

平成28年(ワ)第308号「戦争法」強行成立損害請求事件
原告 奥村悦夫 ほか37名
被告 国ほか4名

準 備 書 面 (5)

被告国準備書面(1)に対する反論—その 4
(平和的生存権には具体的権利性がある)

2017年7月19日

松山地方裁判所 御中

選定当事者兼原告

選定当事者兼原告

選定当事者兼原告

原告

原告

原告

本準備書面では、準備書面(2)第2 被告国の平和的生存権に対する反論(概要)をさらに詳細に主張する。被告国は、準備書面(1)において、『『平和的生存権』に具体的権利性を認めることができないことは明らかであるから、これを国賠法上保護された権利ないし法的利益と認めることはできない』と主張しているが、平和的生存権には具体的権利性があること及び、被告の主張について若干の反論を行う。

目次

第1 平和的生存権の権利性・被侵害利益性

1 平和的生存権は、21 世紀的な「新しい人権」の1つである。(平和的生存権の根拠1)

- (1) 世界の平和主義の流れ
- (2) 日本国憲法の平和主義
- (3) 平和的生存権は「新しい人権」の一つである。

2 日本国憲法は、平和的生存権が個々人の権利であることを保障している。(平和的生存権の根拠2)

- (1) 前文、9 条及び 13 条等第 3 章の規定により、平和的生存権の具体的権利性、裁判規範性は認められる。

3 研究の成果と裁判例「平和的生存権には裁判規範性がある」(平和的生存権の根拠3)

- (1) 学説の現況
- (2) 平和的生存権を認めた主要な裁判例

4 戦後史の中の平和的生存権 (平和的生存権の根拠4)

- (1) 憲法制定当初は注目されず
- (2) 60 年代における「平和的生存権」の提唱と恵庭裁判
- (3) 長沼裁判における需要とその後の展開
- (4) 小結

5 市民の平和を守るための動き「平和的生存権を具体的権利として認める国民的基盤がある」(平和的生存権の根拠5)

- (1) 平和に背を向ける安保法体系
- (2) 平和主義を守ろうとする動き
- (3) 小結

6 平和的生存権の権利性・被侵害利益性裁判規範性

- (1) 平和的生存権の具体的権利性・裁判規範性
- (2) 平和的生存権の具体的な権利内容、主体、成立要件、法律効果

7 原告らの平和的生存権の侵害

- (1) 原告らの立場
- (2) 精神的損害の発生

第2 被告国の主張に対する反論

1 被告国の判例・学説の引用の問題性

- (1) 「最高裁判所 1989 (平成6) 年6月20日第三小法廷判決 (民衆43巻6号385ページ、判例時報1318号3ページ)」(被告準備書面15頁) 引用の問題性
- (2) 札幌高裁 1976 (昭和51) 年8月5日判決引用 (被告国準備書面(1)15頁) の恣意性

- (3) 東京高等裁判所 1981 (昭和56) 年7月7日判決 (被告国準備書面 (1) 16~17頁) の引用の問題性
 - (4) 伊藤正己・憲法 (第三版) の引用の問題性
 - (5) 佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』引用の問題性
 - (6) 小結
- 2 おわりに
 - 3 被告国は、原告の主張の内容に正面から対応する責務がある

第1 平和的生存権の権利性・被侵害利益性

1 平和的生存権は、21 世紀的な「新しい人権」の1つである。(平和的生存権の根拠1)

(1) 世界の平和主義の流れ

人類の長い戦争の歴史の中から、戦争を制限して平和を実現するための平和主義思想が生み出されてきた。17 世紀のグロチウスの『戦争と平和の法』(1625 年) は不正戦争と正戦 (正当防衛戦争など) を区別し、18 世紀のサン・ピエールの『永久平和の計画』(1713~17 年) やカントの『永久平和のために』(1791 年) などは、永久平和のための諸条件を示して、今日にも通ずる問題点を指摘した。

近代市民憲法の成立以後、政府による軍統制の仕組みが明確にされるようになり (アメリカ合衆国憲法など)、フランス 1791 年憲法では、「フランス国民は、征服の目的でいかなる戦争を企てることを放棄し、いかなる人民の自由に対してもその武力を決して行使しない」(第6 篇 1 条) と定めた。このような立憲平和主義の立場は、侵略不正戦争を放棄するにとどまったにせよ、その後のフランス 1848 年憲法、ブラジル 1891 年憲法、スペイン 1931 年憲法、フランス 1946 年憲法、1947 年イタリア共和国憲法、1949 年ドイツ連邦共和国基本法などに引き継がれた。また、国際法の領域でも、18 世紀後半にヴァッテルが正戦か否かを問わず戦争を国際法の手続きに従わせる理論を提示し、20 世紀前半のハーグ陸戦法規 (1907 年) や戦争放棄に関する条約 (1928 年) によって、国際法による規制と戦争の違法化の方向が示された。実際、近代以降の軍備拡大や科学兵器の開発は驚異的であり、核兵器による地球規模の破壊をも招来しうる今日では、世界の人々の平和的生存権を守り地球上の生物を保護するためには部分的な軍縮では足りず、全面的な非軍備平和主義の実現が求められてきた。

このような流れを受けて、また人類初の原子爆弾の使用を招いた第二次世界大戦への反省から、日本国憲法は、世界に先んじて、いわば閉鎖主義の現代的あり方を先取りする形で、戦争放棄・戦力不保持と平和的生存権を保障した。この平和的生存権は、「第三世代ないし第四世代の人権」といわれ 21 世紀的な

「新しい人権」の一つである。アメリカのオーヴァービー教授らの「9条の会」のように、世界的にも憲法9条が重視される傾向があるのも、このような平和憲法の現代的意義に注目した上のことである。(辻村みよ子著 憲法Ⅲ 2003年 90から91頁)

(2) 日本国憲法の平和主義

日本国憲法は、前文で、「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起きることのないやうにすることを決意し」主権が国民に存することを宣言した(第一段)。また、「日本国民は、恒久の平和を念願し、・・・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。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めている国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する」と述べて国際社会の動向に先んじて平和主義を徹底することを宣言し、平和的生存権を明示した(第2段)。さらに9条で全面的な戦争放棄と戦力の不保持、交戦権の否認に関する明文規定を定めたうえ、憲法全体の構成も、宣戦布告や国家防衛の規定をおかないことで、世界の平和主義の系譜の中で最も徹底した平和憲法原理を確立するにいたった。(辻村みよ子著「憲法Ⅲ」91頁)

(3) 平和的生存権は「新しい人権」の一つである。

日本国憲法の「平和のうちに生存する権利」、すなわち平和的生存権は、このような、国際的な平和への願いの歴史とこれを受けて明文化された。そして、「中国への戦争行為(侵略)を自衛のための行動の「事変」であると強弁し、『満州事変』・『日華事変』と称して侵略戦争を行(準備書面(3)7頁)」い、アジアの人々の命を奪った反省から、主権者である日本国民が日本政府に対し、全世界の人々の平和的生存権を侵害させないことを誓った国際条約上の位置にある。

つまり、平和的生存権は、法的拘束力のない抽象的な権利などではなく、基本的人権の一つとして、侵害された場合に法的救済を求める権利ないし法的利益として認められるべき、21世紀的な「新しい人権」である。

2 日本国憲法は、平和的生存権が個々人の権利であることを保障している。

(平和的生存権の根拠2)

(1) 前文、9条及び13条等第3章の規定により、平和的生存権の具体的権利性、裁判規範性は認められる。

ア 憲法前文の規定

前文を改訂するには、憲法改正手続きが必要であり、前文が法規範性を有することについてはほとんど異論はない（芦部信喜・高橋和之補訂「憲法 第6版」岩波書店、2015（平成28）年、37頁等）。

前文の平和的生存権を含む部分の裁判規範性については、消極説はあるものの、これを認める考え方が有力とされている（佐藤幸治「日本国憲法論」成文堂、2011（平成23）年、30頁）。

前文第一段は、「日本国民は、・・・諸国民との協和による成果と、わが国全土にわたって自由のもたらす恩沢を確保し、政府の行為によって再び戦争の惨禍が起こることのないようにすることを決意し、ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する。」と規定する。これは、日本政府が第二次世界大戦で多くの人的・物的損害を内外にもたらしてしまったことを国民が深く反省し、再び過ちを繰り返さないようにするため、憲法が国民主権主義を採用することを宣言したものである。ここにいう主権とは、国家意志を最終的に決定する力のことである。それが国民にあるということは、国民が政府を民主的に統制し、戦争の惨禍を再び起こさせないことをこの第一段は明確に示すものである。

前文第二段において、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。」として、「平和のうちに生存する権利」であることを明確に示しており、十分具体性を有するといえる。

一段に規定した意志を持つ国民が、平和的生存権を持っていることが宣言されている。これは、単に政策として平和主義を掲げた結果、国民が平和のうちに生存しようといた消極的な反射的利益を受けることを意味するのではなく、むしろ積極的に日本の国民ばかりでなく、世界各国の国民に等しく平和のうちに生きる権利、即ち平和的生存権を権利として保障したものである。即ち、この第二段は、第二次世界大戦において、日本軍の侵略によって2000万人にのぼるアジアの民衆を殺戮した歴史的事実とその裏返しとしての広島、長崎、沖縄を始めとする国民の悲劇を通じて、平和を確保するには戦争や武装によっては不可能であり、また、平和は、軍事力を背景とした国家間の関係によっては維持できないという歴史認識に立って、国家に対し平和の維持を国民・市民に対する関係において義務づけ、国民・市民は自らの権利として平和の維持を国家に対し要求できる権利として平和的生存権を規定しているのである。

イ 憲法9条の規定

現憲法9条の当初の政府案は、「国の主権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、他国との間の紛争の解決の手段としては、永久にこれを放棄する。陸海空軍その他の戦力の保持は、許されない。国の交戦権は、認められない。」であったが、議会での修正を経て、主語を「日本国民」とした。

つまり、「戦争」は、個々の「国民」が行うことはできず、したがって「戦争」の担い手は政府＝軍隊であり、「国家」であるのに対し、「平和」は、個々の「国民」が現実に向かって行使できることから、「平和」は、個々の国民の権利となったことを条文は示している。すなわち、この個々の「国民」の権利としての憲法 9 条は、憲法前文で明記された平和的生存権を客観的、制度的な面で保障するために設けられたものである。

つまり、9 条は、個々の「国民」の権利としての「平和」を具体的に保障するために、「国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄」し、「前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない」と定めたのである。これは、いかなる名目によるにせよ戦争が自国民のみでなく他国の国民の平和的生存権をも侵害することになるので、平和的生存権の保障を実行せしめるために規定されたものである。つまり、一切の戦争と軍備を否定するという平和主義を貫徹する以外には、日本を含め全世界の民衆の平和的生存権を確保することができないという立場に憲法は立っているのである。

平和的生存権も人権の一つであること、そして、戦争こそ国家による人権侵害の究極の現れであることからすれば、全ての戦争の放棄と軍備を否定した憲法 9 条は、前文との関係においても、また独自にも平和的生存権の内容を形成しており、ここにも平和的生存権の法的根拠を見いだすことができる。

したがって、個々の「国民」の権利としての「平和」を具体的に保障する条文の憲法 9 条に違反するような国の行為は、直ちに平和的生存権を侵害することになるのである。

ウ 憲法 13 条の規定

言うまでもなく、平和を確保することは人の生命に対する必須不可決の条件である。また、戦争は、人の生命や個人の尊厳を根こそぎ破壊するものであることは歴史を見れば明らかである。まさに平和は基本的人権の生命線である。このような認識に立ち、憲法第 13 条は、個人の尊重、生命・自由・幸福追求に対する国民の権利を保障する人権の総論的規定として設けられている。そのため、13 条は、個人の尊重、すなわち、人間の生存と尊厳にかかわる基礎的権利を保障しているばかりでなく、その中には第 3 章で明記されていない重要な人権も含まれている。

したがって、個人の生命・自由・人権及び個人の尊重の生命線であり、その基礎でもある平和的生存権は、当然 13 条によって保障されているといえることができる。

エ 小結

上記のように、この平和的生存権規定は、政府に対しては、軍備をもたず軍事行動をしない方法で国際平和実現の途を追求する平和政策の遂行を法的に義務づけ、そして国民には、政府が平和政策を採るように要求し、また自らの生存のための平和的環境をつくり維持することを各自の権利として保障したものである。つまり、前文の「平和のうちに生存する権利」の意味内容は、9条によって充填され、それによって具体性をそなえた人権として機能するものとなり、かつ、第3章の人権条項と相俟って個別の事案に働く。また、「平和のうちに生存する権利」にいう「平和」は、他ならぬ日本国憲法自身、何よりも9条（および前文の第1、第2段）によって特定の意味を付された個々の「国民」の権利となった「平和」であるから、9条違反の政府の政策がおこなわれたとき、それは即、個々の国民の権利となった「平和」に対する侵害であるから平和的生存権を侵害したものと評価される。

つまり、9条のもつ意味は、狭義では戦争放棄・軍備全廃であり、広くは、人権・統治のすべての憲法構造が平和主義にもとづくものでなければならぬという要請であるところ、平和的生存権には、この両者の意味が充填されている。したがって、まず、公権力が戦争や軍備保持の挙にでた場合、それは、9条違反であると同時に、直截に平和的生存権侵害を帰結するが、人権との関係では、平和的生存権侵害にあると同時に、平和主義によって導かれている個別の人権を侵害することとなる。

よって、権利は、裁判所により保護されなければ意味がなく、特に違憲立法審査権による救済を受けられることは当然であろう。

3 研究の成果と裁判例「平和的生存権には裁判規範性がある」（平和的生存権の根拠3）

（1）学説の現況

ア 憲法研究者の間では、平和的生存権をめぐる活発に議論され、深められている。その一端を下記に挙げる。

① 深瀬忠一教授 『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店 1987年）
a227頁，b240から241頁

世界の平和思想史と近代憲法史をふまえて、日本国憲法の平和的生存権を、「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たりすることなく、恐怖と欠乏を免れて平和の内に生存し、またそのように平和な国と世界を作り出してゆくことのできる核時代の自然権的本質をもつ基本的な人権であり、憲法前文、とくに第9条及び第13条、また第3章諸条項が複合している憲法上の基本的人権の総体であるa」と定義する。

そして、その裁判規範性にかんしては、「戦争あるいは武力衝突の危険あるいは軍事演習等により、生命・身体・健康・財産・環境・精神的圧迫が具体的に集中し、重大な『恐怖と欠乏』状況に追い詰められた場合には、差止請求妨害排除請求、行政処分執行停止、取消訴訟、国家賠償請求訴訟等により、『平和的生存権』を独立した1つの総合的権利として、裁判所に出訴して救済を求めることができる」と解しうる。ただし、国民一般の抽象的な『平和的生存権』の侵害を理由に出訴することは、わが国の現行訴訟法体系からいって（個別的具体的立法が無い限り）無理である。けれども、『平和的生存権』侵害の危険性が重大かつ根本的であるような場合、また、具体的条件や範囲が一定の特定性を持つ場合、憲法訴訟としての法的権利性（住民の『平和的生存権』を『訴えの利益』として認める）を排除する理由はないと考えられる（長沼一審判決参照）b」としている。

② 佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（青林書店1992年）a646頁、b647頁
「『平和の内に生存する権利』の特色は、……国家による積極的な国際平和維持のための努力ないし戦争回避行為、さらに場合によっては戦争状態の排除行為を要請しているところである。そしてその課題は、9条の枠の中で、変転する複雑な国際政治状況に対応して、柔軟かつ創造的に追求されていかなければならない性質のものである。その意味で、該『権利』が『法的権利』ないし『具体的権利』とみることのできる個別的な特定性・明確性を備えているかどうかは、なお今後の検討課題といわなければならない。a」

「〔長沼訴訟控訴審、百里基地訴訟第一審・同控訴審の〕諸判決が『平和的生存権』の裁判規範性に消極的であるのは、『平和的生存権』論の現状に照らして無理からぬところがあるが、『平和的生存権』をもって、『ただ、政治の面において平和理念の尊重が要請されることを意味するにとどまるもの』〔百里基地訴訟控訴審判決〕と述べるのはいいすぎの感もしないではない。『権利』という語も一義的でなく、直接の裁判規範性の有無が必ずしも法的権利性の決め手ではないし、また、文脈に応じて違った意義を持ちうるところであるb」

③ 樋口陽一『憲法〔改訂版〕』（創文社1998年）144頁
「平和的生存権の裁判規範性といっても、もっぱらこの権利を理由として国の一定の政策遂行の義務づけを求めるというふうな、『まるごと』の単純な場合でのことには限らないのであり、長沼事件第一審判

決のような具体的な文脈のなかで平和的生存権の裁判規範性を論ずることは、憲法解釈の問題として生産的といえるはずである」

④ 芦部信喜『憲法学Ⅰ・憲法総論』（有斐閣 1992 年）212 頁

「裁判規範性が認められるためには、なお具体的権利性についての論議をつめることが必要であろう。私は理念的な権利ではないかと考えてきたので、肯定説には踏み切っていないが、肯定説がその制度を精密化しつつある点に注目する。」

⑤ 奥平康弘『憲法Ⅲ・憲法が保障する権利』（有斐閣 1993 年）a・b434 頁

いわゆる市民平和訴訟に即して、「原告たる市民個人々のどんな内容の平和的生存権が、どのように侵害されたかを、裁判所に納得できるように提示し説明するのは、そんなに易しいことではなく、私の見るところ、憲法学はこの試みに、いまだかならずしも成功してはいない。……平和的生存権を『権利』として理論構成する者が、この点の立証責任を負う部分がかかなりあるだろう。」とした上で、「市民の側に、実体的な内容をもった主観的法として平和的生存権があるとする理論の構築を期待しよう。a」

「個々の市民が誰でも、政府による平和侵害行為と目されるすべてのものに対して……差止請求できる」客観的訴訟を展開している b。

⑥ 杉原泰雄『憲法Ⅱ・統治の機構』（有斐閣 1989 年）154 頁

「平和」という言葉は多義的であるが、「日本国憲法においては、平和の意味・内容が具体的に規定されているから、この権利は、その 9 条のもとで生存する権利ということにならざるをえないはずである。日本国憲法は、9 条のもとで生存することを、たんに客観的な制度の問題としてだけでなく、主観的な権利としても保障しているのである。したがって、9 条に反する国家行為については、他の人権規定を媒介することなく、つまり他の人権侵害を要件とすることなく、この権利自体をもって争いうることとなる。」もっとも、その「実効性を保障する訴訟類型は、存在しない。しかし、それゆえ『平和的生存権』が法的権利ではないと解するべきではなく、憲法上それが権利として存在していることからすれば、その実効性を確保する訴訟類型を整備することこそが解放に課せられてる憲法上の義務というべきであろう。」

⑦ 山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社 1992 年）288 頁

「日本国憲法での『平和』は、一切の戦争の放棄と一切の戦力の不保

持をその具体的な内容とするものとして理解することは、その立法意思からみても、前文や9条、さらには13条などの総合的な条文解釈かたみても明らかと言うべきなのである。そして、もし、そのようなものとして『平和』を理解しうるとすれば、『平和のうちに生存する権利』の具体的な意味内容も、決して確定不可能なものではないことになるのである。」

⑧ 浦田一郎「平和的生存権」樋口陽一著『講座憲法学 2・主権と国際社会』（日本評論社 1994年）158～159頁

「法規範性」と「裁判規範性」の区別をふまえ、この両者と対応するものとして「憲法上の権利」と「裁判上の権利」という概念を用いつつ、この「裁判上の権利」レベルでの平和的生存権は、「9条違反の国家行為による3章の人権の直接的侵害に対抗する権利」と「9条の遵守を求める権利」から成る、とする。そして、前者は、「内容が明確化すれば、その裁判的救済は当然に肯定すべきこと」であるが、問題は後者であって、「通常の訴訟を前提とする場合には、原告適格を限定する考え方をする方が無理ないであろう。」

⑨ 浦部法穂『全訂憲法学教室』（日本評論社 2000年）400～401頁

「『平和的生存権』を独自の憲法上の権利＝人権として構成すべき」であり、「〔徴兵されるなどの〕現実的・具体的な形の不利益が国民に及ぶか否かにかかわらず、むしろ、それ以前の問題として、『平和』の阻害それ自体を権利（人権）侵害として位置づけることによって、国による『平和』阻害行為を排除しようとするのが、日本国憲法における『平和的生存権』の、いわば最小限の内容として、戦争や軍備のない状態を保持しようとするものである。」

⑩ 辻村みよ子『憲法〔第2版〕』（日本評論社 2004年）123頁

「（狭義の）平和的生存権〔＝国民の戦争拒否の権利・政府に対する平和請求権〕は、憲法前文の平和主義原則と9条の戦争の全面放棄条項、憲法13条の個人の尊重原則と幸福追求権を根拠として、生命・自由への侵害の排除と平和環境の維持、平和環境での生存を請求する権利（例えば、9条違反の政府の行為によって生命・自由を侵されない権利および軍事目的のために個人の権利や自由を制限されない権利も含まれる）を主たる内容とする個人の権利（自由権的性格と請求権適性格をあわせもつ権利）と解することができる。」

以上のように、「裁判規範性を具えた平和的生存権の成立について

は、今日でもなお消極説が多数であるが、消極の結論を採りつつもその成立に期待する見解が通説的な学説の中に少なからずみられること、さらに積極説も有力なものとなっていることが、近時の学説状況として認められる。裁判所においても、このような動向への正当な留意がなされることを請う次第である。もっとも、しばしば指摘されるように、また上掲の各引用からもうかがわれるとおり、積極説も、平和的生存権の憲法上の根拠と構成内容（すなわち、権利構造・享有主体・成立要件・法律効果など）について相違をみせる各説は、決して相互排他的ではなく、むしろ相互補完的な関係にあり、今日重要なのは、裁判規範性を肯定するその結論にある。結論に至る理論構成が多様であることで、平和的生存権の具体性が損なわれることにはならない。（証拠甲 18 号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」263 頁）」

イ 小結

これらの著作に見られる憲法研究者の議論においては、「平和的生存権」は、国家の政策目標ないし指針というレベルにとどまらず、国民・市民にとっての「平和」を守ること、そのために少なくとも国民・市民の生命や平穏な生存を国家目的のために破壊したり利用したりしないことを個々人の「人権」として確保し、これを守ることが国家の最重要の責務と明言されるにいたっている。

そして、これら研究の成果が後述する裁判例において、平和的生存権の裁判規範性を認める判決に結実したのである。

（2）平和的生存権を認めた主要な裁判例

ア 平和的生存権の権利性を含む裁判規範性を認めた裁判例として代表的なものを下記に記す。

- ① 長沼訴訟（保安林指定の解除処分取消請求事件）の札幌地裁判決（1973（昭和 48）年 9 月 7 日・判例時報 712 号 24 頁、いわゆる「福島判決」、以下、裁判長の姓により略称する。）
- ② 自衛隊イラク派遣差止請求事件の名古屋地裁判決（2007（平成 19）年 3 月 23 日・判例時報 1997 号 93 頁、いわゆる「田近判決」）
- ③ 自衛隊イラク派遣差止等請求事件の名古屋高裁判決（2008（平成 20）年 4 月 17 日・判例時報 2056 号 74 頁、いわゆる「青山判決」）
- ④ 自衛隊イラク派遣違憲確認訴訟等請求事件の岡山地裁判決（2009（平成 21）年 2 月 24 日・判例時報 2046 号 124 頁、いわゆる「近下判決」）

イ ①の長沼訴訟の札幌地裁判決（福島判決）は、原告らの利益の訴えについての判断中で、森林法の保安制度の目的には「地域住民の『平和のうちに生存

する権利』（憲法前文）すなわち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。したがって、もし被告のなんらかの森林法上の処分によりその地域住民の右にいう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、その地域住民にその処分の可否を争う法律上の利益がある。そして（中略）このような高射群施設やこれに併設されるレーダー等の施設基地は一朝有事の際にまず相手国の攻撃の第一目標になると認められるから、原告らの平和的生存権は侵害される危険があると言わなければならない。」とし、憲法前文の意義について、2項に「全世界の国民が、等しく恐怖と欠乏から免れ、平和の内に生存する権利を有することを確認する。」と明記されているのは、「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。そしてそれは、たんに国家が、その政策として平和主義を掲げた結果、国民が平和のうちに生存しようといった消極的な反射的利益を意味するものではなく、むしろ、積極的に、わが国の国民のみならず、世界各国の国民にひとしく平和的生存権を確保するために、国家自らが平和主義を国家基本原理の一つとして掲げ、そしてまた平和主義をとること以外に、全世界の諸国の平和的生存権を確保する道はない、とする根本思想に由来するものといわなければならない。（中略）そして、この社会において国民一人一人が平和のうちに生存し、かつ、その幸福を追求することのできる権利性をもつことは、さらに、憲法第三章の各条項によって、個別的な基本的人権の形で具体化され、規定されている、ここに憲法のいう平和主義と基本的人権尊重主義の二つの基本原理も、また、密接不可分に融合していることを見いだすことができる。」などと判示し、「自衛隊の存在およびこれを規定する関連法規が憲法に違反するものである以上、自衛隊の防衛に関する施設を設置するという目的は森林法の右条項にいう公益性をもつことはできないのである」から、本件保安林指定の解除処分は「公益上の理由」を欠く違法なもので、取消しを免れないとして、原告らの請求を容認し、平和的生存権の権利性と裁判規範性を認めた。

ウ ②の自衛隊イラク派遣差止請求事件の名古屋地裁判決（田近判決）は、平和的生存権は、すべての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利であり、憲法9条は、かかる国民の平和的生存権を国の行為の側から規定しこれを保障しようとするものであり、また憲法第三章の基本的人権の各規定の解釈においても平和的生存権の保障の趣旨が最大限に活かされるように解釈すべきことはもちろんであって、（もとより国家の存在にかかわる国の行為についての違憲性の判断は間接民主制の統治システムが円滑に機能している限り慎重かつ謙抑になされるべきではあるが）憲法9条に違反する国の行為によって個人の生命、自由が侵害されず、また侵害の危機にさらされない権利、同条に違反する戦争の遂行ないし武力行使の目的のために個人の基本的人権が制約されない権利が、憲法上保障されているものと解すべきであり、その限度

では、他の人権規定と相まって具体的権利性を有する場面があり得るとい
べきである」として、平和的生存権の具体的権利性を認めた。

エ ③の自衛隊イラク派遣差止等請求事件の名古屋高裁判決（青山判決）は、自衛隊イラク派遣の違憲性について、多国籍軍のイラク攻撃とイラク占領の実情、多国籍軍の銀地行動の状況と航空自衛隊の空輸活動の実情等を認定した上、
「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、（中略）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を認められる。」と判示し、続いて、差止請求の根拠とされた平和生存権について、「このような平和的生存権は、現代において憲法の保障する基本的人権が平和の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての基本的人権の基礎にあ
ってその享有を可能ならしめる基底的权利であるとい
うことができ、単に憲法の基本的精神や理念を表明したに留まるものではない。法規範性を有す
るといべき憲法前文が上記のとおり『平和のうちに生存する権利』を明言している上に、憲法9条が国の行為の側から客観的
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、憲法第三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。そして、この平和的生存権は、局面に
応じて自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利とい
うことができ、裁判所に対して保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求し得るとい
う意味における具体的権利性が肯定される場合があるとい
うことができる。例えば、憲法9条に違反する国の行為、すなわち戦争の遂行、武力の行使等や、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への加担・協力を強制されるような場合には、平和的生存権の主として自由権的な態様の表れとして、裁判所に対し当該違法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、その限りでは平和的生存権に具体的権利性がある。なお、『平和』が抽象的概念であることや、平和の到達点及び達成する手段・方法も多岐多様であること等を根拠に、平和的生存権の権利性や、具体的権利の可能性を否定する見解があるが、憲法上の概念はおおよそ抽象的なものであって、解釈によりそれらが充填されていくものであるということ、例えば『自由』や『平等』ですら、その達成手段や方法は多岐多様とい
うべきであることからすれば、ひ

とり平和的生存権のみ、平和概念の抽象性等のためにその法的利益や具体的権利性の可能性が否定されなければならない理由はないというべきである。」と判示した。

オ ④の自衛隊イラク派遣違憲確認等請求事件の岡山地裁判決（近下判決）は、平和的生存権の裁判規範性について、憲法前文 2 項を引用し、「平和的生存権が『権利』であることが明言されていることからすれば、その文言どおりに平和的生存権は憲法上の『権利』であると解するのが法解釈の常道であり、また、それが平和主義に徹し基本的人権の保障と擁護を旨とする憲法に即し、憲法に忠実な解釈である。」などとした上、「平和的生存権については、法規範性、裁判規範性を有する国民の基本的人権として承認すべきであり、本件における原告らの主張にかんがみれば、平和的生存権は、すべての基本的人権の基底的権利であり、憲法 9 条はその制度規定、憲法第三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、徴兵拒否権、良心的兵拒絶権、軍需労働拒否権等の自由権的基本権として存在し、またこれが具体的に侵害された場合等においては、不法行為法における被侵害利益としての適格性があり、損害賠償請求ができることも認められるというべきである。」と判示した。

カ 小結

これらの裁判例では、平和に対する憲法前文及び 9 条の趣旨を正当に評価し、平和的生存権の具体的権利性ないし被侵害利益性及び裁判規範性を認めているもので、重視しなければならない。

なお、1990 年代初頭に湾岸戦争における多国籍軍への戦費支出・自衛隊掃海艇の違憲を主張する「市民平和訴訟」についての 1996（平成 8）年 5 月 10 日東京地裁判決（判時 1579 号 62 頁）は、平和的生存権については否定したものの、次のように判示している。すなわち、「憲法前文第 2 段は、『日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであって、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。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めている国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思う。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。』と宣言し、同法 9 条は、戦争放棄、戦力不保持及び交戦権の否定を規定しており、恒久平和主義が憲法上極めて重要な理念であることはいうまでもなく、日本国民が平和のうちに生存することは、その基本的人権の保障の基礎的な条件であって、憲法が全世界の国民についての平和のうちに生存する権利を確認し、それが実現されることを希求していることも明らかである。」とし、さらに、「いまだ主権国家間、民族、地域間の対立による武力紛争が地上から除去されていない国際社会におい

て、全世界の国民の平和のうちに生存する権利を確保するため、政府は、憲法 9 条の命ずるところに従い、平和を維持するよう努め、国民の基本的人権を侵害抑圧する事態を生じさせることのないように努めるべき憲法上の責務を負うものということができ、この責務に反した結果、基本的人権について違法な侵害抑圧が具体的に生じるときは、この基本的人権の侵害を理由として裁判所に対して権利救済を求めることは可能といえよう。」と判示した。この判示する点は、平和的生存権を考える上でも軽視すべきではない。

4 戦後史の中の平和的生存権（平和的生存権の根拠 4）

（1）憲法制定当初は注目されず

「前文の『平和のうちに生存する権利』の文言は、実は、日本国憲法当初、ほとんど注目されていなかった。」とする。それは、「軍国主義への深い反省と平和国家の建設、また世界平和の達成への強い情熱をもって誕生した。わが国は、軍隊と武器、軍事施設を一切保持せず、戦争と武力行使を未来永劫に放棄した国として、その戦後を歩みを刻み始めたのである。このことからすれば、『平和のうちに生きる』権利を保障することは、基本的には、現にある事態を確認することにほかならなかったといえる。」とし、当時の憲法学者らが「平和のうちに生存する権利」について言及していなかった事実を紹介する。

そして、当時の日本政府が、「日本国憲法が前文の第 1 段から第 3 段にわたって恒久平和主義を宣言し、その見地に立って 9 条で一切の戦争の法規と軍備の不保持を定めた、その指針に従って国家運営がなされている以上、『平和のうちに生存する権利』のもつ格別の意味に気づかないとしても不思議はなかった。」しかし、「こうした状況は、1950 年の警察予備隊創設、52 年に保安隊、54 年に自衛隊への改編という『再軍備』、および、51 年の日米安保条約調印、とりわけ 60 年代の安保条約改定による日米軍事同盟への傾斜など、わが国の軍事政策（いわゆる「安保・防衛」政策）の転換の中で変容する。」と指摘する。

（証拠甲 18 号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」245～246 頁）

（2）60 年代における「平和的生存権」の提唱と恵庭裁判

『平和的生存権』の理論は、のちに裁判をとおして大きな展開をみせるが、まずは学会において提唱された。その嚆矢は、1962 年の星野安三郎『平和的生存権論』であるが、50 年以降の軍事化政策で国民の『平和に生きる権利』を侵害する可能性をつくり出し、この権利を自覚させた、とする。そして、この権利を『平和的生存権』と名付け、日本国憲法はこれを基軸にして成り立つ『平和国家の憲法』である、と捉える。その上で、『この平和に生きる権利』は、具体的には、第 2 章第 9 条の戦争放棄・軍備禁止によって保障されるとい

うべきである。なぜならば、戦争放棄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がなくなったからである。』として、9条と結合した権利と解したのである。憲法学会は、これを重要な問題提起であると受け止めた。」と指摘する。

そして、恵庭事件（札幌地裁判決 1967.3. 29 下刑集 9 卷 3 号 359 頁）の「裁判で、特別弁護人の任を引き受けた深瀬忠一教授は、平和的生存権が司法的救済手段によって裁判上保障されるべき人権にほかならないことを学理をもって主張した。同教授による『恵庭裁判における平和憲法の弁証』は、「平和のうちに生存する権利」の確認は、人民が平和のうちに生活する共通の利益を有しているという近代市民革命の人権思想に基づきつつ、これを『権利』にまで高めた意義をもち、9条と相俟って、国の主権の発動としての戦争とその手段たる軍備によって国民の人権が侵害されないことを保障したものである、旨説いている。」こと、また、針生誠吉教授も、「恵庭裁判で主張された、平和主義は人権条項・統治機構を結節する基礎原理であるとの平和的生存権論に注目し、さらなる理論化を期待している。」こと、高柳信一教授は、「平和の確保はこれまで政府にまかせた事項であったが、平和は人権が存立しうるための最大の基礎条件であって、戦争の排除・平和の確保を民集個々人の人権の問題として再獲得しなければならず、平和的生存権の権利の保障を憲法原理にまで高める必要がある、と説いた」ことなどを紹介し、「憲法の平和的生存権が注目されるに至ったのは、1960年代、日本の軍事化が顕著となった時期であり、とくに長沼裁判を契機としている。この時期の平和的生存権論は、9条を軸にしたものが多いが、なお一般的意義を説くにとどまっております、その法的権利性、とくに裁判規範たる権利としての性格について究明を深めることが待たれていた。」とし、「それを一気に進めたのが長沼訴訟第一審判決である。」と展開する。（証拠甲 18 号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」246～248頁）

（3）長沼裁判における需要とその後の展開

ア 学説における議論の進展

前記「3（2）イ」の「長沼ナイキ（ミサイル）基地訴訟」の「第一審札幌地裁判決（1973.9. 7判時 712号 24頁）」において、「きわめて積極的に平和的生存権を理解する判決が出たことについては、上に見た学説の展開が背景をなしているが、また同時に、この判決に触発されて、学説の議論が一層活発化した。」

当時、深瀬忠一教授は、「平和的生存権保障の規範構造」＝「この権利の制度保障としての戦力放棄・戦力禁止が憲法9条によって規定され、主観的権利の保障が第三章に具体的に定められ、そして、その法的実効性が司法審査制によって担保されている、という構造を指摘したのである。」

同時期、浦田賢治教授は、「それまでの学説・批判例を整理した上で、成立の前提・客観的基礎・憲法上の根拠・法的性格・法的内容の各項目にわたって『裁判的構成』を試みるが、平和的生存権の憲法上の根拠については、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2項の『平和のうちに生存する権利』を根拠とする旨、説いた。」

「また、恵庭裁判で深瀬教授とともに特別弁護人をつとめた久田栄正教授が、長沼裁判をとおして次節を整理発展させた1976年の論文『平和的生存権』は、平和的生存権を13条の中に読み取る見解を表明する。基本権中の基本権であり、抵抗権の内実をもつこの権利は、三大原理の結節点であり、13条がそれを具体化している、と説くのである。」

「以上のようにとりあげたのは代表的論説のみであるが、この時期、多くの憲法学者が平和的生存権の裁判論的構成の深化に努めた。」と指摘する。(証拠甲18号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」248～249頁)

イ 裁判例における消極的傾向とその問題点

「他方、裁判例では、長沼第一審判決を別にして、1976年から81年にかけての同訴訟の控訴審、また百里基地訴訟の第1審および控訴審判決のいずれも、平和的生存権を受容しなかった。(なお、両訴訟の上告審判決は平和的生存権を明示的に否定したものではないことは、後述Ⅱで触れる。)」

本件被告らも依拠する、長沼訴訟控訴審判決、百里基地訴訟の控訴審判決など平和的生存権の具体的権利性を否定する理論構成が、「平和的生存権の具体的権利性を肯定する見解の論理を正解していないことは、後述Ⅱで述べているとおりである。

(4) 小結

以上のように、平和的生存権は、憲法制定当初は注目されなかったが、わが国の軍事政策の転換の中で、憲法学会や裁判などをとおして、大きく発展し、日本国憲法の平和主義の歴史的・国際的意義をふまえ、平和的生存権の憲法的構造を、前文、なかんずく9条、および13条を含む第3章各条項を総合的に解明した上で、その具体的裁判規範性があることを主張するものである。

本件被告国の主張が依拠する平和的生存権否定論は、少なくとも、自衛隊イラク派遣されるに至った状況においては、もはや説得力を持たないことは前記3(2)の判例で明らかである。つまり、平和的生存権には、裁判規範性があることが認められた上で、航空自衛隊が首都バグダッドに多国籍軍を空輸していることについて「憲法9条1項に違反する活動を含んでいる」との判断が示された。その上で、原告の平和的生存権の侵害は認められなかったのである。よって、現在においては、平和的生存権の裁判規範性については争いはなく、

原告らの主張する政府の「戦争法」を成立させ、南スーダンに自衛隊派遣をした等の行為についての憲法判断を行うこと、その上で、原告らの平和的生存権の侵害の有無について判断されるのが至極当然である。

また、国賠法上の違法の評価を判断する場合には、本件「戦争法」が憲法違反であるか否かの判断を先に行う必要があることは、準備書面（2）で主張したとおりである。

5 市民の平和を守るための動き「平和的生存権を具体的権利として認める国民的基盤がある」（平和的生存権の根拠5）

（1）平和に背を向ける安保法体系

ア 1950（昭和25）年6月に朝鮮戦争が勃発すると、GHQ最高司令官マッカーサーの吉田茂首相に対する書簡による指示により、警察予備隊が創設された。これはわが国に駐留のアメリカ軍を朝鮮に派遣したために生じた国内の治安対策であったが、これは保安隊、そして自衛隊へと発展していくことになり、軍隊をもたない国から軍隊を保持する国への変質、すなわちわが国の再軍備への道を踏み出したものであった。

イ 次いで、1951（昭和26）年9月には片面的な平和条約の調印と同時に旧安保条約が締結され、安保法体系が日本国憲法の、特に平和主義の実現を、法制度面で重大に制約していくこととなった。

1960（昭和35）年に旧安保法条約の改定ともいえる新安保条約が締結され、基地の使用を容認する義務だけでなく、有事の際の相互防衛義務が追加され、日米双方わが国および極東の平和と安定に協力することとなり、自衛隊は日米の相互防衛関係に組み込まれることとなった。

新安保条約は10年の期限が定められており、その後は破棄できるものとされているが、1970（昭和45）年以降も破棄されていない。

安保法体系は、米国軍に基地を提供して独自の活動を認めるものであるため、世界の警察官と言われている米国軍の論理が優位に立ち、徐々に日本国憲法の平和主義は制限的にならざるを得ない状況となっていった。

ウ 自衛隊の海外派遣は、1990年代に入る頃を境目とした、いわゆる「冷戦」の終結時に始まり、今日に及んでその度合いを深めている。状況の推移を、平和的生存権の今日的意義を考えるのに必要な限りで描写しておこう。

90年代初めに、ソ連側の体制崩壊によって、「東西対立」を軸とする国際政治構造、いわゆる「冷戦」は終結した。それで、本来なら、アメリカ側の軍事ブロックも解消して軍隊のない世界へと進環境が音乗ったはずであるが、逆に、アメリカの一元的な軍事的影響力が強まった。日本政府も、このアメリカの姿

勢に同調する態度を一層強めた。1990年8月にサダム・フセインのイラクがクウェートに軍事侵攻し、これを併合するという事態が生じたとき、アメリカを中心とする多国籍軍が、91年1月16日、イラクを空爆して「湾岸戦争」が始まり、多国籍軍側の圧倒的勝利で終わった。(証拠甲18号証「自衛隊イラク差止め訴訟における平和的生存権の意義」251頁)

エ この湾岸戦争を契機にして、日本政府は、1990年から91年にかけて、軍事的な「国際貢献」の提案と実践を矢継ぎ早におこなった。すなわち、90年10月の「国連平和協力法案」の国会提出(これは廃案になった)、多国籍軍への90億ドル支出、避難民救済を目的とする自衛隊派遣のための特別政令の制定、機雷除去を目的とする自衛隊掃海艇の派遣などである。そして、92年には、平和維持活動(PKO)への参加のための「国連平和維持活動協力法」(PKO法)が制定され(6月)、それにもとづいて同年9月を皮切りに自衛隊がカンボジアに派遣された。それ以降、海外派遣は日常化し、さらに、PKO法制定当時には凍結されていたPKF(国連平和維持軍)への参加も、その後にそれを可能にする法改正がなされている。(証拠甲18号証「自衛隊イラク差止め訴訟における平和的生存権の意義」251～252頁)

オ そして、アメリカとの関係では、90年代末、日米安保法制の強化の方向での変質(グローバル化)がもたらされます。すなわち、1996年4月に橋本龍太郎首相とクリントン大統領により発表された「日米安保共同宣言」にもとづいて、78年締結の「日米防衛協力のための指針」(ガイドライン)の見直しが約束され、97年9月、新ガイドラインが両政府間で合意された。そして、それを実施するための関連法案として、99年5月の「周辺事態法」などの制定に至った。これは、米軍が、地理的限定を意味する概念でないと説明された「周辺」において戦争行動をする場合、自衛隊は、武器・弾薬を含む物品・人員の輸送といった支援活動(「兵站活動」)をおこない、自治体と民間も協力を余儀なくされる体制である。ここにおいてわが国は、これまでの安保条約の枠組みをも逸脱して、「戦争をする国」へ向かう道に転換したといわなければならない。(証拠甲18号証「自衛隊イラク差止め訴訟における平和的生存権の意義」252頁)

カ ついで、2001年9月11日にアメリカで発生した「同時多発テロ」に対応するとして、同年11月に、いわゆる「テロ対策特別措置法」が、2年間の時限立法として制定された。それは、テロ撲滅のための国連等がおこなう軍事的活動を「後方支援」する目的で自衛隊を派遣することを可能にしたが、派遣地域・支援態様・武器使用要件にかんしてPKO協力法や周辺事態法による派遣の場合より制限を緩和しており、政府が従来説明してきた海外出動の許容範囲

を超えるものである。実際にその前の 10 月 8 日から開始されていたアメリカによるアフガニスタン報復戦祖運、自衛隊が同法にもとづいて海外派遣されてインド洋に展開し、アメリカのための兵站活動をおこなった。(証拠甲 18 号証「自衛隊イラク差止め訴訟における平和的生存権の意義」252～253 頁)

キ そして、2003 年 3 月 20 日、アメリカなどが対イラク戦争を開始した。わが国は、即座にこれを支持し、さらに、こうした事態を背景にして、同年 6 月 6 日、「有事法制」がつくられた。すなわち、武力攻撃事態法、自衛隊法改正および安全保障会議設置法改正の「有事関連 3 法」の制定である。これにより、わが国への武力攻撃が発生した事態あるいはしれが予測される事態を政府が認定して対処方針を立て、自衛隊の出撃、自治体・民間企業及び国民の動員という戦時体制を敷くことになる。こうした法制が、徹底した平和主義原則を採り、それゆえに有事法制の根拠となる国家緊急権を否認した日本国憲法と相容れる余地はない。

加えて、同年 7 月 26 日、アメリカのイラク軍事占領を支援するために自衛隊を参加させる「イラク特別措置法」が制定され、本意見書冒頭に記したように、同年 12 月の先遣隊の派遣を経て、翌 2004 年 1 月から、本隊の派遣が実施されるに至った。武装した自衛隊の、外国の戦地への初めての派兵である。その後、同年 6 月 14 日、「有事関連 7 法」が、前年の「3 法」を具体化するものと捨て制定された。国民保護法・特定公共施設等利用法・米軍支援法・外国軍用等海上輸送法規制法・捕虜扱い取扱法・国際人道法違反処罰法・自衛隊法改正、の 7 法である。同時に、関連 3 条約（ジュネーブ条約追加第 1 議定書、同第 2 議定書および日米物品役務相互提供協定〔ACSA〕改定）が、国会承認されている。上のうち「国民保護法」（正式名称は「武力攻撃事態法等における国民の保護のための措置に関する法律」）が、国民の生活と基本的人権に深い関連をもつ。「戦争をする国」としての全般的な法制度の構築が、このように進行している。この動きと並行して、イラク派遣自衛隊は、04 年 6 月 18 日の閣議決定にもとづいて多国籍軍の一員となり、同年 12 月 10 日に、派遣期間を 1 年延長することが閣議決定されて、現在に至るまで、サマワ中流は続けられている。(証拠甲 18 号証「自衛隊イラク派兵差止め訴訟における平和的生存権の意義」253 頁)

ク 「戦争法」においては、「存立危機事態」にも自衛隊を出動させ、「必要な武力の行使をすることができる」（自衛隊法 88 条 1 項）としたほか、「重要影響自体」や「国際平和共同対処活動」には米国軍や他国軍の支援等を行うことの道を開き、日本国を能動的に戦争に参加させることができる国に変質させようとしていることは訴状および準備書面（1）で主張したとおりである。

ケ このように、日本国憲法の基本原理である平和主義は、米国との特別な関係から、次第にその内容が憲法当初の国民・国会議員・閣僚の理解とは異なる方向へと改変され、自衛隊が段階的に強化され、日米の軍事同盟化が進行し、受動的な「有事法制」の域を踏み越えてしまった。そして、遂に、「戦争法」の成立によって、集団的自衛権の行使を「限定的」としながらこれを容認するに至ったものである。この憲法9条違反の集団的自衛権行使容認により、日本国の国民・市民が戦争に巻き込まれる危険性が格段に増大し、多大の被害を受ける恐れが生じ、これにより平和的生存権等を侵害され、現に精神的苦痛を受けたものであることは、訴状や準備書面（1）で主張したとおりである。

（2）平和主義を守ろうとする動き

ア こうした平和主義を後退させる現実政治の動きに対する市民の反対運動

- ① 1950（昭和25）年6月に朝鮮戦争勃発を契機とした警察予備隊の創設、1951（昭和26）年の旧安保条約の締結等に対しては、再軍備反対、米軍基地反対の運動や原水爆禁止運動等が起こされ、1953（昭和28）年8月には片山哲氏や学者・文化人らにより「平和憲法擁護の会」が作られ、1954（昭和29）年2月には、第一回憲法擁護国民大会が開かれ、社会党・総評・文化人・宗教団体等百数十団体による「憲法擁護国民連合」（護憲連）が結成され、同年4月には、若い法律科により憲法と平和と民主主義を守ることを掲げて「青年法律家協会」が結成されて、活動を開始した（ちなみに、これには、多くの裁判官が参加したことは周囲の事実である）。
- ② 1960（昭和35）年の新安保条約の締結に対しては、野党であった日本社会党・日本共産党をはじめとして、全日本学生自治会総連合（全学連）や日本労働組合総評議会（総評）が、中心となり、労働者・学生・市民により、幅広い反対運動が展開された。労働組合によるストライキや学生・市民による数万人による国会包囲デモが連日のように行われた。
- ③ 1956（昭和31）年に憲法調査会法により内閣に憲法調査会が設置されて、改憲論議がされ、1964（昭和39）年に憲法調査会報告書を提出したが、その設置および議論をめぐる、批判的であった大内兵衛・矢内原忠雄・湯川秀樹・宮沢俊義・我妻榮らの学界の重鎮ともいえる学者らが「憲法問題研究会」を設置し、会見に批判的な立場から研究会は講演活動等を精力的に行った。翌1965（昭和40）年には、末川弘・鈴木安蔵、田端忍らの呼びかけにより「憲法改悪阻止各界連絡会議」（憲法会議）が結成されて、自衛隊および安保体制に対する批判・反対運動を展開し、また、小林直樹・芦部信喜・和田英夫・長谷川正安・星野安三郎ら憲法学者多数が「全国憲法研究会」（全国憲）を結成して、会見に批判的な立場から研究・啓蒙活動を開始するなどした。
- ④ 1970（昭和45）年に新安保条約が自動延長されるに際しては、学生による学園闘争や労働者による大規模なデモ等が行われた。

⑤ 今回の「戦争法」成立過程においては、訴状に記載したように、また愛媛でも多数の市民の反対運動が行われ、慎重審議を求める声が大きくなるとなり、若者・市民・労働者らによる国会周辺および全国各地での広範な反対運動が展開され、反対を表明する数千万人の署名活動がなされた。また、元最高裁判所長官と複数の元最高裁判所判事や、歴代の元内閣法制局長官において、集団的自衛官の行使が違憲であることはもはや確立した法規範となつてるとの見解を示し、圧倒的多数の憲法学者、さらには、日本弁護士連合会をはじめ各都道府県の単位弁護士会が新安保法制法案が違憲であり、これに反対する旨の意見表明をした。

イ 平和主義を守ろうとする「市民平和訴訟」

① 1969（昭和 44）年 7 月に農林大臣が北海道夕張長沼町所在の国有林（水源かん養保安林）の一部につき、防衛庁が地对空ミサイル基地（高射教育訓練施設）を設置するため、保安林の指定を解除する旨の処分をしたのに対し、住民らはその処分の取消を求める行政訴訟が札幌地方裁判所に提起された。

② その後、湾岸戦争に際して多国籍軍への 115 億ドルの戦費負担行為、周辺諸国への 20 億ドルの経済支援をし、掃海艇の派遣をした。これに対し、1991（平成 3）年に、広島・東京・大阪・名古屋・鹿児島各地裁に対して、上記戦費負担の違憲を問う、国家賠償請求訴訟（いわゆる「市民平和訴訟」が提起された。）

③ その後、PKO法に基づく自衛隊のカンボジア派遣に対して、1993（平成 5）年に、東京・名古屋・大阪などで訴訟が提起され、そのほかにも、「ゴラン高原PKF違憲訴訟」（東京・大阪）、「思いやり予算違憲訴訟」（同）がなされた。

④ 2002（平成 14）年 7 月には、テロ特措法違憲確認と同法に基づく基本計画の取消、自衛隊艦船の帰還および、損害賠償を求める民事訴訟がさいたま地方裁判所に提起された。

⑤ また、2003（平成 15）年 12 月から開始された自衛隊のイラク派遣に対し、その差止めと違憲確認および損害賠償を求める民事訴訟が名古屋地方裁判所など 11 の地方裁判所に提起された。

これらの訴訟においては、平和的生存権が原告らの請求を基礎づける権利ないし法的利益として主張され認められていることは、前記 3（2）で主張したとおりである。

（3）小結

このように平和主義に背を向け、憲法を改正し、あるいは再軍備をしようとの現実の政治の動きに対する、学者・文化人・知識人や、市民が積極的に反対を表明し、行動してきた事実は、憲法前文で宣言された平和のうちに生存する権利が、確実に市民の間に根付き、定着していることを裏付けるものであり、

平和的生存権を認める国民的基盤があると言える。

6 平和的生存権の権利性・被侵害利益性裁判規範性

(1) 平和的生存権の具体的権利性・裁判規範性

ア 憲法上の権利として個人の人權を認める考え方（人權思想）は、一人ひとりの個人をかけがえのない存在として尊重し、多数派意見を持ってしても侵すことのできない権利を認め、多数決決定に対抗し得るという主体的立場を認めるものである。平和的生存権が憲法上「権利」の名をもって明文で規定されていることは、この権利がこの意味での人權であることを示している。

小林武氏は、平和的生存権の根拠を「日本国憲法の前文それ自体、つまり『ひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生存する権利』という文言」に求めるとした上で、「9条は、公権力に戦争をさせない、そしてその公権力が戦力を持つことを認めないという、いわば制度規定、客観的な制度規定」とし、「日本国憲法はそれと一体のものとして人權規定、つまり主観的権利規定を平和的生存権という形で置いている」ことに大きな意義があるという。そして、「このような規範構造から」、「9条の客観的制度規範についての公権力の侵害行為があった場合には、それはとりもなおさず主観的な人權規定としての平和的生存権侵害になる」とする。（証拠甲19号証「平和的生存権の裁判規範性」小林武著222頁）

イ 平和的生存権を憲法上の人權として肯認するか否かは、平和の価値をどう見るか、平和を巡る国家と市民との関係をどう捉えるか、平和と人權との関係をどう理解するか、平和の担い手は誰と見るかにかかっている。

国民主権主義の国家の基本は、市民のための国家であり、その逆では決してない。平和は、国家の視点ではなく、市民の視点から判断されるものであり、平和に生きることは、市民にとって最も基本的な利益・価値であり、幸福追求権や人格権その他第3章の人權と密接な人權であると理解するのが相当である。

ウ そして、既に第2項で述べたように、憲法前文も憲法の一部として、当然に法規範性を有するというべきである。前文1項に「ここに主権が国民に存することを宣言し、この憲法を確定する」とあるが、国民主権は日本国憲法の根本規範であり、これに法規範性がないとする論者はいないはずである。

平和主義も日本国憲法の根本原則であり、「戦争」は、個々の「国民」が行うことはできず、したがって「戦争」の担い手は政府＝軍隊であり、「国家」であるのに対し、「平和」は、個々の「国民」が現実に向かって行使できることから、「平和」は、個々の国民の権利となったことを条文は示している。す

なわち、この個々の「国民」の権利としての憲法 9 条は、憲法前文で明記された平和的生存権を客観的、制度的な面で保障するために設けられたものであり、「平和のうちに生存する権利」に法規範性があることは当然である。

エ また、平和を守ることについては、国際的に大変な努力がされてきたものであり、さらに、国連では、1978（昭和 35）年 12 月に「平和的生存のための社会の準備に関する宣言」が採択され、1984（昭和 59）年 11 月に「人民の平和への権利についての宣言」、1985（昭和 60）年 11 月には「人民の平和への権利に関する決議」が採択された。また、2003（平成 15）年にはアメリカなどが第二次イラク戦争を引き起こしたが、「平和への権利」のような権利があればこうした戦争を阻止できたのではないかと考えたスペインの法律家団体のとりくみがきっかけとなり、2008（平成 20）年から国連人権理事会で、「平和への権利」、「人間の安全保障」に関する議論が行われ、2012（平成 24）年にはその諮問委員会作成の「平和への権利の宣言草案」が提案された。その後、国連人権理事会の作業部会では、平和を人権に取り込み、全ての人々が国内的にも国際的にも恐怖と欠乏から解放され、平和のうちに生きる権利（平和への権利）を保障されるための条件や与えられるべき権利等について議論された。「平和への権利」に反対するのはアメリカや EU、カナダやオーストラリア、韓国、日本などの少数の国にとどまり、アフリカ諸国、南米諸国、ASEAN 諸国など、多くの国が「平和への権利」の国際法典化に賛成してきた。そして、2016（平成 28）年 7 月 1 日の第 32 会期人権理事会の最終日に、「平和への権利宣言」案が賛成 34、反対 9、棄権 4 で採択された。今後、国連総会で審議され、採択されると、「平和への権利」国連宣言が正式に成立することとなり、その後は、人権理事会において、作業部会などの特別手続きがあり、そこで平和への権利の内容が具体的に審議され、最終的に国際人権規約として成立することが想定されている。

オ 小結

- ① 第 1 項及び上記エで述べたように、平和を守る努力が世界的に積み重ねられ、平和を享有する権利が世界のすべての人民の人権（「21 世紀的な新しい人権」）として認められつつあり、現在も進展していること
- ② 前記第 2 項等で述べたように、前文が、恒久平和達成への強い決意を示す文脈において、「平和のうちに生存する権利」を国民の文字通り主観的権利として定めていること、それを受けて第 2 章の唯一の条項である 9 条が、戦争の放棄と武力の不保持および交戦権の否認を政府に命じた客観的制度を設定していること、そしてその次の第 3 章が「国民の権利及び義務」と題して 10 条から 40 条にわたって個別の人権を保障していること、
- ③ 前記第 3 項等で述べたように、憲法研究者の間でも、平和的生存権の具体

的権利性・裁判規範性を認める考え方が近年とみに有力となっており、裁判例も認めるものがみられるようになってきていること、

④ 前記第4項等で述べたように、平和的生存権は、憲法制定当初は注目されなかったが、日本国の軍事政策の転換の中で、憲法学会や裁判などをおして、大きく発展し、日本国憲法の平和主義の歴史的・国際的意義をふまえ、平和的生存権の憲法的構造を、前文、なかんずく9条、および13条を含む第3章各条項を総合的に解明した上で、その具体的裁判規範性があることが判時されてきたこと、

⑤ 前記第5項等で述べたように、平和主義に反する動きに対して、市民はこれを拒否する態度を示してきたもので、平和のうちに生存する権利が市民の間に根付き、平和的生存権の具体的権利性・裁判規範性は十分肯定されるべきである。

そもそも、あらゆる人権規定は、どれもその内容を主権者たる国民の意思によって補充し、果てん・定着させていくことを予定している。一例をあげれば、憲法13条の「幸福追求」という文言自体、極めて抽象的な表現であるが、この幸福追求権の内容も70年前の憲法制定当初と比べて変化し、時代とともに発展・充実し、定着してきたといえる。例えば、プライバシー権が法的保護に値する利益であることを否定する者は、今日いないであろう。プライバシーという呼称でそれを称するかどうかは別として、個人情報をも本人の意思に反して拡散することは、今日においては、具体的な法的利益の侵害に当たると解されている。それは国民の意識の変化、情報通信技術を含めた時代・環境の変化、世界の趨勢などによって、こうした利益の保護の必要性が増し、国民の意思によって憲法13条の保障する権利の内容が発展・充実してきたからにほかならない。このような時代の変化に伴いその保護の必要性が増すに従って、また、憲法制定権者たる国民の意思と努力によって、憲法で保障すべき権利の内容も発展・定着していくのである。この権利の内容を発展・定着させるための国民の営為は、憲法12条が「この憲法が国民に保障する自由および権利は、国民の不断の努力によって、これを保持しなければならない。」と規定するように、国民の責務でもある。具体的には、こうした利益の保護の必要性が増す中で、その侵害がなされた際に、国民が司法を通じて争い、その具体的権利性を主張していくことを通して、その権利の内容を発展・定着させてきたのである。平和的生存権の内容も、憲法制定当初から予め固定されていて、発展の余地のないものなどであるはずはなく、国民の不断の努力によりその内容は発展し、日々定着していくものなのである。これまでも、国民が平和の危機を強く感じ、権利として保護の必要性が生じた際に、多くの訴訟で、具体的な権利として平和的生存権を主張してきたのは、そうした憲法制定権者としての実践的な営為にほかならない。

もともと、通常は安全保障政策として政治的多数によって実現するような平

和の問題を、多数派意見を持ってしても侵すことができない「権利」として認め、多数決決定に対抗しうる人権として規定したのは、これが侵害された場合には、国民が主体的に、政治的決定とは別に司法を通じて侵害された権利を回復し、もって平和を実現する方途を憲法が保障したからにはほかならない。司法自らが、こうした憲法制定権者たる国民の意思と努力を無視して、司法救済の道を閉ざしてしまうようなことがあってはならないのである。

(2) 平和的生存権の具体的な権利内容、主体、成立要件、法律効果

ア 平和的生存権の具体的な権利内容

平和的生存権は、研究者たちの研究の成果によれば、戦争と軍備及び戦争準備によって破壊されたり侵害ないし抑制されることなく、恐怖と欠乏を免れて平和のうちに生存し、またそのような平和な国と世界をつくり出してゆくことのできる核時代の自然権の本質をもつ基本的人権であり、憲法前文、第9条および第13条をはじめとする第3章の諸条項が複合して保障している憲法上の基本的人権の基底的権利であるといえ、自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利ということができ、裁判所に対して保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求しうるという意味における具体的権利性・裁判規範性が肯定されるべきである。

具体的には、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、戦争の準備によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の棄危険にさらされ、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はもちろん、憲法9条に反する法律を制定するなどして、上記の事態におそれが生ず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というべきである。

辻村みよ子教授は、「狭義の平和的生存権について」、「戦争の全面的放棄を前提とする生命・自由への侵害の排除と平和的環境の維持、平和的環境での生存を請求する権利等を主たる内容とする権利（証拠甲20号証『人権としての平和』と生存権」辻村みよ子著）50頁」とし、また、小林武教授は、「独自の権利、つまり他の既存の人権と結合し得ないような場面でも」、「平和的生存権侵害の危険性が重大かつ根本的で、かつ、範囲が特定されているならば裁判規範性を発揮しうる」とした上で、「政府の9条違反行為がなされた場合、あらゆる国民が平和的生存権を根拠に出訴しうる」（証拠校18号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」268～269頁）と結論づける。

イ 平和的生存権の主体

平和的生存権の主体は、本来、日本国民だけでなく、全世界の国民である。憲法前文第2段は、「全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生存する権利を有する。」と規定しているからである。

しかし、全世界の国民が「ひとしく」平和的生存権の享有主体であるといっても、属地主義が支配する今日、平和に生きる権利を保障するために手段は、国ごとに異なっており一様ではない。

諸外国では現在、その圧倒的多数が軍備・軍隊によって、平和に生きる権利を維持し実現しようとしているのに対して、日本国民は非武装によって、この権利を維持し、実現しようとしたのである。この意味で「平和に生きる権利」の「平和」とは、武装の有無に関してはその実現方法が異なることになる。ところで、日本国民にとって平和的生存権は、「一方では国際関係の側面--対外的方向から見る場合、民族、全体としての国民を主体とする基本権である。・ ・ ・中略・ ・ ・日本の国家主権の執行が国民の平和的生存権を侵害しないように行われることを要請するのである。他方、対内的側面から見る限り、平和的生存権は国民の人権としての性質を持つといわなければならない。」(景山日出弥・憲法の基礎理論 207 頁から 208 頁)と述べているように、対外的には民族、国民全体の基礎権、対内的には、国民個人の人権としての性質を持つのである。

その意味で、日本国民及び日本に居住する外国人は、正に、平和的生存権の主体となるのである。なお、ここにいう外国人は無国籍人も含まれる。

そして、準備書面(1) 24 頁で主張したように、「憲法 9 条(戦争および軍隊の放棄)は、日本の侵略などによる甚大な被害を受けたアジア諸国政府および人々を含む連合国がもつ疑惑を払い、『日本の国が再び世界の平和および安全に対する脅威とならない証』として、日本の侵略などによる甚大な被害を受けたアジア諸国政府および人々を含む連合国の人々にも向けて歌われた条文であるとの歴史性と国際法上の位置にある条文という背景」を鑑みれば、「アジア諸国の人々」もまた平和的生存権の主体となるべきことは当然である。

また、辻村みよ子教授は、「権利主体について、(a) 個人と解する立場、(深瀬・山内説ほか)、(b) 民族とする立場(長谷川正安説)、(c) 個人と民族の両者とする立場(景山日出彌、浦田賢治節)に分かれるが、9 条・13 条と結合した(協議の)平和的生存権を念頭に置く場合には、これを個人の権利と捉える(a) 説が妥当となろう辻村みよ子著「憲法Ⅲ」2003 年」とする。

ウ 平和的生存権の成立要件

「成立要件について、それが成立の背景的要素という問題であるのなら、平和的生存権は、長い歴史の中で、各種の国際条約や国連憲章、各国憲法の中で徐々に生成発展し、確立してきたもので、日本国憲法成立後に採択された国連憲章でも確認されている権利であって、その成立を疑うことはできない。他方、それが平和的生存権侵害が生じるのはいつかという問題であるのなら、叙上のようにこの権利と 9 条の関係をとらえる限り、9 条違反の国家行為がなされたときに権利侵害が発生するということができる。こうして、権利の成立要件や

権利の侵害発生について、不明確ないし不透明な点は見いだしがたいのである（証拠甲 18 号証「自衛隊イラク派兵差止め訴訟における平和的生存権の意義」号証 270 頁）。

また、その外苑は明確である。すなわち、9 条が平和を保障する具体的方法を示し、平和の実現を担保しているものであって、9 条に違反する国の行為を許さないという点において平和的生存権の外苑は明らかであると言って良い。

原告らは、平和的生存権の内容も外苑も明らかであると考えているが、これは、憲法の解釈により画定していくべきものであろう。その作業は、研究者の研究と裁判例の積み重ねにの共同作業に負うものである。例えば、民法 1 条 2 項の「信義に従い誠実に行わなければならない」や同 3 条の「権利の濫用」等もどのようなものが条文で確定しているものではなく、これらは研究者の研究と裁判例の積み重ねにの作業により事例ごとに確定する作業によっている。平和的生存権についても、同様に考えるべきである。

少なくとも、既に述べたように、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への加担・協力を強制されるような場合はもちろん、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には、平和的生存権の侵害が発生するというべきであり、その被害回復のために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のは、確定済みである。

エ 平和的生存権の法律効果

イラク訴訟名古屋高裁判決は、「平和的生存権は、局面に応じて自由権的、社会権的又は参政権的な態様をもって表れる複合的な権利ということができ、裁判所に対してその保護・救済を求め法的強制措置の発動を請求し得るという意味における具体的権利性が肯定される場合があるということができる。例えば、憲法 9 条に違反する国の行為、すなわち戦争の遂行、武力の行使等や、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、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」としている。

また、平和的生存権の眼目は、「政府の行為によって再び戦争の惨禍が起こることのないようにすることを決意し」たとおりに、戦争の恐怖も心配もない平穏な状態で生存する権利が個人に保障することにほかならない。したがって、憲法 9 条違反の法律を制定した国の行為により精神的苦痛を受けた場合には、その被害

の回復としての損害賠償請求が肯定されるべきである。

オ 小林武氏は、平和的生存権の具体的人権性の確認について、「憲法の規範に忠実な理解をするなら、全世界の国民が平和的生存権の享有主体だといえ」とし、「憲法というのはナショナルな、一国の法でありますから『全世界の』としても、直接には日本国民と言うことになる」とする。「ただ、そこでいう国民は国籍をもった日本国民にとどまらず、日本社会に住んでいる在日外国人も含めた日本社会の人を意味」とし、「権利の主体は個々の国民」「国民個人々人」であり、「原告各人の権利ということになる」とし、平和的生存権を根拠として成立する訴訟類型について、「取消訴訟、違法確認、国家賠償請求訴訟」などが「一般的に可能」だとする。(証拠甲 19 号証「平和的生存権の裁判規範性」231 頁)

7 原告らの平和的生存権の侵害

(1) 原告らの立場

原告らは、先の侵略戦争の反省に基づき日本国憲法の前文の趣旨(政府の行為によって再び戦争の惨禍が起ることのないようにすることを決意し、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚し、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、世界の安全と生存を保持しようと決意し、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めている国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思う)(以下「前文の趣旨」という。)の実現を求める愛媛県内に在住する者および、愛媛県外の日本国内に在住する日本国民ら、そして、前文の趣旨と同様に、国際社会の平和と平和的生存権が国際社会の平和に不可欠であると考え、それを求める国際社会に生きる者らである。

(2) 精神的損害の発生

ア 原告らの精神的損害については、既に訴状で主張し、その詳細は、準備書面(1)で詳論し、追って立証するが、下記で、その概要に触れる。

今回の「戦争法」制定によって、平和国家の法制度から戦争のできる国家の法制度に大きく変わるのであるから、政治、経済、社会、文化など全般に影響が現れ、国民・市民の生活に影響せざるを得ない。原告らの立場は様々であり、それぞれの立場によって「戦争法」に抱く不安や恐怖、怒りや悲しみなどの精神的苦痛は異なるが、平和を愛し、これを願い、心のよりどころとしてきた心情がいたく傷つけられ、平和的生存権が侵害されたものであることは共通している。

原告らは、戦争の被害者になることを拒否するだけでなく、それ以上に、加害者になることを拒否するのである。それは、憲法前文にあるとおり、恒久の平和を念願し、平和を維持することを、何より、特に先の戦争で甚大な被害を

与えたアジアの人々に対して、国家に戦争行為（自衛という名の侵略）をさせないことを、国際社会に誓ったからであり、この誓いを果たすことが日本国で生きる者の責務であり、誇りに思っているからである。

イ ところが、「戦争法」の制定は、日本国が他国軍の武力攻撃に加担し、武器の使用を許す者であり、他国民との殺し合いを制度的に認め、日本国が加害者となる可能性を容認するものであるから、原告らの平和国家に生きるという誇りが大きく傷つけられ、甚大な精神的苦痛を感じている。それ以上に、原告ウらに対して「戦争法」制定による精神的苦痛を与えていることに、悲しみと痛み、そして怒りを感じている。

権利侵害の具体的内容については、訴状や準備書面（1）で主張しているが、追って、主張したいと考えている。

ウ このように、「戦争法」の制定によって、原告らの平和的生存権は既に侵害され、現実には被害が発生しているのである。原告らが被る不安、苦痛とその人格面での被害は、2015（平成 27）年の「戦争法」制定以前と同法制定後では、決定的に異なっている。特定の複数国家による軍事同盟の形をとった「集団的自衛権」の枠組みで何らかの軍事活動を行うこと、また、たとえ日本国の国内向けの説明上は「世界の平和のための貢献」であっても、上記の軍事同盟の枠組みにおいて活動することになった前提事実がある中での外国軍の支援活動は、外国から見れば、戦闘によって、他国を制圧するという真正の軍事行動そのものである。とくに、アメリカなど、日本国が集団的自衛権を共に行使する国と敵対関係に立つこととなった国々から見て、日本国は「敵国」として対峙すべき国家ということになるのであり、この問題はすでに現実化している。これによって国民・市民が被ることになる報復攻撃に巻き込まれる危険を考慮した場合、自衛隊がイラクに派遣されていた 2003（平成 15）年から 2006（平成 18）年の時点で発生していたであろう危険の程度とは、まったく異なる検討・評価が必要となる。原告らは、この危険を憲法上の見解や非戦の感情を害されたという意味だけで訴えているのではなく、自らの身に具体的に生じる蓋然性の高い帰結、例えば、テロによる被害、自らが戦争に巻き込まれる被害等に真剣な危惧を感じることにその精神を損耗しているのである。既に述べた多数の学説において主張している「平和的生存権」の内容に照らして、原告らの被った損害は、「集団的自衛権容認」という仕組みが本質的に有している特徴からして、現時点で具体的なものであるとすることができる。

第 2 被告国の主張に対する反論

1 被告国の判例・学説の引用の問題性

被告国準備書面（１）における、原告らの平和的生存権を具体的権利ではないとする主張は、主として裁判例や学説に依拠しているが、その引用等扱いは、必ずしも適切なものとは言いがたい。よって、下記で被告国の引用の問題点を指摘し、反論する。

原告らの利益・法的利益として主張する平和的生存権は、「自衛隊イラク派兵請求事件」における争点、①被告国の行為の違憲性、②原告請求原因の事実の成否、③原告らの請求の権利性（平和的生存権）の成否の③と一致する。また、前記訴訟における被告国が依拠する裁判例や学説とも一致するため、当時、原告側の求めに応じて提出された小林武教授の意見書を引用し反論に代える。

（１）「最高裁判所 1989（平成6）年6月20日第三小法廷判決（民衆43巻6号385ページ、判例時報1318号3ページ）」（被告準備書面（1）15頁）引用の問題性

「すなわち、ひとつに、被告が何より依拠している最高裁判例についても、まず引かれているのは百里基地訴訟判決（最判1989.6.20民衆43巻6号385頁）は、平和的生存権の権利性自体について判断したものではない。それは、『平和主義ないし平和的生存権として主張する「平和」』は抽象的概念だ、というものであるが、平和的生存権を肯定する学説は、また本件の原告も、もともと『平和』について、そのみを独立させて論ずる方法を採用していない。後に述べるとおり、前文の平和的生存権をとくに9条、また第3章条項と結びつけることで、その権利内容を具体化して論じているのである。また、同判決の射程は、そこにいう『平和』は司法上の行為の効力の判断基準とならない、というにとどまっているのであって、平和的生存権が他の場面でいかに働きうるかについてふれているものではないのである（なお、被告国の準備書面は、同判決についての最高裁調査官による『平和的生存権を何らかの憲法上の人格権としてとらえようとする学説があるが、本判決は、これが消極的評価をしたものといえよう』とする解説を引用しているが、同判決の射程範囲は上記の通りであるから、この解説は同判決を正解したものとは言えない）。（証拠甲18号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」241～242ページ）」

（２）札幌高裁1976（昭和51）年8月5日判決引用（被告国準備書面（1）15頁）の恣意性

「被告準備書面のする最高裁判例の引用で疑問に思うひとつの点は、

長沼訴訟上告審判決（最判1982. 9. 9民集36巻9号1679ページ）への言及がなされていないことである。周知のとおり、この訴訟では、平和的生存権の法的権利性が正面から争われ、第1審（札幌地裁1973. 9. 7判時712号24頁）がこれを原告の利益を肯認する根拠として援用したのに対し、控訴審（札幌高裁1976. 8. 5行集27巻8号1175頁）は、『裁判規範としてなんら現実的個別的内容をもつものとして具体化されているものではない』として否定した過程を経て上告審に持ち込まれたものであるから、最高裁のこの点についての判断がとくに注目された。しかしながら、最高裁は、代替施設の完成による訴えの利益の喪失を理由にして上告を棄却し、平和的生存権の論点については、それが裁判規範として認められるか否かの判断を留保した。これは、最高裁の見解を尋ねる際に不可欠の素材であろうから、これを無視するのは恣意的であると言わざるを得ない。（証拠甲18号証 「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」242頁）

（3） 東京高等裁判所1981（昭和56）年7月7日判決（被告国準備書面（1）16～17頁）の引用の問題性

「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』が現実の社会のうえに実現されなければならないことは明らかであろう」が、「その具体的な意味・内容を直接前文そのものから引き出すことは不可能であり、またそれは、「13条のいわゆる『幸福追求権』の一環をなすものと理解した場合においても同様である」ことを指摘した上で、「『平和的生存権』をもって、個々の国民が国に対して戦争や戦争準備行為の中止等の具体的措置を請求しうるそれ自体独自の権利であるとか、具体的訴訟における違憲性の判断基準になり得るものと解することは許され」ない、としたものである。

これら各裁判例の見地が、その後の平和的生存権にかかわる事案における多くの下級裁判所の判断にも共通している。とくに、百里基地訴訟東京高裁判決の論理は、本件準備書面で長文の引用をしているが、ひとつの範型となっているともいえる。しかしながら、それらは、平和的生存権の具体的権利性を肯定する見解の論理を正解していない。さしあたり指摘するならば、ひとつに、学説（長沼訴訟札幌地裁判決）の平和的生存権は、『平和のうちに生存する権利』の具体的な意味・内容を『直接』前文『そのもの』から引き出そうとするものではないことはもとより、同様に幸福追求権そのものから導き出そうとするもの

でもない。それは、日本国憲法の平和主義の歴史的・国際的意義をふまえ、平和的生存権の憲法的構造を、前文、なかんづく9条、および13条を含む第3章各条項を総合的に解明した上で、その具体的裁判規範性を主張するものである。

もうひとつに、ここにみられる裁判例の平和的生存権否定論は、少なくとも、今日の時点、すなわち自衛隊が海外派遣されるに至った現段階においては通用しうるものではない。平和をめぐる状況の変化、とりわけ我が国政府のとり安全保障政策（軍事政策）の変化にともなって平和的生存権の具体的権利意味内容も変容を遂げる。この点に目を向けることなしには、平和的生存権を今、正しく理解することはできないと考える。（証18号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」250～251頁）

（4）伊藤正己・憲法（第三版）の引用の問題性

「この書物は問題のテーマを十分に解明したものではない。すなわち「[平和の内に生存する]『権利』をもって直ちに基本的人権の1つとは言えず、裁判上の救済が得られる具体的権利の性格をもつものと認めることはできない」との結論を示しただけである。それに至る考察は、主として判例（否定的見解に立つものとする、長沼訴訟控訴審、百里基地訴訟第一審〔水戸地判1977. 2. 17判時842号22頁〕・同控訴審〔東京高判1981. 7. 7判時1004号3頁〕・同上告審、およびこの最後に付された自らの補足意見）を引用することで代える、という論旨になっていて、肯定説との対話論をとおして否定の見地を弁証しようとしたものではない。（証拠甲18号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」242～243頁）

（5）佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』引用の問題性

「おそらく、『[平和的生存権が]直ちに司法的強行性になじむだけの具体性・個別性を備えているかとなると難しいところがある』との叙述を念頭においているのであろうが、この論者の説くところは、それほど単純ではない。

すなわち、佐藤教授の平和的生存権論は、「『平和の内に生存する権利』の特色は、……国家による積極的な国際平和維持のための努力ないし戦争回避行為、さらに場合によっては戦争状態の排除行為を要請しているところである。そしてその課題は、9条の枠の中で、変転する複雑な国際政治状況に対応して、柔軟かつ創造的に追求され

ていかなければならない性質のものである。その意味で、該『権利』が『法的権利』ないし『具体的権利』とみることのできる個別的な特定性・明確性を備えているかどうかは、なお今後の検討課題といわなければならない。」とし、また〔長沼訴訟控訴審、百里基地訴訟第一審・同控訴審の〕諸判決が『平和的生存権』の裁判規範性に消極的であるのは、「『平和的生存権』論の現状に照らして無理からぬところがあるが、『平和的生存権』をもって、『ただ、政治の面において平和理念の尊重が要請されることを意味するにとどまるもの』〔百里基地訴訟控訴審判決〕と述べるのはいいすぎの感もしないではない。『権利』という語も一義的でなく、直接の裁判規範性の有無が必ずしも法的権利性の決め手ではないし、また、文脈に応じて違った意義を持ちうる場所である」、としている。

これは、けっして単純な否定説ではない。むしろ、樋口陽一教授が説くところの、「平和的生存権の裁判規範性といっても、もっぱらこの権利を理由として国の一定の政策遂行の義務づけを求めるというふうな、『まるごと』の単純な場合でのことには限らないのであり、長沼事件第一審判決のような具体的な文脈のなかで平和的生存権の裁判規範性を論ずることは、憲法解釈の問題として生産的といえるはずである」という見地と相通ずるものと解されよう。（証拠甲 18 号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」243～244 頁）

（6）小結

以上のように、被告国の判例・学説の扱い方には問題がある。「同様の判断は、多数の裁判例によって繰り返し明確にされており、判例理論として確定しているものといえる。（被告準備書面（1）15～16 ページ）」とされる根拠として引用されている判例の多くは、最近のものではない。理論構築が未熟であった時代の考え方や裁判例よりも、現在の理論水準に照らした内容により判断されるべきであり、裁判所にはその責務があるといえる。現在の議論水準からすれば、各個人がそれぞれの人生を生きる上で不可欠の前提条件としての「ひとしく恐怖と欠乏から免れ、平和のうちに生きる権利」を有すること、すなわち平和的生存権の存在が憲法上確認できる。したがって、平和的生存権の権利性ないし裁判規範性は十分認められるというべきである。

（2）「平和」概念の抽象性について

「平和」について、「『平和』の概念そのものが抽象的かつ不明確」であるため、「具体的権利性は認められない」（被告国準備書面（1）16 頁）と主張するが、「平和」という言葉は多義的であるが、「日本国憲法においては、平和の意味・内容が具体的に規定されているから、この権利は、その 9 条のもとで

生存する権利ということにならざるをえない（杉原泰雄）。

また、『平和』が抽象的概念であることや、平和の到達点及び達成する手段・方法も多岐多様であること等を根拠に、平和的生存権の権利性や、具体的権利の可能性を否定する見解があるが、憲法上の概念はおよそ抽象的なものであって、解釈によりそれらが充填されていくものであるということ、例えば『自由』や『平等』ですら、その達成手段や方法は多岐多様というべきであることからすれば、ひとり平和的生存権のみ、平和概念の抽象性等のためにその法的利益や具体的権利性の可能性が否定されなければならない理由はない（名古屋高裁判決）。

また、小林武氏は、「日本国憲法における「平和」は、戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認という内容をもつものとして憲法 9 条によって明確に定義されている。したがって、日本国憲法における「平和」は具体性のない概念だから平和的生存権には裁判規範性は認められないという論理は成り立たない。」とする。その上で、平和的生存権の定義を、「憲法前文の「平和のうちに生存する権利」という文言に忠実に考え」、「9 条によって定義づけられるものである以上」、「公権力が 9 条違反をしない日本において生存する権利」、「戦争をせず、武力による威嚇をせず、武力行使をせず、そして戦力を保有しない日本に生存する権利」ということになる。（証拠甲 19 号証「平和的生存権の裁判規範性」226～227 頁）

（3）具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法律効果等について

平和的生存権を、「具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法律効果等のどの点をとってみても、一義性に欠け、その外苑を画することができない極めて曖昧なものであり」、「具体的権利性は認められない」（被告国準備書面（1）16 頁）と主張する。

この点については、6（2）で明らかにしたように、いずれも、平和的生存権を肯定する障害となるものではない。

2 おわりに

以上のとおり、平和的生存権は、憲法前文 2 項と 9 条及び第 3 章の人権規定から基本的権利として具体的権利性があり、裁判規範であることも認められ、原告らの主張の平和的生存権は不法行為上の被侵害利益性があることも明らかである。

「戦争法」の制定によって、前文及び憲法 9 条とこれらに依拠する平和的生存権は、平和主義そのものと一緒に破壊され、葬られようとしている。今般のように内閣と国会が暴走する場合、立憲民主主義の観点からこれらを合法的に牽制するのは司法の責務である。

なお、現在の政治状況から、日本国は、日本国憲法の基本的原理に沿って、立憲民主主義の平和国家の道を目指すか、大日本帝国末期の体制に逆行し、国民主権を骨抜きにし、軍事国家の道に落ち込むか、の深刻な帰路に立っている。どちらの方向に行くか、その鍵となるのは、「平和的生存権」が個人の「人権」として確立できるかどうかにかかっている。国家が「戦争」の権利を独占し、国民・市民側がこれに対抗できる「人権」がなかったとしたら、戦争を防止することはできない。この国民・市民側の抵抗する法的手段としての「人権」が平和的生存権にほかならない。

原告らは、違憲の「戦争法」による被侵害利益の第一に平和的生存権を主張するものである。裁判所は、憲法の要請と国民・市民の声に真摯に向き合い、平和的生存権を正面から認め、「戦争法」の違憲判断と原告らの被害回復を宣言することを強く要請するものである。

3 被告国は、原告の主張の内容に正面から対応する責務がある

被告国は、準備書面（2）において指摘しているように、『戦争法』成立手続きの違憲性の主張、『戦争法』の違憲性の主張、憲法9条は国際法上の条文的地位にあり『戦争法』はこれに反するとの主張に対して『原告らの意見ないし評価にわたるもので認否の限りではない』などとし、これらのことを本件の争点とすることを回避する目的で認否を行い、その上で、原告らの権利侵害ないし被害及び損害を否定し、原告らの主張の内容に正面から対応せずに済まそうとする。

しかし、原告らの利益・法的利益として主張する平和的生存権は、「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（自衛隊イラク派兵請求事件の名古屋高裁判決2008（平成20）年4月17日）」と判示されていることは何度も触れたとおりである。前期訴訟は、①被告国の行為の違憲性、②原告請求原因の事実の成否、③原告らの請求の権利性（平和的生存権）の成否を問うもので、本件訴訟とその争点は同じである。

当時、原告側の求めに応じて提出した小林武氏の鑑定意見書では、本件被告国の態度と同様、平和的生存権の権利性を否定して、原告らの主張の内容に正面から対応しない被告国を批判し、司法に門戸を開くよう要求している。

この批判と要求を受け、前述の名古屋高裁判決では、航空自衛隊が首都バグダッドに多国籍軍を空輸していることについて「憲法9条1項に違反する活動を含んでいる」との判断を示し、平和的生存権に具体的権利性があると認めた。

当該小林武氏の国への批判と司法への要求は、本件訴訟にも相通ずることは明白である。よって、下記で引用し、本件被告国の不誠実な対応及び怠慢を強く批判すると共に、司法の良心に基づいた訴訟指揮を要求する。

ア 被告国への批判

「I 司法審査の扉をたたく－平和的生存権の主張は裁判の入り口で斥けられてもやむをえないものだろうか

1 イラク攻撃加担の自衛隊派兵を憲法から問う

(前略)

本件の訴えは、この事態が日本国憲法に照らして、はたして許されるものであるか、正面から問うものである。その請求の趣旨は、こうした今般のイラクへの自衛隊派遣の差止、違憲確認および損害賠償を求めるところにあり、その争点は①イラクへの自衛隊派兵の憲法適否、②イラクへの自衛隊派兵の原告請求原因事実論の成否、および、③原告らの請求の権利性（平和的生存権）の成否である。

しかるに、被告国は、答弁書およびこれまでに提出された準備書面について、これらの争点の内、①と②については一切認否せず、③についてのみ、原告らが侵害されているとする平和的生存権の権利性を否定して、それ以上には主張していない。

被告国が選んでいるこうした法廷戦術は、原告市民を実質上裁判過程から閉め出すものであるが、争われているのは、憲法の根幹にかかわる問題である。公益を代表すべき被告国は、この問題についての自身の見解の如何に関わらず、それが司法判断の俎上に載せられることを阻んではならない。もし、自衛隊のイラク派遣が、憲法にも、自衛隊法、イラク特措法にも違反するものでないと考えるのであれば、正々堂々とその主張をして、これを肯認する司法判断を得るよう最大限の努力をすべきであって、それが国民に対する責任ある態度だといえる。もっとも、もし、原告らが侵害されていると主張する権利が法的な検討に値しないほど取るに足りないものであるならば、被告国の態度も諾うことができるかもしれない。しかし、ここで争われている平和的生存権の具体的権利性の成否の問題は、被告国が第一準備書面で一刀両断に切り捨てたほど単純なものではない。証拠甲 18 号証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」240～241 頁」

上記「被告国が第一準備書面で一刀両断に切り捨てた」内容とは、本件被告準備書面（1）と同様、裁判例や学説に語らせ「平和的生存権として主張する『平和』は抽象的概念だ」とか、「『平和のうちに生存する』権利をもって直ちに基本的人権の一つとは言えず、裁判上の救済が得られる具体的権利性の性格をもつものと認めることはできない」など、本件被告国の主張と一致する。

よって、被告国は、「戦争法」が違憲ではないことを正々堂々と主張し、国民に対する説明責任を果たさなければならない。

イ 司法への要請

「3 平和的生存権の今日的意義を考えたい

今重要なのは、まさに、此度の自衛隊イラク派遣という事態に照らして平和的生存権の有する法的権利としての意義を解明することである。1960年代以降、主として裁判との応対をとおして構築されてきた平和的生存権論は、たしかに、判例上はなお一般的には受容されず、学説においても今なお多数説とはなりえていない。とはいえ、学説上、有力説の地位を占めるに至っており、この権利が司法的に強制可能な内実を具えたものであることが明らかにされつつある。国側が、この種の訴訟で十年一日のごとくに繰り返り出し、本件準備書面も踏襲しているところの、『平和的生存権は、その概念そのものが抽象的かつ不明確であるばかりではなく、具体的な権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法律効果等のどの点をとってもみても、一義性に欠け、その外苑を画することさえできない、極めてあいまいなものであり、このような平和的生存権に具体的権利性を認めることはできない』とする理論は、ステレオタイプであるにとどまらず、法の運用者としての国の怠慢を示すものであるとの謗りを免れることはできない。

要するに、被告準備書面に記されたものをもってする限り、それは、原告らの訴えを不適法とする論拠としてははなはだ薄弱といわなければならない。すべての国民に保障されている裁判を受ける憲法上の権利を、実質的に無に帰してしまうべく法廷技術を駆使する資格は、そもそも国にはないはずである。本案の主要な争点についての認否をおこなうべきは当然である。またそれゆえ、裁判所には、国側が閉ざそうとしている門戸を開ける訴訟指揮を切望するものである。証拠甲号 18 証「自衛隊イラク派兵差止訴訟における平和的生存権の意義」244～245頁」

以上のように、裁判所においては、いまだにステレオタイプの主張を繰り返す被告国らの怠慢を許さず、私たち国民・市民らの裁判を受ける権利を保障する責務を全うしていただきたい。

以上