

日本国憲法 9 条と自衛隊加憲論

——澤野義一先生献呈論文——

吉 原 裕 樹

第 1 はじめに

1 本稿の目的

本稿の目的は、自衛隊加憲論を、主として法解釈論的観点から批判的に検討することにある。自衛隊加憲論とは、日本国憲法を改正して、これに自衛隊を明記しようという議論を指す。

法解釈論は、現に存在する実定法の解釈を主たる任務とする。これに対し、自衛隊加憲論は、現に存在する実定法の解釈ではなく、憲法改正論の一種である。そのため自衛隊加憲論を、法解釈論的観点から論評することには限界もある。しかし、現在論じられている自衛隊加憲論は、政治的観点のみならず、法解釈論的観点からも、問題が少なくない。そのため本稿は、現在論じられている自衛隊加憲論を、主として法解釈論的観点から批判的に検討する。

2 自民党加憲案

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 月に自由民主党（以下「自民党」という）が公表した、下記の「条文イメージ（たたき台素案）」がある（以下「自民党加憲案」という）¹⁾。

日本国憲法 9 条の 2 第 1 項 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。

第2項 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。²⁾

自民党によれば、自民党加憲案の意義ないし目的は、以下の点にある。

自衛隊の諸活動は、現在、多くの国民の支持を得ている。他方、自衛隊については、①合憲と言う憲法学者は少なく、②中学校の大半の教科書（7社中6社）が違憲論に触れており、③国会に議席を持つ政党の中には自衛隊を違憲と主張するものもある。そのため、憲法改正により自衛隊を憲法に位置付け、「自衛隊違憲論」は解消すべきである。³⁾

「国民を守る」ことは、本来、国家最大の使命である。にもかかわらず、日本国憲法にはその発想が欠けており、国家の最重要責務に関する規定とも言うべき「国防規定」が日本国憲法には存在しない。……防衛は国家権力の発動の最たるものであり、憲法上、明文の規定があった方がよい。……このような問題意識に立って、自民党は、

-
- 1) 澤野義一も、自衛隊加憲論のなかで、本文記載の自民党加憲案が「有力視されている」と述べ、批判的考察の対象としている。澤野義一「自民党『改憲四項目素案』の検討」大阪経済法科大学法学論集 79号（2018年9月号）149頁。なお澤野は、自民党加憲案が公表される以前から、自衛隊加憲論について、法的効果と政治的・社会的効果とを峻別しつつ、批判的検討を加えていた。澤野義一「安倍政権下の改憲動向と憲法の諸問題——憲法施行70年目の憲法政治の検討——」大阪経済法科大学法学論集 78号（2018年3月号）134-148頁。自民党加憲案以外の自衛隊加憲論の系譜については、浦田一郎『自衛隊加憲論の展開と構造——その憲法学的分析』（日本評論社、2019年）、特に18-99頁を参照。
 - 2) 自由民主党憲法改正実現本部「日本国憲法の改正実現に向けて——資料編——」（2022年〔5月〕）同本部ウェブサイト（<https://constitution.jimin.jp/document/kenpou/material20220513.html>）1頁。なお、引用に当たって、体裁に形式的な修正を加えた。条文の内容は原文のままである。
以下、ウェブサイトの閲覧日はいずれも2024年1月25日である。
 - 3) 同上・自由民主党憲法改正実現本部（2022年）4頁。

「自衛隊明記」を提案している。／これは、我が国が武力攻撃を受けたときに自衛の措置を担う自衛隊を憲法上、明確に位置付けるものである。／「徹底した平和主義」の下での「専守防衛」は、我が国が平和を享受してきた大きな要因の一つであり、これを変更するつもりは全くない。このため、「平和主義」を具体化した現行 9 条 1 項・2 項は一言一句変えずに堅持する。⁴⁾

3 自民党加憲案の背景

上記のとおり、自民党加憲案の最大の目的は、自衛隊違憲論の解消にある。また自民党は、自衛隊違憲論の支持者として、憲法学者・中学校の教科書（における紹介）・政党の 3 者を挙げている。このうち、憲法学者が冒頭に掲げられていることからすれば、自民党は、自衛隊違憲論の最大の支持者として、憲法学者を想定しているようである。

上記のとおり、自民党は「合憲と言う憲法学者は少な」と述べる。その背景には、朝日新聞による、ある著名なアンケートがある⁵⁾。

すなわち、朝日新聞は 2015 年 6 月、憲法学者 209 名に対して、アンケートを実施した。同アンケートのなかに、「現在の自衛隊の存在は憲法違反にあたると考えますか」という質問があった。回答者（合計 118 名）の回答内容の内訳は、次のとおりであった。「憲法違反にあたる」50 名、「憲法違反の可能性はある」27 名、「憲法違反にはあたらない可能性はある」13 名、「憲法違反にはあたらない」28 名⁶⁾。

-
- 4) 自由民主党憲法改正実現本部「日本国憲法の改正実現に向けて（解説版）」（2022 年 [5 月]）同本部ウェブサイト（<https://constitution.jimin.jp/document/kenpou/manual20220513.html>）4 頁。
 - 5) 君塚正臣は、本文記載のアンケート結果を引用しつつ、自衛隊の憲法適合性について論じている。君塚正臣「二重の基準論の多角的再検討——立憲民主制」同『続 司法権・憲法訴訟論——刑事手続と司法審査』（法律文化社、2023 年）207 頁・243 頁（注 205）。
 - 6) 朝日新聞ウェブサイト（<https://www.asahi.com/topics/word/安保法案学者アンケート.html>）。

このうち、「憲法違反の可能性がある」という選択肢と「憲法違反にはあたらな可能性はある」という選択肢を別個に設けている趣旨は、必ずしも明らかではない。また、いかなる国家作用も、憲法違反に該当する可能性は、0%とはいえない。この点で、「憲法違反の可能性がある」という選択肢の趣旨は分かりにくい。

ともあれ、回答者合計 118 名のうち、明確に違憲であると回答した憲法学者が 50 名、明確に合憲であると回答した憲法学者が 28 名であった。そのため、自民党が述べるように、自衛隊を明確に「合憲と言う憲法学者は少な」いとはいえそうである⁷⁾。

4 自衛隊加憲論の行く末

元内閣総理大臣の安倍晋三は、自衛隊加憲論を含む日本国憲法改正論を、強力に牽引した⁸⁾。自民党加憲案も、安倍の内閣総理大臣在任中（2018 年 3 月）に立案されたものである。安倍は、内閣総理大臣退任後も、自衛隊加憲論を含む日本国憲法改正論を強力に推進した。

しかし安倍は、2022 年 7 月 8 日、参議院議員通常選挙に向けて、奈良市内の近畿日本鉄道大和西大寺駅前にて街頭演説中、突如銃撃され、同日死亡した⁹⁾。安倍の死後、安倍という非常に有力な支持者を失ったことで、自

7) ただし、本文記載のアンケートに対して、長谷部恭男・曾我部真裕・山元一・片桐直人・木下昌彦など有力な憲法学者が顕名にて、現在の自衛隊の存在は「憲法違反にはあたらな」と回答していることには、留意を要する。自衛隊合憲説の代表例として、長谷部恭男「平和主義と立憲主義」同『憲法の理性（増補新装版）』（東京大学出版会、2016 年）3-22 頁。

憲法 9 条に関する憲法学説の展開については、麻生多聞『憲法 9 条学説の現代的展開——戦争放棄規定の原意と道徳的読解——』（法律文化社、2019 年）11-83 頁、鈴木敦『「戦後憲法学」と平和主義——九条という『主戦場』』鈴木敦・出口雄一編『「戦後憲法学」の群像』（弘文堂、2021 年）223-304 頁を参照。

8) 豊秀一「近年の憲法改正論議の特徴——新聞記者の視点から」憲法研究（辻村みよ子責任編集）12 号（2023 年 5 月号）103-115 頁も参照。

9) NHK 政治マガジンウェブサイト（<https://www.nhk.or.jp/politics/articles/statement/85778.html>）。

衛隊加憲論は、多少なりとも勢いを失ったように見える。

自民党の清和政策研究会は、生前、安倍が会長に就任しており、通称「安倍派」といわれる自民党内の派閥である。同会は 2024 年 1 月、政治資金パーティーをめぐる事件を受けて、会の解散を決定した¹⁰⁾。これにより、安倍の（死後にもなお継続した）影響力は、さらに低下することが見込まれる。

もっとも、内閣総理大臣の岸田文雄は、2024 年 1 月 4 日、内閣総理大臣としての記者会見において、次のように述べた。「憲法改正の実現に向けた最大限の取組も必要です。自民党総裁として申し上げれば、自分の総裁任期中に改正を実現したいとの思いに変わりはなく、議論を前進させるべく最大限努力をしたいと考えています。今年〔＝ 2024 年〕は条文案の具体化を進め、党派を超えた議論を加速してまいります」¹¹⁾。自民党は、自民党加憲案を「条文イメージ（たたき台素案）」と位置付けている。したがって、岸田による上記発言の意図は、自衛隊加憲論の正式な条文案を提示したいということにあらう。

以上からすると、自民党が自民党加憲案を放棄したわけではないし、自民党加憲案をはじめとする自衛隊加憲論が、今後、世論における支持を拡大する可能性も、十分に考えられる。

そのため、自民党加憲案を批判的に検討する意義は、なお十分にある。

5 本稿の問題関心

ここで、あらかじめ本稿の主たる問題関心を述べておく。

自民党加憲案は、自衛隊違憲論を解消するために、憲法を改正しようとするものであるところ、法律や公的機関の「違憲性（ないしその疑い）」を払拭するために憲法改正を行う」という手法は、比較法的にみても、自民党加憲案に特有のものではない。

10) NHK ニュースウェブサイト (<https://www3.nhk.or.jp/news/html/20240119/k10014327541000.html>)。

11) 首相官邸ウェブサイト (https://www.kantei.go.jp/jp/101_kishida/statement/2024/0104kaiken2.html)。

たとえば、フランスの憲法に、いわゆるパリテ条項を追加した憲法改正の経緯は、日本でもよく知られている。すなわち、フランスの国会は、女性の政治参加の遅れを是正するため、選挙法典に、積極的差別是正措置として25%クォータ制を設けようとした。しかし、フランスの憲法院は1982年11月18日、同クォータ制を違憲と判断した。そのため、フランスでは1999年7月に、憲法に積極的差別是正措置を許容するための条項（通称「パリテ条項」）を追加する憲法改正が行われた¹²⁾。

本稿の主たる問題関心も、自民党加憲案がとろうとしている、「違憲性（ないしその疑い）を払拭するために、憲法改正を行うという手法」自体にあるわけではない。本稿の主たる問題関心は、むしろ、自民党加憲案の内容にある。すなわち本稿は、自民党加憲案において、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いるだけでなく（9条の2第1項）、自衛隊の統制面でも、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が、法律に白紙委任されていること（9条の2第2項）に着目する。

6 前稿

筆者は2018年に、「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——」と題する論稿¹³⁾（以下「前稿」という）を公表した。しかし前稿は、自民党加憲案が報道された後ただちに、速報性を重視して執筆したものであった。そのこともあって、今読み返すと、前稿には修正すべき点が目立つ。また前稿執筆後、自民党加憲案をめぐって、安倍晋三の急逝を含め、さまざまな事情が生じた。さらに憲法学でも、自衛隊加憲論及び本稿の内容に関連する重要な研究が公表された。

12) 辻村みよ子『憲法とジェンダー法学——男女共同参画の課題（辻村みよ子著作集第4巻）』（信山社、2022年）279-285頁・299-303頁、糠塚康江『パリテの論理——男女共同参画の技法——』（信山社、2005年）などを参照。

13) 吉原裕樹「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・後編）」月刊大阪弁護士会 165号（2018年9月号）52-57頁、167号（2018年11月号）55-59頁。

そこで本稿は、前稿の内容を抜本的に修正するとともに、前稿執筆後に生じた事情や参考文献を加筆した。

第2 憲法に自衛隊を明記しないことによる自衛隊の統制

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、軍勢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。日本における軍勢力の統制は、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うべきであろう。

本来は後衛の位置にあるべき第2、第3の側面が、そのようにして軍勢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、戦後日本の軍勢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。¹⁴⁾

石川の議論の要点は、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である。それゆえ、「憲法に

14) 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 (全国憲法研究会) 8 号 (1997 年) 105-123 頁 (特に 116-118 頁)、石川健治「民主主義・立憲主義・平和主義——憲法に自衛隊を明記するとはどういうことか」法律時報 91 巻 2 号 (2019 年 2 月号) 88-96 頁も参照。

ところで、富井幸雄は次のように述べる。「自衛隊を憲法に明記すべしとする強固な改憲論がある。しかし、自衛隊は合憲・適法に存在し、国民に定着しているから、あえてこうした改憲をする必要をみない。肝要なのは、自衛隊の権限や規模が〈自衛のための必要最小限度〉かどうかを政治的にチェックする仕組みであり、武力行使を実体的に制限する 9 条の規範的意義は維持されてよい」。富井幸雄「安全保障のデザイン——憲法の視点」駒村圭吾・待鳥聡史編『統治のデザイン——日本の「憲法改正」を考えるために』(弘文堂、2020 年) 45-46 頁。富井は、自衛隊・安全保障に対する基本的姿勢が石川健治と大きく異なるようであるが、「武力行使を実体的に制限する 9 条の規範的意義」を積極的・肯定的に捉える点で、石川の所論に近似しているように見える。石川も富井も、自衛隊が数十年にわたり厳然として存在していることを直視し、前提としたうえで、なお 9 条の規範的意義を活かそうとする点で、共通しているようである。

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。すでに、自衛隊加憲論に基づく条項案として、自民党加憲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3 憲法の留保

1 憲法の留保への着目

自民党加憲案は、上記第1の5のとおり、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る。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、憲法の基本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」という概念に着目するのが有益である。

「憲法の留保」（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¹⁵⁾。そのこともあって、日本では、「憲法の留保」という概念に言及する文献

15) 赤坂幸一「憲法留保」同『統治機構論の基層』（日本評論社、2023年）35頁（同論文の初出は、赤坂幸一「憲法留保」法学セミナー749号〔2017年6月号〕51-58頁）。

16) 貴重な例として、同上・赤坂（2023年）34-49頁、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）51-52頁、加藤一彦「硬性憲法の脆弱性——その硬質性と国民意思の相関関係性——」同『議会政の憲法規範統制——議会政治の正軌道を求めて』（三省堂、2019年）287-293頁（同論文の初出は、加藤一彦「硬性憲法の脆弱性」現代法学〔東京経済大学〕26号〔2014年2月号〕87-110頁）、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（名城大学）66巻1=2号（2016年12月号）403-430頁。

なお、ドイツ憲法史を扱った長利一『ドイツ緊急権の憲法史——「危機憲法」論』（日本評論社、2022年）には、「憲法の留保」がたびたび登場する。

は、いまだ数少ないし¹⁶⁾、「憲法の留保」の定義も、必ずしも一様ではない¹⁷⁾。本稿ではさしあたり、「憲法の留保」を、「一定の国家作用について、憲法典自体が定める必要があるということ」と定義する。「憲法の留保」概念は、「法律の留保」概念とパラレルに理解することができ、「憲法上に根拠がなければ発動することができない国家作用」を指し示すものである。

本稿の問題意識は、自民党加憲案は、憲法に留保されるべき事項まで、「憲法の留保」に反して、法律に（ほとんど）白紙委任しているのではないか、というものである。

以下では、「憲法の留保」の対象事項と違反の効果を検討したうえで、自民党加憲案について具体的に考察する。

2 「憲法の留保」の対象事項

まず、「憲法の留保」の対象となる国家作用は何かを検討する。

(1) 個人の自由を制約する国家作用

「憲法の留保」の対象事項として、まず、「個人の自由を制約する国家作用」が考えられる。

たとえば駒村圭吾は、「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¹⁸⁾。また渡邊互は、「憲法の留保」の対象事項について、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

17) 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（前掲注 15・赤坂〔2023 年〕35 頁）。また加藤一彦は、「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」で用いている（同上・加藤〔2019 年〕289 頁）。

18) 前掲注 16・駒村（2007 年）52 頁。

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出来るものであり、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うことができよう。¹⁹⁾

日本国憲法を含む立憲主義憲法の場合、憲法の最大の役割（の一つ）は、立憲主義の実現にある。立憲主義は、憲法制定により国家権力の恣意を抑止し、国家権力から個人の自由を守ろうとするものである。そのため、憲法に留保されるべき事項としては、まず、「個人の自由を制約する国家作用」が挙げられる必要がある。

(2) 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 ア プリコミットメント論、立憲主義と民主主義への着目

立憲主義の実現という観点からすると、必ずしも個人の自由を直接に制約するものでなくても、「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」も、「憲法の留保」の対象事項と考えるべきである。その理由は以下のとおりである。

立憲主義に関する憲法理論のなかで、特に、「国家によるその時々判断（の危険性）」と、立憲主義との関係に着目してきたのが、プリコミットメント論である。プリコミットメント論は、日本では、「立憲主義と民主主義」という文脈で議論されることが多い。そのため、本稿の主題からすればやや協道にそれるが、上記文脈から説明する。

19) 前掲注 16・渡邊互（2016 年）413-414 頁。

イ 立憲主義と民主主義

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。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）」）。このため、立憲主義と民主主義とは、一定の緊張関係に立つ。これが、「立憲主義と民主主義」という問題である。

アメリカ合衆国では、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²⁰⁾。その結果、現在の日本の憲法学説では、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²¹⁾。

上記のとおり、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。そのため、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、立法府に対して敬謙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、プリコミットメント論である²²⁾。

20) 文献は枚挙にいとまがない。たとえば、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）など。

21) 同上・阪口（2001年）286-293頁など。

ウ プリコミットメント論

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（異常時）においては、人間は冷静さを欠き、中長期的にみれば不合理な、自己に不利益を与える意思決定をしてしまう危険性が高い。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在時点（平時）にて、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、憲法制定・立憲主義を、この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（法律制定や行政活動）を防止するために、現在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限定しておくのである。

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（法律制定や行政活動）のなかでも、その時々々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）、これによって、将来時点における濫用を防止するという点にある。

エ 小括

以上からすれば、「国家によるその時々々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。

-
- 22) 日本では、プリコミットメント論は、愛敬浩二の研究によって広く知られるようになった。愛敬浩二『改憲問題』（筑摩書房、2006年）、愛敬浩二『立憲主義の復権と憲法理論』（日本評論社、2012年）118-132頁などを参照。ただし愛敬は、「私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、慎重な姿勢をも示している。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『法律から考える公共性』（東京大学出版会、2004年）371頁。

3 憲法による委任の限界

「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、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おり、その限界（「法律による委任の限界」）が論じられているのと同様である²³⁾。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。

「法律による委任の限界」に関して、「白紙委任は許されない」といわれることが多い。しかし、委任に当たって要求される羈束性の程度は、その局面によって異なりうる。このことは、「憲法の留保」・「憲法による委任の限界」においても同様である。憲法による委任に当たって、要求される羈束性の程度については、以下のように考えることができる。

まず、「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、委任に当たり、高度の羈束性を要求すべきである。

次に、「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、濫用のおそれが大きければ大きいほど、また、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、委任に当たり、高度の羈束性を要求すべきである。

4 「憲法の留保」違反の効果

「憲法の留保」に違反する国家作用は、いかなる法的評価を受けるのか。

ここでもまず、「法律の留保」の場合から考えてみよう。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

23) 「法律による委任の限界」論については、渡邊互『法律の留保に関する比較研究』（成文堂、2019年）128-156頁も参照。

きない。日本の憲法学における通説によれば²⁴⁾、「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難しいように思える。「法律の留保」とパラレルに考えると、「憲法の留保」違反の場合、憲法の上位規範に違反したと評価する必要がある。

この点について渡邊互は、「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²⁵⁾、「立憲主義」概念を援用する。

立憲主義とは、憲法を制定して国家権力の恣意を抑止することにより、個人の自由を保障しようとするものである。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、「憲法を制定すべき事項」ということになる。

以上からすれば、ある国家作用が「憲法の留保」に違反した場合、当該国家作用は、憲法の基本的原理たる立憲主義に違背する、との評価を受けることになる。

24) 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）259-277 頁。

25) 前掲注 16・渡邊互（2016 年）408-409 頁。ただし渡邊は、「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」とも述べている。前掲注 16・渡邊互（2016 年）413 頁。なお、上記引用文中の『』記号は引用者が付したものである。

第4 自民党加憲案の検討

1 自民党加憲案の再掲

自民党加憲案を再掲すれば、次のとおりである。

日本国憲法9条の2第1項 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。

第2項 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。

上記第1の5で指摘したように、自民党加憲案においては、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）、自衛隊の統制面でも、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が、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逸脱濫用され、その行動が暴走する例は、世界中で枚挙にいとまがない²⁶⁾。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。また、実力組織の装備増

26) 君塚正臣ほか『VIRTUAL 憲法』（悠々社、2005年）120-121頁（毛利透執筆部分）、毛利透ほか『LEGAL QUEST 憲法Ⅰ 総論・統治（第3版）』（有斐閣、2022年）142-145頁（毛利透執筆部分）。

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・統制手段等については、「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」の1つとして、「憲法の留保」の対象事項だと考えるべきである。このなかでも特に、権限の逸脱濫用による自衛隊の暴走を防止するためには、自衛隊に対する統制手段がきわめて重要である。

自衛隊の権限が逸脱濫用され、自衛隊が暴走し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に委任する場合でも、憲法による高度の羈束性が要求される。

3 自衛隊明記と同時に憲法に規定されるべき事項

(1) 「憲法の留保」の観点から

以下では、仮に自衛隊を憲法に明記する場合に、「憲法の留保」からすれば、少なくともどのような内容が、憲法に同時に規定されなければならないかを検討する（なお、上記第2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）。

憲法上、内閣（及び内閣総理大臣）の活動は、国会による監視統制に服するところ（議院内閣制。憲法 66 条 3 項など）、内閣総理大臣は法律上、内閣を代表して自衛隊を指揮監督するとされている（自衛隊法 7 条）。そのため、自衛隊の活動、ひいては内閣総理大臣による自衛隊の指揮監督に関しても、国会による監視統制が重要な意義をもつ。

日本国憲法は、とりわけ統治機構に関して、法律に委任している点が多い（憲法 76 条 1 項、79 条 1 項・5 項など²⁷⁾。しかし、議院内閣制の下で、

27) ケネス・盛・マッケルウェインによれば、「日本国憲法には『法律の定めるところにより……』や『……法律でこれを定める』という文言が 40 回現れるが、もっぱら統治機構に関して使われることが多い。……〔具体的には〕人権に関わる部分が 8 カ所、統治機構に関わる部分が 22 カ所、憲法の実施に関する補足が 2 カ所ある」。ケネス・盛・マッケルウェイン『日本国憲法の普遍と特異——その軌跡と定量的考察』（千倉書房、2022 年）63 頁。

国会が内閣・内閣総理大臣の活動を監視統制する局面では、統制の要件・効果が憲法自体に明記される傾向にある（憲法 63 条後段、67 条 1 項・2 項、69 条など）。憲法が、議院内閣制の下で、国会による統制を重視しているためである。

自衛隊による活動、特に実力行使の開始は、他国との軍事的衝突・交戦など、重大で不可逆的な事態を招く可能性が少なくない。そのため、仮に自衛隊を日本国憲法に明記するのであれば、自衛隊による実力行使の開始について、国会による承認の要件・効果を、憲法「自体」が明定する必要がある。

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、内閣総理大臣の意向により、（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、内閣総理大臣の意向により、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についても、国会の統制を及ぼす必要がある。具体的には、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²⁸⁾。

(2) 自民党加憲案

以上の検討をもとに、あらためて自民党加憲案をみると、自衛隊の組織・

28) ここまでの本文の叙述は、仮に自衛隊を憲法に掲記する場合に、「最低でも」これらの事項が同時に規定されなければならないと論ずるものである。本文記載の事項を憲法に明記すれば、それで十分であると論ずるものではない。

規模等が、法律にはほぼ全面的に白紙委任されているだけでなく（1 項）、自衛隊の統制面でも、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が、法律に白紙委任されている（2 項）。

このような条項案は、「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²⁹⁾。

第 5 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、自民党加憲案は、「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。

上記第 2 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。

〔後記〕

澤野義一先生は長年、大阪経済法科大学法学部にて教鞭をとられてきたが、2024 年 3 月をもって同学部を退職される。筆者は 2022 年 4 月、初めて大学専任教員として、同学部に着任した。澤野先生は、筆者を同僚として温かく迎え入れ、数多くの貴重な助言・ご教示をくださった。心から御礼申し上げる。澤野先生から頂戴したご厚誼からすれば、本稿はあまりに拙いものであるが、澤野先生のますますのご健勝とご発展を祈念し、澤野先生に本稿を捧げたい。

29) 浦田一郎も、自衛隊加憲の場合の責任体制について論じているが、法律への白紙委任という観点は希薄なようである。前掲注 1・浦田一郎（2019 年）166-174 頁参照。なお、自衛隊加憲論を直接にとりあげるものではないが、軍隊等の実力組織に対する議会統制に着目した最近の研究として、植松健一「軍事・諜報に対する議会統制」法律時報 90 巻 5 号（2018 年 5 月号）50-55 頁、栗島智明「防衛組織の民主的統制（文民統制）」法学セミナー 69 巻 1 号（2024 年 1 月号）85-86 頁などがある。

本研究は、一般財団法人司法協会による研究助成（個人研究）を受けたものである。本稿の内容は、もっぱら筆者の私見に基づくものであり、いかなる組織・団体をも代表するものではない。