

〈資料〉

## 自衛隊とその「情報保全」活動の違憲性(1)

——憲法学の観点からの鑑定意見書——

小林 武

(公刊にあたってのはしがき)

本稿は、2010年4月に仙台地方裁判所民事第2部に提出予定の鑑定意見書である。(本稿脱稿後、同月8日に提出された。)

自衛隊が「情報保全」の名称をもつ組織を設けて、日常的に、広い範囲の国民に対して監視活動をおこなっていることは、これまでほとんど知られていなかったであろう。その事実の一端が2007年に国会で明らかになったが、それは、人々の背筋を寒からしめる、戦慄せざるをえない内容のものであった。すなわち、自衛隊は、市民のさまざまな表現活動に対して、組織的・体系的に、微に入り細を穿って調査し、情報収集していることが白日の下にさらされたのである。まさに、戦前・戦中に「銃後」の監視にあたった憲兵隊の復活を思わせるものである。今日平和憲法の下で自由と民主主義を標榜する日本にありうべからざる事態であるといわなければなるまい。

国会で、2007年6月6日に公表されたのは、03年から04年にかけて、つまり自衛隊がイラクに派遣され、後方支援を遂行している時期に、陸上自衛隊情報保全隊がおこなった国民監視活動を記録した内部文書の一部である。A4判で166頁に及ぶ大部のものであるが、これも、文字どおり氷山の一角であろう。

こうした自衛隊の違憲活動によって自らの表現の自由を含む基本的人権を侵害されたと受けとめた東北各県の市民が、このような違憲政治の是正をはかるべく、2007年10月5日裁判所に監視活動の停止、つまり差止めと被った損害の賠償とを訴求した。

筆者は、この市民の側から求められて、自衛隊の「情報保全」活動の憲法適合性について鑑定意見書の筆を執ることとなった。検討の結果、それは明瞭に、憲法に保障された諸々の基本的人権を侵害する違憲行為であるとともに、そのような活動をするまでに軍としての特徴を具えるに至った自衛隊は、今日紛れもない「通常の軍隊」であって、戦力に該らない限りで合憲としてきた政府解釈に即しても、すでにその存在自体が違憲である、との結論を得た。それを鑑定意見書にまとめて裁判所に提出した次第である。

自衛隊の国民監視活動は、今日でも継続・強化されているが、その内容が、自衛隊の側から進んで公にされることはけっしてあるまい。憲法どおりに政治が行われることを要請する立憲主義の回復が、わが国では司法に期待されているのである。

(2010年3月28日 記)

## 追記

この鑑定意見書が踏み込んだ、自衛隊の存在自体が憲法9条2項に違反するとの主張は、今日の自衛隊訴訟においては採用するのに躊躇を覚えさせるものであるかも知れない。今日の裁判体の現実を直視すればするほど、自衛隊違憲の主張は、裁判所を身構えさせ、訴訟の展開を硬直したものにしようとする懸念を抱くのも自然であろう。

それで、自衛隊自体の9条2項違憲は脇に置いて、本事案のような、9条1項に違反するイラク戦争加担に資するための本件自衛隊情報保全隊の国民監視活動はそれもまた9条1項に違反する、という主張をすることも考えられる。

なお、平和的生存権の主張は、イラク訴訟の場合は出訴要件であったのに引きかえ、本件では、原告らはプライバシー権など諸々の人権侵害を受けていることで出訴要件をすでに充たしているから、その上でもち出されることとなる。

訴訟方針が司法の現状をリアルに認めた上で立てられるべきであることはいうまでもない。しかし、違憲のものは違憲だと論じる姿勢なしには現状の変革はありえないとの憲法の原点に立つことこそ、真のリアリズムであるといえるのではあるまいか。

(2010年6月8日 記)

## 自衛隊とその「情報保全」活動の違憲性(1)

### 目 次

- I まえおき——いま自衛隊は憲法からどれほど離れてしまっているだろうか
  - 1 主権者として憲法を読む
  - 2 自衛隊の憲法からの距離
  - 3 自衛隊自体の違憲性
- II 自衛隊情報保全隊の国民監視活動の意味するもの
  - 1 明るみに出た国民監視の実態
    - (1) 国民監視の組織、対象と態様
      - ① 組 織
      - ② 対象と態様
    - (2) 被侵害利益の個性と共通性
      - ① 個々の事例に即して
      - ② 被害の深刻さ
  - 2 国民監視活動の法的根拠の不存在
    - (1) 国も自認する根拠規範の不在
    - (2) 国による侵害留保説主張の誤り
      - ① 侵害留保説の妥当性
      - ② 国民監視は権利侵害活動
    - (3) 自衛隊の活動には格別の根拠が必要
    - (4) 付言——国側第4準備書面について
      - ① デモ行進に対する見解
      - ② 侵害留保説の敷衍
  - 3 国民監視活動の違法・違憲性
    - (1) 行政機関個人情報保護法違反
    - (2) 憲法上の権利の侵害
      - ① プライバシーの権利、とくに自己情報コントロール権
      - ② 肖像権
      - ③ 知る権利
      - ④ 表現の自由
      - ⑤ 思想・良心の自由
      - ⑥ 平和的生存権
  - 4 平和的生存権の具体的権利性の弁証
    - (1) 判例の読み方
    - (2) 学説の解し方
    - (3) 私見と2008年名古屋高裁判決
      - ① 積極説の展開
      - ② 名古屋高裁判決の重要性

- (4) 9条違反の政府行為
    - ① 自衛隊イラク派兵の違憲性
    - ② 平和的生存権の侵害
- (以上、本号)
- Ⅲ 「通常の軍隊」に変容した自衛隊は合憲たりえない
- 1 9条解釈の原点と政府解釈の変転
    - (1) 憲法9条の学理的解釈の確認
      - ① 自衛隊違憲の通説
      - ② 判例への注目
    - (2) 政府解釈の変転とその問題性——変転の4段階
      - ① 第1. 憲法制定期の解釈
      - ② 第2. 再軍備による解釈の変転
      - ③ 第3. 保安隊・警備隊への拡大と解釈変更
      - ④ 第4. 日米安保締結・自衛隊設置と解釈変更
      - ⑤ 54年解釈の確定
  - 2 自衛隊の「通常の軍隊」への変容
    - (1) 「通常の軍隊」とは何か
    - (2) 変容の指標——その1：編成・規模・装備・能力の拡充と国民監視活動
      - ① 物指しとしての長沼判決
      - ② 海外で戦う軍隊へ
      - ③ 国民監視活動の本質
    - (3) 変容の指標——その2：軍事裁判所構想
      - ① 軍事裁判所設置の欲求と憲法改正
        - (一) 軍の自己完結裁定機関
        - (二) 改憲による軍事裁判所の導入
      - ② 憲法解釈による軍事裁判所の設置
        - (一) 具体化された構想
        - (二) 許容されない特別裁判所
      - ③ 軍事裁判所構想の重大性
- Ⅳ 違憲の自衛隊のする違憲の活動と裁判所
- むすびにかえて
- 1 違憲の重層構造
  - 2 裁判所の違憲審査権行使への期待
    - (1) 自衛隊の情報保全活動は自由社会を蝕む
    - (2) 今こそ違憲審査を

## I まえおき——いま自衛隊は憲法からどれだけ離れてしまっているだろうか

この意見書は、本件訴訟が対象とする陸上自衛隊情報保全隊による国民監視活動について、その主体である自衛隊自身が違憲の存在であること、また、同活動も違憲のものであり、そして、それゆえに自衛隊の違憲性は増幅され、一見明白に違憲となっていることを明らかにしようとするものである。

### 1 主権者として憲法を読む

立憲主義国家の政府は、憲法にもとづいて成立しており、憲法なしには存在しえない。そうであるがゆえにそれは、憲法の定めるものの実現にあたることを自己の使命としている。政府は、憲法の命ずるところに従ってそれを実行しなければならない。憲法の禁ずるところに反して行動することは許されない。

この理がわが国にも妥当することはいうまでもなく、日本国憲法は、前文においてそれを鮮やかに説き明かしている。日本国民が確定したこの憲法は、国政を国民の厳粛な信託によるものであるとし、国民から権力行使を託された政府に、憲法に従った国政運営を命じているのである。それゆえに国民は、それにもかかわらず政府がこの憲法に違背して国政を運営したときには、国政の権威が由来する淵源たる位置にある者、すなわち主権者として、その政府に抵抗し、これを取り替える窮極の権利を有しているといえる。

日本国憲法が政府に命じているものの中でとりわけ目を射る光を放っているものが、平和の政策であることはいうまでもない。すなわち、日本国民は、憲法前文において、侵略戦争への深い悔悟を踏まえつつ世界平和建設の魁になろうとする決意を表明した上で、世界のすべての人々が平和のうちに生きることのできる権利を有することを確認し、第9条において、戦争の永久放棄と戦力の全面不保持・交戦権の否認を宣言した。憲法は、こうした国民の平和の意思を受けて、政府に対して、まさに、「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにすること」を命じたのである。戦後のわが国政府は、このよ



うな拘束を受け容れて発足したはずであるといわなければならない。

## 2 自衛隊の憲法からの距離

こうした平和憲法たる日本国憲法の成立から、60余年が経つ。その間に、この規範の拘束に背いて、わが国政府は軍事力を再び保持することになり、自衛隊設立からでも半世紀を越える。他方、憲法典は一字一句変更されていない。

自衛隊について、政府は、頭初、厳格に「専守防衛」の枠をはめたものであるがゆえに違憲ではないと弁じた。この、自衛隊設立の時期にそれまでの変転の末に編み出された政府解釈は、その基本的枠組みを変えることなく、自衛隊の合憲性を主張する論拠とされている。つまり、政府解釈は、わが国自衛隊を、各国の「通常の軍隊」とは何ほどか区別される、独特の (*sui generis*) 実力組織と見たものである。しかしながら、その後、自衛隊の編成・規模・装備・能力は格段に強化された。そして、それにもとづいて、海外派遣、あまつさえ海外での武力行使の挙に出るまでに至っている。このような自衛隊についてまで、「専守防衛」の論理でその合憲性を弁証することは、もはや至難の業だといふほかない。

しかも、自衛隊は、「情報保全隊」を設置し、たんに隊内の情報管理にとどまらず、広く一般国民を対象にしてその言動を日常的・組織的に監視するという、驚愕と恐怖を禁じえない活動を、上記海外派兵と不可分一体のものとしておこなっている。すなわち、詳細は後に述べるが、国会で明るみに出されただけでも、イラク戦争開始の2003年から翌年にかけて、日本国民のイラク派兵反対運動を日常的に調査し、情報を収集・記録する活動がなされている。その後、この組織は自衛隊全体のものに統合して新編成されており、この活動は今日でも継続してなされているものと推定して間違いであるまい(2010年5月27日、参議院外交防衛委員会における、自衛隊情報保全隊を強化する法案の質疑で、北沢俊美防衛大臣は、井上哲士議員の質問に対して、情報保全隊の国民監視活動について、行き過ぎがあればたださないといけない旨答弁し、監視活動が今日でも継続してなされていることを事実上認めた)。これは、平和憲法をもち、民主主義と自由を標榜する日本にはありえない事態である。あたかも、戦前、

「銃後」の監視にあたっては憲兵隊を彷彿させるものであって、本格的な軍隊に付属する機関でこそあれ、「自衛のための必要最小限度」の特殊な防衛力とされる自衛隊に具えられるべき組織ではない。とりもなおさず、それは、自衛隊が今日すでに本格的な軍となっていることを物語るものと見るべきであろう。

### 3 自衛隊自体の違憲性

したがって、今日、情報保全隊による国民監視活動の憲法適合性・法令適合性を検討するにあたっては、自衛隊の存在自体が、政府解釈を前提とした場合も——いかに解釈の技巧を駆使しようと——憲法9条(2項)に違反するものと判断せざるをえないのである。

そもそも自衛隊は、わが国憲法裁判史において、まず、その存在自体の憲法違背が問われた。警察予備隊訴訟は措くとして、恵庭事件・長沼訴訟がその典型であり、長沼訴訟札幌地裁判決(1973年9月7日・判時712号24頁)が、自衛隊は憲法9条2項の禁ずる「戦力」に該当することを明瞭に判示したわけである。しかるにその後、自衛隊裁判の多くは、その活動の違憲性、したがって9条1項違反、とりわけ「武力の行使」に該するか否かを問うものとなった。自衛隊イラク派兵が争われた事案において、これを違憲と明言した名古屋高裁判決(2008年4月17日・判例集未登載)も、その範疇に属するものであることを改めて確認しておきたい。

しかし今、私たちは、——再び——自衛隊の存在自体が果たして憲法上許されるものであるかを、正面から問うべき時に立ち至っているのではなからうか。つまり、9条2項裁判への期待である。それを促しているのは、他でもなく、自衛隊が「成長」を続けている事実である。政府、とりわけ内閣法制局が心を砕いて組み立てた、ガラス細工の合憲の論理は、政府＝自衛隊自身によって壊されてしまっているのである。

そこで、以下、自衛隊情報保全隊による国民監視活動の違憲を論じ、それがまた、今日の自衛隊の存在を違憲のものとするに与っていることを弁証したいと思う。

## Ⅱ 自衛隊情報保全隊の国民監視活動の意味するもの

### 1 明るみに出た国民監視の実態

#### (1) 国民監視の組織、対象と態様

##### ① 組織

仮に、軍の論理をひとまず前提にするとすれば、戦闘組織である軍（この意見書にいう「通常の軍隊」）にとって、情報の収集・監視を中心にした諜報活動の重要性は、国家諸機関の中で比較にならないほど高い。他方、わが自衛隊は、「通常の軍隊」ならざる「特殊の組織」として、諜報の本格的機能はもちえないはずである。しかしながら、それにもかかわらず、その発足時から「情報保全」(counter intelligence) の活動を重要任務としておこなっており、当初、その中心部署は陸海空各自衛隊の「調査隊」であったが、2003年に防衛庁長官直轄の陸上・海上・航空各自衛隊「情報保全隊」に再編強化された。少なくともこの段階で、自衛隊が実質上、「通常の軍隊」として諜報活動分野で「立派に」成長したことを物語るものである。

とはいえそれは、自衛隊の機密保全・漏洩防止のための対応を本来の任務としたものであるはずである。陸上自衛隊にかんしてであるが、「陸上自衛隊情報保全隊に関する訓令」(2006年3月27日施行)でも、その「情報保全業務」は、「秘密保全、隊員保全、組織・行動等の保全及び施設・装備品等の保全並びにこれらに関連する業務」(第2条)とされている。それにもかかわらず、すぐに述べるように、国民を監視の対象にした情報収集活動が大規模におこなわれていることが、2007年6月、国会において内部文書が公にされることで明らかにされたわけである。

その後、陸海空三自衛隊の情報保全隊は、2009年8月1日付で統合幕僚長直轄の部隊として新編され、名称も「自衛隊情報保全隊」に改められた。これは、それまで陸海空三自衛隊にそれぞれ設けられていたものを統合して共同の部隊とし、所要の増員をおこなう措置であり、この新たな編成によって、自衛隊に対する「諜報活動」(スパイ活動)にかんする情報の効率的な収集・集約・分析・



## 自衛隊とその「情報保全」活動の違憲性(1)

共有が可能になる、と防衛省は説明している。そのためとくに、「カウンターインテリジェンス室」（自衛隊情報保全隊への新編成が構想されていた時点では「防諜委員会」という名称が考えられていたという）を設けて、情報保全体制の強化がはかられている。この「カウンターインテリジェンス室」は、自衛隊情報保全隊とともに、防衛大臣に直属するとされている。こうした新編成は、結局、秘密保護体制の強化をはかるものであって、軍事情報に対する情報公開請求の制限をもたらすことにもなる。

### ② 対象と態様

さて、三自衛隊の情報保全隊の時期になされたことであるが、2007年に明るみに出た陸上自衛隊情報保全隊（以下、ここではたんに「情報保全隊」という）の国民監視活動は、それまで国民が全く知らなかったものであり、戦前・戦時の憲兵政治の再来を彷彿とさせるその内容は私たちの心胆を寒からしめるに余りあるものであった。明らかになったのは、2004年1月7日から2月25日までの、また2003年11月24日から04年2月29日までの、それぞれ情報保全隊の活動記録であるが、この内部文書が2007年に日本共産党に提供され、同党の志位和夫委員長が同年6月に国会で公表した。防衛庁（当時）側は、これらの文書の信憑性を否定していない。

上記の期間には、アメリカ等によるイラクに対する攻撃がおこなわれ、わが国政府がこれに自衛隊派兵に応じたことに対する国民の反対運動が全国に広まり、派兵差止めを求める訴訟も各地で提起される状況があった。情報保全隊は、この運動の調査を中心的な任務に位置づけ、特別の態勢で監視をおこなった。そして、それ以外にも、医療負担増や年金改悪また消費税増税に対する反対、国民春闘のとりくみなど、自衛隊とは直接の関係のないさまざまな市民運動にも情報収集の手を伸ばしている。

すなわち、情報保全隊の監視対象は、「反自衛隊活動（反自活動）」と位置づけられ、自衛隊にとっての障碍とみなしたものすべてに拡がっている。それは、実に広範囲にわたっており、たとえば、仙台地方裁判所に対して情報保全隊の監視活動の停止（差止め）等を請求する訴え（平成19年(ワ)第1648号、平成20年(ワ)第430号）を提起した原告ら訴訟代理人の2008年10月20日付準備書面

『陸上自衛隊情報保全隊の国民監視の実態』によれば、次の9点に整理されている。——①自衛隊イラク派遣反対の活動をする国民、自衛隊に対する苦情申入れをする国民、②政府の方針に反する活動をおこない、自衛隊に直接・間接に影響を及ぼす国民、③自衛隊イラク派遣への地方議会・議員の対応、国会議員の活動、④イラク派兵にかんするマスコミの取材活動、⑤イラク・湾岸戦争関係の写真展、⑥成人式における人々の動向、⑦大学のキャンパス内での表現活動等、⑧日本弁護士連合会および各弁護士会の活動、⑨その他、インターネットサイト、意見広告、官舎へのビラ配布等々、である。つまり、自ら調査しようとするものすべてを対象としているといえよう。

以上に項目を整理したが、その中で特徴的な点を抜き出しておこう。

——情報保全隊は監視対象を色分けして把握し、かつ国民の運動のあらゆる分野を対象にしていること。すなわち、内部文書は、国民の運動について、記号を使いながら、日本共産党および同党系の労働運動・市民運動（P）、社会民主党および同党系の労働運動・市民運動（S）、民主党および連合系労働組合ならびに関連の市民運動（CL）、以上に区分されない市民運動（CV）、その他市民運動、個人、地方議員の動向（「その他」）、新左翼の運動（NL）、というように、区分した上であらゆる分野に調査を及ぼしていることである。

——社会的に著名な映画監督、画家、写真家、ジャーナリストなどを対象にしていること。

——仏教やキリスト教関係の平和運動、また、ものみの塔（エホバの証人）の活動も監視されていること。

——とくにイスラム系団体に対して組織的で一貫した監視がなされていること。

——自衛隊演習場付近の一住民が、「射撃で家が振動する。射撃を中止してもらいたい」等と苦情電話をしたところ、「反自活動」と位置づけられ、自衛隊は同人を特定する調査をおこなったこと。

——各地の市議会が採択するイラク派兵反対の意見書にも注目し、その経緯や賛成議員の氏名も調査し記録していること。

——国会議員では、民主党の益子輝彦参議院議員が2004年1月25日に福島

県郡山市内で開催された隊友会郡山支部新年会の来賓祝辞の中で、「自衛隊のイラク派遣は憲法違反であり、派遣に反対」と話したことを「反自衛隊活動」と位置付けて記録していること。

——地方議会議員についても、宣伝・ビラ配布を監視し、氏名、肩書、配布したビラの内容などを詳細に特定していること。

——沖縄弁護士会がおこなったイラク派兵反対のビラ配布活動も監視し、それが日弁連の全国活動の一環としておこなわれたことまで記録していること。

ここに掲げたのは、主要なものにとどまる。とはいえ、その限りでも、問題は実に大きい。底辺にあるのは、「反自」活動をする国民」というとらえ方であるが、これはまことに戦前の「非国民」のレッテル貼りと同じ本質をもつものであることを、とりあえず指摘しておきたい。

ついで、監視活動の場と時であるが、地域は、文字どおり日本全土に及んでおり、また、その期間は、調査隊の時代から間断なくおこなわれており、現在も継続している。この内部文書が明るみに出された国会で、情報保全活動について、久間防衛大臣は、自衛隊法にもとづく正当な任務として「絶えず」おこなっているとし、守屋防衛事務次官は、防衛省設置法にもとづく調査研究であると答弁して、これを修正する姿勢は見せていない。

また、監視の方法としては、全国各地に配置された情報保全隊員または関係者が直接現場に臨むことが多い。それは、全国規模で同時並行的になされ、かつ日常的・恒常的・継続的に遂行されている。加えて、警察から情報の事前提供を受けるなど、国家・地方自治体の機関と連携しておこなわれている。

そして、このようにして得られた情報は、整理・保管され、自衛隊内部で共有化し、将来の国民監視活動を効率的に実施するために活用されている。

——以上、166頁に及ぶ内部資料について、2008年10月20日付原告側準備書面（「陸上自衛隊情報保全隊の国民監視の実態」）を参考にしつつ、その要点のみを摘示したが、それが物語るものは、原告側2009年11月2日付『立証計画書』が摘示しているように、情報保全隊の監視行為が偶発的・単発的・一時的なものではなく、計画的・組織的・継続的なものであることを特徴としており、それが、とくに軍事的権力によっておこなわれていることで、人権侵害は

殊更に深刻なものとなっているのである。したがってまた、原告らは、違憲の政府行為の是正を求めるといふ、むしろ憲法尊重擁護の実践をしているものであるにもかかわらず、その表現行為を反自衛隊・反国家的言動として監視・選別されたわけであるから、そこに生じた憲法上の人権侵害は、自衛隊の本質ないし今日の役割と深く結びついたものとしてとらえるべきであろう。

## (2) 被侵害利益の個別性と共通性

### ① 個々の事例に即して

このような自衛隊情報保全隊の国民監視活動によって、多くの国民が具体的に・現実的に深刻な権利・利益の侵害を被っている。それらのうち、さしあたって原告となった人々がその救済を求めているわけであるが、各原告の被害は、個別的であると同時に共通するものがあることが認められる。

A 原告松井美子さんは、新日本婦人の会に所属している自治体議員であるが、その団体の掲げる平和や女性解放の目標を、議員（大河原町議会）活動の基本としてきた。情報保全隊は、この団体の活動を、2004年以前から継続して監視の対象にし、また、イラクへの自衛隊派兵に反対する同原告らの意見表明、集会、デモ行進その他の表現行為を詳細に監視していたことが判明した。

そのため、その後も、いつも監視されているのかも知れないという危機感をもつに至り、はたせるかな、2009年1月11日の成人式でのチラシ配りでは、会場で男性が新成人ではなく同原告らにカメラを向けているのに気付いたという。加えて、個人情報勝手に収集・蓄積されることによって不利益を受けることをも案じている。これらにより、同原告は、人格権、プライバシー権、表現の自由、集会の自由、思想・良心の自由を侵害され著しい精神的苦痛を被ったと主張している（2009年2月16日付準備書面(6)）。

B 原告河相一成さんは、自身がつ戦争の実体験から平和を希求する様々な活動をおこない、とくに大学定年退官後は、護憲・平和の運動に専念してきた。とりわけ、自衛隊イラク派兵反対の行動を広範かつ継続的におこなった。そこで強く訴えたことは、「日本を再び戦争をする国にしないこと」、「海外に派兵される自衛隊員が殺されず・殺しめせず、一滴の血も流さずに一刻も早く日



## 自衛隊とその「情報保全」活動の違憲性(1)

本に帰ってくること」, 「平和的生存権」が守られることなどであった。情報保全隊は、同原告をかねてより監視の対象とし、幅広く情報を収集して、それを「反自衛隊活動」にあたと記録した。

そのことを、同原告は、戦時中の憲兵隊・特高が市民の生活の奥に土足で踏み込んで権利を圧殺し、戦争に突入していった歴史の再来ではないかという、自己の実体験から来る、底知れぬ恐怖を覚えた。さらに、この恐怖感は、本件訴訟の法廷において、被告席に制服で、また傍聴席には平服で出席している自衛官に監視されているのではないかとの思いにより、増幅されている。そうしたところから受けた多大な精神的苦痛を主張するに及んだのである(2009年2月16日付準備書面(7))。

C 原告今井喜代子さんは、長い教師歴をもつ女性であるが、情報保全隊による系統的な監視を受けていることを知って、裁判所に次のように訴えている。「[私は]自衛隊そのものに反対していたわけではなく、むしろ、自衛隊が日本の国民を守るものであること、自衛隊員が戦地に行って血を流すことがないように願っての行動だった。また、教え子の自衛隊員がイラクで命を落とすことにならないか、自衛隊員の母親はどんなに心配しているかと思い、行ったことであった。にもかかわらず、その活動が『反自衛隊』活動として監視対象とされていることが明らかになり、自衛隊は国民のためにあるのではなかったこと、平和のためにあるのではなく戦争を願う人々のために存在するということを肌で感じ、不安を感じた。」と。

ここには、情報保全隊の監視活動が個人の生きる信条、ひいては人間の尊厳をいかに傷つけているかが如実に示されており、それにもとづいて平和的生存権侵害も加え、著しい精神的苦痛を受けたことを主張したのである(2009年4月22日付準備書面(8))。

D 原告苔米地敦史さんは、社会福祉協議会職員としての勤務のかたわら、芸名「苔米地トトロ」でシンガーソングライターとして、反戦や平和、子どもたちの未来などメッセージ性の明確な作曲を手がけて活動している人である。情報保全隊は、同原告が街頭でライブをしながらイラク派兵阻止の署名を集める「ライブ署名」を監視し、内部文書に記載した。同原告は、日本を守り市民



を守ることを本来任務とするものと考えていた自衛隊により監視されていたことは、戦時中の憲兵隊、また日本国の沖縄戦での所業につながるものとして、強い憤りを感じている。

また、本名や職業まで調べられていることを知り、その陰湿さに「背筋がゾッとする」気味悪さを覚え、加えて、「自衛隊に監視されるような人物」ということで家族に対し嫌がらせをする人が現れるかも知れないという懸念を抱き、何より表現活動が制限されることへの不安感をもつに至った。このことによって被った精神的苦痛は著しい（2009年7月2日付準備書面(9)）。

E 原告小澤和悦さんは、古川市議会議員として、「イラクへの武力攻撃に反対し、国連の枠組みで解決の努力を求める意見書」を、他の議員と協力して起案し、これが保守・革新を超えて全会一致で採択され、内閣総理大臣と防衛庁長官（当時）に提出されることに寄与した。

情報保全隊は、このような経過と同原告の活動を監視しており、また、同原告が企画・運営にあたった、イラク戦争の実態を伝える写真家森住卓の写真展にも実際にその会場に来ていた。これらにつき、同原告は、地方議会と議員に対する監視は議員の発言・行動を萎縮させ、地方自治の民主的運営をも侵すもので、また、自身が議員としてかつてギャンプル場誘致反対活動をしていた際に受けた右翼団体による襲撃にもまして、家族への危害の心配を含め、より大きな恐怖を感じている。同原告が重大な精神的被害を被ったとするゆえんである（2009年7月6日付準備書面(10)）。

F 原告坪井顕雄さんは、市民ネットワークの実行委員として企画し、参加した集会、写真展、パレードなどを監視されている。その監視は、参加者を、主催者も地元紙も発表・報道していない1桁目まで詳細に把握し、演説内容も丸ごと記録するなど、活動の一部始終に及んでおり、また、特定の団体を継続的に対象にしている。

同原告は、軍人であった父の遺品や幼い娘の、「人を殺すとつかまるのに戦争ではつかまらないのはどうして」とのことば、また、自ら学習するなかで憲法9条が市民生活の基礎であることを実感するに至った人である。それで、自身に向けられた情報保全隊の監視活動から、旧陸軍刑法の造言飛語罪や治安維持

法による国民弾圧の暗黒政治への回帰を恐れ、戦慄さえ覚えた。爾後、集会の一般参加者でも、もしかして情報保全隊関係者ではないかとの疑心暗鬼に陥っている。これこそ、表現の自由に対する萎縮の効果というべきである。同原告の被った精神的損害はきわめて重大である（2009年9月7日付準備書面(11)）。

G 原告大宮慶作さんは、ヒロシマ・ナガサキの原爆被害の実相に触れ、戦争を絶対に許さないと、の思いで平和運動を続けてきた人であり、青森県平和委員会の事務局長をつとめた。情報保全隊は、同原告が携わった有事法反対東青連絡会や青森県平和委員会の活動につき、同人の真近に居て、その一挙手一投足を間断なく監視していたことが判明した。

こうしたことは、今の時代が、戦前、特高や憲兵が隣組などを動員して戦争非協力者を取締った時代と瓜二つに重なる思いを抱かせ、国家、とくに軍事当局から「反対勢力」の扱いを受けることで、自由な思想にもとづく表現・政治活動をすることが恐ろしくてできなくなってしまう。こうした恐怖心を抱かせられた同原告の精神的苦痛は重大である（2009年9月7日付準備書面(12)）。

## ② 被害の深刻さ

以上、原告のうちわずか7名についての被害をとりあげたわけであるが、この7例だけからでも判明するように、それは、きわめて個別のかつ多様である。そのことは、もっぱら、自衛隊情報保全隊のする監視活動の特徴によって規定されている。すなわち、監視活動が、基本的に、あらゆる団体・個人の生活の営為を対象にしたものであることから、権利利益の侵害の形は各人の各営為に応じて多様とならざるをえない。

同時にまた、自衛隊が「反自衛隊活動」の基準で、それをおこなっていると、する国民を摘出していくというものであるだけに、監視された側の被侵害利益は、やはり、人格権、プライバシー権、表現の自由、思想・良心の自由、そして平和的生存権等の点で共通することになる。これについては後に言及するが、こうした被害は、ひとり原告らが被っただけではない。監視対象とされた人々、さらに今般明るみに出た限りの文書では直接には扱われていないすべての国民に、潜在的には及んでいるものと見なければなるまい。

この点で、被告国側第3準備書面（2010年2月19日付）が、原告らの主張す

る権利は原告らの主張によってもおよそ侵害されたとは認められないものである旨述べているのは、国側がその後提出した第4準備書面（2010年3月1日付）を参照してもなお、観念の世界で物事を論じたにすぎないというほかない。そこからは、監視対象とされた人々が実際に味わった恐怖や懸念、それによる精神的打撃の深さに思いを寄せる態度を見出すことができないのである。

## 2 国民監視活動の法的根拠の不存在

### (1) 国も自認する根拠規範の不在

これまでに詳らかにしたような、陸上自衛隊情報保全隊が国民生活に深く立ち入って、市民・団体の動向を日常的・系統的に監視し、それにより調達した情報を分析・管理している活動が、そもそも法令上の根拠を有するものであるか。自衛隊は、他の一般的な行政組織とは異なり、ひとつに、いずれにせよ軍事機構であること、もうひとつに、それゆえ憲法上の禁止を解釈で跨ぎ越えるようにしてつくられ、運用されている存在であることからするならば、この点を厳格に考えておかななくてはならない。

これにかんして、被告国は、次のような法令等を挙げている（2007年12月9日付答弁書。法令等は2003年ないし04年当時のもの）。

「自衛隊法3条1項は、自衛隊の任務の一般的規定として『自衛隊は、我が国の平和と独立を守り、国の安全を保つため、直接侵略及び間接侵略に対し我が国を防衛することを主たる任務とし、必要に応じ、公共の秩序の維持に当たるものとする。』として規定し、防衛庁設置法5条柱書は、『防衛庁の所掌事務は、次のとおりとする。』として、同条1号には『防衛及び警備に関すること。』2号には『自衛隊（自衛隊法2条第1項に規定する自衛隊をいう。以下同じ。）の行動に関すること。』、3号には、『陸上自衛隊、海上自衛隊及び航空自衛隊の組織、定員、編成、装備及び配置に関すること。』と、その所掌事務の内容を掲げ、更に同条4号において『前3号の事務に必要な情報の収集整理に関すること。』と規定している。以上のとおり、自衛隊の行動等に関し、必要な情報の収集整理に関することは、防衛庁の所掌事務に属する。

他方、陸上自衛隊情報保全隊の任務については、以下のような規程が定めら

## 自衛隊とその「情報保全」活動の違憲性(1)

れている。すなわち、自衛隊法 23 条は、『本章に定めるもののほか、自衛隊の部隊の組織、編成及び警備区域に関し必要な事項は、政令で定める。』と規定し、その『政令』である自衛隊法施行令 32 条は、『本章に定めるもののほか、自衛隊の部隊の組織、編成及び警備区域に関し必要な事項は、長官が定める。』と規定する。そして、これら規定を受け当時の防衛庁長官によって定められた陸上自衛隊情報保全隊に関する訓令は、その 3 条において、『情報保全隊は、陸上幕僚監部、陸上幕僚長の監督を受ける部隊及び機関並びに別に定めるところにより支援する施設機関等の情報保全業務のために必要な資料及び情報の収集整理及び配布を行うことを任務とする。』と規定し、その『情報保全業務』の意味について同訓令 2 条 1 号で『情報保全業務、秘密保全、隊員保全、組織・行動等の保全及び施設・装備品等の保全並びにこれらに関連する業務をいう。』と規定している。

これらの法令等による陸上自衛隊情報保全隊の情報収集における具体的な任務は、自衛隊に対する外部からの働きかけ等から部隊を保全するために必要な資料及び情報の収集整理、職員と各国駐在武官等との接触状況に係る資料及び情報の収集整理、部隊等の長による身上把握の支援等にあることになる。」

以上、長文の引用をしたが、しかし、そこに掲げられている規定は、すべて、組織規範であって、行政機関が行政活動をなすに際してこれがなければ行政機関は当該活動をなしえないとされる根拠規範（授権規範）ではない。すなわち、それは、情報保全隊が国民の権利・利益を制限する活動をするについての要件や限度等を定めたものではないのである。（なお、自衛隊法 79 条の 2 が治安出動下令前におこなう情報収集について定めているが、これは、特定かつ限定された場面・場所における情報収集をいうものであって、今問題にしている情報保全隊の活動とは関連がない）。

実は、この根拠規範にかんして、被告国側はその不存在を自認している。情報保全隊の「情報収集活動については、法的な根拠を有するものであるが、上記防衛庁設置法等は、機関間の権限配分を定めた本質的に組織規範であって、根拠規範ではなく、上記情報収集活動は根拠規範に基づくものではない。」というのである。それで、国側主張の力点は、「侵害留保」説を用いた正当化論に置



かれていて、興味深い。

すなわち、国側答弁書は、先の引用に続けて次のようにいう。——「しかしながら、法律の留保の原則もいかなる行政作用についても根拠規範を要するとするものではなく、国民に義務を課したり、国民の権利を制限する侵害的な行政作用についてのみ法律の根拠（根拠規範）を要するとするにすぎない（いわゆる侵害留保説）。／原告らの主張する、『活動監視活動』の意味は明らかではないが、陸上自衛隊情報保全隊が行っている情報収集のための活動は、何らの強制を伴うものではなく、その意味で国民の権利を侵害しない範囲内において実施されているものである。」（／は改行）と述べたものである。

これを説明し直すなら、法律の留保の原則は、国民に義務を課し・権利を制限する侵害的な行政作用についてのみ法律の授權を要するとするものであるところ、情報保全隊の情報収集活動は、何らの強制を伴うものではなく、その意味で国民に対する不利益的な行政活動ではないので、根拠規範を必要としない、というのである。

## （2）国による侵害留保説主張の誤り

しかしながら、上記のような見解は、侵害留保説を所与の前提としている点、また、情報保全隊の情報収集（実質的に国民監視というほかない）活動が国民に対する不利益的な行政活動ではないとしている点、の双方において誤りを免れがたいものと思われる。

### ① 侵害留保説の妥当性

すなわち、まず、「侵害留保説」は、法治国家が君主と市民との間の政治的妥協の産物として誕生した沿革を背景にして成立した理論であるが、国民の自由または財産を侵害する行政作用についてのみ国民代表議会の作品である法律により行政機関を拘束し、それ以外については法律の拘束を受けない行政本来の活動領域であるとする。これが、近代ドイツ法学説の影響下で、日本行政法学においても通説となり、実務の採る見解ともなっている。

しかし、現代行政の展開の中で、今日では、あらゆる行政活動に法律の授權が必要であるとする「全部留保説」、これと観点と共有しつつ権力行政以外にも



社会保障関係など国民の生存を配慮する行政作用について法律の根拠を求める「社会留保説」、また、侵害留保説を拡張し、権利を制限し義務を賦課するものではないが国民に重大な不利益を及ぼすような行政活動については根拠規範が必要であるとする「重要事項留保説」も主張されている。さらに、行政形式に着目して、行政庁が権力的な行為形式を採り、一方的に国民の権利義務を設定する場合には、それが権利を侵害するものであると、権利の賦与・義務の免除をもたらすものであるとにかかわらず、法律の授權にもとづかなければならないとする「権力作用留保説」も注目される場所である。

つまり、ここに示されているのは、現代の法治国家原理を現代において理解しようとするとき、立憲君主制の下で成立した侵害留保説には根本的修正が必要とされるということである。本意見書は、上記諸説の検討を本格的になしうる場ではないが、さしあたり言えるのは、非権力行政ならば法律の根拠は要しないとするのは誤りで、国民の権利確保の視点に立って、先に挙げたもののうち重要事項留保説の示すところを参考に、何が国民代表議会の承認を必要とする重要事項であるかを具体的に検討していくことが妥当であると考え。その場合、たとえば、非権力行政でも、消極行政であってかつ負担行政であるものについては法律の根拠を要する、と解することができよう。そこから、たとえば、警察による交通指導が法律の根拠を必ずしも要しないのに対し、警備情報収集活動は、法律の根拠を欠くなら違法とされることになる。自衛隊情報保全隊の本件活動は、まさにそれにあたるものといえる。

## ② 国民監視は権利侵害活動

被告国の主張のもうひとつの問題は、情報保全隊の国民監視活動ははたして国民に対して権利を侵害していない行政と言えるのか、という点にある。それが、国民に何らかの作為を直接に強制するものでないことは、国側主張のとおりである。しかしながら、それは、原告ら、そして広く国民に対して、その情報プライバシー権・肖像権を侵害する等の行為をとおして、「反自衛隊活動」をやめるよう威迫するものである。先に耳を傾けた7名の原告らの被害主張は、こもごもに、監視されていることを知った後、それが恐ろしくて表現活動を控える心理状態になった旨を告げている。これこそが表現の自由に対する萎縮効

果であり、このような効果がもたらされたとき、表現の自由は死命を制されるのである。ここには、明らかに人権制約の重大な具体的不利益がもたらされている。被告国は、こうした状況の深刻さに鈍感に過ぎるのではあるまいか。

とくに、重要事項留保説的な見地からすれば、権利を制限するものでなくとも国民に重大な不利益を及ぼすような行政作用は法律の根拠を要することとなる。情報保全隊の国民監視活動については、仮に国側主張のようにこれが侵害的行政作用にあたらなくとも、重大な不利益を及ぼすものであることは、これまで述べてきたところから明白であり、法律の根拠が求められる。

なお、根拠法律という場合、通例、権限の根拠となる行政作用法が念頭に置かれており、国側も同じ見解に立って本件ではそれが存在しないことを認めた上で、侵害留保説を主張したわけであるが、行政組織法（組織規範）をこれと峻別すべきではなく、そのもつ根拠規範としての要素にも留意しておくべきであろう。もっとも、本件については、国側が挙げた自衛隊法・同施行令・訓令等の各規定は、自衛隊が国民監視活動をおこなう根拠となりうるものではない。

### (3) 自衛隊の活動には格別の根拠が必要

以上、情報保全隊による国民監視活動の法的根拠について見解を述べてきたが、本件で看過してならないのは、この項の冒頭でふれたように、それが一般の行政機関による行政活動ではなく、ほかならぬ巨大な武力組織たる自衛隊による活動のケースであるという事実である。ましてや、今なお憲法上の不適合を指摘されつづけている一国の軍事組織の行為には、すべからず国民代表議会、ひいては国民の承認が必要であることを、国はつねに自覚しているべきではなからうか。

その点で、自衛隊の活動にかんして法律の留保を論じる場合、次のような観点が強調されるべきであると考えられる。すなわち、憲法は、国民に対して法律によっても奪われることのない不可侵の権利を保障しているのであるから、仮に、侵害留保説に立って、国民の憲法上の権利が制限される場合のみ法律によらなければならないというときも、その法律には憲法自体にもとづく制限根拠が必要であって、その根拠をもたない法律は違憲とされる。すなわち、「憲

法への留保」が求められるのである。

さらに進めて、民主的機関としての国会の、国権の最高機関性にもとづいて、法律による行政の原理を徹底させている日本国憲法の趣旨を正しく汲むならば、国民の権利を侵害しない行政利用を含むすべての行政権力の行使に法律の根拠が要求されると解すべきで、全部留保説の見地が妥当ともされよう。以上、いずれにせよ、法的根拠にかんする国側主張は成り立たないものといわなければなるまい。

#### (4) 付言——国側第4準備書面について

本意見書の草稿が完成段階にあった時、被告国が、法的論点をほぼ網羅して主張する、2010年3月1日提出の第4準備書面に接した。そこには、いうまでもなく、情報保全隊の活動の法的根拠にかんする主張が含まれている。その中の主要と思われる点について、意見書本文に付言する形で検討しておきたい。この第4準備書面は、情報保全隊の国民監視活動の法的根拠にかんしては、2007年12月11日付答弁書第4を、「更にこれをふえんして述べ」たものであるとしている。その「敷衍」した部分で私が看過しがたいものと受け取ったのは、次の2箇所である。

##### ① デモ行進に対する見解

まず、「情報保全隊の任務の具体例」の項（8頁以下）で「デモ行進等」を取り上げてした叙述である。

すなわち、準備書面は、情報保全隊の任務について、その冒頭に、「自衛隊に対する外部からの働き掛け等から部隊を保全するために必要な資料及び情報の収集整理等であり、更に具体的に述べるならば、自衛隊に対する秘密を探知しようとする行動、基地施設等に対する襲撃、自衛隊の業務に対する妨害、あるいは職員に対して暴力を是認する過激な政治活動への参加を唆したり、自衛隊法によって定められている規律に反することを唆したりするなど職員を不法な目的に利用するための行動等の外部からの働き掛け等から、部隊の秘密、規律、施設等を防護するために必要な資料及び情報の収集整理等を行うこと」を掲げる。そして、その具体例として、何と「デモ行進等」を挙げ、公道での示威活

動や基地を包囲する「人間の鎖」は、自衛隊の業務に対する妨害に発展しかねず、隊員への命令不遵守の使噓となる例もある、したがって、デモ行進等の情報を事前かつ事後に収集・整理することが必要である、という。さらに、部隊の保全のためには、デモ活動等自体のほか、主催し参加する関係者・関係団体についての情報を収集する必要がある、それには自衛隊の業務遂行に「支障を及ぼすおそれのある活動を行う外部の団体等も含まれる」という。しかも、その把握のためには、その団体等の自衛隊関係の活動だけでなく、すべての活動について情報収集する必要がある旨、明言しているのである。

この文脈は、デモ行進にかかる東京都公安条例事件の最高裁判決（大法廷1960年7月20日刑集14巻9号1243頁）に現れた「集団暴徒観」を思い出させる。いわく、デモ行進にあっては「平穏静粛な集団であっても、時に昂奮、激昂の渦中に巻き込まれ、甚だしい場合には一瞬にして暴徒と化し、勢いの赴くところ實力によって法と秩序を蹂躪」する、と説いたものであった。本件の国側準備書面も、デモ行進が憲法21条により保障された高い価値をもつ表現の自由の一形態であることを、その真髓において何ら理解していない。

デモ行進・デモ活動を危険なものとして、規制対象とする個人や団体を無限に広げ、収集対象資料もまた限りないものとする。この準備書面において述べられたのはそのような論理であり、そこに挿まれている「国民の権利・利益を侵害しない範囲において」という句は、実質上無意味である。こうした国側主張がなされたのは、推測するに、現におこなわれている情報保全隊の活動を丸ごと正当化するためであろう。しかし、まさに問わず語りに、情報保全隊の国民監視活動が憲法の人権保障の基本理念を何ら解することなく、市民生活のとどめもなく広範な領域にわたりかつ深部に及んでおこなわれていることを告げたものといえる。

## ② 侵害留保説の敷衍

もうひとつ注目しておきたいのは、「法律の留保」について国側の係る侵害留保説に敷衍を施した箇所（25頁以下）である。ここで国側は、学説（3つの著書と1つの論文）を引いて自らの主張の補強をはかろうとしているわけであるが、私には、それが、侵害留保説と並べていわゆる権力留保説をとり上げこれ



に依拠しようとしている点は奇妙であり、また、その学説引用は必ずしも正確ではない、と思われる。順に述べておこう。

すなわち、まず、国側は、「行政手段の権力性」に着目して、行政活動が権利「侵害」にあたるか否かの判断は当該行政活動が権力的手段を用いるものであるか否かをメルクマールとして行われるべきものであるというのが、これはまさに権力作用留保説の立論である。しかしそれは、侵害留保説・全部留保説・社会留保説および重要事項留保説が行政作用の目的・内容に着目して、それが国民の権利利益にいかなる影響を与えるかを問題とするものであるのに対し、権力作用留保説は行政の行為形式を問題にするもので、前4者とは立論の視点が異なる。したがって、それは、侵害留保説と、それを補強する形でのみ結びつくものではない。権力作用留保説の場合、先に述べたように、国民への権利賦与・義務免除の行政活動も、その手段が権力的である場合には常に法律の授權が必要とされ、逆に、非権力的な手段でなされる行政活動は、権利侵害を内容とするものであっても法律の根拠を要しないこととなるのである。

また、同準備書面は、学説の引用において不正確さを免れていない。準備書面の挙げる順に文献を読み直しておく。まず、侵害留保説にいう「侵害」とは一般に「自由・財産への制限」を意味するとして、小早川光郎『行政法・上』（法律学講座双書、弘文堂・1999年）95頁を挙げるが、そのことは論ずるまでもない周知の事柄であって文献引用の意図がどこにあるのか、私には解しがたい。むしろ、同頁では、著者が侵害留保「原理」は、自由・財産侵害の観念を前提にしつつも、「法律の法規創造力の原理から導かれる当然の帰結だということにもなりうる」と示唆的に述べているところに注目しておくべきであろう。

ついで、同準備書面は、上記の自由・財産制限の論理を「すなわち」とつないで、「[法律の留保の原則]は『行政手段の権力性』に着目した法原則であると述べ、以下の3文献を挙げる。「すなわち」で結ぶ論理も疑問であるが、これら各文献がどのような意味でその典拠となりうるのか、解しがたい。まず挙げられている、島田茂「ドイツにおける情報自己決定権と侵害留保論」（法学志林92巻1号〔1994年〕）は、権力的行政行為を侵害行為としてとらえ、それに法律の根拠を求めていたのは「ドイツの伝統的な侵害留保論」であるが、この説



のように「法律の留保の妥当範囲を規定する侵害効果の認否が行政手段の権力性によって定まることになる」として、非権力的な行政活動は法律の留保の対象外に置かれるようになる」として、それを否定しているのである（127～128頁）。

また、芝池義一『行政法総論講義・第4版補訂版』（有斐閣・2006年）も、「侵害留保説は、もともとは行政行為などの権力的な侵害行為についてのみ法律の授權を要求するものであった。最近ではこの説を主張する者はほとんど存在しない。」とした上で、「行政指導などの非権力的ではあるが侵害的（規制）的な行為についても、法律の授權の要請を拡張する余地がある（46頁）」と述べているのであって、行政手段の権力性の有無で法律の根拠の要否が定まるという思考はここにはない。

そして、藤田宙靖『第4版行政法Ⅰ（総論）・改訂版』（現代法律学講座、青林書院・2005年）は、国側準備書面が指示する285頁にはこのテーマは語られていない（そこには、現代行政では法外的な行政手段が極めて強力な影響力を持つようになったとの趣旨が述べられているにすぎない）。以上、国側のする文献の読み方は、杜撰のそしりを免れがたいものである。

なお、国側準備書面は、判例についても新しいものを取り上げ、敷衍をはかっている。そのうち、自動車一斉検問の法的根拠を「交通の取締」という警察の一般的な任務を掲げた警察法2条1項に求めた昭和55年の最高裁決定（最三決1980年9月22日刑集34巻5号272頁）について、一点言及しておきたい。国側は、この決定は同条項の規定をあくまで本来の根拠規定ではないとみたものであると解して、そのことを情報保全隊の情報収集活動についても根拠規定は不要だとする根拠にしている。しかし、同決定は、警察法2条1項の規定に照らして、交通安全等に必要の警察の諸活動が「強制力を伴わない任意のものである限り、一般的に許容されるべきものであるが、それが国民の権利、自由の干渉にわたるおそれのある事項にかかわる場合には、任意手段であるからといって無制限に許されるべきものではない」と述べて、そのような場合には別の根拠規定が必要とされることを示唆している。国側の論理は、恣意的であるといわざるをえない。

### 3 国民監視活動の違法・違憲性

国民の日常生活を自衛隊の監視下に置くことは、自由国家のありようを根本的に覆すものであって、およそ立憲主義的憲法秩序と相容れない事態である。それが日本国憲法の下で許されるべくもない権力行使であることはいうまでもないが、——なおそれに先立ち、法律違反について触れたうえで——違憲の諸論点について述べておくこととしたい。

#### (1) 行政機関個人情報保護法違反

憲法論の前に、法律違反の有無に着目しておくなら、行政機関個人情報保護法（「行政機関の保有する個人情報の保護に関する法律」）が指摘されよう。

すなわち同法3条1項の、「行政機関は、個人情報を保有するに当たっては、法令の定める所掌事務を遂行するために必要な場合に限り、かつその利用の目的をできる限り特定しなければならない。」という規定に照らすなら、個人の市民集会等での発言を調査を記載し、またデモ参加者の容姿等を撮影して記録したことは、法令の定める所掌事務である情報の保全にとって必要とはいえ、上記条項に反するのである。

これは、内部文書が明るみに出た4か月ほど後に日本弁護士連合会が発表した『陸上自衛隊による市民監視についての意見書』（2007年10月23日）も採るところであり、それは、「陸上自衛隊情報保全及び陸上自衛隊東北方面情報保全隊による市民及び市民運動の監視は、憲法の趣旨及び行政機関個人情報保護法3条1項に反する違法なものであると言わなくてはならない。」として、防衛省に対し、「直ちに、このような監視活動を全面的に中止するとともに、今回の監視活動につき第三者機関を設置して調査をした上で、その調査内容及びその結果をすべて公表することを強く求め」ている。

こうして、情報保全隊の市民監視活動は、まずもって違法である。なお、上記日弁連意見書は、憲法的評価にかんしては「趣旨に反する」というにとどめたものであるが、私は、この点には飽き足らない思いを禁じえず、違憲と結論することができると考えている。以下、順次取り上げよう。

## (2) 憲法上の権利の侵害

### ① プライバシーの権利、とくに自己情報コントロール権

まず、憲法13条に淵源するプライバシーの権利は、何人も公権力によってからの情報、とりわけ政治的思想・信条にかかわるような一切の個人情報を収集・管理されない自由を含むが、情報保全隊の監視活動はこれを侵害するものである。また、個人情報の国家機関への提供や同一省庁内であっても個人情報の開示が許されないことは、裁判例上も明らかである（参照、早稲田大学江沢民講演会名簿提出事件〔最二判2003.9.12民集57巻8号973頁〕および防衛庁情報公開請求者リスト庁内開示事件〔新潟地判2006.5.11〕）。情報保全隊の所為は、これに違背している。

国側による、憲法上の権利の侵害なしとする主張は、この論点に集中し、「自己情報コントロール権」は成り立たない旨論じているので、これについて少し論じておくこととするが、自己情報コントロール権が現代のプライバシー権の一内容をなしていることは、すでに確立したものであるといえる。代表的学説は、次のように述べる。

——「個人の私的領域に他人を無断で立ち入らせないという自由権的、したがって消極的なものと理解されてきたプライバシーの権利は、情報化社会の進展にともない、『自己に関する情報をコントロールする権利』（情報プライバシー権）と捉えられて、自由権的側面のみならず、プライバシーの保護を公権力に対して積極的に請求していくという側面が重視されるようになってきている。これは、個人に関する情報（個人情報）が行政機関によって集中的に管理されているという現代社会においては、個人が自己に関する情報を自らコントロールし、自己の情報についての閲読・訂正ないし抹消請求を求めることが必要であると考えられるようになったことに基づく」と（芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法・第4版』〔岩波書店・2007年〕119頁）。

国側は、それにもかかわらず、「学説上においても、自己情報コントロール権を肯定する理解には問題点が少なくない」（第4準備書面15頁）として、その典型の1つとして、芦部信喜『憲法学Ⅱ・人権総論』（有斐閣・1994年）を挙げる。しかし、同書が述べているのは、プライバシー権を情報プライバシー権と

する見解にはアメリカでも有力な異説があるが、「少なくとも、広義のプライバシー権にその重要な柱の一つとして、自己に関する情報の流れをコントロールする利益が含まれることは明らかなだということ、を確認」することができる(379頁)、また、自己情報の範囲についての議論には若干の疑問もあるが、コントロールの内容は、「個人情報の収集、管理・利用、開示・提供のすべてにつき、本人の意思に反してはならないことが原則とされる」(382頁)というのである。国側の読み方は、不正確かつ恣意的である。

また、国側は、自己情報コントロール権を肯定した最高裁判例が存在しないと主張し、住民基本台帳ネットワーク(住基ネット)関係の判例を取り上げている。すなわち、大阪高裁2006年11月30日判決(判時1962号11頁)のした、「自己の私的事柄に関する情報の取扱いについて自ら決定する利益(自己情報コントロール権)は、人格権の一内容であるプライバシーの権利として、憲法13条によって保障されていると解すべきである」との判示が、最高裁第1小法廷2008年3月6日判決(刑集23巻12号1625頁)により覆されていることを指摘する。しかし、この最高裁判決は、住基ネットにより本人の同意なしに氏名等4情報を利用・管理することは、憲法13条の保障する個人にかんする情報をみだりに第三者に開示・公表されない自由を侵害するものではない旨判示したものであって、自己情報コントロール権が憲法上の人権であるか否かについては判断に入るまでもないとして、これには言及していないのである。

最高裁判例には、むしろ、自己情報コントロール権にかんする積極的な事例が認められる。すなわち、この権利は、①自己情報を収集されない権利、②自己情報が収集目的を越えて開示・公表されない権利、③他者がいかなる自己情報を保有しどのように利用しているかについて確認・閲覧できる権利、④自己情報の訂正と消去・利用停止請求権、という各側面をもつが、最高裁の京都府学連事件判決(最大判1969年12月24日刑集23巻12号1625頁)は①にかんして、前科照会回答事件(最三判1981年4月14日民集35巻3号620頁)や早稲田大学名簿提出事件(前出)は②の開示にかんして、また、ノンフィクション「逆転」事件(最三判1994年2月8日民集48巻2号149頁)は②の公表にかんして、それぞれ情報プライバシー権の積極的な展を試みている。このよう



な判例の集積に十分注目しておくべきものと思われる。国側主張のような、最高裁判例が存在しなければ何事も語れないというのがごとき見地はそもそも誤りであるが、しかも、そのような見地に立ちながら最高裁判決を都合よく取捨選択する論理は、公平であるとはいえない。

国側は、また、原告らが情報保全隊により収集・取得された情報は、もともと他人に取得されることを前提にしたものであるから、保護の対象となる「他人に知られたくない私生活上の事実・情報」にはあたらないと主張する。たしかに、集会やデモ行進における情報発信は、公衆一般に向けられ、むしろ多くの人に知ってほしいものであるといえる。しかし、公権力、とりわけ本件のように軍事権力の情報機関がこれを収集することは別論である。それは、発信者のみならず受信者をも脅えさせ、肝心の公衆への発信を縮こまらせてしまう。また、それならば知られずにやれば問題がないという応答があるとすれば、それはもはや自由国家と相容れない論理であるというほかない。

## ② 肖像権

ついで、情報保全隊の国民監視活動は、国民の肖像権を侵害する。すなわち、これについては、周知のとおり、最高裁（前出・京都府学連事件判決）が、個人の私生活上の自由の1つとして、何人も承認なしにみだりに容貌・姿態を撮影されないという、憲法13条により保障された自由を有すると、つとに判示している。本件で、情報保全隊が、何ら犯罪性のない正当な表現行為としての政治活動である集会・デモに参加している原告らの容貌等をその承諾なしに撮影しているのは、肖像権の侵害以外の何物でもない。

なお、被告国は、肖像権侵害について原告は具体的主張をしておらず失当、として内容には入っていない。

## ③ 知る権利

また、情報保全隊の監視活動は、報道機関の自衛隊にかんする取材・報道の自由を萎縮させ、その結果、原告ら市民が自衛隊情報に接することが妨げられ、憲法上保障された市民として有する「知る権利」が侵害される。

これについて、被告国は、報道機関がその報道・取材の活動に影響を受けるとは考えられないとしているが、萎縮効果への無理解というほかない。また、

国は、原告が主張するのは第三者である報道機関の権利の侵害であり、原告にとっては反射的不利益にすぎない、という。たしかに、ここでは、原告側は、第三者の権利を援用することは、他人の権利に容喙するものとして、主観訴訟では一般に認められないものであるが、憲法訴訟の当事者適格にかんしては成立の余地のある手法とされている。本件では、報道機関の取材・報道の自由の制限については、報道機関が自らこれを争うと同時に、報道の受け手たる原告市民もまた自身の「知る権利」への侵害の問題として争うことは、可能かつ歓迎されるべき事柄であるといえよう。

#### ④ 表現の自由

さらに、情報保全隊の行為により、憲法 21 条に保障された集会・結社、言論・出版などの表現の自由が危殆に瀕することになる。それが原告市民の、強大な国家権力、とりわけ軍事的権力による広範な国民に対する日常的・系統的な監視が、原告の表現活動に重大な萎縮的效果を及ぼすことは想像に難くない。もっとも、これについて国側は、情報保全隊の活動を原告らは当時知らなかったのだから萎縮効果は出ておらず今後も生じるとは考えられない、としている。しかし、表現の自由の重要性にかんがみるなら、萎縮効果の発生はそれが推認されれば足り、現実が発生したことの実証までは要求されないものというべきであろう。精神的自由の貴重さ、壊れやすさについての無理解をここに見る思いがする。

なお、地方議会における議員の活動までも監視の対象にされているが、それは、議員の自由な表現活動を脅かし、ひいては地方政治の憲法原則（第 8 章）をも侵蝕するものといえる。

#### ⑤ 思想・良心の自由

そして、情報保全隊の活動は、原告らの思想・良心の自由を侵害し、憲法 19 条に違反している。19 条の思想・良心の自由の保障の意味するものは、特定の思想を禁止したり、露顕（disclosure）を強制したりすることを許さないところにある。したがって、公権力が、個人が内心において抱いている思想について直接または間接に調査し、それを推知することは強く禁じられる（私人間の事案であるが、国家と私人の間ではより明瞭に妥当する法理を述べたものとして、

参照、三菱樹脂事件東京高裁判決〔1968.6.12判時523号19頁〕。情報保全隊が市民集会に入り込むなどして、そこでの発言を調査し記録しているのは、公権力が個人の思想を推知する行為にほかならず、内心の自由を侵害する。なお、情報保全隊の監視は宗教団体に対してもなされているが、それは、内心の自由に加えて、20条の信教の自由に対する侵害も惹起するものである。

国側は、これにかんして、情報保全隊の活動は原告らが特定の思想をもつことを禁じたりその露顕を強制したりするものではないと論じている。たしかに、国家権力が市民に接近してその思想を推知し収集したものを分類・管理する行為は、上記のものに直接には該当するものでないにしても、特定の思想、つまりは自衛隊が「反自衛隊」の立場だとみなしているような人々の思想に対して、強い圧力を加えるものであり、内心の自由への間接的ながら明白な侵害だといわなければならない。

#### ⑥ 平和的生存権

加えて、自衛隊情報保全隊の国民監視、とりわけ自衛隊イラク派兵活動と一体のものとして進行した国民監視の行為は、平和的生存権侵害を惹起し、この点でも違憲であることを免れない。

原告側は、2007年10月5日付訴状において、平和的生存権、すなわち憲法前文第2段末尾にいう、「全世界の国民が〔有する〕、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」を取り上げて、それまでにイラク訴訟の分野で出された判決の中で最も有意義なものとし、名古屋地裁2007年3月23日判決（裁判長の名を冠せていわゆる「田近判決」）に依拠しつつ、その具体的内容をなすものは「憲法9条に違反する国の行為によって個人の生命、自由が害されず、また侵害の危機にさらされない権利」および「憲法9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」であるところ、自衛隊情報保全隊の活動は、原告らのそれら権利を侵害している、と主張した。

この主張は成り立ちうるものと考えられる。しかし、国側は、この権利内容の問題に入るまでもなく、平和的生存権の具体的権利性そのものが認められないとの見地に立っている。この点は、本件訴訟における重要論点の1つである

と思われるので、項を改めて少し詳しく取り上げることにしたい。

#### 4 平和的生存権の具体的権利性の弁証

##### (1) 判例の読み方

国側が平和的生存権の具体的権利性否認の主張をするとき、それ以前の2008年4月17日に、平和的生存権の具体的権利性を正面から認めて自衛隊イラク派兵を違憲と断じた名古屋高裁判決が出されていたにもかかわらず、国側の2008年12月9日付答弁書、2010年3月1日付第4準備書面のいずれも、これを一顧だにしていないことを、まず指摘しておきたい。後に明らかにするように、そのことは、奇妙を通り越して不誠実である。いずれにせよ、それゆえおのずから、被告国の主張は、国がこの種の訴訟で従前から幾度となく使ってきた論法をただくりかえすものとなっている。ここでは、ひととおりこれを見たうえで、のちに平和的生存権の積極的主張を試みることにしよう。

国側上記第4準備書面は、まず、判例につき、「平和的生存権に具体的権利性が認められないことは既に判例法理として確立している」という(23頁)。はたしてそうであろうか。

国側上記答弁書が何より依拠しているリーディングケースたる最高裁判例については、まず引かれている百里基地訴訟判決(最判1989年6月20日民集43巻6号385頁)は、平和的生存権の権利性自体について判断したものではない。それは、「平和主義ないし平和的生存権として主張する『平和』」は抽象的概念だ、というものであるが、平和的生存権を肯定する学説は、また本件の原告も、もともと、「平和」について、それのみを孤立させて論ずる方法を採用していない。後に述べるとおり、前文の平和的生存権をとくに9条、また第3章各条項と結びつけることで、その権利内容を具体化して論じているのである。また、同判決の射程は、そこにいう「平和」は私法上の行為の効力の判断基準とならない、ということとどまっているのであって、平和的生存権が他の場面でいかに働きうるかについてふれているものではないのである(なお、この国側準備書面は、従前の国側主張に倣って、同判決についての最高裁調査官による、「平和的生存権を何らかの憲法上の人格権としてとらえようとする学説があるが、本



判決は、これに消極的評価をしたものといえよう」とする解説（小倉 顕・最高裁判所判例解説民事篇平成元年度 225 頁（注 9））を引用しているが、同判決の射程範囲は上記のとおりであるから、この解説は同判決を正解したものとはいえない。

国側上記答弁書は、百里基地訴訟最高裁判決を上記のように扱ったうえで、「同様の判断は、多様の裁判例によって繰り返し示されており、」平和的生存権の具体的権利性を否認する評価は「もはや判例理論として確立しているものといえる」（10 頁）というが、人を惑わす叙述である。そこで挙げられているものは、具体的権利性を消極に解した下級審の裁判例（代表的に、東京高判 2006 年 7 月 13 日判決）であり、国側が拠りどころとする最高裁判決ではない。国側は、消極の高裁判決を不服とする市民側の上告を最高裁が棄却ないし不受理決定した諸事例を挙げる。それは、あたかも最高裁自身も消極の判断をしているとの印象を、人に与える。しかし、いずれの最高裁判決も、平和的生存権の具体的権利性の存否に応答してはいない。そのような最高裁判例が存在していないからこそ、国側は上記のレトリックを使うのである。

なお、国側のする最高裁判例の引用で、上述した他に疑問に思う点は、長沼訴訟上告審判決（最判 1982 年 9 月 9 日民集 36 卷 9 号 1679 頁）への言及がなされていないことである。周知のとおり、この訴訟では、平和的生存権の法的権利性が正面から争われ、第 1 審（札幌地判 1973 年 9 月 7 日判時 712 号 24 頁）がこれを原告の訴えの利益を肯認する根拠として援用したのに対し、控訴審（札幌高判 1976 年 8 月 5 日行集 27 卷 8 号 1175 頁）は、「裁判規範としてなら現実的個別的内容をもつものとして具体化されているものではない」として否定した過程を経て上告審に持ち込まれたものであるから、最高裁のこの点についての判断がとくに注目された。しかしながら、最高裁は、代替施設の完成による訴えの利益の喪失を理由にして上告を棄却し、平和的生存権の論点については、それが裁判規範として認められるか否かの判断を留保した。これは、最高裁の見解を尋ねる際に不可欠の素材であろうから、国側がこれを無視するのは恣意的であるといわざるをえない。

(2) 学説の解し方

また、学説についても、国側上記第4準備書面は、「一般的に憲法学説においても同様に解されている」（つまり、平和的生存権に具体的権利性は認められないと解されている）、という（23頁）。その例として、上記答弁書は、代表的な一著作から次の個所を引く。「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理念的権利と言うことはできるが、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難しい」との、芦部〔＝高橋〕『憲法・第四版』（前出）38頁の叙述である。その上で、「この点に関する原告らの主張は独自の見解の域を出ないものではない」というのである（11頁）。

しかし、この学説参照の仕方は公正さに欠ける。上記の引用箇所は、その前に、「学説では、右規定の（狭い意味での）裁判規範性を認めることはできるとし、平和的生存権を新しい人権の1つとして認めるべきであるという見解も有力である。しかし、」という文章があり（ここに「狭い意味での」というのは、裁判所の判決によって執行することのできる法規範のことを指す）、また引用の後には、「と一般に考えられている。」という言葉で結ばれている（38頁）。すなわち、この代表的論者は、平和的生存権の具体的権利性を認める見解が有力説としては成り立っていることに留意した上で、一般にはなお否定的だという認識を示しているのである。しかも、同じ論者は、別著（『憲法学Ⅰ・憲法総論』〔有斐閣・1992年〕で、平和的生存権が裁判規範性をもつものへと理論的に精練されることに期待を表明している。すなわち、「裁判規範性が認められるためには、なお具体的権利性についての論議をつめることが必要であろう。私は理念的権利でないかと考えてきたので、肯定説には踏み切っていないが、肯定説がその論拠を精密化しつつある点に注目している」というのである（212頁）。論者が説くところは、国側が解しているほど単純ではない。むしろ、現在、通説は、平和的生存権の具体的権利性について、上記の論者をはじめとして、消極の結論になおとどまりながらもその成立を期待する立場を示すに至っており、さらに積極的も有力となっている現状である（詳細は、小林 武『平和的生存権の弁証』〔日本評論社・2006年〕とくに121頁以下への参照を請う）。

### (3) 私見と 2008 年名古屋高裁判決

#### ① 積極説の展開

私自身について言えば、上述のところでも垣間見たような判例・学説の状況の中で、日本国憲法前文の定める平和的生存権が、それを直接に根拠として裁判所に救済を求めることのできる裁判規範たりうるほど具体的権利性をもつものであると積極的に解してきた。とくに、この権利の憲法上の規範構造について次のように考えている。

——憲法前文が、全世界の国民が平和のうちに生存する「権利」を有するとしたのは、人の平和的生存を、たんに国家が平和政策をとることの反射的利益ととらえる従前の理解から原理的な転換を遂げて、平和をまさに権利として把握したことを意味する。換言すれば、この平和的生存権規定は、政府に対しては、軍備をもたず軍事行動をしない方法で国際平和実現の途を追求する平和政策の遂行を法的に義務づけ、反面で、国民には、政府が平和政策をとるよう要求し、また自らの生存のための平和的環境をつくり維持することを各自の権利として保障したもの、と解することができる。そして、この、前文に直接の根拠をもつ平和的生存権は、9条で具体化された上で、ひとつには、13条をはじめとする第3章各条項に定められた諸人権と結合して機能し、またひとつには、第3章の各人権がカヴァーしていない領域ではそれ自身が独自の意味をもつ人権として働くものであるといえる、と。

これにつき、敷衍して述べておこう。すなわち、裁判規範性を具えた平和的生存権の成立を否定し、あるいはそれに期待を寄せつものなお肯定することを躊躇している見解が、その理由とするものの中心は、「平和のうちに生存する権利」の内容が抽象的で明確性に欠ける、という点にあるが、これは要するに、この権利の憲法上の根拠にかんして堅固な規範論を築くことができるか否かにかかっているものと思われる。

そこで、何よりも、実定憲法規範の関係規定それ自体を正確にとらえておくことが求められるところ、前文が、恒久世界平和達成への強い決意を示す文脈において、「平和のうちに生存する権利」を国民の文字どおり主観的権利として定めていること、それを受けて第2章の唯一の条項である9条が、戦争の放棄

と武力の不保持および交戦権の否認を政府に命じた客観的制度を設定していること、そしてその次の第3章が「国民の権利及び義務」と題して10条から40条にわたって個別の人権を保障していることが、改めて確認される。そして、この9条は、近代憲法に通有の、平和を追求しながらも軍事的備えを放棄しない基本姿勢を止揚して、徹底した平和主義の統治構造をとることを宣明したものであるが、それが単独で第2章とされている。つまり、伝統的には統治機構に属すべき規範である9条を、第3章人権保障規定に先行させたのであり、日本国憲法は、このような条文配置をすることで、平和を人権の前提条件と位置づける考えを、より鮮明なものとした、といえる。

こうした規範構造に留意するなら、前文の「平和のうちに生存する権利」の意味内容は、9条によって充填され、それによって具体性をそなえた人権として機能しうるものとなり、かつ、第3章の人権条項と相俟って個別の事案において働くこととなる、と解することができる。すなわち、「平和のうちに生存する権利」にいう「平和」は、他ならぬ日本国憲法自身、何よりも9条（および前文の第1、第2段）によって特定の意味を付与された「平和」であるから、9条違反の政府の政策がおこなわれたとき、それは即、平和的生存権を侵害したものと評価される。つまり、9条のもつ意味は、狭義では戦争放棄・軍備全廃であり、広くは、人権・統治のすべての憲法構造が平和主義にもとづくものでなければならないという要請であるところ、平和的生存権には、この両者の意味が充填されている。

したがって、まず、公権力が戦争や軍備保持の挙にでた場合、それは、9条違反であると同時に、直截に平和的生存権侵害を帰結するが、人権との関係では、平和的生存権侵害にあたると同時に、平和主義によって導かれている個別の人権を侵害することとなる。すなわち、徴兵制は、平和的生存権とともに18条に抵触し、反面、それが布かれた場合の良心的兵役拒否は、平和的生存権およびそれと結合した19条によって支えられ、また、軍事徴用は、平和的生存権と一体となった25条・22条に照らして許されない、等々の解釈をとることができよう。さらに、軍事目的達成のための言論統制に対しては、21条の表現の自由が、とりわけ平和的生存権と不可分のものとして主張されるであろう。



——このようにして、日本国憲法は、憲法の基本原理を宣明する前文において「平和のうちに生存する権利」を定め、その「平和」の内容を9条で確定し、この平和主義の理念が第3章の掲げる基本的人権の意味を指導する、という構造をもつことが明らかとなる。

このような解釈論は、9条を即、人権保障規定とみて、その違反があれば直ちに全国民が救済を求めて裁判提起ができるとする見解とは異なる。この見解は、「人権としての平和」の思想を端的に解釈論として展開したものであり、日本国憲法の理念に適している点で注目されるが、今、能う限り文章に即した堅固な規範論を追求すべきだと考える見地からは賛同しがたい。すなわち、9条は、その文言から、やはり公権力に対する禁止命令を内容とする客観的制度の規定であって、それ自体を人権規範とみることは、解釈論としては妥当ではあるまい。私は、先述のごとく、9条は、「平和のうちに生存する権利」の中に意味充填されるものであるから、9条違反は、文言どおり主観的「権利」である平和的生存権侵害を意味するものとみて、この権利が侵害されたことをもって出訴の根拠とすべきものとするのである。

なお、その場合、第3章の諸人権中で、13条「幸福追求権」の位置付けに留意しておきたい。13条の個人尊重の原理にもとづく幸福追求権が、個別の人権の一つであるとともに、他の諸人権を支える基盤的人権であり、第3章に列举されていない人権の根拠となる一般的・包括的な権利であることにかんがみると、平和的生存権をも広く包摂・受容しているものと理解すべきであろう。したがって、先のように、9条違反行為が(13条以外の)個別の人権の侵害を惹起していないという場面でも、平和的生存権のみを援用するのではなく、13条の権利をとりあげ、これが平和的生存権とともに侵害されているとして、両者を一体的に主張する、という論理立てがより説得的であるとされよう。ただし、この場合、13条の包括的人権が第3章の各人権を補充する役割を担うものであることに留意しなければならないから、平和的生存権を主体的に位置づけ、副次的に13条の権利で補うという構成が妥当であると考えられる。

以上、平和的生存権は、その具体的内容を9条で確定できるものであるから、内容が不明確だという指摘はあたらない。いうまでもなく、法の世界において、

それぞれの法典上の位置を考慮しつつ解釈をとおしてその意味内容が確定される概念は、枚挙に暇のないほど多い。日本国憲法典にかんしても、国会の「最高機関」性、「行政権」、「地方自治の本旨」などは、それ自体では必ずしも明確でない概念であって、解釈により意味内容を画定されてきたものである。人権条項にしても、幸福追求権、法の下での平等、また「公共の福祉」等々、多くのものがそれにあたる。ひとり「平和のうちに生存する権利」のみを明確でないと論難する根拠はなく、かえって、叙上のごとく、客観的的制度規範によって支えられている分、他の概念より明瞭度が高いともいえるのではないか。被告国が採るところの、平和的生存権は具体性・一義性に欠けるとの、否定説においてドグマのごとくに示されてきた主張は、今や再検討されるべきであろう。

## ② 名古屋高裁判決の重要性

以上に要記した考え方と通底する見解が、平和的生存権をめぐる近時の裁判例の中で、画期的意義をもつものと思われる、自衛隊イラク派兵違憲訴訟の08年名古屋高裁判決(2008年4月17日・裁判所HP)において、鮮やかな形で具体化されている。すなわち、いう。

「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、恐怖と欠乏を免れて平和のうちに生存し、また、そのように平和な国と世界をつくり出して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、極めて多様で幅の広い権利であるということが出来る。

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。そして、この平和的生存権は、局面に応じて自由的、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ふ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ふことができる。』と。続けていう。

「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。」と。

そして、付言して、「なお、『平和』が抽象的概念であることや、平和の到達点及び達成する手段・方法も多岐多様であること等を根拠に、平和的生存権の権利性や、具体的権利性の可能性を否定する見解があるが、憲法上の概念はおよそ抽象的なものであって、解釈によってそれが充填されていくものであること、例えば、『自由』や『平等』ですら、その達成手段や方法は多岐多様といふべきであることからすれば、ひとり平和的生存権のみ、平和概念の抽象性等のためにその法的権利性や具体的権利性の可能性が否定されなければならない理由はないといふべきである。」としている。

以上の判旨はきわめて重要である。裁判例への参照については最高裁判例しか視野に入れない被告国が、こと平和的生存権の具体的権利性否定の主張にあたっては下級審判決（前出・東京高判）を詳細に引用したわけであるが、そう

するのであるのなら、このケースでは、この名古屋高判を当然に参照すべきところであるが、奇妙なことに、それには一顧だにしていない。判例引用の恣意性を指摘せざるをえないのである。結局、被告国の論理は、この争点にかんして何ら説得力をもたず、平和的生存権が具体的権利であることを否定するものとはなりえていないのである。

#### (4) 9条違反の政府行為

##### ① 自衛隊イラク派兵の違憲性

以上述べてきたところから、日本国憲法における平和的な生存権は、9条によって内容が確定された「平和」を人権として表現したものである、との要約が許されよう。

すなわち、9条と平和的生存権とは、保障対象において一体のものであって、1つの事柄を、制度的に表現したのが9条で、人権の形で表すものが平和的生存権、という対応関係にある。したがって、或る政府行為が9条違反のものである場合、市民は、それを自らの主観的権利としての平和的生存権への侵害であるとして司法的救済を求めることができる。争われている政府行為の9条違反が決定的な要点となるゆえんである。

本件では、原告らは、自衛隊イラク派兵は憲法9条に違反するものと考え、そしてこの派兵を容易ならしめるためになされた情報保全隊による原告らに対する監視行動は平和的生存権を侵害するものであるとして、訴えに及んでいる。同監視活動が、憲法第3章に保障された各種の人権を侵害するものであることはすでに論じたとおりであるが、イラク派兵が9条違反である場合、それに加えて平和的生存権侵害を惹き起こす。

これにつき、憲法9条についての政府解釈に即してイラク特措法を合憲とする立場で判断した場合でも、自衛隊イラク派兵が違憲の政府行為であったことは、08年名古屋高判の次のような判示に間然するところがない。すなわち、いう。

「自衛隊の海外活動に関する憲法9条の政府解釈は、自衛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言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、⑦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活動がなされる場所との地理的關係、④当該行為の具体的内容、⑤他国の武力行使の任に当たるものとの關係の密接性、⑥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、個々的に判断されることを内容とするものである。」と。

そして、判決は、米軍を中心とする多国籍軍は武装勢力との間で、治安活動の域を超えた国際的な戦闘を惹起していると認識し、その中で、米軍の掃討作戦で多数のイラク民衆が犠牲になったことにも留意している。それを踏まえ、とくに首都バグダッドは、イラク特措法が自衛隊が活動することを禁じている「戦闘地域」に該当すると認定した。一方、空自C-130H輸送機による輸送対象のほとんどが多国籍軍の要員であり、現代戦においては輸送活動も戦闘行為の重要な要素であることからすれば、これは「他国による武力行使と一体化した行動」であって、それ自体も武力の行使に該る、と説く。

こうして、判決は、「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」と結論したのである。

このような、自衛隊およびその活動の根拠法律であるイラク特措法自身の合憲性（法令違憲）は問わず、政府解釈を基準にして対応措置の適用違憲の有無を判定していく手法は、政府側が容易に覆すことのできない、安定した堅固な論理立てだといえる（判決に対する政府当局者の批判が、手続き的・訴訟法的側面に集中していたのも、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るものであろう）。

② 平和的生存権の侵害

本件訴訟において、原告らは、先に述べたように、平和的生存権の内実を、「憲法9条に違反する国の行為によって個人の生命、自由が憲されず、また侵害の危機にさらされない権利」あるいは「憲法9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」(訴状)と解しているところ、自衛隊イラク派兵は、まさに憲法9条に違反する国の行為にほかならず、これがなされたことで原告らの平和的生存権は侵害されたといえることができる。

そして、そうであるならば、そもそもこうした自衛隊の違憲行為の遂行に資すべくなされた本件の情報保全隊による市民生活の調査監視・情報収集の根拠となる規範を憲法適合的に制定しうる余地はないものと思われる、さらに根本的に、このような活動をするまでに至った自衛隊を設置・運用している国家行為の憲法適合性を正面から問うことが避けられないように思われる。そこで、章を改めて、自衛隊が憲法9条2項に照らしてなお合憲と評価できるものであるか、検討しておかなければなるまい。

なお、被告国は、原告らが情報保全隊の活動にいかなる法的義務違反があったのかを明らかにしていない旨述べたくだりで、「原告らは、結局、情報保全隊の活動自体を違憲・違法と主張しているにすぎない」と論じたことがある(2010年2月19日付第3準備書面)。原告らは、先に見たように、各人の法的利益に具体的・現実的被害を受けたことを立証しているが、それとともに、たしかに、情報保全隊の活動の自体の違憲・違法、そしてそれにとどまらず、情報保全隊、ひいては自衛隊そのものが違憲であることを主張するものである。

(未 完)



< 2009 年度法学会記事 >

○講演会等

「ドイツ刑事法廷における答弁取引」

講師 ヘニング・ローゼナウ（ドイツ・アウクスブルク大学 教授）

日時 2009 年 5 月 1 日（金）18：00～19：30

場所 愛知大学車道校舎 13 階第 3 会議室

「こんな手口、あんな手口、悪質商法最前線」

講師 清水かほる

（AC ネット理事，名古屋市消費生活センター消費生活専門相談員，法テラス  
情報提供員）

日時 2009 年 10 月 23 日（金）9：20～10：50

場所 愛知大学名古屋校舎 003 教室

「裁判員模擬裁判 ～学生による市民参加型裁判シミュレーション～」

主催：愛知大学法学部

日時 2009 年 12 月 13 日（土）13：30～17：20

場所 愛知大学車道校舎 3 階コンベンションホール

○法学会賞・努力賞（優秀な内容の卒業論文に対して授与 卒業式にて表彰）

・法学会賞 1 名

加藤洋平「地方自治体における職員の多様化について

－人事管理の抜本的な見直しの必要性－

（指導教員：入江容子）



・努力賞 2名

長田真夕「What I Saw Behind the European Union

Microsoft Competition Case」

(指導教員：杉浦市郎)

藏谷麻衣「マス・メディアの問題点 ～国民にとっての危険要素～」

(指導教員：田中正人)