

ISBN  
4-87582-628-1

シリーズ憲法  
の論点⑨「違  
憲審査制の論  
点」国立国会  
図書館調査及  
び立法考査局  
2006年2月

調査資料  
2005-2-a

# 違憲審査制の論点

諸 橋 邦 彦

2006年2月

現在、衆議院には日本国憲法に関する調査特別委員会が、参議院には憲法調査会が各々設置され、日本国憲法及びその改正手続に関する調査が行われている。『シリーズ憲法の論点』は、国会における憲法論議に資するため、国立国会図書館調査及び立法考査局において、多岐にわたる憲法論議の中から幾つかの論点を取り上げ、争点、主要学説及び諸外国の動向等を簡潔にとりまとめたものである。

はじめに

- I 違憲審査制の意義と類型
  - 1 違憲審査制の意義
  - 2 違憲審査制の類型
- II 司法裁判所型違憲審査制
  - 1 司法裁判所型採用国の傾向
  - 2 米国連邦最高裁判所
- III 憲法裁判所型違憲審査制
  - 1 憲法裁判所型採用国の傾向
  - 2 ドイツ連邦憲法裁判所
  - 3 フランス憲法院
  - 4 イタリア憲法裁判所
- IV 日本の違憲審査制
- V 違憲審査制をめぐる各種構想－1990年代以降の議論
  - 1 違憲審査制をめぐる議論の推移
  - 2 憲法裁判所構想
  - 3 最高裁判所改革構想

おわりに

要旨

- ① 違憲審査制とは、法律や命令等の国家行為の合憲性を審査する、憲法保障の制度であり、その根拠は、憲法の最高法規性の観念と基本的人権の尊重の理念とにより支えられている。また、権力分立におけるチェック・アンド・バランスの機能も期待されている。違憲審査制の類型は、理念型としては、司法裁判所型と憲法裁判所型とに分類できる。
- ② 司法裁判所型違憲審査制は、1803年のマーベリー対マディソン事件判決により米国で確立された制度であり、その後、我が国等でも採用されてきた。その特徴は、司法裁判所が自ら違憲審査権を行使すること、あくまで事件の審理に必要な範囲で憲法判断を行う付随的違憲審査制を、主な違憲審査権行使形態とすること等にある。
- ③ 憲法裁判所型違憲審査制は、主に欧州の大陸諸国で、1920年以降採用されている制度である。その特徴は、司法裁判所の系統に属さない憲法裁判所が違憲審査権を行使すること、そして、違憲審査権行使の対象が法律そのものとなっていること等にある。  
ただし、憲法裁判所に付与されている権限には、各国でさまざまなバリエーションが存在している。例えばドイツでは、抽象的規範統制・具体的規範統制・憲法異議といった憲法裁判所に典型的な権限が付与されているが、フランスでは、原則として事前統制による抽象的規範統制のみが認められており、イタリアでは、具体的規範統制による違憲審査権行使が主要な形態となっている。
- ④ 日本の違憲審査制は、司法裁判所型を採用しており、付随的違憲審査制によってのみ違憲審査権を行使する形態が、判例等により確立されている。しかし、日本の裁判所、特に最高裁判所が違憲判決を下す例は稀であるため、このような最高裁判所の姿勢は、政治部門に対する違憲審査が過度に消極的である、

と批判されることが少なくない。

- ⑤ 上記のような最高裁に対する批判から、違憲審査制のあり方そのものを改革すべきとの論調が、1990年代以降に盛んになっている。その例が、伊藤正己・元最高裁判事の提言や、読売新聞憲法改正試案などに見られる、憲法裁判所構想である。学界は、憲法裁判所構想について一般に批判的な姿勢を示していたが、その一方で、違憲審査制の改革ないしは活性化へ向けた提言や構想を示す動きも見せている。その例が、司法制度改革審議会の意見書や笹田栄司教授、畑尻剛教授等による最高裁改革構想である。
- ⑥ 今後の違憲審査制のあり方を考える上では、以下の点に注意を払う必要があると思われる。1) 違憲審査制の類型はどうするか、2) 違憲審査の対象や申立権者をどのように設定するか、3) 違憲審査担当機関にいかなる権限を付与するか、4) 裁判官の選任方法をどのように設定するか、5) 裁判官の資格要件をどのように設定するか、6) 下級裁判所の違憲審査関与をどのように設定するか。

## はじめに

我が国の憲法論議において、違憲審査制のあり方は重要な論点の1つとなっている。我が国は、司法裁判所型違憲審査制を採用し、通常の裁判所が違憲審査を行う形態をとっているが、その違憲審査権の行使の状況については、かねてから「司法消極主義」として批判されることが少なくない。

そのため、違憲審査制の現状に対する改革論議も高まっており、最近では、憲法裁判所構想も主張されるようになってきている。平成17(2005)年4月に公表された衆議院憲法調査会報告書においても、違憲審査権の行使の現状に

ついては、「最高裁判所の法令違憲判決が少ないなど、司法が憲法判断に消極的であり、司法に委ねられた憲法保障に係る役割を十分に果たしていないとする意見が多く述べられた」としており、違憲審査制の議論についても、憲法裁判所を設置すべきとする意見が多く述べられた、としている<sup>1</sup>。各政党や政治家、民間団体等による憲法関連の試案や提言においても、違憲審査制について様々な構想が提示されているが、憲法裁判所の設置に積極的な例が目立つ。しかしその一方で、最近の司法制度改革論議にも見られるように、現行の司法裁判所型を維持しつつ、制度改革等を通して違憲審査制を活性化させようとする動きがあることも、看過してはならないであろう。

本稿の構成は、以下の通りとする。まず、Iにおいて、違憲審査制の意義と類型について簡単に整理する。次いで、IIとIIIにおいて、司法裁判所型と憲法裁判所型、それぞれの違憲審査制を採用している主要国について、その制度の概況を紹介する。IV・Vでは我が国の違憲審査制、特に最高裁判所の違憲審査制のあり方とその改革をめぐる議論について論点整理を行う。

なお、憲法訴訟論（憲法訴訟の技術や違憲審査基準について等）や司法権の範囲をはじめ、法曹養成制度及び最高裁判官国民審査制度等の違憲審査制周辺における司法制度、あるいは内閣法制局や衆参法制局等の政治部門における有権解釈機関のあり方も、違憲審査制のあり方を考える上で重要な問題である。しかし本稿では、違憲審査制の制度論及び権限の行使形態について、主に記述していく。

1 『衆議院憲法調査会報告書』衆議院憲法調査会，2005，pp.246-247.

## 1 違憲審査制の意義と類型

### 1 違憲審査制の意義

違憲審査制とは、法律や命令等の国家行為の合憲性を審査する、憲法保障の制度である。違憲審査制を支える根拠は2つあり、1つは、憲法の最高法規性の観念である。憲法に反する法律、命令等その他の国家行為は違憲・無効であるが、それは、国家行為の合憲性を審査・決定する機関があって、はじめて現実に確保される。もう1つは、基本的人権尊重の原理である。基本的人権は、その確立が近代憲法の目的であり、憲法の最高法規性の基礎となる価値でもあるが、それが政治部門（立法府及び行政府）に侵害された場合に、裁判所による救済が要請される<sup>2</sup>。この他、権力分立の観点から、政治部門に対してチェック・アンド・バランスの機能を果たすための制度と言うこともできる。

ここで問題となるのは、選挙を通じて選任されるわけではない裁判官で構成される裁判所が、どうして選挙を通じて選任された政治部門、特に立法府に対して、違憲審査を通じて統制することができるのか、という点である。この点について、例えば佐藤幸治教授は、裁判所もまた、立憲民主制の維持保全を原理面において支える存在であり、政治部門に十分の敬意を払いつつも、同時に、個人の人権保護に注意を払い、個人や少数者が政治及び社会から排除されることのないよう配慮する役割が求められている、としている<sup>3</sup>。

### 2 違憲審査制の類型

違憲審査制の類型は、その担当機関に基づいて大別すると、司法裁判所型違憲審査制と憲法裁判所型違憲審査制の2種類が存在し、社会主義諸国を除くと、世界各国はこのいずれかの類型を採用している<sup>4</sup>。この両類型の一般的特徴を表に整理すると、以下のようになる。

表1 違憲審査制の比較

	司法裁判所型	憲法裁判所型
違憲審査担当機関	司法裁判所(司法権を行使する機関)	憲法裁判所(司法裁判所を含む他の権力機関から独立した、憲法訴訟を専門的に審理する機関)
具体的案件に対する違憲審査の方式	付随的違憲審査制(具体的案件に対する審理の範囲内でのみ、司法裁判所が違憲審査を行う)	具体的規範統制(具体的案件に適用する法律について違憲審査を要する場合は、司法裁判所等が憲法裁判所に当該案件を移送し、その判断を仰ぐ) <sup>5</sup>
抽象的規範統制(法令自体の憲法適合性に関する直接審査)	一般には、行わない	一般には、行う
憲法異議 <sup>6</sup> (基本権侵害等に関して個人が行う憲法上の異議申立て)の審理	一般には、行わない	一般には、行う
下級裁判所の違憲審査権	下級裁判所も違憲審査権を行使する	下級裁判所を含め、司法裁判所自体が違憲審査権を行使しない
立法・行政に対する統制	一般には、立法・行政への統制は抑制的	一般には、立法・行政への統制を行い、政治的争訟の調停をつとめる
違憲審査の主要目的	私人の権利保護	憲法保障(憲法秩序の維持)
違憲判決の効力	当該案件に対してのみ効力が及び、あらゆる国家機関を当然に拘束するものではない	当該法律自体が失効し、あらゆる国家機関を当然に拘束する

(出典) 筆者作成

2 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法 第3版』有斐閣、2002、pp.347-348。

3 佐藤幸治『憲法 第3版』(現代法律学講座 5) 青林書院、1995、pp.337-338。この他、司法部は民主政プロセスを補強し、またその機能障害を改善する機関である(松井茂記教授など)、あるいは司法部は究極的な理想を実現するため、他の政治部門とのダイナミックな統治過程を構成する機関である等として、違憲審査制を意義づける論者もある。渋谷秀樹「30 違憲審査制」渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法2 統治 第2版』(有斐閣アルマ Specialized) 有斐閣、2004、p.137

ただし、これらの類型及びその一般的特徴は、あくまで理念的なものであり、必ずしも各国の現実の違憲審査制度と完全に一致するとは限らない。さらに、現実の状況として、司法裁判所型と憲法裁判所型との間では、その内実の接近が起きているとの指摘がある。例えば、司法裁判所型を採用している米国では、具体的な訴訟の要件や原告適格を緩和し、私人の権利保護という目的を越えて憲法保障機能も果たす傾向が見られ、憲法裁判所型を採用するドイツでも、憲法異議などにより、私人の権利保護機能を果たす傾向も見られる<sup>7</sup>。

## II 司法裁判所型違憲審査制

### 1 司法裁判所型採用国の傾向

司法裁判所型違憲審査制は、「米国型」とも呼ばれるように、まず米国で発展したもので、1803年に、米国連邦最高裁判所 (Supreme Court of the United States) の違憲審査権行使が確立されている。

その後、この型の違憲審査制は、我が国のほか、カナダ・オーストラリア・インド・マレーシアなどの英連邦又は旧英国植民地、欧州ではスイスやギリシア、北欧諸国など、中南米ではメキシコ・ブラジル・アルゼンチンなどで採用されている。一般には、三権の分立が厳格になされている国家や、司法に対する立法・行政の優位が確立されている国家などで、多く採用されていると言えよう。

ただし、上記の国家は、あくまで司法裁判所が違憲審査権を行使している、という意味で米国と共通しているにすぎず、その具体的な制度や権限については、各国で様々なバリエーションが存在している<sup>8</sup>。以下では、司法裁判所型違憲審査制の典型例とされる、米国連邦最高裁判所の違憲審査権行使について、簡単にその事情を紹介していく。

## 2 米国連邦最高裁判所

### (1) 概要

米国連邦最高裁判所 (以下、「連邦最高裁」という) は、憲法上で唯一その名称が言及されている裁判所である (憲法第3条第1節)。1789年9月、裁判所法の成立とともに、連邦最高裁は設立された。しかし、憲法の司法部に関する規定が、きわめて簡単なものとなっていたこと等もあって、建国当初の連邦最高裁は、その役割や制度が十分に明確となっていなかった。

連邦最高裁が違憲審査権を行使しえるかについても、憲法上に明文の規定は存在しなかった。しかし、1803年に出されたマーベリー対マディソン事件の連邦最高裁判決は、連邦最高裁に違憲審査権を行使する権限があることを示し、これにより、司法裁判所型違憲審査制が確立されたのである<sup>9</sup>。ただし、実際に連邦最高裁の違憲審査権行使が積極化するのには、1860年代以降のことであった<sup>10</sup>。

連邦最高裁における違憲審査の傾向や特徴

4 一般に社会主義諸国では、「法律の憲法適合性」を確保する権限は、憲法を制定した機関、すなわち議会又はその幹部会が行使することになる。齊藤寿『社会主義憲法構造の研究』日本評論社、1987、pp.7-8.

5 具体的規範統制は、具体的案件に適用される法律を直接の違憲審査対象とし、違憲審査担当機関の憲法判断は一般的効力を有する。その点では、抽象的規範統制の特徴を持つ違憲審査権行使形態と言えるが、その一方で、具体的案件の存在を前提とすることを考えれば、付随的違憲審査制との共通点も有している。

6 「憲法訴願」と表現する例もある。

7 野中俊彦「第16章 裁判所と憲法訴訟」野中俊彦ほか著『憲法2 第3版』有斐閣、2001、p.254.

8 例えばカナダやアイルランドでは、抽象的規範統制やそれに類似した権限が最高裁判所に付与されており、インドでは、憲法上の基本権規定に基づく個人の救済請求について、最高裁判所は救済を執行するための令状を発行する権限を有している。

9 松井茂記『アメリカ憲法入門 第5版』(外国法入門双書)有斐閣、2004、p.76-78.

10 大越康夫『アメリカ連邦最高裁判所』(シリーズ 制度のメカニズム 1) 東信堂、2002、p.141. の表を参照。

は、時代ごとないしは連邦最高裁の首席判事(長官)ごとにその性格を大きく異にしている<sup>11</sup>。まず、1936年までの連邦最高裁(「オールド・コート」とも呼ばれる)では、市民的自由に関する違憲審査の関心は低かったとされる一方で、民間企業の自由な経済活動に対する連邦や州の規制に数多くの違憲判決を下すなど、経済的自由の分野での「司法積極主義」を体現した。特に、ニューディール政策の時期に、その傾向が顕著であったとされる。

しかし、この連邦最高裁の司法積極主義は、ニューディール政策を推進する政治部門と司法府との間で緊張関係を招くこととなり、これを緩和するために、1937年以降の連邦最高裁(「ニュー・コート」とも呼ばれる)では、違憲審査の傾向に変化が現れた。すなわち、「二重の基準」論に基づき、経済的自由の領域については、政治部門の判断ないしは政策を尊重する「司法消極主義」の姿勢を示す一方、基本権や平等原則の保障については司法積極主義を体現するようになったのである。そして、この傾向が特に顕著となったのは、公民権運動を促すことになったブラウン判決(1954年及び1955年)などで知られる、アール・ウォーレン首席判事の時期(1954～1969年。「ウォーレン・コート」と呼ばれる)であった。

## (2) 連邦最高裁の構成と裁判官の選任方法

1869年以降の連邦最高裁は、1名の首席判事と8名の陪席判事、計9名の判事(裁判官)で構成されている<sup>12</sup>。判事の任期は定められておらず、自発的な退官もしくは死亡、又は弾劾裁判によって有罪とされない限り、その職に留ま

る終身任期制が採用されている(憲法第3条第1節)。

連邦最高裁判事の選任については、大統領が指名し、上院の助言と承認を得て任命することになっている(憲法第2条第2節第2項)。公式の手続きはきわめて簡素だが、選任過程では、上院の司法委員会で開催される公聴会が、重要な位置を占めていると言われる。公聴会では、大統領の指名を受けた判事候補者が証言を求められ、また、候補者に対する調査も行われる。この調査は、議会だけでなく、その他の団体(米国法曹協会など)や個人によっても行われ、選任過程に反映されることもある。なお、上院の承認は、決して形式的なものではなく、過去に26名の候補者が承認を拒否されている。実際の連邦最高裁判事の構成について語る際には、裁判官の政治思想ないしは信条で色分けすることが多く、2005年6月時点では、保守派3名、中道派2名、リベラル派4名とされている<sup>13</sup>。

裁判官の資格について、合衆国憲法やその他法規に明文規定は置かれていないが、これまでの連邦最高裁裁判官は、すべて法曹資格を有する者である。

## (3) 連邦最高裁の違憲審査

### ① 連邦最高裁の管轄権と裁量上訴

連邦最高裁の管轄権は、上訴審管轄権と第一審管轄権とに分かれる(憲法第3条第2節第2項)<sup>14</sup>。連邦最高裁は、州間の紛争、外国の大使などを当事者とする訴訟、合衆国と州の間の紛争、州内における他州の市民又は外国人に対する訴訟について、第一審管轄権を有する。憲法第3条第2節第2項に掲げられたその他のす

11 以下の記述は、同上、pp.143-146; 木下毅「1 アメリカの司法審査」芦部信喜編『講座 憲法訴訟 第1巻』有斐閣、1987、pp.63-67. に主に拠っている。

12 以下の記述は、(大沢秀介執筆)『憲法裁判と司法審査制に関する主要国の制度』(参憲資料 第11号)参議院憲法調査会事務局、2002、pp.18-19; 大越 同上、pp.92-93. に主に拠っている。

13 2005年7月1日、サンドラ・デイ・オコナー連邦最高裁判事(中道派)が退任を表明し、同月19日に、ジョン・ロバーツ連邦控訴裁判所判事(保守派)が、後任の判事として大統領の指名を受けた。しかし、ウィリアム・H・レンキスト連邦最高裁首席判事(保守派)が9月4日に死去したため、ロバーツ判事はその後任扱いとなり、9月29日に首席判事に就任した。その後、オコナー判事の後任として、10月31日に、サミュエル・アリート連邦控訴裁判所判事(保守派)が指名を受けている。

14 以下の記述は、大沢 前掲注12、pp.19-27. に拠っている。

すべての案件については、法律及び事実の双方に関し、上訴審管轄権を有する。一般に、憲法訴訟で重視されるのは、後者である。

連邦最高裁への上訴の手段としては、訴訟当事者の権利に基づく権利上訴と、上訴を認めるか否かを連邦最高裁が裁量で決定する裁量上訴（サーシオレイライ）との2種類がある。しかし、1978年に権利上訴制度が廃止されたため（ただし例外的に、合衆国法典第28編第1253条は、3人制の連邦地方裁判所の裁判に対する、連邦最高裁への直接上訴を認めている）、現在ではほとんどが裁量上訴により上訴が行われており、上訴される案件数は限定されている。

## ② 違憲審査手続

米国では、付随的違憲審査制が採用されているため、憲法判断は、あくまで事件の審理に必要な限度で行われる。すなわち、憲法判断が事件の審理に必要でない場合には、憲法判断すべきでないという結論（「憲法判断回避の原則」）となる<sup>15</sup>。さらに、最近の連邦最高裁では、当該訴訟が憲法判断を仰ぐべき案件かどうかについて、以下のような基準を有しているとされる。

①事件が「対決性」（「争訟性」）を備えているか、②原告が「当事者適格」を有しているか、③事件が成熟しているかどうか（「成熟性の法理」）、④紛争を終結させるような事件記録以外の事実が生起していないかどうか（「ムートネスの法理」）、⑤他の政治部門に委ねるべきかどうか（「政治問題の法理」）<sup>16</sup>。これらの基準に抵触する案件については、連邦最高裁による司法権、すなわち違憲審査権の行使が否定されうる。

最高裁が違憲判決を下した場合には、一般的には当該法律は無効とされず、あくまで当該事件について無効となるのみで（個別的効力）、当該法律の改廃は立法府に委ねられる。しかし

実際には、先例拘束性の原理が働くため、違憲判断は後の裁判所の判断を拘束し、当事者以外にも影響を及ぼす。

## III 憲法裁判所型違憲審査制

### 1 憲法裁判所型採用国の傾向

憲法裁判所型違憲審査制は、「大陸型」の違憲審査制とも呼ばれているように、欧州の大陸諸国で多く採用されている。この違憲審査制の出現は、司法裁判所型の確立に遅れること120年近い、1920年になってからのことであるが、世界各国における憲法裁判所型の採用はその後順調に進んでおり、その採用の潮流には「4つの波」があるとされる<sup>17</sup>。

第1の波は、憲法裁判所の出現期とでも言うべきもので、1920年のチェコスロバキアとオーストリアにおける憲法裁判所の創設である。第2の波は、第2次世界大戦後のもので、1948年のイタリア、1951年のドイツ連邦共和国（旧西ドイツ）における憲法裁判所設置に特徴づけられるものである。これらの国では、一般に、戦前の旧体制（特に、ファシズム）からの脱却が志向されていた。第3の波は、1970年代に起き、権威主義体制からの脱却が図られていた南欧のポルトガルやスペインなどで憲法裁判所が相次いで設置されている。そして第4の波は、1980年代後半から1990年代前半にかけてのもので、社会主義体制から離脱した東欧・旧CIS諸国で相次いで憲法裁判所が設置されている。以上の通り、憲法裁判所型採用国は、一般に、立法や行政に対する憲法上の統制が必要とされる事情が存在していたと言えよう。さらに、米国のような「民主主義的叙任」を受けず、また、旧体制の擁護者ともなった司法裁判所裁判官の違憲

<sup>15</sup> 松井 前掲注9, pp.86-87.

<sup>16</sup> 大越 前掲注10, pp.61-68.

<sup>17</sup> ファヴォール, L., 山元一訳『憲法裁判所』敬文堂, 1999, p.2. (原書名:Favoreu, Louis., *Les Cours Constitutionnelles*, 3<sup>e</sup> édition, 1996)



審査能力に対する不信も、憲法裁判所型の採用の背景になっているとされる<sup>18</sup>。

フランスの憲法学者であるルイ・ファヴォール教授の整理によれば、特に欧州で憲法裁判所を採用している国家には、以下のような共通点が存在しているという。①多元的な法体系・裁判権が存在する、②憲法により憲法裁判所の組織・作用・権限等が規定され、憲法裁判所が憲法訴訟を独占的に審理している、③政治部門により、非職業的裁判官も任命される、④憲法裁判所が「真正の裁判所」である、すなわちその違憲判決が拘束力を持つ、⑤憲法裁判所が、司法裁判所の系統の外に位置する<sup>19</sup>。

ただし、憲法裁判所型を採用している諸国についても、憲法裁判所に付与されている権限については、各国で様々なバリエーションが存在していることは論を待たない。以下では、憲法裁判所の典型例として、抽象的規範統制・具体的規範統制・憲法異議の3つの違憲審査権の形態を有するドイツ、事前統制としての抽象的規範統制を主要な違憲審査権行使形態とするフランス、そして具体的規範統制を主要な違憲審査権行使形態とするイタリアの3か国の制度をとりあげ、簡単にその事情を紹介していく。

## 2 ドイツ連邦憲法裁判所

### (1) 概要

ドイツは、1949年5月に制定された連邦共和国基本法（憲法）の「第9章 裁判」の中で、連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht）に関する規定を定めている。実際に連邦憲法裁判所が設置されたのは、連邦憲法裁判所法が制

定された1951年3月であり、活動開始は同年9月であった。

連邦憲法裁判所は、ワイマール憲法時代の裁判所の機能不全、人権保障の不徹底、そしてナチス台頭などによる憲法秩序の崩壊という苦い経験を経て設立されただけに、憲法秩序の維持を担う機関として広範な権限を有している。例えば、「闘う民主主義」の理念に基づく自由主義的な憲法秩序の維持、すなわち秩序を脅かす政党や個人からドイツ国家・社会を防衛する任務も、連邦憲法裁判所の重要な権限として位置づけられる<sup>20</sup>。

しかし連邦憲法裁判所は、その創設以来、憲法秩序の厳格な維持を図る一方で、市民の基本権の保護や政治的争議の法的解決などにも貢献してきた。連邦憲法裁判所は、創設後50年余りの活動の中で人権保障機関としてのイメージを形成したこと等もあって、公共機関の中でも特に国民からの幅広い支持を得ている機関とされている<sup>21</sup>。ただし、連邦憲法裁判所は、その広範な権限や活動について、立法府に過剰に介入している、少数者保護を優先しすぎている、などの批判を受けた時期もある<sup>22</sup>。

### (2) 連邦憲法裁判所の構成と裁判官の選出方法

連邦憲法裁判所は、長官・副長官各1名を含む計16名の裁判官により構成される。16名の裁判官は、連邦議会（下院）と連邦参議院（上院）とによってそれぞれ半数ずつ選出され、連邦大統領により任命された後（基本法第94条第1項、連邦憲法裁判所法<sup>23</sup>第5条第1項、同第10条）、2つの同格の部（法廷）にやはり半数ずつ配置

18 同上, pp.9-10.

19 同上, pp.18-25; 山元一『今、憲法裁判所が熱い?! - 欧流と韓流と「日流」と?』自由人権協会, 2005, pp.8-11.

20 古野豊秋「I 憲法裁判の基礎 1. 憲法裁判の理論」工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』（日本比較法研究所研究叢書 60）中央大学出版部, 2002, pp.4-6; 塩津徹『現代ドイツ憲法史』成文堂, 2003, pp.214-218.

21 芦部信喜「講演 憲法学における憲法裁判論」『法学協会雑誌』113巻8号, 1996.8, pp.21-23, 29.

22 特に、1990年代の「兵士は殺人者だ」事件、「教室十字架」事件等に対する判決では、国内世論や学界から大規模な批判ないしは非難を招いた。その詳細は、畑尻剛「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所 上、下」『ジュリスト』1106,1107号, 1997.2.15, 3.1, pp.74-81, pp.79-85; 戸波江二「概観 I: 1985~1995年のドイツ憲法判例の特色 - 人権 -」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの最新憲法判例』信山社出版, 1999, pp.7-8. を参照。

される。長官と副長官は、連邦議会と連邦参議院によって、同一の条件の下で交互に選出され（連邦憲法裁判所法第9条）、それぞれ別々の部に所属しなくてはならない。

裁判官の選出方法は、連邦議会と連邦参議院とで、若干異なる。連邦議会では、間接選挙の方式がとられる。すなわち、比例代表選挙の規則に従い12名の選挙人が連邦議会議員から選任され、この選挙人の3分の2の多数により裁判官が選任される（連邦憲法裁判所法第6条）。一方、連邦参議院では、連邦参議院議員による直接選挙が行われ、3分の2の多数により裁判官が選任される（連邦憲法裁判所法第7条）。このような両院の特別多数の規定は、政党の影響を制限しようとするものであるが、実際には、選任される裁判官の大多数が、ドイツの2大政党のいずれかの政治色を有しているとされる<sup>24</sup>。

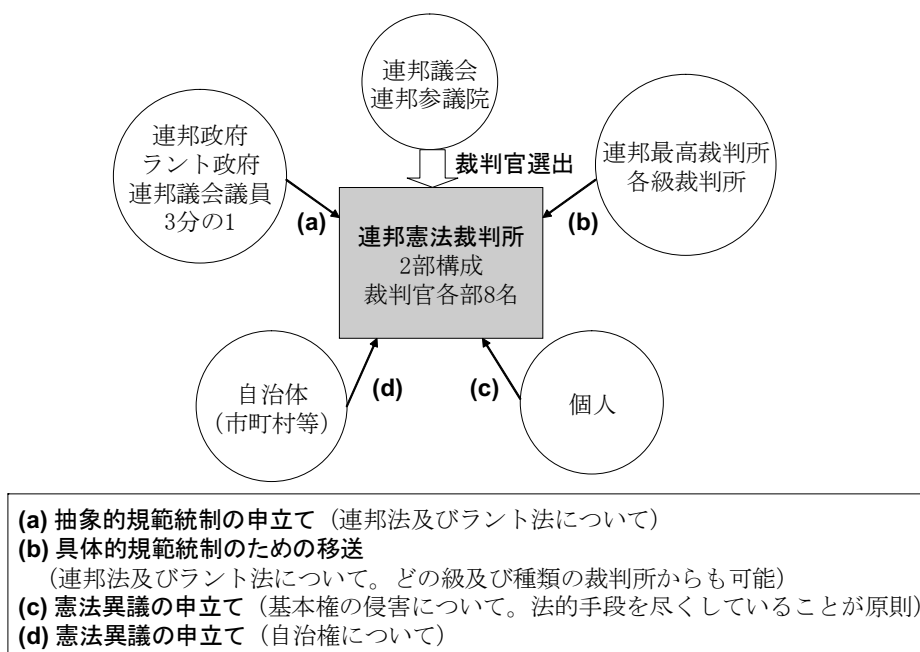
裁判官の資格要件については、各部3名、すなわち全16名中6名は、5つの連邦最高裁判所

（連邦通常裁判所、連邦行政裁判所、連邦税務裁判所、連邦労働裁判所、連邦社会裁判所）のうちの一つに、少なくとも3年以上在籍した裁判官でなければならない（連邦憲法裁判所法第2条第3項）。残る裁判官は、40歳以上で、裁判官法の定めるところによる職業裁判官としての資格を有する者の中から指名されなければならない（連邦憲法裁判所法第3条第1項、同第2項など）、としている。連邦憲法裁判所裁判官の任期は12年で、再任は認められず、定年は68歳である（連邦憲法裁判所法第4条第1項から第3項）。裁判官の兼職は一般に禁止されるが、法学を専門とする大学教授は例外となっている（連邦憲法裁判所法第3条第4項）。

### (3) 連邦憲法裁判所の違憲審査権及びその他の権限

連邦憲法裁判所の主要な違憲審査手続は、大きく3つの形式に分かれる。すなわち、抽象的規範統制（abstrakte Normenkontrolle）、具体

図1 ドイツの違憲審査制



23 連邦憲法裁判所法など、ドイツの憲法裁判所関連法規の和訳については、初宿正典・須賀博志編訳『原典対訳 連邦憲法裁判所法』成文堂、2003.を参照。

24 ファヴォルー 前掲注17, p.57.

的規範統制 (konkrete Normenkontrolle) 及び憲法異議 (Verfassungsbeschwerde) である。これを図示すると、(図1) のようになる。

### ① 抽象的規範統制

抽象的規範統制とは、具体的事件と関係なく、法律について基本法との適合性審査を行うものである。申立権者は、連邦政府、ラント(州)政府又は連邦議会議員の3分の1とされ(基本法第93条第1項第2号)、連邦参議院や会派には申立権は認められていない。

審査の対象は、すべての連邦法及びラント法とされ、どのランクの法か、成文法か不文法か、形式的法律か実質的法律か、などは問題とならないが、公布前の法律に対する事前統制は認められない。申立ての目的は、単に法律の無効を求めるものに限らず、法律の妥当性及び適用可能性の確認を求めるものについても可能となっている<sup>25</sup>。

連邦憲法裁判所の判決は法律としての一般的効力を有し、違憲とされた法律は遡及的に効力を失うが、無効の範囲については法律全体とも法律の一部ともすることができる<sup>26</sup>。

ドイツの違憲審査全体に占める抽象的規範統制の訴訟数自体は、必ずしも多いものではないが<sup>27</sup>、政党間の政治的争訟が持ち込まれることになるため、その調停は、連邦憲法裁判所の重要な職権となっている。

### ② 具体的規範統制

具体的規範統制とは、連邦憲法裁判所以外の裁判所が、具体的事件に法律を適用しようとす

る場合に、その法律が違憲であると考えたときには、審理を中止して、これを連邦憲法裁判所に移送してその判断を仰ぐものである(基本法第100条)<sup>28</sup>。

移送の主体は、立法権及び執行権から区別されている、すべての裁判機関である。移送の対象は、連邦法及びラント法であり、連邦憲法裁判所は法的問題についてのみ裁判を行う(連邦憲法裁判所法第81条)。ただし、抽象的規範統制の場合とは異なり、ここで言う「法律」とは、形式的法律に限定されている。

移送の可否については、当事者の申立ての有無に関わらず、裁判官が決定する。ただし、移送の要件は、裁判官が「違憲性の確信(Überzeugung)」を有していることとされ、単なる疑念や懸念では十分ではないとされる。すなわち、憲法問題を回避して案件を処理することが可能な場合には、憲法裁判所への案件の移送は行い得ないことになる<sup>29</sup>。

判決の効力及び手法については、抽象的規範統制の場合と同様である。連邦憲法裁判所の判決は、移送元の裁判官に回付され、裁判官はその決定に基づいて審理を再開し、判決を下す。

ドイツの違憲審査全体に占める具体的規範統制の訴訟数は、憲法異議の訴訟数に次いで多い<sup>30</sup>。移送の主体は、第一審裁判官が約75%を占め、連邦最高裁判所裁判官による移送は、7%程度とされる<sup>31</sup>。

### ③ 憲法異議

公権力や法律によって基本権、公民権などを

25 森保憲「V 3. 抽象的規範統制」工藤 前掲注20, pp.357-360.

26 無効判決以外にも、主に立法府の権限を尊重することを目的とした、違憲確認判決、違憲警告判決、合憲限定解釈などの判決手法が存在する。詳細は、有澤知子「IV 4. 判決の手法」工藤 前掲注20, pp.181-210. を参照。

27 1951年9月7日から2004年12月31日までの抽象的規範統制の申立総件数は153件で、そのうち部で処理された件数は93件である。ドイツ連邦憲法裁判所ホームページ <<http://www.bundesverfassungsgericht.de/>> (last access 2005.11.30) を参照。

28 以下の記述は、畑尻剛「V 2. 具体的規範統制」工藤 前掲注20, pp.328-352. に主に拠っている。

29 高見勝利「2 西ドイツの憲法裁判」芦部編 前掲注11, pp.122-125.

30 1951年9月7日から2004年12月31日までの具体的規範統制の申立総件数は3,250件で、そのうち部で処理された件数は1,000件である。ドイツ連邦憲法裁判所 前掲注27参照。

31 畑尻 前掲注28, p.337.

侵害された国民が、連邦憲法裁判所に直接申立てるものを指す（基本法第93条第1項第4a号）。申立権者は、基本権を侵害された当事者能力を持つ「何人」にも認められる（連邦憲法裁判所法第90条第1項）。憲法異議の対象は、立法権、執行権及び裁判権のすべての領域であり、すなわち、法律、条約、行政立法、行政行為及び裁判所の判決等が対象となる。ちなみに、憲法異議の大多数は、裁判所の判決に対して提起されている<sup>32</sup>。

憲法異議の申立要件としては、前もって法的手段が全て尽くされていなければならない、とされるが、実際には、この規定はいくらか緩和されている。すなわち、争訟が受理される可能性がほとんどないことが事前に明らかな場合、あるいは「一般利益が問題となっている場合、または出訴の方法を採るときには異議申立人が重大かつ不可避の損害を被るおそれがある場合」は、直ちに憲法裁判所に異議を申立てることができるのである（連邦憲法裁判所第90条第2項）<sup>33</sup>。

憲法異議について連邦憲法裁判所がなした判決の効力及び手法は、抽象的規範統制及び具体的規範統制とほぼ同様である。

ドイツにおける違憲審査訴訟の大部分を占めるのは、この憲法異議である。しかし実際には、連邦憲法裁判所の部会（裁判官3名で構成）が、事前に、適切ではない憲法異議を不受理と決定することができる手続が存在するため、憲法異議が憲法裁判所の部で処理される割合はきわめて低い。また、憲法異議の訴訟数の多さは、連邦憲法裁判所の負担の過重をもたらしているとされる<sup>34</sup>。

なお、憲法異議には、自治体（市町村及び市町村組合）が自治権を侵害された場合にこれを行う形式も存在する（基本法第93条第1項第4b号）。

#### ④ その他の違憲審査権

その他の違憲審査権の行使形態としては、①連邦最高機関同士の基本法をめぐる機関争訟の裁定（基本法第93条第1項第1号）、②自由で民主的な基本秩序に敵対する者の基本権喪失（基本法第18条）、③違憲の政党の禁止（基本法第21条第2項）等があげられる。

#### ⑤ 違憲審査権以外の連邦憲法裁判所の権限

違憲審査権以外の連邦憲法裁判所の権限としては、①連邦制に関する機関争訟（連邦対ラント及びラント相互間）の裁定（基本法第93条第1項第3号、同第4号）、②大統領訴追に対する裁判（基本法第61条）、③連邦議会選挙に関する訴訟（基本法第41条）等があげられる。

### 3 フランス憲法院

#### (1) 概要

フランスの伝統では、司法裁判所は違憲審査を行わないことになっている。これは、国民意思を代表する国会が制定した法律を、執行権や司法権が審査するのは非論理的とされ、国会が法律を制定するには、当然憲法の規定を念頭に置いているはずであり合憲の推定が働くという考え方に基づいている。そのため、1789年のフランス革命から1958年に至るまで、フランスは憲法裁判制度を1度も経験していない<sup>35</sup>。また、革命前の高等法院のように、社会的改革に対して司法裁判所が介入する「裁判官政治」への警戒心も、フランスでは一般に強かった<sup>36</sup>。

32 工藤達朗「V 1. 憲法異議 1.1 総説」工藤 前掲注20, pp.253-257.

33 ファヴォール 前掲注17, p.67-68; 工藤 同上, pp.260-261.

34 1951年9月7日から2004年12月31日までの憲法異議の申立総件数は、146,457件だが、そのうち部で処理された件数は3,927件にすぎない。ドイツ連邦憲法裁判所 前掲注27を参照。なお、部会による憲法異議の不受理決定等の負担軽減策は、1985年及び1993年の法改正により行われている。工藤 同上, pp.276-278.

35 田中嘉彦「フランス」『諸外国の憲法事情』（調査資料2001-1）国立国会図書館調査及び立法考査局, 2001, p.92.

36 大沢 前掲注12, p.5.

1958年憲法（第5共和制憲法）は、第7章（第56条～第63条）において、司法権にも執行権にも所属しない「憲法院」（Conseil constitutionnel）という違憲審査機関について規定した。しかし、設立当初の憲法院は、違憲審査機関というよりは、むしろ立法府に対する特別な監視機関と位置づけられていた。つまり、違憲審査機能や人権保障機能の役割を担う機関とは、ほとんど見なされていなかったと言えよう<sup>37</sup>。

ところが、1971～1975年にかけて、憲法院は3つの画期的な判決（「結社の自由判決」1971年7月16日、「職権課税判決」1973年12月27日、「人工妊娠中絶法合憲判決」1975年1月15日）を下し、憲法院の役割に重大な変化が発生した。これらの判決は、主に各種自由権を規定した1789年人権宣言、主に各種社会権を規定した1946年憲法（第4共和制憲法）前文に実定法的効力を与えるなどして、人権規定の乏しい1958年憲法を補完する役割を果たしたが、それと同時に、憲法院自身にも違憲審査機関・人権保障機関への変貌をもたらすことになった<sup>38</sup>。

しかし、憲法院による違憲審査権行使形態としては、具体的規範統制や憲法異議の審理等は認められておらず、そのため、一般国民の違憲審査への関与はきわめて限定されている。また、後述するように、憲法院の構成や裁判官の選出方法そのものが政治的色彩を帯びるという問題性も否定しえない。これらの問題もあり、憲法院の人権保障機能には、依然として重大な限界があるとの指摘もある<sup>39</sup>。

## (2) 憲法院の構成と裁判官の選出方法

憲法院は、9名の裁判官で構成され、3年ごとに3名の裁判官が新任される<sup>40</sup>。大統領、国民議会（下院）議長及び元老院（上院）議長が

各3名を任命し（憲法第56条第1項）、各任命権者は、その任命にあたって他のいかなる機関の協力も必要としない。そのため、憲法院の裁判官は、各任命権者の政治的立場に近い考え方を有する傾向にある、とされる。憲法院長官は大統領から任命され（憲法第56条第3項）、慣例によれば、大統領が任命する裁判官の中から1名が、その任期の最初から長官に任命される。また、大統領経験者は、当然に終身の構成員として、9名の憲法院裁判官とは別に憲法院の審理に加わることができるが（憲法第56条第2項）、後述する兼職禁止規定等もあって、大統領経験者が憲法院の審理に参加したのは、1959年から1962年までだけである（ヴァンサン・オリオール、ルネ・コティの両元大統領。いずれも第4共和制下の大統領である）。

裁判官の資格要件として、特に法的能力などは要求されないが、創設以来任命された裁判官の大多数は、法律家としての教育を受けたか、あるいは職業的法律家とされる。任期は9年で定年は無いが、再任は不可とされる（憲法第56条第1項）。また、大臣又は国会議員を兼職することも、不可とされている（憲法第57条）。

## (3) 憲法院の違憲審査権及びその他の権限

フランス憲法院による違憲審査の対象は、原則的には、事前統制としての抽象的規範統制に限定され、具体的規範統制や憲法異議の審理は一切行わない。また、破毀院（Cour de cassation）を頂点とする通常裁判系統や、コンセイユ・デタ（Conseil d'Etat. 国務院）を頂点とする行政裁判系統は、違憲審査に関与しない。これを図示すると、(図2)のようになる。違憲審査の対象は、法律と条約に大きく分けることができる。

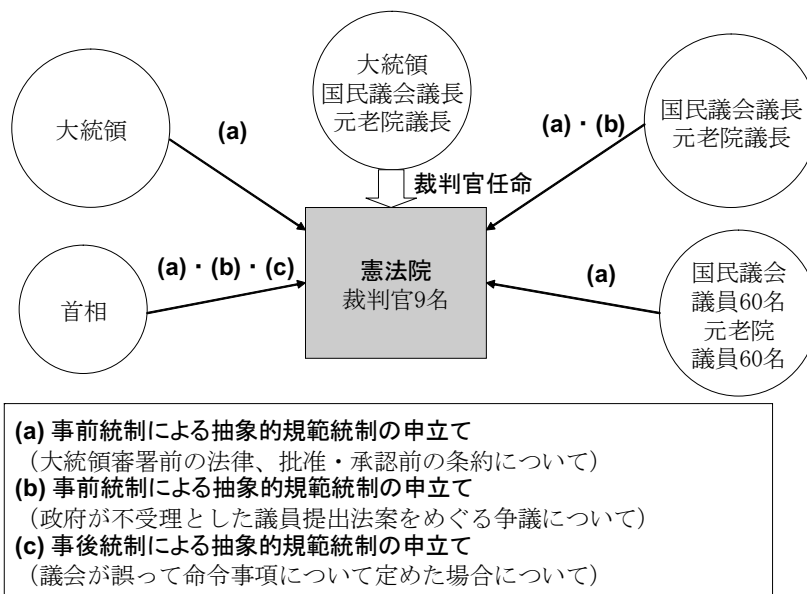
37 同上, p.5.

38 ファヴォール 前掲注17, pp.104-105.

39 辻村みよ子「解説：フランス第五共和国憲法と憲法院」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』信山社出版, 2002, pp.4-5.

40 以下の記述は、ファヴォール 前掲注17, pp.99-100; 矢口俊昭「3 フランスの憲法裁判」芦部編 前掲注11, pp.147-148. に主に拠っている。

図2 フランスの違憲審査制



① 法律の違憲審査

法律の違憲審査については、組織法律（公権力の組織と運営の態様を定める法律。憲法と通常法律との中間に位置づけられている<sup>41)</sup>）及び両議院の議院規則の場合と、通常法律の場合とで、若干手続に差異がある。

まず、組織法律については、大統領がそれに審署する前に、また両議院の議院規則については、その施行前に、憲法院へ義務的に付託されなければならない（憲法第61条第1項）。一方、通常法律については、大統領がそれに審署する前に、大統領、首相、国民議会議長、元老院議長又は60名の国民議会議員もしくは60名の元老院議員によって、憲法院へ付託することができるとされ、付託は任意的である（憲法第61条第2項）。なお、60名の国民議会議員及び60名の元老院議員への申立権の付与は、1974年10月の憲法改正により新たに追加されたものであり、これは、申立権が議会内少数派に拡大したことを意味する<sup>42)</sup>。

付託された案件について、憲法院は1か月以

内にその合憲性に関する決定を行わなければならないが、緊急の場合には、政府の請求に基づいて期限が8日以内に短縮される（憲法第61条第3項）。憲法院により違憲と宣言された法律は、審署も施行も行うことはできず、決定に異議を申立てることもできない（憲法第62条第1項）。憲法院の決定は、公権力及び全ての行政・司法機関を拘束する（憲法第62条第2項）。

ただし違憲決定には、全部違憲と一部違憲があり、一部違憲の場合には、違憲とされた部分が切り離し得るときには、合憲部分のみを施行することも可能である<sup>43)</sup>。

② 条約の違憲審査

国際協約（条約）については、大統領、首相、国民議会議長、元老院議長又は60名の国民議会議員もしくは60名の元老院議員による付託を受けた場合に、憲法院は違憲審査を行う。憲法院が、国際協約に違憲の条項が含まれることを宣言した場合には、憲法改正の後でなければ、当該国際協約の批准・承認を行うことができない（憲法第54条）。

41 山口俊夫編『フランス法辞典』東京大学出版会，2002，p.348.

42 辻村 前掲注39，pp.3-4.

43 田中 前掲注35，p.93.

### ③ その他の違憲審査権行使の形態

その他、事前統制としての違憲審査権行使としては、憲法第41条が定める、議員提出法案の政府の不受理に関する審理がある。1958年憲法は、議会が定める法律事項の内容を、第34条において詳細に規定しており、法律の所管事項以外については、命令事項、すなわち政府が発するデクレ（政令）により所管される事項としている（憲法第37条第1項）。また、憲法第38条第1項は、政府への委任立法についての規定を置いている。議員提出法案もしくはその修正案が、第34条の法律所管事項に該当しないこと、又は第38条第1項により政府に認められた委任に反することが、立法手続の過程で明らかになった場合には、政府はこれを不受理とすることが可能である（憲法第41条第1項）。しかし、この不受理について、審議中の議院の議長と政府（首相）とが対立した場合には、そのいずれかの請求に基づいて、憲法院が裁定を行う（憲法第41条第2項）。

また、憲法院の違憲審査は原則として事前統制のみとされるが、これには例外もあり、議会が命令事項を誤って法律で定めた場合には、政府が、事後に当該法律の改正の許可を憲法院に求めることができる。この場合は、首相が憲法院に対して当該法律の審査を申立てる。その結果、憲法院が当該法律について議会の過誤を宣言した場合には、政府は、デクレを発することで、当該法律を改正することが可能となる（憲法第37条第2項）。

### ④ 違憲審査権以外の他の憲法院の権限

違憲審査権以外の憲法院の権限としては、①大統領選挙の適法性監視、異議申立ての審理及び結果公表（憲法第58条）、②国会議員選挙に

関する争訟の裁定（憲法第59条）、③国民投票の適法性監視及び結果公表（憲法第60条）、④大統領の職務遂行不能の認定（憲法第7条第4項）、⑤大統領の緊急事態措置権行使の際の諮問（憲法第16条第3項）等がある。

## 4 イタリア憲法裁判所

### (1) 概要

1947年制定のイタリア共和国憲法は、第6章第1節（第134条～第137条）を「憲法裁判所」（Corte Costituzionale）と題し、憲法裁判所に関する規定を盛り込んでいる。イタリアもドイツと同様に、ファシズム政権の教訓から、憲法保障機関としての憲法裁判所を創設したのである。しかし、イタリアでは、特に憲法裁判所裁判官の任命方法をめぐって各政党間での対立が続き、実際に憲法裁判所が活動を開始したのは、1956年4月であった。しかも、設立当初の憲法裁判所は、政府や破毀院（Corte di Cassazione. 最高通常裁判所）との間での対立を抱えるなど、有効な機能を発揮する上で困難を抱えていたと言う<sup>44</sup>。

イタリア憲法裁判所に期待される役割の1つは、基本権の保障である。特に、憲法裁判所創設直後に重要視されたのは、ファシズム政権期の立法の清算ないしは修正であった<sup>45</sup>。また憲法裁判所は、私人間における基本権適用についても、積極的な姿勢を示している<sup>46</sup>。こうして憲法裁判所は、憲法上の基本権の確立という面において判例を次第に積み重ね、また、政治的対立を調停する機能を果たすことで、国内で高い評価を受ける公共機関となった<sup>47</sup>。

### (2) 憲法裁判所の構成と裁判官の選出方法

イタリア憲法裁判所は15名の裁判官で構成さ

44 和田英夫「西ドイツ・イタリア・フランスの憲法裁判管見（3）」『判例時報』872号、1978.2.11、p.18.

45 たとえば、憲法裁判所創設後最初の判決（1956年6月14日）は、1931年の警察法に規定する文書規制について、これを表現の自由を保障した憲法21条に違反すると判示するものであった。（井口文男執筆）『イタリア共和国憲法概要』（参憲資料 第5号）参議院憲法調査会事務局、2001、p.14.

46 ファヴォラー 前掲注17、p.95.

47 永田秀樹「イタリアの憲法裁判」阿部照哉ほか『現代違憲審査論・覚道豊治先生古稀記念論集』法律文化社、1996、p.233.

れ、議会の両院合同会議、大統領、通常及び行政の最高裁判機関が、それぞれ5名を選出する（憲法第135条第1項）<sup>48</sup>。長官は、15名の裁判官の互選により、3年の任期で選出される。

まず、両院合同会議による選出については、合同会議構成員の3分の2の得票を得た者（第3回目以降の投票では、構成員の5分の3の得票を得た者）が、裁判官に選出される（1967年11月22日憲法的法律（Legge costituzionale）第2号第3条<sup>49</sup>）。このような特別多数決が導入された理由は、議会内多数派が憲法裁判所裁判官の人事権を掌握することを防ぐことにある、とされている。そのため、実際に選出される裁判官も、議会内の政党勢力に比例する傾向が見られる。

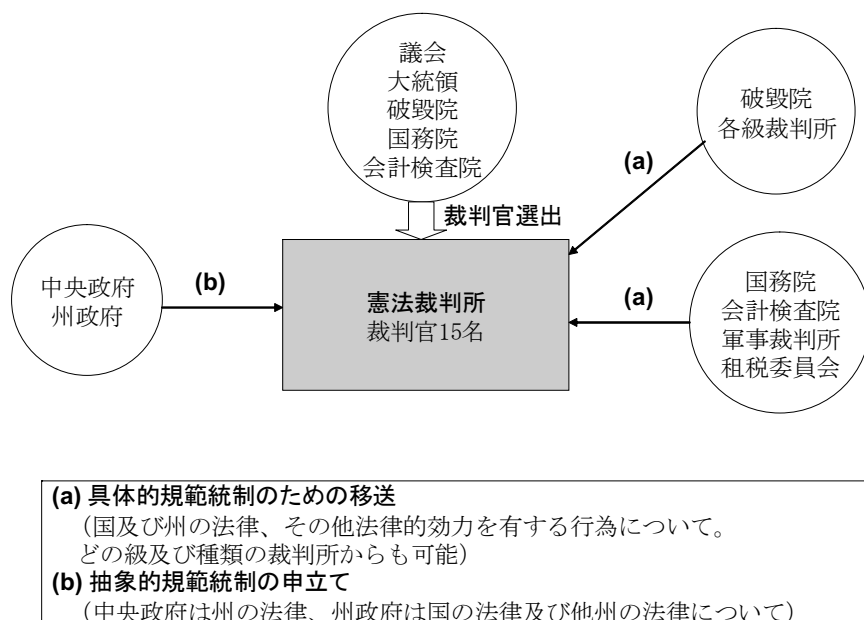
大統領による裁判官の選任は、内閣総理大臣の副署を必要とするものの、政府の提案等を必要としない大統領の裁量行為とされる（1953年3月11日法律第87号第4条）。ただし、大統領の裁判官選任についても、ある程度、議会にお

ける政党勢力の比例を考慮する傾向がある、とされている。

「通常及び行政の最高裁判機関」による選任裁判官は、破毀院による者が3名、国務院（Consiglio di Stato. 最高行政裁判機関）による者が1名に加え、会計検査院（Corte dei Conti. 最高会計裁判機関）による1名も含まれる。各最高裁判機関は、長官と高級裁判官（部長、検察院付検察長官等）から構成される委員会を組織して、裁判官を選出する（1953年3月11日法律第87号第2条）。そのため、最高裁判機関選任の裁判官は、一般に各機関の所属裁判官の中から、キャリアが重視されて選出されている、と言われる。

資格要件については、①退職した者も含めた「通常及び行政の最高裁判機関」の司法官、②大学の法学正教授、③20年の実務経験を有する弁護士の、いずれかの中から選任される（憲法第135条第2項）、としている。裁判官の任期は9年で定年はなく、再任及び兼職は禁止されて

図3 イタリアの違憲審査制



48 以下の記述は、同上, pp.221-223. に主に拠っている。

49 当該法律を含め、イタリアの憲法裁判所関連法規の和訳については、井口文男訳「試訳・イタリア憲法院関連法規」『岡山大学法学会雑誌』41巻1号, 1991.7, pp.245-265. を参照。



いる（憲法第135条第3項、同第6項）。実際に選出される裁判官は、法学教授の占める比率が非常に高いため、憲法裁判所は「教授裁判所」と呼ばれることもある。また、裁判官の平均年齢は60歳以上で、欧州各国の中では比較的高いとされる<sup>50</sup>。

### (3) 憲法裁判所の違憲審査権及びその他の権限

イタリア憲法裁判所の違憲審査は、具体的規範統制が主な権限行使形態となっており、1956年から1987年までに憲法院が処理した総事件数は18,959件で、そのうち具体的規範統制は16,936件（91%）を占める<sup>51</sup>。

一方、抽象的規範統制については、ドイツなどのように、議員や中央政府が国の法令について違憲審査を申立てることは認められておらず、さらに憲法異議の制度も採用されていない。これを図示すると、(図3)のようになる。

#### ① 具体的規範統制

イタリア共和国憲法は、第134条で憲法裁判所の権限を規定しているものの、具体的規範統制については憲法の明文上に規定が無く、1948年2月9日の憲法的法律第1号第1条により規定されている<sup>52</sup>。イタリアにおける具体的規範統制では、「裁判官」と定義することができるすべての機関が、憲法裁判所への案件の移送を行うことができるとされ、移送権者の要件はきわめて緩やかに解されている。具体的規範統制

の対象は、国及び州の形式的法律、法律的効力を有する行為（立法命令・法律命令を指す）とされる<sup>53</sup>。

憲法裁判所への移送手続は、まず、訴訟当事者又は検察官から、憲法裁判所の違憲審査を求める申立書が原審の裁判所に提出され、その申立書に十分に根拠があると見なした場合には、裁判官は訴訟手続を中止し、憲法裁判所への移送を決定することになっている。ドイツの具体的規範統制では、移送のイニシアティブを裁判官が掌握していたのに対し、イタリアの場合は、訴訟当事者や検察官も移送に関与することができる。また、移送の要件についても、裁判官が違憲性の疑いに「明らかに根拠がないわけではないこと（non manifesta infondatezza）」で十分とされ、ドイツの「違憲性の確信」よりは緩やかである<sup>54</sup>。

憲法裁判所により違憲とされた法令は、判決が公示された翌日から失効する。

#### ② 抽象的規範統制

前述したように、イタリア憲法裁判所の抽象的規範統制では、ドイツやフランスのような、議員又は中央政府による国の法令に対する違憲審査の申立ては認められていない。しかし、これとは別に、抽象的規範統制に含まれる違憲審査権の行使形態は2種類存在する。1つは、州が、国の法律等について違憲審査を申立てるものであり、もう1つは、中央政府が、州法について違憲審査を申立てるものである（憲法第

50 イタリアでは、2005年11月16日に憲法改正案が上院で可決されており、同案が最終的に成立した場合には、憲法裁判所に関する条文である、憲法第135条、並びに1967年11月22日憲法的法律第2号第2条及び第3条も改正されることになる（ただし同案は、翌年に国民投票でその承認を問われる可能性がある）。その場合における、憲法裁判所裁判官に関する規定の主な変更点は、以下の3点である。①15名の裁判官の内訳は、大統領により任命される4名、通常及び行政の最高裁判機関により任命される4名（破毀院2名、國務院1名、会計検査院1名）、下院により任命される3名、上院（ただし、全国20州の知事及び2自治県の知事も選任過程に加わる）により任命される4名となる、②裁判官は、任期満了後3年間、公職に就任することができない、③上院及び下院により任命される裁判官は、各々の院の3分の2の多数により選出され、第3回目以降の投票では、各々の院の5分の3の多数により選出される。高橋利安「6 最近のイタリア共和国憲法改正の動向」全国憲法研究会編『憲法改正問題』（『法律時報』増刊）日本評論社、2005、p.277.

51 永田 前掲注47, p.224.

52 同上, pp.226-227.

53 ファヴォルー 前掲注17, p.86; 永田 同上, pp.227-229.

54 永田 同上, p.227.

134条第1号)。

### ③ 違憲審査権以外の憲法裁判所の権限

その他のイタリア憲法裁判所の権限としては、①機関争訟(国の機関同士、国と州、州同士など)の裁定(憲法第134条第2号)、②大統領の弾劾裁判の審理(憲法第134条第3号)、③法律の廃止に関する国民投票の許可(憲法第75条)等があげられる。

## IV 日本の違憲審査制

### (1) 概要

明治憲法(大日本帝国憲法)は、違憲審査制について明文規定を置いていなかったが、大審院の判決(大審院刑事判決録第19輯790頁、大正2年7月11日)によれば、裁判所による法令の形式的違憲審査については容認されていたものの、法令の実質的違憲審査は否定されていた<sup>55</sup>。これに対して、日本国憲法では、国の最高法規である憲法に反する「法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部」は、その効力を有しないとされ(憲法第98条第1項)、最高裁判所が、「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」(憲法第81条)とされている。すなわち、法律に対する実質的違憲審査権を含む裁判所の違憲審査権及び司法裁判所型違憲審査制の採用が、明示されているのである。

最高裁判所の設置は、憲法で直接明記され(憲法第76条第1項)、昭和22(1947)年5月3日に裁判所法が施行された後、同年8月4日に最高裁長官と最高裁判事とが任命され、正式に最

高裁判所が発足した。

最高裁判所及び下級裁判所は、違憲審査制の行使形態について、発足当初から米国型の付随的違憲審査制の採用を念頭に置いていたと見られる。最高裁は、早くも昭和23(1948)年7月8日の大法廷判決の中で、「日本国憲法第81条は、米国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」としている。そして、下級裁判所の判決でも、違憲審査権の行使は具体的訴訟に付随して行われるとする判決が相次ぎ、後述する昭和27(1952)年の警察予備隊違憲訴訟に対する最高裁大法廷判決において、裁判所の違憲審査権行使の形態が付随的違憲審査制であることが、実務上で確定する<sup>56</sup>。

しかし、我が国の裁判所、特に最高裁判所の違憲審査権の行使は、「司法消極主義」と評されることが少なくない。司法消極主義とは、立法府をはじめとする政治部門の判断を尊重して違憲審査権を控えめに行使する傾向を言う。司法消極主義それ自体は、選挙により選出された政治部門を尊重するという意味で、必ずしも否定的ないしは消極的な概念ではないが、それでも我が国の裁判所の場合は、過度に政治部門への違憲審査に消極的と指摘される傾向にある<sup>57</sup>。事実として、最高裁が法令を違憲と判示した例は、平成17(2005)年9月までに、わずか6種7件<sup>58</sup>にすぎず、その他の最高裁による違憲判決の例も稀である。

### (2) 最高裁判所の構成と裁判官の選任方法

最高裁判所は、長たる裁判官1名及び判事14名の計15名の裁判官により構成される(裁判所法第5条第1項、同第3項)。長官は、内閣の指

55 ただし、命令の実質的違憲審査については、当時の学説の多数派と行政裁判所はこれを肯定しており、大審院も、後に黙認するに至ったという。佐藤幸治「第81条 法令審査権と最高裁判所」樋口陽一ほか『憲法4 第76条-第103条』(注解法律学全集4)青林書院、2004、pp.85-86。

56 戸松秀典「4 日本の司法審査」芦部編 前掲注11、pp.180-184。

57 ただしこの点について、「最高裁は、たしかに違憲判断には消極的だが、憲法判断をすること自体については、全体としてむしろ積極的」として、最高裁の違憲審査の運用は「違憲判断消極主義」である、と指摘する立場もある。樋口陽一『憲法1』(現代法律学全集2)青林書院、1998、pp.539-546。

名に基づいて天皇により任命され（憲法第6条第2項、裁判所法第39条第1項）、判事は、内閣により任命され天皇がこれを認証する（憲法第79条第1項、裁判所法第39条第2項、同第3項）。

最高裁裁判官の詳細な選任過程については、選任についての法令上の規制が全く無く、しかも内閣の権限の下で非公開に行われているため、実情は必ずしも明らかではない<sup>59</sup>。ただ、最高裁裁判官が欠けた場合には、その裁判官の出身層からの推薦を受けた上で、最高裁が候補者を決め、内閣に伝えている、との指摘もある<sup>60</sup>。現実に選任される最高裁裁判官は、裁判官、弁護士及び学識経験者の3母体から、ほぼ5:5:5の比率で選出される傾向がある。しかし、学識経験者の中には、検察官出身者、行政機関出身者及び学者が含まれ、他の2つの母体とは異なる様相となっている。また、時には裁判官出身者数が5を超えることもあり、さらに、最高裁裁判官という地位が、職業裁判官にとって出世コースの到達点であるかのような人選がなされ、必ずしも憲法裁判の担当者であるとの配慮がなされているわけではない、との指摘もある<sup>61</sup>。

最高裁裁判官の任期は特に定められていないが、定年は70歳とされている（裁判所法第50条）。長官及び判事の任命は、その任命後初めて行われる衆議院議員総選挙の際に国民審査に付され、その後10年を経過するたびに、やはり総選挙の際に審査に付される（憲法第79条第2項、同第3項）。罷免を可とする票が投票者の過半

数の場合は、当該裁判官は罷免されるが（憲法第79条第3項）、国民審査により罷免された最高裁裁判官は、過去に例が無い。

最高裁判所裁判官の資格については、識見の高い、法律の素養のある年齢40歳以上の者の中から任命されるとしている。裁判官15名のうち、少なくとも10名は、高等裁判所長官及び判事のいずれかについて10年以上務めた者、又は簡易裁判所判事・検察官・弁護士・大学の法律学の教授もしくは助教授を20年以上務めた者としなければならない（裁判所法第41条第1項）。

### (3) 最高裁判所の法廷の構成

最高裁判所は、大法廷又は小法廷で審理及び裁判を行う（裁判所法第9条第1項）。大法廷は、15名の裁判官全員による合議体で（裁判所法第9条第2項）、小法廷は、5名の裁判官で構成される合議体である（最高裁判所裁判事務処理規則第2条第1項）。

最高裁判所では、①当事者の主張に基づいて、法律、命令、規則又は処分の合憲性を判断する場合、②法律、命令、規則又は処分が違憲であると認める場合、③憲法その他の法令の解釈適用について、意見が従来の最高裁の判例と異なる場合は、小法廷で裁判を行うことはできない（裁判所法第10条）。そのため、違憲審査においては、最高裁大法廷の判決がより重要視される。

### (4) 違憲審査権行使における論点

#### ① 抽象的規範統制の行使の是非

憲法施行直後における違憲審査制の議論の中心は、憲法第81条の解釈、すなわち最高裁判所が抽象的規範統制を行使することが可能かどうか

58 尊属殺重罰規定事件判決（最大判昭和48年4月4日）、薬事法距離制限条項事件判決（最大判昭和50年4月30日）、衆議院定数不均衡事件判決（最大判昭和51年4月14日、最大判昭和60年7月17日）、森林法共有林分割制限規定事件判決（最大判昭和62年4月22日）、郵便法賠償責任制限規定事件判決（最大判平成14年9月11日）、在外選挙制度制限規定事件判決（最大判平成17年9月14日）。

59 日本弁護士連合会編『最高裁判所』日本評論社、1980、pp.122-123。

60 市川正人「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」『立命館法学』294号、2004、pp.537-538。なお、昭和22（1947）年8月の最高裁発足時における、最初の15名の裁判官についてのみ、任命諮問委員会（最高裁判所裁判官推薦諮問委員会）が答申した30名の候補者から、内閣が15名を選任している。戸松秀典『憲法訴訟』（法律学大系）有斐閣、2000、p.449。

61 戸松 同上、pp.448-449。なお、市川正人教授は、選任される裁判官の母体及び比率について、裁判官6、弁護士4、検察官2、学識経験者3、としている。市川 同上、pp.537-538。

かという点にあった。当時の学説は、以下のよう整理される<sup>62</sup>。まず、多数派ないしは通説の地位を占めるものとして、第81条は付随的違憲審査制のみを認めるものであり、抽象的規範統制は憲法上認められない、とする説がある（A説、付随的違憲審査制説）。これに対して、最高裁判所は、第81条は抽象的規範統制の行使も認めているとする少数説が存在する（B説、独立審査権説）。なお、B説は、抽象的規範統制を行使するためには、法定の手続が必要とされる説（B1説、佐々木惣一博士など）と、憲法上当然に行使しえるとする説（B2説、当時の日本社会党の見解）とに分かれる。この他の少数説としては、憲法は、抽象的規範統制を肯定も否定もしていないため、法律や裁判所規則でその権限や手続を定めれば、その行使が可能となる説（C説、法律事項説）があげられる。

しかし、学説上における議論にも関わらず、前述の通り、裁判所の実務においては憲法施行直後からA説的な運用が開始されていた。昭和27（1952）年に、日本社会党の鈴木茂三郎委員長が、警察予備隊違憲訴訟を起こし、B2説に基づいて最高裁判所に直接憲法判断を求めたものの、最高裁はこれを退ける判決を下した（最大判昭和27年10月8日）。この判決は、違憲審査制のA説的な運用が、最高裁により確認されたことを示す<sup>63</sup>。

## ② 違憲審査権の主体

日本国憲法第81条から、最高裁判所が終審的な違憲審査権を有していることは明らかである。一方、下級裁判所への違憲審査権付与については、日本国憲法の制定過程においては議論があったものの、最終的には下級裁判所にも違憲審査制が付与されていると読めるように、案

文が修正され、現行憲法第81条の通りとなった<sup>64</sup>。この点については、その後の最高裁の判例においても、食糧管理法違反被告事件判決（最大判昭和25年2月1日）で、下級裁判所が違憲審査権を有する旨が確認されている。ただし、終審的な違憲審査権を有するのは最高裁であるため、下級裁判所の憲法判断に対しては、必ず最高裁への上訴の可能性を残しておかなければならない。

## ③ 違憲審査権の対象

違憲審査の対象は、「一切の法律、命令、規則又は処分」とされるが、「法律」とは、国会の制定する形式的意味の法律を指し、「命令」及び「規則」とは、ともに法律以外の形式の一般的・抽象的規範を指す。「処分」とは、公権力による具体的な法規範の定立行為を指すが、行政機関のそれに限らず、立法機関の行為及び司法機関の行為も含み、裁判所の判決も、通説・判例によれば違憲審査の対象となる<sup>65</sup>。なお、違憲審査権の対象として、学説上で大きな議論となるのは、条約、立法不作為についてである。

まず、条約が違憲審査対象となるかどうかについては、多数説では、第81条の「法律、命令、規則又は処分」とは、あくまで例示にすぎず、条約の国内法的効力については違憲審査が及ぶとされている。一方、判例においても、砂川事件最高裁判決（最大判昭和34年12月16日）は、条約一般についても違憲審査の対象となりうる、という論理的前提に立っていると解されている<sup>66</sup>。

次いで、社会権の保障や選挙関連立法などで問題とされる立法不作為については、最高裁の判例は、立法府の広範な裁量を承認し、立法不作為の違憲審査については否認にも等しいほど

62 学説の分類方法は論者によって様々だが、本稿では、野中 前掲注7, pp.255-257. の分類に基づいている。

63 ただし、学説上の論争では、警察予備隊違憲訴訟判決は、あくまでB2説を否定したものであり、B1説やC説を否定したものではない、という見解も示されている。この議論に関しては、佐藤 前掲注55, pp.90-94. 等を参照。

64 同上, p.85.

65 同上, pp.105-106.

消極的な立場をとってきた。これに対して学説上では、一定の条件下で違憲審査が認められるとする立場が大勢を占めており、判例と学説は長らく対立していた<sup>67</sup>。しかし最高裁も、在外選挙制度制限規定事件判決（最大判平成17年9月14日）では、立法不作為に対する初の違憲判決を下している。

#### ④ 違憲判決とその効力

違憲判決には、法令そのものを違憲とする法令違憲判決と、法令自体は合憲でも、それが当該事件の当事者に適用される限度において違憲であるという適用違憲判決とがある。前述した通り、最高裁による法令違憲判決の例は、平成17（2005）年9月までに6種7件しかなく、適用違憲判決の例も、ほとんど見られない<sup>68</sup>。このほか、法令違憲、適用違憲のいずれの分類にも入れ難い、「処分」に対する判決について、これを「処分違憲」判決と分類することもある（愛媛玉串訴訟判決，最大判平成9年4月2日）<sup>69</sup>。なお、最高裁が違憲判決を下すには、前述の通り、大法廷での審理が必要であり、かつ、8名以上の裁判官の意見の一致が必要である（最高裁判所裁判事務処理規則第12条）。

判決により違憲とされた法律の効力について、学説上では、①一般的効力説（議会の廃止手続なく無効となる）、②個別的効力説（当該事件に限って適用が排除され、当該法令の改廃は政治部門に委ねられる）、③法律委任説（法律の定めるところに任せられている）の3説がある。しかし、付随的違憲審査制の趣旨からし

ても、米国同様に②説が妥当とされており、実務上でもそのように取り扱われているとされる<sup>70</sup>。

## V 違憲審査制をめぐる各種構想－1990年代以降の議論

### 1 違憲審査制をめぐる議論の推移

憲法施行直後における違憲審査制の議論の中心は、抽象的規範統制の行使の可否に置かれていた。しかし、警察予備隊違憲訴訟判決が下されて以降は、憲法問題が争点となる訴訟（憲法訴訟）における固有の技術的ないしは手続的な問題に関する理論、すなわち憲法訴訟論が代わりに議論の中心となっていく。1990年代になると、違憲審査制の議論は、再び大きな転換点を迎える。この時期から、違憲審査制の制度のあり方そのものも、重要な論点として浮上してくるのである。まず、90年代前半に憲法裁判所構想が台頭し、それに続く形で、最高裁判所改革構想も、憲法裁判所構想を批判しつつ次第に台頭していった。

### 2 憲法裁判所構想

#### (1) 伊藤正己・元最高裁判事の憲法裁判所設置論

憲法裁判所構想の台頭の背景としては、上述したような我が国の裁判所の司法消極主義に対する批判が高まってきたことが大きい。また、ドイツ連邦憲法裁判所が、憲法裁判所の成功例

66 条約に対する違憲審査の是非に関する議論の詳細については、同上，pp.106-109.等を参照。

67 たとえば、芦部信喜教授は、過去の判例に照らしつつ、①立法をなすべき内容が明白であること、②事前救済の必要性が顕著であること、③他に救済手段が存在しないこと、④相当の期間が経過していること、の要件を満たせば、立法不作為の違憲審査は認められる、との立場をとっている。芦部 前掲注2, pp.355-357.

68 この点について、市川正人教授は、「文面審査を前提とする最高裁判所にとって、文面上合憲である法令がその適用において違憲となるという発想はなじみにくいために、適用審査に基づく適用違憲の手法の働く余地が著しく狭くなっている」、と指摘している。市川 前掲注60, pp.539-540.

69 佐藤 前掲注55, pp.139-145.

70 前掲注58の各判決のうち、在外選挙制度制限規定事件判決以外の判決に対する政治部門の対応については、『「憲法保障（特に、憲法裁判制度及び最高裁判所の役割）」に関する基礎的資料 最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会（平成16年3月25日の参考資料）』（衆憲資 第44号）衆議院憲法調査会事務局，2004, pp.14-15.を参照。

として、国内外の高い評価を得ていたことも影響している。そして、90年代前半に起きた2つの出来事により、我が国でも憲法裁判所構想が、学界レベルにとどまらない反響を生んだ。その2つの出来事とは、1つは、伊藤正己・元最高裁判事による憲法裁判所設置の提案であり、もう1つは、読売新聞社が発表した憲法改正試案（第1次憲法改正試案）である。

伊藤正己・元最高裁判事は、判事退官後の平成5（1993）年に著した『裁判官と学者の間』の中で、日本における司法消極主義の原因について分析しつつ、憲法裁判所型違憲審査制の採用を提案している。同書の中で伊藤元判事は、我が国の司法裁判所型違憲審査制の欠陥として、①具体的事件に係属して違憲審査が行われるため、憲法判断の遅延が著しいこと、②違憲判決がきわめて少なく、司法消極主義を指摘されること、などをあげている。また、後者の司法消極主義の原因としては、①日本の精神的風土として「和」の尊重があること、②法律家は、一般的に法的安定の確保を至上の目的とすること、③我が国の司法制度の特徴等さまざまな要素が働いて、最高裁判事の憲法感覚が鈍磨させられること、④大法廷と小法廷の事件の分担が、制度の運用の結果として消極主義につらなるものがあること、⑤我が国の理想の裁判官像は、没個性的な裁判をする裁判官のうちに求められているように思われること、などをあげている。以上のように、我が国の現行の司法裁判所型違憲審査制を批判的に分析した上で、伊藤元判事は、現在の不満足な憲法保障制度を改め、憲法裁判を活性化するためには、大陸型の憲法裁判所型違憲審査制に転換するほうが望ましい、とした<sup>71</sup>。

元最高裁判事、しかも英米法の専門家である伊藤元判事が、現行の司法裁判所型違憲審査制

度に対する率直な批判と大陸型の憲法裁判所型採用の提案を行ったことは、学界をはじめとして各界で大きな反響を呼ぶことになった<sup>72</sup>。

## （2）読売新聞社憲法試案の憲法裁判所構想

平成6（1994）年11月3日、『読売新聞』は、第1次憲法改正試案（以下、読売試案とする）を同紙上で公表した。そして、同試案の「司法」の章では、ドイツ連邦憲法裁判所をモデルとした憲法裁判所型違憲審査制が採用されている。

読売試案で構想された憲法裁判所制度の概要は、以下の通りである（図4参照）。①憲法裁判所も、通常の裁判所同様に司法権を構成（三権の外にある第四権とはならない）、②憲法裁判所の違憲審査の対象は、一切の条約、法律、命令、規則又は処分、③抽象的規範統制の行使（内閣又は衆参各院3分の1以上の議員の申立てによる）、④具体的規範統制の行使、⑤憲法異議の審理、⑥憲法裁判所の決定は、一般の効力を有する、⑦憲法裁判所の裁判官は参議院の指名に基づいて、長官は天皇が任命、それ以外の裁判官は内閣が任命、天皇が認証、⑧憲法裁判所裁判官の任期は8年で再任を認めず、定年は70歳程度が適当、⑨裁判官の資格は、識見にすぐれた40歳以上の「法律の素養がある者」、とする<sup>73</sup>。以上の通り、読売試案は、基本的にドイツ連邦憲法裁判所の主要な3つの違憲審査権である、抽象的規範統制、具体的規範統制及び憲法異議を採用している。

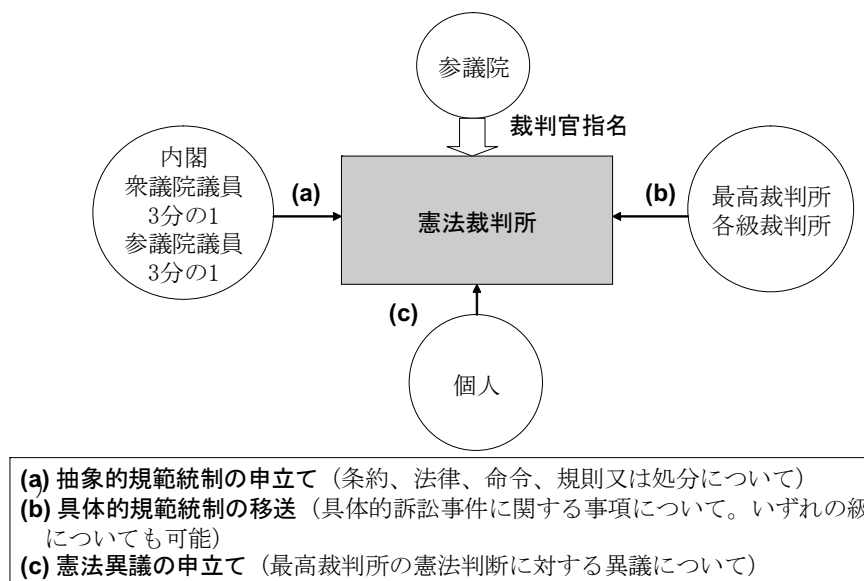
憲法改正案における憲法裁判所構想自体は、昭和20（1945）年11月に佐々木惣一博士が内大臣府の憲法調査の際に提出した「帝国憲法改正ノ必要」（一般に「佐々木案」と呼ばれる）や、昭和29（1954）年11月に改進黨憲法調査会が公表した「現行憲法の問題点」などにも見られる。しかし読売試案のように、権限や手続の詳細も含めた全体的な構想を提案した例は、それまで

71 伊藤正己『裁判官と学者の間』有斐閣、1993、pp.106-137.

72 山元 前掲注19、p.21.

73 読売新聞社編『憲法21世紀に向けて 読売改正試案・解説・資料』読売新聞社、1994、pp.112-128.

図4 読売試案の憲法裁判所構想



※読売新聞社編『憲法21世紀に向けて 読売改正試案・解説・資料』読売新聞社、1994, pp. 112-128. を参考に作成。

ほとんど見受けられなかった。読売試案の憲法裁判所構想は、その後の各種憲法改正試案にも大きな影響を与えている。

### 3 最高裁判所改革構想

#### (1) 最高裁改革構想の台頭

以上のような憲法裁判所設置構想について、学界では、懐疑的ないしは批判的な意見が大勢を占めていた。その論拠としては、①付随的違憲審査制の方が、具体的生活関係への効果を考慮しながら妥当な結論に達することが期待でき、また、生活関係の審理に密着した下級裁判所の憲法判断にも期待できる（樋口陽一教授など）、②司法消極主義の原因を違憲審査制そのものに求め、制度を変更すればそれが改善されるとするのは、安易な考え方である（奥平康弘教授など）、③憲法裁判の迅速化・積極化が、

かえって市民不在の、体制迎合的な憲法裁判を招来する可能性がある（奥平康弘教授など）、④憲法裁判所の設置は、「政治の裁判化」ないしは「司法の政治化」をもたらし、議会政治を危機に陥れる可能性がある（芦部信喜教授など）等が、あげられる<sup>74</sup>。

しかし学界でも、現状の司法裁判所型違憲審査制や裁判所制度を維持しつつ、違憲審査制の改善ないしは活性化のため、最高裁判所や司法制度の改革を提案する動きがみられる。たとえば佐藤幸治教授は、法曹一元化の推進や法曹養成制度の改革の必要性等を<sup>75</sup>、戸松秀典教授は、最高裁判官の人的及び数的構成や選任過程の改革、並びに最高裁の事件負担の軽減の必要性等を<sup>76</sup>、それぞれ唱えている。

司法制度改革審議会（佐藤幸治会長）が平成13（2001）年6月12日に公表した意見書も、最高裁判所の過重な事務負担が違憲審査を阻害し

74 山元 前掲注19, pp.22-25; 中谷実「最近の憲法裁判所導入論議について——一つの整理——」『南山法学』25巻3号, 2001.12, pp.63-65.

75 佐藤幸治「わが国の違憲審査制の特徴と課題」佐藤幸治・清水敬次編『憲法裁判と行政訴訟』有斐閣, 1999, pp.25-27.

76 戸松 前掲注60, pp.446-450.

ていると指摘した上で、①上告事件数の制限、②大法廷と小法廷の関係の見直し（大法廷を憲法訴訟等に専念させる態勢の構築）、③最高裁判官の選任の工夫等を提案している。さらに、最高裁判所裁判官の選任過程においても、その透明性及び客観性の確保が必要である、とも述べている<sup>77</sup>。

これらに加え、最高裁判所改革について具体的な制度設計ないしは構想を提示する例も見られる。以下では、笹田栄司教授と畑尻剛教授の最高裁改革案を紹介する<sup>78</sup>。

#### ① 笹田栄司教授の最高裁改革案

笹田栄司教授は、平成12（2000）年に、「違憲審査活性化は最高裁改革で」という題の論稿を公表した<sup>79</sup>。

その中で笹田教授は、まず、前述の伊藤正巳・元最高裁判事による現行違憲審査制批判を基本的に支持し、最高裁の司法消極主義の克服は必要との現状認識を示している。しかしその一方で、憲法裁判所型の採用は、憲法裁判所が政争の場となる危惧が避けられないとし、また、読売試案の憲法裁判所案についても、同案が採用している抽象的規範統制や憲法異議の問題点を指摘している。

その上で笹田教授は、昭和32（1957）年に国会に提出された最高裁判所機構改革案（俗に、「中二階案」と呼ばれる）<sup>80</sup>をベースにしつつ、裁判所法の一部改正によって実現可能とする独自の最高裁改革案を提示した。これは、現行の付随的違憲審査制を維持しつつ、主に最高裁の事件負担を軽減することで違憲審査の活性化を図るものであり、概要は以下の通りである。①

上告審は、その大部分を最高裁判所とは別の裁判所である「特別高裁」に担わせる、②「特別高裁」は東西2ヶ所に設置し、1裁判所30名の裁判官を配置する、③「特別高裁」は、法律などの憲法適合性についての判断が従来の最高裁判例から明らかでない場合や、憲法の解釈適用についての従来の最高裁判例に問題があると考える場合には、最高裁に事件を移送する、④「特別高裁」の裁判で、法律などの憲法適合性の判断が問題になっている場合には、訴訟当事者による最高裁への上訴が可能（それ以外は上訴不可）、⑤最高裁判所は9名の裁判官によるワン・ベンチで構成され、違憲審査と判例変更及び最高裁判所が判断を示していない新しい法律問題を管轄する。

図示すると、（図5）のようになり、見かけ上は四審制となるが、笹田教授によると、「特別高裁」はもっぱら憲法問題のスクリーニングの役割を担うことから、実際の必要時間は現行の三審制と大差ないとされる。なお、笹田教授は、裁判所制度改革だけでなく、司法行政や国民審査の改善を行うことも、司法消極主義の克服の上では必要であるとしている。

#### ② 畑尻剛教授の最高裁改革案

一方、畑尻剛教授は、平成13（2001）年に公表した論稿「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題—選択肢の一つとしての憲法裁判所」<sup>81</sup>の中で、笹田教授とは異なる改革案を提案している。

畑尻教授は、まず、伊藤元判事の提案や読売試案の憲法裁判所案について、「憲法裁判所制度の詳細な内容・機能を含めた具体的な議論が

77 『司法制度改革審議会意見書—21世紀の日本を支える司法制度—』（平成13（2001）年6月12日）首相官邸ホームページ <<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report-dex.html>> (last access 2005.9.15)

78 その他、戸波江二教授も、最高裁判所内部に憲法事件に関する専門部を設置することを提唱している。戸波江二「2 憲法裁判の発展と日本の違憲審査制の問題点」ドイツ憲法判例研究会・栗城壽夫編『憲法裁判の国際的発展—日独共同研究シンポジウム—』信山社出版、2004、p.56。など。

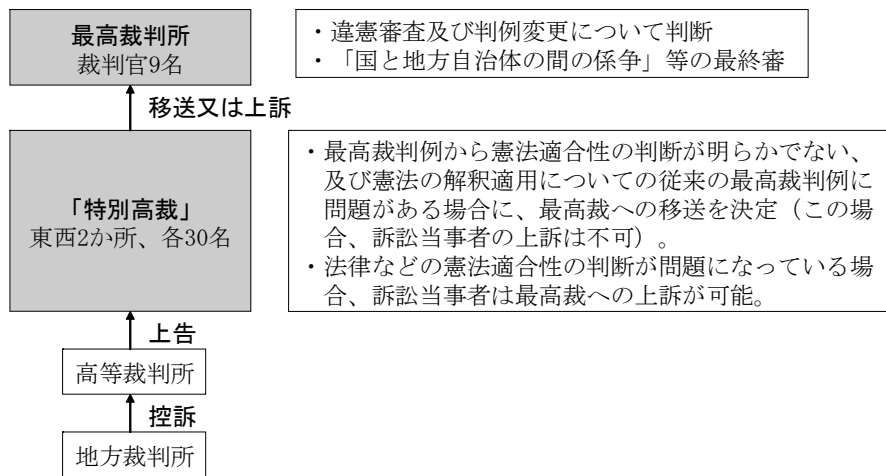
79 紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』日本経済新聞社、2000、pp.148-166。

80 この案の詳細は、園部逸夫「5 最高裁判所大法廷と憲法裁判所」榎原猛ほか編『国法学の諸問題 宮田豊先生古稀記念』嵯峨野書院、1996、pp.153-156。を参照。

81 『公法研究』63号、2001、pp.110-123。



図5 笹田英司教授の最高裁改革案



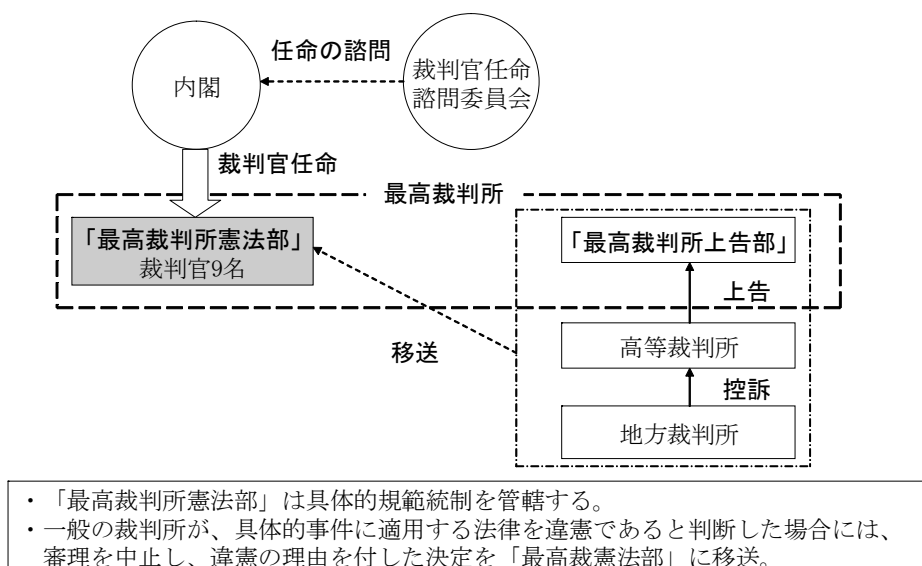
※笹田英司「8 違憲審査活性化は最高裁改革で」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』日本経済新聞社、2000、pp.161-163.を参考に作成。

行われるきっかけとなった」と一定の評価を与え、また、憲法学界多数派の、現行の司法制度そのままに運用改善等で違憲審査の活性化を図るという主張については、制度的要因を無視しているのではないかと、して疑問を呈している。しかし同時に、憲法改正による憲法裁判所設置にも批判的な姿勢を示し、他の憲法条文の改正とも絡んで議論が錯綜し、また導入すべき手続、主体となる裁判所と裁判官の検討において従来

の議論の成果を十分に踏まえないまま唐突に制度改革だけが先行する危険がある、と指摘している。

そこで畑尻教授は、憲法裁判所設置論をめぐる積極論・消極論の双方を視野に入れつつ、以下のような最高裁改革案を提示している。①裁判所法を改正して、通常の上告審を取扱う「最高裁判所上告部」（仮称）とは別個に、9名の憲法裁判官で構成される「最高裁判所憲法部」

図6 畑尻剛教授の最高裁改革案



※畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題ー選択肢の一つとしての憲法裁判所ー」『公法研究』63号、2001、p.121.を参考に作成。

(仮称)を設置する、②9名の憲法裁判官は、「裁判官任命諮問委員会」の諮問にもとづき内閣が任命する、③最高裁判所憲法部は、具体的規範統制を管轄する、④一般の裁判所が、具体的事件に適用する法律を違憲であると判断した場合には、審理を中止し、違憲の理由を詳細に付した決定を最高裁判所憲法部に移送する。

図示すると、(図6)のようになる。笹田教授の案が、あくまで現行の司法裁判所型に基づいた改革案であるのに対し、畑尻教授の改革案は、部分的ながらも憲法裁判所型の機能を組込むものとなっている。

畑尻教授は、具体的規範統制を導入した場合のメリットとして、①審級にかかわらず具体的事件を審理している各裁判所が独自の判断で最高裁判所に移送できる、②下級裁判所が違憲判断のイニシアティブをもつことになり、下級裁判所の憲法感覚・人権感覚は十分に生かされる、③具体的な訴訟事件に基づいて違憲審査がなされるため、政治の裁判化(司法化)の危険性は大きくない、④具体的規範統制自体は、司法裁判所型違憲審査制と原理的には全く異なったものではなく、憲法制定以来の運用実績を十分に継承できる、をあげている。

## おわりに

以上、簡単ながら、主要国の違憲審査制を比較し、そして我が国の違憲審査制の現状とその議論をたどってきた。これらを踏まえて、今後の違憲審査制のあり方を考える上では、以下の点に注意を払う必要があると思われる。①違憲審査制の類型はどうするか(司法裁判所型か、憲法裁判所型か)、②違憲審査の対象や申立権者をどのように設定するか、③違憲審査担当機関にいかなる権限を付与するか(付随的違憲審査制、抽象的規範統制、具体的規範統制、憲法異議等)、④裁判官の選任方法をどのように設定するか、⑤裁判官の資格要件をどのように設

定するか、⑥下級裁判所の違憲審査関与をどのように設定するか。

ただし、その際には、違憲審査制とはそもそも憲法の最高法規性の確保と基本的人権の尊重とを根拠として発展してきたことを看過してはならず、また、違憲審査機関と政治部門との関係についても、十分な関心を払わなければならないであろう。特に、現行憲法を改正するなどして、憲法裁判所設置又は最高裁判所の抽象的規範統制行使を認める構想の場合には、それが「政治の裁判化」を促進する可能性が高いと思われるだけに、より注意を要するのではなかろうか。

本稿全体を通して主に拠った文献は以下の通りである。

- 芦部信喜著、高橋和之補訂『憲法 第3版』有斐閣、2002。
- 笹田栄司「8 違憲審査活性化は最高裁改革で」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』日本経済新聞社、2000、pp.148-166。
- 佐藤幸治「第81条 法令審査権と最高裁判所」樋口陽一ほか『憲法4 第76-第103条』(注解法律学全集4)青林書院、2004、pp.83-158。
- 野中俊彦「第16章 裁判所と憲法訴訟」野中俊彦ほか『憲法2 第3版』有斐閣、2001、pp.209-311。
- 畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題ー選択肢の一つとしての憲法裁判所ー」『公法研究』63号、2001、pp.110-123。
- 山元一『今、憲法裁判所が熱い?!ー欧流と韓流と「日流」と?』自由人権協会、2005。
- 『「憲法保障(特に、憲法裁判制度及び最高裁判所の役割)」に関する基礎的資料 最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会(平成16年3月25日の参考資料)』(衆憲資 第44号)衆議院憲法調査会事務局、2004。

『シリーズ憲法の論点』  
既刊分

- |              |          |
|--------------|----------|
| ①「司法権をめぐる論点」 | 平成16年 9月 |
| ②「直接民主制の論点」  | 平成16年 9月 |
| ③「国会と内閣の関係」  | 平成16年11月 |
| ④「財政制度の論点」   | 平成16年12月 |
| ⑤「憲法の改正」     | 平成17年 2月 |
| ⑥「二院制」       | 平成17年 3月 |
| ⑦「自衛隊の海外派遣」  | 平成17年 3月 |
| ⑧「人権総論の論点」   | 平成17年 3月 |

調査資料2005-2-a

シリーズ憲法の論点  
⑨

「違憲審査制の論点」

平成18年2月15日発行  
ISBN 4-87582-628-1

国立国会図書館  
調査及び立法考査局  
〒100-8924  
東京都千代田区永田町1-10-1  
電話03(3581)2331  
bureau@ndl.go.jp



Research  
Materials  
2005-2-a  
February  
2006

**Series :**  
**Constitutional  
Issues**  
**Arguments on  
Constitutional  
Review**

Research and  
Legislative  
Reference Bureau  
National Diet  
Library  
Tokyo 100-8924  
Japan  
bureau@ndl.go.jp

ARC: Keijū Saitō