

論説

第9条 ―特に平和的生存権の現代的意義について―

2006年4月入学

岡本直也

I. はじめに

II. 第9条

- 1 穏和な平和主義
- 2 自由の基礎としての第9条

III. 平和的生存権

- 1 従来の学説の議論
- 2 私見

IV. まとめ

I. はじめに

日本国憲法第9条の特徴を「平和」と「人権」を結びつけた（平和的生存権）ことにあるとする指摘は枚挙に暇がない¹⁾。かつては「戦争は政治的手段とは異なる手段をもって継続される政治にほかならない」²⁾として戦争を行うことを主権国家の正当な権利の一つと捉え、国家が戦争に訴えることにより「平和」が侵されたとしても何ら違法ではないとされていたことからすれば、第9条が「平和」と「人権」を相互的關係に捉えなおしたという点を主要に、その指摘自体は正鵠である。しかし、そのような「平和」と「人権」の捉え方は日本国憲法に特有なわけではない。国連憲章や国際人権規約をはじめ、1968年テヘランの国際人権会議や1978年オスロで開かれた「平和と人権＝人権と平和」会議においても、「平和」と「人権」が国際的にも国内的にも相互依存的で不可分であることが指摘されていた。そこでは、「平和」の条件としての「人権」保障にすぎなかった「平和」と「人権」の關係が、第三世界の国々の国連加盟と、それらの国々による「人権」への新しいアプローチである「人権、平和、発展」によって、より相互依存的なものとして把握され、しかも、それらと発展途上国の「発展」の關係が

1) 代表的なものとして、高柳信一「人権としての平和」法律時報47巻12号33頁、33-70頁（1975）を挙げておく。

2) クラウゼヴィッツ（篠田英雄訳）『戦争論 上巻』（岩波書店、1968）14頁。

強調されるようになっていったのである³⁾。

このような国際社会の状況を見たとき、第9条を有する戦後の「学界通説的解釈」⁴⁾が、国際社会における「平和」と「人権」の議論で満足するはずがなかった。いうまでもなく、国際社会において「武力」行使は違法性阻却事由の存在を条件に一定の正統性を与えられている。対して、戦後の「学界通説的解釈」は、日本国憲法が「平和」を達成するための手段として「非武力」を規律していることを前提にしていたからである。そのような見解からすれば、「平和」は戦争と同等のものではなくて、多数決の論理の及ばない、いかなる状況においても確保されるべき優越的な価値になったと主張する⁵⁾こともそれほど不自然なことではない⁶⁾。「平和」達成の手段を「非武力」に限定していることが主観的権利としても認められると考えた上で「武力」の概念が明確だと考える限り、そのような主観的権利に対しては論理上「公共の福祉」による制限を観念し得ないからである。そして、そのこともなお、「非武力」を前提にする主観的権利としての平和的生存権の内実が民主主義的多数決に対抗しうるほど具体的な個人の権利を示すのだとすれば、理解しうる。問題は、「学界通説的解釈」が導き出した主観的権利としての平和的生存権が、多数決原理に対抗するために「立憲主義」が守るべきものとしての内実を備えていたのかという点にある。果たして「六〇～七〇年代における憲法学内部の人権論」において『『権利』として語られていたのは、『国民』

全体にとっての利益を客観的に前もって認定し、その一元的に理解された『国民』利益を権利の名のもとで民主的政治過程に押し付けようとする論理構造のもの」であり「国民の権利としての『平和』が非武装に直結するという論法は、『平和』のために有事法制が必要であるという論法と同じナイーブさを内包している。そこでは、個人として判断し、行動する人間のイメージはない。」「基本的人権として主張されるものが、権利主体である具体的な個人を離れ、一元的な利益を享有するものとみなされる『国民』のものとなる段階で、権利を扱う法的な言語が、政治的な目的の前に道を譲っている疑いが生じる。」「基本的人権の主体を、個人から『国民』に張り付け直す時、基本的人権は政治エリートによって守ってもらう客体の利益という位置づけに転落し、主体的に参加する個人の絶対的要求としての意義を失」わせていたのではないかという疑いがあるからである⁷⁾。

たとえば、平和的生存権を積極的に援用する浦田賢治名誉教授は平和的生存権の現代的內容として「平和を求める公共良心」を観念し「平和原則を侵害する公権力による特定の人々の精神的損害の賠償」を具体的利益に加える⁸⁾⁹⁾。いわば、自衛隊の海外派遣などの政策決定の際にその政策に反対する個人に損害賠償請求できる権利を認めるものである。この点に関連して、「9条と思想良心の自由を保障した19条とを組み合わせ、一語で『平和的生存権』と呼んでいるだけのことで」あり、「あとは、原告ら

3) 松井芳郎「国際法における平和的生存権」法律時報 53 巻 12 号 8 頁、10-11 頁 (1981)。

4) 奥平康弘「第9条における憲法学説の位置」法律時報 76 巻 7 号 27 頁、33 頁 (2004)。なお、本稿で使用している「学界通説的解釈」は、奥平名誉教授が使用しているそれとはニュアンスが異なる。本稿においては、「学界通説的解釈」とみなされていそうなものの多くが実は「善き生」を押し付けているように見えることを批判し、「原基的な了解」に端を発する第9条の意義を最大限活かすためには新たに理論付けを行わなければならないという問題意識に立っているため、奥平教授とは評価のスタンスが少々異なっているからである。

5) 高柳信一「戦後民主主義と『人権としての平和』」深瀬忠一編『文献選集 日本国憲法③戦争の放棄』(三省堂、1977) 188 頁、196 頁。

6) 本稿での「多数決」は民主主義の一側面を示している。論者の能力の問題から「民主主義」論については本稿では立ち入ることができない。

7) 西原博史「有事法制・新たな人権論・憲法改正策動」法律時報増刊『憲法と有事法制』226 頁、229 頁 (2002)。

8) 浦田賢治「平和的生存権の新しい弁証」浦田賢治編『立憲主義・民主主義・平和主義』(三省堂、2001) 562 頁、566-581 頁。

9) そもそも、浦田賢治教授の人権論は「特殊」な可能性がある。浦田賢治「人権体系の現代的展開」季刊科学と思想 24 号 681 頁、687-692 頁 (1977) 参照。

が、思想良心の自由（19条）のレベルでどこまで確固とした世界観として平和主義を信奉しているかにかかってくる」と支持する見解¹⁰⁾があるが、ここでの注目すべき点は、9条の特定の解釈なくしてこのような主張はできない可能性が高いということである。国家権力による特定の個人に対する直接的な具体的権利侵害であればまだしも、それとは異なり民主主義的多数決によって決定した一般的政策について、その政策に反対する個人が良心の自由を侵害され精神的損害を負ったとして損害賠償請求をすることが可能であろうか。おそらくは無理である場合の方が多いように思われる。正当な民主的手続に参加している当該個人にとって、自らの意見とは異なる政策が成立したからといって、そのことを理由に、直ちに、多数決によって個人の自律的な私生活が侵蝕されると言うことが可能だとは考えられないからである。自らの信じる宗教の教義と異なる政治決定をされたからといってそれを権利侵害だということができないのと同様である。結局、浦田教授の議論は、第9条2項が自衛隊という「戦力」を禁止していることを一般的国民に主観的権利として保障していると主張しているに過ぎない^{11) 12)}。本来ならば個人が主張し得ないはずの一般的政策に対する権利侵害を9条により主張できるのは、この議論が、第9条を逸脱した政策を認めずに、そのような客観法違反を個人にも主観的

権利として主張することを認めたと解するからである。果たしてそのような解釈は可能であろうか。

そこで、以下、第9条の解釈をどのように考えるかを長谷部恭男教授の「穏和な平和主義」論と樋口陽一名誉教授の「自由の基礎としての9条」論を題材に検討したうえで、第9条のもとで基礎づけられる主観的権利としての平和的生存権とは何かを検討する。

なお、次章以下において使用する概念の定義は脚注14)で述べていることを前提としている。

Ⅱ. 第9条

1 穏和な平和主義

第9条がどのような場面を規律しているのかはそれほど明らかではない。平和的生存権は主観的権利（主観法）としての側面のはずである¹³⁾が、後述するように第9条の問題として捉えるかについては争いがある。日本国憲法第3章の「国民の権利及び義務」より前の第2章に条文を置いた第9条の文言解釈として自衛戦争・侵略戦争が許されるのか否かを学説が主に争ってきたのは本来、客観法としての側面だったはずである。もっとも、「学界通説的解釈」

10) 棟居快行『憲法フィールドノート（第3版）』（日本評論社、2006）72-73頁。

11) あるいは第9条1項で「非武力」が主観的権利として保障されていると主張しているのかもしれない。

12) この浦田賢治教授の議論に関連して、奥平康弘『憲法Ⅲ 憲法が保障する権利』（有斐閣、1993）430-434頁は、平和的生存権を「権利」として主張するために、従来の国民＝国家においてなされる「人権」概念の再構成の必要性を示唆している。このような奥平名誉教授の指摘に関連して、和田進「構造的平和の構築と憲法学」法律時報73巻1号32頁、34-36頁（2001）がある。和田教授は、新しい「権利」の構築を試みたものとして、「平和的生存権」の思想は、「全世界の国民」が有する「人権」として提出されることによって「国民」国家の枠組みを止揚した立憲主義の展望をもたらすことになるとして、「人権」と主権との矛盾・緊張関係を止揚して、近代立憲主義の核心である「人権」の確立をグローバルに展望することになったと主張する。しかし、「平和」の問題に関して主体が国家から国際社会に転換したとしても、国際社会の「立憲主義」が未完である以上、国民＝国家の構造の内部での「人権」保障が必要であるとすれば、「平和」に関する国家の役割について、十分に検討することができないように思う。愛敬浩二「リベラリズム憲法学の行方」法律時報73巻6号79頁、81頁（2001）参照。

13) 平和的生存権は、国際人権がそう見えるように、世界に向けた理念の「メッセージ発信的な意味」として使用されることもある。対して、本稿で研究対象としているものは、国内における主観的権利（主観法）として裁判救済に使用可能なものとしてのそれである。なお、国際人権をどう捉えるかは、大沼保昭「人権の国内的保障と国際的保障—より普遍的な認識を求めて」国際人権17号57頁、57-62頁（2006）など一連の議論を参照。

は主観法的側面と客観法的側面との整合性についてそれほど敏感にならずに、自衛戦争をも禁止したと解するとともに「平和」を達成するための手段として政治部門に戦時に軍隊に転化しう程度の「戦力」不保持を強制したと解している。

このような「学界通説的解釈」のうちの「絶対平和主義」¹⁴⁾に対して一石を投じたのが長谷部恭男教授の「穏和な平和主義」であった。

「穏和な平和主義」は、公共空間を破壊しかねない世界観を私的領域に封じ込めることにこそ立憲主義の意義があり、「学界通説的解釈」の多くが採っているであろうと思われる「絶対平和主義」は、市民の生に包括的な意味と目的を付与しない立憲主義のプロジェクトに反していると主張する¹⁵⁾。

もう少し詳しく見てみよう。

長谷部教授は、「善き生き方」としての「絶対平和主義」を検討するとしただけで、「善き生」に関する観念は多様であり相互に比較不能である、とする。公的領域と私的領域とを区分し、万人の万人に対する争いを引き起こしかねない「善き生」とは何かに関する対立を私的領域に閉じ込めることで、公共の事柄に関する理性的な解決と比較不能で多様な価値観の共存を両立させようとするのが「立憲主義」のプロジェクトであるから、「善き生」の観念を貫くために、結果に関わりなく「絶対平和主義」を採るべきだという立場は容易には整合しない、とする。さらに、「こうした極端な平和主義の背後にあるのは、効果的な防衛の実現方法に関する現実的な議論というよりは、そうすることが『善き生』のあり方だからという究極的な価値観に依拠するものと考えざるをえない。」¹⁶⁾あるいは、

14) 「絶対平和主義」と「非武装平和主義」という用語について、それぞれの用語の使用法が各論者によってまばらであるため議論が混乱している感が否めない。本来ならばそれぞれの用語の使用法について統一し、整理しなければならないはずである。混乱の素になっていると思われる部分を具体的に挙げると、長谷部教授が批判の対象とする、長谷部教授のいうところの「絶対平和主義」という見解は、「戦力」の解釈においてなんらの実力組織も認めない見解である。そして、長谷部教授自身は「戦力」について政府見解を採用している。しかし、だからといって、長谷部教授が、第9条が「非武装平和主義」であることまで否定するかどうかは疑わしい。第9条2項には明らかに「戦力」不保持が定められているからである。「戦力」不保持を日本語として自然に読み替えればそれは「非武装」のことであり、それを「非武装平和主義」と呼ぶことは可能だからである。そして、そのうえで、長谷部教授は、法律用語としての「戦力」の意味解釈について争おうとしているのである。そうすると、長谷部教授は「非武装平和主義」に立ちながら「絶対平和主義」を批判していることになる。しかし、その一方で長谷部教授が批判の対象と考えていると思われる多くの論者は、自説を「絶対平和主義」というよりは「非武装平和主義」として論じることが多いように思う。そこでは「非武装」とは、「戦力」を「戦時に軍隊に転化しう程度の組織」と解釈した上でそのような特定の「戦力」を有さないことのみを指しているように見える。各論者が自らの考える「非武装平和主義」の内容（「戦力」とは具体的には一体何なのかという問題）を具体的に提示しない場合が多い（石川健治教授の言葉を借りれば「言説空間の歪み」があるためである）ため議論が混乱する環境にある。

本稿でも引用の都合上「絶対平和主義」と「非武装平和主義」の内容が同じであったり違うものであったりまばらになってしまうこともあるが、原則として、「非武装平和主義」とは「戦力」不保持という第9条2項の条文自体を示し（ここでは「戦力」に関して、意味解釈を加える以前の普通の日本語としての読み方を想定している）、「絶対平和主義」とはその中でも「戦力」について「戦時に軍隊に転化しう程度の組織」と解釈しているであろう見解を示すように努力している。なお、私見がどのような「非武装平和主義」を志向しているかは「まとめ」で述べている。

また、ここで重要なことを指摘するならば、(国際社会で使われる)「武力」と、(第9条1項の)「武力」と、(第9条2項の)「戦力」と、(非武装平和主義というときの)「武装」とは異なる概念であることに十分な注意が必要である。(私自身は、第9条の構造について、第2項の「戦力」不保持条項によって「戦力」として認められなかった組織であっても、第1項の「武力」行使はできない、というように読むべきだと考えている。)

15) 長谷部恭男教授の議論については、長谷部恭男「平和主義の原理的考察」憲法問題10号50頁、50-64頁(1999)、長谷部恭男『憲法と平和を問ひなおす』(筑摩書房、2004)138-141頁、長谷部恭男「平和主義と立憲主義」ジュリスト1260号56頁、58-60頁(2004)、長谷部恭男「国家権力の正当性とその限界」岩村正彦ほか『岩波講座 現代の法1 現代国家と法』(岩波書店、1997)137頁、153-162頁、長谷部恭男「カール・シュミットのシェイクスピア」UP 33巻3号33頁、33-37頁(2004)、落合恵子=長谷部恭男「対談『曲がりなり』」にも民主的な、この社会を守るために「世界732号32頁、32-39頁〔長谷部恭男発言〕(2004)などを参照。

16) 長谷部恭男「民主主義は生きる意味を教えない」紙谷雅子編『日本国憲法を読み直す』(日本経済新聞社、2000)48頁、60頁。

「とにかく通常の軍備さえ無いような状況で生きるのが人として生きる正しい生き方だからそう生きろ、というふうに解釈する人がいるわけですね。私はこういう解釈は立憲主義の根本的なものの考え方に反すると考えます。そういう非常に純粋な『絶対平和主義』として憲法9条を解釈するということはとるべきではないというのが私の考え方です。」¹⁷⁾

この指摘は、長谷部教授が平和的生存権について「切り札としての人権」¹⁸⁾性を認めていないことと関連して意味があると思う。すなわち、長谷部教授は平和的生存権について、自然状態で暮らしていた人々が公共財の適切な享受を求めて国家を建設する際に、典型的な公共財といえる防衛サービスの供給を全面的に禁止するとはにわかに想定しにくいから、平和の維持という社会全体の利益を実現するために憲法によって特に認められた権利である、と主張している¹⁹⁾。

詳言すれば、長谷部教授の見解に対する、「思想の押しつけについていえば、非武装平和主義やその背景にある非暴力、抵抗がもし押しつけになるのであれば、逆に武装平和主義や暴力あるいは実力による抵抗ということを憲法に規定しても、やはりそれは押しつけになってしまうはずです。一方が押しつけになり、他方がならないと考えるとすれば、それは法的論理ではなく政治的選択の問題であり、簡単に言えば普通の国家・憲法論が選択されているのではないのでしょうか。」²⁰⁾との反論がさほど有効でないのは、長谷部教授の議論は、第9条2項の「戦力」不保持条項は何らの実力組織も有さないことを個人の主観的権利として規定しているわけでは

ないことが前提になっているからである。もしも、何らの実力組織も有さないことが多数決に対抗しうる主観的権利として認められるのであれば、それは価値の押し付けではなく、多数決に対する個人の権利の正当な擁護である。しかし、何らの実力組織も有さないことを一般的に主観的権利として認めることは、具体的個人の権利を「人権」と考えるイメージからは大きく乖離したものである。そして、そのように主観的権利として認められない「善き生」を認めることは価値の押し付けを認めることに他ならないから「立憲主義」を志向する日本国憲法が意図するはずがない。この点に関して、長谷部教授の指摘は正鵠だと思う。(もっとも、長谷部教授が主張する「立憲主義」と「民主主義」の関係を前提としない場合にはそれほど説得力を持たない可能性がありうる。)

そして、このことによって、「憲法は、ほかのことならいざしらず、何よりもかけがえのない平和のためであれば、一種の『闘う民主制』を要求しているのではないか」²¹⁾『たたかう民主制』ないしそれと同質の論理に由来する戦闘性を、近代立憲主義を根本原理とする憲法(状況)下において必然であるとするのか」²²⁾という問いに答えることもできうる。

このように考えてみると、「絶対平和主義」を主張する論者が行いがちな「絶対平和主義」を時に政治過程によって実現すべき絶対的な価値として導出しようとする解釈態度は、「個人」を「善き生」の「押し付けられる」客体へと変えてしまう結果を引き起こしかねない、ということに気づくことになる。そして、そのことは立憲主義の構造転換を意味していることになる

17) 山脇直司ほか「総合討論Ⅱ」長谷部恭男＝金泰昌編『公共哲学⑫ 法律から考える公共性』(東京大学出版会、2004) 217 頁、250 頁〔長谷部恭男発言〕。

18) 長谷部恭男『『公共の福祉』と『切り札』としての人権』法律時報 74 巻 4 号 83 頁、83-87 頁(2002)。

19) 長谷部恭男『憲法(第2版)』(新世社、2001) 72-74 頁。

20) 浦田一郎＝山元一「平和主義と立憲主義」井上典之ほか編『憲法学説に聞く』(日本評論社、2004) 253 頁、261 頁〔浦田一郎発言〕。

21) 浦田＝山元・前掲注 20) 261 頁〔山元一発言〕。

22) 渡辺洋「憲法の戦闘性」神戸学院法学 30 巻 3 号 719 頁、755-756 頁(2000)。

から、十分に警戒感をもつ必要がある^{23) 24)}。

2 自由の基礎としての第9条

「穏和な平和主義」のように、「絶対平和主義」が多数決に対抗しうる主観的権利として十分ではないために価値の押し付けになってしまい許容されないと考えたとしても、第9条（2項）が「戦力」不保持を採用しているという意味における「非武装平和主義」まで否定することは特殊日本的状況においては問題がある。それを指摘したのが樋口陽一名誉教授の主張する「自由の基礎としての第9条」論である²⁵⁾。

樋口教授は「憲法13条の個人の尊厳、諸個人の自由な結合で社会を作るというフィロソフィーが、それこそ大文字中の大文字の人類普遍の原理」であるとして、「日本国憲法は、9条の問題については、日本独特なやり方をすることによって、初めて大文字の人類普遍の原

理を日本社会で根づかせることが可能なんだという結びつき方を示しているのだと思うのです。」と指摘している²⁶⁾。「近代立憲主義」の「準拠国」ではない日本において、「自己決定をし、その結果を引き受ける個人を少なくとも建前として社会に容認される状態」である「近代」を日本に根づかせるために第9条＝「非武装平和主義」の意義を説くのである^{27) 28)}。

そして、樋口教授は日本国憲法第9条には「継承」と「断絶」の意味があるとした上で、「断絶」の意義を、実践的な「思想」の選択として、日本国憲法の出自たる第二次世界大戦をも含めた「正しい戦争」を否定した点に見出し、「国連＝正戦論」に対し、『正義のための武力』を否定した日本国憲法の理念を掲げ、21世紀に向けてのもう一つの選択肢を対置することにある」と主張する。そして、「国連の『正戦』に参加しないことを、消極的に『憲法ゆえに』弁明するのでなく、積極的に『憲法ゆえに』理由づけ

23) 西原博史「立憲主義において国家を縛るもの」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社、2004）559頁、575頁。ほかに、西原博史「政治部門と裁判所の憲法解釈」公法研究66号139頁、139-148頁（2004）参照。

24) なお念のため、私自身は長谷部教授の第9条論について本文で述べている問題意識以外について賛同するものではない。たとえば、何ら実力組織を持たないことよりも自衛のための実力保持の方が合理的に諸個人のプロパティを保全できるという主張（長谷部恭男「ゲバラのように生きる」UP37巻1号35頁、35-38頁（2008））は複雑な国際社会の政治状況の中で、長谷部教授が言うほどに当然のことでは全くない。

25) 本節の樋口教授の議論は、樋口陽一「戦争放棄」樋口陽一編『講座・憲法学 第2巻』（日本評論社、1994）109頁、113-114頁、樋口陽一「憲法9条と西欧立憲主義」樋口陽一『憲法近代の復権へ』（東京大学出版会、2002）100頁、102頁、樋口陽一「立憲主義展開史としての一九四六年平和主義憲法」深瀬忠一ほか編『恒久世界平和のために』（劉草書房、1998）134頁、136-137頁などに依っている。樋口教授の第9条論につき全体を網羅したものとして樋口陽一『もう一度憲法を読む』（岩波書店、1992）161-204頁がある。

26) 樋口陽一＝大嶽秀夫「《対談》軍事化・右傾化の現状認識」法学セミナー増刊『憲法と平和保障』22巻20頁、25頁〔樋口陽一発言〕（1983）。

27) 大沢秀介＝根森健「春季研究集会シンポジウムのまとめ」憲法問題13号67頁、74頁〔樋口陽一発言〕（2002）、樋口陽一「『準拠国』の崩壊と立憲主義」思想830号4頁、4-19頁（1993）など、参照。

28) 類似の議論として、第9条は、言説の磁場が権力問題と直結しており、言説の不自由さこそが人々の「自由」を何程か確保している例だと指摘する見解がある（石川健治「政府と行政」法学教室245号74頁、79頁（2001））。石川教授によれば、第1に、議会の立法権行使に際し、軍編成権に関してはその組織法制定権限を否定するという（消極的な）法的権限規定として定められているという側面と、第2に、そうした組織法制定権限の制約根拠一同時に、いわゆる軍令の領域も原理的に存立しえなくなる一として、平和主義の理想という、その時々々の〈民意〉をも超える、より高次の政治的正当化根拠を提示している側面と、第3に、それに伴い政府が軍事予算を計上することが不可能になるという意味での財政権の限界規定一それは、89条と同様に、憲法が基本とする「議会による財政統制」の方式（財政民主主義）に対する憲法上の限界を構成する一をおいているという側面から、論ずる必要がある（石川健治「Arma virumque cano」現代思想32巻12号102頁、105頁（2004））とした上で、9条が理想的でありすぎることに倦んで、憲法学が正統性剥奪に基づく軍事力統制の課題を安易に放棄することが、わが国の国家機構の権力バランスを損なうおそれを危惧し、権力分立と権利保障を最低限度の関心事とする立憲主義憲法学は平和主義をめぐる議論が今後流動化し始めるとすれば、その場合に、立憲主義にとって最低限の課題である軍事力のコントロールの問題に対して責任をもって対処すべきであるとする（石川健治「前衛への衝迫と正統からの離脱」憲法問題8号105頁、117頁（1997））。その後も石川教授は、繰り返し「言説空間の歪み」を指摘している。石川健治「憲法改正論というディスコース」ジュリスト1325号90頁、93頁（2006）。

る」ことが重要であるとしたうえで、「近代立憲主義」の準拠国ではない日本が人権＝個人の解放という普遍性をもった概念を基礎に国際社会における未完の立憲主義を構築することを目指すべきだと指摘している。

樋口教授が指摘するように、第9条で「非武装平和主義」を規定したことが自己決定のないうる自由な社会にするために必要であったと考えるならば、憲法が個人の主観的権利としていかなる部分まで認めているか否かは別にして、第9条が「戦力」不保持という「非武装平和主義」を政治部門に強制することを正統化することは可能であるし、むしろそう解すべきである。特殊日本の状況においては、第9条の「非武装平和主義」なくして「近代社会」として個人の自律を保障しえないのであれば、そう解するほかないのである。ここで問題なのは、果たして第9条の「断絶」としての「思想」を維持しなければ日本社会において「近代」を維持することができないかどうかである。ここで、社会学的問題について立ち入る余裕はないが、改憲論議が、「第9条が標的であると同時に、第9条を標的にすることによって実は戦後日本が作ってきた社会のあり方そのものを根こそぎひっくり返そう」²⁹⁾とするものであり、「第9条についての改憲の主張は、およそ批判の自由を抑圧しタブーの再生をもたらすような復古的主義・・・とむすびついてきているのであり、まさにその意味で、西側立憲主義の歴史が、軍の存在を認めながらも強烈な歯どめをうちこむことによって確保しようとしてきた個人の尊厳という窮極的な価値を、簡単に押し流すものとなろうとしている」³⁰⁾ことは明らかであるように思う。そうだとすれば、少なくとも第9条がそのままの状況で残っていることが「近代」としての自由を護る前提であり続けているということができると思う。結果、第9条は「躓きの石」³¹⁾

としての意味を有することになる。

もっとも、逆にいえば樋口教授のこのような考えは、第9条の「非武装平和主義」たる側面は日本社会が「近代」に到達した際に取り除かれ得る「躓きの石」でしかないことをも示唆している。樋口教授も第9条を少なくとも主観的権利として概念付けることに成功しない限り第9条の理念が普遍的なものとして存続することに肯定的ではないと思われる点で長谷部教授の見解と同じであるように思える。第9条について、少なからぬ学説が考えるように主観法的側面の理論的構築を軽視して、客観法としての第9条の文言解釈においてだけ、例えば「戦力」の内容を戦時に軍隊に転化しうる程度のもの一般として決定することがどれほど意味のあることであるかは疑わしいのである。

従来の学説は、「戦力」（9条2項）にあたるか否かについて、政府見解（1980年12月5日提出）が採用する「自衛のための必要最小限度の実力」という量的な制限に基づく定義を専ら争い、そのような定義は時代状況によって「軍備の保持」の内容に変化をもたらすものであるとして量的観点から批判する。しかし、一般的に考えられている第9条の趣旨を私なりに分類すれば、第9条の趣旨には、国外の個人に対して「武力」による権利侵害をしないことと国内において（組織内に対して、組織外に対して共に）個人の自律を侵害するような「戦力」を有さない（及び国内においても「武力」行使もしない）ことの二つがある。結論を先に言えば第9条が主に規律しているのは、量的制限だけと考えるべきではない。日本国憲法下において戦時という概念は存在せず、予定している見受けられる規定もないことからすれば、平時における人権保障と同等の人権保障をいかなる場合にも認めることこそ、第9条が主に規律しようとしたものであると考えるべきである。たとえ

29) 樋口陽一「私たちは日本国憲法ぬきでやってゆけるのか」法学セミナー 49 巻 8 号 52 頁、54 頁（2004）。

30) 樋口陽一「戦後社会の変化と安定の要素としての日本国憲法」小林孝輔教授還暦記念論集『現代法の諸領域と憲法理念』（学陽書房、1983）122 頁、130 頁。

31) 青井美帆「9条・平和主義と安全保障政策」安西文雄ほか著『憲法学の現代的論点』（有斐閣、2006）93 頁、120 頁。

ば軍事裁判所を置かないことは戦時を特別視しない制限としてすぐに思いつく³²⁾。常に平時と同様の人権保障が必要である以上、徴兵制を採ることもできない。

このような規律が重要なのは、現代社会においては軍隊だけが有形力を行使する圧倒的な権利侵害主体ではないからである。テロ対策など大規模犯罪に対して強大な有形力を持って対策を担う警察組織の必要性を認めるとするならば、量的制限のみをもってしては、警察と軍隊との区別の相対化とともに警察組織による軍隊の代替を果たしかねない。むしろ重要なことは、そのような（量的に狭義の警察と軍隊の中間に存するような）組織の存在を認めつつそのような組織への民主的コントロールを及ぼすとともに、平時における人権保障と同等の人権保障を常に認めることである。そのことによって、第9条の趣旨である、海外の個人に対して「武力」による権利侵害をしないこと（第1項）と国内において個人の自律を侵害するような「戦力」を有さないこと（第2項）を果たしうるからである。

このような見解に対しては、第9条は、「戦力」に対する民主的コントロールを行うことが不可能であることを主権者自ら認めた規定であり、「戦力」には戦時に軍隊に転化しうる程度の組織をすべて含むとする批判が考えられる。確かに、強大な有形力を行使する組織への民主的コントロールは困難であり第9条がすべての戦時に軍隊に転化しうる程度の組織について未来永劫民主的コントロールの不可能性を認めたと解する余地もあるが、日本国憲法がある組織に対して民主的コントロールを及ぼすことが不可能だと考えているとすれば、そこには民主的決定に唯一対抗しうる「人権」が背後に存在していると考えていなければおかしいはずである。そうでなければ「個人」の主体性を貶め立憲主義の構造転換を生

み出してしまう。それにもかかわらず、第9条が戦時に軍隊に転化しうる程度の部隊をすべて含む「戦力」に対する民主的コントロールを行うことが不可能であることを予定していると主張する論者は、後述するように「人権」たる平和的生存権の内容を説明しきれていない。「人権」たる平和的生存権の内容が説明できなければ、第9条が民主的決定にも対抗しうる平和主義の理念を憲法上の規定として定めた偉業は、個人に「善き生」を押し付けるものとしての地位に転落してしまう。

そこで私は、詳しくは後に譲るが、第9条は、量的制限に基づいて民主的コントロールを及ぼすことが不可能な「戦力」を規定しているのではなく、平時において行われる人権保障と同等の人権保障を常に認めることができる組織であるかどうかによって、民主的コントロールを及ぼすことが不可能な「戦力」を規定していると考ええる。

なぜならば、私は平時において行われる人権保障と同等の人権保障を常に認めることのできる組織を前提にして主観的権利としての平和的生存権の現代的意義があると考ええるからである。次章では主観的権利としての平和的生存権がいかなるものであるかを検討したい。

Ⅲ. 平和的生存権

1 従来の学説の議論

まずは日本における主観的権利としての平和的生存権について、従来の議論をまとめておく。なお、本稿では国際社会における平和的生存権の意味、あるいは日本国憲法における平和的生存権の国際社会にもたらす意味については省略させていただく。

前提として、主観的権利としての平和的生存権の根拠規定については、大要、前文・第13

32) 近時における軍事裁判所の設立についての論稿として、白取祐司「軍事裁判所の設立について」法学セミナー 52 巻 11 号 30 頁、30-31 頁 (2007)。

条・第9条を総合的に根拠とする見解³³⁾、前文第2段そのものを根拠とする見解³⁴⁾、第13条の個人尊重条項を根拠とする見解³⁵⁾がある。なお、憲法前文を根拠規定とする見解と関連して、憲法前文の裁判規範性の存否が一応問題になる³⁶⁾が、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、前文の諸規定を格別に眺めてそれぞれの具体性の有無を確認しそれによりその存否を判断すべきである。そして、前文が法的性格としては解釈基準にとどまるにせよ、それに裁判規範性を認めるにせよ、そもそも平和的生存権の具体的内容に則してどのような法的性格が認められるかが問題となる。

また、主観的権利としての平和的生存権の主体としては、大要、個々の国民個人と解する見解³⁷⁾、民族をその主体と主張する見解³⁸⁾、国家をその主体とする見解とされるもの^{39) 40)}がある。

では、従来の学説は主観的権利としての平和的生存権の内容をどのようなものとして捉えて

いたのか。権利内容のあいまいさが主観的権利としての平和的生存権を否定する主要な論拠である⁴¹⁾以上、この点こそが最も重要である。それにもかかわらず、主観的権利としての平和的生存権の内容については各論者の主張は様々である。ここに主観的権利としての平和的生存権を認めることの困難さが現れているが、それはさておき、本稿では代表的主張のみを検討することにする。

まず、前文・第13条・第9条を総合的に根拠とする見解のうち、深瀬忠一名誉教授は、第9条の戦争放棄条項は平和的生存権の保障に奉仕する点が重要であるという。そして深瀬教授は、第9条は人権規定そのものではないが、平和的生存権というタームを通じた「制度的保障」⁴²⁾であるという意味で人権保障規定であり、第13条を連結・調整の要とすることで「公共の福祉」の内容から軍事目的を排除し個別的人権が軍事目的によって制限されるのを防ぎ、さらには軍事目的そのものに対抗するものとし

33) 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』(岩波書店、1987) 227頁、山内敏弘「平和的生存権の裁判規範性」法律時報48巻11号33頁、38頁(1976)など。

34) 星野安三郎「前文の効力と平和的生存権」法学教室(第2期)7号106頁、107頁(1975)。

35) 久田栄正「平和的生存権」ジュリスト606号28頁、30-34頁(1976)。久田栄正「憲法九条の歴史的意義」法律時報51巻6号12頁、12-21頁(1979)参照。

36) 主な否定説の論稿として佐藤功「前文の性質」法学セミナー78号10頁、11-15頁(1962)、大西芳雄「前文の内容と効力」清宮四郎=佐藤功編『憲法講座 第1巻』(有斐閣、1963)161頁、161-176頁など、主な肯定説の論稿としては、清宮四郎『憲法の理論(オンデマンド版)』(有斐閣、2001)178-179頁など。

37) 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、1975)325頁、池田政章「平和的生存権」清宮四郎ほか編『憲法演習I(新版)』(有斐閣、1980)34頁、46頁、小林武「平和的生存権の歴史的意義と法的構造(四)」南山法学19巻3号81頁、89頁(1995)など。

38) 田畑忍『憲法学原論(改訂版)』(有斐閣、1957)237頁。

39) 清宮・前掲注36)185頁の「自ら世界にさがかけて平和国となるが、世界各国も同じように、戦争の恐怖と経済的な欠乏からまぬかれて、平和のうちに生存する権利があるのだといい、平和国家の生存権を自他について確認し、主張するものであって、平和国の理念の普遍性を強調すると同時に、各国に対して、わが平和主義にならうことをすすめている」(傍点・岡本)との指摘を捉えたものと考えることができる。

40) この点に関連して、砂川事件最高裁大法院判決である最判昭和34年12月16日刑集13巻13号3225頁の「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事を確認するのである。しからば、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」という判示部分を清宮説の採用部分とする指摘(作間忠雄「平和的生存権をめぐる諸問題」平和研究3号40頁、43頁(1978))があるがそもそも砂川事件最高裁判決は平和的生存権を是認しているとはいえないであろう。山内敏弘『平和憲法の理論』(日本評論社、1992)287頁注12。

41) 内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(日本評論社、1991)355頁。なお、内野教授はそもそも平和的生存権の法規範性を否定する。内野正幸「近代的価値と護憲論」憲法問題6号59頁、66頁(1995)。

42) 深瀬教授の「制度的保障」の誤用については、尾吹善人「いわゆる『平和的生存権』論への疑問」千葉大学法経研究11号1頁、10頁(1982)。深瀬教授の反論は、深瀬・前掲注33)242頁。

て、個別的人権の位置づけなり機能なりを積極的な意味で変容させていると主張する⁴³⁾。もっとも、必ずしも日本国憲法第3章の保障する個別の「人権」とは別個の独自の「人権」として平和的生存権を位置づけるものではないようにも見えると指摘される⁴⁴⁾。

次に、前文・第13条・第9条を総合的に根拠としながらも「生命権」⁴⁵⁾を機軸に据える山内敏弘教授は、平和的生存権を在来の「人権」と区別される独自の内容をもった「人権」として定立しなければならないとすることをもっともな指摘である⁴⁶⁾としたうえで、「狭義の平和的生存権」と「広義の平和的生存権」の二つに分けて検討する⁴⁷⁾。具体的には、「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であり、軍事機密に関する「知る権利」や良心的兵役拒否権を含むとする。特に、理由のいかんを問わず徴兵を拒否する権利を認めるところに平和的生存権の具体的内容を見出した上で、「決して9条の単なる反射的效果として、いわば消極的な意味で保障されるのではないのである。むしろ憲法前文ならびに9条の全体構造からすれば、一人一人の人間の平和的生存権を、したがってその一つとしての徴兵拒否権を人権として保障することが日本国憲法の平和主義の究極の目的であって、そのような目的を達成するためのいわば客観的な制度的裏づけ手段として憲法9条で戦争放棄と戦力の不保持が定められたというように理解すべきなのである。」⁴⁸⁾（傍点・原文）と主張する。さ

らに、例えば「自衛隊の海外派兵によって日本（国民）も戦争に荷担し、あるいは巻き込まれる危険性が生ずれば、そのような危険性がない状態で平和的に生存する国民の権利が侵害されたと構成することも、あながち不可能ではないように思われるのである。」⁴⁹⁾と主張している。山内教授の主張に対しては、通常の「人権」からみて独自の内容を含まないか、あるいは、浦田賢治教授の見解を検討した際に指摘したのと同様、『権利』として語られていたのは、『国民』全体にとっての利益を客観的に前もって認定し、その一元的に理解された『国民』利益を権利の名のもとで民主的政治過程に押し付けようとする論理構造のもの⁵⁰⁾であるという批判が妥当しうる。

第三に、平和的生存権を、既存の「人権」や特別の「人権」としてではなく、憲法13条の「人権」の中にそれを読み取るべきとする久田栄正元教授の見解がある⁵¹⁾。この見解と同様の内容は第9条、第13条を総合的に根拠規定とする見解においても多数主張される。もっとも、平和的生存権が「公共の福祉」に含まれるとするだけでは、理念としてはともかく結論においては、平和的生存権を「切り札としての人権」に含まれないとする（それらの見解が批判の対象とする）長谷部恭男教授の見解とほぼ変わらない。

第四に、第9条がそれ自体、平和的生存権の根拠規定であるとする見解からの主張がある⁵²⁾。具体的には、『平和』の阻害それ自体

43) 深瀬・前掲注33)227頁など。

44) 浦部法徳『全訂憲法学教室』（日本評論社、2000）399頁。

45) 山内敏弘「基本的人権としての生命権」山内敏弘『人権・主権・平和』（日本評論社、2003）2頁、2-32頁参照。

46) 山内・前掲注40)296頁注9。

47) 山内・前掲注40)292頁。なお、山内教授は、『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事を否定しえないとしても、…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ことであり、この点からすれば、日本国憲法の下での『平和』は、一切の戦争の蜂起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、さらには一三条などの総合的な条文解釈からみても明らか」としている。山内・同288頁。

48) 山内・前掲注40)294-295頁。

49) 山内敏弘＝太田一男（小林直樹監修）『現代憲法大系2 憲法と平和主義』（法律文化社、1998）214-217頁。

50) 西原・前掲注7)229頁。

51) 久田栄正「平和的生存権」深瀬忠一編『文献選集 日本国憲法③戦争の放棄』（三省堂、1977）312頁、312頁。

52) 杉原泰雄『憲法Ⅱ 統治の機構』（有斐閣、1989）153-154頁。

を権利（人権）侵害と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考え方なのである。」「国が戦争や武力行使を行うことはもちろん、軍備を保有することも、『平和的生存権』の侵害となる。」「軍備の保有がそれ自体人権侵害である以上、国民は当然その救済を裁判手続きによって求めることができる」。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主張する⁵³⁾。この見解は、この見解を支持する論者が指摘するように、平和的生存権の主体に集団的側面を重視せざるを得ない⁵⁴⁾。その点で不当である。

結局、「平和的生存権」の具体的権利性はいまだ認められず、裁判においても主張できる具体的権利としての構築を目指す場合には、内容の限定が必要⁵⁵⁾であり、「新しい人権」として独自の法的意義を認めるにはなお論理の深化が必要⁵⁶⁾とする見解が憲法学界の多数説であるということができると思う⁵⁷⁾。

2 私見

裁判の中で主観的権利としての平和的生存権が主に原告により主張されることは多数あるが、裁判所がそれを認めた例はほとんどない。そうだとすれば、主観的権利としての平和的

生存権を認めることは不可能なのであろうか。

まず、原告が裁判の中で平和的生存権を主張する主な類型としては、①米軍、自衛隊の国内活動による権利侵害の主張⁵⁸⁾、②自衛隊の海外派遣・支出に対するコントロールに関する主張⁵⁹⁾、③政治部門における第9条違反行為の主張⁶⁰⁾、④戦時中の権利侵害の主張⁶¹⁾が考えられる。

そして、①米軍、自衛隊の国内活動による権利侵害の主張については札幌地判昭和48年9月7日判時712号24頁（いわゆる長沼訴訟第1審判決）が平和的生存権を認めている。札幌地裁は、保安林指定の解除処分が航空自衛隊の第三高射群の基地設置と不可分に結びつくものであり、高射群施設やこれに併置されるレーダー等の施設基地が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平和的生存権が侵害されていると判示する。しかし、保安林制度の目的に平和的生存権を含めたがためにむしろ平和的生存権の内容があいまいになってしまったばかりか、戦争を仮定すれば多かれ少なかれ、すべての国民の（札幌地裁が想定するような）平和的生存権は脅かされることになる⁶²⁾以上、攻撃の第一目標にならないことを平和的生存権の内容とするならともかく、結局は、すべての日本国民に戦争に巻き込まれず平和裡に暮らす権利を認めたのと同義である。そしてこのことは、第9条がそのよう

53) 浦部・前掲注44)114頁。

54) 浦田一郎『現代の平和主義と立憲主義』（日本評論社、1995）133-138頁。

55) 野中俊彦「新しい人権」杉原泰雄編『憲法学の基礎概念Ⅱ』（劉草書房、1983）184頁、207頁。

56) 戸波江二『憲法（新版）』（ぎょうせい、1998）92頁。

57) なお、樋口陽一『憲法（改訂版）』（創文社、1998）144頁は、「第1に、原告らの権利が争われていることをほかの請求原因の検討に先立ってまず憲法判断をすることの理由にする、あるいは、第2に、原告らの訴えの利益を肯定する根拠にするなど、憲法訴訟の運用上決め手の意味を持つものとして位置づける」というように、「具体的な文脈の中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」ことを指摘している。

58) 名古屋高判平成19年4月16日（LEX文献番号28131536）など。

59) 京都地判平成19年3月23日（LEX文献番号28130979）、名古屋地判平成19年3月23日判時1997号93頁（いわゆる田近判決）など。

60) 那覇地判平成17年1月28日訟月52巻9号2851頁など。

61) 東京高判平成11年8月30日判時1704号54頁など。

62) 今村成和「長沼自衛隊違憲訴訟における訴の利益」判例時報712号11頁、13頁（1973）、今村教授が訴えの利益のみならず統治行為論なども述べたものとして、今村成和「行政訴訟からみた長沼判決」法学セミナー218号『憲法と自衛隊』11頁、11-17頁（1973）。

な権利を「人権」として認めたことを示す。しかし、このような平和的生存権理解は、「人権」を差し迫った状況に置かれた「個人」の多数決に対峙する具体的権利と考えるとき、果たしていかなるものを戦争に巻き込まれず平和裡に暮らす権利と考えるのが不明であることとあいまって「穏和な平和主義」が指摘するような「価値の押し付け」を生み出し、さらには民主主義と立憲主義とのバランスを破壊しかねない。そこで「人権」の主体になっているはずの日本国民は、その「人権」が日本国民全員に保障されていることとあいまって、民主主義過程における決定主体ではなく、政策を上から押し付けられるだけの存在に転落していることを前提にしているからである。なお、①類型には、基地騒音差止訴訟が多い。

②自衛隊の海外派遣・支出に対するコントロールに関する主張も同様である。自衛隊をコントロールできる権利を平和的生存権として認めるためには、多数決に対峙しうる個人の具体的な権利を観念することが必要である。前述したように、「平和を求める公共良心」と構成したとしてもそれによって多数決を覆せるわけではない。なお、②類型は①類型よりも政策への関与が大きく、個人の具体的権利性は小さい場合が多い。

③政治部門における第9条違反行為の主張についても、首相靖国参拝をめぐる訴訟に見られるように「平和への希求」⁶³⁾の侵害などを求めている場合が多く個人の具体的権利性が小さいから結論的には①②類型と異ならないが、そもそも原告が主張するような首相靖国参拝などの事案が9条違反との結びつきにおいて①②より間接的である。

④戦時中の権利侵害の主張に関しては、東京地判昭和32年4月25日行集8巻4号754頁判時115号6頁が退去強制令書発布処分取消訴訟の中で平和的生存権を認めている。しかし、

その判決は、現在日本において平和に生活が続けている者に対し退去を強制することによってそれらの者が直ちに生存することすらおびやかされることが明らかな場合に、それらの者の滞留が在留資格を失なった後の不法なものであっても、これに対し退去強制することは許されないとするもので、日本に滞在する外国人の平和な生活をみだりに侵害しないことを認めたものである。なお、外国人に入国の自由を認めないことや在留制度の枠内でのみ外国人の人権を認める最高裁判決⁶⁴⁾との抵触が問題となる。

また、④類型においては、従軍慰安婦の権利侵害が主張されることがある⁶⁵⁾。そこでの原告の主張は、平和的生存権の内容に独自性を持たせるべく、侵略戦争と植民地支配の被害者に対する謝罪と賠償とをその具体的内容とする「道義的国家たるべき義務」を負わせる場合が多い。しかし、もはやそのような概念が個人の権利としてではなく客観法違反として主張されていることは明らかである。(なお、後述する私見からも、従軍慰安婦が主張するような権利を主観的権利としての平和的生存権の内容とすることはできない。従軍慰安婦が主張するような権利侵害は一訴訟で勝訴を得られるかどうかは別にして—そもそも平時においても許されない可能性が高く、戦時には平時よりも人権保障が弱まって良いと考える見解からも許されない可能性が高いからである。そうだとすれば戦時と平時の区別を認めない第9条の保障する平和的生存権独自の内容として認める必要がない。)

以上のように考えると、(主観的権利としての平和的生存権を認めるためには従来の人権では認められていない内容を含む個人の具体的な権利である必要があるという前提に立つ限り)主観的権利としての平和的生存権を認める余地はなさそうである。果たしてそうだろうか。

ここで重要なことは、前述したように、第9

63) 福岡地判平成16年4月7日判時1859号125頁。

64) 最判昭和53年10月4日判時903号3頁。

65) 山口地判平成10年4月27日判時1642号24頁。

条の趣旨が（「武力」行使や）「戦力」を保持することによって日本国内外の個人の人権を侵害しない点にある点である。その上で「戦力」は民主的にコントロールすることが不可能だと考えるからこそ「学界通説的解釈」の多くは第9条を「絶対平和主義」と解するのである。しかし、科学技術の発達に伴い「警察力」と「戦力」の区別が量的に相対化される中で強化した「警察力」への民主的コントロールが不可能であるというわけにはいかない。結局、第9条の禁止する「戦力」とは量的には他国の軍隊と同視し得る程度であり、日本国内外の個人の「人権」を侵害する恐れのある組織であるということになる。

そして、「警察力」と「戦力」との最大の差は、平時における場合と戦時における場合とで人権保障に差をつけることが許容されるか否かという点にある。要するに第9条の企図した「戦力」の不保持の趣旨とは、平時における人権保障と戦時における人権保障の区別をなくし、戦時においても平時における人権保障を国内外の個人に保障するという点である⁶⁶⁾。

そうだとすれば、平和的生存権が注視すべきは、狭義の「警察力」と「戦力」との中間に属する組織が、「戦力」への格上げを狙う際に行われる個人の「人権」侵害である。その中間組織が、平時において許容されない「人権」侵害を、戦時であるからという理由で行おうとするとき、その差こそが平和的生存権の保障する範囲だということになる。そしてこの範囲は既存の「人権」でカバーすることが不可能である。樋口教授のいう立憲主義の「継承」が表すように、戦時において平時とは異なる人権保障が許容されるのはむしろ近代立憲主義の「準拠国」からすれば当然であろう⁶⁷⁾。第9条を有する

日本国憲法の平和的生存権の特殊性はここにある。

では、具体的にはどのような権利か。日本において「警察力」と「戦力」との中間に属する組織として想定しうるものは自衛隊である。そして自衛隊がそのような中間組織だとすれば、一つに自衛隊員に主観的権利としての平和的生存権が認められると考えるのが想定しやすい。今までも自衛隊員による訴訟は行われてきた⁶⁸⁾が、そこでの争点は自衛隊員にも市民的保障が認められるかという平時における自衛隊員と市民との差であった。具体的事案の当否は別にして、この点は、一般的には、自衛隊員という特殊な公務員にどの程度の人権が認められるかという既存の人権問題で解決しうる。これに対して平和的生存権が対処すべきは、戦時であるということを理由に平時には行われぬ不当な権利侵害がなされている場合ということになる。

たとえば、自衛隊法は119条1項5号、120条1項2号、123条1項2号で防衛出動待機命令、治安出動命令などを受けた場合に正当な理由なくして職務を離脱したものを罰すると規定している⁶⁹⁾。また、自衛隊法119条1項6号、123条1項3号は防衛出動命令下及び治安出動命令下に限って職務上の命令に対する服従義務に罰則を科している。さらに自衛隊法40条は退職の自由を制限している。そして自衛隊法40条の趣旨については「外部からの武力攻撃を防衛する場合自己の生命を奪われることを予期しなければならず、その際自己の生命を守る理由により任意退職を認めれば部隊は崩壊するので」⁷⁰⁾規定されていると説明されている。

しかし、自律的生にとって平時において自己の生命を守る方法を決定する権利は、おそらく

66) 戦時においても平時におけるのと同様の人権保障をすることに平和的生存権の意義があるという主張は、高柳信一「平和と人権の論理と状況」日本平和学会編『平和と人権』（早稲田大学出版部、1979）32頁、35頁においてもなされている。

67) アメリカ合衆国憲法における〈wartimeの繰り延べ〉を指摘するものとして、蟻川恒正「In the Name of War --Judicial Review and the War Powers since 1918/Christopher N. May (1989)」国家学会雑誌103巻3・4号233頁、235頁（1990）。

68) 最判平成7年7月6日判時1542号134頁（小西反戦自衛官訴訟）など。

69) なお、自衛隊法の解釈は、田村重信ほか編著『防衛法制の解説』（内外出版、2006）第12章、第13章などによっている。

70) 宮崎弘毅「防衛二法と自衛隊員および罰則（その二）」国防27巻8号99頁、103頁（1978）。

は憲法13条の保障するもっとも根源的な権利のはずである。戦時であるからという理由で、自己の生命の保持方法を国家にゆだねるか、あるいは服務義務違反による罰則を受けるかという選択を余儀なくされるのはまさに平和的生存権の侵害であるということになる⁷¹⁾。とすれば自衛隊法が戦時における自衛隊員の人権を平時にはなされない方法で規制していることは違憲であるということになる。また、戦時において、各自衛隊員が戦場に赴くか、戦場で人間を殺害するかは各自衛隊員の自己決定にゆだねられる。戦時においても、自己の生命を守る方法を決定する権利や人間を殺害するか否かを定める権利は平和的生存権の保障の範囲内であり強制されることはないということになる。

このように解せば、自衛隊という組織は崩壊するおそれがある、と反論される可能性がある。まさしく、その通りである。戦時において差し迫った状況にいる自衛隊員こそが多数決的決定による生命保持方法の強制に対抗できる⁷²⁾。平和的生存権が、戦時における人権侵害の特別扱いを認めない以上、各自の自衛隊員の自己決定の結果、自衛隊員の大勢が職務を離脱したならば、自衛隊は組織として分裂し、国家は政策遂行能力を失うのである⁷³⁾。もしも多数決的決定を下した国民がなお政策遂行を求めるのであれば、政策決定者たる国民自らが戦場における自己の生命保持を選択すればよい。こうして、第9条を有する日本国憲法の平和的生存権は戦時においても平時と同様の人権を個人に保障する。そしてその人権保障は、差し迫った状況にいる個人の選択によっては、多数決を覆す。第9条の壮大なプロジェクトの真髄はここにあ

る。

IV. まとめ

私見によれば、「穏和な平和主義」が指摘するように、第9条の主観法的側面についても含めて当然のように「絶対平和主義」であると主張することは公共空間における価値の押し付けになりかねない。そうだとすると、第9条が、「戦力」不保持であるという意味で「非武装平和主義」を規定していることまで否定することには問題がある。特殊日本の状況においては、第9条を「非武装平和主義」と解することによってこそ近代立憲主義の前提としての自己決定を行使する基盤を作ったという歴史があるからである。そうだとすると、そのことから当然に第9条の主観法的側面がいかなるものか明らかになるわけではない。第9条の主観法的権利としての内容を明らかにするためには「人権」たる平和的生存権がそのような意味で多数決に対峙するほどに成熟した個人の具体的権利となっている必要がある。そうでなければ、公共空間の出来事については主権者たる個人が多数決で決定するのが原則だが、多数決では見逃しかねない個人の人権もしっかり保障するという民主主義と立憲主義の関係を破壊しかねない。平和的生存権の主体が全国民であり、しかも政策決定に反対できることが平和的生存権の内容であるかのような議論は、各個人こそが政策決定の主権者であるという民主主義の意義を削いでしまう結果になりかねないというべきである。

注意すべきは、ここで危惧している「絶対平和主義」と立憲主義との衝突とは、—「穏和な

71) 付言すれば、立憲主義の「準拠国」において戦時においても自己の生命の保持方法を国家にゆだねるか或いは服務義務違反による罰則を受けるかという選択が自由なのであれば、私見のような平和的生存権理解は、第13条で規定している内容を繰り返しているだけになり、無意味である。しかし、立憲主義の準拠国においてそのような選択は強制されることが許されているからこそ、戦時と平時の区別しない日本国憲法における平和的生存権の特殊性は、第9条がなく第13条しか規定されていなかったのならば有し得ないものとして、浮き上がるということになる。

72) 水島朝穂ほか「憲法学の可能性を探る I・国家主権と平和『ポスト冷戦』と平和主義の課題〔討論〕」法律時報69巻6号8頁、20頁〔蟻川恒正発言〕(1997) 参照。

73) ここでは組織に属する人間の自由だけではなく「組織からの自由」も視野に入れている。水島朝穂「軍人の自由」ジュリスト978号125頁、130頁(1991) 参照。

平和主義」の論者の主張の重点が近時そちらに傾いている⁷⁴⁾にもかかわらず一決して「絶対平和主義」が諸個人のプロパティ保全と衝突するという点において致命的であるというのとは違うということである⁷⁵⁾。ここで問題視すべきなのは、普遍的価値ではないはずの戦時に軍隊に転化する程度の組織としての「戦力」という概念が当然の如く「人権」として扱われ主張されている点にある。繰り返し述べているように、「近代」を確立する必要があった特殊日本の状況においては、第9条が「戦力」不保持を定めた「非武装平和主義」としての側面を維持すべき点については、実は争う必要がない⁷⁶⁾。ここで「穏和な平和主義」と「絶対平和主義」が争っているのは、実は「近代」を確立するために必要な「非武装」という時の「武装」＝「戦力」の中身に他ならないように見える。「戦力」を決定する際のメルクマールが何であるかが争点である。

この点について「絶対平和主義」が「戦力」の概念をなるべく狭めようとするのは、「戦力」があまりに強大であるがゆえに民主的コントロールを及ぼすことで日本国内外の個人の「人権」を守ることは不可能だと考えるからである。確かに、「戦力」には民主的コントロールが不可能な部分がある。そのため立憲主義は発足当初から、絶対君主に帰属してきた暴力装置としての常備軍からいかにして国民の自由を護るかに苦心してきた。しかし、科学技術が発達して「警察力」と「戦力」の量的差異が相対化した今日、量的な基準のみによって民主的コントロールが不可能な「戦力」の範囲を決定することは、「戦力」ほどには強大ではないが個人の自由を抑圧するには十分なほどに）強大な「警

察力」による日本国内外の自由の抑圧を呼び起こすおそれがある。この点について「絶対平和主義」を採用する論者は「人権」をも考慮して「戦力」の内容を検討してきたと言うかもしれない。しかし、前述してきたように、そこで語られている「人権」たる平和的生存権は個人の自律を前提とする成熟したものになっているとは認めにくい。そうだとすれば、「絶対平和主義」（特に平和的生存権の内容を明らかにすることに消極的な見解）は「人権」というよりは量的基準をメルクマールにして「戦力」を決定してきたといわざるを得ない。しかし、民主的コントロールが不可能な部分があると考えerの核心は、それが強大だからという量の問題というよりも、多数決によって「戦力」の動向を左右したのでは「人権」たる平和的生存権を侵害しかねない点にあると考えるべきように思う。「戦力」が何かは平和的生存権の内容に左右されることになるのではないだろうか。平和的生存権の内容を明らかにせずに「戦力」が何であるかを決定することはできないように思う。

そして平和的生存権の内容を明らかにする際に注目すべきなのは、日本国憲法において戦時と平時の区別はなされていないということである。日本国憲法は戦時に関する規定を徹底的に排除している。「戦力」の保持を否定するのは、日本国憲法が戦時を予定していないからではないか。戦時を予定していないのは人権保障においても同様のはずである。立憲主義の「準抛国」では当然の前提である戦時における人権保障の相対的低下を、日本国憲法は許容していないと考えるべきである。そして、「戦力」が戦時においてたやすく国内外の個人の人権を侵害する組織へと変貌することに鑑みれば、戦時を理由

74) 長谷部・前掲注24)35-38頁。

75) 佐々木弘通「非武装平和主義と近代立憲主義と愛国心」憲法問題19号87頁、94-97頁(2008)は、絶対平和主義と諸個人のプロパティ保全が衝突しないことを証明しようとしている。それはそれで重要なことではあるが、「穏和な平和主義」の提起した問題に正面から答えることができていないように思う。

76) よって、運動論とすれば「戦力」不保持という大きな意味での「非武装平和主義」を主張し根拠を補強していけばよく、そのことが「善き生」の押し付けになることはない。問題は、訴訟において第9条を援用するような場合である。

に平時における人権保障を緩めないことこそが平和的生存権の内容であるように思う⁷⁷⁾。そうだとすれば、たとえば、戦時であることを理由に自衛隊員から生命保持方法の選択権を奪うことは許されないはずである。戦時であることを理由に、自衛隊員に対して平時にはなされない強制が行われようとするとき、自衛隊員は平和的生存権を理由に拒否することができる。そして各自衛隊員の判断によっては多数決による政策決定を覆すことができる。そのことが、第9条が「戦力」を禁止した意義であるということになる。第9条の主観法的側面としての平和的生存権と第9条の客観法的側面としての「非武装平和主義」は相互に一体のものとして影響し合っているのである。

もっとも、私見によっては量的基準をそれほど重視しないために、「戦力」と「警察力」の中間にある組織が暴走した場合に組織外にいる個人の人権を守るためには文民統制や防衛費の制限をはじめとした頼りない民主的コントロールに頼らざるを得ない。しかし、この極めて大きな欠点は、「警察力」を含む何らかの実力組織を認めようとする見解（「絶対平和主義」をも含めて）すべてが多少なりとも有する欠点である⁷⁸⁾。結局、第9条は、民主的にコントロール不可能な「戦力」が何であるかについて、平時・戦時の区別なく国内外の個人の人権を保障する組織であるか、という「人権」の観点に着目して規律した規定であり、量的に強大な有形力を行使するという理由によって規律した規定ではない、ということになる。

(おかもと・なおや)

77) 脱稿後、名古屋高判平成20年4月17日（LEX 文献番号28141136）に触れた。本判決は一般論として平和的生存権の内容を抽象的に述べた上で、「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、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」という理由で請求を棄却している。平和的生存権の「人権」としての認定において「個人」の「具体的な」権利になるように慎重さを見せつつ、一般論として平和的生存権の主観的権利性を認めた点で重要である。もっとも本判決でその具体的な内容が明らかになったわけではない。

78) 私見のような主張が問題なのはこの欠点に限らないという批判も考えうる。絶対的に平和主義を語らなければ「自由の基礎としての第9条」の役割を果たさないという批判である。しかし、「絶対平和主義」は一般国民（特に若い世代）の第9条に関する無理解を進行させる手伝いになりこそすれ「自由」な社会に役立つものではないことは論じてきたとおりである。