

憲法の最高法規性と硬索性

— 形式的効力の改正要件からの解放 —

憲法審査会事務局 森本 昭夫

1. はじめに

昨年、憲法の改正手続を定める第96条改正の問題が盛んに取り沙汰された。安倍内閣総理大臣がその改正に意欲を見せたことに端を発したものである。それに対しては様々な観点を踏まえた論争が繰り広げられたが、国民の意向が消極的な方向に傾いたかに見えた後、一段落した状況となっている。そして現在、集団的自衛権の行使をめぐる憲法の解釈変更の問題について、閣議決定がなされ、国会における本格論議を待つ状況となっている。

それらの議論の中では、憲法の「最高法規性」及び「硬索性」の意義も論じられるところであるが、この両者を取り巻く論点の中には、一般的な理解に論理不整合を感じさせるものが存在する。本稿では、憲法の最高法規性と硬索性を対象に取り上げ、その内容、根拠等について考察を試みるが、両者の関係に関しては、通説に対する疑問を提示することとしたい。

2. 憲法の最高法規性

(1) 最高法規性の意義

「憲法」の語は多義的であるものの、ハンディーな国語辞典の解説に「その国家の組織・運営の大原則を定めた国家最高の法規」¹とあるように、そこに出てくる「最高の法規」こそ憲法のアイデンティティーの最たるものと言えるだろう。日本国憲法の中でも第10章が「最高法規」に充てられ、自身の最高法規性がうたわれている。

「最高法規」という語には、①他の法令の全てに勝る形式的効力を有すること、②国政若しくは国の在り方の最高の方針又は指標を定めたものであることの2つの意味があるとされ²、それぞれ「形式的最高法規性」、「実質的³最高法規性」などと呼ばれている。

この点については、「最高法規としての憲法の本質は、憲法が実質的に法律と異なる、という点に求められなければならない」⁴と、基本的人権保障の理念と密接不可分に結び付いたものであるとして、実質的³最高法規性の重要さが強調されてきた³。

一方、憲法第98条第1項は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と規定するものであり、直接的には、①を内容とすると解されている⁴。そのため本稿にお

¹ 山田忠雄ほか編『新明解国語辞典 第七版』（三省堂 平24.1）472頁

² 佐藤功『憲法（下）〔新版〕』（有斐閣 昭59.4）1265頁

³ 芦部信喜『憲法学Ⅰ 憲法総論』（有斐閣 平4.12）56頁

⁴ 宮澤俊義〔芦部信喜補訂〕『全訂日本国憲法』（日本評論社 昭53.9）801頁、山下威士「憲法の最高法規性の宣言」『法学新報』96巻11・12号（平2.9）275頁

いても、原則として、形式的意義で「最高法規性」を用いることとする。

(2) 形式的効力

形式的意義における最高法規性に出てくる「形式的効力」とは、各法形式の持つ効力のことであり、「形式的効力の強・弱の関係は、所管事項を共通する法規範の間に、一方が他方を廃止・変更しうる力を有し、逆に後者が前者を廃止・変更しうる力を有しない関係が存するとき、この二つの法規範間において存する関係である」とされる⁵。

憲法が最高の形式的効力を有することは、差し当たり、憲法第98条第1項が明らかにしているとおこう。

同項の「その条規に反する」には、①憲法の定める正当な法形式によらないで定める「法形式上の違反」、②憲法の定める正当な手続によらずして制定する「手続上の違反」、③憲法を改正しなくては定めることができないような内容を定める「内容上・実質上の違反」の3者がある⁶。

①や②は憲法の授権規範性に関わるものでもあり、本稿の問題関心からすれば、憲法以外の法形式の内容が憲法の規定に抵触する場合の③が主要な考察対象となる。

同じく「その効力を有しない」については、違憲判決の効力、事情判決的法理、判決の遡及的効果等、考慮しなければならない事項が幾つか存在するが、本稿の目的から離れることとなるので、特にそれらを取り上げることはしない。

(3) 最高法規性の根拠

ア 授権規範性との関係

憲法が他の法令に勝る形式的効力を有するのは憲法の授権規範性にも関係することであり、最初にその点に触れておく。

法律以下の法形式の存在根拠は憲法にあり(憲59、73③等)、そうである以上、その内容が授権規範である憲法に違反することができないというのは、言わば当然の制約である。ただし、「その法形式は自己の根拠たる授権規定…には反しえないとしても、その他の憲法規定とは同等の地位に立つ」との留保が付されており⁷、授権規範であることが最高法規性の全てを説明し尽くすものではないことがうかがい知れる。

イ 第98条第1項の必要性

憲法の最高法規性を定める第98条第1項については、その制定過程以来、存在意義を疑問視する傾向があった⁸。その意義を認める見解にあっても、「特に明文がなくても、憲法の最高法規たる点にかわりはない⁹」とか、「凡そ一国の憲法が最高法規であること…は、理論上は夙に一般に承認されており、特にこれを明示する必要もない位である¹⁰」

⁵ 新正幸「憲法の最高法規性」樋口陽一=佐藤幸治編『憲法の基礎』(青林書院新社 昭50.12) 39頁

⁶ 佐藤(功)・前掲2 1271頁

⁷ 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ(第5版)』(有斐閣 平24.3) 22頁[高橋和之]

⁸ 新正幸「憲法第一〇章『最高法規』の立案過程」新正幸=鈴木法日見編『憲法制定と変動の法理(菅野喜八郎教授還暦記念)』(木鐸社 平3.9) 252頁、憲法調査会第三委員会第29回会議議事録(昭36.1.24) 第三委員会報告書案(最高法規) 28頁 広瀬久忠委員等の意見

⁹ 清宮四郎「憲法の法的性質」田中二郎編『日本国憲法体系 第一巻 総論Ⅰ(宮澤俊義先生還暦記念)』(有斐閣 昭36.1) 27頁

¹⁰ 磯崎辰五郎「わが国憲法の『最高法規』規定について」清宮博士退職記念論文集刊行委員会編『憲法の諸問

との認識を基礎に置いている。

それを踏まえた上で、第98条第1項の存在意義が認められているのは、「国家機関及び一般国民に、最高法規を尊重し、遵守することの重要性を自覚せしめるため」であり¹¹、そのほかにも「この憲法が抱懐している理想と目的とを全力をあげて達成するという国民（憲法制定者）の決意を、……あらためて強調するという特別の意味を持つ」¹²との理由が挙げられている。

ウ 自己言及との関係

憲法第98条第1項を最高法規性の形式的根拠とすることについては、別角度からも疑問の声が上がっている。比喩として、自分のことを正直者と言う者が必ずしも正直者とは限らないことが示され、それと同様に「憲法にそう書いてあるから」というのは最高法規性の根拠を示したことにはならないとされるのである¹³。自分自身に対しては客観的な評価ができないから、その言明は信用するに値しないとの趣旨ではなく、同項の規定内容が自己言及に当たること、すなわち自己言及文は無意味であるという論理学上の公準に反することが理由とされる¹⁴。

自己言及に係る問題としてよく取り上げられるのは、憲法改正手続を定める第96条の改正に関してである。それを問題視する立場からは、第96条を根拠にして同条を改正するのは不可能であるとされる。「憲法改正規定…は、自己矛盾を犯すことなしに自らの規定を改正することはでき」ず、「新規の憲法改正規定は、そのもととなった憲法改正規定にその正当なものとして通用する根拠があるのではな」と述べられている¹⁵。

自己言及の問題については、次の3点を指摘することができよう。

第1に、厳密に言えば、第98条第1項の規定内容の全てが自己言及文に当たるのではなく、「この憲法」、「その条規」のうち同項自身の最高法規性を定める部分が問題となるだけである。

第2に、第96条の自己言及性が同条の改正の可否という実践的な解釈につながるものであるのに対し、第98条第1項の自己言及に対する疑義は、最高法規性の根拠の所在についての説明問題にすぎず、憲法の最高法規性を否定する主張として述べられるものではない。

第3は、自己言及を問題視すること自体に対する疑問である。憲法制定者の意思には、下位規範の統制を企図するものだけでなく、憲法自身の性格、効力等に触れるものも存在する。それを実定法に落とし込むには、憲法典に規定するよりほか方法はない。憲法の側から見れば、それが自己言及を含む規範となってしまう次第である。

論理学の世界においては、自己言及が一切許されないと理解されているわけではなく、

題（清宮四郎博士退職記念）』（有斐閣 昭38.7）24頁

¹¹ 清宮・前掲9 27頁

¹² 佐藤（功）・前掲2 1266頁

¹³ 長谷部恭男『憲法学のフロンティア』（岩波書店 平11.10）222頁

¹⁴ 長谷部恭男「憲法典における自己言及—A. ロスの謎」芦部信喜先生還暦記念論文集刊行会編『憲法訴訟と人権の理論（芦部信喜先生還暦記念）』（有斐閣 昭60.9）828頁

¹⁵ 高見勝利「憲法改正規定（憲法九六条）の『改正』について」奥平康弘ほか編『改憲の何が問題か』（岩波書店 平25.5）82、83頁

また、言語階層の区別によってパラドックスを排除する解決法も紹介されている¹⁶。

ちなみに、自己言及の非を論難する見解は、日本国憲法の最高法規性について実際に機能している根拠として、法の運用に携わる人々や大部分の国民に最高法規として受け入れられ、今後も受け入れられ続けていくという見通しがあることを挙げている¹⁷。

エ 硬性性による説明

イヤウで触れた理解とは別に、憲法学界で最も広く受け入れられている解釈は、形式的最高法規性の根拠として硬性憲法たること（憲 96 I）を挙げるものである。代表的な教科書においては、「それ〔形式的最高法規性〕は硬性憲法であることから派生するものであって、特に憲法の本質的な特性として挙げるには及ばないということになる」（〔 〕内は筆者）とまで踏み込んだ論述がなされている¹⁸。

旧憲法には、形式的最高法規性を定める現行の第 98 条第 1 項に当たる条文は置かれていなかったが、代表的学説により「法律ハ憲法ニ違反スル規定ヲ設クルヲ得ズ。是レ憲法變更ノ手續ガ普通ノ立法ノ手續ト區別セラルルコトヨリ生ズル當然ノ結果ナリ」として¹⁹、法律の制定要件としての憲法適合性が硬性憲法であることから導かれていた。対象とする憲法典が変わっても、戦前の解釈論が現代の通説に引き継がれているわけである。

これらの理解に対しては、論理的観点から改めて整理しておく必要性を感じる。この点が本稿の主張ポイントであり、次節で詳述する。

3. 憲法の硬性性

（1）硬性性の意義

「硬性憲法」とは、通常法律の改正手続よりも丁重な手続によらなければ改正できない成文憲法のことである²⁰。本稿では、憲法がこの特性を持つことを「硬性性」と呼んでいる。これに対して、通常法律の改正手続と同じ手続で改正できる憲法を「軟性憲法」という。

憲法の規定は、国の政治の重要なルールであり、高度の安定性が要求され、他方、絶対に変更できないものとする時代の流れに対応することができず、かえって憲法の破壊を招きやすくなる。そこで、安定性と可変性という相互に矛盾する要請を調和させる技術として硬性憲法というものが考案された²¹。さらに、議会多数派の手から少数者の権利を保護する上でも、多数決原理を修正して改正要件を加重する意味がある。

これが改正手続の困難度に着目した硬性性についての一般的な説明であるが、別の基準の立て方も存在する。その代表的なものが、「硬性か軟性かは、形式上の改正手続によるよ

¹⁶ 戸田山和久『論理学をつくる』（名古屋大学出版会 平 12. 10）89 頁

¹⁷ 長谷部・前掲 13 223 頁

¹⁸ 芦部信喜〔高橋和之補訂〕『憲法 第五版』（岩波書店 平 23. 3）12 頁

¹⁹ 美濃部達吉『憲法撮要 改訂第五版』（有斐閣 昭 7. 1）493 頁

²⁰ 金子宏ほか編『法律学小辞典〔第 4 版補訂版〕』（有斐閣 平 20. 10）355 頁

²¹ 芦部・前掲 3 69 頁

りも、実質上の改正の難易によってきめるのが、實際上意義がある」との主張である²²。軟性憲法と硬性憲法の「対比は、既存の憲法秩序の変更が緩やかに行われるかどうかを基準として用いられるものである」との表現も見られる²³。

硬性憲法・軟性憲法の区分について、一般的理解が成文・不文とは別立ての基準としていっているのに対し、その区別の提唱者とされるイギリスの法律家J. ブライスの主張への忠実を標榜する理解は、憲法典が存在する場合を硬性憲法、存在しない場合を軟性憲法としている²⁴。その意味するところは、不文憲法は通常法律と同レベルにあるのに対し、成文憲法はより高位の特別の権限によってのみ改正され得る点にある。

本稿では一般的な理解に従い、形式上の改正手続に着目して硬性・軟性を考えている。我が国の憲法改正手続は、「各議院の総議員の三分の二以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない。この承認には、特別の国民投票又は国会の定める選挙の際行はれる投票において、その過半数の賛成を必要とする」とされている（憲96I）。硬性度の高い部類に入る憲法である。

（2）形式的効力との関係

ア 不文憲法と成文憲法の差異

さきに形式的最高法規性の実質的根拠として硬性性を挙げる通説の理解を紹介したが、「憲法が最高法規であるためには、硬性憲法であることが必要」とし、「憲法が法律と同じ手続で改正できるのなら、法律の内容が憲法に抵触しても、法律を違憲無効とすることはできない。逆に憲法が変更されてしまう」とする理解も存在する²⁵。日常言語による表現では違いに気付きにくいだが、これは「軟性憲法→非最高法規」を意味し、通説の主張する「硬性性→最高法規性」の裏命題となっている。元の命題の真偽もさることながら、「裏は必ずしも真ならず」であることにも注意する必要がある。

「軟性憲法→非最高法規」という理解は、イギリスにおけるような不文憲法を念頭に置いたことに起因するものであろう。そこでは、議会主権の原理の下、実質的意義の憲法が法律等の形式で存在し、その改正が法律によって可能となっている。不文憲法は、①憲法が独立の法形式として存在しないこと、②したがって強い形式的効力が与えられていないこと、③同じく硬性性を有しないことの3要素を内実としている。

成文憲法でも、19世紀中葉に成立したイタリア・アルベルト憲章は、改正を不可能として、そのための手続規定が置かれなかったことから、現実の要請に促されて立法により事実上改正されていた²⁶。これを軟性憲法と見る向きもあるが、超硬性のゆえに最高法規性が破綻を来した例と解すべきであろう。

しかし、成文憲法の世界では、本来、憲法という独立の法形式が形成され、法律等と

²² 伊藤正己『憲法 第三版』（弘文堂 平7.12）18頁

²³ 大石眞『憲法講義I 第3版』（有斐閣 平26.3）6頁

²⁴ 井口文男「訳者あとがき」A. パーチェ〔井口文男訳〕『憲法の硬性と軟性』（有信堂高文社 平15.3）175頁

²⁵ 工藤達朗「憲法改正限界論」長谷部恭男ほか編『憲法6 憲法と時間』（岩波書店 平19.5）238頁、井上典之「憲法改正とは—『憲法変動』と『憲法保障』の狭間で」辻村みよ子=長谷部恭男編『憲法理論の再創造』（日本評論社 平23.3）495頁

²⁶ 井口文男『イタリア憲法史』（有信堂高文社 平10.2）32頁

明確に区別されることがその特性の顕在化の契機となる。その上で、形式的効力と改正要件が各別に観念されると、たとえ軟性憲法で改正要件が法律と同じであっても、法律で憲法の内容を改変することはできない。憲法を改正するには、それを目的とした手続によることが必要であり、他方、法律の内容が憲法に抵触したときの帰趨は、形式的効力の決めるところである。

イ 最高法規性の硬性性からの独立

硬性憲法の場合、同時に最高法規性を有するのが通常であるが、その捉え方には注意を要する。繰り返しをいとわず通説の理解を挙げてみると、「憲法が最高法規であることは、憲法の改正に法律の改正の場合よりも困難な手続が要求されている硬性憲法であれば、論理上当然である」²⁷とか、「特別の厳重な改正手続に関する 96 条が存する以上、98 条 1 項は当然の帰結である」²⁸として、両者の強い牽連関係が示されている。

これらの「硬性性→最高法規性」の理解に対しては、「憲法が最高規範であるからこそ、その改正に厳格な手続が要求されているのである」として、因果の逆転が批判されている²⁹。

この的確な指摘は、憲法の最高法規性を硬性性の上位概念と解しているように読める。しかし、その「最高法規性」は、本稿が注目している形式的意義におけるものではなく実質的最高法規性を指すものであろう。規範内容の重要さゆえに、特段の保障措置が要請されるとの趣旨である。

ましてや、形式的最高法規性と硬性性の関係は自明のものとは言えない。その関係を跡付けてみると、硬性性は成文憲法についてのみ観念できるものであり、他方、成文憲法である以上、最高法規性は必然に属することから、この2つの組合せにより、通説の主張する「硬性性→最高法規性」の命題が成立する。しかし、これは論理的には真であるとしても、前者が後者を正当化するものではなく、また、最高法規性の全てが語られているわけでもない。自然数であるための十分条件として素数であることを挙げる言明のようなものである。形式的最高法規性と硬性性の関係はそのようなイメージで捉えるべきではない。

通説の理解を付度すると、硬性の憲法であれば法律制定と同じ手続によっては内容を書き換えられないことが念頭にあるのだろう。確かに、そのことから憲法が法律より劣位にないことが導かれる。しかし、それは形式的効力の片面的な写像でしかなく、それだけでは最高法規性は完成しない。硬性憲法の下でも、法律の内容が憲法に抵触するという事態は起こり得るのであり、硬性性によってそれを阻止したり修復したりできるものではない。憲法と法律が法形式として峻別されている中、憲法に硬性性を持たせることは憲法自体の性格付けにすぎず、法律の憲法適合性を確保するには、別途、形式的効力の定位が必要となる。最高法規性を硬性性とは独立の特性として認識しておくことを要するゆえんである。

²⁷ 芦部・前掲 18 12 頁

²⁸ 佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂 平 23.4）25 頁

²⁹ 渋谷秀樹『憲法 第2版』（有斐閣 平 25.3）27 頁

ウ 軟性成文憲法

最高法規性が成文憲法の属性と言えるものであるのに対し、硬性の程度は立憲政策の問題であり、2007年タイ王国憲法のように、最高法規性が規定されている一方、改正手続は軟性と言える内容となっている例³⁰も見られる。ハードルの高さは同じでも、憲法と法律の差を意識して改正権の使い分けがなされるということであろう。

実例に照らし合わせると、さきに指摘した裏命題「軟性憲法→非最高法規」も成り立たないのである。これは特異例であるが、最高法規性と硬性性の論理的連関の見直しの必要を示唆するものと言えよう。

(3) 他の法形式間の制定要件と形式的効力の関係

制定要件と形式的効力の関係は、他の法形式相互間においても観念し得るものである。法の形式的効力について、「どちらがより上位にあるかは、原則として、どちらの法形式の制定機関が国民により近いのか、および、どちらがより困難な制定手続に服しているかを基準に決められる」との一般的基準が示されており³¹、そこには制定要件の難易度が一要素として組み込まれている。

憲法について硬性性から最高法規性を導く理解もこの基準に符合しており、それは他の法形式相互間の関係にも波及する。その代表が法律と議院規則の形式的効力について法律の優位を主張する見解であり、「法律の成立に両議院の議決が必要であるのに、議院規則の成立には一院の議決だけで足りる点からいっても、議院規則の形式的効力は、法律のそれに劣ると解するのが正当である」と説く³²。長らくこの論点で通説の座を占めてきた解釈であるが、議院規則の制定要件が議院の自律を実現させるための設定となっていることが織り込まれていないうらみがある。

実務においては、議案発議について発議者所属会派の機関承認を必要とする衆議院の先例³³に見られるように、国会法の規定内容を議院の判断によって修正して運用することも行われている。学説上も、議院規則の形式的効力が優越すると考える、あるいは競合部分についての法律の効力を否定する理解の方が有力になりつつあると解されている³⁴。

さきの形式的効力についての一般的基準を掲げる論者によっても、法律と議院規則・裁判所規則の関係については、自律事項に関して規則の優位を認める立場が採られており³⁵、さらには、通常、条約の形式的効力は法律に優位すると解されていることに鑑みても、この基準の一般的妥当性に疑問を抱かざるを得ない。制定(改正)要件から形式的効力を導く考えには、そもそも無理があったのではないだろうか。

³⁰ 遠藤聡「2007年タイ王国憲法の制定過程とその成立」『外国の立法』235号(平20.3)217頁

³¹ 高橋和之『立憲主義と日本国憲法 第3版』(有斐閣 平25.9)13頁

³² 宮澤・前掲4 443頁

³³ 原田一明「議会先例としての『機関承認』の意味」曾我部真裕・赤坂幸一編『憲法改革の理念と展開(上巻)(大石眞先生還暦記念)』(信山社 平24.3)701頁

³⁴ 堀内健志「法律と規則—議院規則の場合と最高裁規則の場合」『法学教室』114号(平2.3)38頁

³⁵ 高橋・前掲31 353、396頁

4. おわりに

本稿では、憲法の形式的最高法規性が硬性性に依存する特性ではないことを論じた。憲法の改正手続を定める第96条の見直しがなされたとしても、論理的には最高法規性の変更を帰結しない。しかし、成文憲法であれば言わば当然に最高法規性が備わることが勘案すると、その形式的根拠として置かれている憲法第98条第1項については、存在意義が不明瞭であるとの指摘を免れないだろう。議論が振出しに戻るわけである。

そこで最後に、同項の存在意義を、憲法の保障措置との関係で取り上げておきたい。

歴史を遡ると、硬性憲法の下、憲法が最高ランクの法であると認識されていても、その保障に関しては、必ずしも法律の合憲性の統制が可能ではなかった。人権保障に新機軸を打ち出した20世紀前半のドイツ・ワイマール憲法下ですらそうであり、その実現のためには、法律からの人権の保障、裁判所による民主主義の克服等、憲法優位の思想の確立を待たねばならなかった³⁶。

それらを案じての判断であろうか、形式的最高法規性の根拠として、最高裁判所の違憲審査権を定める憲法第81条を挙げる見解も見受けられる³⁷。最高法規性を画餅に終わらせないとの思惑は、立憲主義の現代的変容を想起させるところであるが、それに対しては、第98条第1項の機能の全てが第81条の手続的保障に還元されるものではないとの見方も存在する³⁸。

その点はおくとしても、形式的最高法規性は、憲法保障の目的手段連鎖の頂点を占める実質的最高法規性とその保障措置としての最高裁判所の違憲審査権を取り結ぶ媒介項に当たるものであり、硬性性が形式的最高法規性の根拠であるとの枠組みを維持できない点を考え合わせても、違憲審査権の前提となる規範は欠かすことのできないものである。国会で立憲主義の重要性が声高に叫ばれる中、最近の政府による答弁でも確認されているとおり³⁹、第98条第1項の形式的最高法規性の根拠規定としての存在意義を改めて認識しておく必要があるのではないだろうか。

(もりもと あきお)

³⁶ ライナー・ヴァール [小山剛監訳] 『憲法の優位』(慶應義塾大学法学研究会 平24.11) 170頁

³⁷ 阪口正二郎「憲法を改正することの意味」『山形大学法政論叢』44・45号(平21.5) 55頁

³⁸ 山崎友也「憲法の最高規範性—『実体法』と『手続法』の狭間で(二・完)」『北大法学論集』50巻3号(平11.9) 229頁

³⁹ 第186回国会参議院外交防衛委員会会議録第15号20頁(平26.5.15) 岸田文雄外務大臣、小野寺五典防衛大臣の答弁