

平成28年(ワ)第308号 平成29年(ワ)第345号
「戦争法」強行成立損害賠償事件
原告ら ○○○○ほか37名
被告 国ほか5名

準備書面(28)

被告国第(1)(2)準備書面に対する反論

—『『平和的生存権』は、国賠法上保護される具体的権利ないし
法的利益とはいえない』という被告の主張は失当である—

2018年12月25日

松山地方裁判所 御中

選定当事者兼原告 ○○ ○○

原告 ○○ ○○

目次

はじめに	3
一 国際的には、人類の戦争の歴史、そして、二度の世界大戦を経験し、「人権としての平和」が国際的にも認識され、国家主権を制限する人民主権が優越的地位を持つことが了解されるようになり、国家が戦争に訴えることを、かりに国民代表議会の多数の意思に基づくものであれ、違法とし、平和の実現を要求することが正当とされるに至っていることは明らかである	3
1 「平和」は、今や、あらゆる基本的人権の存立しうる基礎条件であり、さらにいえば、最も重要な基本的人権のそのものの一つになっている	3
2 国際社会でも『平和的生存権』を認めるべき動きが進んでいること	5
3 日本政府も、国際社会において「人間の安全保障」=の実現に向けリードしており、それに反する「戦争法」の閣議決定及び「戦争法」強行成立は、政治道徳に反し許されない	5
4 小結	7
二 日本国においては、侵略戦争の反省に基づき制定された日本国憲法前文と九条で規定された立憲平和主義により、「平和的生存権」が明文化されていること	7
三 これまでの9条や自衛隊をめぐる訴訟においても、「平和的生存権」が具体的な権利であることが論証されていることは明らかである	9
四 しかし、『平和的生存権』が具体的権利であることを、日本政府と訴訟(司法)の多くにおいて認めていないだけであり、権利侵害の有無は、国賠法の違法性の判断基準に基づかななくてはならない	11
1 被告は裁判所の違憲審査権の行使の在り方を不当に軽視していること	11
2 「人格権」の侵害による精神的被害は、「平和的生存権」の侵害の被害に重なり、被侵害権利・利益が主観的不快感だとしても、不法行為法上ないし国家賠償法上の保護に値することが否定されるわけではなく、その場合、人格権＝「平和的生存権」の侵害といいうる状態に至っているかを判断するために、侵害行為の態様等について検討することが必要不可欠である	14
3 国賠法の違法性の判断基準に基づかなければならないこと	16
5 小結	17
五 政府の「平和的生存権」侵害の深刻さが増す今こそ、「平和的生存権」が具体的な権利であることは明らかである	17
1 日本国憲法の『平和的生存権』の具体的な内容と保障の論理	18
2 憲法違反の戦争法が成立した今だからこそ、『平和的生存権』の侵害が具体的事実であることは明らかである	21
3 『平和的生存権』は具体的な権利である。	23
4 小結	25
六 結語	25
七 被告国ら弁護士及び、裁判官への要請	26
1 被告国ら代理人である弁護士への要請	26
2 裁判官への要請	27

はじめに

被告国らは、「『平和的生存権』の外苑は憲法9条によって画されているからその権利内容は明確である旨の原告らの主張には理由がない」と具体的権利性を否定する。しかし、左記主張は、原告ら準備書面(5)(10)「『平和的生存権』は具体的権利がある」という主張と論証を、恣意的に矮小化している。

本準備書面では、原告ら準備書面(5)(10)の主張を、1 国際的には、人類の戦争の歴史、そして、二度の世界大戦を経験し、「人権としての平和」が国際的にも認識され、国家主権を制限する人民主権が優越的地位を持つことが了解されるようになり、国家が戦争に訴えることを、かりに国民代表議会の多数の意思に基づくものであれ、違法とし、平和の実現を要求することが正当とされるに至っていること 2 日本国においては、侵略戦争の反省に基づき制定された日本国憲法の立憲平和主義により、「平和的生存権」が明文化されていること 3 これまでの9条や自衛隊をめぐる訴訟においても、「平和的生存権」が具体的な権利であることが論証されていること 4 しかし、これを日本政府と上記の訴訟(司法)の多くにおいて、それを認めていないだけであり、権利侵害の有無は、国賠法の違法性の判断基準に基づかななくてはならないこと、の順に整理し述べることで、再度、「平和的生存権」は具体的原理があることが明らかであることを論じる。その後、5 現在の日本政府による「平和的生存権」の侵害の深刻さから、今こそ「平和的生存権」が具体的権利であることが明らかであることを論じ、「『平和的生存権』は、国賠法上保護される具体的権利ないし法的利益とはいえない」という被告の主張は失当していることを明らかにする。

一 国際的には、人類の戦争の歴史、そして、二度の世界大戦を経験し、「人権としての平和」が国際的にも認識され、国家主権を制限する人民主権が優越的地位を持つことが了解されるようになり、国家が戦争に訴えることを、かりに国民代表議会の多数の意思に基づくものであれ、違法とし、平和の実現を要求することが正当とされるに至っていることは明らかである

1 「平和」は、今や、あらゆる基本的人権の存立しうる基礎条件であり、さらにいえば、最も重要な基本的人権のそのものの一つになっている

浦田賢治は「深瀬忠一著『戦争の放棄』(三省堂 1977年)の「憲法裁判における平和的生存権」(証拠甲66号証)」の中で、下記のように論証する。

「なかでも、高柳信一『戦後民主主義と「人権としての平和」』は、平和が人権として構成されるべき主体的条件を、近代憲法と現代憲法のそれぞれの民主主義論との関連において解明した理論的作品である。この見解は、最近では、『現代という歴史的事実』とのかかわりにおいて、つまり平和的生存権の客観的基礎を解明する方向において、さらに展開されつつある。高柳教授によれば、いわば西欧民主主義はとらえた近代憲法の構造—人権保障部分と代表民主制部分からなる—において、平和は代表民主側の視野に入ってくる問題であって、人権の問題と考えられなかった。いいかえれば、戦争をすることが人民の信託にこたえるものであるか、あるいは戦争を避けることが人民の福祉に寄与するものであるかは、政府は議会に対する責任において決断すべき事項とされた。しかも、それは、専門性、秘密性の強い軍事・外交問題であるから、多数決によって運用される代表民主制のもとでも、民主的統制の困難な事項であった。他方、近代西欧民主主義は人権を絶対不可侵と考えたが、人権は平和が確保された場合にのみ保障されるものである。したがって、人権は条件付きの絶対権であるということになり、このような論理矛盾を西欧民主主義は内包していたのであった。この矛盾の現実態が民主主義＝文明国の植民地支配ということであった。

『現代という歴史的现实』はこのような矛盾の破綻を不可避にした。現代戦争は—核兵器によるものはその大量殺戮の脅威のゆえに、在来兵器によるものはベトナム戦争に象徴されるような被抑圧民族の抵抗のゆえに—、責任ある政治指導者の政治目的達成上の合理的手段とは考えられなくなった。戦争は地球最大の悪となり、平和はあらゆる人間的価値の基礎条件として、人の党派政治的な立場にかかわらない普遍的人類的価値になった。つまり、平和は、人民自身が直接に管理しうるものになった。この意味において、戦争と平和の問題は、代表民主制や、多数決で運営される議会制民主主義の結果に任されるべき問題ではもはやなくなった。平和は、多数決原理の及ばない、いかなる状況においても確守されるべき優越的価値となった。平和は、各個人個人の人権として要求しうるもの、むしろ要求すべきものとなった。このような『現代の歴史的现实』をまえにして、戦争禁止の第九条が日本国憲法の規範となることによって、『人権としての平和』が成立している。『平和は、今や、あらゆる基本的人権の存立しうる基礎条件であり、さらにいえば、最も重要な基本的人権のそのもの一つになっている』」（290—291頁）

以上のように、「戦争は地球最大の悪となり、平和はあらゆる人間的価値の基礎条件として、人の党派政治的な立場にかかわらない普遍的人類的価値」、つまり、「平和は、人民自身が直接に管理しうるものになり」、「多数決原理の及ばない、いかなる状況においても確守されるべき優越的価値」、「各個人

個人の人権として要求しうるもの、むしろ要求すべきものとなった」。「このような『現代の歴史的現実』をまえにして、戦争禁止の第九条が日本国憲法の規範となることによって、『人権としての平和』が成立している。『平和は、今や、あらゆる基本的人権の存立しうる基礎条件であり、さらにいえば、最も重要な基本的人権のそのものの一つになっている」。

2 国際社会でも『平和的生存権』を認めるべき動きが進んでいること

国際社会では、「平和概念が曖昧」であるとか「司法上の権利となり得ない」という見解が支持されず『平和的生存権』を認める動きが進んでいることを、東京地裁事件の準備書面（7）を援用し、主張する。

2016年12月19日、「平和的生存権」と同じような内容を有する「平和への権利宣言」が国連総会で採択された。「平和への権利宣言」に関しては、国が本件訴訟で主張しているように、「平和概念が曖昧」であるとか、「司法上の権利となり得ない」旨の主張をして、「平和への権利宣言」に反対する国が存在した。しかし、イラク戦争のような戦争を再び起こさせないためとの目的を実現するために世界的な動きとなった「平和への権利」の国際法典化を目指す国々はこうした主張を支持せず、「平和への権利宣言」は、反対国34カ国、棄権19カ国に対して、賛成が131カ国との圧倒的多数で国連総会で採択された。「平和概念が曖昧」であるとか「司法上の権利となり得ない」という見解が国連総会で支持されなかったという重みを日本政府は感じるべきである。国連総会における「平和への権利宣言」採択は、イラク戦争のような、国連憲章上違法な武力行使は「平和への権利」の侵害となることを明確にすべきという国際社会の多数意思の表明である。そして、「武力不行使原則」（国連憲章2条4項）を実効的なものにしようとする「平和への権利宣言」では、戦争や軍により生命や安全を脅かされない権利という中核の部分は明確なものと考えられている。「国際協調主義」を基本原理とする日本国憲法の下では、「平和」を権利とする国際社会の動きに対して背を向けるような言動をすることが適切でないことも念頭に置くべきである。（28頁）

3 日本政府も、国際社会において「人間の安全保障」=の実現に向けリードしており、それに反する「戦争法」の閣議決定及び「戦争法」強行成立は、政治道徳に反し許されない

浦部法穂は、『平和憲法の確保と新生』（深瀬忠一・上田勝美・稲正樹・水島朝補編著者 北海道出版 2008年）の「第二章 平和的生存権と『人間の安全保障』」（証拠甲67号証）で、日本政府は、国際社会において「平和

的生存権」を保障するための「人間の安全保障」実現に向けリードする積極的な提言を行い、国際社会はその実現に向け動いていることを紹介する。

国際社会においては、『グローバル化』の急速な進展に伴う民族間や地域間の格差の拡大・貧困・飢餓・人口増大・環境破壊などの地球的危機といった『現実の脅威』がきわめて深刻化し、いまこうした『現実の脅威』に対する安全保障の問題に取り組まなければならないとの認識が共有され、『領土偏重の安全保障から、人間を重視した安全保障へ』、『軍備による安全保障から「持続可能な人間開発」による安全保障へ』と切り替える方向へ舵を切った。その中で、「『人間の安全保障論』は、まず第一に、『軍備による安全保障』という考え方を基本的に否定」し、「軍事援助の段階的廃止と兵器貿易の規制、軍事支出の削減目標の国際的合意、これらによって節約される財源を『平和の配当』として人間開発のために利用する仕組みをつくること」が求められるようになった。「こうした『人間の安全保障』の提唱に対し、日本政府は、二〇〇〇年九月の国連ミレニアム総会における森善朗首相の演説で、『人間の安全保障』のための国際委員会を発足させることを提唱し」、「二〇〇一年一月に、緒方貞子とアマルティア・センを共同議長とする『人間の安全保障委員会』が設立された。ここでは、「グローバリゼーションが『国や地域を問わず、人々の生活を豊かにする』可能性を持っているにもかかわらず、『今日のグローバリゼーションは市場の拡大によって推進されており』、（中略）『豊かな国々においても貧しい国々においても人間の安全保障に対し新しい脅威を創り出している』」という問題が指摘され、「その脅威への対処であるグローバル・ガバナンスについて、「『あまりにも狭義で、経済成長や金融安定化への関心に限られており』、また『地理的にあまりにも偏っており、通常先進七カ国（G7）、ときにはただ一カ国（G1）の経済大国に牛耳られている』」という現状認識にたち、『市場のためではなく、人間の幸福のため』のグローバル・ガバナンスの必要性を説いている」。つまり、「今日のグローバリゼーション」による「市場の拡大」がもたしている「人々への脅威」の根本的原因である「構造的暴力」に対処する「人間の幸福のため」の「グローバル・ガバナンス」の必要性を日本政府は認識し、解決に向けた責任ある提言を行い国際社会はその実現に向け動き出している。（25－27頁）

つまり、日本政府は、いわゆる日本国憲法で示されたところの「戦争放棄と軍備放棄」による「平和的生存権」の保障を、地球社会に拡大すること、なおかつ「戦争放棄・軍備放棄」とどまらない「今日のグローバル化」がもたらす「人々への脅威」の根本的原因である「構造的暴力」の解決を目指す「グローバル・ガバメント」の創設に向け、国際社会をリードし国際社会はその方向に動き出している。

にもかかわらず、「戦争法」の閣議決定及び「戦争法」強行成立は、このような国際社会へのメッセージと連帯に向けた動きに逆行し、またこのような政治道徳を欠いた行為は、国際社会の信用を失わせることであり許されない。

4 小結

以上のように、「平和」の実現＝「平和的生存権」の保護は、政府の政策によって侵害されてはならない「優越的価値」＝「基本的人権」であり、「各個人個人の人権として要求しうるもの」であり、「人権としての平和」が国際的にも認識され、国家主権を制限する人民主権が優越的地位を持つことが了解されるようになり、国家が戦争に訴えることを、かりに国民代表議会の多数の意思に基づくものであれ、違法とし、平和の実現を要求することが正当とされるに至っていることは明らかである。

二 日本国においては、侵略戦争の反省に基づき制定された日本国憲法前文と九条で規定された立憲平和主義により、「平和的生存権」が明文化されていること

上田勝美（龍谷大学名誉教授）は、『平和憲法の確保と新生』（深瀬忠一・上田勝美・稲正樹・水島朝穂編著者 北海道出版 2008年）の「第一章 世界平和と人類の生命権確立」（2～11頁 証拠甲68号証）で、「人類は、二〇世紀に二度にわたる悲惨な世界戦争を経験し、第二次世界大戦だけでも五六〇〇万人の死傷者を出した。戦後においては、言語に絶する悲惨な戦争の教訓として、国際法、各国の憲法それぞれの法領域において、『戦争違法化』の人类的課題が一段と進展した。しかし一九四六年制定の日本国憲法は、『平和と人権』に関する最先端の原理を基本原理として採用した。すなわち憲法前文と九条の平和原理は、絶対非戦の平和条項であり、従前の『軍事力による安全保障方式』を完全に否定している。また、人権保障の歴史的到達点としての、いわゆる、『平和的生存権』を確立している」（2－3頁）とする。

そして、「平和と人権の日本国憲法は、平和主義徹底の新しい『安全保障方式』と現代的人権の到達点ともいふべき基本的人権を設定している。ここの、新しい『安全保障方式』とは、無軍備の『信頼の原則による方式』であり、後者は、いわゆる『平和的生存権』である」とし、「近代国家の安全保障方式を見ると、第一次世界大戦から、第二次大戦後の今日まで、各国は『力による安全方式』を採用してきた。ここに『力による』と言っているのは、当然、『軍事を中心にした安全保障方式』ということにほかならない」と述べる。

「それに対して、日本国憲法前文と九条が確立した安全保障方式は、原爆の投下によりおびただしい死傷者を出し、第二次大戦で敗北した日本で、初めて選択され、採用された世界初の『信頼の原則による安全保障方式』である。すなわち、憲法九条は、人類の常識を覆した『絶対非戦の平和条項』を憲法制度として結実したものである。憲法前文には、『平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した』と書かれているが、この『安全保障方式』こそ、人類史上における画期的な『安全保障方式』の樹立であり、『力による安全保障方式』を一八〇度転換したもので、まさに、二一世紀の国際社会において、各国が採用すべき最高のモデルを提供している（４－５頁）」とする。また、特に、日本国憲法は、日本における侵略戦争について「自衛の名の下に」行ってきた事実を反省し、「軍事力」を持たない、「自衛」と名のつく戦争もできないようにしているということは、原告らが本件訴訟で論証してきたとおりである。憲法制定当時の首相吉田茂もそのように国会答弁している。

そして、「『人間の生きる権利』こそ、『恐怖と欠乏』から免れ、そして解放されるべき権利」であり、「ここで強調されている『生命権』の最大の意義は、人間が被る最大の脅威が戦争であり、戦争こそ、『生命権が全うされるために』最大の障害であり、そうである以上、人類の生命権を十分に生かすためには、各国共に『戦争の放棄』の政治課題の実現に本気で取り組む必要がある」と言う。そして、国際社会でも「平和的生存権」を認める動きが進んでいることは、上記で明らかにしたとおりである。「そして、日本の良心的な憲法学者らが、このいわゆる『平和的生存権』の法的性格、歴史的意義や役割について長年にわたって検討を重ねていたが、ついに長沼ナイキ基地訴訟第一審判決で、『平和的生存権』を軸にした平和主義徹底の自衛隊違憲判決を勝ち取った」とし、同判決を「『この平和的生存権が、全世界の国民に共通する基本的人権そのものであることを宣言するものである』と『平和的生存権』の明確な位置づけをしたうえで、この権利が『消極的な反射的利益を意味するものではな』いと、その具体的な裁判規範性をも承認したことがとくに重要である。この裁判で重要なことは、『平和と人権』の政治的・法的価値は結合されたことである。平和を論じる場合の最重要な視点は、『人間の生きる権利』をいかに保障・確保すべきかということであり、さらにいえば『平和なくして人権なし』という平和哲学がこの判決で見事に開花し、実ったと評価しえよう」と論じる（７－８頁）。

また、日本国憲法が国民に保障している基本的人権の特質を、「第一に『侵すことのできない永久の権利』（憲法11条、九七条）と特徴付けられていることである。それゆえ、憲法一三条では、『立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする』と不当な権力行使にタガをはめ、国政権能行使にあたって国の責務を明定しているといえよ

う。第二に、現憲法は、これらの人権が『権利のためのたたかい』の結果、憲法に保障されるに至ったことを明確に確認している。すなわち、この憲法が国民に保障している基本的人権は、『人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果であって』（九七条）と人権の生成過程に『不断の権利獲得のたたかい』があったことを表明している。この点、興味深いのは、人権自然権説に立脚する宮沢俊義が、『人権宣言は、どこの国でも、ひとえに、歴史の所産である』と『人権生成の歴史性』を認めていることは評価に値する。私はすべての自由・人権は、基本的には『歴史過程における政治闘争の産物』と考えているし、また考えなければならないと想っている（11頁）」とする。

以上のように、「平和的生存権」は、国際的に2度の世界大戦を経験した世界の人々の「不断の権利獲得のたたかい」により獲得した人権であり、国内的には、政府の違憲の憲法解釈や政策により侵害されてきた国民・市民らの市民運動や訴訟、憲法学者らの研究などの「不断の権利獲得のたたかい」により獲得した人権である。ここで重要なのは、私たちの「平和的生存権」を侵害するのは、「歴史過程における政治闘争の産物」というように、また「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないやうにする」というように、政府であることは明らかである。

「平和的生存権」は、主権者である国民・市民が、日本における侵略戦争について「自衛の名の下に」行ってきた事実を反省し、政府に対して「軍事力」を持たず、「自衛」と名のつく戦争もできないようにした日本国憲法により、「立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とす（第13条）」し、「侵すことのできない永久の権利（第11条）」としたのである。そして、憲法前文と九条の平和原理は、絶対非戦の平和条項であり、従前の『軍事力による安全保障方式』を完全に否定し、人権保障の歴史的到達点としての、いわゆる、『平和的生存権』を確立していることは明らかである。

三 これまでの9条や自衛隊をめぐる訴訟においても、「平和的生存権」が具体的な権利であることが論証されていることは明らかである

『平和的生存権』は、生成中の新しい権利であり、その意味・内容は今後も私たち国民・市民が発展させていくべきものと考えられる。しかし、準備書面（5）や当書面で明らかにしたように、『平和的生存権』が政府により脅かされる事態が深刻化したことで、市民、憲法学者などによる運動、研究、訴訟の結果、『平和的生存権』の具体的な権利性が認められるようになった。『平和的生存権』が具体化・精密化してきたことを、東京地裁事件の準備書面（7）第2を援用して主張する。

「被告は平和的生存権に関して、「裁判規範となるべき個々の国民の権利としての個別具体的な内容を確定することは困難であり、憲法前文を根拠として、個々の国民に対して平和的生存権という具体的権利ないし利益が保障されていると解することはできない」（被告準備書面(1)36頁)という。

こうした主張は、憲法学界における研究の進展や裁判所の判決の意義も直視しない主張である。

冷戦終了後、歴代政府はPKO協力法(1992年)、周辺事態法を中心とする「ガイドライン関連法」(1999年)、テロ対策特別措置法(2001年)、武力攻撃事態法を中心とする「有事関連三法」(2003年)、「国民保護法」を中心とする「有事関連七法」(2004年)、自衛隊の海外派遣を本来任務にした「改正自衛隊法」(2006年)、「海賊対処法」(2009年)、「新安保法制法」(2015年)など、自衛隊の海外派遣を正当化する法制や動きを加速させてきた。

自衛隊の海外派兵を加速させる歴代政府に対して、憲法学界は憲法前文や憲法9条などの「平和主義」を空洞化するものと危惧し平和主義の理論の研究がすすめられ、平和的生存権の内容も精緻化されてきた。

また、政府が自衛隊の海外派遣体制を加速させたことで、具体的な個人に対する「平和的生存権」への侵害も顕在化したことにより、裁判所でも「平和的生存権」の具体的権利性を認める判決が増加している。

平成20年4月17日、名古屋高裁判決は、「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、戦争の準備行為等によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合には、・・・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」のであり、「その限りでは平和的生存権に具体的権利性がある」と判示した。

平成21年2月24日には岡山地方裁判所が「平和的生存権は、・・・機能的には徴兵拒否権、良心的兵役拒否権、軍需労働拒絶権等の自由権的基本権として存在し、また、これらが具体的に侵害された場合等においては、不法行為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」と判示している。

刑罰法規の明確性に関する基準ではあるが「通常判断能力を有する一般人の理解」(最大判昭和50年9月10日判決)からは、たとえば「戦争の遂行、武力の行使等や、戦争の準備行為等によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合」であるとか、「徴兵拒否権、良心的兵役拒否権、軍需労働拒絶権等」などは、決して意味内容が不明確であるとか裁判所で援用できないとは言えないだろう。「裁判規範となるべき個々の国民の権利としての個別具体的な内容を確定することは困難であり、憲法前文

を根拠として、個々の国民に対して平和的生存権という具体的権利ないし利益が保障されていると解することはできない」などという主張は、歴代政府による海外派遣体制の強化と、そうした政策による個人への「平和的生存権」侵害の顕在化、そうした顕在化を前提としての憲法学説における「平和的生存権」理論の精緻化、具体的権利性を認める裁判例の増加傾向を正確に認識していないと言わざるを得ない。」(26－27頁)

以上のように、これまでの9条や自衛隊をめぐる訴訟においても、「平和的生存権」の内容は具体化・精密化しており、具体的な権利であることが論証されていることは明らかである。

四 しかし、『平和的生存権』が具体的権利であることを、日本政府と訴訟(司法)の多くにおいて認めていないだけであり、権利侵害の有無は、国賠法の違法性の判断基準に基づかななくてはならない

1 被告は裁判所の違憲審査権の行使の在り方を不当に軽視していること

東京地裁事件の準備書面(7)の「4 被告は裁判所の違憲審査権の行使の在り方を不当に軽視していること(28－32頁)」を援用して、主張する。

被告は、たとえば名古屋高裁平成20年判決に関して、「被侵害利益が存在しないと判断した以上、他の権利発生要件である侵害行為に関する判断はする必要はなかったにもかかわらず、主文の結論に影響しないいわゆる『傍論』で『平和的生存権』の具体的権利性を肯定した上、自衛隊のイラク派遣は違憲であると判示し、被控訴人である国が上訴審における審査を受ける余地のない形で憲法判断をしたものであり、結論命題にあたるものではなく、また違憲判決の在り方として妥当を欠くものである」(被告準備書面(1)36頁)と述べている。

この指摘は日本国憲法81条で裁判所の権限とされている「違憲審査制」の在り方を不当に軽視するものであり、正しくない。

平成27年の再婚禁止期間違憲判決に関して、準備書面(4)でも述べたように、加本牧子最高裁判所調査官は憲法判断の在り方に関して以下のような解説をしている。

「本判決が、国家賠償請求については棄却すべきものとしつつ、あえて本件規定の憲法適合性に関する判断をしたことについては、国家賠償責任が否定される場合に前提問題として憲法判断を行うか回避するかについて、論理的には、憲法適合性に関する判断が違法性の有無の判断に先行すると考えられるところ、合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が当

該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられているという立場に立ったものと解されよう。特に、憲法判断を責務とする最高裁の判決においては、憲法適合性につき各裁判官に多様な意見があり得る事件等について、仮に立法府にとって違憲であることが明白でないことを理由に国家賠償請求を棄却すべきものとする場合であっても、憲法判断についての各裁判官の意見を明示的に示すために上記の必要性が認められることがあるものと考えられる」(ジュリスト1490号95頁)。

加本牧子最高裁判所調査官が指摘するように、国家賠償請求については棄却との結論に至るものであっても、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮した個々の事案ごとの裁判所の裁量に委ねられている」との立場を最高裁判所が採用したものと評価できる。なお、この事件と同様に再婚禁止期間の合憲性が争われた事件において、最高裁平成7年12月5日第3小法廷判決(集民第177号243頁)は、以下のように判断して上告を棄却している。

「国会議員は、立法に関しては、原則として、国民全体に対する関係で政治的責任を負うにとどまり、個別の国民の権利に対応した関係での法的義務を負うものではなく、国会ないし国会議員の立法行為(立法の不作为を含む。)は、立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合でない限り、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものでないことは、当裁判所の判例とするところである(最高裁昭和53年(オ)第1240号同60年11月21日第1小法廷判決・民集39巻7号1512頁、最高裁昭和58年(オ)第1337号同62年6月26日第2小法廷判決・裁判集民事151号147頁。)

これを本件についてみると、上告人らは、再婚禁止期間について男女間に差異を設ける民法733条が憲法14条1項の一義的な文言に違反すると主張するが、合理的な根拠に基づいて各人の法的取扱いに区別を設けることは憲法14条1項に違反するものではなく、民法733条の元来の立法趣旨が、父性の推定の重複を回避し、父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐことにあると解される以上、国会が民法733条を改廃しないことが直ちに前示の例外的な場合に当たると解する余地のないことが明らかである。したがって、同条についての国会議員の立法行為は、国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものではないというべきである。」

この判決では、立法不法行為に関する最高裁昭和60年判決の判断枠組みを提示した上で、民法733条が憲法14条1項の一義的な文言に違反するものではないと判断している。

ここでも原告の損害の有無ではなく、憲法判断を先行させているのである。

さらに、平成27年12月16日の夫婦同姓規定合意判決(平成26年(オ)

第1023号、民集69卷8号2586頁、判例時報2284号38頁)も、民法の規定が憲法24条などに違反するか否かの判断を先行して行い、その後国家賠償法上の違法の評価を受けるか否かを判断していることについては、準備書面(4)16頁において述べたとおりである。

芦部信喜東京大学名誉教授も「憲法判断回避の準則」に関して、「むげに否定すべきではない」としつつも、「しかし、それ[=憲法判断回避の準則。引用者補足]を絶対的なルールとして主張すると、違憲審査制の憲法保障機能に反する場合が生じる。そこで、裁判所は、事件の重大性や違憲状態の程度、その及ぼす影響の範囲、事件で問題にされている権利の性質等を総合的に判断し、十分な理由があると判断した場合は、回避のルールによらず、憲法判断に踏み切ることができる」と解するのが、妥当であろう」と主張する(芦部信喜、高橋和之補訂『憲法第6版』(岩波書店、2015年)381頁)。

最高裁判所も、たとえば「朝日訴訟」において「念のため」として、憲法25条の法的性質について「傍論」という形での憲法判断を示している。

「憲法尊重擁護義務」が課されており、「違憲審査権」の権限を付与されている裁判所としては、「当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮し」、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性がある」と判断した場合には、違憲審査権の行使に踏み切ることが憲法上の役割である。名古屋高裁平成20年判決に関して、「違憲判決の在り方として妥当を欠くものである」という主張は、人権保障のみならず、憲法保障の役割も付与されている裁判所の役割を誤認していると言わざるを得ない。

さらに「被侵害利益が存在しないと判断した以上、他の権利発生要件である侵害行為に関する判断はする必要はなかったにもかかわらず、主文の結論に影響しないいわゆる『傍論』で『平和的生存権』の具体的権利性を肯定した上、自衛隊のイラク派遣は違憲であると判示し、被控訴人である国が上訴審における審査を受ける余地のない形で憲法判断をしたものであり、結論命題にあたるものではなく、また違憲判決の在り方として妥当を欠くものである」とのように、名古屋高裁平成20年判決に関してそれこそ必要もない執拗な裁判批判をする政府の対応は、「権力分立」が近代法の基本原理とされていること、「法の支配」を実践する裁判所の役割を軽視すると言わざるを得ない。

本訴訟が、加本牧予最高裁判所調査官が指摘するところの「当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮して」、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性がある」と裁判所が判断して、違憲審査権の行使に踏み切るべき場合であることは、原告らがこれまでの準備書面で繰り返し主張しているところであるが、この点は強調しすぎることはないと考えている。

以上のように、本件「戦争法」は、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違

反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合」に該当し、「国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるものである。よって、「当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮して、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性がある」と裁判所が判断して、違憲審査権の行使に踏み切るべき場合であることは、原告らがこれまでの準備書面で繰り返し主張しているところである」。

なお、原告らは、当該訴訟における当該原告らの訴えは、違憲確認と「平和的生存権」を侵害されたとする国家賠償法1条1項に基づいた訴えである以上、違憲の判断は不可欠であり「傍論」ではない（準備書面（16）参照）との立場を維持しつつ、「名古屋高裁平成20年判決に関して」「傍論」だという被告国らの主張に立っても、違憲審査権を軽視する態度は許されないと反論として援用する旨追記しておく。

2 「人格権」の侵害による精神的被害は、「平和的生存権」の侵害の被害に重なり、被侵害権利・利益が主観的不快感だとしても、不法行為法上ないし国家賠償法上の保護に値することが否定されるわけではなく、その場合、人格権＝「平和的生存権」の侵害とという状態に至っているかを判断するために、侵害行為の態様等について検討することが必要不可欠である

本件準備書面（27）で明らかにしたように、「この④本件『戦争法』による日本列島の日常生活の危険の増大で被る精神的苦痛」は、本件「戦争法」による「平和的生存権」の侵害に対する精神的苦痛ともなる。つまり、本件「戦争法」が起因となる「人格権（個人の尊厳）」と「平和的生存権」の侵害は、ここで結びつく。それは、「人格権（個人の尊重）」の侵害の極みは、「戦争＝戦場＝戦闘」という極めて極限的状况（場・環境）で、人を殺すのか、殺されるのかを強いられ、精神と肉体が傷つけられ、人格権（＝人権）が侵害され、そのような人権の基礎をなすのが「平和的生存権」であるからである（3-4頁）。

よって、準備書面（27）の「第3 人格権ないし人格的利益の保護の考え方（39-42頁）」、「第4 最高裁における法的保護利益の検討（42-52頁）」、「第5 主に人格権に関する下級審裁判例の検討（52-59）」を、それぞれ「平和的生存権とその利益の保護の考え方」、「（平和的生存権の）最高裁における法的保護利益の検討」、「（平和的生存権に関する下級審裁判例の検討）」として、援用する。

「最高裁判例に照らしても、主観的・精神的な人格的利益は明確に法的保護の対象とされている。したがって、本件原告らの損害賠償請求についても、被告が主張するように、何の具体的基準らしきものはなく、また具体的内容を検討することもなく、アプリアリに『法的利益の侵害がない』とか『漠然とした不安感の域を超えない』などと決

めつけることはできないのである」。

また、「下級審裁判例においては、主観的不快感やそれに類する主観的利益も、不法行為法上ないし国家賠償法上の法的保護利益となりうるということが認められていると言ってよい。労働関係をめぐる人格権侵害の事例において明らかなように、「人格権」という言葉に名を借りてはいるが、侵害されているのは被害者の不快感や精神的苦痛といった主観的利益なのであって、そうした主観的利益の侵害に違法性が認められる場合には、人格権侵害として不法行為の成立が認められるのである。

確かに、下級審裁判例においても、主観的な利益は保護に値しないとの紋切り型の判決が出されている例もある。しかし、一方では主観的利益について要保護性を検討し、他方では人格権等の保護利益性を問題にすることもなく、要保護性は当然の前提として侵害の違法性のみを判断する一群の裁判例が存在する。

「主観的な利益は保護に値しない」というドグマは、それ自体、もはや社会通念に合致しなくなっている。日本国憲法が施行されて70年余が経過したが、日本国憲法は、一人一人の人間がそれぞれ個性を待った存在として尊重されなければならないことを定めているのであるから(憲法13条前段)、そのような個人の決定があれば、それを承認することが出発点に据えられなければならない、そうした主体が自己のあり方を決める権利が、最も基本的な権利(=人格権)として認められなくてはならない。従って、生命、身体、名誉等のように、これまで「利益」の帰属を語るができると考えられてきた場合はもちろん、そのような「帰属」を語るが難しい場合でも、主体として自己のあり方を決める可能性が問題となる限り、「権利」としての人格権を認めることが可能となる。憲法施行後70年余が経過して、憲法の理念が徐々に国民の間に浸透してきたといえる現在において(新安保法制法の成立において「立憲主義」という言葉が耳目を集めたことは記憶に新しい。)「主観的な利益は保護に値しない」というドグマを何の理由も示さずに用いることは、法理上も社会通念上も許されない。

もっとも主観的不快感を受けない権利は、外延が明確であり権利が侵害されたかどうかと比較的単純に判断できる支配権的権利と異なり、様々なレベルで他の権利との衡量を行うことが必要である(相関的権利)(例えば、甲 B38:山本敬三「不法行為における『権利又は法律上保護される利益』の侵害要件の立法的課題」参照)。相関的権利については、権利者がどこまでのことができるかということと同時に、他人は権利者に対してどこまでのことをすることが許されるか、つまり他人がなしうることの確定も同時に行わざるを得ないから、権利侵害と過失が融合して一元的に判断されることになりやすく、実際の裁判例でこうした場合に「違法性」が語られることが多いのはそのためと考えられる。

本件において、原告らが被侵害権利・利益として主張している権利・利益の中には、主観的不快感ともいえるものもある。しかし、上で述べたように、被侵害権利・利益が主観的不快感だとしても、不法行為法上ないし国家賠

償法上の保護に値することが否定されるわけではなく、その場合、人格権の侵害と云う状態に至っているかを判断するために、侵害行為の態様等について検討することが必要不可欠なのである」。

以上のように、「最高裁判例に照らしても、主観的・精神的な人格的利益は明確に法的保護の対象とされて」おり、「下級審裁判例においては、主観的不快感やそれに類する主観的利益も、不法行為法上ないし国家賠償法上の法的保護利益となりうることを認められている」。

本件において、原告らが被侵害権利・利益として主張している権利・利益の中には、主観的不快感ともいえるものもあるが、被侵害権利・利益が主観的不快感だとしても、不法行為法上ないし国家賠償法上の保護に値することが否定されるわけではなく、その場合、人格権の侵害と云う状態に至っているかを判断するために、侵害行為の態様等について検討することが必要不可欠なのである。

3 国賠法の違法性の判断基準に基づかなければならないこと

原告ら準備書面(25)で明らかにしたように、「国賠法上の違法性は、侵害行為の態様・程度と被侵害利益の種類・内容との相関関係において判断される」必要がある。本件における侵害行為とは、違憲の戦争法を適正手続きを経ず成立させたことであり、原告らの被侵害利益とは『平和的生存権』でありその種類・内容との相関関係において判断されなければならない。

4 被告国らは、原告らの主張を、「個々人の権利ないし法的利益を離れて抽象的に法規範等の憲法適合性判断を求めているにすぎない(準備書面(2)28頁)」は失当であり、主観訴訟である以上、裁判所は、私権保障の要請から免れることはできない

浦田賢治(早稲田大学法学部教授)は、「湾岸戦争参戦を告発する憲法裁判」を考察する中で、「原告らの損害に対する慰謝料請求を主張する国家賠償請求」では、「国家賠償法上の『主観訴訟』である以上、裁判所は本件審理をすべき」とし、「慰謝料請求の原因である公権力の違法の確認を必要とするから、確認訴訟であるという要素を含んでいる。確認訴訟では、訴えの客体(請求)についての正当な利益(広義の権利保護の利益、客観的訴権的利益)が必要であるとされる。訴えの客体(請求)については、客観的で正当な利益があるか否かは、本件審理によって明らかにされる事柄である」と論じ、「国家賠償請求を求める主観訴訟である以上、裁判所は、私権保障の要請から免れることはできない」と結論づける(浦田賢治著『立憲主義・民主主義・平和主義』(三省堂)の「平和的生存権の新しい弁証」(証拠甲69号証)577頁)。

被告国らは、原告らの主張を、「個々人の権利ないし法的利益を離れて抽象的に法規範等の憲法適合性判断を求めているにすぎない（準備書面（2）28頁）」と、自らの違法行為が訴訟上の争点にならないように曲解する。しかし、本件訴訟も、「平和的生存権」「人格権」「憲法改正・制定権」の侵害による精神的苦痛の慰謝料を求める国家賠償訴訟である。よって、原告らの請求について、「客観的で正当な利益があるか否かは、本件審理によって明らかにされる事柄であり、「裁判所は、私権保障の要請から免れることはでき」ない。

5 小結

上記一～三で論証したように、『平和的生存権』が具体的権利であることは明らかである。にもかかわらず、日本政府と訴訟（司法）の多くにおいて認めていないだけである。

本件「戦争法」は、「立法の内容が憲法の一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというように、容易に想定し難いような例外的な場合」に該当し、「国家賠償法1条1項の適用上、違法の評価を受けるもので」ある。よって、「当該憲法問題の重要性・社会的影響等を考慮し」て、「合憲又は違憲の判断を明示的に示す必要性が」と裁判所が判断して、違憲審査権の行使に踏み切るべき場合である。

また、「最高裁判例に照らしても、主観的・精神的な人格的利益＝平和的生存権の利益は明確に法的保護の対象とされており、「下級審裁判例においては、主観的不快感やそれに類する主観的利益も、不法行為法上ないし国家賠償法上の法的保護利益となりうる」と認められている」。本件において、原告らが被侵害権利・利益として主張している権利・利益の中には、主観的不快感ともいえるものもあるが、被侵害権利・利益が主観的不快感だとしても、不法行為法上ないし国家賠償法上の保護に値することが否定されるわけではなく、その場合、人格権の侵害という状態に至っているかを判断するために、侵害行為の態様等について検討することが必要不可欠なのである。

そして、本件訴訟が、「平和的生存権」「人格権」「憲法改正・制定権」の侵害による精神的苦痛の慰謝料を求める国家賠償訴訟であるため、原告らの請求について、「客観的で正当な利益があるか否かは、本件審理によって明らかにされる事柄であり、「裁判所は、私権保障の要請から免れることはでき」ないことは明らかである。

五 政府の「平和的生存権」侵害の深刻さが増す今こそ、「平和的生存権」が具体的権利であることは明らかである

1 日本国憲法の『平和的生存権』の具体的な内容と保障の論理

星野安三郎（東京学芸大学・立正大学名誉教授）は、「平和的生存権序論（証拠第70号証）」の中で、『平和的生存権』を、「前文第二章に表現される『恐怖と欠乏から免れて平和のうちに生存する権利』」で、「具体的には、第二章第九条の戦争放棄・軍備禁止によって補償されるというべきであり、「戦争法規と軍備禁止によって、国民は、戦争目的や軍事目的のため、思想・良心・言論・表現・人身の自由や、財産権を制限侵害されることはなくなったからである。すなわち、兵役の義務・国防に協力する義務から解放され、人的力や物的富のすべてを、自由で豊かで平和な社会を建設するためにだけ使うことを補償されたから」だとする。

そして、『平和的生存権』は、戦争の反省として「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起ることのないようにする」ために、「具体的には、兵役の義務を規定した明治憲法とそれにともなう軍事立法の廃止によって」保障されるようになったことを、下記のように歴史的事実に即し、科学的に明らかにしている。

「この『平和的生存権』は、具体的には、兵役の義務を規定した明治憲法とそれにともなう軍事立法の廃止によって保障されたものである。すなわち、兵役法および同施行規則・徴発令・馬籍法・同施行規則・鉄道軍事供用令・国家総動員法・国民徴用令・土地収用法・国民体力法・防空法・軍機保護法・刑法等の廃止又は改正によって、徴兵検査や、戦争と軍隊に必要な体力向上のための体力検査を受けたり、家族や友人を戦場に送るため役場に届け出をしたり、持馬を軍馬として徴用されたり、土地や建物を接収されたり、軍事機密を守るため言論・出版・報道の自由を制限することから、解放されるようになったのである。そして、このようにして、はじめて、『恐怖と欠乏から免れて平和のうちに生存する権利』が補償されるようになったのである。

ところで、ここにいう恐怖とは戦争と圧政の恐怖である。なぜならば、現に戦争がなくても、絶えず戦争の脅威におびえ、それに備えて不気味なサイレンの下、防空演習を強制されるところに平和な生活はないからである。また、自国が戦場にならなくても、他国の戦場に、自分の夫や息子が兵隊として連れて行かれる心配があるところに、平和な生活はない。また自分の近親が戦争や軍隊に徴収される恐れがない場合でも、演習場などのために農地が接収されるという不安があるところには、平和な生活はない。したがって、こうした不安や恐怖から解放されて平和な生活を確保するためには、自国が関係する国際紛争を解決する手段としてはもちろん、自国の関係しない国際紛争にも、戦争や武力によって解決することを放棄せねばならず、そのためには、一切の軍備を禁止せねばならなくなるのである。そのことからして憲

法九条の意味は明らかである。平和維持の方向は、一つは非武装中立、二つには平和を愛する全ての国民と協力して平和を守るという平和共存である。前文第二段に、『平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して我等の生存と安全を確保しよう」と決意した』というのはこのことを示している。そして、これは具体的には、国際連合による平和安全保障を予想し、その反対として国連加盟した場合の日本の国際協力を予想したが、そのことは決して、武力による国際協力、具体的には国際警察軍として自衛隊を海外に派遣し、その力で国際紛争を解決することまで含んでいるということではない。なぜならば、憲法では一切の戦力を放棄しており、したがって、そのことは不可能ばかりでなく、かりに自衛のための戦力は持ちえたとしても、第九条第一項によって、先にも述べたように、日本の関係しない国際紛争にも武力行使は永久に放棄し、許されていないからである。そして、そのことは、憲法制定議会における幣原内閣の答弁によって明らかである。

さらに、政府に向かって、平和を愛する国民の意思を集会や街頭行進で表明したとき、逮捕されたり職場を追われたりする心配があるという場合、そこには自由な生活もなく、心平らかという意味で平和な生活はない。したがって、平和な生活は圧政の恐怖から免れていなければならない。そして、その恐怖から自由な生活が保障されること、それは何よりも平和維持、戦争防止の条件である。なぜならば、侵略戦争を準備するものは、正義と平和を欲する国民の自由一言論や表現の自由を抑圧することなしに、全国民をその体制に動員することは不可能だからである。その意味で戦争を放棄し軍備を禁止したことは、そうした自由を保障する基礎を作ったというべきである。なぜならば、戦争と軍隊こそ、軍機保護法、国防保安法など、言論・出版・新聞社の自由などを侵害する敵だからである。

さらに平和な生活には、豊かな生活が保障されねばならない。なぜならば、家庭においても、社会においても、国家においても、富の分配をめぐる争いがあるところに平和はないからである。そればかりでなく、豊かな生活は平和の基礎である。ILO 憲章前文に『世界の永続する平和は、社会正義を基礎としてのみ確立することができるから、世界の平和の協調が危なくされ、大きな社会不安をおこすような、不正・困苦および窮乏を多数の人民にもたらす労働条件を改善することが急務である』としたのはこのことを示している。

このように、すべての働く者の豊かな生活が平和の基礎だとするならば、貧乏は平和を脅かす敵ということになる。それは、銃をとることを欲しないにもかかわらず、割高な給料を求めて自衛隊に志願する青年が少なくなく、さらに、ミサイル軍備や戦争には反対にもかかわらず、それと引き替えに島の開発が行われ、貧乏から抜け出せるならばと考えて、ミサイル基地に賛成する一部島民の動きを見ると、貧乏が平和の敵であるのを知り得よう。

しかも重要なのは、貧乏な生活は、侵略戦争という大ばくちを肯定する心理的地盤を提供する。生活が貧しく、また不安定な者ほど、競輪・競馬などに幸福を求めることと同じである。『欲しがりません。勝つまでは』という戦時中のスローガンはこの間の事情を物語るものであり、昭和初期の農業恐慌を機に、国民の多くを満州事変にかりたてていった為政者は、この心理を巧みに利用したものである。しかも戦争と軍隊は、実は、多くの国民に貧困を強制する浪費の王である。母なる大地も、それが演習場の場合、何らの富も生産せず、家族と教師が心を込めて教育した人材と、国民の汗の結晶である高価な兵器は、一瞬にして、無に帰するだけでなく、多くの悲劇を残すのである。そして、極く少数の『死の商人』を喜ばすだけである。

したがって、戦争を放棄し軍備を禁止した第九条は、戦争と軍隊を欲する『死の商人』の存在を不可能にする反面、平和を欲する国民の健康で文化的な豊かな生活圏を保障するための規定というべきである。

憲法制定議会において、幣原内務省が、平和憲法によって、戦争をやらず、非生産的な軍事にお金を使う必要がなくなったことを考えると、多くの金を軍備に使っている外国に比べて、日本は、文化的な生活の維持発展において遙かに有利な地位にあると演説し、四七年に発行され、当時教科書として使われていた文武省著作『新しい憲法のはなし』には、『陸海空軍の放棄は、世界にさきがけて正しいことをしたのだから悲観する必要はないし、世の中に正しいことほど強いものはありません』と誇りと自信をもって訴えられており、その挿し絵には、戦闘機や戦車や軍艦が、戦争放棄と書いた大きなつぼに投げこまれ、黒い煙をあげて、溶かされ、そこから電車やトラックや商戦や無電の鉄塔などが、人間らしい豊かで文化的な生活を象徴するようにピカピカ輝きながら作り出されていたのは、まさしくこれを示すものであった。

以上が、戦争放棄と軍備禁止によって保障される『平和的生存権』の内容とその論理である。憲法第二章と第三章がこれに該当する。そして、平和憲法の成立によってこれらの権利が具体的に保障されるようになった。すなわち、戦前のような軍事諸立法が停止され、刑法からは、敵国がいなくなったとしてスパイ罪が廃止され、さらに、五〇年六月、旧軍港都市を平和産業都市に転換する旧軍港都市転換法が制定され、翌五一年六月には、『国防軍又は軍事に関する事業』のため国民の土地を使用もしくは収容することは、憲法違反だという提案理由が示されて、土地収用法の全面改正が行われ、その規定が消え失せたことは、このことを示している。このようにして、七二〇万人の軍人を中心に、その総力をあげて戦争体制に動員された国民は、敗戦によって軍国主義体制から開放されて平和な家庭に復帰し、再び愛する夫や父や兄や弟や恋人を、そして教え子を、戦争と軍隊や軍需工場に

徴収される心配はなくなった。四二兆円の戦費を負担させられて、餓死寸前まで追い詰められた国民は、再びその為の税金を強制的に徴収される憂いは消えた失せた。また一九四三年には、国有財産の奏樂の実に三六%を占めていた軍関係財産（土地・建物）は民需に転換され、軍事目的に再び強制的に収用、もしくは使用される心配がなくなった。そして、それらを法的に保障したものが平和憲法であった（中略）」

最後に、戦争の惨禍をもたらした第三の理由は、自由のもたらす恵沢に浴しえなかったこと、すなわち思想・良心の自由はもちろん、人身の自由、言論・出版・街頭行進の自由、学問の自由や団体行動などは、治安警察法・治安維持法・出版法・新聞紙法・軍機保護法・国防保安法・国家総動員法等によって、窒息せしめられた結果であるといえる」（6－9頁）

以上のように、「恐怖と欠乏から免れて平和に生きる権利」＝「平和的生存権」とは、具体的には、「兵役の義務を規定した明治憲法とそれにもなう軍事立法の廃止」つまり、「戦争法規と軍備禁止によって、国民は、戦争目的や軍事目的のため、思想・良心・言論・表現・人身の自由や、財産権を制限侵害されること」のない社会に生きる権利であり、「兵役の義務・国防に協力する義務から解放され、人的力や物的富のすべてを、自由に豊かで平和な社会を建設するためにだけ使うことを補償された」社会に生きる権利である。また、現に戦争がなくても、戦争の不安や心配のない社会に生きる権利であり、それらが『平和的生存権』の具体的な内容と保障の論理である。

2 憲法違反の戦争法が成立した今だからこそ、『平和的生存権』の侵害が具体的事実であることは明らかである

上記1の『平和的生存権』の具体的な内容と保障の論理に鑑みれば、戦後、『恐怖と欠乏から免れて平和に生きる権利』、いわゆる『平和的生存権が』が、政府により徐々に侵害されてきたことは具体的に理解可能となる。つまり、『恐怖と欠乏から免れ平和に生きる権利』＝『平和的生存権』を保障するために「明治憲法とそれにもなう軍事立法の廃止」が具体的に必要だということを理解した人々が、敗戦後、軍備をもたず、これまで軍備にかけていたお金を社会保障に使うことで、戦争や欠乏に怯えることなく平和に生存することができていた、つまり「平和的生存権」を獲得していたのに、秘密保護法、国民保護法など戦前の軍事立法の復活と称される悪法が、国民・市民の多くの反対にもかかわらず、国会で強行採決され、その結果として、湾岸戦争では違法な戦争に資金提供という形で参戦し、イラク戦争ではついに武装した自衛隊（軍隊）を海外へ派兵する形で参戦するだけでなく、武器や米兵などの輸送を多くの民間人も担わされた事実や、本来、平和を欲する国民の健康で文化的な豊かな生活を

保障するために使われるはずのお金が、再び、非生産的な軍備にお金を使われ続け、私たちの教育や福祉を犠牲にさせられている具体的事実（証拠甲 7 1 号証「日本の防衛費をグラフ化してみる」、証拠甲 7 2 号証「2018 年度予算案・防衛費の推移」）、護憲を掲げる集会が政治的中立ではないという理由で会場の使用拒否を宣告される具体的事実（証拠甲 7 3 号証「まるで戦前！「憲法を守ろう」排除の動きが続々！」）、大学では軍事研究が奨励される具体的事実（証拠甲 7 4 号証「大学での軍事研究の是非、科学者ら議論」、証拠甲 7 5 号証「軍事研究しません、京都大学が基本方針を明文化」）、交付金と引き替えに米軍基地を沖縄に押しつけ辺野古の海を土砂で埋め続ける具体的事実、このような具体的な事実の前に今が戦前だということを実感している。

このような中、12月20日に、「研究者・実務家有志一同」から、「防衛費の膨大な増加に抗議し、教育と社会保障への優先的な公的支出を求める声明」を出した。「米国製兵器の輸入拡大で防衛費が毎年増加している問題で、申恵ボン（しんへぼん）青山学院大教授（国際人権法）らが二十日、東京・丸の内日本外国特派員協会で見会し『政府が米国などから莫大（ばくだい）な額の兵器を買い込む一方で、生活保護費や年金の切り下げ、貧弱な教育予算を放置することは、憲法の平和主義、人権保障だけでなく、国際人権規約に反する』との抗議声明を発表し、「声明は申さんら十八人の大学教員や弁護士が呼び掛け、東京大大学院の高橋哲哉教授（哲学）、小林節慶応大名誉教授（憲法学）、伊藤真弁護士ら約二百十人が賛同者に名を連ね」、「声明では、安倍政権は史上最高規模の防衛予算を支出し、その補填（ほてん）として補正予算も使っているのは、憲法の財政民主主義に反すると指摘。『主要先進国で最悪の財政状況にある日本にとって、米国の赤字解消のため借金を重ねて巨額の予算を費やすのは常軌を逸している』と批判している。一方で『政府は生活保護費の減額で予算削減を見込んでいるが、米国からの野放図な兵器購入を抑えれば必要なかった』と指摘。『社会保障や適切な生活水準の権利の実現を後退させることは、国際人権規約に反する』とした。申さんは会見で『巨額の武器を米国の言い値でローンまで組んで買うのが問題。貧困・格差が広がっており、財政破綻しないように限られた予算をどれだけ防衛費に割くか、真剣に考えないと。中国が軍事力を増やすからと張り合えば、際限のない軍拡競争。十九世紀に逆戻りだ』と話した。」（証拠甲 7 6 号証「防衛費の膨大な増加に抗議し、教育と社会保障への優先的な公的支出を求める声明」（2018 年 12 月 20 日）を読む）。

米軍の強い要請を受け、それを歓迎する政府によって米国の要請に応える形で戦争法という憲法違反の法律を強行成立させた（準備書面（16）15～19 頁、準備書面（24））今、これまでも違法な戦争を行う米軍を支援してきた日本政府が、今後はさらに米軍が行う違法な戦争（詳細は準備書面（6）（24））に米軍と一体となって進んで参加することになり、自衛隊だけでなく国民・市民の『平和的生存権』や『人格権』を侵害し、他国の人々の『平和的生存権』を侵害し、究極命まで奪う事態に進行することに恐怖を覚え苦しんでいる（詳細は準備書面（27））。

以上の戦争と戦争を準備する具体的事実とそれらによる原告らの精神的被害が具体的であることは、原告ら準備書面（３）「憲法９条をめぐる政府の憲法解釈の変遷など」、（２３）「本件『戦争法』が違憲であること」、（２４）「『戦争法』の憲法適合性」について、準備書面（２７）など、本件準備書面の主張全般で証拠をもって明らかにしている。また、軍備のための支出が自衛とは言えないほどに異常な膨大化を続け（証拠甲７１号証、証拠甲７２号証）、先払いなどという方法（証拠甲７７号証「防衛費総額、５年で２７兆円へ」）で、今現在いる国民だけでなく将来の国民・市民の「健康で文化的な生活」を奪う現実は、戦後、獲得したはずの『恐怖や欠乏から免れ平和に生きる権利』という『平和的生存権』を具体的に侵害していることは明らかであり、また、「政府が米国などから莫大（ばくだい）な額の兵器を買い込む一方で、生活保護費や年金の切り下げ、貧弱な教育予算を放置することは、憲法の平和主義、人権保障だけでなく、国際人権規約に反」し、「安倍政権は史上最高規模の防衛予算を支出し、その補填（ほてん）として補正予算も使っているのは、憲法の財政民主主義に反する」ことは、明らかである。

3 『平和的生存権』は具体的な権利である。

被告国は、『平和的生存権』は「抽象的かつ不明確」という主張を繰り返すが、上記の認識をもってすれば原告らの主張が具体的であることが容易に理解できるだろう。東京地方裁判所 平成２８年（ワ）第１３５２５号 安保法制違憲・国家賠償請求訴訟（以下「東京地裁事件」という。）の準備書面（７）の第２「『平和的生存権』は、国賠法上保護される具体的権利ないし法的利益とはいえない」という被告の主張は正当ではないこと（１３～１４頁）を援用し、原告らの主張とする。

たとえば２０１６年１１月、「新安保法制法」に基づく南スーダンへの自衛隊派遣が命じられた青森の地で、ある母親が『わが子を戦場に送り出したい親がどこにいるか』と悲痛な声で語りました。隊員の息子を女手一つで育て上げました。息子は『経済的に大学は無理』とあきらめ、親に知らせず入隊しました。それを知って息子に、『大学に行かせられなくてごめんね』と泣いてわびました。『その息子がいつ戦場に行くのかと思うだけでも気が狂いそうです。安倍首相や自民党は親の気持ちが分からないのか。そんなに戦争がしたいのか』と絞り出すような声で憤っていたという（しんぶん赤旗日曜版編集部『元自衛官が本気で反対する理由 安保法反対２０人の声』（新日本出版社、２０１７年）８７頁）。原告は準備書面（２）３８頁において、「子どもを持つ母親は、自分の子どもが戦争に加担させられるのではないかと不安であり、世の中に役立つ人間に育てようと努力してきた自分の人生が無視されたようだなどと感じている」ことを「平和的生存権」侵害の一類型として提示した。本件訴訟でも、自衛官の息子の将来を心配して原告となった者が

存在するが、そうした父親の気持ちを被告は「抽象的かつ不明確」と主張するつもりなのだろうか。

安倍政権による新安保法制法の制定に反対して、「安保関連法案に反対するママの会」が立ち上げられた。「安保関連法案に反対するママの会」の立ち上げに関わった鷹巣直美氏は、「個人的な話になりますが、2005年に結婚し、2006年に子どもが生まれました。いま、3歳と9歳の子どもがいます。子どもはどの子も本当にかわいいです。このかわいい、世界中の子どもたちをひどい目に合わせる戦争は絶対にしてはいけなくて強く思うようになりました」と述べている(榎澤幸広・奥田喜道・飯島滋明編『これでいいのか！日本の民主主義失言・名言から読み解く憲法』(現代人文社、2016年)105頁)。こうした思いを持つ鷹巣さんたち母親は、「だれの子どものころさせない」を合言葉にして「安保法制に反対するママの会」を立ち上げ、安保法制違憲の運動に積極的に関わった。単なる不安感だけからこのような反対運動のために会を立ち上げ、頻繁に行動に出たりするであろうか。自分たちの子どもがひどい目にあう具体的な危険を感じ、いても立ってもいられないからこそ、行動したのではないか。新安保法制法によって、具体的に自分の子どもが戦争の加害者・被害者になることへの切迫した恐怖から重大な精神的苦痛を感じたからこそ、このままではいけないと立ち上がったのである。自分の子ども、さらには世界中の子どもを戦争で不幸にさせないという母親たちの思いを、「法的保護に値しない」と被告は本当に主張するつもりなのであろうか。

また、ここで鷹巣さんの例を挙げると、鷹巣さんの祖母は日本の敗戦時には満州におり、朝鮮の平壤まで逃げた。敗戦と同時に軍や役人はすぐに逃げたので、朝鮮まで自力で逃げざるを得なくなったが、ソ連兵を警戒して男姿で移動し、途中で靴がなくなったので裸足で逃げざるを得ず、足の痛みは終生とれることがなかったという。ソ連兵への恐怖から、鷹巣さんの祖母は男性の格好をして、昼夜の別なく逃げ続けたという。こうした悲惨な戦争経験から、鷹巣さんの祖母は「戦争は絶対にいけない」と言い続けた。亡くなる直前には、安倍首相の集団的自衛権行使容認に関するニュースが流れていたが、「戦争は絶対にいけない」と言い、息を引き取られた(榎澤幸広・奥田喜道・飯島滋明編『これでいいのか！日本の民主主義失言・名言から読み解く憲法』(現代人文社、2016年)103頁)。

本件訴訟でも、原爆での被害を受けた人、戦争孤児となって大変な人生を送られた人たちは「平和の尊さ」を心底訴え続けていた。戦争のために悲惨な人生を送らざるを得ない状況に置かれた人にとって、戦争や武力行使を永久に放棄する、日本国憲法の平和主義は二度と悲惨な状況に置かれなないための心の拠り所であった。ところが世界中での武力行使を可能にする新安保法制法を成立させることにより、戦争で悲惨な状況に置かれた人達の心の拠り所が破壊され、あるいは戦争時の恐怖を再び呼び起こされる事態が生じた。

軍や戦争によって危険にさらされない権利、あるいは恐怖心にさらされな

い権利が、憲法前文、憲法9条、憲法第3章の人権規定、とりわけ憲法13条を根拠とする「平和的生存権」である。その具体的内容については、「戦争と軍備および戦争準備によって破壊されたり侵害ないし抑制されることなく、恐怖と欠乏を免れて平和のうちに生存し、又はそのように平和な国と世界を作り出してゆくことができる核時代の自然権の本質をもつ基本的権利」、「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険にさらされ、あるいは、現実的な戦争等による被害や恐怖にさらされるような場合、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるような場合はもちろん、当該違法行為の差止請求や損害賠償等が認められる権利」、「憲法9条に反する法律を制定するなどして、上記の事態に至るおそれが生じることにより苦痛を受ける場合の被害回復のためにも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権利」と定義できる(原告準備書面(2)33頁)。

以上のような現実を前提とした上で、「平和的生存権」の権利性を考慮すれば、「漠然とした不安感を抱いたという域を出ない、原告らの主観的な感情」と切り捨てる被告側の対応は、軍事の何たるかを理解せず、現実には戦争や武力行使の恐怖におびえざるを得ない状況に置かれている多くの国民・市民の苦しみに目を閉ざす主張と言わざるを得ない。それこそ机上の言葉遊びに終始し、現実には目を向けないから「抽象的かつ不明確」などという主張を繰り返す被告の対応こそ、戦争に関わることを余儀なくされる市民の「平和的生存権」の内実を理解できない理由である。

4 小結

以上のように、「平和的生存権」は、「戦争法規と軍備禁止によって、国民は、戦争目的や軍事目的のため、思想・良心・言論・表現・人身の自由や、財産権を制限侵害されること」のない社会に生きる権利であり、「兵役の義務・国防に協力する義務から解放され、人的力や物的富のすべてを、自由で豊かで平和な社会を建設するためにだけ使うことを補償された」社会に生きる権利である。また、現に戦争がなくても、戦争の不安や心配のない社会に生きる権利であるが、現在の政府の「平和的生存権」侵害の深刻さが増す今こそ、「平和的生存権」が具体的権利であることは明らかである

六 結語

以上のように、1 国際的には、人類の戦争の歴史、そして、二度の世界大戦を経験し、「人権としての平和」が国際的にも認識され、国家主権を制限する人民主権が優越的地位を持つことが了解されるようになり、国家が戦争に訴

えることを、かりに国民代表議会の多数の意思に基づくものであれ、違法とし、平和の実現を要求することが正当とされるに至っていること、2 日本国においては、侵略戦争の反省に基づき制定された日本国憲法の立憲平和主義により、「平和的生存権」が明文化されていること 3 これまでの9条や自衛隊をめぐる訴訟においても、「平和的生存権」が具体的な権利であることが論証されていること 4 しかし、これを日本政府と上記の訴訟（司法）の多くにおいて、それを認めていないだけであることは明らかである。

そして、権利侵害の有無は、国賠法の違法性の判断基準に基づかなくてはならず、5 現在の日本政府による「平和的生存権」の侵害の深刻さから、今こそ「平和的生存権」が具体的な権利であることは明らかであり、「『平和的生存権』は、国賠法上保護される具体的な権利ないし法的利益とはいえない」という被告の主張は失当していることは、明らかである。

七 被告国ら弁護士及び、裁判官への要請

1 被告国ら代理人である弁護士への要請

被告ら代理人である弁護士は、その使命を弁護士法第1条1項にあるように、「基本的人権を擁護し、社会正義を実現すること」としている。そして、2項で「弁護士は、前項の使命に基き、誠実にその職務を行い、社会秩序の維持及び法律制度の改善に努力しなければならない」としている。被告国代理人である弁護士は、国の代理人である前に、私たち国民・市民の「基本的人権を擁護し、社会正義を実現すること」が使命である。

被告国ら代理人である弁護士らにおかれては、『平和的生存権』は具体的な権利ではないから国賠法では争う必要ないなどと、国の違法を争点とされることを避けるのではなく、被告国ら代理人である弁護士自らも含んだ今の、そして将来の国民・市民がおかれた危機的状況や、国賠法の意味を理解し、被告国の「戦争法」強行成立という行為がどのように憲法に違反するのか、そのことが私たちの暮らしや命をどう侵害することになるのか、そして他国の人々の暮らしや命を侵害する加害者になるのかを教え諭すことが急務なのではないだろうか。そして、原告らの指摘する戦争法の内容や成立過程の違法性の証拠や論証に対して、一つずつ、証拠をもって具体的に反論すべきではないだろうか。憲法学者、内閣法制局が戦争法が違憲だという指摘にも耳をかさず、国民・市民が反対して連日デモが繰り返されても「あんな人たちには負けない」などと言いながら、国民の福利のために存在する自らの使命を忘れ、戦争法を強行成立させたのなら、今、ここで、私たち国民・市民に対して説明責任を果たすべきだということを、被告国によくわかる言葉で教え諭すことが必要なのではないだろうか。

2 裁判官への要請

原告らの受ける『平和的生存権』という「恐怖や欠乏なく平和に生きる権利」の侵害は、「戦争を準備する政府ら」によって、原告らだけでなく、自衛官ら、裁判官ら、被告国の弁護士ら、そして、それぞれの家族、つまり今の、そして将来の全国民の、そして他国の人々の『平和的生存権』をも侵害する。

司法の存在意義は、国民の「平和的生存権」＝基本的人権を守ることにつきる。そして、日本国憲法が示すのは、自国だけでなく他国の人々の「平和的生存権」＝基本的人権をも守るという誓いであり、宣言である。

それは、私たち日本国民・市民が、自らの、そして全世界の人々の平和と人権を保障することを誓い、その目的を達するため、立法・司法・行政という権力を作り出したことから明らかである。

そのことをしっかり自覚され、今このときの判断が将来にどのような影響を与えるのかをよく考えて、判断していただくことを望むとともに、自らの良心にのみ従い、「戦争法」は、国民・市民の「平和的生存権」を保障するのか、他国の人々の「平和的生存権」を侵害しないのか、そのことをしっかり考えて裁判官としての責任を果たしてくださることをお願いする。

以上

添付資料

1	証拠甲66号証	深瀬忠一著『戦争の放棄』1977年の浦田賢治著「憲法裁判における平和的生存権	各一通
2	証拠甲67号証	『平和憲法の確保と新生』(深瀬忠一・上田勝美・稲正樹・水島朝補編著者 北海道出版 2008年)の浦部法穂著「第二章 平和的生存権と『人間の安全保障』	各一通
3	証拠甲68号証	『平和憲法の確保と新生』(深瀬忠一・上田勝美・稲正樹・水島朝補編著者 北海道出版 2008年)の上田勝美著「第一章 世界平和と人類の生命権確立」	各一通
4	証拠甲69号証	浦田賢治著『立憲主義・平和主義』(三省堂 2001年)の「平和的生存権の新しい弁証」	各一通
5	証拠甲70号証	星野安三郎著「平和的生存権序論」	各一通
6	証拠甲71号証	日本の防衛費をグラフ化してみる	各一通
7	証拠甲72号証	2018年度予算案・防衛費の推移	各一通
8	証拠甲73号証	「まるで戦前! 「憲法を守ろう」排除の動きが続々!	各一通
9	証拠甲74号証	「大学での軍事研究の是非、科学者ら議論」	各一通
10	証拠甲75号証	「軍事研究しません、京都大学が基本方針を明文化」	各一通
11	証拠甲76号証	防衛費の膨大な増加に抗議し、教育と社会保障への優先的な公的支出を求める声明(2018年12月20日)を読む	各一通

12 証拠甲77号証 防衛費総額、5年で27兆円へ

各一通