

Title	報告三：民主主義への懐疑？
Sub Title	
Author	駒村, 圭吾(Komamura, Keigo)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	2018
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.91, No.12 (2018. 12) ,p.116- 132
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	特別記事：平成三〇年度慶應法学会シンポジウム：挑戦を受ける民主主義
Genre	Journal Article
URL	<a href="https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20181228-0116">https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-20181228-0116</a>

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

報告三

## 民主主義への懐疑？

駒村圭吾

今日の私の報告は「民主主義への懐疑？」です。その趣旨を簡単に言いますと、法と政治というのは折りがつかないようになってきているのだから、法が民主主義を懐疑するのは当たり前ではないか、ということだけです。他方でしかし、法ないし法学者は、懐疑をすることだけではなくて、期待をし、かつ希望を抱きつつ、それをながめているところもある。「懐疑」するというのは、言い方を換えると、民主主義を畏れ敬っている、つまり、畏敬の念を法学は抱いているということでしょう。このことを話し出すといろいろな曲がり道に迷い込みますので、本日は、懐疑そのものではなく、民主主義に対する期待に焦点を当てた話をさせていただきたいと思えます。

実は、慶應義塾大学学部開設一五〇年のときに、慶

應義塾大学法学部とハーバード大学ライシャワー日本研究所のあいだで「戦後日本の『かたち』」(『The Constitution of the Postwar Japan』)という共同研究で三年間の期限付きで立ち上げました。この共同研究では、憲法を狭い意味での「憲法」ないし「憲法典」に限定せず、広く日本の基本的な構造を対象に、政治学者、社会学者、歴史学者、宗教学者、等との共同作業が行われ、全体で三回のワークショップを持ち、そのうちの二回は慶應義塾大学で、一回はハーバード大学で行うこととし、昨年一月に最後のワークショップをハーバードで行いました。本日は、その際、「憲法九条の命運」と題して私が行った講演を基にして、若干の新しい観点も織り込んで、お話をしたいと思えます。

なお、昨年、例の総選挙を受けて憲法改正が政治日程に具体的に上り始めていることから、ハーバード大とのジョイントプロジェクトをもうワンラウンドやるうじゃないかという話になり、私が所長を拝命しているK G R I（慶應義塾大学グローバルリサーチインスティテュート）とライシャワー日本研究所とで共同研究の調印をし、さらにもう三年間、日本の戦後のかたちについて共同研究をすることが決まりました。基本的には前回と同じスキームで、うち二回を慶應、一回をハーバードで行う予定です。この場をお借りして申し添えさせていただきます。

### 砂川判決

まず「砂川判決」について話をしていきたいと思えます。おそらく政治学科の方でも砂川判決という名前はお聞きになったことがあるのではないでしょう。か。憲法九条をめぐる日本の数少ないランドマーク判決の中の一つであり、日米安全保障条約およびその下の駐留米軍、あるいは刑事特別法の合憲性が問われた判決です。

実は、私は東京・神田で生まれたのですが、小学校

に上がったところに東京都立川市砂川町に引越しをし、小学校、中学校は、窓が二重になっている校舎の中で授業を受け、立川基地を見ながら育ってきました。その私が、今、砂川闘争の話をするのも何かの運命を感じます。もちろん、私が立川に移住したときには、既に砂川闘争は十数年前にとっくに終わっており、ちょうど米軍基地から自衛隊基地に移行する時代でした。自分の第二の故郷である砂川——私が引越した直後に砂川町は「若葉町」という高度成長を象徴する面白くもおかしくもない町名に変わってしまいました。——ここは憲法的に由緒正しき土地であると思っております。

一九五〇年代、朝鮮戦争をきっかけに、米軍は軍用機の巨大化を推進しますが、立川基地は手狭になったため、滑走路を延伸することになり、当時の砂川村にまで拡張工事が及ぶことになりました。そのため多くの農民が土地を失うことに反対し、学生や労働組合を含めて反対闘争が開始されたわけです。この種の闘争としては安保闘争が有名ですが、砂川闘争は安保闘争の原型を提供するぐらいの大きなものでした。ただ、少しやりすぎて米軍基地内にまでなだれ込んでしまい、

不法侵入ということになるのですが、通常の刑法よりも重く罰しようという当局のねらいもあって、日米安全保障条約第三条に基づく行政協定による刑事特別法でこれを逮捕、起訴するということが行われました。被告の側は、そもそも日米安全保障条約自体が憲法九条違反なのだから、当然米軍が駐留していることもあってはならないはずだし、刑事特別法も違憲無効なのだから、われわれは起訴されるいわれがない、その根拠はないのだということと今度は闘争を法廷に移すことになったわけです。

### 伊達判決

そして一九五九年三月、東京地裁で驚くべき判決が出ました(東地判昭和三四年三月三〇日下級裁判所刑事裁判例集一卷三号七七六頁)。伊達秋雄裁判官による判決で通称「伊達判決」と呼ばれているものです。この判決の論旨は明瞭で、憲法第九条は「戦力」を持つことを禁止している、ところで駐留米軍は戦力である、したがってこれは憲法違反である、というわけです。

慌てたのが日本政府でした。その翌年つまり一九六〇年一月には安保条約の改定を控えていて、もしこの

伊達判決がそのまま受け入れられ、まかり間違つて最高裁が違憲無効だとしたら大変なことになるといふことで、日本政府は上を下への大騒ぎとなるわけです。検察は特別上告をし、事件は直ちに最高裁に係属しました。最高裁はその年の二月一六日に砂川判決を下したわけであります(最大判昭和三四年二月一六日刑集一三卷一三三三二五頁)。

その判示内容の一つは、「(憲法九条)二項がいわゆる自衛のための戦力の保持をも禁じたものであるか否かは別として、同条項がその保持を禁止した戦力とは、わが国がその主体となつてこれに指揮権、管理権を行使し得る戦力をいうものであり、結局わが国自体の戦力を指し、外国の軍隊は、たとえそれがわが国に駐留するとしても、ここにいる戦力には該当しないと解すべきである」というものでありまして、駐留米軍の存在そのものは憲法九条の規範的統制の対象から外すとしたわけです。もちろん、そうは言うものの駐留を日本政府が許していることを含む、安全保障条約全体に対する憲法上の疑義はどうかという次の論点が出てくるわけですが、とにかくひとまずはかわした、ということになります。

### 憲法九条の命運1——不安定さ

日米安全保障条約そのものの憲法上の疑義という論点に関して、最高裁はいわゆる統治行為論（政治問題の法理とも呼ばれます）を導入したと通例理解されており、それは次のような判示でありました。

「本件安全保障条約は、前述のごとく、主権国家としてのわが国の存立の基礎に極めて重大な関係をもつ高度の政治性を有するものというべきであつて、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量の判断と表裏をなす点がすくなくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまないであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものである」。

安全保障条約というものは、国の存立の基礎に重大な関係をもつ高度の政治問題だから、これが違憲かどうかについては、一見極めて明白に違憲無効でない限り、

り、裁判所は審査をしない、ということをつたわけです。統治行為論の標準的な理解は、統治行為とみなされた国家行為の憲法適合性については裁判所の審査対象とならない、というものですが、砂川判決の論旨は、文面から明らかなように、一見すると憲法の趣旨に明確に反しているわけではない、と述べているにすぎず、子細に見たらどうなるのか分からないが、それについては何も言わない、と宣言しているにとどまります。

従つて、安保条約は《一見極めて違憲無効ではない》とされましたものの、それは《合憲である》という判断とは必ずしも同じではありません。

このことに関して確認しておきたいのは、まず、統治行為論に分類され得る国家行為は安全保障条約の締結・運用に限られるわけではないと思われまふ。細かい話は割愛しますが、安全保障に関する砂川判決の法理は、他の安全保障政策や国防政策にも援用される可能性があります。つまり同判決の統治行為論あるいは政治問題の法理の適用対象となり得る国家行為には、自衛隊の設置・運営も該当する可能性があります。また、二〇一四年に閣議決定で旧来の解釈を変更した

上で二〇一五年に法案が成立した集団的自衛権の限定的行使容認も、おそらく統治行為に該当する可能性は少なからずあるでしょう。

集団的自衛権の限定的行使容認は、二〇一五年の法案の成立によって、あるいはそれに先立つ閣議決定も含め、その合憲性が確立したと言う人がおりますし、また、仮にその憲法適合性に疑義が提示されたとしても、最高裁は統治行為論を援用し審査を行わないだろう、とタカをくくくる人もいます。が、繰り返し指摘してきましたように、砂川判決は、《一見極めて明白に違憲無効》か否かについての審査権は裁判所に留保されるとしておりますので、法案の成立、閣議決定による政府解釈の変更が憲法適合性に欠けるとなれば、訴訟が提起された場合、《一見極めて明白に違憲無効》であると認定される可能性は皆無ではない、そういうことを最高裁が言わないという保証はどこにもないのです。

二〇一五安保法制につき、内閣法制局長官まで務めた方が違憲だと言ひ、かつ最高裁判事を務めた方たちもこれは違憲だと言っていた。これがもし何らかのかたちで訴訟なり、裁判所に出された場合、最高裁が

何と言うかはわからないという状態にあると私は思います。ですので、安全保障条約の締結・運用、自衛隊の設置・運用、あるいは集団的自衛権の限定的行使についても、その憲法的な基礎は必ずしも十全ではなく、不安定なままということになります。そして、このことは、逆に言うと、九条の規範性自体も不安定に存立していることを示唆しております。

このように、憲法九条の命運のまず一つ目は、その規範としての不安定性が挙げられます。

#### 憲法九条の命運 2——二つの安全保障オプション

このように、二〇一五安保法制と砂川判決は接点を結びます。実際、安保法制の攻防の過程で、五十年以上前に下されたこの判決が一瞬、脚光を浴びることになりました。それは高村正彦自民党副総裁が、安保法制をめぐる議論の旗色が若干悪くなったので、最高裁判決に助けを求めようということで、砂川判決を引っ張ってきて、今般の安保法制はこの砂川判決によって正当化ができると述べたことがありました。このとき、高村氏は二つのことをおっしゃいました。

そのうちの一つは、砂川判決の次の判示部分に関わ

るものです。

「わが国が、自国の平和と安全を維持しその存立を全うするために必要な自衛のための措置をとりうることは、国家固有の権能の行使として当然のことといわなければならない。」

高村氏によれば、この下りで砂川判決は「必要な自衛のための措置」をとることができると言っており、そこには個別的自衛権や集団的自衛権の別についての言及はないのだから、「必要な自衛のための措置」に含まれる措置として集団的自衛権を最高裁も認めているのだ、という趣旨の発言をされました。

これが成立しないことは皆さんもよくおわかりだと思えます。砂川判決は「判決」であり、判決は争訟を解決するために下されるものです。砂川判決は、駐留米軍と安保条約の合憲性についての疑義が訴訟として提起されたわけですから、それに限定して下される判断であったわけですから、そもそも事案がそうである以上、本判決の適用射程というものは当該事案に限定して読むのが普通の判決理解なのであります。先に引用した

判示部分の後に最高裁はこう言っております。

「すなわち、われら日本国民は、憲法九条二項により、同条項にいわゆる戦力は保持しなけれども、これによつて生ずるわが国の防衛力の不足は、これを憲法前文にいわゆる平和を愛好する諸国民の公正と信義に信頼することによつて補ない、もつてわれらの安全と生存を保持しようと決意したのである。そしてそれは、必ずしも原判決のいうように、国際連合の機関である安全保障理事会等の執る軍事的措置等に限定されたものではなく、わが国の平和と安全を維持するための安全保障であれば、その目的を達するにふさわしい方式又は手段である限り、国際情勢の実情に即応して適当と認められるものを選ぶことができることはもとよりであつて、憲法九条は、わが国がその平和と安全を維持するために他国に安全保障を求め、ことを、何ら禁ずるものではないのである」。(傍点引用者)

つまり、ここで展開されているのは、日本に集団的自衛権があるかどうかではなく、日本は基本的に「戦力」が持てないのだから、その欠損部分を他国の集団

的自衛権に頼って補完することができるといふ解釈です。日本国政府が集団的自衛権を行使できるとは一ミリも言っていない。アメリカの集団的自衛権に頼って我が国の「戦力」を補完することも可能であると、言っているに過ぎないのです。このような判例読解が通常の読み方ではないかとの批判が出てまいりましたので、結局、副総裁のフライングだということになり、自民党内部あるいは野党からの疑義が寄せられ、高村氏の主張自体、忘れられていくわけです。

が、本日、私が申し上げたいのはそのことではなく、今引用しました判決文の中に示された安全保障の関する二つのオブションについてです。何気なく最高裁は言っていますが、実はここにはかなり方向性の異なる二つのオブションが並列されており、一つは、判決文のほどに書かれております、「国連を通じた安全保障理事会等の執る軍事的安全保障」に身を委ねる方法。つまり、国連に頼ること。そしてもうひとつが、自分の国の戦力の欠けている部分を「他国の集団的自衛権行使によって補完する」というもの。同盟ブロックを前提としたオブションで、これも九条の下での我が国が取り得る安全保障オブションとして認められる

ということを述べています。

憲法制定過程で、敗北と再生のある種の高揚感から、幣原喜重郎等に見られるように、日本が個別自衛権を含めてあらゆる戦争的なるものを放棄したというムードが存在したのは、国際連合に対する期待と希望があったことは確かであろうかと思われまます。国連にわれわれは身を委ねるのだという進路が示されていた。そして、その観点から日本国憲法を見ると、前文には「諸国民の公正と信義」という文言や、「国際社会において、名誉ある地位を占めたい」、「全世界の国民が、平和のうちに生存する権利を有する」ということが書かれています。この条文と憲法制定の経緯を併せて考えたときに、基本的に日本がとれる安全保障政策は国連を中心に考えるべきだという憲法解釈が導かれると私は思っています。

ところが、砂川判決は、それ以外に同盟ブロックに頼って戦力を補完すること、つまり他国の集団的自衛権行使をもって補完するというオブションを平然と、対等なオブションとして存在するかのごとく言っていたのであります。これが憲法九条の命運の二つ目です。



### 憲法九条の命運3——主権者国民の政治的批判

さて、さきほど高村副総裁の発言に言及しましたが、ここで高村氏のもう一つ発言を紹介いたします。それは本判決の以下の判示部分に関するものです。

「……それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従つて、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものであつて、それは

第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会の判断に従うべく、終局的には、主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものであると解するを相当とする。そして、このことは、本件安全保障条約またはこれに基づく政府の行為の違憲なりや否やが、本件のように前提問題となつている場合であると否とにかかわらないのである。」

統治行為に関する憲法上の疑義については裁判所が決するのではなく、「第一次的には、右条約の締結権を有する内閣およびこれに対して承認権を有する国会

の判断に従う」とあるのを捉えて、高村氏は、最高裁が結局、この種の問題は内閣と国会つまり政治部門が判断すると言っているのであり、政治部門が安保法制の改革を提案し法案を通せば、国民はそれに従わなければいけない、という趣旨に理解し得る発言をされた。最高裁の判断が出ない以上、政治部門の判断が終局的なものであつて、憲法の解釈はそれによつて安んじ、その憲法解釈に国民は従わなければならない、という趣旨に出たものと言えるでしょう。

ところが、判決文をご覧になっておわかりだと思ひますが、第一次的に責任を負うのは「内閣」と「国会」ですが、「終局的には主権を有する国民の政治的批判に委ねられるべきものであると解する」とし、最高裁は主権者国民の政治的批判というものが高度の政治性をもつた統治行為をめぐる憲法上の疑義を解消するための条件であることを、この判決で述べている。したがつて、この部分をどう解釈するかということが重要になつてくるのではないかということになります。

主権者国民の政治的批判というものが最終的にはこの種の問題を解決するためには不可欠であるということとを最高裁は言っていますが、まさに砂川闘争自体は、

主権者国民の政治的批判の一態様であったと見る余地がないわけではありません。《市民運動》という日本の場合は独特のイデオロギー的色彩があるので、ここではシビック・アクティビズム (Civic Activism) という言葉を使わせていただきますが、シビック・アクティビズムに対する最高裁の期待というものが、砂川判決には実は刻印されているということになります。

しかし、当時、シビック・アクティビズムあるいは《国民の政治的批判》は社会現象として華々しい脚光を浴びていた時期ではありませんが、他方で、かなりの逆風にさらされてきたことも事実です。その逆風を象徴するのが当時の最高裁長官であった田中耕太郎の言動であります。

田中耕太郎は、東京帝国大学の教授を務め、国際司法裁判所に就任し、「世界法」を志向する哲学観を持ったクリスチャンです。日本の法学界では巨大な存在であり、毀誉褒貶含め、いろいろな意味でビッグネームであったことは間違いありません。ところが、この田中耕太郎が一九五九年六月、すなわち伊達判決が出た三ヵ月後、そして特別上告によって砂川事件が最高裁に係属して、これをどのように審理するか、最

高裁部内で議論がまさに開始された六月（そして、それは当然に最高裁判決が出る半年前になりますが）、読売新聞のインタビュアーにおいて次のように述べています（昭和三四年六月一四日附読売新聞朝刊紙上での「裁判と雑音」と題する中山伊知郎との対談。田中耕太郎裁判官忌避事件決定（最大判昭和三四年七月一日刑集一三卷七号一〇〇一頁）より引用）。

「現に係属中の事件だからそれらの雑音に耳を傾けてはいけないか、というところじゃないと思う。学者の真剣な研究、うんちくを傾けた意見は進んで参考すべきだと思います。いわゆる社会の雑音じゃないんだから係属中で未確定の事件で犯罪事実があるかどうかということに関する批判だと弊害があるのですけれども、しかし純然たる批判ならこれはむしろ避けてはならない。むしろ歓迎すべきだと思う。世間の反響というものは自分に都合のいい判決があつたときに大いに拍手かつさいするが、都合の悪いときには力や運動をもつて阻止しようとする傾向がある。松川事件といまの砂川事件はちよつど反対でしょう。運動する人たちは大体において同じ傾向の人じゃないですか、その

「点が不快です」。(傍点筆者)

法律学者あるいは学者の意見であれば傾聴に値するが、そうでない市民の批判は基本的に「社会の雑音」だと見ていて、かつ「自分にとって都合のいい判決」つまり伊達判決を拍手喝采するのはいかなるものか。そういうものは喝采するが、そうでないものは実力で阻止しようとする、そのような運動をやっている人々は不快だと言っているわけですね。これから最高裁で砂川事件の被告を審理しようとする張本人が、最初からシビック・アクティビズムに対するかなりの偏見を持っていることを如実に示すインタビューであります。したがって、当時、裁判官忌避の訴えが出されました(前出の最高裁決定(最大判昭和三四年七月一日刑集一三巻七号一〇〇一頁))。田中耕太郎を忌避すべきであると申し立てられたわけですが、直ちに下されませんでした。最高裁決定では、本件発言は、世間一般の動きに対する田中長官の個人的な意見を述べたものに過ぎないのだから、「不公平な裁判をする虞があると認めべき事由は何ら存在しない」ということでうっちゃられてしまいました。

加えて、二〇〇八年あたりに、末浪靖司、新原昭治、布川玲子といった研究者の努力により、米国の公文書館が保管しているある外交文書が発見され、また、情報自由法を駆使して新資料が掘り出されました。それらには、一九五九年六月のときに、当時の駐日大使マッカーサー二世と藤山愛一郎、そして田中耕太郎が頻繁に連絡をとり、砂川事件について議論をしていた形跡が記されており、席上、田中耕太郎は、いつごろまでに結論を出す、少数意見の分離の可能性はこのぐらいであり、なるべく全会一致にもっていきたい、等々を前もって伝えていたことを示唆する内容でした。これらの資料は、公判日程、訴訟指揮方針、裁判官間の意見の分岐、を田中長官が事前に米国当局に情報提供していたことが疑わせるものです(布川玲子・新原昭治編著『砂川事件と田中最高裁長官』(二〇一三年、日本評論社)五九―七三頁、一〇九―一二四頁[布川執筆])。これは、先ほどの新聞インタビューの件も含め、司法の公正を害するものと批判されました。米国当局と田中長官のやり取りについては、近時、砂川事件の再審請求につながりました。しかし、東京地裁(東京地裁判平成二八年三月八日判時二三六四号六頁)も東京高裁

(東京高判平成二九年一月一五日判時二二六四号三頁)  
も共にこれを棄却している状況であります。

### 主権者国民の政治的批判 (The Political Criticism) をめぐって

以上のように、砂川事件を審理する最高裁長官その人がシビック・アクティビズム、つまりは主権者国民の政治活動に対して、まるで雑音視するかのような扱いをし、さらに、同長官が最高裁判決に先立ちその概要を米国に伝えていたこと、このことが事実であるとすれば、我が国の主権者よりも他国の主権者に対して大事にしていたことになりましたが、とにかくそのような状況の中で、本件は最高裁に係属することになったわけです。

にもかかわらず、「主権を有する国民の政治的批判に最終的に委ねられるべきもの」という言葉が、この田中耕太郎長官の下での最高裁判決の中に書かれたことは大きな意味があったと思われます。どの裁判官が挿入したのかはわかりませんが、いずれにしても判決文には書かれることとなった。その真意や経緯は不明であります。文面上は、シビック・アクティビズム

への期待が最高裁判所の考える憲法構想の中に刻印されていると見るべきではないでしょうか。

さて、「主権を有する国民の政治的批判」とはいかなるものなのかということが問題になってきます。私は国民には三つの顔があると思っています。一つは、当然《主権者》として立ち現れるモーメントであり、これは憲法九六条の憲法改正国民投票が代表的なものになります。もう一つは、主権者ではなく《有権者》として現れるもので、これは憲法一五条の公職選挙における投票者・立候補者としての顔であります。そして三番目には《市民》としての顔があり、これは集会・表現・デモという憲法二一条の所管するところになります。

統治行為に関する憲法上の疑義を解消するための主権者国民による終局的な政治批判とは何かということ、「主権を有する」と書いてあるので、素直に考えれば、これは一番目の憲法九六条の憲法改正国民投票ということになります。すなわち日米安保、自衛隊の存在、集団的自衛権行使等に関する憲法上の重大な疑義に関しては、終局的には憲法改正をしないと決着がつかないことを最高裁は示唆しているんだ、ということにな

ります。他方で、憲法改正はやらなくても、何か特別の選挙が行われて、つまり、有権者としてわれわれが立ち現れたときにでも、憲法上の疑義が解消される場面があるのかということが次の問題になります。

高度に政治的な国家行為に対して、重大な憲法上の疑義が存在する場合には、それは、終局的には「主権を有する国民の政治的批判」に委ねられる。要するに、上記の憲法上の疑義を解消するには「憲法改正」が必要だとしても、国民が「有権者」として活動する通常政治のフォーマットの下でも、重大な憲法上の疑義を解消することができるのかということが問題になります。

この点について肯定的に捉える論者もいます。そういう人たちが下敷きになっているのは、イェール大学のブルース・アッカーマン (Bruce Ackerman) が主張している二元民主政論 (dualist democracy) として、これは、通常政治 (normal politics) と立憲政治 (constitutional politics) を区別するという理論であり、*また* (Bruce Ackerman, *We the People*, Vol. I: Foundations (1993, Harvard University Press))。通常政治の時に用いられる制度や手続の下でも、つまり、正規の憲法改

正手続が踏まれなくても、一定の条件がそろえば、立憲政治が立ち現れたことになり、われら人民による高次法形成が行われ、憲法の正規改正が行われなくても、憲法改正に匹敵する憲法変動が起きたのだと見るべきだ」というアイディアをアッカーマンは提示しているのです。ここには、彼独自の *living constitution* の発想と申しますか、憲法の歴史学のようなものがあります。彼は日本の憲法学界でも影響力を持った人で、これを下敷きしながら、それを日本の事例に適用しようとする研究者が出てくる可能性があります。実際、集団的自衛権行使の問題に関しても、あれだけもめた後に法案も通り、それに続く総選挙で自民党が大勝し基本的にその方向が肯認されたわけだから、一連の政治動態はある種の憲法変動と見ていい、事実上の憲法改正だ、というようなことを言う人がたまにいます。ここにアッカーマンの理論を適用して、理論的なサポートを提供する研究者が出てきたとしても不思議ではありません。しかし、私は果たして本当にそのようなのだろうかと思っています。

アッカーマン教授の出している憲法変動の条件は次のようなものであります。

- ① 通常政治から立憲政治に段階移動することを告げるあるシグナリングがあつて、憲法変動の提案がなされる。
  - ② 人民を総動員するレベルで展開される熟議、mass mobilization があり、上を下への大騒ぎの政治過程を経る。
  - ③ 統治機関相互で熟慮に基づく応酬がある。
  - ④ 人民の意思が表明される重大な選挙が行われる。
  - ⑤ そのことを通じて反対勢力が態度変更をする。
- こうしてみんながびっくりするような立法が通り、最終的には新たな憲法変動が生み出した原理や解釈が、最高裁判所による既存の判例法理の再解釈や判例変更を通じて、新たなベクトルとして憲法体系の中に組み込まれてゆく……。そうなれば、正規の改正手続を経なくとも、憲法変動が起きたと見てもいいのだ、という主張です。
- 彼がそういう constitutional politics における高次法形成 (higher lawmaking) の例として挙げるのがニューデール諸政策です。ニューデール立法の数々は、それまでのアメリカの憲法解釈を根本から変えてしまつて、あれは正規手続によらない憲法変動だ

というのが彼の主張の核心である、ということになります。

このようなニューデールに対するアッカーマンの見方についてはいろいろと注釈をつけなければならぬと私は思っておりますが、その点は措き、日本への応用可能性について申しますと、今般の安保法制の成立とその後の政治状況に関して言えば、私は、アッカーマン的な意味での憲法変動が起きたとは言えないのではないかと考えております。

二〇一五年の安保法制のときにわれわれがよく目にしたSEALDsやママの会のプラカード、「NO! 戦争法案」というのがありましたが、ご記憶の方もいるかと思えます。「戦争法には反対だ」ということのプロテストに対して、政府や安倍首相は、とんでもないプロバガンダである、戦争法案であるわけがない、これは戦争をしないための法案なのだから……と全くこれを相手にしなかつたわけです。

しかし、言うまでもなく、我が国の確立された政府解釈は、自衛隊は、自衛のための必要最小限度の「実力」であつて、戦力未満のものであるから、憲法九条が禁ずる「戦力」に該当しない、というものでした。

これは、一九五五年の第一次鳩山一郎内閣のときの大村清一防衛庁長官の国会答弁の中にある表現で、集団的自衛権の（保持は認めつつ）「行使」を禁じた一九七二年の政府解釈のもとと以前に定着した政府解釈で、二〇一五安保法制の議論の後も変更されていません。

集団的自衛権を限定行使するということになれば、同盟国であるアメリカの軍隊とのコミットメントがより深まるということとなりますが、その際、自衛隊は「戦力」未満の組織であるから、世界標準の軍隊としての行動はできないと果たして言い切れるのか、という懸念が国民の中にわきおこるのは当然のなりゆきと言えます。二〇一五安保法制に際しアメリカの戦争に巻き込まれる懸念が再三提起されていたのは、単なる安全保障政策上の従属性に対する批判にとどまらず、共同作戦行動における自衛隊の憲法上の位置づけが変質するのではないか、という憲法解釈上の重大問題をはらむものでした。そのことを察知した市民が差し出したあのプラカードの問いかけの意味は、「自衛隊は『戦力』ではないとした、あの確立した政府解釈を安倍政権は変更するのですか？」というものとして捉えるべきでしょう。アメリカ軍と深く一体化することに

より自衛隊は「戦力」になるのではないか、集団的自衛権の行使として展開される武力衝突は国際法の水準において「戦争」と観念されるものになるのではないか、これは従来憲法論からすると大きな変動をもたらすものではないか、という問いかけであったわけです。

私が首相で日米軍事協力を実効性あるものにしようとすれば、戦後一貫して続いていた「自衛隊＝戦力未満」という詐術をクリアするチャンスだと見たと思います。しかし、安倍政権は一切相手にしませんでした。政府は、重大な憲法上の疑義を解消する千載一遇のチャンスを失ったことになると思います。戦争法案と言われても、「ご安心ください。われわれは依然として自衛隊は戦力未満のものだと思っていますから、いわゆる国際水準における戦争というものはこれから日本はできないのです」と言うか、あるいは「一九五〇年代のあの政府解釈こそ間違っていて、自衛隊はやはり当然これは戦力なので、こういう詐術は今年でやめましょう、皆さん」というふうに言うか、どちらかだろうと思います。

もちろん、安倍政権は一九七二年の政府解釈をその

基本的論理においてまったく変更してはいないと言っております。これを額面通り受け止めれば、二〇一五安保法制以後もその以前とは何も変わっていないことになり、従って、アッカーマン的な非正規憲法變動など起こりようがありません。しかし、九条が否定する「戦力」に自衛隊が該当しないようにするために編み出されたのが、専守防衛論であり、その一環が集団的自衛権の行使禁止であったわけですから、従来の「戦力」概念とそれを基礎にした防衛構想を変更せずに、集団的自衛権だけを限定的に導入してもほとんど意味はないでしょう。政府は、個別自衛権行使の条件と重なる範囲において集団的自衛権を、それこそ限定的に認めようとしているようにも解されますが、そうなりますと、これも従来政府も認めてきた個別的自衛権の行使として説明すれば足り、憲法變動など提起されないことになります。「戦争法案、反対」のプラカードは以上の諸点を確認する意味があったと思われる。これに対するきちんとした応答がない以上、立憲政治における高次法形成の前提となる、憲法變動という争点提起そのものが二〇一五安保法制ではなされなかった、あるいは、あまいまいにされたわけで、いず

にしても、アッカーマン理論の適用可能性はないと言えるでしょう。

安保法制が通り、そしてそのあとの総選挙において与党自民党が大勝したわけですが、その際も、以上の点は明確に争点化されませんでした。近時、いわゆる安倍加憲といわれる九条改正提案が政府から聞こえてまいります。これも「今までとは何も変わらない、今ある自衛隊を書き込むだけだ」との趣旨説明が繰り返しなされております。要するに、現在提案されている改憲構想においても、憲法變動の提案がなされているわけではないのです。だとすると、わざわざ憲法改正をする必要がどこにあるのか、国民投票のリハーサルに過ぎないのか、ということが問題になります。しかも、憲法改正という問題提起に限ってみても、一般の総選挙では、自民党の選挙公約の末尾近くに簡単な記述があるだけで、また、選挙期間中は憲法改正に触れることはほとんどなかったわけです。これをアッカーマンが言うような意味での高次法形成の瞬間であると見ることはできない。

そして、そもそもアッカーマンの理論そのものに対しても疑問があります。大きな規範意識の變動があっ



たんだから、単なる通常政治を超えた立憲政治の瞬間を迎えたんだというのが彼の理論の核心ですが、では、これまで大きな民意の変動があれば、なぜ憲法改正がなされなかったのか、という疑問を私は拭うことができませぬ。憲法改正の手續を踏まえても、それに匹敵するような民意の大変動があったということをおアッカーマンは言いますが、そこまで大きく国民の批判意識が変動し、国民の政治的批判にさらされながら、新たな規範意識が台頭してきたと言えるのであれば、憲法改正ができるはずであります。

そうなると、一つの可能性としては、実は国民の批判意識は動いていないのではないか、ということですから、憲法九六条の改正手続は、本当に民意の変動があったかどうかを確認するためのベンチマークとして存在しているのです。(アッカーマン理論に対する筆者の批判・疑問については、駒村圭吾・待鳥聡史編『憲法改正』の比較政治学(二〇一六年、弘文堂)四七四―四七五頁(駒村執筆)を参照されたい。)

では、六〇年安保はどうか。一九六〇年に、あれだけ大きな主権者国民の政治的批判があったわけですが、あれは正規憲法改正によらない憲法変動であったと言

えるのか。どのような憲法上の疑義がアジェンダとして設定されていたのかに依存する問題であります。あるいは、闘争の渦中で下された砂川判決をめぐる、国民の憲法意識の変動と見る余地もあるかもしれません。既に述べたように、砂川判決は、国連中心主義的な憲法のオリジナルな構想を、同盟との安全保障体制による戦力補充のオプションを示したわけですが、それを従前の憲法を実質的変える転換であったと見るのであれば、あの闘争を経て、結局、安保改定が通ったわけですから、アッカーマン的な意味での高次法形成の瞬間であったと見る可能性はあるかもしれません。あるいは、そのようなアジェンダ設定そのものがなかったという歴史解釈もあり得るでしょう。

いずれにしても、最高裁の思い描いている憲法構想としては、高度の政治的な問題に関する憲法上の論争は、最終的には主権者国民の政治的な批判に委ねられる。それは第一の憲法改正を通じてであろう。ブルース・アッカーマンの言うような有権者としてわれわれが大きな論議を示して、驚くべきような立法を通すという事態も、その解消のための一つの回路となるであろう。繰り返しますが、私はそのような立憲政

治のダイナミズムを額面通り憲法変動として受け止めることには理論的な疑義を抱いております。

最後に指摘おきたいのは、憲法改正においても、選挙においても、アジェンダセッティング自体を国民ができるわけではないということです。憲法改正については、衆参両院の憲法審査会を通じて各政党からの議案提案理由書の提出を待つて原案が出されて、国民がこれに対して承認をするかどうかを決めるということ、国民自体が争点を提起することは困難です。選挙もそうです。公約は政党がつくるので、国民自体がアジェンダをつくるわけではありません。最高裁の言っていることは、この論点に関する憲法上の疑義を解消するために「批判」がなければいけない、ということなので、やはりシングルイシュー的なアジェンダセッティングができる環境で、批判的な吟味をやらないといけない。

そうなると、国民が自らいシュー設定ができるのは、第三番目の市民として立ち現れる局面、憲法二一条の権利を行使して、政府に対して問題提起をする瞬間であります。SEALDs やその他の市民団体の批判的声がなければ、結局憲法上の疑義が解消されることは

憲法的にはないのだというのが、わが国の最高裁の言っていることなのではないでしょうか。その観点から、今後の憲法改正運動の推移を見守っていかなければいけないし、憲法改正国民投票法、つまり手続法の細部の埋め込みはこれからでしょうが、それもそういう観点から見えていく必要があるかと思っています。

\* 本稿は当日の講演内容に事後若干の修正を施したものである。当日の講演は、先行する私の二つの業績を基礎にして、新たな所見を加えてものであることをお断りしておきた。Keigo Komamura, *The Fate of Article 9* ("Debating Japan's Constitution: On the Streets, In Parliament, and In the Region." The 3rd Workshop of Reischauer-Keio Joint Research Project "The 'Constitution' of Postwar Japan" at the Reischauer Institute of Japanese Studies, Harvard University on Nov. 3, 2017) および駒村圭吾「憲法九条の三つの命運とは」Webronza (二〇一七年一月二二日)。