

## イラク派兵訴訟岡山地裁判決と平和的生存権

小林 武

2009（平成21）年2月24日岡山地裁第1民事部判決（平成17年（ワ）第1057号自衛隊イラク派遣違憲確認等請求事件）判例集未登載——訴え一部却下・一部棄却

### 【判決要旨】

平和的生存権は、日本憲法上の基本的人権であり、裁判所が法令審査権を行使するに当たり本文と同様に抱えるべき裁判規範性を有するものであって、すべての基本的人権の基底的権利であり、憲法9条はその制度規定、憲法第3章の各条項はその個人人権規定とみることができ、規範的・機能的には、徴兵拒絶権、良心的兵役拒絶権、軍需労働拒絶権等の自由権的基本権として存在し、これが具体的に侵害された場合等においては、不法行為法における被侵害法益としての適格性があり、損害賠償請求をすることも認められる。

しかし、自衛隊イラク派遣に対する違憲確認の訴えおよび差止めの訴えはいずれも不適法であって却下され、また、損害賠償請求については、原告らの精神的苦痛は未だ平和的生存権により保護されるべき被侵害法益性を有しないので棄却される。そうである以上、原告らの主張する本件自衛隊派遣の憲法9条違反・イラク特措法違反の有無については、裁判所が法令審査権を行使する場合に求められる必要性の原則に照らして判断しない。

### 【事 実】

1 2003年3月20日、アメリカ等の「有志連合」軍は、イラクに対する攻撃を開始した。これにより、間もなくフセイン政権が崩壊し、同年5月2日、ア

アメリカのブッシュ大統領が主要な戦争の終結を宣言した。その後、アメリカ国防総省・復興人道支援室（ORHA）が対イラク統治を総括し、さらに連合国暫定当局（CPA）がそれを引き継いだ。

そして、2004年6月1日、イラク暫定政府が発足し、同月28日には、CPAから同暫定政府への主権移譲がおこなわれた。これにともない、「有志連合」軍は多国籍軍という形になった。イラク攻撃開始当初の有志連合軍およびCPAから主権移譲後の多国籍軍に参加したのは、最大41か国であり、いわゆる大国のうちフランス、ロシア、中国、ドイツ等は加わっておらず、イラク攻撃への国際的な批判が高まる中、参加国も次々と撤収し、後にはアメリカ、イギリスおよびわが国も含めて21か国となった。このアメリカ軍を中心とする多国籍軍が、現在に至るまで、イラク軍をも動員して、武装勢力に対する掃討作戦を続けている。

日本政府（内閣総理大臣小泉純一郎）は、この米軍等による対イラク戦争を即座に支持した。ついで、2003年7月26日、第156国会において、4年間の時限立法である「イラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する特別措置法」（以下「イラク特措法」）が可決成立し、同年8月1日、公布・施行された。内閣は、同年12月9日、同法に基づく人道復興支援活動及び安全確保支援活動（以下「対応措置」）に関する基本計画（以下「基本計画」）を閣議決定した。そして、防衛庁長官（当時）が、実施要項を定め、航空自衛隊（以下「空自」）先遣隊に派遣命令を発して、同月26日からイラク、クウェートへ、その後、陸上自衛隊（以下「陸自」）を翌04年1月16日からイラク南部のムサンナ県サマワへ、それぞれ派遣した。これら日本の自衛隊は、同年6月に発足した多国籍軍に加わった。このうち、陸自は、06年7月17日、サマワから完全撤退したが、空自は、その後もクウェートからイラク南部の首都バグダット等への物資・人員の空輸活動を継続して、08年末に撤収した。

こうした事態に直面して、この自衛隊派兵を憲法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则认为する市民が、各地において声を挙げた。岡山県内に在住する40人の市民も、2005年、国が自衛隊をイラクおよびその周

辺地域ならびに周辺海域に派遣したことが違憲であることの確認、派遣することの差止め、および精神的苦痛に対する各人1万円の国家賠償、をそれぞれ請求して岡山地裁に出訴した。

2 本件の争点は、裁判所が整理したところによれば、(ア) 平和的生存権の裁判規範性、(イ) 本件違憲確認及び本件差止めの訴えの適法性、(ウ) 本件各請求の理由の有無、である。(つまり、原告らが縷々主張した本件自衛隊イラク派兵の違憲性・違法性については、裁判所が判断しないことにしたため、それは、正面の争点としては扱われていない。)

これら争点をめぐり、当事者の主張するところは、つぎのごとくである。

原告は、本件訴訟の意義は、第1に、平和的生存権が具体的かつ裁判規範性を有する権利であることを確立すること、第2に、憲法擁護の最後の砦としての裁判所にその責務を忠実に果たさせて「法の支配」すなわち「憲法の支配」を確立すること、そして第3に、日本原演習場(奈峯町)および三軒家駐屯地・爆薬庫(岡山市)を抱えるここ岡山の地で、自衛隊イラク派遣の差止めを実現することである、とする。そこで、今般の事態を見るに、米英軍のイラク侵略への加担を許すイラク特措法は、憲法の平和主義に反し、9条に違反する違憲の法律であり、本件派遣も、違憲の行為である。

そして、平和的生存権は、裁判規範性を有し、9条と一体となって、政府が同条に違反しておこなった行為について、国民は、裁判上この権利の侵害を主張できる。また、これが、18条、19条、25条とそれぞれ結びついたとき、「徴兵からの自由」、「良心的兵役拒否の自由」、「軍事徴用を受けない自由」が導かれることになる。本件においては、原告らにいずれも共通するのは、戦争放棄を定めた憲法をもつわが国が米英軍と一体となって他国の人民を殺戮する行為に加担することによって、著しい精神的苦痛を感じていることである。それは、戦争や軍隊によって他者の生命を奪うことに加担させられない権利という意味での平和的生存権の侵害にあたるものである。

原告らは、上記の違憲の行為により具体的な利益を侵害されており、または侵害される危険にさらされており、このような場合、原告らが有する平和的生存権にもとづいて、その行為の違憲性の確認や差止めの請求、および、慰謝料

請求権が認められるべきである。

これに対する被告の主張は、原告らが依拠している平和的生存権は概念そのものが抽象的かつ不明確であるばかりでなく、具体的な権利内容、根拠規定、法律効果等などの点をとってみても一義性に欠け、その外延を画することさえできないきわめて曖昧なものであり、具体的な権利とはいえない。また、本件における自衛隊員のイラク派遣それ自体は、原告らに向けられたものではなく、原告らの法的利益を侵害するということはおよそありえず、各請求は失当である、というにある。

### 【判決理由】

「本件の争点は、次のアないしウに整理される。

- ア 平和的生存権の裁判規範性
- イ 本件確認の訴え及び本件差止めの訴えの適法性
- ウ 本件各請求の理由の有無

#### 1 平和的生存権の裁判規範性（争点ア）について

「平和的生存権が憲法上の基本的人権であるとする学説は昭和30年代に提唱され、以来、半世紀を経過した現在、平和的生存権が記述された前文が全体としての憲法典の一部を構成し、その変更は憲法96条による改正の手續を要すること、平和的生存権が立法その他の国政の指針となるとともに、憲法本文の解釈基準ともなること、そして、これらの意味で前文ないし平和的生存権が法規範性を有するとする事について、既にほぼ異論をみないところとなっており、現時点においては、この平和的生存権が裁判所による司法審査において、裁判所により直接適用される裁判規範といえるか否か、すなわち、裁判規範性を有するか否かについてだけが争いとなっている。

よって考えるに、まず、憲法前文2項には、『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。』とあり、平和的生存権が『権利』であることが明言されていることからすれば、その文言どおりに平和的生存権は憲法上の『権利』であると解するのが法解釈上の常道であり、また、それが平和主義に徹し基本的人権の保障

と擁護を旨とする憲法に即し、憲法に忠実な解釈である。

次に、憲法 81 条には、『最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。』とあり、同条による法令審査権は、下級審裁判所もまた、司法権の行使に付随して、当然にこれを行使することができるかとされているのであるが、ここにいう『憲法』とは、憲法改正における前文と本文との同質性にかんがみる限り、前文を含むといわざるを得ないのであるから、前文が法令審査権行使の基準となり、裁判規範性を有することも否定できない。

そして、憲法前文 2 項が平和的生存権の主体を『全世界の国民』と表現したことについても、主権国家の併存する現代の国際社会においては、この平和的生存権を法規範、裁判規範として実効的に適用できるのはわが国に限られることから、国民及び在日外国人がこれを享有することを自明としつつも、『全世界の国民』が平和的生存権を有すべきものであり、国際協和によりその実現を図ろうとする趣旨を宣明したものと解すれば足り、これは、前文 1 項の『われらは、これ（直前の国民主権の原理をいう。）に反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する。』とあるのと同じの精神に出たものにほかならない。

そうすると、平和的生存権は、日本国憲法上の基本的人権であり、裁判所が法令審査権を行使するに当たり、本文と同様に拠るべき裁判規範性を有するというべきである。

この点、被告は、最高裁判平成元年 6 月 20 日第三小法廷判決・民集 43 卷 6 号 385 頁が『上告人らが平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であって、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえない』（ママ。判決文は「いえず」となっている）と判示したことをもって、同判決が平和的生存権に消極的評価をしたものと主張するが、同判決は、売買契約の有効性を判断するに当たり、上記のとおり、平和主義ないし平和的生存権という平和は、私法上の行為の効力の判断基準とならない旨を判示したにとどまり、平和的生存権に関しては何ら触れるところがないのであって、同判示をもって、同判決が平和的生存権の存在やその法規範性、裁判規範性を否定したということとはでき



ないし、これに対して消極的評価をしたということもできない。

また、被告は、平和的生存権は、その概念そのものが抽象的かつ不明瞭であるとか、具体的な権利内容等のどの点をとってみても、一義性に欠けるなどとして、その具体的権利性を否定する旨を主張する。しかしながら、憲法上の基本的人権規定は概ね抽象的かつ不明瞭であって、一義性に欠けるものであり、例えば、平和的生存権にいう『恐怖と欠乏を（ママ。憲法原文では「欠乏から」）免れ、平和のうちに生存する権利』と憲法13条3項の幸福追求権にいう『生命、身体及び幸福追求に対する国民の権利』とを対照しても、その抽象性、不明瞭性、一義性に径庭はないというべきであるし、そもそも基本的人権とは、歴史的に生成し、発展するものであり、その生成、承認の当初に当たり、権利内容や法律効果等がすみずみまで明瞭かつ判明であることを期待することができないことを考慮すれば、被告の上記主張をもって平和的生存権否定の正当な論拠とすることはできない。

以上のとおりであり、平和的生存権については、法規範性、裁判規範性を有する国民の基本的人権として承認すべきであり、本件における原告らの主張にかんがみれば、平和的生存権は、すべての基本的人権の基底的権利であり、憲法9条はその制度規定、憲法第3章の各条項はその個人人権規定とみることができ、規範的、機能的には、懲兵拒絶権、良心的兵役拒絶権、軍需労働拒絶権等の自由権的基本権として存在し、また、これが具体的に侵害された場合等においては、不法行為法における被侵害法益としての適格性があり、損害賠償請求ができることも認められるというべきである。」

## 2 本件確認の訴え及び本件差止めの訴えの適法性（争点イ）について

「被告は、平和的生存権の裁判規範性を否定し、本件確認の訴え及び本件差止の訴えがいずれも法律上の争訟性を欠くと主張するが、平和的生存権が法規範性、裁判規範性を有する国民の基本的人権として承認されることは前記のとおりであり、被告の上記主張は採用できないが、上記各訴えの適法性については、なお別途の検討を要する。

### (1) 本件確認の訴えの適法性

本件確認の訴えが適法であるためには確認の利益が必要であることは、一般

の民事訴訟と異なるものではなく、被告も、本件確認の訴えについては訴えの利益がない旨を主張しているので、以下、検討する。

ところで、本件確認の訴えの請求の趣旨は、被告が、イラク特措法に基づき、自衛隊をイラクに派遣したことが違憲であることの確認を求めるというのであり、違憲であることの確認をを求める対象は、自衛隊員をイラクに派遣したことという過去の事実行為となっている。

しかしながら、民事訴訟における確認の利益は、現在の権利又は法律関係を裁判所の本案判決によって確定し、これにより、当事者間の法的紛争が有効かつ適切に解決される場合に認められるものであり、過去の事実の確認に訴えの利益が認められるのは、民事訴訟法があらかじめこれを肯定している証書真否確認の訴えのほか、特にその必要を認めるべき特段の事情がある場合に限られる。ところが、本件確認の訴えにおいては、その本案判決をすることにより、現在の権利又は法律関係が確定されるわけではなく、また、原告…らの法律上の地位が何らかの意味で確定されるわけでもないから、上記特段の事情が見出し難いというほかはない。

したがって、原告…らの本件確認の訴えは、いずれも不合法である。

## (2) 本件差止めの訴えの適法性

次に、本件差止めの訴えについてみるに、原告…らは、不法行為又は平和的生存権に基づいてこの訴えを提起しているものと思われるが、不法行為法上、一定の場合に差止請求権が認められるべき場合があることは否定できず、また、平和的生存権についても、かかる差止請求権が認められるべき場合があり得ないわけではない。

しかしながら、イラク特措法の規定……によれば、防衛庁長官ないし防衛大臣は、対応措置についての実施要項を定め、総理大臣の承認を得て、自衛隊の部隊等にその実施を命ずることとされているのであって、同法による自衛隊のイラク派遣は、同法の規定に基づき防衛庁長官等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、本件派遣の禁止を求める本件差止請求は、必然的に、防衛庁長官等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。そうすると、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、最高裁昭和56年12月16日大法廷判決・民集35巻10号1369頁に照らして明らかというべきである。

したがって、原告…らの本件差止めの訴えもまたいずれも不適法である。」

### 3 本件各請求の理由の有無（争点ウ）について

「本件確認の訴え及び本件差止の訴えは、前記のとおり、いずれも不適法であるから、本件損害賠償請求についてのみ本案の判断することとする。

平和的生存権については、不法行為法上の被侵害法益としての適格性があり、前記例示の徴兵拒否（ママ）権、良心的兵役拒絶権、軍需労働拒絶権等の自由権的基本権が具体的に侵害された場合においては、損害賠償請求ができることは、前記説示のとおりである。

ところが、原告らは、本件損害賠償において、平和的生存権には二義があり、そのうち、狭義の平和的生存権、すなわち、戦争や軍隊によって自己の生命を奪われない権利及び戦争や軍隊によって他者の生命を奪うことに加担させられない権利を侵害されたものと主張するが、原告ら個人が具体的に生命を奪われ、あるいは他者の生命を奪いかねない事態に陥ったことについては何らの主張もせず、単に、戦争放棄を定めた憲法をもつわが国が米英軍と一体となって他国に人民を殺戮する行為に加担することによって著しい精神的苦痛を感じたとか、本件派遣により自衛隊がイラクに派遣され、しかも、それは憲法に違反する許し難い行為であり、原告らに耐え難い苦痛を与えた旨だけを主張するにとどまっており、結局のところ、本件派遣によって、自己の憲法上の見解ないし平和的生存権に基づく平和、非戦の心情や感情を害されたとして、慰謝料請求を求めるにすぎない。しかしながら、本件派遣は、原告らに向けられたものではないし、これによって原告らが直接にイラク戦争への参戦を迫られ、現実とその生命、身体的安全等が侵害される危険にさらされたわけでもないのであって、原告らの主張する上記精神的苦痛は、具体的権利として平和的生存権によって保護されるべきであるというにはあまり現実的な根拠に乏しい。したがって、原告らの主張する精神的苦痛は、未だ平和的生存権により保護されるべき被侵害法益性を有しないというべきであり、不法行為法上、損害賠償請求を認める



に足りる法益侵害を生じたものということではできない。

なお、原告らは、憲法13条及び19条の保障する人格権侵害をも主張するが、これもまた上記平和的生存権について説示したところと同断であり、平和的生存権から人格権に言葉を変えたからといって、損害賠償請求を認めるに足りる法益侵害を生じることはない。

そうであれば、原告らが縷々主張する本件派遣の違憲性、違法性については、仮にこれが原告ら主張のとおり違憲、違法であったとしても、原告らの法益を侵害し、被害賠償を要することはないことになるから、裁判所による法令審査権行使における必要性の原則に照らし、この点については判断しないこととするのが相当である。」

(裁判官 近下秀州〔裁判長〕、篠原 礼、植月良典)

#### 【参照条文】

憲法前文・9条・13条・19条、イラク特措法（「イラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する特別措置法」）、裁判所法3条1項、国家賠償法1条1項

#### 【批評】

本判決は、平和的生存権の裁判規範性を正面から肯定した上で、それが機能しうる具体的場面を明示したところに、最大の積極的意義を有している。それは平和的生存権関係裁判の流れの中でも特筆すべきものであると考える。同時に、違憲審査にかんする必要性の原則に固執して憲法判断に踏み込まなかった点において、大きな限界をもつ。以下、平和的生存権論を中心に、とくに、同じイラク訴訟において昨年（2008年）4月17日に出された名古屋高裁判決との関連に注目しつつ、小評を加えておきたい。

#### 1 平和的生存権にかんする判例の推移

本判決は、冒頭に述べたように、平和的生存権が具体的裁判規範としての性格を具えた権利であることを明瞭かつ具体的に肯定したところに、最大の意義が認められる。

平和的生存権は、憲法前文2段末尾において、「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。」という文言で表現されているものである。前文が憲法典の一部を成し、本文と同じ法規範性を持つことには異論は見当たらないが、当該規定を直接の根拠として裁判所の救済を求めることのできる裁判法規範性を有するか否かについては、とりわけ平和的生存権をめぐる争われてきた。この権利に裁判法規範性ありとする主張は、1960年代からの自衛隊違憲訴訟において本格的になされはじめたが、これまでのほとんどの裁判所は、これを抽象的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。

例外は、長沼訴訟第一審判決（札幌地判1973.8.5行裁例集27巻8号1175頁、福島判決）であり、住民が自衛隊のミサイル基地建設で有事の際には攻撃目標とされるという直接的な被害を内容とする平和的生存権の主張を、訴えの利益の根拠として認めた。それは、日本国憲法が21世紀的人権としての平和的生存権を他国の憲法に先駆けて採り入れ、平和を国家の政策に委ねられるものではなく、市民が選択する人権価値であることの憲法思想史的意義をきわめて正当に理解・展開したものであった。とはいえ、それは、長い間、ほとんど唯一の積極事例にとどまっていた。

すなわち、この長沼一審判決は、平和的生存権を「憲法第3章各条項によって、個別的な基本的人権の形で具体化され、規定されている」と積極的にとらえ、それを地域住民の原告適格の1つの根拠として認めたものであるが、控訴審はこれを否定し、上告審は、平和的生存権にふれなかった。最高裁は、後の百里基地訴訟の上告審判決（最判1989.6.20民集43巻6号385頁）で、その控訴審判決（東京高判1981.7.7判時1004号3頁）を支持しつつ、「上告人らが平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であって、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえない」と判示していた。

学説においても、今なお、平和的生存権は、その主体・内容・性質などの点でなお不明確であり、人権の基礎にあってそれを支える権利であるにとどまり、裁判で争うことのできる具体的な法的権利性を認めることは困難である、

と受けとめるのが一般的である。しかし他方で、平和的生存権を、9条、また第3章の各条項、とくに13条と結合させつつ、それが具体的権利性をもつことを弁証し、新しい人権のひとつとして認められうるものであるとする見解<sup>1)</sup>も、近時、有力説と言ってよい地位を占めるに至っている。

こうした平和的生存権論は、恵庭事件（札幌地判1967.3.29下刑集9巻3号359頁）や長沼訴訟という自衛隊違憲裁判をとおして本格的に主張されはじめた経過が物語るように、市民の裁判運動に触発され、それと深くかかわりつつ展開されてきた。これらの、自衛隊の存在それ自体の違憲を主張する裁判ののち、1990年代初頭には、湾岸戦争における多国籍軍への戦費支出・自衛隊掃海艇の派遣等を争う「市民平和訴訟」が提起され、そして2003年以來のアメリカ等によるイラク戦争に際しては、これを後方支援する自衛隊派兵の差止めを求める、本件を含む「イラク平和訴訟」が全国各地で起こされた。平和的生存権は、そうした訴えの中心的論拠となり、その権利内容も、「戦争と軍備によって生命や生活を侵害されることなく平和のうちに生きる権利」を意味するものへと豊富化されてきている。

たとえば、上記の市民平和訴訟で出された東京地裁判決（1996.5.10判時1579号62頁）は、平和的生存権は差止め等を請求しうる具体的権利ないし裁判規範性を有するそれ自体独立の権利ということとはできない、との結論を示しながらも、これに綿密な検討を加えている。すなわち、「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、憲法が全世界の国民について平和のうちに生存する権利を確認し、それが実現される

(1) 平和的生存権について永年に亘って積み重ねられてきた学問的努力の中で、深瀬忠一教授の仕事の占める位置は大きい。とりわけ、『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店、1989年）で述べられたものが、先の名古屋高裁判決や本判決の平和的生存権論の土台を成していることは明瞭である。

平和的生存権にかんする学説の動向全般については、さしあたり、小林 武『平和的生存権の弁証』（日本評論社、2006年）、とくに第2章。平和的生存権の主要論点についての小見は、この拙著を参照願えば幸いである。

ことを希求していることも明らかである。」したがって、「いまだ主権国家間、民族、地域間の対立による武力紛争が地上から除去されていない国際社会において、全世界の国民の平和のうちに生存する権利を確保するため、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のないようにつとめるべき憲法上の責任を負うものということができ、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といえよう。」とするものである。

## 2 イラク平和訴訟諸判決による進展

そして、今般のイラク平和訴訟の諸判決で、本判決に道を拓いたものとしてとりわけ注目されるのは、2008年4月17日の名古屋高裁判決であり、後に詳しくとりあげるが、それに先行する、平和的生存権にかんして見落とせない判断を、部分的にせよ示した判決が少なからず出されている。要点を紹介しておきたい。

### (1) 甲府地裁判決（2005年10月25日）

甲府地方裁判所は、「確かに、いまだ主権国家間、民族、地域間の対立による武力紛争が地上から除去されていない国際社会においては、全世界の国民の『平和のうちに生存する権利』を確保するため、国家は、憲法の基本原理である平和主義に従って平和を維持するよう努め、国民の基本的人権が侵害、抑圧されるといった事態を生じさせることのないように努めるべき憲法上の責務を負っているというべきである。そして、国家がこの義務に反した結果、憲法上保障された基本的人権に対して違法な侵害、抑圧が具体的に生じた場合には、当該国家の行為によって基本的人権を侵害された個人は、当該基本的人権の侵害を理由として、裁判所に権利の救済を求めることは可能といえよう」と抽象的レベルではあるが、国家が平和を維持すべく努力する責務と、その違反によって基本的人権を侵害された被害者の司法的救済の可能性を示唆している。

### (2) 仙台地裁判決（2006年11月28日）

仙台地方裁判所は、「たしかに、原告らは、いずれも自らの戦争体験の中で、

戦争の悲惨さ不合理さ等を直接体験しており、そのような経験を踏まえて、原告ら自身が考える平和を強く希求しているといえることができる。そして、原告らが、本件自衛隊イラク派遣に際して、過去の戦争体験を想起し、強い憤りや悲しみ等の感情を抱いていることは想像に難くないのであって、これを精神的苦痛と評価することも不可能ではない。」「原告らがそれぞれの固有の戦争体験に基づいて持つに至った平和についての理念は傾聴すべきものであり、この理念に基づき、原告らが本件自衛隊イラク派遣に対して抱いた感情をもって単なる不快感ないし不安感を評することは躊躇を感じざるを得ない」と述べて、原告らが自衛隊イラク派遣によって被った精神的苦痛に対する共感を示している。

(3) 大阪高裁（京都訴訟）判決（2008年2月18日）

大阪高等裁判所は、「確かに、憲法前文にあるように、日本国憲法は、政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないようにすることを日本国民が決意して確定し、その上で、恒久の平和を念願し、さらに、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しているものであるから、憲法の定めた恒久平和主義の理念は、戦争の惨禍により侵害されることになる国民の生命権ないし平和的生存権の保障をその内実とするといえよう。憲法学者である当審証人上田勝美が、『「平和のうちに生きる権利」の核心をなす、あるいは前提をなす権利は「生命権」そのものである』と述べていることも、その趣旨をいうものと解される」と述べて、平和的生存権に対する理解を示している。

(4) 熊本地裁判決（2008年2月29日）

熊本地方裁判所は、「原告らは、平和的生存権の具体的権利生について縷々主張し、証人小林〔＝筆者〕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付け、そして国民には、政府が平和政策を採るように要求し、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さ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」と述べて、平和的生存権を積極的にとらえる見解に対する理解を示している。

(5) 名古屋地裁判決（2007年3月23日、名古屋第7次訴訟第1審判決〔田近判決〕）

この判決は、平和的生存権にかんする百里基地訴訟最高裁判決の判断に従いながらも、次のようにいう。——「もっとも、平和的生存権は、すべての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利であり、憲法9条は、かかる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り、また、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趣旨が最大限に活かされるよう解釈すべきことはもちろんであって、（もとより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合システムが円滑に機能している限り慎重かつ謙抑に（ママ）なされるべきであるが）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、又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目的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ものと解すべきであり、その限度では、他の人権規定と相まって具体的権利性を有する場面があるというべきである」と述べる。その上で、平和的生存権の権利内容を、「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目的のために個人の基本的人権が制約されない権利」であるとする。

また、人格権の角度から、「憲法前文及び9条の法文並びにそれらの歴史的経緯にかんがみれば、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（かかる利益を平和的生存権と呼ぶか否かは別として）が法的保護に値すると解すべき場合が全くないとはいえず、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（人格権ないし幸福追求権）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」とまで踏み込んでいる。もっとも、同判決は、これを一般論にとどめ、具体的事案へのあてはめにおいては訴えをすべて斥けたのであるが、後の名古屋高裁判決への重要な架橋を築いたものとして特筆しておきたい。

### 3 名古屋高裁 2008.4.17 判決の画期性

(1) そして、名古屋高裁 4.17 判決であるが、同判決は、まず、「憲法前文に『平和のうちに生存する権利』と表現される平和的生存権は、例えば、『戦争と軍備及び戦争準備によって破壊されたり侵害ないし抑制されることなく、恐怖と欠乏から免れて平和のうちに生存し、また、そのように平和な国と世界をつくり出していくことのできる核時代の自然権の本質をもつ基本的人権である。』などと定義され、控訴人らも『戦争や武力行使をしない日本に生存する権利』、『戦争や軍隊によって他者の生命を奪うことに加担させられない権利』、『他国の民衆への軍事的手段による加害行為と関わることなく、自らの平和的確信に基づいて平和のうちに生きる権利』、『信仰に基づいて平和を希求し、すべての人の幸福を追求し、そのために、非戦・非暴力・平和主義に立って生きる権利』などと表現を異にして主張するように、極めて多様で広い権利であるということが出来る」という認識を示す。

ついで、「このような平和的生存権は、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。法規範性を有するというべき憲法前文が上記のとおり『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、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」とする。

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・救済を求め法的救済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る、その限りでは平和的生存権に具体的権利性がある」と言い切ったのである。

(2) このように、平和的生存権は、大きな可能性をもって生成途上にある人権で、つねに彫琢を加えられてきたものであるが、同判決が、長沼訴訟の事案のような、戦争によって生命・身体が脅威にさらされることを拒否する権利であるにとどまらず、自国による、あるいは他国と共同しての戦争遂行等の違憲行為に加担・協力を強制されるような場合でも裁判所に対して保護救済を求めうる具体的権利であることまで認めたことのもつ意義は、画期的である。こうした同判決の平和的生存権論は、判例の状況を一変させるものであるとともに、学説の一般的水準をも超えたものであるといえる<sup>12)</sup>。

---

(2) 奥平康弘教授（『平和的生存権』をめぐって——名古屋高裁の『自衛隊イラク派兵差止請求控訴事件』判断について（下）』世界2008年8月号97頁以下）は、名古屋高裁判決の平和的生存権論をとりあげて、総論は勢いかいいが、訴えに適用する各論では俄然失速しており、のみならず、総論も具体的権利性の論証において成功していない、と指摘する（104頁以下）。この指摘の前半部分にかんしては、たしかに、自衛隊のイラクでの違憲活動がわが国一般市民個人々の平和的生存権を直接具体的に侵害していることの論証が容易でないことは承認されよう。他方、後半部分についてのこのような評価は、結局、9条違反の国家行為に個々の市民が訴訟をとおしてプロテストしようという、日本国憲法特有の、客観的の制度規範（9条）と主観的の権利規範（平和的生存権）とを一体のものとして結合させている憲法構造の特質を活かさないうものとなるのではなかろうか。

なお、名古屋高裁判決が、訴訟人の請求は斥けたものの、先に見た平和的生存権の積極的な把握に立って、それに対する深い理解を示していたところにも注目しておきたい。損害賠償請求に対する判断部分であるが、「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」とした上で、各地のイラク訴訟における先行判例や名古屋訴訟の原審判決にもみられた、「間接民主制下における政治的敗者の個人的な憤懣、不快感又は挫折感等にすぎない」などとする評価について、それは「決して」採られるべきではない、とするのである。この判断文脈は、少数者の権利擁護にこそ司法権本来の役割があることの強い自覚を物語るものとして、きわめて重要であると思われる。

#### 4 本判決における平和的生存権論

(1) この名古屋高裁判決について出されたのが本件岡山地裁判決であるが、本判決は、まず、「〔憲法〕前文ないし平和的生存権が法規範性を有することについては、既にほぼ異論をみないところになっており、現時点においては、この平和的生存権が裁判所に司法審査において、裁判所により直接適用される裁判規範といえるか否か、すなわち、裁判規範性を有するか否かだけが争いとなっている」ことを確認する。そうであるところ、前文2項には「平和的生存権が『権利』であることが明言されていることからすれば、その文言どおりに平和的生存権は憲法上の『権利』であると解するのが法解釈上の常道であり、また、それが平和主義に徹し基本的人権の保障と擁護を旨とする憲法に則し、憲法に忠実な解釈である」とする。

また、81条にいう「憲法」とは、「憲法改正における前文と本文の同質性にかんがみる限り、前文を含むといわざるを得ないのであるから、前文が法令審査権行使の基準となり、裁判規範性を有することも否定できない」と念を押す。その上で、「そうすると、平和的生存権は、日本国憲法上の基本的人権であり、裁判所が法令審査権を行使するに当たり、本文と同様に拠るべき裁判規範性を有するというべきである」と明言する。

そして、最高裁百里基地訴訟の判示（前出）については、それが、平和主義



ないし平和的生存権という「平和」は私法上の行為の効力の判断基準とならない旨を判示したにとどまり、平和的生存権の裁判規範性を否定しあるいは消極的評価をしたものと解することはできないとする。なお、憲法規範上の概念の抽象的・不明確性・一義性欠如の非難は、平和的生存権と、たとえば13条の幸福追求権の規定との間に径庭はない、と一蹴する。

その上で、「平和的生存権については、法規範性、裁判規範性を有する国民の基本的人権として承認すべきであり、本件における原告らの主張にかんがみれば、平和的生存権は、すべての基本的人権の基底的権利であり、憲法9条はその制度規定、憲法第3章の各条項はその個人人権規定とみることができ、規範的、機能的には、徴兵拒絶権、良心的兵役拒絶権、軍需労働拒絶権等の自由権的基本権として存在し、また、これが具体的に侵害された場合等においては、不法行為法における被侵害法益としての適格性があり、損害賠償請求ができることも認められるというべきである」という、重要な結論を導いたのである。（なお、上記の徴兵拒絶権以下の3権を具体的な権利の事例として挙げたところに本判決の平和的生存権論の最大のメリットが認められるが、評釈者には、「徴兵拒絶権」と「良心的兵役拒絶権」との文脈上の関係がやや疑問である。すなわち、ここにいう「徴兵拒絶権」が良心を理由とすることなく徴兵拒絶を認めたものであるとすれば、「良心的兵役拒絶権」を挙げる必要はないように思われるのである。）

(2) このような、平和的生存権の裁判規範性を積極的に承認し、それを、すべての基本的人権の「基底的権利」ととらえた上で、その権利内容を具体的な権利名を例示的に挙げる形で明らかにし、損害賠償請求の根拠になるとした判断が、本判決の最大のメリットである。本判決は、2008年名古屋高裁判決と基本姿勢を共有するものでありつつ、さらに権利内容の具体化に踏み込んだことは、その点において、それを一步進めた意味をもつといえよう。

本判決が自衛隊イラク派兵の憲法・特措法違反の判断に立ち入らなかったことには、すぐ後に述べるように賛同しがたいが、それでも、平和的生存権の内容をここまで具体的に示したことで、今後、市民が、政府による平和憲法侵害に、裁判所をとおして対抗しうる通路が一層広がったと見てよい。自衛隊の海



外派兵が常態化している今日、とくに、自衛隊員が派兵命令に抵抗しうる根拠がここに提供されており、今後の平和裁判に大切な光明となりうるであろう。

#### 5 「法令審査権行使における必要性の原則」と傍論における違憲判断の意義

(1) 本判決は、平和的生存権にもとづく裁判提起は可能かという問題から判示を開始し、一般論としてはそれを肯定しつつ、原告らについては権利侵害は生じていないと認定して、訴えに消極的結論を出した。そうである以上、「法令審査権行使における必要性の原則に照らし」て憲法判断に入らないこととするのが「相当である」という論法を、この裁判所は採った。

それにひきかえ、先の名古屋高裁は、平和的生存権の侵害の有無を判定する前提として、自衛隊イラク派兵の違憲性・違法性を判断する必要がある、との姿勢をもって判決に臨んだため、派遣が違憲・違法であるとの認定を、訴えは斥けつつも傍論で明記するという手法を用いていた。(なお、備忘的に述べておくなら、この判決が出た直後、幾人かの政府当局者が、“傍論中の違憲判断は政府への拘束力をもたない”との主張で判決に対応したのは、この点を——粗雑に——衝いたものである。)

(2) 本判決の採った「必要性の原則」は、憲法判断は事件の解決にとって必要な場合以外はおこなわないというもので、そこから、一連の憲法判断回避の準則(「アシュバンダー・ルール」あるいは「ブランダイス・ルール」と呼ばれる)が導かれる。本判決が依拠したのは、このうちで、「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」という準則である。たしかに、それは、私権保障機能を本旨とする付随的審査制の特質をなすものとして、アメリカの判例において形成された理論で、日本でも妥当する余地はあるが、それを絶対的なルールとみなすことは違憲審査制の憲法保障機能を正しく把握したものとはいえない<sup>(3)</sup>。

---

(3) 参照、代表的なものとして、芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法〔第4版〕』(岩波書店、2007年)364頁。

わが国の違憲審査制においては、裁判所は、憲法問題を含まない争点について判断することで主文を導くことができる場合でも、事件の重大性、違憲状態の程度・範囲、侵害されている権利の性質などを総合的に検討して、争いを終局的に解決するために必要と考えたときには、憲法判断に踏み切ることができる。またしたがって、紛争の解決に重要な意味をもつ判断は、後の裁判に対して実質的な拘束力を有するといえる。イラク訴訟では、まさに9条と平和的生存権にかんする判断こそ、それに該る。また、こうした場合の判断順序として、当事者が主張する憲法違反の事実があったかどうかをまず確定し、その上で具体的な請求について認否判断をおこなうことがあっても、事案の終局的・根本的解決を任務とする違憲審査のあり方として常道に適ったものだといえる。

先の名古屋高裁判決は、まさにこの立場に立ったものである。その場合、傍論中の判断であっても、それが以上のような意味で重要性をもつものであるところから、行政府もそれに実質的に拘束されるのである。現に、同判決は、空自のイラクからの撤退をもたらすことに大きく貢献した<sup>(4)</sup>。(なお、先にふれた政府の「傍論」批判は、こうした事理を正解しないものであって、成り立ちがたいことはいうまでもない。)

この点で、本件岡山地裁判決が、憲法判断回避の準則を墨守したことは遺憾とせざるをえない。それにもかかわらず、本判決は、先に縷々述べたとおり、平和的生存権にかんするきわめて積極的な判断を示したことで、平和的憲法実現に貴重な要石の1つとなりうるものとして重要な意義をもつといえる。

(2009年4月5日)

---

(4) 名古屋高裁判決についての小見は、さしあたり、小林 武「自衛隊イラク派兵違憲名古屋高裁判決の意義」〔法律時評〕法律時報80巻8号(2008年7月)1頁以下、同「自衛隊イラク派兵差止訴訟・名古屋高裁判決」〔判例紹介〕国際人権19(2008年10月)124頁以下、同「イラク派兵違憲名古屋高裁判決の今日的意義」〔シリーズ憲法〕日本の科学者44巻4号(2009年4月)42頁以下で公にしており、参照を請いたい。

## イラク派兵訴訟岡山地裁判決と平和的生存権

追記 本稿校正中の2009年4月23日、岡山地方裁判所(古賀輝郎裁判長)は、自衛隊イラク派兵の差止めを求める岡山第1次・第2次訴訟について、憲法判断を示さずに原告側の訴えを全面的に斥ける判決を言い渡した。本稿で評釈したものは第3次訴訟であるが、これで岡山訴訟の地裁判決はすべて出され、また原告側は控訴しない方針であることから、岡山の一連の訴訟は終結する。

イラク派兵を違憲とする訴訟は、全国11か所で起こされていたが、本稿で紹介したように、名古屋高裁が昨年4月17日、原告の請求を斥けつつも、空白の活動は憲法9条・イラク特措法に違反するとし、かつ平和的生存権は裁判規範であるとの判断を示した。札幌と熊本の原告は、この名古屋高裁判決を大切にしたいとして控訴を取り下げた。岡山訴訟の終結が加わり、全国のイラク訴訟は、仙台地裁に係属中の自衛隊「情報保全隊」による国民監視行動の差止め訴訟を残すのみとなった。

この4月23日判決の要点を、当日の夕刊および翌日の朝刊各紙の報道にもとづいて紹介していきたい。

訴訟は、岡山県内に住む約220人が国に違憲確認と派遣差止め、および、1人1万円の慰謝料を求めたものであるが、判決は、違憲確認と派遣差止めについては、いずれも訴え自体を不合法として却下し、慰謝料の請求も、原告らの権利や法的利益の侵害はないとして斥けた。そして、派兵により平和的生存権を侵害されたとの主張に対しても、平和的生存権が具体性をもった権利として保障されているということとはできないと否定した。

すなわち、判決は、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ていることについて、確かに「権利」と表現されているとしながら、それは崇高な理想と目的として宣言されたものであって、具体的権利として定めたものと解されない、としたのである。

岡山の、実質的な最後の判決を受けて、全国の訴訟についての分析・総括をおこなうことが、今課題となっていると思われる。

(2009年4月24日 記)

