



Title	解釈基準としての平和的生存権
Author(s)	齊藤, 正彰
Citation	北大法学論集, 71(4), 1-42
Issue Date	2020-11-27
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/79803
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_4_01_Saito.pdf,



解釈基準としての平和的生存権

齊 藤 正 彰

目 次

はじめに

I 「平和的生存権」論をめぐる自縄と自縛

1. 「平和的生存権」論に対する批判の自縄

- (1) 解釈基準性の承認
- (2) 解釈基準であることの内実
- (3) 日本国憲法の平和的生存権の意味

2. 「平和的生存権」論の自縛

- (1) 〈特定の内容を有する一個の権利〉への志向
- (2) 平和的生存権構想の有意性
- (3) 9条と第3章の結合

II 深瀬説の構造

1. 個別的人権の総体としての平和的生存権

- (1) 基本的人権の包括的総体
- (2) 根拠条文の総合化という誤解
- (3) 深瀬説における13条の意味

2. 平和的生存権の二層構造

- (1) 深瀬説の構想：2つの場合分け
- (2) 個人人権規定の解釈基準としての機能
- (3) 深瀬説の継承と変奏

3. 個人人権規定の解釈

- (1) 深瀬説の展開
- (2) 政府見解：徴兵制と憲法18条
- (3) 深瀬説の今日的意味

III 「穏和な平和主義」論の発問

1. 「穏和な平和主義」論と「平和的生存権」論

- (1) 穏やかでない受けとめ
- (2) 「穏和な平和主義」論の初発
- (3) 「穏和な平和主義」論の精練

2. 「穏和な平和主義」論と立憲主義

- (1) 軍備の保持と立憲主義の存立
- (2) 社会契約における軍備の保持
- (3) 個人主義と軍隊

おわりに

はじめに

〈平和的生存を固有の主題として、特定の内容を有する一個の権利が、日本国憲法によって保障されている〉と主張する「平和的生存権」論は、その問題設定のために困難に逢着している。

日本国憲法は、前文で、「われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する」としている。ここに平和的生存権の根拠を求めれば、前文の法規規範性ないし裁判規範性が問われる。さらに、その「全世界の国民が」という文言から、権利主体についての議論が生じる。権利の内容においても、「戦争を許容する平和的生存権」と「許容しない平和的生存権」の理解¹がありうる。

前文を離れて憲法9条に根拠を求めれば、そこでも実力の保持を認める解釈が成り立ちうることは措くとしても、9条から権利を導くことができるのかとの批判に晒される。新しい人権として13条に依拠するならば、「平和的生存権」論が登場したのが憲法制定後であるとはいえ、その権利の位置づけからして、これを憲法が列举しなかった新しい人権とするのは平和憲法としての日本国憲法の意義を毀損することになりかね

¹ 岡田信弘「平和的生存の権利——「国際社会における日本国憲法」の視点から」憲法問題2号(1991年)69頁、同「国際社会における平和的生存権論と日本国憲法」明治学院論叢478号(1991年)250頁。

ないであろう。

こうした従来の「平和的生存権」論の行き詰まりの要因は、〈特定の内容を有する一個の権利〉を当然に想定するという議論の立て方にあると考えられる。これに対して、「平和的生存権」論の嚆矢とされる星野安三郎「平和的生存権序論」²は、日本国憲法の特質を「平和的生存権を保障する規範の全体という意味で、「平和国家の憲法」ととらえることが重要だ」とするものであった。そして、初めて平和的生存権の語を標題に掲げて総合的に検討した研究書である深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（岩波書店・1987年）——以下、同書の内容とそれに連なる見解を「深瀬説」と称する——は、〈特定の内容を有する一個の権利〉という理解とは次元の異なる議論を展開していたはずである³。しかし、従来は、図式的な学説分類の中で整理されていたようにみえる。

他方で、「平和的生存権」論を批判する側も、同様に、憲法上、平和的生存権は〈特定の内容を有する一個の権利〉として成立しておらず、とりわけ裁判上で主張できる具体的権利とはいえないと難じていた。

² 小林孝輔＝星野安三郎編『日本国憲法史考』（法律文化社・1962年）3頁以下所収。

³ その著者は、議会制研究や解散権の憲法上の制約についての高い水準の研究で知られた研究者であり（岡田信弘「深瀬憲法学における統治機構論を再考する——議院内閣制と二院制を中心に」稲正樹＝中村睦男＝水島朝穂編『平和憲法とともに——深瀬忠一の人と学問』（新教出版社・2020年）93頁以下、高見勝利「解散権行使に対する憲法上の制約——深瀬忠一の「憲法習律」論再考」同書108頁以下、中村睦男「深瀬憲法学のフランス憲法研究および日仏交流への貢献」同書126頁以下。さらに、同「あとがき」同書349頁以下参照）、かつ、その最初の論文は憲法と条約の関係を扱うものであり（深瀬忠一「フランス憲法史における条約と国内法（1）－（3）」北海道大学法学会論集7巻2号（1956年）、7巻3＝4号（1957年）、8巻1＝2号（1957年））、その後も、国際規律との関係を意識した論稿を多く示している（同「フランスの議院と条約修正権」ジュリ199号（1960年）18頁以下、同「戦後五〇年の世界の「諸憲法と国際平和」の新たな展望（5）（6）」法時68巻7号（1996年）51頁以下、法時68巻8号（1996年）70頁以下等）。なお、同「平和的生存権論の生成と展開について——その憲法的・国際法的側面の総合的考察」国際人権2号（1991年）7頁以下に深瀬説の概要が示されている。

そして、裁判例も通説的見解も、〈憲法前文の平和的生存権は憲法の解釈基準としての意義を有する〉にとどまるとしていた。しかし、平和的生存権が憲法規定の解釈基準となるということは、相応の重みを有するはずである。

I 「平和的生存権」論をめぐる自縄と自縛

1. 「平和的生存権」論に対する批判の自縄

(1) 解釈基準性の承認

憲法学説は、憲法の規定——しかも前文ではなく本文の規定——の法的拘束力が減殺ないし否定されることを論じるときに、政治的マニフェスト、政治規範、プログラム規定、倫理的規定といったことを唱えてきた。しかし、平和的生存権については、多くの憲法学説は、「その主体・内容・性質などの点でなお不明確であり、人権の基礎にあってそれを支える理念的権利と言うことはできるが、裁判で争うことのできる具体的な法的権利性を認めることは難しい」⁴とするものの、「憲法における各種の基本的人権条項の解釈基準（それは同時にそれらの条項を具体化するための立法の基準でもある）の指針として用いられるべきもの」⁵と位置づけている。そして、「前文の規定をそれ自体として、具体的裁判において適用する必要性は少なく、あくまで憲法典の各条文の規範内容についての解釈に際しての重要な規準として援用すれば事足りる」⁶と論じていたのである。

「平和的生存権」論に対して否定的な立場を採ったとされる百里基地訴訟第一審判決（水戸地判昭52・2・17判時842号22頁）においても、平和を規定する「憲法前文第二項は、形式上憲法の一部を構成するが、憲法本文各条項がみぎのごとき理念ないし目的に従つて解釈さるべきであ

⁴ 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法〈第7版〉』（岩波書店・2019年）38頁。

⁵ 佐藤功『ポケット註釈全書：憲法（上）〈新版〉』（有斐閣・1983年）31頁。

⁶ 初宿正典「憲法前文の法的効力」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（ジュリ増刊・2008年）15頁。

るという、本文各条項の解釈基準を明らかにしているもの」としているのである⁷。

(2) 解釈基準であることの内実

それが平和的生存権の法的意味をゼロとしないためのリップサービスでないのなら、「解釈基準」であることの意義を真摯に考察しなければならないはずである。「問題はこの権利を理念的な権利であるといって、終わるのではなく、その理念的ということの意義である」⁸。そして、「理念だからこそ、あらゆる場面・問題について、この理念を実現する方向での処理・解決がはからなければならない。「平和的生存権」を理念的権利だと位置づける説は、こういう意味を含んでいる」⁹とされる。

さらには、憲法前文の裁判規範性をめぐる「肯定説と否定説との対立は、一見して思われるほど実質的なものではない」のであって、「否定説も、本文各条項の「解釈基準」として前文を援用することは承認しており、本文各条項の意味を解釈によって充填するときに前文を用いるならば、実質上、肯定説と大差のない効果をひき出すことができる」とされるのである¹⁰。

「解釈基準」として機能するためには、それ自体として裁判規範性を

⁷ 百里基地訴訟控訴審判決（東京高判昭56・7・7判時1004号3頁）も、「平和的生存権」について、「それを独立の権利と呼ぶかどうかは別としても、あらゆる基本的人権の根底に存在する最も基礎的な条件であつて、憲法の基本原理である基本的人権尊重主義の徹底化を期するためには、「平和的生存権」が現実の社会生活のうえに実現されなければならないことは明らか」としたうえで、憲法前文に「表明された基本的理念は、憲法の条規を解釈する場合の指針となり、また、その解釈を通じて本文各条項の具体的な権利の内容となり得ることがある」としている。

⁸ 矢口俊昭「前文」芦部信喜監修『注釈憲法（1）』（有斐閣・2000年）107頁。

⁹ 浦部法穂『憲法学教室〈第3版〉』（日本評論社・2016年）423-424頁。

¹⁰ 樋口陽一ほか『注解法律学全集（1）憲法I〔前文・第1条～第20条〕』（青林書院・1994年）41頁〔樋口〕。前文の裁判規範性についての「否定説も、「前文」が憲法本文の各条項の解釈の基準となることを承認しており、判例もその趣旨のものと解されうる点は注意を要する」（佐藤幸治『日本国憲法論〈第2版〉』（成文堂・2020年）42頁）。

有する一個の権利である必要はないとしても、その趣旨が定まっていることが求められるであろう。そうであるとすれば、平和的生存権を憲法規定の解釈基準と位置づける通説的見解は、日本国憲法の平和的生存権が憲法解釈を方向づける特定の趣旨を有することを承認していることになる。

(3) 日本国憲法の平和的生存権の意味

憲法解釈を方向づける日本国憲法の平和的生存権の趣旨とは——平和的生存権を解釈基準と位置づけてきた通説的見解の憲法9条解釈を前提とすれば——、前文は全世界の国民の——必ずしも戦争・武力行使の全面的否定を意味しない——広義の平和的生存権を承認したうえで、その実現に寄与するために、国際法の要請である不戦条約以来の侵略戦争放棄を目的として掲げ(9条1項)、しかもその実現を担保するために戦争・武力行使の全面的放棄と戦力の不保持を規定した(9条2項)という理解に基づくものとなろう。

そのようにして、「国際条約上の「平和への権利」が戦争の全面否定に基づいていないのとは異なって、日本国憲法では、九条で戦争の全面放棄と非武装を掲げたことによって、その意味内容が具体化された点に特徴がある。いいかえれば、前文と九条が結合することによって、日本国民の戦争拒否の権利、政府に対する平和請求権としての(狭義の)平和的生存権が保障されたと解される」¹¹⁾のである。

そのような理解に基づき、憲法前文だけでは仮に武装防衛の方向がとられたとしても「平和的生存権の侵害として構成できるわけではない」が、9条とともに「第3章の各条項をもその根拠とする」ことによって、平和的生存権が「9条により内容的に戦争放棄・非武装の限定をうける利点がある」ことから、「9条との総合的把握によって「平和的生存権」の内容充填をしてゆく方法がありうる」とされる¹²⁾。また、「第3章の個別的・具体的人権のなかに「平和的生存権」の具体的内容を読みとろう

¹¹⁾ 辻村みよ子『憲法〈初版〉』(日本評論社・2000年)125頁。

¹²⁾ 横田耕一「平和的生存権」大須賀明ほか『憲法講義2 基本的人権』(有斐閣・1979年)336-338頁。

とする」試みにおいて、解釈基準として「平和的生存権」概念を導入することによって解釈の方向づけはかなり明確になる」ともいわれる¹³。

2. 「平和的生存権」論の自縛

(1) 〈特定の内容を有する一個の権利〉への志向

通説的見解による批判に対抗して、「平和的生存権」論を提唱する学説の多くは、〈特定の内容を有する一個の権利〉としての存立を論証することに力を振り向けてきた。

「平和的生存権」論において、国際社会の動向¹⁴や原理論的検討¹⁵に関心が向けられるのも、〈特定の内容を有する一個の権利〉の論証の手がかりを得ようとする試みと解される。

「平和的生存権を狭義と広義の二つに分けて捉えること」を提唱する見解が、「平和的生存権の核心的部分を狭義の平和的生存権として抽出し、明確にしておくことが有用」であると考え、「戦争や軍隊によって自己の生命を奪われ、あるいは生命の危険にさらされないで生存する権利それ自体……を中核としたうえで、その外延に、より広い意味での生活・活動を平和的に行う権利としての、広義の平和的生存権が存在している」とするもの¹⁶、〈特定の内容を有する一個の権利〉としての平和的生存権を確立するためであると解される¹⁷。

¹³ 同論文340頁。

¹⁴ 岡田信弘「日本国憲法における平和主義の「国際性」」プライム26号(2007年)61頁以下。

¹⁵ 麻生多聞『平和主義の倫理性——憲法9条解釈における倫理的契機の復権』(日本評論社・2007年)、同『憲法9条学説の現代的展開——戦争放棄規定の原意と道徳的読解』(法律文化社・2019年)、河上暁弘『日本国憲法第9条成立の思想的淵源の研究——「戦争非合法化」論と日本国憲法の平和主義』(専修大学出版局・2006年)。

¹⁶ 山内敏弘『平和憲法の理論』(日本評論社・1992年)292頁。

¹⁷ しかし、問題が「生命についての権利」の剥奪・危険に至っている場合に、そのうち戦争や軍隊によるものだけを切り分けて論じる必要があるかは疑問である。なお、「平和的生存権」論を生命権と結びつけて論じるものとして、山

平和的生存権について「憲法上の権利性と裁判上の権利性を区別」¹⁸して論じるべきことを提唱し、従来の議論が裁判上の権利性に集中していたことを批判する見解が、前文は憲法典の一部として法規範性が承認されていることから、平和的生存のために、政策に対抗できる憲法上の権利性が認められるとし¹⁹、平和的生存権は「理念的広がり」をもつが、9条の戦争放棄が明らかにしている「最小限の内容を権利として保障していると考えることができる」²⁰とするのも、〈特定の内容を有する一個の権利〉として平和的生存権が機能する場面があることを示そうとするためと解される²¹。

平和的生存権の具体的内容を第3章の諸規定と結びつけて論じることに対して、「平和的生存権」の独自の存在意義を唱えるものとしては、いささか弱い²²、あるいは「せつかくの「平和的生存権」があまりにも包括的な内容のものとなり、逆に、その独自性を希薄化する結果になってしまう」²³として、「平和的生存権」を独自の憲法上の権利＝人権として

内敏弘『人権・主権・平和——生命権からの憲法的省察』（日本評論社・2003年）、上田勝美「世界平和と人類の生命権確立」深瀬忠一ほか編『平和憲法の確保と新生』（北海道大学出版会・2008年）15-18頁。

¹⁸ 浦田一郎『現代の平和主義と立憲主義』（日本評論社・1995年）108頁。

¹⁹ 同書115頁。

²⁰ 同書120頁。

²¹ しかし、この見解が主張する「憲法上の権利」は、それが存在することが認められれば、それを「政治の場面」で主張するために特別の理論構成を要するものではなかろう。この見解が種々論じていることも、結局は、憲法上の権利の裁判法規範性がどのように認められるかということに繋がっていると解される。裁判法規範性（裁判上の権利性）には争いがあるとしても「憲法上の権利」としては〈特定の内容を有する一個の権利〉という内容がある、という主張は、本来論ずるはずのこの手前で議論を停めているようにみえる。従来の「平和的生存権」論が〈特定の内容を有する一個の権利〉であることの論証に注力してきたのは平和的生存権の裁判法規範性を確立するためであるとすれば、憲法上の権利として〈特定の内容を有する一個の権利〉であると論じても当初の目的には結びつかないと解される。

²² 浦部・前掲書（註9）424頁。

²³ 同書425頁。

構成すべき」²⁴だとする見解は、「憲法前文で確認された「平和的生存権」は、その最小限の内容が9条によって具体化されているのであり、9条が「平和的生存権」の具体的内容を示している」のであって、「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」とするが²⁵ ²⁶、まさに〈特定の内容を有する一個の権利〉としての平和的生存権を追求するものと解される²⁷。

このように、平和的生存権が〈特定の内容を有する一個の権利〉として成立することを論証する努力がなされてきたが、しかし、〈特定の内容を有する一個の権利〉を強く志向するほど、「平和的生存権」論は隘路に入り込み、その主張の力が減殺されることになっていたようにみえる。積み重なる議論にもかかわらず、平和的生存権の根拠規定・権利主体・権利の具体的内容のいずれについても、説得力ある説明が示されているとはいえないという評価が繰り返されてきたのである²⁸。

²⁴ 同書427頁。

²⁵ 同書428-429頁。

²⁶ 「平和的生存権は明確な内容をもっている」と説くものとみて、この見解に賛同する学説として、後藤光男『人権としての平和——平和的生存権の思想研究』（成文堂・2019年）55頁。

²⁷ しかし、この見解がいうように憲法9条の規定の内容は明確であるとするには、種々の解釈が対立する9条についてこの見解が示す解釈に同意する必要がある。そのことは措くとして、「9条と「平和的生存権」をイコール」だとするのなら、「軍備の保有を違憲とする理由としては9条違反ということで十分であって、これをあえて「平和的生存権」侵害として構成することの実益に乏しいではないか」という批判に対して、この見解は、「9条違反ではあるが人権侵害ではない」という場合の実益を挙げて反論する（浦部・前掲書（註9）429頁）。この見解の主張が、〈特定の内容を有する一個の権利〉として「憲法9条違反のない状態の下で生存すること」を挙げ、「憲法9条違反の国家行為があればその取消し等を求める原告適格を有するとするもの」であるならば（木下智史＝只野雅人編『新・コンメンタール憲法〈第2版〉』（日本評論社・2019年）24頁〔大河内美紀〕）、それについては、いわば政教分離原則を人権規定と捉える見解に対するのと同様の批判がなされうるのはなかろうか。

²⁸ 「平和的生存権」論が「伝統的な権利論に立つ人々を十分に納得させるほど明確に特定されたか」は疑問とされる（野中俊彦ほか『憲法Ⅰ〈第5版〉』（有斐閣・2012年）158頁〔高見勝利〕）。

(2) 平和的生存権構想の有意性

他方で、平和的生存権を構想することの意味が否定されていたわけではないと解される。

平和的生存権のように「平和」を「人権」の問題として論ずることについては、「これまで、基本的人権が比較的保障されていた国家においても、戦時において人権が何ほどか制限されるのは当然とされてきた。こうしたときに、平和を人権として把握し、従来の国家のありかたや国民生活に反省を迫った点での重要性はきわめて大きい」²⁹と評される。

それは、平和の問題を、公共財としての防衛サービスを国家がどの程度提供し、それに対してどの程度の費用を国民が負担すべきかを、国民の代表である議会が決定する³⁰という問題と捉えるのではなく、思想の自由や表現の自由と同じように、議会制民主主義の原理によって決められるべき問題ではない、多数決によって制限・剥奪が認められてはならないと捉えることを意味する³¹。「平和を国家間関係上の状態と考える

²⁹ 横田・前掲論文(註12) 343頁。

³⁰ 長谷部恭男『憲法〈第7版〉』(新世社・2018年) 63頁。民主的政治過程を経て決定された政策について、自己の信条と異なるからといって、直ちに自律的な私的生活の平穏が侵害されたと法的に主張することは、通常は困難であろう。しかし、平和ないし軍事に関する問題は、後述のように、賭命義務との関係で、立憲主義と個人について重大な影響をもたらすものであるとすれば、多数決で決定できる問題であるかどうかについて再考が求められうる。

³¹ 高柳信一「平和的生存権」法セ275号(1978年) 4頁。「近代政治理論においては、……戦争か平和かは、主権をもつ人民が、討議と多数決とを経て自ら選択すべきものであり、選択肢をどちらか一方にあらかじめ限ってしまうことは、人民の民主的意思形成を束縛し、かえって民主主義に反するとする……考えの方が現在にいたるまで支配的であった」し、「近代の公法の論理においては、戦争そのものは悪とされず、ただ、非民主的に、国民の意思に反して敢えて戦争を起すことが非難された」のだと考えられるが(同「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年) 32-33頁)、「現代においては、平和が確保されなければ、議会制民主主義も、それが機能するための前提条件である市民的自由も存立しえないのですから、平和を、議会制民主主義の運営によって、多数決の結果にもとづいて、或いはこれを選択し、或いはこれを捨て去りうるものとするのは論理矛盾でしょう」(同・前掲「平和的

で、国内の内政上の問題、つまり、国民の国内政治権力に対する関係における権利の問題として追及して行かなければならないということを意味する」³²のである。

「あくまでも憲法学が平和主義の問題を扱うときには、他の法分野あるいは他の政治学の分野と違って、個人に立脚するということが大事なこと」³³であるとすれば、日本国憲法においては、9条と「結合させることによって「平和的生存権」はかなりの射程範囲をもった権利として構想される」のであり、戦争を起こす政府の手を縛る道具として「格好の権利を国民は手に入れることができる」とされる³⁴。

(3) 9条と第3章の結合

(i) 平和的生存権の祖型

国民が平和的生存権を手に入れたことを憲法施行から15年を経た時点で謳いあげた見解は、その内容を次のように描いていたのである。すなわち、「この「平和に生きる権利」は、具体的には、兵役の義務を規定した明治憲法とそれにとまなう軍事立法の廃止によって保障されたものである。すなわち、兵役法および同施行規則・徴発令・馬籍法・同施行規則・鉄道軍事供用令・国家総動員法・国民徴用令・土地収用法・国民体力法・防空法・軍機保護法・刑法等の廃止又は改正によって、徴兵検査

生存権」12頁)。「議會制民主主義は、人權の尊重・保全を基底とする政治理念に最も適合的な政治システム原則として採用されたものですが、現代において、戦争と平和の問題をこの政治システムによって処理すると、基底的原理そのものが毀損され結果が不可避のようであります」(同「国家の自衛権より人民の平和権へ」法セ増刊『総合特集シリーズ(22)憲法と平和保障』(1983年)16頁)。なお、同「人權としての平和」法時47巻12号(1975年)33頁以下。

³² 高柳・前掲「平和的生存権」(註31)9頁。

³³ 水島朝穂ほか「〔討論〕1国家主権と平和」法時69巻6号(1997年)20頁〔蟻川恒正〕。

³⁴ 横田・前掲論文(註12)343頁。なお、「平和」を「人權」の問題として論ずる構想として、辻村みよ子「「人權としての平和」論の再構築——平和主義の「ジェンダー化戦略」を契機として」山内敏弘先生古稀記念論文集『立憲平和主義と憲法理論』(法律文化社・2010年)85頁以下参照。

や、戦争と軍隊に必要な体力向上のための体力検査を受けたり、家族や友人を戦場に送るため役場に届出をしたり、持馬を軍馬として徴用されたり、土地や建物を接収されたり、軍事機密を守るため言論・出版・報道の自由を制限されることから、解放されるようになったのである。そして、このようにして、はじめて、「恐怖と缺乏から免れて平和のうち」に生存する権利」が保障されるようになったのである」³⁵。

このような、〈国民が日常的に身近に保護されている具体的権利の諸形態〉およびその維持・増進が焦点にあるとすれば、憲法第3章の個人人権規定との関係が問題となる。それは、従来の「平和的生存権」論においても、9条と第3章の結合として、しばしば論じられてきたものである。

(ii) 平和的生存権の外延

「憲法前文が「全世界の国民」の権利とした平和的生存権(広義)と、(前文と結合した)9条・13条から抽出される個人の實定的権利としての平和的生存権(狭義)との分離が必要」であることを説きながら、狭義の平和的生存権については、9条の戦争放棄規定と人権規定を「一体化して捉える」ことで「その構造を理解する」ことができるとし、また、13条の解釈にあたっては、「「公共の福祉」の内容に国防・有事への対応等を含ませることで人権制約を正当化することは許されないと解すべき」とする見解³⁶は、「平和的生存権の周辺に位置する種々の人権(「外延」)についても、「人権としての平和」論構築の観点から明らかにすることが必要となる」³⁷としている。そして、この見解は、平和的生存権の外延(その概念に対応する事物ないしその集合)として、第3章の各種人権規定を挙げているのである。

(iii) 個人的人権との結合への批判

しかし、「平和的生存権」論においても、〈国民が日常的に身近に保護されている具体的権利の諸形態〉を平和的生存権に結びつける考え方に

³⁵ 星野・前掲論文(註2)6頁。

³⁶ 辻村みよ子「「人権としての平和」と生存権——憲法の先駆性から震災復興を考える」GEMC journal 7号(2012年)50頁。

³⁷ 同論文52頁。

対しては、「個別的な現実的利益のレベルに、少々限定しすぎている」³⁸として、「日本国憲法の掲げる「平和的生存権」は、こういった目に見える具体的な不利益を排除するというだけの権利ではない」³⁹とする批判がある。

たしかに、従来の「平和的生存権」論において「九条と三章の人権規定の結合」が説かれるときには、「平和にかかわる」人権論についての、それらは「二章の戦争放棄と三章の人権保障の結合から自動的に出てくることであって、わざわざ平和的生存権をもち出さなくてもよいとする議論」に対して、「平和的生存権がなければ、九条は客観的憲法原則として主観的な人権と結びつきにくい。その結合を意識させるのが、平和的生存権である」と主張するところに重点があったのかもしれない⁴⁰。

たとえば、「九条によって内容が確定された「平和」」が、「第三章の個別の人権と結合しうる場合には、それら個別の人権に平和的生存権の内容を付加し、ないし充填させる、という理解を採る」としつつ、「平和的生存権のカヴァーする保障範囲は、第三章の個別の人権に尽くされない」とする見解⁴¹は、結局は、「平和的生存権と一体となりうるような個別の人権が第三章中にある場合には「両者」を援用すると考えるものであって、「九条違反を構成する問題を、平和的生存権を媒介させることにより、主観的権利侵害の問題に転化させることができる」というこ

³⁸ 浦部・前掲書（註9）427頁。

³⁹ 同書428頁。「たとえば、兵隊にとられるとか軍事目的で財産を収用されとか、あるいは、まさかのときに攻撃を受けるとかの不利益は、たしかに、日本国憲法のもとで、国民に強要することの許されないものである」（同書427-428頁）が、「そういう現実的・具体的な形の不利益が国民に及ぶか否かにかかわらず、むしろ、それ以前の問題として、「平和」の阻害それじたいを権利（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」（同書428頁）とする。

⁴⁰ 浦田一郎「平和的生存権」樋口陽一編『講座・憲法学（2）主権と国際社会』（日本評論社・1994年）154頁。

⁴¹ 小林武『平和的生存権の弁証』（日本評論社・2006年）70頁。

とに力点を置いている⁴²。したがって、「九条を即、人権保障規定とみて、その違反があれば直ちに全国民が救済を求めて裁判提起ができる」とする見解」に対しては批判的であるが、「平和的生存権は九条によって内容が確定された「平和」を人権としてとらえたもの」であって、「その憲法上の根拠と外延・内包、つまり権利内容・享有主体・成立要件・法律効果などから成る構成内容のいずれの点をとっても権利としての具体性に欠けるところはなく、裁判規範性を具えた」ものであるとする⁴³。つまり、〈特定の内容を有する一個の権利〉の範から自由ではないと解される。

しかし、平和的生存権の構想として、それ自体が裁判規範性を有する〈特定の内容を有する一個の権利〉として確立する方途が長らく「道半ば」であることに鑑みるならば、やはり、原点に帰って、異なる径路を真摯に考えることが求められるであろう。

Ⅱ 深瀬説の構造

1. 個別的人権の総体としての平和的生存権

(1) 基本的人権の包括的総体

深瀬説は、平和的生存権を、「原理的」には「戦争と軍備およ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、恐怖と欠乏から免れて平和のうちに生存し、またそのような平和な国と世界をつくり出してゆ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」であると定義する。そして、「その保障尊重が憲法および国際法の目的であり、したがってその確保手段は、目的を破壊・抑圧するような現代的戦争手段（核通常戦力）であってはならず（それは縮少・廃棄に向かうべきで）、目的実現にふさわしい平和的・非軍事的手段でなければならないという論理を、明確に貫くべきことになる」として、「戦争を許容しない平和的生存権」理解に立つことを明らかにしている。そして、「人類普遍の自然権的人権」である平和的生存権を、日本国民は「憲法によっ

⁴² 同書71頁。

⁴³ 同書128頁、133頁。

て実定法的に」保障されているとする⁴⁴。

そのようにして、深瀬説は、平和的生存権とは自然法に基づく基本的人権であって、「前文においてそのことを明示的に「確認」したうえ、憲法第二章（第九条）で戦争と軍備放棄という明確な客観的・制度的保障を規定するとともに、憲法第三章の具体的・個別的な諸条項においてその主観的権利の諸態様を保障しているもの」⁴⁵であるとする。

深瀬説は、平和的生存権の規範的構造と性格について、「憲法の平和主義の客観的制度の側面（第二章第九条の戦争放棄・軍備不保持）と主観的権利の側面（第三章の平和に徹した諸基本的人権）の統合的理解」⁴⁶を提唱するのである。

さらに、「憲法は、第九条においてわが国の主権を明確な文言によって制限し、戦争放棄・軍備不保持・交戦権否認により実定憲法の客観的制度の側面から「平和的生存権」を保障するとともに、第一三条および第三章の諸条項において主観的権利の側面から平和に徹した基本的人権を具体的に保障し、その他統治機構上戦争体制を一切予定せず（七六条二項軍事法廷禁止等）、司法審査制により裁判的に担保することによって、全体として「平和的生存権」保障の実定憲法体制をほとんど完備したといえる」⁴⁷とする。

そのような思考において、平和的生存権を、「戦争と軍事目的によって侵害・抑制されることのない」、「日本国憲法の諸基本的人権の包括的総体」と定義づけるのである⁴⁸。

⁴⁴ 深瀬・前掲「平和的生存権論の生成と展開について」（註3）9頁。

⁴⁵ 深瀬忠一『長沼裁判における憲法の軍縮平和主義——転換期の視点に立つて』（日本評論社・1975年）325頁。「平和憲法において、統治機構（客観的制度）上の平和の保障が、国民生活（主観的権利）上の人権の保障と結びついて、平和的生存権の保障論に統合されたのである」（深瀬・前掲「平和的生存権論の生成と展開について」（註3）8頁）。

⁴⁶ 同書297頁。

⁴⁷ 深瀬忠一「日本国憲法の理念と現実——平和主義を中心として」ジュリ875号（1987年）13頁。

⁴⁸ 深瀬忠一「平和憲法は冬眠しているか——憲法解釈学の一つの今日的課題」法時56巻6号（1984年）32頁。「憲法前文、とくに第九条および第一三条、また

（２）根拠条文の総合化という誤解

このような深瀬説の構成は、平和的生存権を〈特定の内容を有する一個の権利〉として追求しようとする観点とは距離がある。そのため、学説の分類・整理において、適切な位置づけを与えられないことがある。たとえば、註釈書においても、〈前文・９条・第３章の人権規定全体から成立するとする説〉であるとか、〈憲法前文はもとより、９条、１３条および第３章の諸条項を複合して、根拠を憲法上の多くの諸規定に求めるもの〉といったような整理がなされる。

しかし、深瀬説は、前文、９条、１３条のいずれもが単独では根拠条文として十分ではないために、それらを包括的に列挙するというものではない。深瀬説は、〈特定の内容を有する一個の権利〉について、その根拠条文を総合化するものではないのである。

さらに、深瀬説が平和的生存権を「日本国憲法の諸基本的人権の包括的総体」とみることに對して、「平和的生存権の内容とされるものが、在来の人権でもカバーしうるものであれば、特に平和的生存権を「新しい人権」として提唱する意義はないともいえるので、在来的人権との関係あるいは区別を明確にすることは、平和的生存権の独自の存在意義を説くうえではどうしても必要な作業である」⁴⁹と論じられるのも、〈特定の内容を有する一個の権利〉を志向する観点からのものと解される。

（３）深瀬説における１３条の意味

深瀬説において、「第一三条および第三章の諸条項」としてとくに憲法１３条に言及されるのは、平和的生存権が「憲法第一三条の日本国民個人の尊厳の根本規範に基づき、同条が一般的・包括的に保障している国民個人の基本的人権のうちで最も重要なものであり、前文の明示的確認および第九条の交戦権の否認、戦争放棄と軍備不保持の規定によって、また、一三条ほか第三章の基本的人権保障規定に国防軍事目的の留保を認めていないことによって、第一三条の規定する人権制約原理としての

第三章諸条項が複合して保障している憲法上の基本的人権の総体である」(同『戦争放棄と平和的生存権』(岩波書店・1987年) 227頁)。

⁴⁹ 山内・前掲書(註16) 293頁。

「公共の福祉」の内容から「軍事的公共性」を排除し」たところの基本的人権の総体であると考えからである⁵⁰。

ここで「個人の尊厳と人権保障の総則的規定」⁵¹という憲法13条の位置づけを、このような深瀬説の構想において、どのように理解するかが肝要である。深瀬説が13条に論及するのは、もちろん「新しい人権」としての平和的生存権をそこから導出する趣旨ではなく、公共の福祉から軍事的内容が排除されることを述べるためだけでもないはずである。ここでは、深瀬説の構造を、著名な学説である「人格的自律権」論⁵²に準えて理解することを試みたい。

すなわち、深瀬説は、平和が人間にとってかけがえないものであるという意味で、平和的に生存しうることを「権利」とみて、これを「平和的生存権」と呼ぶものと解される。平和的生存というような抽象的なものを「権利」と呼ぶことには異論があろう。しかし、「権利」は特定・明確性を特徴とするとしても、その程度は一樣ではないのではないか、また、「権利」には、「核となる権利」と「派生的権利」との別があり、「権利」が他の権利の根拠になるということもありうると考えられるとすれば、平和的生存権は、たしかに抽象的・一般的であり、(a) 諸々の人権の派生してくる大本となる権利という側面をもつと同時に、(b) 諸々の人権と並ぶ個別特定の権利としての側面をもつと考えられる。すなわち、後述する (a)「個別的基本的人権保障条項と複合する場合」と、(b)「単独の具体的法的権利にまで凝縮されている場合」との二層構造を有するのである。

このようにして、憲法13条が、平和的生存権の構想の第3章への「導入」をはかっているとみるのである。平和的生存権は、憲法上の人権の保障を根底的に支え統合するものである。換言すれば、憲法の保障する各種人権は、平和的生存権を実現すべく期待されているもので、その意味で

⁵⁰ 深瀬忠一「恒久平和のための日本国憲法の構想——核時代の平和を先取りした立憲民主平和主義」深瀬忠一ほか編『恒久世界平和のために——日本国憲法からの提言』（勁草書房・1998年）82頁。

⁵¹ 深瀬・前掲書（註48）225頁。

⁵² 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』（有斐閣・2002年）138-139頁参照。

それら各種人権の包括的総体を「平和的生存権」と呼ぶことができるとするのが深瀬説の構成と解されるのである。

2. 平和的生存権の二層構造

(1) 深瀬説の構想：2つの場合分け

このような深瀬説においては、平和的生存権は、(a)「国民が日常的に身近に保護されている具体的「平和的生存権」の諸形態」として「広く存在し、重要である」とされる「個別的的基本の人権保障条項と複合する場合」と、(b)「「平和的生存権」の全面的・根本のないし集中的な破壊・侵害からの保護・救済が問題となる」ところの、「単独の具体的法的権利にまで凝縮されている場合」とがあるものとされている。

(a) は、「憲法第三章保障の包括的ないし個別的人権（一三条以下、三九条まで）と前文の平和主義第九条（および若干の統治機構にかんする規定）とが複合して、憲法上の基本的人権として法（裁判）的に保護される場合」であって、これが「日常的でもっとも基本的かつ重要である」とされる。この (a) は、通説的見解による理解に合わせていえば、前文の平和的生存権が個人人権規定の解釈基準として機能する場合である。深瀬説は、そのように解釈された人権の総体を「平和的生存権」と理解しているのである。

このように、深瀬説における平和的生存権は、(a)「日常的状况における保護」とされる個人人権規定の解釈基準としての機能と、(b)「極限的状况に対する保護・救済」とされる具体的権利としての機能という二層構造を有している。

たしかに、深瀬説も、(b) において、平和的生存権が〈特定の内容を有する一個の権利〉として主張される場合を想定しているのではないかといわれるかもしれない。しかし、(b) についてみると、「戦争あるいは武力衝突の危険あるいは軍事演習等により、生命・身体・健康・財産・環境・精神的圧迫が具体的に集中し、重大な「恐怖と欠乏」状況に追いつめられた場合には、差し止め請求、妨害排除請求、行政処分執行停止、取消訴訟、国家賠償請求訴訟等により、「平和的生存権」を独立した一つの総合的権利として、裁判所に出訴して救済をもとめることができ

る」⁵³と説明されている。

もちろん、「国民一般の抽象的な「平和的生存権」の侵害を理由に裁判所に出訴することは、わが国の現行訴訟法体系からいって（個別的具体的立法がないかぎり）無理である」とされる⁵⁴。しかしながら、「「平和的生存権」侵害の危険性が重大かつ根本的であるような場合、また、具体的条件や範囲が一定の特定性をもつ場合、憲法訴訟としての法的権利性（住民の「平和的生存権」を「訴の利益」として認める）を排除する理由はないと考えられる」⁵⁵とされるのである。このような(b)の内容は、〈特定の内容を有する一個の権利〉を志向する他の「平和的生存権」論におけるような、一般的・抽象的な定義に比して、より具体的な状況における訴訟提起の可能性を念頭に「凝縮」されたものと解されるのである⁵⁶。

（２）個人人権規定の解釈基準としての機能

⁵³ 深瀬・前掲書（註48）240頁。

⁵⁴ 同書240-241頁。

⁵⁵ 同書241頁。

⁵⁶ 深瀬説における二層構造のうち、(b)限界状況における機能の問題である「単独の具体的法的権利にまで凝縮されている場合」ばかりが論じられ、(a)個人人権規定の解釈基準としての機能が等閑視される嫌いがある（たとえば、野中ほか・前掲書（註28）158-159頁〔高見〕）ことも、〈特定の内容を有する一個の権利〉という思考の軛と解される。深瀬・前掲「平和的生存権論の生成と展開について」（註3）9-10頁によれば、平和的生存権の「実定憲法的規範性については多様な場合を注意深く厳密に分析・総合しなければならない」。第1に、平和的生存権は、その「立体的構造」をみれば、「憲法前文が「権利」と明示しているように、一般的・抽象的権利としての法的性格を否みえない」のであり、それが「解釈の指針として、関連する憲法条項や諸法令の解釈を指導規制する」というかたちで「9条および13条、第3章によって構造的に保障を具体化している平和的権利の総体であるところに実定憲法的保障の特色がある」。第2に、そのような「平和的生存権を理由に、通常・一般的に、その救済を裁判所に訴求することは困難であろうが、軍事的侵害・圧迫・脅威が、物的・精神的・環境的に集積されるような場合、平和的生存権を単独の法的権利として裁判所に保護を請求しうることを排除する理由はないと考えられる」のである。後者にばかり注目するのは、深瀬説の理解として適切ではないと解される。

深瀬説における平和的生存権の(a) 個人人権規定の解釈基準としての機能は、まさに「従来の通説の基本線にそい一步進めたもの」⁵⁷である。深瀬説は、「前文……の平和的生存権を直ちに実定法により保障される「権利」(実定法上の権利)であると認めることは困難」⁵⁸とする著名な註釈書の一節を引用したうえで、「「前文」から「直ちに」実定法的保障ありとはかなり困難」ということには同意している⁵⁹。

そのうえで、深瀬説は、「憲法における各種の基本的人権条項の解釈基準……の指針として用いられるべきものである」⁶⁰という註釈書の記述を引用しつつ、「第九条等との総合解釈により、……より積極的に展開する解釈が可能かつ必要と解する」⁶¹としているのである。

ここで、深瀬説が9条を「人権保障規定でもある」というのは、同条が「戦争および軍備と戦争準備による基本的人権の侵害・抑制・圧迫行為の合法性の根元を断った」ということが、第3章の人権規定に対する「制度的裏づけ」となっていることをもって、「根本において人権保障の意義を有する」としているものと解される⁶²。

ところで、この註釈書は、「平和的生存権は戦争を防止し平和を確保・促進するための一切の権利であるとした上で、その具体的内容を第三章の個別的人権条項のなかに読み込もうとする主張」について、その内容は「いずれも平和的生存権の内容というよりは、むしろ第三章の保障する各種の人権、特に自由権(たとえば身体的自由、学問的自由、財産権、集会・結社・表現の自由など)が戦争・軍事目的のために制限されてはならず、平和目的のために行使されなければならないこと、また、生存権(二五条)の確保・拡充が平和の維持と戦争被害の救済に重点を置くべきであることを主張しているものというべき」であって、「そうであるとすれば、この主張は「公共の福祉」の解釈、生存権保障規定の解釈

⁵⁷ 深瀬・前掲書(註48)227頁。

⁵⁸ 佐藤・前掲書(註5)31頁。

⁵⁹ 深瀬・前掲書(註48)245頁註30。

⁶⁰ 佐藤・前掲書(註5)31頁。

⁶¹ 深瀬・前掲書(註48)245頁註30。

⁶² 深瀬・前掲書(註48)225-227頁。

の基準として平和的生存権の原理を用いることと異ならないというべきであり、特に平和的生存権という権利の具体的内容を示したものとはいえないように思われる。前文の平和的生存権の意味を第三章の諸権利と結びつけて捉える必要があるとする主張は正当であるが、その結びつきは以上のように平和的生存権を第三章の諸条項の解釈の基準として位置づけることによって十分に可能である⁶³としている。

この記述のうち、①平和的生存権の具体的内容を第三章の個別的人権条項に読み込むこと、②前文の平和的生存権の意味を第三章の諸権利と結びつけて捉えること、③平和的生存権を第三章の諸条項の解釈の基準として位置づけることは、実質的にはほぼ同じことを意味していると考えられる。そして、それが「正当」であり「十分に可能」であるとされるのであれば、深瀬説における(a)「個別的基本的人権保障条項と複合する場合」すなわち個人権規定の解釈基準としての機能は充足されることになるだろう。

(3) 深瀬説の継承と変奏

このような深瀬説における二層構造は、今日の著名な体系書において同型の思考を見出すことができる。すなわち、平和的生存権は、「すべての基本的人権の享有を可能ならしめる基礎条件をなすもの」であって、「自由権や社会権の基礎にあつてその享有を可能ならしめる基底的権利」ということができ、(a)「憲法本文の各条項の解釈の基準となりうる」こと、(b)「政府の行為によって国民の権利・自由が具体的・直接的に脅かされるといえるような一定の事実状況がある場合に、「平和のうちに生存する権利」を語ることが意義を有する場合があります」ことが論じられているのである⁶⁴。

そこで論じられている内容は、次のように理解することも可能であろう。すなわち、平和的生存権が「13条の「幸福追求権」によって補充的に保障される人権」ではないとすれば、必ずしも、「明確で特定具体的

⁶³ 佐藤・前掲書(註5)30頁(下線は齊藤)。

⁶⁴ 佐藤・前掲書(註10)95-96頁。ただし、(b)については、同書初版(2011年)84頁の表現を引用した。

な内実を指し示すもの」である必要はない。平和的生存権には、(b)「司法的救済も視野に入れつつ端的にそのような「権利」として構成できるかどうか」が問題になる場合があるとともに、(a)「法規範性を有し、憲法本文の各条項の解釈の基準となりうる」のであるから、「具体的な権利・義務をめぐる訴訟において、「平和的生存権」への言及が実質的意味をもつ場合がありうる可能性」は否定されず、そうであるとすれば、「今後は、付随的違憲審制下[ママ]にあって、どのような事実状況の中でどのような法的構成によれば司法的救済に辿り着けるのかをより具体的に問わなければならないことになろう」といいうるのである⁶⁵。

他方、いわゆる自衛隊イラク派遣違憲訴訟の控訴審判決(名古屋高判平20・4・17判時2056号74頁)は、「平和的生存権は、現代において憲法

⁶⁵ 同書(第2版)96-98頁参照。ただし、この学説は、憲法9条の解釈において、自衛のための実力の保持が許容されるとしている。したがって、思考の枠組みは同型であっても、そこに読み込まれる平和的生存権は「戦争を許容する平和的生存権」であると解される。しかし、そのことと、この学説が立脚する「人格の自律権」論との関係については、「戦争を許容しない平和的生存権」からの次のような指摘が、慎重な説明を要求することになるかもしれない。すなわち、「戦争は、われわれが市民社会で行えば犯罪になる、そういう殺人行為を大量に行うこと」であり、「そういう犯罪行為は国家が「戦争をするぞ」という意思を決定表示した瞬間から合法になしうる——むしろ、国民が義務としてなすべきことがらになる」。しかも、「国家(政府)が戦闘行動を任務づけた人(戦闘員)がやれば大変立派な行動も、国家から任務づけられない人がやれば極刑で処断されるべき違法行為となる」のである。これは、「全く同一の行為が、国家がそれを欲した時・態様においてなされたか、あるいは、国家がそれを欲していないのになされたか、という専らその一事によって正反対の価値をもつということ」である。「換言すれば、戦争においては、人民のあるいは個人の意思と価値判断はゼロに近いものとされているということ」であって、「そこにおいては、人は人格的存在として自己を主張しえないということ、個々の国民はすべて単なる戦闘力手段とみなされ、そう扱われるということ」である。「戦争の論理の下では、自らの生命を投げ出し、また、個人を殺傷するという、人の人間性の最奥に関する行動であるのに、当該個人の思想良心にもとづく決断を全的に排除する形で諸関係が進行せしめられ」るのであり、「人間は、道具としてはともかく、人格——権利主体・意思主体——としては全く視野の外にある」といえるのである(高柳・前掲「平和と人権の論理と状況」(註31)33-35頁)。

の保障する基本的人権が平和の基盤なしには存立し得ないことからして、全ての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的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」とし、さらに「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」と判示して、注目された。

たしかに、この判決の論理は、平和的生存権の「具体的な現れ方には多様な諸形態がある」⁶⁶とする深瀬説と、平和的生存権を〈すべての基本的人権の享有を可能ならしめる基底的权利〉とする上記の学説の流れを汲むかのようにみえる。

しかし、「裁判において、具体的に執行可能な権利と明言したことの意義は大きい」⁶⁷との評価もあるものの、平和的生存権について、名古屋高裁判決の判示にどれほどの意義があるのかは不明である。同判決が「平和的生存権に具体的権利性がある」場合として例示したものは、「憲法9条に違反する国の行為」によって生命・自由が侵害されたり被害や恐怖にさらされるような場合や、「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であって⁶⁸、そうであれば、そのような自由の侵害や協力の強制を端的に9条違反と論ずることもできるであろう。

長沼事件第一審判決（札幌地判昭48・9・7判時712号24頁）の「平和的生存権」論は、自衛隊の存在の直接的危険性によって原告適格を拡大するという意味を有した。

それに対して、自衛隊の海外活動が日本国内の一般市民に現実の強力

⁶⁶ 深瀬・前掲書（註48）234頁。

⁶⁷ 渋谷秀樹「判批」ジュリ臨増1376号『平成20年度重要判例解説』（2009年）10頁。

⁶⁸ ここでの思考は、前出の「平和的生存権は九条によって内容が確定された「平和」を人権としてとらえたもの」とする説（小林・前掲書（註41）133頁）に類似するものとみられる。深瀬説の捉え方を前提とするものと解されるとの見解（渋谷・前掲論文（註67）10頁）もあるが、深瀬説との結びつきは間接的であろう。

な侵害・強制等を生じさせるとは考えにくい。つまり、イラク派遣訴訟の原告においては、深瀬説の二層構造において具体的権利が認められるところの、(b)「極限的状况に対する保護・救済」が必要とされる状況が生じていたとは考えにくく、むしろ、(a)「日常的状况における保護」の問題として個人人権規定の解釈基準としての平和的生存権の可能性が追求されるべきであったと解される。しかるに、名古屋高裁判決は、平和的生存権に(b)「極限的状况に対する保護・救済」が必要とされる場合があることを一般論として述べつつ、具体的には、唐突に「戦争や武力行使をしない日本に生存する権利」という、憲法9条の内容と平和的生存権の保障を結びつける説に近い思考を示している。そして、そのような権利を掲げて、通常は具体的侵害が認められないという結論に至るであろう。

3. 個人人権規定の解釈

(1) 深瀬説の展開

深瀬説においては、日本国憲法の「平和的生存権」の具体的内容は、次のように展開される。

「生命の確保および人身の自由・意に反する苦役からの自由(一三条、一八条)からいって徴兵制は違憲である(個人が兵役を強制されない主観的権利と制度的に徴兵制が許されないことが一体である)。幸福追求権の一種としてのプライバシーの権利(一三条)により、軍事目的の国勢調査・情報収集はできない。軍事的に国を守る愛国心ないし忠誠心の審査はもちろんできない(一九条)。過去の戦争・軍国主義を礼讃・美化・復活するような傾きのある宗教団体ないし施設に公権力が好遇ないし援助を与え礼拝を強要することは違憲性を強める(二〇条、八九条。制度的保障の側面が大きい)。集会、結社、言論、出版、取材、報道、集団行動等の表現の自由に対する国防・軍事目的の見地からする制限・禁止・処罰(軍事機密を保護し軍事基地を特別に保護するため)は許されない(二一条)。居住・移転、職業選択の自由を軍事目的・軍事計画によって制約しえない(強制疎開や強制徴用など。二二条一項)。外国移住や海外渡航・出入国および国籍離脱を軍事的見地から制約しえない

(暴動のための兵器の搬入などは、一般刑法によって禁止しうる。二二条二項)。軍事的研究や軍事的国防教育を意に反して強制されない(二三条、二六条)。国防・軍事目的のための土地や財産の強制収用は許されない(二九条。……)。軍事目的による罪刑法定・適正手続の保障の特別な改変・緩和は認められない(三一条)。軍事的な裁判を強制されない(三二条、七六条二項)。軍事的見地から、逮捕・抑留・拘禁・住居侵入・搜索・刑事被告人の諸権利等の憲法的保障は変更できない(三三条、三四条、三五条、三七条、三八条、三九条、四〇条)]⁶⁹。

また、「国防軍事的見地から、一般勤労者の「労働三権」を剥奪制限し、労働権を制約することは許されない(二七条、二八条)。「健康で文化的な最低限度の生活を営む権利」および社会保障等を受ける権利が軍事防衛予算によって不当に圧迫されることは許されないという政治道徳的拘束がある(二五条)]⁷⁰とされる。

(2) 政府見解：徴兵制と憲法18条

徴兵制が日本国憲法の下では許されないことの根拠として、多くの学説が憲法9条を援用するのに対して、政府見解は、専ら18条を根拠としてきた⁷¹。しかし、諸外国の憲法が、人身の自由を保障しつつ、兵役についてはその保障の枠外として合憲としてきたことから、政府見解に対しては批判がなされている。それにもかかわらずこの政府解釈が維持されていることの意図はともかく、その解釈を成り立たせる論理は、上記の深瀬説によって説明できるであろう⁷²。つまり、前文の平和的生存権

⁶⁹ 深瀬・前掲書(註45) 322-323頁。

⁷⁰ 同書323頁。

⁷¹ 徴兵制に関する質問に対する答弁書(第94回国会・衆院・昭和56年3月13日)は、「徴兵制度を違憲とする論拠の一つとして憲法第十八条を引用する従来の政府の解釈を変更することは考えていない」、「政府は、憲法第九条は自衛のための必要最小限度の実力組織を保持することを禁止していないが、その要員を充足するための手段については規定していないと解しており、いわゆる徴兵制度を違憲とする論拠の一つとして同条を引用することは考えていない」としている。

⁷² 齊藤正彰「集团的自衛権と憲法9条解釈のスタンス」北星学園大学経済学部

と9条の制度的裏づけが、18条の解釈基準となるのである⁷³。そのような解釈基準としての平和的生存権によって、18条は、立憲主義諸国の通常の人身の自由の保障とは異なり、徴兵制の禁止を含むものとなっているのである。

(3) 深瀬説の今日的意味

ここまでにみた深瀬説の内容——少なくとも二層構造における(a)——については、通説的見解、すなわち、〈特定の内容を有する一個の権利〉としての平和的生存権を志向する学説に批判的なスタンスをとり、平和的生存権を憲法規定の解釈基準と位置づける学説においても、これを排除する理由は有しないのではなかろうか。

さらに、深瀬説が示すところに関連して、近時の具体的諸問題について、解釈基準としての平和的生存権の理解から、いくつかの議論が可能であろう。

(i) 民間船員の有事徴用と憲法22条

防衛省は、日本の南西地域での有事を想定した場合に、武器や自衛隊員を輸送する船舶や操船者が不足することから、民間フェリーを選定し、有事の際には防衛省が利用するしくみを策定すると同時に、操船者が足りないため、民間船員を海上自衛隊の予備自衛官として、有事の際に操船させることとしたと報じられた⁷⁴。

防衛省は「予備自衛官になるよう船員に強制することはない」としているとされるが、全日本海員組合は、「事実上の徴用で断じて許されない」とする声明を発表した。「太平洋戦争では民間の船や船員の大部分が軍に徴用され、6万人以上の船員が亡くなった」という歴史に鑑みるとき、専門的な技能を要する職業に従事する個人——ないしそうした個

北星論集55巻2号(2016年)10頁参照。

⁷³ 深瀬・前掲書(註48)227頁。

⁷⁴ 毎日新聞2016年1月29日。全日本海員組合「民間船員を予備自衛官補とすることに断固反対する声明」(2016年1月29日)、「海上自衛隊による民間船舶借り上げ及び民間船員の予備自衛官任用に関する質問主意書」および答弁書(内閣衆質190第149号・平成28年3月4日)参照。

人を雇用する企業やその業界団体等——に対して軍事への協力を求めることは、平和的生存権の意味を憲法22条の規定と結びつけて捉えた場合、職業の自由を侵害するものと解する余地も生じよう。

(ii) 防衛研究と憲法23条

軍事的研究を意に反して強制されないことは、深瀬説が述べていたところである。近時、軍事的研究への協力拒否と学問の自由・大学の自治との関係が論じられているが、そこでも、平和的生存権の趣旨を憲法23条の規定に読み込むことが有用であろう。

(iii) 戦争宣伝の禁止（B規約20条）と憲法21条

日本国は、人種差別撤廃条約については、憲法21条との関係で留保を行ったが、B規約20条の戦争宣伝禁止等については、留保も解釈宣言も行っていない。これに関して深瀬説は、「同規約の戦争宣伝禁止規定（二〇条一項）、国民的、人種的又は宗教的憎悪の唱道禁止（同二項）は、法律による表現の自由の一定の制限となる。これを、平和憲法下の「平和国家的公共の福祉」と解しうるかについては異論もありえ、解釈上微妙重大な問題があるが、表現の自由を不当に圧迫しないよう慎重な配慮を加えた立法による制限、および違反が明白・重大な場合には処罰（司法審査により濫用防止）可能と解してよからう。しかし、逆に「有事立法」や軍事機密保護法等は、「戦争宣伝」に傾むきやすい国防軍事目的による表現の自由・知る権利の侵害・制約であるから、規約のこの精神からも疑問があり、違憲性を強める」⁷⁵としている。ここで注目されるのは、B規約の戦争宣伝禁止規定の趣旨を、政府言論の問題に導入する視座であろう。

Ⅲ 「穏和な平和主義」論の発問

1. 「穏和な平和主義」論と「平和的生存権」論

(1) 穏やかでない受けとめ

〈特定の内容を有する一個の権利〉を志向する「平和的生存権」論が、

⁷⁵ 深瀬・前掲書（註48）284頁。

それ自身の問題設定のために隘路に立ち至っていたとしても、二層構造を有する深瀬説は、その困難を共有するものではないと考えられる。ところが、いわゆる「穏和な平和主義」論が提起した問題については、「戦争を許容しない平和的生存権」論としての深瀬説も無縁ではいられないかもしれない。しかも、日本国憲法に関する「平和主義」論ないし「平和的生存権」論は、「穏和な平和主義」論を重く受けとめているようにみえる⁷⁶。

憲法9条をめぐる近時の代表的な論者は、「穏和な平和主義」論を検討した論稿において、その議論を次のようなものと把握している。すなわち、「穏和な平和主義」論は、「戦力保持への有効な代案を伴わないなら、戦力不保持の議論は私的理由付けに基づくもので、立憲主義との関係で難点を抱える」と主張するものであって、その議論を要約すれば、「公的な討論に際しては公的な理由付けをする必要があるが、戦力を保持しないという絶対平和主義の考え方は私的な理由付けにとどまる。なぜなら、たとえば非暴力不服従といった手段を用いて平和の実現や回復を期するのは困難であるにもかかわらずこれを主張するのだから、絶対平和主義は道徳的に正しいからという理由によっていると考える他ないからだ。ここで立憲主義とは、人びとの間の根底的な価値観の対立が社会生活の枠組み設定に侵入して深刻な対立を招き、民主政治のプロセスでは処理できずに社会のまとまりが不可能となることを避けるため、換言すれば「国内の平和」を切り開くために、「善き生」についての私的な理由付けを私的領域に囲うものである。したがって戦力不保持の主張は、

⁷⁶ 「長谷部は戦力保持以外の代案の存在可能性を徹底的といってよいほどに論破しており、これまでになされてきたこの道筋をゆく長谷部への反論で、説得力をもって成功している議論は——本稿筆者自身が以前提示したものも含め——残念ながら、ないといっていいだろう」（青井未帆「憲法九条と自由」阪口正二郎編『自由への問い（3）公共性——自由が／自由を可能にする秩序』（岩波書店・2010年）117頁）。なお、愛敬浩二「平和主義——「相対化の時代」における憲法9条論の課題」辻村みよ子＝長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社・2011年）123頁以下、同「立憲・平和主義の構想」水島朝穂編『シリーズ日本の安全保障（3）立憲的ダイナミズム』（岩波書店・2014年）225頁以下。

立憲主義との関係で難点を抱える」とするものである⁷⁷。

たしかに、「穏和な平和主義」論自身も、最近において、次のように概説している。すなわち、「そもそも日本が直接に武力攻撃を受けた場合さえ、必要な限りで武力を行使してこれに対処することを否定する立場は、……近代的な意味の立憲主義と両立しません。ただ攻撃されるがままであるべきだという主張は、それが人としての唯一正しいあり方だという信念に支えられてはじめて可能なものでしょう。そうした信念を持つ人がそれを貫くことはその人の自由ですが、すべての国民にそうした特定の価値観を押しつけるべきではありません。国民の生命と財産を守るという政府として必要最低限のサービスを否定することはできないはずです」⁷⁸。

(2) 「穏和な平和主義」論の初発

ところで、「穏和な平和主義」論は、その初発の主張と現在の形態の間に距離がある。

当初、「広い意味における平和主義を実現するいくつかの選択肢」の中で、第1に、「各国が自衛のための何らかの実力組織を保持することを完全には否定しない選択肢」を「穏和な平和主義」と呼ぶものとされた⁷⁹。

他方で、以下の4つの選択肢は、政府による軍隊の保持は許さないとするものである⁸⁰。すなわち、第2の選択肢は、外国軍隊の侵攻に対して、人民が群民蜂起やパルチザン戦をもって抗争するものであるが⁸¹、「際限なき地獄」を招くことになり、絶対平和主義の理念と衝突する。第3の選択肢は、外国軍隊の侵攻に際して、組織的な非暴力不服従運動で対抗するものであるが、相手方が *jus in bello* を遵守することを想定してい

⁷⁷ 青井・前掲論文(註76)116頁。

⁷⁸ 長谷部恭男『憲法講話』(有斐閣・2020年)49頁。なお、同『戦争と法』(文藝春秋・2020年)33頁。

⁷⁹ 長谷部恭男「平和主義の原理的考察」憲法問題10号(1999年)59頁。

⁸⁰ 同論文60-62頁。

⁸¹ 「法学協会『註解日本国憲法』上二四三-二四四頁(有斐閣、一九五三年)、芦部信喜『憲法』新版六一頁(岩波書店、一九九七年)」が参照指示されている。

る点で、戦争は「際限なき地獄」へ至るという絶対平和主義の前提と衝突する⁸²。第5の選択肢は、世界統一国家による「全世界を覆う警察サービス」を実現して戦争を廃絶するものであるが、まずその現実性が問題となる。

これに対して、第4の選択肢は、「たとえパルチザン戦や組織的不服従運動が実効的な解決につながらず、あるいは際限なき地獄を現出し、あるいは相手方による血みどろの圧政につながるとしても、なおそれが道徳的に正しい選択であるがゆえにそうすべきだという立場」とされる。これに対しては、「個人レベルの倫理として語られるのであればともかく、それを国の政策として執行することは、国を守るために前線に赴くよう個人を強制する措置と同様に立憲主義の根本原則と正面から衝突するのではないかという疑問」⁸³が示され、この第4の選択肢が立憲主義との衝突という批判の主たる対象となっている。なお、この第4の選択肢の立場を採る日本の学説は、そこでは具体的には摘示されていない。

この第4の選択肢については、「なおそれが道徳的に正しい選択であるがゆえに」というところの「それ」が何を指すのかが、必ずしも分明ではないように解される。〈パルチザン戦や組織的不服従運動を遂行すること〉を指すのならば、パルチザン戦は絶対平和主義の理念と衝突するとされ、組織的不服従運動は絶対平和主義の前提と衝突するとされるのであるから、第4の選択肢は、立憲主義と衝突するという以前に、絶対平和主義と矛盾するものであろう。「それ」が〈政府による軍隊の保持は許さないこと〉を指すと解するのは、文理的には苦しいかもしれないが、〈パルチザン戦や組織的不服従運動という方法は採用できないとしても、政府による軍隊の保持は許さないことにすべきだ〉という主張として理解は可能であろう。しかし、〈政府による軍隊の保持は許さないこと〉は、「国の政策」の問題であって「個人レベルの倫理として語られる」余地は少ないように解されるから、第4の選択肢に向けられた批判的評価の記述と整合しない。しかも、第5の選択肢も〈政府による軍隊

⁸² なお、「穏やかな平和主義」論も、「*jus in bello* はかなりの蓋然性で遵守されるであろうことを前提としている」（長谷部・前掲論文（註79）59頁）。

⁸³ 同論文61頁。

の保持は許さないこと〉は共通であるから、この点でも、整合的な記述として理解することが難しいことになる⁸⁴。

つまり、深瀬説はもちろん、その他の「平和的生存権」論についても、この第4の選択肢に該当するとは考えにくい。日本国憲法の解釈として、このような主張をする学説が実在するのか疑問である⁸⁵。それ以前に、第4の選択肢が何を意味しているのかについても、不分明な点が存するようにみえる。

(3) 「穏和な平和主義」論の精練

「穏和な平和主義」論は、政府による軍隊の保持は許さないことの代替として市民に〈パルチザン戦や組織的不服従運動を遂行すること〉を「道徳的に正しい選択」として強要することは立憲主義に反する、という思考を出発点にしていたと解される。その思考には、〈實力をもって国家を防衛することはいかなる場合にも決して許されないという絶対平和主義〉とされる立場をとる今日の論者も多くは同意するであろうし⁸⁶、

⁸⁴ これらの選択肢については、長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』（ちくま新書・2004年）、同「立憲主義と憲法第9条」自正60巻6号（2009年）11頁以下も同旨。

⁸⁵ 「たしかに、絶対平和主義の立場を「善き生」だから守るべきだとして正当化したとすれば、長谷部教授のいうとおりであるが、管見のかぎり、そのような理由を決定的な正当化根拠とした議論を私は知らない」（高橋和之「立憲主義は政府による憲法解釈変更を禁止する」奥平康弘＝山口二郎編『集団的自衛権の何が問題か——解釈改憲批判』（岩波書店・2014年）203頁註15）。ただし、山内・前掲書（註17）261頁は、「日本国憲法の戦争放棄原則は、究極的にはこのような非暴力抵抗の思想によってもっともよく正当化され得る」としている。「穏和な平和主義」論からの批判に対して、同『改憲問題と立憲平和主義』（敬文堂・2012年）198-200頁参照。

⁸⁶ 軍備を保持しないからパルチザン戦や組織的不服従運動が選択肢として問題になるという思考は、憲法9条の下でも自衛権は否定されないが戦力不保持であるから「武力なき自衛権」であるとして群民蜂起等を論じていた学説（芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註4）62頁。この点に関する記述は、第3版（2002年）以降は更新されないことになっている）に照応しているようにもみえる。あるいは、そのような「武力なき自衛権」論を批判するのが、「穏和な平和主義」論

そして、それらの論者は自らが批判の対象になっているとは思えない可能性がある。「絶対平和主義」を信奉しない国民にも、有事にはパルチザン戦や組織的不服従運動に参加することを強要するというスタンスの「平和的生存権」論は、必ずしも一般的ではないであろう。

その後、「穏和な平和主義」論は、〈パルチザン戦や組織的不服従運動を遂行すること〉の強制という議論を弱め、〈政府による軍隊の保持は許さないこと〉の強要を主眼に据えたようにみえる。すなわち、「現実には平和の維持も国民の生命・財産の保全も困難であるにもかかわらず、それでもなお軍備を全廃すべきである」との主張の背後にあるのが、それが人としての「善き生き方」だからという前提があるのだとすれば、多元的な価値観が相剋するこの社会において、そうした特定の「善き生き方」をすべての国民に強いることは、日本国憲法の拠って立つ立憲主義と両立し難い⁸⁷とされているのである。

しかし、徴兵制を前提としない以上、「絶対平和主義」の下でも「穏和な平和主義」論の下でも、軍事要員ではない一般国民は防衛活動への積極的参加を求められないことには変わりはなく、また、国家による防衛サービスが完全な安全を保障するものではないことも当然であろう。軍事力（自衛力）の保有が「平時」に抑止力として有効であると信ずることを別とすれば、「絶対平和主義」が「穏和な平和主義」論とは異なる特別の「生き方」を強いるものといえるのかは理解しにくい。

ところで、「穏和な平和主義」論は、その立ち上がりにおいて、「国のために死ぬことの意味と無意味」を考察していた⁸⁸。そこでは、「国家は、

の当初の目的であったのかもしれない。長谷部恭男『憲法の imagination』（羽鳥書店・2010年）56頁参照。

⁸⁷ 長谷部・前掲書（註30）69頁。なお、そこでは、「憲法上の権利として「平和的生存権」を観念する余地があるとしても、それはあらゆる人に生まれながらにして認められる権利ではなく、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とくに認められた権利であり、したがってこの平和の維持をはじめとする重要な社会的利益によって制約されうる権利として捉えられるべきであろう」（同頁）とされており、平和的生存権を「憲法上の権利」として観念する余地が認められていることが注目される。

⁸⁸ 長谷部恭男「国家権力の正当性とその限界」岩波講座『現代の法（1）現代国

個人の自己保存への権利をよりよく実現するために設立されたものにすぎない」⁸⁹とされ、「われわれはそうすることがわれわれ自身の自己保存に役立つような場合に限って、国家の權威に従うべきである。しかしながら、戦争や武力行使に従事するようその国民を強制する国家は、少なくとも強制される個人の側から見るならば、自己保存をむしろ困難にする。自己保存が個人の究極の目的であり、自己保存の権利が最も根底的な権利であれば、前線に赴くよう国家に指示されたとき、その指示を受け入れるべき理由は薄弱となる」⁹⁰と論じられていた。そして、市民に生きる意味を付与しない自由主義的立憲国家は、「外敵と戦って死ぬよう、市民を強制することは困難」であって、「個人主義に立脚する立憲主義国家にとって最大限可能なのは、せいぜい傭兵と志願兵に頼ること」であるとされる⁹¹。つまり、「国を守るために前線に赴くよう個人を強制する措置」は「立憲主義の根本原則と正面から衝突する」という思考が、「穏和な平和主義」論の背後に存在するのである⁹²。

この点では、「穏和な平和主義」論は、「絶対平和主義」の有力な論者の次のような指摘に接近するようにみえる。すなわち、「そもそも、自衛戦争とは、あくまでも「国家」の自衛のための戦争である。要するに「国家」を守るための戦争であり、それはイコール「権力」を守るための戦争ということにはほかならない」のであり、「個人の視点に立って考えれ

家と法』(岩波書店・1997年)153頁以下(同『比較不能な価値の迷路——リベラル・デモクラシーの憲法理論〈増補新装版〉』(東京大学出版会・2018年)19頁以下所収)。その趣旨は、長谷部・前掲論文(註79)にも引き継がれている。

⁸⁹ 長谷部・前掲論文(註88)156頁。

⁹⁰ 同論文156頁。

⁹¹ 同論文157頁。

⁹² 長谷部・前掲論文(註79)61頁。なお、「実際に防衛サービスが切実に必要となった危機的場面において、サービスを供給するはずの人々が本当に防衛サービスを真摯に提供する保証はやはりない。危機的場面になれば、誰も自分の命が惜しくて、それに応じた行動をとるのが自然であろう」(同・前掲書(註88)20頁)とされる。自ら防衛サービス機構の構成員となった者であっても、市民として同様に「逃亡する自由」が保障されるとするならば、一般的な軍隊とは相当異なる組織が想定されていることになろう。

ば、いかなる戦争にも（そしていかなる軍隊にも）決して「正義」はない、ということになるはずである。権力の視点からみていかに「正しい」戦争であろうとも、それは、個人の生命や生活を根こそぎ破壊するという点において、「正しくない戦争」とならん異なるものではない」という指摘⁹³である。

ところが、「穏和な平和主義」論は、憲法9条の下でも軍事力の保持が可能であるとするだけではなく、自衛のための実力の保持が立憲主義の要請であるとする⁹⁴。しかし、市民に兵役負担を強制することは許されず、一部の個人の、「傭兵」や「志願兵」になるという「生き方」の選択に依存して防衛サービス機構が維持されるのである。

2. 「穏和な平和主義」論と立憲主義

（1）軍備の保持と立憲主義の存立

憲法学においては、「個人の自由という立憲主義の究極的価値と関連づけて第九条を位置づける」ことの重要性を説く「自由の問題としての第九条」論⁹⁵が知られている。他方で、「軍への立憲主義的統制は、非常に困難な作業である。この危険を重視し根本的な解決策、つまり軍の存在自体を許さないという策をとることは、周辺諸国が国際法を遵守する蓋然性がそれなりにあると見込める場合には、合理的衡量としての資格を主張できる」⁹⁶とされる。「軍が存在する限り、どれほど法的手だてを尽くしても、クーデターの危険は事実として存在する」⁹⁷とされるのである。

⁹³ 浦部・前掲書（註9）434頁。

⁹⁴ 齊藤正彰「憲法9条の解釈と学説の現況」北法71巻3号（2020年）54-55頁参照。

⁹⁵ 樋口陽一「戦争放棄」同編・前掲書（註40）120-121頁。

⁹⁶ 毛利透ほか『憲法Ⅰ——総論・統治（第2版）』（有斐閣・2017年）144頁〔毛利〕。「これに対し、日本には立憲主義が定着したのであり、軍が暴走して国民を弾圧するなどという事態はもはや現実的には想定できないと考えるなら、国際法の不完全さからして、軍を全くもたないという選択肢に合理的根拠を見出すことは不可能となる」（同頁）。

⁹⁷ 同書143-144頁〔毛利〕。

このように、軍備の保持と統制は、立憲主義にとって重要な課題である。立憲主義が多元的な価値観の相剋を前提とするとして、「絶対平和主義」という特定の信念を排除する、ということが容易にいえるのかが問題である。軍備の保持と統制は、立憲主義の存立自体に関わる考慮事項である。「一国のみが通常兵器を含めて軍備を全面的に放棄してしまえば、他国は軍縮へのインセンティヴを失ううえに、侵略によって得られる期待利得を増大させることになり、非武装によって生じた力の空白は、逆に周辺地域を含めて不安定化し、武力紛争の危険をもたらす危険がある」⁹⁸という一般論がありうるとしても、また、「冷戦が終結した後も、民族対立、宗教対立による地域紛争の危険は残っている」⁹⁹という地域があるとしても、それとは別に、日本国の具体的な状況についての「徹底的な状況判断と計算の能力が必要となる」¹⁰⁰であろう¹⁰¹。

（２）社会契約における軍備の保持

「穏和な平和主義」論は、「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、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は想定しにくい。平和のうちに生存する権利は、逆に適切な軍備の保持への要請を正当化すると考えられる」¹⁰²とする。

これに関しては、憲法９条は「合理的選択の結果である社会契約の内容に当然に反するものではなく、……戦力不保持という考え方こそがわ

⁹⁸ 長谷部・前掲書（註30）68頁。

⁹⁹ 長谷部・前掲書（註30）68頁。

¹⁰⁰ 長谷部・前掲書（註30）69頁。

¹⁰¹ 「「非武装中立」解釈と政府解釈の違いは、私の理解では、武力で自衛すること、および、そのために武力を保持し行使することを可能にする法体制を整備することが生み出す「利益」と「不利益」の評価、両者の利益衡量の結果の違いであり、その際、「非武装中立」説は「不利益」として政府がその権限を濫用する危険をかなり大きなものと評価していたと思う。長谷部教授の支配的学説に対する批判には、この危険性の問題がほとんど触れられていないことが気になる」ところである」（高橋・前掲論文（註84）203頁註15）。

¹⁰² 長谷部・前掲書（註30）68頁。

れわれの社会契約の一内容である、という見方も可能であろう」¹⁰³との指摘がある。

この見解は、「一部の者が他人の安全や全体の経済的繁栄のために自らを犠牲にするという負担（軍役）を織り込んだ社会契約」の成立可能性に疑問を呈し、「自分の生命を他人に捧げることになるかもしれない（その逆かもしれない）という命のやりとりは、コストが大きすぎて契約不成立に終わ리카ねない」とも指摘する。もちろん、外敵に対するコスト共通化の観点から、「特別の犠牲を払って他人や国土を守る者（徴兵制でも志願制でも同じことである）に対する費用弁償を、社会全体の負担で行う」こととし、「外敵に立ち向かうための戦闘要員と非戦闘要員との間の負担を公平化することによって、全員が外敵に対して戦闘要員でなければならない、という割高の事態を避ける（軍人という職業を成立させる）」という選択も可能である。ただし、「九条の存在のゆえに、わが国においては以上のような防衛共同体的な意味での社会契約を擬制することは出来ない」とされる¹⁰⁴。

他方で、「自力救済を繰り返す、という不安定な社会を回避するために社会契約が擬制されるとすれば、それによって正当化されるのは安定的な国内法秩序の創設と、それを維持するための必要最小限の警察力である」から、「犯罪抑止に必要な程度の警察力以上の実力装置を政府に持たせるわけにはいかない」のであって、「職業軍人に率いられ警察以上に武装した常備軍の存在は、国内的には不安定化要因に分類される」こととなる。「現実に軍部によって立憲主義を蹂躪された経験をもつわが国では、戦後日本国憲法に先行する社会契約にそのような内容が込められていたと擬制しやすい」。つまり、「戦前の軍部の暴走については、そもそも軍隊を持つことの危険性の教訓と考える」という観点を前提として、憲法9条は「いわば「戦力なき社会契約」を掲げている」とされるのである¹⁰⁵。

¹⁰³ 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社・2012年）105頁。

¹⁰⁴ 同書105-106頁。

¹⁰⁵ 同書106-107頁。「憲法は集団自決の誓約書ではない」と批判される（長谷部恭男『憲法学の虫眼鏡』（羽鳥書店・2019年）66-67頁）が、「正確な情報や冷静

この見解が指摘することのすべてに同意するかどうかは別として、軍備を保持しない選択肢が常に立憲主義と両立しない「私的な理由付け」として排除されるものではなさそうである。他方で、「穏和な平和主義」論が立憲主義を根拠に「絶対平和主義」の排除を主張するのは、立憲主義についての自らの「信念」に基づく「私的な理由付け」ではないかという疑念が生じうる。「穏和な平和主義」論も、民主主義の下で軍備を保有することの危険性を論じて、そのための合理的拘束としての意義を憲法9条に見出す。そこでは、外敵から立憲主義を防衛することと、内部からの立憲主義の瓦解を防ぐこととの間で「冷徹な状況判断と計算」が行われるであろう¹⁰⁶。その際に、憲法条文によって軍備を「制限」することは立憲主義に資するが、軍備を「廃止」することは立憲主義に悖ると切り分けることが可能であろうか。

(3) 個人主義と軍隊

「穏和な平和主義」論が「典型的な公共財といえる防衛サービスの供給」を国家が行うことを当然視していること的前提には、「攻撃によって生ずる負担や損害と、攻撃によって得られる利益の費用対効果で、国家が

な計算能力を欠いた有権者やその代表が、一時の民族感情や根拠のない幻想につき動かされて決定を行う」という、防衛サービスの提供に関する民主的政治過程の危険(同・前掲書(註88)20頁)の結果、「集団自決」を誓約させられた経験が日本国憲法の背景にあるとされるところである。今日、国家の解体により、個人には「生存の可能性はいくばくかは与えられる」という状況下において、「なおかつ国家の防衛ということを考えようとするならば、〈人間にとって価値あるのは単なる生存、あるいは隷属の生存ではなく、人格の自由な発展が保障された人間に値する生存であり、そのためには独立した政治的共同社会、即ち国家が不可欠で、これなくしては人間の価値実現はありえないという考え方〉にその理由を見出すほかない」(小針司『文民統制の憲法学的研究』(信山社・1990年)155頁)とすれば、それも「特定の価値観」あるいは「私的な理由付け」に基づく考え方ということにならないであろうか。

¹⁰⁶ 長谷部・前掲書(註30)69頁。「穏和な平和主義」論が指摘する「防衛に関する限り、民主政の欠陥はあまりにも深刻であり、失敗のコストが過大である」(同書66-67頁)ことも、考慮されるはずである。

行動を合理的に決するとの考え¹⁰⁷があり、「どんな組織と権限を持った装備があれば、国民全体のセキュリティをより効率よく、効果的に守れるかという問題」の計算があるとされる¹⁰⁸。

そのような思考が「穏和な平和主義」論の基礎にある立憲主義あるいは個人主義と親和的なものであるのかについては疑問が残る。

ところで、「軍隊」とは、従来の通説的見解においては、「外敵の攻撃に対して実力をもってこれに対抗し、国土を防衛することを目的として設けられた、人的・物的手段の組織体を言う」¹⁰⁹、あるいは、「目的および実体の両面からみて、対外的軍事行動のために設けられている人的組織力と物的装備力」¹¹⁰というように定義されてきた。しかし、実力組織の多様化に鑑みて、「軍隊」を他の組織と識別するために、事実的・量的な区別ではなく、法的・質的な区別を考える必要がある。

そこで注目されるのは、「賭命義務」である。公務員の職務の中には、それを遂行するうえで生命の危殆に直面しうるものがある。しかし、事実的・結果的に生命の喪失に至る場合がある公務員と、「軍隊」の構成員の相違点は、賭命義務にあると解される。自衛隊法52条は、服務の本旨として、隊員に対し、「事に臨んでは危険を顧みず、身をもつて責務の完遂に努め」ることを求めている。これに基づき、隊員は「服務の宣誓」（同法53条）を行っていると考えられる¹¹¹。警察職員や消防職員に対して同種

¹⁰⁷ 青井・前掲論文（註76）117頁。

¹⁰⁸ 長谷部恭男＝杉田敦『これが憲法だ！』（朝日新書・2006年）71頁。そのうえで、「一般的に導かれる解が、「抑制された必要最小限の常備軍」であるという結論を導く」（麻生・前掲書（註15）43頁）ものと評される。

¹⁰⁹ 芦部〔高橋補訂〕・前掲書（註4）61頁。

¹¹⁰ 野中ほか・前掲書（註28）174頁〔高見〕。

¹¹¹ 「危険を顧みず、身をもつて責務を完遂させる」ための「絶対的命令服従」を本旨とする特殊な公務員制度の設置の問題を論じるものとして、古川純「自衛官と市民的自由——4・27行政訴訟と比較軍法論の必要性」東京経大会誌97＝98号（1976年）381頁以下。こうした賭命義務が、ドイツ連邦共和国において「他の公務員には見られない、兵士特有の義務」とされ、「自己の身体的な危険への恐れがある場合にも、兵士はこの義務の遂行を免れることはできない」とされるものと同種のものであることは、かねて指摘されていたところである（山内敏弘「西ドイツの軍隊と兵士の人権」獨協18号（1982年）209頁）。また、「軍

の義務を課すならば、憲法18条との関係で問題が生じるであろう。

「軍隊」の本質を構成員に賭命義務を課す組織体であるところにみるならば、政府が「軍隊」を保有することを必須とする「穏和な平和主義」論が前提とする「立憲主義」とは、一部の個人に賭命義務を課すことを不可欠の前提とするもの、つまり——たとえ志願して防衛サービス機構の構成員となった者であるとしても——特定の個人に自己の生命を国家のために犠牲にするよう命じることも可とするものである。「穏和な平和主義」論のいう「傭兵と志願兵」については、「軍隊」の構成員となる時点で「強制」がなければ、賭命義務を承諾する服務宣誓をした以上、具体的な指揮命令の時点では問題は生じないということであろうか¹¹²。

「そもそも国家の存立自体が人権保障の目的に仕えるものでなければならず、死刑は国家による人権制約の究極的な形態であるという本質」¹¹³に注意が喚起されるべきであるならば、犯罪の嫌疑すらない個人に対して賭命義務を課すしくみを、立憲主義が前提にすることができるのかに

隊にあっては、警察などと異なる特別の服務規律あるいは制裁規定（例えば抗命罪等）が要求されてくる」（同・前掲書（註16）70頁）とされる。「軍人関係における一般的義務として、「軍人は、ドイツ連邦共和国に忠実に奉仕し、ドイツ国民の権利自由を勇敢に防衛する義務を負う」（軍人法§七）と規定され」、「この義務には、勇敢である義務が含まれ、生命・身体の危険を理由としてその義務の履行を回避できず（したがって、軍人は自己の生命・身体への現在の危険を理由として緊急避難を援用することはできない）、そのことは「危険に屈しないことを軍人の義務が要求するとき、個人的危険への恐れは行為義務を免除するものではない」（軍刑法§六）ことを意味する」（山中倫太郎「ドイツ防衛法制の現況と展望——防衛義務制を中心として（1）」論叢155巻3号（2004年）61頁）とされる。さらに、「個人主義的国家観」と「勇敢防衛義務」について、同「ドイツ防衛法制の現況と展望——防衛義務制を中心として（2・完）」論叢155巻5号（2004年）96頁参照。

¹¹² 「純然たる防衛用（……）の軍隊が志願兵から成るとしても、結局兵士を死に追いやる点では徴兵制の場合と変りがない。ただ、自己の死に対する自由意思による事前の了解がえられている点に違いがあるにとどまる。けれども、この事前了解が、国家に課せられている人間の尊厳尊重・保護義務を免除するか否かは別問題である」（小針・前掲書（註105）128頁）。

¹¹³ 辻村みよ子『憲法〈第6版〉』（日本評論社・2018年）270頁。

について、十分な説明が求められるのではなかろうか¹¹⁴。自らの自由意思により軍人の職を選択したことを理由に、生命に関わる著しい不利益を強いることが当然に許容されることになるのか、個人主義ないし立憲主義についてそのことが有する意味をなお真剣に受けとめるべき理由があることは、否定できないように解される¹¹⁵。

¹¹⁴ 「個人にその生命まで犠牲にさせ国家の防衛にあたらせるということは、もはや個人主義を以てしては説明困難であり、個人を越える存在の最高価値性を認める以外ないのではないか」(小針・前掲書(註105) 155頁)。なお、長谷部・前掲『戦争と法』(註78) 221頁。

¹¹⁵ 「『国家の存立』を第一義」とし、「立憲主義も法秩序も個人の権利も国家の存在を前提とするものであり、したがって、『国家の存立』を維持し保障することこそ最も重要なことがらである、という考え方」に結びつく「集合主義的」国家観においては、「『国家』(『始源的支配力を付与された定住せる人間の団体的統一性』と定義される)……および国家権力(=『支配力』)に先在しそれを拘束する法や個人の権利(前国家的人権)という観念は基本的に否定されている」のに対し、「日本国憲法が前提としかつ立脚している国家観(個人主義的国家観)」においては、「国家にたいする個人の権利と法の先在性と優越性」が認められ、国家権力は「国家固有の『始源的力』」ではありえず、「始源的力」は個人の権利のみ」であって、「個人の人權を保障することこそが国家の最も重要な任務であり、それ故にまた、個人の人權を保障するためには究極的には国家の消滅も肯定される」とする見解は、「外国からの侵略など」が発生した場合に「自らの人權を守るためにかような事態にたいしていかに対処すべきか、自らの生命を賭して抵抗するか降伏するかあるいは亡命するかといったことがらについての最終的決定権の留保にこそ人權の究極の核心が存在する」としている(岩間昭道「非常事態と法」小林直樹先生還暦記念『現代国家と憲法の原理』(有斐閣・1983年) 285-289頁)。また、「個人主義的世界観」から「一体一個の人間をして死までも要求するものは何か、それを正当づけうるものは何か」を問う見解は、「個人の権利・自由が共同社会の価値のために犠牲にされるのは、後者によってそもそも個人の権利・自由が保障されるのであるからこの保障のために一定程度の犠牲はやむをえない、と通常は説かれる。が、この論理は平時にあって個人のこうむる犠牲が自己の生命の喪失まで意味するものではなく、なお依然として共同社会の一員たる地位にとどまりながら、後日利益還元がなされうという可能性を前提としてのみ了解可能である」とし、「徴兵制や戦争で賭けられているのは、個々人の生命そのものであって、財産といったものではない」のであって、「個々の人間の次元で考えるならば、個人の権利保障

おわりに

深瀬説について考究したうえで、解釈基準としての平和的生存権について、次のように述べる学説がある¹¹⁶。それによれば、平和的生存権の「規範的效果は、特定の政治的決定の正当性に明確に白黒をつけるようなルールのなものではなくて、政治的決定の正当性を論証するための議論を一定の方向へと導く原理的なものである。これまで多くの憲法学説は平和的生存権の抽象性を否定的に捉えてきた。このような否定的態度は、法システムをルールの自律的なシステムと理解し、ルールとはまったく異なる規範的效果をもつ原理の存在身分を法システムのなかに認めない実証主義の立場に由来する」。しかし、平和的生存権は、原理としての性質をもつと理解される限りにおいて、「それは通常「解釈の指針」たる性質をもつことになる」のであり、しかも、「それは権利の本有的性質からいえることであって、多くの憲法学説が主張するように、憲法前文の規範的效果から導かれる帰結ではない」とされる。「原理たる性質をもつ平和的生存権が解釈指針としての意義をもつことは、それが原理であること概念必然的な帰結として説明されるべきである」とされるのである。

本稿は、解釈基準としての平和的生存権について、「従来の通説の基本線にそい」主張できることを探る試みである。しかし、それは、この学説が展開する原理としての「平和的生存権」論と対立するものではない¹¹⁷。

の手段とみなされた国家がその手段的価値を決定的に喪失した場合、手段そのものの否定ということは思考上十分にありうる」として、「個人は人間の尊厳（存在価値）を盾にとり、この国家からの離脱、あるいは極論を言えば、国家の解体を主張しえないか問われねばならない」とする（小針・前掲書（註105）150頁、154頁、157頁註8）。

¹¹⁶ 岩本一郎「「深瀬教授の平和的生存権」覚書き」深瀬忠一先生古稀記念『深瀬忠一先生の人と学問』（非売品・1997年）124-131頁。

¹¹⁷ なお、本稿は、深瀬説を二層構造として捉えたが、ここでは、深瀬説における平和的生存権が権利の3つの「位相」において規範的意義を有することが分析されている（同論文126頁以下）。

さらに、この学説は、深瀬説と「穏和な平和主義」論との関係を考えるうえでも、重要な指摘をしている。すなわち、「伝統的に、自然権には(a) 国家の存在根拠を示し(b) 国家権力の限界を画するという二つの規範的意義があると考えられてきた。そして、自然権概念には、国家による暴力を制約する論理と国家による暴力を正当化する論理がともに内在している」ことを確認したうえで、「自然権概念は国家に自然権の尊重を求める。ところが、この要請により正当化される戦争状態における暴力は、当然に自然権の制約と侵害をもたらすはずである。それが国家の自然権尊重義務と両立すると考えられていることの背後には「牧歌的な」想定がある。それは、現実には戦争を遂行するものとそれ以外のものが区別でき、後者に属する人々は前者に比して圧倒的に多数であるという想定である。しかし、総力戦と核兵器によって特徴づけられる現代戦争は、自然権概念の牧歌的な想定を完全に無効にした」と指摘する。ここに、「平和的生存権というより高次の自然権が要請される」事情がある。つまり、「自然権概念はもともと、国家の存在理由を示し国家権力の限界を画する目的のために確立した概念であり、核時代においてこの二つの要請を調和的に満たすために必要不可欠な権利として、平和的生存権は位置づけられるのである」。

立憲主義は、政府権力の統制という課題に取り組むうえで、すでに存在する「軍隊」というしくみに関わらざるをえないことがあり、その場合に「軍隊」の存在を否定することが立憲主義から直ちに導かれるとはいえないかもしれない。しかし、個人に賭命義務を課すことを本質とする「軍隊」という組織を、立憲主義が前提として要請する場合には、当該立憲主義の側が、それが自明といえるのかを論証すべきことになるのではないかと解される。

*引用に際して、原典に付された圈点や下線は(それぞれの文献における用法に相違があることもあり)すべて省略した。