九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

フリッツ・モルスタイン・マルクス『司法的法令審査権に就いて』（一九二七年）

林田, 和博
九州帝国大学法文学部助手

https://doi.org/10.15017/14518

出版情報：法政研究. 2 (1), pp.73-102, 1931-12-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

Fritz Morstein marx, Variationen uber richterliche Zustandigkeit zur Prufung der Rechtmassigkeit des Gesetzes. 1927.

林田和博

はしがき

今や資本主義經濟の一般的危機は民主主義法治國家の現實的活動をして社會ファッシズムに迄駈り立て、"Krise des liberalen Staatsgedankens" が、[1] 國法學の全分野に亘つて市民國家的イデオロギーとしての法治國家の諸概念について、その價値論的目的論的再批判を餘儀なくせしめてゐる。從て近時かかる勞作がデモクラシイの危機、法治國家の危機、の題下に盛んに試みられつつある事は注目せらる可き事であるが、[2] わけても此の問題は憲法保障と關聯せしめて司法的法令審査の問題として喧しい議論の對象を構成しつつあるものである。實に憲法保障の問題は戰後特に國法學上の最も重要なる問題としてその意義を獲得しつつあるが、この問題は決して之を抽象的絶對的に把握する事を得ない。憲法がその政治的組織を通して常に一定方向の權力濫用の危險に依つて脅やかされてゐるといふ事實を以つて始めてその具體的意義を獲得するものである。[3] 之を例へば獨逸に於て、强力

なる軍隊と忠實なる官僚とに支持せられた權力的立憲君主制が支配してゐた時代に於ては、憲法は行政權の側から、政府の側から常に脅やかされ、斯くて第十九世紀を通じて憲法保障の問題は大臣訴訟に於て其の輝ける國法學上の意義を獲得したものであつた。斯かる時代に於ては立法の側からの憲法に對する危險は全く考へ得られず、逆に當時に於ける國民感情に從へば神的君主による法律の發布と相並んで議會の議決行爲自體は法律をして自然法的正義と理性とを自己自身に包藏せしめ得たものである。

然し乍ら今や事情は一變した。ワイマール憲法は議會絶對主義に道を通じ、議會の多數は自己の特殊的利益擁護の爲に凡べての可能性が與へられた。斯くて變轉常なき議會の多數に依つて作らるる法律に依つて國家の憲法は常に危險に晒さるる事となり、今や憲法保障の問題は第十九世紀を通じて民衆が憲法擁護の爲に凡べての精力を集中した側、即ち立法の側からその具體的意義を獲得するに至つたものである。ここに法律の權威は喪失して相對的意義をもち、立法者個人の、階級の利益が露出せしめらるる事となつた。斯くて民衆の最も信賴し得る機關に依つて法律の内容が實質上憲法と違反せざるや否やを審査せしむるの所謂法令審査の問題は現今その最も活潑なる議論の對象となつたものである。

次に今や民衆の最も信賴し得る國家機關とは誰れぞや？。即ち憲法の擁護者の問題は、例へばワイマール憲法

に於ける如く、明文を以て之を規定せざる場合民衆の信頼の問題、利益較量の問題として困難なる問題を構成するものであるが、實に裁判官に對して法令審査權を否認する思想は、その根據を立法者に對する裁判官の地位に就いて求められなければならない。(4) 專制君主國家時代に於ては裁判官は君主の官吏として、法律の名に於いて發せられたる君主の意思或は君主の意思として發せられたる官廳の命令の無條件の執行があつたのみであり、從つて法令の憲法違反なりや否やの審査權の問題は事實に於いて起り得なかつた。次に立憲制度の確立は君主に對して憲法に依つて或程度の抑制を加へ得たりとは雖も君主の主權性は失はれず、裁判官は立法者としての君主の意思に、法律に、絶對的服從の義務をもつたものである。

然し乍ら革命に依る君主制の廢止は立法者に對する裁判官の全く新たなる獨立を基礎づけた。今や立法權及行政權に依る憲法擁護が全く絶望に見ゆる時、ワイマール憲法第一〇二條「裁判官ハ獨立ニシテ唯法律ノミニ服ス」即ちその政黨政治から獨立なる可き裁判官の地位は、裁判官に對する民衆の信頼に拍車を加へる。司法的法令審査の問題は斯くて今や獨逸に於いて具體的社會的意義をもつて提出せらるる事となつた。

(1)(2) 此の点に就いて特に注目せらるべき單行書として最近のものには F. Darmstaedter; Die Grenzen der Wirksamkeit F・M・マルクス『司法的法令審査權に就いて』（第二卷第一號）（B 七五）

des Rechtsstaats. 1930. H. Heller; Rechtsstaat oder Diktatur? 1930 がある。

(3) Carl schmitt; Hüter der Vesfassung (Arch. d. öff.R. N. F. 16.)

Carl schmitt; Reichsgerichs als Hüter der Verfassung (Die Reichsgerichtspraxis in deutschen Rechtslehen. Bd. I. 1929.)

(4) F. W. Jerusalem; Die Staatsgerichtsbarkeit, 1930. S. 28 ff.

法令審査に關する著書論文は近來著しくその數を增した。然し乍ら筆者は此の問題を廣く最も組織的に取扱つた著書として本書を簡單に紹介する次第である。本書の內容は

序　論

第一編……基礎理論

一、方法論　二、比較法制　三、ビスマルク憲法とワイマール憲法　四、支配的意見

第二編……議論の變化

五、憲法の擁護者は誰れか？　六、裁判官の世事に疎き事　七、憲法の休止　八、立法と司法　九、司法の政治化か？　一〇、憲法第十三條第二項に依る中庸の道　十一、完全なる審

結　論

の順序に分れ、尙本書に於いては、裁判官の命令の審査權、並に法律が憲法に從つて成立したる否や即ち法律の形式的審査權、を以て自明のものとなし、專ら法律の內容が憲法と一致するや否や、即ち法律の實質的審査權について見るものである。

內　容

□

著者に依れば裁判官に依る法令審査權の問題は決して論理的ドグマ的方法に於いて決定せらるるものではなく、具體的な時、所に從つて考察の範圍に入る可き凡べての利益の注意深い較量、（三四頁）公正なる妥協（一五三頁）に依つて決定せらるるものである。ここに云ふ利益較量とは全く公的政治的利益の比較較量を指すものであり、かかる立場より見る時は裁判官の法令審査權の問題も結局は信賴の問題（Vertrauensfrage）であり、（三五頁）同時に此の利益較量こそは法律技術の綜合要素となるものである＊（三六頁）

＊此の点に於て、純粹法學の立場に立ち、形式論理に從つて、法の段階說から法令審査の問題を取扱ふケルゼンとは、全く立場を

F・M・マルクス「司法的法令審査權に就いて」（第二卷第一號）　（B　七七）

異にするものである。ケルゼンに依れば（Annaire de L'institut international de Droit Public 1929. p.52 以下參照）法律及憲法直屬の命令の憲法違反の場合を、形式的憲法違反、實質的憲法違反、直接的憲法違反、間接的憲法違反の各種に分ち斯かる違反に對する憲法の擁護を豫防的擁護、監督的擁護及び人的擁護、物的擁護に分ち、斯くてケルゼンにあつては法令審査の問題についてその社會關係法律關係の考察は全然排除せられてゐるものである。

此の点に關し本書の著者と全然同一の立場に於いて此の問題を見るトマに依れば（Arch. d. öff. R. N. F. 4. S. 272.）ケルゼンはオーストリア憲法のコンメンタールの中で法律の憲法違反なりや否やの審査權は、裁判所にアプリオリに資格づけられてゐるものとするが、然し乍ら、此の問題は論理の問題である外に重要なる實踐の問題である事を知らねばならない、それは唯主觀的利益によつてのみ解決せられる事を得、斯くて論理ではなく、意思を以つて解決せらるゝ所の問題であるとする。

斯かる見地よりする時は著者に依れば法令審査に關する比較法制（Rechtsvergleichung）は、それが假令全體の問題の認識の爲に價値をもつとしても、問題の說明にとつてはその價値は疑はしいものである。（四五頁）

□

著者は次に先づ裁判官の法令審査權の問題に就いてビスマルク憲法とワイマール憲法との根本的比較を試みる。著者に依れば、憲法違反の法律規範に對する裁判官の審査權の問題に就いてはビスマルク憲法とワイマール憲法との間には本質的區別をする必要があるものであるが、その本質的區別はどこに存するか、これは全く議會

主義に對する關係に於て認められなければならない。（五二頁）ビスマルク憲法時代の國議會は議會を以て至上權を監督し國民の基本權を官廳の侵害に對して保護するといふ古い等族國家的議會主義思想に依つて支配せられてゐたものである。（五三頁）然し乍ち斯かる狀態はワイマール憲法の意思に依つて根本的に變革せしめられた。先づ議會の政府不信任の制度は政府をして議會の任意的制御の下に立たしめる、いはば國議會の職務執行委員會に迄墮せしめたものである。內閣は議會の信任を要し、更に大統領は斯かる內閣の大臣の副書を常に必要とする事は强制的レフエレンダム obligatorishe Verfasungsreferendum なきワイマール憲法の下では通常の國家意思活動に於ては議會絕對主義が支配してゐるものであるといへよう。即ち多くの機關の對立的共同に依つて立法が行はるる事なく議會が立法に就いて絕對的第一次的權力を行使し得るに至つたといふ事、この事實こそは實に社會法令の裁判官に依る審査の問題に對して決定的重要性をもつものである。（五六頁）

斯くて著者は更に憲法的事實に就いてビスマルク憲とワイマール憲法の下では次の二つの事實が特に注目せられねばならないものとする。（一）は國家信念（Staatsgesinnung）の瓦解である。（五六頁）ビスマルク憲法の時代に於ては國家と國家形式、國家と皇室との同一視といふ神秘主義か行はれ、官吏も團體も個人も斯かる神秘主義に依つてその精神的基礎を形作られてゐたものであつた。然し乍らワイマール憲法の下に皇室の廢絕は國家と

これ等のものを結びつける精神的基礎を失はしめた。（五七頁）この事實が國權の、特に立法權の發動への微妙なる反動を齎らしてゐるものである。以前には憲法と實質的に矛盾する法律と雖も國家意思の表現として結局はその正當づけを見出したものであるが、今日に於いては一般的心理的感受性は斯かる事態に耐え得られなくなつたものである。更に此の事實は次の事實と結びついて來る。（二）は國家權威の、即ち立法權者の權威の瓦解である。（五九頁）獨逸はベルサイユ條約（Machtspruch von Versailles）に依つて列强の地位から蹴落された。獨逸議會は外部からの壓迫の下に平和條約自體を强制的國法規範としてうけ入れ、斯くて國際法の憲法への優位を承認せねばならなかつたものである。斯かる事態は亦國内的にも前後未曾有の困難に遭遇せしめた。著者に依ればかかる大破滅的な發展の下に國家財政、凡べての公共團體の凡べての秩序の瓦解となつて表はれたものである。（五九頁）獨逸經濟團體、勞働者企業家團體、官吏團體が國家に對して對立的地位に於いて自己の利益擁護の行爲に出でた。他方國家は絶えず政治的分裂に依つて尙ほ革命の危險に晒されてゐた。斯くて中央權力は常に國家擁護の必要に迫られ、中央權力の表現は屢々疑はしい增加を示したものである。共和國擁護立法は全くこれを出でない。斯くて立法の正確性はその迅速性の後に退き、緊急時に於ける實効的手段の採用の必要はその手段の時間的場所的正當性に就いて詳細なる審議がなされるには余りに强すぎたものである。吾々は今日と雖もかかる狀態を

出で得ない。即ち懐疑（Das Bedenklich）は傳統になり、此の傳統は迅速には遁れ出られ可くもない。今や特に立法者の權威に就いては全く地に墜ちてしまつた。多數決の原則は民衆をして偶然の支配に從ふ事を余儀なくせしめた。ここに於て著者に依ればデモクラシイに於ては――フライナーが云へる如く――個人の保護の爲に強い裁判權が必要となつて來るものである。（六〇頁）

以上の如き憲法的事實に於ける顯著なる變化と結びついて更らに次の事實は注目せられねばならない。革命前の獨逸に於ては憲法的事實が依つて立つ精神的基礎を論ずる場合凡べてに於いて君主は『神の恩惠による皇帝』Kaiser von Gottes Gnaden として示さるるのが常であつたが、此の事自體は必然的に凡らゆる手段の適法性（legalität）の審査の必要を排除したものであつた。即ち凡べての手段はそれが發布（Erlass）せられたが故に正しく適法であつた。（六一頁）これこそ戰前ビスマルク憲法の下に於いて裁判官の法令審査權の問題が何等激しい問題になり得なかつた事情なのである。著者に依れば斯かる事情の下での裁判官の審査權の否認を以て直ちに新獨逸の傳統になさんと欲する事は充分疑に價する。今日ではビスマルク憲法の下に於ける議論を採用する事を得ない、何故ならば國家生活の基礎は根本から變革せられたから。即ちシュミットが云へる如く裁判官の審査權の問題は戰前では餘りにも單純簡潔な取扱ひをうけた。それはその包藏する眞の價値に充ちた問題に迄ならなかつ

たものであるが、今日新獨逸國家の下では問題は全く異つた立場から提出されてゐるものである。（六二頁）

□

著者は現行憲法の下に於ける正確なる制限の下に、裁判官の法令審査權に對する贊否兩論と並びに裁判所の實踐に就いて見る。裁判官の法令審査權否定論者の主なるものには Ablass, Anschütz, Bornhak, Giese, Kahl, Sinzheimer, Radbruch 等があるに對し、肯定論者には Adamovich, Duringer, Goldschmidt, Lobe, Preuss, Schmitt, Simons, Stier-Somlo, Stammler, Triepel, Waldecker, Wolgast, Holstein 等があり、裁判所の判決に就いては Reichsgericht の二つの法令審査否認の判決に對して、Reichsgericht, Kammergericht, Reichsversorgungsgericht, Reichsfinanzhof, Reichsbahngericht 及びプロイセン高等行政裁判所等に於ける判決は之を肯走してゐるものである。ここを以て云へば裁判官の審査權の肯定はこれを現今に於ける支配的意見と云ふ事を得よう。（七二頁）

□

第二編に於いて著者は自己の主張を展開する。先づワイマール憲法はその精巧なる組立によつて自ら憲法擁護的仕組がなされてゐるのか？（七三頁）斷じて否（八〇頁）憲法の擁護者としては先づ第一に議會が數へられねば

ならないが、議會の實踐は決してかかる役目を果たしてゐない。議會の多數決の原則及びこれに依つて決定せらるる法律は、吾々を偶然に從はしむるものである。從て法律の內容が憲法變更の意義をもつや否やの決定に就いて憲法實例は、その判斷を議會自身の決定に任してゐないものであり（七九頁）斯くて議會の多數に依る或は少數に依る憲法の擁護に就いては全然考へ得られない。次ぎに國大統領に就いて見るに、憲法第七〇條「大統領ハ憲法ニ從テ成立シタル法律ヲ編成シ一ケ月以內ニ國ノ官報ヲ以テ之ヲ公布スベシ」に從つて、國大統領は當然其の編成及公布の適法性に就いて審査するものである。斯くて國大統領は Vorprüfung をなすが、これを以て法律の憲法違反なりや否やに就いて實質的審査をなすものでもなく、亦法律の効力に就いて裁判官の審査を排除するものでもない。更に國參議院、國政府に就いても憲法の擁護は考へ得られない。斯くて憲法は自ら自身を保護する事を得ない事が明かとなつた。憲法は保護を必要とする。（八五頁）

□

次ぎに著者は裁判官による憲法擁護に就いて賛否に關し、主觀客觀の二方面より考察する。

先づ主觀的要素に就いて賛否兩論を見れば、（一）一般に反對論者に依つて擧げらるる主觀的要素は裁判官の世事に疎き事 Weltfremdeheit である。然し乍ら著者に依れば、裁判官の世事に疎き事は司法と共に古く、此の

非難は唯將來裁判か全く民衆化してしまつた場合に於いてのみ除去せられるものであらう。然し乍ら今日こ雖も此の世事に疎しこの理由を以つて—事實それが存する限りに於いて—司法の社會的機能が其の反對の側に落込むこ主張する事は出來ない。裁判官のかかる性質の故を以て公法生活に立入る可からずこいふ事の何等意義なき事に就いては、例へば刑事裁判官は外交上の謀反家、軍事上の間諜に對しては何が國家の幸福なりやに就いて裁判すべく、亦民事裁判官こ雖も今日では經濟的社會的交通運輸政策的合目的性に就いて、從つてその限りに於いて重要なる政治問題に就いて裁判をなす場合か多いものである。獨逸國家裁判所の如きその例である。（二）これに對して肯定論者に依つて擧げらるる主觀的要素は憲法の休止（Verfassungssabotage）である。憲法の休止の狀態は國家革命の時にあつてのみ考へ得られる。勿論ここでは司法權は凡べての權力こ同樣にその基礎が動搖せしめらるるものであるが、斯かる動搖は喜ばしい事ではない。（九五頁）即ち裁判官の審査權はその勝れたる主觀性の故に革命に際しては革命が完成せらるる迄は憲法を革命的攻擊に對して擁護するの重要なる義務をもつものである。斯くて個人を憲法に從つてその崩壞の瞬間迄擁護するものは司法でなければならない。然し新權力が政治的權力を完全に掌握してしまつた場合にはその命令に對しては舊憲法こ同樣な裁判官の保護が强制し得られなければならないものである。即ち斯くて裁判官の審査權は（イ）革命が鎭壓せられた場合（ロ）革命が成功した場

合の二つの方面から有意義である。

更に著者は裁判官の審査權に就いては客觀的方面から(a)立法と司法の關係(b)司法の政治化？の二つの問題が存するものとして之に就いて考察する。先づ(a)に就いて見れば、裁判官に法律の憲法違反ありや否やに就いて實質的審査權を與へる事は、立法を忍ぶ可からざる程度に於いて拘束するものであり、斯くて凡らゆる政治的秩序の破綻を生ずるものであるとの反對論が存する。然し乍ら著者は之に就いて、憲法が普通立法に對してベトーの權を對立せしめてゐない樣な場合に於ては、憲法を普通立法に對して有效に保護する方法が存在し得ず、その限りに於いて裁判官の審査權は公法生活の Dynamik の中で全く本質的なものとなる。裁判官の審査は本來立法者と憲法との間の衝突であつて、立法者と裁判官との間には何等の衝突もないものである。若しここで裁判官が憲法の味方として表はれたとしても、彼は最高の命令たる可きものに味方するものであり、即ち正（Recht）を適用し不正（Unrecht）への服從を拒否するに過ぎないものである。若しも裁判官が憲法違反の普通立法に同意するならば、彼は明かに不正をなすものである。（九九頁）(b)次ぎに裁判官の法令審査に就いては一般に司法の政治化の危險が主張せらるる所であるが、著者は曰ふ。裁判官に依る法令審査の結果は果たして司法の政治化を齎らすものであらうか、司法への信頼が動搖してゐる所では、裁判所が議會の多數の意思に反對して表はれる樣な裁判

に於ては容易に Rechtsspruch とは考へ得られず、政治的行爲に對する政治的行爲、法の假面をかぶつた少數者の意思と見られる。眞に司法が政治から遠ざかる事は望ましい事ではあり、殊に裁判官の腐敗といふ意味に於ての裁判官の政治化ならば裁判官の審査權は躊躇されねばならない。然し乍らワイマール憲法の下に於ける法律的事實と裁判官の審査權の地位については前述せる所である。事實の所法律問題と政治問題との間には區別をつけ難いものである。特に國家自體と他の主體とに關係する法律問題は政治的である。國際法の問題は同時に政治問題であり、國と邦との間の法律問題も同時に政治問題である。而して法律秩序は――ワイマール憲法以前から――普通裁判所に政治問題に對する裁判權を認めてゐる。例へば憲法第四條「一般ニ承認セラレタル國際法規ハ獨逸國法ノ一部タル效力ヲ有ス」に於いて、裁判所は此の事實の前提を審査し判決の際には拘束的國法の存在を責任を以て確定する權利と義務とを課せられてゐるものである。（一〇四頁）

□

以上著者の利益較量的立場から、（一）ワイマール憲法はその擁護者を必要とする。（二）裁判官による憲法の擁護は公的安定を害するものに非ざる事が說明せられた。ここに注意を要するは、司法的法令審査に就いて、オーストリア憲法第一三九條(1)及びワイマール憲法第十三條第二項(2)に從つて、特別なる獨立訴訟を可とするものの

存する事である。

(1)オーストリア憲法第一三九條第一項、

憲法裁判所ハ裁判所ノ申立ニ依リ聯邦又ハ各邦ノ行政廳ノ發シタル命令ノ違法ナリヤ否ヤヲ裁判ス、若シ其ノ命令ガ憲法裁判所ノ判決ノ前提トナルベキ場合ニ於テハ職權ニ依リ之ヲ裁判ス、邦行政廳ノ命令ニ就イテハ聯邦政府ノ申立ニヨリ、聯邦行政廳ノ命令ニ付テハ邦政府ノ申立ニ依リテモ、其ノ違法ナリヤ否ヤヲ裁判ス

(2)獨逸憲法第十三條

國ノ法規ハ各邦ノ法規ニ勝ル効力ヲ有ス

各邦ノ法規ガ國ノ法規ト兩立スルコトヲ得ルヤ否ヤニ付疑又ハ爭アルトキ、國又ハ邦ノ當該中央官廳ハ國ノ法律ノ定ムル所ニ依リ國ノ最高裁判所ノ判決ヲ求ムルコトヲ得。

然れども著者に依れば、今日特別裁判に於いては普通裁判以上に法的統一(Rechtseinheit)に役立つものとは考へられず、(一一六頁)更に亦特別裁判所への出訴權を最高官廳に限るが如きは全く警察國家への復歸を意味するものである。(一一七頁)法治國家の法律生活は裁判官の完全なる審査權(volle Prüfungsrecht)を是認すべきである。即ち著者に依れば裁判官の完全なる審査權とは普通裁判の裁判官に對して個々の法律爭訟に於いて負はされてゐる中間裁判權(Inzidentzuständigkeit)を意味するものであるが、(一四三頁)そのこれが是認せらる可き理由と

して一、國民主權　二、法治國家思想の二が擧げられる。一、國民主權、憲法第二條「國權ハ國民ヨリ出ヅ」の規定は國民主權を認めたものに外ならないものであるが、國民主權は國民の主權の下への盲目的服從からの脱却への高度の要求を伴ふものである。斯かる立場よりする個人と團體との關係は多數決デモクラシイの原則の絶對支配排除、立法權の絶對優位の否認への强い傾向をもつものである。立法者は國民主權の機關(Funktionär)である。從つて議會の直接責任が憲法的 Dynamik の利益の中で數多命ぜられ、そこに既に裁判官の完全なる審査權の緊急的必要が必然的に生じて來るものである。裁判官の完全なる審査權の中で、個人は主權的國民の指數(Exponent)として、政治機關の憲法法制限の嚴守を强制し得るものである。正しく此の Popularverantwortlichkeit の形態の中に國家機關の國民全體への服從が最も明白に表はれ且その最も明白なる實現を見出すものである。ここに公權の行使者に對して其の憲法上制限せられたる權限を超越するや否や自己の地位を活潑に擁護し得る眞の國民主權が存する (toujour en vedette)即ち斯かる方法に於いて始めて國民の自由の範圍が有效に支持せられるものであり、自然法に依つて基礎づけられたる國權の違法の行使に對する國民の抵抗權を正しく實現させる道が見出されるものである。著者に依れば、ここに君主絶對主義時代並びに近世法治國家時代を通じて必要欠ぐ可からざるものとせらるる三權分立の完成がある。（一四九頁）二、法治國家思想、著者に依れば法治國家は、

トマが正しく云へる如く、その歴史的要素の綜合に依つて推論せらるるものである。本來法治國家の觀念は立法權に對してではなく、行政權に對して重要性を向けられたものである。即ちここに於ては Gesetzmässigkeit, Justizformigkeit, Gleichmässigkeit der Verwaltung の方向が特に決定的重要性をもつた。然し乍ら今や立法の Gesetzmässigkeit, Justizformigkeit が決定的重要性を持ち、斯かる狀勢の下では無條件に裁判官の審査權を實現せしむるものである。ここに於ては專制的國家統治に贊成するか、法に拘束せらるる國家に贊成するか、此の二者の選擇あるのみである。著者に依れば裁判官の完全なる審査權が始めて今日法治國家に王冠を與へるものである。デモクラシイに依つて支配せらるる國權の下では、無條件の裁判官の憲法擁護に依つて其の淨化を見るものであつて、確固として法治國家を最後迄見通すものは裁判官の審査權を必然の結果と見るべきである。實に裁判官の職能は私法爭議の裁判、國家刑罰權の實現につきるものではなく、彼等は政治機關の活動を監督し且政治機關の活動の法への拘束を對象的に表はす事に依つて國家秩序一般の基礎となるものである。彼等は斯くて憲法を、最高財（"Güter hochstes"）である個人の自由を、保護するものである。（一五二頁）

む す び

以上に依つて本書の内容の紹介が終つた。即ち本書の著者がウイーン學派によつて純粋法學的形式論理的方法

に於て提出せられた法令審査の問題に對して、社會學的目的論的方法に立つて、今や獨逸に於て法令審査の問題がその背後にもつ社會的關係法律的事實にその全面的深い考察を與へたものである事が明かにせられた。筆者はこれについて、（一）著者の方法論、（二）著者がかかる方法論の下に說く裁判所の所謂完全なる審査權に就いて感想を述べたい。

（一）イエリネックに依れば獨逸に於ける法令審査の問題は全く政治的根據から提出せられたものであつた。實に一八一五年――一八四八年時代並びにこれに續く反動政治の時代に於ては國民にとつては憲法上保障せられたる權利の確保の觀念が欠げてゐた。即ちこの立憲政治の初期に於て多くの獨逸支分國内に見られた憲法廢止、憲法違反、憲法爭議、或は獨逸聯邦に依つて屢々試みられた支分國家の憲法侵害、その權利に關する憲法規定の無效宣言、欽定選擧法の强制、等の事實は法律の憲法への一致性への信頼を全く確保し得なかつたものである。斯かる事情は裁判官の獨立の中に憲法の實效的擁護を求め、裁判官をして法律の實質的形式的合憲法性の審査に當らしむべしとの要求を發生せしむるに至つたものであつた。(1)

斯くて裁判官の法令審査に依る憲法擁護の爲の運動の根據は根强いものがあつたが、然し斯かる企ては實踐的には功成するには至らなかつたものである。(2) 革命に至る迄の强大なる君主主權の存在と議會の第二位的地位の甘

受こは典型的官僚學者ラーバンドの說[3]を支配的ならしめ得た。

(1)(2) G. Yellinek; Gesetz und Verordnung, 1919. s. 397, ff.

(3) 法律の制定に就て、法の內容と法の命令とを區別し、法律の拘束力は專ら君主の裁下に依つてのみ生じ、從て法律の裁下のみか立法權の全部であるとするラーバンドにとつては、法令審査の問題については次の如き見解がとられた。即ち若しも君主による法律の裁下が獨立の內容をもち、法律の承認とは異るものとすれば、君主に依る法律の裁下は法律は國憲法に從つて討議、決定承認せられてゐるといふ形式的確認そのものを齎らすものであつて、この意味に於て裁下は凡べての官廳の公證（Beurkundung）と同樣に判決を含むものである、即ち法律の裁下は憲法が形式的な、法律の拘束力の爲に要求してゐる前提たる事實が具體的場合に存在する事を說明するものである（Solemnis editio legis）

君主に斯かる機能が與へらるゝ場合、凡べての裁判官及行政官廳は個々の場合に於て君主の決定を審査し且その効果に就いて反對する事を得ないものである。斯くて假令邦法律の憲法違反ありや否やを審査する場合に於ても、斯かる審査は、國法律に對しては行はれ得ず、尙支分國は君主に依て裁下せられたる法律を憲法違反として拘束力なきものとなす事を許されざる所であるとの原則が生ずるものであるとせられた。(Laband; staatsrechs. 5Aufl. Bd. 2. s. 50—51)

革命に依つて、法令審査の問題は其の傳統的形態を破られた。革命時に於ては執行委員會に於て發せらるる法律命令に對しては絕對君主制に於けると全く同樣にその適法性の審査は起り得ず、唯問題とせられ得る所は執行委員會が勞兵會議の共通機關、立法機關として事實上權限を有してゐたものであるか否かの裁判所に依る審査で

あるが、これに就ても當時獨立を認められたる裁判所をして『假權限』（provisorischen Befugnis）の存否に就いて審査せしむる事は絶對に許されなかつたものである。(4)

(4) F. Schack; Die richterlichen Prüfung (Annale des Deutschen Reichs. 1919—1920 s. 285 ff.)

次いで一九一九年ワイマール憲法會議は法令の審査の問題に就いて次の如き經過をたどつた。一九一九年六月代議士アブラスは一九一九年二月二十一日憲法草案第一一四條（現行法第一〇八條）「國ノ法律ノ定ムル所ニ依リ獨逸國國家裁判所ヲ設置ス……」の規定に關し次の第二項を附加して以て法律及び行政行爲の合憲法性を統一的に確認するの提案をなしたものであるが、これに就いて興味ある討論が展開せられた。

國法律並ビニ命令ノ憲法違反ナリヤ否ヤハ裁判官ノ審査權ニ屬セズ國議會議員一〇〇名ノ動議アリタル時ハ國家裁判所ハ法律ノ憲法違反ナリヤ否ヤ、並ビニ行政行爲ガ憲法ノ原則ニ適合スルヤ否ヤヲ審査スルノ任ヲ有スルモノトス、國家裁判所ノ判決ハ拘束力ヲ有ス（bindend）

先づ提案者自身は裁判官の審査權を否認するものであつて、彼に依れば法律の憲法違反なりや否やに對する裁判官の審査權の問題は二樣の解決を許す。即ち英國憲法に從へば裁判官は斯かる審査權を承認せられざるに對し、アメリカ法に從へば斯かる權利を承認せらるるものである。プロイセンに於ては裁判官は唯法律の公布あり

たるや否やに就ては審査權を認めらるるも、それ以上に憲法違反なりや否やに就ては審査する事を得ない。新獨逸國家がこの問題に對し如何なる態度を以て臨むべきやに就ては爭の存する所であるが、假令大多數の學者が之を肯定しようとも、ラーバンドは明白に之を否定してゐる。斯くてアブラスは裁判官の法律審査權は否認せらる可き旨を提案中に明示せんと欲したものである。

之に對し國內務大臣プロイスは反對した。彼は斯かる一般的裁判官の法令審査權の否認は新獨逸國家に於ける法治國家の否定である。裁判官の法令審査權はそれが明文を以て否認せられざる以上は無條件に存在するものと解すべきであり、即ちラーバンドの說に反對するグナイストの說こそ支持せらる可きであるとなした。彼に依ればプロイセン憲法第一〇六條に依る裁判官の法令審査權の排除は、一八五〇年一月七日、國王の提案に基いて憲法中に規定せらるるに至つたものであり、法治國主義に對する反動の極めて顯著な勝利として見られたものである。法治國家の下に於ては如何なる事情の下に於ても裁判官の法令審査權の否認には反對せざるを得ない。尙その出訴に就いて一〇〇名の動議を必要とするとなすが如き斯かる特別裁判所に依る審査權の代行は忍ぶ可からざる所であり、斯かる制度は精々一般的裁判官の審査權と相並んで問題となる可きものであるとした。

次ぎに代議士カールは問題を裁判官の審査權にのみ限る事は誤であり、行政官廳の審査權も亦裁判官のそれと

相並んで存する事を最初に確認する事が必要であるとし、更に彼は此の問題は一、法律が憲法に從て成立したるや否や二、法律の內容が憲法に違反するや否やの二つの問題を含む。一に對する審査權は當然に裁判官或は行政官廳一般に屬しこの限りに於いてプロイスの說がとらる可きも、二に對する審査權は裁判官をして法律の上位におく事となり、從て其の權限に屬せしめ得ずとした。

代議士デューリングはプロイスに贊成してカールに反對し、尙ほ行政官廳は上級官廳の指令に從ひその命令を執行するを必要とするものなるが故に、裁判官に限つて此の種の權利は與へらる可きものであるとした。

社會民主黨員ジンツハイマー代議士はカールの說を正當となし、尙ほ法律が憲法に從つて成立せるや否やの審査權も亦裁判官に與へられ得ない事がある故に、提案の第一句は除去すべきであるとなした。

ソシアリスト、コーン代議士は之に對してプロイスの說を正當なりとなし、カールの說は唯理論的見點にのみ立つてゐるが、この問題は法律政策的、國民教育的（Volkspädagogische）即ち國民を法治國家の成員に訓練する、立場から出發すべきものである。法治國家の發展に順應し、裁判官の判決並びに經濟生活の事實的發展が憲法の內容と一致するが爲には各個人が裁判官をして行政處分が法律の根據の上に立てるや否や或は法律が憲法の精神と一致するや否やを審査（Nachprüfen）せしむる事を得る狀態に置かねばならない旨を述べた。

代議士カツツエンシュタインは裁判官の審査權と國家裁判所に依る審査權とを相並び存せん事を要求した。

再びカールは自分は先に命令に就いては論ぜざりしも、警察命令が裁判官に依つて審査し得らるるものなる事は自明に屬する旨を述べた。

カールの提案は多少修正せられた後賛否同數を以て否決せられ、本會議にも再應の提出あつたが結局提案の撤回に終つたものである。[5] 斯くて裁判官の法令審査の問題は初めから全く政治的に利用せられて、[6] ワイマール憲法制定當時に於ける政治上の諸勢力の主張を反映したこれ等幾多の主張はこの問題に關し憲法規定の中に於て全く沈默を守らしめ、解決を次の發展に迄殘したものであつた。

(5) Eugen Schiffer; Deutsche Justiz s. 243 ff. Theisen; Verfassung und Richter (Arch. d. öff. R. N. F. 8.s. 261ff.)

(6) F. Schack; a. a. O. s. 295.

ワイマール憲法の下に於ける憲法的事實と法令審査との關係の社會學的心理學的考察に就いては著者に依つて充分に、特にビスマルク憲法とワイマール憲法の章下に明白にせられた所である。斯くて斯かる社會的關係こそはワイマール憲法が沈默した司法的法令審査の問題に對して目的的價値的解決を迫り、今や本書の著者に依つてとらるるが如き目的論的價値論的國法學方法論をして獨逸に於いて支配的地位に迄至らしめ、[7] 更に一九二五年

十一月四日 Reichsgericht の有名なる判決を生ましめて以てこの問題に對する基準を與へたものである。(8)

(7) 此の点については、木村龜二氏「ドイツに於ける國法學の近況」法學志林三三卷、第八號參照。

(8) 此の判決は一九二五年七月十六日の國法律 Aufwertungsgesetz が憲法に違反するや否やに就いて審査し、これが憲法に違反する事なく、殊に憲法第一五三條、第一〇九條、第一〇五條の各條項に矛盾するものに非ざる事を確認したものであるが、その判決理由に「國憲法第一〇二條裁判官ハ獨立ニシテ法律ノミニ從フトハ、裁判官ガ國法律或ハ各種ノ規定ニ對シ、ソレガ裁判官ニ依ツテ遵守セラルベキ他ノ優位ニアル規定ト矛盾スル限リニ於テ、ソノ効力ヲ否認スルコトヲ排除スルモノニアラズ……國憲法自体ハ國法律ノ憲法違反ナリヤ否ヤニ關スル決定ヲ裁判所ニ拒絶シ、且一定ノ他者ニ委ヌル如キ旨ノ規定ヲ含マザルガ故ニ裁判官ニ對シテハ國法律ノ憲法違反ナリヤ否ヤヲ審査スベキソノ權利ト義務トガ認メラルベキデアル」としたものであつた。

實に以上に依つて與へられたる司法的法令審査の史的略圖は、單に法律技術のそれとして提出せらるる此の問題が、(9) 及びこれを基礎づける法律的條理が、その背景たる政治的基礎、法律的關係に依つて具體的に目的づけられ價値づけられてゐるものである事を見得る。法令審査はそこに具體的價値の限界を見出す。斯くて亦今や凡べての議會至上主義の否認が社會ファッシズムへ、司法が Klassenjustiz へ道を通じつつある時に當つて、法令審査の問題は他の立場からその注意深い批判を具體的に要求せられつつある事を注意せねばならない。

（二）次ぎに法令審査に就いて放散制と集一制とは何れを可とするかに就いては主としてa法の統一b技術的

専門的構成c司法の非政治化（Entpolitisierung）d訴訟當事者等の方面からその價値論的決定がなされるものであるが、[10] 從つて斯くて著者がこゝる放散制即ち裁判官の完全なる審査權は亦ここに強い反對をもち、獨逸に於ける實踐は寧ろ集一制を可とする傾向にある。そのかかる方向に就いてこれを見れば、一九二四年ハイデルベルヒ三獨逸法律家會議はその公法分會に於いて、憲法の變更なしに憲法變更が許さる可きや並びにその形式如何といふ議題に就いて論議し、結局會員の大多數は報告書トリーペルの主張を支持して次の如き綱領を採用したものであつたが、

一、廣義ニ於ケル憲法變更ハソレノ内容ガ憲法法典ノ内容ト矛盾スル凡ベテノ法律デアル、將來カヽル法律ノ發布ハ豫メノ或ハ同時的ノ憲法ノ變更ナシニハナスコトヲ得ズ。

二、憲法ノ同時的ノ變更ナシニ發セラル、憲法變更ノ法律ハ條文ノ中ニ於テデアラウガ、發布ノ形式ノ中ニ於テデアラウガ憲法違反ノ命題（Satz）ハ國憲法第七六條ノ規準ニ從ツテ決定セラレテヰルトイフ事ガ明確ニセラレル事ガ望マシイ事デアル。

三、國憲法第七六條ハ法律ノ發布ノ前ニソノ法律ノ憲法ヘ違反セザル事ニツイテ國家裁判所ノ判決ヲ伴フ旨ノ附加ヲモツベキデアル。

斯くて綱領第三に就ては異論を生じ少數者の反對を見たものであつた。即ち綱領第三はグラウ博士（Grau）の提案に從つて憲法第十九條「邦内ノ憲法爭議ニ付キ邦内ニ之ヲ解決スベキ裁判所ナキトキ……當事者ノ一方ノ

申請ニ依リ獨逸國家裁判所之ヲ判決ス……」に於て「邦内の憲法爭議」を「邦内及國内ノ憲法爭議」と改めて國内の憲法爭議の部分的問題としての國法律及命令の審査の問題に解決を與ふるを可となしたものであつた。

一九二五年ヘイマン（Heymann）に依つて Entwurf eines "Gesetz zur Wahrung der Rechtseinheit" が表はれ次いで一九二六年國法律及命令の憲法違反なりや否やの審査に對する特別の訴訟に就いて國内務大臣キュルツ（Kulz）に依つて次の如き政府草案が發表せられたものである。

草案

第一條　此の法律の實施の後に於いて、法律或は命令として公示せる國法律の規定が國憲法に矛盾するものありや否やに就いて疑或は意見の相異が發生せる場合には、國議會、國參議院、或は國政府は、獨逸國家裁判所の裁判を求むる事を得、外國との條約並にこれと關聯せしめられたる法律は除外せらる。

第一條第一項の程定は、法律の規定が國憲法の規定する所に從つて有效に決定公布せられたるものなりや否や、その内容が國憲法に違反するや否や、並びに第一の場合憲法變更に關する國憲法の規定が守られたるや否やの問題に對して妥當する。

國家裁判所は一九二一年七月九日國家裁判所法（Reichsgesetzbl. S. 905.）第十八條第一項に從ふ構成に依つて裁判する。

第二條　此の法律の實施の後に於て、最終審或は唯一審で裁判する裁判所が、法律或は命令として公布せられたる國法律の規定をそれが國憲法と矛盾するが故に適用し得ずと信ずる場合は、該裁判所は、訴訟手續を中止して、これに關する自己の意見を述べ

て以て國政府に通告する。第一條第二項が適用せらる。通告は職務上國政府になさるる事を要す、通告の送達の後一ケ月以内に、國政府は第一條に基いて獨逸國家裁判所の裁判を起す旨を裁判所に通告したる場合は、裁判所は、國家裁判所の判決かReichsgesetzblatt に公示せられる迄、訴訟手續を中止する。

第三條　裁判の提起は書面を以て國家裁判所長に提出す。國政府は、訴を自ら起さざる場合も、裁判に參與する（hören）事を要す。其の陳述は書面に依ってなし、且、出訴者に通知する事を要す。

第四條　國家裁判所は原則として、書面審理に依る非公開審議に從って裁判せらる。決定は理由を附し、且出訴者及び國政府に職務上送達せらるべきである。

國家裁判所は決定に先立って口頭審理を命ずる事を得、國家裁判所は出訴者或は當事者たる國最高官廳に依って口頭審問の申出ありたる場合は、これをなさざるべからず。その期間については出訴者及び當事者たる最高官廳に通知する事を要す。國最高官廳は自己の立場を辯護する爲に、その Ausführungen 及び Anträgen に參與すべき代理人を定むる事を得。

第五條　國家裁判所の裁判に屬せしめられたる疑或は意見の相違が法律或は命令の唯一の規定に關し、且此の規定が無効なりと宣言せらるゝ場合に於いては、國家裁判所はその決定中に於て同時にこれによって無効が亦他の法律或は命令の規定に對しても生ずるや否や、亦如何なる範圍に於いてなりやについて宣告する事を要す。

第六條　國政府は判決を理由を附せずして Reichsgesetzblatt に公示すべし、判決は Gesetzeskraft をもつ。

第七條　國大統領或は國政府は議決せられたる法律及び命令の公布前に於いて、國家裁判所に對し、その中に含まれたる國法の規定が國憲法と矛盾するや否やに就いて判定を求むる事を得、第一條第二項第三項の規定は適宜適用せらる。

F・Mモマルクス『司法的法令審査權に就いて』（第二卷第一號）

第八條　此の法律に規定せられざる限りに於いて、國家裁判所長は verfahren 及び Geschäftsgang について Geschäftsordnung に依つて規定する、これについては國政府及び國參議院の同意を要し且 Reichsgesetzblatt に公示することを要す。

第九條　國家裁判所への訴訟に對しては印紙及び手數料を徴收せず。

第一〇條　國政府は此の法律の執行規定を發布するの權限を與へらる。

一九二六年ケルネル三四獨逸法律家會議はハイデルベルヒ三三會議の繼續として、獨逸國家裁判所の權限は憲法第十九條第一項に於て規定されたる憲法爭議よりも他の憲法爭議に擴充する事を適當とするや？の議題に就いて論議したものであつたが、二人の報告者アンシュッツ、及びメンデは憲法第十九條第二項として次の國憲法の補足をなすの必要ある事に就て意見が一致した。

獨逸國家裁判所ハ更ニ、國及ビ邦ノ他ノ裁判所ノ權限ニ屬セザル限リ、國憲法ノ解釋及適用ニ關シテ爭ノ當事者ニツイテ裁判スル。

國法律規定ノ憲法違反ナリヤ否ヤノ審査ニ對スル國家裁判所ノ權限ハ國法律ニ依テ規定セラル。

此處に第一の報告者アンシュッツは國法律の憲法違反なりや否やの審査（Nachprüfung）の特別問題に關して、キュルツ國政府草案と異つて特に次の事項が考慮せらる可きである事に就て自己の草案に從つて論述した。

a　適當に公布せられたる國法律の效力の審査は排他的に獨逸國家裁判所のみの權限に屬す。

b　國家裁判所に依る審査の下には亦、ここに提案せられたる法律の發布前に公布せられたる法律並びに外國との條約及びこれに依つて條件づけられたる法律がおかれる。

最後にキュルツ草案と並びにこれに對するケルネル三四獨逸法律家會議の批判とを基礎として一九二七年政府草案が再び發表せられ、これは一九二八年十月國議會に提出せられるゝに至つた。

(9)　宮澤舜義氏「佛國西裁判所の法律審査權」國家學會雜誌三九卷第二號參照

(10)　ワイマール憲法會議に於いて法令審査を中心とする討論は、これに就いて幾多の解答が提出した事は前述せる如くであり、尙一九二八年公法國際會議はこの問題に就いて討議した。(Annaire de L'institutinternational de Droit Public 1929. p. 52 以下參照)