

研究ノート 1

内閣法制局の憲法9条解釈

広島市立大学広島平和研究所講師

河上 暁弘

はじめに

内閣法制局¹の憲法解釈といえば、その憲法9条解釈を中心に、かつては左右両陣営からも「三百代言」などといった悪罵を浴びせられ、研究・分析の対象からも意図的に外されてきた観がある。しかし、近年、その解釈理論についての研究の進展が著しい。先行研究としては、まず、1996年に、内閣法制局の解釈論を「高度な政治学」「統治の知恵」のあり方として詳細な分析と紹介をした、中村明（元共同通信記者）の研究²があげられるが、そうした研究が公刊されて以来、内閣法制局のそれなりに一貫した解釈の体系性は、日本が過度に軍事化することにも歯止めをかけ、統治の安定性を保証したのものとして見直されることとなった。また、憲法学界においても、近年、浦田一郎³により詳細な研究が積み上げられてきている。そして、今日、現実政治の場面においても、集团的自衛権容認、日米同盟強化、さらには憲法改正、こうしたことに前のめりな姿勢を見せる政治家や外務・防衛官僚たちに対して、権力の内部から、解釈の一貫性と体系性といった正論をもってブレーキをかけているのも、この内閣法制局であることも見逃してはならないだろう。もちろん、だからこそ、今日、そういった勢力からは特に強い批判にさらされてもいるのである。

私自身、内閣法制局の憲法解釈（特に9条解釈）に賛成しているわけではない。しかし、たとえ批判をするにしても、この解釈が現実政治を動かしているという厳然たる事実、官僚にとって最も核心をつく批判は論理内在的な批判であることなどを踏まえれば、その解釈に批判的な論者も含めて、内閣法制局の憲法9条解釈の内容をよく理解しておく必要があることは間違いないであろう。本稿では、ごく簡単にはあるが、内閣法制局の憲法9条解釈の概要を紹介・整理し、若干の検討を試みたいと思う。

1. 内閣法制局の憲法9条解釈（自衛力合憲論）の概観

政府（内閣法制局）は、憲法9条⁴を次のように解釈している⁵。

(1) 自衛権

日本国憲法は、第9条に戦争放棄、戦力不保持、交戦権の否認に関する規定を置

いている。もとより、わが国が独立国である以上、この規定は、主権国家としての固有の自衛権を否定するものではない。政府は、このようにわが国の自衛権が否定されない以上、その行使を裏づける自衛のための必要最小限度の実力を保持することは、憲法上認められると解している。

(2) 保持し得る自衛力

わが国が憲法上保持できる自衛力は、自衛のための必要最小限度のものでなければならないと考えている。その具体的な限度は、その時々国際情勢、軍事技術の水準その他の諸条件により変わり得る相対的な面があり、毎年度の予算などの審議を通じて国民の代表者である国会において判断される。憲法第9条第2項で保持が禁止されている「戦力」にあたるか否かは、わが国が保持する全体の實力についての問題であって、自衛隊の個々の兵器の保有の可否は、それを保有することで、わが国の保持する實力の全体がこの限度を超えることとなるか否かにより決められる。しかし、個々の兵器のうちでも、性能上専ら相手国国土の壊滅的な破壊のためにのみ用いられる、いわゆる攻撃の兵器を保有することは、直ちに自衛のための必要最小限度の範囲を超えることとなるため、いかなる場合にも許されない。たとえば、大陸間弾道ミサイル（ICBM：Intercontinental Ballistic Missile）、長距離戦略爆撃機、攻撃型空母の保有は許されないと考えている。

(3) 自衛権発動の要件

自衛権の発動は、いわゆる自衛権発動の三要件、すなわち、「わが国に対する急迫不正の侵害があること」、「この場合にこれを排除するために他に適当な手段がないこと」、「必要最小限度の實力行使にとどまるべきこと」の3つに該当する場合に限られる。

(4) 自衛権を行使できる地理的範囲(海外派兵の禁止)

わが国が自衛権の行使としてわが国を防衛するため必要最小限度の實力を行使できる地理的範囲は、必ずしもわが国の領土、領海、領空に限られないが、それが具体的にどこまで及ぶかは、個々の状況に応じて異なるので、一概には言えない。しかし、武力行使の目的をもって武装した部隊を他国の領土、領海、領空に派遣するいわゆる海外派兵は、一般に自衛のための必要最小限度を超えるものであり、憲法上許されないと考えている。

(5) 集団的自衛権

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、實力をもって

阻止する権利を有するとされている。わが国は、主権国家である以上、国際法上、当然に集団的自衛権を有しているが、これを行って、わが国が直接攻撃されていないにもかかわらず他国に加えられた武力攻撃を実力で阻止することは、憲法第9条のもとで許容される実力の行使の範囲を超えるものであり、許されないと考えている。

(6) 交戦権

交戦権とは、戦いを交える権利という意味ではなく、交戦国が国際法上有する種々の権利の総称であって、相手国兵力の殺傷と破壊、相手国の領土の占領などの権能を含むものである。一方、自衛権の行使にあたっては、わが国を防衛するための必要最小限度の実力を行ってすることは当然のこととして認められており、たとえば、わが国が自衛権の行使として相手国兵力の殺傷と破壊を行う場合、外見上は同じ殺傷と破壊であっても、それは交戦権の行使とは別の観念のものである。ただし、相手国の領土の占領などは、自衛のための必要最小限度を超えるものと考えられるので、認められない。

2. 内閣法制局解釈と憲法学界の通説との共通性と相違性

(1) 「戦力」解釈の共通性と相違点

これまで見たように、現在の政府（内閣法制局）の憲法解釈は、9条2項では、侵略・自衛・制裁を問わずあらゆる「戦力」の保持を禁止しているが、国家には固有の自衛権があるので、その自衛権を実効あらしめるために、「自衛のための必要最小限の実力（自衛力）」の保持まで憲法は禁止していないと解釈するものであり、「自衛力合憲論」と呼ばれる。

この解釈は、侵略のみならず自衛のための「戦力」の保持も禁止されると解する点で、自衛のための戦力ならば保持しても合憲と解する「自衛戦力合憲論」とは異なる。この意味では、実は、憲法学界の通説⁶も政府（内閣法制局）の解釈も、自衛戦力も含めて「戦力」の保持を違憲と解する点で共通している。しかし、戦力に関して、前者は、警察力を超える実力（国内治安維持のための警察力を超える実力、外敵に対する実力的な戦闘行動を目的とする人的物的手段としての組織体）、後者は、自衛力（自衛権を裏づける、自衛のための必要最小限度の実力）を超える実力と解する点で違いがあり、そのため、自衛隊についても、前者は、戦力に該当し違憲、後者は、戦力に該当せず自衛力に該当するものと解し合憲の立場をとる（ただし、両者とも、集団的自衛権の行使や海外派兵などについては結論的には違憲の立場をとり、その結論は共通する）。

(2) 内閣法制局解釈への学界の評価

内閣法制局解釈のように、「戦力」は持てないが、国家自衛権に基づく自衛のための必要最小限の実力は戦力を超えない範囲で持てると解する立論に対しては、理論上、多様な批判が可能であろう。

そもそも国家の自衛権(憲法上の自衛権)を「もとより」「固有の権利」などとあたかも自明の権利ないし自然権であるかのように扱っている点にまず疑問がある。立憲主義の基本思考からは、(自然権たる国民の基本的権利とは異なり)国家の権利・権限はすべて憲法によって授権されてはじめて生じるものであり、自衛権(措置)ないし「国防高権(Wehrhoheit)」の授権規定を持たない日本国憲法の下では国家自衛権なるものは自明の権利としては主張できないはずではないかと思われるからである⁷。しかし、ここではその点はひとまず措き、仮に国家に自衛権があるとしても、自衛権があるから武装をしてもよいという考えはあまりに短絡的ではないだろうか。たとえば、われわれ国民も、正当防衛権はある。しかし、だからといって、鉄砲や刀剣など「自衛のための必要最小限の」武装を行ってもいいというわけではない。現に、日本には、銃刀法(銃砲刀剣類所持等取締法)があり、法が定めた例外(職務など)の場合以外は、「何人も……銃砲又は刀剣類を所持してはならない」と定めている(同法第3条)。政府解釈の論理からいえば、このような武装を禁止する法律自体が違憲無効ということなのであるか、不可解である⁸。

そして、ロジックの問題としても、そもそも政府解釈においては、戦力と自衛力の境界線が全く明かではなく、この立論は、「自衛力は戦力ではない。なぜならそれは自衛力を超えるもの(戦力)ではないからだ(自衛力は戦力ではないから戦力ではない、自衛力は自衛力だから自衛力だ)」という無意味な同語反復(トートロジー)に過ぎないという致命的な欠陥がある⁹。

さらに、いったいどの国が専ら「侵略」用の軍隊や「不必要過大な」な実力を持つというのだろうか。また、そもそも防衛費で見ても装備で見ても十分なる軍事・防衛大国の日本の自衛隊が「戦力」でないとすれば世界の大多数の国は「戦力」を持っていないことになってしまう。しかも、政府の解釈では、自衛力の範囲は国際情勢等とともに変わり得るとする融通無碍なものであり、「自衛のための必要最小限のもの」であれば、核兵器(1957年5月7日、参議院内閣委員会、岸信介首相答弁)も、細菌兵器(1978年3月24日衆議院外務委員会、福田赳夫首相答弁)も、保持できるとする。これでは、憲法の歯止めなどあって無きがごときものとなりかねない危険性を感じる。また、冷戦後を見ても、PKO協力法、周辺事態法などガイドライン関連法、武力攻撃事態法等の有事法制整備、テロ対策特措法、イラク特措法など、自衛隊の海外派遣などをめぐって、政府(内閣法制局)の憲法解釈は、学界の通説や非武装平和主義を明言していた憲法制定時の解釈から

逸脱する一方という印象も持つ¹⁰。これに対して、憲法解釈を変えることによって明文改憲と同様の効果を引き出しているとして、それは、時に、「解釈改憲」¹¹ではないかという批判が行われてきた。

しかし、他方で、戦後半世紀以上、憲法9条の規範力が全くなかったわけではない。政府自身も、憲法上の限界として、①徴兵制、②集団的自衛権の行使、③海外派兵を違憲とし、また政策原則として、①非核三原則、②武器輸出禁止三原則、③防衛費GNP 1%枠を採用してきたりもした。だからこそ、まがりなりにも戦後日本は、戦争に直接参加し自衛隊によって他国民を戦闘行動において殺害するという意味での直接的な加害者にはならないで来た。このことの意義は強調してもしすぎることはないだろう。そういうこともあって、先にも述べた通り、近年、内閣の憲法解釈をつかさどってきた内閣法制局の憲法解釈について、その厳密性や一貫性を評価したり、また詳細な検討が必要であるといった考えが学界においても台頭してきている。以下、整理・検討を加えたいと思う。

3. 内閣法制局解釈の基本原則とその検討

(1) 内閣法制局解釈の基本原則と合憲性審査の3つの基準

内閣法制局の憲法9条解釈は、憲法9条の下でも、「自衛のための必要最小限度の実力」は保持できるというものである。その際、内閣法制局がある国家行為が違憲か合憲かを判断する基準は、浦田一郎によれば、次の3つの基準であるとされる¹²。

第1は、「実力」に関わるものであるかどうかである。「実力」は憲法9条1項が規定する「武力」とほぼ同一視され、「武力」の問題でなければ9条の禁止行為の範囲外とされる(経済援助、基地の提供、後方支援など)。ただし、自国が武力行使をしなくても、その活動が、他国が行う「武力行使」と「一体」と解される場合には違憲とされうること(「一体化論」)もここで付言しておきたい(後述)。この第1基準は、基本的に、「手段の限定」を意味する¹³。

第2は、「実力」の問題であれば、「自衛のため」に該当するかどうかが問題となる。内閣法制局解釈においては、この「自衛のため」とは「わが国を防衛するため」と言い換えられることもあり、それは個別的自衛権を意味している¹⁴。そのため、国際法上合法とされている集団安全保障や集団的自衛権のためであっても武力行使・実力行使は違憲とされる。集団的自衛権の行使が違憲とされるのは、そもそも「自衛のため」ではない武力行使であるからであり、「必要最小限度」を超えるからというわけではない(後述)。

第3は、「自衛のため」とされた場合であっても、それが「必要最小限度」内に収まっているかどうかの問題となる。この「必要最小限度」を構成する中心的なルー

ルは、海外派兵の禁止、交戦権の否認、攻撃的武器の保有の禁止などである。海外派兵は、「武力行使の目的をもって武装した部隊を他国の領土、領海、領空に派遣する」と定義しているが、個別的自衛権の行使の範囲が「必ずしもわが国の領土、領海、領空に限られない」としている以上、集団安全保障や集団的自衛権行使以外の、「自衛のため」に（個別的自衛権行使として）海外（領土・領海・領空外）において自国の武力行使が行われることがあるが、それが「必要最小限度」内であるかどうかが審査される。内閣法制局解釈の基準においては、①「必ずしも」という言い方で、個別的自衛権の行使が日本の領域内に限られないことを結論的に認めてはいるが、それはあくまでも例外であることを示唆し、本来は日本の領域に限られることを前提とした言い方をしていること、②国内外を問わず、自衛権行使の三要件を充たさないものは許されず、だから「先制攻撃」のようなものはたとえ敵基地のミサイル基地をたたく場合であっても「必要最小限度」を超え許されないが、同三要件を充たしていれば許されるとし、むしろ同三要件を充たさない、その限界を超えた海外における武力行使目的の自衛隊の海外出動を「海外派兵」と呼んでいる（高辻正巳内閣法制局長官答弁1969年3月10日参議院予算委員会）、③自衛隊を「他国の領土、領海、領空に派遣すること」は、（仮に国際法上合法な行為であったとしても）「必要最小限度」にとどまらなければならないので、「ミサイルなどが発射されてまさに我が国が自滅しようとするときに、そのミサイル基地をたたくのは自衛の範囲に入る」が、「陸上自衛隊が敵の領土に入る場合」は、「自衛のため」であっても「必要最小限度」を超えるので許されない可能性が高いとしている（久保田卓也防衛庁防衛局長答弁1971年3月23日参議院予算委員会）。そのことを海外派兵は、「一般的に」許されないと表現しているのである¹⁵。その意味で、個別的自衛権も国際的に見れば相当限定された行使しか許されないとしていることが伺える。

なお、第2基準と第3基準は、それぞれ、「個別的自衛権への限定」と「個別的自衛権にたいする限定」ということになる¹⁶。

以上のような内閣法制局解釈の基本原則（とくに3つの基準）を踏まえた上で、以下、その解釈を具体的に見て行きたいと思う。この点に関して、中村明は、内閣法制局解釈の基本原則として、次の「6つの原則」¹⁷があることを指摘している。

①憲法9条の下で容認されるのは個別的自衛権だけであり、しかも必要最小限度に限られるという原則

②集団的自衛権の行使は憲法上容認されないという原則

③海外派兵は憲法上容認されないという原則

④自衛権発動の武力行使が容認されるのは「自衛権発動の三要件」の場合に限られるという原則

⑤PKO法などの「武器使用」は隊員と隊員の管理下に入った者の生命を防衛するために限られるという原則

⑥米国に対する後方支援であっても米国の武力行使と一体を成すような事業内容、活動内容は憲法上容認されないという原則

この整理は内閣法制局解釈を具体的に見る際には有益と思われるので、ここではこの枠組みを参照しつつ、以下、見てゆきたいと思う。

(2) 個別自衛権、必要最小限度の自衛力保持の容認

内閣法制局は、国際紛争解決の手段としての戦争を放棄し、戦力を保持せず、交戦権も認めない憲法9条は、「戦争という統治行為を奪っている」ものと解している。すなわち、戦争とは相手国を国際法上許されたあらゆる外的手段を使って屈服させるまで戦うものであり、交戦権（交戦国が持つ国際法上の諸権利であって、たとえば相手国兵力の殺傷破壊、相手国の占領、そこにおける占領行政、中立国の臨検、敵性船舶の拿捕、相手国の沿岸の封鎖など）も当然認められるが、これに対して、個別的自衛権の行使は、自己防衛目的だけで行使されるもので、相手国を攻めることもできないし、交戦権も行使することができないものとし、憲法9条の下では、後者（個別的自衛権の行使）のみが認められると解釈しているのである¹⁸。また、兵器についても、自衛のための必要最小限の実力の保持しか認められないので、性能上専ら相手国国土の壊滅的な破壊のためにのみ用いられる、いわゆる攻撃の兵器を保有することは、直ちに自衛のための必要最小限度の範囲を超えることとなるため、いかなる場合にも許されない。たとえば、大陸間弾道ミサイル（ICBM）、長距離戦略爆撃機、攻撃型空母の保有は許されないと解しているのである。

(3) 集団的自衛権行使の禁止

内閣法制局は、集団的自衛権¹⁹は、国際法上は「固有の権利」（国連憲章51条）として認められているものだが、だからといって国内法上も同様に権利として認められるかは別の問題であり（国際法上合法となる行為でも国内法上違法となる行為もある）、むしろ国内法上は憲法の制約を受けるということを前提とした上で²⁰、「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、わ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であると解しており、集団的自衛権を行使することは、その範囲を超えるものであって、憲法上許されない」ものと解している²¹。

また、内閣法制局においては、ただ憲法上行使できないというだけにとどまらず、そもそも、この集団的自衛権という概念自体が「自衛権概念の濫用」であるという疑念を持っているとされ、この点を、純粋法学で有名な法学者のハンス・ケ

ルゼンの説を引きながら、集団的自衛権を「自衛権概念に入れることはもともと無理」という考えを表明したこともある(1972年9月14日参議院決算委員会、吉国一郎内閣法制局長官答弁)²²。

これに関連して、内閣法制局は、集団的自衛権を「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」²³としているから、その結果、外国軍隊への基地提供や安保条約5条に見られるような自国の共同防衛(日本とアメリカ両国による日本国および自国の施政権内に存在する米軍への攻撃への共同対処)は個別的自衛権の行使ととらえ、また、米軍の「武力行使と一体化しない」後方支援(兵站支援)は、武力(実力)行使を行わないものなので、いずれも集団的自衛権の行使とはとらえておらず、違憲とは解していない。

(4) 海外派兵禁止の原則(国連軍参加も含む)

海外派兵については、稲葉誠一衆議院議員の質問主意書への答弁書(1980年10月28日)において、「従来、『いわゆる海外派兵とは、一般的に言えば、武力行使の目的をもって武装した部隊を他国の領土、領海、領空に派遣することである』と定義づけて説明されているが、このような海外派兵は、一般に自衛のための必要最小限度を超えるものであつて、憲法上許されないと考えている」が、他方、「これに対し、いわゆる海外派遣については、従来これを定義づけたことはないが、武力行使の目的をもたないで部隊を他国へ派遣することは、憲法上許されないわけではないと考えている」ともしている。

ただ、内閣法制局解釈においても、いわゆる「海外派兵」は認められないからといって、海外で武力行使を行うことが一切認められないわけではない。たとえば、自衛権発動の三要件に該当する場合は、海外において武力行使を行っても違憲ではないとしている点²⁴も注目すべきであろう。

また、海外派兵が憲法上禁止されていると解する条文上の根拠として、「海外派兵が憲法上どの条文によって禁じられていることになるかと申せば、第9条第1項の解釈と申しますか、第9条第1項の精神に従って憲法を考えれば、海外派兵のようなことは自衛の限度を越えて憲法上禁じられておるとというのが政府の従来の考え方でございます」という答弁(吉国一郎内閣法制局長官、1973年9月19日衆議院決算委員会)もあり、海外派兵が禁止される憲法条文上の根拠を9条1項に求めていることは、9条1項を侵略戦争のみの禁止規定とはとらえていないことが伺われて興味深い。

そして、海外派兵との関係で特に注目しておきたいのは、国連軍への参加であろう。一部に日本国が独自の立場から海外で武力行使を行うのは違憲だが、国連決議の下であれば、国権の発動でもなく、また国際紛争を解決する手段でもない

として合憲であるという議論もあるからである。この点に関して、内閣法制局は、たとえば、上にもあげた稲葉質問主意書への答弁書において、「いわゆる『国連軍』は、個々の事例によりその目的・任務が異なるので、それへの参加の可否を一律に論ずることはできないが、当該『国連軍』の目的・任務が武力行使を伴うものであれば、自衛隊がこれに参加することは憲法上許されないと考えている。これに対し、当該『国連軍』の目的・任務が武力行使を伴わないものであれば、自衛隊がこれに参加することは憲法上許されないわけではないが、現行自衛隊法上は自衛隊にそのような任務を与えていないので、これに参加することは許されないと考えている」と答えている。その後、湾岸戦争が起き、自衛隊の海外派遣をめぐる論争が起きた後も、内閣法制局は、基本的に、国連軍参加には「憲法上の問題が残る」という立場を崩さず来たと言っておく²⁵。

(5) 自衛権発動の三要件と集団的自衛権

内閣法制局は、既に見た通り、自衛のための武力行使が許されるための条件として、いわゆる「自衛権発動の三要件」(①我が国に対する急迫不正の侵害があること、②これを排除するために他の適当な手段がないこと、③必要最小限度の実力行使にとどまること)が満たされる場合に限られるとしている。

この自衛権発動の三要件と関連して興味深いのが、集団的自衛権が憲法上認められないとする根拠を、自衛権発動の三要件のうちの第一の要件を満たしていないからと答弁している点である²⁶。

この集団的自衛権の行使が憲法上認められないという点について、先に見た通り、内閣法制局見解のうち、「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、集団的自衛権を行使することは、その範囲を超えるもの」という部分をとらえて、ではその範囲を超えない集団的自衛権の行使というものがあるのではないかと、「範囲にとどまるべき」というのは数量的な概念を示しているのであり絶対にはだめだというわけではないから、論理的には、この範囲の中に入る集団的自衛権の行使というものが考えられるのではないかと、といった質問(安倍晋三衆議院議員)がなされることとなった。これに対して、秋山收内閣法制局長官は、「自衛権行使の第一要件、すなわち、我が国に対する武力攻撃が発生したことを満たしていないものでございます。したがって、従来、集団的自衛権について、自衛のための必要最小限度の範囲を超えるものという説明をしている局面がございまして、それはこの第一要件を満たしていないという趣旨で申し上げているものでございまして、お尋ねのような意味で、数量的な概念として申し上げているものではございません」(2004年1月26日衆議院予算委員会、秋山内閣法制局長官)と答弁し、集団的自衛権行使が合憲と解釈される余地を封じた答弁をし

ている点が注目される。

だから、繰り返しになるが、集団的自衛権の行使が内閣法制局解釈において違憲とされているのは、そもそも「自衛のため」ではない武力行使であるからであり、「必要最小限度」を超えるからというわけではないのである。

(6) 自衛隊海外派遣の際の「武器使用」の限界について

内閣法制局見解では、海外において、「武力の行使」は認められないが、生命を守るための「武器の使用」は認められるとする。この両者の区別等につき、「一般に、憲法第9条第1項の『武力行使』とは、我が国の物的・人的組織体による国際的な武力紛争の一環としての戦闘行為をいい、…『武器の使用』とは、火器、火薬類、刀剣類その他直接人を殺傷し、又は武力闘争の手段として物を破壊することを目的とする機械、器具、装置をその物の本来の用法に従って用いることをいうと解される」とした上で、「憲法第9条第1項の『武力の行使』は、『武器の使用』を含む實力の行使に係る概念であるが、『武器の使用』が、すべて同項の禁止する『武力の行使』に当たるとはいえない。例えば、自己又は自己と共に現場に所在する我が国要員の生命又は身体を防衛することは、いわば自己保存のための自然権的権利というべきものであるから、そのために必要な最小限の『武器の使用』は、憲法第9条第1項で禁止された『武力の行使』には当たらない」（政府統一見解「武器使用と武力の行使の関係について」1991年9月27日衆議院国際平和協力等に関する特別委員会）としている。あるいは、「応戦ということの意味でございませけれども、…武力の行使に当たるようなことはできません。そういうことを意味しての応戦でございましたら、これはできないと申し上げるべきことだと思います。それに対しまして、…いわゆる携行している武器で、危難を避けるために必要最小限度の、いわば正当防衛、緊急避難的な武器の使用ということであれば、これは事態によっては考えられないことはない。ただ、それはいわゆる応戦、通常言われるような意味におきます応戦というふうなものではございませんで、あくまでも護身、身を守りあるいは緊急に避難する、こういう限度において、言ってみれば、本来は回避すべきところでございませうけれどもそのいとまがないというふうなときに限定されて認められる、こういうふうに考えております」²⁷という答弁もある。海外での武器使用は、基本的には警察等と同様に、正当防衛や緊急避難の場合、「自己保存のための自然権的権利」のような限られた場合にしか認めないということである。

(7) 武力行使との「一体化」の禁止

内閣法制局は、米国に対する後方支援であっても米国の武力行使と一体を成すような事業内容、活動内容は憲法上容認されないとしている（「武力行使との非一

体化論)。

これは、武力行使目的による「海外派兵」は許されないが、武力行使目的ではない「海外派遣」は許されるというすでに見てきた解釈を前提とした上で、他国による武力の行使への「参加」に至らない「協力」(輸送、補給、医療等)については、当該他国による武力行使と一体になるようなものは自らも武力行使を行ったとの評価を受けるものであり、憲法上許されないが、一体とならないものは許されるとしている(1997年2月13日衆議院予算委員会、大森内閣法制局長官答弁)ことによるものである。また、他国による武力行使との一体化は、①戦闘活動が行われている、または行われようとしている地点と当該行動がなされる場所との地理的關係、②当該行動等の具体的内容、③他国の武力行使の任に当たる者との關係の密接性、④協力しようとする相手の活動の現況等の諸般の事情を勘案して、個々に判断される(同大森答弁)という一応の基準も示している。

ただ、こうした基準に沿っても、イラク支援特措法(2003年成立)に基づきイラク及びその周辺地域に自衛隊が派遣されたことにつき、2008年4月17日に名古屋高裁が、判決(判例時報2056号74頁)の中で、国の行為(自衛隊派遣等)が憲法9条1項に違反し違憲であることを認定したことは注目すべきことであろう²⁸。

おわりに

以上、内閣法制局の憲法9条解釈理論を見てきた。内閣法制局の解釈は、時の政権の政策に沿うように軍事力の保持やその運用を正当化する機能を果たしてきたが、逆にそれを抑制する機能も果たしてきたことが読み取れる。ここで再び、憲法学界の通説との比較を行うこととしたい。

学界の通説との比較において、この内閣法制局解釈の特徴を、青井美帆²⁹は、2つ挙げる。第1は、侵略のみならず自衛のための「戦力」の保持も禁止されると解する点にも見られるように、9条の文面に忠実な解釈を前提におく構造となっている(その点で学界の通説と共通性を持つ)点である。

第2は、この議論において自衛隊は、自衛のための防衛組織であり、軍とは一線を画したものであるという位置づけ(「軍の否定」)がなされることとなる点である。すなわち、「戦力」の保持に「当たらないもの」という消極的な自己定義を余儀なくされ、軍とは違うものとして積極的に自己定義しなければならなかったからである(具体例として、軍法および軍法会議の不在や国会承認のありようなどがあげられる)。

そもそも内閣法制局は、憲法制定時に、自衛のためであっても戦争や戦力保持は禁止されるとの見解を打ち出していた(当時は法制局)。その後、警察予備隊や保安隊、そして現在の自衛隊設立後もその見解を変えていないとしているので、

そもそも憲法9条の厳しい枠が自己拘束的にはめられているのである。

そして、こうした自己規制の効いた内閣法制局解釈を形成してきた（少なくともそれに強い影響を与えてきた）ものの存在として、忘れてはならないのが、学界等による憲法9条の非武装平和主義解釈とそれを支える市民等の運動³⁰、そして、それらを受けた国会における議員による政府追及や憲法裁判闘争の存在などである。

浦田一郎によると、内閣法制局の憲法解釈は、軍事力の正当化とその抑制の両面的役割を果たしてきたが、とくに後者(抑制)の方には、学界の非武装平和主義解釈を前提とし、それと結びついた市民の運動に規定されているとされる。たとえば、政府が、9条の戦争放棄・戦力の不保持・交戦権否認規定にもかかわらず、「この規定は、主権国家としての固有の自衛権を否定するものではない」と防衛白書に記述しているが、この記述自体が9条が自衛権を否定しているように見える可能性があることを前提としていること、すなわち「主権国家としての固有の」自衛権という憲法規定から説明されないものを持ち出される前の9条の条文それ自体は、自衛権を認めていない可能性があることを論理的に意味していることを指摘している。また、同様に、秋山収内閣法制局長官答弁（2004年1月26日衆議院予算委員会）に、「9条の文理に照らしますと、我が国による武力の行使は一切できないようにも読める憲法9条の下でもなお」個別的自衛権は禁止されない、というものがあがるが、この言い方はまさに憲法9条が「我が国による武力の行使は一切できないようにも読める」ということを認識しているのであって、内閣法制局解釈の基礎にも非武装平和主義解釈の存在があることが確認できていることは重要な指摘であるように思われる。

さらに、戦後日本では、平和運動が「護憲運動」の形をとり、かつ、その中でも注目すべきは、明文改憲の反対にとどまらず、現状の憲法違反をただす（質す、糾す、正す）運動として、安保・自衛隊の違憲性を鋭く問い続けた「憲法9条訴訟」（砂川・恵庭・長沼・百里訴訟など）が提起され、それを支える運動が長年にわたり繰り返されたことである。しかも、これらの訴訟において、多くの市民、弁護士、学者が参加し、「世論、弁論、理論の三論一体の平和的結集」（深瀬忠一）³¹が見られた。これらの訴訟では、政府側には、安保・自衛隊が憲法9条に照らしても違憲でないことを立証する責任が生じ、政府解釈に枠をはめる上で特に影響が大きかったのではないかとと思われる。

このように内閣法制局の憲法解釈は、学界の非武装平和主義解釈との対抗性を意識し、また緊張感を持ってつくりあげられてきたということを忘れてはならない。そして、「9条の条文があっても、非武装平和主義解釈とそれによる政府解釈の正当性に対する疑問が弱まると、それだけ政府解釈の軍事力抑制的役割が弱まると考えられる」³²という点の認識も今日もなお重要であるように思われる。

※本稿脱稿後、安倍晋三内閣は、2013年8月8日付で、新しい内閣法制局長官として、小松一郎氏を任命した。小松氏は、外務省出身で、駐フランス特命全権大使等を務めているが、内閣法制局勤務の経験はない。内閣法制局内において、内閣法制局第一部長を務めた者が、内閣法制次長を経て、長官となるというこれまでの慣例を破る異例の人事である。安倍首相は、集团的自衛権の行使を禁じているという憲法解釈を見直す考えを持った人物を政治任用によってわざわざ内閣法制局長官の座につけ、憲法解釈の見直しに積極的に乗り出そうとしているようであるが、この点に関し、これまで、憲法解釈・法制審査の専門家の立場から、内閣における憲法の番人ともいえる役割を担ってきた法制局長官を、集团的自衛権の行使を合憲としたいというだけの自らの政治的意図により、自分の意に沿う人物に変えるということが、憲法尊重擁護義務(憲法99条)を負う内閣の権限行使のあり方として問題はないか(しかも、小松氏は、国際法・条約の専門家ではあるが、憲法や法制実務の専門家では全くない)など、いろいろと疑問は尽きないところであるが、その点の考察は、機会があれば、後日、別稿をもって行いたいと思う。

注

- 1 内閣法制局は、1873年に太政官正院に置かれた法制課を起源とし、その後、フランスのコンセイユ・デタをモデルとして1885年に設置された法制局を前身とする。法制局は、1948年にいったん廃止され、内閣の直接支配から離れた法務庁が設置されたが、1952年講和条約発効後、内閣直属の機関として法制局が復活し、1962年に、現在の内閣法制局に改称された。戦前、法制局は、「内閣に隷する」機関とされ(1893年)、天皇の意思との一体感を表す「隷」を用いることにより、他の多くの付属機関とは異なり、天皇の意思に基づき法令案の審査等を行う「絶対的な存在」であると理解されてきたし、法律命令案の起草や審査、各省官制などの審査・立案等を行っていたことから、内閣法制局長官は、内閣書記官長(現在の内閣官房副長官に相当)とともに「内閣の両番頭」と言われた歴史を持つ。現在においても、「法律問題に関し内閣並びに内閣総理大臣及び各省大臣に対し意見を述べること」(内閣法制局設置法3条3号)、「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、および所要の修正を加えて、内閣に上申すること」(同法同条1号)等を任務とし、内閣において、法律問題に関する「意見」具申をつかさどり、また内閣の憲法についての最高有権解釈権者として扱われ、事実上、行政府の解釈全体を司る地位にあるとされる(中村後掲書第1章、浦田後掲書・16頁、西川伸一『知られざる官庁・内閣法制局』五月書房、2000年、第3、7章等、参照)。
- 2 中村明『戦後政治にゆれた憲法9条』中央経済社・1996年(初版)、中央経済社・2001年(第2版)、西海出版・2008年(第3版)。なお、以下、引用等はこの第3版より行うので「中村前掲書」とはこの第3版のことである。
- 3 浦田一郎『自衛力論の論理と歴史』日本評論社、2012年。
- 4 私自身の憲法9条の解釈については、河上暁弘『平和と市民自治の憲法理論』敬文堂、2012年、第3-4章、参照。
- 5 『防衛白書』平成24年度版・防衛省。
- 6 憲法学界における9条解釈学説は、たとえば、9条1項のみですべての戦争の放棄が規定されていると解する(「1項全面放棄説」)か、それとも1項は侵略戦争放棄規

定にとどまるが、2項の戦力不保持規定により結果的に侵略・自衛・制裁すべての戦争ができないと解する（「2項全面放棄説」）か、といった点などをはじめとした、様々な違いがあるものの、憲法9条の1項、2項をあわせ読めば、結論的には、すべての戦争・武力行使が禁止され、また、あらゆる戦力（あらゆる軍事力、すなわち国内治安維持のための警察力を超える実力、外敵に対する実力的な戦闘行動を目的とする人的物的手段としての組織体）の保持が禁止されていると解するのが圧倒的な多数説であり、また通説とされる（山内敏弘『平和憲法の理論』日本評論社、1992年、62-63頁等、参照）。

7 自衛権と立憲主義の関係について、とくに、古川純「自衛隊の違憲性と平和的生存権」大須賀明他編『憲法判例の研究』敬文堂・1982年、31頁以下、同「改憲論の動向と『自衛権』論の陥穽」いいたも他編『憲法読本』社会評論社・1993年、163頁以下、参照

8 諸個人が、鉄砲や刀剣類を所持することは、行きすぎた武装であって、「自衛のための必要最小限」を超えるから違法としているのだという論理もありうるかもしれない。それならば、そのように法律に明記すべきであろう。あるいは、その場合、「自衛のための必要最小限」を超えない武装とはいかなるものかも同時に示すべきであろう。

9 小林直樹「憲法第9条の総合的検討」法律時報臨時増刊『自衛隊裁判』1973年、30頁（同『平和憲法と共生60年』慈学社出版・2006年所収、143頁）。

この点は、長沼ナイキ訴訟の原告最終準備書面（第3章第2節2款）も、当該訴訟の被告であった国側の自衛力論に対して、次のように指摘する。

「被告の論理は、ある存在がBであるから、Aではないというにすぎず、しからばBがなぜ非Aといえるかについては何ら論証するところがない。そしてAについては何ら正面からその内容を明らかにすることなく、驚いたことに、Aは非Bであるから、BはAでないと主張するのである。これはすなわちBがなぜ非Aといえるかという問に対して、Bは非（非B）、すなわちBだからと答えるものであって、まさに問をもって問に答える、典型的な循環論である。」（前掲『自衛隊裁判』234頁）

10 浦田一郎は、政府の9条が禁止する「戦力」の解釈の変遷（①対外的実力→②近代戦争を遂行する対外的実力→③自衛力を超える対外的実力へ）の問題性について、次のようなたとえを用いてわかりやすく説明している。

「酒を飲みすぎて肝硬変になり、危うく死にそうになった人が、一旦『禁酒』と紙に書いて壁に張り出した。しばらく経ったら、禁止を誓ったあの『酒』は、『健康のための必要最小限を越えるアルコール』を意味すると定義し直した。ビールから飲み始めて、今はウイスキーにも手を出している。すっかりできあがってしまって、昔のことを忘れそうになっている。こんな根性では先は暗い。」（浦田一郎『現代の平和主義と立憲主義』日本評論社、1995年、10頁。）

11 「解釈改憲」とは、憲法制定手続き（憲法96条）に従って、憲法の条文を改正する「明文改憲」とは異なり、それは、「憲法の文言と論理を不可能なまでにゆがめることによって、憲法解釈の名において憲法改正によらなければ不可能なはずの状態をつくり出し、憲法とは本来両立しない違憲の政治を正当化しようとする政治の方法を意味する」（杉原泰雄『憲法Ⅱ』有斐閣、88頁）とされる。

12 浦田前掲『自衛力論の論理と歴史』ii、37-41頁等。

13 浦田上掲書・38頁。

14 浦田上掲書・14頁。

15 浦田上掲書・74-78頁。

16 浦田上掲書・38頁。

17 中村前掲書・346-361、395-425頁。

18 中村同上書・347-349頁。また、この点に関して、角田礼次郎内閣法制局第一部長の答弁（1973年9月18日参議院内閣委員会）として、「最近の国際法の考え方から申しますと、自衛のための武力行使は、従来のような伝統的な国際法上の戦争とは別であるという考え方ではないかと思えます。むしろわが憲法のもとにおいては伝統のないいわゆる戦争というようなものはできない、つまり自衛のための最小限度の武力行使、敵の侵略があった場合にそれを排除する意味の最小限度の武力行使しかできないわけですから、通常の意味の戦争というようなことはできないと思えます」、「私どもは自衛戦争はできないと思っておりますし、また、自衛戦争ということばをお使いになる方がどういう意味で使っているか確実には言えませんけれども、しかし、外にあらわれた形では、私どもは、たとえば一般に自衛戦争の場合にはおそらく国際法上の交戦権というようなものもできるでしょうし、それから、場合によっては相手国に対して相手国の領域に進んで兵力を派遣するという、いわゆる海外派兵もできるのだらうと思えます。しかし、われわれはそういうことはできないと言っているわけですから、そういうような意味で、海外派兵というような一つの例をとってみても明らかに外にあらわれた形において違った現象があると思えます」といったものがある。

19 集団的自衛権をめぐる日本の政治状況等の考察として、豊下楯彦『集団的自衛権』岩波新書、2007年、参照。

20 集団的自衛権は「固有の権利」とされているのに、憲法上行使できないとされているのは矛盾ではないかという質問に対して、大森政輔内閣法制局長官は、「要するにこの問題は、国際法上の問題と、そして憲法を頂点とする国内法上の問題点の一つの対立点といえますか、そういう対立点上に存在する問題でございまして、国際法上認められている集団的自衛権であっても、我が憲法がそれを制約する、制約を課しているんであるということでございますので、決して論理矛盾あるいは成り立たない考え方ということではさらさらないというふうに考えている次第でございまして」と答弁している（1996年4月17日参議院予算委員会、中村前掲書・241頁も参照）。また、「国家が国際法上、ある権利を有しているとしても、憲法その他の国内法によりその権利の行使を制限することはあり得ることでございまして、国際法上の義務を国内法において履行しない場合とは異なり、国際法と国内法との間の矛盾抵触の問題が生ずるわけではございませんで、法律論としては特段問題があることではございません」という秋山收内閣法制局長官の答弁（2004年1月26日衆議院予算委員会）もある。

21 答弁としては、角田礼次郎内閣法制局長官の「集団的自衛権につきましては、全然行使できないわけでございますから、ゼロでございます。ですから、持っていると言っても、それは結局国際法上独立の主権国家であるという意味しかないわけでございます。したがって、個別的自衛権と集団的自衛権との比較において、集団的自衛権は一切行使できないという意味においては、持っているようが持っていないが同じだということを申し上げたつもりでございます」、「私どもは、集団的自衛権を確かに持っている、そしてそれを行使できないのだという説明を理論的にはできると思えます。しかし、私どもの立場から見ますと、集団的自衛権というものは全く行使できないわけでございますから、それを国内法上持っていると言っても全く観念的な議論なんです。そういう意味において誤解を招くおそれがありますので、私どもは集団的自衛権は行使できない、それはあたかも持っていないと同じでございます。個別的自衛権の場合と同じように持っているけれども、行使の態様を制限されるものとは本質的にやや違うということを実は強調したいわけでございます」、「といった答弁（1981年6月3日衆議院法務委員会）もある。

- 22 中村前掲書・218-221頁。なお、この吉国答弁では、「たとえばケルゼンのような学者は、コレクティブ・セルフディフェンス・ライトというものについて、自衛権の観念に入れることは、もともと無理だというような説明をしている学者さえあることをつけ加えておきます」、としている。
- 23 なお、通常、国際法上、集団的自衛権には、①個別的自衛権の共同行使、②他国を防衛する権利、③他国に関わる自国のvital interest（死活的利益）を防衛する権利の3種類の理解の仕方があるとされ、①説は個別的自衛権とは別に集団的自衛権を考える意味があまりなく、また②説は侵略に対して集団的安全保障で対応するという国連憲章の基本的立場と抵触する恐れがあるとされ、③説が日本の国際法学界の通説とされている。しかし、内閣法制局の解釈において集団的自衛権はどちらかというところ、②説的なものによって解釈されており、そうしたものを否認しているに過ぎないとも言え、むしろ、①説的なものはすべて個別的自衛権に組み入れうるので内閣法制局解釈においては合憲と解釈され、また③説的なものさえも時には個別的自衛権に含まれるものとして合憲と解釈されかねない危険性を内包している。こうした集団的自衛権理解のずれについてはさらに検討の余地がある（浦田前掲書・125-127頁、参照）。
- 24 1969年4月8日提出の「答弁書」では、「かりに、海外における武力行動で、自衛権発動の三要件……に該当するものがあるとすれば、憲法上の理論としては、そのような行動をとることが許されないわけではないと考える」とある。
- 25 中村前掲書（第3版）・329頁以下、参照。なお、答弁としては、たとえば、工藤敦夫内閣法制局長官の次のような答弁（参議院予算委員会1990年10月22日）もあるが、やはり国連軍参加については、否定的なニュアンスが強いように思われる。
「国連の平和維持活動を行う従来のいわゆる国連軍と称されるものがございませぬ。これはさまざまな形態がございませぬので一概に言うわけにはまいりませぬが、その中で、その目的、任務が武力行使を伴うものであればこれに参加することが許されな、これも従来申し上げてきているところかと思ひます。そのような憲法9条あるいはそれに関連する事項の解釈なり適用、こういうものを積み重ねてきているわけがございませぬが、こういうものから推論いたしますと、任務が我が国を防衛するものとは言へないいわゆる、いわゆるというか、正規のと申しますか、そういう国連憲章上の国連軍に自衛隊を参加させること、これについては憲法上の問題が残る、こういうふうなことを申し上げたところでございませぬ。」（下線部1文字訂正の上引用）
- 26 中村前掲書・223-224、399-401頁。
- 27 工藤敦夫内閣法制局長官答弁、1990年10月30日国際連合平和協力に関する特別委員会、質問者は遠藤乙彦衆議院議員。
- 28 判決では、①イラクの状況が外国勢力である多国籍軍と「国に準ずる組織と認められる武装勢力」との「国際的な武力紛争」になっていること、②首都バグダッドはイラク特措法にいう「戦闘地域」に該当すること、③航空自衛隊の空輸活動は、多国籍軍の戦闘行為の必要不可欠な軍事上の後方支援を行うもので、少なくとも武装兵員を戦闘地域であるバグダッドへ空輸する行為は、「他国による武力行使と一体化した行動」であること、④それは「自らも武力行使を行ったとの評価を受けざるを得ない行動である」こと、⑤航空自衛隊の当該活動は、仮に内閣法制局解釈に則り、自衛隊そのものやイラク特措法を合憲のものとして解した場合でさえも、イラク特措法2条2項、3項に違反し、憲法9条1項に違反する活動を含むことなどを認定した。
- 29 青井美帆「9条・平和主義と自衛隊」安西文雄ほか著『憲法学の現代的論点』第2版、有斐閣・2009年、91頁以下参照。

- 30 浦田一郎「平和主義の展望」全国憲法問題研究会編『憲法改正問題』（法律時報臨時増刊）2005年5月10日、312-313頁。なお、政府の憲法解釈や憲法政策に平和運動（「戦後民主主義運動」）が与えた影響を強調するものとして、渡辺治『憲法9条と25条・その力と可能性』かもがわ出版・2009年、67頁以下、参照。
- 31 深瀬忠一「はしがき」深瀬忠一他編『恒久世界平和のために』勁草書房、1998年、14頁。
- 32 浦田前掲「平和主義の展望」313頁。