

現代国際法と日本国憲法の整合性の解明
～従来の憲法学通説の9条解釈の問題点～

篠田 英朗

東京外国語大学大学院総合国際学研究院
広島大学平和センター客員研究員

**An Exploration of the Relationship between International Law
and the Constitution of Japan:
Critical Examinations of the Flaws of Traditional Interpretations
of Article 9 by Constitutional Lawyers**

Hideaki SHINODA

Graduate School of Global Studies, Tokyo University of Foreign Studies
Affiliated Researcher, The Center for Peace, Hiroshima University

Abstract

This essay provides an interpretation of Article 9 of the Constitution of Japan by illustrating the fact that the provision was originally designed to require Japan to comply with contemporary international law. This essay thus criticizes the traditional interpretation of Japanese constitutional lawyers, who sought to emphasize the distinctiveness of the provision by ignoring contemporary international law. This essay emphasizes that Article 9 (1) is intended to reinforce the Kellogg–Briand Pact of 1928 and the Charter of the United Nations of 1945. The Prohibition of “war potential” in Article 9 (2) should be understood in line with the first clause. “War” of “war potential” of the second clause is in the end the illegal action in contemporary international law. Thus, the second clause only indicates the prohibition of the possession of the means to conduct

illegal actions. The renunciation of “the right of belligerency of the state” of Article 9 (2) is the provision of non-recognition of the illegal concept in the eyes of international law. “The right of belligerency of the state” does not exist in contemporary international law. Article 9 (2) only repudiates the conception of the period of the Japanese Empire. In conclusion, Article 9 cannot be regarded as a provision to renounce the legitimate right of self-defense and the military means to exercise it.

はじめに

従来の憲法学通説による日本国憲法の解釈では、憲法9条は、一切の武力行使と軍事力の保有を禁止するものと解釈されてきた。これに対して、憲法学通説によって解釈された9条の立場を非現実的なものとして否定する立場も、日本社会において根強い社会的勢力を持ってきた。従来の日本政府の解釈は、改憲によって憲法学通説の9条解釈を乗り越えるのではなく、現実の政策的必要性に応じて妥協を施した修正的な解釈を提示したものだと考えられている。

この対立図式は、日本における護憲派と保守層の見解の違いだけでなく、日本における理想主義と現実主義の政治的立場の違いを象徴するものとしても、受け止められてきた。いわば20世紀半ばからの日本の政治思想の枠組みを形づくってきたのが、絶対平和主義としての憲法9条の問題であった。だがその枠組みの前提となっている憲法学通説の9条解釈は、本当に正しいものなのだろうか。

憲法の文言から直感的に感じられる結論を表現しているだけに、憲法学通説の見解は広く日本社会に浸透している。しかしそのことは、憲法学通説の憲法解釈が、学術的に見た時に、最も妥当なものだと言えることを保証しない。本稿は、学術的観点から検討したとき、実は憲法学通説の見解は必ずしも最も妥当だとは言えない、と主張する。その根拠となるのは、日本国憲法の現代国際法との連動性である。

憲法学通説は、憲法起草者たちが当然視していた国際法の枠組みの中で憲法を位置付けるという姿勢を軽視している。そのため、憲法解釈にあたって直感主義を手掛かりにするような姿勢をとらざるをえなくなり、法的根拠が不明な憲法解釈を学界多数説ということだけを根拠にして主張することになってしまった。

日本国憲法が前提としている国際法の枠組みを冷静に憲法解釈に取り入れれば、9条をめぐる神学論争は不要となる。自衛権の放棄や、一切の軍隊の放棄といった直感主義的な見解は、日本国憲法の文言によって裏付けられているとまでは言えず、日本の憲法学界の「多数説」という理由で「通説」として流通しているにすぎない¹。

¹ 篠田英朗『はじめての憲法』（ちくまプリマー、2019年）、篠田英朗『憲法学の病』（新潮新書、2019年）、篠田英朗『ほんとうの憲法』（ちくま新書、2017年）、篠田英朗『集団的自衛権の思想史』（風行社、2016年）、216頁、を参照。

1. 憲法起草者と憲法学通説の乖離

日本国憲法の起草者であるGHQ関係者は、憲法学通説の憲法9条解釈を否定している。たとえば日本国憲法草案が国会で審議されていた段階から、GHQ関係者が今日の憲法学通説に該当するような戦争放棄や再軍備の放棄の解釈を促した経緯はない。審議の過程でGHQと日本側の関係者が最も注意していたのは天皇制の存続の問題であり、より急進的に社会を変えようと考えられていたのは、人権規定などに関してであった。

連合軍最高司令官としてGHQ職員に憲法起草を命じたダグラス・マッカーサーは、憲法9条は自衛権を否定しておらず、自衛権行使の手段の保持も否定していない、と明言していた。

「第9条は、国家の安全を維持するため、あらゆる必要な措置をとることをさまたげていない。・・・

第九条は、ただまったく日本の侵略行為の除去だけを目指している。私は、憲法採択の際、そのことを言明した。」²

憲法学通説には、憲法起草を命じた際のGHQ内部メモにすぎない「マッカーサー・ノート」を過度に重視する傾向がある。しかしこれは日本国憲法の草案がGHQによって作成される前、マッカーサーがホイットニー民政局長に手渡ししたものに基づき、その内容は起草案に完全には反映されておらず、マッカーサー自身も拘束されていたとはみなせないものである。「マッカーサー・ノート」では、「戦争」一般だけでなく、「自己の安全を保持するための手段」も放棄する考え方が記されていた。しかしこの自衛権の放棄については、ありえない、というGHQ内の意見によって、実際の草案には反映されなかったのである。後の発言からすると、マッカーサー自身も、草案作成時点で、自衛権の放棄はありえない、という意見に納得したのだと考えるべきである。

自衛権の放棄については、国会審議において当日の内閣総理大臣であった吉田茂によって明言された、という誤った理解も、いまだに相当に流通している。これも吉田自身が否定した解釈なのだが、マッカーサーの場合と同様に、憲法学通説によって本人が否定した解釈のほうが定説として知られてしまっている。

1946年に日本国憲法草案が国会で審議された際、共産党の野坂参三衆議院議員が、戦争を侵略戦争と「防衛的ナ戦争」とにわけ、後者は合憲ではないか、と迫った。これに対して吉田首相は、次のように答えた。「私ハ斯克ノ如キコト（国家正当防衛権に依る戦争）ヲ認ムルコトガ有害デアルト思フノデアリマス（拍手）近年ノ戦争ハ多クハ国家防衛権ノ名ニ於テ行ハレタルコトハ顯著ナル事実デアリマス、故ニ正当防衛権ヲ認ムルコトガ偶々戦争ヲ誘発スル所以デアルト思フノデアリマス」³。

この答弁において吉田が否定したのは、国家の「正当防衛権」という国際法には存在しない論理構成で「自衛戦争」なるものを合法化しようとする考え方のことである。つまりドイツ国法学の擬人法の発

² Douglas MacArthur, General of the Army Reminiscences [New York: McGraw-Hill Book Company, 1964], p. 304. なお邦訳のダグラス・マッカーサー（津島一夫訳）『マッカーサー大戦回顧録』（改版）（中央公論新社、2014年）、458頁、には、原文の「Article 9 was aimed entirely at eliminating Japanese aggression」の部分を、「第九条は、他国による侵略だけを対象にしたもので、と訳すなどの問題が見られる。

³ 第90回帝国議会衆議院本会議（昭和21年6月28日）（『官報』号外昭和二十一年六月二十九日・第九十回帝国議会衆議院議事速記録第八号、124頁）。

想で、国家の自然権である基本権を認めるという、およそ国際法では認められない発想を否定したにすぎない。

国家は人間ではなく、自然権など持っていない。国家に「正当防衛権」などなく、自衛権は「正当防衛権」ではない。いわば吉田は、日本の憲法学者たちが習慣的に依拠していた前提を否定し、国際法の考え方の優越を主張したにすぎない。吉田は、戦前の日本（と現在の一部の憲法学者の言説）だけに存在する考え方を否定したにすぎないので、国際法上の自衛権を放棄した、と言える発言は一度も行っていない。実際に、憲法審議にあたって吉田が用意していた書類には、憲法草案は自衛権を否定していない、ということが明記されていたのである。整然と考えれば、吉田答弁は、国際法上の根拠のない「防衛戦争」なるドイツ国法学に依拠した大日本帝国憲法時代の考えを否定したものであり、国際法上の手続きにしたがって発動される「自衛権」の否定を意図したものではないと理解するのが、当然である。

なお吉田は、1946年6月26日の帝国議会においては、原夫次郎の質問に答えて、次のようにも発言していた。「戦争放棄ニ関スル本案ノ規定ハ、直接ニハ自衛権ヲ否定ハシテ居リマセヌガ、第九条第二項ニ於テ一切ノ軍備ト国ノ交戦権ヲ認メナイ結果、自衛権ノ発動トシテノ戦争モ、又交戦権モ放棄シタモノデアリマス、従来近年ノ戦争ハ多ク自衛権ノ名ニ於テ戦ハレタノデアリマス、満州事変然リ、大東亜戦争亦然リデアリマス、今日我が国ニ対スル疑惑ハ、日本ハ好戦国デアル、何時再軍備ヲナシテ復讐戦ヲシテ世界ノ平和ヲ脅カサナイトモ分ラナイト云フコトガ、日本ニ対スル大ナル疑惑デアリ、又誤解デアリマス、先ズ此ノ誤解ヲ正スコトガ今日我々トシテナスベキ第一ノコトデアルト思フノデアリマス」などと述べていた⁴。

この6月26日の発言は、9条1項が自衛権を認めていることを明確にしている一方で、2項が独自の制約をかけているかのように語っている点で、憲法学通説の「ちゃぶ台返し」の解釈スタイルに類似しているとは言える。「自衛権ノ発動トシテノ戦争」や「交戦権モ放棄」など、日本国憲法の文言から踏み込んで、より憲法学によりそった言葉遣いをしている箇所もある。だが結局そこで否定されているのは、あくまでも「満州事変」や「大東亜戦争」を事例とした「戦争」である。日本が好戦国ではないことを諸国に訴えることの重要性を政策論として語っているとしても、吉田は必ずしも日本が国際法上の自衛権を行使することができないとまでは明言していなかった。

憲法学通説では、マッカーサーも吉田も、政治的事情のために、当初の立場を変えて、憲法解釈を豹変させた、とされる。しかしそのような主張を裏付ける資料はない。むしろ両名は、日本の憲法学者が当然視していたが実は法的根拠を欠いていたドイツ国法学的な発想の国家の「正当防衛権」思想に依拠した「防衛戦争」の考え方を否定したのであり、その結果として国際法の自衛権にそった考え方にそった憲法解釈を主張していた、と考えるのが、最も自然かつ当然である。

⁴ 第90回帝国議会衆議院本会議（昭和21年6月26日）（『官報』号外昭和二十一年六月二十七日・第九十回帝国議会衆議院議事速記録第六号、81-82頁）

2. 「ちゃぶ台返し」9条解釈の錯綜性

それでは実際に制定された憲法9条の文言に、憲法学通説を裏付ける内容はあるのだろうか。起草者の意図にかかわらず、実際に制定されてしまった憲法典の文言に「自衛権の放棄」や「軍隊の放棄」が明記されているのであれば、起草者の意図にかかわらず、実際の憲法典の文言にそって毛峰解釈が行われるべきなのが当然である。

しかし実際には、憲法9条には、そのような文言はない。むしろ憲法9条は、国際法を強く意識した文言を使用している。したがって自然な文言解釈としては、憲法制定に先立ってすでに存在しており、憲法典がその文言から参照を求めている国際法規範を参照して解釈するのが、最も妥当であると考えられる。

国際法への参照を否定する憲法学通説の解釈姿勢は、「ちゃぶ台返し」の解釈とも呼ばれる⁵。憲法9条は1項と2項からなるが、1項では不可避と思われる解釈を、2項を読んでから修正することが求められる、という特異な主張をするために、そのように呼ばれる。法律の条文において、1項の内容を、2項を読んでから修正しなければいけないという構成は、極めて異質である。1項の内容に2項が留保や例外を加えたりする場合は、当然よくある。しかし2項が1項の解釈の変更を求めるというのは、異例である。よほどの根拠がなければ、そうした解釈はもちこたえられないはずである。

憲法9条1項は、1928年不戦条約や1945年国連憲章を強く意識した文言になっており、1項を読む限り、憲法9条は現代国際法における武力行使の規制の枠組みを国内法でも規定したものであることは明らかである。そこで国際法上の原則である自衛権が放棄されているはずはなく、武力行使の規制と、侵略者に対抗する手段としての自衛権の保障とが一体化していることは、明らかである。

憲法学通説は、この解釈の妥当性を認めつつ、2項を読むと持ちこたえられなくなるので、2項を読んでから1項に立ち戻ってきて、1項の解釈を変えなければならない、と主張する。

憲法学者の中でも、こうした歪な解釈構造に異を唱え、むしろ1項の枠組みを前提にして2項が成立していると解釈するのが当然だ、とする者も、佐々木惣一・元京都大学教授（滝川事件の際に辞職）や大石義雄・京都大学教授らを中心に、少なからず存在した⁶。しかしそうした声は修正主義的なものとされ、憲法学界では「多数説」を形成するには至っていない。

憲法9条解釈をめぐる対立は、1項から自然に2項に読み進んでいく解釈と、2項を読んでから1項の内容を修正する「ちゃぶ台返し」の憲法学通説の解釈との間の対立に、ほぼ全て還元されると言ってもよい。「ちゃぶ台返し」の解釈に根拠があるかどうか、憲法9条解釈を決する中心的な論点であると言って過言ではない。

⁵ 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、1992年）、261頁。2項によって1項の意味を変えるという「ちゃぶ台返し」の解釈は法解釈として「尋常ではありません」と述べるのは、安念潤司「集団的自衛権は放棄されたのか—憲法九条を素直に読む」松井茂記（編）『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』（有斐閣、2016年）、284—285頁。安念教授は、憲法は集団的自衛権を放棄していないという立場をとる。2項を理由に1項の内容を否定するのは、「法の解釈方法としては無用の迂回であって、各条項は最初から統一的に解釈されるべきものであり、一項をまず読み、つぎにその意味を取り消すような方法で二項を読むのは妥当でないという批判がなされる。」覚道『憲法』318頁。

⁶ たとえば、佐々木惣一「自衛戦争能力の問題と憲法改正論」、『中央公論』67巻7号、1952年。

3. 憲法9条1項の内容

論点となる憲法9条2項の検討に移る前に、1項が何であるのかについて、確認をする作業をまず行っておこう。まず憲法9条1項を見てみよう。1項は次のような条文からなる。

「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。」

9条1項は、1928年不戦条約や1945年国連憲章2条4項を意識したものである。1928年不戦条約は、次のような文言からなる。

「<第1条> 締約国は国際紛争解決のため、戦争に訴えることなく、かつその相互関係において国家の政策の手段としての戦争を放棄することを、その各自の人民の名において厳粛に宣言する。

<第2条> 締約国は相互に起こりうる一切の紛争又は紛議を、その性質又は理由にかかわらず、平和的手段による以外には処理又は解決を求めないと約束する。」

さらに1945年国連憲章は、2条4項において、次のように規定する。

「すべての加盟国は、その国際関係において、武力による威嚇又は武力の行使を、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いかなる方法によるものも慎まなければならない。」

憲法9条1項は、1928年不戦条約のみならず、1945年国連憲章が成立した後に、これらの国際法規を前提にして、1946年に作られたものだ。その文言は、両者への参照を強く要請するものであり、両者の国際法規を遵守する意図を表現していると考えるのが、妥当だ。

「国際紛争解決のため」、「国家の政策の手段としての戦争を放棄」する、といった文言において、1928年不戦条約と憲法9条1項の文章は酷似している。大日本帝国が、1928年不戦条約に加入しながら満州事変を起こし、不戦条約の体制を揺るがせた史実を意識し、憲法起草者は、どうしても国際法との連動性を意識せざるを得ないように配慮したのだろう。

憲法9条が、「前文」以外では、条文としてはただ一つ、「日本国民は」、という主語で始まる条文である事実は、不戦条約が「各自の人民の名において厳粛に宣言する」ものであったことを意識した結果であることが読み取れる。ちなみに日本国憲法「前文」で主権者とされた「国民」は、GHQ草案などでは「people」とされていた語句であり、不戦条約における「人民 (people)」と同じである。ただし、9条に「日本国民は」という主語を入れたのは、GHQではない。国会で憲法審議にあたった、芦田均が委員長を務めた衆議院帝国憲法改正小委員会である。「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」という文言を9条の冒頭に挿入したのも、芦田の憲法改正小委員会である。一般に「芦田修正」と呼ばれている修正は、9条と「前文」との連動性を明確にするとともに、9条と国際法との連動性も明確にするためのものであったと言える。

憲法9条1項は、「国権の発動としての戦争」だけでなく、「国際紛争を解決する手段として」の「武力による威嚇又は武力の行使」も放棄した。「武力による威嚇又は武力の行使」という文言は、1945年国連憲章2条4項を模倣したものと言わざるをえない。日本は1928年不戦条約に加入していたが、1946年の時点では1945年国際連合憲章には未加入であった。そこで国連憲章によって強化された新し

い国際法秩序をも遵守するという意図をもって、9条1項は、「国権の発動としての戦争」だけでなく、「国際紛争を解決する手段として」の「武力による威嚇又は武力の行使」も放棄した、と理解するのが、妥当だ。

したがってこれらの国際法規において、自衛権が放棄されていないことについては、疑いの余地がない。1928年不戦条約が放棄した「戦争」は、19世紀ヨーロッパ国際法における「戦争」のことであり、そこに自衛権や国際連盟が発動できる集団安全保障の制裁措置は含まれていないことは、確立された理解である。それが、憲法9条1項が模倣している、「国際紛争解決のため」の「国家の政策の手段としての戦争」という文言が意味することである。

国連憲章51条は、「この憲章のいかなる規定も、国際連合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とるまでの間、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」と定め、1928年不戦条約と同じように、自衛権と集団安全保障を2条4項が否定していないことを、明文で確認している。それが、憲章2条4項の「国際連合の目的と両立しない他のいかなる方法による」「武力による威嚇又は武力の行使」という文言が意味していることである。

なお武力行使一般を禁止するのは、「国際の平和と安全の維持」（国連憲章1条1項）のためである。国際法を無視する侵略者が現れたときに対抗措置をとることを禁止するのは、むしろこの「国際の平和と安全の維持」という至高の目的に反する。「国際の平和と安全の維持」という目的を達するためには、違反者に対抗するための自衛権と集団安全保障が必要である。そこで2条4項の武力行使の一般的な禁止と、自衛権と集団安全保障が、不可分一体の措置として、現代国際法の体系の中で認められているのである。

不戦条約に先立って、すでに1919年国際連盟規約が、締約国が「戦争に訴えないという義務を受諾し」たことを謳っていた。その後、1923年相互援助条約案、1925年ロカルノ条約、1924年国際紛争平和的処理議定書が、侵略戦争の禁止や戦争の一般的な禁止の流れを用意し、アメリカとフランスが主導する形で1928年不戦条約が成立することになった。1925年9月25日の連盟総会決議は侵略戦争が国際犯罪であることを宣言し、1927年9月24日の連盟総会決議は全会一致ですべての侵略戦争を禁止する宣言を行っていた。

日本は国際連盟加盟国であったし、不戦条約にも加入していた。ところが戦前の日本は、1931年の満州事変以降、国際法秩序から逸脱した行動をとり、第二次世界大戦の惨禍を招いた。そこで戦後の日本国憲法は、国際法を遵守し、あらためて戦争を否定する宣言をした。そしれが憲法9条1項である。つまり、国際法を遵守する、とあらためて宣言したのが、憲法9条である。国際法を凌駕して、唯一無二の世界最先端の規範を宣言したのが憲法9条、なのではない。

放棄しているのが19世紀ヨーロッパ国際法の意味での「戦争」であることを示すために、日本国憲法の起草者はあえて親切にも、「国権の発動としての戦争（war as a sovereign right of the nation）」という説明的な文を入れて、意味を明確にしようとした。絶対主義的な19世紀ヨーロッパの国家主権の概念にのっとって、宣戦布告をすれば主権国家は自由に戦争を開始できる、という考え方を、日本国憲法は否定した。そして、憲法9条は、不戦条約の内容を再確認する条項である、ということ強調し

ようとした。憲法9条は、19世紀ヨーロッパ国際法を否定し、現代国際法を遵守することであることを、疑いのないものにする宣言をした。

「国権の発動としての戦争」に、自衛権の行使は含まれない。「自衛権の行使」とは、違法行為を除去するための合法的な公権力の行使であり、違法化された「国権の発動としての戦争」でも「国際紛争を解決する手段としての武力による威嚇又は武力の行使」でもない。この考え方は、1928年不戦条約締結時に諸国によって確認されているし、1945年国連憲章も当然の前提としている。国連憲章が2条4項で武力行使を一般的に禁止しながら、51条で自衛権の合法性を明記しているのは、こうした事情によるものだ。

4. 憲法学通説の立場

憲法学の基本書の頂点に立ち、死後にも繰り返し重版され、100万部を売り上げたと言われる芦部信喜『憲法』の記述を見てみよう。まず芦部は、「『国権の発動たる戦争』とは、単に戦争というのと同じである」、と、一切の議論を許さない態度で、決めつける⁷。これによって芦部は何を行っているか。現代世界の武力行使の全てが憲法上の「国権の発動としての戦争」と同じだ、と主張しているのである。

では芦部にとって「戦争」とは何か。芦部によれば、「『戦争』は、宣戦布告または最後通牒（紛争の平和的解決のための交渉を打ち切り、最終的な要求を提示し、受諾拒否の場合は戦争または武力の使用など自由行動をとる旨述べた外交文書）によって戦意が表明され戦時国際法規の適用を受けるものを言う」のだという⁸。

これは19世紀ヨーロッパ国際法の「戦争」の概念である。1945年の国連憲章以降の現代国際法では否定されているものだ。この「戦争」が放棄されているとみなすこと自体は、1項の解釈として妥当だ。ところが芦部は、この19世紀ヨーロッパ国際法の「戦争」が、あたかも普遍的で超歴史的にあてはまるものであるかのように語る。

さらに芦部によれば、「『武力の行使』とは、そういう宣戦布告なしで行われる事実上の戦争、すなわち実質的意味の戦争のことである。」そこで芦部は、「自衛戦争」なるものを否定することを含めて、「九条一項は、このように、国際法上の戦争も、事実上の戦争も放棄し、あわせて、戦争の誘因となる武力による威嚇をも禁止したのである」、と述べる⁹。

しかし実際の9条1項は、「国際紛争を解決する手段としての武力行使」を禁止している。実際の憲法9条1項の文言は、国際法にしたがった解釈を求めているにもかかわらず、憲法学者による造語によって、憲法9条と国際法とのつながりが分断されていると言わざるを得ない。

国際法の規範性が弱かった時代には、主権国家は国家間の紛争を、最終審査手段である戦争に訴えて解決することが違法ではなかった。「国際紛争を解決する手段としての武力行使」の禁止は、20世紀以

⁷ 芦部信喜（高橋和之補訂）『憲法』（第七版）（岩波書店、2019年）、56頁。

⁸ 同上、56-57頁。

⁹ 同上、57頁。

降の現代国際法の特徴のことである。1919年の国際連盟規約によって翌1920年に発足した「国際連盟は、第一次世界大戦以前まで支配的だった『戦争＝国際紛争解決の最終手段』という戦争観を変え」るものだった¹⁰。確かに国際連盟には不十分な点が多々あったが、日本国憲法起草に先立って成立した、1945年国連憲章が大きな改善を図った。現代国際法は、少なくとも憲法起草以前に、制度的に確立されていたのである。

しかし芦部によれば、9条1項の「武力の行使」の解釈には二通りある。「国家の政策の手段としての戦争」に留意する（現代国際法に従った）解釈とは別に、もう一つあるという。それは、「従来の国際法上の解釈にとらわれずに、およそ戦争はすべて国際紛争を解決する手段としてなされるのであるから、一項において自衛戦争も含めてすべての戦争が放棄されていると解すべきであると説く見解」である。そして芦部は、この後者の説の方を「有力」と評する¹¹。この二項によって一項も戦争を全面放棄していると解する「一・二項全面放棄説」を、「学説の多数説である」として支持し、「私もその説をとる」とも宣言する¹²。

芦部によれば、「限定放棄説」には、三つの「疑問」がある。一つは、二項冒頭の「前項の目的を達するため」という「芦田修正」に依拠した解釈への「疑問」であるという。「芦田は、衆議院帝国憲法改正案委員長報告において、修正は、『戦争放棄、軍備撤廃を決意するやうに至った動機が専ら人類の和協、世界平和の念願に出発する趣旨を明らかにせんとしたのであります』と述べ、・・・それを帝国議会は了承して原案が確定したのであるから、約一〇年後の芦田の釈明や、総司令部の若干の関係者の意向は、政権意思を左右する意味をもつものとは解されない」、と芦部は述べる¹³。

ここで芦部の見解を批判するには、自衛権の行使は、侵略者に対して国際秩序を守る行為であり、「人類の和協、世界平和の念願」と全く矛盾しないどころか、むしろ国際法の枠組みからすれば、それらを守って推進するためのものだ、と指摘することで十分だろう。芦部の議論は、憲法典の文言が示している国際法に依拠した憲法の平和主義の解釈を拒絶し、さらにいわば独断的な平和観を憲法典解釈の基準としている点で、大いに疑問を与える議論だ。自衛権を認めたら「人類の和協、世界平和の念願」に反する、「国際法の平和」は平和ではないと断じる態度には、法的根拠が薄弱であると言わざるを得ない。

芦部の二つ目の「疑問」は、「もし自衛戦争が放棄されていないとすれば、当然に自衛のための軍隊の存在が前提されなければならないので、九条二項の存在理由がなくなる」というものだという¹⁴。すでに指摘した「ちゃぶ台返し」解釈である。二項は一項の後にある条項で、一項を前提にして二項を解釈するのが当然だ。ところが二項が一項と矛盾するところがあるので、一項の解釈を変えなければなら

¹⁰ 大沼保昭『国際法』（ちくま新書、2018年）、296頁。

¹¹ 芦部『憲法』、57頁。

¹² 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣、1992年）、259、261頁。

¹³ 芦部『憲法学Ⅰ』、260頁。

¹⁴ 芦部『憲法学Ⅰ』、261頁。2項によって1項の意味を変えるという「ちゃぶ台返しの解釈」は法解釈として「尋常ではありません」と述べるのは、安念潤司「集団的自衛権は放棄されたのか—憲法九条を素直に読む」松井茂記（編）『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』（有斐閣、2016年）、284—285頁。安念教授は、憲法は集団的自衛権を放棄していないという立場をとる。2項を理由に1項の内容を否定するのは、「法の解釈方法としては無用の迂回であって、各条項は最初から統一的に解釈されるべきものであり、一項をまず読み、つぎにその意味を取り消すような方法で二項を読むのは妥当でないという批判がなされる。」覚道『憲法』318頁。

ないと芦部は主張するのである。しかしそのような矛盾は、芦部が、一項を前提にした二項の解釈を拒絶しようとしているから生まれるのではないか、という深刻な疑問がある。

三つ目の芦部の「疑問」は、「憲法には文民条項を除けば、戦争ないし軍備を予定した規定が全く存在しないこと」だという¹⁵。しかし、なぜそんなに簡単に「文民条項を除けば」などということを手軽に言ってしまうのか。また、具体的な規定の不在が、不在対象の違憲性を意味するというのは、全く奇妙な議論である。憲法には、警察組織に関する規定がないとしても、警察は違憲だとは言えない。

芦部と同じ見解が、憲法学「通説」として広がっている様子を見てみよう。たとえば、樋口陽一・元東京大学法学部教授は、「二項で一切の戦力が否定されるならば、一項だけでは余地をのこされていた戦争も一切できなくなる」という理由で、「九条一項の解釈がほぼ真二つに分かれるのにもかかわらず、二項解釈をあわせると、九条によって一切の戦争と一切の戦力が否定されたとするのが、学説の圧倒的な大勢である」¹⁶と述べる。

高橋和之・元東大法学部教授もまた、「不戦条約等の文言と関連づけて解釈することを否定し、日本国憲法独自の意味を探るという立場」が有力なのは、「こう解すれば2項の前段も後段も、何の技巧も施すことなく文言通りの意味に解することができる」からだと説明する。高橋教授によれば、9条2項が「前段と句点で区切られているため、『前項の目的を達するため』を後段にまで及ぼすことができず、自衛のための『交戦権』は否定されないと読むことが困難である」と主張する。高橋教授は、「交戦権の意味に技巧をこらし、国際法上交戦国に認められる（敵の船舶を拿捕したり、敵の領土を占領統治したりする）権利の意味であるとし、かかる意味での交戦権は否定されたが、戦う権利が否定されたわけではない」といった考え方を仮想敵としながら、「もし自衛のための戦争・戦力が認められるなら、なぜかかる意味での交戦権が否定されねばならないのか説明が困難であろう」と述べる。¹⁷

しかし、自衛権を行使するのに「交戦権」なるものが必要だ、という考え方自体に、決定的なまでに法的根拠が欠落している、と言わざるを得ない。現代国際法において、交戦権などというものは存在していない。日本政府の答弁ですら、「交戦権の否認は、一般国際法上いずれの国家にもあてはまる次元におしもどされている」と言わざるを得ないのが実情なのである¹⁸。もし高橋教授が正しければ、世界のどの国も自衛権を行使できない。

憲法学者の中にも、最近では自衛権を認める者がいる。しかし憲法学者がようやく自衛権を認めるそのやり方は、実はまったく19世紀ドイツ国法学的なものであり、現代国際法的なものではない¹⁹。9条が自衛権を放棄したと言いながら、その後には個別的自衛権だけは違憲にならないと付け加える自衛権の「留保」論は、自己保存を図る自然権的な権利があるので、自らを守る自衛権だけは放棄されない、憲法が何を言おうとも国家の自然権、つまり自己保存の基本権としての自衛権は放棄されない、といった19世紀ドイツ国法学の思想を法的根拠なく持ち込むものであり、日本の憲法学に特有なものだ。しか

¹⁵ 芦部『憲法学1』、261頁。

¹⁶ 樋口陽一「戦争放棄」樋口陽一（編）『講座憲法学2 主権と国際社会』（1994年、日本評論社）、111頁。

¹⁷ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法』（第4版）（2017年、有斐閣）、53-54頁。

¹⁸ 石本泰夫「交戦権と戦時国際法—政府答弁の検討」『国際法の構造転換』（有信堂高文社、1998年）所収、102頁。

¹⁹ 長谷部恭男『憲法と平和を問いなおす』（ちくま新書、2004年）、142、163頁。

しこのような憲法学に特有な議論は、全く時代錯誤的である。国際法においては、自衛を自己保存権と同義とみなしたりする「解釈は不戦条約の規定に反するなどの理由から認められるものではない。」²⁰

「歴史的に見れば、はじめには、自存権が国家の基本権として認められ、そのうちに、その一部として、現在の自衛権に当るものが含まれていた。後になつて多くの学者が自存権という特別な権利を認めることに反対し、たんに自衛権だけを認めるようになった。現在では、自存権を認める学者は少ない」というのは、すでに1951年における国際法学者の観察であった²¹。今日の国際法では、端的に「一九世紀の国際法は一般にこれを見とめた」、という歴史の話として処理される²²。

国家は人工的に作られた制度でしかない。そのような単なる制度に、自然人たる人間と同じような「自然権」を認めるなどというのは、自然権の何たるかを知らない倒錯した議論である。憲法学者の国家の自然権の理論には、法的根拠がない。それは、日本国憲法典よりも、現代国際法よりも、19世紀ドイツ国法学に近い世界観によるものだ。19世紀ドイツ国法学を模倣していた戦前の時代に作られた憲法学の栄光を信じる態度だ。そこで19世紀ドイツ国法学に特有であった、「国家の基本権 (Grundrechte)」のような思想を、あたかも絶対的な真理であるかのように振りかざすのだろう。

19世紀ドイツ国法学の雄であるイエリネクの著作を、見てみよう。100万部を売った憲法学の基本書で知られる芦部信喜が若かりし頃に日本語に訳して出版したゲオルグ・イエリネク『一般国家学』を、見てみよう。

イエリネクは、国家の「法学的説明」としては、「権利主体として国家を把握すること」が最も妥当であると主張した。「このような集合的統一体は人間個人に劣らず権利主体としての能力をもつ」のであり、「この実体が法秩序が結びつけられる実在」として主張されるものであった²³。イエリネクによれば、自衛権とは、この「権利主体としての国家」の「基本権」であった。「総体とその成員の保護、それに加えて、外的侵害に対する自己の領土の防衛は、もっぱら国家に属する。この活動と、これに対応する目的は、国家には、そのもっとも未発達の形態においてすら決して欠けることはなかった。」²⁴

高見勝利のような憲法学者が、自衛権は、「伝統的に国家固有の権利」であり、「自然法上の自己保存権として説かれ」てきたもので、「憲法の条規を超えた『不文の憲法原理』による」ものなどと説明するようになった²⁵。

しかし国際法の基本書では、「(自衛権を「固有の権利」とする憲章51条は) 自衛権を超実定法的な国家の自然権とみなすものではなく、あくまで国際慣習法の範囲内での基本権能をいうにすぎない。・・・国内社会では、法の執行手段が集権化され法益侵害の態様も特定されており、したがって正当防衛はやむをえずとられる例外的な自救手段である。これに対して国際社会では自衛権は、各国がひろくその権利・利益に対する重大な侵害(侵害法益の未分化)を排除するためにとりうる正当な手段」である、と

²⁰ 藤田久一『国際法講義Ⅱ人権・平和』(東京大学出版会、1996年)、401頁。

²¹ 横田喜三郎『自衛権』(有斐閣、1951年)、13頁。

²² 大沼『国際法』、329頁。

²³ G・イエリネク(芦部信喜他訳)『イエリネク・一般国家学』(学陽書房、1974年)、171頁。

²⁴ 同上、206頁。

²⁵ 高見勝利「第4章 平和主義」、野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅰ』第5版(有斐閣、2012年)所収、168頁、高見勝利「集团的自衛権行使容認論の非理非道」『世界』2014年12月号、180頁。

説明される²⁶。

ドイツ国法学全盛の戦前の日本であれば、自衛権の行使は正当防衛と同じであるかのようにみなされた²⁷。これは典型的な「国内的類推 (domestic analogy)」の発想で、現代国際法では採用されない²⁸。正当防衛は、あくまでも国内社会で自然人を律する刑法における概念であり、自然人による行為について使う概念だ。警察権力のような公権力が存在している国内社会の状況でのみ成立する考え方である。ところが憲法学では、この類推を黙認し、適用してきた。「国家の自衛権が、個人の正当防衛権に、一類比の当否は別にして—しばしばなぞらえてきた」というところから²⁹、議論を展開させてきたのである。

自衛権は、正当防衛ではない。国家は、自然人ではない。国家は、それ自体が公権力の主体だ。世界政府がない国際社会では、国家を上回る超越的権力はない。自衛権の行使それ自体が公権力の行使なのである。

1928年不戦条約が自衛権の留保を認めていたため、第二次世界大戦を防げなかった、だから憲法九条は自衛権を否定した、などといった言説もあった。憲法制定当時の東京大学法学部憲法第一講座担当教授であった宮沢俊義は、浅井清が学校教科書として執筆して有名になった『あたらしい憲法のはなし』と同じ題名で同じ1947年に出版された書物において、次のように述べていた。

「不戦条約では世界の国々が侵略戦争はしないと約束した。しかし、外国から攻められた自分の国を守るために戦争をするのは、さしつかえないことになっていた。ところが、新憲法は、侵略戦争ばかりでなく、どんな戦争でも戦争というものを全部否認している。いわゆる自衛戦争—すなわち、外国から攻められたときに自分の国を守るためには始める戦争—も、やってはいけないというのである。・・・どうか世界の国々も、ほんとうに世界に平和をうちたてるには、世界じゅうの国々がみんなで軍隊をやめ、みんなで戦争を放棄するよりほかに道がない、ということを知っていただきたい。そして、できるだけ早く日本の例にならっていただきたい。」³⁰

宮沢は、戦前の軍国主義の日本を称賛していた。それについては不問としながら、終戦後すぐに、世界の国々は日本を模倣しろ、などと主張していたのである。果たして第二次世界大戦は、日本が自衛権を悪用して侵略行為を行ったから起こったのか。あるいは国際法が自衛権を認めたから起こってしまったのか。伝統的な憲法学者の憲法9条解釈では、あたかも自衛権を認めた国際社会が悪いような言い方をすることに躊躇しない。しかし現代国際法では「無差別戦争観」のような考え方は否定されている。いわゆる「国際法の構造転換」が20世紀に起こったからだ。「国際法の構造転換の軸を形成するのは、なにはさておき、戦争および武力行使の違法化である」³¹。国連憲章体制の成立を前提にした実際の1946年日本国憲法は、その戦争観の構造転換を前提にして成立しているのは、すでに見たとおりである。

²⁶ 山本草二『国際法（新版）』（有斐閣、1999年）、732頁。

²⁷ 立『平時国際法』、181頁。

²⁸ 篠田『集団的自衛権の思想史』36-41頁。

²⁹ 樋口陽一「第二章 戦争の放棄」樋口陽一他（編）『注釈日本国憲法（上巻）』（青林書院新社、1984年）、173頁。

³⁰ 宮沢俊義『あたらしい憲法のはなし』（朝日新聞社、1947年）、62、64頁。

³¹ 石本泰雄『国際法の構造転換』、3頁。藤田『国際法講義Ⅱ』、394-395頁。

5. 憲法9条2項「戦力」不保持

憲法9条の解釈にあたっては、1項の枠組みで2項を解釈するか、2項の独自の解釈によって1項の解釈を変更するか、の態度の違いが、大きな結果の違いをもたらす。重要となるのは、「戦力」と「交戦権」の二つの概念の解釈である。

まず「戦力 (war potential)」の概念から見ていくことにしよう。憲法9条2項前段は、次のように規定している。

「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。」

実は「マッカーサー・ノート」には、「いかなる日本陸海空軍も決して許されない」という文言があっただけであった。GHQ草案作成段階で、「戦力 (war potential)」概念が挿入された。そしてこれによって「陸海空軍」に「戦力」の例示としての位置づけの制約がかかるようになった³²。9条2項で不保持が宣言されているのは、あくまでも「戦力」としての「陸海空軍」である。「戦力 (war potential)」ではない軍隊は、不保持が宣言されていない。

1項に対応する部分で、「戦争」一般の放棄の内容が確定したのにもなって、2項に対応する部分で、「戦争」遂行の潜在能力 (war potential) の不保持を定めるようになった。そして、「戦力 (war potential)」の概念が登場するようになった。したがって9条1以降が自衛権を否定せず、「国権の発動としての戦争 (war)」を放棄したのに対応している以上、9条2項も「戦力 (war potential)」の不保持を定めて、自衛権行使の手段の不保持を除外していると考えるのが、最も論理的である。「陸海空軍」に、「戦力 (war potential)」としての、という制約が加わった事情は、1項からの論理の一貫性を考えれば、明晰である。

9条1項は、国際法上の違法行為である「国権の発動としての戦争」を放棄する、という国際法遵守の宣言であった。9条2項は、その違法行為である「国権の発動としての戦争」を行うための「潜在能力 (war potential)」を保持しない、という宣言である³³。

戦争という違法行為を行わない宣言をしたのだから、違法行為を行うための潜在能力を持たないのは、論理必然的に自明のことではある。違法行為を行った組織として解体が進められた大日本帝国軍は、1946年2月のGHQ草案起草の段階で、まだ完全には解体されきっていなかった³⁴。また武装解除

³² 佐藤達夫『日本国憲法成立史』第3巻(補訂)(有斐閣、1994年)、20-21頁。

³³ 長谷部恭男は、2019年1月の岩波文庫『日本国憲法』に寄せた「解説」において、次のように述べた。「戦力 (war potential)」の保持を禁じずる二項前段も、「決闘」としての戦争を遂行する能力の保持を禁ずるものと理解するのが素直である……。一項と二項を分断した上で『戦力』『交戦権』など個別の概念に分解して解釈する手法は、条文全体の趣旨を分かりにくくする。」(長谷部恭男「解説」岩波文庫『日本国憲法』[2019年]所収、171頁) 2017年以前の長谷部教授の言説に、このように国際法を強調しながら「war potential」概念に参照するようなものはなかった。

³⁴ 終戦時、陸軍は、宮城(皇居)の守護を任務とする近衛師団を将来の再軍備の拠点にすることを策したと言われる。日本政府は近衛師団を温存するために、約4,000人の禁衛府と皇宮衛士総隊を設置して、陸軍のエリートを存続させる計画を決定した。また、1945年(昭和20年)8月29日の終戦処理会議は、「政府の終戦処理を安寧裏に整々迅速に遂行するために必要なる警備力の確保」を名目に、約25万5,000人の警察力(当時の3倍)と22万7,000人の武装憲兵部隊を残置して、陸軍大臣の指揮監督下に置くことを内定した。警察力の約3分の1と、武装憲兵部隊は、機関銃以下の小火器で武装させて機動力を持たせるとされ、その規模は平時の陸軍兵力を遥かに上回る規模が計画されていた。この構想は修正され、10月初めには通常の警察官を18万6,000人余人と、内乱鎮圧、災害対策用の武

の法的根拠が、国内法規にはなく、ポツダム宣言という国際協定の受諾だけにかかっていた。そこで「(国権の発動としての) 戦争を行うための潜在能力」と言うべき大日本帝国軍を解体する国内法上の根拠を明確にするために、憲法9条2項の「戦力」不保持の規定が挿入された、と考えるべきだろう。したがって、そこに「自衛権行使」の手段の保持を禁止したかのような含意を見出そうとすることはできない。「戦力 (war potential)」不保持は、違法行為である「戦争 (war)」を行うための「潜在能力」を持たない、という条項である、と解するべきだろう³⁵。

1941年にアメリカのローズベルト大統領とイギリスのチャーチル首相が大西洋上で発した宣言「大西洋憲章」は、今日の国連も公式に連合国 (United Nations) の原則を定めたものとして認めている重要テキストである。その第八項目には次の文言がある。

「もし国境を越えて攻撃をする脅威を与える、あるいは与えるかもしれない諸国家によって陸・海・空軍力が用いられるならば、未来の平和は保たれないのであるから、ローズベルトとチャーチルは、次のように信じる。一般的な安全保障に関する広範かつ恒久的な仕組みができるまでの間、そのような諸国家の武装解除が重要である。」³⁶

したがって日本が侵略国家である限り、武装解除の対象になる。国連憲章には有名な「敵国条項」があり、たとえば連合国 (United Nations) の「敵国」が、第二次世界大戦により確定した事項を無効にしようとする場合などには、国連加盟国に軍事行動を含む措置をとることが許される (憲章53条・107条)。「敵国」という語は、第二次世界大戦中にこの憲章のいずれかの署名国の敵国であった国に適用されるとされているので、日本やドイツがこれに該当する。大西洋憲章で武装解除の対象とされた侵略の脅威を与える諸国というのも、日本やドイツのことである。ただし、厳密には、大日本帝国やナチスドイツが該当し、今日の日本やドイツがあてはまらないことは、国際的な共通理解である。大西洋憲章の文言からしても、生まれ変わって国連憲章体制下の国際法を遵守する姿勢をもって「一般的な安全保障に関する広範かつ恒久的な仕組み」である国連に加盟したならば、日本やドイツはいわば「連合国 (United Nations)」側に立つことになる。つまり侵略国家ではなくなり、武装解除の対象からは外れるわけである。

日本国憲法9条2項には、こうした歴史的背景と国際法体系に沿った論理構成が貫かれていると考えるのが、最も自然な解釈だろう。「戦力 (war potential)」とは、現代国際法で違法である「国権の発動としての戦争 (war)」(国家の至高性にもとづいて国家が宣戦布告をして他国を攻撃する行為)を行うための潜在能力のことである。1項の内容を補足しているのが2項であり、違法行為である「戦争」を遂行するための手段を持つこともない、という宣言が、2項の「戦力不保持」の意味である。

装警察隊2〜6万人を設置する計画に縮小された。しかし、これらの計画は連合国軍最高司令官総司令部 (GHQ) の反対により実現できなかった。帝国陸軍が完全に消滅したのは、1946年 (昭和21年) 3月、GHQより禁衛府と皇宮衛士総隊の解散を命じる指令が出された後である。倉沢愛子・成田龍一・油井大三郎・杉原達・テッサ・モーリス・スズキ・吉田裕 (編)『岩波講座 アジア・太平洋戦争〈7〉支配と暴力』(岩波書店、2006年) 410頁、秦郁彦『史録日本再軍備』(文藝春秋、2006年)、44頁。

³⁵ 横田喜三郎は、「砂川判決」において最高裁判所は、自衛のための戦力の保持を否定しなかった、と解説する。横田喜三郎「憲法の戦争放棄の限界」『国際法外交雑誌』59巻1・2号、1960年、208-209頁。

³⁶ United Nations website <<https://www.un.org/en/sections/history-united-nations-charter/1941-atlantic-charter/index.html>>. 訳は筆者による。

「陸海空軍」という例示は、あくまでも「戦力」として存在するものについて参照されている。そこに自衛権を行使するための手段を放棄するという含意はない。自衛権行使の手段としての軍隊組織を持つてはいけないと解釈する必要もない。

6. 憲法9条2項「交戦権」否認

9条2項の「交戦権 (the right of belligerency of the state)」否認の規定も一つの論点となってきた。

芦部『憲法』の記述を見てみよう。芦部によれば、「交戦権」とは、「1. 交戦状態に入った場合に交戦国に国際法上認められる権利（たとえば、敵国の兵力・軍事施設を殺傷・破壊したり、相手国の領土を占領したり、中立国の船舶を臨検し敵性船舶を拿捕する権利）と解する説、2. 文字どおり、戦いをする権利と解する説「国際法上の用法に従うと、①説が妥当であることになろう。」³⁷

この芦部の記述は、必ずしも現代国際法を正確に反映したものとは言えない。20世紀以降の現代国際法では、戦争の一般的違法化により、戦時国際法の意味が大きく変わった。単に「戦いをする権利」など存在していないだけでない。19世紀ヨーロッパ国際法で認められていた交戦国の権利も、意味をなさなくなった。武力行使に関する法 (jus ad bellum) は、自衛権と集団安全保障の適用の問題に還元される。武力紛争中の法 (jus in bello) は、国際人道法を中心とする紛争中の個々人の行動の規制の問題に還元される。現代国際法において、「相手の領土を占領したり」する権利などない。あるのは、「必要性 (necessity)」と「均衡性 (proportionality)」の原則にてらして、適正に行使されている自衛権 (憲章51条) と、安保理決議に従って適正に行使される集団安全保障 (憲章7章) だけだ。

政府見解は、「交戦権」を、交戦国が国際法上有する種々の権利の総称、などと言い換えるものである。だがそれはせいぜい「交戦者の権利義務 (rights and duties of belligerents)」だろう。「交戦権」という概念が国際法には存在していないという基本的な理解を、まずは憲法解釈者が議論の出発点として共有することが必要だ。

注意すべきは、日本国憲法は、「交戦権」を「放棄」しているのではない、ということだ。「交戦権」なる怪しい概念は、「認めない」と言っているにすぎない。憲法典は、国際法に存在しているとみなす「交戦権」を放棄するのではない。憲法典は、「交戦権」が存在していないことを知っていて、念のためそれを「認めない」、と宣言しているのである。9条2項は、単に現代国際法で存在していないものを、あらためて否認しているだけの条項である。存在していないものを否定しても、現に存在している自衛権の否定にはならない。

なぜ存在していないものの否認をあえて宣言するのかと言えば、国際法上は存在していない権利を戦前の大日本帝国が振りかざしていたためだろう。日本国憲法が否認しているのは、現代国際法上の何らかの権利ではなく、大日本帝国時代の国際法上の根拠がなかった議論であると考えるのが、最も妥当である。

³⁷ 芦部『憲法』、67頁。

実は、太平洋戦争中の1945年以前の日本の国際法の著作には、「交戦権」という言葉が見られる。ただし用法は確立されていなかった。たとえば戦時中に、東北帝国大学の国際法学者であった松原一雄は、「ここに交戦権と云ふのは、交戦国としての—交戦国間の—権利義務の総称である」と述べた。ただし同じころ、早稲田大学で国際法を講義した信夫淳平は、「国家は独立主権国家として、他の国家と交戦するの権利を有する。之を交戦権と称する」と述べていた。そして「国家の交戦権は、交戦に従事する者の行使する交戦者権とは似て非なるものである」と解説していた。ただし信夫によれば、宣戦布告を行うような「開戦」の方式は、「当該国家の交戦権の適法の発動に由るを要すること論を俟たない。その権能の本源如何は国内憲法上の問題に係り、国際法の管轄以外に属する」³⁸。つまり「交戦権」は大日本帝国憲法時代の「天皇大権」と深く関わっていたがゆえに当時の日本人の注目を集めていたが、実はもともと国際法上の概念ではなかったのである。

GHQは、一方的に「自存自衛ノ為」（宣戦の詔書）という理由で攻撃を仕掛ける行為を正当化する大日本帝国時代の考え方を「否認」するために、「the right of belligerency」という概念を否認する条項を、英文で起草した。それを当時の日本人たちが、「交戦権」という言葉をあてはめて訳し、日本語の正文の憲法典に入れ込んだ。その後、戦後の憲法学者が、これは「自衛戦争」の否定の条項だという主張をして、攻撃された際に行使する国際法上の自衛権まで否定するようになってしまった。

自衛隊が創設され、1952年に9条2項をめぐる議論が巻き起こった時期に、国際法学者・前原光雄は、「国際法学者の見解は内外を問わず、国家に戦争を為す権利があるということは、少なくとも、主流としては否認せられているようである」と述べた。そして日本国憲法9条2項の「交戦権」概念についてふれて、「日本語の英訳では、交戦権をright of belligerencyとしていることは既に述べたが、このような権利が国際法上存することを私は未だいかなる著述中にも見出す機会に恵まれない」と断じた。したがって、前原によれば、交戦権の放棄は、「国際法上の法律事実ではないのである。国際法上の権利放棄は、いうまでもなく、放棄国に権利喪失の法的効果を帰属せしめる。この点から観ても、交戦権の放棄は決して権利の放棄ではないことは明かである。国家は戦争を行う権利をもつものではないから、これはむしろ当然のことである。・・・交戦権の放棄というのは、戦争を仕かける自由の放棄ということになる。これは国際法的にはナンセンスであるが、国際政治的には意義をもつであろう。」³⁹

現代国際法に反した世界観で国際法に逸脱した行為を行ったことを認め、二度と国際法から逸脱した

³⁸ 松原一雄『国際法要義』（有斐閣、1942年）、331頁。信夫淳平『戦時国際法講義 第一巻』（丸善株式会社、1941年）、368頁、信夫淳平『戦時国際法提要上巻』（照林堂書店、1943年）、100-101頁。信夫は、1928年不戦条約締結当時において、不戦条約は自衛を違法化していないという点の説明の際に、「その自衛行為は、必しも敵国の我が領土に現に襲撃を加へた場合のみとは限らず、我が死活的権利利益の侵迫に対する救済を凡ゆる平和手段に求め、而も対手国が誠意を以て之を迎へず、甚しきは恫喝以て我れを屈せしめんとするが如きに対し、我れ已むなく救済を干戈に訴ふるのは、これ亦明かに自衛戦を以て論ずることが能きる」などと述べ、拡大解釈の可能性を作ってしまった（信夫淳平『不戦条約論』〔国際連盟協会、1928年〕、13頁）。ただし戦後になると、太平洋戦争は、1907年開戦に関するハーグ条約だけでなく、「交戦権を拘束」した1928年不戦条約の違反であった、と述べるようになった。日暮吉延「国際法における侵略と自衛：信夫淳平『交戦権拘束の諸条約』を読む」『鹿児島大学法学論集』45巻2号、2011年、32-36頁。

³⁹ 前原光雄「交戦権の放棄」『国際法外交雑誌』第51巻第2号（1952年）、13、14、16、17頁。国際法学者の筒井若水によれば、「自衛、復仇、その他一切の武力行使を含めて『国の交戦権』と表現する慣行は、国際法においては認められない。」筒井若水「日本国憲法における『国の交戦権』—国際法の現状との関連における解釈—」寺沢一（他編）『国際法学の再構築』（上）（東京大学出版会、1977年）所収、165頁。国立国会図書館総合調査室の松山健二に

行為を行わず、現代国際法を遵守することを宣言するために、「交戦権」という現代国際法に反した概念を憲法で否定した。9条2項は、国際法遵守の規定であり、国際法上の何らかの権利を否認する規定ではない。

なお「交戦権 (rights of belligerency)」の放棄という表現は、GHQ憲法草案の基盤となった、いわゆる「マッカーサー三原則」の中にも見られる。「交戦権」が何なのか、草案の起草にあたったGHQの文民官僚たちは必ずしもよく理解していなかったようだったという。しかし太平洋戦争中から日本国内の議論を分析する立場にあったマッカーサーは、大日本帝国内の議論をふまえて、「交戦権」否認に意味を見出していたのだろう。

第一次世界大戦前の絶対主権の時代に、国家は主権者の意思を表明する宣戦布告をもって、正式に戦争を開始することができた。主権者の意思が正式に反映された宣戦布告をへない武力紛争は、正式な意味での戦争ではなかった。後にカール・シュミットが「無差別戦争観」と呼んだ国際法の枠組みである。戦争に正邪の違いなどなく、戦争と戦争の間に質的差別を見出すことはできない。主権国家が意思していれば戦争であり、そうでなければ戦争ではない。全ての戦争は、等しく戦争である。宣戦布告とともに「戦時国際法」が適用される状態が始まる。この19世紀ヨーロッパ国際法の法的枠組みが前提としている、戦争は全て等しく戦争であり、戦争と戦争の間に質的差異はない、という考え方を、シュミットは「無差別戦争観」という表現で描写したのであった。大日本帝国憲法を根拠にして戦中の日本人が主張した「国の交戦権」とは、この「無差別戦争観」の時代に、主権国家だけが正式な手続きをへて戦争を行う権利を持っている、という考え方を極端に示したものだっただろう。

「汚れた旧世界」諸国による、「新世界」の共和政体への干渉を排するために、合衆国は19世紀前半から「モンロー・ドクトリン」を掲げ、ヨーロッパ国際秩序とは一線を画する地域秩序を西半球世界に作り上げていた⁴⁰。アメリカは、伝統的な外交原則を破って、第一次世界大戦で、ヨーロッパの戦争に介入した。それは、戦争中の特別な軍事的必要性を認める「戦数 (Kriegsräson)」(戦争理性)を信じるドイツ軍による中立国・アメリカ合衆国の民間船舶への潜水艦無差別攻撃に対する憤りの結果であった⁴¹。ウッドロー・ウィルソン大統領が率いるアメリカは、「汚れた旧世界」の間違った国際秩序を刷新する目的を掲げて、第一次世界大戦を戦い抜いた。その結果の結晶が、国際連盟規約であり、その後の不戦条約でもあった。そして第二次世界大戦もウィルソン主義の延長線上にあると考えれば、国際連合憲章もまた、アメリカによる世界大戦の勝利の帰結の一つであった。

国際連盟規約によって劇的に導入されることになった「集団安全保障」の考え方は、戦時・平時を問わず、侵略行為を違法と認定しつつ、違法行為に対抗する手段の合法性を保証するものである。これに

よれば、「国際法上適法な武力行使の下に国家が交戦者として有する権利と、憲法上適法な武力行使の下に『国家が交戦者として有する権利』は、ともに、日本政府の解釈の下での憲法9条が否認する『交戦権』とは本質が異なるものである。松山健二「憲法第9条の交戦権否認規定と国際法上の交戦権」『レファレンス』2012年11月、41頁。

⁴⁰ 篠田英朗「重層的な国際秩序観における法と力：『モンロー・ドクトリン』の思想的伝統の再検討」、大沼保昭(編)『国際社会における法と力』(日本評論社、2008年)、231-274頁、篠田英朗「ウッドロー・ウィルソン—介入主義、国家主権、国際連盟」、遠藤乾(編)『グローバルガバナンスの歴史と思想』(有斐閣、2010年)所収、81-108頁、参照。

⁴¹ 「戦数」概念については、藤田久一『国際人道法』、64-65頁、立作太郎『戦時国際法論』(日本評論社、1931年)、29-32頁、信夫淳平『戦時国際法講義』第一巻(丸善、1941年)、272-283頁。

よって侵略行為であるか否か、戦争行為であるか否かが、新しい20世紀の国際法の重要な合法性認定のための基準となった。「無差別戦争観」にもとづいて、平時であるか、戦争状態であるか、に関する審査を、適用する法体系の基準とした19世紀ヨーロッパ国際法の時代は、20世紀に終焉を迎えたのである。

確かに、2つの世界大戦の間の時期の「両大戦間期」には、同じ戦勝国であるアメリカとイギリスの間ですら、交戦者の権利をめぐる対立があった⁴²。しかし1946年の段階ではすでに国際法は新しい考え方にもとづく基盤を確立していた。国家に戦争を始める権利があるという「交戦権」思想は、1946年の段階ですでに、法体系の根本から否定されるものとなっていた。

終戦時に東大法学部の国際法担当教授であった横田喜三郎は、すでに終戦直後の1948年の著作で「第二次世界大戦による変化」の一つとして、「違法な戦争を行う国家に対して、交戦権を否認したこと」をあげ、「戦争そのものの性質が根本的な変化を受けることになった」事情を説明していた。「不戦条約などによって、戦争はすでにかなり根本的な変更をうけつつあった。こんどの戦争はそれをいちじるしく推進し、ほぼ完成した」ことが論じられている。「もつとも重要な点の一つとして、違法な戦争を行う国家に対して、交戦権を否認したことをあげることができよう。ここに交戦権というのは、国際法上の交戦法規にしたがつて戦争を行いうべき権利である。・・・この交戦権がこんどの戦では違法な戦争を行つた国家に対して否認されることになった。・・・交戦権が認められないとなると・・・もはや戦争そのものを遂行することができないことになる。」⁴³

それでは、違法ではない戦争をする国には「交戦権」があるのかと言えば、それは問いの立て方が正しくない。武力行使の一般的禁止の例外は、自衛権と集団安全保障の二つしかないので、結局は、「交戦権」などといったものではなく、自衛権と集団安全保障が合法的に行使されているかどうかだけが問題になる。日本国憲法が「交戦権」を初めて否認しているのではない。まず国際法が「交戦権」を否認した。日本国憲法は、それを遵守すると宣言しているだけにすぎないと考えるのが、むしろ妥当である。

おわりに

本稿は、憲法学通説の憲法9条解釈には、法的根拠が乏しく、それは国際法を参照して憲法を解釈することを拒絶しているからだ、と指摘した。起草者が当然に想定した日本国憲法典が予定している国際法への参照を行うのであれば、「ちゃぶ台返し」解釈は不要であるのみならず不当である、と示唆した。そして本稿は、憲法9条1項の枠組みにそつた2項の解釈こそが自然かつ妥当であることを論じた。国際法と調和する日本国憲法は、自衛権を否定しておらず、自衛権行使組織としての軍隊の存在を否定していない。

⁴² 新井京「戦間期の英国における交戦権論争」、『同志社法学』63巻1号通巻527号。

⁴³ 横田喜三郎『世界国家の問題』（同友社、1948年）、108、109、111、115頁。

【お詫びと訂正】

『広島平和科学』第41号（2020年3月刊行）に掲載いたしました、篠田英朗「現代国際法と日本国憲法の整合性の解明～従来の憲法学通説の9条解釈の問題点～」(85～102頁)におきまして、誤りがありました。ここに謹んでお詫び申し上げますと共に、下記のように訂正いたします。

正誤表

訂正箇所	誤	正
89頁4行目	毛峰解釈	憲法解釈