

平和的生存権の歴史的意義と法的構造 (四・完)

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、本誌一八巻四号)

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、本誌一九卷二号)
- 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
(以上、本号)

III 平和的生存権の裁判規範性の弁証 (承前)

四 平和的生存権の構成内容

平和的生存権はいかなる要素から成り立っているのか、ないし、いかなる権利内容をもつものであるか。被告国側が、先にもふれたように、「権利内容、根拠規定、主体、成立要件、法律効果等」と列挙している(九三年一月二七日付第五準備書面)ことも念頭に置きつつ、ここでは、平和的生存権の構成要素について、これを、その構造・主体・成立要件・法律効果という四項目に分けて述べておきたい。

(一) 権利構造

(一) 平和的生存権は、すでに述べたとおり、人類の平和を希求する努力のなかで誕生したものであって、自然権に下支えされつつ、実定法上の権利化された部分と、なお現在生成の途上にある部分とを含み、法と政治の双方の領域にまたがる総合的な権利である。それゆえ、それは、法的規範としての性格がなお希薄な部分から、裁判規範性を明確に獲得している部分までの多様な層から成る、複合的な権利であるともいえる。

したがって、平和的生存権の規範性の形態については、この権利の働く各場面ごとに、個別的・分析的に考察することが必要であると思われる。次の諸業績にみられる立論も、そのような観点に立つものである。

たとえば、山内敏弘教授⁽²⁾の論旨は、以下のごとくである。すなわち、「平和のうちに文字どおり生存する権利それ自体を意味する狭義の平和的生存権」は、「戦争や軍隊によって自己の生命を奪われない権利、あるいはそれらによって生命の危険にさらされない権利のことであり、これには、とりわけ理由の如何にかかわらず(したがって、良心にもとづく)と否とを

問わず)徴兵を拒否しうる権利が含まれることになる」の対して、「戦争の脅威と軍隊の強制から免れて平和のうちに生活し、行動することができる権利を意味する広義の平和的生存権」は、「戦争や軍隊あるいは総じて軍事目的のために個人の財産を強制的に収用されない権利、あるいは軍事目的のために表現の自由を侵害されない権利等々が、これに含まれることになる」。そして、このように二分することで、右の狭義のものが平和的生存権の「核心的部分」として抽出され明確にされる。つまり、これを「中核」とした上で、その「外延」に広義の平和的生存権が存在していると捉えるのであり、「このように構成すれば、平和的生存権の権利内容について、その権利の名称にみあつた理解がより容易になると思われる」とするのである。⁽⁸³⁾

また、浦田賢治教授⁽⁸⁴⁾は、証人として、「平和的生存権という権利の具体的な内容」いかん、という尋問に応じて次のように述べている。すなわち、この権利は、消極的権利として主張される場合と積極的権利として主張される場合とがあり、まず、前者は、市民的不服従の自由と抵抗権とから成る。そのうち、市民的不服従の自由には、良心的兵役拒否権、軍事徴用拒否権、軍費負担拒否権などが含まれ、他方、抵抗権からは、たとえば軍事秘密についての内部告発行為の違法性阻却などが導かれ、また、後者は、公権力の戦争加担を批判すべくそれによつて生じた精神的損害に対して慰謝料を請求する権利を意味する。もっとも、戦争加担に対する抗議は、右前者の消極的権利の側から構成することもできるが、後者の積極的権利の面でもとらえることも可能で、紛争の具体的な形態に即して考えるべきである、という趣旨の陳述である。

さらに、浦田一郎教授⁽⁸⁵⁾は、「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」のレベルでの平和的生存権は、「九条違反の国家行為による第三章の人権の直接的侵害に対抗する権利」と「九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、問題は後者であつて、「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かたをするほうが無理がないであろう」と述べている。

以上三つの見解を——もとより網羅的なものとしてでなく——とりあげたが、いずれについても基本的に同意できるもの

であって、平和的生存権の裁判規範としての具体的な権利内容を論じるに際して、極めて有益である。

(二) さらに進んで、平和的生存権の具体的内容を裁判的救済の能否および態様と結びつけてより詳細に考察しようとする本稿にとっては、そのような考察姿勢をもってなされた深瀬忠一教授の先行業績⁽⁸⁶⁾に依拠しつつ、それに私なりの修正を加えてみたいと思う。

すなわち、深瀬説は、「平和的生存権」の「規範性の諸形態」として、次の見取り図を示す。^(86a)——「平和的生存権」は、政治的規範(外延部分)と法的規範(中核部分)とから成り、前者は、日本国民および全世界の国民に対して、政治・外交・経済・文化等のあり方についての政治的・立法的指針を示すものであり、後者は、①自然権的法規範性を発揮する場合、②単独の具体的法的権利にまで凝縮されている場合、③個別的基本的人権保障条項と複合する場合、および、④一定の個別的基本的人権ないし立法の解釈の指針となり、また憲法的保障の實質的具体化としての法規範性を発揮する場合、という四つの「効果発生形態」をもつ。そのうち、①からは、平和的生存権の大量破壊(集団的殺害、核攻撃等)について裁判的・合法的救済がなされないと、個人的・集団的抵抗権が発生し、②は、裁判所に出訴して救済をもとめる根拠となり、③の個別条項との結合から、たとえば徴兵制や軍機保護重罰が違憲となる、等の効果が発生し、また④の場合の具体化立法の侵害は平和的生存権の侵害を構成する、と説明されている。

さて、私は、深瀬説が平和的生存権の構造を「中核」と「外延」に分けて説明した、その「外延」ということばを——それは「内包」に対応する用語と思われるがゆえに避けて——「周辺」に置き換えた上で、次のように考えたいと思う。すなわち、この「周辺」部分が、政治的・立法的指針を示す政治的規範とされるものであり、平和的生存権がこの意味での規範としての性格をもつことについては、異論の余地がない。問題は、法的規範とされる「中核」部分であり、深瀬説では、これが、すでに紹介したとおり、①自然権的法規範性を発揮するもの、②単独の具体的法的権利として機能するもの、③個別の人権と結合して権利性を発揮するもの、④個別の人権および下位法の解釈と具体化法の立法との基準として機能するもの、という四種類として提示されていたのであるが、これを、「周辺」に近いところから順に位置づける形で、私なり

に四つの層に整理しなおして、次のように論じておきたい。

まず、「周辺」に最も近い第一層に置かれるのは、憲法本文の各条文および下位の関係法令の解釈基準となり、また具体化法令を立法する際の基準となる部分（深瀬説の④）である。この部分が右のような意味・態様において裁判規範として扱われうることには、問題がない。

次に第二層は、集団的なジェノサイドや核兵器使用を裁く法規となる部分（深瀬説の①）である。人類と平和に対する犯罪を構成するものとして、関係国家の裁判所および国際法廷の双方において断罪されるべきこれらの行為は、平和的生存権の存立それ自体を破壊するものである。この層の裁判規範性は、明白である。

第三層は、他の個別の人権と結合しうる場合（深瀬説の③）であって、たとえば、平和的生存権が一八条の「奴隷的拘束・苦役からの自由」と結びついて「徴兵されない自由」が導き出され、あるいは一九条の「思想・良心の自由」と結合していわゆる「良心的兵役拒否」の権利が形成される。このような場合、結合の相手の一八条なり一九条は、すでに具体的な裁判規範なのであるから、それらと一体となって裁判規範性を発揮するとみることができよう。したがって、この層も問題はない。

最後の第四層は、平和的生存権が他の人権と結びつきえない領域において、独自で主張されるものであり（深瀬説の②）、いわば核心中の核心にあたる。すなわち、従来の人権ではカバーできない事柄について、平和的生存権を独自の人権として取り扱い、単独にその意義を主張する場合である。この場合もはたして裁判規範としての性格をもちうるか否か、これこそが平和的生存権の裁判規範性をめぐる最大の問題であるといえよう。そしてまた、本件「市民平和訴訟」にしても、まさにこの領域で、その成否を争っているものなのである。

この点にかんして、深瀬説では次のように説明されている。^(86b)

「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』状況に迫りつめられた場合には、差し止め請求、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』を独立した一つの総合的権利として、裁判所に出訴して救済をもとめることができる。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ないかぎり)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もつ場合、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「審判決参照」)と。

これは、平和的生存権の裁判規範性、つまり裁判の場での平和的生存権の主張について、その「権利」の特定性に配慮した論述であると受けとることができる。ここでは、平和的生存権が、裁判所をとおして実現される実体的権利として成立しうるかというテーマと、現行訴訟制度を前提にした場合に訴えの利益を肯定する根拠として援用されるかというテーマとが区別してとりあげられ、そして、いずれについても極めて厳格な要件のもとに、その可能性が肯定されているのである。すなわち、前者については、圧迫が「具体的に」集中し「重大な」恐怖と欠乏状況に追いつめられた場合、という厳しい限定を付した上で、かつ、国家に一定の政策遂行を義務づける訴訟類型を自覚的に避け、「差し止め請求、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」による救済がなされる、としていることに留意したい。

また、後者については、平和的生存権の一般的侵害を理由とした出訴は具体的立法がない限りなしえない、という現行訴訟法体系から導かれる見解をふまえて、侵害の危険性が重大かつ根本的である場合(A)、また、具体的条件や範囲が一定の特定性をもつ場合(B)には、具体的立法がなくても平和的生存権を訴えの利益の根拠としうる、としているわけである。右のA・Bは、長沼訴訟を念頭に置いた要件設定であると思われるが、長沼訴訟では、両要件とも満たされていた。それにひきかえ、本件の、また全国各地の「市民平和訴訟」の場合は、Bが欠けており、したがって、Aの「侵害の危険性が重大かつ根本的」である、その度合いの強さがBの不存在をカヴァーしうるほどのものであるかどうか、訴えの利益の成否がかかっていることになる。

以上の検討は、このような個別的・具体的文脈において平和的生存権の法的構造を論じることが、この権利の裁判規範性

を弁証するために必要かつ有益であることを示している。そうした見地に立つとき、ひとつに、平和的生存権が単独の権利として主張される場合（私のいう「第四層」）をも含めて、この権利が裁判規範たりうるものであることが肯認されよう。すなわち、こうした権利の構築にあたっては、常に謙抑的な姿勢を保持し、権利を硬質で確かなものとして提示することが必須であるから、「第四層」を裁判規範として持ち出すにあたっては、むしろ、右に述べたような厳しい限定を積極的に付すべきであるが、その場合でも、本件のようなケースでは、政府の九条違反の戦争加担行為によって国民の平和に生きる環境が極端に圧迫され、それゆえ平和的生存権が重大な侵害を被っている状況の下では、この権利自体を裁判規範たる権利として扱うことが否定されてはならないのである。また、もうひとつの、現行訴訟法体系を前提とした原告適格の問題についても、憲法上の権利の侵害は適切な訴訟類型を創出してでも救済されるべきであることに加え、現行訴訟法によってさえ、平和的生存権に拠る訴訟は、要件の充足によって成立可能となるのである（この原告適格の問題は、後に、「成立要件」のテーマの下で扱う）。

（二） 享有主体

平和的生存権の享有主体については、日本国憲法前文が「全世界の国民が……平和のうちに生存する権利を有する」と定めていることをめぐって、次のような意見の一応の分かれがみられる。⁽⁸⁷⁾

すなわち、第一に、平和的生存権の主体は国民であり、この権利を国民の基本的な権利そのものと考ええる見解⁽⁸⁸⁾で、多数説とみられる。第二に、この権利を、主として民族的な基本権あるいは日本民族の基本権ととらえる見解⁽⁸⁹⁾である。そして第三は、この権利を、一方では民族あるいは全体としての国民、国家を主体とする対外的な基本権であるとともに、他方では国民の国家に対する人権そのものであるとする見解⁽⁹⁰⁾である。

これら各説が必ずしも相互に排除し合うものでないことを前提とした上であるが、やはり第一説が妥当で、享有主体は個人と考えられるべきであろう。すなわち、すでに述べたとおり、日本国憲法は「人権としての平和」というとらえ方に立つ

て、平和的生存権を政府に対して主張される基本的人権として位置づけたものであり、そのことからすでに、その主体は国民個人であるといわなければならない。また、平和的生存権が「恐怖」や「欠乏」からの自由というすぐれて個人的・具体的な人権と並列されているところからも、「全世界の国民」は、具体的な実在の国民個人々々を意味し、抽象的・観念的な国民の集合体としての国家と解される余地はない。⁽⁹¹⁾

つまり、いうまでもないことであるが、憲法が本質的にナショナルなものであるということから、わが国公権力、とくに裁判をとおして実現されるこの権利の主体が日本国民および在日外国人に基本的に限定されることは、自明の事柄である。その点で、次の叙述は、極めて精確であると考える。「それ（＝平和的生存権）は、日本国憲法により、日本国民（個人が主体。集团的・地域的・国民的・国際的に連帯しうる）に実定法的に保障され、また権利の普遍性と平等性のゆえに、在日外国人にも同様の保障が及ぶべきであり、またその精神を『全世界の国民』に対し実現してゆく課題と責任があり、国際的人権の保障と協力が必要かつ可能であるというべきだろう」。⁽⁹²⁾

なお、平和的生存権からは、殺されない権利＝戦争による被害を受けることのない権利だけでなく、殺さない権利＝戦争に加担させられることのない権利も引き出されるはずであるが、そのこともこの点とかわる。すなわち、国民が戦争に加担させられないことの保障は、すでに、わが国公権力に対して戦争と武力による威嚇またはその行使を禁じた九条の制度内容に含まれており、それを主観的権利の形態で表現した前文の平和的生存権規定によって人権たる性格を与えられている。つまり、もし仮に、前文が、「日本国民は」平和的生存権を有する旨定めていたとしても、「戦争に加担させられない権利」が憲法から導き出されることには変りない。ただ、「全世界の国民」と定められたことで、全世界の人々が各国の政府によって互いに戦わされることがないという論理をより明瞭につかむことができる。すなわち、「全世界の人の権利という思想をもつ人権が、日本の領域内の人に保障されていると考えれば、この主体の定めかたは憲法上の権利としての意味がある」⁽⁹³⁾ということになる。

(三) 成立要件

(一) 一般に、権利の「成立要件」という場合、新しい人権である場合はなおさら、権利成立の歴史、社会的背景、とりわけ人々の権利意識の成長度ないしそれを支える運動の大きさ等々の要素まで視界に入ってくる。また、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、それは、明白な九条違反の国家行為がなされたときである、と答えて能事畢ることになる。しかし、被告国側が不明確だとしている「成立要件」は、そうしたのではなく、もっぱら法解釈論上のテーマ、それもつまるところ原告適格の問題にほかならないように思われる。

そこで、その点にしぼって検討するが、その場合、現行の訴訟法体系を前提とすることになる。もともと、私は、すでに再三述べたとおり、平和的生存権が裁判規範性をもつ権利として憲法上存在している以上「その実効性を確保する訴訟類型を整備することこそが下位法に課されている憲法上の義務というべき」であるとの見地に立つものであり、この課題を、別途の立法論上のテーマとして留保しておきたい。

(二) さて、現行法を前提にするなら、原告適格の法理については、周知のことであるが、次のようにに概括することができよう。⁽⁹⁵⁾ すなわち、行政事件訴訟法は、行政処分⁽⁹⁶⁾の取消しの訴えを、それを求めるにつき「法律上の利益を有する者」に認めている(九条)。これにつき、いかなる場合にこの法律上の利益の侵害があつたとみるかをめぐっては、周知のように、①権利救済説(権利享受回復説)、②法的利益救済説(法律上保護されている利益救済説)、③利益救済説(保護に値する利益救済説)、および、④処分の適法性保障説、の四つの類型に分類整理されている。そして、そのうち、①は、帝国憲法時代の行政裁判法下の理論の残影といわざるをえず、他方、④は、解釈論上主張しがたいものであるため、今日、取消訴訟の原告適格の法理をめぐる論議は、実質上、②と③の対立に帰せられていることも、よく知られているところである。

右両説のうち、法的利益救済説が、一応、今日でも通説・判例の立場であるといえる。ただ、学説においては、利益救済説も近時有力に主張され、多数説を形成する形勢にある。それで、最近では、法的利益救済説の論者の中にも、事実上の利

益と目されるものをも法解釈の操作によって法的保護利益と構成する手法を採るなど、実質的に利益救済説と同調する傾向もみられる。この状況と相応して、下級審裁判例においても、とくに昭和四〇年代に利益救済説を採るものが多数出された。もっとも、そののうち一九七八年に最高裁がジュース表示訴訟判決（最一小判一九七八年三月一日民集三三卷二号二一―頁）において法的利益救済説を再説して以降は、同説に倣うのが下級審の大勢であるが、法的利益救済説を示しながら実質において利益救済説同様の判断をするものも少なくない。最高裁についてみれば、すでに昭和三〇年代に標榜した法的利益救済説が今日まで維持されているが、仔細に観察するなら、最高裁判例も、近年、そのニュアンスに注目すべき変化をみせているように思われる。

すなわち、最高裁は、法的利益救済説を維持しつつも、法律上の保護利益という場合の「法律」の範囲の理解に堪して、これを実要件法規に限定することなく、次第に拡張する姿勢を示しているように思われる。たとえば、長沼訴訟判決（最一小判一九八二年九月九日民集三六卷九号一六七九頁）は、「〔森林法は〕農林大臣が保安林の指定を解除しようとする場合に、……『直接の利害関係を有する者』がこれに異議があるときは、意見書を提出し、公開の手續に参加することができるものとしており（法二九条、三〇条、三二条）、これらの規定と、旧森林法（明治四〇年法律四三号）二四条においては『直接の利害関係を有する者』に対して保安林の指定及び解除の処分に対する訴願及び行政訴訟の提起が認められていた沿革とをあわせ考えると、法は、森林の存続によって不特定多数者の受ける生活利益のうち一定範囲のものを公益と並んで保護すべき個人の個別的利益としてとらえ、かかる利益の帰属者に対し保安林の指定につき『直接の利害関係を有する者』としてその利益主張をすることができる地位を法律上付与しているものと解するのが相当である」と判示した。この判決は、検討すべき「法律」の範囲を係争保安林指定解除処分の根拠規範に限定することなく、手続規範、さらには旧森林法以来の歴史的沿革をも含めて検討対象とすべしとの立場に立っている。そして、従来型の法的利益救済説では一般的公益に解消されることになる付近住民のもつ利益を、一定範囲の者について法律上の利益として肯認したものである。また、伊達火力発電所事件判決（最一小判一九八五年一月二七日判例時報一七九号五六頁）は、「行政法規による行政権の行使の制約とは、

明文の規定による制約に限られるものではなく、直接明文の規定はなくとも、法律の合理的解釈により当然に導かれる制約を含むものである」との一般的判断を示したが、これは、行政法規が「法律上の利益」の保護を目的として行政権の行使に制約を課したものであるか否かは、その明文の規定からのみ判断されるべきではなく、その合理的解釈からも導かれるべきであることを明らかにしたものである。

右に掲げたような裁判例からすれば、近年の最高裁は、同じ法的利益救済説といっても、法律上保護された利益を判断する際の法律の範囲について、これを当該処分根拠となる実体要件法規に限定する形式的な解釈態度から次第に転じて、手続要件法規、根拠法律全般、その基本法、密接な関連を有する諸法令、さらに旧法の目的ないし沿革等を総合的に考察し、それに合理的解釈を加えるに至った、とみても誤りではなからう。そして、係争の利益が法的保護利益に該するか否かは、生活利益の具体的内容と性質、その重要性、当該処分との具体的な関連の内容および程度等に照らして判断するという、相当に実質的な法的判断基準を採るようになってきている。こうした点では、これら近時の最高裁判例は、論理構成は異なるにせよ、實際上、利益救済説に立った場合と共通の結論を導きうるものである、ということができよう。⁽⁹⁶⁾

もとより、最高裁の判例動向は、右に挙げたような特徴によって一面的に把握できるものではなく、同時に、従前の限定的・形式的な法的利益にかんする解釈を変えないまま原告適格を有する者の範囲を狭く解する判決も出されている。いずれも一九八九年に出された、近鉄特急料金事件判決（最一小判一九八九年四月一三日判時一三二三号二二頁）、伊場遺跡事件判決（最三小判一九八九年六月二〇日判時一三三四号二〇一頁）などがそれである。しかしながらまた、同じ年の新潟空港騒音事件判決（最二小判一九八九年二月一七日民集四三巻二号五六頁）のように、「法律上の利益」の有無を広い視野で判断しようとする右の流れに明確に沿ったものを見出すことができる。少なくとも、判例・通説の立場である法的利益救済説も、今日においては、違法な行政作用によって生ずる国民の不利益を可及的に広く救済しようとする志向性を持ち、その点で、機能上また実質上、利益救済説とさほど逕庭のないものであることを確認することができるのである。

なお、このことにかんして、被告国側の一九九二年二月二六日付第二準備書面が、こうした最高裁判例動向の中に認めら

れる変化に全く配慮していないのは、遺憾とせざるをえない。

(三) 以上をふまえてであるが、利益救済説の立場に立った場合でも直接かつ重大な不利益を被った私人に原告適格が認められることは、いうをまたないところである。先に引いた深瀬教授の説が、「『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もつ場合」に訴えの利益が成立するとしているのも、その趣旨であると思われる。また、長沼訴訟第一審判決も、平和的生存権侵害を理由として行政訴訟を提起する原告適格を、付近住民に認められたものであり、その際、次のように述べていた。「森林法を憲法の秩序のなかで位置づけたいうえで、その各規定を理解するときには、……〔それは〕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。そして本件保安林指定の解除処分の理由は……第三高射群施設などの設置で、それは……いわゆるナイキJの発射基地であり、……このような高射群施設やこれに併置されるレーダー等の施設基地は一朝有事の際にはまず相手国の攻撃の第一目標になるものと認められるから、原告らの平和的生存権は侵害される危険があるといわなければならない。しかも、このような侵害は、いったん事が起きてからではその救済が無意味に帰するか、あるいは著るしく困難になることもまたいうまでもないから、結局この点から原告らには本件保安林指定の解除処分の瑕疵を争い、その取消しを求める法律上の利益がある」というものである。

本件訴訟における原告適格の成立のための最大の課題は、まさに、この、範囲の特定性の問題、つまり、重大な不利益を直接に被ったとする私人の範囲を特定しなくともよいか否かであろう。右の深瀬説は、長沼訴訟タイプのものを念頭に置いて述べられたものであるが、そうしたケースでは、「侵害の危険性が重大かつ根本的である」こと、「具体的条件や範囲が一定の特定性」をもつこと、の両要件が充たされている。それにひきかえ、本件訴訟では、一見して後者の要件が欠如しているから、原告適格の成立には大きな困難がつきまとう。しかしながら、前者の程度が極めて高く、またそれゆえ係争国家行

為が憲法秩序それ自体を危急存亡の事態に立たせるほどに重大なものである場合には、後者のいかんにかかわらず、広くすべての国民からの出訴が認められることが必要とされよう。

この点で、原理的考察からすれば、まことに浦部法穂教授⁽⁹⁸⁾が説くごとく、「軍備の保有など九条違反の行為はすなわち平和的生存権侵害を惹起するが、」この場合、『平和的生存権』を侵害されているのは全国民であるから、誰でも裁判所に訴えることができるということになる。それはおかしいというのが、おそらく、いまの法律学ではふつうの考え方なのである。しかし、この場合には権利の性格がそういうものであるから、訴えうる者は限定されなければならないという考え方のほうが、やはりおかしい」ということになる。ただ、現行訴訟法制度を前提にして解釈論上の議論をより無理なく行なうには、先に掲げた原告適格成立にとつての二要件を承認した上で、前者の度合いの強さが後者の希薄さないし不存在をカヴァーしうる、とする論理が選択されるべきであると思われる。その点で、原告側一九九三年一月二四日付準備書面(六)に示された、「違法性の程度が巨大であれば権利・利益が僅少でも一つの訴訟要件として成立しうるし、逆に、権利・利益が巨大であれば些少な違法性でも訴訟要件として成立しうる」との相関関係的思考は、一般論として、十分受け容れられるものと思われる。結局、本件においては、平和的生存権侵害が極度に重大かつ根本的であること——またそれゆえに必然的に全国(民)的であること——を重視し、また、原告らの多くが、本件提訴の以前から日常的に平和を希求しわが国を平和愛好国家として歩ませるために真摯に活動してきた市民であることに留意するなら、原告らの訴えの利益は肯認されるべきであると考ええる。

(四) 法律効果

各論的検討の最後の論点として、平和的生存権を裁判上主張することにより生ずるものと思われる法律効果について、二つの面で指摘しておきたい(なお、通例、「法律効果」ないし「法的效果」というときには、次に述べる二つのうち前者を指すものであるが、ここでは、後者のような問題にも、補説的に言及する)。

ひとつの側面は、いわば平和的生存権の多様な諸形態に対応する法的効果の問題である。この場合、いうまでもないことであるが、本件のような、自衛隊を海外に派遣し、外国の戦争遂行に加担し援助する国家行為は、日本国憲法第九条に明白に違反し、またしたがって平和的生存権を重大かつ根本的に侵害するものであることを認めることが前提とされる。この前提に立つなら、前述のとおり、取消訴訟の成立は肯定され、また同様に、当該国家行為の違憲無効確認の訴えも承認されよう。そして、当該国家行為が完結する以前の時点であれば、その差止め請求をすることもできる。加えて、原告が永年、主権者たる自覚のもとに日本国憲法を行為規範として生活してきた人々であるときには、当該国家行為によって憲法の基本理念である平和主義を侵害されたことで著しい精神的苦痛を被ったといえるから、その場合には、平和的生存権の侵害と原告らの被った精神的苦痛との間には相関関係が存在し、侵害行為の違法性、被侵害利益のいずれも明白であって、国家賠償請求訴訟の成立も認められよう。

もうひとつの問題は、いわば平和的生存権の保障効果の射程範囲にかかわる。私は、平和的生存権を、既述のとおり、九条によって内容が確定された「平和」を人権としてとらえたものであると解した上で、それが第三章の個別の人権と結合しうる場合には、それら個別の人権に平和的生存権の内容を付加し、ないし充填させる、という理解を採る。その場合、平和的生存権のカヴァーする保障範囲は、第三章の個別の人権に尽くされないように思う。すなわち、本件で論じられている「戦争に加担させられない権利」(戦争に一切加担・参加せず、他国民に被害をもたらさない・他国民を殺さない権利)などは、本来的に、在来的な市民法上の権利の類型に属するものではない。⁽⁹⁹⁾もつとも、この権利を、一三条の幸福追求権に含め、ないしそれと連結させる見解もありうるが、それは、幸福追求権の規範的内容を希薄にしてしまいかねないものとして、採りたい。むしろ、九条と平和的生存権とは双方の保障範囲が対応し合っている、つまり、ひとつの事柄を制度的に表現するのが九条であり、人権の形で表わすものが平和的生存権である、という対応関係にあると考え、「戦争に加担させられない権利」なるものは、「国民を戦争に加担させる」政府の行為が九条違反であると構成できるならば、それを平和的生存権の一部であるとして、第三章の個別の人権との対応関係のいかんにかかわらず主張できることになるといえよう。結局、平和

的生存権と一体となりうるような個別の人権が第三章中にある場合には訴訟において両者を援用することになるが、そうしたものが無い場合でも、九条違反を構成する問題を、平和的生存権を媒介させることにより、主観的権利侵害の問題に転化させることができるのである。

註

- (82) 山内・前掲註(1)二八七頁以下、引用はすべて二九二頁。
- (83) なお、この山内教授の論旨は、古川 純教授との共著『戦争と平和』(岩波書店・一九九三年)の中でも展開されている(二八―二九頁)。
- (84) 浦田(賢)・前掲註(63)五七―六四頁。
- (85) 浦田(一)・前掲註(65)一三七頁以下。
- (86) 深瀬・前掲註(1)。a―二四〇頁以下、b―二四〇―二四一頁。深瀬説への注目と検討については、旧稿(本誌一八巻二号の小論)で試みており、本稿のこの部分の叙述も、それを、文章上の彫琢を加えつつ取り入れてある。
- (87) 山内・前掲註(1)二八二頁以下。
- (88) たとえば、星野・前掲註(57)五頁、深瀬・前掲註(1)二二七頁、山内・前掲註(1)二八五―二八六頁。
- (89) 長谷川正安『平和的生存権』と恵庭・長沼裁判・報告II「法学セミナー」二五〇号(一九七六年)一九頁。
- (90) 影山日出彌『憲法の基礎理論』(勁草書房・一九七五年)二〇七頁、浦田賢治・前掲註(58)三九頁。
- (91) 参照、山内・前掲註(1)二八五頁。
- (92) 深瀬・前掲註(1)二二七―二二八頁。
- (93) 浦田(一)・前掲註(65)一五五頁。
- (94) 杉原・前掲註(61)一五四頁。
- (95) 詳細については、拙稿「住民票記載の取消しを求める訴訟の司法判断適合性」南山法学一六巻一―二号(一九九二年)八五頁以下への参照を請う。
- (96) 参照、南 博方編『条解行政事件訴訟法』(弘文堂・一九八七年)三四六頁(前田順司執筆)。
- (97) 深瀬・前掲註(1)二四一頁。

(98) 浦部・前掲註(64)一一九頁。

(99) 高柳・前掲註(80)四七頁。

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

以上で、日本国憲法の保障する「平和のうちに生存する権利」の性格と内容についての主要論点をめぐり、ひととおりの検討を了えたい。その小考の限りでも、この権利が、裁判をとおして実現されうる内実をすでに具えたものであることが明らかになったと思われる。それでは、そのような平和的生存権に依拠して提起される憲法訴訟はいかなる意義をもつものであるか。これについて、留意すべき課題にも目配りしつつ論じ、それをもつて本稿の結びにかえたいと思う。

(一) 本件訴訟をふくむ一連の、「市民平和訴訟」と総称される憲法裁判は、周知のとおり、次のような背景と内容をもっている。すなわち、一九九一年初頭の湾岸戦争をめぐって、わが国政府は、多国籍軍の軍事行動に加担する政策を矢継ぎ早に展開した。それは、憲法の平和主義を根底からじゅうりんするものであったため、これに大きな危惧と憤りを覚えた各地——本件の大阪のほか、管見の限りであるが、鹿児島、広島、名古屋、東京に及んでいる——の市民たちが、右戦争加担政策の中止と是正を求めていくつかの訴訟を提起した。それによって、多国籍軍への九〇億ドル(一一〇億ドル)支出の差止め・違憲確認、自衛隊機派遣特例政令制定処分取消し、本件もそれに属する掃海艇派遣の差止め・取消し・違憲確認、戦費支出による精神的苦痛をいう国家賠償、などを請求しているのである。このことが示しているように、これらの訴訟は、市民・私人としての自己の主観的権利の救済を求めつつ、かつ、それをとおして、裁判による政治の是正という客観的な憲法秩序の回復を目指すものであることを基本的特徴としている。それについては、検討しておくべき課題も、次のごとく小さくはない。

何よりも、司法審査と民主主義との強い緊張にかかわる課題である。この両原理を調和させている日本国憲法は、裁判所

に政治を直接是正する役割を付与しておらず、それを、市民の権利保障を基本任務とし、この任務の遂行をおして客観的な憲法保障に仕える機関として位置づけている。わが国の訴訟法体系が、自己の権利・利益を侵害された者の提訴によってのみ成立する主観訴訟を原則とし、有権者ないし納税者のすべてが提起できる客観訴訟を例外としているのも、門戸が狹隘に過ぎる等々の現行制度の欠陥をひとまず脇に置くなら、右のような司法審査の位置づけを訴訟制度面で具体化したものといえる。また、すでに指摘されているとおり、平和的生存権を根拠とする違憲訴訟は、その領域に限られるとしても、司法審査を客観訴訟化させることになるわけであるが、そのようにして「裁判官の発言力が大きくなること」が、つねにかならずいいことなのかどうか⁽¹⁰⁾も、重大な検討課題である。このようなことからすれば、政治の是正は、何よりも主権者としての政治的意思表明によって、また国民代表機関たる国会をおして実現されるべきが本筋であると、まずいわざるをえない。

しかしながら、それと並行して、こうした違憲訴訟がいかに大きな政治的意味をもつものである、それが法的係争問題を提起しているものである以上、司法裁判所に対してそれについての法的判断を求めることは当然である。市民平和訴訟の趣旨もそこにある。また、市民平和訴訟は実質的に客観訴訟に類するものではあっても、その対象である国家行為の違憲性が最高度に強いことを考えると、裁判所は、すべての国民について権利侵害が生じているとらえ、このタイプの訴訟を人権救済の新しい方途と認めて違憲審査に入るべきである、と主張することにも十分根拠があるのである。

(二) 右に指摘した課題に深く留意した上で、今日の平和的生存権にもとづく憲法裁判の意義を考えるなら、それは極めて大きいということができる。すなわち、まず、公権力の実施する政策を違憲と考える個々の市民が、憲法上保障された裁判への権利を武器として、「原告」という、一人一人が自らの姿を顕現させる形でその是正を求めることは、疑いもなく主権者にふさわしい行為である。また、それは、裁判所には、憲法の番人としての役割を果たす機会を提供し、政治部門には、自己のした政策への反省と是正を促す契機を与えるものであり、さらに、原告団に加わった人々自身がこの訴訟活動をおして主権者として成長を遂げる場であり、加えて、周囲の多くの人々に対し、国民こそ政治のあり方を決定する主人公であることを知らせる生きた教材でもある。そして、この訴訟は、わが国の「国際貢献」にかんしては、平和的な真の国際貢献

を追求するものであつて、その点で、性質上すでに国際的な拡がりをもっている。平和的生存権にもとづく違憲訴訟——市民平和訴訟は、このようにして、平和憲法と世界平和の前進に確実に寄与しうるものであり、これをドン・キホーテ的企てとして等閑視することは正しいとはいえない。

さらに、人権発展史の面でも、市民平和訴訟は、「新しい人権」の形成への寄与を果たすことになろう。⁽¹⁰⁾この訴訟において、根拠とされている平和的生存権は、これまでに述べたとおり、現在のところ裁判規範性を十全には具えていない部分を含む生成途上の権利である。その点では、原告主張は、たしかに、なお脆弱な面をもっている。しかし、今日裁判規範たる成熟した権利として憲法典の中に位置を占めているいずれの人権も、もとは人々の尊厳の中で生きることへの希求と自由への熱望とから出発し、そしてその獲得を目指す具体的な運動をとおして成長し、遂には裁判所も受容するところとなつて成熟をみた、という過程をたどっているのである。平和的生存権は、今その過程の到達点近くに位置している。市民平和訴訟は、平和的生存権の権利性を鍛練し、その裁判規範性を高め、成熟した権利へと育てることに積極的な貢献をすることができるであらう。

以上論じたとおり、本件訴訟は、その裁定にあたって、恒久平和の確立を目指す人類の努力の歴史、そして世界とわが国の政治および社会についての広い視野をもった洞察が求められる、重い意味を有している。御庁（＝大阪地方裁判所第二民事部）には、本件訴訟の提起する問題に真正面から取り組み、日本国憲法の「人権としての平和」の理念を花開かせる判決を示されることを、衷心、期待してやまない。^{*}

註

(10) 奥平・前掲註(56)四三五頁。

(11) これについて、参照、山下健次「平和的生存権の存在理由と検討視角——他の人権との対比において」編集代表和田英夫

『現代における平和憲法の使命』（三省堂・一九八六年）八五頁以下。

* 本稿(一)（本誌一九卷一号）のIII「憲法前文の法的性格」にかんして、憲法制定議会での論議を、補説的に紹介しておきたい。すなわち、そこにおいて、立法者（提案者）側は、憲法前文に「法的効果」ないし「法規」性が認められるとの見解を明確に採っていたことが、左のとおり、確認できるのである。（一九四六年九月九日貴族院委員会での質疑。）

松村真一郎 「私は前文は、唯本文の由来とか淵源とか云うことを示して居るのであって、此の前文が裁判所の解釈に依り直接に適用されるべきものでない私は考えますが、其の点如何ですか。」

国務大臣 金森徳次郎 「大体前文は本文を承けてその由来を示し、又理想を示す、斯う云う趣旨である訳であります。併しその中に法規的な規定があっても差支えはないのでありまして、問題は、前文の中に規定の性質上法規的なものがあるかどうかと云うことに帰着すると思うのであります。先程御質疑になりました此の憲法の『一切の憲法、法令及び詔勅を排除する』と云う規定は、矢張り法規的な意味を持って居るのではないかと、斯う云う風に考えて居ります。……唯前文であるから法規的のものでないと言ふことは決定出来ない。それは個々の内容に依って決定すべきものと思ひます。」

松村真一郎 「そう云う御考えも一つでありましたが、……前文を此処に法規として示すと云うことは、立法態度としては私は宜しくないと思ひますから、是が出ました場合に、政府の解釈如何を問わず、私は前文は本文に非ずと云う解釈で進む積りであります。」

国務大臣 金森徳次郎 「先きの『詔勅を排除する』と云うことは、法的効果がないと仰つたのであります。それも一説であります。併しながら此の憲法が同じような内容を持って居る……最高法規の所の、原案の九十四条の憲法の部分は除きまして、此の憲法に違反する法律、命令等は効力を持たないと云う規定を入れて居りまして、其の規定は法的効果がある訳であります。従つて同じような内容を持って居る前文の其の規定が、法的効果がないと断定することは如何でありましようか。」

引用は、清水 伸編著『逐条日本国憲法審議録』第一卷（有斐閣・一九六二年）三四二―三四三頁。

追記 本稿の元の仕事である鑑定意見書を大阪地裁宛に提出したのは、一九九四年一月であるが、本稿のテーマをめぐることは、当然ながら、その後も有益な文献が公にされており、とりわけ、浦田一郎『現代の平和主義と立憲主義』（日本評論社・一九九五年二月二八日）や、本稿校正時に刊行をみた水島朝穂『現代軍事法制の研究——脱軍事化への道

程』(日本評論社、一九九五年一月二五日)が重要である。また、既公刊でありながら気付かなかったものも多々あると思われるが、注目すべきものとして、鳥居喜代和「平和的生存権の解釈論的構成に関する覚書——深瀬忠一教授の所説を手掛りに」札幌学院法学四巻一号(一九八七年)二四五頁以下などが挙げられよう。それらは、今後ひきつづいてする考察に際しての糧とするつもりである。

末尾ながら、冠木克彦弁護士には、本稿の土台となった鑑定意見書執筆の機縁をいただいたことにつき、記して感謝したい。

(一九九五年一月二五日記)