

「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—— 小林武先生（沖縄大学客員教授・法学博士）」

要旨報告

報告者 有家綱雄

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

- ・本意見書で、「安保法制」（安保法制法（「平和安全法制整備法」（自衛隊法をはじめとする10本の法律の改正法）と国際平和支援法とを合わせた11の法律の総称）にもとづく法体制）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」）を侵害することを明らかにし、この権利が裁判規範性を備え、原告の提訴の十分な根拠となりうることを論証。
- ・『我、自衛隊を愛す故に、憲法9条を守る』2007年3月に出版。著者は小池清彦・竹岡保美・箕輪登（防衛省（2007年まで防衛庁）の教育訓練局長・官房長・政務次官を務めた元高官）。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。憲法を守ってこそ自衛隊が存続できる。
- ・憲法学の通説：自衛隊はそれ自身が憲法規範を逸脱して誕生した軍隊組織であることは否めない。本意見書もその見解に立つ。
- ・それでも、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。歴代政府は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。
- ・それを、今般の閣議決定と安保法制法の制定・運用によって公権力担当者自らが覆した。
- ・立憲主義の破壊にあたることは明瞭。そのゆえに、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。
- ・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、侵害の危険にさらされている。国民が救済を求めるのは当然。
- ・同法制が、行政府が主導し立法府の多数派が追随・加勢して成立したところから、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、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。
- ・国民の提訴の主要な拠りどころのひとつが平和的生存権。
- ・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。
- ・平和的生存権は、安保法制を違憲とする主張に不可欠の根拠。

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

- ・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る。今般の法制のもつ問題性を正確に把握するために必要。
- ・憲法制定時 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（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転じて警察予備隊が創設。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）。
- ・1952年 保安隊および警備隊へと拡張。「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（近代戦争遂行能力論）。
- ・1954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。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（自衛力論）。
- ・その後 この「自衛力」概念が拡大されつづけた。

（2）学会通説の自衛隊違憲論

- ・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、（日本国憲法は）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。平和憲法の水準を飛躍的に高めた。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。
- ・戦争放棄についての通説

（甲説）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。国際紛争解決の手段という言葉、国際法上の用語に従って理解したもの。

（乙説）この言葉を文字通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。

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。

少数説 政府解説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ある。

- ・9条2項の戦力不保持についての通説

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。

・具体的には、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。

・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。

・裁判例では、長沼訴訟第1審札幌地裁判決が、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ものではなく、最高裁は、いまだに正面からの憲法判断を示していない。

(3) 自衛隊の海外派遣と憲法的評価

防衛法制の変遷

①第1段階

- ・1950年 警察予備隊創設。その後、保安隊、自衛隊へと発展
- ・1960年 新安保条約へ改定

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。

・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に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。

・1978年 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

・1992年 「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)を制定。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。

・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)、第2次イラク戦争後のイラク(2009年)などに派遣された。

・これらの国家行為に対して、市民による違憲訴訟が多数提起。

・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した。

③第3段階

・1997年 「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(自衛隊法一部改正法、日米物品役務相互提供協定改正協定)が制定。

・2001年 自衛隊の米軍への後方支援(兵站活動)を可能するテロ対策特措法を制定。

・これにもとづいて、自衛隊は、01年や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 第2次イラク戦争を契機にして、有事関連3法(武力攻撃事態対処関連3法)が制定。

・03年7月成立のイラク特措法にもとづいて、03年12月から自衛隊がイラクに派遣された。

・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(06年4月17日の名古屋高裁判決)

・2004年 国民保護法など有事関連7法(事態対処法制関連7法)制定。05年防衛庁が省に格上げ。

・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。

13年には、特定秘密保護法が制定。

・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。

(4) 集団的自衛権行使容認への踏み越え

・防衛法制を、段階を逐って軍事強化の方向で進めてきた歴代の政権も、個別の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。そうした見解はひとつの憲法慣習といえる。

・それを一気に踏み越えたのが、2014年7月1日の閣議決定。それにもとづいて翌15年9月19日には安保法制が成立したとされ、その翌年16年3月29日から施行。

・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。

・ここに至って、防衛法制は、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。

2 安保法制のどこを違憲ととらえるか

・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。

・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(最高法規)と99条(憲法尊重用語の義務)により今般の安保法の制定はなされようもなかった。

・この状態を原状に戻させることは、憲法が強く要請するところ。

(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条違反の要点

・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。

・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、集団的自衛権を認めて、憲法9条に真っ向から反する。

・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。国際武力紛争に該当し、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項に反する。

・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、9条2項が保持を禁じている「戦力」そのものである。

・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。

・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。これも従来9条に反して許されないと言われてきたもの。

・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、外国軍用品等の輸送阻止のための停戦検査、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、きわめて軍事的戦時臨検を認めるもの。

・周辺事態法が、「重要影響事態法」へと衣替え。「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。

・自衛隊が「後方支援活動」・「搜索支援活動」等の支援活動をおこなう地域は、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。これまでは、「後方地域」（「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。

・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。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、「他国との武力行使との一体化」そのものの。

・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。自衛隊員の安全を確保する方法も考えがたい。

・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。

・国連平和維持活動（PKO）協力法の改正。安全確保業務と駆け付け警護を追加。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。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。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、「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。

・自衛隊法に95条の2が新設。米軍等他国軍隊の武器等防護のための武器使用を自衛官の権限として規定。自衛隊自身の武器等防護のための武器使用の規定（95条）の趣旨を、米軍等の外国軍隊にまで押し及ぼそうとするもの。外国軍隊の「武器等」とは、武器・弾薬等のほか、船舶・航空機まで含む。米軍の空母すら防護対象として否定されていない。

・米軍等の武器等が、「我が国の防衛力を構成する重要な物的手段」であるとするのは牽強附会もはなはだしい。

・外国の軍隊の武器等を警護するかどうかは、当該外国軍隊の要請にもとづいて防衛大臣が必要と認めることが要件とされているが（95条の2第2項）、その上で武器を使用するかどうかはあくまで現場の自衛官の判断。

・外国軍への何らかの侵害行為があり、その相手国等に対して自衛官による武器の使用がなされた場合、相手国から見れば自衛隊が反撃した場合と変わらない。それは、実質的な集団的自衛権の行使。その場合、閣議決定も内閣総理大臣の防衛出動命令もなく、ましてや国会の承認もないまま、戦争に突入する危険がある。

・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。一見にして明白な違憲立法。

(ii) 9条違反の論じ方

・9条違反それ自体を問うなら、日本国憲法は個別的自衛権についてもそれを行
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。

・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。(7.1閣議決定の政府解釈の論理逸脱を
論じてもいいのではないだろうか。報告者所感で後述。)

②民主主義、憲法改正・決定権の侵害

(一)

・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、改憲に匹敵する
国制の大転換であるから、憲法改正の提案をおこない、96条の手続きによって
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、少なくとも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。

(二)

・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が民主主義の侵犯。

・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。

・事前承認制を採ったのは新法の国際平和支援法だけ。

・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。

・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、政府は特定秘密に指定できる構造になってい
る。

・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。

(三)

・法案審議の過程は、議会制民主主義に求められる要件を充たしていない。

・世論においては、審議不十分の声が最後まで圧倒的多数。

・参議院が開催した地方公聴会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。

・7.1閣議決定の際、重大な憲法解釈の変更にもかかわらず、内閣法制局の審査
は前日1日のみで、「意見なし」と回答、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。

(2) 立憲主義そのものの破壊

(一)

今回の安保法制は、これまでのどれと比べても、立憲主義侵犯が鮮やかに立ち
現われ、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。

(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。

・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、
「解釈によるクーデター」。

・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。

- ・砂川事件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。

- ・政府は、7.1閣議決定の「新3要件」によって1972年政府見解（10月14日、参議院決算委員会）の基本的論理は維持されたとするが、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（「他衛権」と言うべきもの）とは、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。（報告者意見後述）

（三）

- ・政治的必要性の論理が法的安定性にとって替わった。
- ・「安全保障環境の変化」、北朝鮮および中国がもたらしている緊張関係が喧伝された。
- ・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。立憲主義の否定。

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、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。

- ・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）：「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」

- ・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。

- ・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、こ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体系的構造になっている。

- ・平和的生存権は、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。

- ・大西洋憲章が、「平和を確立することを願う」としていた。わが国憲法前文はその「願い」にあえて「権利」という概念を充てたところに固有の意味が認められる。

- ・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世紀的人権としての「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。

- ・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。

(2) 平和的生存権の裁判規範性

・日本国憲法の場合、前文は、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。

・前文が、上記のレベルでの法規範性を有することを前提にしつつ、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、議論がある。

・平和的生存権の裁判規範性の存否をめぐって、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審判決が裁判規範性を認めた以外は、長沼訴訟控訴審判決、百里基地訴訟第1審判決・控訴審判決・上告審判決などは、いずれも認めてこなかった。しかし、自衛隊イラク派兵訴訟の2008年名古屋高裁判決および2009年の岡山地裁判決が明瞭に肯定した。

2 平和的生存権の法的構造

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。

(1) 平和的生存権の権利内容

・深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』によれば、平和的生存権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。

・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。

・この(④の)場面で、平和的生存権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(筆者は)説く。

・小林武先生は、自著『平和的生存権の弁証』で、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。

・小林先生は、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とする。

・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。

- ・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。

- ・その場合、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。

- ・本件訴訟では、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、派遣を強いられる自衛隊員をはじめ、その家族、さらにすべての国民に及ぶといえる。

- ・被告国の依拠する裁判例・学説の引用法に、疑問を呈する。

- ・百里基地訴訟最高裁判決について、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触れていない。

- ・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。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。

- ・国側答弁書の学説への参照方法も疑問。

- ・伊藤正巳著『憲法（第3版）』は、主として判例を引用して考察に代えるという論旨で、肯定説との対論をとおして否定の見解を弁証しようとしたものではない。

- ・佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』も引用が不適切。同教授は、「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どうかにかかっている。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」と述べている。単純な否定論ではない。

（2）平和的生存権の根拠規定、享有主体、成立要件、法的効果

国側答弁書では、根拠規定、享有主体、成立要件、法律効果（法的効果）なども不明確という。

①根拠

- ・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」として明文で定めるところに求められる。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ことは、既に述べたとおり。

- ・平和的生存権の憲法構造全体の中での位置：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、第3章が個別の人権を保障していることを確認。日本国憲法が、伝統的には統治機構の一部である「戦争の法規」を第2章として、人権と統治機構に先行させている。戦争の放棄を人権と民主主義の前提条件と位置付けた構造を採用。

- ・「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。(筆者の力説する箇所ですべて3回言及(1回目の言及)。報告者所感後述)

- ・他方でまた、平和的生存権は、第3章の人権と結びつく。
- ・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。

②享有主体

- ・平和的生存権の享有主体については、学説が分かれている。
- ・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(第一の)見解。
- ・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(第二の)見解。
- ・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(第三の)見解。
- ・第一の見解(享有主体は国民個人)が多数説。第二および第三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、実質的に第一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成立要件

- ・成立の背景的要素の問題であるなら、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、確立してきたもので、日本国憲法成立後の採択された国連決議等でも確認されている権利。
- ・平和的生存権侵害が生ずるのはいつかの問題であるなら、9条違反の国家行為がなされたときに権利侵害は発生する。
(報告者は、上記より9条違反の国家行為がなされることが、同権利侵害が成立する条件であり権利を主張できる条件と理解した。)

④法的効果

- ・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):外国軍隊の駐留を許容し、基地を提供する日本政府の行為は、その根拠となっている安保条約・地位協定とともに、憲法9条に明白に違反し、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に、差止めの請求をすることもできる。

(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

- ・『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。
- ・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。』(2回目の言及)
- ・政府のいう「積極的平和主義」《proactive contribution to peace》は、本来、とくにヨハン・ガルトゥングなどによって説かれてきた「積極的平和主義」

《positive peace》とは似而非の概念。

・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、前者は、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。

・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。

・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。

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

・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普通科連隊を中心とした第11部隊に、いわゆる「駆け付け警護」や「宿営地共同防護」などの新しい任務を付与する閣議決定をおこない、よく12月から同部隊による新任務の運用が開始されている。(報告者の素朴な疑問後述)

・「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守る任務。

・「宿営地共同防護」とは、宿営地を他国部隊と連携して守る任務。

・南スーダンは2011年7月に独立。ただちに、国連が国連南スーダン派遣団(UNMISS)を創設しPKO活動にあたる。

・2012年1月に日本は陸上自衛隊施設部隊の派遣を開始。

・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。自衛隊は宿営地に避難。

・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。

・15年8月に和平合意ができたもののその後崩壊。

・16年2月に、南スーダン北部の国連施設が襲撃される。国連は政府軍の犯行と断定。

・16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300人以上が死亡。自衛隊は宿営地に避難。

・16年8月15日、国連安保理事会は、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。

・16年11月5日、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。

・そもそもPKO協力法は、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。

・(理由1:) 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、自衛隊がその一員として活動することは、「武力の行使」にあたる。

- ・(理由2:) 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「戦力」となる。
- ・1998年、同法は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。
- ・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」に該当する。
- ・安保関連法の一環としての改正PKO協力法の新任務：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・検閲等で任務遂行に必要な武器使用。
- ・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。

(2) 南スーダン PKO 訴訟における平和的生存権の主張

- ・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」ことを内容とするところ、被害者にならないという片面的なものではなく、加害者にもならないという双面的な人権。
- 平和的生存権は、
 - ・自衛隊員についていえば、自分が殺傷されないだけでなく、他人を殺傷することを強いられないこと。
 - ・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。
 - ・具体的には、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。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。
 - ・政府による違憲の行為から自衛隊員の生命を守り、国民すべての人間としての尊厳を守ることは、主権者国民の自らの平和のうちに生存する権利の内容をなすもの。この点で、平和的生存権は、個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、国民の共存的な権利である。
 - ・改正PKO協力法は、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。
 - ・任務遂行のための武器使用の際に、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る。こうした武器使用権限は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。
 - ・改正PKO法の建前は、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。
 - ・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。
 - ・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。

- ・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。
- ・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。
- ・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。
- ・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。
- ・それにもかかわらず、政府が法制を一変させた。
- ・自衛隊員が、他国のする戦争に加わって戦闘に身を賭すこと、その他国の相手国の兵士を殺害することから免れるためには、自衛隊を辞める以外に手立てはない。
- ・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。

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

・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。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。

・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。

・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。

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。

・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。

・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。

・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。

- ・それ（判決）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。

- ・名古屋高判は、控訴人の請求は斥けたが、「間接民主主義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。

- ・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。

③9条と平和的生存権の連結的理解

- ・『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。

- ・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与えられ「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。』（3回目の言及）

- ・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。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いる。

（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、名古屋高裁の翌2009年2月24日に岡山地裁が出した判決。

- ・この判決は、「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な人権として承認すべきであり、・・・すべての基本的な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・・・」との重要な結論を導いた。

- ・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、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。

結びにかえて 平和憲法の再生に資する違憲審査権の行使を

- ・今般、政府は、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。

- ・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。立憲主義の真っ向からの破壊。

- ・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。

- ・この権利の主張は、司法過程によようなじみ、裁判所でこそ解決がはかられてよいテーマである。

- ・裁判所に求められるのは、あくまで法的判断。

- ・原告らは、集団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・適切かを求めているのではない、法的正当性についての判断（を求めている）。

- ・この法的判断こそ、裁判所が本来仕事としてなりうることであり、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、またすべきでない。

報告者所感

1 平和的生存権について

平和的生存権の平和とは、現日本国憲法によって実現された七十余年にわたる戦争のない、戦争におびえることのない状態であり、世界のどの国や地域や民族からも敵視されることのない状態であること、そして戦前のように戦争に伴って徴兵制や国家総動員法や治安維持法等に生活をおびやかされることなく、国民一人一人が日々平穏無事に自由な暮らしを送ることができる権利だと自分なりに改めて感じた。

2 新安全保障法制の違憲性について

新安保法制の違憲性を改めて確認できた。同時に昭和47年政府見解の基本的論理についても論じてよいのではないだろうかと思う。(以下報告者の意見)

1. 7. 1 閣議決定では昭和47年政府見解の基本的論理の枠内に収まっておらず、違憲である。

2. そもそも存立危機事態における武力行使（自衛権発動）の新3要件は、国際的な自衛権の要件すら満たしておらず、集団的自衛権以前に自衛権そのものからも逸脱している。当然、専守防衛と矛盾する。ちなみに武力行使の旧3要件は満たしている。

3. 新安保法制は、政府の言うところの「集団的自衛権」の行使を可能にするためのものにとどまらず、米国等との軍事同盟条約による、国連を通さない私的な「集団安全保障」を実現するための手段となり得る。

具体的には、7. 1 閣議決定では上記の「基本的論理」の枠内に収まっており、ただ国際情勢の変化により帰結（あてはめ）が異なるだけとしているが、実は基本的論理自体を逸脱している。7. 1 閣議決定が逸脱した「昭和47年政府見解」における基本的論理2の中の二つの根幹部分：

1. あくまで急迫、不正の事態に対処するものであるにもかかわらず、「急迫不正」を勝手に削除。即時性、緊急性がなくとも政府の言う「集団的自衛権」の行使の余地を生み出した。

例えば、仮に刑法36条の条文から「急迫不正」の文言をはずしたとして、それでもなお正当防衛の法的基本的な論理は維持されると言えるのか？

2. あくまで国民の権利に着目した「国民のこれらの権利（生命、自由及び幸福追求の権利）を守るため」の法理から「我が国の存立を全うし、国民を守るため」へと「国民の権利ファースト」ではなく「国ファースト」の法理にすり替え、国民の幸福追求権がいまだ根底からくつがえされていない状態でも国の存立事態に言及するだけで、政府の言う「集団的自衛権」の行使の余地が生まれる仕掛けを施した。

基本的論理の枠組みを整理すると、

	昭和47年政府見解（武力行使の旧3要件）	H26. 7. 1 閣議決定（武力行使の新3要件）
目的と対象	目的は直接的に 国民のこれらの権利 （生命、自由及び幸福追求の権利）を守ること。対象は 国民の権利 。	目的は直接的には 国の存立を全うすること 、その上で国民を守ること。対象は第一に 国 、第二に国民。（左の政府見解の如く国民の権利を守るとは書いていない）
①必要性	有り	有り
②均衡性	有り	有り
③即時性（急迫性）	有り	無し

1841年のキャロライン号事件に関する「ウェブスター見解」を発展させ、国際法学者がまとめた自衛権行使の要件（国立国会図書館外交防衛課清水隆雄「国際法と先制的自衛権より」として）として：

- (i) 軍事的反撃が必要であるかどうか。（必要性の原則）
- (ii) その反撃は相手の攻撃とつりあっているかどうか。（均衡性の原則）
- (iii) その反撃が即座のものであるかどうか。（即時性の原則）

言い換えれば、①急迫不正の侵害に対する即座の反撃、②他にとるべき手段がない、③過剰な反撃でない、をすべて満たす必要があると思うが、新安全保障法制では満たしていない。

すなわち、新安全保障法制は、自衛権の要件さえ満たさず、本来の意味での「集団的自衛権」を行使する手段にはなっていない。それどころか、国連の下での集団安全保障ではなく、他国との軍事同盟条約による私的な「集団安全保障」を実現する手段となり得る。

3 南スーダン PKO 派遣の問題について

（報告者の素朴な疑問）

(1) 部隊編成は？「普通科」（「地上戦闘の骨幹部隊として、機動力、火力、近接戦闘能力を有し、・・・」（自衛隊 HP より））、施設科（「戦闘部隊を支援するため、各種施設器材委をもって障害の構成・処理、陣地の構築、渡河等の作業を行う・・・」（自衛隊 HP より））、中央即応集団（「国際平和協力活動等にかかる教育訓練を担当・支援するとともに先遣隊を派遣し、派遣部隊を指揮・・・」（自衛隊 HP より））等の割合は？戦闘要員と非戦闘要員の各人数は？

(2) 他人（日本の NGO や国連 PKO 要員等）の安全確保の前に自分（自衛隊員自ら）の安全確保は？

平成 29 年 4 月付防衛省作成の「UNMISS における自衛隊の活動について」では、派遣状況は司令部要員 4 名、施設部隊約 350 名で、施設部隊の構成は、派遣部隊指揮官（1 佐）の下に隊本部、本部付隊、施設器材小隊（大型重機主体の部隊）、施設小隊（マンパワー主体の部隊）、撤収支援隊、警備小隊、警務班となっている。また、陸上自衛隊のホームページでは、「2016 年南スーダン派遣施設隊（第 11 次要員）」は第 9 師団隷下の第 5 普通科連隊長田中一等陸佐を隊長に、第 9 師団主体とした隊員約 350 名となっている。

隊長は戦闘を行う歩兵の部隊である普通科連隊所属だが、名称からすれば、中心はやはり施設部隊（非戦闘要員中心の部隊編成）で、おそらく施設部隊員も新しい任務（「安全確保業務」及び「駆け付け警護」）遂行のための訓練を受けこの任務を命ぜられて派遣されたのであろう。

しかし、施設部隊の本来任務は、あくまでもジュバ市周辺で国連施設の整備、道路補修、給水支援等の活動を行うことであり、そもそも戦闘要員として育成されてはいない。その非戦闘要員を、わざわざ「戦闘現場」に駆けつけさせ「戦闘」を行わせること、さらには、戦闘要員であっても危害射撃の際、刑法 36 条（正当防衛）、37 条（緊急避難）に縛られる自衛隊員に、そういった制約が一切なく何の躊躇もなく攻撃できる相手方に対して、死ぬか生きるかの場面であえてそういった制約に加えて人数や土地勘などで不利な「ハンデ戦」を行わせることが、国として適切なことなのかどうか。現政権は自衛隊員の命を粗末に扱っていないか。