

Title	裁判による憲法保障への期待
Sub Title	Expectation to the constitutional-judgement (Verfassungsgerichtsbarkeit)
Author	田口, 精一(Taguchi, Seiichi)
Publisher	慶應義塾大学法学研究会
Publication year	1955
Jtitle	法學研究：法律・政治・社会 (Journal of law, politics, and sociology). Vol.28, No.4 (1955. 4) ,p.1- 25
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	論説
Genre	Journal Article
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AN00224504-19550415-0001

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the Keio Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

裁判による憲法保障への期待

田 口 精 一

憲法第八十一條によつて、最高裁判所が、一切の法律・命令・規則又は處分を審査し、その合憲違憲を判定する權能を付與され、憲法保障を目的とする制度が採用されたことは明白である。いま、憲法保障のために、國家活動の合憲性を維持する目的をもつて、憲法的規範に基づき裁判機關が國家活動の審査をなす作用を廣く憲法裁判とするならば、日本國憲法はまさにこの種の制度を採用するものである。しかし、この制度はなんらの論議もなく是認されたわけではない。わが國では、舊制度の下において、特に實質的な法律審査權即ち法律の内容が憲法に適合するか否かの裁判所による審査權は否定されていたのであり、また外國においても、この制度に對する批判が多かつた。⁽²⁾確かに、憲法裁判作用は、特に憲法裁判所という特別の機關を設置すると否とに拘らず、裁判と政治との衝突に關する困難な問題を生ずる。もし裁判の政治的中立をその本質として、嚴重に維持しようとするれば、憲法裁判作用の存在は、裁判の本質に矛盾するおそれありとして、否定されるかもしれない。けれども、憲法を擁護し、法的拘束力を確保された最高法規として憲法の實効性を保障しようとする要請は、憲法裁判作用の實現を促し、その制度化・實施方法等については各國それぞれ種々の相違があるとしても、多くの國がこの作用を採用することになつた。⁽⁴⁾かくてこれについての批判も、根本からこの制度に反對するのではなく、多くはこれを

是認しながらも、ただ實行の困難なことを指摘し、慎重な運用を期待するといふのである。⁽⁵⁾ わが憲法も、最高裁判所の憲法による法令審査権を明示したのであるから、その審査方法・範圍・判決の効力等に關して議論があるとしても、最高裁判所による一種の憲法裁判作用の存在は否定できない。勿論この様な立法化の手段のみによつて、その正當性・妥當性等に關する根本問題が、争の餘地なく解決され得るものではなく、更に法と政治、權力分立と國民主權等についての考察を必要とする。⁽⁷⁾ しかし本稿はこの様な根本問題にまで遡ることなく、既に制度的に採用された憲法裁判作用の存在を前提として、それがいかにして實行しうるか、憲法保障の手段として、どの程度に期待しうるか等の點を反省するものである。

- (1) H. Kelsen, *Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit*, (Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Heft 5, 1929), (VDSStL. 5) S. 30, 85; O. Koellreuter, *Deutsches Staatsrecht*, 1952, S. 211 f.; L. Adamovich, *Grundriss des österreichischen Verfassungsrechts*, 4 Aufl., 1947, S. 220, 238 ff.; H. Lechner, *Bundesverfassungsgesetzgesetz*, 1954, S. 35 ff.; H. Triepel, *VDSStL. 5*, S. 5 ff. 諸學説をめぐって、林田和博「獨逸國國事裁判所論」法政研究三卷一號一二六頁以下参照。その他、法學協會・註解日本國憲法下(2)・昭二八・一二〇八頁、美濃部達吉・日本國憲法原論・昭二九・一一九頁、佐々木惣一・日本國憲法論・昭二九・三五七頁。違憲法令審査權については、田上稜治・憲法原論・昭二九・五三頁・五四頁・三九頁。
- (2) 註解・一二一〇頁以下、大正二・七・一一・大審院刑錄七九〇頁、美濃部・日本憲法一卷・大一一・五二二頁以下、憲法撮要・昭二一・四九八頁。行政裁判所の法令審査權の否定については、判例大系一・一一〇五頁。これに對し實質的の法令審査權を肯定するものは、上杉愼吉・新稿憲法逆義・昭一九・六〇一頁以下。
- (3) 林田和博「F・M・マルクス司法的の法令審査に就いて」法政研究二卷一號・B八二頁―B八六頁、木村龜三「公法國際協會の設立とその事業」法協四七卷八號一三六七頁以下。H. Spanner, *Die richterliche Prüfung von Gesetzen und Verordnungen*, 1951, S. 40 ff.
- (4) 高柳賢三・司法權の優位・昭二三・二頁以下。
- (5) Spanner, a.a.O. S. 28, 40.
- (6) 通説が具體的事件に際して個別的効力のみを有する判決をなす權能を司法裁判所に認めるに對し、特別な憲法裁判權の存在を主張す

るものとして、佐々木・前掲・三五三頁、特に三五九頁以下、中谷敬壽「法令審査權と合憲違憲審査決定權」法學論集二卷一號二二頁以下、檢山武夫「國民主權の下の司法權の獨立と憲法裁判權」公法研究一一號二〇頁以下。

(一) Koellreuter, a.a.O. S. 221.

〔第一〕 國家權力に對する裁判的統制

憲法裁判權は法治國思想の最高度に發展した姿であり、このような體制を具備した國家を特に司法國家と呼ぶ⁽¹⁾。これにより法治國思想は、その實現のための保障手段をもつことになつた。勿論各機關の適法な活動が常に期待しうるのであるならば、いかなる保障手段も特に必要としないであらう。しかし、もし違法な權力行使がなされたならば、これを是正すべき方法はいろいろあるだろうが、正確有効なものは裁判手續であつて、法治國思想よりこれを排除することは、その實効性を奪うことになる。従つて、法治國の體制を強固に確立しようとするれば、その方法として、當然に國家の統治作用の全般に、裁判による法的判斷作用を及ぼすことが要望され、國によつては、統治作用の合憲性の判斷を裁判機關になさしめているのである。元來裁判は、國家の權威を背景として、被治者である國民に對し實行されたのであるが、法治國思想は國家活動をも法的に拘束しようとするのであるから、國家自體も亦裁判に服しなければならなくなる。そこで、法治國體制が確實に維持されるべき條件として、裁判制度・手續が完備し、これが獨立の裁判機關において實施されなければならない⁽²⁾。即ち法の解釋適用を専門とする裁判機關により、統治の適法性を審査せしめ、違法行為に對しては、國民がその取消を請求すべき出訴の道が開かれていなければならない。しかし、右のような法治國思想の實踐が、最初から廣い範圍において、完全に行われなければならぬ。裁判作用は、國家の權力行使を拘束するのであるから、強力に實施されれば、統治作用の積極的實現を意圖する政府と裁判機關との衝突を生ずるのであつて、最初は、裁判による政府に對する影響の少い民事・刑事の裁判作用のみ法治國原理が實踐されていたに過ぎない⁽³⁾。そこで、司法作用とは、かつて民事刑事の作用とされ、これに關する裁判に

ついでのみ司法権の獨立が強調されて⁽⁶⁾いた。しかし、國民の國家權力に對する懷疑と權利自由の保障の要求は、右の領域のみでは満足せず、法治國理念を行政の分野にまで擴大し、法治行政の原則を確立せしめた。その制度的保障として行政裁判作用が實現する⁽⁶⁾のであるが、勿論最初から行政の全領域に關して裁判による統制が承認されたわけではない。行政活動が裁判によつて拘束されることになれば、裁判作用は政府の利害關係に直接影響することになり、その實施については政府側の抵抗にあう。かくて行政裁判が實施されたのは、先づ租税に關する處分とか警察處分のように、國民の權利自由に大きな影響を興え、しかも政府に對しては影響の少い部分に關して⁽⁷⁾だけであつた。即ち行政訴訟の提起は、右の事情を考慮して法律に豫め規定された事項に限定する⁽⁸⁾いわゆる列記主義が行われていたのである。しかし國民の基本權保障の要請が強く、これに對する政府側の權力が弱くなれば、國の權力作用に對する裁判的統制の範圍は擴張され、個人は裁判所に提訴しうべき機會が廣く認められることになる。即ち行政訴訟事項に關し列記主義は概括主義に改められ、行政作用に對し廣汎な裁判的統制が加えられる。戦後わが國において、舊行政裁判所制度を廢止し、行政裁判を通常の司法裁判の範疇に加え、出訴の制限を撤廢した⁽⁹⁾ことは、このような事情を示すものといふことができる。西ドイツにおいても、行政裁判所の復活に際し、一般的條項 (Generalklausel) が採用され、行政裁判所は司法裁判所と同じ權能により即ち司法の範圍において裁判的統制を實施し、國民の權利保障の目的を達成することが強く要望された⁽¹⁰⁾。かくて法治國原理は、民事刑事作用の範圍から更に行政作用の分野にまで支配力を及ぼし、基本的人權尊重の思想と相俟つて、公法の指導理念として確立されつつあるが、現在の傾向としては、總ての國家機能を支配下に包含しようとしている。即ち議會制度に對する不信・多數決原理に對する懷疑の結果、議會の立法活動についても、制約を加えようとするのである⁽¹¹⁾。アメリカ合衆國及びその影響をうけたわが國のように、通常の最高裁判所をして終審的に法令の違憲性を判定せしめ、或はこれを明確に制度化したオーストリア・西ドイツ等の如く別個に憲法裁判所を設置して、憲法裁判作用を特別な國家作用として確立することが行われている。これにより法治國原

理は、形式的意義の法律の下において、司法及び行政に妥當するのみではなく、實質的意義の法による統治を實現すべき國家統治の法的指導原理として、立法の領域をも包含するのである。法治國思想は大陸法系において發達し、英米法系における法の支配の思想と、その基盤を異にするが、その發展には非常な接近があり、共に裁判によつて國家權力に抑制を加え、その濫用を排除することによつて、國民の地位を保障しようとするのである。勿論このような現象が、多くの國に見られる傾向であるとしても、その實現は、政府の權力と國民の權利保障の要請の力との均衡の上になされるのであつて、國により相違があるのは當然である。即ち政府の權力に比較して、國民の實力が強ければ、それに應じて裁判的統制は擴張され、國家の全機能にまで影響することにならう。逆に、政府權力が強大であれば、その活動に對する障害は排除される結果、裁判の實施も制限され、極端な場合には、政府に對する裁判的統制の實施が否定されることになる。ナチスドイツの統治下における裁判制度への政治的壓迫¹⁴、東ドイツの行政裁判制度の改革における列記主義の復活¹⁵として以下に説明する實例がこのことを示すであらう。しかし、自由主義的民主國家においては、權力の集中を危険視し、國家權力に對する國民の權利保障手段を確立しようとするから、國民は裁判制度に對し大きな期待をよせることになり、最高裁判所乃至は憲法裁判所が法の番人として特に憲法の保障機關として重視され、法保障體制の制度的發展はこれによつて頂點に達した¹⁶ものといふことができる。確かにこのような裁判作用が何の障害もなく完全に實施され、また實行することができるのであるならば、問題はな^い。けれども、裁判制度がこのような要望に完全に應えうるものであらうか。裁判所が判決を下すことは事實上可能であるとしても、判決としての法的價值が實現されなければ、憲法裁判制度は實益のないものになつてしまふ。わが國においても、この制度に對する期待は大きい。憲法保障の強力な手段を要求して、最高裁判所に特別な憲法裁判權を通常の裁判權と共にあわせて付與すべきことを主張する見解¹⁷があり、國民も亦、憲法の實施が政府の政策と關連して大幅に變動することに疑念をもち、最高裁判所の明確な判定を望んでいる。そして、最高裁判所が、違憲審査權に自主的な抑制を加え、消極的な司法

作用の範囲に止めている現状に對して、あき足らなく感ずるものもないわけではない。しかし裁判手續は、必ずしもあらゆる紛争を解決するための最良萬能な唯一の方法であるとは限らない。裁判制度に對し無條件の信頼をよせる傾向について、ドイツでは最近「政治の司法化と司法の政治化」⁽¹⁸⁾の危険が警告され、司法國家の行過ぎが反省されている。裁判手續による憲法保障は、どの程度に實施しうるのか。外國における事情を考察する。

- (1) 田中二郎・行政法・上・昭二八・二八頁。Koellreuter, a.a.O. S. 211; Lechner, Bundesverfassungsgerichtsgesetz, S. 45; H. Schneider, Gerichtsfreie Hohheitsakte, 1951, S. 10; Q. Schmitt, Inhalt und Bedeutung des zweiten Hauptteils der Reichsverfassung. (Anschutz—Thoma, Handbuch, II) S. 580 ff.
- (2) 兼子一・民事訴訟法(七)・昭二六・二頁、美濃部・原論・三九五頁以下。
- (3) 宮澤俊義・「行政裁判と統治作用」(佐々木還曆・憲法及び行政法の諸問題)昭二三・(一六八)頁。
- (4) 同右・(一六八)頁以下。
- (5) 美濃部・原論・三九八頁・四〇一頁以下、註解下(2)一一二〇頁。
- (6) W. Jellinek, Der Schutz des öffentlichen Rechts durch ordentliche und durch Verwaltungsgerichte (VDSStL, H. 2), S. 8 ff., 48 ff.; derselbe, Verwaltungsrecht, 1948, S. 92 ff., 299 ff.; E. Forsthoff, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 1950, S. 406 ff.
- (7) 宮澤・前掲・(一六九)頁。
- (8) 田中・前掲・二九八頁。
- (9) 田上・憲法原論・一三二頁—一三三頁、田中・前掲・三〇三頁、宮澤・前掲・(一七〇)頁。
- (10) C. F. Menger, System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes, 1954, S. 1, 3 ff.; Schneider, a.a.O. S. 27 ff.
- (11) 林田「マルクス紹介」法政研究二卷一號、B七四頁以下、高柳・司法權の優位・一一頁—一二頁、川北洋太郎「西マックス基本法に於ける違憲立法審査權」學習院・政經・研究年報一・六四頁—六六頁。
- (12) Adamovich, Grundriss, S. 217; H. Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? 1931, S. 14 ff. 林田「國事裁判所」法政三卷一號・一一九頁、Koellreuter, a.a.O. S. 213.
- (13) Koellreuter, a.a.O. S. 212.

- (14) Schneider, a. a. O. S. 10, 16 ff.
- (15) Schneider, a. a. O. S. 21 ff.; Menger, a. a. O. S. 12 ff.
- (16) Koelheuter, a. a. O. S. 211.
- (17) 前節註(9)。尙「關口泰「憲法改正はできるか」改造・昭三〇・一號二三頁以下。
- (18) Schneider, a. a. O. S. 30.

〔第二〕 外國における實例

(イ) オーストリア……憲法を基準とする法令審査權は、アメリカ合衆國の傳統として確立されたが、ヨーロッパ大陸において、第一次大戰後これを特別の裁判制度として採用したのはオーストリアである⁽¹⁾。この制度は憲法の保障を目的とする公法上の特別裁判所であつて、從來の司法作用の範圍をこえた第四權的權能を有するものであつた。これについて、政治的第三院ないしは第一院化する危險ありとして反對するものもあつたが、法治國原理に適合するとして、憲法に關する判決を統一し且連邦と各邦との法律問題を處理する必要上、憲法事件を專屬管轄とする集權的な憲法裁判所が設置された⁽²⁾。勿論これに對する政治的干渉と判決における政治的偏見をいかにして排除すべきかが問題とされたが、この對策として、裁判官の選任に特別な方法がとられた。即ち憲法裁判所は二十名の裁判官より構成されるが、當時議會はのうち十四名を法律専門家の中から選任し、他の六名を議員の中から選出した⁽³⁾。この制度についてケルゼンは、アメリカのように通常裁判所によつて憲法裁判がなされる場合であつても、裁判の政治化が防止されたわけではないとして、却つて政治的要素を加えた右のオーストリアの方法が満足な結果を得ているとした⁽⁴⁾。即ち政治關係についての考慮は、少數の議員である裁判官に委ねられ、多數の裁判官は政治的利害を考慮せずに、法的判斷に専念しようとするのである⁽⁵⁾。しかし、ケルゼンの期待に反し、現實にはその後、政黨が憲法裁判所の構成に影響を及ぼすことが原因となつて、一九三三年に右裁判所は活動を停止し、大統領に

善後措置を求める結果となつたのである。當時オーストリア政府は大統領の非常大権である獨立命令權により、立法權を議會から奪おうとし、かかる非常命令について違憲問題が生じ、憲法裁判所はその審査取消を請求され、政府と憲法裁判所との對立を生じた。たまたま、國民議會の推薦になる二裁判官・一豫備裁判官の辭職を機會に、政府は一九三三年五月二十三日の大統領命令により、憲法裁判所法を改正し、裁判官の召集手續を嚴重にすることによつて、裁判所の活動を封じた。⁽¹⁰⁾即ち國民議會又は連邦會議の推薦した裁判官は、全定員の在任する場合にのみ召集され審理に参加しようとした爲に、他の議會推薦の裁判官は在任するにも拘らず、裁判に参加することができない。⁽¹¹⁾政府推薦の裁判官のみで審理をしようとしても、それだけでは定足數を確保することが不可能であつた。⁽¹²⁾しかも國民議會は既に一九三三年三月四日の正・副・第三議長の辭職以來、その活動を中止しているので、缺員裁判官を補充することができない。⁽¹³⁾このような事情において、右の命令は、憲法裁判所の機能を事實上完全に奪うことになる。勿論この命令は、ウィーンのオーストリア連邦に對する一九三二年度租稅收入配分請求に關する訴訟⁽¹⁴⁾において、違憲性が問題となつたが、既に右の命令によつて憲法裁判所法の改正が行われたからには、改正後の手續によつて召集・構成が行われることを要する。即ち憲法裁判所は適法な判決の要件として、適法な召集と定足數の確保が必要であると判断した。⁽¹⁵⁾しかし前述のように、議會の活動が停止しているから、缺員の補充ができず、右の手續を實施することは不可能である。そこで憲法裁判所は、審理の中止を聲明し、法令に規定のない全く異例の措置として、大統領に裁斷を求めることに決定した。この際、裁判官の辭職の可能性及び裁判官の召集・定足數等につき、命令の解釋上論議があつたが、⁽¹⁶⁾結局この事件における經驗から、憲法の保障は裁判手續のみによつて確保されるものではない、特に憲法裁判所制度は、政治的權力との對立を生ずる危険があるから、その維持運営については超えることのできない限界を認めなければならぬと結論された。⁽¹⁷⁾更に、憲法裁判所の中絶の原因となつた構成につき、議會側の政黨による政治的影響を排除すべきことが要望され、⁽¹⁸⁾また、憲法裁判所が大統領に提訴した措置は、やむを得ないものであり、この種の問題は國家

の中心的存在にその解決を依存しなければならぬから、右の措置は妥當なものであつたとされているのである。⁽⁸⁾

- (1) 美濃部「オーストリアの憲法裁判所」國家學會四四卷二號(二〇七)頁。
- (2) Adamovich, Grundriss, S. 217.
- (3) 美濃部・前掲・(二〇八)頁。
- (4) デュキイは通常裁判所による憲法裁判を主張し、特別の憲法裁判所制度に反對する(木村「公法國際協會」法協四七卷八號一三六九頁)。
- (5) Adamovich, a. a. O. S. 298 ff.
- (6) 現在では、連邦及び各邦の政府構成員及び議會の議員、政黨の役員等は、憲法裁判所裁判官とはなり得ない(オーストリア憲法一四一條 4 Adamovich, a. a. O. S. 224; derselbe, Die österreichischen Bundesverfassungsgesetze, 1953, S. 167 f.)。
- (7) 木村・前掲・法協四七卷八號一三六九頁。
- (8) 同右・一三七〇頁。
- (9) 一九三三年六月二三日に Durig 長官は、手續の中止を宣言した。即ち、適法な判決は適法な手續によらねばならぬが、その實行が不可能なためである (Spanner, Richterliche Prüfung, S. 9 f., 17)。
- (10) 政府がかかる命令を出すに到つたのは、裁判官の辭職により公正な判決を期待することができないこと、且裁判所に係屬し得ない政治的事件への裁判官の召集を防止するためである (Spanner, a. a. O. S. 10)。これに對し、裁判官の辭職した理由は、裁判官の一部が政黨の協力者であり、しかも係争事件は戦時經濟授權法に關する政治的事件であるから、政黨關係の裁判官は自分の事件を自ら裁判し、且政府側の裁判官も政黨の政治運動に左右される。故に、政治的壓迫のあるときに憲法裁判所は法判斷を差控えるべきであるといふのである (a. a. O. S. 10 f.)。
- (11) 辭職していない議會推薦の裁判官は罷免されたのではなく、大統領命令は、定員が補充されるまでの一時的な召集の制限を規定した(11)が、その實施に際して、適用を廣めたために、裁判への参加が全く否定されたのである (Spanner, a. a. O. S. 13 f.)。
- (12) 豫備裁判官の召集によつて定足數を確保すべき方法もあるが、この場合議會推薦の豫備裁判官によるべきで、政府側の豫備裁判官を以て充當することはできないと解されていた (Spanner, a. a. O. S. 15 f.)。
- (13) Spanner, a. a. O. S. 8, 10, 13 ff.
- (14) Spanner, a. a. O. S. 17 f.

裁判による憲法保障への期待

(15) Spanner, a.a.O. S. 10, 16.

(16) 憲法裁判所の活動の中止を防止するために、大統領命令による改正法を解釋することによつて活動の可能性を結論づけようとして論議があつた(Spanner, a.a.O. S. 12 ff.)。特に豫備裁判官の召集については、できるだけ事故裁判官と同種の推薦によるものを考慮すべき規定(憲法裁判所法六條, a.a.O. S. 9)があり、この「できるだけ」の解釋につき、やむを得ない場合には他の豫備裁判官を召集しても差支ないとの主張があつた(a.a.O. S. 15 f.)。

(17) Spanner, a.a.O. S. 18.

(18) Spanner, a.a.O. S. 88 ff. このために、舊制度を改正し、議員は憲法裁判官になれないとした。

(19) 憲法の保障は憲法裁判所のみでは果し得ない。故に、場合によつては元首の權威に依存することになる(Spanner, a.a.O. S. 18)。

(四) ドイツ……既にワイマル憲法によつて、一種の憲法裁判所である國事裁判所が設置されていたが、オーストリア憲法裁判所に比し、その判決の効力は弱いものであつた。即ち判決は確認的効力のみを有し、適法な状態の形成は大統領の權能とされていたのであり、オーストリアの如く、違憲命令を判決自體によつて取消しうべき形成力は認められなかつた。⁽¹⁾従つて國事裁判所の判決が、必ずしも政府の活動を直接に制約するわけではなかつたが、一九三二年十月二十五日の判決を動機として、憲法裁判に關する論議を生じた。⁽²⁾そして、單に右の判決についての批的論争に止まらず、この制度自體に關する問題にまで發展し、特に裁判機關に對する政治的責任の賦課と判決の實行に關する疑問が論議の中心となつた。⁽³⁾事件は、ドイツ國大統領がコミサール(Reichskommissar)の任命を遣してプロイセンの内政に干渉し、プロイセン邦がその違憲確認を請求したものである。⁽⁴⁾しかも、紛争には大統領・コミサールの具體的活動を争う範圍をこえて、邦の内政に對し廣汎な干渉權を付與されたコミサール制度の違憲性に關する一般的確認の問題が包含されていた。⁽⁵⁾前述の如く、オーストリアでは判決に到らずに、政府の政治的壓力によつて裁判所は機能の中絶したのであるが、ドイツでは、大統領の行爲を一部違憲とする實體判決をなしたことが論争の原因となつた。⁽⁶⁾しかし、國事裁判所が大統領の權能に對し、積極的に制約を加えようと

する意圖を有していたのではない。特に個々の事件をこえた一般的な判決を求める部分については、その提訴を承認せず(8)に却下し、ただワイマル憲法四十八條二項の非常大権につき一定の限界の存在を認め、大統領の當該命令が邦の獨立を侵害し、邦政府の存在を無視する限度において違憲であるという主旨の判斷を下したのみであつて、國事裁判所は、裁判の運営に慎重な態度を保持したものと見えよう。けれども、一部にせよ大統領の活動を違憲と斷定したことが、判決の實行を困難にし事態を紛糾させたのであり、このような裁判手續は、連邦と邦との政治的紛争の解決にとつて、有効な役割を果すことができなかつた。シュナイダーは、これについて次の如く批判している。即ち「國事裁判所の判決は、何れの當事者をも満足させることができず、ましてや政治的對立によつて亂された法的平和を回復することは不可能であつた。」(10)そして右の判決は、「裁判官の判決というものが、いかにして決定 (Decision) としての價値を喪失し、法廷が政治的紛争の解決に關與することが、却つて逆の結果となり、事件を混亂させた」として、この實例を「司法國家的發展の頂點と終點である」と述べている。このように、憲法裁判制度に對する異論はあるが、制度自體を否定しようとするのではなくて、右の實例のような事件を國事裁判所が裁判しないことを要望するものであり、多くの見解が國事裁判所の存置には賛成していたのである。(13)しかしこの制度は、その後政府權力の強化によつて無力化してしまつた。オーストリア及びドイツは、當時行政府の強化が促進され、これに對する障害は政府の政治的反抗によつて排除された。特にナチスの獨裁下にあつては、政府に對する裁判的抑制が否定され、逆に裁判權に對する統制によつて、國事裁判所の重要な機能が抑壓された。しかも邦に對する連邦政府の干渉が強化され、邦の無力化した結果として、ドイツ國と邦との紛争が生ずる餘地なく、これを審判する國事裁判所は有名無實のものとなり、(14)従つてこの運営に關する論議も、その必要性が薄らいでしまつた。

戦後西ドイツでは、過去におけるナチス獨裁の苦い經驗に鑑み、ボン憲法は司法國家の體制を極度に推進した。現在の憲法裁判所は國事裁判所に比較し、制度的に完備したものであり、しかも裁判權の範圍において、判決の効力において、より

強力な権能を付與⁽¹⁵⁾されている。特に判決の法規的統制力 (Normenkontrolle) に基づき、他の國家機關の活動を判決自體によつて拘束し、違憲法令を一般的に取消することもできる⁽¹⁶⁾。かくて裁判官には全面的な信頼がよせられ、裁判制度が法の維持實現にとつて最良の手段と考えられ、特に連邦憲法裁判所が憲法の確定機關として、最終決定権を確保しているのである。ここに、ボン憲法は完全な法治國の實現を意圖し、明らかに裁判國家ないし訴訟國家⁽¹⁷⁾ (Rechtsweg-Staat) を完成した。この法保障の確實な方策を確立したボン憲法に對しては、各政黨の支持があり、多くの學說も贊意と稱讃を與えたのである⁽¹⁸⁾が、裁判制度のあまりに廣汎な發展擴張に對しては、法治國家的急進主義として、裁判による政治の危險が反省され警告されるようになつた⁽¹⁹⁾。かくて、裁判に對し嚴重な制限の置かれていた場合には、その運営に際して裁判機關自體が限界の問題を考慮する重要性が薄かつたが、概括主義によつて、廣い裁判の領域が付與されるとなると、この問題が重視されてくるのである。

以上の實例から、裁判權を強化することは、一方において適切なことであるとしても、その限度を考慮することなく、無制限に擴張することは、却つて國家の統治を亂す危險があり、無意味なことであることがうかがわれる。確かに、裁判的違憲審査制度は、國家權力に抑制的統制を加えることによつて、違法作用を是正するのみならず、かかる制度が存在することだけで、各機關が慎重に活動することになり、憲法違反の發生を豫防することにもなる。しかし、裁判機關が國家の政治的統一を實現しうるものではない。勿論特別に憲法裁判所を設置している場合には、裁判が司法の範圍をこえて、政治に對し影響を及ぼしうべきことが當然に豫定されているであろう⁽²⁰⁾。それにも拘らず、憲法裁判所の權能には、政治的紛糾を回避するために、その限界の存在が強調されている⁽²¹⁾。もし裁判機關が立法機關を強力に抑壓しようとするれば、ケルロイター⁽²²⁾のあげた實例が示すように、議會自體が違憲審査權を掌握し、裁判機關のかかる權能が否定されることも豫想される。このような觀點から、政治と裁判との調和を巧みに實現したのは、いうまでもなくアメリカ合衆國⁽²³⁾である。即ち特別な憲法裁判所を

設置せず、裁判所による違憲審査権は嚴重に傳統的な司法の觀念の範圍内に限定され、政治問題の裁判作用からの排除が強調されている。しかし、このような方策を採用したとしても、裁判の政治化及び裁判に對する政治的壓迫の危険が完全に除去されたわけではない。アメリカ合衆國において、大統領のニューディール政策に對する最高裁判所の態度は、大統領との間に對立抗争を生じた原因となり、大統領をして最高裁判所の改革を意圖せしめた⁽²⁴⁾。これが實現せず違憲審査権を保持し得たのは、大統領の改革に國民が反對し違憲審査制度を支持した點は別として、最高裁判所自身が自己の見解を根本的に改めて、大統領の經濟政策を合憲としたからであつて、必ずしも裁判機關が大統領を自己の權威の下に承服せしめたのではない⁽²⁷⁾。故に、憲法裁判所が設置されると否とに拘らず、裁判機關が他の國家機關を拘束しうべき權能を有するならば、兩者の政治的對立を生ずべき危険が伴うのである。前述の諸實例は、裁判による憲法保障を確實に實踐しようとするならば、裁判制度にその萬能の役割を期待してはならない、裁判によつて實現しうる限度を保持しなければならないことを示しているのではなからうか。

- (1) 林田「國事裁判所」法政三卷一號一四六頁以下。
- (2) 同右・一三六頁以下、Spanner, a.a.O. S. 38.
- (3) Spanner, a.a.O. S. 22 ff.
- (4) Spanner, a.a.O. S. 22f., 26.
- (5) 一九三二年七月二十日のドイツ國大統領命令によつて、ドイツ國宰相がプロイセンのコミサルに任命された。これが邦の總理大臣 Dr. Braun、内務大臣 Severing 等を罷免し、總理大臣の職務を自ら擔當し、内務大臣の事務を Oberbürgermeister の Dr. Braucht に委任した。その他主要な公務員を罷免し、ベルリンの警視總監を一方的に任命する等、プロイセンに對して干渉した(Spanner, a.a.O. S. 23)。

(6) プロイセン邦は右の措置の違憲を申立てたが、これには罷免された國務大臣がコミサルを相手として参加し、更に、邦議會の主要な政黨である中央黨・ドイツ社會民主黨等も出訴し、連邦參議院における邦の代表權と關連して、バイエルン及びバーデン邦も参加し

た。しかも大統領及びコミサールの當該處分を争うのみならず、大統領命令及びコミサール制度の一般的違憲性をも争つた(Spanner, a.a.O. S. 23 ff.)。

- (7) Spanner, a.a.O. S. 26.
- (8) 連邦の邦に對する干渉權について、個々の事件に關して、その限界を争うことは認められるが一般的判決の要求は認められない、即ち國事裁判所の權能は具體的事件についての判定に止まる旨を判示した(Spanner, a.a.O. S. 25)。
- (9) 大統領の緊急權については、コミサールによる邦への干渉が必ずしも違憲ではないが、限界があり、邦の代表權その他内政の權能を完全に剝奪することはできないとした(Spanner, a.a.O. S. 24 ff.)。
- (10) Schneider, a.a.O. S. 10.
- (11) Schneider, a.a.O. S. 10.
- (12) Schneider, a.a.O. S. 10.
- (13) Spanner, a.a.O. S. 28.
- (14) Schneider, a.a.O. S. 10.
- (15) Schneider, a.a.O. S. 28. 聲造豊治「ヒュンクをける裁判所の法律審査についての諸問題」阪大法學三號二八頁—三〇頁。制度の解説としては同「ヒュンクの連邦憲法裁判所」同五號一〇五頁以下。
- (16) Geiger, Gesetz über das Bundesverfassungsgericht, S. 2, 44 ff., 238 ff., 254 ff.
- (17) Schneider, a.a.O. S. 29.
- (18) Schneider, a.a.O. S. 30 ff.
- (19) ノンナイヤーは Werner Weber が司法國家に對する稱讚の一般的傾向に警告している點に注目した。そして國の使命は、自由の擁護を目的とした裁判的保障のみならず、新しい社會的法治國として計畫國家の實現にもあり、この分野は裁判的方法によつて規律し得ならんことを(Schneider, a.a.O. S. 30 ff.)。
- (20) 林田「憲法裁判所論」法政一七卷一—四合併號二〇九頁 Triepel, VDSStL. 5. S. 8; Koellreuter, Staatsrecht, S. 213 ff.; Lechner, BVGG (Kommentar), S. 45; Kelsen, Wer soll, S. 14 ff.
- (21) 林田教授は「裁判權が法的強制を止まらざることを強調された(同前二二一頁—二二二頁)」。Geiger, a.a.O. S. 5, 205 ff.; Koellreuter, a.a.O. S. 219 ff. 並に F. Kautmann, Die Grenzen der Verfassungsgerichtsbarkeit, VDSStL. Heft 9, 1952, S. 1 ff.

(22) ケルロイターは、憲法裁判が、議會制におけるよりも、大統領民主制において發達したことを指摘した。その實例として、南アフリカ連邦において、最高裁判所が選舉違反を嚴重に處罰する法律を違憲として無効とした場合に、Malan 政府は、裁判制度の改革を意圖し、最高裁判所の法令審査權を否定して、議會にその權能を移した事實を説明してゐる (Koelheuter, a.a.O. S. 214)。

(23) Koelheuter, a.a.O. S. 214.

(24) 伊藤正巳・法の支配・昭二九・一九九頁以下、Spanner, a.a.O. S. 28 ff.

(25) 伊藤・前掲・二〇〇頁、Spanner, a.a.O.S. 32 ff.

(26) 大統領の最高裁判所改革案に對しては、傳統を保持しようとする反對があり、實現されなかつた (伊藤・前掲・二〇一頁、Spanner, a.a.O. S. 33 ff.)。

(27) 改革が實行されなかつたことは、裁判所の地位が保持されたことになるが、判決において、從來の見解を改めたことは司法部の大統領に對する讓歩である (伊藤・前掲・二〇二頁)。

〔第三〕 憲法裁判における障害

法治國思想によれば、すべて法的紛争は裁判的に解決され得べきことが要望されるが、實際にはその實行が前述の如く政治的障害にあり、その實施をある程度に止めることを餘儀なくされるのは「憲法の本質が一定の程度まで、憲法裁判の本質と矛盾する」⁽¹⁾面を有するからである。即ち法理論的にみれば、憲法裁判は法的判斷作用であつて、確かにケルゼンが説くように裁判の本質と合致するかもしれないが、⁽²⁾このことから、憲法裁判が政策的な面においても、常に政治的紛争から絶縁されて、理論通りに純然たる法的判斷として實現されうるとは斷定し得ない。憲法に關する重大な事件において、判決が前の實例におけるが如く、屢々他の國家機關の反對により却つて政治的紛争を激しくすることは、憲法裁判に伴う拂拭することの困難な政治的要因の存在する⁽³⁾ことを證明するものであらう。憲法裁判には、裁判手續によつて判定することの困難な且不適當な政治的要素を多分に包含した事件が提起される危険が存在する。勿論この原因は憲法自體の性格にある。即ち憲法は「いまでもなく統治作用に關する法規として、國の政治現象を規律すると共に、その實施に際しては、「政治不文の運用」⁽⁴⁾

によつて、適切な作用を営むように、逆に政治によつて支えられているのである。しかも憲法の各規定は、場合によつては種々の政治的立場の妥協的解決 (Kompromisslösung) の所産⁽⁵⁾であつて、政治的對立はこれによつて外見上停止するのみであり、眞の解決は一時的に延期されているに過ぎない。この場合に、憲法の具體的内容の確定につき意見の對立が生ずるならば、何れの立場を是認すべきか、明確な解決を憲法から導き出すことは、その妥協的性格のために、非常に難かしい⁽⁶⁾。かくて憲法裁判は形式的に裁判の型をとりながらも、その實質においては紛争の裁定というより、調停作用の色彩⁽⁷⁾を帯び、政治的考慮の影響が強く表われる結果となる。更に憲法の性格から、その解釋の多様性が憲法裁判上の障害の原因となる⁽⁸⁾。即ち憲法は、通常原則的な基本法として概括的・一般的な根本原理及び基本概念を包含し、此等について種々の解釋が成立しうるのであつて、決して具體的内容を一義的に確定しうるとは限らない。特に「公共の福祉」とか「文化的生活」等の不確定概念の具體的確定の場合には、政策實施を擔當すべき機關にその具體的内容の選擇が委ねられているのであり、いかなる方策を以て最も妥當なものとするかの判定は、政策的な目的合理性の考慮によるのであつて、合憲違憲の法的裁定には適しない。憲法上の紛争はかかる政策的論争と極めて密接に關連し、裁判機關が争訟の形式において、この政策的政治的評價を迫られる場合が多い。しかも憲法の主要な内容は、各權利主體の具體的法律行為を直接に規律する行為規範というよりは、國家機關の活動範圍を規定する授權規範⁽⁹⁾に重點を置く。故になすべき個々の行為の内容を規定するのではなくて、通常行為の内容は權能を付與された機關の自由な判斷に委ね、憲法が規律するのは、各機關の權限即ち活動の限界である⁽¹⁰⁾。即ち各機關の擔當分野を區劃するのみであつて、その内部における行為の内容を詳細に規律するものではない。しかも憲法が直接拘束する機關は、國家統治の指導的分野を擔當する各部の最高機關であつて、特に、國會・内閣の如きは高度の政治性を帯びた權能を行使するのである。これに對し裁判機關が判決によつて抑制作用を及ぼそうとすれば、憲法裁判が政治との交渉をもつことになるのはいうまでもない。かくて憲法自體が政治性を包含し⁽¹¹⁾、その規律の領域が法と政治の接觸の場である以上、

憲法事件は政治性を有し、事件が外見上法的争訟の型に構成されていても、その實質が政治闘争の問題であつたり、また法的争訟であつても、政治的影響の大きな政治問題との關連を有しているのである。従つて裁判機關がこの點に慎重な考慮を拂わぬならば、裁判制度自體の崩壞の原因を自ら作り出すことになる。他面において憲法裁判に對する誤解から、實行不可能な期待を裁判機關によせることが、また裁判運営上の障害の原因となる。即ち裁判事項については廣汎な概括主義を採用して、何等その限界を明示せず、裁判の基準となるべき法規には、概括的條項によつて多くの空白部分を殘し、その具體的補充を裁判機關に委ねることによつて、問題の解決とその責任が裁判機關に轉嫁されるからである。⁽¹²⁾勿論立法機關が完備した法規を常に制定しうるわけではなく、成文法の枯渴を防止するために、不文法による補充と裁判機關の適切な解釋が重要な役割を果すことは言うまでもない。特に憲法の内容が抽象的であるから、具體的確定に際しては、不文法の規律が重視され、⁽¹³⁾裁判官の新たな事態に對する適切な理解による解釋と具體法の發見が不可欠のものである。けれども、これを裁判の本質として憲法裁判の場合に無制限に認めうることにはならない。争の規模の狭い私人間の民事事件と異り、憲法事件の場合には、裁判官の憲法に對する判斷が、廣い政治的影響を伴うために、その行過ぎは裁判による政治の非難を生ぜしめる。⁽¹⁴⁾即ち「裁判所が憲法の解釋に際し、政治的考慮の餘地を保有し、且法創造的に活動するとか、廣汎な擴張解釋によつて法創造的にその權能を行使しなければならぬ」⁽¹⁵⁾とする見解に對し、「憲法事件における裁判所の法判斷は、まず政治的觀點より行わねばならぬ」という無理な要求を、單に惡く隱蔽するのみである」⁽¹⁶⁾という批判のあることを見逃すことができない。元來憲法裁判は、特別な憲法裁判所によつて集權的に實施される場合と、通常裁判所の司法的裁判に附隨してなされるとを問はず、通常の裁判と異つたものである。カール・シュミットによれば、憲法裁判は、法的構成要件による事實の包攝(Subsumtion)を本質とする本來の裁判の範疇にはなくて、むしろ憲法の疑義の解明・解釋の確定であり、立法行爲乃至は憲法制定行爲であるとされている。⁽¹⁷⁾しかし憲法裁判作用は、裁判機關をして立法機關たらしめるものではない。裁判は決して政治的統一や形成を

なし、國家の政治的指導を行いうるものではない。憲法裁判はその運用を誤まれば、この危険を露骨に表わすことになり、これまた健全な實踐の障害となるであろう。更に裁判の政治化による弊害を招來する原因として、紛争當事者の政治的態度を見逃すことができない。即ち裁判制度を政治的に利用しようとするのである。前述の如く憲法事件は政治的色彩を有するのであり、政治問題は元來政治的鬭争によつて反對派の見解を壓服するか、政治的妥協によつて解決されるべきものであるから、⁽¹⁸⁾憲法事件が直ちに訴訟の形式による裁判的解決に適し、且それが最良唯一の解決手段とは必ずしもいえないのである。しかるに、政治的な憲法事件においては、わが國の警察豫備隊違憲訴訟にも見られる様に、自己の政治的立場に對する支持を獲得すべく裁判制度を利用し、政治的解決を裁判機關に轉嫁する事態を生ずる。かくて「當事者は政治的紛争を法的に把握し、法的に不正とされた場合には、裁判所が疑惑に滿ちた黨派的な政治的偏見により判決したとし、勝訴者はそれによつて、同時に政治的妥當性をも判決された」と⁽¹⁹⁾速斷しがちである。ここに政治的評價と法的評價の混同がある。言う迄もなく、適法な主張が常にあらゆる面において正當であるとは限らない。權利に基づく行爲も政治的に正しくないものがあり、逆に政治的に正しければ、常に法的にも適法となるわけではない。⁽²⁰⁾従つて、判決は法論理的に存在の承認されるべき結論を判示するのみであつて、常に最良の解決を與えるとは限らないのである。しかるに、當事者は各種の紛争を持出し、裁判機關に無理な解答を請求するであろう。また裁判制度の定立に際し、立法者が裁判權の範圍を正當に確定するとは限らない。あるべき姿の權限に比較し、立法者の提示する裁判權の範圍が、かつての列記主義の場合の如く、不當に狭い場合もあり、逆に極端な概括主義の場合の如く、廣汎な領域を認めた結果、裁判の判斷能力を無視した不當な要求が提起される危険もある。かくて、憲法裁判における障害は、裁判官の裁判に對する自覺によるその限度をこえた要求を排除すべき慎重な態度⁽²¹⁾によつて、除去されなければならない。

- (1) Triepel, VDSStL. 5. S. 8.
- (2) Kelsen, VDSStL. 5. S. 118 ff.
- (3) Triepel, VDSStL. 5. S. 8 ff., 116; Koellreutter, Staatsrecht, S. 213 ff.
- (4) 櫻井龍・櫻井 (政経新聞會社)・一〇一頁・一一一頁。
- (5) O. Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 31 ff. derselbe, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 48; R. Thoma, Das richterliche Prüfungsrecht, Archiv des öffentlichen Rechts, N. F. B. 4. S. 274.
- (6) Spanner, a.a.O. S. 27; Thoma, VDSStL. 5. S. 108 ff.; Koellreutter, a.a.O. S. 216.
- (7) Menger, System, S. 45; Koellreutter a.a.O. S. 215. 亦田「國事裁判所」邦政三卷一號一六四頁。
- (8) Thoma, VDSStL. 5. S. 108; Spanner, a.a.O. S. 26, 29 ff.; Kaufmann, VDSStL. 9. S. 9 f.
- (9) Kaufmann, a.a.O. S. 6, 12 f.
- (10) Spanner, a.a.O. S. 37.
- (11) Triepel, VDSStL. 5. S. 8.
- (12) Thoma, VDSStL. 5. S. 108; Koellreutter, a.a.O. S. 217.
- (13) Kaufmann, a.a.O. S. 14.
- (14) Schneider, a.a.O. S. 29 ff. また「リトニエール政策に對する最高裁判所の判決に對して」大統領は、裁判官が政策實施の主體となるという非難を興えた。
- (15) Spanner, a.a.O.S. 27.
- (16) Spanner, a.a.O. S. 27.
- (17) O. Schmitt, Hüter, S. 44 f.
- (18) Triepel, VDSStL. 5. S. 8.
- (19) Kaufmann, a.a.O. S. 6. 同頁、高柳「司法權の將來・法律時報二四卷一〇號一〇頁。
- (20) Kaufmann, a.a.O. S. 5.
- (21) Kaufmann, a.a.O. S. 2.

〔第四〕 憲法裁判の限界

程度⁽¹⁾の差はあれ、憲法裁判には政治性が伴うから、この制度の健全な存続を保持しようとすれば、極力この政治性を除去(entspolitisieren)すべきことが要望されるのは當然である。即ち裁判における制限が法的に規定されていなくても、その運用において審査の限界が是認されているのであり、ここに裁判的統制をうけない(Justizias; gerichtstrei)國家の高權行為(Hoheitsakt)の存在が問題となる⁽²⁾。フランスの統治行為(acts de gouvernement)イギリスの國家行為(acts of State)アメリカの政治問題(political questions)等につき、これ等が裁判所の審査の及ばない領域であるとの判例があり、西ドイツにおいても、司法國家への高度の發展と關連して、これが注目されている⁽³⁾。しかし、この裁判的統制を受けない領域の存在に關する理論的根據・範圍・限界等については明確な説明がなく、ただ漠然と裁判の政治への不介入とか、高權行為に關する事件の審査不適格等が指摘され、審査權の制限は、ただ裁判機關の自主的判斷によつてなされているに過ぎない⁽⁴⁾。しかもその背後には、理論的判斷の外に、裁判運営に關する裁判機關自體の政策的考慮が拂われていることを見逃すことができない⁽⁵⁾。即ち事件に對する審査判定が惹起すべき種々の結果及び裁判機關の地位・責任等に鑑み、混亂その他の望ましくない事態の發生を回避すべく、前述の gerichtstrei とか政治問題の考え方によつて審査權を自ら否定し、當事者の提訴を却けたのである。勿論此等が、當該事件の特殊性にのみ對應した考慮による判決であるために、アメリカの判例に見られる如く、審査權の限界に關する説明は、ただ複雑な經驗事實が集積されているのみで、此等を貫く理論的統一による解明がなされていない⁽⁷⁾。けれども、ここにみられる統治行為とか政治問題の思想は、裁判事項に關し何等の制限を置かない廣汎な概括主義が採用されている場合に、注目されるようになったものである⁽⁶⁾。即ち制度的法律的に裁判權の限界が明示されず、國家統治の全領域に裁判的統制が及びうべき場合に、その制限を個々の裁判の實施に際して實現しようとするのであり、故にかかる制限の發見創設及び具體的事件への適用は、總べて裁判機關の權能に委任されているのであつて、他律的に裁判の領域に對して

制限が加えられたのではない。従つて概括主義を前提とする以上、裁判権は制度的には原則として無制限のものであり、ただその行使に際して、望ましくない事態を生ずる場合に、裁判機關が自律的制限を行うのみである。しかし、これでは裁判の非政治化の目的が、正確に實現されなければならず、當然に裁判すべき憲法上の法的紛争が、誤つて政治的なものとして排除され、しかも裁判機關が正當な職務及び責任を回避するために、却つて恣意的に政策的判断を加えるべき危険も豫想されるのである。⁽⁹⁾ 當該事件が漠然と統治行爲であるとか政治問題であるとするのみでは、裁判権の限界は確定されない。裁判機關のこれに關する判断を規律し、その基準となるべき法的規定が必要なことはいうまでもない。即ち、この憲法裁判権の限界に關する問題は、裁判の實施における裁判機關の問題であるばかりでなく、この制度化については、立法機關の問題でもある。⁽¹⁰⁾ 例えば、西ドイツの憲法裁判所は、實質的に廣汎な権能を付與されてはいるが、決して無制限のものではない。即ち連邦憲法裁判所法第十三條に列擧された各項目の内容は包括的であるが、少くとも憲法裁判所が裁判しうる事項に關しては列記主義をとり、その権限を法文に明記し限定している。⁽¹¹⁾ また別に、行政訴訟制度でも、概括主義に反省が加えられているが、それは憲法裁判にも妥當する。⁽¹²⁾ 既に各國の實例が示す如く、元首・議會・政府等の外交・戦争若しくは國內政治に關する事項に對し、裁判的統制の不可能なことが確認され、裁判の實施における限界が主張されている。⁽¹³⁾ けだし、これ等の憲法上の機關の権能に關しては、形式的に憲法の條文が存在していても、その實質的内容については全く法規範の確立されていない部分があるからである。⁽¹⁴⁾ その具體化は各機關の高度の政治的裁量によつて創造的に實現されるのであり、既存の法規範による判断作用を本來の権能とする裁判機關の擔當し得ない分野なのである。確かに法律問題と政治問題の區別は困難であり、現實の紛争は両者が錯綜しているものであろう。⁽¹⁵⁾ しかし各機關の性格及びその権能の本質からみて、強度の政治性を當然に具備するものを、類型的に把握することは可能である。統治行爲として裁判の拘束をうけないものについては、既に諸判例から歸納し、元首の行爲・議會の決議・外交機關の活動・軍司令官の行爲等が典型的なものとして列擧されている。⁽¹⁶⁾ 若

し此等の行爲が裁判に適しないとするならば、個々の具體的事件に際し、たまたま強度の政治性を有していた理由により、當該事件に限つて裁判機關の審理から除かれるのではなく、いかなる場合であつても、常に裁判機關の統制をうけない行爲の部類に屬するものとして把握されなければならない。⁽¹⁸⁾即ち右の各行爲は、政治性の少い事件においては裁判の對象となり、政治性の強い場合には裁判の範圍から除かれるという様に、各事件の具體的特殊性によつて相對的に判斷されるべきものではない。従つて、概括主義に對する反省として重視される統治行爲・政治問題についての思想は、概括主義と裁判權の限界を個々の具體的裁判の實施において調和させようとするに止まらず、論理的には、極端な概括主義を是正して、妥當な裁判權の限界を制度上確立しようとするものであろう。これを實踐に移すとなれば、裁判の對象となり得ない行爲・問題が、事項的・類型的に法律上明記される必要がある。憲法裁判の適切な運営を實現しようとするれば、およそ總べての法律問題を解決しようというのではなく、裁判的解決に適した法的争訟に限定されてくるのである。憲法裁判の存在意義は、憲法に關する妥協の餘地のない問題につき、斷定的な結論を下すところにある。⁽¹⁹⁾かかる判斷を必要とする問題特に國家機關の權限の確定⁽²⁰⁾とか、基本的人權に關する問題において、具體的な違憲の事態を是正し、被害者の救済の目的を果すべき場合に、その限度において必要とされるのであつて、裁判機關が積極的に憲法の内容を確定し、各機關によるその具體的實施を進んで指導しうるものではない。かくて裁判による法保障の要求は、現實に實行しうる限度が常に自覺されなければならない。憲法問題は常に憲法裁判によつてのみ解決すべきものではなく、場合によつては、各機關の權能に即した協力によつて妥當な解決が計られるべきものである。憲法においては特に、解釋上種々の結論が考えられ、裁判により一義的に斷定することが困難である。故に、法論理的に正確な解釋によつて得られた判決が、直ちに、最良の結論であるとは限らない。「政治的對立に際し、アメリカでは新聞が動員され、イギリスでは委員會が召集されるが、ドイツでは直ちに檢察官や裁判官が動員され、……そのため裁判機關に過重な負擔を加え……却つて満足な解決を得られず幻滅を感じる⁽²¹⁾」というシュナイダーの反省は、

わが國に於ても無視し得ないであろう。法治國思想・司法國家の思想のみで、理想的な國家體制を實現しうるのではない。イギリスに於ける議會主權と法の支配の原則の巧みな兩立によつて、國家權力の濫用を防止是正する如く、憲法裁判もその可能な領域に止まることによつて、議會制度・多數決原理・責任政治等を内容とする民主國家の理念との調和を保持してこそ、その正しい實現をなしうるのである。憲法裁判作用にのみ憲法の保障を期待すべきものではない。

(1) Triepel, VDSStL. 5. S. 8; Spanner, a.a.O. S. 40.

(2) Schneider, Gerichtsfreie Hohheitsakte; Koellreutter, a.a.O. S. 219 f.; E. Forsthoft, Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. 1950, S. 399 ff.

(3) フランスの統治行爲の自由性 C. Eisenmann, Gerichtsfreie Hohheitsakte im heutigen französischen Recht (Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, N. F. B. 2), S. 1—94. ケンネンの國家行爲の自由性 E. G. S. Wade, Constitutional Law, 1953, pp. 193—196. マッカーの政治問題の自由性 W. W. Willoughby, The constitution of U. S., III. pp. 1323—1338. マトナメーは各國の統治行爲の自由を檢討し、ケイツの裁判をめぐりても認められるべきものとす(St. 78 ff.)。尙詳細には、山田準次郎「民主主義諸國における統治行爲」法律論叢二七卷五・六號一頁以下、雄川一郎「統治行爲論」(國家學會六八卷三・四號三〇頁以下)。

(4) カイガーは憲法裁判の一種である憲法上の訴願の場合で、統治行爲なるが故で、當然に裁判の範圍から除かれるとは限らないとして、59 (Geiger, Kommentar, S. 280)。

(5) Forsthoft, a.a.O. S. 392 f. 田中和夫「アメリカにおける司法審査の限界」民訴雜誌一號七四頁・八五頁・八八頁・九三頁以下、齋藤秀夫「法律上の争訟について」(法律學一七卷四號一五頁以下、伊藤・司法權の優越(法の支配)所收)二六七頁以下。

(6) 橋本公直「司法權と政治的問題」法學新報五九卷九號六四頁以下。

(7) Schneider, a.a.O. S. 34 f., 38 f., 42 ff., 79. 田中・前掲・九二頁、橋本・前掲・六一頁一六五頁。

(8) Schneider, a.a.O. S. 21, 38, 46, 80; Kaufmann, VDSStL. 9. S. 2.

(9) Spanner, a.a.O. S. 43.

(10) 橋本・前掲・六七頁、伊藤・前掲・二六九頁。

(11) Kaufmann, a.a.O. S. 2.

裁判による憲法保障への期待

- (12) Geiger, Kommentar, S. 40.
- (13) Koellreutter, a.a.O. S. 220.
- (14) Schneider, Eisenmann の論文の外、アメリカの判例については、田中和夫・橋本・齋藤氏の前掲論文参照、更に詳細には、高柳・司法権の優位・二〇二頁以下。
- (15) Kaufmann, a.a.O. S. 4 f. された對し、シユナイダーは、法のない問題が政治問題とするだけでは、その特質が判明しないと批判す (Schneider, a.a.O. S. 44 f.)。
- (16) Koellreutter, a.a.O. S. 219 f. 山田・前掲・四一頁以下。
- (17) Schneider, a.a.O. S. 46 f. 各国における統治行為については山田・前掲論文及び雄川・前掲論文参照。
- (18) 裁判的統制をうけない行為については、全部を列擧することは不可能であり、具體的に裁判官の判断に委任するか (Schneider, S. 79, 46) 統治行為か否かは、その時の状況結果によつて定まる (Forsthoff, S. 391 f. 山田・前掲四四頁) とか説明されているが、この立場によれば、統治行為の決定は相對的なもので、山田教授の如く、比例原則によつて判定しうることになる (山田・前掲四〇頁・五二頁)。従つて、裁判の限界も、この場合には、裁判權に對する他律的な制約として考えられるのではなく、裁判機關が、個々の審理において考慮すべき自律的な制約ということになる。
- (19) 憲法裁判所の判断は法的判断の範囲になければならない (Geiger, Kommentar, S. 7) 。そして、また政治的な妥協及び統治行為に對する裁判による補充ということもあり得ない (Heckel) (Spanner, a.a.O. S. 40 f.) 。そこで、ハッナルは、憲法に對する明白な否定の存在する場合、特に、國家・憲法の存否に關する様な重要問題を憲法裁判の對象とする (a.a.O. S. 41) 。
- (20) Kaufmann によれば、憲法上の法的紛争とは權限争議である (Lechner BvGG. S. 46) 。
- (21) 基本的人權と公共の福祉との調和に關し、立法權者の專斷を抑制する點に、憲法裁判の存在する意義があるとする見解が注目される (Josef Wintzich, *Über Eigenart und Methode verfassungsgerichtlicher Rechtsprechung* (Verfassung und Verwaltung, 1952), S. 234 ff. 237) 。
- (22) Schneider, a.a.O. S. 7.
- (23) 伊藤・イギリス憲法における主權概念、司法權の優越 (いずれも「法の支配」所收)、及び特に道田信一郎「違憲立法審査權と國會主權」法律時報二四卷一〇號一一頁以下。
- (24) Spanner, a.a.O. S. 40 ff. 民主主義と法治政との關係について、最近興味あるものとして、Demokratie und Rechtsstaat,

Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaecaria Giacometti, *リベラ* 著 *M. Imboden, Gemeindeautonomie und Rechtsstaat* (S. 89 ff.), *W. Kägi, Rechtsstaat und Demokratie* (S. 107 ff.) 参照。

附記

本研究は、昭和二九年度科学研究助成補助金を受けた研究課題「立法及び行政との關係よりみた裁判權の範圍」(一〇二九五號)の一部である。