

憲法裁判所論

林田, 和博
九州大学法学部 : 教授

<https://doi.org/10.15017/1242>

出版情報 : 法政研究. 17 (1/4), pp.205-229, 1950-03-31. 九州大学法政学会
バージョン :
権利関係 :

憲法裁判所論

林 田 和 博

一 はしがき

一 憲法争議裁判制度の發展

一 澳太利憲法裁判所—法律及び命令の審査

第一 審査の要件

第二 審査の對象

第三 判決

は し が き

日本國憲法第八一條「最高裁判所は一切の法律命令規則又は處分が憲法に適合するかしないかを決定する權限を有する終審裁判所である」は、所謂違憲立法の司法的審査を規定するものであるが、この憲法第八一條は甚だしく簡約なるがため種々の疑問を生じていること周知の通りである。茲では憲法改正を以つて立法的解決がなされざる限り、合理的解決を解釋學的究明に求める以外はない。

凡そ、違憲立法の司法的審査の問題は憲法保障制の時所的に制約された價值判斷の對象たるべき一類型に過ぎな

す。これは憲法保障の目的に役立つ多くの手段の中の一を提供するものであるが、その全部ではない。最も重要なことは憲法第八一條の解釋は憲法法規の全體的構造の中に於いて、就中第四一條「國會は國權の最高機關であつて國の唯一の立法機關である」との緊密な聯關に於いて與えられねばならぬということである。

新憲法が舊憲法とその實體を異にする、文字通り新しい憲法であり、徹底した民主政治を志向し、民主政治の原則的形態を間接民主政、議會優位主義の中に求めんとするものであることは贅言を要しない。然しながら、第四一條が規定する國會の、國權の最高機關性の意味は必ずしも明瞭ではない。思うに、國權 (State Power) とは國家の意思力の謂いであつて、憲法は、國家の意思力の源泉が國民たること (國民主權)、及び國民は自らかかる國家の意思力の發動を行う場合があること (直接民主政) を闡明に規定すると共に、また、かかる國家の意思力の發動の形式が國會を通じて行はれ、國會を以て國政、換言すれば國家意思の政治的決斷に於ける最高の主體的地位におくことを保障せんとするものである (間接民主政)。このことは憲法が、主權が國民にあることを宣明し、また、そもそも國政は國民の嚴肅な信託によるものであつて、その權威は國民に由來し、その權力は國民の代表者がこれを行使し、その福利は國民がこれを享受すると規定していることに依つて自ら明らかである。斯くて、國會は國民主權を象徴する。

事實のところ、國會は國家權力の中最も重要な立法權を獨占すると共に、議院内閣制の採用に依つて行政權を掌握する體勢をとるに至つてゐる。斯くて、政治的に見れば、國會は文字通り國家權力の担い手の中の最高優位の地位にあるものと云い得るであらう。

然れ共、新憲法が規定する國權の最高機關としての國會の地位は、舊憲法に於る統治權の總攬者としての天皇の地

位と異なること極めて明白である。國會は舊憲法に於る天皇や新憲法に於る國民の如く、それ自身國家權力の源泉でもなければ、三權の綜合的把持者でもない。新憲法に於いて、國民は立法行政その他國政の上で最高度に尊重せらるべき天賦不可讓の基本的人權の享有者である。國民は彼等の基本的人權を違法不當に侵害する國會、政府その他いかなる權力に對しても抵抗權やその改廢權を自明且つ不斷に持つものである。國民は假令彼等の代表者を以つて構成され且つ國民主權を象徴する國會に對してと雖も、全權委任を行うことを敢てするものでなく、寧ろその基本的人權の保障を權力の機能的分立の中に求めんとするものである。

かくて、新憲法に於て認めらるる國會の、國權の最高機關性はまさしく憲法の明文の規定の範圍内に於てであり、權力分立主義の條件の下に於てである。國民主權の象徴としての國會はそれが國權の最高機關性を規定することに依つて何等の權限も導き出し或は加えるものではない。^(二)ただ、憲法の明文の規定に依つて個々の機能が他の國家機關の權限に屬することが明にされていない限り^(三)に於いて、國家權力の歸屬の推定(Presumption)を自己の有利に於て受けるのみ、と謂はねばならぬ。

凡そ、國民の基本的人權の擁護手段としての權力分立制は權力の絶對的分立を認めるものでなく、權力は、國家意思の統一のため統合均衡化を要求され、そこから常に一權のリードを導き出していること歴史の示す通りである。議院内閣制もその例證であろう。しかも、斯かる一權の優勢的リードには必ず權力濫用の危険性が伴うものであつて、^(三)憲法は斯かる危険性に對し再び常に新なる牽制均衡の裝置や權力の創造を工夫採用するものである。

最近の憲法の中には國會に國權の最高機關性を認めながらこれを行政及び司法に優位する文字通り最高の地位にお

かんとするものと、^(三)國會に國權の最高機關性を認めながらその權力濫用の危険性に對する保障をむしろ司法に求めんとするものとの二つが分離せられる。^(四)

ここに、違憲立法の司法的審査は或は憲法裁判所、國事裁判所という特別裁判所によつて行はるる場合があり、或は普通司法裁判所に依つて行はるる場合があり、後の場合に於いても集約的に最高裁判所のみがこれを行う場合と散的に下級裁判所もこれを行う場合が分れる。しかも、これらが志向するものはすべて國會の權力濫用に對して憲法を擁護し、國民の基本的人權の保障や國家意思の統一や法治主義の原則の確立を計らんとするものであつて、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發展していることが發見されるのである。^(五)

例えば、憲法裁判所による違憲立法の審査はその判決の効力が最も強く、判決は憲法と同一、又は法律と同一の効力をもつ。これに對し普通司法裁判所による違憲立法の審査に於ては判決は飽く迄も判決としての効力を認めらるるに過ぎない。然し、後者の場合と雖も、この制度が憲法に依つて制度的保障を與えらるる以上、假令審査はただ個々の偶發的事件について、判決理由の中でだけ行はれ、判決は當該事件に限つて拘束力をもつに過ぎずとしても、それ自身、議會の立法に對する力強い抵抗線を形成せずには止まない。蓋し、いかなる議會の立法も政府や裁判所という執行機關の協力がなければ實效あるものとならず、また、日本國憲法七六條第二項、第三三條、裁判所法第二條等が規定する司法國家 (Judicial State) の組織に於ては行政權に對する司法權の統制が法の原理に依つて頗る廣汎且つ確實に保障され、斯くて、此の面からする司法の立法及び行政に對する優位が制度的保障を與えられているが故である。國會や

政府は裁判所の違憲判決を無視し得ない法的政治的事實の中に自ら裁判所の憲法の番人、憲法の解釋者としての地位が確保されているのである。謂う迄もなく、かかる裁判所の地位がいかなる限度に於て認めらるるかは、依然として問題ではあるが、判決は歴史的発展の中では、現實的には、憲法や法律と同一の効力を獲得するに至る可能性をもつものであり、憲法裁判所による違憲立法の審査と同様に、それは消極的立法又は憲法の内容に關する政治的決斷たる一つの性格をもつに至る場面を否定し得ない。更に、この二つの制度に於る技術的相似性についてはアメリカのそれと塊太利のそれとの具体的對比に於て自ら明らかとなるところである。

然しながら、憲法裁判所による違憲立法の審査と司法裁判所によるそれとは、異つた條件の下で異つた理念を追求する場面も亦否定できない。後者が國民の基本的人權の擁護、三權分立の枠内に於て發展するに對し、前者はゲルマンの傳統的な法治自由主義精神を基盤にして發展する國家機關の間の憲法の効力適用及び解釋に關する憲法爭議 (Verfassungsstreitigkeiten) を訴訟手續に於て解決する制度、憲法爭議裁判制度のコロラリーとして發展するものである。憲法裁判の意義そのものについては必ずしも明白でないが、但しこの制度は國民の基本的人權の保護が直接的目的でなく—それは制度の副産物に過ぎないのであつて—この制度そのものは本來政府と議會、聯邦政府と支邦政府、支邦政府と支邦政府との關係を調停し、國家意思の統一と客觀化を計らんとする裁判であつて、機關爭議たる點に特異性をもつものである。^(七) また此の裁判權は純粹の司法權概念を以て律することの出来ない國家の第四の權力を形成するものであつて、判決は憲法又は法律と全く同一の効力を有し、消極的立法又は憲法の内容に關する政治的決斷の性格を闡明にもつ點に特異性をもつものである。^(八) 本稿に於ては、(1)かかる特殊の憲法裁判制度の發展の歴史と、(2)そ

の代表的なものとしての奥太利憲法裁判所に於る法令審査の實態について検討することとした。

- (一) 憲法制定議會に於ける審議の經過の中でこのことは明らかにされている(岡田亥之三期日本國憲法審議要録三五四頁)。
- (二) 例えば、第一次世界大戦後及び第二次世界大戦後の新憲法の中に明かにされている。
- (三) 新民主主義の憲法、例えばブルガリア人民共和國憲法十五條、ユーゴスラヴィヤ連邦人民共和國憲法五十條。
- (四) 一九一九年ワイマール憲法、一九二十年オーストリア憲法、一九四九年ボン憲法、一九四七年イタリア共和國憲法。
- (五) 例えば一九二六年ドイツ聯邦の法律命令の違憲審査に關するキェルツ政府草案が如何にアメリカの制度と類似性を示しているか、拙稿F・M・マルクス「司法的法令審査について」(法政研究第二卷第一號)參照。
- (六) 拙稿「獨乙國國爭裁判所論」(法政研究三卷一號)。
- (七) Jerusalem, Die Staatsgerichtsbarkeit S.44. Lowenthal, Die Abgrenzung der Verfassungs-von der verwaltungsgerichtsbarkeit nach der Reichsverfassung. R. Verw. Blatt. 1929. Bl.50 Nr. 30.
- (八) C. Schmitt, Der Hüter der Verfassung S. 6. H. Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? S. 5. ff

憲法爭議裁判制度の發展

神聖ローマ帝國時代に於て、等族は大審院に於て、彼等の領主に對し、彼等の憲法上の等族特權の侵害を理由として訴訟を提起することができたが、かかる司法的憲法保障制度は神聖ローマ帝國の崩壞、帝國裁判權の消滅、等族の没落と共に久しい冬眠状態に入ること余儀なくされたのであつた。然しながらゲルマンの法治—自由精神が結實したこの制度は新らしい民主主義勢力が擡頭するにつれて漸次且つ封建的勢力との激しい戦の中で復活したのであつた。

吾々は此の制度のその後に於る發展については一八三〇年佛七月革命を境として區分し得るであらう。^(三)

七月革命以前に於ては大抵のドイツ諸領主國家に於ては憲法爭議に關する政治的決斷を獨立の裁判所に委ねることなく、君主自身又は樞密院又は精々のところ調停裁判所に委ね、また、フランクフルト同盟議會では議員團―それは今日の議會に該當しない―が、その憲法がドイツ同盟の保障の下に立つドイツ諸領主國家の内部に於る憲法爭議の調停の任に當ることとなつていた。

例えば、ザクセンヒンデンブルグハウゼン王國憲法(一八一八年)によれば、國家はすべての「好意的道行きに於て」解決せられ得ない憲法法典の効力、適用及び解釋に關する疑を仲裁裁判所に訴える權限を與えられていた。なお、その際、訴訟當事者はただ政府と議會とに限られていた。

一八三〇年以來七月革命によつて與えられたドイツへの自由思想の影響の結果は憲法爭議に關する政治的決斷が獨立の裁判所の手に委ねらるることとなり―支邦内並に聯邦内に於て―ザクセン(一八三二)憲法やフランクフルト(一八四八)憲法に於てその典型的なものを見出したが、それに對し、唯々反動的色彩の最も濃厚であつたプロイセン其の他の憲法が憲法爭議に關し判決によつて法の所在を明にすることをせず、依然として樞密院制度に依つてこれを審議し、或は北ドイツ聯邦憲法の中では聯邦參議院若くは聯邦議會を以つて決定權ありと宣言したことに依つてこの進歩が再び停頓するに至つたのである。

茲で吾々にとつて重要なことは一八三〇年以後に於る憲法爭議裁判制度の究明であるが、先づ吾々は憲法保障を可及的に裁判に求めんとした代表的なものの一としてザクセン(一八三二)憲法を見よう。

凡そ、獨乙に於る近代立憲政の始めは十九世紀初頭南獨バイエルン、バーデン諸王國に於る憲法制定の時期に始まり、そこでは一方君主の專制的勢力は甚だ強大ではあつたが、他方自由、民主の思想が、殊に佛によるドイツ支配の時代を通じて強烈に市民階級層の中に滲透した。そしてかかる理念は專制的君主及び政府の絶えざる壓迫下にありながら機會ある毎に議會を通じて宣明せられ、輿論を形成し、政府に對し壓力を加えて遂に政治上經濟上及び社會上の改革を喚起したのであつた。佛七月革命（一八三〇）はこれに決定的拍車を加えた。ザクセン憲法はかくて生誕し、憲法改正の提案は近代的改革の必要性を確信する政府の側からなされ、政府と議會との協同に於て新憲法が制定されたのである。この憲法はカルテ憲法の自由主義的粉飾たる南獨諸國の憲法に倣い乍ら、立憲主義的要素を更に隨所に新らしく加えたものであつた。^(三)

ザクセン憲法は等族憲法を有する君主國家である（第一章第三條）。國王は國の元首にして統治權を總攬し憲法の條規によりこれを行う。君主の統治行爲には凡べて大臣の副署を必要とし、大臣が輔弼の責に任ずる（第一章第四條）。この憲法は立憲主義憲法の例により一方臣民の權利義務を規定し他方二院よりなる議會制度を規定している。その際、同憲法は立法權が國王と議會との共同に於て行使せらるる旨を規定せず、立法權が國王に所屬することを一貫して明確にし、國王は法律の裁下、公布、執行命令の制定（八七）、議會の召集解散（一一七）に關する權限を有していたが、但し、凡べて法律は議會の同意なくして制定變更又は有權的に解釋せられ得ざるものとされていた（八六）。なほそれと共に、大臣は國王の統治行爲の合目的性及び憲法法律への一致性に關し議會に對し責任を負うことが明文を以つて定められていた（四一、四三）。以上、明かに當時ザクセン憲法は近代的立憲政に關し一鑄を輸していたものである。

が、かくの如き進歩的要素は同憲法が規定した、憲法の保障という章條の中でも顯著に認められた。

ザクセン憲法は「憲法の保障に關し」という章條を規定していたことが特色的であつた。元來、この憲法はバイエルン（一八一八）憲法と近似し、その「憲法の保障」の題下に規定された憲法保障の手段は兩者に於て殆んど完全に一致していた。先づ、バイエルン憲法は「憲法の保障に關し」の下に、(1)國王攝政國民並に官吏の憲法への忠誠の宣誓（二一三）(2)憲法改正（七）(3)等族議會の、國大臣及び國官廳を相手どり、憲法違反を理由として、君主に對してなす訴願（五）(4)大臣彈劾訴訟、を規定していたが、ザクセン憲法は次の一項、即ち、(5)憲法典の疑義に關する爭議裁判（一五三）を規定し、なほ、それと共に第一五四條は「憲法の明文の規定と矛盾するすべての法律命令及び慣行はその限りに於て無効とする」との規定を設けていた。即ち、ザクセン憲法はバイエルン憲法との比較に於て憲法典の疑義に關する爭議裁判の制度を規定して憲法保障の問題の解決に對し一つの有力な手段を加えたものであつた。

この憲法に依れば、憲法の解釋に關する裁判は次の如き特徴を持つものであつた。凡そ、憲法典の個々の點の解釋に關し、政府と議會との間に意見の相異が生じ、争いが兩者の合意に依り解決し得られざる場合、當事者一方の訴に基づき國事裁判所が之を裁判する。國事裁判所は大臣彈劾訴訟の場合と同様に所長一名、裁判官十二名—中六名及び所長は高等裁判所の裁判官の中から國王が任命し、残り六名は夫々三名づゝ議會兩院に依つて議會の外から選ばれる—から構成され裁判官の任期は議員の任期と同一であり、その間裁判官は身分の保障を與えられていた。手續は憲法及び一八三一年二月三日附法律に依る。即ち手續は政府又は等族議會の一方から國事裁判所に對しその法的見解を敘述したる陳情書を提出することに依つて開始され（憲法一五三、法四七）、陳情書の提出があつた時は國事裁判所は八日以内

に書面を以つて之を相手方に通知する権利をもつが、この期間の満了と共にその棄権が推定される（法四八、四九）。裁判は書面審理により合議制をとり可否同数の場合は裁判長がこれを決定する（憲法一五三・二法五〇）。判決主文及び判決理由は兩當事者に書面を以つて通知され、必要な文書の作成は裁判長が之を行う（法五一）。判決は抗訴を許さず且つ憲法典の有權的解釋權をもつ^(四)。斯くて、（イ）判決を無効ならしむるためには憲法改正の形式に於る法律を必要とするものと解せられていた（憲法一五三・二參照）。（ロ）この時代の國法的文献の中では「憲法爭議」は實質的意義の憲法の効力、適用及び解釋に關するあらゆる法的意見の相異として全く一般に解釋されていたが、立法例は寧ろ憲法爭議を列舉主義によつていたのである。^(五)（ハ）憲法爭議は憲法の効力適用及び解釋に關する政府と議會との間に發生する爭議である。プロイセン豫算爭議に於て代表的に見られる、かかる訴訟の當事者を兩者に限るライプントの見解は、當時のこの制度をとる大多數の憲法に依つて採られていた。但し、そうでない例も多く、即ち、同様の手續が貴族團體、都市團體と政府との間にかかる争が惹起された場合に於てもとられるものが見られた。

次に、憲法の保障に關し、支邦内の憲法爭議の聯邦裁判所による保障について見れば、神聖ローマ帝國の帝國裁判權の消滅の後、邦内の憲法爭議に關し再び聯邦が干涉權をもつたのは、先づ獨乙同盟時代であつた。これには、（一）爭議當事者の一方の訴に基づき聯邦の一官廳が排他的に又は第二次的に憲法爭議を審査決定する場合、（二）憲法問題の中で支邦國家が聯邦國家に對して有する義務を遂行せざる場合に聯邦の一官廳が直ちに職權によつて干涉決定する場合、の二の場合が考察の對象となるが、先づ一八一五年ウキーン會議條約に依つて成立した獨乙同盟及び條約は國家聯合及び同盟的國際條約の性質を有し、そこではウキーン最終條約に於ける同盟執行（Bundesexecution）の如き強力なる

中央國家權力は存在していなかつた。次にまた、その同盟條約第四六條は支邦内の憲法爭議に關し聯邦議會を以つて裁決廳としたこと前述の如くである。例えば一八一六年ザクセン—ワイマール憲法一二九條一八二一年ザクセン—ゴールヒスザルヘルド憲法一二一條一八一八年ザクセン—ヒルデスブルグ憲法五八條等によれば、彼等は聯邦の保障の下に立ち、これ等諸國に於る憲法爭議はそれが政府と議會との間に發生する限り法律上當然カイゼルの支配するドイツ同盟の調停に服せしめらるることとなつていた。その際、憲法爭議は憲法の効力適用及び解釋に關する法的意見の相違と解せられ、なほ、提訴權は憲法上の權利を侵害せられたりとするものすべてに對して認められ、貴族團體、ユダヤ地方團體、カトリック地方團體が聯邦議會に出訴することを得ていた。更に亦、例えば、ザクセン—ワイマールに於ては支邦議會の解散の如き場合は、議會解散の後三ヶ月以内に新選舉が行はれない場合は、舊支邦議會が法律上當然出訴權あるものと解せられ、その他支邦議會の委員會、支邦議會の出席議員三分の二の多數に對し出訴權が認められていた。以上然しながら、憲法爭議についてはすべて争の當事者の一方からの提訴を俟つてのみ審理が行はれてきたことは決定的である。

吾々はこれに續く時期、即ちドイツ同盟がその基礎を鞏化され、ドイツ聯邦國家へと發展する途上に於て、聯邦權力の鞏化との關聯に於て、支邦内の憲法爭議に關し神聖ローマ帝國の帝國裁判權の範に倣う同盟裁判所の設立運動や或は一八三四年ウキーン最終決議の規定の吟味を止めて、直ちに一八四九年フランクフルト憲法草案に於るこの問題の闡明に急ぐこととする。

三月革命は立憲政治の確立と並に獨乙統一の實現を期する最初のドイツ民族の運動であつた。斯くて、フランクフ

ルト憲法議會は君主主義と民主主義、單一國家主義と聯邦國家主義、中央集權主義と地方分權主義、オーストリア優越主義とプロイセン優越主義という相對立する最も困難な問題について左、中、右各政黨五百名の議員の政治的妥協の結果生じたものであるが、この憲法の一大特色は聯邦大審院が國事裁判所及び權限爭議裁判所の性質を有し、就中支邦憲法の保障がこの裁判所の強大なる權限の中に委託せられていたことであつた。ゲルマン民族の法治自由思想と合致し、中世の帝國裁判權を直ちに想起せしむるかかる強大なる帝國裁判權の規定は、その中に獨乙諸國の強固なる國際的結合と中央集權的統一との實現が企圖せられていたことは明かである。

フランクフルト憲法は第七章「憲法の保障」の題下に於て次のごとき各種の規定を設けていた。^(七)①憲法宣誓(一九〇、一九一)②憲法改正(一九六)③憲法訴願(一二六)④大臣彈劾訴訟(一九四)⑤帝國憲法爭議裁判(二三六)、以上である。

帝國憲法爭議裁判の内容として、(イ)帝國の法律命令處分の帝國憲法違反を理由として帝國權力に對して提起する支邦の公訴、(ロ)上院と下院との間並に議會各院と帝國政府との間の帝國憲法の解釋に關する爭議にして爭議當事者間の意見が帝國大審院の裁判を求むることに一致した場合の公訴、[●]があげられていたが、これは帝國憲法の適用解釋を廻る所謂憲法爭議であり、かかる憲法爭議の裁判を帝國大審院が擔當するものとしたことはビスマルク憲法と比較するとき對蹠的なものが發見される。

他方、亦、フランクフルト憲法の聯邦國家的構成は支邦に對する保護監督の規定を設け、この憲法の第七章は聯邦國と支邦との關係について(イ)支邦の憲法及び法律はその如何なる規定も帝國憲法と矛盾することを得ず(一九四)

(ロ) 支邦に於る政体の變更は唯々帝國權力の同意を以つてのみ行はるることを得るものであつて、この同意は帝國憲法の變更に關する手續に依つて與えられることを必要とする(一九五)、と規定して帝國權力の保障を確保したが、尙それと共に帝國は支邦に對する監視又は監督として帝國大審院に次の權限を附與していた(二二六)。(イ) 支邦と支邦との間のあらゆる種類の政治的及び私法的争議、(ロ) 支邦に於る王位繼承、統治権者の統治能力及び攝政に關する争議、(ハ) 支邦憲法の効力又は解釋に關する當該支邦の政府と議會との間の争議、(ニ) 支邦憲法の破棄又は違憲の變更を理由として支邦政府を相手どり支邦國民が提起する公訴、但し、これは支邦憲法によつて與えられた救済手段が不可能の場合に限られる。

フランクフルト憲法は斯くの如く徹底した司法的憲法保障制を採り、違憲立法の司法的審査へ巨歩を進めたものであつて、エルフルト憲法草案の中でもこの制度は殆んどそのまま採用されていた。然しながら、この憲法は、人も知る如く、各國の反動とウイリアム四世の怯懦によつて文字通り死文と化し、流産に終り、舊ビスマルク帝國憲法は「憲法の保障」の大部分を規定せず、憲法争議については帝國參議院が之を審理し、帝國の統一のため強力なる帝國執行を規定し、司法的憲法保障制の發展は一時遮斷するに至つたと雖も、フランクフルト憲法制定議會が限りなき障礙の、苦難の下に獨乙のために求めて發見した政治上の眞理は遂に一九一九年ワイマル憲法、一九二〇年オーストリア憲法をまつて結實することとなつたのである。^(九)

(一) 拙稿 Reichskammergericht論 (法政研究五卷二號)

(11) Stolzmann, Zur geschichtlichen Entwicklung des Rechts der Verfassungstreitigkeiten. (Arch. d. öff. Recht,

憲法裁判所論(林田)

N. F. 16) S. 355ff. C. Schmitt, Der Hiter der Verfassung. S. 22. 佐藤功「ドイツに於る憲法保障制度とその理論」(國家學會雜誌第五七卷三一—六號)

(四) O. Mayer, Sächsisches Staatsrecht. S. 214ff., Opitz, Staatsrecht des Kgr. Sachsen. S. S. 237—258. Jastrow, Kleines Urkund enbuch zur neueren Verfassungsgeschichte S. 46. Klüber, Quellensammlung zu dem öf. R. des Deutsch. Bundes. S. 216

(五) O. Mayer, a. a. O. S. 222.

(六) Stolzmann, a. a. O. S. 361 M. Stimmung, Deutsche Verfassungsgeschichte. S. 32ff.

(七) Stolzmann, a. a. O. S. 370.

(八) Stolzmann, a. a. O. S. 401.

(九) Stimmung, a. a. O. S. 73ff. Röme, Das staatsrecht des preussischen Monarchie, Bd. 2. S. 339. Schulze, Preussisches Staatsrecht, S. 636.

(十) W. Merk, Verfassungsschutz. S. 166ff.

奧太利憲法裁判所 — 法律及び命令の審査 —

第一、審査の要件

憲法裁判所は法律及び命令の適法性を審査する集権的裁判所であつて、その法律を違憲又は命令を法律違反と認めたる場合は法律又は命令を取消するものである(annule)。然しながら、憲法裁判所は法令の適法性の審査を任意に開始する自由を有するものでなく、それは厳格な制限の下に置かれる。

先づ法令の適法性の審査請求権をもつものは聯邦政府、支邦政府、憲法裁判所及び裁判所の四の國家機關に限られ、

以上の中でも裁判所はただ命令の適法性の審査の訴訟手続を開始し得るのみであつて法律のそれをなす権限を與えられていない。

一、聯邦政府 聯邦政府は憲法裁判所に對し支邦法律及び支邦官廳の發する命令の適法性の審査について出訴することができる。

二、支邦政府 支邦政府は憲法裁判所に對し聯邦法律及び聯邦官廳の發する命令の適法性の審査について出訴することができる。

三、憲法裁判所 憲法裁判所はその判決の前提たる聯邦並に支邦の法律並に命令の適法性につき疑をもつ場合自らこれに關する審査を行うことができる。^{*}

※法律又は命令は、或は直接或は間接、憲法裁判所の判決の基礎たることを得るものとせられる。直接とは例えば憲法裁判所が、如何なる名稱——特別行政裁判所、權限爭議裁判所、選舉裁判所など——の下に活動しようとも、これらの法令をその繫屬事件に適用することを必要とする場合である。間接とは、具体的行政行爲又は一般的規定の適法性を形成する問題の解決が、それがこれに依據している上位規範の効力にかかる場合である。例えば、特定人が一の行政決定が彼の憲法上保障せられたる權利を侵害する、蓋し、それらは違憲の法律の執行に於て探られたが故に、と主張する場合の如きである。(Eisenmann, p. 184)

四、裁判所 裁判所はその判決の前提たる命令（法律を含まず）を違法と認むる場合、進行中の訴訟手続を中止して、憲法裁判所に對し當該命令の取消を求むることが必要とされている（憲法八九條參照）。（イ）裁判所は憲法裁判所に對し聯邦官廳の命令たる支邦官廳の命令たるを問はず、いかなる種類の命令についてもその適法性の審査を求め

得るが、但しこれは必ず裁判所が下すべき判決の前提たる事が要求されている(組織法五條)。裁判所は憲法裁判所の裁判に於てかかる條件の成立を證明することを必要とする。(ロ)命令が既に失効せる場合と雖も、裁判所はこれが違法の確認を請求することができる(憲法八九參照)。これは既に失効せる命令が未だ有効の時期に於てなされた事實又は行爲が審理の對象となる場合である。(ハ)命令が憲法裁判所により取消された場合は、裁判所自ら當該命令の適用を拒否し憲法裁判所をして同一手續の無用の反覆を免れしむることに協力すべきものとされている。命令の適法性の審査請求權は民事刑事行政その他あらゆる種類及び審級の裁判所に所屬することとされている。

以上、憲法裁判所による法律及び命令の適法性の審査訴訟の特性としては次の二が擧げられている。(a)この訴訟は一個人のために直接開かれる、所謂民衆訴訟(*actio popularis*)ではなす。この争訟は國家意思の統一客觀化を企圖するいはば機關争議であつて、假令これに對し現實的利益をもつ個人と雖も訴訟の提起を許されていない。但し個人は憲法一四四條により特別の場合に於て憲法裁判所に直接出訴し得ることにより、或はまた、裁判所を通じて、間接的には憲法違反の法令の審査を求めるとも可能である譯である。(b)裁判所は憲法裁判所に對し法律の適憲性について審査を求め得ない。これは、裁判所に對しかかる權利を附與することによつて立法の司法的統制の範圍を擴大し、その結果議會の反對を招き、この制度全体の運命を危くすることを懼れた立法者の合目的性の考慮に基づくものであつて、これはオーストリア憲法裁判組織に於て重大な欠點をなすものと批判されていたところである。^(三)

第二、審査の對象

一 法律

憲法裁判所の審査の範圍は法律の意義を實質的、形式的、何れに解するかによつて異つて來る。憲法裁判の審査が形式的意義に於る法律を包括することについては異論がないが、憲法裁判所はまた時として議會の單なる決議についても法律と同様に訴訟を提起することを認めていた。^(四)

憲法裁判所の審査の範圍は法律が違憲なりや否やに關する形式的審査のみならず實質的審査に及ぶべきものと解された。即ち、(イ)憲法裁判所は例えば聯邦法律の内容が聯邦憲法の内容と一致するや否やの問題、就中、その重要なものとして聯邦憲法に於る聯邦と支邦との權限の配分問題、について審査した。

なほ(ロ)憲法裁判所は聯邦憲法に於る法の前に平等、所有、言論、集會、結社の自由その他國民の基本的人權の内容について審査した。^(五)

然し違憲立法の司法的審査に於て、憲法裁判所は常に政治機關ではなく、司法機關であることを銘記し、法律の道德的・政治的價值判斷の審査でなく、適法か違法かのみを審査することに留意し、憲法裁判所は判決理由の中で政治的見點に觸れることがあるとしてもそれは最大の慎重性を以つてし、その決定に於て政治的見解を以つて嚮導せらるることがない、とせられた。憲法裁判所は繰り返してこの事を確認し、例えば立法委任の根據の上にとられた命令の効力について審査する場合も、唯々その法律がこれを發する事を承諾しているか否かを審査し、その必要性の問題の審査は聯邦政府の專管事項であると述べ(一九二二、六、二一判決)、更にこの點に關し注目すべきものとして次の判例が擧げられた。

一九二四年六月二十七日判決—事案—聯邦憲法過渡法は聯邦と支邦との關係につき、一八六七年憲法の中の權限の分配に關する規定を假りに引續き有効とした。さて、聯邦は一九二二年、疾病保險に關する帝國法(「assurance-maladie」)の法律の内容は農

林關係の雇傭者に對する疾病保險制度の規制權を支邦に委託するものであつたを修正して、新たに、聯邦はこれに對する強制保險の制度を設くるに至つた。そこで、支邦政府はこの新法律を違憲として公訴し、憲法裁判所は判決に於て、この法律の取消を命じたものである。

判決要旨—憲法上の聯邦對支邦の權限規制は自由主義的政治理念が支配した時代にできたものである。その當時聯邦には唯甚だ制限的且つ本質的權限のみが認められ、従つて、社會保險に關する事項を聯邦に委託せんとしたものは考えられず、これが、聯邦憲法第十一條の聯邦の立法事項の列擧の中で明文の規定を欠く所以である。従つて、繫争の本法の如きは國家の現實及び聯邦と支邦との間の權限の合理的分配と融和せず……。但し、本法自身について見れば甚だ顯著な社會的進歩を示すものであつて、この重要な法律の廢止がもつ影響は甚だ悲しむべきものがある。

茲に於て、その使命が唯憲法の嚴格なる遵守にのみある本憲法裁判所は、聯邦憲法第一四一條が認むる、違憲として取消される法律が失効するに至る迄の最大限の猶豫期間—六ヶ月—を指定して、以つて憲法上權限ある機關が現實的社會の必要性及び適憲の不可侵の原則との間の調和の機會を與えんとするものである（一九二四、六、二七、判決 Eisenmann, *ibid.* p. 219.）。

二 命令

(1) 命令とは行政官廳が定立する「法律の形式によらざる一般的法規」を謂い、その根據法として聯邦憲法第十八條が擧げられる。すべて命令の定義は一方、命令權の主体、他方、命令の内容により限定せられているが、オーストリア憲法に依り承認せらるる命令の觀念は法律の形式をとらざる一般的規範のことを謂い（一九二四、六、二三判決）それが命令、指令、判決（*règlement, décret, arrêté*）など如何なる名稱のものであつても大した差異なきものとされ

(一九二一、一九二二、一九二三、判決)、但し命令の名稱の下に發表せられた聯邦又は支邦の官廳の一定の行爲が果たしてこれに相當するものか否かを判別することは具体的に決定せねばならぬとされた。[※]

※例えば、憲法裁判所は、公私—鐵道企業に依る買率の設定又は變更は商法典の意味に於る契約の申込であり、命令にあらすして、法律行爲の性質を有するものに外ならず、假令それが行政官廳に依り承認せられ、命令彙報に公布せられた場合と雖も、その性質を保有するものとした(一九二三、三、三〇判決)。

(2) 憲法裁判所は命令が憲法又は法律の規定に違反せざるや否やその形式的並びに實質的審査権を有する。

裁判所の法律審査権に就いては複雑にして困難なる理論並びに實際の解釋が見出されているが、命令と裁判所との關係、換言すれば、裁判所の命令審査権に就いては比較的簡明なるものが見出されている。即ち、概言すれば、裁判所は命令の有効要件たる形式的要件及び實質的要件の何れに亘つても審査し得るものとされている。斯かる積極的解釋は先づ英國に於いて認められ、大陸に於ては始め立憲的發展は裁判所の命令審査について有利に發展せず、例えば佛國に於ては一七〇八年裁判所構成法は三權分立の原則から出發してこれを否認したが、一八三一年ベルギー憲法第十條「法院及び裁判所ハ一般ノ各州又ハ各地方ノ條例若ハ規則ニシテ法律ニ矛盾セザルモノニ非ザレバ之ヲ適用セズ」の規定に依つてこれは憲法の明文の承認を受くるに至つたのである。ドイツに於いてはこれは一般に理論的に承認せられ、假令憲法の明文の承認を欠く場合と雖も裁判所は當然に命令の審査権を持つ可きものと解されてきた。唯々一八五〇年プロイセン憲法一〇六條第二項「適當ニ發布セラレタル命令ノ効力ヲ審査スルノ權ハ官廳ニ屬セス」兩議院ニ屬ス」は一般の解釋と反對の解決をなしたものであつた。然しながら、裁判所の命令審査権は一八六七年舊奧太

利憲法に於て明文の承認を得ていたものであつて、司法篇第七條は「裁判所ハ正當ニ公布セラレタル法律ノ効力ヲ審査スル權限ヲ有セス、但シ裁判所ハ其ノ繫屬中ノ事件ニ關係アル命令ノ効力ヲ審査スルコトヲ得」と規定し、更に亦、行政裁判所は命令の審査に關して通常裁判所と平等であるとする行政裁判所法の規定に依つて、舊奧太利に於ては此の問題は凡らゆる疑問を排除する方法に於いて解決せられていたのであつた。^(六)

憲法裁判所に依る命令の審査に於いては、例えは^(七)

(a) 命令權の委任 命令權の委任は唯法律がこれを許容する場合に限つて可能である。凡べての官廳は自己の法上の權限を行使すべき權利を有すると共に義務を有す。斯くて憲法裁判所は、聯邦政府の省令を必要に應じて修正する權限を支邦政府に授權したる省令を、その省令の基礎たる法律が聯邦政府へ留保したる命令權を再委譲したものとして之を取消した^(一九二二、十二、十一日判決)——但し、行政官廳が下級官廳に詳細の規則に依り自己の命令を補充せしむる目的で行う命令權の授權の中には命令權の委譲は存せずとした^(同判決)。

(b) 然し乍ら、法の創造と法の執行との區別は甚だ困難を生ずる。

憲法裁判所は法律の授權に基づく命令に對し命令が違法越權、換言すれば授權の範圍並に目的に違反せざるや否やについて審査する^(一九二二、三、十三判決)。例えは、聯邦法律が支邦政府に對し聯邦政府又は大臣の認可に依つて命令を制定する權限を承認してゐる場合、聯邦大臣が拒否をなさなかつたことを以つて直ちに暗黙の認可を與えたものと見ることを得ざるものとした^(一九二一、五、十二及び十三日判決、一九二二、六、二八日判決)。

第三、判決

(一) 判決の効力 憲法裁判所の判決による法律又は命令の取消は、法律又は命令の廢止又は撤回と同一視され、その廢止又は撤回と全く同様に、當該法律又は命令が法秩序の中から消滅するといふ事が基本原則をなしている。

(一) 先づ、憲法裁判所による法律及び命令の取消の効力發生の時期については次の原則が樹立せられている。

(イ) 命令の取消については例外なく公布の日から効力を生じ(憲法二二九)、(ロ)法律の取消については憲法裁判所は取消された法律の全部又は一部の失効に關して期限を設けることができるが、但し此の時期は六ヶ月を超ゆることができない(憲法一四〇)。

法律と命令とのかかる相違は取消されたる命令を新たに適法の命令により取りかえることは即時に行はれ得るが、法律にあつては立法的に相當長い準備期間を必要とし、その間法秩序の中に空隙を生ずる恐れがあるためであると考えられた。

凡そ、無効と決定した法律の存續期間を一定期間延長するといふ事實の中には憲法裁判所が準立法權を行使したと謂い得よう。

(二) 次に、憲法裁判所による法律又は命令の取消は原則として唯將使に向つてのみ(Pro future)その効果を生ずる。憲法裁判所は例外的に違憲違法の法令をその成立の當初から拘束力を有せざるものと宣言することがあるが、原則的には判決による取消の効果は一旦有効に成立したものを唯々將來に向つてのみ廢止することにあつた。

この事と關聯して最も重要なことは、(a)法令の廢止は法令がそれと抵觸したる他の法令を復活せしむる効果を生じないといふことである。(10)この事は法秩序の空隙を作る結果となり、従つて一九二五年憲法裁判所に對し、その必要

と認むるときは舊法を一定期間復活せしむる権限を與うべしとの提案がなされたことがあつたが、これは國會の反對に依つて實現しなかつた。(b)取消された法令の基礎の上に立つて従前とられた諸行爲はそのまま有効である、但し、命令については次の區別が生じた。(イ)委任立法の廢止又は豫定せられた期間の終了の結果、當該委任立法の効力が消滅した場合は、その基礎の上に發せられた命令の効力は消滅せず、(ロ)單に法律の執行のためにのみ發せられた命令は法律と同時に消滅する。(ハ)取消の不遡及の原則に對する多少の例外は見出される。先づ、命令については先決問題の訴訟として命令の取消訴訟を提起し、判決の結果直ちにその中斷せられた訴訟手續を再開すべき裁判所は憲法裁判所の判決に拘束せられる(法六〇、六一、六五)。従つて、若しも命令が取消された場合、當該裁判所は命令は恰も訴訟の原因となる事實が生じた時既に廢止せられていたものとして事件を裁判する事を要し、従つてこの場合取消は遡及効を生ずることとなる譯である。右は憲法裁判所が職權により命令の適法性を審査し、之を取消す場合に對しても準用せらるる事となる。次に、法律については取消の遡及効は裁判所が訴訟提起權を與えられていない事實と關聯して著しく制限され、それは唯々憲法裁判所が職權を以つて違憲立法の審査を行う場合に於いてのみ問題となる可能性が與えられていた。

(二) 審査の訴訟手續 法律又は命令の審査請求の訴は書面を以つてし書面には關係法令、訴の基礎となる事實、及び違憲又は違法なる法律又は命令の全部又は一部の取消又は違法性の確認を求むる主旨を記載する(法十五、五七、六二)。

法律の審査を請求する政府は直ちにその訴狀を關係ある聯邦又は支邦の政府に通知する(憲法一四〇・二)。審査請求

は期限に關する制限がなく、法律又は命令に關して、如何なる時期に於ても、憲法裁判所に提訴し、また、憲法裁判所は審査し得る（法十八條參照）。

裁判は公開の口頭審理に依る。訴訟手續は簡易迅速、全利害關係者の参加に依つて行はれる。事件は所長及び八名の判事に依つて審理される。判決は投票の過半数を以つてなされる。議長は投票權を有せず、唯々可否同数の場合の表決權のみを有す（法三一）。決定のため必要な多数票が如何なる種類の意見にも生ぜざる場合は、討議を繰り返し、第二回の投票を行う。此の場合に於ても未だ決定を得られない場合、止むを得ざる手段として、申立は多数の論點に細分して討議を行う。一點についてなされた決議は次の點に關する討議及び決議に際しては以前の決議に同意せざりし投票者も亦その判断の根據として採用し且つそれに従つて更に投票せねばならぬ（法三二）。

本法が他の規定を含まざる限り、民事訴訟法及び同施行法の規定を準用する（法三五）。

判決は口頭審理に續いて下される。判決は共和國の名に於て下され且つ公布せられる（法十九）。

憲法裁判所の判決は既判力（*force de chose jugée*）を生ず。これは終審且つ至上のものであり、（a）之に對しては如何なる控訴も存在せず、（b）憲法裁判所自身も再審を決定することを得ず（法三四）、（c）憲法裁判所がその審査に屬する法令の適法性を宣言した場合、之等の法令は同一の理由に依つて憲法裁判所に出訴することを得ない、かかる場合憲法裁判所は訴は既判の故に却下する旨を宣言することを必要とする（法十九・3）、（d）あらゆる官廳は憲法裁判所の判決に依り拘束せられ且つその執行を保障する義務を負ふこととなる。

（三） 判決の執行 憲法裁判所又は國事裁判所の判決とその執行に關する基本問題については、他の機會に觸れた

ところである。^(十一) 奧太利憲法裁判所の判決の執行を見るに、茲ではただ取消の判決のみが執行の問題を生ずる。

執行力は判決の公布によつて生じ、公布によつて取消された法令は、當該法令を發した所轄官廳による廢止がなされたと同様に、消滅する。従つて、権限ある官廳は、判決の結果として法令を廢止するものではなく、唯取消を公布すべき義務を課せられているのみと解すべきである。

(一) 憲法裁判所が違憲として聯邦の法律又は支邦の法律の全部又は一部を取消す場合、判決は直ちに聯邦宰相又は所轄支邦宰相をして取消を公布すべく義務づける（憲法一四〇）。公布は聯邦又は支邦の官報を以つて行ふ。

(二) 憲法裁判所が違法として命令の取消を命ずる場合、判決は當該官廳をして之を直ちに公布すべく義務づける（憲法一三九・二）。

聯邦官廳の命令にあつては一九二〇年十二月七日聯邦官報法により主任の聯邦大臣であり、假令命令が下級官廳によつて發せられていた場合と雖も同様である。又判決の公布は當該命令が官報に掲載されていない場合と雖も官報に掲載されることを要する。次に支邦官廳の命令にあつては法に明文の規定が存しないため、支邦固有の權限事項に關する命令の場合、憲法裁判所は支邦政府にその義務を課し、また、聯邦の行政事項に關する支邦の命令の場合と雖も支邦政府にその義務を課している（法六〇・二、六四・二参照）。

憲法裁判所の取消判決を公布すべき憲法上の義務を負う官廳がその義務を履行しない場合、これは聯邦憲法第一四二條によつて規定される當該官廳の聯邦議會又は支邦議會に對する責任問題を生ずると共に、その執行を保障すべきものは聯邦大統領である。聯邦大統領は憲法裁判所の直接の申立に基づいてこれを行ふ。

- (1) Annuaire de L'institut international de droit public 1929. p.52.
- (11) Annuaire, op. cit. p. 69. Eisenmann, La justice constitutionnelle et la Haute cour constitutionnelle Dautriche. p.161.
 榮徳部雜誌「ホーストリアの憲法裁判所」(國家學會雜誌第四四卷二號)
- Adamovich. Die Prüfung des Gesetze und Verordnungen S. 89 ff. Grundriss des österreichischen Staatsrecht. S.31.1.
 Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit.
- (12) Adamovich, a. a. O. S. 116.
- (13) Eisenmann, op. cit. p. 172f.
- (14) Eisenmann, op. cit. p. 243f.
- (15) G. Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 66ff. Anschutz, Verordnung (Wörterbuch. Bl.3) S. 675.
- (16) Eisenmann. op cit, p. 207
- (17) Adamovich, a. a. O. S. 306. Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit S. 53ff.
- (18) Eisenmann, op. cit p. 243
- (19) Annuaire, p. 74. Wesen, S. 40ff.
- (20) Vitorelli, Zehn Jahre Verfassungsgerichtshof. S. 12.
- (21) 掛稿「獨ノ國國事裁判所論」(法政研究三卷一號) Behr, Die Rechtskraft der Entscheidendes Staatsgerichtshofes. (Arch. d. öff. Recht, N. F. 17. S. 436.)