

平成28年(ワ)第2407号 自衛隊南スーダンPKO派遣差止等請求事件

原告 平 和子

被告 国

準 備 書 面 (1 0)

－ 名古屋高裁違憲判決「傍論」論への反論 －

2018(平成30)年2月16日

札幌地方裁判所民事第1部合議係B 御中

原告訴訟代理人

弁護士 佐 藤 博 文

弁護士 池 田 賢 太

弁護士 平 澤 卓 人

外

印

記

第1 本書面の目的

被告は、第2準備書面の第2・2項(2)イ(イ)において、名古屋高裁平成20年判決は、主文の結論に影響しないいわゆる「傍論」で「平和的生存権」の具体的権利性を一般論として肯定しただけであって、先例としての価値が無く、同裁判例に依拠して「平和的生存権」に具体的権利性があるとする原告の主張には理由が無いなどと主張する。

そこで、この点について、原告は本書面において反論を行う。

第2 名古屋高裁判決の説示は傍論にはあたらないこと

1 名古屋高裁平成20年判決の論理構造

名古屋高裁平成20年判決は、まずイラクの現状に関して詳細かつ丹念な事実認定を行い、次に航空自衛隊の空輸活動をイラク特措法違反及び憲法9条1項違反と判断した。

そのうえで、平和的生存権について「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権利であるといふことができ、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ふ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3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ふことができ、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ふ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ふことができる。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解することができる、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。

そのうえで、控訴人らの本件違憲確認請求については、およそ現在の権利又は法律関係に関するものということとはできないとして、同請求は、確認の利益を欠き不適法とした。

次に、民事訴訟としての差止請求については、防衛大臣の上記行政権の行使の取消変更又はその発動を求める請求を包含するものであるから、私人が民事上の給付請求権を有すると解することはできないとして、不適法であるとした。

これに対し、行政事件訴訟（抗告訴訟）としての差止請求については、「本件派遣は控訴人Aらに対して直接向けられたものではなく、本件派遣によっても、日本において控訴人Aらの生命、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、また、憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるまでの事態が生じているとはいえないところであって、全証拠によっても、現時点において、控訴人Aらの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められない」としたうえで、「控訴人Aらは、本件派遣にかかる防衛大臣の処分を取消しを求めるにつき法律上の利益を有するとはいえず、行政事件訴訟（抗告訴訟）における原告適格性が認められない。したがって、仮に本件差止請求にかかる訴えが行政事件訴訟（抗告訴訟）であったとしても、不適法であることを免れない」（下線代理人）とした。

そして、国家賠償請求については、「控訴人Aらの本件差止請求に関して前述したのと同じく、本件派遣によっても、控訴人らの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められないところであり、控訴人らには、民事訴訟上の損害賠償請求において認められるに足りる程度の被侵害利益が未だ生じているということとはできない」（下線代理人）として、「よって、控訴人らの本件損害賠償請求は、いずれも認められない」として請求を棄却している。

2 傍論とは何か

「傍論」とは「判決における裁判官の意見のうち判決理由を構成しない部分。判決に直接必要のない法律問題に関する意見をいう。後の判決に事実上影響をもつことが少なくないが、判決理由と異なり、判決の先例としての拘束力をもたない」とされる（法令用語研究会編集執筆『有斐閣 法律用語辞典』（第3版、2006年、有斐閣）1283頁、下線代理人）。逆に言えば、判決に直接必要のある法律問題に関する意見は傍論を構成するものではない。

3 原告適格を欠くという判断は平和的生存権の存否及び性質についての判断を論理的な前提としていること

前述のように、同判決は「控訴人Aらは、本件派遣にかかる防衛大臣の処分取消しを求めるにつき法律上の利益を有するとはいえず、行政事件訴訟（抗告訴訟）における原告適格性が認められない」とするが、それは「全証拠によっても、現時点において、控訴人Aらの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められない」ことを理由としている。

しかるに、「平和的生存権が侵害されたとまでは認められない」との判断は、平和的生存権がいかなる権利であるか、どのような場合に侵害とされるかという判断を論理的な前提とするものである。すなわち、同事件において、平和的生存権が存在するのか、いかなるものであるのかを確定することなく、同事件について「平和的生存権が侵害されたとまでは認められない」との判断を下すことは不可能なのである。

実際、同判決は、平和的生存権は何かとの説示において、「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解することができ、その限りでは平和的生存権に具体的権利性がある」として、いかなる場合に権利侵害が成立するのかを説示していたものであり、このような判断をしているからこそ「現時点において、控訴人Aらの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められない」との結論を導くことが可能なのである。もし、同判決が平和的生存権の存否及び性質に関する説示を欠いたまま「現時点において、控訴人Aらの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められない」の説示を行ったとすれば、これは判決の理由不備に他ならない（民事訴訟法312条2項6号）。

このように、同判決における平和的生存権の存否及び性質に関する判断は、原告適格を否定する判断の必要不可欠な判断であるから、判決に直接必要のある法律問題に関する意見であるから、傍論であるということとはできない。

4 損害賠償請求権を有しない旨の判断は平和的生存権の存否及び性質についての判断を論理的な前提としていること

前述のように、「控訴人Aらの本件差止請求に関して前述したのと同じく、本件派遣によっても、控訴人らの具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められないところであり、控訴人らには、民事訴訟上の損害賠償請求において認められるに足りる程度の被侵害利益が未だ生じているということとはできない」ことを理由として、国家賠償請求を棄却した。

この点の判断も、平和的生存権がいかなる権利であるか、どのような場合に侵害とされるかという判断を論理的な前提とするものである。すなわち、同事件において、平和的生存権が存在するのか、いかなるものであるのかを確定することなく、同事件について「平和的生存権が侵害されたとまでは認められない」との判断を下すことは不可能である。同判決は、平和的生存権は何かとの説示において、「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解することができる、その限りでは平和的生存権に具体的権利性がある」としているが、まさにかかる点を前提にしなければ、控訴人らに民事訴訟上の損害賠償請求において認められるに足りる程度の被侵害利益が生じていないとの判断に至ることはできないのである。もし、同判決が平和的生存権の存否及び性質に関する説示を欠いたまま「控訴人らには、民事訴訟上の損害賠償請求において認められるに足りる程度の被侵害利益が未だ生じているということとはできない」の説示を行ったとすれば、これは判決の理由不備に他ならない。

このように、同判決における平和的生存権の存否及び性質に関する判断は、国家賠償請求を棄却する判断の不可欠の前提であり、判決に直接必要のある法律問題に関する意見であるから、傍論であるということとはできない。

以 上