

憲法いの現在ま

OBA MJ 連載

《 憲法問題特別委員会だより 》

第84回

憲法改正問題リレートーク 第1回 自衛隊加憲論の批判的検討

—— 憲法の留保・憲法による委任の限界論を手がかりに ——

【前編】

憲法問題特別委員会 副委員長 吉原 裕樹

第1 はじめに

- 1 自衛隊加憲論 2 西晃による触発 3 憲法改正問題リレートーク 4 本稿の着眼点

第2 自由民主党による自衛隊加憲案

第3 「書かれざる統制が最良の統制である」という逆説

第4 憲法の留保

- 1 鍵概念としての「憲法の留保」 2 先行研究 3 「憲法の留保」の定義

- 4 「憲法の留保」違反の効果 5 「憲法の留保」の対象事項

(1) 先行研究 (2) 総論

(3) 各論 ①憲法の本質に関わる事項 ②個人の自由を制約する国家作用の権限 (以上、本号)
③国家によるその時々判断によったのでは濫用のおそれの大きい国家作用 (以下、本誌
167号 (2018年11月号))

- 6 憲法による委任の限界

第5 「憲法の留保」の観点からの自由民主党加憲案の検討

- 1 自由民主党による自衛隊加憲案の再掲 2 自衛隊に関する「憲法の留保」

- 3 自衛隊加憲の場合における「憲法の留保」の具体的検討

- 4 自由民主党による自衛隊加憲案の具体的検討

第6 おわりに

第1 はじめに

1 自衛隊加憲論

日本国憲法改正論は、同憲法制定以来、久しく論じられてきた。

しかし、近時世上を賑わせているのは、憲法改正論のなかでは決して主流とは見られてこなかった、いわゆる自衛隊加憲論である。その内容はすでに周知

のところであるが、あえて一言すれば、日本国憲法 (特に9条) の現行規定を存置しつつ、自衛隊を同憲法に書き加えようという企図である。

自衛隊加憲論については、護憲論者のなかにも、「奇策」で反対しにくいと評する向きがある一方、一部の改憲論者の強い批判を招来するなど、毀誉褒貶が激しい。

2 西見による触発

本『月刊大阪弁護士会』にて、自衛隊加憲論議の嚆矢となったのは、大阪弁護士会憲法問題特別委員会委員長である西見^{※1}の論考である。西の行論は、主として自衛隊加憲論を念頭におきつつ、憲法改正国民投票において、「主権者国民が主体的に責任をもって選択できるように、そして選択した結果に対し責任を負えるよう、必要な情報提供とそのための問題提起を積極的に行うこと……は、私達^{※2}在野法曹に課せられた極めて重要な任務」である、というものであった。

3 憲法改正問題リレートーク

本「憲法改正問題リレートーク」は、西の所説に呼応し、あるいは反撥した同憲法問題特別委員会委員が、自衛隊加憲論をはじめとして、憲法改正に関する継続的な論議を行うために企画発案したものである。

もとより本リレートークは、談論風発を是とするものであって、憲法問題特別委員会委員長の所論であろうが、副委員長のそれであろうが、いかなる所与の権威をも、正統として継嗣しようとするものではない。その意味で、本リレートークは、「リレー」の字義に反し、先行者なき連鎖である。

先行者なき連鎖は、円環の双蛇のごとき無為へと墮すおそれも少なくない。それにもかかわらず、我々がかような蛮勇をふるおうとするのは、同憲法問題特別委員会の自由闊達な討議の一端を江湖に問うことによって、大阪弁護士会内外の憲法改正論議に、いささかなりとも資するところがあるのではないかという期待による。

なお、本リレートークは、同憲法問題特別委員会の企画発案によるものであるが、寄稿者を同委員会委員に限定しているわけではない。如上の趣旨に賛同いただける読者諸賢におかれては、同委員会に論考をお寄せいただければ幸甚である。

4 本稿の着眼点

自衛隊「加」憲を問題とする以上、一般論として、憲法に明記すべき事項とは何か、自衛隊はこれに当たるかは重要な問題のはずである。それにもかかわらず、自衛隊加憲論に関する最新の研究は、この点に必ずしも自覚的ではないようである。

そこで本稿は、「憲法の留保」概念を手がかりとして、憲法に明記すべき事項は何かという観点から、自衛隊加憲論を検討することとする。

なお、紙幅の都合上、本稿の後編は『月刊大阪弁護士会』167号（2018年11月号）に掲載される予定である。かような不体裁をご海容いただいた広報委員会委員各位に、厚く御礼を申し上げる。

第2 自由民主党による自衛隊加憲案

現在最も有力視されている自衛隊加憲案としては、2018年3月25日に自由民主党が公表した、次の条項案がある。

- 第9条の2 前条の規定は、我が国の平和と独立を守り、国及び国民の安全を保つために必要な自衛の措置をとることを妨げず、そのための実力組織として、法律の定めるところにより、内閣の首長たる内閣総理大臣を最高の指揮監督者とする自衛隊を保持する。
- 2 自衛隊の行動は、法律の定めるところにより、国会の承認その他の統制に服する。

本稿の問題関心を先取りして述べれば、上記条項案において、自衛隊を保持するに当たり、その組織・規模等が、法律にほぼ全面的に白紙委任されていること（1項）、国会の承認を要する自衛隊の具体的行動や、国会の承認以外の統制の態様など、自衛隊の統制面も、法律に白紙委任されていること（2項）、が重要である。

※1 西見「憲法9条改正論の現状と今後の課題」月刊大阪弁護士会160号(2018年4月号)60頁以下。

※2 西・前掲61頁。

※3 法学セミナー761号(2018年6月号)の特集「憲法9条改正論の現在」など。

第3 「書かれざる統制が最良の統制である」という逆説

憲法学説上、自衛隊加憲論に対する最も有力な批判は、石川健治の所説であるといつてよい。少々長くなるが、石川の所論を引用する。

軍事関連の諸々の国家作用を、いかなる国家機関にも配分しないという形で、軍事力統制の課題そのものの解消を企図したのが、現行憲法9条である。国民代表たる議会にすら、当該国家作用を配分しなかったという点が重要で、9条は、日本の議会政治を definitional に制約する条項であるといえる。

具体的には、同条は、第1に、議会の立法権行使に際し、軍編成権（軍政）に関しては、その組織法制定権限に制約を課す、という（消極的な）法的権限規定の側面を有している。そして、第2に、そうした組織法制定権限の制約（その結果としていわゆる軍令の領域も原理的に存立し得なくなる）根拠として、平和主義の理想という——「民意」をも超える——高次の正統化根拠を提示しているという側面が、いうまでもなくある。さらに、第3に、それに伴い政府が軍事予算を計上することが不可能になる、という意味での財政権の限界規定の側面を有している点は、見逃せない。……

それにもかかわらず、戦後日本の議会は、消極的権限配分規定としての9条を破って、自衛隊法という組織法を制定するに至ったのであり、しかも、裁判所がこれに対する憲法判断を回避しているのが、現在の法状態である。日本における軍事力の統制は、自ずから、如上の第2および第3の側面に過重な負担がかかった形で、行われざるを得なくなる。すなわち、一方では、平和主義という正統化根拠によって自衛隊の正統性を剥奪する作業の比重が、著しく高まることになるのであって、自衛隊違憲論が果たした役割は、これである。他方、財政当局による軍事予算の引き締め如何が、憲法上の統制の正否を大きく左右することになるが、「思いやり予算」とは揶揄されたにせよ、曲がりなりにもそれを遂行した旧大蔵省の果たした役割は、やはり大きかったといふべきであろう。

本来は後衛の位置にあるべき第2、第3の側面が、そのようにして軍事力統制の前衛に押し出されるのは、健康な事態ではないともいえよう。……けれども、それにもかかわらず、戦後日本の軍事力のコントロールは、60年間に及ぶ、誇るべき成功の歴史であったのも、事実である。^{※4}

※4 石川健治「憲法改正論というディスコース——WG提案を読んで」ジュリスト1325号（2006年12月15日号）92-93頁。石川健治「前衛への衝迫と正統からの離脱」憲法問題8号（1997年）105頁以下、特に116-118頁も参照。

石川の行論の枢要は、自衛隊が憲法に明記されないことにより、自衛隊に対して優れて実効的な統制がなされてきたという点にある。

「統制手段を含め、自衛隊を憲法に明記しないこと」が、自衛隊に対する最良の統制であるとする石川の所論は、はなはだ逆説的でありながら、日本の戦後史を顧みると、まさに正鵠を射たものといふべきである。

それゆえ、「憲法に留保されるべき自衛隊の統制」

とは、「憲法に自衛隊を明記しないこと」である。

本稿の主位的な主張は以上のとおりであるが、「書かれざる統制が最良の統制である」との結論は、逆説的であるがゆえに、広範な支持を得がたい可能性がある。現在、すでに現実に自衛隊加憲条項案が提示されているのであるから、「仮に自衛隊を憲法に明記する場合には、いかなる統制があわせて明記されるべきであるか」を、予備的に検討するのが賢明であろう。

第4 憲法の留保

1 鍵概念としての「憲法の留保」

上述のとおり、自民党加憲案は、自衛隊に関する広範な事項を、法律に（ほとんど）白紙委任するものであった。憲法に自衛隊を明記するのみで、これに関連する事項を広範に法律に委任した場合、憲法の基底的原理に違背するところはないか。

この点を検討するに当たっては、「憲法の留保」が鍵概念となる。

2 先行研究

「憲法の留保」ないし「憲法留保」(Verfassungsvorbehalt) という理論的関心が生じたのは、その母国であるドイツにおいても、比較的近年のことである。^{※5}

日本においては、「憲法の留保」という概念に言及する文献は、ごくわずかである。しかも、日本の文献のほとんどは、具体的な問題に即して「憲法の留保」に論及する傾向があり、「憲法の留保」の対象事項は何かなど、この概念について立ち入った考察を行っているのは、管見のかぎり、渡邊互の論考のみである。^{※7}

3 「憲法の留保」の定義

日本の憲法学説上、「憲法の留保」概念が援用される機会はほとんどなかった。そのため、この概念を軸に考察するに当たっては、まず、同概念の定義を明らかにする必要がある。

しかし学説上、「憲法の留保」概念の定義は、必ずしも一様ではない。赤坂幸一は、「何を憲法典で規律し、何を規律すべきでないのか」を「積極的・消極的な「憲法留保」と定義する一方、加藤一彦は、「憲法の留保」という概念を、「硬性憲法がその憲法典の

中に何を憲法規範力の維持のために保存しているのかという意味」^{※9}で用いている。

本稿では、「憲法の留保」概念について、さしあたり、「憲法に留保されるべき事項」と定義する。もとより、「憲法の留保」概念は、すでに公法學上広く共有されている、「法律の留保」概念と並行に理解することができ、「憲法上に根拠がなければ発動しえない国家作用」を指示するものである。

4 「憲法の留保」違反の効果

「憲法の留保」に違反した国家作用が発動された場合、かかる事態はいかなる評価を受けるのか。

国家が「法律の留保」に違反した場合、国家作用の権限が正当に留保された法律は存在しないのであるから、「法律の留保」違反を「法律」違反と評価することはできない。日本の憲法学における通説によれば、「法律の留保」違反は、法律の上位規範である憲法（41条）に違反したとの評価を受ける。

同様に、国家が「憲法の留保」に違反した場合、国家作用の権限が正当に留保された憲法は存在しないのであるから、「憲法の留保」違反を「憲法」違反と評価することはできない。ここで参照されるべきは、実定憲法の上位規範である。

この点について、渡邊は、「憲法の根拠が必要とされる国家活動の範囲に関する規定は、——法律の留保の原則の妥当範囲が法律のなかに求められないのと同様に——憲法典のなかには見出すことができない。これは……憲法ないし立憲主義の理解といった、いわば憲法外在的な視点から考える筋合いのものである」と述べ、「立憲主義」概念を援用する。^{※11}

「立憲主義」の核心は、いうまでもなく、実定憲法

※5 赤坂幸一「憲法留保」法学セミナー749号(2017年6月号)51頁。

※6 赤坂・前掲51頁以下のほか、駒村圭吾「「憲法の留保」と権力の変容」法学教室324号(2007年9月号)46頁以下、加藤一彦「硬性憲法の脆弱性」現代法学(東京経済大学現代法学会誌)26号(2014年)87頁以下、特に97頁以下。

※7 渡邊互「憲法適合性の概念と集団的自衛権——比較法的検討を交えて——」名城法学66巻1=2号(2016年)403頁以下。

※8 赤坂・前掲51頁。

※9 加藤・前掲99頁。

※10 この点に批判的検討を加えるものとして、毛利透「戦前憲法学における二重法律概念と法治行政」同「統治構造の憲法論」(岩波書店、2014年)259頁以下。

※11 渡邊・前掲408-409頁。もともと、渡邊は、「憲法上の根拠をもたない、あるいは憲法上の手続によらない国家活動は、それが国民の自由を侵害するものである場合には原則として行うことはできず、もし行われた場合には違憲と評価されることになる」として、「憲法の留保」に違反した場合、「違憲」の評価を受けるとも論じており(同書・413頁)、論旨が必ずしも一貫したものとされていない。

を制定（して個人の自由を保障）する点にある。すでに多くの国において実定憲法典が存在するため、従前は顕在化しなかった問題であるが、仮に、「立憲主義」の対象事項は何かという問題設定をすれば、「立憲主義」の対象事項とは、「実定憲法を制定すべき事項」ということになる。

そうであるとすれば、国家作用が「憲法の留保」に違反した場合、当該国家作用は、（実定憲法の基底

的原理たる）「立憲主義」に違背するとの評価を受け、というべきである。

5 「憲法の留保」の対象事項

(1) 先行研究

「憲法の留保」の対象事項とは何か。この点につき、渡邊は、次のように述べる。

憲法上の根拠をもたない、あるいは憲法上の手続によらない国家活動は、それが国民の自由を侵害するものである場合には原則として行うことはできず、もし行われた場合には違憲と評価されることになる（例：兵役の義務の導入）。

……国民の生命や財産を保護する国家活動は、国家の存在理由から導かれる保護義務の発動とみることができるものであり、憲法の根拠が存在しなくても、これを行うことができる。……

……以上の諸点に加えて、既存の憲法秩序に重大な影響を与える意味をもつ決定を行う際には、憲法上の根拠が求められると考えられよう。例えば、ドイツ基本法23条は、欧州連合（EU）という超国家的組織に国家主権の一部を委譲することができる旨を規定している。これは必然的に、国家機関間の権限分配や民主制といった憲法秩序を実質的に変更する意味をもつものであり、そうした事情から要求される憲法上の根拠といえることができる。^{※12}

また、駒村圭吾は、憲法の留保について、「主要な留保事項は言うまでもなく、基本的人権に関わる事項である」と述べる。^{※13}

※12 渡邊・前掲413-414頁。

※13 駒村・前掲52頁。

(2) 総論

「憲法の留保」の対象事項を一般的に挙示することは容易ではないが、渡邊と駒村の所論を参考にと、少なくとも以下の事項は、「憲法の留保」の対象事項であるというべきである。

- ① 憲法の本質に関わる事項
- ② 個人の自由を制約する国家作用の権限
- ③ 国家によるその時々判断によったのでは濫用のおそれの大きい国家作用

(3) 各論

以下、①ないし③を具体的に検討する。

- ① 憲法の本質に関わる事項
憲法の自己規定のためには、その本質を自ら宣

明する必要がある。自らの本質すら自己規定できていない憲法は、実定法の最上位規範としての資格をもたない。そのため、①「憲法の本質に関わる事項」は「憲法の留保」の対象事項となる。

「憲法の本質」という語義については、いかにも漠然としており、基準たりえないとの懸念もあろう。しかし、ドイツでは、「法律の留保」の対象事項について、いわゆる「本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）」が判例・通説となっている。^{※14}そのため、①「憲法の本質に関わる事項」は、公法解

※14 本質性理論については、大橋洋一「法律の留保学説の現代的課題——本質性理論（Wesentlichkeitstheorie）を中心として——」同『現代行政の行為形式論』（弘文堂、1993年）1頁以下参照。

積論として、必ずしも外延が不明確で基準たりえないというわけではない。

①「憲法の本質に関わる事項」の典型例は、主権の所在（国民主権か君主主権か等）である。主権の所在を憲法が定めず、法律に委任しているとすれば、当該憲法は、その最も本質的な性質についてすら、自己規定することができていないということになる。

その他に、①「憲法の本質に関わる事項」としては、（主権国家の制定する憲法の場合）当該憲法の適用される国家の指定が挙げられる。憲法が適用されるべき国家が（默示的にであれ）指定されていなければ、当該憲法の適用される地理的・人的範囲の画定が不可能となり、憲法制定の意義をおよそ欠くこととなる。^{※15}

② 個人の自由を制約する国家作用の権限

②「個人の自由を制約する国家作用（侵害的国家作用）の権限」は、近代立憲主義の要請に基づく。近代立憲主義の要諦は、国家作用の制限による個人の自由保障にあったため、個人の自由を制限する国家作用の権限について、憲法上の根拠を

要求するのは当然である。

もっとも、日常的な国家作用においては、憲法は、立法府・行政府・司法府といった国家機関にそれぞれの権限を付与しており、これらの国家機関がその権限の範囲内で個人の自由を制約している。そのため、日常的には、憲法による侵害的国家作用の授権が前景化することはない。

一方、個人の自由を制約する国家作用のうち、現行憲法が国家機関に対して、個人の自由制約の権限を付与していないもの（典型的には、現行憲法上、国家機関が行使すると違憲となると理解されている国家作用）については、国家機関は、その権限を行使することができない。たとえば、徴兵制導入（兵役の義務賦課）は、個人の身体的自由等を制約するところ、現行憲法上一般に、徴兵制は、身体的自由等を不当に侵害して違憲であると理解されているため、国家機関は、徴兵制導入という国家作用を遂行することができない。

したがって、徴兵制を導入するためには、改憲の必要がある。改憲の内容としては、たとえば、憲法自体に徴兵制を明記する方法のほか、一定の国家機関に、兵役の義務賦課の権限を授権する、という方法があろう。

（『月刊大阪弁護士会』167号（2018年11月号）に続く）

※15 本文の叙述は、（主権国家の制定する憲法の場合）憲法が適用されるべき国家の指定がなければならないということどまり、当該国家の地理的領域を憲法が画定していなければならない、という趣旨ではない。憲法に、国家の地理的領域の画定を要求すると、国境について国家間で紛争がある場合に、憲法の効力が著しく不安定となって、適切でない。