

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 (3)

－ 平和的生存権の具体的権利性－被告主張に対する批判 －

2017(平成29)年 5月26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

外

## 目次

第1 本書面の目的 .....	3
第2 平和的生存権の具体的権利性について.....	3
1 被告の主張の整理.....	3
2 被告の主張は失当であること .....	3
(1) 百里基地訴訟最高裁判決は平和的生存権の権利性自体について判断して ないこと .....	3
(2) 被告は、意図的に名古屋高等裁判所平成20年4月17日判決（以下「イ ラク訴訟名古屋高裁判決」という。）を無視していること .....	4
ア 被告の態度 .....	4
イ イラク訴訟名古屋高裁判決の内容 .....	4
(3) 平和的生存権の根拠規定、享有主体、成立要件、法律効果 .....	7
ア 根拠規定.....	7
イ 享有主体.....	8
ウ 成立要件.....	8
エ 法律効果.....	9
(4) 岡山地裁平成21年2月24日判決（以下「イラク訴訟岡山地裁判決」）は、 イラク訴訟名古屋高裁判決をさらに推し進めて被告の主張を一蹴したこと	9
(5) 原告の具体的な平和的生存権侵害.....	12

## 第1 本書面の目的

本書面は、被告が、答弁書において、原告の主張する平和的生存権について、国賠法上保護された権利ないし法的利益とは認められないなどと主張するため、それに対する原告の主張を整理するものである。

## 第2 平和的生存権の具体的権利性について

### 1 被告の主張の整理

被告は、平和的生存権の具体的権利性について、最高裁判所平成元年6月20日第三小法廷判決（以下「百里基地訴訟最高裁判決」という。）とその判例解説を引用し、具体的権利性を否定する。

また、実質的に検討しても、「平和」の概念そのものが抽象的かつ不明確であるばかりでなく、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みても、一義性につけ、その外縁を画することさえできない極めて曖昧なものであり、やはり具体的権利性を認められないという。

### 2 被告の主張は失当であること

#### (1) 百里基地訴訟最高裁判決は平和的生存権の権利性自体について判断していないこと

被告の引用する百里基地訴訟最高裁判決は、周知のとおり、茨城県小川町（当時）にある航空自衛隊百里基地の建設に際し、用地の売買契約が公序良俗に反し無効か否かをめぐって国及び私人との間で起こった民事訴訟に対する判断である。被告が引用する部分も「私法上の行為の効力の判断基準になるものとはいえない」とする部分であり、憲法の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。そして、最高裁は、憲法前文の裁判規範性にも、自衛隊の違憲性についても判断をしていないのであるから、平和的生存権については、何一つ判断したものとはいえないのである（後掲の岡山地裁平成21年2月24日判決も参照されたい）。

したがって、同判決が、平和的生存権に対し消極的評価をしたとする判例解説も、その射程を理解していないものといわざるを得ない。

なお、長沼ナイキ訴訟（最高裁昭和57年9月9日判決）も、平和的生存権についての実体判断を回避しているから、結局、平和的生存権の権利性自体について、正面から論じた最高裁判所の判断はない。

## (2) 被告は、意図的に名古屋高等裁判所平成20年4月17日判決（以下「イラク訴訟名古屋高裁判決」という。）を無視していること

### ア 被告の態度

被告は、答弁書において、「原告は、名古屋高等裁判所平成20年4月17日判決（判例タイムズ1313号137ページ）を根拠に、平和的生存権の具体的権利性が肯定されると主張するようである」と述べるだけで、何ら具体的に検討しようとしなない。

それどころか、前述のように、百里基地訴訟最高裁判決を金科玉条のように持ち出し、イラク訴訟名古屋高裁判決以前の下級裁判例を複数引用し、被告の主張が判例理論として確定しているかのように主張する。

### イ イラク訴訟名古屋高裁判決の内容

しかし、上述のとおり、平和的生存権の具体的権利性や裁判規範性について、正面から論じた最高裁判所の判断が無い。そうであれば、次に参照されるべきは、高等裁判所における確定した判断、すなわちイラク訴訟名古屋高裁判決をおいて他にない。

イラク訴訟名古屋高裁判決は、平和的生存権の具体的裁判規範性について、次のように判示した。

「憲法前文に『平和のうちに生存する権利』と表現される平和的生存権は、例えば、『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、そのように平和な国と世界をつくり出していくことのできる核時代の自然権的本質をもつ基本的人権である。』などと

定義され、控訴人らも『戦争や武力行使をしない日本に生存する権利』、『戦争や軍隊によって他者の生命を奪うことに加担させられない権利』、『他国の民衆への軍事的手段による加害行為と関わることなく、自らの平和的確信に基づいて平和のうちに生きる権利』、『信仰に基づいて平和を希求し、すべての人の幸福を追求し、そのために非戦・非暴力・平和主義に立って生きる権利』などと表現を異にして主張するように、極めて多様で幅の広い権利であるということが出来る。

「このような平和的生存権は、現代においては憲法の保障する基本的人権が憲法の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての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う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、第3章が個別的に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。」

こうした認識にもとづいて、同判決は、次のように判示した。

「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・救済を求め法的救済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出来る。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・協力が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は具体的権利である。」

さらに、同判決は、被告の主張を踏まえて次のようにも述べている。

「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、具体的権利性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、解釈によってそれが充填されていくものであること、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権利性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」。

被告国は、平和的生存権の具体的権利性について、これまでの学説や裁判実務における到達点を無視することなく、真摯に訴訟活動を遂行されたい。

ここで、被告の訴訟態度について一言触れておく。原告の2017（平成29）年2月21日付け求釈明申立書にも記載したが、被告は、一私人としてこの訴訟の当事者となっているのではない。法律に基づく行政活動の一つについて、憲法違反を含む重大な違法を犯していると、主権者国民から異議申立てを受けているのである。国として、自らの正当性を正面から論じ、主権者を説得するよう主体的かつ能動的に訴訟を遂行すべきである。請求原因事実に対する認否をしっかりとすべきであるし、確定したイラク訴訟名古屋高裁判決を無視するのではなく、自らの主張にしっかりと位置付け、不都合があるなら正面から批判し、反論すべき

である。

### (3) 平和的生存権の根拠規定、享有主体、成立要件、法律効果

確定したイラク訴訟名古屋高裁判決に明らかなように、被告が問題とする平和的生存権の根拠規定、享有主体、成立要件、法律効果の各点は、すでに解決済みの論点である。

#### ア 根拠規定

被告が意図的にその主張から除外している前記名古屋高裁判決では、「法規範性を有するという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」として、平和的生存権の根拠規定は、憲法前文のみならず第9条及び第3章の個別的な基本的人権と相互に結合・関連しているとしている。

すなわち、主観的権利としての平和的生存権は、客観的的制度規定である9条と結びついて、9条に違反して政府がおこなった政策に対して、国民個々人がそれを平和的生存権侵害であるとして訴訟提起をする道が開かれることになる。その場合、「平和のうちに生存する権利」にいう「平和」は、ほかならぬ日本国憲法自身、何よりも9条によって特定の意味、すなわち戦争放棄・軍備不保持・交戦権否認という規範的意味を充填された「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、平和的生存権を侵害したものと評価されるべきである。

他方でまた、平和的生存権は、第3章の人権と結びつく。とくに13条とは一体的関係にある。同条の個人尊重の原理にもとづく幸福追求権が、個別の人権の一つであるとともに、他の諸人権を支える基底的人権であり、第3章に列記されていない人権についてもその根拠となる一般的・包括的な権利であることにかんがみると、平和的生存権をも広く包摂・受容して

いるからである。個別の人権としては、たとえば、18条との結合で徴兵からの自由が導かれ、また、19条との連結の中から良心的兵役拒否の自由が創出され、25条の生存権を支えるところから軍事徴用を受けない自由が形成される等々の、各人権の基礎にある基底的人権として機能する、と考えることができる。

## イ 享有主体

平和的生存権の享有主体は、国民の基本的な人権そのものである。これは、前述のとおり、日本国憲法が、前文と第9条のみならず、人権規定と相互に関連・結合していることから、「人権としての平和」として平和的生存権を規定していることに基づく。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ことから、「全世界の国民」は、具体的な実在の国民個人々人を意味し、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ことは明らかである。

## ウ 成立要件

平和的生存権の成立要件については、それが成立の背景的要素という問題であるなら、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決議等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、平和的生存権侵害が生ずるのはいつかという問題であるのなら、前述のとおり、主観的権利としての平和的生存権は、客観的制度規定である9条と結びついて、9条に違反して政府がおこなった政策に対して、国民個人々人がそれを平和的生存権侵害であるとして訴訟提起をする道が開かれることになるから、9条違反の政府の政策がおこなわれたとき、それは即、平和的生存権を侵害したものと評価されるべきである。



## エ 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出来る。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。

本件では、南スーダンPKOへの自衛隊派遣という憲法9条違反の国の行為によって、わが子が戦争に加担・協力させられることが、原告の平和的生存権を侵害しているのであるから、その自由権的側面として、裁判所に対し、陸上自衛隊の南スーダンPKOへの派遣差止及びこれによって被った精神的苦痛に対する損害賠償請求を提起し、その救済を求めているのである。

### (4) 岡山地裁平成21年2月24日判決(以下「イラク訴訟岡山地裁判決」)は、イラク訴訟名古屋高裁判決をさらに推し進めて被告の主張を一蹴したこと

被告は、イラク訴訟名古屋高裁判決以降、平和的生存権に具体的権利性を認めた判決を意図的に無視している。ある意味で、イラク訴訟名古屋判決以上にインパクトを持っているのが、イラク訴訟岡山地裁判決である。

この訴訟においても、被告は、平和的生存権侵害について、本訴訟と同様の主張を繰り返していた。

しかし、イラク訴訟岡山地裁判決は、次のように述べ、明確に平和的生存権の具体的権利性と裁判規範性を認めた。

「平和的生存権が憲法上の基本的人権であるとする学説は昭和30年代に提唱され、以来、(中略)現時点においては、この平和的生存権が裁判所による司法審査において、裁判所により直接適用される裁判規範といえるか否か、すなわち、裁判規範性を有するか否かについてだけが争いとなっている。」としたうえで、平和的生存権の具体的権利性について「憲法前文2項には、『われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏を免れ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。』とあり、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上の常道であり、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」

そして、裁判所の法令審査権の行使に当たって、憲法改正における前文と本文の同質性から、前文が法令審査権行使の基準となるから裁判規範性を有することを正面から認めたとうえで、「平和的生存権は、日本国憲法上の基本的人権であり、裁判所が法令審査権を行使するに当たり、本文と同様に拠るべき裁判規範性を有する」と判示した。

さらに注目すべきは、本訴訟でも展開されている被告の主張を、次のとおり判示して一蹴したことにある。

まず、被告の引用する百里基地最高裁判決については、次のように判断した。

「同判決は、売買契約の有効性を判断するに当たり、上記のとおり、平和主義ないし平和的生存権にいう平和は、私法上の行為の効力の判断基準とならない旨を判示したにとどまり、平和的生存権に関しては何ら触れるところがないのであって、同判示をもって、同判決が平和的生存権の存在やその法規範性、裁判規範性を否定したということとはできないし、これに対して消極的評価をしたということも

できない」

また、平和的生存権の具体的権利性を否定する旨を主張については、次のように判示して退けた。

「憲法上の基本的人権規定は概ね抽象的かつ不明瞭であって、一義性に欠けるものであり、例えば、平和的生存権にいう『恐怖と欠乏を免れ、平和のうちに生存する権利』と憲法13条3項の幸福追求権にいう『生命、身体及び幸福追求に対する国民の権利』とを対照しても、その抽象性、不明瞭性、一義性に径庭はないというべきであるし、そもそも基本的人権とは、歴史的に生成し、発展するものであり、その生成、承認の当初に当たり、権利内容や法律効果等がすみずみまで明晰かつ判明であることを期待することができないことを考慮すれば、被告の上記主張をもって平和的生存権否定の正当な論拠とすることはできない。」

「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3章の各条項はその個別人権規定とみることができ、規範的、機能的には、徴兵拒絶権、良心的兵役拒絶権、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法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」

このように、平和的生存権に関する被告の主張は、既に確定した裁判例において否定されているのであって、現時点においては、むしろ平和的生存権には、具体的権利性・裁判規範性を有するものとするのが確立した判例理論であるというべきである。

## (5) 原告の具体的な平和的生存権侵害

原告の具体的な平和的生存権侵害については、訴状でも主張した通りである。

イラク訴訟名古屋高裁判決に則して言えば、原告準備書面1及び同IIで明らかになったように、陸上自衛隊とりわけ原告の息子が所属する南千歳基地から派遣された第10次隊が派遣されていた期間の南スーダンには、「戦闘行為」が行われていた戦闘地域であった。当該戦闘地域に自衛隊を派遣することは、まさにPKO派遣5原則にも違反する憲法9条に違反する国の行為である。また、PKO部隊の駐屯地近くのUNハウスでは日常的に銃撃が行われ、報道でも中国兵が殺傷される状況にあった。すなわち陸上自衛隊が派遣されている南スーダンにおいては、派遣されている自衛隊はいつ殺し、殺されるかわからない状態にあったのであり、原告の息子が所属する部隊は極度の緊張の下、戦争の準備行為を強いられていた。

その結果、自衛官ら個人の生命は、軽装備に加え、いつ銃弾が飛んでくるかわからないという極限の恐怖を継続的に強いるという形で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ていた。

原告は、自らの息子が所属する南千歳基地の陸上自衛隊の自衛権が、かかる恐怖にさらされることは自らの命を削るような不安かつ心配な日々を送り、自衛隊を派遣するという憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力が強制されていたのである。

このよう場合には、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のであり、本件訴訟はまさに陸上自衛隊の南スーダンPKOの派遣を差し止めることと国家賠償請求を行うものである。

原告の損害については、さらに主張を補充する。

以 上