

〈研究ノート〉

安保法制違憲訴訟における平和的生存権の主張

小林 武

目次

序にかえて 違憲立法の是正を求めて裁判所の扉をたたく

I 安保法制の疑問の余地ない違憲性

1 従前の防衛法制、とくに自衛隊の憲法適合性

- (1) 軍事力保持と政府解釈の変遷
- (2) 学界通説の自衛隊違憲論
- (3) 自衛隊の海外派遣と憲法的評価
- (4) 集団的自衛権行使容認への踏み越え

2 安保法制のどこを違憲ととらえるか

- (1) 憲法規範への違背
 - ① 平和主義侵害
 - (i) 安保法制各法における9条違反の主要点
 - (ii) 9条違反の論じ方
 - ② 民主主義、憲法改正・決定権の侵害
- (2) 立憲主義そのものの破壊

II 救済の要としての平和的生存権

1 平和的生存権の保障の意義と裁判規範性

- (1) 「平和への権利」の国際動向と日本国憲法の「平和的生存権」
- (2) 平和的生存権の裁判規範性

2 平和的生存権の法的構造

- (1) 平和的生存権の権利内容
- (2) 平和的生存権の根拠規定、享有主体、成立要件、法的効果
- (3) 平和的生存権の憲法上の根拠——「平和」の意味の9条による充填

- 3 安保法制の現実的運用の中での平和的生存権——南スーダン PKO 派遣の問題
 - (1) 南スーダン PKO 部隊の新任務と撤収
 - (2) 南スーダン PKO 訴訟における平和的生存権の主張
 - 4 〔補説〕参照したい2つのイラク訴訟裁判例
——名古屋高裁・岡山地裁両判決の読み方
 - (1) 名古屋高裁判決の意味と意義
 - ① 自衛隊運用の9条1項違反
 - ② 平和的生存権にもとづく訴求の肯認
 - ③ 9条と平和的生存権の連結的理解
 - (2) 流れを強めた岡山地裁判決
- むしろにかえて 平和憲法の再生に資する違憲審査権の行使を

序にかえて 違憲立法の是正を求めて裁判所の扉をたたく

本稿は、2015年成立、翌16年施行の「安保法制」（自衛隊法をはじめとする10本の法律の改正法である「平和安全法制整備法」と新法である国際平和支援法とを合わせた11の法律の総称として「安保法制法」と呼び、それにもとづく法体制を「安保法制」と名付ける。ただ、両者を厳密に区分することはせず、前者についてもしばしば「安保法制」という。また、「安保法」ないし「安保関連法」という場合もあるが同様である）の憲法適合性について、主として憲法学的に検討を加え、それが疑問の余地なく明瞭に違憲であることを論じたものである。安保法制の憲法違背は、日本国憲法の多くの規範にかんして顕著であるが、本稿では、とくに、同法制が憲法前文（第2段末尾）で定められた平和的生存権（「平和のうちに生存する権利」）を侵害するものであることを明らかにし、同時にこの権利が裁判規範性を備え、提訴のための十分な根拠となりうるものであることを論証しようとする。

本論に入るに先立って、この趣旨を、若干敷衍しておきたい。

21世紀の10年代に、日本はついに集団的自衛権行使を自らの国策とする国になった。それは、2014年7月1日に、内閣の一方的選択（閣議決定）によっ

でもたらされたものである。そして、翌15年9月19日、それを基軸にした安保法制が成立したとされ（その審議・採決が適法性に欠けるものであったことについては後にふれる）、その翌16年3月29日から施行されている。そして、とりわけ南スーダンPKO派遣自衛隊への新任務付与などの形で具体的に運用されているところである。この立法は、日本国憲法に正面から違背し、政府自身のそれまでの、個別的自衛権の行使に限って許容されるとしてきた憲法解釈に照らしても、徹頭徹尾許容される余地のないものである。それは、憲法の平和主義原則を根底から覆すものであり、とりもなおさず立憲主義それ自体を否定するものとなっている（詳細は後述する）。まさに、安保法制は、究極の違憲立法であるというべき存在なのである。

このことを少し考えておこう。——『我、自衛隊を愛す故に、憲法9条を守る』という、まことに印象的なタイトルをもった本が、2007年3月に出版され（かもがわ出版）、多くの人に迎えられた。その4年前の03年、米国など有志連合がイラクに対する攻撃を開始した。小泉内閣はこれを即座に支持し、自衛隊を参加させるために制定した「イラク特別措置法」にもとづいて、翌04年から陸上自衛隊・航空自衛隊の本隊派遣を実施して「人道復興支援活動」および「安全確保支援活動」にあたらせた。この書物の公刊は、その只中のことであった（自衛隊の撤退は、派遣を違憲とした08年4月17日の名古屋高裁判決〔後述する〕の翌09年になされた）。著者たち小池清彦・竹岡勝美・箕輪登各氏は、それぞれ、防衛省（07年までは防衛庁）の教育訓練局長・官房長・政務次官を務めた元高官である。いずれも、自衛隊員、とりわけその多くを占める若い人々を外国に送り出してはならず、またそうすることは自衛隊の本来のあり方ではないと考える点で共通している。自衛隊員を死に至らしめることなく自衛隊を活かそうとする一念で書かれたものである。そして、それを実現するのは憲法9条にほかならず、憲法を守ってこそ自衛隊が存続できるとするのである。

このような思いは、それから10年を経た現在、自衛隊の憲法適合性についての評価を別にして、一層多くの人々の共有するところとなっているのではあるまいか。私たちの国は、政府の誤った政策によって、海外で戦争をする国へ

と年を逐って傾斜し、とりわけ集団的自衛権の行使についてこれを否定してきた憲法解釈を容認へと転換させた2014年の閣議決定、およびそれをふまえて翌年に成立した安保法制によって決定的なものとなったのである。この法制により、わが国は、同盟関係にあるとする米国等の戦争に加わり、自衛隊を海外の戦場に送り出す。これまでに戦争による死者は1人も出さず、また相手を戦争で殺すこともなかった自衛隊は、殺し・殺される場面に置かれる。同法にもとづいて、その成立の翌16年、早くも自衛隊は、戦う部隊として、南スーダンPKOに派遣され、後述するように、戦闘状態の危機の中にある。「防衛法制」は、根本的な様変わりを見せているのである。今こそ、憲法9条と平和的生存権を力としてこれを食い止めなければなるまい。

もっとも、自衛隊は、それ自身が憲法規範を逸脱して誕生した軍事組織であることは否めないところである。このように解するのが憲法学の通説であり、本稿もその見地に立つ。それでも、ともあれ、自衛隊は専守防衛を旨とすることを誓約して設けられた制度であり、歴代政府は、これまで、そうであろうとすることで自衛隊合憲の弁明を続けることができたのである。それを、今般の閣議決定と安保法制の制定・運用によって、公権力担当者自らが覆した。このことが、立憲主義の破壊にあたることは明瞭であり、まさにそのゆえに、今、自衛隊に対する憲法適否の評価を脇に措いて、多くの広範な層の人々が違憲訴訟を提起するに至っているのである。

すなわち、この違憲の安保法制によって、人々は平和であってこそ成り立つ基本的人権、とりわけ生命への権利と人間の尊厳を侵害され、また侵害の危険にさらされている。そうである以上、国民が、その救済を求めるのは当然事であり、そして、同法制が、行政府が主導し立法府の多数派がそれに追従・加勢して成立させたものであるところから、人権の確保とそれをとおしてはかられる憲法秩序の修復は、偏に司法府の力にかかっている。今、すべての国民の平和な人生を守り、とりわけ直接に派遣される自衛隊員の生命を救うことができるのは、司法を措いて外にはない。そして、その場合に、国民の提訴の主要な拠りどころとなるもののひとつが平和的生存権である。この権利は、個々人の主観的権利として裁判規範性をもつものであり、国民は、これにもとづいて、

憲法9条を侵害する国家行為の司法的匡正を求めることができる。平和的生存権は、安保法制を違憲とする主張にとって不可欠の根拠である。

そこで、以下、安保法制が疑問を容れる余地のないほど明白に違憲のものであることを論じた上で、平和的生存権が裁判に耐えうる十分に成熟した実定憲法上の権利であることを確認し、国民がそれに依拠して安全保障法制の違憲を訴求できる立場にあることを、弁証することにした。

I 安保法制の疑問の余地ない違憲性

1 従前の防衛法制、とくに自衛隊の憲法適合性

(1) 軍事力保持と政府解釈の変遷

今般の安保法制は、疑問をはさむ余地のないまったくの違憲立法であるが、それに至るまでの防衛法制も、すでに憲法に合致しないものとなっていた。この点を、まず、確認的に取り上げておきたい。もとより、安保法制違憲訴訟では、この訴訟の目的に絞って形式的に考えるなら同法制の違憲問題だけを扱うことで十分であるといえるが、従前の防衛法制、とりわけ警察予備隊・保安隊を経て自衛隊に至る軍事組織の設立と運用の憲法適合性を論じておくことが今般の法制のもつ問題性を正確に把握するために必要であると考えられる。

周知のとおり、日本国憲法は、旧大日本帝国憲法下の軍隊を全廃したところに成立し、憲法制定時には、政府も、9条は自衛のためのものも含めて一切の戦争と戦力保持を禁じている、と解釈していた（非武装平和主義論）。1950年、朝鮮戦争の勃発で出されたマッカーサー指令により再軍備の方向へと転じて警察予備隊が創設されたが、政府は先の解釈を変えずに、警察予備隊は警察力を補うもので「戦力」にはあたらないと弁じた（警察力論）。そして、それが、52年に保安隊および警備隊へと拡張したときも、「戦力」を、近代戦争遂行能力をもつものと定義して、保安隊・警備隊はそれに該当しないとの論理で合憲性を弁証しようとしていた（近代戦争遂行能力論）。しかし、54年、自衛隊へと展開した時点で、政府は、自衛戦力合憲論に明確に転じることになる。

その見解は一様ではないが、主に主張されるのは、国家には本来自衛権が認

められており、自衛のための必要最小限度の実力である「自衛力」をもつことは9条の下で許される、という趣旨の論理である（自衛力論）。そして、その後、この「自衛力」概念が拡大されつづけたのである。

(2) 学界通説の自衛隊違憲論

これに対して、学界の通説は、次のごとくである。立憲主義の核心的意味が国家権力の統制にある以上、権力発動の重大な形態である戦争および軍事力をいかにコントロールするかという課題は、市民革命以来の立憲主義憲法にとって共通の最大関心事のひとつであるところ、日本国憲法は、この近代憲法史の系譜を引き継ぎつつ、わが国が侵略の側に立った第2次世界大戦の悲惨な体験とそれへの痛切な反省、そして再不戦の決意にもとづいて平和主義を徹底させたところに特色をもつ。つまり、それは、諸国の憲法が侵略戦争の制限ないし放棄にとどまっているのに対して、第1に侵略戦争を含めた一切の戦争と武力の行使および武力による威嚇を放棄したこと、第2にそれを徹底するために戦力の不保持を宣言したこと、そして第3に国の交戦権を否認したこと、の3点において比類のない徹底した戦争否定の態度を打ち出したことで、憲法史上の諸先例を大きく踏み出し、世界の平和憲法の水準を飛躍的に高めたといえる。学説は、このことのもつ歴史的な先駆的意義を重視し、それは今日まで変わっていない。

そこで、学界の通説は、周知のとおり、まず、戦争放棄については、ひとつの立場は、9条1項で、わが国は国際平和を誠実に希求して「国際紛争を解決する手段」としての戦争、つまり侵略戦争を、諸国の憲法と同様に放棄し、同条2項で、前項に掲げた目的の達成のために一切の戦力の不保持と交戦権の否認を定め、その結果自衛のための戦争をも放棄した、とする。これは、国際紛争解決の手段という言葉を、国際法上の用語に従って理解したものである。もうひとつは、この言葉を文字どおり国際間の紛争一般と解して、1項ですでに自衛戦争を含む一切の戦争が放棄されていると考えるものである。いずれにせよ、この両者は、9条を戦争と軍備を全面的に禁止した規範と解する結論において一致している。もっとも、学説の中には、政府解釈と軌を一にする立場

や、9条について憲法変遷が成立したとする主張も出されているが、なお少数説にとどまっており、上記の解釈が、憲法制定以来今日に至るまで通説としての地位を占めている。

ついで、9条2項の戦力不保持については、通説は、そこで禁止されている戦力とは、軍隊および有事の際にそれに転化しうる程度の実力部隊であると解している。軍隊とは、外敵の攻撃に対して実力をもってこれに対抗し、国土を防衛することを目的として設けられた人的・物的手段の組織体をいう。つまり、具体的には、その名称が何であれ、警察力とは異なって、その人員・編成方法・装備・訓練・予算等の諸点から判断して、外敵の攻撃に対して国土を防衛するという目的にふさわしい内容をもった実力部隊を指す。そして、この解釈を一貫させていけば、自衛隊は、その人員等の実態に即して判断すると、9条2項の「戦力」に該当するものとして違憲であるといわざるをえないのである（以上の通説の代表的なものとして、芦部信義〔＝高橋和之補訂〕『憲法』〔第6版。岩波書店・2015年〕54頁以下参照）。

裁判例では、長沼訴訟第1審札幌地裁判決（1973.9.7判時646号26頁）が、この通説に沿った論理に拠って、自衛隊を明確に違憲と判断している。他方、自衛隊を正面から合憲とした裁判例はなく、最高裁は、いまだに自衛隊についての憲法適否の判断を示していない。

（3）自衛隊の海外派遣と憲法的評価

以上に述べた憲法9条についての議論を踏まえて、再軍備後、とくに自衛隊の海外派遣が問題となって以降の防衛法制の変遷をやや詳しく検討する（なお、これは、2016年4月26日に東京地方裁判所に宛て提訴された、堀尾輝久氏らを原告とする安全法制違憲差止・国家賠償請求訴訟において、原告側が同年11月22日に提出した準備書面(2)（「平和的生存権の権利性・被侵害利益性」）に間然するところがない。21頁以下参照）。今般の安保法制の位置づけを正確に把握するために、時系列的に整理して敷衍しておきたい。

① 第1段階　まず、第1段階は、1950年の警察予備隊創設により、戦力を保持しない国のありようを転換させたところから始まり、その後保安隊、

自衛隊へと発展する時期である。このわが国の戦力の再保持は、占領下で、また講和後は安保体制の下に進められた。そして、60年に新安保条約へと改定されたことで、米軍がわが国国土を基地として使用することを容認する義務だけでなく、有事の際の相互防衛義務が追加され、日米双方がわが国および極東の平和と安定に協力することが定められて、自衛隊は日米の相互防衛体制に組み込まれることとなった。憲法上の評価としては、この第1段階ですでに、警察予備隊、保安隊とくに自衛隊、および駐留米軍の存在は、それ自体が9条に違反するとの見解が成り立つ。今般の安保法制を違憲とする憲法学者の多くは、そもそも「戦力」に該当するものの保持は憲法上許されず、ましていわんや集団的自衛権行使を基軸とする軍事的役割を担うこととなった自衛隊の違憲性は論じるまでもなく明らかである、とする見解を採っている。

その後、1978年に、有事を想定した「日米防衛協力のための指針」（旧ガイドライン）が合意され、90年の湾岸戦争（第1次イラク戦争）で、わが国は多国籍軍に対する資金援助および自衛隊掃海艇の派遣をおこなった。

② 第2段階 これを経て、1992年の「PKO協力法」（国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律）の制定に至るが、この年が第2段階の始点とされる。同法は、武力行使を伴わないことを条件として自衛隊を海外に派遣することを定めたものであり、それにもとづいて、自衛隊は、カンボジャ（92年）、シリアのゴラン高原（96年）などに派遣された。この自衛隊の海外派遣の実施が第2段階の特徴をなす。これらの国家行為に対しては、市民による違憲訴訟が多数提起されている。先の第1段階では自衛隊を違憲と評価しなかった人の相当数が、この海外派遣については憲法上許されないものと解することになった。

③ 第3段階 そして、1997年の「日米防衛協力のための指針」の改定（新ガイドライン）を受けて、99年に周辺事態法など新ガイドライン3法が制定されて以降、第3段階に入る。2001年の米国における9.11同時多発テロ発生の翌月、わが国は、自衛隊の米軍への後方支援（兵站活動）を可能にするテロ対策特措法を制定した。これにもとづいて、自衛隊は、この年からアフガニスタンへの戦争でインド洋に展開していた米軍への給油活動などをおこなった（10

年まで)。03年には、米国等の起こした対イラク攻撃（第2次イラク戦争）を契機にして、有事関連3法が制定された。そして、同年7月成立のイラク特措法にもとづいて、同年12月から自衛隊がイラクに派遣された。市民の提起にかかる違憲訴訟も多数に及んだが、そのうち、空自が米軍に対してした後方支援活動が、武力の行使に該当して違憲であるとする司法判断が出された（08年4月17日の名古屋高裁判決であるが、これについては、のちに詳しく取り上げることになる）。

2004年に、国民保護法など有事関連7法が制定され、07年には防衛庁が省に格上げされた。これらを受けて、自衛隊法には武力攻撃事態に対応する「防衛出動」が明確化された。さらに、13年には、特定秘密保護法が制定されている。この第3段階では、自衛隊の武力行使を伴わないことを建前とした海外「派遣」の段階から、それを伴う「派兵」へと防衛法制が進行したことになり、それを違憲と評価する人々の層はより厚くなったといえる。

(4) 集団的自衛権行使容認への踏み越え

以上の経過は、自衛隊が、米国の軍事動向と連動しつつ段階的に強化され、日米関係の軍事同盟化（「日米同盟」）が進行して、憲法の枠内に収まることが時を逐って困難になっていったことを示している。ただ、2014年までは、集団的自衛権の行使容認にまで踏み出すことはなかった。防衛法制を、段階を逐って軍事力強化の方向で進めてきた歴代の政権も、個別自衛権にとどまることが憲法上許容される限界であると解してきたからであり、そうした見解はひとつの憲法慣習といえるものにまで成熟していた。

それを一気に踏み越えたのが、2014年7月1日の閣議決定であり、それにもとづいて翌15年9月19日には安保法制法が成立したとされ、その翌年16年3月29日から施行された。なお、それと不可分に関連するものとして、15年4月には新たな「日米防衛協力のための指針」（新・新ガイドライン）が合意されている。ここに至って、防衛法制は、期を画して新しい段階に入り、憲法蹂躪は疑問の余地のないものとなった。そのため、第3段階までの変容についてはなおも憲法上許容されるとしていた層でも、その多くの人々が、これについ

ては違憲とする評価へと転じた。それは、安保法制に対して、憲法学者の文字どおりほとんどすべてが憲法違反だとする見解を表明したところに、よく示されている。

そこで、次に、安保法制の違憲性について、どこを違憲ととらえるかに留意しつつ論じておくこととしよう。

2 安保法制のどこを違憲ととらえるか

戦後日本政治においては、憲法違反と評価されてしかるべき立法が少なからず制定されてきた。自衛隊法はその典型であって、少なくとも憲法学者は、今も、その過半が違憲と判断しており、判例にも、これを積極的に合憲としたものはない。しかし、今般の安全保障法制ほど、憲法学者がほとんど例外なく違憲と断じたものはない。さらに、憲法学者以外の法学者、内閣法制局の歴代長官、元最高裁長官など、専門的な法律家が次々とこの立法の合憲性を否定する見解を明らかにしている。

これほど違憲性の明白な法律を、内閣は法案提出してはならず、また国会は、本来制定すべくもない。憲法98条1項において、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない。」としてその最高法規性が明定され、そして99条により、この憲法を、内閣構成員も国会議員も、天皇・摂政や裁判官等と並んで、公務員として「尊重し擁護する義務」を負っている。そうであるとすれば、事の性格において、今般の安保法の制定はなされようもなかった。それにもかかわらず成立したとされているのであるから、この事態を原状に帰戻させることは、憲法が強く要請するところであるといわねばならない。違憲訴訟が相次いで提起されているゆえんである。

この安保法の違憲性は、とりわけ次の点において顕著であると考える。

(1) 憲法規範への違背

① 平和主義侵害

(i) 安保法制各法における9条違反の主要点

新たな安保法制の核心は、自衛隊に対する憲法の縛りをゆるめ、時の政府の判断による海外での武力行使に道を開くところにある。つまり、政治権力が必要に応じて自由に軍事行動をおこなうことを可能にするために立憲主義の枠を破砕したことが問題の本質であるといえる。このことを前提にして、今般の安保関連法は、まず、憲法9条を基軸とする平和主義の規範に明瞭に違反している。それは、次のような諸点に顕著である。

すなわち、安保法制を形づくる法律群は、1個の新法と10個の改正法を束ねたものであるが、ここでは、9条違反がとくに指摘される法を取り上げておくことにしたい。何よりも、武力攻撃事態法改正や自衛隊法改正などの「存立危機事態」対処法制は、集団的自衛権行使を認めたものであり、その点において、憲法9条に真っ向から反する。すなわち、学説では、個別的自衛権とされるものを含めて、一切の武力行使を違憲とするのが通説であるが、政府の憲法解釈でも、従来、わが国に対する直接の武力攻撃が生じた場合に限り、わが国を防衛するための必要最小限度の武力の行使が許されるのであり、集団的自衛権の行使はその範囲を超えるものであって憲法上許されないとされてきた。すなわち、集団的自衛権は、わが国には何ら攻撃は加えられておらず、他国が別の他国から攻撃されているという事態を想定しているのであって、それは国際的な武力紛争に該当し、そこでわが国が武力の行使をすることは、武力の行使を禁じた憲法9条1項に違反する。そして、仮に自衛隊がわが国に対して武力攻撃が発生していない場合に実力を行使する存在になると、それは、9条2項が保持を禁じている「戦力」そのものである。また、自衛隊が国際法上集団的自衛権として実力行使をすることは、同項が否認している「交戦権」の行使となる。

さらに、国連の集団安全保障措置（軍事的措置）への参加も、9条に違反する。すなわち、7.1閣議決定の新3要件を充たす場合の「自衛の措置」には国連の集団安全保障措置への参加も含まれるというのが政府解釈であるが、これ

も従来同条に反して許されないとされてきたものである。併せて、外国軍用品等海上輸送規制法も存立危機事態への対処を内容としており、外国軍用品等の輸送阻止のための停船検査、回航措置等の強制権限は、危害を与える武器の使用の許容を含め、きわめて強力な戦時臨検を認めるものである。このような権限が、「我が国と密接な関係にある他国」のために、わが国周辺の公海に限らず、その他国の領海や、さらには公海全体に広がって行使できることとなり、これを合憲とすることは至難の業であろう。

ついで、周辺事態法が、「重要影響事態法」へと大きく衣替えをして、それまでの、「そのまま放置すれば我が国に対する直接の武力攻撃に至るおそれのある事態等」という「周辺事態」概念は、「我が国の平和と安全に重要な影響を与える事態」という、きわめて広範で無限定な「重要影響事態」にとって替わられた。またとりわけ、自衛隊が「後方支援活動」・「捜索支援活動」等の支援活動をおこなう地域は、これまでは、「後方地域」、すなわち「我が国領域並びに現に戦闘行為が行われておらず、かつ、そこで実施される活動の期間を通じて戦闘行為が行われることがないと認められるわが国周辺の公海及びその上空の範囲」とされていたのを、そのような地理的枠組みを取り払い、「現に戦闘行為が行われている現場」以外の場所ならどこでもできるようにした（2条3項）。しかも、そこで実施される支援活動は、補給、輸送、修理・整備、医療、通信、空港・港湾業務、基地業務等広範に及び、弾薬の提供や発進準備中の航空機に対する給油・整備まで含むとされる。これらはまさに、戦闘行為中の他国軍隊に対する密接な兵站活動（ロジスティックス）であり、「他国の武力行使との一体化」そのものである。このような活動に従事する自衛隊は、相手国から敵とみなされ攻撃の対象とされることは避けられない。この場合に、自衛隊員の安全を確保する方法も、ほとんど考えがたい。一方、攻撃を受けた自衛隊の部隊は、相手国に反撃せざるをえず、ここに武力の応酬による交戦状態が発生する危険性・蓋然性はきわめて高い。このようにして、重要影響事態法は、自衛隊の海外における武力の行使に道を開くものとして憲法9条違反とされてしかるべきである。

さらに、自衛隊の海外派遣にかんするものとして、「国際平和支援法」が新

規に制定された。それまで、自衛隊による外国軍隊への後方支援は、「テロ対策特別措置法」や「イラク復興支援特別措置法」のような、個別の時限的な特別法をそのつど制定しておこなわれてきたが、それを、派遣の閣議決定と国会承認だけで実施できるようにするために、この法がつくられたのである。つまり、同法は、派遣「恒久法」と呼ばれるとおり、自衛隊派遣の枠組みを恒久化したものであるが、それにとどまらず、派遣の要件や自衛隊の活動内容が、従来の特措法と大きく異なっている。すなわち、国連安保理が武力行使を明示的に容認していない場合でも自衛隊を派遣することができるようにし、また、自衛隊の活動地域は、前記の重要影響事態法における「後方地域」と同様、「非戦闘地域」の縛りを取り払い、「戦闘現場以外」に範囲を大幅に拡大したのである。そのことから、イラク特措法にもとづく空自の活動でさえ、憲法9条1項の禁止する武力の行使にあたるものを含んでいたことからすれば（これを違憲とした名古屋高裁2008年4月17日判決参照）、自衛隊の海外派遣の要件を緩和しその活動範囲を拡大させた本法は、より強い違憲のそしりを受けるものと判断しなければなるまい。

そして、国連平和維持活動（PKO）協力法の改正についても、とくに、国際平和維持活動および国際連携平和安全活動の両者を通じて、その業務内容として、いわゆる安全確保業務と駆け付け警護とを追加している。前者は、住民・被災民の危害の防止等特定の区域の保安の維持・警護等であり、7.1閣議決定では「住民保護などの治安の維持」と表記されていたものである。また後者は、PKO等活動関係者の不測の侵害・危難等に対する緊急の要請に対応する生命・身体の保護業務である。そしてこれらの任務の遂行上で、武装勢力等の妨害を排除し、目的を達成するための武器の使用を必要とし、それを認めている（26条）。しかし、このような任務遂行のための武器使用は、相手方の武装勢力等との武器使用の応酬、さらには戦闘状態に発展しかねず、従来の政府の憲法解釈からも、「武力の行使」を禁止し、「交戦権」を否認した憲法9条に違反するといわなければならない。

加えて、自衛隊法を改正して、自衛隊員が米軍等他国軍隊の武器等を防護するための武器使用をすることを可能にしたこと（95条の2の新設）が、憲法適合

性にかんして重大な問題となる。これまでも、自衛隊員には、自衛隊が保有する武器等を防護するための武器使用は認められていたが(95条)、これを、米軍等の武器等の防護にまで推し及ぼしたのである。ここにいう米軍等の「武器等」とは、武器・弾薬にとどまらず、船舶・航空機に及び、空母まで含まれる。これについて、政府側は、防護の対象になるのは「自衛隊と連携して……我が国の防衛に資する活動に従事する」米軍等の武器等であるとし(衆・安保法制特委、防衛大臣政務官、2015年7月29日)、また、そのような武器等は「我が国の防衛力を構成する重要な物的手段」といえる(同、防衛省防衛局長、同年6月19日)としている。しかし、わが国の防衛に「資する」という微々たる程度の活動をする米軍等の武器等でも、わが国防衛の重要な物的手段であるなどとするのは、牽強付会の理屈でしかなく、十分な論拠とはなりえない。さらに、いっそう問題なのは、この規定にもとづいて武器使用をするかどうかが現場の自衛官の即時の判断によっておこなわれることである。自衛官による武器使用がなされた場合、相手国からみれば、自衛隊による武器使用と映る。それは、自衛隊とその国の軍隊との武力衝突の発端となりかねない。自衛隊法95条の2が憲法に適合しているとは評価できないのである。

以上のように、安保法には、憲法9条に抵触し、そこから逸脱する規定が山積しており、それは一見にして明白な違憲立法である。そして、これが運営されるや、自衛隊員は、外国の戦争に参加させられて、戦死の現実の危機にさらされる。また国民は、平和な日常を脅かされる。このようにして、人々の平和的生存権の侵害が生じるのである。

(ii) 9条違反の論じ方

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

すなわち、憲法9条をめぐるのは、同条は自衛戦争を含むすべての戦争の放棄、一切の戦力の不保持および交戦権の否認を定めたものであるところか

ら、個別的自衛のための武力の行使・戦力の保持をも許していない、とする憲法学の通説からすれば、集団的自衛権の行使などはそもそも容認されるべくもなく、一見明白に違憲とされることになる。これに対して、政府が1954年の自衛隊設置の頃以降採ってきた公定解釈は、9条1項については学説の通説と同じ解釈に立ちつつ、自衛権は国家固有の権利であるとして9条の下でも否定されておらず、自衛のための必要最小限度の実力（いわゆる「自衛力」）の保持は許されるとするものである。この政府解釈の自衛力合憲論という「自衛」とは、もとより自国への武力攻撃を前提とした個別的自衛を意味するものであるから、他国の防衛、いわば「他衛」のための集団的自衛権の行使は憲法上当然に認められないとされていたのである。学界でも、この立場を受容する見地は、少数ではあるが存在しているといえる。今般の安保法をめぐる憲法論議には、これをベースラインにして違憲を説く見解が前面に出て、またそれゆえに多数の憲法学者の共同が実現したといえる。

つまり、この度の7.1閣議決定および安保関連法制は、上記の、60年にもわたって維持され、またその意味で定着してきた政府の憲法解釈とその運用を、突如として内閣の手で根本的に大転換させるものであった。それゆえ、少なからぬ憲法学者の違憲の論陣は、7.1閣議決定以前の政府解釈からの逸脱を問題視し、それを9条違反と断じるところに特色があった。その典型的な見解は、《集団的自衛権行使を容認した7.1閣議決定は、従来の政府見解との関係で理論的整合性も法的安定性も保っていない。また、政府が持ち出す砂川事件最高裁判決は、行使容認の論拠となりえない。それゆえ集団的自衛権の行使は、憲法9条に違反する》というものである。安保法違憲の主張は、多く、この線を最大公約数として手を結び、戦線は広がった。その点で、この見解は大きな役割を果たしたといえる。

ただ、7.1閣議決定と安保法の違憲については、9条違反と立憲主義破壊とを、まずは別個にとらえた上で論じるべきではなかろうか。すなわち、9条違反それ自体を問うなら、やはり1950年代に政府が、憲法制定当初の、学界通説と同様の解釈を転換して、「自衛力」論を主張し始めたところに遡って、この政府解釈が憲法上許容されないものであること、すなわち、日本国憲法は個

別的自衛権についてもそれを行行使する戦力の保持を禁止していることを、改めて確認しなければならないのではなからうか。つまり、集団的自衛権の行使については、政府解釈をベースとするのではなく、9条自体にもとづいて当然に違憲となると論じたい。もとより、こうした見地は多数の憲法学者が共有しているところであるのだが、今般は、後景に退いた感が否めないのである。

② 民主主義、憲法改正・決定権の侵害

そして、安保法制の違憲性は、それが民主主義を蹂躪するものであるところにも明らかである。

(一) まず、何よりも、憲法のありようを根本転換させたものである集団的自衛権の行使容認を閣議決定（2014年7月1日）による解釈でもって容認したこと自体に現われている。今日の時点で憲法改正に進むことの当否は別にして（筆者の立場は消極論であるが）、政権が集団的自衛権の行使を容認しようとするのであれば、それは改憲なしには実現しえない国制の大転換であるから、憲法改正の提案をおこない、96条の手続によって国民投票の実施へと進めていくことがフェアであり、筋道である。あるいは、それと併せて集団的自衛権行使の認否を最大、できれば唯一の争点とする総選挙を実施し、国民の審判を仰ぐことが欠かせない。そして、この政府の企図を国会に事前に諮ることは、民主主義より発する最小限度の要請である。それにもかかわらず、政府はそのいずれをも採ることなく、閣議決定による憲法解釈変更で大転換を強行した。この事態は、のちにもふれるが、「解釈クーデタ」ないし「閣議決定クーデタ」と名付けられてしかるべきもので、法学上のクーデタにあたるものであるといえる。

(二) ついで、安保法制の各法（1つの新法と10の改正法から成る）において国会による承認の制度が欠落していることによる民主主義の侵犯である。軍事力を議会が統制するシステムが整備されていることが立憲民主主義にとって不可欠の条件であることは言うを俟たない。しかし、わが国の自衛隊については、その活動に対する国会承認は、これまでも、事前承認主義から事後承認主義へ、そして報告主義へと後退の過程をたどっている。今回の安保法制各法で

も、事前承認制を採ったのは新法の国際平和支援法だけである。

すなわち、同法は、「国際平和共同対処事態」における対応措置を国会の事前承認の下に置いたのであるが（6条）、それが「例外なき事前承認」制度であることが政府、また与党両党から喧伝された。ただ、対応措置が2年経過した後の再承認の際には、国会閉会中または衆議院解散中の事後承認を認めるという例外措置が置かれている。より重要なのは、国会各院の承認の議決が7日以内になされることを求めている点にあるが、これは、拙速な議事進行を促し、さらに強行採決の口実を与えることにもなる。真に「事前承認」の本旨に適ったものにしようとするのであれば、むしろ、一定の期間内に各院の承認がなされなければ国会が承認しなかったものとみなすという制度にすべきであったことが指摘されているゆえんである。加えて、同法の前承認は、対応措置の基本計画に限定されていることも、小さくない問題である。国際平和支援法以外の各法においては、国会は、原則事前承認、事後承認または報告を受けるにとどめられている。

そして、国会承認にかんして看過してはならないのは、特定秘密保護法の存在である。同法は、施行後1年を迎えたが、防衛、外交などの4分野で、情報の「漏洩が国の安全保障に著しい支障を与える恐れがある」と判断すれば、政府は当該情報を特定秘密に指定できる構造になっている。そのため、政府が、集団的自衛権の行使にかんする情報を公開すると対米関係などに悪影響があるとして、それら関係情報を特定秘密に指定し、国会承認を内容のないものにするができる。政府は安保関連法と特定秘密保護法を一体的に運用していく方針であることが今般の国会審議で明らかになったが、自衛隊が海外で武力行使をする根拠が、主権者である国民に公開されないという重大な事態が懸念されるのである。

(三) そして、法案審議の過程は、その実態において、議会制民主主義に求められる要件をすべからく充たしていないものであった。

国会運営では、審議時間が予め定められ、内容上も、首相をはじめとする閣僚の答弁は無内容かつ二転三転するもので、野党の質問の正面から答えず、自説を繰り返すばかりのものに終始した。資料も、政府側が約束したにもかかわらず

らず提出しないままに終わったものがあった。したがって、世論においては、審議は不十分であるという声が最後まで圧倒的多数を占めた。また、参議院が開催した地方公聴会についての報告を同院特別委員会でおこなわないまま審議を打ち切り、強行採決が敢行された。そのため、特別委員会での「議決」は、聴取不能で記録できない状態となって、議事録にも「聴取不能」と記載されたが、後日、与党は、「可決すべきものと決定した」という虚偽の追記をおこなった。政府与党は、これらをすべて数の力で押し切ったのである。これは、議員の質問権・表決権を剥奪し、ひいては国民主権を蹂躪する暴挙として議会史に記録されるであろう。

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

重要な点を加えるが、以上に述べた安保法制のもたらす民主主義への侵犯は、同時に、権利論の角度からは主権者国民の憲法改正・決定権の侵害にあたる。先に掲げた安保法制違憲訴訟において原告の主張する、憲法改正権およびそれにかかわる国民投票の権利は、今のところ人口に膾炙したものではないが、国民主権原理にもとづいて、参政権とともに憲法上確立している権利であることはいうまでもない。それが、今般の安保法制制定で出来た民主主義破壊の事態の中で、鮮やかな形をとって現われたものといえよう。上述した民主主義侵害の諸事実は、これにそのままあてはまる。

(2) 立憲主義そのものの破壊

(一) 戦後、日本国憲法の下で、その憲法にそぐわない立法は少なからず登場した。否、遺憾ながらきわめて多数にのぼるといわざるをえないほどである。ただ、それらは、少なくともその立法を提案・推進する政府の側からすれば、憲法規範についての政府側の理解にもとづくものであると説明され、違憲であると主張する側とは、いずれにせよ憲法解釈の相違によるものであるとされてきた。もとより、実質的には、その中には憲法規範に収まり切らない、つまり

は立憲主義の枠を逸脱するものも含まれていた。とくに、自衛隊法および日米安保条約を軸にした軍事法体系は、9条の枠それ自体を破砕するものであって、すでにここに立憲主義侵犯が認められる。ただ、今回の安保法制は、それまでのどれと比べても、立憲主義侵犯がそれ独自のものとして鮮やかに立ち現われ、それを土台にして、平和主義侵害・民主主義侵害という違憲問題が惹き起こされているといえるのである。

そこで含意される「立憲主義」は、ほぼ共通して、個人の権利や自由、人間の尊厳を確保するため憲法によって国家権力を制限する原理のことであるが、それは、長い歴史の中で展開を遂げている。ごく最近刊行された、立憲主義を深く論じた書物（佐藤幸治『立憲主義について——成立過程と現代』〔左右社・2015年〕）によれば、次のように要約されている。——「人間の本性への省察に基づき、権力は常に濫用される危険があるとの明確な自覚に立って、統治権力を分割統制し、さらに法的制限によって濫用を防止しようとする試みが古代ギリシャ、特に古代ローマ共和国に登場した。これを古典的立憲主義と呼ぶ。そして中世ヨーロッパ、とりわけイギリスにおける興味深い立憲主義の展開（「統治」と「司法」の区別など）——いわゆる中世立憲主義——の基盤の上に、ピューリタン革命に象徴される激動・苦闘の17世紀を経て、法の支配と議会主義が結合した近代立憲主義がイギリスで誕生した。／この近代立憲主義の基盤を受け継ぎつつ、それに革新的な工夫を加え、現代の憲法、現代立憲主義の原型を作ったのが、アメリカの独立革命とその所産である合衆国憲法であった。主権者である人民を憲法制定者として、人権の保障と権力分立ないし抑制・均衡の統治構造を定める憲法典（成文憲法）を制定して政府を創設し、立法権を含む政治権力に対する『憲法の優位』性を確保するために独立の（司法）裁判所に、憲法適合性に関する最終的判断権（違憲立法審査権、司法審査権）を付与するものであった。」〔1-2頁。／は原文では改行〕というものである。

わが国は、明治維新前後に欧米の立憲主義に接し、大日本帝国憲法においては立憲主義は神権的国体観念と複合する形で採り入れられた。したがって、この憲法は、天皇主権の下にある外見的立憲主義憲法となったのであるが、この外見的立憲主義についてとくに留意しておくべきは、「立憲主義」

(Konstitutionalismus) の語が「議会中心主義」(Parlamentarismus) と対置する形で用いられることである。すなわち、「立憲」をもっぱら「専制」を否定するものという限りでとらえ、政府の対議会責任制(議院内閣制)を「議院専制」に傾くものとして、それをむしろ立憲主義からの逸脱と見る立場からの用語法である(参照、樋口陽一「憲法(改訂版)」[創文社・1998年]12頁)。こうした用語法に立って、議会勢力の伸長から天皇権力を擁護する主張を「立憲」の語で説く政党が、それを自らの名に冠して、いくつも登場した。これに対して、日本国憲法においては、立憲主義は、周知のごとく、法の支配・法治主義と一体となり積極的なシンボルとしての位置を有している。今般の議論の中での立憲主義のとりあげられ方も、それにもとづくものである。

なお、ここでは詳述を避けるが、立憲主義は、民主主義と、また平和主義と、それぞれ単純に予定調和的にとらえることはできない。それぞれがもつ緊張関係という憲法上のアポリアを常に意識しておかなければならない。この三者の調和をはかるものが、日本国憲法である。

(二) 立憲主義の破壊を最も顕著に示したものが、7.1閣議決定である。集団的自衛権にかんしその行使は容認されないとする解釈は、60余年にわたって政府が保持し、政治実例の中に具体化され、憲法慣習たる規範にまでいわば昇格し、9条の骨肉と化していたものであったが、それを、一片の閣議決定によって容認へと転じさせたのである。それに至る道筋は、次のように要約できる。――2012年末に政権に復帰した安倍晋三首相は、9条改憲を視野に、まず憲法改正手続きを緩和すべく96条改正に乗り出した。ところが、世論の支持が得られないと知るや、9条の解釈変更へと転換する。有権者に改憲の是非を問う必要のない「裏道」である。その実現のために、違憲立法を防ぐ政府内の関門であり、集団的自衛権は行使できないとの一線を堅持してきた内閣法制局長官を、政権の障碍にならないと考えた人物に交代させるという禁じ手を、真っ先に使った。この新たな法制局の体制の下で、集団的自衛権の行使容認を打ち出したのである。

この7.1閣議決定へと向かう政治過程は、集団的自衛権の行使容認という、憲法9条の規範内容、ひいては憲法のありようの総体を変えてしまうことを内

閣の、つまるところは内閣総理大臣の一存で決めたことを意味する。こうした、内閣による憲法解釈の変更という手法で集団的自衛権の行使を認めることは、まさに、「解釈によるクーデタ」と呼んで差し支えあるまい。これについては、他の論者（石川健治「『非立憲』政権によるクーデターが起きた」長谷部恭男＝杉田敦編『安保法制の何が問題か』〔岩波書店・2015年〕223頁）も、7.1閣議決定は、集団的自衛権を行使しないことでギリギリのところまで9条につながっていた線を、憲法改正の正攻法を採ることなく政府の解釈によって断ち切り、完全な同盟政策に切り替えた点において「法学的な意味でのクーデター、法の破砕といえる」としている。

政府側は、この解釈転換を正当化する論拠として、1959年の砂川事件最高裁判決と72年の政府見解を持ち出すのであるが、それは、牽強付会の極みと評されても致し方ないものである。すなわち、ひとつに、砂川事件は、当時の米軍砂川基地の拡張に抵抗行動をした市民が刑事特別法違反で起訴された事件であり、この刑特法の基にある旧日米安全保障条約（現行安保条約は判決の翌年に改定されたものである）の合憲性が争われた。1審東京地裁は明確な違憲判決（伊達判決）を出したが、跳躍上告されて最高裁の判断となった。そこで争点とされたのは、旧安保条約にもとづく米軍駐留の合憲性であり、日本が集団的自衛権を行使しうるか否かなどは、まったく争点となっていない。つまり、今回政権が正当化の根拠としてしばしば引き合いに出した、「わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛の措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」という文言も、「憲法9条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求めることを、何ら禁ずるものではない」という趣旨で語られたものである。つまり、9条により「戦力は保持しない」ことから「生ずるわが国の防衛力の不足」を、アメリカに「安全保障を求めること」で補うことは禁じられていない、という結論を引き出しているのである。このような判旨を、集団的自衛権の行使を認めることを意識して書かれたものとは、到底考えられないのである。そうであるところから、政府も、この判決を論拠とすることを一時期ためらっていたが、憲法解釈の「最高権威」は憲法学者でも、内閣法制局

でもなく、最高裁判所であるとの主張を支えるために、再び持ち出したとされている。要するに、政治の都合に合わせた根拠付けにすぎないのである。

もうひとつの、1972年政府見解（10月14日、参議院決算委員会）は、「〔日本国憲法が、〕自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛の措置をとることを禁じているとはとうてい解されない。しかしながら、だからといって、平和主義をその基本原則とする憲法が、右にいう自衛のための措置を無制限に認めているとは解されないのであって、それは、あくまで外国の武力攻撃によって国民の生命、自由及び幸福追求の権限が根底からくつがえされるという急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るための止むを得ない措置としてはじめて容認されるものであるから、その措置は、右の事態を排除するためとられるべき必要最小限度の範囲にとどまるべきものである。…したがって、他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とするいわゆる集団的自衛権の行使は、憲法上許されないとわざるを得ない」としたものである。

これを、7.1閣議決定は、「我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、①我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合において、②これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他の適当な手段がないときに、③必要最小限度の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容される」、と逆転させたのである（文中の数字は、引用者による）。政府は、ここに示した「新3要件」（上の①②③）によって72年見解の基本的論理は維持されたとするのであるが、しかし、自国を防衛するための個別的自衛権と、他国を防衛するための集団的自衛権（まさに「他衛権」と言うべきものである）とは、まったく本質を異にしており、前者のみが許されるとした論旨を用いて後者の行使を容認するための論拠とすることは、できようはずもない操作である。

結局、この2つの論拠とも、それを安保法の合憲性の根拠としたことには論理的に矛盾があり、およそ憲法解釈といえる類のものではないのである。

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

以上のように憲法規範への違反また立憲主義の破壊は、とりもなおさず、憲法およびそれと一体をなす法令の保障する権利ないし法的利益への重大な侵害を惹き起こす。その主要なものは、平和的生存権、人格権、憲法改正・決定権への各侵害である。本稿では、そのうち、戦争関連の法制に直接向き合う平和的生存権について、以下で詳述することにつとめたいと思う。

II 救済の要としての平和的生存権

1 平和的生存権の保障の意義と裁判規範性

(1) 「平和への権利」の国際動向と日本国憲法の「平和的生存権」

日本国憲法前文の「平和のうちに生存する権利」の規定の源泉は、すでによく知られているように、いずれも1941年の、ルーズベルトの「4つの自由」宣言とそれをふまえた大西洋憲章にある。

ルーズベルトの宣言（1941年1月16日、議会宛て年頭教書）は、ファシズムとの戦いにおける政治道徳の理念を示して、「われわれはつぎの4つの必要欠くべからざる人間的自由を理想とし、その基礎の上に立つ世界を築こうと努力している。それは、第1に世界のいたるところにおける言論の自由であり、第2にすべての人の信教の自由であり、第3は世界全体からの欠乏の自由であり、あらゆる国家がその住民に健康で平和な生活を保障できるように、経済の結び

つきを深めることである。第4は世界のいたるところにおける恐怖からの自由であって、これは世界的規模で徹底的な軍備縮小を行ない、いかなる国も武力行使による侵略ができないようにすることである」としたものである。

これをふまえて、米・英相互間で第2次大戦後の構想を含めて宣言されたのが大西洋憲章(1941年8月14日)であるが、それは、平和と人権の相互依存性についての明確な認識に立って、「ナチ暴政の最終的撃滅の後に、両国はすべての国民が、各々自らの領土内で安全な生活を営むための、またこの地上のあらゆる人間が、恐怖と欠乏からの自由のうちにその生命を全うするための保証となる、平和を確立することを願う」と謳った。この文書こそ、日本国憲法の平和的生存権規定の制定にあたって参考にされたといわれるもので、その直接の原型であることが確認できる。

日本国憲法の平和的生存権規定は、こうした国際動向の中で成立している。その点で、わが国憲法の平和主義原理全体がそうであるように、その平和的生存権も、立憲主義憲法の発達史を継承し、普遍的な性格をもつものであるといえることができる。同時に、各国の憲法典レベルでは、日本のような形でこの権利を実定法化したものは他には見当たらず、日本国憲法がこれを実定規範として挿入した最初のものであるといえる。ここにも、この憲法の重要な先進性が認められるのである。

そして、内容的にも、わが国憲法の場合、9条が戦争および戦争準備と軍備とを全面的に否認する法的制度を設け、それに対応する形で前文において主観的権利としての平和的生存権が定められており、この両者が1つの事柄(平和主義)の2つの側面を形づくる格好で体系的構造をなしている。しかも、この権利は、13条を媒介にして、第3章の諸人権の基底に置かれ、かつ、各人権と結合して個別的・具体的に機能する。平和的生存権は、このようにして、憲法上、完結した形で保障されている。それによってわが国では、戦争と軍備の法的否認にもとづく人権保障の憲法体系が生み出されたわけであるが、それは、他ならぬ日本国民自身が味わった悲惨な戦争体験に根ざしている。それゆえに、平和による人権保障という戦後世界共通の現代的要請がはじめて具体的な実定法の形で実現をみたのである。

また、国際的流れとの対比でいえば、前に掲げた大西洋憲章が、引用末尾のところで、「平和を確立することを願う」としていた、その「願い」にあえて「権利」という概念を充てたところにわが国憲法前文の固有の意味が認められる。つまり、憲法前文は、「恐怖から免れる権利」（19世紀に広く実定化された自由権）、「欠乏から免れる権利」（20世紀に憲法典に錨着された社会権）から進んで、21世紀の人権としての「平和のうちに生存する権利」を先取的に定めた（「第3世代の人権」とも呼ばれる）もので、そのようにして、日本国憲法は、伝統的な国家の自衛権に代えて国民の平和的生存権を、国際社会に対してとるわが国の姿勢の根本に据えたものということができるのである。

（2）平和的生存権の裁判規範性

憲法前文に置かれた平和的生存権がいかなる法的性格をもつかについては、まず前文自体の法的性格について論じられる。前文の性格は、各国憲法それぞれに即して判断しなければならないものであるところ、日本国憲法の場合、それは、憲法典全体の指導理念を明らかにし、少なくとも、憲法本文を解釈する場合の基準、また、立法がなされる場合の準則を示したものとして、憲法典の一部を成す。またそれゆえ、前文の改正も、当然に96条の改正手続によるべきであると考えられる。前文がそのような次元において本文と同一の法規規範性をもつものであることは、今日では、判例・学説双方において異論なく承認されているところである。

議論があるのは、前文が上記のレベルでの法規規範性を有することを前提しつつ、それがさらに裁判規範としての性格を備えたものであるか否か、すなわち、裁判所が直接に前文を適用して法律・命令などの合憲性を判断しうるか否かをめぐってである。それはまた、違憲審査権行使の際に法令等が憲法に適合するかないかを決定する権限（81条）を裁判所に与えているときの「憲法」の一部であるかどうかという問題である、とも言い換えることができる。この問題は、実際には、ほとんどもっぱら平和的生存権の裁判規範性の存否をめぐって論じられてきた。従来の憲法学説は否定説が多数であったが、今日では肯定説も有力である。裁判例では、長沼訴訟第1審判決（札幌地判1973.9.7判時

712号24頁)が裁判規範性を認めた以外は、長沼訴訟控訴審判決(札幌高判1976.8.5行集27巻8号1175頁)、百里基地訴訟第1審判決(水戸地判1977.2.17判時842号22頁)・控訴審判決(東京高判1981.7.7判時1004号3頁)・上告審判決(最三小判1989.6.20民集43巻6号385頁)などは、いずれも裁判規範性を認めてこなかった。しかし、自衛隊イラク派兵訴訟の2008年名古屋高裁判決(名古屋高判2008.4.17判時2056号74頁)および2009年岡山地裁判決(岡山地判2009.2.24判時2046号124頁)が明瞭にこれを肯定し、重要なインパクトを与えた。

すなわち、そのうち名古屋高裁判決は、平和的生存権を「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权利」であるとし、「具体的権利性〔上記の裁判規範性と同一である——引用者〕が肯定される場合がある」ことを認め、「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、…裁判所に救済を求めることができ、…その限りで、平和的生存権には具体的権利性がある」と明言した。そして、抽象的概念であること等を根拠に権利性を否定してきた従来の見解について、「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が否定されなければならない理由はない」として斥けている。また、その翌年に出された、同じく自衛隊イラク派兵訴訟の岡山地裁判決も、前文2項で「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」としている。——このような論立ては、規範に忠実な、正当な解釈であるということができる。

消極説は、平和的生存権が具体的権利性(裁判規範性)に欠けるとして、裁判上の救済の対象となる権利ではないとする。とくに、この種の訴訟において国側は、十年一日のごとく、「平和的生存権」は、『『平和』の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、主体、成立要件、法的効果等の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、極めて曖昧なものであり、このような『平和的生存権』に具体的権利性は認められない。』という論法を繰り返す。前出2016年4

月26年東京地裁係属の安保法制違憲差止・国賠訴訟における被告国も、これを踏襲しており、今引用したフレーズは、被告答弁書（2016年9月2日付）のものである。そこで、この国側主張のいう「具体的な権利内容」から始まる各要素について、その具体的特定が可能であることを、以下、弁証しておきたいと思う。節を改めよう。

2 平和的生存権の法的構造

(1) 平和的生存権の権利内容

平和的生存権の構成要素について、まず、権利内容であるが、平和的生存権の複合的な構造と内容については、代表的な研究書（深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』〔岩波書店・1987年〕240頁以下）によれば、次のように整理されている。すなわち、その周辺部分は政治と立法に対する指針となる政治的規範であり、核心部分は法的（裁判）規範である。そして、後者は、①大量虐殺行為などを裁く規範として、②憲法各条項と下位法の解釈基準として、③憲法上の個別の人権と結合して、それぞれ裁判規範性をもつほか、④独自の権利、つまり他の憲法第3章所掲の既存の人権と結合しえない場合でも、平和的生存権単独で法的権利として機能する。平和的生存権の裁判規範性が最も鋭く問われるのはこの場面であるが、それに対する侵害の危険性が重大かつ根本的で、かつ、範囲が特定されているならば、裁判規範性を発揮しうる、と説くのである。こうした論旨に、私も、基本的に同調する。

ただ、第3章の諸人権中で13条「幸福追求権」の位置付けに格別に留意すべきであるとするのが私見（拙著『平和的生存権の弁証』〔日本評論社・2006年〕120頁以下への参照を請う）である。すなわち、同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章に列記されていない人権についてもそ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、平和的生存権との関係においても、平和的生存権を主体的に位置付け、副次的に13条の権利で補うという構成が妥当である、と考えるものである。

その場合、上引の研究書が強調していたとおり、平和的生存権侵害の重大性・根本性および範囲の特定性という要件が不可欠である。この点で、本件訴訟では、まさに、先に縷々述べたように、安保法による平和的生存権への侵害は人間の尊厳の破壊にまで至る重大で根本的なものであり、かつ、その範囲は、派遣を強いられた自衛隊員をはじめ、その家族、さらにすべての国民に及ぶといえる。この法制の違憲性、権利侵害の度合いの量り知れない大きさが、特定性を充足させるのである。平和的生存権を裁判規範たる権利として扱うことに欠けるところはない、といえよう。

なお、この点で、平和的生存権の裁判規範性が争われる訴訟において、国側がしばしば依拠する裁判例・学説の引用法に、疑問を呈しておきたい。

すなわち、たとえば、上掲の安保法制違憲訴訟の国側答弁書で引用されている百里基地訴訟最高裁判決や、伊藤正巳著『憲法（第3版）』および佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』は、13年前のイラク訴訟における国側主張の引き写しである。

まず、百里基地訴訟最高裁判決についてであるが、国側の答弁書がその中から引くのは、「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」という部分である。しかしながら、この判決は、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。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、というに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触れていないのである（なお、この答弁書は、やはりイラク訴訟時の国側主張に倣って、同判決についての小倉顕・

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（『最高裁判所判例解説民事篇平成元年度』225頁）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、この解説はそれを正解したものとはいえない。そして、もともと、平和的生存権の裁判規範性を肯定する所説は、「平和」についてそれのみを独立させて扱ってはいない。後に（次の項で）も述べるとおり、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。

国側答弁書の学説への参照方法にも、疑問を禁じえない。取り上げられているものは、これまた従前どおりであって、ひとつは、伊藤正巳著『憲法（第3版）』（弘文堂刊、165頁）であるが、この20年以上前（1995年）に公刊された書物は、問題のテーマを十分に解明したものではない。すなわち、「〔平和のうちに生存する〕『権利』をもって直ちに基本的人権の一つとはいえず、裁判上の救済がえられる具体的権利の性格をもつものと認めることはできない」との結論を示しただけである。それに至る考察は、主として判例（否定的見解に立つものとする、長沼訴訟控訴審、百里基地訴訟第1審、同控訴審、同上告審各判決〔いずれも前出〕およびこの最後者に付された自身の補足意見）を引用することで代える、という論旨になっていて、肯定説との対論をとおして否定の見地を弁証しようとしたものではない。

もうひとつに、佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』——これは1991年の書物である——を「同旨」として挙げていることについても、引用の不適切さを指摘せざるをえない。国側は、おそらく、「〔平和的生存権が〕直ちに司法的強行性になじむだけの具体性・個別性を備えているかとなると難しいところがある」との叙述（佐藤執筆部分）を念頭に置いているのであろうが、この論者の説くところは、それほど単純ではない。すなわち、同教授は、この国側答弁書（2016年9月2日付）の5年以上も前（2011年4月20日）に公刊し、国側も十分参照できたはずの『日本国憲法論』（成文堂刊）では、国側引用の書物より遙かに詳細に論じている。そこでは、平和的生存権について、今は直ちに肯定することは難しいとしつつ、「この『権利』をもって『法的権利』さらに

は裁判所において実現可能な『具体的権利』とみることができるかどうかは、該『権利』が特定明確な内実をもつものと捉えることができるかにかかっている。もしこの点が肯定されうるとすれば、13条の『幸福追求権』の1内実として補充的保障の可能性が追求されるべきことになる」(82頁)と述べているのである。これは、けっして、単純な否定論ではない。平和的生存権の生成への期待をものぞかせた立論であるといえよう。

総じて、このテーマにかんする国側主張は、ステレオタイプであるにとどまらず、法の運用者としての国の怠慢を示すものであるとの誇りを免れないであろう。国側代理人は、もとより訴訟の一方の当事者ではあるが、同時に公益の代表者としての役割を誠実に果たすべき義務を負っている者であることを常に肝に銘じておくべきである、と考える。

(2) 平和的生存権の根拠規定、享有主体、成立要件、法的効果

以上のような検討をとおして、平和的生存権が裁判を成り立たせるに十分な具体性をもつ権利であることの弁証につとめてきたが、否定説からの主張(本件では国側答弁書)では、さらに根拠規定、享有主体、成立要件、法律効果(法的効果)などの諸点も不明確であるという。そこで、順に簡単に言及しておこう。

① 平和的生存権の実定憲法上の根拠は、日本国憲法前文第2段末尾の規定が「平和のうちに生存する権利」を、国民の、まさに「権利」として明文で定めているところに求められる。これは、きわめて見やすい規範上の根拠である。そして、この「権利」が、権利としての具体性、つまり裁判規範性をもつものであることは、すでに述べたとおりである。

この前文に規定された平和的生存権の憲法構造全体の中での位置を探るなら、9条が戦争の放棄と武力の不保持を政府に命じていること、そして第3章が個別の人権を保障していることが、改めて確認される。とくに、日本国憲法が、伝統的には統治機構の一部である「戦争の放棄」を第2章として、人権と国会以下の統治機構に先行させているところに示されているように、戦争の放棄を人権と民主主義の前提条件と位置づけた構造を採用していることが重視さ

れよう。

そこで、主観的権利としての平和的生存権は、客観的的制度規定である9条と結びついて、9条に違反して政府がおこなった政策に対して、国民個人がそれを平和的生存権侵害であるとして訴訟提起をする道が開かれることになる。その場合、「平和のうちに生存する権利」にいう「平和」は、ほかならぬ日本国憲法自身、何よりも9条によって特定の意味、すなわち戦争放棄・軍備不保持・交戦権否認という規範的意味を充填された「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。他方でまた、平和的生存権は、第3章の人権と結びつく。とくに13条と一体的関係にあることは先に述べたとおりであるが、個別の人権としては、たとえば、18条との結合で徴兵からの自由が導かれ、また、19条との連結の中から良心的兵役拒否の自由が創出され、25条の生存権を支えるところから軍事徴用を受けない自由が形成される等々の、各人権の基礎にある規定的人権として機能する、と考えることができるのである。

② 平和的生存権の享有主体については、日本国憲法前文が、「全世界の国民」が平和のうちに生存する権利を有する、と定めていることをめぐって学説が分かれている。すなわち、平和的生存権の主体は個々の国民であり、この権利は国民の基本的な人権そのものであるとする見解、この権利を主として民族的な基本権あるいは日本民族の基本権と捉える見解、および、これを一方では民族あるいは全体としての国民、すなわち国家を主体とする対外的な基本権であるとともに、他方では国民の国家に対する人権そのものであるとする見解、である。

このうち、第1の見解が多数説である。というのも、すでに述べているように、憲法は「人権としての平和」という考え方に立って、平和的生存権を政府に対して主張される基本的な人権として位置づけたものであり、そのことからすでに、享有主体は国民個人であると見るのが妥当であるといえる。私見も、これを採る。もっとも、第2および第3の見解に立つ論者も、対外的な関係においては民族を享有主体と考えつつ、対内的関係では国民個人であるとの、実質的に第1説と同旨の見地に立つものであり、結局3つの説に決定的な対立

はない。

③ 平和的生存権の成立要件については、それが成立の背景的要素という問題であるなら、平和的生存権は、長い歴史の中で、各種の国際条約や国連憲章、各国憲法の中で徐々に生成発展し、日本国憲法においては規範化したもので、日本国憲法成立後に採択された国連決議等でも確認されている権利であって、その成立を疑うことはできない。

他方、平和的生存権侵害が生ずるのはいつかという問題であるのなら、前述のように、この権利と9条の一体的関係にもとづいて、9条違反の国家行為がなされたときに権利侵害が発生する、と解することができる。こうして、権利の成立要件や権利侵害の発生要件について、不明確ないし不透明な点は見出しがたいのである。

④ そして、平和的生存権を裁判上主張することによって生じる法律効果（法的効果）であるが、本件についていうなら、集団的自衛権の行使を基軸とする安保法制は、同盟関係にある国のする、他国に対する戦争行為に、その国のわが国への武力攻撃を要件とすることなく加担し、また共同で武力による威嚇や武力の行使をすることを容認する法制であるから、憲法9条に明白に違反し、海外派兵等を命じられた自衛隊員のみならず、その家族・関係者、広く一般市民の平和的生存権を重大かつ根本的に侵害するものであるため、国家賠償請求のほか、差止めの請求をすることもできるといえる。

以上のとおり、「平和のうちに生存する権利」については、その外延・内包、つまり権利内容・憲法上の根拠・享有主体・成立要件・法律効果（法的効果）などのいずれの点をとっても権利としての具体性に欠けるところはなく、裁判規範性を具えた平和的生存「権」である、と結論することができる、と考えるものである。

(3) 平和的生存権の憲法上の根拠——「平和」の意味の9条による充填

上記の各要素のうち、これまでもっともきびしく争われ、また平和的生存権の裁判規範性を積極的に解する説にとっても、より深めておくべきテーマは、いわゆる根拠規定、すなわち平和的生存権の憲法上の根拠をどこに見出すかで

ある。この点で、可及的に堅固な論理構成が必要とされるが、私は、以下のよう
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転換を遂げて、平和をまさに権利として把握した
ことを意味する。換言すれば、この平和的生存権規定は、政府に対しては、軍
備をもたず軍事行動をしない方法で国際平和実現の途を追求する平和政策の遂
行を法的に義務づけ、反面で、国民には、政府が平和政策をとるよう要求し、
また自らの生存のための平和的環境をつくり維持することを各自の権利として
保障したものと解することができる。そして、この、前文に直接の根拠をも
つ平和的生存権は、9条で具体化された上で、ひとつは、13条をはじめとする
第3章各条項に定められた諸人権と結合して機能し、またひとつには、第3
章の各人権がカ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。要するに、前文の「平和のうちに生存する権
利」の意味内容は、9条によって充填され、それによって具体性をそなえた人
権として機能しうるものとなり、かつ、第3章の人権条項と相俟って個別の事
案において働くこととなる、と解することができる。すなわち、「平和のう
ちに生存する権利」にいう「平和」は、他ならぬ日本国憲法自身、何よりも9条
(および前文の第1段・第2段)によって特定の意味を付与された「平和」であ
るから、9条違反の政府の政策がおこなわれたとき、それは即、平和的生存権
を侵害したものと評価されるのである。

もっとも、最高裁は、百里基地訴訟上告審判決(前出)で、平和主義や平和
的生存権にいう「平和」は、理念ないし目的にとどまる抽象概念だ、と切り捨
てた。そして、前述したように、その後のこの種の訴訟における国側主張は、
この最高裁の判示を金科玉条のごとくに扱い、それを根拠に平和的生存権の具
体的権利性の欠如を言う。そこから、過般のイラクへの自衛隊派遣も、また今
般の集団的自衛権を基軸とした安保法制にもとづく他国の戦争への自衛隊参加
も、「平和」に反する国家行為ではなく平和的生存権侵害は生じない、とする
論法である。さらに、現内閣総理大臣は、集団的自衛権の行使容認を「積極的

平和主義」の語で説明している。ここでは、「平和」を戦争によって得られるものとする、「武力による平和」の立場が公然と語られているわけである。

ここに政府のいう「積極的平和主義」は、《proactive contribution to peace》と英訳されているものであるが、それは、本来、とくにヨハン・ガルトゥングなどにより説かれてきた《positive peace》の言葉で語られる「積極的平和主義」とは似而非の概念である。この後者は、戦争に協力・参加しない消極的平和主義にとどまらず、平和を実現するため主体的・積極的に働きかけることを意味し、構造的暴力（格差・不平等・差別などの不正義）のない状態の実現を説き、わが国憲法と親和的である。これに反して、安倍政権が最近主張し始めた前者の「積極的平和主義」は、国際協調主義を恣意的に用いつつ、対外的な軍事機能を「平和」の名で拡大する立場であり、日本国憲法の平和主義とは原理的に相容れない。

もとより、「平和」それ自体は、抽象性をもった広い概念である。因みに、『広辞苑』（第6版。岩波書店・2008年）は、「平和」の語に、「やすらかにやわらぐこと。おだやかで変わりのないこと」、「戦争がなくて世が安穏であること」の意味を与えている。たしかに、この語そのものは一義的ではなく、多様な解釈が許されよう。とはいえ、この引用は、少なくとも、戦争によってではなく、戦争をしないことによってもたらされるものが「平和」であるとするのが広範な人々の認識の到達点、今日の常識であることを告げている。

さらに進んで、裁判にしても政策提示にしても、わが国の公権力担当者が「平和」についてふれる場合、それを日本国憲法と切り離して語ることはできないはずである。すなわち、公権力担当者には、「平和」一般ではなく、日本国憲法のいう「平和」を論じることが常に義務づけられているのである。とすれば、平和的生存権の「平和」は、とくに9条の規定により意味充填されて、公権力が戦争をせず・軍備をもたず・交戦権を認めない状態を表現しているものと解釈しなければならないのである。

これにつき、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つもなお肯定することを躊躇している見解が、その理由としているものの中心は、「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，というところにあるが，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，さらに敷衍しておくなら，何よりも，実定憲法規範の関係規定それ自体を正確にとらえておくことが求められるところ，憲法の規範構造，すなわち，前文が，恒久世界平和達成への強い決意を示す文脈において，「平和のうちに生存する権利」を国民の文字どおり主観的権利として定め，それを受けて第2章の唯一の条項である9条が，戦争の放棄と武力の不保持および交戦権の否認を政府に命じた客観的制度を設定したものであること，そしてその次の第3章が「国民の権利及び義務」と題して10条から40条にわたって個別の人権を保障していることが，改めて確認される。そして，近代憲法に通有の，平和を追求しながらも軍事的備えを放棄しない基本姿勢を止揚して，徹底した平和主義の憲法構造を採ることを宣明した9条を，単独で第2章としたのである。つまり，日本国憲法は伝統的には統治機構に属すべき規範である9条を，第3章人権保障規定に先行させるという条文配置をすることによって，平和を人権の前提条件とする考えをより鮮明なものとしたといえる。

こうした規範構造に留意するなら，先述のとおり，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章の人権規定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9条（および前文の第1段・第2段）によって特定の意味を付与された「平和」であるから，9条違反の政府の政策がおこなわれたとき，それは即，平和的生存権を侵害したものと評価されるのである。

このようにして，平和的生存権は，憲法の平和主義に違反する政府の行為，つまり本件でいえば安保法制の制定・運用の憲法適合性を判定する実体規範として機能する。と同時に，この権利は，9条違反の政府行為に対して市民個人が法廷で争うための手続き規範としてはたらく。すなわち，日本国憲法の平和的生存権は，個人の人権保障に資する主観的権利でありながら，市民がそれ

を用いて政府の平和に反した政策を正すという客観的機能を果たすことになる。これがこの権利本来の役割であるといえよう。

以上をふまえて、章を改め、安保法制の具体的な運用事例として南スーダン PKO への自衛隊派遣を取り上げて、そこでの事態における平和的生存権の問題について検討しておきたい。

3 安保法制の現実的運用の中での平和的生存権——南スーダン PKO 派遣の問題

(1) 南スーダン PKO 部隊の新任務と撤収

2015年9月19日に成立した安保法制は、翌16年3月29日に施行されてのちただちにその具体的運用に入っている。そのうちでひとつの重要な事案は、国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律の改正（「改正 PKO 法」）にもとづいて、南スーダン PKO 派遣部隊に新任務を付与したことである。

すなわち、2016年11月15日、日本政府は、同月20日から南スーダンに順次派遣される陸上自衛隊第9師団第5普通連隊を中心とした第11部隊に、いわゆる「駆け付け警護」や「宿营地共同防護」などの新しい任務を付与する閣議決定をおこない、翌12月から同部隊による新任務の運用が開始されている。「駆け付け警護」とは、国連職員や NGO 職員などが武装勢力に襲われた場合に助けに向かうというもので、現地の国連司令部などの要請を受けて現場に急行し武器を使って警護対象を守る任務であり、「宿营地共同防護」とは、宿营地を他国部隊と連携して守る任務である。

南スーダンは2011年7月9日に独立したが、国連が、同年7月8日の安保理決議（決議1966号）によりただちに国連南スーダン派遣団（UNMISS）を創設して PKO 活動にあたってきた。日本は、12年1月に陸上自衛隊施設部隊の派遣を開始した。ところが、13年12月に、大統領派と副大統領派の戦闘を機に内戦状態となり、首都ジュバで大規模紛争が発生し、自衛隊は宿营地に避難する事態となった。そのため、14年には、PKO 活動は住民保護を任務として政府軍との戦闘も想定するものに変質したとされる。そして、翌15年8月に

和平合意ができたものの、その後これが崩壊し、16年2月には、南スーダン北部の国連施設が襲撃され、国連は政府軍の犯行と断定した。また、同年7月、ジュバにおいて、政府軍・反政府軍の間で大規模な戦闘がおこなわれて300人以上が死亡し、自衛隊は宿営地に避難した。また、政府軍が国連施設や援助関係者を襲撃するなどの事態が発生し、他国のPKO部隊の一部が撤退する動きが生じた。そして、国連安保理事会は、同年8月15日、ジュバとその周辺に400人規模の地域防護部隊の派遣を容認する決議を採択し、南スーダン政府がこれを受け容れたので、より積極的な武力行使の事態は避けられない状況となった。そうした中で、同年11月15日に、政府は、南スーダンPKOに新任務を付与し、同月20日、その任務を担って第11次派遣隊の出国開始となったのである。

そもそも、PKO協力は、1992年6月に制定された当初から、憲法9条違背が指摘されてきた。すなわち、それは、自衛隊・警察を含む軍事・民政要員のPKOへの派遣を、以下の5原則に従うことで可能とした。①紛争当事者間の停戦合意の存在、②活動領域国を含む紛争当事者によるPKOと日本の参加への同意、③中立性の厳守、④上記のいずれかでも充たされない場合には撤回、⑤要員の生命等の保護のための最小限の武器の使用、というものである。——これらは、伝統的PKOの活動原則に合致するものであるが、憲法9条の政府解釈に立っても同条に反するといわざるをえない。なぜなら、各国軍隊が派遣される国連PKO=PKFは本質的に軍事力を行使するものであり、わが国自衛隊がその一員として活動することは、同条1項が禁ずる「武力の行使」にあたり、また、自衛隊を海外に派遣することは自国防衛の範囲を超えて「専守防衛」の大原則に反し、そのような自衛隊は、同条2項が不保持を命じる「戦力」となるからである。

同法は、1998年、部隊として参加した自衛官による武器使用について、原則として上官の命令によることを内容とする改正が加えられたが、上官の命令による武器の使用は組織としての武器使用であり、9条1項の禁止する「武力の行使」に該当し、違憲性の度合いが増した。そのため、同法にもとづく日本のPKO活動は南スーダンPKO（UNMISS）のみとなっていた。

そうしたところへ、安保関連法の一環としての改正PKO協力法によって新任務が加えられたのであるが、この改正法は、旧法の参加5原則を踏襲した装いを凝らしているものの、実質において、法令違憲が疑いのないものとなったわけである。すなわち、新任務とされたものは、駆け付け警護と外国軍隊等を守るための武器使用、宿営地の共同防護と任務遂行に必要な武器使用、および、現地住民保護・巡回・検問等で任務遂行に必要な武器使用である。これらは、武力行使や武力による威嚇にあたり、9条1項に違反するとともに、2項の戦力不保持および交戦権否認規定にも反している。そして、それは、南スーダンにおいては、上記のような軍事・治安情勢の中で、政府軍や反政府勢力と交戦する事態に発展するに至れば、自衛官の生命を危機に曝すとともに、自衛官が南スーダンの人々を殺傷することにもなりかねず、明瞭な適用違憲を惹起することになる。

政府が、安保法制にもとづいて南スーダンPKOに新任務を付与した部隊を派遣したのは2016年11月であったが、翌17年2月になって、廃棄されたとされていた陸上自衛隊部隊の「日報」が開示され、その中で、2016年7月の事態については、「戦車や迫撃砲を使用した激しい戦闘」がおこなわれたとの記載があることが明らかとなった。「戦闘」となれば、即、9条1項にいう「武力の行使」にあたり、わが国の派遣は憲法上許されないことになる。

そこで、稲田朋美防衛大臣は、国会答弁で、「法的意味における戦闘ではない」などと、危険な事態の発生に目をつぶり、憲法違反の問題となることをことさらに避ける発言をした。なお、この「日報」記載の内容のポイントは、○自衛隊宿営地への流れ弾や市内での突発的な戦闘への巻き込まれに注意が必要、○ジュバ市内での衝突激化に伴う国連活動が停止する可能性がある、○国連施設の方角への攻撃に引き続き注意が必要、○2016年7月7日の衝突はジュバ市内全域の戦闘へと拡大し、10・11日にも自衛隊宿営地周辺で戦車や迫撃砲を使用した激しい戦闘を確認、というものであり、現地の治安情勢が極端に深刻なものであることが示されている。それが、新任務の付与をめぐる国会審議の時には「破棄された」として隠蔽されていたのであり、問題は重大であるといわなければならない。

そして、その翌月（2017年3月）10日、政府は、国家安全保障会議（NSC）で、施設部隊による現地での道路整備が完了する5月末を目途に活動を終え、撤収させる方針を決めた。前年11月の閣議決定から約4か月後の判断であり、現地の治安情勢の悪化や「日報」問題が背景となっていることは確かである。さらに、その後、17年3月15日に、破棄したと説明していた陸自部隊の「日報」のデータが、陸自内で保管されていたことが判明した。この説明自体が虚偽であったわけである。

——こうした事態は、改正PKO法の運用の問題にとどまらず、安保法制全体の抱える問題の広範さ、根深さを如実に物語っているものといえる。それにもかかわらず、現在（本稿執筆時）においても、安倍晋三首相は、安保法制の実実施姿勢を変更しておらず、たとえば、本年2017年3月19日の防衛大学の卒業式の訓示において、安保法制について「戦争法案」といったまったく根拠のない、ただ不安だけをあおろうとするレッテル貼りが横行しているが、「平和安全法制」によって日米の絆は一層強くなったとした上で、卒業生に、安保法制にもとづく任務遂行を求めている。

こうした安保法制下の自衛隊海外派遣に抗して、人々は違憲訴訟を提起し、その主張の根拠に、とくに平和的生存権を据えている。陸自第11次部隊については本年5月末目途の撤収方針が示されたが、それに代わる派遣先が模索されていることが報道されており、事態の本質は変わっていない。それに対する平和的生存権主張の重要性は、今も何ら減じていないのである。そこで、南スーダンPKO派遣を違憲とする訴訟における平和的生存権論を、項を改めて取り上げておくこととしたい。

（2）南スーダンPKO訴訟における平和的生存権の主張

南スーダン国連平和維持活動（PKO）に派遣された陸上自衛隊部隊の撤退を求める訴えが全国でいくつか提起されているが、そのひとつは2016年11月30日に札幌地裁に宛てられた差止めと慰謝料を請求する訴訟である。派遣部隊が、本年（17年）3月10日の政府決定どおりに5月末（目途）に撤収されるとすれば、当然訴えの内容に変化が生じるが、平和的生存権を論じるについて事

柄の本質に変わりはないといえる。この「自衛隊南スーダンPKO派遣差止等請求事件」の訴状における平和的生存権論は浩瀚かつ有益なものである。その主要点を参照しつつ敷衍しておきたい。

平和的生存権は、憲法前文にいう「全世界の国民が、恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する」ことを内容とするものであるところ、それは、被害者にならないという片面的なものでなく、加害者にもならないという双面的な人権であることが確認される。これを自衛隊員についていえば、自分が殺傷されないということだけでなく、他人を殺傷することを強いられないことも含まれ、また、自衛隊員の家族や主権者国民については、自衛隊員が殺傷されたり殺傷したりすることなく、一般市民と同様に人権が保障され、憲法9条で保障された平和が確保された生活を送りうることが平和的生存権の内容になる。

具体的には、原告は、次のような形で平和的生存権を侵害されている。まず、安保関連法の制定で、今までの自己保存型の武器使用ではなく、政府の命令により相手に向かって銃を撃つ可能性が格段に拡大されたため、派遣された自衛隊員、また日本国民も主権者として加害者の立場に立つことになった。これは同時に、相手方が自衛隊員やその関係者を殺傷する現実的な危機が格段に高まり、被害者たる地位に置かれることをも意味する。つまり、政府による違憲の行為から自衛隊員の生命を守り、隊員や家族、そして国民すべての人間としての尊厳を守ることは、主権者国民自らの平和のうちに生存する権利の内容をなすものであるが、いま侵害されているのである。この点で、平和的生存権は、個々人に孤立的に付与されたものではなく、個人と社会との関係性の中で捉えられる、国民の共存の権利であることが明らかになる。

また、改正PKO協力は、立法にあたり憲法との矛盾を取り繕うために、国際法上の整合性を無視した結果、自衛隊員の国際法上の権利が保障されていない。すなわち、安全確保活動、警護活動、駆け付け警護活動とそのための武器使用（いずれも任務遂行のための武器使用である）の際に、相手に対する危害射撃は、正当防衛または緊急避難に限られている。こうした武器使用権限は、自衛隊の部隊ではなく自衛官個人に与えられている。他方、正当防衛・緊急避難以外の武器使用は、部隊指揮官の命令によるとしている。そうすると、改正

PKO法の建前はあくまでも武器の使用であって武力行使、つまり交戦権の行使ではないので、国際法である交戦法規は適用されないことになる。また、相手が国又は国に準じる組織でなければ、自衛隊は交戦当事国とはならないので、ジュネーブ捕虜条約の適用もない。その結果、部隊として活動している自衛隊員が戦闘に巻き込まれた際に誤って非戦闘員を射殺した場合には、当該自衛隊員個人の刑事事件として処理されることになる。このような、国に責を帰すべき法の不備により自衛隊員が犠牲になることは、許されないものといわなければならない。

加えて、派遣された自衛隊員の家族が日々抱く、戦闘による隊員の死や負傷への悲痛な懸念は、その平和的生存権への日常的な侵害を意味する。さらに、こうしたPKO派遣は、すべての国民のもつ、武力行使をしない国に生きる権利を侵すものでもある。そして、この、安保法制を根拠にして付与された新任務を担うPKO派遣自衛隊の例は、同法制の運用全体にあてはまるものであることはいうまでもない。

自衛隊は、本来、専守防衛の存在である限りにおいて合憲たりえた組織である。自衛隊員は、本質的に、わが国の防衛法制がそのようなものであることを前提に、かつ政府がそれを遵守しつづけることを信じて入隊している人たちである。それにもかかわらず、政府は法制を一変させた。そのことにより、自衛隊員は、外敵による攻撃から自国を守るための貢献でなく、他国のする戦争に加わってする戦闘に身を賭すことを求められる。同時に、その他国の相手国の兵士を殺害することにもなる。この事態にわが身を置くことを免れるためには、愛する自衛隊を辞める以外に手立てはない。そして、同様に、安保法制のもたらす不条理は、自衛隊員の家族、およびすべての国民に及んでいる。今こそ、これを喰いとめなければならず、そのために平和的生存権の果たす役割は不可欠のものといわなければならない。

なお、本稿の結びに入る前に、補説として、本件安保法制違憲訴訟における平和的生存権の主張に際してとくに参照すべきものとする先行裁判例に言及しておきたい。イラク訴訟における2つの下級審裁判例であるが、その主旨

は、本件での主張を大きく支えるものであると考える。

4 〔補説〕 参照したい2つのイラク訴訟裁判例——名古屋高裁・岡山地裁 両判決の読み方

(1) 名古屋高裁判決の意味と意義

① 自衛隊運用の9条1項違反

2008年4月17日、名古屋高等裁判所は、自衛隊のイラク派兵に対して、差止め、違憲確認および国家賠償を求めている市民の控訴につき、これらをすべて斥けつつも、とくに空自による、米軍を主力とする武装した多国籍軍等をバグダッド空港に輸送していた活動について、傍論ながら、イラク特措法に違反し、かつ憲法9条1項に違反すると明瞭に断じた。そして、平和的生存権が、基底的権利として裁判的救済を受けうる場合のある法的規範であることを認めた(判例時報2056号74頁)。この判決は、国側は勝訴のゆえに上告できず、実質勝訴と評価した市民側は上告しなかったことで、翌月5月2日に確定した。

この判決が、日本政府がイラク特措法(「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」。2003年7月26日成立)にもとづいて派遣された航空自衛隊の活動を憲法9条1項違反としたのは、武力の行使にあたるものとの判断による。この違憲の論理立ての特徴は、政府の憲法解釈とイラク特措法を前提とした上で、空自のイラクにおける活動をつぶさに実証的に観察し、その特措法、ひいては憲法からの違背を結論したところにあると思われる。

すなわち、判決は、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度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、(ア) 戦闘行為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為がなされる場所との地理的關係、(イ) 当該行為の具体的内容、(ウ) 他国の武力行使の任に当たるものとの關係の密接性、(エ) 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の的に判断されること、を内容とするものである、とていねいに跡付けている。

そして、イラク特措法の要となるところを、つぎのように捉える。すなわち、同法は、上述のような政府解釈の下で、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（「対応措置」）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）を規定しているものである、とする。

その上で、空自のイラクにおける活動について、判決は、米軍を中心とする多国籍軍が武装勢力との間で、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、それによって、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する。こうした状況把握を踏まえ、とくに首都バグダッドは、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、と認定する。一方、空自 C-130 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等の補給活動も戦闘行為の重要な要素であることからすれば、こうした空自の空輸活動は、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にあたる。したがって、この活動のうち、少なくとも多国籍軍の武装兵員を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、自らも武力行使を行ったとの評価を受けざるを得ない。よって、この空輸活動は、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同法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。

このような、自衛隊およびその活動の根拠法（イラク特措法）自身の合憲性（法令違反）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。こうして、長沼1審判決以来の、自衛隊にかんする9条違反判決が出された。もっとも、自衛隊の存在自体を9条2項違反としたものとは異なるが、9条が、今もたしかな生命力（とくに拘束性）を具えていることを、1項の領域で立証したのである。

本稿の主題は平和的生存権であるが、上述のごとくに自衛隊の作用を9条違反と判断したことが、平和的生存権の裁判規範性を認めることの論理的前提となっている。そのことを確認して、つぎに進みたい。

② 平和的生存権にもとづく訴求の肯認

名古屋高裁判決が平和的生存権の具体的裁判規範性を疑問の余地なく肯定したことには、画期的意義が認められる。

判決はいう。「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、極めて多様で幅の広い権利であるということが出来る」とする。

つづけて、判決は、「このような平和的生存権は、現代においては憲法の保障する基本的人権が憲法の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底の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の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章が個別的に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。

こうした認識にもとづいて、判決は、「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うことができる。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・協力が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は具体的権利である。」と言い切ったのである。

長沼訴訟第1審判決の場合は、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ものであった。名古屋高判は、それを進めて、戦争に加担したくないという市民の良心の蹂躪が平和的生存権侵害にあたる可能性をもつことを肯定した。つまり、それによって、平和的生存権は、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が確認されたのである。この判決のもつ意義は、これまでの判例の水準に照らして画期的であり、市民の平和を求める訴訟の地平を大きく切り拓いたものであるといえる。それはまた、日本国憲法が、平和は国家の政策に

委ねられるものではなく、人権と一体となった市民の選択する価値であるとの理念をもつことの憲法思想史的意義を照らし出してもいる。

なお、名古屋高判は、控訴人の請求は斥けたのであるが、こうした市民の訴えに深い理解を示していた。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」としたうえで、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、注目しておきたい。

③ 9条と平和的生存権の連結的理解

こうして、名古屋高裁判決が重要な意味をもつものであることは否定しがたく、その後の平和的生存権論に強いインパクトを与えることとなる。この判決の読み方について、一点に絞って私的なコメントをしておきたい。それは、平和的生存権と9条の関係である。私は、つとに、前文の「平和のうちに生存する権利」にいう「平和」の意味は、9条によって定義され、そうすることで平和的生存権は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になる、と解してきた。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段・第2段）によって特定の意味を与えられた「平和」であるから、9条違反の政治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。——日本国憲法の規範構造をこのように理解している。そのことからすれば、平和的生存権が、その固有の役割ないし効果を発揮するのは、それを侵害する国家行為が9条に反するものと認識された場合（とくに裁判所により裁定された場合）だということになる。

この点で、名古屋高判が、平和的生存権の具体的権利性が肯定されるのは、

例えば、「憲法9条に違反する」戦争遂行などの国家行為がなされた場合であり、また、自由権的態様が表れるのは「憲法9条に違反する」戦争遂行等への加担・協力が強制されるような場合である、としている。9条違反のフレーズが、2か所にわたって頭に付されているのである。「平和」をめぐる、伝統的な立憲主義憲法は、「武力による平和」の観念を原理的には否定していないが、それを転じて、武力保持・戦争遂行の峻拒こそ「平和」の意味するところだとしたのが、日本国憲法9条である。平和的生存権は、その「平和」を受けて成り立っており、ここに9条と平和的生存権の連結した関係が認められる。したがって、係争の国家行為について9条違反を問わないまま平和的生存権を主張するとき——もとより、そのような主張も、なされるべき必要と意義を十分に有するものであるが——、固有の意味の平和的生存権ではなく、別様の、たいていは他の人権を補強するような役割をもって用いられていることに留意しておきたい。

それと関連するが、判例の「解釈」にもかかわって、この判決が、平和的生存権が自由権的・社会権的・参政権的態様をもって表れる複合的権利だとしている点にふれておく。私は、この判示部分は、平和的生存権を、すべての人権の基礎にある基底の権利だと捉えたことから帰結されるもので、この権利の具体的権利性それ自体について論じたものではないと考える。すなわち、9条は国家権力を制限し禁止する規範であるから、それと連結して働く平和的生存権について、裁判規範としては、請求権的性格を語ることは困難である。上記3つの態様という場合も、裁判規範としての平和的生存権の態様はすぐれて自由権的であり、社会権的・参政権的態様は——この指摘のもつ意義はきわめて大きいものであるにしても——、やはり、理念的ないし政治的規範としての平和的生存権について成り立つものであろう。こうした点では、名古屋高裁判決は謙抑的に読まれるべきであると思う。そうした解釈姿勢こそ、折角のこの判決を活かすことに資するものといえよう。

(2) 流れを強めた岡山地裁判決

こうした流れを促進したのが、同じ自衛隊イラク派兵に市民がプロテストす

る訴訟で、名古屋高裁判決の翌2009年2月24日に岡山地裁が出した判決である(判例時報2046号124頁)。この判決は、自衛隊の活動がイラク特措法および憲法に違反しないか否かの判断には立ち入らなかったが、その平和的生存権論は、注目すべき内容をもつ。

すなわち、この判決は、まず、「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の司法審査において、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項で「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」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、本文と同様によ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、国側がしばしば引き合いに出す百里基地訴訟最高裁判決は、平和主義ないし平和的生存権にいう「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、憲法規範上の概念が抽象的不明確で一義性が欠如しているとの非難に対しては、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利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」との重要な結論を導いたのである。

このような、平和的生存権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たところに、この判決の最大のメリットがあると思われる。それは、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を拡げることに資するであろう。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いると見てよいのではあるまいか。

これら、両判決のもつ意義を、私は高く評価するものである。そのうち、名古屋高判に代表させるなら、この判決の裁判官たち（青山邦夫〔裁判長〕・坪井宣幸・上杉英司）は、司法の気概を貫いて、政府の行為に対して憚ることなく憲法をあてはめ、説得力に富む法的論証により、自衛隊イラク派兵の違憲と平和的生存権の裁判規範性を明示した。この、政治に右顧左眈しない法律家としての勇氣と憲法への誠実さは、違憲審査権を国民から託された「憲法の番人」にまことにふさわしいものである。とくに、法規範としての平和的生存権を中核とする平和憲法のシステムを明らかにしたところに、この判決の最大・不朽の今日的意義があると思われる。

憲法の平和主義規範は、自衛隊・安保体制の存在という違憲の憲法現実によって、その実効性を大きく減殺されている。しかしながら、それは、違憲の権力行使を許さない歯止めとして強靱な拘束力を保持し続けている。そのことを遺憾なく世に示したのが名古屋・岡山両判決であった。それは、平和主義条項を基軸とする日本国憲法の、他の実効性を損なわれた諸条項についても、その確保と再生を促し、平和憲法全体の活性化をもたらすものといえるのである。これが、安保法制違憲訴訟における平和的生存権主張の土台となるものであることは確かである。

むすびにかえて 平和憲法の再生に資する違憲審査権の行使を

日本国憲法は、かつての政府が、言語に絶する悲哀を他国・自国の人々に与えた戦争への深甚な反省に立って、政府の行為によって再び戦争の惨禍が惹き起こされないようにすることを決意して制定された。そこに宣言された戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認の決意は、心底、真摯なものであった。「日本は正しいことをほかの国より先に行ったのです。世の中に、正しいことぐらい強いものはありません。」と、時の文部省は、未来を担う生徒に向けた副読本の中で述べていた（1947年刊行の文部省『あたらしい憲法のはなし』）。そして、この平和主義の規定は、全世界の国民が有する「平和のうちに生存する権利」に結晶した。これをもって、日本国憲法は、世界の人々から「平和憲法」と命名され、世界平和宣言の意義をもつと評されて出生した。

もっとも、憲法制定からさほどの時を措かずにわが国政府は再軍備へと転じ、1954年には自衛隊の設置にまで至った。それでも、その際でさえ、立法者としての参議院は、「自衛隊の海外出動をなさざることに関する決議」を可決して（同年6月2日）、「現行憲法の章条と、わが国民の熾烈なる平和愛好精神に照し、海外出動はこれを行わないことを、茲に更めて確認する」と、強く誓約していた。そして、日本国憲法は、今に至るまでも、その一字一句に変更はない。しかし、その後、政府は自衛隊を海外に派遣し、あまつさえ、「武力の行使」にあたと裁判所（2008年4月17日名古屋高裁判決）によって認定される行動に出るまでに進んだ。「海外派兵」と呼ばれてもやむをえない事態である。ただ、政府は、それでもなお、個別的自衛の枠を自らにはめて、派兵の事態もそれを出るものではないとの認識を維持しつづけた。

それが、今般、遂に集団的自衛権行使の立場に転じ、それを基軸とした安保法制各法の制定に及んだのである。これを合憲と弁証する憲法解釈上の手立ては政府にはもはやなく、政府は自らを憲法の外において、司法判断（砂川事件最高裁大法廷判決）を歪曲し、かつ、憲法慣習にまで成熟していた自身の解釈を放擲する挙に出た。すなわち、立憲主義の真っ向からの破壊である。この政

府に国会が追随・加勢して安保法制は成立した。このように、事情が政治部門による憲法侵犯である以上、憲法価値の回復は、何より司法の力に待つべきものとなる。

そのため今、原告らは、安保関連法制各法にもとづく自衛隊の活動の差止めと国家賠償とを訴求している。原告らは、政府に対して集団的自衛権にもとづく戦争政策の転換を迫る市民であるが、訴訟で裁判所に求めているのはあくまで法的判断であり、その通路は、自己の具体的な権利・利益の侵害である。そして、主張される権利の柱の一つが平和的生存権である。

すなわち、今般のような、戦争に接近する法制に直面したとき、人はすべて、人間としての尊厳に満ちた生命を全うする権利を有していることが殊更に重要なものとなる。恐怖と欠乏から免かれ平和のうちに生きることが人権として保障されるという、今や人類共通のものとなっている思想を、世界に先駆けて実定法として憲法典に見事におさめたのが日本国憲法である。これは、人類の大切な到達点であると評しても過言ではない。そして、もともと、平和的生存権論は、平和の課題を人権としてとらえることにより、戦争と軍事力の問題を議会と政府の決定にゆだねるやり方に異議を唱える、つまり多数決政治に対抗する権利論である。そのことからすれば、この権利の主張は、司法過程によくなじみ、裁判所でこそ解決がはかられてよいテーマであるといえる。もとより、現実に平和的生存権が主張される事案は、そのほとんどが、自衛隊や駐留米軍とかかわって政治場裡に置かれてきた。しかし、その「政治」は、日本国憲法の平和主義原則に誠実でない公権力行使の産物であり、市民の訴えは、それを憲法の原則に即したものに立ち直らせるためのものであった。つまり、市民は、自らの主観的権利である平和的生存権を通路として、戦争に向かいかねない政治を正し、そのことによってこの国の憲法の擁護・再生をはかろうとするものである。

それを受けとめる裁判所に求められるのは、当然のことながら、あくまで法的判断である。日本国憲法は、裁判所に政治を直接是正させる役割を与えるのではなく、裁判所を、市民の権利保護を基本任務とし、この人権保障の営為をとおして客観的な憲法保障に仕える機関として位置付けている。原告らは、集

团的自衛権を基軸とした安全保障政策への転換が政策として正当であるか、また適切であるかについての判断を裁判所に求めているものではなく、法的正当性についての判断である。この法的判断こそ、裁判所が本来の仕事としてなしうることであり、そして、その法的判断の結果が政治的にいかなる意味を有しうるかは、裁判所が考慮しなくてよく、またすべきではない要素であるといわなければならない。憲法が司法府と個々の裁判官に強度の独立性を保障しているのも、まさに、職業裁判官が政治的当局に右顧左眄することなく法的判断を貫くことができるようにしたものである。

人々の基本的人権を擁護し、それをとおして憲法秩序の維持に資する違憲審査の権限を行使する、その職責は尊い。歴史に黄金の釘を打つ違憲判断が出されることを願い、かつ確信して本稿を閉じる。

付記 本稿は、2016年4月26日付で東京地方裁判所に提訴された安保法制違憲差止・国家賠償請求訴訟において、原告側からの求めに応じて同地裁に提出した意見書(2017年5月22日付。意見書の標題は「安全保障法制の違憲性——主として平和的生存権にかんする意見」)の土台とすべく書いたものである。本稿では各所で、筆者がこれまでに本誌において公にした、平和的生存権にかんするいくつかの論考(197, 198, 199, 203, 205, 206各号所収)から引用・参照している。このことをおことわりし、また、詳細についてはそれらの拙稿へのご参観を請う次第である。

(2017年4月3日)