

平和的生存権の歴史的意義と法的構造 (三)

小林 武

まえがき

I 序にかえて——平和憲法と市民平和訴訟

II 日本国憲法第九条および平和的生存権の歴史的意義

一 日本国憲法第九条の歴史的・国際的意義

(一) 古典的正戦論から無差別戦争観へ

(二) 戦争違法化の潮流

(三) 現代各国憲法の平和条項

(四) 日本国憲法第九条の普遍性と先進性

二 平和的生存権保障の国際的動向における意義

(一) 平和的生存権の国際法上の展開

(二) 日本国憲法の「平和のうちに生存する権利」保障の意義

(以上、本誌一八卷四号)

III 平和的生存権の裁判規範性の弁証

一 憲法前文の法的性格

- (一) 前文の法規範性
 - (二) 前文の裁判規範性をめぐって
 - (三) 関係裁判例の読み方と前文が裁判規範性をもちうることの確認
〔補説〕 前文の裁判規範性否定説について
——大西芳雄教授の所説を中心に——
(以上、本誌一九卷一号)
 - 二 「平和のうちに生存する権利」規定の法的性格
 - (一) 平和的生存が「権利」とされたことの意味
 - (二) 「裁判規範」の解し方
 - (三) 否定説・裁判例の批判と平和的生存権が裁判規範たる権利であることの確認
 - 三 平和的生存権の憲法上の根拠
 - (一) 憲法上の根拠をめぐる諸説
 - (二) 前文、第九条、第三章の複合的な読み方
(以上、本号)
 - 四 平和的生存権の構成内容
 - (一) 権利構造
 - (二) 享有主体
 - (三) 成立要件
 - (四) 法律効果
- IV 結びにかえて——平和的生存権を根拠とする憲法裁判の意義

III 平和的生存権の裁判規範性の弁証 [承前]

二 「平和のうちに生存する権利」規定の法的性格

(一) 平和的生存が「権利」とされたことの意味

前項における検討をとおして確認できたことは、憲法前文の裁判規範性の存否は、前文を全体として一律に、いわば「丸ごと」論じるのではなく、前文の諸規定を各別に眺めて、それぞれの具体性の有無を検討し、それによりその存否を判断すべきである、ということであった。したがって、平和的生存権、すなわち、前文中の「平和のうちに生存する権利」規定についても、その具体性いかんが論じられることになる。私は、これを積極的に解する者であるが、その理由は引き続き述べることにして、それに先立ち、ここでは次の二点に留意しておきたい。

ひとつは、前文の裁判規範性を否定的に解しながら、平和的生存権については留保する有力説があることである。すなわち、「平和的生存権の問題をしばらくおけば」前文は具体的事件に直接適用される裁判規範ではないとするのがそれであり、また、この見解を受ける形で、最高裁は一貫して否定説を採っていると解しつつ（この理解は、私見によれば、先述のごとく正当ではないが）、「ただ、前文で『権利』として明言されている平和的生存権については、学説による精密化が進めば、将来、裁判所によって執行可能なものとして直接適用せられることもありうるであろう」とする一書⁽⁴³⁾もみられる。

もうひとつの、より重要な点は、右の引用文中にも示唆されていることであるが、憲法典が平和のうちに生きることを「権利」と明言していることの意義にある。すなわち、法理上、実定憲法が或る事項を「権利」と定めた以上、それは、たんなる理念ないし政治宣言ではなく、公権力と国民の間の法的関係——権利・義務関係——の問題となる。したがって、平

和のうちに生きる「権利」については、国民の側からすれば、平和のうちに生きることを、国家が平和政策を行なったことの反射的利益としてではなく、法に裏打ちされた資格をもって自ら積極的に主張・要求することができ、他方、国家の側は、平和政策の遂行を国民に対する関係で義務づけられるのである。そしてまた、「権利」とされた事項は、裁判所によって救済・実現されるのでなければならぬ。以上が原則である。⁽⁴⁴⁾このようにして、法が「権利」と明定していることの意味は、ゆるがせにされるべきでない。この点にかんして、一説は、「憲法前文が裁判規範性をもちうるものであるとすれば、そのような前文にわざわざ権利性が明記されている平和的生存権については、格別の理由あるいは反証がないかぎりはその裁判規範性を否定することはできないことになる」と述べているが、⁽⁴⁵⁾至当である。

(二) 「裁判規範」の解し方

平和的生存権についてその裁判規範性の存否を論じる際、——前文の場合と同様に——何をもちって「裁判規範」とみるかについて、とくに否定説においては、用語の点も含めて、留意しておくべき問題点があるように思われる。

たとえば、有力な一説は、本来「権利」ないし「権利性」という場合、「抽象的（理念的）な権利」ではなく、「法的な（実定法上の）権利」を指し、またそうであるためには、それが裁判所を拘束する規範でなければならない、という。すなわち、「権利」Ⅱ「実定法上の権利」Ⅱ「裁判規範」と解するものであるが、そのような見地に立つて、次のごとく論じる。「権利」とは実定法規範によって個人に一定の個別的・具体的な内容の利益が認められ、それによって個人が相手方（その利益の実現の義務を負う者）にその実現を要求する力を与えられたときに成立する。そしてその実現が妨げられた場合には裁判によりその実現が保障される。そこに、その実定法規範が裁判規範として裁判所を拘束することとなる。憲法の条項のなかには基本的人権についての右の実定法規範（裁判規範）たるものが存在する（特に自由権規定）が、さらにそれを具体化する実定法は法律であり、したがって、法律によって右の権利が十分に保障されることとなる。以上の考え方が『権利』ないし『権利性』についての伝統的な考え方（法理論）であることは認めなければならない。^(46a)それゆえ、「平和的生存権の

『権利』性を主張（「しよ」としてなされる）前記の伝統的な法理論を克服する『権利』理論の構成（の）試みは今日の訴訟法体系を含む実定法体系が右の伝統的な法理論に基づいて形成されていることからきわめて困難であろう^(46, b)とするのである。

なお、この点で、被告側一九九三年一月二七日付提出の第五準備書面も、平和的生存権につき、ある個所では、同権利が「裁判規範たり得る権利」であるとするためには云々としつつ、他の個所では、右の「裁判規範たり得る権利」と同一の意味で、同権利の「権利性」を否定する云々、同権利をもって「法的権利」とする余地はなく云々、また、同権利を「法的権利ないし利益」であるのは失当云々、等としている。それは、用語上不統一であることは問わないとして、裁判規範たりうる権利のみを「権利」と解する点で、先の説と同様に極めて伝統的な「権利」観に依拠したものであるとみることができよう。

しかしながら、このような「権利」論は、たしかに伝統的法理論に相添うものではあるが、あまりにそれに固執したものであつて、妥当ではない。すなわち、まず、平和的生存権が裁判規範性を有するか否かの論点は脇に置くとしても、直接の裁判規範性の有無を権利性の有無を分ける決め手とすることは狭すぎるものであつて、⁽⁴⁷⁾実定憲法典が「権利」と明定しているにもかかわらず具体化のための法律が制定されていないことをもって直ちに実定的権利でないとすることはできないはずである（しかも、平和的生存権は、前文に直接の憲法上の根拠を有するにとどまらず、後述のとおり、九条および第三章各条項によって内容を充填され、ないし具体化されている権利である）。

そして、とくに、こうした伝統的理論が、憲法上の権利が裁判規範性を有する権利であるためには現行の訴訟法体系によって支えられていることを要すると解しているのは、憲法が保障しているはずの権利を法律のレベルに格下げするものである点で、根本的な謬論といわなければならない。すなわち、憲法上の権利を裁判によって実現するには、たしかに、司法権の性質上、当該紛争が「争訟性」を有するものであることが必要とされ、それと離れて、権利救済を裁判によって求めることはできない。しかしながら、そのことは、「現行の訴訟法体系によって支えられている」もののみが裁判規範たりうる権利であることを意味するわけではない。自らのもつ憲法上の具体的な権利を侵害された当事者の訴えは、実定法令上の規定

がなくとも、裁判による救済・確保を求めうる「争訟性」をそなえているといえる。したがって、現行訴訟法体系がそのための訴訟類型を設けていないとすれば、——もちろん、その場合、現実には訴訟の成立に大きな困難が伴うが、しかし、むしろ——その創出に努めることが司法に向けられた憲法上の要請である、としなければならぬ（それにかかわるよく知られた例として、公職選挙法二〇四条にもとづくいわゆる議員定数配分違憲訴訟の成立が許容された例を想起しておきたい）。

總言をいわずにいえば、日本国憲法は、一一条で、「国民は、すべての基本的人権の享有を妨げられない。この憲法が国民に保障する基本的人権は、侵すことのできない永久の権利として、現在及び将来の国民に与へられる。」と定めて、帝国憲法の採っていた権利保障における「法律の留保」の枠組みを否定している。そして、三二条は、「何人も、裁判所において裁判を受ける権利を奪はれない。」と規定し、裁判の対象となる権利を制限していない。また、七六条が司法権の裁判所への帰属を定めたのを受けて、八一条が、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である。」と規定するが、ここでも「法律の留保」はなされていない。このように、憲法上は、憲法の保障する権利について、その侵害の排除や権利・利益の回復を訴訟によって求めることについて、それを否定するいわば「実定法の留保」も、また「訴訟法の留保」も存在しないのである。⁽⁴⁸⁾ 結局、憲法上の権利は、その具体性が確保されるかぎり、直接裁判上の請求権としての性格をもつものであり、実定法律と訴訟法体系のいかんにかかわらず、裁判規範たる権利であるといえるのである。

以上の趣旨については、原告側一九九三年一月二四日付準備書面⁽⁴⁹⁾も、これを主張するところであつて、原告側右主張は正当とされるべきである。

(三) 否定説・裁判例の批判と平和的生存権が
裁判規範たる権利であることの確認

(一) 平和的生存権が裁判規範となりうる性格をもつ権利であるか否かをめぐっては、学説は、これを否定する見地が従来

より強いが、その代表的な論者は、次のような論理を展開している。⁽⁴⁹⁾

すなわち、先に掲げた伝統的権利論をベースに、「平和的生存権は理念的・自然法的な、超実定法的な権利ではあるが、具体的・個別的な、実定法上の『権利』ではな^(49 a)」く、それは「憲法における各種の基本的人權条項の解釈基準（それは同時にそれらの条項を具体化するための立法の基準でもある）の指針として用いられるべきものである」とするものである。^(49 b) や詳しくみるなら、この論者によれば、肯定論者は平和的生存権の具体的内容を九条および第三章の中に読み込もうとするのであるが、九条については、前文の平和的生存権規定は同条の解釈基準として働くだけで、同条からその具体的内容を導き出すことはできず、また、第三章との関係も、「公共の福祉」や生存権保障規定の解釈の基準として平和的生存権の原理が用いられるにすぎず、同章の諸条項がとくに右権利の具体的内容を示したものとはいえないのであり、そして、一三条の幸福追求権についても、それ自体が独立の個別的・具体的な権利とはいえないのであるから、平和的生存権をそれと結びつけても、そのことでこれに具体的内容が与えられることにはならない、とされるのである。

こうした否定説は、今日なお有力で、たとえば、「前文二項で確認されている『平和のうちに生存する権利』は、平和主義を人々の生存と結びつけて説明するものであり、その『権利』をもって直ちに基本的人権の一つとはいえず、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」とするものや、「平和的生存権は、その主体・内容・性質などの点でなお不明確であり、人權の基礎にあつてそれを支える理念的権利と言うことはできるが、裁判で争うことのできる具体的な法的権利性を認めることは難しい、と一般に考えられている」として、状況説明的叙述ではあるが、消極的ニュアンスをにじませた見解がある。それとはやや異なつて、基本的に消極説に立ちつつ、積極説にも注目して、「この権利の主体、内容、根拠規定、性質等について更に綿密な検討を加えることが要請されよう」としたり、「法的権利としては、どのような国民がどのような場合に平和的生存権の侵害を主張できるかはなお明確といえず、平和的生存権に独自の意義を認めるにはなお論理の深化が必要である」とするものもある。⁽⁵⁰⁾

さらに、肯定説に数えるにはなお慎重であるべきとしても、より積極的な観方を示す説とみてよいものがある。すなわ

ち、「新しい人権として『平和的生存権』を主張するためには、従来の人権では救済できない部分を積極的に拾い上げることが必要であり」、「その点で、『平和的生存権』の存在根拠・諸背景探求の広汎化・深化とともに、『平和的生存権』自体の意味内容の限定化ないし抑制が必要であると思われる」としたり、また、「憲法前文の『『平和のうちに生存する権利』という』文言から直ちに、これを実定法上の基本権として、法的権利性を認めることには困難がある。その法的保障のためには、平和に対する国民の高度の意欲と、それを権利として要求する自覚的な運動が社会的条件として必要であり、また法理論上も——憲法正文に掲げられた他の基本権以上に——より精密な概念構成が求められるであろう。『平和に生きる権利』の理論的構成は、今日の憲法解釈学の重要な課題の一つとなると思われる」とする見解がそれである。とくに、近年の注目される一書は、本件訴えが対象としている政府の行為をもとりあげて、次のようにいう。たとえば自衛隊掃海艇の派遣および掃海作業によって、それが客観的に憲法九条に違反する国家行為であるか否かとは別に、「原告たる市民個人々人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、……憲法学はこの試みに、いまだ必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なりあるだろう。」「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」と。これらの見解は、平和的生存権の権利構築を期待して、そのためにこそ課題提示を積極的に行なったものである、とうけとめることができる。

(二) 裁判例については、平和的生存権の裁判規範性を肯定した長沼訴訟第一審判決（後出）があるが、それを除く他の下級審諸判決は、この権利の裁判規範性に否定的である。すなわち、右長沼訴訟の控訴審判決（札幌高判一九七六年八月五日行集二七巻八号一一七五頁）は、「憲法前文の」第二、第三項の規定は、これら政治方針がわが国の政治の運営を目的的に規制するという意味では法的効力を有するといひ得るにしても、国民主権代表制民主制と異なり、理念としての平和の内容についてはこれを具体的かつ特定の規定しているわけではなく、前記第二、第三項を受けるとみられる第四項の規定に照しても、右平和は崇高な理念ないし目的としての概念にとどまることが明らかであって、前文中に定める『平和のうちに生存す

る権利』も裁判規範として、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」とする。また、百里基地訴訟第一審判決（水戸地判一九七七年二月一七日判時八四二号三三頁）も、「平和のうちに生存する権利」は、「その内容が抽象的なものであって、具体的、個別的に定立されたところの裁判規範と認めることはできない」のであって、「平和をもって政治における崇高な指導理念ないし目的」であるとした。さらに、同訴訟控訴審判決（東京高判一九八一年七月七日判時一〇〇四号三頁）も、平和的生存権は、「戦争と戦争の脅威が存する限り、人間の自由はあり得ないということに思いを致せば、それを独立の権利と呼ぶかどうかは別としても、あらゆる基本的人権の根底に存在する最も基本的な条件であって、憲法の基本原理である基本的人権尊重主義の徹底化を期するためには、『平和的生存権』が現実の社会生活のうえに実現されなければならないことは明らかであろう」が、「平和」ということが理念ないし目的としての抽象的概念であって、それ自体具体的な意味・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、「このことは、『平和的生存権』をもって憲法一三条のいわゆる『幸福追求権』の一環をなすものであると理解した場合においても同様」で、『平和的生存権』をもつて、個々の国民が国に対して戦争や戦争行為の中止等の具体的措置を要求し得るそれ自体独立の権利であるとか、具体的訴訟における違法性の判断基準になり得るものと解することは許されず、それは、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」とするのである。

最高裁はといえば、まず、砂川事件上告審判決（最大判一九五九年一月一六日刑集一三卷一三三三二五頁）で、平和的生存権を、国家が軍事的措置をとることの根拠として援用している。すなわち、「憲法前文にも明らかなように、われら日本国民は、……平和のうちに生存する権利を有することを確認するのである。しかれば、わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要なる自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」とする。この、平和的生存権と軍事的措置を結びつける論理は、全く逆立ちした論法であるが、一般論のレベルでは、この権利の規範性を認めたものといえる。ところが、長沼訴訟上告審判決（最判一九八二年九月九日民集三六卷九号一六七九頁）では、平和的生存権について憲法的判断をせず、また、百里基地訴訟の上告審判決（最判一九八九年六月

二〇日民集四三卷六号三八五頁）では、「上告人らが平和主義ないし平和的生存権として主張する平和とは、理念ないし目的としての抽象的概念であつて、それ自体が独立して、具体的訴訟において私法上の行為の効力の判断基準となるものとはいえない」として、平和的生存権の裁判規範性を否定している（同判決に付された伊藤正己裁判官の補足意見も、「平和的生存権というものの意味内容は明確でなく、それが具体的請求権として、あるいは訴訟における違法性の判断基準として、裁判において直接に国の私法上の行為を規律する性質をもつものでないと解するのが相当である」としている）。（なお、百里基地訴訟上告審判決の評価については、本稿末尾の「追記」への参照を請う。）

(三) このようにして、平和的生存権の法的性格にかんして、同権利が理念的・抽象的なレベルでの法規範性を有するとみる点では、学説においても裁判例においても、各見解は一致しつつ、その裁判規範性については、大きな懸隔をみせ、なお否定説が強いといえる。

同時に、平和的生存権の裁判規範性を積極的にくみとらうとする、よく知られた裁判例がある。長沼訴訟第一審判決（札幌地判一九七三年九月七日判時七一二号二四頁）がそれであるが、同判決は、平和的生存権を、まず、①原告住民の訴えの利益を肯定する根拠として援用する。すなわち、「森林法を憲法の秩序のなかで位置づけたうえで、その各規定を理解するときには、同法第三章第一節の保安林制度の目的も、たんに同法第二五条第一項各号に列挙された個々の目的にだけ限定して解すべきでなく、右各規定は帰するところ、憲法の基本原理である民主主義、基本的人権尊重主義、平和主義の実現のために地域住民の『平和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、その地域住民にはその処分の瑕疵を争う法律上の利益がある」という。ついで、②原告らの平和的生存権が争われていることを、他の請求原因の検討に先立って憲法判断に入つたことの理由として挙げる。すなわち、「当該争訟事件の当事者を含めた国民の権利が侵害され、または侵害される危険があると考えられる場合（には、）……憲法判断を回避するといった消極的な立場はとらず、その国家行為の憲法適合性を審理判断する義務があるといわなけ

ればならない」とする。そして、③ 平和的生存権の法的権利性を積極的に認める。すなわち、「(前文二項は) 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り、「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ができる権利をもつことは、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」とするのである。

この長沼訴訟第一審判決の積極的な平和的生存権理解が生まれたについては、同権利の裁判規範性にかんする学説上の検討の深化が背景をなしている。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といえる。その状況の全体像を描写することは別途の課題とせざるをえないが、とりあえず、六〇年代初めの一論文を嚆矢として多数の文献が⁽⁵⁷⁾出され、⁽⁵⁸⁾平和的生存権の憲法上の根拠、享有主体、権利内容など各論点毎の議論が進んだことを確認しておきたい。そうしななかで、平和的生存権の裁判規範性肯定説が明確な形で形成されるに至ったのであり、それはなお少数説にとどまっているが、有力なものとなりつつあるといえる。

その代表的なものは、深瀬忠一⁽⁵⁹⁾および山内敏弘⁽⁶⁰⁾両教授の見解であり、その他にも、近時の注目すべきものに限るが、杉原泰雄⁽⁶¹⁾、樋口陽一⁽⁶²⁾、浦田賢治⁽⁶³⁾、浦部法穂⁽⁶⁴⁾、浦田一郎⁽⁶⁵⁾各教授などの仕事を数えることができる。各見解の多くは、後の関連する論点に即してとりあげることにして、ここでは、平和的生存権が裁判規範たりうる権利であることを確認するために必要な限度で言及しておく。

まず、この権利の裁判規範性をいうためには、前述のとおり、その具体的内容が明らかであることが要求されるところ、これについて、前掲山内書の次の指摘は、簡潔かつ有益である。すなわち、「平和的生存権については、なお理念的・抽象的概念にとどまっているとの学説・裁判例双方からの」批判があるにもかかわらず、平和的生存権は、決して単なる理念的なものではなく、具体的な意味内容をもった憲法上の権利であると考える。たしかに、『平和』という言葉は、一般的な用法としては抽象的・多義的な概念であることを否定しえないとしても、そのことは、たとえば自由とか平等といった言葉にも同様にあてはまるものである。問題は、『平和』という言葉が日本国憲法の下での憲法解釈を通じてその具体的な意味内

容が確定されえないのかどうかという点であり、この点からすれば、日本国憲法の下での『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しうることは、その立法者意思からみても、前文や九条、さらには二三条などの総合的な条文解釈からみても明らかというべきなのである。そして、もしそのようなものとして『平和』を理解しようとすれば、『平和のうち生存する権利』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」としている。私は、後述するとおり、平和的生存権は、九条において客観的的制度として保障されている平和主義——すなわち、戦争・武力による威嚇・武力の行使の永久放棄、戦力の不保持および交戦権の否認——を主観的権利の形で表現したものであって、その具体的意味内容は九条が定めているものによって充填される、と考えている。

さらに、前掲の深瀬書⁶⁷⁾——この、すべてが平和的生存権の研究に充てられた浩瀚な書物を本稿はしばしば参考にしていく——の叙述は、極めて詳細である。要点のみをとりあげるが、まず、平和的生存権を定義して、「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、恐怖と欠乏を免かれて平和のうち生存し、またそのように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、とくに第九条および第一三条、また第三章諸条項が複合して保障している憲法上の基本的人権の総体である^{67a)}」とし、また、「目的においても手段においても平和に徹し、国際的・国内的次元にまたがり、客観的・主観的権利の両側面の保障があり、外延に政治的規範をもち、中核に法(裁判)規範を含む、日本国憲法の平和に徹した基本的人権の総体である^{67b)}」とする。その上で、平和的生存権の「具体的な現れ方」について、ひとつに、原水爆の被爆や戦争・軍事的圧迫の集積などの場合、平和的生存権の「極限的状況に対する保護・救済」が課題となり、もうひとつに、右の極限状況には至らないが「日常的状況における保護」が課題となる場合には、平和的生存権は、①「自由権的態様(戦争・軍備・戦争準備からの自由としての権力的侵害抑制を排除する権利)」、②「参政権的態様(戦争・軍拡に反対ないし抵抗し、また平和な世界をつくり出すため、国家行為に能動的に参加ないし影響を及ぼしてゆく権利)」、そして③「社会権的態様(国や地方公共団体の公権力の積極的発動により、よりよい『平和的生存権』の確保・拡充措置をとらせる請求権的権利)」というような、「多様な諸形態」が

存在することが指摘できる^(67c)のである。その場合、右の各形態のすべてが現行の訴訟法体系に直ちに載せうるものではなく、各別の精査が必要とされるものであることは、後にもふれるとおり、同書自身がもとより承知しているところであるが、^(67d)ここには、平和的生存権が裁判規範たる権利としてもちうる、その具体的意味内容の豊かな見取り図が示されているといえる。

また、前掲の樋口書は、平和的生存権の裁判規範性について、長沼事件第一審判決のつた運用手法を参考にしつつ、具体的な場面においてその肯認の可能性を探ろうとする観点から、次のようにいう。「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ふふうな、『まるごと』の単純な場合でのことには限らない」ことに留意し、長沼事件第一審判決がしたように、つまり、第一に、原告らの権利が争われていることを他の請求原因の検討に先立ってまず憲法判断をしたことの理由にし、第二に、原告らの訴えの利益を肯定する根拠にするなど、憲法訴訟の運用上きめ手の意味をもつものとして位置づけるというように、「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、実定法解釈の問題として生産的である」⁽⁶⁸⁾と。——平和的生存権は、このようにして、具体的実践をとおして一歩ずつ裁判規範性を獲得してゆくものであり、今日すでに、その階梯を相当に登り進んだものとみることができよう。

(四) 以上の検討をとおして、平和的生存権の裁判規範性については、この権利の諸形態がすべて直ちに現行訴訟制度によって担保されるかどうかは別にして（現行訴訟法に適切な救済制度がない場合には、むしろその整備こそ課題とすべきであることは前述のとおりである）、それが具体的意味内容をもつものであるところから、これを十分に肯定することができるのである。以下、さらに、この権利の憲法上の根拠および構成内容を検討して、その裁判規範性の弁証をより進めたいと思う。

註

(42) 芦部・前掲註(28)二二頁。

- (43) 野中俊彦「中村陸男」高橋和之「高見勝利」『憲法』1 (有斐閣・一九九二年) 八二―八三頁 (高見執筆)。
- (44) 高柳信一「人権としての平和」法律時報臨時増刊『憲法と平和主義』(一九七五年) 三八頁。次のようにいう。――「実定憲法規範をもって、不戦(＝平和の確保)を定めるならば、当該事項は、国家権力と国民との間の国内法上の権利義務の問題となり、国家は戦争すべからざることを国民に対する関係において義務づけられ、国民は自らの権利として平和の保持を国家に対して要求できることになる」と。
- (45) 山内・前掲註(一)二七五頁。
- (46) 佐藤(功)・前掲註(25)二六頁以下。a――二八頁、b――二八一―二九頁。
- (47) 参照、佐藤幸治『憲法(新版)』(青林書院・一九九二年)五六四頁。
- (48) このことにかんして、参照、棟居快行「基本権訴訟」の可否をめぐって」芦部信喜先生還暦記念『憲法訴訟と人権の理論』(有斐閣・一九八三年)一四三頁以下。
- (49) 佐藤(功)・前掲註(25)二八頁以下。a――二八頁、b――三二頁。
- (50) 伊藤・前掲註(31)一六五頁。
- (51) 芦部・前掲註(15)三六頁。
- (52) 高見・前掲註(43)一五七頁以下。
- (53) 戸波江二『憲法』(ぎょうせい・一九九四年)九〇頁。
- (54) 大須賀 明「戸松秀典」笹川紀勝「浦部法穂」藤井俊夫「平松 毅」横田耕一『憲法講義2・基本的人権』(有斐閣・一九九九年)三四四頁 (横田執筆)。
- (55) 小林直樹『新版・憲法講義』上(東京大学出版会・一九八〇年)一八九頁。
- (56) 奥平康弘「憲法Ⅲ・憲法が保障する権利」(有斐閣・一九九三年)四三四頁。
- (57) 星野安三郎「平和的生存権序説」小林孝輔「星野『日本国憲法史考』(法律文化社・一九六二年)三頁以下。
- (58) 文献については、山内・前掲註(一)論文二四七頁が、それを、長沼訴訟一審判決の前後に分けて掲げている。詳細で極めて有益であるので、ここでもそのまま掲載させていただくことにしたい(ただし、出版年と出版社の順序を代えた)。
- 長沼訴訟第一審判決以前に平和的生存権について論じた文献としては、丸山真男「憲法第九条をめぐる若干の考察」『世界二三五号(一九六五年)五三頁、和田英夫「日本国憲法における平和の地位」『ジュリスト三三七号(一九六六年)五五頁、井上茂「平和のうちに生存する権利」『ジュリスト三三七号(一九六六年)五一頁、久田栄正「憲法の平和主義と生活権」法律時報

臨時増刊『惠庭裁判』(一九六七年)二〇七頁、池田政章「平和的生存権と自衛隊」現代の眼一九六七年六月号五七頁、深瀬忠一『惠庭裁判における平和憲法の弁証』(日本評論社・一九六七年)、高柳信一「戦後民主主義と『人権としての平和』」世界二八三号(一九六九年)三一頁などがある。

同判決を契機として、それ以後に著された文献としては、星野安三郎『平和に生きる権利』(法律文化社・一九七四年)、深瀬忠一『長沼裁判における憲法の軍縮平和主義』(日本評論社・一九七五年)、浦田賢治「憲法裁判における平和的生存権」有倉遼吉先生還暦記念『現代憲法の基本問題』(早稲田大学出版部・一九七四年)三頁、高柳信一「人権としての平和」法律時報臨時増刊『憲法と平和主義』(一九七五年)三三頁、影山日出弥「憲法の基礎理論」(勁草書房・一九七五年)、久田栄正「平和的生存権」ジュリスト六〇六号(一九七六年)二八頁、山内敏弘「平和的生存権の裁判規範性」法律時報四八巻一(一九七六年)三三頁、平野義太郎『基本的人権と民主主義の闘争』(大月書店・一九七七年)、深瀬忠一「長谷川正安『平和的生存権』と惠庭・長沼裁判」法学セミナー二五〇号(一九七六年)一三頁、上田勝美「新しい人権」の憲法的考察」公法研究四〇号(一九七八年)一〇五頁、横田耕一「平和的生存権」大須賀 明ほか『憲法講義2』(有斐閣・一九七九年)三三五頁などがある。

(59) 深瀬・前掲註(1)とくに二二七頁、二三四頁、二三九頁各以下。

(60) 山内・前掲註(1)とくに二六八頁以下。

(61) 杉原泰雄『憲法Ⅱ・統治の機構』(有斐閣・一九八九年)一五〇頁以下。

(62) 樋口・前掲註(26)一四二頁以下。

(63) 浦田(賢)・東京市民平和訴訟東京地裁一九九三年九月三〇日第一〇回口頭弁論における平和的生存権等にかんする原告側証言(『未来へ』(ピース・ナウ 戦争に税金を払わない!市民平和訴訟の会発行)一〇号(一九九三年)一五頁以下所収)。

(64) 浦部法穂『憲法学教室』Ⅱ(日本評論社・一九九一年)一一二頁以下。

(65) 浦田一郎「平和的生存権」樋口陽一編『講座憲法学』2(日本評論社・一九九四年)一三七頁以下。

(66) 山内・前掲註(1)二八八頁。

(67) 深瀬・前掲註(1)。a——二二七頁、b——二二九—二四〇頁、c——二三四—二三八頁、d——二四〇—二四二頁。

(68) 樋口・前掲註(26)一四四頁。

三 平和的生存権の憲法上の根拠

(一) 憲法上の根拠をめぐる諸説

平和的生存権の裁判規範性を肯定する説の中で、この権利の憲法上の根拠をどこに求めるかをめぐっては、見解の分かれがみられる。分類を試みた有益な先行業績⁽⁶⁹⁾を参考に、さしあたり、次のように整理しておこう。

まず第一に、憲法前文が裁判規範性をもつことを前提にした上で、平和的生存権は、九条によって現実に保障されるにしても、直接的には前文を根拠とする、と説くものである。「平和的生存権の憲法上の根拠は、直接的には、前文第二段である。しかし、このことは、平和的生存権が九条により客観的法秩序の形態をとって現実的保障を受け、また第三章の人権諸条項により個別的権利として具体化されていることを決して否認するものではない」とする浦田賢治説⁽⁷⁰⁾、また、「前文に『平和的生存権』の明示的かつ直接的な表現がみられるということ、そして第九条は直接的には人権規定ではないと考えられること」からこの見解を採る、とする山内敏弘説⁽⁷¹⁾、さらに、「九条や一三条も重要な働きをするが、その直接の根拠になるのは、前文二項の『平和のうちに生存する権利』である」とする浦田一郎説⁽⁷²⁾などがこれに属する。なお、このうち、浦田賢治教授は、前出の「証言」の中で、右の趣旨を次のように敷衍している⁽⁷³⁾。

「〔九条根拠説に〕私は賛成していません。と申しますのは、平和的生存権は憲法第九条と相伴って存在しているけれども、憲法第九条の命ずるものとは、独自の意味を持つていると考えたんです。憲法第九条は確かに平和を保障しようとする規定でありまして、これを戦争放棄、軍備不保持、交戦権の否認によって実現しようと定めております。しかし憲法制定者である日本国民が今や全世界の国民が、恐怖と欠乏から免れ平和のうちに生存する権利があるということを確認したということの意味が、憲法第九条の意味それ自体よりもっと豊かな内容を持つていると考えます。」

ここには、平和的生存権の憲法上の根拠をどこに求めるかは、この権利の内容・範囲をいかに解するかと表裏一体のものであることが示唆されている。

次に第二に、九条を一種の人権規定であるとみて、そこに平和的生存権の根拠を求めるものである。「この平和に生きる権利は、具体的には、第二章第九条の戦争放棄・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つたからである」とする星野安三郎説⁽⁷⁴⁾、また、「憲法前文で確認された『平和的生存権』は、九条によって具体化されているのであり、九条が『平和的生存権』の具体的内容を示している」という浦部法穂説⁽⁷⁵⁾などが、その例である。

また第三は、平和的生存権は「三条の幸福追求権を媒介として裁判規範性をもつことになる旨を示唆する見解で、久田栄正説⁽⁷⁶⁾であるが、憲法一三条は「憲法前文に述べている憲法の三大原理の結節点である『平和のうちに生存する権利』の具体化である」等とするものである。

そして第四に、前文、九条、一三条を主要なものとした第三章の人権規定が複合的に、平和的生存権の根拠をなしているとする立場である。先にも引用したところの、「〔平和的生存権は〕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、とくに第九条および第一三条、また第三章諸条項が複合して保障している憲法上の基本的人権の総体である」との定義をする深瀬忠一説⁽⁷⁷⁾が代表的である。前出の星野説も、この立場に数えられることがある。

なお、杉原泰雄説⁽⁷⁸⁾の、「日本国憲法は、九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はなく、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、九条に反する行為については、他の人権規定を媒介とすることなく、つまり他の人権の侵害を要件とすることなく、この権利〔＝平和のうちに生存する権利〕自体をもつて争いうることになる」との見解については、これを、九条自体を人権規定とみる右の第二説に含めることは、妥当でなく、前文の「平和のうちに生存する権利」と九条とを表裏の（すなわち主観的権利と客観的制度との）関係においてとらえるもので、その意味で複合的な考え方に属するとみるべきであろう。私見も、後述のとおり、これと共通するところが大きい。

さらに加えて第五に、右の第四説をふまえつつ、在来の人権とは区別される包括的な独自の人権であると見る見解がある。高柳信一説⁽⁸⁰⁾であるが、「軍事基地設置・軍隊の設置編成のための各種の国家行為、外国の戦争遂行に加担し、これを援助する国家行為、……歴然たる軍事目的のための国費支出等は、純然たる行政内部的行為に止まるものでない限り——そしてまたそれにふさわしい訴訟形態にのせうるものである以上——在来的な市民法上の権利ないし人権を侵害する要素をもたなくても、平和に対する国民の基本的な人権を侵害するものとして、裁判判決により阻止ないし効力を排除される」と説くものである。

——以上のようにひとわたり整理した諸説については、それらが必ずしも相互排他的でなく、むしろ相互補完的な関係に立つものであることに留意しつつ、考えるところを次に記しておこう。

(二) 前文、第九条、第三章の複合的な読み方

平和的生存権の実定憲法上の根拠を探ろうとすると、憲法規範においては、前文が「平和のうちに生存する権利」を国民の「権利」として定めていること、九条が戦争の放棄と武力の不保持を政府に命じていること、そして第三章が「国民の権利及び義務」と題して、一〇条から四〇条にわたって個別の人権を保障していることが、改めて確認される。とくに、日本国憲法が、前文で「われらは、平和を維持し……ようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。」、「日本国民は、国家の名誉にかけ、全力をあげてこの崇高な理想と目的を達成することを誓ふ。」等の、平和へのまことに強烈な決意を示した上で、戦争と戦力を全面的に放棄する徹底した平和主義の姿勢をとり、さらには、伝統的には統治機構の一部である「戦争の放棄」を第二章として、人権と統治機構に先行させているところにも示されているように、戦争の放棄を人権と民主主義の前提条件と位置づける構造をもっていることを重視したい。そこから出発して、能う限り牢固とした規範論を構築することが課題となるわけである。

そこで思うに、九条は、公権力に対する命令の言明であって、公権力のする作用の方向を定め、またそれに枠をはめるこ

とを内容とする客観的制度規定である。もとより、先にふれたとおり、日本国憲法においては平和と人権は一体のものであって、それゆえ九条も一種の人権規定であるとの主張もなされうる。「人権としての平和」という観方は、それ自身は全く正当であるが、かといって、九条をそのまま人権規定とみる理解は、解釈論としては十分な説得力をもちえない。九条は、その文言からして明らかに、また、権利章典たる第三章でなく第二章として、つまり第一章の主権規定の次に置かれたその位置をみても、公権力に対する命令の規定であって、客観的な制度についての条文であるといわざるをえない。これにひきかえ、前文の平和的生存権規定は、文言のとおり「権利」の規定である。また、第三章各条項が、諸々の主観的権利ないし自由についての規定であることはいうまでもない。

重要なのは、右の各要素を正しく結合させることである。九条を権利規定とみることも解釈論として妥当でなければ、だからといって、前文を九条から切り離して、前文の平和的生存権の中に過多の内容を入れ込んで解釈することも、適切な方法ではない。すなわち、九条だけでは客観的制度としての意味しかもたないものであるが、主観的権利としての平和的生存権と結びつけるときには、九条に違反して政府が行なった政策について、それを平和的生存権侵害であるとして国民個人が訴訟提起をすることを可能にする道を開くことになる。また、平和的生存権を第三章の個別の人権と結合させる理解がなされる。たとえば、平和的生存権を一八条と結びつけて徴兵からの自由を導き、また、一九条との結合の中から良心的兵役拒否の自由を生み出し、二五条の生存権と一体化させるところから軍事徴用を受けない自由を主張する、等々の構成がとられることになる。そして、九条違反の国家行為がありながら第三章の個別の人権の侵害は惹起されていないため、平和的生存権を右個人人権と結合しては主張できない場合でも、後述するように一定の条件が充足されるなら、平和的生存権のみを援用して、これを独自で主張することができるのである。

註

(69) 山内・前掲註(一)二六八頁以下。

- (70) 浦田(賢)・前掲註(58)三六頁。
- (71) 山内・前掲註(1)二七〇頁。
- (72) 浦田(一)・前掲註(65)一三九頁。
- (73) 浦田(賢)・前掲註(63)四四―四五頁。
- (74) 星野・前掲註(57)五頁。
- (75) 浦部・前掲註(64)一八頁。
- (76) 久田・前掲註(58)三〇頁。
- (77) 深瀬・前掲註(1)二二七頁。
- (78) 杉原・前掲註(61)一五四頁。
- (79) 山内・前掲註(1)二六九頁は、そのような分類をしている。
- (80) 高柳・シンポジウム「長沼判決の憲法学的検討」法学セミナー臨時増刊『憲法と自衛隊』(一九七三年)四七頁での発言。
- (81) 以上を強調するものとして、参照、杉原・前掲註(61)一五四頁。

(未完)

追記 平和的生存権の裁判規範性にかんする百里基地訴訟上告審判決への評価について、補訂を施しておきたい。

本文では、同判決を、平和的生存権の裁判規範性を否定したものとらえた(三七―三八頁参照)。しかし、とくに判例の射程距離に留意して考察しなすなら、同判決の、本文で引用した判示部分は、同訴訟で争われた財産主体としての国と住民との間の土地売買契約の有効性にかんする問題について、それを裁定する基準として平和的生存権を援用することはできないとしているにすぎず、この判示部分の先例としての射程は、平和的生存権が右のような私法上の行為の効力の判断基準とはなりえないという範囲にとどまる。したがって、同判決は、本件のような、公権力主体としての国の公権力行使の憲法適合性が争われている訴訟については先例とはなりえないというべきである。

また、同判決に付された伊藤補足意見にかんしても、少数意見を先例と同列に置いて論議すること自体がおよそ成り立ちえないものであることを確認した上で、なお念のために言及しておくならば、同補足意見も、平和的生存権が財産

主体としての国の私法上の行為を直接規律するものではないと述べているにすぎない。したがって、これについては、同判決にかんして右に指摘したことがそのままではまるほか、「直接に」は規律しないとしているとところから推すならば、間接適用の可能性を留保したものと読めるのである。

(一九九五年九月一日記)