

特 別 記 事

鄭惠仁君學位請求論文審査報告

一 はじめに

鄭惠仁君から提出された學位請求論文「日韓憲法上における平和主義の比較憲法的考察」は、同君が、延世大学大学院博士課程に在学中に、本学との交換留学協定に基づき、本学に一年間滞在した際に、執筆を開始し、帰国後、延世大学等における研究生生活を通じて、書き上げたものである。本論文の基本的な骨格は、次の通りである。まず、序論において、平和主義に関し、憲法の理念と政治の現実の乖離が存在することを、日韓両国の憲法を素材に比較検討し、その齟齬を解消する憲法解釈を提示することが目標として掲げられる。まず、第1部では、日韓の憲法上の平和主義がいかなる理由で導入され、それをめぐる規範と現実の乖離をどのように克服しようとしてきたのかを検討される。次に、第2部では、いわゆる平和的生存権について、これ

を基本権として認めることができるか、という意欲的な課題が掲げられ、特に、この概念を裁判規範と位置付け得るか、主観訴訟の体系のもと「平和」という公益を主観的公益として構成し得るか、が考察されている。このように本論文は、非常にクリティカルで重要な論点について、憲法政策論、憲法解釈論の双方を視野に入れた、日韓比較憲法研究の労作として、貴重なものとなっている。

本論文の構成（目次）は次の通りである。

序 論

一 研究の目的

二 研究の範囲と構成

第1部 平和主義に関する比較法的考察

第1章 世界各国憲法上における平和主義とその類型

一 平和の概念

二 世界の憲法上における平和主義の類型

第2章 日本国憲法上における平和主義

一 日本国憲法の沿革的考察

二 現行憲法の解釈論と現実的問題としての自衛隊

三 憲法改正論

四 憲法改正の限界

第3章 大韓民国憲法上における平和主義

- 一 大韓民国憲法上における平和主義の沿革的考察
 - 二 現行大韓民国憲法上における平和「統一」主義
 - 三 憲法改正の必要性
 - 四 大韓民国憲法上における憲法改正の限界
- 第2部 日韓の平和的生存権
- 第1章 国際法上における平和的生存権論議
- 一 平和的生存権論議の国際法上の展開
 - 二 「平和に生きる権利」の形成過程で起きた葛藤
 - 三 国際法上における平和的生存権論議に関する提言
- 第2章 日本における平和的生存権論議
- 一 平和的生存権の登場
 - 二 平和的生存権の憲法的根拠
 - 三 平和的生存権の保護領域
 - 四 平和的生存権の制限とその限界
 - 五 平和的生存権に関する裁判例
- 六 「平和的生存権の明文化」の必要性有無
- 第3章 韓国における平和的生存権論議
- 一 平和的生存権の登場
 - 二 平和的生存権の憲法的根拠とその限界
 - 三 平和的生存権の保護領域
 - 四 「平和的生存権の制限」の可能性とその限界
 - 五 平和的生存権に関する「憲法裁判所の判例」
 - 六 「平和的生存権の明文化」の必要性

結論

- 一 平和主義のための憲法解釈
- 二 日韓憲法上における平和的生存権の保護領域
- 三 日本の戦争責任と憲法改正

二 本論文の概要

以下、本論文の概要を各章別に記しておく。

第1部 平和主義に関する比較法的考察

第1章 世界各国憲法上における平和主義とその類型

第1章では、日韓憲法における平和主義および平和的生存権の内容を決するための前提作業として、「平和」、「戦争」、「自衛権」等の諸概念の定義が試みられている。まず、「平和」という概念には、戦争・暴力のない状態を意味する「消極的平和」と、それにとどまらず貧困・飢餓・政治的抑圧などの構造的・文化的暴力がない状態を意味する「積極的平和」の、二つの理解の仕方があることが指摘される。鄭君は、憲法における「平和」概念に関して、「積極的平和」理解を採った場合、①平和的生存権を個人の権利として規定するのは困難であること、②他の基本権と規範内容が重複するためこれを独自の権利と捉える意義が乏

しくなること、を指摘し、「消極的平和」理解が適切であるとする。また、戦争以外の暴力については刑法により規律されているため、本論文における「平和」とは「戦争が無い状態」を意味するとされる。

次に「戦争」概念が考察される。鄭君は、「戦争」概念に対して「相対立する二つ以上の国あるいは国に準じる組織が、軍事力を含めてあらゆる手段を使用して相手に自分の意思を強要する、組織的な暴力行為」という定義を与えた上で、九・一一以後しばしば「戦争」と比較される「テロ」概念との対比を通じて、「戦争」概念のより正確な理解を追究している。

続いて「自衛権」概念の意義が考察される。鄭君は、「自衛権」を「国家が、自国に対する急迫・不正の侵害を排除するために、武力をもって必要な行為を行う国際法上の権利」と定義する。そして、かかる「自衛権」を行使するための要件およびその具体的内容につき、代表的な学説を整理・検討している。次いで、九・一一事件以降、国際法主体ではない「テロ団体」によるテロ行為に対して「自衛権」を行使することは適法か否か、という問題が生じていることが紹介される。これは、具体的には、九・一一事件後のアフガニスタンに対するアメリカの攻撃が適法か否

かという形で争われている問題であるが、鄭君は、適法説・違法説をそれぞれ丹念に紹介した上で、①先例および慣行上、テロ行為を「自衛権」の発動要件である「武力攻撃」（国連憲章第五一条）と見做すことは困難であること、②「テロ団体」によるテロ行為をアフガニスタン国家に帰属させることはできないこと、③アメリカによるアフガニスタン攻撃は自衛権行使の要件である「必要性の原則」、「比例原則」を充足していないこと、④国連安全保障決議がアメリカのアフガニスタン攻撃を承認したと見ることはできないこと、を論拠に、違法説に立つべきとしている。

さらに第1章では、世界の主要国の憲法において平和主義がどのような形で規範化されているかにつき検討がなされる。鄭君は、憲法が平和主義を採用するにあたり、日本国憲法やコスタリカ憲法のような「非武装型憲法」だけでなく、「専守防衛型」、「平和のための主権制限型」、「永世中立国型」、「非同盟型」等々、様々なヴァリエーションが存在することに注意を喚起する。そしてそのことから、比較憲法的には、平和主義は「非武装」という形式に限定されるわけではないこと、従って、平和主義と国防はなんら矛盾するものではないこと、が指摘されている。

第2章 日本国憲法上における平和主義

第2章では、日本国憲法における平和主義が検討される。

まず、日本国憲法の成立過程が概観され、その歴史的意義が考察されると共に、日本国憲法の平和主義に対する「韓国人の立場」からの批判的検討がなされる。鄭君によれば、日本国憲法制定過程において、憲法第九条は完全な戦争放棄・戦力不保持を定めたものとして理解されていた。鄭君は、こうした非武装平和主義は侵略戦争を行った日本への制裁という意味を持っていたとする。しかしその一方で、鄭君は、憲法第九条について、天皇の戦争責任を避け天皇制を温存する手段としても用いられたとも指摘し、やや否定的な評価も同時に下している。その上で、日本の平和主義は「戦争責任が欠如されている平和主義である」という韓国人憲法学者の指摘を紹介しつつ、確実な戦後処理と謝罪によってアジア人の信頼を回復することが必要だとしている。

次に、憲法第九条の実際運用に関する歴史的考察を通じて、憲法規定と現実的運用との間に大きな乖離が生じていることが明らかにされる。とは言え、ここで鄭君は日本が自衛権を持つべきでない主張しているわけではない。鄭君は、国家の自衛権は国民の生命権に基礎を置くもので

あると指摘し、日本が戦犯国であることを理由に自衛権を否定することはできないと述べ、さらに、現在の国際関係を踏まえれば、日本が個別的自衛権のみならず集団的自衛権の行使までも認められるべきことは当然である、と述べているからである。もつともこの言明の背景には、日本の軍事大国化を防ぐためにこそ集団的自衛権の行使を認めるべきとの鄭君の立場がある。そして、集団的自衛権の範囲を超える「侵略戦争への派兵」は明確に「違憲」とみるべきことが強調されている。

さらに、本章では、日本における憲法改正論が紹介されるとともに、「日本国憲法改正に対する韓国の観方」が示されている。鄭君によれば、憲法改正論は、一九五四年頃の一時を除いて一九八〇年代まで政治の表舞台に立つことは少なかったが、一九九〇年代における「冷戦」の終焉と「湾岸戦争」の勃発を契機として、数多く主張されるようになったとされる。各時代の憲法改正論はそれぞれ独自の特色を持つが、鄭君によれば、九〇年代以降の憲法改正論の顕著な特徴として、憲法第九条が「国際貢献」の枠格となつているという認識の存在を指摘できると言う。また、九・一一事件後における「テロ対策特別法」の制定やイラク派兵は、さらなる憲法改正論の高まりをもたらしたと指

摘される。そして、鄭君は、九・一一事件後に提案された憲法改正案を、政界によるものだけでなく、経済界、言論界、学界によるものまで、幅広く渉獵し、詳細に紹介・検討している。そして、これらの検討を踏まえた上で、「憲法改正に対する韓国人の観方」が提示される。その際強調されているのは、ここでも日本の戦争責任の問題である。すなわち、鄭君によれば、韓国人が日本の憲法改正に賛成するようになるためには、日本政府は戦争責任を果たさなければならぬ、とするのである。

最後に、憲法第九条二項の改正が「憲法改正の限界」にあたるか否かが検討されている。この点鄭君は、第一章での検討をもとに、「戦力の放棄」だけが「平和主義」ではないことを指摘し、憲法第九条二項の改正が「憲法改正の限界」にあたらないとの私見を示している。

第3章 大韓民国憲法上における平和主義

第3章では、大韓民国憲法における平和主義が考察される。

まず、大韓民国の、一九四八年の建国憲法、一九六二年憲法、一九七二年憲法、一九八〇年憲法、そして一九八七年（現行）憲法、における平和主義のあり方が沿革的に説

明される。そこでは、一九四八年の建国憲法において平和主義が受容されて以降、多少の紆余曲折を経ながらも、少なくとも憲法の文面においては、全ての憲法で平和主義が採用されていることが説明されている。しかし、鄭君は、一九六二年憲法下でのベトナム戦争への韓国軍派兵や、現行憲法下でのイラク派兵等、現実の運用においては、平和主義が損なわれていることを示唆している。

次いで、南北朝鮮の平和統一主義の法的分析を通じて、現行大韓民国憲法の平和主義の検討が行われる。まず、現行憲法における「平和統一原則」と領土条項との関係が検討される。現行大韓民国憲法は、その第三条（領土条項）において、「大韓民国の領土は、朝鮮半島とその付属島嶼とする」と規定し、また、その第四条（統一条項）において、「大韓民国は、統一を指向し自由民主的基本秩序に基づいた平和的統一政策を樹立し、これを進める」と規定している。鄭君は、この二つの条文が外見上矛盾していると指摘する。なぜなら、第四条に言う「統一」とは、二つ以上の国家がひとつの国家を建設することを意味するため、この第四条は北朝鮮が「国家」であることを認めたものであると言いうところ、第三条では、北朝鮮の国家性を否定しているからである。次に、現行憲法における「平和統

「原則」と国家保安法との関係が検討される。国家保安法とは、一九四八年に制定された、国家の安全を脅かす反国家活動を規制することにより国家の安全と国民の生存および自由を確保することを目的とする法律である。国家保安法上、北朝鮮は統一の主体でもなければ対話や協商の相手でもなく、ただ政府を僭称し国家変乱を測る「反国家団体」として位置付けられている。従って、同法上、「朝鮮民主主義人民共和国」を認め、共存を模索することは、断じて禁じられていると言える。鄭君は、このことを捉えて、「平和統一原則」と国家保安法との外見上の矛盾を指摘する。また、それだけでなく、現在、「南と北は、お互いに、相手の体制を認め、尊重する」(第一条)と規定した「南北基本合意書」が南北間で締結され、さらに、各当事国の許可の下で南北交流協力行為が行われるべきことを定める「南北交流協力に関する法律」や、南北の「平和的統一」のための南北関係の発展の原則と内容、手続き等を規定する「南北関係発展に関する法律」が制定されるなど、国家保安法の前提と著しく矛盾するように見える法律等が多数存在することが指摘されている。それでは、このような外見上の矛盾について、韓国の裁判例はどのように考えているのか。鄭君によれば、南北間の交流と協力が活発になっ

て以降の裁判例は、北朝鮮を「反国家団体」としながらも、他方で「北朝鮮は反国家団体であるのみではなく、対話と協力の同伴者である」という「二重的地位論」を採用するようになったという。この点鄭君は、かかる裁判例の立場を肯定的に評価する。つまり、実際上北朝鮮の二重的地位を認めざるを得ないため、南北関係は、国家と国家との関係ではないものの、統一に向かっていく過程で暫定的に形成された「特殊な関係」と捉えるべきであるとするのである。このように捉えるべき理由として、鄭君は、憲法の全ての規定は体系的・調和的に解釈されるべきことを挙げる。そして、かかる視点からみるならば、例えば、現行憲法第三条(領土条項)は「統一の領土的範囲」を、同第四条(統一条項)は「統一の方法」および「前提条件」をそれぞれ提示する規定であり、双方とも統一を目指す規定であるから、外見上の矛盾にも拘らず、実際は矛盾していないと解すべきことになるとされる。

以上のように鄭君は、外見上矛盾する憲法上の諸規定については、体系的・調和的に解釈すべきことを強調する。しかし、他方で鄭君は、このような矛盾を解決するために憲法改正が必要か否かという点についての検討も併せて行っている。鄭君は、韓国憲法学における憲法第三条(領

土条項)の改正論を紹介した上で、領土条項がなくなることのデメリットを指摘し、改正不要論の立場をとっている。

同章では、最後に大韓民国憲法における憲法改正の限界が検討されている。韓国憲法学においては、憲法改正の限界を認める主張が支配的であるとされるが、鄭君は、憲法上の「国際平和主義」を大韓民国憲法の根幹をなす重要な条文であることから、憲法改正の限界として捉えられるべきと主張する。また、「軍の政治的中立性」の保障も、大韓民国憲政史上の軍による民主主義秩序の破壊に対する反省と民主主義への強い意思から出た条項であることから、憲法改正の限界をなすとされる。これに対し、南北の「統一」に関しては、「統一条項」が指向する「民族国家」の概念が憲法存立の基礎になるとは言えないことから、憲法改正の限界を構成しないとされる。そして、以上の事から、鄭君は次のような憲法解釈を示す。つまり、もし平和的手段による南北「統一」が不可能な場合は、あるいは、「自由民主主義的基本秩序」ではない「共產主義に基づいた統一」しかできない場合には、憲法上の「統一」を削除する改正も可能であるとする。

第2部 日韓の平和的生存権

第1章 国際法上における平和的生存権論議

第1章では、国際法上における平和的生存権論議に関する検討が行われている。鄭君は、近代立憲主義の前提に立てば、戦争を行うことは主権国家の正当な権利であり、かつ、国民に対する基本的人権の保障も戦時においては制限・剝奪されることは当然のこととされていたが、第二次世界大戦後に以下のような転換が生じたとする。その転換とは、戦争を阻止し、平和を実現するためには、国民主権の原理と人権保障の原理が国際的に確保されなければならないということである。このような平和と人権の密接不可分性の重要性は、F・D・ルーズヴェルトの「四つの自由」宣言(一九四一年)や大西洋憲章(一九四一年)で示され、その後の国連憲章(一九四五年)を経て、世界人権宣言(一九四八年)との国際人権規約(一九六六年)に受け継がれていることを確認している。そして、その後の一九七〇年代後半には、いくつもの国連決議などを経て、「平和への権利」ないし「平和に生きる権利」という考えが国際的・世界的レベルで承認されるに至ったとする。

他方で、西欧諸国の多くは、平和が他の人権よりも優先

され、いかなる費用を払ってまでも守らなければならない価値として想定することは、均衡を失しているとの考えを持つていたことを指摘する。つまり、平和が侵害されることのない「権利」に昇格すれば、国家の戦争関連行為に一定の統制が行われる余地がもたらされるものの、核兵器の保有国や西欧の強大国からすれば、かような統制が自らの政治的手段の一つである武力行使を制限されることになるという危惧を抱いていたということである。

この西欧諸国の抵抗があったことの指摘にとどまらず、本論文はさらに第三世界による努力にも目を向けている。それは、二〇〇〇年代以降に続いている第三世界による平和の生存権を国際的人権として制度化する試みである。例えば、アフリカ大陸の諸国においては、憲章で「すべての人類は、国家的及び国際的平和と安保に関する権利を有する」と規定するなど、国際社会において平和の生存権の形成を促進するために、関連決議案の草案を提出するなどの努力が続けていることが指摘されている。これらを分析した上で、国際法上の平和的生存権の内容は、抽象的・政治的理念に転落しないためにも、「侵略戦争をしない権利」や「侵略戦争に加担しない権利」を基本として考えるべきことが述べられている。本論文で平和的生存権を検討する

にあたって、鄭君はこの二点を軸にしている。

第2章 日本における平和的生存権論議

第2章では、日本における平和的生存権論議に関する検討が行われている。まず、日本国憲法前文の「平和のうちに生存する権利」という文言は、日本国憲法制定後しばらくの間、著名な『註解日本国憲法』や『全訂日本国憲法』においてさえ、特に注目されていなかったとする。その要因として、日本国憲法が前文の第一段から第三段にわたって恒久平和主義を宣言し、第九条で一切の戦争の放棄と軍備の不保持を定め、それらを中心に国家運営がなされてきたことであるとする。しかし、このような状況も一九五〇年の警察予備隊創設↓保安隊↓自衛隊への改編という一連の「再軍備」、および一九五一年の日米安全保障条約調印、とりわけ一九六〇年の安保条約改定による日米軍事同盟への傾斜などの日本の軍事政策の転換の中で変容したことが分析されている。

そのような状況の中で、この「平和的生存権」の理論の大きな展開を見せる契機となったのが、次に挙げる著名学者による問題提起とある事件の発生であったとする。鄭君は、星野安三郎『平和的生存権序説』（一九六二年）を挙

げ、星野が「平和に生きる権利」を「平和的生存権」と名付け、日本国憲法はこれを基軸として成り立つ「平和国家の憲法」であるとし、当該権利が憲法第九条の戦争放棄、軍備禁止によって保障されるものであることを主張していたことに注目する。また、この議論の契機となった事件として、一九六二年の恵庭事件を挙げ、とりわけ、この事件で特別弁護人の任を引き受けた深瀬忠一の著作である『恵庭裁判における平和憲法の弁証』において、「平和のうちに生存する権利」の確認は、人民が平和のうちに生活する共通の利益を有しているという近代市民革命の人権思想に基づきつつ、これを「権利」にまで高めた意義を持ち、第九条と相まって、国の主権の発動としての戦争とその手段たる軍備によって国民の人権が侵害されないことを保障したものである、と主張されていたことを鄭君は重視する。このような議論の中で、平和的生存権の法的権利性、とくに裁判規範としてのそれが主題化されつつあったが、さらにこれを発展させたのが「平和的生存権」を認めた長沼訴訟である、と鄭君は位置付けている。

次に、「平和」が抽象的な理念にとどまり、それゆえ平和的生存権から具体的な裁判規範性を導き得ないとの見解の分析を行っている。第一に、いわゆる新しい人権につい

て、その概念の未成熟性や新規性を理由に権利性ないし裁判規範性を慎重に解すべきであるとの見解に対しては、憲法上の明文の規定があることを根拠に否定する。第二に、「平和」の抽象性を指摘する見解に対しては、基本的人権が歴史的に生成し、発展するものであり、そもそもその生成や承認の当初から権利内容や法律効果等が詳細に記されることを期待することはできないため、当該権利を否定する根拠とはならないとする。

このような「平和」概念の抽象性ゆえに平和的生存権を否定する見解を批判した上で、日本国憲法における平和的生存権の根拠となる規定に関して、学説や判例を踏まえた検討を行っている。ここで、鄭君は、平和的生存権を単なる客観的法原則と見ることには批判的な立場を採った上で、それを生命権として捉えなおす立場を打ち出す。それは、憲法前文に書かれてあるように、「恐怖」から免れ、「欠乏」から免れ、さらに、「悲惨な戦争から免れる」ものこそは、人間の「生きる命」そのものであり、これを権利として構成し、「生命権」とするものである。そして、この「生命権」こそが「平和に生きる権利」の核心を構成するものであり、したがって、「平和的生存権」なるものは、憲法第一三条の基本権を媒介として、第3章の各論的な諸

人権（自由権、社会権、国務請求権および政治的権利）に分かれ、個別具体的に国民の権利として保障されていると考えなければならぬと結論付けている。

以上のように、平和的生存権を日本国憲法の規定に基づき根拠づけた上で、次に当該権利の保護領域に関する検討を行っている。第一に、当該権利の享有主体について、①個人、②民族、③両者と捉える学説があるとした上で、平和を人権として構成するという見地から、対内的関係のみならず対外的関係においても、当該権利の享有主体を「個人」と捉えるべきであるとする。なお、人権はその性質上可能である限度において外国人にも適用されるとの判例・学説を踏まえ、日本の領域内の外国人にも適用されるとしている。第二に、当該権利の内容について、従来の学説、そして裁判例（長沼事件一審判決、二〇〇八年名古屋高裁判決）を踏まえた上で、日本の学説が当該権利内容として捉えるものは何れも他の憲法上規定された権利で十分に処理することができ、そうであるならば、あえて平和的生存権を持ち出す必要はなく、あえて固有の意味を当該権利に持たせるとすれば、「自衛権」と「自衛力の保持」を認めただ上で、「侵略戦争の被害者にならない権利」、あるいは「侵略戦争の加害者にならない権利」が考えられるとする。

前者においては、侵略戦争に巻き込まれない権利として位置付けられ、不法的な侵略によって国民の生命、自由が侵害されまたは侵害の危機にさらされる場合に、国家に対する積極的な義務（「自衛戦争」の請求）を生じさせる。後者においては、自衛隊員ではない一個人が「自衛隊の派兵」を差し止めることができるように、「加担」の意味を直接のみならず「間接的な」参加にまで射程を広げるべきことを指摘する。この目的は、裁判所が第九条から導出される公益を「個人の法益」として昇華させることにある。

そして、基本的人権の一般原理に基づき、当該権利を行使するという観点から、「公共の福祉」による制約を最後に検討している。この場合、鄭君は日本国憲法秩序の中で、当該権利を一番重要な価値であると位置付けており、また、当該権利の保護領域を非常に狭くすることによって、「絶対的基本権」として位置付けるべきであるとの見地から、公共の福祉による制約は極めて限られなければならないとする。

第3章 韓国における平和的生存権論議

第3章では、韓国における平和的生存権論議に関する検討が行われている。まず、韓国における「平和的生存権」

の登場について分析している。韓国では、「イラク派兵に関する憲法訴願」をはじめとして、何件かの憲法訴願事件を通して、二〇〇〇年以降に平和的生存権という新しい概念が登場したとされる。この背景としては、第一に、「北朝鮮の人権に関する議論」における「対抗議論」、第二に、閉鎖的な安全保障論に介入する手段としての「反戦平和運動」が存在するとされる。しかし、このような平和的生存権に関する動きがある中で、韓国の憲法裁判所が二〇〇九年に憲法上の権利にあたらなとの判断を下したこと、そして学問的議論においても同権利は初歩的段階にとどまっていることを、鄭君は指摘する。その上で、第3章では、「平和的生存権」を大韓民国憲法に基づき、その解釈を通して、同権利を基本権として位置付けるべく論を進めている。

第一に、憲法前文である。大韓民国憲法の前文では、「平和的統一の使命に基づいて……内では国民生活の均等な向上を求め、外では恒久的な世界平和と人類共栄に貢献することによって、我々とわが子孫の安全と幸福を永遠に確保することを誓い……」として「平和統一主義」と「国際平和主義」を明示している。この前文に対して、韓国の憲法裁判所はその裁判規範性を確認しているとする。第二

に、第四条である。第四条は祖国分断の現実を認め、「平和的方法」をもって統一を達成することを宣言するものと位置付けられており、前文と同趣旨のものとして理解されるものとしている。また、平和的生存権の憲法的根拠として、同条の「平和統一主義」を指摘する裁判例も存在するとする。第三に第五条である。同条は「平和主義」を採択しており、その一項は侵略戦争を否認し、二項で「国軍の使命」が「自衛戦争」に限定されている。従って、憲法上の平和主義の原理は、建国憲法で規定されて以来現在まで継承されており、現行憲法同条が「平和的生存権」の根本をなす規定であるとしている。第四に、第一〇条である。同条は「幸福追求権」を規定しており、幸福追求権の保護対象は一般的行為自由に及ぶと解されており、まさにこの一般的行為自由権が、平和的生存権の基本的内容となる「侵略戦争に参加しない権利」の根拠となるものとされている。第五に、第三七条一項である。同条は既に憲法上に明文として定められた既存の基本権とは違い、現在でもないまだ存在していない新たな基本権を創出する直接的根拠となる規定である。憲法に明文規定の存在しない「平和的生存権」も同条を根拠にすることができるとしている。

鄭君は、以上のように「平和的生存権」を大韓民国の解

釈を通して、根拠付けることができるとした上で、なお、日本とは異なる点、すなわち大韓民国憲法が「軍隊の保持」を明示し、国土防衛のための「自衛戦争の義務」を明示していることを踏まえ、このことと当該権利との関係を検討している。第一に、侵略戦争の否認（自衛戦争の肯定）を規定する第五条から、「自衛戦争」に関しては平和的生存権の保護領域から外れるとする。第二に、「国防の義務」を規定する第三十九条から、「徴兵制」が認められている限り、平和的生存権の「保護領域の縮小」はやむをえないとする。第三に、「大統領の国軍統帥権」を規定する第七十四条一項から、韓国において平和的生存権の内容として「自衛戦争をする権利」も含まれることに鑑み、大統領の当該権限を平和的生存権の実現のための一つの方法として位置付けている。

次に憲法上の他の基本権と平和的生存権の双方の保護領域の重複を避けるべく、平和的生存権の境界画定を試みている。第一に、幸福追求権との関係であるが、幸福追求権が本来自由権的な権利であることに鑑み、国家に対して「本人が望む状態で生きること」を国家に請求することはできないとしながらも、イラク戦争派遣同意案議決の違憲確認訴訟を踏まえて、その限界について論じている。つま

り、軍人ではない個人が幸福追求権を根拠に「侵略戦争をしない権利」を主張しても、憲法裁判における「自己関連性」が認められないため、軍人ではない一般人が軍隊の派兵の違憲性を憲法裁判を通じて争うためにこそ、新たな基本的権利としての平和的生存権が求められるとしている。第二に、良心的兵役拒否権との関係であるが、韓国では「良心の自由」（一九九条）や「宗教の自由」（二〇〇条）が認められているものの、大法院が良心の自由は他の憲法的法益である「国防の義務」に優越する価値とはいえないと判断して以降、未だ良心的兵役拒否は認められていない。しかし、「良心と宗教の自由」の観点から「代替服務制度」などが設けられる方向へと進みつつある現在において、良心的兵役拒否を平和的生存権の内実とする必要はないとする。

さらに、鄭君はこれにとどまらず、平和的生存権の前提になる「平和」の概念につき、「大韓民国憲法上の平和」の意味は、「侵略戦争のない状態」、それは、憲法第五条に違反する国の行為、すなわち侵略戦争の遂行、侵略戦争の準備行為であり、従って、平和的生存権は、それらの行為によって、個人の生命、自由が侵害され又は侵害の危機にさらされ、あるいは、憲法第五条に違反する戦争の遂行等

への加担されることのない状態を指すものとしている。そして、平和的生存権の意味する「侵略戦争をしない権利」の内実として、以下の二点が指摘される。一つは、「侵略戦争の被害者とならない権利」である。この権利は、人間の生命に対する包括的権利である生命権から導かれるものである。その生命権は、人間として享有する権利であり、どんな自由と権利よりも優先されなければならない、絶対的な価値を有するとされる。もう一つは、「侵略戦争の加害者にならない権利」（侵略的戦争に「加担」しない権利）である。憲法第五条が「侵略的戦争」を否認し、かつ「国軍の使命」を「自衛戦争」に限定していることから、「侵略的戦争の遂行」はもとより、侵略的戦争へ「加担」することも違憲であるとされる。この場合の加担とは直接的なもののみならず、間接的なものをも包含するものとして捉えられている。鄭君は、このように理解される「平和的生存権」を「絶対的権利」として捉え、国家安全保障・秩序維持・公共福祉を理由にしても制限することのできないものとして位置付けているのである。

三 本論文の評価

以上、本論文の構成と各章の概要について見てきたが、

本論文の意義として次の三点を指摘することができる。

第一に、「平和主義」に関して、日韓両国において戦後展開されてきた憲法上の議論や裁判例のみならず、国際法上の戦争違法化をめぐる議論や折に触れて展開されてきた政治議論もフォローしながら、一九四八年の独立から始まるまでの韓国における「平和主義」をめぐる改正史と学説史を丹念に渉猟していることである。そのことを踏まえて本論文は、大韓民国憲法第五条一項が「大韓民国は、国際平和の維持に努め、侵略戦争を否認する」と定めるとともに、二項で「国軍は、国家の安全保障および国土防衛の神圣な義務を遂行することを使命とし、その政治的中立性は遵守される」と定めて自衛戦争を容認する規定をおいたこと、そしてその他の大韓民国憲法上の軍事関連条項（国民の国防義務（三九条）、国会の宣戦布告と国軍の外国へ派遣についての同意権（六〇条二項）、大統領の国軍統帥権（七四条一項）、緊急処分および命令制定権（七六条）、戒厳令布告権（七七条）、国家安全保障会議の設置（九一条）、軍事裁判（一一〇条）など）の存在を、大韓民国憲法のところ平和主義の考え方を提示したと示していることである。このことは、「平和」概念の広範さに起因して、とすれば

抽象的な議論に終始しがちな平和主義の問題を、実定憲法規範との関連を意識しながら、幅広い文献の渉獵と丹念な資料読解によって冷静に考察したことにより、本論文は大韓民国憲法における平和主義概念を説得的に提示することに成功しているといえる。

第二に、平和的生存権について、比較対象国として、日本を取り上げ、わが国の裁判例や学説を丹念に紹介した上で、両国の憲法構造の相違を踏まえ、大韓民国憲法が平和的生存権という新しい権利を憲法上創出した背景について十分な検討を加えている点も評価に値する。韓国における平和的生存権（平和権）に関する研究は、二〇〇三年のイラク戦争派遣同意案議決の違憲確認を求める憲法訴願（憲裁二〇〇四・七・一四、二〇〇四憲マ五〇八）において、憲法裁判所が当該権利の裁判規範性を承認したことを機にようやく本格的に始まったものである。憲法裁判所は、一度は当該権利の裁判規範性を承認したが、二〇〇七年の米韓連合軍事訓練における増員演習などの違憲確認を求める憲法訴願（憲裁二〇〇九・五・二八、二〇〇七憲マ三六九）でこれを「憲法上の基本権」と認めなかったという事情もあり、いまだ十分な学問的研究が展開されているとはいえない状況にあった。そうした中で本論文は、平和的生

存権の研究が先行して活発に議論が行われている日本の学界の状況や当該権利を「憲法上の法的な権利」として承認した名古屋高判平二〇・四・一七判時二〇五六号七四頁や岡山地判平二一・二・二四判時二〇四六号一二四頁等の裁判例の展開に示唆を得ながら、大韓民国憲法前文に示された「平和統一主義」、第四条の「平和統一事項」、五条の「平和主義」等を手掛かりに、韓国において平和的生存権という新しい権利の定立可能性を考察しようと試みている点は説得力に富んだものといえる。なお、大韓民国憲法第三七条一項では、「国民の自由と権利は憲法に列挙されていないという理由で軽視されない」と定められており、この条文が韓国において新しい権利を承認する際の根拠規定としての役割を果たしているが、この権利の性格や位置付け等についても本論文で十分に検討されていることにより、本論文の主張の説得力に厚みが加わっている。

第三の意義は平和的生存権の具体的な保障内容につき、「侵略戦争の被害者にならない権利」、「侵略戦争の加害者にならない権利（侵略戦争に加担しない権利）」、そして「国家に対して、国民の保護のために自衛戦争を求めることができる積極的な権利」という内実を与えた点である。本論文が整理している通り、わが国でも平和的生存権から

「良心的兵役拒否権」、「軍事徴用拒否権」、「軍事目的のために表現の自由を侵害されない権利」等を引き出す見解がこれまで主張されてきた。しかし、韓国においては、それらは必ずしも平和的生存権に依拠しなくとも、幸福追求権（大韓民国憲法一〇条）、良心の自由（同一九条）、宗教の自由（同二〇条）、表現の自由（同二一条）等、個別の基本権規定の解釈を通じて保障されるものであった。本論文は、そこで、平和的生存権の存在それ自体を超えて、平和的生存権の内実をどのように捉えるべきか、という問いを立て、前述の個別の基本権規定ではカバーされない、平和的生存権独自の保障内容を探り、日本の学説を参考にしながら前記の内実を説得的に導き出している。わが国以上に韓国における平和的生存権に関する議論は市民運動を中心に展開されてきたという事実もあり、とかく運動論的に展開されがちであったようであるが、本論文は、平和的生存権の議論を冷静かつ丁寧な、「根拠規定」「権利主体」「独自の保護領域」「制限の可否及び限界」「統治行為論との関係」等に整理しながら精緻な議論を展開している。その研究姿勢は高く評価できよう。

以上のように本論文は、今日その検討が強く要請されている平和主義および平和的生存権のあり方について、比較

法的見地から高い水準でまとめあげたものであり、韓国のみならず日本の憲法学に対する示唆も少なくない。ただし、本論文にもなお今後の課題として残されている点も少なくない。ここでは二つの点を指摘しておきたい。

第一に、「平和主義」および「平和的生存権」に関連する論点を網羅的に取り上げようとするあまり、本来の議論とはあまり関連性が見られない論点まで取り上げられていることである。例えば第1部では九・一一同時多発テロ後の各国の対応、日本国憲法の改正をめぐる議論状況、日本国憲法上の憲法改正の限界、大韓民国憲法上の憲法改正の限界、日本国憲法改正に対する韓国の見方などが詳しく紹介されているが、これらの紹介がどこまで本論文にとって必要不可欠であったかといえは疑問をなしとしない。そして、これら雑多な事項の相互関連性や全体における位置付けが未整理のまま論述されている結果、第1部と第2部とのつながりや各章間の論理的関連性、さらには本論文の主張自体もやや明瞭さを欠く結果を導いている。本論文が長年にわたる鄭君の研究を基礎としているとはいえ、論じるべき論点を本論文のテーマとの接合性を重視して精査することによって、本論文の主張と意義がより一層明確になったものと考えられる。

第二に平和的生存権の主観的権利としての内容を論証する上での問題である。先に述べたように、平和的生存権の具体的な保障内容を明らかにしたことは高く評価できるが、平和的生存権を主観的権利として構成し、裁判規範として適用可能な権利とすることに成功しているかといえば、なお十分どころがあるといわざるをえない。本論文は、海外派兵を念頭に置きながら、「侵略戦争の加害者にならない権利（侵略戦争に加担しない権利）」を主観的権利として構成するためには、「加担」の意味を、直接的に侵略戦争に参加させられる場合のみならず、間接的に参加させられる場合、具体的には国家による派兵決定がなされたことをもって間接的に侵略戦争に参加させられたと構成しなければならぬと論じる。確かに義務的徴兵制度を実施している韓国においては、かかる決定により戦争に「加担」させられる度合いは少なくないかもしれない。しかし、本論文で紹介されている日韓両国の裁判所が、平和的生存権に消極的であった背景には、現在の司法権概念の理解、わが国の行政訴訟制度や韓国の憲法訴訟制度、あるいはその他の訴訟法上の要件等からくる制約があったからであり、そこには一定の合理的理由を見出すことができる。このような事実を考慮すれば、本論文でより詳細に論ずべきで

あったのは、具体的な訴訟手続の解釈や訴訟の方法（差止請求か、国家賠償請求かなど）、それらの訴訟が可能となる条件など、実定法の文言に即した堅実な解釈論であったように思われる。

以上詳述してきた通り、本論文は日韓両国憲法の比較研究という手法で平和主義と平和的生存権の問題に深い学術的洞察を加えたものであり、本論文の意義は高く評価されるべきであると思われる。また本論文の対象とする平和主義と平和的生存権に関する研究は、昨今の朝鮮半島における緊迫した情勢を踏まえれば、喫緊かつ実践的な意義も有するものであることは疑いない。もともと本論文については、既に述べたように、問題点も存在する。ただ、それらの問題点については、鄭君も自覚しているところであり、防衛権の構成が困難な「国家に対して、国民の保護のために自衛戦争を求めることができる積極的な権利」としての平和的生存権の検討も含めて、今後の議論の深化を十分期待できるものと思われる。よって審査委員一同は、本論文が博士（法学）（慶應義塾大学）の学位を授与するにふさわしい業績であると認め、ここに報告する次第である。

平成二五年六月二日

主査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員 法学博士	小林 節
副査	慶應義塾大学法学部教授 法学研究科委員 法学博士	大沢 秀介
副査	慶應義塾大学法学部教授 大学院法務研究科教授 法学研究科委員 博士(法学)	駒村 圭吾

内海朋子君学位請求論文審査報告

一 内海朋子君（現在、横浜国立大学大学院国際社会科学
研究院准教授）が博士学位請求論文として提出したものは、
同君が慶應義塾大学大学院法学研究科前期博士課程におい
て開始して以来、今日まで継続してきた過失犯の共同正犯
に関する研究を集大成した論文「過失共同正犯について」
である。本論文は、既発表の論文（たとえば、「共同注意
義務違反説と過失共同正犯をめぐる下級審判例」亜細亜法
学四四卷二号〔二〇一〇年〕二九頁以下、「共同正犯にお
ける『特殊な危険』と過失共同正犯論」法学研究八三卷九
号〔二〇一〇年〕三一頁以下、「過失共同正犯論について」
刑法雑誌五〇卷二号〔二〇一一年〕一三五頁以下など）を
重要な構成部分としているが、これらに含まれない考察を
付加し、また既発表部分もあらためて検討し直され、かな
り大きく書き改められた形でこれを収録している。

過失の共同正犯を肯定すべきかどうか（いいかえれば、
過失犯についても、刑法六〇条に基づく構成要件の修正な