



Title	憲法9条の解釈と学説の現況
Author(s)	齊藤, 正彰; Saito, Masaaki
Citation	北大法学論集, 71(3), 1-57
Issue Date	2020-09-30
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/79342
Type	departmental bulletin paper
File Information	lawreview_71_3_01_Saito.pdf



憲法9条の解釈と学説の現況

齊 藤 正 彰

目 次

はじめに

I 横糸を再紡する意味

1. 9条解釈の縦糸と横糸

2. 9条の法規範性

- (1) 政治的マニフェスト説の再評価論
- (2) 政治的マニフェスト説と政治規範説の径庭
- (3) 政治規範説と政治過程

3. 憲法変遷論と解釈の枠

- (1) 憲法変遷論の再評価論
- (2) 9条解釈の枠
- (3) 新変遷論と他の選びうる解釈

II 学説整理の意味と無意味

1. 学説の形成と論理

- (1) 学説整理の観点
- (2) 図式的分類の完成と陥穽
- (3) 遂行不能説は通説か
- (4) 峻別不能説の原風景
- (5) 遂行不能説Aが想起したもの
- (6) 遂行不能説Bの手がかり

2. 自衛戦力合憲説の無理

- (1) 自衛戦争と国連憲章
- (2) 憲法学説の自省
- (3) 古い学説に新しい解釈

3. 遂行不能説における目的・手段の構成と「峻別不能」論

- (1) 遂行不能説だけが拙劣か
 - (2) 9条の構成と遂行不能説の思考
 - (3) 峻別不能説は堅牢か
 - (4) 遂行不能説の構造と「峻別不能」論
 - (5) 峻別不能説の一念
 - (6) 峻別不能説の遂行不能説への収斂
- III 自衛権を論じる意味
1. 自衛権論の視座
 - (1) 国際法上の「権利」としての自衛権
 - (2) 憲法上の「権限」としての自衛権
 - (3) 国家の「権能」としての自衛権
 2. 「放棄」と「行使不能」の距離
 3. 「武力なき自衛権」説の無意味
- IV 自衛のための実力の保持・行使
1. 禁止説
 2. 許容説
 - (1) 消極的並立論
 - (2) 積極的許容論
 - (3) 方向づけ論
 3. 要請説
- おわりに

はじめに

本稿の目的は、日本国憲法9条の解釈、とりわけ自衛のための実力（自衛力）の保持・行使についての憲法学説の現況を整理することである。したがって、憲法9条をめぐる議論の総体を対象とするものではない。9条解釈におけるすべての論点に註釈を行うものではないし、関係する法令や種々の事象について個別に検討するものでもない。

9条解釈については、憲法制定過程から今日まで、膨大な議論の蓄積がある。学説の分類・整理も、繰り返しなされてきた。しかし、旧来の学説の積み重ねに基づく整理は、今日の議論水準からみて見直すべき要素を含み込んだままになっているおそれがある。

そこで、本稿は、改めて、現在の憲法学説における9条解釈を検討す

る。その筋道に関する最小限の作業を行なったうえで（Ⅰ～Ⅲ）、学説の現況を概観する（Ⅳ）。なお、9条解釈に関連の深い「平和的生存権」論については別稿を準備しており、集団的自衛権についてはすでに論じたことがあるので¹、本稿では扱わない。

I 横糸を再紡する意味

1. 9条解釈の縦糸と横糸

後述する自衛戦力合憲説、遂行不能説、峻別不能説は、「いずれも9条の法規範性を前提としているのであるが、そのいずれを採用するかを9条解釈の縦糸とすると、9条を裁判によって執行されうる規範と考えるかどうか、というのが横糸である」²とされる。9条の法規範性に関する議論としては、近時の註釈書によれば、「本条は単なる政治的宣言（マニフェスト）であり、その条文の字句から何らかの法的効果を導き出すことはできないとする政治的マニフェスト説（高柳賢三）や、9条の法規範性を認めながらも、「高度の政治的判断を伴う理想」が込められていることを理由として、本条の裁判規範性を否定し、「法令や政府の行為が9条違反か否かは、主として、国会、選挙その他政治的な場において検討され決定される」と主張する政治規範説（伊藤正己）」と、「①憲法制定当時における9条の規範的意味は非武装平和主義であったが、②その後の国際情勢と日本の国際的地位の変化によって同条の規範的意味は変化し、③国民の規範意識も自衛隊を容認しているとして、憲法の変遷を理由に自衛のための防衛力の整備は9条に違反しないと主張する（橋本公旦……）」9条変遷論が挙げられる³。これらの「政策的な配慮を色濃

¹ 齊藤正彰『憲法と国際規律』（信山社・2012年）207頁以下、齊藤正彰「集団的自衛権と憲法9条解釈のスタンス」北星学園大学経済学部・北星論集55巻2号（2016年）1頁以下。

² 常本照樹「戦争の放棄（9条）」法教260号（2002年）15頁。

³ 辻村みよ子＝山元一編『概説憲法コンメンタール』（信山社・2018年）47頁、438頁〔愛敬浩二〕。

く反映した個人説⁴とも評される「横糸」をめぐるのは、従来、「教科書の叙述では、話の枕として、……今は懐かしい学説上の旧跡を一渉り回るのが作法となっている」⁵という批評が同様に当てはまる状況にあった。しかし、近時、再び「横糸」を手繰ることを試みる学説がある。

2. 9条の法規範性

(1) 政治的マニフェスト説の再評価論

これまで通説の見解を担っていたとされる学説から、「非武装平和の憲法を……より強く世界に訴えていく、しかし一方で必要最小限の自衛力も当分の間、暫定的に認める、そういう立場を採るためには、政治的マニフェスト説の今日的意義を再検討しなければならないのではなからうか」⁶との問題提起がなされたとされる。

これについては、「[政治的マニフェスト]を単なる政治的な宣言と解すべきではなく、憲法遵守の義務をもつ政府の政策決定を方向づけるもの、……将来にむけて政府の行動を方向づける理念として理解すべき」とするものであって⁷、「要するに、9条は、いま、現にある自衛隊をその理念に向かって方向づける機能をもっている、と理解する」見地に立っていたのではないかとし、「9条を改正せずに生かしていく」という趣旨で政治的マニフェスト説を再検討するものと評されている⁸。

⁴ 鈴木敦「9条学説史から見た「憲法学説」の規整力」法時92巻3号（2020年）102頁。

⁵ 安念潤司「『外国人の人権』再考」芦部信喜先生古稀祝賀『現代立憲主義の展開（上）』（有斐閣・1993年）166頁。もちろん、引用部分は外国人の人権に関する学説について述べたものである。

⁶ 芦部信喜先生記念講演録『平和憲法五十年の歩み——その回顧と展望』（信山社・2017年）31頁。

⁷ 高橋和之＝高見勝利ほか「〔座談会〕戦後憲法学の70年を語る——高橋・高見憲法学との対話（4・2・第11回）憲法と政治」法時90巻7号（2018年）72頁〔高見〕。丸山真男「憲法第九条をめぐる若干の考察」世界235号（1965年）48頁に依拠して論じられている。

⁸ 高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）72頁〔高見〕。

その際、9条は「枠というスタティックなものではなく、ダイナミックなものになる」⁹とされるが、「ダイナミック」の意味を、次のような「動態的憲法理解」に通じるものと解するならば、すなわち、「正解釈」/「にせ解釈」の二分論……のような解釈観をはじめから退け、「わく」の中と外に切り分けることのできる解釈の正邪のラインは元来理論的に論証可能なものとしては存在せず、ただ多様な憲法解釈アクター（政府、裁判機関、政党、学説、市民等々）がそれぞれの政治的経済的社会的利害認識から、各々に好ましい解釈論を掲げて自らが主観的に正しいと信じる解釈論の正当性を押し通すべく政治的攻防戦を繰り広げているだけだ、という一見ニヒリスティックな解釈観¹⁰に結びつくものと解するならば、この「動態的憲法理解」論は、「9条法原理」説とも称される「穏和な平和主義」論に共鳴しているところ¹¹、「穏和な平和主義」論に対しては9条を「単なるマニフェスト」として扱う説を支持する見解であるとの評価¹²がなされていたことに逢着する¹³。

⁹ 高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）72頁〔高見〕。

¹⁰ 山元一「九条論を開く——〈平和主義と立憲主義の交錯〉をめぐる一考察」水島朝穂編『シリーズ日本の安全保障（3）立憲的ダイナミズム』（岩波書店・2014年）100頁。

¹¹ 山元一『グローバル化時代の日本国憲法』（放送大学教育振興会・2019年）239-240頁。

¹² 野中俊彦ほか『憲法Ⅰ（第3版）』（有斐閣・2001年）158頁〔高見勝利〕。なお、同書第4版（2006年）にも同旨の記述が引き継がれていたが、第5版（2012年）では削られている。

¹³ ただし、「9条を「原理」と捉える説」は「高柳と類似する問題意識から、9条の規範としての性格を考え直す議論」であるが、「9条の法規範としての意味を否定するわけではなく、それを原理として理解すべき」とするものとされる（毛利透ほか『憲法Ⅰ——総論・統治（第2版）』（有斐閣・2017年）141-142頁〔毛利〕）。同様に、「高柳説に近いようにみえるが、……憲法九条を基本的には憲法規定とみる立場にたっているとみることができる」（岩間昭道『合法性と正当性』（尚学社・2019年）94頁註38）とする見解がある。他方、「九条は主に政治過程に関わる条文なので、九条を「原理」ととらえると、九条の規制力は「政策」レベルまで、すなわち、「政治的マニフェスト」にまで弱まるおそれがある」（愛敬浩二『改憲問題』（ちくま新書・2006年）153頁）とされ、また、政治規範説と

「九条は非武装の平和主義を基本にしている、という立場をそのまま維持しながら、自衛隊の存在も肯定する、そういう解釈を採る」¹⁴ことは、「9条を単なるマニフェストとして扱う説」の再評価ではないはずであり、そこでの「ダイナミック」の意味は、次のように解されることになる。すなわち、9条を「政策決定の枠だと考えたところでこの枠のなかでは漸増しようが漸減しようがどっちでもいいという結論にならざるをえない」のであって、それは「スタティック（静態的）な理解にとどまっている」ことになるのに対して、9条は「政策決定の方向づけを示している」と考えれば、「方向性を決定する現実的な規定として第九条というものが生きて来る」のであって、「方向性が見れば、枠というスタティックなものではなくて、ダイナミックなものになる」ということである¹⁵。そのようにして、「政府としては、防衛力を漸増する方向ではなく、それを漸減する方向に今後も不断に義務づけられている」とされるのである。

（2）政治的マニフェスト説と政治規範説の径庭

政治規範説は、政治的マニフェスト説や9条変遷論とともに、「9条の法規規範性等を否定することで、複雑な条文操作を回避する議論」と位置づけられることがある¹⁶。

そして、そのような観点から、政治規範説については、「9条の裁判規範としての効力を否認」するものとの評価¹⁷が導かれる傾向がある。「9条を政治規範とする見解は、その裁判規範性を、およそ一般的に否定することになる。しかし、違憲審査制を設けた憲法のもとで、ある条

の「区別は相対的なもの」（芹沢斉＝市川正人＝阪口正二郎編『新基本法コンメンタル憲法』（別冊法セ・2011年）50頁〔愛敬浩二〕）とされる。

¹⁴ 芦部先生記念講演録・前掲書（註6）29頁。

¹⁵ 丸山・前掲論文（註7）48頁。

¹⁶ 芹沢ほか編・前掲書（註13）54頁〔愛敬〕、ただし、政治的マニフェスト説との異同について、同書50頁。また、「高柳学説の継受者として、伊藤正己がいる。伊藤の見解は、基本的には高柳説と同一である」（加藤一彦『憲法〈第3版〉』（法律文化社・2017年）294頁註3）との評価もある。

¹⁷ 山内敏弘「『防衛力』肯定論の憲法的基礎」奥平康弘＝杉原泰雄編『憲法学（4）統治機構の基本問題I』（有斐閣・1976年）27頁。

項の裁判規範性を——とりわけ本文の条項について——およそ一般的に否定してしまうには、それだけの特別の根拠が必要なはずであるが、それが示されているとはいえない¹⁸とされる。また、同説は「9条の厳密な法解釈を放棄」¹⁹するものとも批判された。

しかし、政治規範説は、「高度の政治的判断を伴う理想がこめられた九条は、裁判規範としての性格がきわめて希薄」²⁰とするものであって、裁判規範性を完全に否定する趣旨ではないと解される。政治規範説は、9条の条文解釈として、「必要最小限度の自衛権の行使までも排除されていないと理解すべき」であり、「自衛権行使に必要な最小限度の戦力の保持は禁止されていない」とするのである²¹。そして、自衛の範囲として「具体的にいかなる手段・方法をとることになるかは、政治過程で決定されなければならない」としている²²。

(3) 政治規範説と政治過程

政治規範説は、「九条の解釈とその運用について国民のコンセンサスが得られていない状況のもとでは、裁判所は何がその規範的意味かを確定しがたく、たとえ何らかの法的意味を明示しえたとしても、その結果、司法が政治的紛争の渦中に巻き込まれ、司法本来の機能を果たしえなくなるおそれが多分に存している」²³ことを指摘するのである。ここで、「時

¹⁸ 樋口陽一ほか『注解法律学全集(1) 憲法I〔前文・第1条～第20条〕』(青林書院・1994年)147頁〔樋口〕。

¹⁹ 山内・前掲論文(註17)27頁。

²⁰ 伊藤正己『憲法(第3版)』(弘文堂・1995年)169頁。

²¹ 同書177頁。

²² 同書173頁。なお、「現在の自衛隊の実体は、軍隊と呼んでも少しもおかしくないほどの力をそなえているようにもみえ、自衛のための必要最小限度の戦力を超えているとの判断も可能である。現実には、平和主義の理念から離れる方向に進んでいるようにみうけられる」(同書177頁)とされる。

²³ 同書169頁。その流れを汲む見解によれば、「9条が理想主義的な性格なために、その具体的意味については多様な見解が存在し、裁判規範性が希薄とならざるを得ない」のであり、また、「政治過程での9条論議がしばしば激しい論争状態を生み出し、そこから裁判規範の土台となるような意味をくみ取ることが困難とさせている。そうであるため、司法部門は、政治的論議の渦中に取り

をかせく²⁴ことの効用を説いて裁判所に拙速に憲法判断を迫ることを戒めた見解に論及しつつ、「司法による「裁断」がないため、合憲・違憲は依然として決着がついていない」から、「論議が政治過程の場に乘せられたままになっている」のであり、「研究者を含む法職業家層のはたらく余地が残されている」とする指摘²⁵を想起することもできるであろう。

「最高裁は、これまで、自衛隊が違憲か否かの判断を避けてきた。かりに最高裁がこれをとり上げたとしても、砂川事件判決などの論理からして、いわゆる統治行為論に基づいて、その判断を政治部門ないし国民に委ねるであろうことが予測される。その場合、主権者たる国民が最終決着をはかることになる」²⁶。

なお、「憲法は政府のプロセスを樹立し、規律したものであって、……憲法の立脚する民主主義原理の下ではこの政治参加のプロセスの保障こそが裁判所にふさわしい役割であるとするプロセス的司法審査理論」²⁷を提示する学説は、「9条の文言と憲法制定当時の説明に照らす限り、自衛隊を9条に違反しないとイえるかどうかかなり疑問である」としつつ、裁判所としては「一見きわめて明白に憲法に違反するといえない限りは、政府の行為は違憲とはいえないと判断すべき」であり、「争いは政治プロセスを通じて解決されるべきもの」としている²⁸。

込まれないようにとの配慮を働かす」のである。「このような状況であるから、最高裁判所が9条の意味を積極的に示すことを控え目にしていることは、司法のあり方として当然だといえる。とりわけ、自衛隊についての合憲性判断が最高裁判所によって一度もなされていないことについては、司法過程における憲法秩序の形成にとって、異常なことであるとはいえない」（戸松秀典『憲法』（弘文堂・2015年）52-53頁）とされる。なお、政治規範説によれば、「九条のもとに存する現実の状況にのみとらわれる理解が排され、憲法変遷があったとして九条解釈をする考え方は生ずる余地がない」（伊藤・同頁）とされる。

²⁴ 宮沢俊義「恵庭判決について」ジュリ370号（1967年）29頁。

²⁵ 奥平康弘「第九条における憲法学説の位置」法時76巻7号（2004年）32頁。

²⁶ 野中俊彦ほか『憲法I〈第5版〉』（有斐閣・2012年）176頁〔高見勝利〕。

²⁷ 松井茂記『日本国憲法〈第3版〉』（有斐閣・2007年）4頁。

²⁸ 同書196-197頁。

3. 憲法変遷論と解釈の枠

(1) 憲法変遷論の再評価論

9条の解釈については、「憲法変遷というのが立憲主義にとって一番無難ではないか」²⁹ともいわれるようになってきている。「9条の維持と立憲主義とのバランスをはかる理論構成」として、「憲法9条の変遷を解釈論として認めれば、自衛隊を違憲という必要はなくなる。しかも、憲法9条は消滅するわけではなく、一時的に妥当性を失い「眠り」についているにすぎない。国民意識が変化し、9条を支持するに至れば、9条は眠りから覚めうる」³⁰とされる。他方、「憲法規定の中で規範性がない規定というのは認めるべきではない、憲法条文はすべて規範性をもっていると考えるべきだ、マニフェストとかプログラム規定というのは許されない」³¹のである。

(2) 9条解釈の枠

この見解は、憲法変遷をめぐる学説を整理した際に、憲法解釈の「枠」に関する問題について、次のように論じていた³²。

「従来、憲法条文の意味の解釈には一定の客観的な枠があると考えられてきた。その枠は、少なくとも原理上は認識可能であり、枠を越える解釈は解釈論の範囲を越えるものとして許されない、枠内において可能な意味のいずれを採るかは究極的には価値判断の問題である、というのが基本的な考え方であった」。

「一般に言語表現の担いうる意味の広がりや、その時点、時点において歴史的・文化的に規定された限度があると思われるから、言語表現として存在する憲法条文の担いうる意味にも限度（枠）があ

²⁹ 高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）71頁〔高橋〕。

³⁰ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法（第5版）』（有斐閣・2020年）68頁。「問題は、この解釈をとるためには、憲法変遷の成立要件をある程度緩和しなければならず、そのことが立憲主義をその分形骸化させる危険をもつことである」（同頁）。なお、高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）71頁〔高橋〕。

³¹ 高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）72頁〔高橋〕。

³² 高橋和之『現代立憲主義の制度構想』（有斐閣・2006年）214-215頁、224頁。

ると考えるべきであろう」。

憲法変遷という言葉は、「思考様式の点からも2つの用法が区別」される。「1つは、解釈の枠を不変不動と考え、その枠外の憲法実例について変遷を考える用法であり、他の1つは、解釈の枠自体が動きうるものと考え、その枠の変動に着目して変遷を考える用法である」。解釈論のレベルに焦点を合わせた場合には、「便宜上、前者の思考様式を採る解釈論を法源変遷論、後者のそれを枠変遷論と呼ぶ」。

「枠変遷の発想においては、一定の要件の下に枠変遷の法的効果を認めた場合、新たな枠がその後の評価規準となり、それまで枠外で違憲とされていた実例も枠内の合憲のものと評価されることになる」。

「法源変遷の場合は……、一定の要件が認定されると、憲法規定は効力を停止して「眠り」に入り、以後はそれまで違憲であった憲法実例（それを支える規範）が評価規準となる」。

（3）新変遷論と他の選びうる解釈

この見解は、「立憲主義を護るためにはどのように考えるのがよいか、憲法変遷論の中心問題」³³であるとする。他方で、とりうる立場の可能性を提示しつつ、最終的にどの立場を選択するかは必ずしも明示しないスタンスをとってきたとみられる³⁴。そのなかで、以下の3つの選択肢が示されているようにみえる³⁵。

①「解釈論上で変遷の概念を用いることに賛成できない。違憲の実例

³³ 高橋・前掲書（註30）476頁。

³⁴ 高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）71頁〔高橋〕参照。

³⁵ 「いま問題にしているのは、もともとの意味が規範であるべきではなかったのかということです。それに対して政府の考えでいいとすれば、基本的には2つの説明の仕方があると思うのです。1つは、もともと政府の立場は、憲法解釈として認められうるものなのだというもの。もう1つは、いや、もともとはそうでもなかったけれど、一定の解釈方法論を前提とすれば、政府のような立場も許されると言えるのだというものです」（高橋和之ほか〔座談会〕憲法9条の過去・現在・未来」ジュリ1260号（2004年）19頁〔高橋〕）。

は、憲法改正がなされない限り違憲であり続けると考える」³⁶との立場を取り続けることが考えられる³⁷。

②この見解が、「非武装中立主義の立場もこれまでの政府の立場も解釈論として許容範囲内であり立憲主義に反するとは考えていない」³⁸という理解を示したことが注目される³⁹。これを上述の枠変遷論をとったものと解さないならば⁴⁰、「条文が担いうる意味には幅があり」⁴¹、自衛隊のような実力保持を違憲とする解釈も、必要最小限度の自衛力の保持を認める解釈も、いずれも9条の枠内に収まるものである考えられていることになる⁴²。

³⁶ 高橋・前掲書（註32）226頁。

³⁷ 「研究を始めた頃は自衛隊違憲論が解釈としては正しいだろうと思っていましたし、現在でも当時の状況や、制憲議会なんかの議論などを基礎にして考えると、制憲当初は、現在の自衛隊のようなものができたら誰でも違憲だと考えたのではないかと思う」としつつ、「もうこれは憲法変遷という以外にないなという気持ちを内心ではもつようになり、それで憲法変遷論を勉強した」とされるが、「9条を憲法変遷論で書くことにまでは踏み切れなかった」（高橋＝高見ほか・前掲座談会（註7）71頁〔高橋〕）。

³⁸ 高橋和之「立憲主義は政府による憲法解釈変更を禁止する」奥平康弘＝山口二郎編『集团的自衛権の何が問題か——解釈改憲批判』（岩波書店・2014年）203頁註15。

³⁹ 「憲法九条の原意が「自衛のための必要最小限度の実力」保持を可とする政府解釈とまったく相容れないものであったかどうかは、なお議論の余地がある」（野坂泰司「憲法解釈の理論と課題」公法66号（2004年）27頁）とされる。この点について、高見勝利『芦部憲法学を読む——統治機構論』（有斐閣・2004年）480-489頁も参照。

⁴⁰ 山元・前掲論文（註10）94頁、98-99頁参照。

⁴¹ 高橋・前掲書（註30）476頁。

⁴² この選択肢の可能性について、「発足当初から自衛隊は実は合憲だったのであり、自衛隊合憲論は、はじめから「にせ解釈」ではなかった、と考える立場」の一種とする理解が示されている（山元・前掲論文（註10）93頁、98頁）。そして、「この考え方に立つと、少なくとも理論的には、将来……自衛隊を違憲と考える政党が政権を握り、内閣法制局にそのような見解を代弁するように強要しようとする場合、九条の規範内容を具体化するルールの変更を引き起こすために、立憲主義の名の下に、九条改正（＝九条が非武装主義を意味することを明示的

③憲法変遷について法源変遷論を採用し、「玉砕を避け被害を最小限にしてひとまず撤退するという戦略」⁴³をとることも考えられる。

II 学説整理の意味と無意味

1. 学説の形成と論理

(1) 学説整理の観点

「9条解釈について、当初最大の論争点となったのは、自衛のための戦争までも放棄されたのかどうかであった」⁴⁴とされる。そうした論争をめぐって形成された学説の分類が、今日も維持されている。そして、「現時点では、9条の1項、2項の文理をめぐる解釈論は沈静化している」⁴⁵ともいわれる。しかし、「政府の解釈と従来の憲法学における護憲派の解釈の本当の対立は、どこにある」のか、「結局は自衛隊を必要と考えるかどうか、そこが分かれ目になっているのではないか」との問題提起がなされていたところである⁴⁶。

に確認するための改正)が求められることになってしまう」(同論文100頁)と批判されている。しかし、この批判が当てはまるのは、ここでいう自衛隊合憲論が「自衛力を保持しなければならない」という解釈の場合であろう(ただし、そのような解釈は「非武装中立」解釈と枠内で共存することは難しいと考えられる)。ここで「政府見解」とされているのは、「自衛権行使に必要な、戦力に至らない「実力」を保持することを憲法は禁じていない」(同論文193頁)というものであり、自衛力を保持しない政策に転換する場合にも憲法改正は必要ではないと考えられる。山崎友也『憲法の最高法規性と基本権』(信山社・2019年)225頁註47も参照。

⁴³ 高橋=高見ほか・前掲座談会(註7)71頁[高橋]。

⁴⁴ 高橋・前掲書(註30)53頁。

⁴⁵ 戸松・前掲書(註23)49頁。

⁴⁶ 高橋ほか・前掲座談会(註35)16頁[高橋]。さらに、「何が本当に解釈を分けているのかということを考えるときにいちばん大きなポイントは、自衛力が必要と考えるかどうかだと思う」(同頁)、「憲法の背景に当たる事実を「憲法事実」と言うとするれば、9条の憲法事実が変わってきたということで、その変わってきた憲法事実を解釈にどう取り入れるか、取り入れるべきでないか」(同頁)

ここでは、この先の学説整理のために、従来の学説分類をめぐる議論を再確認しておきたい。

9条解釈の考慮点としては、①9条は(諸外国の憲法にもみられる)侵略戦争放棄⁴⁷に立脚するものとするか(「国際紛争を解決する手段としては」という規定を不戦条約の文言を受け継ぐものと解するか)、②侵略目的の戦争・武力行使と自衛目的のそれとの峻別は困難であるとするか(国家が武力行使するときには自衛を謳う)、③国連憲章は武力行使禁止原則を採用しており、「自衛のための戦争」も禁止されていることとの整合性をどう考えるか、という3点が肝要と解される。

①を強調しつつ②は(明示的ではなくても当然の前提として)否定して自衛戦争は放棄されていないとするのが(a)「自衛戦力合憲説」である。しかし、この考えでは、③で国際法学の理解と衝突することになる。

①を9条の目的として承認しつつ、その達成手段の選択において②を考慮するのが、(b)「遂行不能説」であるということが出来る。それに対して、②を強く掲げて①を否定(超越)しようとするのが(c)「峻別不能説」である⁴⁸。いずれも、結論においては③と整合しうる。

(2) 図式的分類の完成と陥穽

学説の分類名としてはさまざまなものがあるが、従来、限定放棄と全

とされている。なお、井上典之「平和主義」ジュリ1289号(2005年)81頁以下参照。

⁴⁷ 「20世紀以降、侵略戦争の防止や禁止を定める憲法としては、1931年スペイン憲法、1935年フィリピン憲法、1946年フランス第四共和制憲法、1947年イタリア共和国憲法、1947年ビルマ憲法、1949年ドイツ連邦共和国基本法、1987年大韓民国憲法など多数の国の憲法がある。ほかに、国際紛争を解決する手段としての戦争を放棄し、国際協調を明示する国(ポルトガル、ハンガリー等)、中立政策を明示する国(スイス、オーストリア等)、核兵器等の禁止を明示する国(ベラウ、フィリピン、コロンビア等)がある。また、コスタリカ憲法は常備軍の禁止を定めている(12条)」(辻村=山元編・前掲書(註3)39頁[愛敬])。

⁴⁸ 侵略戦争と自衛戦争は峻別できないという思考は、後述するように、峻別不能説に固有のものではなく、遂行不能説の中核にもあると解される。その意味で、峻別不能説という呼称には誤導的などころがあるが、A説・B説・C説というのも分かりにくいので、人口に膾炙した名称を用いることとする。

面放棄の区別を取り入れた名称（それもさまざまな例がある）が少なくない。しかし、限定放棄・全面放棄の問題は、9条1項の戦争放棄についても論じられるし、2項の戦力不保持（その結果9条全体としての戦争放棄の結論）についても論じられるので、混乱が生じうる。その点を明確にしようとする、学説の名称が冗長になる。

また、限定放棄／全面放棄を図式的に捉えて呼称することで、論理の異なる学説を無機的に束ねてしまうことの弊害が懸念される。

多くの文献でみられる学説整理の思考を図示すると、次のようになるであろう。

表 I

	①自衛戦争（1項）	②自衛戦力（2項）
(a) 自衛戦力合憲説	○	○
(b) 遂行不能説	○	×
(c) 峻別不能説	×	×

つまり、①と②の2つの論点があり、それぞれ○（可）と×（不可）の回答があり、ただし①が×で②が○ということは論理的にあり得ないので、(a)～(c)のパターンがあることになる。そして、戦力不保持についての結論（網かけの部分）に着目して、戦争・戦力の全面放棄が「学説の圧倒的な大勢」あるいは「通説」であるという評価がなされてきた⁴⁹。

また、この分類過程を流れ図的にみれば、まず、1項において戦争の「限定放棄」の立場をとる(a)と(b)は、2項の解釈については、戦力の「限定放棄」の(a)と「全面放棄」の(b)という正反対の立場に分かれる。(b)は、結局のところ2項解釈の結果として戦争の「全面放棄」という(c)と同じ結論となる。そのようにみると、1項の解釈としては「限定放棄」と説くことに意味があるのかという批判が生じることにな

⁴⁹ ただし、芹沢ほか編・前掲書（註13）53頁〔愛敬〕は、「圧倒的な通説」の下位区分として峻別不能説と遂行不能説を「類型化」という、逆方向の思考を示す。

る⁵⁰。つまり、この整理方法が、〈(b) 遂行不能説によると9条が立法技術的に「拙劣な規定」になってしまう〉との批判に結びついているのではないかと疑われるのである。

(3) 遂行不能説は通説か

それでも、遂行不能説が「通説」とされることが多い⁵¹。しかし、同時に、峻別不能説が「有力説」として紹介されることも少なくない⁵²。有力説が対置される通説とはいかなるものであろうか。遂行不能説が通説とされる根拠も不分明であることが多い⁵³。遂行不能説と峻別不能説が結論に

⁵⁰ たとえば、樋口ほか・前掲書(註18)154-155頁[樋口]。

⁵¹ たとえば、愛敬浩二「平和主義」辻村みよ子編著『基本憲法』(悠々社・2009年)321頁、芹沢ほか編・前掲書(註13)58頁[愛敬]、市川正人=倉田原志編『憲法入門』(法律文化社・2012年)131頁[奥野恒久]、糠塚康江=吉田仁美『エスプリ・ド憲法』(ナカニシヤ出版・2012年)297頁、新井誠ほか『憲法I総論・統治』(日本評論社・2016年)40頁[曾我部真裕]、辻村=山元編・前掲書(註3)49頁[愛敬]。

⁵² たとえば、安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〈第2版〉』(有斐閣・2009年)87頁[青井未帆]、野中ほか・前掲書(註26)168頁[高見]、安西文雄=巻美矢紀=宍戸常寿『憲法学読本〈第3版〉』(有斐閣・2018年)39頁[巻]、本秀紀編『憲法講義〈第2版〉』(日本評論社・2018年)100頁[本]、只野雅人=松田浩編『現代憲法入門』(法律文化社・2019年)35頁[岡田健一郎]。なお、芦部信喜監修『注釈憲法(1)』(有斐閣・2000年)401-403頁[高見勝利]は、「『国際紛争を解決する手段としては』の文言を、「従来の国際法上の通常用語例」に従って、理解したもの」を「通説」とし、そうした用語例に拘泥しない立場を「有力説」としたうえで、「通説」のうち遂行不能説が「多数説」であるとする。

⁵³ たとえば、麻生多聞『憲法9条学説の現代的展開——戦争放棄規定の原意と道徳的読解』(法律文化社・2019年)19頁は、「憲法学説において通説の地位を占めてきたのは、間違いなくこの憲法9条2項全面放棄説 [= 遂行不能説] であることを、ここで確認しておきたい」として、その根拠には、①芦部信喜[高橋和之補訂]『憲法〈第6版〉』(岩波書店・2015年)58頁、②浦部法穂『憲法学教室〈第3版〉』(日本評論社・2016年)430-432頁、③辻村みよ子『憲法〈第6版〉』(日本評論社・2018年)66頁、④山内敏弘『平和憲法の理論』(日本評論社・1992年)65頁、等が挙げられている。しかし、①は、「これが通説」としていて「これ」の指示内容が必ずしも分明ではない。結論としての全面放棄説を指しているともとれる。芦部信喜『憲法学I憲法総論』(有斐閣・1992年)261頁では、遂行

において同一であるとして、学説の論理を詰める作業が疎かになってきているのではないかと懸念される。註釈書における9条の担当者——本条について有力な研究者と目される執筆者——が峻別不能説を採用することが多いことも、「通説」認定の曖昧（不安定）さに影響しているかもしれない。

（4）峻別不能説の原風景

峻別不能説を採用する註釈書執筆者の一人は、別の論文において、「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」⁵⁴と評価しつつ、「そのなかで、戦後憲法学に指導的役割を果たした宮沢俊義、清宮四郎の二人がいずれも、九条一項を戦争等の全面放棄条項と解していたことは、記憶に値する」⁵⁵と指摘していた。

9条の制定過程をみると、第90回帝国議会に提出された「帝国憲法改

不能説（B説）と峻別不能説（C説）について、「B説ないしC説を妥当とすべきである。両者は結論は異ならないが、長年にわたる国際法上の用例にも配慮したB説が多数説であり、私はその説をとる」としている。ここでは、「通説」ではなく「多数説」としている。②は、遂行不能説について、「この説が、学界の多数説のようである」（432頁）とするが、同書は峻別不能説を支持する。③は、遂行不能説が「通説といえる」としつつ、峻別不能説も「有力である」とする（66頁）。④は、「憲法九条が、全体としては、自衛のための戦争をも含めて一切の戦争を放棄したものであると捉える点では、通説の立場は、一致しているが、そのような自衛戦争をも含めた全面的な戦争の放棄が九条の一項によってすでに含意されているとするのか（一項全面放棄説）、それとも、一項ではいまだ侵略戦争の放棄だけが規定されているにすぎず、自衛戦争等をも含めた全面的な戦争の放棄は、九条の二項によってはじめて明記されるに至っているとするのか（二項全面放棄説）については、見解の相違がみられる」（63頁）として、峻別不能説と遂行不能説を合わせて「通説」としたうえで、「通説のなかでも、この見解 [= 遂行不能説]の方が、どちらかといえば多数説であるといってよい」（65頁）としている。

⁵⁴ 樋口陽一「戦争放棄」同編『講座・憲法学（2）主権と国際社会』（日本評論社・1994年）111頁。

⁵⁵ 樋口・前掲論文（註54）132頁註4。

正案」においては次のような条文であったとされる（便宜的に項番号を追加した。以下も同じ）。

- ①国の主権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、他国との間の紛争の解決の手段としては、永久にこれを抛棄する。
- ②陸海空軍その他の戦力は、これを保持してはならない。国の交戦権は、これを認めない。

2項の冒頭に「前項の目的を達するため」といった文言がなく、1項と2項は並列されているだけで、両者の構造的関係は示されていない。

このような条文を前提とすれば、1項で自衛戦争を留保しても、2項で無条件に戦力不保持を規定しているから、結局は無駄なことになると解するのが自然であろう。しかも、1項の「他国との間の紛争の解決の手段としては」という文言は、「国際紛争解決ノ為戦争ニ訴フルコトヲ非トシ」かつ「国家ノ政策ノ手段トシテノ戦争ヲ抛棄スル」とした不戦条約の規定とは（現行規定に比べて）少し距離があるようにもみえる。

（5）遂行不能説Aが想起したもの

その後、衆議院の帝国憲法改正案委員小委員会において、芦田均小委員長が提案した修正案は、当初、次のようなものであった。

- ①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、陸海空軍その他の戦力を保持せず。国の交戦権を否認することを声明す。
- ②前掲の目的を達するため、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。

ここで、2項冒頭の「前掲の目的を達するため」とは、1項冒頭に追加された「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」と同様に国際平和を念願していることを示す文言を入れたいが、それでは1項と2項とで重複するから、繰り返しを避けるために——しかも、1項全体ではなく冒頭部分だけを指示する趣旨で「前項」ではなく「前掲」として——挿入されたものとされる⁵⁶。

⁵⁶ 衆議院事務局編『第九十回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員小委員会速記

このように「前項の目的を達するため」という句が、第一項冒頭の「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」という句と同時に、議会であらたに加えられたものであり、それを指すのが立法者の意思であった⁵⁷という経緯⁵⁸を承知しているならば、1項と2項の順序が戻された後も、「前項の目的」とは、「前項を定めるに至った目的」、すなわち、むしろ「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」の箇所を指す⁵⁹のであって、「戦力を保持しないと定めたことの動機をのべたにすぎず、戦力の不保持そのものは全く無条件に規定されていることになるから、自衛のための戦力保持も許されないこととなる⁶⁰とする遂行不能説Aを主張することになったものと解される。この理解では、「前項の目的を達するため」は同じ文言の繰り返しを避けるための表現にすぎず、1項と2項が単なる並列的ないし重複的な規定ぶりであった政府の改正原案の（2項を確認の規定とする）理解を引き摺ることになる。

（6）遂行不能説Bの手がかり

周知の通り、小委員会の確定案は現行9条と同じ構成・文言となった。

- ①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。

録』（衆栄会・1995年）194頁参照。なお、小針司『続・防衛法制研究——憲法と防衛法制〈全訂新版〉』（信山社・2003年）91頁。

⁵⁷ 法学協会編『註解日本国憲法（上）』（有斐閣・1953年）222頁。

⁵⁸ 「前項の目的を達するため」とは、「憲法議会の衆議院において、一項の冒頭の一句が挿入されたのに呼応して同時に附加されたものであり、本項の冒頭でも重ねて「日本国民は、正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求するため」と書くべきところを、重複を避けて「前項の目的」として受けたものと解することができる」（佐藤功『ポケット註釈全書：憲法（上）〈新版〉』（有斐閣・1983年）116-117頁）。

⁵⁹ 佐藤・前掲書（註58）116頁。

⁶⁰ 後述の遂行不能説Bを採用する法学協会編・前掲書（註57）222頁も、遂行不能説Aの論理をこのように説明している。

②前項の目的を達するため、陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない。国の交戦権は、これを認めない。

戦争を「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」こととなり、不戦条約の文言に一步近づいたといえる。また、1項と2項が「前項の目的を達するため」という文言で結ばれ、構造的な関係を読みとることができるようになった。

こうした条文を前提に、「ひとたび規定となった以上は、立法者の意思は、一つの参考にすぎず、その規定自体に即して解釈をすべき」⁶¹とすれば、「前項の目的を達するため」という文言を手がかりに1項と2項に目的・手段の関係を見出すという遂行不能説Bの理解が成立する。

いわゆる芦田修正⁶²の後の条文に基づいて1項と2項のつながりを論じるという形式面では、たしかに、遂行不能説Bと自衛戦力合憲説とは共通している。

しかし、「前項の目的を達するため」という文言を手がかりに何を論じようとするかという意図は全く異なるのであり、その論理を捨象して、前掲の表Iの(a)と(b)を1項についての「限定放棄説」と括ることに疑が残るのである。

2. 自衛戦力合憲説の無理

(1) 自衛戦争と国連憲章

自衛戦力合憲説⁶³の帰結は、現行国際法によって規制を受ける（それは憲法優位説を前提としても対抗できない）。したがって、自衛戦力合憲説では、9条の規律が国連憲章の規律を下回り、結局、日本国政府の行為は国際法の規律のみを受けることになって、9条は無意味化する。

⁶¹ 同書222頁。

⁶² 芦田小委員長の本来の意図とは異なるから、「芦田修正」ではなく「小委員会修正」と称するべきであるとの見解（小針・前掲書（註56）99頁）もあるが、ここでは立ち入らず、一般化した呼称として「芦田修正」の語を用いている。

⁶³ 「芦田修正論」というほうが通りがよいかもしれないが、いずれにしても、芦田均氏の言動をここで考慮する必要はない。

そのような解釈は、憲法解釈として不適切である⁶⁴。

(2) 憲法学説の自省

すでに憲法学においても、9条1項が認めるのは「自衛戦争」の禁止以上を要求する規範であると解釈すべき⁶⁵との注意喚起がなされている⁶⁶。さらに、「国連憲章を軸にした国際法の展開によらずして、「戦争」の種別を決め手とする憲法学界の姿勢はいただけない⁶⁷との強い批判がなされている。国連「憲章は、1928年の不戦条約とは異なって、「自衛戦争」という用語・概念を意図的に避けていることにも我々はセンシティブにならなければならない」とされるのである。たしかに、「自国の憲法典において、戦争を類型化し、一定種の戦争（例えば、侵略戦争及び報復戦争）の放棄を定めることは、その国の自由になし得るところであり、その国の立憲主義と現実の政治過程にとって重要な意義をもっている。しかし、だからといって、“わが国憲法は、侵略戦争を放棄したものであって、自衛戦争を放棄していない”という主張は、国際法上の法的紛争においては、この戦争を合法化する論拠とはなり得ない。国連憲章の枠組みの下で国家の採り得ることは、「自衛の措置」であって、「自衛戦争」ではない」とされる⁶⁸。

(3) 古い学説に新しい解釈

近年も、「芦田修正」を好意的に取り上げ⁶⁹て、「9条のように理念

⁶⁴ 「戦後の国際立憲主義体制においては、日本国憲法九条を待つまでもなく、すでに「戦争」そのものが法的正統性を完全に剥奪されており、dejureにおいて（法的観点から見れば）、現在の世界でいかなる国家も適法な仕方ですべて「戦争」をすることはできない（日本国憲法の特殊性は、九条二項の非武装規定の方にあり）」（山元・前掲論文（註10）79頁）。

⁶⁵ 横大道聡「平和主義・国際貢献・集団的自衛権」法時86巻5号（2014年）48頁。

⁶⁶ すでに、小針司『文民統制の憲法学的研究』（信山社・1990年）279頁以下が論じていたところである。

⁶⁷ 阪本昌成「武力行使違法化原則のなかの9条論」ジュリ1334号（2007年）57頁。

⁶⁸ 同頁。

⁶⁹ 棟居快行『憲法の原理と解釈』（信山社・2020年）398頁註3。なお、芦田修

そのものについて対立がある一方で文言は憲法条文としては相対的に詳細である条文であればこそ、文言解釈の一つとして同論の可能性を尽くす必要がある⁷⁰と指摘し、「9条の文言に密着した解釈論」⁷¹を提唱する見解がある。「長い冷遇を経てようやく光が当てられてしかるべき」と評価して、「芦田修正の今日的適用としては、要するに日本の存立に関係のない「国際紛争」にあえて介入する列強的振る舞いや、ましてや侵略行為は当然に斥けられる」から、「9条の下でもなお自衛隊の海外派遣および「戦力」に至らない実力の行使が許容されることになる」という⁷²。

しかし、「条文の文理の「枠」のなかでのA説からB説への変異」⁷³は許されるとはいえ、「たとえ自国の領域内に侵攻した外敵を排除するという自衛戦争であっても、それは同時に「国際紛争」に他ならない。一項の「国際紛争を解決する手段としては」という文言（およびそれと結びつけて二項の「前項の目的」という文言）があることを奇貨として、一項に侵略戦争と自衛戦争との二分論を持ち込むことには土台無理がある」⁷⁴とされていたものを、「日本国の存立および日本国民の生命・安全等が、明白かつ現在の危険で脅かされる事態を避けるためのやむを得ない場面にのみ、かつ海外派遣が必要最小限度の手段・態様でなされるかぎりでのみ、「国際紛争」への介入ではないことになる」⁷⁵とするのは、——「文理に反した合憲説（政府見解）」を選択するわけではなく、「九条が無手勝流以上の何らかの規範内容を有してはいないのかなどは、なお論じ残しの多い憲法解釈学の課題」との留保がなされていたとしても⁷⁶——、牛刀を振り降ろすに等しいのではないかとの疑念が生じる。

正の政府解釈との関係について、同註および芹沢ほか編・前掲書（註13）53頁〔愛敬〕。

⁷⁰ 棟居・前掲書（註69）399頁註4。

⁷¹ 同書406頁。

⁷² 同書398-399頁。

⁷³ 同書397頁。

⁷⁴ 棟居快行『憲法学の可能性』（信山社・2012年）100頁。

⁷⁵ 棟居・前掲書（註69）398-399頁。

⁷⁶ 棟居・前掲書（註74）101頁。

いずれにしても、自衛戦力合憲説（いわゆる芦田修正論に依拠する見解）は、しばしば③の問題に無頓着であるように見える。「自衛戦争」の概念を限定的に用いている可能性もあるが⁷⁷、その点を自覚的に説明せずに自衛戦力合憲説という革袋を用いるのは剣呑ではなからうか⁷⁸。

3. 遂行不能説における目的・手段の構成と「峻別不能」論

（1）遂行不能説だけが拙劣か

峻別不能説から遂行不能説に対する著名な批判は、「第一項では、侵略戦争だけを放棄しておき、次いで第二項でそのほかの戦争をも放棄するというふうには、ひとつの目的をわざわざ二つのちがった趣旨の規定に書き分けた、と……すれば、本条は、立法技術的に見て、いかにも拙劣な規定だということになる」⁷⁹というものであろう。「無用な解釈の迂路をたどっている」⁸⁰とか、「論理的には成り立たないわけではないとしても、すっきりとはしていない」⁸¹ともいわれていた。

しかし、1項で全ての戦争・武力行使が放棄されたとするなら、2項の戦力不保持は当然のこととも考えられる⁸²。そうすると、「九条二項前

⁷⁷ 「国連憲章の下で「自衛戦争」はありえないが」、「9条の文言との関係では、「自衛戦争」という用語は便宜であり、一般にも通用していると解されるので、この言葉を、「自衛のための武力行使・威嚇」を含む意味で用いる」（宮沢ほか編・前掲書（註13）53-54頁〔愛敬〕）とされることもある。

⁷⁸ 9条2項が「自衛のための戦力は保持しうるとの規定であると解するならば、自衛戦争を放棄していない以上、そのための戦力は保持しうるとは自明のことなのであるから、本項は全くの不必要の規定となるが、本項はそのような不必要の規定として置かれたものとは解されない」（佐藤・前掲書（註58）117頁）との批判に、どのように応答するかも問題となろう。

⁷⁹ 宮沢俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法』（日本評論社・1978年）163頁。同じく、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂・2011年）93-94頁。

⁸⁰ 橋本公亘『憲法（改訂版）』（青林書院新社・1976年）395頁。

⁸¹ 浦部法穂『憲法学教室（第3版）』（日本評論社・2016年）433-434頁。

⁸² 峻別不能説の代表的見解は、「本条第一項の戦争等の放棄という目的を実効的ならしめるために、第二項で、戦力を否認しようというのが、第二項の趣旨だと解すべき」（宮沢〔芦部補訂〕・前掲書（註79）166頁）として、遂行不能説

段は単に一項の意味内容の論理的な帰結を述べているにすぎず、その意味で不要な規定になるのではないか、という批判⁸³も可能であろう。

また、峻別不能説においては、「国の交戦権」を戦争を行う権利と解すれば、交戦権の否認は、「第一項に当然含まれている趣旨を重ねて規定したことになる」とか、「第一項と同じことを別の言葉でいいあらわしたにすぎないことになる」とされる⁸⁴。他方、交戦国の国際法上の権利と解した場合も、「本項は、第一項から生ずる当然の結果をいわば注意的に規定したものにほかならないことになる」⁸⁵とされる。

(2) 9条の構成と遂行不能説の思考

他方、遂行不能説の思考は「無用な解釈の迂路」ではなく、「きわめて明確な意図をもった構成物として第9条を読むことになる」ものである⁸⁶。

その意図とは、「自衛のための戦争を容認した不戦条約により阻止し得なかった第二次世界大戦に対する反省に立って9条が制定されたという経緯を踏まえれば、侵略戦争の放棄という目的(1項)を実効的に実現する手段として、全面的な「戦力」の不保持と「交戦権」の否認(2項)が定められたという説明も可能であろう」⁸⁷とされるものである。これ

における目的・手段の構成に接近している。

⁸³ 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」松井茂記編著『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)286頁。「軍事力の行使が一定の範囲に限定されてしまえば、保持できる戦力の範囲もそれに応じて当然に限定される、と考えるのが論理的」(同頁)であるとされる。ただし、この見解は、「一個の法典の内容も、論理的な完璧はなかなか期し難いものがあり、理屈をいえば不要な確認的規定が混入する事例はいくらでもあります」(同頁)としている。

⁸⁴ 宮沢〔芦部補訂〕・前掲書(註79)175頁。

⁸⁵ 同書176頁。

⁸⁶ 大須賀明ほか『憲法講義(2)基本的人権』(有斐閣・1979年)369頁〔横田耕一〕。

⁸⁷ 木下智史=只野雅人編『新・コンメンタール憲法(第2版)』(日本評論社・2019年)105頁〔木下〕。そして、「9条の解釈としては、1項で侵略戦争を放棄しつつ、その目的の達成のために、2項で外敵と戦うための実力組織である軍隊=戦力を全面的に保持しないことにしたとする解釈が、今なお最も妥当だといわざるをえない」(毛利ほか・前掲書(註13)138頁〔毛利〕)。

は初期の著名な註釈書が唱えた論理であり、目的・手段の構成をとる遂行不能説Bである。

そこでは、「侵略的な戦争が自衛権の発動という口実ではじめられたことが従来非常に多く、殊に日本においてはそうであった。そこで、軍備を全廃し、自衛の戦争や制裁の戦争までも放棄して、武力を侵略的に行使するおそれを全く消滅させようというのが、第二項の規定の設けられた理由である」⁸⁸、あるいは、「戦力をもっていけば、自衛のためと称しながら侵略戦争を行う危険もあるから、戦力を全く保持しないこととして、侵略戦争ないしは侵略のための武力の行使の可能性を全くなくし、第一項の目的を完全に達せしめようとするのがこの規定である」⁸⁹という趣旨が示されていたのである⁹⁰。

このように、遂行不能説は、「自衛戦力と侵略戦力とは本質的に区別できず、侵略戦争等を真に放棄する（目的）ためには、いっさいの戦力を保持しないこと（手段）が妥当であるが故に、戦力の完全不保持が規定された」と理解する⁹¹ことに立脚して、9条1項と2項を目的・手段の関係で捉えるものと理解すべきである。

したがって、〈すべての戦争の放棄〉を2つに書き分けた「拙劣な規定」ということにはならないし、1項の「戦争放棄」を侵略目的だけに限定するのは「まったく観念的なこまかさのためだけの議論ではないか」⁹²と

⁸⁸ 法学協会編・前掲書（註57）221頁。

⁸⁹ 同書223頁。

⁹⁰ 今日の峻別不能説の代表的見解においても、遂行不能説は「侵略戦争放棄の目的を確実に達成するために、いっさいの戦力をもたないことを定めている——とする見解」（浦部・前掲書（註81）432頁）と紹介されている。

⁹¹ 大須賀ほか・前掲書（註86）365-366頁〔横田〕。

⁹² 宮沢〔芦部補訂〕・前掲書（註79）162頁。なお、芦部監修・前掲書（註52）409頁〔高見〕は、この疑問に答えるために、遂行不能説を採用しつつ、国連憲章が認める自衛行動を超える自衛戦争は「国際紛争を解決する手段」として放棄されているとして、このような憲法の国際法適合的解釈を施すことで、「侵略戦争」と「自衛戦争」の峻別を前提とした従来の遂行不能説と峻別不能説の「対立は少なからず相対的なものとなろう」とする。しかし、「峻別不能」論自体は、9条の核心的＝革新的な思考であって、相対化されてはならない。それを1項で論じるか、2項で考慮するかの対立が、峻別不能説と遂行不能説の違いと解す

いう疑問も、「9条が全体としていっさいの戦争を放棄していると解する以上、1項と2項とをわざわざ分離して解釈しなければならない必然性は、ないはず」⁹³であるという批判も当たらない。

(3) 峻別不能説は堅牢か

峻別不能説が遂行不能説に対して主張する優位点として、両説は「実際上の帰結に変わりはないが、憲法改正問題との関係では異なりうる」とされることがある⁹⁴。すなわち、遂行不能説であれば9条の「1項には手を着けず、2項を削除するのみで、国連憲章が容認する戦力の保持が可能となる」のに対して、峻別不能説ならば「1項も改正しなければ、それは許されないことになる」というのである。そのことから、「近年の改憲構想の中には、1項を維持し、2項を改正(ないし削除)することを提案するものが少なくないため、憲法改正における両説の帰結の差異は、実践的な意味合いをもちつつある」とされる⁹⁵。

これに関しては、「「永久に」という言葉から、法理論的にいって、本条が憲法改正権の範囲外にあると論結することは、正しくない」⁹⁶が、「平和主義が日本国憲法の基本原理を構成するがゆえに、その根本的な変更は(変更の程度にもよるが)、憲法としての同一性を失わせ、論理的に不可能である」⁹⁷とされる。しかし、「このことは、本条2項の戦力不保持の条項も理論的に改正不能であるということの意味しない」⁹⁸とされるところである。

峻別不能説が、「9条1項の解釈においてすでに、自衛戦争も含めたすべての戦争を放棄したと解する(9条1項全面放棄説)ため、2項の

べきであろう。

⁹³ 浦部・前掲書(註81)433頁。

⁹⁴ 芹沢ほか編・前掲書(註13)59頁[愛敬]。すでに、樋口ほか・前掲書(註18)156頁[樋口]。

⁹⁵ 芹沢ほか編・前掲書(註13)59頁[愛敬]。

⁹⁶ 宮沢[芦部補訂]・前掲書(註79)165頁。

⁹⁷ 木下=只野編・前掲書(註87)104頁[木下]。

⁹⁸ 芦部監修・前掲書(註52)397頁[高見]。

解釈は1項を確認しさらにこれを具体化するためのもの⁹⁹とする趣旨ならば、2項の有意な改正は考えにくいではなからうか。1項の〈すべての戦争の放棄〉の範囲内で2項を改正するとしても、文言の調整や明確化を超えて可能な選択肢を探すのは困難であろう。逆に、1項に対して例外を規定するような2項改正が可能ならば、1項が改正限界として維持されたといえるであろうか。

他方で、遂行不能説においては、前述のように、9条1項と2項は目的・手段として関係づけられており、1項は改正限界だが2項は改正できるという思考を安易には許さない。2項の改正が完全には禁止されないとしても、改正条文は、1項の目的達成の手段として(改正前の2項に対する)合理的な代替物でなければならないと考えることになる。

(4) 遂行不能説の構造と「峻別不能」論

峻別不能説と遂行不能説の「分かれ目は、「国際紛争を解決する手段としては」という語句の伝統的用例にこだわるかこだわらないかである¹⁰⁰とされることがある。そして、「9条全体としては結局、自衛戦争もできないという結論であるわけだから、なぜとくにこの語句にこだわらなければならないのか、その理由が必ずしも明確でない¹⁰¹と批判される¹⁰²。

しかし、遂行不能説が国際法の用例に拘泥しているのではなく、峻別不能説が殊更に無視しようとしているのである。

この文言が不戦条約の用例に淵源を求めうることについては、(遂行不能説以外の論者も含めて)広汎な了解があるといえる。そうであれば、諸国の憲法にも類例がみられ、不戦条約という国際合意にも結実した——しかし達成できなかった——「侵略戦争放棄」を、9条は改めて目的に設定したものと解することができる¹⁰³。

⁹⁹ 辻村みよ子『憲法〈第6版〉』(日本評論社・2018年)68頁。

¹⁰⁰ 浦部・前掲書(註81)433頁。

¹⁰¹ 同頁。

¹⁰² 同旨の批判として、芹沢ほか編・前掲書(註13)59頁[愛敬]。

¹⁰³ 「他国の侵略戦争放棄を掲げた憲法に比して、非武装平和主義を掲げた日本

憲法制定過程においても、金森徳次郎国務大臣は、「不戦条約ノ趣旨ヲ明カニスルヤウナ規定ハ、世界ノ諸国ノ憲法中類例ヲ若干見得ルモノデアリマス、日本バカリガ先駆ケテ居ルコトデハゴザイマセヌ」が、「第一項ノ規定、詰リ或種ノ戦争ハヤラナイト云フコトヲハツキリ明言スルダケデハドウモ十分ナル目的ハ達シ得ナイ」のであって、「諸国ノ憲法モ之ニ類スル定メハ甚ダ不十分」であり、そうになると、「更ニ大飛躍ヲ考ヘテ、第二項ノ如キ戦争ニ必要ナル一切手段及ビ戦争カラ生ズル交戦者ノ権利ヲモナクスト云フ所ニ迄進ンデ」いるのであると説明していたところである¹⁰⁴。

(5) 峻別不能説の一念

これに対して、峻別不能説からは、「日本国憲法に特有な徹底した平和主義は、「国際法上の用例」を超える意味を1項の文言に担わせた点にある」¹⁰⁵との応答がなされている。こうした峻別不能説の主張の背景にあるのは、侵略戦争と自衛戦争との厳格な区別は困難であるという「峻別不能」論である。

「峻別不能」論については、峻別不能説の支持者を超えて広く賛同が得られよう。問題は、それを9条解釈のどこで打ち出すかである。峻別不能説は1項解釈において、侵略戦争と自衛戦争は峻別できないという実感を直截に打ち出している。しかし、そうした「実感でのレベルでの議論は、理論のレベルで置き換えられなくてはならない」¹⁰⁶とすれば、遂行不能説は、「峻別不能」論の思考を2項解釈において、侵略戦争放棄という目的達成を担保する手段の選択についての理屈立てとして投入

国憲法の特徴は9条2項の規定にあると考えれば、2項の意義を確認規定としてしか捉えない第1説 [=峻別不能説] よりは、9条2項の意義を強調することになる第3説 [=遂行不能説] のほうが、説得力が大きい」(辻村みよ子『憲法〈第4版〉』(日本評論社・2012年) 81頁)。

¹⁰⁴ 「第九十回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録」12号(昭和21年9月13日) 12頁。

¹⁰⁵ 芹沢ほか編・前掲書(註13) 59頁[愛敬]。

¹⁰⁶ 水島朝穂ほか「〔討論〕1 国家主権と平和」法時69巻6号(1997年) 17頁[石川健治]。

するものである¹⁰⁷。

峻別不能説からは、「本条1項が、旧大日本帝国すら不戦条約によってすでに世界に約束していた「国家ノ政策ノ手段トシテノ戦争」の放棄をただけだ、と解するのは、前文が平和主義を憲法制定の目的としてまで示した趣旨を、軽視しすぎるもの」¹⁰⁸と指弾される。しかし、峻別不能説は「峻別不能」論を直截に強調するあまり、不戦条約との繋がりを否定してしまい、侵略戦争放棄という国際的要請との関係を断絶して、9条の出発点ないし繫留点を見失わせてしまうおそれがある。峻別不能説の一念が終戦当時の軍の不存在という「憲法事実」¹⁰⁹と国民の悔恨あるいは厭戦感情に根ざすものならば¹¹⁰、それが時の経過に耐えられるのか懸念される。

(6) 峻別不能説の遂行不能説への収斂

峻別不能説に対しては、「わざわざ「国際紛争を解決する手段としては」という文言を限定的に付け加え、しかもその文言が従来国際法や諸国の憲法において一定の意味合いをもって用いられてきたとするならば、どうしてもそれと異なる解釈をしなければ九条全体の意味内容が結論的におかしくなってしまうというのでない限りは、この文言については、従来の意味内容に即した捉え方をすることが、解釈論としては適切」

¹⁰⁷ 憲法制定過程において「峻別不能」論を述べたとされる吉田茂首相の著名な答弁も、峻別不能説ではなく遂行不能説に立っていたものと解することができる。他方、「峻別不能」というのは事実上の問題で、法概念としては区別可能とするのが自衛戦力合憲説であろう。

¹⁰⁸ 樋口ほか・前掲書(註18)155頁[樋口]。

¹⁰⁹ 高見・前掲書(註39)466頁以下。なお、「憲法事実」について、同「平和主義の現在と未来——岐路に立つ9条論」ジュリ1222号(2002年)125頁、高橋ほか・前掲座談会(註35)16頁[高橋]。

¹¹⁰ 樋口ほか・前掲書(註18)143頁、155頁[樋口]、芹沢ほか編・前掲書(註13)59頁[愛敬]。愛敬・前掲論文(註51)321頁は、峻別不能説は9条2項を確認規定としてしか捉えないことになるという批判があっても、「日本国民の戦争体験を重視する立場から」峻別不能説が妥当とする。

とされる¹¹¹。

前述のように、遂行不能説は、9条1項の目的が不戦条約に示された国際社会の合意の実現にあり、2項はその手段として軍備の全面放棄という徹底した方策をとったものであると理解している。そこでは、侵略目的と自衛目的の「峻別不能」論は、侵略戦争放棄のために軍備を全面放棄する理由に昇華される。「侵略戦争だけを放棄するという方式での憲法上および国際法上の努力をすでに多年にわたってつづけてきた人類が、にもかかわらず第二次世界大戦——とりわけわが国が体験した核戦争——の惨禍を防ぐことができなかつた、という経験をふまえて」¹¹²、日本国憲法は、あえて従来の方策を超える戦力不保持という手段を採用したのである。そのようにして、普遍的目的を掲げる1項に対して、独自の手段をとる2項の固有性が明らかとなり、9条1項だけが改正限界であるという、さして根拠のない従来理解の見直しを迫る可能性を有するのである¹¹³。

結局のところ、峻別不能説は、侵略目的と自衛目的の「峻別不能」論を強調すること以外には特段の意義は見出されないと解される。他方で、「『国際紛争を解決する手段としては』の規範的意味を希薄化するという難点」¹¹⁴があるだけでなく、「前項の目的を達するため」も軽視して1項と2項の構造的関係の説明が十分ではないのであって、条文の文言を2か所も等閑視する解釈は、文理解釈として疑問がある。そうであるとすれば、「結論において異なるものではない」¹¹⁵遂行不能説に吸収されてし

¹¹¹ 山内敏弘『平和憲法の理論』（日本評論社・1992年）65頁。同様に、「この文言があたかも存在しないかのように解することには問題がある」（杉原泰雄『憲法Ⅱ統治の機構』（有斐閣・1989年）129頁）として峻別不能説を厳しく批判する見解が存在していた。

¹¹² 樋口ほか・前掲書（註18）155頁〔樋口〕。

¹¹³ 「九条二項は「戦力不保持」を定めていますが、二項のない九条は九条たり得ません。戦後果たしてきた九条の規範としての機能は、二項の変更によって事実上なくなります」（石川健治「『非立憲』政権によるクーデターが起きた」長谷部恭男＝杉田敦編『安保法制の何が問題か』（岩波書店・2015年）231頁）。

¹¹⁴ 芦部監修・前掲書（註52）〔高見〕409頁。

¹¹⁵ 同書408頁。

かるべきものである。

Ⅲ 自衛権を論じる意味

1. 自衛権論の視座

(1) 国際法上の「権利」としての自衛権

「国家が「自衛権」をもつとは、国際法上は、外国からの急迫不正な侵害を排除するためにとられた一定限度の武力行使は国際法上許されるということを意味する」¹¹⁶とすれば、このような国際法上の「権利」としての自衛権は、「憲法が放棄ないし否定できる筋合のものではない」のであって、「本来憲法と無関係な「自衛権」を九条の解釈にもちこむことは筋ちがいである」とされる¹¹⁷。

もし、このような自衛権が憲法で認められたものだとすると、「憲法が相手国の侵害を排除するために必要な実力行使の権利を認め、同時に効果的な実力行使を禁ずるとするのは、あたかも刑法が個人の正当防衛権を認めて、ただし腕力を用いてはならないと定めるのと同じ矛盾である」¹¹⁸ということになる。

(2) 憲法上の「権限」としての自衛権

憲法上の問題は、「例外的武力行使の正当化理由」としての「国際法上の自衛権」ではなく¹¹⁹、「自衛権の名のもとに、国会や内閣など、どの国家機関がどのような権限を有し」ているかであって、「これは、国際法上、日本にも自衛権が認められることによって明らかになることではなく、日本国憲法によって基礎づけられなければならない問題である」とされ

¹¹⁶ 佐藤幸治編著『要説コンメンタール日本国憲法』（三省堂・1991年）67頁〔岩間昭道〕。

¹¹⁷ 尾吹善人『学説判例事典(1)憲法』（東出版・1970年）31頁。

¹¹⁸ 尾吹善人『日本憲法——学説と判例』（木鐸社・1990年）49頁。

¹¹⁹ 浦田一郎『現代の平和主義と立憲主義』（日本評論社・1995年）59頁。

る¹²⁰。

このことに注意を喚起した見解は、次のように述べていた¹²¹。

「国際法上の「自衛権は、自衛という抽象的な理念や目的を示す権利ではなく、自衛のための武力行使という具体的な手段の違法性を阻却する権利である」

「多くの憲法上の自衛権論は、このような国際法上の自衛権論で言われていることを、憲法という国内法のレベルに言わば移し替えて論じるという形になっている」

「憲法上の自衛権は、その内容においては他国との関係で行使するものと観念されるが、その性格を見れば、他の国家機関や国民との関係で国家機関が有する権限として問題になる」

「したがって、これは国際法上の問題とは別の問題であり、憲法上の根拠を必要とする問題である」

「ここで論ずべきなのは、国家機関の憲法上の権限であり、国際法における国家の基本的地位によって憲法上の自衛権を基礎づけることはできない。憲法の戦争放棄規定に反して武力行使すれば、それは違憲であるが、国際法上は、自衛権の要件を充たせば、違法性が阻却される。逆に、国家が国際法上このような自衛権を認められる地位にあることは、武力行使の憲法適合性を何ら論証するものではない」

このように国際法上の「権利」としての自衛権と、憲法上の「権限」としての自衛権を区別すべきことは確かである。しかし、この見解が、憲法学説において「いわれている自衛権は、国家主権の一つの側面を表わすものとして、具体的に何ができるかということとかかわりあいのない、抽象的な権利であるように思われる。そこから軍事力を引き出す議論と、軍事に直結しないとする議論が生まれている」¹²²とみることには疑問が

¹²⁰ 浦田一郎「憲法9条と平和主義」法セ470号(1994年)63頁。なお、同・前掲書(註119)142頁。

¹²¹ 同書141-143頁。なお、同「自衛権論が意味するもの——立憲主義とのかかわりにおいて」法時59巻6号(1987年)111頁。

¹²² 浦田一郎「判批」芦部信喜=高橋和之編『憲法判例百選Ⅱ(第2版)』(別冊ジュ

ある。

「国家が「自衛権」をもつという命題により国内法理上主張されてきたことがらには、「国家の存立」や「国民の生存と安全」を外国からの緊急不正の侵害から守ることは、「国家」(＝公権力)の基本的な任務と権限に属するという考え(国家観)である」。そのような任務の遂行が、「外国からの侵害等の危急事態が発生した場合には、こうした考えに基づいて、公権力(政府)に対して」強く要請されるであろう。しかし、その「任務の遂行は憲法・法律により提供されている権限に基づいて行われなければならない、とりわけ、平和と人権の不可分の認識に基づいて、安全保障の問題を憲法事項とした現代の立憲主義のもとでは、国家の安全保障に関し、公権力にどのような任務と権限(手段)を与えるかは、主権者の決定に委ねられている」とされるのである¹²³。

日本国憲法には、国防(自衛)の権限についての明示の規定はない。「軍隊の指揮権や戦争の開始・終結などに関する規定をおいていないことからすれば、少なくとも武力を通じた自衛権の行使は許されないと解するのが自然であろう」¹²⁴と論じられることも多く、自衛権は憲法上の「権限」としては認められていないということになりそうであるが、直ちにそう論結できるかについては一考の余地がある¹²⁵。抽象的違憲審査権につ

り・1988年) 345頁。

¹²³ 佐藤編著・前掲書(註116) 67-68頁[岩間]。

¹²⁴ 只野雅人『憲法の基本原理から考える』(日本評論社・2006年)129頁。すでに、宮沢〔芦部補訂〕・前掲書(註79) 162頁が戦争の全面放棄の論拠として言及している。

¹²⁵ 「憲法上の権限の不在は、その行使が違憲である明確な理由になる」(木村草太「集団的自衛権と7・1閣議決定」論ジュリ13号(2015年) 24頁註12)とする見解もある。「軍事権のカテゴリカルな消去」(同『自衛隊と憲法——これからの改憲論議のために』(晶文社・2018年) 48頁)ともいわれる。しかし、「国内で放火や殺人を排除するための行動はできるのに、外国が武力行使をして建造物を破壊したり、人を殺したりした場合には、それを排除できないというのは不合理だから」、「個別的自衛権については、「行政」権に含まれると解することは、十分に可能である」(同論文23頁註10)というのであれば——「陸海空軍その他の戦力は、これを保持しない」という明文の規定にもかかわらず可能であると説明されるのであるから——「消去」範囲の解釈次第という面もある

いての法律委任説の存在などを想起すれば、重要な権限についての憲法規定の要求は相対的であるとも考えられる。寡黙な日本国憲法において、明示の規定の不存在から積極的な否定・否認の趣旨を読みとることは、必ずしも容易ではないかもしれない¹²⁶。

(3) 国家の「権能」としての自衛権

「[国家が国民の生命・身体および財産の安全を保障するために必要な制度である]との主張は、ある意味では、近代憲法それ自体と不可分のものである」とされ、そうした「[自衛権]は、基本的人権の保障・民主主義・権力分立などの原則を備えた「近代的意味の憲法」の大多数においても、承認されてきた」のである¹²⁷。「国家が「国民の生存と自由を擁護する責務と権能」をもっていること自体は、否定することができない。それは日本国憲法のもとにおいても同様である。そうした「責務」を有する点にこそ、国家の存在意義があるともいえるであろう」¹²⁸。しかし、「各国において「自衛権」をどう規定するかは、いうまでもなくそれぞれの憲法の問題である」から、「[自衛権]が「国家主権」の本質的要素である」としても、「[主権者]の意思によって「主権」を「制限」することは可能である」¹²⁹。

このように、国家が「国民の生存と自由を擁護する責務と権能」を有することは、憲法の規定を待たずとも認められるとされ、「独立主権国

かもしれない。なお、青井未帆「閣議決定で決められるものではない——7・1閣議決定批判」世界860号(2014年)150頁以下参照。

¹²⁶ その意味では、「宣戦その他戦争に関する規定の全くないことからみて、少なくとも、自衛権の行使は必要最小限度のものに限っているとの理解が可能である」(伊藤・前掲書(註20)173頁)との程度にとどまるのかもしれない。

¹²⁷ 只野・前掲書(註124)129頁、131頁。

¹²⁸ 同書132頁。最高裁が砂川事件判決(最大判昭34・12・16刑集13巻13号3225頁)において「わが国が、自国の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ための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない」と判示した際の「国家固有の権能」というのも、この趣旨と解される。

¹²⁹ 只野・前掲書(註124)133頁。

家固有の権能」として存在しているとみられている¹³⁰。「外的な侵略行為に対して軍事力をもって「国家が国民の生命・身体および財産の安全を保障する」¹³¹というのもその権能の一端であり、その場合の武力行使は、国際法上は「国家固有の権利」として違法性を阻却されることがある。「自衛権」が当然に「国家に固有」といえるかについては議論の余地があるが¹³²、いずれにしても、問題は、日本国憲法が、国民の生存と自由を擁護するための政府の対外的な実力行使を認めているか否かであろう。

つまり、「自衛権とは国際法上の観念であるから、国内法たる憲法により自衛権を否定したり放棄したりすることはできないとしても、自衛権行使の手段としてどのような措置を講ずるかは国内法によって自由に決しうることである。したがって、わが国が、過去の経験にもとづいて、憲法により自衛権行使の手段としての軍事力を保持しないと決定することは、法的には可能である」¹³³と考えられるのである。

2. 「放棄」と「行使不能」の距離

従来、遂行不能説のもとでも、自衛権は国際法上で認められたものだから放棄できず、日本国も保有するが、武力による自衛権の行使はできないとする説(自衛権留保説・「武力なき自衛権」論)と、自衛権は武力行使を本質とするものであり、憲法が戦力不保持を規定する以上、自衛権は実質的に否認ないし放棄されたことになるとする説(自衛権放棄説)とが対立するとされてきた。

しかし、今日、この対立はそれほど重要ではない。両説は、〈権利を保持するならば、その行使が問題になる〉という思考を前提としていると解される。それに対して、現在の多くの学説は、権利の保持と行使は

¹³⁰ 山内敏弘「平和主義」芦部信喜編『憲法の基本問題』(別冊法教・1988年)41頁。

¹³¹ 只野・前掲書(註124)131頁。

¹³² 栗城壽夫「自衛隊と憲法第九条」清宮四郎ほか編『新版憲法演習1〈改訂版〉』(有斐閣・1987年)63頁、樋口ほか・前掲書(註18)158頁[樋口]、長谷部恭男『憲法〈第7版〉』(新世社・2018年)64頁。

¹³³ 岩間昭道『憲法綱要』(尚学社・2011年)350頁。

別問題と理解しているはずである。

自衛権放棄説は、行使できない権利は放棄したものと解しているようにみえる。ただし、憲法自身も、戦争・武力行使を行わないことを「放棄」と称している（9条1項）。これについては、「国家の有する権利と考えられる」ものを「権利主体自らが否認するという意味で、「放棄する」といったのである」とされる¹³⁴。自衛権放棄説も、その意味で、国際法上の権利の「不行使」を「放棄」と称しているのかもしれないが、あるいは、「憲法上の権限の否認」のことを指しているのではないのか紛らわしいところがある。

つまり、そこで論じられているのが国際法上の権利としての自衛権であるならば、〈自衛権は国際法上は日本国にも認められているが、憲法上は行使が制限されている〉と考えればよいことである。すでに、集団的自衛権については、そのような論じ方が一般的であり、それと同様に考えるべきである。国際法上の権利から直ちに憲法上の権限の存在が論証されるとはいえない。

3. 「武力なき自衛権」論の無意味

国際法上の権利の保持と行使の区別が不十分であったことによる典型的な議論が「武力なき自衛権」論である。この無用の議論を放擲すれば、「自衛権はあると言っても、その自衛権は、外交交渉による侵害の未然回避、警察力による侵害の排除、民衆が武器をもって対抗する群民蜂起、などによって行使されるものにとどまる」¹³⁵とすることによる非人道的な帰結も考えずに済むであろう¹³⁶。

¹³⁴ 宮沢〔芦部補訂〕・前掲書（註79）165-166頁。なお、「放棄する」という文言は、不戦条約に倣ったものとされる（芦部監修・前掲書（註52）397頁〔高見〕）。

¹³⁵ 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法（第7版）』（岩波書店・2019年）62頁。ただし、周知の通り、この記述は、第3版（2002年）以降は更新されずに維持されることになっている。

¹³⁶ 「私人にゲリラ戦や群民蜂起〔ママ〕を求めること（または期待すること）は過酷であり、国家として無責任である」（阪本・前掲論文（註67）56頁註23）。

IV 自衛のための実力の保持・行使

ここまでの整理を前提に、日本国憲法の下で国家が自衛のための実力（自衛力）を保持・行使することが許されるかという問題¹³⁷について、現在の学説を大まかに分類する。

憲法学説は、自衛のための実力の保持・行使は違憲であるとする「禁止説」、自衛のための実力の保持・行使は違憲ではないとする「許容説」、自衛のための実力の保持・行使は合憲であるばかりでなく、保持しないことは認められないとする「要請説」に分類することができる¹³⁸と解される。

従来、「通説」とされていたのは、禁止説である。しかし、「政府は、自衛権は「国家の自然権」として日本も保有するのであり（制憲議会においても政府はそのように答弁していた）、憲法もそれは否定していないという理解を前提に、自衛権がある以上それを行使するための「実力」（自衛力）は「戦力」に至らない限り許されるのであり、自衛隊はそのような自衛力として合憲であると説明し」、「最近では、この政府解釈を認める学説も次第に有力になってきていた」とされる¹³⁹。実際、少なからぬ有力な研究者が禁止説をとっていないことに留意すべきである。

自衛力違憲論（典型的には、従来「通説」とされていた立場）と、自衛

¹³⁷ 「現行憲法下において、その名称は何であれ……、およそ対外的防衛をその主たる任務とする国家的実力組織を設けるとはいかなることを意味するのか、又かかる実力組織の存在を合憲化する学説とはいかなる論理構造から成り立っているものなのか」（小針・前掲書（註66）279頁）という問題、あるいは「対外的防衛をその主たる任務とする国家の実力組織を自衛のため（設置目的）にのみ設け、かつ自衛の場合（出動の局面）にのみ用いる」（同書305頁）ことの憲法適合性の問題ということもできる。

¹³⁸ この分類は、学説の状況に見通しをつけるための便宜的なものであり、後述するように、それぞれの論者の主張を論理的にこの3種類に分類し尽くせるわけではない。なお、学説のスタンスの分類として、山元・前掲論文（註10）92-93頁、青井未帆「憲法九条と自由」阪口正二郎編『自由への問い（3）公共性——自由が／自由を可能にする秩序』（岩波書店・2010年）114-115頁。

¹³⁹ 高橋・前掲書（註30）69頁。

力合憲論（典型的には、従来——少なくとも2014年7月の閣議決定以前——の政府見解の立場）が、9条解釈の枠との関係でどのような配置になるかについて、各説のイメージを図示すれば、次のようになるであろう。

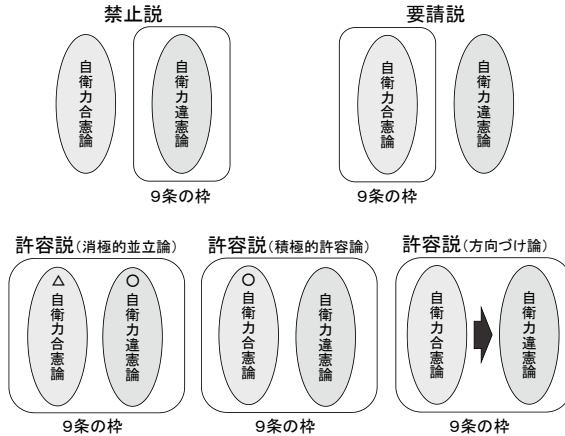


図 I

1. 禁止説

かつては、「解釈のわく内で行なわれる解釈を、かりに、本解釈または正解釈と名づけ、わくを越えた解釈をにせ解釈または邪解釈と名づけよう。解釈の仮装のもとに、解釈者の特別の目的に利用される解釈などは、わくを越えた、にせ解釈である」として、「自衛隊は、にせ解釈による違憲の存在である。合憲であるという見解もあるが、どう見てもそうは考えられない」とする学説¹⁴⁰が典型とされた。

今日の概説書・体系書は、図式的な学説の分類を客観的に記述して、控え目な論評を付すにとどまるものが多いように見える。自衛隊の海外活動等をめぐる近時の論点についても論及されているが、それが自身は禁止説に立ちながら仮に政府解釈の自衛力合憲論を前提として論じてい

¹⁴⁰ 清宮四郎『国家作用の理論』（有斐閣・1968年）193頁、199頁。

るのか、許容説の見地から条文の枠内の他の解釈について批判を加えているのかは、必ずしも判然としないことがある¹⁴¹。禁止説を「通説」と評価する文献は少なくないが、自ら禁止説を展開する文献の数は、管見の限り、それと均衡しない。

禁止説(a) 現在、禁止説の代表的見解とみられる学説は、「政府見解においては、「自衛力」と「戦力」との区別が、いちばんの問題になる。しかし、政府は、どの程度の実力が「自衛力」として憲法上認められるのかについて、それは、国力・国際情勢・科学技術の進歩などに応じて変わる相対的なもので一概にはいえない、としているから、じつは区別できないと言っているのに等しい」として、学説における「戦力」の定義上は、「自衛のために必要な最小限度の実力」もまた、当然に「戦力」にあたるのである。これを戦力でないというのは、烏を鷲と言いくるめるの類にほかならない」と政府見解を厳しく批判する¹⁴²。

さらに、この学説は、「自衛権」があるといってもないといっても、9条の解釈には、本来、なんらの影響も及ぼさないのである。逆にいえば、「自衛権」があるかないかの議論は、そこから一定の武力行使や武力保持を肯定するという結論を引き出すためにのみ、意味をもつにすぎない」のであって、「憲法第9条のもとで「自衛権」の有無を論ずることじたい、不適當であり、ましてや、「自衛権」があるから「自衛力」あるいはそのための武力行使・保持が認められるという見解は、まったくの誤り」として、政府見解を根底から否定するのである¹⁴³。

禁止説としては、政府見解およびそれに基づく自衛隊法と自衛隊の活動は「違憲」ということになるのであるが、「かりに、百歩ゆずって、こうした政府見解を前提にしても、そこにいう「自衛権」や「自衛力」は、憲法9条によって、なお限界づけられると考えなければならない」¹⁴⁴と

¹⁴¹ 禁止説と許容説（消極的並立論）のいずれにしても、自身が「自衛隊違憲説をとった上でも、現実の自衛隊の規模・活動を政府解釈の観点から批判的に評価することは、憲法学説の重要な役割として残る」（毛利ほか・前掲書（註13）139頁〔毛利〕）。

¹⁴² 浦部・前掲書（註81）437頁。

¹⁴³ 同書442-443頁。

¹⁴⁴ 同書443頁。

して、自衛のための実力の保持・行使の実際について、批判的に検討が行われるのである。

禁止説 (b) 政府解釈である「[自衛のための必要最小限度を超える実力]説は、自衛のための実力組織は憲法の文言にかかわらず保有することができるというのであるから、自衛隊の合憲性を説明するというよりも、その超憲法的正当性を述べているというべきものである。国家がこのような超法規的根拠に基づいて、暴力手段を保有することができるのか。国家論の根幹にかかわる問題であるが、国家権力への拘束を主眼とする立憲主義の観点からは大いに疑問とすべきであろう。国際法上あらゆる主権国家が自衛権を有しているといっても、個々の国家がその自衛権をどのように行使するかは、それぞれの国家が国内法で定めるべきものである。いくら「国家固有の権利」であっても、国家の権力発動は国内で法的に認められていなければならないという要請を掘り崩すことはできず、したがって最高法規たる憲法の領分を限定することもできないはずである」¹⁴⁵と論じる見解がある。

この学説は、さらに、政府見解に対して、「何が必要最小限度かは、日本がその時々におかれた国際状況からしか判断できず、しかもその判断には不可避免的に主観的要素が入り込むから、明確な限界づけは不可能に近い。現在の自衛隊も限界内だという主張は、この限界づけの有名無実性を如実に示している」¹⁴⁶との批判を展開する。

「憲法は実力組織である国家権力を拘束するというその性質上、国家権力が「憲法など守らなくてよい」と開き直れば本来遵守されがたいものである。憲法を超える国家固有の自衛権を持ち出す政府解釈は、9条について開き直ったものともいえる」¹⁴⁷という評価からも、政府解釈を可能な選択肢とはみていないものと解される。

禁止説 (c) 「政府の「自衛力」論はかなり苦しい解釈である」として、「政府の「自衛力」論は、9条1項の解釈から自衛権が放棄されていないという結論を引き出し、それに合うように2項を無理矢理に解釈すると

¹⁴⁵ 毛利ほか・前掲書(註13) 137-138頁[毛利]。

¹⁴⁶ 同書138頁[毛利]。

¹⁴⁷ 同書138-139頁[毛利]。

いうものであるが、憲法が軍事力の保有に対してどのような立場を取っているかは9条全体を見て判断すべきものである」と批判する見解¹⁴⁸もある。

この見解は、「自衛のために必要な最小限度の実力である「自衛力」と自衛のために必要な最小限度を超える実力である「戦力」との境界はかなり微妙であり、具体的場合において「戦力」と「自衛力」との区別をすることはかなり困難」であって、「このような「自衛力」概念によって保持が許される軍事力を限界づけることは著しく困難であり、「自衛力」論は、わが国が超軍事大国にならないということ以上の保証とはならない」とする¹⁴⁹のである¹⁵⁰。

2. 許容説

(1) 消極的並立論

論者自身は自衛力違憲論をとるが、政府見解のような自衛力合憲論も解釈としては成り立つ(9条の枠内)とするものである。したがって、自衛力違憲論と自衛力合憲論の双方が9条の枠内に併存することを認める意味で許容説である。

消極的並立論(a) 「自衛力肯定説も九条解釈として論理的には成り立ちうる」¹⁵¹が、「自衛隊が違憲かどうかは、②説 [=警察力を超える実力説]と④説 [=自衛に必要な最小限度を超える実力説]のいずれをとるかが最後の決め手となる」としつつ、「②説の理解を正当とするが、しかし、④説も解釈上成り立ちえないわけではなく、政府の公定解釈として、現実に防衛法制の根拠となっている」とする見解¹⁵²は、ここに属

¹⁴⁸ 市川正人『基本講義憲法』(新世社・2014年)56頁。

¹⁴⁹ 同書56-57頁。

¹⁵⁰ 自衛力合憲論が解釈として成立しないことを明言するものではないが、政府見解の基礎にある「自衛力」論を厳しく批判しており、政府解釈を許容しないものと解される。ただし、自衛力合憲論に〈ほぼ否定〉のスタンスをとることと〈きわめて消極的〉であることとの径庭はわずかであろう。

¹⁵¹ 野中ほか・前掲書(註26)172頁[高見]。

¹⁵² 同書176頁[高見]。

するといえるであろう。

「もとより、解釈の前提となる憲法の「枠」自体、必ずしも明確なものではなく、ある解釈がこの「枠内」のものか、それとも「枠外」に踏み出したものかの判断は決して容易でない。とくに、内政のみならず、外交・国際政治の状況とも密接にかかわる9条の場合、その「枠外」にあると見られる「違憲事実」についても、これを「合憲」とする「解釈」が唱えられる可能性は少なからず存在する。主権国家に固有の「自衛権」を根拠とするいわゆる「違憲の後法（54年の自衛隊法）」の合法化（政府見解）は、9条について論理的に可能な目一杯の意味解釈¹⁵³であったとされるのである。

消極的並立論 (b) 政府見解は「日本の再軍備を正当化するための目的論的解釈として形成されたもので、解釈論上に無理があり、妥当ではないといえよう」¹⁵⁴とする見解も、政府見解の立場が「成立しうる」¹⁵⁵ことは認めていると解され、その意味ではここに含めることができるであろう。

前述の、「非武装中立主義の立場もこれまでの政府の立場も解釈論として許容範囲内」¹⁵⁶とする見解も、ここに分類されることになる。

消極的並立論 (c) 法的な要素のみならず政治的・社会的な要素も含めて「9条のプロジェクト」と把握することを提唱する見解は、「9条が誕生した時点で、9条の規範内容が明らかになるものではなく、それから現在まで70年以上をかけて9条がどのようなことを意味するものかが

¹⁵³ 高見・前掲論文（註109）130頁。これに対して、「その枠を超え、「集団的自衛権」の「容認」ないし「行使」に踏み出すことは、「制限規範」としての9条の「枠」そのものを破毀してしまうことになるのではなからうか」（同頁）とされ、他方、通説的見解からすると、政府見解は「第9条の枠を超えた「にせ解釈」による違憲の存在だということになる」が、「政府見解を支持する立場からすると、しかし、それは、枠内での許された解釈であり、これを「にせ」解釈と評するのは、自己の解釈と異なる見解を貶めるための言辞だということになる」（同頁註46）とされる。

¹⁵⁴ 辻村・前掲書（註99）70頁。

¹⁵⁵ 同書68頁。

¹⁵⁶ 高橋・前掲論文（註38）203頁註15。

作りあげられてきた、という側面を強調すべきだ」として、「憲法の前文や9条というテキストを核に、政府解釈・学理解釈、関連諸政策が周りを囲み、さらには平和という価値への国民的コミットメントが全体を支える形で、1つのプロジェクトのように展開されてきたと理解」されるところの、「内閣・内閣法制局、国会、裁判所、法律家共同体、国民といったアクターが動的に作り出してきた、1つのパラダイム」を描き出している¹⁵⁷。

この見解によれば、日本国憲法は、国家の実力の統制方法として、「権限配分において「軍を否定する」(九条) という、諸国に例を見ない方法」を採用したとされる。そして、学説と政府見解は「違憲か合憲かを見れば確かに対立しているが、……九条が「軍を否定している」と理解することについては、学説・政府解釈の間に広範な一致があった」とする。「この結果として、九条が軍を否定していること自体は解釈の対象ではなかったものであり、これが、実力の統制の仕組みにおいては重要である。なぜなら、「軍の否定」を制度の論理として九条のもとで諸制度が構築されることで、統制がなされてきたからである」。この視座からは、「政府解釈は、圧倒的に多くの学説の採る、九条を文面通りに解釈する理解の正当性を認めるからこそ、自衛隊を憲法の禁ずる「戦力の保持」には当たらないと説明し、軍とは違うものとして性格付けなければならなかった」と論じられる¹⁵⁸。

この見解は、「これまでの歴史の中で九条の果たしてきた重要な役割は、「軍の否定」という論理の提供であった」¹⁵⁹とする。そして、学説が「戦後の統治力学のなかで、憲法九条の純理的解釈論は、否応なく戦後憲法体制における権力分立の一翼を担う権力問題と化し、実定的な自衛隊法および軍隊組織の正統性を、現実の民意を超えた正統化根拠により剥奪し続けるという作業に従事」してきたとする学説¹⁶⁰に依拠して、9条を

¹⁵⁷ 青井未帆「武器の購入、開発・輸出と憲法9条」法セ761号(2018年)41頁。

¹⁵⁸ 青井・前掲論文(註138)112-113頁。

¹⁵⁹ 同論文113頁。

¹⁶⁰ 石川健治「軍隊と憲法」水島編・前掲書(註10)126頁。「九条が理想的でありすぎることによって、憲法学が正統性剥奪に基づく軍事力統制の課題を安易

文面通りに理解する学説の解釈は、国家の実力の管理に資するものであったとみるのである¹⁶¹。

そうした観点から、「政府解釈が誤った解釈であると断言」するような解釈は、「学理解釈に止まり、絶対的な正しさを主張しうるものではない」のであって、「これまでの政治が憲法に従ったものではないという批判は、相対的な見方として主張できるに過ぎない」と評する¹⁶²。それに対して、この見解は、「政府解釈を受け入れるわけではないが、ありうる解釈であると認める」¹⁶³という立場をとるのである。

このように、論者自身は「自衛隊を違憲とする」立場をとるが、——戦略的ではあれ——「自衛隊を合憲とする政府解釈」も成り立つ（9条の枠内）とするのであって、自衛のための実力の保持・行使は違憲では

に放棄することが、我が国の国家機構の権力バランスを損なうことにはしないか。権力分立と権利保障を最低限度の関心事とする立憲主義憲法学は、この点に責任をもって対処すべき」（同論文127頁）として、「典型的な公共財である防衛サービスの提供という実体的目的よりも、執政権の統制のための手続保障（立憲主義の課題）を、優先させるという選択」（同論文129頁）を唱える。なお、同「前衛への衝迫と正統からの離脱」憲法問題8号（1997年）105頁以下、水島ほか・前掲討論（註106）13頁以下〔石川〕、同「民主主義・立憲主義・平和主義——憲法に自衛隊を明記するとはどういうことか」法時91巻2号（2019年）88頁以下。「戦後憲法学は、「非現実的」という非難に耐えながら、その解釈論を維持してきた。……その際、過少に見てならないのは、……そのような「非現実的」な主張と政権与党の側の「改憲」の立場がきびしく対立する緊張関係があったからこそ、現在かくあるような「戦後日本」を暴走させないできた、という事実である」（樋口・前掲論文（註54）129頁）。

¹⁶¹ 青井・前掲論文（註138）113頁。この見解は、「一つの条文をめぐる二つの解釈の拮抗的対立と応答的対話の継続の中に軍事組織のコントロールのための貴重な規範形成が行われてきた、という理解を示している」（山元・前掲論文（註10）102頁）とも評される。なお、「政府解釈の基礎にも非武装平和主義解釈の存在がある。したがって、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たい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」（浦田一郎『自衛力論の論理と歴史——憲法解釈と憲法改正のあいだ』（日本評論社・2012年）51頁）。

¹⁶² 青井・前掲論文（註138）115頁。

¹⁶³ 同論文114-115頁。

ないとする「許容説」のうちの消極的並立論に分類しようと解される。

(2) 積極的許容論

9条解釈として自衛のための実力の保持・行使は合憲となりうることを、論者自身も主張するものである。

「自衛隊の合憲性を考えるには、現実の国際情勢や日本の防衛政策との関係で、憲法九条の理念が支持されうるかどうかについて考えることが必要である」¹⁶⁴との指摘がなされてきた。この指摘によれば、「国際秩序が相対的に安定している現代において、他国が日本へ侵略するという事態はほぼ想定されない」し、「冷戦構造の解消によって、軍事による国の防衛という思想は基本的にその存在根拠を失っている」とされ、「他方で、自衛隊が創設されてからすでに四〇年を経て、国民の多数が自衛隊の存在を肯定しているという現状の下で、自衛隊が違憲であるとのみ主張する解釈が実際に適していないことも明らかである」とされるのである¹⁶⁵。そして、「自衛隊が、国会・政府によってそれが合憲であるという前提で設置された組織であり、合憲のものとして社会的に認知され、通用していることを看過すべきではない。そして、自衛隊が合憲であることを前提に、どこまで自衛隊の活動に憲法九条の拘束が及ぶかを考えていくことが必要」¹⁶⁶との問題提起もなされていたところである。

積極的許容論 (a) 「国際紛争を解決する手段としては」という限定の文言は「武力による威嚇又は武力の行使」にのみかかるとみて、「およそ「戦争」はすべて放棄したことになり、そして、「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」も放棄することになる」と説明する見解がある。この見解によれば、「不法に侵入した外国軍隊を排除するため武力を行使することは、本条によっては禁止されていない」のであって、「したがって自衛のための武力の行使は憲法上容認されていると解すべき」とされる¹⁶⁷。

¹⁶⁴ 戸波江二『憲法〈新版〉』（ぎょうせい・1998年）99頁。

¹⁶⁵ 同書99-100頁。

¹⁶⁶ 同書100頁。

¹⁶⁷ 佐藤・前掲書（註79）94頁。

9条の条文解釈としては文言上やや無理があるものの、憲法の英訳文をみると、むしろ「国際紛争を解決する手段としては」の文言は「武力による威嚇又は武力の行使」にのみかかると解するのが妥当であること、「不戦条約や国際連合憲章の用例やマッカーサ・ノートからの変移を考え、総司令部案の表現が日本文の表現に変わったにもかかわらずなお現行憲法の英訳文に引き継がれていることなどを考慮すると」、このような解釈も十分成立しうるとされる¹⁶⁸。

積極的許容論 (b) 9条の文言解釈としての優位性を主張して自衛戦力合憲説(芦田修正論)に依拠する見解も示されている。ただし、前述の③の問題に注意が払われており、その実質は、「自衛戦争」を捨象し

¹⁶⁸ 同書94頁。なお、同「日本国憲法の成立とその基本原理」同編著『憲法 I 総論・統治機構』(成文堂・1986年)123-125頁。すでに覚道豊治『憲法(改訂版)』(ミネルヴァ書房・1977年)313-314頁は、「[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]」のであるから、自衛権行使の範囲内で武力行使をすることは認めているものと解せられる」としていた。そこでは、英訳文は根拠として明示されていなかったが、他方、宮沢[芦部補訂]・前掲書(註79)164-165頁は、英訳文を手がかりとすることについて論及していた。日本国憲法の制定過程についての考察に基づいて、「(i)「国際紛争を解決する手段」(一九二八年不戦条約一条参照)及び「武力による威嚇又は武力の行使」(国連憲章二条四項参照)に関する国際法的な用法と解釈を踏まえるとともに、(ii)「自らの安全を保持するものとしても」という文言が削られていったマッカーサー・ノート以来の第九条の立案・制定過程などを顧みると、「前項の目的を達するため」といった芦田修正に関わりなく、現行憲法は、少なくとも自衛のための武力行使、したがって、そのための武力の保持を禁止していない、と解すべき」(大石眞『憲法講義 I (第3版)』(有斐閣・2014年)68頁。なお、同『憲法史と憲法解釈』(信山社・2000年)135-136頁)とする見解がある。憲法制定過程の資料に依拠して自衛戦力合憲説の復権を主張する見解として、佐々木高雄『戦争放棄条項の成立経緯』(成文堂・1997年)が知られるが、「前掲」から「前項」への変更を「すり替え」あるいは「強引なすり替え」(同書347頁)と評する根拠は必ずしも分明ではない。これを引き継ぐ見解として、鈴木敦『憲法史の解釈論的意義——第九条を素材として(三・完)』論叢168巻4号(2011年)67頁以下、同「憲法制定史研究と憲法解釈——第九条を素材として」比較憲法学研究24号(2012年)141頁以下、同・前掲論文(註5)101頁以下等がある。いずれも、前述の③に関する問題がある。

た〈自衛のための武力行使合憲論〉であると解される。「日本としては自衛「戦争」と呼ばれるに相応しい本格的な軍事行動に出ることは許されない」¹⁶⁹とされている。

そうした解釈を主張する代表的な見解は、「条文を日本語として素直に読む」¹⁷⁰ことを標榜し、初期の政府解釈を「ネガティブ・リスト論」¹⁷¹と呼んで、それに依拠しつつ、9条2項後段が交戦権を否認しているから、「自衛の目的であっても、「戦争」は許されていない」としつつ、「自衛のための軍事力の使用は許されているから、自衛のために必要な最小限度において、敵将兵を殺傷し、敵施設を破壊するなど、交戦権と内容的に重なり合う行動をとることは許される」とする¹⁷²。

この見解は、遂行不能説は「少なくとも伝統的な法解釈の常道を外れています」¹⁷³と批判する。「一項で軍事行動を一定の範囲で認めておきながら、二項でそれを全面的に覆して無意味化・無効化するというのは尋常ではありません。規定が存在する以上は、それぞれにそれなりの意味を与える、昔風の言い方をすれば、それぞれにその所を得しめる、というのが解釈論の常道です」¹⁷⁴というのである。そこで、9条の「一項と

¹⁶⁹ 安念潤司「有事法制と交戦権」ジュリ1279号(2004年)33頁。

¹⁷⁰ 安念潤司「日本国憲法における「武力の行使」の位置づけ」ジュリ1343号(2007年)27頁。他方で、「非常に技巧的」で「いささかイカサマくさい解釈」とも称している(高橋ほか・前掲座談会(註35)16頁[安念潤司])。「芦田修正によって自衛のための戦力を合憲化する論理は、1項・2項に付された条件の反対解釈を積み重ねるものであり、戦力保持の合憲性という重大事項の結論を導くための手法としては、あまりに技巧的である」(毛利ほか・前掲書(註13)136頁[毛利])。

¹⁷¹ 安念・前掲論文(註170)32頁。

¹⁷² 同論文30-31頁。ちなみに、国連憲章とは異なり、憲法9条は「戦争」と「武力行使」を区別しているが、両者の相違は「戦闘の規模や強弱」といった量的なものではなく、「宣戦布告等の形式を伴わない」という点にある(樋口ほか・前掲書(註18)151頁[樋口])。

¹⁷³ 安念・前掲論文(註83)284頁。

¹⁷⁴ 同論文285頁。もちろん、こうした批判も、遂行不能説に対する従来の「拙劣な規定」批判の域を出るものではないであろう。そして、遂行不能説からも、峻別不能説に対して、「九条が一項と二項に分けて規定している以上は、一項

二項とが矛盾しないように、しかしそれぞれに存在意義を与えるような解釈」として、この見解は、「日本語の続き加減としてはスムーズではありませんが、二項前段の「前項の目的を達するため」という文言は、一項で国際紛争を解決する手段としての軍事行動を放棄したその目的を達するため、と読むしかなく、その結果、それ以外の軍事行動に必要な程度の戦力の保持は許容されると解さなければなりません」と主張する¹⁷⁵。

そして、「国際紛争を解決する手段か否かで二分する解釈論の下では、許容される軍事行動の範囲が茫漠たる広さをもちえます」ということを承認する。そして、今日、「軍事行動は、防衛的・警察的な目的を名分に掲げて起こされるようになってきています」としたうえで、「国際紛争（を解決する手段）という言葉の解釈次第ではありますが、この種の軍事行動が憲法上押し並べて許容されるという事態が生じかねません」とする。この③の問題について、この見解は、9条の下では許容されても、国連憲章が嚴重な歯止めをかけていることによって、国際法上は行うことはできない（9条よりも国連憲章のほうが軍事行動禁止の範囲が広い）という帰結となることを受け容れるのである。そして、次のような割り切りを示す。すなわち、「この点ではむしろ、国際法上の規則のほうが重要になってきつつあるようです。憲法九八条二項の議論には立ち入りませんが、国際法上禁止されている軍事行動は、憲法の解釈がどうであれ、結局は行いえないからです」として、「したがって今後は、憲章が例外的に許容している軍事行動の範囲を研究することが必須であると考えられます」とするのである¹⁷⁶。

積極的許容論 (c) 「軍事権のカテゴリカルな消去」を論じる見解も、9条の解釈については、ここに連なるものと解される。この見解は、「域内実力行使」（その国の領域内での実力行使）は9条の規制を受けるもの

には一項なりの意味が、そして二項には二項なりの意味があると解することにも、それなりの根拠がある」（山内・前掲書（註111）65頁）と主張されているのである。

¹⁷⁵ 安念・前掲論文（註83）285頁。

¹⁷⁶ 同論文293-294頁。

ではなく、したがって、「外国の爆撃機が攻撃の意思を持って領空に侵入する事態」に自衛隊が「やむを得ず反撃」することも「警察とは違う組織による警察活動」として説明できるとする¹⁷⁷。さらに、「域外実力行使」のうち、「攻撃に対してやむを得ずに反撃する場合」である「消極的域外実力行使」¹⁷⁸については「戦争」に含まれないとし¹⁷⁹、「外国政府に対する域外実力行使については、厳格な国際法の規制がある」として国連憲章にも留意しながら、「憲法9条1項は、「国際紛争を解決する手段」としての戦争・武力による威嚇・武力行使を禁じている」のであって、「基本的に日本国からの積極的な実力行使を禁じたものであり、攻撃を受けた場合の反撃については、特に何も言っていない」とする。

そして、「2項は、「前項の目的を達するため」と規定しており、あくまで同1項の禁じる積極的な実力行使のための実力や権限の保有を禁じるのみである」から、「消極的な実力行使のための実力の保有は、憲法9条2項によっても禁じられない」と解するのが、「文言からすれば」自然であろうとする¹⁸⁰。

たしかに、この学説は、遂行不能説について「かなり説得的な解釈」¹⁸¹であるとし、他方、「芦田修正説は、憲法9条自体の読み方としてはありうるとしても、国会や内閣の規定を視野に入れて考えると、憲法の体系とは整合しません」¹⁸²としているのであるが、しかし、上記のような9条解釈は、実質的には、③の問題に留意して「自衛戦争」を捨象した〈自衛のための武力行使合憲論〉であると解されるのである¹⁸³。

¹⁷⁷ 木村草太「憲法9条の機能と意義——国家の実力行使の諸類型と憲法」論ジュリ9号(2014年)56頁。

¹⁷⁸ 同論文54頁。

¹⁷⁹ 同論文56頁註4。

¹⁸⁰ 同論文57-59頁。

¹⁸¹ 木村・前掲書(註125)44頁。

¹⁸² 同書51頁。

¹⁸³ 「こうした解釈を是とするものとして、佐藤幸治『日本国憲法論』(成文堂、2011年)第3章、長谷部恭男『憲法の理性』(東京大学出版会、2006年)第1章、座談会「憲法9条の過去・現在・未来」ジュリ1260号(2004年)15頁[安念潤司発言]など参照」(木村・前掲論文(註177)59頁註13)とされる。

さらに、この見解は、「国際法と憲法9条により禁じられないというだけでは、それを合憲とするには足りない。国家が活動をするためには、何らかの憲法上の根拠が必要である」として、憲法13条の要請による「日本国民の生命・身体・財産保護」という「義務や責任を果たすには、日本政府自身が維持されていなければならない、日本政府が自らへの攻撃から身を守る作用についても根拠がある」とする。「そうすると、日本政府や日本国民を保護するための活動については、憲法13条という根拠規定が存在することになる」というのである¹⁸⁴。そうして、この学説は、「憲法9条の下でも、国民の生命等を守るために必要最小限度の実力を持つことは許される」との政府解釈には、かなりの説得力がある¹⁸⁵としている。

(3) 方向づけ論

現在の国際情勢の下では例外的に自衛力合憲論をとらざるを得ないが、9条の本旨は戦力不保持＝自衛力違憲論であり、その実現を目指すべきであるとするものである。9条を本旨通りに実現することが可能となる状況（逆に言えば、自衛力の保持が許される状況）をどうみるかによって、自衛力漸減への方向づけを現実に規律する強度に相違が生じうる¹⁸⁶。

¹⁸⁴ 木村・前掲論文（註177）59頁。

¹⁸⁵ 木村・前掲書（註125）58頁。

¹⁸⁶ たとえば、芦田修正論に依拠して「自衛のための戦力」は保持できるとするとし、しかも政府解釈も同旨と解している点で問題があるが、「理念としての九条（あるいは、いわば根本規範としての平和主義）は、非武装平和、すなわち、一切の戦争を放棄し、また、したがって一切の戦力をも持たないことを要求しているのであるが、現実のわが国の実定法体系の中の最高法規としての九条は、それぞれの歴史的な時期に対応して、現実に行可能な内容に即した規範的拘束力をもつにとどまる」として、「今日の国際政治の現実の下では、当面は、国家の自衛権を否定することはできないし、また、必要最小限の自衛戦力も否定できない」とする見解がある。「過渡的措置として自衛権および自衛戦力が許容されうるとするにとどまる」から、「現実の戦力としての自衛隊が「自衛のため真に必要か」というきびしいチェック」が求められ、「国には、常に、軍備縮小への努力義務」があるとされる（藤井俊夫『憲法と国際社会〈第2版〉』（成

方向づけ論 (a) 「9条がどのような機能を果たすべきか、という規範論の観点から、再検討することが重要」としつつ、法的拘束力を一切認めない「プログラム規定説」は否定し、「9条が法的効力をもつことを前提として、法的効力をもつことの意味を、固定的ではなく段階を追って考えていくべきではないか」とする見解¹⁸⁷がある。

この見解によれば、「現在は、個別の国家が武力行使をして平和を維持するという段階から、それを禁止する戦争の全面違法化の時代に移行したはずであり、憲法9条がこの戦争観に立脚している以上、本来は、軍事力をもつことは違憲となるはずである」が、しかし、「現実の国際政治は、この戦争観を支える、担保手段としての国際連合の安全保障理事会とその執行機関である国際連合軍が編制されていないので、各国が有する自衛権の担保手段はもたざるをえず、現在の自衛隊の存在は、暫定的に、内閣法制局の解釈技法によって肯定せざるをえない。他方で、軍備の全面廃止というのは、到達目標、つまり理念を示す法規範としての効力もち、本来の国際連合による安全保障の実現をめざす義務を課し、このような行為を怠る行為は、当該義務違反として常に内閣不信任の原因となるものと解すべき」¹⁸⁸とされる。

方向づけ論 (b) 「ドイツの学説では、社会国家を定めた基本法の規定(二〇条一項)や環境保全を定めた規定(二〇a条)などを国家目標規定(Staatszielbestimmung)と説明する立場がみられる」ことを手がかりに、「憲法九条を国家の目標を定めた法規範を内容とする規定とみる」見解¹⁸⁹がある。

文堂・2005年) 290-291頁)。しかしながら、「自衛隊の長期間の存続によって、それを違憲と述べることの現実的意味が著しく低下していることも明らかである。自衛隊違憲論が国民多数の支持を得る状況の到来は予測できず、また裁判所が今後そのような解釈を採用することも考えにくい」(毛利ほか・前掲書(註13) 138頁[毛利])ともいわれる。

¹⁸⁷ 渋谷秀樹『憲法(第3版)』(有斐閣・2017年)84頁。ここで「プログラム規定説」とは、政治規範説を指すものとされている。

¹⁸⁸ 同頁。

¹⁸⁹ 岩間・前掲書(註13) 88頁。すでに、ドイツの学説の国家目標規定論を紹介して、それによれば「日本国憲法でいえば、少なくとも第九条の平和主義、二

この見解は、次の理由から、9条を国家目標規定と解する。すなわち、
 「①非武装規定としての憲法九条は、わが国の道義を表明したものとして、また、戦後日本の精神的支柱を形成するものとして堅持されるべきこと、②国連の集団安全保障体制を一層発展させることにより全世界の国々が非武装化されることが世界平和実現のひとつ有力な途であるとすれば、全世界の国々の非武装化は国際社会が目指すべき正しい目標であり、憲法九条はそうした正しい目標を世界に先駆けて掲げた規定であること、③国連の集団安全保障体制がなお十分機能しておらず、したがって前提条件が存在していない以上、憲法九条を通常の憲法規定とみることは困難であること、④憲法九条を国家目標規定とした場合には、憲法九条は公権力に対して軍備の撤廃という目標の達成を政治的・道徳的のみならず、法的にも義務づける規定となること、⑤国連の集団安全保障体制はなお十分に機能しておらず、かつ、今日の不透明かつ不安定な国際社会の状況のもとで、国民の生存と国家の存立を守るという重要な責務を課せられた公権力が軍備の撤廃という目標を達成するにあたっては、手段の選択や方法について広い裁量が認められる必要があること、⑥憲法九条は、戦争事態という勝義の非常事態にさいしての手段に関する規定であり、この点からも手段の選択にさいしては広い裁量が認められる必要があること、⑦しかし、そうした手段の選択は政治部門の完全な自由にて委ねられるべきではなく、裁量権の濫用・逸脱の場合には憲法九条違反となる場合がありうるとするのが妥当であること」¹⁹⁰である。

この見解によれば、9条は、憲法25条と類似した性質をもつとされる。「憲法九条の実現にあたって政治部門にある程度の裁量が認められるとしても、憲法九条はたんなる政治規範あるいはプログラム規定と解されるべきではなく、国の措置が裁量の逸脱・濫用とみざるをえないような場合には、当該措置は憲法九条に照らして違憲と判断されるべきであり、そうした意味で、憲法九条は裁判規範としての性質をもつとみなければ

七条の勤労の権利、二五条一項・二項などは、国家目標規定であると解されることになる」と説く見解（小山剛『基本権の内容形成——立法による憲法価値の実現』（尚学社・2004年）295頁）があった。

¹⁹⁰ 岩間・前掲書（註13）89頁。

ならない」とする。他方、25条によって国は生存権を保障する責務を有するが、「責務を履行するためにどのような措置を講ずるかについて政治部門に裁量が認められざるをえず」、しかし、「政治部門が裁量権を濫用したような場合には違憲となる」。そして、「財政状況により政治部門が当該責務をかりに果たすことができていなかったとしても、憲法二五条が定める目標が正しいものであるとすれば、憲法二五条を改正すべきことにならない」のである。そのうえで、この見解は、9条が「プログラム規定に墮することなく、政治部門を拘束する法規範でありつづけるためには、何よりも、……、非武装規定としての憲法九条は正しい目標を定めているということについてのコンセンサスが、国民の間にひろく形成される必要がある」というのである¹⁹¹。

方向づけ論(c)「今日の文脈では、9条の非武装平和主義の規範内容そのものは、「志望目標」としての性格を色濃く持つ」として、「現実を一步步「志望目標」に近づけていくには、その違憲評価ゆえに政府解釈を突き放してしまうのではなく、むしろ政府解釈をたぐり寄せ、それに一定の憲法規範性を承認し、そして積極的にその規範性を用いて現実を律し・枠づけ・統制していくことが不可欠である」とする「二段構えの規範構造で公権力を制約する」ことを唱える見解¹⁹²がある。

「二段構え」の第1段目は、現実には主として「志望目標(aspiration)」¹⁹³として機能する「非武装平和主義の規範」である。第2段目は、2014年7月1日の閣議決定に先立つ歴代内閣が、9条は、「個別的自衛権の行使のみを容認し集団的自衛権の行使を禁止する」と解釈してきた従来の政府解釈による規範であり、これは「第一段目の規範が通用力を持つような現実を構築できるまでの暫定的な規範であるが、それまでの間、現実の憲法的な規範として機能する」ものとされる。「54年政府見解に基づく規範を、このように9条についての立憲主義の第二段目の規範として位置づけうるのは、この規範がそれ自体としては、「普通の国」と比

¹⁹¹ 岩間・前掲書(註133)355頁。

¹⁹² 佐々木弘通「日本の立憲主義と憲法第9条」佐々木弘通=宍戸常寿編著『現代社会と憲法学』(弘文堂・2015年)300頁。

¹⁹³ 同論文299頁。

べて格段に「平和主義」的なものだからである」。この「第二段目の規範に関する課題は、第1に、この規範を固守してそれが「普通の国」の規範へと後退するのを阻止すること」とされる。そして、「『国民』が第一段目の規範を真面目に追求することが、第二段目の規範をその「平和主義」的な内容のまま維持する力となる」のである¹⁹⁴。

ところで、この見解は、自衛隊の存在・活動と9条の整合性を保つための従来の政府解釈について、「制憲時の理解では、憲法上有する自衛権の裏づけとなる武力の保持と行使を、9条2項の前段と後段の明文で禁止・否認した」のであり、「制憲時の理解が明確に意図したことを真っ向から否定している」として、「それを政府解釈は、「解釈」の名の下に9条2項から引き出す」が、「しかしそれは、9条の「解釈」としては成り立たないと言うほかない」と断じる¹⁹⁵。このように政府解釈(自衛隊合憲論)の存立を否定するならば、この見解は禁止説に分類されるべきものと解されるかもしれない。たしかに、今日の「現実の中で、9条が非武装平和主義を要請すると主張すること」は、具体的には「相応の時間をかけてその目標に向けて現実を動かしていく」ということであるといわれるように、そもそも、自衛力違憲論が、「自衛隊法をはじめとする違憲の諸法律を即座に廃止して自衛隊を解散すべし、という単純かつ乱暴な主張ではありえない」とすれば¹⁹⁶、禁止説と、「現実」に対して9条の「原意」に還ることを強く働きかけるような(許容説における)方向づけ論との懸隔は、その意味では、大きくないといえるかもしれない。

¹⁹⁴ 同論文300-301頁。

¹⁹⁵ 同論文295頁。

¹⁹⁶ 同論文299頁。すでに、深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』(岩波書店・1987年)490頁以下においても、自衛隊を含む現況を、時間をかけて憲法の理念に近づけてゆくための考察がなされていた。なお、水島朝穂「自衛隊の平和憲法的解編構想」深瀬忠一ほか編『恒久世界平和のために——日本国憲法からの提言』(勁草書房・1998年)、同「平和政策への視座転換——自衛隊の平和憲法的「解編」に向けて」深瀬忠一ほか編著『平和憲法の確保と新生』(北海道大学出版会・2008年)。

3. 要請説

「穏やかな平和主義」論と称されるこの見解は、「現実には平和の維持も国民の生命・財産の保全も困難であるにもかかわらず、それでもなお軍備を全廃すべきであるとの主張の背後にあるのが、それが人としての「善き生き方」だからという前提があるのだとすれば、多元的な価値観が相剋するこの社会において、そうした特定の「善き生き方」をすべての国民に強いることは、日本国憲法の拠って立つ立憲主義と両立し難い」¹⁹⁷という問題提起において注目されているが、9条の規定の解釈については、自衛のための実力の許容性ではなく必要性を論ずるものである点に留意すべきである。

この見解は、「一国のみが通常兵器を含めて軍備を全面的に放棄してしまえば、他国は軍縮へのインセンティヴを失ううえに、侵略によって得られる期待利得を増大させることになり、非武装によって生じた力の空白は、逆に周辺地域を含めて不安定化し、武力紛争の危険をもたらす危険がある」ということを前提として、「いかなる個人、民族も、他国を含めた周辺地域の平和を危うくしてまで軍備を全面放棄する権利は有していないのではなかろうか」と論ずるのである¹⁹⁸。

「自然状態で暮らしていた人々が公共財の適切な享受を求めて国家を建設する際、典型的な公共財といえる防衛サービスの供給を全面的に禁止するとはにわかに想定しにくい」¹⁹⁹として、「理性的な防衛サービスの維持と執行」²⁰⁰すなわち「適切な軍備の保持」²⁰¹が要請されるとする。しかし、「こと防衛に関する限り、民主政の欠陥はあまりにも深刻であり、失敗のコストが過大であるため、なんらかの形で決定の幅自体を最初から限定しようとする立場」²⁰²をとるのが9条であるとする。

¹⁹⁷ 長谷部・前掲書（註132）69頁。

¹⁹⁸ 同書68頁。

¹⁹⁹ 同書68頁。

²⁰⁰ 同書66頁。

²⁰¹ 同書68頁。

²⁰² 同書66頁。

このように、「穏和な平和主義」論は、自衛のための実力の保持・行使は違憲ではないとするばかりではなく、自衛のための一定の実力を保持しないという選択は許されない（立憲主義に反する）と論ずる——その意味で自衛のための実力の保持・行使が要請されるとする——ものである。

9条の条文解釈に関しては、「表現の自由などの憲法上の権利の保障を定める条文の多くは、原理を定めている」ものであり、「文字通り「一切の」表現の自由が保障されるわけではない」のであって、「9条の文言をたよりに自衛のための最小限度の実力の保持が許されないとする立場は、9条（とくにその第2項）の文言を all-or-nothing で答えを決める準則として理解していることになる。しかし、なぜ原理ではなく、準則として理解しなければならないかについて説明がなされることは稀である」とする²⁰³。

そのうえで、「かりに第九条から明確な限界を引き出すことができないのであれば、合理的拘束といっても尻抜けに終わるおそれがある」けれども、それは、「憲法第二条の表現の自由をはじめとする他の憲法上の合憲性判断基準についても同様に生ずる問題である。表現活動に関する制約を一切認めないというのであればともかく、それについて何らかの合理的制約を認めるという立場をとる以上は、「明白かつ現在の危険の基準」や「LRAの基準」など、一切の表現の自由を認める憲法の文言自体には手掛かりのない具体的制約の基準を引き出してこざるをえない。しかし、一旦設定された基準については、憲法の文言には格別の根拠がないとしても、なおそれを守るべき理由がある。譲歩を始めると、そもそも憲法の文言に格別の根拠がない以上、踏みとどまる地点はどこにもないからである。同じ状況は、憲法九条の下で守られるべき具体的基準を設定する場合にも妥当するであろう」²⁰⁴。

近年は、より9条の文言を重視して、「1項には2項の規定の趣旨・目的を明らかにし、その意義を限定する肝要な役割を見るべき」であり、「不戦条約の文言と意義に照らして憲法第9条を読み直すことで、日本

²⁰³ 長谷部恭男『憲法の理性（増補新装版）』（東京大学出版会・2016年）5頁。

²⁰⁴ 長谷部恭男「平和主義の原理的考察」憲法問題10号（1999年）60頁。

語として意味が読み取りにくく、また文言相互の関連性が明らかでないこの条文を、全体として整合的に理解する途が拓かれる」とし、不戦条約では「個別的自衛目的での武力の行使までも禁止することは想定されていなかった。不戦条約の文言を受けた日本国憲法第9条第1項も同じ趣旨のものとして、そして禁止の対象を武力による威嚇と武力の行使へと拡大したものとして、受け取るのが素直である」と論じられるようになっている²⁰⁵。

おわりに

本稿は、憲法9条の解釈において、現在の学説が自衛力違憲論と自衛力合憲論をどのように位置づけているかを整理することを試みた。

枠の中と外に切り分けることのできる解釈のラインは理論的に論証可能なものとしては存在しないとする「動態的憲法理解」は、政府解釈（自衛力合憲論）を「にせ解釈」とする主張が論じた憲法解釈の枠²⁰⁶を、その出発点に設定している。そのように、自衛力合憲論を当然に憲法解釈の枠外とする学説を「最も正統的な憲法解釈論」あるいは「戦後日本憲法学における正統的な考え方」と措定したうえで²⁰⁷、本稿にいう許容説に分類される学説の成立可能性を論難するが、「多様な憲法解釈アクター」がそれぞれの「利害認識」から繰り広げる「解釈ゲーム」の「政治的攻防戦」²⁰⁸に解釈論の帰趨を委ねようとする「動態的憲法理解」にとっては、種々の憲法学説の中から「正統的な」解釈論を選定して他を検証

²⁰⁵ 長谷部恭男「国際紛争を解決する手段としての戦争の放棄」二宮正人先生古稀記念『日本とブラジルからみた比較法』（信山社・2019年）639頁。なお、同『憲法講話——24の入門講義』（有斐閣・2020年）47頁、同『戦争と法』（文藝春秋・2020年）29頁。

²⁰⁶ ただし、「理屈からいうと、正しい解釈は、一つしかなく、憲法の規定の意味は一つであるべきであり、二つも三つあるというのはおかしい」ともいえるが、実際には、限界内で行なわれる解釈であっても「かなり異なる結果が生ずる」（清宮・前掲書（註140）192頁）とされていた。

²⁰⁷ 山元・前掲論文（註10）90頁、100頁。

²⁰⁸ 同論文101頁。

するアプローチは親和的ではないようにもみえる。

「今日の憲法学界では、……文言は唯一の規範意味を体現しており、解釈とはこの唯一の意味の正しい認識であるという見解は、例外的な少数説とみてよいであろう」とされるのであって、「憲法典の文言の解釈には幅があるが、同時に限界＝枠もあるという立場」が、「日本の憲法学者の多くが想定する」ものであるとされる²⁰⁹。さらに、「制定憲法の枠は制憲者の意図したところにより規定されるが、この枠自体も微妙に変化する」²¹⁰といわれる。「それでもこれ以上は許されないという限界があるはずで、それを越えた解釈論の展開は「解釈の限界」を逸脱したものということになる」²¹¹のである。そして、「動態的憲法理解」が法的議論である限りは、解釈の「攻防戦」の各場面で、ゲームを成立させ、勝敗を判定するための「枠」を必要とするのではなかろうか。

*引用に際して、原典に付された圈点や下線は（それぞれの文献における用法に相違があることもあり）すべて省略した。

²⁰⁹ 赤坂正浩『立憲国家と憲法変遷』（信山社・2008年）604頁。

²¹⁰ 野坂・前掲論文（註39）25頁。

²¹¹ 同論文25頁。