週に何度も米兵等を空輸しており、これは、米軍等多国籍軍の戦闘行為に必要な後方支援にほかなりません。こうして、きわめて密接な関係性が認められ、実質上、米軍等の武力行使と一体化した行動であるといえます。

#### 44. ④ 協力相手（米軍等多国籍軍）の活動の現況

では、基準4番目、協力しようとする相手の活動の現況という観点からは、どのようなことが言えるでしょうか

協力の相手であるアメリカ軍など多国籍軍の活動は、イラクの人々に対する攻撃、戦闘員だけではなくて、非戦闘員、そこには幼い子供、婦人、お年寄り等々の人々も含まれる、そういう一般市民に向けた無差別攻撃の様相を呈しています。私は、これが国際法上根拠を持ち得るものであるのかについて強い疑念を持っております。こうした相手の活動への一体的な協力は、それ自体も武力行使にあたるものと言えるのではないのでしょうか。

#### 45. 政府解釈に照らした、空自の輸送行為の総括的評価

そうすると、結局、従来の政府の憲法解釈に照らし合わせた場合に、現在、航空自衛隊がイラクで行っている輸送行為は、どのように評価されるのでしょうか。

これは、極めて大きい、かつ重層的問題だと思います。自衛隊の存在それ自体が、憲法上、許容されるものかどうかという、まずはそうした、そもそも論があります。すなわち、憲法学の通説の説く、自衛隊を含めた一切の戦力を憲法は許していないのだという解釈に立てば、私もその解釈に立っておりますけれども、すでにその段階で自衛隊の存在そのものが憲法違反ということになります。

その立場に立たずに、自衛隊の存在を前提にして、その活動について考えました場合に、法——この場合の法は自衛隊法であります——との適合性が問われるわけであります。果たして、自衛隊法がそのような海外派兵を許しているのか、自衛隊法は、累次の改正を経た今日においても、なお専守防衛という、自衛の原理を前提にした法律ではないのか。たとえば、自衛隊法が成立したときに、参議院が出した「自衛隊の海外出動禁止に関する決議」で示された精神というのは、やはりなお現行自衛隊法の基礎にあって、自衛隊の行動を制約していると私は考えます。そのことからすれば、イラク派兵はそれを越えた行動、つまり、自衛隊法違反であって、かつその自衛隊法違反を通して違憲の行為となると思います。

さらに、そうではないという論理、つまり自衛隊法が海外派遣を許しているのだという論理に立った場合でも、より具体的に自衛隊の活動を定めた法律であるイラク特別措置法による制約を受けます。すなわち、それによれば、わが国自衛隊は、武力行使が禁じられていることに加えて、非戦闘地域、すなわち派遣のときに戦闘が行われておらず、かつ、この派遣の期間中、戦闘が行われないであろうところの地域、そういうところへの限定をもって派遣されている部隊であります。先ほど拝見した証拠からすれば、まさに戦闘のまっただ中の地域において武力行使にあたるオペレーションをしていると言わざるを得ませんので、イラク特措法違反、そして、



それを通して憲法違反となります。

イラク派兵は、まさにこの3段階のすべてにおいて違憲・違法となる問題を持った行為であって、それは従来の政府の憲法解釈、それは、専守防衛ということを前提にした上で、様々な、ガラス細工だといわれるような工夫を加えた解釈で、自衛隊の合憲性を弁証してきた、その解釈にさえ反しているのではないかと思う次第です。

#### 46. PKO 活動の違憲性との比較

今、何重も違憲を積み重ねているというお話がありましたけれども、そうすると、これまで違憲性ということが問題とされてきた、湾岸戦争での戦費負担行為、あるいは、自衛隊のPKO活動と比較した場合に、違憲性の程度は著しいと言えるということでしょうか。

ええ、そのように思います。時間的な順序からすればPKOが先でありましたが、PKOは、周知のとおり、紛争当事国の間の戦闘行為が一応終了したその段階において、紛争の両当事国から中立的な国の部隊が、当事国の同意の下に平和維持に当たるということを、少なくとも建前にした行動であります。これに比べて、今般のイラク派兵が違憲性の全く明瞭な活動だということは一目瞭然です。

次の湾岸戦争時の戦費負担行為は、実質的には後方支援に当たります。したがって、集団的自衛権の行使という問題を惹起する事柄で、単に、お金ということには済まされない問題であります。とはいえ、武装した自衛隊を他国領内の地上へ派遣するということにまでは行っていない。したがって、それに比べても、今日の自衛隊イラク派兵の持っている政治上の問題性、また、法的なレベルでの違憲の度合いは格段に高いと言わなければならないと思います。

#### 47. 自衛隊現地隊長の「駆けつけ警護」発言の憲法問題

では、従来の政府解釈に照らした場合の違憲性ということで更に伺いますが、今年8月、かつてイラク復興業務支援隊長であった佐藤正久参院議員が、テレビの報道番組で、オランダ軍が攻撃された場合、何らかの対応をやらなかったら、自衛隊への批判はものすごいと思うとした上で、情報収集の名目で現場に

駆けつけ、あえて巻き込まれる、巻き込まれない限りは、正当防衛、緊急避難の状況は作れませんから、日本の法律で裁かれるのであれば喜んで裁かれると、駆けつけ警護の意思があったことを明らかにしましたが、このような佐藤氏の発言は従来の政府の憲法解釈に照らすと、どのように評価されるのでしょうか。

イラク特措法の枠組みは、やはり、非戦闘地域とされる地域に派遣された自衛隊自身に危害が加えられたという場合を想定した法律であります。したがって、佐藤現参議院議員の発言の中にある駆けつけ警護というのは、イラク特措法の全く想定していないものでありまして、実質上、集団的自衛権の行使に踏み込む行為であります。したがって、それは、集団的自衛権はわが国は保有しているけれども行使は憲法上できないとしてきた政府解釈に背く事柄であります。少し前まで自衛隊高官であり、今日においては参議院議員である人物からこのような発言が出されたことは、ゆゆしき問題であると私は思います。日本の法律に反していると知りながらあえて違法行為をするなどというのは、法治国家のありようを無視したもので、およそ公務員の口から出てよい言葉ではありません。

また、私は次の点を危惧しています。わが国の憲法はシビリアンコントロールを大前提にしています。軍隊の存在を想定していない憲法でありますけれども、自衛隊のような形で、実質上の軍隊ができました場合でも、それは、市民が国会を通してする統制、つまりシビリアンコントロールに服さなければならない。けれども、この佐藤氏のような言動を見ておきますと、逆にミリタリアンコントロールと申しますか、つまり、軍人が国政を統制していく、そうした気配が強まっていることを感じて私は、背筋を寒くしている次第であります。

#### 48. 各控訴人における具体的な平和的生存権侵害

続いて、本件各控訴人らに対する平和的生存権侵害の有無という点について伺いたいと思います。本件で控訴人らが裁判所に提出している陳述書、意見書はお読みになりましたか。

はい、読みました。

先ほど、平和的生存権の成立要件というお話をされましたけれども、これと

各人に対する平和的生存権侵害とはどういう関係になりますか。

先ほどの、享有主体、成立要件、法的効果、権利構造という一連の平和的生存権の論点の1つに、成立要件がありました。それは、主に、訴訟要件の議論であったわけです。今回、各控訴人の意見書、陳述書を読ませていただく際には、その観点から、より具体的に、それぞれの方に関して、平和的生存権ないしは人格権がどのように侵害されているのか、いわば、権利・利益の侵害の実際的な様相を拝見するように努めました。

#### 49. 控訴人のうち5人の陳述書に見る

##### ① 池住義憲さん

甲A第1号証の1を示す

これは控訴人池住義憲さんの陳述書ですが、イラクへの自衛隊派兵によって、池住さんに対する平和的生存権の侵害は生じていると言えるのでしょうか。

ええ、そのように言うことができると拝見しました。

その理由は。

ご当人の書かれているものを要約をしたりすることはむづかしく、失礼にあたるかもわかりませんが、お許しいただきたいし、その他の控訴人の方についても同様にお許しを願っておきたいと思います。

控訴人の池住さんは、アジアの国々における活動の経験を通して戦争の悲惨さをつかんでおられる。特にベトナム戦争、これが大きいと思いますし、そして、また、アジアの人々に対して与えた日本の戦争の傷跡、これは先ほど私は、極めてひどい非人道的な侵略戦争であったと申しましたが、そういうつかみ方を池住さんもなさっていて、それらを通して、平和というものを自分の人格形成の中に取り込んでいく過程が書かれています。また、池住さんはキリスト教信仰を持っておられるということをこの陳述書で拝見しましたけれども、そうしたことも、それに複合してくる。そのような信仰者として、また、取り分けてアジアの実情を通して、これまで抱いてこられた平和への確信というものを今般の自衛隊イラク派兵は根底から覆してしまうことになるという考え方、さらに憤りを持ち、そして、それを許せないと考えておられるわけであります。池住さんにおきまして

は、平和的生存権、また、人格権の侵害というものがそのような形で存在していると受けとめました。

## ② 井上二郎さん

甲 A 第 31 号証の 1 を示す

これは控訴人井上二郎さんの陳述書ですが、イラクへの自衛隊派兵によって、井上さんに対する平和的生存権の侵害は生じていると言えるのでしょうか。

ええ、そのように拝見いたしました。井上さんはキリスト教の信仰者であって、職業としても牧師の職をずっと勤めておられます。今は愛知に縁のあるところに教会を持っておられるようですが、それまでは岩手県の盛岡におられた。そのとき盛岡でのいわゆる岩手靖国違憲訴訟を担われた経験が、るる語られております。その中で、私がとても強く印象に残りましたのは、この岩手靖国訴訟の判決は、実質、勝訴判決、つまり、内容において違憲判断を勝ち取った判決でしたので、井上さんは、国はもう二度と個人の信仰、あるいは、個人の人格を踏みにじるような行為はしないであろうと思った、と書かれている点です。それにもかかわらず、日を置かずに、こうした自衛隊のイラク派兵という行為が政府においてなされた。それで、今こそ、靖国訴訟のとき以上に、自らの人格を台無しにされる危険を感じ、それが原告に加わった根本的な動機なのだとおっしゃっております。つまりは、靖国訴訟のときの苦悩を凌駕するような、一層の苦悩を今日感じていることがこの方の人格権侵害にあたると思います。

## ③ 水田 洋さん

甲 A 第 11 号証を示す

これは、控訴人水田洋さんの陳述書ですが、イラクへの自衛隊派兵によって、水田さんに対する平和的生存権の侵害は生じていると言えるのでしょうか。

ええ、そのように思います。控訴人の水田さんはかなり高齢の方でございまして、85歳と書いておられます。現在、学士院会員で、社会思想史がご専攻の学者です。さて、私が、水田さんの陳述書で強く印象づけられているのは、この方が大学をまだ了えない1941年、太平洋戦争開戦のときに繰上げ卒業に巡り合って、それから以降は軍の中で仕事をするという

歩みを敗戦のときまでなされた、そのご経験です。とくに、語学力を活かして外地で仕事をされたわけですが、水田さんは、ご自身も捕虜になるのですけれども、相手国の、敵国である日本人捕虜に対する扱いが紳士的であったことを強く感じて書いておられます。そうしたことを原点にして、水田さんは、戦後、研究者として仕事をすると同時に、平和や環境などのポリシーを持って市民運動にも熱心に参加されるようになった。そういうところから今を見るに、現在、えも言われぬような無形のものだけでも、自由の束縛がある。それは、この方が学生時代に、日本の軍国主義のただ中で言論が自由ではなかったのと、質的に同じような状況が、今ある。例えば、イラクにおいて様々な有意なボランティア活動をしていて捕えられた青年たちに対して、日本の公権力は、自己責任を果たせと迫って彼らの行動を封殺する。このような姿勢は、戦前を彷彿とさせるもので、何とか歯止めをかけなければならないと思います、そういう意思に基づいて、この訴訟に携わっておられる。つまりは、長い人生を通して、学問的裏打ちをもって歴史を眺める中で、現在の状況は自分の良心にかけて許せないと確信している。そこに、この方的人格権の主張の根拠があると思います。

#### ④ 津田公子さん

甲 A 第 7 号証の 85 を示す

これは、控訴人津田公子さんの陳述書ですが、イラクへの自衛隊派兵によって、津田さんに対する平和的生存権の侵害は生じていると言えるのでしょうか。

ええ、生じております。そのように考えます。控訴人の津田さんは女性の方であります。ご祖父が職業軍人、しかも、高官の位置の方であったようです。そのことを通して、お父様が戦死をするという環境に置かれることを免れた。また、ご自身、当時は難しかった進学を果たすことができました。つまりは、わが国の戦争を推進をした側に少なくともご祖父が立っておられたということで自分たちの人生が、ある意味で幸せなものとして築かれたのだとを後になって気付く。そして、この方は教職の道を選んで、その後は、教え子を再び戦場に送らないという考えを真正面から、心底から貫いた教師としての生き方をなされた方です。考えてみますと、戦争の

爪跡というのは、いろいろな形で生じるわけです。物が無い、あるいは、戦争に取られて肉親や親戚の中の多くの人々を亡くす、こうした戦争被害というのは最も典型的なものでありましようが、この方のように、むしろ、戦争のときには、向うの側に身を置いていた家族であったから、そのときの幸せというものを得ることができたという、そのことへの辛い思いをもっておられる。そこから、今日においては、戦争に対して断然手を切るという、そういうお考え、これを人格の真ん中に置いておられる方だと拝見いたしました。

⑤ 天木直人さん

甲 A 第 8 号証の 1 を示す

これは天木直人さんの陳述書です。平和的生存権の侵害が生じる具体例を明らかにするという趣旨で伺いますけれども、イラクへの自衛隊派兵によって、天木さんの対する平和的生存権の侵害は生じていると言えるのでしょうか。

はい、そのように思います。控訴人天木さんはレバノン大使で、そして、具体的な経過は様々にあると思いますが、その大使の職を事実上奪われたという経験をお持ちの方であります。天木さんが本件イラク派兵差止訴訟と結び付きを持つのは、この方がレバノンにおられたときに、アラブの世界を知ったことによります。とりわけて、パレスチナの人々がイスラエルの、それこそひどい攻撃によって、無辜の市民を含めて亡くなっているという現実、天木さんはそれを強調します。そのような無辜の市民が戦争によって苦しめられ、あまつさえ亡くなってしまうという現実が、アメリカがイラクに対して攻撃をすることで再現される。したがって、わが国政府はけっしてそれに加担すべきではないという確信をそのときに持たれたようであります。したがって、東京、つまり、本国の外務省に、そして政府に、そうした姿勢を取らないようにと勧告しますが、事態はそうはならなかった。そこで、幾つかの経過の末に、職を失わざるを得なかったというのであります。つまり、ここでは、事柄が非常に典型的に出ておりまして、大使という立場の人が、その信念を貫こうとすれば、職を失うほどの危険を覚悟しなければならないという、そういうわが国の状況が浮き彫

りにされていると思います。天木さん自身の内心の平和の良心は、やはり、そうしたアラブ地域において大使を勤めた、体験の中で得た平和の確信に支えられているのであろうと思います。そのように拝見しました。

#### 50. 控訴人全体に共通する被侵害利益

証人には、今、具体例として挙げた方以外の方も含めて、控訴人らの陳述書に目を通していただきましたが、控訴人ら全体に共通する被侵害利益はあるとお考えでしょうか。

ええ、あります。もちろん、これは、多様かつ個別的な形で存在しています。あえて東ねた言い方をいたしますと、共通点は、この平和憲法を持っているわが国が、何がゆえに、他国の行う戦争、とりわけ、はるばる太平洋をひとまたぎしてイラクを攻撃しにやって来た他国、アメリカの戦争に加担しなければならないのか、そして、加担することを、日本国民として、何ゆえに強制されなければならないのかということへの解きたい疑問と、そして、深い憤りにあります。これを、権利・利益という言い方ですれば、やはり、そうした他国の戦争に加担することのない国で生きる権利、平和的生存権が侵害されていることだと思いますし、また、この戦争への加担行為によって生活の平穏が害されず、あるいは内心の静穏が傷つけられない人格の利益ないし人格権の侵害ということになると思います。そういうところにおいて、各控訴人の主張の共通点を見出すことができると思います。

#### 51. 裁判所に求められる判断姿勢

では、控訴人ら一人一人について平和的生存権侵害があるという点を判断するに当たって、裁判所にはどのような姿勢が求められるとお考えでしょうか。

それぞれの方の平和的生存権、あるいは、それに含まれた人格権侵害の態様あるいはその姿は多様であり、個別的でありますので、やはり、それぞれの控訴人が自己の権利侵害、利益侵害についての陳述を行う、そういう場を裁判所に設けていただいて、裁判所にはそれに耳を傾けていただくということが、やはり必須のことだという思いを強く持ちました。

## 52. 今般、違憲のイラク派兵に直面した裁判所が果たすべき役割

最後に、裁判所に期待される役割という観点から何点か伺いたいと思います。先ほどお話しされたような、従来の政府解釈からしても許されないような違憲行為が公然と行われている状況の中で裁判所が果たすべき役割についてはどのようにお考えでしょうか。

この裁判では、裁判所に、違憲審査に踏み切ることが期待されています。つまり憲法問題以外の論点で紛争を処理するのではなくて、憲法判断に入ってこの問題を解決することを控訴人は求めておりますし、そのようになされるべき事案であります。

いうまでもなく、違憲審査制は、ご承知のとおり、憲法を最高法規と定めて、その憲法を基にして、法律あるいは政府の行為の合憲性の判定をしていく仕組みであります。したがって、そこでは、まずは、先ほど少し触れましたけれども、紛争を前提とした制度である以上、裁判所が政治部門に対して謙抑的な姿勢を取ることが、一般的には当然だと言えます。ただ、ここで私が大事だと思っておりますのは、違憲審査の根本趣旨、——本旨という言葉を使えば——違憲審査制の本旨は人権の保障にあるということです。人権の保障を通して憲法秩序も確保されます。人権の保障。人権の保障のためにこそ違憲審査制は設けられていると、そう思います。そのような任務、そのような使命を、裁判所、裁判官が担っているからこそ、その使命は気高いわけです。

今回の場合にも、何よりも、市民の人権の侵害がどのような状況にあるかを考えなければなりません。これまで、ずっと申ししてきましたように、平和的生存権が主張されていて、その平和的生存権は、それぞれの人権の基底的な権利であります。その基底的な権利である平和的生存権が今日侵害されている、しかもその侵害の程度は、簡単なものではなくて、政府自身がこれまで自らの解釈によって禁じてきた行為を今日あえて行い、それによって生じている深刻なものであります。つまり、それは、人権侵害の程度において重大でありますし、人権侵害を引き起こしたその原因の問題性もまた明白であります。



そうであるならば、今日においては、その一般的な前提としての司法の謙抑性というものは、これにこだわってはいならない、そのような事態であろうと思います。今もし裁判所が違憲審査権の行使に踏み切らないとすれば、ほかにそれに踏み切るとのような機会があるのであるかと思うほど、今日においては違憲審査権の行使は不可欠なものとなっていると、私は考えます。

53. このケースで裁判所が違憲審査権発動を謙抑すべき理由はない

そうすると、確認いたしますが、本件で問題になっている自衛隊のイラク派兵の問題については、裁判所は違憲審査権の発動に謙抑的であるべきではないということでしょうか。

ええ、まさにそうでありまして、この件に関して違憲審査権の行使が望まれていると思います。イラク派兵は文字どおり国家の行為で、先ほど使った言葉では、客観的な事柄でありますけれども、わが国の場合には、それを個々人の権利の問題としてとらえることができる、そういう構造を持った憲法があります。そう考えますと、このイラク派兵の問題について、私たちは市民でありますけれども、文字どおり、一人一人の市民の権利、人権を手にしてこれに接近していくことができる。裁判所は、それを受け止めて判決を下すことができるという、そうした仕組みが私たちの眼前にあるわけです。

54. 裁判所には、政治部門に右顧左眄することなく、今こそ法律家としての憲法判断による歴史的判断を下すこと期待する

では、私からは最後の質問となりますが、立憲主義を破壊するような行為が横行している今日、裁判所にはどのような判決を下すことが求められているのでしょうか。

私は、今わが国の公権力が行っているイラク派兵という出来事は、これまでに申してきましたように、あからさまな、疑う余地のない違憲行為だと思っております。そのことを前提にいたしまして、さて、それを裁判所にどういうふうに判断していただくかについて、今、最後のご質問ということでしたから、やや私見を交えて、日ごろ思っておりますことを、最後

に裁判官の皆さんにお伝えしたいと思います。

わが国の裁判所は、これは司法審査制、つまり前提的審査制の裁判所です。ありますから、確かに裁判官が政治部門より先に自ら進み出すということは慎むべきだと、一般的に言えるであろうと思います。とりわけて、我が国の司法制度は、職業裁判官によって支えられております。つまり、政治部門が政治的に任命した裁判官ではございません。そう考えますと、政治的な事案に関して、本件もそうでありますけれども、そういう事案に関して判断をすることについて躊躇の念がよぎるということは、これまたやむを得ないところかと思うのであります。そうしたことを考えながら以下申し上げますけれども、この躊躇というもの、あるいは逡巡というものを拡大していきますと、それは、違憲のものであるにもかかわらず違憲と判断しない司法消極主義に行き着くわけでありまして、わが国の裁判所、とくに最高裁判所は、そうした司法消極主義を行き過ぎた形で身につけていると思います。そして、その司法消極主義は、結局のところ政治的行為を追認するだけの作用を果たすわけでありまして、憲法を保障することにも、また人権を回復、救済することにも役立たないということになろうと思います。

私は、今こそそうした問題に根本的な見直しを加えて、裁判所の持っている違憲審査権の行使への積極的な踏み出しを行っていただきたいと思う者であります。なぜか。本件もそうであるように、憲法裁判の俎上にのぼるものは、すべからず政治的な性格を持った事件でありますけれども、しかし、裁判所に求められるのは、あくまでも法律的判断であります。つまり、裁判所、裁判官は、憲法の意味するところを探究して、それを当該事案に当てはめて法的判断を下すという、そうした法律的判断の仕事をなさる、そういう場、そういう機関であります。とすれば、それは政治部門に対して何ら右顧左眄する必要はないと思います。もとより政治に対して結果として影響を与えるでありましょうけれども、そうしたものとして存在しているのがそもそも違憲審査制であります。

したがって、私は、違憲審査権の行使を、勇気を持ってしていただ

くということを、単純な言い方ではありますけれども、あえて申し上げたいのです。その違憲審査権の行使は政治部門に不快の念を与えることになるかも知れませんが、しかし憲法は、そのような、違憲のものを違憲と判断する裁判所、裁判官を守っております。司法の独立の保障によって、また裁判官の身分保障によって、守っております。そして国民もそれを支持しております。ここには多くの控訴人の方々が在廷されています。さらに、こうした方々のみならず、その背後には、多くの国民が、裁判所の違憲審査権の行使、つまりは、違憲のものを違憲と判定する、そうした判断、判決を待っている、そしてそれを支持していると思います。私は、そのような憲法を保障に役立ち、そして人権を守ることに資する歴史的な判決を当裁判所が下してくださることを、心より期待、お願いをいたしたいと思えます。以上でございます。

控訴人ら代理人（中谷）

#### 補1. 平和的生存権の裁判規範性の確認

先ほど証人が言われた中で、裁判規範性が平和的生存権にあると言われたんですが、そこで言う裁判規範性とは、どういう意味でお使いになっておられるんですか。

法的規範であることを前提にして、その上で、当該訴訟で問題になっている規範を裁判所が裁判を行う、つまり裁定作用を行う場合に、直接用いることができるかどうか、用いることができるとすればその規範は具体的権利であり裁判規範性をもつ、そういう意味合いで使っております。

それで確認なんですけど、先ほど平和的生存権の権利内容について御証言なされたときに狭義と広義に分けて証言されたと思うんですが、この2つ、狭義、広義を含んで、具体的権利であり裁判規範性を持っているというお考えですか。

ええ、平和的生存権は狭義、広義いずれの場合も具体的権利となり、裁判規範性をもちうるものだと考えています。

#### 補2. 自衛隊イラク派兵は自衛隊法・イラク特措法に違反し、とりもなおさず憲法に違反することの確認

もう一点だけ確認ですが、先ほど、本件の自衛隊イラク派兵について、自衛

隊法違反、それからイラク特措法違反を通じて違憲になると、こういう言い方をされたかと思うんですが、これの意味をもう少しお聞きしたいんですが、これは、前提として、自衛隊法あるいはイラク特措法があって、それを守る限度で初めて合憲だという前提になると、こういうお考えなんですか。

そうです。その部分は少し込み入りますけれども、私は、政府解釈を前提にしましても、自衛隊法を憲法によって解釈をし、つまり限定合憲解釈を施して、憲法、とくに平和的生存権と9条、その枠内でのみ自衛隊法は成立していると考えています。イラク特措法も、より細則的な法律ですが、手法としては同じように限定合憲解釈を施して、憲法9条と平和的生存権によって認められ得る範囲で法律が成り立っているという、そういう見方をして、そこからはみ出すものは、イラク特措法に違反すると同時に憲法に違反すると考えています。

最後に、証人の先ほどの証言との関係で確認しますが、証人は、自衛隊が今の憲法に違反しているとお考えでしたね。

はい。

そうすると、自衛隊法違反あるいはイラク特措法違反の問題は、論理的には出てきませんね。

ええ、論理的には出てきません。

次に、仮に自衛隊法やイラク特措法が現行憲法に違反していない、合憲だと解釈するとしても、そこにはそのような憲法による歯止めがあるから、法律違反を犯すことによって憲法違反になるんだと、こういうことですね。

はい。そのとおりです。先ほど述べたのはそのような解釈です。

以上

## 追記

なお、私に対する以上のとおりの主尋問ののち、裁判長は、被控訴人国側の訴訟代理人に反対尋問を促したが、国側代理人は、「ありません」とのみ述べて、それを行わなかった（私には、甚だ奇異に思われ、また肩すかしを喰った感がした）。これにより、この日の口頭弁論はすべて終了した。

## II 資料

資料① 「自衛隊イラク判決理由の要旨」（同事件名古屋高等裁判所民事第3部2008年4月17日判決〔裁判長裁判官青山邦夫，裁判官坪井宣幸，裁判官上杉英司〕につき裁判所から配布された「要旨」）

### 1 自衛隊のイラク派遣の違憲性について

(1) 自衛隊の海外活動に関する憲法9条の政府解釈は、自衛隊のための必要最小限の武力の行使は許されること、武力の行使とは、我が国の物的・人的組織体による国際的な武力紛争の一環としての戦闘行為をいうことを前提とした上で、自衛隊の海外における活動については、①武力行使目的による「海外派兵」は許されないが、武力行使目的でない「海外派遣」は許されること、②他国による武力の行使への参加に至らない協力（輸送、補給、医療等）については、当該他国による武力の行使と一体となるようなものは自らも武力の行使を行ったとの評価を受けるもので憲法上許されないが、一体とならないものは許されること、③他国による武力行使との一体化の有無は、④戦闘活動が行われているか又は行われようとしている地点と当該行動がなされる場所との地理的關係、⑤当該行動の具体的内容、⑥他国の武力行使の任に当たる者との關係の密接性、⑦協力しようとする相手の活動の現況、等の諸般の事情を総合的に勘案して、個々に判断されることを内容とするものである。

(2) そして、イラク特措法は、このような政府解釈の下、我が国がイラクにおける人道復興支援活動又は安全確保支援活動（以下「対応措置」という。）を行うこと（1条）、対応措置の実施は、武力による威嚇又は武力の行使に当たるものであってはならないこと（2条2項）、対応措置については、我が国領域及び現に戦闘行為（国際的な武力紛争の一環として行われる人を殺傷し又は物を破壊する行為）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一定

の地域（非戦闘地域）において実施すること（2条3項）を規定するものと理解される。

(3) 政府においては、ここにいう「国際的な武力紛争」とは、国又は国に準ずる組織の間において生ずる一国の国内問題にとどまらない武力を用いた争いをいうものであり、戦闘行為の有無は、当該行為の実態に応じ、国際性、計画性、組織性、継続性などの観点から個別具体的に判断すべきものであること、全くの犯罪集団に対する米英軍等による実力の行使は国際法的な武力紛争における武力の行使ではないが、個別具体的な事案に即して、当該行為の主体が一定の政治的な主張を有し、国際的な紛争の当事者たり得る実力を有する相応の組織や軍事の実力を有する組織体であって、その主体の意思に基づいて破壊活動が行われていると判断されるような場合には、その行為が国に準ずる組織によるものに当たり得ること等の見解が示されている。

(4) しかしところ、認定できる事実によれば、平成15年5月になされたブッシュ大統領による主要な戦闘終結宣言の後にも、アメリカ軍を中心とする多国籍軍は、フェルージャ、バグダッド等の各都市において、多数の兵員を動員して、武装勢力の掃討作戦等を繰り返し行っており、掃討作戦の標的となった各武装勢力は、海外の諸勢力からもそれぞれ援助を受け、その後ろ盾を得ながら、アメリカ軍の駐留に反対する等の一定の政治的な目的を有していることが認められ、相応の兵力を保持して組織的かつ計画的に多国籍軍に抗戦し、その結果、民間人や兵員に多数の死傷者が出ており、多国籍軍の活動は、単なる治安活動の域を超えたものとなっている。現在のイラクでは、イラク攻撃後に生じた宗派対立に根ざす武装勢力間の抗争がある上に、各武装勢力と多国籍軍との抗争があり、これらが複雑に絡み合って泥沼化した戦争の状態になっているものということができ、また、多国籍軍と武装勢力との間のイラク国内における戦闘は、実質的には平成15年3月当初のイラク攻撃の延長であって、外国勢力である多国籍軍対イラク国内の武装勢力の国際的な戦闘であるということができる。

したがって、現在のイラクにおいては、多国籍軍と、国に準ずる組織と

認められる武装勢力との間で、一国国内の治安問題にとどまらない武力を用いた争いが行われており、国際的な武力紛争が行われているものということができる。

特に、首都バグダッドは、平成19年に入ってから、アメリカ軍がシーア派及びスンニ派の両武装勢力を標的に多数回の掃討作戦を展開し、これに武装勢力が相応の兵力をもって対抗し、双方及び一般市民に多数の犠牲者を続出させている地域であるから、まさに国際的な武力紛争の一環として行われる人を殺傷し又は物を破壊する行為が現に行われている地域というべきであって、イラク特措法にいう「戦闘地域」に該当するものと認められる。

- (5) しかるところ、航空自衛隊は、アメリカからの要請を受け、平成18年7月ころ以降、アメリカ軍等との調整の上で、バグダッド空港への空輸活動を行い、現在に至るまで、C-130H輸送機3機により、週4回から5回、定期的にクウェートのアリ・アルサレム空港からバグダッド空港へ武装した多国籍軍の兵員を輸送していることが認められる。このような航空自衛隊の空輸活動は、主としてイラク特措法上の安全確保支援活動の名目で行われ、それ自体は武力の行使に該当しないものであるとしても、現代戦において輸送等の補給活動もまた戦闘行為の重要な要素であるといえることを考慮すれば、多国籍軍の戦闘行為にとって必要不可欠な軍事上の後方支援を行っているものということができる。したがって、このような航空自衛隊の空輸活動のうち、少なくとも多国籍軍の武装兵員を、戦闘地域であるバグダッドへ空輸するものについては、他国による武力行使と一体化した行動であって、自らも武力の行使を行ったとの評価を受けざるを得ない行動であるということができる。
- (6) よって、現在イラクにおいて行われている航空自衛隊の空輸活動は、政府と同じ憲法解釈に立ち、イラク特措法を合憲とした場合であっても、武力行使を禁止したイラク特措法2条2項、活動地域を非戦闘地域に限定した同条3項に違反し、かつ、憲法9条1項に違反する活動を含んでいることが認められる。

## 2 平和的生存権について

- (1) 控訴人らの主張する平和的生存権は、現代において憲法の保障する基本的人権が平和の基盤なしには存立し得ないことからして、全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的権利であるということができ、単に憲法の基本的精神や理念を表明したに留まるものではない。
- (2) 法規範性を有するというべき憲法前文が「平和のうちに生存する権利」を明言している上に、憲法9条が国の行為の側から客観的制度として戦争放棄や戦力不保持を規定し、さらに、人格権を規定する憲法13条をはじめ、憲法第3章が個別的な基本的人権を規定していることからすれば、平和的生存権は、憲法上の法的な権利として認められるべきである。
- (3) そして、この平和的生存権は、局面に応じて自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利ということができ、裁判所に対してその保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求し得るという意味における具体的権利性が肯定される場合があるといえることができる。例えば、憲法9条に違反する国の行為、すなわち戦争の遂行、武力の行使等や、戦争の準備行為等によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合、また、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、平和的生存権の主として自由権的な態様の表れとして、裁判所に対し当該違憲行為の差止請求や損害賠償請求等の方法により救済を求めることができる場合があると解することができ、その限りでは平和的生存権に具体的権利性がある。

## 3 控訴人らの請求について

### (1) 違憲確認請求について（関係控訴人についてののみ）

民事訴訟制度は、当事者間の現在の権利又は法律関係をめぐる紛争を解決することを目的とするものであるから、確認の対象は、現在の権利又は法律関係でなければならない。しかし、本件の違憲確認請求は、ある事実行為が抽象的に違法であることの確認を求めるものであって、およそ現在



の権利又は法律関係に関するものということではできないから、同請求は、確認の利益を欠き、いずれも不適法というべきである。

(2) 差止請求について（関係控訴人についてのみ）

ア 民事訴訟としての適法性

イラク特措法の諸規定からすれば、自衛隊のイラク派遣は、イラク特措法の規定に基づき防衛大臣に付与された行政上の権限による公権力の行使を本質的内容とするものと解され、本件の差止請求は、必然的に、防衛大臣の上記行政権の行使の取消変更又はその発動を求める請求を包含するものであるところ、このような行政権の行使に対し、私人が民事上の給付請求権を有すると解することはできないことは確立された判例であるから（最高裁昭和56年12月16日大法廷判決・民集35巻10号1369頁等参照）、本件の差止請求にかかる訴えは不適法である。

イ 行政事件訴訟（抗告訴訟）としての適法性

仮に、本件の差止請求にかかる訴えが、行政事件訴訟（抗告訴訟）として提起されたものと理解した場合であっても、本件派遣は控訴人らに対して直接向けられたものではなく、本件派遣によっても、控訴人らの生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされ、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるまでの事態が生じているとはいえず、現時点において、控訴人らの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められない。したがって、控訴人らは、本件派遣にかかる防衛大臣の処分の取消しを求めるにつき法律上の利益を有するとはいえず、行政事件訴訟（抗告訴訟）における原告適格性が認められない。

よって、仮に本件の差止請求にかかる訴えが行政事件訴訟（抗告訴訟）であったとしても、不適法であることを免れない。

(3) 損害賠償請求について

関係各証拠等によれば、控訴人らはそれぞれの重い人生や経験等に裏打ちされた強い平和への信念や信条を有しているものであり、憲法9条違反を含む本件派遣によって強い精神的苦痛を被ったとして、被控訴人に対し

て損害賠償請求を提起しているものと認められ、そこに込められた切実な思いには、平和憲法下の日本国民として共感すべき部分が多く含まれているということができ、決して、間接民主制下における政治的敗者の個人的な憤慨、不快感又は挫折感等にすぎないなどと評価されるべきものではない。しかし、本件派遣によっても、控訴人らの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められず、控訴人らには、民事訴訟上の損害賠償請求において認められるに足りる程度の被侵害利益が未だ生じているということとはできない。

よって、控訴人らの本件損害賠償請求は、いずれも認められない。

#### 4 控訴人天木直人に特有の損害賠償請求について

外務公務員法等の諸規定からすれば、外交使節の最上級にある特命全権大使の職務の特殊性に鑑み、その任免は内閣及び外務大臣の裁量事項であり、専らその政治的、政策的判断に委ねられたものと解されるから、特命全権大使の免官については、内閣及び外務大臣の裁量権に著しい逸脱や濫用がない限り違法とされることはなく、控訴人天木がその意に反して特命全権大使の地位を失うのは懲戒事由が存する場合に限られるものではない。

しかるところ、控訴人天木は、イラク攻撃及びこれに対する日本政府の支持に反対しており、そのことから外務省からの退職勧奨を受け、無念と怒りを込めて退官願に署名押印したことが認められ、そこに至る経緯から控訴人天木の悔しい思いは十分理解できるものの、最終的には自らの意思で退職を決断したことが認められる。

なお、外務省の控訴人天木に対する退職勧奨の目的がどのようなものであろうと、また、外務省が控訴人天木に対し退職勧奨をするにあたり、若返り人事の一環であるなどと明らかに虚偽の説明をしたものであろうと、控訴人天木に対する退職勧奨行為に違法性があつたとは認められない。

以上から、控訴人天木の特命全権大使の免官に際し、違憲違法な退職強要行為があつたとは認められず、控訴人天木の権利利益が侵害されたものとは認められない。

以上

資料② 名古屋高裁判決に対するさしあたってのコメント：「九条の生命力を示す——イラク派兵違憲 4. 17 名古屋高裁判決の意義」（2008 年 4 月 26 日稿）

2008 年 4 月 17 日、自衛隊イラク派兵の差止めを求めた訴訟の名古屋高裁判決の日、私は、先に、原告市民の側に立って証言をし、また鑑定意見書を提出していた縁もあって法廷にいました。「派兵は違憲」と判決文の朗読が進むにつれて、原告の人々からは、抑えたものながら拍手が起き、閉廷となるや満場握手と抱擁で沸き返りました。主文は「控訴棄却」、つまり原告側が敗訴したのに喜びであふれたわけです。自己の利益の主張を通路としつつ真の目的は多くの人々の権利の擁護を目指す、憲法裁判の真髄を如実に示した光景でした。

裁判長は、「航空自衛隊が米軍を主力とした多国籍軍の武装した兵員を、戦闘地域であるバグダッド空港へ輸送しているのは、イラク特措法に違反し、かつ憲法 9 条 1 項に違反する活動にほかならない」と読み進めました。これほど明瞭な違憲判決が今日のわが国の法廷で本当に言い渡されているのか、わが耳を疑いながら聴いて、私は、涙をこらえることができませんでした。そうか、これは幻ではないのだ、と知り、歴史が進む姿を目のあたりにしている思いがしました。

実に、憲法裁判史に黄金の釘をひとつ打ち込んだだけでなく、違憲の軍国主義政治に転換を迫り、憲法どおりの政治と平和な社会の実現を願う国民を大きく励ます、画期的・歴史的な判決であるといえます。その全面的な評価は、これから多方面で総合的になされるべき課題ですが、さしあたり、判決のもつ意義についていま感じているところの一端をお伝えしたいと思います。

## 1 イラク派兵は違憲、平和的生存権は裁判規範

判決は、アメリカ等による攻撃で国際的な武力紛争が続いているイラク、とくに首都バグダッドはイラク特措法にいう「戦闘地域」であり、そこへ武装した米軍等の兵員を運ぶ空自の活動は、アメリカ等の武力行使と一体のもので、それ自体も武力行使にあたるから、武力行使を禁じ、かつ戦闘地域への派兵を

禁じている特措法に違反し、ひいては憲法に違反する、としています。これは、自衛隊が憲法上許される存在であるか否か、また特措法は合憲的に成立している法律であるか否かは脇に置いて、政府の憲法解釈を前提にした論理です。

つまり、この判決は、政府の憲法解釈にもとづいてもなお、今般の派兵は憲法違反となるとしているわけであり、それゆえに政府が容易に覆すことのできない、安定した堅固な論理を用いているといえます。判決に対する政府側からの論難が、いささか奇妙なことに、傍論で違憲判断をすることは許されないという、手続的・訴訟法的側面に集中しているのも、イラク派兵違憲の実体的判断については反論が困難であることを物語っていると思われる。

この判決のもつ画期的意義のもうひとつは、平和的生存権が具体的な裁判規範としての性格を備えた権利であることを、これまた正面から認めたところにあります。憲法の前文に、「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権利を有することを確認する」と書かれているのがこの権利ですが、これまでのほとんどの裁判所は、これを抽象的な権利にすぎないとして、市民が訴えの根拠にすることを認めてこなかったのです。しかし、名古屋高裁は、人権は平和なしには存立しえないという考えに立って、平和的生存権はすべての基本的人権の基礎にある基底的な権利であるとし、市民が裁判所に対して保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求できる具体的権利性をもつ、と判断しました。つまり、この権利を根拠にして、市民は、国家の違憲行為に対して差止め請求や損害賠償請求ができる、というのです。これにより、平和を求める訴訟の地平は大きく拓かれた、といえます。

これまでの自衛隊裁判で明確な違憲判断を下したものは長沼訴訟第1審判決（1973年札幌地裁、福島判決）です。控訴審で覆されたこの判決は、自衛隊の存在それ自体を違憲とし、また、自衛隊のミサイル基地が建設された町が有事の際には攻撃目標とされる、という直接的な被害を理由とする、住民の平和的生存権の主張を認めたものでした。今回の判決は、自衛隊の合憲性それ自体は問うことなく、その活動を違憲とし、また戦争に加担したくないという市民の良心が踏みにじられたことを平和的生存権侵害の理由とする訴えが、一般的には成立しうることを認めたわけです。

長沼判決から35年。いまは、当時とは憲法をとりまく状況が大きく変化しています。イージス軍艦が市民の漁船を沈没させて憚らないなど軍事優先の風潮がはびこっており、その風潮を背景にして、自衛隊海外派兵が常態となっています。しかし、今回の判決は、そのような憲法無視の政治を致し方ないものとして追認してしまうことなく、憲法の原点をはっきりと示して、政治がそれに従うよう求めたものです。この判決のもつ巨大な意義については、いくら高く評価してもしすぎるものではありません。

また、この35年の間、自衛隊裁判では、憲法判断を何とか回避しようとする傾向が支配的でした。しかも、遺憾なことに、憲法の最後の番人の役割を憲法によって託されているはずの最高裁が、その傾向を導いてきました。しかしながら、今回の裁判官たちは、そうした司法界の現状をよしとせず、政府の行為に対して憚ることなく憲法をあてはめ、説得力に富む論証により違憲の判断を下しました。その、司法の気概を貫いて政治に右厘左舐しない勇氣と憲法への誠実さは、違憲審査権を国民から預かる裁判官のもつべき特性を余すところなく示したものとして称えられ、さぞかし歴史に残るものとなる信じます。

## 2 政府の「傍論」批判は道理のない暴論

今回の判決で、原告市民は、判決の理由の叙述の中でイラク派兵違憲という、求めていた説示を得ながら、主文で控訴棄却となり敗訴しています。今回の事案では個々の原告の権利・利益の侵害は裁判所で救済しなければならないところまで至っていない、とされたためです。しかし、実質的に勝訴した原告たちは上告しない方針で、片や勝訴判決を受けた国側には上告する資格がありません。こうして、この実質違憲判決は確定することになります。その点が、政府が切齒扼腕するところで、判決への非難もそこに集中させています。

すなわち、福田首相は、「違憲の判断をしたのは傍論、ワキの論。判決は国が勝っている」と述べ、また、田母神俊雄航空幕僚長は、「そんなのかんげいねえ」とお笑いタレントのギャグを使って判決を愚弄しました。いずれも、「裁判所の判断が行政に優越するのは主文と、主文を導き出すのに必要な部分に限られる」（高村外相の言）と言おうとしたものだと考えられます。ここ

には2つの論点があります。

ひとつに、この論法は、裁判において主文を導くのに不可欠な判決理由（いわゆるレイシオ・デシデンダイ）とそれ以外の傍論（オビタ・ディクトゥム）とを2分し、法的拘束力をもつのは前者だけだという考えに立っています。しかし、これは、英米など判例法主義の国に通用するもので、成文法主義のわが国では両者は厳密には区分されず、傍論として述べられた説明が先例とされることも少なくありません。わが国の違憲審査の判決で重要なのは、事案の真の解決のためになされた判断部分とそうでない部分との区別です。

今回でいえば、まさに9条と平和的生存権にかんする判断こそが事案の解決にとって決定的重要性をもつものであって、行政府は、それに拘束されます。今回のものが最高裁判決でなく下級審判決であることを考慮してもなお、政府にはそれを尊重する義務があります。イラク派兵行為について、「判決に即してこれを誠実に見直します」と言明するのが、政府の最低限の弁えであったというべきでしょう。そうであるのに、「傍論ゆえに無視してよい」というのは、違憲審査制への無理解、ないしは判決の価値をあえて軽いものと印象づけるためにする暴論にほかなりません。

もうひとつは、現行裁判制度上、国側が上告できなくなったことへの憤懣であり、それが昂じて法改正の提唱までなされています。たしかに、国が主義で勝ったがゆえに上訴の機会をもつことなく違憲の判断が確定した事例は、これまでも靖国神社への首相公式参拝の違憲が争われた裁判などにおいてみられます。国側にとっては、由々しい事態なのでしょう。しかし、そもそも上告にせよ控訴にせよ、上訴の制度は、本質的に、訴訟上の弱者のために設けられたものと考えることができます。その観点からすれば、究極の強者である国には上訴の利益はないものといえます。

それに何より、4年にわたるこの裁判で、被告としての国は、一貫してイラク派兵が合憲であることの弁証に努めようとはしませんでした。市民には裁判を起こす資格がないという主張に耽っていたのです。昨年秋に私が証言（本稿所収の、2007年10月25日名古屋高裁での証言）した際にも、国側は、反対尋問を促されても「ありません」のひとことでした。それなのに、今さら「最

高裁で議論したい」というのは、まさに嘖飯ものです。

なお、このような議論の底流に、国民から選挙されていない裁判官に政治の正否を判断させるべきでないという考え方があり、それは今回も顔を出しています。たしかに、民主主義と司法権の関係は、むづかしい原理的な論点です。ただ、日本国憲法は、国会や政府の行為が憲法に違反していないかどうかを職業裁判官が判断・決定する制度——違憲審査制——を、何より基本的人権の保障の実を上げるために採用しているのであり、そこから出発すべきです。この制度のもとでは、国会・内閣という政治部門は、司法が示した法的判断に従うことが求められます。司法が政治部門の行為を追認したときにはそれをよしとし、このたびのように行為をたしなめたときには、にわかに「民主主義」論を持ち出すようなやり方は、人々を納得させるものではありません。

### 3 反響と政府が今なすべきこと

この判決への反響は、当然ながら大きく、マスメディアは、当日夕方から翌日にかけて活発に報道しました。NHKは、「空自の活動の『一部』が違憲とされたが、政府は活動を継続するとしている」という趣旨で報道を繰り返しました。新聞では、中日をはじめ朝日・毎日が判決を積極的に受けとめたのにひきかえ、読売・産経・日経は、先に紹介した政府の判決批判と同様の立場から、「問題判決」（読売）と捉えています。とくに日経は、この判決を機に集团的自衛権論議を活発にしよう、と呼びかけています。これらの体制的論調が、今日のわが国社会におけるひとつの強い流れとなっていることにあらため気を配っておきたいと思います。

政府についていえば、いずれにせよ、憲法を誠実に守るべき法治国家の政府である以上、司法が違憲審査によって示した判断には服さなければならず、イラクに現在も出している自衛隊については、これを即時全面撤退させるという以外の選択肢はありません。さらに、今日制定が図られている、いわゆる自衛隊派遣一般法（派兵・武力行使恒久法）は、武力行使や戦闘地域での活動まで含む派兵を常時可能とする仕組みをつくらうとするものですから、今回の判決に照らして許されないものであることは明白です。立法作業の取りやめが求め

られているといわなければなりません。

このようにして、名古屋高裁の判決は、憲法9条が生き続けており、私たちの社会に深く定着していることを示しました。それは、世界と日本の平和を築く事業にとってかけがえのない礎石となる判決であったといえます。

#### 4 歴史的判決をもたらしたもの

日本戦後史において金字塔としての輝きをもつことになるであろうこの判決を生み出したものは何か。広範で深い分析はこれからの共同作業に待たなければなりません。何よりも、これまでの永年にわたる人々の努力がその土台をなしていることは明らかであります。

戦後だけでも60年を越える間、平和を守るための努力は、営々として積み重ねられてきました。憲法運動に限っても、憲法を守り、9条を葬り去ることを許さない人々の誠実な姿があります。また、人々は、自衛隊だけでなく日米安保体制がいかに平和に生きることの桎梏となっているかを忘れてはなりません。

こうした努力の積み重ねの上に、今般の自衛隊イラク派兵に直面して、政治的立場や信仰を超えて原告団が結成され、全国で11に及ぶ訴訟が提起され、それらの間にネットワークが形成されました。また、イラク平和訴訟の前史をなすもののひとつとして、湾岸戦争時の、いわゆる市民平和訴訟の運動がありますが、その教訓も今回生かされたものと思われ。そして、今回の訴訟では、原告の皆さんの熱意を、豊かな力量を持つ弁護団が支えました。名古屋訴訟で蓄積された裁判文書は、そのことを遺憾なく証していると思います。加えて、学者による理論的貢献もみられました。こうした、人々の団結、協力こそ、歴史的判決を押し出す力となったといえましょう。

そして、それと響き合うように、名古屋では裁判官に人を得ました。憲法感覚の豊かな裁判官は、さぞかし、人々が今日の憲法無視の政治に対して抱く危機意識を鋭敏に感じ取ったにちがいません。——こうして、前進のための確かなひとつの要石が置かれました。そこから、平和な世界の中をつくる事業は、今から始まることになります。

以上



資料③ 熊本訴訟：自衛隊のイラク派兵差止等請求事件（平成 17 年（ワ）第 367 号・平成 18 年（ワ）第 9 号・平成 19 年（ワ）第 479 号）熊本地方裁判所民事第 2 部〔裁判長裁判官亀川清長〕2008 年 2 月 29 日判決（抜粋）

### 第 3 当裁判所の判断

#### 1 本件違憲確認請求について

- (1) 裁判所がその固有の権限に基づいて審査することのできる対象は、裁判所法 3 条 1 項にいう法律上の争訟、すなわち当事者間の具体的な権利義務ないし法律関係の存否に関する紛争であって、かつ、それが法令の適用により終局的に解決することができるものに限られ、裁判所は、法律において特に定めるものは別として、具体的事件を離れて抽象的に法律の違憲性を判断する権限を有していない。
- (2) 本件違憲確認請求において、原告らは、原告らの平和的生存権ないし、戦争や武力行使をしない日本に生きる権利を侵害されたとしてイラク特措法に基づく基本計画が憲法に違反することを主張するが、イラク特措法に基づく基本計画の策定段階においては、原告らと被告との間に、具体的かつ個別の法律関係を生じさせたり、これによる紛争を生じさせたりするものということとはできず、基本計画自体の違憲確認を求める訴えは、裁判所法 3 条 1 項にいう法律上の争訟に当たらないと解するべきである。
- (3) したがって、このような訴えの提起を認める法律の定めはない以上、本件違憲確認請求に係る訴えは、不適法である。

#### 2 本件差止請求〔について〕

次に、本件差止請求について検討するに、上記イラク特措法の各規定に照らすと、イラク特措法による自衛隊のイラク等への派遣は、イラク特措法の規定に基づき防衛大臣に付与された行政上の権限による公権力の行使を本質的内容とするものと解されるから、航空自衛隊のイラク等への派遣禁止を求める本件差止請求は、必然的に、防衛大臣の上記行政権の行使の取消変更又はその発動

を求める請求を包含するものといわなければならない。そうすると、原告らは、被告に対し、上記のような私法上の給付請求権を有するものではないから、本件差止請求の訴えは、それが平和的生存権やその他の私法上の権利に基づくものであれ、いずれにしても不適法である（最高裁昭和56年12月16日大法廷判決・民集35巻10号1369頁参照）。

### 3 本件損害賠償請求について

- (1) 本件損害賠償請求は、本件派遣によって原告らの平和的生存権及び人格権を中心とした人権が侵害されたとしてこれに対する慰謝料の支払いを求めていると思われるので、平和的生存権の法的性質について検討する。
- (2) まず、憲法は、前文において、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生存する権利を有することを確認するとし、9条において、国権の発動たる戦争と武力による威嚇又は武力の行使を放棄し、戦力を保持せず、国の交戦権を認めない旨規定している。しかし、原告らが、上記憲法前文及び9条を根拠として主張する平和的生存権にいう平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であるとともに、その解釈も個人によって異なる多義的なものであることから、権利としてその内容を具体的に特定することができないものであって、裁判上の救済を受けることができる権利としての具体的内容を有するものとはいえず、法律上の具体的利益として保障されていると解することはできない（最高裁平成元年6月20日第三小法廷判決・民集43巻6号385頁参照）。

原告らは、平和的生存権の具体的権利性について縷々主張し、証人小林〔小林 武。2007年6月12日同地裁で証言。——筆者註〕は、その証言中、あるいはその論考（甲26、75）において、平和的生存権を、「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、そして国民には、政府が平和政策を採るよう要求し、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」と具体的に理解し、憲法第3章の人権規定と結びつき、それぞれの人権の中に平和的生存権の趣旨が反映、ある

いは意味充填されることにより、具体的な規範効果を導き出し得る旨を述べて、原告らの主張を支持している。かかる見解は、平和的生存権の具体化を試み、より積極的な憲法上の意義を付与せしめんとするものである点において、傾聴に値するものである。

しかしながら、現時点においては、先に述べたとおり、憲法が基本理念とする平和の理解もさることながら、それを実現するための手段としていかなる施策を実施すべきか、といった具体的な面に至っては、なお、個人において多種多様な考え方が存在しており、国民的な共通認識をもって統一的に理解されているとまでは認めがたい。そのことは、原告らの主張や証人小林の証言にみられる考え方が存在する一方で、イラク特措法1条の定めるように、イラクの国家再建に積極的、主体的に寄与することが日本を含む国際社会の平和及び安全の確保に資するという理解もあることに照らせば、一層明らかである。そのような現時点における多様な認識や、議論の状況に鑑みるとき、当裁判所としては、現時点においては平和的生存権をもって、原告らの主張するような具体的権利性を有するものとして裁判規範性を認めるには、なお躊躇を感じざるを得ないところである。

- (3) さらに、原告らは、本件派遣により、原告らの個々の生命・身体の安全、人格・財産権等の種々の権利が侵害されていると主張する。しかし、原告ら主張にかかる平和的生存権ないし「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」が具体的権利・利益とはいえないことは前記のとおりである。加えて、本件派遣により、原告らの生命・身体に対する危険が具体的に生じていると認めるに足りる証拠はないし、本件派遣によって、他に原告らの具体的権利ないし法的保護に値する利益が現実には侵害されたと認めるに足りる証拠もない。したがって、この点に関する原告らの請求は理由がない。また、本件派遣により、原告らが悲しみや恐怖感を感じたとしても、間接民主制の下においては、国家の措置・施策が個々の国民の信条、信念、憲法解釈等と相反する事態が生じることは当然に予定されているから、国家の措置・施策に対する国民の内心的感情が国家賠償法により保護に値する利益であるということもできず、このことにより原告らの権利が具体的

に侵害されたと認めることはできない。

- (4) したがって、平和的生存権及び人格等が侵害されたことを理由とする本件損害賠償請求は、いずれも理由がない。

#### 4 結 論

よって、主文のとおり判決する。

熊本地方裁判所民事第2部

裁判官 竹 添 明 夫

裁判官 中 島 真希子

裁判長裁判官亀川清長は転補のため署名・押印できない。

裁判官 竹 添 明 夫