

裁判所の法律審査権：その一騎

林田，和博
九州大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/14370>

出版情報：法政研究. 22 (2/4), pp.171-188, 1955-03. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

裁判所の法律審査権

— その一 齣 —

林 田 和 博

一、米國裁判所の法律審査権

米國の裁判所はすべて違憲法律の審査権を持つ。例えば連邦最高裁判所は、連邦憲法の解釈者又は番人として、その所有する法律審査権を以つて世界で最も強力な裁判所であると謂はれている。即ち米國の連邦最高裁判所は、多くの他國のそれとは異り、法律の形式的審査のみならず実質的審査を行い、連邦議會及び州議會の立法行為を憲法違反にして無効と宣言する権限を確保しているのである。

斯かる立法行為の違憲審査権は米國の凡ての裁判所が大なり小なり所有するものであるが、それは何処から生じたか。此の重要な問題は一七八七年憲法議會に於て論議の中心となつたが、しかも憲法は遂に沈黙を守つて終つたのである。蓋し、当時の憲法制定者達は、もしも法律が憲法のいづれかの規定に違反すると認めたらば、裁判官達は憲法はそれ自身を「最高の法律」と宣言しているが故に（第七条2）、法律の適用を拒むであらうという推測を以つて満足したのであつた。

これを歴史的に見れば始め、アメリカ建国の以前に於いて、英領アメリカ殖民地の多くは英國王の免許状チャーターをうけ、殖民地集會は立法権の行使に於いて免許状チャーターによる制限を受けていたのである。かくて、殖民地時代にはこれらの集會の権限の免許状違反の問題が頻発し、免許状違反の法令は殖民地裁判所、また、事件が英本國に移送された場合は

枢密院 (council) に依つて無効の宣言がなされていたのであつた。斯かる立法行為の裁判所による審査は、一七七六年米国の独立宣言當時に於てもそのまま継受され、茲では免許状にかわつて新たに州憲法が現はれたのであつて、各州憲法はそれぞれの立法議會に對し明文による限定的立法権を委託したのであつた。かくて州憲法が委託した立法権の範圍を踰越し又は州憲法の規定を侵害するような州議會の法律又はこれに基く命令の無効宣言をなす権限を州裁判所が引受けたのであつた。

一七八九年連邦憲法が制定せられ、これが州憲法及び州法律に優位することが規定せられた時も事情は何ら異なる所がなく、州憲法及び州法律が連邦憲法に違反するや否やの審査を連邦最高裁判所が引受けたのと同様に、連邦憲法によつて限定せられた連邦立法権の行為はその権限の踰越について連邦最高裁判所に依つて審査せられるとの思想が樹立せられたのである。但し、かかる思想もその実行の道は必ずしも容易ではなかつた。合衆国統一への政治的經濟的文化的基盤の成熟と、連邦最高裁判所の學徳勝れたる裁判官の非凡の努力が、これを結実せしむるに至つたのである。即ち、連邦最高裁判所の違憲法律審査権否認論の根柢たる立法権優位主義や州優位主義に對し、肯定論の根柢たる司法権優位主義や連邦優位主義に決定的地位を与へたのは實に一八〇三年マーベリイ對マヂソン事件であつた。此の事件は、大統領アダムスがその任期満了の前夜に作成したマーベリイをコロンビア地方治安判事に任命するとの辞令書の交付を新大統領ジェファースンの新國務大臣マヂソンが拒否した事に関係するが、連邦最高裁判所長マーシャルは判決の中で「憲法は至上の永久法である。憲法に違反する立法行為は、法律ではない。それは無効である……。一法律が憲法と矛盾する場合に、その何れが支配するかを決定することはまさしく司法の責任である。」と述べた。

一 違憲法律審査権の理論的基礎

アメリカ三権分立の思想に依れば、立法と司法とは、統治の共同的部分として同格、その固有の機能の行使に於て

であり、その権限内で行動する限り、他の統制又は監督に従わしめらるべきものでない。憲法は三権を分離するが、三権の中の一を他に従属せしむるものではないのであつて、たとひ裁判所が法律を違憲にして無効と宣言するとしても、かかる場合に於て、裁判所は裁判事件の中でただ何が法かを宣言すべく求められて、法律が憲法と矛盾する場合に憲法を以つて永久至上の法として宣言するのみであり、従つて、彼等が立法的行動を無視し得るのはただ彼等が立法者はその憲法上の制限内に止ることに失敗したと判定する限度内であると解せられる。^{*}

^{*} 裁判所は次の如く述べている。一法律の適用を望まれた場合に、凡べての關係ある法律をその相互の關係で考慮の中にいれるのは裁判所の義務である。しかるに、關係ある法律の一は憲法、すなはち、より高き法律である。従つて二つの法律の間の矛盾はつきりなると、より高きものはより低きものへの遠慮なしに適用され且つ低きものは讓歩することを要す^々と。

斯くて、裁判所はかかる権利の行使において司法権が階級的に立法に優位するものとして司法的至上権^{サプリマシー}(supremacy)を要求するものではなく、ただ公共意思(public will)の管理者(administrator)として一定の立法者の行為(act)を憲法に依つて禁止せられているが故に無効と宣言し、憲法の中で宣言せられている人民の意思が法律の中に表現されている人民の代表者の意思より勝るものとして確認するのみであると解せられる。斯くて、アメリカ裁判所の違憲立法の審査権は大陸の憲法争議裁判所・憲法裁判所や我が国の枢密院のそれに比して消極的、受動的であることが最も注目されねばならないであらう。^{*}

^{*} 大陸型の法令審査権は国の第四の権限といわれる。大陸ではかかる権限が第三院としての憲法裁判所又は樞密院によつて行使されたのである。

二 審査権の行使

アメリカに於て立法に対する裁判所の統制は普通裁判の道に於て、且つ、当該法律の有效性が一の本質的附随事件

を構成するが如き事件の裁判と結合して、行使せられる。

アメリカ裁判所の違憲法律審査権の放散制は、当該事件に対して管轄権を持つあらゆる普通裁判所がかかる権限を持つこととなり、且つ原則的に上級審裁判所の覆審の可能性が与へられている。茲では連邦憲法については連邦最高裁判所、州憲法については州最高裁判所が最高最終の解釈権を持ち、他の裁判所はこれに拘束される。先づ、連邦法律の連邦憲法違反については連邦の各裁判所が審査権を持つと共に、州の各裁判所も持ち、州最高裁判所の判決に対しては連邦最高裁判所が最終控訴審をなしている。連邦裁判所による審査の場合、第一審連邦地方裁判所第二審連邦最高裁判所の経路の二が分れ、また、州裁判所による審査の場合は、訴訟が州の各裁判所の裁判を経て州最高裁判所から直ちに連邦最高裁判所へ上訴せらるる場合と、州裁判所が第一審に於て審理に当る場合に事件を連邦地方裁判所に移送して連邦各裁判所の経路を辿つて連邦最高裁判所に達する場合の二が分れる。

凡そ、米国裁判組織に於て訴訟が連邦最高裁判所に繫属する場合は

一、連邦憲法に依り連邦最高裁判所が第一審の裁判管轄権を有すると定められた場合（第三章第二條前掲参照）*

* 殊に州際間の私法的ならざる法律争議の裁判権は憲法裁判、見地から最も重要である。

二、連邦下級裁判所から提訴せらるる場合

三、州裁判所から提訴せらるる場合*

* (i) 州憲法又は州法律の規定が連邦法律若しくは國際条約の規定に違反すると主張される場合

(ii) 連邦憲法、連邦法律若しくは國際条約の認むる権利や権限の解釈が問題となる場合

右の場合に限るものであつて、茲に、連邦最高裁判所の連邦憲法の解釈者又は番人としての活動が現われている。

連邦最高裁判所は連邦議会の行為の違憲性についてののみならず州議会のそれについても審査する。連邦憲法に依れば

「此ノ憲法及び此ノ憲法ニ從ツテ制定サレル合衆國ノ法律並ニ合衆國ノ國權ニ依リ締結サレタル若ハ締結サルベキ凡テノ條約ハ合衆國ノ最高法律タリ、各州ノ裁判官ハ凡ベテ之ニ拘束サレ各州ノ憲法ニ違反スルモ閱スル所ニアラズ」(第六條第二項)

右の規定は、州立法の連邦立法に対する關係に於て、連邦憲法、連邦憲法に從つて制定せられた連邦法律、及び連邦の國權に依り締結せられた國際條約は、合衆國の最高法としての拘束力を有し、連邦裁判所は勿論州裁判所と雖も、州立法、換言すれば州憲法及び州法律のこれらえの違憲性を審査し得ることを示し、これは理論的考慮を離れて実定法上解決せられている訳である。これは、下級団体と、その上級団体との統制關係に於て、上級団体が裁判所にその統制を委託する關係である。もとより、立法について連邦議會並びに州立法部は各々その權限の限界を有し(連邦憲法第一章參照)、此の權限の範圍に就いて意見の相違を生ずる可能性が存し、これが公正な決定をなす權利を持つものが必要とせられている。換言すれば、すべての立法団体が必然に自己の權限を擴大せんとする危險性があるときこれを憲法の規定する限界内にチェックし、国会と州立法部との權限の衝突について公平なるアンパンチャーとして役立つ何物かが必要とされるが、終身にして且つ政治的野心を有せざる、優れた法律家たちの公平なる団体をしてこれに當らしむることこそ最も適當とされるのである。かかる積極論に依れば、連邦最高裁判所が公平の名に於て不人氣の判決を下すことのあるのは時として止むを得ない事であり、たまたまかかる事例があることは連邦最高裁判所の審査權を否認する理由とはならず、判決はそれがなされた時は不人氣でもそのうちに國民によつて違つた眼で見直されるに至る場合があることを牢記せねばならぬ、例えば、一八一九年のマツク・クルロッツチ對メリーランド事件の如きは今日では誰もこれを非難するものはない、とされている。

斯くて憲邦憲法が各州は如何なる私権剝奪法も制定することを得ずとするに拘らず（第一章第十條第一項）州立法部がかかる法律を制定した場合、或は連邦憲法が州際間の商業規律權を国会に与へてゐるに拘らず（第一章第八條第三項）州立法部が運送の途中で自州の領土を通過する他州の物品に課税する法律を制定した場合は、かかる州法律は連邦最高裁判所によつて違憲且つ無効と判決せられねばならぬ。

州法律の州憲法への適法性については州の各裁判所が審理の權利と義務とを有する。これも始めは理論に、實際に、反対が存したが、遂には裁判所の勝利をもつて終つた。その終止符を打つたのは一八四八年ペンシルバニヤ最高裁判所判決であつた。同裁判所は二十年前の自らの判決を覆して支配的見解を奉ずる旨を宣言し、「憲法違反の立法を防止し得るところの一の独立機關が存在せねばならぬ、然らずんば市民のもつ所有の確實性は統制不可能の權力の手に委ねられたままとなる。若しもその代表者の行為が如何なる再審（Revision）にも服しない場合は、立法にいかなる枠を課してみても、國民にとつては何のたしにもならぬ。」と。

州最高裁判所は、州憲法又は州法律の連邦憲法又は法律への違法性が問題とならざる限り、州憲法の解釈者及び番人としてあらわれ、その判決は連邦最高裁判所をも含む他の凡べての裁判所を拘束するものとせられてゐる。^{*}

*但し、連邦裁判所は、その繫属事件の裁判に於て、州法律の州憲法への適法性を審査する必要がある場合は、事實上、当然これが審査權を有するものと解される。一州は、他州の違憲の法律の審査權を有するものと解せられる。しかし、かかる違憲法律の審査に関する放散制は判決の不安定矛盾混乱を惹起していることが訴へられてゐる。

凡そ、違憲法律の裁判所に依る審査は連邦憲法追加第十四條の適用の中で典型的發展が見られた。この規定は、始め、新たに解放せられた黒人の自由に対する州の干渉を阻止するために追加せられたものであつたが、その後、この規定は、州の黒人のみならず、州の一般人の、殊に公益企業の統制、労働者の保護、租税の賦課及び保健衛生の規律

を対象とするもの、との拡張解釈が樹立されるに至つた。更に亦、この規定の中に含まれている「正当な手続 (due process)」によらずして其の生命自由若しくは財産を奪ふべからず」の解釈が変更せらるるに至つた。即ち、マグナ・カルタから継受した此の命題は、始めは単に、普通裁判所が訴訟手続に従つて提供すべき、執行権・行政府の越権に對する保護としてのみ適用せられたものであるが、後では、これに立法権・議会の行動を統制する機能を持たしめることとなつた。序みに亦、この規定は始めは単に州の立法及び行政を規制する州憲法の一般的原则として採用せられたものであつたが、後では、連邦のそれらをも規制する連邦憲法の一般的原则に迄高めらるるに至つてゐる。ともあれ、今や、州の立法行為は凡べてかかる包括的原理の下に連邦裁判所に依る統制に服せしめらるるに至つたと共に、州裁判所に依り、連邦裁判所と同様の統制に服せしめらるるに至り、斯くて、いわば、州立法は二重の、裁判所的統制に服することとなつてゐるのである。

三 審査権の限界

アメリカ統治の基本原則としての権力の分立、司法権の獨立、立法権の不可讓性、特別立法の禁止、基本権としての信教の自由、集会の自由、請願の權利、裁判請求権、身体の自由、所有の自由、「正当な手続」、などの解釈は裁判所の統制をして必然的に政治と關係を持たしめ、その裁判所による保護は經濟立法への効果的な制限となり、普通法のラヂカルな変更の制約となつてゐるのである。裁判所、その先端に連邦最高裁判所、は立法に對する真実の申告裁判所に迄なされてゐる。とすれば、茲に当然裁判所の違憲法律審査権の限界の問題が生じて来る。前述の如く、大陸の憲法裁判所や或は我が国の枢密院などのそれとはその性格を異にすべき、アメリカ裁判所の違憲法律審査権の限界は、裁判所自身の判例を通じて不動の原則が樹立されてゐる。斯くて、かかる原則の主要なるものについて列挙すれば、次の如くである。

(a) 裁判所が違憲法律を無効と決定するのは、其の決定が事件 (Cause) の決定のために必要とさるる限りに於てであつて、裁判所はかかる重要な事件の中に、附帶的 (collaterally) に、或は亦 (まづ) 場合 (trivial occasion) に於て、干与せしめらるべきではない。憲法問題は、開始された紛争 (lis mota) の場合に限つて論議せらるべしといふ原則は、同格者 (coordinate department)、換言すれば、立法権と司法権との關係にあつては最も尊重せらるべきものとされる。

(b) 裁判所は、それを無効とする事に何等の利益も有せざる当事者に依つてなさるる、法律の違憲性に関する訴 (objection) に身を傾けることをしない*。

* 例げ一法律が残留権被遺贈者から權利をその意思に反して剝奪するが故に違憲なりといふ訴は唯々残留権被遺贈者の利益のためのみなされ得るものであつて特殊の財産の所有者に依つて提起せられ得ず。亦其の所有權が法令に依つて剝奪されることに同意した当事者は、後になつて、その法令は財産權の保障に関する憲法規定に違反することを理由として反対し得ない。

無効宣言は、法律の效力を問ふ直接の具体的權利を有する人に依つてのみ利用せられ得るものであつて、第三者に依つて利用せられ得ず、斯かる範圍に於てのみ裁判所は介入すべきものとされる。

(c) 裁判所は、法律をそれが唯々不正且つ圧制的であることを理由として、或は亦それが国民の自然權、社會權、參政權を侵害すると想像されることを理由として、違憲且つ無効と宣言することを許されない。斯かる不正が現に憲法に依つて禁止せられ又は斯かる權利が憲法に依つて保障せられていることが必要であるとされる。

(d) かくて、裁判所は憲法の規定の意味ではなくして、それが憲法の言葉の中に表現せられていない一 (a spirit) の精神に反すると考へられるとの理由を以つて法律を無効と宣言することを許されない。

一般的原则の上に立つて、司法的干渉に依つて、立法權の全能權を制限するのは、成文憲法の明文が、その權限を

与えている場合に限定されるべきものとされる。

(e) 更らに亦裁判所は法律が共和民主的統治 (republican government) の基本的原則を侵害するかに見えるといふ理由を以つて違憲と判決することを許されなす。

* 例へば (Cooley, *ibid.*, p. 350) 地方の共同利益は、自治の本旨の上に立つて、各地区に於て処理せねばならぬことは共和政治の格率である。然し、この格率は、州の立法権に依つてその例外が作られ得るものであり、且つかかる例外に対しては、公益がそれに依つて増進される、といふ推定がなされねばならぬ。

(f) 裁判所は、必要な形式・手續をとつてパスされた法律の無効を宣告すべく求められた場合は、問題に最大限の慎重さを以つて近づき、それを凡ゆる角度から吟味し、熟慮及び強靱なる注意がその主題に対して何等か新しい光明を投げける迄研究し、且つ該法律の無効がその判断に於て疑なきものと確信せらるるにあらざれば、無効と宣言する事を許されない。疑はしい場合は立法者の有利に於て解決せられ、支持せらるべきであつて、法律が有効か無効かといふ重大且つデリケートな問題も、簡單なる含意 (implication) や漠然たる臆測の上に置かるべきものではなく、裁判官は憲法及び法律の矛盾に就いて判つきりした、強い確信を感じるものでなければならぬ。

かくて、例へば、裁判所は立法権の行使についてその動機を (motiv) を尋ねる事を許されない。即ち、裁判所は立法の動機を尋ね、もしそこに不正や腐敗が存在する場合は、法律を無効として破棄すべきである、といふことが法廷に於て屢々主張せられたにも拘はらず、かかる主張は裁判所の同意を得るに至つていない。蓋し、立法者はその正当な権限の行使について独立であり、その動機に関する責任は、裁判所ではなく、唯人民が問ふべきものであるが故である、とされるのである。

(g) 法令は時としてその規定の若干が憲法に矛盾し、他は然らざる場合が發見される。かかる場合に於て、憲法と

矛盾する部分、又は憲法上の必要条件が守られなかつた部分が一括して (in association) 無効と宣言せらるべきか否かは全く当該法律の目的の如何にかかり、換言すれば、如何なる方法、如何なる程度で違憲の部分が残余の部分に影響するか、にかかる。法律の一部が違憲である事實は、裁判所をして残りの部分を無効と宣言することを權威づけるものではなく、ただ、法律の規定全部が同一目的に向つて働き、或は立法者が一を他なしにパスせしめんと欲したといふことが推定不可能の程度に於て相互に結合している場合は、別とされる。すなはち、若しも違憲の部分が破毀せられた場合、残りの部分がそれ自身完全であり、破毀せられたものとは全然独立しているならば、それは維持せらるべきものと解されている。

二、日本国憲法八一条と裁判所の法令審査権

日本国憲法第九章第九六条憲法改正、第十章、最高法規、第九七—九九条の一聯の章条が欧州諸国の憲法史の中で伝統的に発展しつゝある「憲法の保障」という章条と同一類型に属し、これを指向しつゝあることは一見明かである。しかも、かかる欧州諸国の「憲法の保障」の章条が常に固有している特別の憲法裁判所による憲法の保障制度をその中に規定していない。

茲に、憲法第九八条第一項違憲の法令の無効宣言の規定が第九七条の基本的人權保障に関する規定、従つて第十一条第十二条第十三条の規定に密接し、また、第八一条の裁判所の法令審査権の規定と不可分の関係におかれていることが明白でありながら、しかも、憲法第八一条に示された最高裁判所の権限・機能の中に特別の憲法裁判所のそれを想定して、これを解釈することの不合理性が発見される。^{*}

^{*} 最高裁二八、四、十五日大法廷判決

最高裁判所に対し、その構成、裁判の対象、手続、及び判決の効果において通常裁判所の司法権から峻別される特

別の憲法裁判所の権限・機能を求めるためには、憲法改正の方法による立法解釈が必要と解される。

一 裁判所の法令審査について、まづ、第一の問題は違憲審査権は集約的に最高裁判所のみ認められるか、放散的にすべての裁判所がこの権限をもつかの問題がある。これは違憲判決の效力問題とも密接に連関する問題である。

憲法第八一条が最高裁判所に対し、法令審査について終審裁判所としての地位を認めることは明白である。斯くて、違憲法令の審査といふ重大問題については常に最終的には最高裁判所の判定をまつことが可能といふ制度が確立されていなければならない。^{*}

^{*} 民訴四〇九ノ二、四一九ノ二及び刑訴四〇五、四三三はこの線に沿う解決である。

然しながら八一条が最高裁判所に対し法令審査について始審にして且つ終審の裁判所とするものか否か、は疑問の余地が残される。もちろん、最高裁判所をして法令審査について始審にして且つ終審の裁判所とする制度自体が直ちに憲法違反と解することはできない、と解される。

然しながら、憲法八一条は、後述の如く、裁判所の法令審査権を司法権の枠内で、これに附随して認めるものと解されるが故に、憲法第七六条第一項との関係上、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される。かくて、法令審査に関する下級審の判定は上級審の判定によつて拘束され、最高裁判所の判決には最終、最高の形式的確定力が認められる結果となるのである。

以上と関連して、裁判所の法令審査は法定の審級を尽して行はれることが必要である。現行訴訟法の下では、最高裁判所に、直接、提訴することは原則的に認められず、この場合は民訴二〇二条によつて却下されねばならない。^{*}

^{*} 下級裁判所に於ても訴訟事件の審判に當つて憲法適否の判断をすることが出来る（最高裁判所二四、三、二九判決）。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。(憲法七六条第一項参照)(最高裁判所二七、一〇、八日判決)

なほ、憲法八一条について以上のような解釈をとる限り、判決の混乱と遅延とは避け難いこととなる。

かくて例えば、その救済方法として、判決の前提として法令の違憲性が争われる場合は、直ちにその前提問題を最高裁判所に移送し、その違憲性の有無について最高裁判所の判断を求めることができるよう裁判所法を改正する意見などが支持される。

二 法令の審査は個々の具体的事件について行われる。この点についても、憲法八一条に関し、最高裁判所をもつて特別の憲法裁判所となし、法令の違憲性について抽象的に裁判し、もつて憲法の番人の実をあげようという解釈が見られる。

然し、かかる解釈はとられ得ない。憲法八一条は、最高裁判所に対して、特別の憲法裁判所の地位を与え、抽象的に法令の違憲性について裁判せしむるためには、充分の規定ではない。憲法第六章司法の章条がアメリカの司法制度を殆どそのままとり入れていることは憲法の全体的構造、解釈の上で疑いの余地がない。かくて、第六章「司法権は最高裁判所及び法律の定むる下級裁判所に属す」(七六)の司法とは、法律上の争訟について何が法かを宣言することを意味し、法律上の争訟とは具体的な人間相互の関係において個人的権利の保護を求める民事事件、自然犯について行為者の刑事責任を問う刑事事件、及び行政作用に関し行政機関と関係者の間の争を裁判する行政事件の三を指す。裁判所の法令審査はかかる具体的事件に関して判決を通じて行はれる。この場合の審査の本質的内容は、裁判所が具体的事件の裁判に当り、憲法と法律とが矛盾し法律の適用を不可能と宣言することである。従つて、

(4) 法令は、その議決・公布の事実のみをもつて違憲判決の対象となることはない。例えば、自衛隊法、改正警察法、公安条例の如きは、その存在自体を違憲として争うことは許されず、先づ、これらの法令に基く国家公共団体が

の他による、具体的な、個人の権利侵害、利益侵害が行はれ、事件が法律上の争訟として裁判所に繫属して始めて違憲性が審査の対象となる。⁽¹⁾⁽²⁾

(一) わ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……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法性を判断する権限を有するとの見解は、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない(最高裁判所二七、一〇、八日判決)

(二) 公安条例は、一般的抽象的な法則を定めたものであつて、何等具体的に特定個人の権利義務を定めたものとは認められないから、その制定をもつて、行政庁の処分ということとはできない。従つて、公安条例の無効確認を求める訴は、不適法である。

(福井地方裁判所二三、一〇、十六、判決)

(ロ) 審査のためには、関係者の訴を待ち、訴訟法上の諸条件が具備しなければならぬ。例えば、保安庁法の違憲訴訟について考へ得るように、甲が国民又は政党の名で法令の違憲性を訴え、或は税金が違法な目的のために行使せられたりとして提訴するが如きは、民衆訴訟、納税者訴訟などの特別法の規定がない限り、訴訟条件たる当事者能力や訴訟利益を欠ぎ、裁判所に繫属し得ず、従つて、法令審査の対象となり得ないものと解される。なほ、衆議院の解散、国務大臣の任免、条約の締結、予算の作成、議決、執行、恩赦の決定などが統治行為として裁判所に繫属し得ないものと解すべきか否かについては疑問がある。^{*}

^{*} 予備隊予算違憲訴訟(最高裁判所二七、一〇、八日判決)

(ハ) 裁判所の法令審査は法令そのものの違憲性について争うものではなく、具体的事件の裁判の過程において行わ

れる。換言すれば、法令審査は裁判所が民事事件刑事事件及び行政事件を裁判するに至り、これと相関的に行はれるのである。裁判所は判決主文をもつて、法令の全部又は一部を違憲にして無効と宣言するものではなく、判決主文に伴う判決理由の中で、当該法令の違憲性について判示するものである。

三 裁判所の判決の効力については一般的効力説と個別的効力説とが区別される。

一般的効力説は判決によつて違憲と判定された法律は直ちに無効として廃止されたと同様の法的効果を生ずるものと解する。欧州に於る特別の憲法裁判所の判決は、法律と同一の効力、Gesetzeskraftをもつことについては前述した。この場合理論的には法律と判決とは前法、後法の關係に立ち、なほ、裁判所が一度無効と判決した法律と同一内容の法律の立法は認められないが故に、判決は法律以上の効力をもつこととなる。なほ、アメリカにおけるが如く、判例憲法主義が制度化されているところではほゞこれと同様の結果を生ずることとなる。

憲法第八一条について一般的効力説が存在する理由を挙ぐれば、

- 1) 憲法九八条第一項は違憲の法令の無効を宣言する。およそ、三権分立の原則をとる以上各々の国家机关、国会、内閣、裁判所はその職権行使の前提として各々独立にその適用すべき法令の適法性について解釈し得るのが当然である。しかしそれでは解釈が区々として国家意思の統一を欠ぐ懼れがある。斯くて、憲法第八一条は各国家机关の樹立する解釈の中で最後の判断を最高裁判所に任せ、国家意思の統一を企てるものと解しなければならず、従つて最高裁判所の違憲判決は一般的に他の国家机关を拘束し、国家の終局的判断として、その法令の無効を確定的にする。
- 2) 裁判所判理事務処理規則第十三条は違憲の判決について最高裁判所の内閣及び国会への通告義務を規定するが、この規定は判決の一般的効力を裏がきする。
- 3) 個別的効力説をとる場合の不合理が強調される。例えばAの提訴に基き一税法が違憲にして無効と判決された

としても個別的效力説によれば、該税法自体は依然有効に止まり、課税官庁を拘束する。かくて訴なければ裁判なしの原則に従つて、同一課税処分を受けたB、C、D、Eに對しては、訴によつて勝訴の可能性が与えられたるしても、提訴せざる限り、該課税処分が依然有効に止まるという不合理を生ずることとなる、と。

しかし、右の解釈は明かに不当論証を含み、憲法八一条をもつて、最高裁判所に特別の憲法裁判所の地位を与えるものと解することはできない。判決に一般的效力を認める特別の憲法裁判所の地位は欧州における三権分立・民主政治の特殊な事情を背景として育成されたものであつて、立法機關の制定した法律を判決で覆すというのは形式は司法でも實質は立法である。その立法のプロセスからこれを消極的立法と呼び、憲法裁判所は、この場合、国の第四の權力を行使するものと謂わねばならぬ。従つて、欧州の憲法は、憲法の保障の^{*}の章条と共に憲法裁判所の判決にかかると一般的效力を認むる場合は、憲法の明文の規定を設けるものである。^{**}

* オーストリア憲法一三九、ボン憲法九四、新イタリヤ共和国憲法一三六

法令審査は一般司法権の枠内で行はれる作用と解される限り、憲法八一条と第四一条との合理的解釈が必要である。勿論、憲法第四一条「国会は国権の最高機關であつて国の唯一の立法機關である」の例外が憲法自身によつて認められ得ないことはない。然し、例外はあく迄も明白且つ充分の規定が存する場合に限られねばならない。

かくて、憲法第八一条、違憲判決の效力は個別的效力説をもつて妥当と解される。蓋し、前述の如く、裁判所の違憲判決は法令自体の存在を取消すものではなく、法令の適用・執行を拒否することにその本質を見るのである。その關係はアメリカにおける若干の判決において明示される。⁽¹⁾⁽²⁾

(一) 有名な一八八七年 *Shepherd v. Wheeling* 4. S. E. 635 で、¹裁判所は法律を無視するための理由を与えるかも知れない。然し、判決は当事者達にのみ効果を有し且つ法律に對する裁判 (Judgement against the statute) ではない。裁判所の

意見又は理由は他の同一の事件の決定のための先例として作用するかも知れないが、それは……法律を廢止する (rescind) ものではない。その訴訟の当事者達は判決に依つて拘束されるが、他のものはだれも拘束されない。全く同一の法律に基いて、新しい訴訟関係者は新しい訴訟を提起するかも知れない、然る場合前判決は禁反言 (estoppel) の抗弁として援用し得ないが、但しただ先例としてのみこれに依拠し得る。

更らに一九〇二年 Allison v. Corker 67 N. G. L. 596 Atlantic 362. で、いふ、違憲法律はやはり法律——すなはち立法行為であると考へる。かかる法律は通常無効であるといわれる。わたくしはむしろこれを最高法に抵触するが故に強制し得ない (unenforceable) と呼びたい。もし、これを無効と呼び得るならば、それはこれに基く請求に關してのみそうである……違憲と考へられる立法に關する裁判所の機能は對世的でなく、對人的に行使される (高柳・司法権の優位二三四頁 Field, The effect, p. 8)。東京地方裁判所は昭和二三年政令二〇一号に關し「憲法第八一条に定める裁判所の法令審査権も、裁判所がある法令が違憲であると判断した場合に、その法令を無効として、具体的事実に適用しないということによつて行はれるに止まる、と。(二) アメリカの場合において一般的効力説個別的効力説かは学説、実例、必ずしも明瞭でないようであるが、個別的効力説から出発し、判例法主義の制度的保障の上に立つて、一般的効力説の基礎が与えられているものと解される。わが国の場合は、判例法主義がとられていないことにおいて、アメリカの場合と事情は異なる。

「凡そ三権分立の意義は憲法において立法、司法、行政の三権を分立し、立法が法律を作り、その法律を誠実に司法と行政とが執行することにある。行政においては、假令法律を違憲なりと判断しても、それを適用・執行せざることについて国会に対し責任を負う。然るに憲法八一条により、司法は違憲と判断した法令を無効としてその適用・執行を拒むことについて国会に対し何等責任を負うことなしというのが、三権分立、司法権の枠内における裁判所の法令審査権の本質的意義である、と解される(憲法七六、第三項)八一七三、第三号)。かくて憲法八一条違憲法令の審査において判決はあく迄も判決

として、具体的事件を拘束するにすぎない。但し、かくの如く一見消極に見える裁判所の法令審査権もわが国の場合その明定は司法権の権限・機能の側から劃期的な意義が認められる。蓋し、かかるものが憲法上制度的保障を得る場合それはそれ自身、国会の恣意的立法に対し有力な抵抗線を形成する。このことは憲法が司法国家の組織をとつていふこと、(憲法七六条第二項、第三二条)、換言すれば政府又は国会は裁判所の違憲判決を容易に無視し得ず、反つて、これに直接、間接、拘束せらるる制度の中に確保されているのである。

二、裁判所判事務処理規則第十三条は憲法九八条第一項との關係で、判決の效力に關し、一步を進めたものと謂い得よう。然し、通告は違憲判決に際し、政府及び国会に対する反省の材料を提供するものとしても、通告が違憲法律を撤回廢止する形成的效力をもつものとは解されず、逆に違憲法律は内閣及び国会の手續を待つてのみ撤回廢止されることを確認したものと見ることが出来る。

三、個別的效力説をとる場合の不合理については、これが合理的解決は必ずしも不可能でない。その解決策の一つについては前述した。なほ

a) 違憲判決の変更は可能か否かについては、判決は判決に過ぎずとの解釈に立つ限り、一般原則に従つて、積極的に解される。

若し仮りに判決に一般的效力を認めることになれば一旦無効と判断した判決の変更は許されないものと解される。蓋し、一旦無効と判定された法律が後で有効として復活することは法的安定性の上から最も拒否されねばならぬ故である。

b) 法律が一部無効と判定されたときは法律の当該部分のみが無効となる。一部無効が該法律の全体に重大な影響を及ぼし、これによつて該法律の實質的意義が変更、消失する場合に於これによつて該法律が影響を受けること勿論

である。

c) 違憲法律は当初から無効か将来に向つてのみ效力を失はしむるかは憲法裁判所に關する立法論としては重要問題である。憲法八一条における判決は法律自体の無効確認の性質をもつものであるが故に、その事件に關する限り当初から無効と解される。その結果としての法的安定性の問題は別個に論ぜられねばならぬ。^{*}

* Mc Bain, *The living Constitution*, Thomas M. Cooley, *A treatise on the constitutional limitations*, S. 332 ff. Willoughby, *on the Constitution of the united states*, S. 1—45. Oliver p. Field, *The effect of an unconstitutional statute* S. 1—12. S. 305—324. 高柳教授司法權の地位八三頁以下。 Wilhelm Merk, *Verfassungsschutz*. *Ma-thew*, *American state government*. Beard, *American Government and politics*. Bryce, *the American Commonwealth*. Goodnow, *Principles of constitutional Government*. Pound R., *The American Constitution in the light of to-day* (*United states law Review* 68. 1934) F. Blackly and E. Oatman, *Some Consequences of Judicial Review* (*Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht*, Bd. I 1929) Blackly and Oatman, *Introduction to comparative Government*.