

# 国際法学の観点からみた「憲法学の病」論の成立可能性

城 秀孝 (神田外語大学)

## はじめに

国際政治学を専門とする篠田英朗東京外国語大学教授によって『憲法学の病』(新潮新書2019年)という書籍が刊行された(以下、『病』と略す)。本書の内容は、国際法と憲法に関連するものであり、両者に関心のある筆者としても、本書の内容を理解しておくことは意味のあることと考えた。そこで、本稿において、その内容を主として国際法学の観点から分析してみることにした。

篠田教授の国際法に関する見解は各所に散見されるが、その背景となっているのは主に以下の考えであると思われる。

「日本は1956年に国連に加盟した。日本は、国連憲章を遵守する義務を負っている」(『病』143頁)。

「自衛権があるなどという理由で国際法を非難する前に、自衛権を悪用して侵略行為を行った日本を反省するべきだ。そしてむしろ、しっかりと国際法を遵守することを誓うべきだ」(『病』59頁)。

「国際法上の自衛権は、それ自体が公権力の行使であり、私人による緊急避難措置である正当防衛とは違う。自衛権は公権力の行使だ、ということに気づけば、国際法において個別的自衛権と集団的自衛権が同じ自衛権の概念でくくられて理解されていることの意味がわかってくる」(『病』168頁)。

こうした記述を通じて、過去の日本の侵略を反省し、今後は正しく武力を行使することによって、国際社会における公権力を行使するのだという、斬新な主張を展開していることを見て取ることができる。

## 1 国際法の基本構造

篠田教授の著作の妥当性について分析する前に、まずは国際法の基本的な仕組みを確認しておきたい。国内社会とは異なり中央集権化の進んでいない国際社会においては、各国際法主体(主として主権国家がこれに該当する)は、個別に国際法を理解し、他の主体との関係を結んでゆく。国際法の法源は主たるものとして国際条約及び国際慣習法が存在する。国際裁判所の判決や、国際組織の決議な

どは補助的な法源として利用される。国際慣習法上の一定の権利義務が存在するものの、数多くの権利義務は国際条約の制定あるいは当該条約への事後的加入によって各国家が受け入れ、これを利用してゆく。国際連合（国連）成立後に事後的に加入した日本も、国連が定める権利義務を利用している。

1945年に成立した国連は、その成立以前から存在する国際法規範をまとめ上げた側面もあるものの、国際連盟の失敗を踏まえて新機軸を導入した斬新なシステムが主要な部分を占めている。国連憲章前文には、国連の成立経緯が記されている。そこには「われらの一生のうちに二度まで言語に絶する悲哀を人類に与えた戦争の惨害から将来の世代を救」うとある。戦争の悲惨さを踏まえ、「共同の利益の場合を除く外は武力を用いないことを……確保」するものと明記されている。戦いは悲劇をもたらすので戦わない。そのために国連が存在する。これが国連憲章の基本的な立場であると理解することができる。

日本を含む国連加盟国は、国連が定める規則を遵守する際に、重要なものから順に守ってゆくことが望ましい。まず、国連成立の目的及び加盟国が従う原則が国連憲章1章に記されている。ここで1章の冒頭にある1条を見てゆく。

「国際の平和及び安全を維持すること。そのために、平和に対する脅威の防止及び除去と侵略行為その他の平和の破壊の鎮圧とのため有効な集団的措置をとること並びに平和を破壊するに至る虞のある国際的紛争又は事態の調整又は解決を平和的手段によって且つ正義及び国際法の原則に従って実現すること」(1条1項)。

この条文を読むと、国連が侵略行為等の鎮圧のために集団的措置をとることが明記されている。そして、それと同等の扱いで「平和的手段」を用いることが明記されている。国連の目的(1条1項から4項)を実現するために、続く2条において、国連加盟国が従うべき原則が列挙されている(1項から7項)。各国家が具体的に従う内容としては以下のものが挙げられる。憲章上の義務を誠実に履行すること。国際紛争を平和的手段によって解決すること。武力による威嚇又は武力の行使を慎むこと。国際連合がとる行動について援助を与え、且つ、国際連合の防止行動又は強制行動の対象となっているいかなる国に対しても援助の供与を慎むこと。これらの内容の中に、具体的に軍事的能力(および軍事的行動)を提供することが義務として明記された部分は存在しない。国連は平和を維持するための組織であるが、その国連に加盟する主権国家による個別の武力行使が求められているわけではなく、どちらかといえば国家そのものは武力の利用を慎むことが求められていると理解される。

なお、国際法に違反する侵略者(侵略国家等)が登場した場合に、それを放置するならば世界の破滅を招く恐れがあることから、国連は一定の段階を踏んで強力を行使できる安全保障の枠組みを構築した。これが憲章5章から7章(23条から51条)の措置である。国家の行動が侵略行為に該当するか否かを判定し、それに対して物理的に対処するなど国連が関わる様々な仕組みが列挙されたのち、7

章最終条（51条）の部分にわずかに各加盟国が執りうる独自行動の権利としての自衛権が記されている。

「この憲章のいかなる規定も、国際連合加盟国に対して武力攻撃が発生した場合には、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持に必要な措置をとるまでの間、個別的又は集団的自衛の固有の権利を害するものではない。この自衛権の行使に当って加盟国がとった措置は、直ちに安全保障理事会に報告しなければならない。また、この措置は、安全保障理事会が国際の平和及び安全の維持又は回復のために必要と認める行動をいつでもとるこの憲章に基く権能及び責任に対しては、いかなる影響も及ぼすものではない」（51条）。

この条文を素直に読めば、加盟国が自衛行動を執る義務をもつものと読むことはできず、ただ、国連が機構自らとしては加盟国の権利を害しないものであることを記したにすぎない。憲章においては、2条4項で各加盟国の武力の不行使が明記されている一方で、各加盟国による物理的な侵略対処義務は明記されていないということに注意が必要である。つまり、自衛権というものは、あくまで2条4項という国連における共通目標のなかの例外規定でしかなく、自衛権を行使して各国が独自の判断に従って武器を取り反撃することや、侵略を受けていると思われる国を察知した他国が個別の判断で軍事支援あるいは共同での迎撃などを行うよう法的に命じたものではない。国際法学上これは一般に違法性阻却事由として理解されているものであり、そこに何らかの能動的な（物理的な）作為義務を読み取れるものではないと理解すればよいだろう<sup>1)</sup>。教授は「日本国憲法の文言は、…現代国際法の規範枠組みを遵守することを示していると考えるのが、最も自然な解釈である<sup>2)</sup>」と述べるが、現状で積極的には武力の行使を国家目的の遂行手段として選択しようとしていない日本国は、国際法規範をすでに十分に遵守しているものということができる。

## 2 権利としての自衛権

教授はこれまでの著作の中でも、日本の行動を国際社会の動向に合致させることを望んでいるとみられる記述を行ってきた。旧著『ほんとうの憲法<sup>3)</sup>』では、『戦争の回避』という『原理』があるから、戦争をするかもしれない自衛隊は違憲だ、と言うべきなのではなく、『戦争の回避』を達成するという目的にそって『戦力不保持』の条項を解釈すべきだということである。しかも『戦争の回避』という目的は、『諸国民との協和』や『自由の恵沢の確保』と調和する形で追い

1) 違法性阻却事由としての自衛権については、藤田久一『国際法講義Ⅱ人権・平和』（東京大学出版会、1994年）227頁参照。

2) 『病』36頁。

3) ちくま新書、2017年。

求められなければならない」<sup>4)</sup>、と述べ、「連合諸国によって、日本に国際法を遵守させるために導入されたのが憲法9条だ」<sup>5)</sup>と力説した。

そして、『病』において「実際の憲法典の文言は、国際法にしたがって憲法9条を解釈すべきことを、強く求めていると言わざるを得ないのが真実である」<sup>6)</sup>と断言する。しかし、すでにみたように、国連憲章のなかに現状の憲法9条解釈に対立するような作為義務を含意する規定はなく、国連加盟国が具体的な軍事行動を義務づけられていると理解することはできない。また、一般的な国際法の理解において、自衛権が権利である以上は、その行動を国際組織が加盟国に強要することも理論的にはありえない。武器の使用を含む物理的な行動を含めたかたちでの強力な行使を明示するような国際法上の義務規定が、国連をとりまく国際環境のなかで、なにかしら日本に対して明示されているのであろうか。そして、それは日本国政府としてもすでに受諾しているのであろうか。通常国際法理解では、自衛権はその名のとおり自衛のための権利である。法学の分野において権利と義務をどのように理解するか。細部について突き詰めてゆけば、若干の争点は存在しうるかもしれないが、やはり一般的な見解にしたがって解釈するのならば、権利を行使するか否かを判断するのは行使者の側であって、行使を求める側ではない<sup>7)</sup>。行使するもしないも行使者側の自由選択によるのである<sup>8)</sup>。これに関連して、安倍晋三政権のもとで開催された安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会に参与した村瀬信也教授も、自衛権について以下のように述べる。

「憲章上の自衛権は、むしろ憲章第7章の集団的安全保障機能に依存した権利として、つまり国連の紛争処理手続きの文脈における『手続法上の制度』として設定されていると捉えられるべきものではないか。そしてその権利性は、第7章の実効的機能に依存するのではないか、という考え方も成り立ちうるのである。」<sup>9)</sup>

「国家が自国の有する国際法上の権利（あるいはその一部）について、政策的に『権利行使の一方的停止』（権利放棄 waiver）をすることは自由であるが、集団的自衛権の取扱いについて、それがいつまでも政策として妥当であるかどうかは、わが国の置かれた国際的地位や責任に照らして、現実的に検討されるべき重要課題である。」<sup>10)</sup>

4) 同30頁。

5) 同42頁。

6) 『病』45頁。

7) 関連して、国内法秩序における権利行使の強制という論点については、以下の文献等を参照。倉田玲「強制投票の普通選挙：オーストラリア選挙法の不文の基礎」立命館法学373号、2017年。

8) 権利は利用享受及びその処分も含むものと法的には理解される。水波朗「権利の存在論的考察」日本法哲学会編『法哲学年報1984権利論』所収、有斐閣、1985年、14頁。

9) 村瀬信也「国連憲章と一般国際法上の自衛権」村瀬信也編『自衛権の現代的展開』所収（東信堂、2007年）6-7頁。

そのうえで、「日本にとって集団的自衛権の問題は、あくまでも『政策レベルの問題（もとより国の基本政策に関わる重要な問題であるが）として存在しているものと考えられる。』<sup>11)</sup>

ここで、集団的自衛権に関連して権利論の観点から分析した山形英郎教授の指摘を引用しておきたい。

「自衛権が慣習法上の権利だからといって、あるいは『固有の権利』だからといって、当然『行使すべき権利』であるということはできません。権利とその行使は区別して議論しなければなりません。国家は自国領域に対して領域主権を持っていますが、領域の一部を他国に割譲した国があります。あるいは、他国に基地として領域使用を認める国もあります。日本もアメリカ合衆国にそうした権利を日米安全保障条約で認めています。権利を行使するかどうかは、その国の法律やその国の政策に依存するのです。『固有の権利』であっても同様です。永世中立国のように、自衛権という固有の権利を持っていても、他国の戦争には加担しない国があります。集団的自衛権を行使しない政策をとっている国があるのです。だからといって権利を行使しないのは国際法違反だという議論は成り立ちません<sup>12)</sup>。

篠田教授は「侵略者が現れても対抗措置をとってはいけなかったら、国際社会は崩壊する」と力説する<sup>13)</sup>が、国家として一定の場合に武器をとることが叶わないだけであって、対抗する術（国際法上の対抗措置）をほかに考え出すことが現状の憲法9条解釈によって排除されているわけではない<sup>14)</sup>。国際法上、戦闘義務が確立しているわけではなく、国連憲章においても加盟国が軍事行動を義務づけられているわけでもない。そうした国際法の基本構造を踏まえ、所与の条件のなかで如何なる対応を執ることが可能であるかを考えるのが政治の責任であろう。強大な軍事大国による武力侵攻を受けた場合に、法的義務だからと勢い余って自衛戦闘や救援作戦に赴いてはみたものの、勝利を収めることができなかつたということも理論上は想定しうるのであり、そうした際の不要な人的被害を出さないためにも、戦闘行動以外に取り得る措置を何かしら考え出す必要があるのではないか。それとも、侵略者に対峙する迎撃者側は100パーセントの確立で必ず勝利するという証拠でもあるのだろうか。

10) 同、はしがき p. ii.

11) 同、はしがき p. v.

12) 山形英郎「国際法から見た集団的自衛権行使容認の問題点」別冊法学セミナー『集団的自衛権容認を批判する』所収、2014年、33-34頁。

13) 『病』54頁。

14) 安全保障の観点からみれば、戦闘に巻き込まれてしまった時点である種の敗北を喫していると理解することができる。「孫子曰く、凡そ用兵の法は、国を全うするを上と為し、国を破るはこれに次ぐ」のである。戦わずして勝つ、という軍事戦略は、憲法上も国際法上も理論的に成立するものであることを想起しておきたい。金谷治訳注『〔新訂〕孫子』岩波文庫、謀攻篇（第三）44頁。

### 3 自衛権の適正利用

篠田教授は「自衛権は、正当防衛ではない。国家は、自然人ではない。国家は、それ自体が公権力の主体だ。世界政府がない国際社会では、国家を上回る超越的権力はない。自衛権の行使それ自体が公権力の行使なのである」<sup>15)</sup>と述べる。

自衛権発動を決定するのは第一次的には国家であるが、国際法が法であるかぎりこの判断は国際社会の法的コントロールに服さなければならない。しかし、国連憲章上コントロールの権限を有するのは国連安全保障理事会（安保理）であるから、常任理事国は拒否権をもってこれを阻止することができる<sup>16)</sup>。憲章2条4項に示された武力行使禁止原則は高度に抽象的、一般的な表現を用いていることもあり、加盟国の行動を実効的に規制することが可能か否か疑われることもある。武力行使禁止原則という不確定概念をめぐる政治闘争は、少なくともその内容の明確化を目指すある意味での立法作業の局面と、その解釈および適用をめぐる局面という、二つの戦線で戦われることになる<sup>17)</sup>。各国家が個別に武力を行使した場合、それが適正な自衛権の行使に該当するの否かにつき国際社会において実効的に判断することが困難となっている現在の国際情勢に鑑みれば、たとえ自衛を含む武力の行使を内容面で適正に実施することが一方では重要であるとしても、他方で、自衛を含む武力を不行使としておくことを活用して、判断の機会そのものを減らす取り組みを進めていくことに価値があるというべきである。数多くの国家が独自の判断で個別的・集団的な自衛という名の武力の利用を拡大してゆくことは、第三次世界大戦を誘因する原因となりうるが、少なくとも日本政府が諸外国に対して集団的自衛権を行使しないことを国内法によって制度化しておくことは、国際法上有意義なことである。日本を含む大国が国際紛争において強力を行使しないということは、国際社会の平和実現においてメリットが存在するのである。教授自身もかつて「憲章が予定していた国連軍はいまだ創設されていない。国連平和維持軍の8割近くが、発展途上国の要員である」<sup>18)</sup>と述べていたように、国際法に基づく紛争解決機能をより強化したいのならば、組織としての国連が適正な判断によって実効性の高い措置を講ずることが可能になるような国連改革こそ重要であり、そのうえで、強い影響力を与えてしまう大国の関与を避け、中堅国・小規模国などを広く集めた公平な実力行使部隊の形成を目指すほうが、より国際紛争の深刻化を回避できる優れた手法だというべきである<sup>19)</sup>。

15) 『病』56頁。

16) 松井芳郎『武力行使禁止原則の歴史と現状』（日本評論社、2018年）101頁参照。

17) 同385-386頁。

18) 篠田英朗『「新介入主義」の正統性：NATOによるユーゴスラビア空爆を中心に』広島平和研究所編『人道危機と国際介入——平和回復の処方箋』所収（有信堂、2003年）23頁。

## おわりに

東西冷戦が終結して三十余年が経過したが、残念ながら世界が平和になったと感じられる状況にはない。大国の軍事政策に振り回され、緊張状態が各地で継続している状況にある。東アジアにおいて激戦となったベトナム戦争についても、篠田教授は以下のように述べる。

「結局、1960年代末に集団的自衛権違憲論が政府見解になった背景として、ちょうど同じ頃、佐藤栄作首相が沖縄返還を現実的な政策目標として掲げたことが大きく影響していた、と考えるべきだ。当時の国際法学者は、連日のようにベトナムに向けて米軍の爆撃機が飛び立っている沖縄が日本に返還されれば、日本もまた集団的自衛権を行使している状態に入り、ベトナム戦争の当事者になる恐れがあると指摘していた。沖縄返還は達成したいが、ベトナム戦争の当事者にはなりたくない。そう考えた佐藤政権と、1972年に成立した田中角栄政権が推進したウルトラCの方策が、『憲法が行使を禁じているので、行使しているように見えても、日本は集団的自衛権を行使していない』という狡猾な言い訳であった」<sup>20)</sup>。

このように、国際法学者といえども自衛権というものに躊躇せざるをえない緊迫した状況が日本に関連して実在していたのであり、それは戦争に直面することで経験するリアルな感覚として現在に生きる我々の中にも共有されるべきものであろう。国際法は現代に至るまで長い年月をかけて進化を続けており、大きな流れとして武力不行使原則を確立させる方向で動いていることは否定できない。一部では国際法規範の履行確保に困難を来している側面があることもまた事実だが、それでもなお、緊張状態に際して自らの武力を極力行使しないという理念を国際法学者や一部の国家が持ち続けていることも非常に有意義なことである。国際法の観点から分析すれば、国連憲章を中心とする現代国際法構造のなかに、個別国家の独自の判断に基づく軍事力行使を義務づける内容が存在することを発見することはできず、違法性阻却事由としてあくまで例外的に自衛のための武力行使が容認されているにすぎないことが理解できる。そして、国際法上の権利に基づく軍事行動の発動を国内法によって禁じておくことは、なんら国際法に背くものではないのであり、「憲法学の病」論は、国際法の観点から見れば、説得力を

19) 広く知られていることであるが、大国の集団的自衛権行使においては、適正な判断が行われていないケースが多い。「米・旧ソ連両国は、その勢力範囲内での反体制活動を排除するため武力介入を行い、その論拠としてしばしば集団的自衛権を援用した。しかし外部からの武力攻撃が発生していない以上、この武力介入を集団的自衛権で根拠づけることは不可能であり、その乱用である」。山本草二『国際法〔新版〕』（有斐閣、1999年補訂）737頁。大国主導のもとで行われる「公権力」行使によって失われるものについては、筒井若水『違法の戦争、合法の戦争』（朝日新聞社、2005年）26頁参照。

20) 『病』182-183頁。

もつ理論としては成立しないものであると結論づけられる。今後このような誤診状況が登場することのないよう、国際法の教育研究がさまざまなかたちで隆盛することが期待される<sup>21)</sup>。

## 補記

本稿執筆中の2022年2月、ロシアによるウクライナへの武力侵攻が開始された。個別国家独自の判断による大規模侵攻となりながら、国連安保理は紛争当事国であるロシアの拒否権により強制措置はおろか非難決議すら出すことが叶わなかった。安保理改革を通じての、国際法に基づく集団的意思決定システム改善が強く望まれるところである。その後幸いなことに、国連総会緊急特別会合が開催され、ロシアの主張の正当性を否定する内容の総会決議（A/ES-11/L.1）が採択された。安保理におけるロシア拒否権のために決定的な役割を果たせなかった国連機構ではあるが、平和の回復に向けて新たな行動をとることが期待される<sup>22)</sup>。すでに国家間で武力が行使されてしまった以上、国際法の観点からみれば、国家対国家の局面を終わらせて国際社会の総意の確認作業と組織的な紛争解決へとシフトする段階に移ってきていると考えるべきものではないだろうか<sup>23)</sup>。総会決議でロシアが非難されたことも奏功し、日本を含む多くの国々やグローバル企業がロシアとの経済関係の断絶に踏み切った。憲章39条に基づく侵略者認定に相当するものが総会から提示され、それを受けた国連加盟各国が憲章41条に規定されるものの「経済関係及び鉄道、航海、航空、郵便、電信、無線通信その他の運輸通信の手段の全部又は一部の中断並びに外交関係の断絶を含む」措置を執るに至ったと考えてよいだろう<sup>24)</sup>。

ウクライナ情勢に関するテレビ番組のなかで東京大学先端科学技術研究センター小泉悠専任講師が発した以下の発言こそ、国家が独自に武力紛争に関わってしまった場合の惨状についての、我々が共有すべき率直なイメージなのではないか

21) 自衛権に関する研究はさらなる蓄積が必要である。なお、近年出版された東京大学森肇志教授の著書に対しては、その研究手法について問題点があることが、国際法学会の学会誌に書評のかたちで指摘されているので参照されたい。松田竹男「【紹介】森肇志著『自衛権の基層 国連憲章に至る歴史的展開』」国際法外交雑誌109巻1号、2010年。さらに、篠田教授の出身校である早稲田大学においても、国際法の研究手法についての問題点が見られることが指摘されている。島田征夫「【書評】高歳寛之著『国際違法行為責任の研究——国家責任論の基本問題』（成文堂、2015年9月刊）を読んで」防衛法研究42号、2018年。こちらも参照されたい。

22) なお、憲章51条に定められた個別国家による自衛権行使は、安保理が必要な措置をとるまで利用できる定められているが、1950年の「平和のための結集決議」に基づき、安保理に代わり、総会の決議によって国連の強制措置が発動される場合も同様にみるべきものと理解される。参照、田畑茂二郎「自衛権」、国際法学会編『国際関係法辞典〔第2版〕』所収（三省堂、2005年）421頁。

23) 国際司法裁判所及び国際刑事裁判所の対応も注目されるところとなっている。



と思う。「(ウクライナは) ロシアに侵攻を許してしまった時点で、誰もがハッピーな結末はない。(いくつかの) バッドエンドのなかからどのバッドエンドを選ぶかという選択にしかならない。その中で、せめて筋が通る選択はどれなのか、という話だと思う」<sup>25)</sup>。

---

24) 憲章42条に相当する空軍・海軍・陸軍の措置まで実施することが望ましいとも言えるが、すでに自らが有力な核兵器保有国であることを強調して世界を威嚇し始めたプーチン大統領との関係で、加盟国が個別国家独自のレベルで軍隊を派遣することになれば、国連が最も阻止したいところの新たな世界大戦を誘発する危険がある。国家の正規軍による共同防衛はこうした困難があるものの、ロシア軍侵攻部隊を撃破するための対戦車兵器や防空兵器が諸外国から大量にウクライナに譲渡され、効果を発揮しつつあり、さらにはNATO軍との電子戦(C4ISR)が共同で実施されているとの指摘もインターネット上で見られるようになってきている。人類を滅亡の淵に追いやる核戦争を防止しつつ、侵略者を適切に撃退するための国際枠組みの構築が現在求められているといえるだろう。参照、城秀孝「核の冬」広島平和研究所編『平和と安全保障を考える事典』所収(法律文化社、2016年)98頁。

25) 「緊迫ウクライナ—瀬戸際の国際秩序」NHK総合テレビ、2022年2月27日21時放送 <https://www.nhk.jp/p/special/ts/2NY2QQLPM3/episode/te/L3VYQY7N6Q/>