

憲法OBA MJ 連載の現在いま

《 憲法問題特別委員会だより 》

第77回 憲法市民講座 「憲法9条の規範力」を開催しました。

憲法問題特別委員会 副委員長 千々和 章

昨年度から始まった憲法市民講座は今回で17回目の開催となりました。今回は9条連続学習会(第2回)として、東大の石川健治教授をお招きし、「憲法9条の規範力」についてご講演いただきました。今回の市民講座には、過去最高の147名の方にご参加いただくことができ、関心の高さがうかがわれました。

石川先生のご講演の要旨を紹介し報告とさせていただきます。

1 戦後の9条論は絶対平和主義をひたすら語るものだった、それによって何が失われたのか、原理原則に集中して手薄になっていたもの(9条はどういう役割かの議論)を話したい。

そのためには、そもそも憲法とは何かというところから話す必要がある。

ある学会において立憲主義と民主主義は対立しようという議論がされたことがあった。立憲主義、民主主義、平和主義はそれぞれ予定調和の関係にはなく、折り合いをつけていく必要があるが当然に折り合うものではない。

日本が立憲主義を採用したのは、何が何でも「文明国」にならなければならないという至上命題があったため、その中で大日本帝国憲法は生まれた。

立憲主義とは何かというと、憲法を国家の仕組みと捉えた場合には江戸時代にも世界に冠たる立派な憲法はあった。200年も平和を保つことができたのは極めて精妙な統治システムが存在したから。

ところが、開国した際に西欧からそれでは憲法になっていないと言われ文明国とは扱われなかった。フランス人権宣言にあるように、「権利保障と権力分立を持っていない社会は憲法を持っているとは言えない」という考えがあった。

2 規範力を考えるに際しては2つの観点が必要となる。

「憲法への意志」という言葉を用いたが、これはコントラート・ヘッセの著作「憲法の規範力」という論文から借用した言葉。ヘッセの「憲法への意志」はニーチェの「力への意志」をもじって作られた言葉。

規範力については「事実の規範力」という議論がある。これはゲオルク・イエリネックの名前で非常に有名な議論で、事実を繰り返していくと規範になるという現象を指している。わかりやすい例を挙げるとイチローが打席に入る動作は有名だが、本人の中では長年繰り返した動作をすることは規範化しているかもしれない。

このように、既成事実が規範になるのではないかという点について、現実をよく見ていた美濃部達吉は、大正デモクラシー期において現実に行われている帝国議会の運用(政党内閣という慣行)が現実の日本の憲法だと説明した(明治憲法においては憲法に先行して内閣が存在していたにもかかわらず、あえて憲法に内閣を書き込まず内閣の正統性を剥奪していた。明治憲法制定当時において内閣は「幕府的な存在」と言われて忌避された)。一方で美濃部は統帥権の独立という慣行も憲法であると言っていた。

イエリネックは「事実の規範力」だけを言っていた

わけではなく「正義の規範力」という概念にも言及し釣り合いをとっていることに注目する必要がある。事実だけが規範力を持つのであれば、憲法が改正手続によらず変えられてしまうということになってしまう。そこで、ヘッセは憲法にも規範があると主張し、それを支えるのが「憲法への意志」だと述べている。

憲法9条について言えば、自衛隊が長年存在している以上、「事実の規範力」からすれば9条は空文化していると言わざるを得ない。

しかしながら、9条それ自体にも規範力はあるのであって、9条が論理的に許容できる枠を超えたら違憲となるという意味で9条は存在意義を有している。

3 では、憲法の規範力を支えるものは何か、ヘッセの「憲法への意志」という主張は、東ドイツが強かった西ドイツにあって、「西を守る」という含意があった。

モーリス・オーリウは「近代国家は分離国家である」と主張した。「政軍の分離」「国家と宗教団体の分離」（政教分離は政治と宗教の分離ではなく政権（国家）と教権（教会）の分離というのが本来の意味）「三権の分離」「政治的権力と経済的権力の分離」「公共政策と私生活の分離」がなされているという意味で「分離国家」である。

このようにして分離線を引くことで私生活が確保される（主権国家の「主権」とは至高者の形容であり、本来主権国家には何人たりとも逆らえない）。

それではどのようにして分離線を維持するかが問題となる。「憲法への意志」では大まかすぎる。分離線の維持には押し返す力が必要となる。上からの力と下からの力が拮抗し均衡点が生まれることによって維持されている。放っておいて維持されているわけではない。

このことは三権の分離線にも言える。三権が牽制し合うと自己完結的な運動を始める。もっとも、均衡が崩れると自己完結していた領域が破壊され外部の力が入ることになる。そして均衡するまでまた運動が続くこととなる。日本では1930年代に均衡が崩れた後、外

国の力が入ることとなった。

政軍分離について言えば、分離線の維持には9条が力を果たしている。日本の自衛隊は現状極めてよくコントロールされている。9条の基礎となる平和主義には倫理的平和主義（もっともよく論証したのはカント）、功利主義的平和主義、法学的平和主義（法的に最適な解決を目指す考え方）があるが、現に働いているメカニズムがあるはず。

4 日本は文明国を目指し明治憲法を制定したが、憲法の制定のみで文明国と認められたわけではなく、日清日露戦争に勝ってようやく文明国と認められ不平等条約を撤廃することができた。

明治憲法は立憲君主制を定めていたが、当時の立憲主義は立憲君主制がデフォルトであった。ヘーゲルは「最終形態は立憲君主制」と言っており19世紀は立憲君主制の時代であった。日本においては君主の側に立憲主義が入るのか国体の魂が入るのかのせめぎあいがあった。

文明国と認められる経緯から、日本の立憲主義には軍国主義、植民地主義が入ってくる。その意味で日本は立憲君主主義であり立憲軍国主義であり立憲植民地主義であった。

日本においては1930年代に立憲主義がパージされた後、10年しかもたなかった。

戦後の日本は70年民主主義がもった。日本国憲法制定において天皇制の改造と9条は不即不離の関係にあった。その意味で、天皇制と9条を語れなければ日本で憲法は語れない。

日本国憲法は戦前の3つの勢力（君主主義、軍国主義、植民地主義）を排除している。排除された勢力は憲法を敵視している。それによって憲法は常時敵に脅かされることとなった。憲法の敵は憲法を敵視するあまり立憲主義まで敵視している状況にある。

個人的には憲法には直すべきところがあるが、どこを変えるべきかを論じると利敵行為になるので語れない状況にある。

戦後は「理」と「数」の対立だった。「数」は改憲勢力が握っていたので護憲勢力は「理」に頼らざるを得なかった。9条論は倫理化したがそうならざるを得ない状況だった。これによって純度の高い非武装平和主義が唱えられた。

冷戦期、ポスト冷戦期、テロリズム時代と社会情勢は変わったが9条論はこれを考えなかった。カントは定言命法（無条件）、仮言命法（条件付）と区別したが9条論は定言命法を採った。

9条論は非現実的な議論となったがその分ぶれない理論であった。

戦後日本には「理」の体现者たらざるを得ない存在があった。それは天皇である。憲法によって神勅の援用が禁じられたため（祭祀を行えば存在意義を証明できるが政教分離によって祭祀の主宰者としての天皇は公共空間に出られなくなった）憲法の構造上「理」の体现者とならざるをなくなった。

そこで、現在の天皇は平和主義者たらざるを得なくなった。

戦前の日本にも1930年代まで公私の分離は一定程度あった。神道は「臣民の儀礼」として公共空間では求められたが私生活では信仰の自由が一定程度あった（天皇機関説事件で分離線が決壊した）。

戦後は政教分離によって無色透明な公共生活が形成された。日本国憲法において無色透明な公共生活は表現の自由が支えることとなった。もっとも、この構造は結構あやういものであり、言論の矢面に立つのはしんどく、フリーライダーばかりになる危険がある。私自身も数年前まではフリーライダーとして幸せな研究生活を満喫していたが、矢面に立っていた先輩がいなくなり自分が矢面に立たざるを得なくなった。表現の自由に代わり今注入されようとしている道徳は愛国心。

このような公共生活の色を決める最大の要素は軍事である。戦前の新聞を読めば一目瞭然だが非常に息苦しい空気が支配している。今が息苦しくないのは公共生活に軍事色が無いから。

5 権力分立とはcontrol（コントロール、統制）であり語源はcontra-rolle（コントラロール）である。

日本の統制は良く効いているがそれはなぜか、優秀なメカニズムが存在するのではないか。メカニズムとは政軍の分離でありシヴィリアンコントロールである（前防衛大臣の「自衛隊のため」との発言は政軍の癒着を示している）。軍隊の統制としては軍隊の民主化（徴兵制、日本では徴兵制は国民の生命を蕩尽した印象が強いが）、軍人の自由が一般的である。これをするとも軍隊は弱くなるが西ドイツでは多くの条文で軍隊をがんじがらめにしてこの道を選んだ。

日本ではその道を選ばず9条を採用した。9条は議事にダメ出しをしていると理解すべきである。戦前日本の統制を破壊したのは政治家達であった。党利党略に明け暮れた隙を軍部に突かれている。9条は軍の編成権を議事に与えないこととした。

遵法義務は道徳義務であって法律の外から調達する必要がある。例えば憲法81条があるが、なぜあるのかその理由は書かれていない。正統性を調達する必要がある。権限の付与とは行使・不行使の権限であり正統性が不足していれば不行使に傾きやすい。

純度の高い平和主義論が9条に正統性を付与している。権限の行使・不行使については、財源の根拠という観点もある。行使してもらっては困る権限には財源を配分しないという方法がある。軍事の最大の統制は財源であり、9条によって軍拡が阻まれた（GNP1%枠（1%には何の理論的根拠もない））という側面がある。

6 現在の加憲論は構成だけで統制がない。立憲主義であればコントラロールが必要であり、統制を用意しない提案は非立憲である。

現状を正当化するだけで何も危ないことはないと言われているが、この提案が一番危険である。今まで書かれていないことによって統制されていたものが根拠条文だけを作って統制を置かないことになるのであって危険でありおよそ真面目な改憲提案とは言えない。