

## 法実証主義と憲法第九条

——法規範の矛盾とその解釈——

伊 地 知 大 介

- 一 課 題
- 二 方 法 論
- 三 平 和 主 義
- 四 憲法第九条と英訳憲法との相違
- 五 憲法第九条の諸解釈に対する方法論的分析
- 六 結 語
- 一 課 題

今日、法解釈に価値判断の介入を必要とすることは、一般に認められているところである。憲法第七六条第三項が、裁判官が法を解釈適用するについて、この憲法と法律に従うほか、その良心に従うべきことを規定するのは、「その良心」が、個人としての良心か、裁判官としての良心かという問題は別として、基本的には、法解釈に価値判断を必要とすることを、前提としていると解せられる。この場合、良心という語を、倫理観とか価値判断という語に置きかえても、意味は

同じである。民法第三条のような簡明な法規範は、価値判断を用いずその意味を認識し確定することができるが、一般には法規範に用いられた法律用語は多義的であつて、これにどのような意味を与えるかによって結論が異ってくる。法解釈に於ては、得られた結論が法の目的に合致するかどうか、社会的倫理観に適合するかどうかの価値判断が決定的に重要である。その価値判断は法規範のわくのなかでなされる羈束された価値判断であつて、恣意的な価値判断ではないが、由来、価値は科学の外にあるので、学者によって意見の対立することはめずらしいことではない。ある学者が、自らの法解釈は唯一の正しい法解釈であると確信しているとしても、他の学者は、他の解釈が唯一のものだと考えている場合には、同じ法規範についていくつかの解釈が存在することになり、各学者の価値判断によって、結論が異なることは否定できないことである。

解釈される法規範には、立法者によって与えられた価値観が付着しているので、解釈者はこれを尊重しなければならぬ。憲法第九九条の規定する、裁判官の憲法を尊重擁護する義務とは、この憲法のもつ基本理念を尊重擁護する義務をいうものと解せられるし、このことは法実証主義の要請するところでもあるので、自然法を名として、この価値観に変更を加えることを排斥するのである。たとえば、日本国憲法における、民主・人権・平和の基本理念などは、その例であつて、この基本理念については、これを評価せずにそのまま受容して法を解釈することが「純粹法学」における純粹の意味であり、この基本理念を前提として法を解釈することが、方法二元主義のいわゆる価値関係的な態度である。しかし、平和主義という理念をそのまま受容して、法を解釈するとしても、自衛戦争だけは放棄しないで留保しておくことが、日本国憲法の平和主義であるのか、自衛戦争までも放棄することが、日本国憲法の平和主義であるのかは、憲法前文乃至その第九九条の文言からしては、必ずしも一義的な結論を得ることができない。そこで自衛隊法乃至自衛隊の合憲説と違憲説の何れをとるか、解釈者の価値判断によって決定されることになる。そうであるから、わが国の憲法学者の多くが、違憲説を

とるのは、自衛隊を保持することが、わが国にとって好ましくないと考えてのことであろうが、それにしても、私は、わが国の憲法学者の多くが、何故に崇高な理想主義者によって占められているのだろうか、不思議に思っていたところ、偶然の事情から、ことの真相を察知することができるようになった。その真相というのは、自衛隊違憲説をとる学者のある者は、その内心で、自衛隊は国家にとって必要であると考えているということである。つまり、法を解釈すれば、自衛隊は違憲であるという結論になるが、解釈者自身がこの結論に賛成しているかどうかは、全く別の問題だとするのである。私見によれば「法解釈には価値判断を必要とする」ということは、解釈者の価値判断に、法解釈の結論を合致せしめることをいうので、それが相互に対立するというようなことは普通起らない筈である。しかし、実際にはこのような二律背反が存在する理由を考えてみると、およそ二つの理由を挙げることができると思われる。

その理由の一つは、このような憲法学者にあっては、法の解釈と自らの価値判断とが区別されているのであるが、これは法律を解釈すれば、法律からみた唯一つの結論を得ることができるということが、前提されていることになる。この考え方は、十九世紀の概念法学の考え方であって、今日では克服されている筈の方法論である。多くの憲法学者が自衛隊違憲説をとられるのも、同じ考え方を基礎としてのことであろう。

その理由の二つは、解釈される憲法第九条の第一項と第二項との間には、越えがたい溝渠が横たわっていて、全体として矛盾を含む規定になっている。法を解釈する者にとっては、この矛盾をどう処理するかということが、重要な課題となると同時に、その結論を自己の価値判断に合致せしめることが必要である。一部の憲法学者には、このことが自覚されていないと思われる。

さて以上において略説したところを少しく詳論しつつ、憲法第九条の解釈をめぐる諸学説に、方法論的な分析を加え、学説のあるものについては、方法論的な謬りを指摘してみたいと思うのである。

(注) 自然法を排斥する点では「概念法学」も実証的である。然しこの小論では法実証主義の語を、ケルゼンの「純粹法学」における方法論を指す意味に用いた。

## 二 方法論

一 憲法第九条の解釈を中心課題とすることの小論で、法哲学的な方法論を述べることは、迂遠な廻り道をするようであるが「法哲学は法解釈には関係がない。法哲学を知らなくても、法を解釈することはできる」というような言葉をよく耳にするので、憲法第九条の諸解釈を素材として、法解釈と方法論との不可分な関係を実証しようとするので、どうしても方法論から始めることが必要である。

哲学における方法論は、H・リッケルトがいうように、本来は、われわれが普通に行なっている学問の方法を分析して、その本質を明らかにするもので、学問の方法について、何か特別の方法を提唱しようとするものではない。そういう意味では、方法論を知らなくても、法を解釈することはできるのであって、このことはちょうど、カントの認識論を知らなくても、自然科学者が新しい発見をなし得ることと同じである。けれども方法論がひとたび形成されると、人々は方法論を意識して、法を解釈するようになるので、結果的には、方法論が一つの解釈方法を提唱していることにもなるのである。たとえば、J・フランクは、法解釈の結論は、三段論法による推論を経て到達されるものと一般には考えられているが、実はそうではなくて、多くの場合、結論が先に予定され、論理構成はあとからなされるものであることを明らかにした。このことが明らかにされると、われわれは意識的に先ず結論を予定して、その結論を支持するための論理をあとから構成するようになる。このことは、フランクが法解釈の新しい方法を提唱したということと、あまり相違はない。ともかく、方法論的な知識をもたないで、法を解釈すると、方法論的な謬りを犯しながら、その謬りに気がつかないということがあ

り得る。それ故、方法論を研究すれば、その危険を避けることに役立つという利益はあるわけである。

法を解釈することは、法規範のもつ唯一つの正しい意味を把握することだと、一部の学者は考えているように思われる。それ故に自衛隊が憲法違反であることは、憲法を解釈して得られる結論であって、「自衛隊が国家にとって不必要である」と、私が考えているわけではない」というような発言がみられる。この発言の背後には、法を解釈して得られる結論は唯一のものであり、これを変更することは許されないという法思想が、かくれている。

このような法思想は、十九世紀の中頃パンデクテン法学によって主張されたところで、今日では克服された法思想であるが、その要旨を一応述べてみよう。法を解釈すれば唯一つの正しい結論が得られるので、法を解釈する者は、法解釈に価値判断を加え、結論を変更してはならない。法を解釈するに当っては、先ず法規範に使用されている法律用語の唯一つの正しい意味を探りだして確定する必要がある。この手続が終れば、あとは法規範を文理に従って解釈すればよいので、かくすることによって、法規範のもつ唯一つの正しい結論が把握される。法は完全無欠な規範によって構成されているので、法規範を解釈して得られる結論もまた実定法からみて正しいのである。このように主張したパンデクテン法学は、やがて概念法学と呼ばれるようになるので、これは侮蔑的な仇名である。つまり、概念法学は法学の任務を、法の概念的体系的整備に置くので、法律用語もしくは法的概念のもつ意味を相対的可變的なものとは考えないで、客觀的固定的なものと考え、その精緻な分析や定義を基礎として、形式論理に従って結論を出そうとするのである。従って裁判官の任務は、法規範からの演繹によって自動的機械的に判決を導き出すことであって、裁判官による法創造的な活動は禁止され、法解釈に価値判断の介入する余地はないとされる。このような禁止の前提をなすものは、法規範体系の自己完結性と無欠欠性とを主張するドグマである。

二 右にみた概念法学の主張は現代の方法論からみれば、そのひとつひとつが肯定し難いものである。

(1) まず法の完全無欠性を主張することは、法が人間の作品であることから当然に否定される。従って法解釈は、法の欠陥をそのまま模写することではなくて、これを補正するものでなくてはならない。私の理解するところでは憲法第九条は、後述するように、制定当時の特殊事情に基き、その第一項と第二項との間には越えがたい溝渠が横っている。この欠陥をどう補正するか、これが同条を解釈する者に課せられた根本的な課題である。

次に法を解釈すれば、実定法からみて正しい唯一の結論に到達することができるという、概念法学の主張は否定されなければならぬ。それは法規範に用いられている法律用語が多義的であって唯一つの固定した意味をもつものでないことから云うことができる。たとえば、憲法第九条に用いられている、「国際紛争を解決する手段」という法律用語などは、その適例であろう。多義的な法律用語にどのような意味を与えるかは、学者が自由に決定し得るところであるが、結局は、予定された結論に合致し得るような意味が選択されるのである。もし法解釈に当って、予め結論が選択されていなければ、多義的な法律用語の意味を選択する基準が存在せず、その意味を確定することができないであろう。

J・フランクによれば、法的推論においては、多くの場合、法規範を前提として先に結論が選択され、あとから論理が構成されるという。論理構成が選択された結論を、法規範に結合するのである。判決の理由書を読むと、三段論法的な推論を経て結論に到達しているようにみえるが、推論の過程を分析すると、実はその逆であって、彼は「三段論法的な推論を経て結論に到達する裁判官は一人もない<sup>(1)</sup>」というのである。この主張は心理学的な基礎をもつといわれるが、われわれが法を解釈する場合の推論の過程を内省してみても、予定された結論に依じて、法規範に用いられた法律用語の意味を変更していることが判る。

(2) われわれは、法を解釈するについて価値判断の介入を排斥する概念法学とは反対に、法解釈は価値判断をぬきにしては成立するものでないことを認めなくてはならぬ。フランクに従えば、法解釈においては最初に結論が選択されるので

あるが、この選択はいうまでもなく、価値判断によってのみ可能である。また、ケルゼンの「純粹法学」は十九世紀の概念法学を承継するものと誤解されているが、彼のこの著書は「概念法学を排斥する」<sup>(2)</sup>ために書かれているのであって、彼は伝統的な概念法学を批判して次のように述べている。

「具体的事件に適用されたときに、法律が常にただ一つの正しい決定を供給し得ること、この決定が実定法上で正しいということが法律そのものに基いていること、これらのことを伝統的な解釈の理論は信じさせようとする。解釈では説明や理解という知的行為が問題であるかのように、解釈者は単に悟性 (Verstand) を働かせば足りるので、意思を働かせる必要はないかのように、純粹な悟性の活動によって、与えられた多くの可能性のうちから、実定法の意義において正しい選択をなし得るかのように、右の理論は解釈の過程を叙述するのである」<sup>(3)</sup>。

右の文章のなかで、悟性が認識を意味し、意思が価値判断を意味することは、カントが「感性と悟性とは認識の根幹である」<sup>(4)</sup>といていることから明らかである。このように、法解釈に価値判断が必要であることは、ケルゼンも当然のこととして、これを認めるのである。もっとも、法規範によっては、価値判断の介入を必要としない場合もある。たとえば、前にも触れた民法第三条などは、その規定が簡明であるから、結論を選択する必要がなく、その意味を認識確定することができる。この場合「満二十年以テ成年トス」という結論に、法解釈者が異論をもつとしても、立法論としてその改正を論じ得るだけで、解釈上の問題を生じない。けれども、解釈によって結論がいくつかに岐れるような場合には、何れをとるか、価値判断を加えて選択することが必要である。このような事態が生じるのは、法規範に用いられる法律用語が、固定した唯一つの意味をもつものでなく、多義的であることに基く。ある法律用語にどのような意味を与えるかは、結論との相関々係にあるので、どの結論を選択するかによって、法律用語に与える意味が変ってくる。法律用語の意味そのものには、善悪の区別はないから、価値判断の対象にはならないが、結論の方は倫理的な意味をもち、価値判断の対象となら

ざるを得ない。結局、まず結論が選択され、論理構成がなされるに当って、先に選択された結論を可能にするように、法律用語の意味が決定されることになる。従って法解釈における推論の過程は、三段論法とは逆であるが、論理を三段論法に従って構成することは、選択された結論が論理的なものであることの証明として役立つであろう。選択された結論に対して、論理構成が恒に可能であるとは限らないが、法律用語の多義性ということから、多くの場合、論理構成は可能であり、従って、法解釈者の価値判断と法解釈の結論は、多くの場合合致するのである。

選択された結論に対して、論理構成をなし得ない場合は、法解釈者は悪と信ずる法律の結論を承認せざる得ないので、悪法も法であるとしてこれに従いつつ、その改正に努力するか、実定法の拘束を脱して、実定法を越えた自由法をもとめるかは、法実証主義と自由法論との分岐点となる。

このような分岐点に遭遇することは現実には稀であるというのは、法解釈者が法律用語の意味を決定するに当っては、他の科学の拘束を排して、法律上妥当な結論を得るには、法律用語の意味を如何に解すべきかという見地から判断することができからである。たとえば、胎児は何時人となるかという出生の時期に関して、民法上は相続順位の決定に関連して、胎児が生きて母胎から全部露出したときに出生があるとするのが、通説であることに対し、刑法上は殺人罪と墮胎罪との区別に関連して、胎児が一部露出したときに出生を認めるのが通説判例である。更に、憲法第九条の解釈についていうなら、「国際紛争を解決する手段」という法律用語の意味が、選択された結論によって変えられることは、後述する通りである。

それでは、法解釈において重要な機能を果たす価値判断は、全く主観的な恣意的なものかというところではない。憲法第九九条が裁判官に対し、この憲法を尊重擁護する義務を科しているのは、憲法のもつ基本理念を尊重擁護せよという意味でなくてはならぬので、この基本理念のわくのなかで、価値判断がなされるのである。また民法第一条の「私権ハ公共ノ



福祉ニ遵フ」とか、同条の二の「本法ハ個人ノ尊嚴ト両性ノ本質的平等トヲ旨トシテ之ヲ解釈スベシ」という規定は、法解釈に価値判断の必要なことを前提としながら、その価値判断のために、一つのわくを設定するものということができる。この「わく」(Rahmen) という言葉はケルゼンの用語であって、<sup>(5)</sup> 純粹法学における純粹とは、法規範のもつ「わく」としての基本理念を、評価を加えずしてそのまま受容することをいうので、法実証主義は、自然法を名として、これに変更を加えることを排斥するのである。また、方法二元主義を主唱したりリッケルトのいう、文化科学における価値関係的手続を、法解釈に適用するならば、法のもつ基本理念との関係を保ちつつ、法規範を解釈するということに帰すると考える。

概念法学の法律用語の意味の解明に主力を注ぐ法解釈の態度が、今日では全く意味を失っているというのではなく、それはそれとして重要なものではあるけれども、法律用語の意味を詮索することによって、唯一つの正しい解釈を得ることができるとか、法解釈に価値判断は不要であり、従って一般に法解釈者の価値判断と法解釈の結論とは、相互に対立しながら併存し得るといふような法思想は排斥されなければならない。もし唯一つの正しい解釈を認識し得るならば、裁判官の多数決によって判決を採択する手続は無用である。

さて以上に論じたことは、むしろ周知のことに属し、改めて論ずる必要もないようであるが、今日においても概念法学的法思想を支持される学者も尠くないと思われることと、長沼ナイキ基地訴訟の第一審判決などは、多分に概念法学的色彩をもつと考えるので敢てとりあげてみた。憲法第九条を解釈する方法論として、論じなければならぬ重要な問題は、まだ残っているが、差当ってはこれだけを前提として、本論に入ることにしたい。

### 三 平和主義

日本国憲法の前文には、うつくしい言葉で平和主義の理想が述べられている。もし神の国が地上に実現したならば、世

界の状態はちょうどこの前文に述べられたようになると思われる。そこでは、あらゆる戦争が放棄されて、永久に平和である。専政と隷従、圧迫と偏狭が除却され、全世界の国民は、恐怖と欠乏から解放される。ここに述べられた国際社会がもめている理想は、主の祈のように崇高ではあるが、それが実現されるためには、あと十年までばよいのか、それとも千年もまたなければならぬのか、さだかではない。従つてこのような宗教的ともみられる理想を基礎として、われわれの今日の行動を決定することはできないし、現在における法律論の基礎とすることもできない。

前文に述べられた平和主義を示す言葉のうちで、いくらか現実的な意味をもっているのは、「日本国民は……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」という文言である。これは、国際連合に加盟して、その安全保障制度によって、わが国の安全を保持しようとするものの如くである。国際連合における集団的安全保障制度は、加盟国の兵力を結集して、侵略行為を行なう国に対し、経済的圧迫と軍事力による共同制裁を加えようとするもので、加盟諸国は安全保証理事会の要請に応じ、共同制裁に参加する義務を有する（憲章四三条）。それ故、国際連合に加盟することが、軍隊の必要を消滅せしめるものでないことだけは、銘記しなければならない。要するに、憲法前文における平和主義の原理は、抽象的な表現に終始しているもので、明らかなことは、日本国民は平和を念願するということだけで、具体的な規定はすべて憲法規範に委ねられているのである。従つて、憲法前文における平和主義の基本原則からみれば、自衛隊の保持を否定することが、平和主義であると同様に、その保持を肯定することも平和主義であり得るのである。

こころみに、国際連合憲章をみると、その第二条で、武力による威嚇又は武力の行使という文言を、戦争をも含めた広義に使用し、これを全面的に禁止し、共同の利益の場合を除いては、武力の行使を認めていない（前文）。然しこれ等の規定が、自衛行為を否定する趣旨でないことは、その第五条で述べられている。また、自衛行為を否定しないことは、世

界の多くの国家の憲法においても、同様に認められる。

ここで私のいいたいことは、今日世界で一般に認められている平和主義とは、侵略行為を否定することにつきるので、自衛行為や自衛のために軍備をもつことまでも否定するものではないということである。そこでわれわれの課題は、日本国憲法は、その前文に述べられた平和主義の原理を、どのように具体化しているかを、検討することである。

#### 四 憲法第九条と英訳憲法との相違

一 法規範の完全無欠性を前提することが、概念法学のドグマであることについては前述したが、法規範も人間の作品であることを思えば、欠陥のあることも当然としなければならぬ。私は憲法第九条は一つの欠陥をもっていると考えるので、その欠陥についてこれから述べようとするのである。

まず、日本国憲法における戦争放棄は、憲法の立案に当たった幣原内閣の発意に基くものか、連合軍総司令部（GHQ）の要請によるものかという問題がある。

この問題については、資料をもとめての研究も大切であるが、私は英訳憲法第九条と日本国憲法第九条が、第一項において重要な点で相違する事実が、戦争放棄がGHQの要請に基くもので、幣原内閣の発意に基くものでないことを決定的に示していると考える。

おもうに、GHQとしては、日本国憲法は英訳憲法と相違のない規定をもって制定されるものと、了解していたのであろうが、制定公布された日本国憲法は、この了解とはうらはらに、その第九条第一項の規定において、重要な相違をもつものであった。すなわち、英訳憲法の第九条第一項においては、戦争が無条件に放棄されていることに対し、日本国憲法においては、戦争が「国際紛争を解決する手段としては」という条件付で放棄されているのである。「国際紛争を解決す

る手段としては」という語句を、どう解釈するかについては見解が岐れているが、国際的な慣用に従えば「侵略目的の手段としては」と解するのが普通である。従って、戦争を無条件に放棄している英訳憲法とは異り、日本国憲法第九条第一項の下では、放棄されている戦争は侵略戦争だけであって、自衛戦争や制裁戦争は放棄されていないと解する一つの可能性が生れてくる。

弊原内閣の作成した憲法草案は、マッカアサア草案に基いて作成されたのであるが、マッカアサア草案では「紛争解決の手段として」という語句が「武力の威嚇行使」にだけにかかっていたのを、弊原内閣の手で「戦争」にもかかるように改めて、それが日本国憲法になったのである。ところで、この修正は英訳憲法には加えられていないので、英訳憲法はマッカアサア草案の趣旨そのままの規定になっている。<sup>(6)</sup>

右にみた英訳憲法と日本国憲法との相違は何を意味しているか。GHQの要請は、戦争の無条件放棄にあったことに対し、弊原内閣はその要請をかわして、侵略戦争だけを放棄し、自衛戦争や制裁戦争の可能性を留保しようとしたことを示すものでなくて、何であろう。つまり、この憲法規範のくいちがいには、戦争放棄がGHQの要請にもとづくもので、日本国政府の発意にもとづくものでないことを示している。そうしてこの憲法規範の修正は、敗戦国日本がなし得た最大限の抵抗であったと思われる。もし可能ならば、日本国憲法第九条第二項の規定も、第一項の規定に対応し得るように、改めたいところであるが、そこまではなし得ず、第二項はマッカアサア草案の趣旨そのままの規定に止めたのであろう。

このように考えると、憲法第九条第一項と第二項との間に裂け目があって、うまく合致しない理由がよく理解できる。つまり、第一項は自衛戦争、制裁戦争の可能性を留保するために書かれた文章であり、第二項はそれを放棄させるために書かれた文章であるからうまくかみあうわけではないのである。武力の威嚇・の行使については、英訳憲法も日本国憲法と同様、侵略目的のものを放棄しているので、両者の間に相違はない。

さて、上述した第一項と第二項の矛盾をどう解決するかということが、憲法第九条を解釈する者の課題となるが、次にその諸学説について、これを方法論的に分析するであろう。

(注) 参考のために英訳憲法における第九条第一項の規定を原文で掲げてこれを邦訳し、日本国憲法第九条第一項と比較しておく。傍点を付した部分が相違する点である。

英訳憲法

the Japanese people forever renounce war as a sovereign right of the nation and the threat or use of force as means of settling international disputes

右の邦訳

日本国民は、国権の発動たる戦争と、国際紛争を解決する手段としての武力による威嚇または武力の行使は、永久にこれを放棄する。

日本国憲法

日本国民は………国権の発動たる戦争と、武力による威嚇又は武力の行使は、国際紛争を解決する手段としては、永久にこれを放棄する。

## 五 憲法第九条の諸解釈に対する方法論的分析

一 終戦当時においては、戦争の惨禍に直面し、極端な平和主義にはしつた国民も、今日では自衛隊が国家にとって必要であることを認め、その存在を支持するに至っているとみられる。憲法第九条を解釈するについては、国民の全体意識における、この社会的倫理観の変遷を重視しなければならない。しかし学者のなかには、自衛隊を否定することが、憲法の基本理念である平和主義にも合致するし、国家にとっても利益であると確信する者もあるであろうから、そのような立場から論理構成を試みることも無意味ではない。いづれにしても、ある法規範について、いくつかの法解釈が可能な場合には、その優劣を判定する科学的な基準はなく、それ等の諸解釈は同等の価値をもつので、唯一つの正しい解釈というも

のは存在しない。それ故、法を解釈する者が学者である場合には彼の価値判断に従って、また多数の裁判官によって構成される裁判所の場合には多数決によって、一つの法解釈を選択しなければならぬ。学者の選択した法解釈は一つの学説に過ぎないが、裁判所の選択は有権的になされるので、判決として拘束力をもつのである。

さて上位規範と下位規範との間の矛盾ではなくて、同等の法規範相互の間に矛盾が存在する場合の法解釈の方法について、ケルゼンは「純粹法学」のなかで、次のように述べているので、憲法第九条を解釈するについて参考になると思う。なるべく意味が判り易いように邦訳してみると、

「意図的になされたかどうかは別として、下級段階の法規範が不明確な規定をもつ場合には、その適用に当って、多くの解釈の可能性を生じる。この場合、法を適用するに当って、次のような解釈方法がとられるであろう。

- (a) 法規範のもつ多くの意味の一つに解釈を合致せしめる。
- (b) 何等かの方法で確かめられた立法者の意思に解釈を合致せしめる。
- (c) 立法者が選択した表示がもつ意味に解釈を合致せしめる。
- (d) 相互に矛盾する規範の一方又は他方に解釈を合致せしめる。
- (e) 具体的事件に関連する二つの矛盾した規範は、相互に他方を無効ならしめるものとして処理する。

これ等のすべての場合に、適用される法規範は一つのわくを形成するので、そのわくの中で、いくつかの法解釈が可能になる。そのわくの中でなされる限り、それ等の解釈はすべて法的な根拠をもつのである<sup>(?)</sup>。

われわれが、憲法第九条を解釈するについて、依るべき方法は、結局(d)の方法に帰着するので、その第一項を生かして、第二項をこれに従わしめるか、第二項を生かして、第一項をこれに従わしめるかの何れかである。その何れを選択するかは、解釈者の価値判断にかかっている。次に憲法第九条の解釈をめぐる諸学説について、方法論的な分析をこころ

みることにする。

二 自衛隊違憲説は、憲法第九条第二項に重点をおき、第一項をこれに従わしめるものであるが、これに二種のものがある。第一説によると、本条第一項は、戦争及び武力の威嚇行使について、侵略目的をもつものに限られず、自衛目的のもの、制裁目的のものを含めて、一切の戦争、武力の威嚇、行使を放棄するものと解する。この解釈を可能にするために「国際紛争を解決する手段」という語句における国際紛争を、侵略行為の原因となるものに限定せず、一切の国際紛争を含むものと解するのである。国際的慣用によれば、「国際紛争を解決する手段」という語句は「侵略目的の手段」という意味に使用されるのであるが、現実の歴史をみれば、侵略戦争と自衛戦争との区別は、極めて不明確であるから、「国際紛争を解決する手段」という語句をこのように広義に解することも、用語の意味を不当に拡張するものとはいえない。第一項をこのように解すると、第二項の規定が第一項の規定と矛盾しないことになり、憲法第九条全体の解釈が論理的になされる。つまり第一項ですべての戦争、すべての武力の威嚇、行使を放棄し、第二項ではすべての軍隊・戦力の保持を禁止し、更に交戦権までも否認する結果、戦争放棄が徹底したものになる。憲法制定当初においては、国会における政府の説明もこのような趣旨のものであった。然し今日においては、政府の解釈は自衛隊合憲説に変わっている。時代が変れば、国民の全体意識における社会的倫理観も変わるであって、法の解釈も変わってよいのである。

自衛隊違憲説の第二説によると、第一項の「国際紛争を解決する手段」という語句を、国際的慣用に従って「侵略目的の手段」という意味に解する。その結果、放棄されているのは、侵略目的の戦争・武力の威嚇・行使であって、自衛目的・共同制裁のためにする戦争等は放棄されないで留保されていると解する。けれども、第二項ではすべての軍隊、戦力の保持を禁止しているから、国家は第一項で留保された自衛戦争等を戦うための手段をもたないことになるのである。この第二説を支持する学者のなかには、自衛隊を保持することが、国家にとって必要であると考える者と、国家にと

って好ましくないと考える者とがあるであろうが、問題を簡単にするために、ここでは専ら前の場合について考察する。つまり、内心では、自衛隊は国家にとって必要であると考えつつ、憲法第九条をそのまま客観的に解釈すれば、自衛隊法の制定・自衛隊の設営は、その第二項よりして、憲法に違反するという見解についての考察である。現実にはこの見解が多いと考えられる。

さて、憲法第九条を、第二説の支持者に従って読めば「自衛戦争だけは放棄しないで留保しておく。そのため一切の戦力を保持しない」ということになるが、このように矛盾した、精神分裂症の患者でもなければ吐きそうにない言葉で構成された法規範を、そのまま客観的に解釈すれば、何か条理にあった結論を得ることができるであろうか。それは、精神分裂症的思考を追体験するだけのことで無意味である。

憲法第九条は上来論じたように、第一項と第二項が異なる目的をもって書かれた、相互に矛盾する文章をもって構成されており、全体として一つの統一された意思をもたない、不完全な規範である。従ってそれは、意味の不明確な欠陥のある規範であって、そのままでは、法を認定された事実に適用するに当って、大前提とはなり得ないものである。それ故、この場合、法を解釈するとは、法規範のもつ矛盾をそのまま認識することではなくて、その矛盾を補正するものでなくてはならぬ。

ある法規範を認識理解する者は、法規範のわくのなかで可能とされる多くの解釈を認識することになるが、法を解釈して唯一つの結論を得ようとすれば、価値判断によって一つの結論を選択しなければならぬ。ところで、この第二説の結論は、選択された結論ではなくて、認識によって得られた結論であるから、解釈者の価値判断に合致することもあれば、合致しないこともあり得る。合致するとすれば、それは偶然の一致であって、合致しないことがむしろ自然である。法を解釈する者が、この不一致に疑をもたないとすれば、どういうことになるか。彼がもし裁判官であるとすれば、憲法第七



六条第三項とは反対に、「その良心」にそむいて、職務を行なうこととならう。けだし、ここにいうその良心とは、裁判官としての良心をいうので、一つには他からの圧力に屈せず、司法権の独立をまもろうとする意思をいい、二つには憲法第九九条の規定する裁判官の義務を果そうとする意思をいうものと解されるが、基本的には裁判官としての倫理観をいうものと考えられる。この倫理観は、司法権の独立の支柱であると同時に、憲法のもつ基本理念を尊重しつつ、そのわくのなかでの価値判断を可能にする。それ故、裁判官がその内心では、自衛隊は国家にとって必要であると考えつつ、その職務を行なうに当って、自衛隊は憲法違反であるという法解釈上の意見を表明したのでは、その良心にそむくことになる。この場合、裁判官の価値判断と法解釈における結論は、合致すべきものであり、また、合致せしめることを得るのである。学説によると、裁判官は憲法と法律の拘束に従っていけば足りるので、その良心に従うという文言は、無視してよいとするものがあるが、憲法の文言を無視しながら、憲法の拘束に従うということの矛盾をどう説明するのであろうか。おもうにこの学説は、十九世紀の概念法学的思考を基礎とするために、その良心に従うべきであるとする憲法の規定を、説明し得ないことを示している。

この第二説は、結果的には第二項が支配的な意味をもち、表見的にはケルゼンの提示した方法に似ているが、本質的には甚だしい相違がある。彼が、「相互に矛盾する法規範を解釈するに当っては、解釈を何れか一方の法規範に合致させなければならぬ」という意味を、憲法第九条の解釈に即して敷衍すれば次のようになるだろう。まず価値判断を用いて、合憲説をとるか違憲説をとるか、結論を選択する。次にこの結論に合致するのは、第一項であるか第二項であるかをみて、何れか一方を選択して、他方はこれに合致するように、意味を補正するのである。たとえば、結論として自衛隊違憲説を選択した場合には、第二項がこの結論に合致していることが判るのでこれを採ることとして、第一項の意味を補正して、第二項に合致させることになる。この補正は「国際紛争を解決する手段としては」という語句を、拡張解釈することによ

って可能である。以上の手続によって、矛盾を含む法規範が、全体として矛盾のない法規範に改造されるのであって、この改造された法規範は、認定された事実、法を適用するに当って、大前提としての役目を果し得るであろう。

そこで前述した第一説は、方法論的にみて正しい解釈方法をとっているが、この第二説は、価値判断を用いて結論を選択していかない点において、矛盾を含む法規範を補正していかない点において、方法論的な謬りがあると、いわなければならぬ。しかも、この第二説は現在における多数説である。

このような矛盾を含む憲法規範は改正するに越したことはないが、いろいろな事情から改正することができないとすれば、解釈によって補正しなければならない。もし解釈によって補正できない場合はどうするか。ケルゼンはその場合について次のように述べている。

「この場合に、解釈は解釈されるべき規範を適用する機能を有するのではなくて、それとは反対に、この規範を排除し、その代りに、より善い、より正しい、より正当な一口に言えば、法適用者によって希望された規範を置き代えるという機能を有するのである。補正するように見せかけて、法適用の進行中に、元の規範をおしのけ、新しい規範によって置き代えるのである。それは一つの擬制であって、一般的規範の合法的変更が何かの理由で困難又は不可能である場合に特に利用される<sup>(8)</sup>」

これは法に欠陥があり、その欠陥を補正できない場合の方法として説かれているが、前述した(e)の、二つの矛盾した規範が、相互に他の規範を無効にする場合も、これに含めて考えることができる。注意しなければならないのは、ここに法の欠陥というのは、解釈者の主観的な価値判断によって(価値判断はどのみち主観的であるが)考えられた欠陥というので、解釈者の倫理観と相違する法の規定があまりに明確で、解釈によって補正する余地のない場合に、その法規範の存在を無視して、これにかわる新しい法の存在を擬制するのである。法解釈もここまでくれば、法実証主義の限界を越えて、

自由法論に飛躍するものといわなければならない。右の文章は「純粹法学」初版の邦訳にみえているもので、二版の原典では削除されている。

自由法論は十九世紀の末葉に、概念法学の批判として主張された方法論であり、概念法学とは反対に、国家制定法に不備欠陥のあることを認め、その不備欠陥を補正変更するために、実定法の拘束を脱して、自由に正しい法を発見することを、法解釈者の課題としたのである。法実証主義は、自由法論とは反対に実定法を尊重し、法規範のもつ価値観のわくの中で相対的に自由な解釈を可能にしようとするので、法律用語の多義性ということが、この目的のために利用される。幸いなことに、憲法第九条の矛盾は、自由法論によらなくても、解釈によって補正可能と考える。前にみた自衛隊違憲説の第一説は、その補正解釈の一例であるが、次には補正解釈による合憲説を考えてみよう。

三 自衛隊合憲説は、憲法第九条第一項に重点を置き、第二項の解釈をこれに合致せしめようとするもので、これはケルゼンが法解釈の意味が不明確な場合の解釈方法として列挙した方法のうち(d)の方法によることになる。

まず第一項の解釈については、第二説と異るところはない。すなわち「国際紛争を解決する手段」を「侵略目的の手段」と解し、第一項が禁止するのは、侵略を目的とする戦争、侵略を目的とする武力の威嚇・行使だけで、自衛戦争(武力の威嚇・行使を含めて)は留保されていると解する。問題は第二項にあるので、殊に交戦権の否認が無条件になされている点であり、交戦権を、この場合、交戦国が有する国際法上の諸権利と解することはできない。けだし、第一項で自衛戦争のあり得ることを認めながら、交戦者の権利だけを放棄することは意味をなさないからである。

そこで交戦権は、戦争のほか武力の威嚇・行使を行なう権利を意味するものと広義に解することとして、更にその放棄について具体的に検討してみる必要がある。第二項で、交戦権が文理的には無条件に否認されているところから、交戦権の否認は自衛権の否認を含み、自衛目的の戦争等を留保した第一項の規定と矛盾するようにみえる。然し自衛権とは、急

迫不正な侵害を實力をもって排除する権利をいうので、これは人間の自己保存欲からくる前法律的な自然権を基礎とするもので、独立国家として放棄できない権利である。いま仮に、日本国民がこのような自然権の放棄を、憲法で宣言していると仮定するならば、それは、日本国民は生きる権利を放棄すると宣言しているのと同じで、甚だしく条理に反する。こういうわけで、第二項の交戦権の否認が、自衛権の否認を含むと解することはできない。

次に交戦権として考えられるものは、国連加盟国が、国連憲章の規定する制裁戦争に参加して戦う権利である。この制裁戦争は、ある一国が他国から侵害を受けた場合、国連加盟国が協力して被害国の自衛行為を援けるという性質のもので、制裁戦争の正当性の根拠は自衛行為の正当性にあると考えられる。さて憲法制定当時において、日本が将来国際連合に加盟することを予定していたとすれば、制裁戦争に参加するための交戦権を放棄し、自衛隊も保持しないというのは、国連憲章が規定する加盟国の義務を果し得ぬことになる。国際連合はこの義務を受諾し、この義務を履行する能力と意思があるすべての平和愛好国に開放されているが（憲章四条）、この意味での交戦権を否認しては、国連に加盟する資格もないことになる。それ故、憲法第九条第二項が、国連憲章の規定する制裁戦争に参加するための交戦権を否認しているとは、条理上考えることができない。日本は現在国連加盟国であり、条約に基き制裁戦争に参加する義務を負うことについては、異論はないであろう。

さて最後に残るものは、侵略目的のためにする戦争（武力の威嚇・行使も含めて）であるが、このような違法な戦争を行なう権利を、法理上認め得ぬことは当然である。つまり、このような意味での交戦権は存在しない。しかし歴史の上では自衛に名をかりて侵略行為を行ないながら、交戦権は国の主権的権利であると強弁することが、事実としては存在した。第二項が交戦権を認め得ないというのは、このように強弁される交戦権の主張を、認めないという趣旨であると解する。結局、憲法第九条は、第一項において侵略目的の戦争等を放棄し、第二項において侵略目的のための交戦権を否認するの

であつて、このように解すると表見上の文理的な矛盾は排除される。

次に、「陸海空軍その他の戦力」の不保持については、「前項の目的を達するため」という条件がついていることから、侵略目的のために戦力を保持することを禁止するものと解することができる。従つてこれは、自衛目的のために戦力を保持することまでも禁止するものではない。政府の解釈によると、戦力をその装備性能によつて、侵略目的のものと自衛目的のものとに区別し、第二項の禁ずる戦力は、その性能上専ら他国の潰滅的破壊のために用いられる兵器を意味するものとしている。私の理解するところでは、憲法は軍隊その他の戦力を侵略の目的で保持すること禁止するだけで、戦力自体の装備や性能に制限を加えるものではない。それ故、どのような戦力を保持するかは、行政権の裁量に委ねられていて解する。いずれにしても合憲説に対しては、憲法の規定を無意味なものにするという批判があるであらう。然しこの憲法の規定は、戦力の保持を、その目的に照して倫理的に制限するものであつて、物理的に制限するものではない。事実としてはどのような戦力を保持していても、政府ならびに国民が、この戦力は自衛目的のためにあるので、侵略目的のためにあるのではないという自覚を堅持する限り、世界は平和であり得るといふこと、これが世界における平和主義が到達し得た限界であり、日本国憲法もこの限界を超越するものではない。

## 六 結 語

憲法第九条の解釈のように、解釈者の価値判断によつて、結論が岐れる場合には、唯一つの正しい解釈というものも存在しないのであつて、裁判所は裁判官の多数決によつて判決を採択しなければならぬ。長沼ナイキ基地訴訟の控訴判決は「憲法第九条は、戦争等及び軍隊ないし戦力の保持に関し、侵略的なものについては、一義的明確にこれを禁止しているが、自衛のためのものについては、一応の合理性のある積極消極の両説があり、解釈に選択を要する」としながらも、

結局は、自衛隊法の制定、自衛隊の設置運営は、国会内閣の高度の政治行為であるから、三権分立制度の下では、司法審査の範囲外にあるものとして、積極的な判断の表明を差控えている。

私自身としては、統治行為論そのものについて異論をもつものではないが、ただ憲法学者の多数が、自衛隊違憲説をとっている結果、統治行為論は、国会や内閣の違法行為を擁護するための理論であるという印象を、国民に与えていると思う。この小論は違憲説中の多数説について、その方法的欠陥を指摘したものであるが、このことによって、法哲学もしくは方法論と法解釈との関係が実証されているとすれば、私の意図は達せられたのである。

(一九七八年一〇月稿)

#### 参考文献

- (1) J・フランク著、柳瀬孝雄同一代訳「法と現代精神」一六二頁
- (2) H・ケルゼン著、横田喜三郎訳「純粹法学」一五五頁
- (3) 同書一四九頁
- (4) カント著、篠田英雄訳「純粹理性批判」上巻八二頁
- (5) 前出「純粹法学」一四八頁
- (6) 宮沢俊義著「日本国憲法」一二頁
- (7) H. Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 348 f. H. Kelsen, *The Pure Theory of Law*, trans. by M. Knight, p. 351.
- (8) 前出「純粹法学」一五九頁