

自衛隊イラク派遣違憲判決——中島

判例評釈

自衛隊イラク派遣違憲判決⁽¹⁾

—名古屋高裁2008年（平成20年）4月17日判決

中 島 宏

I. 事案の概要

本件は、被控訴人（国）が、「イラクにおける人道復興支援活動及び安全確保支援活動の実施に関する特別措置法」（以下、イラク特措法という。）に基づき、イラク及びその周辺地域に自衛隊を派遣したこと（以下、本件派遣という。）は違憲であるとする控訴人らが、本件派遣によって平和的生存権等を侵害されたとして、国家賠償法1条1項に基づき、各1万円の損害賠償を請求するとともに、本件派遣の差止及び本件派遣が憲法9条に反し違憲であることの確認を求めた事案である。

原判決（名古屋地裁平成18年4月14日判決）は、本件差止請求及び違憲確認請求は不適法であるとして却下し、損害賠償請求については棄却したところ、控訴人らが控訴した。

* 本稿は、2009年4月18日に東北大学で行われた公法判例研究会における報告を基にしている。

(1) 名古屋高裁平成20年4月17日判決（平成18年（ネ）第1065号・第499号）、判例集未搭載。裁判所のHP（<http://www.courts.go.jp/>）の「裁判例情報」で参照。

II. 判決要旨

控訴棄却。

1. 本件違憲確認請求及び本件差止請求にかかる訴えはいずれも不適法であるから却下。本件損害賠償請求はいずれも棄却。理由は以下のとおり。

2. 本件派遣の違憲性について

「現在のイラクにおいては、多国籍軍とその実質に即して国に準ずる組織と認められる武装勢力との間で一国国内の治安問題にとどまらない武力を用いた争いが行われており、国際的な武力紛争が行われているものといえることができる。とりわけ、首都バグダッドは、……まさに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現に行われている地域というべきであって、イラク特措法にいう「戦闘地域」に該当するものと認められる。」

「航空自衛隊の空輸活動は、それが主としてイラク特措法上の安全確保支援活動の名目で行われているものであり、それ自体は武力の行使に該当しないものであるとしても、多国籍軍との密接な連携の下で、多国籍軍と武装勢力との間で戦闘行為がなされている地域と地理的に近接した場所において、対武装勢力の戦闘要員を含むと推認される多国籍軍の武装兵員を定期的かつ確実に輸送しているものであるといえることができ、現代戦において輸送等の補給活動もまた戦闘行為の重要な要素であるといえることを考慮すれば……、多国籍軍の戦闘行為にとって必要不可欠な軍事上の後方支援を行っているものといえることができる。したがって、このような航空自衛隊の空輸活動のうち、少なくとも多国籍軍の武装兵員をバグダッドへ空輸するものについては、前記平成9年2月13日の大森内閣法制局長官の答弁に照らし、他国による武力行使と一体化した行

動であって、自らも武力の行使を行ったと評価を受けざるを得ない行動であるということができる。」

「よって、現在イラクにおいて行われている航空自衛隊の空輸活動は、政府と同じ憲法解釈に立ち、イラク特措法を合憲とした場合であっても、武力行使を禁止したイラク特措法2条2項、活動地域を非戦闘地域に限定した同条3項に違反し、かつ、憲法9条1項に違反する活動を含んでいることが認められる。」

3. 本件差止請求等の根拠とされる平和的生存権について

「平和的生存権は、……全ての基本的人権の基礎にあってその享有を可能ならしめる基底的権利であるということができ、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。……平和的生存権は、局面に応じて自由権的、社会権的また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す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……。例えば、……憲法9条に違反する戦争の遂行等への加担・協力を強制されるような場合には、平和的生存権の主として自由権的な態様の表れとして、裁判所に対し……違憲行為の差止請求や損害賠償請求等の方法により救済を求めることができる場合があると解することができる、その限りでは平和的生存権に具体的権利性がある。」

4. 控訴人らの請求について

(1) 控訴人Aらの本件違憲確認請求について

「本件違憲確認請求は、ある事実行為が抽象的に違法であることの確認を求めるものであって、およそ現在の権利または法律関係に関するものということとはできないから……不適法というべきである。」

(2) 控訴人Aらの本件差止請求について

「行政権の行使に対し、私人が民事上の給付請求権を有すると解することはできないことは確立された判例であるから……、本件差止請求にかかる訴えは不適法である。」「本件派遣は控訴人Aらに対して直接に向けられたものではなく、……具体的権利としての平和的生存権が侵害されたとまでは認められず、「本件派遣にかかる防衛大臣の処分の取り消しを求めるにつき法律上の利益を有するとはいえない」。

(3) 控訴人Aらの本件損害賠償請求について

「控訴人らには、民事訴訟上の損害賠償請求において認められるに足りる程度の被侵害利益が未だ生じているということとはできない。」

Ⅲ. 検討

- i. 傍論における憲法判断について
- ii. 政府の9条解釈と本判決について
- iii. 平和的生存権について
- iv. 結語

「歴史的判決」⁽²⁾、あるいは「憲法裁判史上、金字塔の一つに数えられることになるにちがいない……画期的な判決」⁽³⁾と評された本判決に関して、本評釈においては主に三つの点を検討してみたい。

先ず、本判決の形式に関する論点として、傍論における憲法判断の是非という問題がある。当時の福田康夫内閣総理大臣が「それは判断です

(2) 小林武「自衛隊イラク派兵違憲名古屋高裁判決の意義」法律時報80巻8号3頁(2008年)。

(3) 小林武「イラク派兵差止訴訟 なぜ違憲判決なのか」法学セミナー645号4頁(2008年)。

か。傍論。脇の論ね」⁽⁴⁾と感想を述べたように、主論ではなく、傍論において実質的な判断がなされることに対する批判がありうる。この点を最初に扱いたい。

次に、本判決に関しては「判決は政府が積み重ねてきた解釈に沿ったもので、むしろ政府見解を丁寧にフォローしていることに驚かされる」⁽⁵⁾との指摘がある。周知のように、近年政府の9条解釈が持つ法的・政治的意義に注目が集まっており、そのような時代の文脈の中で本判決が出されたことの意義を検討してみたい。

最後に、平和的生存権についての検討を経て、若干の結論を述べたい。

i. 傍論における憲法判断について

自衛隊イラク派遣の合憲性をめぐっては、全国で併せて5700人の原告により、11の地裁で12の訴訟が提起されてきた⁽⁶⁾。このうち、宇都宮地裁が2006年8月10日に下した判決（平成16年(ワ)第700号）に関して、次のような指摘がなされている。すなわち、「憲法の掲げる平和主義の空洞化が叫ばれる現在にあって、平和主義をめぐる問題に対し、裁判所が何ら憲法判断に踏み込めない現状については、やはり大きな疑念を抱かざるを得ない」との評釈者の問題意識の下、「現行訴訟制度の下でも、憲法保障という観点から、裁判所は、自衛隊の海外派遣等の問題に対して、傍論で憲法判断を下すことができるのではないか（あるいは下すべ

(4) 朝日新聞2008年4月18日。

(5) 水島朝穂「イラク判決 政府の法解釈もとに『違憲』」朝日新聞2008年4月18日。

(6) 川口創・大塚英志『「自衛隊のイラク派兵差止訴訟」判決文を読む』97頁（角川書店、2009年）。なお、一連の訴訟は2009年4月23日の岡山地裁判決（憲法判断なし）を最後に終結した（朝日新聞2009年4月24日）。

きではないか)』⁽⁷⁾というものである。

名古屋高裁判決は、評釈者の期待通り、傍論において平和主義に関する重要な判断を下した。しかし、この手法は妥当だったのだろうか。

裁判所が傍論中憲法判断を行った著名な例として、朝日訴訟がある。朝日訴訟に関して芦部信喜は、「少なくとも最高裁が、その事件の内容の重要性なり、法解釈ないし判例の統一の必要性に応じて、憲法判断を念のために付加すること自体は、まさに最高裁の政策的考慮に基づく憲法判決の一つの方法として、場合によってはむしろ積極的に是認すべきではないか」⁽⁸⁾と指摘した。

芦部が述べるように「憲法判断の内容の批判ならばともかく、そういう方法自体を否定する十分な理由は見出しがたい」とすれば、「この種の問題について政策的考慮に基づく高度の裁量が少なくとも最高裁に認められ」ることになる。「従って訴訟が終了した以上本案判断を示すことは一切許されないとは言えないとしても、最低限どのように裁量したのかを裁判所は示すべきではないであろうか」⁽⁹⁾。本案に関する判断を下しつつ傍論においても判断を付加する説得的な理由を説明し、「裁判所の裁量をルール化」⁽¹⁰⁾しなければ、芦部が危惧したように「『このついでに』裁判官が自己の学識や信条をひれきするような形で事件の処理に直接関係のない憲法判断を行う」⁽¹¹⁾という「逸脱」が起りかねな

(7) 門田孝「自衛隊のイラク派遣が違憲であることの確認の訴え等が却下され、損害賠償請求が棄却された事例」速報判例解説（法学セミナー増刊）28頁（2007年）。

(8) 芦部信喜「違憲審査制をめぐる課題」法律時報39巻9号7頁（1967年）、同『憲法訴訟の理論』413頁（有斐閣、1973年）。

(9) 浦田一郎「生存権の実体的保障と手続的保障」『立憲主義と市民』385頁（信山社、2005年）。

(10) 同。

(11) 前掲芦部（注8）、「違憲審査制をめぐる課題」7頁。

い。言わば、傍論において「暴論」が語られかねない。「裁判官が実際上人権側に不利な方向で裁量する可能性の高いときに、裁判官の裁量を強調する『念のため』判決肯定論を主張することには疑問が多い」⁽¹²⁾とすれば、尚更のことである。

この点について参照に値するのは、内閣総理大臣の靖国参拝を傍論において違憲と判断した、福岡地裁判決⁽¹³⁾であろう。福岡地裁は、「あえて本件参拝の違憲性について判断したことに関しては異論もあり得るものと考えられる」としつつ、参拝行為の違憲性を確認しこれを是正する訴訟上の手段がなく、「損害賠償請求訴訟の形を借りるほかなかった」点、そして「数十年前からその合憲性について取り沙汰され」ているにもかかわらず、参拝行為が「十分な議論を経ないままなされ、その後も靖国神社への参拝は繰り返されてきた」点を考慮すると、「裁判所が違憲性についての判断を回避すれば、今後も同様の行為が繰り返される可能性が高いというべきであり、当裁判所は、本件参拝の違憲性を判断することを自らの責務と考え、前記のとおり判示するものである」⁽¹⁴⁾として、傍論で実質的な判断をする理由を説明した。

以上の点からして、名古屋高裁が訴訟法上は控訴人らの請求を斥けながらも、傍論においてその主張を正面から受け止め実体判断を下した点について、傍論であることのみを理由に批判することは難しいのではな

(12) 前掲浦田（注9）、387頁。

(13) 福岡地裁平成16年4月7日判決（平成13（ワ）3932号）、判例時報1859号125頁以下。同判決につき参照、渡辺康行「『国家の宗教的中立性』の領分—小泉首相靖国神社参拝訴訟に関する裁判例の動向から」ジュリスト1287号60頁以下（2005年）。また、東北大学公法判例研究会での報告の際、傍論における判断についての福岡地裁判決の重要性について、中林暁生東北大学准教授から示唆を受けた。この場を借りて謝意を表したい。

(14) 前掲判例時報（注13）、135頁。

いかと思われる。しかし、「裁判所は、憲法問題を含まない争点について判断することで主文を導くことができる場合でも、事件の重大性、違憲状態の程度・範囲、侵害されている権利の性質などを総合的に検討して、争いを終局的に解決するために必要と考えたときには、憲法判断に踏み切ることができるのである」⁽¹⁵⁾とすれば、なぜ傍論における判断が必要と考えたのかという点について、多少なりとも説明すべきだったのではないか。

ii. 政府の9条解釈と本判決について

本判決の特徴については、「政府の憲法解釈とイラク特措法を前提とした上で、空自のイラクにおける活動をつぶさに実証的に観察し、その特措法、ひいては憲法からの違背を判断したところにある」⁽¹⁶⁾と指摘される。

政府の憲法解釈は、「憲法9条とその下で成立した世論や学説と、安保・自衛隊の現実の間において、軍事力の展開を正当化すると同時に、それに一定の制約を課してきた」⁽¹⁷⁾とされる。政府の9条解釈を用意してきたのは内閣法制局であり、その主な内容として必要最小限度論、集団的自衛権の禁止、海外派兵と海外派遣の区別、自衛権発動の三要件、武器使用の制限、武力行使との非一体化理論があげられる⁽¹⁸⁾。内閣法制

(15) 前掲小林(注2)、「自衛隊イラク派兵違憲名古屋高裁判決の意義」3頁。但し、「裁判にすべての事件の終局的解決を期待ないし要求する議論は、政治過程における現実の裁判機能をあまりにも過大視する謬見といえよう」(前掲芦部(注8)、7頁)との指摘もある。

(16) 前掲小林(注2)、1頁。

(17) 浦田一郎「戦後憲法政治における9条の意義」ジュリスト1260号55頁(2004年)。

(18) 中村明『戦後政治にゆれた憲法九条——内閣法制局の自信と強さ[第3版]』345頁以下(西海出版、2009年)。著者は、政府解釈が自衛戦力合憲論者の要求に応えながらも、軍事費の増大を抑制してきた効果を持っていたことを指摘し、これを「優れたる統治の智慧」と評価する(同、390～391頁)。

局の立法官僚は、その「ドラフト・マン・シップ（草稿専門家らしさ）の誇り」⁽¹⁹⁾にかけて厳密かつ論理的に一貫した9条解釈を行ってきた。そのため、「内閣法制局の解釈は、その時々々の政府の政策的立場からは独立した独自の権威を持つことが示され、時の政府に対する『超然性』が標榜されている」⁽²⁰⁾とも指摘されている。そして、最高裁が政治部門の判断を尊重する司法消極主義をとってきたこともあって、「強力な内閣法制局と控えめな最高裁判所というある種の均衡」⁽²¹⁾が保たれてきた。

この「超然性」や「均衡」に対しては批判もある。内閣法制局の9条解釈は、日米の「成熟したパートナーシップ」の形成を阻むものとして解釈変更を求める声が上がっていることが指摘されている⁽²²⁾。逆にいえば、集団的自衛権行使を認めたい立場からすると、政府解釈は極めて「強い桎梏」⁽²³⁾になっているのである。中には、「憲法上も法律上も裏付けのない一官僚組織」が事実上最終判断を下していることからして、内閣法制局は「憲法第八十一条に明白に違反して」おり、「“法の番人”と言われる内閣法制局こそが、憲法違反の存在」⁽²⁴⁾とするものもある。より有力な批判は、9条に関する日本の議論状況が「国際法の観点からみ

(19) 奥平康弘「“違憲”判決の意義 名古屋高裁の『自衛隊イラク派兵差止請求控訴事件』判決について（上）」世界780号（2008年）。

(20) 佐藤岩夫「内閣法制局と最高裁判所——2つの違憲審査機関の制度配置と政治システム変動」『司法の国民的基盤——日米の司法政治と司法理論』123頁（2009年、日本評論社）。

(21) 同、133頁。

(22) 西川伸一『立法の中枢 知られざる官庁 新内閣法制局』49～60頁。（五月書房、2002年）。

(23) 浦田一郎「政府の憲法解釈と其の変更——国会・内閣・内閣法制局」浦田一郎・只野雅人編『議会の役割と憲法原理』137頁（信山社、2008年）。

(24) 櫻井よしこ『憲法とはなにか』173頁（小学館、2000年）。「“諸悪の根源”」（169頁）とまで形容されているが、事前の違憲審査を担当する機関は諸外国にも存在しており、直ちに違憲ということは難しいのではないか。

ると極めて特異なもの」であり、「旧来の概念設定を前提とした議論は、いずれ国際標準・国際法を反映した議論によって取って代わられなければならない」⁽²⁵⁾とする国際法学からの批判であろう⁽²⁶⁾。

名古屋高裁判決は、上記のように、その内閣法制局の解釈を前提として違憲の判断を下したとされる。しかし、全く内閣法制局の解釈に忠実であれば合憲合法と解釈しているはずであろう。では、本判決と政府解釈の違いはどこにあるのであろうか。

名古屋高裁は、第一に、首都バグダッドは「国際的な武力紛争の一環として行われる人を殺傷または物を破壊する行為が現に行われている地域」というべきであって、イラク特措法にいう『戦闘地域』に該当するものと認められる」とした。第二に、航空自衛隊の空輸活動「それ自体は武力の行使に該当しないものであるとしても、多国籍軍との密接な連携の下で、多国籍軍と武装勢力との間で戦闘行為がなされている地域と地理的に近接した場所において、対武装勢力の戦闘要員を含むと推認される多国籍軍の武装兵員を定期的かつ確実に輸送しているものである」ということができ、「多国籍軍の戦闘行為にとって必要不可欠な軍事上の後方支援を行っている」として、他国による武力行使と一体化した行動であるとの判断を下した。

第一の点に関しては、「非戦闘地域」の概念が問題になる。

政府答弁によると、イラク特措法上の「非戦闘地域」という概念は、「憲法九条から出てくる要請」に基づくものであり、「イラクという国を、はい、ここが戦闘地域、はい、ここは非戦闘地域というふうに分けると

(25) 浅田正彦「憲法9条と国際法—自衛権と武力行使をめぐって」自由と正義60巻31頁(2009年)。

(26) 国際法上の自衛権論に対する検討として参照、愛敬浩二「自衛権論の現在と憲法9条論の課題」ジュリスト1378号114～120頁(2009年)。

いう作業をするということがこの法律に書いてあるわけではない⁽²⁷⁾。あくまで「自衛隊の活動が非戦闘地域……でなければやってはいけないという、憲法の要請を制度的に担保したもの」であり、「安全なのか、そうではないのかということと非戦闘地域という言葉はそのままぴったり重なる概念では」ない⁽²⁸⁾。戦闘地域か非戦闘地域かというように分けることは「そもそもできない」⁽²⁹⁾。

名古屋高裁は、「イラク国内」や「首都バグダッド」の状況を問題にし、これを戦闘地域として認定したが、上記のような政府解釈によると、自衛隊の対応措置が実施されるより狭い地域が非戦闘地域であるかどうか重要なのであり、ここに両者の解釈の違いがあるものと思われる⁽³⁰⁾。

判決後の政府答弁においても、「今回の判決におきまして、バグダッド空港ではなくてバグダッドというふうにもっと広い地域というふうな指定がなされておりますが」、「政府はそのような判決に示されたような認識は持っておらない」⁽³¹⁾と地域の広狭が意識されている。また答弁書においても、「政府としては、イラクでは、依然予断を許さない状況が継続していると認識しているが、対応措置……を実施しているバグダッド飛行場については、これまでに我が国が独自に収集した情報、諸外国等から得た情報等を総合的に判断し、同条第三項における、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または物を破壊

(27) 石破茂国務大臣平成15年7月9日参・外交防衛・内閣1号7頁。

(28) 石破茂国務大臣平成15年7月10日参・外交防衛15号10頁。

(29) 石破茂国務大臣平成15年7月9日参・外交防衛・内閣1号24頁。

(30) 元内閣法制局長官の阪田雅裕も、本判決は「解釈の前提が間違っ」ており、「戦闘地域かどうか問われるのは、市内全域ではなく、空自が活動する『バグダッド空港と、そこまでの空路』に限られるというのが法制局の見解」とする（朝日新聞2008年4月18日）。

(31) 石破茂国務大臣平成20年4月18日参・決算3号6頁。

する行為をいう。以下同じ。)が行われておらず、かつ、そこで実施される活動の期間を通じて戦闘行為が行われることがないと認められる地域に該当すると考えて」いるとされる⁽³²⁾。

第二の点に関しては、「後方支援」の概念が問題になる。

内閣法制局は、周辺事態法上の「後方地域支援」について、「『現に戦闘行為が行われておらず、かつ、そこで実施される活動の期間を通じて戦闘行為が行われることがないと認められる我が国周辺の公海及びその上空の範囲』において行う、しかも、そういう後方地域の要件が満たされないおそれが生じた場合には、実施区域の指定の変更あるいは活動の中止または一時休止についても法案がそれを予定している。したがって、後方地域においてのみ後方地域支援が実施されることが制度として担保されて」おり、「いかなる意味においても米軍の武力の行使の一体化の問題を生ずることはあり得ない⁽³³⁾」としていた。

イラク特措法が周辺事態法の「応用編」⁽³⁴⁾であるとすれば、上記のように「バグダッド飛行場」が「戦闘行為が行われることがない地域に該当」するとされる以上、他国による武力行使と一体化することにはならない、とするのが政府解釈の立場になるものと思われる。判決後の答弁書においても、イラク特措法においては「我が国の活動をそれ自体は武力の行使ではないものに限定し、現に戦闘行為……が行われておらず、

(32) 松野信夫議員提出航空自衛隊のイラク派遣に関する質問に対する答弁書（平成20年5月13日）。

(33) 大森政輔内閣法制局長官平成11年4月23日衆・日米防衛協力のための指針11号38頁。

(34) 前掲中村（注18）、301頁。阪田雅裕も「テロ特措法やイラク特措法は、海外での他国の軍事行動の支援という新たな側面はあるものの、基本的には周辺事態安全確保法等と同じ考え方の下に、同様の法的枠組みを整えたものにほかならない」と述べている。参照、阪田雅裕「自衛隊による国際貢献」時の法令1787号24頁（2007年）。

かつ、そこで実施される活動の期間を通じて戦闘行為が行われることがないと認められる地域に限って実施することとするなど、我が国の活動が他国の武力の行使と一体化することがないことを制度的に担保する仕組みを採用しているところである⁽³⁵⁾と説明されている⁽³⁶⁾。

このように見てくると、名古屋高裁判決は政府の9条解釈を引用しながらも、「非戦闘地域」や「後方支援」の概念について、政府解釈とは見解を異にしていたのではないかと思われる⁽³⁷⁾。

内閣法制局が事前の合憲性審査を行う内閣提出の法律に対して、最高裁判所が比較的最近まで違憲判決を出してこなかったのは、「裁判所、特に最高裁が内閣法制局と同じような違憲審査をしているということである」⁽³⁸⁾とすれば、名古屋高裁判決は、9条関連分野において内閣法制局とは多少なりとも異なる内容の違憲審査を行ったということになり、従来の裁判所と内閣法制局の「均衡」関係に一石を投じるものとはいえないであろうか（高裁判決ということもあり、「石」の大きさは計りかねるが）。消極主義ともいわれる最高裁判所に関しても、その「姿勢に一定の変化の兆しが見取れないでもない」⁽³⁹⁾とされている。これまでの「均衡」に変化が現れるかどうかは今後の検討に委ねたい。

(35) 山内徳信議員提出名古屋高裁イラク派兵違憲判決確定に対する政府の見解に関する質問に対する答弁書（平成20年6月13日）。

(36) 「一般的に言えば、一体化論は、自衛隊の活動を広く容認する道具としても使えるわけで、判決を読む側には、一体化論に過度に寄りかからない慎重さも必要である」とするのは、永山茂樹「イラク特措法に基づく自衛隊派遣の違法・違憲性」法学セミナー648号116頁（2008年）。

(37) 「政府の九条一項解釈を誤りを指摘しているに等しい」[原文ママ]とするのは、小沢隆一「政府の九条解釈の歪みを浮きぼりにした名古屋高裁判決の『武力の行使』論」法と民主主義431号25頁（2008年）。

(38) 前掲浦田（注23）、「政府の憲法解釈とその変更——国会・内閣・法制局」139頁。

(39) 前掲佐藤（注20）、133頁。

iii 平和的生存権について

平和的生存権に関する判断については、「平和的生存権が具体的裁判規範としての性格を具えた権利であることを明瞭に認めており、ここにも画期的意義が認められる」⁽⁴⁰⁾とされている。

しかし、名古屋高裁は、確かに平和的生存権の法的権利性や具体的権利性を承認したものの、遠くイラクにおいて実施されている自衛隊の活動について、日本に在住している控訴人らの生命・自由が危機にさらされ、あるいは戦争の被害や恐怖にさらされているわけではないとして、平和的生存権への侵害を認めなかった。これを「総論は勢いがいいが、各論へ来て失速」と見なすのではなく、むしろ総論部分において平和的生存権の論証が成功していないのではないかと、との指摘もある⁽⁴¹⁾。

とは言え、90年代以降の「新しい平和的生存権」⁽⁴²⁾主張の文脈の中における名古屋高裁判決の意義は、「憲法上の権利」としての平和的生存権に関しても、「裁判上の権利」としての平和的生存権に関しても⁽⁴³⁾、非常に大きいと思われる⁽⁴⁴⁾。特に「加害者にならない権利」としての権利主張⁽⁴⁵⁾に注目が集まっている。平和的生存権論の需要と供給のより一

(40) 前掲小林(注2)、「自衛隊イラク派兵違憲名古屋高裁判決の意義」2頁。

(41) 奥平康弘『『平和的生存権』をめぐって——名古屋高裁の『自衛隊イラク派兵差止請求控訴事件』判決について(下)』世界781号98頁(2008年)

(42) 植松健一「平和的生存権論のトポグラフィー——1990年代までの動向——」名古屋大学法政論集225号130頁(2008年)。

(43) 「憲法上の権利」として、および「裁判上の権利」としての平和的生存権の区別について参照、浦田一郎「平和的生存権」『講座憲法学2 主権と国際社会』138頁(日本評論社、1994年)、同『現代の平和主義と立憲主義』109頁(日本評論社、1995年)。

(44) 平和的生存権モデルの再構築に関して、特に「憲法上の平和的生存権」を重視するのが、麻生多聞「平和的生存権論の再構築に向けて」法学セミナー638号56頁(2008年)。

(45) 植松健一・川口創・麻生多聞「座談会・名古屋地裁判決(田近判決)の検討と平和的生存権論の再構築」法学セミナー638号50～51頁(2008年)。

層の促進が課題となろう。

iv 結語

「自衛隊とイラク特措法の合憲性を前提とする点で、9条問題の焦点が自衛隊の憲法適合性から、集団的自衛権行使のそれへと移行しつつある現状を追認する意味を忘れるべきでない」⁽⁴⁶⁾との指摘がなされているように、名古屋高裁判決が、現在の平和主義に関する議論状況を反映していることは間違いない。憲法学界においても、「9条の解釈に関する『社会的インパクト』論は、ある行為なり議論なりの副次的効果を直接の目的として掲げることが自己破壊的結果を招くという一般的な現象の一例に過ぎない」⁽⁴⁷⁾と指摘されるように、9条の解釈をめぐる対立が顕在化している。

とは言え、名古屋高裁判決が、「政府と同じ憲法解釈に立ち、イラク特措法を合憲とした場合であって」(強調、中島)として、控訴人が主張した9条の「本来的解釈」の可能性を残したとも読むことのできる表現を使用している点を、過小評価してはならないのではないか。

(46) 中島徹「自衛隊イラク派遣違憲訴訟」判例セレクト2008(法学教室342号別冊付録)12頁(2009年)。

(47) 長谷部恭男『Interactive憲法』152頁(有斐閣、2006年)。