

憲法とはどのようなものか・続：京・江戸・博多、 そして巴里：16

南野，森
九州大学大学院法学研究院：教授

<https://hdl.handle.net/2324/7236795>

出版情報：福音宣教. 77 (5), pp.10-11, 2023-05-01. Oriens Institute for Religious
バージョン：
権利関係：



16 憲法とはどのようなものか・続

前回、憲法の最高法規性を担保するために違憲審査制があるにもかかわらず、日本の最高裁は諸外国に比べるととても消極的で、違憲判決の数も文字通り桁違いに少ない、というところまで話を進めた。今回はその続きである。

そもそも日本で違憲判決が極端に少ないのはなぜか。確定的に述べることは不可能であるが、よく指摘される要因としては、①最高裁判事が多忙すぎる、②司法が政治部門に遠慮しすぎる、③憲法判断を出しにくい（避けやすい）制度になっている、④実はもともと日本には違憲の法律が少ない、などがある。

①最高裁には毎年1万件を超える事件が上ってくる。多くは書類審査で上告棄却になるとはいえ、これを15人の判事で処理するのはやはり激務である。違憲判決を出すには5人の小法廷ではなく15人の大法廷を開かねばならないので、大法廷への回付をなるべく避けようとする「空気」もあるかもしれない。

②最高裁判事は内閣によつて任命される（憲法79条1項）。政権交代がほとんど起きてこなかった日本では、政治部門（の多数派）の決定に対して異を唱えそうな人が最高裁判事に任命される可能性は、低くなる可能性がある。

③日本の違憲審査制は、付随的審査制と呼ばれ、当事者が自己の権利・利益の侵害を主張する場合に、その判断に必要な限りでしか違憲審査が行われない。法律の合憲性を抽象的に判断する仏・独・伊・韓などの制度とは大きく異なる。

④日本の法律のほとんどは、国会議員ではなく内閣（つまり官僚団）が原案を作る。最近では議員提出法案の成立も増えているが、それでも法律の7／8割は内

閣が法案を提出している。内閣提出法案は内閣法制局による厳しい事前審査を受けるので、国会提出の段階で違憲の可能性がすでに排除済みとも言われる。

それぞれを詳しく説明する余裕はないが、私の講演では、とくに②に関連して補足説明を行うことが多い。たしかに、政治部門に異を唱えない最高裁はけしからんと言いたくなる（最高裁はもつと違憲判決を出すべきだと私も思う）が、政治部門に異を唱えるのは実はなかなか容易ならざることなのである。

そもそも、最高裁が法律を違憲と判断したからといって、その法律は翌年の六法全書から自動的に消去されるわけではない。法律を廃止するのにも広い意味での立法行為であり、国会がその法律を改正・廃止する法律を作らない限り、その法律はこの世に存在し続ける。そして国会が「素直に」そのような改廃立法を行わない限り、最高裁としては拱手傍観、公的にできることは実は何も無い。

法的な義務とひと口に言っても、それに違反すれば罰金や刑務所行き、あるいは損害賠償責任の発生といった法的制裁のあるものと、そのような制裁のないものがあつて、憲法上の義務は、その多くが国家机关に対して課されたものであり、後者に属する。国会は「国権の最高機関」（憲法41条）であり、最高裁の違憲判決に国会が従わなかったとしても、誰も何もなし得ないのである。

しかし、それでは憲法の最高法規性は保てないのではないだろうか。そもそも最高裁の判決に国会が従わないなどということは、やはり許されるはずもない。ところが……。いよいよ起承転結の「結」であるが、続きは次回。



みなみの・しげる●九州大学法学部教授。京都市生まれ。洛星中・高等学校、東京大学卒業後、同大学大学院、パリ第10大学大学院を経て、2002年九州大学助教授、14年教授。AKB48の山内奈月との共著で好評を博した『憲法主義』（PHP文庫）ほか著書多数。

2023年4月22日（土）、滋賀弁護士会主催、日本弁護士連合会共催の企画で講演させていただきます。お近くの方はどうぞお越しください。Zoomによる配信も予定されています。参加無料。

2023年度憲法記念の集い 憲法をまなぶ
——性の多様性からみる個人の尊厳

日時：2023年4月22日（土）14:00～16:50（13:30開場）
会場：キラリエ草津 6階大会議室（JR草津駅東口徒歩5分）
詳細は、滋賀弁護士会のHPを参照（☎077-522-2013）

2023年度 憲法記念の集い
憲法をまなぶ
——性の多様性からみる個人の尊厳——

2023年 4月22日（土）

第1部 憲法と性的マイノリティの
大層関係について
講師 南野 森（憲法学者）

第2部 パラダイム・シフト
講師 山内 奈月（AKB48）

【会場】草津 心館大会議室
草津市草津1-1-1
【受付】13:30～16:50
【入場料】無料

主催：滋賀弁護士会 共催：日本弁護士連合会
後援：草津市 草津市議会 草津市教育委員会
協賛：草津市商工会 草津市観光協会 草津市文化協会
協賛：草津市観光協会 草津市文化協会 草津市文化協会