

独立論文

憲法9条訴訟と平和的生存権

河上 暁弘

広島市立大学広島平和研究所

はじめに

戦後日本の社会運動史、平和・人権運動史において、それがしばしば憲法訴訟という形をとって展開・発展したことは、特筆すべきことと思われる。

戦後、平和・人権・民主主義を基本原則とした日本国憲法が制定された。その中でも、他国の憲法と比較して、とくに特徴的なのは、平和主義原則である。憲法では、前文に、平和的生存権（「恐怖と欠乏から免かれ平和のうちに生存する権利」）¹の規定を置き、またその権利を保障するために、第9条においては、戦争放棄、戦力不保持、交戦権の否認という徹底的な平和主義条項を規定している²。

しかし、他方、戦後日本では、そうした非戦・非武装条項は、文字通りは実行されず、反対に、再軍備、米軍基地の維持・拡大、米国による戦争への協力、日米同盟強化の方向へと進み、また長年政権担当をしてきた与党・自由民主党の政治家などから憲法改正がしばしば提案されてもきた³。このため、日本の平和運動は、こうした動きに対抗する必要もあってか、憲法9条を護ることを主張し、憲法改正（明文改憲）の阻止を訴えてきた。この意味で、平和運動はしばしば「護憲運動」という形をとることとなった。このように、日本国憲法は、戦後政治、戦後社会運動において重要な争点となり続けてきたのである。

ただ、よく考えると、改憲を阻止するというだけではそれはただの現状維持にとどまる。また、政府・与党は、世論の反発・支持率低下・選挙への悪影響を受けやすい憲法改正を正面から政治日程に乗せることを避け、正規の手続きに基づく憲法改正ではなく、憲法解釈の変更・拡大・柔軟化等により自衛隊の保持、日米安保条約による米軍の駐留、自衛隊の海外派遣などを実行してきた（「解釈改憲」⁴とも呼ばれる）。そこで、もし日本において平和（正確には憲法9条が規定するような意味での平和）を実現しようとするならば、違憲の政治をただす（質す・正す）ことから始めて、憲法理念を少しずつでも実現しようとする運動⁵も行われる必要があり、また実際に行われてきた。本稿がとり上げる「憲法9条訴訟」、すなわち安保条約や自衛隊に対する違憲訴訟は、その支援運動も含めて考えるならば、そうした違憲の政治をただし、憲法理念を少しずつでも実現しようとする運動という文脈において理解することが可能ではないだろうか。

違憲の政治・政策をただそうと考えるならば、多くの国では、選挙によって政権交代を実現させるだけではなく、裁判所の違憲審査権の行使により、それをたすことも可能である。しかし、日本の場合、たとえばドイツに見られるような、憲法訴訟を、専門的に、そして最終的に審査する「憲法裁判所」が違憲審査を行うような制度をとらず、米国などと同様に、最高裁判所や下級裁判所といった通常の司法裁判所が具体的な紛争・事件の解決の際に必要な付随的に当該事件に適用される法令の違憲審査も行うという方式を採用している（付随的違憲審査制）。すなわち、司法権とは、「具体的な争訟について、法を適用し、宣言することによって、これを裁定する国家の作用」⁶であるから、違憲の立法がただ行われたというそれだけでは違憲訴訟は通常は提起できないものと解され、そうした違憲立法等により具体的な争訟事件が発生した場合、すなわち立法等により具体的な権利侵害などが生じ、それが民事・刑事・行政事件等の形で提起されるときにはじめて、司法機関たる裁判所が権限を行使でき、その際、適用される法令等に違憲の疑いがある場合に事件解決に必要な当該適用法令等の違憲審査も行われるという形態を典型例とする制度である⁷。このため、憲法9条訴訟⁸も、民事・刑事・行政事件の形をとって提起されることとなった。その点で、（訴えの利益・原告適格など）テクニカルな法的争点も多く、法律専門家以外には論点がやや理解しにくい面もあるが、しかし、他方、権利救済を基本目的とする司法裁判所において扱われる具体的な事件の形をとったものだからこそ、当該訴訟には、多くの場合、事件背景や事件そのものに（そのほとんどはかなり深刻な）人権侵害の存在があるということをまず確認しておきたいと思う。

その人権侵害の典型例は、かつては、軍事基地の問題であった。詳しくは後で触れるが、砂川事件は、米軍基地拡張に対する反対運動に関連して起きた刑事事件であり、恵庭事件は、自衛隊基地による騒音等の深刻な被害に対する住民側の対抗措置が刑事事件となって提起された事件であり、長沼ナイキ訴訟は、ナイキミサイル基地建設に伴い、洪水防止用の保安林の解除処分が行われたのに対して、その処分の違憲・違法性を問い、またその処分の撤回を求めた行政訴訟であり、百里基地訴訟も、自衛隊百里基地のための用地取得に関して、防衛施設庁のアグレッシブな用地買収行為とそれに対抗する基地反対派との間で起こった民事訴訟である。いずれも、基地被害と密接不可分な訴訟であり、そのことを無視して、原告・被告側双方の形式的な法律論のみの応酬を見てもその本質はとらえられないと思う。

また、本稿では、冷戦後、それら軍事基地関連訴訟とは異なる形で出てきた自衛隊海外派遣の違憲性を問う訴訟として自衛隊イラク派遣違憲訴訟もとり上げたいと思う。冷戦後の憲法9条訴訟（湾岸戦争関連の「市民平和訴訟」、PKO 違憲訴訟、テロ特措法違憲訴訟、イラク自衛隊派遣違憲訴訟等）には、それまでの訴

訟とは異なる、注目すべき変化が出てきたように思われる。

その変化とは、第1に、かつての訴訟は、安保条約・自衛隊のその存在自体の違憲性を問うものであったのに対して、冷戦後の訴訟は、自衛隊の海外派遣行為の違憲性を問うものであったことである（これらは、訴訟としては、自衛隊海外派遣行為についての差し止め請求、違憲確認請求、損害賠償請求を要求する訴訟として行われた）。この背景には、1980年代後半以降の日本の海外直接投資・海外権益の急激な増加とそれに伴い、自衛隊の主要な役割が「日本列島防衛」（むしろ日本に駐留する米軍の「反撃力」の防衛⁹）から「日本の海外権益防衛」へと変化してきていることがあると思われる¹⁰。

第2に、かつての訴訟は、軍事基地に対する訴訟、とくに基地化する農地を守ろうとする訴訟であり、その訴訟当事者・関係者の主体は、農民であったのに対して、冷戦後の訴訟には、そのようなバックグラウンドはほとんど見られない。この背景には、日本の経済構造が、農村型社会から都市型社会へと変化したことと関係があるだろう。冷戦後は、沖縄での反基地運動やそれに関係する訴訟等は別だが、主として、都市型市民による訴訟という側面が強いように思われる¹¹。

第3に、政府の軍事的活動に対する被害者の視点による訴訟から、加害者的視点の強調が見られるということである。それは、政府が米国の戦争に協力することに対する加害責任の追及と国民として政府の戦争政策への加担拒否ということを背景に持っているということでもある。こうした憲法9条訴訟の新たな変化も注目すべきであろう。

そして、戦後日本のこれらすべての訴訟において、多くの市民、弁護士、学者が参加し、「世論、弁論、理論の三論一体の平和的結集」（深瀬忠一）¹²が見られる点も重要であろう。主権者たる市民が、裁判を通じて、今の日本の政治・立法のあり方を問い、政治のあり方について憲法理念を実現するべく変えようとする行為そのものは、平和実現、人権保障、民主主義実現にとっては肯定的にとらえてもいいように思われる¹³。また、憲法訴訟は、学術研究にも大きな刺激と理論の進歩を促す契機を与える。本稿でとり上げる平和的生存権もそうだが、生存権や環境権などの理論の発展の背景にはすべて憲法訴訟の存在があったことを付言しておきたい。

これらのことをふまえつつ、以下、戦後日本の憲法9条の裁判について概観したい。

まず、第1章において、司法審査における日米安保条約・駐留米軍の憲法適合性の問題をそれが問題となった砂川事件を通じて考察したいと思う。また、第2 - 4章においては、司法審査における自衛隊の憲法適合性の問題を、恵庭事件（刑事事件、第2章）、長沼ナイキ訴訟（行政訴訟、第3章）、百里基地事件（民事事件、第4章）を通じて考察する。そして、第6章においては、自衛隊の存在それ

自体ではなく、その海外派遣が問題となった自衛隊イラク派遣違憲訴訟をとり上げて考察をしたい。

これらはすべて、安保条約・自衛隊の存在および根拠法（条約や法律）、又はその運用の憲法適合性が問題となっているだけではなく、軍事目的を理由とした国民の人権制限・人権侵害が許されるかどうかという点が問題となったという意味で、すべて平和的生存権が問題となったと言える。訴訟において、この平和的生存権が具体的にどのように扱われたかという点も可能な範囲でとり上げたい。以下、具体的に検討を進めたいと思う。

1. 砂川事件と日米安保条約・駐留米軍の憲法適合性

(1) 砂川事件の概要

駐留米軍砂川基地（東京都北多摩郡砂川町—現在は立川市）の拡張に反対する「砂川闘争」¹⁴において、1957年7月、土地測量に反対するデモ隊と警官隊が衝突し、その際柵が一部倒れ基地内に2～5メートルほど立ち入る結果となったことをもって学生や労働組合員が逮捕され、7人が当時の日米安保条約に基づく刑事特別法第2条違反（一般刑事法より重罰を科することができる）¹⁵に問われ起訴されたのが本事件である。1959年3月30日、第1審の東京地裁（伊達秋雄裁判長）は「日本が米軍の駐留を認めることは戦力の保持に当たり憲法9条に違反する」との判断を示し、そうした違憲の目的のために重罰を科することができる刑事特別法第2条は無効として、7人全員に無罪を言い渡した（伊達判決）。その後、国が一気に最高裁に持ち込む「跳躍上告」¹⁶を行い、1959年12月16日、最高裁は一審判決を破棄した。差し戻し裁判で1963年12月25日、7人全員の有罪（罰金2000円）が確定した¹⁷。第1審判決と最高裁判決の最大の違いは、憲法9条2項が戦力の不保持を定めているが、その保持が禁止される戦力に外国軍（駐留米軍）が含まれると解するか否かであると思われる。

(2) 砂川事件第1審判決（「伊達判決」）

第1審東京地裁判決（「伊達判決」）¹⁸では、憲法9条は、「自衛権を否定するものではないが、侵略的戦争は勿論のこと、自衛のための戦力を用いる戦争及び自衛のための戦力の保持をも許さない」、「戦争を国際平和団体に対する犯罪とし、その団体の国際警察軍による軍事的措置等、現実的にはいかに譲歩しても右のような国際平和団体を目ざしている国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的安全措置等を最低線としてこれによつてわが国の安全と生存を維持しようとする決意に基くもの」ということを確認した上で、安保条約によれば、駐留米軍は、日本防衛にのみ使用されるものではなく、米国が「戦略上必要と判断した

際にも当然日本区域外にその軍隊を出動し得る」ので、その場合、「わが国が自国と直接関係のない武力紛争の渦中に巻き込まれ、戦争の惨禍がわが国に及ぶ虞」があり、「合衆国軍隊の駐留を許容したわが国政府の行為は、『政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起きないようにすることを決意』した日本国憲法に精神に悖るのではないかとする疑念も生ずる」し、また、「合衆国軍隊がわが国内に駐留するのは、勿論アメリカ合衆国の一方的な意思決定に基くものではなく、……わが国政府の要請と、合衆国政府の承諾という意思の合致があつたからであつて、従つて合衆国軍隊の駐留は一面わが国政府の行為によるものということを防げない。蓋し合衆国軍隊の駐留は、わが国の要請とそれに対する施設、区域の提供、費用の分担その他の協力があつて始めて可能となるものであるからである。かようなことを実質的に考察するとき、わが国が外部からの武力攻撃に対する自衛に使用する目的で合衆国軍隊の駐留を許容していることは、指揮権の有無、合衆国軍隊の出動義務の有無に拘らず、日本国憲法第9条第2項前段によつて禁止されている陸海空軍その他の戦力の保持に該当するものといわざるを得ず、結局わが国内に駐留する合衆国軍隊は憲法上その存在を許すべからざるものといわざるを得ない」と指摘し、またそうした違憲の目的のため、国民に対して一般刑事法（本件では軽犯罪法）の規定よりも特に重い刑罰をもつて臨む刑事特別法第2条の規定は、憲法第31条（罪刑法定主義、適正手続保障）に違反し無効であり、被告人を無罪と判示している。

(3) 砂川事件最高裁判決

第一審判決に対して、最高裁大法廷判決（田中耕太郎裁判長・最高裁長官）¹⁹では、憲法9条は、戦争放棄、戦力不保持を定めているが、これにより主権国として持つ固有の自衛権は否定されたものではなく、「わが憲法の平和主義は決して無防備、無抵抗を定めたものではない」のであって、「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ため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」とした上で、戦力不保持による「わが国の防衛力の不足は、……必ずしも原判決のいうように、国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的な措置等に限定されたものではなく、わが国の平和と安全を維持するための安全保障であれば、その目的を達するにふさわしい方式又は手段である限り、国際情勢の実情に即応して適当と認められるものを選ぶことができる」し、「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」とする。その上で、憲法9条2項が、「戦力の不保持を規定したのは、わが国がいわゆる戦力を保持し、自らその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使することにより、同条1項において永久に放棄することを定めたいわゆる侵略戦争を引き起こすが

ごときことのないようにするためである」と解すべきであり、「同条2項がいわゆる自衛のための戦力の保持をも禁じたものであるか否かは別として、同条項がその保持を禁止した戦力とは、わが国がその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自体の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいう戦力には該当しないと解すべきである」としている。しかし、「本件安全保障条約は、……主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量の判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のもの」であるとして、安保条約そのものについては、いわゆる「統治行為」論（高度に政治的な問題に関する国家行為については司法審査の対象外とする法理論）に基づき、司法審査権の範囲外のものとして違憲・合憲の判断を回避した。

(4) 砂川事件判決（地裁判決・最高裁判決）についての考察

この2つの判決につき、以下、若干の考察を加えたい。砂川事件が起き第1審判決が下されるまで、学説は、旧安保条約成立当初は、当該条約や駐留米軍に対して、合憲論が有力であったとされる²⁰。

当時有力であった合憲論として、例えば、次のようなものがあった²¹。

- ①憲法9条2項で保持を禁止した戦力とは、日本国の戦力であり、日本国の指揮管理下でない他国の軍隊については何ら禁止していない（横田喜三郎）²²。
- ②憲法9条は、国連による安全保障の方式を認めている。また、そのような国連による集団的安全保障に至る過渡的措置として、外国軍隊の駐留を認めることは、憲法に反すると解する根拠は見出しにくい（宮沢俊義）²³。
- ③日米安保条約は、国連憲章52条の定める地域的取極に準ずべきものであり、また駐留米軍は実質的には国連軍の中核をなすものであるから、国連軍に準ずるものとして違憲ではない（『註解日本国憲法』）²⁴。
- ④条約が憲法に優位するので、日米安保条約の違憲性を憲法9条から導き出すことはそもそもできない（条約優位説、『註解日本国憲法』）²⁵。
- ⑤憲法9条が戦力の保持を禁止したのは日本の軍国主義の復活を阻止するためであった。米軍駐留は日本の軍国主義復活を監視する意味を持つものであり、その意味では、9条の趣旨に反しない²⁶（後の「ビンの蓋」論とも共通性が見られる）。

しかし、この砂川事件以降、学界の趨勢は違憲説に一気に傾き、地裁・最高裁の2つの判決に対しては、伊達判決を評価し最高裁判決を批判するものが大勢となっていく²⁷。代表例として小林直樹の見解²⁸を見ることとしよう。

まず、条約優位説²⁹に対して、「国の意思で締結される条約が、国家の基本法（とくにその統治の基本体制と基本価値である人権規定）に優位し、これを変更しようと考えるのは、重大な自己矛盾」であり、「また実際に、条約締結権は憲法によって与えられ、その手続きも憲法で規定されている点で、条約を憲法に優先させることは背理というべきである」³⁰と指摘した。また、「統治行為」論についても、司法権のあり方等を考えれば、原理上この「統治行為」的問題の存在を認めることはやむをえないが、それは「その範囲を極小化し、極限的な場合のみ限定」すべきであり、とくに、たとえ高度に政治的な問題であっても、「憲法の基本価値特に人権問題に根本的にかかわる場合には、統治行為の名目で審査を回避することは許されないとすべきであろう」³¹と指摘している。

また、駐留米軍を国連軍に準ずるものなどとして合憲と解する見解に対しては、「現在の駐留軍は、事実上も法律上も、国連（警察）軍ではない。それは逆に、国連を構成する他の巨大国を仮想敵としたアメリカという特定国が…その世界戦略的なナショナル・ポリシーに基づいて派遣した戦力であって、それを国連軍または準国連軍だと規定するのは、あまりにも現実を無視した観念的定義であるといわねばならない」³²と厳しく批判している。

また、憲法9条2項で保持を禁止した戦力とは、日本国の戦力であり、日本国の指揮管理下でない他国の軍隊については何ら禁止していないという説に対しては、「危険な可能性をはらむ戦力が、日本の所有する軍隊ならば違憲であり、日本国民のコントロールに服しない治外法権的な駐留軍—それはその存在において確実に日本の独立と主権を傷つける—ならば合憲だというのは、話がアベコバだということにならないか」³³と批判しているのである。

こうした安保条約・駐留米軍違憲説は、この砂川事件判決が出た頃から学界において多数説となって行く。しかし、他方、砂川事件最高裁判決は、安保条約について違憲説を採ることなく、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のもの」といった論理を提示したが、それはその後も、判例として司法部内に大きな影響を与えている。この最高裁の論理について、もう少し検討を加えてみたい。

まず、最高裁の解釈論の姿勢についてであるが、多数意見のみならず、各裁判官の個別の意見を含めて、どれも結論を導き出す根拠としては条約の文言をただそのまま引用するのみで、条文上はこう書いてあるから、平和に反するものではない、憲法の精神に反するものではないと論じていて、どうやら「文面審査」しか行っていないようであり、司法審査にとって必要不可欠なものであるはずの「立

法事実³⁴を検討しようとした形跡すらうかがえない。これは、安保条約や駐留米軍の機能や実態に注意を払って解釈をした1審の伊達判決と著しく異なる点であるが、古今東西どんな軍事同盟の条約も条文上は平和や安全を謳い上げている場合が多いので、文言だけを根拠とするなら、ある条約や法律を「一見明白に違憲無効」とするのは相当に困難であろう³⁵。仮に、安保条約が実際にどう運用されているか、駐留米軍がどのような機能を果たしているかということを経験者が審査することが難しいとしても、どう運用されるか、最悪の場合はどうなるか、その歯止めが条文上どの程度ありうるかくらいの判断は解釈論上も可能なはずであるが、それすらまったくと言っていいくらい検討していない点は大いに問題であるように思われる。

また、最高裁は、安保条約が「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するもの」であるとしながら、「その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない」、「右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のもの」「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のもの」と言う。しかし、このような論理には、法理論としても、「統治行為」論、国会ないし内閣の裁量論、「一見明白」論という複数のものが混合していて論理一貫性を欠くという重大な理論上の欠陥を指摘するもの（古川純）³⁶もある。しかし、それにもかかわらず、沖縄における職務執行命令訴訟（1996年8月28日最高裁）³⁷などのように、今でもこの判決を当然のように引用するケースが目立つことは問題であろう。この点では、古川純が、「砂川判決が統治行為論の先例としての価値があるかは疑問」であり、憲法9条関連裁判で下級審判決が砂川最高裁判決の判旨に依拠しながら「統治行為」論を肯定することは「批判されなければならない」と指摘しているのは首肯できる³⁸。

この砂川事件最高裁判決の論理は、駐留米軍は憲法9条2項が保持を禁止している「戦力」には該当しない、だが安保条約自体は「統治行為」論ないし裁量論的な観点から違憲とも合憲とも判示できない司法審査の範囲外の問題というものである。ただ、司法審査が及ぶか否かはともかくとしても、理論上は、駐留米軍は9条2項が禁止する戦力保持には当たらないが、安保条約自体が違憲であるから駐留米軍も違憲という判断も解釈論としては存在しうるわけで、つまり、駐留米軍の違憲性・合憲性と安保条約の違憲性・合憲性は両方をセットで論じなければ、それが憲法上認められるものか否かということは答えが出ないはずである。最高裁の論理は、たまたま駐留米軍は憲法9条2項が禁止している戦力には当たらないということだけは司法判断ができたけれども、司法審査権の限界との関係

で、そのおおもとたる安保条約が憲法に違反しているか否かは判断できないと言っているわけであるが、この論理に対して、駐留米軍のみ取り出して最高裁が駐留米軍を合憲と判示したと評価するとか、ましてや安保条約を合憲と判示したと評価するのは、やや行き過ぎた評価ではないかと思われる。むしろ、実質的には、安保条約に関わることについては、最高裁は憲法判断を未だしていないと解すべきではないかと私には思われるのである。

ましてや、この砂川事件は、旧安保条約の頃のものである。その後、1960年には現在の新安保条約（「日本国とアメリカ合衆国との間の相互協力及び安全保障条約」）が締結されている（さらには冷戦後、日米安保共同宣言や新ガイドラインを見てもわかる通り、安保条約の実態・運用は日本および「極東」の安全保障にとどまらないグローバルなものとなっている）。その意味で、砂川事件の最高裁判決は、現在の安保条約およびその下で置かれている駐留米軍に対してそのまま先例・判例になるようなものではないのではないか。この点は今後、大いに再検討されるべき問題であるように思われる³⁹。

次に、実体論との関係で、ここで触れておきたいのは、駐留米軍と国連軍、そしてそれらと日本国憲法の平和主義との関係である。駐留米軍は、国連軍ではなく、またそれに準ずるものであるという根拠は何ら明確ではなく、むしろ、駐留軍は、アメリカにとっては集団的自衛権の行使のための軍隊であるのに対して、国連軍は、集団安全保障の実施のための実力部隊であり、法的性格は異なる。また、仮にこの点をおき、駐留軍が仮に国連軍あるいは国連軍に準ずるものとしても、その駐留は違憲と思われる。日本国憲法の平和主義は、そもそも軍事力による紛争の防止・解決は、自国の防衛のためであれ、一切行わないことを規範内容としていると解される。仮に国連軍による日本駐留であれ、それが軍事力による紛争の防止・解決のものである以上は、憲法上認められないものというべきであらう⁴⁰。

さらに、理論の問題ではないが、最高裁判決の前に、伊達判決に衝撃を受けた米国（マッカーサー大使）より同判決の破棄を狙って藤山愛一郎外相に最高裁への「跳躍上告」を促す外交圧力をかけたり、最高裁長官と密談するなど露骨な介入を行っていた点、そして田中裁判長自らも公判の望ましい方向性や日程の見通し等を漏らしていたとされる点などが公文書により今日明らかになっており、重大問題ではないかと思われる（判決を無効とすべきとの意見も出るだろう⁴¹）。この一点だけとっても、この砂川事件最高裁判決は、今日再検討されるべきではないかと思われる⁴²。

2. 自衛隊裁判－1 恵庭事件

安保条約については、条約の違憲審査、条約の遵守義務という問題も含み、純粹な日本の軍事力の保持や軍事目的による国民の人権制限のケースとして違憲審査をすればいい問題とは言い難い面もあった。しかし、自衛隊に関する訴訟は、まさに、日本の軍事力の保持や軍事目的による国民の人権制限のケースの問題そのものであったため、裁判においてどのような理論が展開され、また判例がどのような態度をとったかはより重要であるように思われる。ここでは、恵庭事件、長沼ナイキ訴訟、百里基地事件を、自衛隊の憲法適合性と平和的生存権の問題に焦点を当てつつ、ごく簡単に概観してみたい。

(1) 「恵庭事件」の概要と判決内容

この「恵庭事件」は、自衛隊それ自体の違憲性が問われたはじめての刑事事件として知られる。事件の概要は次の通りである。

北海道千歳郡恵庭町（現恵庭市）の酪農民が自衛隊法第121条違反（防衛器物損壊罪、刑法第261条の器物損壊罪より重罰を科する）⁴³に問われ、当該規定およびこれを含む自衛隊法全般ないし同法によって存在が認められている自衛隊が日本国憲法第9条、前文等の諸条項に照らして違憲であることが争点として注目された刑事事件である。

北海道恵庭町で、自衛隊演習場の近隣で酪農を営んでいたが、米軍機や自衛隊機の超低空飛行訓練や実弾射撃訓練などの騒音などにより牛乳生産量の激減や牛の死亡例が相次いだと主張する2人の兄弟（野崎建美、野崎美晴）が、「境界付近での射撃訓練については事前に連絡する」と自衛隊が確約していたにもかかわらず、1962年12月に、自衛隊にその確約を破られたことに対して中止申し入れを中隊長にしたところ、上官の命令だからやめさせるわけにいかないと相手にされず、「では演習を止めさせてもらうために自衛隊の着弾地点との通信回線を切断しますよ」と通告したところ、（おそらくそれを本気にしなかったであろう）当該中隊長に「ああどうぞ」と回答されたことを受けて、通信線をペンチで切断した。これに対し、検察は、通信回線は自衛隊法第121条の「その他の防衛の用に供する物」に該当するとして（刑法261条が規定する通常の器物損壊罪ではなく、それより重罰を科す）防衛器物の損壊（自衛隊法第121条）を理由に起訴したのが本事件である⁴⁴。

第1審の札幌地方裁判所の1967年3月29日判決⁴⁵では、通信回線は自衛隊法121条の「その他の防衛の用に供する物」に該当しないとして、被告人に無罪を言い渡した。また、自衛隊の憲法判断に関しては、被告人の行為が無罪である以上、憲法判断を行うべきではないとして、憲法判断は回避をした。検察は上訴を

せず、また無罪となった被告人の上訴は訴えの利益がないとして上訴できないため、無罪が確定した。この判決の法理を見てみたい。

判決はまず、「刑罰法規は、その構成要件の定め方において、できるかぎり、抽象的・多義的な表現を避け、その解釈、運用にあたって、判断者の主観に左右されるおそれ（とくに、濫用のおそれ）のすくない明確な表現で規定されなければならないのが罪刑法定主義にもとづく強い要請である」として、自衛隊法121条の定める「その他の防衛の用に供する物」という表現は、抽象的、多義的であるから、その解釈に際しては、同条の定める「武器、弾薬、航空機」という「例示物件とのあいだで、法的に、ほとんどこれと同列に評価しうる程度の密接かつ高度な類似性のみとめられる物件」を指すというべきであり、このような観点から本件通信線を検討してみると、「本件通信線が自衛隊の対外的武力行動に直接かつ高度の必要性和重要な意義をもつ機能的属性を有するものといえるか否か、自衛隊の物的組織の一環を構成するうえで不可欠にちかいだけの枢要性をそなえているものと評価できるか否か、あるいは、その規模・構造等の点で損壊行為により深刻な影響のもたらされる危険が大きいと考えられるかどうか、ないしは、同種物件による用法上の代たいをはかることが容易でないと解されるかどうか」、これらすべての点に照らして多くの実質的疑問が存在するので、このような場合には、「罪刑法定主義の原則にもとづき、これを消極に解し、『その他の防衛の用に供する物』に該当しないものというのが相当である」として、被告人の行為は自衛隊法第121条の防衛器物損壊罪の構成要件に該当しないと判断した。そして、裁判所が「違憲審査権を行使しうるのは、具体的な法律上の争訟の裁判においてのみであるとともに、具体的争訟の裁判に必要な限度にかぎられる」とし、このことを、本件のような刑事事件に即して言うならば、「当該事件の裁判の主文の判断に直接かつ絶対必要なばあいだけ、立法その他の国家行為の憲法適否に関する審査決定をなすべきことを意味する」とする。したがって、被告人の行為について、自衛隊法121条の構成要件に該当しないと結論に達した以上、もはや、「憲法問題に関し、なんらの判断をおこなう必要がないのみならず、これをおこなうべきでもない」と結論づけ、自衛隊および自衛隊法に対する憲法判断を回避しつつ被告人を無罪と判示した。

(2) 恵庭事件判決の検討—無罪判決の意義

ここでまず検討すべきは、自衛隊（法）の憲法適合性を判断せずに、裁判を終了させた裁判所の態度（憲法判断回避論）の妥当性である。

これについて、判決当時、評価・学説は分かれた。「裁判所の憲法判断は、それをしなければ、裁判所の結論が出せないという場合にだけなされるべきであり、憲法判断をもち出さずに裁判がじゅうぶんにできる場合には、憲法判断をするに

及ばないだけでなく、そういう場合には、むしろ、憲法判断をすべきでないとして本判決のような憲法判断の回避は妥当とする宮沢俊義説⁴⁶、この見解に反対し、「違憲性のうたがいのある法律を適用する場合に、裁判所は憲法判断をしないで結論をだすことができるものであろうか、ある法律が合憲であることがその法律を具体的事件に適用するについての論理的前提でなければならない」と指摘して憲法判断先行説に立つ有倉遼吉説⁴⁷の応酬があり、両説には、裁判官がその必要性なしとして憲法判断を避けたいと考えればいくらかでも憲法判断が回避できるかのように読めてしまう宮沢説も問題だが、有倉説のように、裁判所が法律の違憲性が疑われる場合にはいかなる場合にも憲法判断をしなければならないかのように解され、かつ憲法判断をしなくても有効適切に問題解決ができる場合に憲法判断をしなかった場合でさえも、裁判所が訴訟で問題となっている法律を合憲と解したかのようにとらえるというのも硬直的な理解ではないか⁴⁸という難点があった。これらの学説に対して、重大な違憲状態にある場合に種々の具体的関連要因を総合して十分に理由がある場合には憲法判断により事件を解決することもありうるといった折衷説的な見解を述べる芦部信喜説⁴⁹が提起され、現在ではこの芦部説が学界では有力である。

この恵庭事件判決の憲法判断回避の姿勢をどのように評価すべきであろうか。判決の構成要件不該当という法理は、一見もっともらしく見える。しかし、本件で被告人らが切断した通信線は、「武器、弾薬、航空機」と比べて、確かに価格等は安価なものではあるが、その価値は戦争においては勝敗を左右しかねない重要性を持つものである。判決の言うところの、「武器、弾薬、航空機」に準ずるような、「自衛隊の対外的武力行動に直接かつ高度の必要性と重要な意義をもつ機能的属性を有するもの」であったと言えなくもない。もしそうであるとすれば、被告人らの行為は、少なくとも外見上は、自衛隊法121条の構成要件には該当していたと評価すべきであろう。ただし、違法性の認定の段階で、自衛隊法の同規定が違憲であるがゆえに違法性はなく無罪であると判示されるべきであったと思われる。この点では、構成要件不該当の法理は、「少なくとも本件に即して言えば、ことさらに憲法判断を回避するために工夫された論理テクニク」⁵⁰との指摘が当てはまるように思われる。

しかし、とにもかくにも、軍事基地通信線遮断行為に無罪判決が出たことの意味は、実は大きいように思われる。もともと本事件の最大の問題は、この刑事事件で、もし有罪が確定すれば、自衛隊および自衛隊法は合憲であり、自衛隊の国防軍事目的のために一般国民の基本的な人権が侵害抑圧されることも合憲・合法であるということの司法的先例となりかねないという憲法体系・人権体系上の重大問題であった⁵¹。恵庭裁判に特別弁護人としても参加し、『恵庭裁判における平和憲法の弁証』⁵²を物したことで知られる、深瀬忠一も、だからこそ、本判決の

意義について、無罪判決によって、被告ひいては一般国民の「平和に生きる権利」が、自衛隊の「防衛」目的を保護する自衛隊法の重罰規定によって侵害抑制を蒙る突破口を作ることを拒否されたことについて高く評価し、判決は、実質的に、国民のこの「平和的生存権」に対する「防衛」=国防・軍事目的による直接具体的な侵害抑制を否認することによってそれを守ったと言える⁵³、としている。

このように考えてみると、恵庭事件判決の憲法判断回避の姿勢は、世に「肩すかし判決」とも呼ばれ、そのことの意義を評価しない意見が多いようにも見えるが、人権、とくに平和的生存権保障にとって極めて重要な意義を有していたのである。

3. 自衛隊裁判－2 長沼ナイキ訴訟

(1) 長沼ナイキ訴訟の概要と判決

自衛隊について本格的な憲法裁判としてもっとも有名な長沼ナイキ訴訟⁵⁴の事件の概要は次の通りである。

防衛庁は、第3次防衛力整備計画に基づき、北海道夕張郡長沼町にナイキ・ハーキュリーズ型地对空ミサイルの発射基地を設置するため農林大臣に保安林の指定解除を求め、農林大臣は、森林法26条2項に基づき、保安林指定解除処分を行った。そこで、原告住民は、憲法第9条に違反する自衛隊のミサイル基地建設の目的でなされた保安林解除処分は違憲無効であり、また違憲の自衛隊のミサイル基地建設は、森林法26条2項によって解除の要件としている「公益上の理由」に該当しないから、処分は違法として、同処分の取り消しを求める訴訟を提起した。

第1審札幌地裁（福島重雄裁判長）は、1973年9月7日、自衛隊の違憲性と平和的生存権の法的権利性を認めた上で、原告全面勝訴の判決を下した（「福島判決」）。これに対して、控訴審札幌高裁（小河八十次裁判長）は、1976年8月5日、権利としての平和的生存権を否認するとともに、住民の訴えは、洪水防止のための代替工事によって法的に争う利益がなくなったとして第1審判決を取り消した。さらに、主文に必要なない憲法的「見解」を「付加」し、「統治行為」論に立ち、自衛隊の問題に司法権が介入すべきではないと説いた。続いて、上告審たる最高裁第一小法廷（団藤重光裁判長）は、1982年9月9日、控訴審と同様に、住民の訴えは、洪水防止のための代替工事によって法的に争う利益がなくなったとして住民の上告を棄却した（ただし、団藤裁判長は、洪水の危険性解消の問題につき慎重に審理をやり直すべきとして破棄差し戻しの反対意見を付加）。ただし、最高裁は、自衛隊について、控訴審の「統治行為」論を引き継いだわけではない。本件の司法判断・判決の結論を導くのに必要がなかったので、自衛隊についての憲法判断をいっさい行うことなく、本件保安林解除処分に関する判決を下

したのである。

(2) 長沼ナイキ訴訟判決法理の検討（「福島判決」を中心に）

ここでは、自衛隊違憲判決と平和的生存権の裁判規範性を認めたことで知られる、札幌地裁判決（「福島判決」）の法理を中心に見ていきたいと思う。重要な点は、①違憲審査権のあり方、②平和的生存権の法理、③憲法の平和主義条項解釈と自衛隊の憲法適合性の3点であるように思われる⁵⁵。

第1は、裁判所の違憲審査権の行使の仕方についてである。一審判決は、裁判所および違憲審査制度のそもそもの役割を深く検討し、結果的に違憲審査権を積極的かつ厳正に行使したのに対して、控訴審判決は、「統治行為」論を用いて、自衛隊の憲法適合性についての判断を回避した。これに対して、最高裁は、一審の違憲論も控訴審の「統治行為」論も採用せず、憲法判断それ自体を行わず訴訟を終局させた。

まず注目すべきは、一審判決が提起した法理である。同判決では、裁判所の違憲審査のあり方に対して、次のように指摘する。

三権分立原理や司法権が民主的基礎に欠けることなどからすると、裁判所の違憲審査権の行使については、一定の慎重さが求められるが、しかし、①憲法の基本原理に対する黙過することが許されないような重大な違反の状態が発生している疑いが生じていること、②その結果、当該争訟事件の当事者をも含めた国民の権利が侵害され、または侵害される危険があると考えられること、③裁判所が憲法問題以外の当事者の主張について判断することによってその訴訟を終局させたのでは、当該事件の紛争を根本的に解決できないと認められることが充たされる場合には、違憲審査権を行使すべきであるとする。なぜならば、「もしこのような場合においても、裁判所がなお訴訟の他の法律問題だけによつて事件を処理するならば、かりに当面は当該事件の当事者の権利を救済できるようにみえても、それはただ形式的、表面的な救済にとどまり（同一の紛争がまた形を変えて再燃しうる）、真の紛争の解決ないしは本質的な権利救済にならないばかりか、他面現実に憲法秩序の枠を越えた国家権力の行使があつた場合には、裁判所みずからそれを黙過、放置したことになり、ひいては、そのような違憲状態が時とともに拡大、深化するに至ることをもこれを是認したのと同様の結果を招くことになる」からであるとする。こうした違憲審査権行使の基本姿勢は妥当であるように思われる。

なお、同判決は、「統治行為」論についても、①そもそも何をもって「高度の政治性」「国家統治の基本」などというかは極めて流動性に富み、このような曖昧な概念には、広汎な解釈を与えることも可能にするおそれがあること、②法令等の憲法適合性が問題とされる場合には、多かれ少なかれ同時に政治性を伴うこ

とは不可避であり、また、その法令等が少なくとも国家統治の基本と無関係なものは存在しないと言わなければならないということ、③このような曖昧な概念をもって、司法審査の対象外とされる国家行為の存在を容認すると、それらの概念が、ときには極めて危険に拡大解釈され、そして裁判所は、国家行為の過誤から国民の基本的人権の救済を図ることなく、かえってみずから門戸を固く閉ざさざるをえなくなるおそれがあることの3点を挙げ、本件において「統治行為」論が採りえないことを明示したこともまた妥当な指摘であったように思われる。

これに対して、自衛隊について「統治行為」論を適用すべきとした控訴審判決には学界においても批判が強い。とくに、主文に必要なない憲法的「見解」を「念のため」として「付加」したことに対しては、浦部法穂は次のように指摘しているのは参考となる。

「判決主文の判断と関係なく、『念のため』に憲法判断をすることは、それじたいとしては別に悪いことではない。しかし、この判決の『憲法判断』は、結局、『統治行為』だから司法判断になじまないということなのだから、わざわざ付加しなければならないようなたいそうなものではない。しかもその『統治行為論』たるや、理論的吟味にまったくたえないめちゃくちゃである。この判決の傍論は、まさに暴論である。そして、それは、一審の違憲判断を、必要もないのにわざわざ否定したという点で、きわめて政治的な意図をもったものである。もっとも、逆の見方をすれば、こういう暴論でしか一審の違憲判断をひっくり返せなかったという意味において、この控訴審判決は、一審判決の理論的正当性を反面から証明したものと言えるだろう。」⁵⁶

この控訴審のような自衛隊についての「統治行為」論の適用については、最高裁も採用はしなかった。このこと意義については、平和的生存権、自衛隊の憲法適合性の問題のところで述べたいと思う。

第2は、平和的生存権の法的権利性・裁判規範性についてである。第一審判決は、森林法を憲法の秩序のなかで位置づけ、保安林制度の目的も、こうした規定は帰するところ、憲法の基本原理である民主主義、基本的人権尊重主義、平和主義の実現のために地域住民の平和的生存権を保護しようとしているものと解するのが正当であるとし、したがって、もし、森林法上の処分によりその地域住民の平和的生存権が侵害され、また侵害される危険がある限り、その地域住民にはその処分の瑕疵を争う法律上の利益があるが、「ナイキ基地は一朝有事の際にはまず相手国の攻撃の第一目標になるものと認められる」から、原告らの平和的生存権は侵害される危険があり、しかも、このような侵害は、いったん事が起きてからではその救済が無意味に帰するから、この点からも原告らには本件保安林指定の解除処分の瑕疵を争い、その取消しを求める法律上の利益があるとし、住民の平和的生存権の法的権利性・裁判規範性を正面から認めたのである。この点では、

当時の学界の通説を一步抜く先進性を持っていたし、また、この判決を契機に、平和的生存権は学界でもさらに理論の緻密化が進められ、そしてその後の裁判においても、しばしば平和的生存権を根拠として訴えが提起されることとなったことは大きな意義を持つと言えよう。

これに対して、控訴審判決は、「裁判規範として何ら現実的・具体的内容を持つものとして具体化されているものではない」などとして平和的生存権を否認したが、最高裁は、訴えの利益論のみの判断に終始し、平和的生存権をめぐる控訴審判決に対する上告人側の批判については、最高裁の「結論に影響のない点についてその判示の不当を言うものにすぎない」として、どちら側にもつかず、本件判断とは無関係であることを示したのみであった。しかし、最高裁判決においては、本件森林法26条2項にいう「公益」判断の適法性・適憲性が自衛隊の施設の設置目的と作用との関係で「実体上の問題（として）重要な論点となりうる」ことを明示的に留保し、自衛隊の国防・軍事目的と作用のため諸実定法の「公益」判断において国民の権利・自由（「平和的生存権」）を侵害・抑制しうるかを、裁判所が憲法問題を含めて実体的に審理・判断することがありうることを示唆していることに注目すべきである⁵⁷。

第3は、憲法の平和主義の解釈と自衛隊の憲法適合性についてである。一審判決の第9条解釈は、学界の通説（「2項全面放棄説」：1項では侵略戦争を放棄し、自衛戦争等は放棄していないが、2項で戦力不保持、交戦権否認を規定している結果、侵略、自衛、制裁戦争すべてが結果的に放棄される）にほぼ沿うものであって、「模範的」な解釈⁵⁸とでも言うべきものであった（私見は「1項全面放棄説」を採用ので一致できない点もあるが結論は大きくは変わらない）。また、自衛隊を「外敵に対する実力的な戦闘行動を目的とする人的、物的手段としての組織体」と認められるので、軍隊であり、憲法9条2項によってその保持を禁じられている「陸海空軍」という「戦力」に該当するとして、自衛隊および自衛隊法を違憲と判示したことは、これまた学界の通説に沿うものであるから常識的な判決であったとはいえ、重要な判断であった⁵⁹。現在まで、自衛隊を違憲と判示したものはこの福島判決のみであり（ただし自衛隊を合憲と明確に判示したものはない）、その意味でも重要な判決であったと言える。なお、さらに、同判決が、自衛隊の違憲性の指摘にとどまらず、「国民の英知と努力によつてよりいつそう数多くの種類と方法が見出されていくべき」として、軍事力によらない自衛行動の諸手段の例示と今後の課題の提示をしたことは注目に値するように思われる。

これに対して、控訴審は、「統治行為」論、最高裁は、違憲、合憲、「統治行為」論のいずれの立場にも立たず憲法判断を回避した。このように、自衛隊は、未だ司法機関においてその存在の憲法適合性を獲得するには至っていないのである。その意味では、政府は自衛隊が今後とも違憲の謗りを受けないためにも、それが

戦力、軍隊ではないということを弁証し続けなければならない、そのこと自体が、諸外国と比べれば、軍拡や海外での軍事行動に枠をはめつづけるであろうし、かつ自衛隊の活動を確保するための人権制限には慎重な姿勢をとらざるを得ないと判断する可能性を持っている点では大きな意味を持っているように思われる。

4. 自衛隊裁判－3 百里基地訴訟

(1) 百里基地訴訟の概要と判決

百里基地訴訟は、自衛隊基地建設用地買収をめぐる民事事件であり、その中で自衛隊の違憲性が争われた事件である。国（防衛庁）が茨城県小川町の百里原に基地建設を計画し、土地の入手を進めていた当時、当初は1958年3月に地主Xと地元の基地反対同盟員Yとの間で土地売買契約が締結されていたが、売買代金残金の一部が不払いであるとして債務不履行を理由に地主側により解約され、土地を国に売り渡した。そこで、Xおよび国により反対同盟員Yを相手として所有権移転登記と仮登記の抹消、および国の所有権確認の本訴等が提起された。またYも所有権確認の反訴を提起した。

憲法上の主な争点は、①国による本件売買契約締結は、憲法98条1項「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」で言うところの「国務に関するその他の行為」に当たり、憲法9条に反し無効となるかどうか、②憲法が直接適用されないとしても、平和的生存権を侵害するものであって、民法90条の「公序良俗」違反で無効となるかどうか、といった点である⁶⁰。

第1審判決⁶¹は、Xと国の請求を認めYの反訴を退けたが、自衛隊については、自衛のための必要最小限度を超える違憲のものであるかどうかの判断は「統治行為」として一見極めて明白に違憲無効と認められない限り司法審査の対象とはならないとした。

これに対して控訴審判決⁶²は、判決理由において憲法9条に触れることなく、また「統治行為」論を採ることもなく、国が私人と対等の立場に立って行った私法上の行為には憲法の適用はないという理由で控訴を棄却した。

最高裁判決⁶³も、控訴審と同様に、国が私人と対等の立場に立って行った私法上の行為には憲法の適用はないという理由で上告を棄却した。

(2) 百里基地訴訟における平和的生存権

日本の軍事基地は、沖縄を除いて、戦前において旧陸・海軍の軍事基地であった土地が戦後もそのまま米軍や自衛隊の基地として利用されている場合が多い。しかし、百里基地の場合は、元は、戦中、海軍航空隊基地形成のため、強制的に

土地も家も取り上げられ、コンクリートで固められた土地に、戦後、国は、新憲法の下でもう戦争はしないから食糧増産に励んでほしいなどと述べて、開拓農民に開拓要請をして、開拓が行われた入植地であったとされる。その地に、今度は、防衛庁は、航空自衛隊百里基地建設計画を発表し（1956年）、地元では反対運動が繰り広げられる。それを防衛庁は、機動隊に守られながら、基地建設資材の強行搬入を繰り返す一方で、反対派農民を分断、買収、利益誘導、脅迫（逮捕のほめかし）など、あらゆる手段で切り崩し、土地買収工作を続けた中で起きた事件である⁶⁴。

だから、形式上は、公権力の行使ではなく、国と地主の私法上の契約の合法性・有効性にかかわる問題（その限りにおいて民事訴訟によって争われる問題）であるが、むしろ実態は、国がいかにか農民たちを追い込んで土地を売らざるを得ない現実を作り出してきたか、とくに、訴訟当事者である地主が過去に行った抗議デモ・土地への立ち入りをとりあげ逮捕することをほめめかすなどして土地を売るように執拗に説得してくる公安警察や防衛施設庁による圧力、基地工作費による「買収」工作の激烈なあり方、憲法違反の国の公権力行使の実態こそが問題とされなければならない事件であった⁶⁵。

1 審判決は、憲法9条2項の戦力不保持規定を、侵略戦争遂行能力を有する人的物的組織体の保持を禁止する規定と極めて限定的にとらえ、本件売買契約締結当時（1958年）の自衛隊については、そうしたものに一見明白に該当すると認められない限り、違憲のものであるかどうかの判断は「統治行為」として司法審査の対象とはならないとした。これは、憲法解釈論としては、自衛隊合憲論にきわめて近い論法（むしろ自衛戦力合憲論に近く、同戦力を違憲と解する政府見解よりも軍事力保持に寛容な解釈理論であるとさえ言える）であるが、しかし、自衛隊そのものの憲法適合性については「統治行為」論により判断を回避するという判決である。

しかし、控訴審判決は、そうした憲法9条の解釈論や「統治行為」論をいっさい引き継ぐことなく、国が私人と対等の立場に立って行った私法上の行為には憲法の適用はないという理由で控訴を棄却した。

控訴審判決では、憲法前文や第9条に次のような極めて高い評価を下している点に注目すべきであると思われる⁶⁶。控訴審判決は、憲法9条の法的性格について、「前文で表明された平和主義を制度的に保障するため、戦争放棄という政策決定を行い、それを内外に宣明した、憲法の憲法と言うべき根本規範である。したがって、その意味内容は、まさに、法規範の解釈として、客観的に確定されるべきものであって、時の政治体制や国際情勢の推移等に伴ってほしいままに変化されるべき性質のものではない……。憲法9条は裁判規範として法令、処分等の合憲性の判断基準になり得る」としている。また平和的生存権についても、「戦

争と戦争の脅威が存する限り人間の自由はあり得ないということに思いをいたせば、それを独立の権利と呼ぶかどうかは別としても、あらゆる基本的人権の根底に存在する最も基礎的な条件であって、憲法の基本原理である基本的人権尊重主義の徹底化を期するためには、『平和的生存権』が現実の社会生活のうえに実現されねばならない」が、裁判規範というより政治上の理念にとどまるとしている。この判決の平和的生存権を「あらゆる基本的人権の根底に存在する最も基礎的な条件」とする点は重要な指摘であろう。平和的生存権論を法規範・裁判規範として確立しようとする立場からするならば、この判決の「基礎的な条件」という部分を一步進めて「基礎的な権利」とし、その法的権利性や裁判規範性を詳細かつ具体的に論証することが重要だという課題提起とも受け止めることができる。この点は、後述する自衛隊イラク派遣違憲訴訟に引き継がれる。

なお、最高裁も、控訴審と同様に、国が私人と対等の立場に立って行った私法上の行為には憲法の適用はないという理由で上告を棄却したので、自衛隊について憲法判断を回避しつつ訴訟を終結させたものではあるが、自衛隊について「統治行為」論をとることはなく、それどころか、憲法9条は民法90条の「公の秩序」の内容の一部を形成することを認め、すなわち憲法9条違反ということが民法90条違反を形成することは認めつつも、ただし、当該事件については、本件契約当時の1958年当時、自衛隊のために売買契約を結ぶということが反社会的な行為であるとの認識が一般的な観念として確立していたとまでは言うことはできないから国側等を勝訴させたにすぎないと判示している点は注目すべきと思われる⁶⁷。

なお、百里基地に反対する農民たちは、本件土地については敗訴したが、敗訴後も今日に至るまで、農民たちは、基地内に存在する民有地のために「くの字」に曲がった誘導路を引きずる百里基地での反対運動を継続してきている（これをある司法修習生は「生きた憲法9条」と表現した）⁶⁸。そして、1990年以降、百里基地は、日米共同使用基地となり、沖縄の嘉手納基地の米軍の戦闘機が頻繁に百里基地に來たり、逆に百里基地の戦闘機隊が沖縄の基地に行ったりして、百里と沖縄が直結した状況となっているに至り、今日、また百里基地への反対闘争が再び盛り上がりを見せているという状況下にある⁶⁹。百里基地訴訟は、訴訟だけでも31年にわたる長期の訴訟であった。しかし、今日に至るまでの社会運動の継続等を見るにつけ、一つの訴訟の勝ち負けだけにとらわれない、地域に根差した社会運動の歴史の重みをここから感じとることが可能であろう。

5. イラク自衛隊派遣訴訟（名古屋高裁判決）と平和的生存権

最後に冷戦後の憲法9条訴訟として、イラク自衛派遣違憲訴訟（とくに名古屋高裁判決）を取り上げたいと思う。この事件は、2003年成立のイラク特措法に基

づきイラクおよびその周辺地域に自衛隊が派遣されたことにつき、原告が、①平和的生存権、本件では「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」等に基づく本件派遣の差止め（差止め請求）、②本件派遣が憲法第9条等に反し違憲であることの確認（違憲確認請求）、③本件派遣によって「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」等が侵害されたとして国家賠償法に基づき精神的苦痛に対する慰謝料の一部として金1万円の支払い（損害賠償請求）を求めた事案である。原判決（名古屋地裁）は、差止め請求および違憲確認請求にかかる訴えは不適法であるとして却下し、損害賠償請求については請求を棄却したが、原告側は控訴した⁷⁰。

名古屋高裁（民事第3部：青山邦夫裁判長）は、判決⁷¹の中で、①の差止め請求、②の違憲確認請求、③の損害賠償請求のうち、差止め請求および違憲確認請求についてはかかる訴えは不適法であるとして却下し、損害賠償請求については請求を棄却したが、その結論に至る理由を述べる中で、国の行為（自衛隊派遣等）が憲法第9条等に反し違憲であることを認定し、また、平和的生存権についても具体的権利性を持つものであることを明記した点が特筆される。

判決では次の点を明らかにした。

- ①イラクの状況が外国勢力である多国籍軍と「国に準ずる組織と認められる武装勢力」との「国際的な武力紛争」になっていること
- ②首都バグダッドはイラク特措法にいう「戦闘地域」に該当すること
- ③航空自衛隊の空輸活動は、多国籍軍の戦闘行為の必要不可欠な軍事上の後方支援を行うもので、少なくとも武装兵員を戦闘地域であるバグダッドへ空輸する行為は、「他国による武力行使と一体化した行動」であること
- ④それは「自らも武力行使を行ったとの評価を受けざるを得ない行動である」こと
- ⑤空自の当該活動は、イラク特措法2条2項、3項に違反し、憲法9条1項に違反する活動を含むこと

この事実認定の背景には、自衛隊の海外における活動についての政府（内閣法制局）解釈⁷²がある。原告が、イラク支援特措法による自衛隊派遣は、仮に政府（内閣法制局）の解釈に依拠してもなお、違憲・違法のものであると主張したからである。そこで、本件訴訟の前提となっている政府解釈をあらためて振り返っておきたいと思うが、政府解釈では、①武力行使目的による「海外派兵」は許されないが、武力行使目的ではない「海外派遣」は許される（1980年10月28日政府答弁書）、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行使と一体になるようなものは自らも武力行使を行ったとの評価を受けるものであり憲法上許されないが、一体とならないものは許される（1997年2月13日衆議院予算委員会、大森政輔内閣法制局長官

答弁)、③他国による武力行使との一体化は、⑦戦闘活動が行われている、または行われようとしている地点と当該行動がなされる場所との地理的關係、①当該行動等の具体的内容、⑧他国の武力行使の任に当たる者との關係の密接性、⑤協力しようとする相手の活動の現況等の諸般の事情を勘案して個々のに判断される(上記大森答弁)⁷³としてきた。

また、イラク支援特措法についての政府解釈も併せて振り返っておくと、政府は、①イラクにおいて、人道復興支援活動又は安全確保支援活動(以下「対応措置」)を行うこと(第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(同法2条2項)、②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(同法2条3項)、③ここにいる「国際的な武力紛争」とは、国又は国に準ずる組織の間において生ずる一国の国内問題にとどまらない武力を用いた争いをいうものであり(2003年6月26日衆議院特別委員会石破茂防衛庁長官答弁)、また、戦闘行為の有無は、当該行為の実態に応じ、国際性、計画性、組織性、継続性などの観点から個別具体的に判断すべきものである(2003年7月2日衆議院イラク人道復興支援並びに国際テロリズムの防止および我が国の協力支援活動等に関する特別委員会石破茂防衛庁長官答弁)、まったくの犯罪集団に対する米英軍等による実力の行使は国際法的な武力の行使ではないが(2003年6月13日衆議院外務委員会山本庸幸内閣法制局第二部長答弁、同年7月2日衆議院上記特別委員会や同月10日参議院外交防衛委員会における秋山收内閣法制局長官答弁)、個別具体的な事案に即して、当該行為の主体が一定の政治的な主張を有し、国際的な紛争の当事者たり得る実力を有する相応の組織や軍事実力を有する組織体であって、その主体の意思に基づいて破壊活動がおこなわれていると判断されるような場合には、その行為が国に準ずる組織によるものに当り得る(上記2003年7月10日秋山内閣法制局長官答弁)、国内治安問題にとどまるテロ行為、散発的な発砲や小規模な襲撃などのような、組織性、計画性、継続性が明らかでない偶発的なものは、全体として国又は国に準ずる組織とは認められず、戦闘行為には当たらない、国又は国に準ずる組織についての具体例として、フセイン政権の再興を目指し米英軍に抵抗活動を続けるフセイン政権の残党というものがあれば、これに該当することがあるが、フセイン政権の残党であったとしても、日々の生活の糧を得るために略奪行為を行っているようなものはこれに該当しない(2003年7月2日衆議院特別委員会石破防衛庁長官答弁)としてきた。

以上のような政府解釈を前提としつつ、訴訟において事実認定上の論点となったものとして、①「戦闘地域」と「非戦闘地域」の区別、②派遣された自衛隊の

活動が多国籍軍の「武力行使との一体化」しているかどうかの2点をとり上げてみよう。

まず、「戦闘地域」と「非戦闘地域」の区別については、政府は、「戦闘地域」を、「国や国に準ずる組織による国際性、計画性、組織性、継続性のある攻撃が続いている地域」（2003年6月26日衆議院上記イラク支援特別委員会石破防衛庁長官）と限定的に定義しているが、これは、武装グループが、土着的で、場当たりの、非組織的で、単発的な攻撃を行っているところは「戦闘地域」ではないという結論を導く伏線にしている。また政府は、バグダッド全体が「戦闘地域」か「非戦闘地域」かの判断をしないままに、自衛隊が活動するバグダッド空港に限って、これを「非戦闘地域」であるとしてきたが、これには相当な無理がある。当時、小泉純一郎首相が、「どこが非戦闘地域で、どこが戦闘地域か、私に聞かれても分かるわけがない」（2003年7月23日の党首討論）、「自衛隊が活動している地域は非戦闘地域なんです」（2004年11月10日党首討論）という発言が批判を浴びたが、これは、「『定義の定義』の矛盾とほころびを告白したもの」（水島朝穂）⁷⁴と言えよう。

これに対して、判決では、「認定事実」で詳細にイラク情勢や自衛隊の活動等を検討した上で、①イラクの状況が外国勢力である多国籍軍と「国に準ずる組織と認められる武装勢力」との「国際的な武力紛争」になっていること、②首都バグダッドはイラク特措法にいう「戦闘地域」に該当すること、③航空自衛隊の空輸活動は、多国籍軍の戦闘行為の必要不可欠な軍事上の後方支援を行うもので、少なくとも武装兵員を戦闘地域であるバグダッドへ空輸する行為は、「他国による武力行使と一体化した行動」であるという判断を導いている。

続いて、「武力行使との一体化」について見てみよう。判決は次のように言う。

「航空自衛隊の空輸活動は、それが主としてイラク特措法上の安全確保支援活動の名目で行われているものであり、それ自体は武力の行使に該当しないものであるとしても、多国籍軍との密接な連携の下で、多国籍軍と武装勢力との間で戦闘行為がなされている地域と地理的に近接した場所において、対武装勢力の戦闘要員を含むと推認される多国籍軍の武装兵員を定期的かつ確実に輸送しているものであるということができ、現代戦において輸送等の補給活動もまた戦闘行為の重要な要素であるといえることを考慮すれば…多国籍軍の戦闘行為にとって必要不可欠な軍事上の後方支援を行っているものということができる。したがって、このような航空自衛隊の空輸活動のうち、少なくとも多国籍軍の武装兵員をバグダッドへ空輸するものについては、前記平成9年[1997年]2月13日の大森内閣法制局長官の答弁に照らし、他国による武力行使と一体化した行動であって、自らも武力の行使を行ったと評価を受けざるを得ない行動であるということができる。」「よって、現在イラクにおいて行われている航空自衛隊の空輸活動は、政府

と同じ憲法解釈に立ち、イラク特措法を合憲とした場合であっても、武力行使を禁止したイラク特措法2条2項、活動地域を非戦闘地域に限定した同条3項に違反し、かつ、憲法9条1項に違反する活動を含んでいることが認められる。」

こうして、イラク情勢や自衛隊の活動等を詳細かつ具体的に検討した上で、イラクにおける航空自衛隊の空輸活動を憲法9条1項違反と認定したのである⁷⁵。

そして、この判決の白眉は、何と言っても、平和的生存権を裁判救済が可能な具体的権利として認めたところにある。判決では、平和的生存権について、次のように言う。

- ①平和的生存権は、「すべての基本的人權の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利」であり、単なる憲法の基本的精神や理念の表明にとどまるものではない。
- ②それは、法規範性をもつ憲法前文と9条、13条を媒介にして第3章の個別的人権を通じて憲法上の法的な権利として認められるべきものである⁷⁶。
- ③自由権的、社会権的、参政権的態様をもつ「複合的な権利」であり、かつ裁判所に対して保護・救済を求めることのできる具体的権利である。
- ④例えば憲法9条に違反する戦争遂行などへの加担・協力を強制されるような場合には、裁判所に対して違憲行為の差止めや損害賠償請求ができる具体的権利性がある⁷⁷。

ここで、この判決の平和的生存権論に大きな影響を与えたとと思われる、小林武⁷⁸の証人としての証言（2007年10月25日第6回口頭弁論）の立論を判決に直接関連する部分を中心に、あわせて見ることとしよう。

まず、前文の法規範性・裁判規範性について、判決は「法規範性を有するといふべき憲法前文」としている点に関してであるが、小林は、証言の中で、この点を次のように立論していたことを紹介しておきたい。

憲法81条（違憲審査権）のいう「憲法」の中に前文は含まれ、当然それは法規範性を有する。裁判規範性については、法規範である前文の中には裁判規範でない部分も含まれるが、具体性を持った規定であるならば、裁判規範としての意味を持ってくる。判例にも、前文を引用しそれを9条解釈の基礎においた砂川事件最高裁（1959年12月16日）のような例もある。なお、前文の抽象性や「平和」という言葉の抽象性を以て、法規範であることを否認する見解もあるが、抽象性は、前文も本文も程度の差しかなく、また抽象的ということであれば、「自由」や「平等」などの概念も抽象性をまぬかれない面があるが、それだけを理由に法規範性や裁判規範性であることを否認する見解はないと（山内敏弘説を参照しつつ⁷⁹）述べている。

第2に、判決が、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の権利」⁸⁰とした上で、「憲法前文が…『平和のうちに生存する権利』を明言している上に、憲法9条が国の行為の側から客観的制度として戦争放棄や戦力不保持を規定し、さらに、人格権を規定する憲法13条をはじめ、憲法第3章が個別的な基本的人権を規定していることからすれば、平和的生存権は、憲法上の法的な権利として認められるべきである」としている点についてである。

これに関して、小林証言では、平和的生存権の性格と憲法上の根拠を次のように立論している。

憲法では、前文では平和的生存権という主観的権利（個々人の人権）が規定され、それに対応する第9条が客観的制度規範として、政府に対して、戦争と軍隊保持を禁止している。前文の「平和（のうちに生きる）」というやや抽象的な言葉の意味を規定するのが第9条であり、一切の戦争をしない、そのための軍備を持たない、そして交戦権を否認する、こういう意味合いが前文で言う「平和」の意味である。もし9条違反の公権力の行為があった時に平和的生存権は直ちに侵害されると解すべきである。そして、平和的生存権は、第3章の具体的な人権条項と結びつくときに、より具体化、個別化される。第13条の幸福追求権を導入論としつつ、第3章の個別的な基本権と個々に結びついて、その各人権に平和の意味内容を与え、その人権と一体となって法的効果を発揮する。たとえば、18条の奴隷的拘束および苦役からの自由という条項が平和的生存権に結びつくとき、徴兵制の禁止という法的効果を持つし、第25条の生存権や第22条の職業選択の自由は、平和の意味がそこに充填されることによって、徴用、強制労働、あるいは財産の強制的な供出を禁止するという条項として働くとしている。

第3に、この訴訟において日本政府の自衛隊イラク派遣という行為が控訴人の人格権侵害を起していることを強調していることに関連して、人格権と平和的生存権の関係が問題となる。

小林は、平和的生存権が基本的人権の基礎をなす基底の権利であり、かつ総合的な性格も併せもつこと踏まえた上で、そういう平和的生存権の中に、「平和のうちに平穏な生活を営む権利」「平和な環境の中で、内心の静穏を確保する権利ないし利益」といった形で、人格権が含まれて保障されている（人格権が平和的生存権の一部を構成する）ものと解することが妥当とする。また人格権が私法によって支えられるという点やこれまで判例の中で数多く人格権侵害が認められてきたという権利の特質に着目すれば、特に私法上の権利・利益を争う場合に、人格権に相当のアクセントを置けば、裁判を行う側も主張しやすく、また裁判所もそれを認めることについてその窓口が広がるかもしれないので、差止め請求や損害賠償請求などの訴訟を争うことの可能性がより広がり得るというメリットを

指摘している。

第4に、違憲判断消極主義、慎重性・謙抑の要求に関してである。小林は、間接民主主義の統治システムが有効に機能している限り、違憲性の判断については、慎重かつ謙抑になされるべきという一般論を認めつつも、政治部が健全に機能しているかどうかは「憲法が要求しているように機能しているか」「憲法の定めどおりに動いているか」という点から判断すべきであり、あえて違憲判断すべきときもあるとする。違憲審査権は究極のところ、人権保障のためにあるものであって、政府の違憲行為による人権侵害が、程度において、そして原因においても重大であるのが本件の事例であるとする。そして、違憲であるにもかかわらず違憲と判断しないと「司法消極主義は、結局のところ政治の行為を追認していくだけの作用を果たす」のであるから、違憲審査権行使の消極性についての根本的な見直しが必要と指摘している。そして、特に本件においては、「人権の基底的権利」である平和的生存権が「今日侵害され、しかもその侵害の程度が、簡単なものではなく、政府自身がこれまで政府解釈によって禁じていたそういう行為を、今日の政府が行ったことによって生じている」わけだから、それは、「人権侵害ということにおいて重大」であるし、また、「人権侵害を引き起こしたその原因において、また重大」であるので、これは、「一般的な前提としての司法消極主義というものは超えなければならない」事態であり、「今もし裁判所が違憲審査違憲の行使に踏み切らないとすれば、他にそれに踏み切るどのような機会があるであろうかと思うほど、今日においては違憲審査権の行使は不可欠なものとなっている」とさえ述べている。

第5に、判決が、個々の訴訟当事者（控訴人）に対してどのような具体的な判断を下しているかということについてである。

小林は、証人尋問において、各控訴人の平和的生存権が侵害されているということをそれぞれ具体的な理由を挙げて論証した上で、さらに、あえて控訴人ら全体に共通する点として、各控訴人らが、平和憲法を持つ我が国が何故他国の行う戦争に加担しなければならないのかということへの解ききたい疑問と深い憤りを持っていることを挙げ、また、これを権利、利益の言い方で、「他国の戦争に加担することのない国で生きる権利」、「他国の戦争への加担行為によって生活の平穏あるいは内心の静穏が害されない人格の利益」が侵害されてきているという点を挙げる。

これに対して、判決は、「本件派遣が控訴人らに大きな衝撃を与えたものであることは認められるが、本件派遣によっても、日本において控訴人らの生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされ、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるまでの事態が生じているとはいえない」とし、控訴人らの権利侵害の認

定についてはその主張を退けた。しかし、他方、「控訴人らは、それぞれ重い人生経験等に裏打ちされた強い平和への信念や信条を有しているものであり、憲法9条違反を含む本件派遣によって強い精神的苦痛を被ったとして、本件損害賠償を提起しているものと認められ、そこに込められた切実な思いには、平和憲法下の日本国民として共感すべき部分が多く含まれているということができ、決して間接民主制下における政治的敗者の個人的な憤慨、不快感または挫折感等にすぎないなどと評価されるべきものではない」と述べている点は注目される。

なお、平和的生存権を裁判規範性を有する具体的権利として認める傾向は、2009年2月24日の自衛隊イラク派遣違憲訴訟岡山地裁判決（近下秀明裁判長）⁸¹でも引き継がれた。

判決では、「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」とした上で、「平和的生存権は、日本国憲法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、本文と同様に依るべき裁判規範性を有する」としている。

また、憲法前文は抽象的・理念的性格が強く（法規範性の否定）それを根拠に訴訟を起こせない（裁判規範性の否定）、という被告（国）側の主張、および、1989年6月20日の百里基地訴訟上告審判決で、平和的生存権は「理念ないし目的としての抽象的概念」であり、「具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえない」と判示したことに対して、判決は、百里上告審判決は、「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にならない旨を判示したにとどま」るのであって、「同判示をもって、同判決が平和的生存権の存在やその法規範性、裁判規範性を否定したということとはできないし、これに対して消極的評価をしたということもできない」として、平和的生存権否定の根拠に百里基地訴訟最高裁判決を用いる議論を明確に否認した。

また、被告が、平和的生存権概念そのものが抽象的で不明瞭で具体的権利性を欠くと主張する点についても、「憲法上の基本的人権規定は概ね抽象的かつ不明瞭であって一義性に欠けるもの」であって、「そもそも基本的人権とは、歴史的に生成し、発展するものであり、その生成、承認の当初に当たり、権利内容や法律効果等がすみずみまで明晰かつ判明であることを期待することはできないことを考慮すれば、被告の主張をもって平和的生存権否定の正当な根拠とすることはできない」とする。

そして、「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」、「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の基本権として存在し、また、これが具体的に侵害さ

れた場合等においては、不法行為法における被侵害法益として適格性があり、損害賠償請求ができることも認められるべきである」としている。

平和的生存権の法的権利性と裁判規範性を否認する説を批判しつつ、その双方を積極的に承認した点などは評価できる。ただし、このケースにおいても、原告の平和的生存権侵害が認定されたわけではなかった。今後の課題としては、原告と平和的生存権侵害の関係をさらに緻密に理論化することではないかと思われる。

おわりに

以上、簡単なながら、戦後日本における憲法9条に関する訴訟について考察してきた。振り返ると、これらの訴訟はいずれも平和的生存権の侵害に関わる問題であり、その問題の具体性、深刻性、継続性等について考えさせられる一方、それに対抗し、違憲の政治・政策・法律をただす運動が長期間にわたって、しかも法曹・学界・社会運動・報道・市民等の幅広い支持・支援・協力に支えられながら続けられてきたことがよくわかる。そして、このことが日本の軍事化にいかにか歯止めをかけてきたかということについてあらためて考えさせられる。

日本国憲法は、平和に生きることそれ自体を人権としてとらえ、その平和の保障を、戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認という非戦・非武装平和主義の立場に立脚して、まずは国内において、そしてその保障を全世界規模において実現しようとする立場に立脚するものである。権利保障も、平和の実現も、憲法理念の実現も、指をくわえて待っていても与えられはしない。それらは、日々、主権者たる市民が〈公的関心〉を持ち、勝ち取っていくべき性質のものである。社会問題を考える場合に最も使ってはいけない言葉は、「仕方がない」と「何となく」という2つの言葉ではないだろうか。その言葉を主権者が吐くとき、政治の劣化・腐敗は押しとどめることができなくなる。「戦争は一人、せいぜい少数の人間がボタン一つ押すことで一瞬にして起せる。平和は無数の人間の辛抱強い努力なしには建設できない。このことにこそ平和の道徳的優越性がある」⁸²という丸山眞男の言葉をかみしめつつ、戦後の日本において、憲法9条がこれまで維持され続け、そして、本稿で概観したような訴訟をはじめとして、その理念を実現させようという運動が継続・発展させていることの意義をあらためて考えたいと思う。

なお、本稿は、判決の法理をただ分析するだけではなく、可能な限り、(本文のみならず註において) それぞれの事件・裁判の背景も具体的に挙げて紹介することを試みた。それは、それらへの記載が簡潔極まる従来の判例研究とは異なる側面も提示してみたいと考えたからに他ならない。それは、私自身、学部学生時代の頃より、法学の学習に際して多くの判例に触れ、その際、一通りの理解をただけなのにもかかわらずそれらをわかった気になっていたこと、そして、

後にそれぞれの事件の背景などを、事件当事者の証言等を含めて、詳細・具体的に調べ学ぶ機会があったときに、自らの理解がいかに表層のみの理解であったか、いかに法理論の当てはめにより結論を出すやり方をただ覚えこみ、レッテル貼りをしてきたかということを反省する機会があまりに多かったことによる。そういったこともあり、私自身、学部生時代より考えてきたことは、憲法の平和・人権・民主主義等の問題は、単に条文解釈や学説・判例の整理のみで本当にその有効な解決に至ることができるかということについてである。ただ単に当該問題に条文や解釈理論を機械的に当てはめて自動販売機のように答えを出そうとするのではなく、問題そのものを「原点」ないし「本質」から検討する態度が必要ではないかと考えてきた。これまで、学界等で積み上げられてきた法解釈論や判例理論を大いに学び、またさらなる理論的精緻化の重要性を十分に認識しつつも、さらにそうした様々な問題が起きてくる背景を探り、またその解決の道筋を探ることも必要ではないかと考えてきた。長期的に見て、後から振り返ったときに、本稿で行ったような考察もそうした研究に少しでも寄与するものになれば幸いと思われる。

注

- 1 日本国憲法前文第2段は、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する」と規定している。この「平和のうちに生存する権利」は、「平和的生存権」と呼ばれている。この平和的生存権は、星野安三郎が、1962年に、その論文「平和的生存権序論」の中で、憲法前文第2段の規定にもあらわれている「平和のうちに生存する権利」を「平和的生存権」と称し、人権発達史の中で、自由権的基本権、社会権的基本権に続く、新しい人権として提唱したところから始まる。そして、その後、平和的生存権は、自衛隊の違憲性を争点とした長沼ナイキ訴訟や百里基地訴訟などにおいて、裁判規範性を有する具体的な権利として主張されるに至り、とくに、長沼ナイキ訴訟第1審札幌地裁判決（1973年9月7日、判例時報712号24頁）ではそれが積極的に認容され、さらに、イラク自衛隊派遣違憲訴訟においても、名古屋高裁判決（2008年4月17日、判例時報2056号74頁）や岡山地裁判決（2009年2月24日、判例時報2046号124頁）において、この平和的生存権が裁判規範性を有する具体的な権利として認められるに至り、学界での議論の活性化、理論の緻密化・体系化に大きくつながっている。
- 2 私自身の憲法の平和主義条項の解釈論及び平和的生存権論については、河上暁弘『平和と市民自治の憲法理論』敬文堂、2012年、第3～4章、参照。
- 3 憲法改正が権力担当者から提案された事実自体、憲法9条がただ空洞化されてきた、あるいは、すでに空文化していたということではなく、依然としてその規範力を一定程度有していたからであるということを確認しておくことは重要であると思われる。
- 4 「解釈改憲」とは、憲法制定手続き（憲法96条）に従って憲法の条文を改正する「明文改憲」とは異なり、それは、「憲法の文言と論理を不可能なまでにゆがめることによって、憲法解釈の名において憲法改正によらなければ不可能なはずの状態をつくり出し、憲法とは本来両立しない違憲の政治を正当化しようとする政治の方法を意味する」（杉原泰雄『憲法Ⅱ』有斐閣、1989年、88頁）とされる。

- 5 なお、憲法の平和主義理念を実現させるためには、「しない平和主義」とどまらず「する平和主義」の理論構築・政策形成・実践が求められるという指摘がある（君島東彦「非暴力の人道的介入、非武装のPKO」君島東彦編『平和学を学ぶ人のために』世界思想社、2009年、221-222頁等）。憲法学者による平和に関する憲法政策論を提起したものとして、小林直樹「憲法政策としての平和」『法律時報』臨時増刊1975年10月（小林直樹『平和憲法と共生60年』慈学社、2006年所収）、深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』岩波書店、1987年、和田英夫・小林直樹・深瀬忠一・古川純編『平和憲法の創造的展開』学陽書房、1987年、水島朝穂ほか『きみはサンダーバードを知っているか』日本評論社、1992年、深瀬忠一・杉原泰雄・樋口陽一・浦田賢治編『恒久世界平和のために』勁草書房、1998年、深瀬忠一・上田勝美・稲正樹・水島朝穂編『平和憲法の確保と新生』北海道大学出版部、2008年等、参照。
- 6 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法』第5版、岩波書店、2011年、326頁。なお、芦部は、司法権について、より厳密には、「当事者間に、具体的事件に関する紛争がある場合において、当事者からの争訟の提起を前提として、独立の裁判所が統治権に基づき、一定の争訟手続によって、紛争解決の為に、何が法であるかの判断を為し、正しい法の適用を保障する作用」と定義づけている（同書、326-327頁）。
- 7 警察予備隊違憲訴訟最高裁大法廷1952年10月8日判決（民集〔民事判例集〕6巻9号783頁）、参照。同判決では、「わが裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すごとき権限を行い得るものではない。けだし最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはない」と判示している。
- ただし、訴訟には、差し止め訴訟や違憲性確認訴訟などもあるので、訴訟はすべて権利侵害が行われた後に事後的に行われるわけではない点にも注意が必要である。
- 8 憲法9条裁判史は、①砂川、恵庭、長沼、百里と続く1950～60年代の第1期、②横田や厚木などの基地公害訴訟や良心的軍事費拒否訴訟など、9条論以外の主張を組み入れた70～80年代の第2期、③湾岸戦争関連の「市民平和訴訟」、PKO 違憲訴訟、テロ特措法違憲訴訟、イラク平和訴訟と続く90年代以降の第3期の3つに区分されることがある（清水雅彦「特集にあたって」『法と民主主義』396号、2005年、2-3頁）。なお、時期区分と平和的生存権の特徴と課題について、植松健一「平和的生存権論のトポグラフィ」『法制論集』（名古屋大学）225号、2008年7月号等、参照。
- しかし、本稿ではこれらの訴訟を網羅的に扱うことはできない。本稿で扱うことができない訴訟の検討については、機会があれば別稿に委ねたい。
- 9 長沼訴訟で証言を行った、元海軍大佐（パールハーバー奇襲攻撃時の航空参謀）で、戦後、航空自衛隊幕僚長もつとめた源田実は、「今の航空自衛隊というものが、何を目標として、訓練をし、何をやるべきかという……防衛の主体というものはアメリカの持っている反撃力を守る。……アメリカの反撃力が飛び立っている基地を守る。……第二次戦争当時の日本の防空部隊みたいな形で、ただ守るだけ、都市の防空だ、守るだけの形においてはそういった意味をなさないと私は考える」と鹿島研究所の講演で述べており、原告側の証拠としても提出され、かつ1審判決にも引用されている（水島朝穂・金澤孝編『憲法裁判の現場から考える』成文堂、2011年、40頁、内藤前掲書、155-158頁、参照）。
- 10 自衛隊のこのような役割変化につき、渡辺治『日本の大国化は何をめざすか』岩波ブツ

クレット、1997年等、参照。

- 11 この点は、古関彰一獨協大学教授（現在は同大学名誉教授）が学会報告（古関彰一報告「百里開拓農民と平和憲法」日本平和学会2010年秋季研究集会）の中で言及されたものである。この報告がなされた学会・分科会において司会を務めていた私も、その指摘の重要性に鑑み、同学会の『ニューズレター』（19巻3号、2011年4月25日、12頁）に「概要報告」という形でその点を記述させて頂いた（<http://www.psjaj.org/html/psajnl1903.pdf>）。
- 12 深瀬忠一「はしがき」深瀬忠一他編『恒久世界平和のために』勁草書房、1998年、14頁。
- 13 後藤田正晴（元内閣官房長官）は、違憲訴訟は、お上の言うことをご無理ごもっともと聞くような独裁政治・専制政治の下では起こりえないものであり、その意味で、人権や民主主義が浸透しているからこそ、こういう訴訟が多く起きてくるのであり、「人権とか、民主主義というものが、それだけ日本に根つきつつあるという意味では、肯定的な評価をしていいのではないかと述べている（後藤田正晴『二十世紀の総括』生産性出版、1999年、149-150頁）。
- 14 砂川基地の拡張は、1955年に突如発表された、立川米軍飛行場に核兵器搭載もできるような大型爆撃機離発着を可能にする滑走路の延長計画によるものであり、それは砂川町の唯一の幹線道路の遮断も意味するため、土地を奪われる農民のみならず町長を含めた町を挙げた反対運動へと発展した。労働組合や学生の支援も受けた反対同盟は「土地に杭をうたれても心に杭はうたれない」という有名な合言葉の下、測量の強行に対して、測量対象地の周囲に座り込みで立ち入りを阻止するが、警官隊の実力行使があっても耐えるだけで反撃しないという方針の下、抵抗闘争が行われ、警官隊との大規模な衝突が繰り返されたが、緑のいも畑が血で染まるような警官隊の「むき出しの暴力」行使の状況が報道され、警察、政府への批判が集中し、測量はいったんは中止されるに至った。しかし、その後、1957年7月8日、測量が強行され、これに反対する町民、支援者が示威行動を開始した中で、本件事件が発生したとされる（内藤功『憲法9条裁判闘争史』かもがわ出版、2012年、54頁、新井章『体験的憲法裁判史』岩波書店、同時代ライブラリー、1992年、10頁以下、参照）。
- 15 当時、一般的には、軽犯罪法第1条32号により、正当な理由なく立入禁止の場所等に入った者に対する処罰規定があり、同法では「拘留又は科料（情状により刑を免除又は併科し得る）」を科し得るとどまるのに対して、安保条約に基づく刑事特別法第2条では、「一年以下の懲役又は二千元以下の罰金若しくは科料」を科し得るとされ、後者の方が重罰を科することができる（第1審判決の認定事実より）。
- 16 「跳躍上告」とは、刑事訴訟において、第1審判決に対し、控訴を経ずに最高裁判所に申し立てを行うことである。刑事訴訟法第406条にその根拠があり、刑事訴訟規則第254条及び第255条に定められている。第1審判決において、法律、命令・規則もしくは処分が憲法違反であるとした判決、及び地方公共団体の条例又は規則が法律に違反するとした判決に対して行なうことができるとされる。
- 17 最高裁決定1963年12月25日判例時報359号12頁。
- 18 東京地方裁判所判決1959年3月30日下刑集（下級裁判所刑事裁判例集）1巻3号776頁。
- 19 最高裁判所大法廷判決1959年12月16日刑集（最高裁判所刑事判例集）13巻13号3225頁。
- 20 山内前掲書、106頁。なお、山内は、当時の駐留米軍合憲論への批判・違憲論の例として、恒藤恭、鈴木安蔵、中村哲、平野義太郎の見解をあげている。
- 21 この学整理につき、山内前掲書、116頁を参照した。
- 22 横田喜三郎『自衛権』有斐閣、1951年、210-211頁。
- 23 宮沢俊義[芦部信義補訂]『全訂日本国憲法』日本評論社、1978年、180頁。
- 24 法学協会編『注解日本国憲法』上巻、有斐閣、1953年、240頁。

- 25 同上書、241頁、参照。なお、『註解日本国憲法』は、基本的に条約優位説を採り、また条約が違憲審査の対象とはならない旨を明らかにしている（同書下巻、有斐閣、1953年、1218、1484頁参照）。
- 26 田畑忍『戦争と平和の政治学』有斐閣、1952年、120頁以下参照。ただし、田畑は、「特定外国軍の駐屯又は駐留は、戦争を惹起し又は戦争にまき込まれる心配を伴っていることを掩えない。……消極的な軍事協定も締結も、けっきょくは、戦争の惨禍を起さしめざらんとする平和憲法の精神に反し、この点に於て違憲性を帯びる疑いがある」とも述べている。
- 27 山内前掲書、110頁。山内は、砂川事件以降の安保条約についての憲法学説の状況を分析し、「砂川事件をめぐる二つの判決は、学界に対しても大きなインパクトを与えたのであり、これらの判決を契機として、学界の動向は、従来とは異なったものへと変わっていったのである。すなわち、横田喜三郎や宮沢俊義などの次の世代の学者の多くはむしろ一審判決を支持し、最高裁判決に対しては批判的な見解を採ることとなった」（同書、109頁）と指摘して、そうした学説として、小林直樹、長谷川正安、有倉遼吉、黒田了一、杉村敏正、小林孝輔、星野安三郎、渡辺洋三、一円一億などの見解をあげている（同書、110-111頁）。また、「このような状況は、その後新安保条約の固定期間（1970年）が切れて以降も基本的には変わることなく、というよりも、その後はより多角的な観点からする問題指摘をも生み出しつつ、今日まで存続してきたと言ってよい」（同書、111頁）とも指摘して、和田英夫、深瀬忠一、針生誠吉、清水陸、杉原泰雄、樋口陽一、新井章、影山日出弥、大須賀明、浦田賢治、隅野隆徳、吉田善明、太田一男、横田耕一、野中俊彦、森英樹、浦部法徳などの見解をあげている（同書、114頁）。
- 28 小林直樹「砂川判決と日本国憲法」『世界』162号、1959年、小林直樹「自衛権・戦力・駐留軍」『憲法判例百選』〈第一版〉1963年、いずれも、小林直樹『憲法判断の原理』下巻、日本評論社、1978年所収。
- 29 なお、憲法と条約の関係については、浦田賢治「戦後理論史における憲法と条約」全国憲法研究会編『憲法問題2』三省堂、1991年等参照。
- 30 小林前掲『憲法判断の原理』下巻、188頁。
- 31 同上書、192-193頁。
- 32 同上書、186頁。
- 33 同上書、187頁。
- 34 「立法事実 (legislative facts)」とは、「違憲か合憲かが争われる法律の立法目的および立法目的を達成する手段（規制手段）の合理性を裏づけ支える社会的・経済的・文化的な一般事実」とされる（芦部前掲書、372頁）。これについて、芦部信喜は、次のように指摘する。
- 立法事実については、「立法当時の過去の事実そのものではなく、裁判時において立法を支える事実に合理性があるか否かが問題になる。その場合、立法を支える事実は、立法目的の合理性（正当性）ないしそれと密接に関連する立法の必要性を裏づける事実だけではなく、立法目的達成手段（規制目的）が合理的（精神的自由が争点となる場合には必要最小限の意を強く含む）であることを基礎づける事実を含む。」「法律は一般に一定の事実状態を前提としてはじめて合憲性が認められるので、立法目的および立法目的達成手段の合憲性を判断するためには、できる限り社会科学の成果を利用して、立法事実（例えば、立法以前に存在した状態、それを改善する新しい立法の実効性、それから生ずる損失、より少ない犠牲で同じ利益を達成できる可能性などの事実）を明らかにすることが、必要不可欠である。」（芦部信喜『憲法学Ⅱ 人権総論』有斐閣、1994年、202-203頁）

- 35 森英樹「自衛権・戦力・駐留軍－砂川事件」『憲法判例百選Ⅱ』第5版、有斐閣、2007年参照。
- 36 山内敏弘・古川純『新版 憲法の現況と展望』（古川執筆部分、第9章「憲法訴訟の実際」、北樹出版、1996年、396頁。
- 37 最高裁判所大法廷判決1996年8月28日民集（最高裁判所民事判例集）50巻7号1952頁。
- 38 古川前掲「憲法訴訟の実際」396頁。
- 39 森英樹「自衛権・戦力・駐留軍－砂川事件」『憲法判例百選Ⅱ』第5版、有斐閣、2007年、373頁、参照。
- 40 山内前掲書、117-118頁、杉原前掲書、131頁、参照。
- 41 新聞報道として、「「米軍違憲」破棄へ圧力 砂川事件、公文書で判明」共同通信社2008年4月29日、「公判日程米側に漏らす」『毎日新聞』2013年4月8日等、論評や研究として、吉田敏浩・新原昭治・末浪靖司『検証・法治国家崩壊－砂川裁判と日米密約交渉』創元社、2014年、布川玲子・新原昭治編『砂川事件と田中最高裁長官』日本評論社、2013年、新原昭治『日米「密約」外交と人民のたたかい』新日本出版社、2011年、末浪靖司『対米従属の正体』高文研、2013年、水島朝穂「砂川事件最高裁判決の『超高度の政治性』」（水島朝穂ホームページ「平和憲法のメッセージ」2013年4月15日 <http://www.asaho.com/jpn/bkno/2013/0415.html>）、同「砂川事件最高裁判決の『仕掛け人』」（同HP2008年5月26日 <http://www.asaho.com/jpn/bkno/2008/0526.html>）等、参照。
- 42 なお、高村正彦自民党副総裁は、2014年3月31日の党安全保障法制整備推進本部の初会合において、砂川事件最高裁判決に言及し、「個別とか集団とか区別せず、国の存立をまっとうするために必要な自衛の措置をとることは当然であると（判決は）いつている」と指摘し、集団的自衛権にはさまざまなケースがあるとした上で、その一部は最高裁が認めた自衛権の範囲内であり、憲法の解釈変更で対応可能と語ったことが一時大きな反響を呼び起こした（『朝日新聞』2014年4月1日）。
- しかし、この判決から、自衛隊の合憲性（安倍晋三首相2013年10月22日衆議院予算委員会）を読み込んだり、ましてや集団的自衛権行使の合憲性を読み込むことはできないであろう。同判決は、駐留米軍の憲法適合性の判断に当たって「固有の自衛権」について言及したにすぎず、それ以上に「自衛の措置」の中身については言っていない（1968年3月16日衆議院予算委員会、高辻正巳内閣法制局長官）からであり、また、旧安保条約とそれに基づく駐留米軍の憲法適合性について判示した砂川事件最高裁判決の「固有の自衛権」は、「武力によらざる自衛権」（1950年1月28日衆議院本会議吉田茂首相答弁）を意味し、判決はそのような武力によらざる「自衛権発動の結果として安保条約を結ぶ」（1951年10月16日衆議院本会議吉田茂首相）ことが9条2項の戦力不保持規定に違反しないことを判示したにすぎず、同判決の「固有の自衛権」の中に個別的自衛権を含むということすら判決の射程を超えているという理解もある（水島朝穂「安保法制懇の『政局の平和主義』」『世界』2014年5月号、90頁）。まして、この中に集団的自衛権の合憲性を含んで読み込むことは法解釈論としては不可能ではないだろうか。なお、この問題の詳しい検討として、高見勝利「砂川最高裁判決、田中補足意見、『必要最小限度』の行使」奥平康弘・山口二郎『集団的自衛権の何が問題か』岩波書店、2014年等、参照。
- 43 自衛隊法第121条「自衛隊の所有し、又は使用する武器、弾薬、航空機その他の防衛の用に供する物を損壊し、又は傷害した者は、五年以下の懲役又は五万円以下の罰金に処する。」
- これに対して、当時の刑法第261条（器物損壊等）は、「前三条ニ記載シタル以外ノ物ヲ損壊又ハ傷害シタル者ハ三年以下ノ懲役又ハ五百円以下ノ罰金若クハ料科ニ処ス」（ただし、罰金等臨時措置法により「五百円以下」は二万五千元以下となる）と規定していた。

なお、現行法（2014年10月31日時点）では、同条の罰則は、「三年以下の懲役又は三十万円以下の罰金若しくは科料に処する」と規定している。

44 内藤前掲書、99-101頁、参照。

なお、内藤は、野崎氏が通信線を切断した「帰り道に兵隊が追いかけてきて、おれたちは国を守るためにやってるんだ、お前ら百姓のくせに生意気だというようなことを言いながら、押し倒し、ヘルメットで殴るという暴行を加えた」ということがあったにもかかわらず、彼ら自衛官たちの方は処罰されていないと指摘している（同書、101頁）。深瀬忠一『恵庭裁判における平和憲法の弁証』（日本評論社、1967年、21頁）も、「直後、隊員数名が追いかけてきて、『百姓のくせに生意気だ。やっつけろ』と、暴力沙汰になるもみ合いがあった」と同様の事実を記している。

45 下刑集9巻3号359頁、判時（判例時報）476号25頁、判タ（判例タイムス）204号219頁。

46 宮沢俊義「恵庭判決について」『ジュリスト』370号・1967年、深瀬忠一編『文献選集 日本国憲法3 戦争の放棄』三省堂、1977年所収、引用は後者の175頁より。

47 有倉遼吉「法と政治－恵庭判決」『法学セミナー』135号、1967年、深瀬前掲『文献選集 日本国憲法3 戦争の放棄』182頁。「判決は自衛隊法の合憲を前提としたもの」とする（後者の183頁）。

48 例えば、違憲の刑事立法によって、（その法律が定める）「犯罪」とは全く無関係な者が逮捕・起訴され、そのことが法廷において明らかになったような場合は、当該法律の憲法判断をするまでもなく被告人に対しては無罪の判決を下すのが裁判の常道ではないだろうか。

49 芦部信喜「法律解釈による憲法判断の回避－恵庭事件」『憲法判例百選Ⅱ』（別冊ジュリスト187号、2007年）。芦部は、「裁判所が憲法問題以外の主張について判断することによって訴訟を終局させることが可能な事件でも、事件の重大性、違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題とされている権利の性質、憲法判断で解決するとと法律解釈ないしその他の理由で解決すると、その及ぼす影響がいかに違うかという判決の効果など、総合的に検討した結果十分の理由があると判断した場合には、憲法判断に踏み切ることができる」（375頁）と指摘する。

50 山内敏弘「平和主義」樋口陽一・山内敏弘・辻村みよ子・蟻川恒正『新版 憲法判例を読み直す』日本評論社、2011年、20頁。

51 深瀬忠一「平和憲法はたたかって守られ発展する」杉原泰雄・樋口陽一編『日本国憲法50年と私』岩波書店、1997年、174頁、参照。

深瀬は、この事件の背景として、1963年3月7日『北海道新聞』の3面にごく小さく載った同事件を自衛隊法121条（防衛器物損壊罪という重罰規定）によって起訴する旨を報道した記事の重要性を見落とさなかった北海道大学法学部の一学生（後に国際基督教大学教授となる笹川紀勝）が法学部の当時助教であった若い教員（深瀬忠一）に対して同事件の重要性を伝えたこと、それを重く受け止めた深瀬が彦坂敏尚弁護士と相談し憲法裁判として闘う態勢で臨むことに合意したこと、約10人からはじまった弁護士が全国から手弁当で集まった弁護士たちにより最終的には約400人の未曾有の弁護士となったこと（弁論において質量ともに圧倒的な優勢裡に進んだこと）、憲法学者ら百数十名が学会である「全国憲法研究会」を中心に共同研究とその成果の出版等を通じて裁判を理論面から支えたこと、自発的な無数の市民・主婦・学生たちによって広く支えられたことなどを挙げている（同書、173-175頁）。

52 深瀬忠一『恵庭裁判における平和憲法の弁証』日本評論社、1967年。

53 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』岩波書店、1987年、405頁。

54 長沼ナイキ訴訟を詳細かつ具体的に分析したものとして、とくに、深瀬忠一『長沼裁

判における憲法の軍縮平和主義』日本評論社、1975年、福島重雄・大出良知・水島朝穂『長沼事件 平賀所管事件』日本評論社、2009年、参照。

- 55 深瀬前掲『戦争放棄と平和的生存権』407-410頁、山内前掲「平和主義」23-24頁、参照。
 56 浦部法穂『憲法学教室Ⅱ』日本評論社、1991年、174-175頁。
 57 深瀬前掲『戦争放棄と平和的生存権』415頁。
 58 小林直樹「防衛問題の新状況」『ジュリスト』586号、1975年5月1日号、16頁。
 59 なお、内藤功弁護士は、自衛隊の違憲性の立証について、自衛隊の兵器・装備・兵員等の規模・内実のみを見てそれが憲法9条2項に違反する「戦力」か否かという点にだけを裁判で論証しようとするだけでは不十分であり、自衛隊が組織・機構・装備・作戦・運用等において米軍と一体化しむしろ従属的軍隊としての性格を有することが自衛隊の違憲性を論証することによって不可欠であったことを強調し、次のように言う。

「弁護団の冒頭陳述書を作ったときに第1章として、自衛隊の違憲性、その立証計画を立てるわけです。……どう立論するかを考えぬいて資料を読みこんだ結論は、本質の中の本質は自衛隊は米軍に従属する軍隊である、それを冒頭に1として置いたんです。2として、故に自衛隊は攻撃的な軍隊なのであるとした。3は、故に自衛隊は反人民的な軍隊なのである。4で、故に自衛隊は憲法9条につきいかなる解釈手法を探ろうとも憲法違反の軍隊であるということです。いかなる解釈手法ということを書いたのは、自衛の戦力ならば許されるという立場に立っても、自衛隊は自衛を逸脱した軍隊だから自衛の戦力ではないという論法を考えた結果です。」(内藤前掲書、84頁。なおこの論法は長沼訴訟の前の恵庭事件のときより考察されていたとされる。)

この点について、福島判決は、源田実・元自衛隊航空幕僚長証言などを根拠に、次のように述べていることは注目すべきであろう。

「元航空幕僚長源田実は航空自衛隊の任務につきつぎのように述べている。『1航空自衛隊の任務はアメリカの反撃力のとびたつていく基地を守る、日本がもし反撃をやるならば日本の反撃力を守ることである。2レーダーもその相当部分は反撃兵力を目標に誘導する。また帰りをうまく誘導してやる。第二次戦争当時の日本の防空部隊みたいな形でただ守るだけでは大した意味をなさない。3その次に考えられるのは国土防衛であるが、これははるかにそれに付随したものと出るわけである。4日本は非常に前進した位置にある。全面戦争がはじまつたときにさいごは陸上戦闘で追撃しなければならぬ。城下の誓いをさせるということがどうしても起つてくる。そういうばあいには前進基地としての役割を果たす。5要するに主攻撃力としての米反撃力そのものを最も有効に働かせるように日本が協力する。これが今の航空自衛隊の装備、兵力、思想をもつてやりうる最大限のことである。』まさにここに日本を基地とする米軍の攻撃作戦行動を誘導し、援護する従属部隊としての自衛隊の本質がある。とくに国土防衛は二のつぎであり、都市の防衛はたいして意味がないというのであるから自衛隊はわが国を防衛するものではなくアメリカ軍の攻撃力を防衛するものだけだということがはつきりしている。』

- 60 この「公序良俗」論と平和的生存権との関係については、浦田賢治「憲法裁判における平和的生存権」有倉達吉先生還暦記念『現代憲法の基本問題』所収、早稲田大学出版部、1974年、参照。

浦田賢治早稲田大学名誉教授によると、同論文は、百里基地訴訟における鑑定意見書を論文化したものであり、浦田名誉教授は、当時、助教授就任直後であったが、急遽訴訟に関わることとなり、当該鑑定意見を作成したとされる。自衛隊違憲判決と史上初めて平和的生存権の主張を認めたことで世に知られる長沼訴訟第1審判決(1973年9月7日)と同時期に(作成上はそれより早い時期から)、百里基地訴訟でも平和的生存権論がまさに浦田名誉教授により展開されていたのだが、その特徴は、①平和的生存権は、9

条によって現実的に保障されるにしても、直接的には前文第2段が根拠となること、②権利の主体には日本国民個人だけでなく世界の諸民族が含まれること、③公権力の軍事目的追求によって平和的経済関係が圧迫されない権利や公権力による違憲の方策への抵抗についての違法性阻却（抵抗権）などが権利内容の具体例として挙げできることなどであったとされた（浦田名誉教授の学会報告[浦田賢治「いま百里基地訴訟を振り返る－平和的生存権論を中心に」日本平和学会2010年秋季研究集会]の中で言及されたものである。河上前掲「日本平和学会『憲法と平和』分科会報告」日本平和学会2011年秋季研究大会・浦田報告より）。

- 61 水戸地裁判決1977年2月17日判時842号22頁。
- 62 東京高裁判決1981年7月7日判時1004号3頁。
- 63 最高裁判決1989年6月20日民集43巻6号385頁。
- 64 古関彰一『基地百里』汐交社、1977年、池田真規「百里基地事件」自由法曹団編『憲法判例をつくる』日本評論社、1999年、28頁、内藤前掲書、229-243頁。
- 65 河上前掲「日本平和学会『憲法と平和』分科会報告」（日本平和学会2011年秋季研究大会、古関報告より）参照。
- 66 深瀬前掲『戦争放棄と平和的生存権』417-418頁、参照。
- 67 内藤前掲書、242頁、参照。
- 68 内藤前掲書、254頁。内藤は、百里訴訟において、「戦争中は強制的に土地も家も取り上げられた。戦争[が]終わると開拓して米を作れと命令された、国の言うとおりにやってきた。それなのに、今度は自衛隊の土地だと言ってきても、絶対売らないという、非常に明確な、しかし土地と生活に根差した農民の根性と戦争体験が基本」にあり、例えば、「自衛隊の基地、戦争のための土地であれば金をいくら積まれたって売りません、平和のために使う土地であればただであげます」と証人尋問で述べるような「金では動かない」「地元の農民の役割」の重要性を指摘している（内藤前掲書、243頁、なお、引用に当たって[]内の一文字を付加している）。
- 69 内藤前掲書、261-263頁、参照。
- 70 「棄却（ききゃく）」とは、訴えの内容を判断した上で、請求を認めないことであり、判断した上で、というところが却下と異なる。これに対して、「却下（きゃっか）」とは、訴える資格がない、または訴える利益がないなどの理由で、訴えを認めないことであり、訴えの中身（被害の内容、請求）について判断しないことが棄却と異なる。
- 71 名古屋高等裁判所判決2008年4月17日判時2056号74頁。
- 72 私自身の内閣法制局の憲法9条解釈に対する見解については、河上暁弘「内閣法制局の憲法9条解釈」『広島平和研究』創刊号、2013年11月、参照。
- 73 この大森内閣法制局長官答弁の武力行使と一体をなす行為か否かの判断のための考慮事項は、①地理的關係：戦闘活動が行われている、または行われようとしている地点と当該行動がなされる場所との地理的關係、②行為の内容：当該行動等の具体的内容、③關係の密接性：他国の武力の行使の任に当たる者との關係の密接性、④相手の活動の現況：協力しようとする相手の活動の現況等の諸般の事情といった4点である。なお、大森内閣法制局長官は、同様の答弁を、次の通り、1996年5月21日参議院内閣委員会においてもしている。
「各国軍隊による武力の行使と一体となるような行動に該当するか否かは、一つ、戦闘行動が行われている、または行われようとしている地点と当該行動の場所との地理的關係、二つ、当該行動の具体的内容、三つ、各国軍隊の武力行使の任にあるものとの關係の密接性、四つ、協力しようとする相手方の活動の現況等の諸般の事情を総合的に勘案して個々具体的に判断すべきである、このように述べてきているわけでございます、

ただ遠いところはいい、近いところはやばいというような、非常に粗な、粗い見解を述べたわけではございません」。

- 74 水島朝穂「空自イラク派遣に違憲判断—『そんなの関係ねえ』?』2008年4月21日 <http://www.asaho.com/jpn/bkno/2008/0421.html>
- 75 なお、仮に政府見解のように、自衛隊を端的に憲法第9条違反ととらえず、またイラク支援特措法も違憲とはとれない立場に立っても、自衛隊法やイラク特措法を通して、自衛隊のイラクでの活動が(法律違反というだけにとどまらず)違憲でもあると言えるといった理論は、もともと証人として証言をした小林武の理論であるが、それは自衛隊法やイラク支援特措法等に対して限定合憲解釈を施して、憲法第9条や平和的生存権が認められる範囲でそうした法律が成り立っているという見方をして、そこからはみ出すものは、法律に違反していると同時に憲法にも違反していると解するものである(小林武証人2007年10月25日第6回口頭弁論より <http://www.haheishashidome.jp/shiryou/kousosin/ShoninJinmon/Kobayashi31-41.pdf>, p.41.)。
- 76 判決では、「法規範性を有するというべき憲法前文が…『平和のうちに生存する権利』を明言している上に、憲法9条が国の行為の側から客観的制度として戦争放棄や戦力不保持を規定し、さらに、人格権を規定する憲法13条をはじめ、憲法第3章が個別的な基本的人権を規定していることからすれば、平和的生存権は、憲法上の法的な権利として認められるべきである」、としている。
- 77 判決では、「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」、と判示している。
- 78 同氏の著作として、小林武『平和的生存権の弁証』日本評論社、2006年。また、近年の同氏の平和的生存権の理論化の試みとして、小林武「平和的生存権論の展開状況」『愛知大学法学部 法経論集』197号、2013年12月等、参照。
- 79 山内前掲書、288頁。小林もこの説を前掲書、49-50頁において、「簡潔かつ有益」として好意的に紹介している。
- 80 1996年5月10日湾岸戦争戦費支出市民訴訟東京地裁判決では、平和的生存権を「基本的人権の保障の基礎的な条件」としているが(この点は、百里基地訴訟東京高裁判決とほぼ同様)、名古屋高裁判決はより踏み込んだ表現を使っている。なお、その前審である名古屋地裁「田近判決」も「基礎的な権利」という表現を使っている。
- 81 『判例時報』2046号124頁。この判決を評したものとして、水島朝穂「長沼から岡山へ—平和的生存権の発展」水島朝穂ホームページ『平和憲法のメッセージ』2009年3月2日 (<http://www.asaho.com/jpn/bkno/2009/0302.html>)、小林武「イラク派兵訴訟岡山地裁判決と平和的生存権」『愛知大学法経論集法律編』181号、2009年8月、清水雅彦「憲法前文の平和主義にも注目しよう—平和的生存権の学説と判例」笹本潤・前田朗編著前掲『平和への権利を世界へ』55-56頁等。
- 82 丸山眞男『自己内対話』みすず書房、1998年、90頁。