

ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権(2)

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(以上第20巻第2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
- 1 立法の経緯
 - 2 キュルツ草案と12月政府草案
 - 3 両草案の相違点と共通点(以上本号)
- III 日本国憲法における違憲立法審査制
- 結 論

(2) G・アンシュッツの集中論

既に本稿I 1(2)で述べたように、アンシュッツは明確に裁判官の審査権を否定している。にもかかわらず、同時に彼は、立法論ではあるが国事裁判所によるライヒ法律の合憲性審査を承認しようとしている。両者はたんなる解釈論との差異であろうか、それとも、アンシュッツ自身、自説を変更したのであろうか。ここに、裁判官の審査権否定論と集中論との結合の典型がある。アンシュッツは彼の代表的著作であるヴァイマル憲法のコンメンタール(14版1933年)において、裁判官の審査権否定論に続き、近時の学界及び判例の傾向について言及する。ビスマルク憲法下では、審査権が否定されていたこと及びこれがヴァイマル憲法下でも同様であることを述べた後、最近の学説・判例における審査権肯定論の有力化について批判している。特に、1925年11月4日のライヒ最高裁判所の判決を中心とする裁判所による審査権の自己承認を問題視している。

「学界ではこのような動向がみられるが、これ以上に重要なのが、判例が審査権を否定していた旧来の立場を破棄したことである。確かに、このような動向はさほど前から明確な形で現れたわけではないが……、しかし、これは現実に生じており、既成事実として扱わなければならない。最後に、ライヒ最高裁判所が——既はずっと以前から暗黙に抱いていた——裁判官の審査権に対する好意を確固たる信念にまで高めたとき、決定的な転換が生じたのである。『ヴァイマル憲法には——1925年11月4日の民事5部の判決（RGZ 111巻323頁）によれば——ライヒ法律の憲法適合性に関する決定権限を裁判所から奪いそして他の特定の機関に委ねるといふいかなる規定も存在しない以上、ライヒ法律の憲法適合性を審査するという裁判官の権利と義務が承認されなければならない』。このような、反駁しがたい命題によって、ライヒ最高裁判所は疑いもなく、審査権を肯定する者の列に加わった。この判決は、当然のことながら影響を与えそして同調者を得た。ライヒ財政裁判所の1926年12月7日の判決（DJZ, 32, Sp. 233）、バイエルンのラント最高裁判所の1926年3月20日の判決（DJZ, 31, Sp. 903）、ハンブルク上級行政裁判所の1927年1月17日の判決（JW, 1927, S. 1288）などの、審査権を肯定する判決はいずれもこの判決を引き合いに出している。

これがこの問題についての現状である。

審級の区別なくすべての裁判所に審査権を認めることは、最近の判例及び学界の多数によって正当であるとみなされているが、これはとても認容できない。なぜなら、これを認めれば、各審級間の相矛盾するそして匡正出来ない判決によって不可避的に法の統一性及び法的安定性が脅かされることになるからである。受容されうるのは、法律によって集中化された、即ち最上級のライヒ全体について管轄権を有する裁判所——国事裁判所であれライヒ最高裁判所であれ——に排他的に付与された審査権のみである。」

ここでアンシュッツは、判例及び学界の多数が審査権を肯定しているという事実を前にし⁽¹⁾、一つの妥協案として、集中論を展開しているのである。「裁判官の完全な審査権を支持する時代の趨勢に譲歩して、一連の実証主義者及びその他の審査権否定論者は、一つの裁判所にのみ裁判官の審査権を認めるという一つの妥協に至ったのである⁽²⁾」という指摘は、アンシュッツに最もあてはまるのである。

では、アンシュッツはこのような妥協論としての審査権集中論を、具体的にどのように考えていたのであろうか。これを知る手掛かりとして、以下、ドイツ法律家会議第34回大会に提出された報告書を検討する。1926年9月にケルンにおいて開催された本大会の第一部会（公法部会）の議題は「国事裁判所の権限をヴァイマル憲法第19条1項所定の憲法争議以外にも拡大すべきか否か」であった⁽³⁾。この議題について、アンシュッツは報告書を提出し⁽⁴⁾⁽⁵⁾、この中で審査権集中論を詳細に展開している。彼の報告は三つの部分に分かれている。即ち、まず、(i)現行の法制度を検討しその問題点を指摘する「診断」の部分、続いて、(ii)この診断に基づいてどのような法改正をすればよいかという「処方箋」の部分、さらに、(iii)同じ処方箋の一つであるライヒ政府案批判の部分である。

(i) 診 断

まず、アンシュッツは、いわゆる憲法争議に関するライヒ憲法上の規定について検討する。

が、この場合、彼の考察には二つの留保が付されている。一つは、考察の対象が国事裁判所の手続きに限定されないこと、他はライヒ憲法の争訟問題に限定されることである。

憲法争議に関する現行法制をみると大きく二つに分けられる。(a)つまり、国事裁判所の権限と、(b)他の機関の権限である。(a)国事裁判所の権限としては、①ラント内部の憲法争議(憲法第19条)、②ラント間の非私法上の争議(第18条7号、第19条)、③ライヒとラントの非私法上の争議(第19条、第15条3項2号、第90条、第170条、第171条)、④ライヒ議会のライヒ大統領、ライヒ首相、国務大臣に対する訴追(第59条)がある。(b)他の機関の権限としては、①ライヒ最高裁判所(第13条2項)——場合によっては、ライヒ財政裁判所のような他のライヒの最上級裁判所——、②ライヒ議会の選挙審査権(第31条)、③ライヒ及びラントの行政裁判所、④限定された範囲で一般の司法裁判所(第128条乃至第130条、第131条)の権限などがある⁽⁶⁾。

アンシュッツによれば、「これらの裁判所がライヒ憲法の解釈及び適用についてどの程度の権限を有するかを検討すれば、次のような結論が得られる。即ち、これ(現行法制——引用者)は極めてとはいえないにせよ相当程度適切であり、したがってライヒ憲法及びそれを根拠とする権限・義務はその限りで、独立の裁判所の争訟決定権限に属する保障を受けないものではない⁽⁷⁾」。このように現行法制は、全体としてみればある程度満足のいくものではあるが、しかし具体的に検討すればかなり問題をはらんでいる。この例としてアンシュッツは、(a)②、③、④及び(b)①、③を挙げているが、ここでは(a)④ライヒ議会のライヒ大統領、ライヒ首相、国務大臣に対する訴追及び(b)③行政裁判所の権限についてみることにする。

「ヴァイマル憲法第59条に基づく国事裁判所の権限を重視することはできない。第59条は——第59条によって規定された議会の大臣弾劾制度がフランスやイギリスなど古くから議会主義的統治の確立していた国々においてもみるべき成果が挙げられていないように、——おそらく決して適用されないであろう。第59条が前提とする事態は、議会主義的統治体制の下では通常起こりえないものである。政府が故意に憲法を侵害したならば、議会が政府を不信任することで事は足りる。政府が優位にあり、国民の支持を得ていると考えれば政府は、クーデターなどという暴力的なものではなく合法的にライヒ議회를解散し選挙を行うことにより、政府が必要であるとする憲法改正を行うこともできるのである⁽⁸⁾。」

「ライヒ憲法第2章において『基本権』として保障されている個人の自由な活動領域は、もしこれが行政機関によって侵害された場合、行政裁判所へ訴えることができる。しかし、このような訴権はすべてのラントにおいて同様に広く認められているわけではない。多くのラントでは目下のところ、非常に限定されており、したがって、各ラントの行政裁判所の役割を過大に評価することはできない⁽⁹⁾。」

このように見てくると、現行法上ライヒ憲法に関する争訟を裁判官に委ねるという可能性は不可能性が相半ばすると考えられる。それではどのような憲法争議について、現行法上問題があるのであろうか。

「ヴァイマル憲法第19条で一般的にそして完全に国事裁判所に委ねられているラント内部の憲法争議と対比して、ライヒ内部における憲法争議については同様の規定が欠けている。ライヒ憲法の解釈及び適用につ

いてのライヒ憲法争議自体を全体として——国事裁判所であれ一般の裁判所であれ——裁判機関に委ねるいかなる法律も存在しない。特に、ライヒ憲法の規定が、最上級のライヒ機関——ライヒ議会、ライヒ大統領、ライヒ政府、ライヒ参議院——の間で争われている場合、及び、国民・選挙民が最上級のライヒ機関として、したがって国民投票・国民発案において現れる場合、これらを決定するための裁判機関が欠けている。このような争訟が政治生活において生じうること——故意に憲法を侵害するだけでなく、善意から生じた憲法をめぐる意見の相違——は今までの事例を見ても容易に想像がつく⁽¹⁰⁾。」

(ii) 処方箋

以上のような法の欠缺どのようにして補充すればよいか。まず、アンシュッツは主体となるべき機関として国事裁判所を挙げ、その構成は現行の国事裁判所法第18条第1項に拠るべきであるとする。即ち、ライヒ最高裁判所の長官を裁判長として3名のライヒ最高裁判所の裁判官及び3名のライヒ行政裁判所の裁判官によって構成される部が主体となるべきであると考えたのである⁽¹¹⁾。

次に、アンシュッツは、この国事裁判所の権限について三つのガイドラインを提示する。

- 「a) 権限は法律上の争議、即ち、ライヒ憲法に含まれる法規の解釈及び適用についての争議についてのみであって、政治的及びその他の合目的的考量によって決すべき問題には及ばない。
- b) 国事裁判所は関係人の申し立てがあった場合にのみ決定を下す。
- c) 国事裁判所の権限は補充的なものであり、他の裁判所の権限に属しない場合にのみ行使しうる⁽¹²⁾。」

以上のガイドラインに沿って、アンシュッツは具体的な立法処理を提案する。まず、憲法では第19条の後に第2項として以下の二文が追加されるべきであるとする。この点では、本議題の共同報告者であるメンデ（Mende）と意見が一致している。

「(2)さらに、ドイツライヒ国事裁判所は、関係人に争いのある場合、ライヒ憲法の解釈及び適用について決定する、但し、ライヒまたはラントの他の裁判所の権限に属しない場合に限る。ライヒ法規の憲法適合性に関する国事裁判所の権限はライヒ法律によって規定される⁽¹³⁾。」

このような形で追加された憲法第19条2項2段によって、個別問題は法律の規律することとなる。アンシュッツは、この法律にあたるものとして、「ライヒ法規の憲法適合性に関する法律案」を独自に提示した。

「第1条 正当に公布されたライヒ法律の効力の審査は、本法の定めるところにしたがい国事裁判所にのみ属する。

第2条 (1) 法律又は命令として公布されたライヒの法規がライヒ憲法と抵触するか否かにつき疑義又は意見の相違があるとき、ライヒ議会、ライヒ政府、ライヒ参議院、ライヒ議会及びライヒ参議院の法定議員の3分の1以上の構成員は、国事裁判所の決定を求めることができる。

- (2) 国事裁判所に提訴する権利は、正当に公布され事件に適用されるライヒ法律がライヒ憲法と抵触すると信じるすべての裁判所もこれを有する。
- (3) 国事裁判所の審査及び決定は、当該規定がライヒ憲法の定めるところに従い正当に成立し公布されたか否か並びに当該規定の内容がライヒ憲法に抵触しているか否か及び憲法改正に関するライヒ憲法の定めが遵守されたか否かの問題に及ぶ。
- (4) 国事裁判所は、1921年7月5日の国事裁判所法第18条1号の定める組織で裁判を行う。
- 第3条 決定の申し立ては文書により国事裁判所の長官に対してなされなければならない。ライヒ政府が申し立てをなさない場合、決定以前に政府の意見を聴かなければならない。政府の意見は文書によって聴取せられ、かつ申し立て人に通知されなければならない。
- 第4条 前2条に従い申し立てられたライヒ法規が適用されるすべての裁判手続は、国事裁判所の決定が官報で公布されるまでの間、中止される。
- 第5条 (1) 国事裁判所の決定は原則として非公開の審理の後、書面による決定という形式によって下される。決定には理由を付し、職権により申し立て人及びライヒ政府に送付されなければならない。
- (2) 国事裁判所は決定に先立って口頭弁論を命ずることができる。口頭弁論が申し立て人又は当該最上級ライヒ官庁によって申請された場合には、国事裁判所はこれをなさなければならない。その期日は申立人及び当該最上級ライヒ官庁に通知されなければならない。申立人及び当該最上級ライヒ官庁は自己の立場を守るために代理人を指定することができる。
- 第6条 国事裁判所の決定が求められた疑義又は意見の相違が法律又は命令の一つ又は個々の規定にかかわる場合、国事裁判所は、当該規定を無効と宣言するとき、同時にその決定において、これにあわせて法律又は命令のその他の規定も無効となるか否か及びどの範囲まで無効となるかを示さなければならない。
- 第7条 ライヒ政府は決定を、これに理由を付することなく、ライヒ官報で公表しなければならない。決定は憲法改正ライヒ法律の効力を有する。
- 第8条 可決されたライヒ法律又はライヒ命令の公布に先立ち、ライヒ大統領又はライヒ政府は、それら法令の規定がライヒ憲法に抵触するか否かについての決定を国事裁判所に求めることができる。第2条3、4項及び第7条の規定が準用される。
- 第9条 国事裁判所の手続については、印紙税又は手続料は徴収されない。
- 第10条 (1) この法律に定めのない限り、国事裁判所長官は裁判所規則により手続及び事務を定める。この裁判所規則はライヒ政府及びライヒ参議院の同意を必要とし、ライヒ官報で公表されなければならない。
- (2) 施行に関するその他の規定はライヒ政府がライヒ参議院の同意を得てこれを定める⁽¹⁴⁾。」

(iii) 政府案批判

報告の最後に、アンシュッツは1962年2月に作成され同年6月に一般に公表されたライヒ内務省案（以下キュルツ草案）に対する批判を行っている。キュルツ草案自体の具体的検討は後に行うが、草案批判においてアンシュッツの主張が明確に現れているので、以下これを先に検討する。彼の主要な批判点は、①草案は審査権を国事裁判所に独占させていない、②草案は、審査の対象をあまりに限定しすぎている、③草案は、国事裁判所への申立権者の範囲を限定しすぎている、の三点である。

第一の批判は、政府案が審査権を独占的、排他的に国事裁判所に委ねていないことである。アンシュッツによれば、立法者は国事裁判所の審査権を規定するにあたり、他の裁判所の審査権を明確な形で否定しなければならない。

「ライヒ法律の合憲性審査を国事裁判所に委ねるとするならば、——国事裁判所の権限をライヒ憲法争議の全領域に一般的に拡大することにするならば——同時に我々は、このような（国事裁判所の——引用者）権限と他の裁判所の審査権限が調和しないことを覚悟しなければならない。とりわけ、（一般の）裁判所はこのようなライヒ法律（キュルツ草案——引用者）を支持できないであろう、なぜなら、もしそうでなければ憲法司法の絶対不可欠の統一性が危殆に瀕するからである。……審査権を国事裁判所に委ねることはよいとして私は……従来より裁判官の審査権に反対してきた者であり、このような譲歩は決して容易ではないが、敢えてこのように言う。しかし、国事裁判所の審査権と並んで他のすべての裁判所——最下級審まで——の審査権を認めることは行きすぎであり、立法論としても主張することができない⁽¹⁵⁾。」

したがって、審査権に関するキュルツ草案の第1条は、アンシュッツの法律案第1条がそうであるように、正当に公布されたライヒ法律の憲法適合性及び有効性審査が国事裁判所にのみ独占的（排他的）に属する旨を明記しなければならないことになる。ここで注目すべきは、国事裁判所の審査権の排他的独占に関してアンシュッツがオーストリア憲法を引いていることである。

私はこのような提案について、我々の姉妹共和国であるオーストリア憲法の例を参考にすることができる。オーストリア憲法第89条及び第140条は法律に対する審査権を一般の裁判所に対して明示的に否認し、憲法裁判所（我々の国事裁判所に当たる）にのみ認めている⁽¹⁶⁾。」

ここにおいて、アンシュッツの集中論がトリペルのそれ——西ドイツ連邦憲法裁判所型（審査権肯定・集中論）——と対比して、オーストリア憲法裁判所型（審査権否定・集中論）であることが明確である。

第二の批判は、キュルツ草案が審査の対象を限定しすぎているというものである。草案は審査権の対象を、政府案が法律として施行されて以後に制定されたライヒ法律に限定するとともに、外国との条約及び条約によって制定が義務付けられた法律も——それが本法施行以後に成立したものといえども——審査の対象から除外している。

「このような二つの制限は排除されるべきである。立法手続を国事裁判所の法規統制に委ねようとするならば、完全にすべきである。草案のような例外は、いかなる意味ももたない⁽¹⁷⁾。」

第三の批判は、ライヒ法律の憲法適合性審査を国事裁判所に申し立てる権限を有する者の範囲が狭すぎるというものである。草案によれば、国事裁判所に申し立てをすることのできるのはライヒ議会、ライヒ政府及びライヒ参議院である。アンシュッツは、これでは申立権者の範囲が限

定されすぎているので、議会の構成員の三分の一の少数派にも申立権を拡大すべきであると主張する。

「(キュルツ草案が——引用者)看過しているのは、ライヒ法律の憲法適合性についての争いが、ライヒ議会とライヒ政府、ライヒ議会とライヒ参議院の間だけではなく、ライヒ議会やライヒ参議院の多数派と少数派との間にも生じるということである。つまり、当該法律が憲法改正法律であるとする多数派と、反対の意見をもつ少数派との間に生じる。もしこの少数派が三分の一以上であれば、通常(憲法改正でない)立法の方法による当該法律の成立は阻止されうる……。 (このように——引用者)単純多数は憲法改正を行うことはできないが、憲法改正でないと決定することができるという矛盾がある。このような矛盾を解消するには、ライヒ議会又はライヒ参議院の多数派だけではなく、三分の一以上の少数派にも国事裁判所への提訴を認めるべきである⁽¹⁸⁾。」

このように、アンシュッツは、先に述べた原理的差異を度外視すれば、後の連邦憲法裁判所における抽象的規範統制手続と同種の手続を考えているのである。さらに、アンシュッツの申立権者拡大の要請は裁判所にも及ぶ。

「なお他の側面から提訴権の拡大が要請される。つまり、裁判所——当該事件を最終審あるいは、始審にして最終審として裁判する裁判所だけでなくすべての裁判所——にも申立権を拡大すべきである。私の考えでは、これらの裁判所にも、正当に公布されたライヒ法律に対する審査権はない。したがって、これらの裁判所が適用法令(ライヒ法律)をライヒ憲法と抵触すると確信した場合に、これらの裁判所にもこのような見解(に関する判断——引用者)を国事裁判所に委ねる権利を与えることはより一層妥当なことである。この場合、国事裁判所に申立てられた事件及び他の事件に関して、一般の裁判所におけるその手続は国事裁判所の判決が下されそしてライヒ官報に掲載されるまで、当然に中止される。……裁判所の国事裁判所に対する申立権は、審査を自ら行う権限に代わるもの、即ち裁判官の審査権の代償であると考えられる。この権限は全く制約なく行使されなければならない。つまり、この権限は当該裁判所と国事裁判所を媒介する司法行政及びライヒ政府の行為によって制限されてはならないのである。この点で、私は政府案第2条に反対する⁽¹⁹⁾。」

ここでアンシュッツは、具体的規範統制手続と同種の手続を提唱しているといえる。しかし、裁判所の国事裁判所に対する申立権を裁判官の審査権の代償と考えていることでも明らかのように、アンシュッツの具体的規範統制手続は、裁判官の審査権を前提とする西ドイツの連邦憲法裁判所のそれではなく、審査権否定を前提とするオーストリアの憲法裁判所のそれである⁽²⁰⁾。

注

- (1) Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. August 1919, 14 Aufl. Berlin, 1933, S. 373 f. 尚、本論稿全般にわたる最近の文献として、Helge Wendenburg, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, Göttingen, 1984, 広渡清吾「J. W. ヘーデマンとナチス私法学(六)」社会科学研究・東京

大学社会科学研究所紀要第36巻第4号148頁がある。

- (2) Rüdiger Oswald, *Das richterliche Prüfungsrecht gegenüber Gesetzen und Verordnungen in der konstitutionellen Monarchie und unter der Weimarer Reichsverfassung*, Mainz, 1974, S. 118.
- (3) 第一部会のもう一つの議題は、「刑事手続の遅滞なき遂行と裁判官の独立を確保するために、議会の調査委員会に関する規定を改正すべきか」であった。これについて、齋藤秀夫『国会と司法権の独立』岩波書店昭和26年52頁以下参照。
- (4) Gerhard Anshütz „Empfehl es sich, die Zuständigkeit des Staatsgerichtshofs auf andere als die in Art. 19 Abs. 1, RV bezeichneten Verfassungsstreitigkeiten auszudehnen?“ (以下, „Zuständigkeit“) in: *Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages*, Band 2, Berlin und Leipzig, 1927, S. 193 ff. アンシュッツのこの報告について、広渡前掲論文164頁参照。
- (5) 本議題についてアンシュッツの他にメンデ (Mende) の報告があった (*Verhandlungen des 34. Deutschen Juristentages*, Band 2, Berlin und Leipzig, 1927, S. 213 ff.)。
- (6) Vgl. Anshütz, *Zuständigkeit*, S. 199.
- (7) A. a. O., S. 201.
- (8) Ebenda.
- (9) A. a. O., S. 202.
- (10) A. a. O., S. 202 f.
- (11) Vgl. a. a. O., S. 205.
- (12) Ebenda.
- (13) A. a. O., S. 207.
- (14) A. a. O., S. 194 ff. アンシュッツのこの提案について、阿部照哉「ワイマル憲法下の憲法裁判」長尾久衛編『現代における法と行政』法律文化社昭和56年39頁以下参照。
- (15) A. a. O., S. 209.
- (16) Ebenda.
- (17) A. a. O., S. 210.
- (18) この考えは、後に述べるライヒ政府草案を経て連邦憲法裁判所の手続に継承されている。「第34回ドイツ法律家会議の憲法裁判権の拡大についての議論も、後のボン基本法下の憲法裁判権に大きな影響を与えた。特に、議会の少数派に、憲法裁判所への提訴権を認めようとするアンシュッツの提案は、ボン基本法第93条1項2号に定着した」(Hermann Conrad „Der Deutsche Juristentag 1860–1960“ in: *Hundert Jahre Deutsches Rechtsleben—Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des Deutschen Juristentages 1860–1960*, Band 1, 1960, S. 33.)。
- (19) Anshütz, *Zuständigkeit*, S. 210.
- (20) A. a. O., S. 210 ff.

3. 裁判官の審査権肯定・集中論と審査権否定・集中論

以上のように、トリーペルとアンシュッツは裁判官の審査権について肯定論と否定論という対極的立場に立ちながらも、国事裁判所への審査権の集中という一点では一致するのである。そし

てこの二つの考え方、即ち、一般の裁判官の審査権を前提とした上で、ライヒ法律の憲法適合性に関する最終的な判断を国事裁判所に委ねようとする立場と、一般の裁判官の審査権を否定した上で、ライヒ法律の憲法適合性審査を国事裁判所にのみ認めようとする立場は、多くの支持をえた。たとえば、審査権肯定・集中論は、次に検討する1926年及び28年の法律案において具体化され、審査権否定・集中論も、アプラス⁽¹⁾、イエリネク⁽²⁾、ラートブルフ⁽³⁾、トーマ⁽⁴⁾などによって主張されている。つまり、「当時、裁判官の審査権に反対する者も賛成する者も裁判官の審査権を国事裁判所又はその他の裁判所に集中させることを支持した。これは理想的な解決方法であるとみなされた⁽⁵⁾」のである。

しかし、このような集中論に反対する学説も存在する。そしてこれを子細に検討すれば、非集中論にも二種のものがあることがわかる。即ち、一般の裁判官の審査権を否定し、あわせて特別裁判所の審査権も否定するもの（審査権否定・非集中論）と、一般の裁判官の審査権は肯定するが特別裁判所の審査権を否定するもの（審査権肯定・非集中論）である。たとえば、審査権否定・非集中論としては、F・ノイマンの見解を挙げることができる。彼は、当時のアメリカにおける違憲審査権の行使の例やドイツの国事裁判所の裁判例などについて批判的に検討した後次のように述べる。即ち、「それ故、理論的検討及び実際上の経験から、社会民主主義において裁判官の審査権を認めることがそれ自体法外な危険を内包するものであることが明らかである。このような危険は、審査権を集中させることにより一層増大する。個々の裁判所が法律を違憲であると宣言することは稀であろう。個々の裁判所は具体的事象と密接に結び付き、これに習熟している。……これに反して、具体的事件から遠く離れた国事裁判所はむしろ容易に法律を無効とするであろう⁽⁶⁾」。保守的な裁判官層によって社会化立法が阻止されることを危惧するノイマンは、裁判官の審査権はもとより、これを国事裁判所に集中することにも強く反対するのである。そして、彼によれば、議会少数派の保護は政治過程において、たとえば、選挙において解決すべき問題であり、草案のように国事裁判所に審査権を集中させることは、民主主義の自殺行為である⁽⁷⁾。審査権肯定・非集中論としては、ライヒ最高裁判所の判決の他に、F・モルシュタイン＝マルクスの見解をあげることができる。彼は、一般の裁判官の付随的審査権こそが個人の自由を多数派民主主義の支配から保護し、立法権を憲法によって拘束するという法治国家思想を実現するものとみなしている。また、特別裁判所による審査は一般の裁判所以上に法的安定性を確保できるものでもなく、むしろこれにより、一般の裁判官の審査権が制限されることにより大きな弊害があるとする⁽⁸⁾。

しかし、いずれにせよこれら非集中論は有力ではあっても、多数の支持を得ることがなかった。では何故非集中論が少数説にとどまったのか。この問題を考えるにあたって、一連のドイツ法律家会議での議論が参考になろう。1863年のドイツ法律家会議第4回大会が19世紀ドイツにお

ける違憲審査制度に関する最初の本格的議論であったのに対して⁽⁹⁾、第33回(1924年)、第34回(1926年)の両大会は⁽¹⁰⁾、その論争が頂点に達した時期に開催されている。第4回大会におけるグナイストとヤークェスとの対立は、議会に対する信頼と裁判所に対する信頼の対立であった。つまり、議会に対する信頼が裁判官の実質的審査権否定論となり、裁判官に対する信頼が実質的審査権肯定論となった。ここでの議論は、議会と裁判所の活動に対するあるべき姿を想定し、それぞれを信頼するという形で進行した。なぜなら、当時の段階では議会、裁判所とも広い意味での立憲主義に立てば、それぞれに対する不信を惹起するほど十分に機能し、活動していたわけではなく、また反君主勢力として両者が連帯していたこともあったからである。これに対して、第33、34回大会における議論では、議会に対する不信が審査権肯定論と、裁判官に対する不信が審査権否定論と結び付くのである。これは、ビスマルク憲法時代の裁判官層の保守化及びそれ以後の活動に対する不信と⁽¹¹⁾ ヴァイマル憲法下の議会の地位及びその活動に対する不信に起因するのである。このように、裁判官の審査権肯定論・否定論ともに自己の主張する権限の担い手である機関に対する信頼ではなく、他の機関に対する不信のうえに成立しているということは、ヴァイマル憲法時代の裁判官の審査権をめぐる議論を考える上で重要であろう。つまり、集中論が審査権を全面的に肯定することも全面的に否定することもない形で、両不信論の妥協として多くの者に支持されたのである。これに反し、非集中論は、審査権肯定・非集中論が判例の統一、法的安定性の問題をあげて裁判官の裁量に委ねるという形で裁判官に対する信頼の上に、また、審査権否定・非集中論が憲法の拘束から自由な議会活動を承認するという形で議会に対する信頼の上に成立しているが故に、上記のようなヴァイマル憲法時代の状況の下では少数説にとどまるのである。しかし、多数の支持を受けた集中論も、それが議会、裁判所に対する信頼の上に成立したものでなかったが故に、議会对裁判所という対立関係から離れたライヒ大統領に対する信頼によって容易に排除されてしまうのである。後に述べるように、集中論が20年代末から急速に衰退した原因もここにあるのではなからうか。

注

- (1) Vgl. Bruno Ablaß, in: „Verhandlungen der verfassungsgebenden Deutschen Nationalversammlung“ Band 336, Berlin, 1920, S. 483. これについて、拙稿「ヴァイマル憲法制定国民議会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92頁参照。
- (2) Vgl. Walter Jellinek „Das Märchen von der Überprüfung verfassungswidriger Reichsgesetze durch das Reichsgericht“ JW 34 (1925), S. 454.
- (3) Vgl. Gustav Radbruch „Richterliches Prüfungsrecht?“ Die Justiz 1 (1925/26) S. 12.
- (4) Vgl. Richard Toma „Das richterliche Prüfungsrecht“, AöR 43 (1922) S. 267 ff.
- (5) Hartmut Maurer „Das richterliche Prüfungsrecht zur Zeit der Weimarer Verfassung“, DoV

1963, S. 686.

- (6) Franz F. Neumann „Gegen ein Gesetz über Nachprüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen“ Die Gesellschaft, 1929, 1, S. 533.
- (7) Vgl. a. a. O., S. 533 ff.
- (8) Vgl. Fritz Morstein-Marx, Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtmäßigkeit des Gesetzes, Berlin, 1927, S. 115 ff.
- (9) 拙稿「19世紀ドイツにおける裁判官の審査権」法学新報第90巻第7・8号155頁以下参照。
- (10) これについて, Wendenburg, a. a. O., S. 70 ff., 広渡前掲論文163頁以下参照。
- (11) 拙稿「研究序説」87頁以下参照。

II 1926年及び28年の法律案⁽¹⁾

1. 立法の経緯

1926年2月17日ライヒ法務大臣マルクスはライヒ議会においてつぎのように語った。「裁判所に法律の憲法適合性を判断する権限を認めることが早晩期待されなければならない。草案が既に内閣に伝達され、これに対する内閣の決定が遠からず行なわれるであろう⁽²⁾」。マルクスの言う草案は、2月初頭ライヒ内務省において完成され、同年6月ライヒ内務大臣W・キュルツの名で一般に公表された(以下「キュルツ草案⁽³⁾」)。この草案は学界において大きな反響をよびこれに対する研究論文も発表されたが、34回ドイツ法律家会議ケルン大会でも議論された。法律家会議によって決議された草案に関する諸提案の多くがライヒ政府に受け入れられ、改めて草案が作成された。12月11日にライヒ内務大臣キュルツは第3立法期のライヒ議会に、「ライヒ法規定の憲法適合性審査に関する法律草案を提出した(以下「12月政府草案⁽⁴⁾」)。これを受けたライヒ議会は草案を法務委員会に送付し、法務委員会の全体会議(Generaldebatte)で共産党を除くすべての政党によって原則的に承認された。しかし、草案が再びライヒ議会の本会議において検討されるよりはやく、1928年3月31日にライヒ議会在が解散された。第4立法期に入り、12月政府草案と全く同様の草案が、ライヒ内務大臣ゼーヴェリング(Carl Severing)によって、ライヒ議会に提出された(以下「28年政府草案⁽⁵⁾」)。この草案も再び法務委員会に送付されたが、1930年7月のライヒ議会の解散まで、本議会で検討されることはなかった⁽⁶⁾。この間の事情を政治の動き、学界の動きなどとともに示せば以下のようなになる⁽⁷⁾。

1925年		第3立法期 (1924年12月8日～)
2月28日	エーベルト大統領死去	
5月12日	ヒンデンブルグ大統領就任(～1934年8月1日)	
7月16日	「抵当権及びその他の請求権の増額評価に関する法律(増額評価法)」公布	
11月4日	ライヒ最高裁判所の増額評価法判決	
12月11日	ロカルノ条約調印	
1926年		
2月	ライヒ内務省において法律草案完成	
3月29日	ドイツ国法学者大会ミュンスター大会「法の前の平等」	
6月2日	ライヒ内務省案ベルリン新聞に発表	
12月	ライヒ内務大臣キュルツ DJZ にライヒ内務省案発表	
9月14日	第34回ドイツ法律家会議ケルン大会	
11月9日	ライヒ最高裁判所長官ジーモンズ「ドイツ司法の信頼危機」と題する講演	
12月11日	政府草案ライヒ議会に提出	
1927年		
3月25日	ライヒ議会, 法案を法務委員会に送付	
1928年		
3月31日	ヒンデンブルク大統領ライヒ議会を解散	
4月23日	ドイツ国法学者大会ミュンヘン大会「憲法裁判権の限界」	
6月28日	第二次ミュラー大連合内閣成立	第4立法期
8月16日	政府草案ライヒ議会に提出	(5月20日～)

何故、ライヒ政府がこの時期に草案を作成しライヒ議会に提出したのかという問題を考えるにあたって、1924年11月4日のライヒ最高裁判所の判決は重要である。この判決はライヒ最高裁判所がライヒ法律に対して審査権を行使した事例として著名であるが、これにより、「ライヒ政府は裁判官の審査権の問題を法律で規律するの必要を感じたように思われる⁽⁸⁾」のである。つまり、草案は、すでに述べたように、司法による審査権の承認に対する反作用と考えることができるのである。しかし、その際ライヒ政府が意図したのは、司法を民主主義の枠内に位置付けることではなく、無制限の裁判官の審査権によって必然的に生じる危険を、規範統制を導入し国事裁判所に審査権を集中することによって、排除することであった。したがって、反作用といっても、草案は、後に述べるように、裁判官の審査権を全く否定している訳ではないのである。つまり、「国事裁判所に集中された審査権は、……まず第一に裁判官の審査権を承認しようとする趨勢において表されている傾向を少なくとも部分的に考慮し、他方あらゆる裁判官が無効とすることから議会立法者を守るという妥協的要請である⁽⁹⁾」といえる。

つぎに、何故草案が最終的に議決されなかったという問題は、非常に難しい。確かに草案の取り扱いについて、本草案がライヒ憲法第19条の改正法律か否かについて争いがありこれを不成立の要因と考えることもできよう⁽¹⁰⁾。しかし、これとてライヒ政府・議会多数派が成立させるとい

う意志があれば、それほどの障害とはならないのである⁽¹¹⁾。したがって、不成立の要因はより広い視点から考えるべきであろう。「1920年代の終わりには、国事裁判権の活動可能性に対して懐疑的な国法学者の数が増加した。おそくとも1930年には、ライヒ議会の立法機能の実際上の放棄とライヒ憲法による緊急命令の増加によって、国事裁判所に審査権を集中しようという計画は最終的に頓挫した⁽¹²⁾」と指摘されるように、法律不成立にとって決定的なのは、20年代の終わりに強く現れた議会主義的統治体制における機能変化であるといえる。つまり、この時期より議会の立法能力が著しく低下し、重要な立法が大統領の緊急命令の形で行なわれたのである。しかも、この緊急命令に対して、「その合憲性を逸脱したと思われるものが相当あったにもかかわらず、裁判所はほとんど違憲の判決をしたことはなかった。つまり、裁判所は、法の擁護者の責任をすてて、行政権の独裁に追随したのである⁽¹³⁾」。

注

- (1) 法律案について、Helmut D. Fangmann, *Justiz gegen Demokratie*, Frankfurt a. M./New York, 1979, S. 119 ff., Friedhelm Hase „Richterliches Prüfungsrecht und Staatsgerichtsbarkeit“ in: F. Hase/K. H. Laudeur, *Verfassungsgerichtsbarkeit und politisches System*, Frankfurt a. M./New York, 1980, S. 111 ff., Fritz Morstein-Marx, *Variationen über richterliche Zuständigkeit zur Prüfung der Rechtsmäßigkeit des Gesetzes*, Berlin, 1927, S. 127, Wolfgang Wehler, *Der Staatsgerichtshof für das Deutsche Reich*, Bonn, 1979, S. 115 ff., 邦語文献として、石村修「憲法保障制度の基本問題—ヴァイマル憲法を中心として—」専修法学論集第27号 207頁以下、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82頁以下、林田和博「裁判官の法律審査権論」法政研究第12巻第2号54頁以下参照。
- (2) Vgl. F. Morstein-Marx a. a. O., S. 127.
- (3) Wilhelm Külz. „Die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Vorshriften des Reichsrechts“ DJZ 31 (1926) Sp. 837.
- (4) Verhandlungen des Reichstag III Wahlperiode, 1924, Bd. 412, in: Anlagen zu den Stenographischen Berichten Nr. 2855, 1927 (以下 „Anlagen, Nr. 2855“).
- (5) Verhandlungen des Reichstag IV Wahlperiode, 1928, Bd. 431, in: Anlagen zu den Stenographischen Berichten Nr. 382, 1929.
- (6) このような立法の経緯について、Fangmann, a. a. O., 121 ff. Wendenburg, a. a. O., S. 129, 広渡前掲論文 169頁参照。
- (7) 年表作成にあたっては、清水誠編『ファシズムへの道——ワイマール裁判物語』日本評論社1978年を参照した。
- (8) Wehler, a. a. O., S. 105.
- (9) Hase, a. a. O., S. 114.
- (10) 光田前掲論文94頁注(13), Wendenburg, a. a. O., S. 41 参照。たとえば、C. シュミットは、国事裁判所の権限拡大には憲法改正が必要であるとしている (Carl Schmitt, *Verfassungslehre*, 6 Aufl. Berlin, S. 117 ff. 尾吹善人訳 150頁以下)。
- (11) Z. B. Fangmann, a. a. O., S. 132.
- (12) Hase, a. a. O., S. 114.
- (13) 大西邦雄「ワイマール憲法の崩壊」『憲法と行政争訟』有斐閣昭和52年 181頁。尚、川北洋太郎「ワ

イマール共和国における議会政治制の悲劇」学習院大学政経学部研究年報第3号 238頁以下参照。

2. 草 案

キュルツ草案及び12月草案が予定する国事裁判所の権限の主たるものは三種ある。林田教授はこれを、純粹なる国事裁判所の機能、憲法裁判所の機能、鑑定者としての国事裁判所の機能に分類しているが⁽¹⁾、ここではボン基本法下の連邦憲法裁判所の手続の名称に従い、これらを——両者の間には若干の相違はあるが——抽象的規範統制手続、具体的規範統制手続、鑑定意見制と呼ぶことにする。いずれにしても、これらの権限は法的安定性、規範秩序の維持を目的とするものであり、ライヒ憲法の基本権の保障を確保するという人権保障を目的とするものではない。その理由としては、憲法の基本権規定が現実に高次の規範としての効力をもつという考えがヴァイマル憲法時代になかなか普及しなかったことや、個人の権利の保障は行政裁判権の任務でありその枠内においてなされていたということなどを挙げることができよう⁽²⁾。

キュルツ草案	政府草案	
第1条	1条	抽象的規範統制手続
2条	6条	具体的規範統制手続
3条	2条	申立手続
4条	3条	国事裁判所における審理
5条	4条	無効宣言の範囲
6条	5条	判決の公示
7条	7条	鑑定意見制（予防審査）
8条	8条	裁判所規則
9条	9条	裁判費用
10条		ライヒ政府による執行規定の制定
	10条	裁判を受ける権利の留保規定

キュルツ草案

- 第1条 (1) 本法律の施行後法律又は命令として公布されたライヒ法律の規定がライヒ憲法に矛盾するか否かについて疑念又は意見の相違が生じた場合には、ライヒ議会、ライヒ参議院、又はライヒ政府は、ライヒ国事裁判所に判決を求めることができる。外国との条約及び条約と関連する法律は除外される。
- (2) 前項の規定は（ライヒ法律の）規定がライヒ憲法の規定により有効に議決され公布されたか否かの問題並びにその内容がライヒ憲法に矛盾していないか否か及び（ライヒ憲法に適合していない場合）憲法改正に関するライヒ憲法の規定が遵守されたか否かの問題について妥当する。

(3) ライヒ国事裁判所は、1921年6月9日の国事裁判所法（ライヒ官報 905 頁）第18条 1 項による構成によって判決する。

第2条 (1) 最終審若しくは始審にして最終審の裁判所が、本法施行後法律又は命令として公布されたライヒ法の規定をライヒ憲法と矛盾する故に適用しないと確信したときは、裁判所は手続を中止し、その法見解を付して、これをライヒ政府に通告しなければならない。この場合、前条第1項が適用される。通告はライヒ政府に対して職権によってなされる。

(2) ライヒ政府が（裁判所からの一引用者）通告があった後1ヶ月以内に、裁判所に対して前条に基づきライヒ国事裁判所の判決を求めた旨を連絡したとき、裁判所は国事裁判所の決定がライヒ法律公報に公布されるまで手続を中止しなければならない。

第3条 判決の申立ては、書面で国事裁判所の長官に提出されなければならない。ライヒ政府が自ら申立てをなさない場合には、ライヒ政府は判決以前に聴聞されなければならない。ライヒ政府の宣明は書面により行なわれ、申立人に通知されなければならない。

第4条 (1) 国事裁判所は原則として非公開の審理によって書面による決定という形式で判決を行う。決定は理由を付し、申立人及びライヒ政府に職権により送達されなければならない。

(2) 国事裁判所は決定に先立って口頭弁論を命じることができる。申立人又はライヒ政府が口頭弁論を申立てる場合には、国事裁判所はこれをなさなければならない。その時期は、申立人及び当該最上級ライヒ官庁に通知されなければならない。当該最上級官庁は自己の立場を弁護するためにその執行及び申立について聴聞されるべき代理人を定めることができる。

第5条 国事裁判所は判決を求められた疑義又は意見の相違が法律又は命令の一つ又は個別的な規定であり、かつ国事裁判所が当該規定を無効であると宣言した場合には、国事裁判所はその決定において同時に、これによって、又いかなる範囲で無効となるかを示さなければならない。

第6条 ライヒ政府は（国事裁判所の一引用者）判決を、理由を付すことなく、ライヒ官報に公示しなければならない。判決は法律としての効力を有する。

第7条 ライヒ大統領又はライヒ政府は、議決された法律又は命令の公布に先立って、国事裁判所に対してそこに含まれるライヒ法の規定がライヒ憲法と矛盾するか否かについての鑑定を求めることができる。（この場合）第1条 2 項及び 3 項の規定が準用される。

第8条 本法に規定のない限りにおいて、国事裁判所長官は、手続及び事務を裁判所規則によって規定する。裁判所規則はライヒ政府及びライヒ参議院の同意を要し、ライヒ官報に公示されなければならない。

第9条 国事裁判所の手続については、印紙税及び手続料は徴収しない。

第10条 ライヒ政府は本法の執行規定を發布する権限を有する。

12月政府草案・28年政府草案

第1条 (1) 本法律の施行後法律又は命令として公布されたライヒ法律の規定がライヒ憲法の規定と適合するか適合しないが故に無効であるか否かについて疑念又は意見の相違が生じた場合には、ライヒ議会議員の3分の1以上、ライヒ参議院議員の3分の1以上又はライヒ政府はライヒ国事裁判所に判決を求めることができる。

(2) 前項の規定は、（ライヒ法律の一引用者）規定がライヒ憲法の規定により有効に成立、公布されたか否かの問題並びにその内容がライヒ憲法に適合しているか否か及び（ライヒ憲法に適合していない場合）憲法改正に関するライヒ憲法の規定が遵守されたか否かの問題について妥当する。

(3) ライヒ国事裁判所は、1921年6月9日の国事裁判所法（ライヒ官報 905 頁）第18条 1 項による

構成によって判決する。

第2条 判決の申立ては、書面で国事裁判所の長官に提出されなければならない。ライヒ政府が自ら申立てをなさない場合には、ライヒ政府は判決以前に聴聞されなければならない。ライヒ政府の宣明は書面により行なわれ、申立人に通知されなければならない。

第3条 (1) 国事裁判所は原則として非公開の審理によって書面による決定という形式で判決を行う。決定は理由を付し、申立人及びライヒ政府に職権により送達されなければならない。

(2) 国事裁判所は決定に先立って口頭弁論を命じることができる。申立人又はライヒ政府が口頭弁論を申立てる場合には、国事裁判所はこれをなさなければならない。その時期は、申立人及び当該最上級ライヒ官庁に通知されなければならない。当該最上級官庁は自己の立場を弁護するためにその執行及び申立について聴聞されるべき代理人を指定することができる。

第4条 国事裁判所の判決を求められた疑義又は意見の相違が法律又は命令の一つ又は個別的な規定であり、かつ国事裁判所が当該規定を無効であると宣言した場合には、これによって、法律若しくは命令の他の規定も無効となるか否か、又いかなる範囲で無効となるかを、国事裁判所はその決定において同時に示さなければならない。

第5条 ライヒ政府は（国事裁判所の一引用者）判決を、理由を付すことなく、ライヒ官報に公示しなければならない。判決は法律としての効力を有する。

第6条 (1) 裁判所は、1919年8月11日のライヒ憲法施行後に法律又は命令として公布されたライヒ法の適用規定をライヒ憲法と適合せずそれ故無効であるとみなす場合には、以下の規定に従いこの問題について判決が下されるまで、裁判所は手続きを中止しなければならない。この場合、第1条2項の規定が適用される。

(2) 手続きを中止した裁判所がライヒ最高裁判所若しくは他の最上級裁判所又はラントの上級裁判所である場合、これらの裁判所は、当該問題の判断を求めるため訴訟書類を自己の法見解による理由を付してライヒ国事裁判所に提出しなければならない。国事裁判所は判断を下すに先立ちライヒ政府の意見を聴取しなければならない。国事裁判所は決定の形式で判断を下す。決定は理由を付しライヒ政府に送付しかつ、訴訟書類とともに、決定を申立てた裁判所に正本をもって送付されなければならない。この場合、第1条3項、4条及び5条の規定が適用される。

(3) 裁判所が前項所定の裁判所でない場合、当該裁判所は、その審級の最上級の裁判所に、（それがライヒ裁判所にあたる時は）ライヒ裁判所の代わりにラントの最上級裁判所に、その法見解の理由を付して訴訟書類を提出しなければならない。これらの裁判所が申立てを行った裁判所の見解を認容した場合には、前項に従って手続きを遂行しなければならない。否定した場合には決定の形式によりその旨の判決を下す。決定は訴訟書類を付して申立てを行った裁判所に正本をもって送付しなければならない。

(4) 手続きを中止した裁判所は、訴訟関係人に、裁判所が当該関係人に職権で手続きの中止を通知している場合に限って、当該決定を送付し、職権で手続きを再開しなければならない。決定は本件の後の手続きを拘束するが、ラントの上級裁判所の決定は、これに上位する裁判所を拘束するものではない。

(5) ライヒ政府は、ライヒ参議院の同意を得て、第2項所定の裁判所以外の裁判所が第2項の規定によって、第3項の裁判所以外の裁判所が第3項の規定によって手続きを行う旨を定めることができる。

第7条 ライヒ大統領又はライヒ政府は、議決された法律又は命令の公布に先立って、国事裁判所に対してそこに含まれるライヒ法の規定がライヒ憲法と適合するか、適合しないが故に無効か否かについての鑑定を求めることができる。この場合、第1条2項及び3項の規定が準用される。

第8条 本法に規定のない限りにおいて、国事裁判所長官は、手続き及び事務を裁判所規則によって規定す

る。裁判所規則はライヒ政府及びライヒ参議院の同意を要し、ライヒ官報に公示されなければならない。

第9条 国事裁判所の手続並びに第6条3項2段及び3段所定の裁判所の決定手続については、印紙税及び手数料は徴収しない。

第10条 国事裁判所又は他の最上級裁判所に提起するライヒ憲法上の権利は本法によって害されない。

注

(1) 林田前掲論文56頁以下参照。

(2) Vgl. Ulrich Scheuner „Die Überlieferung der deutschen Staatsgerichtsbarkeit im 19. und 20. Jahrhundert“ in: Ch. Stark (Hrsg.), Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz, Bd. 1 Tübingen, 1976, S. 47.

3. 共通点と相違点

以上のようなキュルツ草案と政府草案（12月政府草案・28年政府草案）はどのような趣旨で提案されたのであろうか。以下、両者の相違点及び共通点を検討しながらこの問題を考えていく。両者の相違点としては、①提訴権者、②審査対象、が挙げられ、共通点としては、①予防的審査、②違憲法律の当初無効、③裁判官の審査権を挙げることができよう。

相違点の第一は、国事裁判所に規範統制を提起する権利を有する者の範囲である。まず、抽象的規範統制手続についてみると、キュルツ草案ではライヒ議会、ライヒ参議院、ライヒ政府とされているのに対して、政府草案では、ライヒ議会議員の3分の1、ライヒ参議院議員の3分の1、ライヒ政府となっている。キュルツ草案におけるライヒ議会、ライヒ参議院とは結局は議会の多数派ということになるが、法律を作った当の議会多数派が、その法律の再審査を国事裁判所に申し立てる事は通常考えられない。そこで、政府草案はライヒ議会、ライヒ参議院という形ではなく各議院議員の3分の1にしているのである。3分の1という数字は、政府草案提案理由によれば⁽¹⁾、ライヒ憲法が憲法改正法律制定の要件としている3分の2に対応するものである。つまり、少数派といえども、3分の1以上あれば、憲法改正法律は阻止できるので、憲法改正法律以外の通常の法律に対して国事裁判所への提訴権が認められるのである。このような議会内多数派に対する少数派の保護という考え方は、既に紹介したアンシュッツのキュルツ草案批判にも現れており、12月政府草案はこれを受けた形でキュルツ草案を修正したのである。そしてこのような提訴権者の範囲は、そのままの形でボン基本法下の連邦憲法裁判所の抽象的規範統制手続にも受け継がれている⁽²⁾。

さらに、この提訴権者の範囲の相違は、具体的規範統制手続にも現れている。国事裁判所に具体的規範統制を申し立てることができるのは、キュルツ草案では最終審及び始審にして最終審の裁

判所となっており、しかもこれらの裁判所も直接、国事裁判所に対して申立てできるわけではなく、ライヒ政府を経由しなければならない。これに対して、政府草案ではすべての裁判所となっている。確かに、政府草案でも国事裁判所に直接申し立てられるのは、ライヒ最高裁判所、その他の最上級裁判所、ラントの上級裁判所のみであり、その他の裁判所はその審級の最上級裁判所を経由しなければならない。しかし、政府案がこのように下級裁判所の提訴権を制限したのは、国事裁判所の負担の軽減という要請からである。「このことは、政府草案について検討を加えた K・v・イムホフが『草案は下級裁判所のために中間審を設けている。しかし、このことは国事裁判所の負担を軽減するための組織的・技術的措置であって、国事裁判所の判決を求めることとのかかわりにおいては重要でない』と述べていることからもうかがえよう⁽³⁾」。キュルツ草案の場合は全く異なる。キュルツ草案第2条におけるライヒ政府の経由の要請は、「ライヒ最高裁判所の判決によって作り出された状況に対するライヒ政府の防御的反抗を示している。ライヒ政府は、ある裁判所によって違憲であるとされた法律が国事裁判所に移送されるべきか否かについての決定を留保する可能性を作ろうとした。これによって、裁判官の審査権は決定的に制限されたのである⁽⁴⁾」。これによって、第2条は、「具体的規範統制そのものというよりも、抽象的規範統制における政府の提訴に契機を与えるもの⁽⁵⁾」ということになる。

相違点の第二は、審査の対象に関するものである。まず、抽象的規範統制手続において、キュルツ草案では、条約及び条約と関連する法律が明文で除外されているのに対して、政府草案では条約が除外されていない。この条約の審査の問題は非常に重要である。「なぜなら、ベルサイユ条約からヴァイマル共和国の終えんに至る全政治は第一次世界大戦の所産である国際条約、たとえば賠償に関する諸条約と深く拘わり、一部はこれに依拠しているからである⁽⁶⁾」。キュルツ草案が条約及び条約と関連する法律を審査の対象から除外したのは、ライヒ政府及びライヒ大統領の外交に関する権限を確保することにある。つまり、もし除外しなければ「ライヒ政府の国際的宣言の交渉能力及び意義が低下してしまうであろう。ライヒ政府及びライヒ大統領はここにおいて他の国々との法的交渉において法的拘束力をもつ意思表示の権威ある担い手でなければならない⁽⁷⁾」と考えたのである。これに対して、政府草案は、「条約は、それが国内的法律として締結され、公布されそして国内的執行法律が国法上他の法律と原則的に区別できない限りにおいて、その国際法的効力は本法によって影響を受けない⁽⁸⁾」と考えて、条約及びこれと関連する法律も審査の対象とした。しかし、このような考え方はキュルツ草案作成の時点よりはるか以前から主張されており、ライヒ政府が見解を変更した理由とはならない。あえて理由を詮索すれば、「ライヒ政府が国事裁判所による条約の廃棄の危険性が少なくなったと考えたか、又はライヒ政府にとって万一の場合の条約の廃棄が必ずしも不都合なものではないという印象を持った⁽⁹⁾」からであるとも考えられないわけではないが。

次に、具体的規範統制手続において、その審査の対象がキュルツ草案では、法律施行後に公布された法律及び命令となっているのに対して、政府草案ではその範囲が拡大され、ヴァイマル憲法施行後のすべての法律及び命令となっている。政府草案が審査対象を拡大したのは、キュルツ草案ではライヒ最高裁判所の判決との関係で問題が生じると考えたからである。即ち、「1925年11月4日のライヒ最高裁判所の判決において、裁判所の審査権が一般的に承認されたので、審査権の対象を拡大しなければ不都合な状態が生じることとなる。つまり、新しいライヒ憲法後に公布された従来の法律については、審査は通常の審級において判決によって行なわれるのに対して、将来公布される法律については、本法の特別の手続きに従って行なわれなければならないのである。したがって、第一の場合、最終的には、当該裁判所系列の最終審裁判所が判断を下すのに対して、第二の場合国事裁判所が判断を下さなければならないであろう。各ラントの法律官吏によっても批判されているこのような相違を回避するために、第6条は拡大されたのである⁽⁶⁾」。

以上のような相違点にもかかわらず、両草案には本質的な点において多くの共通点がある。そして、これらの共通点こそが、本稿の問題意識にとって重要である。

共通点の第一は、両草案とも鑑定意見制⁽¹¹⁾を導入していることである。両草案第7条によれば、ライヒ大統領及びライヒ政府は法律・命令の公布に先立ち、その憲法適合性について国事裁判所の鑑定意見を求めることができる。このようにまだ公布されていない段階で、違憲の法令が公布されないように事前に予防的に行なわれる審査は、公布以後に行なわれる審査と対比して、一般的に予防的規範審査とよばれる。両草案第7条はこの予防的規範審査を定めているが、予防的規範審査制には一般的にあって、立法手続きの段階で違憲な法令を排除することができるという利点がある。提案理由によれば、予防的規範審査制は次のような趣旨である。国事裁判所に鑑定を求める権限はライヒ大統領及びライヒ政府にのみ与えられる。なぜなら、「ライヒ大統領及びライヒ政府はライヒ憲法上、憲法改正立法の要件なしに制定された法律を疑念がある場合公布するか否かについて決定する唯一の責任を有するからである。ライヒ大統領及びライヒ政府は鑑定を求める権限を有するのであって、義務ではない。このような意味においてのみ本条項を理解すべきである。疑義のある問題に対して自ら態度を表明し、そしてこのような態度表明に応じて（したがって）合憲であると考えた法律を公布することは、ライヒの執行部に委ねられたままでなければならない。鑑定意見を求めることが必要でかつ適当であるか否かの決定に際して、ライヒの執行部は、ライヒ議会の大なり小なりの多数派の要求又はこれらがほとんどすべての法律について表明するような疑念には拘束されない。ライヒ議会又はライヒ参議院の多数が、ライヒ政府によって公布すべきであるとみなされた法律について裁判所の判断を望むならば、本法第1条にしたがって直ちにこれを求めることができるし、他方、裁判所は第2条によって重大な疑義が存在するか否かを明らかにすることができる。しかし場合によっては、ライヒ政府は公布に関する

る裁判判決以前に問題を鑑定によってあきらかにすることを望むであろう。つまり、これが問題となるのは、法律の公布がライヒ議会又はライヒ参議院の意図に反して憲法上の理由から拒否されるときである。これについて第7条は光明をもたらすのである。つまり、第7条は申立てにより国事裁判所に鑑定を行うことを義務づけるのである⁽¹²⁾。

このような予防的規範審査制は、1924年のドイツ法律家会議ハイデルベルク大会の提案⁽¹³⁾にもみられるものであるが、裁判官の審査権から直接導き出す事ができない「憲法裁判所的なもの」である。尚、この鑑定意見制はボン基本法下の連邦憲法裁判所法第97条によっても導入されたが、1956年7月21日の改正法律によって削除された⁽¹⁴⁾。

共通点の第二は、両草案とも、違憲法律の当初無効を前提としていることである。国事裁判所によって違憲であるとされた法律の効力について、両草案は、当該法律の「無効」を予定している（キュルツ草案第5条・政府草案第4条）。しかし、これらの規定は無効の範囲に関するものであって、無効それ自体の具体的内容については、明文の規定はなく、提案理由中にこれを求める他にない。提案理由によれば、両草案は違憲法律の当初無効を予定している。即ち、「国事裁判所の判決は、無効宣言（Ungültigkeitserklärung）の場合、当該法規範が当初より無効であることを確定する。このような規範が有効であると取り扱われた期間中に下された確定判決は、遡及効の限界に関する一般原則に従って、異動を及ぼされない。これによって不公平（Unbilligkeit）が生じる恐れがある。しかし、このような不公平を一般的規定によって除去することは出来ない。蓋し、確定力をもって処理された法関係を遡及的に処理することは、判決の確定力を信頼していたすべての人々に対する大きな混乱や不公平なしにはなされえないからである⁽¹⁵⁾」。それでは、何故両草案とも当初無効を予定していたかといえば、それは、両草案の基礎に裁判官の審査権が存在しているからである。ヴァイマル憲法時代の裁判官の審査権をめぐる論争において、審査権否定論が憲法の上位性の否定をその有力な根拠としたのを受けて、審査権肯定論はその理論的前提として憲法の上位性（憲法の優位）を強調し、上位法たる憲法に反する法律の当初無効論を採用していたのである。即ち、裁判官も法律に拘束されるが、それは有効な法律のみである⁽¹⁶⁾。したがって、裁判官は適用法律が有効、無効かを審査しなければならない。そして審査の結果、当該法律が違憲となれば、その法律は憲法と抵触した時点、つまり当初より無効とされるのである。このような当初無効論については、審査権肯定論内部ではほとんど批判がなかった。なぜなら、論争の中心は裁判官の審査権、つまり付随的審査権であったからである。ところが両草案で問題となっているのは国事裁判所の審査権である。裁判官が個別的な事件において違憲法律を適用しないことの理論的前提としての違憲法律の当初無効論と国事裁判所が違憲法律を当初より無効とすることには、大きな相違がある。実際上の問題に限っても、前者では、法律は一般的に無効とされたわけではないという形で当初無効論を採用することによって生じる混乱を回避すること

ができるのに対して、後者では、判決の直接的効力として当該違憲法律が一般的に当初より無効とされ、それによって法関係に大きな混乱が生じる恐れがある。にもかかわらず、両草案が違憲法律の当初無効論を採用していることは、ドイツでは当時より、憲法裁判所型の審査権と司法審査型の審査権について、両者が原理的に全く異なるものであるとは考えていなかったことを示している。と同時に、当時既に隣国オーストリアの憲法裁判所では将来無効が採用されており⁽¹⁷⁾、両草案は当然これを意識しながら当初無効論を採っていることは、同じ特別裁判所でも、ドイツとオーストリアが原理的に相違することを認識していたのである。

共通点の第三は、先に述べたように、両草案とも、裁判官の審査権を前提としていることである。まず、キュルツ草案は裁判官の審査権に関する明文の規定をもたず、又提案理由中にも明確な主張もみられない。しかし、提案理由中の以下のような記述は、キュルツ草案が裁判官の審査権の存在を前提としていることを推測させる。即ち、提案理由は、裁判官の審査権に関する学説及び諸外国の法制について検討した後、次のように述べる。「裁判官の審査権を全面的に否定することもこれを全面的に肯定することもこの問題をドイツのために十分に解決することはできない。裁判官の審査権を全く否定し、これに対する代替措置を講じない場合には、ライヒ政府に憲法上の制限を遵守させるためのコントロールが無くなってしまう。逆に、裁判官の審査権を全面的に肯定すれば法的安定性が脅かされることになる。なぜなら、疑念が生じたあらゆる場合に様々な審級及び手続（民事裁判所、刑事裁判所、行政裁判所等）において、様々な判決が下される可能性があり、たとえ最上級裁判所（ライヒ最高裁判所、ライヒ財政裁判所、ライヒ年金裁判所、上級ラント裁判所刑事部及び小民事部、上級行政裁判所等）の間の意見の相違を解決するために、調整機関が設けられるにしても、通常の審級系列におけるこのような判断が下されるまでにあまりにも時間がかかるからである⁽¹⁸⁾」。このように草案は、裁判官の審査権を承認することに伴う法的不安定性を排除するために、国事裁判所の審査を考えているのである。したがって、草案に関する文献の多くは、草案が裁判官の審査権を黙示的に承認しているとみなしているのである⁽¹⁹⁾。たとえば、F・モルシュタイン＝マルクスによれば、「まず第一に、第2条から明らかのように、本草案は黙示的に裁判官の付随的審査権を承認している。なぜなら、草案は一般の裁判所（Prozeßgericht）があるライヒ法規範を違憲であるとして適用しないことができるという法的可能性から出発しており、その結果草案は裁判所のこのような行為が正当であることを……前提としているからである。したがって、草案のこのような規定に、本論稿において取り扱われている問題に対する立法者の最初の態度表明、しかも積極的意味の表明をみることができる⁽²⁰⁾」。また、R・グラウも同様に、「草案は、一般の裁判官の審査権の存在を前提としており、これを新しい国事裁判所の審査手続の導入の後も引き続き——新しい法律によって国事裁判所のために明示的な制限が課せられない限り——妥当させようとしてことは明らかである。したがっ

て、本草案は、たとえばチェコスロバキア及び事実上オーストリアにおいて存在しているような裁判官の審査権の統一をもたらすものではない。本草案はライヒ法律及びライヒ命令に対する国事裁判所の特別の審査権のみを規定するものではあるが、将来の唯一の審査権を規律するものではない。⁽²¹⁾」と主張する。また、政府草案も、その提案理由においてキュルツ草案の提案理由を受け継ぎ、またいわゆる具体的規範統制手続において移送裁判所の範囲が拡大されていることなどから、裁判官の審査権を前提としていると考えられる。

注

- (1) Vgl. Anlagen, Nr. 2855, S. 4.
- (2) 本稿 I 2(2)の注(18)参照。
- (3) 光田前掲論文87頁。
- (4) Wehler, a. a. O., S. 106.
- (5) 光田前掲論文90頁。
- (6) Fangmann, a. a. O., S. 122.
- (7) Külz, a. a. O., Sp. 845.
- (8) Anlagen, Nr. 2855, S. 4.
- (9) Fangmann, a. a. O., S. 122.
- (10) Anlagen, Nr. 2855, S. 5.
- (11) 鑑定意見制について、清水望『西ドイツの政治機構』成文堂昭和44年 465頁以下参照。尚、清水教授も、「(キュルツ草案第7条)が予防的規範審査の提唱であったことは明らかである」と指摘している(466頁)。
- (12) Külz, a. a. O., Sp. 844 f., Anlagen, Nr. 2855, S. 5.
- (13) 本稿 I 2(1)参照。
- (14) 清水前掲書 467頁参照。
- (15) Külz, a. a. O., Sp. 844, Anlagen, Nr. 2855, S. 5.
- (16) 前掲拙稿(連邦憲法裁判所の手続) 84頁参照。
- (17) 古野豊秋「オーストリアの具体的規範統制における憲法裁判所の手続」比較法雑誌第16巻第1号47頁以下参照。
- (18) Külz, a. a. O., Sp. 839.
- (19) 光田前掲論文89頁以下、林田前掲論文56頁参照。
- (20) F. Morstein-Marx, a. a. O., S. 138.
- (21) Richard Grau, „Zum Gesetzentwurf über die Prüfung der Verfassungsmäßigkeit von Reichsgesetzen u. Reichsverordnungen“ AöR 50 (1926), S. 289 f.
- (22) Vgl. Anlagen, Nr. 2855, S. 3.

【1985年5月31日脱稿】