

# 「違憲判決の効力」論の再検討

工藤達朗

## 1. 問題状況

「違憲判決の効力」は、日本国憲法制定以来の解釈論上の論点である。憲法テキストでこの論点に触れないものではなく、数多くの論文がこの論点をめぐって議論を重ねてきた。けれども、決着がついたわけではない。いまや議論はすでに出尽くして、膠着状態に陥っているようにも見える。新たに付け加えることは何もないと思われなくてもないが、わたしは以前書いた論文の注で、この論点についてある思いつきを述べたことがある<sup>(1)</sup>。そのまま十数年が経過したが、ここでその思いつきを少し詳しく論じてみたい。

\*

「違憲判決の効力」とはいかなる問題であり、学説はどのように分かれているか。まずこの点を確認することにしよう<sup>(2)</sup>。

日本国憲法は、その81条で、「最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と定める。通説は、憲法が採用した違憲審査制の類型は、付随的審査制であると考えてきた。法律で抽象的審査権を最高裁判所に付与することも許されない、とする。このような通説の理解に対しては異論があるが、この論点は本稿の直接のテーマではないので、ここではさしあたり通説を前提としよう。

そうすると、最高裁判所がある事件を審理しているときに、憲法81条に基づいて、その事件に適用されるはずの法律を違憲無効と判断したら、当

該事件にその法律が適用されることはなくなる。では、最高裁によって違憲と判断された法律が無効なものとして適用を排除されるのは、この事件だけのことなのか、それとも他のすべての事件においてなのか。無効となるのはこの事件限りであるとするのが「個別的効力説」、他のすべての事件においても無効であるとするのが「一般的効力説」である。

個別的効力説は、最高裁判所によって違憲無効と判断された法律も当該事件に適用されないだけである(当該事件においてのみ無効となる)とする。その理由は次の2点である。①日本国憲法が採用したのは付随的審査制であり、付随的審査制では違憲審査権は「司法権の範囲内において行使される」(警察予備隊違憲訴訟、最大判昭和27・10・8民集6巻9号783頁)。司法権は個別具体的な紛争を解決する国家作用だから、違憲判決の効力も当該事件限りとするのが妥当である。②最高裁の違憲判決によって法律があらゆる関係で無効になるならば、それは法律を廃止することと等しく、消極的立法作用である。日本国憲法は41条で国会を唯一の立法機関と定めており、一般的効力説は41条と矛盾する。

一般的効力説は、最高裁判所によって違憲無効と判断された法律は、当該事件を超えて、一般的・対世的に無効となると主張する<sup>(3)</sup>。その理由としては、①憲法98条1項によれば、日本国憲法は最高法規であり、それに反する法律は当然に無効である。②ある人との関係では違憲無効で、他の人との関係では合憲有効というのでは、法律の一般性に矛盾するばかりか、憲法14条が定める法の下での平等に反する、という点があげられる。

学説上は、もう一つ、「法律委任説」と呼ばれる学説がある。この説は、違憲判決の効力は憲法上一義的に定まっているものではないから、個別的効力であれ、一般的効力であれ、法律で決めることができる、と主張する。しかし、現在そのような法律は存在しない(最高裁判所裁判事務処理規則14条<sup>(4)</sup>も、どちらの説によるものであるか明らかではない)。この点を定める法律がない場合は個別的効力である、とする<sup>(5)</sup>。

現在の通説は個別的効力説である。一般的効力説は、上述の問題点に加

え、長年行われてきた法律を遡及的に無効にすると大きな混乱を生じさせるし、将来的にのみ無効になるとしても、違憲判決の時期の前後で不公平を生じさせることになる、と指摘される<sup>(6)</sup>。しかし、個別的効力説にも問題があることは共通の認識となっている。この説では、最高裁判所がある法律を違憲無効と判断しても、その事件以外ではその法律の規定が効力を失うわけではないから、国会がその法律を廃止または改正しない限り、内閣には違憲の「法律を誠実に執行」（憲法73条1号）する義務があることになる。しかし、そのような事態は、個別的効力説の側からも不合理であると考えられている<sup>(7)</sup>。そこで、最高裁判所の違憲判決を尊重して、国会は速やかに法律を廃止または改正し、内閣はそれまで法律の執行を差し控えることが期待される、とする（礼讓期待説などと呼ばれる）。しかしこれでは、国会が法改正を行わずに放置していた場合、法律の誠実な執行という憲法上の義務が免除される説明がつかない。そこで、さらに進んで、違憲判決により、国会には政治的道義的な義務にとどまらず、法的な義務が課されているとする学説が有力になりつつある。その説の場合には、このような法的義務がどこから生じるかが問題となるのである。今日の多くの学説は、個別的効力説を前提としながら、国会や内閣に対する拘束力をどのように説明すべきかをめぐって争っている状況にある、とまとめることができよう。

## 2. 最高裁判所の違憲判決

### (1) 尊属殺重罰規定違憲判決

日本国憲法制定後、長い間理論的な興味で論じられていた違憲判決の効力論に新たな刺激を与えたのは、最高裁が実際に下した違憲判決である。法律の規定を違憲無効と宣言した最初の最高裁判決が、1973年の尊属殺重

罰規定違憲判決(最大判昭和48・4・4刑集27巻3号265頁)である<sup>(8)</sup>。この判決は刑法旧200条を違憲無効と判断したのであるが、行政機関が速やかに対応した(例えば、裁判所に係属中の尊属殺人事件につき、199条の普通殺人罪に変更した)のに対して、国会は刑法200条を改正も廃止もせずに放置した(刑法200条が削除されたのは、判決から20年以上経た1995年、刑法の口語化に伴ってであった)。純然たる個別的効力説(礼讓期待説)では、最高裁の違憲判決によって国会に立法義務が生じることはない。けれども、国会が違憲判決を尊重し、違憲とされた法律を改廃することを期待していた。この期待が破られたとき、個別的効力説は無効であることが明らかとなった。付随的審査制が個人の主観的な権利保護を第一の目的とするからといって、客観的な憲法秩序の保障が無視されてはならない。最高裁の違憲審査権は、憲法秩序の維持をも目的としている、ということである。純然たる個別的効力説は、最高裁判所の憲法上の地位や役割にふさわしくない。行政権との関係でも問題がある。刑法200条が廃止されていないのに尊属殺人事件でも同条で起訴しないのは、憲法保障の観点からすれば当然認められなければならないにもかかわらず、個別的効力説ではかえって憲法違反の疑いすらある。この点からも、純粹の個別的効力説は不当と解されたのである。

## (2) 議員定数不均衡違憲判決

議員定数不均衡違憲訴訟は、違憲判決の効力について、新しい問題を次々提起することになった。まず、1976年判決(最大判昭和51・4・14民集30巻3号223頁)は、違憲無効判決がもたらす混乱を回避するために、行政事件訴訟法31条にあらわれている事情判決の法理を応用した。そこには一般的な法の基本原理に基づくものも含まれている、というのである。公選法219条は行訴法31条の準用を排除しているが、より高次の法的見地から同法理を適用すべき場合がある、としてこう述べた。

「本件選挙は憲法に違反する議員定数配分規定に基づいて行われた点において違法である旨を判示するにとどめ、選挙自体はこれを無効としないこととするのが、相当であり、そしてまた、このような場合においては、選挙を無効とする旨の判決を求める請求を棄却するとともに、選挙が違法である旨を主文で宣言するのが、相当である」。

この違憲判決の手法は、ドイツの連邦憲法裁判所の判決に対する用語法にならって、「違憲確認判決」と呼ぶことができる。それまで違憲即無効と理解されていた、その前提を覆したのである。このような判決手法を学説も肯定的に受け止めたから、違憲判決の効力論は新しい問題に直面することになった。従来考え方では、違憲確認判決では法律は無効とされないのだから、一般的効力説であれ、個別的効力説であれ、判決は無効力だということになる。これでは合憲判決と変わらない。この判決に意味を認めようとするれば、判決の効力について、違憲とされた法律の効力とは別に、他の国家機関に対する効力を問題にしなければならないことがはっきりしてくる。違憲判決は、国会に対する立法（法律の改廃）義務を効果として伴わなければならないのである。

次に、1983年判決（最大判昭和58・11・7民集37卷9号1243頁）は、選挙区間における投票価値の格差は「憲法の選挙権の平等の要求に反する程度に至っていた」と認めながら、「憲法上要求される合理的期間内に是正がされなかったものと断定することは困難である」から、「憲法に違反するものと断定することはできない」とした。そうして、議員定数配分規定が「できる限り速やかに改正されることが強く望まれる」との要望を付加している。この判決は違憲判決ではないが、このまま放置していると違憲になることを国会に警告する意味を持つものであるから、これもドイツにならって「違憲警告判決」と呼ぶことができよう。この判決は、違憲確認判決以上に、国会に対する何らかの拘束力を認めなければ、無意味である。蛇足だとさえ評価されかねない。そして、そのような拘束力を肯定するのであれば、合憲判決も個別的効力以上の効力をもつということである。な

ぜなら、違憲警告判決は形式的には合憲判決だからである。

さらに、法廷意見ではないが、1985年判決(最大判昭和60・7・17民集39巻5号1100頁)に付加された寺田治郎裁判官ほか4裁判官による補足意見は、「判決確定より当該選挙を直ちに無効とすることが相当でないと思われるときは、選挙を無効とするがその効果は一定期間経過後に始めて発生するという内容の判決をすることも、できないわけのものではない」、  
「定数訴訟の判決内容は、憲法によって司法権にゆだねられた範囲内において、右訴訟を認めた目的と必要に即して、裁判所がこれを定めることができるものと考えられる」とさえ述べている。このような判決が実際に可能であるとする<sup>(9)</sup>、その効力も、国会への拘束力も含めて、新たに解明されなければならないのは当然である。

### 3. 学説の検討

#### (1) 一般的効力説の可能性

今日、一般的効力説をとる学説はまれである。しかし、一般的効力説が、あらゆる場面で貫くとさまざまな困難に逢着することを認めたとしても、いかなる場合にも個別的効力説より不合理だというわけではないだろう。そこで、一般的効力説が日本国憲法の下でも成立可能な学説であることをまず確認したい。そのためには、個別的効力説からの批判に答えておく必要があろう。冒頭でみたように、個別的効力説からの批判は2点、まず、日本国憲法が採用したのは付随的審査制であるから、違憲判決の効力も具体的事件の解決に必要な限りで及ぶこと、次に、一般的効力説は裁判所の違憲判決を消極的立法と解するもので、憲法41条と矛盾すること、である。第1の批判については、付随的審査制は、具体的事件の存在が審査開始の要件になるだけで、違憲判決の効力まで左右するものではないことを指摘

するにとどめ、ここでは第2の批判を検討しよう。

一般的効力説には、タイプの異なる2つの学説がある。ある学説は違憲判決の遡及効を認める<sup>(10)</sup>のに対して、他の学説は将来効のみを認める<sup>(11)</sup>。前者を「遡及効説」、後者を「将来効説」としよう。両説の相違は、判決の効力が発生する時点をどこに求めるかの相違にとどまらず、違憲判決がいかなる国家作用であるのかに関する理解の相違が前提となっているのである。

例えば、遡及効説は、違憲の法律は憲法上当然に無効で、最高裁の違憲判決はその無効を確認するにすぎないとする。この説に対して、違憲判決が消極的立法であるとの非難は当たらない。個別的効力説が、一般的効力説では違憲判決が消極的立法になると批判するのは、判決が有効な法律を廃止して無効とする、と解するからである。最初から無効なものを無効と宣言するだけでは、消極的立法とはいえない。

これに対して、将来効説は、違憲の法律も裁判所の判決で無効と宣言されるまでは有効であり、違憲判決は有効な法律をはじめて無効とすると考えるのである。国会が法律を廃止する場合を考えると、原則として、廃止された法律は将来的にのみ無効となり、遡及的に無効にはならない。将来効説は、違憲判決を国会による法律の廃止と同様の国家作用と考えるのであるから、消極的立法作用であるのは当然なのである。しかし、この消極的立法権は憲法81条が最高裁に与えた権限であるから、憲法41条に矛盾するととらえる必要はない。両者が調和するよう体系的に解釈すればよいだけのことである。憲法41条は違憲な法律を制定する権限まで国会に与えているわけではない<sup>(12)</sup>から、違憲な法律を裁判所が一般的に無効としても、憲法41条に矛盾するわけではないのである。つまり、合憲法律を無効にしたら41条違反で許されないが、違憲法律を無効に（廃止）しても、それは81条の要請するところで、41条には矛盾しないのである。

こうしてみると、違憲判決の効力が消極的立法作用であろうがなかろうが、憲法41条には矛盾しないと解することができる。昔の通説が一般的効

力説は憲法上許されないと強く否定してきたのは、日本国憲法が採用した違憲審査制は付随的審査制であるとして、憲法裁判所説を否定するためであった。現在から見ると行き過ぎの議論であると思われる。

一般的効力説のこのような2類型は、オーストリアとドイツに対応している。オーストリアの憲法裁判所は、違憲な法律を廃止する(オーストリア連邦憲法140条3項)。廃止の効力が生じるのは、判決の公布がからである。公布後一定期間経過後に廃止の効力が生じるものとすることもできる(同法140条5項)。いずれにせよ、公布後に、将来的にのみ無効となるのが原則である。違憲と判決された法律によって廃止された法律が復活するかどうかも判決で決めることができる(同法140条6号)。オーストリアにおいては、議会による法律の制定と判決によるその法律の廃止は「後法は前法を廃す」の原則に従うのであって、違憲判決が消極的立法作用であることは正面から肯定されている<sup>(13)</sup>。

これに対してドイツでは、違憲な法律は当初から無効であると考えられてきた。だからこそ、違憲判決は遡及効をもつことが理論的に要求されるのである。しかし、違憲確認判決が登場すると、当初無効論では、憲法上当然に無効であるはずのものがどうして有効となるのか(そうでなくとも無効と宣言されないのか)、説明できないことになる。そこで、学説上は、当初無効論に替わって取消論が有力になりつつあると分析されている<sup>(14)</sup>。取消論では、違憲な法律も有効だ(当然に無効というわけではない)から、連邦憲法裁判所の判決がそれを遡及的に無効にすることも、違憲の確認にとどめて無効としないことも、ともに説明できるのである。

こうしてみると、日本国憲法の解釈論として一般的効力説をとる場合も、違憲判決の法的性格が消極的立法なのか取消なのかはひとまず措くとしても<sup>(15)</sup>、違憲法律も当然には無効にならないと考えるべきであろう。そして、こう考えても98条1項に矛盾しないことは、最高裁判所も認めている。1976年の議員定数不均衡違憲判決は、98条1項の「文言によって直ちに、法律その他の国権行為が憲法に違反する場合に生ずべき効力上の諸問題に一



義的解決が与えられているものとすることはできない」と述べているからである<sup>(16)</sup>。

なお、個別的効力説では、当該事件以外では違憲法律も有効であることが前提であるから、一般的効力説のような問題は生じないようにみえる。しかしながら、法律が個別的に当初無効ということは論理的にありえない。違憲判決が法律を当該事件限りで無効としている、と考えているようにも思われぬ。一般的効力説以上に説明は難しいのではあるまいか。

## (2) 法律委任説の評価

違憲判決の効力は法律で定めることができるとする法律委任説は、そのような法律が制定されていない段階では考察対象から外してよいようにみえる。しかしながら、今日有力な、国会や内閣に対する拘束力を認める修正された個別的効力説では、法律委任説と結びつく傾向があるので、再び注目されるようになっている。もともと個別的効力説と一般的効力説は、違憲判決の効力は憲法上一義的に定まっており、その効力を法律で変更または修正することはできないと考えていた。法律委任説はその前提を崩す意味をもつ<sup>(17)</sup>もので、修正された個別的効力説も法律による判決の効力の拡張を承認するのであるから、古い個別的効力説とは違う前提に立っていることになる。

法律委任説は、その論拠として、「抽象的憲法訴訟をみとめる国々においても、その判決の効力は法律で定めるべきものとしている」<sup>(18)</sup>ことをあげるので、この点を確認しよう。違憲判決の効力について、いかなる範囲で法律で定めることができるのか。

ドイツの基本法94条2項は、「連邦法律は、連邦憲法裁判所の機構および手続を規律し、ならびに、その裁判がいかなる場合に法律としての効力を有するかについても定める」としている。その連邦法律である連邦憲法裁判所法は、その31条でこう定めている<sup>(19)</sup>。

「第31条(1) 連邦憲法裁判所の裁判は、連邦及びラントの憲法機関、並びにすべての裁判所及び行政庁を拘束する。

(2) 第13条第6号、第11号、第12号及び第14号の場合には、連邦憲法裁判所の裁判は法律としての効力を有する。連邦憲法裁判所が、法律を基本法に一致する若しくは一致しない、又は無効であると宣言する場合には、第13条第8a号の場合にもこれを準用する。法律が基本法若しくはその他の連邦法に一致する若しくは一致しない、又は無効であると宣言される限りにおいて、裁判主文は連邦法務省が連邦官報に掲載しなければならない。第13条第12号及び第14号の場合における裁判主文にもこれを準用する」。

第1項は判決・決定の「拘束力」を、第2項は「法律としての効力」を規定している。連邦憲法裁判所の裁判は、一般の裁判所の裁判と同じく既判力を有するが、それ以上の効力が法律で与えられているわけである。これらの効力の内容については争いのあるところであるが、違憲判決の効力の主観的範囲を当事者を超えて拡張している点は共通している。その結果、連邦憲法裁判所の判決にすべての人が拘束されるのであれば確かに一般的効力説であるが、これは法律ではじめて決定されたのであろうか。違憲無効と判断された法律が一般的に無効であることは当然の前提なのではないか。憲法上は憲法裁判所の設置を定めておきながら、法律で判決の個別的効力を定めることができるとするのは違和感がある。基本法が明文で認めているのも、法律としての効力を有する場合を決めることだけである。つまり、法律で決めることのできる範囲は限定的なもので、憲法上全く自由に決定できるわけではないように思う。

それでは、ドイツの連邦憲法裁判所法79条はどうであろうか。同条は、抽象的規範統制における違憲無効判決の遡及効を制限している(具体的規範統制では82条1項で79条を準用、憲法異議では95条3項で79条を準用)。この点では法律で遡及効と将来効について決定できるようにも思われるが、もし当初無効が憲法上の原則なら、それを制限するこの規定は違憲の可能性はあるはずである。信頼保護の原則といった他の憲法上の要請が考慮さ

れているのではないか。法律で決定できる範囲は憲法上の原則間の調整に限定されていて、それほど広いものではないように思う。少なくとも、一般的効力か個別的効力かというところまで法律で決めることができるわけではない。

こうしてみると、抽象的違憲審査制の国では法律で違憲判決の効力を決めていたとしても、少なくともドイツには全面的に当てはまるわけではない。日本の法律委任説では、個別的効力説を原則としながら、一般的効力説も法律で採用できるとされているが、それほど広い裁量の余地をドイツで認めているとは思われない。日本国憲法の下で可能であるとするなら、実は、抽象的違憲審査権も法律で付与できるからなのではあるまいか。法律でその権限を付与すれば、その場合の判決の効力は一般的効力が原則になるであろう。

なお、違憲判決の効力を定める法律として実際に議論されるのは、修正された個別的効力説を明文化した、「最高裁判所がある法律を憲法に適合しないと決定した場合には、国会は、その趣旨に従って、ただちに当該法律を改正し、又は廃止しなければならない」という内容の法律である。このような法律の制定は、個別的効力説では可能だが、一般的効力説では不可能であるといわれることがある<sup>(20)</sup>。おそらく、一般的効力説で、当初無効論を前提とすると、この法律では、最高裁によって違憲（無効）と宣言された法律も国会によって廃止されるまでは存続する（有効である）ことを前提としていることになるが、どうして憲法上無効な法律を法律によって有効にすることができるのか、説明が付かないからであろう。

しかし、一般的効力説でも、取消論を前提とした場合はどうか。違憲な法律は判決によって遡及的に無効になる（有効な法律が取り消される）と考えると、憲法上当然に生じる効果を法律で覆すわけではなく、最高裁の権限を法律で制限したのだということになろう。その場合には、法律で最高裁の権限を制限することが許されるか、許されるとしたらどこまでか、という問題になるはずである。他の憲法上の原則（法的安定性など）によ

って正当化できれば、違憲と評価されるとは限らないように思う。また、この法律が違憲であったとしても、最高裁がそのような効力で不都合はないと考えるかぎり、その法律に従うことができる。もちろん、この法律が最高裁判決の実現を阻害する場合には、その法律自体を違憲と判断することも認めなければならないが。

なお、個別的効力説では、このような法律が許されることに問題がないとされている。それでも、このような効力がドイツの連邦憲法裁判所の拘束力のような特別の効力なのか、いかなる性質の効力なのかは理論的に問題になるはずである<sup>(21)</sup>。

### (3) 適用違憲判決の効力

法律の規定そのものを違憲無効とする判断の仕方を「法令違憲」、その規定の事件への適用を違憲とする処理の仕方を「適用違憲」と呼ぶ。これまでの違憲判決の効力論は、前者の法令違憲判決の効力だけを問題としてきた。個別的効力説はもちろん、一般的効力説でも、適用違憲判決の効力が当該事件限りであることは当然と解されていたようである。

適用違憲には3つの類型があるとされる<sup>(22)</sup>。

第1は、法律の合憲限定解釈が不可能な場合である。裁判所は可能な限り法律を憲法に適合するように解釈すべきであるが、それが不可能な場合には、その法律は当該事件に適用される限りにおいて違憲であるとして適用を排除する判決である。代表的な例として、猿払事件第1審旭川地裁判決（旭川地判昭43・3・25判時514号20頁）があげられる。旭川地裁は、国家公務員法102条1項および人事院規則14-7が公務員の政治的行為を制限し、国公法110条1項19号はその制限に違反した者に刑罰を科しているが、その規定は制限解釈を加える余地がないため、「非管理職である現業公務員で、その職務内容が機械的労務の提供にとどまるものが、勤務時間外に、国の施設を利用することなく、かつ職務を利用し、若しくはその

公正を害する意図なしで行った」行為に適用される限度において、その規定は違憲であると判断した。

第2の類型は、法律の合憲解釈が可能な場合である。法律の執行者が法律を合憲的に解釈せずに違憲的に適用した、その適用行為が違憲であるとする判決である。例としては、全通プラカード事件第1審判決（東京地判昭和46・11・1判時646号26頁）があげられる。判決は、国公法102条1項などの規定を合憲的に解釈すれば、横断幕を掲げてデモ行進する行為はその規定に違反するものではないから、その行為への適用は違憲であるとした。

第3の類型は、法律そのものは合憲の場合である。法律の執行者が法律の解釈を誤って違憲的に適用した場合に、その適用行為が違憲であるとする判決である。その例としては、教科書検定制度自体は合憲だが、具体的な検定不合格処分が「検閲」にあたり違憲であるとした家永教科書裁判第二次訴訟第1審判決（いわゆる杉本判決、東京地判昭和45・7・17判時604号29頁）があげられる。

第1・第2類型を比較してみると、第1類型では具体的事件に適用されるかぎりではあるが、法律（の一部）が違憲とされているのに対して、第2類型では、合憲解釈がされるかぎりでは法律自体は合憲であり、法律に違反した個別的な国家行為が違憲なのである。もちろん、第1類型でも法律の文言を違憲としているわけではないが、本来適用されるべき意味の一部を違憲としている以上、法律の一部を違憲と判断していることに違いはない。規定の文言それ自体が法律なのではなく、文言に内在する意味が法律だからである。それ故、最高裁（最大判昭和49・11・6刑集28巻9号393頁）が、「これは、法令が当然に適用を予定している場合の一部につきその適用を違憲と判断するものであって、ひっきょう法令の一部を違憲とするにひとし」と述べているのはあたっている。そうすると、法令違憲判決で一般的効力説をとるのであれば、第1類型の適用違憲判決も一般的効力だと考えなければならない。そうでなければ、判決が適用を違憲とした

法律の部分をも他の事件で適用できることになってしまうだろう。

第2・第3類型は、具体的国家行為を違憲とするものであるから、処分違憲ということもできる。学説では、処分違憲が個別的効力であることは当然とされた<sup>(23)</sup>。法律はその性格が一般的だから一般的効力説が成り立ちうるのに対して、個別的な行為である処分が無効とされても、一般的効力はありません、というのである。けれども、判決の効力は国会や内閣に対する拘束力まで含んでいると考えるならば、法の執行機関が同じ処分を繰り返すことを禁止する効力が判決に含まれているはずであって、この場合にも、純粹の個別的効力ではありえない<sup>(24)</sup>。

#### (4) 合憲判決の効力

一般的効力説でも合憲判決は個別的効力だとするものが多い<sup>(25)</sup>。この点は以前検討したことがある<sup>(26)</sup>ので、ここでは、法律を合憲的に解釈した上で合憲とした判決の効力を考えてみたい。

ある法律について複数の解釈が合理的に成り立つのが普通である。そのうち、ある解釈をとればその法律は違憲であり、他の解釈をとれば合憲である場合、法律が合憲となる解釈をとるべきである、というのが合憲解釈の原則である。そのなかで、法律の文言どおりに解釈すると人権制限の範囲が広すぎて違憲と判断せざるをえない場合に、文言に限定解釈を加えることで法律の違憲性を解消する方法は、合憲限定解釈や合憲的制限解釈とも呼ばれる。

最高裁は、古くからこのような解釈態度をとってきた。例えば、旧関税法の規定は所有者である第三者の善意・悪意にかかわらずすべて没収すべきことを定めているようにみえるが、犯人以外の第三者が悪意の場合に限ってその所有物の没収がなされることを定めたものと解すべきであり、そう解する限り憲法29条に反するものではないとした、最大判昭和32・11・27刑集11巻12号3133頁、あんま師等法が禁止する医業類似行為は人の健康

に害を及ぼす虞のある業務行為に限局されるから憲法22条に反しないとされた、最大判昭和35・1・27刑集14巻1号33頁、道路交通法が報告を義務づけた「事故の内容」には刑事責任を問われる虞のある事故の原因その他の事項は含まれないから、交通事故の報告義務は憲法38条1項に違反しないとした、最大判昭和37・5・2刑集16巻5号495頁などがある。なかでも有名なのが、都教組事件（最大判昭44・4・2刑集23巻5号305頁）で、最高裁は、地方公務員法による争議行為の禁止とそのあおり行為等に対する処罰は、文字通り解釈すれば違憲の疑いが強いが、「法律の規定は、可能な限り憲法に即し、これと適合するように合理的に解釈されるべきものであって、この見地からすれば、これらの規定の表現のみに拘泥して、直ちに違憲と断定する見解はとることができない」とする。そのうえで、禁止される争議行為と処罰対象たるあおり行為等のいずれをも違法性の強いものに限定し（「二重のしほり」と呼ばれる）、争議行為に通常随伴して行われる行為は処罰の対象にならないという合憲限定解釈を行ったのである。

ただし、公務員の労働基本権に好意的なこの合憲限定解釈は、全農林警職法事件（最大判昭48・4・25刑集27巻4号547頁）で事実上覆される。その判決の多数意見は、国家公務員法の定める争議行為の禁止とそのあおり行為等の処罰は限定解釈をしなくても合憲であり、都教組事件の判決が行ったような「不明確な限定解釈は、かえって犯罪構成要件の保障機能を失わせることとなり、その明確性を要請する憲法31条に違反する疑いすら存する」と述べたのである。しかしながら、最高裁は合憲解釈の手法一般を否定したわけではない。大法院判決に限っても、税関検査事件（最大判昭和59・12・12民集38巻12号1308頁）では、関税率法にいう「風俗」とは専ら「性的風俗」を意味し、「風俗を害すべき」書籍・図画は「猥褻な」書籍・図画に限られるとし、また福岡県青少年保護育成条例事件（最大判昭和60・10・23刑集39巻6号413頁）では、条例の禁止する「淫行」を青少年を誘惑するなど不当な手段により行う性交または性交類似行為、青少

年を単なる自己の欲望の対象として扱う性交または性交類似行為の2類型に限定解釈することで、問題の規定を合憲としている。

これら一連の(小法廷まで加えるとさらに多い)合憲解釈が、合憲判決であるという理由でその事件限りであり、その後の事件で法の執行機関を拘束しないとするのは明らかにおかしい。Pという規定はAと解釈すれば合憲であり、Bと解釈すれば違憲であるときに、裁判所がAと解釈してPを合憲と判断したとする。それを法の執行機関がBと解釈適用してもかまわないとするのは、合憲解釈を無意味にするものであろう。もちろん憲法解釈は判例の拘束力の問題として処理することもできるが、判決の効力の問題として考えるのであれば、合憲判決も個別的効力以上の拘束力を有するといわなければならない<sup>(27)</sup>。

## (5) 最高裁の考える違憲判決の効力

最高裁自身は違憲判決の効力についてどのように考えているのか。

1973年の尊属殺重罰規定違憲判決が下された後で、違憲判決の正本が国会や内閣に送付される理由を尋ねられた田宮最高裁判所長官代理者は、「最高裁判所がこのような裁判をしましたときには、国会や内閣が場合によって何らかの善後措置としての立法作用もしくは行政作用をとるということも考えられますので、その裁判内容をお知らせいたしたほうがよいであろうという趣旨で」と答えている<sup>(28)</sup>。まさに純粹の個別的効力説(礼讓期待説)であるように思われる。しかし、本当にそうか。

1976年の議員定数不均衡違憲判決で、最高裁は、違憲無効と判断できない理由をこう述べていた。議員定数配分「規定およびこれに基づく選挙を当然に無効と解した場合、これによって憲法に適合する状態が直ちにもたらされるわけではなく、かえって、右選挙により選出された議員がすべて当初から議員としての資格を有しなかったことになる結果、すでに右議員によって組織された衆議院の議決を経たうえで成立した法律の効力にも問



題が生じ、また、今後における衆議院の活動が不可能となり、前記規定を憲法に適合するよう改正することさえもできなくなるという明らかに憲法の所期しない結果を生ずるのである」。

一読してもっともなような気がするが、しかし、純粹の個別的効力だったとしたら、仮に無効であるとしても、原告との関係においてのみ、この事件限りで無効になるのだから、それほど大きな混乱は生じないはずである。違憲な議員定数配分規定とそれに基づく選挙は他の関係では有効なのだから、他の選挙区からどんどん訴訟が提起されても、最高裁の違憲判決が次々出てくる前に法改正してしまえばよいはずであろう。にもかかわらず、最高裁が無効とすることはできないと考えたのは、違憲判決が個別的な効力にとどまらなないと考えたからにはかならない。

もう一つ、1995年の非嫡出子相続分差別事件（最大判平成7・7・5民集49巻7号1789頁）における4裁判官の反対意見をとりあげよう。そこでは、「本件規定を違憲と判断するとしても、当然にその判決の効力が遡及するものでない」と述べている。すなわち、「最高裁判所は、法令が憲法に違反すると判断する場合であっても、従来その法令を合憲有効なものとして裁判が行われ、国民の多くもこれに依拠して法律行為を行って、権利義務関係が確立している実態があり、これを覆滅することが著しく法的安定性を害すると認められるときは、違憲判断に遡及効を与えない旨理由中に明示する等の方法により、その効力を当該裁判のされた時以後に限定することも可能である」、という。

この反対意見は、一般的効力説を前提にしている、少なくとも純粹の個別的効力に基づくものではない。個別的効力説では、遡及効を認めても、当該事件限り、当事者限りのはずだから、他の人々との関係で確立した権利義務関係を覆滅させるはずはないからである。最高裁は、自己の違憲判決が個別的効力だとは考えていないのである<sup>(29)</sup>。法的安定性を考慮して多数意見にまわった裁判官もいたのであるから、この理解は多数意見も同様なのである。

最後に、国会に対する拘束力について、在外日本人選挙権訴訟(最大判平成17・9・14民集59巻7号2087頁)がある。この判決で最高裁は、在外国民が次回の選挙で投票することができる地位にあることを認め、公選法の規定を違憲としたが、この判決が国会の立法行為を義務づける効力をもたないとしたら、無意味としかいいようがない。国会を何ら拘束しない判決を繰り返すぐらいなら、最初から法律上の争訟ではないとした方が首尾一貫する。つまり、最高裁は違憲判決によって国会が立法義務を負うと考えている、ということである<sup>(30)</sup>。

## (6) 裁判所委任説の提唱

最高裁の意見は個別効力説ではないとしよう。これまでの学説では、違憲判決が国会や内閣によってどのように扱われたかの説明はあっても、最高裁自身が違憲判決の効力をどう考えているかについて触れるところはなかったのである。現在の憲法解釈学が判例をきわめて重視し、まさに最高裁判例実証主義とでもいうべきものになっているのにもかかわらず、違憲判決の効力で最高裁の見解を援用するものはなかったのである。なぜであろうか。違憲判決の効力は憲法上一義的に定まっておき、最高裁がどう考えているかとは無関係に理論的に決まる、と考えていたからであろう。しかし、これは、最高裁の人権に関する判例でも同じことである。学説は最高裁の人権判例を検討し、批判することができる。にもかかわらず、その判例が有権的な決定として通用することは承認してきたのである。違憲判決の効力ではなぜそう考えないのか。

法律委任説は、違憲判決の効力は憲法上一義的に決まらないとしてきた。だから法律で決めることができるとするが、それを決めるのはどうして国会でなければならないのか。最高裁自身ではなぜダメなのか。最高裁判所自身が判決の効力を決定できると考えるべきではあるまいか。これまでも、

違憲判決の効力についての立法例として、最高裁判所裁判事務処理規則に言及がなされてきた。ここで決めることができるのなら（そうでなければなぜ言及したのかわからないことになる）、判決の中で決めてもよいのではあるまいか。

自分自身の権限を自分で決めることができるのはおかしいとの批判もあるろう。しかし今日では、裁判所は、違憲無効判決と違憲確認判決を選択することができる。このような判決手法の選択は、違憲判決の効力の選択と結びついているのである。遡及効についても制限を加えることができるとすると、将来効か遡及効かも選択できる。その限りで違憲判決の効力を決めていたのである。どうしてそれ以外の効力については選択できないのか。これに対して、「裁判所が一般的無効を妥当だと考えたことと判決の効力は別の問題である。もし両者を結びつけるならば、これは裁判所委任説ともいうべき新しい説の提唱にほかならない」<sup>(31)</sup>との批判があろう。まさしく、わたしが提案したいのはこの裁判所委任説なのである。今後は、裁判所が判決の効力を自ら決定できることを前提にしたうえで、いかなる事件にいかなる判決の効力がふさわしいのかを具体的に検討すべきであろう<sup>(32)</sup> <sup>(33)</sup>。ひとつの学説、ひとつの判決手法ですべてを説明したり処理したりする必要はない。

#### 4. おわりに

いわゆる裁判所委任説を提唱したところで、本論文は終わることにする。名称はともかく、このような考え方自体は、十数年前の論文で言及していたところである。そして、判決の効力は、その論文からさらに数年遡り、わたしが助手時代に最初に書いた論文のテーマであった（比較法雑誌16巻3号25頁）から、その意味でも実に懐しいテーマである。私が助手になるその前から、山下先生は川添グループの大先輩であり、憲法の基礎理論（理

論憲法学や憲法思想史)をやりたいのなら、まず山下先生の主宰する研究会(現在のDAS研究会)の門をたたくべきだとされていた。わたしも山下先生を目指して基礎理論から研究を出発させたのであるが、気がつくると解釈論にどっぷりつかっていた。どこかで道を踏み外したわけであるが、しかしこれもマックス・ウェーバーのいう「時代の要請」(山下先生なら「日々の要求」と訳されるであろうか)にしたがった結果である。法科大学院という時代に押し流されただけだともいうことができるのであるが。

---

<注>

- (1) 工藤達朗「裁判による憲法形成」法学新報96巻11・12号(1990年)138頁。
- (2) 現在の学説状況を簡潔に整理したものと、畑尻剛「違憲判決の効力」
  - (1) 岩間昭道=戸波江二編『憲法I(総論・統治)』(日本評論社、第3版、1994年)193頁、大沢秀介「法令違憲判決の効力」高橋和之=大石眞編『憲法の争点』(有斐閣、第3版、1999年)250頁などを参照。
  - (3) 一般的効力説の内容について、表現は一定していない。佐藤幸治『憲法』(青林書院、1995年)373頁は、判決に法律を「法令集から除去せしめる効果、または除去せしめるのと同然の効果」を肯定するのが一般的効力説であるとする。前者であれば最高裁の違憲判決により当該法律(の規定)は自動的に六法から削除されることになるのに対して、後者であれば、法律の規定は効力を失って枯死するので、六法に載っていても二度と適用されることはない、ということであろう。本稿は後者を含めた広い意味で一般的効力説を理解することにする。
  - (4) 最高裁判所事務処理規則14条は次のとおり。「第12条の裁判(法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないとの裁判)をしたときは、その要旨を官報に公告し且つその裁判書の正本を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本を国会にも送付する。」
  - (5) 小嶋和司『憲法概説』(良書普及会、1987年)498頁。これに対して、長尾一紘『日本国憲法』(世界思想社、第3版、1997年)483頁は、法律委任説(同書の表現では法定説)を前提とした上で、「違憲判決の効力についての法律規定がない場合には、一般的効力説の説くところとほぼ同様に考えることが

できる」とする。かりに、違憲法律の無効が憲法上当然に生じているとすると、法律によって無効な法律を有効とすることになり、説明が困難であろう。そうだとすれば、この考え方は、違憲な法律も違憲判決があるまでは有効であることを前提としているものと思われる。

- (6) 例えば、橋本公巨『日本国憲法』（有斐閣、改訂版、1988年）642頁。
- (7) なぜ不合理なのか。最高裁判所の役割は、事件当事者の権利保護にあるとすれば、当該事件に違憲法律は適用されないのだから、それで十分であると考えることもできるはずである。当該事件以外で違憲法律が適用されることを問題視するのは、そこに最高裁の役割または違憲審査制の意義について、一定の前提があるからである。すなわち、違憲審査制には、個人の権利保護という主観的機能と、憲法秩序の維持という客観的機能があり、付随的審査制においては前者が、抽象的審査制においては後者が本来の目的であるが、現在両者は合一化傾向にあると説明される。つまり、日本国憲法の採用した違憲審査制の類型が付随的審査制であるとしても、最高裁判所は、個人の権利保護に閉じこもることなく、憲法保障機能をも果たさなければならない、ということである。そうであるとすれば、最高裁によって違憲と判断された法律を内閣が誠実に執行しても不合理ではないとするのは、憲法保障機能を無視するものだということになるのである。
- (8) 第三者所有物没収違憲判決（最大判昭和37・11・28刑集16巻11号1593頁）を法令違憲の判決と理解する学説も有力であるが、わたしは（多数説とともに）処分違憲の判決と考えている。工藤達朗「告知・聴聞の権利と違憲主張の適格」LS 憲法研究会編『プロセス演習憲法』（信山社、第2版、2005年）324頁。
- (9) 竹下守夫「違憲判断の多様化・弾力化と違憲判決の効力」三ヶ月章古稀『民事訴訟法学の革新（中）』（有斐閣、1991年）693頁は、将来無効判決を議員定数訴訟では「一つの賢明な方法」とであると認めるが、それ以外の場面では消極的である。
- 例えば、699頁では、猿払事件の事例で裁判所が将来無効判決を下した場合の問題点を指摘している。しかし、このような事例では、法令違憲であれ、適用違憲であれ、法律を無効とする判決を下すべきだということではあるまいか。同論文が肯定する違憲確認判決や違憲警告判決も、使う場面を誤れば不都合を生じさせることもあろう。したがって、将来無効判決は問題があるから許されないとするのはではなく、どの事件でどの判決を下すのが妥当か、と考えるべきなのである。
- (10) 兼子一＝竹下守夫『裁判法』（有斐閣、第4版、1999年）98頁。
- (11) 宮沢俊義（芦部信喜補訂）『日本国憲法』（日本評論社、1978年）682頁。
- (12) 同様の論法は条約については用いられており、98条2項は違憲の条約につ

- いても誠実遵守を定めているわけではない、とか、憲法は違憲な条約を締結する権限まで認めているわけではない、などといわれている。
- (13) オーストリア憲法裁判所の違憲判決の効力について、古野豊秋「憲法裁判における具体的規範統制制度」同『違憲の憲法解釈』(尚学社、1990年)306頁以下。オーストリア連邦憲法の翻訳として、憲法裁判研究会「オーストリア連邦憲法—憲法裁判所関係条文・試訳—」比較法雑誌14巻3号27頁、高田敏訳「オーストリア連邦」阿部照哉=畑博行編『世界の憲法集』(有信堂、第3版、2005年)99頁などを参照。
- (14) ドイツにおける当初無効論から取消論への移行について、畑尻剛「ボン基本法における肯定・集中論的法的帰結—違憲法律の当初無効論とその限界—」同『憲法裁判研究序説』(尚学社、1988年)178頁以下。あわせて、有澤知子「判決の手法」工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』(中央大学出版部、2002年)181頁も参照。
- (15) ただし、消極的立法と解すると、国会への拘束力を認めるのは難しい。もちろん、法律が一般的に無効になることは国会も承認しなければならないのであるが、同一内容の法律を再度制定することは禁止されないからである。古野・注(13)307~8頁。また、違憲確認判決や違憲警告判決で法律の改廃義務を認めることもできないだろう。国会への拘束力を重視するなら、取消と考えるのが妥当であろう。
- (16) とはいえ、最高裁はすぐに続けて「憲法に違反する法律は原則として当初から無効」であると述べているので、原則は当初無効論である。ただ、そう解すると、最高裁は事情判決の法理を用いればどうして無効な法律を有効にできるのか、説明が困難ではあるまいか。
- (17) 大石真『憲法講義Ⅰ』(有斐閣、2004年)182頁。
- (18) 小嶋・注(5)498頁。大石・注(17)182頁も参照。
- (19) 連邦憲法裁判所法31条について、詳しくは、嶋崎健太郎「判決の効力」工藤編・注(14)211頁以下を参照。同法の翻訳は、同書459頁以下。なお、同条で法律としての効力が付与されているのは、抽象的規範統制(同法13条6号)、具体的規範統制(同11号)、連邦法としての国際法の確認手続(同12号)、従来法の効力に関する手続(同14号)、憲法異議(同8a号)で法律の合憲性を判断する場合である。
- (20) 野中俊彦「判決の効力」芦部信喜編『講座憲法訴訟第3巻』(有斐閣、1987年)120頁。
- (21) 竹下・注(9)705頁は、連邦憲法裁判所法31条1項と同様の拘束力を認めるべきであるとする。同説につき、笹田栄司「違憲判決の効力」笹田ほか『ケースで考える憲法入門』(有斐閣、2006年)317頁以下。
- (22) 芦部信喜(高橋和之補訂)『憲法』(岩波書店、第3版、2002年)357頁以

下。

- (23) 野中・注(20) 111頁。
- (24) 竹下・注(9) 673頁。
- (25) 兼子=竹下・注(10) 98頁。なお、野中・注(20) 111頁参照。
- (26) 工藤・注(1) 135頁。なお、連邦憲法裁判所法31条は、合憲判決にも法律としての効力を認めるが、1993年の改正の際、違憲判決（違憲無効・違憲確認）にのみ法律としての効力を与える改正案が提起されたことが一結局実現はしなかったが一注目される。この点につき、憲法裁判研究会「連邦憲法裁判所の過重負担解消への新たな試み」比較法雑誌30巻3号（1996年）69頁以下。
- (27) 有澤・注(14) 207頁参照。
- (28) 山内一夫=浅野一郎編『国会の憲法論議Ⅱ』（ぎょうせい、1984年）3849頁。あわせて、高見勝利『芦部憲法学を読む』（有斐閣、2004年）354頁参照。
- (29) 民法900条4号但書の合憲性について、最高裁はその後とも判断している。最判平成12・1・27判時1707号121頁、最判平成15・3・28判時1820号62頁、最判平成15・3・31判時1820号62頁、最判平成16・10・14判時1884号40頁。これらの判決の個別意見の中には、違憲判決の効力についても注目すべき見解が含まれているが、ここでは省略する。
- (30) 井上典之「立法の不作為とその争い方」笹田ほか・注(21) 313頁参照。この点を含め判決を批判するのは、木村将成「憲法の『行為規範』化か」法学研究年報36号（2006年）31頁、46頁。
- (31) 野中・注(20) 124頁。
- (32) 川添利幸「違憲判決の効力に関する一考察」同『憲法保障の理論』（尚学社、1986年）207頁以下は、自由権規制立法、社会保障立法、差別立法について違憲判決の効力の多元的考察を行っている。
- (33) 竹下・注(9) は事案ごとに違憲判断の効力の多様化・弾力化を説くもので、教えられる点が多いが、若干疑問の点がある。
- 例えば、703頁では森林法分割制限規定違憲判決の大内意見をあげて、一般の効力説は採り得ないとしている。しかし、大内意見は、当該規定を一般的に無効とした後で法改正をするときの内容を述べたものと解することもできるのではないか。それに続く、サラリーマン税金訴訟の伊藤補足意見も、適用違憲の可能性を述べたにすぎず、一般の効力説の問題点とはいえないように思う。
- いずれの場合も、いかなる場面でいかなる効力の違憲判決を下すべきか、類型化作業が必要であろう。