

## 違憲の憲法解釈？

工藤達朗\*

### I

芦部信喜『憲法(第6版)』(岩波書店, 2015年)は、裁判所による違憲審査制は抽象的審査制と付随的審査制に大別されるが、日本国憲法81条の採用した違憲審査制は付随的審査制であると解するのが通説・判例であり、それが妥当であるとしながら、続けてこう述べている(以下「芦部・〇〇頁」と表記する)。

「もっとも、81条は必ずしも憲法裁判所としての権能を認めたわけではないけれども、法律で憲法裁判権を最高裁判所に与えることを禁じてはいない(したがって、法律で訴訟手続等を定めるならば、最高裁判所は憲法裁判所として活動することが可能となる)、と解する説も有力である(司法の概念の歴史性を重視すれば、そのような解釈も、絶対に不可能とまでは言えないであろう)。(芦部・379～380頁)。

日本国憲法が採用した違憲審査制は付随的

審査制であり、法律で抽象的審査制を導入することは許されないと解するのが本来は正しいのであるが、「そのような〔憲法裁判権＝抽象的審査権を法律で最高裁判所に与えることも憲法上可能であるという〕解釈も絶対に不可能とまでは言えない」。なるほどその通りだと、ずっと読んでしまいそうな箇所だが、私には引っかかるものがあった。

というのは、この問題について、具体的な事件を前提とした違憲審査権(付随的審査権)は憲法76条によってすべての裁判所に認められているが、憲法81条は、具体的事件からは独立した合憲性の決定権(抽象的審査権)を最高裁判所に与えたものだという、佐々木惣一(以下、敬称は省略する)の有名な学説がある<sup>1)</sup>。警察予備隊違憲訴訟で原告はこの学説に基づいて直接最高裁判所に訴えを提起したのであるが、最高裁の採るところとはならなかった(最大判昭和27・10・8民集6巻9号783頁)。学説上も圧倒的な少数説である。それでも無視できない数の学者が支持している。では、佐々木説以来の、最高裁判所は憲法上抽象的違憲審査権を有するとの学説は、「絶対に不可能」な学説なのだ

\* 中央大学法科大学院教授

ろうか。さらにまた、芦部テキストの他の場所でも芦部説と対立する学説が説明されているが、それらの対立学説について「絶対に不可能とまでは言えない」との断り書きは付されていない。それらの学説も「絶対に不可能」な学説だということであろうか。そもそも憲法解釈に「絶対に不可能」な学説はあるのだろうか。あるとすると、それらの学説の効力はどうなるのだろうか。こういう疑問が生じてくる。

## II

憲法解釈には「正しい」解釈と「正しくない」「誤った」「絶対に不可能」な解釈があるとしよう。前者を「合憲の憲法解釈」、後者を「違憲の憲法解釈」<sup>2)</sup>と呼ぶことができる。そうすると、違憲の憲法解釈を主張する学説は「違憲の憲法学説」であることになる。

したがって、問題は2つ。①そもそも「合憲の憲法解釈」と「違憲の憲法解釈」の区別はあるのか、あるとすると、②「違憲の憲法解釈」はどのような効力をもつのか、である。

最初の問題から考えよう。憲法解釈に違いがあっても、具体的事例において結論に差がなければ、たいした問題ではない。しかし、憲法解釈の相違が具体的結論の相違となって現れる場合には、深刻な対立が生じる。学説による憲法解釈に基づいてある法律の合憲性を判断するにつき、次の4つの場合を考えることができる。

- (1) ある学説が、(正しくは)合憲有効な法律を(正しく)合憲有効と判断した場合。
  - (2) ある学説が、(正しくは)違憲無効な法律を(正しく)違憲無効と判断した場合。
  - (3) ある学説が、(正しくは)合憲有効な法律を(誤って)違憲無効と判断した場合。
  - (4) ある学説が、(正しくは)違憲無効な法律を(誤って)合憲有効と判断した場合。
- (1)と(2)が「合憲の憲法学説」、(3)と(4)が「違憲の憲法学説」である。

しかし、このような区別が果たして成り立つのか。

芦部信喜の先生であった宮沢俊義<sup>3)</sup>は、すでに戦前において、法律学における学説を理論的な学説と解釈論的な学説に峻別し(69頁)。戦後には、前者を「科学学説」、後者を「解釈学説」と呼んでいる。90～91頁)、後者の「解釈論的な『学説』の内容はつねに論者の政治的・倫理的な主張である。したがってそれは論者の抱懐する政治的・倫理的理想に応じて異なる。もしそうした理想がその内容において十人十色であるとするれば、それに依じて解釈論的な『学説』の内容も十人十色でありうるはずである」(74頁)、解釈論的学説の「いずれがwahrであるかを理論的・科学的に決することはできない」(76頁)と述べていた。不可知論といってよいぐらいの徹底した価値相対主義である。こう考えると、憲法解釈論に「正しい」と「誤った」ものの区別はないのだから、「違憲の憲法解釈」の存在自体、否定されることになる。

宮沢は、戦後になると<sup>4)</sup>、解釈学説の主観

性を前提としながらも、解釈学説も「あらゆる政治的ないし党派的な意見ではなくて、ある種の客観性を有する理論でなくてはならない」(98頁)と述べるようになった。徹底した価値相対主義を幾分修正したといえよう<sup>5)</sup>。そうすると、いかなる客観性も備えない学説は「絶対に不可能」な学説であり、それがあろう限り、違憲の憲法解釈・学説は存在しうることになる。

違憲の憲法解釈は存在するとして、では、先にIで見た佐々木説は何らの客観性もない違憲の憲法解釈なのか。到底そうは言えないだろう。佐々木は戦前における立憲主義学派の代表者の1人であり、その解釈は制定憲法の文理を重視した体系的なものであった。ここでの解釈も、論理的・体系的に十分成立しうることからである。であれば、少なくとも一般のテキストに載るぐらいの学説について「絶対に不可能」な学説はないと考えるのが妥当であろう。

### III

かりに、何らの客観性も備えない「絶対に不可能」な学説があるとしよう。そのような違憲の憲法学説には(法律に対して、あるいは他の人々に対して)何らかの効力があるのか。これが第2の問題である。

学説は法源ではない。学者の解釈論は私的なものである。私的なものが憲法違反であるという理由で無効になることは(普通は)な

い。ある学説からみて違憲の憲法解釈を行っている学説も存在が否定されることはないのである。それどころか、違憲の憲法学説だとの理由で他の学説の存在を否定しようとすることは、学問の自由の侵害であって許されないというべきであろう。

もちろん、どの学説に賛成するかは各人の自由である。違憲の憲法解釈(学説)がある法律を(誤って)合憲有効だとか違憲無効だといっても、他の人々がその解釈に従う必要がないのは当然である。また、私的な存在である学説がある法律を合憲有効だとか違憲無効だと判断しても、それによって法律の効力が強められたり弱められたりすることはない。誤った「違憲の憲法解釈」だけではなく、正しい「合憲の憲法解釈」であっても、法律に何らかの効力を付与することはできないのである。つまり、IIの(1)の場合、法律の合憲性が増大し、法律の効力が高められる、ということはない。また、(2)の場合、法律が学説の判断だけで無効になるということもない。憲法学者の大多数がある法律を違憲無効であると判断したからといって、その法律が無効になるわけでないことは、最近も経験したところである<sup>6), 7)</sup>。

### IV

憲法解釈をめぐる争いは、学説と学説の間だけにあってはならない。学説と判例の間にもある。違憲の憲法学説があるように、「違憲

の憲法判決（判例）」が存在するのか。存在するならば、その効力はどのようなものか。たとえば、学説が一致して違憲であるとしている法律を裁判所が合憲とした場合、その法律（あるいは判決）の効力はどうなるのか。

話を簡単にするために、最高裁判所に限定して考えよう。最高裁判所は、憲法の有権的解釈権者である。私的な学説とは異なり、公的存在である。最高裁判決と学説の関係として、次の4つの場合が可能性として考えられる。(1)~(4)で「正しい」「誤っている」とは、学説からみてそうだという意味である。

- (1) 最高裁判所が、（正しくは）合憲有効の法律を（正しく）合憲有効と判断した場合。
- (2) 最高裁判所が、（正しくは）違憲無効の法律を（正しく）違憲無効と判断した場合。
- (3) 最高裁判所が、（正しくは）合憲有効の法律を（誤って）違憲無効と判断した場合。
- (4) 最高裁判所が、（正しくは）違憲無効の法律を（誤って）合憲有効と判断した場合。

まず、(1)の場合に当該法律が合憲有効に存在することに問題はない。法律が存在するという事は、その法律が国民に対して拘束力を持つということである。

(2)の場合は、違憲判決の効力に関して学説の対立があるので（芦部・389頁）、どの学説に従うかで説明の仕方が異なってくるが、基本的には問題はない。法律は無効で、国民は法律に拘束されない。違憲判決は、当初から無効な法律の無効を確認するのか、違憲だけれども有効であった法律を無効にするのか、また、無効になるのは当該事件限りなの

か、他の事件との関係でも一般的に無効なのか、とくに後者の場合、遡及的に無効になるのか、将来的にのみ無効になるのか、議論のあることはよく知られているが、この点には立ち入らない。

これに対して、(3)の場合はどう考えるべきか。最高裁の違憲判決にもかかわらず、法律は有効なものとして存在し続けるのか。この場合は、判決自体が違憲無効だということだろう。しかし、こう考える人は少ないのではないか。反対に、判決によって法律が無効となるとしたら、国会が有効な法律を改廃できるように、最高裁判決は有効に存在する法律を廃止する効力を持つことになる。国会が合憲有効と判断し、学説からもそのように扱われていた法律を、最高裁は当初から無効にできるのである。最高裁はまさに法形成を行っているのである。

(4)の場合はどうか。最高裁の合憲判決自体が違憲無効であると考えれば、憲法上国民は法律に従う義務はないことになろう。また、最高裁判決は違憲無効の法律を有効にする力を持たないので、合憲判決にもかかわらず法律は違憲無効のままである（したがって、法律は人々を拘束する力を持たない）と考えることができる。ただし、実際に法律に反して行動した場合には、自分が否定した法律によって有罪判決を受け、刑罰が科されることもある。殉教者となる覚悟がない限り、法律に従わざるをえない。

もちろん、最高裁が繰り返し合憲判決を下しても、違憲なものは違憲だと考えること

も、学説には可能である。この場合、最高裁判決は、「絶対に不可能」な違憲の憲法判決である。しかし、学説がどのように判断しようとも、最高裁が合憲有効とした法律は、現実の世界では合憲有効に存在するのである。この場合には、同じ憲法解釈でも、学説と判例は全く次元が異なることがわかる。学説は私的な意見にとどまるのに対して、判例（最高裁判所の法解釈）は公的な決定であって、その判断はすべての人を拘束するのである。この場合も、学説からみれば判例は法形成を行っていることになろう<sup>8)</sup>。

こうしてみると、違憲の憲法判決がありうるとして、正しい「合憲の憲法判決」も誤った「違憲の憲法判決」も、その判決に従って法律は無効なものとして取り扱われ、あるいは有効なものとして通用することになるという意味で、その効力は変わらない。したがって、最高裁判所の憲法解釈に賛成するか反対するかは学説の自由であるが、最高裁の憲法解釈が現実の憲法として通用することは学説も承認しなければならない。学説と学説の対立と、学説と判例の対立は全く性質が違うのである。

## V

憲法の有権的解釈権者は最高裁に限られるわけではない<sup>9)</sup>。最高裁判決がまだ存在しない段階では、国会の憲法解釈が重要である。

国会議員は憲法尊重擁護義務（憲法 99 条）

を負っている（裁判官は、これに加えて法律の合憲性を審査・決定する際に憲法に拘束される。憲法 76 条 3 項）のであるから、違憲と考える法律を制定することは許されない。言い換えれば、国会の立法は、その法律は合憲であるとの憲法解釈を前提としていることになる。国会が法律を制定するのは、当該法律を合憲と判断した結果である。

学説からみて、国会の合憲判断が誤っている場合、法律の効力はどうなのか。学説が法律は違憲無効だといっても、学説は私的なもので、法律の効力には何の影響も与えない。法律は行政権を拘束する。行政権は法律の執行をやめるわけにはいかない。法律の国民に対する拘束力が失われるわけではない。学説による違憲判断は、最高裁判所に採用されない限り現実の力は有しないのである。

内閣が法律案を国会に提出する場合には、国会に先立って内閣が憲法解釈を行う。内閣も同じく憲法尊重擁護義務を負うから、内閣提出法律案は、内閣が当該法律案は合憲であるとの憲法解釈を前提とする。

しかし国会は、（内閣の憲法解釈は誤りであり）当該法案は違憲であると考えて立法を見送ることはありうる。これに対して、内閣は、国会が制定した法律を違憲であると判断しても、その法律の執行を拒否することはできない（法律が違憲とならないように、執行にあたって、合憲限定解釈を加えることは許されるだろう）。

もちろん、国会と内閣がともに合憲と判断した法律を最高裁が違憲と判断することはあ

りうる。そうなれば、法律は当然無効である。しかし、それまでは法律は合憲有効なものとして扱われるのである<sup>10)</sup>。

## VI

学説による憲法解釈は、それ自体は全く私的な意見で、正しい「合憲の憲法学説」であれ、誤った「違憲の憲法学説」であれ、それが裁判所や国会や内閣に採用されない限り、現実の世界では何の効力も有しないことをみえてきた。

そこで最後に、芦部テキストにおける「絶対に不可能とまでは言えない」とのコメントの意味を考えてみよう。少なくとも憲法テキストに登場するぐらいの学説はどれも「絶対に不可能」な違憲の憲法解釈ではないと考えるのが妥当である。すると、冒頭でみた箇所でのみ、わざわざ「絶対に不可能とまでは言えない」というコメントを付した理由は何だろうか。

おそらくこういうことではあるまいか。

芦部はこの論点についてずっと通説の立場に賛成してきた。通説の立場では、日本国憲法の採用する違憲審査制は付随的審査制であって抽象的審査制ではなく、法律によっても抽象的審査権を最高裁判所に付与することは許されない。けれども、いろいろ考えてみると、そう言い切ることはできないのではないか、法律で抽象的審査権を与えても合憲と解すべきではないか、という迷いが生じてき

た。とはいえまだ学説を変更するまでの思い切りがつかない。従来の学説を維持するか、改説するか、このような迷いが「絶対に不可能とまでは言えない」とのコメントとなって現れたのではあるまいか。

憲法の教科書の無味乾燥な記述の中にも、このような人間的な迷いが不意に顔を出すことがある。著者の人間性を感じさせて興味深いと感じたので、ここで取り上げてみた次第である。

### 注

- 1) 佐々木惣一『改訂日本國憲法論』（有斐閣、1952年）356頁。詳しくは、同「国家行為の純粹合憲性に対する最高裁判所の決定権」同『憲法學論文選一』（有斐閣、1956年）139頁以下。学説の概観として、畑尻剛「憲法訴訟と憲法裁判」大石眞＝石川健治編『憲法の争点』（有斐閣、2008年）272頁。
- 2) この用語は、古野豊秋「違憲の憲法解釈」同『違憲の憲法解釈』（尚学社、1990年）131頁から借用したものである。ただし、意味内容は同じではない。同説のその後の展開は、同『違憲の憲法理論と解釈』（尚学社、2016年）参照。
- 3) 宮沢俊義「法学における『学説』」同『法学における学説』（有斐閣、1968年）65頁。本文中に同書の頁数を注記した。
- 4) 宮沢俊義「学説というもの」同・前掲注3）87頁。
- 5) このような修正はほかでも行われている。例えば、宮沢俊義「憲法の正当性ということ」同『憲法の原理』（岩波書店、1967年）401頁。このような修正について、菅野喜一郎「宮沢憲法学の側面」同『続・国権の限界問題』（木鐸社、1988年）281頁以下の分析を参照。関連して、長尾一紘「宮沢俊義の正義論」法学新報122巻1・2号639頁（2015年）。

- 
- 6) 樋口陽一「『憲法』の概念」樋口ほか『考える憲法』（弘文社，1988年）1頁。あわせて，同「『憲法学』の対象としての『憲法』」同『権力・個人・憲法学』（学陽書房，1989年）200頁。
- 7) 集団的自衛権・安保法制をめぐる議論については，奥平康弘・山口二郎編『集団的自衛権の何が問題か』（岩波書店，2014年），長谷部恭男編『安保法制から考える憲法と立憲主義・民主主義』（有斐閣，2016年）など多数。なお，安念潤司「集団的自衛権は放棄されたのか」松井茂記編『スターバックスでラテを飲みながら憲法を考える』（有斐閣，2016年）269頁参照。
- 8) 最高裁判所の憲法解釈によって憲法の意味が変わることがありうるということである。これによって憲法変遷が問題になるが，この点は昔書いたことがある。工藤達朗「裁判による憲法形成」同『憲法学研究』（尚学社，2009年）150頁参照。安保法制との関連では，野坂泰司「憲法は変わったのか—〈憲法の解釈〉と〈憲法の変化〉」世界2016年8月号193頁参照。
- 9) 裁判所以外の憲法解釈の主体について，内野正幸『憲法解釈の論理と体系』（日本評論社，1991年）161頁以下，最高裁を含む各主体の憲法解釈の拘束力について，同書206頁。
- 10) 菅野喜八郎「自衛隊の『合法＝違憲』説所見」同・前掲注4）265頁参照。