

衆憲資第 33 号

**「憲法第 9 条(戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認)について～自衛隊の海外派遣をめぐる憲法的諸問題」
に関する基礎的資料**

**安全保障及び国際協力等に関する調査小委員会
(平成 15 年 7 月 3 日の参考資料)**

平成 15 年 6 月
衆議院憲法調査会事務局

この資料は、平成 15 年 7 月 3 日（木）の衆議院憲法調査会安全保障及び国際協力等に関する調査小委員会において、「憲法第 9 条（戦争放棄・戦力不保持・交戦権否認）について～自衛隊の海外派遣をめぐる憲法的諸問題」をテーマとする基調発言・質疑及び委員間の自由討議を行うに当たって、小委員の便宜に供するため、幹事会の協議決定に基づいて、衆議院憲法調査会事務局において作成したものです。

この資料の作成に当たっては、上記の調査テーマに関する諸事項のうち問題関心が高いと思われる事項について、衆議院憲法調査会事務局において入手可能な関連資料を幅広く収集するとともに、主として憲法的視点からこれに関連する国会答弁、主要学説等を整理したつもりですが、必ずしも網羅的なものとなっていない点にご留意ください。

目 次

． 総論	1
1 ． 平和主義の原理	1
(1) 日本国憲法における平和主義の位置付け	1
(2) 平和に関する諸外国の憲法及び国際条約	1
2 ． 制定経緯	4
(1) 憲法 9 条の淵源	4
(2) 制憲議会における修正	5
3 ． 憲法 9 条の規範性	6
(1) 政治的規範と裁判規範	6
(2) 変遷論	7
． 戦争の放棄	9
1 ． 放棄の動機 (「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」の意味)	9
2 ． 放棄の主体(「日本国民」の意味)	9
3 ． 放棄の対象(「戦争」、「武力の行使」及び「武力による威嚇」の意味) ...	10
(1) 戦争	10
(2) 武力の行使	10
(3) 武力による威嚇	12
4 ． 放棄の範囲(「国際紛争を解決する手段」の意味)	12
5 ． 放棄の期間(「永久に」の意味)	14
． 戦力の不保持	15
1 ． 自衛権	15
(1) 自衛権の意義	15
(2) 自衛権の有無及び行使の態様	16
(3) 集団的自衛権	19
2 ． 戦力	20
(1) 「前項の目的を達するため」の意味(1 項と 2 項との関係)	20
(2) 「戦力」の意味(自衛隊の合憲性)	22
3 ． 自衛権の範囲・限界	24
(1) 保有し得る実力装置	24
(2) 地理的範囲	25
(3) 自衛隊の海外派遣(国際協力)	26

4 . 保持	31
(1) 不正規兵の合憲性	31
(2) 駐留米軍の合憲性	32
イ 日米安保条約の経緯及び内容	32
ロ 憲法上の諸問題	34
a. 駐留米軍の合憲性	34
b. 「共通の危険」への対処と自衛権の発動	35
c. 「極東条項」と集団的自衛権	36
ハ 日米地位協定と基地問題	36
. 交戦権の否認	38
1 . 交戦権の意味	38
2 . 戦争放棄及び戦力不保持との関係	38
3 . 自衛権行使との関係	39

総論

1. 平和主義の原理

(1) 日本国憲法における平和主義の位置付け

日本国憲法では、第二次世界大戦での悲惨な体験を踏まえた戦争に対する深い反省から、前文 1 項において、「政府の行為によつて再び戦争の惨禍が起こることのないやうにすることを決意し、……この憲法を確定する」として、平和への決意が憲法制定の動機であることが宣言されている。また、同 2 項及び 3 項において、「日本国民は、恒久の平和を念願し、人間相互の関係を支配する崇高な理想を深く自覚するのであつて、平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して、われらの安全と生存を保持しようと決意した。われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようと努めてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する。われらは、いづれの国家も、自国のことのみに専念して他国を無視してはならないのであつて、政治道徳の法則は、普遍的なものであり、この法則に従ふことは、自国の主権を維持し、他国と対等関係に立たうとする各国の責務であると信ずる」として、平和主義の重要性が繰り返し強調されている。ここでは、国際的に中立の立場からの平和外交及び国連による安全保障の考え方が示されているとともに、平和構想の提示、国際的な紛争・対立の緩和に向けた提言等を通じて平和を実現するための積極的行動が要請されているのであつて、このような積極的行動をとることの中に日本国民の平和と安全の保障があるという確信が基礎とされていると解されている¹。

さらに、9 条においては、前文で示された平和主義の原理が具体的な法規定として表されており、戦争の放棄、戦力の不保持、交戦権の否認等が定められている。

(2) 平和に関する諸外国の憲法及び国際条約

歴史上いつの時代にも武力紛争が存在し、20 世紀における二度の世界大戦を経た後もなお絶えない現実がある一方で、これまで、国際社会や諸外国において、戦争の廃絶と平和の確保に向けた努力が積み重ねられてきた。この

¹ 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法〔第 3 版〕』（2002 年）岩波書店 56 頁

ような努力が法文化された古い例として、1791年フランス憲法の「フランス国民は、征服を行う目的でいかなる戦争を企図することも放棄し、また、その武力をいかなる国民の自由に対しても使用しない」との規定を挙げることができる。その後、このような「征服のための戦争」又は「国家の政策の手段としての戦争」の放棄を定める規定は、フランス第4共和国憲法（1946年）、イタリア共和国憲法（1948年）、ドイツ連邦共和国基本法（1949年）、大韓民国憲法（1972年）等の諸外国の憲法や、ハーグ平和会議（1899年・1907年）、国際連盟規約（1919年）、不戦条約（1928年）、国際連合憲章（1945年）等の国際条約に盛り込まれるようになった。

これらの諸外国の憲法や国際条約と日本国憲法とを比較して、学説の多数説からは、前者は、侵略戦争の制限又は放棄に関わるものにとどまっているのに対し、後者は、戦争違法化の国際的潮流に沿ったものであると同時に、

侵略戦争を含めた一切の戦争、武力の行使及び武力による威嚇を放棄したこと、これを徹底するために戦力の不保持を宣言したこと、国の交戦権を否認したことの3点において徹底した戦争否定の態度を打ち出し、際立った特徴を有していると評価されている²。他方、現在、150近くの国家の憲法において、下表のような形で類型化されるいわゆる「平和主義」条項が設けられており、日本の安全保障や国際貢献の方策を考える際に日本国憲法の特異性を持ち出すことは適当でないとの見解も存在する³。

<世界の現行憲法における「平和主義」条項の類型>

類 型	国数	主な国(カッコ内は根拠条文)
平和政策の推進	48	インド(51)、パキスタン(40)、ウガンダ(前文)、アルバニア(前文)等
国際協和	75	レバノン(前文)、バングラデシュ(25)、ラオス(12)、ベトナム(14)、フィンランド(1)等
内政不干涉	22	ドミニカ(3)、ポルトガル(7)、中国(前文)、ウズベキスタン(17)、スーダン(7)等
非同盟政策	10	アンゴラ(16)、ナミビア(96)、モザンビーク(62)、ネパール(26)、ウガンダ(28)等
中立政策	6	オーストリア(9a)、マルタ(1)、カンボジア(53)、モルドバ(11)、カザフスタン(8)、スイス(173・185)

² 例えば、芦部 同上 54頁、伊藤正巳『憲法〔新版〕』（1990年）弘文堂 162頁、佐藤功『憲法（上）〔新版〕』（1983年）有斐閣 105頁、佐藤幸治『憲法〔第3版〕』（1995年）青林書院 644-645頁、樋口陽一『憲法』（1998年）青林書院 417-422頁及び水島朝穂「第2章 戦争の放棄」小林孝輔・芹沢斉編『別冊法学セミナーNo.149 基本法コンメンタール憲法〔第4版〕』（1997年）日本評論社 40頁参照

³ 西修「世界の現行憲法と平和主義条項」『駒澤大学法学部研究紀要 第60号』（2002年）1頁。なお、表も、同論文を参考に作成した。

軍縮の志向	4	バングラデシュ(25)、アフガニスタン(137)、モザンビーク(65)、カーボベルデ(10)
国際組織への参加又は国家権力の一部委譲	18	ノルウェー(93)、デンマーク(20)、ポーランド(90)、スウェーデン(10-5)、アルバニア(2)等
国際紛争の平和的解決	29	カタル(5)、ガイアナ(37)、ウズベキスタン(17)、キルギス(9)、中央アフリカ(前文)等
侵略戦争の否認	13	ドイツ(26)、フランス(前文)、バーレーン(36)、キューバ(12)、韓国(5)等
テロ行為の排除	2	チリ(9)、ブラジル(4)
国際紛争を解決する手段としての戦争放棄	5	日本(9)、イタリア(11)、ハンガリー(6)、アゼルバイジャン(9)、エクアドル(4)
国家政策を遂行する手段としての戦争放棄	1	フィリピン(2-2)
外国軍隊の通過禁止・外国軍事基地の非設置	13	ベルギー(185)、マルタ(1)、アンゴラ(15)、フィリピン(18-25)、アフガニスタン(3)、モンゴル(4)、カーボベルデ(10)、リトアニア(137)、カンボジア(53)、モルドバ(11)、ウクライナ(17)、ブルンジ(166)、アルバニア(12)
核兵器の禁止・排除	11	パラオ(3)、フィリピン(2-8)、ニカラグア(5)、アフガニスタン(137)、モザンビーク(65)、コロンビア(81)、パラグアイ(8)、リトアニア(137)、カンボジア(54)、ベラルーシ(18)、ベネズエラ(前文)
軍隊の非設置	2	コスタリカ(12)、パナマ(305)
軍隊の行動に対する規制	30	アメリカ(修正3)、メキシコ(16・129)、ボリビア(209・210)、パプアニューギニア(189)、ザンビア(100)等
戦争の煽動・準備の禁止	12	ドイツ(26)、ルーマニア(30)、スロベニア(63)、トルクメニスタン(28)、ベネズエラ(57)等

データは、2001年12月末現在のものである。

下線は、日本国憲法の公布(1946年11月3日)以前に制定された憲法を有する国家を意味する。

戦争の放棄に関する日本国憲法と諸外国の憲法との異同について、政府は、次のような見解を述べている(衆・内閣委 昭57.7.8)。

角田内閣法制局長官 外国の憲法との比較でございますが、端的に申し上げて、外国の憲法の中にも侵略戦争の放棄というような規定を持っているものがございます。しかし、我が国の憲法は、9条の解釈としてそのみにとどまらないわけでありまして。外国では、侵略戦争は放棄しているけれども、自衛戦争は反対にできると考えていると思います。しかも、その自衛戦争というのが、先程申し上げているように自由な害敵手段を行使することができるということを前提として、交戦権もあり、また、我々が持ち得ないというような装備というものも持ち得るといふふうに解されていると思います。およそそういうことは外国の憲法では制限されていないと思います。ところが、我が国の憲法におきましては、再々申し上げているとおり、自衛のためといえども必要最小限の武力行使しかできませんし、また、それに見合う装備についても必要最小限度のものを超えることはできないという9条2項の規定があるわけがございますから、これは明らかに外国の憲法とは非常に違うと思います。

2. 制定経緯

(1) 憲法 9 条の淵源

「戦争放棄」という文言が初めて明文化されたのは、いわゆる「マッカーサー・ノート⁴」(1946年2月3日)の第2原則であると考えられているが、その背景には、1941年8月の大西洋憲章(侵略国の非軍事化の原則)、1945年7月のポツダム宣言(軍国主義者の権力及び勢力の永久除去、戦争遂行能力の破砕、日本軍の完全武装解除)等の米国を中心とした国際的動向や、幣原喜重郎首相(当時)の平和主義思想があり、その発案者が誰であったかという問題については議論があるものの⁵、「日米の合作」であったと一般に考えられている⁶。

その後、マッカーサー・ノート第2原則は、「自己の安全を保持するための手段としての戦争」との文言が削除されるとともに⁷、「紛争解決のための手段としての戦争」との文言が国連憲章上の文言にならい「紛争解決の手段としては、武力による威嚇又は武力の行使」に修正された上で、GHQ案として日本政府に提示されることとなった。

< マッカーサー・ノート第2原則 >

(原文)	(和訳)
War as a sovereign right of the nation is abolished. Japan renounces it as an instrumentality its disputes and even for preserving its own security. It relies upon the higher ideals which are now stirring the world for its defense and its protection. No Japanese Army, Navy, or Air Force will ever be authorized and no rights of belligerency will ever be conferred upon any Japanese force.	国家の主権的権利としての戦争は、廃止される。日本は、紛争解決の手段としての戦争及び自己の安全を保持するための手段としての戦争をも放棄する。日本は、その防衛及び保護を今や世界を動かしつつある崇高な理念に委ねる。 いかなる日本陸海空軍も認められず、また、いかなる交戦権も日本軍に与えられない。

⁴ 連合国最高司令官マッカーサー(MacArthur, Douglas)が憲法改正案の起草に当たっての必須条件を記したメモ。第2原則のほか、第1原則においては、天皇は国の元首であり、皇位は継承されるが、その権能は憲法に従って行使され、国民に対し責任を負うことが、また、第3原則においては、封建制を廃止し皇族以外の華族制度を認めないとともに、予算の型はイギリスの制度にならうことが、それぞれ記されている。

⁵ 9条の発案者が誰であるかという問題については、マッカーサーとする説、幣原首相とする説及びGHQ 民政局長ホイットニーと同次長ケーディスとする説がある。

⁶ 芦部『前掲書』注(1) 55頁

⁷ この経緯について、西修『日本国憲法の誕生を検証する』(1986年)学陽書房 44頁以下に、「非現実的」であると思ったために削除したとのケーディスのインタビューが掲載されている。

< GHQ 原案 >

<p>(原文)</p> <p>War as a sovereign right of the nation is abolished. <u>The threat or use of force is forever renounced as a means for settling disputes with any other nation.</u></p> <p><u>No Army, Navy, Air Force, or other war potential</u> will ever be authorized and no rights of belligerency will ever be conferred upon <u>the State.</u></p>	<p>(外務省仮訳)</p> <p>国民ノ一主權トシテノ戦争ハ之ヲ廃止ス他ノ国民トノ紛争解決ノ手段トシテノ武力ノ威嚇又ハ使用ハ永久ニ之ヲ廃棄ス陸軍、海軍又ハ其ノ他ノ戦力ハ決シテ許諾セラルルコト無カルヘク又交戦状態ノ権利ハ決シテ国家ニ授与セラルルコト無カルヘシ</p>
---	---

(2) 制憲議会における修正

日米折衝の上に決定された 9 条の政府原案は、GHQ 原案に対し若干の修正が加えられたものである。特に、GHQ 原案では二つの文章から構成されていた 1 項は、政府原案では、「他国との間の紛争の解決の手段としては」の文言が「戦争」と「武力による威嚇又は武力の行使」の双方にかかるように一つの文章とされた⁸。

政府原案は、枢密院での審議における修正を経て⁹、帝国議会に上程され、主として「帝国憲法改正案委員小委員会」(芦田均小委員長)において審議が行われることとなった。その審議の過程において、いわゆる「芦田修正」がなされ、1 項の冒頭に「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」の文言が加えられるとともに、2 項の冒頭に「前項の目的を達するため」の文言が加えられることとなった¹⁰。その後、極東委員会からの要請に係る GHQ の伝達に基づき、貴族院での審議の過程において、「文民条項」(66 条 2 項)が加えられることとなった。

⁸ この点について、起草に当たった内閣法制局の佐藤達夫は、後年、第 1 項に関する限り、自衛戦争は認められることになると記している。佐藤達夫『憲法講話』(1960 年)立花書房 16 頁

⁹ 明治憲法下での憲法改正手続では、憲法改正案は、帝国議会に上程される前に、枢密院に諮詢することとされていた。

¹⁰ この点について、芦田は、1957 年 12 月、憲法調査会において、「『前項の目的を達するため』という辞句を挿入することによって原案では無条件に戦力を保有しないとあったものが一定の条件の下に武力を持たないこととなります。日本は無条件に武力を捨てるのではないことは明白であります。そうするとこの修正によって原案は本質的に影響されるのであって、したがってこの修正があっても第 9 条の内容に変化がないという議論は明らかに誤りであります」と述べた。『憲法調査会総会第 7 回議事録』(1957 年)90-91 頁 もっとも、実際に、芦田がこのような意図をもって修正を行ったか否かについては、議論があるところとされている。

< 政府原案、枢密院修正及び芦田修正の比較表 >

政府原案	枢密院修正後	芦田修正後
<p>第 9 条 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、永久に之を抛棄する。</p> <p>陸海空軍その他の戦力の保持は、許されない。国の交戦権は、認められない。</p>	<p>第 9 条 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。</p> <p>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。</p>	<p>第 9 条 <u>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、<u>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。</u></u></p> <p><u>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。</u></p>

3. 憲法 9 条の規範性

9 条については、憲法制定以来、自衛隊、日米安保条約等をめぐり多くの議論がなされてきており、特に、規範と現実との乖離が著しいと指摘されていることから、その規範性に関する次のような見解が主張されている。

(1) 政治的規範と裁判規範

まず、9 条の規範性について、核時代における為政者の目標を示した「理想的規範」であり、国際的にも国内的にも重大な意義を有する「政治的マニフェスト」であるとし、自衛戦争も自衛隊のための戦力保持の政策も許されるとする見解がある¹¹。これに対し、9 条の法規規範性を肯定し、同条に反する国家行為は違法・違憲とされなければならないとするのが、多数説の立場であるとされている¹²。

次に、法規規範性が肯定された場合でも、裁判所がこれを基準として違憲審査権を行使できるか否かについては、見解が分かれる。同条は前文に掲げる理想を具体化する内容を示すものであり、そこに規範的性格を認めることはできるが、高度の政治的判断を伴う理想が込められた「政治規範」としての性格が強く、裁判規範としての性格は極めて希薄であるとする見解がある¹³。この見解に対し、特別な根拠が示されていない以上、9 条の裁判規範性をすべて否定することは妥当でないとする見解がある¹⁴。

¹¹ 高柳賢三「平和・9 条・再軍備」ジュリスト 25 号（1953 年）5 頁

¹² 樋口『前掲書』注(2) 428 頁

¹³ 伊藤『前掲書』注(2) 168 頁

¹⁴ 佐藤幸治『前掲書』注(2) 650 頁、樋口『前掲書』注(2) 429 頁及び水島『前掲』注(2) 42 頁

なお、この点について、最高裁は、砂川事件において、日米安保条約が「主権国としての我が国の存立の基礎に極めて重大な関係を持つ高度の政治性を有」するものであって、「一見極めて明白に違憲無効」と認められないことから、司法審査の範囲外にあると判示し、いわば変型的統治行為論をとった¹⁵。また、百里基地訴訟の第2審において、東京高裁は、「本条(9条)を政治的規範であると解し、本条に関する争いを司法の統制外に置くことは、それだけ本条の実効性を殺ぐことにな」と判示した。

< 砂川事件判決(最大判昭 34.12.16) >

日米安保条約に基づく行政協定の実施の一環として駐留米軍が使用する立川飛行場を拡張する目的で東京調達局が測量を実施した際、基地拡張に反対する者が同飛行場周辺に集合して測量反対の氣勢を上げ、そのうち数名の者が境界柵を破壊し、同飛行場に立ち入った。これらの者は、日米安保条約に基づく行政協定に伴う刑事特別法に違反したとして起訴された。

第1審の東京地裁は、駐留米軍が憲法9条2項の「戦力」に該当して違憲である旨判示したが、これに対し、検察側は、直ちに最高裁に跳躍上告を行った。

最高裁は、駐留米軍は「戦力」には該当せず、また、日米安保条約は高度の政治性を有するものであって、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り、司法審査にはなじまない性質のものであると判示し、原判決を破棄差戻した。

< 百里基地訴訟第2審判決(東京高判昭 56.7.7) >

航空自衛隊百里基地の予定地内の土地を所有していた原告は、基地反対派住民である被告との間に土地売買契約を締結していたが、代金支払いをめぐるトラブルから、防衛庁に当該土地を売却し、被告との間の売買契約の解除、所有権移転仮登記の抹消等を求めた。これに対し、被告が自衛隊の違憲を主張した事件。

裁判所は、9条は、「前文のように政治的理念の表明にとどまるのではなく、今次大戦の参加とこれに対する国民的反省に基づき、前文で表明された平和主義を制度的に保障するため、戦争放棄という政策決定を行い、それを中外に宣明した憲法の憲法ともいべき根本規範であり、また、「特段の事情もないのに、ただ単に本条が高度の政治性を有する事項に係わるものである」という一事のみによって、本条を政治的規範であると解し、本条に関する争いを司法の統制外に置くことは、それだけ本条の実効性を殺ぐこととな」と判示した。

(2) 変遷論

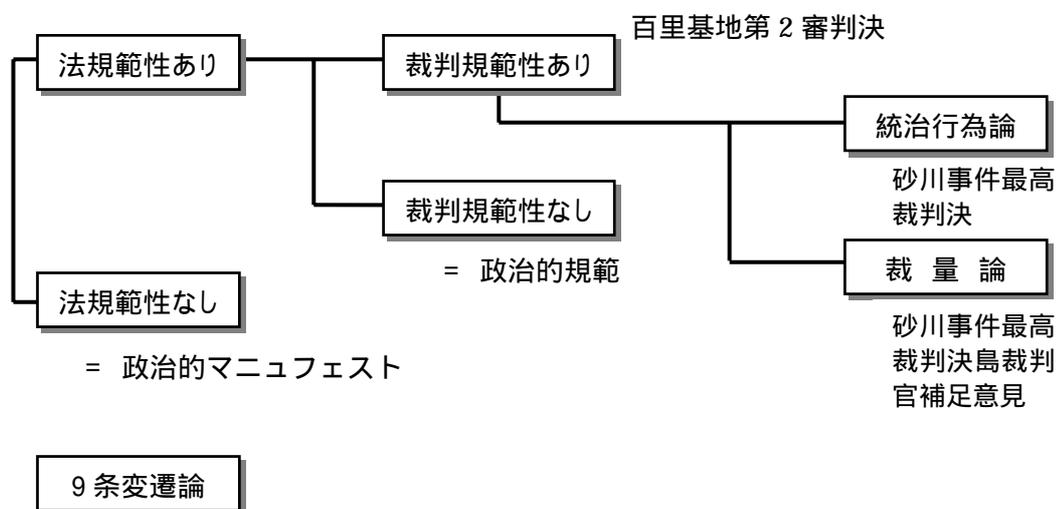
憲法変遷論とは、憲法改正手続を経ることなく、法律、判決、国会や内閣の行為、慣習その他の客観的事項の変更により、憲法の条項の有する意味が

¹⁵ この判決に対しては、「一見極めて明白に違憲無効」の場合は統治行為の範疇外であるにとらえることができることから、統治行為論としては極めて不整合であるとして、政治部門の裁量を広く認めた点に核心があるとする見解もある(砂川事件最高裁判決における島裁判官補足意見)。

変化し、従来の意味とは異なるものとして一般に認識されることをいうとされる¹⁶。

9条については、自衛隊の存在を違憲とする従来の多数説が憲法制定時における規範的意味を正しくとらえていたとした上で、憲法制定後の国際情勢及び日本の国際的地位の著しい変化により、憲法制定当時の解釈の変更を必要とするに至ったこと、国民の規範意識も変化し、現在では、自衛のための戦力の保持を容認していることを理由に、憲法変遷を認めることができるとする見解がある¹⁷。この見解に対しては、憲法変遷の現象は、9条について現在においてもなお認めることはできないとする見解が多数を占めており、その理由として、「法の効力は国民を拘束し国民に遵守を要求する「妥当性」の要素と、事実として現に行われ守られているという「実効性」の要素から成り立つ。憲法変遷を肯定する説は、実効性が失われた憲法規範はもはや法とは言えない、という点を重視するが、それによって妥当性の要素まで消滅すると解することは、日本国憲法のように硬性度の高い憲法の下では、原則として許されない」ことが挙げられている¹⁸。

<9条の規範性をめぐる諸見解の対立の構図>



¹⁶ 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法（第3版）』（2001年）有斐閣 159頁（高見執筆部分）

¹⁷ 橋本公巨『日本国憲法〔改訂版〕』（1988年）有斐閣 438-440頁

¹⁸ 芦部信喜『憲法 憲法総論』（1992年）有斐閣 295頁

戦争の放棄

1. 放棄の動機（「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」の意味）

9条1項においては、戦争放棄の動機が「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求」することにある旨明示されている。これは、敗戦の結果としてやむを得ず戦争を放棄し、また、日本が好戦国であるとの世界の疑惑を除くというだけにとどまらず、積極的に自ら進んで、国際平和の実現に率先しようとする熱意から発するものであることを示すものであるとされる¹⁹。

ここにいう「正義と秩序を基調とする国際平和」とは、およそ国際平和が正義と秩序が支配する国際社会においてこそ存在するものであることを前提として、「諸国民の公正と信義」に対する「信頼」及び「諸国民との協和」に基づき達成される「自由な平和」を意味するものと考えられている²⁰。

なお、この文言は、いわゆる「芦田修正」により加えられたものであるが、この点について、芦田は、「戦争抛棄、軍備撤退ヲ決意スルニ至ツタ動機ガ、専ラ人類ノ和協、世界平和ノ念願ニ出發スル趣旨ヲ明ラカニセントシタ²¹」のであって、2項の冒頭に「前項の目的を達するため」という文言を加えたのは、1項及び2項が「両方共ニ日本国民ノ平和的希求ノ念慮カラ出テ居ル²²」趣旨を表すためであると述べている。

2. 放棄の主体（「日本国民」の意味）

1項の「放棄する」及び2項の「保持しない」の主体は、「日本国民」である。ここにいう「日本国民」とは、個々の国民ではなく、一体としての国民を意味し、このため、「日本国」と同義であるとされる²³。また、ここに「日本国民」の文言を使用したのは、前文において「日本国民」又は「われら」が平和への決意を表明したことを受けて、戦争放棄及び戦力の不保持がその平和への決意から由来するものであることを強調した結果であると解されている²⁴。

¹⁹ 佐藤功『前掲書』注(2) 109頁

²⁰ 芦部信喜監修・野中俊彦、戸松秀典、江橋崇、高橋和之、高見勝利、浦部法穂編『注釈憲法第1巻』（2000年）有斐閣 395頁（高見執筆部分）

²¹ 衆議院議事速記録 35号（昭21.8.25）503-504頁

²² 衆議院事務局編 第90回帝国議会 衆議院帝国憲法改正案委員小委員会速記録 194頁

²³ 佐藤功『前掲書』注(2) 109頁

²⁴ 同上 109頁

3. 放棄の対象（「戦争」、「武力の行使」及び「武力による威嚇」の意味）

(1) 戦争

「国権の発動たる戦争」とは、国際法上、国の主権の発動として認められていた兵力による国家間の闘争であって、宣戦布告又は最後通牒の手續により明示的に戦争の意思表示をするか、あるいは、武力行使を伴う国交断絶の形式で黙示的に表明することを要件とするとともに、交戦法規、中立法規等の戦時国際法が適用される形式的意味での戦争をいうとされる²⁵。なお、「国権の発動たる」という形容句は、戦争が伝統的に主権国家に固有の権利として観念されてきたことを表すものであって、国権の発動でない戦争の存在を認め、そのような戦争は放棄しないという趣旨ではないとされる²⁶。

「国権の発動たる戦争」の意味について、政府は、次のような見解を述べている（衆・予算委 平 6.6.8）。

大出内閣法制局長官 憲法 9 条のただいま御指摘の「国権の発動」といいますのは、「国権の発動たる戦争」というような言い方をいたしておるわけですが、これは要するに、別な言い方をすれば、我が国の行為による戦争、そういうものを放棄する、こういう趣旨のものであろうかと思えます。…（中略）…。

要するに、憲法第 9 条は、我が国が戦争を放棄する、あるいは原則的に我が国を防衛するための必要最小限度の自衛権を行使するという以外に、いわゆる武力行使、武力による威嚇というものを我が国は放棄する、我が国の行為によってそうすることを放棄するということでもあります。

ただいまのお話（注：国連決議に従う場合は国権の発動に当たらないとの意見）につきまして、国連決議との関連について、いろんな場合があるのはあり得るのかどうかちょっとわかりませんが、原則的に申し上げますれば、要するに国連の決議に従って我が国がこれらの行為をするということであれば、我が国の行為でございますから、それはやはり 9 条によって放棄をしているというふうに理解すべきものと思えます。

(2) 武力の行使

「武力の行使」とは、実質的意味での戦争に属する軍事行動（例えば、1931 年の満州事変、1937 年の日華事変等）をいい、「戦争」との差異は、宣戦の手續がとられているか否か、中立法規等の戦時国際法規の適用を受けるか否か等の点に求めることができるとされる²⁷。

国連憲章においても「武力の行使（use of force）」の文言が用いられてい

²⁵ 佐藤功『前掲書』注(2) 110-112 頁

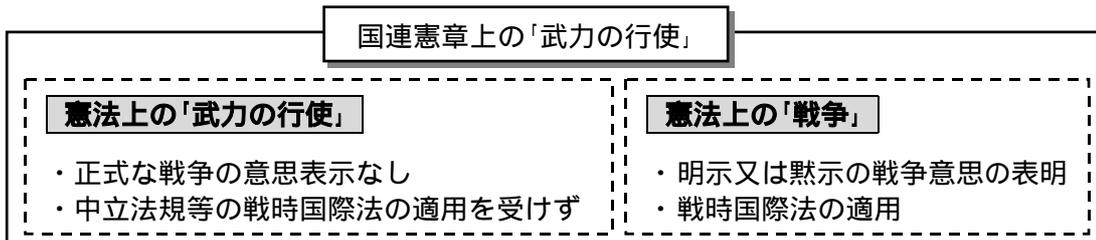
²⁶ 同上 110-111 頁

²⁷ 同上 112-113 頁

るが、これは、形式的意味での戦争を制限する国際連盟規約（1919年）やこれを禁止する不戦条約（1928年）が締結されるようになると、実質的意味での戦争が多く生じるようになったため、形式的意味での戦争のみならず実質的な戦争を禁止する趣旨から、両方を含む概念としての「武力の行使」を一般に禁止するに至ったものであるとされる²⁸。

なお、1項の「武力」と2項の「戦力」との関係については、これらを同義と解するのが一般的である²⁹。

< 国連憲章上の「武力の行使」と憲法上の「武力の行使」との異同 >

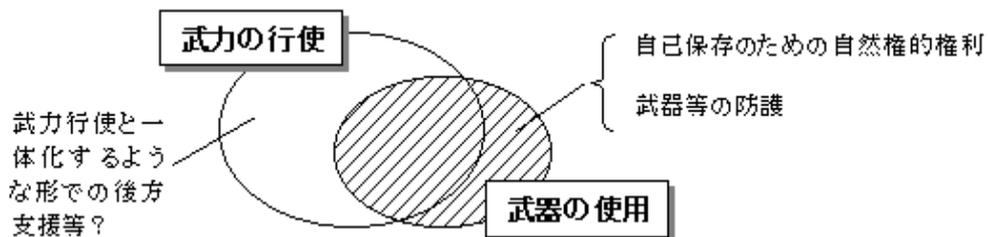


「武力の行使」の意味について、政府は、「武器の使用」との関係において、次のような見解を述べている（衆・PKO 特委理事会提出 平 3.9.27）。

一般に、憲法第9条第1項の「武力の行使」とは、我が国の物的・人的組織体による国際的な武力紛争の一環としての戦闘行為をいい、法案（注 国際連合平和維持活動等に対する協力に関する法律案）第24条の「武器の使用」とは、火器、火薬類、刀剣類その他直接人を殺傷し、又は武力闘争の手段として物を破壊することを目的とする機械、器具、装置をその物の本来の用法に従って用いることをいうと解される。

憲法第9条第1項の「武力の行使」は、「武器の使用」を含む実力の行使に係る概念であるが、「武器の使用」がすべて同項の禁止する「武力の行使」に当たるとはいえない。例えば、自己又は自己とともに現場に所在する我が国要員の生命又は身体を防衛することは、いわば自己保存のための自然権的権利というべきものであるから、そのために必要な最小限の「武器の使用」は、憲法第9条第1項で禁止された「武力の行使」には当たらない。

< 「武力の行使」と「武器の使用」の関係図 >



²⁸ 芦部監修・野中他編『前掲書』注(20) 398-399頁（高見執筆部分）

²⁹ 同上 399頁及び佐藤功『前掲書』注(2) 113頁

(3) 武力による威嚇

「武力による威嚇」とは、現実にはいまだ武力を行使していないが、その前段階の行為、すなわち、自国の要求を受け入れなければ武力を行使するという態度を示すことによって相手国を威嚇し、強要すること（例えば、1895年の三国干渉、1915年の対中21カ条要求等）をいうとされ、「武力の行使」に加えて「武力による威嚇」が禁止されるのは、これが、国際紛争の平和的解決の主義に反することはもとより、「武力の行使」又は「戦争」につながる性質を有するためであると考えられている³⁰。

「武力による威嚇」の意味について、政府は、次のような見解を述べている（参・PKO 特委 平 4.5.29）。

工藤内閣法制局長官 「武力による威嚇」という憲法第9条の規定はかように考えております。すなわち、通常、現実にはまだ武力を行使しないが、自国の主張、要求を入れなければ武力を行使する、こういう意思なり態度を示すことによって相手国を威嚇することである、このように説明されておりまして、学説も多くはこのように書いてございます。それで、具体的な例として、例えばかつてのいわゆる三国干渉ですとか等々のようなものが例に挙げられているのが「武力による威嚇」の例だろうと存じます。

4. 放棄の範囲（「国際紛争を解決する手段」の意味）

9条1項における「国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使」の放棄には、「国際紛争を解決する手段としては」という条件が付されている。この「国際紛争を解決する手段としては」という文言が「国権の発動たる戦争」にもかかるか、それとも、「武力による威嚇又は武力の行使」にのみかかるかという点で見解は分かれるが、前者の見解が多数説であるとされる³¹。この問題は、同条2項冒頭の「前項の目的を達するため」という文言を1項との関係でどのように解するかという問題とも関連して、9条に関する見解の大きな対立をもたらしている³²。

「国際紛争を解決する手段としては」という文言が「国権の発動たる戦争」にもかかるとする見解は、不戦条約等国際法上の通常用語例を根拠に、1項において放棄されているのは侵略戦争であって自衛戦争や制裁戦争は禁止さ

³⁰ 佐藤功 同上 113頁

³¹ 佐藤幸治『前掲書』注(2) 650頁

³² 芦部『前掲書』注(18) 257頁

れていないとする多数説と、すべての戦争は国際紛争を解決する手段としてなされること、自衛戦争と侵略戦争との区別は困難であること等を根拠に、同項において放棄されているのは自衛戦争を含めたすべての戦争であるとする有力説³³とがある。多数説は、さらに、2項において戦力の不保持が定められていることにより結局は自衛戦争も放棄されているとする説³⁴と、同項によっても自衛戦争は放棄されないとする説³⁵とに分かれる。他方、「国際紛争を解決する手段としては」という文言が「武力による威嚇又は武力の行使」のみにかかるとする見解は、すべての戦争及び「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」は放棄されるが、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可能とする³⁶。

< 放棄の範囲に関する学説 >

学 説	根 拠	放棄の範囲
「国権の発動たる戦争」 にもかかるとの見解	すべて戦争は国際紛争解決手段であり、自衛戦争と侵略戦争の区別は困難	自衛・制裁を含むすべての戦争
	国際法上の通常の使用 2項の戦力不保持 語例（不戦条約）	侵略戦争のみ
「武力による威嚇又は武力の行使」のみにかかる との見解	GHQ 原案及び9条の英文訳	すべての戦争と侵略目的の武力の威嚇・行使

「国際紛争を解決する手段」の意味について、政府は、上記の多数説とほぼ同じ立場に立ち、次のような見解を述べている（参・法務委 昭 29.5.13）。しかし、政府の見解は、自衛権に基づき一定の実力部隊による自衛行動をとることは可能であるとする点で多数説と異なり、これは、「自衛権」及び「戦力」に関する考え方が大きく異なることに基づくとされる³⁷。

佐藤内閣法制局長官 国際紛争の問題でありまして、第9条の第1項においては、お言葉にありましたように、国際紛争解決の手段としては武力行使等を許さない、その趣旨はこれはずつと前から政府として考えておりますところは、他国との間に相互の主張の間に齟齬を生じた、意見が一致しないというような場合に、業をにやして実力を振りかざして自分の意思を貫くために武力を用いる、そういうことをここで言っておるのであつて、日本の国に

³³ 浦部法穂『全訂 憲法学教室』（2000年）日本評論社 407頁、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『注釈 日本国憲法 上巻』（1984年）青林書院 170-171頁（樋口執筆部分）及び水島「前掲」注(2) 43頁

³⁴ 芦部『前掲書』注(18) 261頁及び佐藤功『前掲書』注(2) 114頁

³⁵ 大石義雄『日本憲法論（増補第2刷）』（1974年）嵯峨野書院 274-279頁及び西修『憲法（第3版）』（1984年）実務教育出版 57-61頁

³⁶ 佐藤幸治『前掲書』注(2) 651-654頁

³⁷ 芦部『前掲書』注(18) 261-262頁

対して直接の侵害が加えられたというような場合に、これに対応する自衛権というものは決して否定しておらないということを申しております。…（中略）…いざこざが前にあるとなかろうと、こちらから手を出すのは、これは無論解決のための武力行使になりますけれども、いざこざがあつて、そうして向うのほうから攻め込んできた場合、これを甘んじて受けなければならんということは、結局言い換えれば自衛権というものは放棄した形になるわけです。自衛権というものがあります以上は、自分の国の生存を守るだけの必要な対応手段は、これは勿論許される。即ちその場合は国際紛争解決の手段としての武力行使ではないのであつて、国の生存そのものを守るための武力行使でありますから、それは当然自衛権の発動として許されるだろう、かように考えております。

5. 放棄の期間（「永久に」の意味）

「永久に」放棄するの意味については、国家の恒久的な方針として永遠に放棄することを示すものと解する説³⁸がある一方で、1項の国際平和は憲法の基本原理を構成するものであること等を理由に、憲法改正の限界を意味すると解する説³⁹がある。なお、後者の説による場合でも、2項については、平和主義と軍隊の存在とは必ずしも矛盾するわけではないため、改正は可能であるとする説⁴⁰と、改正の限界に含まれるとする説⁴¹とがある。

憲法に掲げる平和主義が改正の範囲外にあるか否かについて、政府は、次のような見解を述べている（参・内閣委 昭 31.4.30）。

鳩山内閣総理大臣 憲法改正の限界についてのご質問であります。現行憲法をどの程度改正できるかという点については、学問上いろいろの議論があることをございましょう。現行憲法に掲げる平和主義、国民主権及び基本的人権の尊重、これらの三原則に対しましては、私は変更を加えるべきものではないと考えております。ここに憲法改正の限界があると思います。

³⁸ 佐藤功 『前掲書』注(2) 115-116 頁

³⁹ 芦部監修・野中他編 『前掲書』注(20) 396-397 頁（高見執筆部分）、芦部 『前掲書』注(18) 78 頁及び水島「前掲」注(2) 44 頁

⁴⁰ 芦部 同上 78 頁

⁴¹ 鶴飼信成 『要説 憲法』（1984 年）弘文堂 56 頁

戦力の不保持

1. 自衛権

(1) 自衛権の意義

自衛権とは、外国からの急迫又は現実の違法な侵害に対して、自国を防衛するために必要な一定の実力を行使する権利であって、その発動に当たっては、防衛行動以外に手段がなく、そのような防衛行動をとることがやむを得ないという「必要性の要件」、外国から加えられた侵害が急迫不正であるという「違法性の要件」、自衛権の発動としてとられた措置が加えられた侵害を排除するのに必要な限度のもので釣り合いがとれていなければならないという「均衡性の要件」の三つが必要とされる⁴²。

国連憲章 51 条では、上記のような意味での自衛権が「固有の権利 (inherent right)」として国家に認められているが、これは、自衛権を超実定法的な国家の自然権とみなすものではなく、国際慣習法の範囲内での基本権能ととらえるものであるとされる⁴³。また、その発動の要件については、「武力攻撃が発生した場合 (if an armed attack occurs)」と規定されるとともに、自衛権の発動は安保理が必要な措置をとるまでの間に限定されること、自衛権の行使に当たって講じた措置について安保理に報告すること等の一定の制約が設けられている。

国連憲章 51 条の個別的自衛権と 9 条との関係について、政府は、次のような見解を述べている (参・予算委 昭 44.3.5)。

高辻内閣法制局長官 憲法と 51 条の個別的自衛権との相違をお聞きが要点のようでございますが、国連憲章 51 条の解釈は、... (中略) ...この自衛権を両方が行使して戦闘が始まるということはあり得ないことで、いずれか一方の武力攻撃というものがなくて自衛権の行使というのはいり得ないわけでございますから、必ずやはり武力攻撃があって自衛権が発動する。その場合の自衛権というのは、やはり自衛ということから来る制約というものはあると思います。あると思いますが、日本の憲法でいえば、特に非常に神経質なその点に関しては考えでございますから、特にまた一つ一つの行動について十分に意を用いて行動すべきである、そういう面で国際社会における自衛権の行使とはいくらか違うものがあるかもしれない。しかし、法律的に言えば自衛権というものは同じ性質のものであらうと思っております。

また、自衛権発動のための要件及び武力攻撃の発生時点について、政府は、

⁴² 芦部『前掲書』注(1) 59 頁

⁴³ 山本草二『国際法【新版】』(1999 年) 有斐閣 732 頁

次のような見解を述べている（政府答弁書 昭 60.9.27 及び衆・予算委 昭 45.3.18）。

（自衛権の発動要件）

1. 憲法第9条の下において認められる自衛権の発動としての武力の行使については、政府は、従来から、

- ・ 我が国に対する急迫不正の侵害があること
- ・ これを排除するために他の適当な手段がないこと
- ・ 必要最小限度の実力行使にとどまるべきこと

という三要件に該当する場合に限られると解しており、これらの三要件に該当するか否かの判断は、政府が行うことになると考えている。

なお、自衛隊法（昭和29年法律第165号）第76条の規定に基づく防衛出動は、内閣総理大臣が、外部からの武力攻撃（外部からの武力攻撃のおそれのある場合を含む。）に際して、我が国を防衛するため必要があると認める場合に命ずるものであり、その要件は、自衛権発動の三要件と同じものではない。

2. 自衛権発動の要件は、1において述べたとおりであり、政府はそれ以外の要件を考えているわけではない。

なお、現実の事態において我が国に対する急迫不正の侵害が発生したか否かは、そのときの国際情勢、相手国の明示された意図、攻撃の手段、態様等々により判断されるものであり、限られた与件のみ仮設して論ずべきではないと考える。

（武力攻撃の発生時点）

愛知国務大臣 安保条約第5条は、国連憲章第51条のワク内において発動するものでありますが、国連憲章においても、自衛権は武力攻撃が発生した場合にのみ発動し得るものであり、そのおそれや脅威がある場合には発動することはできず、したがって、いわゆる予防戦争などが排除せられていることは、従来より政府の一貫して説明しているところであり、しこうして、安保条約第5条の意義は、わが国に対する武力攻撃に対しては、わが国自身の自衛措置のみならず、米国の強大な軍事力による抵抗によって対処せられるものなることをあらかじめ明らかにし、もってわが国に対する侵略の発生を未然に防止する抑止機能にあります。さらに、現実の事態において、どの時点で武力攻撃が発生したかは、その時の国際情勢、相手国の明示された意図、攻撃の手段、態様等々によるのでありまして、抽象的に、または限られた与件のみ仮設して論ずべきものではございません。したがって、政府としては、御質問に述べられた三つの場合について、武力攻撃発生、したがって自衛権発動の時点論ずることは、適当とは考えない次第でございます。

（2）自衛権の有無及び行使の態様

憲法上、自衛権をどのように考えるかについては、自衛権を否定するものであるか否か、また、自衛権を認めるものであったとした場合、どのような行使の態様が認められているのかといった点をめぐり、見解が分かれる。

まず、憲法は自衛権を否定するものであるか否かについて、自衛権が武力行使を伴う性質のものである以上、戦力不保持を定めた憲法の下では実質的に放棄されているとする見解⁴⁴もあるが、9条により自衛権までもが否定されるものではないと解するのが判例・多数説・政府見解の立場である⁴⁵。

次に、自衛権の行使態様については、自衛権の発動として一定の実力行使を認めるか否かの点で、見解が分かれる。一定の実力行使を認めるとする見解には、自衛のための「戦力」による自衛権の行使を認める見解⁴⁶、自衛権はこれを裏付けるに足る武力の保有を当然に伴うとする考え方を前提に、自衛のための必要最小限の実力行使を認める見解⁴⁷、日本は9条によってすべての戦争が放棄され、かつ、「戦力」の保持も禁止されている以上、自衛権の行使は「戦力」に至らない実力(=自衛力)によるべきとする政府見解に代表される見解⁴⁸があり、他方、一定の実力行使は認められないとする見解は、日本は9条2項において「戦力」、すなわち、警察力を超える実力部隊の保持が禁止されている以上、自衛権は、外交交渉による侵害の未然回避、警察による侵害排除、群民蜂起等によって行使されるとする⁴⁹。学説においては、自衛権の発動として警察力を超える実力行使を認めないとする見解が多数説となっている。

もっとも、自衛権の行使態様について多数説の立場に立つ場合であっても、伝統的に主権国家に固有の権利であると考えられてきた自衛権は、「戦力」を放棄した日本国憲法の下では根本的な再検討が迫られているとされる⁵⁰。この立場からは、自衛権を「外国からの不法・不正な武力攻撃等侵害行為があった場合、現代主権独立国家として、国民の生命、自由、生活、幸福追求等基本的人権を、国の法秩序を維持することによって確保していくため、その侵害行為を最小限にいとめ、排除・解消するに必要な措置をとることの

⁴⁴ 水島「前掲」注(2) 44頁及び山内敏弘「日本国憲法と『自衛権』観念」法律時報 47巻 12号(1975年) 117-122頁

⁴⁵ 判例については、砂川事件上告審判決、長沼事件第1審判決及び百里基地事件第1審判決を、多数説については、芦部『前掲書』注(1) 60頁及び伊藤『前掲書』注(2) 171頁を、政府見解については、次項を、それぞれ参照

⁴⁶ 大石『前掲書』注(35) 274-279頁及び西『前掲書』注(35) 57-61頁

⁴⁷ 伊藤『前掲書』注(2) 173頁及び佐藤幸治『前掲書』注(2) 653頁

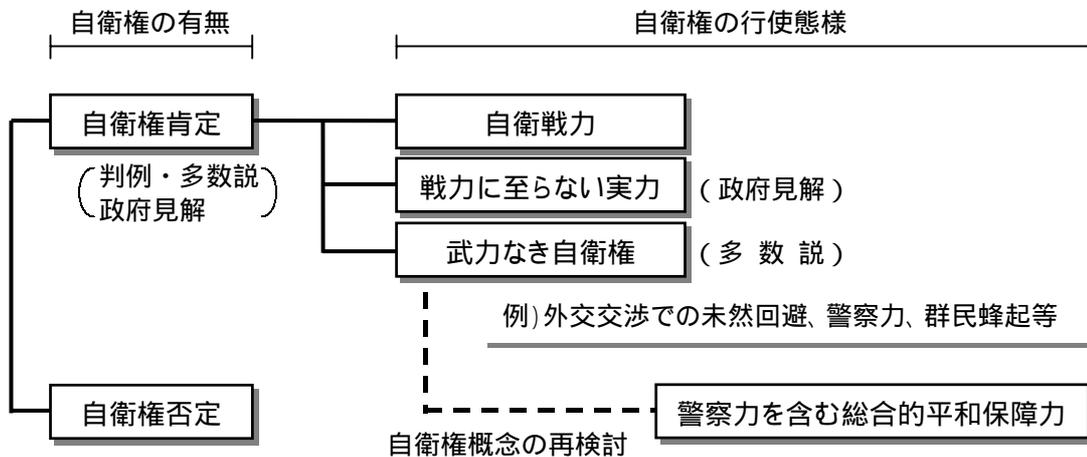
⁴⁸ 9条のほか、前文の平和的生存権又は13条の幸福追求権を根拠に、「戦力に至らない自衛力」の保持を認める見解もある。高辻正己『憲法講話[全訂第2版]』(1980年)良書普及会 85頁及び田上穰治「主権の概念と防衛の問題」『日本国憲法体系第2巻』(1965年)有斐閣 71-106頁

⁴⁹ 芦部『前掲書』注(18) 266頁

⁵⁰ 樋口他『前掲書』注(33) 173-174頁(樋口執筆部分)及び深瀬忠一「長沼判決をめぐる平和憲法の理想と現実(二)」ジュリスト 550号(1974年) 97頁

できる自主独立の権利」としてとらえた上で、その行使態様については、警察力を含む「総合的平和保障力」を認めるとする見解もある⁵¹。

< 自衛権の有無・行使態様をめぐる見解 >



自衛権の有無及び行使態様について、政府は、次のような見解を述べている（政府答弁書 昭 55.12.5）。

憲法第9条第1項は、独立国家に固有の自衛権までも否定する趣旨のものではなく、自衛のための必要最小限度の武力を行使することは認められているところであると解している。政府としては、このような見解を従来から一貫して採ってきているところである。

また、長沼ナイキ事件第1審（昭 48.9.7）において、札幌地裁は、砂川事件判決を引いて、9条は自衛権を放棄するものではないが、「自衛権を保有し、これを行行使することは、ただちに軍力による自衛に直結しなければならないものではない」と判示し、多数説の見解に立つ立場を明らかにした⁵²。

< 長沼ナイキ事件 >

北海道夕張郡長沼町に航空自衛隊ナイキ基地を建設するに当たって、防衛庁からの要請を受けた農林水産大臣が森林法26条2項に基づき同町の国有保安林の指定を解除する処分を行ったことに対し、地域住民が、憲法9条がある以上自衛隊の基地建設に同項の「公益上の理由」はないとして、当該処分の取消しを求める訴えを提起した事件。

第1審の札幌地裁は、平和的生存権を認めた上で自衛隊は違憲である旨判示したが、控訴審（昭 51.8.5）及び上告審（昭 57.9.9）では、平和的生存権は原告適格の基礎にならないとされた。

⁵¹ 深瀬忠一『戦争放棄と平和的生存権』（1987年）岩波書店 258頁及び431頁

⁵² 芦部『前掲書』注(18) 267頁

(3) 集団的自衛権

集団的自衛権とは、他の国家が武力攻撃を受けた場合、当該国家と密接な関係にある国家が被攻撃国を援助し、共同して防衛に当たる権利をいう⁵³。国連憲章 51 条では、個別的自衛権のほか、集団的自衛権も、各国の「固有の権利」として定められている。この規定は、同憲章 8 章の地域的取極に基づく強制行動の発動には安全保障理事会の事前の許可が必要とされていたことから、東西冷戦を背景とした安全保障理事会の機能不全を見込んだラテン・アメリカ諸国の主張を受け入れる形で、安全保障理事会の許可を必要とせず強制行動が発動できる法的根拠として、サンフランシスコ会議において加えられたものである。その法的性質については、他国に対する武力攻撃は自国の実体的権利の侵害を意味し、これに対する個別的自衛権の共同行使であると解する見解と、平和・安全に関する一般的利益に基づき武力攻撃を受けた他国を援助する措置であると解する見解とがあるが、日本は、後者の見解に立っているとされる⁵⁴。

「集団的自衛権」という文言は、国連憲章の締結により初めて明記されたものであるが、ニカラグア事件判決以降、国際慣習法上の権利として確立されたものとされ、他国が武力攻撃を受けた旨を宣言し、かつ、明示の援助要請を行った場合には、自国の安全に対する脅威がなくとも、これを援用することができる」とされている。

<ニカラグア事件判決(1986.6.27 ICJ 判決)>

1979年に誕生したニカラグアの左翼政権が隣国エルサルバドルの反政府ゲリラに軍事支援を行っているとして米国が介入行動をとったことに対し、1984年、ニカラグアが、米国による軍事援助、ニカラグアの港湾の機雷封鎖等の軍事行動の違法性の確認及び賠償を求めて国際司法裁判所(International Court of Justice; ICJ)に提訴した事件。

ICJは、米国が軍事行動の根拠とした集団的自衛権について、その前提である武力攻撃の存在を否定するとともに、被攻撃国による攻撃被害の宣言及び被攻撃国からの援助の要請という要件を満たしていないと認定し、また、内政不干渉の原則、武力行使禁止の原則、主権尊重の原則、国際人道法等に違反するとして、米国は違法行為を中止する義務及び損害賠償義務を負うと判示した。

集団的自衛権について、政府は、これを有してはいるが、その行使は自衛のための必要最小限度を超えるものであって認められないとの見解を述べている(政府答弁書 昭 56.5.29)。

⁵³ 筒井若水編集代表『国際法辞典』(1998年)有斐閣 176頁

⁵⁴ 山本『前掲書』注(43) 736頁

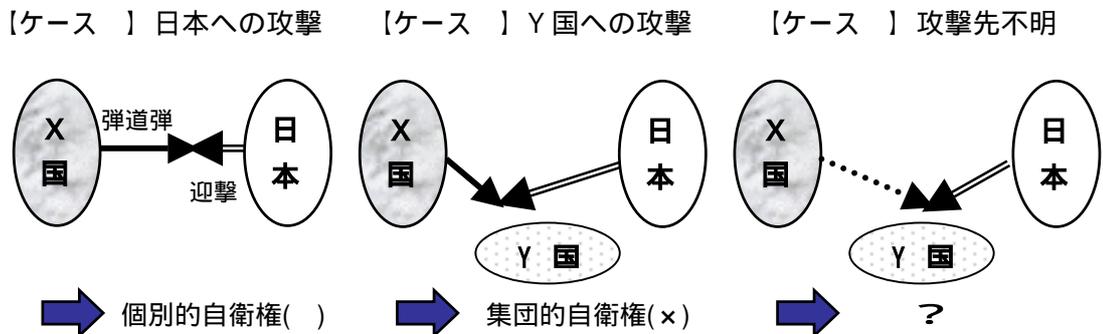
国際法上、国家は、集団的自衛権、すなわち、自国と密接な関係にある外国に対する武力攻撃を、自国が直接攻撃されていないにもかかわらず、実力をもって阻止する権利を有しているものとされている。

我が国が、国際法上、このような集団的自衛権を有していることは、主権国家である以上、当然であるが、憲法第 9 条の下において許容されている自衛権の行使は、我が国を防衛するため必要最小限度の範囲にとどまるべきものであると解しており、集団的自衛権を行使することは、その範囲を超えるものであって、憲法上許されないと考えている。

なお、我が国は、自衛権の行使に当たっては我が国を防衛するため必要最小限度の実力を行使することを旨としているのであるから、集団的自衛権の行使が憲法上許されないことによって不利益が生じるというようなものではない。

なお、1999 年から日米間における本格的な共同研究が開始されたミサイル・ディフェンス (Missile Defense ; MD)⁵⁵ について、飛来する弾道弾ミサイルが日本に着弾するか、あるいは、他国に着弾するかが不明な段階で日本がその迎撃を支援することは、憲法上禁止される集団的自衛権の行使との関係で問題があるとの指摘がなされている。現在、MD は「調査・研究」段階にあるが、「開発」又は「量産・配備」段階にそれぞれ移行する際には、改めてその是非を問うこととされている。

< MD と自衛権との関係図 >



2. 戦 力

(1) 「前項の目的を達するため」の意味 (1 項と 2 項との関係)

「前項の目的を達するため」の意味についても、1 項の「国際紛争を解決する手段」の意味との関連で、見解は分かれる。まず、同項において自衛戦

⁵⁵ 弾道弾ミサイルが発射された場合、これをレーダー等で探知し、迎撃ミサイルで撃ち落とすシステム

争を含むすべての戦争が放棄されたとの立場からは、そのような「前項の目的を達するため」の裏付けとして、2項において戦力の全面不保持が定められたとする⁵⁶。次に、1項で放棄されたのは侵略戦争のみであるとの立場からは、「前項の目的」とは「国際紛争を解決する手段」としての戦争放棄を意味するのであって、自衛のための戦力の保持は認められるとする見解⁵⁷、「前項の目的」とは「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」を意味するのであって、このような戦争放棄の動機を受け、2項において一切の戦力の不保持を定めたとする見解⁵⁸が主張される。さらに、1項においてすべての戦争は禁止されるが、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」であるものが放棄されるとの立場からは、そのような意味での「前項の目的を達するため」、2項において「戦争」を遂行する手段としての戦力の全面不保持が定められているとする⁵⁹。学説においては、「前項の目的」とは、「正義と秩序を基調とする国際平和を誠実に希求し」を意味するとの見解が多数説となっている。

<9条1項と2項との関係に関する学説>

1項の解釈	2項前段の解釈	9条全体の解釈
「国際紛争を解決する手段として」の戦争の放棄とは？	「前項の目的を達するため」の戦力の不保持とは？	9条全体の解釈
(X) 侵略と自衛戦争とは区別不可能であり、一切の戦争を放棄したものだ。	() 「前項の目的」とは1項全体を指し、それを実質的に担保するため、2項で一切の「戦力」の不保持を規定している。	(X -) 一切の戦争の放棄と一切の戦力の不保持を規定したもの。
(Y) 国際法上の用例にならえば、侵略戦争のみを放棄したもので、自衛戦争まで放棄したものでない。		(Y -) 1項で自衛戦争は放棄されないが、2項で戦力不保持を規定しているので、自衛のための「戦力」も持てない。
	() 「前項の目的」とは侵略戦争放棄を指し、自衛のための戦力は保持できる。	(Y -) 自衛戦争を行うことも、そのための「戦力」を持つこともできる。

「前項の目的を達するため」の意味について、政府は、次のような見解を述べている（政府答弁書 昭55.12.5）

憲法第9条第2項の「前項の目的を達するため」という言葉は、同条第1項全体の趣旨、すなわち、同項で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

⁵⁶ 樋口他『前掲書』注(33) 177頁（樋口執筆部分）

⁵⁷ 大石『前掲書』注(35) 274-279頁及び西『前掲書』注(35) 57-61頁

⁵⁸ 佐藤功『前掲書』注(2) 116-117頁

⁵⁹ 佐藤幸治『前掲書』注(2) 655頁

の行使を放棄しているが、自衛権は否定されておらず、自衛のための必要最小限度の武力の行使は認められているということを受けていると解している。したがって、同条第 2 項は「戦力」の保持を禁止しているが、このことは、自衛のための必要最小限度の実力を保持することまで禁止する趣旨のものではなく、これを超える実力を保持することを禁止する趣旨のものであると解している。

(2)「戦力」の意味（自衛隊の合憲性）

「戦力」の意味についても、自衛権に関する考え方の違い等を前提として、見解が分かれる。

第一に、戦争に役立つ可能性のある一切の潜在的能力を「戦力」とする説で、この説では、軍事力のみならず、軍需生産、航空機、港湾施設等も「戦力」に含まれることとなる⁶⁰。

第二に、外敵の攻撃に対して国土を防衛するという目的にふさわしい内容を有する軍隊及び有事の際にこれに転化し得る程度の実力部隊を「戦力」とする説⁶¹で、今日の多数説であるとされる。この説では、軍隊と警察力との違いが問題となるが、両者の相違点としては、その目的が、軍隊は外敵に対して国土を防衛することにあるのに対し、警察力は国内の治安の維持及び確保にあること、その実力の内容（人員、編成方法、装備、教育・訓練、予算等）が、それぞれの目的にふさわしいものであることが挙げられている。そして、このような趣旨からすれば、現在の自衛隊は、「戦力」に該当し、違憲であると解される。

第三に、近代戦争遂行に役立つ程度の装備及び編成を備えたものを「戦力」とする説で、政府統一見解として新聞報道されたものである⁶²。

1. 憲法第 9 条第 2 項は、侵略の目的たると自衛の目的たるとを問わず「戦力」の保持を禁止している。
2. 右にいう「戦力」とは、近代戦争遂行に役立つ程度の装備、編成を備えるものをいう。
3. 「戦力」の基準は、その国のおかれた時間的、空間的環境で具体的に判断せねばならない。
4. 「陸海空軍」とは、戦争目的のために装備編成された組織体をいい、「その他の戦力」とは、本来は戦争目的を有せずとも実質的にこれに役立ち得る実力を備えたものをいう。

⁶⁰ 鶴飼 『前掲書』注(41) 61 頁

⁶¹ 芦部 『前掲書』注(18) 270 頁、佐藤功 『前掲書』注(2) 117-133 頁、樋口他 『前掲書』注(33) 178-179 頁（樋口執筆部分）及び水島 『前掲』注(2) 46 頁

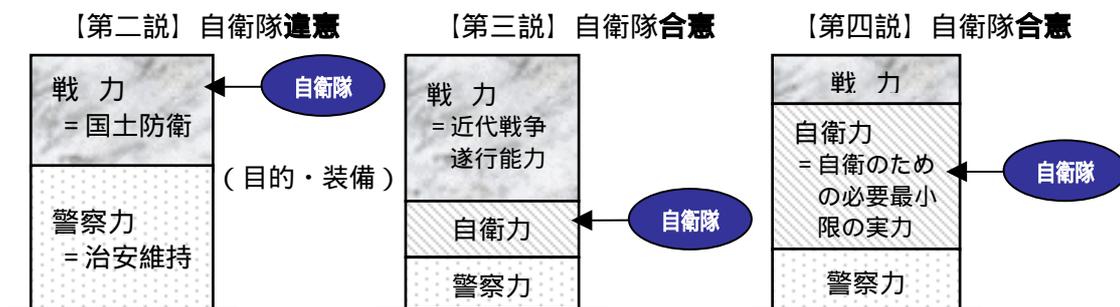
⁶² 朝日新聞（1952 年 11 月 26 日付）

5. 「戦力」とは、人的、物的に組織された総合力である。従って単なる兵器そのものは戦力の構成要素ではあるが、戦力そのものではない。兵器製造工場のごときも無論同様である。
6. 憲法第 9 条第 2 項にいう「保持」とは、いうまでもなくわが国が保持の主体たることを示す。米国駐留軍は、わが国を守るために米国の保持する軍隊であるから憲法第 9 条の関するところではない。
7. 「戦力」に至らざる程度の実力を保持し、これを直接侵略防衛の用に供することは違憲ではない。このことは有事の際、国警の部隊が防衛にあたるのと理論上同一である。
8. 保安隊および警察隊は戦力ではない。これらは保安庁法第 4 条に明らかなごとく、「わが国の平和と秩序を維持し人命および財産を保護するため、特別の必要がある場合において行動する部隊」であり、その本質は警察上の組織である。従って戦争を目的として組織されたものではないから、軍隊ではないことは明らかである。また客観的にこれを見ても保安隊等の装備編成は決して近代戦を有効に遂行し得る程度のものではないから、憲法の「戦力」には該当しない。

第四に、自衛のために必要な最小限度の実力を超えるものを「戦力」とする説で、現在の政府統一見解⁶³である（政府答弁書 昭 55.12.5）。何が自衛のための必要最小限の実力に当たるかは、「具体的にはそのときどきの国際情勢で決めていくほかはない⁶⁴」、あるいは、「国内、国情あるいは世界情勢、科学技術の進歩等によって決めるべき⁶⁵」として、相対的なものであるとされる。

我が国が自衛のための必要最小限度の実力を保持することは、憲法第 9 条の禁止するところではない。自衛隊は、我が国を防衛するための必要最小限度の実力組織であるから憲法に違反するものではないことはいうまでもない。

<戦力・自衛力・警察力に関する各説のイメージ図>



⁶³ 政府は、「戦力」の定義を第三説から第四説に変更した理由について、憲法上の実質の意味を表現すべきであること、「近代戦争遂行能力」という表現は抽象的であること、第四説の方が論理的であることを挙げた上で、両説は、単に言い方の違いに過ぎないとする（参・予算委 昭 47.11.13 吉国内閣法制局長官答弁）。

⁶⁴ 衆・内閣委 昭 36.4.13 林内閣法制局長官答弁

⁶⁵ 参・内閣委 昭 38.6.25 池田内閣総理大臣答弁

3. 自衛権の範囲・限界

(1) 保有し得る実力装置

「戦力」の意味について、現在の政府見解の立場（上記第四説）に立つとしても、「自衛のための必要最小限度」という基準は相対的かつ流動的なものであって、明確性を欠いているとの批判がある⁶⁶。保有し得る実力装置の範囲等自衛力増強の限界について、政府は、「自衛のための必要最小限度」にとどまるものである限り、核兵器であっても、憲法上、これを保持することは可能であるとの見解を述べている。

（保有し得る兵器の具体的限度 衆・予算委提出 昭 53.2.14）

憲法第9条第2項が保持を禁じている「戦力」は、自衛のための必要最小限度を超えるものである。

右の憲法上の制約の下において保持を許される自衛力の具体的な限度については、その時々国際情勢、軍事技術の水準その他の諸条件により変わり得る相対的な面を有することは否定し得ない。もっとも、性能上専ら他国の国土の潰滅的破壊のためにのみ用いられる兵器（例えばICBM、長距離戦略爆撃機等）については、いかなる場合においても、これを保持することが許されないのはいうまでもない。

これらの点は、政府のかねがね申し述べてきた見解であり、今日においても変わりはない。

（自衛権行使のための武器の保有 政府答弁書 昭 44.4.8）

性能上純粋に国土を守ることにのみ用いられる兵器の保持が憲法上禁止されていないことは、明らかであるし、また、性能上相手国の国土の壊滅的破壊のためにのみ用いられる兵器の保持は、憲法上許されないものといわなければならない。

このような、それ自体の性能からみて憲法上の保持の可否が明らかな兵器以外の兵器は、自衛権の限界をこえる行動の用に供することはむろんのこと、将来自衛権の限界をこえる行動の用に供する意図のもとに保持することも憲法上許されないことは、いうまでもないが、他面、自衛権の限界内の行動の用にのみ供する意図でありさえすれば、無限に保持することが許されるというものでもない。けだし、本来わが国が保持し得る防衛力には、自衛のため必要最小限度という憲法上の制約があるので、当該兵器を含むわが国の防衛力の全体がこの制約の範囲内にとどまることを要するからである。

（核兵器の保有 参・予算委 昭 53.4.3 真田内閣法制局長官答弁）

1. 憲法上核兵器の保有が許されるか否かは、それが憲法第9条第2項の「戦力」を構成するものであるか否かの問題に帰することは明らかであるが、政府が従来から憲法第9条に関してとっている解釈は、同条が我が国が独立国として固有の自衛権を有することを否定していないことは憲法の前文をはじめ全体の趣旨に照らしてみても明らかであり、その裏付けとしての自衛のための必要最小限度の範囲内の実力を保持することは同条第2項によっても禁止されておらず、右の限度を超

⁶⁶ 芦部『前掲書』注(18) 274頁

えるものが同項によりその保持を禁止される「戦力」に当たるというものである。

そして、この解釈からすれば、個々の兵器の保有についても、それが同項によって禁止されるか否かは、それにより右の自衛のための必要最小限度の範囲を超えることとなるか否かによって定まるべきものであって、右の限度の範囲内にとどまる限りは、その保有する兵器がどのような兵器であるかということは、同項の問うところではないと解される。

したがって、通常兵器であっても自衛のための必要最小限度の範囲を超えることとなるものは、その保有を許されないと解される一方、核兵器であっても仮に右の限度の範囲内にとどまるものがあるとすれば、憲法上その保有が許されることになるというのが法解釈論としての当然の論理的帰結であり、政府が従来国会において、御質問に応じ繰り返し説明してきた趣旨も、右の考えによるものであって、何らかの政治的考慮に基づくものではないことはいうまでもない。

2. (略)

3. もっとも、1 に述べた解釈において、核兵器であっても仮に自衛のための必要最小限度の範囲内にとどまるものがあるとすれば、憲法上その保有を許されるとしている意味は、もともと、単にその保有を禁じていないということにとどまり、その保有を義務付けているというものでないことは当然であるから、これを保有しないこととする政策的選択を行うことは憲法上何ら否定されていないのであって、現に我が国は、そうした政策的選択の下に、国是ともいべき非核三原則を堅持し、更に原子力基本法及び核兵器不拡散条約の規定により一切の核兵器を保有し得ないこととしているところである。

(2) 地理的範囲

自衛権行使の地理的範囲について、政府は、必ずしも我が国の領域に限定されず、自衛権行使に必要な限度内で、公海及び公空に及ぶとし（政府答弁書 昭 60.9.27）、また、外国からの急迫不正の侵害により我が国が滅亡の危機にある場合において他に方法がないときに、外国領土にある敵基地を攻撃することは、法理的には自衛の範囲に含まれ、可能であるとする（衆・内閣委 昭 31.2.29 鳩山内閣総理大臣答弁（船田国務大臣代読））。

（自衛権行使の地理的範囲）

我が国が自衛権の行使として我が国を防衛するため必要最小限度の実力を行使することのできる地理的範囲は、必ずしも我が国の領土、領海、領空に限られるものではなく、公海及び公空にも及び得るが、武力行使の目的をもって自衛隊を他国の領土、領海、領空に派遣することは、一般に自衛のための必要最小限度を超えるものであって、憲法上許されないと考えている。

仮に、他国の領域における武力行動で、自衛権発動の三要件に該当するものがあるとすれば、憲法上の理論としては、そのような行動をとることが許されないわけではないと考える。この趣旨は、昭和 31 年 2 月 29 日の衆議院内閣委員会で示された政府の統一見解によって既に明らかにされているところである。

(自衛のための誘導弾発射基地への攻撃)

わが国に対して急迫不正の侵害が行われ、その侵害の手段としてわが国土に対し、誘導弾等による攻撃が行われた場合、座して自滅を待つべしというのが憲法の趣旨とするところだというふうには、どうしても考えられないと思うのです。そういう場合には、そのような攻撃を防ぐのに万やむを得ない必要最小限度の措置をとること、たとえば誘導弾等による攻撃を防御するのに、他に手段がないと認められる限り、誘導弾等の基地をたたくことは、法理的には自衛の範囲に含まれ、可能であるというべきものと思います。昨年私が答弁したのは、普通の場合、つまり他に防御の手段があるにもかかわらず、侵略国の領域内の基地をたたくことが防御上便宜であるというだけの場合を予想し、そういう場合に安易にその基地を攻撃するのは、自衛の範囲には入らないだろうという趣旨で申したのであります。この点防衛庁長官と答弁に食い違いはないものと思います。

(3) 自衛隊の海外派遣（国際協力）

国際協力の分野における日本の関与の在り方と9条との関係では、憲章上の国連軍、多国籍軍、PKO等の国際の平和及び安全の維持を目的とした諸活動に対し、自衛隊を派遣することが可能かという問題が、最大の争点となっている。

憲章上の国連軍、多国籍軍、PKO(特にPKF)等に対し、9条2項の「戦力」の解釈から違憲の疑いのある自衛隊が9条の改正を経ないまま参加することは、国連協力又は国際貢献という目的であったとしても、法的に極めて難しいという見解⁶⁷が、学説の多数を占めていると考えられている。もっとも、直接に戦闘又は武力行使を目的とするものではなく、また、軍事的に紛争当事国の一方に加担するものでもないPKOについては、その活動が武力行使に至らない限り、自衛隊がこれに参加することは、9条に違反するとは解されないとする見解もある⁶⁸。

このような通説的見解に対しては、国連の権威の下に行われる武力行動は、個々の国家の「国権の発動」ではなく、国際規模の「警察行動」としての性質を有するものであり、したがって、これへの日本の参加と憲法上の制約とは無関係であるとする見解⁶⁹が、特に、湾岸戦争以降、主張されるようになってきている。

⁶⁷ 芦部『前掲書』注(1) 65頁

⁶⁸ 佐藤功『前掲書』注(2) 153頁

⁶⁹ 大沼保昭「「平和憲法」と集団安全保障(二)」『国際法外交雑誌』92巻2号(1993年)63頁、「国際社会における日本の役割に関する特別調査会中間報告」(自民党・小沢一郎会長)及び小沢一郎(自由党党首)「日本国憲法改正試案」『文芸春秋』(1999年9月号)100頁参照

なお、将来、世界各国が完全軍縮を行った後において組織される「国連軍」については、超国家的性格を有するものであること、9条の理念が世界のすべての国家に普遍化することを前提としたものであること等の理由から、この「国連軍」に日本が参加することは、むしろ、同条の理念に合致するものであり、これを違憲とする理由はないとする見解がある⁷⁰。

国際協力に係る日本の関与と9条との関係について、政府は、次のような見解を述べている。

1. 集団安全保障への参加(参・予算委 平 6.6.13)

大出内閣法制局長官 集団的安全保障とは、国際法上武力の行使を一般的に禁止する一方、紛争を平和的に解決すべきことを定め、これに反して平和に対する脅威、平和の破壊または侵略行為が発生したような場合に、国際社会が一致協力してこのような行為を行った者に対して適切な措置をとることにより平和を回復しようとする概念であり、国連憲章にはそのための具体的な措置が定められております。

ところで、憲法には集団的安全保障へ参加すべきである旨の規定は直接明示されていないところであります。ただ、憲法前文には、憲法の基本原則の一つである平和主義、国際協調主義の理念がうたわれており、このような平和主義、国際協調主義の理念は、国際紛争を平和的手段により解決することを基本とする国連憲章と相通ずるものがあると考えられます。

我が国は、憲法の平和主義、国際協調主義の理念を踏まえて国連に加盟し、国連憲章には集団的安全保障の枠組みが定められていることは御承知のとおりであります。

したがって、我が国としては最高法規である憲法に反しない範囲内で憲法第98条第2項に従い国連憲章上の責務を果たしていくこととなりますが、もとより集団的安全保障に係る措置のうち憲法第9条によって禁じられている武力の行使または武力による威嚇に当たる行為については、我が国としてこれを行うことが許されないのは当然のことです。

2. 国連軍への参加(衆・予算委 平 2.10.19)

工藤内閣法制局長官 国連憲章に基づきます、いわゆる正規のと俗称言われておりますが、そういう国連軍へ我が国がどのように関与するか、その仕方あるいは参加の態様といったものにつきましては、現在まだ研究中でございます、結果を明確に申し上げるわけにはまだ参っておらない、かような段階でございます。ただ、そこで考えます思考過程と申しますか、研究過程と申しますか、そういうふうなものを申し上げますとこういうことになるかと思っております。…(中略)…。こういった憲法の9条の解釈といいますか適用といいますか、そういうものの積み重ねがございまして、そういうのから推論してまいりますと、その任務が我が国を防衛するものとは言えない、そこまでは言い切れない国連憲章上の国連軍、こういうものに自衛隊を参加させることにつきましては憲法上問題が残るのではなからうか。

⁷⁰ 佐藤功『前掲書』注(2) 155頁

…他方におきまして国連憲章の方を考えますと、国連憲章の 7 章に基づく国連軍というのはいまだ設置されたことはないわけでございます。それから、その設置につきまして、たしか国連憲章の 43 条だったと思いますが、そこにおきまして特別協定を結ぶというふうなことも規定されてございます。この特別協定がいかなる内容になるか、まだ判然としないということでございます。

それからさらに、国連憲章 43 条で挙げております兵力、援助、便宜の供与でございましょうか、そういった三つのものにつきましても、そういうのをどういうふうに組み合わせで行うか、それ全部を行う義務は必ずしもないとも解されております。さらにもっと申し上げれば、国際情勢が今急速に変化しつつあります。

こういうふうな諸点を考えてまいりますと、現段階でそれを明確に申し上げるわけにはなかなかまいらない、これが今研究中と申し上げた趣旨でございます。将来国連軍の編成が現実の問題になりますときに、そういう意味で以上申し上げたようなことを総合勘案いたしまして判断していくことになるう、かように考えております。

3. 多国籍軍への参加(衆・予算委 平 10.12.7)

大森内閣法制局長官 お尋ねは、多国籍軍というのは、多分湾岸危機の際に結集されました湾岸多国籍軍というものを念頭に置いたお尋ねだろうと思いますが、それに即してお答え申し上げますと、あのときの多国籍軍と申しますのは、武力行使をそもそも目的とするものであった。したがって、その武力行使を目的としていわゆる多国籍軍の一員として参加するということは憲法上できないということは、従前も答えているところでございます。

ただ、他方、参加に至らない協力、多国籍軍に対する協力につきましては、そのすべてが許されないわけではなく、当該多国籍軍の武力行使と一体となるようなものは憲法上許されませんが、当該多国籍軍の武力行使と一体とならないようなものは憲法上許されるということになるうかと思えます。

4. PKO への参加

(1) PKO への参加、「海外派兵」と「海外派遣」との関係等(政府答弁書 昭 55.10.28)

一 いわゆる「国連軍」は、個々の事例によりその目的・任務が異なるので、それへの参加の可否を一律に論ずることはできないが、当該「国連軍」の目的・任務が武力行使を伴うものであれば、自衛隊がこれに参加することは憲法上許されないと考えている。これに対し、当該「国連軍」の目的・任務が武力行使を伴わないものであれば、自衛隊がこれに参加することは憲法上許されないわけではないが、現行自衛隊法上は自衛隊にそのような任務を与えていないので、これに参加することは許されないと考えている。

我が国としては、国連の「平和維持活動」が国連の第一義的目的である国際の平和と安全の維持に重要な役割を果たしていると認識している。このような観点から、国連の「平和維持活動」に対し、従来から実施している財政面における協力に加え、現行法令下で可能な要員の派遣、資機材の供与による協力を検討して行きたいと考えている。

一 (略)

一 従来、「いわゆる海外派兵とは、一般的にいえば、武力行使の目的をもって武装した部隊を他国の領土、領海、領空に派遣することである」と定義づけて説明され

ているが、このような海外派兵は、一般に自衛のための必要最小限度を超えるものであって、憲法上許されないと考えている。したがって、このような海外派兵について将来の想定はない。

これに対し、いわゆる海外派遣については、従来これを定義づけたことはないが、武力行使の目的を持たないで部隊を他国へ派遣することは、憲法上許されないわけではないと考えている。しかしながら、法律上、自衛隊の任務、権限として規定されていないものについては、その部隊を他国へ派遣することはできないと考えている。このような自衛隊の他国への派遣については、将来どうするかという具体的な構想はもっていない。

(2)「国連軍」への「参加」と「協力」(衆・PKO 特委 平 2.10.26)

中山外務大臣

1. いわゆる「国連軍」に対する関与のあり方としては、「参加」と「協力」とが考えられる。
2. 昭和 55 年 10 月 28 日付政府答弁書にいう「参加」とは、当該「国連軍」の司令官の指揮下に入り、その一員として行動することを意味し、平和協力隊が当該「国連軍」に参加することは、当該「国連軍」の目的・任務が武力行使を伴うものであれば、自衛隊が当該「国連軍」に参加する場合と同様、自衛のための必要最小限度の範囲を超えるものであって、憲法上許されないと考えている。
3. これに対し、「協力」とは、「国連軍」に対する右の「参加」を含む広い意味での関与形態を表すものであり、当該「国連軍」の組織の外にあって行う「参加」に至らない各種の支援をも含むと解される。
4. 右の「参加」に至らない「協力」については、当該「国連軍」の目的・任務が武力行使を伴うものであっても、それがすべて許されないわけではなく、当該「国連軍」の武力行使と一体となるようなものは憲法上許されないが、当該「国連軍」の武力行使と一体とならないようなものは憲法上許されると解される。

(3)PKO 参加 5 原則と武力行使との一体化(衆・PKO 特委 平 3.9.25)

工藤内閣法制局長官 我が国の自衛隊が今回の法案に基づきまして国連がその平和維持活動として編成した平和維持隊などの組織に参加する場合に、まず第一に武器の使用、これは我が国要員等の生命、身体の防衛のために必要な最小限のものに限られる、これが第一でございます。

それから第二に、紛争当事者間の停戦合意、これが国際平和維持活動の前提でございますが、そういう紛争当事者間の停戦合意が破れるということなどで我が国が平和維持隊などの組織に参加して活動する、こういう前提が崩れました場合、短期間にこのような前提が回復しない、このような場合には我が国から参加した部隊の派遣を終了させる、こういった前提を設けて参加することといたしております。

したがって、仮に全体としての平和維持隊などの組織が武力行使に当たるようなことがあるといたしましても、我が国としてはみずからまず武力の行使はしない、それから、当該平和維持隊などの組織といわゆるそこが行います武力行使と一体化するようなことはない、こういうこととございまして、その点が確保されておりますので、我が国が武力行使をするというような評価を受けることはない。したがって、

憲法に申します平和主義、憲法前文で書かれ、あるいは憲法 9 条で武力の行使を禁止している、そういう点につきまして憲法に反するようなことはない、かように考えております。

また、先ほどのお尋ねの中で、過去の政府見解に反するのではないが、あるいはそういう懸念が聞こえてくる、こういう御質問でございましたけれども、それにつきましても、その目的、任務に武力行使を伴うような平和維持軍、当時は平和維持軍と呼んでおりましたが、そういうものにつきましてのいわゆる参加の問題、これにつきましても、従来は、今申し上げましたような二つの前提、こういうものを設けることなく一般論として申し上げてまいりましたけれども、今のような前提を設けてこれで参加する場合には憲法に違反するようなものではない、したがって当然従来の見解をその意味でも変更するものではない、整合性はとれたもの、かように考えております。

(4) いわゆる B タイプの武器使用(衆・テロ特委 平 13.10.15)

津野内閣法制局長官 お尋ねの武器使用の国際基準でございますけれども、これは、いろいろ明確な、どういうものを御指摘になっているのか必ずしもわかりませんけれども、一般に、国連の平和維持隊におきましては、要員の生命等の防護のための武器使用と、それから、任務の遂行を実力をもって妨げる企てに対抗するための武器使用とが認められているわけでありまして、

それで、他方、本法案とかあるいは国連平和協力法に基づきます我が国の自衛官の武器使用は、これは従来からしばしば申し述べておりますが、いわば自己保存のための自然権的権利として、自己の生命、身体を防護するために必要やむを得ない場合に限られておる。これは憲法 9 条が禁止する武力行使に至ることを避けるためにほかならないわけでありまして、御指摘の国連の平和維持隊に許されております武器使用のすべて、特にいわゆる B タイプの、これは任務遂行を実力をもって妨げる企てに対抗するための武器使用であります。それを我が国自衛官に認めることは、憲法 9 条との関係で問題があるという考え方でございます。

4. 武力行使との一体化(衆・予算委 平 9.2.13)

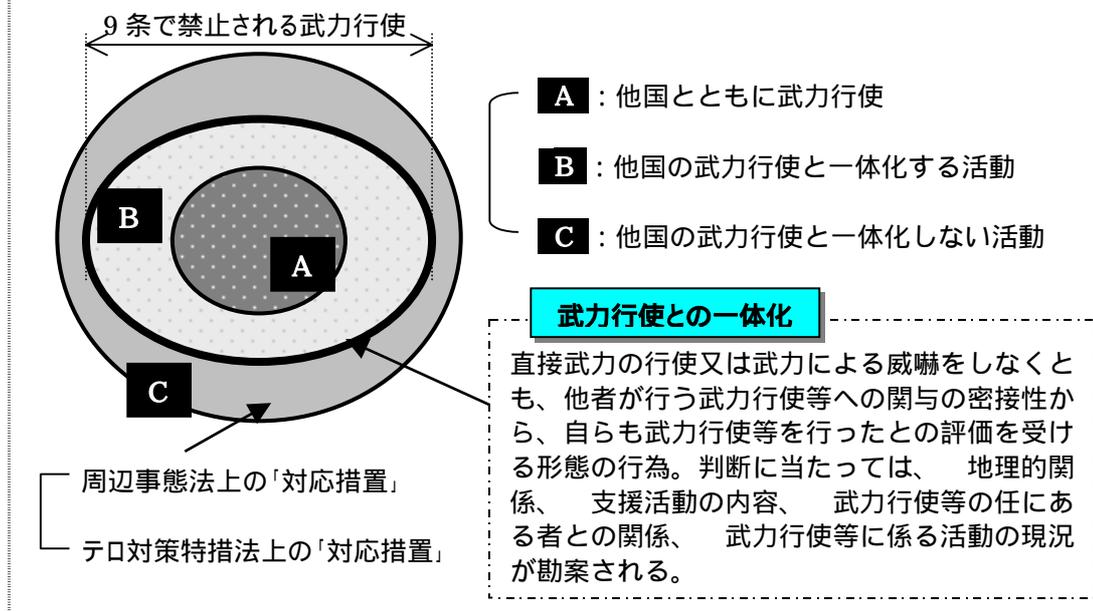
大森内閣法制局長官 例としてはよく、輸送とか医療とかあるいは補給協力ということが挙げられるわけでございますが、それ自体は直接武力の行使を行わない活動について、それが憲法 9 条との関係で許されない行為に当たるかどうかということにつきましては、他国による武力の行使、あるいは憲法上の評価としては武力による威嚇でも同じでございますが、武力の行使等と一体となるような行動としてこれを行うかどうかということにより判断すべきであるということをお答えしているわけでありまして、

このような、いわゆる一体化の理論と申しますのは、仮に、みずからは直接武力の行使をしていないとしても、他の者が行う武力の行使への関与の密接性等から、我が国も武力の行使をしているとの評価を受ける場合を対象とするものでありまして、いわば法的評価に伴う当然の事理を述べるものでございます。

そして問題は、他国による武力の行使と一体となす行為であるかどうか、その判断につきましては大体四つぐらいの考慮事情を述べてきているわけでございます。委員重々御承知と思っておりますが、要するに、戦闘活動が行われている、または行われようとしている地点と当該行動がなされる場所との地理的關係、当該行動

等の具体的内容、他国の武力の行使の任に当たる者との関係の密接性、協力しようとする相手の活動の現況等の諸般の事情を総合的に勘案して、個々の判断さるべきものである、そういう見解をとっております。

< 政府の「武力行使の一体化」に関する考え方イメージ図 >



4. 保 持

「保持しない」とする「戦力」には、不正規兵が含まれるか否か、外国の「戦力」、現実的には、日米安保条約に基づく駐留米軍が含まれるか否かが問題となる。

(1) 不正規兵の合憲性

義勇隊、組織的抵抗運動体、群民蜂起等の国際法上の不正規兵は、自然発生的に形成されるものであって、9条2項により「保持しない」とされる「戦力」に該当しないと解されている⁷¹。ただし、政府が外国の要請に応じて当該外国の軍隊のために義勇兵を募集すること、日本国民が義勇兵として駐留米軍に参加することを政府が支援又は勧奨すること等は、憲法上、認められないとされる⁷²。

不正規兵の合憲性について、政府は、次のような見解を述べている（衆・

⁷¹ 樋口他『前掲書』注(33) 182頁（樋口執筆部分）

⁷² 佐藤功『前掲書』注(2) 134頁

予算委 昭 40.3.2)

高辻内閣法制局長官 国民個人がいま仰せになりましたよう義勇兵として出ていくというのは、政策的にこれを禁止するかどうかの問題は別にありますといたしましても、憲法 9 条直の問題ではございません。ただし、それが行くについて国の意思がそこに働くということになれば、おのずから話は別でございます。……国家の意思がそこに介入をして、国民が大量に国際紛争を解決する手段として武力を行使すると実は実態において同じであるということがもしありますれば、それは 9 条の問題にならざるを得ない、こういうわけでございます。

(2) 駐留米軍の合憲性

イ 日米安保条約の経緯及び内容

日米安保条約は、朝鮮戦争が勃発する最中の 1952 年、連合国による日本占領を終結させるためのサンフランシスコ平和条約と同時に締結された。サンフランシスコ平和条約では、日本が主権国として「国際連合憲章第 51 条に掲げる個別的又は集団的自衛の固有の権利を有すること」及び「集団的安全保障取極を自発的に締結することができること」が明記されるとともに(5 条) 2 国間の協定に基づく「外国軍隊の日本国の領域における駐とん又は駐留」を妨げるものではないとされた(6 条)。旧日米安保条約では、米国のヴァンデンバーグ決議⁷³との関係から米国の日本防衛義務は明記されず、また、駐留米軍は、「極東における国際の平和と安全の維持に寄与するものとされ(いわゆる「極東条項」)、日本防衛に関しては、内乱の鎮圧や「外部からの武力攻撃に対する日本国の安全に寄与するため使用することができる」(いわゆる「内乱条項」)

< 日米安保条約関連年表 >

年月	主な出来事
1950. 6	朝鮮戦争勃発
1950. 8	警察予備隊令公布・施行
1951. 9	日米安保条約締結
1952. 4	海上警備隊発足
1952.10	警察予備隊を保安隊に改組
1954. 3	日米相互防衛援助協定締結
1954. 7	自衛隊発足
1956.12	日本の国連加盟承認
1959.12	砂川事件最高裁判決
1960. 1	新安保条約・地位協定締結
1971. 6	沖縄返還協定締結
1972. 5	沖縄施政返還・本土復帰
1978. 5	米軍駐留経費の一部負担開始
1978.11	日米防衛協力ガイドライン策定
1991.12	ソ連崩壊
1995. 9	地位協定の運用改善で合意
1996. 4	日米安保共同宣言(「再定義」)
1996. 8	沖縄代理署名事件最高裁判決
1997. 9	新ガイドライン策定
1999. 5	周辺事態法成立
1999. 8	ミサイル防衛の共同技術研究で合意
2001. 6	衆院外務委で地位協定改定決議
2001. 9	米国同時多発テロ
2001.10	テロ対策特措法成立
2003. 3	日本、米国のイラク攻撃支持を表明

⁷³ 米国が国際的な安全保障体制に参加する場合の条件を定めた 1948 年 6 月の上院決議で、条約の締結に際して「継続的かつ効果的な自助及び相互援助」を基礎とすることとし、自国の防衛義務を果たさない国に対する防衛の義務を負わないことを明記した。

ロ 憲法上の諸問題

a. 駐留米軍の合憲性

日米安保条約 6 条に基づき、米国の陸海空軍が日本における施設及び区域を使用することが認められている。2002 年 9 月現在、陸軍 1,763 人、海軍 6,090 人、海兵隊 1 万 9,705 人、空軍 1 万 3,333 人の計 4 万人を超える規模の米軍が日本に駐留している⁷⁵。

2 項の「保持しない」の主語は 1 項の「日本国民」であり、したがって、外国軍隊が条約に基づいて日本に駐留することは、当該外国軍隊を日本が保持するものではない以上、違憲とならないとする見解⁷⁶がある一方で、憲法の徹底した平和主義の立場からすれば、特定の外国軍隊の駐留を認めるための政府行為は、憲法適合性を問われ得るとする見解⁷⁷がある。

砂川事件において、最高裁は、9 条 2 項において禁止されている「戦力」とは「我が国がその主体となってこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力」をいうとする解釈を示すとともに、日米安保条約は「主権国としての我が国の存立の基礎に極めて重大な関係を持つ高度の政治性を有」し、「一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外」にあるとした上で、同条約は「一見極めて明白に違憲」とは認められないと判示した。

また、政府も、同様の立場から、次のような見解を述べている（衆・予算委 昭 44.2.5）。

高辻内閣法制局長官 砂川事件判決というものがございました。これは戦力に関する問題でございますけれども、この駐留米軍が我が国の憲法が否定しておる戦力に当たるかどうか、これが第一点。それからまた、その駐留を許すような安保条約そのものが憲法に違反することにならないかという問題がございました。ちょうどいま仰せになっている問題として言えば、そういう条約を締結することが憲法上どうかという点で、実は理論的に非常に類似の点があるわけがございます。それにつきましては、確かに一つの争点でございましたが、最高裁判所の判決につきまして、憲法がいう戦力を保持しないという主体は、我が国がこれに管理権、支配権を持つべきものについていのであって、その他のものについていうわけではない、したがって、駐留米軍が日本に駐留すること、それについての条約を締結すること、それは日本の憲法の 9 条のらち外の問題であるという判決があったことはご承知のとおりだと思います。その同じ理屈がいまご指摘の問題についても当てはまるのだと私どもは考えております。

⁷⁵ 『イミダス 2003』（2003 年）集英社 359 頁

⁷⁶ 佐藤功『前掲書』注(2) 133 頁

⁷⁷ 樋口他『前掲書』注(33) 182 頁（樋口執筆部分）及び水島「前掲」注(2) 46 頁

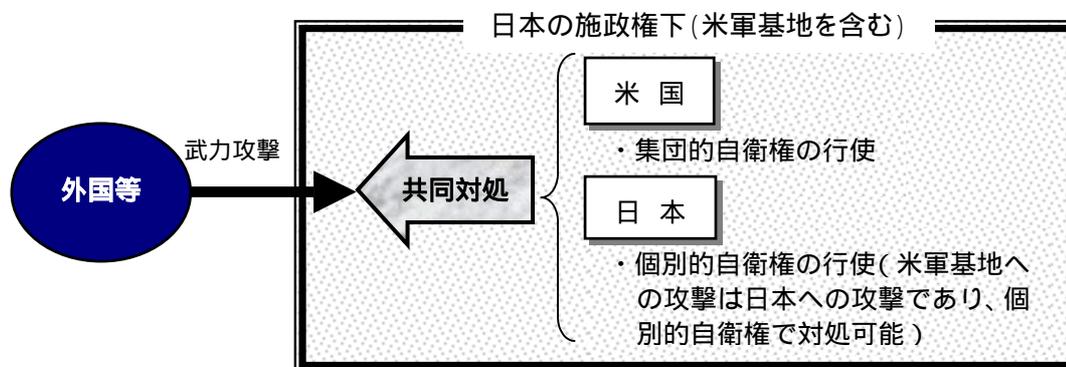
b. 「共通の危険」への対処と自衛権の発動

旧安保条約と比較した場合、新安保条約の特色の一つは、相互防衛体制の確立であるとされる⁷⁸。相互防衛は、日本の施政下にある領域における一方当事国への武力攻撃に共同して対処すること及び共同防衛行動が「自国の憲法上の規定及び手続に従って」行われることを内容とする（5条）。

駐留米軍基地が攻撃を受けた場合に日本が防衛行動をとり得る理由について、政府は、このような攻撃は日本領域に対する侵犯であり、日本に対する攻撃に他ならないため、これに対処する行動は憲法で許容された個別的自衛権の行使であるとの見解を述べている（参・予算委 昭 43.8.10）。

高辻内閣法制局長官 ただいま総理大臣からお答えになりましたとおりでございますが、実はつけ加えるものがないのでございますが、この問題はご存じのとおり、安保条約の改定の際にしばしば論議された問題でございます。要するに、基地の攻撃ということがあり得た場合に、やはりその基地の攻撃というものは、我が国に対する攻撃ということなしにはできない。領土、領海、領空に対する審判ということなしには行えない。その場合には、やはり我が国の国権の一つの侵犯という現実がそこに現出いたしますので、我が国の自衛権の行使として、それに対しては武力で対抗するということが憲法上可能であるし、国際法上も別に違法とされるものではない。

< 「共通の危険」への対処と自衛権との関係（政府見解） >



これに対し、日本領域内の米国戦艦が攻撃された場合に、日本にとって常に自衛権行使の3要件（必要性・違法性・均衡性）が充足されたと言えるのか、また、その際、どのような行動をとるかの決定権が日本にはなく⁷⁹、

⁷⁸ 芦部監修・野中他『前掲書』注(20) 450頁（高見執筆部分）

⁷⁹ 日米安保条約6条の実施に関する交換公文では、米軍の日本への配備、米軍の装備の重要な変更、日本から行われる戦闘作戦行動のための基地としての日本国内の施設及び区域の使用について、事前協議に付すことを内容とする了解事項が盛り込まれているが、新条約発効後、事前協議は一度も実施されておらず、その形骸化が指摘されている。佐藤功『前掲書』注(2) 148頁

米国の決定に従い自衛権を発動することになり、3要件が充足されているかどうかの判断権もなくなるのではないかとの疑問が呈されている⁸⁰。

c. 「極東条項」と集団的自衛権

旧安保条約において駐留軍の使用目的の一つとして掲げられていた「極東条項」は、新安保条約においても、6条に規定されている。

「極東」とは、地理学上正確に画定されたものではなく、「在日米軍が日本の施設及び区域を使用して、武力攻撃に対する防衛に寄与し得る区域」であり、およそ、「フィリピン以北並びに日本及びその周辺の地域であって、韓国及び中華民国の支配下にある地域を含む⁸¹」とされる。

しかし、同地域での攻撃又は脅威への対処に係る駐留米軍の行動範囲は、それらの性質如何に係るものであって、「必ずしも前に述べた区域(極東)に局限されるわけではない⁸²」とされており、実際に、駐留米軍は、ベトナム戦争や湾岸戦争に参加した。また、1996年の日米共同宣言による日米安保条約の「再定義」により、日米安保条約の役割が「アジア太平洋地域の平和と安定」の基礎をなすものとされるとともに、周辺事態法等が制定されたことから、集団的自衛権の行使を認めることにつながりかねないとの指摘がなされている⁸³。

八 日米地位協定と基地問題

日米安保条約6条に基づき、駐留米軍の地位、日本における施設・区域の使用等について定める日米地位協定が、1960年、新安保条約と同時に締結された。同協定においては、施設及び区域の特定方法、米軍の出入国の保障及び課税免除、米軍の構成員、軍属及びその家族に対する課税権、民事裁判権及び刑事裁判権の所在、日本の経費負担を含む種々の協力義務、日米合同委員会の設置等が詳細に規定されている。

日米地位協定をめぐっては、刑事裁判権が駐在国と派遣国のいずれにあるかという問題や、犯罪被疑者に対する勾留や引渡しの刑事手続に係る問題が生じるなど、基地周辺の住民の不満や反発を招いており、日本国民の人権を無視した著しい不平等性を帯びたものであるとの指摘もある⁸⁴。特に、日

⁸⁰ 芦部『前掲書』注(1) 67頁

⁸¹ 衆・安保特別委 昭 35.2.26 岸内閣総理大臣答弁

⁸² 同上

⁸³ 芦部『前掲書』注(1) 68頁

⁸⁴ 古関彰一『日本国憲法・検証 資料と論点 第5巻 9条と安全保障』(2001年)小学館文庫 159頁

本にある米軍基地の 75%が集中する沖縄においては、米兵による暴行事件等のトラブルをはじめ、県民の負担が大きく、日米地位協定の改定、基地の縮小・撤廃が政治課題となっている。

< 暴行事件と日米地位協定をめぐる動き >

1995年9月に沖縄県で起きた米軍兵士による暴行事件の際、沖縄県警の被疑者の身柄引渡し要請に対し、米軍は、日米地位協定17条5項(c)を理由に、被疑者の身柄が米軍当局下にある場合には日本による起訴があるまでそこでの勾留を続けることができるとして、引渡しを拒否した。その後、殺人及び強姦という凶悪犯罪については、日本当局による要請がなされた場合には、日本当局による起訴前であっても引渡しを認めるとする運用上の改善が日米間で合意された。

2001年6月に沖縄県で起きた米軍兵士による暴行事件の際には、容疑者の身柄引渡しが遅れ、日米地位協定の改定を求める声が強まったのを受け、同年7月、衆議院外務委員会は、同協定の見直しを求める決議を全会一致で行った。

< 沖縄代理署名事件(最大判平 8.8.28) >

米軍用地は、国が地主から土地を借り上げ米軍に提供することとなっているが、地主が契約を拒否した場合、駐留軍用地特措法に基づき、都道府県収用委員会の裁決を経た上で、国が強制的に収用できることとされている。裁決申請に必要な土地・物件調書への署名を地主が拒否した場合、市町村長が代理署名するが、これが拒否された場合、知事が代理署名することとされている。1995年、沖縄県知事がこの代理署名を拒否したことから、首相が同知事を提訴し、署名等代行事務の執行を命ずる裁判を求めた事件。

最高裁は、日米安保条約及び日米地位協定が違憲無効であることが一見極めて明白でない以上、これらが合憲であることを前提として駐留軍用地特措法の憲法適合性を審査すべきであり、このことを踏まえれば、同法は、憲法前文、9条、13条、29条3項等に違反するものではないと判示した。

交戦権の否認

1. 交戦権の意味

9条2項後段においては、「国の交戦権は、これを認めない」と定められている。「交戦権」の意味は必ずしも明らかではなく、学説上も、国家が戦争を行う権利そのものを意味するとする見解⁸⁵、戦時国際法上の交戦者の諸権利の総体を意味するとする見解⁸⁶及びその両者を含むとする見解⁸⁷の3説に分かれるとされる。

< 交戦権の意味に関する学説 >

「戦いを交える権利」とする説	国家が戦争を行う権利、すなわち、伝統的に、主権国家に固有な権利とされてきた戦争に訴える権利を意味する。
「交戦国としての権利」とする説	交戦者としての国家が国際法上保持する種々の権利（相手国兵力の殺傷及び破壊、船舶の臨検及び拿捕、占領地行政等に関する権利）の総体を意味する。
「およそ戦争をする権利」とする説	「交戦国としての権利」だけでなく「戦いを交える権利」をも包含する「およそ戦争をする権利」を意味する。

「交戦権」の意味について、政府は、「交戦国としての権利」との立場から、次のような見解を述べている（政府答弁書 昭 55.12.5）

憲法第9条第2項の「交戦権」とは、戦いを交える権利という意味ではなく、交戦国が国際法上有する種々の権利の総称を意味するもので、このような意味の交戦権が同項によって否認されていると解している。

他方、我が国は、自衛権の行使に当たっては、我が国を防衛するため必要最小限度の武力を行使することが当然に認められているのであって、その行使は、交戦権の行使とは別のものである。

2. 戦争放棄及び戦力不保持との関係

9条2項前段の「前項の目的を達するため」との文言が同項後段の交戦権否認規定にもかかるとする立場からは、同項後段は侵略戦争についての「交戦

⁸⁵ 横田喜三郎『戦争の放棄』（1947年）国立書院 61-62頁及び杉原泰雄『憲法 立憲主義の創造のために』（1990年）岩波書店 33頁

⁸⁶ 芦部『前掲書』注(18) 284頁、佐藤功『前掲書』注(2) 134-135頁及び水島「前掲」注(2) 47頁

⁸⁷ 鵜飼『前掲書』注(41) 59頁

権」を否認するものであって、その場合の「交戦権」とは、「交戦国としての権利」を意味するとされる⁸⁸。しかし、多数説及び政府見解は、「前項の目的を達するため」との文言は同項後段にはかからず、したがって、「交戦権」の否認は、侵略戦争に関するものだけに限られず、全面的であるとする⁸⁹。

多数説の立場に立った場合でも、「交戦権」の意味をどのように解するかについては、1項の戦争放棄の意味及び2項の戦力不保持の意味との関係に関連して、次のように見解が分かれる。

<「交戦権」と戦争放棄及び戦力不保持との関係⁹⁰>

「交戦権」の意味 1項・2項の意味	戦いを交える権利の否認	交戦国としての権利の否認
全面放棄・一切不保持	2項後段は、1項と同じことを重ねて規定したもの	2項後段は、1項・2項前段の定めたことを別の観点から規定したもの
限定放棄・一切不保持	2項後段は、同項前段の戦力不保持により一切の戦争が行えなくなったことを再確認したもの	2項後段は、1項・2項前段の定めたことを別の観点から規定したもの
限定放棄・限定不保持	自衛のための戦力は持つとされるが、2項後段により一切の戦争を行えないとするもの	自衛戦争は可能であるが、交戦国としての国際法上の諸権利をあえて主張しないとするもの

3. 自衛権行使との関係

政府見解では、「交戦権」の意味が「交戦国の権利」と解されていることから、自衛権を発動した際に「交戦国の権利」の内容とされる「相手国兵力の殺傷等」が認められるか否かが問題となる。

この点について、自衛権行使の範囲内で交戦権を行使し得るとすることは、自衛権の範囲内であれば通常の状態の国家のなし得る戦争行為、すなわち、自衛戦争は行い得ることを認めることになるため、仮に日本が武力攻撃を受けた場合に自衛権の行使として自衛隊がこれに対抗して「相手国兵力の殺傷等」を行ったとしても、自衛権の範囲内で交戦権を行使したと考えるべきではなく、自衛権（自衛行動権）と交戦権とは区別して考えなければならないとの主張

⁸⁸ 小林宏農「交戦権」小嶋和司編『ジュリスト増刊 憲法の争点 [新版]』（1985年）有斐閣 53頁

⁸⁹ 樋口他『前掲書』注(33) 183頁（樋口執筆部分）

⁹⁰ 同上 183-184頁を参考に作成

がある⁹¹。

政府もこの立場に立ち、自衛権行使に伴う相手国兵力の殺傷及び破壊と交戦権行使に伴うそれとを峻別した上で、前者に関して、「自衛権として認められる限度内のもの」であれば許されるとする（政府答弁書 昭 56.4.16）。なお、このように解する場合であっても、国際法上の交戦国としての待遇を受け、また、侵略軍の兵士を捕虜にしたときには、その捕虜の取扱いについて、戦時国際法及び国際人道法の適用があるとする（衆・内閣委 昭 53.8.16）。

（自衛権と交戦権）

憲法第 9 条第 2 項の「交戦権」とは、戦いを交える権利という意味ではなく、交戦国が国際法上有する種々の権利の総称であって、このような意味の交戦権が否認されていると解している。

他方、我が国は、自衛権の行使に当たっては、我が国を防衛するため必要最小限度の実力を行使することが当然に認められているのであって、その行使として相手国兵力の殺傷及び破壊等を行うことは、交戦権の行使として相手国兵力の殺傷及び破壊等を行うこととは別の観念のものである。實際上、自衛権の行使としての実力の行使の態様がいかなるものになるかについては、具体的な状況に応じて異なると考えられるから、一概に述べることは困難であるが、例えば、相手国の領土の占領、そこにおける占領行政などは、自衛のための必要最小限度を超えるものと考えている。

（交戦権の否認と戦時国際法）

真田内閣法制局長官 ……しかし、いまの戦時国際法上、では自衛隊の行う行為については国際法は無縁かと言えば、それはそうじゃないのであって、国際法上の交戦国としての待遇は日本の自衛隊だって受けるし、また、義務は守らなければならぬと思います。それは名前はわれわれは自衛行動権と言っておりますけれども、国際法の上から見れば、それはやはり普通の交戦国がやることと大体似たようなことを国内ではやるわけです。ただ、先ほど申しましたように制約がありますから、非常に制限を受けておって、したがって、これを交戦権という名前で呼ぶことははなはだ誤解を招くということで、われわれは使わない、こういう関係でございます。……先ほど来申しております憲法の制約内における実力行使はできるわけでございますから、その実力行使を行うに際して既述されている戦時国際法は適用があります。たとえば、侵略軍の兵隊を捕虜にした場合にはその捕虜としての扱いをしなければならないというようなことは当然適用があるということでございます。

このような政府見解に対しては、自衛戦争及び自衛戦力は 9 条によって放棄されているとしながら、諸々の実力行使をなすことは交戦権の否認とは別の観念であるとするのは、2 項後段において交戦権を否認した趣旨に適合するか疑問であるとの批判がある⁹²。

⁹¹ 佐藤功 『前掲書』注(2) 135-136 頁

⁹² 芦部監修・野中他 『前掲書』注(20) 451 頁（高見執筆部分）

なお、イラクの戦後復興支援に当たり、米国の復興人道支援室⁹³（ORHA）への要員派遣が「交戦権の否認」との関係で問題となった。この点について、ORHA が米英軍の「占領統治」を担う機関であることから、交戦権が認められていない憲法との関係上、慎重論も唱えられていた。しかし、政府は、日本は武力行使の当事者ではないこと、政府職員（文民）の派遣の場合は、武力行使と一体化するとの評価を受けることも想定しがたいこと等の理由から、憲法上の問題は生じないとの見解を述べた（参・外交防衛委 平 15.4.15）。

宮崎内閣法制局第一部長 文民がどのような形で派遣されるかということも多々ございましょうと思います。イラクにおきます戦闘が終結した後の戦後復興がいかなる形態で進められるか等につきまして現時点では明確になっていないわけですが、御指摘のように、米国等が引き続き軍隊を駐留させてイラクに対しての復興等を図るために暫定的な統治を行う場合におきまして、我が国がその活動に参画してイラクの復興等を支援することといたしましても、我が国は武力の、このイラクの事態に関しまして武力行使の当事者であったわけではありませんので、そういう意味で基本的には憲法 9 条との関係で問題が生ずることはないと思います。

今お尋ねのこのような活動に参画するため派遣される、派遣というのはちょっと広い意味で申し上げますけれども、派遣される者が一般職の国家公務員、すなわちいわゆる文民であります場合は、我が国が武力の行使を行うという評価を受けることも想定し難いと存じますので、そのような意味からも憲法 9 条との関係で問題が生ずるといふことはないと思存じます。

⁹³ イラク戦後復興における民生部門を担当する機関として、大統領令に基づき、国防総省の下に設置された政府機関