

自衛官による「平和安全法制整備法」違憲訴訟

【文献種別】 判決／東京高等裁判所

【裁判年月日】 平成30年1月31日

【事件番号】 平成29年（行コ）第157号

【事件名】 命令服従義務不存在確認請求控訴事件

【裁判結果】 取消

【参照法令】 憲法9条・18条、自衛隊法76条1項2号、行政事件訴訟法37条の4第1項・第5項

【掲載誌】 裁判所ウェブサイト

LEX/DB 文献番号 25449235

事実の概要

自衛隊法76条1項は、防衛出動命令が発令され得る事態を定めている。2015年9月19日に成立した「平和安全法制整備法」により自衛隊法が改定され、その事態に76条1項2号として「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事態」（「存立危機事態」）が追加された。

陸上自衛官である控訴人は、この自衛隊法76条1項2号が違憲であるとして、同号の定める防衛出動の命令に服する義務のないことの確認を求めたところ、原判決（東京地判平29・3・23判例集未登載、LEX/DB25547730）は控訴人が防衛出動命令が発令される事態に現実的に直面しているとはいえず、また、現時点において控訴人又は控訴人が所属する部署に対して防衛出動命令が発令される具体的・現実的可能性があるということとはできないと指摘した上で、控訴人の有する権利又は法律的地位に危険や不安が存在するとは認められないから、本件訴えは確認の利益を欠き、不適法であると判断して訴えを却下した。そこで控訴人は、原判決を取り消して控訴人の請求を認容することを求めて控訴した。

なお、控訴人は、当審において、控訴人が存立危機事態における防衛出動命令に服従しなかった場合に受けることとなる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟（抗告訴訟のうち行政事件訴訟法3条2項以下において個別の訴訟類型として法定されていないもの）であると釈明した。

判決の要旨**1 防衛出動命令、これに基づく本件職務命令又は本件職務命令違反に対する懲戒処分の行政処分性について**

(1) 「抗告訴訟の対象となる行政処分（行政庁の公権力の行使に当たる行為。行政事件訴訟法3条1項）とは、公権力の主体たる国又は公共団体が法令の規定に基づき行う行為のうち、その行為によって直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定することが法律上認められているものをいう（最高裁判所昭和30年2月24日第一小法廷判決・民集9巻2号217頁、最高裁判所昭和39年10月29日第一小法廷判決・民集18巻8号1809頁等）。

(2) 「防衛出動命令は、上級行政機関である内閣総理大臣の下級行政機関である自衛隊に対する命令であるというべきであって、個々の自衛官の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものではなく、……その行為によって直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定するものとはいえない。」また、自衛隊法52条・56条により、「（自衛隊員の）任務には一定の生命及び身体への危険が内在しているということが出来る。そうすると、本件職務命令は、仮に自衛官の生命及び身体に危険を及ぼすものであったとしても、そのことから直ちに、個々の自衛官の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものとはいえず、したがって、その行為によって直接国民の権利義務を形成し、又はその範囲を確定するものとはいえない。」それゆえ、「防衛出動命令及びこれに基づく本件職務命令は、いずれも抗告

訴訟の対象となる行政処分ではないというべきである。」

(3) 「他方、防衛出動命令が発令された場合には、……個別の自衛官に対して本件職務命令が発令されることになるが、自衛官は、本件職務命令に忠実に服従する義務を負う（自衛隊法 57 条）結果、本件職務命令に服従しなかったときは、免職、降任、停職、減給又は戒告の懲戒処分を受けるおそれがある（自衛隊法 46 条 1 項）。」「上記懲戒処分は、自衛官個人の身分や勤務条件に係る権利義務に直接影響を及ぼすものであるから、抗告訴訟の対象となる行政処分である。」

2 本件訴えの適法性について

(1) 無名抗告訴訟である本件訴えが適法と認められる要件について

「行政処分の差止めの訴えが適法と認められるためには、行政処分がされることにより重大な損害を生ずるおそれがあること（重大な損害の要件）及びその損害を避けるため他に適当な方法がないこと（補充性の要件）の 2 つの要件を満たすものであることが必要である（行政事件訴訟法 37 条の 4 第 1 項、平成 24 年判決（最高裁判所平成 24 年 2 月 9 日第一小法廷判決・民集 66 卷 2 号 183 頁）各参照）。」「将来の行政処分の差止めの訴えを、その前提となる公的義務の存否に係る確認の訴え（無名抗告訴訟）の形式に引き直すことができる場合には、双方の訴えは、請求及び法律構成を異にしているものの、いずれも将来の行政処分に関する不服の訴えであり、その行政処分を受けることの予防を目的としているのであるから、双方の訴えに求められる訴訟要件を別異に解すべき理由はない。」本件訴えは、「実質的には、本件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分の差止めの訴えを本件職務命令ひいては防衛出動命令に服従する義務がないことの確認を求める訴えの形式に引き直したものである。」そうすると、本件訴えが適法な無名抗告訴訟と認められるためには、重大な損害の要件と補充性の要件の 2 つの要件を満たす必要がある。

(2) 重大な損害の要件について

「存立危機事態における防衛出動命令に基づく本件職務命令を受けながら、これに服従しない自衛官は、我が国の防衛という重要な任務に背き、服務の本旨を蔑ろにしたものとして、極めて厳しい社会的非難を受けることになることに加え、本

件職務命令への不服従を理由とする懲戒処分、更には重大な刑事罰を受けることになるのである。」「控訴人が被ることになる損害は、行政処分たる懲戒処分がされた後に取消訴訟又は無効確認訴訟を提起して執行停止の決定を受けることなどはもとより、当該処分の差止めを命ずる判決を受けることによって容易に救済を受けることができるものではない。」「本件訴えは、重大な損害の要件を満たすものというべきである。」

(3) 補充性の要件について

前記のとおり、「このような控訴人に生ずるおそれのある損害は、事後的に懲戒処分の取消訴訟又は無効確認訴訟を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではないことが明らかであり、また、懲戒処分の差止めを命ずる判決を受けることによって容易に救済を受けることができるものではなく、防衛出動命令に基づく本件職務命令に服従する義務の不存在を事前に確認する方法によるのであれば救済を受けることが困難」であるから、「本件訴えは、補充性の要件も満たすものというべきである。」

以上から、本件訴えは適法であり、本件訴えを不適法として却下した原判決を取り消し、本件を東京地方裁判所に差し戻す。

判例の解説

一 本件訴えの適法性

1 最一小判 2012・2・9（平成 24 年判決）

本判決が参照するのは、入学式、卒業式等の実施に当たって国旗に向かって起立して国歌を斉唱すること等を内容とする校長の職務命令に従わない場合は職務上の責任を問われると定めた通達を、東京都教育委員会の教育長が発したのに対し、教職員らが、これらの義務不存在的の確認を求めるとともに、義務違反を理由とする懲戒処分の差止めを求めた事案に関する、「平成 24 年判決」である。「平成 24 年判決」は、教育長の発した通達は個々の教職員を名宛人とするものでない、また学校長の職務命令は上司としての職務上の指示を内容とするものだとし、抗告訴訟の対象となる行政処分に当たらないとした。その上で、懲戒処分の差止め訴訟の適法性について、処分の蓋然性、損害の重大性、補充性について判断する。

そして「重大な損害が生ずるおそれ」があると認められるためには、「処分がされた後に取消訴訟等を提起して執行停止の決定を受けることなどにより容易に救済を受けることができるものではなく、処分がされる前に差止めを命ずる方法によるのでなければ救済を受けることが困難なものであることを要する」との判断基準を示している。

無名抗告訴訟としての義務不存在確認訴訟については、「本件確認の訴えは、将来の不利益処分たる懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟として位置づけられるものと解するのが相当であり、実質的には、本件職務命令の違反を理由とする懲戒処分の差止めの訴えを本件職務命令に基づく公的義務の存否に係る確認の訴えの形式に引き直したものである」と述べる。その上で、補充性の要件を満たすか否かにつき、「上記懲戒処分の予防を目的とする無名抗告訴訟としては、法定抗告訴訟である差止めの訴えとの関係で事前救済の争訟方法としての補充性の要件を欠き、他に適当な争訟方法があるものとして、不適法というべき」としたのである。

2 損害の重大性に対する深刻な認識

本判決は、防衛出動命令、これに基づく本件職務命令、そして本件職務命令違反に対する懲戒処分の行政処分性については、「平成24年判決」に基づくものである。また、懲戒処分の差止め訴訟の適法性についても、処分の蓋然性を前提とし、損害の重大性の要件と補充性の要件について判断している。これも「平成24年判決」と同様である。この点で、被控訴人は、2004年の行政事件訴訟法改正後も、無名抗告訴訟の訴訟要件として一義的明白性の要件、緊急性の要件、補充性の要件が必要だとするが、本判決は、一義的明白性は訴訟要件ではなく本案要件として法定化されたこと（同法37条の4第5項）、「それ以前において無名抗告訴訟とされていた義務付けの訴え及び差止めの訴えの双方に共通の訴訟要件として重大性の要件及び補充性の要件が規定された（同法37条の2第1項、37条の4第1項）以上、その余の無名抗告訴訟についてこれよりも厳格な訴訟要件を求めるべき理由はない」とした。

本判決と「平成24年判決」との違いは、控訴人に防衛出動命令に服従する義務がないことの確認を求める本件訴えを、無名抗告訴訟として適法だと認定した点である。これは、本判決が、本件

職務命令に服従しなかった自衛官に対する懲戒処分は、「免職を含む重大なものとなることは容易に想定できる」として、損害の重大性を深刻に受け止めたからであろう。本判決は、「防衛出動命令が発せられてから、……差止めの訴えを提起したのでは、例えば懲戒処分が減給処分や停職処分であった場合には、判決が下されるまでには相当な期間を要することが予想されるのであり、その間、控訴人は生活に困窮することになる」という控訴人の主張に理解を示したといえる。自衛官の被る損害の重大性と存立危機事態に対するリアルな認識に注目すべきである。

二 存立危機事態のリアリティ

存立危機事態のリアリティについて、被控訴人である国側は、「自衛隊法施行以来現在に至るまで、防衛出動命令が発令されたことがないことはもとより、……現時点で存立危機事態は発生しておらず、国際情勢に鑑みても、将来的に存立危機事態が発生することを具体的に想定し得る状況はない。」「控訴人は、現在、直接戦闘を行う部隊に所属しておらず、これまで直接戦闘を行うことを主たる任務とする部隊に所属したこともないから、仮に存立危機事態が発生して防衛出動命令が発令されたとしても、控訴人の所属する部隊にまで出動が命ぜられるかは一層不明である」と主張した。存立危機事態へのリアリティが著しく欠如しているといわざるを得ない。

2014年7月14日・15日の衆参予算委員会の集中審議で、当時の岸田文雄外務大臣は、「日米同盟に基づく米国の存在及び活動は、我が国の平和と安全を維持する上で死活的に重要であることを前提にすれば、このような米軍に対する武力攻撃は、それ以外の国に対する武力攻撃の場合に比較して、『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』につながる可能性が高いと考えられる」と述べている。このように、存立危機事態とは海外に軍事展開する米軍への武力攻撃を念頭に置いているのであり、「平和安全法制整備法」によって存立危機事態が追加されたから、自衛隊の防衛出動の可能性が高まったのである。

本判決は、「被控訴人の主張は、平和安全法制整備法による自衛隊法の改正が平成27年にされていることに照らし、採用することはできない。」

「防衛出動命令が発令された以上、控訴人を含む全ての現職の自衛官は、後方業務を担う部隊等に所属するものを含めて、いずれも本件職務命令の対象となる可能性は非常に高い」と断じたのである。

三 集団的自衛権行使の違憲性

今後、中身の問題として「行政庁がその処分若しくは裁決をすべきでないことがその処分若しくは裁決の根拠となる法令の規定から明らかであると認められ」（行訴法 37 条の 4 第 5 項）かが問われる。本件職務命令が違憲無効だとすると、それに基づく公的義務は不存在となるため、集団的自衛権の行使を容認した自衛隊法 76 条 1 項 2 号の合憲性が問われることになる。

1 政府による従来の憲法 9 条解釈

憲法 9 条 2 項は戦力の保持を禁じているため、そもそも軍事的実力組織の保有自体に憲法上の疑義がある。それを政府は、1954 年の自衛隊発足以来、「戦力」と「自衛力」とを区別した上で、自衛のためといえども日本が「戦力」をもつことは禁止されているが、憲法 9 条は独立国家に固有の「自衛権」まで放棄したものではなく、「自衛権」を行使するための手段として「自衛のために必要最小限度の実力」（自衛力）をもつことは憲法 9 条に違反しないとして、自衛隊を正当化した。同時にその限界の確定にも努め、「平和主義をその基本原則とする憲法が、右にいう自衛のための措置を無制限に認めているとは解されないのであって、それは、あくまで外国の武力攻撃によって国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底からくつがえされるという急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るため止むを得ない措置としてはじめて容認されるものであるから、その措置は右の事態を排除するためにとられるべき必要最小限の範囲にとどまるべきものである。そうだとすれば、わが憲法の下で武力行使を行うことが許されるのは、わが国に対する急迫、不正の侵害に対処する場合に限られるのであって、したがって、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集団的自衛権の行使は、憲法上許されない」としたのである（1972 年 10 月 14 日）。

2 集団的自衛権行使の容認とその違憲性

第 2 次安倍晋三内閣のもと、2013 年 2 月に「安

全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」（安保法制懇）が開催され、2014 年 5 月に報告書を提出する。これを受けて自民・公明両党による与党協議会が開かれ、2014 年 7 月 1 日に、従来の政府の憲法 9 条解釈を変更する閣議決定がなされる。そこで、「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」という要件が立てられた。いわゆる存立危機事態である。そして 2015 年 9 月、「平和安全法制整備法」の成立により、集団的自衛権の行使が法律上容認されたのである。

これまでの政府の自衛隊を正当化するための論理の核心は、我が国に対する武力攻撃の発生に限って実力行使を容認する（個別的自衛権）という点であり、その論理的帰結として集団的自衛権は行使できない、というものである。それゆえ、集団的自衛権の行使を容認するというのは、自衛隊を正当化する論理自体を捨て去ることになり、自衛隊を「戦力」と扱っているとみるしかない。憲法 9 条 2 項に反することは明白である。

そもそも、他国への武力攻撃によって「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」とは、はたしていかなる場合であるか想定できない。逆にいうと、このような曖昧な要件ゆえに、先の岸田発言のように米軍への攻撃であれば存立危機事態に該当するという拡大解釈を生むのである。この要件は、権力行使を抑制する機能を欠いている。控訴人はこのような存立危機事態における防衛出動命令に従うことを同意しておらず、控訴人の意に反してこれに服従させることは、憲法 18 条に反するといわざるを得ない。

●—参考文献

- 阪田雅裕編著『政府の憲法解釈』（有斐閣、2013 年）
- 長谷部恭男編『検証・安保法案——どこが憲法違反か』（有斐閣、2015 年）
- 奥野恒久「安保関連法の違憲性と問題性」龍谷大学政策学論集 5 巻 2 号（2016 年）

龍谷大学教授 奥野恒久