

憲法 9 条を再生させるための改正論

—なぜ、どのように 9 条を改正するのか—

クレイグ・マーティン
(ウォッシュューバーン大学法科大学院教授)
三宅 裕一郎 (翻訳)
(三重短期大学教授)

はじめに

日本国憲法 9 条は、まさに 1946 年の起草段階以来、大きな議論の的となってきた。自民党の各派閥は、1955 年に政権の座についてから 60 年以上にわたり、日本の軍事力に対するこの規定の制約を弱め希薄化するために、この規定を改正しようとしてきた¹⁾。しかしながら、政治におけるまた市民による抵抗という複雑な動力は、現在に至るまで、そのような改正を完全に阻止してきたのである。憲法 9 条によって課せられた制約を緩めようとする自民党の策動に反対する人々は、いかなる憲法 9 条改正に対しても徹底的かつ断固として反対することが、この規定の中核的な価値を守る最も有効的な方法であると歴史的に考えてきた。その根底に横たわる懸念とは、次のようなものである。それは、憲法 9 条のあらゆる側面へのなんらかの軽微な改正に対してどんな形であれ譲歩することは、全体としてみたときに、この規定の制約を最終的に消去する方向へと単に歯止めを解くことにつながる、というものだったのである。政治上の保守勢力が、こうした改正は、日本が「普通の国」となり、国際的な義務を実行しますます高まる地域的な安全保障上の脅威に見合った防衛体制を展開するには不可欠なものと考えてきたのに対し、政治上の革新勢力は、そのようなすべての策動に対しては極度の疑念をもって向き合ってきたし、再軍備、アメリカの戦争に巻き込まれること、あるいは戦前の軍国主義にさえいつしか進みかねない危険をとるよりもむしろ、憲法 9 条のいかなる改正をも完全に防止することを選択してきた。

本稿において私は、憲法 9 条改正に反対する人々にはもはや、あらゆる改正の策動に単純に反対するだけではいられないということを提唱したい²⁾。私は、何年にもわたって憲法 9 条について研究し、この規定が日本に非常に貢献してきたと信じ、そして武力紛争に日本がかかわることに対して課せられたこの中核的な制約を維持したいという願いに賛同する者として、そう

語る。しかし、現行規定に対して教条的に固執することは、憲法 9 条の中核的な制約を維持できないであろう。政治の勢いは憲法 9 条に対するなんらかの改正を支持する方向へと進んでいるし、そのため、「なんとしてでもいかなる改正をも認めない」勢力は敗北する危険性が高まっている。従って、憲法 9 条の擁護者は、日本国民に対して提起する有意義かつ説得力のある代替的な改正案を展開しなければならないのである。革新勢力が自民党による危険な改憲案に対抗する改正案をもたないとすれば、改正が現実のものとなったとき、日本は、検討すべき唯一の対案しかもたないということになる。その上、自民党がなんらかの改正に対して十分な支持を集められないとしても、憲法 9 条についての近年の「解釈変更」は、時が経過しても生き残り、いずれにせよこの規定の意味を抜本的に変革する機能を果たす可能性がある。そうした場合、憲法 9 条の中核的な制約を維持する目的で憲法 9 条改正を支持する主張は、より有力なものとなる。

本稿において私は、憲法 9 条の中核的な制約が維持されるべきであると考えた視点から、憲法 9 条がなぜ改正されるべきでありまたどのように改正されるべきであるのか、という議論を展開する。こうした議論は、憲法上の諸原則に基づくものであり、また憲法 9 条が制定された目的と精神に忠実であり続けようとするものでもある。こうした議論は、憲法 9 条が改正されるべき法的な理由が存在し、にもかかわらず、1946 年に憲法を制定した人々に活力を与えた平和的及び国際協調主義的な目的に忠実であり続けるやり方で憲法 9 条を改正する方法が存在する、ということを提唱する。こうした議論は、民主主義の平和的傾向を高めるにあたり重大な役割を担うと考えられる国際法上並びに憲法上の諸原則から形成される。こうした議論は、どうやら単に政治的及び政策的な考慮に基づいた、また日本の外交政策に対する意味のある法的制約として憲法 9 条がもつ効力を本質的に損なうことを目的とした憲法 9 条の改憲案とは、正反対のものである。憲法 9 条

を「どのように」改正するのかを検討するため、本稿には、対案についての真剣な議論の基礎となる特定の目的をもつ改正案からなる補遺が収録されている。この改正案は、憲法9条の改定についてなんらかのまたすべての対話を単純に拒絶する憲法9条の擁護者がとる現在の立場以上に、より現実的で意義のある対案に関する議論の出発点となるはずである。この改正案を提示するにあたり、私は、安倍政権による近年の「解釈変更」の策動と自民党の改憲案に固有の危険性のいくつかに簡単に触れることにするが、同時に、単に現状を維持することはもはや、憲法秩序もしくは憲法9条自体の規範力にとって最良の利益にはあたらないということも強調するであろう。

I 憲法9条の意味と機能

憲法9条がなぜ改正されるべきでまたどのように改正されるべきかを考えるにあたり、憲法9条が意味していることについて基礎的な知識をつけておくことが必要である。これは、政治の世界、政策の世界、学問の世界において圧倒的な論議の対象となっている。その上、よく知られているように、安倍政権は近年、なんら憲法を改正することなく憲法9条の意味を変更しようとしてきたし、これがこの後扱う論点となる。それにもかかわらず、この議論の詳細については一旦おきつつも、憲法9条に関する日本政府の公式かつ長期にわたり確立してきた立場を説明するだけでなく、一般的な憲法9条の概念について概略を示すことは、有益な作業である。

A. 確立した憲法9条の解釈

まずは条文からみておくのが一番いいであろう。憲法9条は、次のように定めている。

9条 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。

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。

この規定は、次のような3つの個別の要素から構成されている。第1に、1項では、国際紛争を解決するための戦争と武力の行使が禁じられているということである。第2に、2項の前段では、軍隊ないしは「そ

他の戦力」の保持が禁じられているということである。そして第3に、2項の後段では、交戦権は認められないと定められているということである。この内、最も議論的となってきたのは第1と第2の要素であるのに対して、第3の要素は、概して無視されまた非常にしばしば誤解されてきた。憲法9条1項は、ある国民国家から別の国民国家に対してなされる武力の行使を規律する国際法制度、すなわち*jus ad bellum*の体制から導かれる諸原則を明示的に組み込んだものである³⁾。これらの国際法上の諸原則の意味、そして起草並びに制定過程から明らかとなる憲法9条1項の解釈とは、この規定は、自衛を含むすべての武力の行使を禁止したと結論づけるものとなりそうである⁴⁾。しかしながら、この後論じていくように、長く確立されてきた公式の解釈とは、この規定は、厳格な個別の自衛権の行使のための武力の行使を認めているというものであった。

憲法9条2項は、独特かつむしろ風変わりなものである。2項前段については、どの国の憲法をみわたしても、まず前例をみつけることはできない。この規定の起草並びに制定過程に関する研究に加え、この規定の条文がもつ明白な意味とは、憲法9条2項前段は、いかなる軍事力の保持をも禁じていると示唆するものとなるであろう⁵⁾。しかし、これもまた、以下で解説するように、より拡張的で寛容的な公式解釈の支配下にあり続けてきたのであった。

憲法9条2項の後段にあたる第3の要素は、多くの憲法9条に関する論考の中で、概して無視されしばしば誤解を受けてきた。この規定は、国内法上の問題として、本来であれば武力紛争において戦闘員として享受することになる特権や免除を個々の日本の自衛官に対し否定するために、国際人道法（ないしは*jus in bello*）上の諸原則を組み込む内容となっている。もちろん、この憲法条項は、国際法上の問題としては、日本の自衛隊の権利や義務に対しなんらかの影響を与えることにはならないであろう。詳細は後述するが、この条項が、憲法9条1項による禁止を重複する形で宣言したものだとする競合する説が存在している。もっとも、私は、他の論文でも明らかにしてきた理由から、こうした説は正確なものではないと示唆することになるであろう⁶⁾。

本稿では起草並びに憲法制定過程を概観することはできないが、この過程のいくつかの重要な特徴について留意しておくことは重要である（この過程では、枢密院と帝国議会両院において1年以上にもわたり、激

しい議論や修正が行われた)⁷⁾。当時の日本政府自身は、憲法改正並びに憲法制定過程の間、憲法9条はすべての武力の行使といかなる軍事力の保持をも排除したという立場をとっていた⁸⁾。もちろん、日本政府は、この規定を起草したマッカーサー元帥のスタッフらによる様々な圧力の下にあったわけであるが、しかし、制定にあたりこれを検討し、当時この規定を創設する際にアメリカが果たした役割を知らなかった国会議員らもまた、こうした立場をとっていたのである⁹⁾。これは、日本を破滅へと導いた軍国主義の過ちに断固として反対しようという願いだけによって動機づけられたものではなかった。衆議院と貴族院においては、政府メンバーも一般の国会議員らも、どうすれば日本が、この憲法の採択によって、新しいより平和的な国際秩序を確立するにあたり世界の先駆者の手本となっているのかということについて、情熱的な演説を行っていた¹⁰⁾。この過程では、憲法9条は、当時の政治エリート層のみならず（もっとも、それらの中には、確かに頑強な抵抗勢力も存在してはいたのであるが）、日本国民によっても信奉され始めていた。憲法9条は、平和主義の理念の中心に位置づけられる新たなナショナル・アイデンティティにとっての法的基盤を提供する、強力な構成規範となるであろう。これがまさに、一連の過程の原点だったのである¹¹⁾。このことは、いかにしてこの規定の本質的な目的と精神を保持し続けるかを考えるにあたっては、重要なことである。

こうした当初の理解や明白な意図にもかかわらず、1954年に確立した日本政府による最初の公式解釈とは、憲法9条1項は日本による個別的自衛のための武力の行使を容認しているというものであった。この解釈は、内閣法制局によって示された見解に基づいている。それによれば、憲法9条1項は、個別的自衛のための武力の行使を容認するものとして解釈されるだけでなく、それに伴い憲法9条2項は、そのような個別的自衛のための必要最小限の規模を踏みこえる軍事力の保持を禁じたに過ぎないものとして解釈される¹²⁾。同時に、内閣法制局は、この規定が個別的自衛を容認したものと解釈する一方で、憲法9条1項は、国連憲章51条に基づく集団的自衛のための武力の行使、そして国連憲章42条の下で国連安全保障理事会が授權した集団安全保障活動のための武力の行使を禁じているという理解も定着させていくことになる¹³⁾。

日本国憲法の下で重要かつ明確な司法審査の権限をもち、憲法を解釈する最上位の権力機関である最高裁判所は、憲法9条を執行する責務を概して放棄してき

た。日米安全保障条約の再改定交渉まただ中の1959年に判決が出された砂川事件は、最高裁が憲法9条の意味について直接取り組んだ唯一のケースである。多数意見は、傍論の中で、憲法9条1項は個別的自衛のための武力の行使を禁じてはないという見解を支持した¹⁴⁾。しかしながら、この後詳しくみていくように、最高裁は、日米安保条約と米軍の日本駐留は憲法9条2項に反するという主張を退ける際に、統治行為論を援用したのである。それからさらに20余年後、最高裁は、自衛隊の合憲性が正面から争われた事件において、憲法9条に反することを理由とした政治部門の法律もしくは政策に対する憲法上の異議申し立てはほぼ不可能である、というレベルにまで原告適格要件を極小化したのであった¹⁵⁾。

しかしながら、内閣法制局は、何年にもわたって憲法9条の一貫した解釈を維持し、また政府がこの規定に従うことを実効的に確保するという制度的役割を担ってきた¹⁶⁾。内閣法制局は、まさに2014年の「解釈変更」に至る直前まで、こうした役割を果たすことに成功してきたのである。政府の立場の明確性、ひいては憲法9条1項の正確な範囲は、1997年の日米ガイドラインのような政策綱領、また9.11以後のいくつかの日本の自衛隊の海外派遣によって徐々に触まれてきたけれども、公式的な問題として、この法解釈—許容される武力の行使を個別的自衛にのみ限定し、集団的自衛や国連安保理が授權した集団安全保障活動を禁じる—は、一貫して維持されてきたのであった¹⁷⁾。

憲法9条1項が、国連憲章以上に武力の行使に対して強い制約を課しているという意味で、憲法9条1項とそれについての政府解釈が、国際法上の*jus ad bellum*の体制以上にどの範囲にまで及ぶのかを理解しておくことは、重要である。当時、兵力を提供し集団安全保障活動に参加するという国連憲章に基づく法的義務であると理解されていたことに対して、日本が憲法9条によって応じることができなくなるかどうかをめぐり、憲法制定過程を通じて日本の政治家たちの間に重大な懸念が存在していたのは、まさしくこのことが理由となっている。しかし、国際的な集団安全保障体制が発展してきた方向性を考えると¹⁸⁾、憲法9条は、日本と国際法を相反させるものにはなっていない。憲法9条は、本来であれば国際法の下で有することになる諸権利を日本から奪い去っている。すなわち、集団的自衛もしくは集団安全保障活動で武力を行使する権利である。だが、日本にとっては、そのような活動に従事するなんらの法的義務もないのである。そして、

その他の法的主体と同様に国家は、常に自らの権利を放棄することができる。小沢一郎やその他の論者が主張してきたように、憲法9条1項は、多くの人間が望みあるいは同盟国が期待するレベルで日本が国際的な平和と協調に貢献することを妨げる形で制約を課しているのかもしれない。けれども、憲法9条1項によって、日本が国際法の諸原則に違反することにはならないのである。その上、憲法9条2項は、明らかに武力を行使する日本の権能を制限し、よって*jus ad bellum*体制の諸原則に違反させないことを念頭においたものであるとしても、法の問題としては、いずれにせよ*jus ad bellum*体制に直接的な関連性をもつものではない。

B. 憲法9条の機能

しかしながら、憲法9条が国家政策に対する意義ある制約としていかに有効なものであったのかについては、ある重大な問題が残っている。憲法9条をめぐる多くの議論は、自衛隊の存在と拡大する規模に関連したものであった。日本の防衛予算は世界でも上位7位か8位の規模となり、日本はアジアで最も精巧な海軍力を保有する国家のひとつとなり、弾道ミサイル防衛システムでアメリカと協力関係にあり、そしてますます戦力投射能力を発展させている¹⁹⁾。そのような軍事力が憲法9条2項の許容する範囲をはるかに超えているということは、広く論じられているところである²⁰⁾。憲法9条2項についての公式解釈は、次のような解釈を導くために、憲法9条1項の目的を達成することに言及した2項前段に依拠している。すなわちそれは、この条項は、憲法9条1項で放棄されたタイプの戦力として用いられる軍隊もしくはその他の戦力、つまり、個別的自衛を踏みこえるあらゆる武力の行使を禁じたに過ぎない、というものである²¹⁾。従って、憲法9条2項は、侵略行為を可能とするような軍事力だけではなく、集団的自衛もしくは集団安全保障活動への参加を可能とするような軍事力をも禁じていると解されるのである。

厳密に個別的自衛のための軍事力と、そのような要件を踏みこえる軍事力とを有益に区別することが現実的に可能であるのかどうかは、多くの批判の根拠となっている²²⁾。後で再び論じるように、憲法上の制約として憲法9条2項は、非常に曖昧で実際には執行できるものではない。それにもかかわらず、憲法9条2項が自衛隊や防衛費に対する政治的抵抗や市民的抵抗によってのなんらかの基盤にならなかったとすれば、日本

の軍事力はよりさらに大規模なものとなっていったであろう、と多くの論者が主張している²³⁾。憲法9条2項が、なんの効果ももたなかったということはできない。しかし、後でさらに論じるように、憲法9条2項は、政府の政策を有効に制約する明確な憲法上のルールとして機能してはいないのである。

しかしながら、憲法9条2項が曖昧で有効なものではないのとは対照的に、憲法9条1項についての政府解釈は、より明確で執行可能な制約となっており、公布以来60年以上にもわたって、政府の政策を有効に制約するものとして機能している²⁴⁾。1950年代の初頭、吉田茂内閣は、同盟国へのさらなる貢献と国際の平和と安全のための活動への参加を求めるアメリカの圧力に対する便利な盾として、憲法9条1項の制約を用いてきた。最初から皮肉なものではあったが、にもかかわらず、憲法9条1項をこのように用いたことは、同条項の規範力を強め、また同条項による武力の行使の否認にしっかりと根を下ろした社会的、政治的、そして法的規範の発展を強化する一助となったのである。従って、憲法9条1項は、時間の経過と共に、政策に対する現実的な制約を含むものとなっていった。これが最も明白な形で例証されたのが、湾岸戦争である。当時の日本政府は、クウェートからイラク軍を撤退させる多国籍軍の活動に対し軍事的に関与しなければならない強い必要性を感じていたが、しかし時の内閣法制局長官は、政府が計画した活動は武力の行使にあたり、よって憲法9条に違反すると忠告した。政府が兵站支援にかかわる非戦闘的な貢献のための法案を提出した際、この法案は、やはり憲法9条に違反することになるとの理由で、国会で否決されたのであった²⁵⁾。ワシントンからの尋常ではない圧力と、なにも行動を起こさないことは日本にとって重大な外交上の危機をもたらすという深刻な懸念があったにもかかわらず、憲法9条1項は、この規定に反することになる政府の行動を阻止するのに十分な制度的服従 (institutional compliance) を確保する機動力となったのである²⁶⁾。

II なぜ憲法9条を改正するのか？

憲法9条の確立した意味と機能について簡単に紹介してきたが、それによってわれわれは、ここでようやく憲法9条がなぜ変更されなければならないのかという問題に目を向けることになる。その重要な理由のいくつかは、法的なものである以上に、政治的で戦略的なものである。それはひとえに、世の潮流は憲法9条

の不可避的な変更という方向にあるという兆候によるものである。日本の防衛に対するアメリカのコミットメントについて疑念が増大していることと相まって、北朝鮮と中国に由来する地域での強まる脅威や不安定さに対して市民がますます懸念を抱いており、このすべてが、憲法9条のいかなる改正も認めない伝統的な市民的抵抗を低下させることにつながっている。それと同時に、かつての旧社会党のように、なにがなんでも憲法9条を擁護することに献身する自民党に対抗する主要な政党も存在しないし、自民党の改憲イニシアティブを阻止できるような組織化された制度的抵抗の動きもみあたらない。ついには、自民党が当分の間、憲法改正の発議に必要な国会での3分の2の多数を獲得する可能性が強まってきている。こうした動向のすべては、単に憲法改正を阻止するだけのあらゆる試みが失敗に終わるかもしれないことを示唆している。それ故、憲法9条の変更は現実のものとなりそうであるが、問題は、憲法9条の擁護者が、こうした変更に関わるべき本質をまさに具体化するようななんらかの改正案をもつことになるかどうか、ということである。しかし、上記の理由が、私の主張にとって重要な文脈となり刺激を与えている一方で、本稿において私は、憲法9条の擁護者に対して対案となる憲法改正案を展開し維持することを提案する法的及び憲法上の理由について、主に焦点をあてている。いったい、それはなぜか。要するに、現行憲法9条は、この規定と憲法全体の規範力をますます損なう弱点をもっているからであり、自民党の改憲案は危険なものであるため実現性のある対案が求められるからであり、そして最後に、なんらの改正もしなければ、憲法9条の「解釈変更」が憲法9条1項の中核となる拘束力を致命的なまでに浸食することにつながるからである。

A. 現に存在する憲法9条の弱点

先にも解説したように、憲法9条1項は、個別的自衛以外での武力の行使を禁じる比較的明確な憲法上のルールとして、一貫して有効に機能してきた。しかし、軍隊もしくは「その他の戦力」の保持に対する憲法9条2項の禁止は、明確な憲法上のルールとしては機能しえないような形で、歴史的に解釈されてきた。それはせいぜい、曖昧な基準に過ぎない。この事実には主に、この条項の解釈手法の2つの側面に起因する。第1に、個別的自衛にとって必要なレベルの軍事力を許容するという発想は、認識される国外の国家安全保障上の脅威に左右される伸縮性を生み出す。つまり、防衛に必

要な軍隊のレベルは、他国の能力に比例するというものである。これと結びつくのが、この条項による禁止は、本質的に攻撃用の軍事力や武器システムにしか実際には適用されないという発想である。こうした発想は、攻撃用と防衛用の武器システムもしくは軍事力の間にはなんらかの固有な違いがあるという観念に、今度は左右される²⁷⁾。

軍隊及びその他の戦力の保持の禁止に関するこうした相対的伸縮性のある解釈は、日本がゆっくりとしかし揺るぎなく、大規模な軍事力を成長させることを許してきた。多くの日本人が自衛隊は軍隊ではないと主張し続けているが、自衛隊は、その名称以外はほとんど確実に軍隊である。その上、陸上自衛隊の兵員の数は中国ないしは韓国及び北朝鮮と比較すれば少ないものの、日本の軍事力は、世界でも上位7位か8位の軍事大国に日本を位置づけるほどの軍事予算と共に、アジアの中で最もしっかりと武装され最も高度な軍隊のひとつとなっているのである²⁸⁾。日本は戦力投射能力を有していないため、日本の軍事力は攻撃用ではなく本質的に防衛用であると日本は常々主張してきたが、そのような主張でさえ、名称以外は小型空母である船が進水した後は、空しくきこえてくる²⁹⁾。いずれにせよ、攻撃用と防衛用の軍隊もしくは軍事システムの間には明確な違いがあるという観念そのものが、むしろばかげたものなのである。

こうした状況から生じている2つの大きな問題が存在している。第1の問題とは、憲法9条2項のこの条文は、そもそも司法判断できず執行することはできない基準だという問題である。憲法9条2項は、何十年にもわたり日本の軍事力の展開を制約する機能を果たしてきたことはほとんど疑いえないが、政府の行為に対する明確な指針とはなっていない。政府がこの規定に違反したかどうかをなんとか正確に判断することは、不可能なことである。裁判所は、自衛隊の現在の規模と能力が憲法9条2項に反するという請求の本案をこれまで検討する機会があったとしたら、この請求を意味ある形で審査することはできなかったであろう。というのも、どうすれば裁判所は、自衛隊の規模や能力が、現在の脅威のレベルとの関係で個別的自衛に必要な範囲を踏みこえているかどうかを判断することができるだろうか？これは司法にとっては合理的な任務ではないし、そのためこの規定の解釈は、憲法9条2項を執行できず相対的に意味のないものにしてしまう。このことは、明示的に政府の行為を制約することをねらいとする憲法規定にとっては危険なことなの

である。

同様に、憲法9条前段の明示的な文言及びその背景にある明白な意図と、自衛隊が圧倒的な戦闘能力をもった非常に高度化され強力な軍隊であるという現実の間に存在する巨大でますます広がっている亀裂は、さらなる重大な問題を提起している。憲法9条をめぐる最も激しい論争の多くを駆り立て、また政府がこの規定に違反しているという主張をおおることにつながっているのが、まさにこの矛盾なのである³⁰⁾。明白に規定された規範と規律されるはずの現実との間に存在する明白な亀裂は、憲法規定にとっては非常に危険なものである。政府機関の存在や権限そのものが、基本的な憲法規範の無意味さや無能さを表すものである場合には、憲法全体の規範力が損なわれることになる重大な危険が存在しているのである。憲法9条2項がかくも容易に軽視され、政府の行為に対してほとんどコントロールを及ぼさないとすれば、他の憲法規定が尊重されまたは執行されるであろうという確信を、われわれはどのようにしてもったらいのであろう？ 私が思うに、実のところ憲法9条2項のこうした機能不全は、多くの点で憲法9条1項の力と有効性を損ない蝕む方向にすでに働いている。もちろん、憲法9条の擁護者の多くは、自衛隊の存在と能力は憲法9条2項違反にあたるということで心から一致するであろうが、その解決策とは自衛隊の解体、あるいは少なくともその規模と能力を十分に縮小することであるとも主張するであろう。しかし、こうした主張は、単純に維持できない主張である。現在の地政学的並びに戦略的文脈からすれば、そのような提案に執着することは、単純に夢想的なことである。後述するように、これに対する解決策とは、憲法9条1項が課したより重要な制約を維持するため、日本国憲法を現実に一致させるよう憲法9条2項を改正することに見いだされなければならない。

最後に、憲法9条の第3の要素を構成する憲法9条2項後段について述べなければならない。交戦権が認められないことを定めたこの条項は、概して無視されしばしば誤解を受けてきた。先述したように、この条項がなにを意味するかについて、日本の憲法の論考の中には2つの異なる学説が存在する³¹⁾。私は、別の機会により詳細に、憲法9条の制定過程と国際法上の交戦権がもつはっきりとした意味からすれば、これらの学説の片方だけが正解であることが非常に明瞭となると論じてきた。つまり、日本の国内法上の問題としては、国際人道法 (*jus in bello* または武力紛争法として

も知られる) の下で日本の自衛隊員に及ぶことになる交戦者の権利は、承認されることもあるいは執行されることもないであろう、ということである³²⁾。国際人道法上の交戦者の権利及び特権には、殺傷力を用い正当な軍事目標を破壊する国際的武力紛争における合法的な戦闘員の権能や、そのような行為につき権限のある他の統治機関から訴追されあるいは責任を問われない免責特権が含まれる³³⁾。

憲法9条2項後段は、それが改正されるべき根拠となる2つの問題を提起する。第1に、繰り返しとなるがこの条項には、それがなにを意味するのかについていくばくかの曖昧さや不明確さが存在しており、それが混乱を招く原因となっているということである。このことは、その意味をめぐり対立しまつた異なる2つの学説が存在することからも明らかである。少なくとも憲法9条におけるその他の側面が改正されるならば、以上の事実は、まず憲法9条2項後段を改正すべき十分な理由となる。曖昧さや意味内容をめぐる議論が存在する憲法上の規定は、混乱を招く原因となるし問題を含むものである。しかしこの場合、この条項をめぐって生じうる2つの意味は、たとえどちらか一方が正解だときっぱりと決断できたとしても、改正を強く求めるものとなる。

一方、これまでも論じてきたが、憲法9条2項後段が武力紛争に参加する自衛隊員に対して交戦者の権利及び特権を与えていないとすれば、このことは、深刻なまでに問題のあるインプリケーションをもたらす。憲法9条1項が日本に対し、個別的自衛のための武力の行使を許容し、それにより武力紛争に参加することを許容していることを受け入れるのであれば、そのような武力紛争は、国際人道法によって規律されるということも受け入れなければならない。日本の国内法が武力紛争に参加する軍隊のメンバーに対し、国際人道法で認められる権利及び特権を承認することを拒否することになるということは、つじつまの合わないことのようなものである。誤解のないようにいえば、もちろん自衛隊員は、国際法上の問題として、国際人道法上の責任、義務、権利及び特権をすべて有しているし、憲法9条は、国際法上の彼らの地位もしくは待遇についていかなる影響も与えることはできない。しかし、武力紛争という状況下で、殺傷作戦に参加する自衛隊の戦闘員がおかれる状況について考えてみよう。この自衛隊員は、そのような活動を遂行することを国際人道法によって授けられるであろうし、それらの殺傷行為に付随し一般市民に死者が出たことを理由として訴追さ

れることを国際法によって免除されるであろう。しかし、憲法9条2項は、次のような予測を引き起こす。つまり、そのような自衛隊員は、日本の裁判所において訴追されまたは不法行為による死亡を理由とした民事訴訟の被告になる場合には、憲法9条2項がそのような権利は日本の国内法の問題として承認されないと定めていることを理由に、抗弁を否定されるかもしれないということなのである³⁴⁾。これは、不条理な帰結に思われるし、憲法9条1項の確立された解釈とも一致しないように思われる。だからこそ、この条項は改正されなければならない。

他方、憲法9条2項後段に起因するもうひとつの意味は、「交戦国として (belligerent)」という言葉は「侵略的な (aggressive)」という言葉と同じ意味をもつものとして扱っており、それによりこの条項は単に、日本が侵略的な武力の行使に参加する権利を否定した憲法9条1項による禁止を別な表現で再び述べたに過ぎないものとされている。私は、別の機会に、なぜこうした理解が正しいものになりえないのかということの詳細に論じた³⁵⁾。これは、国際法上の「交戦国として」という言葉の意味ではないし、ともかく憲法9条1項は、「侵略的な」武力の行使のみを禁じているわけでもない。しかし、そのような議論や憲法9条の起草過程を一旦おくとすれば、このような解釈は、憲法9条2項後段が完全に余分なものであるということを示唆している。憲法上の規定は単に余分なものとして解釈されるべきではないということは、憲法解釈の決まりきった原則である。しかし、この条項がいずれにしても有益な機能を果たさず、完全に余分なものであるのに混乱の原因となっていることが真実であるとすれば、それだけを理由に、この条項は削除されるべきである。

B. 現在の改憲案の脅威

周知のように、日本国憲法が公布されて以降、憲法9条改正を煽動する声がほとんど止むことはなかった。しかし、より最近になると、ちょうどこの10年の間に公表されたいくつかの改憲案が存在している。これらの内で最も包括的で深刻なものは、2005年に公表された自民党の改憲案³⁶⁾ (以下、2005年自民党改憲案) であり、またその後2012年4月に公表されたこの改憲案の改訂版³⁷⁾ (以下、2012年自民党改憲案) である。2016年の初頭、政治の場では憲法改正に関する議論が高まりをみせていく中で、自民党は、この2012年自民党改憲案をベースにして議論を続けることはないだろ

うということは何度かほのめかした³⁸⁾。けれども、そのような発言がどれほど本音を語っているのかは完全に不明であるし、あるいは自民党の意図がどこにあるのかも完全に不明である。今のところ、2012年自民党改憲案は、公表されている唯一の完全な改憲案であり、そしてこれに反対する側が取り組まなければならない改憲案なのである。

一言でいえば、2012年自民党改憲案は、憲法9条1項は日本が自衛権を保有する (個別的自衛権なのか集団的自衛権なのか、あるいはその両方であるのかを明示することなく) ことを明確にするために改定され、武力の行使を禁じる文言はかなり緩和されることを内容としている。憲法9条2項は、改憲案9条の2へと丸ごと取り替えられ、とりわけ国の平和と独立を守るために「国防軍」を保持し、国際社会の平和と安全を確保するための「国際協調活動」³⁹⁾に従事する権限を明示する書き出しとなる⁴⁰⁾。その上、完全に新設される改憲案9条の3は、国は、国民と協力して、領土、領海及び領空を保全し、その資源を確保しなければならないと定めている⁴¹⁾。

2012年自民党改憲案9条の2は、国防軍を首相のコントロールの下におき、国会承認を必要とするいくつかの活動を明示することで、より強い文民統制を確立する新たな規定を導入しているが、これらの改定がもたらす総合的な効果は、現在の憲法9条が武力の行使に対して及ぼしている制約をかなり損なうものとなるであろう。憲法9条1項自体の改定が、課される明示的な制約を弱めるだけでなく、提案された改憲案9条の2への変更、そして新設される改憲案9条の3も、憲法9条1項についての現在の理解に対し必然的に変更を求める形で機能することになるであろう⁴²⁾。おまけに、これらの変更は、注意深い分析がなければ憲法9条1項の意味や機能に対してどれほどの変化をもたらすかが直ちには明らかとならないので、油断ならない巧妙さをもっている⁴³⁾。そのため、もう少し詳しくこれらの改憲案を精査し、またこれらの変更が憲法9条1項に対してどのような影響を及ぼすかを理解するために、新設される改憲案9条の2と改憲案9条の3からみていくことにしよう。

認めるべきところは認めるとすれば、現行の憲法9条2項を削除することは、許容しうることだし、また先にも詳述しこの後再び立ち返るように、私見では必要なことでもある。従って、憲法9条の擁護者は、憲法9条2項の削除について異議を唱えるべきではない。つまり、このことは、危険を伴うことでもなけれ

ば争われるべきことでもないのである。2012年自民党改憲案は、憲法9条2項を新たな2つのパラグラフへと丸ごと取り替えており、そのひとつは5つの項から構成されている⁴⁴⁾。先述したように、2012年自民党改憲案9条の2第1項は、国の平和と独立並びに国及び国民の安全を確保するために、首相の最高指揮権の下で国防軍の保持を明示的に授権している。改憲案9条の2第2項は、国防軍の活動は法律に従いまた国会の承認を伴うと定めている⁴⁵⁾。繰り返しとなるが認めるべきところは認めるとすれば、このことは、軍隊に対するより明確な文民統制を創設し、すべての軍隊の活動について国会の承認をしっかりと義務づける見上げた試みである。もっとも、これはまず間違いなく、十分なものとはいえないけれども。

有害な影響が出てくるのは、この新たな規定のそれ以外の部分からである。改憲案9条の2第3項は、改憲案9条の2第1項に従い任務を遂行する国防軍の活動において、国防軍は国民の生命と自由を守るための活動を行うことができるだけでなく、国際社会の平和と安全を確保するために公の秩序と「国際協調活動」を維持することができる⁴⁶⁾と定めている。後で説明するように、この新たな規定は、改憲案9条1項の文脈から検討した場合、非常に重大な意味をもつ。

改憲案9条の2第4項は、国防軍の組織、統制及び機密の保持に関する事項と並んで、前2項で定められた国防軍の活動は、すべて法律で定められなければならないことを規定する。改憲案9条の2第5項は、職務の実施に伴う罪または国防軍の機密に関する罪につき国防軍に属する軍人その他の公務員を訴追するための軍事審判所の設置について定めるが、司法裁判所への上訴権も保障されている⁴⁷⁾。完全に新しいこの軍事審判所の権限については、よりさらなる説明と透明性が求められる。一般の公務員が国家安全保障の問題とは無関係な犯罪によって軍事審判所で訴追されうるという考え方は、まったく不吉なものである。

最後に、新設される改憲案9条の3では、国は、主権と独立を守るために、国民と協力して、領土、領海及び領空を保全し、その資源を確保する責務を負う⁴⁸⁾。後で検討するように、改憲案9条の2第3項同様この規定も、改憲案9条1項との関連からみた場合、特定の重大な意味をもつことになる。

次に改憲案9条1項に立ち返ると、この条項に対する変更は、人を欺くかのように、抜本的ではないようであるし、ほとんどとるに足らないものようである。しかし、改憲案9条の2第2項と第3項の文脈から解

釈すると、ここでの変更は、深刻で実に巧妙なものであることが分かる。改定されたこのパラグラフは、2つの項に分かれている。これらの順番を逆にしてみると、完全に新しい9条2項は、9条1項による制約は自衛権の発動を妨げないと定めている⁴⁹⁾。憲法9条の範囲を明示するこのような動きは、正しい方向への第一歩ではあるが、しかし不十分なものである。つまり、この規定は、許容される自衛権が個別的自衛なのか集団的自衛なのか、あるいはその両方であるのかを定めてはいないし、そのため解釈をめぐる論争を解決するよりはむしろ、憲法9条の下で許容される活動の範囲をめぐる衝突を激化させることになりそうである。

改憲案9条1項は、現行の憲法9条1項をほとんど変更していないようにみえる。その文言は、事実上同一のままである。だが、実際になされたごくわずかの改定は、破壊力を秘めたトロイの木馬のように、この制約がもつ拘束力をほどこ基盤を含んでいる。憲法9条1項が、「日本国民は、…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」と定めていることを想起されたい。これに対し、改憲案9条1項は、「日本国民は、…国権の発動としての戦争を放棄し、武力による威嚇及び武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては用いない」と定めている。強調するために、編集した改訂版と共にもう一度みておきたい。「日本国民は、…国権の発動としての戦争を永久に放棄し、武力による威嚇又は及び武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては用いない」⁵⁰⁾。

換言すれば、国連憲章2条4項から引き出した「武力による威嚇又は武力の行使」という箇所は、もはや「放棄」の対象ではないし、あるいは国権の発動として行われるものともみなされていない。「戦争」のみが国権の発動として行われるものとされ放棄されているに過ぎず、放棄の永続的な性質さえも削除されている。戦争は、国際法上の法的な文言としてはもはや用いられなくなっている。国際法は、武力の行使を禁止し武力紛争を規律しているに過ぎない。つまり、国際法上、戦争を行う「主権的権利」は確実に存在しないのである。従って、この放棄の対象を「戦争」に限定することは、むしろ無意味なこととなる。しかし、武力の行使に目を向けるならば、国際法上武力を行使する唯一の主権的権利とは、個別的自衛と集団的自衛、そして国連安保理が授権した集団安全保障活動を目的とするものである。しかし、憲法9条の中でも決定的

な意味をもつ「武力による威嚇又は武力の行使」は、ここでは放棄の対象と主権的権利の観念からは分断されることとなり、また「用いない」という弱々しく受動的な言葉によって制約されるに過ぎないこととなるであろう。しかも、義務的な命令規定である「用いることはできない (shall not)」あるいは「用いてはならない (must not)」ではなく、単に「用いない (will not)」のである。つまり、戦争という現存しない主権的権利は放棄されたけれども、武力の行使については、弱い意志の表明しか条件がおかれていないのである。とりわけ、憲法9条で用いられる動詞の性質をめぐってなされた1946年の起草過程における議論からみれば、この改定された規定は、単に抱負的なものとしてまたは勧告的なものとして解釈されることになりそうであるし、確実に武力の行使に対して拘束力ある法的な禁止を創設するものとして解釈されることはなさそうである。

国際法上、「武力による威嚇又は武力の行使」は、武力を行使するという威嚇と現実の武力の行使を、個別的にであれ総合的にであれ禁止するものとして解釈される条項の一部である。その「武力による威嚇又は武力の行使」という条項の「又は」を「及び」に変更したことさえ、この条項の法的効力を弱めようとする試みのように思われる。この変更は、その国際法上の起源から巧妙に距離をとり、正確にはどのような行為がこの制約の対象となるのかを曖昧にすることによって、そうした試みを行っている。例えば、現在、武力を行使するという威嚇は、現実の武力の行使を伴う場合に限って禁止されるに過ぎないのだろうか？あるいは、武力を行使するという威嚇は、同様にここでの弱い「用いない」の対象となるのであろうか？この点は不明である。

その上、改憲案9条1項の機能は、その意味を改憲案9条全体の文脈からひとたび検討するならば、さらなる阻害的な役割を果たすことになるであろう。改憲案9条2項が恐らく個別的自衛権と共に集団的自衛権に途を開いているだけでなく、改憲案9条の3は、国に対して、国の領域と天然資源を守る積極的な義務を創設している。もし他国が日本の領海から資源を採取しているということになれば、どうなるであろう？これは、国際法上の自衛における武力行使（武力行使は現実のもしくは差し迫った武力攻撃に対して許容されるに過ぎない）を正当化するのに十分な根拠とはならないが、しかし、章のタイトルが安全保障に改名されたこの改憲案9条の下では、必要とあれば国は武力

を行使する権限をもつという含意を伴いながら、国の資源を守る政府の明白な憲法上の義務に該当するのである。

同様に、改憲案9条の2第3項は、国際の平和と安全を確保するために「国際協調活動」を維持することができる⁵¹⁾。ともすれば、このことは、改憲案9条1項が許容する武力の行使の範囲を超える、国連が授権した集団安全保障活動に参加する権限と同じものように思われるかもしれない。しかし、現実問題として、「国際協調活動」という条項は、国際法上ではなんの意味ももたない用語なのである。国連憲章における武力行使禁止原則の2つの確立した例外を表す用語である「集団的自衛」や「国連安保理が授権した集団安全保障活動」とは反対に、「国際協調活動」という用語は、国際法に根拠をもつ言葉ではない。従って、この曖昧な条項は、複数の国家が参加するあらゆる軍事活動に対し、そのような活動が国連の支持によるものであれその他のものであれ、また合法的なものであれそうではないものであれ、国防軍が参加することを授権するものになりそうである。

要するに、2012年自民党改憲案9条には、自衛隊に正当性を与え自衛隊に対しある種の文民統制を課すことで、一見すると憲法9条の制約の範囲を明確化する方向へと積極的な一歩を踏み出すいくつかの規定が含まれている。実際に、その意図は恐らく、武力の行使に対する制約を本質的に維持しながらそのような変更を行うことだと主張されることになるであろう。だが、そのような主張は信じがたいものである。緻密に検証していくと、憲法9条1項に対する巧妙なしかし悪質な変更がもたらす機能は、改憲案9条の新たなパラグラフと結びついて、解釈をめぐる争いをさらに高め、武力の行使に対する現在の制約を効果的に形骸化させることにつながることは、明白である。

主要な問題点とは、憲法9条に対するこの改憲案やその他の改憲案は、軍事力を行使する政府の権能に対して課されたこの規定の制約を完全に無意味なものとし、日本国憲法の3つの柱のひとつと考えられている平和主義からの逸脱を示すものとなるであろう、ということである。しかし、これらは具体的な提案であり、憲法改正の可能性がより現実味を帯びるにつれて、これらは実体的な議論の対象へとますますなっていくであろう。憲法9条の支持者は、この議論を単にはぐらかし続けることはできないし、これらの改憲案の詳細に関する議論を拒否し続けることもできない。彼らは、改憲論者に戦いの場を明け渡し続けることはでき

ないし、憲法9条の根底にある原則に忠実ななんらかの対案の提出を拒否し続けることもできない。彼らは、次のような基本的な問題に取り組まなければならない。すなわち、どうすれば、まさしく現実の安全保障と外交上の懸念に対処するだけでなく、憲法9条の精神に忠実であり続けながら、改正を求める憲法上の命令にも対応する形で、憲法9条を改正することができるのか? ということである。

C. 憲法9条の「解釈変更」がもたらす脅威

危険な自民党の改憲案は、憲法9条に対する唯一の脅威ではない。自民党が憲法9条を改正するための支持を取りつけられるかどうかは依然としてはっきりしないままであるし、また、こうした試みが妨げられることになればすべてがうまくいくと考える人もいるかもしれない。このような考えは見当違いである。憲法9条は、改憲の試みとは無関係に脅威にさらされている。この規定の中核的な意味は、憲法9条の「解釈変更」を行った近年の安倍政権の試みによっても徐々に蝕まれている。解釈変更の試みの過程と実体がいかに違憲なものであり、これを実施する安全保障法制の改定がなぜ憲法9条に違反するのかについては、これまでもかなり論じられてきた⁵²⁾。本稿では、解釈変更の試みをもつ性質とそれが違法で違憲なものとなるすべての事項について詳細に検討する余裕はない。しかし、完全にありえそうもないとはいえ裁判所が改定された安保法制を取り消さない限り、あるいは憲法9条が正式に改正されない限り、この解釈変更が、徐々に憲法9条に関する正式で受容され確立された新たな意味を表すものになっていくということを理解しておくことは、重要なことである⁵³⁾。それ故、この解釈変更が、受容され確立された憲法9条の意味といかに根本的に一致しないものであるのかを理解することは、憲法9条についてのなんらかの改正がその伝統的な中核となる意味を維持するためには必要なことだということを受け入れるための重要な一歩となるべきである。

いわゆる解釈変更が、2014年7月1日の閣議決定という形式で発表されたということを振り返っておきたい⁵⁴⁾。この閣議決定は、憲法9条の一定の側面に関する意味を一方的に変更するものである。この閣議決定は、具体的な表現で、法律が改定され憲法9条の意味が変更されなければならない3つの特定の政策カテゴリに対処することを主張する。これらの変更のすべてが、憲法9条2項にではなく憲法9条1項に関連するものであるということ、最初に留意しておかなければ

ならない。第1のカテゴリは、「武力攻撃に至らない侵害」に対処する自衛隊の使用に関連するものである。そのような自衛隊の使用は、「純然たる平時でも有事でもない事態」(「有事 (contingencies)」) という言葉は「敵対行為 (hostilities)」を明らかに意味している)において認められなければならない。このことは、武力攻撃を伴わない状況における武力の行使を許容し、「離島の周辺」地域等や警察が有効に対処しえない状況で発生した「侵害」への対応を含むことになるであろう⁵⁵⁾。

新たな法律が必要とされる第2の政策カテゴリとは、「国際社会の平和と安定」に対する日本の貢献を強めることである⁵⁶⁾。この政策を発展させることは、敵対行為に参加する外国軍隊への兵站支援や後方地域支援の範囲と性質の拡大を許容することになる。かつて日本は、交戦国の軍隊に対する広範な兵站支援と輸送支援はそうした外国軍隊による武力の行使と「一体化」するものと考えられるため、憲法9条によって禁じられるという見解の下で、そのような支援に対しては厳重な制約を課してきた。実際に、かの有名な2008年の判決の中で、名古屋高等裁判所は、次のような判断を行った(もっとも、膨大な傍論で、最終的に控訴人の請求は原告適格の欠如を理由に退けられた判断ではあったが)。すなわち、2005年から始まったイラクの戦時占領の間に行われた有志連合軍に対する日本の支援は、有志連合軍による武力の行使と一体化した活動にあたり、そのため憲法9条に違反する⁵⁷⁾。この閣議決定は、これらの制約に関する解釈、とりわけ武力紛争の交戦国による武力の行使との一体化という概念を改定するねらいをもっていた。解釈変更によれば、改定された新たな理解の下で他国軍隊に対する日本の支援は、現に戦闘行為が行われている現場で実際に活動する外国軍隊に対して直接的に行われている場合に限り、外国軍隊による武力の行使と一体化する構成要素となるであろう⁵⁸⁾。

閣議決定の第3のカテゴリである「憲法第9条の下で許容される自衛の措置」は、最も議論の多いものである。「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」ことに言及しつつ、この閣議決定は、集団的自衛権の行使における武力の行使を許容するよう憲法9条の範囲を拡大するものとなっている⁵⁹⁾。もちろん、このことは、長期にわたり確立されてきた憲法9条の解釈の下ではまさに禁じられると理解されてきた形態の武力の行使を許容可能なものとする。この閣議決定は、日本国憲法前文と13条

に言及することによって、憲法上の文言を用いてこうした動きを正当化しようとしている。憲法前文は「平和のうちに生存する権利」に言及し、憲法13条は「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、公共の福祉に反しない限り、立法その他の国政の上で、最大の尊重を必要とする」⁶⁰⁾と規定する。そのため、閣議決定によれば、「憲法第9条が、我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措置を採ることを禁じているとは到底解されない」⁶¹⁾。閣議決定が提唱するのは次のようなことである。つまり、ここでなされる唯一の変更とは、なんらかの事態において、日本の平和と安全を維持し、その存立を全うし、そして国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底を守るためには集団的自衛権が必要となる、ということなのである⁶²⁾。

しかしながら、この論理に従って、日本政府は、国際法上の集団的自衛権の概念に関する理解とは範囲も外延もまったく異なる集団的自衛権の概念を展開した。閣議決定は、以前からの明白な制約に対して一定の条件を加えることにより集団的自衛権の概念を限定し、それにより解釈変更された憲法9条の実体に合わせるために独特な (*sui-generis*) 集団的自衛権の概念を創設したのである。実際に、閣議決定は、「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」⁶³⁾と明白に述べている。従って、独特な集団的自衛権の行使における武力の行使は、「我が国と密接な関係にある他国」に対する武力攻撃が存在する状況において、そのような攻撃により「我が国の存立が脅かされ、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明白な危険がある場合において、これを排除し、我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」⁶⁴⁾限定して、許容可能なものとなる。閣議決定はまた、この攻撃に対してとられる武力の行使は、日本の防衛にとって必要最小限のものでなければならないとも特に言及している。最後に、閣議決定は、これらを実施可能とする立法には、「原則として」国会がそのようなあらゆる武力の行使に対して承認を求められるべきであるとの条件が含まれることになることと明確に述べている⁶⁵⁾。これらの制約は、後に政府によって、集団的自衛のための武力の行使に先立つ明確で個別な3つの要件からなるものとして明確にされた。すなわち、(i) 日本と密接な関係にある国に対する武力攻撃が存在し、その攻撃が日本の存立と国民の生命、自由、及び幸福追求に対する権利への脅威をもたらし、(ii) 国と国民を脅威から守るた

めに他に利用可能な手段がなく、そして (iii) そこでとられる武力の行使は、そのような防衛にとって必要最小限のもので、もたらされる脅威と釣り合ったものでなければならない、という要件である⁶⁶⁾。

このように日本もしくは国民がある外国への武力攻撃によって脅かされる事態に武力の行使を限定したのは、政府当局者によれば、国際法上の集団的自衛権よりもさらに狭いあるいはより限定された概念を設定しようとするためであった。もちろん、国際法上の集団的自衛権は、この正当化事由の下で武力を行使する国家への侵害の有無にかかわらず、または武力攻撃を受けた国家とこの権利を行使する国家の関係性にかかわらず、第三国を攻撃した侵略国に対する武力の行使を認めるものである⁶⁷⁾。しかし、集団的自衛に関して政府が設定した新たな概念が実際にどのように機能するのは、どうみても不明であるし、また実際に、この文言自体の実際の意図は解釈に委ねられている。

安倍首相や他の閣僚が行った発言はもちろんこの閣議決定自体も、ここでの解釈変更は、長きにわたり確立され受容されてきた憲法9条の意味に対する重大な変更にあたることを率直に認めている。これらの意図された変更自体、決して国会での票決によって認められたのではなく、安全保障法制の変更を通じて単に実行されたに過ぎない。周知のように、2015年9月に政府は、完全に新たな1つの法律とその他既存の安全保障法制に対する重大な改定を内容とする2つの法案を可決したが、これらすべては、日本の安全保障に対する姿勢と自衛隊の活動の権能を大きく変更するものであった⁶⁸⁾。政府は、これらの安政法制上の変更は、いわゆる解釈変更によってしか実現しないということをあからさまに認めていた。いいかえれば、このことは、解釈変更とそれに基づく安政法制の改定は確立した憲法9条の意味とは矛盾する、つまり、安政法制は、解釈変更と受容されてきた憲法9条の意味が一致しない限り違憲となるであろう、と自認しているということなのである。実際に、安政法制に対する変更を実現することが、まさしく解釈変更の目的であった。また現に、日本の多くの憲法研究者は、新たな安政法制は、確立され受容されてきた憲法9条解釈とは現実に矛盾し、そのため違憲であるとの見解をもっていると報じられている⁶⁹⁾。

これらの変更をより詳細に分析していくと、この理由が明らかとなる。しかしながら、これらを分析するためには、この閣議決定やそれについての政府メンバーによる発言だけではなく、解釈変更過程を通じて内

閣に対し助言を行うために設置された憲法上に根拠をもたない特別の機関による報告書についても検討しなければならない。ここで、2007年に安倍首相が、「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」（「柳井委員会」としても知られる「安保法制懇」）を初めて設置したことを想起されたい⁷⁰⁾。この委員会は、2012年に安倍首相が政権の座に返り咲いた際に再び招集された。そして2008年⁷¹⁾と2014年⁷²⁾に、2つの異なる報告書を提出している。「解釈変更」後の現在、これらの安保法制懇報告書が、司法の場あるいはその他による憲法9条の解釈においてどのような役割を果たすことになるのかは、まったく明らかではない。これらの安保法制懇報告書が解釈変更の一環として検討されるかどうかによっては、その有効性をめぐる2つの異なる問題点が出てくる。つまり、一方では、安保法制懇報告書が、解釈変更の一部を構成するものとして、あるいはどのように解釈変更を理解するかの指針になるものとしてみるならば、解釈変更は、憲法9条1項における戦争の放棄を無意味なものにしてしまうとされることであろう。これは、憲法解釈に関する根本的な規範を損なうものである⁷³⁾。他方で、まさに閣議決定だけを考察対象とするならば、憲法9条についての新たな解釈を司法判断できないとしてしまうだけの十分な曖昧さと不確実さが存在することになる。私はこの後、これらの問題について順番に探究する。

2014年安保法制懇報告書からみていくと、この報告書の冒頭では、確立された憲法9条解釈がどのようにして、個別的自衛権の行使を超えるあらゆる武力の行使を一貫して否定し禁止してきたかが説明されている。ここからこの報告書は、集団的自衛権の行使を容認するだけでなく国連安保理が授權した集団安全保障活動も容認する解釈変更を、続けてはっきりと提言している。実際に、この報告書は、国際法によって容認されるあらゆる武力の行使を認める解釈を提唱していた。この報告書は、個別的自衛権の行使も集団的自衛権の行使も「国際紛争を解決するための武力の行使」にはあたらないことから、憲法9条1項の「国際紛争を解決する手段としては」という条項は武力の行使に対する禁止の範囲を限定し制限しているとの誤った主張を根拠として、そのような提言を行っているのである。おまけにこの報告書は、単純に「我が国が当事国である」との文言がこの条項に読みこまれるべきであると提案することによって、さらにそのような提言を続けている。そうした提言が続けるように自衛のためあるいは国連集団安全保障活動のためのあらゆる武

力の行使自体も許容されることになるであろう。なぜならば、それは「我が国が当事国である国際紛争の解決」⁷⁴⁾のための武力の行使には該当しないということになるからである。

こうした主張の背景にある考え方は新しいものではなく、現に安保法制懇は、この争点に関する国会での大村清一元防衛庁長官の答弁を引用している⁷⁵⁾。こうした主張は、そのような解釈は1928年不戦条約の文言とその受容されてきた意味を反映したものであるとして憲法9条の意味を拡張しようとする保守的な支持層によって、しばしば行われてきた。けれども、これはまったくの誤った主張である。つまり、不戦条約の文言は実際にはまったく異なっているし、それだけではなく、この関連する条項は、いずれにしても日本の保守層が求めてきた意味をもつものとしては受け入れられてこなかったということなのである⁷⁶⁾。その上、国際法上の*jus ad bellum*の体制が、「国際紛争の解決」のための武力の行使なのかそれともその他の目的での武力の行使なのかを基準として、武力の行使を概念的に区別しているという発想には、単純にいかなる根拠も存在しない。国際法上の*jus ad bellum*の体制は、どうにかして自衛権行使を国際紛争と異なるものにしようとはしていないし、この問題については、ある国が自衛権を行使している場合には「紛争の当事国」ではないと承認してはいないのである⁷⁷⁾。こうした主張が実際に行おうとしていることは、この文言自体を巧妙に避けながら、「国際紛争を解決する」という条項を「侵略行為に従事する」ことを意味するものとして再解釈することである。このことは、憲法9条は侵略戦争を禁じたに過ぎないものとして解釈されるべきだとする、日本の保守層内でなされてきた旧来の復古的な主張に立ち返る。こうした主張は、1954年の公式的な憲法解釈によって否定されたものであり現在に至るまで一貫して否定されてきたものであるが、このことから私は、次にこの問題に目を向けることにする⁷⁸⁾。

しかしながら、安保法制懇報告書による主張の根拠に対するこれらの詳細な反論のすべてを一旦おくとしても、より基本的な憲法解釈上の問題点が、こうした主張がもつさらに広範なインプリケーションによってもたらされる。安保法制懇報告書が主張するように、現在、憲法9条が国際法上の*jus ad bellum*の体制の下で容認されるすべての武力の行使を認めるものとして理解され、あるいはいいかえれば、憲法9条が「侵略戦争」しか禁じていないのだとするならば、まさしく憲法9条1項はなにも放棄していないということに

なる。この規定が「日本国民は、…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」と述べていることを想起されたい。この規定は、国際法上の主権的権利にあたる一定の武力の行使を禁止している。この条項の英文が、放棄される主権的権利を「戦争」だけとし、そこから「武力による威嚇又は武力の行使」を外していると解釈されうことは事実であるが、この条項の日本語版は、放棄される主権的権利が戦争と武力による威嚇または武力の行使の両方であるということ、よりさらに明らかにしている⁷⁹⁾。しかし、憲法9条は、国際法ですでに禁止されたことのみを禁じるものとして解釈されるとするならば、なにも放棄していないことになるし、こうした解釈は、少なくとも憲法9条の条文の一部を無意味なものにしてしまう。これは、憲法解釈に関する根本的な原則を損なうものである。憲法9条が意味するところは、一定の主権的権利の行使を放棄し禁止する明確なルールであるということから、なにも放棄せず曖昧な表現で日本が*jus ad bellum*の体制を遵守することを単に確認した規定に過ぎないということにまで及ぶ。これは、憲法9条のもともとの目的、先例、そして60年以上にわたるこの規定についての一貫した理解と機能とは、完全かつ絶対的に相容れないのである。

そのような問題をかかえているのが、まさしく安保法制懇報告書である。他方、閣議決定のみを、解釈変更の実体を明確に表現したものとして捉えるのであれば、異なる問題が生じてくる。先にも論じたように、閣議決定は、国際法上許容されるあらゆる武力の行使がこれ以後、憲法9条1項の下で合憲となると示唆するところまでは至っていないし、現に、独特な集団的自衛権の概念を創設すらしている。しかしそこに、この問題の一部が存在する。つまり、このような集団的自衛権の概念は、もし憲法上の異議申し立ての根拠とされるようなことがあるとすれば、漠然としていて、曖昧であり、そして司法判断可能なものとはならない、ということである。国連憲章51条の集団的自衛権は、国連加盟国に対して、この権利を行使していることを国連安保理に通知した上で、その他のあらゆる加盟国に対する武力攻撃に対処するために侵略国に対して武力を行使することを認めている⁸⁰⁾。先に説明したように、この閣議決定は、日本が密接な関係をもつ国家に加えられた武力攻撃で、かつ、その武力攻撃が日本の存立もしくは国民の生命、自由及び幸福追求の権利に対する脅威とみなされる場合に、それに対抗する集団

的自衛での武力の行使を限定しようとするものであった。これらの追加された要件は、国際法上で認められるものよりも、武力行使の条件が高くあるいは集団的自衛権が狭められるという印象を与えるので、連立与党のパートナーである公明党を懐柔する譲歩策として定められた⁸¹⁾。しかし、この後解説するように、現実にはこれらの要件や基準は、解釈しまたは執行するには不明確かつ困難なもので国際法上の集団的自衛の概念とも一致しないものとなり、またこの問題についての政府による見解の表明は、さらに問題を悪化させるものであった。

新たな集団的自衛権の運用と範囲について議論する中で、安倍首相と中谷防衛大臣は、イランがホルムズ海峡に機雷を敷設した場合、日本が機雷掃海活動を行う可能性についてコメントした⁸²⁾。彼らが示唆したように、そのような活動にとっての法的根拠が、(国際海峡から機雷を掃海することを授權するかもしれないその他の国際法上の諸原則よりもむしろ)⁸³⁾この限定された集団的自衛権となるのならば、これらのコメントは、新たな基準の意味についてより一層重大な不明確さがあることを明らかにするものである。彼らは、あたかも、日本と密接な関係(この関係がどのようにして決定されるのかはともかく)をもつ国に対する武力攻撃と、日本の存立や国民の生命、自由及び幸福追求の権利に対する脅威のそれぞれが、集団的自衛権の行使に道を開く別個の引き金となるかのように、これらは分離されうると示唆している。なぜならば、この問題に関する安倍首相のコメントでは、イランによるホルムズ海峡への機雷施設がどうすればまさしく武力攻撃に該当するのかについての言及がなく、その代わり、そのような海上封鎖がどのようにして日本国民の生活に対する脅威、すなわち、閣議決定にいう「国民の生命、自由及び幸福追求の権利」に対する脅威に該当するのかに焦点を合わせているからである。このことは、集団的自衛権の行使と他国に対する武力攻撃を分離させているだけではなく、集団的自衛権の行使と日本の存立に対する脅威さえをも分離させているのであり、そして日本国民の生活に対する脅威のみをその要件とするかもしれない。それがどのように判断され、どのように画定されるのかはともかくとして、である⁸⁴⁾。

最後に、政府当局者は、仮にこれら要件にまつわる曖昧さが十分に納得できるものではないとしても、武力の行使にとっての要件は、必ず開示されあるいは開示されることになるというわけではないと実際あから

さまに述べていた。これは、武力の行使に関する追加された秘密の基準が存在するというを完全に明らかに示唆するものである⁸⁵⁾。もちろん、法の運用によって秘密の条件が存在するというは、法の支配という基本的な観念に反している。しかし、このことを一旦おくとしても、この基準にまつわるこうした曖昧さや不確かさは、恐らくそれ自体を司法判断できないものにしてしまう。万が一、こうした解釈変更のこの部分を実施する安保法制、あるいはこれにより授権されたある特定の作戦展開について、憲法9条に反するとの異議申し立てが裁判所においてなされたとしたら、裁判所は、この曖昧な新たな理解に照らして、どのように憲法9条を解釈することができるのだろうか?⁸⁶⁾ 解釈変更は、相対的にみれば執行可能な明確なルールである憲法9条を、司法判断できないものとし、それにより執行できないものにしてしまう可能性を有しているのである。

閣議決定により明確にされた解釈変更がもたらす別の問題とは、この解釈変更は国際法上の*jus ad bellum*の諸原則と矛盾するかもしれないということである。憲法9条1項に定める諸原則は国際法から導かれたものであるので、この規定の解釈は*jus ad bellum*によって規定され、またそれと一致すべきであるという主張がなされてきた⁸⁷⁾。閣議決定が行った集団的自衛についての表現は、*jus ad bellum*と一致する形で憲法9条1項の諸概念を解釈せよというあらゆる要請からの明らかなる著しい逸脱であるが、しかし、問題はこれよりもはるかに深刻なものである。閣議決定とそれがもたらした安保法制は、日本が*jus ad bellum*の諸原則に現実に違反することになる国家行為を授権するものとなりうるであろう。このことは、先に示してきたような想定される集団的自衛での武力の行使に関してあてはまる。つまり、第三国に対する武力攻撃にはあたらない行為に対処する武力の行使であって、しかし将来の日本の存立に対して、もっと悪く言えば単なる国民の生命、自由及び幸福追求の権利に対して認識される脅威に対応する武力の行使は、受容される自衛の例外的事由には明らかに収まらないであろう。このことは、国際法上完全に拒絶されてきた予防的自衛という悪名高き「ブッシュ・ドクトリン」よりも過激なものである⁸⁸⁾。

しかしながら、解釈変更は、集団的自衛での武力の行使に限ってのみ、こうした問題を提起しているわけではない。閣議決定におけるその他の主要な2つの要素を注意深く検討していくと、やはり国際法とは完全

に一致しない別の武力の行使の可能性を想定していることが明らかとなる。これらの内で最も深刻なのが、日本が「純然たる平時でも有事でもない事態」における「武力攻撃に至らない侵害」に対処するために武力を行使できると明示した箇所である⁸⁹⁾。国際法上の個別的自衛における武力の行使は、次のような場合に、国連憲章51条、そして慣習国際法の下で認められている。すなわち、この権利を行使する国に対して武力攻撃が加えられた場合、あるいは、広く受け入れられているさらに寛容な解釈によれば、国家に対する武力攻撃の開始が差し迫っている場合である⁹⁰⁾。閣議決定とそれを実施する安保法制がどのように解釈されまたどのように履行されるか次第によっては、現実的なものであれ差し迫ったものであれ、いかなる武力攻撃もない状態で武力の行使に該当する日本の軍事活動が、恐らく授権されることにつながるであろう。このような状況は、国連憲章51条あるいは42条の下での合法的な武力の行使に関する国際法上の要件を満たすことに近づくことはないであろう。安保法制懇は、実際にこの点については思慮深い自制を心がけていたようであるが、しかしみたところ、どうやらこの点は無視されたようである⁹¹⁾。

閣議決定の第2の主要な部分では、武力紛争に従事する同盟国の軍隊に対する拡大された兵站支援及び輸送支援の授権について論じられている。閣議決定は、交戦国の軍隊に対する拡大された日本の支援は、どのように決定されるのかはともかく現に戦闘行為が行われている場で行われない限り⁹²⁾、そのような交戦中の軍隊による武力の行使とは一体化しないものとして単純にみなされるし、よって憲法9条に反する日本の武力の行使にはあたるとはならないだろう、と提唱する⁹³⁾。ある意味、このことは、なにが国際法上の国家責任を引き出すような交戦国の行為に対する支援や関与にあたるのかを解釈変更しようとするまでには、憲法9条の解釈変更を行ってはいない。もちろん、これは、日本政府の権限や管轄権を超える問題である。つまり、閣議決定ないしは国内法が、国際法上の問題として、当該行為を他国による武力の行使と共謀したものではないと単純に「みなす」ことはできないのである。また、国際法の下では、すでに存在する武力紛争での交戦国の作戦に対する一定レベルの支援もしくは関与は、支援国を紛争の当事国にするのに十分な根拠ともなるであろう。国際法では、閣議決定が提唱するように、支援活動が、現に戦闘行為が行われている現場にある軍隊に直接なされたものか、そうでない軍隊

に直接なされたものを区別してはいない。その上、最初の交戦行為が侵略行為にあたる場合、そのような侵略の責任は、支援国に向けられるのである⁹⁴⁾。先にも述べたように、2008年に名古屋高裁は、2005年のイラクにおける有志連合軍への日本の支援は憲法9条1項に反する武力の行使にあたりと認定している⁹⁵⁾。さらにいえば、閣議決定にも安保法制にも、日本の支援により利益を得る交戦国は国際法を遵守するといったいかなる要件も含まれていない。従って、そのような密接な兵站支援及び輸送支援は、他国による違法な武力の行使と一体化するだけでなく、国際法に反する侵略行為と一体化した日本の活動をもたらすことになるであろう。

もちろん一般に、憲法の規定が国際法との一致を求められるということはない。しかし、先にも述べたように、憲法9条1項は、国際法上の制約を日本国憲法に組み込むためだけでなく、日本が国際法の下では本来有することになる主権的権利を放棄するというさらなる制約をつけ加えるために起草され制定された。こうした目的と理解は、内閣法制局によって明確化され、1959年に最高裁によって遠回しに確認され、そして70年近くにわたりすべての政権によって遵守され承認されてきたのである。2014年までは、憲法9条1項は、こうした理解に従って政策を効果的に制約する機能を果たしてきた。解釈変更は、こうした理解からの抜本的な逸脱であり、長きにわたり禁じられていたことをまさに許容し、そして憲法9条における放棄を事実上無意味なものにしてしまうのである。

Ⅲ どのように憲法9条を改正するのか

ここでの議論は、なぜ憲法9条の擁護者が憲法9条改正のための対案を展開しなければならないのか、といったことにかかわる。しかし、正確に言えば、どのように憲法9条は改正されるべきなのか？ そのような対案は、どのような形をとるべきなのだろうか？ もちろん、どのように憲法9条が改正されるべきなのかを決定するのは、日本の法律家たちであり、究極的には日本国民である。しかし、本章で私は、この問題に関する対話を始めるための一策として、どのような仮案が望ましいものになりそうなのかというについて、いくつかの意見を提示する。本稿の末尾に収録した補遺では、一案としての実際の条文草案を付しておいた。そして、例えば集団的自衛を認めるのか、集団安全保障活動を認めるのか、あるいはそのどちらも認めない

のかということにつき選択の自由を求めるような、様々な対案上の選択肢を用意していることにも注目されたい。これらは、日本国民が議論し最終的に決定する選択の自由であるけれども、しかし私は、なにが禁じられてなにが禁じられていないのかを明瞭にすることが、なぜ重要であるのかということについて、いくつかの意見を提示する。本章で私は、この草案のそれぞれの要素について、若干の主張を展開する。

A. 許容される武力の行使を明確化すること

憲法9条1項は、憲法9条の中でも最も重要で効力をもった規定である。それは、日本が平和主義国家であるという構想の中核に位置しており、また政府の政策を効果的に制約する機能を果たしてきた。イラク占領後に日本がわずかに関与したという例外を除けば、日本は第2次世界大戦の終結後に*jus ad bellum*の観点からみて軍事力を行使したことはなかったが、これは、少なくとも部分的には、憲法9条1項が直接的な機能を果たし幅広い影響力をもっていたことに起因している⁹⁶⁾。このことは非常に印象的である。それにもかかわらず、すでに説明してきたように、憲法9条1項は法的な曖昧さがないというわけではない。政府の解釈とこの文言の表面上の意味との間には緊張状態が存在しているし、またこの規定に固有の曖昧さは、憲法9条2項をどのように改正するか次第でかなりの害悪の源泉になりうるものであった。自民党の改憲案は、憲法9条1項にはほとんど手をつけないうまま、許容される武力の行使の範囲を明らかに拡大しようとしている。これは今後、重大な政治的衝突や法的衝突を単純に引き起こすことになろう。憲法9条が改正されるということになれば、憲法9条1項は、禁じていることと許容していることを正確に明確な文言で規定するように改定されなければならない。

もちろん、このことは、創設されるべき禁止の範囲について、なんらかの重大な決定を必要とすることであろう。この問題を隠したりあるいは回避したりするよりもむしろ、明確な改正案が、国連憲章51条に基づく日本の個別的自衛のための武力の行使は認められるということを明示的に表明するために必要となるであろう。加えて、集団的自衛、国連安保理が授権した集団安全保障活動のいずれかあるいは両方の目的で武力が認められるかどうかについても、明確にしなければならないであろう。日本の議論の一部にはまさしくこの問題をめぐり、例えば小沢一郎のような人々によって、集団的自衛は禁止されるべきであるが、国連が授

権した集団安全保障活動は認められるべきであるとする主張もみられた⁹⁷⁾。これに対し、集団的自衛権は日米安保体制の要と位置づけられ、また日本に対しては、日本領域外のアメリカの国益の防衛により完全に貢献する権能を拡大せよというワシントンからの圧力も存在している⁹⁸⁾。実際に、共同で開発している弾道ミサイル防衛システムの効果は、そのようなコミットメントに左右される。

集団的自衛権が国連の授權を必要とせず一方的に行使できることを考慮すると、多くの日本人が、集団的自衛権を認めることは国際法に反する軍事的冒険に日本が巻き込まれることにつながるのではないかという懸念を抱くのは、もっともなことである。国連の集団安全保障活動への参加を認める一方で集団的自衛のための武力の行使を憲法上禁止することは、(なにはともあれ個別的自衛を超える)日本の武力の行使が対外的なチェックを受けるといふ利益をもつことになるだろうし、国際法を遵守させることを確保することにもなるであろう⁹⁹⁾。もちろん、そのような禁止は、国際法上存在する権利を今までのように日本に対して否定することになるのではなるが、しかし現在もそうであるように、権利の否定は、日本が法的な義務を履行することを妨げることにはならないであろう¹⁰⁰⁾。そのような規定は、憲法9条1項に対して*jus ad bellum*の体制とのさらなる一体性をやはりもたらすことになるであろうし、日本が自覚する国際的責務をよりよく果たすことを認めることにもなるであろう。例えば、そのような規定は、1991年の湾岸戦争への参加や2002年のアフガニスタンにおける国連マンデート活動への参加を許容したであろうが、しかし、2003年のイラク侵攻への参加は禁止したことであろう。

私はここで、国連が授權した集団安全保障活動のみを認め、あるいは集団的自衛のみを認め、あるいは実際にはその両方を認めるために憲法を改定するような、なんらかの特定の立場を主張しているのではない。しかし、私は、憲法9条1項が国際法上特定の意味をもつ表現で、許容されることと許容されないことを極めて明確にするために改正されるべきだと主張しているのである。これらの厳しい選択をしないまま憲法9条を改正しようとしたり、まったく法的な意味をもたない「国際協調活動」のような曖昧な表現でこの問題をおざなりにしようとするのは、まさしく誤ったやり方である。憲法9条は集団的自衛と集団安全保障活動の両方を許容すべきだという決定がなされるとすれば、実際の文言に関するひとつの選択肢とは、国連憲

章と慣習国際法によって認められたとの言及を行うことで、単純にそれらを全般的に組み込むということになるであろう。それによって、この憲法規定は、徐々に国際法に適合していくことになるであろう¹⁰¹⁾(サンブルとなる文言は、憲法9条1項の改正案についての選択肢と共に、補遺1に収録してある)。

B. 明確な文民統制を伴った軍事力

次に憲法9条2項に目を転じるならば、私は、交戦権の否認に加えて軍隊または「その他の戦力」の保持に対する禁止を削除した2012年自民党改憲案の方向性を支持するであろうし、また自衛隊の合法性を承認するこの改憲案に同意するであろう。さらに、ある程度の文民統制を追加しようとしていることについては、正当に評価されるべきである。それにもかかわらず、軍隊の存在を合法化しようとした方向性と同時に、より強度で入念な制約が設けられなければならない。もちろん、新たな制約が政治上の保守勢力にとって異論のあるものになる一方、このように軍事力の放棄を断念することは、多くの憲法9条の擁護者にとっては大きな議論的となるであろう。しかし、すでに論じてきたように、革新勢力は、自衛隊の存在は、現実的に転換させることはできない実体になっているということ認識するようになるべきである。現在の環境の下で、日本の軍縮について論じることは、無駄なことである。その上、日本国憲法が制定された当時に思い描かれていた未来、すなわち、国連軍が国際の平和と安全を維持するために集団安全保障システムを執行し、それにより国軍の保持はますます必要なくなるとされていた未来は、実現していない。また、すでに論じてきたように、日本の軍事力の現実と憲法9条2項による禁止の間にさらに広がる隔たりは、憲法秩序全体にとってますます不健全なものとなっている。政府の解釈を受け入れるとしても、憲法9条2項は、ますます問題を含むものとなっている。憲法9条1項が、日本は集団安全保障活動と並んで個別的自衛において武力を行使できるということを明確にするために改正されるとするならば、そのような目的での必要最小限の軍事力とその限界を超える軍事力を意味ある形で区別することは、不可能となるであろう。分かりにくく執行できない規定は、憲法の有効性と規範力を蝕むだけである。それ故、軍事力の保持に対する一般的な禁止を削除し、現在の日本国憲法に欠落している重要な制約を適切につけ加えることは、望ましいことなのである。

憲法9条2項前段の背景にある最も重要なねらいと

は、日本が再び悲惨な戦争に突き進む可能性を防ぐことであった¹⁰²⁾。これは、1930年代の軍国主義に対する回答であり、また結果として敗戦国が経験した荒廃に対する回答でもあった。このような軍国主義を可能ならしめたのは、まさしく1889年明治憲法に内在していた根本的な欠陥であった¹⁰³⁾。とりわけ、明治憲法は、行政権の性質について非常に曖昧であり、軍に対する最高指揮権の所在を特定できず、軍に対する文民統制を確立していなかった。1947年日本国憲法は、行政権の所在と範囲に関する問題を修正する一方で、文民統制と最高指揮権の問題については、ほぼ沈黙している。まさしくこれは、日本国憲法が、日本は軍隊をもつことになりあるいは武力を行使することができるようになるということを一切想定していなかったことによる。唯一、憲法制定過程の後半で挿入された、首相やその他の閣僚は文民でなければならないことを求める関連する規定が存在する(憲法66条2項)¹⁰⁴⁾。これ以外に、最高指揮権もしくは文民統制に関する規定は存在しない。さらに、立法府による監視について定めた規定も存在しない。この10年間で、国会が、イラクやアフガニスタンでの有志連合軍を支持する活動について自衛隊に欺かれるという重大な出来事があったり、これらの出来事に対する国会の調査が、防衛大臣や自衛隊からの情報開示を強制するには限られた権限しかないことによって束縛されてきたということを想起された¹⁰⁵⁾。

同様に、憲法9条1項がもともと、日本はいかなる武力を行使することも完全に禁じられるべきであると想定していたために、武力の行使についての決定がどのようになされるべきであるかということに関する憲法上の規定は、一切存在しない。この決定が行政権によってなされるということを仮定するならば、それは首相単独の決定になるだろうか、それとも内閣全体の決定になるだろうか？ 純粋に行政権による決定になるだろうか、それとも同時に立法府による承認も必要とされるべきだろうか？ 軍隊を展開する決定には立法府による承認を必要とするというレベル以上に、なんらかのハードルは設定されるだろうか？ 日本では、自衛隊をその都度展開するためには国会が法律を制定しなければならないとする慣行が展開してきたが、しかし、こうした手続きを求める憲法上の規定が存在するわけではない。2007年から自民党政権は、所定の要件が満たされれば自衛隊を展開することができる恒久的な権限を政府に対して与える立法について取り組んできたが、それはまさしくこうした慣行を取り除くものであ

った¹⁰⁶⁾。かくして、自衛隊活動に対する国会承認の要件がまちまちとなった、安全保障法制に対する近年の改正は、より全般的なこれまでの慣行を衰退させるものだったのである¹⁰⁷⁾。

立憲民主制の中では、軍事力を行使する決定には立法府による承認を得ることを政府に対して求める憲法上の規定もしくは制定法上の規定を制定するという傾向が、ますます強まっている¹⁰⁸⁾。200年以上前にイマヌエル・カント (Immanuel Kant) とジェームス・マディソン (James Madison) がいみじくも述べていたように、戦争を開始する決定に関する権力分立制は、代表民主制の要件を満たすだけではなく、民主制が軍事的な災難にかけあう危険性を少なくするにあたり重要な要素である¹⁰⁹⁾。戦争のために命を犠牲にし戦費を支払っている国民の代表者がこの政策決定過程に参加する場合、限られた利益のために戦争を遂行するという可能性は、ほとんどない。近代の政治理論は、立法過程における公開討論や審議と並んで立法府によるそのような関与や監視によって、政策決定過程の質が高まり、それにより国家が軽率なもしくは違法な戦争に従事する危険性を少なくさせる様々な方法についての理解を補強している¹¹⁰⁾。

憲法9条がなんらかの武力の行使の可能性を想定し、軍事力の存在を正式に承認する形に改正されるべきだということを受け入れ、にもかかわらず、憲法9条が平和主義という原点を反映し、他国にとっての前衛的なモデルとして機能し続けていくことを強く主張するのであれば、私は、どのような改正についても、先に提示した問題に対処する完全に新たないくつかの規定が含まれるべきだと提唱するであろう。第1に、完全に新しい憲法9条2項は、(現行の憲法66条2項の代わりに) 文民統制と厳格な軍の中立性について定める規定を含まなければならない。このことは、2012年自民党改憲案を基礎としながら、首相を最高司令官とし、軍の現役将校を内閣の閣僚に任命することを禁じ、そして軍が政治や政策に関与することになるかもしれないその他の事項を制限することによって達成されるであろう。文民統制と立法府による監視の一環として、新しい憲法9条2項は、アメリカ連邦議会における軍事委員会やドイツ基本法で義務づけられている監視¹¹¹⁾にならって、軍隊の展開を監督する機関の設置を求める規定を含まなければならない。

第2に、新たな条項である憲法9条3項は、武力紛争またはその他の軍事作戦に参加する決定に関して正式な権力分立制を確立する規定を含んでいなければな

らない。補遺1の草案に示されているように、これには、武力を行使するもしくは国際的な活動に軍隊を展開するという決定にあたり、政府は国会の両院の承認を得なければならないという要件が含まれることになるであろう。この条項は、*jus ad bellum*の観点からみた武力の行使の決定に関しては特別多数の投票を必要とするが、その他の活動については単純過半数を必要とすることになるであろう。例えば、国連平和維持活動への軍隊の展開は、一般的には武力の行使を想定していないため、国連憲章7章に基づき武力を行使する集団安全保障活動に軍隊を派遣するよりも低いハードルの下におかれなければならない。この規定には、1990年代のソマリアでの活動で起こったように、万が一平和維持活動が本格的な国連憲章7章の「平和執行」活動に変容する場合には、さらなる国会の承認を必要とするメカニズムが含まれるべきである。

この規定は、すでに日本で運用されている慣行を単に基礎とし憲法に組み込むだけになるであろうから、多くの点で過激な提案とみなされることはないであろう。しかし、このような慣行を憲法に組み込むことは、現在の慣行を気まぐれな変更から守ることになるため、重要なことである。よりさらに重大なのは、そのような規定が、民主的平和にとっての説明の要とてますます理解されるようになっていく諸原則を定着させ、政府が行う最も重大な決定、つまり武力紛争に参加するという決定に関する民主的な説明責任や熟慮を高めることである¹¹²⁾。その上、この規定は、これらの改正による波及効果に非常に敏感な日本の近隣諸国を十分に安心させることになるであろう。

もちろん、多くの人は、こうした刷新的試みは、意思決定を厄介で時間がかかるものとしてしまい、また湾岸危機の際に生じたように、国会が想定される自衛隊による武力の行使または海外派遣を現実には妨げることにつながるかもしれないという理由で、これに抵抗するであろう。しかし、もちろん、まさしく肝心なのはその点である。武力紛争に参加するということは、容易なことであるべきではないし、その理由が世論や政治の大方の支持を動員するのに十分なほどやむにやまれぬ場合に限って、可能となるべきことである。武力紛争に参加するという決定は、疑問や分析を受けまた様々な見地から異議を投げかけられた政府の仮説や論拠を伴って、真剣な議論の後にこそ行われるべきなのである¹¹³⁾。もちろん、日本自身が直接的な攻撃を受け、その際にそうした議論や分析のための時間を十分にとることができないといったシナリオも、起こり

うることであろう。しかし、アメリカの戦争権限法¹¹⁴⁾やその他いくつかの国の憲法が定めているように、限定された時間枠の中で立法府による事後承認を受けることを条件として、緊急事態において武力を行使する決定を行うことを行政権に対して認めるといった、そのような状況に対処するためのメカニズムは展開させることができるのである。

C. 司法審査権を強化すること

軍に対する文民統制を十分に確立し、武力紛争に参加する決定に関する権力分立制を執行するために必要とされる改正の中で最後の要素となるのは、憲法9条違反とされる政府の決定、行為、あるいは法律に対するより明確な司法審査について定める規定であろう。日本国憲法はすでに、十分な司法審査権について規定しているが¹¹⁵⁾、しかし最高裁は、憲法9条の解釈や執行に関する責務や権限を主に放棄してきた¹¹⁶⁾。下級裁判所は、政府の行為が憲法9条違反であることを根拠づけるのに必要な限定的な法的利益を立証できるのは、実質的には戦闘への派遣を命じられる自衛隊員だけであるかのような極端に狭い原告適格要件を通じ、司法審査から憲法9条を遮断することによって、最高裁の先例に従ってきたのであった¹¹⁷⁾。

もちろん、このことは次のことを意味する。すなわち、日本の立憲システムの3本の柱のひとつである憲法9条は、司法による精査を免れほとんど執行不可能なものであり、また、日本の民主制における第3の統治部門は、武力を行使する決定が憲法上の制約に従っていることを確認する手続きに対しいかなる形であれ関与することから手を引いている、ということである。憲法9条は日本の立憲システムの根本となる構成要素であるという考えを真剣に捉え、憲法上の制約は拘束力をもつべきで執行可能であるべきだという観念を真剣に捉える限り、こうした事態は容認できないものとみなされるべきである。憲法の役割のひとつを、自己拘束的な (pre-commitment) 装置として機能し、最初から政治にとって非常に重要なものと考えられる原理や価値に将来の政府を拘束する力を発揮するものとして理解するならば、裁判所の役割のひとつとは、それらの約束事が執行されるのを確認することである¹¹⁸⁾。

より一般的な憲法理論についてはさておき、司法の役割は、民主的平和に関する自由主義理論の一部を構成する考えにとっては鍵となるものである。行政府と立法府の間にある権力分立制は、民主的な説明責任と

いう共和主義的な考えの中心にあり、代表民主制と熟慮民主制の成果が武力紛争に参加する早まった決定の危険性を減少させるという状況を生み出すための中心に位置づけられるけれども、しかし、これだけでは十分なものではない。認識されるべきなのは、立法府もまた、戦争に対し理性のない情熱を注ぐことに夢中になるときがあるということである。政治理論は、こうした危険性は、民主制国家が反自由主義国家に対応する場合に最高潮になると示唆している。それ故、民主主義システムにおけるさらなるチェック機能、武力の行使の決定に関するさらなる権力分立制が、現実に必要なとなる。独立しその時々政治的圧力にほとんど影響されにくい第3の統治部門は、憲法訴訟を通じて、政府の行為を監督し、そのような行為に関する情報を広め決定に関する世論を統合し、最終的には憲法規定を実際に執行する中で武力の行使の決定を規律する決定的な役割を果たす¹¹⁹⁾。そのような司法審査の可能性は、徐々に政府の行為に対する強い影響力を発揮し、憲法規範を内在化させていく機能を果たす。反対に言えば、一定の憲法規定に対するあらゆる司法審査の可能性を排除することは、これらの規定の規範力を完全に損なう機能を果たすことになるだろう。戦争権限に対する司法審査は、不当なもしくは違法な武力紛争に従事する方向に民主制国家が傾斜することを和らげるためのまたひとつの、しかし決定的なメカニズムなのである¹²⁰⁾。

先にも述べたように、武力を行使するもしくは軍隊を展開する決定に立法府の関与を必要とする憲法上の規定をもついくつかの国家や、さらに国家が武力紛争に参加できる状況に対して憲法上の制約を課している国家も存在している¹²¹⁾。かくして、裁判所は、他国ではこれらの問題について検討することを求められてきた。多くの国の国内裁判所は安全保障問題に関する政府の意思決定に対して干渉していないしまたそうすべきではない、と多くの人が主張する中で、とにかく安全保障に関する問題は司法判断できないものでまたは司法の管轄権の範囲外にあるという観念を、裁判所が拒絶する方向にあるという徴候が、ますますみられるようになってきている¹²²⁾。とりわけ、多くの裁判所は、安全保障に関する政府の決定がどの程度、明確で曖昧さのない憲法上の要件に従った形でなされたのか、あるいはそれを行うための必須の憲法上の権限をもつ政府の部門によってなされたのか、といった特定の問題の審査に携わることはない¹²³⁾。ドイツ連邦憲法裁判所は、ボスニア紛争へのドイツの関与に

関する1994年判決によって、この事実を最も著名な形で例証した。そこでは、ドイツ連邦議会は、国際的な軍事活動のためにドイツ連邦軍を展開する個別の決定及びすべての決定について承認しなければならないとの判断がなされたのであった¹²⁴⁾。

それ故、私は、憲法9条4項という新たな条項を提案するであろう。この条項は、9条のこの規定以外の条項を政府が遵守しているかにつき、明示的な司法審査権を定めるものとなる。この規定の節はまた、憲法9条の各条項を執行するための申し立てを提起しようとする市民に対して、広い原告適格を設定することになるであろう。そのような原告適格は、現在実質的にすべての司法審査から憲法9条を遮断する働きをしているような、個人的な限定された法的利益の存在を求めるとはならないであろう。むしろ、カナダ最高裁が設定したものと同様の基準を用いることで、日本の最高裁は、決定されるべき重大な争点が存在しており、一般市民の代表に過ぎないとしても申立人がこの争点に純粋な (genuine) 利益を有しており、そして裁判所においてこの争点を提起する以外には合理的でもしくは有効な方法が存在しないことだけを単に求めなければならない¹²⁵⁾。そのような規定は、憲法9条を執行可能な憲法規定の領域に立ち返らせるであろう。そうすることで、いくつかの武力の行使を認める憲法9条の改正は、あらゆる軍事的活動に無制限に参加する方向へと向かう危険な坂道の始まりとはならない、といういく分の安心感を与えることにもなるであろう。

おわりに

自民党の改憲案や憲法9条の基調をなす前提にどうしても敵対的な人々によって展開されてきたその他の改憲案は、憲法9条がこの65年以上にわたり日本の武力の行使に対して及ぼしてきた制約を蝕む機能を果たすことになるであろう。先にも解説してきたように、これらは、もしかしたら危険なものであるかもしれない。同様に、憲法9条が一切改正されないとすれば、2015年に実行された憲法9条の違法な「解釈変更」は、徐々に憲法9条の確立した意味に取って代わることになるであろうし、また憲法9条1項が課してきた制約を抜本的に変更することになるであろう。従って、憲法9条と平和主義の日本という考えを支持する人々には、もはや憲法改正についてのあらゆる話題を単に拒否するだけの余裕はない。変化の風は彼らに逆向きに吹きつけているし、彼らは、政治上の保守勢力の側が

展開している改正案に対して現実的で実現可能な対案を展開しなければならない。憲法改正論議が最終的に本格的に結束してきたとき、そして、憲法改正問題が日本国民に提示するために展開されているとき、憲法9条の擁護者は、なんらかの意味ある回答をしなければならないだろう。憲法秩序全体の利益のために、そして軍事力を行使する日本の権能に対して合理的な制約を維持するという利益の点で、憲法9条は改正されるべきだと考える正当な理由が存在している。本稿で私は、それらの議論のためのいくつかのアウトラインを提供することを試みてきたし、また対案がどのような形をとるのかという議論の出発点となるかもしれない改定された文言についてもいくつか提供することを試みてきた。すなわち、このような対案は、憲法9条の精神と目的に忠実であり続けるものとなるであろう。

補遺1—憲法9条の改正案

憲法9条1項(第1案)

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、武力攻撃に対する国家の個別的自衛または国連安全保障理事会が授権した国際の平和と安全を維持することを目的とする場合を除いては、武力による威嚇または武力の行使は、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。

憲法9条1項(第2案)

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、国連憲章と慣習国際法の下で認められることに従う場合を除いては、武力による威嚇または武力の行使は、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。

憲法9条2項(a)

日本政府は、日本の領土保全並びに政治的独立を防衛することを主たる目的として、陸海空軍を設置することができる。日本軍は、個別的自衛の行使の場合以外には、前項で規定された例外が認める目的の場合、そして日本国憲法とその他の国内法、及び国際法に従う場合に限って用いることができる。

憲法9条2項(b)

内閣総理大臣は、国防大臣を通じて行動する日本の軍隊の最高司令官とする。軍隊のいかなる現役構成員も、内閣の閣僚として任命されてはならず、またいかなる大佐以上の現役将校も、防衛大臣以外のいかなる閣僚になることもできない。

憲法9条2項(c)

軍隊のいかなる現役構成員も、公職に立候補することはできず、いかなる政党の構成員になることもできず、いかなる政治運動にも積極的に参加することはできず、または公共政策の形成に影響を与えることを目的とする公の議論もしくはその他の活動に関与することはできない。

憲法9条2項(d)

軍事委員会は、法律によって国会の衆議院及び参議院に設置されるものとする。その目的とは、軍隊の展開並びに活動について防衛大臣並びにその他の政府の部局による報告を要請及び受領し、軍隊によるそのような活動をそれ以外の方法で監視し、そして全般的に軍隊に対する立法府並びに文民による監督を提供することである。軍事委員会は、文書に対する召喚権限を有するものとし、同委員会での証言を強制することができ、そして同委員会の認定に関する報告書を出さなければならない。

憲法9条3項(a)

9条1項と一致しかつそれにより許容されるものとして武力を行使する政府のいかなる決定も、衆議院及び参議院それぞれの3分の2以上の投票による公式の投票において承認されなければならない。

憲法9条3項(b)

日本政府は、国会の事前承認を不可能とするような、日本が攻撃下でありもしくは日本政府が領土保全並びに政治的独立を脅かす非常事態にあると決定した場合、そのような事前承認を得ることなく、9条1項に従って武力を行使することができる。そのような場合、日本政府は、国会の両院にこの決定について直ちに通告しなければならない。日本政府がそのような敵対行為を直ちに停止させることができなかつた場合には、20日間以内に本条項(a)の文言に従って国会の両院から承認を得なければならない。

憲法9条3項(c)

平和維持活動への参加のために軍隊の構成員を展開し、国際的な集団安全保障活動または9条1項が想定する武力の行使を含まないその他の活動に兵站支援を提供するための日本政府のいかなる決定も、衆議院及び参議院それぞれの単純過半数による公式の投票によって承認されなければならない。

憲法9条3項(d)

日本政府は、軍隊の構成員が本条項(c)に従って参加するいずれかの活動の性質が、9条1項で想定される武力の行使を必要とするかもしれない規模にまで

展開していく場合、日本政府がそのような活動を直ちに停止させることができないときには、本条項 (a) の文言に従って、そのような活動の継続に対するさらなる承認を得なければならない。

憲法9条4項 (a)

日本に居住する何人も、本条違反を理由として、裁判所が状況に応じて適切かつ正当なものとみなす宣言的救済、差し止め救済、損害賠償、またはその他の救済を得るために、管轄権を有する裁判所に申し立てを行うことができる。

憲法9条4項 (b)

本条項 (a) に基づき申し立てを行う何人も、提起されている争点が審理されるべき深刻な争点であり、この個人が一般市民の代表に過ぎないとしてもその争点に対し純粋な利益を有しており、そして裁判所に提起される争点についてそれ以外に合理的でもしくは有効な手段が存在しない限りにおいては、裁判所によって原告適格を認められるものとする。

憲法9条4項 (c)

最高裁判所は、本条の解釈と意味について最終的な権限を有する。

【注】

- 1) こうした動きについての的確な分析として、see J. PATRICK BOYD & RICHARD J. SAMUELS, *NINE LIVES?: THE POLITICS OF CONSTITUTIONAL REFORM IN JAPAN* (2005).
- 2) 本稿は、2012年に公刊した次の論文を実質的に敷衍し改訂しそして更新したものである。Craig Martin, *A Constitutional Case for Amending Article 9, in TIME FOR A CHANGE? JAPAN'S "PEACE" CONSTITUTION AT 65* (Bryce Wakefield ed., 2012).
- 3) 国際法の観点から、憲法9条の意味についてより詳細に分析したものとして、see Craig Martin, *Binding the Dogs of War: Japan and the Constitutionalizing of Jus ad Bellum*, 30 U. PA. J. INT'L L. 267, 309-317 (2008).
- 4) *Id.* at 309-312. もちろん、憲法9条の解釈をめぐるのは、膨大な文献や激しい議論がある。憲法9条を引き出した国際法の諸原則に非常に注目しながらこの論点に取り組んだいくつかの文献として、畠基見『憲法9条—研究と議論の最前線—』(青林書院、2006年)第6章、藤井俊夫『憲法と国際社会(第2版)』(成文堂、2005年)第12章から第14章。Nasu Hitoshi, *Article 9 of the Japanese Constitution Revised in the Light of International Law*, 18 J. JAPANESE L. 50 (2004) [hereinafter cited as Nasu, *Article 9 of the Japanese Constitution Revised in the Light of International Law*]; Nasu Hitoshi, *Japan's 2015 Security Legislation: Challenges to its Implementation under International Law*, 92 INT'L LEGAL STUD. 249 (2016) [hereinafter cited as Nasu, *Japan's 2015 Security Legislation*].
- 5) James E. Auer, *Article Nine: Renunciation of War, in JAPANESE CONSTITUTIONAL LAW* (Percy R. Luney Jr. & Takahashi Kazuyuki eds., 1993); Kenneth L. Port, *Article 9 of the Japanese Constitution and the Rule of Law*, 13 CARDOZO J. INT'L & COMP. L. 127 (2005).
- 6) この条項の意味については、実際に2つの説が存在する。これら2つの説の根拠については、畠・前掲註(4)97-98頁、田村重信・高橋憲一・島田和久編『日本の防衛法制』(内外出版、2008年)15頁、芦部信喜『憲法学 I 憲法総論』(有斐閣、1992年)283-284頁参照。一般に、国際法上の交戦権については、see e.g., YORUM DINSTEIN, *THE CONDUCT OF HOSTILITIES UNDER THE LAW OF INTERNATIONAL ARMED CONFLICT* 27-33 (2004)。この条項に関するより詳細な私の分析については、see Martin, *supra* note 3, at 314-317.
- 7) この過程に関する英文での非常に詳細な解説については、see RAY A. MOORE & DONALD L. ROBINSON, *PARTNER FOR DEMOCRACY: CRAFTING THE NEW JAPANESE STATE UNDER MACARTHUR* (2002)。See also KOSEKI SHŌICHI, *THE BIRTH OF JAPAN'S POSTWAR CONSTITUTION* (1998)。日本語文献は膨大に存在するが、その一方で、原秀成『日本国憲法制定の系譜(1)一戦争終結まで—』(日本評論社、2004年)、高柳賢三・大友一郎・田中英夫編『日本国憲法制定の過程』(有斐閣、1972年)参照のこと。
- 8) 吉田茂首相でさえ、委員会審議における質問に回答する際、このような立場をとっていた。See MOORE & ROBINSON, *supra* note 7, at 212; NISHI OSAMU, *THE CONSTITUTION AND THE NATIONAL DEFENSE LAW SYSTEM IN JAPAN* 5, 100-102 (1987)。ただし、安澤喜一郎『起草および制定の事実に立脚した憲法第九条の解釈』(成文堂、1981年)156-161頁と186-192頁も参照。
- 9) MOORE & ROBINSON, *supra* note 7, at 170, 212-216.
- 10) *Id.*
- 11) PETER J. KATZENSTEIN, *CULTURAL NORMS AND NATIONAL SECURITY: POLICE AND MILITARY IN POSTWAR JAPAN* 4-5, 44, 112 (1996); Martin *supra* note 3, at 282, 304-305, 355-356.
- 12) この解釈は、1954年12月21日の衆議院予算委員会において、林修三内閣法制局長官によって示された。西川伸一『立法の中樞 知られざる官庁・内閣法制局』(五月書房、2000年)40頁参照。See also RICHARD J. SAMUELS, *JAPAN POL'Y RES. INST., JPRI WORKING PAPER #99, POLITICS, SECURITY POLICY, AND JAPAN'S CABINET LEGISLATION BUREAU: WHO ELECTED*

- THESE GUYS, ANYWAY? 6 (Mar. 2004), available at <http://www.jpri.org/publications/workingpapers/wp99.html>.
- 13) John O. Haley, *Waging War: Japan's Constitutional Constraints*, 14 CONST. F. 18, 28-29, 33 (2005). 西川・前掲註 (12) 46頁。
- 14) 砂川事件最高裁判決 (最大判1959年12月16日刑集13巻13号 3225頁)。本件におけるこの側面についてのより詳細な議論として、see Martin, *supra* note 3, at 338-340; Haley, *supra* note 13, at 24, 28.
- 15) 長沼事件最高裁判決 (最一小判1982年9月9日民集36巻9号1679頁)。
- 16) 西川・前掲註 (12)、中村明『戦後政治にゆれた憲法九条—内閣法制局の自信と強さ—』(中央経済社、1996年) 第1章、西川伸一『これでわかった! 内閣法制局—法の番人か権力の侍女か—』(五月書房、2013年)、阪田雅裕・川口創『「法の番人」内閣法制局の矜持—解釈改憲が許されない理由—』(大月書店、2014年)。
- 17) 1981年に、内閣法制局は、こうした公式の解釈を強化しさらに詳しく述べている。この完全な定式化については、see SAMUELS, *supra* note 12, at 8. 1997年日米ガイドラインに関しては、see Joint Statement in Review of U.S.-Japan Defense Cooperation Guidelines, U.S.-Japan, Sept. 23, 1997, 36 I.L.M. 1621 (1997). その分析については、山内敏弘編『日米ガイドラインと周辺事態法—いま「平和」の構築への選択を問い直す—』(法律文化社、1999年)、その他前掲註(16)にあげた各文献を参照。
- 18) とりわけ、国連憲章43条が想定する、すべての国連加盟国が兵力の提供を求められることになる常設的な国連軍の設置と、集団安全保障活動におけるそのような兵力の使用は、実現するには至っていない。See YORUM DINSTEIN, WAR, AGGRESSION, AND SELF-DEFENCE ch.10 (4th ed. 2005); CHRISTINE GRAY, INTERNATIONAL LAW AND THE USE OF FORCE chs. 7-8 (3rd ed. 2008). 憲法9条の文脈からこの点をより詳細に論じたものとして、see Martin, *supra* note 3, at 327-328.
- 19) 日本の軍事力と防衛政策に関する分析については、see CHRISTOPHER W. HUGHS, JAPAN'S RE-EMERGENCE AS A 'NORMAL' MILITARY POWER (2006); CHRISTOPHER W. HUGHS, JAPAN'S REMILITARISATION (2009)[hereinafter cited as HUGHS, JAPAN'S REMILITARISATION].
- 20) See e.g., Auer, *supra* note 5, at 5; Port, *supra* note 5.
- 21) これが、有名な「芦田修正」である。芦田修正が憲法9条の公式解釈に影響を与えたとする分析と、その出自を取りまくいくつかの伝説に関する分析については、see Martin, *supra* note 3, at 303-306. See also MOORE & ROBINSON, *supra* note 7, at 248-250, 275; KOSEKI, *supra* note 7, at 195-202.
- 22) 渡辺洋三『日米安保体制と日本国憲法』(労働旬報社、1991年) 129-130頁。
- 23) 憲法9条は、防衛費をGNP1%以内に制限すること、非核3原則、そして武器輸出禁止原則といったその他の制限的政策の源泉であった。See KENNETH PYLE, JAPAN RISING: THE RESURGENCE OF JAPANESE POWER AND PURPOSE 273-276 (2007).
- 24) こうした主張を支持する詳細な論拠につき、see Martin, *supra* note 3, at 329-356.
- 25) 湾岸危機とこれに対する政府の対応については、see PYLE, *supra* note 23, at 290-293; TOGO KAZUHIKO, JAPAN'S FOREIGN POLICY, 1945-2003: THE QUEST FOR A PROACTIVE POLICY 305-307 (2005); KATZENSTEIN, *supra* note 11, at 125-127.
- 26) Martin, *supra* note 3, at 346-347.
- 27) この解釈は、1954年12月21日の衆議院予算委員会において、林内閣法制局長官によって示された。西川・前掲註 (12) 40頁参照。See also SAMUELS, *supra* note 12, at 5, 24-29(「必要最小限度の実力」法理の展開について追っている)。さらにこの解釈は、1957年5月7日の参議院内閣委員会において、岸信介首相によって拡大されている。西川・前掲註 (12) 41頁参照。
- 28) HUGHS, JAPAN'S REMILITARISATION, *supra* note 19. また、1988年から2015年までの各国の軍事費については、STOCKHOLM INT'L PEACE RES. INST. (SIPRI), MILITARY EXPENDITURE DATA: 1988-2015, <https://www.sipri.org/sites/default/files/Milex-constant-USD.pdf> (その他上位に挙げられている国には、アメリカ、中国、ロシア、イギリス、ドイツ、インド、そしてサウジアラビアが含まれている。フランスの軍事費は、日本よりも少ない)。
- 29) HUGHS, JAPAN'S REMILITARISATION, *supra* note 19.
- 30) See Auer, *supra* note 5.
- 31) See *supra* note 6 and accompanying text.
- 32) See Martin, *supra* note 3, at 314-317.
- 33) See e.g., DINSTEIN, *supra* note 6.
- 34) 私が別の機会に論じたように、このことが、2005年のイラクの戦時占領に参加する自衛隊員の海外展開を規律する法律(イラク特措法)が、非常に制限的な内容になったと考えるひとつの理由である。この法律はそもそも、個々の自衛隊員による武力の行使(武器使用)を、国内刑法で認められる個人の正当防衛権に限定するものであった。See Martin, *supra* note 3, at 317 n.127. 2013年8月に行った内閣法制局の職員に対するインタビューでも、内閣法制局による憲法9条2項の解釈が、本稿で示してきた説と一致するものであることが確認された。

- 35) Martin, *supra* note 3, at 314-317.
- 36) 自由民主党「新憲法草案」(2005年10月28日)。原文は、憲法会議HP (<http://www.kenpoukaigi.gr.jp/seitoutou/051028/jimin-sinkenpousouan.pdf>) から閲覧できる。
- 37) 自由民主党「日本国憲法改正草案」(2012年4月27日)。原文は、自民党HP (https://jimin.ncss.nifty.com/pdf/news/policy/130250_1.pdf) から閲覧できる。
- 38) Osaki Tomohiro, *Abe Sidesteps Opposition Grilling on LDP's Draft Constitution*, THE JAPAN TIMES, Oct. 5, 2016.
- 39) 2012年自民党改憲案。正式な文言である「国際社会の平和と安全を確保するために国際的に協調して行われる活動」をいいかえたものである。
- 40) 同上。2005年自民党改憲案と比べ2012年自民党改憲案においてまた完全に新しいのは、職務の実施に伴う罪または国防軍の機密に関する罪につき、国防軍に属する軍人その他の公務員を訴追するための軍事裁判所の権限を創設する規定を9条の2に導入したことである。
- 41) 同上。
- 42) もちろん、憲法9条の解釈変更は、憲法9条に対する安倍晋三首相の攻撃の一部であり、2008年6月24日の第1次安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会報告書(以下、2008年安保法制懇報告書)が勧告したことでもある(原文は、首相官邸HP (<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/anzenhosyou/houkokusho.pdf>) から閲覧できる)。
- 43) こうした分析は、2012年に発表した私の小論に概ねよっている。Craig Martin, *LDP's Dangerous Proposals for Amending Antiwar Article*, THE JAPAN TIMES, June 6, 2012.
- 44) 2012年自民党改憲案。
- 45) 同上。
- 46) 同上。
- 47) 同上。
- 48) 同上。
- 49) 同上。
- 50) 同上。
- 51) 同上。
- 52) 憲法9条の解釈変更の動きに対する私自身の分析と、この分析にあたり私が参照した文献については、see Craig Martin, *The Legitimacy of Informal Amendment and the 'Reinterpretation' of Japan's War Powers*, 41 FORDHAM INT'L L.J. _ (forthcoming 2016)[hereinafter cited as Martin, *The Legitimacy of Informal Amendment*]; Craig Martin, *The Jus ad Bellum Implications of Japan's New National Security Laws*, ASIA-PAC. J.: JAPAN FOCUS (May 15, 2016) [hereinafter cited as Martin, *Jus ad Bellum Implications of Japan's New National Security Laws*], <http://apjff.org/>-
- Craig-Martin/4893/article.pdf; Bryce Wakefield & Craig Martin, *Rexamining 'Myths' About Japan's Collective Self-Defence Change: What Critics (and the Japanese Public) Do Understand About Japan's Constitutional Reinterpretation*, ASIA-PAC. J.: JAPAN FOCUS (Sept. 8, 2014), <http://apjff.org/~Craig-Martin--Bryce-Wakefield/4803/article.pdf>.
- 53) その理由については、see Martin, *The Legitimacy of Informal Amendment*, *supra* note 52. 解釈変更と憲法9条についての伝統的な意味が一貫していないことに関する本章での分析の多くは、このさらに詳しい論文によっている。
- 54) 「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」(2014年7月1日閣議決定(以下、2014年閣議決定))。原文は、内閣官房のHP (<http://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/pdf/anpohosei.pdf>) から閲覧できる。
- 55) 同3頁。
- 56) 同上。
- 57) イラク派兵違憲訴訟名古屋高裁判決(名古屋高判2008年4月17日判時2056号74頁)。この英訳については、Hudson Hamilton, *Mori v. Japan: The Nagoya High Court Recognizes the Right to Live in Peace*, 19 PACIFIC RIM L. & POL. J. 3 (2010), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1767658.
- 58) 2014年閣議決定4頁。
- 59) 同6頁。
- 60) 日本国憲法第3章13条。
- 61) 2014年閣議決定6頁。
- 62) 同7頁。
- 63) 同上。
- 64) 同6-8頁。
- 65) 同8頁。
- 66) See e.g., Miwa Sachiko, *Diet Debate on Security Bills Starts with Confusion over Limits on Collective Self-Defense*, THE ASAHI SHIMBUN, May 26, 2015.
- 67) *Blurry Limits on SDF Missions*, THE JAPAN TIMES, Apr. 24, 2015; Miwa Sachiko, *Condition for Exercising Right to Collective Self-Defense Open to Interpretation*, THE ASAHI SHIMBUN, May 12, 2015.
- 68) 平和安全法制及び国際平和支援法というタイトルがつけられたこれらの法律は、内閣官房のHP (http://www.cas.go.jp/jp/gaiyou/jimu/housei_seibi.html) から閲覧できる。法案段階でのこれらの法律に対する予備的考察としては、長谷部恭男編『検証・安保法案—どこが憲法違反か—』(有斐閣、2015年)参照。

- 69) 安保法制は違憲であると著名な憲法研究者（長谷部恭男・早稲田大学教授、笹田栄司・早稲田大学教授、小林節・慶応義塾大学名誉教授）が国会で証言した直後の時点で、225名の憲法研究者が、解釈変更は違憲であるとして批判する共同声明に賛同したと報じられている。Yoshida Reiji, *Japan Security Bills Reveal Irreconcilable Divide Between Scholars, Politicians*, THE JAPAN TIMES, June 12, 2015.
- 70) *Abe Shapes Agenda for Defense Panel*, THE ASAHI SHIMBUN, May 19, 2007.
- 71) 2008年安保法制懇報告書。
- 72) 2014年5月に出された第2次安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会報告書(以下、2014年安保法制懇報告書)は、首相官邸のHP (<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/anzenhosyou2/dai7/houkoku.pdf>) から閲覧できる。
- 73) 恐らく安保法制懇報告書は、それがいかなる憲法上の権限ももたない憲法外の組織によるものであることを考えると、改定された憲法9条の意味を解釈するにあたってはなんらの役割をも果たすべきではないだろう。しかし、安倍は、明らかにこの報告書を強化しようとしており解釈変更の動きに正当性を加えようとした。安保法制懇報告書は、後の司法審査における主張、あるいは他の統治部門が示す解釈上での主張の一部をなすことになることが予想されよう。
- 74) 2014年安保法制懇報告書18-19頁。
- 75) 同18頁（1954年12月22日の国会での大村清一防衛庁長官の答弁を引用している）。
- 76) 不戦条約の文言は、「国際紛争解決ノ為戦争ニ訴フルコトヲ非トシ且其ノ相互関係ニ於テ国家ノ政策ノ手段トシテノ戦争ヲ抛棄スル」となっている。General Treaty for Renunciation of War as an Instrument of National Policy, art. I, Aug. 27, 1928, 46 Stat. 2343, 94 L.N.T.S. 57. これが提案された時点では、宗教もしくはイデオロギー上の目的のための戦争のように「国家の政策」の目的で遂行されない戦争は、それ故に合法となりうるという不自然な解釈が存在していた。しかしながら、これは、国際法上この規定に関する受け入れられた見解もしくは解釈にはなっていない。See e.g., DINSTEIN, *supra* note 18, at 84. いずれにせよ、この文言は、憲法9条1項の文言と同一ではない。
- 77) *Jus ad bellum*に関する国際法上の諸原則を分析した文献については、see DINSTEIN, *supra* note 18; GRAY, *supra* note 18.
- 78) これらの主張に対する私のより詳細な分析とそれらに対する否定については、See Martin, *supra* note 3, at 312-313, 310 n.114.
- 79) *Id.*
- 80) U.N. Charter art. 51. See DINSTEIN, *supra* note 18.
- 81) *LDP Set to Limit Use of Collective Self-Defense*, THE YOMIURI SHIMBUN, Mar. 30, 2014.
- 82) *Operation in Strait of Hormuz to Come Under New Defense Guidelines*, THE ASAHI SHIMBUN, Apr. 9, 2015; Mina Pollmann, *Could Japan Go Minesweeping in the Strait of Hormuz?*, THE DIPLOMAT (Feb. 18, 2015), <http://thediplomat.com/2015/02/could-japan-go-minesweeping-in-the-strait-of-hormuz/>.
- 83) そのような諸原則を詳しく検討したものとして、see e.g., CHATHAM HOUSE, INTERNATIONAL LAW APPLICABLE TO NAVAL MINES (Oct. 2014); Sean Henseler, PROJECT 2049 INST., *Clarifying U.S. -Japan Mine Warfare Roles, Missions, and Capabilities in the Persian Gulf: An Examination of International Legal Issues*, https://www.chathamhouse.org/sites/files/chathamhouse/field/field_document/20140226NavalMines.pdf; https://project2049.net/documents/countermining_henseler.pdf.
- 84) こうした議論は、この問題について先に発表した小論によっている。Martin, *Jus ad Bellum Implications of Japan's New National Security Laws*, *supra* note 52.
- 85) Miwa Sachiko, *Diet Debate on Security Bills Starts with Confusion over Limits on Collective Self-Defense*, THE ASAHI SHIMBUN, May 26, 2015.
- 86) この論点は、まさに本稿が印刷中に下されたある司法判断において、劇的に際立つことになった。一定の国からの外国人の入国を禁じた大統領命令の合法性が争われた *State of Washington v. Trump*, No.17-35105 (9th Cir., Feb. 9, 2017) において、アメリカ政府側は、問題となっている大統領命令が、その明白な文言に反しているにもかかわらず、アメリカに居住する合法的な永住者（グリーンカードの保持者）には適用されないものとして裁判所は理解すべきである、と主張していた。こうした主張がなされた背景には、ホワイトハウスの弁護士が、この大統領命令が発せられた後になって、これがグリーンカードの保持者に影響を与えることにはならないとするこの大統領命令の解釈を発表したという理由があった。第9巡回区連邦控訴裁判所は、そのような政府による解釈の指針はなんらの法的根拠も有してはならず、その上いつでも変更可能なものであり、よって裁判所はこれを無視しなければならない、と判示したのであった。 *Id.* at 21-22.
- 87) 例えば、藤井・前掲註(4)第12章から第14章、阪本昌成「武力行使違法化原則のなかの9条論」『ジュリスト』1334号(2007年)50頁、56頁。Nasu, *Article 9 of the Japanese Constitution Revised in the Light of International Law*,

- supra* note 4; Nasu, *Japan's 2015 Security Legislation*, *supra* note 4.
- 88) Eyal Benvenisti, *The US and the Use of Force: Double-Edged Hegemony and the Management of Global Emergencies*, 15 EUR. J. INT'L L. 677 (2004) (「ブッシュ・ドクトリン」を様々な安全保障上の課題に対応する試みとして評価しつつ、しかし、既存の国連体制をひっくり返し世界の安定に対して他の危険をもたらすものとして批判している)。
- 89) 2014年閣議決定「1. 武力攻撃に至らない侵害への対処」2頁。
- 90) U.N. Charter art. 51; DINSTEIN, *supra* note 18; GRAY, *supra* note 18. See *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*, 1986 I.C.J. 14 (June 27).
- 91) 2014年安保法制懇報告書33頁 (「なお、武力攻撃に至らない侵害に対して措置をとる権利を『マイナー自衛権』と呼ぶ向きもあるが、この言葉は国際法上必ずしも確立したのではなく、また、国際連合憲章第51条の自衛権の観念を拡張させているとの批判を内外から招きかねないので、使用しないことが望ましい」)。
- 92) 2014年閣議決定4頁 (この正確な文言は、「現に戦闘行為を行っている現場」である)。
- 93) 同3-4頁。
- 94) See generally GRAY, *supra* note 18; G.A. Res. 3314 (XXIX), U.N. Doc. A/RES/3314 (Dec. 14, 1974); *Case Concerning Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua (Nicar. v. U.S.)*, 1986 I.C.J. 14 (June 27).
- 95) 名古屋高判2008年4月17日判時2056号74頁。
- 96) Martin, *supra* note 3, at 346-347.
- 97) 小沢一郎『日本改造計画』(講談社、1993年)114-137頁。
- 98) TOGO, *supra* note 25, at 78-85; THOMAS A. DROHAN, AMERICAN-JAPANESE SECURITY AGREEMENTS, PAST AND PRESENT 61-70, 85 (2007).
- 99) 集団的自衛と集団安全保障を区別することをより詳細に論じたものとして、see Craig Martin, *Collective Self-Defense and Collective Security: What the Differences Mean for Japan*, THE JAPAN TIMES, Aug. 30, 2007. 国際法におけるそれぞれの概念の範囲と性質に関する詳細については、see DINSTEIN, *supra* note 18, at chs. 9-10.
- 100) もっとも、このような命題は、1997年日米ガイドラインのように日本が相互防衛に関する曖昧な表現でのコミットメントにますます合意するようになるにつれて、やや議論の余地のあるものとなってきている。
- 101) いくつかの国々は、国際人権法上の諸原則を自国の憲法に組み込むというこのようなアプローチを採用している。See Thomas Buergenthal, *Modern Constitutions and Human Rights Treaties*, 36 COLUM. J. TRANSNAT'L L. 211 (1997).
- 102) 本稿で私は、日本国憲法を制定した人々が想定したこのねらいを参照している。もちろん、アメリカ人の起草者は、日本がアメリカやその同盟国に対して軍事的な脅威をまた再びもたらすことを阻止するという少々違うねらいをもっていたけれども、この点では同じねらいをもっていた。
- 103) GEORGE M. BECKMANN, THE MAKING OF THE MEIJI CONSTITUTION: THE OLIGARCHS AND THE CONSTITUTIONAL DEVELOPMENT OF JAPAN, 1868-1891 (1957).
- 104) 憲法66条2項は、「内閣総理大臣その他の国务大臣は、文民でなければならない」と規定する。この規定は、芦田修正が憲法9条に追加された後、憲法制定過程において極東委員会の強い主張によって挿入されたものである。その正確な範囲や意味についてはあまり明らかではなかったが(例えば、この規定は、退職した軍の将校の任命を禁止することになるのか、それとも軍の現役メンバーの任命のみを禁止することになるのか?)、この時点では、“civilian”という英語はどのような日本語にすべきなのか、文民という言葉を使用すべきなのかについては不確定の状態であった。MOORE & ROBINSON, *supra* note 7, at 306.
- 105) Yoshida Reiji, *MSDF Knew of Oil Error Since '03: Opposition Demands Sworn Diet Testimony by Officials*, THE JAPAN TIMES, Oct. 23, 2007; *Ex-MSDF Officer Snubs Diet Summons in Refueling Snafu*, THE JAPAN TIMES, Nov. 6, 2007.
- 106) Craig Martin, *Permanent SDF Overseas Deployment Law Endangers Democracy*, THE JAPAN TIMES, May 21, 2008.
- 107) 既存の10本の安全保障法制の改定と1つの新しい法律の制定は、いつどのような状況の下で国会承認が必要となるのかを変更する最終的な効果をもった。新たな「国際平和支援法」(2015年9月30日法律第77号)は、同法に基づく自衛隊の海外展開につき国会承認を要求している。しかし、「自衛隊法」(1954年6月9日法律第165号を改正)、「事態対処法」(2003年6月13日第79号を改正)、「重要影響事態法」(1999年5月28日法律第60号を改正)における改定は、自衛隊の海外展開を伴う様々な状況の中で国会承認を求めている。例えば、長谷部・前掲註(68)参照。
- 108) WOLFGANG WAGNER, PARLIAMENTARY CONTROL OF MILITARY MISSIONS: ACCOUNTING FOR PLURALISM (2006).
- 109) IMMANUEL KANT, PERPETUAL PEACE: A PHILOSOPHICAL SKETCH (1795), *reprinted in* KANT: POLITICAL WRITINGS (H.S. Reiss ed., H.B. Nisbet trans., 2d ed. 1991); THE

- FEDERALIST No. 41, at 251 (James Madison) (Clinton Rossiter ed., 1961). 私は、次の論文でこれらの主張を分析し、武力の行使に関する国際法上の諸原則を憲法上に組み込み、そのような意思決定に対するより強い憲法上のコントロールを定める規範モデルについて詳しく説明している。Craig Martin, *Taking War Seriously: A Model for Constitutional Constraints on the Use of Force in Compliance with International Law*, 76 BROOKLYN L. REV. 611 (2011).
- 110) この文脈での議会の役割について、*see e.g.*, Heiner Hänggi, *The Use of Force Under International Auspices: Parliamentary Accountability and "Democratic Deficits"*, in THE 'DOUBLE DEMOCRATIC DEFICIT' 3 (Hans Born & Heiner Hänggi eds., 2004); Owen Greene, *Democratic Governance and the Internationalisation of Security Policy: The Relevance of Parliaments*, in THE 'DOUBLE DEMOCRATIC DEFICIT' 30 (Hans Born & Heiner Hänggi eds., 2004). 熟議民主主義の機能につきさらに概括的に論じたものとして、*see* AMY GUTMANN & DENNIS THOMPSON, WHY DELIBERATIVE DEMOCRACY? (2004). 「民主的平和」に関する文献（これは膨大である）として、*see e.g.*, R. J. RUMMEL, UNDERSTANDING CONFLICT AND WAR (1979); BRUCE RUSSETT, GRASPING THE DEMOCRATIC PEACE: PRINCIPLES FOR A POST-COLD WAR WORLD (1993).
- 111) GRUNDGESETZ FÜR DIE BUNDESREPUBLIK DEUTSCHLAND [GRUNDGESETZ][GG][BASIC LAW], May 23, 1949, BGBI. I, art. 45b (Ger.).
- 112) *See supra* notes 109 & 110. これらの論点に関する私の分析として、Martin, *supra* note 109.
- 113) *Id.*
- 114) War Powers Resolution, Pub. L. No. 93-148, 87 Stat. 555 (1973) (codified at 50 U.S.C. § § 1541-1548 (2012)). デンマークやスウェーデンが含まれることになる他国の憲法上でのそうしたメカニズムまたはその他の例外事由の事例については、*see* WAGNER, *supra* note 108.
- 115) 日本国憲法76条、81条、98条。
- 116) Martin, *supra* note 3, at 337-343; *but see* Haley, *supra* note 13, at 24, 28.
- 117) 最高裁は、長沼事件において、こうした狭い原告適格要件を確立した（最一小判1982年9月9日民集36巻9号1679頁）。
- 118) JON ELSTER, ULYSSES AND THE SIRENS: STUDIES IN RATIONALITY AND IRRATIONALITY (1979); *see also* Stephen Holmes, *Precommitment and the Paradox of Democracy*, in CONSTITUTIONALISM AND DEMOCRACY 195 (Jon Elster & Rune Slagstad eds., 1988).
- 119) *See* David S. Law, *A Theory of Judicial Power and Judicial Review*, 97 GEO. L.J. 723 (2009).
- 120) この最後の司法審査に関する主張については、さらに多くのことを語ることができよう。しかし、日本国憲法が国際法上の諸原則を組み込んでいる以上、憲法上の制約を厳格に遵守することは、日本が国際法上の諸原則に違反して武力を行使しないということを確認させることになるだろう。*See* Martin, *supra* note 109. 民主主義国家が、反自由主義国家との不合理な戦争に従事する方向へと傾くことに逆らうためのそのようなチェック機能の必要性につき、*See* MICHAEL DOYLES, WAYS OF WAR AND PEACE: REALISM, LIBERALISM, AND SOCIALISM 251-301 (1997).
- 121) *See* WAGNER, *supra* note 108.
- 122) Aziz Z. Huq, *Against National Security Exceptionalism*, 2009 SUP. CT. REV. 225; Cass R. Sunstein, *Judging National Security Post-9/11: An Empirical Investigation*, 2008 SUP. CT. REV. 269; Kent Roach, *Judicial Review of the State's Anti-Terrorism Activities: The Post 9/11 Experience and Justification for Judicial Review*, 3 IND. J. CONST. L. 138 (2009).
- 123) この命題を支持する分析として、*see* Martin, *supra* note 109, at 693-704.
- 124) Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [Federal Constitutional Court] July 12, 1994, 90 ENTSCHIEDUNGEN DES BUNDESVERFASSUNGSGERICHTS [BVERFGE] 286, 106 INT'L L. REP. 320 (Ger.); *see also* Georg Nolte, *Germany: Ensuring Political Legitimacy for the Use of Military Forces by Requiring Constitutional Accountability*, in DEMOCRATIC ACCOUNTABILITY AND THE USE OF FORCE IN INTERNATIONAL LAW 231 (Charlotte Ku & Harold K. Jacobson eds., 2003).
- 125) *Thorson v. Attorney General*, [1975] 1 S.C.R. 138 (Can.); *Nova Scotia Board of Censors v. McNeil*, [1976] 2 S.C.R. 265 (Can.); *see also* PETER HOGG, CONSTITUTIONAL LAW OF CANADA 776-780 (5th ed. 2007).