

平成28年(ワ)第308号「戦争法」強行成立損害請求事件

原告 ○○○○ ほか37名

被告 国ほか4名

準備書面(12)

被告国準備書面(1)および(2)に対する反論

—— 本件「戦争法」による人格権・平和的生存権・不断の努力の侵害
平時における不断の努力による権利の維持の予防概念とそのための諸活動 ——

2018年3月30日

松山地方裁判所 御中

選定当事者兼原告 ○○ ○○

原告 ○○ ○○

**本件「戦争法」による人格権・平和的生存権・不断の努力の侵害
平時における不断の努力による権利の維持の予防概念とそのための諸活動**

目次

はじめに	3
第一、医学・科学の知見における予防的概念における当事者とは	4
1、人類の英知としての経験科学における予防的概念	4
2、医学における予防とは	4
3、予防医学における当事者とは	5
4、伝染予防法における当事者とは	5
5、予防原則における当事者	5
6、安全工学における当事者	6
7、医学・科学などにおける当事者概念	6
8、ドイツにおけるナチズムに対する予防的措置	7
第二、国家による一般人への侵害に対する予防としての憲法および教育基本法	8
1、憲法・教育基本法における歴史的経過とその趣旨	9
(1) 教育基本法10条の趣旨および目的	9
① 第10条1項の趣旨および目的	9
② 教育基本法第10条2項の趣旨および目的	11
2、公権力による違法行為の被害・影響は万人に及ぶ	11
3、「公権力による違法行為の被害が万人に及ぶ」の事例	12
4、国家権力からの侵害を予防する法律における当事者概念	21
第三、堤防の決壊を救ったハンス少年の物語と権力の原理的メカニズム	21
1、堤防の決壊を救ったハンス少年の物語の概要	21
2、「堤防の決壊」を防ぎ住民の損害を防ぐための考察	22
(1) オランダにおける「堤防」とは	22
(2) 「堤防の決壊」と「住民の被害」のメカニズム	22
(3) 日本国憲法・教育基本法は、戦争を防ぐための「堤防」である	22
(4) 公権力が侵す違法行為が人々・社会に及ぼす損害の本質	23
(5) 原告らが被る権利の侵害と損害	23
結語——平時の不断の努力たる権力への濫用監視が権利を守り、損害を防ぐ	24

はじめに

準備書面(11)において、「戦争法」が、原告らの「個人の尊厳」「平和的生存権」を侵害する構造を述べ、「戦争法」は、原告らの平時の不断の努力の活動を侵害していることを述べた。そして、平時における不断の努力による私たちの「個人の尊厳」「平和的生存権」にかかわる活動への政府の侵害・妨害などが、私たちの具体的な権利の侵害でないとすれば、事実上、「個人の尊厳」「平和的生存権」という権利は、存在しないということ人類史的経験則に基づき明らかにした。

本書面では、これをさらに明らかにするために、過去の歴史から学ぶという経験科学・歴史科学に基づく予防的概念を述べる。

『シリーズ日本の安全保障 3 立憲ダイナミズム』(水島朝穂責任編集:岩波書店)の『第9章 リスクの憲法——自由に対する対峙する環境と災害』(高橋雅人・藤井康博:静岡大学社会講座准教授:251~278頁)では、「〈3・11〉は、「個人の自由」「人間の安全」を脅かす環境リスクや災害リスクの問題を提起する。いかに憲法論は、そのリスクに事前に対応できるか。」、「リスクは、憲法論や安全保障論にとって古くて新しいと語られて久しい。とりわけ、科学・産業の近代化が招いた環境リスク、古代より克服できない災害リスク、そして、現代のこれらが複雑に絡み合う原子力リスクにどう取り組むか。思想・法の近代化が産んだ《国家》《立憲主義の核心である個人の尊厳》——これが育んだ《国家権力を制限する個人の権利》によって、リスクに対応できることがあるのではないか。」と述べ、「環境・災害リスクの事前配慮——特に科学的に不確実なものへの対応」、「環境・災害リスクの事前配慮の憲法——特に国家論から」、「環境・災害リスクの憲法上の防衛権」を展開している。

『第10章 安全保障の市民的視点——ミタリー、市民、日本国憲法』(君島東彦:立命館大学国際関係学部教授 279~304頁)では、冒頭で「日本国憲法の平和主義は、……平和構想を提示したり、国際的な紛争・対立の緩和に向けて提言を行ったりして、平和を実現するための積極的行動をとるべきことを要請している。すなわち、そういう積極的な行動をとることの中に日本国民の平和と安全の保障がある、という確信を基礎にしている(芦部信喜『憲法新版補訂版』1999年)」を引用している。そのうえで「軍事力の有効性が失われた世界」、「解放としての安全保障」、「ミシタリーの変容、文民による平和維持活動」、「憲法九条と自衛隊の矛盾の克服——その人類史的意味」を展開している。

これらの論文などなどを念頭に置きつつ、以下原告らの主張を述べる。

第一、医学・科学の知見における予防的概念における当事者とは

1、人類の英知としての経験科学における予防的概念

人類は、言葉を手に入れたときから個々人の体験を他者に伝え、この体験を自己および他者の経験へと転化し、経験を蓄え、経験科学を発展させてきた。この経験科学を通して、人類は、多くのものを発見し、また発明してきた。こうしたものの一つとして、さまざまな災害や危険を未然に防ぐ術を発見し、また発明した。つまり、個の体験が個および他者あるいは集団の経験と化し、同じような過ちを繰り返さないようにと集積した経験科学から、災害を予知し、あるいは予測し、被害をなくすために予防的措置を講じ、同時に予防的概念を発展させてきた。

この予防的概念を発展させてきた一つの大きな要素として当事者意識およびその概念の変化がある。この予防概念と当事者意識及び当事者概念について、具体的事象を述べることとする。

2、医学における予防とは

予防医学とは、広辞苑(第二版)には、「個人もしくは集団を対象として、健康保持・疫病予防の方策を研究・実践する医学の一分野」とある。

予防とは、「あらかじめ防ぐこと」広辞苑(第二版)であるが、医学における予防とは、病気を未然に防ぐための医学的対策であり、会社や地域での健康診断、適度な運動、食事、睡眠など日常のリズムを整える方法、自然食品、ビタミンなどの摂取など、無理なくできるものから、いわゆる周辺医学と呼ばれる補足的療法までである。

また、予防医学とは、疾病の予防を目的とするだけでなく、傷害防止、寿命の延長、身体的・精神的健康をも目的とする学問であり、その目的から、第一次予防の健康増進、疾病予防または特殊予防、第二次予防の早期発見・早期措置、適切な医療と合併症対策、三次予防のリハビリテーションに区分される。保健学、栄養学、看護学、教育学さらに心理学などと連携が不可欠であるといわれている。

例えば毎年定期的に検診を行ない、その結果によって、異常のない人は「安心」の確認とともにさらに健康の維持に努め、異常が認められる人には、いち早く原因を発見して、大事に至らないうちに早期治療するよう促すのが目的であるが、このように、医学における長年の研究と実践、そして経験から病気になることを未然に防ぐことを理念として予防医学が現代医学の一つの大きな流れとなっている。

3、予防医学における当事者とは

これまでの近代西洋医療は、病人を対症的に治療してきたが、東洋医学が持って
いた<前もって病気を予防する>という理念を予防医学として取り入れて発展させた。
つまり、医療現場における体験に基づく経験から、医療における当事者の概念を病氣
に掛かっていない人、疫病に罹っていない人たちまで広げることによってこの予防医
学は、大きく発展した。

4、伝染予防法における当事者とは

予防医学における当事者の概念を最も端的に表しているものとして、感染予防があ
る。感染症の予防および感染症の患者に対する医療に関する法律（法律第114号）
第1条にその目的を次のように規定している。

「この法律は、感染症の予防及び感染症の患者に対する医療に関し必要な措置を
定めることにより、感染症の発生を予防し、及びそのまん延の防止を図り、もって公衆
衛生の向上及び増進を図ることを目的とする。」

この条文で明らかなように、この法律における当事者は、感染を予防するということ
において非感染者もこの法律は当事者として位置づけている。感染を広げないとい
うことの前に、予防する、未然に防ぐという予防的概念がこの法律の前提になっている
のである。

これは、感染が広がることを防ぐことは勿論のこと、まずは、感染しないように未然に
防ぐことが最も大切であるとの体験に基づく経験の中から生み出した対処方法、つまり
経験科学によって生み出されたものである。それは、これまでの当事者の概念を感染
者に限定していたことから非感染者にまでその当事者を広げることによって成り立っ
ている。このような予防する、未然に防ぐという予防的概念に基づく法律は多数ある。

これは、体験に基づく経験をさらに概念へ転化させ、これに基づいて法律化した事
例であるが、この当事者概念の変化こそ、この予防医学を大きく発展させたのである。

5、予防原則における当事者

環境や人間の健康に重大で不可逆な悪影響が生じる可能性がある場合には、その
科学的知見が不確実でも、何らかの保護対策をすべきであるとするリスク管理の原則
として、予防原則がある。

環境や公衆衛生をめぐるっては、完全な科学的知見が得られるまで対策を先延ばし

にすることは、しばしば深刻な被害を招くことがある。そこで、1970年代初めにドイツやスウェーデンの環境法においてこの予防原則の理念が導入された。1980代半ばに北海保護国際会議の閣僚宣言、1990年代にヨーロッパ共同体設立条約や国連環境開発会議の「リオ宣言」においてもこの予防原則の理念が採用されている。さらに、「予防原則に関する欧州委員会通達」が2002年2月に発表されている。

これも人類の英知によって未然に災いを防ぐ場合における災いを引き起こす原因の発生物、つまり当事者を広げることによって危険や災いのリスクを回避しようとした経験科学に基づいた理念である。ここでも対象の概念の変化、つまり、当事者(発生物)とするものを広げることがキーワードとなっている。

6、安全工学における当事者

安全工学とは、現代社会において発生する危険状態(災害)の原因および過程の究明とその防止に必要な科学および技術に関する系統的な知識体系をいう。つまり、安全工学においても、さまざまな危険・災害から未然に防ぐことが主たる研究及び実践である。

ここでも危険・災害の発生物及び当事者について、特定できない場合は、これを広くとらえることによって未然にその被害を予防しようとする概念が用いられている。このように、被害を受ける当事者についても広くとらえ、被害を極力少なく、あるいは小さく抑えることを目的としている。そして、そのための教育・情報伝達の普及に力を入れている。

最も身近で安全工学が実践されている事例として、交通安全工学がある。車による事故は、全てのドライバーが加害者という当事者になる可能性があるとし、また、道を歩く人は全てその被害の当事者となる可能性があるとの前提に立って、それぞれの当事者にならないように、それを未然に防ぐために交通安全工学の研究と実践が進められ、それは学校における交通安全教育にも応用されている。

原発事故による放射能被害の当事者の司法における拡大もこの方向にあることなどその事例は多岐にわたる。

7、医学・科学などにおける当事者概念

このように予防医学、予防原則、安全工学で述べてきたことで明らかなように、未然に病気を防ぐ、未然に災害を防ぐ、未然に危険を回避するために、経験科学に基づき予防的措置を講じるようになった。それは、これまでは当事者の概念を、直接利害を

受ける人・物から、直接の利害には関わらない人・物にまで当事者の枠を広げることによって可能になったのである。つまり、これまでの当事者という概念を新しく位置付けなおしたのである。これは、人類が、長い年月をかけて、「安心」し「安全」な日常の暮らしを営むために、予防的対策としてたどり着いた一つの大きな英知である。

ここでは医学、科学など領域の事例を述べただけであるが、全ての分野において当事者概念を広げることで、予防効果を高めてきたのである。それは過去の経験に基づき導き出された英知である。

8、ドイツにおけるナチズムに対する予防的措置

ナチスが残した負の「遺産」を抱える戦後ドイツは、フランスやポーランドとの間で歴史教科書の記述をめぐる対話を続けてきた。教科書対話の本質は「過去の克服」だけではなく、二度の世界大戦によって戦争の大きな惨禍を経験したヨーロッパ諸国にとって、このような戦争による惨禍を三度繰り返してはならないと、そしてそれを防ぐためのものとしてヨーロッパ統合をと考えるとき、対話はより根本的な問題、つまり歴史が国家単位で編成されていることに光を当てなければならないことに気づく。「国民国家」という社会形態は、その構成員に対して一定の「国民」意識を要求する。近代「国民国家」は、この「国民」意識を養成する場として学校を設立し、「義務」教育を押し広めてきた。この学校教育において子どもたちに「国民」意識を植え込むファクターとして歴史教育は重視されてきたからである。

このような観点から、ドイツにおいて自国中心の歴史教育が国家主義を培養し、ナチズムに汚染された「国民」を生み出し、戦争に動員されあるいは協力していったその負の歴史を再び繰り返させることがないように、一国主義の歴史教育を克服することによって国家間対立を抑制することによる戦争の防止、予防としてこの国際歴史教科書対話が行なわれてきたのである。

1985年5月8日に、当時のドイツのヴァイツゼッカー大統領が連邦議会で行なった演説(荒れ野の40年)から以下引用する。

先人は彼らに容易ならざる遺産を残したのであります。罪の有無、老幼いづれを問わず、われわれ全員が過去を引き受けねばなりません。全員が過去からの帰結に関りあっており、過去に対する責任を負わされているのであります。心に刻みつづけることがなぜかくも重要であるかを理解するため、老幼たがいに助け合わねばなりません。また助け合えるのであります。

問題は過去を克服することではありません。さようなことができるわけはありません。後になって過去を変えたり、起こらなかったことにするわけにはまいりま

せん。しかし過去に目を閉ざす者は結局のところ現在にも盲目となります。非人間的な行為を心に刻もうとしない者は、またそうした危険に陥りやすいのです。

二度と同じ過ちを侵してはならないとの決意が、この国際歴史教科書対話を行ってきた背景にあり、このような発言が大統領から発せられるというドイツの土壌を生み出しているのは、負の歴史的経験からの学びにある。

ドイツにおいて、再びこのような過ちを繰り返さないための予防として取られた措置は、次のように、歴史教科書対話に見られる歴史教育の分野ではなかった。

刑法86には、ナチスや連邦憲法裁判所から違法を宣告された政党・団体を宣伝するものを作成したり、広めた者は、3年以下の懲役または罰金に処すがあります。具体的には、旗、記章、制服、標語、敬礼が処罰の対象とされており、政治的啓蒙のような正当な理由なしに鉤十字を掲げたり、ナチス式敬礼を行なうことなどは犯罪とされます。民衆煽動罪(刑法130条)の規定も有名です。それには、住民の一部に対する増悪をかきたてたり、暴力をそそのかしたり、あるいは侮辱・誹謗によって人間としての尊厳を傷つける者は3ヶ月以上5年以下の懲役に処すがあります。

(『歴史教育と教科書』近藤孝弘 岩波ブックレット9～10P)

このようにドイツは、同じ過ちを繰り返さないための国家による反ナチズムの姿勢として、刑法でナチズムを取り取り締まり、法律による予防的措置を講じている。しかし、この場合でも、この法律を国家権力が悪用し、人々の思想信条を取り締まることに利用させないための歯止め、予防が必要である。なお、このドイツと日本の敗戦前後の政治的相違などを準備書面(14)で述べる。

第二、国家による一般人への侵害に対する予防としての憲法および教育基本法

日本の司法における当事者性について述べる前に、その前提として、憲法および教育基本法における歴史的経過及び歴史的経過における立法の趣旨、つまり、人類の英知の一つとして過去の歴史から学ぶという経験科学・歴史科学に基づき、憲法および教育基本法が、国家権力による「国民」への様々な侵害を防ぐ予防措置として成立していることについて述べる。

1、憲法・教育基本法における歴史的経過とその趣旨

憲法および教育基本法における歴史的経過および歴史的経過における立法の趣旨を一言で要約すると、あの忌まわしい侵略戦争の反省に立って、再び戦争の惨禍を繰り返してはならないとの硬い決意の上に成立しているということである。別の言い方をすれば、再び同じ過ちを繰り返さないための経験学的予防概念に基づき、この保障として戦争の放棄、基本的人権の保障、主権在民などを予防的措置および制度的保障として憲法が制定されことは、憲法前文からも明らかである。

また、国家が教育を支配し天皇制軍国主義教育を行なったことへの反省と、再び同じ過ちを繰り返さないことへの予防的措置および制度的保障として教育基本法を制定したことは、1945年10月に東京帝国大学教授兼任のまま文部省学校教育局長になり、後に文部大臣に就任した田中耕太郎が、『教育改革指針』の中で「わが国が開始すべからず戦争を開始し、継続すべからず戦争を破壊の直前まで継続した大きな罪悪と過誤とが、そのもとをたどれば結局のところ、明治以来の特に既往20年間の国家主義的・軍国主義的教育に胚胎していることは、今日識者の例外なく承認するところであります。」と述べていることから明白である。

教育基本法は、もう一つの憲法とも言われ、憲法と同じく前文を持つ法律である。この教育基本法の最も核心であるところの10条が挿入される歴史的過程及びその趣旨の概要を述べておく。なお、この教育基本法は、2006年に全部改定されたが、この10条の趣旨は、現教育基本法に継承されていることを確認しておく。

なお、教育基本法・教育の問題に触れる理由は、準備書面(14)で原告奥村の具体的侵害を述べるが、そこでは、日本の加害の戦争の歴史を歪曲し、隠ぺいし、戦争を肯定し、賛美し、合理化する歴史歪曲教科書を愛媛県教育委員会や今治市教育委員会が採択したことに対し、その採択の違法性を理由に採択の取消と損害賠償を求める裁判の経過を詳細に述べる。それは何度も述べてきたように、憲法前文や憲法9条がこの加害の歴史の反省に基づくアジア史・世界史としての位置にあるからであり、この加害の歴史を改ざんし、隠ぺいすることとの本件「戦争法」は一体不可分の関係にあるからである。

(1)教育基本法10条の趣旨および目的

①第10条1項の趣旨および目的

教育基本法成立直後に、その立案の任にあたった当事者たちが書き、立法者

意思を明かにした『教育基本法の解説』は、第10条についての記述の中で、戦前教育の精神及び制度について、次のように述べている。

「教育行政が教育内容の面にまで立ち入った干渉をなすことを可能にし、遂に時代の政治力に屈して、極端な国家主義的又は国家主義的イデオロギーによる教育・思想・学問の統制さえ容易に行なわれるに至らしめた制度であった。更に、地方教育制度は、一般内務行政の一部として、教育に関して十分な経験と理解のない内務系統の官吏によって指導させられてきたのである。このような教育行政が行なわれるところには、はつらつたる生命をもつ、自由自主的な教育が生まれることはきわめて困難であった。」(文部省教育法令研究会『教育基本法の解説』126～127P)

このような戦前教育を再び繰り返してはならないとの反省から、そのための制度的保障として教育基本法を制定した。つまり、戦前の天皇性・軍国主義の大日本帝国(以下、「天皇性軍国主義国家」という)は、天皇が統治権の総攬者であり、同時に統帥権の保持者であった。また、皇祖皇宗の遺訓にもとづく道德の権威の体現者でもあった。この天皇制軍国主義国家は、大日本帝国憲法と教育勅語および軍人勅諭をその精神的な支柱としていた。したがって、教育の中心課題も、教育勅語を中心として国民に帝国臣民としての自覚を与え、忠君愛国の精神を植えつけることであった。こうして、学校教育は、教育勅語に基づく国定教科書を通して、天皇のために命を捧げる子どもたちを育成する場と化していた。このような教育を通して、国民を戦争に動員して行ったのである。

このような教育を実際に全国津々浦々で担ったのが、一般行政官である知事や市町村長であった。

このような戦前の教育体制の反省から、教育基本法には、国家(地方公共団体を含む、以下同じ)による教育の支配を排除し、教育の自主性を保障するものとして第10条1項に「教育は、不当な支配に服することなく、国民全体に対して直接に責任を負って行われるべきである」と規定し、国家はもとより知事や市町村長など、一般行政機関による教育への介入を厳しく禁じたのである。

また、教育基本法10条の「直接に」というのは、国民の意思と教育とが直結しているということである。国民の意思が教育と直結するためには、現実的な一般政治上の意思とは別に国民の教育に対する意思が表明され、それが教育の上に反映するような組織が立てられる必要があると思う。このような組織として現在米国において行なわれている教育委員会制度は、わが国においても、これを採用する価値があると思われるのである。」(同上『教育基本法の解説』130～131P)と述べている。

つまり教育は、国家及び一般行政から政治から独立し自主的なものとして、国民と直接——つまり行政権力や議会を介さずに——結びつく形、方法で行なわ

れなければならないことが、教育基本法第10条1項の趣旨および目的である。

②教育基本法第10条2項の趣旨および目的

では「はつらつたる生命をもつ、自由自主的な教育」を生み出すような教育行政はいかに可能になるのか。まず、この問題に対して解答を与えた規定が教育基本法第10条2項の「教育行政の任務(教育環境の条件整備)と限界を定めたもの」である。つまり、それは「従来教育行政官は、中央集権的な教育行政制度の運営者として、教育が国民全体に対し責任を負うという自覚に欠け、独断的傾向が強かった」という反省と、さらには「将来においては、国民の名をかりて不当な影響が教育に介入するおそれがある」ため「教育行政官吏は、かかる不当な支配が教育にはいらないよう、教育を守らなければならない」という教育行政の任務の認識との上に立って設けられた規定であり、したがって、それが「教育の目的を遂行するために必要な諸条件の整備確立」が教育行政の任務であるというとき、そのことは「教育行政の特殊性からして、それ(教育行政)は教育内容に介入すべきものではなく、教育の外にあって、教育を守り育てるための諸条件を整えることにその目標を置くべきだ」ということを意味していることになる(同、131P)。そして、このように教育行政の限界を規定する背後には、戦前日本の中央集権主義的教育行政に対する反省だけではなく、さらに「教師の最善の能力は、自由の空気の中においてのみ十分に現わされる。この空気をつくり出すことが行政官の仕事なのであって、その反対の空気を作り出すことではない」という、『アメリカ教育使節団報告書』の貴重な勧告が据えられている。

『教育基本法説明資料』もまた、第10条2項に関しては簡潔に、本項は「教育行政のあり方を示したもの」であり、教育行政は「教育が国民に直接に責任を負うものであるとの自覚をもって、国民の意志と教育者を尊重し、教育内容に干渉することなく、教育の目的を遂行するために必要な諸条件の整備確立を目標として行なわなければならないと謳っている」と説明している(同、27P)。ここでは、教育行政は「教育内容に干渉することなく」、教育が国民に直接に責任を負って行われるように「国民の意志と教育者を(この両者をこそ)尊重し」ながら、そのために「必要な諸条件の整備確立」をはかるよう求めている。このことが同10条2項の趣旨および目的である。

2、公権力による違法行為の被害・影響は万人に及ぶ

教育基本法の前文において「日本国憲法を確定し、民主的で文化的な国家を建設して、世界の平和と人類の福祉に貢献しようとする決意を示した。この理想の実現は、

根本において教育の力にまつべきものである。・・・中略・・・ここに、日本国憲法の精神に則り、教育の目的を明示して、新しい日本の教育の基本を確立するため、この法律を制定する」とし、その「理想の実現は、根本において教育の力にまつべきものである」と教育の重要性を明記し、現憲法下の重要な基本法としてこの法律を制定した。

そして、教育基本法10条において、前記したようにかつて国家が教育を支配することによって引き起こされた忌まわしい歴史への反省に立って、国家が教育を支配することを防止したのである。

つまり、国家権力がこれを破り、教育に介入すると教育の地方分権・教育の自主性・教育の民主主義が侵され、また学問の自由、思想および良心の自由などが侵され、あの忌まわしい歴史を繰り返す恐れがあり、その影響は万人に及ぶのである。

3、「公権力による違法行為の被害が万人に及ぶ」の事例

個々人に対して、圧倒的な権力を保持している国家(地方公共団体も含む)が、その権力を行使すれば、万人にその影響が及ぶ。国家が違法なこと行為を行った場合もそれは同じである。そのような具体的事例として、「えひめ玉串料訴訟」における最高裁大法廷判決について触れてみることにする。なお、準備書面(14)のように、原告奥村悦夫は、この裁判の原告である。

白石春樹愛媛県知事(当時)が、靖国神社と愛媛県護国神社の玉串料として県の費用を支出し奉納した行為が政教分離規定に反するか、この法律の基礎をなしている基本的人権の保障としての信教の自由を侵す行為になるかどうか争われた裁判であった。

1997年4月2日、最高裁の大法廷判決は、白石知事が行った行為が違憲であるとの判決を下した。

これは、白石知事によって、靖国神社に玉串料として9回にわたり各5,000円(合計4万5,000円)、同みたま祭に際し献灯料として4回にわたり各7,000円又は8,000円(合計3万1,000円)、宗教法人愛媛県護国神社の挙行した恒例の宗教上の祭祀である慰霊大祭に際し供物料として9回にわたり各1万円(合計9万円)が県費から支払われた事件である。この行為が、宗教的行為に該当し、特定の宗教を援助・助長することになり、国家に求められている宗教的中立性に反する憲法20条3項、89条に違反する行為であるかどうか争われ、最高裁は、玉串料を献納する行為は宗教行為であると判断し、憲法20条3項、89条に違反していると判断した。以下、この判決の一部を引用する。

憲法は、20条1項後段、3項、89条において、いわゆる政教分離の原則に

基づく諸規定(以下「政教分離規定」という)を設けている。

一般に、政教分離原則とは、国家(地方公共団体を含む。以下同じ。)は宗教そのものに干渉すべきではないとする、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を意味するものとされているところ、国家と宗教との関係には、それぞれの国の歴史的・社会的条件によって異なるものがある。我が国では、大日本帝国憲法に信教の自由を保障する規定(28条)を設けていたものの、その保障は「安寧秩序ヲ妨ケス及臣民タルノ義務ニ背カサル限ニ於テ」という同条自体の制限を伴っていたばかりでなく、国家神道に対し事実上国教的な地位が与えられ、ときとして、それに対する信仰が要請され、あるいは一部の宗教団体に対し厳しい迫害が加えられた等のこともあって、同憲法の下における信教の自由の保障は不完全なものであることを免れえなかつた。憲法は、明治維新以降国家と神道が密接に結び付き右のような種々の弊害を生じたことにかんがみ、新たに信教の自由を無条件に保障することとし、更にその保障を一層確実なものとするため、政教分離規定を設けるに至ったのである。元来、我が国においては、各種の宗教が多層的、重層的に発達、併存してきているのであって、このような宗教事情の下で信教の自由を確実に実現するためには、単に信教の自由を無条件に保障するのみでは足りず、国家といかなる宗教との結び付きをも排除するため、政教分離規定を設ける必要性が大であった。これらの点にかんがみると、憲法は、政教分離規定を設けるに当たり、国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたものと解すべきである。

このように、最高裁は、憲法は、20条1項後段、3項、89条における政教分離の原則についての理解を歴史的経過を踏まえ、「明治維新以降国家と神道が密接に結び付き右のような種々の弊害を生じたことにかんがみ、新たに信教の自由を無条件に保障することとし、更にその保障を一層確実なものとするため、政教分離規定を設けるに至った」とし、「国家と宗教との完全な分離を理想とし、国家の非宗教性ないし宗教的中立性を確保しようとしたものと解すべきである。」と述べている。

そして、このような理解に立って、白石知事が行った靖国神社などへの県費からの玉串料の支出が、違法行為であることについて次のように検証している。

違法な公金支出地方公共団体による靖園神社等への玉串料等の公金の支出の世俗的影響も、無視することはできない。

宗教的祭祀に起源を有する儀式等が多くの歳月を経てその宗教的意義が希薄になり、社会的儀礼や風俗として残っていることもまれではない。このような場合に公的機関がこれを行ったり参加したりしても、特定の宗教団体を支持

していると受け取られることはなく、また、社会関係の円滑な維持のため役立つことはあっても、社会に対立をもたらすことは考え難い。しかし、公的機関が靖國神社等の祭祀に公金を支出してこれを賛助することについては、靖國神社に崇敬の念を持つ人々や靖國神社を戦没者慰霊の中心的施設と考える人々はこれに満足と共感を覚えるかもしれないが、神道と教義を異にする宗教団体に属する人々や、靖國神社が国家神道の中核的存在であるとしてそれへの礼拝を強制されたことを記憶する人々、あるいは靖國神社に合祀されている者は主として軍人軍属および準軍属であって一般市民の戦争犠牲者のほとんどが含まれていないことに違和感を抱く人々は、これに不満と反感を持つかもしれない。そのような対立は、宗教的分野ばかりではなく、社会的、政治的分野においても起こり得ることである。公的機関が宗教にかかわりを持つ行為をすることによって、広く社会にこのような効果を及ぼすことは、公的機関を宗教的対立に巻き込むことになり、同時に宗教を世俗的対立に巻き込むことにもなるのであって、社会的儀礼や風俗として容認し得る範囲を超え、公的機関と宗教団体のいずれにとっても害をもたらすおそれを有するといわざるを得ない。そのようなことを避けることこそ、厳格な政教分離原則の規範を憲法が採用した趣旨に合致するものである。

憲法20条3項、89条が厳格な政教分離原則を採用しているのは、多数意見引用の昭和52年7月13日大法廷判決および多数意見が繰り返し判示しているように、明治維新以降の我が国の社会において国家と神道が結び付き、国家神道に対して事実上国教的な地位が与えられ、その信仰が要請され、一部の宗教団体に対し厳しい迫害が加えられた歴史的経緯に基づくものであるが、このような政教の融合が生じたのも、「神社は宗教にあらず」ということを理由に、神道的祭祀や儀礼を世俗的な次元で社会的規範として取り入れ、また、臣民の義務であるとして事実上強制したからである。憲法は、第二次大戦後このような歴史的経験にかんがみて、信教の自由を国民の基本的人権として、これに強い保障を与えるとともに、国家と宗教が融合することは信教の自由に対する侵害になる危険性が高いことを認識して、その制度的保障として政教分離原則を採用し、前記規定を設けたものである。この立法の経緯および趣旨に照らせば、右各条項は公的機関に対し強い規範性を有するものと解すべきであるから、我が国社会の中に、靖國神社に崇敬の念を持つ人々がいることは事実であり、また、それは信教の自由の保障するところでもあるが、いやしくも公的機関が特定の宗教団体である靖國神社等に対し、公金を使用して玉串料等を奉納し特別の敬意を表することは、先に述べたとおり、その目的、効果を実質的にみれば、戦没者の慰霊、追悼について公的機関が特定の宗教団体との特別のかかわり合いを示すことは明らかであって、右憲法条項の規範性に

照らし到底許されないことである。そして、このことは、単に靖国神社に対してのみ許されないことではなく、あらゆる宗教団体に対しても同様であることはもちろんである。

このように、玉串料の献納を宗教行為と認定した上で、その行為が社会に与える効果について検討し、無視できない効果・影響があるとして、白石知事が行った靖国神社などへの県費からの玉串料の支出は、違法行為であると結論付けている。

さらに同判決は、次のような補足意見がある。いささか長いが全文引用する。

判示第一の二についての裁判官高橋久子の意見は、次のとおりである。

私は多数意見の結論には賛成するが、その結論に至る説示のうち第一の二には同調することができないので、その点に関する私の意見を明らかにしておきたい。

一、我が国憲法は、20条に、信教の自由は、何人に対してもこれを保障する、いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない(1項)、何人も、宗教上の行為、祝典、儀式又は行事に参加することを強制されない(2項)、国およびその機関は、宗教教育その他いかなる宗教的活動もしてはならない(3項)と規定し、さらに、89条に、公の財産は、宗教上の組織又は団体の使用、便益又は維持のため、支出してはならない旨定めている。これは、大日本帝国憲法における信教の自由を保障する規定が極めて不十分で、国家神道に対し事実上国教的な地位が与えられ、それに対する信仰が強制されるとともに、一部の宗教団体に対しては厳しい迫害が加えられるなど、明治維新以降国家と神道が密接に結び付き種々の弊害を生じたことにかんがみ、新たに信教の自由を無条件に保障することとし、その保障を確実ならしめるため政教分離規定を設けるに至ったのである。

憲法は、信教の自由が人間の精神的自由の中核をなす基本的人権であり、我が国においては前述のような歴史的事情があったことにかんがみ、信教の自由を無条件に保障するのみでなく、国家といかなる宗教との結び付きも排除するために、国家と宗教との完全な分離を理想として、国家の宗教的中立性を確保しようとしたものと解される。このことは、多数意見でも認めているところである。

しかしながら、多数意見は、「政教分離規定は、いわゆる制度的保障の規定であって、信教の自由そのものを直接保障するものではなく、国家と宗教との分離を制度として保障することにより、間接的に信教の自由の保障を確保しよう

とするものである。」とした上、「国家が社会生活に規制を加え、あるいは教育、福祉、文化などに関する助成、援助等の諸施策を実施するに当たって、宗教とのかかわり合いを生ずることを免れることはできないから、現実の国家制度として、国家と宗教との完全な分離を実現することは、實際上不可能に近いものといわなければならない。さらにまた、政教分離原則を完全に貫こうとすれば、かえって社会生活の各方面に不合理な事態を生ずることを免れない。」、「政教分離規定の保障の対象となる国家と宗教との分離にもおのずから一定の限界があることを免れず、政教分離原則が現実の国家制度として具現される場合には、それぞれの国の社会的・文化的諸条件に照らし、国家は實際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で、そのかかわり合いが、信教の自由の保障の確保という制度の根本目的との関係で、いかなる場合にいかなる限度で許されないこととなるかが問題とならざるを得ないのである。」、「(政教分離原則は)国家が宗教とのかかわり合いを持つことを全く許さないとするものではなく、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的および効果にかんがみ、そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものである」として、憲法のいう「国家と宗教との完全な分離」を「理想」として棚上げし、国家は實際上、宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で、宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的および効果にかんがみ、そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないというのである。

この考え方によれば、憲法20条3項にいう宗教的活動とは、国およびその機関の活動で宗教とのかかわり合いを持つすべての行為を指すものではなく、「当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうもの」とされ、ある行為が宗教的活動に該当するか否かについては、「当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的および宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。」ということになる。

この考え方は、多数意見引用の昭和52年7月13日大法廷判決(以下「地鎮祭判決」という。)に示され、いわゆる目的・効果基準としてその後の宗教に関する裁判に大きな影響を与えたものであって、多数意見は、これに依拠して、本判決の枠組みとしているが、私は、この目的・効果基準についていくつかの疑問を持たざるを得ない。

二、 第一に、多数意見は、憲法のいう「国家と宗教との完全な分離」は理想であって、これを実現することは「不可能に近く」、これを完全に貫こうとすれば、「各方面に不合理な事態を生ずる」というが、果たしてそうであろうか。地鎮祭判決の挙げている不合理な事態の例は、特定宗教と関係のある私立学校への助成、文化財である神社、寺院の建築物や仏像等の維持保存のための宗教団体に対する補助、刑務所等における教誨活動等であるが、これらについては、平等の原則からいって、当該団体を他団体と同様に扱うことが当然要請されるものであり、特定宗教と関係があることを理由に他団体に交付される助成金や補助金などが支給されないならば、むしろ、そのことが信教の自由に反する行為であるといわなければならない。このような例は、政教分離原則を国家と宗教との完全な分離と解することによって生ずる不合理な事態とはいえず、国家と宗教との完全な分離を貫くことの妨げとなるものとは考えられないのである。

私も、「完全分離」が不可能あるいは不適當である場合が全くないと考えているわけではない。クリスマスツリーや門松のように習俗的行事化していることがだれの目にも明らかなものもないわけではなく、他にも同様の取扱いをする理由を有するケースが全くないと断定することはできない。しかし、「いかなる宗教的活動もしてはならない。」とする憲法20条3項の規定は、宗教とかかわり合いを持つすべての行為を原則として禁じていると解すべきであり、それに対して、当該行為を別扱いにするには、その理由を示すことが必要であると考え。すなわち、原則はあくまでも「国家はいかなる宗教的活動もしてはならない」のである。ところが、多数意見は、「国家は實際上宗教とある程度のかかわり合いを持たざるを得ないことを前提とした上で」と、前提条件を逆転させている。

憲法20条3項の規定が、我が国の過去の苦い経験を踏まえて国家と宗教との完全分離を理想としたものであることを考えると、目的・効果基準によって宗教的活動に制限を付し、その範囲を狭く限定することは、憲法の意図するところではないと考えるのである。

三、 第二は、多数意見が、「(国家と宗教との)かかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さない」、さらに、「諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。」と、現実の姿を判断の尺度としていることである。前述のとおり、我が国において国家神道に国教的な地位が与えられ、その結果種々の弊害を生じたことは周知の事実であり、憲法は、その反省の上に立って信教の自由を無条件で保障し、それを確実ならしめるために国家と宗教との完

全な分離を理想として20条の規定を設けたものと考えられるが、信教の自由は、心の深奥にかかわる問題であるだけに、いまだに国家神道の残滓が完全に払拭されたとはいえない。また、我が国においては宗教は多元的・重層的に発展してきており、国民一般の宗教に対する関心は必ずしも高くはなく、異なった宗教に対して極めて寛容である。特定の宗教に帰依するからといって他宗教を排他的に取り扱うことはなく、このことは、戦前、国家神道が各家庭の中で宗教というよりも超宗教的存在として生活の規範をなし、多くの弊害をもたらす土壤となったと思われる。宗教的感覚において寛容であるということは、それ自体として悪いとはいえないであろうが、宗教が国民一般の精神のコントロールを容易になし得る危険性をはらんでいるともいえる。その意味からも政教分離原則は厳格に遵守されるべきであって、「社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度」、「社会通念に従って、客観的に判断」というように、現実是認の尺度で判断されるべき事柄ではないと思うのである。

四、 第三は、いわゆる目的・効果基準は極めてあいまいな明確性を欠く基準であるということである。多数意見は、「(国家が)宗教とのかかわり合いをもたらす行為の目的および効果にかんがみ、そのかかわり合いが我が国の社会的・文化的諸条件に照らし相当とされる限度を超えるものと認められる場合にこれを許さないとするものである」というが、「社会的・文化的諸条件」とは何か、「相当とされる限度」というのはどの程度を指すのか、明らかではない。ある行為が宗教的活動に該当するか否かを判断するに当たって考慮する事情として、「当該行為の目的が宗教的意義を持ち、その効果が宗教に対する援助、助長、促進又は圧迫、干渉等になるような行為をいうものと解すべきである。」、そして、「ある行為が右にいう宗教的活動に該当するかどうかを検討するに当たっては、当該行為の外形的側面のみにとらわれることなく、当該行為の行われる場所、当該行為に対する一般人の宗教的評価、当該行為者が当該行為を行うについての意図、目的および宗教的意識の有無、程度、当該行為の一般人に与える効果、影響等、諸般の事情を考慮し、社会通念に従って、客観的に判断しなければならない。」としているが、これらの事情について何をどのように評価するかは明らかではない。いわば目盛りのない物差しである。したがって、この基準によって判断された地鎮祭判決後の判決が、同じ事実を認定しながら結論を異にするものが少なくない。

殉職自衛隊員たる亡夫を山口県護國神社に合祀されたことに関し、キリスト教徒である妻からの国家賠償法に基づく損害賠償請求について、一、二審判決は、県隊友会の同神社に対する合祀申請に自衛隊職員が関与した行為が憲法20条3項にいき宗教的活動に当たるとしたが、多数意見引用の昭和63年

6月1日大法廷判決は、右行為は宗教的活動に当たらないとした。

箕面市が忠魂碑の存する公有地の代替地を買い受けて忠魂碑の移設・再建をした行為、地元の戦没者遺族会に対しその敷地として右代替地を無償貸与した行為等が右の宗教的活動に該当するかどうか争われた裁判では、一審判決は、右行為が宗教的活動に当たると判断したが、二審判決は、これを否定し、最高裁平成5年2月16日第三小法廷判決も、宗教的活動には当たらないとした。

本件についても、一審判決と原判決とでは、同じ目的・効果基準によって判断しながら結論は反対であるし、本判決においても、多数意見と反対意見とでは、同じ認定事実の下にいずれも地鎮祭判決の目的・効果基準に依拠するとしつつ全く反対の結論に到達しているのであって、これをみても、地鎮祭判決の示す基準が明確な指針たり得るかどうか疑問を禁じ得ないのである。

以上のとおり、目的・効果基準は、基準としては極めてあいまいなものといわざるを得ず、このようなあいまいな基準で国家と宗教とのかかわり合いを判断し、憲法20条3項の宗教的活動を限定的に解することについては、国家と宗教との結び付きを許す範囲をいつの間にか拡大させ、ひいては信教の自由もおびやかされる可能性があるとの懸念を持たざるを得ない。

五、 私は、憲法20条の規定する政教分離原則は、国家と宗教との完全な分離、すなわち、国家は宗教の介入を受けず、また、宗教に介入すべきではないという国家の非宗教性を意味するものと思うのである。信教の自由に関する保障が不十分であったことによって多くの弊害をもたらした我が国の過去を思うとき、政教分離原則は、厳格に解されるべきことはいうまでもない。

したがって、私は、完全な分離が不可能、不適當であることの理由が示されない限り、国が宗教とかかわり合いを持つことは許されないものとする。県の公金から靖國神社の例大祭、みたま祭に玉串料、献灯料を、護國神社の慰霊大祭に供物料を奉納するため金員を支出した本件各行為は、いずれもそのような例外に当たるものとは到底いえないことが明らかであり、違憲というほかはない。

まずこの補足意見のはじめに「憲法は、信教の自由が人間の精神的自由の中核をなす基本的人権であり、我が国においては前述のような歴史的事情があったことにかんがみ、信教の自由を無条件に保障するのみでなく、国家といかなる宗教との結び付きも排除するために、国家と宗教との完全な分離を理想として、国家の宗教的中立性を確保しようとしたものと解される。このことは、多数意見でも認めているところである。」と信教の自由が人間の精神的自由の中核をなす基本的人権であるとの認識を示した

上で、この信教の自由は、国家の宗教的中立性が守られることによって保証されるとの認識を示している。

それは、過去の歴史的経過から個々人の信教の自由を保障するためには、国家の関与があってはならず国の非宗教性ないし宗教的中立性が不可欠であるとの認識による。つまり、国家の関与あるいは弾圧は、具体的には特定の個人や特定の個々の教会および寺院や特定の宗教団体に対して行なわれるが、その結果は、直接、国家による関与を受けた特定個人や特定の教会および寺院や特定の宗教団体などにだけその影響がおよぶだけではなく、直接国家による関与・弾圧を受けなかった個人および個々の宗教団体にも及ぶ、つまり万人に及ぶという歴史的経験科学にのっっているからである。

確かに最初の影響・被害は、国家の介入による直接的弾圧を受けた個人や教会や寺院あるいは宗教団体が受ける。しかし、その影響や被害は、直接弾圧を受けた個人や教会や寺あるいは宗教団体に止まらず、直接弾圧を受けなかった個人や教会や寺院あるいは宗教団体にもおよびのである。その事例を改めて述べるまでもなく、このような認識に立っているので、最高裁は、違憲判決を行ったのである。

ゆえに、憲法20条1項で「信教の自由は、何人に対してもこれを保障する。」という個人の信教の自由を保障するだけでなく、国家の行なう個人への弾圧・介入は、見える現象としては直接的弾圧・介入を受けた個人に止まらず、万人に波及するから、「いかなる宗教団体も、国から特権を受け、又は政治上の権力を行使してはならない。」との規定と同3項の規定を設けて、国家の非宗教性・中立を求めているのである。

このように二重の予防策を講じているのである。これは、繰り返すが、国家権力による宗教への介入は、万人に及ぶからであり、そのことを防ぐために、国家に価値的中立を求めているのである。

つまり、白石知事が、靖国神社に玉串料として県費から支払われた行為は、行政権力がまつわるゆえに、知事に直接会ったことも話したこともない県民の信教の自由を侵し、基本的人権が侵されることになるので違憲判決を行ったのである。

最高裁のこの判断は、公権力が違法を侵せば、その被害・影響は、一見「縁もゆかりも無い」と思われる人々にも波及する、つまり万人におよびその当事者になってしまうことを認めたことに他ならない。つまり、公権力による違法行為は、非当事者は存在せず、万人が当事者になるということを認定しているのである。

政教分離における国家と宗教の関係が人々に与える影響について述べたが、国家と教育との関係、つまり、国家による教育への介入についてもそれは同じである。

4、国家権力からの侵害を予防する法律における当事者概念

医学・科学の知見における予防的理念から生まれた、開かれたあるいは広げられた当事者概念(以下、これまでの狭く限定された当事者概念における当事者を「閉じられた当事者」、新たに開かれた当事者概念における当事者を「開かれた当事者」という)。について既に述べた。これは、医学・科学の分野に止まらず司法の分野においても、基本的人権としての信教の自由における当事者の概念においても、同じ概念が採用されていることを述べた。

また、行政訴訟検討会が、「行政訴訟制度の見直しのための考え方」を公表し(2004年1月6日)、この中で救済範囲の拡大として、原告適格の拡大と題して「国民の利益調整が複雑多様化している現代行政にふさわしい考え方として、法律の形式・規定ぶりや行政事務の運用等にとらわれずに法律の趣旨・目的や処分において考慮されるべき利益の内容・性質等を考慮するなど、原告適格が実質的に広く認められるために必要な考慮事項を規定する。」と記載されているが、これも、開かれた当事者概念を広く行政訴訟に採用することを促しているのである。それは、これまで述べたように、国家権力が発動する行為は、その影響は、万人に及ぶとの認識を現していることに他ならない。

第三、堤防の決壊を救ったハンス少年の物語と権力の原理的メカニズム

1、堤防の決壊を救ったハンス少年の物語の概要

閉じられた当事者だけが、具体的な被害を受けるのではなく、開かれた当事者も具体的な被害を被る具体例については、準備書面(14)で述べるが、その構造を簡単に、干拓によって作りだしたオランダの大地に築かれている堤防から少しずつ水が漏れているのを見つけたハンス少年が身を挺して「堤防の決壊を救った」との話しを引用し、「公権力による違法行為が人々(私たち原告)に与える影響の原理的メカニズム」を示し、本件原告らの侵害される権利とその損害の関係を考察する。

風車と運河のある風景に代表されるオランダは、国土の多くの部分が海面よりも低いという国です。そのため、海岸の堤防は非常に大切なものです。

このオランダに、ハンスという少年がいました。ある日のこと、お使いに行った帰りに堤防のそばを通りかかったハンス少年の目は、
「おや？」

と、一点に釘付けになりました。堤防から少しずつ水が漏れているのです。それは、見ている間にも、少しずつ大きくなっていくのが分かります。

ハンス少年は8歳でしたが、この堤防が、祖国オランダにとって、どのように大事なものであるかを、いつも両親から聞かされていたので、よく知っていました。堤防が切れると、オランダは見る間に海の底になってしまうのです。

2、「堤防の決壊」を防ぎ住民の損害を防ぐための考察

オランダにおける堤防は、人々が平和な日常生活を過ごす基礎を生み出している。この人々の平和な日常生活の暮らしを破壊する「堤防の決壊」とそのことによる「住民の被害」のメカニズムと堤防の決壊を未然に防いだ「ハンス少年」の物語をとおして考察する。

(1)オランダにおける「堤防」とは

オランダにおけるいわゆる「陸(地)」は、堤防を造り海水を堰き止め人々が人工的に生み出したものである。この「陸」は、堤防という人工的構造物によって、「海」からの海水を遮断し、「陸」における人々が日常の暮らしを平穩の内に過ごす(以下「暮らし」という)ことを可能としている。オランダにおける「堤防」とは、人々の暮らしを守る機能及び役割を負うものとして存在している。

(2)「堤防の決壊」と「住民の被害」のメカニズム

しかし、一端この堤防が破壊されるとその海水は「陸」を飲み込んでしまい、全ての人々はその被害を被る。堤防の「決壊」という出来事は、大多数の住民の被害という事態をもたらす。これが、「堤防の決壊」と「住民の被害」のメカニズム及び特性である。

次に同損害のメカニズムと多くの類似性のある「公権力を有する被告の違法・不正行為が原告らに及ぼす損害のメカニズム」について考察し検証してみる。

(3)日本国憲法・教育基本法は、戦争を防ぐための「堤防」である

日本の近代は、「富国強兵」を国策とし、天皇制中央集権国家として、明治中期以来1945年の敗戦まで、完全に「天皇大権」が教育を掌握し、人々を天皇の臣民とみなし、天皇のために命を捧げる教育(教育勅語)を中心に据え、国定教科書を通して子どもたちにその思想を注入し、侵略戦争を担う「国民」を育成し、侵略戦争に動員していった。そして、この「国民」は、この侵略戦争のなかでアジア地域において多くの人々の命や財産を奪う一方、「国民」の多くの命もこの侵略戦争で奪っていった。

このような忌まわしい歴史の反省の基(人類的経験則)に日本国憲法は憲法学上「立憲的意味の憲法」として制定され、専断的な国家権力の支配(人の支配)を排斥し、公権力を法で拘束することによって、人々の権利・自由を擁護し、個人の人格や個人の尊厳を重んじ、個人の自由な思想や活動を可能な限り保障する、という原理を憲法の基本理念の一つとした。そして、この理念に基づいて教育基本法(旧法、以下同じ)も制定されたのである。

日本国憲法や教育基本法の最大の役割・機能は、オランダにおける堤防と同じ役割・機能を担っている。つまり、人々の暮らしを飲み込んでしまう海水を貯めている大海原(国家権力)から、人々の命や財産、平和の内に生存する権利を守る堤防としての法的保障である。

(4)公権力が侵す違法行為が人々・社会に及ぼす損害の本質

国家の意思によってこの堤防(日本国憲法や教育基本法)を破壊(法を破り)し、大海原を満たしている海水(絶大な権力)を溢れさせれば、人々が暮らす「陸地」は海水(権力)で覆われ、人々はなす術がなく海水(権力)に丸ごと飲み込まれてしまうのである。

このように、公権力が侵す違法行為は、人々の権利等を侵害し、人々に不利益を強い、著しい損害を及ぼす。これこそが、公権力が侵す違法行為が人々(社会)に及ぼす損害の本質であり、そのメカニズムの特性である。

(5)原告らが被る権利の侵害と損害

公権力が侵す違法行為は、人々に地域社会にすべからず損害を及ぼすということ、これこそが、公権力が侵す違法行為が人々(社会)にもたらす損害の本質であり、それが、本件における損害のメカニズムの特性である。つまり、これまで述べてきた公権力と住民との関係におけるメカニズムの特性から、原告らは、憲法に反する

「戦争法」によって、直接的にその影響を受け、原告らの具体的な権利が侵害され、損害を受けるのである。

詳細は、別途準備書面で述べる。本件「戦争法」をめぐる原告らの権利・利益を勘案する際には、行政事件訴訟法9条2項に基づき当該法令と目的を共有する関係法令をその趣旨及び目的を参酌する必要がある。その際の関連法令などをどのように解釈するのかについては、勝手解釈は許されず、最高法規である日本国憲法を上位に置きながら、関係する各法令を勘案する必要がある。

結語——平時の不断の努力たる権力への濫用監視が権利を守り、損害を防ぐ

準備書面(11)のように、本件「戦争法」により、「個人の尊厳」が侵され、「平和的生存権」などが侵害されるのは、「戦場」に放り込まれる自衛隊員らだけではない。

アジア太平洋戦争に学徒兵として出征した渡部良三の「個人の尊厳」は、時間をまき戻し、「反戦活動」確実にできた平時の一般市民による「反戦活動」と一体化し、活動することによらなければ、守られない。また、寓話『茶色の朝』もそのことを示している。前述した「ハンス少年」の物語もそのことを示している。

オランダにおける堤防の維持・管理とその活用は、憲法12条の不断の努力により、未然被害を防いできたことを証明している。

前述したように予防医学、予防原則、安全工学で述べてきたことで明らかのように、未然に病気を防ぐ、未然に災害を防ぐ、未然に危険を回避するために、経験科学に基づき予防的措置を講じるようになり、当事者の概念を、直接利害を受ける人・物から、直接の利害には関わらない人・物にまで当事者の枠を広げることによって可能になったのである。つまり、これまでの当事者という概念を新しく位置付けなおしたのである。これは、人類が、長い年月をかけて、「安心」し「安全」な日常の暮らしを営むために、予防的対策としてたどり着いた一つの大きな英知である。

このことが、法の経験科学のみが、例外であるはずはない。例外でないことを前述した。

人類は、過去の歴史から学ぶという経験科学・歴史科学に基づく予防的概念を〈法〉のなかに明記し、私たちの権利を権力の濫用による被害を被ることを回避する重要な手立てとして法制化しているのである。

したがって、平和な日常生活を過ごす基礎において平時の段階における人々の不断の努力という、国家権力が暴走しないための救済措置を、立憲主義に基礎づけているのである。

平時における不断の努力による私たちの「個人の尊厳」「平和的生存権」にかかわる

活動への政府の侵害・妨害などが、私たちの個々人の具体的な権利の侵害でないとすれば、事実上、「個人の尊厳」「平和的生存権」という権利は、存在しない。そのようなことを立憲主義憲法は、原理として認めているはずはなく、したがって、原告らの「個人の尊厳」「平和的生存権」は、平時においても具体的な権利として存在し、これを侵害する本件「戦争法」により、原告らの具体的な「個人の尊厳」「平和的生存権」が侵害されていることは明白である。

なお、現在が、平時といえない状況にあると原告らは認識している。したがって、より一層、原告らの具体的な「個人の尊厳」「平和的生存権」権利は、侵害されているというはかない。

したがって、被告国および被告塩崎らが、原告らの権利は、具体的な権利ではないとの主張は、失当というほかない。

以上