

# ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権(1)

畑 尻 剛

## 目 次

### 問題提起

#### I H・トリーペルとG・アンシュッツの集中論

##### 1. 一般の裁判官の審査権

(1) H・トリーペルの肯定論

(2) G・アンシュッツの否定論

##### 2. 国事裁判所への審査権集中論

(1) H・トリーペルの集中論(以上本号)

(2) G・アンシュッツの集中論

##### 3. 裁判官の審査権肯定・集中論と否定・集中論

#### II 1926年及び28年の法律案

#### III 日本国憲法における違憲立法審査制

### 結 論

### 問題提起

ヴァイマル憲法時代は、法律の憲法適合性に関する裁判官の審査権(richterliches Prüfungsrecht)<sup>(1)</sup>にとって、豊かな大地を提供した。しかし、その大地に蒔かれた種子は、政治の時代の嵐の中で一つとして開花結実することはなかった。時代を概観すれば、初期に支配的であったのは、すべての裁判所に実質的審査権があるか否かという問題——いわゆる一般の裁判官の実質的審査権——であった<sup>(2)</sup>。この論争が絶頂期をむかえるのが、25年の著名なライヒ最高裁判所の判決を中心とするヴァイマル憲法時代の中期である。同時にこの時期には、国事裁判所に審査権を集中すべきか否かという問題——いわゆる集中論——が高まってくる<sup>(3)</sup>。しかし、一般の裁判官の審査権をめぐる議論は20年代の末には退潮する。おそくとも1930年以降、この議論はもはやいかなる役割もはたさなくなった<sup>(4)</sup>。そして集中論もまた、ヴァイマル憲法の終焉と運命を共にすることになる。

ところで、ヴァイマル憲法時代の中期になって盛んとなった、この審査権集中論も、これを仔細に検討すれば、二種類のものがあることがわかる。一つは、一般の裁判官の審査権を肯定した上で、そこから生じる不都合を回避するために、審査権を国事裁判所に集中させようとするもの

(審査権肯定・集中論)であり、他は、一般の裁判官の審査権を否定した上で、そこから生じる不都合を回避するために審査権を国事裁判所にのみ認めようとするもの(審査権否定・集中論)である。このことは我々に二つの問題関心を惹起する。

第一は、いずれにせよそれらが集中論である点である。一般の裁判官の審査権を肯定するにせよ否定するにせよ、一つの裁判所に審査権を集中させるという考えが多数の論者の支持を得たというのは、事実である。このことは、ヴァイマル憲法時代とボン基本法時代の連続性を想起させる。つまり、戦後のボン基本法制定過程での議論においても、審査権を通常裁判所系列の最上級裁判所に与えるか、又は、憲法裁判所を創設しこれに与えるかについての意見の対立はあったものの、一つの裁判所に審査権を集中するという点では広範な意見の一致をみていた。これは、戦後の議論がヴァイマル憲法時代の議論の成果の上に成立していることを明らかにするものである<sup>(5)</sup>。

第二は、同じ集中論といっても否定・集中論と肯定・集中論の二つがあったということである。このことから、違憲立法審査権をめぐる従来の議論に新しい視点が加えられるのである。即ち、違憲立法審査権に関する従来の類型論では、裁判所による違憲立法審査制度を、憲法裁判所型と通常裁判所型—集中型と非集中型—の二種に分類するのが一般である<sup>(6)</sup>。しかし、裁判所による違憲立法審査制度を分類するにしても、二段階の議論が必要である。つまり、一般の裁判官の審査権を肯定するか否かという段階と、審査権を一つの裁判所に集中させるか否かという段階である。従来の分類はこの異なった段階の議論を平面的にとらえ、二つの類型論を主張していたが、この二つの段階での肯定・否定論を組み合わせると、裁判所による違憲審査制度は、形式上四つに分類されるのである。即ち、①一般の裁判官の審査権を否定し、あわせて特別の裁判所による審査も否定するもの(否定・非集中型)、②一般の裁判官の審査権は否定するものの、特別の裁判所による審査は肯定するもの(否定・集中型)、③一般の裁判官の審査権は肯定するが、特別の裁判所による審査権は否定するもの(肯定・非集中型)、④一般の裁判官の審査権を肯定し、あわせて特別の裁判所による審査も肯定するもの(肯定・集中型)の四種類である。①の否定・非集中型は結局裁判所による違憲立法審査制度の否定であるから、実質的には、②及至④の三種ということになる。たとえば、現行法で考えると、②の否定・集中型に属するものとして、オーストリアの憲法裁判所制度が、③の肯定・非集中型に属するものとして、アメリカ合衆国の司法審査制度が、④の肯定・集中型に属するものとして、西ドイツの連邦憲法裁判所制度が、挙げられる。

そこで問題となるのが、我国の違憲立法審査制度が上の類型のいずれに属するかである。従来、この種の類型論において、我国は③の肯定・非集中型に属するものであると考えられていた。これは、日本国憲法76条及び81条が一般の裁判官の審査権を肯定しているとの解釈に立脚す

るものである。しかし、先の考え方からするならば、憲法が一般の裁判所の審査権を肯定していることから、直ちに、③の肯定・非集中型を採用していると結論づけることはできない。なぜなら、一般の裁判官の審査権を肯定することと、特別の裁判所による審査を肯定するか否定するかは、別の段階の問題であるからである。言葉を換えれば、日本国憲法は、②の否定・集中型を排除するにしても、④の肯定集中型を明文で否定しているとはいえないのである。従って、少なくとも憲法のレベルでは、③及び④のいずれの可能性も存在すると考えうるのである。

本稿は、以上これらの問題関心によって、ヴァイマル憲法時代の集中論を検討する。本稿の直接の考察対象は、H・トリーペル及びG・アンシュッツの集中論（I）と1926年及び28年の法律案（II）である<sup>(7)</sup>。前者は学界における集中論を、後者は立法過程における集中論を明らかにしてくれる。

#### 注

- (1) 一般に、「裁判官の審査権」といった場合、その対象は、憲法、法律、命令など様々の法規範が考えられる。しかし、以下本稿では、「裁判官の審査権」という言葉は、特別の指示のない限り、法律（ライヒ法律）が形式上及び内容上、憲法（ライヒ憲法）に適合しているか否かを審査する権限——法律の憲法適合性審査権——を意味する。なお、この概念自体の意味については、拙稿「19世紀ドイツにおける裁判官の審査権——1863年ドイツ法律家会議を中心として——」（以下「19世紀」）法学新報第90巻7・8号161頁注(1)参照。
- (2) Vgl. Helmut D. Fangmann, *Justiz gegen Demokratie*, Frankfurt/New York, 1979, S. 111.
- (3) Vgl. Fangmann, a. a. O., S. 116, Friedhelm Hase „Richterliches Prüfungsrecht und Staatsgerichtsbarkeit“ in: F. Hase/K. H. Ladeur, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System*, Frankfurt/New York, 1980, S. 110.
- (4) Vgl. Hase, a. a. O., S. 114. 1931年には、Hans Kelsen „Wer soll der Hüter der Verfassung sein? Der Justiz Bd. 6 S. 5 ff. 及び、Carl Schmitt, *Der Hüter der Verfassung*, Berlin, 2 Aufl. が発表されている。両著は、「約100名の有名・無名の論者による約150の見解」（Fangmann, a. a. O., S. 111）が入り乱れて主張されたヴァイマル憲法時代の論争の終焉を飾るにふさわしい名著である。
- (5) これについて、最近の論稿としては、Reinhard Schiffers „Die Entstehung des Gesetzes über das Bundesverfassungsgericht und die Erfahrungen der Weimarer Zeit“ in: L. Albertin/W. Link (hrsg.) *Politische Parteien auf dem Weg zur Parlamentarischen Demokratie in Deutschland*, Düsseldorf, 1981, S. 279 ff. を参照。
- (6) その代表的なものとして、ここでは、杉原泰雄教授の見解（田上穰治編『体系憲法事典』青林書院新社1968年179頁）のみを挙げておく。
- (7) 無論、ヴァイマル憲法時代の集中論を検討するにはヴァイマル憲法制定過程を考察することが不可欠である。これについては、拙稿「ヴァイマル憲法制定過程における裁判官の審査権——ヴァイマル憲法時代の裁判官の審査権研究序説」（以下「研究序説」）城西人文研究第12号参照。

## I H・トリーペルとG・アンシュッツの集中論

ここでは、H・トリーペルとG・アンシュッツの集中論を検討する。学界における集中論を考察する対象として両者を選んだ理由は、いうまでもなく両者がヴァイマル時代の公法学界を代表する者であったということの他に、二つある。

第一は、両者の主張が集中論以外では明確に対立しているという点である。確かに、トリーペルとアンシュッツは共に、国事裁判所にライヒ法律の合憲性審査の権限を認めるよう主張する。つまり、両者は集中論を主張するのである。しかし、両者の集中論は、その思考過程が全く対照的である。即ち、トリーペルの集中論が一般の裁判官の審査権を前提とした上で、それによって生じる不都合を、それを補完する意味で、国事裁判所による審査によって回避しようとするものであるのに対して、アンシュッツのそれは、一般の裁判官の審査権を否定した上で、国事裁判所にのみ審査権を与えようとするものである。このように、両者は、一般の裁判官の審査の肯定・否定という点で明確に対立しながらも、国事裁判所の審査権という点では一致するのである。従って、両者の主張がどのように対立し、それがどのように合致するのかを具体的に検討することは、本稿の問題提起にとって重要な示唆を与えてくれるであろう。

第二に、両者の集中論の主張が、いずれも、ドイツ法律家会議 (Deutscher Juristentag) という場でなされている点である。つまり、トリーペルの集中論がドイツ法律家会議第33回ハイデルベルク大会(1924年)の報告という形で、アンシュッツの集中論が同会議第34回ケルン大会 (1926年) の報告という形で主張されている。ドイツ法律家会議は、これより半世紀以上以前の第3回ケルン大会 (1863年) にも、裁判官の審査権を議題としている。この大会の議論は、19世紀ドイツにおける裁判官の審査権に関する最初の本格的議論であり、そしてその中心は、裁判官の審査権がどの程度まで認められるべきかであった<sup>(1)</sup>。これに対して、第33・34回大会は、この問題に関する論争が頂点に達した時期に開催されており、そしてその議論の中心は、国事裁判所の権限をライヒ法律の合憲性審査にまで拡大すべきか否かであった。両大会の間に、ドイツでは、立憲君主体制から民主主義体制へという根本的変革を中心に様々の政治・社会・法状況の変化があった。従って、両大会の議論を比較対照することは、これら諸状況の変化がいかなる形で裁判官の審査権という問題に直接・間接に影響を与えているのかを明らかにしてくれる。

## 注

(1) これについて、拙稿「19世紀」参照。

## 1. 一般の裁判官の審査権

### (1) H・トリーペルの肯定論

H・トリーペルは、一般の裁判官の審査権を承認した上で国事裁判所にも合憲性審査権を認めようとする考えである。そこでまず、彼がどのような根拠から一般の裁判官の審査権を承認しているのかを検討する<sup>(1)</sup>。彼の審査権肯定論は次のようにまとめることができる。

- ① ヴァイマル憲法自身は一般の裁判官の審査権に関する明文の規定を欠いている。また、ヴァイマル憲法制定国民議会の議論も参考にならない。
- ② ヴァイマル憲法の規定するライヒ大統領のライヒ法律に対する認証制度は、一般の裁判官の審査権を否定する根拠とならない。
- ③ 憲法と法律とは上下関係にある。つまり、憲法は法律に優位する。
- ④ 議会に対する不信故に、議会に対する他律的コントロールが必要である。
- ⑤ ヴァイマル憲法の平等原則規定(109条1項)は、立法者をも拘束する。
- ⑥ 方法論として、利益衡量的方法を採用。

以下、それぞれの論点について具体的に検討する。

1) トリーペルは、はやくも、1920年に発表された「新しいライヒ憲法による立法方法<sup>(2)</sup>」と題する論稿において、審査権肯定論を展開する。これは、ヴァイマル憲法70条の認証制度をめぐってなされている。この点は、後に紹介するアンシュッツの主張と対比して、興味深いことである。ヴァイマル憲法70条によれば、「ライヒ大統領は、憲法に従って成立した法律を認証し、一月以内にライヒの官報で公布しなければならない」。トリーペルにあって、このライヒ大統領の認証制度の本質に関する議論は、直ちに、裁判官の審査権の問題と結びつく。つまり、彼は、ヴァイマル憲法が裁判官の審査権に関して明文の規定をもたず、しかも制憲議会における議論もこの問題を決定する有力な資料を提供しない以上、70条の認証制度の本質及び作用に、問題解決のための足がかりを見い出そうとするのである。

「認証制度(Auffertigung)の本質については、旧憲法時代に皇帝の認証の意義について議論されていたように、おそらく今後議論されるであろう。この問題は周知のように、法律の憲法適合性に関する裁判官の審査権の問題と密接に結びついている。論者には、このような大きな問題をここで詳細に論じるつもりも、またその余裕もない。この問題は、憲法制定国民議会の憲法委員会において議論された。時間的な余裕がなかったため、委員会での本問題の取扱いは、この問題の広い守備範囲から考えて到達しなければならない水準に達することはなかった。見解は明確に対立した。最終的に意見の一致にいたらず、問題を未解決のままに残

した。それ故、憲法はこの問題について全く沈黙することとなった。憲法は裁判官の審査権を明文で承認することも、明文で否定することもしなかった。したがって、このような文脈で検討すべきは、法律の認証というものの性格からどちらか一方についての結論を導き出せるか否かという問題である。<sup>(3)</sup>」

2) まず、トリーペルは認証とは何であるかについて述べる。

「認証とは、法文 (Gesetzesurkunde) の確定 (Ausstellung) である。法律を認証する者は、法律の定める内容が法文に挙げられた単数又は複数の機関によって議決されたことを公証する (beurkunden)。したがってまず第一に、この公証の内容は、事実や経過の確認以上の何ものでもない。確かに、ライヒ憲法70条によれば、ライヒ大統領は『憲法に従って成立した』法律を認証しなければならない。故に、ライヒ大統領がある法律を認証した場合には、大統領は公証文 (Urkundeform) においても、当該法律が憲法に従って、即ち憲法の規定する方法によって成立したことを確認するのである。従って、この公証 (Urkunde) は評価的判断を含むものである。そしてさらに、ライヒ大統領は憲法に従って成立した法律のみを認証することができるのであるから、大統領には、公証以前に立法の憲法上の方法が遵守されたか否かを審査する権限のみではなく義務もあるということになる<sup>(4)</sup>」

このような形でトリーペルはライヒ大統領の形式的審査権を承認する。それでは、この大統領の評価的判断が裁判官の審査権を排除するかといえば、これは否定される。

「しかし、この認証に含まれる判断がすべての者、従って裁判所にとっても基準となるとは誰もいわないし、ましてや自明のことではない。確かに、認証は常に、法律の形式的合憲性についての推定を与えるものではある。だが、ラーバントやその支持者たちがこの推定に、裁判所における反証を全く不可能とする、『法律の、かつ法律による推定』(praesumptio juris et jure) という刻印を押すならば、これは全く明確な不当前提である。認証というものは最初から、そこで確認された事実が誤っているということを証明しようとするあらゆる試みを排除するというのであれば、そのことが明示的に示されなければならないであろう。逆に、裁判所は、それが法 (Recht) のみを適用する権限を有するのであるから、申立てによるものであれ職権であれ、外見上法であるものが実際の法であるか否か、つまり法律とよばれるものが有効な法律であるか否かを確認する権限を有するのである。<sup>(5)</sup>」

さらにトリーペルは論を進め、認証が実質的審査権を排除できないという形で、裁判官の審査権を肯定する。

「認証が法律の実質的合憲性に関する裁判官の審査を、即ち、ある法律が通常の立法に対して憲法によって画された制限を遵守したか又はこれを逸脱するものであったか否かを審査することを排除できないことは、なおさらである。認証はこのような審査を阻止することができない。なぜなら、認証というものはこのような問題についての判断を全く示していないからである。つまり、認証が公証するのは、当該法律が憲法に従って『成立』したということだけであって、その内容が憲法に適合しているということではないからである。<sup>(6)</sup>」

3) トリーペルの裁判官の審査権肯定論は、このような、認証制度が裁判官の形式・実質的審査権を否定しないという消極的なものだけではない。より積極的な理由づけが行われている。この主張は、1929年に発表された「ライヒと各ラント間の争訟」と題する論稿において明確である<sup>(7)</sup>。ここで主張されているのが、法律に対する法の優位、即ち法律に対する憲法の優位である。

「このような（立法権の活動を判断するのは立法者のみであるとする——引用者）見解はその一部が、権力分立原則の誤った解釈に拠っている。即ち、この見解は権力の分離及び同置というこの原則の非本質的側面を、不法な恣意に対して自由を保護するための権力の均衡という本質的側面より強調するのである。しかし、より問題なのは、このような見解にひそむ不合理な要素である。法律が人間の干渉を排する超自然的なものであるとする考えは、不吉な相続財産として、君主の絶対主義時代から今日に至るまで受け継がれてきた迷信である。この場合、法律に対するこのような崇拜と自然に結びつくのが、立法者に対する偶像崇拜的な崇拜である。この点では現在も過去も同様である。以前には、法律から裁判官の批判を遠ざけたのは君主という神聖な人格であったが、今日では、法律に対する裁判官の審査を謝絶するのは議会である。しかし、私の考えるところ、法律の背後に人間的な、最も人間的な立法者をそして立法者が影響されるこれも同様に非常に人間的な権力を見ることができるようになり、人々は十分に成長している。神聖なのは法律ではなく法である。従って、法律は法よりも下位にある。

このような見解は、ヴァイマル憲法の見解でもあるであろうか。そうである。なぜなら、憲法は他の見解を採りえないからである。憲法は、主権者でありすべての国家権力の淵源である国民の所産である。憲法は特定の方向において特定の機関に国家権力を委ねる。それ故、立法権も又、派生的国家権力である。従って、憲法の法律に対する優位は最上級の原則に高められる。憲法のいかなる条規もさしせまった理由なく、この原則を排除するような形で解釈されてはならない。<sup>(8)</sup>」

4) 先の引用でも明確なトリーペルの議会に対する不信は、議会に対する他律的コントロールを要請する。そしてこれは、市民の自由を議会の恣意から守るための不可欠の手段なのである。引用は再び先の「新しいライヒ憲法による立法方法」にもどる。

「しかし、たとえ認証が実質的憲法適合性の判断を示すものであると考えても、このことは、裁判官がこの判断を不当なものと宣言することを排除するものではない。逆の見解によってもたらされる結果は、耐えがたい、裁判官の審査権に伴なうと考えられる不都合よりかなり耐えがたいものであろう。けだし、裁判官の審査権は、議会主義的共和国において権力に飢えた議会に対する市民的自由の、唯一のものではないにせよ最も重要な保護なのである。グナイストの言のように、裁判官の審査権を排除することは、絶対主義が国家の内部に入りこむ扉の一つを開けることである。これは一つの古い真実である。君主主義的絶対主義であるか議会主義的絶対主義であるかは、この際関係ない。議会主義的統治体制は、それが執行部を完全に国民代表（議会）に従属させることによって、疑いなく公民の自由にとって最善の保障である権力の均衡システムからその最も重要な基盤を奪うことになる。今また、裁判官の審査権を奪うことにでもなれば、自由の広範な防護壁が崩れさってしまう。もし仮に、ドイツのライヒ議会が完全なる主権性をもって、その法律の議決が憲法に適合しているか否かを決定できるならば、基本権の大部分はその憲法上の保障を奪われてしまう。けだし、基本権を憲法が規定するということが、基本権に関して、各支分国だけではなくライヒの通常の立法にも一定の限界が引かれるということ以外の何を意味するであろうか。……ドイツの政治家も法

律家もその多数は、立憲君主体制の下ではある程度妥当な制度（議会の自律的コントロール）が議会主義共和国ではほとんど耐えられないものとなりうるという事実を十分には意識していない。<sup>(9)</sup>」

5) 裁判官の審査権に関する論争と並んでヴァイマル憲法時代の公法学界を二分したのは、ヴァイマル憲法 109 条の「法の下での平等」規定をめぐるなされた論争である。周知のように、この論争では、憲法の平等規定が法適用機関のみを拘束し法定立機関を拘束しないという考え（立法者非拘束説）と法適用機関のみでなく法定立機関をも拘束するという考え（立法者拘束説）がすどく対立した。そしてこの問題は、立法者非拘束説＝裁判官の審査権否定論、立法者拘束説＝裁判官の審査権肯定論という形で、裁判官の審査権をめぐる論争に直結するのである。裁判官の審査権をテーマとするドイツ法律家会議第 34 回ケルン大会が開催された同じ年、つまり 1926 年に、ミュンスターで開かれた第 4 回国法学者大会が「法の下での平等」をテーマとしたのは、たんなる偶然ではない。

ヴァイマル憲法 109 条 1 項は制定当初、ほとんど問題のないものとみなされていた。つまり、本項はヴァイマル憲法以前の憲法における平等規定と同様、たんに法適用の平等のみを意味するものと理解されていたのである。この通説たる平等規定の立法者非拘束説に動揺がみられるようになったのが、20年代半ばである。即ち、「1924年、はじめて公法学において現われた当該論点のいわゆる動揺は、翌25年のライプホルツの著作の大きな影響のためもあって、26年ミュンスターにおけるドイツ公法教師大会の討論では、すでに、従来の通説である平等原則における立法者非拘束説の衰勢を見てとることができるのである。……<sup>(10)</sup>」。従って、このミュンスター大会では、報告者ナヴィアスキー（Hans Nawiasky）をして次のように言わしめているのである。即ち、「古き皮袋に新しき酒が注がれる時がきた。……本条（109条一引用者）は、無制限で恣意的な議会多数派の権力にある一定の限界を引くことはできないであろうか、又は……むしろ引かれているのかということに関心をよせていた学界及び最高裁判所の判決の注目を引いたのである。このような形で、本条は最も現代的な政治及び憲法上の関心と結びつき、現代国家の基本問題と結びつくのである。<sup>(11)</sup>」と。

トリーペルの考えも、既に紹介したところからも明らかのように、立法者拘束説である。ここでは、国法学者大会の討論における彼の発言に注目する。

「両報告者（カウフマン及びナヴィアスキー）が一致して、第 109 条が立法者に対する規範であることから出発していることは、私にとって満足である。私の見るところでは、だいたいにおいて学界の多数も次第にこのような新しい解釈に傾いてきていると信じていることができる。確かに従来この問題に対して明確な立場を表明していなかったライヒ最高裁判所も、もし立法者による平等原則侵害の問題が生じた場合には当該法律を無効と宣言するであろうことが推定されうるのである。……それ故、私は——アンシュッツのような——



論者が旧プロイセン憲法の解釈を今日の全く変化した状況の下でヴァイマル憲法 109 条の解釈の基盤とすることにも反対するのである。<sup>(12)</sup>」

6) (i) 1922年 8 月 13 日、先の平等原則に関する議論のようなドイツ公法学上の重要な論争の多くにその場を提供することになるドイツ国法学者大会の第一回大会が、ベルリンにおいて開催された。大会では議長にトリーペル、その代理にアンシュッツ他を選出した後、大会規約の検討に入った。翌 14 日には、トーマ (Richard Thoma) が「裁判官の審査権」と題する講演を行った<sup>(13)</sup>。トーマのこの講演は、様々の意味において後の裁判官の審査権に関する議論に大きな影響を与えた<sup>(14)</sup>。

トーマが本講演で問題としたのは、「裁判官が通常法律について、憲法典とのその内容上の一致を審査し、一致しない場合にその法律の適用を拒否できるか否か<sup>(15)</sup>」である。まず、彼はヴァイマル憲法制定過程を検討し、憲法が裁判官の審査権について沈黙していることを確認する。次に、学界における審査権肯定論・否定論を考察し、裁判官の審査権の問題が主観的な利益衡量によってのみ解決されるものであり、そこで重要なのは論理ではなく意思であると主張する。即ち、「法律が沈黙している場合、正当に公布された法律を審査することができるか否かについて、いかなる論理的・法学的な必然性も存在しない<sup>(16)</sup>」。「実際、ここではこの種の合目的的衡量以外の方法では議論できない<sup>(17)</sup>」と。

では、トーマの合目的的衡量が具体的にどのような形で行われるかといえば、二者択一式の選択である。つまり、トーマによれば、ドイツの法秩序は憲法の本源的な革新にもかかわらず非歴史的な新しい形成物ではない。従って、裁判官の審査権について決定するに際しても問題となるのは、確固たる伝統を維持するのかそれともこれを破壊するのかという二者択一なのである。即ち、「審査権の不行使は、従来の伝統的な、そして——誰がこれを否定できようか——法律家の立場からみて全く満足のゆく状況であった。時が進み、政治的状況が根底から変革された。つまり、憲法典ははるかに内容豊かなものとなり、特にライヒ憲法には基本権及びその他の章が加えられた。そして、この、妥協という方法で築き上げられた防壁の背後には、様々の当事者の最も重要な宗教的、経済的及び精神的利益が隠されているのである。さらに、憲法改正の加重化は、ライヒ及び各ラントにおいてより徹底したものとなり、議会の単純多数が少数派を数で圧倒してこのような制限を逸脱するという不安は以前ほどはなくなった。従って、問題は、ドイツの法学が法律の審査権不行使という法政策的には十分満足のゆく原則を維持できるか、又は、新しい憲法の危機を緊急に救うためにこの原則を放棄することが必要であるかである。……私にはこれが唯一の正しい問題のたて方のように思われる。審査権の不行使は我々の歴史的所与であり、ドイツの、いやヨーロッパの伝統であり、そして全く天与の条件 (causa favorabilis) なの

である<sup>(18)</sup>」。

このような問題の立て方から直ちに理解されるように、トーマは、ドイツの伝統(?)である審査権不行使に賛成する。即ち、「ドイツの法学は形式的意味の法律の審査をしないという法政策的利益を今後も堅持することができる」と主張する。但しこれには留保があり、「新しい憲法において、憲法典の厳かに宣言された命題が議会の単純多数によって間接・直接に侵害されることに対する十分に強力で確実な保障が形成されている」という条件が必要となる。従って、トーマの解答の妥当性は、現行法上の憲法保障制度の検討の結果如何ということになる。そこで彼は、ライヒ憲法及びラント憲法上の憲法保障制度を詳細に検討し、これらが議会の憲法侵害に対する有力な手段となり、それ以上に裁判官の審査権の行使が要請されるような危険は存在しないと結論づけるのである。

以上のように、トーマの主張は、現行法上の憲法保障制度が十分なものであり、従って従来のドイツの伝統を継承して裁判官の法律に対する実質的審査権を否定することができるとするものである。しかし、このような結論よりも重要なのは、彼の論証の全体にわたって展開されている合目的的・政策的考察方法である。このような合目的的・政策的考察方法が、裁判官の審査権という問題分野において用いられたということは、従来の議論の「法学上疑わしい論拠が、その根底にある政治的立場を主張するためのたんなる方便である<sup>(19)</sup>」ことを明らかにすると同時に、今後のこの問題に関するあからさまな政治的発言に対する免罪符ともなったのである<sup>(20)</sup>。

(ii) トリーベルの方法論は、周知のように、「概念構成的方法」＝法論理的方法ではなく、「利益衡量的方法」＝法政策的方法である。つまり、「法そのものが利害衝突に対してなされたところの価値判断の複合体であり、従って目的論的方法が法律学に適した方法である<sup>(21)</sup>」と主張する。この点で、トリーベルはトーマの見解と一致する。しかし、同一の方法論を採りながらも、トーマが裁判官の審査権を否定するのに対して、トリーベルはこれを肯定する。そこで、トリーベルはトーマの方法論については評価しながらも、その問題提起のし方、つまり二者択一の中味を批判する。

「トーマがこの問題を旧来の概念構成的方法にかわって利益衡量的方法によって解決しようとしているのは、全く正当である。しかし、私の考えでは、トーマの問題提起のし方が誤っている。つまり、彼が、問題は法的安定性及び法的予見可能性という利益に合致した審査権否定の伝統(?)が新しい憲法を救うために放棄されるべきか否かである点において、トーマの見解は誤っている。これでは、その評価が問題となる二つの利益が明確かつ正当に示されていない。私であれば、問いを次のように発する、即ち、憲法の法律に対する優位という原則を裁判所の判決の予測可能性を顧慮して放棄することが命ぜられるのか又はたんに認められるだけなのか、と。<sup>(22)</sup>」

## 注

- (1) トリーペルの裁判官の審査権肯定論に関する邦文献として、覚道豊治「ドイツにおける裁判所の法律審査についての諸問題」阪大法学第3号36頁、44頁、川北洋太郎「憲法裁判に関する一考察」学習院大学政経学部研究年報第7号70頁以下、林田和博「裁判官の法律審査権論」法政研究第17巻合併号50頁以下、拙稿「西ドイツの具体的規範統制における連邦憲法裁判所の手続」(以下、「連邦憲法裁判所」)比較法雑誌第16巻1号79頁参照。
- (2) Heinrich Triepel „Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung“ (以下, Der Weg) AöR 39 (1920), S. 456-546.
- (3) Triepel, a. a. O., S. 534 f.
- (4) A. a. O., S. 535.
- (5) A. a. O., S. 536.
- (6) Ebenda.
- (7) Heinrich Triepel „Streitigkeiten zwischen Reich und Ländern“ (以下, Streitigkeiten) in: Festgabe der Berliner Juristischen Fakultät für Wilhelm Kahl zum Doktorjubiläum am 19. April 1923, Beitrag II, Tübingen, 1923.
- (8) A. a. O., S. 93 f.
- (9) Triepel, Der Weg, S. 536 f.
- (10) 態田道彦「平等原則における立法者拘束説——ワイマール憲法 109 条 1 項の理論的基礎——(1)」流通経済論集第1巻2号(1966年)94頁。
- (11) Hans Nawiasky „Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne des Art. 109 der Reichsverfassung“ VVDstRL 3, 1927, S. 28.
- (12) Heinrich Triepel „Aussprache über die vorhergehenden Berichte“ VVDstRL 3, 1927, S. 50.
- (13) Richrd Thoma „Das richterliche Prüfungsrecht“ AöR 43 Bd. 4, NF. 1922, S. 267-286.
- (14) 裁判官の審査権論と密接に結びつくトーマの基本権論については、菟原明「R・トーマの基本権論」『現代法の諸領域と憲法理念』学陽書房昭和58年28頁以下参照。
- (15) Thoma, a. a. O., S. 267.
- (16) A. a. O., S. 285.
- (17) A. a. O., S. 272.
- (18) A. a. O., S. 274.
- (19) Hase, a. a. O., S. 110.
- (20) Vgl. Fangmann, a. a. O., S. 115.
- (21) Heinrich Triepel, Staatsrecht und Politik, Berlin, 1927, S. 37.
- (22) Triepel, Streitigkeiten, S. 92 Anm. 2.

## (2) G・アンシュッツの否定論

G・アンシュッツは、一般の裁判官の審査権を否定し、国事裁判所にのみ合憲性審査権を認めようとする考えである。そこでまず、彼がどのような根拠から一般の裁判官の審査権を否定しているのかを検討する<sup>(1)</sup>。彼の審査権否定論は次のようにまとめることができる。

① ヴァイマル憲法自身は一般の裁判官の審査権に関する明文の規定を欠いている。また、制憲

議会の議論も参考にならない。

- ② ヴァイマル憲法の規定するライヒ大統領のライヒ法律に対する認証制度は、一般の裁判官の審査権を否定する根拠となる。
- ③ 憲法と法律とは同位にある。つまり、憲法は法律に優位しない。
- ④ 議会主義故に、議会に対する他律的コントロールは不必要で、自律的コントロールで十分である。
- ⑤ ヴァイマル憲法の平等原則規定（109条1項）は、立法者を拘束しない。
- ⑥ 方法論としては、法実証主義的立場を堅持する。

以下、それぞれの論点について具体的に検討する。

- 1) まず第一に、議論の前提として、アンシュッツがヴァイマル憲法制定過程をどのように評価しているのかをみる。この点の評価では、アンシュッツの見解はトリールペルのそれに唯一合致する。

「憲法の成立史は、……（裁判官の審査権肯定、否定という——引用者）争いを決するためには全く収獲のないものである。確かに、ライヒ法律に対する裁判官の審査権の問題は、憲法委員会において言及され、それどころか詳細に議論された。しかし、ここでの主張は、様々の見解が一致点を見い出せなかったため、一つの結論に至らなかった。……従って、この問題に関して意見の一致をみることはできないということでは意見の一致をみた。憲法制定者は、この問題を意図的に未解決のままにした。この問題の決定は、立法者がそれをなさない限り、今後も学界及び判例に委ねられるのである。<sup>(2)</sup>」

次に、アンシュッツは、このような前提の下で一般の裁判官の審査権を否定する。彼がここで否定論の論拠として挙げるのが、(i)認証制度の本質と、(ii)憲法の法律に対する上位性の否定である。

「……裁判所が手続上正当に公布されたライヒ法律の憲法適合性を審査すべきか否かという問題は、それが旧来の法について当時のドイツの法学界の圧倒的多数の見解に従って決定されたのと同様に、現行法についても決定されるべきである。つまり、否定的意味において決定されるべきである。このような決定の根拠は、旧来の法の支配下で基準となっていたものと同様である。即ち、考慮されるのは認証制度の本質及び作用だけでなく、とりわけ次のような事実である。つまり、憲法は通常の立法に対して、法適用機関が法律よりも優先的に従わなければならないような如何なる上位規範を示すものでもないという事実である。<sup>(3)</sup>」

このようなアンシュッツの主張においてまず目につくのが、審査権否定論及びその論拠がビスマルク憲法下のそれと同様であることを明言している点である。アンシュッツの学説の多くがビスマルク憲法とヴァイマル憲法との連続性に立脚していることは、よく指摘されることである。

審査権の問題についても、アンシュッツはビスマルク憲法時代の議論がそのまま通用するとしている。しかし、同じ否定論にしても立憲君主制下と共和制下では全く異なった意味合いをもつことは、明確である。にもかかわらず、「なぜアンシュッツが、1871年の帝国憲法の下で展開した理論をそのまま堅持したのかは、不明確なままである<sup>(4)</sup>」。いずれにせよ、ここでアンシュッツは(i)及び(ii)の二つの論拠から裁判官の審査権を否定しているのであるから、彼のヴァイマル憲法70条及び76条の解釈論を手がかりに、二つの論拠について彼の主張をみていくことにする。

2) 第一の論拠は、周知のように、ヴァイマル憲法70条のライヒ大統領の認証制度の本質とその作用である。アンシュッツの認証制度に対する考え方は、ラーバント (Paul Laband) の認証論を継承するものである<sup>(5)</sup>。しかし、アンシュッツが法律の合憲性に対する「法律の、かつ法律による推定」をたんに認証の特性においてだけでなく公布において理由づけている点で、即ち、関係するすべての者、特に裁判所にとって基準となるのが公布された法文であって認証それ自体ではないと考える限りにおいて、アンシュッツはラーバントを越えているといえる<sup>(6)</sup>。

「認証制度の本質は今日においても、旧来の法と同様である。認証とは公法上の効力をもって公証することである。公証の対象は、一方では、法律文の正しさ、即ち、法律文とライヒ議会によって議決された法律内容との一致であり、他方では、立法手続の形式的正当性である。<sup>(7)</sup>……」

「ライヒ大統領は——当然に、ライヒ政府、特に、当該所管大臣の憲法上の参加と責任の下で、認証すべき法律が『憲法に従って成立した』か否かを審査すべきである。この審査が立法手続の形式の遵守、即ち、法律の『形式的』憲法適合性についてのみ及び、法律と憲法との『実質的』(内容上の)合致には及ばないということは、……憲法70条の文言にも意味にも適合しない一つの制約である……<sup>(8)</sup>」

「既に言及したように、認証によって、法文に含まれる文言が言葉の上でライヒ議会が議決したものと一致すること、及び、立法手続にとって規準となるライヒ憲法の規定が遵守されたことが表明される。この表明は、当該法律に従いこれを適用する者にとって反駁できない推定、即ち、法律文言の正しさ及び立法手続の形式的正当性にとっての『法律の、かつ法律による推定』を根拠づける。そして、認証された法律が法律適用にとって基準となるのは、その原文の形ではなく、それが官報に掲載された法律の文言においてである。官報に公布された法律の文言は、それに関係するすべての者、特に裁判所にとって、法律の真正の正本として妥当し、権限ある機関によって訂正されるまで、真正なものとして妥当する。<sup>(9)</sup>」

3) 第二の論拠は、憲法が通常の立法より上位にある規範ではないということである。アンシュッツの主張は、ヴァイマル憲法76条の憲法改正に関する規定の解釈において明確にされる。

「『憲法は立法の形式において改正しうる』。この命題は、すでに旧法(旧帝国憲法78条1項)において妥当していた。この命題によれば、憲法法律と通常の法律とは、同一の権限、即ち立法権の意思表示である。憲法制定権力が立法権と区別され、かつ立法権よりも上位にあるとする考えは、アメリカ合衆国と異なり……ドイツの国法にとっては以前と同様に無縁のものである。憲法は立法の上にあるものではなく、立法の処置

に委ねられている。ただ立法は、場合によっては憲法改正に関して規定されている特別の形式を遵守することが義務づけられているだけである。<sup>(10)</sup>

アンシュッツのこのような憲法の最高法規性否定の主張は、裁判官の審査権の理論的根拠を否定するものであると同時に、憲法改正の限界論においても無限界論に左袒するものとなり<sup>(11)</sup>、そして、議会主義に至るのである<sup>(12)</sup>。

4) 以上、二つの論拠により、アンシュッツは一般の裁判官の審査権を否定するが、この主張は、ヴァイマル憲法102条「裁判官は独立で法律にのみ服する」の解釈によって補強されている。裁判官に審査権が認められるならば、裁判官が議会よりも上位に位置することになり、これは憲法102条に違反すると考えるのである。

「裁判官は、立法機関を除く国家におけるあらゆる権力に対して独立であるので、裁判官は以前と同様に法律に服するのである。法律は裁判官を拘束する。裁判官は当該法律が気に入らうと入るまいと、これを適用しなければならない。……従って、裁判官は、裁判官に対して法律として提示されたあらゆる規範を、吟味せずにそのまま適用しなければならない。<sup>(13)</sup>」

「裁判官には当該法律の憲法適合性を審査する権限があるとの見解は認めることができない。それ以上に認めることができないのは、次のような見解である。即ち、裁判官は憲法に従って成立した法律に対して服従することを拒否できる。なぜなら、当該法律は、裁判官の見解によれば一定の規範——再び裁判官の見解によれば——立法よりも上位にある規範（たとえば、倫理、道徳、信義などの自然法）に抵触し、又は、一定の価値判断（正義、衡平、理性）と矛盾するからであるとする見解である。このような見解が根拠づけられるとすれば、裁判官が法律にのみ拘束されるという憲法命題は一体どのような意味をもつかが問われなければならないであろう。しかし、このような見解が根拠づけられえないことは明確であり、従って、このような見解は、それが裁判官職及びその限界を誤解し裁判官を憲法違反の形で立法者の上位に位置づけるか故に、断固として拒否されなければならないのである。<sup>(14)</sup>」

このように、裁判官の憲法適合性審査による憲法保障を拒否するアンシュッツにあって、憲法の保障は、議会に対する他律的コントロールではなく、議会自身の自律的コントロールに委ねられることになる。つまり、アンシュッツは、「国家作用の中に自由主義的権力抑制を求め、その結果、議会制運営の中に、憲法保障の働きを求めた<sup>(15)</sup>」のである<sup>(16)</sup>。

5) したがって、アンシュッツはヴァイマル憲法109条の平等規定の解釈においては、立法者非拘束説を主張する<sup>(17)</sup>。

「第109条1項の規定するのは、法律の前の平等であって、法律の平等ではない。本項は、法律を作る者に対する指針ではなく、これを適用する者に対する指針である。従って、法律の前の平等は、法適用機関、即

ち、裁判官及び行政官庁の前の平等である。これ以上のことを本項から読みとってはならない。法律の内容について本項は何も言っていない。<sup>(18)</sup>」

「非常に強い調子で唯一の正しいものと主張される平等規定に関する新しい見解（109条1項は「法適用の平等」だけでなく「法定立の平等」をも保障しているとする見解）は、結局は、政治的価値判断、つまり、対象を、即ち平等の事実を平等に取扱うという点での支配的な議会多数派の活動に対する根深い不信から出ている。特徴的なのは次のような言葉である。即ち、『我々は法律絶対主義、つまり立法者をあらゆる法的制約から解き放つ傾向に対して反対しなければならない』（トリーペル）と、『法律絶対主義』とは、ここでは当然に議会絶対主義である。……アメリカのように、法律による区別、分類が合理的な根拠に基づいているか否かの点について法律を審査し、それが否定される場合当該法律を不当で不合理な差別として無効と宣言する機能を裁判所に与えるならば、一体どのようなことになるであろうか。それは、立法者絶対主義を、他のもの、即ち裁判官絶対主義に置き換えるにすぎない。そして、これに対しては、今日のドイツ司法に、議会に投げかけられる程度の不信感をもっていない者も反対するであろう。……新しい理論を実務において承認することは、裁判官の審査権の承認と結びつき、ほとんど必然的に、司法の政治化、即ち、裁判官、特に最上級の裁判官の職権を政治的観点によって占領する結果となるが、これは、いずれの立場によっても歓迎されえないであろう。<sup>(19)</sup>」

6) アンシュッツの方法論は、利益衡量的方法＝法政策的方法ではなく、概念構成的方法＝法論的方法である。この点で、先に紹介したR・トーマの見解とは異なる。しかし、アンシュッツもトーマも共に裁判官の審査権否定論を主張する。そこで、アンシュッツはトーマの結論には同意しながらも、その方法論を批判するのである。

「まず第一に、トーマの理論は、裁判官の審査権の否定論を新たに補強するものではあったが、肯定論の漸次的増加を阻止することはできなかった。その原因は、トーマの主張の理論上の弱点にある。この弱点とは、彼の理論が「利益衡量」、即ち政治的価値判断（反対者もまた『十分なものである』とみなす憲法保障）によって、そして……「最終的には論理ではなく意思によって」問題を解決しようとするものであり、これにより方法論全体が不可避的に高度に主観的なものになってしまうことである。他の論者がトーマの方法論に同意しながらも、考慮すべき利益をトーマとは異なった形で衡量し、そのためトーマとは異なった結論、つまり、裁判官の審査権の肯定に至るといふ例は、このことを如実に示している。<sup>(20)</sup>」

先のトリーペルの見解を想起するまでもなく、ヴァイマル憲法下の審査権肯定論の主流が方法論的にはトーマと同様の政治的憲法学（利益衡量論）であったことを考えると、アンシュッツの指摘は興味深い。

#### 注

(1) アンシュッツの裁判官の審査権否定論に関する邦文献として、石村修「憲法保障制度の基本問題」専修法学論集第27号194頁、覚道豊治前掲論文30頁、態田道彦前掲論文(1)88頁(4)125頁以下、林田和博前掲論文51頁、光田督良「西ドイツにおける具体的規範統制の由来」比較法雑誌第15巻2号75頁、拙稿「連邦憲法裁判所」78頁参照。

(2) Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14. Aufl.

- Berlin, 1933, S. 71 f.
- (3) Anschütz, a. a. O., S. 370 f.
- (4) Jörn Ipsen, Rechtsfolgen der Verfassungswidrigkeit von Norm und Einzelakt, Baden-Baden, 1980, S. 60. イプセン自身はこれに対する解答として、「唯一の説得力ある説明として次のことが挙げられるであろう。つまり、アンシュッツは君主制への回帰を阻止しないように考えたかないしは、ヴァイマル憲法を暫定的憲法であると考えようとしたのではないか。これが彼の理論の根底にある意思であるか否かは、はっきりと断言できない」と述べている。
- (5) 和田英夫『大陸型違憲審査制』有斐閣1979年30頁参照。なお、ラーバントの認証論について、林田前掲論文29頁以下参照。
- (6) Rüdiger Oswald, Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen in der konstitutionellen Monarchie und unter der Weimarer Reichsverfassung, 1974, Mainz, S. 117.
- (7) Anschütz, a. a. O., S. 367.
- (8) A. a. O., S. 367 f.
- (9) A. a. O., S. 369.
- (10) A. a. O., S. 401.
- (11) アンシュッツの考えでは、共和国、民主主義、議会主義の原則も憲法改正の限界とはならない (Vgl. S. 402 ff)。
- (12) 「この変化した状況の下では、憲法概念の形式化は、必然的に議会絶対主義に至るのであった。つまり、ライヒ議会の絶対多数があらゆる憲法上の制約をこわすことができるのであれば……全憲法は実際上その改正の態様についての条項からのみ成り立っていることになる」(Ipsen a. a. O., S. 60.)
- (13) Anschütz, a. a. O., S. 475.
- (14) A. a. O., S. 476 f.
- (15) 石村前掲論文 198 頁
- (16) 「アンシュッツは最後に、審査権の憲法保障機能を考慮して次のように述べる。即ち、憲法は議会の議決によって、又世論によって保障されるべきであり、そしてそれは可能である。さらに憲法は、本来的に自己自身によって保障される」(Oswald, a. a. O., S. 118.)。
- (17) アンシュッツの立法者非拘束説については、特に、態田道彦「平等原則における立法者非拘束説考(一)」法政理論第15巻3号98頁以下参照。なお、アンシュッツの基本権に対する考え方は、菟原明「E・R・フーバーの基本権論(一)」山梨学院大学法学論集第4号138頁以下参照。
- (18) Anschütz, a. a. O., S. 523. 同旨の主張は、国法学者大会の討論の際の発言にもみられる (Vgl. VVD-stRL Heft 3, S. 49)。
- (19) A. a. O., S. 528 f.
- (20) A. a. O., S. 373.

## 2. 国事裁判所への審査権集中論

### (1) H・トリペルの集中論

ドイツ法律家会議第33回大会は、カール (Wilhelm Kahl) を議長に、1924年9月、ハイデルベルクにおいて開催された<sup>(1)</sup>。その第一部会 (公法部会) の議題の一つが<sup>(2)</sup>、「憲法典の変更を伴わない憲法改正の許容性と形式」であった。この議題について、ドーナ (Graf zu Dohna) と



トリーペルが報告を行っており<sup>(3)</sup>、我々の検討するトリーペルの集中論は、ここにおいて展開されている。この報告において言及された問題をまとめれば次のようになる。ヴァイマル憲法76条1項によれば、「憲法は立法によりこれを改正することができる。但し、憲法改正のためのライヒ議会の議決は、法律の定める議員定数の三分の二以上の議員が出席し、少なくとも出席議員の三分の二以上がこれに同意する場合に成立する。憲法改正のためのライヒ参議院の議決も投票数の三分の二の多数を必要とする。人民請求にもとづき、人民投票をもって憲法改正を決定する場合には、有権者の過半数の同意がなければならない」。このように、ヴァイマル憲法は人民投票と並んで加重された要件による通常の立法形式の憲法改正を認めている。そこで、後者の場合、一つの問題が生じる。つまり、一般に憲法改正とは憲法典の改正（形式的憲法改正）を意味するが、憲法76条1項はこれ以外に、憲法改正に必要な三分の二の多数という要件さえ満たしておれば、憲法典を変更することなしに法律で憲法典と矛盾する内容を定めること（実質的憲法改正）を許すものであるか否かという問題である<sup>(4)</sup>。

このように、第一部会の議題からいえば、裁判官の審査権の問題は主たる対象ではない。しかし、実質的憲法改正の許容性及びその基準をどのように手続上担保するかという点において、国事裁判所の審査権が登場する。

トリーペルによれば、ヴァイマル憲法76条の文言はこのような実質的憲法改正を禁止していると解せられており、また、このような改正方法は、様々の弊害を生ぜしめている。従って、実質的憲法改正という改正方法は、本来排除されるべきである。しかし、この慣行がビスマルク憲法以来今日までずっと継続されていることを顧慮すれば、実質的憲法改正は慣習法たる力をもつに至っている。それ故、現行法上も、このような方法を否定することができない。しかし、トリーペルはこれを全面的に承認するのではなく、今後制定されるすべての実質的憲法改正法律に対して、その前文で憲法改正手続を遵守して制定された旨を明記させることによって、その濫用を防止しようとするのである。そして、立法論としてトリーペルは、実質的憲法改正という方法を全面的に禁止するための憲法改正を提案する<sup>(5)</sup>。このように、彼は「現行法上消極的ながらその適法性を容認しつつも、同時に法治国的保障の強化と議会権力の抑制という観点から、実質的憲法改正の方法にたいして基本的に否定的な立場をとり、将来それを廃止すべきことを強く主張<sup>(6)</sup>」するのである。

トリーペルの集中論は、このような文脈において主張されている。彼の報告は、本来の報告者であるデューリンガー (Adelbert Düringer)——彼の死亡によって、急遽トリーペルが報告することになった——の提出した報告要旨を彼なりに修正するという形で行われている。従って、彼の主張は、デューリンガーの要旨3「裁判所は法律の憲法適合性を独立に審査する権限をもつ。」の検討からはじまる。もちろん、これは既にみたように、トリーペル年来の考えでもある。

「故デューリンガーは、彼の要旨 3 によって、裁判官の審査権、即ち法律の憲法適合性を独立して審査する裁判官の自由を主張している。もし私もこのような考えを弁護すれば、困ったことに首をつっこむことになることは重々承知している。なぜなら、本会でも若干の非常に有力な審査権反対論者のおられること、そして、その方々の強い反対にありであろうことが十分予想できるからである。従って、ここで私は、この問題においてドイツ法律家会議にとって既決事項とでもいうべきものが存在することを指摘しなければならぬ。ドイツ法律家会議は、3 年以前バンベルクにおいて、裁判官の審査権の存在について明示的に賛成している。付言すれば、このような決議を提案し——ちなみに、なんの困難もなく——これを貫徹したのがほかでもない私であったことに、私は若干の誇りをもっている。他方、裁判官の審査権に反対する者も、少なくとも私のみた文献に限っていえば、立法論として反対している者よりも現行法では認められないとする者が多い。それ故、もしこの人々がこのテーゼの内容を現行法の確認ではなく立法者への要請と理解しようとも、私には何の異存もない。<sup>(7)</sup>」

このように、トリーペルは、ここで、従来の主張を和らげ一般の裁判官の審査権の問題を立法論として提示する。この方向をさらに一歩進めて、彼は反対論者の主張する法的安定性などの観点を考慮に入れ審査権を国事裁判所に集中させることを提案する。

「さらに一歩譲歩して、私は反対者に対して手をさしのべようと思う。審査権に反対する者は、そのほとんどが次のような危惧を抱いている。つまり、このような権限を承認すると法的不安定や法的混乱が生じるとするのである。もし、あらゆる裁判官に、あらゆる法律をその憲法適合性について審査する自由を与えるならば、同じ法律がある場合には合憲、ある場合には違憲とされる危険が生じるであろう。しかし、私はこのような理由を十分なものであるとは思わない。なぜなら、ライヒ法律の憲法適合性についての問題の解決が多くの場合、審級制によってライヒ最高裁判所にもたらされる可能性のあることはともかくとして、私の見るところ、法律の効力についての相反する判決は、法律の解釈についての相反する判決——周知のようにこれに対してはいかなる良薬もない——よりも大きな不都合であるわけではない。その上考慮すべきは、命令の審査権についても同様の事態が生じるが、これをもって命令に対する裁判官の審査権を否定しようとするいかなる賢明な法律家も存在しないことである。それでも、このような反論が多数存在することは認めざるを得ない。従って、私は、デューリンガーの提案に手を加え、ライヒ法律の憲法適合性に関する最終的決定をライヒの最上級裁判所に委ねる旨の追加（条項）を補足する。私の追加（条項）とは次のようなものである。『ライヒ法律の憲法適合性についての最終的判断を国事裁判所の特別部に委ねる（ことを要請する）。詳細はライヒ法律が規定する』。本法律は特に、誰が合憲性の審査を申立てられうるかという問題の規律を優先しなければならない。みなさんの忍耐力をこれ以上要求しないために、オーストリアやチェコスロバキアにおいて妥当している法への接近の可能性について、これ以上発言することを控えます<sup>(8)</sup>。」

さらに、トリーペルは、共同報告者ドーナの要旨 3 及びデューリンガーの要旨を参考にして<sup>(9)</sup>、ライヒ憲法76条を次のように補充するように提案する。

「ライヒ大統領は、76条の基準によらずに議決された法律が憲法に抵触するか否かについて国事裁判所の判決を求めるために、ライヒ法律の公布を中止することができる。ライヒ議会において法律についての議決後 1 週間以内に法定議員の三分の二以上の出席の上、その出席議員の三分の一以上によって要求される場合、

または、同一の期間内にライヒ参議院の三分の一以上によって要求される場合には、ライヒ大統領は公布を中止し、国事裁判所の判決を求めなければならない。

国事裁判所が当該法律を憲法に抵触すると判断した場合には、ライヒ大統領は当該法律を公布してはならない。<sup>(10)</sup>」

ドーナとトリーペルの報告に続き、討論が行われた。この討論においてアンシュッツは、「法律の憲法適合性に関する裁判官の審査権が認められるか否かは、確かに、本会議の議題である憲法改正と関連はあるが、しかし、本議題には含まれない」として、この問題を決議の対象とすることに反対した。これに対して、トリーペルはアンシュッツの見解に従えない旨の発言を行った。その後、裁判所の審査権の問題を決議の対象とするか否かについて採決が行われ、多数はこれを否決した。ミューゲル (Mügel) は、このような決議の結果が、全体会議 (Versammlung) において他の決議の理由として裁判官の審査権の問題に対する見解を考慮することを阻げない旨の発言を行い、これについては反対はなかった<sup>(11)</sup>。

第一部会の第二日、ドーナとトリーペルは議長の勧告に従い、共同提案要旨を作成し、これについて様々の議論がかわされた。採決に入り、その結果、以下のような提案要旨が承認された。

I. 内容が憲法典の内容と矛盾するようなすべての法律は、広義における憲法改正法律である。このような法律は将来、憲法典を事前に又は同時に改正することなしに、制定されてはならない。

II. 憲法典の改正を伴わない憲法改正法律は、法文においてであれ公布文においてであれ、憲法に抵触する法律がライヒ憲法76条によって議決された旨を明記することが要請される。

III. ヴァイマル憲法76条に、法律の公布前に当該法律と憲法との合致について国事裁判所の裁判を求める可能性を規定する条項が付加されるべきである。

IV. ヴァイマル憲法19条中、「憲法争訟について」と「ラント内部の」の間に、「ライヒ内部の」という文言が付加されるべきである。

V. 憲法改正法律の改正又は廃止には、憲法改正と同様の加重要件を満たすことが必要であるが、これは、このことが法律において明記されているか、当該法律が「憲法法律 (Verfassungsgesetz)」である場合に限られる。<sup>(12)</sup>

#### 注

(1) 32回大会は1914年にベルリンで開催される予定であり、鑑定書も提出されたが第一次世界大戦によって中止となった。戦後再開された32回大会は、1921年バンベルクで行われたが、議題はベルリンで予定されていたものとは全く異なる。なお、このバンベルク大会から、公法が討議の対象に加わった (Vgl. Hermann Conrad „Der deutsche Juristentag 1860—1960“ in: E. Caemmer (hrsg.) Hundert Jahre deutsches Rechtsleben Band I, Karlsruhe, 1960, S. 32)

(2) 公法部会のもう一つの議題は、「ライヒ憲法第48条5項において規定されている例外状況に対するライヒ法律はどのように形成されるべきか」であった。

(3) ドーナの報告は、Verhandlungen des 33. deutschen Juristentags, Berlin und Leipzig, 1925, S. 31—44, に収録されている。

(4) 公法部会の本来の議題であるこの問題に関して、岩間昭道「憲法破毀 (Verfassungsdurchbrechung)

の概念 (三)』神奈川法学第11巻2・3号42頁以下参照。

- (5) Vgl. Heinrich Triepel „Zulässigkeit und Form von Verfassungsänderungen ohne Änderungen der Verfassungsurkunde“ (以下, Zulässigkeit) in: Verhandlungen des 33. deutschen Juristentags, Berlin und Leipzig, 1925, S. 45 ff.
- (6) 岩間前掲論文45頁。
- (7) Triepel, Zulässigkeit, S. 59.
- (8) A. a. O., S. 59 f.
- (9) ドーナの提案要旨とは, 「ライヒ憲法76条に次のような内容の条項が付加されるべきである: ライヒ議会の三分の一以上の議員が審議されている法律に対して, 当該法律の違憲性を理由に異議を申立てた場合には, ライヒ大統領は公布前に国事裁判所の裁判を求めなければならない」であり, また, デューリンガーの提案要旨とは, 「ライヒ議会, ライヒ参議院 又はライヒ政府の申立てにもとづき, 法律案又は法律がライヒ憲法を改正するものであるか否かという問題を最終的に判決すべき国事裁判所の特別部の設置が要請される」である。
- (10) Triepel, Zulässigkeit, S. 64 f.
- (11) Vgl. Verhandlungen des 33. deutschen Juristentags, S. 65 f.
- (12) A. a. O., S. 67 f.

[1984年10月18日脱稿]