

憲法と自衛隊

—法の支配と平和的生存権—

序

本書は、第1部で、憲法と自衛隊の矛盾の解決のため、イギリス流の法の支配と平和的生存権の保障手続を学び、その日本への適用を考える。そして、第2部で、国際関係と憲法と日米安保条約と自衛隊の関係について、2015年9月30日の安保関連2法を踏まえて考察する。最後に、その前提として、第3部で、そもそもの憲法と自衛隊の矛盾を生み出す原因となった背景的歴史を振り返り、およそ戦争が悪いとか、陸軍が悪いといった単純化を避け、国軍の統制を含む国の意思決定過程の分析から教訓を導き出して、第1部や第2部における考察を下支えする。

第1部のイギリス流平和的生存権の保障手続は、司法的というより、立法手続的であり、かつ、イギリス法に慣れない読者がこれに接すると、「憲法違反」、「違憲」という問題に対して、むしろ「鈍感」で「ずるく」思えるかも知れない。実は、第2部は、軍隊を違憲のまま育てることの、法の支配にとってのダメージ、国の将来にとってのダメージを深く憂いながら、先に執筆された。しかし、学問的には、単に憲法違反を憲法違反として糾弾してとどまるのではなく、それを超越した理論的な視点を提供した上で、そこから、現状を冷静に分析し、その欠陥ないし将来の課題と、その具体的、実践的な是正方法を提示できることが、より重要なのではないかとと思われる。その視点

を忘れずに済んだのは、イギリス留学当初においてお世話になった故奥平康弘先生からの手紙のおかげであった。

本書の個人的な意義を述べれば、これは筆者の1992年からのイギリス留学当時の国際連合平和維持活動の研究以来の大きな課題、つまり陸海空軍その他の戦力の保持の禁止という憲法上の義務と、現実の「仮」再軍備の間の乖離状態の、国際関係の現実を踏まえた、合理的な解決方法の探求、に対する回答である。

また本書の執筆に当たっては読者から、拙著『イギリス憲法 I 憲政』（東信堂2013年）について、色々なご批判を頂いたことも、大変有益であった。直接お名前を存じ上げない方々も多いのであるが、ここにあらためて謝意を表す。

■ 憲法と自衛隊——法の支配と平和的生存権 大目次 ■

序 (i)	
第1部 法の支配と平和的生存権.....	3
第1章 法の支配と平和的生存権.....	4
第2章 平和的生存権の日本への適用.....	11
第2部 国際関係と現代日本の平和と人権.....	27
第3章 国際関係.....	28
第4章 日本国憲法.....	32
第5章 米軍の利益相反と2015年安保関連2法.....	105
第6章 2015年安保関連法の有益性.....	159
第7章 地域的人権保障.....	172
第3部 歴史の教訓.....	179
第8章 歴史の教訓.....	180
参考文献 (260)	
索引 (266)	

■ 憲法と自衛隊——法の支配と平和的生存権 詳細目次 ■

序	i
---	---

第1部 法の支配と平和的生存権

第1章

法の支配と平和的生存権 4

1 法の支配	4
--------	---

2 国内平面	5
--------	---

- (1) 1628年の権利の請願(Petition of Right) 5
- (2) スコットランドで継受された形 6
- (3) ブラックストーン 6
- (4) 平時駐兵問題の現代性 7
- (5) 1689年の権利の章典(Bill of Rights) 7
- (6) 議会立法事項としての武装 7
- (7) 議会による軍統制の理由 7
- (8) 反乱法(軍罰法) 8
- (9) 権利章典の拡大解釈 8
- (10) 憲法的習律としての議会統制 9
- (11) 軍法会議の刑事訴訟化 9

3 国際平面	9
--------	---

- (1) 戦時国際法(jus in bello) 10
- (2) 開戦法(jus ad bellum) 10

第2章

平和的生存権の日本への適用 11

1 軍備の禁止と仮再軍備 11

(1) 刑罰説 11

- ①仮釈放と保護観察 (12) ②刑罰と更生 (12) ③警察官と保護観察官 (12) ④保護観察と仮釈放条件 (13)
- ⑤仮再軍備条件の変更 (13)

(2) 平和的生存権の担保説 14

- ①イギリス軍隊違法原則からの逸脱手続 (14) ②ヨーロッパ人権条約と逸脱手続 (15) ③国際自由権規約との比較 (15) ④イギリス国内法上の人権逸脱手続 (16)
- ⑤軍隊違法原則からの逸脱手続の方が厳しい理由 (16)
- ⑥日本の軍隊禁止の背景 (17) ⑦日本の憲法規定からの逸脱手続案 (17)

(3) 良心的規範説 18

- ①しかみの自画像説 (18) ②集団安全保障に対する良心的参加拒否 (18) ③宗教的規範 (18) ④プログラム規定 (19)

2 駐留外国軍の裁判権 19

(1) エクスチェンジ号事件米連邦最高裁判決 20

(2) 1942年英議会アメリカ合州国進駐軍法 20

(3) 1951年北大西洋条約機構軍の地位協定 21

(4) エクスチェンジ号事件判決批判 22

(5) 1942年イギリス議会立法の検証 22

(6) 1942年の英立法と警察権 23

(7) 在日米軍の地位協定 23

(8) NATO軍地位協定の対独補足協定 23

(9) 西ドイツ優先裁判権の放棄義務と例外 24

(10) 日本優先裁判権を放棄する好意的配慮 24

(11) 西ドイツの例外規定の統一後の改正 25

(12) イギリスが優先裁判権を放棄しない背景 26

第2部 国際関係と現代日本の平和と人権

第3章

国際関係 28

1 小説『1984年』の世界 29

- (1) オーウェルの近未来小説 29
- (2) 監視・管理社会 30
- (3) 「オセアニア」 31
- (4) 「ユーラシア」 31
- (5) 「東アジア」 31

2 現実の1984年の世界 32

- (1) 現実の1984年の世界 32
- (2) 現実の東アジア 34
- (3) 第三勢力「東アジア」の萌芽 34
- (4) 日本の憲法9条ナショナリズムの地域性 34

3 冷戦終結後の世界 34

- (1) 冷戦終結後の世界 34
- (2) 21世紀初頭の世界 35
- (3) 2010年代の再冷戦化 36
- (4) 自由主義陣営 36

4 太平洋方面の今後の戦略 37

第4章

日本国憲法 38

1 日本国憲法の成立前史 39

- (1) 基礎文献批評 39
- (2) 大西洋憲章 39
 - ①カサブランカ宣言と無条件降伏 (40) ②世界の警察官構想 (41) ③イギリスの対日政策試案 (42) ④非武装中立化構想 (45) ⑤ローズベルト構想の破綻 (46)
 - ⑥世界の警察官構想の欠陥 (46)

2 日本国憲法の成立 46

- (1) 成立手続の通説的正当化 46
- (2) 本来の民主的手続 47
- (3) 現実の制憲議会選挙 48
- (4) 選挙結果に対する占領軍の干渉 48
- (5) 勝利党首の追放 49
- (6) 代案 49

3 マッカーサーの越権クーデター説 50

- (1) 豊下櫛彦説 50
- (2) マッカーサーの本来の任務 50
- (3) 昭和天皇の日本での権威 50
- (4) 昭和天皇のマッカーサー初訪問 51
- (5) 昭和天皇在位 51
 - ①昭和天皇個人と天皇制の別 (52) ②帝国憲法改正のための便宜 (52) ③民主化か憲法改正か (52)
 - ④在位による憲法改正 (53) ⑤昭和天皇の協力がなければ (53) ⑥帝国憲法のイギリス式運用案 (53)
 - ⑦新憲法定着に対する昭和天皇の貢献 (54)

4 日本の仮再軍備1 —— 警察予備隊 54

(1) ポツダム宣言第11条	54
(2) マッカーサー構想	54
(3) 米軍の日本再軍備構想	56
(4) 極東での共産党の攻勢	56
(5) 米軍の日本国憲法第9条第2項新解釈	56
(6) 英軍の極東戦略の変化	56
(7) 朝鮮戦争	57
(8) 警察予備隊令	57
(9) 芦田均の懸念	58
(10) 最高裁判所の態度	58
(11) 警察と軍隊の峻別	59
(12) 警察予備隊成立過程批判	59
(13) 早過ぎた再軍備?	59
(14) 民主主義の手續としての憲法改正	60
(15) 軍隊の授権主体	60
(16) 警察予備隊の装備の軍隊化	61
5 日本の仮再軍備2 —— 保安隊と警備隊	62
(1) 保安庁法	62
(2) 海上保安庁法改正法	62
(3) 保安隊と警備隊	62
6 日本の仮再軍備3 —— 自衛隊	63
(1) 自衛隊法	63
(2) 自衛隊	63
(3) 再軍備過程のまとめ	63
7 自衛権	64
(1) 国連憲章第51条	64
(2) 個別的自衛権と集団的自衛権	64
(3) 日本の仮再軍備の正当化要請	64
(4) 集団的自衛権と個別的自衛権の峻別論	65

(5) 峻別論批判	66
(6) 主権国を主権国たらしめる法	67
(7) キャロライン号事件	68
(8) 英米法の自衛と大陸法の正当防衛	69
①国際法と国内法の別 (70)	
(9) 国際連盟規約とロックの自然状態	71
(10) 集団的自衛権行使の歴史的事例	71
(11) その帰結としての世界大戦	71
(12) ニカラグア事件国際司法裁判所判決	72
(13) ニカラグア事件判決の射程	72
(14) 多国籍共同軍事行動における自衛権	73
(15) 自衛権の区別の内在原理	73
(16) 「帝国主義の道具」批判	74
(17) 存立危機事態要件批判	75

8 憲法第9条の法文解釈と自衛隊

75

(1) 実定法主義	75
(2) 憲法第9条第2項の文理解釈	76
(3) 常識、合理性、自然法などの排除	76
(4) 芦田修正の影響	77
(5) 憲法第9条第1項の目的	77
(6) 憲法第9条の構造	77
①担保規定 (78) ②射程限定説 (78) ③政府解釈 (芦田修正無関係説) (78)	
(7) 射程限定説批判	79
(8) 政府解釈(無関係説)批判	80
(9) 2015年の安保立法	80
(10) 内閣法制局長官	81
(11) イギリス法務総裁とフランス国務院	81
(12) 裏の憲法	82
(13) 2015年安保立法の制限の安定性	82
(14) 存立危機事態の倫理的妥当性	83
(15) 結論	83

9 統治行為論 83

- (1) 統治行為論 83
- (2) 適用にふさわしい事件 84
- (3) 日本の裁判所による適用傾向 84
- (4) 立法府と司法府の抑制と均衡 84
- (5) 裁判官人事 85
- (6) 遠慮と抑制 86
- (7) 自衛隊の違憲性放置の弊害 86

10 日米安全保障条約 87

- (1) 1951年の旧条約 87
 - ① 暫定措置 (87) ② 日本の軍備制限 (88) ③ 侵略 (88) ④ 防衛責任の引受け (88)
- (2) 1954年の日米相互防衛援助協定 89
 - ① 協定第9条の意味 (89) ② 協定第8条の意味 (89)
 - ③ 自由社会の防衛力の維持発展への寄与 (90) ④ 日本の再軍備義務 (90)
- (3) 1960年の現行条約 91
 - ① 集団的自衛権? (91) ② 憲法との関係 (91) ③ 憲法改正義務の有無 (92) ④ 霞ヶ関文学 (92) ⑤ 旧条約との違い (92) ⑥ 北大西洋条約との違い (93)
- (4) 2015年安保立法との憲法抵触性の相違 93
- (5) 米国の指導 93

11 結論 98

- (1) ポツダム宣言第11条 98
- (2) 憲法第9条第2項 98
- (3) 米陸軍計画作戦課の解釈 98
- (4) 過ぎたるはなお及ばざるが如し 99
- (5) 天に唾す 100
- (6) 第二の明治維新 100
- (7) 自由民権運動と参謀本部 101
- (8) 戦後の議会制民主主義 101

(9) 憲政復活の一提案 102
 (10) 憲法第9条第2項の一改正案 103
 (11) 憲法第9条第2項の文面維持案 103
 (12) 軍備の内容的規制について 104
 (13) 日本の国会の信頼性について 104

第5章

**米軍の利益相反と
2015年安保関連2法** 105

1 冷戦の終結をもたらした変化 106

(1) 大西洋(ヨーロッパ) 106
 ①冷戦の終結(106) ②各地の個別主義、排外主義の台頭(106) ③ユーゴスラビア内戦(106) ④北大西洋条約機構の変容(107) ⑤NATOの拡大(107) ⑥NATOの拡大の影響(108) ⑦統一ドイツの軍事作戦(108) ⑧ロシアの逆襲(108)
 (2) 太平洋(東アジア) 108
 ①アメリカとの個別安全保障取極(108) ②共産主義体制の残存(109) ③中華人民共和国の海洋進出(109) ④イデオロギーから歴史解釈へ(109) ⑤北朝鮮(110) ⑥日本(110) ⑦韓国、台湾(110) ⑧日本の政権交代の失敗(111) ⑨自民党の変質(111) ⑩北東アジアの軍拡競争(111)
 (3) インド洋 111
 ①イスラム圏の台頭(111) ②湾岸戦争(112) ③テロとの戦い(112) ④アラブの春(112) ⑤湾岸戦争の日本への影響(112) ⑥平和維持活動から海賊対策へ(113) ⑦そして平和の強制へ(113) ⑧今後(113)

2 アメリカの「行政指導」 114

(1) ソフト・ロー 114
 ①日本の行政指導(114) ②日米合同委員会(115)

③日本の長期一党支配の強化 (115) ④開発独裁型の癒着 (115)	
(2) 1995年のナイ論文	116
①ジョセフ・ナイ教授 (116) ②アメリカの太平洋からの撤退案 (116) ③太平洋の多国間組織案 (116)	
④現状の個別同盟の強化案 (117)	
(3) 1997年の第2次日米防衛協力指針(ガイドライン)	118
①周辺事態 (118) ②指針の目次的構造 (119) ③その他の事態との関係 (119) ④日米防衛協力の項目 (121) ⑤条約上の権利義務を超えた期待 (121)	
(4) 3次にわたるアーミテージ・ナイ報告書	123
①研究グループ (123) ②目的 (123) ③第1次報告書 (2000年) (124) ④第2次報告書 (2006年) (124)	
⑤つづき (125) ⑥第3次報告書 (2012年) (125)	
⑦韓国との関係 (126) ⑧憲法改正なき集団的自衛権容認 (126) ⑨巧妙なレトリック (127) ⑩第3次報告書の特色 (127)	
(5) 2015年の第3次日米防衛協力指針	128
①指針の目次的構造 (128)	

3 2015年の安保関連2法

128

(1) 2015年の安保関連2法	128
(2) 3つのポイント	131
(3) ①存立危機事態における集団的自衛権	131
①継ぎ目のない安全保障と諜報 (132) ②イギリスの例 (133) ③諜報に依存した線引き (133) ④諜報の信頼性 (134) ⑤機密情報の公開検証 (135) ⑥米英の失敗例 (136)	
(4) ②制裁・戦闘の後方支援	136
①国際平和共同対処事態と重要影響事態 (136) ②国際平和共同対処事態 (137) ③重要影響事態 (139)	
④2003年のイラク戦争 (140) ⑤その他の要注意例 (141)	
(5) ③国際連携平和安全活動	141
①排除される例 (142) ②含まれそうな例 (143) ③要注意例 (144)	

(6) 欧州連合軍	144
①平和維持軍の地ならし隊 (145) ②軍事訓練使節 (145) ③警察使節 (146) ④憲兵使節 (146) ⑤まとめ (146)	
(7) 武力行使または武器の使用について	148
(8) 正当防衛の要件を超えた制限について	148
(9) 憲法問題棚上げの影響	149
(10) 国会承認	149
(11) 米国式と英国式	150
(12) 国の存亡の危機	150
(13) 人権	151
(14) まとめ	152

4 検討——憲法改正なき集団的自衛権の容認の勧告について 152

第6章

2015年の安保関連法の有益性 159

1 問題の所在	160
2 海賊	161
3 平和の破壊	162
4 国際紛争の平和的解決	163
5 いくつかの選択肢	164
(1) 米軍による武力行使	164
(2) フィリピン、マレーシア、ベトナムなどの南シナ海沿岸国による集団武力行使	164
(3) 中華人民共和国に対する金融制裁その他の経済制裁	164
(4) メディア攻勢	165

- (5) メディア攻勢の支援措置…………… 165
 ①支援の必要性 (165) ②司法的仮処分 (165)

6 提言 170

第7章

地域的人権保障…………… 172

1 太平洋評議会 173

- (1) 市民権規約の地域的選択議定書…………… 173
 (2) 加入資格…………… 173
 (3) 率先垂範国…………… 173
 (4) 第1次目標…………… 173
 (5) 第2次目標…………… 174

2 太平洋人権裁判所 175

- (1) 市民権規約の解釈規定…………… 175
 (2) 太平洋人権裁判所の英米法部…………… 175
 (3) 英米法部の開廷場所について…………… 176
 (4) 太平洋人権裁判所一般法廷 (General Chamber) …… 177
 (5) 太平洋人権裁判所の融合…………… 177

第3部 歴史の教訓

第8章

歴史の教訓…………… 180

1 満州事変から「支那事変」(日中戦争)へ 181

- (1) 柳条湖事件の背景…………… 181
- (2) 信賞必罰の失敗…………… 186
- (3) 盧溝橋事件とその事変化…………… 197

2 軍律の崩壊…………… 204

3 「支那事変」(日中戦争)から「大東亜戦争」(太平洋戦争)へ 210

- (1) 船頭多くして船山に登る…………… 210
- (2) 対米戦争—陸軍の本音…………… 212
- (3) 1941年10月12日の五相会議(荻外荘)…………… 215
- (4) 海軍の思惑…………… 218
- (5) 1941年10月14日の閣議と近衛内閣総辞職…………… 223
- (6) 1941年10月17日、木戸内大臣の越権と
東條への大命降下…………… 226
- (7) 開戦決定…………… 237
- (8) 検討…………… 240

4 大東亜戦争(太平洋戦争)…………… 247

- (1) 統帥権…………… 247
- (2) 終局…………… 250
- (3) おわりに…………… 258

参考文献…………… 260

法令索引…………… 266

事項索引…………… 269

人名索引…………… 276

コラム

① 1960年安保闘争とは一体何だったのか? (93) / ②アメリカ人の夢の「姉妹共和国」、中国 (117) / ③文明の移植 (177) / ④張作霖殺人事件と満州事変 (183) / ⑤満州事変の刑事責任 (188) / ⑥昭和維新—昭和の諸反乱の背景 (191) / ⑦満州に対する執着 (194) / ⑧無辜の民を虐げてはならぬ(人道と人権) (208) / ⑨日露戦争 (225) / ⑩アメリカの密かな日本本土空爆計画 (240) / ⑪東條英機と軍律 (256)

著者略歴

幡新 大実 (はたしん おおみ)

1966 年生、東京大学法学部卒

1999 年、ランカスター大学 PhD

2003 年、英国法廷弁護士 (インナー・テンプル)

2004 年、オックスフォード大学セント・アントニーズ・カレッジ上級客員研究員

2008 年、オックスフォード大学欧州法比較法研究所客員フェロー

2010 年、早稲田大学国際教養学部非常勤講師

2016 年、大阪女学院大学大学院 21 世紀国際共生研究科教授

主要著書

『根証文から根抵当へ』東信堂、2013 年

『イギリス憲法I 憲政』東信堂、2013 年

『イギリス債権法』東信堂、2010 年

『イギリスの司法制度』東信堂、2009 年

『国連の平和外交』(訳書)東信堂、2005 年

憲法と自衛隊—法の支配と平和的生存権

2016 年 8 月 15 日 初 版第 1 刷発行

[検印省略]

* 定価はカバーに表示してあります。

著者 © 幡新大実 / 装幀 桂川潤 / 発行者 下田勝司

印刷・製本 / 中央精版印刷

東京都文京区向丘 1-20-6 郵便振替 00110-6-37828

〒 113-0023 TEL 03-3818-5521 (代) FAX 03-3818-5514

発行所
株式会社 **東信堂**

Published by TOSHINDO PUBLISHING CO., LTD.

1-20-6, Mukougaoka, Bunkyo-ku, Tokyo, 113-0023 Japan

E-Mail : tk203444@fsinet.or.jp <http://www.toshindo-pub.com>

ISBN978-4-7989-1364-3 C3032 © Omi Hatashin