

平成28年(ワ)第159号 新安保法制違憲国家賠償請求事件

原告 ■■■■■ 外117名

被告 国

平成29年(ワ)第135号 新安保法制違憲国家賠償請求事件

原告 ■■■■■ 外92名

被告 国

原告準備書面(11)

2018(平成30)年1月 日

長崎地方裁判所民事部合議A係 御中

原告ら訴訟代理人

弁護士 吉田良尚

弁護士 福崎博孝

弁護士 森永正之

弁護士 有馬理

弁護士 伊藤岳

弁護士 山本真邦

目 次

(はじめに)	5 頁
第1 青井意見書 (甲B37) - 憲法判断をめぐる司法権の役割について -	
1. はじめに	6 頁
2. 第1部 (司法権と憲法訴訟) について	7 頁
3. 第2部 (安保関連法制定違憲国賠訴訟) について	9 頁
(1) 人権と9条の意義	9 頁
(2) 国会の機能不全	9 頁
(3) 三権分立を動的に考える	10 頁
(4) 芦部信喜博士の提唱されている判断基準	11 頁
(5) まとめ	11 頁
第2 小林意見書 (甲B38) - 安全保障法制の違憲性 (主として平和的生存権に関する意見)	
1. はじめに	13 頁
2. 小林意見書の概要	13 頁
(1) 安保法制の疑問の余地ない違憲性	13 頁
ア 従前の防御法制、とくに自衛隊の憲法適合性	13 頁
イ 安保法制のどこを違憲ととらえるか	16 頁
(2) 救済の要としての平和的生存権	19 頁
ア 平和的生存権の保障の意義と裁判規範性	20 頁
イ 平和的生存権の法的構造	21 頁
ウ 安保法制の現実的運用の中での平和的生存権 - 南スーダンPKO派遣の問題	23 頁
エ 参照したい2つのイラク訴訟裁判例	24 頁
(ア) 名古屋高裁判決の意味と意義	24 頁
(イ) 流れを強めた岡山地裁判決	25 頁

(3) 結びにかえて	25 頁
第3 志田意見書(甲B39) —本訴訟原告の訴えと人格権について—	
1. はじめに	26 頁
2. 本訴訟において裁判所に求められる姿勢	26 頁
3. 人格権侵害の被害論の整理	26 頁
4. 人格権に関する日本型「理論射程」の形成と内容	27 頁
(1) 昭和39年9月28日最高裁判決(宴のあと事件)	28 頁
(2) 平成14年9月24日最高裁判決(石に泳ぐ魚事件)	29 頁
5. 本訴訟の訴えと人格権の諸相	30 頁
(1) 大阪高等裁判所昭和50年11月27日判決(大阪国際空港夜間飛行禁止等請求控訴、 同付帯控訴事件判決)	30 頁
(2) 平成26年5月21日福井地方裁判所判決(大飯原発差止め訴訟第一審判決)	31 頁
(3) 平成20年5月12日横浜地裁横須賀支部判決	31 頁
6. 生命権・生命的人格権・平穏生活権にかかわる原告の訴え	32 頁
(1) 戦争体験者などが有する生命の危険と、その恐怖・憂慮と人格権	32 頁
(2) 一般市民が有する恐怖感	33 頁
7. 最後に	34 頁
第4 飯島意見書(甲B40) —安保法制の憲法適合性について—	
1. はじめに	35 頁
2. 日本国憲法の平和主義の意義	35 頁
(1) 平和をめぐる国際社会の流れ	36 頁
(2) アジア太平洋戦争の日本の加害・被害、権力者・軍上層部の無責任さ等	36 頁
(3) 日本国憲法の平和主義の意義(1)	37 頁
(4) 日本国憲法の平和主義の意義(2)	37 頁
(5) 日本国憲法の平和主義の目的	38 頁

3. 「安保法制」の前提	38 頁
4. 「安保法制」の法的構造	38 頁
5. 「安保法制」の憲法的検討	39 頁
(1) 「戦争」「武力の行使」を禁じた憲法9条1項違反	39 頁
(2) 「交戦権」を禁じた憲法9条2項違反	42 頁
(3) 「戦力」の保持を禁止した憲法9条2項違反	42 頁
6 「生命、自由、幸福追求の権利」を侵害する安保法制	43 頁
(1) 自衛隊員の生命・安全	43 頁
(2) 自衛隊員の家族	43 頁
(3) NGO要員の生命の危険性	44 頁
(4) 一般市民がテロに遭う危険性	44 頁
7 南スーダンの自衛隊派遣と憲法的検討	44 頁
(1) 停戦合意の不存在	44 頁
(2) 国または国準（国に準じる組織）への武力行使の可能性	45 頁
(3) 使い捨てにされる自衛官	45 頁
8. 政府の主張について	45 頁
(1) 「砂川事件」最高裁判決が根拠との主張に関して	45 頁
(2) 「昭和47年政府見解」が根拠との主張に対して	46 頁
(3) 国際環境の変化	46 頁
(4) 「積極的平和主義」に関して	47 頁
9. おわりに	47 頁
第5 河上意見書（甲B41）－安保保障関連法の憲法適合性と立法事実の考察－	
1. はじめに	48 頁
2. 日本国憲法第9条の意味	48 頁
(1) 憲法第9条	48 頁

(2) 学説の状況－9条の解釈	49 頁
3. 従来の政府・内閣法制局の憲法9条解釈	50 頁
(1) 内閣法制局の憲法9条解釈（自衛力合憲論）	50 頁
(2) 内閣法制局解釈への学会の評価	53 頁
(3) 従来の内閣法制局解釈の基本原則とその検討	53 頁
4. 「7. 1 閣議決定」と「安保関連法」の憲法論的考察	57 頁
(1) 「7. 1 閣議決定」とその問題点	57 頁
(2) 安保関連法成立に至る経緯と問題点	59 頁
(3) 「安保関連法」における立憲主義の視座からの論点	62 頁
5. 「安保関連法」の目的適合性の考察－「安保関連法」制定の立法事実への疑問	63 頁
(1) 立法事実への疑問	63 頁
(2) 「国際安全保障環境の変化」を理由とする集団的自衛権行使容認論	63 頁
(2) 安保法制壘での集団的自衛権行使が必要となる可能性があるとしてされた事例の検討	65 頁
(3) 東アジアや国際社会で真の平和と安全を確立するために	68 頁
6. 終わりに	68 頁

記

(はじめに)

原告らは、本件訴訟における極めて重要な証拠として、①学習院大学法科大学院青井未帆教授（以下「青井氏」という。）の「憲法判断をめぐる司法権の役割について」と題する意見書（甲B37。以下「青井意見書」と略す。）、②沖縄大学小林武客員教授（以下「小林氏」という。）の「安保保障法制の違憲性－主として平和的生存権にかんする意見－」と題する意見書（甲B38。以下「小林意見書」と略す。）、③武蔵野美術大学志田陽子教授（以下「志田氏」という。）の「本訴訟原告の訴えと人格権について」と題する意見書（甲B39。以下「志田意見書」と

略す。)、④名古屋学院大学飯島滋明教授(以下「飯島氏」という。)の「安保法制の憲法適合性について」と題する意見書(甲B40。以下「飯島意見書」と略す。)、⑤広島市立大学平和研究所河上暁弘准教授(以下「河上氏」という。)の「安全保障関連法の憲法適合性と立法事実の考察」と題する意見書(甲B41。以下「河上意見書」と略す。)の各証拠調べを申請した。これら5つの論文(意見書)は、本件訴訟における重要争点に関する原告らの主張を裏付けるものとなっている。

そこで原告らは、本準備書面において、これら5つの重要証拠(意見書の内容)を整理し、原告らの主張を裏付けるに足りるものであることを要約的に説明する。

第1 青井意見書(甲B37) — 憲法判断をめぐる司法権の役割について —

青井意見書(甲B37)では、「人権保障における憲法9条の存在理由」や「新安保法制法の内容や制定過程の異常さ、三権の間の抑制均衡の機能が不全状態に陥っていること等を総合的に判断すれば、司法権(裁判所)は積極的に憲法判断に踏み込むべきであること」を明らかにしている。そこで原告らは、以下のとおり、それを整理し要約する(なお、以下頁数は本意見書の頁数である。)

1. はじめに

青井意見書は、2部構成となっている。第1部では、日本国憲法下での憲法訴訟について、これまでの一般的理解を踏まえた上で、客観的な憲法秩序の維持機能を司法裁判所がいかにか果たすかという今日的な課題に焦点を当てて論じている。ここでは、司法過程を通じた法秩序の維持について、潜在的に司法権が果たし得るはずの役割は、まだ理論的にも実務的にも開拓の余地が広いことをアメリカ合衆国の *parens patriae* 訴訟(【注】)を参照対象として検討している。また、司法権の発動要件とされる「事件性」と「憲法判断」の関係を再考し、司法権が憲法判断を下すことによって客観的な憲法秩序の維持に一歩足を踏み出す必要があるかどうかを鍵となることを強調している。第2部では、第1部で得られた知見を本件訴訟に即して応用し、原告らが実質的に求めていることは、「損害の填補」を超えて裁判所の違

憲判断であるところ、「人権保障との関係での憲法9条の存在理由」や「新安保法制
定過程の異常さ、三権の間の抑制均衡の機能不全」などを総合的に検討した結果、
本件がまさに違憲判断に踏み込むべき事案であることを指摘している。

【注】 *parens patriae* [パレンス・パトリエ] とは国親思想とも称され、「人民の父」という意
味のラテン語に由来する法律用語であり、青井意見書では、「判例によると *parens patriae*
たる権能は、政府の根本的な性質に関わり、人間性への利益を守るため、自らを守れない者
への侵害を防ぐためにかかる権能が正当化される、という」とされている（19頁）。

2. 第1部（司法権と憲法訴訟）について

（1）まず、権利と言っても、そこには特定の個人に還元されない客観的な性質
が含まれることを最高裁判所でも認めてきている。そのことを北方ジャーナル事件
（最大判昭和61.6.11 民集40-4-872）、公立図書館事件（最判平成1
7.7.14 民集59-6-1589）等を検討しながら、司法における公的利益
の実現について言及している。そして、司法権が果たしうる役割と守備範囲につい
て、附随的違憲審査を抽象的に運用する一つの限界的な例として、アメリカにおけ
る *parens patriae* 訴訟に手がかりを得て検討している。すなわち、私人が提起し得
ないような利益にかかわる問題状況が存在する場合に、それを政治過程のみならず、
司法過程で争う方法が、私人による提訴がないにもかかわらず、附随的審査制の下
で、「事件及び争訟」要件を満たすものとして存在していることに注目している。

いずれにしても、青井意見書では、そのようにして得られた知見を、憲法9条違
反の立法行為を争う訴訟に用いると、裁判所が取り上げて憲法判断すべき状況であ
るかどうかが主たる問題であり、そうである場合には、司法府が訴えの利益に関す
る判断を柔軟に判断することも理論的に排斥されるものではなく、法律の根拠なく
司法権限りで「事件」と扱うことも、司法権の果たしうる役割の範囲内であると言
うべきである、とされている。

そしてさらに、一人一票訴訟を検討し、客観訴訟においても違憲審査を行うこと
が当然視されていることから、元来、一人一票訴訟は憲法適合性を司法過程で訴え

やすい構造をもっていると言えるのであり、立法府が訴訟形式を法定しているかどうかは重要なポイントであるとはいえ、客観的な法秩序の維持機能を司法府が果たすに当たって、訴訟形式が法定されていることが必ず必要というわけではないという前例があるということが確認される、と述べている。(28頁)

(2) その上で、青井意見書は、第1部の総括として、次のようにまとめている。

(31頁～32頁)

ア 憲法判断とは、もともと他権力の抑制に関わる、政治的性格の強い作用である。いつ憲法判断に踏み込むかについては、憲法上一義的に確定可能なものではなく、基本的には、個々の事案における裁判所の裁量に委ねられている。憲法訴訟において、裁判所の憲法判断に踏み込むに当たっての裁量的判断は、分節化すれば、「事件」の把握の仕方を巡る裁量余地と憲法判断に踏み込む必要があるかどうかについての裁量余地に分けられるが、これらは連動しており、決定的なのは後者であるとされている。

イ 一般論として言えば、抑制的に違憲審査権が行使されることは妥当であるが、過度に抑制的であっては、憲法秩序の維持の任務を果たせないこととなる。違憲判決を下せば政治部門からの厳しい反作用に直面する可能性もあるが、ひたすら回避することは、司法権という権力の恣意的行使である。憲法判断をするのもしないのも、いずれも政治的行為なのである。

ウ 加えて、憲法判断の回避の妥当性を考える際には、アメリカと日本の状況の違いについて留意しなければならない。アメリカでは、違憲審査権を謳う憲法の明文規定がないが、日本国憲法には81条がある。81条は、具体的な事件の存在を要件として掲げているわけではなく、それ自体としては、抽象的な客観的法秩序の維持を述べた規定であり、憲法は、裁判所の責務として「憲法秩序の維持」を割り当てていると言える。すなわち、違憲審査権という権力相互の抑制に関わる権限を、憲法は明文で裁判所の権限に加えているのである。

エ 憲法判断することが「必要な場合」かどうかを判断するには、広く、立

法事実や憲法事実、社会的背景や権力機関の機能状況等に関する正確な理解が不可欠であるとされている。

3. 第2部（安保関連法制定違憲国賠訴訟）について

そして青井意見書は、上記第1部を前提として、安保関連法制定違憲国賠訴訟について、次のように論じている。

（1）人権と9条の意義（56頁～58頁）

憲法9条は、直接に権利を保障した規定ではないが、もちろん人権保障と無関係ではない。そもそも9条は国民の自由や権利との関係で、どう位置づけられるかを考えると、戦争や武力の行使は必ず誰かの自由や人権への侵害をもたらすことに思いを致す必要があるのであって、憲法9条は、実際に権利や自由への侵害が生じてしまつては遅いからこそ、侵害が生じる一歩手前の段階で、そのような個別具体的な侵害が生じることを防ぐための手段だったのではなかったか。このように侵害の手前で制度的に自由を確保するものであることが憲法で選択されたと考えるべきである。このように手前で防止するという性質から、たとえば「防火壁」のようなものである。そうである以上、憲法9条に違反する国家行為が行われたからと言って、従説かかれていた意味での具体的な権利侵害事件として構成することが難しいのは当たり前ではないか。もし、「防火壁」を壊すような国家行為があつても、伝統的な意味での具体的な権利利益侵害が生じていないから裁判所が取り扱えないというのでは、「手遅れになってからではないと扱えない」と言わんばかりであり、一歩手前で防いで自由を確保するという憲法9条の制度の趣旨が没却されてしまう。それでは、結局のところ、人権の保障という司法の果たすべき役割を放棄することにもなりかねない。政治過程を通じた是正とは又別に、司法過程において是正するという方法が試みられなくてはならない場面であると言える、と論じている。

（2）国会の機能不全（58頁～59頁）

また、わが国で三権分立が実際に機能しているのかどうかは、裁判所が憲法判断に踏み込む必要があるか否かを決する上で重要な意味を有する。

憲法9条の下において軍事に関する立法権限が存在することが明確ではない上に、新安保法制法制定の際の国会がそうであったように、国民代表機関であり国権の最高機関である国会がその役割を十分に果たせないときには、憲法の目的である人権の保障が十全に果たされるため、裁判所が担う役割は重大であるということを指摘している。

統治機構全体への国民の信頼を確保し維持するためには、政治部門へのバランスが統治機構内部に求められるが、内閣法制局がかつての役割を果たせなくなっている現在、それは司法府が果たすしかない。

まっとうな政治が行われる為には、国会・議院が自主的・自発的に「病理」から回復することを待つだけでなく、同時に、裁判所という他の権力によって法的評価がなされることによって担保されるということも考え始めなくてはならない。

(3) 三権分立を動的に考える (59頁～62頁)

統治機構の中でどこかが行き過ぎてしまったら、どこかがこれを抑制しなければならない。わが国における統治機構における原則である三権分立すなわち立法権、行政権、司法権の三つの権力は抑制均衡の関係にあると考えられる。しかし、その権力の強さは変わりうるものだから、どこかの権力が大きくなるのであれば、同時に別のどこかの権力が、それを制約できる権限を持つべきであるというように動的に理解すべきではないか。

そして、今権力の状況を考えれば、司法府には、統治機構の上で負っている憲法秩序の維持という任務のため、「一步前へ出る」ことが必要である。安保関連法について安倍晋三首相も、「憲法との関係においては、まさに違憲立法かどうかということも含めて、最終的な判断は最高裁判所が行う、これは憲法にも書いてあることであります。」と述べた。この言葉は善意に解釈すれば、手続的にも内容についても、厳しい批判が寄せられた新安保法制について、「内閣としては合憲のものとして国会に提出し、法律となったが、最終的には最高裁に、法的正当性を判断してもらいたい。」という立場を示しているようにも理解できる。

(4) 芦部信喜博士の提唱されている判断基準 (56頁、61頁～62頁)

芦部信喜博士は、裁判所が憲法判断に踏み込むかどうかのメルクマールとして、①事件の重大性、②違憲状態の程度、③その及ぼす影響の範囲、④事件で問題とされている権利の性質、⑤憲法判断で解決するのと法律解釈ないしその他の理由で解決するのと、その及ぼす影響がいかに違うかという判決の効果など、総合的に検討すべきすべきであるとされている。

青井意見書では、本件はまさにそのような場合に当たると言える、と述べている。

(5) まとめ (63頁～64頁)

ア 青井意見書では、司法府が憲法判断に踏み込むに当たって有する広い裁量に焦点を当てて、憲法判断に踏み込むべき理由が存在するかどうかが正面から問うべきであると強調している。憲法判断することが「必要な場合」かどうかを判断するには、広く、立法事実や憲法事実、社会的背景や権力機関の機能状況等に関する、正確な理解が不可欠であるとしている。安保関連法制定に当たっては立憲主義の危機が多く論者から指摘され、手続的にも実体的にも、異例かつ異常な権力行使がなされた。本訴訟ではまさにそのような諸事実を、白日の下にさらさなければならぬ。後世の検証にも耐えられるような丁寧な事実認定が求められる。

2001年の司法改革審議会報告書が指摘するように、裁判所は具体的な事件を契機に、その判断を通じて、「公共的価値の実現」をなすものであり、「公共性の空間」を支える柱である。かかる役割を果たすことが強く求められている。

イ 憲法改正手続が定められているところ、それを無視して国家の最高法規である憲法を変更しうるとすれば、法律よりも上位に憲法という法規範があるという想定自体が崩れる。これは憲法に基づく政治という、立憲主義のコアにある考えを、正面から否定するに等しい。このように曲げてはならない原則を守り続けられるかが今問われているのである。

ウ 青井意見書では、戦争や武力の行使による具体的な自由への侵害が発生する手前で、そのようなことが起こらないよう、未然に防ぐ為に、憲法9条という

ドラスティックな方法がとられたことを強調している。いわば「防火壁」としての側面であるが、それが政治部門によって破壊されることなく機能するためには、三権及び国民が協働することが重要である。それが必要と判断される場合に、侵害の「おそれ」に最も敏感な者など、日本国憲法の言う国民のコミットメントを「代表」するのに適切な者に9条違反の立法を司法過程に提起することを認めることも、司法権の範囲にある。本件訴訟がそうであるように、私人である原告が司法過程を通じて法秩序の維持を求めることは、正しい政治あるいは立憲主義を実現する道筋の一つでもある。

立憲デモクラシーが機能するには、「何かおかしい」と声を上げる方法は、複数なくてはならない。政治と法との関係は、行きつ戻りつしながらも、良い習律を積み重ねる努力をして、作り上げるものである。国民はそのアクターなのであって、立憲主義の維持は、三権のみならず私人も協働して、不断に求め続けなければならない。

エ 憲法81条に規定された司法審査権は裁判所の権限であり、裁判所に、他権力の統制による憲法維持秩序の責務を負わせている。政権は国防軍の創設や緊急権条項の新設に関して意欲を示しており、それが現実味を帯びる状況で、否が応でも裁判所が事後的に政治の判断の正しさのチェックをする必要性は高まっている。憲法判断に踏み込むことも踏み込まないことも、いずれも政治的判断にほかならないのである。

今の状況の中で、裁判所が政治と異なる「法」の論理で動く機関であることを主張し続ける為には、動態的な憲法秩序維持の一部として、政治の追認ではなく政治とは違う論理を一貫させることでしか、国民の信頼をつなぐ方法はないのである。

と青井意見書は結論づけている。

第2 小林意見書（甲B38）－安全保障法制の違憲性（主として平和的生存権にかんする意見）－

小林意見書（甲B38）は、「安保法制は原告らの平和的生存権を侵害するものであり、かつ平和的生存権は裁判規範性を備えていること」を明らかにしている。そこで原告らは、以下のとおり、それを整理し要約する（なお、以下頁数は本意見書の頁数である。）。

1. はじめに

この小林意見書は、安保法制の憲法適合性について、憲法学的に検討を加え、それが疑問の余地なく明瞭に違憲であることを論じたものであり、特に同法制が憲法前文に定められた平和的生存権（平和のうちに生存する権利）を侵害するものであることを明らかにし、同時にこの権利が裁判規範性を備え、原告の提訴の十分な根拠となり得るものであることを論証しようとするものである。（3頁）

そしてその要旨は、①安保法制は疑問を容れる余地のないほど明白に違憲であること、②平和的生存権は裁判に耐えうる十分に成熟した実定憲法上の権利であること、③国民は平和的生存権に依拠して安保保障法制の違憲性を訴求できる立場にあること、ということになる。

2. 小林意見書の概要

小林意見書の内容を整理しそれを要約するとすれば、次のようにまとめることができる。

（1）安保法制の疑問の余地ない違憲性（6頁～23頁）

ア 従前の防御法制、とくに自衛隊の憲法適合性（6頁～10頁）

（ア）軍事力保持と政府解釈の変遷（6頁～7頁）

小林意見書では、この点について、「1954年、自衛隊を創設した時点で、政府は『自衛隊戦力合憲論』に明確に転じた。その見解は一様ではないが、主に主張されるのは、国家には本来自衛権が認められており、自衛のための必要最小限度の実力である『自衛力』をもつことは9条の下で許される、という趣旨の論理である（自衛力論）。そしてその後、この『自衛力』概念が拡大され続けた。」としている。

（イ）学会通説の自衛隊違憲論（7頁～8頁）

そして、「学会の通説は、憲法9条を戦争と軍備を全面的に禁止した規範と解する。ついで、この通説は、その名称が何であれ、自衛隊は、その人員・編成方法・装備・訓練・予算等の実際に即して判断すると、憲法9条2項の『戦力』に該当するものとして違憲であるとする。」としている。

(ウ) 自衛隊の海外派遣と憲法的評価 (8頁～9頁)

また、わが国の防衛法制(安全保障法制)の経過について、以下のとおりに整理し、「第1段階は1954年の自衛隊創設(⑥)、第2段階は1992年に制定された「PKO協力法」に基づく自衛隊の海外派遣(⑩)、第3段階は2001年制定されたテロ対策特措法(⑭)及び2003年に制定されたイラク特措法に基づく自衛隊による米軍に対する後方支援活動(⑮)という流れをたどってきた。」とする。

そしてさらに、憲法研究者の考え方の推移については、「第1段階ですでに、警察予備隊、保安隊とくに自衛隊、および駐留米軍の存在は、それ自体が9条に違反するとの見解が成り立ち、今般の安保法制を意見とする憲法学者の多くは、そもそも「戦力」に該当し自衛隊の違憲性は明らかであるとする見解を採っている。第2段階では、第1段階では自衛隊を違憲と評価しなかった人の相当数が、海外派遣については憲法上許されないものと解することになった。第3段階では、自衛隊の武力行使を伴わないことを建前とした海外「派遣」の段階から、それを伴う「派兵」へと防衛法制が進行したことになり、それを違憲と評価する人々の層はより厚くなった。」と整理している。

【わが国の安全保障法制の経過概要】

- ① 日本国憲法は、1947(昭和22)年5月3日に施行され、戦争放棄と戦力不保持の平和主義を基本原理の一つとした。
- ② しかし、1950(昭和25)年6月に朝鮮戦争が勃発し、米国の対日政策の転換もあって、同年8月には警察予備隊が創設され、
- ③ 1951(昭和26)年9月には片面的な平和条約の調印と同時に旧安保条

約が締結され、

④ 1952（昭和27）年7月には保安庁法が制定されて警察予備隊が保安隊に改編された。

⑤ その後、1954（昭和29）年3月に日米相互防衛援助協定が締結され、

⑥ 同年6月には自衛隊法と防衛庁設置法が成立して保安隊が自衛隊となり、

⑦ 1960（昭和35）年6月には新安保条約が締結され、次第に日米軍事同盟が強化され、

⑧ 1978（昭和53）年11月には有事を想定した「日米防衛協力のための指針」（旧ガイドライン）が合意された。

⑨ そして、1990（平成2）年8月にはイラク軍が隣国のクウェートに侵攻する湾岸戦争（第一次イラク戦争）が起こり、多国籍軍に対する資金拠出がなされ、

⑩ 1992（平成4）年6月にPKO協力法（国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律）が武力の行使を伴わないことを条件として成立し、

⑪ 1996（平成8）年4月には日米安保共同宣言が出され、

⑫ 1997（平成9）年9月には周辺事態における日本の支援に焦点をあてた「日米防衛協力のための指針」（新ガイドライン）が策定され、

⑬ 1999（平成11）年4月には周辺事態法など新ガイドライン3法が成立した。

⑭ 2001（平成13）年9月11日に米国で同時多発テロが発生し、同年10月には自衛隊の米軍後方支援を可能にするテロ対策特措法が成立し、

⑮ 2003（平成15）年3月には第二次イラク戦争が開始され、同年6月には武力攻撃事態対処法など有事関連3法が成立し、同年7月にはイラク特措法（4年間の時限立法、2年間延長）が成立し、同年12月から自衛隊がイラクに派遣され（2009（平成21年）2月に活動終了、

- ⑯ 2004（平成16）年6月には国民保護法など有事関連7法が成立し、
- ⑰ 2005（平成17）年1月には防衛庁が防衛省に格上げされた。
- ⑱ さらに、2013（平成25）年12月には特定秘密保護法が成立し、
- ⑲ 2014（平成26）年7月1日には「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」と題する閣議決定がなされ、
- ⑳ 2015（平成27）年4月には新たな「日米防衛協力のための指針」（新・新ガイドライン）が合意され、
- ㉑ 同年5月には新安保法制法案が閣議決定の上、国会に提出され、同年9月19日には同法案が原案のまま成立し、2016（平成28）年3月29日から新安保法制法が施行されるに至った。

（エ）集団的自衛権行使容認への踏み越え（10頁）

しかし、安倍内閣が集団的自衛権行使を容認する方向へ舵を切ったことについて、小林意見書は、「防衛法制（安全保障法制）を、段階をおって軍事力強化の方向で進めてきた歴代の政権も、個別的自衛権にとどまることが憲法上許容される限界であると解してきており、そうした見解はひとつの憲法習慣といえるものにまで成熟していた。ところが、2015年、集団的自衛権行使を容認する安保法制法案が成立した。そして、安保法制に対して、憲法学者のほとんどすべてが憲法違反だとする見解を表明した。」とまとめている。

イ 安保法制のどこを違憲ととらえるか（11頁～23頁）

小林意見書では、安保法制の違憲性について、「戦後日本政治においては、憲法違反と評価されてしかるべき立法が少なからず制定されてきた。自衛隊法はその典型であって、少なくとも憲法学者は、今も、その過半がこれを違憲と判断しており、判例にも、これを積極的に合憲としたものはない。しかし、今般の安全保障法制ほど、憲法学者がほとんど例外なく意見と断じたものはない。」（11頁）とした上で、次のように整理している。

（ア）憲法規範への違背（11頁～18頁）

I 平和主義侵害（11頁～16頁）

(i) 小林意見書では、この点について、「政治権力が必要に応じて自由に軍事行動を行うことを可能にするために立憲主義の枠を破砕したことが問題の本質である」（11頁）として、安保法制各法における9条違反の主要点をつぎのように整理している。

すなわち、「武力攻撃事態法改正や自衛隊法改正などの『存立危機事態』対処法制は、集団的自衛権行使を認めたものであり、憲法9条に真っ向から反する。」、「国連の集団安全保障措置（軍事的措置）への参加は、9条に違反する。」、「外国軍用品等会場輸送規制法も存立危機事態への対処を内容としており、他国の領海や、公海全体に広がって武器の使用を許容する強力な戦時臨検を認めるもので、これを合憲とすることは至難の業である。」、「重要影響事態法は、自衛隊の支援活動を行える地理的な枠組みを取り払い、支援活動を兵站活動まで広げている。支援活動に従事する自衛隊は、相手国から敵とみなされ、攻撃の対象とされ、自衛隊は相手国に反撃せざるを得ず、武力の応酬による交戦状態が発生する危険性・蓋然性は極めて高い。重要事態法は、自衛隊の海外における武力の行使に道を開くものとして憲法9条違反である。」、「国際平和維持活動協法力の改正は、安全確保業務と駆け付け警護を追加し、任務遂行上で、武器の使用を認めている。これは、『武力行使』を禁止し、『交戦権』を否認した憲法9条に違反するといわなければならない。」、「新設された自衛隊法95条の2は、自衛隊の武器等の防護でさえ憲法上の疑義があるのに、他国軍隊の武器等防護のために武器使用を自衛官の権限として認めていることは、憲法9条に違反する。」としている。（11頁～14頁）

(ii) さらに小林意見書では、「安保法制は、憲法学者の圧倒的多数が違憲と判断している。実質的にはすべての憲法学者が、と言って過言ではない。それほど内容上憲法に適合せず、制定手続上も憲法の枠を破壊してやまない法律である。ただ、その違憲を論じる際、若干の留意が必要である」（14頁～15頁）として、「9条違反の論じ方」を次のように整理している。

すなわち、「個別的自衛のための武力の行使・戦力の保持をも許していない、とする憲法学の通説からすれば、集団的自衛権の行使はそもそも一見明白に違憲とされる。これに対し、政府が1954年の自衛隊設置の頃以降採ってきた公定解釈を受容する見地においても、集団的自衛権の行使は憲法上当然に認められないとされていた。今般の安保法をめぐる憲法論議には、これをベースラインにして違憲を説く見地が前面に出ている。少なからぬ憲法学者の違憲の論陣は、7. 1閣議決定以前の政府解釈からの逸脱を問題視し、それを9条違反と断じるものであった。ただし、9条違反それ自体を問うなら、集団的自衛権の行使については、政府解釈をベースとするのではなく、9条自体にもとづいて当然に違憲となると論じるべきである。」とする。(14頁～16頁)

II 民主主義、憲法改正・決定権の侵害 (16頁～18頁)

小林意見書は、この点について、「安保法制の違憲性は、それが民主主義を臨終するものであるところにも明らかである。」として、次のとおり、その違憲性をまとめている。

(i) 憲法のありようを根本転換させたものである集団的自衛権の行使容認を閣議決定による解釈でもって容認したことは、法学上のクーデタにあたる。

(ii) 安保法制の各法において国会による承認の制度が欠落していることは民主主義の侵犯である。 軍事力を議会が統制するシステムが整備されていることが立憲民主主義にとって不可欠の条件であることは言うを待たない。しかし、我が国では、自衛隊活動の国会承認については、事前承認主義から事後承認主義へ、そして報告主義へと後退の過程をたどっている。今回の安保法制各法でも、事前承認性を採ったのは新法の国際平和支援法だけである。

(iii) そして、国会承認に関して看過してはならないのは、特定秘密保護法の存在である。自衛隊が海外で武力行使をする根拠が、主権者である国民に公開されないという重大な事態が懸念されるのである。

(iv) 法案審議の過程は、その実態において、議会制民主主義に求めら

れる要件をすべからく満たしていないものであった。

(v) 安保法制のもたらす民主主義への侵犯は、同時に、権利論の角度からは主権者国民の憲法改正・決定権の侵害にあたる。

(イ) 立憲主義そのものの破壊 (18頁～23頁)

小林意見書は、安倍内閣の安保法制について、「立憲主義そのものの破壊」と断じ、次のように整理している。

I 今回の安保法制は、それまでの立法と比べても、立憲主義侵犯がそれ独自のものとして鮮やかに立ち現われ、それを土台にして、平和主義侵害、民主主義侵害という違憲問題が惹き起こされているといえる。

II 立憲主義の破壊を最も顕著に示したものが、7.1閣議決定である。集団的自衛権にかんしその行使は容認されないという解釈は、60余年にわたって政府が保持し、政治実例の中に具体化され、憲法慣習あるいは規範にまで昇格し、9条の骨肉と化していたものであったが、それを、一片の閣議決定によって容認へと転じさせたのである。

III 政府は、この解釈転換を正当化する論拠として、1959年の砂川事件最高裁決定と72年の政府見解を持ち出す。しかし、この2つの論拠は、それを安保法制の合憲性の根拠としたことには論理的に矛盾があり、およそ憲法解釈といえる類のものではない。

IV 立憲主義の破壊は、憲法及びそれと一体をなす法令の保障する権利ないし法的権利への重大な侵害を惹き起こす。その主要なものは、平和的生存権、人格権、憲法改正・決定権への各侵害である。

(2) 救済の要としての平和的生存権 (23頁～51頁)

上記のとおり、小林意見書は、「立憲主義の破壊は、憲法及びそれと一体をなす法令の保障する権利ないし法的権利への重大な侵害を惹き起こす。その主要なものは、平和的生存権、人格権、憲法改正・決定権への各侵害である。」(23頁)と断じ、この項において、平和的生存権の裁判規範性を深めて行く。

ア 平和的生存権の保障の意義と裁判規範性（23頁～26頁）

（ア）「平和への権利」の国際動向と日本国憲法の「平和的生存権」（23頁～25頁）

小林意見書は、「平和的生存権」について、国際的観点から、概要、「日本国憲法の平和的生存権規定の源泉は、1941年のルーズベルトの『4つの自由』宣言とそれをふまえた大西洋憲章にある。この点で、平和的生存権は、立憲主義憲法の発達史を継承し、普遍的な性格をもつものであるということが出来る。同時に、各国の憲法典レベルでは、日本のような形でこの権利を実定法化したものは他に見当たらず、日本国憲法がこれを実定規範として挿入した最初のものであるといえる。ここにも、この憲法の重要な先進性が認められる。」とし、「日本国憲法の平和的生存権規定は、こうした国際動向の中で成立している。」（24頁）という。

また同意見書では、「内容的に、日本国憲法の場合、9条が戦争および戦争準備と軍備とを全面的に否認する法的制度を設け、それに対応する形で前文において主観的権利として平和的生存権が定められており、この両者が一つの平和主義の2つの側面を形づくる格好で体系的構造になっている。しかも、この権利は、13条を媒介にして、第3章の諸人権の基底に置かれ、かつ、各人権と結合して個別的・具体的に機能する。平和的生存権は、このようにして、憲法上、完結した形で保障されている。」（24頁）としている。

（イ）平和的生存権の裁判規範性（25頁～26頁）

ところで、「憲法前文が本文と同一の法規規範性をもつものであることは、今日では、判例・学説双方において異論なく承認されている」が、議論されているのは、裁判規範としての性格を備えたものであるか否かである。この点について、小林意見書は、「平和的生存権の裁判規範性について、従来の憲法学説は否定説が多数であったが、今日では肯定説も有力である。裁判例では、自衛隊イラク派兵訴訟の名古屋高判平成20年4月17日判時2056号74頁及び岡山地判平成21年2月24日判時2046号124頁が裁判規範性を明瞭に肯定した。」（25頁）としている。

イ 平和的生存権の法的構造（26頁～35頁）

（ア）平和的生存権の権利内容（26頁－29頁）

この点について、小林意見書では、「第3章の諸人権中で13条『幸福追求権』の位置付けに格別に留意すべきである。すなわち、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盤的人権であり、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・受容しているものと理解すべきある。したがって、9条違反行為が個別の人権の侵害を惹起していないという場面でも、平和的生存権のみを援用するのではなく、13条の権利をとりあげ、これが平和的生存権とともに侵害されているとして、両者を一体的に主張する、という論立てが説得的である。ただし、この場合、平和的生存権を主体的に位置付け、副次的に13条の権利で補うという構成が妥当である。」（27頁）とし、さらに、「本件訴訟では、まさに、安保法により平和的生存権への侵害は人間の尊厳の破壊にまで至る重大根本的なものであり、かつ、その範囲は、派遣を強いられた自衛隊員をはじめ、その家族、さらにすべての国民に及ぶといえる。この法制の違憲性、権利侵害の度合いの量り知れない大きさが、特定性を充足させるのである。」（27頁）としている。

（イ）平和的生存権の根拠規定、享有主体、成立要件、法的効果（29頁～32頁）

小林意見書では、被告国（否定説）が根拠規定、享有主体、成立要件、法律効果（法的効果）などの点で不明確であると批判する点についても、次のとおり言及し反論している。

I 平和的生存権の実定憲法上の根拠は、日本国憲法前文第2段末尾の規定が「平和のうちに生存する権利」を国民のまさに「権利」として明文で定めているところに求められる。これは、きわめて見やすい規範上の根拠である。

II 憲法は「人権としての平和」という考え方に立って、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、享有主体は国民個人であると見るのが妥当である。

Ⅲ 平和的生存権侵害が生ずるのは、9条違反の国家行為がなされたときに権利侵害が発生する、と解することができる。権利侵害の発生要件について、不明確ないし不透明な点は見出しがたい。

Ⅳ 平和的生存権を裁判上主張することによって生じる法律効果は、国家賠償請求のほかに、差止めの請求をすることができる。

(ウ) 平和的生存権の憲法上の根拠—「平和」の意味の9条による充填（32頁～35頁）

小林意見書では、「上記の各要素のうち、これまでもっともきびしく争われ、また平和的生存権の裁判規範性を積極的に解する説にとっても、より深めておくべきテーマは、いわゆる根拠規定、すなわち平和的生存権の憲法上の根拠をどこに見出すかである。」と指摘し、同意見書では、概ね、以下のような意見を述べている。

「憲法前文が、全世界の国民が平和のうちに生存する『権利』を有するとしたのは、平和をまさに権利として把握したことを意味する。この前文に直接の根拠をもつ平和的生存権は、9条で具体化された上で、ひとつは、13条をはじめとする第3章各条項に定められた諸人権と結合して機能し、またひとつには、第3章の各人権がカバーしていない領域ではそれ自身が独自の意味をもつ人権として働くものであるといえる。要するに、前文の『平和のうちに生存する権利』の意味内容は、9条によって充填され、それによって具体性をそなえた人権として機能しうるものとなり、かつ、第3章の人権条項と相俟って個別の事案において働くことになる、と解することができる。すなわち、『平和のうちに生存する権利』にいう『平和』は、他ならぬ日本国憲法自身、何よりも9条（および前文の第1、第2）によって特定の意味を付与された『平和』であるから、9条違反の政府の政策が行われたとき、それは即、平和的生存権を侵害したものと評価されるのである。」（32頁）、「このようにして、平和的生存権は、憲法の平和主義に違反する政府の行為、つまり本件

でいえば安保法制の制定・運用の憲法適合性を判定する実体規範として機能する。
と同時に、この権利は、9条違反の政府行為に対して市民個人が法廷で争うため
の手続き規範としてはたらく。すなわち、日本国憲法の平和的生存権は、個人の人
権保障に資する主観的権利でありながら、市民がそれを用いて政府の平和に反した
政策をただすという客観的機能を果たすことになる。これがこの権利本来の役割で
あるといえよう。」(34頁～35頁)

ウ 安保法制の現実的運用の中での平和的生存権－南スーダンPKO派遣 の問題 (35頁～40頁)

小林意見書は、以上の論述をふまえて、「安保法制の具体的な適用事例として南スーダンPKOへの自衛隊派遣を取り上げて、そこでの事態における平和的生存権の問題について検討しておきたい。」(35頁)とし、概略、以下のとおりその意見を述べている。

(ア) 南スーダンPKO部隊の新任務と撤収 (35頁～38頁)

「PKO協力法は、1992年6月に制定された当初から、憲法9条違背が指摘されてきた。各国軍隊が派遣される国連PKO＝PKFは本質的には軍事力を行使するものであり、わが国自衛隊がその一員として活動することは、同条1項が禁ずる「武力の行使」にあたり、また、自衛隊を海外に派遣することは自国防衛の範囲を超えて「専守防衛」の大原則に反し、そのような自衛隊は、同条2項が不保持を命じる『戦力』となるからである。」(36頁)

「同法は、1998年、部隊として参加した自衛官による武器使用について、原則として上官の命令によることを内容とする改正が加えられたが、上官の命令による武器の使用は組織としての武器使用であり、9条1項の禁止する『武力の行使』に該当し、違憲性の度合いが増した。」(36頁～37頁)

「安保関連法の一環としての改正PKO協力法によって新任務が加えられたが、この改正法は、実質において法令違憲は疑いのないものになった。すなわち、新任務とされたものは、駆け付け警護と外国軍隊等を守るための武器使用、宿営地の共

同防護と任務遂行に必要な武器使用、および、現地住民保護・巡回・検問等で任務遂行に必要な武器使用である。これらは、武力行使や武力による威嚇にあたり、9条1項に違反するとともに、2項の戦力不保持および交戦権否認規定にも反している。」(37頁)

(イ) 南スーダンPKO訴訟における平和的生存権の主張 (38頁～40頁)

「南スーダン国連平和維持活動(PKO)に派遣された陸上自衛隊部隊の撤退を求める訴えにおいて、原告は、次のような形で平和的生存権を侵害されている。まず、安保関連法の制定で、今までの自己保存型の武器使用ではなく、政府の命令により相手に向かって銃を撃つ可能性が格段に拡大されたため、派遣された自衛隊、また日本国民も主権者として加害者の立場に立つことになった。これは同時に、相手方が自衛隊員やその関係者を殺傷する現実的な危機が格段に高まり、被害者たる地位に置かれることを意味する。つまり、政府による違憲の行為から自衛隊の生命を守り、隊員や家族、そして国民すべての人間としての尊厳を守ることは、主権者国民自らの平和のうちに生存する権利の内容をなすものであるが、いま侵害されているのである。この点で、平和的生存権は、個々人に孤立的に付与されたものではなく、個人と社会との関係性の中で捉えられる、国民の共存的権利であることが明らかになる。」(39頁)

エ 参照したい2つのイラク訴訟裁判例 (41頁～48頁)

さらに小林意見書では、以上の意見書で述べている点について参考にした2つのイラク訴訟判決(名古屋高裁、岡山地裁)を挙げ、概略、以下のとおりこれら2つの判決の読み方を説いている。

(ア) 名古屋高裁判決の意味と意義 (41頁～46頁)

I 自衛隊運用の9条1項違反 (41頁～43頁)

「名古屋高判平成20年4月17日は、自衛隊のイラク派兵に対して、差止め、違憲確認及び国家賠償を求めていた市民の控訴につき、空自の輸送活動について、傍論ながら、イラク特措法に違反し、かつ憲法9条1項に違反すると明瞭に断じた。」

(41頁)

II 平和的生存権にもとづく訴求の肯認 (43頁～45頁)

「名古屋高判は、長沼訴訟第1審判決を進めて、戦争に加担したくないという市民の良心の蹂躪が平和的生存権侵害にあたる可能性をもつことを肯定した。つまり、それによって、平和的生存権は、戦争によって生命・身体が脅威にさらされることを拒否する権利であるにとどまらず、自国による、あるいは他国と共同しての戦争行為等の違憲行為に加担・協力を強制されるような場合でも裁判所に対して保護救済を求めうる具体的な権利であることが確認されたのである。また、日本国憲法が、平和は国家の政策に委ねられるものではなく、人権と一体となった市民の選択する価値であるとの理念をもつことの憲法思想的意義を照らし出してもいる。」(44頁)

(イ) 流れを強めた岡山地裁判決 (46頁～48頁)

「名古屋高判に続けて、平成21年2月24日に岡山地裁判決が出た。平和的生存権の権利内容を具体的な権利名を例示的に挙げる形で明らかにしたところに、この判決の最大のメリットがある。それは、今後、市民が政府による平和憲法侵害に、裁判所をとおして対抗しうる通路を拓げることに資するであろう。」(48頁)

(3) 結びにかえて (48頁～51頁)

そして最後に、小林意見書では、そのまとめとして、概略、「市民は、自らの主観的権利である平和的生存権を通路として、戦争に向かいかねない政治を正し、そのことによってこの国の憲法の擁護・再生をはかろうとするものである。それを受け止める裁判所に求められるのは、当然のことながら、あくまで法的判断である。そして、法的判断の結果が政治的にいかなる意味を有しうるかは、裁判所が考慮しなくてよい要素である。」(50頁)と主張している。

第3 志田意見書(甲B39) —本訴訟原告の訴えと人格権について—

志田意見書は、「人格権の意義とその内容」、「新安保法制法が原告らの具体的な人格権を侵害していること」を明らかにしている。そこで原告らは、以下のとお

り、それを整理し要約するものである(なお、以下頁数は本意見書の頁数である。)

1. はじめに

志田意見書は、本訴訟の原告の訴えを理解するにあたって「判例上『人格権』として確立した内容はもとより、それにとどまらず人格権の本質に照らした理論射程への理解が必要」という問題意識から作成された論文である(4頁)。また、志田意見書は、後述するとおり、安保法制違憲国賠東京訴訟(以下「東京訴訟」と略す。)の準備書面や原告ら陳述書での主張内容を下にして、「生命と生活に直結した人格権」と「人格的自律を中核とした人格権」の2つに区分するものの、「この2つの内容は性質上切り離せない部分を多く含むことから、両方を同時に含む被害内容も含まれている」として、原告らの人格権の理念型を整理している(6頁)。

2. 本訴訟において裁判所に求められる姿勢

志田意見書は、「人格権は、その侵害を認定するさいに物理的客観的基準を立てにくく、認定は、判断者(裁判官)の見識に負うところが大きい。しかしこの難しさ、裁判で判断を求めるに足る具体的な争訟性を有しているか否かの問題は別である。裁判所は権利の問題として認知すべきところは、価値観ないし政治的見解としてみるのではなく、しかるべく認知する職責を負っている。また、人格権はそれ自体がまだ比較的新しい権利であるため、現実社会の動きによって新たな局面が開拓されてくる余地を多く残している」(5頁)とし、さらに、「『権利』の思考は、たとえばその周辺に価値観・価値感情・見解の衝突の問題が起きていようとも、その部分に左右されずに権利のそのものの内容とその侵害の事実を認定することを求める思考である。この『権利』の主張が民主過程においても司法過程においても適切な真摯さをもって扱われなくなるとすれば、人権保障の構造的な形骸化が起き、憲法尊重擁護義務及び違憲審査制を定めた現行憲法の規範的意味が根底から見失われることとなる」(5頁～6頁)として、本訴訟を担当する裁判所に対し、しかるべく必要な法的判断を求めている(6頁)。

3. 人格権侵害の被害論の整理

志田意見書では、本件訴訟で原告が主張する人格権侵害の被害論を①「生命権」ないし「生命的人格権」と②人格的自律に関わる「人格権」に整理している（6頁～7頁）。

このうち①「生命権」ないし「生命的人格権」については、様々な点を縷々検討し、「これまでの判例の蓄積からは、原告の抱く不安感が現在の社会情勢や歴史の教訓への知見から見て十分に根拠のある不安感であり、通常的感受性の人がある立場に立った時には当然に感じると考えられるものである場合には、具体性を備えたものとして法的に真剣に扱うべきものである。したがって、この侵害の訴えが『漠然とした不安感』と言うべきものなのか、戦争の実体験や社会的知見、歴史への理解などから《ある結果を恐れるにつき相当の根拠が存在する、ゆえに法的保護を有する具体的被害である》と言うべきものであるかについて、裁判所が立ち入った審理を行う必要がある」という（10頁）。

他方、②「人格的自律に関わる人格権」については、『生命権』と『幸福追求権』は、かなりの部分重なり合いつつ、原理的には異なる中心を持つ2つの概念と見るほうが理にかなう。『精神的自由』に属する権利群と『人身の自由』とを定めている日本国憲法は、人間存在を精神的人格的要素と身体的物理的要素の両面を併せもつものとして、その両面から保護しようとしている」という理解を前提に、憲法13条は「生命権（生命的人格権）」という権利保護カテゴリーのみならず、「人格的自律に関わる人格権」も保障しているとし、その上で、「本意見書もそのような立場から、《生命の価値の絶対性》と《人格的自律の価値》の両方からその保護が認められる事例については、人格権の内部で取り扱う」という（14頁～15頁）。

4. 人格権に関する日本型「理論射程」の形成と内容

志田意見書では、以上のような人格権侵害の被害論の整理を前提として、人格権に関する日本型「理論射程」の形成と内容という視点から判例を分析している。すなわち、志田意見書では、「わが国で従来から裁判上認められてきた人格権は、およそ《生命・性格にかかわるもの》《名誉権・プライバシー・氏名名称にかかわるも

の》《生活妨害にかかわるもの》の3類型に大別され、さらに近年の傾向として、より精神的・内面的な問題を内容とする事例が増加している」(15頁)と述べた上で、下記の判例等について検討を加え、安保法制違憲訴訟の原告らの場合に関する分析を行っている。

(1) 昭和39年9月28日最高裁判決(宴のあと事件)

小説作品がプライバシー侵害に問われた「宴のあと事件」は、我が国で「プライバシー権」に基づく損害賠償請求が認められた最初の事例とされる。「宴のあと事件」判決の結論部分を見ると、「これ(被告の行為)によって、原告は平安な余生を送ろうと一途に念じていた一身上に耐えがたい精神的苦痛を感じた」ことが書かれている。原告のこの事情が、新たな権利の承認とその侵害の認定の決定的な根拠になるのであれば、本訴訟原告が訴えている苦痛も、これと同じ評価を受けるべきである。

この「宴のあと」裁判において現れたプライバシー侵害の判断基準の概要を整理すると、(1) 私生活上の事実、またはそれらしく受け取られるおそれのある事柄であること、(2) 一般人の感受性を基準として当事者の立場に立った場合、公開を欲しないであろうと認められるべき事柄であること (3) 一般の人にまだ知られていない事柄であること、(4) このような公開によって当人が現実には不快や不安の念を覚えたこととなる。ここで、その後確立していく「人格権」という総合的な概念一般に通じる部分を取り出すと(1)の「それらしく受け取られるおそれのある事柄」という基準は、当該私人(原告)を苦悩させる情報が厳密に事実と合致した情報でなくとも、原告を苦悩させるに足る事情が成立していればよいということである。

(2)については、一般人の感受性を基準として当事者の立場に立った場合を基準とすることとなっている。(3)については、プライバシー権のみにかかわる要件なので検討を省略し、(4)の当該私人が現実には不快や不安の念を覚えたこと、と言う要件については、当該私人である原告本人を基準としている。・・・これら(1)(2)(4)を合せて考えると、当該個人が相当の理由を持って、将来の「おそれ」に対して不快や不安の念を現実には抱いているときには、人格権によって保護すべき利益

への侵害を受けていることになる。そして、裁判所は相当な理由のある不快や不安と言えるかどうかについては、一般人の感受性を基準として当事者の立場に立つことを求められている。本訴訟で言えば、原告の抱く不安感や恐怖感が一般人の感受性を基準として当事者の立場に立った場合に首肯できるものであれば、その不安感や恐怖感は保護に値するものとして認められなければならない。そのための検討は裁判所において必ず必要なものである。(19頁～20頁)

(2) 平成14年9月24日最高裁判決(石に泳ぐ魚事件)

「人格権」という用語を明確に使った事例である「石に泳ぐ魚事件」で最高裁は「本件小説の出版等がされれば、被上告人の精神的苦痛が倍加され、被上告人が平穩な日常生活や社会生活を送ることが困難となるおそれがある。そして、本件小説を読む者が新たに加わるごとに、被上告人の精神的苦痛が増加し、被上告人の平穩な日常生活が害される可能性も増大するもので、出版等による交渉を差し止める必要性は極めて大きい」と判示している。このことを人格権一般に当てはまるように抽象化して言い直すと、「(予想される被告の行為が実現するならば、原告の) 精神的苦痛が倍加され、(原告が) 平穩な日常生活や社会生活を送ることが困難となるおそれがある。そして、(予想される事情が) 新たに加わるごとに、被上告人の精神的苦痛が増加し(原告の) 平穩な日常生活が害される可能性も増大するもので(その原因となっている行為を) 差し止める必要性は極めて大きい」ということになる。本件訴訟について言えば、原告の訴えの内容は、なんらかの物理的・身体的な侵害の危険性が発生しているか否かとは別のこととして、具体的権利侵害の問題はすでに発生しているのであり、その訴えは人格権に基づいた法的な請求として認められなければならない。

さらに、人格権は、憲法上最も手厚く保護すべき「表現の自由」に対してさえも、損害賠償のみならず差し止めまでが認められるほど強い保障を受ける権利として認められていると理解すべきであり、主張される人格権の内容が生命・生活・人生設計の根幹に関わる選択に直結するものであるか、対抗利益のほうに「表現の自由」に

認められるような優越的権利性がない事例では、人格権のほうに決定的なウエイトがおかれるべきことになる。ここで仮に対抗する諸事情を勘案する必要が生じたとしても、たとえば違法な国家行為や真正の公共性が認められない国家行為の前では、その権利ないし利益を放棄して違法な国家行為の結果を受忍するいわれは、原告にはないことになる（20頁～23頁）。

5. 本訴訟の訴えと人格権の諸相

また、志田意見書では「前述した人格的自律とした中核的原理とする人格権は、生命にかかわる関心を内容とする人格権とも相当な部分において重なるものである。そして、この2つの中核的利益が重なる部分、すなわち〈生命・健康にかかわる自立〉の問題としての人格権については、その性質上特に重く斟酌されるべきものである」（27頁～28頁）と述べ、下記の判例等について検討を加えている。

（1）大阪高等裁判所昭和50年11月27日判決（大阪国際空港夜間飛行禁止等請求控訴、同付帯控訴事件判決）

同判決は「人格権の内容となす利益は人間として生存する以上当然に認められるべき本質的なものであって、これを権利として構成するのに何ら妨げはなく、実定法の規定をまたなくとも当然に承認されるべき基本的権利というべきである。また、実定法の規定をまたなくとも当然に承認されるべき基本的権利であるというべきである。また、従来、人格権の語をもって、名誉、肖像、プライバシーあるいは著作権等の保護が論ぜられることが多かったとしても、それは、人格的利益のそのような側面について、他人の行為の事由との抵触及びその調整が特に問題とされることが多かったことを意味するにすぎず、より根源的な人格的利益をも総合して、人格権を構成することには、何ら支障とならないものと解される」と判示し、表現の自由との関係で論じられる人格権と、生命や健康に直結する問題としての騒音などの物理的侵害を拒否する権利としての人格権を統合的に理解し、かつ「実定法の規定をまたなくとも当然に承認されるべき基本的権利」としている。そして、こうした人格権は差止請求の根拠として承認されている（28頁～29頁）。

(2) 平成26年5月21日福井地方裁判所判決（大飯原発差止め訴訟第一審判決）

同判決は「個人の生命、身体、精神および生活に関する利益は、各人の人格に本質的なものであって、その総体が人格権であるということができる。人格権は、憲法上の権利であり（13条、25条）、また、人の生命を基礎とするものであるがゆえに、我が国の法制化においてはこれを超える価値を他に見出すことはできない。したがって、この人格権とりわけ生命を守り生活を維持するという人格権の根幹部分に対する具体的侵害の恐れがあるときは、その侵害の理由、根拠、侵害者の過失の有無や差止めによって受ける不利益の大きさを問うこと、人格権そのものに基づいて侵害行為の差止めを請求できることになる。人格権は、各個人に由来するものであるが、その侵害形態が多数人の人格権を同時に侵害する性質を有するとき、その差止めの要請が強く働くのは理の当然である。」と判示している。この判決でとりわけ重要な意味をもつのは、「生命を守り生活を維持するという人格権の根幹部分に対する具体的侵害のおそれがあるときは、その侵害の理由、根拠、侵害者の過失の有無や差止めによって受ける不利益の大きさを問うことなく、人格権そのものに基づいて侵害行為の差止を請求できる」としたことである（29頁）。

(3) 平成20年5月12日横浜地裁横須賀支部判決

同判決は「平穏安全な生活を営むことは、人格的利益というべきであって、その侵害は、危惧感などの主観的かつ抽象的な形ではなく、騒音、振動、悪臭などによって生ずる生活妨害という客観的かつ具体的な形で現れるものであるから、人格権と一種として、実定法上の権利として認められる」と判示しており、上記の生命・生存と直結しその不可欠の条件となる「平穏生活権」を認めている。この点について、志田意見書では、「平穏な生活が侵害を受けないことを求める人格権については、上記の生命・生存と直結し、その不可欠の条件となるものであることから、その性質上生命そのものの権利と同じく重く斟酌されるべきものである。ここでいう『平穏生活権』とは、とくに快適・上質な静寂を求めることを内容とするものではなく、

人間の通常の日常生活に支障が生じていることを問題とし、この支障を除去すること（差止め）と、生じた被害への賠償を受ける権利を内容としている」と説明している（31頁）。

6. 生命権・生命的人格権・平穏生活権にかかわる原告の訴え

志田意見書では、上記のような判例の分析を通し、原告らが訴える〈生命・健康にかかわる自律〉の問題（生命権・生命的人格権・平穏生活権）として的人格権が法的保護に値する具体的権利であることを明らかにし、さらに、「①自衛官、戦争体験者などが有する生命の危険と、その恐怖・憂慮」（32頁）、「②職業ジャーナリスト、NGO活動従事者などが被る危険」（35頁）、「③一般市民が有する恐怖感」（36頁）、「④海外にいる日本人」（39頁）など東京訴訟の原告らの訴えを類型化して、それぞれの訴えが人格権として保護されるべき理由を考察している（32～40頁）。そこで、本件訴訟（長崎訴訟）においては、志田意見書における次の分類型について着目する必要がある。

（1）戦争体験者などが有する生命の危険と、その恐怖・憂慮と人格権

本訴訟（長崎訴訟）では、「戦争体験者などが有する生命の危険と、その恐怖・憂慮」が人格権として保護されることに留意が必要である。

志田意見書では、「とくに戦時中の死に近い体験や家族との死別から生じる恐怖感、精神的苦痛は、単なる主観的な不快感として理解すべきではなく、生命への深刻な恐怖として理解すべきである。とりわけ日本国憲法はその前文において『…略…』といった明文を掲げている。ここには日本国憲法の下で生活する者が享有すべき歴史的記憶についての認識と決意が表明されているので、この憲法の指し示している歴史的事実を体験した者の『惨禍』の記憶から直接発する苦痛には、法的にとくに重いウエイトが置かれるべきである。したがって、その『惨禍』の経験を乗り越えてそこから解放されて生きるためにその恐怖への囚われから解放されようと望み、その囚われの状態を惹き起こした国の行為に対して国家賠償や差止めの請求をすることは、具体的な利益に基づく権利主張となる。プライバシー権を認めた先例であ

る『宴のあと』の原告が『平安な余生を送ろうと一途に念じていた一身上に耐えがたい精神的苦痛を感じた』ことをもって、具体的な権利の認定と救済（損害賠償）までが認められていることに…照らせば、本訴訟で原告となって人々の利益も同じ扱いを受けるべきである。」とし、さらに、「とりわけ注意を要するのは、戦争の体験をもつ原告の当時の記憶に基づく陳述は、過ぎた昔話を語っているのではなく、新安保法制によってそれらの記憶の生々しい想起を余儀なくさせられている人々にとっての現在の苦痛の問題であり、生命・生活に直結する問題であることである。…そうした特殊な記憶を持つ者にとって、その記憶を強制的に再生させられることの苦痛は、死の恐怖そのものを否応なく掻き立てられる苦痛なのであり、そうした訴えについて裁判所は、物理的意味での生命・平穩生活と同等の斟酌を行うべきである」と説明している。（33頁～34頁）

（2）一般市民が有する恐怖感

また、本件訴訟（長崎訴訟）では、「一般市民が有する恐怖感」についても志田意見書の考察を参考にしなければならない。

志田意見書では、「本意見書執筆の時点では、日本が集団的自衛権の行使に踏み切った結果、自衛官に限らない日本国民一般が生命の危険にさらされる事態はまだ起きていない。しかし、生命・健康そのものへの被害が今ただちに生じてはいなくとも、このような被害が起きることが十分に推理される状況においてその推理に不安とおそれを抱き、平穩な心理的状态が保てないことに悩む原告は、平和的生存権の人格権的側面および憲法13条の人格権のうち生命に直結する部分への侵害を受けることになる。…原告がそうした不安や恐怖を感じることは、各種の報道や社会状況、政府や自治体が行っている告知活動や発言などからも、十分な理由があると言える。」（36頁～37頁）とし、さらに、「とりわけ基地周辺の住民や大都市の住民、原発周辺の住民が攻撃の恐怖にさらされる蓋然性は、新安保法制が成立したことによって高まっており、これに恐怖を感じることは十分に根拠のあることである。さらに、ミサイルの射程はいまや長距離化しておりその着弾可能性は日本

全土に及ぶこと、そうした攻撃がエネルギー施設に対して行われたときの爆発の危険性からすれば、この恐怖は日本全土のあらゆる居住者・滞在者に及ぶ。この恐怖感から原告となった者の訴えは、現実的・具体的なものとして認識すべきものである。新安保法制に基づいて自衛隊とアメリカと一緒に海外で武力行使をするようになれば、日本の市民および日本がテロの対象とされる危険性がますます高まるという危険性は、実際に世界各国に生じたテロ事件を前提とすれば、根拠のある、具体的に深刻な恐怖感と言うことができる。」(38頁)と説明している。

7. 最後に

以上述べてきたように志田意見書(論文)は、人格権の内容を整理した上で、現在までの各種裁判例において人格権が憲法上の重要な権利として保障されてきたことを示し、原告らの訴えが(単なる主観的な不快感に留まらず)憲法上、保障されるべき具体的な権利であることを明らかにしている。

そのうえで、志田意見書では「国家と国民の間の権利関係が問題となっており、民主過程の頂点にある国会及び内閣がこの種の答責義務をあるべき形で担おうとしないと見られるとき、この検証を行うべき機関は裁判所ということになる。少なくとも、国民の側に、本訴訟で訴えている恐れを感じるにつき、相当の理由があると考えられる場合には、裁判所がその理由につき詳細に検討することが求められる。権利の思考方法は、原告の訴えを十分に精査し、人格権侵害にあたる部分については、その権利の重さにふさわしい認定と法的救済を認めることを求めている。裁判所がそうした権利の思考方法によって、本訴訟で原告らが求める事柄について十分に精査し、その職責を果たすことを期待する」と最後のまとめとしている。(66頁～67頁)

いずれにしても、民主主義のルールに従って政府が行政権を施行し、また、国会が立法権を行使して安保法制法を制定したのであれば別であるが、政府が憲法を無視した閣議決定を行って、違憲・違法な安保法制法を国会に上程し、国会が民主主義のルールに悖るデタラメな国会運営によって違憲・違法な立法をした以上、上記

原告らの人格権はその保護や救済に値するものとしてクローズアップされざるを得ない。

第4 飯島意見書（甲B40）－安保法制の憲法適合性について－

飯島意見書（甲B40）では、日本国憲法の平和主義の意義につき歴史的事実を踏まえそれを解明した上で、新安保法制法の法的構造を分析し、現在の自衛隊の南スーダンへの派遣やこれをめぐる政府の対応をも考慮しつつその憲法適合性を検討し、その結果として、「新安保法制法は一見きわめて明白に違憲であり、国民の利益ないし権利を侵害するものであること」、「政府がその正当性の根拠として用いてきた論理はいずれも破綻していること」、「立憲主義の危機に際して、司法府は人権擁護、憲法擁護の担い手としての役割を果たすべきであること」を明らかにしている。そこで原告らは、以下のとおり、それを整理し要約する（なお、以下頁数は本意見書の頁数である。）。

1. はじめに

飯島意見書は、平成27年9月19日に成立した安全保障関連法制（安保法制）と日本国憲法の平和主義との憲法適合性を憲法学・平和学の視点から解明しようとするものである。その意見書の構成は、まず日本国憲法の平和主義の法的意義についてアジア太平洋戦争等の歴史的事実を踏まえて解明し、次に、2014年7月1日閣議決定、「第三次日米ガイドライン」を踏まえ安保法制の法的構造を解明している。そしてさらに、憲法の平和主義の意義に基づき「安保法制」の憲法適合性に検討を加え、その際に、自衛隊派遣当時の南スーダン情勢にも言及している（飯島意見書では58頁～64頁に詳述されているが、本準備書面では省略する。）。また、安倍政権が安保法制の正当化根拠として挙げた「砂川事件最高裁判決」等について検討して、最後に司法の役割に言及している。

上記のと通りの飯島意見書の内容を、以下のとおり簡潔に整理する。

2. 日本国憲法の平和主義の意義

飯島意見書では、日本国憲法の平和主義と安保法制の憲法的整合性を判断する前提として、まず「憲法の平和主義の意義」について紹介し（４頁～６頁）、「憲法の平和主義の背景には、平和をめぐる国際社会の流れと日本の戦争体験がある」として（６頁）、以下のとおりの論述を進めている。

（１）平和をめぐる国際社会の流れ

まず飯島意見書では、「２ 『平和』をめぐる国際社会の流れ」として、「第一次世界大戦後、その甚大な被害から、国家が自由に戦争をできるという『無差別戦争観』が姿を消し、国際連盟規約（１９１９年）やパリ不戦条約（１９２８年）で戦争違法化が原則とされ、１９２９年までに不戦条約に５７か国が加盟した。ところが第二次世界大戦の被害は第一次世界大戦を大きく上回ったことから、国連憲章（１９４５年）においては『武力行使の違法化』が原則とされた。平和を求める国際社会の流れは各国の憲法にも反映され、多くの国で侵略戦争等の否定が規定された。２０１６年１２月１９日には、国連総会で『平和への権利宣言』が採択されるなど、平和を求める国際社会の流れはとどまることを知らない。」としている。（６頁～７頁）

（２）アジア太平洋戦争の日本の加害・被害、権力者・軍上層部の無責任さ等

次に、飯島意見書では、日本国憲法の平和主義の意義を明らかにするため、「３ アジア・太平洋戦争の際に日本が近隣諸国の民衆にもたらした犠牲」（７頁）、「４ 日本国民にも『加害者』であった日本兵」（１０頁）、「５ 『日本兵』すらも犠牲にした日本軍」（１１頁）、「６ 日本国民にも約３１０万人もの犠牲」（１３頁）、「７ 権力者・軍上層部の無責任さ」（１５頁）という項目において歴史的事実を紹介する。そして、それを要約すると、「同戦争において２０００～３０００万人ものアジア近隣諸国の犠牲者を出した。日本軍による民衆虐殺、従軍慰安婦等の残虐行為の被害者となった多くの民衆がいた。同戦争の際、日本兵は、非戦闘員の殺害、集団自決等で日本国民に対しても加害者となった。また、特攻隊、飢餓で日本兵同士の殺し合い、兵士の口減らし、戦友の人肉食など、日本軍は日本兵すら犠牲にした。日本

国民にも空襲や原爆等で約310万人もの多大な犠牲があった。しかし、権力者や軍上層部は、国民や兵士には死を強要したが、沖繩戦、ソ連軍満州侵攻の例のように、その多くは自身が危険になると逃げるような無責任さだった。」(7頁～16頁)ということになる。

(3) 日本国憲法の平和主義の意義 (1)

さらに飯島意見書では、「日本国憲法の平和主義の意義の一つとして、第二次大戦において日本が近隣諸国に多大な被害を与えたこと、戦争で真っ先に犠牲になるのは一般市民や兵士であること、しかし、政治家や軍上層部は責任を取らずに逃げることなどが明らかになり、上記1の『戦争違法化』にむけた国際社会の流れの影響を受け、『戦争』や『武力行使』を権力者に二度とさせない決意を前文で示し、具体的には9条を制定した。」(16頁～18頁)とし、「二度と権力者に『戦争』や『武力行使』をさせないため、日本国憲法では徹底した『平和主義』が採用されている。」

(17頁)とする。そしてここでは、「戦争」だけでなく、「武力行使」をも禁止されていることに留意が必要で、歴史上、満州事変等では、「戦争」ではなく「武力行使」であるという言い訳がなされたが、そのような言い訳を許さないためである(18頁)。

(4) 日本国憲法の平和主義の意義 (2)

そして飯島意見書では、「日本国憲法の『平和主義』には、『武力では平和は作れない』こと、だからこそ『戦争』や『武力行使』による紛争解決を絶対に禁止するという意義があることも認識する必要がある。」(18頁)とし、さきのアフガン戦争やイラク戦争によっても平和がもたらされていない現状を紹介しながら、「このように、『武力で平和は作れない』ことを最近のアフガン戦争やイラク戦争も悲劇的な事実をもって再び証明している。『戦争』は多くの一般市民などに言語に絶する犠牲をもたらすこと、しかもけっして平和をもたらさないという現実を冷静に認識し、『武力による威嚇』『武力の行使』『戦争』を絶対的に禁止する、日本国憲法の重要な意義も看過されてはならない。」(19頁)とまとめている。

(5) 日本国憲法の平和主義の目的

最後に飯島意見書では、「日本国憲法の平和主義は、『戦争の放棄』『戦力の不保持』『交戦権の否認』といった内容が盛り込まれている。こうした徹底した『平和主義』の目的を確認し、「日本国憲法の一番の目的は何か。それは個人の生命、自由、権利、そして幸福を守ることである。…そして個人の権利・自由・幸福を蹂躪する最大の国家行為は、戦争や武力の行使に他ならない。しかも権力者は、『国民の安全』、『国の平和』などとの名目で戦争や武力行使を起こすが、いざとなれば責任を取らない。」(20頁)とし、「こうした事情があるからこそ、基本的人権の尊重を基本原理とする日本国憲法では徹底した平和主義が採用され、権力者による『戦争』や『武力の行使』などが禁止されていることを認識する必要がある。」(20頁)と、日本国憲法の平和主義の目的を説明している。

3. 「安保法制」の前提

ここでは(20頁～23頁)では、「1 『安保法制』の法的構造を解明する前提としての『2014年7月1日閣議決定』と『第三次日米ガイドライン』」(20頁)、「2 『2014年7月1日閣議決定』」(21頁)、「3 『第三次日米ガイドライン』」(22頁)の項目を説明し、「これらの内容を法制化したのが2015年9月19日に成立した、いわゆる「安保法制」である」(23頁)と説明している。

4. 「安保法制」の法的構造

安保法制は新たな法律1つの制定と、既存の10の法律を改正したものである。新たに制定された法律は「国際平和支援法」である。改正された法律は、「改正自衛隊法」、「改正PKO協立法」、「周辺事態法」を改正した「重要影響事態法」、「武力攻撃事態法」を改正した「武力攻撃事態・存立危機事態法」、「米軍行動関連措置法」を改正した「米軍等行動関連措置法」、「改正船舶検査法」、「改正特定施設利用法」、「改正海上輸送規制法」、「改正捕虜取扱法」、「改正国家安全保障会議設置法」からなる。海外の新聞でも紹介されたように、「安保法制」は海外での武力攻撃を可能にする法律となっている。

その重要な内容（改正点を含む）について、飯島意見書に詳述されている（23頁～34頁）。本項においては、その項目と関係法規を列挙するとどめる。

- (1) 「地理的制約」の撤廃（改正自衛隊法3条2項1号、「重要影響事態法」等）
（23頁）
- (2) 「集団的自衛権」の行使（「武力攻撃事態・存立危機事態法」2条4項、改正自衛隊法76条1項2号等）（24頁）
- (3) 「後方支援活動」（「重要影響事態法」2条3項等）（25頁）
- (4) 「駆け付け警護」（改正PKO協力法3条5号ラ）（27頁）
- (5) 「宿営地の共同防護」（改正PKO協力法25条7項）（28頁）
- (6) 「搜索救助活動」（重要影響事態法7条6項、国際平和支援法8条6項）（28頁）
- (7) 「安全確保義務」（改正PKO協力法3条5号ト）（29頁）
- (8) 「在外邦人等の保護措置」（改正自衛隊法84条の3）（29頁）
- (9) 「武器使用」権限の拡大（改正PKO協力法26条1項等）（30頁）
- (10) 合衆国軍隊等の部隊の武器等の防護のための武器の使用（改正自衛隊法95条の2）（31頁）
- (11) 「船舶検査活動」（「改正船舶検査法」、「改正海上輸送規制法」）（31頁）
- (12) 「国外犯処罰規定」（改正自衛隊法122条の2）（33頁）

5. 「安保法制」の憲法的検討

(1) 「戦争」「武力の行使」を禁じた憲法9条1項違反

ア 「集団的自衛権」行使容認の違憲性

飯島意見書では、この点について、「日本国憲法の基本的原理の一つが『基本的人権の尊重』である以上、そして『戦争』『武力行使』は人権侵害を伴う国家行為である以上、憲法9条1項の例外として『戦争』や『武力行使』が認められる場合があれば、その要件は最高法規たる憲法に規定されているはずである。憲法は公権力に対する『授權規範』、『制限規範』という性質があり、憲法に宣戦布告、司令官や軍

の権限、戦争終結などについて規定されておらず、9条1項で『戦争』や『武力行使』が禁止されている以上、集団的自衛権は憲法で禁止されているという結論になる。政府の判断ひとつで集団的自衛権の行使を『存立危機事態』の名目で認める安保法制は憲法違反と言わざるをえない。」(34～37頁)としている。

イ 「後方支援活動」の違憲性

同意見書では、この点について、「『後方支援活動』は補給という形で『武力の行使』に該当するだけでなく、攻撃を招き寄せることを自ら自覚しながら『後方支援活動』をおこない、実際に攻撃されたら自衛隊が反撃する事態をもたらす可能性が極めて高い行動である。そうである以上、『後方支援活動』を認める重要影響事態法2条3項、国際平和支援法2条3項も、『武力の行使』を禁止した憲法9条1項に違反する。」(40頁)と結論づけている。

ウ 「駆け付け警護」の違憲性

同意見書では、「『駆け付け警護』に伴う『武器の使用』について、内閣の行為という、『国権の発動』により外国市民の生命や安全を脅威に晒す可能性をもたらす武器使用は憲法9条1項で禁止された『武力の行使』であり、憲法上許されない。」(42頁)としている。

エ 「宿営地の共同防護」の違憲

同意見書では、この点について、「外国の軍隊が武力行使をするのと歩調を合わせて自衛隊も実力行使をする以上、自衛隊だけが『武器の使用』に留まる実力行使しかないというのは非現実的である。実際、『宿営地の共同防護』は自衛隊では『陣地防御戦闘』と言われるものであり、外国の軍隊と共同で『武力の行使』をする可能性がある。まさに憲法9条1項で禁止された『武力の行使』を命ずるのが『宿営地の共同防護』である。」(43頁)としている。

オ 「搜索救助活動」の違憲性

同意見書では、この点について、「『第3次日米ガイドライン』で『戦争搜索・救助活動』を約束している以上、国際平和支援法8条6項、重要影響事態法7条6項

で規定された『搜索救助活動』も、米軍との共同軍事作戦の一環としてアメリカ軍の軍人救出の任務を遂行する蓋然性が高く、『武力の行使』を禁止した憲法9条1項に違反する。」（44頁）としている。

カ 「安全確保業務」の違憲性

「安全確保業務」とは、「防護を必要とする住民、被災民その他の者の生命、身体及び財産に対する危害の防止及び抑止その他特定の区域の保安のための監視、駐留、巡回、検問及び警備」であるが、同意見書では、この「安全確保業務」について、概略、「2014年までアフガニスタンで実施された『国際治安支援部隊』（IASF）やイラクでのアメリカの治安維持任務に自衛隊も参加すれば、『治安維持』という『任務遂行』のために武器を使用する可能性があり、自衛隊が実力行使をすれば、憲法9条2項で『交戦権』を行使したことになる。治安維持のための実力行使のあり方次第では、憲法9条1項で禁止された『武力の行使』にも繋がる。」（45頁）と説明している。

キ 合衆国軍隊等の部隊の武器等の防護のための武器の使用（自衛隊法95条の2）の違憲性

同意見書では、この点について、「日本が攻撃されているわけではないが、アメリカ軍への攻撃を『我が国の防衛力を構成する重要な物的手段』に該当すると看做して日本がアメリカ軍を攻撃している組織を攻撃することになる。まさに『集団的自衛権』の理論であり、『武力の行使』を禁止している憲法9条1項に違反する。」（46頁）としている。

ク 在外邦人等の保護措置の違憲性

同意見書では、この点について、「在外邦人等の保護措置に関しては、『邦人保護』などの名目で海外での武力行使を正当化しかねない危険性がある」（47頁）、「改正自衛隊法84条の3第3項では、日本人だけではなく、外国人の保護も可能にされる。たとえば外国軍の軍人や幹部などを輸送し、保護することも法的には可能になる。そうなれば憲法9条1項で禁止された『武力の行使』とみなされる可能性も

ある。在外邦人等の保護措置を定めた自衛隊法 8 4 条の 3 の規定は、憲法違反の運用をもたらす法的構造を有している」(47頁)としている。

(2) 「交戦権」を禁じた憲法 9 条 2 項違反

飯島意見書では、この点について、「憲法 9 条 2 項の『交戦権』の意味については、①戦争する権利 (jus ad bellum) と解する説、②国際法上、交戦国が有する権利 (jus in bello) 等があるが、①の意味、『戦争する権利』と解するとすれば、日本が攻撃されているわけでもないのに自衛隊に先制攻撃を認める法的構造を有する法令が憲法違反となる。具体的には、『存立危機事態』との名目で自衛隊の先制武力行使を認める『武力攻撃事態・存立危機事態法』、『重要影響事態』の際の後方支援活動を実施する『重要影響事態法』、『駆け付け警護』や『宿営地の共同防護』を認める『改正 P K O 協法力』、合衆国軍隊等の部隊の武器等の防護のための武器の使用を認める自衛隊法 9 5 条の 2 などが憲法 9 条 2 項違反となる。」(47頁～48頁)とし、「交戦権の意味②の意味、すなわち『交戦国が国際法上有する権利の総称』との立場でも、『安全確保業務』など、占領行政につながる P K O 協法力 3 条 5 号ト、そして今までの政府答弁でも禁止されてきた『臨検』を実施することになる改正海上輸送規制法、改正船舶検査法、重要影響事態法 2 条、国際平和支援法 2 条は憲法違反となる。」(48頁)と説明している。

(3) 「戦力」の保持を禁止した憲法 9 条 2 項違反

同意見書では、この点について、「日本が攻撃されてもいないのに、集団的自衛権に代表される、海外での武力行使を自衛隊の任務とする『安保法制』は、今までの政府見解に依拠したとしても、『自衛隊』を憲法違反の組織に変えることにも繋がる」(49頁)、「海外で武力行使ができないから、自衛隊は憲法で禁じられた「陸海空軍その他の戦力」ではないというのが歴代日本政府の立場であった。…日本防衛に関係のない、海外での武力行使が自衛隊の任務とされるのであれば、自衛隊は『我が国を防衛するため』の『自衛のための必要最小限度の実力』ということはできず、自衛隊は憲法違反の存在とされることになる。」(49頁～50頁)とされている。

6 「生命、自由、幸福追求の権利」を侵害する安保法制

飯島意見書では、安保法制による権利侵害について、「基本的人権の尊重は、直接に平和主義の保障となる。何故ならば、国内的にも国際的にも基本的人権が著しく無視される場合は、戦争の場合であり、戦争の惨禍は現代戦においてすべての国民に及ぶからである。」「『武力行使』や『戦争』が『国の最高法規』である憲法で禁止される理由、それは政府が『戦争』や『武力行使』を起こすことで、日本国民や他国の民衆が犠牲者となり、生命や安全が失われ、あるいは脅かされるからである。」(50頁)と説明し、具体的に侵害される場合を論述している。

(1) 自衛隊員の生命・安全

同意見書は、自衛隊員の生命・安全が侵害されることを、自衛隊員への聞き取り調査結果などを紹介しつつ論述し、結論として「安保法制が成立・施行されることで、海外での戦闘任務が付与された自衛官は、人を殺す可能性、そして自分も殺される危険性が高まる。さらには、戦闘任務を命じられる可能性が高まるにもかかわらず、戦闘に際して迅速に対応できる医療体制が整備されていない。PTSDへの対応も整備されていない。国際法的にも自衛官が身体拘束された場合にジュネーブ条約上の『捕虜』資格が付与されるかどうか不明の状態自衛官は海外での武力行使を命じられる。しかし海外での戦闘を自衛官が上官の命令を拒否すれば、『安保法制』では刑事罰が付与されることになった。」「以上のように、『安保法制』は、憲法13条で保証されている自衛隊員の『生命』『自由』『幸福追求権』も侵害する。」(54頁)と結論づけている。

(2) 自衛隊員の家族

次に、同意見書は、自衛隊員の家族の損害について、「日本人が海外で戦争ができるようになると、影響を受けるのは戦場に行かされる兵士だけではありません。海外での戦場に行かされた夫が無事かどうかを日本で心配する、兵士の妻や子どもも当然のことながらストレスが出るなどの影響を受けています。」(54頁)、「自衛隊が海外に派遣され、武力行使の任務を与えられた自衛隊員の家族にも精神的な負担

がのしかかる。」(55頁)と指摘している。

(3) NGO要員の生命の危険性

同意見書は、上記危険性について、「駆け付け警護」が実施されればかえって自分が危険になるというNGO関係者の意見を紹介し、「自衛隊がアメリカ軍などと共同で軍事活動をおこない、そうした自衛隊とNGOが共同で行動しているように見做されれば、NGO要員自体がアメリカ軍などの仲間と見做され、攻撃対象になる危険性が生じる。」(56頁)と指摘している。

(4) 一般市民がテロに遭う危険性

同意見書は、上記危険性について、海外のテロ行為等を紹介しつつ、「海外での武力行使に日本の自衛隊が関与することで、すでに日本人もテロの攻撃対象となる危険性が高まっている。『安保法制』に基づいて自衛隊がアメリカと一緒に海外での武力行使をするようになれば、日本の市民および日本がテロの対象とされる危険性がますます高まるであろう。」(57頁～58頁)と指摘している。

7 南スーダンの自衛隊派遣と憲法的検討

飯島意見書は、南スーダンへの自衛隊派遣について、「『駆け付け警護』や『宿営地の共同防護』任務を付与して自衛隊を南スーダンに派兵した安倍政権の対応の違憲性が明確に浮かび上がる。」(58頁)として、憲法的検討を加えている。

(1) 停戦合意の不存在

同意見書は、2016年7月に政府軍と反政府軍との間に大規模な戦闘があり、270名以上の死傷者が出たという報道や、南スーダンの国連平和維持活動(PKO)に参加している陸上自衛隊の2016年7月12日付の文書には『今後もUN(国連)施設近辺で偶発的に戦闘が生起する可能性』『直射火器の弾着』『戦車や迫撃砲を使用した激しい戦闘』と記されていたこと、2016年10月14日から15日までの戦闘でも少なくとも60人が死亡していること、これに対する政府答弁などを紹介し、「こうした状況からすれば、南スーダンPKOに自衛隊が参加する際に歴代政府が憲法違反でないための要件としていた『紛争当事者間での停戦合意』

という要件が今の南スーダンで満たされているとは言い難い。」(59頁)とし、「本来あるべき事実認定⇒法適用ではなく、政治目的⇒事実認定⇒法解釈の歪曲というのが安倍政権の手口となっている。」(60頁)と批判している。

(2) 国または国準(国に準じる組織)への武力行使の可能性

次に、同意見書は、「政府軍と対峙しうる実力を持つ武装集団である以上、政府見解に依拠したとしても、マシャール元副大統領派は『国に準ずる組織』と看做さざるを得ず、マシャール元副大統領派に対する武器使用を伴う実力行使は、憲法9条1項で禁止された『武力の行使』となり、憲法違反といわざるを得ない。」(60頁)と指摘する。

(3) 使い捨てにされる自衛官

さらに、同意見書は、報道を引用し、南スーダンでの政府軍と反政府軍の戦闘の状況を説明し、南スーダンで遺書を書いた自衛官が複数いたことを紹介する。そして、「自衛隊員は遺書を書かざるを得ない状況にすら追い込まれた。一般市民や兵士などの生命や身体に危険を及ぼす『戦争』や『武力の行使』を権力者に禁止する日本国憲法の平和主義の意義が、南スーダンへの自衛隊派遣で蹂躪されていた。かりに2016年7月段階で安保法制が存在し、『駆け付け警護』や『宿営地の共同防護』のような任務が命じられたら、自衛隊は日本人の生命や安全を守るという任務とは無関係な武力行使を南スーダンの地で命じられる危険性があったであろう。こうした現実を踏まえ、安保法制の是非を考察することが必要である。」(64頁)と指摘する。

8. 政府の主張について

(1) 「砂川事件」最高裁判決が根拠との主張に関して

安倍政権は、安保法制が憲法違反ではないと主張し、その論拠として「砂川事件最高裁判決」を挙げる。しかし、飯島意見書は、他のほとんどの憲法学者と同様に、「同判決で最高裁は、『我が国の防衛力の不足』を補うため、『日米安保条約』を締結したと認定している。日本を守る有効な手段すら持たないことを認定した最高裁

判所が、日本が攻撃されてもいないのに外国を守るとの名目で海外での武力行使を行う集団的自衛権を日本が有していることを認めているはずがない。」(65頁)として、それを否定する。

(2) 「昭和47年政府見解」が根拠との主張に対して

次に安倍政権は、安保法制の合憲の根拠として「昭和47年政府見解」を挙げている。しかし、この点について、同意見書は、『昭和47年見解』は、『他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とするいわゆる集団的自衛権の行使は、憲法上許されないと云わざるを得ない』との結論で締めくくられている。この見解を根拠にどうして『集団的自衛権の行使』が憲法上、認められるという見解を導き出すことができるかと主張するのか、正直、理解に苦しむ。」(66頁～67頁)としている。

(3) 国際環境の変化

安倍政権は、安保法制が必要な根拠として「中国や北朝鮮の脅威という国際環境の変化」を挙げている。しかし、「そもそも、中国や北朝鮮が脅威⇒日本防衛というのであれば、日本の防衛を強固にすることが求められるはずである。ところが『安保法制』では、『集団的自衛権』の行使を認める『武力攻撃事態法・存立危機事態法』や、PKOなどに自衛隊を出動させる『改正PKO協力法』、海外での後方支援などを法的に可能にする『重要影響事態法』や『国際平和支援法』など、自衛隊の海外派遣が中心的な内容となっている。つまり、『中国・北朝鮮が脅威』という認識に基づく『日本防衛』という『目的』と、自衛隊の海外派兵という『手段』には合理的関連性がない。」「安保法制は立法事実も欠如している。」(70頁)と批判している。

次に、ナチスに抵抗した法律家たちが1946年10月にパリで設立し、90か国以上の法律家が関与する国際民主法律家協会(IADL)が安保法制に反対する声明を出している事実を紹介し、「戦争の悲惨さを徹底的に知り尽くした法律家たちが結成した法律家集団であるIADLが安保法制の制定に強く反対している事実は、『国際平和』という視点から重く受け止められるべきである。」(71頁)と指摘す

る

(4) 「積極的平和主義」に関して

安倍政権は海外での武力行使を積極的に行う政策を「積極的平和主義 (proactive Contribution to Peace)」として正当化している (71 頁)。同意見書は、「ただ、『積極的平和』という言葉は、もともとは平和学の第一人者であるヨハン・ガルトゥングが提唱した言葉である。ガルトゥングは、武力行使や戦争、殺人などの『直接的暴力』 (Direct Violence)、『社会的不正義』に基づく貧困や搾取、差別などの『構造的暴力』 (Structural Violence) などの『暴力』があるとし、こうした暴力がない状態を『平和』と定義する。そして『構造的暴力』をなくす『積極的平和 (Positive Peace)』主義を提唱した。」 (71 頁) と解説する。その上で、「安倍政権は、集団的自衛権の行使のような、海外での武力行使に積極的に関与することを「積極的平和主義」の実践と主張している。しかし安倍政権のいう「積極的平和主義」は、ガルトゥングの用語ではまさに「直接的暴力」であり、「平和学」では否定されるべき手段とされている。」 (72 頁) と批判している。

9. おわりに

飯島意見書の「第8 終わりに」 (73 頁) では、「1 安保法制と違憲訴訟について」、「2 裁判所が果たすべき役割について」論述し、最後に、概略、「安倍政権による憲法違反の安保法制に裁判所が追随することは、自衛官やNGO関係者の生命を危険に晒すことに裁判所も加担したことになる。自衛官が殺され、泣き悲しむ家族や関係者が出てからでは取り返しがつかない。」 (77 頁) 「基本的人権の尊重・国民主権・平和主義という、日本国憲法の三大原則に違反する安保法制を擁護することで、ヴァイマル共和国時代の司法のような評価を後世で受けたくないよう、人権、民主主義、立憲主義の砦としての職責を見事に果たし、現在及び将来に誇ることでできる裁判所であることを強く望む次第である。」 (77 頁～78 頁) と述べて筆を置いている。

第5 河上意見書（甲B41）－安保保障関連法の憲法適合性と立法事実の考察－

河上意見書（甲B41）を作成した河上暁弘氏は、広島市立大学広島平和研究所の准教授であり、憲法学を専攻している。本意見書の要旨は、日本国憲法9条の解釈に関する学界の通説的見解（9条を非戦・非武装平和主義の規定と理解する）、あるいは、従来の政府・内閣法制局解釈である自衛力合憲論（自衛のための必要最小限度の実力である自衛力を保持することは憲法に違反しないとする）のいずれの説をとっても、「安保関連法」は違憲と解さざるを得ないという点にある。そこで原告らは河上意見書の論旨を整理し、以下のとおり要約する（なお、以下頁数は本意見書の頁数である。）。

1. はじめに

河上意見書では、上記の点について、まず、「Ⅰ. 日本国憲法第9条の意味」（ここでは憲法学説の全体を俯瞰して理解することができる。後述「2」）において憲法学における通説の立場から安全保障関連法の憲法適合性について述べ、次に、「Ⅱ. 従来の政府・内閣法制局の憲法9条解釈」（ここでは従来の政府・内閣法制局の憲法9条解釈が簡潔にまとめられている。後述「3」）を踏まえて、「Ⅲ. 『7. 1 閣議決定』と『安保関連法』の憲法的考察」（後述「4」）を展開し、従前の政府・内閣法制局の立場を前提に、その違憲性を述べ、最後に、「Ⅳ. 『安保関連法』の目的適合性の考察－『安保関連法』制定の立法事実への疑問」（後述5）において立法事実がないことを詳論している。

2. 日本国憲法第9条の意味（5頁～25頁）

河上意見書は、以下のとおり、憲法9条に関する憲法学会の通説的な見解を簡潔に説明し、それに付随して河上氏自らの解釈論を述べている。

（1）憲法第9条

第9条 日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し、国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。

(2) 学説の状況－9条の解釈

ア 「国際紛争を解決する手段として」の戦争放棄（10頁～14頁）

「国際紛争を解決する手段として」の戦争放棄については2説がある。第1項において、侵略・自衛・制裁を区別することなくすべての戦争が放棄されたと解する1項全面放棄説と、第2項の戦力不保持・交戦権否認規定によって、侵略戦争のみならず、自衛戦争や制裁戦争も行うことができなくなると解する2項全面放棄説があるが、2項全面放棄説が多数説である。

イ 「前項の目的を達するため」という戦力不保持の目的（14頁～18頁）

次に、「前項の目的を達するため」という戦力不保持の目的については、主に3説ある。第1項冒頭の「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求する」という目的を指すとする第1項冒頭説にしても、第1項全体の趣旨、すなわち戦争を全面的に放棄することを意味するとする1項全体説があるが、いずれにしても1項と2項を通して解釈すればあらゆる戦争が放棄されると解釈される。これに対し、第1項後段の「国際紛争を解決する手段」としての侵略戦争を放棄するという目的を指し、自衛戦力を保持することは合憲とする自衛戦力合憲論もある。しかし、文言や侵略上の戦力や自衛用の戦力を区別することは性質上不可能に近く、憲法が戦争権限や軍事権限についてどの国家機関にも授権していないことから、解釈論上、致命的な欠陥を持っている。したがって、学説上は、自衛のための戦力を持つことができないと考える説が多数である。

ウ 「戦力」の意味（19頁～23頁）

「戦力」の意味は、学説上は、警察力を超える実力とする警察力を超える実力説が通説である。そして戦力と警察力は、目的、実体、組織行動原理によって区別され、一つでも戦力の範疇に属するものは違憲とされる。この観点からは、自衛隊は違憲とされる。

エ まとめ

以上述べてきたように、日本国憲法は、前文において平和的生存権の保障を掲げ、さらにその目的を達成するための手段として、第9条において、戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認を規定し、それは非戦・非武装平和主義を意味するとした上で、自衛隊のような存在は、警察力を超える実力であるから憲法9条2項が禁止する「戦力」（外敵に対する実力的な戦闘行動を目的とする人的物的手段としての組織体）に該当するので違憲と解するのが、憲法学界の通説的見解である。したがって、憲法学会の通説的見解によれば、自衛隊自体が違憲であるから、そもそも集団的自衛権の行使は許されず違憲となる。

3. 従来政府・内閣法制局の憲法9条解釈（25頁～43頁）

以上の学説に対し、政府（内閣法制局）の憲法9条解釈は異なる。そこで、河上意見書では、「2014年7月1日閣議決定（以下「7・1閣議決定」とも言う）による解釈変更以前の政府・内閣法制局の憲法9条解釈を検討する（ここでは、「防衛白書」平成25年度版による。）」として、以下のとおり、それを整理している。

（1）内閣法制局の憲法9条解釈（自衛力合憲論）

ア 自衛権（25頁～26頁）

わが国は、第二次世界大戦後、再び戦争の惨禍を繰り返すことのないよう決意し、平和国家の建設を目指して努力を重ねてきた。恒久の平和は、日本国民の念願である。この平和主義の理想を掲げる日本国憲法は、第9条に戦争放棄、戦力不保持、交戦権の否認に関する規定を置いている。もとより、わが国が独立国である以上、この規定は、主権国家としての固有の自衛権を否定するものではない。政府は、このようにわが国の自衛権が否定されない以上、その行使を裏づける自衛のための必要最小限度の実力を保持することは、憲法上認められると解している。

イ 保持しうる自衛力（26頁）

わが国が憲法上保持できる自衛力は、自衛のための必要最小限度のものでなければならないと考えている。その具体的な限度は、その時々国際情勢、軍事技術の

水準その他の諸条件により変わり得る相対的な面があり、毎年度の予算などの審議を通じて国民の代表者である国会において判断される。憲法第9条第2項で保持が禁止されている「戦力」にあたるか否かは、わが国が保持する全体の実力についての問題であって、自衛隊の個々の兵器の保有の可否は、それを保有することで、わが国の保持する実力の全体がこの限度を超えることとなるか否かにより決められる。

しかし、個々の兵器のうちでも、性能上専ら相手国国土の壊滅的な破壊のためにのみ用いられる、いわゆる攻撃的兵器を保有することは、直ちに自衛のための必要最小限度の範囲を超えることとなるため、いかなる場合にも許されない。たとえば、大陸間弾道ミサイル（ICBM：Intercontinental Ballistic Missile）、長距離戦略爆撃機、攻撃型空母の保有は許されないと考えている。

ウ 自衛権発動の要件（26頁）

憲法第9条のもとで認められる自衛権の発動としての武力の行使について、政府は、従来から、

- ① わが国に対する急迫不正の侵害があること
- ② この場合にこれを排除するためにほかの適当な手段がないこと
- ③ 必要最小限度の実力行使にとどまるべきこと

という三要件に該当する場合には限られると解している。

エ 自衛権を行使できる地理的範囲（海外派兵の禁止）（26頁～27頁）

わが国が自衛権の行使としてわが国を防衛するため必要最小限度の実力を行使できる地理的範囲は、必ずしもわが国の領土、領海、領空に限られないが、それが具体的にどこまで及ぶかは、個々の状況に応じて異なるので、一概には言えない。

しかし、武力行使の目的をもって武装した部隊を他国の領土、領海、領空に派遣するいわゆる海外派兵は、一般に自衛のための必要最小限度を超えるものであり、憲法上許されないと考えている。

オ 集団的自衛権（27頁）

国際法上、国家は、集団的自衛権、すなわち、自国と密接な関係にある外国に対

する武力攻撃を、自国が直接攻撃されていないにもかかわらず、実力をもって阻止する権利を有するとされている。わが国は、主権国家である以上、国際法上、当然に集団的自衛権を有しているが、これを行行使して、わが国が直接攻撃されていないにもかかわらず他国に加えられた武力攻撃を実力で阻止することは、憲法第9条のもとで許容される実力の行使の範囲を超えるものであり、許されないと考えている。

カ 交戦権（27頁）

憲法第9条第2項では、「国の交戦権は、これを認めない。」と規定しているが、ここでいう交戦権とは、戦いを交える権利という意味ではなく、交戦国が国際法上
有する種々の権利の総称であって、相手国兵力の殺傷と破壊、相手国の領土の占領
などの権能を含むものである。一方、自衛権の行使にあたっては、わが国を防衛するための必要最小限度の実力を行行使することは当然のこととして認められており、たとえば、わが国が自衛権の行使として相手国兵力の殺傷と破壊を行う場合、外見上は同じ殺傷と破壊であっても、それは交戦権の行使とは別の観念のものである。ただし、相手国の領土の占領などは、自衛のための必要最小限度を超えるものと考えられるので、認められない。

キ 小括

このように、政府は、「戦力」について、自衛権に基づく自衛のための必要最小限度の実力とする自衛力を超える実力説を採っている（なお、政府（内閣法制局）の見解は、かつては近代戦争遂行に役立つ程度の装備、編成を備えたものであるとする近代戦争遂行説を採っていた。）。

この政府（内閣法制局）の憲法解釈は、9条2項では、侵略・自衛・制裁を問わずあらゆる「戦力」の保持を禁止しているが、国家には固有の自衛権があるので、その自衛権を実効あらしめるために、「自衛のための必要最小限の実力（自衛力）」の保持まで憲法は禁止していないと解釈するものであるから、「自衛力合憲論」とも呼ばれる。この解釈は、侵略のみならず自衛のための「戦力」の保持も禁止されると解する点で、先述した「自衛戦力合憲論」とも異なる。

(2) 内閣法制局解釈への学会の評価 (28頁～31頁)

この内閣法制局解釈に対しては、国家の権利・権限はすべて憲法によって授権されてはじめて生じるものであるから、国家の自衛権を「もとより」「固有の権利」などとあたかも自明の権利ないし自然権であるかのように扱っている点に疑問があるであるとか、戦力と自衛力の境界線が全く明らかでないとか、憲法解釈を変えることによって明文改憲と同様の効果を引き出しており「解釈改憲」ではないかといった批判が行われてきた。しかし、他方で、戦後半世紀以上、憲法9条の規範力が全くなかったわけではない。政府自身も、憲法上の限界として、①徴兵制、②集団的自衛権の行使、③海外派兵、④攻撃的兵器の保有を違憲とし、また政策原則として、①非核三原則、②武器輸出禁止三原則、③防衛費G N P 1 % 枠を採用してきた。そのため、戦後日本は、戦争に直接参加し自衛隊によって他国民を戦闘行動において殺害するという意味での直接的な加害者にはならずに来たものであり、この点の意義は評価されるべきである。

(3) 従来の内閣法制局解釈の基本原則とその検討 (31頁～43頁)

ア 内閣法制局解釈の基本原則と合憲性審査の三つの基準 (31頁～33頁)

従来の内閣法制局の憲法9条解釈(「7・1閣議決定」による解釈変更より前の解釈)は、憲法9条の下でも、「自衛のための必要最小限度の実力」は保持できるというものであり、その際、内閣法制局がある国家行為が違憲か合憲かを判断する基準は、浦田一郎によれば、次の3つの基準であるとされる。

第1は、「実力」に関わるものであるかどうかである。「実力」は憲法9条1項が規定する「武力」とほぼ同一視され、「武力」の問題でなければ9条の禁止行為の範囲外とされる(経済援助、基地の提供、後方支援など)。ただし、自国が武力行使をしなくても、その活動が、他国が行う「武力行使」と「一体」と解される場合には違憲とされうる(「一体化論」)。この第1基準は、基本的に、「手段の限定」を意味する。

第2は、「実力」の問題であれば、「自衛のため」に該当するかどうかの問題となる。2014年7月1日の解釈変更前の内閣法制局解釈においては、この「自衛のため」とは「わが国を防衛するため」と言い換えられることもあり、それは個別的自衛権を意味していた。集団的自衛権の行使が違憲とされるのは、そもそも「自衛のため」ではない武力行使であるからであり、「必要最小限度」を超えるからというわけではない。この第2基準は、「個別自衛権への限定」を意味する。

第3は、「自衛のため」とされた場合であっても、それが「必要最小限度」内に収まっているかどうかの問題となる。この「必要最小限度」を構成する中心的なルールは、海外派兵の禁止、交戦権の否認、攻撃的武器の保有の禁止などである。これらは必要最小限度を超えるからである。この第3基準は、「個別自衛権に対する限定」といえる。

イ 6つの原則（33頁～43頁）

この三つの基準に加えて、中村明によれば、かつての内閣法制局解釈の基本原則として、次の6つの原則があったと指摘している。

① 憲法9条の下で容認されるのは個別的自衛権だけであり、しかも必要最小限度に限られるという原則

② 集団的自衛権の行使は憲法上容認されないという原則

③ 海外派兵は憲法上容認されないという原則

④ 自衛権発動の武力行使が容認されるのは「自衛権発動の三要件」の場合に限られるという原則

⑤ PKO法などの「武器使用」は隊員と隊員の管理下に入った者の生命を防衛するために限られるという原則

⑥ 米国に対する後方支援であっても米国の武力行使と一体を成すような事業内容、活動内容は憲法上容認されないという原則

（ア）個別自衛権・必要最小限度の原則（33頁～34頁）

内閣法制局は、国際紛争解決の手段としての戦争を放棄し、戦力を保持せず、交

戦権も認めない憲法9条は、「戦争という統治行為を奪っている」ものと解している。
憲法9条の下では、個別的自衛権の行使のみが認められると解釈していた。また、
兵器についても、先述のとおり、攻撃的兵器を保有することは、いかなる場合にも許
されない。

(イ) 集団的自衛権行使の禁止 (34頁～36頁)

内閣法制局は、国内法上は憲法の制約を受けるということを前提とした上で、「憲
法第9条の下において許容されている自衛権の行使は、わが国を防衛するため必要
最小限度の範囲にとどまるべきものであると解しており、集団的自衛権を行使する
ことは、その範囲を超えるものであって、憲法上許されない」ものと解してきた。ま
た、内閣法制局は、かつて、そもそもこの集団的自衛権という概念自体が「自衛権
概念の濫用」であるという疑念を持っており、集団的自衛権を「自衛権概念に入れ
ることはもともと無理」という考えを表明したこともあった。これに関連して、内
閣法制局は、外国軍隊への基地提供や安保条約5条に見られるような自国の共同防
衛（日本とアメリカ両国による日本国および自国の施政権内に存在する米軍への攻
撃への共同対処）は個別的自衛権の行使ととらえ、また、米軍の「武力行使と一体
化しない」後方支援（兵站支援）は、武力（実力）行使を行わないものなので、い
ずれも集団的自衛権の行使とはとらえておらず、違憲とは解していない。

(ウ) 海外派兵禁止の原則（国連軍参加を含む）(36頁～37頁)

海外派兵は、一般に自衛のための必要最小限度を超えるものであって、憲法上許
されないと考えている。そして、海外派兵が禁止される憲法条文上の根拠を9条1
項に求めていることは、9条1項を侵略戦争のみに限定した禁止規定とはとらえて
いないことの現れである。これに対し、武力行使の目的を持たない部隊を他国に派
遣する海外派遣については、憲法上許されないわけではないと考えている。また、
国連軍への参加については、これまで「憲法上の問題が残る。」との立場を崩してい
ない。

(エ) 「自衛権発動の三要件」と集団的自衛権 (38頁～39頁)

従前、集団的自衛権の行使は、第1要件、すなわち、我が国に対する武力攻撃が発生したことを満たしていないことから憲法上認められないとしてきた。決して、第3要件である「必要最小限度」を超えるからではなかったのである。

(オ) 自衛隊海外派遣の際の「武器使用」の限界について (39頁～40頁)

従来の解釈では、海外での武器使用は、基本的には警察等と同様に、正当防衛や緊急避難の場合、「自己保存のための自然権的権利」のような限られた場合にしか認めないということだった。逆に言えば、それ以外の武器使用は、違憲の武力行使に該当する可能性が高いことになる。

(カ) 武力行使との「一体化」の禁止 (40頁～41頁)

武力行使目的ではない「海外派遣」は許されるというすでに見てきた解釈を前提とした上で、他国による武力の行使への「参加」に至らない「協力」(輸送、補給、医療等)については、当該他国による武力行使と一体になるようなものは自らも武力行使を行ったとの評価を受けるものであり、憲法上許されないが、一体とならないものは許されるとしている。また、他国による武力行使との一体化は、①戦闘活動が行われている、または行われようとしている地点と当該行動がなされる場所との地理的關係、②当該行動等の具体的内容、③他国の武力行使の任に当たる者との關係の密接性、④協力しようとする相手の活動の現況等の諸般の事情を勘案して、個々に判断されるという一応の基準も示してきた。

(キ) 小括 (41頁～43頁)

従来の内閣法制局の憲法9条解釈理論を見てきた。内閣法制局の解釈は、時の政権の政策に沿うように軍事力の保持やその運用を正当化する機能を果たしてきたが、逆にそれを抑制する機能も果たしてきたことが読み取れる。この内閣法制局の解釈の特徴は、第1は、侵略のみならず自衛のための「戦力」の保持も禁止されると解する点にも見られるように9条の文言に忠実な解釈を前提におく構造となっていること、第2に、自衛隊は、自衛のための防衛組織であり、軍とは一線を画しているものであるという位置づけをされていることである。すなわち、自衛隊は「戦力」

の保持に「当たらないもの」という消極的な自己定義を余儀なくされ、軍とは違うものであるとして積極的に自己定義されなければならなかったのである。そして、このような自己抑制が効いた内閣法制局解釈を作り出すことに強い影響を与えてきたものは、学会による憲法9条の非武装平和主義の解釈と市民等の運動であったことは忘れてはならない。

4. 「7. 1 閣議決定」と「安保関連法」の憲法論的考察（43頁～75頁）

河上意見書では、以上の憲法論的考察を前提として、以下のとおり、「7. 1 閣議決定」と「安保関連法」の問題点を分析している。

(1) 「7. 1 閣議決定」とその問題点

ア 「7. 1 閣議決定」に至る経緯（43頁～57頁）

首相の私的諮問機関「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇親会」（安保法制懇）での審議・報告（2013年2月8日）、高村正彦自民党副総裁による砂川事件最高裁判決の曲解（2014年3月31日）、高村正彦私案の提示（2014年6月13日）を経て、2014年7月1日、安倍内閣は、「我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合において、これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、必要最小限度の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容されると考えるべきであると判断するに至った。」とし、集団的自衛権行使容認の閣議決定を行った（「7. 1 閣議決定」）。

イ 「7. 1 閣議決定」における武力行使三要件とその問題点

(ア) 三要件の変化

従前、自衛権発動としての武力の行使は、①わが国に対する急迫不正の侵害があること、②この場合にこれを排除するためにほかの適当な手段がないこと、③必要最小限度の実力行使にとどまるべきことの三つの場合に該当する場合に限られると

されてきた（旧三要件）。

ところが、上記「7. 1 閣議決定」では、「武力行使」が可能となる「新三要件」として、①我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合、②これを排除し、我が国の存立を全うし、国民を守るために他に適当な手段がないときに、③必要最小限度の実力を行使することを提示した。

（イ）問題点（57頁～66頁）

特に自衛権発動としての武力の行使の第一要件が問題となる。客観的要件から主観的要件の変化である。旧三要件では、「わが国に対する急迫不正の侵害がある」という事実に基づく明白な客観的な要件であったが、新三要件では、自国への武力攻撃がなくとも、他国への攻撃が「我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある場合」と政府ないし国会の多数派が判断すれば武力行使が可能となるような、「認識」ないし「認定」という、かなり主観性を伴う（評価概念）により武力行使が可能となり、海外での武力行使を無制限に広げかねない危険性をはらんでいるものである（57頁～58頁）。

また、政府は、「我が国に対する武力攻撃が発生した場合にこれを排除するための必要最小限度の実力の行使」以外に日本が武力行使を行うことは違憲と解してきたので、例えば、集団的自衛権の行使、他国の武力行使と一体化する後方支援（兵站支援）、我が国が武力攻撃を受けていない場合の機雷除去などはすべて憲法上許されないと解釈してきた。今回の閣議決定ではそうした行為は（少なくとも部分的には）許されると解することになったという点で、これまでの政府見解の枠組みを否定したものとみるほかないのである（62頁）。すなわち、論理が一貫しておらず論理内在的な矛盾があり、「従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容されると考えるべき」ということはできないのである。

さらに、このような解釈（変更）の根本的とも言える疑問・問題点は、従来の政府

解釈の自衛隊合憲論の根拠・基盤そのものを論理上覆すことになるというところにある。過去の政府答弁の中には、「9条の文理に照らしますと、我が国による武力の行使は一切できないようにも読める憲法9条の下でもなお」、個別的自衛権の行使は憲法上禁止されないといったものがあるが、この言い方はまさに憲法9条が「我が国による武力の行使は一切できないようにも読める」ということを認識しているのであって、それでもなお「外国からの武力攻撃によって国民の生命身体が危険にさらされるような場合に、これを排除するために武力を行使することまでは禁止されない(同答弁)という形で自衛隊の存在の合憲性を弁証しようとするものであった。すなわち、「武力の行使は一切できないようにも読める」9条の文言にもかかわらず、どうしても自衛隊の存在の合憲性の理屈をひねり出そうとするならば、せいぜいのところ個別的自衛権（自国民の生命・自由・幸福追求の権利を守るための自国への武力攻撃に対する必要最小限度の実力行使）がぎりぎり許されるという論理であり、それを少しでも質的に超えるような武力行使が許されることは論理的にありえない（そのようなものまで許されると解することができるという論理ならばもともとの自衛隊の合憲性を弁証しえないことになる）ということである。すなわち、このような解釈の変更を行えば、自衛隊の合憲性の根拠を論理上崩すことになるということである。外国からの武力攻撃がなされていないにもかかわらず武力を行使することになるからである。

（２）安保関連法成立に至る経緯と問題点

ア 安保関連法成立に至る経緯（６６頁）

その後、この「7. 1 閣議決定」による憲法解釈の変更を踏まえて、安倍内閣は、翌2015年に、11の法律案からなる、いわゆる「安全保障」関連法案を国会に提出し、同年9月19日、参議院本会議において、「可決」された（66頁）。

イ 安保関連法の問題点1－「安保関連法」における武力行使の拡大－「存立危機事態」における集団的自衛権の行使（67頁～69頁）

「7. 1 閣議決定」における憲法解釈の変更を前提として、2015年に「成立」

した「安保関連法」では、自国が武力攻撃を受けていなくても、「我が国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃であつて、これにより我が国の存立が脅かされ、国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆される明白な危険がある事態」（「存立危機事態」）と判断された場合に、自衛隊の防衛出動（自衛隊法76条）ができ、さらに、集団的自衛権の行使を含む武力行使ができる（自衛隊法88条）ようになった（いわゆる「集団的自衛権の限定容認」）。しかし、存立危機事態については、「7. 1 閣議決定」で述べたような概念自体と認定基準の曖昧さ（恣意的認定の危険性）が重大問題として存在する。また、その適用例と安倍首相などにより海外での集団的自衛権を行使する事例として答弁されてきたのがホルムズ海峡などシーレーンに敷設された機雷の掃海であったが、こうした経済目的の派兵も、戦争参加に安易に道を開く危険な企てと言わざるを得ない。しかも、2015年9月14日、安倍首相は、ホルムズ海峡の機雷掃海については、「いま現在の国際情勢に照らせば、現実問題として発生することを具体的に想定しているものではない」、と答弁した。このように、法律成立前にすでに立法事実の欠如が問題となる事態に立ち至っていたことは、最初から立法事実が欠如していたことを伺わせるものであり、重大な問題である。

ウ 問題点2－「安保関連法」における後方支援と武器使用の拡大（69頁～72頁）

次に、「安保関連法」により、日本が行いうる米軍等への後方支援について、その条件や地理的限界、協力内容等が大幅に緩和されたことも無視できないものである。従前は、1999年制定の周辺事態法では、米軍に対する後方支援は、「我が国周辺の地域」に限定されていた。また、日本周辺でない自衛隊の海外派遣としては、1992年に制定したPKO協力法により、「PKO参加5原則」、すなわち、(1) 紛争当事者間で停戦合意が成立、(2) 受け入れ国を含む紛争当事者の同意、(3) 中立的立場の厳守、(4) 以上の条件が満たされない場合に撤収が可能、(5) 武器使用は要員防護のための必要最小限に限るという5原則の下で活動行うものとされた。ま

た、それ以外の海外派遣については、個別法（テロ対策支援特措法やイラク支援特措法）を作り、個別・具体的に（武力行使や武力による威嚇の禁止、武力行使と一体化するような支援の禁止、「戦闘地域」での活動の禁止、正当防衛・緊急避難以外の武器使用の禁止などの）条件を定めた上で自衛隊の派遣を行ってきた。

しかし、今回の法改正により、後方支援について、「日本の平和と安全に重要な影響を与える事態」（「重要影響事態」）であれば、自衛隊を派遣できることとなった。また、仮に重要影響事態でなくとも、「国際社会の平和及び安全を脅かす事態」（「国際平和対処事態」）において自衛隊が他国軍を支援することが「国際平和支援法」により可能となった。

そして、後方支援等に伴う地理的限定については、周辺事態法で言うところの「我が国周辺の地域」といった活動地域を限定するような法的文言はなくなった。

また、「重要影響事態」においても、「国際平和対処事態」においても、これまでの「戦闘地域」・「非戦闘地域」の区別を廃止して、後方支援活動又は搜索救助活動は、「現に戦闘行為（国際的な武力紛争の一環として行われる人を殺傷し又は物を破壊する行為）が行われている現場では実施しないものとする」と規定し、「現に戦闘行為…が行われている現場」以外での活動を容認している。こうして、「戦闘地域」・「非戦闘地域」という従来の区別を廃止して、「現に戦闘を行っている現場」以外であれば（直前に戦闘を行っていた場所や直後に戦闘が行われる可能性が高い場所であっても）、米軍などを他国軍への支援（弾薬の提供、発信直前の航空機の給油も含む）を可能とするように変更された点も重要である。これは「一体化論」を放棄するに等しいように思われる。こうした兵站支援は、外国軍の武力行使と「一体化」する行為となる蓋然性が極めて高い。「一体化論」は、これまで自衛隊の海外での米軍等への軍事協力（後方支援）の合憲性を弁証する際の鍵となってきた論理であり、これを放棄することはそうした行為の合憲性の基盤を自ら覆すに等しいものと思われる。

また、いくら「武力行使でない」と言ったところで、相手側からすれば敵対行動

そのものであり、むしろ、現代戦争の勝敗の鍵を握るこうした支援活動（武器・弾薬・兵員の輸送等）こそ、真っ先に攻撃対象となりえよう。そして、相手から攻撃され、それへの応戦が行われれば、まさにそこが戦場となる。これは被害者になると同時に、「相手を殺す」加害者になることを覚悟しなければならない活動である。そして、そもそも、いったん武力を行使した国は、その後、テロの標的にもなりかねず（国内テロの危険もある）、戦闘終了後の復興援助などにも関わりづらい。これまで、自衛隊が、色々な問題点を含みながらも、集団的自衛権の行使の禁止・海外での武力行使禁止原則の下、たとえ海外に派遣されても、住民に銃を向けず一発の銃弾も撃たないできた独特の協力のあり方が、日本の復興援助を現地住民に受け入れさせてきたという点を忘れるべきではない。

（3）「安保関連法」における立憲主義の視座からの論点（72頁～75頁）

以上のような軍事活動、とくに集団的自衛権の行使容認を、憲法改正手続（国民投票による承認も含む）によらず、内閣の憲法解釈の変更（「解釈改憲」）によって実現すべきか、という立憲主義に関わる点が問題となる。

ア 閣議決定による憲法解釈の変更と立憲主義（73頁）

憲法は公権力の行使を制限する制限規範であることに本質がある。したがって、憲法理念に沿って、公権力の行使をより制限するような憲法解釈の変更は許される。しかし、公権力の行使を緩和し、政府ですらこれまで一貫として違憲と解していたことを憲法改正によることなく、閣議決定のみで容認するような憲法解釈の変更は許されない。特に、本件のように、政府ですらこれまで違憲と解していた集団的自衛権の行使を憲法改正によることなく、閣議決定のみで容認するようなことは立憲主義に反するというべきである。

イ 国会によるコントロールの形骸化（74頁～75頁）

（ア）そもそも集団的自衛権行使をはじめとした違憲の措置を国会が承認するからといって合憲になるわけでも、正当なものになるわけでもない。もっとも、国会による武力行使のコントロールそれ自体は重要である。

(イ) これまで、「防衛出動」は、特に緊急の必要がある場合を除いて国会の事前承認が必要とされてきた。しかし、安保関連法全体を見ると、今回の安保関連法全体において、国会の「事前承認」はむしろ「例外的」となった。「緊急」等の判断を政府が行うことが可能となっているが、これは時の政府に途方もなく大きな軍事権限を与えることになりかねず危険である。特定秘密保護法の下、国会承認の判断の根拠となる情報が得られずに国会の審理や判断が空洞化してしまう懸念がある。

5 「安保関連法」の目的適合性の考察－「安保関連法」制定の立法事実への疑問（75頁～109頁）

以上のとおり、河上意見書は、「日本が自国が攻撃を受けなくとも海外において武力行使を行うことを可能とするのが、この『安保関連法』の内容である」とした上で、果たして「その立法の必要性や立法目的の合理性があるのか否か、それを支える事実（立法事実）が存在するのか」という観点から、以下のとおりの検討を行っている。

(1) 立法事実への疑問（76頁～80頁）

安保関連法が違憲・違法であるかどうか、そして、そうした法律が必要かどうか
が最大の問題点である。この点、立法理由は「国際安全保障環境の変化」ということ
のようである。しかし、現在の国際安全保障環境は、本当に日本が海外で集団的自
衛権等の武力行使や軍事的貢献を必要としているのか、また「安保関連法」を制定
し、同法の内容を実行することが日本の民衆の安全を真の意味でより保障し、かつ
国際平和をより実現する方向に寄与すると確言できるものであるのか、こうした点
への疑問に対して、立法者は十分に答えられてはいない。少なくとも安倍政権が主張
する「安全が高まる」とか、「日米同盟が強化され、抑止力が高まり、地域の平和と
安定が保たれていく」といったことが、論証不要なほど自明なものではない。

(2) 「国際安全保障環境の変化」を理由とする集団的自衛権行使容認論（80頁～95頁）

ア 国際テロの脅威（８１頁～８３頁）

第１の国際テロの脅威に関しては、テロは軍事力では防げないことはおそらく明らかではないかと思われる。実際、米国が「対テロ」等を掲げて軍事介入・武力行使を行ったアフガニスタンやイラクなどにおいて、むしろ「テロの拡大再生産」が問題となっているのである。むしろ、テロを防ごうとするならば、グローバリズムの中で極大化した貧富の差や経済的不公平を正して公正な分配をいかに実現するかが鍵であり、テロを生むその根本原因（貧困、差別、抑圧、搾取等）の遡減・解決の方策が求められる。したがって、国際テロの脅威は立法事実とならない。

イ 北朝鮮の核兵器保有とミサイル開発（８３頁～８４頁）

北朝鮮の核兵器保有とミサイル開発は、基本的に「体制維持」のための合理的選択の結果として行われていると分析されている。むしろ、安保関連法によって、米国に対しての軍事協力を強化することを対外的に示すことが、北朝鮮にとっては日本や在日米軍への脅威感情を喚起し、日本が北朝鮮の攻撃対象となる可能性を現に高めていることは事実の問題として指摘せざるを得ない。したがって、北朝鮮の核兵器保有とミサイル開発は立法事実とならない。

ウ 中国の台頭と軍事大国化（８４頁～８７頁）

米中は最大の経済パートナー（貿易、国債保有、投資）であり、両国は全面的な相互依存関係にあるので、戦争は互いを滅ぼすことにつながる。中国の経済・社会の不安定化と貧富の差が依然として埋まっていないことなどの経済条件の下、空母開発・海洋進出といったところに経済・財政をつぎ込むような余裕はない。また、中国は、自国周辺とは言えない国に軍事行動をとることはまずないと指摘されていることからすれば、日本が「安保関連法」に基づいて、日本が直接武力攻撃を受けなくても中国を先に攻撃することを法的に可能とするような道を選択することは、中国からの武力攻撃を呼び込む可能性を増すことになりかねず、国民の生命等を危うくする可能性がある。したがって、中国の台頭と軍事大国化は立法事実とならない。

エ 領土問題の先鋭化（８７頁～９０頁）

領土問題において、「どうぞどうぞ」と相手方に譲る国はまずない。領土問題は武力衝突につながりやすい問題であるから、当事国間において武力衝突によって解決しないことの合意をすること、為政者が紛争をエスカレートさせるような言動をすることを慎むことが不可欠である。日本において、近年言及されることが多い「領土問題」は、日中間における尖閣諸島問題である。そのため、米国政府の尖閣諸島が日米安保条約5条（共同防衛）の適用対象となっている旨の言明が注目されているが、日米安保条約5条（共同防衛）の適用対象となるということと、尖閣諸島「有事」の際に米軍が軍事出動する法的義務があること（まして実際軍事出動すること）とは同一ではない。米国が自国の利益とならないと判断すれば、米軍が出動しない場合もあり得る。また、そもそも自国の領土防衛は、個別的自衛権に関する問題であって集団的自衛権に関する問題ではない。加えて、領土問題は、尖閣諸島問題で、従来されていたように「棚上げ」をして武力衝突が起きないようにすることが重要である。こうしてみると、領土問題の存在も、武力行使が可能な条件を拡大すべき理由とはならないように思われる。むしろ、安易に武力行使に頼ろうとする姿勢そのものが領土問題を戦争へとエスカレートさせかねない危険性を孕むことに注意すべきであるように思われる。したがって、領土問題の存在は立法事実とならない。

オ 集団的自衛権行使容認論台頭の背景（90頁～95頁）

このようにしてみると、集団的自衛権容認論の背景には、国際安全保障環境の変化と言うよりも、日本の軍事大国化それ自身が集団的自衛権の行使ができる国になることを求めているという見方も可能である。この点につき、松竹伸幸は、日本の集団的自衛権行使容認論の背景には、「冷戦期には必要とされてこなかったのになぜ」という疑問を述べた上で、①「自衛隊の実力が集団的自衛権を行使できるまでに飛躍的に高まった」こと、②「冷戦期よりも弱い敵が相手だから」、③「日米同盟の維持の自己目的化」、④「アメリカ不信の裏返し」といった点があると指摘している。

（2）安保法制壘での集団的自衛権行使が必要となる可能性があるとした事例

の検討

ア 公海における米艦の防護論（95頁～99頁）

（ア）事例その1

この公海における米艦防護論については、公海において、自衛隊の艦船が米軍の艦船と近くで行動している場合に、米軍の艦艇が攻撃されても自衛隊の艦船は何もできない状況が生じてもいいのかといった疑問が投げかけられていた。しかし、もともと、従来の政府解釈であっても、「日本有事」の際、自衛艦が自らを守る行動に出る結果として米艦も救われるということは認められている。したがって、日本の艦船と米国の艦船が近接している場合の攻撃への対処に関しては、従来の政府の憲法解釈を、集団的自衛権を行使容認するように変更する必要性は認められない。

これに対し、日本にとって自己を守ることと無関係な場合、すなわち米艦船が一定程度離れたところにいる場合の米艦への魚雷や対艦ミサイル攻撃が問題となる。魚雷は自己への攻撃の場合でも探知が難しく、他者を守ることはほぼ不可能に近い。また、対艦ミサイルも自己が攻撃目標となる場合には、射撃完成レーダーの照射を受けるので逆探知装置のより危険を察知できるが、レーダー照射を受けていない場合、数キロも離れているところにいる別の艦艇がミサイルを迎撃することはほぼ不可能であるというのが軍事的常識である。したがって、日本の艦船と米国の艦船が一定程度離れたところにいる場合の攻撃への対処に関しては、そもそも対処が不可能なのであって、集団的自衛権を行使容認するように変更する根拠とならない。

（イ）事例その2

「逃げようとする日本人を、同盟国であり能力を有する米国が救助、輸送しているとき、日本近海で攻撃があるかもしれない。このような場合でも日本人自身が攻撃を受けていなければ、日本人が乗っているこの米国の船を日本の自衛隊は守ることができない。」との問題提起がなされた事例（2015年5月15日 安倍首相の記者会見）についてである。通常、戦争状態になる前に、退避勧告などがあり、外交ルートによる避難・退避の徹底、軍事目的に使用されていない限り破壊・攻撃の対象と

ならない民間客船・民間航空機を使用すべきというのが国際的なルールである。また、「自国民の退避については自分の国の政府で責任を有するというのが原則」であり、加えて、日米ガイドライン改定時の議論であるが、朝鮮半島有事の際の「米艦による邦人救出」をすでに米国から断わられていた。したがって、国際的なルールからすれば、そもそもこのような事例は生じないのであって、集団的自衛権を行使容認する根拠とならない。また、日本が米艦防護のための武器使用をすれば、相手国からすれば日本が先に攻撃してきたのであるから、自衛隊に反撃をすることになり日本との間の武力衝突に発展する。その際には、日本本土への武力攻撃も行われる可能性がある。したがって、集団的自衛権の主な機能とされている抑止力は日本自身の行為によって破られることになるのであって、集団的自衛権を行使容認する根拠とならない。

イ 米国に向かうミサイルの迎撃（99頁～100頁）

そもそも米国を狙って発射されたミサイルを、日本が迎撃することができる手段が存在しない。仮に北朝鮮から米国本土にミサイルが発射された場合、ミサイルは北極圏を飛んで日本から離れて飛んでいくので、日本から速度の劣る迎撃ミサイルで後から追いかけて攻撃ミサイルをとらえることは不可能である。だからといって、米国本土付近に日本の迎撃ミサイルやイージス艦を配備するというのも非現実的な話である。しかも、北朝鮮が米国との戦争を決意するような局面は、在韓米軍基地や在日米軍基地も攻撃対象となり、米国としても、まず日本には、日本防衛をお留守にして米国に協力するよりも日本本土や在日米軍防衛を優先するように要請が来るような事態である。この米国に向かうミサイルの迎撃というのもまた現実離れした想定というほかない。したがって、米国に向かうミサイルの迎撃は、そもそも不可能なのであって、集団的自衛権を行使容認する根拠とならない。

ウ 国際海峡に敷設された機雷の除去について（100頁～102頁）

外国により武力攻撃の一環として敷設された機雷を除去するという行為は武力攻撃の一環としてなされた行為を無力化するという効果を持つから、政府も、そのよ

うな行為は、一般にその外国に対する戦闘行動としての武力行使に当たるので、自衛権発動の要件を充足する場合以外の場合には憲法上許されないと解してきた。今日想定されているのは、イランによるホルムズ海峡の機雷による海上封鎖を行った場合である。ホルムズ海峡はイラン領海とオマーン領海によって占められていて公海部分がない。イランがオマーン領海に機雷を敷設すれば、イランのオマーンに対する敵対行為であり、もし自衛隊がオマーン領海内で掃海活動をすれば、武力紛争に参戦することにほかならず、イランから武力攻撃を受けることを覚悟する必要がある。したがって、集団的自衛権の主な機能とされている抑止力は日本自身の行為によって破られることになるのであって、集団的自衛権を行使容認する根拠とならない。

エ まとめ（101頁～102頁）

このように、安保法制壘が挙げた事例は集団的自衛権の行使を容認する根拠とならない。そもそも集団的自衛権とは、自国が攻撃されていない場合に他国（自国と密接な関係に立つ国）を守るための根拠であるから、これを行使しなければ日本を守れないという「具体例」を考え出すこと自体に無理があると言わざるを得ないのである。

（3）東アジアや国際社会で真の平和と安全を確立するために（102頁～109頁）

東アジアや国際社会で真の平和と安全を確立するためには、まず考えるべきは緊張を減らすことであり、いかに脅威を減らしなくしていくことができるか、少なくとも武力紛争にエスカレートしないようにできるかを考え、外交をはじめとした努力を傾注することが重要である。

6. 終わりに（109頁）

そして最終的に、河上意見書では、「以上のような検討を通じてみれば、少なくとも集団的自衛権の行使を具体化・制度化し、また他国軍隊の武力行使と一体化するような活動を行いうることを定める「安保関連法」は、憲法学界の通説的な立場に立とうが、自衛力合憲論の立場に立とうが、いずれの立場に立ったとしても、全

体として違憲であると断ぜざるをえないのである。」と結論づけている。

以上