

## 憲法解釈と法的安定性

|     |   |
|-----|---|
| 著者  | 山崎 友也   |
| 雑誌名 | 金沢法学 = Kanazawa law review  |
| 巻   | 59  |
| 号   | 2   |
| ページ | 245-272   |
| 発行年 | 2017-03-01  |
| URL | <a href="http://hdl.handle.net/2297/46911">http://hdl.handle.net/2297/46911</a> |

# 憲法解釈と法的安定性

山 崎 友 也

## はじめに

政府は2014年、「わが国と密接な関係にある他国に対する武力攻撃が発生し、これにより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のある場合」の武力行使を憲法上許容する閣議決定を行った（新解釈）。そして、この新解釈を前提に、国会は2015年いわゆる安全保障関連法（安保法）を成立させた。新解釈の決定・安保法の審議の各過程において、政府はこの集団的自衛権の「限定」的許容について、「従来の政府見解の基本的論理に基づく自衛のための措置」にとどまるものであって、同見解（旧解釈）となお「論理的整合性」を保ち、「法的安定性」を害するものではない旨繰り返し説いてきた。

この新解釈（安保法）を違憲とする学説が有力に唱えられたのは周知のとおりである。ところがこの違憲説に対して山元一<sup>1</sup>・井上達夫<sup>2</sup>・藤田宙靖<sup>3</sup>が厳し

- 
- 1 山元一「9条論を開く——平和主義と立憲主義の交錯>をめぐる一考察」水島朝徳編『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）73頁以下。
  - 2 井上達夫「9条問題再説—『戦争の正義』と立憲民主主義の観点から」竹下賢ほか編『法の理論』33号（成文堂、2015年）3頁以下。井上達夫「政治的責任としての応答性—愛敬浩二の『応答なき応答』に応答する」竹下賢ほか編『法の理論』34号（成文堂、2016年）179頁以下。
  - 3 藤田宙靖「覚え書き—集団的自衛権の行使容認を巡る違憲論議について」自治研究92巻2号3頁以下。

い批判を加え、これらが石川健治<sup>4</sup>・長谷部恭男<sup>5</sup>・愛敬浩二<sup>6</sup>・樋口陽一<sup>7</sup>・水島朝穂<sup>8</sup>・野坂泰司<sup>9</sup>ら多数の反論・反応を呼び起こしている点は刮目に値する<sup>10</sup>。かつて本稿筆者もまた、「憲法解釈のあり方」「法解釈方法論」の見地から<sup>11</sup>、主に山元・井上の論考を中心に、ごくささやかな整理・分析を試みたことがある<sup>12</sup>。本稿は、前稿では紙数の関係から十分に検討できなかった藤田の論考およびこれに対する反応も含めて、改めて新解釈（安保法）が提起した憲法解釈方法論上の課題について若干の検討を行おうとするものである<sup>13</sup>。

## I 「テーゼA」に対する批判

山元は、新解釈を批判する違憲説の論拠の少なくとも一つをテーゼAと称

- 
- 4 石川健治『『公理』のゆくえ』法学教室426号1頁。
  - 5 長谷部恭男「攻撃される日本の立憲主義—安全保障法制の問題性」、同「藤田宙靖教授の『覚え書き』について」同『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2016年）223頁以下、237頁以下。同「安保関連法制を改めて論ずる」同編『安保法制から考える憲法と立憲主義・民主主義』（有斐閣、2016年）91頁以下。
  - 6 愛敬浩二「政治問題としての憲法9条・再説—井上達夫教授の批判に答える」竹下賢ほか編『法の理論』34号（成文堂、2016年）147頁以下。
  - 7 樋口陽一「どう読みどう考えたか—藤田宙靖『覚え書き—集団的自衛権の行使容認を巡る違憲論議について』に接して」世界883号141頁以下。
  - 8 水島朝穂「安保関連法と憲法研究者—藤田宙靖氏の議論に寄せて」法律時報88巻5号77頁以下。
  - 9 野坂泰司「憲法は変わったのか—〈憲法の解釈〉と〈憲法の変化〉」世界885号193頁以下。
  - 10 この点、渡辺康行「学会展望〔憲法総論〕」公法研究78号272頁は、「憲法学上の議論は極めて活性化している」として、これを「けがの功名」と評価する。
  - 11 岡田信弘「深瀬9条論の今日性—『丸山9条論への応答』として読み解く」法律時報88巻9号76頁。
  - 12 山崎友也「安保法雑感—近時の『護憲派』批判を契機に」法学セミナー738号35頁以下。
  - 13 本稿は、山崎・前掲注(12)の叙述の補充・補完を目指している性質上、前稿と内容が一部重複することをお断りしておく。

して、次のように定式化している<sup>14</sup>。

「集団的自衛権の行使を違憲だとする、長年にわたって確立されてきた内閣法制局による憲法9条に関する憲法解釈を、憲法改正手続きを経ることなくして変更することは、立憲主義を踏みにじる」(テーゼA)

このテーゼAをどのように理解・評価するかということが、本稿が検討対象とする諸論考の問題関心を貫いているように思われる。前稿との多少の重複をいとわず、このテーゼAをめぐる論争を振り返ってみよう。

#### (1) 山元説

山元によれば、このテーゼAを「正統的憲法解釈」は主張できない。なぜなら、憲法9条が禁止する「陸海空軍その他の戦力」と「必要最小限度の自衛力」とを区別し、後者を許容し自衛隊(法)を合憲とする旧解釈は、「正統的憲法解釈」によれば、憲法解釈の限界(「枠」)を超えた「にせ解釈」<sup>15</sup>と批判されてきたからである。法的に無価値であるはずの「にせ解釈」を、憲法改正が必要か、あるいは憲法解釈による変更可能かを切り分ける「決定的な境界線として機能させることが法的に正当化されうる」のか問題となるという<sup>16</sup>。

#### (2) 井上説

井上も同旨の指摘を行っている。井上によれば、新解釈を批判する「護憲派」は、自衛隊(法)を違憲とする「原理主義的護憲派」と、合憲とする「修

14 山元・前掲注(1)85-86頁。

15 清宮四郎「憲法の変遷について」同『国家作用の理論』(有斐閣、1968年)187頁以下参照。

16 山元・前掲注(1)92頁(傍点山元)。

正主義的護憲派」とに分類できるが、いずれも「欺瞞」に満ちた言説を展開している<sup>17</sup>。前者「護憲派」は、違憲と解してきた自衛隊（法）・日米安保体制の解消を唱えなくなる一方、専守防衛を事実上容認するに至っている。前者「護憲派」は、にもかかわらず、自衛隊（法）・日米安保体制が専守防衛以上に強化されるべきではないという自らの「政治的選好」を満たすために憲法9条を政治的に利用してきた。新解釈への批判もまた9条の政治利用の一例に過ぎない<sup>18</sup>。これに対して後者「護憲派」は、「自分たちの気に食わない憲法条文を、憲法改正手続をバイパスして解釈改憲で変えてしまう手法」を採る点で新・旧解釈と共通している<sup>19</sup>。後者「護憲派」・旧解釈は「古い解釈改憲」に過ぎず、「新しい解釈改憲」である新解釈を批判する資格はない。「自己の政治的選好で左右できないような憲法の規範的権威への敬意を欠き、むしろ政治的必要性と自分が判断するものに憲法解釈を合わせることにより、憲法に対する政治的優位を容認する点で、どちらも同罪だからである」<sup>20</sup>。

### (3) 藤田説

藤田もまた、山元・井上ほど明確な形ではないが、ほぼ同旨を指摘しているように思われる。藤田は、新解釈（安保法）について、憲法改正手続を回避しようとする便法であって権限（形式）の「濫用」として違憲（違法）と解する見方がありうる<sup>21</sup>と述べたうえで、現行憲法下で自衛権の行使や自衛隊が認め

17 井上・前掲注(2)「9条問題再説」23 - 25頁。

18 井上・前掲注(2)「9条問題再説」37 - 38頁。「原理主義的護憲派」の内実をめぐってさらに、愛敬・前掲注(6)と井上・前掲注(2)「政治的責任としての応答性」との間で応酬があるが、憲法解釈のあり方について根本的な理解の相違があるため、議論が全くかみ合わないまま表面的な「白熱」ぶりだけが目立つ格好になっている。

19 井上・前掲注(2)「9条問題再説」33頁。

20 井上・前掲注(2)「9条問題再説」36 - 37頁。

21 ここで藤田は、石川健治「[インタビュー] 集団的自衛権というホトトギスの卵—『非立憲』政権によるクーデターが起きた」世界772号60頁の指摘を念頭に置いている。

られてきたのは憲法の「解釈・運用」によるものであることに注意を促す<sup>22</sup>。新解釈（安保法）の違憲性を批判する場合、新解釈（安保法）が従来行われてきた憲法の「解釈・運用」とは異質の権限の「濫用」であって違憲だといえるのは何故か説明が必要である旨を説くものと解される。

## II 「テーゼA」支持者の応答とその当否

では、上記のような批判・疑問に対して、テーゼAの支持者はどのように応答するのであろうか。その予想しうる応答を山元は下記の第1～3説に整理している<sup>23</sup>。本稿もまた、これに従って検討してみることにしよう。

1 旧解釈は憲法9条の「枠」の外にある「にせ解釈」であったが、国際情勢等の変化により同条の「枠」に入る「正解釈」になったと理解する説（憲法変遷論）

橋本公亘によれば、旧解釈は現行憲法制定当初から1980年代までは憲法9条解釈の「枠」を超えたものであった。しかし、その間に「国際情勢およびわが国の国際的地位」は著しく変化し、「国民の規範意識」も現在では自衛戦力の保持を認めるに至った以上、同条の意味は変遷し、したがって旧解釈は9条解釈の「枠」に収まるようになったと解すべきだとされる<sup>24</sup>。近時でも、横大道聡は、「国会重視の憲法論」の立場から、国会における審議・政府答弁・立法の蓄積に基づき9条は「必要最小限度の自衛力」の保持を許容する条項に変遷したと説いている<sup>25</sup>。

22 藤田・前掲注(3)15-16頁。

23 山元・前掲注(1)92-93頁。ただし、下記第1～3説のネーミングは山元のそれには必ずしも従っていない。

24 橋本公亘『日本国憲法〔改訂版〕』（有斐閣、1988年）439頁。

25 横大道聡「平和主義・国際貢献・集団的自衛権」法律時報86巻5号50-51頁。

確かに、「必要最小限度の自衛力」を許容する旧解釈が「国民の規範意識」や国民代表である国会（の多数派）によって受容され続けたことの政治的意義は否定できない。しかし、憲法変遷論は、山元が指摘するように、「自衛隊に対する評価を違憲から合憲に変化させる質的な変化（＝「枠変動」）が1980年代から2010年代までの間でなぜ生じたといえるのか」<sup>26</sup>について必ずしも十分な説明を与えるに至っていない。法規範に変換されていない国民の「意識」や国会審議の蓄積に、憲法条項の規範内容それ自体をほぼ正反対に変更させる方を認めることは、憲法改正手続の意義を否定する危険があるというほかない。「国民の規範意識」「国会重視の憲法論」は、憲法条項の「枠」内における規範内容の補充・補完という意味での「憲法習律」の成立を正当化するととどまると解するべきである<sup>27</sup>。

2 旧解釈は依然として憲法9条に反する違憲の解釈であるが、「にせ解釈」ではない、一定の正当性を帯びた「ありうる解釈」に変貌したと解する説

### (1) 小林説

山元は、この第2説の「前身的な理論」として小林直樹の自衛隊「違憲・合法」論<sup>28</sup>を挙げる。なぜなら小林の議論は、自衛隊の憲法適合性を否定する一方、自衛隊（法）が膨大な法令を基礎として一定の期間安定的に存在・機能し、全体として健全な法執行を実現してきたことを直視すべきだと主張していたからである。旧解釈を学理的に支持するものではないものの、これに「ニュアンスに富んだ特別な規範的意義」を承認する学説といえるという<sup>29</sup>。

---

26 山元・前掲注(1)94頁。

27 山崎・前掲注(12)36頁。

28 小林直樹『憲法第9条』（岩波書店、1982年）151頁以下。

29 山元・前掲注(1)94-96頁。

## (2) 青井説・水島説

山元によれば、青井未帆が小林と同じ発想の主張をしているとされる。青井は、旧解釈を受け入れるわけではないが、これを「ありうる解釈」として認めたいうえで、政府の安全保障政策が旧解釈と整合しているかを「憲法に従った政治」か否かの観点から検証すべきだという。その結果今日に至るまで、「学説と政府解釈の複合体として」、自衛隊等の「実力の管理」に成功してきたと評価する<sup>30</sup>。

小林説が、「矛盾した法現象」の「単一の客観的な法秩序認識」<sup>31</sup>として成功したか否かはともかく<sup>32</sup>、自衛隊の憲法上の評価とは別に、現に存在する自衛隊に対する法的統制の必要性・合理性を説いた点において、青井の問題意識と通底しているのは明らかであろう。自衛隊違憲説を採りつつ防衛問題について一貫して発言を続けてきた水島朝穂が、あえて旧解釈に徴して集団的自衛権行使の是非を検討することの意義を、『『軍事的なるもの』の持続可能な統制と9条の規範力を検証していくこと』に求める<sup>33</sup>のも、同様の問題意識に基づくものと理解できる。

問題は、青井のいう「ありうる解釈」の憲法解釈における位置づけである。青井によれば、旧解釈は「誤った解釈であると断言」もされないが、「正解釈」だとみなされるわけでもない。しかし、このような理解は、「にせ解釈」であった旧解釈が現実を容認する方向に移動し「ありうる解釈」になったと説いているようにみえる。だとすると、新解釈も将来的に「ありうる解釈」になる可能性はないのか。また、「にせ解釈」が「ありうる解釈」へと変化したと

30 青井未帆「憲法9条と自由」阪口正二郎編『自由への問い3 公共性』（岩波書店、2010年）114 - 115頁。

31 山元・前掲注(1)96頁。

32 菅野喜八郎「自衛隊の『合法＝違憲』説所見」同『続・国権の限界問題』（木鐸社、1985年）265頁以下、同「再び『自衛隊の「合法＝違憲」説』について」同『論争憲法・法哲学』（木鐸社、1994年）103頁以下。

33 水島・前掲注(8)79頁。



いう理解は、上記第1説と実質的に同じ説とだと解する余地があると指摘される<sup>34</sup>。

### (3) 新・旧解釈の論理的整合性を検証する意味

この点、旧解釈が正当かという問いとは全く別に、現に旧解釈が通用してきたことを前提に、新解釈との整合性を検証することは可能だと説く向きがある<sup>35</sup>。確かに、新解釈は、旧解釈との間で「論理的整合性」を維持していることを自ら主張している。新解釈によれば、いわゆるフルスペックの集团的自衛権の行使は、旧解釈を前提にする限り違憲と解するほかないが、「限定」された集团的自衛権の行使は許容される。新解釈は、テーゼAを前提にしており、旧解釈を「正当」とするかとは別個に、旧解釈と新解釈との間の「論理的整合性」を測ることは可能かつ必要である。

そもそも、自己の解釈主張とは別に、新・旧解釈の「論理的整合性」を検証するという作業は憲法学にとっていかなる意味があるのであろうか。例えば、判例研究において諸判例の整合性がしばしば問題となる。新・旧解釈の整合性の検証もそれと同じことだといえる。しかし、これは、あくまで裁判所ないし政府の考えるはずの整合性の検証であって<sup>36</sup>、判例理論や政府解釈をどう理解するかの問題である。判例理論や政府解釈を正確に理解したうえで、これが憲法の「正当」な実体的解釈といえるか（批判的に）検証することはその次の作業となる。新・旧解釈の「論理的整合性」の検証は、あくまで新・旧解釈の正当性を論じる準備作業にとどまる。

---

34 山元・前掲注(1)97頁。

35 春山習「九条論に関する山元一氏の議論について」水島朝穂・直言『1000分の1程度の解釈改憲』と憲法学 <http://www.asaho.com/jpn/bkno/2015/1102.html> (2016年11月4日閲覧)。

36 山崎・前掲注(12)36頁(傍点筆者、以下同じ)。

#### (4) 旧解釈の正当性と通用性との関係

では、上記第2説の論者は、旧解釈の正当性と通用性とを完全に区別して議論していたのであろうか。青井があえて旧解釈を「ありうる解釈」と評価しているのは、旧解釈の一定の正当性とその効用を認めたくえて、憲法9条の実体的解釈を行うことが同条解釈の説得力を増すと考えたからではないか。水島の議論もまた、「軍事的なるもの」や9条の「規範力」に対して、新解釈より旧解釈の方が一定の好ましい影響があるという水島自身の9条解釈に起因する規範的評価を述べたものと解しうる。しかし、その一方で、「学説と政府解釈の複合体」が自衛隊の実力管理に成功してきたという青井の主張は、9条の解釈学説というより、学説や旧解釈が現に果たしてきた機能の政治学・社会学的説明とも解すことも可能である。水島のそれもまた、同じ趣旨なのかもしれない。

このように、上記第2説の論者が旧解釈の正当性と通用性とを完全に分離し、後者のみを前提に「論理的整合性」を問題にしているとは断定できない。新解釈と旧解釈との間の「論理的整合性」の検証は、憲法9条の実体的解釈とは一応区別されるべき作業である<sup>37</sup>。9条の実体的解釈において旧解釈をどう位置づけるか明確にしないまま新解釈の違憲性を説いても、9条の解釈学説としての説得力を全体として維持・増進することは難しいように思われる。新解釈が旧解釈との「論理的整合性」は、旧解釈自体の9条適合性を前提にするものであって、少なくとも主観的には9条解釈の一貫性・体系性を意識したものであった。これに対して上記第2説は、新解釈の違憲性を説くにあたって、上記第1説や旧解釈を「正解釈」とする下記第3説を拒否しながら、なお旧解釈の規範的・政治的意義を直視するという、憲法解釈の一貫性・体系性という

37 憲法9条適合性(合憲・違憲)とは区別される「立憲・非立憲」(石川・前掲注(21)60頁, 樋口・前掲注(7)146頁参照)の評価軸の適用が可能かもしれないが、本稿ではこれ以上立ち入ることができない。なお、「法的安定性」の侵害を直截に新解釈の違憲性の論拠とする学説については、本稿Ⅲで検討する。

観点からすると大変困難な立場を選択している。山元や井上の批判はその点を突くものであった。

### 3 旧解釈はそもそも「にせ解釈」ではなく、当初から違憲の瑕疵のない正当な解釈と解する説

#### (1) 高橋説

テーゼ A を支持するためには、むしろ、旧解釈が憲法 9 条の実体的解釈として正当だと解するのがもっとも容易である。この点を明確に主張しているのが高橋和之である。高橋は、憲法 9 条を、R・ドゥオーキンが区分した「原理」（明確性を欠くが方向性のみを示す法規範）と「ルール（準則）」（一定の明確な内容を有する法規範）のうち後者だとみなす。憲法 9 条は、他の「原理」により制限される旨の規定がない統治機構の規定だからである。同条を「原理」と解する論者は、その根拠を論証する責任を果たしていない<sup>38</sup>。

もっとも、高橋によれば、「原理」はもちろん「ルール」であっても解釈の余地がある以上、立憲主義は権力行使者の憲法解釈に一定の守るべき基準（「枠」）を課す。その「枠」を高橋は「制憲者意思」だとする。条文テキスト自体が他の解釈を許容するようにみえても、少なくとも制憲議会において特定事例との関係で条文テキストの意味について一定の了解が成立すれば、その解釈は、後の解釈者を拘束するという<sup>39</sup>。「制憲者」は、憲法 9 条の下でも自衛権は保持しうるものの、自衛権の発動たる戦争は放棄され、交戦権も否認される

---

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）185 - 187頁。ここでは、憲法 9 条を「原理」とみなす長谷部説（長谷部恭男「平和主義と立憲主義」長谷部恭男『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2016年）3頁以下参照）が批判されている。

39 高橋・前掲注(38)190頁。

と了解していた。また、当時、憲法が禁止する「戦力」とは別に、それと区別される「実力」がありうるとは明示的に問題設定され議論されることはなかった。したがって、日本への武力攻撃に備える「必要最小限度の実力」（自衛力）の設営を許容する旧解釈は、9条に包摂される新たな「ルール」と解しうる<sup>40</sup>。

これに対して、新解釈を憲法9条に包摂される新たな「ルール」とみなすことはできない。なぜなら、通常理解される集団的自衛権の行使は、日本への武力攻撃を必須の要件としない点で、既存のルールと不整合を来たすし、集団的自衛権行使に「必要最小限度の実力」は相手国の事情により変化するので、その限界を明確にできないからである。新解釈は、「制憲者意思」に適合しない解釈であって「立憲主義への挑戦」というほかない<sup>41</sup>。

## (2) 野坂説

野坂泰司も高橋とほぼ同旨の論考を公表している。「制憲者の意図」を重視すべき理由を高橋より丁寧に説く一方で、「制憲者の意図」を出発点とした「憲法の変化」の可能性について肯定的に論じているのが特徴である<sup>42</sup>。野坂によれば、憲法解釈は憲法条文を構成する言語の意味ではなく、その言語を用いて何が定められているかを知る必要があり、そのためには「制憲者の意図」を探求しなければならない<sup>43</sup>。他方、制憲者は将来の事態を予見し尽くせない以上、その想定外の新たな事態への対応に迫られる。立法者や裁判官は、「制憲者の意図」＝当該条項の趣旨・目的に反しないよう、憲法の意味を具体化・明

---

40 高橋・前掲注(38)192 - 194頁。

41 高橋・前掲注(38)195 - 196頁。

42 藤田・前掲注(3)の憲法解釈方法論には反対する旨が示唆されている点(野坂・前掲注(9)208頁注(5))も興味深い。

43 野坂・前掲注(9)196頁。

確化してゆく義務を負う<sup>44</sup>。

### (3) 「制憲者意思（意図）」の限界

本稿筆者もまた旧解釈を正当とし新解釈を不当とする上記第3説を結論的には支持する<sup>45</sup>が、高橋・野坂の議論には傾聴に値する多くの指摘が含まれる一方、検討すべき余地がなお残されているように思われる。

第1に、高橋が憲法9条を「原理」「ルール」のいずれとみるべきかを重視している点である。高橋自身認めているように、「ルール」もまた解釈を要する場合がある。「原理」との違いは結局解釈の幅が小さいか大きいかの違いに過ぎないのではないか。「原理」は他の「原理」との調整の余地があるといっても、当該「原理」の示す方向性を全否定するような「調整」は明確に違憲だと断定できる。

他方、憲法9条は自らを制限する「原理」を有しない「ルール」だと高橋は解する。しかし新・旧解釈がともに9条解釈に憲法13条を援用しているように、9条2項の戦力禁止規定を緩和して解釈するための「原理」を他の憲法条項に求めることは決して不可能ではない。「制憲者意思」はこのような調整を禁止していたのであろうか。同じく「制憲者の意図」を重視する野坂がこの「原理」「ルール」の区別論に全く触れていないのは、示唆的である。

第2に、「戦力」と「実力」の区別論に関する「制憲者意思（意図）」の高橋・野坂の理解の仕方には異論がありうる。両者とも制憲議会における吉田茂をはじめとする政府関係者の答弁や議員の質疑から、「制憲者」は「戦力」に至らない「実力」（自衛力）の可能性について意識していなかったが、否定もしていなかったと解する<sup>46</sup>。しかし、問題設定も議論もされなかったことが直

44 野坂・前掲注(9)201頁。

45 山崎・前掲注(12)38頁。何より、齊藤正彰「集团的自衛権と憲法9条解釈のスタンス」北星論集(経)55巻2号1頁以下を参照。

46 高橋・前掲注(38)193-194頁、野坂・前掲注(9)196-197頁。

ちに「戦力」とは異なる「実力」（自衛力）の設営の許容可能性を意味するか疑わしい<sup>47</sup>。野坂によれば、「制憲者」は、「他国からの武力攻撃に対して全くの無防備・無抵抗を貫くべし」と明確に表明しなかった反面、自衛権の具体化の方法を将来世代に委ねていたとされる<sup>48</sup>。ただ、同時に「制憲者」は、日本領域への武力攻撃に対しては、「戦力」に満たない「警察力」や、野坂も認めるように国連軍<sup>49</sup>、あるいは米軍による「抵抗・防備」の可能性を暗黙のうちに考えていたかもしれない。にもかかわらず、そのような暗黙の「制憲者意思（意図）」の余地を最初から排除してしまうと、それは「制憲者意思（意図）」に、必ずしもそうとはいえないものが密かに読み込まれた結果だと解される危険がある。

むしろ、いわゆる松本委員会においてすでに「警察外ニ要スル必要最小限ノ国防力」もしくは「警備隊のようなもの」を将来日本国として復活させるべきかという議論がなされていた点<sup>50</sup>や、その松本委員会において重要な役割を果たした入江俊郎や佐藤達夫の属する法制局が、憲法9条は、自衛戦争や交戦権は全否定しているものの緊急避難や正当防衛の法理による自衛権の行使の余地を残していると解していた点<sup>51</sup>、そして、憲法改正案の枢密院審査において、松本蒸治が、9条の下でも自衛戦争とは異なる「自衛といふ働き自身」は許容

47 山元・前掲注(1)99 - 100 頁。なお、山元は、高橋説によれば、旧解釈の下、非武装主義を掲げる政権が現れた場合、自衛力を許容する旧解釈の変更を確認するため、9条改正が必要になると説く（同100頁）が、必ずしもそうではあるまい。旧解釈は、あくまで自衛力を許容するにとどまり、これを要請するものではないからである。旧解釈の下でも非武装主義の採用は法理上可能である。この点は、山元の横大道説理解とも関連している（山元・前掲注(1)107頁注(33)参照。この点に関する本稿筆者の理解は、山崎・前掲注(12)39頁注(16)に示した）。

48 野坂・前掲注(9)197頁。

49 野坂・前掲注(9)196頁。

50 高見勝利「天皇制と憲法9条」同『芦部憲法学を読む—統治機構論』（有斐閣，2004年）480頁。

51 高見・前掲注(50)484頁。

されると発言していた点<sup>52</sup>に照らすと、「制憲者」は「戦力」と「実力」（自衛力）の区別論を「意識」し「議論」もしていたと解することは十分可能ではないか。

しかし、こうしてみると、改めて第3に、憲法解釈における「制憲者意思（意図）」の位置づけに動揺が生じることになるのもまた確かである。野坂によれば、「言葉は意味しない。人が意味するのである」から、憲法テキストの解釈は、「制憲者の意図」を最も重視する必要がある<sup>53</sup>。問題は、憲法テキストを「意味する」「人」とは一体誰を指すかである。高橋・野坂は「制憲者」を制憲議会だと解しているようであるが、憲法テキストが「制憲者」としているのは、制憲議会ないしそのメンバーではなく「日本国民」である（憲法前文第1段）。このことは、「制憲者意思（意図）」なるものが、制憲議会を超えた時空の広さ・大きさを有している可能性を示唆している<sup>54</sup>。

野坂は、「制憲者」自身が「誤った判断」をなしうる以上、後世の我々が制憲当時の人々の「期待や信念」に左右される必要はなく、憲法テキストにどのような原則が確定されているかが重要だと述べる<sup>55</sup>。「歴史的に確定」したはずの「制憲者の意図」が、「原則」の憲法テキストへの読み込みによって否定される可能性を認めているといえる。

しかし、こうなると「制憲者の意図」は憲法テキストが示す「原則」により否定されうる以上、「制憲者の意図」を憲法解釈の唯一の出発点とする憲法解釈方法論の事実上の修正に等しい。確かに憲法解釈を構築するうえで「制憲者の意図」を確認することは必要であるし、それとして有意義な場合がある。だ

---

52 高見・前掲注(50)485頁。

53 野坂泰司「憲法解釈の理論と課題」公法研究66号13-14頁。

54 長谷部恭男「制定法の解釈と立法者意思」『比較不能な価値の迷路』（東京大学出版会、2000年）127-128頁は、①憲法テキストの漠然姓・多義性、②国民投票を経た場合をはじめ「制憲者意思」の確定の困難性、③憲法制定後の時の経過、④テキスト内容が普遍的な政治道徳に関わる、ことを理由に憲法解釈における「制憲者意思」の採用には限界があると解する。

55 「第1部会 討論要旨」公法研究66号164頁（野坂泰司発言）。

が、憲法テキストは「制憲者の意図」の確認の後、その補充・補完そして場合によってはその修正を経ることではじめて、現在・将来の主権者「国民」にとっての憲法であり続けるのではないか。

野坂は、憲法 24 条の「制憲者」は同性婚の許容を「意図」していたと解する<sup>56</sup>。確かに、同性間の「婚姻」ないしそれに準じるパートナーシップを法定しても、憲法に反するものではないと解することは結論としては可能であろう。しかし、「人格の尊重」を謳っていた「制憲者の意図」のみから、直ちに「両性の合意のみ」による「婚姻」（憲法 24 条 1 項）や家族制度における「両性の本質的平等」（同条 2 項）を定める憲法が、女性差別の解消を超えて、同性婚を許容しているという解釈を導くのはやや飛躍であろう。「制憲者の意図」だけではなく、憲法 13 条や 24 条の文理解釈（「両性」に限るとは規定していない）や、「個人」「婚姻」像の変化や同性愛に対する社会的承認の一定の進化を総合的に勘案することではじめて同旨の結論を導きしめる（もっとも、同性婚よりパートナーシップの方が憲法テキストにより合致するといえるかもしれない）。本稿筆者が旧稿で憲法 9 条解釈の「枠」について、「その文理を十分に踏まえつつ、他の憲法原理・条項と調和するバランスのとれた規範内容を導きうるか否かが最終的な問題になる」<sup>57</sup>と述べたのは、これまでの本稿における叙述と同じ趣旨である<sup>58</sup>。

56 野坂・前掲注(9)202頁。

57 山崎・前掲注(12)37頁。なお、井上・前掲注(2)「9条問題再説」は、憲法9条の「思想的地位」を「絶対平和主義」と解したうえで、自衛隊合憲説を9条の「文理」に反するとして「峻拒」する(13-14頁)。この理解は、高橋・野坂とは全く逆に「制憲者意思(意図)」を軽視しすぎているきらいがある。すでにみたように、制憲議会では、自衛権行使の可能性や国連軍による防衛の余地が語られていた以上、9条を「絶対平和主義」の文脈でのみ解釈するのはバランスを欠くといわざるをえない。井上の支持する「消極的正戦論」(11頁)の文脈から9条を解釈すれば、同条の「文理」からしても、「戦力」に至らない「自衛力」を許容する旧解釈も十分採用可能になるように思われる。しかし、井上はその可能性を何ら検討しないまま、旧解釈を「自衛戦力」合憲説に一括し「解釈改憲」として片づけてしまっている。

58 本稿の以上の行論は、日本国憲法の解釈における「制憲者意思(意図)」の援用の限



### III 政府解釈の変更と法的安定性

#### 1 憲法9条解釈の「枠」論なき違憲論

IIで検討した上記第1~3の各学説は、憲法解釈には「枠」があることを前提にしている。憲法解釈には「枠」があると考えられるからこそ、憲法9条解釈の「枠」の「変遷」の存否や、旧解釈が「正解釈」か「ありうる解釈」あるいは「にせ解釈」かについて語られうる。しかしその一方で、必ずしも9条解釈の「正しさ」ないし「枠」論によることなく、新解釈（安保法）の違憲性が主張されることがある。これらの論者は、つまるところ新解釈（安保法）について「法的安定性」を侵害する点で違憲と解しているようだ<sup>59</sup>。この「法的安定性」の理解の仕方によっては、確かに、上記第1~3説とは異なる形でテーゼAを正当化する論拠となりうる。

---

界を指摘したものに過ぎず、「原意主義」の展開可能性やその問題発見的機能まで全面的に否定するものではない。合衆国における「原意主義」をデモクラシー論に接合する諸学説を整理・分析した比較的近時の文献として、松尾陽「原意主義の民主政論的展開(1)~(3・完)―民主的憲法論の1つの形」法学論叢166巻4号49頁以下・167巻3号98頁以下・167巻4号42頁以下から多くの示唆を得た。

- 59 長谷部・前掲注(5)の各論考、樋口・前掲注(7)。南野森「禁じ手ではなく正攻法を、情より理を」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)95-96頁の叙述もまた、有権解釈機関による憲法解釈は憲法条文の意味を自由に決定できるが、憲法学説等から「解釈の解釈」という「制約」を受けるという叙述(南野森「憲法・憲法解釈・憲法学」安西文雄ほか『憲法学の現代的論点〔第2版〕』〔有斐閣、2009年〕3頁以下)を併読すると、長谷部・樋口と同様の理解を示したものである可能性がある。

もともと、南野森「憲法解釈の変更可能性について」法学教室330号35頁は、最終的有権解釈機関である最高裁判所が自衛隊や集团的自衛権の行使の憲法適合性について判断を下していない現状では憲法9条は「死文化どころか、未だ規範を産み落としてさえいない」のだから、政府の旧解釈は「法的にはいかなる機関をも拘束するものではない」と述べる。このような理解によれば、9条解釈の「法的安定性」に関して述べた最高裁判例がない状況下では、新解釈が「法的安定性」を侵害するという言説もまた、「法的」な「拘束」力を主張する適格を有しないことになるように解される。

すでにみたように、新解釈は自ら「法的安定性」を害するものではないと述べている。これに対して、憲法研究者でおそらく最初に、新解釈（安保法）が「法的安定性」を侵害すると明確に指摘したのが長谷部である。長谷部は、2015年6月4日開催の衆議院憲法審査会において新解釈（安保法）が「法的安定性」を侵害し違憲である旨明言し、同時期発売の雑誌座談会においても「政府の憲法解釈というもののステータスを、極めて根底的に不安定化させていると思います」と新解釈を批判している<sup>60</sup>。しかし、これに異論を唱えたのが藤田である。

## 2 「法的安定性」の「規範論理的意味」

藤田は、長谷部のいう「法的安定性」が「正確に如何なる規範論理的意味を持つのか」「十分に理解できないところがある」と述べたうえで、以下の3通りの理解の仕方がありうるという<sup>61</sup>。

### (1) 旧解釈が当初から不可変更の効果を有すること

旧解釈は、「現在および将来の国民を名宛人として約束したこと」であって、これに反する新解釈は、「合意は拘束する」という近代法の根本原則に反すると説く石川の発言<sup>62</sup>がまず取り上げられている。しかし、藤田によれば、一旦確立した判例法理であってもその変更はありうるし、当事者間の合意により成立した契約もまた、事情変更の法理により内容解釈の変更が認められるは

---

60 磯崎陽輔ほか「[[徹底討論]『切れ目ない安保法制』の整備目指す政権 国民全体を巻き込んだ深い議論が必要 『政府広報』でなく、分析的な報道を」ジャーナリズム [2015年6月号] (朝日新聞社, 2015年) 8頁 (長谷部恭男発言)。

61 藤田・前掲注(3)10-13頁。ただし、以下のネーミングは必ずしも藤田のそれに従っていない。

62 石川・前掲注(21)62頁。

ずだとする。旧解釈については何故一切変更が許されないのか説明が必要だという。

- (2) 旧解釈が長期にわたって広く承認され、それに基づく法秩序が形成されてきたこと

そこで、藤田は、「法的安定性」とは、長期にわたって承認されてきた旧解釈に基づく法・社会秩序が形成されてきたことを意味し、これが一内閣の不合理な憲法解釈により変更されることをもって「法的安定性」の侵害だと解されている可能性があるとする。そして、旧解釈は「憲法9条の規範として骨肉化している」という山口繁・元最高裁判所長官の発言<sup>63</sup>や、「憲法習律といってもよい」という宮崎礼壹・元内閣法制局長官の発言<sup>64</sup>を、この第2の意味での「法的安定性」の尊重を説くものと理解する。しかし、藤田は、旧解釈が前提とする状況とは全く異なる状況下であっても、「事実の積み重ね」だけで政府解釈の変更を否定できるのか、憲法9条の内容そのものに反する解釈変更だと何故いえるのかと疑問を呈する。

- (3) 現在も「正しい解釈」である旧解釈が維持され、「誤った解釈」である新解釈は排斥されるべきこと

こうして藤田は、新解釈が侵害したとする「法的安定性」論について、国会審議の積み重ね等により確立してきた旧解釈は「正しい解釈」だと推定が働き、それを「誤った解釈」だという場合には、それなりの十分な立証が必要であるという主張だと理解する。そして、新解釈が「法的安定性」を侵害しているという主張は、結局、旧解釈を「正しい解釈」とする一方、新解釈を「誤っ

63 山口繁インタビュー・朝日新聞 2015年5月3・4日朝刊

64 宮崎礼壹『『切れ目なき安保法制』法案の憲法上の問題点』法学教室 420号 45頁。

た解釈」だと解する実体的判断を意味しているとされる。

### 3 長谷部・樋口の藤田批判

#### (1) 長谷部説

上記の藤田の指摘に対していち早く反論を公表したのが、長谷部である。長谷部によれば、藤田のいう「正しい唯一の解釈」なるものがあれば、そもそも改めて法文を「解釈」する必要はない。「正しい解釈」が何か対立があるからこそ、最終的有権解釈機関が必要とされる。そうではなく単に自己が「正しい」と信じる解釈を「正しい解釈」というのであれば、それは空虚な言明である。藤田の「正しい唯一の解釈」論は、「解釈」という活動の性格を歪める<sup>65</sup>。

このように長谷部は「正しい解釈」を否定する一方で、法文の「正しい理解」は存在するという。長谷部は、ジョセフ・ラズのいう「機能する憲法」論<sup>66</sup>を好意的に紹介する。公開され、その意味が明確で内部に矛盾を含まない法文は、そのことば通りに受範者に解される（正しい理解）。このような法文をラズは「権威となる条文」と呼ぶ。他方、意味が漠然としていたり、相互に抵触していたりする等、そのことば通りに解せない法文は、そのままでは受範者により「権威」とはみなされない。そこで、有権解釈機関が当該法文に「権威ある解釈」を与える必要がある。「機能する憲法」とは、「権威ある条文」と「権威ある解釈」とから構成される<sup>67</sup>。

長谷部によれば、旧解釈は「唯一の正しい解釈」ではないが、「機能する憲法」として内容も明確で安定性も備え、現に多数の者の行動を的確に調整・制約してきた。しかし、新解釈は、従来の政府解釈との論理的関係が不明で、政

65 長谷部・前掲注(5)「藤田宙靖教授……」238頁。

66 Josef Raz, *Between Authority and Interpretation* (Oxford University Press, 2009), pp.348 - 350.

67 長谷部・前掲注(5)「藤田宙靖教授……」239頁。

府の行動の外縁も明確に述べることはない。新解釈は「機能」しえない解釈であり、十分な理由のない新解釈への変更は立憲主義に反する。藤田のいう「正しい唯一の解釈」ではないから新解釈を違憲だとする「強すぎる」主張によるわけではない<sup>68</sup>。

## (2) 樋口説

樋口もまた、長谷部と同様に藤田の解釈の「正しさ」という語は、解釈者の主観にとってのみ意味があると疑問を呈する<sup>69</sup>。法解釈における「正しさ」とは、真か偽かの問題ではなく、法解釈それ自体の論理的整合性と、法体系全体における無矛盾性という「ゲームのルール」により判断される<sup>70</sup>。「法的安定性」論は、新解釈違憲説が自己の主張を優位に置くための援用した「ゲームのルール」の一環としての「理論」である。これに対して新解釈合憲説は「後法優位のルール」や「憲法変遷論」等の「理論」を持ち出すだろうが、これら諸「理論」の可否は、真・偽判定のテストによっては決まらず、「法律学的」議論において循環を続けるのみだとされる<sup>71</sup>。

## 4 「法的安定性」論に関する若干の検討

### (1) 「正しい解釈」の理解

上記の議論をみてまず疑問に思うのは、藤田のいう「正しい解釈」とは、長谷部のいう「正しい唯一の解釈」、あるいは、樋口のいう「真」の解釈を指すのか、という点である。確かに、藤田の論考は「正しい解釈」の意味を明示し

68 長谷部・前掲注(5)「藤田宙靖教授……」240頁。

69 樋口・前掲注(7)145頁。

70 樋口・前掲注(7)147頁。

71 樋口・前掲注(7)147 - 148頁。

ていない。しかしその一方で藤田は、新解釈への「変更」の意味について、旧解釈は誤っていないが、「現在の状況により即したように、その内容を一部解釈し直」したものと理解する余地があるという<sup>72</sup>。この叙述は、憲法9条の「正しい解釈」は唯一つのそれに限られるわけではないと藤田が解していることを示唆している。法文テキストが解釈を受けるように、法文テキストの解釈の産物としてのテキストもまた解釈を受けうる。問題は、「9条解釈の解釈」が9条という法文テキストの解釈の「枠」に収まっているかということである。藤田のいう「正しい解釈」とは、「枠」に収まる解釈という程度の意味であって、「唯一」の解釈とか「真」の解釈といった「強すぎる」意味ではないのではないか。

法解釈に「枠」があると解するのは、長谷部や樋口も同じである。しかし、「枠」の内実の理解は、両者で異なる。上述したように、樋口は「ゲームのルール」としての「枠」論を提示する。これに対して長谷部は、「より実質的で濃厚な『解釈のワク』、つまり『法的議論』でありうるためのワクは存在するという見方」を採る<sup>73</sup>。長谷部のいう「法的安定性」は、『法的議論』でありうるためのワクの一つということになる。

その一方で、藤田のいう「正しい解釈」が「枠」内に収まる解釈という意味だと仮定した場合、「枠」に入りうる解釈は複数ありうるし、「枠」とは具体的に何を意味するのか争いが生じうる。であるならば、法解釈の「枠」とは何か、その「枠」に入る解釈とはどのようなものか決定する「権威」として有権解釈機関は必要だということになる。しかし、例えば、日本の最高裁判所の憲法解釈は、事件性の要件等により、提起された憲法上の争点すべてに及ぶわけではない以上、「最終的判断」<sup>74</sup>にはなりえない場合がある。また、最高裁の憲法判断も判例変更により変化しうるし、法解釈に「枠」があると解した場合、

72 藤田・前掲注(3)17頁。

73 長谷部恭男「法源・解釈・法命題」同『憲法の理性〔増補新装版〕』（東京大学出版会、2016年）220頁注(38)。

74 藤田・前掲注(3)6頁

「最終的」な有権解釈であっても、当該「枠」に入る解釈とはいえない可能性がある。その意味では依然として「暫定的判断」にとどまるとさえいえる。藤田のいう法解釈の「正しさ」の内実は、「枠」や有権解釈の「正しさ」とは何かという観点から、より詳細な説明を必要とするのは間違いない。

## (2) 憲法解釈の「枠」とその「機能」

上述のように、長谷部によれば、「権威ある解釈」は「権威ある条文」とともに「機能する憲法」を構成する。前者解釈を要する法文テキストとは異なり、後者条文は、「正しい理解」を経れば「ことば通り」に「権威」を受範者に主張できるとされる。しかし、すでに触れた「原理」と「ルール」の区分論に対応すると思われるこの二分論は実際に適っているのであろうか。

長谷部によれば、憲法 69 条は「準則」(ルール)だとされる<sup>75</sup>一方で、憲法 9 条を「原理」ではなく「準則」と解すると、自衛力の否認という「常識的でない理解」に至るともされる<sup>76</sup>。しかし、69 条が衆議院解散を内閣不信任決議の可決(信任決議の否決)の場合に限定した規定か否か解釈の余地があることはよく知られている。また、9 条を「文字通り」<sup>77</sup>に解しても、「戦力」に至らない「自衛力」であれば禁止されていないという解釈を導けるのではないか。「原理」間の調整を行う有権解釈であっても、前述したように、各「原理」の方向性を完全否定できないという意味で当該「原理」を規定した法文テキストの「権威」はなお残る。このように、「原理」に対する「権威ある解釈」と「準則」に対する「正しい理解」との相違は長谷部が強調するほど絶対的なものではないように思われる。

長谷部によれば、「法的安定性」は、「権威ある解釈」の明確性、安定性、公

75 長谷部恭男「平和主義と立憲主義」同『憲法の理性 [増補新装版]』(東京大学出版会, 2016 年) 4 頁。

76 長谷部・前掲注(5)「攻撃される……」234 頁。

77 長谷部・前掲注(5)「攻撃される……」234 頁。

開性、一般性並びに無矛盾性ととも「法の支配」の要請である<sup>78</sup>。上述のように、長谷部は、新解釈は「法の支配」を構成する明確性等の要件も満たしていないとしている。だとすると、長谷部が新解釈を違憲とする論拠は、憲法原理としての「法の支配」ということになるかもしれない。確かに、長谷部説によれば、憲法9条2項は「権威」として機能しえない条項であるから、同項違反を直截に主張できまい。しかし、これは旧解釈や多数説が集団的自衛権の行使を違憲とする論拠を9条2項に求める傾向にあったのとは異なる帰結をたどっているように思われる。

また、長谷部は、旧解釈を、その内容が明確でかつ安定し諸官庁を的確に調整・制約しえた「機能する解釈」と解する一方、新解釈は旧解釈との「論理的关系が不明確で、政府の行動の外延を明確に指示」しない点で「機能しない解釈」にあたる解している<sup>79</sup>。確かに、旧解釈に比べて新解釈の武力行使の要件は明確を欠いている。旧解釈は、憲法上許容される武力行使の不可欠の要件として日本国に対する武力攻撃の発生を挙げていた。これに対して、新解釈は、他国に対する武力攻撃が日本の存立を脅かす等の「明白な危険」を有する場合（存立危機事態〔武力攻撃事態等安全確保法2条4号〕）であっても、武力行使は許容されるとしている。日本国領域に対する武力攻撃の発生は客観的に認定しうるのに対して、他国への武力攻撃が日本国に及ぼす「明白な危険」は必ずしも客観的に定まる性質ではない以上、その認定はあげて政府（国会）の「総合的」な「考慮」に委ねられうる<sup>80</sup>。

もっとも、旧解釈は日本国領域における米軍基地・艦船への武力攻撃に対して自衛隊が反撃することを許容していた。他国への攻撃の一部を日本国に対する第一撃と同視し、国際法上の個別的自衛権の「伸長」<sup>81</sup>により、自衛隊による反撃を合憲と解するわけである。新解釈が「憲法上許容される……『武力の

78 長谷部・前掲注(5)「攻撃される……」233頁。

79 長谷部・前掲注(5)「藤田宙靖教授……」240頁。

80 安倍晋三内閣総理大臣答弁（平成27年5月26日 衆議院本会議）。

81 齊藤・前掲注(45)4頁。



行使』は、国際法上は、集団的自衛権が根拠となる場合がある」と述べるのは、国際法上の集団的自衛権の行使の一部を憲法上の個別的自衛権の行使として説明してきた旧解釈の理解としては正しい。しかし、存立危機事態のすべてを日本国への攻撃が現に生じた事態と同視はできない。旧解釈が許容してきた日本国領域への第一撃と同視できる武力攻撃以外に、日本国の存立等に「明白な危険」が生じる場合を一般的な法命題として定式化することなく、政府（国会）の「総合的」な「考慮」にその認定を一任するしかないというのであれば、旧解釈が維持してきた「政府の行動の外延」の「明確な指示」を新解釈は喪失したというほかない。

この点は、現行の武力攻撃事態等安全確保法が「武力攻撃事態」の要件として、その「明白な危険」の「切迫」性を規定しながら（2条2号）、旧法と同じく解釈上武力行使の要件と解されていないことも整合しない<sup>82</sup>。日本国への武力攻撃の「明白な危険」が「切迫」している場合であっても、自国への第一撃と同視しえない以上武力行使は許されない。これに対して同法上、他国への武力行使であっても日本国の「存立」等を脅かす「明白な危険」があれば武力行使が可能となる（同条4号）。武力行使を許容するハードルが自国より他国への攻撃の方が下がるのはいかにも不均衡のようにみえる。この点、武力攻撃事態と存立危機事態とでは、「危険」の内容や評価が異なると説明する政府答弁がある<sup>83</sup>。前者で問われるのは日本国への武力攻撃の有無である一方、後者で問題になるのは他国への武力攻撃の結果脅かされる日本国の「存立」や日本国民の生活だというわけだ。

しかし、他国からの武力攻撃に対して反撃するための武力行使を例外的に容認してきた旧解釈の延長線上に、他国からの直接の武力攻撃がない状態で武力行使を容認する新解釈を位置づけることは難しい<sup>84</sup>。自国への武力攻撃を排除

82 阪田雅裕『憲法9条と安保法制—政府の新たな憲法解釈の検証』（有斐閣，2016年）30頁。

83 中谷元防衛大臣答弁（平成27年6月5日 衆議院安保法制特別委員会）。

84 阪田・前掲注(82)28 - 29頁。

するために必要最小限度の武力行使を許容するのが旧解釈であった。これに対して、自国への武力攻撃がない場合であっても、武力行使を許容する新解釈は、自国防衛のための必要最小限度を超える武力行使を認める点でもはや憲法9条2項の許容するところとはいえないからである<sup>85</sup>。自国への武力攻撃が生じるからこそ例外的に武力行使により対抗せざるをえない。自国への武力攻撃とみなせない他国への攻撃の結果生じうる「危険」は、そもそも憲法9条2項がかかるじて許容する自衛権の発動を正当化する「危険」ではない。存立危機事態における日本国の「存立」等が脅かされる「明白な危険」は、「存立」の曖昧な語義とあいまって、日本国による例外的な武力行使を許容する「危険」の「内容や評価」を、憲法9条2項が想定するそれを希釈化する形で読み替えたものである。日本国への武力攻撃以外に、日本国の「存立」等が脅かされる「明白な危険」が生じる事態とは一体何があるというのか。

もっとも、すでに旧解釈によっても、日本国への武力攻撃の不可逆的な着手があれば、現に自国領域への着弾等がなくても日本国の第一撃と同視でき、武力行使の要件を満たしうる<sup>86</sup>。したがって、存立危機事態も日本国への第一撃と同視できれば、同事態における武力行使は旧解釈上も許容されることになる。その限りで、旧解釈が憲法9条2項の解釈の「枠」に収まるのであれば、新解釈もまた同条解釈の「枠」に収まる可能性がある<sup>87</sup>。しかし、新解釈がそのように旧解釈と同じ内容なのであれば、そもそも新解釈は不要であったはずであろう。仮に新解釈が旧解釈を「現在の状況により即したように、その内容を一部解釈し直」した<sup>88</sup> という意味で同じだとすれば、存立危機事態は武力攻撃事態と全く同じ事態だと政府は明言してよいはずだが、その旨述べる政府答弁は皆無だ。新解釈は旧解釈の「基本的論理」とは異なる「論理」を採用するからこそ新たな閣議決定を必要としたものの、それゆえ憲法9条2項の解釈の

85 山崎・前掲注(12)38頁。

86 阪田雅裕編著『政府の憲法解釈』(有斐閣, 2013年) 37-38頁

87 木村草太「集団的自衛権と7・1閣議決定」論究ジュリスト13号25-26頁。

88 藤田・前掲注(3)17頁。

「枠」を超えることになったと理解すべきである。

では、このように新解釈が「枠」を超えたものだとしても、それは同時に新解釈が「機能」しないこともまた意味するだろうか。新解釈の「機能」は、今後の新解釈の「解釈・運用」によってはじめて明らかになるように思われる。憲法9条解釈の「枠」を逸脱しているかにみえる新解釈も、今後旧解釈の枠内で「解釈・運用」されてゆけば、旧解釈並みの「機能」を発揮できるかもしれない。先の木村の指摘は新解釈の正当な実体的理解というより、新解釈が旧解釈と同様の「機能」を果たすべきとする期待ないし願望を示したものと解する。

他方、憲法9条解釈の「枠」内にあると考えられる旧解釈は十全に「機能」してきたといえるであろうか。いわゆるPKO法以降の「武器使用」と憲法上禁止される「武力の行使」の区別論の危うさに照らせば、長谷部が称賛するほどの明確性・安定性等を、旧解釈が常に発揮してきたのか疑問の余地がある<sup>89</sup>。憲法テキストの「枠」に収まる解釈であっても、当該解釈のあてはめを含むその後の「解釈・運用」次第で、うまく「機能」しなくなる可能性は否定できない。新解釈が憲法9条解釈の「枠」に収まっているかという論点と、新解釈がその「解釈・運用」を通じて将来どのように「機能」してゆくかという論点とは区別して議論すべきである。

## おわりに

以上大変雑駁であったが、新解釈（安保法）が憲法解釈方法論に提起した論点について若干の検討を試みてきた。本稿筆者は「暫定的」に以下のような平凡な理解をしている。憲法解釈の「枠」「正しさ」とは、憲法テキストの文理

---

89 青井未帆・長谷部恭男・豊秀一「[座談会]『安保法制』から考える最高裁と内閣法制局の役割」長谷部恭男編『安保法制から考える憲法と立憲主義・民主主義』（有斐閣、2016年）76 - 77頁（青井発言）。

やその「制定者意思（意図）」を十分に踏まえながら、他の憲法原理・条項との最適なバランスを維持しうる法命題を導くことである。ただし、この「枠」「正しさ」は、暫定的に確定しつつ進化論的に変動してゆく。他方、「枠」「正しさ」は、解釈主体同士において間主観的に形成・変化する性質を有する。「枠」「正しさ」を各解釈主体が批判を受けながら追求することこそ法実務・法学の営みである。このような意味での「枠」「正しさ」の存在を否定する必要はないし、その否定は「法的議論」自体の否定にはかならない<sup>90</sup>。

かつて藤田は、柳瀬良幹による「実体法」（実定法の真にして唯一の意味）と「手続法」（有権解釈の説く実定法の意味）との区分論の検討を通じて、「実体法の“唯一の意味”なるものは、実は常に、有権の認定権者・有権の解釈者の認定・解釈なる行為を解除条件とした、その意味において流動的な内容を持ったものと、ならざるを得ないのではなからうか<sup>91</sup>と述べたことがある。この「流動的実体法論」は果たして「苦し紛れの説明<sup>92</sup>と切って捨てられるべきものであろうか。確かに藤田は、同論の「理論的成否」について「確信」を持つに至っていないと告白していた<sup>93</sup>。しかし、「流動」前・後の「実体法」

90 山元・前掲注(1)100頁は、憲法9条解釈の「枠」を否定したうえで、「多様な憲法解釈アクター」がそれぞれの利害認識にとって「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」を戦わす「政治的攻防戦」として9条論争を理解する。しかし、この「動態的憲法理解」に立った場合、9条はいかなる「法的」意味を持つのであろうか。新解釈が今後定着したとしても、「同条が死文化することはありえない」とされる（山元・前掲注(1)102頁）が、同条は「政治的攻防戦」において一体どんな「法的」意義を有するのであろうか。「政治」を「合法」「違法」と評価する「枠」を与えるのが法文テキストであろう。その「枠」を否定することは、もとより「政治的攻防戦」における勝利に資するのであろうか。なお、山元による「政治的攻防戦」の一環と推察される「トランスナショナル人権法源論」の提唱（山元『『憲法的思惟』vs.『トランスナショナル人権法源論』』法律時報87巻4号74頁以下）もまた、判例研究をはじめとする「法的議論」のあり方について重大な問題提起をしているように思われるので、別稿で改めて検討することにしたい。

91 藤田宙靖「柳瀬博士の行政法学」『行政法学の思考形式〔増補版〕』（木鐸社、2003年）248頁。

92 石川・前掲注(4)1頁。

93 藤田・前掲注(91)263頁。

とは何か、それは、法文テキストの「正しい解釈」なのか、有権解釈といかなる関係にあるのか、今回本稿が検討してきた論点に深く関わる、我々が格闘するに値する豊饒な可能性がなお残されているように思われる。近々に再考の機会を持ちたい。