

I 憲法改正の論じ方

1. 3つの「脱却」

(1) ステレオタイプな護憲・改憲論の呪縛からの脱却

- ・改憲派の「憲法改正症候群」、護憲派の「憲法改正恐怖症」という病理。
 - 「日本国憲法下での『憲法改正』といえば根本的改正ないし全面否定かその阻止かの文脈になってしまい、日本国憲法を発展させる見地からの個別的事項についての真に必要な改正（修正）に取り組みなかったことが惜しまれる」（佐藤幸治）
- ・建設的な対話の欠如。
 - 「私が指摘したい点は、これまで、護憲派学者は、改憲派の存在を『無視』するかのよう、改憲派との論争を拒否または回避しつつ、自分たちだけの半ばなれ合いのような集会、発言、教育に熱心であったということである。そのため、改憲派の主張をその本質的な部分で論破することなく、単に『何か危険な事』が画策されているかのように国民感情を刺激するだけの議論が多すぎた」（小林節）。

(2) 憲法改正論議でまかり通る「そもそも論」からの脱却

- ・論者が想定する「あるべき憲法」から帰納的に憲法改正を評価する論法
 - 「そもそも憲法は簡潔なもの ⇒ 余計なことを憲法に書くべきではない」、「そもそも憲法は国家権力を制限するもの ⇒ 憲法に理想を書いてはならない」「そもそも緊急事態条項は立憲主義に反する ⇒ 緊急事態条項はいらない」etc.
- ⇨「現にある憲法」から演繹される憲法のあり様との齟齬
 - 近時制定される憲法典は、長文化・詳細化の傾向が見られる。理想や国家目標を書いている憲法典は数多い。また、現在有効な世界の憲法典のうちの約9割が、緊急事態条項を有しているといった「事実」。

(3) 「事実」から「規範」を導出することからの脱却

- ・事実と規範、Sein（存在）と Sollen（当為）、認識と評価を区別することが必要であるが、前者から後者を安易に導き出すことはできない。
 - 「ほとんどの国が緊急事態条項を有している ⇒ 日本も緊急事態条項を持つべき」「ほとんどの国が憲法を改正している ⇒ 日本も憲法改正するべきだ」、etc.
- ・「事実」の指摘を、「改憲」に資するとして無視する態度も問題。

2. 3つの「視点」

(1) 憲法を「突き放して」見る視点

- ・憲法それ自体に過度の思い入れを行わず、社会的技術、道具として見る
 - 「憲法典も、特定の目的を実現するために作りだされた一種の社会的技術であり、道具である。道具が、当初の目論見どおりに働かなかつたり、あるいは目的自体が変わった場合には、道具としての憲法典を修正する必要が生ずる」（長谷部恭男）

(2) 日本国憲法を所与としない視点

- ・日本国憲法の「デザイン」を所与のものとする事による視野狭窄。
 - ――簡潔簡素な憲法典であるため、憲法改正を経ずとも実現できることが多くなる。
 - 1990年以降の各種の統治構造改革は、いずれも憲法改正をせずに実現。
 - ――「日本国憲法が制定以来一度も改正を経験していないという事実は、改正しなくても変転する社会状況に対応できる柔軟性を備えていることを意味する反面、権力を制限する規範としては脆弱である可能性を示している（井上武史）

(3) 「道具」としての機能を客観的に評価する視点

- ・日本国憲法は、政治に対してどの程度の「規範力」を発揮しているのか。
 - ――「必然ではなく蓋然という形ではあるが、憲法が設定する法的枠組の総体から帰結される制度の論理（強制）は、政治を条件づける」（只野雅人）
- ・憲法のデザインとそれがもたらす帰結との関係は、「実験」に馴染まないからこそ、諸外国の経験や実践例から学ぶことは多い。
 - ――原因と結果の因果分析、仮説とその検証などといった社会科学の手法の有用性。比較政治学や比較政治制度論、（英語圏の）比較憲法研究の成果の活用。

3. 憲法学における憲法改正論議の問題点

(1) エリート・プラグマティズム

- ・法律改正でできることを憲法改正で実現しようとする事を批判する立場。
 - ――「立憲主義の趣旨からして、法律で対応できることは法律で対応し、どうしても憲法を変えなければならないような事項だけが問題となる。単に元気を出したいから、といった『精力剤』のような憲法改正論は論外であるし、法律で対応できることをあえて憲法問題にするのも時間と労力の無駄である」（杉田敦）
- ・「簡潔簡素」な憲法典のもとで改正しなければできないこととは限られている（上述）

(2) 立憲主義にとってのアキレス腱

- ・日本における立憲主義の最大のネックが自衛隊と9条（高橋和之、井上達夫）
- ・9条についてのエリート・ポピュリズムがポピュラー・ニヒリズムをもたらす？
 - ――「1990年代以降、9条条文と現実の安保政策との外形的乖離が、政府によってなし崩し的に広げられ、主要政治勢力がその状況を追認するようになった」ことが、「憲法典が一国の最高法規の位置にあり、それに準拠して政権は行動しなければならない、といった発想」が国民に広く浸透しない理由という分析（境家史郎）

(3) 学問と政治

- ・「サロン談義のなかでそれぞれが理想の憲法像を出し合うのが、いまの問題ではないはず。改憲論をめぐる争いは、その社会のその時点での、最高の政治的選択なのです。どんな人たちが何をしたいとそれぞれの主張をしているかを見きわめたくて、賛否を決めるべき政治課題なのです」（樋口陽一）
- ⇒政治的立場からではない議論をしてこそ、憲法学者が憲法問題について発言する意味があるのではないか？

Ⅱ コロナと憲法

1. 補償について——基本的な考え方

(1) 憲法上の補償と政策上の補償

- ・憲法 29 条 3 項「私有財産は、正当な補償の下に、これを公共のために用ひることができ」に基づいて必要な「憲法上の補償」と、「政策的になされる補償」との区別。
- ⇒政策上の補償は、それが不平等な配分にならない限り、憲法上許容されている。

(2) 補償と賠償

- ・憲法上の補償は、国や地方公共団体の「適法」な活動であっても、正当な「補償」（≠賠償）が必要。
- ⇒「違法」な活動は、「賠償」（憲法 17 条およびその具体化としての国家賠償法）の問題であり、「補償」とは区別される。

(2) 補償の要否

- ・憲法上の補償が必要な場合とは、広く社会公共のために、特定の個人に対して「特別の犠牲」を強いている場合。公金（税金）で国民が公平に負担するという発想。
——逆に言えば、「公共の福祉のためにする一般的な制限であり、原則的には、何人もこれを受忍すべきである」制限のような場合、「特定の人に対し、特別に財産上の犠牲を強いるものとはいえない」（河川付近地制限令事件）。
- ・「特別の犠牲」に該当するか否かの判断方法
——侵害行為が広く一般人を対象とするかどうか、それとも特定の反中に属する人のみを対象にするかどうか（形式的要件）と、侵害行為が財産権に内在する制約として受忍すべき限度内かどうか、それとも財産権の本質的内容を制約するほど強度のものかどうか（実質的要件）を問うことによって判断される。

2. 罰則付き休業要請による制限は「適法」・「正当」なのか？

(1) 違憲審査の基本形

- ・憲法上の権利の制約が合憲と言えるかどうかは、規制の目的とそのために採られた手段との整合性から考えるという目的手段審査が基本。
- ・どの程度まで踏み込んで目的手段をチェックするかは、「問題となる権利の重要性」と「その権利に対して加えられる制約の大きさ」を踏まえて判断する（違憲審査基準）

(2) 新型インフルエンザ等特措法に基づく休業要請の合憲性

- ・罰則付きの休業要請は、目的と手段が整合していないため、踏み込んだ審査をしない場合でも制約を正当化できず違憲であると考えられる。
——新型コロナのまん延を防止という目的は重要であるが、そのための手段としての「一律」規制は、目的に適合していない。また、法律の目的には、「国民生活・国民経済に及ぼす影響の最小化」も謳われているが、それが踏まえていない等。
- ・他者の生命を危険にさらしたり、感染を蔓延させたりするような仕方での悪質な営業

は、憲法上保護されないし、そういった行為を規制しても合憲であるが、それを超える規制となっているのが現状。

――運用の段階を捉えても、極めて悪質の場合を除いては、命令・罰則の対象にできないはず。あるいはそのように限定して解釈しなければ、営業の自由との観点、法律の目的との整合性という観点から、同法は違憲の疑いが強い。

（3）補償との関係

- ・したがって、そもそも「正当」「適法」な制限ではないので、憲法 29 条 3 項の補償を云々いう以前の問題。
- ・「私権を制限する以上、補償がセットだ」という論調もあるが、これは不正確。
 - ――現在の罰則付き休業要請が憲法上の権利を「違法」に制約すると考える場合、補償をすることにより違法であった制約が適法になるわけではない。
 - ――せいぜい、「補償をしている分だけ制限の程度・度合いが弱いと観念でき、制限を正当化する余地が広がる」だけ。しかし、現在の協力金程度では、規制を合憲とする理屈としては不十分。

（4）関連する問題

- ・強制力のある処分と結びついているので、憲法および行政手続法により、適正な手続が求められるが、これは十分なのか。
- ・国会に立法権が与えられていること（憲法 41 条）に鑑み、白紙委任は禁止されるが、現在はそれに等しい運用となっている。

3. その他の論点

（1）緊急事態条項とコロナ対応

- ・法律上の緊急事態条項としての新型インフルエンザ等特措法。
 - ――災害対策基本法 105、109 条なども参照。
- ・平時と緊急時をスイッチさせる「緊急事態宣言」が、「まん延防止等重点措置」の導入により不明瞭に。
- ・平時と緊急時を切り分けるスイッチは、憲法に組み込んだ方がよい。ヨーロッパ評議会の諮問機関「ヴェニス委員会」の報告書では、その旨が明記されている。
⇒ただし、今のコロナ対応の憲法改正だとすると、すでに時機を失している。

（2）感染症法

- ・感染症法は、(a)〔知事等による宿泊療養・自宅療養の協力要請→従わない場合の入院勧告→入院措置に反する場合の罰則〕が人身の自由、(b)〔保健所の疫学調査を拒否したり、うその回答をしたりした場合→罰則〕がプライバシーとの関係で憲法上問題に。

（3）その他

- ・緩やかな規制に対して緩やかに統制する日本型「ゆるふわ立憲主義」（曾我部真裕）
- ・法的根拠に乏しい場当たりの対応を「リーダーシップ」と見る世論と、さらに強力な事由の制約を求める世論への対応。