

憲法改正問題について

岩 間 昭 道

はじめに

近時、憲法九条や緊急権を中心に、憲法改正の是非について論議されている。この論議の帰趨は、我国の憲法政治に大きな影響を及ぼすことが予想される。そこで、以下では、今日の改正問題にどのように対応したらよいかについて、簡単に検討したい。¹⁾

I 憲法九条

一 憲法九条は、周知のように、非武装規定として制定されたが、そうした規定のもとで、今日では世界でも有数の軍事力を保有し、限定的ながら集団的自衛権も認められる状況となっており、こうした矛盾した状況にどのように対応するのがよいか²⁾が今日改めて問われている。そこで、本稿では、学説上これまで主張されてきたこうした状況に対応する方法ないし立場を粗描しつつ、今後どのように対応すべきかについて検討する。

二 第一に、解釈によって対応するのが妥当だとする立場である。こうした立場を主張した代表的学説として、伊藤正己の所説を挙げることができる。

伊藤は、一九八二年に刊行された概説書の中で、憲法九条二項について、「自衛権行使に必要な最小限度の戦力の保持は禁止されていない」と解しつつ、日本国憲法の解釈のあり方について、次のように述べる。すなわち、「成文憲法の解釈としては、その解釈の基盤が法文にあるとしても、法文にとらわれ、概念構成と論理のみに重点をおく解釈を行うときは、生きた憲法の運用は望め」ず、また、憲法の解釈態度としては、「社会的要請を的確に分析把握し、憲法の包括的、一般的な規定が社会の要求に適合するように運用されることを可能にする解釈態度が必要」だと説く。そして、こうした立場にたつて、憲法の解釈は、「社会に妥当すべき客観的な合目的解釈」であるべきで、また、「憲法の解釈運用は硬直化したものであってはならず、そこに弾力性が認められたい」と述べ、次のように説く。

「憲法の解釈運用に弾力性が必要であることは、同時にそれが固定的でなく流動的であるべきこと、立法者の意思やある時期の要求に拘束されるのではなく、時代によって変動しうるものでなければならぬことを意味している。かりにある解釈がある時期に正当性を主張しても、それにとらわれていては、憲法と社会の要請との間に空隙を生ずることになる。」「もとより社会の要求や政治の要求の変動に応じて直ちに憲法の解釈運用をそれに対応させねばならないということではなく、無原則にそれらの要求に追随していくべきではない」が、「一度定着した解釈を固守し、その解釈の変更を著しく困難にする態度は、憲法の解釈の場合とるべきではない。憲法と社会の要請との間の空隙を埋める正式の方法は憲法改正であり、場合によっては、この正式の方法によって憲法を改めていかねばならないこともありうる。」

しかし、憲法改正は、硬性憲法にあつては手続的な困難があるし、政治的紛争を生ずる可能性もあつて、事実上避けられることも少なくない。したがつて、憲法を弾力的・流動的に解釈運用することによつて、この空隙を埋めるのが適当であることがきわめて多い。そのような運用によつて支えられた憲法がむしろ強靱な生命力をもちうることは、アメリカ連邦憲法の歴史の示すところである」(憲法「第三版」(弘文堂、一九九五) 八六―九頁)。

伊藤によつて主張されたこうした流動的弾力的解釈方法は、日本国憲法制定以来、学説と政府によつて実際に採用されてきた方法であつた。そして、学説がこうした解釈方法を採用してきた原因ないし理由は様々であるが、いずれにしても、こうした解釈方法を採用した結果、学説は状況の変化に柔軟に対応することが可能となり、その結果、当否は別として、憲法典自体は七〇年以上にわたつて無傷のまま維持されてきた。とりわけ、憲法九条についていえば、こうした解釈方法は、改正を阻止してきたのみならず、「自衛のための必要最小限度」という点で法規として機能することにより、軍事大国化を阻止する役割を一定程度果たしてきたことは否定できない。

しかし、他方で、とくに解釈の限界を超えて行われるような過度の弾力的解釈方法は、九条についていえば、非武装規定としての憲法九条の法規性をほぼ完全に失わせ、今日の状況を合法的に生ぜしめることを可能にした。のみならず、こうした解釈方法は、法理上解釈に限界があることが前提とされている成文憲法主義のもとで、限界を超える解釈を容認してきたことにより、憲法規範を成文化して公権力を統制しようとする成文憲法主義と立憲主義を著しく損なつてきたことも否定できない。この点について、宮沢俊義は次のように指摘する。

「便法の易きにつくことは、法の解釈は無限であるという命題を、文字どおり、承認することで、法の解釈の邪道で

あるのみならず、結局において、法の解釈の存在を、したがって法の存在を無意味にしてしまうおそれがある」（憲法論集（有斐閣、一九七八）四六八頁以下）。

三 1 矛盾を解消する第二の方法は、憲法改正である。憲法改正は、近代以来、憲法規定を合法的に変更する方法として認められてきたものであり、日本国憲法も九六条で改正手続を定めている。しかし、周知のように、憲法改正は一度も行われていないが、憲法改正の主張は、政治の場を中心に多岐の論点にわたって行われてきており、そこでの論議の中心は、憲法九条の改正と緊急権規定の創設であった。

2 憲法九条については、同条を法規とみるかぎり、法理からすれば、改正という方法で対応することが妥当であった。とくに、自衛隊法制定にさいしては、与野党および学説はほぼ一致して、自衛隊は軍隊であり、それを認めるためには憲法改正を要すると理解していた。こうしたことから、鳩山一郎首相は、一九五五年二月の衆議院選挙のさい憲法九条の改正を訴えたが、改正に必要な議席を獲得することができなかったため、改正を断念し、結局解釈で対応する途を選択することになった。この間の事情について、鳩山は、国会で次のように答弁している。

「私は、ずいぶん前から憲法の改正の必要を、唱えておりました。その当時においては、憲法の九条を改正しなくては軍隊を持つことができないと思いました。そうして日本を防衛するためにはどうしても軍隊が必要だ、それには憲法を改正しなくてはいけないと思ひまして、強く憲法改正論を言っております。ところがその後憲法九条の解釈について、自衛のためには軍隊を持つてもいいという論に国論がなつたと思つております。自衛のためならばよろしい、それ

がゆえに直接間接の侵略に対しては自衛隊がその防衛の任に当るといふような法律が、衆議院を通過したわけでありま
すから、自衛のためなら軍隊を持つてもいいということは、衆議院がそういうふうな決定しております。それでそうい
うようになったのでありますから、憲法改正の非常に緊急だという点は、やわらいだと思っております」(一九五五年
三月二六日衆議院予算委員会議録第三号二頁)。

これ以後、自由民主党は、憲法九条について、改正を党の基本方針として維持しつつ、解釈で対応してきた。
他方、学説も、憲法九条については、違憲・合憲の立場を問わず、主として解釈によって対応してきたが、そう
したなかで、憲法改正を説いていたのは宮沢であった。

3 宮沢は、当初は、憲法九条を自衛戦争を含む一切の戦争の放棄と一切の軍備の保持を禁止した規定と解し
(日本国憲法(日本評論新社、一九五五)一六二頁以下)、こうした憲法九条を定めた理由について、次のように述
べる。

憲法が「軍隊をやめたのは、たんに日本だけが戦争からはなれていようという意味ではない。この世界で、日本だけ
が戦争からはなれていたいとおもっても、そんなことはできるわけのものではない。日本が戦争にまきこまれずにすむ
ためには、世界中に平和が確立されなければならない。そして、世界中に平和が確立されるためには、各国が戦争を放
棄して、軍隊を廃止する必要がある。日本の憲法は、こう考えて、戦争の放棄と軍備の撤廃を定めたのである」(平和
と人権(東京大学出版会、一九六九)一〇頁)。

それ故、各国が戦争を放棄し軍隊を廃止していない状況のもとで平和を確保するためには、軍備が必要だと主

張する。宮沢はいう。

「いくら侵略者があっても、これにまったく抵抗しなければ、戦争は起こらない。平和は、形の上では、保たれる。しかし、それは侵略者の武力におどかされて小さくなっていく奴隷の平和である。それはほんとうの平和ではない。平和はたんなる平穩であつてはならない。たんなる平穩ならば、どこかの監獄にも存在する。平和は、どこでも自由な平和でなくてはならない。自由な平和を侵害する者が存在し、それに有効に抵抗するためにはどうしても武力が必要であるとするならば、自由な平和をもつことをあきらめてしまわないかぎり、そうした武力の行動を承認しなくてはならないだろう。」(同一二頁)。

それ故、国連の集団安全保障体制が十分機能せず、解釈によつて軍備の保持を認めることは「解釈の限界を超えたもの」(憲法論集四五三頁)で許されないとするならば、「自由な平和」を確保するために残された途は、憲法九条を改正して軍備を保持すること以外にはないことになる。もつとも、宮沢は、一九五四年には、憲法九条の改正は日本の軍国主義の復活をもたらずおそれがあるとして慎重な態度をとつていた。

「私は従来も今憲法改正をやるということには反対の意見」をもっているが、「そのいちばん大きな理由」は、「軍国主義の復活」という問題であり、「したがつて、憲法改正ということは、将来はやらなければならないだろう、しかしいますぐは早い」と述べつつ、ただ、今後「現実がどんどんすすんで」いつて、「憲法と現実とのずれ」が「はなはだしく」なつていった場合には、「いつそ憲法を改正するという手段に訴えて、国民に判断してもらう、そうして国民の判断に従う」という態度をとる方がいいのではないかというふうにも考えております」と述べていた(政治と憲法(東京

（大学出版会、一九六九）一九四頁以下）。

その後、宮沢は、一九七三年に、「自衛隊が合憲だという結論を、なんらかの『詭弁』らしいものを持ち出さずに、合法的に実現する道は、ただひとつ、憲法を改正して『陸海空軍その他の戦力』の保持禁止を解除することである」（憲法論集四五三頁）と主張し、晩年には次のように説いた。

「憲法を裏からもぐるよりは、本当に改正の必要な点があれば、表からその改正を唱えるほうがいい。そのことを憲法は教えていると思う」（芹部信喜補訂・全訂日本国憲法（日本評論社、一九七八）はしがき二頁）。

4 以上が宮沢の主張であるが、宮沢が指摘するように、日本国憲法が定める「平和」は、憲法前文^②にみられるように、「奴隷の平和」ではなく、「自由な平和」であるとすれば、宮沢の主張は、憲法九条を法規とみるかぎり、妥当であった。しかし、同時に、とりわけ「危機の時代」といわれる今日、実質上二項の削除を内容とするような九条の改正を行うことは、安全にたいする国民の強い要求を背景にして、宮沢が危惧した「軍国主義の復活」をまねくおそれがないといえるのか、という問題がある。

四 1 第三の方法は、憲法九条について、法規としての性質を否定し、純然たる政治宣言とみることによって矛盾を解消しようとする、いわゆる政治的マニフェスト説と呼ばれる立場である。

英米法学者の高柳賢三は、一九五三年に、憲法九条を政治的宣言を内容とする政治規範とみる説を提唱した。

この説によれば、アメリカ合衆国憲法には規則（本稿でいう法規―筆者）としての性質をもつ規定とそうした性質をもたない理想を定めた規定があるが、日本国憲法も同様で、憲法九条は理想を定めた規定であり、それ故規則としての性質をもたず、自衛隊は不文の自衛権の法理にもとづいて合憲となる。しかし、だからといって、九条は、無意味な規定となるのではないと高柳は主張する。

憲法九条は、「国内に対しては侵略戦争を再びしてはならないという、国民に呼びかけた宣言であり、国外に対しては、平和日本の決意を示すことによつて、失われた日本に対する信用を回復し、また、原子力時代の世界では、各国とも戦争を放棄し、非武装でいくことが、世界平和の実現の唯一の途であるということを示す世界的宣言としてさぶる重要な規定」で、「将来、戦争を禁止する国際社会が実現したときには、憲法九条は規則としての性質をもつことになる」（天皇・憲法九条（有紀書房、一九六三）八九頁）。

こうした高柳の所説は、非武装規定という憲法九条の核心的内容と憲法九条がもつ理念的意義を維持しつつ、現実との調和をはかろうとする説として傾聴に値する内容をもっていた。しかし、高柳説に対しては、「法がもつべき実定性を無視し、憲法の規定を一片の『外交辞令』にするもので採用することができ」ないとする批判（宮沢・政治と憲法二〇一頁）もあり、支持者はほとんどみられなかった。

2 しかし、近時、芦部信喜が政治的マニフェスト説を再検討すべきことを提唱している。すなわち、芦部は、晩年の一九九五年の講演で、次のように述べている。

「たしかに、憲法の条文に国家の進むべき目標を掲げる国もあります。それは目標ですから法的な拘束力はありません。私は、九条はそういう単なる政治的な宣言、政策宣言ではなくて、為政者を法的に拘束する規範だと今まで考えたのですが、そう考えますと、憲法を改正するか、自衛隊を解消する方向で考えるか、しない限り、憲法の規範と現実との矛盾を解くことは出来ません。しかし、核兵器廃絶とか、国連改革とか日米安保の見直しとか、二十一世紀へ向けて日本が世界に対してメッセージを送る基盤となるのは、非武装平和の憲法を置いて他にはありません。そこで、それをより強く世界に訴えていく、しかし一方で必要最小限の自衛力も当分の間、暫定的に認める、そういう立場を採るためには、政治的マニフェスト説の今日的意義を再検討しなければならぬのではなからうか、私はそう考えるようになります」〔平和憲法五十年の歩み―その回顧と展望〕（長野県伊那中学校・伊那北高等学校創立七十周年記念継続事業記念講演会記録）三八頁。

非武装規定としての九条は法規としての性質を失ったとしても、今日なお重要な意義をもつことを認め、そうした観点から憲法九条二項を残す途として政治的マニフェスト説の再検討を説く芦部の所説は、注目される。しかし、政治的マニフェスト説については、憲法九条を純然たる政治規範とすることが妥当かという問題が残る。

五 憲法九条に限定的ではあるが法規としての性質を認めつつ矛盾を解消する方法として、憲法九条を国家の目標を定めた規定とみる立場がある。ドイツで主張されている国家目標規定説である。

ドイツでは、社会国家を定めた基本法の規定（二〇条一項）や環境保全を定めた規定（二〇a条）などを国家目標規定（Staatszielbestimmung）と説明する学説がみられる。国家目標規定とは、「市民に権利を与えることなく、国家権力（立法、執行、司法）を特定の目標の遂行に向けて法的拘束力をもつて義務づける憲法規範」とも定義

されているが、次のような性質と特徴をもつとされている。第一に、国家機関（立法権、執行権、司法権）を法的に義務づける憲法規範であること、第二に、国家機関に対して特定の目標の追求のみを義務づけるにとどまり、達成する手段については国家機関にひろい裁量を認めていること、第三に、手段の選択等にあたって国家機関は全くの自由ではなく、裁量権の濫用又は逸脱がある場合には違憲となる、ということである。ところで、小山によれば、ゾンマーマン (K.P. Sommermann) は、こうした国家目標として、現代立憲国家においては、社会国家、文化国家、平和国家、環境国家等を挙げているが、小山は、こうしたゾンマーマンの説くところによれば、「日本国憲法でいえば、少なくとも第九条の平和主義、二七条の勤労の権利、二五条一項・二項などは、国家目標規定であると解されることになる」と述べている（基本権の内容形成二六四頁）。

この考え方にたてば、非武装規定としての憲法九条は国家の目標ということになり、公権力はそうした目標に法的に拘束されつつ、国民の安全・自由と国家の存立を守るために必要な軍事力の保持と行使は認められる、ということになろう。こうした国家目標規定についても、具体的にどのような場合が裁量権の濫用にあたるのか等必ずしも明らかではないという問題がある。

六 1 日本国憲法下の学説ではみられないが、憲法法源として不文憲法を認めることによって矛盾を解消する立場がありうる。こうした立場は、明治憲法下で主張された美濃部達吉の所説にみることができる。

美濃部は、周知のように、明治憲法を立憲主義の要素に力点を置いて解釈したが、美濃部学説の特徴は、そうした解釈を独特な法源論にもとづく解釈方法によって基礎づけた点にあった。美濃部のそうした解釈方法の特徴は、以下のとおり。

第一に、憲法解釈の方法として、弾力的解釈をとるべきことを主張したことである。その理由として、美濃部は、明治憲法の性質、ことにその「固定性」をあげる。すなわち、明治憲法は「改正の発案を専ら勅令のみ留保」しているが、それ以上に日本では「憲法が国家の根本法であり容易にその改正を企つべきものではないとする一般感情が頗る強」いため、同憲法は「固定性が非常に強く、時代の変遷に応じて流動する性質を欠いて居り、したがって、こうした憲法のもとで、「若し憲法の規定を文字通りの厳格の意義に解」するならば、「絶えず変遷する社会事情の必要に応ずることは不可能」となり、「それは却て憲法の破壊を促がす原因ともなり得る」と説く（逐条憲法精義（有斐閣、一九二七）二五十六頁）。

第二に、こうした弾力的解釈を独特な法源論によつて基礎づけたことである。すなわち、美濃部は、従来の日本の法律学が法律学をもつて「法文解釈学」とするが、その究極の原因は「法」をもつて「主権者の命令」あるいは「国家の制定した法則」とする点にある。しかし、「立法者の権威」あるいは「国家の制定」は決して国法を作る唯一の原因ではなく、そうした「制定法」とならんで、「歴史的事実」と「条理」にもとづく「非制定法」もまた「等しく法の淵源を為す」と説き（法の本質（日本評論社、一九四八）一八三―一八四頁、憲法撮要（改訂第五版）（有斐閣、一九三二）「序」四五頁）、そうした「非制定法」として、「慣習法」と、「条理」を内容とする「理法」を認め、「憲法ノ法源」として、「成文憲法」のほかに「憲法的慣習法」と「憲法的理法」という「不文憲法」を認める（憲法撮要一一四―一八頁）。それ故、美濃部によれば、これら三つの法源が相俟つて「実定法としての憲法」が形成され、憲法の「解釈」とはこのような「実定法としての憲法」の内容を明らかにすることになる。

第三に、右の三つの法源の内、「憲法的理法」に最も優位する効力が与えられていることである。すなわち、

美濃部は、「不文憲法」は「成文憲法」を「修正」する働きをもち、しかも、「不文憲法」の中でも「憲法的理法」に最も優位する効力を認める。したがって、何が「実定法としての憲法」かを明らかにするにあたっては「理法」、すなわち「条理」を明らかにすることが肝要となる。⁽⁵⁾美濃部はいう。

「条理」とは、「人類ノ正義感情、正義意識、事物ノ自然ノ条理、現代一般国法ノ基礎タル精神、社会生活ノ必要条件等、総テ現代ノ国法上必ズ斯クアラザルベカラズトスル思想」(憲法撮要一一七頁)を内容とし、「或る時代の社会に於いて社会的正義及社会的利益の要求として法律上必ず斯くあらざるべからずとして意識せらるる所を意味」するもので、かつ、「時代に從つて変遷すべきもの」であるから、「何が法であるかを判断するためには、正義利益の考察が最も肝要」であり、「社会的政治的倫理的な価値判断こそ何が法であるかを発見すべき最も重要な要素」である(法の本質一八八頁)。

第四に、このように、美濃部にあつては、社会的政治的論理的観点からみて正当と判断されたものが、解釈や改正手続を媒介することなく、直ちに法とされておき、解釈の限界はもとより、立法論と解釈論の区別が否定され、こうして、美濃部においては、憲法改正は原則として不要とされていたことである。

第五に、以上の解釈方法の根底には、法の効力論として、「凡て法は現実に法として行わるるものなることを要件とす、行われざるものは法に非ざるなり」とする法の社会学的効力論の立場があつたことである(法の本質二一二頁)。

2 以上のような美濃部の解釈方法は、明治憲法を自由主義的立憲主義的に解釈することを主たる狙いとして

いたが、同時に、「社会生活の必要条件」や「国家の実際の必要」をも「理法」の内容とする結果、成文憲法に反する疑いのある措置、たとえば、当時の学説上、憲法の規定にもとづいて違憲と評価されていた責任支出を「国家の実際の必要」という「憲法的理法」にもとづいて合憲としており（時事憲法問題批判（法制時報社、一九二二）二〇五頁以下）、このように美濃部の解釈方法は、立憲主義の要請のみならず政治の要請にも応じることを可能にするものであった。

3 憲法的理法という不文憲法を基本に据えるこうした方法を日本国憲法のもとで適用した場合、「憲法的理法」にもとづいて、非武装を定める憲法九条を維持しつつ、「解釈」によって軍事力の保持を憲法上認めることにより矛盾を解消することができる。もとより、同方法は、そのままの内容では日本国憲法が採用する成文憲法主義に反し、日本国憲法のもとで採用することは許されない。しかし、前述した高柳の所説にもみられるように、不文の自衛権を根拠に自衛隊の合憲性を認める見解は少なからずみられるところであり、また、後述するように、非常事態（緊急事態）にさいして不文の必要性の法理を援用する学説もみられることからすると、日本国憲法が不文の法理を一切認めていないとは解されていない。それ故、重要なことは、成文憲法主義の趣旨や不文の法理の適用はリスクを伴うことを考慮すると、不文の法理の適用を認めたくうえで、その内容と適用を限定することであろう。この点については、なお後述する。

七 1 以上のいずれの立場を今後採用すべきか。結論的にいえば、以下の理由から、今日の「危機の時代」といわれる状況のもとで、非武装規定としての憲法九条がもつ意義を認めて、国家目標規定説を妥当と考える。

非武装規定としての憲法九条がもつ意義としては、憲法九条が侵略戦争を行った反省にもとづく我国の道義を

表明したものであること、世界の国々の非武装化は国際社会が目指すべき目標であり、憲法九条はそうした目標を世界に先駆けて定めた規定として憲法史上画期的意義をもっていること、そして、何よりも平和憲法がこれまで国民の精神的支柱を形成し、少なくとも我国が侵略戦争を行うことを防いできたことなどを指摘することができ。しかし、今日では、以上の意義に加えて、以下に述べるように、とくに「軍国主義の復活」を防ぐ歯止めとしての意義が重要となっているように思われる。

2 憲法が定める平和主義を考える場合、二つの立場なり観点がある。ひとつは、日本国憲法制定後比較的最近まで有力であったもので、我国はいかなる戦争もしてはならないという立場である。この立場は、過去の悲惨な戦争体験にもとづくものであると同時に、第二大戦後の東西対立のもとで、我国を直接侵略する国は存在しないという状況認識にもとづいて主張された立場であった。²⁷ こうした立場は、たとえば、憲法九条を法規と解し、二項を厳格に解釈したうえで、日米安保条約について、我国が関係のない戦争に巻き込まれるおそれがあるという観点から反対が主張されたことに象徴的に示されていた。もうひとつは、我国は違法な侵略をされてはならないという立場ないし観点である。こうした立場は、混迷する国際状況を背景に、とくに二〇二二年のロシアによるウクライナ侵略とアジア情勢の緊迫化を背景として、有力化してきたものである。そして、今日では、我国および連携する自由主義国家に対して全体主義国家からの違法な侵略があったときどのように対応するべきかが現実味を帯びて問われるようになっていく。そうした場合、我国としては、可能な限り「自由な平和」を目指すべきだとしても、最終的には「奴隷の平和」と「自由な平和」のいずれを選択するべきかという究極の判断を迫られることになるが、いずれの選択をするにしても、悲惨な事態が予想され、それ故、予防が大切となる。そして、予防のためには、軍備を保有し、自由主義国家との連携を強化しつつも、対話による外交が重要となる。

そうした場合、問題は、緊迫した国際情勢に伴って国民の間に不可避的に生ずる安全への強い要求を背景にして、国内において軍事と軍事的価値に優位を認める傾向が政治・経済・文化・教育そして外交において強くなつていき、自由を基調とする現行憲法秩序が衰退していく可能性があることである。そうだとすると、自由な憲法秩序を維持し、外交を通して「自由な平和」を実現するためには、こうした傾向に適切な歯止めをかけることが重要な課題となる。そして、これまでこうした傾向に歯止めをかけてきたのは、主として、軍国主義の体験と、軍備の保有を認めつつも非武装規定としての憲法九条を支持してきた世論であった。宮沢が法理としては正しいと判断しつつも、憲法九条の改正を躊躇したのは、改正した場合、戦前の体験から、軍国主義が復活することへの強い懸念があつたからであつた。逆にいえば、躊躇したのは、憲法九条の非武装規定が「軍国主義の復活」を阻止する歯止めとなつているといふ認識があつたことによる。また、同様に軍国主義を体験した芦部が改正を回避するために政治的マニフェスト説の今日的意義を説き、清宮四郎が晩年に「非武装規定としての憲法九条だけは絶対に守らなければならない」と述べた（樋口陽一・時代と学問と人間と（青林書院、二〇一七）五四頁）のも、同様の認識があつたことによるものと推測される。そうだとすると、軍国主義を体験した人々が減少しつつある今日、憲法九条二項を實質上削除するような内容の改正が行われたならば、「軍国主義の復活」の傾向が一挙に加速することが十分予想される。こうしたことを考慮したとき、今日においてこそ、非武装規定としての憲法九条は堅持されなければならないであろう。そうした場合、国連の集団安全保障体制が十分機能していない状況のもとで、非武装規定としての憲法九条を純然たる法規として維持することは困難であり、それ故、政治的マニフェスト説か国家目標規定説のいずれかを選択することになるが、歯止めという観点から、国家目標規定説を妥当と考える。

II 緊急権

一 緊急権は、非常事態（緊急事態）の発生にさいして、現行法の特例措置を一時的に講じることによって非常事態を回復することを本質とする権限である。諸外国では、非常事態にさいして、こうした権限を政府に授権する規定（緊急権規定）を憲法典に定める例が多い。日本国憲法は、非常事態にさいしては、原則として法律で対応する立場を採用し、こうした観点から、参議院の緊急集会制度を定めているにとどまる。現行法上、緊急権規定としては、災害対策基本法一〇九条が災害緊急事態の発生にさいして、厳格な要件のもとで、限定的な範囲で、現行法の特例措置を講じる緊急政令制定権を内閣に授権する規定が存在する。しかし、問題は、今後わが国で想定される非常事態（巨大地震等自然災害、パンデミック、原発事故、戦争等）の内容に照らして、こうした法律による方法によつては事態に適切に対処し難い場合が十分予想されることである。たとえば、法律の改正なり制定をまついとまがないような場合のほか、とりわけ、委任立法で対処しようとする場合には、一般的・包括的な委任は許されないとする法理上の限界があり、また、法律によつて対処することが憲法上許されない場合（たとえば、非常事態にさいして国会議員の任期を延長する必要があるような場合）である。このように、法律によつては対処し難い事態の発生が十分予測されると、そうした事態に憲法上どのように対応すべきかが問題となる。そして、そうした事態への対応としては、成文憲法主義を採用する日本国憲法のもとでは、二つの方法がありうる。ひとつは、憲法を改正して、緊急権規定を新たに定める方法であり、もうひとつは、現行憲法の枠内で対応する方法である。前者は、立憲主義にもとづく憲法のもとでひろく採用されているもので、わが国でも、今日まで、緊急権についての論議は、主にこの方法をめぐつて展開されてきた。他方、後者は、これまでほとん

ど論じられてこなかった。そこで、以下では、後者の可能性について検討する。

二 1 日本国憲法のもとで、正常事態の下での措置であるが、憲法の特例措置がとられた例が二例みられる。(1) ひとつは、一九七〇年に制定された沖縄住民の国政参加特別措置法の制定である。この法律は、施政権が日本に返還される以前の沖縄で、日本の法律にもとづいた手続により国会議員―日本の国会議員―を選挙することを内容としていた。問題は、こうした法律が憲法上許されるかであった。しかし、この法律に対して、政府、国民、沖縄の住民はもとより、国会の与野党も賛成し、この法律は、国会両院で、全会一致で可決され、それらもとづき、琉球政府立法院の制定した選挙法により、本土の公職選挙法と実質上まったく同じ手続によって、衆議院議員五名および参議院地方区議員二名(全国区議員は除く)が選挙され、かれらは、本土の公職選挙法によって選挙された国会議員と等しく取り扱われた。そして、宮沢によれば、この「変則に見える状態」について、関係者の間で、「異論はあるにはあつたが、きわめて微力」で「また論者は、その異論をどこまでも積極的に主張する意欲をもっていなかった」(憲法論集四六八頁)。以上の措置は、違憲の疑いが強かったにもかかわらず、社会的政治的論理的観点からみて正当性をもっており、また、一回的な特例措置であつたからであらう、国民の同意を背景に、コンセンサスにもとづいて、合法的なものとされた。

(2) もうひとつの例は、自らの生前退位が望ましいことと譲位を示唆した二〇一八年八月八日の天皇の「おことば」とその後国会両院で全会一致で制定された、特例的に生前退位を認めた「天皇の退位等に関する皇室典範特例法」である。この「おことば」は、象徴天皇制という日本国憲法の重要な制度のあり方について、天皇の「気持ち」を述べたものとされているが、政府の解釈に照らすと、憲法四条が定める国政不関与の原則に抵触す

る疑いの強いものであった。しかし、「おことば」とそれに続く特例法の制定は、一回的なものでかつ社会的政治的論理的観点からみて正当性をもつと判断されたからであろう、コンセンサスにもとづいて合法とされた¹⁰⁾。

2 右の二つの事例に特徴的なことは、いずれの事例も、憲法規定に抵触する疑いが強いが、一時的でかつ正当性をもつと判断されたことから、当該憲法規定の効力を維持しつつ、例外として、コンセンサスにもとづいて特例措置がとられたことである。このように、憲法規定の効力は維持しつつ、一時的な例外なり特例を定める作用を、ワイマール憲法のもとで、シュミット (C. Schmitt) は憲法破壊 (Verfassungsdurchbrechung) と呼んだ¹¹⁾、こうした憲法規定の一時的な特例 (例外) を定める必要性は、成文憲法のもとでは、有事に限らず、平時においても生じうる事柄である。日本国憲法のもとでは、こうした特例を定める場合には、解釈によって対応するか、それが困難あるいは適切でない場合には、法理からすれば、まず憲法改正を行い、そのうえで特例措置をとることになるが、憲法九六条が国民投票に加えて、条文の改正を求めていることから、そうした手続をとることが適切でない場合や困難な場合も少なくなく、こうしたことから、日本国憲法のもとでも、憲法破壊という作用と観念を認める必要があるように思われる。しかし、いうまでもなく、こうした作用をコンセンサスという不明確な手続で認めることは、内容の重要性に照らして妥当ではない。だとすると、日本国憲法のもとで誰がいかなる根拠と手続でそうした作用を行う権限を有するかを明らかにする必要がある。

三 既存の憲法規範の特例を定めることを内容とする憲法破壊は重要な作用であるから、原則として、憲法典による授權にもとづいてのみ行うことが許される¹²⁾。そして、結論をいえば、以下の理由により、日本国憲法においては憲法四一条がそうした授權規定と解することができるように思われる。すなわち、日本国憲法においては、

主権者たる国民が憲法制定権力を有し、それ故憲法改正の最終決定権も有すると解されるが（菅部信喜「高橋和之補訂・憲法（第八版）（有斐閣、二〇二二）四一―三頁）、こうした解釈からすれば、憲法の特例を設けることができる憲法破壊権も、憲法制定権力から派生する権限として国民が有すると解することが可能であり、また、国会を「国権の最高機関」と定める憲法四一条をもつて、国民に属する権限のうち、国民みずから行使しない所屬不明の権限を国会に帰属させる規定（権限推定規定）とみることができからである。清宮はいう。

「国会は、もともと国民に属する権能のうち、国民みずから行使しないものについては、これを国民にかわって行使する職責をもつものと認められ、したがって、その権限について、憲法に特に規定されているもののほか、いずれの機関の権限に属するか不明のものは、国会の権限に属するものとの推定を受けるものと解せられるが、これも最高機関性のあらわれであろう」（憲法Ⅰ〔第三版〕二〇三頁。¹⁹）

こうした解釈からすれば、憲法破壊権は、憲法四一条が定める最高機関たる地位にもとづいて、国会が法律の制定あるいは決議という形式で行使する権限と解することができる。このように、憲法破壊権が国会に帰属するとした場合、権限内容の重要性と濫用防止という観点から同権限の行使には憲法改正手続に準じた厳格な手続を要するとすることが必要であり、こうした理由から、国会は、国会を構成する全会派一致の同意かあるいはそれに準じた同意（たとえば、両院において総議員の四分の三以上の同意）にもとづいてのみ同権限を行使することができるのが妥当であろう。

四 ここで述べた方法には、利点と難点がある。利点としては、たとえば、憲法を改正して緊急権規定を定めようとする場合には、今日わが国で想定される多様な非常事態のすべてに実効的に対処できる内容のものを、国会と国民の同意を得て定めなければならないという難しさが存在する。しかし、ここで述べた方法には、国会は、全会派の一致の同意があるいはそれに準じた同意という制約のもとではあるが、多様な非常事態の各々に即した適切な内容の法律を予めあるいはその都度制定し、あるいは決議することができるという利点がある。また、緊急権規定は非常事態のもとで行使できるようにすぎないが、ここで述べた方法は、正常事態のもとでも不可避免的に生じうる特例措置にも適用できることである。他方、この方法には難点もある。たとえば、交通・通信が途絶して事実上国会が機能不全に陥った場合のように、国会が非常事態に対処することが物理的に困難となる場合である。そうした場合には、成文憲法主義には適合しないが、例外的に、不文の「必要性の法理」¹⁾にもとづいて、内閣に正常事態回復のため必要最小限の措置を講じることが認め、しかし、そうした措置は違法の推定をうけ、事後に国会の全会派一致あるいはそれに準じた同意によってはじめて合法性を獲得することになる、とするのが妥当ではないかと考へる。

五 憲法破壊権を国会に帰属させることにより、国会に主要な役割を認める緊急権制度は、民主主義にもとづいて国会を国権の最高機関と定め、非常事態にたいしても国会（法律）を中心に対処しようとする日本国憲法の精神に適合した制度といえる。もとより、憲法を改正して対応する必要があるとする主張にも十分理由がある。しかし、そうした方法を採用した場合、一般に指摘されている濫用されるリスク（小林直樹・国家緊急権（学陽書房、一九七九）一〇三頁以下参照）のほか、今日想定されるすべての非常事態に実効的に対応可能な規定を設

けようとすれば、行政府に強大な権限を与える内容のものとならざるをえず、そうした規定を憲法に定めることについては、ワイマール憲法四八条の歴史が示すように、将来、全体主義を目指す勢力が権力を掌握した場合や前述した今後予想される軍事的価値が優位する状況を考慮したとき、慎重でなければならぬであろう。

むすび

一 日本国憲法のもとでは、解釈によって適切に対応することができないような場合には、法理上は原則として憲法改正によって対応することが求められる。もとより、今日の危機の時代には、憲法改正は、憲法を深化発展させていく方向で行われるよりも、むしろ、安全と安定を強く求める風潮のもとで、自由な憲法秩序を損なう方向で行われる可能性がある。本稿では、こうした観点からも憲法九条と緊急権に関する改正には消極的立場をとった。しかし、憲法改正の方法は、改正にあたって行われる国民投票とそれに随伴する国民の間の論議を通して、憲法を国民の間に定着させていく重要な機会であることも確かである。そして、日本国憲法制定の経緯に照らせば、このことは、国民主権という観点からのみならず、憲法の保障という観点からみても重要であるように思われる。これまでは、憲法改正が行われるべき憲法規定の変更は、解釈の変更という形で、主に政治家や法律の専門家の間でのコンセンサスによって行われてきた。しかし、今後は、憲法の基本原理と非武装規定としての憲法九条を維持したうえで、解釈の限界を超える憲法規定の変更や解釈によって根拠づけることが困難あるいは適切でないような規範の憲法規範化は、政治的摩擦やリスクを伴うとしても、法理にしたがい、国民の憲法制定権力の理念を実現するために、憲法改正の方法で対応することが求められよう。¹⁵⁾

二 成文憲法典は、原則として、変遷する情勢の変化に応じて生ずるすべての事象を規制することは困難である。とりわけ、今日のように、科学技術が急速に進歩し、国民の意識が多様化しかつ変化する時代にあつて、しかも明治以来憲法の「国定性」(美濃部)が非常に強い我国においては、このことは一層妥当する。したがつて、生じるすべての事象を憲法で規制しようとするれば、成文憲法主義を採用している日本国憲法のもとでも不文の法理を認めざるをえないように思われる。それ故、重要なことは、どのような不文の法理をどの程度認めるかである。不文の法理を安易に認めることのリスクを考慮すれば、日本国憲法のもとでは、憲法規定の解釈、改正および破毀で対応することが困難かあるいは適切でなく、かつ、社会的政治的論理的観点からみて正当性があるような例外的な場合に限つて、補充的に憲法の精神に適合した不文の法理(たとえば、人道、道義、人間の尊嚴、必要性の法理、立憲政治の原理等)を認めることによつて憲法典を補うことが必要であろう。こうした点で、明治憲法下の学説ではあるが、我国の法文化についての的確な認識にもとづく美濃部の所説は、今日改めて検討する意義があるように思われる。

(1) 本稿は、二〇二三年一月一日に行われた憲法理論研究会二月例会で、これまで発表してきた拙論にもとづいて行った報告に加筆したものである。

(2) 前文には、次のように書かれている。「われらは、平和を維持し、専制と隷従、圧迫と偏狭を地上から永遠に除去しようとなつてゐる国際社会において、名誉ある地位を占めたいと思ふ。われらは、全世界の国民が、ひとしく恐怖と欠乏から免かれ、平和のうちに生存する権利を有することを確認する」

(3) 高柳はいう。「日本の法律家」は、「法典実証主義のつよい影響の下に、憲法典も他の法典と均しく規則の集合体と考え、前文ならいざ知らず、正文に書いてあることは、すべて、固定的な規則であるという前提の下に憲法解釈を行なわん」とし

- してきた。「日本国憲法第九条の解釈に関する学界における通説と反対説との間の論争、それを背景とする政府と野党の議会における応酬」等、「わが国に起こった九条を中心とする混乱状態の病源」は、「わが法律家がドイツ法学から十二分に学んだ『法典実証主義』にある」（天皇・憲法九条八八九頁）。
- (4) 国家目標規定説については、小山剛・基本権の内容形成（尚学社、二〇〇四）二六四頁以下、岡田裕光「ドイツの国家目標規定について」関西大学法学論集五〇巻四号（二〇〇〇年）七五頁以下。ちなみに、環境保全を定める基本法の規定を国家目標規定とみる説として、ムルスヴィーク（岡田俊幸訳）「国家目標としての環境保護」ドイツ憲法判例研究会編・人間・科学技術・環境（一九九九年、信山社）二五七頁以下。
- (5) 美濃部は、こうした立場にもとづいて、次のように主張する。裁判官、行政官も、「制定法の規定にして若し一般法律思想に反し社会生活の必要に適合せざるに於ては……時に理法の命ずる所に随つて制定法を修補するを憚らざるなり」（法の本質二一七頁）。
- (6) たとえば、議会の内閣不信任決議権については、成文憲法上明文をもつて認められないが「立憲政治の一般原理」という「憲法的理法」にもとづいて議会の「正当な権限」として認められると説き、また、「統帥権独立の原則」についても、成文憲法の条文上の解釈からすれば認められないが、憲法以前から存在していたという「歴史的伝統」にもとづく「憲法慣習法」により今日認められるとしつつ、この原則は「立憲政治の一般原理」に反するとして限定的にのみ認め、昭和五年のロンドン海軍軍縮条約の調印を「統帥権干犯」とする軍部の批判に対して、それに当たらないと主張した（憲法撮要三九四頁）。
- (7) 憲法制定当時、非武装規定としての憲法九条を法規とみることができたのも、当時の我国には占領軍が駐留していたほか、国連の集団安全保障体制が成立することへの期待があったからである。この点について、清宮四郎は、次のように述べている。憲法は「みずからさきがけて、非常な決意のもとに、あらゆる戦争を放棄し、一切の戦力を保持しないことにした」が、「この立言の背後には、おそらく、目前には国際連合による安全保障、遠い将来には世界連邦の構想があったからである」（憲法Ⅰ（第三版）（有斐閣、一九七九）一〇九頁）
- (8) 災害対策基本法一〇九条は、第一項で、災害緊急事態にさいし、「国の経済の秩序を維持し、及び公共の福祉を確保するため緊急の必要がある場合」に、「国会閉会中又は衆議院が解散中」でかつ「臨時会の召集を決定し、又は参議院の緊急集会を

求めてその措置をまついとまがないとき」は、内閣は、「生活必需物資の配給又は譲渡若しくは引渡ししの制限若しくは禁止」等について必要な措置をとるため、政令を制定することができる」と定め、第四項で、政令を制定したときには、直ちに国会の臨時会等を召集し、とつた措置を継続すべき場合には当該政令に代わる法律を制定する措置をとり、その他の場合には、その政令を制定したことについて承認を求めなければならないと定める。ちなみに、同条の合憲性について、政府は、同条は、①要件を異常な非常災害の発生の場合で国会閉会中等の場合に限定していること、②一般的・包括的な委任は許されないが、災害対策基本法一〇九条の委任は、経済活動に限定し、かつ、物資の配給・引き渡し等についての措置、物価等の最高額の決定等についてのみ政令を制定できるというように範囲を限定していること、③政令は「既存の法律」を「改廃」したり「効力を停止」する機能をもつものではないこと、などを理由に合憲とする（第三九回国会参議院本会議第七号昭和三年一〇月六日一一八頁）。

(9) 安倍晋三国務大臣は、二〇〇六年三月一日の衆議院予算委員会で、次のように答弁している。「憲法第四条によりまして、天皇は国政に関する権能を有しないこととされていることから、天皇が国政に関与したと解されるようなことが生じないよう十分に慎重な配慮が求められるわけでありまして、皇位継承制度は国会で議決される法律に定められたものでありまして、まさに国政にかかわる問題である、このように認識をしております。したがって、有識者会議においては、皇位継承制度のあり方について天皇陛下や皇族方のお考えを伺うことは、天皇陛下や皇族方が国政に関与したと見られることになりかねないために、差し控えたものであるというふうには承知をしております。」（衆議院予算委員会第一分科会議録第二二六頁）。

(10) 園部逸夫は、「おことば」について、「国政にはあたらぬ」としつつ、「仮に憲法四条にいう国政にあたるとしても、人道上の観点から、憲法上認められる」と述べている（「天皇の公務の負担軽減等に関する有識者会議」第五回会議議事録平成二八年一月三〇日三四一五頁）。ちなみに、上記見解は成文憲法に優位する効力をもつ「人道」という不文の法理を認めたものともみられる。

(11) シュミットは、憲法破壊を次のように定義する。「ひとつ、またはいくつかの特定の個々の場合についての憲法律諸規定の侵犯、しかし、これは例外としてである。すなわち、破壊された諸規定は、その他の関係では相変わらず効力をもち続ける、つまり継続的に廃止されたり、一時的に失効せしめられる（停止される）こともないということを前提としている」(9)

- Schmitt, Verfassungslehre, (1928) SS. 99-100. カール・シュミット (尾吹善人訳)・憲法理論 (創文社・一九七二) 一一九頁)。
- ちなみに、シュミットは「憲法改正を「これまで効力をもった憲法正文の変更」と定義する(同一二八頁)」。なお、シュミットの憲法破壊の概念については、拙書「憲法破壊の概念(尚学社、二〇〇二) 七一頁以下、一六二頁以下。こうした区別は、当時、レーベンシュタイン (K. Loewenstein, Ershinungsformen der Verfassungsänderung, 1931, SS. 243ff.) やライプホルン (G. Leibholz, Die Verfassungsdurchbrechung, AöR NF Bd.22 (1932) SS. 2ff.) 等によっても認められた。
- (12) レーベンシュタインは、「憲法規定の一般的効力が制限され例外が形成される場合」と定義する「憲法破壊」を憲法の性質上不可避免としつつ、憲法の不可侵性の理念を維持するという観点から、「憲法破壊」が許されるのは、憲法典の中に予め例外規定が定められている場合と、憲法典の中に定められた授權規定にもとづいて例外が定められる場合に限定する (K. Loewenstein, aa., SS. 243f. 294)。
- (13) 佐藤幸治も、憲法四一条の「最高機関性の宣言」は「権限所屬が不明確な場合には国会であると推定すべき根拠となる」と説く(同・憲法「第三版」(青林書院、一九九五) 一四三―四四頁)。なお、参照、芦部・憲法(第八版) 三一九頁。
- (14) 「必要性の法理」とは英米法系の国で認められている不文の法理で、必要性と比例原則という制約に服しつつ、政府は状況に応じて目的達成のため現行法に反する一切の措置をとる権限をもつこと、しかし、当該措置は違法性の推定を受け、事後の議会による承認によってはじめて違法性が阻却されるとする法理である。ちなみに、この法理は、ヘッセにより「十分な権限と可能な最高度の責任が結合されている」制度として高く評価されている (K. Hesse, Ausnahmezustand und Grundgesetz, DöV (1955) S. 744)。なお、日本国憲法のもとで同法理の採用を支持するものとして、河原峻一郎「マシーナル・ルール、反乱、緊急事態」ジュリスト一六三号(一九五八) 四二頁、和田英夫「緊急権と抵抗権」橋本公巨・和田英夫編・現代法と国家(岩波書店、一九六五) 一六五頁。
- (15) 解釈によって根拠づけることが適切でない規範の例として環境権あるいは環境保全がある。環境権については、一九七〇年に大阪弁護士会の弁護士により、将来的には憲法改正により基本的人権として憲法典に明示すべきことが提唱され、その後、学説では、環境権は、憲法一三条と二五条の解釈によって人権として根拠づけられている。しかし、憲法九六条が憲法改正の最終決定権を国民に留保している趣旨に照らせば、重要な意義をもった規範の憲法規範化は、かりに当該規範を現行

憲法規定の解釈によって根拠づけることが可能であったとしても、そうした憲法規範化の最終決定は国民に留保されていると解すべきである。したがって、こうした立場からすれば、環境保全が現代国家の最も重要な国家目標のひとつであることからすると、そうした環境保全条項の憲法規範化は憲法改正の方法によるべきであろう（拙書・戦後憲法学の諸相（尚学社、二〇〇八）三一、九三頁以下）。一九九九年に、アジア・オセアニア諸国の憲法学者が参加して開催された全国憲法研究会主催のシンポジウムで、私は、「日本の憲法改正問題」というテーマで報告したさい、こうした観点から、憲法九条を堅持しつつ、憲法改正によって日本国憲法に環境保全条項を定めるべきことを主張した（全国憲法研究会編・アジア立憲主義の展望（信山社、二〇〇三）九九頁以下）。ちなみに、この報告に対して、護憲派と思われる人から、私の主張は改憲論を利することになるから余計なことをいうべきではないとする批判がなされた一方、同じく護憲派と思われる弁護士から、護憲を標榜する人たちは護憲という名において日本国憲法がもつ問題点を放置してきたのではなかったのかという意見が述べられたことが強く印象に残っている。