

## 憲法第九条と集団的自衛権

會津 明郎

### 目次

1. はじめに
2. 日本国との平和条約と集団的自衛権
3. 戦後の日本と宮沢憲法学
4. 朝鮮戦争の衝撃と佐々木惣一の第九条解釈
5. 宮沢俊義の第九条解釈と自衛権ならびに日米安全保障条約
6. 集団的自衛権と日本政府の見解
7. おわりに

### 1. はじめに

集団的自衛権の限定的な行使を容認する安全保障関連法<sup>(1)</sup>が、国会における激しい論議と国会外における国民の賛否両論が渦巻くなかで、2015年9月19日に成立<sup>(2)</sup>し、2016年3月29日から施行されることになった<sup>(3)</sup>。

改めて指摘するまでもなく、憲法学者の多くが集団的自衛権の行使容認に否定的な意見を表明した。

石川健治は朝日新聞紙上で「もつれた糸を引きちぎる暴走」という見出しの下に、次のように述べている<sup>(4)</sup>。

「集団的自衛権を、あたかも個別的自衛権の自然な延長線上にあるかのように説明するのは、フェアではない。国連憲章51条の起草過程で、米側がねじ込んできた定式であり、その実体は攻守同盟である。『同盟』は明確に『敵』の存在を前提にしているという点で、急迫不正の侵害に対する個別的自衛権とは、そもそも論理構造が異なっている。安倍内閣は、このタイミングで、公式に北東アジアを『敵・味方』に二分しようとしているのである。

これは、憲法9条が想定する国際関係観からの大転換であり、ひとたび渡れば引き返せないルビコン川を渡るにひとしい選択であ

る。」

また、2015年6月4日の衆議院憲法審査会において、与党である自由民主党と次世代の党が推薦した長谷部恭男は「憲法違反だ。従来の政府見解の基本的な論理の枠内では説明がつかない」と明言したと報じられている<sup>(5)</sup>。

この問題について朝日新聞は、「戦争参加するなら『戦争法』<sup>(6)</sup>「集団的自衛権『範囲不明確』、憲法審査会で学者指摘」の見出しの下に3名の憲法学者の見解を紹介している<sup>(7)</sup>。

「小林節・慶大名誉教授は、今の安保関連法の本質について『国際法上の戦争に参加することになる以上戦争法だ』と断じ、平和安全法制と名付けた安倍首相や政府の姿勢を『平和だ、安全だ、レッテル貼りだ、失礼だと言う方が失礼だ』と痛烈に批判した。

憲法や安全保障についての考え方異なる3人の参考人だが、そろって問題視したのは閣議決定で認めた集団的自衛権の行使。集団的自衛権は『違憲』との見方を示し、憲法改正手続きを無視した形で推し進める安倍政権の手法を批判した。

長谷部恭男・早大教授は、従来の政府解釈が個別的自衛権のみを認めてきた点を踏まえて『（閣議決定）はどこまで武力行使が許されるかも不明確で、立憲主義にもとる』と批判した。

笹田栄司・早大教授は、内閣の判断で憲法解釈を変えることについて、戦前のドイツでナチスの台頭を許した『ワイマール（体制）のことを思う』と言及。専門の違憲審査の問題を踏まえて、憲法解釈については『少しクールに考える場所が必要』などと指摘した。」

朝日新聞が安全保障関連法案の合憲性をめぐり、憲法学者ら209人にアンケートをした。その結果について、回答した122人のうち「憲法違反」と答えた人は104人、「憲法違反の可能性はある」は15人。「憲法違反にはあたらない」は2人だったとした上で、次のように報じている<sup>(8)</sup>。

「違憲か違憲の可能性があると答えた計119人は『集団的自衛権の容認は、解釈の限界を越える』などを理由に挙げた。一方、合憲と答えた2人は『国家を守るために必要な範囲に限定されている』とした。

法案が合憲と答えた2人を含む6人は無回答だった。政府は集団的自衛権行使容認の根拠として1959年の砂川事件の最高裁判決をあげている。この判決が集団的自衛権行使を『認めていない』と答えた人は95人で、『認めている』は1人。『判断していない』などとして『その他』を選んだ人が24人、無回答が2人だった<sup>(9)</sup>。」

同じ日付の朝日新聞は、「『解釈の限界越える』『政府は論理的破綻』憲法学者指摘」の大見出しの下に、安全保障関連法について次のように報じている<sup>(10)</sup>。

「違憲や違憲の可能性があると答えた119人の40人以上が自由記述で集団的自衛権は違憲と強調した。

野村泰治・学習院大法科大学院教授は『〔他衛〕を本質とする集団的自衛権の容認は、解釈の限界を超える』。市川正人・立命館大法科大学院教授は『集団的自衛権の一部を個別的自衛権の延長線上と位置づける政府解釈は論理破綻』と指摘した。一方、法案を

合憲とする井上武史・九州大院准教授は『違憲かどうかではなく、日本や国際社会の平和と安定に真に貢献するかどうかという政策論議を国民は期待している』と述べた。

法案は集団的自衛権行使のための『武力行使の新3要件』を定めるが、20人以上が定義があいまいだとした。大津浩・成城大教授は存立危機事態について『主観的な〔危機〕の判断で拡大する基準』とする。

これに対し、法案を合憲とした浅野善治・大東文化大院教授は3要件を『厳格』と評価し、『国家を守るために必要な範囲に限定されている』とした。」

このように、憲法学者の多くは、集団的自衛権の行使は限定的なものであっても憲法上許されないと解している。

しかし、憲法第九条は、1951年9月8日にアメリカのサンフランシスコで調印されたアメリカをはじめとする旧連合国との平和条約第五条<sup>(11)</sup>によって、根本的に変更され集団的自衛権の行使が可能になったと解すべきであるとする。

集団的自衛権の行使が憲法九条に違反し許されないと論じる憲法学者たちは、この平和条約第五条についてまったくふれていないが、この事実をどのようにとらえているのだろうか。

さきほど紹介したように、石川健治は集団的自衛権の限定的な行使容認は憲法九条が想定する国際関係観からの大転換であり、ルビコン川を渡るにひとしい選択であると批判する。

石川の言う憲法九条が想定する国際関係観とは、憲法前文の「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであって、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼してわれらの安全と生存を保持しようと決意した」の文言を指していると解する。

しかし、この格調高い文言は日本国憲法が

1947年5月3日に施行されてから、わずか3年余りを経た1950年6月25日に勃発した朝鮮戦争によって無残にもその説得力を失ったと考える。

残念なことではあるが、憲法前文が想定した国際社会の到来が近い将来実現する見込みはないと考える。

日本は平和条約に調印することによって、65年前の1951年に石川の言うルビコン川を渡っていた。

石川は、この歴史的な事実をもとに問題を論じるべきではなかったのか。

## 2. 日本国との平和条約と集団的自衛権

2016年2月20日付けの朝日新聞は、「戦後日本の『起点』となる」の見出しの下に日本国との平和条約について、次のように報じている<sup>(12)</sup>。

「1951年9月8日、日本時間の9日午前3時34分、サンフランシスコ講和会議で吉田茂首席全権が対日平和条約に調印（発効は翌年4月28日）。日本は独立を回復した。」続けて、次のように報じている。

「講和会議には52ヵ国が参加。署名を拒否したソ連、チェコスロバキア、ポーランドを除く49ヵ国が調印した。米英豪仏、オランダをはじめ、インドネシア、フィリピンなどの欧米から独立した国々、イラク、シリアなどの中近東、エジプト、エチオピアなどのアフリカ、キューバ、ブラジルなどの中南米など実に広範囲だ。」

そして、次のように報じている。

「講和をめぐるのは、米国を中心とする西側陣営との単独講和か、中国、ソ連の西側陣営をも含む全面講和かで国内世論は真っ二つに割れていた。朝鮮戦争が勃発、冷戦が激化するなか、政府は単独講和へと進む。」

平和条約は、前文と27の条文と議定書ならびに宣言からなっている。

(1) 第一条は、戦争の終了と主権の承認に

ついて、次のように定めている<sup>(13)</sup>。

- (a) 日本国と各連合国との間の戦争状態は、第二十三条の定めるところによりこの条約が日本国と当該連合国との間に効力を生ずる日に終了する。
  - (b) 連合国は、日本国及び領水に対する日本国民の完全な主権を承認する。
- (2) 第五条は、集団的安全保障、自衛権について次のように定めている<sup>(14)</sup>。
- (a) 日本国は、国際連合憲章第二条に掲げる義務、特に次の義務を受諾する。
    - (i) その国際紛争を、平和的手段によって国際の平和及び安全並びに正義を危うくしないように解決すること。
    - (ii) その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使は、いかなる国の領土保全又は政治的独立に対するものも、また、国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法によるものも慎むこと。
    - (iii) 国際連合が憲章に従ってとるいかなる行動についても国際連合にあらゆる援助を与え、且つ、国際連合が防止行動又は強制行動をとるいかなる国に対して援助の供与を慎むこと。
  - (b) 連合国は、日本国との関係において国際連合第二条の原則を指針とすべきことを確認する。
  - (c) 連合国としては、日本国が主権国として国際連合憲章第五十一条に掲げる個別的又は集団的自衛の固有の権利を有すること及び日本国が集団的安全保障取極を自発的に締結することを承認する。
- 1956年10月には、日本国との平和条約の締結に続いて日ソ共同宣言（日本国とソヴィエト社会主義共和国連邦との共同宣言）が発せられた。その3には、次のことが明記されている<sup>(15)</sup>。

日本国及びソヴィエト社会主義共和国連邦は、それぞれ他方の国が国際連合憲章第五十一条に掲げる個別的又は集団的自衛の固有の権利を有することを確認する。

また、1960年1月に締結され、同年の6月に発効した日米安全保障条約は、その前文において、「両国が国際連合憲章に定める個別的又は集団的自衛の固有の権利を有していることを確認」し、その第五条一項は、次のように定めている。

「各締約国は、日本国の施政の下にある領域における、いずれか一方に対する武力攻撃が、自国の平和及び安全を危うくすることを認め、自国の憲法上の規定及手続きに従って共通の危険に対処するように行動することを宣言する。

前記の武力攻撃及びその結果として執ったすべての措置は、国際連合憲章第五十一条の規定に従って直ちに国際連合安全保障理事会に報告しなければならない。その措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全を回復し及び維持するために必要な措置を執ったときは、終止しなければならない。」

これまでみたように、日本は平和条約の締結によって主権を回復し、同時に連合国から、さらに日ソ共同宣言によって、ソ連からも個別的又は集団的自衛の固有の権利を有することが認められたのである。すなわち、個別的又は集団的自衛の権利を有する国家として国際社会に復帰したのであり、その時点で、石川のいうルビコン川を渡ったのである。

しかし、石川の発言に見られるように、この事実から目をそらしている憲法学者が少なからずおるのではなからうか。

このような状況の背景には、戦後の憲法学に強力な影響を及ぼした宮沢俊義の憲法学があるように思う。

### 3. 戦後の日本と宮沢憲法学

宮沢俊義は、ポツダム宣言の受諾によって

天皇主権から国民主権への移行が債権的ではなく物権的に生じたとする「日本国憲法生誕の法理」<sup>(16)</sup>をもとに、「八月革命説」<sup>(17)</sup>を発表し、ほぼ同時に「憲法改正について」<sup>(18)</sup>を発表して、将来の日本は軍備を一切もつべきではないとする絶対平和主義を説き、戦後の憲法学を主導した。

芦部信喜は宮沢の憲法学について、次のように述べている<sup>(19)</sup>。

「日本の憲法学が真の科学としての憲法学になったのは宮沢憲法学をもって嚆矢とするといってもおそらく過言ではあるまい。それほど先生は、科学としての憲法学の樹立に早くから情熱をこめて取り組んだ。」

その宮沢は法の科学について、次のように述べている<sup>(20)</sup>。

「法学が政治から解放せらるべきだという主張は、ここでは科学が政治による支配から解放せらるべきだという主張を意味する。科学が政治による支配から解放せらるべきだというのは、いうまでもなく、科学の方法が政治による支配から解放せらるべきだという意味であるが、この意味において法学が政治と絶縁すべきものであることはおそらく何人によっても承認せられるところであろう。」

しかし、宮沢は必ずしも法の科学を貫いたわけではなかったと考える。戦後の憲法学を主導することになった宮沢のこの二つの論文は、宮沢と小林直樹との対談<sup>(21)</sup>で明らかにされたように、いずれも宮沢がマッカーサー草案<sup>(22)</sup>をベースにして執筆されたものであった。

マッカーサーは、自ら起草した日本国憲法の平和条項の歴史的意義を強調し<sup>(23)</sup>、宮沢はマッカーサーを賞賛した<sup>(24)</sup>。

しかし、東アジアの現実にはマッカーサーの認識とはまったく異なっていた。日本国憲法が施行されてから3年あまり、日本が依然として占領下にあった1950年6月に朝鮮戦争が勃発した。

#### 4. 朝鮮戦争の衝撃と佐々木惣一の第九条解釈

1950年6月25日の早朝、北朝鮮軍による韓国侵入によって朝鮮戦争が開始された<sup>(25)</sup>。

朝鮮戦争は、1945年8月15日に日本がポツダム宣言を受諾して連合国に降伏してから、わずか4年10カ月が経過したときの出来事だった。

朝鮮戦争によって、「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであって、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼してわれらの安全と生存を決意した」とする日本国憲法前文の文言が、世界の現実とかけ離れていることが明らかになったと考える。

朝鮮戦争の勃発により、日本を排除して東アジアの安定を図ろうとしたアメリカの政策が、結局は失敗したことを明らかにしたと考える。

このことについてジョージ・ケナンは、次のように述べている<sup>(26)</sup>。

「それにどれほどの価値があるかどうかは別として、私自身の感じを申し上げるならば、対日戦争の回避を目的として、他の動機によってあまり煩わされない慎重かつ現実的な政策は、われわれが実際追求したところのものと相当違った一連の行動をとらしめ、したがっておそらくすっかり違った結果を招来したであろう。」

1950年6月26日の新聞は、1面トップで「北鮮、韓国に宣戦布告 京城に危機迫る」の大見出しの下に、25日の午前4時頃北朝鮮軍が38度線を突破して韓国に侵入したことを報じている<sup>(27)</sup>。

朝鮮戦争は、北朝鮮の指導者金日成がスターリンと毛沢東の承認を得て計画されたものであった<sup>(28)</sup>。

この事態に対して国際社会は迅速に反応した。7月7日には国連の安全保障理事会が国連軍の結成を決議し、その最高司令官には

マッカーサー元帥が任命された。7月8日には、マッカーサーが日本政府に対して警察予備隊の創設を指令した<sup>(29)</sup>。

10月には、国連軍が北緯38度線を突破して北上し、これに対して中国軍が戦闘に加わった。北緯38度線をめぐって一進一退の激しい戦闘がくりひろげられ、戦争勃発後1年余りが経過した1951年7月10日に開城で休戦会談が開始されたが、休戦協定に署名がなされたのは1953年7月27日であった<sup>(30)</sup>。

朝鮮戦争は莫大な被害をもたらした。アメリカ有数のジャーナリストであるドン・オーバードファーは、次のように述べている<sup>(31)</sup>。

「確かな数字は不明だが、ひろく受け入れられている推定では中国兵90万人、北朝鮮兵52万人が死傷した。約40万人の国連軍兵士が死傷したが、そのうち3分の1近くは韓国兵である。米軍の損害は戦死5万4千人、負傷10万3千人に上った。」

続けて次のように述べている<sup>(32)</sup>。

「朝鮮戦争は、40年に及ぶ日本支配と突然の分断ショックから立ち直り始めた南北の国土を壊滅させてしまった。戦争のために当時、南北総人口の約十分の一にあたる三百万人ほどの人々が殺され、負傷し、行方不明になった、避難民はほぼ五百万人に上った。韓国における資産の損害は二十億ドルとされるが、これは49年の同国の国民総生産（GDP）に相当する額である。北朝鮮側の損害は韓国より若干軽微だったと推定されている。」

朝鮮半島で韓国・国連軍と中国・北朝鮮軍が激しい戦闘をくりひろげていた1951年1月21日付けの朝日新聞は、「再軍備問題と憲法」という題のもとで、京大名誉教授佐々木惣一の論文を掲載した<sup>(33)</sup>。

佐々木は、「自衛の手段として戦争をすることは許されるか。」と問題を提起し、次のように述べている。

「たとえば、ある他国が侵略戦争をしかけてくるとする。わが国は自衛のためにこれに

応戦することは許されないのか。結論から述べよう。それは憲法上許される。憲法第九條は、国際紛争を解決する手段としては、戦争を放棄する、とするのであるが、自衛の手段としての戦争をすることは、国際紛争を解決する手段として戦争をすることではない。」

続けて佐々木は、自衛手段として軍備を持つことが許されるか、ということにおよぶ。憲法第九條第二項の解釈如何の問題であるとして、次のように述べている。

「同項は、陸海空軍その他の戦力を保持しない、とするが、それは単に戦力を保持することを一般に概括して、許さぬとするのではなく、ある標準をもってこれに限定を加える。その標準は、何のために戦力を保持しないのということに着眼し、そのために戦力を保持しないとする。なんのためか。憲法は『前項の目的を達するため』『戦力はこれを保持しない』と明らかに定める。『前項の目的』というのは、国家が、憲法第九條第一項で、ある態度をとることを定めた、その態度のことである。」とした上で、次のように結んでいる。

「第一項で戦争をしないとするのは、国際紛争解決の手段として戦争をしないとするのであるから、第二項で、第一項の戦争をしないという目的を達するために、戦力を保持しない、とする場合のその戦争が第一項で放棄せられている戦争、すなわち国際紛争解決の手段としての戦争であること、法規解釈の論理上当然である。ゆえに自衛手段としての戦争に用いるものものとしての軍備を有することは憲法上許される。」

佐々木は、このように、自衛のためであれば軍備を保有することが、第九條の下で許されることを明快に論じた。

朝鮮戦争が、対日平和条約締結の流れを速めたことは間違いない。戦争の継続を強硬に主張したのマッカーサーは解任され、慌ただしく日本を去っていった<sup>(34)</sup>。

## 5. 宮沢俊義の第九條解釈と自衛権ならびに日米安全保障条約

宮沢は、平和条約が発効して日本が主権と独立を回復してから3年余りを経た1955年9月に、『日本国憲法』を世に送った。その後23年を経て、1978年9月に、芦部信喜が補訂して『全訂 日本国憲法』が発刊された<sup>(35)</sup>。

宮沢はその『全訂 日本国憲法』において、第九條について詳細な解釈を試みているが、ここでは、第九條第一項の国際紛争を解決する手段としては戦争を放棄する文言の法的意味と第二項の前項の目的の法的意味を検討したい。

宮沢は、「国際紛争を解決する手段としては」放棄する、という意味については非常に争いがある<sup>(36)</sup>とした上で、あらゆる戦争を放棄するところまで行かなくてはならないとして、次のように述べている。

「憲法の前文に見られる徹底した平和主義や『平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した』などの言葉は、こういう解釈を要請する。」

宮沢はまた、「前項の目的」の意味については、争いがある<sup>(37)</sup>、とした上で、第一項全体の指導精神をさすとする説を支持し、次のように述べている<sup>(38)</sup>。

「本条第一項は、ひろく戦争を放棄する。しかし、戦争の放棄を実効的ならしめるには軍備の廃止が必要である。軍備が存する以上、いくら戦争を放棄すると定めても、實際上、戦争が起こる危険はすこぶる大きい(不戦条約で侵略戦争を放棄した国々のあいだに第二時世界大戦が起こったという事実は、このことを証明する)、軍備を全廃してしまえば、実際問題として、戦争はやりたくてもできなくなるはずである。そういう趣旨で、すなわち、本条第一項の戦争等の放棄という目的を実効ならしめるために、第二項で、戦力を否認しようというのが、第二項の

趣旨だと解すべきである。』

宮沢は、第九条と自衛権の関係については、次のように述べている<sup>(39)</sup>。

「はじめは、自衛権と自衛戦争が混同され、本条が自衛権をも放棄するものかどうか争われたとき、自衛権をも放棄するものだ、という見解も説かれた。しかし、自衛権は、本来国家が自国または自国民に対する急迫不正な侵害を除くためにやむを得ず行動する権利であり、その意味で、独立国家としては、放棄できないものと解される。したがって、自衛権そのものは、本条によって、なんらの影響を受けないと見るべきものであろう。続けて、次のように述べている<sup>(40)</sup>。

「自衛権の発動は、戦争や武力の行使という形をとることがある。本条が侵略戦争だけを放棄すると解すれば、自衛権の発動としての戦争—自衛戦争—は許されることになるが、本条がすべての戦争を放棄していると解するとすれば、自衛権の発動としての戦争も許されないことになる。すなわち、日本は、自衛権はもつが、その発動としても、戦争を行うことは許されず、自衛権は、戦力や武力の行使を伴わない方法によってのみ、発動を許されないことになる。』

宮沢は、このように戦力や武力の行使を伴わない自衛権があるかのように説いている。

しかし、国際法学者の横田喜三郎は、自衛権について次のように説明している<sup>(41)</sup>。「国家または国民に対して急迫または現実の不正な危害があった場合に、その国家が実力をもって防衛する行為である。その実力行為は、右の危害をさけるために、やむをえないものでなくてはならない。このような実力行為が自衛の行為であり、それを行う権利が自衛権である。』

横田が明快に述べているように、自衛権とは、現実の不正な危害がある場合に、その国家が実力をもって防衛する行為である。このような実力行為が自衛の行為であり、それを

行う権利が自衛権である。

急迫または現実の不正な危害があった場合に、その危害を排除するためには、武力を伴う実力以外に有効な手立てはないと考える。

法学は、観念の世界ではなく現実の世界において問題解決の手立てを考える学問であると考えられる。この見地からすると、宮沢の説く武力なき自衛権は、単なる観念の世界にだけ通用するものであり、国家に対する現実の危害に対して有効に対応すべき自衛権としては、まったく空疎で無力な自衛権であり、自衛権に値しないと考える。

朝鮮戦争において北朝鮮軍の侵攻を阻止し、ともかくも休戦へ導いたものは韓国軍と国連軍の武力であり、武力なき自衛権ではない。われわれは、この厳粛な歴史の教訓に学ばなければならないと思う。

佐々木惣一が、朝鮮戦争の現実を目の当たりにして、自衛のためであれば武力を保持できると説いたのは適切であったと考える。

自衛権は、日本国憲法固有の概念ではなく、国連憲章に規定されている国際的な概念であり、横田が述べてるように急迫または、不正な危害に対して、国家が実力をもって防衛する行為である。実力を行使する以外に危害を避ける有効な手段はないと考える。

宮沢の説く武力なき自衛権は、内容のない空疎な自衛権であり、日本国内ではともかくとして国際的にはまったく通用しないのではなかろうか。

砂川事件上告審判決において、裁判官石坂修一は、次のような補足意見を述べている。

「自衛権は、急迫不正の侵害に対しやむを得ざる場合、わが国自らこれを行使しうること当然であって、若しその行使が禁止せられて居るとするならば、自衛権を以て無内容となし、単なる画餅とするに外ならぬ。」<sup>(42)</sup>

宮沢の第九条解釈は、要するに、実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ることはないという絶対平和

主義<sup>(43)</sup>をもとにしたものであった。

しかし、戦後の国際社会は、国連憲章第2条3に記されているように、武力不行使の原則<sup>(44)</sup>を掲げる一方で、憲章の第51条は、加盟各国に対して武力攻撃が発生した場合には、個別的又は集団的自衛の固有の権利を容認している。

国連憲章第51条から明らかなように戦後の国際社会における武力不行使の原則は例外を許さない絶対的なものではない。

平和は、朝鮮戦争の経過がわれわれに教えているように、それが侵害された場合には、実力をもってその侵害を排除して平和の回復を図る以外に有効な手立てはない。これは朝鮮戦争がわれわれに示した歴史の教訓である。

戦力や武力を伴わない自衛権は、所詮、画餅にすぎず、空疎な自衛権であり、偽りの自衛権であると考ええる。

戦後の国際社会の平和主義は、国連憲章第2条3の国際紛争の平和的手段による解決と並んで第51条が定める加盟各国に認められた個別的又は集団的自衛の権利によって確保されることになっている。

この戦後の国際社会の基本的なルールを無視する独善的な宮沢の平和主義は、偽りの平和主義といってもよいのではあるまいか。

宮沢はまた、日米安全保障条約と第九条との関わりについて、次のように述べている<sup>(45)</sup>。

「外国の軍隊の日本駐留をみとめることは、本条に違反するか。これは、特に日米安全保障条約について問題とされたところである。

本条は、世界の平和が軍備によって保障されるという方式をとらず、軍備の全廃が世界平和の根底であるとする理想を狙うものであり、その見地から、日本国が軍備をもつことを否認しているが、さきにものべたように、日本以外のすべての国々が多かれ少なかれ軍備を有している現在の状態、したがってまた

世界の現在の段階における平和が、それらの軍備と全然無関係だといいきれない状態を無視していると見るべきではない。むしろ本条は、サンフランシスコ平和条約のいうように、国際連合による安全保障の方式をみとめているものであり、その意味で、日本の安全が多かれ少なかれ国際的な集団保障の方式により、さらにまた、そういう方式の完成に至る過度的措置として、外国軍隊の駐在により、保障される可能性を否認していると解するのは、良識に反する。したがって、アメリカの軍隊の駐在によって、日本の安全が保障されることが、政治的に見て、のぞましいかどうか、また賢明かどうか、は別として、それが憲法に反すると解する根拠は見出しにくい。」

これまで検討してきた宮沢の第九条解釈とその安保条約容認論には、根本的な矛盾があると考ええる。

宮沢は第九条の解釈について、自衛のための戦争は放棄されておらず、自衛の目的のための戦力の保持が許されるという学説が成り立つということ認識していた。

しかし、宮沢はその解釈を退け、自衛のための戦争と自衛のための戦力の保持のいずれも否定した。

その宮沢は、憲法九十八条第二項の解釈については「日本国憲法の承認している徹底した国際主義の立場から条約優位説をとることがおそらく正当とされよう。」<sup>(46)</sup>としている。

条約優位説をとるならば、日本に個別的自衛権と集団的自衛権を容認した平和条約第五条にしたがって、第九条を解釈すべきであったと考ええる。

しかし宮沢は、そうはしなかった。その一方で、宮沢は自己の第九条解釈によっては、日本の独立と安全が確保できないことを認識していたと考える。だからこそ宮沢は、日米安全保障条約を支持し米国の力によって日本の存立と安全を確保しようとした。その意味



で、宮沢の第九条解釈は日本の存立と安全をアメリカに全面的に依存しようとするものであり、宮沢はその第九条解釈のもとでは、アメリカの力を借りることなしには日本の安全と存立が危ういことを認識していた。このような宮沢の第九条解釈は、まさに日本国の滅亡にいたる憲法解釈であったと考える。

## 6. 集団的自衛権と日本政府の見解

平和条約の第五条によって、日本国が個別的又は集団的自衛の固有の権利を有することが承認されたにもかかわらず、日本国憲法のもとでは自衛権の行使は許されないとする見解が多く、憲法学者によって主張されているが、集団的自衛権についてこのような混乱を招いた原因については、日本政府にも少なからぬ責任があると考えられる。

1981（昭和56）5月29日付け政府答弁書は、次のように述べている<sup>(47)</sup>。

「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考えられる。

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、憲法第九条の下において許容されている自衛権の行使は、我が国を防衛するため必要最小限度の範囲にとどまるべきものと解しており、集団的自衛権を行使することは、その範囲をこえるものであって、憲法上許されないものと考えている。」

この政府答弁書には、平和条約の第五条に明記されている集団的自衛権についての言及がまったくない。

2015年6月4日の衆院憲法審査会において参考人として出席した3人の有識者全員が集団的自衛権の行使容認について「違憲」を表明した。与党と次世代の党が推薦した長谷部恭男早稲田大学教授は「憲法違反だ。従来の

政府見解の基本的な論理の枠内では説明がつかないと明言した、と報じられている<sup>(48)</sup>。

長谷部のこの発言は、上記の政府答弁書を指しているものと解される。しかし、政府答弁書は内閣法制局設置法第三条<sup>(49)</sup>「内閣法制局は、左に掲げる事務をつかさどる」に基づくもとづく内閣法制局の意見をもとにつくられるものであるが、政府の行為が法的な拘束力をもつのは、憲法第七十三條の六の政令が制定された場合であり、単なる政府答弁書には、法的な拘束力はないと解する。従って、違憲には当たらないと解する。

内閣法制局設置法第三条によれば、内閣法制局は、次ぎに掲げる事務をつかさどることになっている。

- 一 閣議に附される法律案、政令案及び条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること。
- 二 法律案及び政令案を立案し、内閣に上申すること。
- 三 法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各大臣に対し意見を述べること。
- 四 内外及び国際法制並びにその運用に関する調査研究を行うこと。
- 五 その他法制一般に関すること。

内閣の行為が法的な拘束力をもつのは、憲法第七十三條の六によって政令を制定した場合である。行政機関によって制定される法規を命令というが、内閣の制定する命令を政令という<sup>(50)</sup>。

この場合には、政令は憲法第八十一条により司法審査の対象として、その合法性、違法性が審査される。

しかし、内閣法制局設置法第三条の一から五に明記されているように、内閣法制局の職務は閣議に附される法律案、制令案及び条約案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上申すること等であ

る。

このように、内閣法制局の見解は、行政部の内部における参考意見であり、それ自体法的な拘束力を有するものではない。したがって、憲法問題に関する内閣法制局の見解の変更は、政治的な当、不当の問題にはなり得ても、法的な合法、違法の問題にはならないと考える。

したがって、集団的自衛に関する内閣の見解の変更は、立憲主義に反するものではないと考える。

## 7. おわりに

国連安全保障理事会のたび重なる決議に反して、北朝鮮は核開発とミサイルの発射を続けている<sup>(51)</sup>。

また、東シナ海では、わが国固有の領土である尖閣諸島周辺の領海が、中国の公船によって侵犯されるという事態がほぼ日常化している。

さらに、南シナ海では、中国が周辺のベトナムやフィリピンを無視した一方的な領土の拡張を進めていることが報じられている<sup>(52)</sup>。

北朝鮮と中国によるこのような行動が東アジアの平和とわが国の安全にとって深刻な問題であることは、改めて指摘するまでもない。

しかし、東アジアのこのような状況にもかかわらず憲法学は、憲法第九条の平和主義の原則ばかりを論じているのではなかろうか。

長谷部恭男は、1999年に発表した「平和主義の原理的考察」<sup>(53)</sup> 全国憲法研究会編『憲法問題 [10]』において、自衛のための何らかの実力組織を完全には否定しない穏和な平和主義を主張し、実力をもって国家を防衛することはいかなる場合にでも決して許されないとする憲法学の通説を絶対平和主義<sup>(54)</sup>として批判した。

その新鮮な現実感覚には、瞠目すべきものがあった。その長谷部は、2013年10月24日付けの新聞紙上で現在の国家は、「ポストモダ

ン国家へと変貌を遂げつつある」としたうえで、中国について次のように述べている<sup>(55)</sup>。

「異民族を含む自国民を合意によってではなく強権的に支配するプレモダンの〔帝国〕が日本の隣りにいることは、日本が時計の針を逆回転させて古典的国民国家として行動すべき理由にはならない（地球の裏側に出掛ける理由にもならない）。人口減少社会の日本でそんな政策を続けても、いずれ頭打ちである。時代錯誤の〔帝国〕の変化（できれば崩壊ではなく）を予期しそれに備え東アジアの未来をこそ構想すべきであろう。」

しかし、中国は、長谷部の期待とはまったく別の方向に進んでいるのではなかろうか。

「中国、言論の規制強化 天安門25年 ネットの摘発拡大」の大見出しの下に、朝日新聞は、次のように報じている<sup>(56)</sup>。

「中国公安当局は政治的な集会などへの取り締まりを強めるため、刑法の『故意に騒動を引き起こした罪』の解釈を拡大し、ネット空間を『公共の空間』として取り締まる方針に切り替えた模様だ。天安門事件から25年の節目が迫る中、著名弁護士らが摘発された事件でも新たな方針が適用されたとみられる。北京市公安当局は5月初旬、天安門事件をテーマにした私的な集會に参加したとして、著名な弁護士の浦志強氏ら5人を相次ぎ同罪で刑事拘留した。」

また、「南シナ海 中国軍備着々 防空識別圏 布石か 西沙ミサイル配備」の大見出しの下に、読売新聞は、次のように報じている<sup>(57)</sup>。

「【北京＝蒔田一彦】中国が南シナ海・パラセル（西沙）諸島に地対空ミサイルをを配備したことが分かった。中国が南シナ海での軍事力強化を着々と進めていることを裏付けるもので、近年最も挑発的な軍事行動と言える。南シナ海での防空識別圏（ADIZ）設置に向けた中国の布石との見方もある。」

さらに、2016年5月4日の東奥日報は、「南

シナ海仲裁 同調に警告 ASEAN 各国に中国人工島「完成まで続行」の見出しの下に次のように報じている<sup>(58)</sup>。

「【シンガポール共同】南シナ海問題でフィリピンがオランダ・ハーグの常設仲裁裁判所に申し立てた仲裁手続きについて、中国の劉振民外務次官が東南アジア諸国連合（ASEAN）や加盟国に対し、仲裁判断に同調することは『危険な動き』だと警告していたことが3日、分かった。ASEAN 外交筋が明らかにした。仲裁判断は早ければ今月にも出るものとの観測がある。中国側には、中国に不利な判断を ASEAN 各国が支持すれば、外交関係や経済活動に影響が及ぶとけん制する狙いがあるとみられる。中国が南沙（英語名 スプラトリー）諸島で行っている岩礁埋め立てや人工島造成について劉氏が『完成するまで続ける』と強調したことも判明した。」

常設仲裁裁判所は、1899年の第1回ハーグ平和会議で採択された国際紛争平和処理条約に基づき、1901年にオランダのハーグに設立された国際仲裁裁判所で現在も存続している<sup>(59)</sup>。

この歴史ある国際的な紛争処理機関の判断に従わないように関係の各国に圧力を加えようとする中国の行為は、大国の責任を放棄したものであると考える。

日本の安全にかかわる環境が深刻化しているにもかかわらず、憲法学者がこの問題に正面から向きあおうとしないことについてこれまで論じてきたが、若手の憲法学者にもこの傾向が見られることは、残念なことである。

木村草太は、社会学者大澤真幸との対談<sup>(60)</sup>で、大澤の「日本で集団的自衛権を行使することは、なぜ違憲になるのでしょうか。」の問いに対して、次ぎのように答えている<sup>(61)</sup>。

「みなさんご存知のとおり、日本国憲法は、九条一項で戦争と武力を放棄し、二項で戦力の不保持を定めています。細かい解釈論の違いはありますが、結論として一切の武力行使

を禁止しているというところでは、憲法解釈学説はほぼ一致しております。これを否定しているのは、ごくごく一部の特殊な信念をおもちの方々だけです。学説としては、争いのないところだと言えます。」

木村に従えば、佐々木惣一もごくごく一部の特殊な信念の持ち主ということになるのだろうか。

木村は、自己の学説と異なる学説を主張する者をごくごく一部の特殊な信念の持ち主ときめつけ、異説の存在を認めようとしない。この木村の発言は、自己の学説と異なる学説を主張する者を、ごくごく一部の特殊な信念の持ち主と決めつけ、あたかももノーマルな人間ではないようにみなしている。

このような木村の発言は、決して看過することができない重大な問題を孕んでいると考える。

何故なら、法の解釈とは「実践的な意欲作用であり、それは自由主義とか権威主義とかいう政治価値にもとづいて、そこに新たに定立せらるべき法内容を確定」する<sup>(62)</sup>ものだからである。

自己の説と異なる説を主張する者に対する木村の姿勢は、日本国憲法が保障する第十三条の個人の尊厳、第十九条の思想及び良心の自由、第二十一条の表現の自由、第二十三条の学問の自由等の基本原理に反しているのではなからうか。

このような木村の姿勢には「寛容」<sup>(63)</sup>さが欠けており、異説の存在を容認しない極めて危険なファッショ的なものを抱えていると思う。

木村は、その著書のタイトル『集団的自衛権はなぜ違憲なのか』<sup>(64)</sup>にあるように、集団的自衛権が違憲であることを当然の前提にして議論を進めているが、木村の著書には日本との平和条約第五条と日米安全保障条約の前文ならびに第五条に対する言及がまったくない。

平和条約の第五条と日米安全保障条約の前文ならびに第五条にもかかわらず「集団的自衛権はなぜ違憲なのか」、木村はまず、そこから論じるべきだったのではなかろうか。

木村は、集団的自衛権を違憲とする決定的な条文がある<sup>(65)</sup>として、憲法第七三条の一の法律を誠実に執行し、国務を総理することから七の「大赦、特赦、減刑、刑の執行の免除及び復権を決定すること」をあげたうえで、次のように述べている<sup>(66)</sup>。

「これは、内閣の権限として、具体的に何ができるかを示した条文ですが、注目していただきたいのは、[一般行政事務]の他に、[外交][条約締結]などの権限は明示されているけれども、[軍事]の規定はないという点です。」

しかし、憲法第五章 内閣の第六十六條第二項は、次のように定めている。

「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。」

文民とは、国家の軍事的・軍隊的組織において現に身分・職業としてその構成員たる地位にある者は文民ではないと解すべきである<sup>(67)</sup>とされ、この文民条項は、日本国憲法の下において、軍事的・軍隊的組織が許容されていることを当然の前提にしている。

これまで憲法第九条の下では集団的自衛権は認められないとする有力な憲法学者の言説を検討してきた。そこで明らかになったことは、日本に集団的自衛権を容認した日本国との平和条約への言及がまったくなかったということである。

思えば、戦後の憲法学を主導した宮沢の八月革命説とも憲法改正についてのふたつの論文は、いずれも占領下で発表されたものであった。

1951年9月の平和条約の締結と1952年4月の効力発効によって、日本は主権と独立を回復した。平和条約は、朝日新聞が報じたように、まさに戦後日本の「起点」となった。

しかし、憲法学は、平和条約の締結とその発効以前の段階で、思考停止の状態となり現在に至っていると考える。

注

- (1) 武力攻撃事態法改正案、自衛隊法改正案をはじめ11の法案から成っている。朝日新聞2015年5月15日 4面
- (2) 読売新聞2015年9月20日 9面
- (3) 朝日新聞2016年3月29日 1面
- (4) 朝日新聞2014年5月16日 2面
- (5) 日本経済新聞2015年6月5日 4面
- (6) 戦争法—この用語は街で目にする日本共産党の宣伝ポスターで使われている。社会の公器であるべき新聞が、その見出しに特定政党がその宣伝に使用している用語と同一のものをを使うことは、軽率にすぎると思う。安保関連法案の正式な名称は、新法が、国際平和支援法案、改正が、武力攻撃事態法改正案をはじめ10法、さらに、米軍行動関連措置法改正案をはじめ4つの法にも追加の措置がとられることになっている。毎日新聞 2015年5月15日 3面
- (7) 朝日新聞2015年6月5日 4面
- (8) 朝日新聞2015年7月11日 1面
- (9) 朝日新聞2015年5月6日 1面
- (10) 朝日新聞2015年7月11日 1面
- (11) 奥脇直也 岩崎雄司『国際条約集』837～838頁 有斐閣2015年
- (12) 朝日新聞 2016年2月20日
- (13) 前掲(1) 837頁
- (14) 前掲(1) 837～838頁
- (15) 前掲(1) 837頁
- (16) 宮沢俊義「日本国憲法生誕の法理」同『憲法思想』395頁 岩波書店1967年
- (17) 宮沢俊義「八月革命と国民民主主義」『世界文化』1946年 3月号 64～71頁
- (18) 宮沢俊義「憲法改正について」『改造』1946年 3月号 22～29頁
- (19) 芦部信喜『憲法制定権力』174頁 東京大学出版会 1983年
- (20) 宮沢俊義『公法の原理』136頁 有斐閣 1967年
- (21) 毎日新聞社『昭和思想史への証言』168～169頁

- 毎日新聞社 1968年
- 佐藤達夫はその著『日本国憲法成立史第二巻』927頁 有斐閣 1964年において、宮沢の「憲法改正について」に関連して、次のように述べている。「当時、日本の永久非武装にまで論及したものは、めずらしかったとっていい。」続けて「発表が『三月号』であるし、何かの事情でマッカーサー草案のことを知った上での記述かとも思われるが、この論稿の他の部分に『この稿の世に出る頃には、もう政府の改正案の内容も公にせられてゐることであろう』と書かれていることからいって、少なくともその執筆が、政府要綱の発表された三月六日前であることは推測できる。」
- (22) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫『日本国憲法制定の過程 I 原文と翻譯』26～303頁 有斐閣 1972年
- (23) 憲法調査会事務局『憲法制定の経過に関する小委員会報告書』報告書 318～321頁 1961年
- (24) 宮沢俊義『あたらし憲法のはなし』64頁 朝日新聞社 1947年
- (25) 五百旗頭真『戦争・占領・講和』432頁 中央公論社 2001年
- (26) ジョージ・ケナン『アメリカ外交50年』125頁 岩波現代文庫 2000年
- (27) 朝日新聞 1950年6月26日 1面
- (28) A・V・トルクノフ 下斗米伸夫・金成浩＝訳『朝鮮戦争の謎と真実』113頁 草思社 2001年
- (29) 前掲(25) 432頁
- (30) 神谷不二『朝鮮戦争』218頁 中公文庫 1990年
- (31) ドン・オーバードファー『二つのコリア』24～25頁 共同通信社 2002年
- (32) 前掲(31) 27頁
- (33) 朝日新聞 昭和26年1月21日
- (34) 袖井林二郎『マッカーサーの二千年』332～334頁 中央公論社 1976年
- (35) 宮沢俊義著 芦部信喜補訂『全訂 日本国憲法』日本評論社 1978年
- (36) 前掲(35) 164頁
- (37) 前掲(35) 166頁
- (38) 前掲(35) 166頁
- (39) 前掲(35) 177頁
- (40) 前掲(35) 177頁
- (41) 横田喜三郎『自衛権』45頁 有斐閣 1951年
- (42) 砂川事件上告審判決『判例時報』208号 21頁
- 一粒社 1959年
- (43) 長谷部恭男「平和主義の原理的考察」『憲法問題』10号 50頁 全国憲法研究会 三省堂 1999年
- (44) 前掲(43) 16頁
- (45) 前掲(35) 179～180頁
- (46) 前掲(35) 818頁
- (47) 大石眞「憲法9条の政府解釈」『法学教室』277号 11頁 有斐閣 2003年
- (48) 日本経済新聞2015年6月5日 4面
- (49) 内閣法制局設置法(昭和27年7月12日法律第252号)
- (50) 伊藤正巳『憲法』(第三版)671頁 弘文堂 1990年
- (51) 2016年3月3日 東奥日報夕刊 1面
- (52) 読売新聞2015年8月3日 3面
- (53) 前掲(43) 全国憲法研究会 三省堂 1999年
- (54) 前掲(43) 50頁
- (55) 日本経済新聞 2013年10月24日 24面 経済教室
- (56) 朝日新聞2014年6月2日 7面
- (57) 読売新聞2016年2月18日 7面
- (58) 東奥日報2016年5月4日 5面
- (59) 仲裁裁判所「1899年の第1回ハーグ平和会議で委託された国際紛争平和処理条約(1970年第2回ハーグ平和会議で修正)に基づき、1901年にオランダのハーグに設立された国際仲裁裁判所で、現在に至っている。」世界大百科事典 10 151～157頁 平凡社 2007年
- (60) 大澤真幸 木村草太『憲法の条件』NHK出版新書452 2015年
- (61) 前掲(60) 146頁
- (62) 宮沢俊義「法および法学と政治」『公法の原理』135頁 有斐閣 1967年
- (63) 井上達夫『リベラルのことは嫌いでも、リベリズムは嫌いにならないで下さい』19～20頁 毎日新聞出版 2015年
- (64) 木村草太『集団的自衛権はなぜ違憲なのか』晶文社 2015年
- (65) 前掲(64) 147頁
- (66) 前掲(64) 147～8頁
- (67) 小林孝輔・芹沢 齊＝編『基本法コンメンター』第四版 281頁 [渋谷秀樹] 日本評論社 1997年