

立憲主義と 9 条改憲

駒村圭吾

慶應義塾大学法学部教授

編集部から依頼された内容は、大要、立憲主義の要請は憲法改正に対してどのように及ぶのか、特に憲法 9 条との関連で検討せよ、というものであった。本稿ではまず前者の考察を行い、次いで、9 条改憲に関するいくつかの構想についての評価を行う。

I 立憲主義と憲法改正

1. 政治的権力の“法的”制限 —あるいは constitution と constitutional law

立憲主義とは、憲法に基づいて統治を行うことであり、その要諦は政治権力を制限する点にある。制限なき権力は必然的に専制化する。「絶対権力は絶対に腐敗する」というのは人類史上自明の公理と言ってもよいだろう。立憲主義は専制の排除を目指す企てであり、それ故、政治権力の制限をその核心に据えるものとして定義される。

時にこの定義に対する“批判”として「憲法は権力を縛るだけではない、権力を授けることもできる」と言われることがある。憲法の制限規範性と授権規範性を対置し、前者の意義を相対化させる趣旨なのだろうが、「授権する」という積極的授権には「授権しない」という消極的授権が張り付いている以上、授権規範性は制限規範性を希釈化するどころかむしろそのバリエーションを示すことによって制限規範の基底性を裏書きしていると言ってもよい（憲法の役割を統治権力や国民を「構成する」点に求めるとしても、この理屈は妥当する）。アメリカでも類似の“立憲主義批判”がなされること

があり、例えば、Stephen Holmes は、憲法制定者は、将来を拘束することだけではなく、将来世代にとって“可能性”を付与することもできる、と述べている。憲法は、禁止的な（disabling）機能のみならず、授権的な（enabling）機能も有することを彼は強調するのである¹。しかし、ホームズ自身、憲法のプリコミットメントによる enabling の例を、オデュッセウスがセイレーンの歌を聴くことに成功した事案に求めているが²、それは enabling の機能が、制限なき可能態の発露によってもたらされたものでないことを逆に例証している。その enabling は前もって帆柱に身体を自縄しておくという disabling を施していたが故に可能になったに過ぎない。

さて、立憲主義は統治権力の単なる“制限”を目指すものではない。それは「政治権力に対する法的統制である」³（傍点原文）とされる。したがって、政治権力と法を対置し、政治部門と法原理部門を区別すること、「この区別こそ立憲主義の本質的要素である」⁴（傍点原文）とされるのである。このような政治と法の区別、そして後者の優位（法の支配）、という発想は、政治権力の統制を企てる立憲主義に潜在しているものと言えるだろう。象徴的にこれを表せば、constitution と constitutional law を対置し、後者の優位を樹立しようとするプロジェクトが constitutionalism ということになる。明治期における「国憲」「国制」「政体」という術語から「憲法」という公定訳への移行は、結果的に、この constitution と constitutional law の区別が意識されるべきことを示唆している。要するに、憲「法」を語る以上、法的統制のレガシーを死守する企てこそがその名に値すると見るのが立憲主義の精髓である。本稿ではそのような理解のもとで議論を進めたい。

1 Stephen Holmes, Precommitment and the Paradox of Democracy, in Jon Elster & Rune Slagstad, eds., *Constitutionalism and Democracy* 225-227 (1988).

2 Id. at 227-228.

3 佐藤幸治『立憲主義について』（左右社、2015年）246頁。

4 佐藤・前掲3）230頁。

2. 基本構造理論

憲法改正権も政治権力である以上、極端な改正無限界説を取らない限り、立憲主義的要請が及ぶ。否、立憲主義の立場から見れば改正無限界説は取り得ない。実際、前文、9条、97条において、日本国憲法は改正に限界を設定していると考えられる⁵。

改正権の限界として従来想定されてきたのは、自然法、国体、憲法的アイデンティティといったものであった。いずれも、政治共同体のあらゆる構成員に共有されているとは言いがたい物語や人間本質論を含み、普遍化不能な価値や目標の混入が疑われ、ただちに立憲主義的な憲法変動統制原理として承認しにくいところがある。

その中で近時改めて注目されているのが、インド最高裁判所の判例として形成された「基本構造理論 (basic structure doctrine)」である。これは、改正権の万能化を企てるインド政府の累次に及ぶ改憲提案に対抗するためにインド最高裁判所が、1960年代後半から形成してきたコモンロー上の法理である(インドでは不文の憲法改正制限法理があると理解されている)⁶。この理論は要するに、憲法改正と言えども憲法の基本構造を変更することはできないとする改正権限界論である。多くの判例を通じて、基本構造理論の考え方はインドで定着を見、基本構造を構成する要素のセットリストについても広い共通理解を生み出してきた。すなわち、憲法の最高法規性、法の支配、権力分立、裁判による統制、司法の独立、人間の尊厳、国家の単一性と一体性、自由で公正な選挙、連邦制、政教分離、が改正不可の基本構造とみなされている⁷。こういった基本構造の諸要素は、「法の支配」という普遍的正義の制度構想とそのバリエーションとして理解可能なものであり、1で述べた本稿の立憲主義的限界論と平仄が合うよ

5 日本国憲法前文は、代表制、自由の保障、平和主義、国民主権を「人類普遍の原理」と置き、「かかる原理」に反する「一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」(傍点筆者)と定めている。また、9条1項は「戦争」と「武力の行使」を「永久にこれを放棄する」(傍点筆者)と定め、97条は「基本的人権」を「侵すことのできない永久の権利として信託されたものである」(傍点筆者)と規定する。これらの諸条文が改正権を制限しているという見方は比較憲法的にも広く共有されている。See, e.g., Yaniv Roznai, *Unconstitutional Constitutional Amendments* 52-53 (2017).

6 Roznai, *supra* note 5, at 42-70.

7 *Id.* at 46-47.

うに思われる。インド最高裁の示したセットリストが立憲主義的統制のパリエーションと符合することを次に見ていきたい。

3. 憲法改正権力に対する立憲主義的統制

(1) 憲法を「法」として扱う

それでは、改めて、憲法改正権力に対する立憲主義的要請とは何かを整理してみよう⁸。

まず、第1に、立憲主義は憲法を「法」として扱うことを改正権に対して要求する。

繰り返しになるが、立憲主義的要諦は、政治権力に対して法的制限をかける点にある。それにはまず、憲法が「法」であることが自覚され、国内実定法の最高位に位置するものとして取り扱われるべきことが求められるだろう。そして、立憲主義は、政治に対して法を、専制衝動に対しては理性を対置させるものであるから、この対抗性を実効的に駆動させる統治システムを要求する。前述した基本構造理論のインド流セットリストのうち、憲法の最高法規性、司法の独立、裁判による統制など、いわゆる「法の支配」の原理とそのシステムは、以上のような立憲主義的要求の現れとしてカウントされる。

さて、憲法を「法」として扱うことの反射的効果として、立憲主義は憲法に「物語 (narrative)」を書き込むことを否定する。ロゴス (論理的説明) とミュトス (物語) は、古代ギリシャの昔から“覇権”を争った仲で、後者の方が《聞いていておもしろい》こともその頃からよく知られていた⁹。ここで問題にする物語とは国家の物語であり、差し当たり、特定の善の構想に依拠した共同幻想であって、それを具体的な事実や歴史と紐

8 なお、本稿では、憲法改正権と憲法制定権を特に区別していない。新たな憲法制定に“革命”的性格を見出し、法外の無制限な実力行使の可能性を措定する立場もあるだろう。が、法的世界の内的視点から眺める限り、憲法制定権も改正権同様、実定法秩序の拘束を受けると見るのが自然である。立憲主義とは、政治的自然状態に法的世界を開闢させるプロジェクトであり、一旦成立した法的世界の安定性を根本から脅かす企てを容認しない。制定権万能論や改正無限界論は、実定法論としてあり得るとしても、せいぜい「だから改正権を行使しないようにしましょう」という謙抑論と結びついた警句として理解すべきだろう。なお、このことは法外の世界に放置された無拘束な実力の動態に法が無関心でもかまわないということの意味しない。

づける言説の包括的な編成体 (bundle) と定義しておきたい。要するに、《分かる人にはとてもよく分かるけれども、分からない人にはサッパリ分からないものであるだけでなく、分からない人を分かるまで徹底的に疎外するもの》が物語である。このような物語を憲法には書き込むべきではない。なぜなら、物語を憲法に書き込むと、物語は「法」として扱われ、《徹底的な疎外》が法的強制力を伴って執行されることになるからである。したがって、物語を憲法に書き込むことは避けるべきであり、どうしても書き込みたい場合は、法的効果を生まないよう、それと分かるように書き込む必要があるだろう。

なお、立憲主義が政治と法、専制衝動と理性を対置し、後者の優位を確保することを要求するものであること、そしてその反射として物語の書き込み禁止を求めるものであることの二点から、反証可能性を持たない「宗教」の公共化を回避し、社会における宗教の多元的共存を維持すべきこともまた要請されるだろう。政教分離がインド流基本構造理論のセットリストに挙がっているのもこのような観点から理解できる。どうしても特定宗教に由来する精神的基盤を憲法に書き込むとしても、それと分かるように書き込み、法の優位の下にそれを抑え込むような型に嵌めるべきだろう。

(2) 統治の構造化 ー 実体と手続、作用と組織

第2に、憲法が法として機能するには、制限規範、授権規範、組織規範として統治を構造化することが必要となる。また、普遍化可能な基本的人権も、重要な制限規範として広く受容されており、実体と手続の両面にわたってそれを尊重すべきことを立憲主義は改正権力に要求する。

まず、専制を排除するという立憲主義の目的に照らして、古典的な権力分立論に基づく国家作用の配分と組織の分立が求められる（少なくとも政治部門と法原理部門の分立）。権力の専制化を防ぐために、主権を単独の主体に委ねるのではなく、国民が広く分有する仕組が採用されるだろう

9 プラトン（藤沢令夫訳）『プロタゴラス』（岩波書店、1988年）40-41頁。また、駒村圭吾「近代との決別、物語への回帰」奥平康弘・愛敬浩二・青井未帆編『改憲の何が問題か』（岩波書店、2013年）46-47頁。さらに、大野正男・大岡昇平『フィクションとしての裁判』（朝日出版、1979年）84頁も参照。

(民主政と共存可能な象徴君主制も含まれる)。しかし、統治権力が民主化されれば自動的に専制化が阻止されるわけではないことは歴史の教えるところである。専制化を阻止するには、政治的な勢力の布置関係や政治的勝者・敗者を固定化しない、「公正な政治的競争のルール」¹⁰を統治構造に組み込まなければならない。インドのセトリストが自由で公正な選挙を挙げているのもこのような文脈において理解すべきであろう。

この点、憲法は政治的決定の公正な手続に特化して構想されるべきであり、政治的決定に先立つ実体的価値を挿入すべきではないとする見解が主張されている。いわゆるプロセス憲法観と呼ばれる立場である。主唱者の松井茂記は、基本的人権の根拠も政治的共同体の決定（つまり憲法）に求めるべきだと述べ、憲法に先立って存在する実体的価値に立脚した自然権的人権観を否定する¹¹。憲法の役割は、多様な見解が相対立する実体的価値の特殊構想を固定化することではなく、「良き社会」の構想を国民の政治的決定に委ね、それを遂行するための公正なプロセスを保障する点にあると言うのである¹²。基本的人権も、したがって、「多数決的決定が公正に行われるための手続的ルール」として理解され、政治参加のプロセスに関する諸権利やそのプロセスに不可欠である派生的諸権利を「プロセスの権利」と呼び、それらは多数決を保証するルールであるが故に多数決に託すことはできず、裁判所による厳格な違憲審査に服すとされる¹³。

松井のプロセス憲法観が典型的なそれであるとする、このような憲法観を採用することには躊躇をおぼえる。松井は、実体的価値については調停不能な見解の対立を見出す一方で、手続についてはそのような困難はないと見ているふしがある。実体的価値について何の取り決めも憲法に書き込まずに、手続（プロセス的権利の保障を伴った公正な手続に非プロセス的な実体に関するすべての事項を委ねようという決断）についてのみコンセンサスを調達するのはそう簡単ではない。実体をすべて政治的決定に丸

10 井上達夫『立憲主義という企て』（東京大学出版会、2019年）181-183頁。

11 松井茂記『日本国憲法〔第3版〕』（有斐閣、2007年）305頁。

12 松井・前注11）305-306頁。

13 松井・前注11）306、311-313頁。他方で、現行憲法には「非プロセスの権利」に当たるものも規定されているが（24条から29条）、これらの制約は緩やかな違憲審査で足りるとされる（同312-313頁）。

投げし、手続のみを憲法的に保障するという構想を政治共同体は受け容れるのだろうか。手続や政治的決定に委ね得ない《譲れない一線》をどうにか言語化して憲法に書き込みたいと考えるのがむしろ常識的であると思われる。非プロセス的権利についても、松井の立場を徹底すればそのような権利を憲法から削除しても問題はないことになるはずだが、なぜそれらの権利が現行憲法に規定されているのか、その理由をプロセス憲法観は「制憲者が決めたからだ」と言うだろう。しかし、決めた理由については何と説明するのだろうか。制憲者の気まぐれとか、はずみとして説明するのだろうか。非プロセス的権利が現行憲法にしっかり規定されている理由には、上述の私見からすれば当然実質的なものがあることになる¹⁴。

II. 9条改正についてのいくつかの提案について

1. 「自衛隊」の明記

(1) 9条加憲による「自衛隊」と「自衛の措置」の明記

2012年に自民党は憲法改正草案を公表したが、全面改訂に近い挑戦的なものであっただけに、その後、改憲を政治日程に上らせたい故安倍元首相の独自路線の展開の中で棚上げにされ、後景に退きつつある。代わって故安倍晋三元首相と自民党が打ち出したのがいわゆる改憲4項目であり、2022年7月の参議院議員通常選挙においても同党の公約に掲げられたところである。

この改憲4項目の劈頭に掲げられているのが9条改憲である。それは、既存の9条テキストは変えず、新たに9条の2を「加憲」し、そこに「自衛隊」を明記するものである。2018年3月26日に自民党・憲法改正推進

14 したがって、非プロセス的権利も憲法上の権利である以上、その保障内容を立法裁量に全面的に明け渡しているわけではないので、緩やかな違憲審査が一律に妥当するわけではない。それどころか、《政治的決定プロセスに必要不可欠…》の意味の取り方次第で、プロセス的権利と非プロセス的権利の境界は劇的に変わってくる。例えば、最低限の生活水準が維持されていないのにデモに参加する国民はいない。だとすれば、25条の権利は政治参加を根底から支えるものとしてプロセス的権利にカウントされ、厳格審査で保護されるべきである。逆に、「窮乏革命論」のような教説に立つのであれば、窮乏こそ抵抗運動の成立条件であるから、25条などない方が政治に対する批判的契機が確保されてよらしいという話になる。

本部（21年11月19日に憲法改正実現本部に改組）がまとめた改憲4項目の「条文イメージ（たたき台素案）」とその説明文書¹⁵によれば、①憲法学者を中心として自衛隊の合憲性に疑義を表明する勢力があるので、憲法改正によって自衛隊を憲法に位置づけ、自衛隊違憲論を解消する、②自衛隊を憲法に位置づけるに当たっては「現行の9条1項・2項及びその解釈を維持した上で」、③「9条の2」を既存条文の次に加え、そこに「自衛隊」を明記し、かつ「自衛の措置（自衛権）」¹⁶についても言及する、という改憲素案となっている。

(2) 問題点

現行の9条1項・2項には手を入れず、「9条の2」を追加する加憲の方向を採用したのは連立を組む公明党への配慮であると思われるが、その際、重要なのは、前記の②にあるように1項・2項とともに「その解釈」についても維持すると明言した点である。自衛隊違憲論は現行9条の条文解釈をめぐるものである。それを明文改正で調停せずに、「自衛隊」や「自衛の措置（自衛権）」の文言を加えたところで、自衛隊違憲論は解消するどころか、逆に固定化されてしまうだろう（素案が「その解釈を維持した上で」とわざわざ言っている以上そうなるだろうし、「その解釈」がどの解釈なのかを明示しなければほとんど意味のない提案になる）。憲法に「自衛隊」・「自衛の措置」と書かれていれば、それだけで法律上の「自衛隊」とそれが採り得る「自衛の措置」が合憲になるわけではない。前者は憲法上の概念であり、後者は法令による創造物に過ぎないのであるから、法的制限を旨とする立憲主義的観点からして、前者による後者に対する規範的統制が引き続き行われることになる。法令上の自衛隊は憲法上の自衛隊概念によってその憲法適合性を問われ続けるのである。

したがって、憲法で「自衛隊」が認められているのだから、法律で「自衛隊」という組織を創設すれば当然に合憲になる……ことはない。憲法上の自衛隊概念（国会に認めた自衛隊設置のための授権の範囲）を明らかにする必要があるからである。となれば、「憲法上の自衛隊概念」をどう構

15 <https://constitution.jimin.jp/document/discussion/> (visited on October 5, 2022).

16 条文案には、「必要な自衛の措置」とあり、「自衛権」の文言はない。

想するかがカギとならざるを得ない。この点重要なのが、国際法のレベルでの標準的な自衛戦争の遂行を改憲提案は認めているのか、そのような自衛戦力の保持を改憲提案は認めているのか、という問いである。安民法制論争の頃から、否、9条制定直後から、連綿として課題として浮上し、なぜか全面的に議論されることがなく、決着のついていない論点である。自衛隊違憲論はこの二つの問いの両方についてNOと応じる憲法解釈であるから、違憲論を払拭し疑義を解消するには、この課題にはっきりと決着をつける必要がある。そして、憲法上の自衛隊概念を国際標準で組み立てるには、それを明確化するテキストを「9条の2」に盛り込むか、1項・2項の文言に手を着けるか、あるいはその両方を行うかの必要があろう¹⁷。普通に考えて、自民党ないし保守勢力の見ている安全保障像はそのような方向であったはずである。

しかし、故安倍元首相は自衛隊明記の改憲案について、それを実現しても「何も変わらない」と言い続けた。何も変えないのであれば憲法を改正する必要などみじんもないはずであるが、逆に言えば、改憲までして何も変わらないはずはないから、何も変えないと見せかけて、変化を密輸入する気だったのかもしれない。あるいは、ひょっとすると、本気で「何も変わらない」ようにしたかったのかもしれない。《自衛隊は必要だし、とてもよく頑張っていて、国民の多くがこれを受容している》という戦後政治の「自明性」、しかもそれは自民党支持者を中心とする政治勢力にとってのみ自明であるのではなく、かなり多くの国民が抱懐するに至っているものと思われるが、いずれにせよ9条をめぐる戦後の自明性を、故安倍元首相は、自衛隊の3文字を明記することによってそのまま憲法に盛り込もうとしていたのではないか。しかし、戦後の自明性にはもう一つの側面がある。それは9条解釈の不安定性の下、自衛隊には常に違憲の烙印が押され続けてきた、という自明性であり、9条改憲によってその規範的不安定性を克服しようとする本格的な取り組みがなされてこなかったというもので

17 その意味では、2項削除を主張する石破茂衆議院議員の提案の方が自衛隊明記加憲よりも改憲提案としてスジが通っているし、法テキストとしての憲法を直視する点で立憲主義的にも好ましい。ただし、2項を削除しただけでは、1項をめぐる解釈対立は依然として残存し続けるだろう。

ある¹⁸。日本国が自衛戦争を遂行できるのかどうか、専守防衛にとどまるのか集団的自衛権に踏み込むのか、という問いに対して明確な「法規範的決着」を回避し、あいまいな9条運用によって自衛隊や安全保障体制に求められる本来的コストを直視せずにすることを結果的に可能にしてきた戦後の「物語」を、故安倍元首相は維持しようと無意識のうちに考えていたのではないか。そのように疑いたくなるのが、自衛隊明記による9条加憲論なのである。そして、かかる思惑は護憲派と言われる勢力にも共通するものかもしれない。だとすれば、あいまいな9条を軸に展開してきた物語を維持する方向に日本政治全体が総じて収斂しつつあることになる。もし、そのような「馴れ合い」を改憲によって裏書きする程度のものであれば、自衛隊明記は、憲法の法規範性を掘り崩し立憲主義的要請に背くものであって、憲法改正の名に値しないだろう。

2. 9条削除論

(1) 基本構想

9条削除論とは、9条を大胆に削除した上で、安全保障政策を民主的な熟議と公正な政治的競争を通じての政治的決定に委ねることを求めるもので、法哲学者の井上達夫が精力的に展開している改憲提案である。従来、随所で語られてきた井上の9条削除論の全貌は、2019年に公刊された『立憲主義という企て』（東京大学出版会）で明らかにされた。それは、法概念論の根本的問いである悪法論と正面から向き合い、その哲学的解答を法

18 自民党素案は、自衛隊違憲論を憲法学者に帰責するが、前提となる違憲論者の9条解釈は言うまでもなく政府自身も共有するものである。政府も自衛戦力違憲論に立つが故に、必要最小限の実力は戦力に該当しないという“珍論”で対応を重ねてきたわけである。憲法学者の解釈と政府の解釈は実は同根であり、両者の違いはこの“珍論”を受け入れるかどうかにある。小学生でも首をかしげるこの“珍論”を受け入れないことをもって《憲法学者が自衛隊違憲論を強弁している》と非難されても、困るというものである。

もちろん、“必要最小限の実力”という概念が、時として、我が国の安全保障政策に一定の歯止めとして機能してきたことは認めたい（例、専守防衛の徹底、大陸間弾道弾の保有禁止、攻撃型空母の保有禁止、GNP1パーセント論、等）。しかし、これらは9条があることの直接的効果ではなく、9条についての一定の解釈がもたらしたものである。“必要最小限の実力”という解釈の閾値が変化することによって、その効果も左右される。集団的自衛権の限定的行使の解禁という政府解釈もそのような閾値の操作によってもたらされた。歯止めの機能に全面的に依拠するわけにはいかないだろう。

の支配の再定位に適用して、「正義への企て」である憲法のあり方を哲学的に再編するという壮大なプロジェクトの文脈において9条を考える、という試みである。

安全保障政策についての「正しい立場」をめぐるっては解消不能な見解の対立があることを前提に、井上は、かかる対立が解消不能であるからこそ、反対者をも拘束する政治的決定が求められる、とする。政治的決定は「正しい立場」つまり法的正当性 (the rightness of law) をめぐってくりひろげられる政治的闘争を通じてもたらされ、必然的にかかる闘争の勝者と敗者を生むが、その角逐を政治的自然状態の危機に転落させないためには、自身にとって「不正な法」であっても、「公正な政治的競争のルール」¹⁹によって生み出された法である限り、正当性に関する諸構想の対立を超えて、それらに通底する普遍主義的次元、すなわち「法的正統性 (the legitimacy of law)」を承認し、これを受容すべきだ、と井上は主張する²⁰。政治的敗者にとって「悪法」であったとしても、それを生み出した政治的決定を覆し得る政治的競争が公正に開かれている限り、「悪法」に従うべきことが正当化されるわけである。

従って、何が正当な安全保障政策かはまさに、「通常の民主的政治過程で争われるべき政策課題であ」って、勝者が自己の政治的選好を憲法に固定化することやそれを受けて敗者が憲法を無視・歪曲することは、憲法を「政争の具」に墮落させる欺瞞的行為であって、「公正な政治的競争のルール」を中心とした正統性の法典たるべき憲法を復権させるためにも、9条の削除を改憲によって敢行し、安全保障政策を広く国民の民主的熟議に開放すべきだ、と力説するのである²¹。

なお、安全保障政策の採用に際し、“戦力の保有”が民主的に選択された場合に備えて、戦力の濫用を防ぐための「戦力統制規範」を憲法に書き

19 「公正な政治的競争のルール」とは、「政治的抗争の勝者と敗者に等しく統治のフェア・プレイの責務としての政治的責務を課しうるような」ルールであり、立法権力の民主的選出と民主的統制、行政に対する立法的・司法的統制や司法の独立、政権交代可能性、国家行為に対する正義審査権の留保、等である。井上はこれらを「憲法化されるべき規範」とおく。これらのルールが立憲主義的要請である点については、既にI 3 (2) で述べたところである。

20 井上・前注10) v -vii, 3-4, 9-11, 93, 240-242頁。

21 井上・前注10) 181, 244頁。

込むことを、井上は提案している（というよりも条件づけている）。「戦力統制規範」の憲法化として井上が想定しているものは、①無責任な好戦感情を抑止し、犠牲と負担を公平に分配するための無差別な徴兵制と、重い代替役務を伴う良心的兵役拒否制度、②軍隊に対する文民統制（統制の契機を欠いた単なる“文民条項”とは異なる）、③戦力行使に対する国会の事前承認手続、④軍事司法制度、である²²。

(2) 検討

井上の9条削除論は、立憲主義を「法の支配」の実現のために権力を制限する企てと見る点において、筆者がIで述べた、改憲への立憲主義的要請の議論と一致する。その上で、「正当性」と「正統性」の峻別を法の支配の核心と位置づけ、政治的決定の正・不正は前者の問題であって、特定の「正しい立場」を憲法に書き込むことは特定の人々の選好のみを特権的に固定化することになるのでこれを排し、憲法は、後者の「正統性」の法典として、「公正な政治的競争のルール」を中心とする統治のフェア・プレイの構造化に「自己規定」すべきであるとする²³。

このような井上の憲法観には、I 3(2)で触れたプロセス憲法観と同型の疑問が浮かんでくる。正当性については調停不能な見解の対立を見るのに、正統性基盤についてはすんなり受容されると考え得るのだろうか、解消不能な対立は正統性のルールの下でもおそらく（というか確実に）調停されずその時々政治的勝敗が決定されるだけであり、“時限的な独裁政治”とそれによる不安定な国家運営が帰結されるだけではないか…。もっとも、正当性については合意不能で正統性については合意可能であると井上が考えているかと言えば、そうではない。井上は、政治的決定を「合意の産物」と見るのは「有害無益な虚構」と喝破している²⁴。なので、おそらく憲法の構築も「合意の産物」と見ることを拒否するだろう。「正統性」の受容は、合意可能性の有無によってもたらされるものではなく、法概念論的に帰結される「法」の特質が国家構成員に課す責務として構想さ

22 井上・前注10) 246頁と同頁注39。

23 井上・前注10) 182頁。

24 井上・前注10) 240頁。

れていると思われる。その上で、調停されることのない正当性問題を、政治的勝敗の黒白をつけることによって一時的に裁定し、やり直しや蒸し返しの機会の公平な付与の下、政治闘争ゲームの永続化によって社会秩序の安定を図ることなのであろう。「政治的競争のルール」はいわば政治闘争という“内戦”を安定化させる“戦力統制規範”である。

繰り返しになるが、解消不能な正当性をめぐる対立は、「公正な政治的競争のルール」の下でも解消不能である。そして、解釈改憲の欺瞞を恥じない人々は、「公正な政治的競争のルール」の下でも依然として欺瞞的であり続けるだろう。正統性の基礎法である憲法にできることは、政治的勝者と敗者の交替可能性を通じて安定的な政権変動のプロセスを永続化させ、対立と欺瞞のポリティクスをそのプラットフォームに置くことによって両陣営の反省や連携を淡く期待することにとどまる。もっとも、そういう期待は期待にすぎず、法的になんら保証されるものではない。だとすれば、公正な政治的競争がもたらすものは、ルールに則った罵倒と欺瞞の連鎖、そして攻守反転で“時限的な独裁”が劇的・頻回に入れ替わるような統治であるかもしれない。

要するに、公正な競争のルールだけに政治的決定を委ねるのは高リスクなプロジェクトになり得る。それを回避するには、政治的競争（に基づく政治的決定）に託し得ない実体的な価値を憲法にあらかじめ定めておくことが必要であるように思われる。確かに、これは解消不能な対立を伴う「正しい見方」を潜脱的に憲法上固定化することにつながるおそれがある。しかし、正当性と正統性とは二値的なものではなく、その中間に置かれるような価値世界があるのではないか。価値世界には、特定の個人にとっての選好表明にすぎない特殊な善の構想と、それらを共約化した普遍的価値とが対峙する二項対立図式としてしか構想できないのだろうか。この両極の間であって、善き生き方をめぐる対立を長期的・暫定的に調停する可能性を持ち、普遍的原理の裁断を受けつつ、対立を一定の方向に導きながら、政治的決定の批判的・反省的参照点になり得るような「prima facieな正統性を有する構想」を観念できないものか。そのような視点から憲法をとらえ直すと、①「公正な政治的競争のルール」に従った政治的競争にその帰趨を委ねるべき正当性問題、②立憲主義のコアな要請であるが故

に、改憲によっても変更不能な正統性基盤（「公正な政治的競争のルール」そのものを含む）、③憲法改正手続という憲法レベルの「公正な政治的競争のルール」によるのであれば変更可能な「prima facie な正統性を有する構想」、の3層から成る立憲主義的憲法構造を考えることができるのではないか。

要するに、「公正な政治的競争のルール」を、法令形成レベルと憲法変動レベルの二層で設定し、正当性問題の解決を、法令形成による通常政治プロセスと憲法改正による立憲政治プロセスの双方に委ねるという提案である。憲法改正もまた政治的競争のひとつであり、やり直しや蒸し返しに開かれている。もちろん、両者に求められるルールのハードルの高さは異なる。そして、硬性憲法の趣旨ならびに改正手続の重さに照らし、委ねられる正当性問題は前述の「prima facie な正統性を有する構想」にかかるものでなければならない。

(3) 兵士という構造的少数者

上述(2)の考察は、要するに、9条削除ではなく、井上が自身の戦争正義として支持する消極的正戦論に依拠した安全保障制度を憲法に明記することも十分可能であり、またそうすべきではないかということを指摘するためのものである。

井上は戦争正義の諸類型のうち消極的正戦論を選択する。「自衛のための必要不可欠性」に戦争の正当化根拠を限定するこの立場は、戦争の遂行と戦力の保持を自衛に限って承認する²⁵。自衛権の集団化については「理論的には承認しうる」としつつも、現存の集団化実例が機能不全に陥っている点（国際連合）や盟主国への日本の道具化・従属化に転落する可能性がある点（日米安全保障体制）から警戒・留保している²⁶。

このような消極的正戦論に基づく安全保障構想は現行9条に違反すると井上は考えている²⁷。しかし、井上は、自己の構想を9条改憲によって憲法化することについては特定の政治的選好を憲法上固定化するものとして自制し、敢えて9条削除を提唱するのである。

25 井上・前注10) 222-225頁。

26 井上・前注10) 236-237頁。

27 筆者も消極的正戦論に立つ。また、国際連合に対する見方も井上のそれと符合するところが大きい。ただ、現行の9条の下でも自衛戦争の遂行と自衛戦力の保持は許容されているという憲法解釈も可能であると考えている。私見をごく簡単に略述しておく。パリ不戦条約が侵略戦争を違法化し自衛戦争を留保したという見方（ならびに9条の「国際紛争を解決する手段」を同条約と同型にあるものとして解釈する立場）が支配的見解として広く受容されていることを前提にして、憲法テキストを常識的に読むという立場からすると、①「国際紛争を解決する手段としては」との文言は限定的放棄を含意するように読めるし、また、②「前項の目的を達するため」は1項のアレンジを2項においても維持するものと読めるので、自衛戦争・自衛戦力が日本国憲法においても許容される。なお、憲法制定過程における政府側の発言は私見に対して否定的に働き得ることは筆者も認める。しかし、制定過程における個々の発言は解釈の参考にはなり得るが決め手にはならない（まして、関係者の「真意」や秘密会での議論状況は参考資料としてもマージナルなものとして扱われるべきであり、基本的には無視されるべきであろう）し、もし制定過程における関与者たちの発言や行動に大きなレバンスを置くのであれば極東委員会の言動もそれにカウントすべきである、というのが筆者の立場である。筆者は日本国憲法の制定について、それをポツダム宣言の履行と位置づけ、その履行に関する当時の「国際法的」枠組から制定過程を見た場合、当初はマッカーサーが日本の統治構造を改革する直接行動に出る権限を有していたが、極東委員会の設置によってその権限は同委員会に移され、その移行を認識していたにもかかわらず、マッカーサーがある種のクーデターのように改正作業を断行し（断行させ）、途中からそれを察知した極東委員会が断続的な関与を試みる中、帝国議会で新憲法が成立してしまったが、後に同委員会がこれを承認することにより、マッカーサーの“クーデター”は事後的に追完されたと理解している（Keigo Komamura, *Legitimacy of the Constitution of Japan*: Redux (2010) (https://projects.iq.harvard.edu/files/crrp/files/komamura_constitutionlegitimacy.pdf)). 9条の意味、芦田修正の含意、文民条項の導入の意図、等々からなる極東委員会の「原意」も、吉田茂、金森徳次郎らの発言とともに参酌されるべきであろう。

なお、筆者は私見の解釈が絶対だとは考えていない。絶対どころかかなり特殊であると承知している。なので、独自見解を盾に改憲は不要であると冷笑するつもりはない。消極的正戦論ならびに国際連合（国際法）に対する一定のコミットメントについて明文改憲が行われることは、それが改憲に至るプロセスとしてもまともなものとして行われる限り、賛成する立場を採っている。さらに付け加えれば、完全なる戦争放棄を標榜する絶対的非武装中立主義について、現行9条の解釈としては上述の私見に照らし採用することはできないと考えるが、「prima facie」な正統性を有する構想としてこれを再構成して、改憲によって導入する提案も完全に否定することはできないと考える。その場合、①自衛戦争もふくめあらゆる戦争を不正義と見る立場の徹底がもたらす不条理について十分な説得力のある説明がなされること（個人に自己保存のための暴力行使も否定する無抵抗を強いはいまいか）、②一見極端な理想論に見えるこの立場こそが、実は、主権国家の自律分散を前提とする対立と均衡の世界秩序を平和的に整序し得る「リアリティ」を持っているのだということを説得的に論証すること、が少なくとも求められるだろう。純粹贈与としての9条論と、かかる9条を端緒にした世界同時革命論を唱える柄谷行人は、「純粹贈与には力がある」「その力はどんな軍事力や金の力よりも強いものです」と述べている（柄谷行人『憲法の無意識』（2016年、岩波書店）132-133頁）。カントが被った、リアリストたちからの「軽侮」を返上するためにも、「力」のリアリティにさらに立ち入ってもらいたいところである。

筆者は、消極的正戦論に立つ安全保障制度は「prima facie な正統性を有する構想」として憲法に明記することが可能であると考え、可能であるだけでなく、むしろそうすべきであると述べてみたい。それは、安全保障政策のように予算も人員も膨大なそれを投入し、装備のメンテナンスや訓練の継続性、外交上の一貫性や継続性を保たねばならないような重要政策は、時々の政治的決定に委ねるのではなく、(改正による変更可能性を留保した上で) 憲法に定めておくのが適切である、というプラクティカルな理由からだけではない。それは井上が主張する「実質的立憲主義」の観点と関わるものである。

井上は、政治的競争に敗れたとしても、さらにそれに再挑戦し批判的吟味を求め続ける試練を引き受けなければ「本物の立憲民主主義」が日本に定着するはずがないと喝破する。しかし、同時に、「民主的討議の敗者の最小限の拒否権を擁護するものとしての実質的立憲主義の制約」があるとす。政治的競争の敗者たる「政治的見解における少数者」と民主的プロセスから排除された「構造的少数者」を区別し、後者についてはその人権保障と違憲審査による保護を用意すべきだと説く²⁸。それが民主政の「正統性保障」のために必要であるからである。だとすれば、構造的少数者の保護のための権利保障は、正統性基盤に直結する改憲不能な政治的競争のルールの一部として、あるいは、「prima facie な正統性を有する構想」として、憲法典に定式化されるべきであろう。

さて、戦争が開始されると、一部の権力者と軍指導部に権限が集中されるか、あるいは戦時緊急事態が宣言されるかして、通常の民主的プロセスは停止ないし後退する。多くの国民は政治的批判の回路を断たれ、場合によっては一方的に犠牲を強いられる可能性がある。正統性を支える政治的決定のプロセスから国民のほとんどが構造的に排除されるのが戦争という事態なのであれば、そのような立場に置かれる構造的少数者たちに最低限の権利を保護し、不可避的な犠牲を最小化できるような安全保障制度を憲法上特定することが必要である。

兵士の存在も忘れてはならない。兵士は、命令によって生命を犠牲にす

28 井上・前注10) 97、213頁。構造的少数者とは、人種的・民族的・性的・宗教的少数者などが想定されている。

るリスクを負う。しかも、文民統制の徹底から政治プロセスへの関与は大きく制限される立場にある。軍事の専門家としての評価や尊敬を受けず、戦争に対する忌避意識や軍隊に対する嫌悪感から社会的偏見²⁹にさらされやすい立場にすらある。つまり、兵士は、厳格な上命下服の状況に置かれ、戦時平時ともに政治的決定から構造的に遠ざけられている“少数者”であると言えよう。だとすれば、構造的少数者としての兵士は、《生命を賭す以上、せめて戦う戦争の種類は選びたい》と考え、それを自国防衛に限定し、日本の主権のコントロールが及ばない同盟国の戦争に関与はできないとして、消極的正戦論に立つ安全保障政策を憲法に明記することを求めたとしても不思議ではない。そればかりか、かかる憲法化には実質的立憲主義の観点からそうすべき理由があると思われる。

また、兵士は、《生命を賭す以上、名誉ある死を》と考えるだろう。戦場において《殺し、殺される》状況に置かれ、敵国の兵士をはじめとする人間を殺傷しても、通常刑法の論理で裁かれたり、あるいは法的評価の空白地に置かれることなく、戦時国際法の交戦法規による正当な統制を受け得るような仕組みを用意する必要がある。適切な軍事司法制度を手続と実体の両面で憲法化しておくべきであろう。また、上官から“犯罪行為”を命じられても峻拒できる抗命権（抗命義務）の憲法化も考えられている。つまり、兵士として国際標準で扱われるような制度的手当てや、国際法的にも正しく位置付けられた戦争を、憲法上固定化しておくことが望まれるし、そうすべきであろう。無念の戦死を遂げ、貴重な生命を犠牲にしたにもかかわらず、不正な戦争に加担した不正な兵士³⁰、正しい戦争を犯罪行為で汚した極悪人、といった烙印を押されたらそれこそ死んでも死にきれないのではないか。

29 過度の英雄視や神聖化という“社会的偏見”にもさらされる。

30 このような評価にはもちろん議論がある。正しい戦争を戦う正しい兵士と不正な戦争を戦う不正な兵士の間に道徳的差異を認めない正統派正戦論と、両者の間に道徳的差異を認める修正派正戦論を考察する、松元雅和「兵士の道徳的平等性に関する一考察」井上達夫責任編集『法と哲学』創刊第1号（2015年）103頁以下参照されたい。

Ⅲ. 立憲主義的改憲に向けて

紙幅が尽きた。本稿で述べたかったことは、憲法改正も（そして憲法制定も）立憲主義的統制を受けるのであり、党派的都合やある種の自己実現として改憲ないし改憲論を私物化するのではなく、高次の公共的視点からそれを問い直してみる必要があるということである。井上の9条削除論は、法概念論に立ち戻り、立憲主義そのものの企てとして憲法（改憲）を再定位しようとするものであり、改憲論に大いに裨益すると考えられる³¹。その上で、筆者なりの考察と批判を加えたつもりである。

憲法改正は壮大な政治的エネルギーを要する重大なプロジェクトである。筆者は現時点ではそのようなプロジェクトに挑戦する条件が日本政治には備わっていないと考えるので改憲には消極的であるが、既に述べたように改憲の選択肢をはなから無視ないし排除するものではない。《やるならまともにやろう》ということに尽きる。《やっても何も変わらない》から安心して憲法改正にトライできるという事態は、おそらくその時点で憲法は規範的意味を喪失した空文となっているだろうから、立憲主義にとって最悪の事態と言ってよい。それだけは避けるべきだというのが本稿に込められたもう一つのメッセージである。

31 なお、立憲主義的改憲（論）を標榜する本稿からすれば、菅野志桜里による、その名も『立憲的改憲』と称する改憲提案が注目に値する（山尾志桜里『立憲的改憲』（筑摩書房、2018年））。紙幅が限界に来たので全く言及する余裕がない。挙げて別の機会に委ねたい。