

# ヴァイマル憲法下の裁判官の審査権(3・完)

畑 尻 剛

## 目次

### 問題提起

#### I H・トリーベルとG・アンシュッツの集中論

1. 一般の裁判官の審査権
  - (1) H・トリーベルの肯定論
  - (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・トリーベルの集中論(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・集中論と審査権否定・集中論

#### II 1926年及び28年の法律案

1. 立法の経緯
2. 草案
3. 相違点と共通点(以上第21巻第1号)

#### III 日本国憲法における違憲立法審査制(以下本号)

1. 問題の所在
2. 立法過程と先例をめぐる議論
  - (1) 立法過程
    - 1) 日本国憲法第81条
    - 2) 裁判所法第7条
    - 3) 集中された審査権の内実
  - (2) 先例とその問題点
3. 憲法裁判所説と憲法裁判所
  - (1) 憲法裁判所説の系譜
    - 1) 佐々木惣一
    - 2) 覚道豊治
    - 3) 中谷敬寿
    - 4) 一圓一億
    - 5) 入江俊郎
    - 6) 榎原猛
    - 7) 憲法裁判所説の問題点
  - (2) 比較憲法の対象としての憲法裁判所
    - 1) 憲法裁判所制度研究の系譜とその特質

- 2) 具体的規範統制手続
  - (i) 林田和博
  - (ii) 川北洋太郎
  - (iii) 清水望
- 3) 具体的規範統制手続と裁判官の審査権

結 語

### Ⅲ 日本国憲法における違憲立法審査制

#### 1. 問題の所在

以上、ヴァイマル憲法時代の裁判官の審査権をめぐる議論を通観してきたが、我々はそこに四つの類型を見出すことができた。即ち、F・ノイマンのように、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・非集中論）、G・アンシュッツのように、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（肯定・集中論）、F・モルシュタイン＝マルクスのように、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・非集中論）、そして、H・トリーペル、1926・28年の法律案のように、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・集中論）である。

ヴァイマル憲法下の議論についての従来の研究では、このような四つの類型が必ずしも明瞭に認識されていたとはいえない。それは、従来の違憲審査制度をめぐる議論自体が、集中型か非集中型かという枠組でなされていたことと無縁でない。それ故、従来の二類型＝集中型・非集中型＝での議論は、ヴァイマル憲法時代の議論を過度に単純化してしまい、ボン基本法下の連邦憲法裁判所制度のたんなる前史として、その意義を過小評価している。しかし、ヴァイマル憲法時代の議論はボン基本法下の連邦憲法裁判所制度と直結しており、連邦憲法裁判所という制度とその性格を正確に理解するためには、ヴァイマル憲法時代の議論の仔細な検討は不可避である。

また、この四類型は、オーストリアの憲法裁判所と西ドイツの連邦憲法裁判所との性格の違いを明らかにする。これについては、具体的規範統制手続を手掛りとして既に論じたところである。つまり、オーストリア憲法裁判所（否定・集中型）では、①憲法は一般の裁判所の審査権を原則的に否定している。②具体的規範統制手続における一般の裁判所からの申立ては、憲法裁判所が独占する審査権・廃棄権行使の一つの契機にすぎないとみなされている。③申立てをなしうる裁判所の範囲は政策的に定められている。④申立ての要件は緩く、適用法律の憲法適合性に対するたんなる疑念の存在で足りる。⑤判決は一般的効力を持ち、それは創設的かつ将来効をもつものである。これに対して、西ドイツの連邦憲法裁判所（肯定・集中型）では、①憲法は一般の裁判所の審査権を前提としている。②具体的規範統制手続における一般の裁判所の申立ては、

一般の裁判所に属する審査権と密接に関連する。③申立権を有する裁判所はすべての裁判所である。④申立ての要件は厳格で、一般の裁判所が違憲判決を下すのと同程度のものが要求される(違憲の確信及びその十分な理由付け、当該法律の判決との関連性等)。⑤判決は一般的効力をもつが、それは確認的であつて遡及的無効(当初無効)である<sup>(1)</sup>。

以上のような結論は、比較法的にみれば、憲法裁判所制度とよばれるものの中にもその性格の異なったもののあることを明らかにするものであり、また、憲法解釈論的にみれば、日本国憲法第81条の違憲審査制度の性格の再考を促すものである。以下、この二つの問題を念頭に置きながら、比較憲法及び憲法第81条解釈について従来の研究を検討する<sup>(2)</sup>。

#### 注

- (1) 古野豊秋「オーストリアの具体的規範統制における一般の裁判所の手続」比較法雑誌第15巻4号(1982年)、同「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」第16巻1号(1982年)26/68頁、拙稿「西ドイツの具体的規範統制における一般の裁判所の手続」第15巻4号145/165頁、同「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」第16巻13号69/151頁、憲法裁判研究会「西ドイツおよびオーストリアにおける具体的規範統制制度—その総括と展望」第19巻3号(1985年)79/111頁参照。
- (2) 以下の議論においては次の二点に留意する必要がある。

第一に、以下の議論で、オーストリア型憲法裁判所制度、西ドイツ型憲法裁判所制度という言葉が対照的に用いられるが、これらの言葉は、現実の具体的な憲法裁判所制度・手続を説明するために用いられるものではなく、両制度を支える理論的傾向に着目した道具概念である。

第二に、本稿を通じて、具体的規範統制手続が考察の中心を占める。もちろん、この具体的規範統制手続をもって西ドイツの憲法裁判所制度を代表させることできない。憲法裁判所の手続は多様且つ広範であり、憲法及び法律で予定されているもので、18種の手続がある。しかし、本稿の直接の対象である規範審査と直接結び付くのは、具体的規範統制、抽象的規範統制及び憲法異議である。そして、いわゆる抽象的規範統制が認められるか否かは、裁判官の審査権の問題とは必然的な関係にない。つまり、裁判官の審査権を前提としてあるいは併存的に、裁判所への提訴権を議会や政府に与えるのか、一般国民に与えるのかは提訴権者を誰にするかという法技術的問題であって、本質的なものとは考えられないのである。

ところが、従来の我が国の議論では、我が国と最も性格の異なる制度として、西ドイツの連邦憲法裁判所が念頭におかれてきたが、その際、その手続の内、機関争訟や抽象的規範統制に着目した類型化が行われてきた。このうち規範統制としては抽象的規範統制手続が問題となるが、抽象的規範統制の具体的手続内容がいかなるものであるかということについては、比較憲法的見地からの紹介の域を出るものではない。日本国憲法の違憲審査権を考える場合、当初は議論があったものの今日最も問題となるのは抽象的規範統制手続を認めるか否かではない。我が国の違憲審査制との関連でいえば、具体的規範統制手続こそ、その導入の可能性をまず第一に議論しうるものである。

## 2. 立法過程と先例をめぐる議論

議論の出発点として、日本国憲法及び裁判所法の制定過程をまず第一に検討する。既にこの分野については、詳細で示唆に富む研究があり<sup>(1)</sup>、本稿もこれらの研究に負うところが大きい。に

もかかわらず敢えて屋上屋を重ねる愚をおかすのは、上述の4類型によって従来の議論を再考しようとするためである。

### (1) 立法過程<sup>(2)</sup>

#### 1) 日本国憲法第81条

昭和20年10月13日に松本内務大臣を委員長に設けられた憲法問題調査会では、違憲審査権については明治憲法のままとし、これを認めるか否かはその解釈に委ねるという結論であった<sup>(3)</sup>。このような日本側の考えに対して、昭和21年2月13日に日本側に提示されたマッカーサー憲法草案は次のようにいう。

「第七十三条 最高法院ハ最終裁判所ナリ 法律、命令、規則又ハ官憲ノ行為ノ憲法上合法ナルヤ否ヤノ決定カ問題ト為リタルトキハ憲法第三章ニ基ク又ハ関連スル有ユル場合ニ於テハ最高法院ノ判決ヲ以テ最終トス 法律、命令、規則又ハ官憲ノ行為ノ憲法上合法ナリヤ否ヤノ決定カ問題ト為リタル其ノ他有ラユル場合ニ於テハ国会ハ最高法院ノ判決ヲ再審スルトヲ得 再審ニ付スルコトヲ得ル最高法院ノ判決ハ国会議員ノ三分ノ二ノ賛成ヲ以テノミ之ヲ破棄スルコトヲ得 国会ハ最高法院ノ判決ノ再審ニ関スル手続規則ヲ制定スヘシ」<sup>(4)</sup>

これを受けた昭和21年2月29日の「日本国憲法（初稿）」では、次のように改められた。

「第五条 最高裁判所ヲ以テ憲法裁判所トス。憲法違反事件ニ係ル争訟及憲法ノ条規ニ係ル疑義ハ最高裁判所之ヲ判決ス。

第六条 憲法第三章ノ規定ニ関スル行政事件ニ係ル訴訟ハ終審トシテ最高裁判所ノ管轄ニ属ス。

第七条 法律ノ効力ニ係ル事件ヲ除クノ外憲法違反事件ニ係ル争訟憲法ノ条規ニ係ル疑義ニ関スル事件（並ニ前項ノ訴訟）ニ付最高裁判所ノ為シタル判決ニ対シテハ国会ハ再審ヲ為スコトヲ得。此ノ場合ニ於テ両議院ハ各其ノ三分ノ二以上ノ多数ヲ得ルニ非ザレバ最高裁判所ノ判決ヲ破棄スルコトヲ得ズ。前項ノ再審ノ手続ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム。」<sup>(5)</sup>

さらに、3月1日の「日本国憲法（第二稿）」では、次のようになった。

「第七十七条 此ノ憲法第三章ノ規定ニ関連アル法令又ハ行政行為ガ此ノ憲法ニ違反スルヤ否ヤノ争訟ニ付テハ最高裁判所ノ裁判ヲ以テ終審トスル。前項ニ掲グルモノヲ除キ法令又ハ行政行為ガ此ノ憲法ニ違反スルヤ否ヤノ争訟ニ付キ最高裁判所ノ為シタル判決ニ対シテハ国会ハ再審ヲ為スコトヲ得。此ノ場合ニ於テ両議院ハ各其ノ三分ノ二以上ノ多数ヲ得ルニ非ザレバ最高裁判所ノ判決ヲ破棄スルコトヲ得ズ。前項ノ再審ノ手続ハ法律ヲ以テ之ヲ定ム。

第七十八条 最高裁判所ハ終審裁判所トス」<sup>(6)</sup>

この段階までの草案では、憲法適合性の判断のなかで基本権規定に関するもの以外は、国会の両議院の議員の3分の2の多数によってこれを取り消すことができるとなっていた。これは、裁判所をあまりに独立させると司法部の寡頭政の危険があり、人権以外について議会の再審査を認めることによって、このような危険性を排除することができるという総司令部側の配慮があったようである。これに対して、三権分立を貫くのであれば、最高裁判所で決定されたものをその後

で国会の審査に付すのではなく、最高裁判所の審査を最終的なものとすべきであるという日本側の意見が認められた<sup>(7)</sup>。

したがって、3月6日の「憲法改正草案要綱」では、次のようになった。

「第七十七条 最高裁判所ハ最終裁判所トシ一切ノ法律、命令、規則又は処分ノ憲法に適合スルヤ否ヲ決定スルノ権限ヲ有スルコト」<sup>(8)</sup>

昭和21年4月17日の「憲法改正草案」は、この前段と後段が1項と2項という形に分けられた。

「第七十七条 最高裁判所は、終審裁判所である。

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。」<sup>(9)</sup>

これが枢密院に諮詢され、「帝国憲法改正案」(21.5.25)となり、その議論は、特別国会における審議(昭和21年6月25日から10月7日)に移された。

6月25日から8月24日の衆議院における審議中、特に注目されるのは、金森国務大臣の以下のような答弁である。

(衆議院帝国憲法改正案委員会第2回7月1日)

「更にこの裁判所の中に、最高裁判所は一切の法令又は処分、特に法律が憲法に適合するや否やを裁判しうることとして居ります。ご承知のご如く日本の現行制度の下に於きましては、裁判所と議会は略々平等の立場に考えられて居り、而も議会は立法の府とされて居りまするが故に、若しも議会が定めましたる法律が憲法違反であると云う疑いがありましても、裁判所はこれを批判し得ない、憲法違反の法律でも有効な法律として認めなければならないと云う風に、少なくとも大多数の考え方は答えて居ります。併ながら今回の改正案に於きましては、若しも憲法違反の法律があるならば、最高裁判所はこれを明かに判断して、裁判の適用上斯の如き法律が起れば、それを無効なものとして処置し得ると云う機能を存することにして居ります。唯付言致しまするが、これは法律そのものを凡ゆる意味に於て無効とする訳ではありません。裁判に必要な範囲内に於て無効とするという趣旨であります」<sup>(10)(11)</sup>

(衆議院帝国憲法改正案委員会第19回7月22日)

「これは裁判所は何処までも裁判をするところである。その一般の考えは現在の裁判所の権能と少しも変わって居りませぬ。だから法令そのものを審査するのではなく、法令が偶々関与して具体的案件が起った時に裁判の一つの論点として憲法違反の問題を解決すると云う建前であります。随てその具体的の手続、訴訟法の定めるその手続の中に現れて来るのでありまして、全く狭いと云えば狭いものであります。併しそうしなければ権力分立を余りに破壊する慮があります。斯う云う風に考えます。」<sup>(12)</sup>

「最高機関が正しいと思って決めたものは詰り憲法違反でないと云うことを国会が刻印付きで出したものであると致しますれば、裁判所と雖もこれを批判することが出来ないと云うことは、解釈上恐らくは当然出てくるものと思つて居ります。併しそれでは困ると云うので、例外的に最高裁判所が左様な法律を批判して憲法に適うや否やということが言えるのだ、斯う云う風に七十七条(憲法八十一条)の2項で規定を致しましたそうすると最高裁判所以外の裁判所はそう云う特権を授与されては居りませぬ。だから法律命令は審査が出来ない。斯う云う解釈になって居ります。」<sup>(13)</sup>

「金森国務大臣：因より一審、二審と云う下級裁判所に対してその当該の憲法問題を含んだ訴訟事件を起こすことが出来ます。併しその法律が憲法に違反するや否やと云う問題を処理しようと云う時は自分では

出来ないのであります。最高裁判所へその事件を送付すると云ふような形で事件を解決したいと考えて居ります。

小島徹三委員：……この七十七条（憲第八十一条）の法律命令等が憲法に違反するかしないかと云うことは、別個にその法律や命令を取捕まえて直接大審院に訴える、最高裁判所に訴えることが出来ると云う風に解釈することが出来るのでありましょうか、その方が余程簡単だと思いますが如何でありましょうか。

金森国務大臣：手続法の決め方に依りまして、苟くも憲法違反問題を法律に付て考えます場合に総て最高裁判所に持って行くと云うことは、立法的に考えられることと思つて居ります。けれども最高裁判所と云うものは、まだ具体的に組織が決まらぬからして、何とも明言出来ませぬけれども、そんなに大きな規模のものではないと思つて居ります。……そこで一から十まで直接持って行くことは弊害があります。だから事案が非常に小さくとも、例えば役人の月給を払わなかつたと云うことで、それが訴訟になって憲法違反かどうかと云う場合には、最高裁判所にその要点だけは現わして行く、斯う云う風にするより外直接の途はないと思つて居ります。〔以下強調はすべて引用者〕<sup>(14)</sup>

衆議院の審議を経て成立した、「帝国憲法改正案（衆議院）」では、2項に分かれたものが再びまとめられた。

「第八十一条 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。」<sup>(15)</sup>

このような修正について、一方では、8月21日の衆議院帝国憲法改正案委員会第21回での芦田委員長の発言のように、「第七十七条（八十一条）の最高裁判所の権限に関する規定の修正は、単なる字句の修正でありまして、その内容においては変更はないのであります。……」<sup>(16)</sup> という意見があり（たとえば、佐々木惣一をはじめとするいわゆる佐々木説が主張する見解）、他方では、「衆議院における審議の段階で、この文言では下級審には違憲立法審査権がないようにみえるという指摘があり、下級裁判所も審査権をもつことを明らかにする趣旨から、……とされるようになった」という指摘もある<sup>(17)</sup>。

いずれにせよ、この段階における政府側の考えは、一般の裁判所の審査権を否定し最高裁判所にのみ審査権を与えようとするものであり、また、その審査権も具体的争訟事件を解決するための前提的・付随的審査である。

貴族院での審議（8.26—10.6）では、より突っ込んだ議論が生まれた。まず、8月26日の貴族院本会議では、英米法の権威高柳賢三から鋭い質問が政府側に浴びせられた。質問は、前提的・付随的審査権の最高裁判所への集中という政府側見解のうち、最高裁判所への集中という点に関する批判である。

「高柳賢三：第二点、第七十七条（憲第八十一条）は、法律その他の憲法適合性を審査決定する権限を最高裁判所のみを与える趣旨でありますか、或は又アメリカ合衆国に於けると同様、下級裁判所にも斯かる権限を認むる趣旨でありますか、若し前者であるとするならば、アメリカでは当然であるとせられて居るこの慣行というものを捨てて採らなかつた理由はどうか云う訳であるか。

第三点、最高裁判所に依る憲法の解釈は当該事件の判決の基礎となるに止って、国会及び政府は将来最高裁判所の解釈に拘束を受けず、各自独立の解釈を採ることを得る趣旨でありますか、或は又アメリカ合

衆国に於て見らるる如く、国会及び政府は過去に於ける最高裁判所の憲法解釈に依って拘束を受ける趣旨であるか。

木村司法大臣：……現実の問題と致しましては、下級裁判所に左様な事件が必ず起って来るかと思われま  
す。その場合に、下級裁判所は、その問題を切離して最高裁判所にその審査決定を求めると云うことに相  
成るかと存するのであります。要するに最高裁判所が法律の違憲審査権を持つことになると存する次第で  
あります。

第三点の御質疑に対しまして御答え致します。……ご承知の通り我が司法の建前と致しましては、裁判  
に依って下された判決は、当事者を羈束するのであります。その訴訟に関係した当事者のみを羈束するの  
であります。当事者以外の者に対しては羈束力がないのであります。併しながらこの憲法草案第七十七条  
に於将来違憲問題が訴訟として現れ、それに付判決が下された場合に、その判決は、無論形式的には国会  
及び内閣を羈束するものではありません。併しながら国会並に内閣は、その判決を尊重すべきは当然であ  
ります。而して九十四条（憲法九八条）との関係上、必ずやその判決は、尊重され維持されるべきものと  
存する次第であります。従って形式的には羈束力は持ちませぬが、実質に於ては羈束をさるべきものと存  
する次第であります。〔<sup>18</sup>〕

要するにここでの木村司法大臣の発言は、先の金森國務大臣と同旨である。両者とも、下級裁  
判所に憲法問題が提起される場合には下級裁判所が最高裁判所に憲法問題を移送しなければなら  
ないとしているが、移送を受けた最高裁判所が憲法問題について判断することそれ自体も付随  
的・前提的審査と考えているのであろうか。そうでなければ、付随的・前提的審査の最高裁判所  
への集中という立論は崩れてしまう。また、もしそうなら、ここでいう付随的・前提的審査とは  
要するに具体的事件を契機とする審査であればよいという非常に緩やかなものとなる。

さらに翌々日の本会議では、憲法裁判所説を主張する佐々木惣一が質問に立ち、政府の考えを  
批判する。佐々木の批判は、付随的・前提的審査権の最高裁判所への集中という政府の考え方の  
うち、付随的・前提的審査権ということに関するものである。

「佐々木惣一：……唯ここに一つの疑いがありますのですが、詰り八十一条（案七七条）ですけれども、  
『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』  
と云うので、それでこれは能く分かって居るようですけれども、唯一体これは或具体的の係争の事件が起  
こって、その係争する事件に関係する限りに於て、即ち法律、命令、規則、処分が憲法違反なりやと云う  
ことを明らかにすると云うことでありますが、そう云うことでなしに、特別の係争事件と云うことの有無  
を離れて、或場合に一般に法律が出た、この法律は憲法違反であると斯う思った時に、因よりそれは一定  
の手續を経てでありますけれども、或要件を定めることは言うまでもないが、その法律なり命令なりを憲  
法違反であるか否かと云うことを調べて貰う、或事件の解決の方法として関連問題として調べて載くと云  
うことでない、どちらのことなんだか、これは非常に重要なことなんだ、若しこれが一般国民と云うもの  
が或法律命令の憲法違反と云うようなことを調べて貰えると言うのである時に、初めて本当の憲法を擁護  
すると云うことが出来るのでありますけれども、具体的な係争事件が起こった場合に、その係争事件に関  
する限りに於ての憲法論を調べると云うことに限るとするならば、或は憲法裁判と云うものは多くは実効  
のないことにならぬとも限らない、でありますから、その点唯違憲を言うのではありませぬが、どう云  
う風な意味でこの憲法を御作になったかと云うことだけは御尋ねするのであります。……

木村司法大臣：……次に七十七条（憲八一条）の最高裁判所の法律の違憲審査権であります。これは先  
般の本会議におきまして私が御説明申し上げました通り、裁判所に具体的の事件が起って法律を適用する場

合に、その法律が憲法に違反するかどうかと云う疑を持った場合に於て、最高裁判所はこれに対して適正な判断を与えるのであります。一般的にこの法律そのものが憲法に違反するかどうかと云うようなことに付ての裁判はしないのであります。左様なことになりましたと、国会と裁判所との対立紛争を来して、悪影響を及ぼすことは言を俊たないのであります。……」<sup>(19)</sup>

このような、高柳・佐々木と政府側の論戦は、本会議から9月23日の貴族院帝国憲法改正案特別委員会に舞台を移した。

「佐々木惣一：……そこで私は或る法律が出た時に、その法律が憲法違反であるかどうかということ、そのことも一つ審査して貰えるという風にしたい方が宜いと思うのでありますが、併この憲法の規定の解釈では、それが許されるようになって居るのですが、どうしてその係争事件に関連して法令でなければ審査できないと云う風に司法大臣は御解釈になったのですか、これはちょっと分からぬですが、金森大臣どうです。……」

金森国務大臣：私は裁判所というものは、勿論言葉はかなり広く用いられておりますけれども、まあ普通裁判所と言え、個々の事件を裁判するものであると、このように考えております。そこでこの憲法において用いておりますものもすべてその趣旨であります。そこにただ付加えとして八十一条に『終審裁判所である』というところに意味があるのでありまして、終審ということがなければ、普通裁判所のできることなんです。ですから普通裁判所で法律そのものをやる権限がないということが当然であるとすれば、それが終審裁判所という形を取りましても、やはり個別的の事件を裁判をするということに当然なつて来ると思います。

佐々木惣一：それは先日来の御解釈でかつたのですけれども、そうしますと、折角憲法と云うものの最高の法規を我が国家に於て遵するような具体的の方策を講ずると云う力がどうも欠けるような風に思うのです。詰りそうなると云うとこの最高裁判所の憲法問題と云うものは、先決問題としての憲法問題を議すると云うことに結局なつてしまつて、憲法違反であるかどうかと云うことを明らかにすると云う、この憲法が折角御考になつた趣旨と悖りやせぬか、先決問題としての憲法問題を扱うと云うことになりはしまつまいか、實際上にそれはまあそれで宜しうございます、それで例えば外の国の例を申し上げると、詰り最高裁判所と云うものが斯う云う風になつて居るからであつて、私の本当の希望を言えば、憲法裁判所と云う別個のものを設ける、成る程アメリカ等はそうじゃない、最高裁判所である。併ながら従来憲法裁判と云う時には、大陸流では大体特別の憲法裁判と云うような意味に於て憲法裁判所と云うことを言い来つて居るのであると思つています。オーストリアでもドイツでも——、そう云う意味に於てその憲法裁判所と云うものを、裁判所と云う言葉はどうでも——設けると云うことが我が国に於て適當だ、従つてそこに他の事件として繫属するかどうかと云うことは無関係であつて、憲法裁判所を設けるかどうかと云うことは明かだ、その為にならう云うものを設ける方が宜いと思つて居りましたし、今もそう思つて居りますけれども……」<sup>(20)</sup>

この段階における佐々木は、後の併存説(本稿25頁以下参照)ではなく、否定・集中論(オーストリア型)である。したがつて、その批判は、下級裁判所に審査権を認めないことではなく、集中された審査権の内実に向けられている。それ故、前提・付随審査を想定する政府側の見解と抽象的審査が認められるのではないかという佐々木の主張は平行線を辿り、決して交わることはない。

これに対して、高柳は、アメリカ型の司法審査制を引証して批判を展開した<sup>(21)</sup>。したがつて、その批判は、集中された審査権の内実ではなく下級裁判所に審査権を認めないことに向けられて



いる。そして、政府側が前提・付随問題型であると主張すればするほど、そしてその根拠を一般の裁判所の審査権であるとすればするほど、これを一般の裁判所に認めず最高裁判所にのみ認めるといふ点の問題性が明らかになる。

「高柳賢三：次に八十一条（案七七条）に移ります。政府の元の案では最高裁判所は終審裁判所だ、斯う云うことを謳って、次に法律、命令、規則又は処分の憲法に憲法に適合するかどうかを決定する権限を有して居るのである。斯う云う風に書いてありますから、最高裁判所以外の裁判所、下級裁判所が法律が憲法に違反するかどうかと云うことを決定する権限を否定して居るように見られるのでありますけれども、衆議院で修正になりましたこの原案に依りますれば、どっちにも解釈出来る。最高裁判所だけが違憲立法の審査権を持つのではなくして、最高裁判所は終審裁判所である。併ながら外の裁判所も矢張り審査が出来るのだと云う風に解釈出来るのであります。この点は政府の御考は、この憲法では下級裁判所には斯う云う権限がないのだ、それが唯一の解釈であると云う御考でありますか、或は又これに二つに解釈出来るけれども、この下に於て立法する場合に於ける政府の政策は、下級裁判所にはこれを決定する権限を与えないで、最高裁判所にのみこれを考える、斯う云う趣旨でありますから、この点を御質問致します。

「金森國務大臣：解釈と致しましては、これはどちらでも含み得る。詰り憲法に適合することは下の裁判所にも認め、上の裁判所にも認める。斯う云う風にも出来るし、上の裁判所にのみ認むることにしても宜い。つまりこれから裁判所に関する規定を拵えまする時に於て然るべく考慮して宜いものと考えて居ります。唯一の場合に於きましてこの問題を解決する終審裁判所は最高裁判所でなければならぬと云う要件が現実に存在して居る、斯う云う風に了解して居ります。

「高柳賢三：立法政策としてこの憲法の下に於て下級裁判所に違憲立法の審査権を与える方が宜いか悪いか、この問題は昔から非常に議論された問題であります。矢張りどうもこの制度を認める以上は、下の方からどんどんやって行けるようにした方が宜いのではないかと云う風に思うのでありまして、所謂憲法裁判所と云うものを一つだけ拵えてやると云う制度では本当に憲法と云うものが法律家の頭に滲込まない。憲法は特別のものであって裁判所だけがやるものである、一般法律家と云うものは大して関心を持たないのだと云う風に考えられる慮がある。寧ろこの制度を徹底させ、憲法と云うものを一般法律家の頭にしっかり入れるのには、有らゆる訴訟段階に於て、この点が争われ得ると云うことにした方が宜いと思うのでありますけれども、これは憲法そのものの問題ではなく、立法政策の問題になりますので、一時その点は質問を留保致します。」<sup>(22)</sup>

以上のような、政府側と佐々木・高柳の対立は、政府側の見解に対するオーストリア型憲法裁判所制度（否定・集中型）とアメリカ型司法審査制（肯定・非集中型）双方からの批判という図式にのっとったものである。

このような議論はあったが、結局は第77条は修正されずに貴族院を通過、10月7日衆議院本会議において可決修正され、枢密院に諮詢（21.10.12）、11月3日に公布された。

以上のように、当初の政府の考えは、下級裁判所の審査権は否定され（否定型）、最高裁判所にのみ審査権が認められている（集中型）。ただ、集中された最高裁判所の審査権は——判決の形式的効力などの議論でも明らかのように——前提問題型・付随的なものとされている。政府は、違憲審査権を、具体的事件に法律を適用する前提としてその法律の憲法適合性を審査できる権限と考えている。そうであれば、——高柳賢三も指摘するように——何故下級裁判所の審査権を否定

するのかその理論的根拠が明らかでない。したがって、政府は最終的には、憲法が要求するのは最高裁判所の前提問題型・付随的審査権のみであるが、憲法自身下級裁判所に審査権を否定しているわけではなく、これを承認するか否かは立法政策上の問題であると主張するようになっている。

このような憲法制定過程における政府見解に対して、どのような評価を下したらよいであろうか。一方では、下級裁判所の審査権の否定及び憲法問題の移送という点に重点を置いて憲法制定過程における政府の考えを憲法裁判所型とみる見解があり<sup>(23)</sup>、他方、付随的審査権の承認（抽象的審査権の否定）及び判決の効力（いわゆる個別的効力）に注目して、これを一般裁判所型とみる見解もある<sup>(24)</sup>。前者に対しては、憲法裁判所型といっても、少なくとも抽象的規範統制のように全く具体的事件を契機としない手続まで認めたと解釈するには無理があるという批判が可能であり、後者に対しては、付随的審査権の承認は直ちに憲法裁判所説の排除にはならないという批判が可能である。いずれにせよ、日本国憲法制定過程の議論をもっていずれか一方に与するものであると速断することはできない。

## 2) 裁判所法第7条

憲法制定とともに進められた関連法制度の整備のうち、裁判所に関する基本法制として裁判所法が制定されることとなった。第一次裁判所法案（21.8.22）は、次のようなものであった。

「第六条 最高裁判所は、法律、命令、規則若しくは処分が憲法に適合するかしないかを決定し又は法令の解釈適用を確定し、特にその統一を保持するため、左の事件について、裁判権を有する。

- 一 上告事件
- 二 法律により特に最高裁判所の権限に属する抗告事件
- 三 訴訟法の規定により下級裁判所から裁判を求められた事件
- 四 その他法律により最高裁判所の権限に属する事件」<sup>(25)</sup>

第五次裁判所法案要綱の審査（21.9.23）では、この第6条3号をめぐる問題について意見がかわされ、司令部側が下級裁判所を含めたすべての裁判所での審査を主張し、これに対して日本側は最高裁判所のみ審査を主張した。

「司法部：下級裁判所から最高裁判所に裁判を求める場合、最高裁判所は、抽象的に法令の違憲を判断することになるのではないか。アメリカでは、いつでも事件事件について法令の違憲性を判断する。下級裁判所から裁判を求められても、事実を則するのでなければ判断することができず、困るのではないか。また、最高裁判所が裁判するにも、下級裁判所で一旦裁判し、その意見も斟酌することができるようにした方がよい。

下級裁判所も違憲問題の判断ができると解する。最高裁判所は、終審として違憲問題の判断ができるのであるが、下級裁判所にも、その判断の権限はある。もし、下級裁判所では、その判断ができないから、最高裁判所の裁判を求めるということにすると、当事者の方は、もうこの程度でいいと思うのに、最高裁判所がそれに裁判するということになる。そういうことは、デモクラティックでない。当事者が欲しいのに、事件が最高裁判所に行くということは、おかしいではないか。

司法部：この場合、事件が最高裁判所に行くのではない。最高裁判所が高等裁判所の権限を補充する意味

で裁判するのである。」<sup>(26)</sup>

このように、司令部の根本的な疑義に対して司法省側は直接答えることなく、下級裁判所から最高裁判所への移送の対象が事件全体ではなく憲法問題のみであることを言っているにすぎない<sup>(27)</sup>。

第三次裁判所法案（21. 11. 11）は、第一次法案中の4号が削除されている外は第一次案とほぼ同文である<sup>(28)</sup>。ついで、第四次裁判所法案（21. 11. 19）では、次のようになった。

「第 条 最高裁判所は、左の事項について、終審として裁判権を有する。

一 上告

二 訴訟法に特に定める抗告

三 下級裁判所の事件について、法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかに関し、法律の定めるところにより下級裁判所から求められた決定。」<sup>(29)</sup>

そして、これらについて日米双方の専門家による会議が幾度ももたれ、活発な議論が展開された。

たとえば、第三次会談（21. 12. 2）では、次のような議論が行われている。

「オブラー：違憲の問題は、当事者双方が希望すれば別であるが、そうでなくとも最高裁判所でなければ判断できないとすることはどうかと思う。

内藤：併し米国でも斯様な規定がある。斯様に米国の巡回控訴院の様な規定を設けて置いて、違憲の問題について早く判断解決するのもよいと思う。……

奥野：違憲の問題は一度下級審で判決し順々に上訴の段階を踏むということにしないで、直接早く最高裁判所の判決を受ける方がよくはないかと思う。

内藤：自分の考えは下級審の判事が違憲の点について最高裁判所の判断を求めたら、その点についてまず最高裁判所が判断決定するのがよいと思う。

オブラー：当事者の双方又は一方が違憲問題について最高裁判所の判断を求めるといふなら仕方がないが、下級審の判事が当事者の意向に関係なく最高裁判所の判断を求めしめるといふことはいけない。兎に角、最高裁判所の負担を軽くするような方法をよく考えられたい。この点については自分は強く忠告する。」<sup>(30)</sup>

第四次会談（21. 12. 4）は、一層両者の対立が激しくなっており、その中でも政府側の奮戦が目につく。

「オブラー：……法第六条三項はどのような趣旨か。

奥野：これは違憲を問題とする点については最高裁判所で中間的な判断をすることを考えている訳である。憲法第81条等によって違憲の裁判は最高裁判所のみが為し得る様にも解せられるので斯様にしたのである。

オブラー：憲法第81条に『……終審裁判所である』とあるのは、最後は最高裁判所の判断を受け得るといふ趣旨ではないか。

奥野：その点解釈の仕様であるが、政策的に考えて違憲の裁判はなるべく最高裁判所にやらせるがよいと考えたので最高裁判所の権限にした訳である。

オブラー：併し、憲法は最高裁判所のみが違憲裁判を為し得ると明言していないから下級裁判所にもやらせてよいではないか。

奥野：違憲の判決は重大な事柄であるから最高裁判所に任せた。若し下級裁判所が違憲の判決をしてそれが確定したらどうなる結果になるか。

オプラー：下級裁判所の判決によって政府は何等拘束されない。その判決はその事件についてのみの判断である。

奥野：そのことは最高裁判所の違憲判決についても同様ではないか。

オプラー：併し、政治的、实际的にいて最高裁判所が違憲判決をすれば政府はその法律を強行することは實際上出来ないから、どうしてもその法律を変更しなければならなくなる。若し違憲裁判はどうしても最高裁判所でなくては出来ないということにすれば、裁判制度自体について大問題であろう。何となれば当事者が下級裁判所の判断に満足している、或は上級裁判所でやって貰う費用がなくて困るのに、どうしても最高裁判所に行けということになるからである。

奥野：それでは当事者が格別の申立をしなければ下級裁判所でも違憲裁判をやる。併し当事者の申立がありしかも裁判所が違憲の疑があると認めるときは最高裁判所に持って行くという様に訴訟法で規定してもよい。

オプラー：要するに違憲の問題についても最高裁判所の判断を受け得る途を開いて置けばよいと思う。

奥野：……憲法第八十一条がこの判断権を下級裁判所にも与えている趣旨だとは解せられないとの意見が強い。一体第八十一条は法律違憲性の決定権を下級裁判所にも与えている趣旨だと解釈出来ると思われるのか。

オプラー：自分はその様に解釈できると思う。勿論只今言われる二つの解釈があり得る訳であるが、若し最高裁判所のみが違憲の裁判権を持っているとの解釈を採ると、当事者が好まないのに最高裁判所に行くことになって先程言った通り裁判制度自体について大問題になる訳だから、その反対解釈を採るを相当と考える。

奥野：それでは第六条第三号を削除するかどうか尚研究する。

オプラー：その点留保して討議を進めよう。<sup>(81)</sup>

「オプラー：……本日は之で終わるが、更にもう一度違憲の裁判権を最高裁判所だけに制限することはいけないということを付け加えて申し上げて置く。」<sup>(82)</sup>

以上のような日米双方の激しい意見の対立があったが、結局、第五次裁判所法案の修正案(21.12.14)では、「下級裁判所の事件について、法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかに関し、法律の定めるところにより下級裁判所から求められた決定」という第6条3号が削除された<sup>(83)</sup>。その後若干の修正はあったが、第3号については削除されたまま、枢密院に提出されるに至った(22.2.6)。

枢密院審査委員会第2回(22.2.13)でも、先の議論が繰返されている。

「加藤顧問官：第八条について、違憲の判決をしたときは、その事件の関係のみならず、すべて拘束すべきものではないか。

奥野民事局長：その場合には他の場合と違う効力があるが、それは憲法から出ると思う。

加藤顧問官：違憲の判決があれば、その法律は効力を失うのか、廃止の手続を必要とするか。

奥野民事局長：実質的には、廃止の手続をとらなくても、公権的に効力を失うことが定まる。

加藤顧問官：下級裁判所でも違憲問題の判断ができるとすると、その判断は、最高裁判所の場合とは性質が違うか。

奥野民事局長：御説の通りと思う。

加藤顧問官：最高裁判所に事件を移送することにしたかどうか。

木村司法大臣：個人的には同様に考えたが、G・H・Qは、アメリカの例に倣って、反対した。

加藤顧問官：中間判決をすることになろうが、違憲という中間判決は、独立して最高裁判所に上告できることにした方がよいと思う。それを希望する。

林顧問官：下級裁判所も違憲の判断は自由にできるのか。

奥野民事局長：初めての立案では違憲のときは、事件を最高裁判所に移送するというようにしたが、G・H・Qでは、最高裁判所が抽象的に違憲の判断をすることは国会の上に立つことになる、また、当事者が欲しないのに最高裁判所に移送するのは、訴訟の本質に反する、下級裁判所が違憲の判断ができないというのは、下級裁判所の裁判を受け得るという以上、その点だけの裁判ができないというのはおかしい、という意見であった。

林顧問官：幣原内閣のとき、松本内閣大臣は、下級裁判所が違憲の疑を持ったときは、事件を最高裁判所に移送することになると説明していた。<sup>(34)</sup>

しかし、法案は条文に手を加えることなく枢密院の諮詢を経て、昭和22年公布・施行された。

以上のような裁判所法の制定過程から明らかなように、下級裁判所の審査権を否定した上で付随的審査権を最高裁判所に集中させようと考えていた政府側と、下級裁判所を含めた総ての裁判所に付随的審査権を認めようとするアメリカ側の対立が最後まで平行線をたどり、下級裁判所の審査権を否定し最高裁判所に集中させるという点に関して、結局は日本側が折れた形でこの問題は決着することになった。政府側が理論的には最後まで自己の見解に自信をもっていたことは、修正後の枢密院審査委員会での政府側の答弁をみても明らかである。しかし、アメリカ側の見解との比較はともかくとしても、政府側の見解自体にも問題点が多い。政府の考えによれば、最高裁判所に集中される審査権は付随的なものであるとされるが、その付随的審査権の内容自体非常にあいまいなものである。付随的審査制度であれば、憲法問題を含んだ刑事・民事（あるいは行政）事件というものが最高裁判所に提起されることとなり、最高裁判所は始審にして終審の裁判所としてこの具体的事件を取扱わなければならない。勿論手続要件の定め方にもよるが、一般的に考えてそれでは最高裁判所の処理しなければならない事件の量はかなりのものになってしまうであろう。また、さらにこの具体的事件の審級上の取扱いにも問題が生じることになる。もしこれが、西ドイツの連邦憲法裁判所の憲法異議手続のようなものを予定しているものであるとするならば、この手続が一般の審級制度（一般の裁判所の審査権を含む）を経ることが要件となっていることを指摘するだけで、その問題性が明瞭となろう。また、同時に政府は、下級裁判所から最高裁判所への憲法問題の移送を考えているようであるが、移送された憲法問題に関して判断する最高裁判所の審査権も付随的審査なのであろうか。このようにみると、確かに、アメリカ側の主張が裁判所法制定過程において最終的に貫徹されたことを占領時代の力関係の所産とすること、その中でオプラーの役割を強調することそれ自体は不当ではないが、しかし、政府側の見解にも、このような状況の下でアメリカ側の主張に抗するだけの理論的水準を提示できなかったということはいえるであろう。

また、アメリカ側と政府側双方が審査権を付随的審査権であるとしている点、あるいは、アメリカ側の主張が貫徹された点をとらえて、憲法制定過程及び裁判所法制定過程双方において理論的にみて、アメリカ型の採用と憲法裁判所説の排除を意味するとするのは正しくない<sup>(35)</sup>。なぜなら、下級裁判所を含めたすべての裁判所に審査権を与えたことは、一般の裁判所の審査権否定を前提とするオーストリア型憲法裁判所制度の否定にはなるが、一般の裁判所の審査権肯定を前提とする西ドイツ型の憲法裁判所制度の否定にはならないからである。立法者の意思自体を考えれば、確かに当時アメリカ型に対抗する制度としてはオーストリア型のみであるので、オーストリア型の否定はアメリカ型の採用と表裏一体の関係にあったかもしれないが、理論的にみれば、後に登場する西ドイツ型の憲法裁判所制度の排除まで意味するものとは考えられない。

確かに、この段階における憲法裁判所説は、後に展開するような併存説を主張していない。このことは、後に言及する佐々木憲法草案第78条をみても明らかである。

### 3) 集中された審査権の内実

一 以上のような、政府側の見解は初期の学説においてもみられるところである。たとえば美濃部達吉は当初<sup>(36)</sup>、一般の裁判所の審査権を否定して最高裁判所にのみ審査権を与え、しかもその審査権は前提的・付随的審査権であるとする。また、憲法問題を解決する必要が下級裁判所で生じた場合には、下級裁判所は当該問題を最高裁判所に移送しなければならないとも述べる。これは、先の政府側の見解と全く一致する。

「最高裁判所は訴訟の判断につき憲法の解釈を定むる必要ある場合にこれにつき最終の決定を与うる機関たるもので、即ちこの限度において憲法裁判所たる権限を有するものである。…本条〔第81条〕は法律が憲法に適合するや否やに付き最高裁判所がこの審査権を有し、若し憲法に違反すると認むるときは、当該訴訟事件に関する限り該法律を無効として宣言しうる権限を有するものとしているのであって、即ち米国法の主義を採りその限度において司法権の立法権に対する優越性を認めたのである。」<sup>(37)</sup>

「かくのごとき法令の審査権は、唯最高裁判所にのみ属する権限とせられている。したがって法律については勿論、行政権の作用たる命令・規則・処分についても、その果たして憲法に適合するやいなやにつき疑が有る場合には、下級裁判所は自らこれを判決する権限なく、当該訴訟事件を最高裁判所に移送してその決定に待たねばならぬのであって、この限度において最高裁判所は憲法裁判所たる性質を有する。この手続は法律をもって定められるべきものである。

それは又具体的な訴訟事件について問題を生じた場合にのみ決せられるべきところであることは勿論であり、具体的な訴訟事件に関係なく、法令それ自身につきこの有効であるや否やを審査し決定し得べきものではない。」<sup>(38)</sup>

「最高裁判所がこれらの決定を与うるのは、或いは普通の上告審の訴訟においてすることもあり、或いは下級裁判所から特にこの点についての裁判を求められることも有りうる。その詳細は法律により定められる。」<sup>(39)</sup>

また、鵜飼信成も同様の見解を展開する。教授の論文「違憲判決の効力」<sup>(40)</sup>は、論文題名からも明らかなように、違憲判決の効力の問題がその対象であって、違憲審査権の性質を直接の対象

とするものではない。しかし、両者は通常密接不可分なものとして考えられており、ここでもまず日本国憲法の予定する違憲審査制の性格についての議論から出発する。

「……違憲立法の司法審査は、常に具体的な事件訴訟と結びついて行われ、決して一般的な違憲性の宣言としては行われないことが明らかとなった。即ちそれは、ある特定の法律の違憲性そのものを問題とするのではなく、具体的な事件の裁判にあたって適用されるべき法律を画定することが問題であることが分かる。

ところでアメリカの場合には、上述のようにこれは、憲法の明文に根拠があることで、その点は多くの異論の余地はないが、日本の憲法ではどうであろうか。日本国憲法の条文中には、これに該当する明示の規定はない。しかし憲法の採用している概念は、原則として決して特殊日本のものではなく、一般国法学的なものであると解するのが正当であるから……ここで問題にする『司法権』『裁判』『訴訟』などの観念についても、決して近代諸憲法、特に上述のアメリカ憲法の場合と異なった特殊なものではなく、それと同質なものが前提されているといわなければならない。したがって、もしそれらの一般的観念とは異なる特殊なものであると主張するのであれば、その主張の実定法的根拠を示すことが必要であるというべきである。」<sup>(41)</sup>

「上述のように違憲立法の審査は、具体的な事件における判決の形式で行われるから、したがって、違憲性の決定がどういう効力を生ずるかを明らかにするには、この判決そのものの効力との関連において、これを検討するのが適当である。」<sup>(42)</sup>

このように、教授の議論は裁判官の審査権を前提としたものであるように思われるが、下級裁判所の違憲審査権については消極的である。その根拠は、すべての裁判所に審査権を与えた場合に生じるであろう判例の不統一である<sup>(43)</sup>。

「アメリカでもこの点は問題になり……

この点は、ワイマル憲法下のドイツで司法的審査制の問題がとりあげられた際にも、問題となったところで、第三四回法曹会議におけるアンシュッツ等の提案になるライトゼッツエには次のような1項がある。『正当に公布された国の法律の有効性の審査はドイツ国事裁判所に専属する……国事裁判所への提訴は、国議会及び国参議院の成員の三分の一を超える少数議員にも与えられる。』この規定の趣旨が、違憲立法審査の統一性を保障するにあることはいままでもない。」<sup>(44)</sup>

ここではアンシュッツの提案を例として示していることが注目される。G・アンシュッツの提案は、一般の裁判所の審査権を否定して国事裁判所にのみ審査権を与えようとするものであり、そのような前提の下で、具体的規範統制及び抽象的規範統制手続の導入を提唱しているのである。一本稿(2)1/7頁参照(オーストリア型憲法裁判所制度類似の理論)。なぜ、教授がここで抽象的規範統制手続についてのみ引用しているのかは不明であるが、アメリカ合衆国の司法審査権から出発しながら、判例の不統一を回避するために、抽象的規範統制手続にまで言及していることは興味のあるところである。

「これらを考え合わせると、わが国の新しい制度においても、司法的審査権を、最高裁判所だけの権限とするか、もしくは、第一審の判決後直ちに最高裁判所に上訴する制度をとるかの何れかが望ましいと思われるのであり、憲法の規定の解釈としても、最高裁判所だけの権限とするのが自然の解釈であったが、どう理由からか、裁判所法の制定に当っては、下級裁判所にも、審査権を与える方法が採用され、またこ

の方法は、憲法の規定に抵触しないという説明がなされている。しかし、上述したような問題が残されていることは、この制度の将来における運用に困難な任務を課すことになろう。」<sup>(45)</sup>

ここでは、我国の制度として、司法審査権の最高裁判所への集中と一種の跳躍上告を提唱している。

二 まとめれば、以上のような政府及び当初の学説にみられる、一般の裁判所の審査権否定及び前提的・付随的審査権の最高裁への集中という見解には、次のような問題点が指摘される。まず、最高裁判所に、付随的・前提的審査権を集中するという点については、二つの問題がある。第一に（その理論的問題）、付随的・前提的審査権の根拠は、裁判所の行う司法作用であり、そこからすべての裁判所の審査権が導き出されるが、これを最高裁判所にのみ認めるための理論的論拠が示されていない。第二に（実際上の問題）、この説にあっては実際上最高裁判所の加重負担が避けられない。さらに、下級裁判所からの移送についても問題がある。もし移送の対象が事件全体であるとするところでも最高裁判所の加重負担が生じ、憲法問題だけであれば、最高裁判所のこれについての審査を前提的・付随的なものとするのは難しい。しかし、このような批判が出される余地がこの説にはあるとしても、その特質を理解するためには、次のように考えるべきであろう。即ち、まず、前提として最高裁判所を含むすべての裁判所に前提的・付随的審査権がある。ただ、下級裁判所に付与された審査権が判例の不統一、訴訟経済上の問題等の理由により移送義務という形で制限される。勿論、不適用の権利という制限された部分も含めたものでなければ審査権が承認されているといえないという批判は可能であるが、裁判所の司法権行使という活動から必然的に出てくる審査権も、これを法政策上下級裁判所と最高裁判所のそれに分け、前者にあってはそれが一部制限され、後者にあっては、集中することによってたとえば判決の拘束力が一般的となる等の審査権の内実の変化があっても、それを本来の審査権と全く異質なものとみななければならないわけではないであろう。このように考えれば、政府の見解及び初期の学説、西ドイツの連邦憲法裁判所制度（肯定・集中型）と同様の発想に立脚していることが理解されるであろう。それなればこそ、たとえば憲法制定過程において、アメリカ型の司法審査制（肯定・非集中型）を主張する側とオーストリア型憲法裁判所制度（否定・集中型）を主張する側双方から、政府側の見解が批判されるのである。そして、再度ここで確認されるべきは、この段階では後の併存説としての憲法裁判所説は主張されず、ここでの憲法裁判所説があくまでオーストリア型のそれであることである。

#### 注

- (1) 潮見俊隆『司法の法社会学—現代法選書15』勁草書房1982年 174/249頁、佐藤幸治「日本国憲法と違憲審査制の類型」法学論叢第116巻1～6号（1984年）302/310頁、榎原猛「違憲立法審査制度の再検



討」小森義峰他『大石義雄先生喜寿記念論文集—日本国憲法の再検討』嵯峨野書院1980年 547 頁以下、江橋崇「司法権理論の日本の特質」公法研究46号(1984年) 87頁以下、同「司法審査と違憲審査権」『法学セミナ増刊—憲法訴訟』日本評論社1983年147頁以下。

- (2) 日本国憲法制及び裁判所法制定に関する基本的な資料としては、清水伸『逐条日本国憲法審議録第3巻(全4巻)』原書房 1976年、高柳賢三、大友一郎、田中英夫編著『日本国憲法制定の過程 I, II』有斐閣1972年(特に、II 242/245頁)、内藤頼博『終戦後の司法制度改革の経緯—一事務当事者の立場から—』(第一分冊) 司法研究報告書第8輯第10号司法研修所1959年、(第二分冊) 司法研究報告書第8輯第10号司法研修所1959年、(第三分冊) 司法研究報告書第8輯第10号司法研修所1959年、(第四分冊) 司法研究報告書第8輯第10号司法研修所 1960年、(第五分冊) 司法研究報告書第8輯第10号司法研修所 1961年、(第六分冊) 司法研究報告書第8輯第10号司法研修所1971年、憲法調査会事務局『憲法運用の実際についての第一委員会報告書・司法に関する報告書—』359 頁以下 1961年、憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会議事録』1回(1958年)/49回(1961年)、憲法調査会事務局『憲法制定の経過に関する小委員会報告』1961年、憲法調査会『憲法制定の経過に関する小委員会報告』1964年、憲法調査会事務局『憲資・司第2号帝国憲法改正審議録(11)—司法編—』1959年。
- (3) 潮見前掲書193頁以下、内藤前掲書(第一分冊) 3/30頁参照。
- (4) 内藤前掲書(第一分冊) 115頁参照。
- (5) 同122頁参照。
- (6) 同124頁参照。
- (7) 高柳他前掲書 II 244頁以下参照。
- (8) 内藤前掲書(第一分冊) 134頁参照。
- (9) 同159頁参照。
- (10) 憲法調査会事務局『憲資・司第2号 帝国憲法改正審議録(11)—司法編—』1959年46頁。なお、衆議院帝国憲法改正委員会第6回(7.5)においても金森国務大臣は、最高裁判所の法令審査権と国会の最高機関性は矛盾しないかという赤沢委員の質問に答えて、第2回委員会と同旨の発言をしている(同67頁参照)。
- (11) 以下、発言はすべて原文のまま。
- (12) 憲法調査会事務局前掲書 200 頁。
- (13) 同202頁。
- (14) 同203頁以下。
- (15) 内藤前掲書(第一分冊) 217頁。
- (16) 憲法調査会事務局前掲書211頁。
- (17) 高柳他前掲書 II 245頁。
- (18) 憲法調査会事務局前掲書242/47頁。
- (19) 同271頁以下。
- (20) 同588/89頁。
- (21) 高柳賢三の『司法権の優位』が公刊されたのは1947年であり、収録された同内容の論文は1935年前後に国家学会雑誌に公表されている。(『司法権の優位 [増訂版]』有斐閣1958年)。
- (22) 憲法調査会事務局前掲書604頁以下。
- (23) 榎原前掲論文549頁以下。
- (24) 通説たるいわゆる「司法審査制説」は概ねこのように主張する。
- (25) 内藤前掲書(第三分冊) 150頁。
- (26) 内藤前掲書(第二分冊) 510 頁以下。なお、当日の会談について藤山連絡官の会談覚は次のように述べている。

「司令部：憲法違反の件に関して、必ず最高裁判所にもっていかなければならぬというのはおかしい。例えば地方裁判所に於て、両当事者がその裁判所の裁判に不満足であるけれども、もはやこれ以上争う気がなくなったという場合に於てやはり事件は解決せずに最高裁判所まで持っていかれるとすることは、最高裁判所に不当に大きな権限を与えるものである。

司法省：しかしながら地方裁判所が憲法違反であると判決を下ししかも当事者が、もはやこれ以上争はないという場合その法律を運用する官庁は一体その法律を適用して好いものか非常に不安な状態におかれると思うが、どう考えるか。

司令部：そういうことは憲法違反の問題に限らず他の種類の事件でも常にありうることではないか。しかも地方裁判所が憲法違反であるとする判決を下しても、その判決はその事件だけに限られるものであるから日本の官庁としては、その判決に拘束されることなく、その法律を適用して好い訳であるし、必要があれば、官庁より最高裁判所の判決を求めればよい。又最高裁判所が憲法違反であると判決した場合はその法律の効力をなくしうるのは、その法律を作った議会だけである。従って議会は右のような判決があった場合には国民の不便ということを考えて行動すべきである。要するに下級裁判所にもその判断における違憲判決権を与え問題を段々に築き上げて行く様にさせることが望ましい。」（同507頁以下）

- (27) なお、ここに「司令部」とあるのは、アルフレド・C・オプラーのようである（注(33)参照）。
- (28) 内藤前掲書（第二分冊）407／9頁。
- (29) 同（第三分冊）280頁。第五次案も「終審として」がない以外は同文である。
- (30) 同（第二分冊）529頁以下。
- (31) 同538頁。
- (32) 同543頁。
- (33) 同（第三分冊）319頁。裁判所法制定においてイニシアティブをとったのは、司法部のアルフレド・C・オプラーである。彼はドイツにおいて裁判官として活躍し後にアメリカに亡命した。ドイツとアメリカの法制度に精通した彼が日本法制の再建に影響を与えたこと自体非常に興味もたれる。この点について違憲審査権に関連して検討すべき課題である。なお、オプラーについて、A・C・オプラー・和田英夫・中里英夫訳「連合国占領下における日本の法制度および司法制度の改革」法律時報第45巻4号（1973年）44/63頁、根本松男「続・司法権独立運動の証言1—6」法学セミナー184/189号（1971年）和田英夫「戦後司法改革に関する一証言——オプラー博士の論文について——」受験新報1972年9月号、江橋前掲論文（「特質」）88頁、潮見前掲書参照。
- (34) 同（第二分冊）711/713頁。
- (35) このような見解は、いわゆる憲法裁判所説といわれる見解にもみられるものである。たとえば、佐々木説を主張する並河教授は、憲法制定過程を分析して次のように述べる。「かくすれば立法者意思を重視する限り、憲法八十一条の定める違憲審査制を文言上の巧拙はともかくとしてアメリカ型の付随的違憲審査制と解することはある意味で自然といえる。しかし他方、立法意思から離れて八十一条の条文そのものをみる時、佐々木博士のいうところの最高裁判所に特別の権限——『国家行為の純粹性違憲合憲決定権』——を与えているとみることもまた文理解釈上可能であろう」（73頁）。ここでもアメリカ型の承認＝憲法裁判所型の排除という図式が主張されている。
- (36) なお、後の『日本国憲法原論』（1952年413頁以下）では、下級裁判所の審査権も認められ、ここで紹介する議論は展開されることなく終わっている。
- (37) 美濃部達吉『新憲法逐条解説』日本評論社1947年（以下『解説』）126頁。
- (38) 『新憲法概論』有斐閣1947年181頁。
- (39) 『解説』127頁。
- (40) 鶴銅信成「違憲判決の効力」国家学会雑誌第62巻2号（1947年）（『司法審査と人権の法理—その比較憲法史的研究』有斐閣1984年に再録、以下の引用はこれによる）

- (41) 同11頁以下。
- (42) 同14頁。
- (43) 同14頁以下参照。
- (44) 同16頁。
- (45) 同上。

## (2) 先例とその問題点

憲法第81条の違憲審査権の性格をめぐる議論において、先例としてしばしば引用されるのが、警察予備隊違憲訴訟に対する最高裁判所昭和27年10月8日判決である。そしてこの判決は、それに先立つ最高裁判所昭和23年7月8日判決とともに、一般に、最高裁判所がアメリカ型の司法裁判所制度を採用し、西ドイツ・オーストリア型の憲法裁判所制度を排除したものとして紹介されている。ここでは、本稿の問題意識によって、この二つの判決を検討してみることとする。

最高裁昭和23年7月8日判決は<sup>(1)</sup>、日本国憲法の違憲審査制がアメリカ合衆国のそれを導入したものであることを、いとも簡単に——他の選択肢を何ら提示せず——明言している。

「〔憲法第81条、98条1項、76条3項、99条の条文の列举に続けて〕現今通常一般には、最高裁判所の違憲審査権は、憲法第八一条によって定められていると説かれるが、一層根本的な考えかたからすれば、ゆしやかかる規定がなくとも、第九八条の最高法規の規定又は第七六条若しくは第九九条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査権は十分に抽出され得るのである。米國憲法においては、前記第八一条に該当すべき規定は全然存在しないのであるが、最高法規の規定と裁判官の憲法遵守義務から、一八〇三年のマーベリー対マデイソン事件の判決以来幾多の判例をもって違憲審査権は解釈上確立され、日本国憲法第八一条は、米國憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもって規定したという点において特徴を有するのである。」<sup>(2)</sup>

一般の裁判所の審査権が98条、76条、99条等から導かれるとするのは正当だとしても、一般の裁判官の審査権の承認が直ちにアメリカ型の司法審査制の承認となるとしている点は問題である。何故なら、一般の裁判官の審査権を肯定したとしても、審査権を肯定した上でこれを集中するという、西ドイツ型の憲法裁判所制度を排除することにはならないからである。ただ、判決の下されたのが西ドイツの連邦憲法裁判所設立以前の1948年であり、それ故当時憲法裁判所としては否定・集中型を採るオーストリアの憲法裁判所が念頭におかれたであろうことを考えれば、現時点からこのような批判をすることはないものねだりかもしれない。

最高裁昭和27年10月8日の警察予備隊違憲訴訟判決<sup>(3)</sup>については、ここでは、少し立ち入って、原告、被告双方の主張も含めて検討することにする。

まず、原告の請求の趣旨及び請求の原因並びに準備書面から原告の主張をみることにする。原告は、基本的には佐々木説に立脚した主張を展開する。原告は、憲法擁護の方法として、①司法裁判所による憲法の擁護、②憲法裁判所による憲法の擁護、③憲法裁判所及び司法裁判所による

擁護という三類型を挙げる。①は、いわゆるアメリカ型司法審査制である。②について原告は次のように述べた。

「前述の如く、大陸法系諸国は、司法裁判所に三権分立理論上は当然有すべき違憲法律審査権を否認する建前をとって来たが、第一次世界大戦後度重なる法令による憲法違反に対し、憲法保障機関の要求が高まり、その結果、アメリカ合衆国とは異なる直接憲法の擁護を目的とする憲法裁判所制度を設ける国が現れてきた。これは名は裁判所とはいえ、司法裁判所とは全くその性格を異にし、司法権の作用として、個別的具体的事件について、憲法の有権解釈を下すというのではなく、司法権以外のいわば権力分立説による立法司法行政三権以外の第四権的作用をもつのである。……この場合、依然として司法裁判所による違憲法令審査権は否定され、憲法裁判所のみがこの権力を独占するとされるのは普通である。……」<sup>(4)</sup>

この②が、本稿での分類でいえば、オーストリア型憲法裁判所制度（否定・集中型）を指すことは明白である。

また、③について次のように述べる。

「直接に憲法を護って行こうという慎重な態度である。これこそが、現代社会に於て考えられうる憲法擁護の最も完全な方法である。第一のアメリカ合衆国に於けるような、司法裁判所のみによる方法の不十分なのは云うまでもないが、第二の方法をとる大陸法系諸国に於て、司法裁判所に違憲法令審査権を否定するのは既にのべたように全く歴史的沿革に基づくものであり、三権分立における司法権の地位及び職能の正しい理解からは、是認し得ない制度といはねばならない。従って、この第三の途によってのみ、憲法は十分に護られ得る。成程この方法を明らかに採用した国は少ないかもしれない。しかし、憲法保障制度は極めて最近になって発達したものであり、各国は最も実効的な制度を求めて研究途上にある。未熟な世界の現行制度中に、第一又は第二の方法のみを採用するものが多い故をもって、第三の方法を特異であるとして、否認しようとする態度は、誠に本末転倒といわねばならない。そうして、第三の方法をとる場合に於て、憲法裁判所を独立して設けるか、又は司法裁判所の上告審としての最高裁判所に、憲法裁判所を兼ねさせるかは、単に技術的な制度手続上の便宜の問題にすぎない。」<sup>(5)</sup>

この③の方法は、本稿の分類からいって西ドイツ型憲法裁判所制度（肯定・集中型）である。

原告は、このような三類型うち日本国憲法の採用したのは③であるとする。

「それでは日本国憲法は、以上のべた三つの方法のうちの方法を採用しているものと解釈すべきであろうか。……従来最高裁判所と所謂違憲法令審査権との関係を規定した憲法八十一条……の解釈をめぐって、違憲法令審査権は最高裁判所がこれを独占すべきものか、又は下級裁判所にも又この権限が与えられているのか、即ち、日本国憲法は前述の第一及び第二の方法のいずれを採っているのか、とうい形で幾多の論争がなされて来ている。しかし原告は第八十一条は単に最高裁判所のみ違憲法令審査権を与えて、これを司法権の上告裁判所であると同時に、憲法裁判所たらしめた規定であると解し、下級裁判所は憲法裁判所ではないという意味では所謂独占説（第二の方法）と同一の解釈に帰するが、しかし、下級裁判所も司法権の本来の作用として所謂違憲法令審査権をもつものであると解釈する。……従って新憲法は、憲法擁護の方法として、最も丁寧な第三の方法を採っているものと考えるのである。詳論すれば、司法裁判所は下級裁判所といえども個別的訴訟事件を解決する前提としては、これに適用すべき法令について、自ら合憲か違憲かの判断を下すことができる。従って憲法及び法律の二種の法が抵触するならば、下位の法である法律を無効とし、上位の法である憲法を適用するのは当然である。即ち司法裁判所は下級裁判所といえども、司法権そのものの性質から所謂違憲立法審査権を持つものである。むしろ議論上は司法権の違憲立法審査権などというものは無意味である。それにもかかわらずこの点が問題とされる事があるのは、政策

上の理由から憲法自身が司法裁判所に対して、この種の当然の権限を否認することが可能であるからである。しかし、新憲法は全然この種の特別制限規定を持たぬのみならず、又旧憲法と異なり、遙かに権力分立理論を徹底させて憲法の下に三権は平等であるとの建て前をとり特に司法権をその構成及び権限において著しく強化した新憲法においては、このような特別規定があるように解釈する余地もない。……

〔このように〕 下級裁判所も違憲法令審査権を持つとすれば、……〔憲法81条は、〕 全く最高裁判所に憲法裁判所の性格を与えたものであると解する外はない。……かくして原告は、新憲法は憲法擁護の方法として最善の、憲法裁判所及び司法裁判所の両者による、第三の方法をとったものと考えざるを得ないのである。〕<sup>(6)</sup>

原告は憲法裁判所としての最高裁判所の手続として、抽象的規範統制類似の手続を考える。

「……勿論実際問題として出訴条件を設けることは差し支えないであろう。その条件として西独の如く議員総数の三分の一の署名をうることなど、するのは合目的である。なぜなら、主として政治問題的な違憲問題が起こるのは立法府の多数党とこれを基盤とする内閣が数をたのんで、法律又は命令処分の名において実質的に憲法を改正してしまおうという時に、これに反対する少数野党がこれを阻止しようとする場合であり、違憲審査権はこの少数党の提訴に基づいて発動され、その結果として憲法の正しい解釈によって憲法を守り憲法の下に民主政治が行われることを担保する趣旨に出たものだからである」<sup>(7)</sup>

「……憲法裁判所は憲法擁護を目的とするものであるから、私人は時に違憲判決の結果反射的利益を受けることはあっても、積極的に私権保護の為に提訴することは許されるべきではない。従って立法例にみる如く、国会議員の一定数又は内閣その他の重要な国家機関又は一定数の国民等に原告を制限することは公益性からみて合目的である。』<sup>(8)</sup>

上にみた原告の主張は、昭和30年6月憲法擁護国民連合がまとめた違憲訴訟手続特例法案要綱及び31年3月社会党が衆議院に提出した違憲裁判手続法案が、抽象的規範統制手続を法制化しようとするものであったことに対応する<sup>(9)</sup>。昭和30年代から40年代にかけての政治の動きの中で、野党がその意思を抽象的規範統制手続を通じて主張・貫徹せしめようとしたのはある意味では当然であるが、憲法裁判所制度に関する議論がこのような政治の動きに規定され、かえって理論的検証の可能性を狭めたという印象は否めない。

以上のように、原告の主張は、一般の裁判官の審査権と最高裁判所の審査権の併存という佐々木説に依拠しながら、その具体的な制度として抽象的規範統制類似の手続を示している。原告が依拠する手続が抽象的規範統制であることを考えればこの主張は当然であるとしても、併存説にとって最も立論の容易な具体的規範統制手続が原告の主張において論及されていないのは今日からみれば、疑問であろう。

このような原告の主張に対して、被告の答弁は違憲審査制度の二分論に依拠しながら日本国憲法が憲法裁判所型違憲審査制度を否定しているとするものであり、その主張は後に述べる判決と同様である。

「元来、法律の違憲審査に関する諸国の制度は、これを二大別することができる。すなわち、(イ)普通裁判所に違憲審査権を認め、特に憲法裁判所のような機関を設けない制度、及び(ロ)普通裁判所に違憲審査権を否定し、別に特別の憲法裁判所を設けて抽象的一般的に法律の違憲無効を宣言させる制度がそれである。

……このように憲法裁判所設置の要否は、概していえば、普通裁判所の法令違憲審査権の有無にかかるものであって、司法的憲法保障制度と憲法裁判所制度とは対照的基盤の上に立つものといえよう。……

特別の憲法裁判所制度を設けて憲法裁判を行わせる憲法の例若干を別表に掲げる〔別表には、オーストリア憲法(1920)、オーストリア連邦憲法(1934・5・1)、イタリア共和国憲法(1947・12・22)、ドイツ連邦共和国基本法(西独、ボン憲法)(1949・5・8)、大韓民国憲法(1948・7・12)が挙げられている〕。これらを通覧すれば憲法裁判所の特色として次の諸点を挙示することができる。

- (イ) 普通裁判所は適用法律について違憲審査を行わないこと。
- (ロ) 憲法裁判所は通常の民事刑事の具体的事件の裁判を行わないこと。
- (ハ) 憲法裁判は、憲法裁判所だけがこれを行うこと。
- (ニ) 憲法裁判を請求する者は政府、法令の違憲の主張を含む訴訟事件の係属する司法裁判所或いは立法機関における一定数の議員等公的性格を有するものに限られていること。
- (ホ) 違憲と裁判された法律はこれによって廃止と同一の効力を生じること。
- (ヘ) 裁判官の選任方法は通常の司法裁判所と別異に扱われ、或る程度まで立法機関の関与が認められること。<sup>(10)</sup>

被告の主張では、オーストリア憲法裁判所も西ドイツの連邦憲法裁判所も憲法裁判所として同列に取扱われ、その特徴の第一として、一般の裁判官の審査権の否定が挙げられているが、これが不適切である点は既に論じてきたところから明らかであろう。

このような原告・被告双方の主張に対して、最高裁判所は次のような理由で原告の訴えを却下した。

「原告は、最高裁判所が一方司法裁判所の性格を有するとともに、他方具体的な争訟事件に関する判断を離れて抽象的に又一審にして終審として法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するや否やを判断する権限を有する点において、司法権以外のそして立法権及び行政権のいずれの範疇にも属しない特殊の権限を行う性格を兼有するものと主張する。

この点に関する諸外国の制度を見るに、司法裁判所に違憲審査権を行使せしめるもの以外に、司法裁判所に権限を行使せしめないでそのために特別の機関を設け、具体的争訟事件と関係なく法律命令等の合憲性に関しての一般的抽象的な宣言をなし、それらを破棄し以てその効力を失はしめる限権を行わしめるものがないではない。しかしながらわが裁判所が制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的争訟事件が提起されることを必要とする。我が裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して憲法及びその他の法律命令等の解釈に対して存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下すとき権限を行い得るものではない。けだし、最高裁判所は法律命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはないのである。……

なお最高裁判所が原告の主張するがごとき法律命令等の抽象的な無効宣言を為す権限を有するものとするならば、何人も違憲訴訟を最高裁判所に提起することにより法律命令などの効力を争うことが頻発し、かくして最高裁判所はすべての国権の上に位する機関たる観を呈し三権独立し、その間に均衡を保ち、相互に侵さざる民主政治の根本原理に背馳するにいたる恐れなしとしないのである。

要するにわが現行の制度の下においては、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない。」<sup>(11)</sup>

原告の依拠するものがいわゆる抽象的規範統制類似の手続であったこともあり、最高裁は、いとも簡単にこれを抽象的審査であるとして排除している。もし、原告が主張するところの併存説の特徴が顕著に現れる具体的規範統制類似の手続をも引証したとするならば、最高裁の判決の論理の展開ももう少し違ったものとなったかもしれない。しかしいずれにせよ、原告が違憲審査制度について三類型を提示しているのに対して、裁判所が二類型で判断していることは重要である。つまり、後半の抽象的審査権を否定する理由はともかくとして、ここで特に問題となるのは、違憲審査制の選択肢として、諸外国の例を二種に分類していることである。そしてこのような二分法を前提に抽象的審査が否定されるのである。この場合、第二の選択肢の中に、オーストリア及び西ドイツの憲法裁判所双方が入っているようであるが、——そう考えなければ原告の主張を否定したことにならない——既に昭和27年(1952年)の段階では西ドイツの憲法裁判所の制度・手続及びその性格が明らかである以上、このような分類は、——後の多くの見解と同様に——西ドイツの憲法裁判所の性格を誤認するものである。そして、原告が主張する三類型には全く言及することなく、二類型によって抽象的審査を否定している。このような形の議論は、以後、アメリカ型司法審査制を主張する通説が憲法裁判所説を否定する場合にしばしば見受けられるものである。

本判決についての評価は、その殆どが次のように要約される、即ち、これによって日本国憲法第81条の違憲審査制度がアメリカ型であることが我が国の裁判所によって有権解釈的に確定されたこと<sup>(12)(13)(14)</sup>。しかし、既に幾度も指摘するようにこのような評価は、最高裁と同様の認識の上に立っている以上、最高裁と同様の誤りを侵している。

#### 注

- (1) 刑集2巻8号801頁。
- (2) 同806頁。
- (3) 民集6巻9号783頁。
- (4) 同800頁以下。
- (5) 同801頁以下。
- (6) 同802頁/809頁。
- (7) 同795頁以下。
- (8) 同812頁以下。
- (9) 末松博編『資料・戦後二十年史 3 法律』日本評論社1966年404頁以下参照。
- (10) 民集6巻9号821/823頁。
- (11) 同784/86頁。
- (12) 最近の代表的なものとしては、戸松秀典「違憲審査制度」杉原泰雄編『講座・憲法学の基礎1—憲法学の基礎概念』勁草書房1983年が挙げられる。

「ここでは、日本国憲法制定後の数年間に、わが国の違憲審査制が西ドイツ型のもので解釈できるとの主張が存在し、それに対する最高裁の見解が示されたことを指摘するに留めよう。すなわち、いわ

ゆる警察予備隊違憲訴訟において、最高裁は……と断言し、最高裁が西ドイツの連邦憲法裁判所と同様の役割をもつものでないことを明らかにした」(209頁以下)

- (13) このような通説的理解に対して、比較的早い段階でその問題点を指摘したのは小島教授である。教授は、判決中の「要するにわが現行の制度の下においては、」という文言に注目して、法律で新たに憲法裁判所制度を導入することまで判決は否定していないという解釈を主張する(小島和司「憲法訴訟手続法・違憲判決の効力」芦部信喜・小島和司・田口精一『憲法の基礎知識』有斐閣1966年181/88頁、同「最高法規」法学セミナー第19号(1957年)12頁参照)。しかし、これに対しては、先に示した昭和23年7月8日の判決や、本判決以後の判決(昭和28年4月1日、4月15日)を引いて、最高裁判所の意図はやはりアメリカ型であるとする再批判がなされている(種谷春洋「違憲立法審査権の性格(警察予備隊違憲訴訟)」樋口陽一編『別冊法学教室・憲法の基本判例』有斐閣1985年185頁参照)。
- (14) 本稿とは異なった観点から本判決を批判するものとして、江橋崇「わが国の憲法裁判の原点」野中俊彦・江橋崇・戸波江二・浦部法穂『ゼミナール・憲法裁判』日本評論社1986年122—134頁。

### 3. 憲法裁判所説と憲法裁判所

#### (1) 憲法裁判所説の系譜

日本国憲法第81条の解釈論において、最高裁判所に司法裁判所における付随審査権以外の権限を承認する見解を、憲法裁判所説と呼ぶとすれば<sup>(1)</sup>、この憲法裁判所説はアメリカ型司法審査制を主張する通説に対し常に対峙してきた。ここでは、この憲法裁判所説を検討し、その内容と問題点を明らかにする。

##### 1) 佐々木惣一

一 日本国憲法の違憲審査権を論じる者のほとんどが憲法裁判所説の代表的見解として挙げるのが、佐々木惣一教授の論稿である。佐々木教授の説は戦前と戦後で相違がみられるが、ここでは戦後の論稿から佐々木の憲法裁判所説とはいかなるものかを検討する。

まず、日本国憲法制定過程における「ほとんど唯一の日本側からの対案としてその思想的背景ともどももっと注目されてしかるべきではないかと思われる」<sup>(2)</sup>と評される、佐々木憲法草案第78条の憲法裁判所条項を見てみよう。ただし、この草案は憲法制定過程においては未公開であったことに留意しなければならない。

#### 「第七十八条

帝国憲法ノ條項ニ関スル疑義ニツイテハ法律ノ定メタル憲法裁判所法律ニ依リ之ヲ裁判ス

憲法裁判所ハ皇室典範皇室典範ニ基ク諸規則及法律命令ガ帝国憲法ニ違反スルヤ否ヤニ付宮内大臣政府及帝国議會ノ請求アリタル場合ニ於テ憲法裁判ヲ行フ但シ現ニ憲法裁判所ニ係属スル事件ノ判決ニ付本文ニ示シタル諸法ニ関スル憲法上ノ疑義ヲ決定スルコトヲ必要トスル場合ニ於テハ憲法裁判所職権ニ依リ之ヲ決定ス

憲法裁判所ハ前項ノ事項以外ノ事項ニ関シ政府又ハ帝国議會ノ行動ガ帝国憲法ニ違反スルヤ否ヤニ付帝国議會又ハ政府ノ請求アリタル場合ニ於テ憲法裁判ヲ行フ衆議院又ハ特議院ノ請求アリタルトキ政府ハ此ノ請求ヲ為スコトヲ要ス



憲法裁判所ハ最高ノ司法裁判所又ハ最高ノ行政裁判所ガ現ニ係属スル事件ノ判決ニ付憲法上ノ疑義ヲ決定スルコトヲ必要トシ之ヲ請求シタル場合及斯訴訟ノ当事者ガ之ヲ申立テタル場合ニ於テ憲法裁判ヲ行フ  
憲法裁判所ハ第二項第三項及前項以外ノ事項ニ付法律ヲ以テ其ノ裁判ニ属セシメタル場合ニ於テ憲法裁判ヲ行フ

第七二条及第七三条ハ憲法裁判官及憲法裁判ニ付之ヲ準用ス」<sup>(3)</sup>

ここで憲法裁判所の権限として挙げられているのは、抽象的規範統制（第2項）、機関争訟（第3項）及び具体的規範統制（第4項）である。これらの権限を有する憲法裁判所の創設について、佐々木自身その目的を次の様に言う。「法律命令又ハ政府帝国議会司法裁判所及ビ行政裁判所ノ行動ニ付帝国憲法ニ違反スルヤ否ヤノ疑義ヲ生ジタル場合ニ之ヲ有権的ニ決定スルノ必要アリ。今日ノ法制ノ下ニ於テハ斯ノ決定ヲ為スノ方法存セズ。故ニ今憲法裁判所ヲ新設シ之ヲ為サシム。憲法裁判所ハ国務ノ實際ニ関シ憲法ヲ尊重スルノ風ヲ生ズベシ」<sup>(4)</sup>。

後の佐々木説では、これらの権限は最高裁判所に帰属するものとされているが、ここで注目されるのは佐々木がこの案を作成するにあたって参考にしたと思われるのが、オーストリアの憲法裁判所制度であることである。これは、当時憲法裁判所といわれるものの典型がオーストリアの憲法裁判所であったということだけではなく、たとえば、具体的規範統制の提訴権者を「最高ノ司法裁判所又ハ最高ノ行政裁判所」としていることから明らかである。つまり、この時期での佐々木説は、「戦前、司法裁判所による法令の違憲審査には消極的な学説に立ち、法律の形式的側面での審査を裁可、協賛、副署、公布の有無の審査に限るとともに、実質的側面での審査権を全面的（つまり、当時の多数説に抗して命令についてまで）に否定した」<sup>(5)</sup>ことを考えあわせると、明言はないが否定・集中論に立つものといえよう。従って、憲法制定過程において政府側の見解を批判した佐々木の念頭にあったのは、オーストリア型の憲法裁判所制度であったのではないか。これに対して、後にみる佐々木説は付随的審査権を承認した上で最高裁判所にそれ以上の権限を付与しようとしている（肯定・集中論）。したがって、彼の憲法草案と後の議論とのあいだには大きな性格上の差があるといえる。

二 憲法制定後の佐々木の論文によれば、法律の憲法適合性審査には二種類ある。①法律の適用の前提としての合憲性審査と、②法律の純粹合憲性審査である。①法律の適用の前提としての法律の合憲性審査とは一般の裁判官の審査権を意味する。

「審査はいうまでもなく、或る法律が憲法に適合するかしらないかを判断する事である。この意味における法律の合憲性の審査ということは、ひとり最高裁判所のみならずすべての裁判所においてなすべきものである。ある司法事件において、その事件に適用せられるべき法律が憲法に違反すると判断すればその法律を適用してはならないこと、無論であるからである。この意味においての、一般の裁判所による合憲性の審査ということと、最高裁判所による合憲性の決定ということは異なるものである。」<sup>(6)</sup>

そして、②法律の純粹合憲性審査とは、このような一般の裁判官の審査権とは異なった独自の審査権である。

「その法律を何等かの事件に適用してその事件を解決するために、その法律が憲法に適合するかどうかを審査するのではなく、その法律が憲法に適合するかどうかということそのことを審査するのである。」

「最高裁判所がある法律の合憲性を決定するということは、最高裁判所が、その法律について、憲法に適合するか否かを判断して、示したならば、国家においては、それを、最高裁判所の判断するところにしたがって、憲法に適合し又は適合しないものとして取扱うべきものとする、という意味である。その合憲性の問題が有権的に取扱われ、その法律が憲法に適合し又は適合しないものとして取扱われるべきものとなる、というのである。」<sup>(7)</sup>

前者の権限の根拠は裁判所が法適用機関であることに求められるが、後者の根拠について、佐々木は、国民の共同生活の根本基準である憲法の実質的内容を確定する必要性、及び憲法規範を保持する必要性等を挙げている<sup>(8)</sup>。

このような考え方をふまえて、日本国憲法第81条の解釈論が展開される。憲法第81条によって示された最高裁判所の性格は、終審裁判所及び一切の法律、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裁判所である。この二つの性格が如何なる関係にあるかといえば、最高裁判所の合憲性審査が最高裁判所の終審裁判との従属関係にある（最高裁判所は、終審裁判としての裁判を行う場合に、国家行為の憲法に適合するか適合するか適合しないか、という合憲性を審査決定する権限を有する）のではなく、最高裁判所の合憲性審査が終審裁判との並存関係にある（終審裁判を行う場合に関係なく、合憲性を審査決定する権限を有する）<sup>(9)</sup>。日本国憲法は上記の①②両者の権限を承認しているのであり、一般の裁判所の審査権を承認した上で、最高裁判所に憲法裁判所の権限を付与しようとするのである。佐々木は、一般裁判所の法令審査権について明確に次のように述べる。

「裁判所が特別の裁判において或る法令を適用しようとする場合には、その法令は、存在するものであり且つ拘束するものである、と裁判所により認められるものでなくてはならぬ。故に、裁判所は、その適用せんとする法令が、存在するものであって且拘束するものと、裁判所において認めなくてはならぬものであるかどうかを、審査しなくてはならぬ。……

裁判所が法令の合法性、従って合憲性を審査する権限を有することについては、憲法に明文の規定があるのではないが、司法が法を維持する作用であり、その作用を行うことを任務とするのが裁判所である、ということより見て、法理上当然生ずる結果である。」<sup>(10)</sup>

つまり、佐々木説はオーストリア型憲法裁判所に代表される否定・集中論ではなく、西ドイツ型憲法裁判所制度に代表される肯定・集中論を主張しているのである。「佐々木説は、しばしば誤解されてはいるが、決して、付随的違憲審査制を否定しているのではない」<sup>(11)</sup>のである。このように、佐々木説の想定する憲法裁判所制度を考えるならば、その対象は西ドイツ型であってオーストリア型のそれではない。両者は既に述べたように類似の手續を有するといっても原理的に

は全く異なった立場にあるのである。即ち、佐々木説が併存説に立つならば、裁判官の審査権が前提とされており、その例証として、裁判官の審査権が否定されているオーストリア憲法裁判所を持ち出すことは矛盾であるからである。

純粹合憲性審査権として具体的にどのような制度が考えられていたのであろうか。この点について、佐々木は、その例として抽象的規範統制類似の手続と具体的規範統制類似の手続を挙げている。

「[最高裁判所に審査を要求する]のに次の二つの場合が考えられる。即ち、(一)或場合には、或国家行為の合憲性が問題になったとき、憲法裁判に、これを審査し決定することを要求することもありうる。又、(二)或場合には、既に裁判所に係属中の事件を裁判することにつき或国家行為の合憲性の問題を生じたので、これが審査決定を要求することもありうる。この(二)の場合については、更に考えなくてはならぬことがある。その国家行為の合憲性の問題の起こるその裁判事件が、最高裁判所以外の裁判所に係属していることもあろう。此の場合でも、最高裁判所に憲法裁判を要求するのである。しかし、右の(二)の場合でも、最高裁判所に憲法裁判を要求するのは、その国家行為の憲法に適合するかどうかを決定しようとしてするのである。他の裁判事件の解決の前提を明にしようとしてするのではない。……」<sup>(12)</sup>

最後に、純粹合憲性審査の手続の不存在がどのような意味をもつのかについて佐々木の考えをみる<sup>(13)</sup>。

「訴訟法が、最高裁判所に対して、国家行為の純粹合憲性の審査について提訴するの途を定めてないということは、訴訟法が右の提訴の権限を奪ったということではない。そうならば訴訟法そのものが憲法違反であり、無効とならざるをえないのである。要するに、現行訴訟法によれば、国家行為の純粹合憲性の審査を最高裁判所に提訴する方法は存しない。従って、或る国家行為が憲法に違反するかどうかを、それ自身として、最高裁判所に提訴することは、手続がないから、することを得ない。しかし、このことは、訴訟法上の提訴権を有しない、という訴訟法上の問題である。しかしここで問題とするのは、厳密な憲法問題である。……それゆえ、今日の憲法の下において、国家行為の純粹合憲性の憲法裁判を実際に行われることを可能ならしめるためには、憲法の規定そのものに何等変更を加えることを必要としない。訴訟法上最高裁判所に上告するの方途を設けることをもって、十分とする。」<sup>(14)</sup>

以上のように、佐々木説は、①戦前、②憲法制定過程、③日本国憲法制定後の三期において変化している。即ち、①戦前は、否定・非集中説（いかなる種類の違憲審査も認めない）であり、②憲法制定過程においては、否定・集中説であり、③制定後は、肯定・集中説である。一般の裁判官の審査権に関していえば、①=②と③、集中説に関していえば、①と②=③という対比を指摘することができる。後者の理由はともかく、前者の変化については、日本国憲法が一般の裁判官の審査権を明文で否定していないことによって、解釈論上当然これを前提とする論を展開したものである。

## 2) 覚道豊治

覚道説の特徴は、一般の裁判所の審査権と憲法裁判所の審査権の併存を主張する佐々木説を継

承しつつ、これを比較憲法の広い視野の中で補強していることである<sup>(15)</sup>。

教授によれば、法律の合憲性についての判断は、①立法作用に含まれるとするもの、②法律の制定に関しては立法作用、適用に関しては司法作用に含まれるとするもの、③本来、司法作用に含まれるとするもの、及び、④民事・刑事或いは行政事件の裁判とは性質上異なる故に、制度としてこれらの裁判とは別個の手續をもって法律の合憲性に関する判断を行うとするもの、の四種に分類できる。このうち、②及び③が司法審査制とよばれるものであり、④が憲法裁判とよばれるものである。

このような分類上、日本国憲法第81条の違憲審査制はどのように評価されるべきであろうか。通説・判例の立場である②或いは③は下級裁判所を含めた裁判所一般の問題である。しかし、憲法第81条は一般の裁判所すべてに該当する規定ではなく、最高裁判所に関する規定である。即ち、「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」とは、単に一般裁判所の審査権のみを示すにとどまるものではない。なぜなら、ここには具体的な事件の解決という要件も示されていないければ、「決定する」という言葉は憲法98条1項の規定と併せ読めば、単に裁判上の具体的当事者間の争いを前提としてその限りで当該法律を無効のものとして扱うという趣旨ではないからである。このように、覚道教授は、憲法第76条から当然に承認される一般の裁判所の審査権の外に、81条が認める審査権の存在を認める<sup>(16)</sup>。

「かかる作用はまさに憲法裁判作用に他ならないが、ヨーロッパの場合と異なり、英米流に行政裁判も最高裁判所の管轄にした如く、憲法裁判についても、特別の憲法裁判所を設けずに、最高裁判所にこの作用をかね行わしめたものである。しかし最高裁判所にかくの如く憲法裁判所をなすという使命をあたえたので、憲法七九条二項の最高裁判所裁判官の国民審査の規定を設け、かかる特別の役割を有する最高裁判所裁判官の地位について、特殊の考慮をなしたものであると思われる。しかし憲法裁判の作用は性質において民事・刑事又は行政事件の裁判とは異なったものであるから、これらとは別の手続で行うことを妥当とする。その性質から、憲法裁判として事件性を考え得るのであって、憲法に制限がない以上、これを刑事・民事又は行政事件の事件性と同一たるべきものに限る理由はない。その他訴訟者の資格、審理手続、判決執行の方法等も合目的的に法律で定めればよいのであり、八一条の真の趣旨の実施のためには、かかる法律を制定しなければならない。しかし現在かかる法律がないからといって、八一条を他の様に解釈することは、順序を逆にする論である。又八一条が司法の章に規定してあるからとして、この行為を民事・刑事又は行政事件の裁判の前提の場合のみに限定することは、裁判作用のなかに比較的新しい概念ではあるが、憲法裁判という作用の存することをみとめないものといわなければならない。しかし司法の章に規定されている以上、憲法裁判の概念に入らないような、例えば訴なくして行われるような、手続を定めることは許されないと解せられよう。」<sup>(17)</sup>

以上のように、覚道教授も、一般の裁判所の審査権を前提とした上で、最高裁判所に憲法裁判権を与えようとする、いわゆる併存説である。そして、教授はさらに進んでこのような見解を比較法的に検討する。

「わが国の場合、憲法は特別の憲法裁判所を設けているわけではないから、独立審査説も、ドイツ・オーストリア型の憲法裁判所制度と同様なものがわが国に採用されたと考えているわけではない。ただ最高裁は上告司法裁判所であるとともに、独立手続の憲法裁判所を行う権限をも有するものとする。しかし、必ずしも西ドイツで設けられているような手続のすべてを予想するものではないし、またこの説は下級裁の付随審査権を肯定するから、その点でもドイツ・オーストリア型の憲法裁判制度とは異なる独自のものを考えている。……学説として独立審査説をとるものも、その多数は、上に述べたように、實際上特別な手続法が制定されていない以上それは行えないものとする。下級裁の付随審査権は肯定するわけであるから、学界の一般的傾向としては、最高裁、下級裁を含めて、付随的審査を前提とした上で、そのあり方、とくに違憲審査が行われる訴訟に関する当事者適格、訴の利益、事件性の問題が議論の中心となった。」<sup>(18)(19)</sup>

併存説は、教授が指摘するように機構的に最高裁判所と憲法裁判所という違いはあるにしてもまた手続すべてが共通するものではないにしても、基本的な前提を考えれば西ドイツの連邦憲法裁判所制度と共通するものをもっている。したがって、必ずしも「独自のもの」とはいえないように思われる。

### 3) 中谷敬寿

中谷教授は、憲法裁判を比較憲法的に考察し、その目的、機関、内容に応じて様々に分類している。この中で特に注目されるのは、内容による類型である。教授は、憲法裁判を内容に応じて、①具体的違憲立法審査裁判、②抽象的違憲立法審査裁判、及び③憲法争議裁判に分類する。

第一に、「具体的違憲立法審査裁判」とは、「司法裁判所において具体的事件処理の前提として法令等の違憲性について審査することを意味する。通常その権限を司法裁判所の違憲立法審査権と称している。それゆえに、かかる具体的違憲立法審査権は、具体的な司法事件処理のいわゆる前提問題として法令の違憲性について審査するに過ぎないので、これが行使されるためには前提として絶対に司法事件訴訟が現実に存在していなければならない」<sup>(20)</sup>。この「具体的違憲立法審査権」の行使はさらに二つに分けられる。即ち、「単純違憲立法審査権」と、「中間上告による違憲立法審査権」である。前者は、「司法事件を管轄する司法裁判所が具体的な司法事件の裁判途上これに適用すべき法令について違憲の疑を抱いたとき、その違憲性につき自ら審査しその判断に基いて当該事件を判決する」という権限であり、後者は、「司法事件を管轄する司法裁判所が、具体的な司法事件に適用すべき法令について違憲の疑をもつに至ったとき、その違憲性につき自ら審査することなく当該事件の審理を中止して、違憲問題を管轄する他の司法機関に上告し、その機関のなす違憲問題についての判断に基いて当該事件を判決する」という権限である。前者の例としては、アメリカ合衆国をはじめとする国々が、後者の例としては、西ドイツも挙げられているが、これは恐らく連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続を想定したものと思われる<sup>(21)</sup>。

第二に、「抽象的違憲立法審査裁判」とは、「現行法令の違憲性が問題となったとき司法事件処

理の前提とせず、憲法上権限ある裁判所が当該法令の違憲性を終審として審判すること」である。この例として、西ドイツの連邦憲法裁判所の抽象的規範統制手続その他が挙げられているが、オーストリア憲法裁判所についての説明はない<sup>(22)</sup>。

第三に、「憲法争議裁判」とは、「或は互に独立する国家機関相互の間、或は国と地方団体の間、或は連邦国と支分邦との間、若しくは連邦国の支分邦と支分邦との間、等々においてその権限につき憲法の解釈上争を生じた場合に、そのような憲法争議を解決するために認められる」ものである。その例として多数の中に、西ドイツの連邦憲法裁判所も挙げられている<sup>(23)</sup>。

ではこのような分類を踏まえて、日本国憲法の規定する違憲審査制度はいずれの類型に分類されるのか。教授によれば従来の議論には、概念混同がある。即ち、81条の解釈論においては、法令審査権と合憲違憲審査権を明確に区別して用いなければならない。

まず、司法作用における目的及び司法権独立の原則より、「法令審査権」が導かれる<sup>(24)</sup>。

「〔法令審査権とは〕裁判所が、裁判をなすにあたりその職務上法の適用宣言の前段階として、その適用せらるべき法令の存在及び効力について審査する機能である。」<sup>(25)</sup>

「……その結果若しその法令の存在又はその内容において違憲と判断したときは、その法令の適用を拒むにすぎないものであって、その法令そのものの有効無効を一般的に審査決定しうるものではない。なお、裁判所にいわゆる法令審査権があるといっても、裁判所において適用しようとする法令について、常にこれが審査をしなくてはならないというわけではない。蓋し、裁判所が、既存の法令につきその存在及び内容上合法性を推定しうる場合には、必ずしもその法令審査権によってその法令を審査するの必要はなく、ただその法令の合法性につき疑を生じた場合に限りこれが審査をなすべきであるからである。」<sup>(26)</sup>

次に、憲法の最高法規性、国家意思統一の必要性から導かれる<sup>(27)</sup>「合憲違憲審査権」がある。

「〔これは〕立法その他の国家行為が憲法に適合するかどうかを審査決定する権限に外ならないから、それは、いわゆる憲法裁判であって独り立法のみならず、その他の国家行為の違憲に対する合憲違憲性を審査決定するものであり従って、その審査決定の結果は立法その他の国家行為の存否を有権的に決定することになる。この事は、別個独立の憲法裁判所を設けて合憲違憲の審査決定を行わしめる場合であっても、また、司法裁判所をして本来の司法権の外なお合憲違憲審査決定権を行わしめる場合であっても、その法理においては何んら異なるべきものではない。それゆえに、憲法裁判所において或る法令が違憲であると審査決定された場合には、その違憲の法令は具体的事件に適用しえられないのみならず、その法令そのものの性質として違憲と審査決定されたのであるから、この決定はすべての他の国家機関を拘束することとなる。かくて、その法令そのものは無効としてその存在を否定せられることとならざるをえない。」<sup>(28)</sup>

教授は、最高裁判所が本来司法権の属する最上級の裁判所即ち終審裁判所であると同時に、法律・命令・規則又は処分等の国家行為の合憲違憲を審査決定する権限を合わせもっているとする。

以上のように、中谷教授は、一方では、憲法裁判権の内容を比較憲法的により具体的に検討し、「具体的違憲立法審査権」の中に「単純違憲立法審査権」と「中間上告による違憲立法審査権」があることを明らかにし、西ドイツの連邦憲法裁判所の具体的規範統制がこの「中間上告に

よる違憲立法審査権」にあたることを示唆し、他方、一般の裁判所の審査権と最高裁判所の審査権の併存という佐々木説を継承している。この比較憲法的論究が日本国憲法の解釈論と結び付き、「日本国憲法第81条に定められたところは、本来司法権を有する最高裁判所に違憲の立法その他の国家行為を審判する憲法裁判権を併せ有せしめたものであって、司法裁判所による型を採用してはいるが、それはいわゆる司法審査制として単純違憲立法審査権を認めたものと解すべきものではないと思う」<sup>(29)</sup>という結論を生むに至る。しかし、具体的規範統制手続を具体的違憲立法裁判と分類するのであれば、もう一步踏み込んで、この手続がまさに、一般の裁判所の審査権と最高裁判所の審査権の接点に位置するものであることを明らかにし、「併存説」を比較法的に補強する趣旨を明確に示すべきであったであろう。

#### 4) 一圓一億

一圓教授もまた、「法令審査権」と「違憲合憲性審査決定権」という図式で、一般の裁判官の審査権と最高裁判所の審査権の併存という佐々木説を展開させている<sup>(30)</sup>。

まず第一に、教授は、裁判所一般の権限として、法令審査権を挙げる。

「裁判所は、法を適用することを任とする機関である。だから裁判所は、係属する事件の処理にあたり、適用すべき法令が上位の法に違反し、法令として適法に存在するものでないことを疑う場合に、その法令を審査し、その法令が裁判所の適用すべきものとして裁判所を拘束するものかどうかを、決定しなければならない。」<sup>(31)</sup>

「元来、形式的審査、実質的審査ともに法令の違憲審査をなしうることは、司法に内在する権限であるとしなければならない。ことに日本国憲法においては、三権分立を強化し、裁判所をして、国会、内閣からの独立の機関たらしめているのである。だから、日本国憲法においては、裁判所には、形式、実質両面を含めての法令（法律を含む）の違憲審査権があるといわなければならない。これは、八一条とは関係なく、司法に内在する理論として、一般の裁判所の有する権限である。」<sup>(32)</sup>

「その判決の効力は、……当該裁判所の事件限りの判断である。」<sup>(33)</sup>

次に、最高裁判所の違憲合憲決定権に論を進める。第81条において、最高裁判所に認められるのは、終審裁判所としての権限と違憲合憲決定権である。そして最高裁判所のこの法令および国務行為の違憲合憲決定権は、終審裁判とは関係なく、これを「決定する権限を有する」ものである、と説かれる。その根拠として、教授は、a) 最高裁判所が終審として違憲合憲決定権を行使するとするならば、下級裁判所で判決が確定した場合には、問題が生じること、b) 憲法第98条1項は当該法令及び国家行為そのものが憲法に適合するかしないかを決定する国家機関の存在を必要とし、第81条は、最高裁判所がこれにあたることを定めていること、およびc) 日本国憲法第81条の原型である憲法草案第77条1項及び2項を挙げている<sup>(34)</sup>。

さらに、この違憲合憲決定権の行使の態様について述べるが、この点が一圓説の最も大きな特徴である。教授は最高裁の違憲合憲決定権を、①前提の合憲性審査決定権と②独立の合憲性審査

決定権に分ける。つまり、最高裁が行う具体的事件の処理に伴う法令の合憲性審査には、(a)(b)二つの場合が考えられるが、(b)が①にあたる。

(a) 一般の法令審査権の作用として当該事件限りの審査をする場合

「最高裁判所は具体的事件の処理の前提として法令が違憲であることが問題とされ、ないしはみずらそれを疑うに至ったときは、一般に裁判所の有する『法令審査権』によって単にその事件だけの処理の問題として法令の違憲合憲を審査する事ができる。この場合には、その合憲性の判断は、八一条による『決定』としての効果を伴わない判断である。その事件限りでの効果しかなく、他の国家機関を拘束する力をもたない。」<sup>(36)</sup>

(b) 憲法裁判としてその法令の合憲性を「決定」する行為をなす場合

「最高裁判所は、他面において、本来は具体的事件の解決に端を発した問題であるが、前提としての法令及び国家行為そのものの違憲と合憲とを別個の問題として取上げて、判決することもできる。この場合には、それは、八一条にいう違憲合憲決定権として、これをなす判決である。……この場合、もし違憲と決定したならば、それは第九八条により、その法令および国務行為は当然に無効となるであろう。」<sup>(37)</sup>「この前提の合憲性を審査決定するに当っては、違憲、合憲を指摘して上訴されるによりこれを為すのが、原則であろう。」<sup>(37)</sup>

② 独立の合憲性審査決定権

「具体的な権利義務に関する争が裁判所に提訴されることなく、直接に、法令及び国務行為そのものの違憲合憲が問題とされる……。〔98条、99条（憲法の最高法規性、違憲の国家行為の当然無効、憲法尊重擁護義務）は〕一個人の権利義務に関する争いが提起されて来たときに始めて問題として取上げうることを、示すものではない。そのような違憲の法令及び国家行為そのものを、独立の違憲問題として取上げうることを示すものである。そして、そのような違憲合憲を確定する権限を最高裁判所に与えているのである。」<sup>(38)</sup>

「このような最高裁判所の合憲性決定権は、それによって、その法令及び国家行為を改廃する、ないしは積極的に無効とするような、形式的な作用をするものではない。ただ、それが憲法に適合するかいなかを憲法に照らして純粹に法的に判断し、それを宣言するのである。それはとりもなおさず、法を維持するたのに行われる作用なのである。だからそれは、司法作用として行われるものに外ならない。憲法は、最高裁判所のこの権限を定める規定を司法の章の中においているのであるが、それは、その作用を憲法が、司法であると考えていることを示すものである。」<sup>(39)</sup>

以上のように、一圓説は、その併存説にともなう最高裁判所の手続を具体的に示している。①は、具体的規範統制類似の手続であり、②としては抽象的規範統制手続などが想定されよう。このような優れた立論にもかかわらず、一圓説にも問題は残されている。それは、このような具体的な手続内容を比較法的に補強していないことである。確かに、一圓教授は、「憲法裁判といわれる各国の制度、または憲法裁判といわれうる各国の制度の中には、種々のものがある。従来、アメリカ合衆国の司法裁判所による違憲立法審査制度と、オーストリアの憲法裁判所がその二大典型であるとされてきたが、近年、……両者を併用し、その中間的性質をもつ新しい型の憲法裁判制度の出現によって、絶対的なものでなくなりつつある」という適切な認識に立ちつつ、その諸類型の一つとして、「司法裁判所が法令の合憲性に疑問を生じた場合、憲法裁判所ないし憲法委員会もしくは最高司法裁判所の判断を求めるもの（中間上訴制による違憲審査）」を挙げ、そ



の例に西ドイツが示されている<sup>(40)</sup>。しかし、このような指摘と日本国憲法の解釈論とが別個に扱われ、教授の立論が他国の憲法において具体化されている制度とどのような関係にあるのかが十分に示されていない。

#### 5) 入江俊郎

入江説の特徴は、佐々木説を継承しながら具体的な制度を提唱していることである。憲法調査会第1委員会第32回会議の参考人として入江は具体的規範統制類似の手続を提唱する<sup>(41)</sup>。

まず第一に、入江説で注目されるのは、下級裁判所に審査権があるという前提に立って、下級裁判所から最高裁判所への憲法問題の移送手続を提唱していることである。これはまさに西ドイツ型の具体的規範統制手続である。

「それで私は、下級裁判所も法令の違憲審査権はあるという建前はとりますけれども、下級裁判所が、この法令は違憲である、従ってその適用を排除するというような裁判でできないことにして、そういうような裁判をすべきではないかという意見を下級裁判所がもったときは、これを最高裁判所に移送しまして、最高裁判所において裁判を下してもらおうというようにもっていくのがいいのではないかと考えるのであります。」<sup>(42)</sup>

「私は、やはり、立法論としては、国民に広く一般に適用される法令を具体的事件に関する限りにおいて違憲であるとする場合であっても、それは最高裁判所の専属権限にすべきではないかと考えるのであります……下級裁判所で、これは合憲だという裁判はしてもよいが、違憲だという裁判は、これは最高裁判所に専属する。これは審級制のことですから、憲法で、そこまで規定しなくても法律で規定すればできると思います、……なお、西独、イタリー、オーストリアのように憲法裁判所を設けておところは、一般の裁判所では違憲裁判をやりませんから、合憲であろうと、違憲であろうと、憲法判断はみな憲法裁判所だけでやる、これは特別に憲法裁判所を設けたからそうなるのであります。」<sup>(43)</sup>

さらに入江は論を進め、具体的事件を離れた、一般的・抽象的な審査についても現行憲法上可能であるとする。

「以上申しました程度〔宣言的判決及び抽象的規範統制〕で、一般的、抽象的違憲訴訟を認めることとしても私は、最高裁判所が、いわゆる憲法裁判所に変質してしまうのではなく、司法裁判所たる最高裁判所に若干憲法裁判所的な機能を付加する、こういう程度に考えたいのであります。

そこで、このような改正は、憲法を改正しなければならないものであるか、それとも現在の憲法第八十一条のもとにおいても、法律で規定したらできるかという点が問題であります。私は、憲法裁判所というものは、いわゆる司法裁判所でない第四権的なものでしょうけれども、最高裁判所の司法裁判所という本質をそのままにしておいて、これに若干憲法裁判所性格をあたえるという程度のことは、憲法第八十一条に反するというわけでもないから、憲法を改正しなくとも、法律で規定すればできるのではないかという気がするのであります。しかし、これは議論がありましょうし、憲法ではっきり定めれば、もちろんそのほうが望ましいとは思いますが。」<sup>(44)</sup>

以上のように、いわゆる憲法裁判所的な規範統制手続を、一般的裁判官の審査権と関連する具体的規範統制手続とその他の手続を分けて論じている点、両者が性格的に異なるものであること

を明確に意識して論じている点において高く評価されるべきであろう。但し、これが比較憲法的にどの程度補強されているのかは、疑問である。なぜなら、ここでも西ドイツ、オーストリア、イタリアの各憲法裁判所が同列に扱われ、これらが一般の裁判所の審査権を否定していると考えているからである。

第二に注目されるのが、入江説が控訴裁判所から最高裁判所への事件の移送という刑事訴訟規則第274条に着目していることである。先の具体的規範統制類似の手続に関する主張に続けて、次のように述べる。

「現に東京都の公安条例を違憲であるとした東京地裁の判決が東京高等裁判所に控訴されておりましたのを、先般、東京高等裁判所から最高裁判所に移送して参りまして、すでに上告されておった他の県又は市の公安条例の事件と一緒に、最高裁判所で一括して口頭弁論を目下審議をしておる状況であります。下級裁判所で直ちに法令が違憲であるという判決を出してしまう、しかし又同一の法令が他の下級裁判所では合憲であるとされる、確定しないにしても、区々になるということはおもしろくないのではないか。現行制度の下で刑事事件の移送の制度がありますけれども、これは高等裁判所で移送することが適当であると判断したときに、しかもその論点が憲法問題だけに限られておるときに、最高裁判所の許可を得て移送するのです。」<sup>(46)</sup>

刑事訴訟法規則第247条によれば、「控訴裁判所は、憲法の違反があること又は憲法の解釈に誤があることのみを理由として控訴の申し立をした事件について、相当と認めるときは、訴訟関係人の意見を聴いて、決定でこれを最高裁判所に移送することができる。」また、同規則第248条は、「前条の決定は、最高裁判所の許可を受けてこれをしなければならない。2 前項の許可は、書面でこれを求めなければならない。3 前項の書面には、原判決の謄本及び控訴趣意書の謄本を添附しなければならない。」と、また、第249条は、「第247条の決定があったときは、控訴の申立があった時に控訴趣意書に記載された理由による上告があったものとみなす。」と定める<sup>(46)</sup>。

このような制度の目的は、「憲法問題については、可及的速やかな最高裁判所の直接迅速な判断に付し、憲法問題についての不安定な法状態を速やかに解消することにあるように思われる」<sup>(47)</sup>。とされているが、この制度の趣旨、機能についての立法者の意図は今一步不明確である。

この制度が実際に用いられたのは、入江が指摘したように現在まで、昭和35年7月20日大法廷判決(昭和25年東京都条例第44号集会、集団行進及び集団示威運動に関する条例違反被告事件)<sup>(48)</sup>と昭和36年2月15日大法廷判決(あん摩師はり師きゅう師及び柔道整復師違反被告事件)<sup>(49)</sup>の二例しかない。なぜ、この制度が活用されないのは明らかでないが、このような規定の存在すること自体、違憲審査制との関連でもう少し議論してよいのではないか。

## 6) 榎原猛

榎原教授の立論の最も大きな特徴は、従来の憲法裁判所説が81条解釈の段階で抽象的な議論にとどまっていたのに対して、憲法裁判所説としての具体的な制度・手続を比較法的観点を含めて詳

細に展開していることであり、これによって憲法裁判所説は新たな段階に入ったといえよう<sup>(60)</sup>。教授は、まず憲法解釈論として佐々木説——教授の言葉でいえば「積極的憲法裁判所的機能承認説」——を主張する。同時に、「解釈論と立法論とは別の問題である。わたくしが右の見解が正しいとするのは、解釈論としてそう判断するのであって、立法論的視点より見て、これが正しい、ないし適当であると判断しているのではない。むしろ立法論より見れば、現行憲法規定のまま、本説の制度化を実現することには、後に述べるように数々の問題があると思っている。」<sup>(61)</sup>として、憲法第81条の改正論を展開する。その「覚え書」において、違憲立法審査機関の制度、構成、手続を検討するが、具体的手続として、西ドイツの連邦憲法裁判所における抽象的規範統制手続及び憲法訴願手続と並んで具体的規範統制手続が提唱されている。

「司法裁判所が、裁判に際し、適用すべき法律が憲法に違反していると考える場合に、その手続を中止し、憲法裁判所に審査を求める、いわゆる具体的規範統制もとり入れられて然るべきで。現行法のように、国権の最高機関であり、国民の代表機関でもある国会が制定した法律を下級裁判所が、その判断で適用を拒否すること自体にも問題があるばかりでなく、下級裁判所がそのように違憲判断を下した場合に、事件は、ほとんどすべてが最終的判断機関まで上訴されるから、下級裁判所自体が違憲の判決を下すことは、ほとんど無駄になるからである。」<sup>(62)</sup>

しかし、ここでは、抽象的規範統制手続、具体的規範統制手続、憲法訴願手続いずれも、憲法裁判所手続の具体例として同列に取扱われており、それぞれの手続の性格上の差異は顧慮されていない。むしろ、教授の立論からすれば、具体的規範統制手続は憲法解釈論ではなく法律を整備することで足りるのではなからうか。なぜなら、具体的規範統制手続の場合、現在行われている一般の裁判所の審査権を否定することにはならないからであり、まさに、解釈論上の「積極的憲法裁判所的機能承認説」に合致するからである。

また、導入理由として挙げられているものにも問題がある。具体的規範統制手続導入の根拠はあくまでも、判例の不統一の回避、法的安定の確保、訴訟経済上の利点等、一般の裁判官の審査権を承認することによって生じる不都合を回避するためのものでなければならない。なぜなら、それ以外の理由によって審査権を制限するのであれば、そもそも一般の裁判官の審査権が承認される論拠それ自体の検証が必要となるからである。

## 7) 憲法裁判所説の問題点

以上のように、憲法裁判所説と呼ばれるものは、用語に若干の相違はあるもの、一般の裁判官の審査権を肯定した上で最高裁判所に審査権を与えるという点では共通するものをもっている。このような憲法裁判所説に対しては司法裁判所説から様々の反論がなされており、また、このような反論に対して再反論もなされている。いずれにせよ、この憲法裁判所説が、通説・判例である司法裁判所説に対して今一步の説得力をもちえないという印象はぬぐえない。その原因は、こ

の説が、その具体的な手続を十分には提示していない点、及び、たとえ提示しえたとしても、その中心が抽象的規範統制手続であり、それは現行の制度からみて検討すべき課題があまりにも多い点にあるようである。そしてこれを、憲法裁判所説の側の問題としてとらえてみた場合には、次のような原因が考えられる。

①憲法裁判所説が、比較憲法の対象として、オーストリアの憲法裁判所と西ドイツの連邦憲法裁判所を、その本質的差異を看過して同列に論じている。即ち、憲法裁判所説にあっては、憲法裁判所の審査権の問題に関連してのみその制度、手続が論じられ、一般の裁判所の審査権との関連で考察されることがなかった。

②最近とはともかく、従来の憲法裁判所説は、我国の問題としては類似の制度を考えていたにもかかわらず、オーストリアの憲法裁判所及び西ドイツの連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続というものに注目しなかった。したがって当然のことではあるが、両国の制度上の差異が十分には認識されなかった。そして、このことによって、憲法裁判所説の特徴の一つである「併存」が、具体的制度の検討というレベルにおいて十分には反映されていない。

#### 注

- (1) この名称は厳密な検証を経たものではない。一般には「佐々木説」として総括されるものと同様に用いる。
- (2) 並河啓后「違憲審査の性格」同志社法学第32巻6号(1981年)72頁。
- (3) 憲法調査会事務局『憲資・総第26号 帝国憲法改正諸案及び関係文章(六) 一内大臣府側関係文章』1958年56頁以下、内藤前掲書(第一分冊)82頁以下。
- (4) 同125頁以下。
- (5) 江橋前掲論文(「審査権」)144頁。
- (6) 「国家行為の純粹合憲性に対する最高裁判所の決定権」法学論叢第61巻第4号(1955年)『憲法学論文選(一)』有斐閣1956年139/181頁に再録(引用は後者から)149頁以下。
- (7) 同147/150頁。
- (8) 同152頁以下参照。
- (9) 同160頁参照。
- (10) 同175/178頁。
- (11) 江橋前掲論文145頁。
- (12) 「最高裁判所の憲法裁判」公法雑誌第11巻1号(1950年)13頁。
- (13) この問題については、並河前掲論文73頁以下参照。
- (14) 注(6)論文173頁以下。
- (15) 覚道豊治のドイツに関する論稿については、III(5)参照。
- (16) 「憲法裁判の作用とその限界」公法研究第12号(1955年)34頁以下。
- (17) 同38頁。
- (18) 「憲法訴訟の形態」清宮四郎他編『新版憲法演習(3)』有斐閣1980年178頁。
- (19) 「判例研究・最高裁判所への違憲提訴」阪大法学第6号(1953年)68/79頁「違憲審査制に関する憲法改正意見」清宮四郎他編『統憲法演習』212/26頁、有斐閣1967年、などにおいても同旨の議論が展開されている。

- (20) 「憲法裁判について」関西大学法学論集創立70周年記念特輯(1955年)34頁以下。
- (21) 同35/37頁。このような分類と対照的なのが、庄幹正教授の分類である。教授は、中谷教授と違い具体的規範統制手続を抽象的審査に分類している。即ち、憲法裁判を、①司法審査—前提的審査制と②抽象的審査—純粹合憲性審査制に分け、さらに②を(イ)特別の裁判所或いは(憲法)裁判機関による審査制と(ロ)中間審査制による審査制に分類する。そして、西ドイツ連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続を②(ロ)の例として挙げている(「憲法保障と憲法裁判」関西外国語大学研究論集第25号(1977年)679/686頁)。そして、このような分類を踏まえた上で、日本国憲法の違憲審査制について次のように述べる。即ち、「……最高裁判所に、具体的紛争解決のための前提としての憲法判断とともに、中間上告の型であれ、直接的審査の型であれ、純然たる憲法裁判をなす権限を与えたと解されるのである」(同上690頁、なお、「違憲審査」関西外国語大学研究論文集第16号(1971年)163/73頁参照)。
- (22) 同37頁以下参照。
- (23) 同39頁以下参照。
- (24) 「法令審査権と合憲違憲審査決定権—日本国憲法81条の解釈をめぐって」関西大学法学論集第2巻1号(1952年)26/28参照。
- (25) 同29頁。
- (26) 同30頁以下。
- (27) 同32頁参照。
- (28) 同35頁以下。
- (29) 中谷前掲論文(「憲法裁判について」)46頁以下。
- (30) 「憲法裁判」公法研究第24号(1962年)43頁以下及び「最高裁判所の違憲合憲決定権」憲法研究所『最高裁判所にかんする研究』憲法研究所出版部1963年20/31頁。両者はいずれも『憲法の基本問題—違憲審査を中心として』有信堂1971年に再録されている。以下の引用頁はこの論文集に依る。
- (31) 同11頁。
- (32) 同11頁以下。
- (33) 同12頁。
- (34) 同12/15頁参照。
- (35) 同58頁。
- (36) 同16頁。
- (37) 同57頁。
- (38) 同17頁。
- (39) 同54頁以下。
- (40) 同44頁以下参照。
- (41) 『憲法調査会第1委員会第32回会議事録』1959年11/30頁、後に入江俊郎『憲法成立の経緯と憲法上の諸問題』第一法規1976年634頁に再録。
- (42) 同18頁以下。
- (43) 同19頁以下。
- (44) 同25頁以下。
- (45) 同18頁以下。
- (46) これについて、平場安治他『注解刑事訴訟法下巻〔全訂新版〕』有斐閣1983年224頁、城富次「上告受理申立及び上告審への移送」団藤重光編『法律実務講座刑事編第11巻上訴(2)』有斐閣1956年2641頁、団藤重光『全訂刑事訴訟法』創文社1955年402頁、法務省『刑事訴訟規則説明書』1948年などを参照。
- (47) 平場他編前掲書230頁。
- (48) 刑集14巻1243頁。

「右の者に対する昭和25年東東京都条例第44号集会，集団行進及び集団示威運動に関する条例違反被告事件につき，昭和34年8月8日東東京地方裁判所が言い渡した無罪の判決に対し，検察官から東京高等裁判所に適法な控訴があったところ，同裁判所において刑訴規則247条，248条に従いこれを当裁判所に移送したので，当裁判所は同249条に則り次のとおり判決する。」（1246頁）なお，田中二郎他編『判例体系・刑事訴訟法7』第一法規1064頁の11には編注として，移送許可申請書が紹介されている。

(49) 刑集15巻2号347頁。

「本件は，大阪簡易裁判所の有罪判決に対して被告人から大阪高等裁判所に適法な控訴の申立があり，同裁判所が，刑訴規則第247条，第248条に従い，最高裁判所に移送したものである。」（348頁）

(50) 「違憲立法審査制度の再検討」小森義峰他『大石義雄先生喜寿記念論文集—日本国憲法の再検討』嵯峨野書院1980年533/68頁。同『憲法一体系と争点』法律文化社1986年367/73頁。

(51) 同551頁。

(52) 同560頁以下。

(52) その他，細部において相違はみられるものの大筋において佐々木説に同調するものとしては，盛秀男『日本国憲法要説』啓文社1957年，西尾昭「最高裁判所と抽象的違憲訴訟」田畑忍編『判例憲法学』ミネルヴァ書房1958年461/463頁，黒田一「最高裁判所の憲法保障機能」憲法研究所『最高裁判所の研究』1963年48/72頁，田畑忍『憲法学講義』憲法研究所出版会1964年300/306頁，同『違憲・合憲の法理』有斐閣1955年19頁，磯崎前掲論文，並河前掲論文等がある。

## (2) 比較憲法の対象としての憲法裁判所

ここでは，①戦後の我が国における違憲審査制度に関する比較憲法の対象——特に憲法裁判所制度に関するそれが，どのように変化していったか，および，②その中で西ドイツ連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続がどのような形で紹介されているのかを検討する。

### 1) 憲法裁判所制度研究の系譜とその特質

まず最初に，戦後の我が国における違憲審査制度に関する比較憲法の対象——特に憲法裁判所制度に関するそれが，オーストリア憲法裁判所から西ドイツの連邦憲法裁判所へと変化していった過程を年次的に検討する。なお，両国の憲法裁判所に関する研究のうち，主たる問題関心が別にあつて，憲法裁判所の判決等がそれを検討するための素材として用いられているものについては言及しない。

まず，1940年代後半から50年代にかけての研究では，1951年の西ドイツの連邦憲法裁判所の創設を境に多少のタイムラグはあるものの——，比較憲法の対象が，オーストリアの憲法裁判所から西ドイツの連邦憲法裁判所に次第に移行しているのがうかがえる。しかし，この時期においても憲法裁判所制度に関する叙述の中でオーストリアの憲法裁判所の占める割合は決して少なくない。また，西ドイツの連邦憲法裁判所についての研究も全体的にみればその制度の一般的紹介，関連条文の翻訳など基本的な制度研究が主である<sup>(1)</sup>。

戦後の代表的憲法注釈書である法学協会の『注解日本国憲法』（本書は，1949年に初版が出さ

れ ((49年版)), 1953年に新たな初版が出されている ((53年版))<sup>(2)</sup> をみると, 49年版では当然であるが戦後の西ドイツの動向についての記述はなく, 憲法裁判所制度の例として挙げられているのはオーストリアの憲法裁判所である。ドイツについての記述はヴァイマル憲法時代の議論に限定されている。

「これに対し, ヨーロッパ諸国においては, 必ずしも違憲法律審査権は承認されいない。むしろ憲法上明文を以って否定しているものが見出される (……オーストリア 1920 年憲法第89条 1 項等)。ドイツ, フランス等憲法に規定のないところでは, 争われた問題であってが, フランスにおいては, 一は革命以来三権分立が司法裁判所に不利益に解された伝統により, 一は, 国会中心の民主政に理念によって, 学説上はこれを肯定するものも存するが, 実際上は否定されてきた。ドイツにおいては, ワイマール憲法以前は, 原則として否定され, ワイマール憲法の下では, 学説上も争われた問題であり, 判例もこれを承認するものが現れたが, なお確立するにはいたっていない。……

このような憲法裁判所の裁判権は, 前述のように, 司法権の概念とは異なるものである。そこでは, 違憲の法令自身の効力が裁判の対象になり, 具体的な訴訟事件に結合して審査権が行使されるのではなく, 法令の効力の抽象的な審査が行われるのである。即ち主観的な当事者の権利の争を解決するのではなく, 客観的な法律の合憲性の保障が正面の目的とされているといえよう。その最も代表的なものはオーストリアである。」<sup>(3)</sup>

また, 53年版ではボン憲法について言及されてはいるものの, 憲法裁判所制度についての具体的な説明では, 49年版と異なるところはない<sup>(4)</sup>。

同様のことは, 1950年の林田教授の「憲法裁判所論」にも妥当する。ここでは, 「本稿に於ては, (1)かかる特殊の憲法裁判制度の発展の歴史と, (2)その代表的なものとしてのオーストリア憲法裁判所に於る法令審査の実態について検討することとした。」<sup>(5)</sup>として, 憲法裁判所制度の典型として, オーストリアの憲法裁判所が挙げられている。しかし, この「憲法裁判所論」とほぼ同内容の1955年の「憲法裁判所論」公法研究第12号では, 「そこに, すべての類型の司法的憲法保障制について, 政治的にも技術的にも著しい相似性が自ら生成発展していることが発見されるのである」<sup>(6)</sup>として, その注において, 「例えば1926年ドイツ連邦の違憲, 法令の審査に関するキュルツ政府草案がいかにアメリカの制度と類似性を示し, この草案がボン憲法下の連邦憲法裁判所制度となって実現したが, この最後のものがいかにオーストリアの憲法裁判制度と類似性をもっていることか。」<sup>(7)</sup>と述べている。

川北教授は西ドイツの連邦憲法裁判所について, 1953年に, オーストリアの憲法裁判所に言及したのにつづけて, 「1949年のドイツ連邦共和国基本法 (いわゆる西独憲法) は, このオーストリアの制度に倣い違憲立法の審査を各邦, および連邦の憲法裁判所に行わせることを定めている」<sup>(8)</sup>として, 西ドイツの基本法第100条 1 項の具体的規範統制を詳細に紹介している。

覚道教授は, 1949年の論稿では, 司法裁判所型の典型としてアメリカ合衆国の制度を, 憲法裁判所型の典型としてオーストリアのそれを挙げ, 後者についてオーストリアを中心に比較法的研

究を展開する<sup>(9)</sup>。1952年には、「ドイツにおける裁判所の法律審査についての諸問題」<sup>(10)</sup>と題する論稿を発表するが、その研究対象はヴァイマル憲法時代のドイツにおける議論であって、連邦憲法裁判所制度については言及していない。しかし、同じ年に発表された「西ドイツの憲法裁判所」<sup>(11)</sup>では、西ドイツの連邦憲法裁判所の制度、手続が詳細に紹介されている。

中谷教授は、1955年の「憲法裁判について」<sup>(12)</sup>において、憲法裁判を諸種の類型に分類し、その具体例として、各国の制度に言及している。西ドイツの連邦憲法裁判所についても引用されているが、オーストリアの憲法裁判所についての言及はない。

1957年には、憲法調査会事務局が『憲法裁判に関する各国憲法の立法例』と題する小冊子を発表しているが、その「はしがき」にもあるとおり、これは1954年に内閣法制局が作成した『憲法裁判』というものを資料として印刷したものである。本冊子は憲法裁判所制度の例として、先の註解49年版に依拠してオーストリアの憲法裁判所制度を、明治大学比較法研究室「ドイツの再軍備と憲法裁判(一)、(二)」<sup>(13)</sup>に依拠して西ドイツの連邦憲法裁判所制度について説明している。ただ、比較法研究室の当該論文は、問題となった事件の関係上いわゆる抽象的規範統制手続についてのみ説明しており、本冊子はこれをあたかも連邦憲法裁判所における中心的手続のように紹介している<sup>(14)</sup>。

次に、1960年代には、西ドイツの連邦憲法裁判所に関する研究が相ついで発表され、その内容も相当程度詳細なものとなってきた。また創設後10年を経て、その運用状況を踏まえた翻訳、論稿も数多く発表されている<sup>(15)</sup>。

その中でも、清水望教授の研究は注目されるところである。教授は60年代初頭から西ドイツの連邦憲法裁判所制度についての論稿を矢継ぎ早に発表し、その対象は憲法裁判所の殆どの手続に及んでいる<sup>(16)</sup>。

また、池田政章「ドイツ型憲法裁判所の系譜と特質(一)、(二)、(三)」は、「ドイツにおける憲法裁判の史的発展の系譜を遡り、そこでの特色を理解して、他のタイプ(特にスイス)との比較考量により、ドイツ型憲法裁判の特質を把握することが第一、更に、この経験的概念と複雑な現行制度との対比において、裁判国家としてのボン体制の有する現代的な特色を明らかにすることが第二の目的となる」論文である<sup>(17)</sup>。教授の問題関心は、具体的訴訟の存在を必要としない法律の抽象的審査(教授のいう「狭義の憲法裁判」)であり、そのうち、通常裁判所内に特別の組織を設けるもの(スイスその他)との対比で、憲法裁判所を特別に設けるもの(西ドイツ、オーストリア)の系譜をたどることにある<sup>(18)</sup>。

そして、このような諸研究を踏まえて、違憲審査制度についての一般的説明においても、司法裁判所型——アメリカ合衆国、憲法裁判所型——西ドイツという図式がほぼ定着する<sup>(19)</sup>。

さらに、1970年代になると、西ドイツの連邦憲法裁判所研究は一層盛んになり、このことは60



年代後半から指摘されうるが——その重点も、一般的なものから個別問題へと移行することになる<sup>(20)</sup>。また、60年代の清水教授の業績と双壁をなす和田英夫教授の比較憲法的研究が次々と発表されるのが、70年代に入ってからである<sup>(21)</sup>。このような研究をふまえ、憲法裁判所に関する記述の多くは西ドイツの連邦憲法裁判所の説明にさかれている。

川北教授は、1972年の清水望編『比較憲法講義』において違憲審査制を担当したが、そこではアメリカ合衆国と西ドイツの制度が対象的に取扱われ、オーストリアの憲法裁判所についての説明は全くみられない。

「これ〔阻止的違憲審査制度〕は、(a)具体的(付随的)違憲審査制(アメリカ型)と(b)抽象的違憲審査制(ドイツ型)の二つに分かれる。前者は通常裁判所で行われ、主としてアメリカにおいて発展した制度であり、後者は憲法裁判所で行われ、戦後西ドイツを中心にヨーロッパ大陸において広くとられている制度である。」<sup>(22)</sup>

80年代になっても、このような傾向は変わらず続いている<sup>(23)</sup>。そして、ここでも憲法裁判所に関する記述の主流はやはり西ドイツである。

最近の例として、戸松教授の論文から引用してみる。

「これ〔司法的統制型〕には二つの対照的な方法がある。その一つは、アメリカにおけるもので、……もう一つは、西ドイツに代表される抽象的違憲審査制と呼ばれる方法である。……したがって、同じ司法権による合憲性の統制であっても、付随的違憲審査制と抽象的違憲審査制は、基本的にその作用において対照的性格をもっているといえることができる。ところが、西ドイツにおいて、個々の市民も通常の裁判所への訴訟の中で憲法問題を提起するならば、裁判所はその訴訟手続を中断してその憲法問題の解決を違憲裁判所に求める方法が加えられ、憲法裁判所の役割のうちその方法に対するものが重要となるに至っている。このように、付随的違憲審査制に近似した作用をみるようになっていくことは注目すべきことである。もっとも、両制度に近接した傾向が生じているにしても、それぞれの制度の根底にある憲法思想、憲法状況の違いには十分注意を払う必要がある。」<sup>(24)</sup>

以上のように、西ドイツの連邦憲法裁判所に関する研究は年とともに盛んになっており、我が国の憲法政治が提起する一たとえば、「違憲判決の効力」などの一問題に対応してその解決方法を西ドイツに求めるといった姿勢は常に見られるところである。これに対して、オーストリアの憲法裁判所に関する研究はどうであろうか。40年代から50年代にかけての先に言及した戦後初期の論稿はともかく、主にオーストリアの憲法裁判所を扱ったものとしては、60年代では、64年の清水望「オーストリアの憲法裁判所」<sup>(25)</sup>が、70年代では、79年の古野豊秋「オーストリアの憲法裁判所」<sup>(26)</sup>があるにすぎない。これは、同時期の西ドイツの連邦憲法裁判所に関する論稿の数と比較して極端に少ないものである。しかし、80年代に入ると、高見勝利「ハンス・ケルゼンと憲法裁判制度」<sup>(27)</sup>、藤田晴子「オーストリアの憲法裁判所」<sup>(28)</sup>、憲法裁判所研究会の一連の研究など、その数は増加のきざしをみせるに至る。

## 2) 具体的規範統制手続

これら多数の研究のうち、西ドイツ連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続はどのような形で紹介され、分析されているのであろうか。ここでは、林田、川北、清水三教授の論稿を手掛りに、我が国における具体的規範統制手続の研究をみてゆくことにする。

## (i) 林田和博

林田教授は、戦前から戦後かけて憲法裁判所制度についての詳細な研究を物している<sup>(30)</sup>。その膨大な論稿の中で本稿にとって示唆的なものとして、1966年の「基本権保障の類型—その一齣—」がある。ここでは、西ドイツの連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続の性格を次のように述べる。

「この場合の違憲立法審査は、具体的事件における国民個人の訴を契機としている点でその他の憲法争議と区別せられる。したがって、これを抽象的規範統制に対する具体的規範統制と呼ぶが、ただしこれは他のヨーロッパ諸国の憲法訴願やアメリカの違憲立法審査の場合のごとく、国家機関にあらざる国民個人が憲法裁判所や通常裁判所に対して違憲立法審査の訴を直接に提起することができる場合とも、また、区別せられる。

要するに、ボン基本法では違憲立法審査権は通常裁判所その他の裁判所に属せず、排他的集約的に特別裁判所たる連邦違憲裁判所の権限に属する。」<sup>(31)</sup>

したがって、同論文の後半で展開される日本国憲法第81条の解釈論においては、具体的規範統制類似の手続が支持されているものの、西ドイツの連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続は参考にされてはいないのである。

「憲法八一条は、……裁判所の審査権を、本来司法権の枠内でこれに付随して認めるものと解されるがゆえに、憲法七六条一条との関係上、審査権は最高裁判所のみならず、すべての裁判所に属するものと解せられる。……

なお、憲法八一条について以上のような解釈をとるかぎり、判例の混乱と遅延とは避けがたいことになる。したがって、例えばその救済方法として、判決の前提として法律の違憲性が争われる場合は、ただちにその前提問題を最高裁判所に移送して最高裁判所の判断を求めることができるように、裁判所法を改正するとの意見が支持される。」<sup>(32)</sup>

憲法の段階で全ての裁判所に審査権があるという前提に立ちながら、しかも法律の段階で具体的規範統制類似の手続の導入が可能であるとしていることは、本稿の立場からみれば注目すべきであろう。しかし、「ボン基本法では違憲立法審査権は常に通常裁判所その他の裁判所に属せず、排他的集約的に特別裁判所たる連邦憲法裁判所の権限に属する」という認識によって、このような主張が憲法裁判所と最高裁判所の違いはあっても、西ドイツの連邦憲法裁判所の具体的規範統制と本質的に同一のものであるという点は看過されているのである<sup>(33)</sup>。

## (ii) 川北洋太郎

川北教授も、ドイツ・オーストリア型の憲法裁判所制度について示唆に富む論稿を発表している。1953年に発表された「西ドイツ基本法における違憲立法審査権」<sup>(34)</sup>は、西ドイツの基本法第100条1項の具体的規範統制を中心に論じている。

まず、ヴァイマル憲法下の議論<sup>(35)</sup>及び基本法第100条1項の制定史についての解説があり<sup>(36)</sup>続いて、100条1項の具体的規範統制手続の目的、性格、請求、対象、主体、効果等の具体的な内容が詳細に説明されている。

ここで教授は具体的規範統制手続の性格を次のように述べる。

「西独における違憲立法審査は、基本法第一〇〇条第一項により、いわゆる抽象的法令審査 (die abstrakte Normenkontrolle) ではない。抽象的法令審査とは、具体的に訴訟が存在しなくても、裁判所がある法規のヨリ上位の法規に適合するかないかを審査し、もし適合しないと判断したら、審査した下位法規の無効を宣告し、適用を排除する作用をいう。その際、……取消請求が、直接権利を侵害された個人に限られず、又その権利侵害を理由とする具体的な訴訟に関係なく、あらゆる個人によって申立てられうる場合 (民衆訴訟 <Popularklage> という) と個人には許されず何らかの国家機関のみに許されている場合 (マウンツは民衆訴訟なき抽象的法令審査 <die abstrakte normenkontrolle ohne Popularklage> という) とがある。

これに対し、現実の訴訟に基づいた審査、すなわち、裁判所が自己に係属する事件において、判決の基礎となる法規を審査しそれが上位の法規に違反すると認められたときには、その適用を排除する作用を裁判所が行うことがある。これを裁判所の付随審査 (die inzidente Prüfung) という。

西独において、違憲立法審査権は基本法第一〇〇条により憲法裁判所に統一集中されて、違憲性の問題についての判決は、それに独占されている。すなわち邦憲法に関しては邦憲法裁判所に、基本法及び連邦法に関しては連邦憲法裁判所に集中独占されている。」<sup>(37)</sup>

このように教授は、具体的規範統制手続自体を付随的審査と考えている。つまり、このような付随的審査権を連邦憲法裁判所が独占するのである。連邦憲法裁判所自身が具体的事件を判断するのではなく、移送された憲法問題のみを判断するとしても、違憲審査権行使の契機として具体的事件があれば、これを付随的審査と呼ぶのである。このような付随的審査概念は昨今の用例とは異なったものであること、にもかかわらず当時においては、たとえば憲法制定過程及び美濃部・鶴飼教授にこのような用例があることには留意すべきである。

したがって、当然のことではあるが一般裁判所の付随的審査権は否定される。

「このように違憲立法審査権が憲法裁判所に集中独占されている結果、通常の裁判所の付随審査は認められず、ただ、事前審査 (Vorprüfung) が許されるのみである。……すなわち、何かある裁判所 (民事、刑事、行政の) において判決をなすためには、あらかじめ決定されていなければならない憲法問題の生ずることがある。訴訟当事者が互いに自己の主張の根拠としている法律の効力の有無が問題となる事がある。この時裁判所は事前審査を行う。そして法律の合憲性あるいは邦法律の連邦法律との一致が肯定されれば、裁判所はその旨を自己の権限において宣告し、自己の判断に基づいて判決を行う。通常の裁判所は自己に係属する事件の枠内において、効力の争われている法律の合憲性を審査し、それが違憲とみなされた場合に、その法律の無効を基礎として判決をなすことを許されないのである。……

憲法裁判所における違憲立法の審査は、具体的な訴訟事件において、適用すべき法律の効力について否定的な判断をなした通常の裁判所の請求に応じて開始されるところの中間手続においてのみ存在する。すでにのべたように抽象的法令審査は許されないのが原則である。すなわち、ある法律の違憲性あるいは邦法律の連邦法律との抵触を、訴訟と関係なく抽象的に確定させる目的で連邦憲法裁判所、各邦憲法裁判所の判決を請求することは許されない。」<sup>(38)</sup>

「事前審査は法的活動として通常の裁判所のあらゆる審級においてくりかえされる。それは裁判所が法律を適用する際に、法律の有効性について行う審査である。もしその有効性を裁判所が否定するときは、ただちに所定の中間手続を行わなければならない。法令審査の本質がもし、問題の法の上位法との不適合を確認したときは、その法の不適用を明らかにすることにあるとすれば事前審査は、厳密な意味で、法令審査ではない。この事前審査は、問題の法律を疑う自由の承認を意味する。」<sup>(39)</sup>

1953年の段階で具体的規範統制手続に着目した点は、本稿の立場からすれば注目に値する。ただ、「基本法における違憲立法審査」という表題で具体的規範統制手続が取上げられている理由が明確ではないうらみはあるが、「西独における違憲立法審査は、抽象的法令審査ではない」とか「例外的に、基本法第93条第1条第2号により民衆訴訟なき抽象的法令審査（いわゆる抽象的規範統制）が行われるだけである。」<sup>(40)</sup> とかの表現から、教授は西ドイツの違憲審査制度は具体的規範統制手続が原則であり、抽象的規範統制が例外であると考えているようである。このように、原則—例外という対比において連邦憲法裁判所の諸手続を分類することができるか否かについては議論の余地があるが、ともかくも、具体的規範統制手続が、単純な抽象的審査ではなく具体的事件を前提とする具体的審査であるとした点及び抽象的規範統制手続とは性格が異なることを明らかにしている点が注目される。このことは、後の論稿においても同様である。1961年の「憲法裁判に関する一考察」<sup>(41)</sup>は、憲法保障の方法中予防的方法と対比される阻止的方法の二大類型としてアメリカ型とボン基本法型が対照的に検討され、「付随的違憲立法審査権」という項目でアメリカの司法審査制についての説明があり<sup>(42)</sup>、「憲法裁判所による違憲審査」という項目で西ドイツの連邦憲法裁判所を中心とする説明がある<sup>(43)</sup>。そして、憲法裁判所の手続をさらに、具体的違憲審査（具体的規範統制）と抽象的違憲審査（抽象的規範統制と、教授の立論では憲法異義も含まれる）に分けて——但し、先の論文のように原則—例外という対比ではなく並列的に——論じている。

「そこで付随審査制のもつ、上述の〔判例の不統一、訴訟経済上の難点、法的安定性を脅かす等の〕欠点を避けつつ、そのもつ長所——具体的事件に限定されることにより、政治的問題、政治闘争にまきこまれる機会がすくなく、また立法権の行使に対する干渉が弱い——を生かすために具体的規範審査 *konkrete Normenkontrolle* の制度が考えられた。たとえばボン基本法一〇〇条によれば、裁判所が(民・刑・行政事件の)裁判において、適用しようとする法律を違憲と判断したときは、その適用をやめ、訴訟手続を中止し、その法律がラント憲法違反と判断されたときは権限あるラントの裁判所の、またその法律が基本法違反と判断されたときは連邦憲法裁判所の、裁判を求めなければならない。

オーストリアでも略同様である。通常の裁判所は適用する命令を違憲と判断したときは、手続を中止して憲法裁判所の裁判を求めなければならない。法律については、裁判所は審査することができず、そのま

ま適用しなければならない。ただ1929年以降は、最高裁と行政裁判所が適用する法律を違憲と判断したときは、手続を中止して憲法裁判所の裁判を求めることができるようになった。……これらの場合、法令の違憲性の決定は通常の裁判手続から分離され、単一の特別な裁判所憲法裁判所に委ねられるが、しかし憲法裁判自体は裁判所の具体的訴訟を契機として行われるので具体的規範審査と呼ばれるのである。』<sup>(44)</sup>

さらに、1972年の『比較憲法講義』のなかでも、具体的（付随的）違憲審査制の類型をさらに通常裁判所型と憲法裁判所型に分け後者の例として西ドイツ連邦憲法裁判所の具体的規範統制を挙げている<sup>(45)</sup>。

以上のように、川北教授の論稿の特色は、西ドイツ連邦憲法裁判所の具体的規範統制を一般のように抽象的審査と分類するのではなく、具体的審査と分類していることである。ただ問題は、具体的審査というものを単に具体的事件を契機とする規範統制と捉え、具体的事件を契機とすることがとりもなおさず一般の裁判所の審査権と結び付くことを明らかにしていないことである。つまり、教授は、西ドイツの連邦憲法裁判所では一般の裁判所の裁判官の審査権が否定されているという。そして、一般の裁判所による具体的規範統制の移送手続を「中間手続」、移送のための審査を「前提審査」と捕えている。これは、法令審査を「問題の法の上位法との不適合を確認したときは、その法の不適用を明らかにすることにある」と概念定義しているからである。確かに、これはひとつの定義として成立しうるであろう。しかし、この定義では、何故裁判所は事前審査を行う事ができるのか——何故「事前審査は法的活動として通常の裁判所のあらゆる審級においてくりかえされる。それは裁判所が法律を適用する際に、法律の有効性について行う審査である」のか——が説明できないのと同時に、裁判所がともかくも手続を中止すること（暫定的不適用）の理由があきらかでない。このことは、教授自身が紹介されたオーストリアの憲法裁判所における具体的規範統制手続をみれば明確である。先に引用したところで、西ドイツに続けてオーストリアの説明がなされているが、ここでは、1929年の憲法改正後も最高裁と行政裁判所を除いて一般の裁判所は前提審査すらそして手続の中止すら、できないのである。これは、オーストリアにおいては憲法自身が一般の裁判所の審査権を明示的に否定している結果である。このようなことが教授の定義からは明らかとならない以上、このような定義を分析道具として用いて西ドイツの具体的規範統制手続において一般の裁判所の審査権が否定されているとすることには問題があろう。

### (iii) 清水望

先にも触れたように、清水教授は60年代前半から西ドイツの政治機構についての一連の研究を発表し、その中でも連邦憲法裁判所について数多くの論稿を物している。これらは、連邦憲法裁判所の前史たるヴァイマル時代の議論にはじまり、基本法の制定過程、連邦憲法裁判所の地位、

組織、手続等全般にわたる。その中で、具体的規範統制手続についても当然言及している。清水教授の具体的規範統制手続についての分析中もっとも注目されるのは、この手続が一般の裁判官の審査権を前提としていることを明言している点である。

「この具体的規範審査は、レヒナーの言葉をかりるまでもなく、まず適用されるべき規範が有効であるか無効であるかについての裁判官の審査権にもとづいている。この裁判官の審査権は、あとで述べる抽象的規範審査とも密接な関連をもつものであるが、ワイマル憲法のもとにおいて、その行使の法律の根拠および方法をめぐり激しく論議されたことはさきに述べたとおりである。それが、現在、西ドイツの争い得ない制度であることは、これを間接的にみとめる基本法第一〇〇条第一項により根拠づけることができる。というのは、この条項により、連邦憲法裁判所の具体的規範審査は、裁判所の申立によって、その裁判所の審理手続は中止され、中間手続の形式で、連邦憲法裁判所に当該裁判官の審査権の一部を集中せしめることに他ならないからである。」<sup>(46)</sup>

「……具体的規範審査においては、他の裁判所における具体的な訴訟事件との関連において、実効的な連邦法のみが問題にされ、それ故に裁判官の付随的審査 (Inzidentprüfung) に委ねられるものであると考えられている。このことは、実際の判例が示しているように、抽象的規範審査の場合にはそれ程明白ではない。」<sup>(47)</sup>

### 3) 具体的規範統制手続と裁判官の審査権

以上のような考察から次のような結論に至った。

まず、①についてみると、戦後当初は、憲法裁判所といえばオーストリア憲法裁判所が考えられていたが、西ドイツの連邦憲法裁判所が成立以後は、研究の対象が西ドイツに集中するようになった。しかし、研究対象が、オーストリアから西ドイツに移行するに際して、両者の差異が十分には理解されていない。現在では、憲法裁判所というとすぐに西ドイツの連邦憲法裁判所が引き合いに出され、しかも、そこではオーストリアと西ドイツが同列に論じられている。

つぎに、②についてみると、具体的規範統制手続の紹介、研究もある程度の水準に達しているものの、たとえばそれが具体的審査なのか抽象的審査なのかという本質的理解について、論者によって評価が分かれる。そして、その点にこそ具体的規範統制手続の特質が見出されることも看過されている。即ち、評価が分れるのは、西ドイツの具体的規範統制手続がまさに、一般の裁判所の審査権と憲法裁判所の審査権の併存という、両者の接点に位置する制度であるが故なのである。少数の例外を除けば、西ドイツ連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続が、一般の裁判所の審査権を前提としていること、ヴァイマル憲法時代の一般の裁判所の審査権をめぐり議論がその背景にあることが明確には理解されていないのである。そしてこれが、表面的には類似するようと思われる、オーストリア憲法裁判所と西ドイツの連邦憲法裁判所との本質的な分岐点なのである。著者は既にこのことを別稿において指摘しておいたので<sup>(48)</sup>、ここでは、西ドイツの代表的論者による指摘を紹介するに留める。

「抽象的規範統制の枠内においては、連邦憲法裁判所に包括的な審査及び破棄の独占権が帰属するのに対

し、具体的規範統制の枠内においては、その独占権は法規範の破棄に限定される。個別事件の決定を任務とするすべての裁判所は、憲法および法律に拘束されているがゆえに、その事件の決定に関係する法規範が有効であるか否かの審査を義務づけられている。この裁判官の審査権は、ワイマール憲法下においては、それを法律にまで拡大することについて活発に議論されたが、今日においては基本法一〇〇条において前提されている。しかし、この審査権は同時に制約されている。すなわち、裁判所は原則として、適用すべき法律規範が有効であるとの結論に達した場合にのみ、自ら決定を下すことが許されるにすぎず、反対に、決定に際して有効性が問題となる法律を裁判所が憲法違反であると考えられる場合には、裁判所は手続を中止し、……憲法裁判所の決定を求めなければならない。』<sup>(49)</sup>

「……基本法第 100 条 1 項の規定は、裁判官の審査権を根拠づけるものではなく、それを前提とするものである。

即ち、本規定は、憲法と法規範との適合性審査の権限を裁判所に一般的に認め、前憲法的法律の廃棄権限も従来の範囲で承認し、後憲法的法律についても形式的意味の法律についてのみ連邦憲法裁判所に廃棄権限を独占させているのである。

しかし、伝統的な裁判官の審査権の内的正当化事由はまず第一に裁判官が法律に拘束される（基本法第 97 条 1 項）ことにある/は即ち、裁判官は憲法上、その裁判にとって重要な法律が有効でありそしてそれ故裁判官を拘束するか否かを審査することが認められている。それ以外に裁判官は、基本法第 1 条 3 項、20 条 3 項に規定された立法者の拘束を考慮しなければならない——即ち、裁判官が法規範を上位にある憲法規範にてらして審査する。この場合裁判官の審査権もまた法治国家原理の具体化なのである。』<sup>(50)</sup>

「基本法第 100 条 1 項の意味は、前憲法時代からの伝統であった裁判官の審査権を憲法上承認し、廃棄権限を連邦憲法裁判所に独占させたことにある。基本法第 100 条 1 項は、具体的争訟事件にとって重要な法規範の憲法適合性を審査するという一従来の一権利を継続的に承認するとともに、まず第一に個々の事案において権限を有する裁判所に対して一新たに一それを憲法上の義務とした。これらの裁判所が形式的意味の後憲法的法律の憲法適合性を否定すれば、権限ある憲法裁判所の——一般的一決定を求めなければならない。したがって、基本法第 100 条 1 項の訴訟手続上の意義は裁判官に対して、その裁判官の審査権を根拠に形式的意味の後憲法的法律を違憲として個々の具体的法的争訟に適用しないことを拒否することにある。裁判所が後憲法的法律規定を憲法違反であるとみなした場合について、憲法自身は基本法第 100 条 1 項において訴訟法全体に対して手続の中止に関する規定の直接的な拡大を生ぜしめる。つまり、法的争訟は中止されなければならない、そして同時に規範の効力の問題に関して権限ある憲法裁判所への中間手続を導かなければならない。』<sup>(51)</sup>

西ドイツの連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続の有するこのような性格は、我が国においては十分には理解されていない。このことによって、我が国の違憲審査権をめぐる議論は様々な問題を残すこととなった。特に、いわゆる憲法裁判所説にあっては、その最も大きな特徴である一般の裁判所の審査権と憲法裁判所の審査権の「併存」を、比較法的に補強できなかったことが問題である。つまり、この説では、「併存」を強調しながらも、西ドイツ及びオーストリアの憲法裁判所の制度を同列に扱い西ドイツの連邦憲法裁判所制度も「併存」する一方の側——憲法裁判所——として取扱っている。これによって、西ドイツ連邦憲法裁判所の具体的規範統制手続を「併存」の例として示すことができなかった。したがって、先の警察予備隊違憲訴訟における原告側の主張に典型的に現れているように、「併存」を我が国独自の制度と考え、その反対者がにわかには採用しがたいような印象を与えたのである。反対者は当然であるとしても、憲法裁判所

説もまた、その説の具体化のための素材として具体的規範統制手続の実際の運用を参考にすることなく、憲法裁判所説は現在でも理論的検討の域を出ないのである。

#### 注

- (1) 以下で言及するもの以外でこの時期の論稿としては、市原昌三郎「イプセン『法律の合憲性の審査』」一橋論叢第28巻5号（1952年）583/594頁、川崎由雄「西ドイツの『連邦憲法裁判所法』」レファンス第18号（1952年）78/99頁、小嶋和司訳注「西独連邦憲法裁判所法」法律時報第26巻2号（1954年）76/84頁、ゲルハルト・ライプホルツ、大串鬼代夫訳「ボン基本法における民主法治国の憲法裁判権(1)―(4)」名城法学第4巻3、4号（1954年）122/117頁、第5巻1号、第6巻1、2号（1955年）104/100頁、3、4号（1956年）60/55頁、久野勝「西独再軍備と憲法裁判」公法研究第12号（1955年）46/57頁、川上勝巳「各国憲法の定める憲法裁判」(1)、(2)時の法令第159号（1955年）28/35頁、160号30/35頁等がある。
- (2) 法学協会『注解日本国憲法上(I)(II)下(I)(II)』有斐閣1949年、法学協会『注解日本国憲法上巻・下巻』有斐閣1953年
- (3) 49年度版367頁以下。
- (4) 53年度版1213頁以下参照。
- (5) 法政研究第17巻合併号（1950年）205/29頁。
- (6) 公法研究第12号（1955年）2頁。
- (7) 同4頁。
- (8) 「基本法における違憲立法審査権」学習院大学政経学研究年報第1号（1953年）56頁。
- (9) 「法律の合憲性審査についての一考察」法学論叢第56巻5・6号（1949年）52/81頁。
- (10) 阪大法学第3号（1952年）20/49頁。
- (11) 阪大法学第5号（1952年）105/128頁。その他、覚道豊治のドイツに関する比較憲法的論稿としては、「違憲法律の効力」阪大法学72・73号（1970年）1/42頁、「憲法裁判制の理念と機能」『岩波講座現代法3―現代の立法』岩波書店1965年、「ドイツの最高裁判所」憲法研究所『最高裁判所にかんする研究』憲法研究所出版部1963年126/131頁、「憲法訴訟の当事者適格」京都大学憲法研究会編『大石義雄博士還暦記念論文集―世界各國の憲法制度』有信堂1966年355/384頁。
- (12) 関西大学法学論集創立70周年記念特輯（1955年）31/41頁。なお、この時期に次のような発言がみられることは注目される。「その制度的発展は当初の憲法裁判所による欧州大陸型と司法裁判所によるアメリカ型の対立を越えて、或いは両型の併用によるものをはじめ或いは立法部によるもの等など新しい類型を生じてきたのみならず、又この裁判を行う国家機関の種別・組織・権限・構成もによってさまざまであって一様ではなく、その時扱う対象もまた国によって異なるというように、かなり複雑なものがある」（同46頁）
- (13) 法律論叢第27巻3号64/89頁（1953年）、第28巻1号69/93頁（1954年）
- (14) 憲法調査会事務局『憲資・司第一号 憲法裁判に関する各国憲法の立法例』1957年7頁以下参照。
- (15) 70年代の論稿としては、川添利幸「西ドイツにおける憲法訴訟制度の本質」公法研究第24号（1962年）150/157頁、林屋礼二「西ドイツにおける違憲判決の効力」法律時報第35巻11号（1963年）49/57頁、ギュンター・ヴァイルムス、最高裁事務局仮訳「ドイツ連邦共和憲法裁判所十年の歩み」、アルプレヒト・ヴァーゲナー最高裁事務局仮訳「ドイツ連邦共和国憲法裁判所の成立、組織、権限」、ヘルムート・エングラール最高裁事務局仮訳「ドイツ連邦共和国憲法裁判所の裁判官」法曹時報第16巻5号（1964年）30/36頁、37/61頁、62/71頁、大西芳雄「違憲判決の効力」立命館法学第51・52号（1964年）



- 1/18頁, 田中館照橋「西独の連邦憲法裁判所の制度的側面」時の法令第499号(1964年)39/43頁, 田中館照橋「憲法裁判所裁判官の意見の表示の問題」時の法令第541号(1965年)47/50頁, E・フリーゼン・ハーン・広田健次「ドイツ連邦共和国における憲法裁判」(1)―(8)日本法第31巻2号(1965年)174/190頁, 第4号(1966年)163/176頁, 第32巻1号120/137頁, 第4号(1967年)140/155頁, 第34巻1号(1968年)137/159頁, 第37巻2号(1971年)146/179頁第3号(1972年)158/175頁, 第4号181/198頁(『西ドイツの憲法裁判論』有信堂1972年), 林屋礼二「憲法訴訟における裁判の拘束力と民事訴訟における既判力」学習院大学法学部研究年報第2号(1965年)27/70頁, 川添利幸「違憲審査権」田上讓治編『憲法の争点』法学書院1965年312/320頁(312頁)山内敏弘「西ドイツ連邦憲法裁判所における法令審査の効力」(1), (2)一橋論叢第53巻3号(1965年)91/99頁, 54巻2号105/113頁, 山田作之助「ドイツ(西独)最高裁判所, 憲法裁判所訪問記」ジュリスト第341号(1966年)72/74頁, G・ライブホルツ, 小林直樹「ドイツ連邦共和国の憲法裁判所の法治国家に対する司法判断」国家学会雑誌第79巻11=12号(1966年)1/13頁, 野中俊彦「憲法裁判における仮処分―西ドイツ連邦憲法裁判所の仮命令」金沢法学第14巻1号(1968年)1/58頁, 同「西ドイツ連邦憲法裁判所の人的構成」金沢大学法文学部論集法学編第17号(1969年)33/68頁, ゲープフルト・ミュラー, 山田晟「ドイツ連邦共和国における憲法裁判権」法曹時報第21巻3号(1969年)1/19頁等がある。
- (16) 「ボン基本法のもとにおける違憲審査制について」早稲田政治経済学雑誌第166号(1960年)41/64頁, 「西ドイツ連邦憲法裁判所」早稲田政治経済学雑誌第168号(1961年)149/172頁, 「西ドイツの憲法訴訟について」早稲田政治経済学雑誌第182号(1963年)25/48頁, 「憲法裁判権と連邦国家」早稲田政治経済学雑誌第177号(1962年)319/38頁, 「憲法保障と憲法裁判」公法研究第27号(1965年)102/16頁。これらはいずれも後に『西ドイツの政治機構―ボン基本法体制の成立とその展開―』成文堂1969年に加筆・再録されている。
- (17) 国家学雑誌第73巻6号51/81頁, 8号38/63頁, 第74巻1・2号(1960年)1/22頁。
- (18) 第73巻6号57頁以下参照。
- (19) たとえば, 池田政章「違憲審査制」清宮四郎・佐藤功編『憲法講座第4巻』1964年56/75(59頁)
- (20) 尚70年代の論稿としては, 広田健次「西ドイツにおける憲法裁判の概念及び発展」法学紀要第11・12号(1970年)89/106頁, 阿部照哉「法律の合憲解釈とその限界」法学論叢第90巻1・2・3号(1971年)99/117頁, 野中俊彦「憲法裁判官の選出方法(一), (二), (三)」金沢法学第16巻1・2号(1971年)103/137頁, 17巻1号(1972年)28/71頁, 第2号34/63頁, 桜田勝義「西独連邦憲法裁判所における少数意見制の成立過程」東北大法学第37巻1号(1973年)1/28頁, 広沢民生「『西ドイツ』における合憲解釈の位相」早稲田大学法研論集第9号(1973年)177/204頁, マウロ・カペレッティ, 谷口安平・佐藤幸治「現代憲法裁判論」有斐閣1974年, 野中俊彦「西ドイツにおける違憲判決の方法」雄川一郎編『田中二郎先生古希記念・公法の理論上』有斐閣1977年126/131頁, 石村修「憲法保障制度の基本問題」専修法学論集第27号(1978年)175/240頁, 永田秀樹「西ドイツ連邦憲法裁判所成立過程の研究」法学論叢第104巻2号(1978年)56/78頁, オッター・バッフォフ, 石川敏行「立法者としての裁判官」比較法雑誌第11巻1号(1978年)83/108頁コンラート・ヘッセ, 岩間昭道「ドイツ連邦共和国における憲法裁判権の任務と限界」自治研究第55巻12号(1979年)3/25頁等がある。
- (21) 和田英夫「大陸型違憲審査制の系譜と問題性(一), (二)」法律論叢第49巻2号(1976)1/36頁, 3=4合併号59/93頁, 「西ドイツの憲法裁判と憲法政治(一), (二)」法律論叢第51巻2=3合併号(1976年)1/36頁, 4=5=6合併号105/132頁, 「アメリカ違憲審査制のヨーロッパ的対応」下山英二=高柳信一=和田英夫編『アメリカ憲法の現代的展開2』東大出版会1978年133/178頁, 「モースラーの『現代の憲法裁判』によせて」青山法論集第16巻1号(1974年)133/150頁, 「現代世界における比較憲法裁判論―Mauro Cappelletti Judicial Review in the contemporary Worldの紹介によせて」法律論叢第84巻2号(1975年)89/129頁〔以上はいずれも、『大陸型違憲審査制』有斐閣1979年に再録。但し, 第2章4, [付論]

- は新稿],「憲法保障機関としての裁判所—西独とイタリアの憲法裁判所を中心として—」和田英夫・小林三衛・小林孝輔編『現代の裁判と裁判官—閑誠—教授追悼記念論文集』ペリかん社 1976年73/99頁,「西ドイツ連邦憲法裁判所に関するパドゥウラ教授の所見」判例時報881号(1978年)3/5頁,「比較最高裁判所論」法学論叢第51巻1号(1976年)1/35頁。
- (22) 清水望編『比較憲法講義』青林書院新社1972年293頁以下。尚,奥平康弘「違憲審査権」阿部照哉・池田政章編『憲法4』有斐閣1975年202/33頁,樋口陽一「違憲審査権の性格」樋口陽一・佐藤幸治編『憲法の基礎』青林書院社1975年214/17頁(215頁)参照。
- (23) 80年代の論稿としては,阿部照哉「西ドイツにおける違憲確認判決の効力」遠藤博也編『公法と経済法の諸問題・今村成和先生退官記念(上)』有斐閣1981年197/215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15巻2号(1981年)75/111頁,憲法裁判研究会訳「西ドイツ連邦憲法裁判所法(一)~(三)」比較法雑誌第15巻2号(1981年)112/126頁,15巻4号(1982年)166/177頁,第16巻1号(1982年)152/162頁,永田秀樹「西ドイツにおける法律の憲法判断の方法」大分大学経済論集第33巻3号(1981年)86/118頁,藤田晴子「西独の連邦憲法裁判所の特徴」レファレンス第374号(1982年)56/81頁,永田秀樹「連邦憲法裁判所の地位,組織及び裁判官の選任」大分大学経済論集第34巻3号(1982年)1/25頁,同「西ドイツにおける憲法訴訟の手続原則」大分大学経済論集第34巻3号(1982年)125/146頁,工藤達朗・嶋崎健太郎「西ドイツの具体的規範統制の現実的機能」比較法雑誌16巻3号(1982年)25/73頁,有澤知子「西ドイツの具体的規範統制と新しい判決形式」第16巻4号(1983年)71/102頁,大越康夫「西ドイツ連邦憲法裁判所裁判官の選任」社会科学討究第30巻3号(1985年)137/161頁等がある。
- (24) 戸松前掲論文207頁以下。  
尚,手島孝『憲法解釈二十講』有斐閣1980年292頁以下,及び中村陸男「違憲審査の原理」『法学セミナー増刊・憲法訴訟』日本評論社1983年155頁参照。
- (25) 早稲田政治経済学雑誌第187号(1964年)1/24頁。
- (26) 馬屋原成男教授古希記念『刑事法学の新課題』八千代出版1979年259/296頁。
- (27) 公法研究第44号(1982年)69/80頁。
- (28) レファレンス第383号(1982年)44/75頁。
- (29) 古野豊秋「オーストリアにおける具体的規範統制制度の成立について」比較法雑誌第14巻3号(1981年)1/41頁,同「オーストリアの具体的規範統制における一般の裁判所の手続」比較法雑誌第15巻4号(1982年)117/144頁,同「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1号(1982年)25/68頁,山本悦夫「オーストリアにおける具体的規範統制の現実的機能」比較法雑誌第16巻2号(1982年)115/143頁,憲法裁判研究会「西ドイツおよびオーストリアにおける具体的規範統制制度——その総括と展望——」比較法雑誌第19巻3号(1985年)79/111頁,同訳「オーストリア連邦憲法」比較法雑誌第14巻3号(1981年)27/41頁,同訳「オーストリア憲法裁判所法(一)~(四)」第16巻2号144/153頁,第3号(1982年)74/81頁,第4号(1983年)103/116頁,第19巻4号(1986年)105/116頁。
- (30) 「F・M・マルクス『司法的法令審査権に就いて』法政研究第2巻1号(1931年)73/102頁,「独乙共和国・国事裁判所論」法政研究第3巻1号(1932年)117/79頁,「独乙共和国・国事裁判所論(続)」法政研究第4巻1号(1933年)185/225頁,「ライヒス・カンメルゲリヒト論」法政研究第5巻2号(1935年)43/88頁『『憲法保障制度論—公法論文選』九州大学出版会(1985年)に再録]「裁判官の法律審査権論—その一齣—」法政研究第12巻2号(1942年)1/58頁「裁判官の法律審査権論—ナチス国家に於ける—」法政研究第13巻3号(1944年)1/34頁,「憲法裁判所論」法政研究第17巻合併号(1950年)205/229頁,「ボン基本法について」国家学会雑誌第64巻4号(1950年)27/49頁『『憲法保障制度論—公法論文選』九州大学出版会(1985年)に再録],「憲法保障制度論」法政研究第20巻2—4合併号(1953年)87/106頁『『憲法保障制度論—公法論文選』九州大学出版会(1985年)に再録],「裁判所の法令審査権

一その一齣一」法政研究第22巻2—4合併号(1955年)171/188頁〔『憲法保障制度論—公法論文選』九州大学出版会(1985年)202/219頁に再録〕,「憲法裁判所論」公法研究第12号(1955年)1/18頁,「司法権の範囲」『憲法講座第4巻』1964年有斐閣1/20頁,〔『憲法保障制度論—公法論文選』九州大学出版会(1985年)に再録〕,「基本権保障の類型—その一齣一」出版委員会編『宇賀田順三博士還暦記念法学論文集』1966年一粒社,〔『憲法保障制度論—公法論文選』九州大学出版会(1985年)に再録〕,「ヨーロッパの憲法裁判所」憲法調査会第一委員会小委員会第五回会議(1960年12月21日)における参考人としての講演『憲法調査会第一委員会小委員会第五回会議議事録』1/25頁。

- (31) 前掲書274頁。
- (32) 同280頁。
- (33) なお昭和60年に刊行された『憲法保障制度論—公法論文選』第7章比較憲法保障制度では、オーストリア、アメリカが対照的に取上げられ、両者の比較検討後、日本国憲法第81条の解釈論が展開されている。しかし、第7章全体が同一論文ではなく、それぞれ別の論文をまとめたものであり、第一節オーストリアの部分は、「憲法裁判所論」218/229頁の再録、第二節米国憲法における司法的憲法保障制度及び第三節日本国憲法と司法的憲法保障制度は、「裁判所の法令審査権—その一齣一」271/88頁の再録である。したがって、オーストリアとアメリカ合衆国を対照的に取上げた理由それ自体についての説明はない。
- (34) 学習院大学政経学部研究年報第1号(1953年)55/111頁。
- (35) 同60/66頁参照。
- (36) 同75/80頁参照。
- (37) 同82頁以下。
- (38) 同83頁以下。
- (39) 同96頁。
- (40) 同84頁。
- (41) 学習院大学政経学部研究年報第7号(1961年)63/105頁。
- (42) 同69頁。
- (43) 同83/8頁参照。
- (44) 同88頁以下。
- (45) 同294/296頁参照。
- (46) 清水前掲書452/3頁。
- (47) 同463頁。
- (48) 拙稿「西ドイツの具体的規範統制における一般の裁判所の手続—西ドイツおよびオーストリアにおける憲法裁判所制度の比較法的研究—」比較法雑誌第15巻4号(1982年)147—151頁。
- (49) コンラート・ヘッセ, 阿部照哉他訳『西ドイツ憲法綱要』日本評論社1983年336頁。
- (50) Theodor Maunz, in: Maunz/Dürig/Herzog/Scholz/Lerche/Papier/Randelzhofer/Schmidt-Assmann, Grundgesetz, 24 Lieferung, 1985, Art. 100, Rdnr. 2.
- (51) Gerhard Ulsammer, in: Maunz/Schmidt-Bleibtreu/Klein/Ulsammer, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, 5 Lieferung, 1978, § 80 Rdnr. 15.

## 結 語

本稿では、まずヴァイマル憲法下のドイツにおける裁判官の審査権をめぐる議論を整理し、何故西ドイツの連邦憲法裁判所制度が一般の裁判官の審査権を前提としているのかを明らかにし

た。そして、この議論をふまえて、違憲審査制についての四類型を提示した。さらに、この類型にしたがって我が国における違憲審査権をめぐる議論——特に憲法裁判所説といわれるものを中心に——を検討した。以上のような考察から得られた結論を次の議論のための指針としてまとめる。

1) 明確な本質的差違をもつオーストリアと西ドイツの憲法裁判所制度は、我が国においては従来、アメリカ型との対比においてオーストリア・西ドイツ型として一括して論じられることが多かった。それは二つの点において顕著である。

第一は、戦後の議論において憲法裁判所を対象とするとき時間的な問題を無視して、オーストリアの憲法裁判所と西ドイツの連邦憲法裁判所が同視されていることである。即ち、西ドイツの連邦憲法裁判所が創設されたのは、1951年であり、それ以前には、アメリカ型と対比して憲法裁判所型と呼ばれるものはオーストリアの憲法裁判所しかなく、日本国憲法制定過程においても又その前後における議論においても憲法裁判所という場合念頭におかれたのはオーストリアの憲法裁判所である。しかし、西ドイツの連邦憲法裁判所制度が我が国に紹介されるように至っても、同じ憲法裁判所制度ということで両者の差異は全く認識されないまま、同様に理解されることになった。これは、司法裁判所説にとどまらず、憲法裁判所説についても妥当する。そしてこのことが、憲法裁判所説の主張する「並存説」の比較法的補強をおこたらせ、ひいてはその具体化をおくらせた。

第二は、いわゆる収斂論（合一化傾向論）の問題である。これは本稿では直接検討しなかったが、我が国の議論においては、オーストリア型憲法裁判所とアメリカ合衆国司法審査制の収斂現象・合一化傾向はつとに主張される場所である。これは、M・カペレッティ論文の影響が大きい<sup>(1)</sup>。カペレッティ自身は非集中・前提問題型の原型としてのアメリカ合衆国の制度と集中・主要問題型の原型としてのオーストリアの制度とが次第に接近してきていることを指摘して、「合一化傾向」を説明している。しかし我が国では、戦後の憲法裁判所制度の研究が主に西ドイツの連邦憲法裁判所を対象として行われてきた故に、この「合一化傾向」が、通常裁判所型一般と憲法裁判所型一般のそれに置換えられ、憲法裁判所型としてはまず西ドイツの連邦憲法裁判所が念頭におかれることとなった<sup>(2)</sup>。しかし、収斂・合一化（convergence）現象を語るためには、その前提として両者が本来異なるものでなければならない。

そうであれば、オーストリア型憲法裁判所と西ドイツ型憲法裁判所・アメリカ型司法審査との収斂現象・合一化傾向は確かに指摘できるが、オーストリア型・西ドイツ型とアメリカ型との収斂現象・合一化傾向を語ることは矛盾である。なぜなら、西ドイツ型とアメリカ型は本来その基本的性格において同一であるものをもっているからである。

2) 何故、違憲審査権の性格をめぐる議論において学説のほとんどすべてが下級裁判所の審査権を承認した上で最高裁判所が特別の権限を有するか否かという点でのみ鋭く対立しているのでしょうか。このことをもう一度よく考えて見る必要がある。日本国憲法は、オーストリア憲法や旧プロイセン憲法のように憲法自身が裁判官の審査権を明文で否定しておらず又第76条で司法権が裁判所に属している以上、一般の裁判官が司法作用の一環（法適用の一環）として審査権を行使することは当然に認められる。つまり、オーストリア型の憲法裁判所制度（否定・集中論）が排除されていることは明確である。しかし、違憲審査権の性格が肯定・集中型か肯定・非集中型かは憲法第76・81条は沈黙している。つまり、下級裁判所の審査権を承認する段階で、審査権を否定するオーストリア型憲法裁判所は問題にならないとしても、西ドイツ型なのかアメリカ型なのかの問題については少なくとも憲法の段階では開かれていると考えて良い。したがって、法律のレベルで肯定・集中論（具体的規範統制、抽象的規範統制、憲法異議）を採用することも可能である<sup>(3)</sup>。

もっとも、上のように解したからといって、直ちに肯定・集中論に立つ法制度を法律で定めて導入せよと主張するものではない。制度の導入のためにはなお多くの検討されるべき問題が山積している。しかし、人権保障及び憲法体系の保障にとって有効な制度を創設する可能性を憲法の段階で閉ざすような解釈態度は、憲法自身そのような制度を明確に否定しているのであればともかく、決して妥当なものであるとはいえない。法律の段階における選択肢をできるだけ多く確保した上で、現行制度の再検討を行うことこそが、違憲審査制度に対する現代社会の多様な要求に答えるために必要なことではないか<sup>(4)</sup>。

#### 注

- (1) Mauro Cappelletti, *Judicial Review in the Contemporary World*, 1971, 谷口安平・佐藤幸治訳『現代憲法裁判論』有斐閣1974年。
- (2) たとえば、石村善治「違憲立法審査権」法律時報第49巻7号（1977年）151頁参照。このような収斂・合一化現象は、いわゆる憲法裁判所説によっても主張されている。例えば、「アメリカに始まった違憲審査制が、第二次世界大戦後、ヨーロッパその他の諸国に伝播してゆく様相は、すでにマウロ・カペレッティ教授らによる興味深い研究がある。特に最近注目せられることは、従来、まったく異なった違憲審査制の体系と考えられてきたアメリカ型と大陸型とのそれが、その深甚な原理上の壁を乗り越えて、機能的に『合一化傾向』を示しつつあることである。」（並河前掲論文78頁）
- (3) 具体的規範統制手続が併存説にとって最も導入しやすい制度であることはまちがいないにしても、抽象的規範統制手続や憲法異議手続も十分に検討されるべきである。なぜなら、これらの制度も西ドイツをみればわかるように、一般の裁判官の審査権を否定するものではなく、これと併存して認められるからである。
- (4) なお、本稿の問題意識と密接な関連を有するものとして、司法権の概念がある。ここではこれについて立入らなかつたが当然あわせて検討されるべきであろう。