

憲法適合性の概念と集団的自衛権

—— 比較法的検討を交えて ——

渡 邊 互

目次

1. はじめに
2. 憲法適合性の概念 問題の構造
3. 憲法の根拠が必要とされる国家活動の範囲
4. 集団的自衛権をめぐる議論の論点
5. ドイツ基本法における相互的・集団的な安全の仕組みと防衛事態
6. 考察の結論と残された問題

1. はじめに

本稿を献呈する網中政機先生の最終講義「立憲主義について」は、2015年秋に成立したいわゆる安保法制、とくに集団的自衛権の行使を一部容認する法改正（自衛隊法76条1項2号、88条1項参照。以下、「今回の法改正」ということがある。）に重点を置いて、その政治的背景および立憲主義との関係について慎重な検討を加えるものであった。今回の法改正は、近年の重要な憲法問題として広く認知されていることはいうまでもないが、報道機関により実施されたアンケートにより多数の憲法研究者が見解を表明したという点でも、特筆すべき事案であったといえよう¹。そこでは今

1 <http://www.asahi.com/topics/word/安保法案学者アンケート.html> (2016年8月31日閲覧。以下、ウェブサイトについてすべて同じ)。

回の法改正を憲法 9 条との関係で「違憲」と評価し、そのような結論に至らない場合であっても、憲法改正の必要性を説く見解が多く示されたことは衆知のところである。現在に至るまで、こうした憲法学界の傾向は支配的であるといつてよいであろう。

その一方で、以前から、従来の政府見解である「集団的自衛権を保有しているが、行使することはできない」という論理を背理にほかならなると批判して、その行使を合憲とみる見解も少数ながら主張されていた²。また、今回の法改正の当時には、これを合憲とみる見解が公表されると、社会的な糾弾の対象になったことは記憶に新しいが³、最近も有力な論者によって改めて合憲説が示されているところである⁴。このように、この問題をめぐる議論は他の多くの憲法学のテーマと同様、必ずしも収束しているわけではない。

もっとも、本稿は、予め違憲説・合憲説のいずれかの見解に与して議論を展開するつもりはない。筆者が問題意識として共感するのは、むしろ、憲法学の議論のあり方に対する次のような指摘である。すなわち、藤田宙靖元最高裁判事は、今回の法改正に至る事態（内閣法制局による憲法 9 条の解釈変更 政府解釈の変更 改正法案提出）を阻止するための精緻な憲法理論が、前もって十分に積み重ねてこられたかは疑わしい、という批判を加えている⁵。その論考では、実定法解釈の大前提として置かれなければならない法規範論理上のルールを「公理」として示し⁶、いわゆる違憲

2 参照、西修『日本国憲法を考える』（文春新書、1999年）105頁。また、第154回国会憲法調査会基本的人権の保障に関する調査小委員会第3号2002（平成14）年4月11日における阪本昌成教授の発言を参照（http://www.shugiin.go.jp/internet/itdb_kaigiroku.nsf/html/kaigiroku/010715420020411003.htm）。

3 参照、神田憲行「集団的自衛権『合憲』学者の論理と倫理」日経ビジネスオンライン（2016年5月17日 <http://business.nikkeibp.co.jp/atcl/report/15/120100058/050500004/?rt=nocnt>）。

4 大石真「安保法制は、明確に違憲といえない以上は合憲」WEB 第三文明（2016年3月22日 <http://www.d3b.jp/politics/5925>）。

5 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（2016年）3-29頁。

6 その公理とは、若干要約して示すなら、次の3つである。（1）日本国憲法の条

説のなかには（その結論の当否はともかく）、この公理に悖る「憲法論議」が少なからずあることを指摘している。率直に言って筆者は、この行政法理論を背景として示された公理の正しさを否定することができず、今回の法改正をめぐる憲法論議のなかには、それに基づく批判が妥当するものがあることを認めざるを得ない⁷。

したがって、こうした問題の追究が法律学としての憲法学にとって意義のある作業であることは確かであると思われるが、「憲法学が答えていない」問題は、上記の指摘のほかにも、さらに存在すると考えられる。すなわち、今回の法改正が違憲であるという場合、多くの論者は憲法9条を引き合いに出すが、いうまでもなく同条には「集団的自衛権」という文言は含まれていない。また、後に確認するように、それが果たして9条に含意されているかについても疑問の余地がある。仮に、憲法が集団的自衛権について規定していないとみた場合、それを行使することは、憲法上、どのように評価されるべきなのであろうか。

この問いには、さしあたり2つの それぞれに疑問の余地が残されている 解答が考えられる。第1は、集団的自衛権は憲法に規定されていない故に、それを行使することは違憲となる、というものである⁸。これは、後にみるように、相当に有力な見解ということができるが、これに対しては、憲法の規定との抵触がないにもかかわらず、なぜ違憲ということができるのか、という疑問が生じるであろう。第2は、集団的自衛権は憲法に規定されていない故に、それを行使しても違憲とはならない、というもの

項の解釈が誤ったものであるとすれば、それを正しいものに改めるのが許されないということは、法理論上ありえない、(2) あらゆる国家機関は、必然的に、自らが適用する法の内容についての第一次的判断権を持つ、(3) 憲法法規の内容について、最終的判断権を持つのは最高裁判所であって、他の国家機関による法解釈は、国家の判断としては暫定的なものである。

- 7 藤田（註5）への反論として参照、長谷部恭男『憲法の理性・増補新装版』（有斐閣、2016年）補章II。もっとも本稿は、そこで指摘された論点に検討を加えることを目的とするものではないので、ここでは立入らない。
- 8 例えば、木村草太『集団的自衛権はなぜ違憲なのか』（晶文社、2015年）17頁、37-41頁。

である。「安保法制は、明確に違憲といえない以上は合憲」とする見解は、その例ということができが、これに対しては、憲法上の根拠がない国家活動を、なぜ合憲とすることができるのか、という点が問われよう⁹。要するに違憲説・合憲説ともに、同じ前提から出発して反対の結論に到達しているにも拘らず、その違いをもたらしている決定的な論点について十分に議論が深まっていないのではないかと、というのが本稿の基本的な問題意識である。

後にみるように、憲法上根拠のない国家活動の憲法適合性という問題は、従来、他の憲法問題のなかで触れられることはあっても、必ずしも正面から取り上げられることがなかった。これは、従来、国家活動の憲法適合性は、その多くが、ある憲法規定との積極的な抵触という場面で問題とされてきたためと考えられよう。それにもかかわらず、集団的自衛権をめぐる論議では、上記のアンケートにみられるように多くの憲法学者によって自明の如く「結論」が語られてきた。これは、例えば比較衡量論や合憲限定解釈論といった実定法解釈の前提となるルールを重視してきた、これまでの憲法学の慎重な学問的姿勢とは大きく異なっているように見える。

なお、しばしば見られる今回の法改正は「立憲主義に反する」という指摘についても、同様の疑問がある¹⁰。今日、一般に理解されている近代的意味の立憲主義は、よく知られるように18世紀後半に当時の絶対的な国家権力の制限を趣旨として成立した概念であるが、これと第二次世界大戦後、国連憲章によって確認された集団的自衛権が、どのような関係にあるのかについては、今回の法改正をめぐる議論の中でも、必ずしも明確な説

-
- 9 大石（註4）。大石眞「日本国憲法と集団的自衛権」同『統治機構の憲法構想』（法律文化社、2016年）84頁は、この問題を「憲法の沈黙に伴う観念包摂の問題」と呼んでいる。本稿は、同論考で示されたこの論点について、公法学がよく知る観点から検討を加えようとするものである。
- 10 参照、長谷部恭男（編著）『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）1頁。「立憲主義の崩壊」という考え方に対する批判として参照、山元一「集団的自衛権容認は立憲主義の崩壊か？」SYNODOS（2015年8月20日 <http://synodos.jp/politics/14844>）。

明は加えられてこなかった。もっとも、立憲主義違反という主張は、主として先にも触れた今回の法改正に至る一連の事態を批判する文脈で主張されたもののようであるが、立憲主義の内容に改めて吟味を加えるとき、これとは別の意味で、本稿のテーマを考えるにあたって重要な意味を確認することができると思われる。

以上のような問題意識から、本稿では、まず、憲法適合性の概念をめぐる問題の構造を簡単に確認したのち (2)、憲法の根拠が必要とされる国家活動の範囲について考察を加える (3)。これに基づいて、わが国の集团的自衛権の行使をめぐる議論の論点を明らかにするとともに (4)、ドイツ基本法における関連する規定との比較という観点から (5)、これに検討を加えることにしたい (6)。

2. 憲法適合性の概念 問題の構造

やや前置きが長くなったが、ここで本稿が取り扱う憲法適合性の概念およびそれをめぐる問題の構造を改めて示しておきたい。そのために参考となるのは、行政法における法律適合性の原則（いわゆる「法律による行政の原理」）の構成である。すなわち、それは Otto Mayer 以来、「法律の優位」、「法律の留保」および「法律の法規創造力」という原則から構成されるとされ、同様の理解はわが国でも多くの学説にみられるところである¹¹。これらの学説には多少の理解の相違は見られるが、法律の優位は、あらゆる行政活動が法律の規定に違反しないこと、法律の留保は、一定の行政活動（とくに侵害行政）が個別的な法律の根拠（いわゆる「作用法上の根拠」）にもとづいて行われること、法律の法規創造力は、国民に対して直接効力を有する法規範である法規が法律に基づいて制定されることを

11 藤田宙靖『行政法総論』（青林書院、2013年）56頁、塩野宏『行政法【第5版補訂版】』（有斐閣、2013年）68-69頁、宇賀克也『行政法概説【第5版】』（有斐閣、2013年）26-42頁、小早川光郎『行政法 上』（弘文堂、1999年）79頁。

それぞれ求めるものと、理解することができよう。したがって、「行政活動が法律に適合している」とは、ある行政活動がこれらの原則の要求を充たしていることを表現したものであるということになる（なお、法律の法規創造力は、本稿の議論には直接関係しないので以下では触れずに議論を進める）。

この理解にも示されているとおり、法律の優位の原則がすべての行政活動に例外なく妥当する原則であるのに対して、法律の留保の原則については、必ずしもそうとは考えられていない。侵害行政に法律の根拠が必要であることには異論はないが、それ以外の行政活動については見解の一致を見ていないからである。この問題に検討を加えることは本稿の目的ではないが、ここで注意が必要なのは、法律の留保の原則の妥当範囲をめぐる議論では権力分立や民主制といった憲法上の諸原則が参照され、その理解が決定的な根拠とされているということである¹²。このことは、法律の留保の原則の妥当範囲は行政活動の根拠を規定した法律それ自体から明らかになるのではなく、それよりも高次の法規範である憲法の諸原則により決定されるという構造を示している。

さて、憲法適合性の原則についても、必ずしも自覚的ではないが同様の理解をもとに概念が使用されているとみることができる。まず、「憲法の優位」の原則については、憲法 98 条に規定されており、それが、すべての国務に関する行為を対象とするという意味で、例外なく妥当する原則と考えられていることについては、改めて説明の必要はないであろう。つぎに、「憲法の留保」という表現は、あまり用いられることはないが、先にも触れたように、憲法に根拠のない国家活動を違憲と評価する議論は、その例ということができる。もっとも、憲法の根拠が必要とされる国家活動の範囲に関する規定は、法律の留保の原則の妥当範囲が法律のなかにも求められないのと同様に、憲法典のなかには見出すことができない。これ

12 参照、渡邊互「権力分立論の『深化』と『拡大』」白鷗法学 28 号（2006 年）1 - 22 頁

は次にみるように、憲法ないし立憲主義の理解といった、いわば憲法外在的な視点から考える筋合いのものであって、そのこと自体は、国家の存在理由という観点からも正当化できるものと考えられるからである。

3. 憲法の根拠が必要とされる国家活動の範囲

(1) 従来の議論 国家緊急権の憲法適合性をめぐって

本稿が問題とする「憲法の根拠が必要とされる国家活動の範囲」というテーマが、従来、最も真剣に論じられたのは、いわゆる国家緊急権の問題をめぐってであろう。国家緊急権とは、たとえば「戦争・内乱その他の原因により、平常時の統治機構と作用をもっては対応できない緊急事態において、国家の存立と憲法秩序の回復を図るためにとられる非常措置権」¹³と定義されることのある国家の権限であるが、これが発動された場合には、平常時の国家権力の運営方法が一時的に停止され、例えば大日本帝国憲法8条が規定する緊急勅令や14条にもとづく戒厳令にみられるように、行政権による独立的な権力行使が行われることになる。周知のとおり日本国憲法は国家緊急権に関する規定をもたないが、それが認められるのか否か、その根拠は何かという点は、憲法制定当初から論じられてきた問題であった¹⁴。

戦後、国家緊急権の濫用に対する警戒からこれを全否定する学説が有力に主張されたこともあったが、今日では一定の条件の下でこれを認める見解が多数といってよく¹⁵、その存在を前提としていられる法制度

13 参照、佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）50頁。

14 国家緊急権に関する議論を概観した文献として、新正幸「緊急権と抵抗権」樋口陽一編『講座憲法学1』（日本評論社、1995年）213 - 246頁、村田尚紀「立憲主義と国家緊急権」『憲法問題』14号（2003年）106 - 120頁、井上典之「国家緊急権」『岩波講座憲法6』（岩波書店、2009年）191 - 214頁などを参照。

15 参照、佐藤（註13）50頁、新（註14）226頁、井上（註14）208頁、阪本昌成『憲法理論（補訂第三版）』（成文堂、2000年）119 - 120頁ほか。ただし、憲法に国家緊急権規定を設けることには批判も少なくない。参照、村田（註14）114頁。

も整備されるに至っている。その代表的な例としては、まず、伊勢湾台風を契機として1961（昭和36）年に制定された災害対策基本法が挙げられる。同法は、「非常災害が発生し、かつ、当該災害が国の経済及び公共の福祉に重大な影響を及ぼすべき異常かつ激甚なもの」である「災害緊急事態」（105条）において、「国の経済の秩序を維持し、及び公共の福祉を確保するため緊急の必要がある場合」には、法律の個別的な授權によらない政令の制定を認めている（109条）。この、いわば「緊急政令」には、生活必需物資の流通、物資や役務の価格、金銭債務の支払等に関する規制を定めることができ、事後の国会における立法ないし承認が予定されている。また、2004（平成16）年に制定された「武力攻撃事態等における国民の保護のための措置に関する法律」（「国民保護法」）は¹⁶、「武力攻撃事態等において武力攻撃から国民の生命、身体及び財産を保護」することを目的とし、種々の「国民の保護のための措置」（2条3項）の実施を予定している。同法5条2項において、「国民の保護のための措置を実施する場合において、国民の自由と権利に制限が加えられ」ることを - さまざま留保や限定を付しながらも - 想定していることは、国家の保護義務が個別的な法律の授權なく基本権を制約するかたちで遂行される可能性を示している¹⁷。これらの措置の具体的な内容及び要件は、法令ではなく、政府の「国民の保護に関する基本方針」（2005（平成17）年3月25日閣議決定。2010（平成22）年11月9日改訂）に規定されているからである。

日本国憲法には、国家緊急権に関する規定が存在しないが、かつて筆者

16 参照、佐藤（註13）49頁。

17 同法によれば、「国民の保護のための措置」とは、武力攻撃事態等における我が国の平和と独立並びに国及び国民の安全の確保に関する法律22条1号に掲げる措置をいうとされ、同法同条同号では、これを「次に掲げる措置その他の武力攻撃から国民の生命、身体及び財産を保護するため、又は武力攻撃が国民生活及び国民経済に影響を及ぼす場合において当該影響が最小となるようにするための措置」であるとして、「イ 警報の発令、避難の指示、被災者の救助、消防等に関する措置、ロ 施設及び設備の応急の復旧に関する措置 八 保健衛生の確保及び社会秩序の維持に関する措置、ニ 輸送及び通信に関する措置、ホ 国民の生活の安定に関する措置、ヘ 被害の復旧に関する措置」をあげている。

が別稿で述べたように¹⁸、これを国家の保護義務を実現するための権能と捉えた場合、それを前提として成立していると考えられる憲法に明文の規定がないことを理由に、その存在そのものを否定することはできないであろう¹⁹。国家には、その存立の目的として国民の生命・身体を保護する義務がある、という点に異論はないと考えられるからである²⁰。確かに国家の存立目的は、国家の保護義務のもっとも基本的・理念的な根拠という性格をもち、そこから具体的にいかなる国家の保護義務が導き出されるのかは、一義的に定まるわけではない場合もあろう。また、国家の存立目的という概念が、必ずしも確定した内容をもたず、ともすればそれを根拠として過剰な基本権の制約が行われるという懸念は、歴史的に見ても説得力をもつ²¹。しかし、国民の生命や身体の保護義務の主体としての国家ないし国家権力は、その制限を趣旨とする憲法に先行する存在であると考えられよう。

以上のような国家と憲法の間を踏まえるならば、「国家には、国民の生命や身体を保護する義務があり、それを履行するために国家権力が存在するが、その濫用から国民の権利・利益を護るために憲法によって人権保障および権力分立が規定されている」という定式が立てられよう。さて、このような定式の下では、憲法の根拠が必要とされる国家活動の範囲はどのように考えられるのであろうか。これが次の検討課題である。

(2) 立憲主義との関係

この課題を検討するにあたり、重要な意味を持つと考えられるのが立憲主義の概念である。それは、「権利の保障が確保されず、権力の分立が定

18 渡邊互「行政法における国家の保護義務の意義」白鷗大学法科大学院紀要 5号(2011年)147-169頁。

19 参照、井上(註14)201-202頁。

20 参照、長谷部「国家による自由」ジュリスト1244号(2003年)33頁。山本敬三「基本権の保護と私法の役割」公法研究65号(2003年)107頁。

21 参照、小山剛『基本権保護の法理』(成文堂、1998年)193-194頁。

められていないすべての社会は憲法を持つものではない」と規定するフランス人権宣言 16 条に示されるように、主として人権保障と権力分立を内容とするものと伝統的に理解されてきた²²。ここで注意が必要なのは、このような理解に立つ限り、立憲主義とは国家権力から国民の自由を守るための法原理にほかならない、ということである。それは、基本権を「本質的に自由な個人の権利」とであると捉え、法律による制限は例外として現れるという市民的法治国の配分原理を語る Carl Schmitt に代表される見方に現れているだけではない²³。権力分立の原則も自由の保障という動機をもったものであり、それはモンテスキューの権力分立論によく示されている。

すなわち、権力分立論はイギリスの国制における政治的自由を、その目的とした理論である。政治的自由とは「法律の許すすべてをなす権利」であり、制限政体において権力が濫用されないときにのみ存在するとされる。そのため「事物の配置によって、権力が権力を抑止する」国制が描き出されたものが、後に「権力分立」といわれるシステムである。モンテスキューは、『法の精神』のなかで執行権を「講和または戦争をし、外交使節を派遣または接受し、安全を確立し、侵害を予防する」権力と定義する一方、その権力分立論の文脈においては、おなじ執行権を「公的な決定を執行する権力」と呼ぶなど、主として法律の執行として論じている²⁴。このズレは、『法の精神』における重大な欠点」と批判されたこともあるが²⁵、以上のような権力分立論の目的にかんがみれば、それは必ずしも正鵠を射たものとはいえないだろう。権力分立論の関心の中心にあるのは、外交・防

22 参照、網中政機（編著）『憲法要論』（嵯峨野書院、2013年）50頁。佐藤（註13）6頁は、この定式に「近代立憲主義の真髄をみることができる」としている。

23 Vgl. Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 1928, S. 165.

24 モンテスキュー『法の精神』野田良之ほか訳（岩波書店、1987年）209-211頁。

25 清宮四郎「権力分立制の研究」（有斐閣、1950年）51頁。

衛などの権限を含む執行権のなかの、国民の自由に関係する部分であると
考えられるからである。このことは、権力分立論は、国家活動すべてを対
象とした理論ではなく、おもに国民の自由に関わりをもつ国家活動につい
て述べられたものだ、ということを示している。

以上のような伝統的な理解に立つ限り、立憲主義の要求するところは自
由の主体である国民に対する国家活動が憲法上、一定の原則のもとに規律
されていなければならないということであって、あらゆる国家活動がすべ
て憲法上の根拠に基づいて行われなければならない、ということにはなら
ないであろう。むしろ、憲法のなかに、国民の自由とは直接の関係をもた
ない国家活動である外交、安全保障などに関する規定が置かれることは、
珍しくない。しかし、これらの規定は、国家（とくに執行権）に権限を創
設したものとみるべきではなく、国家が存在する以上、認めないわけには
いかない典型的な諸活動の手續を明らかにした規範と位置づけるべきであ
ろう。もっとも、憲法にそれらの国家活動に関する規定がある場合には、
それを遵守しなければ違憲と評価されることになることは、さきにみた
「憲法の優位」からの当然の帰結である。

(3) 小括

これまでの検討を踏まえると、憲法適合性の概念、とくに憲法の根拠が
必要とされる国家活動の範囲については、さしあたり次のような諸原則を
導くことができよう。

第 1 に、憲法の優位の原則が憲法 98 条に規定されている以上、憲法上
の規定に抵触する国家活動が違憲と評価されることはいうまでもない。

第 2 に、近代的な立憲主義の要求するところによれば、憲法上の根拠を
もたない、あるいは憲法上の手續によらない国家活動は、それが国民の自
由を侵害するものである場合には原則として行うことはできず、もし行わ
れた場合には違憲と評価されることになる（例：兵役の義務の導入）。

第 3 に、国民の生命や財産を保護する国家活動は、国家の存在理由から
導かれる保護義務の発動とみることができるものであり、憲法の根拠が存

在しなくても、これを行うことができる。国家緊急権の発動にみられるように、その一環として国民の自由が制限されることがあったとしても、必ずしも違憲とは評価されない場合がある。

第4に、国民の自由を侵害するのではない国家活動のなかには、典型的な国家の活動として、必ずしも憲法上の根拠が存在しなくても行うことができるものもあるが（外交、防衛、財政作用の一部）、それについて憲法に何らかの規定がおかれている場合には、第1の原則により、当然、これを遵守する必要がある。

これまでの検討から導かれる以上の諸点に加えて、第5に、既存の憲法秩序に重大な影響を与える意味をもつ決定を行う際には、憲法上の根拠が求められると考えられよう。例えば、ドイツ基本法23条は、欧州連合（EU）という超国家的組織に国家主権の一部を委譲することができる旨を規定している。これは必然的に、国家機関間の権限分配や民主制といった憲法秩序を実質的に変更する意味をもつものであり、そうした事情から要求される憲法上の根拠ということができよう。

さて、集団的自衛権の行使の憲法適合性をめぐる従来の議論では、このような原則との関係に関する議論が十分に深まらないまま、「違憲」・「合憲」という結論のみが強調されてきた憾みがあるように思われる。以下では、こうした観点から、集団的自衛権を巡る議論に検討を加えてみることにしたい。

4. 集団的自衛権をめぐる議論の論点

(1) 憲法の優位との関係

本稿の冒頭でも述べたように、憲法9条には集団的自衛権の文言は含まれていない。むろん、同条の解釈においていわゆる戦争全面放棄説や戦力全面否認説に立ち、自衛隊の存在そのものを違憲とする見解を採る場合には、その存在を前提とした集団的自衛権の行使を合憲とみる余地はないであろう。しかし、現在の議論は、後にも見るように主として自衛隊の存在を前提とした従来の政府見解との関連をめぐって討わされているのであって、

本稿でも、そうした意味で現実的な議論を念頭に置いて考察を進めたい。

憲法9条に集団的自衛権の文言は含まれていないとしても、その行使の禁止を同条が含意しているといえるであろうか。この点については、憲法制定史の観点からの検証が参考になろう。この点、たとえば大石眞教授は「国連憲章の採択が日本国憲法の制定に先立っていたとはいえ、日本が国連憲章を国内法化して国際連合に加盟するのは、1956年の日ソ共同宣言の直後のことであって [中略]、国連憲章51条に謳われている『集団的自衛の固有の権利』の意義・内容またはそれと憲法との関係について、憲法制定に関与した政府関係者や憲法起草者が明確な認識を共有していたとは考えにくい」として、「日本国憲法は [中略] 集団的自衛権の問題については一定の態度決定を示したものとはいえない、と考える余地がある」と指摘している²⁶。

国連憲章51条が、加盟国の有する「個別的又は集団的自衛の固有の権利」を明文で規定している以上、その後に制定された日本国憲法が後者の権利の行使（のみ）を禁止しようとするのであれば、この文言への言及があるはずだと考えるのが合理的であろう。結局、上の指摘や次に触れる政府・内閣法制局の見解にかんがみても、憲法9条が集団的自衛権について既に規定しており、その行使を積極的に禁じているという解釈は、採用し難いというほかない。集団的自衛権をめぐる議論の論点は、ある憲法規定との積極的な抵触はないものの、同時に根拠も見出すことができない国家活動が憲法上、認められるのか否か、その根拠は何かというところに存在するのである。

(2) 憲法の留保との関係

冒頭で触れたとおり従来の政府解釈は、わが国も集団的自衛権をもつが、

26 大石眞「憲法9条の政府解釈」大石（註9）69頁、同「日本国憲法と集団的自衛権」大石（註9）83-84頁。参照、粕谷進「憲法9条と自衛権」（信山社、1992年）145頁以下。

その行使は憲法上禁止されているという見解を繰り返し示してきた。すなわち、「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つて、憲法上許されないと考えている」という政府答弁がそれである²⁷。ここでも集団的自衛権の行使は、憲法9条に抵触するというのではなく、そのもとで「許容されている自衛権の行使の範囲を超える」という説明がなされている。本稿の用語でいえば、集団的自衛権の行使は、憲法の優位に反するものではなく、その違憲性は、憲法の根拠がない点に求められているということができよう。

その根拠づけを知るうえで重要な意味をもつとされるのが、近年、注目されることの多い1972年10月4日に政府が参議院決算委員会に提出した資料である²⁸。そこでは、わが国が国際法上、集団的自衛権を有していることは、「主権国家である以上、当然といわなければならない」としたうえで、それを行使することは、「憲法の容認する自衛の措置の限界をこえるものであつて許されないと立場」を次のように根拠づけている。やや長文であるが、ここにも引用する価値があろう。

(a) 憲法は、第9条において、同条にいわゆる戦争を放棄し、いわゆる戦力の保持を禁止しているが、前文において「全世界の国民が……平和のうちに生存する権利を有する」ことを確認し、また、13条において「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利については、……国政の上で、最大の尊重を必要とする」旨を定めていることから、わが国がみずからの存立を全うし国民が平和のうちに生存することまでも放棄していないことは明らかであつて、自国の平和と安全

27 参照、阪田雅裕（編著）『政府の憲法解釈』（有斐閣、2013年）64頁。なお、従来の政府見解を「十分な説得力がある」などと評価し、同様の見解に立つものとして参照、木村（註8）16 18頁、64 65頁。

28 参照、大石眞「日本国憲法と集団的自衛権」大石（註9）85 86頁。

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とることを禁じているとはどうい解されない。(b) しかしながら、だからといって、平和主義をその基本原則とする憲法が、右にいう自衛のための措置を無制限に認めているとは解されないのであって、それは、あくまで外国の武力攻撃によって国民の生命、自由及び幸福追求の権利が根底からくつがえされるという急迫、不正の事態に対処し、国民のこれらの権利を守るための止むを得ない措置としてはじめて容認されるものであるから、その措置は右の事態を排除するためにとられるべき必要最小限度の範囲にとどまるべきものである。(c) そうだとすれば、わが憲法の下で武力行使を行うことが許されるのは、わが国に対する急迫、不正の侵害に対処する場合に限られるのであって、したがって、他国に加えられた武力攻撃を阻止することをその内容とするいわゆる集団的自衛権の行使は、憲法上許されないといわざるを得ない²⁹。

この説明によれば、政府が「自衛の措置」の根拠を国家の保護義務に求めていることは明らかであろう。もっとも、憲法 13 条の「生命、自由及び幸福追求に対する国民の権利」は、国家の不作為を主旨とする基本的人権のことであって、国家の保護義務を規定したものであるかについて疑問がないわけではないが³⁰、この点はここでの関心事ではない。ここで確認したいのは、国家の保護義務が及ぶ範囲では、そもそも憲法に根拠のない自衛権のうち個別的自衛権が認められるが、集団的自衛権にはこの理が及ばないというのが政府見解の骨子である、という点である。その事理が、集団的自衛権の行使が自衛のための「必要最少限度」の実力の行使に当たらないためと表現されていることも、上記の説明から明らかであろう。その後の政府見解では、それは、我が国に対する武力攻撃が発生したこと、この場合にこれを排除するために他に適当な手段がないこと、実力行使の程度が必要限度にとどまること、という要件を充たすものであると説

29 阪田（註 27）55 56 頁。なお、各文の番号及び下線は引用者による。

30 参照、渡邊（註 18）149 頁。

明されてきたが³¹、集団的自衛権の行使の際には、 の要件が満たされていないと考えられるからである³²。

この説明は「自衛権発動の3要件」として再構成され、自衛隊の武力行使が許されるのは、 我が国に対する急迫不正の侵害があること、すなわち武力攻撃が発生したこと、これを排除するために他の適当な手段がないこと、必要最小限の実力行使にとどまること、という3要件を充たす場合に限られるとされてきた³³。この3要件の を変更する意味を持つのが今回の法改正であるといえるが、その憲法適合性の根拠づけは、2014（平成26）年7月1日の閣議決定により、上記引用の(a)、(b)の下線部の趣旨を「基本的な論理」としつつ、(c)の部分が次のように変更されたことに求められる。

我が国に対する武力攻撃が発生した場合のみならず、我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、必要最小限度の実力を行使することは、従来の政府見解の基本的な論理に基づく自衛のための措置として、憲法上許容されると考えるべきであると判断するに至った³⁴。

これにより「自衛権発動の3要件」が次の「武力の行使の3要件」に置き換えられ、今回の法改正の基礎として国会審議でも議論が集中したことは記憶に新しい。すなわち、 我が国に対する武力攻撃が発生したこと、

31 159 回国会会議録（平成16年1月26日衆議院予算委員会）2号5頁。阪田（註27）57頁。

32 参照、阪田（註27）58頁。

33 参照、阪田（註27）31頁。阪田雅裕『憲法9条と安保法制』（有斐閣、2016年）6頁。

34 阪田（註33）15頁、156頁。

又は我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があること、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こと、必要最小限の実力行使にとどまるべきこと、がそれである³⁵。ここでも、国家の保護義務という従来の根拠が維持されていることは明白であるが、そこから導かれる自衛権の行使の範囲を拡大したことに今回の法改正の眼目があることは、改めて指摘するまでもないであろう。

さて、このように見てくると、今回の法改正は一律に集団的自衛権の行使を解禁するものではないが、かといって、の後段（下線部）に示されているように従来の個別的自衛権の枠内にも収まらないという意味で、かなり独特な性質をもったものであることが分かる。そのためか、国会審議のなかでも明らかになったように、具体的な適用事例についても不明確な部分があることは否めない³⁶。この点は、憲法の根拠が必要とされる国家活動の範囲という本稿の観点からは、どのように評価されるべきであろうか。以下では、比較法的な見地から、本稿のテーマに関連する規定をもつドイツ連邦共和国基本法（1949年制定。以下、単に「基本法」ということがある。）の条項に検討を加えることを通じて、考察を加えておくことにしたい。

5. ドイツ基本法における相互的・集団的な安全の仕組みと防衛事態

基本法には、集団的な安全保障ないし自衛権に関係する条文として、(1)「相互的・集団的な安全の仕組みに加盟」することができる旨を明らかにした24条2項と、(2)いわゆる「緊急事態憲法」として防衛事態について規定した115a～115l条がある。以下、その内容を概観するとともに、わが国の集団的自衛権との関係に検討を加えることにしよう。

35 阪田（註33）15～16頁。

36 阪田（註27）35頁以下。

(1) 基本法 24 条 2 項 (相互的・集団的な安全の仕組み)

基本法 24 条は、国際的機構への加盟に伴う国家主権 (Hoheitsrecht) の委譲ないし制限について規定した条文である。すなわち、同条 1 項は「連邦は、法律により、国家主権を国際的機構に委譲することができる」、同条 2 項は「連邦は、平和を守るために、相互的・集団的な安全の仕組みに加盟することができる。その際に連邦は、国家主権の制限について、それが欧州内および世界の諸国民間の平和で持続的な秩序を実現、確保するものである場合には、これを承認するものとする」と規定している (3 項は引用を省略)。

13 版を重ねる定評ある基本法コンメンタールのなかで、Ch. Hillgruber 教授は、基本法 24 条が国家目標規定であると同時に授權規範でもあるとして、これを次のように説明している。すなわち、同条はプログラムとして公権力に国際的な協調を促しているが、それと同時に、ドイツ連邦共和国が国際社会の一員となり、その目的のために個別の国際的機構に加盟することを可能としたのである³⁷。具体的には、欧州連合への加盟 (1992 年に基本法 23 条の改正により EU 条項が創設されるまで)、国連の集団安全保障への参加、そして連邦憲法裁判所の見解によれば、北大西洋条約機構 (NATO) への参加も本条に基づくものであるとされている³⁸。NATO の性格は必ずしも軍事的なものに限定されるわけではないが、加盟国に対する攻撃には集団的自衛権の行使が予定されていることはよく知られている³⁹。そして、同条 2 項の解説の冒頭には、次のような文章が

37 Christian Hillgruber, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl. 2014, Art. 24 Randnummer 1 unter Heranziehung von BVerfGE 111, 307 [318]; 63, 343 [370].

38 Hillgruber (Fn. 37), Art. 24 Randnummer 3 unter Heranziehung von BVerfGE 90, 286 [349 f.].

39 北大西洋条約 5 条: 「加盟国は、欧州または北米の 1 以上の加盟国に対する武力による攻撃を、加盟国すべてに対する攻撃とみなし、それゆえ、そのような攻撃が行なわれた場合には、国連憲章 51 条によって認められた個別的または集団的自衛権を行使し、北大西洋における安全を回復および維持するために、個別的にまたは他の加盟国とともに武力を含む必要と考えられる行動を直ちに

記されている。すなわち、「基本法は、24条2項によってドイツ連邦共和国に相互的・集団的な安全の仕組みに加盟する可能性を開いた。ここにあるのは、統合的形態をもつ国際的な安全保障のための憲法上の選択肢である。」と⁴⁰。要するに基本法24条2項は、集団安全保障に加えて集団的自衛権の行使を行う機構への、国家主権の制限を伴う加盟を連邦に授権したものである、ということになる。これに続いて同コンメンタールは、同条2項の意義を次のように解説している。

基本法24条2項の規定から明らかなように、基本法は、目標とする相互的・集団的な安全の仕組みにドイツ連邦共和国を組み込むこと（その一部としての軍事的な支援を行うことも含まれる）が、世界平和に貢献する外交の不可欠な構成部分であると見ている（前文も参照：「……世界の平和に貢献する」）。[基本法制定の審議を行った] 議会的審議会の理解によれば [中略] 将来、軍事力は、もはや国家の主権の行使としてではなく、全世界に平和が維持され、侵略者が平和を乱すことを不可能にするべく、すべての国家の集団的な自衛の行為として行使されることになる。その際に、相互的・集団的な安全の仕組みがよく機能する前提条件 行動手段としての軍事的手段を含む、そこから状況によって生じる自ら軍事的な貢献を行う必要、そして、そのような仕組みに加盟し、組み込まれることに結びつくことのある、組織の決定権力への従属という法的帰結も意識されていた⁴¹。

この説示に明らかなように基本法24条2項が国連の集団安全保障を前提として構想されていたことは、同時代に制定された日本国憲法との関連でも興味深い。地域的軍事同盟であるNATOへの参加が、同条同項に基づくものであるかが争われたのも、そのためであるが、連邦憲法裁判所は

とることにより、攻撃された加盟国を援助する。」。

40 Hillgruber (Fn. 37), Art. 24 Randnummer 41.

41 Hillgruber (Fn. 37), Art. 24 Randnummer 42.

1994年7月12日のNATO域外派遣判決のなかで、「平和の維持のためにドイツ連邦共和国は、この規定を根拠として [中略] 国際的な組織の決定に拘束され、その国家主権の『制限』に同意することができるのである」としている⁴²。そして、NATO条約の前文や1条の規定を挙げて平和維持という目標を強調し、また、統合された組織である点で伝統的な軍事同盟とは異なることを指摘したうえで、「NATOは、平和維持的な規範構成およびひとつの組織としての構成により、基本法24条2項にいう相互的・集団的な安全の仕組みであると評価することが許される」と結論している⁴³。

ここまでの説明を要約すると、基本法24条2項は自覚的な憲法上の決定として世界および欧州の平和という目的のために集団的な安全保障への参加を明示し、その際に国家主権の制限を受けることを認めている、ということになる。本稿の観点からは、同条は、平和という国家の保護義務とは必ずしも直接的な関連をもたない目的を掲げ、また、それが憲法上の原則を変更する意義をもつことにかんがみて、それに基づく行動には憲法上の根拠が必要であると考えられている、とみることができよう。

もっとも、すでに確認したように、わが国における今回の法改正は、集団安全保障やNATOのような集団的自衛権の行使を認めるものではなく、国家の保護義務という観点から、後者の一部を容認するというものであった。したがって、基本法24条2項との比較は、将来、わが国が同様の決定を行うのであればともかく、今回の法改正を評価するにあたっては、必ずしも全面的に参考となるわけではないであろう。基本法における比較検討の対象は、むしろ、次にみる「防衛事態」のなかに存在すると考えられる。

42 BVerfGE 90, 286 [350]. 下線は筆者による。

43 BVerfGE 90, 286 [350 f.].

(2) 基本法 115a～115l 条 (防衛事態)

予備的考察 防衛事態の規定

基本法には、1968年の第17回憲法改正によって10a章として「防衛事態 (Verteidigungsfall)」に関する規定が追加された。同章は115a条から115l条において、防衛事態における国家機関の組織、権限、手続について、他国にあまり例のないほど詳細な規定を置いており、「緊急事態憲法 (Notstandverfassung)」ともいわれる。ドイツ憲法史では1848年以降の諸憲法にフランスのそれを模範とした緊急事態規定がみられるが⁴⁴、とくにヴァイマル憲法48条がライヒ大統領に認めていた広範な緊急事態措置が、当時、頻発されたことはよく知られている⁴⁵。基本法制定時にも、当初 Herrenchiemsee 草案において緊急事態に関する規定 (111条、111a条) が作成されたものの、ヴァイマル共和国における実態に鑑み、また、占領状態という状況もあってか、最終的に基本法に取り入れられることはなかった⁴⁶。

もっとも、こうした事情は、基本法制定によって緊急事態への対応そのものが否定されたことを意味しない。というのも、基本法と同時に施行された1949年5月12日の占領法規 (Besatzungsstatut) は、すべての国家権力が基本法に規定された国家機関によって行使されることを原則としながらも、安全と民主的秩序の維持に不可欠と考えられる場合には、全権を掌握する権利を連合国 (英米仏) 占領軍に留保していたからである⁴⁷。

44 Werner Heun, in: Dreier, Grundgesetz-Kommentar, Bd. III, 2. Aufl. 2008, Vorbemerkungen zu Art. 115 a - 115 l Randnummer 2. Vgl. Rainer Grote, in: von Mangoldt/Klein/Stark, Kommentar zum Grundgesetz, Band 3, 6. Aufl. 2010, Art. 115 a Vergleichbare Normen (Paulskirchenverfassung von 1848 § 197, Preussische Verfassung von 1850 Art. 111, Reichsverfassung von 1871 Art. 68).

45 Heun (Fn. 44), Vorbemerkungen zu Art. 115 a - 115 l Randnummer 2.

46 連合国の介入を推測するものとして、Heun (Fn. 44), Vorb. zu Art. 115 a .115 l Randnummer 3.

47 Ziff. 3 Satz 2 des Besatzungsstatus. Vgl. Grote (44), Randnummer 2 und Fn. 4.

また、ドイツの独立と主権を回復させる意味を持つ 1955 年 5 月 5 日のドイツ条約 (Deutschlandvertrag) によれば、連合国は占領軍による保護と安全に関連して保有または行使した権利を、「ドイツの所管官庁がドイツの立法により相当する授權を受け、その軍事力が安全保障のための有効な措置をとることができるようになるまで」保有することとされている⁴⁸。こうしてみると、基本法の防衛事態に関する規定は、占領軍が保有していた緊急事態における国家緊急権を、主権回復後にドイツが国家の権能として取り戻したことを前提に、その運用の在り方を実定化した意味をもつといえよう。

基本法に防衛事態に関する規定を置くにあたっては、1960 年代に多くの反対運動が展開され社会現象となったことはよく知られているが、法律家の論稿では圧倒的多数の賛意が示されていたことが指摘されている⁴⁹。その理由は、「歴史的・具体的な、基本法により規範的に秩序づけられた公的な全体状態を緊急時においても、そして緊急時の後も維持することなのだ」⁵⁰ という故 K. Hesse 教授の言葉に要約できよう。その趣旨は、平常時のみならず緊急時においても基本法の憲法秩序のもとで国家運営を行い、それによって国家権力の濫用を防ぎつつ危機を克服するということ、これである。

数次の草案を経て 1968 年に制定された基本法 10a 章は、防衛事態につ

48 BGBl. II S. 305. Vgl. Grote (Fn. 44), Art. 115 Randnummer 2 und Fn. 4.

49 Heun (Fn. 44), Vorbemerkungen zu Art. 115 a. 115 I Randnummer 11 unter Heranziehung von u. a. Konrad Hesse, Ausnahmezustand und Grundgesetz, in: Die Öffentliche Verwaltung 1955, S. 741 ff.; ders., Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes, in: Juristenzeitung 1960, S. 105 ff.; Hans-Ulrich Evers, Die perfekte Notstandverfassung, in: Archiv des öffentlichen Rechts 91 1966, S. 1 ff.; Hans Schäfer, Zur Problematik einer Notstandregelung, in: Neue Juristische Wochenschrift 1960, S. 1129 ff.; Georg Flor, Staatsnotstand und rechtliche Bindung, in: Deutsches Verwaltungsblatt 1958, S. 149 ff.

50 Hesse (Fn. 49), Grundfragen einer verfassungsmäßigen Normierung des Ausnahmezustandes, S. 105.

いて、認定手続 (115a)、連邦首相への軍指揮権の移行 (115b)、立法権、行政権および財政に関する権限変更 (115c)、立法手続の変更 (115d)、合同委員会による連邦議会・連邦参議院の代行 (115e)、連邦政府の権限拡大 (115f)、連邦憲法裁判所の存続 (115g)、選挙期間、任期の延長 (115h)、州政府の特別の権限 (115i)、既存の法令の効力 (115k)、防衛事態の終了 (115l) などを規定している。これらの規定の位置づけについては、「緊急事態憲法は、外的な緊急事態の国内法における帰結を規定したものであり、防衛措置の可否という問題には触れていない。その点については、とくに国連憲章 51 条の自衛権が基準となる」⁵¹ という説明が参考になろう。

防衛措置の範囲と根拠

さて、こうした内容をもつ緊急事態憲法のなかで本稿のテーマとの関連で注目されるのは、115a 条 1 項が、「連邦領域が武力により攻撃され、または、そのような攻撃を受ける直接的な脅威がある (防衛事態) との認定は、連邦議会が連邦参議院の同意を得て行ふ。この認定は、連邦政府の提案に基づいて行われ、連邦議会議員の少なくとも過半数による投票において、3 分の 2 の多数を必要とする」と規定していることである。同条同項の下線部が防衛事態に含まれていることは、自国が武力による攻撃を受けていない場合においても防衛措置の発動が可能となることを意味している。その趣旨を説明するものとして、引用ないし参照されることがあるのが、国際法の E. Menzel 教授が当時の「ボン基本法コンメンタール」に記した次の一節である。

いかなる国際法のルールも、国家が防衛を行うことが許されるには、まず、すでに致命的となるかも知れない攻撃の犠牲となることを要求してはいない⁵²。

51 Heun (Fn. 44), Vorbemerkungen zu Art. 115 a - 115 l Randnummer 8.

52 Eberhard Menzel, Bonner Kommentar (1968), Art. 115 a Randnummer 15. Vgl. Klaus Stern, Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Bd. II, 1980,

たとえば、今日の代表的な基本法コンメンタールの著者、K. Stern 教授は、上記の引用に続いて次のような説明を加えている。

個別的または集団的の自衛権が「自然に与えられた権利 ("naturgegebenes Recht")」であることを国連憲章 51 条は明らかにしている。今日の武器技術の可能性からすれば、すでに「先制攻撃」により致命的打撃を受け得るのであり、したがって、自衛権が始まるゾーンは、前へと移動されなければならない。そのゾーンは、武力による攻撃の後に始まるのであってはならず、そのような攻撃の直接的な脅威となる危険があれば、すでに存在しなければならないのである。個別的防衛の法においても、直接的な攻撃の脅威は、すでに緊急防衛を正当化する根拠となる。[上記の 115a 条 1 項の下線部分は]、したがって、何が既存の法秩序に内在していないのか、については規定していない⁵³。

以上の説明からすれば、自国が武力による攻撃を受けていない場合においても防衛措置の発動が可能となる根拠は、もっぱら国家の自然権としての（個別的か集団的かはともかく）自衛権に求められており、基本法は、それを前提に、国内法における帰結として緊急事態憲法の定めを置いているということになる。つまり、基本法 115a 条 1 項は、自衛権を行使できる場合を示すものではあるが、その根拠法規ではない。もっとも、Stern 教授も認めるように、「攻撃を受ける直接的な脅威」という要件の解明は決して簡単ではない。同コンメンタールでも「まずは、消極的に範囲を画する方が上手く行く」として、核兵器や長距離ミサイルの存在、武器の集積、敵対的態度は「直接的な脅威」に当たらないとしたうえで、積極的な基準として、紛争、緊張状態、危機的な対立の先鋭化、攻撃の恐れがある

§ 54 II 2 b); Axel Hopfauf, in: Schmidt-Bleibtreu/Hofmann/Henneke, GG Kommentar zum Grundgesetz, 13. Aufl., Art. 115a Randnummer 14; Grote (Fn. 42) Art. 115 a Randnummer 18; Epping, in: Maunz/Dürig, Kommentar zum Grundgesetz, 2016, Art. 115a Randnummer 55.

53 Stern (Fn. 52) § 54 II 2 b).

軍隊の移動、宣戦布告などをあげて、後者となるにつれて該当性は高まり、少なくとも宣戦布告は「直接的な脅威」に当てはまるとするにとどまっている⁵⁴。

(3) 小括

以上の概観から、基本法の下で、わが国でいわれる「集団的自衛権」が行使される形態には、その憲法上の位置づけを大きく異にする2つのものがあることが明らかになった。その要点を改めて示しておくなら、次のようになる。

第1は、基本法24条2項に基づき、憲法上の決定として欧州や世界の平和を目的とした集団的な安全保障へ参加するものである。これは、国連による集団安全保障を範型とするが、連邦憲法裁判所によればNATOへの参加に基づく集団的自衛権もこれに含まれる。こうした形態の「相互的・集団的な安全の仕組み」は「平和」を目的とするものとされ、また他国の防衛も含まれるため、国家の保護義務とは直接の関係を有しないものがあることは明らかであり、また、国家主権の制限を伴うものであることから、憲法上の決定に基づくものであると位置づけられている。

第2は、基本法115a条～115l条が規定する防衛事態において自衛権が行使される、という形態である。基本法115a条1項は、防衛事態のひとつとして、連邦領域が武力により攻撃を受ける直接的な脅威がある場合を挙げており、自国が武力による攻撃を受けていない場合でも防衛措置が発動される場合がある。その際には「緊急事態憲法」の諸規定が適用されるが、これらは防衛事態の国内法における帰結を規定したにすぎない。この防衛措置の発動は、第1のそれと異なり、自然権を直接の根拠としたものであり、特別な憲法上の根拠がなくともその行使は認められることが前提とされている。

54 Stern (Fn. 52) § 54 II 2 b).

6. 考察の結論と残された問題

わが国の今回の法改正は、集団的自衛権の行使を一部容認したものとして、憲法9条の下ではそれは許されないとする従来の政府見解との関係が厳しく問われてきた。もっとも、憲法適合性を判断する基準は、政府見解ではなく憲法そのものでなければならないことに異論はあるまい。こうした意味で正しく集団的自衛権の行使の憲法適合性を論じるためには、そもそも憲法適合性とは何かという問題について検討を加えなければならず、さらに集団的自衛権の行使の形態や法的根拠についても、ある程度、立ち入った考察が必要となるが、これらの問題について従来、十分な議論が尽くされてきたとは思われない。

こうした問題意識に基づく本稿の考察の結果は、次のようにまとめることができる。すなわち、憲法適合性の概念は、憲法規定との抵触を禁じる「憲法の優位」と憲法規定の根拠を要求する「憲法の留保」の原則から構成されるが、集団的自衛権の行使の合憲性は、後者の原則とのかかわりで問題とされるべきものである。近代的立憲主義の観点からは、憲法上の根拠をもたない国家活動は、国民の自由を侵害する場合には違憲となるが、国民の生命や財産を保護する場合には、国家の存在理由から導かれる保護義務の発動として合憲とみる余地がある。今回の法改正は、やや趣旨が不明な部分もあるが、政府見解によれば、国家の保護義務を履行するために集団的自衛権を認めたという独特な性質をもっているといえる。その意味で、今回の法改正により行使が一部認められた集団的自衛権は、ドイツ基本法24条2項が規定する国際的機構への加盟を伴うものとは異なり、むしろ151a条1項が前提としている国家の自衛権と重なる部分がある⁵⁵。

55 基本法115a条が想定する武力攻撃を受ける直接的な脅威がある防衛事態は、わが国の武力攻撃事態等対処法にいう「武力攻撃事態」、すなわち「武力攻撃が発生する明白な危険が切迫していると認められるに至った事態」により近いと思われる。これと今回の法改正が規定する存立危機事態との関係については、阪田（註33）22頁参照。

この自衛権は憲法上の根拠に基づいて認められているものではないが、緊急事態憲法の前提とされているというのが、比較法的考察から得られた結論である。本稿で示した国家の保護義務という観点からは、この結論は日本国憲法、とくに9条の下でも、その範囲を異にするにせよ認められる余地があろう。

それにもかかわらず、冒頭に触れたように今回の法改正を違憲とみる見解が支配的であることには、わが国独特の事情があると考えられよう。その第1は、先にも触れたように憲法9条の解釈において戦争全面放棄説や戦力全面否認説に立ち、自衛隊の存在そのものを違憲とする見解が現在でも、有力に主張されているということである。この国家の自衛権の根幹にかかわる問題が存在する限り、今回の法改正に限らず、およそ安全保障にかかわる問題はすべて論争的となることを避けられないだろう。

第2は、集団的自衛権という概念の用法である。従来政府の見解は、自衛権が行使できる範囲を「わが国に対する急迫・不正の侵害に対処する場合に限られる」として、そのことがすなわち、集団的自衛権の行使を許されないものとする趣旨であると説明してきた。その前提となっている個別自衛権の理解がかなり限定的なものであることは、先にみた Stern 教授の「個別的防衛の法においても、直接的な攻撃の脅威は、すでに緊急防衛を正当化する根拠となる」という指摘をみても明らかであろう。しかし、今回の法改正でも、従来個別自衛権と集団的自衛権の理解は維持されている⁵⁶。その結果、他国に対する武力攻撃が発生した場合における実力の行使は、それが「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」であるにもかかわらず、集団的自衛権の行使と観念されることとなったのである。今回の法改正を集団的自衛権の行使の一部容認と構成したことは、国家主権の制限を伴い憲法秩序に影響を与える集団的自衛権と同様の印象、そして、それ

56 参照、阪田（註33）156頁。

がもつ過去の濫用から生じる負のイメージを⁵⁷、それとは内容的に相当に異なる今回の法改正にも与えていると思われる。

第3に、その背景には、先にもふれたとおり日本国憲法に集団的自衛権に関する明確な態度決定が見られないことがあると思われる。集団的自衛権は国連憲章において確認されているものの、その行使のあり方については、さまざまな可能性が存在するのであり、ドイツ基本法も国連による集団安全保障を範型とする規定を置いていることは本稿で確認したとおりである。その立場からは、国際的機構に加盟する形での自衛権の行使を行うには、憲法上の根拠が必要であると思われるが、わが国では安保法制懇の報告書にみられるように芦田修正を参照しつつ現行憲法下でも可能とみる見解もある⁵⁸。この見解は今回の法改正では採用されなかったため本稿でも立ち入らなかったが⁵⁹、こうしたさまざまな解釈を許す日本国憲法のある種の曖昧さが、いわば間接的に議論を誘発していると考えられよう。そうすると、集団的自衛権の行使の可否をめぐる議論の要因となっている問題は、実はかなり以前から存在しており、現在も未解決のまま残されているということになる。

57 松葉真美「集団的自衛権の法的性質とその発達 国際法上の議論」レファレンス No. 696 (国立国会図書館調査及び立法考査局、2009年) 93-97頁。

58 「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」報告書 (平成26年5月15日) 19頁。

59 阪田 (註33) 13頁参照。