

憲法いの現在ま

OBA MJ 連載

《 憲法問題特別委員会だより 》

第86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 ——

【後編】

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 西見による触発 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、本誌165号（2018年9月号）） 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

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（以上、本号）

第4 憲法の留保

⑤ 「憲法の留保」の対象事項

(3) 各論

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「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」については、「立

憲主義と民主主義」という既知の問題系から出発して考察するのが適切である。

民主主義の建前からすれば、本来、国家的意思決定は、その時々最新の国民の意思に従ってなされるべきであるとも考えられる。立憲主義の典型的営為は、裁判所による違憲立法審査権の行使であるところ、裁判所による違憲立法審査権行使は、直接選挙によって選出されたわけではないと

いう意味で「非民主的」な国家機関である裁判所が、「過去」の国民の意思決定の産物たる憲法に基づき、「現在」の国民が「民主的」に意思決定して制定した法律の効力を覆滅させるというものであるから、反民主主義的でありうる（「反多数決主義の困難（counter-majoritarian difficulty）」）。これが、いわゆる「立憲主義と民主主義」の典型的な問題である。

アメリカ合衆国は、憲法上、違憲審査制の明文規定がなく、違憲審査権を行使する裁判所自身が形成した判例にて、違憲審査権行使が認められているにすぎない。そのため、アメリカ合衆国では、「立憲主義と民主主義」の問題は、常に論争の対象であった。

日本でも近時、この問題を正面から取り上げる文献が陸続と公表されている^{※1}。かつて日本では、あるべき民主主義とは「立憲民主主義」であるとして、立憲主義と民主主義との緊張関係自体を否定する見解も見られたが、現在日本の憲法学説においては、立憲主義と民主主義とが一定の緊張関係に立つことについては、認識が広く共有されている^{※2}。上述のとおり、裁判所による違憲立法審査権行使は、立憲主義の代表的営為であるところ、立憲主義と民主主義との対抗関係を正面から肯認すると、裁判所による違憲立法審査は、立法府に対して敬讓的であるべきであるという「司法消極主義（judicial passivism）」に帰着しうる。

このため、主として、裁判所による積極的な違憲審査を志向する立場から、立憲主義と民主主義との緊張関係を解決するための理論的努力が積み重ねられてきた。

その1つが、次に述べるプリコミットメント論

※1 文献は枚挙にいとまがないが、さしあたり、阪口正二郎「立憲主義と民主主義」（日本評論社、2001年）、松井茂記『司法審査と民主主義』（有斐閣、1991年）、を挙げておく。

※2 芦部信喜『憲法訴訟の理論』（有斐閣、1973年）36頁以下など。

※3 阪口・前掲289頁以下など。

である。

すなわち、人間は、時に不合理な意思決定を行ってしまう場合がある。とりわけ、日常とは異なる局面においては、人間は冷静さを欠き、自己に不利益を与える意思決定をしてしまう危険性が大きい。将来における不合理な意思決定を防止するために、合理的判断が可能な現時点で、あらかじめ一定の自己拘束を設定し、将来における選択肢を減らすことが有効な場合がある。

プリコミットメント論は、憲法定制・立憲主義を、かような合理的自己拘束の営為と捉える。すなわち、将来における不合理な国家的決定を防止するために、現時点で硬性憲法を制定し、容易にこれを改廃することができないようにして、あらかじめ、将来時点における国家的意思決定の範囲を局限しておくのである^{※4}。プリコミットメント論の立場からすれば、立憲主義憲法の重要な意義は、国家作用のなかでも、その時々^{※4}の政治的判断によったものでは濫用されるおそれの大きいものについて、あらかじめ憲法でその範囲、権限の所在、履践すべき手続等を明定し（合理的自己拘束）、もって、将来時点における濫用を防止するという点にある。

以上からすれば、③「国家によるその時々^{※4}の判断によったものでは濫用のおそれの大きい国家作用」を「憲法の留保」の対象事項とする必要性が高い。

6 憲法による委任の限界

(1) 「憲法の留保」の対象事項であるからといって、そのあらゆる側面について、憲法自体への明記が必要なわけではない。このことは、「法律の留保」において、

※4 プリコミットメント論については、愛敬浩二『改憲問題』（筑摩書房、2006年）102頁以下、愛敬浩二「立憲主義の復権と憲法理論」（日本評論社、2012年）121頁以下などを参照。プリコミットメント論を日本に紹介した代表的論者は愛敬浩二であるが、彼自身は「プリコミットメント論の利用にさほど積極的でない。」と述べ、憲法における同論の活用に対して、両義的な評価を行っている。愛敬浩二「プリコミットメント論と憲法学」長谷部恭男・金泰昌編『公共哲学 12 法律から考える公共性』（東京大学出版会、2004年）371頁。

留保事項について、一定の範囲で、法律から他の法規
範への委任が許容されているのと同様である。そのた
め、「憲法の留保」の対象事項画定に次いで、「憲法に
よる委任の限界」について検討する必要がある。

- (2) 「法律の留保」と同様、「憲法の留保」においても、
法律など憲法以外の実定法規範への白紙委任が許容
される場合もあれば、委任に当たり、高度の羈束性
が要求される場合、さらに、そもそも憲法以外の実
定法規範への委任が許されない場合もあろう。

憲法による委任の限界を超えた委任がなされた場
合、当該憲法規定は、立憲主義に違背するとの評価
を受ける。

なお、「憲法による委任の限界」について論じた日
本の文献は、管見のかぎり皆無である。そのため、以
下の叙述は、もっぱら本稿筆者の私見に属する。

- (3) 「法律による委任の限界」と同様、「憲法による委
任の限界」の判断基準についても、一義的に論ずる
ことはできない。

しかし、一定の指針を提示することは可能である。
検討に当たっては、委任の可能な事項と委任の羈束
性を一応区別して論ずることが有益であろう。

① 憲法の本質に関わる事項

①「憲法の本質に関わる事項」の重要性に照ら
すと、法律等への委任が許容されるのは、周縁的
な細則に限られる。①「憲法の本質に関わる事項」
の核心を法律等へ委任してしまつては、憲法の同
一性すら不安定になりかねないからである。

周縁的な細則であれば、委任に当たり、さほど
高度の羈束性を要求する必要はなからう。

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の権限」に
ついては、制約される個人の自由が重要であれば
あるほど、また、自由制約の程度が深刻であれば
あるほど、憲法から法律等への委任は許容されに
くくなり、委任自体は許容されても、委任に当た
り、高度の羈束性を要求すべきである。

上述した徴兵制導入の場合、制約される個人の

自由が人身に関わるものであって非常に重要であ
るし、自由制約の程度も深刻である。そのため、少
なくとも徴兵制導入自体は憲法自体に明記する必
要があるし、徴兵の対象となる個人の範囲につい
て、法律への委任を許容するとしても、少なくと
も、白紙委任は許されない。

- ③ 国家によるその時々判断によつたのでは濫用
のおそれの大きい国家作用

③「国家によるその時々判断によつたのでは
濫用のおそれの大きい国家作用」については、濫
用のおそれが大きければ大きいほど、濫用された
場合の不利益が深刻で回復困難なものであればあ
るほど、憲法から法律等への委任は許容されにく
くなり、委任自体は許容されても、委任に当たり、
高度の羈束性を要求すべきである。

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

自由民主党による自衛隊加憲条項案を再掲すれば、
次のとおりである。

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。

すでに指摘したように、上記条項案においては、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おり（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（2項）。

2 自衛隊に関する「憲法の留保」

日本を含め、どの国家でも、他国との緊張関係が高まると、軍隊等実力組織の装備増強の主張が高唱され、現実にも増強される可能性が高い。

毛利透が強調するように、軍隊をはじめとする実力組織の権限が濫用され、その行動が暴走する例は、世界中で枚挙にいとまがない^{※5}。実力組織が暴走した場合、自国民を含め、個人の生命・身体等重要な権利利益が、きわめて深刻に侵害される危険性が大きい。そのため、国際情勢名下に、実力組織の装備が際限なく増強されると、当該実力組織が権限濫用等により暴走した場合の危険は、計り知れないものとなる。

また、実力組織の装備増強に多くの国家予算が割かれることによって、国民の経済生活が圧迫される危険性も、軽視することができない。

このため、自衛隊の組織、規模及び統制については、③「国家によるその時々^{※5}の判断によったのでは濫用のおそれの大きい国家作用」の1つとして、「憲法の留保」の対象事項である。このなかでも特に、自衛隊の権限濫用による暴走を防止するためには、自衛隊に対する統制がきわめて重要である。

自衛隊の権限が濫用された場合の個人の自由侵害の程度は計り知れないから、憲法が法律等他の法規範へ委任することができる事項も厳しく限定され、仮に委任が許容される場合であっても、委任の羈束性は高度のものが要求される。

3 自衛隊加憲の場合における「憲法の留保」の具体的検討

(1) 仮に自衛隊を憲法に明記する場合における「憲法

※5 君塚正臣・藤井樹也・毛利透『VIRTUAL 憲法』（悠々社、2005年）120-121頁〔毛利透執筆部分〕。最近のものとして、毛利透『グラフィック憲法入門（補訂版）』（新世社、2016年）38頁。

の留保^{※6}」のあり方について具体的に検討する。

(2) 自衛隊の行動は、通常、政府によって指揮されるので、これを民主的に統制するためには、国会による統制が重要な意義をもつ。

自衛隊による実力行使の開始は、他国との軍事的衝突、交戦という重大で不可逆的な事態を招来する可能性が高いから、国会による承認を憲法自体が明定する必要がある。この場合における国会の意思決定は、きわめて重要な意味をもつので、国会両院による特別多数決を要求すべきである。

具体的にいかなる特別多数決を要求すべきかについては、その重要性に照らしても、また、現行日本国憲法上、他の局面における特別多数決の要件は明定されていることとの権衡からも、憲法自体に明記する必要がある。この局面において、憲法から法律等への委任が許容されるのは、手続の細則等周縁的な事項に厳しく限定される。

すでに日本が武力攻撃を受けたなどの事情のため、国会が即時に上記承認を行うことができない場合はありうるが、この場合の処理（事後的な国会の承認を求め、承認が得られなかった場合はただちに自衛隊による実力行使を終了するなど）についても、憲法自体に明記すべきである。

また、一度国会が自衛隊の実力行使を承認すれば、期間の制限なく自衛隊の実力行使が可能であっては、政府の意向により、（たとえば実力行使、戦争の帰結が明らかであるにもかかわらず）際限なく実力行使が継続され、個人の権利利益がさらに侵害されることになりかねない。そのため、自衛隊の実力行使の継続について、一定期間ごとの国会の承認を、憲法自体に明定すべきである。

さらに、政府の意向により、際限なく自衛隊による実力行使が継続される事態を防止するためには、自衛隊による実力行使の終了も、国会による統制にか

※6 なお、先述のとおり、本稿の主位的主張は、自衛隊を憲法に明記しないことにより、自衛隊を実効的に統制すべきであるというものである。

からしめる必要がある。国会の一方的な意思決定により、自衛隊の実力行使を終了しなければならない旨も、憲法自体に明記すべきである。

現行日本国憲法上、衆参両院の決議が異なった場合の処理については明定され、手続の安定が企図されているから、上記の各規定を設けるに当たっても、衆参両院の決議が異なった場合の処理をも明記すべきである。少なくとも、自衛隊による実力行使の開始については、衆参両院一致の特別多数決を要求すべきであろう。

- (3) 自衛隊の組織・規模等については、国際情勢の変化に応じた変更の必要性がありうることは否定しがたいから、憲法自体に一義的に明記すべきであるとまではいえない。

しかし、自衛隊の組織・規模等は、自衛隊の権限が濫用され、これが暴走した場合の危険の程度に直結する問題であるから、大綱的指針程度は憲法自体に明記すべきである。

4 自由民主党による自衛隊加憲案の具体的検討

以上の検討をもとに、自由民主党による自衛隊加憲条項案をみると、自衛隊の組織・規模等が、法律にほぼ全面的に白紙委任されており（1項）、国会の承認を要する自衛隊の具体的行動、国会の承認の要件（特別多数決の要否を含む。）など、自衛隊の統制面も、法律に白紙委任されている（2項）。

かような条項案は、「憲法の留保」に違反しており、立憲主義に違背すると評価するほかない。

第6 おわりに

本稿では、「憲法の留保」概念を導きの糸として、自衛隊加憲論について検討してきた。その結果、自由民主党の自衛隊加憲条項案は、「憲法の留保」に違反して立憲主義に違背するというほかないことが明らかとなった。

上記のとおり、自衛隊を憲法に明記しないことが自衛隊の最良の統制方法であるが、仮に自衛隊を憲法に明記する場合には、「憲法の留保」や憲法による委任の限界に十分留意する必要がある。

OBAMJ

November 2018
月刊 大阪弁護士会 Vol.167(通巻773号)

■ From Editor

2018年(平成30年)11月30日

- 発行：大阪弁護士会
- 発行責任者：広報委員会 委員長 池内清一郎
〒530-0047 大阪市北区西天満1-12-5
URL <http://www.osakaben.or.jp>
- 印刷：西村印刷株式会社