

《論説》

日本国憲法における平和主義の新たな課題

～憲法9条削除論の検証～

五十嵐 宙

目次

序論

第1章 憲法9条の制定と政府解釈の変遷

1-1 日本国憲法9条の成立経緯

1-1-1 GHQによる草案提出まで

1-1-2 帝国議会における審議

1-2 20世紀における政府解釈の変遷

1-2-1 自衛のための武力行使と戦力をめぐる政府解釈

1-2-2 自衛権の峻別をめぐる政府解釈

第2章 憲法9条解釈をめぐる学説状況

2-1 伝統的な学説状況

2-2 「戦力」の意味をめぐる学説整理

2-3 9条の文理解釈にとらわれない学説の登場

第3章 解釈改憲と学説の変化

3-1 解釈改憲の内容

3-2 解釈改憲以降の憲法学説

第4章 井上達夫による憲法9条解釈と改憲提案

4-1 井上達夫による憲法学説批判

4-1-1 原理主義的護憲派に対する批判

4-1-2 修正主義的護憲派に対する批判

4-2 井上達夫の改憲提案とその妥当性

4-2-1 井上の改憲提案

4-2-2 憲法9条削除論の妥当性

4-2-3 戦力統制改憲案の妥当性

4-2-4 徴兵制導入の妥当性

結語

序論

2019年7月21日に行われた参議院通常選挙の結果、いわゆる改憲勢力とされる自由民主党、公明党、日本維新の会は、参議院の三分の二の議席獲得に失敗し、その後2020年には安倍内閣が総辞職したことから、彼が目指す憲法9条の改正は、ひとまず遠のいたと理解されている。もっとも、内閣総理大臣の職を辞したとはいえ、安倍晋三氏は自民党の国会議員として憲法改正の発議に関わることができる立場であると同時に、自民党において一定程度の発言力を持つ存在であると理解されるし、その一方、広く指摘されていることであるが、公明党自身はこと憲法9条に関しては改憲勢力であるとは名乗っていない¹⁾。また、日本維新の会以外の野党にも9条改正に賛成する議員も存在するとされている²⁾ことから、単に内閣総理大臣を務める人物や各政党の合計議席数だけで判断を行うことは困難であるとも理解できる。

そして、いわゆる「解釈改憲」以降、「立憲主義」という考え方をめぐって弁護士や憲法学の領域からは政権に対する強い批判が加えられ³⁾、最近では、そのような批判を行ってきた憲法学の研究者たちに対する鋭い批判が、主に憲法学以外の領域の研究者から行われており、憲法9条をめぐる議論は、多くの分野の研究者を巻き込む形で、混迷を極めていくという状況に

1) 読売新聞 2019年7月23日東京朝刊3頁参照。

2) 同上。

3) 例えば、日本弁護士連合会は、2013年5月31日に「集団的自衛権の行使容認に反対する決議」を採択し、翌2014年5月30日には、「重ねて集団的自衛権の行使容認に反対し、立憲主義の意義を確認する決議」を採択している（日弁連ウェブサイト参照）。また、かつて特定秘密保護法をめぐる審議においては賛成の立場で発言し（第195回国会衆議院国家安全保障に関する特別委員会会議録第12号1頁参照）、「政府側」とみられていた長谷部恭男は、この問題に関しては集団的自衛権行使の違憲性を主張するに至った（第189回国会衆議院憲法審査会会議録第3号10頁参照）。

ある。

憲法学領域外からの憲法学説に対する批判としては、法哲学を研究対象とする井上達夫⁴⁾によるものが代表的であると解される。彼は、現行憲法の下では自衛隊の存在が違憲であって憲法9条を削除する旨を主張している。彼の議論に関しては第4章において詳細に検討を行うが、仮に憲法9条の改正が今後国会における議論の俎上に乗るようであれば、その改正案の是非は検討しなければならないし、反対に憲法9条が改正されないのだとすれば、現在の9条の下で、自衛隊は存在し、その自衛隊は個別的自衛権のみならず、限定された要件の下であるとはいえ、集団的自衛権を行使することも認められているという、現行自衛隊法の下で活動を行うことになるのであり、引き続き自衛隊法と憲法9条との関係が議論されなければならないことになる。

本稿は、こうした状況下において憲法9条に関する議論を再度整理し、近時憲法学の領域外から加えられている、憲法学説に対する批判の妥当性を検討することを目的とするものである。その前提として本稿においては、政府や憲法学を研究対象としてきた研究者たちが、これまで展開してきた憲法9条をめぐる解釈の経過について、「解釈改憲以前」と「解釈改憲以後」に分けて、振り返ることとする。こうした整理はすでに多くの先行研究が存在するし、憲法の教科書や体系書を見ればわかることであるが、本稿における検討の前提となるものであり、必要な範囲内で本稿においても整理を行わなければならないだろう。

こうした検討を通して、憲法9条のあるべき姿を模索することが、本稿の最終的な課題となる。

4) 井上の議論は、井上達夫『立憲主義という企て』東京大学出版会(2019)においてその全貌が述べられている。詳細は後述する。

第1章 憲法9条の制定と政府解釈の変遷

1-1 日本国憲法9条の成立経緯

日本国憲法9条の成立を巡っては、すでに多くの先行研究がなされており⁵⁾、改めてここで詳細に検討をする必要性は見いだせないが、本稿における議論との関係で必要な範囲で、簡潔に振り返ることは必要であろう。以下では、日本国憲法9条成立の過程を必要な範囲内で紹介する。

1-1-1 GHQによる草案提出まで

周知のとおり、日本はポツダム宣言を受諾したことにより太平洋戦争に敗北し、戦勝国である連合国によって国家体制の改革が進められてきた。日本国憲法の制定⁶⁾はその中でも国家の統治体制を決定づける極めて重要なプロジェクトであったが、日本側が用意した「憲法改正要項」⁷⁾の内容に不満を持ったマッカーサーは、いわゆるマッカーサーノートにおいて、新たな憲法の柱の一つに、日本国の武装放棄を明示していた。これが現在の日本国憲法第9条につながることになるのである。

5) 代表的なものとしては、日本国憲法起草にも携わった佐藤達夫による『日本国憲法成立史』有斐閣（1964）や、佐々木高雄『戦争放棄条項の成立経緯』成文堂（1997）が挙げられる。

6) 手続き的には大日本帝国憲法の「改正」という形で行われた日本国憲法の「制定」であるが、周知のとおり、宮沢俊義は両者の間の断絶を説明するために「8月革命説」を唱え、尾高朝雄は「ノモス主権説」を唱え、両憲法の連続性を説明した。日本国憲法の成立を「制定」という言葉で表して良いのかについては、この問題についての検討を要することは言うまでもないが、これは本稿の主題とするところではない。そして、本稿においては便宜的に「日本国憲法の制定」という表現を用いるが、これは宮沢の8月革命説に与することを意味しない。

7) いわゆる「松本試案」の内容をスクープしたのは毎日新聞（毎日新聞1946年2月1日1頁参照）であったが、実際にはこのスクープは宮沢俊義による試案であったことが現在では明らかになっている。松本がこれに加筆する形で成立したのがGHQに提出された「憲法改正要項」（国立国会図書館ウェブサイト『日本国憲法の誕生』3-12「GHQに提出した憲法改正要項」（<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/074a/074atx.html>）参照（2021年9月15日閲覧））であり、毎日新聞がスクープしたのは、本来は「宮沢試案」と表現するべきであろう。

憲法改正要項においては、そもそも日本の武装放棄を前提としておらず、軍を法律による規律の下で維持することを前提としていた⁸⁾。これに対してマッカーサーノートでは、「国家の主権としての戦争は廃止される。日本は、紛争解決の手段としての戦争のみならず、自国の安全を維持する手段としての戦争も放棄する。日本は、その防衛と保護を、今や世界を動かしつつある崇高な理想に信頼する。日本が陸海空軍を保有することは、将来ともに許可されることがなく、日本軍に交戦権が与えられることもない。」として⁹⁾、自衛のための戦争をも否定し、国家の安全保障は、国際連合における集団安全保障に委ねることを求めていたのである¹⁰⁾。

これを受けたGHQ草案では、第八条において「国民ノ一主權トシテノ戦争ハ之ヲ廃止ス他ノ国民トノ紛争解決ノ手段トシテノ武力ノ威嚇又ハ使用ハ永久ニ之ヲ廃棄ス

陸軍、海軍、空軍又ハ其ノ他ノ戦力ハ決シテ許諾セラルルコト無カルヘク又交戦状態ノ權利ハ決シテ国家ニ授与セラルルコト無カルヘシ」と規定し¹¹⁾、マッカーサーノートのように明示的に自衛のための武力行使を放棄する旨が書かれることはなく、現在の日本国憲法第9条の文言にかなり近い形になっていることがわかる。もっとも、GHQ草案の前文において述べられている通り、日本国憲法は欽定憲法ではなく、民定憲法であり¹²⁾、天皇の名のもとに、この憲法をそのまま押し付けることは許されず、あく

8) 「憲法改正要項」五では、「第十一条中ニ「陸海軍」トアルヲ「軍」ト改メ且第十二条ノ規定ヲ改メ軍ノ編制及常備兵額ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムルモノトスルコト」としている。

9) 国立国会図書館ウェブサイト『日本国憲法の誕生』3-10「マッカーサー 3 原則(『マッカーサーノート』) 1946年2月3日」(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/072shoshi.html>) 参照(2021年9月15日閲覧)、筆者記。

10) 国連の集団安全保障についての明示は存在しないが、「今や世界を動かしつつある崇高な理想」という部分がそれに該当することは明らかである。

11) 前掲注9、3-15「GHQ草案1946年2月13日」(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryo/03/076/076tx.html>) 参照(2021年9月15日閲覧)。

12) 草案では、「我等日本国人民ハ…此ノ憲法ヲ制定確立ス」とされている(同上)。

までも国民の名のもとで成立しなければならない。

よって GHQ 草案がそのまま日本国憲法になることはなく、帝国議会における審議が行われる事となったのである。

1-1-2 帝国議会における審議

帝国議会に提出された政府案における第9条は「国の主権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、他国との間の紛争の解決の手段としては、永久にこれを抛棄する。陸海空軍その他の戦力は、これを保持してはならない。国の交戦権は、これを認めない。」というものであり¹³⁾、先の GHQ 草案から比べると、「交戦状態の権利」が「交戦権」になっている点に違いを見出すことができる程度で、その他の部分は概ね GHQ 草案と同じ内容になっていることがわかる。

帝国議会での審議では、政府案に対していくつかの修正が加えられることとなった。衆議院における最も大きな修正は、現在の9条2項の冒頭にあたる「前項の目的を達するため」という文言の挿入¹⁴⁾であると理解できる。このいわゆる「芦田修正」が自衛のための戦力保持を可能とする「限定放棄説」の原点というべきものであり、制憲史の中でも大きな位置づけが与えられているものである。

衆議院での修正を受けた貴族院では、極東委員会からの要望で、いわゆる「文民条項」が新たに挿入されることとなった。このような修正を経た改正案は衆議院に回付され、衆議院での可決を経て¹⁵⁾、帝国議会として憲

13) 前掲注9, 4-3「帝国憲法改正案」(<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/04/117/117tx.html>) 参照 (2021年9月15日閲覧)。

14) 同上, 4-10「衆議院修正可決『帝国憲法改正案』」(https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/04/124_1shoshi.html) 参照 (2021年9月15日閲覧)。

15) 本稿において参照している『日本国憲法の誕生』では、衆議院回付については言及されていない。ここでの内容修正がなかったからだとは考えられるが、貴族院での改正が衆議院への回付なしにそのまま通っていれば、日本国憲法の「民定憲法性」を損なうことになるのであり、選挙を実施し、民意を代表する衆議院が最終的に憲法改正案を採択したという事実は極めて重要である。

法改正案を採択したのである。

その結果、日本国憲法の第9条は、周知のように第1項において「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。」と規定し、第2項において「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。」と規定する形となり、66条第2項は「内閣総理大臣その他の国務大臣は、文民でなければならない。」と規定する事となった。

問題は、このような過程を経て成立した日本国憲法の9条がどのように解釈されてきたかという点である。この問題について検討するため次節では20世紀における政府解釈の変遷をたどって行くこととする。

1-2 20世紀における政府解釈の変遷

1-2-1 自衛のための武力行使と戦力をめぐる政府解釈

日本国憲法の制定が帝国議会にて審議されている中、ときの首相である吉田茂は、次のように述べ、自衛のための戦力保持を否定した。

戦争抛棄に關する本案の規定は、直接には自衛權を否定はして居りませぬが、第九條第二項に於て一切の軍備と國の交戦權を認めない結果、自衛權の發動としての戦争も、又交戦權も抛棄したものであります、從來近年の戦争は多く自衛權の名に於て戦はれたのであります、滿洲事變然り、大東亞戦争亦然りであります、今日我が國に對する疑惑は、日本は好戦國である、何時再軍備をなして復讐戰をして世界の平和を脅かさないとも分らないと云ふことが、日本に對する大なる疑惑であり、又誤解であります、先づ此の誤解を正すことが今日我々としてなすべき第一のことであると思ふのであります、又此の疑惑は誤解であるとは申しながら、全然根底のない疑惑とも言はれない節が、既往の歴史を考へて見ますと、多々あるのであります、故に我が國に於て

は如何なる名義を以てしても交戦権は先づ第一自ら進んで抛棄する、抛棄することに依つて全世界の平和の確立の基礎を成す、全世界の平和愛好國の先頭に立つて、世界の平和確立に貢献する決意を先づ此の憲法に於て表明したいと思ふのであります（拍手）之に依つて我が國に對する正當なる諒解を進むべきものであると考へるのであります、平和國際團體が確立せられたる場合に、若し侵略戦争を始むる者、侵略の意思を以て日本を侵す者があれば、是は平和に對する冒犯者であります、全世界の敵であると言ふべきであります、世界の平和愛好國は相寄り相携へて此の冒犯者、此の敵を克服すべきものであるのであります（拍手）ここに平和に對する國際的義務が平和愛好國若しくは國際團體の間に自然生ずるものと考へます¹⁶⁾。

つまり、日本国が仮に武力によって侵略されるのであれば、国連による集団安全保障体制によって、これに対応することが、この段階では想定されていたのである。また、「平和愛好國」についても言及していることから、同時に集団的自衛権を行使する形で他国が日本の安全保障に寄与するケースも否定はしていないと解される。

もっともこの解釈は、「憲法改正案」の政府としての解釈であつて、「日本国憲法」の政府解釈ではない。さらに言えば、この段階ではまだ芦田修正は行われておらず、極東委員会がそれを危惧していたように、芦田修正の意図が自衛のための戦力保持の道を開くことにあつたのだとすれば、芦田修正を採用した日本国憲法成立以後の政府解釈を参照しなければならないだろう。

1950年1月28日、衆議院本会議において吉田茂首相は「いやしくも國が独立を回復する以上は、自衛権の存在することは明らかであつて、その自衛権が、ただ武力によらざる自衛権を日本は持つということは、これは明瞭であります。」と述べ¹⁷⁾、武力によらない自衛権は容認したものの、日

16) 第90回帝国議會議事速記録第6号16頁。

17) 第7回国會衆議院會議録第15号206頁。

本国が自衛のための武力行使を行うことは否定した。もっとも、よく知られているように、これは日米安保条約の締結を睨んでの発言であることは明白であり、「日米安保条約を締結することによって米国に日本を守ってもらう」という形で、日本がその自衛権を行使することは許されるという文脈で理解するべきであろう。ここまでの政府の理解は、自衛権を否定せず、片務的集団的自衛権行使による日本の安全保障も否定していないという点で、整合性が認められるものであった。

ところが、保安隊および警備隊の設立に際し、政府は憲法が保持を禁止する戦力について、「戦力というのは、いわゆる近代戦を遂行し得る能力と考えております。(中略) いわゆる他国を侵略し得るような能力をさしておるもの、こう考えております。」との見解を述べ¹⁸⁾、この基準に達しない保安隊・警備隊の戦力該当性を否定する事となったのである。

1954年には保安隊・警備隊が改組され、自衛隊が発足する事となったが、その際にも「他国から武力攻撃があつた場合に、武力攻撃そのものを阻止することは、自己防衛そのものであつて、国際紛争を解決することとは本質が違う。従つて自国に対して武力攻撃が加えられた場合に、国土を防衛する手段として武力を行使することは、憲法に違反しない。(中略) 自衛隊のような自衛のための任務を有し、かつその目的のため必要相当な範囲の実力部隊を設けることは、何ら憲法に違反するものではない。」と述べて¹⁹⁾、自衛隊が戦力に該当しない「実力」であるから、違憲ではないとの論法を採用するに至ったのである。

ここで注目すべきは、1950年段階では、「武力による自衛」を明確に否定していた政府が、1954年段階では「国土を防衛する手段として武力を行使すること」を肯定する立場に変遷していることである。ここには明確な「解釈改憲」が存在していたことは、改めて注記して置かなければならないだろう。

18) 第15回国会衆議院外務委員会議録第3号5頁。

19) 第21回国会衆議院予算委員会議録第2号1頁。

1-2-2 自衛権の峻別をめぐる政府解釈

国連憲章が 51 条で規定するように、国際法上「自衛権」なるものは「個別的自衛権」と「集団的自衛権」とに峻別することが可能である。前者は自国が武力攻撃を受けた際に、自国が自衛権を発動すること、後者は他国が武力攻撃を受けた際に自国が自衛権を発動することを意味する。

自衛隊の発足以降、日本政府は自衛権の行使としての武力行使の可能性を憲法上明確に認めるようになったのは上述のとおりであるが、ここでの自衛権とは、個別的自衛権を意味していた。このことは、1959 年に林修三内閣法制局長官が「武力行使との関連において集団的自衛権と言われておりますのは、要するに自国と非常に関連のある他国が侵略された場合に、その他国を援助する、これはいわゆる国連憲章上違法な武力行使にならない、こういうことだと思います。そういう意味における自衛権というのは、現在の日本の憲法からは認められないことだと、かように考えております。」と述べ²⁰⁾、翌年には岸信介首相が「いわゆる集団的自衛権というものの本体として考えられておる締約国や、特別に密接な関係にある国が武力攻撃をされた場合に、その国まで出かけて行ってその団を防衛するという意味における私は集団的自衛権は、日本の憲法上は、日本は持っていない、かように考えております。」と述べている²¹⁾ことから明らかであると考えられる。

以後、政府としてはこの解釈を前提として、自衛隊の運用にあたってきたのであり、政府の集団的自衛権に関する解釈は 1981 年の「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しているものとされている。我が国が、国際法上、このような集団的自衛権を有していることは、主権国家である以上、当然であるが、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、我が国を防

20) 第 31 回国会参議院予算委員会会議録第 11 号 27 頁。

21) 第 34 回国会参議院予算委員会会議録第 23 号 24 頁。

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、集团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、憲法上許されないと考えている」という第94回国会衆議院稲葉誠一議員提出の質問主意書に対する政府答弁書(昭和56年5月29日)で完成することになるのである。もっともここに至っても集团的自衛権行使が違憲と解される理由が9条1項が禁止する武力行使に該当するからなのか、集团的自衛権を行使する部隊が、9条2項が保持を禁ずる「戦力」に該当するからなのか、集团的自衛権の行使が「交戦権」に該当するからなのか明らかにはしていない。

その点は後に検討するとして、こうした政府解釈が崩されたのが、先に行われた「解釈改憲」だということになる。それでは、この間、憲法学という学問領域においては、この問題についてどのような議論がかわされてきたのであろうか。次章では代表的な学説を振り返ってみることにしよう。

第2章 憲法9条解釈をめぐる学説状況

2-1 伝統的な学説状況

この問題に関する伝統的な学説状況は、以下のように整理される。すなわち、まず、憲法9条1項が侵略戦争や侵略のための武力行使・武力による威嚇のみを放棄したのか、あらゆる戦争・武力行使・武力による威嚇を放棄したのかという点について学説の対立が生じていた²²⁾。後者の学説は、美濃部達吉²³⁾や宮沢俊義²⁴⁾といった日本を代表するといつてよい憲法研究者によって提唱されていたものではあるが、当時の状況としては前者の学説が多数説であったといわれている²⁵⁾。

美濃部のように、1項ですべての戦争・武力行使・武力による威嚇を放棄したと理解するのであれば、9条2項はそのために当然に戦力や交戦権

22) 法学協会『註解日本国憲法・上』有斐閣(1953)213頁参照。

23) 美濃部達吉著、宮沢俊義補訂『日本国憲法原論』有斐閣(1953)203頁参照。

24) 宮沢俊義著、芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』有斐閣(1979)163頁参照。

25) 前掲注22参照。

を否定していると理解することができ、両項の間にはなんの矛盾も存在しないということになる。他方で、当時の多数説のように、9条1項においては、侵略を目的とした戦争・武力の行使・武力による威嚇を放棄したのみであるとする、9条2項の解釈について2通りの見解が生まれることになる。

第一の見解は、「1項では自衛のための武力行使を放棄していないが、2項でそのための戦力の保持を否定しているから、その結果として、日本は自衛のための武力行使を行うことができない。」という旨の理解であり²⁶⁾、この説では、2項のいう「前項の目的を達するため」といういわゆる芦田修正は、「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」という目的を意味する立場と1項全体を意味する立場とに分かれることになるが²⁷⁾、どちらの立場をとるにせよ、その法的帰結は同様であり、すべての戦力が放棄されたという理解を行うことになる²⁸⁾。

第二の見解は、「1項で放棄しているのは侵略を目的とした戦争・武力行使・武力による威嚇であるから、その目的を達成するための戦力は放棄するが、1項で放棄していない自衛のための武力行使を行う戦力は放棄しない」という旨の理解である²⁹⁾。この説は、いわゆる芦田修正を、自衛のための戦力を保持することを合憲化するための修正であると理解することになるが、東京大学憲法研究会が適切に指摘するように³⁰⁾、言葉の意味として、そのような理解を行うことは困難であると言わざるを得ないだろう³¹⁾。

この見解の対立に関しては、第一の説が多数説であり、結局の所、自衛のための戦力も日本国憲法は放棄しているとの理解が憲法学界では多数説

26) 同上、221～222頁参照。

27) 同上、223～224頁参照。

28) 同上、221～224頁参照。

29) 同上、222頁参照。

30) 同上。

31) これに対して渋谷秀樹は、文理解釈としてもそういった理解を行うことが可能ではない旨を指摘している。渋谷秀樹『憲法・第3版』有斐閣(2017)73頁参照。

の地位を占める事となったのである。

ここまでの学説状況に照らせば、政府見解と学界の多数説は、いずれもあらゆる戦力を放棄しているという点で一致していることがわかる。しかしながら政府見解は自衛隊を合憲とし、伝統的な多数説は自衛隊を違憲と考えてきた。このような結論の分岐は、憲法が放棄した「戦力」の範囲を巡って発生することになるのである。

2-2 「戦力」の意味をめぐる学説整理

憲法9条2項がその保持を禁じている「戦力」について、学説上はおおよそ次のように整理される。すなわち、「戦力」の範囲を最も広く捉える解釈として、「潜在的戦力」も憲法は所持を禁止しているという解釈が存在する。この見解によれば、軍事転用されうる航空機や核開発なども憲法が禁止していると捉えられることになり、その範囲が広範にすぎることになる点が批判されている³²⁾。そもそも憲法制定時には原子力発電技術は実用化されておらず³³⁾、「核開発」といえば、兵器としての「核兵器」の開発が念頭に置かれること、GHQが戦後日本の航空機開発を禁止した³⁴⁾経緯からして、上述の広範な理解も当時の時代状況からすれば一定の説得力を有することになるが、こうした理解が多数説の地位を占めることはなかった。

第二の理解は、「顕在的戦力」のみが戦力であるというものであり、それは警察力とは区別される「軍事力」と呼べるものである³⁵⁾。この理解によれば、戦力に該当しうるのは戦車・戦闘機、軍艦、ミサイルなど典型的な軍事力に該当するものだということになる³⁶⁾。

32) 同上。

33) 原子力発電技術は1951年に米国で100kw規模の発電に成功したことを皮切りに、ソ連やフランスなどで実用化が進められていった。原子力安全研究グループ「原子力の歴史を振り返って～幻の原子力平和利用」公害研究10巻3号12頁参照。

34) See SCAPIN-301.

35) 前掲注31, 73～74頁参照。

36) 同上。

伝統的な憲法学説においてはこの理解が多数説を占めることとなるが、政府は上述の通り、自国を防衛するための「実力」を戦力から峻別することによって、改憲なしに自衛隊の創設を行った。これ以降、学説と政府解釈とでは「戦力」の理解を巡って対立し、伝統的な多数説は自衛隊を違憲と考え、政府は合憲と考えるという状況が発生したのである。

2-3 9条の文理解釈にとらわれない学説の登場

以上見てきたように、伝統的な多数説は憲法9条の文理解釈から、自衛隊の存在を違憲と考えてきたが、こうした文理解釈にとらわれない理解が提唱されるようになってきた。その代表例と解されるのが、長谷部恭男の主張である。長谷部の主張は、憲法9条について「準則」ではなく「原理」とであると理解し、そもそも具体性を有しないものであると述べた上で、近代立憲主義を採用する憲法のあり方として「特定の世界観」を強制することは許されず、絶対的平和主義はこのような特定の世界観の強制になるから否定されるという立場を採用しているのである³⁷⁾。この立場からは、少なくとも国民の生存にとって必要な範囲内で自衛力を国家が保有することは、近代立憲主義の要請するところであるという結論に至ることになる³⁸⁾。

これに対して、橋本公亘は、いわゆる憲法変遷論を採用して、自衛隊の発足以降のその存在を受容する国民の実践により、当初違憲であった自衛隊が合憲に変遷したと主張した³⁹⁾。もっとも、奥平康弘が指摘するように、このような理解が広く憲法学界で受け入れられたかといえばそうではなかった⁴⁰⁾。奥平はその理由として、「憲法」という「最高法規」の性質からして、単に「事実の規範力」を持ち出すだけでは足りず、それが「最高規範

37) 長谷部恭男「表立って言えない憲法解釈論（Interactive 憲法～B 助教授の生活と意見）」法学教室 301 号 30～36 頁参照。

38) 同上。

39) 橋本公亘『憲法・改訂版』有斐閣（1988）439 頁参照。

40) 奥平康弘「第9条における憲法学説の位置（特集・国際社会と憲法9条の役割）」法律時報 76 巻 7 号 30～31 頁参照。

的レベル」にまで持っていくことが求められること、政府解釈の「正しさ」が橋本によって論証されていないからだと主張する⁴¹⁾。後者に関しては、橋本は一応国際情勢の変化、日本の国際的地位の変化などを挙げている⁴²⁾ので、全く論証されていないわけではないが、前者の指摘はもっともであろう。そもそも、日本国憲法は衆参両院の総議員の3分の2以上の賛成による発議と、国民投票の過半数による承認を求める硬性憲法なのであり、このような本来の改正手続きなしに、「事実」によって規定の意味が変化することは、認められるべきではないだろう。

いずれにせよ、憲法の文理解釈を展開する伝統的な多数説は自衛隊を違憲とみなし、橋本や長谷部のような文理解釈にとらわれない論者は自衛隊を合憲とみなすという形で、自衛隊に対する憲法的位置づけは分化していった。ここでは、政府解釈に対する「賛成派」「反対派」の対立が明確に生じていたのである。このような構造が一変したのが2014年に行われたいわゆる「解釈改憲」であった。次節においては、「解釈改憲」の内容を振り返り、解釈改憲以降の学説状況を整理することとする。

第3章 解釈改憲と学説の変化

3-1 解釈改憲の内容

上述したように、政府は自衛隊を「実力」という言葉で説明し、その合憲性を主張したきたのであるが、それでも行使可能な自衛権の範囲は「個別的自衛権」に限定され、「集団的自衛権」に関しては一貫してこれを行使できないものであると理解してきた。しかしながら、安倍首相の下で「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」が設置され、2014年5月15日に提出されたこの懇談会の報告書において、国際情勢の変化を理由とした集団的自衛権の行使容認が提唱されるに至ったのである。報告書においては、「我が国と密接な関係にある外国に対して武力攻撃が行われ、その事

41) 同上。

42) 前掲注 39。

態が我が国の安全に重大な影響を及ぼす可能性があるときには、我が国が直接攻撃されていない場合でも、その国の明示の要請又は同意を得て、必要最小限の実力を行使してこの攻撃の排除に参加し、国際の平和及び安全の維持・回復に貢献することができることとすべきである。」という形で、集团的自衛権のうち、日本国の安全に影響がある場合に限ってその行使を容認すべきと主張したのである⁴³⁾。

この報告書を承けて政府は同年7月1日に閣議決定を行い、以下の要件の下での集团的自衛権の容認に踏み切った⁴⁴⁾。すなわち、第一に「我が国に対する武力攻撃が発生したこと、又は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こと」、第二に、「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こと」、第三に「必要最小限度の実力行使にとどまるべきこと」が新たに設定された要件となったのである。このうち従来の要件と最も大きく異なるのは第一の要件であり、従来は「我が国に対する急迫不正の侵害があること」とされていた部分についてその範囲を拡大していることが見て取れる。

言うまでもなく、閣議決定は政府の方針の決定であって、自衛隊がこの方針の下で活動するためには立法による手当が必要不可欠である。そこで与党は、閣議決定の内容に従った法律の改正手続きに着手し、いわゆる「安保法制」が行われる事となったのである。

そして、このような解釈改憲は、憲法学説の動揺を招く結果となった。次節においては、解釈改憲以降の憲法学説の整理を行うことにしよう。

43) 安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会「報告書」(<https://www.kantei.go.jp/jp/singi/anzenhoshou2/dai7/houkoku.pdf>) 22 頁参照 (2021 年 9 月 15 日閲覧)。

44) 平成 26 年 7 月 1 日閣議決定「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」(<https://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/pdf/anpohosei.pdf>) 参照 (2021 年 9 月 15 日閲覧)。

3-2 解釈改憲以降の憲法学説

上述したとおり、自衛隊の存在に対して憲法学説は「違憲派」「合憲派」に分岐していた。21世紀に入ってから状況としても、多数を占めていたのは「違憲派」であり、長谷部を中心とする「合憲派」は少数派であったものと理解できる。ところが、政府の解釈改憲は、この状況を大きく揺るがした。長谷部は自衛隊の存在を合憲と考えており、政府解釈とはその論理構成を異にするものの、政府解釈とも親和的であり、解釈改憲以前に憲法学界で大きな問題となっていた「特定秘密保護法」を巡って「賛成派」に回っていたことから、政府としても解釈改憲に賛成の立場であると理解していたのであろう。ところが、衆議院の憲法審査会において参考人として出席した長谷部は「集团的自衛権の行使が許されるというその点について、私は憲法違反であるというふうに考えております。」と述べ⁴⁵⁾、明確に違憲説を打ち出した。自衛隊を違憲と考える論者が集团的自衛権も違憲と考えるのは当然のことであり、自衛隊を巡っては少数ながら有力な合憲説の論者であった長谷部が「集团的自衛権」においては「違憲説」に立つということは、憲法学界が、集团的自衛権行使に関しては「違憲説」が圧倒的な多数派を構成することになることを意味しているのである⁴⁶⁾。もっとも、長谷部が集团的自衛権を違憲であると理解していたことは、以前から終始一貫していたことであり、そこに変節は存在しない。

かつて長谷部は自著『憲法と平和を問いなおす』の中で、憲法9条の文言自体から集团的自衛権違憲論が必然的に導き出されることはないと認めつつも、一度有権解釈によって線引が行われた以上、それを守ることが重要である旨を主張していた⁴⁷⁾。それは、国会答弁において長谷部が述べた以下のような理解とも一致している。すなわち長谷部は、政府による憲法

45) 第189回国会衆議院憲法審査会議録第3号10頁参照。

46) 集团的自衛権に関しても合憲と考える論者としては、百地章や西修が挙げられる。両者は日本記者クラブで会見を行い、この立場を鮮明に打ち出している。産経新聞東京朝刊2015年6月20日5頁参照。

47) 長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』ちくま新書(2004)162～163頁参照。

解釈の変更そのものが違憲であるという立場ではないが、そのような憲法解釈の変更は、従来の解釈の基本的な論理の枠組みに収まっており、かつ法的安定性が担保されていることが要件であり、今回の解釈改憲はこの要件を満たしていないがゆえに違憲と主張していたのである⁴⁸⁾。

つまり、長谷部は一度政府によって明確に集団的自衛権行使が違憲であるとの線引が行われた以上、その枠組の中での解釈改憲は合憲であるが、枠組みを外れた解釈改憲は違憲であると考えているのであり、その点において17年前と現在とで議論に整合性が認められる。

木村草太も、長谷部と同様に集団的自衛権の行使を違憲と主張する論者であるが、その根拠として、憲法が内閣に与えている権限は「行政権」「外交権」「条約締結権」であり、個別的自衛権の行使は自国の領域を越えて行われるものではないので行政権に含まれるが、自国領域外に自衛隊が派遣される集団的自衛権の行使は行政権には含まれず、また強制を伴うゆえに外交権にも含まれない「軍事権」の行使であり、現行憲法に規定がないので違憲であると主張する⁴⁹⁾。

ただし、個別的自衛権の行使は国内における権力の行使であるから「行政権」に含まれ、個別的自衛権を行使することは、憲法13条が国民の生命・自由・幸福追求権を保障していることから、憲法上許容されると理解するのである⁵⁰⁾。

閣議決定の内容そのものについては、個別的自衛権の行使として説明できるものについて集団的自衛権によって根拠付けても従来の政府解釈と矛盾しないものであり、それ自体が違憲であることはないとする立場である点に特徴がある⁵¹⁾。そうであれば当然に閣議決定に基づいて行われた安保

48) 前掲注45、14～15頁参照。

49) 木村草太「集団的自衛権と7.1閣議決定」論究ジュリスト13号22～23頁参照。

50) 長谷部恭男編『検証・安保法制 どこが憲法違反か』有斐閣（2015）13頁参照。

51) 同上27頁参照。

法制も合憲との結論に達しそうなものであるが、木村はそうには主張せず、閣議決定の内容は個別的自衛権で説明ができるが安保法制は集団的自衛権でしか説明ができないことを根拠として安保法制を違憲な法制として非難している⁵²⁾。

こうして、憲法学説としては、後述する百地章などごく一部の論者を除いて「安保法制違憲説」で大同団結する事となったのであるが、後述するように井上達夫は伝統的な憲法9条解釈を行う論者を「原理主義的護憲派」と呼び、長谷部や木村のように個別的自衛権の行使は合憲だが集団的自衛権の行使は違憲であると考える論者を「修正主義的護憲派」と呼んで両者に批判の矛先を向けている。もともと両者は「個別的自衛権を行使する存在」としての自衛隊に関しては見解が対立していたものの、「集団的自衛権を行使する存在」としての自衛隊については「違憲」という形で意見が一致しており、当然にこの点に関しては議論の対立が存在していないことになる。

憲法学の領域においてこうした解釈を真っ向から否定し、集団的自衛権の行使を「合憲」と理解している論者としては百地章が挙げられる。百地は、上述した国会での長谷部の発言を受けて、産経新聞紙上で次のように述べている⁵³⁾。

氏は「集団的自衛権の行使は憲法違反である」旨述べているが、その理由については疑問がある。同参考人は違憲の理由として、集団的自衛権の行使は許されないとしてきた「従来の政府見解の基本的な論理の枠内では説明がつきませんし、法的な安定性を大きく揺るがす」と説明しているだけだからである。

52) 前掲注 49, 18 頁参照。なお、木村は安保法制の内容が「曖昧不明確」だから違憲無効という主張も行っているが、本来表現の自由規制の文脈で用いられる「漠然性ゆえに無効の法理」がなぜ憲法9条の文脈で用いられるかについて明らかにしていないので、本稿において検討を行う前提が存在せず、ここでは問題を指摘するにとどめることとする。

53) 産経新聞 2015 年 8 月 28 日東京朝刊 7 頁。

このうち、後者の「法的安定性」は当否の問題に過ぎず、違憲理由とはならないから省略する。問題は前者だが、氏は集団的自衛権の行使が「従来の政府見解の枠を超えるから違憲」としただけであって、「憲法9条の枠を超えるから憲法違反」としたわけではない。それゆえ、違憲というためには、それが「憲法の枠」を超えることを説明する必要があった。

もっとも、こうした百地の見解は、長谷部の議論を適切に批判しているとは言えないものである。長谷部は確かに集団的自衛権行使それ自体「憲法の枠」を超えることは説明していない。それどころか、上述したように、集団的自衛権行使そのものの違憲性が憲法から必然的に導けないことを認めている⁵⁴⁾。長谷部の違憲論は「集団的自衛権行使が違憲」のではなく、一度行った政府解釈を従来の理解の枠を越えて拡大することが立憲主義に反し、違憲になるというものである。もちろんこのような議論の妥当性は検証しなければならないが、この点に関しては後述するとして、少なくとも、この点において百地による批判は不適切なものであると解されよう。

また、百地は長谷部の議論を批判するだけでなく、集団的自衛権行使の合憲性を積極的に主張している。すなわち百地は「まず、集団的自衛権は国際法上の権利であって、国連憲章51条及びサンフランシスコ平和条約5条cは、わが国に対し無条件でこの権利を認めた。ということは国際法から見て『集団的自衛権は保持するが行使できない』などといった解釈の生ずる余地はない。…他方、憲法9条1項2項は、どこを見ても集団的自衛権の『保持』はもちろん『行使』も禁止していない。」と述べ⁵⁵⁾、集団的自衛権行使は憲法9条によって禁止されていない旨を主張しているのである。

確かに、文面上集団的自衛権の行使を明確に否定する要素は憲法9条には存在しない。しかしながら、解釈の問題としては第1章でも述べたように、「9条1項が禁止する武力行使に当たるから」という理解もできるし、

54) 前掲注 47 参照。

55) 前掲注 53 参照。

「自国防衛のための最低限度を超える集団的自衛権を行使できる部隊を持つことが、9条2項が保持を禁じる戦力に該当するから」という理解もできるし、「自国防衛の枠をこえて武力行使を行うことが、9条2項が否認する交戦権の行使に該当するから」という理解も可能である。集団的自衛権行使の憲法適合性を評価するには、こうした視点からの検討が必要不可欠である。

その意味において、憲法学を専門領域としているわけではないが、井上達夫による憲法学説批判は注目に値する。次章では、彼の議論を紹介し、その妥当性を検討する。

第4章 井上達夫による憲法9条解釈と改憲提案

井上達夫は法哲学の分野における代表的論者であるが、彼は近著『立憲主義という企て』の中で憲法9条について従来の憲法学説を批判し、自らの見解として憲法9条の削除及び徴兵制の導入という形での憲法改正を主張している。以下では彼の議論について検討していくことにしよう。

4-1 井上達夫による憲法学説批判

第3章において紹介したように、井上は、現在憲法学で多数説の地位を占めている、いわゆる「2項全面放棄説」を「原理主義的護憲派」と呼び、近年長谷部らによって提唱されている「個別的自衛権を行使する自衛隊の合憲説」を「修正主義的護憲派」と呼んで両者を批判の対象としている⁵⁶⁾。彼の最終的な主張は憲法9条の削除であるので、本稿でも最終的にはその主張の妥当性を検討することが目的となるが、なぜ井上が9条の削除を主張するかを理解するためには、従来の学説に対する批判の内容を把握しておく必要があるため、本稿においても必要の範囲内で紹介する。

56) 前掲注4, 244～251頁参照。

4-1-1 原理主義的護憲派に対する批判

井上が原理主義的護憲派として批判のやり玉に挙げているのが愛敬浩二である。井上は、愛敬の主張を以下のように要約している。少々長いが彼による要約をそのまま引用する⁵⁷⁾。

①原理主義的 9 条解釈論 憲法 9 条は自衛のためか否かを問わず、一切の戦力の保有と交戦権の行使を禁じている。したがって自衛隊と日米安全保障体制は専守防衛の枠内であっても違憲である。憲法 9 条が許容する日本の安全保障体制は非武装中立である。

② 9 条護持論 ①のように解釈された憲法 9 条は改正されてはならない。改正プロセスを発動させて最終的に国民投票で改正の是非を国民に問うこともすべきではない。集団的自衛権行使容認を明記するような憲法改正、さらには非武装中立を明記するような憲法改正を含めて、憲法 9 条についての明文改正を求める憲法改正運動は一切すべきではない。現行憲法 9 条はそのまま凍結されるべきである。

③自衛戦力は認論 憲法論とは別に、国際社会における武力行使の正当可能性の問題として、すなわち戦争正義論の問題として、日本が自衛目的に限定して戦力を保持し行使することは是認される。集団的自衛権行使は許されないが、専守防衛（個別的自衛権）の枠内でなら日米安保体制を少なくとも当座は維持し、国連の平和維持活動に協力することも是認される。

④違憲事態固定化は認論 専守防衛の枠内の自衛隊と安保も①により違憲であるが、違憲の烙印を押しつつ、その存在を事実上是認すべきである。違憲の烙印を押し続けることが、自衛隊と安保を専守防衛の枠内に留めるために政治的に有効だからである。

愛敬のこうした主張に対して井上は、①と③を肯定した上で、①③と②は根本的に矛盾し、その理由として④を挙げることは、「立憲民主主義およ

57) 同上 264 頁。

びその根底にある法の支配の精神に対する最大の冒涇である」と痛烈に批判し⁵⁸⁾、「改憲プロセスを発動させると、自分たちの勢力が負ける可能性があるから発動させないという姿勢は、立憲主義や民主主義を自分たちの政治的選好実現に有利な限りで援用し、不利な場合には無視するもので、憲法を『政争の具』として乱用し、〈公正な政治的競争のルール〉として憲法を尊重することを養成する立憲民主主義の理念を蹂躪している」と結論づける⁵⁹⁾。さらに、後述する「修正主義的護憲派」が法解釈の枠組みとして自衛のための武力行使を容認する「大人の知恵」を発揮している中で、その中身に賛同しつつ、自衛隊安保の違憲性を主張する「おじさんのでない」立場を採っているふりをし続けるほうが政治的に有効と主張することは、自らが「おじさん」であることを世間にばらす自壊性を持っていること、自衛隊に対して違憲の烙印を押しつづけることで、自衛隊は「憲法的私生児」として扱われ、その不当な地位に甘んじ続けることを要請する身勝手な主張であると論難している⁶⁰⁾。

愛敬のような自衛隊は違憲の存在であるが必要な存在でもあるという主張は、かつて国際法学や国際政治学の文脈で人道的介入の合法性、正統性が議論されるきっかけとなった NATO によるコソボ空爆の際に行われた「違法だが正当」という主張と通底するものがある。

もっともコソボ空爆の、正当性に関する上述した主張は、その後「保護する責任」という形で、国際法上の議論の俎上に載せられることになった⁶¹⁾。このように法解釈とは切り離された立法論として、「正当性」の主張

58) 同上、265 頁。

59) 同上、265～266 頁。

60) 同上、266～267 頁。

61) 国連における議論は、2005 年に World Summit Outcome として取りまとめられ、その中では国際社会が重大な人権侵害から市民を保護する責任を有することを認め、その過程で強制措置を講ずることも否定されないが、それは国連の集団安全保障を通して行われるべきことが明記された。See U. N. Doc A/RES/60/1, para.139. このような議論そのものは何ら否定されるべきでなく、むしろ歓迎されるべきであろう。

を行うことは、生産的な議論であると理解できるが、②においてそれすら否定する愛敬の主張は、法と政治の不一致を永続化させる試みとして、井上が指摘する通り、大いに問題がある解釈だと解される。

こうした法と政治の不一致を避けつつ、個別的自衛権の行使を容認するための理論として登場したのが、長谷部や木村に代表される「修正主義的護憲派」である。つまり、原理主義的護憲派が自衛隊の存在を違憲とみなす点を改め、それを「合憲」とする解釈が彼らによって行われたのである。次節では井上による修正主義的護憲派への批判を簡潔に検討しよう。

4-1-2 修正主義的護憲派に対する批判

まず、長谷部の主張について、井上は以下のように批判している。第一に、憲法9条の規定について、原理であるとする長谷部の議論に対し、文理を無視した解釈が行われる可能性を指摘した上で、この議論に基づいて集団的自衛権の容認も行えることになる」と主張する⁶²⁾。この議論についてはそのとおりだが、先にも述べたとおり長谷部自身は、憲法9条から直接に集団的自衛権の行使を否定しているわけではなく、彼が集団的自衛権を違憲と主張するのは、別の根拠によるものである以上、この点については両者の議論は特に対立していないということになる。

その上で長谷部は特定の「善き生」を強制できないという主張を行い、絶対平和主義と徴兵制を否定しているのであるが、井上は長谷部とは別の理由から前者に同意し、後者は良心的兵役拒否制度の導入によって解消できると主張している⁶³⁾。この点については、井上の改憲論との関係で問題になるので、後に検討することにする。

第三に、長谷部は防衛問題については民主的政治過程で決定することになじまないと主張するが、井上は逆に「専門家による決定」の問題点を東日本大震災の経験などを引き合いに出して主張し、長谷部自身が国民的議

62) 前掲注4, 249～250頁参照。

63) 同上, 250頁参照。

論による憲法改正に言及していることとの矛盾を指摘している⁶⁴⁾。そして、井上自身は長谷部による後者の議論に賛同し、その「専門家」によって自衛隊は実力であって戦力でないとか、自衛権の行使は交戦権の行使ではないなどという「アクロバットの解釈」が行われてきたことに対する批判を行っているのである⁶⁵⁾。

井上が指摘する通り、防衛に関する専門技術的な問題については確かに民主的政治過程に馴染むものではないが、安全保障の基本原則については、国民主権の下でまさに国民によって決定されるべき問題であると解される。実際、最高裁が憲法9条について違憲審査を避けるのも、それが裁判所の決定になじまない政府の自由裁量に委ねられる問題⁶⁶⁾だからではなく、民主的政治過程で決定された統治行為に該当する⁶⁷⁾からである。

長谷部が集团的自衛権の行使を違憲と考えるのは、井上が整理する彼の第四の主張によるところが大きい。この主張は、上述したとおり、立憲主義や法的安定性の観点から一度行われた有権解釈を変更するべきではないというものである⁶⁸⁾。

64) 同上、250～252頁参照。

65) 同上、252頁参照。

66) いわゆる郵便貯金目減り訴訟（最判昭和57年7月15日判例時報1053号93頁）において、最高裁は、「政府においてその時々における内外の情勢のもとで具体的にいかなる措置をとるべきかは、事の性質上専ら政府の裁量的な政策判断に委ねられている事柄とみるべきものであって…」と述べ、いわゆる自由裁量論を展開している。

67) いわゆる砂川事件（最大判昭和34年12月16日刑集13巻13号3255頁）では、「主権国としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり」と述べ、「自由裁量的判断」にも言及はしているものの、憲法学上は自由裁量とは区別された統治行為として原則として司法審査が及ばないと考えられている。芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法（第7版）』岩波書店（2019）353～354頁参照。

68) 前掲注50参照。

井上は、そもそも憲法の有権解釈を行えるのは最高裁判所のみであると理解している⁶⁹⁾がこれは「有権解釈」という言葉の捉え方の問題であり、憲法を解釈してその枠組の中で政策を実行する権限が政府にある以上、その意味での「有権解釈」は政府によっても行えるものであると解するべきであろう。

しかしながら、そうであったとしても長谷部の主張には大きな問題点が存在する。井上が適切に指摘するように、今回の解釈改憲に先立って、政府は解釈改憲を行っている。その中でも最も大きいものは、従来日本が武力によって自国の安全を保障するという自衛権行使を否定していた解釈から、これを容認した自衛隊創設時の解釈変更である。

長谷部の論法によれば、ここで一度確定した政府解釈が変更されているのであるから、個別的自衛権を行使することも違憲であると解さなければならない。井上は、長谷部による上記の議論を敷衍して、長期間にわたる古い解釈改憲の線に沿った自衛隊・安保の体制が「憲法変遷」の観点から正当化されるのだとしても、それは今回の解釈改憲も長期間持続すれば、合憲になるのではないかという旨を指摘する⁷⁰⁾。

しかしながら長谷部は、憲法変遷に関し、いわゆる「調整問題」⁷¹⁾については憲法変遷の可能性を認めつつ、その時々政治的・社会的多数派によっては変更されるべきでない公共財の実現に関わる問題については憲法変遷を認めていない⁷²⁾。長谷部が政府による解釈改憲のみならず国会による安保法制も違憲とみなすのであれば、それは政治的・社会的多数派によっては変更されるべきでない問題であるということになり、長谷部にとって9条の問題というのは調整問題ではなく、憲法変遷を認めるべきでないと

69) 前掲注4, 252頁。

70) 同上, 252～253頁参照。

71) 長谷部の定義によると調整問題とは「どれでもいいが、とにかくどれかに決まってくれなければ困る事柄」である。長谷部恭男『憲法（第7版）』新生社（2018）8頁。

72) 同上41頁参照。

いう結論が導かれる。

すなわち、長谷部の主張を「憲法変遷」を用いて正当化することは、彼が解釈改憲を違憲とみなすこととの理論的整合性を失わせることになる。そうであるとすれば、それが長期間持続するか否かに関わらず一度行われた政府による解釈は変更できないという趣旨で、長谷部の理論は解釈するべきであり、それならば自衛隊創設時に行われた解釈改憲もまた正当化されないことになってしまう。

長谷部が個別的自衛権を合憲と理解する根拠として挙げている「善き生」を強制できないという主張から、個別的自衛権^{だけ}は、否定できない（傍点筆者）と理解するとしても、次節で詳しく述べるように、個別的自衛権行使を日本が否定することと、非武装中立とは必ずしもイコールで結ばれるものではないので、このことを根拠として個別的自衛権だけを合憲化することもできないということになるだろう。

以上検討してきたように、井上は長谷部の主張について一部正確に理解していないと思われる部分もあるものの、彼が行っている批判は概ね正当であって、憲法解釈の問題として、長谷部の主張にはいくつかの問題点があると解されることになる。こうした問題点を意識したものであるか否かは不明だが、「修正主義的護憲派」の「若手代表」とも言える木村草太は長谷部のそれとはやや異なる主張を行っているのである。

木村は、憲法9条と併せて、日本国憲法が軍事に関する規定をおいていないことを理由に、日本が軍事力を持つことを否定し、その中で憲法13条があるから、個別的自衛権「だけ」は、この規定の要求に従って放棄できないのだと主張する。木村がこのように主張する際に援用するのが、医師による医療行為である。木村によれば、医師が手術の際におなかを切るのは刑法上、傷害罪の構成要件に該当するが、正当業務行為として行われるので犯罪を構成しないのと同様に、憲法9条は一般的に武力の行使を禁止しているが、憲法13条が生命・自由・幸福追求権を保障しているので、個別的自衛権の行使は憲法上の例外として許容されると解するので

ある⁷³⁾。

これに対し井上は、憲法 13 条には明示的な戦力に対する授權がない以上、この規定によって戦力の保持が許されることにはならないし、逆にこの規定によって集団的自衛権の保持が可能になることも考えられる旨の批判をおこない⁷⁴⁾、また、仮に木村がこのような主張を行うならば、戦力統制規範を導入するための改憲を主張すべきなのに、原理主義的護憲派と「同舟」していることについても批判している⁷⁵⁾。

木村自身は、戦力統制のための改憲を否定はしていないので⁷⁶⁾、なぜ原理主義的護憲派と同舟できるのかは理解に苦しむところである。もしかすると、戦力統制規範が存在しないことの不当性よりも、集団的自衛権が行使されることの不当性のほうが大きいと考えているのかもしれない。しかしながら、仮にそうだとすれば、政治的理由から違憲の状態を放置するという原理主義的護憲派が犯した過ちと同じことをしているのであり、違憲状態の放置を避けるために自衛隊による個別的自衛権を合憲とする修正主義的護憲派ですらなくなってしまうのである。

なお、上述した日本国憲法における「軍事権」の不存在という木村の主張に関しては、行政権の範囲で主張されるいわゆる控除説⁷⁷⁾を採用すれば、問題なく行政権の範囲に含めて考えることができるだろう。

4-2 井上達夫の改憲提案とその妥当性

4-2-1 井上の改憲提案

井上は、上述したような従来の憲法解釈の問題点を指摘した上で、憲法改正案を提示している。今節では、井上による改憲の提案についてその妥

73) 「論点：憲法を安全保障を問う 対談 井上達夫・東京大学教授、木村草太・首都大学東京教授」毎日新聞 2016 年 5 月 3 日東京朝刊 11 頁参照。

74) 同上。

75) 前掲注 4, 287 頁。

76) 前掲注 49 参照。

77) 「行政権＝国権—立法権—司法権」と考える学説。塩野宏『行政法 I (第 6 版)』有斐閣 (2015 年) 6 頁参照。

当性を検討することにしたい。彼の改憲案は以下のようにまとめることができる。

第一に、井上が主張する立憲主義の下では、「政治の情況」における「正統性」確保のための民主的意思決定と、民主的意思決定の下で十分な権利保障が期待できない少数者への人権保障が要求されることになり、安全保障政策については憲法ではなく民主的意思決定の下で制定される法律によって決定されるべきであるとの理由から、現在の憲法9条は削除するべきである。

第二に、とはいえ、当然に法律によって戦力を保持できることは憲法に規定すべきで、法律によって日本が戦力を保持した場合には、その戦力の民主的統制は当然に必要なため、文民統制や武力行使の国会による事前承認は要求される。

第三に、法律によって日本が戦力を保持する場合、「好戦衝動の暴走」を抑止するために、また、いわゆるフリーライドを防止するために無差別公平な徴兵を採用するべきであり、開戦決定に強い政治的影響力を持つ政治家や富裕層一族の兵役逃れを許してはならない⁷⁸⁾。

では、こうした井上の改憲提案についてはどのように評価するべきだろうか。第一の憲法9条削除論から順次検討していこう。

4-2-2 憲法9条削除論の妥当性

井上が憲法9条の削除を主張するのは、上で見たとおり、安全保障に関する問題が民主的プロセスにおいて決定されるものであり、政治の情況における正統性と少数者への人権保障という立憲主義の要請する問題ではないからである。

しかしながら本当にそう言ってしまって良いのだろうか。彼の主張する立憲主義の要請そのものを前提としても、彼の憲法9条削除論には重大な問題がある。

78) 前掲注4, 231～232頁参照。

井上自身は、自らが絶対平和主義者ではなく、自衛のための武力行使を排除しない「消極的正戦論」に立つことを認めている。そのうえで、日本国民が絶対的平和主義から生ずる犠牲を覚悟した上で非武装中立を選択するならば、賞賛に値する旨を述べている⁷⁹⁾。

もちろんこれは本人が認めているように反実仮想なのだが、その点はおくとして、この議論は、ひとつの条件付きでのみ成立するものである。それは「日本国民が満場一致で犠牲を覚悟した非武装中立を選択する」という条件である。そうでないならば、非武装中立に反対する者が不当に他国からの侵略に対して暴力によらざる抵抗を行う「義務以上の奉仕」⁸⁰⁾を強いることになる。

井上は、長期的に見ればそれが国際世論や侵略国の国内世論を刺激し、日本の安全保障につながることになるという点を認めている⁸¹⁾が、仮にそうだととしても、その過程で短期的に失われる犠牲は「義務のない犠牲」である。こうした「義務のない犠牲」を覚悟した「義務以上の奉仕」を求めるためには、義務がない以上、すべての国民がそれに同意する必要があると解されるのである。

しかも、ここである「満場一致」は、選挙権を持つ者の満場一致ではなく、文字通り全国民の満場一致というありえない想定である。そうでなければ、非武装中立という意思決定に賛同していない国民が侵略の犠牲を負うという事態が回避できない。

20世紀以降の武力紛争は、目標区別原則⁸²⁾が国際法上確立しているにも関わらず、多くの場合一般市民の被害が不可避免的に生ずることになる⁸³⁾。

79) 同上 256 頁参照。

80) 同上 229 頁参照。

81) 同上 228 頁参照。

82) 攻撃対象は戦闘員と軍事目標であり、文民と民間施設は攻撃目標とされない原則。

83) 日本における例だけをみても東京や大阪といった大都市への空襲や、沖縄戦における犠牲、広島長崎における原爆被害など多くの実例が挙げられる。

そして、絶対的平和主義によって起こりうる、「侵略の犠牲」は、民主的プロセスにおいてその考え方に賛同していない政治的少数者が負うには、苛烈にすぎる犠牲である。

しかもこの犠牲は、生命の喪失に限らず、様々な肉体的・精神的苦痛を伴うものであることが考えられる。言うまでもなく、国際法上はそうした残虐な行為は禁止されている⁸⁴⁾が、そもそも侵略行為そのものが国際的違法行為である以上、そのルールを破って侵略を行っている国家がこれらの基本原則を遵守することを期待するのは楽観的に過ぎると理解すべきであろう。

そして、日本国民の中には、年齢などが理由で自らの意思を表明できない者もあり、そういった人々の存在は「絶対に」排除できない。そのような人々にも当然に人権は保障されなければならないのだとすれば、絶対平和主義に賛同していない政治的少数者が不当な犠牲を課される可能性を排斥するために、絶対平和主義を憲法上排斥することは、「少数者の人権保障」という立憲主義の要請からも導き出される議論なのではないかと考えられる。

井上が批判する木村草太の憲法13条を根拠とした個別的自衛権行使合憲論は彼自身が指摘するように、現行憲法解釈としては妥当ではないが、憲法が絶対的平和主義を排斥しなければならない根拠としては、援用可能なのである。

さらに、絶対平和主義を採用した結果、他国から侵略を受ければ、立憲主義が要請している政治の状況における正統性としての民主的政治過程すらも否定される可能性が排除できないのであり、その意味でも、憲法は絶

84) 上述したとおりそもそも文民は攻撃対象とすることが禁止されており、戦闘員であっても「不必要な苦痛」を与えることは禁止されていると理解されている。しかもこれらの基本原則は、国際司法裁判所が認めるように、慣習国際法を構成するものであり、条約へ参加していない国家をも拘束するものと解されている。See International Court of Justice, *Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons*, Advisory Opinion, *I.C.J. Reports 1996*, p. 257, para.79.

対平和主義を排斥すべきである。

もちろん、絶対平和主義を排斥したところで、それは日本国が戦力を保有することに直結しない。現実的ではないが、当初の日本国憲法が想定していたように、国連の集団安全保障に委ねるという方法も可能性としては存在するし、コスタリカのように、自国は戦力を保有せず、地域的な集団的自衛権に自国の安全保障を委ねるという方法も存在する⁸⁵⁾からである。

その意味においては、絶対平和主義の排斥は、憲法9条の削除とも両立する。国家の安全保障が憲法上求められるのであれば、例えば「内閣および国会は国民に対し連帯して国防に対する責任を負う。」などの規定を挿入すればよいだけのことである。それにも関わらず、やはり憲法9条は削除されるべきではなく改正されるべきであろうと考えられる。そしてそれは次の理由による。

日本国憲法は、98条2項において「日本国が締結した条約及び確立された国際法規は、これを誠実に遵守することを必要とする。」と規定し、国際法の遵守義務を国家に課している。もっとも、この規定がなかったとしても、国際的違法行為を日本が行った場合の国際法上の責任は免除されない。単に「国際法違反であり憲法違反でもある行為」ではなく、「国際法違反であるが憲法違反ではない行為」として国際的責任が追求されることになるだけである。

そもそも、国際法の遵守義務は、憲法前文が示す「国際社会において名誉ある地位」を日本が占め、その結果として日本が国家責任の追求を惹起する国際的違法行為主体となることを防止するために必要な規定であると解されるが、その中でも重要な国際法上の義務を憲法に規定しておくことには意味がある。

85) コスタリカ憲法は第12条において、「常設組織としての軍隊は禁止される。」と規定している（2011改正コスタリカ憲法（https://www.constituteproject.org/constitution/Costa_Rica_2011.pdf）参照（筆者訳、2021年9月15日閲覧）。その上で、コスタリカは米州相互援助条約に参加し、同条約に基づく集団的自衛権に自国の防衛を委ねている。

それは、民主主義のプロセスにおいて、文字通り国家の構造を決定する Constitution (憲法) を参照しても、日本が行えることの限界がわからないという事態を回避するためである。当然のことであるが、すべての国民が国際法上認められた武力行使の限界について認識しているわけではない⁸⁶⁾。そして、国際法に対する認識不足の結果として、日本が再び⁸⁷⁾違法な武力行使を行い、「侵略国家」としての国際責任を追求されることは許されない。侵略行為は、単なる国際法違反ではなく、国際法の強行規範 (*jus cogens*) 違反の典型として、国際的に強く非難されるものである。そういった事態を防止するためには、憲法の中に武力行使の限界を規定しておくべきである。確かにこれは井上が主張する立憲主義の要請から直接的に導き出されるものではないかもしれないが、公平な政治的討論を行うための前提として、「法的に可能な武力行使」の範囲を憲法が確定しておくことは、井上の立憲主義とも両立するのではないかと解される。

以上のような理由から、憲法9条は削除されるのではなく改正されることが望ましく、それは武力行使の限界を画定する形で行われるべきであるという結論が導き出されることになる。具体的には、現行憲法の9条2項は国際法上の制約とは何ら関わりがない日本独自の制約であるので、これは削除するべきである。他方9条1項は、不戦条約時代の名残⁸⁸⁾が残されており、国際連合下の国際法上の限界と一致しておらず、これを一致させるために、例えば「日本国民は、日本国が締結した条約及び確立された国際法規に違反する武力による威嚇及び武力の行使を永久に放棄する。」など

86) 筆者は学習塾における講師の経験を持つという経歴上、義務教育課程における社会科の授業内容を承知しているが、小学校でも中学校でも日本国憲法の平和主義は詳しく扱っても、国際法上の武力行使禁止原則は詳しく扱われない。

87) 不戦条約締結以降の日本の武力行使は、それが「平和に対する罪」という国際犯罪を構成するか否かは別として、当時の国際法を参照しても違法なものであったと評価すべきであろう。

88) 具体的には、日本国憲法9条における「国際紛争を解決する手段としては」という目的に関する規定は、国連憲章2条4項には存在せず、不戦条約1条の規定がそのまま用いられているものである。

という形に改めるべきである。その上で、絶対平和主義を排斥するため、例えば「9条の2」として上述したような国防に対する責任規定を挿入するべきであろう。

続いて、彼の第二の主張である戦力を保持した場合の文民統制や国会による統制について検討しよう。

4-2-3 戦力統制改憲案の妥当性

第三の主張である徴兵制の導入とも通じるが、井上の議論は一貫して「過度の武力行使」を抑制するという点を重視している。文民統制に関する規定については、当然に必要なだと理解できるのでここでは特に検討しないが、国会による事前承認については、議論の余地があるだろう。

井上は、「事前承認というのは『他国から攻撃された後、反撃する前に』承認することではない。実効的な防衛をするには、そんな悠長なことをしている暇はない」⁸⁹⁾として、時間的な逼迫性を承認した上で、「事前承認の『事前』とは、他国が攻撃する前にまで遡る意味での『事前』である。ある他国が我が国に対し攻撃の意図をもち、攻撃準備をしていることを示す明白な証拠を政府が国会に提出し、国会がそれを精査した上で、その信憑性を認めうると判断した場合には、いざその他国が攻撃に着手したら直ちに反撃の軍事行動をとることを政府に事前に授権する」ことが求められると主張している⁹⁰⁾のである。

たしかに、武力行使の承認が事後でも良いとなれば、井上が指摘するように、一度行われた武力行使を一方的に中止するということはありえないから、事後承認の拒否という選択肢は国会に与えられていないと理解する⁹¹⁾ことも可能ではある。他方で、完全に仮想の事例ではあるが、秘密裏に我が国に対する攻撃の準備が行われ、事前承認を得ることなく武力攻撃の被

89) 前掲注4、293頁。

90) 同上。

91) 同上。

害を受けた場合の対処という点では、事前承認への限定には問題が生ずる。攻撃を受けてから承認が行える状況であればよいが、常にそれが可能であるとも限らないのである。

この点に関し例えばドイツ連邦基本法は「連邦領域が武力で攻撃された、またはこのような攻撃が直接的に切迫している」という「防衛事態の確認」について、連邦議会において「総議員の過半数及び投票の3分の2以上の多数決」という厳格な要件を課した上で、実際に武力攻撃を受け、防衛事態の確認が即座に行える状況にない場合に、防衛事態の確認が行われたとみなす規定が置かれている⁹²⁾。

このように事前承認を原則としつつ、緊急時の例外規定を濫用できない形で用意することが、「不必要な武力行使の抑制」と「武力攻撃への確実な対処」のバランスを図る方法として支持されるべきである。

最後に彼の第三の主張である徴兵制の導入についてはどのように評価すればよいだろうか。以下で検討を行う。

4-2-4 徴兵制導入の妥当性

井上が自らの「戦争正義論」として武力行使を自衛に限定する「消極的正戦論」を主張していることは上述したとおりであるが、そのような「消極的正戦論」と「徴兵制」とは極めて親和的であり、その意味において彼の主張には一貫性がある。

他方で、自衛のための武力行使に限定せず、国際社会の平和と安全を維持するための集団安全保障の枠組みでの武力行使を容認する立場からは、徴兵制は適切な制度とは言い難い。すなわち、「好戦衝動の暴走」を回避するためには、自らや親しい周りの人間が戦場へ行くというリスクを事前に与えておくこと⁹³⁾は確かに有用である。しかしながら、このような状況は自国に害が及ぶ可能性がない状況における武力行使への参加を躊躇する要

92) ドイツ連邦基本法 115 条 a 参照。

93) 前掲注 4, 230～231 頁参照。

因としても働くことになる。徴兵制がない場合であっても、自国の兵士の犠牲というリスクから、集団安全保障が十分に機能しない状況が発生する⁹⁴⁾。それは自国民を不要な危険に晒したくないという心情や、仮に犠牲が生じた場合に意思決定者の政治生命に傷がつくというリスクから生ずる躊躇である。徴兵制はこうした場合における「他人の危険」に「自分の危険」を追加し、「政治生命へのリスク」に「物理的生命へのリスク」を追加する制度であり、武力行使参加への躊躇はより一層強くなることが予測される。

結局のところ、「消極的正戦論」の下で「好戦衝動の暴走」回避を重視する立場からは徴兵制が支持され、武力行使を自衛権の行使に限定せず、集団安全保障への適切な参加を重視する立場からは徴兵制が支持されないという状況が生ずることになるが、これこそまさに「政治の状況における正統性」が確保された民主的プロセスにおいて決定されるべき事項であり、憲法に規定すべきものではないだろう。

苦役との関係で徴兵制を否定しない配慮は必要なので、兵役義務に関しても彼の改憲案における戦力保持と同様、法律によって兵役義務を課すことができるという形で規定するのが適切なのではないだろうか。

その一方で、こうした問題とは別にフリーライドの防止という理由で徴兵制を主張する場合、これは立憲主義的公平性の問題であると考えられるので、憲法で規定しておく必要があるとの主張には一定の説得力がある。しかしながら、このような主張を行うのであれば、国内の治安維持にあたる警察や消防についても同様に国民が奉仕する義務を果たさなければならない⁹⁵⁾

94) いわゆる「ブラックホーク・ダウン」後の米国の姿勢はまさにそのような例として挙げられるものである。結果的に国際社会は旧ユーゴやルワンダにおけるジェノサイドを防止することができなかった。さらに、旧ユーゴに関しては、PKOの機能不全への責任追及がオランダ国内裁判所を舞台に行われたが、国連が条約上持っている裁判権免除特権によって、この請求は認められなかった。拙稿「国連による平和維持活動と人権侵害」青山法学論集 56 巻 4 号 129 頁参照。

95) 日本では、非常勤の公務員として「消防団」なる組織が存在するが、こういった組織への参加を義務付けることが、具体的な方法としては考えられる。

し、そもそも公務員たる警察にせよ消防にせよ軍隊にせよ、彼らの生活を支えるために国民には納税の義務が課されている以上、完全なフリーライドとも言えない⁹⁶⁾。

こうしたことを前提とすれば、公平性確保のために国内的治安維持や対外的安全保障について国民に奉仕の義務を課すか、その代替策として納税の義務を課すかも、民主的政治過程で決定されるべき事柄であると考えられ、憲法に規定する必要はないだろう。

結語

以上検討してきたように、日本国憲法制定以来、憲法9条の解釈を巡っては、政府解釈も度々変遷し、学説上も様々な議論が行われてきた。政府の解釈は、一切の軍備を否定した日本国憲法制定直後の状況から、現在では集団的自衛権の行使が一部容認される状況にまで、武力行使に関する制限が解釈によって緩和されている。

他方、学説上は、純粋な憲法9条解釈としての全面放棄説と限定放棄説の対立という伝統的な主張対立から、9条の文言にはとらわれず、憲法変遷や立憲主義という概念、更には憲法の他の規定や国際法に根拠を求めて、日本が行える武力行使の範囲を規定する議論が行われる状況が生じたのである。それは、個別的自衛権行使は合憲だが集団的自衛権行使は違憲であるとする「修正主義的護憲派」の議論や、そもそも集団的自衛権の行使も合憲であると理解する百地章よる議論まで多岐に渡るが、本稿においては、そのいずれにも問題があることを指摘した。

その上で、井上達夫による議論を参照しつつ、彼が行っている改憲の主張について検討を行ったが、彼の改憲案については、賛同できないものがある。本稿では憲法9条についての改正提案として、以下の点を主張した。

①憲法9条2項は削除されるべきであるが1項は削除されるべきではなく、

96) お金を払えば解決するののかという問題は、当然に検討されなければならないが、それは「フリーライド」であるか否かとは別の問題である。

日本国憲法における平和主義の新たな課題（五十嵐）

国際法と同様の武力行使禁止義務として改正すべきである。

②絶対的平和主義に基づく非武装中立を排斥するために、国会と内閣は国防について国民に対して連帯して責任を負う旨の規定を挿入するべきである。

③武力行使は国会による事前承認を原則としつつ、承認が行われないまま武力攻撃の被害が生じた場合には、例外として事前承認なしの武力行使を認めるべきである。

④戦力を保持するか否かと同様に国民に兵役の義務を課すか否かについても、法律に委任し、憲法は法律への授権規定に留めるべきである。

もちろん、こうした法学上の検討とは別に、現実の憲法改正にあたっては国内的、対外的な政治的要素も関係してくることになってしまうのであるが、少なくとも憲法9条を「不磨の大典」であるかのように扱い、改憲議論を封殺するようなことはあってはならないだろう。

大日本帝国憲法の「憲法発布勅語」においては、「朕国家ノ隆昌ト臣民ノ慶福トヲ以テ中心ノ欣榮トシ朕カ祖宗ニ承クルノ大権ニ依リ現在及将来ノ臣民ニ対シ此ノ不磨ノ大典ヲ宣布ス」と述べられている（傍点筆者）。天皇によって明示的に「不磨の大典」とされた大日本帝国憲法ですら、日本国憲法への「改正」が行われたのであるから、憲法9条をそれ以上の不磨の大典として扱う必要性はないだろう。

言うまでもなく、日本の安全保障を考える際に、その憲法上の限界がどこに置かれるべきであるかという論点は極めて重要な問題であり、政治的議論とは別に、法学的観点からの議論が積極的に行われることが期待されるところである。