

# 集団的自衛権と憲法の変遷論

小林 宏 晨

はじめに…

- I. 国連憲章第五条…個別的・集団的自衛権
  - II. 個別的自衛権
  - III. 集団的自衛権
  - IV. 集団的自衛権の適用例…湾岸戦争…朝鮮戦争との比較において
  - V. 憲法の変遷論
  - VI. 日本国憲法に於ける集団的自衛権
- 結論と展望

はじめに..

筆者が集団的自衛権と取組んだ時期は、防衛研修所の西岡朗氏を座長とする一九八三年の「自衛権」に関する共同研究においてであった。その成果が一九八七年発刊の「自衛権再考」<sup>（知識社）</sup>であった。前記共同研究から凡そ三〇年を経て、ようやく集団的自衛権の適用問題が政治の日程に上り、しかも日本が国際法上この権利を有するのみか、憲法上もこの権利を適用できるとする閣議決定にまでも到達した。筆者にとって、この決定は極めて遅いとはいえ、まさに隔世の感がある。このテーマは将来に向けての理論的裏付けが不可欠である。

本稿は従って、再びこのテーマを検討の対象としたい。第一に、一般的に国連憲章第五条の個別的・集団的自衛権を、第二に、個別的自衛権を、第三に集団的自衛権を、第四に、集団的自衛権の適用例として、朝鮮戦争との比較に於ける湾岸戦争を、第五に、憲法の変遷論を、そして最後の第六に、日本国憲法に於ける集団的自衛権適用のあるべき位置付けについて検討したい。

## I. 国連憲章第五条.. 個別的・集団的自衛権

個別的・集団的自衛権についての検討に先立ち、国連の二つの原則について言及する必要がある。それは、諸国家間の「紛争の平和的解決義務」と「一般的武力禁止義務」である。

## 1. 国際紛争の平和的解決義務

国連憲章第二条第三項により、すべての加盟国は、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しなければならない。

## 2. 武力の一般的禁止義務

国連憲章第二条第四項により、その国際関係において、武力による威嚇、又は武力行使を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如何なる方法によるものも、慎まなければならない。

## 3. 武力の一般的禁止義務の例外

ところが武力の一般的禁止義務の例外として許容される武力行使は、一般国際法及び国連憲章第五条に基づく。つまり国連憲章第五条は以下の様に規定する。

「この憲章のいかなる規定も、国連加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置を採るまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない。この自衛権の行使に当たって加盟国が執った措置は、直ちに安全保障理事会に報告しなければならない。また、この措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持又は回復の為に必要と認める行動をいつでも採るこの憲章に基づく権能及び責任に対しては、いかなる影響も及ぼすものではない。」

前記国連憲章第五条規定につき若干の特徴について説明する必要がある。

その第一は、国連加盟国の個別的及び集団的自衛権が「固有の権利」(英文)<sup>③</sup>もしくは「自然権」(仏文)<sup>④</sup>と記述されている事実である。その意味するところは、全ての国連加盟諸国もしくは(国連加盟国でない)例えば、スイス、ヴァチカン市国、台湾)全ての主権国家は、適用可能な個別的・集団的正当防衛の自然権を有している事実である。

その第二は、個別的・集団的自衛権は、国連憲章第五条規定によって始めて創設されたものではなく、既に以前に一般国際法によって確立している事実である。つまり国連憲章第五条は、一般国際法によってすでに確立している権利を確認しているに過ぎない。そうでなければ、例えばスイスは、この権利を持たず、武力攻撃の対象となった場合でも、他国に支援を求める事さえできない事になる。台湾も同様の立場に置かれる事になる。

なおこれに加え、国連憲章第四二条による国連安保理事会の委託による国家の武力的平和回復活動、ならびに、国連憲章第五三条及び第一〇七条によるいわゆる「敵国条項」の問題が存在する。

しかし前者の国連委託の軍事行動(第四二条)については、未だ先例がない事、後者の「敵国条項」については、既に筆者が扱っている<sup>⑤</sup>ので、本稿では検討対象としない。

## II. 個別的自衛権

自衛権は、あくまでも武力攻撃を前提とする武力反撃の権利である。なお武力攻撃は、国家によるものと国家によらないものに分類される。前者は通常の形態であり、後者は、一定の国家領域から発せられるが、必ずしもその国家から発せられない（例えばテロ集団による）ものである。

### 1. 国家による武力攻撃に対応する自衛

自衛を正当化する武力攻撃には、戦争に至らないものと戦争そのものとに分けられる。これらへの対応としての自衛の形態は自ずと異なる。

#### 1) 戦争に至らない武力攻撃

戦争に至らない武力攻撃に対応する自衛の措置には凡そ二つの性格付けが行われる。第一は「限定的対応」(On-the-spot reaction)」、第二は「防衛的武力報復」(Defensive armed reprisals)」、第三は外国在住の自国民の保護である。<sup>(6)</sup>

#### i) 「限定的対応」(On-the-spot reaction)

相手国の限定的武力攻撃に対しては、自衛としての対応措置も限定的でなければならない。国家による自衛としての対応措置も国連憲章第五一条と慣習国際法によって規定される。この為の用例としては、国境に於ける小規模武力

紛争<sup>(7)</sup>ならびに国際海峡における艦船間の武力衝突<sup>(8)</sup>等が挙げられる。

自衛として正当化される限定的反応に対しては、三つの条件との調和が要求されている。それらの条件は、必要性 (Necessity)、比例適合性 (Proportionality) 及び即時性 (Immediacy) である。即時性は、限定的対応の本質に内在し、武力反応が惹き起こされる軍事攻撃と時間的に編み合わされている。従って、即時性と必要性の判断は、地方レベルの司令官に委ねられている。比例適合性の意味するところは、武力攻撃とこれに対する反撃の「規模」と「効果」が類似的でなければならぬ事である。過剰反応は、許容される限定的反応の範囲を超える事になる。

ii) 「防衛的武力報復」 (Defensive armed reprisals)

一般的に武力報復は、対象とされる国家の事前の不法行為がない場合には不法である様な対応措置を意味する<sup>(9)</sup>。結局武力報復は、戦争に至らない武力攻撃を前提とした限定的反応形態による自衛の措置である<sup>(10)</sup>。

国際法は、明らかに学術論文ではなく主に諸国家の実践の中で創設される。現代国際法の中で諸国が報復の権利遂行が許されない事が理論的レベルで明白であつても、その事実は寧ろ法的分析への理論的接近への不信に導く<sup>(11)</sup>。

国連憲章発効以来、関係政治家達が「報復」という用語の使用を回避したにもかかわらず、国連安保理の常任理事国を含めて、多くの諸国によって、防衛的武力報復が遂行された記録がある。一例を挙げるならば、一九八六年 (アメリカ人二名の死と多くの他の人々の傷害を発生させた) リビア政府の支援によるテロ攻撃への対応としてアメリカ政府

は、自衛権の行使として、リビアの複数の目標に対する空爆を遂行した<sup>12</sup>。しかし実質的には、この空爆は防衛的武力報復行為と見做される<sup>13</sup>。

国連安保理が数回にわたって武力報復を「国連の諸目標と諸原則に相容れない」として非難した事は事実である<sup>14</sup>。しかしこれらの諸決定の詳細な検討は、安保理事会が徐々に、「合理的」報復の部分的受け入れに動き出している事実を示している<sup>15</sup>。この進展は、理論と実践に於けるある賛同を見出している<sup>16</sup>。

### iii) 外国在住の自国民の保護

A国の領土内におけるB国民に対する武力行使は、多くの専門家の中で、B国に対する武力攻撃と見做される。この場合、B国が適用する強制対応措置は、自衛措置と位置付けられる。その為の三条件は、既に指摘したように、必要性、比例適合性及び即時性である<sup>17</sup>。

ハンフリー・（ワルドック）卿は、外国在住の自国民保護のより良いコンテキストに合致する異なった表現を提示している。第一に、自国民傷害の急迫的脅威の存在、第二に、自国民を保護する領土主権者側の失敗あるいは不能、第三に、障害から自国民を護る目的に厳格に限定された保護措置がこれである<sup>18</sup>。

国際的実践は、ある国が自国民を保護あるいは救済する為に他の領土で武力を行使し、これを自衛と訴える事件に満ちている<sup>19</sup>。二三の用例を挙げよう。

\*一九六四年自国民の救出を目的とするコンゴでのベルギー・アメリカ共同作戦。<sup>(20)</sup>

\*より疑問のあるケースは、一九六五年自国民保護を目的とするドミニカ共和国に対するアメリカ軍の上陸。<sup>(21)</sup>

\*対立的論議のケースは、一九八三年アメリカ軍の対グレナダ作戦であった。アメリカ政府は、グレナダのカオス的狀況に鑑みて、一千人に及ぶ（その大部分は医学生）自国民の保護を根拠とした。<sup>(22)</sup>

この作戦をハンフリー卿の条件と一致させることは極めて困難である。問題視された中心事項はアメリカ市民の避難完了後グレナダ占領が数カ月続いた事実であった。<sup>(23)</sup> 比例適合性の原則は、この種の如何なる侵害も当事国の主権への最小の侵害を以て可能な限り早期に終結する事を要求している。<sup>(24)</sup>

\*ハンフリー卿がリストアップした三つの条件を充足した最も明白な用例は、一九七六年のエンテベ空港における救出作戦であった。<sup>(25)</sup> この作戦は、テロリストによってハイジャックされ、イディ・アミンの支配下のウガンダ政権の了承の下に、人質として留めおかれたフランス航空機内のイスラエル人及び他のユダヤ系旅客の救出に成功した。<sup>(26)</sup> たとえ外国滞在の自国民の武力救出が自衛権の行使として無条件には承認され得ないとしても、デインシユタインによれば、エンテベ空港襲撃の正当化に供せられる以下の一連の特徴が存在する。

(a) テロリスト達がウガンダをその作戦の通常基地として利用しなかったが、ウガンダ政府は、人質の留め置きに

直接関与したと看做された。B国国籍者がA国政府側の共謀無しに攻撃されるA国における内乱のケースと、A国政府の承認を伴ったB国国籍者に対する行動とは区別されなければならない。

テロリストの人質のエンテベタイプの救出ミッションは、関係国（ウガンダ政府）がテロリストと協力している場合、自衛行為として正当化される。しかし、ウガンダ政府側の正式の瑕疵が見出され得ない場合には、外国からの軍事作戦は、関係政府との事前の合意が必要と見做されている。<sup>(27)</sup>

(b) 人質達は、その母国に対する政治行動の一部として捕えられた。人質への攻撃は、その所属政府への攻撃と看做された。<sup>(28)</sup>

(c) イスラエル国籍者達は自発的にウガンダ（エンテベ空港）に行ったのではなく、その意思に反して、国際法（の対人主権）に違反して連れて行かれた。<sup>(29)</sup>

(d) エンテベ急襲は、外科手術的軍事攻撃の典型であり、他の種類の大きかりな軍事干渉（例えばグレナダ）と比べられる。数カ月に及ぶ占領を伴った対グレナダ作戦と異なり、エンテベ作戦は、極めて短い救出作戦（*hit-out operation*）に終始した。<sup>(30)</sup>

結論として、イスラエル軍によるエンテベ空港の救出作戦は、国連憲章第五条によるイスラエルの自衛の軍事対

応措置と見做される<sup>(31)</sup>。

なおこの救出作戦により、非イスラエル国籍者も救出された事実は、イスラエルの軍事作戦の合法性に疑念を呈する理由とはならない。この事実は寧ろ主要軍事作戦の副産物と見做されよう<sup>(32)</sup>。

## 2) 戦争

自衛行為としての戦争は、武力攻撃への対応における対抗措置の包括的適用を意味している。戦争が正当な措置であり得る事を把握する事は時には困難である。しかしながら、ある状況下において自衛権が戦争に訴える権利である事は疑いがない<sup>(33)</sup>。換言するならば、自衛の強制行為が戦争と言う結果と成り得るのだ。自衛の戦争のコンテキストの中で生じる顕著な問題は、必要性、比例適合性及び即時性の三条件の作戦に関わっている。

### i. 必要性

自衛の戦争が包括的進入によって引き起こされる場合、必要性の事項は通常無意味となる。個別的武力行使に続いて戦争が開始される場合、必要性が議論の対象となる。自衛する国家は、全面的敵対行為を開始する前に、紛争の合理的解決への到達が友好的方法で可能であるかについての確認義務を有する<sup>(34)</sup>。

### ii. 比例適合性

比例適合性の条件は、自衛戦争のコンテキストに於いて、特別の意味を持つ。限定的対応あるいは防衛的武力報復

が関わる場合、比例適合性は不法な武力と合法的な反撃間の「規模と効果」に於ける相似性あるいは近似性に視点を当てる。そこでは攻撃的武力と反撃的武力の量、発生する傷害の事後比較が重要である。この種の比較は、戦闘の開始から最後の戦闘までの全体比較である。

この意味における比例適合性は限定的対応と防衛的報復の為の適合にも拘らず、自衛戦争の正当性の調査には適合しない。一度戦争状態が発生すれば、戦争前の比例適合性の条件にも拘らず、自衛力の行使は、敵軍のせん滅を目指す。つまり戦争状態では、戦争に至るまでの比例適合性の原則が外される。

自衛戦争への比例適合性原則の適用可能性のより良い理解は、核兵器の先行利用の法的分析によって容易にされよう。一九九六年の「核兵器の威嚇あるいは使用の合法性」に関する（一一対三の）勧告意見の中で国際司法裁判所は、以下の様に述べた。

「慣習国際法においても条約国際法においても、核兵器それ自体の威嚇と使用の包括的かつ一般的禁止は存在しない。<sup>(35)</sup>」

更に国際司法裁判所は、核兵器の使用が、一般国際人道法、とりわけ二つの主要原理、i. 戦闘員（あるいは軍事目標）及び非戦闘員（あるいは民間目標）の区別、ならびに ii. 戦闘員に対する不必要な苦しみの禁止に照らして、違法であるか否かの問題と取組む。<sup>(36)</sup>

核兵器のユニークな性格に鑑みて、裁判所は、この使用がこのような要求の尊重との一致は極めて困難であると考

える。それにかかわらず裁判所は、このような使用が「あらゆる状況下の軍事紛争における適用可能な諸原理や法の支配と必然的に相容れない」との結論付けを決定的に拒否した。<sup>(37)</sup>

裁判所の多数（七対七）裁判長の賛成）は、「国家の存続がかかっている自衛の極限状況下において」核兵器に頼る可能性を拒否しなかった。<sup>(38)</sup>

更に裁判所は、その存続がかかっている自衛国家が通常兵器のみに限定している侵略国家に対して核兵器に訴える事が出来ると結論付ける。換言するならば、その存続が脅威にさらされている自衛国家は、侵略者の兵器との比例不適合にも拘らず、大量破壊兵器を使用できる。裁判所は特別に以下の見解を採る。

「比例適合原理は、それ自体あらゆる状況下における自衛に於いて、核兵器の使用を排除するものではない。<sup>(39)</sup>」

当然の事に、核兵器（及び他の兵器）の標的の選択は、一般国際人道法の規定と一致しなければならない。<sup>(40)</sup>

結論として、戦争状態が発生すると共に、戦争状態に至る前の軍事攻撃とそれへの対応に於いて適用された比例適合性の原理は外される事になる。

### iii. 即時性

自衛戦争は原則的に、相手の個別的武力攻撃後、長い時間を経た後に遂行されてはならない。とは言っても、この原則には二つの条件が付されている。

第一に、自衛戦争は、武力攻撃後数分でも又数日後でも可能ではない。攻撃対象となっている国家は、平和から戦争へのシフトが即時には不可能である。前線の司令官と参謀本部との通信、しかも民主国家では、政府と議会との調整に応分の時間が必要である。

第二に、このような状況下において、武力攻撃と自衛戦争間の間隙が長くとも、この遅延は状況によって正当化される。その間に、紛争の平和的解決が試みられれば、攻撃対象となった国家にとつてはさらに有利に作用する<sup>(41)</sup>。後に取り上げる予定の「湾岸戦争」では、イラクの対クエート武力攻撃開始後、対イラク軍事作戦が開始されるまで、ほぼ半年を要した。その間に、国連内部で多くの平和的解決の試みがなされた。

自衛権を行使する国家の軍事作戦の正当な遅れの用例としては、更にイギリスとアルゼンチン間のフォークランド紛争（一九八二年）が挙げられる<sup>(42)</sup>。

なおA国領土内からのテロ集団によるB国への軍事攻撃に対する反撃の権利、（自衛権）については本稿では扱わず別の機会に扱う事にする。

### Ⅲ・集団的自衛権

国連憲章第五一条に規定される集団的自衛の用語の把握は容易ではない。この規定の詳細な検討は単なる二分類以上のものが関わっている事実を示している。

## 1. 集団的自衛の意味

従ってディンシュタインは、自衛の四つの分類を提案する…つまり、

- i. 個別的に行使される個別的自衛、
- ii. 集団的に行使される個別的自衛、
- iii. 個別的に行使される集団的自衛、
- iv. 集団的に行使される集団的自衛、<sup>(43)</sup>がこれである。以下前記の分類に従って検討したい。

### i. 個別的に行使される個別的自衛

第一の範疇は、最も直接的な遂行を示している。つまり、A国がB国に対し武力攻撃を行い、これに対しB国が自衛の武力反撃を行う事である。これは一対一の遭遇であり、個別的に適用される個別的自衛権である。

### ii. 集団的に行使される個別的自衛

第二の範疇は、同一侵略国 (A国) による複数の諸国 (B、C、D国) に対する、同時か、あるいは逐次の武力攻撃に対する集団的反應に関わる。B国及びC国は、A国に対しそれぞれ個別的自衛措置を行使できる。B国及びC国は、例えばその歴史的対立関係からして、相互の協働行為への意欲がない場合、個別的に自衛措置を講ずる事になる。

しかしながら、大がかりな武力攻撃が進行し、これに対応せざるを得ない場合、B、C両国は、過去の対立を忘れ、「敵の敵は味方」の原則に従い、軍事連合を形成し、個別的自衛を集団的に行使する事になる。連合の真髄は、そのメンバー諸国がその自衛の集合した諸権利を有効化せしめることにより、共同で行動するところにある。つまり国連

憲章第五一条に規定される「集団的自衛」は、『集団的に行われる個別的自衛の複合の行為に他ならない。』<sup>(44)</sup>

### iii. 個別的に行使される集団的自衛

集団的自衛は、別の意味を有する。A国は、B国に対し武力攻撃を仕掛け、これに対し、C国は、A国の武力攻撃の対象となっていないにもかかわらず、B国を救済する為にA国への武力反撃を行う。国連憲章第五一条は、疑いもなく、原則的に武力攻撃を受けた国の武力救済を国連加盟国に許している。慣習一般国際法もその例外ではない。

例えば、日本の軍艦、飛行機、領土もしくは外国で日本国民が武力攻撃の対象となった場合に、アメリカが武力によつて、攻撃国に対応する場合、あるいはアメリカの軍艦、飛行機、領土もしくは外国でのアメリカ国民が武力攻撃の対象となった場合に、日本が武力によつて、攻撃国に対応する場合、個別的に行使される集団的自衛となる。(憲法問題の検討は後の部分に譲る！)

これには当然の事に、地域もしくは対象の事前限定を行う事が可能である。

### iv. 集団的に行使される集団的自衛

第四の範疇は、集団的に遂行される集団的自衛である。二カ国あるいはそれ以上の国々(C国、D国、E国)がA国の武力攻撃の犠牲国(B国)の支援を共同で行うケースがこれである。問題は分析的観点からして、いったい武力攻撃の対象となっていなかったC国によつて単独あるいは他の諸国(D国及びE国)と協働でB国の為に遂行された武力行使が適切に「自衛」と見做され得るか否かである。時にはこの構想に反対が提示されている。<sup>(45)</sup>しかしこの種の諸

国家集団の集団的自衛の存在を否定する説得的理由は存在しない<sup>(46)</sup>。B国の安全と独立がC、D国の安全と独立にとって重要と見做される場合、A国の武力攻撃の排除を目的とするC国等によるB国への武力支援は、C国等の自衛措置と見做され得る<sup>(47)</sup>。

結論として言い得る事は、国連内部における集団安全保障システムが有効でない限り、集団的自衛が武力攻撃に対する唯一の保障を創設している<sup>(47a)</sup>。

## 2. 集団的自衛の現象形態

集団的自衛は武力攻撃への無計画な対応として自然発生的に行使されるか、あるいは潜在的武力攻撃に配慮した事前合意に基づいて計画的に行使される。法的にはこれらの双方が可能である。

前者の用例としては、クエートに対するイラクの武力攻撃に対して国連安保理事会の承認を得たアメリカ主導の軍事連合作戦が、後者の用例としては、北大西洋条約機構（NATO）と今は無きワルシャワ条約機構が挙げられる。

## 3. 集団的自衛の法源

一九八六年のニカラガケースで国際司法裁判所は集団的自衛権が国連憲章第五条においてばかりか、慣習国際法においても確立していると述べた<sup>(48)</sup>。

しかもそこでは小田判事が正当にも、その反対意見の中で、集団的自衛権が国連憲章以前の慣習の中で「固有の権

利」(仏語 *droit naturel* ≡ 自然権)であるとの構想を十分に評価されていないと批判している。<sup>(49)</sup>

筆者の観点からしても、集団的自衛権は、個別的自衛権と異なって国連憲章第五条によって初めて創設されたものではなく、既に国連憲章以前に確立していた主権国家の自然権(固有の権利)が、憲章第五条によって確認されずに過ぎないのだ。

この為の説得的用例はパリ不戦条約(一九二八年)前文で確認される。曰く、

「その相互関係における一切の変更は、平和的手段によりてのみこれを求むべく、又平和的にして秩序ある手続きの結果たるべきこと、及び今後戦争に訴えて国家の利益を増進せんとする署名国は、本条約の供与する利益を拒否せらるべきものなることを確信し…」

前記の前文の意味するところは、この条約署名国がひとたび他の条約署名国に武力攻撃を開始した途端に、他の全ての条約署名国に、個別的であれ、あるいは集団的であれ、条約違反国に対する武力行使の権利が発生することになる。

しかしながら、集団的自衛権は、国連以前の慣習国際法にまで遡及され得るか否かに関わり無く、なかんずく国際慣習法の統合要素を構成している事実<sup>(50)</sup>に疑いをさしはさむ事は出来ない。従って、国際連合加盟国でない主権国家も加盟諸国と同様に、集団的自衛権を行使できるし、又同時にこの権利からする利益を共有できる。

#### 4. 条約にみられる集団的自衛

将来の武力攻撃に先駆けて、諸国は、一定形式の条約を締結できる。その為に主要な三範疇は、i. 相互支援協定、

ii. 軍事同盟あるいは、iii. 保障協定、である。なお前二者は、中立国には開かれていない。しかも中立国は場合によつては保障協定の享有者にはなり得るが、保障者そのものにはなり得ない。何故なら、永世中立は、戦争事態における当事国の義務付けと相容れないからだ。<sup>(51)</sup>

i. 相互支援協定

相互支援協定は、協定当事諸国が当時諸国の一国への軍事攻撃を当事諸国全体への攻撃と看做す、この状況下において相互支援を行う事を宣言する構想である。相互支援協定は、二国間的でも、多国間的でもあり得る。一九五三年の米韓がその用例とされる。<sup>(52)</sup>

相互支援協定では、これを欠点と看做すか否かはともかくとして、現実に原則として関係国が、この協定が締結された過去よりも行動を起こす時点で、自らの行動が自国の重大な利益に関わっていると判断した場合のみ武力対象国の支援の為に武力支援を行っている。これに対し、A国がB国に対し武力攻撃を行った場合、C国は、B国との相互支援協定がない場合でも、自国の重大利益に関わる場合、B国が反対しない限り（あるいは国際司法裁判所の見解によれば、B国の要請がある場合<sup>(52a)</sup>）、B国の支援に駆けつける事ができる。

この種の相互支援協定は、法的保障を提供するよりは、寧ろ当事諸国の友好諸国に対しても、あるいは対立諸国に対しても、協定文書の政治的領域における意思表示の効果を狙っているのである。

相互支援協定の典型的歴史的用例は、一九三九年の英国・ポーランド相互支援協定である。<sup>(53)</sup> 両国間の協定は一九三九年八月二五日に締結、ナチスドイツの対ポーランド侵攻が九月一日に開始され、イギリスの対ドイツ戦争宣言が九月三日になされ、これが第二次世界大戦の勃発となった。十日以内の出来事であった。

## ii. 軍事同盟

相互支援領域における現実の実践上の問題は、事前調整に欠ける場合、たとえ集団的自衛措置への政治決定が行われたとしても、主権国家のそれぞれの軍にとって侵略者に対する統一的行為は極めて困難である事実である。この事実こそが平時軍事同盟を相互支援取決めの根拠としているのだ。

この種の同盟は、古来からの格言「平和を望むなら戦争に備えよ (si vis pacem, para bellum)」によって動機づけられている。軍事同盟は、武力攻撃の場合に於ける相互支援の為の抽象的関与を越え、しかも当事諸国は、将来の武力攻撃の懸念に導かれ、自らの共同防衛権の準備を開始するのである。これには、例えば、共同軍事参謀本部、兵器運用の統一化、共同軍事演習、政治・軍事情報データの交換等々が含まれる。

確かに、武力攻撃の対象となった同盟国の支援において、武力対応（そして最終的には戦争）を行うか否かの政治決定は、それぞれの同盟国政府に留保されている。<sup>(54)</sup> しかし統合軍事参謀本部の設置は、個々の同盟諸国の決定の自由を大幅に制限する。<sup>(55)</sup>

iii. 保障協定

この事項については本稿では検討対象としない。

5. 集団的自衛の法的制限

1) 国連憲章の優先

現在では武力攻撃は国連憲章違反とされている。しかも国連憲章第一〇三条は、「国際連合加盟国のこの憲章に基づく義務と他のいずれかの国際協定に基づく義務とが抵触するときは、この憲章に基づく義務が優先する。」と規定する。<sup>56)</sup>

国連憲章第一〇三条の解釈について争いがないわけではないが、国連憲章からする義務の優先的地位そのものについては争いがない。従って国連憲章がNATO条約と（今は存在しない）ワルシャワ条約を支配する事になる。<sup>57)</sup>

2) 武力攻撃の必要性

ニカラガ・ケースにおいて国際司法裁判所は、諸国が国連憲章においても、あるいは慣習国際法においても、武力攻撃を構成する行為への対応以外に、集団的自衛で武力を行使する権利を有しない事を強調した。<sup>58)</sup> 従って、C国は、集団的自衛を発動してA国に対して武力に訴える場合、B国に対してA国による武力攻撃が開始された事実を示さなければならぬ。<sup>59)</sup>

国際司法裁判所は更に、国家が集団的自衛の権利を状況の自前評価に基づいて行使してはならないと命じている。<sup>(60)</sup> 先ずは武力攻撃の直接の犠牲国がこの種の攻撃の対象となった視点を形成し、且つ宣言しなければならぬ。<sup>(61)</sup> これに加え、支援要請は、犠牲国によって行われなければならない。この種の要請が欠落している場合、第三国による集団的自衛は排除される。<sup>(62)</sup>

国際司法裁判所の前記の見解には、以下の諸根拠からして疑念が提示される。

第一に、歴史的に、一九三八年三月ドイツによるオーストリアの軍事併合に対し、オーストリアは一切の抵抗を行わなかった。それでもなおドイツの軍事行動の違法性（具体的にはパリ不戦条約違反<sup>(63)</sup>）は排除できない。

第二に、ある国は、パリ不戦協約に違反した場合、条約が提供する保護を享有できない。つまり、第三国は、条約違反国に対して武力反撃を遂行できる。

第三に、集団的自衛権は、自衛の為の一形態であり、その限りで、当事国は、第三国ではなく、集団的自衛の権利を行使する当事国である。

第四に、国連の集団安全保障制度の不完全性故に、集団的自衛権に基づく補完制度が重要視されている現状で、いたずらにこの制度を制限する試みは、必ずしも成功しない。

第五に、集団的自衛の権利は、あくまでも権利であつて、相互軍事支援条約がない限り、当事諸国の義務とはならない。この権利の中核機能を麻痺させるほどの法的制限は望ましくない。<sup>(63)</sup>

### 3) 集団的自衛権行使の他の諸条件

自衛権の行使に先立つ三要件<sup>64</sup>—必要性、比例適合性、即時性—は、個別的自衛と同様に、集団的自衛にも適用要件とされる。この事は、ニカラガ・ケースにおいて、国際司法裁判所によって強調されている。<sup>65</sup>

更に、国連憲章第五一条は、自衛権を行使する国家に対し、安全保障理事会に直ちに報告する義務を課している。この報告義務の確立の中で第五一条は、個別的自衛と集団的自衛間の区別を行っていない。その事は、自衛の措置に訴えるそれぞれの国家がこの種の報告を提出しなければならないとするニカラガ・ケースに於ける判決から生ずる。<sup>66</sup>

#### IV. 集団的自衛権の適用例…湾岸戦争…朝鮮戦争との比較において

集団的自衛権の最も典型的な用例として挙げられるものが一九五〇年の朝鮮戦争とその四〇年後に勃発した一九九〇年の湾岸戦争である。

以下朝鮮戦争との比較において湾岸戦争を検討しよう。

#### 1. 朝鮮戦争

朝鮮戦争は、一九五〇年六月二五日、中華人民共和国ではなく、中華民国（台湾）が国連代表である事をソ連が不満として、国連安全保障理事会をボイコットしている最中に勃発した。アメリカはこの間隙をぬって、ソ連抜きで四常任理事国（米、英、仏、中華民国）で、三つの安全保障理事会決議を成立させた。

1) 一九五〇年六月二五日決議<sup>(67)</sup>

この決議に於いて、安全保障理事会は、「大韓民国に対する北朝鮮軍による武力攻撃を非常な憂慮を以て」注目し、「この行為は、平和の破壊を構成している」と決定し、北朝鮮当局に対し、「敵対行為の即時停止と三九度線までその兵力を撤退する事」を要請し、更に、「全ての国連加盟国に対し、この決議の執行において国際連合にあらゆる援助を与え、かつ北朝鮮当局への援助を慎む事」を要求している。

ここで注目される点は、安保理事会が「武力攻撃」を指摘する事によって暗黙裡に安保理事会の要請に応ずる加盟国の行動が国連憲章第五条（自衛権）下の行動となる可能性を前提とし、更にこの「武力攻撃」が「平和の破壊を構成する」と指摘する事によって、暗黙裡に国連憲章第三九条（安保理事会の任務）に従った行動となる可能性を前提としている<sup>(68)</sup>。又「敵対行為の即時停止と、北朝鮮当局に対する、北緯三八度線までの兵力の撤退」の要請は、国連憲章第四〇条の意味での「事態の悪化を防ぐ為の暫定措置」の要請である事が推定される。更に安保理機会の決議は、韓国が国連憲章第五条の意味での自衛権の適用下にある事を前提としており、安保理事会がこの条項（個別的・集团的自衛権）を国連の非加盟国（韓国は当時非加盟国！）にも適用できると解釈している事を示唆している。しかも「すべての加盟国に対し、この決議の執行において、国際連合に援助を与え、かつ北朝鮮当局への援助を慎む事」を要求する事によって、暗黙裡に国連憲章第二条第五項の適用を前提としている<sup>(69)</sup>。

しかし、この決議のどの部分においても国連憲章第五条も第三九条も第四〇条も又第二条第五項も明示的には規

定されていない事が特徴となっている。<sup>(70)</sup>

2) 一九五〇年六月二七日決議<sup>(71)</sup>

この決議に於いて、安保理事会は、前回の六月二五日決議を指摘した後、「武力攻撃を撃退し、且つ、この地域における国際平和と安全を回復するに必要な程度、韓国に援助を提供することを国連加盟国に勧告」した。

ここで注目される点は、北朝鮮の武力攻撃の撃退が国連加盟国に勧告されている事実である。つまりここでは、暗裡に国連憲章第五条の集団的自衛権の適用、つまり武力の行使が「勧告」<sup>(72)</sup>されている。当然の事に、安保理事会の武力攻撃支援「勧告」は、「決定」ではないので、加盟国が国連憲章第二五条もしくは第四八条に従って公的に拘束される事は無い。つまり朝鮮戦争におけるいわゆる「国連軍」は、実は安保理事会の勧告に自発的に応じた国連加盟諸国の軍隊の混成軍であった。

3) 一九五〇年七月七日決議<sup>(73)</sup>

この決議において、安保理事会は、

第一に、武力攻撃に対して自衛する韓国を援助し、且つこの地域における国際の平和及び安全の回復の為に与えられた迅速かつ積極的な支援を歓迎し、

第二に、前掲の安保理決議に従って、軍隊その他の援助を予定している全ての国連加盟国が、この軍隊およびその他の援助をアメリカの指揮下にある統合司令部に利用できるようにする事を勧告し、

第三に、アメリカにこれらの軍隊の為の司令官を任命する事を要請し、

第四に、この統合司令部に対北朝鮮作戦に参加する多様な諸国の旗と並んで、その裁量に従って、国連旗を使用する権限を与え、

第五に、アメリカに、統合司令部下に遂行される行動に際し、報告を安保理事会に提出する事を要請した。

この決議で注目される点は、「武力攻撃に対して自衛する韓国を援助」するとの表現によつて、より明確に国連憲章第五条の「集団的自衛権」の行使を加盟国に勧告している事実、ならびに北朝鮮に対して武力行使する軍の司令部に国連旗を使用する権限を与えている事実である。<sup>(74)</sup>

#### 4) 対北朝鮮軍事行動は「国連」の行動に非ず

対北朝鮮軍事行動が国連そのものの行動と看做す考えが浮上した。その為の論拠として、第一に、統合軍に国連旗の使用を認める安保理決議、第二に、一九五〇年七月七日の安保理で議長が「この行為は、国連の行為である。<sup>(75)</sup>」と明示的に述べた事実が挙げられている。

しかし結論として、朝鮮戦争におけるいわゆる「国連軍」は、国連憲章第五条の「集団的自衛権」を適用する行動を行う限り、形式的に国連の旗を掲げても、実質的には国連安保理の任務を遂行する「国連軍」とは言い得ない。つまり、厳密には安保理の勧告に応じた多国籍（同盟）軍と言う事になる。<sup>(76)</sup>

## 2. 湾岸戦争

### 1) 国連安保理決議…

一九九〇年八月二日、力による現状変更を指向するサダム・フセイン支配下のイラク軍による対クエート侵略戦争（総合・包括的武力行使）が開始された数時間後に国連安保理理事会は第一回目の六六〇号決議を行った。<sup>(77)</sup>そこで安保理理事会は、イラクの進入による国際の平和と安全の破壊の存在を確認し、国連憲章第二十九条（安保理理事会の任務）と第四〇条（暫定措置）に従った行動を指摘し、かつイラク軍の即時無条件撤退を要求した。

その後安保理理事会は、次々に決議を積重ね、終に一九九〇年十一月二十九日以下のような第一二回目の第六七八号決議を公表した。<sup>(78)</sup>

- 1) イラクが六六〇決議及びその後の全ての諸決議を無条件に履行する。
- 2) イラクが前記諸決議を一九九一年一月十五日までに完全に履行しない場合に、クエート（亡命）政府と協力する全ての加盟国に第六六〇号決議とこれに続く全ての諸決議を有効化し、執行し、且つこの領域における国際平和と安全を回復する為に必要なあらゆる手段を投入する権限を与える。
- 3) 全ての関係当事国に対し、当該決議の第二項と第三項に従って執られた措置について、安保理理事会に定期的に報告する事を要請する。

これまでの対イラク安保理諸決議の特徴を要約するならば以下の様になる。

安保理事会は、国連憲章第三九条、第四〇条、第五一条、第七章、一般国際法原則たるスチムスンドクトリン（武力併合の法的無効宣言）を指摘し、国連憲章第七章適用下における経済制裁の実効化目的での海上での（限定的武力行使を含む）必要な措置を執る事を国連加盟国に要請し、第四ジュネーヴ協定を含む人道国際法へのイラクの全面責任を指摘し、国連憲章第二五条（決定の拘束力）、第四八条（加盟国の履行義務）、第一〇三条（憲章義務の優先）、を指摘し、イラクに外交・領事関係に関するヴェーン条約と国際法の順守を要求し、イラクによる人権侵害、損害賠償責任の追及を決定し、国際平和と安全の回復のための武力行使の正当化を明示的に指摘している。

実際に、アメリカ主導の多国籍軍は、一九九一年一月一六／一七日ミサイル攻撃及び空爆を開始し、二月二八日には、陸軍による攻撃を開始し、百時間以内にクエートの開放ばかりか、イラク領土の約一五％を制圧した。一九九一年二月二八日、アメリカのブッシュ政権は敵対行為の停止を一方的に宣言した。これを一九九一年三月二日の第六八六号安保決議<sup>79</sup>が追認し、更に一九九一年四月三日の第六八七号安保決議<sup>80</sup>が休戦条件をイラクに強いた。これらの休戦条件をイラクはしぶしぶ受け入れたが、結局イラクによる完全実行は行われなかった。

## 2) 安保理決議の法的評価

第一に、前記の第六七八号安保理決議は、言わばイラクに対する期限を付した「最後通牒」と見做されると同時に、クエートを支援する加盟諸国に、イラクに対する武力行使の権限付与を行っている。つまり「必要なあらゆる手段」には、当然「武力攻撃手段」も含まれる。しかも「この領域における国際平和と安全を回復する」目標は、単に「ク

エートの軍事的解放」に留まらず、バグダッドを含むイラク全土の占領も法的に可能であった。

第二に、アメリカ主導のクエート支援同盟軍は、国連軍か否かと言う問いがある。これには否定的な回答が提示される。安保理事会は、どの時点においても対イラク戦闘目的で国連軍を設立しなかつた。<sup>(81)</sup> 安保理が行つた決議の主要事項は、イラクの対クエート武力攻撃が国際の平和と安全の破壊を意味（第六六〇号決議）し、国連加盟諸国がイラクの武力攻撃対する国連憲章第五条による個別的・集団的自衛の自然権を有する事を確認（第六六一号決議）し、イラクが全ての決議を一九九一年一月一五日までに完全に実行しない場合、クエート政府と協力する全ての加盟国に、第六六〇号決議とこれに続くすべての諸決議を有効化し、且つ執行し、この領域における国際平和と安全を回復する為に必要なあらゆる手段を投入する権限を与えた事（第六七八号決議）である。

つまり、対イラク反撃同盟軍は、国連の集団安全保障を担保する国連軍ではなく、集団的自衛権の適用下に武力反撃の権限が付与あるいは正当化された国連加盟諸国の連合軍に他ならない。

第三に、通常想定される時系列からすれば、個別的もしくは集団的自衛の固有の権利（自然権）に基づいて武力反撃を行う国家は、その行動の内容を安保理に報告し、安保理がこれについて事後に調査を開始する。しかし、湾岸戦争においては、アメリカ主導の軍事同盟諸国が事前に、武力攻撃の犯罪国に対する集団的自衛権を行使する為の青信号の獲得を求め、これを獲得した。

しかも安保理がひとたび集団的自衛権に基づく武力反撃の要請もしくは正当化を行った場合、これを制限あるいは

中止させる決議は実質上行い得ない。何故なら、この方向に関心を有する常任理事国（五大国）の一国が拒否権を發動し得るからである。

背景は異なるが、類似的行動は、朝鮮戦争の場合にも成功裏に行われた。

第四に、法的には第六六〇号安保理決議で、イラクの武力攻撃によって、国際の平和と安全が破壊されたとの確認のみで、既に集団的自衛権に基づく対イラク武力反撃が法的に可能になった。しかも極論するならば、クエートに対するイラクの包括的・総合的武力攻撃の開始を以て、戦争事態が発生したので、個別的武力行使の開始から、徐々にエスカレートし、ついには戦争事態が発生すると言うプロセスが省略されたので、『比例適合性』の原則の適用も省略された。

背景は異なっても、この点では朝鮮戦争と湾岸戦争は酷似している。

第五に、湾岸戦争は、同盟軍の作戦遂行に関する限り、国連集団安全保障体制と言うよりは、むしろ集団的自衛権遂行の表明であった。朝鮮戦争もこれに類似する。両戦争において、安保理事会は、国連の集団安全保障を強化する為の加盟国を法的に拘束する決議（国連憲章第四一条及び第四二条）を回避し、寧ろ集団的自衛権の行使（国連憲章第五一条）を勧告・要請・正当化した。<sup>(82)</sup>

第六に、朝鮮戦争では、切れ目なく軍事作戦が継続されていたに対し、湾岸戦争では、一九九〇年八月二日に包括

的軍事作戦を開始したイラク軍は、完全にクエート全土を占領し、この占領が既成事実としてアメリカ主導の連合軍が戦闘を開始するまでの一九九一年一月一六／一七日まで続いた。

確かに自衛権適用の三要件としての、必要性、比例適合性及び即時性の中、イラクによるクエート軍事併合への強い意思表示、ならびに包括的軍事行動により、必要性と比例適合性の要件は満たされ、残るは依然として即時性の要件である。つまり、イラクの総合的軍事攻撃が開始された後約六カ月にわたって軍同盟諸国の武力反撃が開始されなかった。これは反撃側の事情による。つまり反撃側は、十分な軍事的準備を整え、更に国連安保理から集団的自衛権に基づく武力反撃の為の「錦の御旗」を得るために、約六カ月を費やしたのである。

第七に、朝鮮戦争では、全く偶然に、ソ連側の安保理ボイコット中に朝鮮戦争が勃発したので、国連安保理は、短期間中に残る四常任理事国で重要な三つの決議をする事が出来た。これに対し、ソ連と中国の力が相対的に脆弱化し、緊張緩和が開始されたとはいえ、両国を説得する為の時間が必要とされた。

結論として、湾岸戦争も朝鮮戦争も、国連集団安全保障とは異なる集団的自衛権行使の典型的形体と看做される。

## V. 憲法の変遷論

日本国憲法の平和主義は、その前文と第九条に基づいており、現在（二〇一五年）でも与野党を問わず、平和主義そのものに反対する政党は存在しない。しかも日本の憲法学者（学理解釈の担い手）の圧倒的多数は、憲法解釈の帰結

として、日本の「非武装中立」を結論付け、更にその中の多数が憲法政策的に、憲法解釈上の『憲法変遷』にも、「憲法改正」にも反対している。

筆者の解釈的結論は、前記の双方と対立する。その為の第一の根拠は、国際法的に「非武装」と「中立」が相互に相容れない関係にある事実、第二の根拠は、「変法の変遷」は、憲法学の中で、原則的に、「憲法改正」の前段階として、重要な位置付がなされている事実である。

従って本節の目的は、憲法変遷の本質並びに日本国憲法第九条の「変遷」を検討対象にするところにある。

## 1. 憲法変遷の本質

### 1) 憲法

一国の憲法は、具体的歴史的状況から生じ、この状況によって条件づけられ、且つこの状況と共に変化し、規範の中に表明される一国の法的状態である。<sup>(83)</sup>

人間の性格と同様に、憲法も二つの傾向を持つ。それは持続的傾向と変化の傾向である。

憲法理論によって憲法の持続的傾向が強調される場合には、その改正の難しさ(例えば、日本国憲法では、両議院定数の三分の二十国民投票での過半数の賛同、ドイツ基本法では、連邦議会議院及び連邦参議院定数の三分の二の賛同)によって他の諸法律と区別される規範が憲法規範と表示される事によって法的意味における憲法の本質的特徴とされる。これに加え、ドイツ基本法第七九条第三項では、「ラントによる連邦の編成、立法に際する諸ラントの原則的協働、または基本法第一条及び第二〇条に規定される諸原則に抵触する」基本法改正が許されないと宣言されている。基本法の憲

法制定権者は、この憲法規範に表明されている具体的、歴史的状況を永続的に保持し、高価な遺産として後世に引き継ごうとしている。

他方において、全ての憲法に内在する変化の傾向は、不断に表明されている。憲法の変化的性格と状況依存性は、憲法が実定法規範の総体である限り、本質的なものである。従って、全ての実定法は、憲法を含めて、その本性からして変化するものであり、柔軟で、状況によつて条件づけられ、歴史的で、従って、恒常的変遷下に置かれている。

## 2) 憲法と「事情変更の原則」(clausula rebus sic stantibus)

共同体における権力の構成と配分を目的とするすべての法規範(憲法)は、暗黙裡に、立法原理としての「事情変更の原則」の留保を前提としている。

換言するならば、権力配分的規範は、これらの規範が発生した状況が本質的に変化せず、しかも法秩序の不可欠な部分として規範の背景にあり、規範と共に「意図していた」規範の「意義」が廃止を要求しない限り、有効であるという留保がこれである。<sup>84)</sup>

事情変更の原則は、全ての憲法の不可欠な構成要件であり、如何なる憲法規定によつても排除され得ない。その意味でこの原則は、「契約順守 (pacta sunt servanda)」の原則と同様の機能を有している。両者は、法制度の本質からして、実定化が行われない場合でも、直接適用可能な一般的法原則と見做されている。

### 3) 「事情変更原則」実現の三つの方法

憲法に於ける「事情変更の原則」は、三つの異なる方法で実行される。

第一に、事情変更の要請は、憲法に規定される方式で、改正権限のある機関が憲法規範を改正、廃止もしくは補充する正式の憲法改正によって実現される。

第二に、事情変更の要請は、革命もしくはクーデタによって、現行憲法の廃止もしくは新たな憲法の制定によって実現される。<sup>(85)</sup>

憲法的「事情変更の原則」と革命（及びクーデタ）及び反逆罪の関連は、国際法的「事情変更の原則」と戦争の関連に類似する。武力によって現存の法秩序を変更する試みとしての戦争は、国際法における革命に該当する。事情変更を根拠として憲法改正が、暴力を平和的法創造に向けるが故に、国内法秩序の最高の任務である如く、事情変更の原則適用に「平和的移行 (peaceful change)」の可能性を開く事が国際法の目標である平和秩序の維持に対する最高の手段と見做される。<sup>(86)</sup>

第三に、事情変更の要請は、暗黙の憲法変遷 (stillter Verfassungswandel) によって実現される。暗黙の憲法変遷とは、憲法の文面の変更無しに、実定憲法規範の意味を本質的に変更することである。つまり憲法改正と憲法変遷と憲法違反は、明確に区別する必要がある。

憲法改正は、憲法自体に規定されている方法で憲法条文を変えることである。憲法違反は、憲法の文面と意味に対する意識的違反行為である。これに対し、憲法変遷は、違法意識が存在しない本来的憲法条文の文面の意味の変更である。憲法変遷を実現する同時代の人々には、違法意識が欠けているばかりでなく、しばしば意味の変遷すら意識し

ない場合もある。また別の場合には、意味の変遷は意識されても、違法性は意識されない。この意味変遷の違法性の意識が憲法変遷を除外し、憲法違反を提示することになる。<sup>(87)</sup>

憲法変遷は、進化の一種として、正式の憲法改正と革命の中間に位置付けられ、憲法改正を先取りし、少なくとも一定期間革命を阻止する。

#### 4) 憲法変遷と憲法解釈

憲法変遷は、表現手段として憲法解釈を利用する。憲法解釈は、先ず実現された暗黙の憲法変遷を確認する。憲法解釈は、憲法変遷において決定的な役割を果たし、先ず憲法変遷に正式の道を開き、変遷に実行の為の手段を与える。つまり暗黙の憲法変遷は、解釈の下で、そして解釈を通して実現される。解釈利用の古典的例証は、アメリカ憲法の歴史である。この拡大解釈 (Broad interpretation) は、最短の、従って最も賢明なアメリカ憲法の若さを保ち続けた。暗黙の憲法変遷の中で、アメリカ憲法は不断に再生された。<sup>(88)</sup>

#### 5) 憲法解釈の任務

憲法解釈は、憲法変遷に実質的に道を示し、憲法変遷に先立つ道標であり、憲法変遷の歩むべき道を示し、憲法変遷がこの道を踏み外し、不法に陥ることを阻止する。従って、憲法解釈は、憲法変遷において、憲法に対する監視者の役割を担っており、憲法の発展を方向づけるが、その発展を阻止しない。

その意味で、憲法解釈が憲法変遷において、法の倫理的なるものへの不可変な拘束を思い出させる限り、つまり憲

法変遷に於ける憲法の良心である限り、憲法によって招聘された保護者は、憲法解釈諸機関なのである。<sup>89)</sup>

## 6) 憲法解釈の担い手

憲法解釈の担い手は、その為に憲法によって招聘されている諸機関である。憲法の解釈機関は最終的に裁判所であり、例えばドイツでは憲法裁判所である。憲法裁判所は、憲法変遷の本来的担い手であり、監視者であり、警告者であり、有権解釈の主要な担い手である。裁判官による解釈と並んで、政治家による解釈が現れる。法は、政治的なるものの機能であり、政治行動の結果である。政治は生成途上にある法である。現在の法規範の中に昨日の政治的要請と夢が実現される。その事は、とりわけ憲法規範において妥当する。憲法は、政治家に行動の場を提供する。憲法は政治家に可能性と権力を与える。従って、政治家が行うすべてが憲法解釈の一部なのである。政治家は、その意味で全ての憲法の保護者であり、有権解釈の先兵であり、個々の規範が政治目的を充足するだけではなく、その背景にある倫理的要請をも充足する事に配慮する事が憲法の保護者の義務である事を忘れてはならない。

最後に、憲法の解釈に招聘されているのは法学者である。法学者による学理解釈 (wissenschaftliche Interpretation) は、有権解釈に重要な資料を提供する事によって影響力を行使する。法律の全ての解釈に妥当する事は、とりわけ学理解釈にも妥当する。学理解釈は、三つの段階で構成されている。

解釈の第一段階は、立法者の実際の意思の解明である。この解明は必ずしも容易ではない。若干の法律においては、立法者が明快な意思を有していたか否かを問う事もある。

解釈の第二段階において、立法者の意思の解明は、法律の意思の解明に高められ、検討される。その際法律の意思

は、最早立法者の意思ではなく、立法者が事物の状況下において、如何なる意思を持たなければならなかったかと言う事である。法律の意思のこの様な解明と共に創造的解釈が生まれる。

解釈の第三段階は、事情変更後の法律の意思の解明である。ここで法学は、過去の（*ex tunc*）法律の意思、つまり本来の法律の意思を問うのではなく、今からの（*ex nunc*）法律の意思、つまり今と明日の為に現在の法律の意思を問うのである。もし立法者が今日この具体的歴史的現在、このような唯一の状況下で、初めて規範を設定する場合には、事物の状況に従って、合理的には如何なる意思を持たなければならぬかを問うのがこれである。

前記のどの大会においても法学は何らかの意味で憲法の保護者として現れるが、第三段階でその度合いが最も強い。何故なら、法学はここでその解釈によって、憲法変遷に道と方向を示すからである。<sup>90</sup>

## 2. 憲法第九条の変遷

周知の如く日本国憲法は、占領下の異常状態の下で検閲を含む占領体制の様々な超憲法的制約の中で制定された。従って日本国民の憲法制定権力が行使されたと看做すには無理がある。何故なら、歴史的にはアメリカ占領当局が作成した憲法草案が政府草案として国会に提出され、占領当局の厳しいメディア検閲・統制・操作下に草案が審議され、多少の修正がなされ、採択・発布されたからだ。この事実からして日本国憲法は、日本国民の純粋な「憲法制定権力」の産物とは言い得ない。寧ろアメリカ占領当局（と後には極東委員会も）の意思が強く反映された言わばある種の「協約憲法」<sup>91</sup>といわなければならない。

つまり我が国憲法の制定時点では、日本国民の政府と議会が占領当局による厳しい制約下に憲法制定行為を遂行し

たことからして、日本国民の憲法制定権力が自由な自決による正式な憲法制定行為を遂行したのではなく、言わば新憲法草案の形式的提案を行ったに過ぎない。従って、その行為からする憲法の真の効力は、占領中には発揮されず、日本の独立まで、日本国民の憲法制定権力とアメリカ占領当局の双方によって留保される事となった。

しかも提案された憲法は、日本の独立（一九五二年）までは、国家の最高規範でさえなく、占領規範に従属すべきものであったことも事実である。日本国憲法は、明治憲法に代るべく予定された新たな憲法提案ではあったが、占領当局によって、その最高法規としての完全な効力が日本の独立まで留保された憲法であった。つまり占領当局にとっては、日本国憲法もその下位にある諸法律も同様に占領当局の命令に従属する規範に過ぎなかった。その限りにおいて、占領当局にとっては、日本国憲法の突破（Verfassungsdurchbruch）も変遷（Verfassungswandel）も可能であった。<sup>(92)</sup>

従って、占領下の憲法解釈も、独立するまでの間は、占領当局による不断の変更が留保されている過渡的性格のものに過ぎなかった。その辺の事情を考慮に入れないで憲法が最高法規にあらざる占領時代の憲法解釈を、独立後に、無修正に全面的に取り入れた憲法解釈は、時には欠陥商品の誹りを免れ得ないことにもなったのである。

占領時代の「協約憲法」の、とりわけ憲法第九条の解釈の中で、占領軍の政策に相應するものが軍隊保持の禁止を提唱する「多数説」であった。当然の事に、当時の占領政策は、日本の武装解除と非軍事化であった。しかも日本は、その主権が極度に制限された国家であり、自前の軍隊がなく、他国の軍隊に占領された状態にあった。

確かに憲法第九条の「芦田修正」により、侵略以外の目的の為に軍隊の保持も可能であるとの解釈も可能になった事から、憲法第六六条第二項（文民条項）の挿入が占領当局（と言うよりはむしろ中国及びソ連）から要求され、これが実現した事実があり、また文理解釈的には、軍隊の保持と不保持の双方が可能な状態にはあったが、しかし当時の外国軍の占領の現実と占領当局の非軍事化政策は、（たとえ侵略以外の目的であれ）、軍隊の設立を可能にする解釈を許す環境ではなかった。つまり占領下の日本における憲法解釈は、ひとまず「主権国家の論理」が停止した状態にあった。当時の憲法学界の主流を自他共に許していた東大憲法学は、その意味でも、占領政策に合致した解釈を展開したのである。

しかしこの解釈は占領下の現実に鑑みた憲法規範の説明ではあったが、あくまでも臨時の解釈であって、しかも主権国家を前提とする解釈ではなかった。<sup>(93)</sup>

憲法解釈に際してとりわけ注目すべき点は占領期間中に我が国憲法第九条を裏付けとする平和主義の内容を決定的に方向づける重要な立法が行われた事実である。つまり占領期間中に朝鮮戦争勃発（一九五〇年六月）を契機として、占領当局の勧告（実質は命令！）に従って制定された警察予備隊令である。これが基礎となつて独立直後の一九五二年に保安隊法が、そして一九五四年に自衛隊法が制定された。つまり占領中に開始された「再軍備」の方向づけが独立後も踏襲されたのだ。正に前記の一連の規範制定行為の中に『憲法変遷』の事実が認められる。これらの一連の行為は、あくまでも行政・政府・議会が警察予備隊令、保安庁法、自衛隊法の憲法適合性を前提とした規範制定行為であった。

しかも最高裁は、現在に至るまで、このような方向、とりわけ自衛隊の存在を違憲と見做さないどころか、日本国家の「無防備」、「無抵抗」を明確に否定している。

つまり執行機関たる政府と立法機関たる議会の多数による有権解釈が自衛隊（軍隊）を合憲と解釈して現在に至る。つまり最高裁が自衛隊を違憲であると解釈するまでは、自衛隊の合憲性の推定が成り立つ。つまり有権解釈が『憲法の変遷』をもたらしたのである。

一九五二年四月の対日講和条約発効によって、日本が国際法的に独立国家となった時点は、日本国民の憲法制定権力が自由な自決を行う事を可能にする好機であった。しかしながら、アメリカの初期の占領政策を裏付けとした日本の左派勢力たる抽象的平和主義勢力が議会で憲法改正に対する拒否勢力として三分の一以上を占め、憲法制定権力の自由な自決を実質上不可能にした。

しかも日本が独立して一九五二年四月から、提案された新憲法の真の最高法規たる憲法としての機能が開始するのである。国民の憲法制定権力の意思の表明としての日本国憲法は、国民の憲法制定権力の継続的意思として、憲法解釈の対象となったのだ。

しかし有権解釈に資料を提供する立場にある学理解釈の多数派は、主権国家となった日本の現実を受け入れず、占領時代の解釈を執拗に維持し続けたのである。なお「多数派」とは言っても、東大法学部が当時も、そして現在も大多数の憲法学者を育成した事実があるだけであって、これが必ずしも多数派の論理の正しさを証明するものではないのは自明の事であるが。<sup>94</sup>

## VI. 日本国憲法に於ける集団的自衛権

### 1. 集団的自衛権は適用可能

周知の如く、一方で自衛権への直接的言及は、日本国憲法の前文にも、また第九条に見られない。しかし他方で、憲法条文の審議過程で、野坂参三議員に対する吉田茂首相の極めて不明確な回答の中で、自衛権の否定と見做され得る様な発言を除いて、これまで日本政府は、自衛権の否定と見做され得るような説明を行っていない。しかしながら時の推移の中で、とりわけ一九七〇年代に、政府解釈は、集団的自衛権に限って、日本国がこの権利を保有するが、憲法の趣旨からして適用不可能であるとの説明を行った。

筆者は、前記の政府説明が不合理であり、国際政治の現状に合致しない旨を既に古くから主張してきた<sup>(95)</sup>。従って、今般（二〇一四年七月一日）の閣議決定が、集団的自衛権を制約された形ではあっても適用可能であるとの結論に至った事実は、以下の理由から、賛同している。

### 2. 平和に寄与する「双務性」（相互主義）の勧め

世界平和（平和主義）は、他国の安全と同時に自国の安全を度外視しては考察され得ない。世界平和の思想は、その意味で独善的一国平和主義を排除する。

国家の安全は、法治国家体制からほど遠い諸国が多数を占める国際社会にあつては、なかならず軍事的側面を度外視する事ができない。その為の事実は、例えば朝鮮戦争（一九五〇年）、湾岸戦争（一九九〇年）、コソボ戦争（一九九九年）

年)等々が如実に示した。

我が国の軍事的安全の要としては、凡そ二つの要素が挙げられる。

その一つは、当然の事に自衛隊、他の一つは、日米安保条約に基づく日米軍事協力、最後の一つは、(小児病的・抽象的平和主義の提唱者でさえも反対できない)国連による集団的安全保障体制の強化である。

しかし現在では、前記のいずれの場合でも、「双務性」(あるいは相互主義)の原則の適用(前提)なくしては、一朝有事の際にその機能がおぼつかない。つまり、自衛隊においては、平時からその社会的地位(そして憲法的地位)を承認する事、日米軍事協力においては、片務的ではなく、集団的自衛権の適用を含む双務性の確認、国連においては、その平和維持活動への自衛隊の参加を含めた国家(及びNGO)の積極的参加が緊急かつ重要な課題である。これらの全ての課題は、憲法の前文と第九条の解釈に密接に関連している。<sup>96)</sup>

なお前記の双務性もしくは相互主義に反対する論拠として古くから持ち出されて来たいわゆる「巻き込まれ論」は、既に岸内閣時代(一九六〇年)の安保改定以来延々と続けられた証明不可能な、しかも荒唐無稽な単なる主張であって、この主張に対しては、より現実的な「抑止」理論の対置が可能である。つまり抑止が機能している限り、「巻き込まれ事態」が発生する蓋然性が低いという論理がこれである。

### 3. 集団的自衛権に関わる憲法第九条の解釈に当たつての基本理解

憲法解釈にあつての筆者の基本理解を述べる必要がある。それは、二つの基本的前提の確認である。

その第一は、「憲法制定権者とはだれか」と言うことを先ず確認すること、

その第二は、「憲法第九条の国際性」を認識することである。

この二つを見落とした憲法第九条の解釈は、不完全に留まらざるを得ない。

### 1) 憲法制定権者は誰か

筆者が敢えて『憲法制定権者』のことを問題にする理由は、法の持つ客観的意義を理解する必要性にある。全ての法解釈におけると同様に、憲法解釈においても、憲法の客観的意義、すなわち憲法に表明されている条文及びその内に潜む暗黙の限定を如何に理解するかが問題になるのであって、この憲法の起草に携わった歴史的人物がどのようなように理解したかが解釈上の決定的要因とはならないということである。憲法の起草者がどのような意図で、どのような思考を条文に注入しようとしたかということは、必ずしも解釈上の決定的要因とはならない。より具体的に言えば、現行憲法制定時において、それに携わった歴史的人物、例えば、天皇の上に君臨した最高権力者マッカーサー及びそのスタッフ（ホイットニー、ケーディス等々）がどのような意図を有していたか、吉田茂が自衛権について野坂参三の質問に対して如何に解答したか、また芦田均が如何なる意図で第九条の修正文を提出したか等々は、歴史的事実として、歴史家や歴史小説家にとつては重要性があるとしても、それがために、それが直ちに解釈上の決定的要因とはならない。というのは、憲法制定権力(者) (verfassungsgebende Gewalt) とは、この憲法の起草に携わった個々の歴史的人物ではなく、全国民（つまり我々個々の国民）の総体であるからである。このような理解は、ドイツ連邦憲法裁判所の判決理由の中にも明確に示されている。<sup>97)</sup>

すなわちこの場合、条文の中に入れられた憲法制定権者の客観化された意思が基準となるのである。しかもこの憲

法制定権者の意思は、如何なる動きや変化もなき固定された意思ではなく、その時代の要請に応じて変遷可能な「継続的意思」(Dauerwille)として理解される。

しかし、時代の要請に応じた変遷可能な「継続的意思」の解釈に当たって、恣意が入り込む危険が問題となる場合には、これに対して、憲法制定権者がこの法を通して到達しようとしている目標が顧みられなければならない。例えば憲法第九条の、また憲法全体の基調となっている究極目標は「正義の秩序を基調とした国際平和の実現」であり、その帰結として侵略戦争が全面的に禁止されているのである。この目標を離れての解釈は許されないのである。

この目標への到達の為、憲法解釈者は、絶えず規範の対象となっている状況(Normsituation)、つまり経済的・社会的・政治的事情に絶えず眼を向けながら、合理的意思を有すると言われる憲法を合目的に解釈していくべきである。つまり規範と社会関係の相応が合理的解釈とされるのだ。<sup>98)</sup>

## 2) 憲法第九条の「国際性」とは何か

憲法第九条解釈上の二つ目の前提は、第九条が持つ「国際性」の認識である。多くの識者も指摘しているように、日本国憲法の最大の特徴の一つとしてその国際性が挙げられる。この性格は憲法の前文や第九十八条は無論のこと、特にその第九条に最もよく表わされている。第九条は、「平和愛好国」となった我が国が、国際共同体の一員として、その目標としている「正義と秩序を機法としている」国際共同体の平和の実現の為に、他国との関係においていかなる行動を執るべきか(あるいは執るべきでないか)について規定したものである。

ここでは特に、他国との関係における我が国の行動と言う事が第九条の解釈上の基点となるべきである。そのこと

は、とりもなおさずこの条文の解釈において、先ず国際法的用例が基準となるべき事を意味している。このような方法による解釈（つまり条文の持つ意味の類似性を第一に国際法の中に見出す）によって、初めてここに第九条の独自性が見出されるべきであり、また見出されるのである。第九条の持つ概念（国際平和、戦争、武力行使、武力による威嚇、国際紛争解決の手段、陸海空軍、戦力、国の交戦権）は皆国際法的概念である。従って国際法的用例を無視した解釈は不十分の誹りを免れ得ない。このように国際法的用例との比較によってこそ初めて第九条の独自性が見出されるのである。国際法的用例に目を向けない日本独自の憲法解釈からは、少なくとも憲法第九条に限っては、合理的にはその独自性が見出され得ない事を知るべきである。つまり解釈上の国際法的用例の優先の原則が支配すべきなのである。<sup>99</sup>

#### 4. 集団的自衛権適用の勧め

いずれにせよ、一つのケースに自衛権を適用する場合には、武力行使の合法性を主張する際に、その理論の整合性を維持する為には、個別的自衛権そのものを拡大解釈するか、あるいは、集団的自衛権の行使の必要性を認めるかのどちらかを選択せざるを得ないケースがある事が先ず念頭に置かれなければならない。何故なら、個別自衛権の拡大解釈とは言っても、国際法学者が通常理解している内容から、あまりにもかけ離れている様な拡大解釈は行い得ないからである。

#### 1) 集団的自衛権に関する従来の政府解釈

政府見解の主要部分を抽出するならば、凡そ以下の様になる。

「憲法第九条のもとにおいて許容されている自衛権の発動については、政府は従来からいわゆる自衛権発動の三要件（我が国に対する急迫不正の侵害がある事、この場合に他の適当な手段がない事及び必要最小限の実力行使に留まるべき事）に該当する場合に限られると解している。」（一九七二年一〇月一四日 参決 政府提出資料）

「：政府は、従来から一貫して、我が国の国際法上のいわゆる集団的自衛権を有しているとしても、国権の発動としてこれを行使する事は、憲法の容認する自衛の措置の限界を超えるものであつて許されないとの立場に立っているが、これは次のような考えに基づくものである。

憲法は、第九条において、いわゆる戦争を放棄し、いわゆる戦力の保持を禁止しているが、前文において「全世界の国民が：平和のうちに生存する権利を有する」ことを確認し、また第一三条において「生命自由及び幸福追求に対する告人の権利については、：国政の上で最大の蘇張を必要とする」旨を定めていることから、我が国が自らの存立を全うし国民が平和のうちに生存する事までも放棄していかない事は明らかであつて、自国の平和と安全を維持しその存立を全うする為に必要な自衛の措置を執る事を禁じているとは到底理解されない。しかしながら、だからといって、平和主義をその基本原理とする憲法が、右に言う自衛のための措置を無制限に認めていると理解されないのであつて、それは、あくまでも外国の武力攻撃によつて国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底から覆されると言う急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るための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為執られるべき最小限の範囲にとどめるべきものである。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、我が国に対する急迫、不正の侵害に対処する場合に限られるのであつて、従つて他国に加えられた武力攻撃を阻止する事をその内容とするいわゆる集団的自衛の行使は、憲

法上許されないとわざるを得ない。」（一九七二年一月一四日 参決 政府提出資料）

## 2) 従来の政府解釈の問題点

第一に、従来の政府解釈は、自衛権発動の三要件（我が国に対する急迫不正の侵害がある事、この場合に他の適当な手段がない事及び必要最小限の実行使に留まるべき事、あるいは、即時性、必要性及び比例適合性の原則）が個別的自衛権ばかりか、同時に集団的自衛権にも適用される事実を全く考慮せず、独断的に集団的自衛権の適用を排除している。

第二に、従来の政府解釈は、国際法の中で非常事態における自国民（邦人）救出も自衛権の適用ケースと見做され、そこでは双務性（相互主義）が厳然と支配している（つまり集団的自衛権の適用ケース）事実を無視している。この様な場合には、例えば、米国旅客機による邦人輸送の際に於ける自衛隊戦闘機による護衛、あるいは、米艦船による邦人輸送における自衛隊軍艦による護衛等々が考えられる。

第三に、従来の政府解釈は、日米共同作戦としての千カイリシーレーン防衛あるいは、場合によっては太平洋、インド洋、ペルシヤ湾防衛の可能性及び必要性を考慮していない。

第四に、従来の政府解釈は、集団的自衛権が一般国際法及び国連憲章において主権国家の「自然権Ⅱ固有の権利」として重要な位置付けが行われている事実を看過あるいは軽視している。

周知の如く、一般国際法に於ける集団的自衛権の根拠とされるパリ不戦条約（一九二八年）の前文では、この条約に反して戦争に訴えた国家がこの条約が供与する利益が拒否される旨が宣言されている。この条約が供与する利益とは、法的に締約諸国の武力攻撃の対象とならない利益である。つまり、締約国がこの条約義務に違反して戦争を開始した場合、全ての締約諸国が違反国に対して戦争に訴える権利（つまり集団的自衛権）を留保している事になる。

更に国連においては本来目標とされた国連軍は未だ実現せず、現実には例えば朝鮮戦争や湾岸戦争における軍は、国連の承諾あるいは要請・勧告に基づいてそれぞれの国連加盟国が集団的自衛権を行使する為の自前の軍隊に他ならない。朝鮮戦争で侵略軍に対応したいわゆる国連軍は国連旗の使用が許されたが、厳密には国連の軍ではなく集団的自衛権を行使した国連加盟諸国の軍であった。湾岸戦争でクエートを侵略したイラク軍に対応した軍も国連軍ではなく、イラクに対して集団的自衛権を行使した加盟諸国の軍であった。その際には、朝鮮戦争に於ける様な国連旗の申請さえ行われなかった。

従って、国連成立以来七〇年近いこれまでの傾向をみるならば、少なくとも短中期的には、これまでの傾向が継続するとの推定が可能となる。

### 3) 第二次安倍政権における政府解釈…集団的自衛権適用の容認

二〇一四年七月一日に閣議決定された集団的自衛権に関する第二次安倍政権の政府解釈の主要部分は凡そ以下の通りである。筆者の解説を付して紹介したい。

(1) わが国を取り巻く安全保障環境の変化に対応が必要

「わが国を取り巻く安全保障環境の変化に対応し、いかなる事態においても国民の命と平和な暮らしを守り抜くためには、これまでの憲法解釈のままでは必ずしも十分な対応ができないおそれがあることから、いかなる解釈が適切か検討してきた。その際、政府の憲法解釈には論理的整合性と法的安定性が求められる。従って、従来の政府解釈における憲法第九条の解釈の基本的論理の枠内で、国民の命と平和な暮らしを守り抜くための論理的な帰結を導く必要がある。」

【ここでは、古典的国家目標たる国民の生命・財産・自由を守るに際しての安全保障環境の変化に対応する解釈の必要が指摘され、暗黙の憲法変遷論適用の必要性が示唆されているが、その際においても、論理的整合性と法的安定性への配慮が求められている。】

(2) 憲法第九条は武力の全面禁止ではなく国民の存続を守る為最小限の武力反撃を容認する

「憲法第九条はその文言からすると、国際関係における「武力の行使」を一切禁じているように見えるが、憲法前文で確認している「国民の平和的生存権」や憲法第一三条が「生命、自由および幸福追求に対する国民の権利」は国政の上で最大の尊重を必要とする旨定めている趣旨を踏まえて考えると、憲法第九条が、わが国が自国に平和と安全を維持し、その存立を全うするために必要な自衛の措置をとることを禁じているとは到底解されない。一方、この自衛の措置は、あくまで外国の武力攻撃によって国民の生命、自由および幸福追求の権利が根底から覆されると言う急

迫不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るためのやむを得ない措置として初めて容認されるものであり、そのための必要最小限度の「武力行使」は許容される。これが、憲法第九条の下で例外的に許容される「武力行使」について、従来から政府が一貫して表明して来た見解の根幹、いわば基本的な論理であり。昭和四七（一九七二）年一〇月一四日に参議院決算委員会に対し政府から提出された資料「集団的自衛権と憲法との関係」に明示されているところである。この基本的論理は、憲法第九条の下では今後とも維持されなければならない。」

この部分の特徴は、国民の「平和的生存権」と生命、自由および幸福追求の権利を維持し、その存立を全うする為の自衛の措置を執ることを憲法第九条が禁じていないとの認識である。ここでは、一九五九年最高裁の「無防備・無抵抗」の否定を思い起こさせる。しかもここでは、自衛のための前提としての三要件（必要性、比例適合性および即時性）が課され、これらを一体として政府見解の根幹と見做し、この根幹の変更は将来もないとしている。」

- (3) わが国に対する武力攻撃のみならず、わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃によりわが国の存立が脅かされる場合に武力反撃が容認される

「これまで政府は、この基本的な論理の下「武力行使」が許容されるのは、わが国に対する武力攻撃が発生した場合に限られると考えてきた。しかし、冒頭で述べたように、パワーバランスの変化や技術革新の急速な進展、大量破壊兵器などの脅威などによりわが国を取り巻く安全保障環境が根本的に変容し、変化し続けている状況を踏まえれば、今後他国に対して発生する武力攻撃であったとしても、その目的、規模、態様等によつては、わが国の存立を脅かす

ことも現実に起こり得る。

わが国としては、紛争が生じた場合にはこれを平和的に解決するために最大限の外交努力を尽くすとともに、これまでも憲法解釈に基づいて整備されてきた既存の国内法令による対応や当該憲法解釈の枠内で可能な法整備などあらゆる必要な対応を採ることは当然であるが、それでもなおわが国の存立を全うし、国民を守るために万全を期する必要がある。

こうした問題意識の下に、現状の安全保障環境に照らして慎重に検討した結果、わが国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、わ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、これによりわが国の存立が脅かされ、国民の生命、自由および幸福追求の権利根底から覆される明白な危険がある場合において、これを排除し、わ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ときに、必要最小限の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容されると考えるべきであると判断するに至った。」

「これまでの政府の第九条解釈は、わが国に限定された武力攻撃への武力対応のみを対象としてきたが、わが国を取り巻く安全保障環境の本質的な変容により、今後他国に対して発生する武力攻撃であっても、わが国の存立を脅かすことが現実に起こり得る。この様にわ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、わが国の存立が脅かされる明白な危険がある場合に、必要最小限の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的論理に基づく自衛のための措置として憲法上許容される。つまり集団的自衛権行使の容認がこれである。」

(4) 国際法上の根拠と憲法解釈を区別して理解する必要

「わが国による「武力の行使」が国際法を順守して行われることは当然であるが、国際法上の根拠と憲法解釈は区別して理解する必要がある。憲法上許容される上記の「武力の行使」は、国際法上は、集団的自衛権が根拠となる場合がある。この「武力行使」には、他国に対する武力攻撃が発生した場合を契機とするものが含まれるが、憲法上は、あくまでもわが国の存立を全うし、国民を守るため、すなわち、わが国を防衛するためのやむを得ない自衛の措置として初めて許容されるものである。」

「ここでは、一方で、国際法上の根拠と憲法の解釈を区別する必要性が強調されながら、他方で「武力行使」が国際法上は、集団的自衛権が根拠となる場合があることが示唆され、しかもその場合においても、憲法上は、目標が国民の存立にあることが強調されている。」

(5) 自衛隊出動における民主的議会統制の必要

「憲法上「武力の行使」が許容されるとしても、それが国民の命と平和な暮らしを守るためのものである以上、民主的統制の確保が求められることは当然である。政府としては、わが国ではなく他国に対して武力攻撃が発生した場合に、憲法上許容される「武力の行使」を行うために自衛隊に出動を命ずるに際しては、現行法令に規定する防衛出動に関する手続きと同様、原則として事前に国会の承認を求めることを法案に明記することとする。」

「ここでは、集団的自衛権の適用に際して、民主国家における議会統制を確保する為の手続きについての規定が見られる。ここでは、「事前承認」に「原則として」が付されることによって、緊急事態における「例外」がありえることが示唆されている。」

#### 4) 集団的自衛権の適用を容認する政府解釈の論理

二〇一四年七月一日に閣議決定された「政府解釈」では、周知の如く集団的自衛権の適用が容認された。昭和四七（一九七二）年一〇月一四日に参議院決算委員会に対し政府から提出された資料「集団的自衛権と憲法との関係」との比較において、集団的自衛権を対象として現行政府解釈の論理の検討を試みよう。

「わが憲法の下で武力行使を行うことが許されるのは、我が国に対する急迫、不正の侵害に対処する場合に限られるのであって、従って他国に加えられた武力攻撃を阻止する事をその内容とするいわゆる集団的自衛権の行使は、憲法上許されないといわざるを得ない。」（一九七二年一〇月一四日付参決政府提出資料）

「わが国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、わ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、これによりわが国の存立が脅かされ、国民の生命、自由および幸福追求の権利根底から覆される明白な危険がある場合において、これを排除し、わ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ときに、必要最小限の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許されると考え

るべきである。」(二〇一四年七月一日に閣議決定された政府解釈)

前記の二文を比較するならば、前者は集団的自衛の行使が憲法上許されないとし、後者は、他国への武力攻撃が発生した場合でも武力反撃が許される、つまり集団的自衛の行使が、場合によっては容認されると見做している。いわば、一八〇度の転換である。

この転換には、どのような根拠が提出され、しかもそれが説得的な理由づけとなっているかについて検討したい。

第一は、パワーバランスの変化や技術革新の急速な進展、大量破壊兵器などの脅威などによりわが国を取り巻く安全保障環境が根本的に変容した事実、

第二は、今後他国に対して発生する武力攻撃であったとしても、その目的、規模、態様等によっては、わが国の存立を脅かすことも現実に起こり得る、

第三は、従って、「わ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、これによりわが国の存立が脅かされ、国民の生命、自由およ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、これを排除し、わ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ときに、必要最小限の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容されると考えるべき」との結論となる。

つまり集団的自衛権の適用を容認する政府の新解釈の論旨及びその特徴は、

第一に、新たな現象としての「わが国を取り巻く安全保障環境の根本的変容」の結果、他国への武力攻撃であつても、その目的、規模、態様等によつては、わが国の存立を脅かす事も現実に起こり得る。従つて、（他国一般ではなく、「わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が」わが国の存立を脅かし、国民の生命、自由および幸福追求の権利を根底から覆す明白な危険がある場合に、これを排除する為に、必要最小限の実力を行使する事は自衛のための措置として憲法上許される。」

第二に、自国のみならず、（わが国と密接な関係にある）他国への武力攻撃も、これがわが国の存立を脅かす明白な危険がある場合に、これを排除するための最小限の実力行使が憲法上許される。

第三に、政府の新解釈で新たに付加された文言は、「わが国を取り巻く安全保障環境の根本的変容」及び「わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃」に限定され、ほかの略全ては、これまで個別的自衛権の適用要件として提示された文言が踏襲されている。とりわけ、個別的自衛権適用のための三要件は、集団的自衛権適用の際にも継続されている。

第四に、このようにして政府解釈は、集団的自衛権適用の容認を以てこれまで以上に現行一般国際法と国連憲章に近づいたと看做される。

#### 結論と展望…

既に指摘したように、今般の閣議決定による新たな政府解釈は、集団的自衛権の適用可能性を限定的に容認することによつて、慣習一般国際法と国連憲章に近づいた。

このような解釈を左派勢力は、自衛隊が海外で戦争を行い、日本が戦争に巻き込まれる事になるとの宣伝を強化している。

この主張は既に一九六〇年の岸内閣時代の安保改正過程で見られたもので、古い主張の焼き直しに過ぎない。

この種の主張には、通常伝統的な「抑止論」が対置されている。これに更に伝統的な格言「平和を望むなら、戦争に備えよ (si vis pacem para bellum)」もつけ加えられる。

換言するならば、かつて筆者の知人の元ドイツの連邦軍総監が述べたように、『連邦軍は、戦争を強いられることがないために、戦争できる状態を維持し続けなければならない。』と言う事になろう。集団的自衛権の適用可能性の容認は、前記の伝統的な知恵と密接に関連している。その意味からして、日本の左派系メディアの主張は、日本の非常識の典型と見做されよう。

近い将来の政府任務は、この閣議決定を明快な形で、自衛隊法、日米防衛協力のための指針（ガイドライン）の改定、そして不可欠な非常事態基本法、そして改正憲法の中に挿入するところにあるであろう。

「自然は飛躍しない (natura non facit saltum)」のであるから、日本も、普通の国家として、積極的に平和に関与することが不可欠である。

- (1) 安田寛、西岡朗、宮沢浩一、井田良、大場昭、小林宏晨 (共著) 「自衛権再考」知識社一九八七年参照。
- (2) 仏文 “*légitime défense*” ≡ 正当防衛、英文 “*self-defense*” ≡ 自衛
- (3) 英文 “*inherent right*”
- (4) 仏文 “*droit naturel*”
- (5) 小林宏晨 「国連憲章と旧敵国措置」 in: 「第二次世界大戦と現代」一九八六年東大出版会、一六一ページ以下、小林宏晨 「ソ連の北方領土占拠と国連憲章の敵国条項」国防一九八九年七月四二頁—五五頁参照。
- (6) Joram Dinstein, *War, Aggression and Self-Defence*, Third Edition, Cambridge 2001, 一九二頁以下参照。
- (7) Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua (Merits), (1986) I.C.J.Rep.14,203
- (8) I.Brownlie, *International Law and the Use of Force by States*, 1963, 305; *Corfu channel Case* (Merits), (1949), I.C.J.Rep.4,31 参照。
- (9) O.Schachter, *International Law in Theory and Practice*, 178, R.C.A.D.I.9,168 (1982)
- (10) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 一一〇頁以下参照。
- (11) R.A.Falk, *The Beirut Raid and the International Law of Retaliation*, 63, A.J.I.L.415,430 (1060)
- (12) B.V.O'Brien, *Reprisals, Deterrence and Self-Defence in Counterterror Operations*, 30 V.J.I.L.421,463-7 (1989-90) 参照。
- (13) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 一一〇頁参照。
- (14) Security Council Resolution 188, 19 R.D.S.C.9,10 (1964); Cf. Security Council Resolution 270, 24 *ibid.*, 4, *id.* (1969)
- (15) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 一一〇頁参照。
- (16) D.W.Greig, *International Law* 889 (2nd e., 1976)
- (17) C.Greenwood, *International Law and the United States' Air Operation against Libya*, 89 W.V.L.R.933,941 (1986-7) 参照。
- (18) C.H.M.Waldock, *The Regulation of the Use of Force by Individual States in International Law*, 81 R.C.A.D.I.451,467 (1952).
- (19) N.Ronzitti, *Rescuing Nationals Abroad through Military Coercion and Intervention on Grounds of Humanity*, 30-44 (1984)

参照。

- (20) A.Gerard,L'Opérations Stanleyville-Paulis devant le Parlement Belge et les Nations Unies, (1967) R.B.D.I.242,254-6参照。
- (21) V.P.Nanda,The United States'Action in the 1965 Dominican Crisis :Impact on World Order - Part I,43 D.L.J.439,444-72 (1966) 参照。
- (22) W.C.Gilmore,The Grenada Intervention 31,56 (1984) 参照。
- (23) V.P.Nanda,The United States Armed Intervention in Grenada - Impact on World Order,14 C.W.I.L.J.395,410-11 (1984) 参照。
- (24) A.Aboramovsky and P.L.Greene,Unilateral Intervention on Behalf of Hijacked American Nationals Held Abroad, (1979), U. L.R.231,246参照。
- (25) O.Schachter, 註(9) (982),630
- (26) L.C.Green,Rescue at Entebbe - Legal Aspects,6.I.Y.H.R.312,313-15 (1976) 参照。
- (27) F.C.Pedersen,Controlling International Terrorism:An Analysis of Unilateral Force and Proposals for Multilateral Cooperation,8 U.T.L.R.209,222 (1076-7) 参照。
- (28) O.Schachter,In Defense of International Rules on the Use of Force,53 U.C.L.R.113,139n.107 (1986) .
- (29) M.Akehrst,The Use of Force to Protect Nationals Abroad,5 Int.Rel.3,21 (1977) 参照。
- (30) L.C.Green,The Rule of Law and the Use of Force - The Falklands and Grenada,24 Ar.V.173,189 (1986); O.Schachter,International Law in the Hostage Crisis:Implications for Future Cases,American Hostages in Iran 325,331 (W.Christopher et al.eds.,1985) 参照。
- (31) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 110-115頁以下参照。
- (32) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 110-116頁参照。
- (33) J.L.Kunz,Individual und Collective Self-defense in Article 51 of the Charter of the United Nations,41 A.J.I.L.872,877

- (1947); Cf. R.R. Baxter, *The Legal Consequences of the Unlawful Use of Force under the Charter*, (1968), P.A.S.I.L. 68, 74.
- (34) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 207f. 頁參照。
  - (35) Advisory Opinion on the Legality of the Threat or Use of Nuclear Weapons, (1996), I.C.J. at 256, 266.
  - (36) Advisory Opinion, 註(53) (1996), 257.
  - (37) Advisory Opinion, 註(53) (1996), 262-3.
  - (38) Advisory Opinion, 註(53) (1996), 266.
  - (39) Advisory Opinion, 註(53) (1996), 245.
  - (40) M.N. Schmitt, *The International Court of Justice and the Use of Nuclear Weapons*, 362 N.W.C.R. 91, 108 (1998)
  - (41) J. Baroza, *Necessity (Revised)* in *International Law, Essays in Honour of Judge M. Lachs*, 27, 41 (J. Makarezyk ed. 1984)
  - (42) A. Cassese, *Article 51, La Charte de Nations Unies*, 769, 773 (J.-P. Cot and A. Pellet eds., 1985) 參照。
  - (43) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 111 頁參照。
  - (44) R. Ago, *Addendum to Eighth Report on State Responsibility*, (1980), II (1) I.L.C. Ybk 13, 68
  - (45) D.W. Bowett, *The Interrelation of Theories of Intervention and Self-Defense, Law and Civil War in the Modern World*, 38, 46-7 (J.N. Moore ed. 1974) 參照。
  - (46) M.S. McDougal and F.P. Feliciano, *Law and Minimum World Public Order*, 248-50 (1961); Joram Dinstein, 註(9) (2001), 111 頁參照。
  - (47) L. Oppenheim, *International Law*, II, 155 (H.L. Lauterpacht ed. 7<sup>th</sup> ed., 1952)
  - (47a) Joram Dinstein, 註(9) (2001), 111 頁參照。
  - (48) *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and against Nicaragua* (Nicaragua Case) (Merritts), (1986) I.C.J. Rep. 102-4

- (49) Nicaragua Case 註(48) (1986), 256-8 (Dissenting Opinion of Judge Oda).
- (50) S.A.Alexandrov, Self-defense against the Use of Force in International Law, 103 (1996) 参照。
- (51) A. Verdross, Austria's Permanent Neutrality and the United Nations Organization, 50 A.J.I.L. 61, 64 (1956) 参照。
- (52) United States-Republic of Korea, Washington Treaty, 1953, 48 A.J.I.L., Supp., 147 (1954)
- (52a) Nicaragua Case 註(48) (1986), 105.
- (53) Great Britain-Poland, London Agreement of Mutual Assistance, 1939, 199 L.N.T.S. 57.
- (54) Joram Dinstein, 註(50) (2001), 230 ; B.A.Beckett, The North Atlantic Treaty, the Brussels Treaty and the Charter of the United Nations 28 (1950) 参照。
- (55) M. Virally, Panorama du Droit International Contemporain, 183, R.C.A.D.I. 9, 298 (1983) 参照。
- (56) Charter of the United Nations, 1945, 9 Int. Leg. at 361.
- (57) Joram Dinstein, 註(50) (2001), 237 参照。
- (58) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 110
- (59) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 110
- (60) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 104.
- (61) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 104.
- (62) Ibid., 105
- (63) みるゝかへ' Ibid. (Dissenting Opinion of Judge Sir Robert Jennings), 544-5 参照。
- (64) Joram Dinstein, 註(50) (2001), 183ff.
- (65) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 122-3
- (66) Nicaragua Case, 註(48) (1986), 405, 121-2.
- (67) U.N.Doc.S/1501

- (68) H.Kelsen, *The Law of the United Nations.Recent Trends*, N. Y. (1951), 927参照。
- (69) H.Kelsen, 註(89) (1951), 928参照。
- (70) 小林宏晨「湾岸危機：その背景と対応④」国防一九九一年一〇月六三頁以下参照。
- (71) U.N.Doc.S/1511
- (72) H.Kelsen, 註(89) (1951), 933参照。
- (73) U.N.Doc.S/1588
- (74) H.Kelsen, 註(89) (1951), 936参照。
- (75) U.N.Doc.S/P.V.476, pp.3-5
- (76) 小林宏晨 註(70) (1991), 六五頁以下; H.Kelsen, 註(89) (1951), 936#. 参照。
- (77) Security Council Resolution 660, 45 R.D.S.C.19, id. (1990)
- (78) Security Council Resolution 678, 45 R.D.S.C.27, 27-8. (1990)
- (79) Security Council Resolution 686, 46 R.D.S.C.27, 8-9. (1991)
- (80) Security Council Resolution 687, 46 R.D.S.C.27, 11-15. (1991)
- (81) K.Boustany, *La Guerre du Golfe et le Système d'Intervention Armée d'ONU*, 28 C.Y.I.L. 379, 291-2 (1990) 参照。
- (82) L.Henkin, *Law and War after Cold War*, 15. Mar. J.I.L. T. 147, 160 (1991)
- (83) F.A.Frhr.von der Heydte, *Stiller Verfassungswandel und Verfassungsinterpretation*, Arch.RSPhBd.39 (1950/51); Hiroaki Kobayashi, *Der Verfassungswandel und die Verfassungsauslegung in der japanischen Verfassung*; in *Memoriam Friedrich August Freiherr von der Heydte*, in: *Nihon University Comparative Law*, Vol.112 (1995), 39; 小林宏晨「日本国憲法の平和主義」(1998) 一三四頁参照。
- (84) E.Kaufmann, *Das Wesen des Völkerrechts und die Clausula rebus sic stantibus*, Tübingen 1911, S.124. 参照。
- (85) W.Schönfeld, *Die Revolution als Rechtsproblem*, AöR N.F.12.Bd. (1926), S.172. 参照。

- (8) F.A.Frhr.von der Heydte, 註(83) (1950/51), S.466. 参照。
- (82) E.Forsthoff, Festschrift Carl Schmitt, 1959, S.35ff.; A.Hollerbach, A-R Bd.85 (1960), S.241ff.; P.Lerche, Festgabe Th.Maunz, 1971, S.285ff.; J.Isensee, NJW 1977, S.548f.; H.Krüger, DIV 1961, 721ff.; Tomushat, Verfassungsgewohnheitsrecht? 1972, S.146.; F.A.Frhr.von der Heydte, 註(83) (1950/51), S.466. 参照。
- (88) K.Stern, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd..1977, S.132f.; G.Leibholz, In Memoriam R.Smend, S.33f.; F.A.Frhr.vonder Heydte, 註(83) (1950/51), S.472f. 参照。
- (89) F.A.Frhr.vonder Heydte, 註(83) (1950/51), S.473f. 参照。
- (90) F.A.Frhr.vonder Heydte, 註(83) (1950/51), S.474f. 参照。
- (91) 田上穰治「入門憲法」一九八二年、七頁参照。
- (92) 小林宏晨註(83) (1998), 一一一〇頁参照。
- (93) 小林宏晨註(83) (1998), 120f. 頁参照。
- (94) 小林宏晨註(83) (1998), 122f. 頁参照。
- (95) 安田寛、西岡朗、宮沢浩一、井田良、大場昭、小林宏晨(共著)、『註(1) (1987), 二五〇頁以下参照。
- (96) 小林宏晨註(83) (1998), 一一五頁参照。
- (97) Th.Maunz, Deutsches Staatsrecht, München 1959, 49; BVerfGE 1, 312参照。
- (98) 小林宏晨註(83) (1998), 一一六頁以下参照。
- (99) 小林宏晨「憲法九条と自衛力」上智大学外国語学部紀要第一号一九六六、三頁以下参照。

