

政府の憲法解釈

専修大学名誉教授 石村 修

はじめに

政府の憲法解釈が変更された事例として、「安保法制」に関連する法規の改正が大きく問題とされてきた¹。これに伴って「憲法の危機」が学会レベルにまで議論のテーマとして扱われるようになり²、さらに、国際情勢の変化から、領土問題や戦後補償の扱いをめぐる国家間の対立を生み出した³。政府の側から言わせれば、危機状況を予定して憲法解釈をしてきたことが、意味をもった時代がやってきたという「したり顔」をされかねない状況である。戦後すぐに、朝鮮戦争がおり、憲法9条はそのままで、警察予備隊、保安隊、自衛隊と変化し、同時に憲法改正が俎上にもった時代と雰囲気似ている。政府は、一方で憲法解釈の変更をもって再軍備に向かい、他方で、憲法改正を志向したのであり、前者は実行されて、後者は改正勢力を確保できなかった関係で実行できなかった。日本国憲法が危機に瀕していることを政府が喧伝してきた歴史があるにもかかわらず、この改正が成立しなかったのは、それなりの良識が国民にあったことが想定される。これは、「護憲派と改憲派」というステロタイプで国民を分析することではなく、語りつないできた良識（立憲主義）の流れが認められたからであろう。

日本国憲法も近代立憲主義の流れの中で制定された憲法である以上は、硬性憲法

- 1 本稿は、全国憲法研究会の中で創られた2018～19年のインタレストグループとして、2019年春の研究総会（京都大学）の昼休みに報告されたものを活字化したものである。数回の共同研究の成果の一端を報告するものであるが、文章の責任は全て筆者にある。当日は、私の他に、小西洋之が「政府等の憲法解釈について」と題して報告した。
- 2 例えば、憲法理論研究会、『変動する社会と憲法』敬文堂、2013年、あるいは、奥平康弘、樋口陽一編『危機の憲法学』弘文堂、2013年、等。発端は、第2次安倍政権の動きにあった。
- 3 参照、石村修「憲法における領土」法政理論39巻4号（2007年）158頁以下。

の性格をもつ価値原理を含んでおり、これを憲法制定権力によって正統化するか、根本規範の性格をもった最高規範を演繹することを行ってきた（静態的憲法理論）。憲法の独善的な他の法規に対する優越をできるだけ少なくしようとする動態的な憲法理論は、静態を嫌って憲法の変化を、できるだけ広く許容する傾向がある。近年の憲法学はこうしたドグマの対抗のなかで進展してきたが、少なくとも、憲法が最高法規であり、その限りでの違憲判断を、憲法のいずれかの解釈機関が行い、違憲状態を解消すると考えられてきた。アメリカ合衆国憲法でたまたま発見された「違憲審査制」という制度は、形を変えてはいるが、ほぼすべての立憲主義型憲法典のなかに見出すことができるようになった。違憲審査制のルーツが、英米法での「法の支配」にあり、「議会制定法」に内容的に優位する憲法の規範的特性を示すことになったことは、明白であり、日本国憲法でも憲法訴訟の果たす役割が、基本権保護だけではなく、憲法全体を流れる近代立憲主義の価値を保障する意味で実効されてきたのである。法の支配からは、内容的な正しさを内包するかどうかは、「正義」の理解とそれを人々が共有しているという意識をもつことが重要であるとした。それを一言で表すとすれば、人の生命を確保し「平等な基本的諸自由」を各人がもてるということであり⁴、この原理は、各人に開かれているという点で普遍的な意義をもってきた。そこで、憲法での遵守されるべき最小限の対象の確定は可能とされてきており、それが違憲審査制の有効性を導いてきたことになる。

本稿の内容は、いずれにせよ憲法学の様々な論点を実証しながら迫って行かないと、なかなか問題の核心に至らない難問であると思われる。そこで本稿は、「法を解釈するとは」いかなる作用なのかを、もう一度、法解釈論争を踏まえながら再考察することから始まる（1章）。ついで、憲法を解釈することの、特性があるのかどうかを考え、憲法解釈の作法を、とくに、有権解釈することの意味を考える（2章）。さらに、裁判権はともかく、行政権の頂点に位置する政府（内閣）が、有権解釈を実施することの妥当性を考えることにする（3章）。こうした前提作業を踏まえた上で、政府が有権解釈権を実行する場合に、行政組織の一つである内閣法制局がどのように係わるかを考える。ここでは個別、政府に対してコントロールする組織の存在意義とその機能を考えることにしたい（4章）。もちろん、最大の問題は、政府等の憲法解釈の変更の必要性和妥当性の問題であることになる（5章）。改正さ

4 ジョン・ロールズ、川本隆史、福岡聡、神島裕子訳『正義論』（改訂版）、紀伊国屋書店、2010年、16頁以下、石村修『基本権の展開』尚学社、2017年、67頁以下。

れた一連の安全保障関連法が公布、施行された現時点で、22の裁判所で25件の訴訟が展開されている。この訴訟が、入り口で訴訟が排除されることはなく、この裁判が何らかの法的な回答を出してくれることを期待しながら、上記した多層的な問題にアプローチすることにした。

1 憲法解釈の作法

戦後に生じた「法解釈論争」は、新制日本の在り方を考察する上で、必要な儀式であったと思われる。全く別の憲法体制の下であった法の在り方は、天皇制という縛りのなかで実施されてきたわけであり、その限界は明確であった。新たな憲法体制の下で、自由に法の解釈に参加できる可能性をえた人々、とくに、研究者は進んで法解釈のありかたに言及したことになる。この論争において、最終的に確認すべき事項は、「法解釈における主観性・実践性」の確認であったが⁵、その論争を有意義に展開させるためにも、自由な環境でのそれに適合した「科学としての法律学」への認識を深めることが求められたことになる。「科学性」を求めるのは自由な時代の学問にとって必須のことであったが、旧制度からの決別を意識する上で、社会科学にあっても必要なことであった。民法の分野で始まった論争は、市民法の在り方を模索する上で、市民法が旧来の道德観に染まったことを払拭するためにも、科学性を強調することが必要だったのであり、政治現象に迎合してきた解釈学は批判の対象になっていた。民法学者の来栖が解釈論を検討した契機は、意外にも政府による憲法9条の解釈変更にあった。来栖が辿った結論は、複数ありうる法の解釈の中での選択にあり、その際に行うべきは正しい法の解釈であり、「法規範を実定法の規定からの論理的演繹によってではなく、現実の社会関係の観察・分析によって汲みとる」方法であった⁶。ここには法社会学の方法論が趨勢になる時代を予言する思考態度が見えるが、この論文を書いた契機が、憲法の大きな解釈変動にあったことを記憶に留めておく必要がある。

問題の再軍備を、憲法改正を行わずに解釈で変えたことが、民法の世界にも影響したのであり、法（当為）の世界と事実の対抗を、法の世界も寛容に受け入れるべ

5 例えば、宮沢俊儀は戦前で、戦後の論争を予言していた、同『法律学における「学説」』有斐閣、1949年、67頁以下、小林直樹「法解釈学の基本問題」田中二郎先生古稀記念論文集『公法の理論下I』有斐閣、1977年、1339頁以下。山内敏弘「戦後における憲法解釈の方法」杉原泰雄編『憲法学の方法』勁草書房、1984年、71頁以下。

6 来栖三郎「法の解釈適用と法の遵守」法学協会雑誌68巻5号（1950年）23頁。

きである社会学的法学の流れが、科学の名を語って日本にも押し寄せてきたことを示唆するものであった。他方で、知的廉直性を重んじる、ウイーン法学の流れはこれに批判的となる。価値相対主義が、イデオロギー批判の様相をもって、多くの日本の公法学者にシンパシーを与えたのは理由があることであった。自衛隊誕生前の状況をよく理解できる状況が、当時の良識派三人（中野好夫、宮沢俊義、鶴飼信成）によって語られていた⁷。宮沢と鶴飼は、リベラル憲法学を代表し、しかも憲法事実から冷静であるべき、ウイーン法学の流れを意識する者達であった。しかし、ここでは解釈論争が強引な政府の憲法解釈に起因したものであったことに批判を唱えられていた。口火を切った宮沢は、「憲法でいえば一つの条文の言葉だけでなく、全体の精神というものを総合的に理解して、それとの関連において解釈する」という総合考慮論を述べる。東京学派の特性となる文理解釈ではなく、目的解釈を旨とした。宮沢はこの理解の延長に、再軍備に向けて浮上してきた芦田修正に一定の評価を与えようとする。しかし、鶴飼は制定時の議論にこれが明確でなかった議論を持ち出すことは、問題であって、芦田説を「コンスピラシー・セオリー」（陰謀説）と言い切る。後だしの学説をもって、自衛権の存在とそのための軍隊を正統化することは、政治家が国民をだます陰謀であるということになる。宮沢の狡猾さは、芦田修正を正当な解釈の一つと捉えるところであり、その結果は9条2項の改正可能性を示唆する点であり、憲法改正の限界は1項に留まると解する。これに比して、鶴飼は憲法改正の限界の捉えかたからして、9条全体を改正の限界と理解する。自衛隊が生まれる時点での議論として、政治家が「何か特殊の便宜というものが先にあるか、と疑問を呈する。

この当時は学会全体で、違憲問題に対応しようとする意欲があった。1948年に設立された「公法学会」は、設立総会で「違憲問題」をテーマにしており、憲法誕生後であっても、他方で占領体制が存立している法状態を問題にしていた⁸。もちろん多様な意見を対決させ、こうしたことの積み重ねをもって本題に迫ろうとする姿勢は今日にまで継続している。

7 中野好夫、宮沢俊義、鶴飼信成「憲法を守るとはどんなことか」世界94号（1953年10月）84頁以下。

8 公法研究1号、その巻頭論文は、宮沢俊儀「昭和二三年政令第二〇一号事件」であった。問題の1953年では、「憲法改正とその限界」公法研究8号、をすでに扱っていた。時代を反映した学会活動であったことになる。

その意味では法の解釈に関しては、憲法学がもっとも真剣に対応していかなければならない領域であったかもしれないが、解釈論争が実は解釈者の立ち位置の違いによって異にすることになるのは、不幸な法環境が存在していたことに起因していたのかもしれない。

しかし、法の価値論争にあまり影響を受けることのなかった民法学こそ、最も実利のある法解釈論争を展開できたのかもしれない。例えば、われわれの身近におられた、平井は、最も完成度の高い方法論の提示を行ってくれた。彼は、川島門下であったが、川島の意図した法の科学的分析作用の洗礼を受けながら、これを発展させて、「正しい解釈」を客観化する道筋を考察した。その過程で、星野との論争が展開されたことになる⁹。平井は、自覚的に法の動態を考え、動態を理性的に分析する過程を重視する。そこで参考にしたのは、ヨーロッパの中核にあったウイーンで導かれた「批判的合理主義」の方法であり、具体的にはカントの流れを汲む、K・ポパーを強く意識することであった。彼のいう普遍的な価値は、「自由な討論」にあった。「思想の自由および自由な討論は、さらにこれ以上のいかなる正統化も要しない根本的な自由主義的価値である。・・・この批判的合理的方法の価値は、討論の参加した人たちが、討論することによってある程度まで自分たちの意見を变え、討論を終えて別れるときには前よりも賢明になっている、という事実にある」¹⁰。法の解釈を一定の段階を踏まえていく論証作法について、それが全く誤りであるとは言えないが、そのことをもって「法の解釈」客観性がえられるのかどうかを問題にする。われわれが問題にするのは、研究者のレベルでの法解釈であり、そうであるが故に、科学性があるかどうか拘ってきた。

ここで先に紹介したポパーが提唱した批判的合理主義の手法を法律家間の解釈の場面、—それは多くが法廷内のことになろうが—に表すとすれば、「議論による問題解決」という開かれた場面での「事実と論理とに基づく説得と合意の獲得による問題解決」であるとする¹¹。議論する側が用意するのは、自己の法的事実を理論で

9 星野との論争では、「利益考量論」が問題になる。憲法学の分野である憲法訴訟論にも影響を及ぼしている利益考量をただそれだけでは問題が解決できないという理解に、一応の結論にいたるが、その先をどのように客観化できるかは難しい。それがこの手法の最大の難点であろう。

10 カール・R・ポパー、藤本隆志、石垣壽郎、森博訳『推論と反駁』法政大学出版局、1980年、648頁。

11 平井宜雄『法律学基礎論の研究』有斐閣、2010年、60～1頁、オリジナルは、同『法律学基礎覚書』有斐閣、1989年、であった。解釈論と対になった、『法政策学』第2版、有斐閣、1995年にも配慮しなければならない。

証明することであり、そのために法政策学の手法を身に着けることが提唱される。法律家は「正当化 justification に熟達すること」が求められ、そのためには訓練によって、その資質を獲得しなければならないことになる。今、憲法学においても盛んに採用されつつある、「三段階審査」の手法で、比例原則とともに重視されるのが「正当化」のプロセスであり、単純な比較考慮は為されなくなった。すると法解釈論争でたどり着けなかった、客観性の保証の一端には我々もやっと来たのかもしれない。これと区別された、有権解釈を次に問題とするとすれば、同様の視点だけでは終わらない問題を指摘しなければならないであろう。

2 有権的な憲法解釈

研究者が営む憲法解釈と異にして、法の存在を前提にして解釈する国家機関は、法を有効なものと理解して、法規が内包する枠の範囲で具体的な実例に対応することが求められている¹²。そのことを要請するのが、「法の支配」、乃至「法治主義」の求めるところであった。憲法99条が最高法規の章に置かれているのは、国民ではなく権力の担い手たる個々の公務員に対して「憲法尊重・擁護」の義務を要請したのであり、これを欠いては法規の存在を無にしてしまう恐れがあったからである。人の統治ではなく、法による統治は、日本国憲法において始めて実態的に保障されたことになる。99条が天皇以下を具体的な職名を挙げて規定しているのは、責任の所在を異にするにしても、法の担い手であるかぎり理の当然のことであり、私はこの条項を法的な義務を押しなべて要請したものであり、これへの違反には訴訟の方途をもって国民は対抗できると論じてきた¹³。先に紹介した現在進行中の安保法制への違憲訴訟が、「国家賠償請求事件」として構成されているのもそのためである¹⁴。多くの99条理解は、これへの違反を構成することの難しさから、これを「道義的な責務を定めたもの」とし、具体的には公務員法の規定に委ねている。すると本来問題となるヒエラルヒーの上に位置する、執政権を担う者への法的責任を描く

12 憲法の解釈は、「あくまでも実定憲法の定める原則に基づいて—その枠内で—展開されなければならない営為であり、その点で必ずしもその枠内にとどまらない政策論とは区別されるべきである」野坂泰司「憲法解釈と課題」公法研究66号（2004年）、3頁。

13 石村修『憲法の保障』尚学社、1987年、185頁以下、同、「憲法尊重擁護義務・再論」専修法学論集126号（2016年）、53頁。

14 安保法制違憲訴訟の会編『安保法制は憲法違反 最終準備書面』日本評論社、2019年、257頁以下、棟居快行「安保法制違憲国家賠償訴訟における抽象と具体の交差」判例時報2408号臨時増刊（2019年）273頁以下。ただし、この訴訟の構成で、99条が主役になっている訳ではない。

のは困難であった。彼らの99条違反に対して弾劾という制度や懲戒を求めることの難しさをクリヤーしなければ、完全な法的責任を説明することはできない。そこで、国民の基本権違反を構成する行為の99条違反でもあったことを実証する方途を考えた。この方向として考えたのが「国家賠償訴訟」であったことになる。国家賠償訴訟は、国家行為の故意・過失の誤りを、金銭補償をもって正す訴訟であり、その意味からして民事的不法行為に加えて国家賠償訴訟もありうる選択であろう。かつて、砂川事件の第1審でこの憲法99条が取り上げられたが、これを「違法性の確認」の訴訟に乗せた。しかし、99条は「道義的な義務」であるにすぎないとして、この訴訟はいとも簡単に逃げられた（東京地判，昭和33年7月31日）。現在の安保訴訟は、99条を前面には出してはいないが、議論の出発点で公務員の憲法に向き合うべき姿勢を確認することが重要と思われる。

有権解釈は、憲法に定められた国家機関がその職制に応じて、職制にあらかじめ定められた役割の範囲内で憲法を解釈して職務を遂行することを求められたものである。その意味で、これらをもって「憲法解釈権力」機関であると命名することの問題点はすでに指摘されたとおりである。¹⁵ 憲法制定権力論も、最近は実体のないものとして、権力作用によって憲法が変更できるとすることには評判が悪い。憲法解釈権は、さらに実体のないものであり、憲法に書き込まれた国家機関であるから、当然に解釈によって憲法の内実を変える力が当然であると主張することはできないはずである。憲法解釈の枠は、有権解釈をする現場において一定の制約として、国家機関に作用しているはずである。

その最も難しい事例は、裁判における裁判官であろう。通常の裁判にあって裁判官は紛争の解決者であって、それ以上の役割を演じることは期待されていないのであるから、下級審の裁判官は上級審が先に判断した判例に忠実でなければならない。最高の司法機関の裁判官が、「憲法の番人」として解釈の変更することにどれだけ自由であるか、あるいは、裁判官が政策的な判断にどこまで自由に判断行使できるかには論争がある。リアリズム法学が盛んにこの分野で論陣をはってきたことは、裁判官の専門家集団として、法創造があることが認められてきた。憲法裁判所ではない、通常裁判所の上級審として設定された最高裁判所の裁判官にとって、解釈の幅は下級審の裁判官と同様のものと判断しなければならないと思われるので、最高裁のみが強い法創造力を持っていると判断するわけにはいかない。

15 蟻川恒正「憲法解釈権力」法律時報86巻8号（2014年）6頁

有権的な憲法解釈の場合は、憲法第十章が規定するように等しく護るべき「この憲法」という枠に強く拘束されるということであって、有権的憲法解釈の特性はこの点にあることをまず、ここで確認しておくことが必要になる。古野はこの有権解釈するにあたって、憲法の枠の内容が、「規範的な枠」でなければならないとし、解釈者によって変更をうけない「不動のもの」でなければならないとし、法的な安定を重視する¹⁶。この規範の内容を最小限のものに抑制的にし、「憲法の成立方式から合理的な認識手段でもってえられる」ものに限定しようとした。憲法の条文は、文言は往々にして簡潔であり、抽象的な内容になっているが、それは憲法全体を普遍化する価値から、認識できる内容でなければならない、それを導く中核条文からその価値内容は、自から導かれている。これを根本規範と命名するか、憲法原理とするかは、各自によって異にするが、こうした憲法規範の特性を前提に、あらゆる国家機関は憲法に拘束されてその職務を遂行しなければならない。

3 政府の憲法解釈

次に検討すべきは、個別に「政府」という組織を問題にして、その機関の有権解釈の特性を考えることにする。憲法の条文では、「内閣」が使用されるが、執行権を担い、政治機能を果たすという意味合いで、本稿では政府の文言を使用し、広く内閣に付随する機関もこれに含ませることにする。したがって、問題となる「内閣法制局」もこの政府に付随する組織として含ませる意図をもっている。国会で議員の質問を受けて答弁する役割を内閣法制局も請け負っていることから、この答弁集を最初に編纂した山内一夫がまとめたものが「政府の憲法解釈」とされており、爾来「政府の解釈」の用法が使われていることに倣っている¹⁷。

政府は執行権を担うことになるので、行政権の頂点に位置する。憲法65条の解釈で執行権説が有力になってきたのは、行政の内実が多様であり、行政組織の組織的な体系化を行う必要があったからであり、指揮命令系統を明確にしておくことで、組織が円滑に遂行されることが期待されているからである¹⁸。ここでは国民に奉仕

16 古野豊秋『違憲の憲法解釈』尚学社、1990年、146～150頁。ここではとくに、裁判官を例にして有権的解釈が扱われており、憲法76条3項が問われている。「客観的な良心をもって自由に解釈できるものではない」のでアメリカの実例とは立ち位置が異なって来よう。

17 山内一夫『政府の憲法解釈』有信堂、1969年から、阪田雅裕『政府の憲法解釈』有斐閣、2013年等、が同様の趣旨で「政府」を使用している。

18 執行権説の代表例として、石川健治「統治のゼマンティック」憲法問題17号（2006年）、65頁、これへの批判は、毛利徹『統治構造の憲法論』岩波書店、2014年、239頁。

するサーバントの役割を演じてもらうことであり、国益重視は必ずしも求められているものではない。行政改革の理念も同様で有るべきであり、国と地方の関係もこの点から理解されてしかるべきであった。また、執行権説は「行政の定義」に関して積極的に行うことを試みたものでもあった。しかし、単なる行政と差別化された執行権であったとしても、その権限行使が優位に立つとして、憲法の有権解釈を独善的に行使できるとする訳ではない。とくに、「外交・防衛・公安警察」の側面で、かつての全体主義国家のような権限行使が、執行権者にすべて委ねられるとする理解は誤っている。政府の各機関の権力決定に、特別のルール承認を認めること¹⁹、最近の憲法訴訟論の用語でいえば、「統治行為、合憲限定解釈」を導くようなルールを認めることの誤りは、国民に不利益となって帰ってくることになる。あたかも政府の長である内閣総理大臣（首相）が、国家の利益をすべて代表して、国民の代表であるような振る舞いを行使することは、重大な問題事例でありうる。つまり、司法権と同様に政府が行う有権解釈への制約は、課せられて当然のことである。政府に執政権があるから当然に独自の憲法解釈ができるのではなく、行政内部の権限行使の配分を明確にする上で、有益であると判断できれば十分であろう。

ところで、政府が行う職務の内で、憲法上で明確ではなく、それでもなお慣行的に行使されてきたものがある。「国会の召集権、衆議院の解散権、法案・憲法改正案の提案権」である。これらを憲法の規定上明確ではないとしても、議院内閣制の本質あるいは国会の活動の円滑な遂行を理由として無前提に認める傾向があったが、これが問題であったことは、衆議院の解散の場合が最も明確であった。衆議院の解散も法案提出権も極めて政策的な行為であるので、執行権と捉えて65条に根拠付ける考え方もありえようが、そこまで広範に執行権を広げることは、先に指摘したように、問題がありうる。問題は、その権限が最終的なものであるかどうか、99条の憲法尊重義務に反しないかどうかで判断しなければならないと思われる。つまり、本稿での議論を重ねると、内閣の法案提出権は、やがて国会で審議される事例であり、内閣の構成員が現実に議員を兼ねていることから、これは認めざるをえず、根拠は73条1項ではなく、65条に収まるとして法的には解決でき、内閣法5条によることとすれば、実務上では問題がないであろう。しかし、法案の審議時間等を考慮するならば、議員が提案する立法が増えることが望ましく、原状での内閣提出法案の乱発は、与党指導型で強引に法を制定してしまう傾向が生まれてしまうので、

19 ハイエク、矢島欽次、水吉俊彦『法と立法の自由 I』（新版）春秋社、2007年、175頁。

好ましくないことである。野党も議院の法制局を利用することで国民に受ける立法を試みる必要があるであろう。

内閣の憲法改正案提出は、その意味するところは別である。99条の解釈からしても、ここは最高機関としての国家のみが関わる事項としなければならないところである²⁰。憲法の制定者として、政府が機能することは、憲法に拘束されない政府を構成するものであり、立憲主義の観点で、憲法に縛られる内閣の本質を失わせることになる。

政府が裁判所とは異にして、自由に憲法の解釈を行うことに対しては、99条からの強い制約があり、リスクを伴う解釈行為に対して事前にコントロールする観点から、政府の憲法解釈に目を光らせる組織が用意されている。そこには一種の「機関間コントロール」が働く必要がある²¹。その理由は、政府は永続するものではなく、議会の信任によって成立するものであり、比較的短期間で変貌するものであるからである。外交等の政治的な対応にしても旧来の慣行があり、その高度な憲法解釈には事前の確認が必要になる。議会の各院にある法制局や国会図書館の役割と同様にして、日本でも内閣法制局が存立してきたのは、理由があることであった。政府の憲法解釈が、裁判所の判断を差し置いて、短期的に変化することは、憲法の権威を失わせることを考慮して、現時点で、主要な各国の政府には、何らかの政府の解釈を指導し、コントロールする機関が存在することが紹介されている²²。ここでの比較法的な検討は重要であり、これらの組織の存在は、日本の同様の制度を形成し動かして行く場合の、大いなる参考になってきたはずである。とくに、明治憲法の時代から存続してきた内閣法制局とその長官の名は、尊敬の念をもって後世に残されてきた。フランスの制度を学んできたこの機関には、それなりの見識と権威が備わっているものであり、「憲法の番人」としての自負があって、この職を担うことができたのであろう²³。次章では、安保法制の関連で急に脚光を浴びることになっ

20 永田秀樹「内閣の法律案提出権」大石眞、石川健治編「憲法の争点」ジュリスト増刊、2008年、240～1頁。奥村公輔『立法手続きと権力分立』信山社、2016年、第6章「内閣提出法律手続と司法審査」では、様々な論点があることが示唆されている。

21 K. レーベンシュタインの発想である。かれは、「水平的コントロールと垂直的コントロール」の区別を行った上で、機関内コントロールを水平的コントロールの例として説明する。阿部輝哉、山川雄己訳『現代憲法論』有信堂、1947年、215頁。

22 フランス・ベルギーのconseil d'Etat（行政裁判所）、ドイツの連邦内務省、オーストリアの連邦首相府憲法部、アメリカ合衆国のOCL（司法省顧問局）等。

23 例えば、大森政輔『法の番人として生きる』岩波書店、2018年。

た、この機関と政府の関係に迫ることにする。

4 内閣法制局の解釈と政府

日本における内閣法制局のルーツは、1881（明治14）年の参事院の法制部にあるとされている²⁴。明治14年の政変で、憲法制定の方向性が確立したことで、フランス型の内閣の補佐機関を作ることが決まった。井上毅が熱心に進めた制度で、井上自身も2代目の長官になっている。明治の前半は藩閥政治の影響をこの組織も影響を受けていた。明治憲法が制定された後は、1893年（明治26）年の「法制局官制」によって、総理大臣の立法活動を補佐する役割を担い（1条1号）、各省大臣が閣議に提出する法案を審査し、修正の上で内閣に上申することも行った（3号）。実際の活動については不明な部分があるが、長官には名だたる当時の識者が名を連ねていた。フランス型の法案の事前審査機能と内閣総理大臣の補佐役になる可能性があった。法制局における参事官に、一種の事前の法令審査権があったことになる。

一転して新しい日本国憲法では、一度GHQの指示で廃止となるが、1952年、吉田茂首相の要請で、新装なった憲法の存在を前提とした組織へと再生されることになる。その前にあった法務庁時代の佐藤達夫の役割が大きかったように、人材をえてこの組織の存続はあった。現在の「内閣法制局」の名称になったのは、1952年であるが、その原型は50年代から作られていたことになる。内閣法制局設置法3条にあるように、審査権限（1号）と意見上申権限（2号）、そして内閣や大臣に対する助言権限を有している（3号）。審査権限は「閣議に附される法律案及び政令案を審査し、これに意見を附し、及び所要の修正を加えて、内閣に上奏する」とあり、これをもって「法令体系の守護者、ゲートキーパー、憲法の番人」と評価は高かった。

現時点で法制局は4部に分かれており、一部が意見部、二から四部が審査部である、それぞれ担当する省庁が決められており、内閣提出法案は、最初はこの二から四部で数度の読み合わせが行われる。したがって、内閣提出法案があるという前提でこの構造が組み立てられているのであり、ここには各省から選抜された職員が出向という形で働いている。一部から歴代の長官が選出されるという構造は、長官が閣議に出席することができ、国会の委員会に出席して答弁することが、法規上認められた職務であることからでもある。法令の事前審査が行われていることと同様で

24 内閣法制局百年史編集委員会『内閣法制局百年史』大蔵省印刷局、1985年、阪田雅裕『政府の憲法解釈』有斐閣、2013年、315頁以下。

あるので、フランスのコンセイユ・デタと同義的な役割をもっていたと見做されてきた²⁵。政府と一体となって機能する限りで、運命共同体的な位置にあることで、長官は国家公務員法上の特別職であり、法制局の叩き上げで、法実体を熟知した人間が、政府の法の逸脱を抑制し、是正する役割を担ってきた。これに加えて、歴代の法学者からなる参与が、適宜、必要な助言を行ってきた。つまり、戦後において極端な違憲立法が為されてこなかったのは、法制局のチェックの力が優れていた点にあらう。最高裁が違憲と判断した法令の多くは、戦前に作られて法律の是正がなされなかった部分への違憲判決であり、内閣法制局の法解釈は有力に機能してきたことになる。

政府の憲法解釈について答弁した内容は、以下の大出長官のものが引用されてきた。

「・・・憲法を初め法令の解釈といたしますのは、当該法令の規定の文言とか趣旨に即して、立案者の意図などを考慮し、また、議論の積み重ねのあるものについては全体の整合性を保つことにも留意して論理的に確定されるべきものであると考えられるわけであり、・・・最高法規である憲法の解釈は、政府がこうした考え方を離れて自由に変更することができる性質のものではないというふうに考えておるところであります」(1995年)。

有権解釈である様子は、以下の大森長官の答弁に見られる。

「・・・憲法を含めまして法令の解釈というものは、最終的には最高裁判所の判例を通じて確定されることが現行憲法上予定されることはご指摘のとおりであります。したがって、そのような意味で私どもの見解というものがいわゆる最高裁判所の判断のごとく拘束力を持っているものではないということは、もう指摘されるまでもなく重々承知しているわけでございます。

ただ、やはり法律問題に関し意見を述べることを所掌事務として設置法に明記されていることに照らして考えますと、法制局の意見は、行政部あるいは政府部内においては専門的意見として最大限尊重されるものであることが制度上予定されていることは申し上げたいと思います。」(1996年)。

問題の憲法解釈の変更が可能かどうかについては、島聡議員(民主党)の質問に秋山長官は、先の大出長官の表現を示した上で、極めて慎重に答弁していた。

25 参照、奥村公輔「フランスにおける憲法解釈機関としてのコンセイユ・デタ行政部」レファレンス805号(2018年)。現時点では、憲法院の役割が、憲法判断の中心にある。

以上のことを前提に「検討を行った結果、従前の解釈を変更することが至当であるとの結論が得られた場合には、これを変更することがおよそ許されないというものではないと考えられるが、いずれにせよ、その当否については、具体的に検討されるべきもの」(2004年)としている。

この発言の評価であるが、これをもって「憲法解釈の変更は一高いハードルはあるものの一可能であるという一貫した立場」²⁶と評価してよいのかは疑問である。問題の論点であることから、変更可能性については、法制局は極めて慎重であって、「その解釈の変更を禁ずる旨を定める法令の規定は、存在しない」と言っているだけで、積極的にできるとは言っていない。2004年の答弁では、憲法9条を直接に問う趣旨での答弁を求めたものではなかったようだ。この点で、蟻川も一般論を議論していたと解している²⁷。確かに、過去の例で明らかに解釈を変えた場合があった。自衛隊が発足して、保安隊からの名称変更ということもあり、「自衛官は文民」であり、憲法66条2項の「文民」は、「軍国主義思想の持主」と解釈してきた。ところが自衛隊が正式に発足するに及んで、政府の解釈は、「現役自衛官でないもの」と明らかに変更した。66条2項の「文民」は、憲法制直後から解釈が割れていた条文であり、自衛隊が生まれたことで、むしろ、解釈が定まった例ということになる²⁸。ただし、初期には自衛隊のイメージを損ねてはいけないという意味から、自衛官=文民という姿勢を見せたかったようであり、そこには軍隊とは異なるというトリックを示したつもりであったかもしれない。この秋山答弁は、後に小松・横島のラインで引用されるので、また、そこで考えることにしたい。政府が憲法の解釈を変えるというのは、実は危うい場面で登場するおそれがあったのであり、本当に危うい事例として、「集団的自衛権」の容認の事例が生じてしまった。

5 集団的自衛権容認への転換

政府の憲法解釈の例として、「集団的自衛権」の容認の事例を扱い、本稿のまとめとすることにしたい。この事例は、安倍首相が誕生してから、スケジュール的に練り上げられたと思われるようにして、法が制定・改正されたことで、実質的に憲法が

26 横大道聡「『政府の憲法解釈』の論理構造とその分析」憲法理論研究会編『変動する社会と憲法』敬文堂、2013年、36～37頁。

27 蟻川恒正「内閣の憲法解釈」高見先生古稀記念『憲法の基底と憲法論』信山社、2015年、133～4頁。

28 この解釈の正式な変更は、1965年5月31日の衆議院予算委員会で高辻長官から答弁された。

改正されたと同様の効果をもたらした²⁹。一連の流れを観ると、これが「論理的」な変更ではなく、政治的な変更であったことを時系列で辿ってみるとはっきりする。

安倍政権が誕生したのが、2006年9月26日であり、この内閣は日本の安全保障の見直しが必要との独自路線を明確にしたが、首相の健康上の理由で短命に終わっている。ただし、安倍政権は、就任後直ちに、私的諮問会議として「安全保障の法的基盤の再構築に関する懇談会」（以下、安保法制懇）を作った。しかし、報告書は棚上げ状態であったが、他党の内閣の時代にあっても、答申を予測するようにして、野党であった自民党は、「集団的自衛権」を容認するような法案を準備していた。震災後の2012年、第二次安倍内閣が発足し、さっそく、安保法制懇の活動は再開され、2014年5月15日に報告書が出されている。構成員はすべて有事法制を進める側で構成され、答申の方向は発足時より明確であった。こうした答申の方向を是認させるために、2013年8月、安倍首相は法制局長官に、小松一郎を任命した。小松は外務省出身で、外務省国際法局長して法制懇に関わっており、安倍はこの時期の長官としては適任として任命した経緯がある。この人事には適切ではないとの質問も出されていたほど³⁰、スキャンダルな人事であった。法制局長官を集団的自衛権に賛意を示していなかった山本長官から、小松に変えたのは効果があったが、小松は命を削って仕えたことになる。従来、法制局のなかから、しかも、第一部長からという人事慣行を破って腹心者を法制局に送り込み、やがて行われる国会対応に備えたことになる。小松は外務省時代に、集団的自衛権行使の「4類型」を作成しており、これが国会でも披露されることになる。

安保法制懇の報告書をもとに、自民党は公明党との調整に入り、2014年7月1日の閣議決定で、「国の存立を全うし、国民を守るための切れ目のない安全保障法制の整備について」を決定した。この内容に、これまで認められてこなかった、集団的安全保障の発動が認められたことになる。問題は、国会を通過しないで、内閣の決定機関である閣議をもって重大な憲法に反する判断が決定されたことにある。小松長官は、2014年6月死去し、以後は、小松の路線を引き継いだ横畠長官が国会を取り仕切ることになった。法制局の第一部にいたので。横畠が長官になることに関しては順送り人事であったが、長官になった後の発言は極めて特異なものであった。

29 新聞報道によれば、田原総一郎氏が安倍首相と面談したとき、これによって「9条改憲が実現し」、アメリカから改憲がこれ以降言われなくなったと本音を吐いたという。2017年10月12日、毎日新聞。

30 福島みずほ質問（2014年5月2日）。

政府からかなりの圧力があっての次長からの昇格であったのであり、問題発言を繰り返すことになる。

7月1日の閣議決定の後、予算委員会での集中審議がやっと始まる。野党は閣議決定後の国会での対応に、疑問を投げかけるが、手続き上の正当性を唱え続けた。11月の解散選挙の後、与党協議の後、政府によって当該の法案が提出され、夏休み後の9月19日に法として成立した。この法の改正を待っていたかのように、2015年4月25日、「日米防衛協力のための指針」が出され、「切れ目のない」形で我が国の平和と安全を確保する、ことが確認されている。2013年から2015年は、この法案の内容に国会は特化すべきであったが、審議時間も短く、総選挙の争点でもなかった重要論点が、とにかく熟議されることなく、「日本周辺の安全保障環境は変わった」という一点で、法は成立したことになる。閣議決定で示された内容は³¹、自衛隊法76条1項2号に書き込まれた。国家の利益を第一に護り（国家保障）、憲法での価値である人命の保護（憲法保障）を第二とする自衛隊法は、他国の利益のために戦闘することまでも可能としたことになる。

以上の時系列で述べたことを、まとめると次のようになろう。1954年の時に、自衛隊誕生のために個別的自衛権が憲法9条の下で導かれた。私はこれを違憲な解釈の行使があったと考えるが、その後自衛隊の行える権限は、憲法はそのまま法を新設・改正することで拡大の方向にある。しかし、これは自衛権の範囲の議論であった。横島事務代理（小松長官が病気であったため）は、先に紹介したように、2004年の古い資料を持ち出して、政府が法令の解釈を変えることができることを披露していた³²。これが今回の集団的自衛権容認の事前の準備行為であったことになる。そして第二の大きな9条解釈の変更が、7月1日の政府の閣議決定という手続きの中でなされた³³。これまで政府は、9条2項から個別的自衛権を導き自衛隊を創出したが、集団的自衛権については、国際法上で認めつつも、これを行使するこ

31 「・・・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法理として、憲法上許容されるべきであると判断するに至った。」

32 蟻川恒正、前出、「内閣の憲法解釈」125頁。

33 この点の明解な説明は、浦田一郎「閣議決定の内容と手法」別冊法学セミナー6 「集団的自衛権行使容認とその先にあるもの」日本評論社、2015年4月、26～7頁。

とには慎重であった。ここには、多くのこれを認めなければならないような場面が登場してもこれを否定してきた歴史がある³⁴。そうであるが故に、安倍政権は内閣法制局がこの集団的自衛権を認めており、最高裁も認めていたという独自の証明をすることになる。

7月1日の閣議決定後は、その内容が先の諮問の答申といかに異なるか、さらに、閣議決定は新しい決定ではないことに終始する。その汚れ役を進んで買ってきたのが、横島長官（政府参考人）であった。集団的自衛権は、年を遡ること1972（昭和47）年9月14日に政府見解として言及されていたことを、2015年の4月から10月にかけて国会答弁で繰り返し言及していた³⁵。72年の政府見解は、60安保後の政治的に安定した時代に参議院決算委員会に提出されたもので、普通に読めば、個別的自衛権を承認した上で、集団的自衛権の行使否認解釈を示したと理解された³⁶。ところが、横島の解釈はこれを三部に区分した上で、「今般の閣議決定は、憲法9条の下でも例外的に自衛のための武力の行使が許される場合があるという昭和47年の政府見解の基本論理を維持し、その考え方を前提として、これに当てはまる極限的な場合は我が国に対する武力攻撃が発生した場合に限られるとしてきた認識を改め、**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もこれに当たるとしたものであり、その限りにおいて、結論の一部が変わるものですが、昭和47年の政府見解の基本論理と整合するものであると考えております**」（イタリックは石村）と述べた。

どうもここだけでは集団的自衛権は認められないことになるが、第二の箇所の「外国の武力攻撃」を受ける場合に、我が国だけでなく「我が国と密接な関係にある国」も含まれると読むことによって、三段目で否定されるものが、二段目では防衛として認められると読んだことになる³⁷。議論のすり替えを「法理」として説明することで、とにかく、7・1閣議決定の変節を乗り切る作戦であった³⁸。別の正

34 この点詳細な分析はここでは紙面の関係もあり行わない。参照、山内敏弘『「安全保障」法制と改憲を問う』法律文化社、2015年、第1章。

35 これの内容については、浦田一郎『政府の憲法9条解釈』（増補版）、信山社、2017年、161～197頁、参照。

36 浦田一郎『集団的自衛権限定容認とはなにか』日本評論社、2016年、40～45頁。

37 棟居快行「政府の憲法解釈考」専修大学法学研究所 所報57号（2018年）45頁以下が、両者の関係を整理している。

38 小西洋之『私たちの平和憲法と解釈改憲のからくり』八月書館、2015年、107頁以下、参照。

当化は、最高裁砂川判決をもちだし、ここですでに集団的自衛権も暗に認められていることをおこなった。つまり「他国の軍隊に駐留を求めることや基地の提供なども自衛権の問題として議論されていた」から、砂川判決では集団的自衛権も認めているという拡張解釈を披露した。横島長官は、平気でこうした答弁を繰り返し、去って行った。国会での議論は、法律論の様相を呈していなかった印象がある³⁹。

まとめ

本稿は、順を追って「政府の憲法解釈」の有している意義とその限界について言及してきた。日本国憲法では国会が国権の最高機関（41条）であり、政府は国会によって構成され、国会の信任の範囲内でその職務を遂行するものであり、要するに、内閣は立憲主義のルールからして憲法に拘束されて職務を遂行するものである。政府の権限を行使する上で導き糸である憲法の解釈は、歴代の内閣法制局によって形成されたものであり、これを変更することは基本的にできない。政府は自らが憲法制定に関与したわけでもなく、関与するものでもないので、改正を提案することも誤りであり、同様に、解釈をもって憲法の内容を変えることはできないはずである。以上が近代立憲主義の作り上げて来たルールであり、2014年から16年にかけて日本で起きた憲法現象は、異常な事態であったのである。心ある法制局のOB諸氏も声明を出して憂いているのはこうした事情を背景にしておきたものであろう。

政府案は、憲法13条を根拠にして、国民の生命の保護の必要性から「集団的自衛権」を導いたが、13条は、まず「個人の尊重」が保護利益としてある。個人の尊重と戦闘行為は本質的に結び付くものではないが、ここで13条を個人の「平和的生存」ではなく、国家の戦闘行為に結び付けるセンスの無さに驚くばかりであり、13条の原意を外す「政治的解釈」が展開されたと考えざるをえない。

39 浦田、前掲、『政府の憲法9条解釈』198～200頁。