

国立国会図書館 調査及び立法考査局

Research and Legislative Reference Bureau
National Diet Library

論題 Title	明治憲法下の「憲法争議」と「法令審査権」をめぐる議論— 違憲審査制による憲法保障へ—
他言語論題 Title in other language	Discussions in the Era of the Meiji Constitution over Constitutional Conflicts and the Power of Judicial Review
著者 / 所属 Author(s)	山田 邦夫 (Yamada, Kunio) / 国立国会図書館調査及び立 法考査局専門調査員 憲法調査室主任
雑誌名 Journal	レファレンス (The Reference)
編集 Editor	国立国会図書館 調査及び立法考査局
発行 Publisher	国立国会図書館
通号 Number	829
刊行日 Issue Date	2020-02-20
ページ Pages	73-102
ISSN	0034-2912
本文の言語 Language	日本語 (Japanese)
摘要 Abstract	憲法裁判制度は明治憲法に規定されていなかったが、憲法 争議は多くあり、欧米の制度を参照した議論も活発に行わ れた。戦前の議論の蓄積が戦後の違憲審査制にいかに関 連したか否かを概観する。

* 掲載論文等は、調査及び立法考査局内において、国政審議に係る有用性、記述の中立性、
客観性及び正確性、論旨の明晰（めいせき）性等の観点からの審査を経たものです。

* 意見にわたる部分は、筆者の個人的見解であることをお断りしておきます。

明治憲法下の「憲法争議」と「法令審査権」をめぐる議論 —違憲審査制による憲法保障へ—

国立国会図書館 調査及び立法考査局
専門調査員 憲法調査室主任 山田 邦夫

目 次

はじめに

I 明治憲法下の「憲法争議」と「法令審査権」

- 1 明治憲法下の憲法争議の実例
- 2 明治憲法下の法令審査権の動向

II 大正期までの議論

- 1 憲法争議と憲法保障をめぐる議論
- 2 立法権優越からの法令審査権論
- 3 実質的審査権肯定論

III 昭和前期～終戦後における議論

- 1 ヨーロッパの憲法裁判所をめぐる議論
- 2 欧米の違憲審査制をめぐる議論
- 3 我が国に対する示唆
- 4 日本国憲法制定時の議論

違憲審査制と憲法保障の間—結びに代えて—

キーワード：明治憲法、違憲審査制、憲法裁判所、憲法保障

要 旨

- ① 明治憲法には、日本国憲法におけるような違憲審査権（法令審査権）の制度を含め、憲法裁判制度は規定されていなかった。憲法保障は枢密院がその権限を有するとの見方もあったが、実際にはほとんど機能せず、多くの場合、政府・議会間の憲法解釈に係る論争が「憲法争議」と呼ばれた。
- ② 裁判所の法令審査権については、学説ではこれを認めるのが通説とされていたが、判例は法律に対してはその形式的審査権は許容したものの、実質的審査権は認めなかった。この点で、アメリカや現行憲法下の我が国の違憲審査制と異なり、当時の法令審査制は憲法問題について裁判するものではなかったといえる。
- ③ 憲法争議を解決するための憲法裁判所などの設置を求める議論は早くからあり、ことに第1次大戦後にヨーロッパ諸国で創設された憲法裁判所について、その判例や学説が蓄積されると、我が国の法学者の多くはそれらを活発に紹介し、精緻な議論を展開するようになった。
- ④ 「司法的憲法保障制の母国」であるアメリカでは、19世紀初頭から司法裁判所による付随的違憲審査制が行われており、高柳賢三が大正末期から昭和前期にかけてこの制度を紹介し、政治問題などに係る自己抑制的な面をも含め詳細な分析を行った。
- ⑤ 第2次大戦中、佐藤功は、我が国における憲法争議の事例やドイツにおける憲法裁判所（「国事裁判所」）を素材に憲法保障制度を論じ、憲法争議に関して、法的問題に係る裁判的保障を認めながらも、政治的問題に係る裁判的保障については内在的な限界があると指摘した。むしろ議会の地位の向上と議院内閣制に基づく政治に、いわば「立法的憲法保障制」の可能性を見いだそうとし、我が国における議会の地位の低さと「行政権の優越」を問題視していた。
- ⑥ 戦後に制定された日本国憲法に裁判所の違憲審査権が明記され、これによってアメリカ的な付随的違憲審査制が導入された。司法裁判所が行う付随的違憲審査は、憲法裁判所が行う抽象的違憲審査や機関訴訟・大臣訴追制度などと性質を異にするが、「法と政治との対立」という憲法保障制度の難題については共通している。

はじめに

裁判所に違憲立法審査権（違憲審査権）を認める制度は、アメリカ型とドイツ型の2類型に大きく分けられる。前者は、普通の裁判所が具体的な訴訟事件の解決のため必要な限りで違憲審査を行うものである（付随的違憲審査権）。後者においては、憲法裁判所など特別な裁判所が設けられ、具体的な事件と関係なく法令に対する違憲審査を行う権限（抽象的違憲審査権）のみならず、国家機関相互間等の権限争議（機関訴訟）を裁定する権限などが付与され、さらにドイツのような連邦国家の場合には連邦と州、州相互間の権限争議に係る権限をも与えられる⁽¹⁾。

日本国憲法第81条は、「最高裁判所は、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である。」と規定する。通説・判例によれば、我が国は同条の下で付随的違憲審査制を採用したものと解されている。それは、司法権とは具体的な訴訟事件の提起を前提として裁判所が行使するものだからであって、「司法を超える第四権」的な抽象的違憲審査権を認めるには、そのための手続を憲法に規定する必要があるとも説かれる⁽²⁾。他方で、我が国の司法は憲法判断に消極的であるなどとして批判され、その積極化を求める改革案や憲法裁判所設置案が提起されるようになって久しい⁽³⁾。

我が国の違憲審査制は、第2次大戦後の現行憲法制定時にアメリカの制度をモデルとして導入されたものであって、大日本帝国憲法（明治憲法）には、その制定当時の諸外国の憲法と同様に違憲審査制は規定されていなかった⁽⁴⁾。しかし、本文で述べるように、明治憲法下においても、違憲審査権については、多くは「法令審査権」の語で⁽⁵⁾、その在り方に関する議論が行われ、欧米諸国の憲法裁判所や違憲審査制の紹介も行われるようになった。

当時、現実の政治においては、帝国議会などで憲法解釈に係る激しい論争が繰り広げられる場面が幾度もあった。こうした憲法上の紛争は「憲法争議」と称されていたが、この語について、昭和12（1937）年刊の『岩波法律学小辞典』は、「憲法の解釈に関する争議」と定義した上で、次のように解説した。

憲法裁判制度の認められている国では無論憲法裁判所の判決によって解決せられるが、その他の国では政府・議会又は裁判所の実際上の妥協によって解決せられるより外はない。

* 本稿におけるインターネット情報の最終アクセス日は、令和2（2020）年1月6日である。なお、引用した文章においては、原則として新字体、新仮名遣いを用い、濁点や句読点を補った。また、原文の傍点は全て省略した。

(1) 野中俊彦ほか『憲法Ⅱ 第5版』有斐閣、2012、pp.271-273。（野中執筆部分）；河島太郎『違憲審査制の論点 改訂版』（調査資料2016-1-a 基本情報シリーズ23）国立国会図書館、2016、pp.4-5。<http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_10229412_po_201601a.pdf?contentNo=1> なお、ドイツ連邦憲法裁判所は、以上の権限のほか、一般の裁判所から移送された具体的な訴訟事件に係る違憲立法問題を裁判する具体的規範統制の権限を有する。

(2) 野中ほか 同上、pp.274-276。（野中執筆部分）判例については、警察予備隊事件判決（最高裁判所大法廷判決昭和27年10月8日 最高裁判所民事判例集6巻9号783頁）を参照。

(3) 様々な提言については、河島 前掲注(1)、pp.35-42を参照。

(4) アメリカの裁判所の違憲審査権は、1803年のマーベリー対マディソン事件判決（Marbury v. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803)）により確立されたものであって、合衆国憲法に違憲審査制が規定されていたわけではない。

(5) 戸松秀典『憲法訴訟 第2版』有斐閣、2008、p.43は、「違憲（立法）審査」、「法令審査」、「司法審査」はいずれも同じ意味の用語であるとした上で、第2次大戦後の我が国がアメリカのjudicial reviewの制度にならったことから「司法審査」の語が最も適切だとしている。本稿が扱う明治憲法時代の文献では「法令審査」の語が多く使われているが、後出（III-2-(1)）の高柳賢三はアメリカの同制度の解説に当たり「違憲（立法）審査」の語を用いている。

我国では憲法の疑義は枢密院の諮詢事項とせられているが、実際にはこの種の諮詢は殆ど行われぬ⁽⁶⁾。

明治憲法下の我が国は、ここでいう「その他の国」に属し、明確な憲法裁判制度⁽⁷⁾を有せず、しかも後述のように「憲法の疑義」に係る枢密院への諮詢という手続が実際には「殆ど行われ」なかつたので、結局、憲法争議は「政府・議会」の「実際上の妥協」による解決に待つよりほかになかつた。そして当時、憲法争議と憲法裁判が「一般の裁判官の法令審査権とは独立したものとして理解されて」いたとすれば⁽⁸⁾、「憲法争議」と「法令審査権」とを結び付けて論じられたものがあまり見られないのも自然なことのようと思われる。現在では、我が国の違憲審査制も、概念的には「憲法保障」⁽⁹⁾の1類型である「憲法裁判」に類するものとされている。

本稿においては、明治憲法下の「憲法争議」と「法令審査権」に係る実際と学説の動向を、明治憲法制定後から昭和前期にかけてたどり、最後に現行憲法制定時に違憲審査制が規定されていく過程における議論と経過を概観する。

I 明治憲法下の「憲法争議」と「法令審査権」

1 明治憲法下の憲法争議の実例

大正 12 (1923) 年、稲田周之助 (1867-1927)⁽¹⁰⁾は、憲法発布以来「憲法の条項に関する疑義頻々続出し際限なし」として⁽¹¹⁾、「憲法争議解決機関」の設置が「急務」であると訴えた⁽¹²⁾。稲田は翌年の論文でも、帝国議会が開かれるごとに必ず 1~2 件の憲法問題が引き起こされ、「憲法争議機関なきを幸として勝手気ままなる憲法論を担ぎ出して徒らに紛紜を重ねる」という状態であったと批判している⁽¹³⁾。

では、実際にどのような憲法争議があったのだろうか。あるいは、どのような問題が憲法争議と認識されていたのだろうか。稲田はそれまでの主要な実例をいくつか挙げているが、ずっと後の昭和 17 (1942) 年、佐藤功 (1915-2006)⁽¹⁴⁾がその論文で、稲田の挙げた例を含め 6 件の代表的な憲法争議事例を挙げて論じているので、ここではそれに従い以下に掲げることとする。

(6) 我妻栄ほか編『岩波法律学小辞典』岩波書店、1937、p.288。

(7) 同上によれば、「憲法裁判」とは、「憲法に関する疑義を訴訟手続によって解決すること。憲法の内容を政府又は議会の解釈によって濫に変更することを防止するを目的とする制度である。この種の憲法裁判をその権限とする憲法裁判所が独・澳などで設けられたことがあるが、その他の国でも司法裁判所が所謂法令審査権を与えられていることがある。この場合は司法裁判所が一種の憲法裁判を行っていることになる。わが枢密院官制には憲法の条項に関する疑義がその諮詢事項とせられているが、これは憲法裁判ではない」とされていた。この説明に従えば、我が国は日本国憲法の下で「司法裁判所が所謂法令審査権 [= 違憲審査権] を与えられ」([] 内は筆者補記) たことで、憲法裁判制度を持つことになったわけである。

(8) 宍戸常寿「補論 日本憲法史における「憲法裁判権」」『憲法裁判権の動態』弘文堂、2005、p.331。

(9) 「憲法保障」とは、「憲法を侵害や違反から守り、憲法秩序の存続と安定を保つこと」をいい(高橋和之ほか編『法律学小辞典 第5版』有斐閣、2016、pp.338-339)、本稿が扱う明治憲法時代に多く用いられた「憲法擁護」の語は同様の意味と思われる。

(10) 政治学者、中央大学教授。憲法に関しては、『日本憲法論』有斐閣、1923などの著作がある。

(11) 稲田周之助「我が日本ノ憲法問題」『法学新報』33巻6号、1923.6、p.21。

(12) 同上、p.39。

(13) 稲田周之助「憲法争議解決機関」『法学新報』34巻1号、1924.1、pp.1-2。

(14) 宮沢俊義(後掲注(148)を参照)門下の憲法学者であり、当時は東京帝国大学法学部助手。第2次大戦後には法制局参事官などとして日本国憲法の制定に関わった(後述)。後に上智大学法学部教授などを歴任した。

(1) 衆議院の予算先議権問題—枢密院が解決した唯一の事例—

帝国議会の予算協賛権について、貴衆両議院の権限に優劣が存在するかが争われた事例である。明治25(1892)年5月召集の第3回帝国議会(以下「第3議会」などと表記する。)(特別会)において、憲法第65条の規定により予算先議権を有する衆議院は、第1次松方正義内閣提出の追加予算案のうちいくつかの款項を削除して貴族院に送付した。しかし、貴族院はこのうち軍艦製造費と震災予防調査会設備費の2款を復活挿入して衆議院に回付し、衆議院はこれに対し、貴族院の修正は「不合法」であるとして回付案の受理を拒否した⁽¹⁵⁾。衆議院は、衆議院の修正案が貴族院での原案となるとの見解を前提に、議会には予算の発案権がないのに貴族院が新たな款項を加えたのは憲法違反であると主張した。

この問題は両議院間で決着がつかず、貴族院は、憲法第49条の規定に基づき天皇に上奏し、枢密院への諮詢を経て勅裁を得た。それによれば、予算協賛権については衆議院が先議権を有するほかは両議院間で優劣がなく、後議の議院は先議の議院の議決に拘束されないとされた⁽¹⁶⁾。

この憲法争議は、枢密院の答申によって解決された「我が憲政史上唯一の実例」とされるが⁽¹⁷⁾、その帰結とは、衆議院の政党勢力に対する政府・貴族院・枢密院など藩閥官僚勢力の勝利にほかならなかった。佐藤は、憲法第65条が単なる「前後の論」にすぎず「優劣の論」を伴うものでないとされたことで、「先議権の実際の政治的効果は絶無に近くなった」とし、そのことは衆議院の、ひいては「わが議会政自身の地位の低いことを示すものであった」と指摘した⁽¹⁸⁾。

(2) いわゆる「六三問題」—新領土への憲法の適用と委任立法—

台湾総督に対する広範な委任立法が憲法上許されるかどうか争われた問題である。「六三問題」の語は、「台湾ニ施行スヘキ法令ニ関スル法律」(明治29年法律第63号)の法令番号に由来する。同法は、その名が示すとおり、日清戦争の結果日本が領有した台湾の統治に係るものであり、台湾総督は法律の効力を有する命令を発することができるものと規定した。制定過程(第9議会(通常会))においては、衆議院で、立法権を行政官としての台湾総督に委ねることは違憲であるとの猛烈な反対があり、同法が3年経過時に失効する旨の1条を加える修正を付して可決された。政府としては、新しく領有した台湾に憲法が施行されるという立場に立ちながら、しかも行政官への立法の委任を違憲でないと主張するには、「台湾実際の事情已むを得ざる」ものであり、「非常的過渡的的制度」をとるとするしかなかったとされる⁽¹⁹⁾。

同法はその後、有効期限が到来する度に延長措置がとられ、明治39(1906)年には法改正により有効期限が5年とされてその後も延長を重ね、結局、大正10(1921)年の法改正で、「非常的過渡的的制度」であった有効期限は削除された。その間、「内地の法令」を原則とし総督への立法

(15) 第3回帝国議会衆議院議事速記録第23号 明治25年6月9日 pp.17-18.

(16) その後、衆議院は貴族院案を否決したが、両院協議会の協議を経て軍艦製造費の削除、震災予防調査会設備費の復活で妥協が成立した。

(17) 佐藤功「我が憲法史上に於ける憲法争議—憲法保障制度研究のための資料として—(1)」『国家学会雑誌』56巻7号, 1942.7, p.79.

(18) 同上, pp.82-87.

(19) 佐藤功「我が憲法史上に於ける憲法争議—憲法保障制度研究のための資料として—(2)」『国家学会雑誌』56巻8号, 1942.8, p.96. もとより台湾への憲法の適用の有無ということも大きな問題であった。政府側は当初、衆議院で、天皇の大権は台湾に行われるが臣民の権利義務は適用されないなどと答弁し、政府の考えだけで憲法のどの部分の効力があるとかないとかを決めるのは憲法の蹂躪であると批判された。同, pp.90-93.

の委任を例外とするといった「植民政策の法制の面に於ける発展」が見られたというものの、佐藤は、「なお台湾総督の立法委任の範囲は極めて広く」、後の「朝鮮ニ施行スヘキ法令ニ關スル法律」(明治44年法律第30号)⁽²⁰⁾と相まって、「広汎なる委任立法の主義は我が外地法に通ずる特色である」と批判している⁽²¹⁾。

(3) 責任支出問題—憲法に規定のない予算外支出の根拠—

政府が予算外支出を行うに当たり剰余金を財源に充てるという、憲法に規定のない方法を採用したことをめぐる議論である。最初の例は、明治24(1891)年の濃尾地震の被災地に対する救済などのための支出であった。この剰余金支出について第1次松方内閣は、超過支出や予算外支出には議会の事後承諾を求めることを要するとする憲法第64条第2項の規定に基づき、事後に議会の承諾を求めた。ところが衆議院では、予算外支出は予備費、追加予算、緊急財政処分⁽²²⁾によってのみ可能であって、剰余金をその財源とすることは憲法に違反するとの議論が沸騰し、「極めて僅少の多数を以て」これに承諾を与えた⁽²³⁾。

剰余金支出はその後の内閣でも行われたが、明治29(1896)年度における剰余金支出については、第2次松方内閣は、憲法第64条第2項に依拠せず、当該支出は「不可避の必要に基き政府の責任を以て」行ったものであり、「その責任解除を求める」ために議会の事後承諾を求めるとした。以後、剰余金支出は「責任支出」と呼ばれることが多くなったとされる⁽²⁴⁾。

(4) 臨時外交調査委員会問題—国務に係る天皇直属の機関を設置することの妥当性—

憲法第55条第1項は、国務大臣が天皇を輔弼する責任を有することを規定していたが、国務に関し大臣以外に天皇直属の機関を設けることの憲法上の是非が問われた事例である。

寺内正毅内閣期の大正6(1917)年、勅令により、「天皇に直隸」する臨時外交調査委員会が宮中に設置された。対中国外交に係る問題⁽²⁵⁾と第1次大戦への対応の問題に対し、「純然たる官僚超然内閣」であった寺内内閣は、外交を政争の具にせず国論の統一を図るという趣旨で同委員会を設置したのである。委員には首相以下、主要な閣僚・枢密顧問官を充てるほか、主要政党党首をも取り込もうとした。しかし、野党的立場にあった憲政会の加藤高明総裁は、これに応じず参加しなかった⁽²⁶⁾。その理由として掲げられたのは、内閣と別に天皇直属の機関を設けることで事実上国務大臣を束縛するおそれが生じ、大臣の輔弼責任を不明確なものにしてしまうというものであった⁽²⁷⁾。同年の第39議会(特別会)で憲政会は、同委員会は「憲法に違背」との決議案を衆議院に提出したが否決された。

⁽²⁰⁾ 台湾の場合と同様に、朝鮮においては朝鮮総督が法律事項を命令で規定することができるなどとした。この法律には有効期限の規定はなかった。

⁽²¹⁾ 佐藤 前掲注(19), pp.97-98.

⁽²²⁾ 緊急財政処分とは憲法第70条によるものであって、公共の安全を保持するため緊急の必要があり、かつ議会の召集ができないときに勅令で行う財政上必要な処分をいい、議会に対しては次の会期で承諾を求めなければならなかった。日本国憲法下では、国会の予算審議権が制限される緊急財政処分の制度は認められていない。

⁽²³⁾ 佐藤 前掲注(19), p.98.

⁽²⁴⁾ 同上, pp.99-100.

⁽²⁵⁾ 第2次大隈重信内閣時に勃発した第1次大戦の初期に、日本軍は青島からドイツ軍を駆逐して山東半島を占領し、同内閣の加藤高明外相が中国に対しいわゆる「21か条の要求」を突き付けたため、中国からの激しい反発を招いていた。

⁽²⁶⁾ 政友会の原敬総裁と立憲国民党の犬養毅総務は参加した。

⁽²⁷⁾ 佐藤 前掲注(19), pp.108-111.

(5) 陪審法問題—陪審制度は司法権を侵害するか—

憲法上司法権は裁判所が行使するが⁽²⁸⁾、裁判官以外の者が裁判に関与する陪審制度が司法権を侵害しないかが争われた事例である。陪審制度設置の議論は明治43(1910)年の第26議会(通常会)以来行われていたが、大正12(1923)年の第46議会(通常会)で陪審法制定が実現し、昭和3(1928)年に施行された。上記のとおり陪審制度が違憲ではないかとの論議も当初から存在し、第46議会でも論争となった。違憲論の焦点は、陪審員が事実の認定を行い裁判長に答申する行為が、司法権の行使に当たるのではないかということであり、これに対して、法案を提出した政府側は、事実の最終決定は裁判官に保留しているので憲法に違反しないと主張した。当然、これに対しては、それでは陪審制度の意味がなく、陪審員の権限を徹底するためには憲法の改正が必要であるという反論を招くことになった⁽²⁹⁾。

(6) 国家総動員法問題—広範な委任立法による人権制限の違憲性—

日中戦争開始後、第1次近衛文磨内閣下の第73議会(通常会)において国家総動員法(昭和13年法律第55号)が成立した。同法は全面的な戦時統制立法として現在でも厳しい評価が与えられているが、成立過程における憲法問題としては、同法は、①憲法第31条の規定する戦時非常大権により規律されるべき事項をあらかじめ法律で規定するため違憲であり、②勅令に極めて広範な委任を認めているため憲法に反するという点が論争となった。特に後者については、法律に基づかなければ制限の許されない国民の権利・自由を、すべて「政府の独断専行に委ねる」ことは、「いわば政府に対する白紙委任状の捺印」であると厳しく批判された⁽³⁰⁾。

佐藤によれば、学説は、一般に委任立法は憲法上許されるとする一方で、それには一定の制限があると主張するが、学説の主張するその制限は「極めて抽象的」であり、理論上委任立法の限界を「実質的に正確な程度」に示すことは困難であるという。国家総動員法についても、結局、「この程度の法律の委任はこの時局に於ては絶対に必要である」との政府の主張に押し切られたのである⁽³¹⁾。

(7) 明治憲法下の憲法争議の実例—小括—

以上、佐藤が列举した6件の憲法争議事例を時系列で概観したが、(1)の予算先議権問題が実質的に枢密院により決着した以外の5件は、いずれも衆議院における論争の結果として「違憲論者の敗北」で解決されたものである⁽³²⁾。佐藤によれば、この5件は、政府の提出した法律案((2)「六三問題」・(5)陪審法問題・(6)国家総動員法問題)や政府の既に行った国家行為((3)責任支出問題・(4)臨時外交調査委員会問題)が憲法違反であるとして、議会在憲法をこうした侵害から擁護しようとしたことから生じた問題であった。佐藤は、議会在憲法保障機関として、前3者については将来に生じうる憲法の侵害を事前に予防・阻止するための「予防的保障」、後2者につ

(28) 明治憲法第57条第1項「司法権ハ天皇ノ名ニ於テ法律ニ依リ裁判所之ヲ行フ」

(29) 佐藤功「我が憲法史上に於ける憲法争議—憲法保障制度研究のための資料として—(3)」『国家学会雑誌』56巻9号, 1942.9, pp.82-89.

(30) 同上, pp.92-96.

(31) 同上, pp.97-98.

(32) 佐藤功「我が憲法史上に於ける憲法争議—憲法保障制度研究のための資料として—(4・完)」『国家学会雑誌』56巻10号, 1942.10, p.64.

いては既に生じた違憲行為の事後的排除を目的とする「匡正的保障」の機能を果そうとしたと評した⁽³³⁾。

このように、佐藤の意図は、具体的事例を掲げた憲法争議の問題を、「憲法保障制度の問題との関連の下に於て考察」することにあつた⁽³⁴⁾。佐藤の説く憲法保障の問題については、III-3-(2)で触れることとしたい。

2 明治憲法下の法令審査権の動向

(1) 明治憲法下の法令審査権

前節において見たとおり、佐藤功などが憲法争議の実例として挙げたのは専ら政府と議会との間における論争に係るものであつた。日本国憲法下において多くの憲法問題が憲法訴訟の形をとって争われる現代と異なり、憲法裁判に係る憲法上の制度を有しなかつた当時であつては、「憲法争議は議会に於て問題とされるより他になかつた」のである⁽³⁵⁾。

しかし佐藤は、「憲法争議」を「憲法の解釈及び適用に関する争い」(傍点筆者)と定義し、「例えばアメリカの司法裁判所に於ける所謂違憲立法問題」をも含む広義のものとして捉えていた⁽³⁶⁾。とすれば、議会制定法をめぐる憲法争議に対しては、議会による「予防的保障」だけでなく、法律施行後の「匡正的保障」を裁判所が行う可能性も理屈としては視野に入れることができるであろう⁽³⁷⁾。現在のような裁判所の違憲審査権が規定されていなかつた明治憲法下にあつても、民事・刑事事件を扱う司法裁判所や行政事件を扱う行政裁判所において⁽³⁸⁾、実際の裁判に適用する法令の妥当性が問題となる事例は当然存在したのであり、次章以下に見るように法令審査権の在り方についての議論も多く重ねられた。

明治憲法下において「法令審査権」の語は、前掲『岩波法律学小辞典』によれば、「法令の効力を審査する権限」と定義され、「その形式に於て欠缺」があるかどうかを審査する形式的審査権と、「その内容が上級の(即ちより強い形式的効力をもつ)法令に抵触する」かどうかを審査する実質的審査権とに分けられるとされていた⁽³⁹⁾。違憲審査権とほとんど同義に扱われる現在では、このうち実質的審査権を指すのが普通であるとされ、法令の内容が憲法に適合するか

⁽³³⁾ 同上, p.65.

⁽³⁴⁾ 佐藤 前掲注(17), p.50.

⁽³⁵⁾ 同上, p.76.

⁽³⁶⁾ 同上, p.51.

⁽³⁷⁾ もっとも、我が国の法令審査権の在り方について佐藤自身は「理論上有力なる通説がそれを肯定しているに拘らず、実際に於ては裁判所の実質的法律審査権は否定されている」と、ここでは、客観的な記述にとどめている(同上, p.65)。II-3を参照。

⁽³⁸⁾ 明治憲法下では、民事・刑事事件を扱う裁判所が司法裁判所とされ、その最上級審の裁判所を大審院と称した。そのほか明治憲法は、行政事件を扱う行政裁判所(第61条)、さらに特別裁判所(第60条)を規定し、後者には軍法会議や皇室裁判所などが含まれた。現行憲法下では、特別裁判所の設置が禁止され、行政機関による終審裁判も認められない(第76条第2項)。通説では、行政事件の裁判権も司法権に属するとされているとともに、法律により行政裁判所を設けることは、それが通常の裁判所の系列に位置付けられる限り違憲ではないと解されている。

⁽³⁹⁾ 我妻ほか編 前掲注(6), p.1030。「わが司法裁判所及び行政裁判所が法令の形式的審査権をもつことは学説・判例共に一般に承認しているが、実質的審査権については争がある。判例は命令についてはこれを認めているが、法律についてはこれを認めぬ」としている。これらについては次項以下に述べる。なお、「法令」の語は一般に、議会の定める法律と行政機関の定める命令などを合わせて呼ぶ場合に用いられる。この時代の「命令」とは、帝国議会の協賛を経て制定される法律と区別され、「大権又はその委任に基き行政官庁によって発せられ」る法規であり、形式としては勅令のほか閣令、省令、庁令、府県令、支庁令、さらに「外地の行政官庁の発する」種々の形式の命令が含まれるとされていた(同, pp.1077-1078)。

どうかということに強調が置かれている⁽⁴⁰⁾。

(2) 法令審査権に係る判例の動向

明治憲法は法令審査権を規定していなかったものの、明文で禁止していたわけでもない⁽⁴¹⁾。明治憲法の制定過程においては、ロessler (K. F. Hermann Roesler)⁽⁴²⁾が裁判所の法令審査権の制限を明文化するよう提言していたが⁽⁴³⁾、特段の議論もなく、法令審査権の有無について明文規定のないまま憲法が制定された⁽⁴⁴⁾。

判例によれば、次に示すとおり、法律に対する審査権は否定されていたが、命令に対する審査権は認められていたことが分かる。ただし、法律に対する形式的審査権については、必ずしも排除されていたわけではない。

具体的な判例の動向を田中二郎 (1906-1982)⁽⁴⁵⁾の整理に従って挙げておく。田中は、昭和13 (1938) 年の論文で、判例は「必ずしも其の軌を一にしない」としつつ、その流れを次のとおり簡潔にまとめている⁽⁴⁶⁾。

まず大審院は、大正2 (1913) 年の「古い判例」においては、法令の「実質が憲法違反の法律に非ざるか若しくは法律違反の命令に非ざるかを審査」してその適用を拒むことができるものではないとしていた⁽⁴⁷⁾。しかしその後、命令については、その内容が法律に違反するかどうかを審査し得るとして現に審査を行うようになったが、実際に「審査の結果命令の違法又は無効を判定した例はなかった」⁽⁴⁸⁾。ところが昭和12 (1937) 年に至り、大審院は「委任の範囲を超ゆる委任命令の無効を判定した」⁽⁴⁹⁾ことで注目されたという。

次に行政裁判所は、命令については、早くも明治43 (1910) 年の判例で、これに対する「審査権を肯定し、命令の無効を判定した例がある」⁽⁵⁰⁾。他方で法律については、その「審査権を否定

(40) 高橋ほか編 前掲注(9), pp.1215-1216.

(41) 例えば、憲法学者の佐藤丑次郎 (1877-1940) は、昭和6 (1931) 年の『帝国憲法講義』で、憲法は法令審査権につき特別の制限を設けていないので、司法裁判所は法律の形式と実質の両面で審査を行うことができると説いた (佐藤丑次郎『帝国憲法講義』有斐閣, 1931, p.225)。同書の5年後の改版では、さらに、法令審査権は「裁判権より当然に派生する」としている (同『帝国憲法講義 増訂改版第10版』有斐閣, 1936, p.232)。

(42) ドイツの法学・経済学者であり、明治11 (1878) ~26 (1893) 年には日本政府の法律顧問を務め、憲法案の作成などに携わった。

(43) ロesslerが明治20 (1887) 年4月30日に脱稿した「日本帝国憲法草案」では、第94条第2項で「正当の手續を以て發布したる法律勅令の法律上効力あるや否やの検査は、裁判所及官署に於て之をなすの権なし。」と規定されていた (稲田正次『明治憲法成立史 下巻』有斐閣, 1962, p.116)。

(44) 六戸 前掲注(8), p.332. これによれば、ドイツの法学者グナイスト (Rudolf von Gneist) も、法令審査権を制限する1850年プロイセン憲法第106条と同様の規定を日本憲法に置くことを推奨したという。

(45) 行政法学者、当時は東京帝国大学法学部助教授。後に東京大学法学部教授、最高裁判所判事等を歴任した。

(46) 田中二郎「法令の瑕疵と其の審査権—国家行為の瑕疵に関する一研究—」田村徳治ほか編『憲法及行政法の諸問題—佐佐木博士還暦記念—』有斐閣, 1938, p.109.

(47) 「警察犯処罰令違反ノ件」(大審院判決大正2年7月11日 大審院刑事判決録19輯790頁)。「香川県漁業取締規則違反ノ件」(大審院判決大正3年10月23日 大審院刑事判決録20輯1924頁)も同様であった。

(48) 「秋田県警察犯処罰令違反ノ件」(大審院判決大正5年11月15日 大審院刑事判決録22輯1774頁)、「鹿児島県警察犯処罰令違反被告事件」(大審院判決昭和6年10月12日 大審院刑事判例集10巻445頁)

(49) 「外国為替管理法違反及同幫助被告事件」(大審院判決昭和12年3月3日 大審院刑事判例集16巻193頁)。「外国為替管理法に基く命令の件第1条に密輸出の予備を為すことを得ざる規定を設けたるは委任の範囲を超越したる不法の命令なり」と判示した。

(50) 「不当処分取消ノ訴」(行政裁判所判決明治43年4月16日 行政裁判所判決録21輯411頁)。「鉱業法第21条は採掘出願に付ては農商務大臣をして自ら之を処理せしむるの法意なりとす。従て該出願の許否を鉱山監督署長に委任せる明治39年農商務省令第17号は同法の規定に違背するものなれば、鉱山監督署長が之に依りて為したる指令も亦違法の処分たるを免れず」として当該指令を取り消した。

するのが例である」と指摘されている。すなわち、判例では「行政裁判所は法律の内容が憲法の規定に違反するや否やを審査する職権を有せざるものとす」⁽⁵¹⁾などとされていたのである。

このように法令審査権については、大審院も行政裁判所も、法律に対しては否定し、命令に対しては肯定していた。もっとも、ここで挙げられた大正2年大審院判決では、裁判に適用すべき法令の「実質」の審査が拒まれていたものであり、前提として、「法律命令たる形式を具備するや否やを審按せざるべからざるは、固より言うを俟たざる所」とされていたことから、形式的審査権については法律に対しても肯定されていたといえることができる。

いずれにせよ、憲法と法律との関係でいえば、判例においては、II-3で述べる通説と異なり、法律の内容が憲法に抵触しないかどうかを審査する実質的審査権は認められていなかったのである。現在でこそ法令審査権と違憲審査権とは互換的な用語のように扱われるが、実質的審査権が判例上認められなかった当時の「法令審査権」と、アメリカにおける「違憲審査権」との間には、語義上の無視できない差異があったと思われる。実質的審査が行われない以上、明治憲法下の法令審査制が、憲法争議を裁判し憲法保障に資するものであると観念することは困難であったであろう。

II 大正期までの議論

1 憲法争議と憲法保障をめぐる議論

(1) 枢密院の権限

I-1-(1)に挙げたように、帝国議会の初期に、予算修正をめぐる貴衆両議院間の憲法争議に事実上の決着をつけたのは枢密院であった。

枢密院は、明治21(1888)年に設置された天皇の諮問機関であり、憲法においても、枢密顧問は枢密院官制(明治21年勅令第22号)に従い天皇の諮詢に応じて重要な国務を審議する機関であることが規定された(第56条)⁽⁵²⁾。重要な国務として審議の対象となる事項は枢密院官制第6条に列挙され、その第2号に、憲法の条項に関する疑義ということが掲げられていた⁽⁵³⁾。

穂積八束(1860-1912)⁽⁵⁴⁾などは、こうした枢密院を憲法保障の最重要機関と位置付けていた。

一般に、憲法保障の重要な要素として権力分立が挙げられるが、その点は穂積も「其の外に絶対的保障あることなし」と強く肯定しており、憲法が権力を分立することで、「一機関の違憲の行動は、他の機関の対抗に由りて之を排斥する」ことができると述べていた。ただし、穂積が強調する権力分立の意義は、議会在さらに「同等の権限」を有する両議院(貴族院と衆議院)に分かれることで「多数党の跋扈」する「下院専制」を防ぎ、かつ議院内閣制を排することで「議院の違憲行動」を「制裁するの途」を確保しておくことであったように見える。「大権輔翼」の機関も国務大臣と枢密院とに分かれ、仮に議院が大臣の行動を違憲として弾劾の上奏を行っ

(51) 「土地区画整理ニ依ル移転命令取消請求ノ訴(判例変更)」(行政裁判所判決昭和2年12月27日 行政裁判所判決録38輯1330頁)。「土地区画整理ニ依ル移転命令取消請求ノ訴」(行政裁判所判決昭和6年2月6日 行政裁判所判決録42輯125頁)、「恩給ニ関スル裁決処分ニ対スル訴」(行政裁判所判決昭和10年6月12日 行政裁判所判決録46輯420頁)も同様であった。

(52) 憲法上は「枢密顧問」の語が用いられた。

(53) 枢密院官制第6条第2号「憲法ノ条項又ハ憲法ニ附属スル法律勅令ニ関スル草案及疑義」(明治23年勅令第216号による改正後の規定)

(54) 明治憲法初期の憲法学者であり、東京帝国大学法科大学教授、貴族院議員などを歴任した。

でも、「局外独立の枢密顧問の諮詢を経て、公正の裁断を仰ぐ」ことができるとしたのである⁽⁵⁵⁾。

こうして穂積は、枢密院は「憲法の藩屏たるの任」あるいは「大憲擁護の重任」を担い、「憲法の疑義を断ずるの最終の力」を有する機関であると説いた。また、枢密院が「憲法公正の解を持し、其の疑義を決し、紛争を絶つ」ことには、「議院の跋扈を抑え、大臣の専恣を制する」効果もあるとした⁽⁵⁶⁾。穂積の影響を受けた上杉慎吉(1878-1929)⁽⁵⁷⁾も、枢密院が「政府及議会上に超然として、憲法の所期を全くする」ことを期待したように⁽⁵⁸⁾、これらは「反議会主義的な憲法保障論」であったとされる⁽⁵⁹⁾。

しかし、枢密院は憲法上、何らかの意思決定や裁決を行う権限が明示的に与えられていたのではなく⁽⁶⁰⁾、枢密院官制でも単に「意見を上奏」すると規定されるにとどまっていた(第6条)。明治憲法制定の途上においては、伊藤博文が予算問題を含む憲法争議を裁決する権限を枢密院に付与する構想を持っていたが、井上毅が、こうした裁決機関があると、議会では些細なことでも政府と対立して枢密院の裁決を仰ごうとする議員が出てくるかもしれないなどと反対し、争議裁決機関としての性格が最終的に否定されたという経緯があった⁽⁶¹⁾。

(2) 憲法裁判所設置論

ヨーロッパ諸国において憲法裁判所が設置されるようになるのは第1次大戦後である。それまではオーストリアの帝国裁判所(Reichsgericht. その後の憲法裁判所の前身)の存在が知られていた⁽⁶²⁾。また、1850年プロイセン憲法には、大臣が憲法違反等の罪で議院により訴追され、最高裁判所がその裁決を行うという大臣訴追制度が規定されていたが(第61条)、これを具体化するための特別法は制定されなかった⁽⁶³⁾。

佐々木惣一(1878-1965)⁽⁶⁴⁾は、このプロイセン憲法の大臣訴追制度に着目し、大正3(1914)年の論文において、「憲法擁護の制度」で最重要なのは、「国政最高の当局者たる大臣を、憲法を遵守すべく強制するの制度」であると述べ、その制度として憲法裁判所を設置する必要を唱えた⁽⁶⁵⁾。大臣や内閣の「政治上の責任」は議会で追及すべきだが、「法律上の責任」については、議会以外に「純粹に法理上の見地」から判定する「大臣責任の制度」が必要であると説いた⁽⁶⁶⁾。

第1次大戦後、オーストリアやドイツ、チェコスロバキアに憲法裁判を担う憲法裁判所ない

⁽⁵⁵⁾ 穂積八束、上杉慎吉編『憲政大意—故法学博士穂積八束遺稿—』穂積八束博士遺稿憲政大意発行所、1917、pp.105-112。ここで穂積は、三権を大権・立法権・司法権とし、大権とは「天皇親裁専断の権力」であって、これを「輔翼」するのが国务大臣と枢密院であると位置付けた。

⁽⁵⁶⁾ 穂積八束『憲法提要 下巻』有斐閣、1910、pp.567-581。

⁽⁵⁷⁾ 憲法学者、東京帝国大学法学部教授。

⁽⁵⁸⁾ 上杉慎吉『新稿憲法述義』有斐閣、1924、p.703。

⁽⁵⁹⁾ 江橋崇「司法権理論の日本の特質—戦前期の違憲審査制理論を手懸りに—」『公法研究』46号、1984.10、p.82。

⁽⁶⁰⁾ 美濃部達吉「枢密院論(2)」『国家学会雑誌』39巻5号、1925.5、pp.34-39。

⁽⁶¹⁾ 江橋 前掲注⁽⁵⁹⁾、p.81; 宍戸 前掲注⁽⁸⁾、pp.342-346。

⁽⁶²⁾ ルイ・ファヴォール(山元一訳)『憲法裁判所』敬文堂、1999、pp.12-13、33。(原書名: Louis Favoreu, *Les Cours constitutionnelles*, 3^e édition, 1996.) これによれば、「市民は、憲法上列挙された権利や憲法上保障されるべき権利の侵害を理由として」、帝国裁判所に「争訟を提起することができた」とされる。

⁽⁶³⁾ 高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集 第7版』信山社出版、2016、p.69。

⁽⁶⁴⁾ 公法学者、京都帝国大学法科大学教授。昭和8(1933)年には滝川事件に抗議して辞職した。終戦直後には、近衛文磨元首相と共に憲法改正の起草に当たり、さらに貴族院議員として日本国憲法の制定に関わった(後述)。

⁽⁶⁵⁾ 佐々木惣一「憲法裁判所設置の議」『立憲非立憲』弘文堂書房、1918、pp.333-334。この論文が発表されたのは、大正3(1914)年1~2月である。

⁽⁶⁶⁾ 同上、pp.345-346。

し国事裁判所が設立されると、清水澄（1868-1947）⁽⁶⁷⁾はこれらを簡潔に紹介しつつ、「憲法擁護」のためには「特別の憲法裁判所を設けて憲法上の疑義を解決することが至当にあらざるや」と訴えた。ただし、その必要性や制度の内容について具体的に論じたわけではなかった⁽⁶⁸⁾。

先に挙げたように、稲田周之助が憲法争議解決機関の設置を急務と提唱したのもこの時期であり、その念頭にはやはりドイツやオーストリアの新制度があった。稲田は我が国における「常習的憲法争議」⁽⁶⁹⁾という状況を問題視していたが、穂積や上杉と異なり、枢密院がその解決の任を担うべきとは考えなかった。枢密院は「天皇の諮詢に応ずるのみ」であって争議を裁判する権限を有しないばかりか、それ自体が政府や議会両院と同様に「憲法争議の当事者」となりうるというのがその理由であった⁽⁷⁰⁾。また稲田は、憲法争議が司法裁判所により解決されるものではないことにも言及している。すなわち、憲法争議の当事者としては、政府・貴族院・衆議院・枢密院が考えられ、ときには個人・法人・自治体が関係することもあるであろう。争点となるのは、法令の廃止や各機関の政治的行為の排除といったことであり、通常の民事・刑事訴訟とは全く分野が異なるものである。ここに、「特別なる争議解決機関を設くるの必要」があると説いたのである⁽⁷¹⁾。そして、その機関は、「最高等司法裁判官」を中心に若干名の枢密顧問・大学教授、さらに司法大臣・貴衆両議院議長による「合議体」で組織するが、例えば政府や各議院が当事者のときは、司法大臣や各議長は発言権を行使しないなどとした⁽⁷²⁾。

2 立法権優越からの法令審査権論

I-2-(2)に見たように、明治憲法下の判例は裁判所の法令審査権について、命令に対しては形式的にも実質的にも審査権を認めていたが、法律に対しては形式的審査権のみを許容し、実質的審査権を認めなかった。当時の学説は、形式的審査権については「之を肯定するを通例」としていたが⁽⁷³⁾、法律に対する実質的審査権の有無をめぐることは対立があった。

ここでは、形式的審査権の肯定と実質的審査権の否定について、立法権優越の立場からの議論をまとめておく。

(1) 形式的審査権の肯定——一木喜徳郎・美濃部達吉——

ごく初期の見解は、一木喜徳郎（1867-1944）⁽⁷⁴⁾が示している。一木は、明治25（1892）年の論文において、法律に対する裁判官の審査権は、法律の制定手続における「元首の裁可」、「国務大臣の副署」、「公布」の有無には及ぶが、「議会協賛の有無に及ぼすこと能わず」と論じた⁽⁷⁵⁾。その意図は、仮に議会協賛の有無を審査するとなれば、帝国議会が「正当に組織し正当に議決したるや否を」審査する権限を裁判官に与えなければならず、それでは「立法機関の独立」を

⁽⁶⁷⁾ 憲法・行政法学者で、学習院教授、行政裁判所長官などを歴任した。戦後は最後の枢密院議長を務めた。

⁽⁶⁸⁾ 清水澄「憲法裁判所の設立を望む」『国家学会雑誌』35巻9号、1921.9、p.75。後に清水澄「帝国憲法の解釈について」『国家学会雑誌』47巻8号、1933.8、pp.16-17でも同様の見解を示しているが、具体的な論議については「他日の討究に譲って置く」と述べるにとどまった。

⁽⁶⁹⁾ 稲田 前掲注(13)、p.1。

⁽⁷⁰⁾ 同上、pp.11、22。

⁽⁷¹⁾ 同上、pp.21-22。ただし稲田は、後述するとおり（II-3-(3)）、司法裁判所による付随的違憲審査制は認めている。

⁽⁷²⁾ 同上、pp.23-24。

⁽⁷³⁾ 田中 前掲注(46)、p.118。

⁽⁷⁴⁾ 法学者、官僚政治家。東京帝国大学法科大学教授、法制局長官、内務大臣、宮内大臣、枢密院議長などを歴任し、貴族院議員にも勅選された。天皇機関説問題で攻撃され、昭和11（1936）年3月に枢密院議長を辞任した。

⁽⁷⁵⁾ 一木喜徳郎『日本法令予算論』哲学書院、1892、pp.198-199。

侵害してしまい⁽⁷⁶⁾、「憲法を保護するの実益」にも欠ける⁽⁷⁷⁾というところにあった。こうして、形式的審査権を認める一方で、その範囲を限定したのである。

一木の影響を受けた美濃部達吉（1873-1948）⁽⁷⁸⁾はこの議論を一步進め、法律に対する裁判官の形式的審査権が議会協賛の有無にも及ぶことを認めた⁽⁷⁹⁾。法律が成立するには、議会の意思と君主の意思のいずれの一方も欠いてはならないのであり、法律は「議会の協賛と君主の裁可とが相待て」制定されるからである⁽⁸⁰⁾。

(2) 実質的審査権の否定—同一—

一木や美濃部は、法律に対する実質的審査権については、立法権優越ないし議会主義の立場からこれを認めなかった。

一木によれば、三権が「対等の地位を有する」アメリカと異なり、日本では「立法者は国家最高の機関」である⁽⁸¹⁾。憲法第57条第1項が司法権は「法律ニ依リ」行使される旨を規定していることで、法律に示された「公正解釈」は司法権行使の規準であると解され、したがって「立法者が憲法に対して下したる解釈も亦た裁判官を束縛する」ことになる。立法者が憲法を「公正解釈」し、憲法に抵触しないことを確認して法律が正当に成立した以上、裁判官は当該法律が憲法に抵触するかどうかを審査する権限を有しないと、一木は「断定」する⁽⁸²⁾。

同様に美濃部も「立法権の行為」が「国家の最高の意思表示」であるとし、司法権と行政権とはその下に「相並立する」ものであると論じた。したがって、法律の内容の合憲性については立法権者が「最高の解释权」を有するのであり、裁判所はこの解釈に対抗する権能を持たないと説いた⁽⁸³⁾。もっとも、一木が法律の合憲性認定の主体を単に「立法者」としていたのに対し、美濃部は議会の役割を前面に出しており、議会主義の考えを一層強調しているように読み取ることができる⁽⁸⁴⁾。

なお、一木も美濃部も、命令に対しては裁判所の実質的審査権を認めていた。美濃部によれば、「命令は行政権の意思表示」であり、裁判所は行政権に対しては「対等の地位」にあるのだから、行政権の解釈に拘束されることなく「完全なる独立の見解を以て」判断する必要があるとされた⁽⁸⁵⁾。

(76) 同上, p.202.

(77) 同上, p.206.

(78) 公法学者であり、東京帝国大学法学部教授、貴族院議員などを歴任した。ドイツの公法学者イエリネック (Georg Jellinek) の国家法人説の影響を受け、法人としての国家が主権の主体であり、天皇は国家の最高機関として主権を行使するとするいわゆる天皇機関説を唱えた。天皇機関説は、大正初期に上杉らの天皇主権説との間で起きた論争で優位に立ち正統派の学説となっていたが、昭和10(1935)年には国体を破壊するものとして排撃され、美濃部の憲法関係著書の発禁、貴族院議員の辞職に及んだ(天皇機関説事件)。第2次大戦後に政府の憲法問題調査委員会顧問や枢密顧問官に就任し憲法改正に参画した(後述)。

(79) 美濃部達吉『憲法講話』岩波書店, 2018, p.381。(初版は有斐閣, 1912年)

(80) 美濃部達吉「(再ヒ)法律ノ裁可ニ就テ」『法学協会雑誌』22巻12号, 1904.12, p.1643.

(81) 一木 前掲注(75), pp.210-211. ここで一木は、「三権は皆元首の総攬する所」だが、「元首が行政者司法者たる資格を以てするの行為は、常に其の立法者たる資格を以てするの行為の下に立たざるべからず」と説く。しかも、アメリカでは憲法改正には「立法者の外別に其の機関」があるので憲法は法律の一種ではないが、日本では立法者が憲法改正権限を有するので「憲法も亦た法律の一種に外なら」ないと指摘する。

(82) 同上, pp.218-219. ここでは立法権行使の主体について、議会でなく「立法者」の語が用いられている。

(83) 美濃部達吉『憲法撮要』有斐閣, 1923, pp.493-495.

(84) 美濃部 前掲注(79), p.382 では、「法律が既に議会の議決と君主の裁可とを経て発布せられた以上は、議会もそれが憲法違反ではないと認め、君主もこれを御嘉納あらせられたものと見るべきは当然で」と論じている。

(85) 美濃部 前掲注(83), pp.496-497.

3 実質的審査権肯定論

美濃部達吉は、いうまでもなく明治憲法下の「立憲主義憲法学を確立した巨匠」であった⁽⁸⁶⁾。法律に対する司法審査権について、実際の運用も美濃部の所説と同様の見解を示していたのはI-2-(2)に見たとおりである。しかし、学説の動向は、佐藤功によれば、美濃部の所説と異なり実質的審査権を認めるのが「我が国の通説」であったという⁽⁸⁷⁾。

もっとも、実質的審査権を肯定する立場や論拠は、以下に掲げるように必ずしも一様ではなかった。

(1) 「反議会主義の立場」から一上杉慎吉一

天皇主権説に立つ上杉慎吉は、立法権は「専ら天皇に属し、天皇単独に之を行使する」のであり、裁可とはその「立法権を行使するの行為」とであると論じた。天皇が裁可によって、法律が議会の協賛を経たことを「公証」した以上、裁判所は議会協賛の有無を審査できないと、形式的審査権については一木に類似した限定論を導き出した⁽⁸⁸⁾。

では、ひとたび天皇が立法権を行使すれば、裁判所は実質的にも審査権を有しえないという筋道になりそうだが、そうではなかった。上杉は、憲法は法律よりも厳格な手続によらなければ改正できない以上、「若し法律の規定が実質上憲法の規定に違反するときは」、憲法の規定するところを現行法としなければならず、裁判官はかかる法律を適用しない権限を有すると解すべきと論じた⁽⁸⁹⁾。

上杉は、一木や美濃部とは対照的な「反議会主義の立場」から実質的審査権肯定論を説いたとされるが⁽⁹⁰⁾、上の議論による限り、法律に対する憲法の優越という原則に従ったにすぎないように見える。たしかに、上杉が参照例として引いたアメリカの違憲審査制への言及には、議会に対する不信の一端が表れている。すなわち、「近来政党の弊甚しきに至れる」アメリカでは議会の立法に対する国民の信頼が高くなく、「裁判官の法律審査権は、最も貴重なる憲法の保障なり」とされるようになったという⁽⁹¹⁾。しかし、実質的審査権を認めるに当たりこうした政治事情が日本も同様であると明言するわけではなく、天皇の立法権を絶対視する一方で裁判所が法律を審査できるとするのは、やはり「一見奇異な議論」⁽⁹²⁾という印象を免れない。「天皇の裁可拒否の自由が名目化した現実を背景」に⁽⁹³⁾、議会に対抗して憲法を保障する手段を司法権の中に求めたと見るほかはないであろう。

⁽⁸⁶⁾ 高見勝利「講座担任者から見た憲法学説の諸相—日本憲法学史序説—」『北大法学論集』52巻3号, 2001.11, p.818.

⁽⁸⁷⁾ 佐藤 前掲注(17), p.64. 宮沢俊義も「わが学界の通説」としていた(宮沢俊義「仏国裁判所の法律審査権—「事実」と「学説」との対抗—」『国家学会雑誌』39巻2号, 1925.2, p.147)。

⁽⁸⁸⁾ 上杉 前掲注(58), pp.511-514, 595-601.

⁽⁸⁹⁾ 同上, pp.602-604. もっとも、上杉は、明治38(1905)年の『帝国憲法』においては、実質的審査権を否定し限定的な形式的審査権のみを容認した点で一木に近いものがあつた。目立つ違いがあつたとすれば、上杉が、実質的審査権の否定に当たり、合憲・違憲の解釈権は「立法者たる天皇」に帰属するとしたところであろう。上杉慎吉『帝国憲法』日本大学, 1905, pp.495-503を参照。

⁽⁹⁰⁾ 宍戸 前掲注(8), p.337.

⁽⁹¹⁾ 上杉 前掲注(58), pp.605-606.

⁽⁹²⁾ 宍戸 前掲注(8), p.337.

⁽⁹³⁾ 同上, p.338.

(2) 法治国家と人権保護の立場から—市村光恵—

市村光恵(1875-1928)は⁽⁹⁴⁾、明治37(1904)年の著書において、形式的にせよ実質的にせよ裁判所の法令審査権を広く認めていた。市村は、まず形式の欠ける法令は法令として存在すべきものでなく、裁判所は存在しない法令を適用することはできないのだから、その法令の「成立が正当なる形式を践みたるや否や」を審査しなければならないとした⁽⁹⁵⁾。

次に、実質的審査権を認める根拠は、法治国家としての法秩序の維持である。すなわち、「統治主体の意思に矛盾あり得べからず」という大原則があるため、「何れが統治主体の正当の意思なりやを定むる必要」から、「法令の形式に差等を設け、憲法は一切の法令の上に在り、法律は命令の上に在り」と定めている。法律に抵触する命令も憲法に抵触する法律も「効力を有せざる」ものであるにもかかわらず、裁判所がこれらを適用すれば、「法の適用解釈は全然混乱錯雑」してしまうという⁽⁹⁶⁾。こうした市村の説は、「国家法人説に依拠しつつ、客観法秩序の統一性の維持を説くもの」と評される⁽⁹⁷⁾。

また、市村の立論の目的は、「国権による臣民の権利の侵害を防止し、人民の自由を確保しようとする点」にあったとされる⁽⁹⁸⁾。市村によれば、臣民は法令そのものに対する服従の義務を拒むことはできないが、行政裁判などを通じて、すなわち「裁判所の力を借りて」、その「正常の権利を保護する」ことができる。憲法第2章における権利保障には「法律の留保」⁽⁹⁹⁾が伴うが、その法律が違憲であれば裁判所はこれを適用しないので、憲法上の権利もその「実を生ずるに至る」ことになる。「如何に無道の法令も一度裁判所の関門を入れれば忽ち其正否を決せられ、又適用の途なきに至るべし。之実に司法機関の職司にして又実に法治国の理想たり」という⁽¹⁰⁰⁾。

市村の論は、当時においては、法令審査権の行使に人権保障の観点を組み込んだ点でユニークなものであった。

(3) 法令審査制と憲法争議裁判の別—稲田周之助—

上に見たとおり、美濃部達吉らが法律の実質的審査権を否定した立論の根底には、「立法権の行為」が「国家の最高の意思表示」であり、法律については立法権者が「最高の解释权」を有するという認識があった。

しかし、稲田周之助はこの認識を「乱暴極まる独断なり」と否定する⁽¹⁰¹⁾。さらに、「司法部行政部を立法部の下に従属せしむる」という議論についても、「立憲政治の根本思想に反するのみならず、我が国法上に何等の根拠をも見出す能わず」と批判した。そして、むしろ司法裁判所は法律について「最高且最終の解释权を有す」と説いたのである⁽¹⁰²⁾。

⁽⁹⁴⁾ 憲法学者、京都帝国大学法学部教授。後に京都市長を務めた。

⁽⁹⁵⁾ 市村光恵『憲法要論』有斐閣書房、1904、p.547。他方で、議員資格、議案の取扱い、議決定足数といった議院に「専属」する事項に対しては裁判所の審査権は及ばないとして、議会の自律性を認めている(同、p.553)。

⁽⁹⁶⁾ 同上、pp.547-549。

⁽⁹⁷⁾ 宍戸 前掲注(8)、p.338。

⁽⁹⁸⁾ 江橋 前掲注(59)、p.83。

⁽⁹⁹⁾ 明治憲法では「権利が法律の範囲内でしか保障されていなかった点を捉えて」、そのように表現される。高橋ほか編 前掲注(9)、p.1213を参照。

⁽¹⁰⁰⁾ 市村 前掲注(95)、pp.549-552。

⁽¹⁰¹⁾ 稲田 前掲注(13)、pp.18-19。稲田は美濃部を名指しせず、「一憲法学者は」という言い方をしている。

⁽¹⁰²⁾ 同上、p.19。

そうであれば、稲田によれば、憲法が「法律の上に超越する」最高規範である以上、裁判に当たり、法律が憲法に違反しないかどうかを審査しなければならないのは「勿論」であり、「憲法を無視せよ」と裁判官に強いる理由は見当たらない⁽¹⁰³⁾。稲田にとって上位法の優越は当然のことであり、美濃部と異なり、憲法違反の法律は法律違反の命令と同様に裁判所が審査すべきものだったのである。

また稲田は、裁判所が違憲と判断した法令の効力について、次のように論じた。司法裁判は「一定の事実に対して判決するもの」であって、憲法に違反した「法律命令其自身を廃止するの効力」はなく、違憲と認めた法令を「適用せざるまで」である。法律そのものの修正・廃止は、「立法部の権能」に属するとしたのである⁽¹⁰⁴⁾。このように、稲田の法令審査制度論における違憲判決の効果は、現在の日本国憲法下における付随的違憲審査制の運用に近いものがあつた。

さらに、このような立論を展開する中で、「帝国議会と政府との間、議会の両院の間若しくは枢密院と政府との間」に起きた憲法争議については、司法裁判の及ぶところでないとも明言している⁽¹⁰⁵⁾。稲田にとっての憲法争議に、民事・刑事裁判に適用する法令の違憲問題というものは含まれておらず、こうした狭義の憲法争議を解決するために特別の機関を設置すべきと主張していたことについては、II-1-(2)に挙げたとおりである。

Ⅲ 昭和前期～終戦後における議論

1 ヨーロッパの憲法裁判所をめぐる議論

第1次大戦後にヨーロッパ諸国で憲法裁判所が設置されるようになり、いち早く反応して我が国への憲法裁判所の導入を模索する議論があつたのは、II-1-(2)にも触れたとおりである。それから約10年を経て、これらの憲法裁判所における判例が蓄積され、これに関して特にドイツでの議論が深まってくると、我が国でもより詳細な分析に基づく議論が展開されるようになった。

(1) オーストリア憲法裁判所—美濃部達吉—

美濃部達吉は、昭和5(1930)年の論文でオーストリアの憲法裁判所(Verfassungsgerichtshof)について、その具体的な制度を紹介している⁽¹⁰⁶⁾。先にも触れたように、オーストリアは第1次大戦の敗北により帝政から共和政に移行するとともに、1919年には憲法裁判所が設置され、従来の帝国裁判所を継承しつつ多様で広範な権限を有するようになった。「憲法裁判所のうちで最古のもの」であり、他のヨーロッパ諸国でその後に創設された憲法裁判所のいわば「モデル」となつたとされる⁽¹⁰⁷⁾。

オーストリア憲法裁判所の制度は、美濃部によれば、アメリカ的な「司法権に依る憲法擁護」の制度と著しく異なるものであるという。すなわち、司法権・立法権とは別個の権力として「憲法と法律との抵触を裁断」し、通常の三権以外に「第四の権力を為す」ものである。また、憲

⁽¹⁰³⁾ 稲田周之助『日本憲法論 第6版』有斐閣, 1925(初版は1923年), pp.217-225.

⁽¹⁰⁴⁾ 同上; 稲田 前掲注(13), p.15においても、「憲法に違反したる法律命令及び条約を採るの理由なきことは甚だ明白なり。但し、司法裁判所の判決は一定の事実に基づく訴訟に対して之を下だすものにして其効力の及ぶところ自ら限界あり。判決其れ自身を以て法律命令及び条約を廃棄すること無し」と指摘している。

⁽¹⁰⁵⁾ 稲田 前掲注(103), p.218.

⁽¹⁰⁶⁾ 美濃部達吉「オーストリアの憲法裁判所」『国家学会雑誌』44巻2号, 1930.2, pp.1-41.

⁽¹⁰⁷⁾ ファヴォルー 前掲注(62), p.33.

法に抵触する法律については、司法裁判所が「適用を排除する」と異なり、憲法裁判所の判決は「直接に法律自身を廃止せしむる効果を有する」⁽¹⁰⁸⁾。

同裁判所は、法律の違憲性審査と命令の違法性審査、憲法上の権利侵害に対する行政裁判、権限裁判（裁判所・行政庁間、各州間、州・連邦間等）、大統領や連邦・州政府構成員の弾劾裁判、選挙裁判などの権限を有し、さらに1925年の憲法改正により、連邦と州の権限配分に係る事前統制の権限が加えられた。美濃部は、これらの制度の内容を解説した上で、同裁判所を「讚美」するアイゼンマン（Charles Eisenmann）⁽¹⁰⁹⁾の評価を引用している。アイゼンマンによれば、同裁判所は、「憲法の自由主義的精神に基づき真正の意義に於いての自由主義的の判決を為すことが普通となった」。そして、「憲法の維持擁護」を「立法者自身に委ねる」よりも、「特別の裁判所」によって立法者の憲法尊重義務を担保する方を選択することに「何の疑が有ろうか」という⁽¹¹⁰⁾。美濃部自身はこうした評価に対して特にコメントしていないが、「立法権の行為」が「国家の最高の意思表示」であるとして法律の実質的審査権を否定していた美濃部が、オーストリア憲法裁判所の制度をこのような評価とともに紹介したことは興味深い⁽¹¹¹⁾。

(2) ワイマール憲法下のドイツ国事裁判所—杉村章三郎・林田和博—

ドイツも第1次大戦後に帝政が崩壊して共和政に移行し、新たに制定されたワイマール憲法（Weimarer Reichsverfassung）の下で1921年に国事裁判所（Staatsgerichtshof）が設置された。

杉村章三郎（1900-1991）⁽¹¹²⁾によれば、国事裁判所は、「連邦に於ける特殊の憲法事件を処理すること」と、「連邦に於ける大臣訴訟を採決すること」の2つを目的とする⁽¹¹³⁾。前者の「憲法事件」とは、各邦内部の憲法争議や各邦相互間の非私法的争議、連邦と各邦との間の非私法的争議を指す（同憲法第19条）⁽¹¹⁴⁾。後者の「大臣訴訟」とは、連邦の大統領・首相・大臣による連邦憲法・連邦法違反について、連邦議会が国事裁判所に提起する公訴を指す（同憲法第59条）。すなわち、大臣訴追制度である。杉村はこれらの機能とその運用について解説するとともに、当時のドイツの学界において、「連邦機関相互の憲法争議の裁決権と法令の審査権を憲法裁判所 [= 国事裁判所] に与うべし」（〔 〕内は筆者補記）などと主張されていることを紹介している⁽¹¹⁵⁾。そして、これらに関する問題の中には、「何等政治問題に交渉を有しない純然たる適法不適法の判断を中心としうる部分が広く存在する」ことを指摘した上で、仮に我が国で憲法裁判所の設立が必要になるとすれば、その権限は「憲法の解釈に関する疑義乃至は法令審査の問題」を中心とすべきであることを示唆している⁽¹¹⁶⁾。

⁽¹⁰⁸⁾ 美濃部 前掲注⁽¹⁰⁶⁾, pp.3-4.

⁽¹⁰⁹⁾ フランスの法学者であり、オーストリア共和国憲法を起草した法学者ケルゼン（Hans Kelsen）の弟子であった。

⁽¹¹⁰⁾ 美濃部 前掲注⁽¹⁰⁶⁾, pp.38-41.

⁽¹¹¹⁾ 江橋 前掲注⁽⁵⁹⁾, p.89 も、「美濃部の主要な関心は議会政の確立にあったが、その彼さえも紹介に駆りたてたほどに違憲審査制論議が盛んであったのだ」と指摘している。

⁽¹¹²⁾ 行政法学者、当時は東京帝国大学法学部助教授、後に教授。

⁽¹¹³⁾ 杉村章三郎「憲法裁判所の独逸に於ける成績と憲法裁判の将来」『国家学会雑誌』47巻12号, 1933.12, pp.2-6. 杉村は、国事裁判所を「憲法裁判所」と呼称して解説している。また、杉村は「連邦」という語を多用しているが、ワイマール憲法上は「連邦」（Bund）でなく「国」（Reich）の語が使用されていた。これに対し後出の林田和博は「国」の語を用い、佐藤功は「ライヒ」の語を用いているが、本稿では便宜のため基本的に「連邦憲法」、「連邦法」など「連邦」の語を用いる。

⁽¹¹⁴⁾ 「邦」（Land）とは、ドイツの「国」（Reich）に対し連邦構成体を指し、「州」とも訳される。

⁽¹¹⁵⁾ 杉村 前掲注⁽¹¹³⁾, p.24.

⁽¹¹⁶⁾ 同上, pp.25-27. ただし、「現行制度の精神としては」、枢密院の役割になることを示唆している。

林田和博(1905-1984)⁽¹¹⁷⁾は、昭和7(1932)～8(1933)年の論文で、このワイマール憲法第19条と第59条の規定をめぐり、判例やドイツにおける学説に基づく議論を展開している。

林田によれば、第1次大戦後に創設されたドイツの国事裁判所、オーストリアやスペインの憲法裁判所は、「憲法擁護の新らしい試み」として「注目的的」となっている。これらの有する権限は「従来の司法権概念を以って律する」ことができず、「憲法違反の法律命令そのもの」を法的効力を持つ判決により廃止するという法令審査は、「司法的形式に於ける立法」であり、「法治国家の第四の権力を構成する」ものであると指摘した。林田は、憲法裁判所制度は歴史的に「反動とではなく」自由主義・進歩主義と結び付いてきたと見ており、我が国における「憲法の擁護者」についても、「枢密院の反動的諸要素」は「憲法改正の手段に従って」憲法裁判所制度に改められるべきであると説いている⁽¹¹⁸⁾。

林田は、ワイマール憲法第19条について、ドイツの法学者の説を引きつつ、その時期まで数多く行われた判決により、国事裁判所が扱う争議の対象や争議当事者が拡大しており、例えば、「抽象的法律問題」でなく「具体的法律争議」であれば、連邦法に対する審査権も承認されるようになったと指摘した⁽¹¹⁹⁾。他方、大臣訴追制度(「大臣責任訴訟」)に係る同第59条については訴訟事例を欠くところであり、林田は専らドイツにおける学説状況に基づいて、大臣訴追制度の法的性質、対象、手続などをめぐる問題を論じた⁽¹²⁰⁾。こうした大臣訴追制度を我が国に導入することに対しては、我が国の「立憲政治の具体的吟味」が先決問題であるとしつつ、「私見」としては、あくまで大臣の「国法的責任」を問う制度として肯定している⁽¹²¹⁾。

(3) ドイツ国事裁判所と憲法保障制度—佐藤功—

ドイツの国事裁判所については、佐藤功も昭和18(1943)年、ドイツの法学者らの議論を参照しつつ、ワイマール憲法下の憲法保障制度⁽¹²²⁾と一体をなすものとして次のように論じている。

国事裁判所は、同憲法第19条の規定に基づき「各邦内部の憲法争議」の裁判を通じて、「各邦憲法と連邦憲法との同質性、即ち全体としての連邦憲法の自由主義的構造を裁判的に保障する役割」を果たすことができた。また、同条の規定する各邦相互間や連邦・各邦間の「公法的争議」の裁判では、国事裁判所は「全体としての連邦憲法の統一主義的構造を裁判的に保障する機能」を営むことができた。こうした「連邦制国家」に係る憲法裁判の点では憲法制定後約10年間において「相当の成績を挙げ得た」と、佐藤は評価した⁽¹²³⁾。

他方、国事裁判所には「一般国家」の裁判的憲法保障制度の機能として、第59条の規定の下

(117) 憲法学者、当時は九州帝国大学法文学部助教授、後に九州大学法学部教授などを歴任。

(118) 林田和博「独逸国国事裁判所論—共和国憲法第19条を中心として—」『法政研究』3巻1号、1932.12、pp.3-4。

(119) 同上、pp.30-63。

(120) 林田和博「独逸国国事裁判所論(続)—共和国憲法第59条を中心として—」『法政研究』4巻1号、1933.12、pp.15-41。

(121) 同上、pp.3-4。

(122) 佐藤は、ワイマール憲法における憲法保障制度の体系は「極めて広汎且つ精緻である」として(佐藤功「ドイツに於ける憲法保障制度とその理論(2)」『国家学会雑誌』57巻4号、1943.4、p.91)、国事裁判所制度のほか、大統領の連邦議会解散権(第25条)、大統領の解職について連邦議会が国民投票に付する権限(第43条)、議院内閣制、特に首相・大臣に対する不信任制度(第54条)、議会制定法の是非を問う国民投票(第73条)、法案をめぐる連邦議会と連邦参議院間の紛争の国民投票による解決(第74条)、憲法改正に係る国民投票制度(第76条)を挙げ、同憲法が「国民が最高諸機関の牽制均衡による憲法の保障の制度及び憲法改正手続の規定による憲法の保障の制度の二つに於て、…特殊の重要な役割を与えられていた」と評価した(同、pp.96-99)。

(123) 同上、pp.94-96。

で、大統領や連邦政府、連邦議会など「最高諸機関の間の憲法争議の解決」においても「憲法の裁判的保障を営む」権限が与えられた。ただし、「遂に一度として之を営む機会を与えられ」なかった。それは、佐藤によれば、「国家行為の政治的評価」をめぐる憲法争議は「裁判による解決に適當でない」からでもあるが、更に重要な理由は、こうした憲法争議は憲法の規定する議院内閣制によって「事実上解決され得る」からである。すなわち、首相・大臣の地位が議会の信任に基づくことが憲法第 54 条に明記されているため、議会は政府が憲法に違反したことを認めれば「直ちにその退任を強制」できるのであって、「議会の国事裁判所への提訴を俟つまでもなく議会は憲法の保障機関の機能を果し得る」と論じた⁽¹²⁴⁾。

しかし、佐藤がこの論稿を発表したのは昭和 18 (1943) 年であって、ワイマール憲法の「生命は僅か十数年を以て終」っており⁽¹²⁵⁾、ドイツがナチス独裁体制の下に置かれて既に 10 年が経過していた。ナチスを率いるヒトラーは 1933 年 1 月に首相に就任し、同年 3 月には全権委任法の制定により政府に法律を制定する権限が付与され、1934 年 8 月にはヒトラー総統の下で大統領と首相の権限が一元化された。

実際にはナチスが政権を掌握する以前から議会の無力化は始まっており、1930 年以降、憲法第 48 条の規定に基づく大統領の緊急措置権により大量の緊急命令が発せられるようになった。佐藤によれば、政治権力が立法部から行政部に移り、主たる立法者となった行政部が発した「巨大なる緊急命令の氾濫」は、ワイマール憲法によって保障されたドイツ国民の基本権や自由権の制限に向けられていた。このことは、こうした制限は議会の立法によってのみ可能であるとする「近代的法治主義原理の崩壊を物語る」ものであるという⁽¹²⁶⁾。

また、「ナチス国民革命」は、議会主義のみならず連邦主義や法治主義をも「根本的に変革」したと佐藤は指摘した⁽¹²⁷⁾。すなわち、各邦議회를全廃し、各邦の「高権」(Hoheitsrechte)を連邦に移して各邦政府を連邦政府に「隷属」(unterstehen)させることで、「連邦制は完全に否定せられ完全なる単一国家」となった。国事裁判所に関しても、単一国家となったことで憲法第 19 条は「もはや効力を失」った。さらに、連邦政府を弾劾すべき連邦議会が無力化した以上、同第 59 条の規定も「死文化」し、したがって「法治主義に基づく国事裁判所の機能が否定せられたことも亦当然」であったと論じた⁽¹²⁸⁾。

憲法保障制度が「憲法の効力を維持しその実効を担保」するためのものであるとすれば、これはワイマール憲法における「憲法保障制度の失敗」である。佐藤は、ここに「憲法保障制度の機能の限界性」が明らかに示されていると説く⁽¹²⁹⁾。佐藤によれば、一般に憲法は何らかの政治理念によって制定されるが、成文憲法の制定自体が「この政治理念の固定化のための手段」であり、憲法保障制度は「この政治理念の一層の固定化に仕えるもの」である。しかし、その政治理念が別の政治理念に取って代わられたときは、新しい政治理念の下で新しい憲法と新しい憲法保障制度が作られ、旧い憲法保障制度は「歴史的使命を終え」る。「あらゆる憲法保障制

(124) 同上, pp.94-97.

(125) 佐藤功「ドイツに於ける憲法保障制度とその理論 (6・完)」『国家学会雑誌』57 卷 8 号, 1943.8, p.51.

(126) 佐藤功「ドイツに於ける憲法保障制度とその理論 (3)」『国家学会雑誌』57 卷 5 号, 1943.5, p.57.

(127) 同上, p.60.

(128) 同上, pp.61-63.

(129) 佐藤 前掲注⁽¹²⁵⁾ 佐藤はワイマール憲法のみならず、全編にわたり近代ドイツにおける一連の諸憲法に関して論じており、こうした憲法の「交替変遷の事実」は各憲法保障制度の「失敗の歴史」を示すものであるとしている。

度も憲法を動かす歴史的勢力の前には無力である」と論じたのである⁽¹³⁰⁾。

2 欧米の違憲審査制をめぐる議論

(1) アメリカの違憲審査制と「司法的憲法保障制」—高柳賢三—

前節に示したように昭和前期に法学者の多くがヨーロッパ諸国の憲法裁判所制度に注目していたのと異なり、高柳賢三（1887-1967）⁽¹³¹⁾はアメリカにおける違憲審査制に着目していた。高柳はまず、やや遡るが大正10（1921）年の論文で、立法権が優越し違憲の法律にも法律としての効力を認める「欧州主義」⁽¹³²⁾と対照的に、「司法権の優越」（judicial supremacy）の下で違憲の法律は無効とみなされるアメリカの場合は「米国主義」と呼ぶことができると論じた⁽¹³³⁾。「米国に特有なる裁判所の違憲立法審査権」については、司法部が「成文憲法の特別保護者」（special guardian of constitutions）の地位を占め、裁判所が数多くの重要な憲法問題について「實際上最終決定権を有する」ことを論じた⁽¹³⁴⁾。また高柳は、司法権優越制度の是非論について多くの有識者の見解を引用している。肯定論は、違憲審査権は「多数支配（majority rule）より生ずる短慮早計を節制するに政争に超然たる裁判官の円熟せる熟考判断を以てする」制度であると賞賛し、否定論は、「人民の大多数の意見を表現せる法律」が少数の裁判官の判決により無効とされるのは「民衆政治の本則に違反する」として批判するという⁽¹³⁵⁾。

高柳は昭和10（1935）年の論文で、「司法的憲法保障制」と拡大した概念を用いてアメリカの違憲審査制度論を更に詳細に展開した。この時期は、高柳自身によれば、既に「各国の情勢」は、ナチス政権下のドイツを始めとして、立法府・司法府の優越から「行政府の優越への転向」を示しており、それは「司法的憲法保障制に親しまざる地盤」であった⁽¹³⁶⁾。アメリカにおいてもローズヴェルト（Franklin D. Roosevelt）政権と連邦司法府との争いが世界的に注目されており、それでも司法権優越がアメリカ憲政における特色として表現されているが、かといって、直ちに司法府が一般的に立法府や行政府の上位にあるとするのは誤解であるという⁽¹³⁷⁾。高柳の一連の論稿には、こうした時代状況を受け、法と国家あるいは法と政治との相克というテーマが流れているのが分かる。

高柳によれば、アメリカにおける違憲審査制の基礎的前提の1つとして、立法府と行政府は、憲法の解釈については原則として「判例憲法」に従わなければならない。これは、法の解釈については裁判所が最も適任であるという英米の伝統的思想に基づく。ただし、判例憲法にはある程度の流動性があり、裁判所が将来判例を変更する可能性があるため、立法府も行政府も、「必

⁽¹³⁰⁾ 同上, p.52.

⁽¹³¹⁾ 英米法学者、東京帝国大学法学部教授。戦後は貴族院議員に勅選されて日本国憲法制定に参画し（後述）、その後、内閣に設置された憲法調査会（昭和31（1956）～40（1965）年）の会長を務めた。

⁽¹³²⁾ 「19世紀のヨーロッパ大陸諸国や明治憲法時代の日本では、法律と質的に区別された憲法の最高法規性の観念がなく、人権は議会の制定する法律によって保障されるという考え方が強かったため、裁判所による法律の合憲性の審査は否定された」とされる（芦部信喜、高橋和之補訂『憲法 第7版』岩波書店、2019、p.390）。

⁽¹³³⁾ 高柳賢三「米国憲政に於ける司法権の優越を論ず（1）」『法学協会雑誌』39巻1号、1921.1、pp.19-20.

⁽¹³⁴⁾ 同上, p.24.

⁽¹³⁵⁾ 高柳賢三「米国憲政に於ける司法権の優越を論ず（4完）」『法学協会雑誌』39巻9号、1921.9、pp.60-80.

⁽¹³⁶⁾ 高柳賢三「司法的憲法保障制の法理及其運用（1）」『国家学会雑誌』49巻1号、1935.1、p.3. 高柳は、「変転極まりなき世相を超越して、静かに、より恒久的な人類の法的問題に想を練ることは、我々学究の特権である」とも述べている。

⁽¹³⁷⁾ 高柳賢三「違憲立法審査権の政策的制約—司法的憲法保障制の法理及其運用の7—」『国家学会雑誌』49巻7号、1935.7、pp.2-31.

ずしも従来の判例憲法に依て行動する義務はないのであって、自己の憲法解釈に依て、行動しうる」。それでも、憲法を「終局的に解釈する唯一の機関」は、依然として裁判所であるという⁽¹³⁸⁾。

高柳は、法と国家とはいずれが優越するものであるかに関して、アメリカの違憲審査制の理論と実際は、「法優越の理論を最も徹底せしめた制度」であると見られるが、この場合でも「ある妥協的要因」が働いているという⁽¹³⁹⁾。たしかに、違憲審査制の基礎的前提には、「憲法は裁判所によって強制しうべき法である」という英米法の観念もある。しかし、立法府と行政府とが共に違憲でないという前提で制定した法律を、裁判所が違憲であるとして適用を拒否することは、「事実上極めてデリケートなこととなる」のであって、そこに「多くの「制約」が生じて来る」ことに注意しなければならないとした⁽¹⁴⁰⁾。

では、どのような制約が存在するのだろうか。1つは、違憲審査権は具体的な訴訟に付随して行使される権能にすぎないという、司法権そのものの性質に由来する当然の制約としての「本質的制約」である。もう1つは「政策的制約」と名付けられるもので、両院を通過し大統領が署名した法律を違憲と宣言することにより、立法府・行政府との正面衝突を来すとの考慮から作り出したいくつかの自己制限的なルールである⁽¹⁴¹⁾。具体的には、連邦最高裁判所は、その全員参加の判決において大多数の一致なくしては、連邦法や州法を無効とすることはなくという裁判慣行、すべての法律は反証があるまでは合憲であり、あるいは明瞭な場合においてのみ違憲とされうるという合憲性の推定、そして、ある種の事件については、「政治的問題」(political question) であるという理由でこれに対する裁判管轄権を否定するといったルールである⁽¹⁴²⁾。

政治的問題については、次のようにも説明している。ヨーロッパ諸国の憲法裁判所とは、憲法における「政治的法」としての性質を認めて設けられた妥協的な制度である。英米法の伝統に、こうした「半政治的な機関」に法律問題の解決を委ねる制度はなじまないのだが、憲法が「政治的な要因を多分にもつもの」である以上、アメリカの違憲審査制の下でも、ある程度いわゆる「裁判の政治化」という現象が生ずることになる。ことに連邦最高裁判所判事には、法律技術的能力のみならず「政治家的眼光」が要求されるのだが、それでも問題によっては、政治的問題として裁判所が違憲審査を拒否する場合も生じうるという⁽¹⁴³⁾。

高柳はアメリカを「司法的憲法保障制の母国」と呼んだが⁽¹⁴⁴⁾、これは同国の裁判所が司法権優越に基づき、法と政治との狭間に立ちつつ「憲法秩序の存続と安定を保つ」役割を担っていることを捉えたものであって、ここにおいて、アメリカ的違憲審査制もまた、ヨーロッパ的憲法裁判制度がそうであるように、憲法保障の機能を有するものであると意義付けられたといえるであろう。ひいては、我が国の憲法争議の問題と法令審査権の問題とが、共通の土台の上で論じられる可能性も視野に入ってくることになるのである。

(138) 高柳賢三「違憲立法審査権の理論的根拠—司法的憲法保障制の法理及其運用の3—」『国家学会雑誌』49巻3号、1935.3, pp.55-58。「判例憲法」については、連邦最高裁判所の判例における憲法解釈が下級裁判所を拘束し、以後発生する事件についても先例として拘束力を有することから、「ある程度の固定性をもった判例憲法が成立することとなる」としている。

(139) 高柳 前掲注(136), p.11.

(140) 高柳 前掲注(138), pp.37-49.

(141) 高柳賢三「違憲立法審査権の本質的制約(1)—司法的憲法保障制の法理及其運用の4—」『国家学会雑誌』49巻4号、1935.4, pp.2-4.

(142) 高柳 前掲注(137) 大多数一致のルールはあくまで慣行なので、場合によっては「適用不能」になることもあるという(同, p.3)。

(143) 高柳 前掲注(138), pp.50-54.

(144) 高柳 前掲注(137), p.2.

(2) ヨーロッパ諸国における違憲審査制

この時代から顧みれば、アメリカの違憲審査制は既に1世紀を超える実績を有していたが、ヨーロッパ諸国の憲法裁判制度が生まれたのはほんの10数年前であった。憲法保障という点からは、これを司法裁判所が担う「米国主義」、議会に委ねる「欧州主義」に、憲法裁判所など「第四権」ともされる特別の裁判所に専属させる第3の形態が加わったことになる。もっとも、高柳賢三が「米国主義」と「欧州主義」とを分けたのは違憲審査権の有無によるが、他方で新制度としての憲法裁判所に付与された権限には、前節で触れたように、違憲審査権のほか、国家機関相互間等の権限紛争や連邦制に係る紛争、大臣訴追制度、憲法上の権利侵害などを対象とする多様なものが含まれ、それが我が国の当時の学者からも注目されていたのであった。

ともあれ、ヨーロッパにおいても、立法権優越という「欧州主義」を離れて違憲審査制を認める制度が現れたのである。ここでは第1次大戦後のヨーロッパ諸国の違憲審査制をめぐる議論を簡単に見ておきたい。

III-1-(1)に触れたとおり、オーストリアの憲法裁判所に法律の違憲性審査や命令の違法性審査の権限が付与されたことは、美濃部達吉が論じていた。美濃部はここで、法律の違憲性審査に関し、連邦法については州政府の、州法については連邦政府の申立てに基づいて憲法裁判所が行うこと、法律・命令に対する審査権は憲法裁判所に専属し「普通の」裁判所はこれを有しないことなどを紹介している。後者に関しては、裁判所は具体的な訴訟事件に適用する命令に違法の疑いがあるときは、その審査を憲法裁判所に求めることができるが、法律に違憲の疑いがあるときには憲法裁判所に申し立てることができない。これは、美濃部によれば、オーストリアにおいても裁判所は法律に対して「絶対の服従の地位」にあるためであって、「憲法裁判の効果を頗る薄弱ならしめて」いるという⁽¹⁴⁵⁾。

ドイツの国事裁判所については、憲法上は違憲審査権は明記されていなかったが、これを付与すべきであるとする議論があったことはIII-1-(2)に述べたとおりである。田中二郎はドイツの憲法学者の見解を参照して、当初は命令の審査のみが肯定されていたが、「1925年を境として法律に付ても其の違憲性の審査を肯定するに至った」としている⁽¹⁴⁶⁾。

これらとは対照的にフランスは元来、「立法権の優越」という評価が定着しており、高柳も、同国は立法府の制定した法律に「終局的効力」を付与し、裁判所に対する拘束力を有するものとしているので、「憲法の保護者は立法府にして司法府にあらず」と評していた⁽¹⁴⁷⁾。宮沢俊義(1899-1976)⁽¹⁴⁸⁾も同様に、フランスにおける判例と従来通説によれば、裁判所に実質的な法律審査権は認められていないと紹介していた⁽¹⁴⁹⁾。ところが後に、ある事件を契機としてこのような学説状況に変化が生じ、法律審査権を認める「新派」が、これを否定する「旧派」に対抗するようになったと報告している。宮沢によれば、新派の中にも、法律審査の基準としての「憲法」を、成文の憲法典に限るとする「中庸派」と、成文・不文を問わず憲法的基本原則をも含めるとする「急進派」が存在する。また、従来判例が法律審査権を認めてきたか否かについ

⁽¹⁴⁵⁾ 美濃部 前掲注⁽¹⁰⁶⁾, pp.11-16.

⁽¹⁴⁶⁾ 田中 前掲注⁽⁴⁶⁾, p.119.

⁽¹⁴⁷⁾ 高柳 前掲注⁽³³⁾, p.22.

⁽¹⁴⁸⁾ 憲法学者、当時は東京帝国大学法学部助教授、後に教授。戦後は政府の憲法問題調査委員会委員や貴族院議員として日本国憲法制定にも参画した(後述)。

⁽¹⁴⁹⁾ 宮沢 前掲注⁽⁸⁷⁾, pp.129-151.

でも、旧派と新派とで解釈が対立しているという⁽¹⁵⁰⁾。

3 我が国に対する示唆

(1) 法令審査権の在り方

昭和前期における憲法保障制度や法令審査権に係る学説は、「多くの蓄積を残し」、「その理論水準は相当のもの」であったと評されている⁽¹⁵¹⁾。本稿でもその一端に触れてきたように、特に欧米諸国の制度に対しては、当該国における主要な判例や理論を織り込んだ分析に立ち入っており、各国法令における関連規定を基本とした制度論が中心であった大正期までに比べると、格段の進展が見られたのである。

こうした欧米諸国における先行例に照らして、杉村章三郎や林田和博が我が国への憲法裁判所の導入を示唆していたことは、III-1-(2)で見たとおりである。それでは、我が国の法令審査権の在り方はいかなる方向に進むべきと考えられたのであろうか。

市村光恵が明治末期という比較的早い時期に実質的な法令審査権を認めていたことはII-3-(2)に述べたが、彼は「合衆国に於ける主義も亦我国に認めて妨ぐる所なし。否寧ろ其正当なるを認む」と説いていた⁽¹⁵²⁾。

しかし、後により実証的な研究を行った高柳賢三は、「吾人は現今の日本に於て司法権優越制の採用を主張するものに非ず」とむしろ慎重であった。その理由は、制度の運用が成功するかどうかは、その「社会の社会心理的保障と他の制度及事情如何とに依て定まる」からであって、アメリカで成功した制度が日本やフランスで失敗に終わらないとは保証できないとした。高柳によれば、「裁判所優越制の成功する前提条件」とは主として、①国民一般の遵法心 (respect for the law) と裁判所に対する強い尊敬 (respect for the courts)、②裁判官が優秀な素質を有するのみならず、違憲問題の決定が「半政治家的才能」を要することから、「経世的眼光をも具備する」こと、の2つにあるという⁽¹⁵³⁾。

フランスで法律審査権を認める議論が現れたことを報告した宮沢俊義も、このことが我が国における議論に対していかなる示唆を与えるかといった考察を行っているわけではない。むしろ、この問題を抽象的に論ずるのではなく、法律審査権とは、「その国の憲法の根本原則—それは多く不文であり、伝統的のものであり、かつ、それがその憲法の背後にあってそれを個性づけ特色づける—が、これをみとめるや否やに帰着する」のだから、各国の現実における扱いや議論を知ることが肝要であると説いた⁽¹⁵⁴⁾。

野村淳治 (1876-1950)⁽¹⁵⁵⁾も、宮沢のいうフランスの「新派」・「旧派」に相当する各説について、「両説は何れも一面の真理を包含する」が、各説単独では「完全なることを得ない」と慎重な見方を示した。野村は我が国の場合についても同様に、法令審査権の有無という単純な区別を排し、憲法と一般の法律とが抵触する場合に、裁判官がいずれに依拠すべきかを2つの場合

⁽¹⁵⁰⁾ 宮沢俊義「仏国裁判所の法律審査権について—ラティエ氏の事件を機縁として—」『国家学会雑誌』40巻7号、1926.7, pp.109-144.

⁽¹⁵¹⁾ 江橋 前掲注⁽⁵⁹⁾, pp.86-87.

⁽¹⁵²⁾ 市村 前掲注⁽⁹⁵⁾, pp.556-557.

⁽¹⁵³⁾ 高柳 前掲注⁽¹³⁵⁾, pp.89-90.

⁽¹⁵⁴⁾ 宮沢 前掲注⁽¹⁵⁰⁾

⁽¹⁵⁵⁾ 憲法・行政法学者、東京帝国大学法学部教授。戦後、政府の憲法問題調査委員会顧問などとして憲法改正に関わることになる(後述)。

に分けて考察した。まず、一般の法律が「明白に憲法の規定、殊に重要な規定に違反」する規定を設けた場合には、当該法律の規定は「絶対的に無効（不成立）」である。これに対し、立法府が「その自由裁量権を濫用して恣意に基づき不適當な規定を設けて」、憲法の「精神に違反するに至った」場合には、初めから当然無効とはならず、憲法か一般の法律により廃止されるまでは法律として効力を有し続けるべきである。したがって裁判官は当該法律を適用し、これに従って裁判を行うべきであるとした⁽¹⁵⁶⁾。

田中二郎も当然無効とそうでない場合とに分ける点では、野村と同様の結論を示した。まず田中は、矛盾する法のいずれにも裁判所が拘束されることは「法の統一を破ることに外ならぬ」として、裁判所の審査権が肯定される場合があることは認める。ただし、論理的にはそうであるとしても、現実の問題はそのように単純ではないという⁽¹⁵⁷⁾。すなわち、法令の瑕疵とは必ずしも明瞭な問題でなく「解釈・認定の問題」であって、その認定権は、我が国の三権分立制の下では、「一応、当該立法者に存すると解する」べきである。法令の定めるところは「有効性の推定を受け、何人も、一応、之に拘束せらるるものと解すべきであろう」。しかし、例外的に、当該法令に「重大明白な瑕疵が存し、当然無効と認むべき場合」には、裁判所がその適用を拒否することが権力分立の趣旨に合致し、「国法の矛盾なき統一を図る所以」とであると説いた⁽¹⁵⁸⁾。

こうした田中の議論は、あくまで我が国が憲法解釈のための特別の制度を有しないことを前提に、瑕疵ある法令であっても原則的には裁判所を拘束し、ごく限定された場合に裁判所がその適用を拒否すべきと論じたものである。他方では、ヨーロッパ諸国で第1次大戦後に憲法裁判所が設置され、そこでは「瑕疵ある法令の効力の有無を判定することが出来る」とも述べている⁽¹⁵⁹⁾。論理的には、より積極的に法令審査権を行使するための、三権分立の外に立つ制度を許容する余地は残されていることになるが、田中はそこまでは踏み込んでいない。

(2) 憲法保障における「法と政治との対立」

林田和博はアメリカ連邦最高裁判所の「法律審査権」にも着目しており、この権限は「唯々憲法を擁護するものと解される」ことを強調した。すなわち、大統領や州知事の拒否権と異なり、「議案が賢明か不賢明か」、「法律が良法か悪法か」、あるいは「法律の利害得失」に関係なく、「憲法の規定に違反するか否かという点」が唯一の係争点であるという⁽¹⁶⁰⁾。

林田の指摘は、行政国家化という現象と照らし合わせると興味深い。先にナチスによるドイツの行政権の肥大化に触れたが、こうした極端な例は別としても、1930年代のアメリカにおいて、ローズヴェルト政権が主導した諸改革が現代的な行政国家化を一層進めるものであったことはよく知られている。このとき連邦最高裁判所は、世界恐慌の克服を目的とするニューディール諸立法に対して次々と違憲判決を下した。これに対しては、アメリカ的な司法的憲法保障を自由主義的と評価する我が国の憲法学者の中にも、「憲法の字義の保全に傾いて」、「道理ある立法的改革をも憲法違反の烙印を付し」たとの批判があった⁽¹⁶¹⁾。時代の流れに掉さした行

⁽¹⁵⁶⁾ 野村淳治「司法裁判官の法令審査権」宮沢俊義編『公法学の諸問題—美濃部教授還暦記念—第1巻』有斐閣、1934、pp.430-437。

⁽¹⁵⁷⁾ 田中 前掲注(46)、pp.111、119-120。

⁽¹⁵⁸⁾ 同上、pp.123-126。

⁽¹⁵⁹⁾ 同上、pp.107、126。

⁽¹⁶⁰⁾ 林田和博「米国連邦憲法に於ける三権分立制度論」『法政研究』10巻1号、1939.12、p.64。

⁽¹⁶¹⁾ 中村弥三次『憲法学提要』巖松堂書店、1937、p.110。

政国家化への流れに対して「唯々憲法を擁護する」ことの是非が問われたということもできよう。

翻って我が国の場合は、佐藤功によれば、議会の地位の低さと「行政権の優越」こそが問題であった⁽¹⁶²⁾。佐藤は、憲法争議の歴史的事例を解釈による憲法変遷の跡としてたどり (I-1-(1)~(6))、(1)の予算先議権問題で行政権の優越が獲得され、その要求は(2)~(5)の問題にかけて程度を増し、(6)の国家総動員法問題において「画期的、革命的な規模」で認められたという。「今やこの非常時局に於て行政権の優越を阻止する何者もなく、行政権による国家行為の適法性の推定は何者によっても否定されぬが如くである」と慨嘆した⁽¹⁶³⁾。

佐藤は、I-1-(7)で触れたとおり、議会による憲法保障を予防的保障と匡正的保障に分類したが、議会の匡正的保障の機能は「極めて不完全」であるとして、議会は、予防的保障の分野において憲法保障の機能を果す地位にあると説いた⁽¹⁶⁴⁾。こうした「議会による憲法の立法的保障」は、「民主主義の政治思想」に基づき、「議院内閣制を伴う所の議会政 (Parliamentary Government)」において「最も完全に行われる」⁽¹⁶⁵⁾。しかし、我が国の帝国議会は、「緊急勅令の制度や所謂大権事項の制度等」のため「憲法上極めて狭い権限」しか持たず、また貴族院が衆議院と同等の権限を有するために、下院に対して「上院と政府の共同戦線」が形成されるので、「極めて低い地位」しか与えられないと批判した⁽¹⁶⁶⁾。

他方、国家の違憲作用に対する匡正的保障について佐藤は、これを「法律的に破毀する可能性」がなければ憲法保障が達成されないとすれば、「憲法裁判の制度があくまで所期せられねばならぬ」という⁽¹⁶⁷⁾。ただし、いかなる憲法争議も、裁判的保障が最も適する「適法性」の問題によって解決されるわけではなく、むしろ裁判的保障は政治的問題には適しないという限界が内在することが認められる。実際、佐藤が挙げた憲法争議の事例においては、「適法性」でなく政治的見地からの「合目的性」が問題とされ、いわば「拡張解釈」によって解決が図られたのであった。しかし、ブライス (James Bryce)⁽¹⁶⁸⁾のいう「遁げ道」(evasion) 的な解釈によって違憲論を避けたとすれば、解釈の限度を超えたことになるであろう。佐藤はブリスを引用しつつ、憲法は、その「枠をこわされず」、「その主なる特徴を失わない」限りで、その弾力性を維持して「一層その鞏固性と持久性」が保障されると主張する⁽¹⁶⁹⁾。

そこで問題なのは、「憲法の枠」が壊されたかどうか、「憲法の主なる特徴」が失われたかどうかを、誰が、何を基準として最終的に決定するのかということである。佐藤によれば、「誰か」については、裁判所、あるいは議会、あるいはこれらに対して「中立的なる国家の主権者」であるとされてきた。決定の基準としては、「適法性」の問題ともされ、「不可避免的に政治的価値判断が加わらざるを得ない」ともされる。あるいは「実定法上の制度以外のもの」、すなわち、「輿論」の力や「道徳的なる保障」に求めるべきとされるともいう。しかし、ここまで来る

⁽¹⁶²⁾ 佐藤 前掲注(32), p.70.

⁽¹⁶³⁾ 同上, p.71.

⁽¹⁶⁴⁾ 同上, p.66. 枢密院は、憲法附属法に関して事前審査権を有しており (枢密院官制第6条第2号 前掲注(53)を参照)、佐藤も、憲法附属法の草案が憲法違反でないかどうかを審査する権限があるという意味では、枢密院が「憲法保障のための機関」とされることは認めている (佐藤 前掲注(17), p.65)。ただし、枢密院が何らかの裁決を行う権限を有していたわけではなかったことは、II-1-(1)に述べたとおりである。

⁽¹⁶⁵⁾ 佐藤 前掲注(32), p.67.

⁽¹⁶⁶⁾ 同上, pp.67-68.

⁽¹⁶⁷⁾ 同上, p.66.

⁽¹⁶⁸⁾ イギリスの法学者、歴史学者、政治家。オックスフォード大学教授のほか下院議員、外務次官、アイルランド担当大臣、駐米大使などを歴任した。憲法学においては、硬性憲法と軟性憲法の分類を提唱したことで知られる。

⁽¹⁶⁹⁾ 佐藤 前掲注(32), pp.72-77.

と、究極の憲法保障は、「国家諸機関の自制、憲法に対する国民の健全なる常識等に俟たざるを得ない」という考えにも通ずることになる。「実定法以上の世界」、すなわち制度を超えたところに解を求めることになってしまうのである⁽¹⁷⁰⁾。

憲法保障制度の分野において「国家に於ける法と政治との対立は最も直截に自らを現わす」と⁽¹⁷¹⁾、佐藤が評する所以である。

4 日本国憲法制定時の議論

(1) 松本委員会等での検討

敗戦後の昭和 20 (1945) 年 10 月、佐々木惣一は、マッカーサー (Douglas MacArthur) から明治憲法改正の示唆を受けた近衛文麿元首相と共に、内大臣府御用掛に任命され、翌 11 月に憲法改正案を奉答したが、その第 78 条として、憲法裁判所が「帝国憲法の条規に関する疑義」を裁判するという規定が盛り込まれていた。ここには、法令に対する付随的・抽象的違憲審査権、政府や議会の違憲の行動に対する裁判、下級裁判所からの請求に係る憲法裁判といった権限が明記された⁽¹⁷²⁾。しかし、近衛と佐々木の作業の成果は、次に述べる政府の検討において特に参考にされることはなく、後の GHQ 草案に対しても影響を与えることはなかったとされる⁽¹⁷³⁾。

幣原喜重郎内閣が憲法の見直しに具体的に動き出したのは、松本烝治 (1877-1954)⁽¹⁷⁴⁾ 国務大臣を委員長とする憲法問題調査委員会 (松本委員会) が同年 10 月に設置されてからである。同委員会の顧問には清水澄、美濃部達吉、野村淳治が任命され、委員には宮沢俊義らが含まれ、補助員に佐藤功などが加わっていた。ここでの議論でも、一部の委員から憲法裁判所の新設を求める案が出されたが⁽¹⁷⁵⁾、最終的には、憲法裁判所が「実際に働く場合」はほとんどなく、「諸国の実例は不成績」であるとして、憲法に規定する必要は認められなかった⁽¹⁷⁶⁾。たしかに終戦の時点で、我が国が参照できるようなヨーロッパの憲法裁判所は壊滅状態にあった。上に述べたように、ドイツの国事裁判所はナチス政権下で無力化された。オーストリアとチェコスロバキアの各憲法裁判所も 1930 年代に入ってから機能停止を余儀なくされた。1931 年に創設されたスペインの憲法裁判所は、1936 年の内乱勃発後、フランコ体制に移行する中で廃止された。

では、司法裁判所型の違憲審査制についてはどうだったか。美濃部が松本委員会の初期に提出した意見書では、司法制度全体について「別に述ぶべきことなし」と、現状のままを可としていた⁽¹⁷⁷⁾。同委員会の多数意見も「法令審査権に就ては特に規定する必要なし」ということで

⁽¹⁷⁰⁾ 同上, pp.77-78.

⁽¹⁷¹⁾ 佐藤 前掲注⁽¹²⁵⁾, pp.62-63.

⁽¹⁷²⁾ 「帝国憲法改正ノ必要 内大臣府御用掛 佐々木惣一奉答 昭和 20 年 11 月 23 日」国立国会図書館『日本国憲法の誕生』(電子展示会) <<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/02/042shoshi.html>> なお、佐々木とは別に近衛も改正要綱を提出した(「帝国憲法ノ改正ニ関シ考査シテ得タル結果ノ要綱 昭和 20 年 11 月 22 日」同 <<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/02/041shoshi.html>>)。

⁽¹⁷³⁾ 佐藤達夫『日本国憲法成立史 第 1 巻』有斐閣, 1962, pp.233-234.

⁽¹⁷⁴⁾ 商法学者であり、東京帝国大学教授、法制局長官、貴族院議員、商工大臣などを歴任し、幣原内閣で憲法担当国務大臣に就任した。

⁽¹⁷⁵⁾ 「帝国憲法改正私案 (大池委員) [昭和 20 年 12 月 22 日提出]」国立国会図書館 前掲注⁽¹⁷²⁾ <<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/02/043ashoshi.html>>; 「憲法問題調査委員会第 7 回調査会議事録 [昭和 20 年 12 月 24 日]」同 <https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/02/002_24shoshi.html>

⁽¹⁷⁶⁾ 「憲法問題調査委員会第 6 回総会議事録 [昭和 20 年 12 月 26 日]」同上 <https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/02/002_24shoshi.html>

⁽¹⁷⁷⁾ 「[調査会資料 (美濃部稿)] [昭和 20 年 11 月 14 日配布]」同上 <<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryu/01/039bshoshi.html>>

あった⁽¹⁷⁸⁾。ただし、この間の議論の中では、命令審査権は認めるが法律審査権は認めないとする美濃部的な説と別に、明らかな違憲の法律には「服する必要なし」とするのが通説であるとする発言も記録されている⁽¹⁷⁹⁾。「法令審査権」規定を欠く旧来のままでもこれを肯定する可能性が示唆されたと考えてよいようである⁽¹⁸⁰⁾。

このようにして、昭和 21 (1946) 年 1 月末～2 月初めの松本委員会では、改正に向けた要綱や案が作成されたが⁽¹⁸¹⁾、いずれの文書にも、具体的な文言としては憲法裁判所も違憲審査制も盛り込まれなかったのである。

(2) GHQ 草案の提示と日本政府案の作成

他方、日本政府による憲法改正の動きを注視していた GHQ 民政局は、「憲法研究会」⁽¹⁸²⁾が発表した「憲法草案要綱」⁽¹⁸³⁾に注目していた。民政局のラウエル (Milo E. Rowell) 中佐はその内容を分析した報告書の中で、「民主主義的で、賛成できる」と高い評価を与えた⁽¹⁸⁴⁾。現在では、憲法研究会案とこれに対するラウエル中佐の所見が、後の GHQ 草案の起草において参考にされたことは確実であるとされている⁽¹⁸⁵⁾。

憲法研究会案は、大臣訴追制度を司る国事裁判所の規定を置いていた⁽¹⁸⁶⁾。しかし、ラウエル中佐はむしろ、法令に対する違憲審査権の規定がないことを指摘し、かかる権限を明確に規定することと、違憲とされた立法について国会が再審査を行い、両議院の 3 分の 2 の議決で覆することができることを、日本側が制定する憲法を承認する要件に挙げるべきであると指摘した。その根底には、「多数決を濫用して行なわれる多数者による侵害から個人を十分に擁護するため」には、違憲審査権を裁判所に与えることが望ましいとする考えがあった⁽¹⁸⁷⁾。

この後、よく知られるとおり、民政局は、憲法改正問題に対する日本政府の態度が旧態依然であったことと、間もなく極東委員会 (FEC: Far Eastern Commission) がこの問題に介入してくる⁽¹⁸⁸⁾ことに危機感を抱き、急遽 GHQ 草案を作成して日本政府に提示した (昭和 21 (1946) 年 2

(178) 「憲法問題調査委員会第 1 回乃至第 4 回総会並びに第 1 回乃至第 6 回調査会に於て表明せられたる諸意見 [昭和 20 年 12 月 22 日提出]」同上 <<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/02/043ashoshi.html>>

(179) 「憲法問題調査委員会第 4 回調査会議事録 [昭和 20 年 11 月 19 日]」同上 <https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/02/002_24shoshi.html> なお、発言者は記載されていない。

(180) 前掲注(41)を参照。

(181) 「憲法改正要綱 [昭和 21 年 1 月 26 日]」「憲法改正案 (乙案) [昭和 21 年 2 月 2 日]」国立国会図書館 前掲注(179) <<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/02/067shoshi.html>>

(182) 昭和 20 (1945) 年 11 月に結成された民間の知識人グループ。メンバーは、統計学者の高野岩三郎、憲法学者の鈴木安蔵のほか、馬場恒吾、杉森孝次郎、森戸辰男、岩淵辰雄、室伏高信らであった。

(183) 「憲法草案要綱 憲法研究会案 [1945 年 12 月 26 日発表]」国立国会図書館 前掲注(179) <<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/02/052shoshi.html>>

(184) 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程—連合軍司令部側の記録による— I 原文と翻訳』有斐閣, 1972, p.35.

(185) 高柳賢三ほか編著『日本国憲法制定の過程—連合軍司令部側の記録による— II 解説』有斐閣, 1972, p.20.

(186) 民間の憲法諸案の中では、進歩党が大審院の違憲審査権を (「進歩党 憲法改正要綱 昭和 21 年 2 月 14 日」国立国会図書館 前掲注(179) <<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/02/040shoshi.html>>)、憲法学者の稲田正次もアメリカを範とするとして大審院の違憲審査権を提案し、稲田を含む憲法懇談会は違憲審査制と共に大審院が審判を行う大臣訴追制度を提案していた (「憲法改正私案 東京文科大学助教授 稲田正次 [1945 年 12 月 28 日発表]」「憲法懇談会の日本国憲法草案 [昭和 21 年 3 月 5 日発表]」同 <<https://www.ndl.go.jp/constitution/shiryō/02/055shoshi.html>>).

(187) 高柳ほか編著 前掲注(184), pp.31, 35-36.

(188) FEC は、日本占領管理に関する連合国の最高政策決定機関 (憲法改正についての政策決定を含む。) であり、米英中ソを中核とする 11 か国 (後に 13 か国) 代表で構成され、本部はワシントン DC に置かれた。1946 年 2 月 26 日に活動を開始することが予定されていた。

月13日)。草案中の司法の章に、上に挙げたラウエルの提言に沿った規定が盛り込まれ⁽¹⁸⁹⁾、他方で国事裁判所や憲法裁判所に関する規定は置かれなかった。

日本政府側は、いくつかの例外を除き、違憲審査制条項を含めおおむねGHQ草案に沿った新憲法原案を作成した。しかし、違憲立法に対する国会の再審査を認める文言については、政府側は民政局に対して、憲法問題の最終決定権は三権分立の見地から裁判所に統一すべきことを主張したため、これを削除することとなった⁽¹⁹⁰⁾。こうして、現行第81条の原型となる条文案(改正案第77条)⁽¹⁹¹⁾が一応整ったのである。

新憲法案(「帝国憲法改正案」)は、同年4月17日に枢密院に諮詢され、枢密院では美濃部達吉を含む12人の顧問官を委員とする審査委員会でその審査が行われ、細目の修正を施した改正案が同年6月8日に枢密院本会議で可決された⁽¹⁹²⁾。審査の過程での違憲審査制に関する議論の中では、違憲判決の効果が当事者を拘束するのみでなく「一般的なもの」とすべきである、また、下級裁判所にも同様の権限を拡張すべきであるといった意見が示された。これに対し政府側は、違憲判決効果の一般化については「附属法令の立法に際して研究」したい、また、下級裁判所に「命令、規則、処分」の違憲判断をさせるのは「差支え」ないが、その場合は最高裁判所に「上訴し得るの途を講ずる」必要があるだろうと答弁した⁽¹⁹³⁾。

(3) 第90回帝国議会における議論

帝国憲法改正案は、第1次吉田茂内閣の下、昭和21(1946)年6月20日開会の第90議会(臨時会)において衆議院に提出されるが、これに先立ち、すなわち上に触れた枢密院での審査が進行している間に、法制局が答弁資料を作成した。これによれば、そもそも「違憲立法審査」の制度にはアメリカ型とオーストリア型の2種があるが、改正案では前者を採用して「最高裁判所に憲法裁判所的機能を併有せしめ」とし、「具体的な訴訟事件が起った場合にのみ」審査権を行使すると、「憲法裁判所的機能」の文言を用いながらも付随的違憲審査制の立場を明確にした。また、特別の憲法裁判所が不要であるとする理由の1つに、ワイマール憲法下の国事裁判所のような大臣訴追制度に係る機能については、國務大臣その他の公務員の憲法尊重・擁護義務が規定され(現行第99条)、大臣らの「憲法違反に対する制裁は政治上の取扱に委ねて居る」ことが挙げられている。さらに、違憲判決を受けた法律の効力は、その事件について当該法律の適用が拒否されるのみであって、オーストリアの例のように、違憲法律の改廃を立法機関に義務付けるのは「最高裁判所に過大な権力を与えるものである」としている⁽¹⁹⁴⁾。答弁資料における違憲審査制や憲法裁判に係るこうした記述に、欧米の制度に関してそれまで蓄積された知

⁽¹⁸⁹⁾ ただし、国民の権利義務に係る第3章の規定は、国会の再審査権の対象から除かれた。

⁽¹⁹⁰⁾ 佐藤達夫、佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第3巻』有斐閣、1994、pp.141-142。

⁽¹⁹¹⁾ 帝国憲法改正案第77条「①最高裁判所は、終審裁判所である。②最高裁判所は、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。」

⁽¹⁹²⁾ 美濃部は、審査委員会において、改正案中には日本国民による制定ということが明記されているにもかかわらず、明治憲法の改正手続(第73条)に従い「勅命」により帝国議会の議に付され、天皇の裁可により公布されることなどの矛盾を「虚偽」と論じ、同委員会の採決(6月3日)においても、本会議の採決においても、1人反対を表明した。また、帝国議会の修正議決を経た後の枢密院本会議の採決(10月29日)には欠席した。

⁽¹⁹³⁾ 村川一郎編著『帝国憲法改正案議事録—枢密院帝国憲法改正案審査委員会議事録一』国書刊行会、1986、pp.123-125、162-163; 諸橋襄「枢密院に於ける日本国憲法審議(2)」『自治研究』31巻6号、1955.6、pp.51-52; 佐藤達夫、佐藤功補訂 前掲注⁽¹⁹⁰⁾、pp.407-408。

⁽¹⁹⁴⁾ 佐藤達夫、佐藤功補訂 同上、pp.478-481。

見が一定程度反映されていると推測することは可能であろう⁽¹⁹⁵⁾。

憲法議会とも称される第90議会には、野村淳治、佐々木惣一、高柳賢三、宮沢俊義が貴族院勅選議員として参画しており、野村以外はいずれも貴族院帝国憲法改正案特別委員会（同年8月30日設置）の委員となっていた。違憲審査制をめぐる議論を一瞥すると、佐々木は憲法裁判所の新設が「本当の希望」であるとして、付随的審査制の採用という金森徳次郎（1886-1959）⁽¹⁹⁶⁾ 国務大臣らの答弁には「私は従うことは出来ない」と異を唱えた⁽¹⁹⁷⁾。また高柳は、違憲審査の対象に条約が挙げられていない点を取り上げ、アメリカにおけるように、最高裁判所が条約の違憲審査権を有するという「建前」をとりつつ、条約尊重の原則からは解釈上「色々調節して」違憲判断は下さないというのが適当であると指摘した⁽¹⁹⁸⁾。

高柳はさらに、下級裁判所も違憲審査権を有するのは「アメリカでは当然」とされているとして、この点に関する考えを質した⁽¹⁹⁹⁾。実は衆議院審議の段階で、改正案第77条について、GHQ 民政局が、日本文では最高裁判所のみ違憲審査権を有するように読み、英文では最高裁判所はその終審であることを規定しているのと大きく異なると指摘したことから、第1項を削除して第2項の「権限を有する。」を「権限を有する終審裁判所である。」とするという修正が施されて第81条となっていた⁽²⁰⁰⁾。実際、衆議院修正前の金森大臣の答弁では、枢密院におけると同様に、下級裁判所は違憲立法に係る処理はできず、それが必要な場合には最高裁判所に当該事件を移送するという手続を考えているとされていた⁽²⁰¹⁾。修正後の改正案が送付された貴族院においては、金森大臣は高柳の質疑に対して、下級裁判所に違憲審査権を認めるか認めないかは、立法の際に「然るべく考慮して宜い」ものであると答えた⁽²⁰²⁾。こうして第81条は、文言の修正なく貴族院を通過して確定され、多くが憲法解釈や立法政策に委ねられることになった。

違憲審査制と憲法保障の間—結びに代えて—

「はじめに」で述べたように、明治憲法時代の「憲法争議」とは、主に政府・議会間の憲法解釈に関する争議を指していた。そこで、仮に憲法争議を解決する機関として、例えば憲法裁判所の設置が考えられたとすれば、佐藤功のいう立法過程における「予防的保障」に対しては事

⁽¹⁹⁵⁾ 佐藤功も、法制局参事官として「憲法議会に臨むための説明資料、各国憲法例、それから一問一答式の「想定問答集」の作成に参画したことを回想している（佐藤功「私と憲法と憲法学」『東海法学』9号、1993.1、p.13）。

⁽¹⁹⁶⁾ 法制官僚、憲法学者。岡田啓介内閣の法制局長官であったが、天皇機関説問題で攻撃を受け辞任。日本国憲法制定過程では、松本蒸治に代わり憲法担当国務大臣を務めた。後に初代国立国会図書館長。なお、金森も形式的・実質的に法令審査権を認めていた（金森徳次郎『帝国憲法要綱 訂正20版』巖松堂書店、1934、pp.263-267）。

⁽¹⁹⁷⁾ 第90回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第20号 昭和21年9月23日 pp.19-20。

⁽¹⁹⁸⁾ 同上、pp.24-25。この問題については、高柳 前掲注(37)、pp.11-12でも論じられていた。

⁽¹⁹⁹⁾ 第90回帝国議会貴族院議事速記録第23号 昭和21年8月[26日] pp.228-229。

⁽²⁰⁰⁾ 佐藤達夫、佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第4巻』有斐閣、1994、pp.798-799、811-812。このときの修正により、現行規定どおりの第81条となった。

⁽²⁰¹⁾ 第90回帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録（速記）第19回 昭和21年7月22日 p.369。

⁽²⁰²⁾ 第90回帝国議会貴族院帝国憲法改正案特別委員会議事速記録第20号 昭和21年9月23日 pp.23-24。その後裁判所法（昭和22年法律第59号）制定過程において、この点に関し法制局側が考えていた下級裁判所から最高裁判所への違憲問題に係る事件の移送案は、下級裁判所の違憲審査権を主張するGHQ 民政局のオプラー（Alfred C. Oppler）法務・立法課長らの見解を受けて排された（宍戸 前掲注(8)、pp.367-369；佐々木雅寿「裁判所法制定過程における違憲審査権の性格（2）」『大阪市立大学法学雑誌』40巻1号、1993.11、pp.124-130；江橋 前掲注(59)、pp.87-88）。なお、最高裁判所大法廷判決昭和25年2月1日 最高裁判所刑事判例集4巻2号73頁は、下級裁判所の違憲審査権を認めている。

後的な抽象的違憲審査が、議会での「匡正的保障」に対しては機関訴訟や大臣訴追制度などが構想されることになったであろう。ここで目指されるべきは、憲法秩序の客観的保障であり、明治憲法下における憲法保障・憲法擁護とは主としてこのことを指していたように思われる。

これに対して、現在の我が国が採用する付随的違憲審査制は、具体的な事件における個人の権利の保障を主たる目的とするとされ⁽²⁰³⁾、明治憲法下の法令審査権がこれに対比できるものであったとすれば、やはり当時の「憲法保障」には観念的に結び付きにくいものであったであろう。今でこそ違憲審査制という1つの用語の中で付随的なそれと抽象的なそれとが並置して観念されるが、元来は両者の間に大きな「溝」があり、抽象的違憲審査制はむしろ機関訴訟や大臣訴追制度といった憲法裁判制度とより親和的であったと思われるのである。

佐藤は、上の狭義の憲法争議に「憲法の適用」に関する争いを加えて広く定義することにより、裁判所による付随的違憲審査制をも憲法保障の視野に収めた。おそらく、そのことが可能になる前提として、既に高柳賢三が「司法的憲法保障制」としてのアメリカの違憲審査制について、詳細な報告を行っていたことも挙げてよいであろう。もっとも、当時の佐藤は何らかの具体的な法令審査の事例を挙げて「憲法争議」を論じていたわけではなく、その関心は主として、やはり政府・議会間の憲法争議やドイツの憲法保障論に向けられていたように見える。そして我が国における「行政権の優越」を問題視し、議会の地位の向上と議院内閣制による政治の実現が困難なことを知りつつも、いわば「立法的憲法保障制」の可能性を探ろうとしていたのではないだろうか。しかし時代は、こうした議論をよそに、行政権の極端な肥大化を伴ってひたすら戦争に傾注していたのである。

昭和前期に蓄積された憲法保障や違憲審査制に関する知見や議論は、戦争という現実の事態が進行し、やがて敗戦を迎え、占領下で新憲法が制定される中で、必ずしも十分に活用されたとはいえないであろう。日本政府側（松本委員会）は憲法裁判制度や違憲審査制など憲法保障に係る具体的な制度を用意せず、GHQの主導の下でアメリカ型の付随的違憲審査権が導入された。佐々木惣一などの主張にもかかわらず、「溝」の向こう側にある憲法裁判制度については、具体的な議論に踏み込むことがなかったのである。他方、日本国憲法の制定により、たしかに国会が「国権の最高機関」と規定され（第41条）、議院内閣制が採用されたが（第66条3項、第67～69条）、佐藤の求めた行政権優越の克服や立法的憲法保障制の深化については別の課題として残された。

高柳が指摘したように憲法が「政治的法」としての性質を有する以上、憲法争議は、佐藤が挙げた事例を見るまでもなく、法的な論争とはいえむしろ優れて政治的な争いの様相を帯びる。そこで、仮に裁判所が法的問題としての憲法争議を担うとしても、政治的問題をも扱うには限界があるのではないかと疑問が生ずることになる。「第四権」的な性格を有する憲法裁判所であっても、政治との相克からは逃れられないのである。そのことは、「司法権の優越」の下での司法裁判所の違憲審査権においても同様である。両者の「溝」を超えて共通に存在するのは、「法と政治との対立」という憲法保障制度における困難な問題なのである。

（やまだ くにお）

²⁰³ 長谷部恭男『憲法 第7版』新世社, 2018, p.427.