

9 憲法9条解釈対立の源流

高 見 勝 利

- I 「立法事実」と立法過程における「ファクト」
 - II 「憲法事実」としての軍の不存在と法制局内部における検討
 - III 松本委員会における軍規定の削除論と残置論の対立
 - IV 松本委員長の見解と総司令部宛の説明書における「軍」の観念
 - V ブラックボックスのなかの総司令部案の作成過程と第9条解釈の原型
- あとがき

I 「立法事実」と立法過程における「ファクト」

(1) ここで、「立法事実」とは、「法律を制定する場合の基礎を形成し、それを支えている——背景となる社会的・経済的事実」を指す。この事実が「立法」事実と呼ばれるのは、「立法府が立法の資料として収集認定する事実と同質のもの」だからである。それは、「立法政策を形成する基礎作業の一つであり」、「議会の立法の質を高めるため、かつ行政権のコントロールを実効的にするための手段」とされる立法過程における Fact-Findings の対象となる Facts と同じものである。

(2) 憲法の制定・改廃作用も「立法」の一種であるからして、そこでは、通常の立法と同じ意味で、憲法制定者ないし憲法改正権者（とくにその発議権者）が憲法の制定・改廃の基礎とする事実（Facts）について語ることができる。そして、いま、ここで取りあげようと思うのは、上述の憲法訴訟にお

ける「立法事実」でもなければ、また、立法過程において、通常法律の立案・審査等において問題とされるそれでもなく、「憲法が制定された際の基礎を形成し、また、現に、それを支えている事実」という——便宜上、「立法事実」と区別した——意味での「憲法事実」である。とはいえ、この意味での「憲法事実」一般について、ここで問題にする余裕はない。ここでの課題は、日本の敗戦、ポツダム宣言の受諾に伴う帝国軍隊の解体という「現実」、明治憲法の軍規定を支えてきた「憲法事実」の変動が、憲法上の関連諸規定の改廃論にどのような影響を与えたか、また、その論議が、新たに成立した日本国憲法9条のもとでの学説形成にどのような役割を果たしたか、を素描することにある。

II 「憲法事実」としての軍の不存在と法制局 内部における検討

(1) 1945年8月14日、日本がポツダム宣言（以下、「ポ宣言」と略記）を受諾し、連合国に降伏した当時、日本本土（内地）に約219万、外地に約368万、合計で約587万の兵士・部隊が存在していた。同月30日、マニラから厚着に到着し、9月初旬、東京に司令部を設置したマッカーサーの最初の任務は、戦争に導いた軍国主義者の権勢の永久除去（ポ宣言第6項）、日本国の戦争遂行能力の破砕（同第7項）日本軍の全面武装解除（同第9項）にあった。このうち、日本国内における兵士・部隊の武装解除は、きわめて迅速に進行し、翌10月半ばには、ほぼその目的が達せられた。

10月16日、マッカーサーは、「きょう日本全土にわたって、日本軍は復員を完了し、もはや軍隊としては存在しなくなった」との声明を発表し、そのなかで、次のように述べた。

歴史上、戦時平時を通じ、……これほど敏速かつ円滑に復員が行われた例を私は知らない。日本はあらゆる種類の陸、海、空兵力を禁止されている。その結果、日本が国際問題で軍事力ないし軍事的影響力を振るうこと

はできなくなり、日本は今後生存してゆくためには、平和的手段に道を求めざるを得なくなったのである。約7百万の兵士の投降という史上に類のない困難かつ危険な仕事は、一発の銃声もひびかせず、一人の連合国兵士の血も流さずに、ここに完了した。

以後、日本は、1950年の警察予備隊の設置、52年におけるその保安隊への改組と警備隊の設置、そして、とりわけ、54年の自衛隊創設により、その防衛力として性格が顕在化するまで、基本的に「警察力」を超える「実力」を保持することはなかった。

この間に、明治憲法の改正が議論され、日本国憲法が制定された。明治憲法の軍に関する諸規定の改廃論、そして、日本政府が初めて眼にしたマッカーサー草案の戦争抛棄条項（第8条）も、この軍の不存在という「憲法事実」を前提にして、理解されなくてはならない。

(2) 軍の不存在という「憲法事実」は、ポ宣言受諾が明治憲法の諸規定に与える影響について、敗戦から1ヶ月後の1945年9月半ば、秘かにその研究を開始した法制局内部の検討題目に反映する。入江俊郎法制局第1部長（当時）は、必ず近く明治憲法の改正が国内の重要問題になるだろう、そして、もしその問題が具体化したならば、当面の責任者は法制局であろうから、事前に一応の検討をすることは自らの職責だと考え、長官（村瀬長養）の了承を得たうえで、主だった参事官を集め、極秘裏に問題点の検討に着手したのであった。その際、入江は、自ら「終戦ト憲法」と題する9月18日付の文書を作成、同僚参事官に配布して検討を求めた。その第1項目には、「軍ノ制度ノ廃止ニ伴ヒ改正ヲセズヤト認メラルモノ」として、天皇大権を中心に、次のような諸規定の改廃が記されていた。

第10条（任官大権）及第19条（就官能力）中「文武官」ヲ「官吏」ニ改ムルコト

第11条（統帥大権）ヲ削除スルコト

第12条（編制大権）ヲ削除スルコト

第13条（外交大権）中「戦ヲ宣シ和ヲ講ジ及」ヲ削ルコト

第14条（戒厳大権）ヲ削除スルコト

第20条（兵役ノ義務）ヲ削除スルコト

第31条（非常大権）中「戦時又ハ」ヲ削ルコト

第32条（軍人ニ対スル第2章ノ準用）ヲ削除スルコト

当時、法制局第2部長であった佐藤達夫も、この入江が呼びかけた検討会に参加したひとりである。佐藤は、そのとき話題となった軍規定の改廃について、後日、次のように述べている。

〔上述の〕入江部長のメモにも「軍ノ制度ノ廃止ニ伴ヒ」という表現がみられるように、当時としてはポツダム宣言によって軍の制度の廃止は必至のことであり、また、現にその措置が進行していた。したがって、憲法の関係諸規定をその現実に合わせておくべきではないか・という考え方が出てくるのも当然であったが、これについて、法制局の懇談では、憲法上、臨時的な特例の意味で軍に関する規定を削るべきか、あるいは、憲法に永世中立国たることの宣言規定を加え、恒久的に軍に関する規定を削るべきか・というような問題が提起された。いずれにせよ、そこでは軍に関する諸規定を削るという空気が支配的であったということができよう。

III 松本委員会における軍規定の削除論と残置論の対立

（1）法制局内における上記研究は、将来、明治憲法の改正が問題となる場合に備え、その主管部局として予め論点を整理し、検討しておく必要があるとして、事務的に着手されたものである。しかし、10月初め、東久邇宮内閣に代わって、幣原内閣が成立すると、政府は、13日の臨時閣議で、憲法改正のための研究を開始することを決定し、25日、松本烝治国务大臣を委員長とする憲法問題調査委員会〔以下、「松本委員会」と略記〕を設置した。そのため、法制局内部の研究の重点は、「この委員会に対する準備として、各種の問題点をさぐっておこうという方向に移った」。そして、松本委員会が活動を開始した後は、法制局から同委員会のメンバーに加わった入江・佐藤

が、宮沢俊義委員や美濃部達吉・野村淳治両顧問らとともに、引き続き明治憲法の問題点・改正点の調査研究を進めることになるのである（なお、法制局からは参事官数名が委員会の補佐役となる）。

（2）軍の不存在という憲法事実は、松本委員会における明治憲法の軍規定の改廃論議を——当然のことではあるが——大きく左右した。それは、第1回総会（10月27日）の冒頭における美濃部・野村の両顧問の対立からも明らかである。火をつけたのは、野村であった。当日の議事録から要点を摘記しておこう。

松本委員長 美濃部顧問ニハ全般的ナ理論ヲ書イテ頂キタイ。理想的ナ案ヲ考ヘテ頂キタイ。

野村顧問 全般的ニ改正〔点〕ヲ〔検討〕スルトイフ趣旨ハ結構デアルガ、私ハ重点的ニ部分的ニヤツテイキタイ。……私ハ三ノ点ニ〔問題〕在リト考ヘル。即チ第一ハ、軍備ノ撤廃ニ伴ヒ如何ナル改正ガナサレルベキカノ問題、統帥編制ノ大権ノ規定ノ如キ不要デアルカドウカトイフ様ナ問題。宣戦戒厳ニ関シテモ同様ノ問題ガアルト思フ。……

美濃部顧問 私ハ野村君ノ考ヘル様ナ意見ニハ反対デアル。日本ノ現在ハ軍備ヲ撤廃シタケレドモ永久ニ陸海軍ハ無クテ良イモノデアラウカ。憲法ハ永遠ナモノデアル。故ニ私ハ早急論ニハ反対デアル。

野村顧問 私ハボツダム宣言ヲ度外視シテ、独善的改正案ヲ考ヘルコトハ出来ナイト思フ。……

美濃部顧問 ……憲法改正ノ方向ハ現在ノ様ナ制限主権状態ヲ前提トシテ定メラルベキモノデアルノカ、永久ニ陸海軍ヲ無クシテ良イノデアアルカ。

敗戦に伴う連合国による占領を「急迫した非常事態」と考える美濃部の立場からすると、ポ宣言に基づく「軍備ノ撤廃」という憲法事実に適合させて明治憲法の軍規定を全面削除することは、憲法の「永久」性を無視する「早急論」だということになる。これに対して、ポ宣言を「忠実に履行」し、平和的「新秩序」を建設することが敗戦後の日本の課題だと考える野村の立場

からすると、ポ宣言により生起した「軍備ノ撤廃」という憲法事実を「度外視」する憲法の「理想的」な改正案などというものは、およそ「独善」以外の何ものでもない、ということになるのである。

(3) ところで、第1回総会で、松本から「理想的ナ案ヲ考ヘテ」欲しいとの依頼を受けた美濃部は、11月8日開催の第3回調査会に、明治憲法の全体にわたって、その改正点を列記したメモを提出している。そのなかで、美濃部は、先の第1回総会において野村との間で議論になった論点に触れ、「憲法ノ改正ニハ降伏ノ結果トシテノ現在ノ状態ヲ基礎トスベキヤ又ハ将来国家ノ独立ヲ回復シ得ベキコトヲ期シ独立国タルコトヲ基礎トスベキヤ」と問いかけ、「降伏ノ結果トシテノ現在ノ状態ヲ基礎」とする野村の立論の不当性を摘示し、自らの見解の妥当性を指摘する。

若シ現在ノ状態ヲ基礎トスベシトセバ、陸海軍、外交、戒厳、兵役ニ関スル第11, 12, 13, 14, 20, 32の各条ヲ削除スルト共ニ、第1条ヲモ「日本帝国ハ連合国ノ指揮ヲ受ケテ天皇之ヲ統治ス」トイフガ如キ趣旨ニ修正スル必要アルベシ。

寧ろ現在ノ状態ハ一時的ノ変態トシテ考慮ノ外ニ置キ、独立国トシテノ日本ノ憲法タラシムベキニ非ズヤ。

ここで、「現在ノ状態」すなわち、軍の不存在という憲法事実に合致するよう、明治憲法の軍に関する諸規定を全面的に削除すべしとする主張を「削除論」と呼ぶことにする。これに対して、「現在ノ状態」は「一時的ノ変態」であり、将来、国防に必要なある程度の「軍」を保持する必要があると見て、「統帥権の独立」といった憲法上の欠陥を是正し、議会の統制を強化したうえで、必要な規定に限り残置すべしとする主張を「残置論」と呼ぶことにする。

上記の削除論と残置論を併記した「総会資料」が、11月14日開催の第3回総会に提出された。そこでは、軍に関する問題は一緒に審議する方が便宜だとして、一括討議されたが、その際、削除論は「勿論有力」であるが、「此際ハ存置スルトセバ如何ニスルカトノ審議ヲ為シ置ク方大切ナルヲ以テ此ノ

線ニ沿ヒテ論議スルコトセリ」として、残置論に基づく軍規定の改廃案の検討を行っている。これは、前者の削除論は規定の単純な削除だけで済むのに対して、後者の残置論の場合には、どの条項をどう改めるかについて、委員の間で、かなり意見が分かれるものと考えられたからであろう。そして、案の定、軍規定の残置の仕方について、種々の案が示されることになったのである。そのなかで、たとえば、憲法11条の「陸海軍」については、「〔之を〕『軍』トシ統帥権ノ独立ハ認メナイコト」とし、また、同12条の「陸海軍ノ編制」について「議會ノ協賛ヲ経ル様ニ法律事項ト致シテオキタイ」として、多かれ少なかれ議会の統制下に置くものとする案が代表的なものであった。

これに対して、11月24日の第4回総会終了後に開かれた第6回調査会は、さながら削除論の独壇場の観を呈している。そのことは、「潔ク裸ニナツテ平和国家トシテヤツテ行クノダトイフコトヲ明ラカニ示ス方ガ内外共ニ必要デアルカラ、第11条〔統帥大権〕及第12条〔編制大権〕ハ削除スルヲ至当トス」と、議事録に記されていることから明らかである。これは、公務の関係で欠席の多かった河村又介（九大教授）、清宮四郎（東北大教授）の両委員に対して、強硬な削除論に立つ宮沢俊義が行った説明会として性格に由来するものと思われる。

* 敗戦直後における宮沢俊義の明治憲法「改正」論

宮沢は、1945年9月2日、東大法学部において「憲法終結と憲法」と題する補講を行い、そのなかで、明治憲法の軍に関する規定を全面削除することで、軍の不存在という「憲法事実」に、憲法規定を合わせるべきだと説いている（なお、同旨の主張は、同月28日、外務省条約局のヒアリングでも行っている）。その要旨は、次のようなものであった。

ポツダム宣言の目的の完遂によって、日本軍は完全に武装解除せられ、わが国軍は解消する。それは明治憲法のうえに極めて多くの影響を有する。

①軍隊が解消すると、「徴兵制は消滅せざるをえない。そうすると、憲

法20条は、単に兵役の義務を法律で定むべきを規定するに止まらず、徴兵制・国民皆兵制を定めていると解すべきものである以上、同条の廃止も当然に問題とならざるを得ぬ」。

②軍隊が消滅すれば、「統帥大権を國務大権の外に認めることも根拠を失う。すなわち、いわゆる統帥権の独立という現象は憲法から姿を消さざるを得ぬ。帷幄上奏〔統帥事項について、参謀総長・軍令部総長が閣議を経ずに直接天皇に上奏したこと〕、二重政府（double government）、二重外交〔政府の自重政策が、軍部の侵略的政策によって打ち破られたこと〕というような従来のが国の政治を特色づけていた現象は、その結果として消滅するはずである」。

③統帥権の独立が消滅すれば、「軍令（国法形式としての）も廃止されるであろうし、政府の外にある参謀本部、軍令部（従って大本営）も当然に廃止されるであろう。そして、軍部大臣そのものがむしろ消滅せざるを得ぬであろう。そして、軍部大臣武官制に伴い従来わが国で問題とせられた多くの問題は、これと共に姿を消すことになろう」。

④こうして、「軍隊がプラクチカライに消滅すると、従来考えられていたような戒厳という制度も、その存在理由を失う。そうすると、憲法第14条〔戒厳大権〕も影響を受けざるを得ないであろう」。

⑤憲法第31条の非常大権の意味については、もとより「諸説分かれているが、それが戒厳の場合を——主として——規定したと解すれば、この規定も軍隊の消滅によって影響を受けざるを得ぬであろう」。

⑥実際に軍隊が解消すると、「憲法第11条〔統帥大権〕及び第12条〔編制大権〕の規定は恐らくその存在理由の大部分を失うことになろう」。

⑦そして、「軍人という身分が消滅すると、憲法32条〔憲法第2章の軍人への準用規定〕はその存在理由を失う。軍人の身分が消滅すれば、むしろ武官の身分も消滅するが、その場合には憲法第10条および第19条の『文武官』の語も、その限度において変更せられることになろう」。

宮沢は、このようにポ宣言に基づく軍の解体が明治憲法の諸規定にもたら

す影響を論じた後、軍需産業の禁止（第11項）、平和的傾向を有する政府の樹立（第12項）に触れ、かくして、日本は「武備なき国家」になると論じている。

なお、この時期の宮沢について、「私は〔ポ宣言に言う〕民主主義の政治の実現は現在の憲法の下において十分可能であ〔る〕」とした美濃部達吉の立場（「憲法改正問題（上）」1945年10月20日付『朝日新聞』参照）と同列に扱われる傾向がある。それは、同月19日付『毎日新聞』に寄せた「憲法改正について」と題する論稿で、宮沢が、明治憲法の「弾力性」のゆえに「〔ポ宣言の履行は〕憲法改正を俟たずとも相当な範囲において可能だ」と語っていることと関連する。この宮沢の言説は、その論稿の前後の文脈からすると、明治憲法の「立憲主義」「民主主義」の実現を妨げてきた元凶は統帥権の独立にあり、したがって、軍隊の消滅により統帥権が消滅すれば、「憲法の民主化乃至立憲化への途は十分に拓かれ得るわけであ」り、そのため「軍の解消に関連する各種の条項の改廃はもとより、議会制度に関する条項等についても改正を考慮すべきものが少なくあるまい」とする当時の基本的な立場との関連において理解すべきであろう。

（4）ところで、1945年11月24日開催の第4回総会において、同月26日、第89回帝国議会（臨時会）が召集され、会期中（11月27日～12月18日）、頻繁に委員会を開催できないことから、会期末を目途として、各委員が改正試案を起草することの申し合わせがなされた。これを承けて、美濃部顧問も、残置論に立った「私案」を作成し、提出している。そこでは、たとえば、第11条と12条の改正について、次の一箇条に纏められている。

第11条（第12条ヲ併合）天皇ハ軍ヲ統制ス
軍ノ編制及常備兵額ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム

これに対して、削除論に立つ宮沢の提出した「大日本帝国憲法改正案」は、両規定の「削除」を明示するものであったことは言うまでもない。

なお、法制局から参加した入江は削除論に立脚する試案、佐藤は残置論に

沿った試案を作成し、翌1946年1月初頭に提出している。松本委員長も、また、1月4日、残置論に立つ「憲法改正私案」を脱稿し、7日、その内容を天皇に説明している。

1月4日、5日の両日、宮沢・入江・佐藤の三委員による小委員会形式の調査会が開催されている。4日の第8回調査会では、憲法第11条と第12条について、削除（「甲案」）と残置（「乙案」）の両論の間で批判の応酬があった。議事録は、それを次のように伝えている。

第11条及第12条

（甲案）削除

（乙案）残置シ国務ニ包摂セシメ編制ハ法律ヲラシム

（甲案）ニ対シテハ改正憲法ヲ暫定憲法ヲラシメルモノニシテ且軍復活ノ時ニシバル規定ヲ欠クコトニナルト批判サレタ、

（甲案）カラハ55条〔大臣輔弼制〕、9条〔命令大権〕、10条〔官制・任官大権〕ヲ適用スレバ足ルト主張サレタガ、猶編制ノ法律化ノ点ガ欠ケルト指摘サレタ。

この応酬において、「軍復活ノ時……」の批判に対して、甲案（削除論）の立場から、55条等の憲法規定を適用すれば足りると弁じられたが、なお「編制ノ法律化ノ点ガ欠ケル」と指摘されている点は、削除論に立つ第2の方途（IV(1)引用の石黒発言、同(2)引用の檜橋発言参照）に符合するものとして、注目に値しよう。

なお、翌5日の第9回調査会でも、憲法13条の「宣戦」規定を巡って、鋭い意見の対立があった。曰く。

宣戦ニ関シテハ削除〔甲案〕残置〔乙案〕両説存シ

削除説ハ世界最初ノ平和国家非武装国家タラントスル理想主義的見地ヨリモツトモ主張セラレタガ

残置説ハ削除ハ改正憲法ヲ暫定的ナラシムルモノニシテ又軍設置ノ時ニ何等ノ拘束——議会ノ制約無カラシムル結果トナルト反駁シタ。

(5) 以上の他にも、明治憲法の「軍」規定に関して、すべて両論者の間で明確な対立が甲・乙案の形で示された。それは、また、「軍」以外の規定にも及ぶものであり、全体として、明治憲法の大幅な改正案が「甲案」、その小幅な改正案が「乙案」として、宮沢の手で整理された。そして、この宮沢「甲案」は、最終的に、松本委員会の乙案「憲法改正案」となり、宮沢「乙案」は、2月8日、総司令部に提出された同委員会の甲案「憲法改正要綱」となる（甲案・乙案の名称が、ここで入れ替わることに注意。名称変更後の甲案・乙案については、以下、正式名称で表記する）。1月26日開催の第15回調査会は、午前中、松本委員長も出席して、「憲法改正要綱」を審議している。そこでは、軍および宣戦に関する規定について、次のような意見が述べられている。

〔要綱〕5〔の「第11条中ニ『陸海軍』トアルヲ『軍』ヲ改メ第12条ノ規定ヲ改メ軍ノ編制及常備兵額ハ法律ヲ以テ之ヲ定ムルモノトスルコト」については〕削除説モアルノデアルガ、国家ノ将来ヲ考ヘレバ「軍」ノ存在ハ自然デアルト考ヘ甲案デハ存置スルコトトナツタ。

〔要綱〕6〔の「第13条ノ規定ヲ改メ戦ヲ宣シ和ヲ講」ずるには「帝国議會ノ協賛ヲ経ルヲ要スルモノトスルコト但シ……緊急ノ必要アルトキハ帝国議會常置委員會ノ諮詢ヲ経ルヲ以テ足ルモノト」する〕本項ニ対シテハ次ノ2ツノ意見ガアツタ

1、宣戦、講和ハ之ヲ削除スル方が良クハナイカ

2、敵カラ仕掛ケラレタ戦争ノ場合ハ常置委員會ニ諮詢スルヲ以テ足ルモ、コチカラ仕掛ケル場合ハ如何ナル事情ガアツテモ必ズ議會ノ協賛ヲ要スルモノト改ムルヲ可トス。

IV 松本委員長の最終説明と総司令部宛の説明書における「軍」の観念

(1) 1946年1月30日の臨時閣議において、初めて、松本委員会で審議の

対象とされてきた松本私案と「憲法改正要綱」「憲法改正案」の両案が配布され、議論された。閣議に陪席した入江は、軍の規定（憲法11, 12条）に関する松本の説明を次のように伝えている。

憲法問題調査委員会では軍の規定は全部削除せよとの論があつた。しかし、自分は、独立国なら軍隊はある。わが国は軍が現在はないが、ある時期に国防軍的なものができたときに憲法を改正することは適當ではない。将来の軍は、独立して何でもできるというような統帥権独立の上に立つべきものではなく、軍の行動も法律の制限を受けるべきであり、統帥も一般国務の中に含まして内閣の責任にする立前をとるべきであると思うが、そのような立前を今日から、すなわち軍のない今日から、憲法で明定しておくことが望ましいのだ……。

この説明に対して、幣原首相は、「軍の規定を憲法の中に置くことは、連合国はこの規定について必ずめんどうなことを言うにきまつておる。将来軍ができるということを前提として憲法の規定を置いておくということは今日としては問題になるのではないかと心配する。この条文を置くがために司令部との交渉に1, 2箇月もひつかかつてしまいはしないか」と言い、また、石黒武重法制局長官は、「今日軍の規定を憲法から削除しても、将来軍を置こうとする場合は憲法を改正せずとも置けると思うから、この規定ははずしたらどうか」と言った。さらに、幣原は、「世界の大勢から考えると、わが国にも軍はいつかはできるかもしれない。しかし今日この規定を置くことは刺戟が強過ぎるように思う」と言ったと伝えられている。

なお、翌31日の臨時閣議の冒頭、松本は、「きのう軍の規定を置くことについて非常に論議があつた、マッカーサー司令部側と打ち合わせる必要上、賛成、反対の理由をはつきりしておきたい」とし、「昨日の論議の要点を述べて、各閣僚に論点の再確認を求め」たうえで、「軍ということの英文はArmed forcesと訳して司令部側と交渉するつもりである」と付言している。

(2) 松本委員会は、2月2日開催の第7回総会を以て、事実上、その活

動に終止符が打たれる。この会議では、松本から、総司令部に提出する「憲法改正要綱」を中心に逐条説明がなされた。軍規定については、次のような説明がなされている。

陸海軍トイフ觀念デハ無ク、国家存続ニ必要ナル armed forces トシタノデアル、即チ海賊防止ノ小艦艇ヤ内乱鎮圧ノ為ノ国内軍デアツテ、連合軍ノ撤兵後、警察外ニ要スル必要最小限度ノ国防力デアル。過去ニ於ケルガ如キ弊害無カラシムル為、編制及常備兵額ハ之ヲ議會ノ協賛ヲ要スルモノトスルノデアルカラ、凡ユル意味デ民主的ナ軍トナルト思フノデアル。

なお、この総会に陪席していた佐藤功補助員は、このとき交わされた議論を次のように紹介している。

樺橋〔渡内閣書記官長・元法制局長官〕さんと石黒さんが、これが軍もその意向だが、軍から伝えられたということで、改正案では「天皇ハ軍ヲ統帥ス」という文句は削つてもらいたい。それを残しておくとな皇制もふつ飛んでしまう。平和国家という一本槍で行きたい。それが軍の意向だということと言つたのです。そして警備隊のようなものが、つくられるとすれば、それは軍ではない。だから憲法できめなくていいということを言いました。そうしたら、松本先生が、警備隊ならば軍ではないと言うけれども、しかし、それでも実質上は軍に違いない。独立国たる以上、軍がないということは考えられない、……マッカーサーと交渉してそれができないというのならもちろん削る。……それをやらないで最初から削つて立案するということはできない……〔と〕言われたのです。そうしたら美濃部先生が、憲法を改正する以上は日本は独立国たることを前提としてやるべきで、現在の状態のみに即することはできない、独立国たることを前提とする以上は、軍の統帥を置くことも当然で、それを削ることはいつでも減ばしてくれということを表示するにすぎない。そうしたら宮沢先生が発言しておられます。向うが置けと言うなら置く、置くなと言うなら置かないというのではなく、向こうの意向にかかわらず、平和国家という大方針を掲げる以外、日本には道がない、残しておいてもどうせ形式的なので、

つつかれるだけなのだから、むしろ置かない方がいい、そういう回答がある……。

松本委員会の初回冒頭での対立が、最後の最後まで解消しえなかったことが読みとれる。とはいえ、最終局面で、残置論において、将来、復活すべきものとされる「軍」とは、「警察外ニ要スル必要最小限度ノ国防力」もしくは「警備隊のようなもの」であることが明らかとなった。

(3) 2月8日、松本は、上記「憲法改正要綱」とその説明書を英訳して提出したが、それには、「憲法中陸海軍ニ関スル規定ノ変更ニ付テ」(Proposed Revision of the Army and Navy Provision in the Constitution)と題する文書が添付されていた。これは、「どうも陸海軍について〔総司令部側から〕議論が起るであろうから、それについて〔予め〕説明書を特に書く」ということで松本が書いたものである。そこでは、「陸海軍」を「軍」と改めた理由について、次のように記されていた。

改正案ハ憲法中「陸海軍」トアルヲ「軍」(the armed forces)ト改メントス蓋シ日本国カ連合国ノ占領終了後ニ於テ軍ヲ再置スルコトヲ連合国ヨリ認メラルル時期到来スルトスルモ恐クハ極メテ小仕掛ナル内地ノ平和秩序ノ保持ノ為メ必要ナル範囲ノ軍備ヲ許サルルニ過キサルヘク又日本国トシテモ従来ノ如キ陸海軍ヲ設クル考ヲ抱クヘカラサルハ当然ナルカ故ニ陸海軍ナル語ヲ廃シ単ニ軍ト謂フコトトセントス

V ブラックボックスのなかの総司令部案の作成過程と 第9条解釈の原型

(1) 憲法9条について、多かれ少なかれ立案作成過程に言及する形でなされてきた、従来の解釈の問題点は、少なくとも当時、日本側からは全くのベールに包まれ、ブラックボックスのなかで行われたマッカーサーの指示や民政局内の原案起草作業から、その原意ないし規範的意味を読みとろうとし過ぎてきた嫌いがあることである。総司令部側が、「憲法改正要綱」の受取

りを正式に拒否するとともに、自ら作成した草案を松本らに手交した1946年2月13日をもって、憲法制定過程を単純に切断してしまうのでは、第9条解釈の前提ないし基底をなすものとして逸することのできない上記松本委員会での白熱した議論の持つ意味は宙に浮いてしまう。それは、この委員会に参加し、ブレンストーミングを重ねて来た入江・佐藤（達）が、総司令部案から日本政府案の作成過程において主役を演じたこと、また、その枢密院審査や議会審議において重要な役割を果たしたこと、さらには、政府の公定解釈の形成にも少なからぬ影響力を発揮したであろうことから明かである。

もっとも、上述の視座から、総司令部案の作成過程をどう位置づけ、どのように評価しうるかは、重要な検討課題となる。しかし、ここでは、その問題に立ち入る余裕はないので、差し当たり、佐藤が、総司令部案を受け取ったときの率直な感想を紹介するにとどめ、先に進むことにする。

当時として、われわれは戦争放棄の条文についてはあまりショックを感じず、字句についてもそう深い関心をもっていなかった。日本側が自主的に作った憲法問題調査委員会の乙案〔宮沢作成の甲案。松本委員会の「憲法改正案」〕でも、軍隊に関する規定を全部落としておる。そういう気持でおつたから、マ草案の第8条〔現行第9条〕についても、天皇制に対するショックとは比べものにならないものであつた。

(2) 1946年4月、入江・佐藤の法制局が作成した『憲法改正草案に関する想定問答（第3輯）』では、「第9条の規定と自衛戦争との関係如何」との問いに、——その後の政府見解の原型ともなる——次のような答えが準備されていた。

第9条は、まづ第1項において、いわゆる国策の具としての戦争、すなわち侵略戦争を、わが国が永久に放棄する旨を規定している。

しかし、右は、夙にはゆる不戦条約で各締約国の義務となつてゐるところであり、仏の1791年憲法や西班牙憲法にも先例があり、それだけでは、大した新味とはいへない。のみならず、その先例は、やがて破られる

運命を免れないのであつて、結局、戦後の一時的な人心の所産に過ぎない。

そこで改正憲法は、右の実効を確保するため、二つの思ひ切つた保障を行つた。そして、その故にこそ、本条は、画期的となり、空前のものといへるのである。その保障の一は、事実上侵略戦争を不能ならしめる意味をもつものであつて、陸海空軍その他の戦力の保持が許されないといふことであり、その保障の二は、法律上も侵略戦争を不能ならしめる意味をもつものであつて、国の交戦権が認められないといふことである。ここまで来ると侵略戦争は、いかなる場合でも行ふことができなくなり、第1項の規定の実効は、最大限確保され、その違反蹂躪は、考えられなくなる。

右の保障は、徹底的であるが、そのため、第1項において直接禁ぜられてゐない戦争、すなわち自衛戦争までできなくなるといふ結果を来す。しかし、これはやむを得ない。蓋し、①自衛戦争ができる余地を残さんとすれば、右の事実上及び法律上の保障を撤回ないし縮小する必要を生じ結局保障が骨抜となり、西班牙憲法等の類と同じ水準にまで落ちることとなる。②自衛権の名に隠れて、侵略戦争が行はれ易く、しかも日本国は、その前科があつて、その危険なしといへない。③国際連合が成立し、その武装兵力が強大となれば、自衛戦争の実行は、事実において、これに依頼することができる。

概略以上の理由によるのである。

しかし、しからば外国の侵略に対し、常に拱手して、これを甘受しなければならないかといへば、さうではない。その他の国民が、有り合はせの武器をとつて決起し、抵抗するは、もとより差し支へなし、又かかるゲリラ戦は相当に有効である。しかし、これは国軍による、国の交戦ではない。したがつて、国の戦力ではなくともできるし、国の交戦権は、必要としない。この場合の侵略軍に対する殺傷行為は、交戦権の効果として適法となるのではなく、緊急避難ないし正当防衛の法理により説明すべきものである。

なお、同年6月の法制局『憲法改正草案に関する想定問答（増補第1輯）』では、上記「ゲリラ戦」は「自衛権」に基づく「自衛戦争的な反抗」とされ、後に「正当防衛」の法理により説明される「自衛行動」に近接した表記となっている。

(3) 話はやや前後するが、憲法改正案の枢密院審査は、1946年4月22日から5月15日までの間に8回開かれている。4月24日の第2回審査会では、憲法9条の下での自衛行動について、次のような問答が交わされている。

林〔頼三郎顧問官〕 戦争放棄に付自衛権はない様にとれる。世界の公正と信義に託するとは理想郷にすぎる。第9条に第1項の外第2項あり。故に自衛戦は出来ることになるか。

松本〔丞治〕 第1項は戦争を仕掛ける方の放棄なり。この外第2項があるが、これは外国から戦争を仕掛けられたとき、立ち上らぬと云ふことではない。この場合反抗することは当然なり。只軍備を持たぬ。その結果としての、交戦権を持たぬと云ふ丈なり。それなら自衛権ありと書いたらどうかと云ふと、これはまた自衛権の名にかくれて戦争をする事になる虞があるから賛成出来ない。

野村〔吉三郎〕顧問官 自衛権でやつた戦争は交戦権でないと云へるか。

松本 この交戦権による戦争ではない。堂々たる宣戦布告の戦争ではない。自衛といふ働き自体を憲法で禁じられるものではない。

潮〔恵之輔委員長〕横田〔喜三郎〕教授は第2項〔の交戦権の否認〕は第1項の範囲で適用されると解してゐるが、かような見解については如何

松本 いろいろ説はありうる。しかし憲法の規定は自衛と云ふ行為をおさえる性質のものではないと思ふ。

ここでの松本の見解は、憲法9条は如何なる意味でも自衛権に基づく自衛行動を禁じたものではないというものであった。他方、5月6日の第4回審査会において、「個人の場合の正当防衛を認めることは当然であるから、それは国家についても当然で、出来ねばならぬ」のではないかと、との林顧問官

の問いに、入江（3月19日より法制局長官）は、次のように答えている。

国家として最小限の自衛権を認めることは当然であるが、それは戦争、武力による解決を今後絶対にやらぬと云ふ捨て身の態度をとると云ふことが一つの態度であると思ふ。平和を念願する国際社会に挙げて委ねると云ふ態度をとつたのである。根本観念としての国家の自衛権を認めることは御説の通りであるが、この規定〔9条〕の趣旨はここにあると思はれない。

宮沢と並ぶ削除論者・入江の9条理解の特徴がよく現れた答弁であるが、ここでは、後の法制局見解（「戦力」に関する第一次鳩山内閣の統一見解〔1954年〕）との関連で、冒頭の「国家として最小限の自衛権を認めることは当然である」との言説に注目したい。ただし、1950年代半ば以降定着する「必要最小限度の実力組織」の概念を考案した高辻正己（当時、内閣法制局次長）が次のような述懐しているからである。

憲法制定時には僕は枢密院書記官だったが、その時、枢密院で、「戦力だって（自衛のためなら）持てるのではないか」という、全く似たような議論が出た。それが頭に染みこんで、それは、もっともな一つの憲法の読み方だと思つた。

入江の云う「最小限の自衛権」の意味は必ずしも明確ではないが、しかし、上述の松本の答弁などを総合して考えると、高辻の「頭に染みこんで」いた「全く似たような議論」が如何なるものであったか、想像するに難くはない。

また、6日の審査会において、「国内の内乱を抑へる上の武力についてはどの様に考へるか」（井坂孝顧問官）との問いに、①入江が、「国内については警察力の拡充が必要と思ふが、現在連合軍司令部の方針でそれも出来ない。軍隊と離れた警察は弱力なるため、段々と交渉の結果広い意味の警察力強化を図るより以外にはないと思ふ」と応じ、②遠藤源六顧問官が「内部の問題としては警察のみでは足りぬ。やはりある程度の戦力が必要、故に出来

るならそこに制限をつけたい。例へば『国内の治安を維持するに足る以上の』等の規定を〔第2項第1文に〕入れたい」と論じている点も、後の戦力論はもとより、警察予備隊の設置（1950年）等との関連で注目に値しよう。

（4）ところで、松本委員会で削除論を積極的に展開した宮沢は、1946年3月号の『改造』に、「憲法改正について」と題する論稿を寄せ、そのなかで、非武装平和国家論（通説）の起点となる次のような発想を述べている。

このたびの憲法改正の理念は一言でいえば、平和国家の建設ということであろう。

ポツダム宣言では日本は「平和的傾向を有する責任政府」を樹立すべく要求せられている。しかし、かりにそういう要求が為されていないとしても、日本を再建する路は平和国家の建設においては無いのだということを銘記すべきである。そして、憲法改正は、もっぱらこの理念にもとづいて為されなくてはならない。

たとえば、憲法改正において軍に関する規定をどう扱うべきかの問題を考えてみる。現在は軍は解消したが、永久にそうだというわけではないから、軍に関する規定はそのまま存置すべきだという意見もありえよう。しかし、日本を真の平和国家として再建していこうという理想に徹すれば、現在の軍の解消をもってたんに一時的な現象とせず、日本は永久にまったく軍備をもたぬ国家——そのみが真の平和国家である——として立つて行くのだという大方針を確立する覚悟が必要ではないかと思う。

これに対して、同委員会で残置論を展開した美濃部は、『法律新報』1946年4・5月合併号に寄せた「憲法改正の基本問題」のなかで、政府の憲法改正草案9条について、「戦争の権利を永久に放棄し、軍備を永久に撤廃するのは頗る重大であるが、平和日本、文化日本の為にこれを歓迎するに躊躇しない」と評したうえで、次のような懸念を表明している。

但武力に依る外国の攻撃に対して、若し列国の安全保障が無いとすれば、日本は自己の生存を維持する力の全く無いものとならなければならない。其の点に付き連合国又は国際連合との間に必要な諒解が既に成立つて

居るのであらうか懸念に堪えない。

なお、美濃部は、翌1947年4月刊行の『日本国憲法原論』において、憲法9条は「何等の留保も無く無条件に戦争を放棄したのであるから、万一外国から侵撃を受けた場合にも自衛的戦争の途なく徒に滅亡を待つ外ないこととなるやうであるが、それは他日完全なる独立を回復した後に考慮せらるべき問題で、其の時までは『平和を愛する諸国民の公正と信義に信頼して』国の生存を保持する外は無い」と論じている。

(5) 立法事実とは、「例えば、銃砲刀剣について、何も規制しないで野放しにしたら、殺人とか傷害とかいった犯罪が多発する、といった事実命題のように、社会一般の現象として、1つの群れをなす多数の事案の中で、ある蓋然性をもって生起する事実である」。それは、換言するならば、ある事実状態のもとで、そこに存在する人間について、かなり高い確率で、一定の挙動・振る舞い (behavior, Verhalten) が認められるとするものである。

ここで取りあげた「憲法事実」に即して言えば、軍の不存在という状態のもとで、他国がどのような「挙動・振る舞い」に出るのが通例だと予測するかにある。そこでは、最少限度の「軍」を保持しなければ「危うい」と見るか、それとも、「小仕掛」のものであれ、「軍」を保有することの方が「危うい」と見るか、そのいずれを人間挙動の定型と見るかで、残置論と削除論とが分岐したのである。そして、そのいずれと見るかが、第9条理解の基本的スタンスを決したものと言える（ただ、憲法9条のもとでの政府解釈は、削除論に立ち、「必要最小限度」の armed forces の設置は法律事項であるとした法制官僚のアイデアが一つの有力な淵源をなすものと思われる。もとより、軍に関する規定を単に全面削除しただけの明治憲法と恒久平和・戦争放棄・戦力不保持等を明記する日本国憲法との規範構造の違いは看過されてはならず、その違いが第9条の理解・解釈に如何なる差異をもたらすかは、今後の重要な検討課題となりうるとしても）。

あとがき

2003年7月17日、早稲田大学比較法研究所主催の研究会において、「9条解釈（政府解釈も含めて）の分岐という観点から見た9条成立過程の見方」と題する講演を行った。この講演を引き受けるに際しては、その内容につき、後日、論文の形式にまとめ、別途、公表する予定であることを申し述べておいた。そこで、本報告後、資料的な検証を加えたうえで、当時、『法学教室』に連載していた「芦部憲法講義ノート拾遺」の最終回に、「憲法9条解釈対立の源流」と題して、その概要を掲載した。相前後して、比較法研究所から、当日の録音テープが送られてきたが、いまさら、当日の講演それ自体をテープから筆起したところで、さしたる意味もないので、上記『法学教室』に掲載した論稿から、連載用にアレンジした部分を削除し、貴研究所の『講演記録集』に寄せ、講演の証とすることで、お赦し頂ければ幸いである（なお、本文中の引用部分については、本来、注記を必要とするが、紙数等の関係もあり、割愛する。詳しくは、拙著『芦部憲法学を読む』446頁以下参照）。