

違憲審査制の論点（改訂版）



2016年12月

国立国会図書館調査及び立法考査局

調査資料
2016-1-a

現代社会はますます複雑かつ多様化し、国政審議においても広範で多角的な情報が求められております。このような状況に対応するため、国立国会図書館調査及び立法考査局は『基本情報シリーズ』を刊行いたします。このシリーズは、国政課題に関する基本的な情報をさまざまな視点から提供するものです。

違憲審査制の論点（改訂版）

河島 太郎
（主任調査員 政治議会調査室）

2016年12月

国立国会図書館
調査及び立法考査局

目次

はじめに	2
I 違憲審査制の意義と類型	3
1 違憲審査制の意義	3
2 違憲審査制の類型	4
II 司法裁判所型違憲審査制	5
1 採用国	5
2 米国連邦最高裁	5
III 憲法裁判所型違憲審査制	9
1 採用の背景	9
2 ドイツ連邦憲法裁判所	10
3 フランス憲法院	15
4 イタリア憲法裁判所	23
IV 日本の違憲審査制	29
1 概要	29
2 最高裁の構成と裁判官の選任方法	31
3 最高裁の法廷	32
4 違憲審査制の論点	32
V 違憲審査制をめぐる各種構想	35
1 1950年代の最高裁機構改革案	35
2 近年の憲法裁判所構想	37
3 近年の最高裁改革構想	39
おわりに	42
別表 最高裁で違憲とされた法律の規定一覧	43

はじめに

違憲審査制は、憲法の最高法規性の確保と憲法上の基本的人権の保障を目的として、法令等の国家行為の合憲性を審査する制度であり⁽¹⁾、権力分立における抑制均衡の機能も期待されている。しかし、日本では、従来、違憲判断や時に違憲審査自体にも慎重な裁判所の姿勢がしばしば「司法消極主義」と批判されてきた。そこで、違憲審査制の在り方が重要な論点の1つとなり、1990年代以降その制度改革論も盛んになっている。

国立国会図書館調査及び立法考査局では、2005年に『シリーズ憲法の論点』の一環として本稿の初版⁽²⁾を刊行したが、その後10年余りの間に生じた事項等を中心に加筆を行い、ここに改訂版を刊行する運びとなった。以下本章では、改訂部分も含めて本稿の概要を紹介する。

本稿では、米国、ドイツ、フランス、イタリア及び日本を対象として、Iで違憲審査制の意義と類型を簡単に整理し、対象国の違憲審査制の概要についてIIで司法裁判所型の米国、IIIで憲法裁判所型のドイツ、フランス及びイタリア、IVで日本を紹介した後、Vで日本の違憲審査制の改革論について論点整理を行う。

Iでは、違憲審査機関の種別により違憲審査制の理念型を①一般の司法裁判所に違憲審査権がある司法裁判所型と②特別の憲法裁判所に違憲審査権がある憲法裁判所型との2類型に区分する。日本の違憲審査制は司法裁判所型とされ、最高裁判所（以下「最高裁」という。）以下の司法裁判所⁽³⁾が違憲審査を行う。

次に、IIとIIIでは、日本との制度的比較に資するよう、諸外国のうち違憲審査制が世界的に注目される国の違憲審査制を紹介する。対象国は、①日本が、憲法とともに司法裁判所型違憲審査制を継受した米国、②明治以来多くの法律を継受し、憲法裁判所の評価が高いドイツ、③事前審査（施行前の法令の違憲審査）を特徴とする憲法裁判所型違憲審査制に、最近新たに事後審査の制度を加えたフランス、④憲法裁判所型違憲審査制の中では司法裁判所型違憲審査制に近い訴訟類型を制度の中核とするイタリアとした。

IIでは、日本が継受した米国の司法裁判所型の違憲審査制を紹介する。米国では1803年に判例で違憲審査制が確立され、その主な特徴は、①専ら事件の審理に必要な範囲で憲法判断を行う付随的違憲審査制、②司法裁判所による違憲審査等である。なお、連邦国家である米国には連邦及び各州それぞれに固有の憲法と裁判所があるが、本稿では連邦の違憲審査制を紹介する。

IIIでは、主に欧州の大陸諸国で採用されている憲法裁判所型違憲審査制のうちドイツ、フランス及びイタリアの制度を紹介する。憲法裁判所型違憲審査制は、①通常裁判所から独立した憲法裁判所、②法律自体を対象とする憲法訴訟等を特徴とするが、各国で手続は

* 本稿におけるインターネット情報は、2016年10月31日現在のものである。

(1) 違憲審査制は、憲法保障（後掲注(7)）の制度の一環として位置付けられる。

(2) 諸橋邦彦『違憲審査制の論点』（調査資料2005-2-a シリーズ憲法の論点⑨）国立国会図書館調査及び立法考査局, 2006. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1001032_po_200602.pdf?contentNo=1>

(3) 本稿では、原則として、一般に司法裁判所と同義の通常裁判所に便宜的に行政裁判所を含め、これを含めない司法裁判所と概念上区別した。ただし、ドイツの「連邦通常裁判所」等の名称や各国の法令用語は、通常の利用に従った。

異なり、ドイツには抽象的規範統制・具体的規範統制・憲法異議の訴え等の訴訟類型がある。かつてフランスの違憲審査制は専ら施行前の法令を審査する抽象的規範統制（事前審査制）であったが、2008年7月の憲法改正で事後審査制が新設されたので、今回の改訂版ではこれを紹介する。具体的規範統制が主な憲法訴訟類型のイタリアでは、国と州との間又は州相互間の機関争訟に用途を限られた抽象的規範統制が、21世紀初頭の地方分権改革後に活用されるようになってきた。

Ⅳでは、日本の違憲審査制の概略を確認する。日本は司法裁判所型の付随的違憲審査制の採用国とされるが、最高裁の違憲判決⁽⁴⁾はまれであり、その姿勢は前述のとおり司法消極主義として批判されることが少なくない。そのため、1990年代以降違憲審査制の改革論議が盛んとなり⁽⁵⁾、最高裁の姿勢にも司法積極主義に転ずる兆しがうかがえる。

Ⅴでは、違憲審査制の改革論議の起源を1950年代の最高裁機構改革案に遡り、その後1990年代以降の違憲審査制改革論に言及する。後者を①憲法裁判所構想と②最高裁改革構想とに分け、①として a) 伊藤正己・元最高裁判事の提言、b) 読売新聞社の憲法改正試案及び c) 「おおさか維新の会憲法改正原案」を、②として d) 笹田栄司教授及び e) 畑尻剛教授の最高裁改革案を紹介する。2016年公表の c) は、今回の改訂で加筆したものである。

なお、本稿は違憲審査機関の組織及び憲法訴訟の制度を主題とし、①憲法訴訟の技術や違憲審査基準に関する憲法訴訟論、②司法権の範囲、③法曹養成制度その他違憲審査制の周辺の司法制度又は④政府や各議院の法制局その他政治部門の求めに応じて憲法の有権解釈を行う機関は本稿の対象外とした。⁽⁶⁾

I 違憲審査制の意義と類型

1 違憲審査制の意義

違憲審査制とは、法律、命令等の国家行為の合憲性を審査する制度である。違憲審査制は、憲法保障⁽⁷⁾機関の必要性と基本的人権（以下「人権」という。）の尊重を実体的な根拠とし、権力分立の観点から政治部門（立法府・行政府）を統制する必要性を機能的な根拠とする⁽⁸⁾。

民主的な選挙によらない裁判官で構成される裁判所が民主的に正統な政治部門、特に立法府の行為に対する違憲審査権を与えられた理由について、例えば佐藤幸治教授は、裁判所は政治部門の社会経済政策に敬意を払いつつも、同時に、個人の人権保護に意を用い、個人や少数者が政治社会過程から排除されないよう配慮し、立憲民主制の維持保全を原理

(4) 本稿Ⅳ4(1)参照。なお、本稿では、慣用に従い決定等も含めて裁判を原則として「判決」という。

(5) 平成12(2000)年から5年間設置された衆議院憲法調査会報告書においても、違憲審査制についてその現状及び憲法裁判所による憲法保障を中心に議論が行われた（Ⅴ2参照）。『衆議院憲法調査会報告書』衆議院憲法調査会、2005、p.246。

(6) したがって、政府や各議院が裁判所に対し法律の合憲性等について勧告的意見を求める照会制度（参照意見制度ともいう。）で有名なカナダも本稿では紹介しなかった。この制度については、佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』（大阪市立大学法学叢書 46）有斐閣、1995、pp.27-42等参照。

(7) 「憲法保障」とは憲法の最高法規性を守るためこれを否定する行為やこれに違反する行為を排除し、憲法秩序の維持を確保することをいう。法令用語研究会編『有斐閣法律用語辞典 第4版』有斐閣、2012、pp.318-319。

(8) 渋谷秀樹「違憲審査制」渋谷秀樹・赤坂正浩『憲法2 統治 第6版』（有斐閣アルマ）有斐閣、2016、p.143；芦部信喜、高橋和之補訂『憲法 第6版』岩波書店、2015、pp.377-378。

面において支える役割が求められるとしている⁽⁹⁾。

2 違憲審査制の類型

本稿の対象国の違憲審査制は、審査機関の種別により一般の事件を取り扱う司法裁判所が違憲審査も行う司法裁判所型と特別に設置された憲法裁判所が違憲審査を行う憲法裁判所型に大別され、その一般的特徴は次表のように整理できよう。

表 違憲審査制の比較

比較項目	司法裁判所型	憲法裁判所型
採用国	日本、米国	ドイツ、フランス、イタリア
審査機関	司法裁判所（民事又は刑事の裁判を行う裁判所）	憲法裁判所（司法裁判所を含む他の権力機関から独立し、憲法裁判を行うために設置される裁判所）
特徴	付随的違憲審査制（具体的な事件の審理での必要に応じ違憲審査を行う。）	抽象的違憲審査制（一般的、抽象的に、法令その他の国家行為に関し憲法判断を求められたときは、具体的な事件を離れてその違憲審査を行う。）
憲法訴訟類型とその採用国	具体的規範統制（他の裁判所の係属事件について、憲法裁判所がその適用法令の違憲審査のみをする制度） ^(注)	—
	抽象的規範統制（具体的な事件を前提としないで憲法裁判所が法令の違憲審査をする制度）	—
	憲法異議の訴え（憲法上の権利を侵害された者による不服の訴え）	—
下級裁判所の違憲審査権	ある。	（通常裁判所に違憲審査権がない。）
違憲審査の姿勢	一般に、抑制的	一般に、積極的に政治部門の争いに調停的役割を務める。
違憲審査の主要目的	私人の権利保護	憲法保障（憲法秩序の維持）
違憲判決の効力	個別的効力（当該事件に限り効力が及び、国家機関全てを当然には拘束しない。）	一般的効力（当該法令が失効し、国家機関全てを当然に拘束する。）

(注) 具体的規範統制は、憲法裁判所が違憲審査のみをする点で抽象的規範統制と共通し、具体的な事件を前提とする点で付随的違憲審査制に近似する。

(出典) 筆者作成。

憲法裁判所型違憲審査制においては、憲法裁判所に係属する憲法訴訟に固有の訴訟類型が詳細に区分され⁽¹⁰⁾、憲法判断自体がその判決の主文となり得るが、司法裁判所型違憲審

(9) 佐藤幸治『日本国憲法論』（法学叢書 7）成文堂，2011，pp.627-628. 司法審査の根拠を司法部の役割に求めるその他の見解として、民主政過程を補強し、又はその機能障害を改善する機関として正当化する見解や、究極的な理想を実現するため、他の政治部門との動的な統治過程を構成する機関として機能的に正当化する見解等が指摘されている。渋谷 同上

(10) 違憲審査関係の用語は各国で多様であるが、例えば憲法訴訟の訴訟類型の名称は原則としてドイツに倣うなど、比較の便宜上本稿では用語の統一に努めた。

査制においては、通常は訴訟に付随して違憲審査が行われることから憲法訴訟という訴訟類型はなく、憲法判断も総じて判決理由中の判断にすぎない。

これらの一般的特徴はあくまで理念型であり、現実の個別具体的な各国の違憲審査制と必ずしも一致しない⁽¹¹⁾。さらに、現実には、司法裁判所型と憲法裁判所型との間で内実の接近が起きているとの指摘がある。例えば、司法裁判所型を採用している米国では、具体的な訴訟要件や原告適格を緩和することにより私人の権利保護という目的を超えて憲法保障機能も発揮する傾向が見られ、憲法裁判所型を採用するドイツでも憲法異議の訴え⁽¹²⁾等が私人の権利保護機能を発揮している⁽¹³⁾。

II 司法裁判所型違憲審査制

1 採用国

司法裁判所型違憲審査制は、まず米国で1803年に合衆国最高裁判所（Supreme Court of the United States. 以下「連邦最高裁」という。）の違憲審査権が確立されて発展したので、「米国型」とも呼ばれている。その後、この型の違憲審査制は、日本のほか、カナダ、オーストラリア、インド等の英米法を継受した一部の国、欧州ではギリシア、北欧諸国等、中南米の一部の国等で採用されている⁽¹⁴⁾。ただし、これら各国において司法裁判所が違憲審査権を有することは共通するが、その具体的な制度等は各国で異なる⁽¹⁵⁾。本章では、司法裁判所型違憲審査制の典型例とされる合衆国最高裁判所の違憲審査の枠組みを簡単に紹介する。

2 米国連邦最高裁

(1) 概要

連邦最高裁は合衆国憲法（以下2において「憲法」という。）⁽¹⁶⁾が唯一その名称を定める裁判所であり（憲法第3条第1節）、1789年9月、裁判所法⁽¹⁷⁾の成立とともに設立された。しかし、憲法の司法府に関する規定が極めて簡略なこと等もあって、建国当初の連邦最高裁はその役割や制度が十分に明確とはいえなかった⁽¹⁸⁾。

連邦最高裁の違憲審査権についても、憲法に明文の規定はなかったが、1803年のマーベリー対マディソン事件⁽¹⁹⁾の連邦最高裁判決は自ら違憲審査権を有することを判示して、

(11) 各国の違憲審査制については、Juliane Kokott and Martin Kaspar, “Ensuring Constitutional Efficacy,” Michel Rosenfeld and András Sajó, eds., *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012, pp.795-830; Maartje de Visser, *Constitutional Review in Europe: A Comparative Analysis*, Oxford; Portland, Oregon: Hart Publishing, 2014 等参照。ただし、これらと主に日本国内の文献情報を集約した本稿とでは、違憲審査制の比較分類に異なる点がある。

(12) 「憲法異議」又は「憲法訴願」ともいうが、本稿では「憲法異議の訴え」で統一した。

(13) 野中俊彦「第16章 裁判所と憲法訴訟」野中俊彦ほか『憲法Ⅱ 第5版』有斐閣, 2012, p.273.

(14) 山元一『今、憲法裁判所が熱い?!—欧流と韓流と「日流」と?—』自由人権協会, 2005, pp.5-6.

(15) 本稿の対象外ではあるが、例えば、アイルランドの最高裁判所には抽象的規範統制（類似）の制度がある（アイルランド憲法第34条第4項）。『各国憲法集（2）アイルランド憲法』（調査資料2011-1-b 基本情報シリーズ⑧）国立国会図書館調査及び立法考査局, 2012, pp.21-23, 55. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_3487278_po_201101b.pdf?contentNo=1> また、インドの最高裁判所には、憲法上の基本権規定に基づく個人の救済請求について、救済執行令状を発する権限がある（インド憲法第32条第2項）。孝忠延夫・浅野宜之『インドの憲法—21世紀「国民国家」の将来像—』関西大学出版部, 2006, pp.8, 72.

(16) Constitution of the United States of America.

(17) The Judiciary Act of 1789: “An Act to establish the Judicial Courts of the United States,” 1 Stat. 73.

司法裁判所型違憲審査制が確立された⁽²⁰⁾。ただし、1850年代までの違憲判決は極めて僅かであり、米国の違憲審査制は1860年代以降本格的に展開した⁽²¹⁾。

連邦最高裁による違憲審査の傾向や特徴は、時代やその首席判事（以下「長官」という。）によりその性格が大きく異なる⁽²²⁾。「オールド・コート（Old Court）」と呼ばれる1936年までの連邦最高裁は、市民的自由に関する違憲審査への関心が低い一方で、企業の自由な経済活動の規制に対し違憲判決が多いなど経済的自由の分野で「司法積極主義」の姿勢を示し、その傾向は特にニューディール政策の時期に顕著であったとされている。

しかし、オールド・コートの司法積極主義はニューディール政策を推進する政治部門と司法府との緊張関係を招いたため、「ニュー・コート（New Court）」と呼ばれる1937年以降の連邦最高裁はその緩和を図り、いわゆる「二重の基準」論⁽²³⁾に基づき、経済的自由の分野については政治部門の判断や政策を尊重して司法消極主義の姿勢を示す一方、人権や平等原則の保障については司法積極主義の姿勢を示すようになった⁽²⁴⁾。公民権運動を促すことになったブラウン判決（1954年及び1955年）等で知られるアール・ウォーレン（Earl Warren）長官のいわゆる「ウォーレン・コート（Warren Court）」の時代（1954～1969年）にこの傾向が特に顕著となった。

(2) 連邦最高裁の構成と裁判官の選任方法

1869年以降の連邦最高裁は、長官1人と判事8人の裁判官9人で構成されている⁽²⁵⁾。連邦最高裁判事は、任期と定年のない終身官であり、非行がない限り引き続き在職が可能である（憲法第3条第1節）。

裁判官は、大統領が指名し、上院の助言と承認を得て任命される（第2条第2節第2項）⁽²⁶⁾。公式の手続は極めて簡素であるが、選任過程では、上院司法委員会の公聴会が重要とされている。公聴会では大統領の指名を受けた裁判官候補者が証言を求められ、また、候補者の調査も行われる。調査は議会だけでなくその他の団体（例：米国法曹協会）等も行い、その結果が選任過程に反映されることもある。なお、2011年までの判事候補者154人中、

(18) なお、米国各州には、州憲法以下の州法の法体系やこれに基づく固有の州裁判所がある。各州法の当該各州憲法上の違憲審査の終審裁判所は当該各州の最高裁判所であり、その連邦法適合性審査の終審裁判所は連邦最高裁であるが（樋口範雄『アメリカ憲法』（アメリカ法ベーシックス 10）弘文堂，2011，pp.18-19）、これらは本稿の対象外とした。

(19) *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803); 樋口 同上, pp.19-24.

(20) 松井茂記『アメリカ憲法入門 第7版』（外国法入門双書）有斐閣，2012，pp.80-82.

(21) 大越康夫『アメリカ連邦最高裁判所』（シリーズ 制度のメカニズム 1）東信堂，2002，p.141.（表）

(22) 以下(1)の内容は、主に同上，pp.143-146; 木下毅「1 アメリカの司法審査」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第1巻』有斐閣，1987，pp.63-67による。

(23) 合憲性の判定に政策的判断が必要な経済的自由に対し、民主政の過程に不可欠な精神的自由に優越的地位を認め、前者の規制に関する立法については合憲性推定の原則を前提とする合理性の基準で審査しつつ、後者の規制に関する立法については合憲性推定の原則を排除して厳格な基準で審査する米国の判例理論。中村陸男「第5章 人権総論」野中ほか 前掲注(13), pp.264-266. なお、米国では、二重の基準論ではなく精神的自由の優越的地位の法理などという。樋口 前掲注(18), p.282.（脚注32）

(24) 大恐慌時代における連邦最高裁による違憲審査の姿勢の転換については、J. Lee Rankin, "The Supreme Court, the Depression, and the New Deal: 1930-1941," *Nebraska Law Review*, Volume 40 Issue 1, 1961, pp.35-62 を参照。

(25) 以下(2)の内容は、主に大沢秀介『憲法裁判と司法審査制に関する主要国の制度』（参憲資料11号）参議院憲法調査会事務局，2002，pp.18-19; 大越 前掲注(21), pp.92-93; 樋口 前掲注(18), pp.110-116, 119-122による。

(26) 連邦最高裁判事任中に指名された長官候補者も、別に同様の承認手続を経ている。Kenneth Jost, *Supreme Court A to Z*, 5th ed., Thousand Oaks, Calif.: CQ Press, 2012, pp.594-598.

上院の承認を得られなかった者は30人である⁽²⁷⁾。また、裁判官は、しばしばその政治思想又は信条で大別され、直近の交代があった2010年8月現在で保守派4人、中道派1人、リベラル派4人とされていた⁽²⁸⁾。2016年2月13日に保守派のアントニン・スカリア（Antonin Scalia）判事が急死し、同年3月16日にオバマ大統領は後任に中道派のメリック・ガーランド（Merrick Brian Garland）連邦控訴裁判事を指名したが、上院多数派の野党共和党が同年11月の大統領選を前に次期大統領による後任の指名を求めて手続を延期し、その承認の見込みは皆無に近い⁽²⁹⁾。

憲法その他の法令に連邦最高裁の裁判官の資格に関する明文の規定は見当たらないが、従来の当該裁判官は全て法律家である⁽³⁰⁾。

(3) 連邦最高裁の違憲審査

(i) 連邦最高裁の管轄権と裁量上訴

連邦最高裁の管轄権は、上訴審及び第1審の管轄権に分かれる（憲法第3条第2節第2項）⁽³¹⁾。連邦最高裁には、①大使その他の外交使節及び領事に関係する事件並びに②州が当事者である事件全てについて、第1審の管轄権がある（同項前段）。連邦最高裁の第1審の管轄権は例外的であり、連邦最高裁に係属する事件のほとんどが上訴事件である。連邦最高裁には、連邦裁判所の管轄事件（同節第1項）全てについて法律問題及び事実問題の双方に関し上訴審の管轄権があるが、連邦議会制定法で別段の定めをすれば、連邦最高裁への上訴を任意に制限することができる（同節第2項後段）⁽³²⁾。

なお、米国には連邦裁判所と別系統の州裁判所があり、連邦裁判所の管轄外で各州裁判所の管轄に属する通常の民事事件その他の州法上の事件は、原則として連邦最高裁への上訴の対象でない点に留意する必要がある。

連邦最高裁への上訴には、上訴理由があれば当然に上訴が受理される権利上訴と、連邦

(27) 当該指名の承認案が否決された判事候補者は12人、うち1人は長官候補者でもあった。さらに、大統領による指名の取下げ、候補者による指名の辞退及び手続延期による当該承認案の審査未了により承認を得られないことがある。 *ibid.*

(28) 宮下紘「アメリカ最高裁の判決を読む（2009-10年開廷期）」『駿河台法学』24巻3号、2011.2、pp.4-5（駿河台大学学術情報リポジトリ）<<http://doi.org/10.15004/00000274>> なお、2010年6月29日にジョン・ポール・スティーブンス（John Paul Stevens）判事が辞職し、エレナ・ケーガン（Elena Kagan）訟務長官が5月10日にバラク・オバマ（Barack Obama）大統領により指名され、8月5日に上院の承認を受けて、8月7日に後任者となった。新任のケーガン判事は前任のスティーブンス判事と同様にリベラル派とされ、その交代は両派の均衡に変化を生じなかった。「米最高裁判事に女性長官を指名」『朝日新聞』2010.5.11；「「憲法の番人」連邦最高裁「次の判事は？」全米注目」『毎日新聞』2010.5.3。ただし、連邦最高裁の政治的構成を保守派5人、リベラル派4人とする資料もある。Richard E. Levy（柴田直子訳）「Federalism and Polarization in the United States アメリカ合衆国における連邦制度と二極化」2013.11.14、pp.7-8。神奈川大学ウェブサイト <http://www.kanagawa-u.ac.jp/att/10505_02333_010.pdf>；「米最高裁の判事 女性最多3人に」『読売新聞』2010.8.7、p.7。

(29) 「米最高裁の保守派判事死去 後任指名で共和反発も」『日本経済新聞』2016.2.15、夕刊；「米最高裁判事 オバマ氏指名 共和党応じず 選挙の争点に」『朝日新聞』2016.3.18。2011年までに大統領が任期の末年に指名した裁判官候補者中、約半数の12人が承認を得られなかったという。Jost, *op.cit.*(26), p.124; 大越 前掲注(21), p.92。

(30) 大越 同上, p.101。なお、創設～2009年の歴代の連邦最高裁判事の経歴については Clare Cushman ed., *The Supreme Court Justices: Illustrated Biographies, 1789-2012*, 3rd ed., Thousand Oaks, California: CQ Press, an imprint of SAGE Publications Inc., [2013] を、現職の又は最近退任した連邦最高裁判事の略歴については “Biographies of Current Justices of the Supreme Court.” Supreme Court of the United States Website <<http://www.supremecourt.gov/about/biographies.aspx>> を参照。

(31) 以下(3)の内容は、大沢 前掲注(25) pp.19-27 による。

(32) 樋口 前掲注(18), p.114。

最高裁の裁量で上訴の不受理が可能な裁量上訴（サーシオレイライ（certiorari））との2種類がある。しかし、裁判官3人の合議体による連邦地方裁判所判決に対する飛越上訴（合衆国法典第28編第1253条⁽³³⁾）を除き、1988年に連邦最高裁への権利上訴がほぼ全廃され、現在の連邦最高裁への上訴は憲法違反を理由とするものを含む大部分が裁量上訴となっている⁽³⁴⁾。したがって、連邦最高裁は自ら上訴を制限でき⁽³⁵⁾、連邦最高裁への裁量上訴の申立ては年間8,000～1万件に上るが、その審判は年間80～100件である⁽³⁶⁾。

(ii) 憲法訴訟

米国の憲法訴訟は付随的違憲審査制とされ、憲法判断は事件の審理に必要な範囲に限られる⁽³⁷⁾。判例上は、次の憲法判断回避の7原則が示されている。すなわち①友誼的で非対決的な訴訟において憲法判断をしないこと、②必要になる前に憲法判断をしないこと、③明確な事実への適用に必要な範囲を超える憲法原則の定式化をしないこと、④事件を処理し得る別の理由があれば憲法判断をしないこと、⑤違憲とする法令による被害を証明しない者の訴えに基づいて当該法令の効力を判断しないこと、⑥法令上の権利を行使した者の主張により当該法令の憲法判断をしないこと、⑦法令の合憲性に重大な疑いがあっても、これを回避し得る法令解釈の可能性を確認すべきであること⁽³⁸⁾という7原則である⁽³⁹⁾。

連邦最高裁により違憲とされた法律は、一般的に効力を失う（一般的効力）のではなく、専ら当該事件の当事者に対し効力を失う（個別的効力）にすぎないため、当該法律の改廃は立法府に委ねられる⁽⁴⁰⁾。しかし、実際には、先例拘束性の原則により、連邦最高裁の違憲判断はその後の事件について下級裁判所の判断を拘束し、違憲判断を受けた事件と同様の事件にも影響を及ぼす。

2016年7月27日までに連邦最高裁が違憲とした連邦議会制定法は180件⁽⁴¹⁾、同裁判所が2014年7月1日までに連邦議会制定法を違憲とした判決は184件とされている⁽⁴²⁾。

(33) 28 U.S.C. § 1253.

(34) 笹田栄司『司法の変容と憲法』有斐閣, 2008, pp.14-15; 前述憲法第3条第2節第2項後段参照。

(35) John E. Nowak and Ronald D. Rotunda, *Constitutional Law*, (Hornbook Series), 8th ed., St. Paul, Minn.: West, 2010, p.27 は、「連邦最高裁がその審査する事件を選定する裁量権の拡大を定めて司法の運営の改善等をするための法律」第3条 (Act to improve the administration of justices by providing greater discretion to the Supreme Court in selecting the cases it will review, and for other purposes, Pub. L. 100-352, § 3, 102 Stat. 662 (1988)) による合衆国法典第28編第1257条 (28 U.S.C. § 1257) の改正により連邦最高裁の義務的上訴管轄権のほとんどが消滅し、その裁量上訴による上訴受理が常態化したことを指摘する。なお、*idem*, pp.28-29 参照。

(36) ジェフリー・P・ミネア (市川正人訳) 「事件数の増加と法的複雑性の高まりへの対応—アメリカ合衆国最高裁判所の場合—」市川正人ほか編著『日本の最高裁判所—判決と人・制度の考察—』日本評論社, 2015, p.350.

(37) Nowak and Rotunda, *op.cit.* (35), p.109 によれば、憲法問題に関する判断の回避は一般的で基本的な司法の義務である。

(38) *Ashwander v. Tennessee Valley Authority*, 297 U.S. 288, 346-349 (1936) (Brandeis, J., concurring); 松井 前掲注(20), pp.91-92; 佐藤 前掲注(9), p.626. もっとも、①～⑦の原則には司法判断適合性の要件 (後掲注(39)参照) が混在しているとの指摘がある。松井 同

(39) そもそも、連邦裁判所の審査対象を司法判断に適した訴訟に限るため、司法判断適合性を欠く事件は訴えが却下される。司法判断適合性には、①事件の争訟性 (なれ合い訴訟でないなど紛争が実在すること等)、②原告の当事者適格、③事件の成熟性 (現に紛争が生じていること。これを「成熟性の法理」という。)、④ムート (提訴後も司法判断適合性の要件を失っていないこと。これを「ムートネスの法理」という。)、⑤政治部門に解決を委ねるべき事件でないこと (これを「政治問題 (統治行為) の法理」という。) の4要件がある。松井 同上, pp.169-197; 樋口 前掲注(18), pp.137-169; 大越 前掲注(21), pp.61-68.

(40) 大沢 前掲注(25), p.30. ただし、米国では決して一般的効力が否定されているわけではないとの指摘もある。野中俊彦「判決の効力」芦部信喜編『講座憲法訴訟 第3巻』有斐閣, 1987, p.115.

Ⅲ 憲法裁判所型違憲審査制

1 採用の背景

憲法裁判所型違憲審査制は、「大陸型」の違憲審査制とも呼ばれ、今では多くの欧州大陸諸国で採用されている。しかし、その登場は、司法裁判所型違憲審査制の確立に120年近く遅れた1920年である。

各国における憲法裁判所の設置には、「4つの波」があるとされている⁽⁴³⁾。第1の波は憲法裁判所が登場した1920年であり、オーストリアで憲法裁判所が置かれた。第2の波は、第2次世界大戦後の一時期であり、戦前のファシズム体制等の再現を忌避するイタリア（1948年）とドイツ連邦共和国（旧西ドイツ）（1951年）で憲法裁判所が置かれた。第3の波は、権威主義体制からの脱却を図る南欧のポルトガルやスペインなどで憲法裁判所が相次いで置かれた1970年代である。そして、第4の波は、社会主義体制を廃止した東欧・旧CIS諸国で憲法裁判所が相次いで置かれた1980年代後半～1990年代前半である。このように、憲法裁判所の採用国には、しばしば、立法や行政に対する憲法上の統制を必要とする事情が見受けられる。さらに、米国のような「民主主義的叙任」⁽⁴⁴⁾を受けないで任命され、旧体制の擁護者となった欧州大陸諸国の司法裁判所の職業裁判官の違憲審査能力に対する不信も、憲法裁判所を置く背景にあったと指摘されている⁽⁴⁵⁾。

このような背景事情もあって、欧州で憲法裁判所がある国には、①多元的な法体系・裁判権があること、②憲法裁判所の組織・作用・権限等が憲法で定められ、その独立性の保障があること、③憲法裁判所の裁判官は、必ずしも職業裁判官でないこと、④憲法裁判所が「真正の裁判所」であること⁽⁴⁶⁾、⑤憲法裁判所が通常裁判所の系統の外にあることの5つの共通点があるという⁽⁴⁷⁾。ただし、憲法裁判所が各国で多様なことは論を待たない。

以下本章では、典型例として、憲法訴訟に抽象的規範統制、具体的規範統制及び憲法異議の訴えの3類型があるドイツ、従来の抽象的規範統制の事前審査手続に新たに具体的規

(41) Kenneth R. Thomas, ed.-in-chief. (prepared by the Congressional Research Service, Library of Congress), "Acts of Congress held Unconstitutional in Whole or in Part by the Supreme Court of the United States," *Constitution of the United States of America: Analysis and Interpretation* (Senate Document 112th Cong., 2nd Sess., No.112-9), Washington: U.S. Government Printing Office, 2014, pp.2337-2579. 米国連邦議会ウェブサイト <<https://www.congress.gov/constitution-annotated>>; Jost, *op.cit.* (26), p.550 参照。

(42) "Tab 2-15 Supreme Court Decisions Holding Acts of Congress Unconstitutional in Whole or in Part, 1789-2013 Terms," Lee Epstein et.al., *The Supreme Court Compendium: Data, Decisions, and Developments*, 6th. ed., Thousand Oaks, Calif.: CQ Press, an imprint of SAGE Publications, Inc., 2015, pp.189-194. ただし、連邦議会制定法を無効とする裁判を識別する明確な判断基準はないとされている。idem., p.194.

(43) L. ファヴォールー（山元一訳）『憲法裁判所』敬文堂, 1999, p.2. (原書名: Louis Favoreu, *Les Cours Constitutionnelles* (Que sais-je? n° 2293), 3^e édition, 1996.)

(44) 同上, p.10. 職業公務員を公選し、又は公選された機関がその選任過程に関与して、当該公務員の任命を民主的に正統化することと考えられる。米国には州裁判所の裁判官を直接選挙する州がある。また、連邦最高裁の裁判官は大統領が指名した者を上院が承認して任命されるが（II 2(2)参照）、周知のとおり大統領と上院は共に公選された機関である。

(45) 同上, pp.9-10.

(46) 憲法裁判所の違憲判決に一般的効力があることをいう。山元 前掲注(4), p.10.

(47) なお、この整理は、おおむねファヴォールー 前掲注(43), pp.18-25 に基づくが、ファヴォールーが憲法裁判所による憲法争訟の独占をその共通点とするのに対し（同, pp.19-20）、憲法問題を憲法裁判所に移送する裁判所も憲法解釈を行うことからこれを共通点としない点で異なっている。同上, pp.8-9.

範統制の事後審査手続が加わったフランス、具体的規範統制を主な訴訟類型とするイタリアの3か国の憲法裁判所を簡単に紹介する。

2 ドイツ連邦憲法裁判所

(1) 概要

ドイツの憲法に相当するドイツ連邦共和国基本法（以下「基本法」という。）⁽⁴⁸⁾の第9章（裁判）には、1949年5月の制定当初から連邦憲法裁判所（Bundesverfassungsgericht）に関する規定がある。ただし、連邦憲法裁判所法⁽⁴⁹⁾の制定は1951年3月、連邦憲法裁判所の活動開始は同年9月であった。

ワイマール憲法時代の裁判所の機能不全、人権保障の不徹底、ナチスの台頭等による憲法秩序の崩壊という苦い経験を経て設立された連邦憲法裁判所は、憲法秩序を維持する機関として「闘う民主主義」の理念に基づき、自由で民主的な基本秩序に対する敵対行為者の基本権の喪失宣告（基本法第18条）、違憲政党の禁止（第21条第2項）等広範な憲法保障の権限を有する。⁽⁵⁰⁾

しかし、連邦憲法裁判所は、その創設以来、憲法秩序の維持を図る一方で、市民の基本権の保護や政治的紛争の法的解決等にも貢献してきた。連邦憲法裁判所は、創設後60年余りの活動を通じて人権保障機関としての地位を確立したこと等もあり、公共機関の中でも特に国民の幅広い支持を集める機関とされている⁽⁵¹⁾。ただし、連邦憲法裁判所は、その広範な権限や活動について、立法府への介入や少数者の保護が過度にわたるなどと批判を受けた時期もある⁽⁵²⁾。

(2) 連邦憲法裁判所の構成と裁判官の選任方法

連邦憲法裁判所は、長官及び副長官各1人を含む裁判官16人で構成される（図1参照）。裁判官は、連邦議会（以下「下院」という。）及び連邦参議院（以下「上院」という。）が各半数を選出し、全員が連邦大統領により任命される（基本法第94条第1項、連邦憲法裁判所法第5条第1項、第10条）。長官と副長官は、下院と上院が交互に同一の条件で選出する（同法第9条）。

(48) Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland (GG) v. 23.5.1949 (BGBl. S. 1); zul. geänd. durch Art. 1 GGÄndG (Art. 91b) v. 23.12.2014 (BGBl. I S. 2438). その邦訳は、初宿正典訳「ドイツ連邦共和国基本法」高田敏・初宿正典編訳『ドイツ憲法集 第7版』信山社出版, 2016, pp.212-316 等参照。

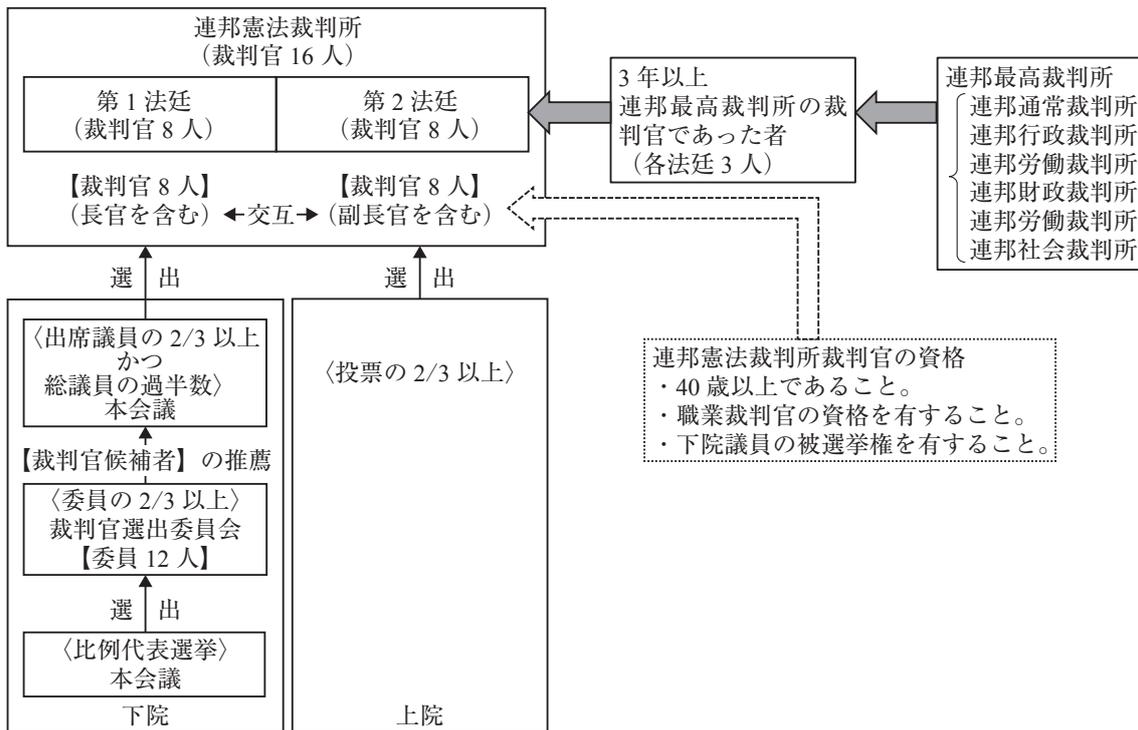
(49) Gesetz über das Bundesverfassungsgericht (Bundesverfassungsgerichtsgesetz - BVerfGG) i.d.F. v. 11.8.1993 (BGBl. I S. 1473); zul. geänd. durch Art. 8 V. v. 31.8.2015 (BGBl. I S. 1474). 同法及びその関係法令の邦訳については、初宿正典・須賀博志編訳『原典対訳 連邦憲法裁判所法』成文堂, 2003 を、同法の近年の改正については光田督良「ここ数年における連邦憲法裁判所法の改正とその注目点」『比較法雑誌』44巻2号, 2010.9, pp.277-299 参照。

(50) 古野豊秋「I 憲法裁判の基礎 1. 憲法裁判の理論」畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判—連邦憲法裁判所の組織・手続・権限— 第2版』(日本比較法研究所研究叢書 88) 中央大学出版部, 2013, pp.4-6, 473-489; 塩津徹『現代ドイツ憲法史—ワイマール憲法からボン基本法へ—』成文堂, 2003, pp.214-218.

(51) 芦部信喜「憲法学における憲法裁判論」『宗教・人権・憲法学』有斐閣, 1999, pp.289-291, 294.

(52) 特に、1990年代の「兵士は殺人者だ」事件、「教室十字架」事件等に対する判決では、国内世論や学界から大規模な批判ないしは非難を招いた。その詳細は、畑尻剛「批判にさらされるドイツの連邦憲法裁判所(上)」『ジュリスト』1106号, 1997.2.15, pp.74-81; 同「同(下)」同1107号, 1997.3.1, pp.79-85; 戸波江二「概観 I : 1985~1995年のドイツ憲法判例の特色—人権—」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例II 第2版』信山社出版, 2006, pp.9-10 を参照。

図1 ドイツ連邦憲法裁判所の構成



(出典) 基本法、連邦憲法裁判所法の規定を基に筆者作成。

裁判官の選出方法は、下院と上院とで異なる。下院では、まず、下院議員 12 人で組織する連邦憲法裁判所裁判官選出委員会の委員を比例代表制により本会議で選挙し（同法第 6 条第 2 項）、その後同委員会委員の 3 分の 2 に相当する 8 票を得た者が当該裁判官候補者に指名され（同条第 5 項）、本会議で出席議員の 3 分の 2 以上かつ総議員の過半数の票を得たときは当該裁判官に選任される（同条第 1 項）⁽⁵³⁾。上院では、議員の投票の 3 分の 2 の多数を得た者が裁判官に選任される（同法第 7 条）。各議院で実際に選任される裁判官の多くに政党色があるとされているが、2 大政党の合意の下に各党が所定の数の裁判官を人選して各議院の 3 分の 2 の賛成を得ることにより、特別多数決が同裁判所全体の政治的中立性の確保を図る仕組みとなっている⁽⁵⁴⁾。

裁判官は、裁判官法⁽⁵⁵⁾の定める職業裁判官の資格及び下院議員の被選挙権を有する 40 歳以上の者でなければならない（連邦憲法裁判所法第 3 条第 1 項及び第 2 項）。さらに、同裁判所の 2 つの法廷（後述）の裁判官各 8 人中 3 人、合わせて 6 人は、5 つの連邦最高裁判所（連邦通常裁判所、連邦行政裁判所、連邦財政裁判所、連邦労働裁判所、連邦社会裁判所）⁽⁵⁶⁾のいずれかに 3 年以上在職した裁判官でなければならない（同法第 2 条第 3 項）。連邦憲法裁

⁽⁵³⁾ 連邦議会による裁判官の選出方法の透明化を図り、2015 年 6 月 24 日に連邦憲法裁判所法の第 9 次改正が行われた。Art. 1, 9. BVerfGGÄndG. v. 24.6.2015 (BGBl. I S. 973)。旧法の選出方法は、連邦憲法裁判所裁判官選出委員会限りで選挙する間接選挙であり（旧法第 6 条第 1 項）、同委員会で委員の 3 分の 2 に相当する 8 票を得た者がそのまま裁判官に選任された（第 3 項及び第 5 項）。

⁽⁵⁴⁾ 川又伸彦「II 2. 連邦憲法裁判所の裁判官」畑尻・工藤編 前掲注(50), pp.108-109 (特に脚注 44); ファヴォルー前掲注(43), p.57.

⁽⁵⁵⁾ Deutsches Richtergesetz i.d.F. v. 19. 4.1972 (BGBl. I S. 713); zul. geänd. durch Art.17 Gesetz z. Verbesserung der Feststellung u. Anerkennung im Ausland erworbener Berufsqualifikationen v. 6.12.2011 (BGBl. I S. 2515)。

判所裁判官は、定年 68 歳、任期 12 年で、再任ができない（同法第 4 条第 1～3 項）。裁判官は原則として兼職禁止であるが、大学の法学教官との兼職は可能である（同法第 3 条第 4 項）。

連邦憲法裁判所には、その中核的裁判機関である第 1 法廷及び第 2 法廷のほか、合同部、部会等がある。裁判官はその任命後 2 つの法廷のいずれかに配属され、特に長官及び副長官は各法廷に分けて配属される。いずれかの法廷の意見が法律問題について他の法廷のした判決に反することとなるときは、裁判官全員で構成する合同部の決定による（同法第 16 条第 1 項）。しかし、合同部の決定自体は、専ら同裁判所内の意思統一を図るものであり、対外的効力のある判決ではない。さらに、各法廷には、その過重な負担の解消を図るため、裁判官 3 人で構成する部会各 3 つが置かれている。部会は、憲法異議の訴え（(3)(iii)参照）の不受理の決定をし（同法第 93b 条）、当該訴えに理由のあることが明らかである場合等にその認容を決定し（同法第 93c 条）、及び具体的規範統制（(3)(ii)参照）における不適法な移送の大部分を却下する（法第 81a 条）ことができる。本来は法廷の先例に従うべき部会が実際には新たな憲法解釈を示すこともまれでないという。⁽⁵⁷⁾

(3) 連邦憲法裁判所の憲法裁判権等

連邦憲法裁判所が扱う主な憲法訴訟は、抽象的規範統制（abstrakte Normenkontrolle）、具体的規範統制（konkrete Normenkontrolle）及び憲法異議の訴え（Verfassungsbeschwerde）の 3 類型に大別される。

(i) 抽象的規範統制

抽象的規範統制とは、具体的な争訟事件と関係なく、法が基本法に適合するかしないかを審査する制度である。申立権は、連邦政府、州政府又は下院議員の 4 分の 1 以上にあり（基本法第 93 条第 1 項第 2 号）⁽⁵⁸⁾、上院や会派にはない。⁽⁵⁹⁾

審査の対象は、全ての連邦法及び州法とされ、その法令の形式、形式的効力の優劣、成文法か不文法か等を問わないが、公布前の法令に対する事前統制権はない。単に法律の無効に限らずその有効性の確認を求める申立ても可能である（連邦憲法裁判所法第 76 条第 1 項各号）。⁽⁶⁰⁾

連邦憲法裁判所の事件に占める抽象的規範統制事件は、必ずしも多くないが⁽⁶¹⁾、政治や社会に影響を与えた画期的な事件も少なくない⁽⁶²⁾。しかし、ともすると政党間の政治的争いが訴訟になり、司法が政治化するおそれが指摘されている。また、連邦憲法裁判所の憲法判断を意識するあまり政治部門の政策判断が委縮する「事前効果」や、議会内部の合意

⁽⁵⁶⁾ おおむねドイツの通常裁判所は、各連邦最高裁判所が終審裁判所となり、州裁判所が下級裁判所となる。山田晟『ドイツ法律用語辞典 改訂増補版』大学書林, 1994, pp.852-855. この点で、州裁判所が連邦裁判所と別系統の米国と異なる。なお、各連邦最高裁判所は、一般行政事件を管轄する連邦行政裁判所、租税事件を管轄する連邦財政裁判所及び社会保険事件を管轄する連邦社会裁判所が行政裁判所、その他が司法裁判所に区分し得る。ただし、州にも通常裁判所から独立した州憲法上の憲法裁判所がある。

⁽⁵⁷⁾ 小野寺邦弘「II 3. 連邦憲法裁判所の組織」畑尻・工藤編 前掲注50, pp.111-129.

⁽⁵⁸⁾ 2009 年に基本法第 93 条第 3 号が改正され、抽象的規範統制の申立てが可能な連邦議会議員の員数がその「3 分の 1」から「4 分の 1」に引き下げられた。Art. 1, Nr. 3 GGÄndG (Art. 23, 45 u. 93) v. 8.10.2008 (BGBl. I S. 1926).

⁽⁵⁹⁾ 森保憲「V 4. 抽象的規範統制」畑尻・工藤編 前掲注50, pp.404-405. 以下(i)の内容は、主に同, pp.399-412 による。

⁽⁶⁰⁾ 同上, pp.411-412.

形成がおろそかになり安易に憲法訴訟に頼る「政治の司法化」を招くおそれも指摘されている。⁽⁶³⁾

(ii) 具体的規範統制

通常具体的な訴訟事件（以下本稿では具体的規範統制に係る訴訟事件を「本案」という。）の係属する一般の裁判所（以下同様に「本案裁判所」という。）は、本案に適用される法律の効力に争いがある場合において、その法律に基本法違反があると認めるときは、その手続を停止してその法律の効力の有無を争点とする憲法上の先決問題（以下「憲法問題」という。）⁽⁶⁴⁾について連邦憲法裁判所の裁判を求め、これに応じ連邦憲法裁判所はその法律の違憲審査をすることができる（基本法第100条、連邦憲法裁判所法第13条第11号、第80～82条）。この手続を具体的規範統制という。ドイツの具体的規範統制の審査対象は連邦法及び州法であるが、抽象的規範統制と異なり、連邦又は各州の立法機関が制定した形式的法律（州憲法を含む。）に限られる。⁽⁶⁵⁾

立法権及び執行権から独立した裁判所は、全て、本案に憲法問題があれば連邦憲法裁判所に具体的規範統制の裁判を求めるものとされている（連邦憲法裁判所法第80条第1項）。また、これにより憲法問題のみが連邦憲法裁判所に移送され⁽⁶⁶⁾、同裁判所は専ら憲法問題という法律問題を裁判する（同法第81条）。⁽⁶⁷⁾

訴訟関係人による憲法問題の主張の有無を問わず（連邦憲法裁判所法第80条第3項）、本案裁判所は、職権で憲法問題の移送の可否を決定する。ただし、憲法問題の移送には当該法律の違憲性につき本案裁判所の確信（Überzeugung、「違憲性の確信」という。）が必要であり、その単なる疑念や懸念では不十分とされ、また、本案裁判所において憲法問題を回避する裁判が可能なときは当該憲法問題の移送ができないとされている⁽⁶⁸⁾。

憲法問題に関する連邦憲法裁判所の判決が本案裁判所に送付されると、同裁判所は本案の手続を再開し、この判決に基づいて審判を続行する。

(61) 1951年9月7日から2015年12月31日までの抽象的規範統制事件の受理件数は180件、処理件数は173件である。Bundesverfassungsgericht: Jahresstatistik 2015, pp.6, 8, 10. Bundesverfassungsgericht Website <http://www.bundesverfassungsgericht.de/DE/Verfahren/Jahresstatistiken/2015/statistik_2015_node.html> なお、全訴訟類型を通じて2015年末までに連邦憲法裁判所が違憲とした連邦法令は約50件、その個別規定は約440件（1判決で違憲とする複数規定は1件）とされている。idem, p.29.

(62) 森 前掲注(59), pp.400-401. 一律に禁止されていた妊娠中絶を受胎後12週以内等の条件の下で解禁した1975年の刑法改正を州政府が争い、同年に当該改正法の規定が無効とされた事例（BVerfGE 39, 1）、良心的兵役拒否者の代役期間を兵役期間の3分の4倍に相当する期間とした1983年制定の連邦法律を州政府及び連邦議会議員が争い、1985年に同法が合憲とされた事例（BVerfGE 69, 1）、超過議席を生じ得る連邦選挙法の規定を州政府が争い、1997年にこれが合憲とされた事例（BVerfGE 95, 335）、同性間の内縁関係にある者に夫婦と同様の法律関係を成立させる2001年制定の共同生活関係法等を州政府が争い、2002年に同法等が合憲とされた事例（BVerfGE 105, 313）、政党の得票の増加又は減少がそれぞれその議席の減少又は増加を生じるいわゆる負の投票価値の効果の発生を防止するため小選挙区比例代表併用制の仕組みを改める2011年の連邦選挙法改正後も新法が同効果を生じるとして連邦議会議員が争い、2012年にその規定が違憲とされた事例（BVerfGE 131, 316）等がある。

(63) 森 同上, pp.399-401.

(64) 本案の裁判をするため先に解決する必要がある問題。法令用語研究会編 前掲注(7), p.688 参照。当該問題を判断しなければ本案訴訟上の請求の可否を判断できないことをいう。

(65) 以下(ii)の内容は、主に畑尻剛「V3. 具体的規範統制」畑尻・工藤編 前掲注(50), pp.372-398による。

(66) なお、法文上「移送」の語は見当たらないが、文献上も定着した表現として用いた。

(67) 畑尻 前掲注(65), pp.380-384.

(68) 高見勝利「2西ドイツの憲法裁判」芦部編 前掲注(22), pp.122-125. (特に p.124)

連邦憲法裁判所の事件に占める具体的規範統制事件の件数は、憲法異議事件に次いで多い⁽⁶⁹⁾。また、憲法問題の連邦憲法裁判所への移送のうち下級裁判所によるものが全体の約85%を占め、1999～2008年の統計で最高裁判所による移送47件に対し下級裁判所による移送は280件とされている⁽⁷⁰⁾。

(iii) 憲法異議の訴え

公権力による基本権その他の基本法所定の権利の侵害を主張する者は、何人も、直接、連邦憲法裁判所に憲法異議の訴えを提起することができる（基本法第93条第1項第4a号、連邦憲法裁判所法第90条第1項）。立法権、執行権及び裁判権の全てにわたり法律、行政立法、行政行為、裁判所の判決等が憲法異議の訴えの対象となるが、現実にはその大半が裁判所の判決に対するものである⁽⁷¹⁾。

憲法異議の訴えは、その他の訴えによることができない場合に限り提起することができる（基本法第94条第2項第2段、連邦憲法裁判所法第90条第2項本文）。ただし、既に一般の裁判に確立した判例があるためその勝訴の見込みのないことが明らかなき等又は「憲法異議の訴えに一般的意義があるとき又は憲法異議の訴えを提起しようとする者がその他の訴えによることとすれば本人に重大かつ避けることのできない不利益を生じるおそれがあるとき」（同項）は、直ちに憲法異議の訴えを提起することができる⁽⁷²⁾。

ドイツの憲法訴訟の大半が憲法異議の訴えであり、同裁判所の過重な負担の要因とされている。そこで、本来は連邦憲法裁判所の各法廷で裁判される憲法異議の訴えは、その部会が、事前に、適切でない憲法異議の訴えの不受理を決定し、又は当該訴えに理由のあることが明らかである場合等にその認容を決定することができることとされ、実際に憲法異議の訴えが同裁判所の各法廷で処理される割合は低く抑えられている⁽⁷³⁾。

なお、憲法異議の訴えは、市町村又は市町村連合がその自治権の侵害を理由として提起することができる（基本法第93条第1項第4b号）。

(iv) 連邦憲法裁判所のその他の裁判権等

連邦憲法裁判所は、①連邦最高機関⁽⁷⁴⁾相互間の機関争訟に関し基本法の解釈について裁判するほか（基本法第93条第1項第1号）、②連邦と州との間又は州相互間の権限争議の裁

(69) 1951年9月7日から2015年12月31日までの具体的規範統制の受理件数は3,610件、処理件数は3,544件である。*Bundesverfassungsgericht: Jahresstatistik 2015, op.cit.* (61) なお、処理件数については、事件の配点先を問わず、取下げ等のあった事件の件数を含めた。

(70) 畑尻 前掲注(65), p.382.

(71) 工藤達朗「V 2. 憲法異議 2.1 総説」畑尻・工藤編 前掲注(50), pp.300-307. なお、条約は特に対象とされていないが、ドイツでは条約の国内実施に当該条約を承認する法律の制定等が必要とされ、当該法律に対し憲法異議の訴え等が可能である。同, p.301.

(72) ファヴォルー 前掲注(43), pp.67-68; 畑尻・工藤編 同上, pp.309-310.

(73) 1951年9月7日から2015年12月31日までの憲法異議の訴えの受理件数は212,827件、処理件数は209,374件であるが、そのうち各法廷の処理件数は4,076件にすぎない。*Bundesverfassungsgericht: Jahresstatistik 2015, op.cit.* (61), pp.7, 9. なお、1985年及び1993年の連邦憲法裁判所法の改正により導入された部会による憲法異議の訴えの不受理の制度等法廷の負担の軽減策については、小野寺邦弘「V 2. 憲法異議 2.3. 憲法異議の受理手続」畑尻・工藤編 同上, pp.320-322 参照。

(74) 連邦憲法裁判所法第63条は、当該機関争訟の当事者を連邦大統領、連邦議会、連邦参議院、連邦政府及びこれらの機関の一部で基本法又は連邦議会規則若しくは連邦参議院規則の規定により当事者能力を有する者に限っている。飯田稔「V 5. 連邦機関訴訟」同上, pp.417-423.

判（同項第3号、第4号）、③基本法又は連邦法の違反に関し下院又は上院の訴追を受けた大統領の裁判（第61条）、④下院選挙に関する下院の選挙審査に対する抗告訴訟（第41条）の裁判等を行う。

また、⑤所定の基本権を濫用して自由で民主的な基本秩序に対する敵対行為をする者の基本権の喪失の宣告（第18条）、⑥自由で民主的な基本秩序の侵害若しくは除去をし、又はドイツ連邦共和国の存立を危うくしようとする政党の違憲確認（第21条第2項）等の憲法保障の手続を行う。

(4) 違憲判決の効力と判決手法

連邦憲法裁判所の判決は、訴訟関係人に限らず、連邦及び州の憲法機関並びに全ての裁判所及び行政庁を拘束する（連邦憲法裁判所法第31条第1項⁽⁷⁵⁾）。また、その判決のうち、抽象的規範統制及び具体的規範統制の判決、憲法異議事件において法律が合憲若しくは違憲又は無効である旨を宣言する判決等は法律としての効力（一般的効力）を有し（同条第2項第1段）、違憲とされた法律は原則として制定当初に遡ってその効力を失う（遡及的無効）と解されている。⁽⁷⁶⁾

しかし、違憲な法律の遡及的無効には、法的安定性を害し又は立法裁量の行使を妨げるおそれがある。そこで、これらの弊害の回避を図り、判例上、違憲の法律を一律に無効としない判決手法が編み出されてきた。このような手法として、法律の無効の範囲を量的又は質的に限る一部無効宣言⁽⁷⁷⁾、法律を無効としないままその違憲の宣言をする違憲確認判決⁽⁷⁸⁾、法律に対し否定的な見解を示して警告しつつ結論として合憲判断を行う違憲警告判決、できる限り法規定を憲法に適合するように解釈する憲法適合的解釈⁽⁷⁹⁾がある。⁽⁸⁰⁾

3 フランス憲法院

(1) 概要

フランスの司法裁判所には違憲審査をしない伝統があり、フランス革命が勃発した1789年から第5共和制憲法（以下本節において原則として「憲法」という。）⁽⁸¹⁾が制定された1958年まで憲法裁判制度の経験がない⁽⁸²⁾。法律を主権者の一般意思の表明と見るルソー的な議会中心主義が確立され違憲審査制の受容が困難であり⁽⁸³⁾、第4共和制との連続性が

(75) 連邦の憲法機関には連邦大統領、連邦政府、連邦議会及び連邦参議院が含まれ、州の憲法機関は州政府、州議会のほか各州憲法により異なるが、連邦憲法裁判所の判決は全ての国家機関を拘束するものと解釈されている。嶋崎健太郎「IV 5. 判決の効力」同上、pp.260-263。

(76) 同上、pp.253-275。（特に pp. 260-275）

(77) 量的一部無効が法律の規定の一部を無効とするのに対し、質的一部無効は、「意味上の部分違憲」ともいわれ、「…の限りで無効である」等と判示して当該法律の適用範囲の限定等をする「日本の適用違憲に相当する憲法判断方法」ともいわれている。永田秀樹「適用違憲の法理」『ジュリスト』1037号、1994.1.1、p.213；新正幸『憲法訴訟論 第2版』（法律学の森）信山社、2010、pp.443-445。

(78) 1970年の連邦憲法裁判所法の改正により、法律が憲法に適合しない旨の宣言（違憲宣言）をする裁判が明文で規定されるに至ったが（第31条第2項第2段、第79条第1項等）、その要件に関する規定はなく、その効果に関する規定も断片的なものにすぎない。有澤知子「IV 4. 判決の手法」畑尻・工藤編 前掲注50、p.237。

(79) 日本で「合憲限定解釈」と呼ばれるものに相当する。新 前掲注77、pp.415-416。

(80) 有澤 前掲注78、pp.226-252。

(81) Constitution du 4 octobre 1958。

高い⁽⁸⁴⁾戦前の第3共和制期には違憲審査制が明確に否定されていた⁽⁸⁵⁾。また、フランス革命前に高等法院が社会的改革に介入したことも「裁判官政治」への不信を生み、司法裁判所型違憲審査制が忌避される一因となった⁽⁸⁶⁾。

現在の第5共和制では、大統領に強大な権限を与えて議会の立法権限を制限した憲法第7章(第56~63条)により、司法権や執行権から独立して違憲審査を行う憲法院(Conseil constitutionnel)が設立された。当初の憲法院は、人権保障機関というより、議会が憲法上の立法権限を越えて政府の権限を侵すことのないよう監視する政治的な特別の機関とされていた⁽⁸⁷⁾。

このような憲法院の役割は、その1971年7月16日の結社の自由判決⁽⁸⁸⁾、1973年12月27日の職権課税判決⁽⁸⁹⁾及び1975年1月15日の人工妊娠中絶法合憲判決⁽⁹⁰⁾により大きく変化した。これらの画期的な判決は、まず①現行憲法前文⁽⁹¹⁾を、次にその規定により②1789年人権宣言(主に各種の自由権に関する規定)及び③1946年憲法前文(主に各種の社会権に関する規定)を、更に同憲法前文に規定する④法律上承認された基本原理(結社や教育の自由等を含意)を合憲性ブロックと呼ばれる違憲審査基準と認めて、人権規定の乏しい現行憲法の補完を図りつつ、憲法院が人権保障機関に変化する契機となった⁽⁹²⁾。

もっとも、従来の憲法院の憲法訴訟は、法令の施行前にその違憲審査を行う事前審査に限られ、具体的規範統制や憲法異議の訴え等法令の施行後にその違憲審査を行う事後審査がなく、一般国民の憲法訴訟への関与も極めて困難であった。また、憲法院裁判官の選任方法による憲法院の党派的構成の問題や裁判官政治に陥るおそれも否定し得ない等、憲法

(82) ファヴォールー 前掲注(43), p.99; 田中嘉彦「フランス」『諸外国の憲法事情』(調査資料2001-1)国立国会図書館調査及び立法考査局, 2001, p.92. ただし、1799年の「共和歴8年フリメール22日のフランス共和国憲法(Constitution de la République française du 22 frimaire an VIII)」第II章(第15~24条)及び第2共和制下の「1852年1月14日の憲法」(Constitution du 14 janvier 1852)第IV章(第19~33条)の護憲元老院及び「1946年10月27日の憲法」(Constitution du 27 octobre 1946.「1946年憲法」又は「第4共和制憲法」ともいう。)第90~93条の憲法委員会には法律の合憲性を審査する権限があったが、前2者については議院相当規模の合議体である点で、後者についてはその両院相互の意思調整機能や憲法改正の準備機能の点で憲法院のような違憲審査機関とは異なるとされている。矢口俊昭「3 フランスの憲法裁判」芦部編 前掲注(22), pp.154-155. なお、これらの規定の和訳は、中村義孝編訳『フランス憲法史集成』法律文化社, 2003, pp.87-88, 155-156, 215参照。

(83) 議会中心主義の下では、違憲審査権の前提となる憲法と法律との厳密な区別や法の段階構造が認識されにくい。大沢 前掲注(25), p.5.

(84) M. デュヴェルジュ(時本義昭訳)『フランス憲法史』みすず書房, 1995, pp.133, 136-137. (原書名: Maurice Duverger, *Les constitutions de la France*, 13e éd., 1993.)

(85) 辻村みよ子・糠塚康江『フランス憲法入門』三省堂, 2012, p.133. 特に行政裁判所の機能を有する國務院(コンセイユ・デタ(Conseil d'Etat))は、1936年のアリギ判決でその違憲審査権を否定した。Conseil d'Etat, 22 mars 1936, Arrighi, S.1937, 3. 33. 詳細は、野村敬造『フランス憲法と基本的人権—フランス憲法・行政法概論—下巻』有信堂, 1966, pp.51, 60, 310-311参照。

(86) 大沢 前掲注(25), p.5.

(87) 同上; 山元 前掲注(14), pp.17-18; 井上武史「フランス憲法院」曾我部真裕・田近肇編『憲法裁判所の比較研究』信山社出版, 2016, pp.3-5.

(88) 山元「IIIA 20 憲法院の人権保障機関へのメタモルフォーゼ—結社の自由判決—」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例』信山社出版, 2002, pp.141-146.

(89) 多田一路「IIC 15 平等原則と違憲審査—職権課税判決—」同上, pp.105-109.

(90) 建石真公子「IIB 11 人工妊娠中絶法における「生命の尊重」と「自由」」同上, pp.79-86.

(91) 「1789年人権宣言に規定され、1946年憲法前文で確認して補完された人権及び国民主権の原理への愛着」を宣言している。

(92) ファヴォールー 前掲注(43), pp.104-105; 中村義孝「フランス憲法院の改革」『立命館法学』342号, 2012.8, pp.15-16.

院の人権保障機能には重大な課題も指摘されてきた⁽⁹³⁾。

2008年の憲法改正で憲法院裁判官の選任方法の改革や事後審査制の導入が行われ⁽⁹⁴⁾、2010年3月1日の事後審査開始で判例が急増し、以降5年間に事後審査で違憲とされた法律の規定も145件に上る⁽⁹⁵⁾。

(2) 憲法院の構成と裁判官の選任方法

憲法院裁判官には、任命裁判官と当然裁判官がある。大統領、国民議会（以下「下院」という。）議長及び元老院（以下「上院」という。）議長が任命する各3人の任命裁判官、合わせて9人は、3年ごとに3人が交代し⁽⁹⁶⁾、定年がなく任期9年で再任ができない（憲法第56条第1項。図2参照）。かつては任命裁判官の任命に関与する機関がなく、その政治的立場はその任命者に近いと指摘されてきた⁽⁹⁷⁾。しかし、2008年の憲法改正（同項の改正及び改正後の同項が準用する第13条第5項の追加）により、各議院の議長は専ら当該各議院の常任委員会（憲法的法律を所管する委員会⁽⁹⁸⁾）の意見に従って裁判官を任命するものとされ、当該各委員会の有効投票の5分の3以上の反対があった者は裁判官に任命できなくなった。大統領も、当該各委員会の意見を聴いて裁判官を任命するものとされ、両委員会共に同様の反対があった者は裁判官に任命できなくなった（同項の準用）。

憲法院長官は、大統領が任命する（憲法第56条第3項）。慣例上、大統領の任命する裁判官の1人がその任期当初から長官となる。また、任命裁判官のほか前・元大統領が終身の当然裁判官となるが（同条第2項）、兼職禁止もあって、その職務を行う前・元大統領は少ない⁽⁹⁹⁾。

⁽⁹³⁾ 辻村みよ子「解説：フランス第五共和国憲法と憲法院」フランス憲法判例研究会編 前掲注(88), pp.4-5.

⁽⁹⁴⁾ Loi constitutionnelle n° 2008-724 du 23 juillet 2008 de modernisation des institutions de la Ve République. 2008年の憲法改正の概要については、三輪和宏「2008年7月23日のフランス共和国憲法改正」『外国の立法』No.240, 2009.6, pp.139-168. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_1000080_po_024003.pdf?contentNo=1>; 辻村みよ子『フランス憲法と現代立憲主義の挑戦』有信堂高文社, 2010, pp.15-43; 横尾日出雄「2008年7月23日憲法改正とフランス第五共和制憲法における統治制度の改革」『社会科学研究』30巻1・2号, 2010.3, pp.270-226. <http://www.chukyo-u.ac.jp/research/irss/image/kiyou_57/yokoo-0301_0230socsci-chukyo.pdf>

⁽⁹⁵⁾ 辻村みよ子「総合解説 2008年憲法改正と憲法判例の展開」フランス憲法判例研究会編『フランスの憲法判例Ⅱ』信山社, 2013, p.5; 井上 前掲注(87), p.20; “Avril 2015: Les 5 ans de la QPC au Conseil constitutionnel - Quelques chiffres.” Conseil constitutionnel website <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/a-la-une/juin-2016-les-6-ans-de-la-qpc-au-conseil-constitutionnel-quelques-chiffres.143503.html>>

⁽⁹⁶⁾ 以下(2)の内容は、主に井上 同上, pp.7-16; 辻村 同上, pp.2-3; ファヴォール 前掲注(43), pp.99-100; 矢口 前掲注(82), pp.147-148による。

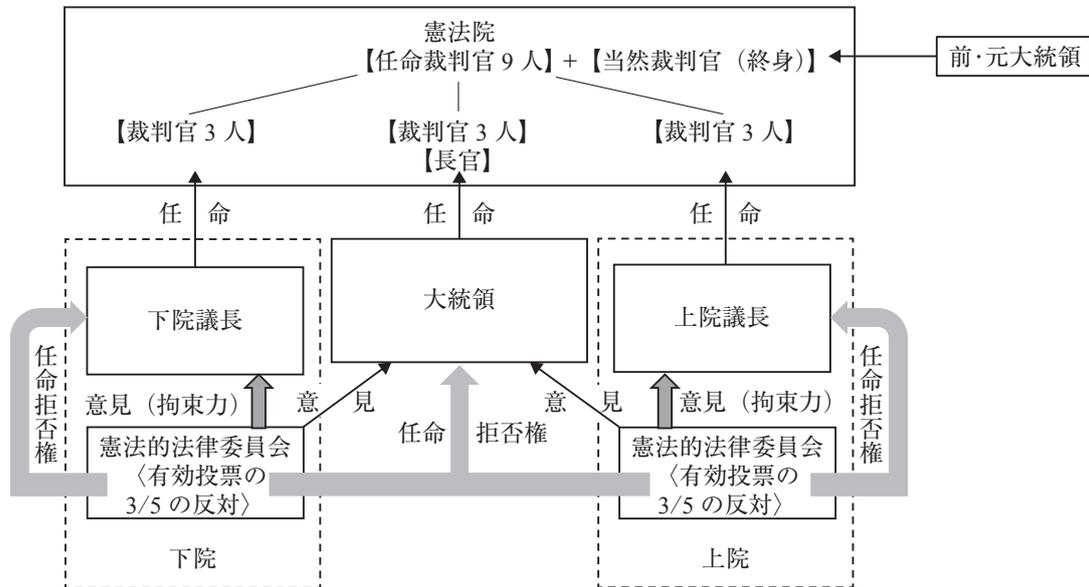
⁽⁹⁷⁾ 憲法院裁判官の任命権者にはその政治家の個人的な友人を任命する自由があり、「憲法院の政治化」が批判された。中村 前掲注(92), p.10.

⁽⁹⁸⁾ 憲法第13条第5項の適用に関する2010年7月23日の法律第838号（Loi n° 2010-838 du 23 juillet 2010 relative à l'application du cinquième alinéa de l'article 13 de la Constitution）第3条

⁽⁹⁹⁾ 兼職禁止の職にない前元大統領で憲法院裁判官の職務を行った物故者は第4共和制下のヴァンサン・オリオール（Vincent Auriol）とルネ・コティ（René Coty）両元大統領のみであり、シャルル・ド・ゴール（Charles de Gaulle）とフランソワ・ミッテラン（François Mitterrand）の両元大統領も終生その職務を行わなかった。“Les membres du Conseil constitutionnel depuis l'origine - Par ordre chronologique.” Conseil Constitutionnel Website <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-98198.pdf>> 同様に存命中の前・元大統領で現在その職務を行っているものは、唯一ヴァレリー・ジスカール・デスタン（Valéry Giscard d'Estaing）元大統領であり、ジャック・シラク（Jacques Chirac）元大統領は2011年3月以降、ニコラ・サルコジ（Nicolas Sarkozy）前大統領は2013年1月以降、その職務を行っていない。“Liste des membres du Conseil constitutionnel.” Conseil Constitutionnel Website <<http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/root/bank/pdf/conseil-constitutionnel-319.pdf>>; 井上 前掲注(87), p.7（脚注5）参照。

憲法院裁判官に法曹資格は必要ないが、その大多数は法曹又は法律家としての教育を受けた者とされている⁽¹⁰⁰⁾。憲法院裁判官は、憲法上、大臣又は国会議員との兼職が禁止される(第57条)⁽¹⁰¹⁾。

図2 フランス憲法院の構成



(出典) 憲法の規定を基に筆者作成。

(3) 憲法院の違憲審査等

憲法院は裁判等や諮問機関としての職務を行い、裁判等は違憲審査その他の審査及び選挙争訟の裁判等に分かれる⁽¹⁰²⁾。以下本項で憲法訴訟の手続を、次項で違憲判決の効力を紹介し、その他の職務は(5)で触れる。

従来のフランス憲法院の違憲審査は原則として事前の抽象的規範統制に限られ、具体的規範統制や憲法異議の訴えによる事後審査は一切なく、破毀院(Cour de cassation)を頂点とする司法裁判所や國務院⁽¹⁰³⁾を頂点とする行政裁判所も違憲審査に関与しなかった⁽¹⁰⁴⁾。

⁽¹⁰⁰⁾ ファヴォールー 前掲注(43), p.100. また、同書はその約8割に司法裁判官又は行政裁判官の任命資格があるという。

⁽¹⁰¹⁾ さらに、政府構成員、経済社会環境評議会議員、人権擁護官、公選による公職、公務員等との兼職が禁止されている。憲法院に関する組織法律を定める1958年11月7日オルドナンス58-1067号(Ordonnance n° 58-1067 du 7 novembre 1958 portant loi organique sur le Conseil constitutionnel. 以下「オルドナンス58-1067号」という。オルドナンスの意義については後掲注(114)参照)第4条。2013年改正後の同オルドナンスの邦訳は井上武史訳「憲法院に関する組織法律についての1958年11月7日オルドナンス第1067号(最終改正2013年12月6日)」曾我部・田近編 前掲注(87), pp.220-227、同年改正前2009年改正後の同オルドナンスの邦訳は植野妙実子・兼頭ゆみ子訳「憲法院に関する組織法律の価値を有する1958年11月7日58-1067号オルドナンス(抜粋)2011年4月20日確定版」ベルトラン・マチュー(植野妙実子・兼頭ゆみ子訳)『フランスの事後的違憲審査制』日本評論社、2015, pp.140-143、2009年改正前の同オルドナンスの邦訳は大沢 前掲注(25), pp.54-61 参照。なお、2013年改正前の第4条は国会議員の兼職禁止に関する規定(市長、州議会の議長及び議員、県議会の議長及び議員、パリ市議会議員等と国会議員との兼職を禁止する選挙法典L.O.第141条等)を準用していた。政治生活の透明性に関する2013年10月11日の組織法律第2013-906号(Loi organique n° 2013-906 du 11 octobre 2013 relative à la transparence de la vie publique)第3条、第6条;中村 前掲注(92), pp.9-10。

⁽¹⁰²⁾ 矢口 前掲注(82), pp.148-150. なお、憲法院の権限には、裁判権に収まり難いものもある((5)参照)。

⁽¹⁰³⁾ 前掲注(85)参照。

しかし、前述の 2008 年の憲法改正後、当事者による憲法問題の主張（「違憲の抗弁」という。）に基づき本案裁判所が当該問題を破毀院又は国務院を経由して憲法院に付託する具体的規範統制の手続が整備された⁽¹⁰⁵⁾。

以下違憲審査の対象別に順次、(i)と(ii)で法律（(i)は事前審査、(ii)は事後審査）、(iii)で条約、(iv)で国民投票に係る議員提出法案及び(v)で議院規則の違憲審査を紹介するが、(ii)は具体的規範統制、その他は全て抽象的規範統制である。

(i) 法律の事前審査

フランスには主に公権力の組織と運営の態様を定める組織法律という法形式があり、憲法上その制定には通常の議会制定法（以下「通常法律」という。）より慎重な審議手続⁽¹⁰⁶⁾と憲法院による事前審査が必要とされ、憲法に劣位し通常法律に優位する⁽¹⁰⁷⁾。議会が議決した組織法律は、その後憲法院に付託して⁽¹⁰⁸⁾その合憲判決を受けなければ、大統領はこれに審署⁽¹⁰⁹⁾することができない（憲法第 46 条第 5 項）。

一方、通常法律は、所定の申立人が憲法院に対し任意に違憲審査の付託をすることができる⁽¹¹⁰⁾。かつて、その申立人は、大統領、首相又は各議院の議長に限られたが、1974 年にその範囲を定める憲法第 61 条第 2 項の改正で⁽¹¹¹⁾、各議院の議員 60 人以上が申立人に加えられ、各議院の少数派も通常法律の事前審査の申立てが可能となった⁽¹¹²⁾。

憲法院は、付託案件について 1 か月以内に判決をしなければならないが、緊急の場合には政府の求めに応じて審査期間が 8 日以内に短縮される（憲法第 61 条第 3 項）。

(ii) 法律の事後審査

前述の 2008 年憲法改正で追加された憲法第 61-1 条の具体的規範統制は「抗弁による事後的違憲審査制」⁽¹¹³⁾といい、本案裁判所の本案の審理中に行われた違憲の抗弁の申立てにより破毀院又は国務院が所定の期間内に意見を付して当該憲法問題を憲法院に移送して付託する制度である。オルドナンス 58-1067 号⁽¹¹⁴⁾の 2009 年改正で事後審査手続を定める第 2 編第 2-2 章（第 23-1～23-11 条）⁽¹¹⁵⁾が追加され、同章の規定が施行された 2010 年からフラ

⁽¹⁰⁴⁾ フランスの裁判所には、司法裁判所及び行政裁判所の 2 系統のほか、そのいずれにも属さない憲法院その他の特殊な裁判所がある。滝沢正『フランス法 第 4 版』三省堂、2010、pp.179-213。

⁽¹⁰⁵⁾ 憲法第 61-1 条の適用に関する 2009 年 12 月 10 日の組織法律第 2009-1523 号（Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution）；辻村 前掲注⁽⁹⁴⁾、pp.150-155。なお、この手続は、後述のとおり違憲な法律、条約又は議院規則による当事者の憲法上の権利又は自由の侵害の有無に憲法問題を限定した具体的規範統制である。

⁽¹⁰⁶⁾ 審議促進手続（憲法第 45 条）の利用や議員の提出した修正案に対する政府の介入権（第 44 条第 3 項）が制限される（第 46 条）。井上武史「フランス」初宿正典編『レクチャー比較憲法』（α ブックス）法律文化社、2014、pp.84-86。

⁽¹⁰⁷⁾ 山口俊夫編『フランス法辞典』東京大学出版会、2002、p.348。

⁽¹⁰⁸⁾ 組織法律の憲法院への付託は、首相が行う。オルドナンス 58-1067 号第 17 条

⁽¹⁰⁹⁾ 「審署（promulgation）」とは、法律又は条約が憲法の規定に従って成立したことを認証し、これに執行力を付与する大統領の行為をいう。山口編 前掲注⁽¹⁰⁷⁾、p.465。

⁽¹¹⁰⁾ 組織法律は施行前にその合憲性を審査して確認する事前審査が必要であるが、通常法律は事前審査の申立てが任意であり、事前審査は通常法律の施行要件ではない。井上 前掲注⁽¹⁰⁶⁾

⁽¹¹¹⁾ Loi constitutionnelle n° 74-904 du 29 octobre 1974 portant révision de l'article 61 de la Constitution.

⁽¹¹²⁾ 辻村 前掲注⁽⁹⁵⁾、pp.3-4。

⁽¹¹³⁾ 辻村 前掲注⁽⁹⁴⁾、pp.36-38。なお、本稿では、適宜「事後審査」、「事後審査制」などとしている。

ンスの事後審査制が始動した。なお、その章名から、フランスの具体的規範統制の憲法問題は「優先的憲法問題 (question prioritaire de constitutionnalité: QPC)」と呼ばれている⁽¹¹⁶⁾。

当事者は、その憲法上の権利又は自由を法律により侵害された旨の違憲の抗弁を本案の訴訟において文書で申し立てることができ (同オルドナンス第 23-1 条第 1 項前段、中段)、この申立てにより本案裁判所は QPC の移送の可否を判断することとなる。ただし、本案裁判所が憲法問題を専ら職権で移送するドイツと異なり、フランスの本案裁判所は、職権で (当事者の申立てによらないで) QPC を移送することができない (同オルドナンス第 23-1 条第 1 項後段)⁽¹¹⁷⁾。

当事者が違憲の抗弁を申し立てたときは、本案裁判所は、遅滞なく抗弁事由の QPC を審査し、①争いのある規定がその事件への適用が可能なもの又はその訴訟の根拠となるものであり、②事情の変更がある場合を除きその規定が憲法院の裁判の主文又は理由で合憲とされたことがなく、かつ、③その QPC に重大性が欠けていないと認めるときは、これを 8 日以内に、本案裁判所の系統区分に応じ、司法裁判所にあつては破毀院、行政裁判所にあつては国務院に移送して本案の手続を停止する (同オルドナンス第 23-2 条第 1 項、第 3 項、第 23-3 条第 1 項)。

破毀院又は国務院が受理した QPC で⁽¹¹⁸⁾ 当該各院が前述①及び②の要件 (必要性) を備え、かつ、前述③に類似の要件③ a) 新規性又は b) 重大性があると認めるものは (同オルドナンス第 23-5 条第 3 項)、その受理後 3 か月以内に憲法院に付託される (同オルドナンス第 23-7 条第 1 項)。なお、②の要件により、原則として、事後審査は、法律の規定で憲法院の合憲判断を受けたことがないものを対象とし、常に事前審査で合憲判決を受けて施行される組織法律を対象外とする。

憲法院に付託された QPC は速やかに大統領、首相及び各議院の議長に通知され、当該各機関はこれに関し憲法院に意見を提出することができる (同オルドナンス第 23-8 条第 1 項)。憲法院は、QPC の付託から 3 か月以内に判決をしなければならない (同オルドナンス第 23-10 条)。憲法院の判決は、本案の当事者に送達されるほか、当該 QPC を移送した破毀院又は国務院及び本案裁判所に伝達される (同オルドナンス第 23-11 条)。

⁽¹¹⁴⁾ 前掲注⁽¹⁰¹⁾参照。なお、オルドナンスとは、政府が授権法に基づき法律事項について定める委任立法で授権法所定の期間内に制定するものである (憲法第 38 条第 1 項)。オルドナンスは、法律としての効力を有するが、制定後授権法所定の期間内に政府が議会にその事後の承認を求める法案を提出しない限り失効し、また、同期間の経過後は法律によらなければその改正することができない (同条第 2 項、第 3 項)。滝沢 前掲注⁽¹⁰⁴⁾, p.136.

⁽¹¹⁵⁾ 憲法第 61-1 条の適用に関する 2009 年 12 月 10 日の組織法律第 2009-1523 号 (Loi organique n° 2009-1523 du 10 décembre 2009 relative à l'application de l'article 61-1 de la Constitution) 第 1 条の規定により同オルドナンス第 2 編に追加されたもの。その邦訳は、辻村 前掲注⁽⁹⁴⁾, pp.150-154 のほか前掲注⁽¹⁰¹⁾参照。

⁽¹¹⁶⁾ 訴訟当事者が法律の違憲審査と条約適合性審査を同時に申し立てるときは憲法の最高法規性に鑑み憲法問題を優先して審査する趣旨 (オルドナンス 58-1067 号第 23-2 条第 2 項、第 23-5 条第 2 項) の用語である。今関源成「フランス憲法院への事後審査制導入—「優先的憲法問題 question prioritaire de constitutionnalité」—」『早稲田法学』85 卷 3 号, 2010.3, p.23. <<http://hdl.handle.net/2065/33029>> 「合憲性優先問題」とも訳される。

⁽¹¹⁷⁾ 本案は、前述のとおり司法裁判所又は行政裁判所に係属する事件であればその種類を問わない。また、当事者は控訴審で初めて違憲の抗弁を申し立てることもできるとされ (同オルドナンス第 23-1 条第 1 項中段)、その申立ては審級を問わずいつでも可能である (後掲注⁽¹¹⁸⁾参照)。井上 前掲注⁽⁸⁷⁾, p.18. なお、本案裁判所が「職権で違憲の抗弁」ができないとする同オルドナンス第 23-1 条第 1 項後段の規定の意味は、「職権で QPC の移送」の判断ができないことである。辻村 前掲注⁽⁹⁵⁾

⁽¹¹⁸⁾ 破毀院又は国務院で初めて主張された QPC を含む。オルドナンス 58-1067 号第 23-5 条第 1 項

憲法院の事後審査の問題点として、①審査対象が法律に限られ、司法裁判所や行政裁判所の裁判がその対象外となること、②QPCは憲法上の権利又は自由に対する侵害に限られ、法律の制定手続の憲法違反や条約上の人権に対する侵害がQPCとならないこと、③審査は当事者の主張を待って行われ、裁判所の職権による審査が不可能なこと、④司法裁判所又は行政裁判所がQPCの憲法院への付託要件を審査して事実上QPCを選別していること等が指摘されている⁽¹¹⁹⁾。

(iii) 条約の事前審査

条約の違憲審査は、大統領、首相又は各議院の議長若しくは議員60人以上の付託による（憲法第54条）。

(iv) 国民投票に係る議員提出法案の事前審査

前述の2008年の憲法改正のうち憲法第11条（一定の法案に係る国民投票）の改正により、従来の政府提出法案に加え議員提出法案を国民投票により成立させる制度が導入され⁽¹²⁰⁾、これに伴い国民投票に係る議員提出法案の憲法院による事前審査の制度が新設された。2013年には憲法第11条の適用に関する2013年12月6日組織法律第2013-1114号（以下「組織法律2013-1114号」という。）等⁽¹²¹⁾の制定に伴いオルドナンス58-1067号が改正され、2015年には当該国民投票と当該事前審査の制度が始動した。

国民投票の対象は、「公権力の組織並びに国の経済、社会又は環境に係る政策及びそれに貢献する公役務についての改革に関する」法案又は「諸制度の運営に影響しうる違憲でない条約の批准の承認を目的とする」法案（憲法第11条第1項⁽¹²²⁾）とされ、その提出者を問わない。ただし、政府提出法案については政府の提案に基づき大統領が国民投票に付することができるが（同項）、議員提出法案については国会議員の5分の1以上による発議その他の所定の要件を備えた上で憲法院の事前審査を受けなければならない（同条第3～6項）。

憲法院は、事前審査のため同院に送付された議員提出法案について、その送付から1か月以内に、①国会議員の5分の1以上の発議要件を備えた法案か否か（憲法第11条第3項）、②a) 1年以内に審議された法律の規定を削る規定のある法案か否か（同項）、b) 2年以内に国民投票により否決された法案と主題の異なる法案か否か（同条第6項）⁽¹²³⁾及び③その法案の規定が憲法に適合するか否か⁽¹²⁴⁾を審査する（オルドナンス58-1067号第45-2条）。その審査手続は、憲法上、法律の事前審査手続と同様である（憲法第61条）。

事前審査で合憲とされた議員提出法案については、これを支持する有権者⁽¹²⁵⁾の署名を9

⁽¹¹⁹⁾ 辻村 前掲注94, pp.156-158.

⁽¹²⁰⁾ 服部有希「フランスの国民投票制度の改正—国会議員と有権者による共同発案—」『外国の立法』No.265, 2015.9, pp.51-68. <http://dl.ndl.go.jp/view/download/digidepo_9494204_po_02650003.pdf?contentNo=1>

⁽¹²¹⁾ Loi organique n° 2013-1114 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution 及び Loi organique n° 2013-1116 du 6 décembre 2013 portant application de l'article 11 de la Constitution. なお、前者がオルドナンス58-1067号に、国民投票に係る議員提出法案について憲法院が行う事前審査に関する規定を加えるもの、後者が同オルドナンスに有権者の署名収集及び国民投票手続に関する規定を加えるものである。

⁽¹²²⁾ なお、2008年の同項の改正により、「経済又は社会」が「経済、社会又は環境」に改められた。

⁽¹²³⁾ 審査事項②は議員提出法案に固有の国民投票の要件であり、a) 1年以内に審議された法律の規定を削る規定のある法案や、b) 2年以内に国民投票により否決された法案と同じ主題の法案については、国民投票を行うことができない。

⁽¹²⁴⁾ その法案が前述の憲法第11条第1項に規定する法案であるか否かも審査される。

か月間電子的に収集する。その署名数が有権者の10分の1に達すると憲法院が認めた法案で（組織法律2013-1114号第4条II、第5条、第6条、オールドナンス58-1067号第45-6条）⁽¹²⁶⁾、その結果を官報で告示してから6か月以内にいずれの議院も審議しなかったものについて国民投票を行う（憲法第11条第5項、組織法律2013-1114号第9条）。したがって、所定の数の有権者の支持を得た当該法案も、議会の審議を経れば、審議結果を問わず国民投票は行わない。

(v) 議院規則の事前審査

両議院の議院規則は、その施行前に、義務的に憲法院に付託される（憲法第61条第1項）。その後の審査手続は、憲法上、法律の事前審査手続と同様である（同条）。議院規則の事前審査の制度趣旨は、議院規則の改正により憲法上の立法権限が拡大されて政府の権限が侵されることがないように憲法院が監視する点にあると考えられる（(1)参照）。

(vi) その他の審査

憲法上、議会が定める法律事項は詳細に列挙され（第34条）、それ以外は政府がデクレ（政令）で定める命令事項とされている（第37条第1項）。また、議会が授權法で政府に委任した法律事項は、政府がオールドナンスという委任立法で定める（第38条第1項）⁽¹²⁷⁾。議員提出法案又はその修正案の内容が、憲法第34条所定の法律事項に該当しないこと又は憲法第38条第1項による立法の委任に反することが立法手続の過程で明らかになったときは、政府又はこれらの提出を受けた各議院の議長は、その不受理を決定することができる（第41条第1項）。当該法案又は修正案について政府と当該各議院の議長との間に意見の不一致があるときは、そのいずれかの請求に基づいて、憲法院がこれを裁判する（同条第2項）。

命令事項を定めた法律は、政府が國務院の意見を聴いた後デクレで改正することができる。ただし、当該法律で憲法の施行後に制定されたものは、当該法律が命令事項を定めたものである旨の憲法院の宣言を受けなければ、これを政府がデクレで改正することはできない（憲法第37条第2項）。当該法律の審査は、首相が憲法院に付託する（オールドナンス58-1067号第24条）。

(4) 違憲判決の効力と判決手法

事前審査を受けるため憲法院に付託された法律に同院が憲法違反の規定で法律全体と不可分のものがある旨を判決したときは、その法律は審署を受けて施行されることができない（オールドナンス58-1067号第22条）。ただし、違憲とされた規定が可分であるときは、大統領は当該規定を除きその法律に審署してこれを施行し⁽¹²⁸⁾、又は両議院の再議に付することができる（同オールドナンス第23条）。また、憲法院の判決は、公権力並びに全ての行政機関及び司法機関を拘束し、これに不服申立てをすることができない（憲法第62条第3項）。

法律の事後審査（QPC）について、憲法院が違憲と判断した規定は（オールドナンス58-

⁽¹²⁵⁾ 選挙人名簿に登録された者に限る。以下(iv)で同様。

⁽¹²⁶⁾ 議員提出法案に係る国民投票は、一定数の有権者の支持を必要とする国民発案の一種であり、国会議員と有権者による共同発案などと称される。服部 前掲注⁽¹²⁰⁾, pp.51, 56-57.

⁽¹²⁷⁾ 前掲注⁽¹¹⁴⁾参照。

⁽¹²⁸⁾ 田中 前掲注⁽⁸²⁾, p.93.

1067号第23-10条)、その裁判の公告の日又はその裁判で定めた日に廃止される(憲法第62条第2項)。ただし、違憲判決の効果が極めて大きいことに鑑み、法的安定性を維持するため⁽¹²⁹⁾、憲法院は、当該規定により生じた効力の再審査の条件及び制限を決定する(同項)。憲法院が合憲と判断した規定はその効力が確定し、事情の変更があった場合を除き新たなQPCの対象とならない⁽¹³⁰⁾。

条約の事前審査により、憲法院が条約に違憲の条項があると宣言したときは、憲法を改正しなければ当該条約の批准又は承認をすることができない(憲法第54条)。

国民投票に係る議員提出法案の事前審査により、憲法院が違憲とした法案については、国民投票が行われないこととなる。

議院規則の事前審査による違憲判決の効果は、法律の事前審査の場合と同様である(憲法第61条、第62条)。

憲法の施行後制定された法律について命令事項を定めたものと憲法院が宣言したときは、政府は、当該法律をデクレで改正することができる((3)(vi)参照)。

憲法院の判決は、全部違憲判決、一部違憲判決、合憲判決に分けられるほか、解釈留保付合憲判決という判決手法が用いられてきた。解釈留保付合憲判決は、憲法院の示した解釈に従う限り合憲とする留保を付す判決手法で当該条項の違憲判断を回避して法的安定性を維持しながら、法律の憲法適合的な運用を図ろうとするものである⁽¹³¹⁾。

(5) 憲法院のその他の裁判等

その他、憲法院は、①大統領選挙の適法性監視、当該選挙に関する異議申立ての審査及び当該選挙結果の公表(憲法第58条)、②両院議員選挙の選挙争訟の裁判(第59条)、③国民投票の適法性監視及び当該投票結果の公表(第60条)等を行う。また、諮問機関としての憲法院は、政府による任意の諮問を受けて大統領の故障を認定し(第7条第4項)、又は非常事態措置に関し事前に大統領による必要的な諮問を受ける権限を有する(第16条第1項)。これらの職務には、違憲審査はもとより裁判の範囲に収まらないものも見受けられる⁽¹³²⁾。

4 イタリア憲法裁判所

(1) 概要

イタリアの憲法裁判所(Corte Costituzionale)も、ドイツと同様にファシズム政権の教訓から憲法保障機関として創設された(1947年制定のイタリア共和国憲法(以下4において「憲法」という。)⁽¹³³⁾第6章(憲法保障)第1節(憲法裁判所)第134~137条)。しかし、憲法制定当初は同裁判所の裁判官の任命方法をめぐって政党相互間の対立が続き、これを定める法律の制定を経て実際に憲法裁判所が活動を開始したのは1956年1月であった⁽¹³⁴⁾。しかも、当

⁽¹²⁹⁾ 辻村・糠塚 前掲注(85), pp.143-144.

⁽¹³⁰⁾ 南野森ほか「第VII章 QPC 判決の展開 解説」フランス憲法判例研究会編 前掲注(95), p.304. (池田晴奈執筆)

⁽¹³¹⁾ 辻信幸「フランス憲法院による法律の憲法適合的解釈に関する一考察(1)」『北大法学論集』58巻2号, 2007.7.31, pp.9-11. <<http://hdl.handle.net/2115/28001>>

⁽¹³²⁾ 諮問に対する答申は違憲審査はもとより裁判でもなく、諮問機関としての憲法院は裁判所でない。さらに、③の職務も国民投票管理というべき内容である。なお、前掲注(102)参照。

⁽¹³³⁾ Costituzione della Repubblica Italiana, (GU n.298 del 27-12-1947).

⁽¹³⁴⁾ 田近肇「イタリア憲法裁判所の制度と運用」『岡山大学法学会雑誌』62巻4号, 2013.3, pp.885-883. <<http://ousar.lib.okayama-u.ac.jp/metadata/49400>>

初その有効な機能の発揮には、政府や破毀院 (Corte di Cassazione)⁽¹³⁵⁾との対立などの困難があった⁽¹³⁶⁾。

創設直後から1960年代まで、憲法裁判所は戦前の法令の廃止と新憲法の保障する人権の実現に努め、違憲判決の割合は時に4割を超えた⁽¹³⁷⁾。1970年代～1980年代前半は、違憲判決も2割前後から1割程度に徐々に低下したが、議会の立法裁量を尊重して違憲な規定を改める立法措置を促す判決手法⁽⁴⁾(参照)の発達を考慮すれば実質的な違憲判断の割合は更に高く、また、憲法裁判所は私人間における人権規定の適用を容認するなど引き続き違憲審査に積極的な姿勢を示した⁽¹³⁸⁾。1980年代後半～1990年代前半に違憲判決の割合は上昇に転じ、1995年の2割強を頂点に2000年前後には一旦1割弱に低下したが、最近再び3割強(約90件)に上昇している。この間に通常裁判所との人事交流が行われ、通常裁判官に憲法的価値が浸透したことから、憲法裁判所の創設当初に生じた通常裁判所との対立は1990年代によりやく解消された。⁽¹³⁹⁾

憲法裁判所は、1990年代初頭まで続いた政党支配体制⁽¹⁴⁰⁾に距離を置きつつ全体的観点から問題の解決を図って人権の実現などに積極的役割を果たし、国民の高い支持を得てきた⁽¹⁴¹⁾。

(2) 憲法裁判所の構成と裁判官の選任方法

憲法裁判所の裁判官15人は、①大統領、②議会の両院合同会議並びに③「最高通常裁判機関及び最高行政裁判機関 (supreme magistrature ordinaria ed amministrativa)」⁽¹⁴²⁾が各3分の1(5人)を選任し、定年がなく任期9年で再任ができない(憲法第135条第1項、第3項。図3参照)⁽¹⁴³⁾。憲法裁判所の裁判機関性とその職務における政治感覚の必要性との均衡を図

⁽¹³⁵⁾ 憲法第135条に規定する最高通常裁判機関。(2)参照。

⁽¹³⁶⁾ 内閣が憲法裁判所判決の遵守を拒否して同裁判所初代長官エンリコ・デ・ニコラ (Enrico De Nicola) が辞任し、国会が同裁判所に無効とされた刑法典の条項を改正しない等の事態が生じた。和田英夫「憲法保障機関としての裁判所」和田英夫ほか編『現代の裁判と裁判官』ペリかん社、1976、p.96。また、同裁判所の解釈的棄却判決(後掲注⁽⁷⁹⁾参照)にしばしば破毀院以下の通常裁判所も従わなかった。芦田淳「イタリア憲法裁判所の特質と近年における変化」『比較法研究』75号、2013.12、pp.312-313。

⁽¹³⁷⁾ 自由権の保障が中心である。芦田 同上、p.312。例えば、憲法裁判所創設後最初の判決(1956年6月14日)は、1931年の警察法に規定する文書規制について、これを表現の自由を保障した憲法21条に違反すると判示するものであった。『イタリア共和国憲法概要』(参憲資料5号)参議院憲法調査会事務局、2001、p.14。(井口文男執筆)

⁽¹³⁸⁾ ファヴォルー 前掲注⁽⁴³⁾、p.95。

⁽¹³⁹⁾ 芦田 前掲注⁽¹³⁶⁾、pp.311-312、325。なお、通常裁判所との対立については同注参照。

⁽¹⁴⁰⁾ 主要政党が談合により国家組織とこれを通じた社会的利益の分配を支配する体制。後房雄「制度改革と政治変動—イタリアと日本における「民主制の民主化」—」『年報政治学』47巻、1996.12、pp.189-212。

⁽¹⁴¹⁾ 永田秀樹「イタリアの憲法裁判」阿部照哉ほか『現代違憲審査論—覚道豊治先生古稀記念論集—』法律文化社、1996、p.233。一方で、裁判官の政治的性格が違憲判決の動向に及ぼす影響を無視し得ないとも指摘されている(後述の裁判官の選任方法参照)。

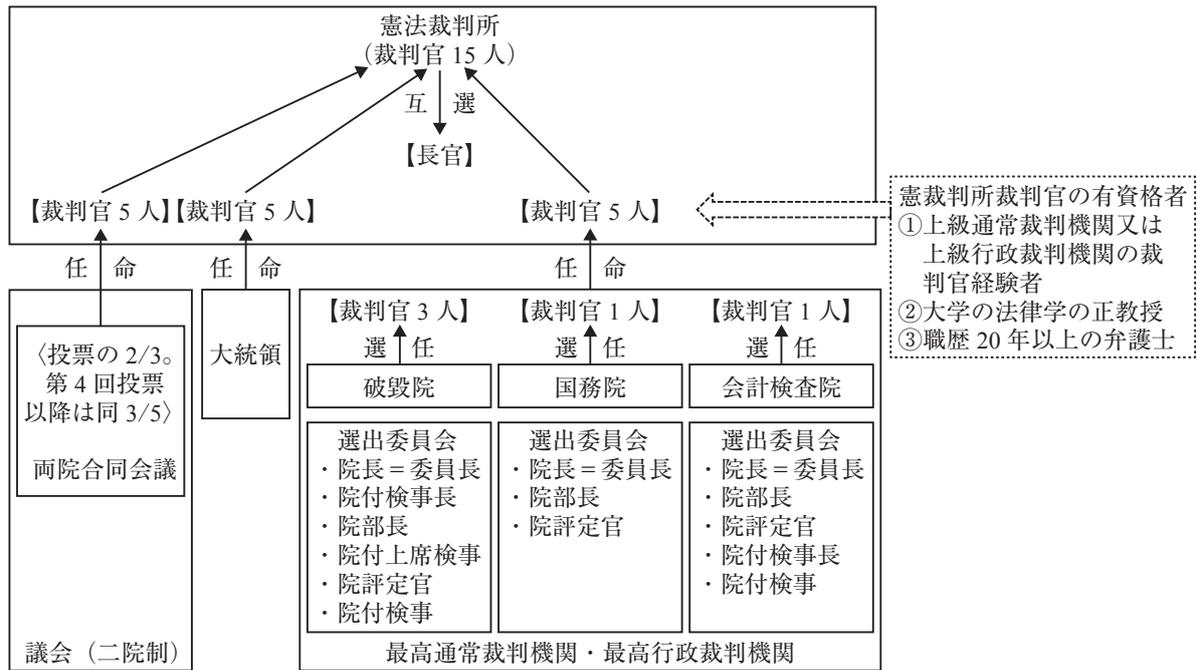
⁽¹⁴²⁾ 「通常裁判機関 (magistrature ordinaria)」は本稿の司法裁判所、「行政裁判機関 (magistrature amministrative)」は行政裁判所と考えられる。なお、憲法第135条第1項の「最高行政裁判機関」は、後述の会計検査院と國務院を合わせた概念となっている。

⁽¹⁴³⁾ なお、憲法裁判所の裁判官の選任については、両院合同会議に代えて、下院が3人、上院が2人を選任するものとする憲法第135条第1項の改正に関する憲法改正案(第37条第1項a号)が2016年4月12日までに上下両院で可決され、12月にも国民投票が行われる。GU Serie Generale n.88 del 15-4-2016、p.12;「伊、改憲を国民投票へ」『日本経済新聞』2016.4.13、夕刊。

り、政治的機関及び裁判機関が共にその裁判官の選任母体とされた⁽¹⁴⁴⁾。ただし、同裁判所の長官は、全裁判官 15 人が互選し、任期 3 年で再任を妨げない（同条第 5 項）。

大統領による裁判官の選任は、内閣総理大臣の副署を必要とするが、政府の提案等が不要であり（1953 年 3 月 11 日法律第 87 号⁽¹⁴⁵⁾ 第 4 条）、大統領の裁量行為とされている。ただし、大統領も、ある程度、議会内の政党勢力を考慮して裁判官を選任する傾向がある⁽¹⁴⁶⁾。また、大統領の選任する裁判官は大学教授が多いのも特徴である⁽¹⁴⁷⁾。

図 3 イタリア憲法裁判所の構成（現行制度）



（出典） 憲法、1967 年憲法的法律第 2 号、1953 年法律第 87 号等の規定を基に筆者作成。

議会は、両院合同会議で投票の 3 分の 2（第 4 回投票以降は議員の 5 分の 3）以上の多数を得た者を裁判官とする（1967 年 11 月 22 日憲法的法律⁽¹⁴⁸⁾ 第 2 号第 3 条）。このような特別多数決は、議会内少数派の意見の反映を図り、同多数派による憲法裁判所の裁判官の人事権の掌握を防ぐために導入されたが、反面で議会による選任が遅延する原因ともされている⁽¹⁴⁹⁾。

⁽¹⁴⁴⁾ 田近 前掲注⁽¹³⁴⁾, p.879. 以下、(2)の内容は、主に同, pp.882-873 による。

⁽¹⁴⁵⁾ Legge 11 marzo 1953, n.87, (GU n.62 del 14-3-1953). なお、本稿でイタリア法令を引用するときは、長く煩瑣な件名を省略して制定年と法令番号で表記し、初出の法令に限り制定年に月日を加えた。

⁽¹⁴⁶⁾ フランチェスコ・コッシーガ (Francesco Cossiga) 大統領 (在任 1985~1992 年) までの時代は政党間の合意に沿った人選が行われた。芦田淳「合憲性統制の日伊比較試論」Andrea Ortolani, ed., *Diritto e giustizia in Italia e Giappone: problem attuali e riforme*, Libreria Editrice Cafoscarina: Venezia, 2015, p.16. その後、オスカル・ルイーゼ・スカルファロ (Oscar Luigi Scalfaro) 大統領 (在任 1992~1999 年) は当時の政権の政治的指向に合った裁判官を専ら任命し、カルロ・アツェッリョ・チャンピ (Carlo Azeglio Ciampi) 大統領 (在任 1999~2006 年) は多数派の意向が通りがちな政治部門との均衡を図って当時の政権の政治的指向と異なる裁判官を専ら任命したという。田近 前掲注⁽¹³⁴⁾, pp.878, 876.

⁽¹⁴⁷⁾ 田近 同上, pp.880, 847-846.

⁽¹⁴⁸⁾ Legge costituzionale 22 novembre 1967, n.2 (GU n.294 del 25-11-1967). イタリアの憲法裁判所関係法令の和訳は、田近肇「イタリア憲法裁判所関係法令集」『岡山大学法学会雑誌』62 卷 2 号, 2012.12, pp.366-334. <<http://ousar.lib.okayama-u.ac.jp/metadata/49086>>; 井口文男訳「試訳・イタリア憲法院関連法規」『岡山大学法学会雑誌』41 卷 1 号, 1991.7, pp.245-265 参照。

⁽¹⁴⁹⁾ 田近 前掲注⁽¹³⁴⁾, p.879.

このように、議会による憲法裁判所の裁判官の選任に政党間の広汎な合意形成が必要なことから、議会の選任に係るその人数を各政党に割り当てるルールが時代の変化に応じて形成されてきた。単独政権の形成が困難な中で各政党の勢力が安定した第1共和制時代⁽¹⁵⁰⁾には、これに応じて各政党に一定数の裁判官を割り当てる政党比例ルールが確立した。その後、政党の離合集散により政党間の合意形成が困難になった第2共和制への移行期には一時的に選任の遅延により裁判官に欠員を生じたが、二大政党連合が政権交代をする第2共和制が確立した現在では与党に3人、野党に2人の裁判官を割り当てる新たな政党比例ルールが形成されている⁽¹⁵¹⁾。

最高通常裁判機関及び最高行政裁判機関⁽¹⁵²⁾が選任する裁判官の内訳は、選任機関の区分に応じ、破毀院3人、國務院 (Consiglio di Stato) 1人及び会計検査院 (Corte dei Conti) 1人である (1953年法律第87号第2条⁽¹⁵³⁾)。各最高裁判機関は、その長官その他の裁判官等で組織する委員会⁽¹⁵⁴⁾が憲法裁判所の裁判官を選出する (同条)。各最高裁判機関が選任する裁判官は法令上職業裁判官に限らないが、各委員会は常に当該各委員会の委員に指定された官職の経験者を裁判官に選出しているという⁽¹⁵⁵⁾。

憲法裁判所の裁判官の資格は、①上級通常裁判機関及び上級行政裁判機関の裁判官 (退職者を含む)、②大学の法律学の正教授又は③職歴20年以上の弁護士のいずれかである (憲法第135条第2項)。憲法裁判所の裁判官は、国会議員、州議会議員、弁護士その他法律で定める職との兼職が禁止される (同条第6項)。一方で、前述のとおり大学教授から多くの裁判官が選任されており⁽¹⁵⁶⁾、裁判官に占める法律学の教授の比率が非常に高く、憲法裁判所は「教授裁判所」と呼ばれることもある⁽¹⁵⁷⁾。また、裁判官の平均年齢は60歳以上で、欧州各国と比較して高いと評される⁽¹⁵⁸⁾。

(3) 憲法裁判所の違憲審査権等

憲法裁判所は、「国及び州の法律⁽¹⁵⁹⁾及びその効力を有する行為⁽¹⁶⁰⁾ (本項において「法律等」という。)の合憲性に関する争訟」を裁判することとされ (憲法第134条⁽¹⁶¹⁾)、命令や処分⁽¹⁶²⁾の違憲審査を行わない⁽¹⁶²⁾。これら法律等の合憲性は憲法及び憲法的法律 (以下「憲法等」

⁽¹⁵⁰⁾ 戦後の比例代表制の下で各政党の勢力の相対的な安定と常に第1党であったキリスト教民主党を中心とする永続的な与党形成を背景に徐々に確立された政党支配体制は、1993年の選挙制度改革により崩壊し、その後、2005年の選挙制度改革を経て二大政党連合が政権交代をする体制に移行した。通常、戦後イタリアの国家体制を時期的に大別し、1993年頃までを第1共和制、それ以降を第2共和制と呼ぶ。伊藤武「第6章 イタリア」網谷龍介ほか編『ヨーロッパのデモクラシー 改訂第2版』ナカニシヤ出版、2014、pp.225-270。

⁽¹⁵¹⁾ 田近 前掲注⁽¹³⁴⁾、pp.877-878。

⁽¹⁵²⁾ 前掲注⁽¹⁴²⁾参照。

⁽¹⁵³⁾ 法令は、原則として制定年と法令番号で引用した。

⁽¹⁵⁴⁾ 当該各委員会は、破毀院にあっては委員長と同院長並びに同院付検事長、同院部長、同院付上席検事、同院評定官及び同院付検事で組織し、國務院にあっては委員長の同院長並びに同院部長及び同院評定官で組織し、会計検査院にあっては委員長の同院長並びに同院部長、同院評定官、同院付検事長及び同院付検事で組織する (1953年法律第87号第2条第1項)。

⁽¹⁵⁵⁾ 田近 前掲注⁽¹³⁴⁾、pp.876-875。なお、当該官職は同上参照。

⁽¹⁵⁶⁾ 憲法裁判所に在職中は、大学教授もその職務を行うことができない (1953年法律第87号第7条第2項)。

⁽¹⁵⁷⁾ 憲法裁判所の構成は、1956年から通算で大学教授46%、裁判官41%及び弁護士13%という。芦田 前掲注⁽¹³⁶⁾ p.309。

⁽¹⁵⁸⁾ 田近 前掲注⁽¹³⁴⁾、pp.880-879; 永田 前掲注⁽¹⁴¹⁾、p.221。

⁽¹⁵⁹⁾ 「法律」には、憲法改正法律、憲法的法律、州憲章等通常法律に優位する法令も含まれる。田近 同上、p.869。

という。)の規定により審査するほか(1953年法律第87号第23条第1項b、第34条第1項)、通常法律に優位し憲法等に劣位する中位の規範(norma interposta)⁽¹⁶³⁾の適合性も審査されることになる。このようなイタリアの憲法訴訟は、①憲法裁判所に直接提起すべき憲法上の抽象的規範統制(憲法第123条第2項、第127条)と⁽¹⁶⁴⁾、②本案の訴訟の憲法問題を憲法裁判所に移送して行われる憲法的法律上の具体的規範統制(1948年2月9日憲法的法律⁽¹⁶⁵⁾第1号第1条)⁽¹⁶⁶⁾とに大別されるが、ドイツと異なり、議員や中央政府に国の法律等に関する抽象的規範統制の原告適格はなく(ii参照)、憲法異議の訴えの制度もない。

このような事情から、イタリアの憲法裁判所の違憲審査は具体的規範統制が多く、その1956～2015年の確定判決全19,646件中、具体的規範統制は15,381件(78%)に上る。そこで、先に(i)で具体的規範統制を紹介し、その後(ii)で抽象的規範統制を紹介する。

(i) 具体的規範統制

1948年憲法的法律第1号第1条の規定により⁽¹⁶⁷⁾、本案の訴訟の進行中に法律等に関し主張された憲法問題を本案裁判所が当事者の申立てにより又は職権で憲法裁判所に移送し、憲法裁判所が当該法律の違憲審査を行う。このように、イタリアの具体的規範統制は、ドイツのような本案裁判所の職権による憲法問題の移送とフランスのような当事者の申立てによる憲法問題の移送の双方が可能な制度となっている⁽¹⁶⁸⁾。

本案に適用される法律等に関し当事者(検察官を含む。)が違憲の抗弁を申し立てた場合において、その抗弁事由となる憲法問題に①本案の裁判と関連性があること⁽¹⁶⁹⁾、②理由のないことが明らかであると認められないこと(non manifesta infondatezza)、③当該法律等の合憲解釈ができないことという3要件があるときは、本案の訴訟手続が停止され、決定で、その憲法問題が憲法裁判所に移送される(1953年法律第87号第23条第2項)⁽¹⁷⁰⁾。また、憲法問題に「理由のないことが明らかであると認められないこと」という移送の要件②は、ドイツの「違憲性の確信」より緩やかである⁽¹⁷¹⁾。

⁽¹⁶⁰⁾ 「法律の効力を有する行為」とは、委任命令(法律の委任に基づき政府(閣議)の決定を経て大統領が定める命令。通常法律と同一の効力を有する。憲法第77条第1項、第87条第5項)、緊急命令(緊急の必要がある非常の場合に政府の責任において(すなわち法律の委任に基づかないで)政府の決定を経て大統領が定める命令。通常法律と同等の効力を有するが、その公布後60日以内に法律に転換されなければ、遡ってその効力を失う。憲法第77条第2項、第87条第5項)等をいう。同上

⁽¹⁶¹⁾ 憲法第134条第1号。同上, p.873; 芦田 前掲注⁽¹³⁶⁾, pp.309, 311; 永田 前掲注⁽¹⁴¹⁾, p.224.

⁽¹⁶²⁾ フランスと異なり、憲法上独立が保障された各議院の議院規則も判例上違憲審査の対象外とされている。田近 同上, p.869.

⁽¹⁶³⁾ 国とカトリック教会との関係を定めるラテラノ協定(憲法第7条第2項)、一般的に承認された国際法規範(憲法第10条第1項)並びに外国人の法的地位に関する国際法規範及び条約(同条第2項)等が憲法の規定により中位の規範とされている。同上, pp.868-867.

⁽¹⁶⁴⁾ イタリアでは、「主要問題型(in via principale)」憲法訴訟などと呼ばれている。

⁽¹⁶⁵⁾ Legge Costituzionale 9 febbraio 1948, n.1 (GU n.43 del 20-2-1948).

⁽¹⁶⁶⁾ イタリアでは、「前提問題型(in via incidentale)」憲法訴訟などと呼ばれている。

⁽¹⁶⁷⁾ 田近 前掲注⁽¹³⁴⁾, p.871.

⁽¹⁶⁸⁾ さらに、本案の訴訟の当事者は、移送された憲法訴訟の当事者となる。1953年法律第87号第23条第2項、第25条第2項、2008年10月7日憲法裁判所決定(Corte Costituzionale Deliberazione, 7 ottobre 2008 (GU n.261 del 7-11-2008))第3条。同上, pp.864-863, 875.

⁽¹⁶⁹⁾ 当該憲法問題の判断が本案の裁判に必要なことをいい、そもそも憲法問題が本案の裁判の先決問題であることに由来する要件である。前掲注⁽¹⁶⁴⁾参照。

⁽¹⁷⁰⁾ 3要件のうち③は、同項ではなく憲法裁判所判例で設定された要件である。田近 前掲注⁽¹³⁴⁾, p.865.

⁽¹⁷¹⁾ 永田 前掲注⁽¹⁴¹⁾, p.227.

(ii) 抽象的規範統制

憲法で憲法裁判所に直接提起すべきものとされる抽象的規範統制訴訟には、原則として、①州憲章の違憲審査（第123条第2項）、②州の法律等の違憲審査（第127条）及び③国の法律等の違憲審査（同条第2項）があり、①は中央政府、②は中央政府又は他の州、③は州が原告となる⁽¹⁷²⁾。また、①にあっては州憲章の公布から30日以内に（第123条第2項）、州を原告とする②や③にあっては当該法律等が原告の州の権限の範囲を侵していると認められるときに限りその公布から60日以内に（第127条第2項）、中央政府を原告とする②にあっては当該法律が州の権限を超えると認められるときに限りその公布から60日以内に（同条第1項）、それぞれ当該違憲審査を求めて抽象的規範統制の訴えを提起することができる⁽¹⁷³⁾。前述のとおり議員や中央政府に③の原告適格はなく、従来は、抽象的規範統制の利用は総じて低調であった。2001年憲法改正（2001年10月18日憲法的法律第3号⁽¹⁷⁴⁾）による地方分権改革後は、「連邦制」的な体制の下でその利用が活性化したが、裁判は国より州に厳しい傾向にあるとされている⁽¹⁷⁵⁾。

なお、国政選挙に関する法律の憲法裁判所による事前審査を定める憲法改正案⁽¹⁷⁶⁾が2016年4月12日までに上下両院で可決され、12月4日に国民投票が行われる⁽¹⁷⁷⁾。

(4) 違憲判決の効力と判決手法

憲法裁判所の違憲判決を受けた法律等の規範は、その違憲判決の公告の日の翌日に失効し（憲法第136条第1項）、即日その適用ができなくなる（1953年法律第87号第30条第3項）。また、憲法裁判所の判決は両議院及び関係州議会に通知され、これらの機関が必要と認めるときは、憲法に適合した措置が講じられる（憲法第136条第2項、1953年法律第87号第30条第2項）。違憲判決の一般的効力の遡及効は原則として確定判決の既判力を妨げないが、違憲とされた規範を適用して言い渡された有罪の確定判決は執行が停止され、その刑事上の効力は全て消滅する（同条第4項）⁽¹⁷⁸⁾。

⁽¹⁷²⁾ ただし、州の「法律の効力を有する行為」は、中央政府を原告とする②の審査対象でない（第127条第1項）。

⁽¹⁷³⁾ なお、憲法裁判所は、当該法律等の執行により公の利益又は国の法秩序に回復不可能な損害が生じ、又は市民の権利に回復不可能な重大な損害が生じるおそれがあると認めるときは、理由を付した決定で、訴訟の係属中その執行を停止することができる（1953年法律第87号第35条、第40条）。

⁽¹⁷⁴⁾ Legge Costituzionale 18 ottobre 2001, n.3 (GU n.248 del 24-10-2001)。なお、柴田敏夫「変容するイタリアの中央—地方関係（1996-2006年）—共和国憲法2部5章の改正と州—」『専修法学論集』100号、2007.7.24, pp.245-303 参照。

⁽¹⁷⁵⁾ 詳細は芦田 前掲注⁽¹³⁶⁾, pp.317-319 参照。なお、法律等の合憲性を争う制度は、かつて国の法律等か州の法律等かで非対称であったが、同改正により対等化された。田近 前掲注⁽¹³⁴⁾, pp.863-862。

⁽¹⁷⁶⁾ 対等な二院制の克服、国会議員の定数の削減、政治制度の運営費の抑制、経済労働国民会議の廃止及び憲法第2部第5章の改正に関する規定案（«Disposizioni per il superamento del bicameralismo paritario, la riduzione del numero dei parlamentari, il contenimento dei costi di funzionamento delle istituzioni, la soppressione del CNEL e la revisione del titolo V della parte II della Costituzione»）第13条（憲法第73条及び第134条の改正）；GU Serie Generale n.88 del 15-4-2016, pp.5-6。

⁽¹⁷⁷⁾ 「改憲国民投票 12月4日 イタリア 否決なら首相窮地」『毎日新聞』2016.9.28。

⁽¹⁷⁸⁾ 田近 前掲注⁽¹³⁴⁾, pp.855-853。なお、具体的規範統制訴訟において、請求を認容する違憲判決と異なり、請求を棄却する判決は、当該訴訟において争われた法律等の合憲性を積極的に確認するものではなく、その違憲性の主張に理由がないことを確認するものにすぎず、本案の訴訟の同一審級における憲法裁判所への再訴を遮断する個別的効力しかないとされている。同, p.854。また、後掲注⁽¹⁷⁹⁾の解釈的棄却判決について、学説上は、判示された合憲限定解釈以外の解釈に関する限り、同じ憲法問題の本案裁判所による憲法裁判所への移送が可能とされている。芦田 前掲注⁽¹³⁶⁾, p.312。

判決手法として合憲限定解釈に相当する「解釈的棄却判決」や「解釈的認容判決」の2種の「解釈的判決」が憲法裁判所の創設当初から用いられてきたが⁽¹⁷⁹⁾、当初は破毀院の統一的法解釈権（1941年1月30日勅令⁽¹⁸⁰⁾第12号第65条第1項）を侵すとして通常裁判所は必ずしもこれに従わなかった⁽¹⁸¹⁾。また、当該法律等の規定中字句を削る「一部認容判決」、字句を加える「追加的判決」及び字句を改める「代替的判決」の「操作的判決」と総称される手法が1970年代～1980年代前半に開拓されたが、議会の立法裁量を侵すおそれがあると批判された。そこで、議会が立法裁量の範囲内で措置を講じることができるよう、法律等の規定を変更しないで立法上の指針を示す「原則追加的判決」の手法が1980年代後半～1990年代前半に開拓された⁽¹⁸²⁾。⁽¹⁸³⁾

(5) 憲法裁判所のその他の裁判等

イタリア憲法裁判所は、違憲審査のほか、①国の機関相互間、国と州との間、州相互間の権限争議の裁判（憲法第134条）、②大統領の弾劾裁判（同条）、③法律の廃止に関する国民投票（第75条）の適法性の審査（1953年3月11日憲法的法律第1号⁽¹⁸⁴⁾第2条）を行う。

IV 日本の違憲審査制

1 概要

旧憲法（以下「大日本帝国憲法」をいう。）には当時の各国憲法と同様に違憲審査制に関する規定がなく、大審院は裁判所による法令の形式的違憲審査を容認したが、法令の実質的違憲審査を否定した⁽¹⁸⁵⁾。なお、旧憲法の解釈に関する争議を取り扱った枢密院（枢密院官制（明治21年勅令第22号）第6条第1号）⁽¹⁸⁶⁾も、天皇の諮詢を受けて意見を上奏する機関であり（同号、旧憲法第56条）、裁判所ではなかった⁽¹⁸⁷⁾。

新憲法（日本国憲法をいい、以下単に「憲法」という。）では、最高法規の憲法に反する「法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部」が無効とされ（憲法第98

⁽¹⁷⁹⁾ 憲法裁判所が独自の合憲解釈を行い、その限りで憲法問題に理由がないとして請求を棄却する手法が合憲限定解釈に相当する解釈的棄却判決であり、特定の解釈を排除するためその違憲性を宣言して請求を認容する手法が解釈的認容判決である。芦田 同上, pp.312-313; 田近 同上, pp.853-852.

⁽¹⁸⁰⁾ Regio Decreto 30 gennaio 1941, n.12 (GU n.28 del 4-2-1941).

⁽¹⁸¹⁾ 芦田 前掲注⁽¹³⁶⁾, p.313.

⁽¹⁸²⁾ 同上, p.315.

⁽¹⁸³⁾ 判決手法の詳細は、井口文男「合憲性判断の手法とその拘束力」大石眞ほか編『各国憲法の差異と接点—初宿正典先生還暦記念論文集—』成文堂, 2010, pp.359-381 参照。

⁽¹⁸⁴⁾ Legge Costituzionale 11 marzo 1953, n.1 (GU n.62 del 14-3-1953).

⁽¹⁸⁵⁾ 大判大正2年7月11日刑録19輯790頁。ここに法令の形式的違憲審査とは「法律命令カ法律命令タル形式ヲ具備スルヤ否ヤヲ審査」（同796頁）することをいい、法令の実質的違憲審査とは「其實質カ憲法違反ノ法律ニアラサルカ若シクハ法律違反ノ命令ニアラサルカヲ審査」（同796-797頁）することをいう。ただし、命令の実質的違憲審査は、当時の多数説と行政裁判所の判例が肯定し、後に大審院の判例も「委任命令ハ行政権ニ基ク意思表示ニシテ行政権ニ対シテハ裁判所ハ対等ノ地位ニアリ其ノ解釈ニ服従スルモノニ非」ずとの理由でこれを認めた（大判昭和12年3月3日刑集16巻193, 202頁）。村上一博「明治・大正・昭和戦前期における判決例の研究（1）」『法律論叢』86巻, 2・3号, 2013.10, pp.144-152; 佐藤幸治「第81条法令審査権と最高裁判所」樋口陽一ほか『憲法Ⅳ』（注解法律学全集 4）青林書院, 2004, pp.85-86.

⁽¹⁸⁶⁾ 明治23年勅令第23号による改正後の同条では第2号。枢密院は、憲法護持の防壁とする狙いもあって設置された。諸橋襄『明治憲法と枢密院官制—枢密院制度論—』芦書房, 1964, p.19.

⁽¹⁸⁷⁾ 美濃部達吉「枢密院論（二）」『國家學會雜誌』39巻5号, 1925.5, pp.34-39.

条第1項)、最高裁判所(以下「最高裁」という。)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」(第81条)となり、その法律に対する実質的違憲審査権が明示された。

昭和22(1947)年5月3日に最高裁の設置を定める憲法(第76条第1項)と同時施行された裁判所法(昭和22年法律第59号)には、GHQの指示で追加された規定(第39条第4項)があり、これにより、内閣による最高裁裁判官の選任には裁判官任命諮問委員会への諮問が必要となった⁽¹⁸⁸⁾。同年8月4日には、同委員会が答申した候補者30人から初代の最高裁裁判官が選任され⁽¹⁸⁹⁾、最高裁が発足した。⁽¹⁹⁰⁾

当初から最高裁は違憲審査の在り方について米国流の付随的違憲審査制が念頭にあったと見られ、早くも昭和23(1948)年の判例⁽¹⁹¹⁾で「日本国憲法第81条は、米国憲法の解釈として樹立せられた違憲審査権を、明文をもって規定したという点において特徴を有するのである」と判示した。下級審でも新憲法の違憲審査制を付随的なものとする判例が相次ぎ、昭和27(1952)年の警察予備隊違憲訴訟の最高裁判例⁽¹⁹²⁾で実務上日本の付随的違憲審査制が確立した(4(1))⁽¹⁹³⁾。

日本の裁判所、特に最高裁の違憲審査は、選挙により民主的に選出された政治部門の判断を尊重してその判断への介入を控えようとする司法消極主義⁽¹⁹⁴⁾の傾向が著しいとされてきたが⁽¹⁹⁵⁾、前世紀末頃から次第にその反対の司法積極主義の傾向が現れてきたとの指摘⁽¹⁹⁶⁾がある⁽¹⁹⁷⁾。

⁽¹⁸⁸⁾ 裁判官任命諮問委員会規程(昭和22年政令第83号)第3条第1項の定める委員の内訳は、①衆議院議長、②参議院議長、③裁判官の中から互選された者4人、④検察官並びに最後の行政裁判所長官及び専任の行政裁判所評定官の中から互選された者1人、⑤弁護士の中から互選された者4人、⑥大学の法律学の教授で内閣総理大臣の指名する者2人並びに⑦学識経験者で内閣総理大臣の指名するもの2人であった。

⁽¹⁸⁹⁾ 裁判官による委員の互選は裁判所の独立を図る急進派と司法界主流派との派閥抗争となり、後者が勝利を取め前者が一掃されたことから初代の最高裁裁判官のほとんどを戦前の司法界の幹部が占めた。泉徳治『私の最高裁判所論—憲法の求める司法の役割—』日本評論社、2013、pp.81-94。

⁽¹⁹⁰⁾ 最高裁の発足の経緯に関する最近の文献として、同上、pp.57-100。

⁽¹⁹¹⁾ 最大判昭和23年7月8日 刑集2巻8号801頁

⁽¹⁹²⁾ 最大判昭和27年10月8日 民集6巻9号783頁

⁽¹⁹³⁾ 戸松秀典「4日本の司法審査」芦部編 前掲注⁽²³⁾、pp.180-184。

⁽¹⁹⁴⁾ その逆を司法積極主義という。そもそも憲法判断をすかどうか、又は憲法判断をすかとして違憲判断をすかどうかの積極性又は消極性の区分に応じ4つの場合があり得るが、司法積極主義を憲法判断及び違憲判断に共に積極的な場合に限る立場のほか、憲法判断に消極的な場合において違憲判断に積極的などを加える立場などがある。野中 前掲注⁽¹³⁾、pp.287-288。(注(1))この点について、最高裁は違憲判断に消極的であるが、憲法判断自体にはむしろ積極的であり、その結果、合憲判断に積極的であるとの指摘がある。樋口陽一『憲法 第3版』創文社、2007、p.461。

⁽¹⁹⁵⁾ 平成28(2016)年3月末現在、法令違憲の最高裁判例は、刑法尊属殺重罰規定違憲判決(最大判昭和48年4月4日 刑集27巻3号265頁)、薬事法薬局等開設距離制限条項違憲判決(最大判昭和50年4月30日 民集29巻4号572頁)、公選法衆議院議員定数配分規定違憲判決(最大判昭和51年4月14日 民集30巻3号223頁、最大判昭和60年7月17日 民集39巻5号1100頁)、森林法共有林分割制限規定違憲判決(最大判昭和62年4月22日 民集33巻3号408頁)、郵便法賠償責任制限規定違憲判決(最大判平成14年9月11日 民集56巻7号1439頁)、公選法在外邦人選挙権剥奪規定違憲判決(最大判平成17年9月14日 民集59巻7号2087頁)、国籍法非嫡出子国籍取得制限規定違憲判決(最大判平成20年6月4日 民集62巻6号1367頁)、民法非嫡出子法定相続分制限規定違憲決定(最大判平成25年9月4日 民集67巻6号1320頁)、民法待婚期間規定違憲判決(最大判平成27年12月16日 裁時1642号1頁)の9種10件にすぎないとされている。安念潤司ほか編著『論点日本国憲法 第2版』東京法令出版、2014、p.236(宍戸常寿執筆)等及び巻末の別表参照。

2 最高裁の構成と裁判官の選任方法

最高裁は最高裁長官及び最高裁判事 14 人合わせて最高裁裁判官 15 人で構成され（憲法第 79 条第 1 項、裁判所法第 5 条第 1 項、第 3 項）、最高裁長官は内閣の指名に基づいて天皇が任命し（憲法第 6 条第 2 項、裁判所法第 39 条第 1 項）、最高裁判事は内閣が任命して天皇が認証する（憲法第 79 条第 1 項、裁判所法第 39 条第 2 項、第 3 項）。

最高裁裁判官は識見が高く法律の素養のある年齢 40 歳以上の者の中から任命し、裁判官 15 人中 10 人以上が 10 年以上高等裁判所長官（以下高等裁判所を「高裁」という。）若しくは判事の職のいずれかにあった者又はこれらの職、簡易裁判所判事、検察官、弁護士若しくは大学の法律学の教授若しくは准教授の職のいずれかにあって通算 20 年以上になる者でなければならない（裁判所法第 41 条第 1 項）。

初代の最高裁裁判官は裁判官任命諮問委員会の答申を経て選任されたが（前述 1）、同委員会はその実績から形式的で所期の効果を得られない不満足な状況にあり、かつ、最高裁裁判官の選任に関する責任の所在を不明確にするおそれがあるとして、GHQ の指示により昭和 23（1948）年の裁判所法の一部改正（同年法律第 1 号）で廃止され⁽¹⁹⁸⁾、その後の最高裁裁判官の選任方法は一切の責任を内閣が負うこととしてその自由裁量に委ねられた⁽¹⁹⁹⁾。最高裁裁判官の現行の選任手続に関し法令の規定はなく⁽²⁰⁰⁾、内閣による選任過程も非公開でありその実情も明らかでないため⁽²⁰¹⁾、廃止された同委員会の復活も念頭に置いてその選任過程の透明化の必要性が指摘されている⁽²⁰²⁾。実際には最高裁長官及び同事務総局の幹部が日弁連会長や検察庁首脳等の推薦も受けて内閣と相談しつつ最高裁裁判官を選するといわれ、現在は出身別におおむね裁判官 6 人、弁護士 4 人、外交官等の行政官 2 人及び学者 1 人の枠があるとされている⁽²⁰³⁾。裁判官出身者は最高裁裁判官の地位を

⁽¹⁹⁶⁾ 戸松秀典『憲法』弘文堂、2015、p.466。法令違憲の最高裁判例（同上）は、最高裁創設当初から 20 世紀末まで約半世紀間に 4 種 5 件、21 世紀に入りこの 16 年間に 5 種 5 件と増加傾向がうかがえる。ただし、表現の自由の規制に関する違憲判決がないなど、分野により司法消極主義の残存も指摘されている。戸松秀典「憲法訴訟の現状分析 序論」戸松秀典・野坂泰司編『憲法訴訟の現状分析』有斐閣、2012、pp.13-15。

⁽¹⁹⁷⁾ なお、創設当初の最高裁人事の結果、当時の最高裁に人権擁護を重視する姿勢を期待し得なくなったとの指摘がある。泉 前掲注⁽¹⁸⁹⁾、p.94。

⁽¹⁹⁸⁾ GHQ 側の説明する廃止の理由も、ほぼ同様である。アルフレッド・オプラー（内藤頼博監訳、納谷広美・高地茂世訳）『日本占領と法制改革』日本評論社、1990、p.77。（原書名：Alfred Christian Oppler, *Legal reform in occupied Japan: a participant looks back*, 1976）参照。その背景に初代最高裁人事の結果に対する GHQ 側の失望があったとの示唆もある。同上、p.100。

⁽¹⁹⁹⁾ 第 1 回国会衆議院司法委員会議録第 65 号 昭和 22 年 11 月 29 日 p.532。

⁽²⁰⁰⁾ 戸松秀典『憲法訴訟 第 2 版』有斐閣、2008、p.461。

⁽²⁰¹⁾ その内情の一端がうかがえる最新の資料に市川正人「最高裁判所審理の現状と課題」市川ほか編著 前掲注⁽³⁶⁾、pp.209-210 が、日本弁護士連合会（以下「日弁連」という。）による最高裁裁判官候補者の推薦過程に関する文献に、水野武雄「日弁連による最高裁判所裁判官の推薦」同、pp.305-317 がある。

⁽²⁰²⁾ 司法制度改革審議会『司法制度改革審議会意見書—21 世紀の日本を支える司法制度—』2001.6.12、p.99。首相官邸ウェブサイト <<http://www.kantei.go.jp/jp/sihouseido/report/ikensyo/index.html>> には、最高裁裁判官「の地位の重要性に配慮しつつ、その選任過程について透明性・客観性を確保するための適切な措置を検討すべきである」との意見に、昭和 22（1947）年当時の「裁判官任命諮問委員会の制度も参考となる」と付記されている。また、日弁連が昭和 49（1974）年 9 月に「最高裁判所裁判官任命諮問委員会の設置に関する立法案」を公表し、昭和 54（1979）年 4 月 24 日には社会党がほぼ同様の横山利秋君外 5 名提出「最高裁判所裁判官任命諮問委員会設置法案」（第 87 回国会衆法第 14 号）を衆議院に提出している（審議未了廃案）。水野 同上、p.307。

⁽²⁰³⁾ 内閣のめがねにかなった人物でなければ最高裁裁判官に選任されないが、与党・内閣主導の露骨な政治的人事ではないとされている。市川 前掲注⁽²⁰¹⁾ なお、戸松 前掲注⁽²⁰⁰⁾は、出身別に裁判官、弁護士、学識経験者（検察官、官僚及び学者）おおむね各 5 人の枠に区分する。

出世コースの到達点として人選され、憲法裁判の担当者であるとの配慮に足りないとの指摘もある⁽²⁰⁴⁾。

最高裁裁判官は定年 70 歳で任期がなく（裁判所法第 50 条）、その任命はその後最初の衆議院議員総選挙の際に国民審査に付され、更にその後 10 年を経過するごとに同様に行う国民審査（「再審査」という。）に付される（憲法第 79 条第 2 項、第 3 項）。投票者の多数が罷免を可とする裁判官は罷免されるが（同条第 3 項）、過去にその例はなく、国民審査の形骸化が最高裁の創設当初から指摘されている⁽²⁰⁵⁾。

3 最高裁の法廷

最高裁は、大法廷（裁判官全員の合議体）又は小法廷（3 人以上の範囲内で最高裁が定める員数の裁判官の合議体）で審判をする（裁判所法第 9 条第 1 項、第 2 項）。現在、各員数は、大法廷 15 人（同法第 5 条第 1 項、第 3 項）、小法廷 5 人（最高裁判所裁判事務処理規則（昭和 22 年最高裁判所規則第 6 号）第 2 条第 1 項）である。

最高裁が①当事者の主張に基づいて、法律、命令、規則又は処分の合憲性を判断する場合（合憲判断が大法廷の先例と同じであるときを除く。）、②①の場合を除き、法律、命令、規則又は処分が違憲であると認めるとき及び③憲法その他の法令の解釈適用について意見が最高裁の先例と異なるときは、小法廷で裁判をすることができない（裁判所法第 10 条）。そのため、最高裁の違憲判断は、大法廷でする必要がある。

4 違憲審査制の論点

(1) 抽象的違憲審査権の有無

憲法や裁判所法の立案段階では最高裁に憲法裁判所の権能を与える考え方もあったが⁽²⁰⁶⁾、これらの施行直後は、最高裁の付随的違憲審査に異論がなかった。ただし、その抽象的規範統制の可否で立場が分かれた。まず、米国流の付随的違憲審査制の継受を理由として最高裁の抽象的規範統制を否定する A 説（付随的違憲審査制説。通説）に、憲法第 81 条の下で抽象的規範統制も可能としてこれを肯定する B 説（独立審査権説）が対立した。

²⁰⁴⁾ 戸松 同上

²⁰⁵⁾ 泉 前掲注(189), p.140; 西川伸一『最高裁裁判官国民審査の実証的研究』五月書房, 2012, pp.237-247. 既に昭和 28 (1953) 年までに、国民審査は有名無実とされている。「昭和 28 年 1 月 9 日 日弁連総第 227 号」『上告制度関係資料』（民事裁判資料第 36 号・刑事裁判資料第 88 号）最高裁判所事務総局, 1954, p.187. (以下「日弁連意見書」として引用する。) また、最高裁裁判官には一般に高齢者が任命され、再審査を受けたものは 6 人にすぎず、その最後の例も 1963 年に再審査を受けた入江俊郎最高裁判事である。西川 同, p.18. 費用対効果やアメリカ各州の州民審査の実態も考慮し、国民審査制度の廃止も唱えられている。泉 同, pp.139-150.

²⁰⁶⁾ 戦後の裁判所法案には、訴訟法への具体的規範統制の導入を前提とする規定を設ける試み（例えば下級裁判所に係属する事件の適用法令等の合憲性に関し法律の規定により下級裁判所から求められた決定について終審裁判権を有する旨の〔第 5 次〕裁判所法案第 6 条）があった。内藤頼博『戦後の司法制度改革の経過—事務当局者の立場から— 第 3 分冊』（司法研究報告書第 8 輯第 10 号）司法研修所, 1959, pp.55-57, 246, 260, 262, 278, 280, 319 (『日本立法資料全集 別巻 93』信山社, 1997 所収). しかし、同法案については、①違憲審査権があると考えられる下級裁判所にまず違憲審査をさせるべきであるとの指摘、②具体的な事件を前提とする違憲判決には個別的効力しかないとする指摘及び③抽象的違憲審査権は裁判所の権限を超えるとの指摘があったほか、④別に憲法違反を理由とする通常の上告も可能と想定され、裁判官 15 人を予定する最高裁に過剰な負担も懸念されたこと等から、この試みは GHQ の反対で挫折した。同法案立案担当者と GHQ との交渉経過については、内藤頼博『同 第 2 分冊』pp.498-687 (特に pp.504, 510-511, 521, 524) (『日本立法資料全集 別巻 92』信山社, 1997 所収) 等参照。なお、佐々木 前掲注(6), pp.126-158, 174-176 にその詳細な分析がある。

さらに、B説は、抽象的規範統制には法定の手続が必要とするB1説（佐々木惣一博士等）と不要とするB2説（当時の日本社会党の見解）に分かれた。ほかに、憲法は抽象的規範統制の可否を定めていないとして、法律や裁判所規則でその権限や手続を定めればこれも可能と見るC説（法律事項説）がある。⁽²⁰⁷⁾

しかし、裁判実務では憲法施行直後からA説的な運用が始まり（1参照）、昭和27（1952）年には当時の鈴木茂三郎日本社会党委員長がB2説に基づき警察予備隊違憲確認訴訟を最高裁に提起して直接その憲法判断を求めたが、最高裁は訴えを却下して付随的違憲審査制の運用が定着した⁽²⁰⁸⁾。

（2） 違憲審査の主体

憲法第81条の規定から明らかに違憲審査権のある最高裁のほか、下級裁判所にも違憲審査権があると解釈され⁽²⁰⁹⁾、最高裁もその違憲審査権を確認している⁽²¹⁰⁾。ただし、同条は、特に違憲審査の終審裁判所を最高裁と規定し、これを下級裁判所とすることができないため、その憲法判断に不服がある当事者には最高裁への上訴権が保障されると解されている⁽²¹¹⁾。

（3） 違憲審査の対象

違憲審査の対象は憲法上「一切の法律、命令、規則又は処分」である（第81条）。しかし、多様な法形式の規範が「法律」、「命令」又は「規則」のいずれに該当するかの確認に実益はなく⁽²¹²⁾、「処分」も行政事件訴訟法第3条第2項の処分に限らず全ての国家機関等の個別具体的な行為の総称とされ⁽²¹³⁾、裁判所の判決も処分に当たると解されている⁽²¹⁴⁾。結局、法的行為・事実行為を問わず、国家機関等のあらゆる行為が違憲審査の対象となる⁽²¹⁵⁾。⁽²¹⁶⁾

憲法第81条が列挙する違憲審査の対象事項でない条約は憲法第98条（最高法規）の規

²⁰⁷ 野中 前掲注(13), pp.255-257 等参照。

²⁰⁸ 最大判昭和27年10月8日 民集6巻9号783頁。ただし、警察予備隊違憲訴訟判決は「現行の制度の下においては、…裁判所が…具体的事件を離れて抽象的に法律命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない」[下線は筆者]としてB2説を否定したが、下線部の付語によりB1説やC説に成立の余地が残る。なお、諸説が生じた経緯は、佐藤 前掲注(185), pp.90-94 等参照。

²⁰⁹ 佐藤 同上, p.85. なお、下級審による憲法解釈の誤りを絶対的上告理由とする民事訴訟法第312条第1項・刑事訴訟法第405条第1号も、その違憲審査権を前提にすると解されている。野中 前掲注(13), p.277.

²¹⁰ 最大判昭和25年2月1日 刑集4巻2号73頁

²¹¹ 「終審裁判所」とはその裁判に対し上訴ができない裁判所をいう。同条が下級裁判所を憲法訴訟の終審裁判所とし得ないとする趣旨は必ずしも明確でないが、最高裁が審級上の終審裁判所であることは名称から当然であり、下級裁判所に係属する憲法訴訟の当事者に最高裁への上訴権を保障して当該上訴を憲法上の権利上訴とする解釈は裁判所に違憲審査権を与えた趣旨に沿うとされている。宮澤俊義、芦部信喜補訂『全訂日本国憲法』日本評論社、1978, pp.675-677; 佐藤 前掲注(185), pp.98-99. なお、笹田 前掲注(34), p.15 は、憲法第32条の裁判を受ける権利もその解釈の根拠とする。

²¹² 渋谷秀樹『憲法 第2版』有斐閣、2013, p.689; 野中 前掲注(13), p.278. 従来、「法律」は国会が制定する形式的意味の法律をいい、地方公共団体の議会が制定する条例はその性質上法律に準じ、「命令」は行政機関の制定する法形式の総称であり、「規則」は憲法上「規則」という名称の法形式をいう等とされてきた。佐藤 同上, pp.103-105; 大河内美紀「第81条（違憲審査権）」木下智史・只野雅人編『新・コンメンタール憲法』日本評論社、2015, pp.634-635.

²¹³ 最大判昭和23年7月8日 刑集2巻8号801頁; 大河内 同上, p.635; 佐藤 同上, p.105.

²¹⁴ 佐藤 同上, pp.105-106; 最大判昭和23年7月8日 刑集2巻8号801頁

²¹⁵ 渋谷 前掲注(212); 野中 前掲注(13), p.278 は、違憲審査の対象事項を「一切の国内法規範ならびに個別・具体的な公権行為」とする。

定により誠実な遵守が必要とされる国際法であり、その違憲審査の可否には争いがある。多数説は国内法的効力に関する限り条約の違憲審査が可能とし、判例もその違憲審査が可能なることを前提にしていると解される⁽²¹⁷⁾。

立法の不作为の違憲審査が、しばしば社会保障や選挙の分野で問題となる。一定の条件の下でその違憲審査が可能とする多数説⁽²¹⁸⁾と異なり、かつて判例は広範な立法裁量を承認して立法の不作为の違憲審査を否認するに等しいほど消極的であったが⁽²¹⁹⁾、2005年の公選法在外邦人選挙権剥奪規定違憲判決では立法の不作为の違憲性を認定している⁽²²⁰⁾。

(4) 違憲判決の効力と判決手法

裁判で違憲とされた法令の効力は、①改廃の経緯を経ないで一般的に失われるとする一般的効力説、②当該事件に限り当該法令の適用が排除されるとする個別的効力説、③法律の定めるところによるとする法律委任説の3説がある。付随的違憲審査制の趣旨から米国と同様の②説が妥当とされ、最高裁で違憲とされた法律の規定はその後国会で改廃されている（巻末別表「最高裁で違憲とされた法律の規定一覧」参照）⁽²²¹⁾。ただし、法令を違憲としながら請求は棄却して個別的効力も生じないこととする判例⁽²²²⁾や、未確定の法律関係には違憲とされた規定の適用を排除するのが相当と判示して事実上限定的に一般的効力を認容する判例⁽²²³⁾もある。

違憲判決の手法には、法令自体を違憲とする法令違憲⁽²²⁴⁾と、法令は合憲でも当該事件の当事者に適用される限り違憲とする適用違憲⁽²²⁵⁾とがあるほか、国家機関等による処分その他の個別具体的な行為を違憲とする処分違憲の例もある⁽²²⁶⁾。なお、最高裁が違憲判決をするときは、定足数9人の大法廷で（裁判所法第10条ただし書第1号、第2号及び最高

²¹⁶ 違憲審査の可否と別に、司法権の限界として裁判権の行使の可否が問題となり得る。衆議院を解散する閣議決定が統治行為として裁判所の司法審査の対象外とされた事例（最大判昭和35年6月8日 民集4巻7号1206頁）、定足数を欠くとして議事手続の適法性が争われた会期延長の後に成立した新警察法（昭和29年法律第162号）の効力について、裁判所は各議院の自律権を尊重すべく同法制定の議事手続に関する事実を審理してその効力を判断すべきでないとした事例（最大判昭和37年3月7日 民集16巻3号445頁）等がある。

²¹⁷ 最大判昭和34年12月16日 刑集13巻13号3225頁。なお、佐藤 前掲注⁽¹⁸⁵⁾, pp.106-109等参照。

²¹⁸ 例えば、芦部 前掲注⁽⁸⁾, pp.386-387。

²¹⁹ 同上 在宅投票制度の廃止後重度身障者の投票を可能とする立法措置について、その不作为の違憲を理由とする国家賠償請求事件で、最高裁は国会議員の立法行為（不作为を含む。）は「立法の内容が憲法に一義的な文言に違反しているにもかかわらず国会があえて当該立法を行うというごとき、容易に想定し難いような例外的な場合」に限り国家賠償法上違法の評価を受けると判示した。最判昭和60年11月21日 民集39巻7号1512, 1517頁

²²⁰ 最大判平成17年9月14日 民集59巻7号2087頁。立法不作为違憲確認訴訟の可能性を認めつつも本件を公法上の当事者訴訟（行政事件訴訟法第4条）のうち在外選挙人の投票権という公法上の法律関係の確認訴訟とし、①立法すべき内容の明白性、②事前救済の顕著な必要性、③他の救済手段の欠如、④相当期間の経過という4条件の下で立法の不作为の違憲審査をし、併せて国家賠償の請求も認容している。

²²¹ ただし、刑法尊属殺重罰規定違憲判決では当該規定を削除する刑法改正まで約20年が経過し、その間は法務省の通達で同法の運用上尊属殺人罪に代えて普通殺人罪の罰条が適用された。前掲注⁽¹⁸⁵⁾の各判決に対する政治部門の対応については、別表「最高裁で違憲とされた法律の規定一覧」のほか「『憲法保障（特に、憲法裁判制度及び最高裁判所の役割）』に関する基礎的資料—最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会（平成16年3月25日の参考資料）—」（衆憲資44号）衆議院憲法調査会事務局, 2004, pp.14-15参照。

²²² 公選法衆議院議員定数配分規定違憲判決（最大判昭和51年4月14日 民集30巻3号223頁；最大判昭和60年7月17日 民集39巻5号1100頁）

²²³ 民法非嫡出子法定相続分制限規定違憲決定（最大決平成25年9月4日 民集67巻6号1320頁）

²²⁴ 平成28（2016）年3月末現在で9種10件にすぎない法令違憲の最高裁判例は前掲注⁽¹⁸⁵⁾参照。

裁判所裁判事務処理規則第7条、第9条第2項第1号、第3項）、裁判官8人以上の意見が一致する必要がある（同規則第12条）。

V 違憲審査制をめぐる各種構想

1 1950年代の最高裁機構改革案

司法裁判所に特別裁判所が併存する大陸法的な戦前の複線型裁判制度⁽²²⁷⁾が戦後に廃止され（憲法第76条第2項）、英米法的な単線型裁判制度の頂点に立つ最高裁に上告事件が集中した。判事45人に代理判事10人内外が加わった大審院に比べ、裁判官15人の最高裁の未済事件が一時は戦前の約3倍に上り⁽²²⁸⁾、最高裁機構改革が訴訟遅延対策の課題となって、昭和27（1952）年以降次の①～④等の改革案が公表された。

①昭和27～28（1952～53）年の日弁連の最高裁判事増員案⁽²²⁹⁾：

- a) 憲法違反を理由とする上告事件は最高裁長官及び大法廷判事8人以上で構成する大法廷が審判すること、b) その他の上告事件は大法廷判事その他の判事3人以上で構成する小法廷が審判すること⁽²³⁰⁾、c) 判事、検事、弁護士その他学識経験者30人で構成する銓衡委員会の意見を聴いて最高裁裁判官を任命すること等を骨子とする。⁽²³¹⁾

②昭和29（1954）年の最高裁の最高裁判事減員案⁽²³²⁾：

- a) 9～11人に減員した最高裁裁判官全員で単一法廷の最高裁を構成すること⁽²³³⁾、b) 憲法

²²⁵⁾ ただし、適用違憲と解し得る最高裁判例は、第三者所有物没収事件の2件（最大判昭和37年11月28日刑集16巻11号1577頁；最大判同日刑集同巻同号1593頁）である。芦部 前掲注(8), pp.388-389。また、最高裁は適用違憲に消極的である。猿払事件上告審判決（最大判昭和49年11月6日刑集28巻9号393頁）。この点について、「文面審査を前提とする最高裁判所にとって、文面上合憲である法令がその適用において違憲となるという発想はなじみにくいために、適用審査に基づく適用違憲の手法の働く余地が著しく狭くなっている」との指摘がある。市川正人「日本における違憲審査制の軌跡と特徴」『立命館法学』294号, 2004, pp.538-539。立命館大学法学部・法学研究科・法務研究科研究データベース <<http://www.ritsumei.ac.jp/acd/cg/law/lex/04-2/ichikawa.pdf>>

²²⁶⁾ 愛媛玉串料訴訟最高裁判決（最大判平成9年4月2日民集51巻4号1673頁）等。佐藤 前掲注(185), pp.139-145。

²²⁷⁾ 酒井吉榮「〔56〕最高裁判所」芦部信喜ほか編『演習憲法』（新演習法律学講座 1）青林書院, 1984, pp.534-535。戦前の最上級裁判所には司法裁判所の大審院のほか、行政事件を管轄する行政裁判所及び軍事裁判所の軍法会議があった。なお、広義の憲法争議に関しては枢密院の権限の一部とされた（前述Ⅳ1）。同, p.549。（注4）

²²⁸⁾ 日弁連意見書 前掲注(205) 昭和26（1951）年度の最高裁の未済事件は7,125件で頂点に達し、戦後の刑事犯罪の激増に伴う刑事上告事件の増加が一因とされた。「最高裁判所民事、刑事上告事件累年比較表」『最高裁判所機構改革問題関係資料 その6』（司法制度調査資料19巻）法務省大臣官房司法法制調査部, 1958, p.219；眞野毅「最高裁判所機構改革の基本問題」『ジュリスト』72号, 1954.12.1, p.2。そこで、新刑事訴訟法（昭和23年法律第131号）は上告を極端に制限し、また、昭和24年から漸増傾向にあった民事上告事件についても同様の措置を定める限時法としていわゆる「民事上告事件特例法」（昭和25年法律第138号）が制定された。酒井 同上, p.534；永井幹久「最高裁判所の機構改革」『レファレンス文献要目 第1集』国立国会図書館調査及び立法考査局, 1960, pp.70-71。

²²⁹⁾ 日弁連意見書 同上, pp.183-191。昭和27（1952）年9月20日の同調査会定例委員会で決議の上10月に公表され（日弁連司法制度調査会「上告制度改革についての建議書」『法律時報』24巻11号, 1952.11, pp.46-47。日弁連意見書と若干の異同がある。）、翌年1月9日に法務大臣に建議された。永井 同上, p.71。

²³⁰⁾ 小法廷は、刑事部、民事部及び特別部に分け、「通計十法廷以上を必要とする」（日弁連意見書 同上, p.188）とされ、その結果、最高裁裁判官は、合わせて約30人以上となり（酒井 前掲注(227), p.535）、日弁連は2倍から2倍半に増員する意向であったという（永井 同上, p.72）。

²³¹⁾ ②と異なり、憲法第81条の定める最高裁の違憲審査権と終審裁判所という2要素中、あくまで司法裁判所型違憲審査制として後者を重視する立場といえよう。後掲注(233)参照。

違反、判例抵触及び最高裁が重要と認めた一般法令違反を理由とする上告事件は最高裁が審判すること、c) その他の上告事件は別に設ける上告裁判機関が審判すること⁽²³⁴⁾等を骨子とする。⁽²³⁵⁾

③昭和 29 (1954) 年の衆議院法務委員会の違憲訴訟・上訴制度改正要綱試案⁽²³⁶⁾：

a) 判決に影響を及ぼすことが明らかな法令違反をも上告理由とし得ること、b) 最高裁判官を 15 人増員すること、c) 最高裁の長官及び裁判官を含む構成員各 5 人の小法廷を 6 つ置き、一般法令違反を理由とする上告事件を審判させること、d) 構成員 9 人の大法廷は憲法違反を理由とする上告事件を審判し、大法廷の構成員に事故があるときは他の裁判官をもって充てること、e) 憲法判例及び一般判例の変更は最高裁裁判官全員の連合審査に付すること、f) 違憲事件につき最高裁への移送を認め、かつ、憲法解釈の点のみの移送をも認めること等を骨子とする。⁽²³⁷⁾

④昭和 31 (1956) 年 5 月の法制審議会の折衷案⁽²³⁸⁾：

a) 当事者の主張に基づき違憲審査をする場合、違憲判断をする場合⁽²³⁹⁾、判例変更をする場合及び法令の解釈適用に関し特に重要な事項があると認められる場合⁽²⁴⁰⁾の上告事件は、最高裁長官及び大法廷判事 8 人で構成する大法廷が審判すること、b) その他の上告事件は小法廷判事 3 人以上で構成する小法廷が審判すること、c) 国民審査の対象は最高裁長官及び大法廷判事に限り、裁判官、検察官、弁護士及び学識経験者で構成する選考委員会の意見を聴いて任命すること等を骨子とする。

これらのうち当初①と②が対立し、衆議院法務委員会は昭和 29 (1954) 年 10 月に①に基づく③を公表した⁽²⁴¹⁾。諸案を検討して法制審議会が答申した④に基づき昭和 32 (1957) 年 3 月に提出された「裁判所法等の一部を改正する法律案」(第 26 回国会閣法第 89 号)⁽²⁴²⁾

²³² 「資料 最高裁判所の機構改革について」『ジュリスト』70 号, 1954.11.15, pp.4, 11.

²³³ 最高裁を憲法上同裁判官全員の合議体に限る説を大法廷単一 (one-and-full bench) 論という。酒井 前掲注²²⁷, pp.538-539. 完全な違憲審査権、規則制定権等がない小法廷 (裁判所法第 10 条、第 12 条) は、憲法上最高裁 (第 81 条、第 77 条) ではなく下級裁判所に整理される。眞野 前掲注²²⁸, pp.5-6. これには、小法廷の裁判に対し憲法違反を理由とする大法廷への上訴ができないこと (IV 4 (2) 参照)、法廷 (違憲審査を行う裁判機関) と裁判官会議 (規則の制定や下級裁判所の裁判官の指名を行う司法行政機関。裁判所法第 12 条) とは異なること等を指摘して、小法廷も自制された違憲審査を行う最高裁と見る反論がある。岩田誠「最高裁小法廷は下級裁判所か」『ジュリスト』74 号, 1955.1.15, pp.2-6. また、①と比べ②は最高裁の違憲審査権と終審裁判所という 2 要素のうち前者を重視する分、付随的違憲審査制の特色は後景に退く感がある。

²³⁴ 最高裁と高裁との間に上告裁判所を置く構想は「中 2 階論」と呼ばれ、具体的には東京高裁等に上告部を併置することが想定されている。齋藤秀夫「最高裁判所のあり方」『法律時報』24 卷 10 号, 1952.10, p.50 等。

²³⁵ 合議体の大法廷に裁判官 15 人は多すぎるとするのが主な理由である。眞野 前掲注²²⁸, pp.6-7.

²³⁶ 第 19 回国会法務委員会上訴制度に関する調査小委員会及び違憲訴訟に関する小委員会連合会議録第 22 号 昭和 29 年 10 月 12 日 p.1. この略称は、永井 前掲注²²⁸, p.76 によった。

²³⁷ ①の影響のほか、具体的規範統制の採用 (f) が注目される点である。

²³⁸ [法制審議会司法制度部会]「上告制度改正要綱案」『第 36 回司法制度改革審議会文書 3「裁判官任命諮問委員会について (審議会事務局)」裁判官任命諮問委員会について』(法曹制度検討会 (第 11 回) 配布資料 11-3) 2002.10.31, pp.6-8. 首相官邸ウェブサイト <<http://www.kantei.go.jp/jp/singi/sihou/kentoukai/seido/dai11/11siryou3.pdf>>;「[資料 35] 上告制度改正要綱 (法制審議会答申)」松本博之編著『民事訴訟法〔戦後改正編〕(4)-II』(日本立法資料全集 66) 信山社出版, 1999, pp.989-990.

²³⁹ ただし、大法廷の先例と同じ合憲判断は小法廷で行う。

²⁴⁰ 第 26 回国会衆議院法務委員会議録第 13 号 昭和 32 年 3 月 12 日 p.5 参照。

²⁴¹ 永井 前掲注²²⁸, p.76.

²⁴² その概要は園部逸夫『最高裁判所十年』有斐閣, 2001, pp.192-195 参照。

は審議未了で廃案となり、その後最高裁の未済事件も減少して⁽²⁴³⁾、最高裁機構改革の動向は終息した⁽²⁴⁴⁾。このような機構改革の動向とその挫折を経て日本の付随的違憲審査制は確立したが、終審裁判所として多数の上告事件を抱える最高裁が同時に違憲審査の重責を担う困難も浮き彫りとなり⁽²⁴⁵⁾、以下本章で紹介する各種構想の底流を形作った。

2 近年の憲法裁判所構想

その後、一旦、憲法問題を争点とする憲法訴訟に固有の理論に関するいわゆる憲法訴訟論が盛行したが、日本の裁判所の司法消極主義（IV 1 参照）に対する批判の高まりを主な背景とし、また、ドイツ連邦憲法裁判所が憲法裁判所の成功例として得た国内外の高い評価も影響して、1990年代前半に憲法裁判所構想とその対案である最高裁改革構想が現れ、再び違憲審査制自体が論点化した。

まず、伊藤正己・元最高裁判事がその回顧録で⁽¹⁾、次に読売新聞社が憲法改正試案で⁽²⁾、憲法裁判所の設置を提言した。これらの提言は反響を呼び、平成 17（2005）年 4 月に公表された衆議院憲法調査会報告書においても、違憲審査制の現状について「最高裁判所の法令違憲判決が少ないなど、司法が憲法判断に消極的であり、司法に委ねられた憲法保障に係る役割を十分に果たしていないとする意見」や、憲法裁判所を設置すべきとする意見が少なくなかった⁽²⁴⁶⁾。さらに、最近では、「おおさか維新の会・憲法改正原案」⁽³⁾が公表されている。以下、順次(1)～(3)を紹介する。

(1) 伊藤正己・元最高裁判事の憲法裁判所設置論

伊藤正己・元最高裁判事は、平成 5（1993）年の著書で、日本の司法裁判所型違憲審査制の欠陥として、①具体的事件が裁判所に係属し、憲法問題が争点となって初めて違憲審査が行われるため、憲法判断、特にその最高裁による確定の遅延が著しいこと、②裁判所、特に最高裁の司法消極主義により違憲判決が極めて少ないこと等を指摘した。その上で、②の司法消極主義の原因に、a) 権力分立の一環として行政や立法の公権力の行使を抑制する裁判所の機能が日本の精神的風土である「和」の尊重により弱体化されがちなこと、b) 法的安定の確保を至上の目的とする裁判官は既成事実を尊重しがちで現状を覆す違憲判断に消極的なこと、c) 重要な憲法問題のない多数の上告事件の処理に忙殺される最高裁裁判官が最高裁を通常事件の終審裁判所として意識しすぎるといった日本の司法制度の特徴等種々の要素が働いて、その憲法感覚を鈍磨しがちなこと、d) 手のかかる大法廷事件は小法廷事件の処理を遅延させるため、勢い違憲判断に必要な大法廷回付を慎重にして小法廷限りで可能な先例踏襲型の合憲判断⁽²⁴⁷⁾をしがちなこと、e) 日本では没個性的な裁

²⁴³ 昭和 33（1958）年 2 月には 3,881 件となった。「最高裁判所民事、刑事上告事件累年比較表」前掲注⁽²²⁸⁾, p.219.

²⁴⁴ 最高裁判所事務総局編『裁判所百年史』大蔵省印刷局, 1990, p.213.

²⁴⁵ 民事上告事件特例法の昭和 29（1954）年失効後 40 年余りを経て、平成 8（1996）年制定の新民事訴訟法（平成 8 年法律 109 号）により、民事訴訟の上告理由が原則的に原判決の憲法解釈の誤り等に限られ、例外の法令違反については最高裁が当事者の上告受理の申立てにより判例違反等の法令の解釈適用に関し特に重要な事件と認められるものに限り上告を受理する裁量上訴制度が導入された。なお、刑事訴訟の同様の上告制限は、昭和 23（1948）年に実現している。前掲注⁽²²⁸⁾; 後掲注⁽²⁷⁵⁾参照。

²⁴⁶ 『衆議院憲法調査会報告書』前掲注(5), pp.246-247.

²⁴⁷ 裁判所法第 10 条ただし書の反対解釈により、最高裁の先例と同じ合憲判断は、小法廷ですることができる（IV 3 参照）。

判をする裁判官を理想像とする大陸流の官僚裁判官制度がとられ、個性的判断を要求される憲法裁判に積極的な裁判官を望み難いこと等を挙げた。このように、米国流の司法裁判所型違憲審査制を採用した日本の現状を批判的に分析した伊藤元最高裁判事は、憲法保障制度の不満足な現状を改めて憲法裁判を活性化しようとするれば、官僚裁判官で構成される最高裁を通常事件の終審裁判所とし、憲法訴訟を憲法裁判所に委ねる大陸流の憲法裁判所型違憲審査制に転換する方が望ましいと指摘した。⁽²⁴⁸⁾

本来は英米法研究者の伊藤元最高裁判事が米国流の司法裁判所型違憲審査制から大陸流の憲法裁判所型違憲審査制への転換を提言したことは、学界に限らず各界に衝撃を与えた⁽²⁴⁹⁾。

(2) 平成 6 (1994) 年の読売新聞社憲法試案の憲法裁判所構想

平成 6 (1994) 年 11 月 3 日に『読売新聞』が同紙上で公表した「憲法改正試案」第 8 章司法⁽²⁵⁰⁾(以下「読売試案」又は「当初試案」という。)では、ドイツ連邦憲法裁判所を範とした憲法裁判所型違憲審査制が採用されている。

読売試案の概要は、おおむね①憲法裁判所が通常裁判所とともに司法権を有すること⁽²⁵¹⁾、②違憲審査の対象として条約を明記したこと、③内閣又は各議院の在籍議員 3 分の 1 以上の申立てにより抽象的規範統制をすること、④最高裁又は下級裁判所の求めに応じ具体的規範統制をすること、⑤最高裁の憲法判断に不服のある訴訟当事者による憲法異議の訴えを審判すること、⑥憲法裁判所の違憲判決は、法律で定める場合を除き、将来に向かって一般的効力を有すること、⑦裁判官は 9 人とし、全て参議院の指名に基づいて、長官は天皇が、その他の裁判官 8 人は内閣が任命するが、いずれも国民審査はしないこと⁽²⁵²⁾、⑧裁判官は任期 8 年で再任されないことの 8 点に集約される。⁽²⁵³⁾

この読売試案は、抽象的規範統制、具体的規範統制及び憲法異議の訴えという憲法訴訟の主な 3 類型を採用する点で、ドイツの連邦憲法裁判所に類似する。しかし、憲法裁判所の裁判官の選任方法については、その都度多数派の意思が反映される単純多数決による読売試案の⑦と⁽²⁵⁴⁾、裁判所全体で政治的中立性の確保が図られる特別多数決によるドイツ連邦憲法裁判所(Ⅲ 2(2))とで異なっている。

憲法改正による憲法裁判所構想は、昭和 20 (1945) 年 11 月に佐々木惣一博士が内大臣府の憲法調査の際に提出した「帝国憲法改正ノ必要」(いわゆる「佐々木案」)や、昭和 29 (1954) 年 11 月に改進黨憲法調査会が公表した「現行憲法の問題点」などにも見られる。しかし、読売試案の憲法裁判所構想は、全体を権限や手続の詳細にわたって提案した点で特徴的で

²⁴⁸⁾ 伊藤正己『裁判官と学者の間』有斐閣, 1993, pp.106-137.

²⁴⁹⁾ 山元 前掲注(14), p.21.

²⁵⁰⁾ 読売新聞社編『憲法 21 世紀に向けて 読売改正試案・解説・資料』読売新聞社, 1994, pp.112-128.

²⁵¹⁾ この点から、ドイツの連邦憲法裁判所と異なり、3 権の外にある第 4 権とはならないという。同上, p.121.

²⁵²⁾ 読売試案に規定はないが、a) 裁判官の選任手続を法律で定め、例えば、有識者で組織する選任委員会を参議院議長の下に置き、同委員会が 40 歳以上で識見が高く法律の素養がある者の中から決定した裁判官の候補者を法務委員会に報告し、同委員会の審議を経て本会議で裁判官を指名するものとする、b) 長官以外の裁判官は天皇が認証すること、c) 定年を 70 歳とすることを想定している。なお、憲法裁判所の合議体としての適正規模等を勘案して、同試案には裁判官の員数が明記された。同上, pp.124-126.

²⁵³⁾ 同上, pp.112-128.

²⁵⁴⁾ 読売試案にも、現行憲法第 56 条第 2 項と同様に「憲法に特別の定めがある場合を除いては、両議院の議事は出席議員の過半数で決する」旨の第 63 条第 2 項がある。

あり、その後の各種憲法改正試案にも影響を与えている。なお、『読売新聞』は同紙上で平成12（2000）年5月3日に憲法改正「第2次試案」⁽²⁵⁵⁾、平成16（2004）年5月3日に同「2004年試案」⁽²⁵⁶⁾を公表したが、憲法裁判所については当初試案との実質的な相違がほとんどない⁽²⁵⁷⁾。

(3) 「おおさか維新の会憲法改正原案」

平成28（2016）年に公表された「おおさか維新の会憲法改正原案」第5章の2 憲法裁判所⁽²⁵⁸⁾は、憲法裁判所型違憲審査制を採用する。⁽²⁵⁹⁾

その憲法裁判所の概要は、①内閣総理大臣又はいずれかの議院の総議員の4分の1以上の議員の訴えにより抽象的規範統制をすること、②通常裁判所が当事者の申立てにより又は職権で移送した憲法問題について具体的規範統制をすること、③憲法上の機関相互間の争訟を審判すること、④その違憲判決は当該判決で定める日から一般的効力を有すること、⑤その裁判官は衆議院、参議院及び最高裁判所が各4人を任命し（合計12人）、任期6年で再任ができないこと及び⑥その長官は裁判官の互選に基づき天皇が任命することの6点に集約される。⁽²⁶⁰⁾

国民が直接に訴えを提起する憲法異議の訴えの制度は採用されず、この憲法改正原案の憲法訴訟は抽象的規範統制及び具体的規範統制の2類型である⁽²⁶¹⁾。うち、具体的規範統制は、フランスの事後審査（Ⅱ3(3)(ii)）を範として、通常裁判所が①違憲審査の必要性、②重要性、③新規性の3要件を満たすと認められる憲法問題を憲法裁判所に移送することが想定されている⁽²⁶²⁾。また、同裁判所裁判官の人事に与党の意向が反映しすぎないように内閣がその任命主体から外され、各議院による裁判官の任命の議決要件（特別多数決か否か等）は法律事項とされている⁽²⁶³⁾。

3 近年の最高裁改革構想

読売試案のような憲法裁判所構想について、学界では、次のような論拠から懐疑的又は批判的な意見が大勢を占めた。⁽²⁶⁴⁾

²⁵⁵⁾ 読売新聞社調査研究本部編著『提言報道—読売新聞の挑戦—』中央公論新社、2002、pp.110-113.

²⁵⁶⁾ 読売新聞社編『憲法改正—読売試案2004年—』中央公論新社、2004、pp.230-238、370-376.

²⁵⁷⁾ ただし、裁判官の報酬の保障及びその減額の禁止に関し現行憲法第79条第6項及び第80条第2項と同様の当初試案第89条（第2次試案では第95条）第4項の規定が、2004年試案では裁判官の独立及び身分保障と併せて第101条に集約され、当該独立を害する場合に限り報酬の減額を禁止する規定に改められた。なお、この修正については、2002年の人事院勧告による一般職の国家公務員の俸給の引下げに倣った裁判官の報酬の引下げに鑑み、その減額の禁止の趣旨を明確化したものとされている。同上、p.236.

²⁵⁸⁾ 「第五章の二」『おおさか維新の会憲法改正原案』2016.3.24. 日本維新の会ウェブサイト <<https://o-ishin.jp/news/2016/images/b27d4af85126e07d028621ff69f02a184eccc31d5.pdf>>

²⁵⁹⁾ なお、自由民主党が平成17（2005）年11月22日に公表した新憲法草案や平成24（2012）年4月27日に決定した日本国憲法改正草案には、違憲審査制に関する改正条項は見当たらない。

²⁶⁰⁾ 「おおさか維新の会・憲法改正原案③—憲法裁判所—」『（参考資料）国会議員団憲法改正原案』日本維新の会ウェブサイト <<https://o-ishin.jp/news/2016/images/8d8e48e8e9560b3356688c7996599a8c85108426.pdf>> 参照。

²⁶¹⁾ 同上

²⁶²⁾ 「参考 日本国憲法改正原案新旧対照表（コメント及び参照条付き）」同上、p.2. なお、同、p.5には、憲法裁判所の設置により、同原案にない憲法第6章 司法の規定の整理が必要となる等の記載があり、同原案が直ちに各議院に発議することを想定した完成版でないことがうかがわれる。

²⁶³⁾ 同上、pp.3-4.（憲法改正原案第75条の7）

①付随的違憲審査制の方が具体的生活関係への効果を考慮しながら妥当な結論に達することが期待でき、また、生活関係の審理に密着した下級審の憲法判断の積み重ねにより最高裁の最終的判断の説得性が増す（樋口陽一教授など）。②制度を変更すれば事態が改善されると考えるのは幻想であり、憲法裁判の迅速化・積極化がかえって市民不在の体制迎合的な憲法裁判を招来するおそれがある（奥平康弘教授など）。③ドイツでは「司法の政治化」に加え「政治の裁判化」「政治の司法化」が指摘され、議会制民主主義がうまく機能していない国では抽象的違憲審査制が議会政治を危うくするおそれもある（芦部信喜教授²⁶⁵など）。④ドイツでは連邦憲法裁判所について a) 政治の停滞（政治が専ら憲法の執行となり、責任ある政策形成が困難となること）、b) 憲法裁判所の負担過剰（膨大な憲法異議の訴えに、政治部門からの重要な政治問題に関する訴えが加わること）、c) 憲法改正事情の非尋常性（頻繁かつ継続的でいびつな形の基本法改正）、d) 憲法の人権保障理念のせい弱化（基本法がその都度の政治的妥協を示す公正証書のような存在になっている）という負の側面が指摘されている（佐藤幸治教授など）。

しかし、学界でも、現状の司法裁判所型違憲審査制や裁判所制度を維持しつつ、違憲審査制を改善し又は活性化するため、例えば、法曹一元の推進や法曹養成制度の改革（佐藤幸治教授²⁶⁶）、最高裁裁判官の人員構成や選任過程の改革及び最高裁の事件負担の軽減（戸松秀典教授²⁶⁷）を図る最高裁や司法制度の改革が提唱された。

司法制度改革審議会²⁶⁸（佐藤幸治会長）が平成 13（2001）年 6 月 12 日に公表した意見書も、違憲審査制に機能不全があるとすれば、その背景に、最高裁が極めて多くの上告事件を抱えて憲法問題に取り組む態勢をとりにくい事情を指摘し得るとして、①上告事件数の制限、②大法廷と小法廷の関係の見直し（大法廷を憲法訴訟等に専念させる態勢の構築）、③最高裁裁判官の選任の工夫等、さらに③についてはその選任過程の透明性・客観性の確保を図る措置の検討の必要性を指摘し、その後①に関し民事事件における上告制限の導入は実現している²⁶⁹。

以下本節では、最高裁改革の具体的な制度設計又は構想として、笹田栄司教授と畑尻剛教授の最高裁改革案を紹介する²⁷⁰。

(1) 笹田栄司教授の最高裁改革案

平成 12（2000）年に当初案、平成 20（2008）に上告制限に関する補論を公表した笹田栄

²⁶⁴ 山元 前掲注(14), pp.22-25; 中谷実『日本における司法消極主義と積極主義』（南山大学学術叢書）勁草書房、2015, pp.50-54 の整理による。

²⁶⁵ 芦部信喜ほか「座談会 日本国憲法 50 年の歩み」『ジュリスト』1089 号, 1996.5.1, pp.34-35. (芦部信喜発言)

²⁶⁶ 佐藤幸治『日本国憲法と「法の支配」』有斐閣, 2002, pp.269-271.

²⁶⁷ 戸松 前掲注(20), pp.459-464.

²⁶⁸ 21 世紀の我が国社会において司法が果たすべき役割を明らかにし、国民がより利用しやすい司法制度の実現、国民の司法制度への関与、法曹の在り方とその機能の充実強化その他の司法制度の改革と基盤の整備に関し必要な基本的施策について調査審議した審議会で、内閣に置かれ、平成 11（1999）年から 2 年間開催された。司法制度改革審議会設置法（平成 11 年法律第 68 号）第 1 条、第 2 条第 1 項、附則第 1 項、第 3 項

²⁶⁹ 司法制度改革審議会 前掲注(20), pp.6, 99. 平成 8（1996）年制定の新民事訴訟法による裁量上訴制度の導入については前掲注(24)参照。

²⁷⁰ その他、戸波江二教授も、最高裁判所内部に憲法事件に関する専門部を設置することを提唱している。戸波江二「2 憲法裁判の発展と日本の違憲審査制の問題点」ドイツ憲法判例研究会編『憲法裁判の国際的発展—日独共同研究シンポジウム—』信山社出版, 2004, p.56 等。

司教授は、伊藤正己・元最高裁判事の現行違憲審査制批判（2(1)）を基本的に支持し、最高裁の司法消極主義に関する問題意識を共有している。しかし、同元最高裁判事はその対策として提示した憲法裁判所は政争の場となるおそれがあるとし、また、読売試案の憲法裁判所構想についても、その抽象的規範統制等の問題点を指摘している。⁽²⁷¹⁾

その上で、笹田教授は、昭和32（1957）年に衆議院に提出された「裁判所法等の一部を改正する法律案」（第26回国会閣法第89号）（1特に④参照）を基礎として、同法の一部改正による独自の最高裁改革案を提示した。これは、現行の付随的違憲審査制を維持しつつ、最高裁機構改革により司法消極主義の克服を図るものである⁽²⁷²⁾。その概要は①最高裁判官は9人に減員し、全員で構成する法廷のみで a) 違憲審査、b) 判例変更及び c) 最高裁の先例がない新しい法律問題の審判をすること、②最高裁を国と地方公共団体との間の紛争等に関する終審裁判所とすること、③最高裁と別に上告事件の大部分を管轄する仮称「特別高裁」を東西2か所に設けて裁判官各30人を置くこと、④特別高裁は、法律等に関する憲法判断が最高裁の先例上明らかでない事件や、憲法の解釈適用に関する最高裁の先例に問題があると認める事件を最高裁に移送すること、⑤特別高裁の裁判で法律等に関する憲法判断が問題になっているものに関し最高裁への上訴を許容することである。

一見この最高裁改革案は4審制に見えるが、特別高裁の役割は専ら憲法問題の選別にすぎず、裁判全体に必要な時間は3審制と大差がないとされている⁽²⁷³⁾。さらに、①弁護士・学者出身の最高裁判官を増員し（その影響は人事等の司法行政を通じて下級審に及ぶ）、②形骸化が指摘されて久しい国民審査（IV2参照）⁽²⁷⁴⁾を実質化して改善する等、違憲審査制の活性化を図る複合的な方策が示されている⁽²⁷⁵⁾。

(2) 畑尻剛教授の最高裁改革案

畑尻教授も、2001年の論稿⁽²⁷⁶⁾で、伊藤正己・元最高裁判事の提案や読売試案の憲法裁判所案は「憲法裁判所制度の詳細な内容・機能を含めた具体的な議論が行われるきっかけとなった」⁽²⁷⁷⁾と一定の評価を与え、憲法学界の多数が主張する現行司法制度の運用改善等による違憲審査の活性化について制度的要因がある以上それだけでうまくいくかという根本的な疑問を呈している。一方で、憲法改正による憲法裁判所の設置にも批判的な姿勢を示し、憲法の他の規定の改正とも絡んで議論が錯綜し、また導入すべき手続、主体となる裁判所と裁判官に関する従来の検討の成果を十分に踏まえない唐突な制度改革が先行するおそれがあると指摘している。⁽²⁷⁸⁾

²⁷¹⁾ 笹田 前掲注(34), pp.6-7, 12-13.

²⁷²⁾ 同上, p.20.

²⁷³⁾ 同上, p.18.

²⁷⁴⁾ 前掲注(205)

²⁷⁵⁾ 笹田 前掲注(34), pp.18-20. なお、笹田教授は、平成8（1996）年の上告受理の申立てによる裁量上訴制度の導入（前掲注(245)参照）後も事件が増加して最高裁の負担軽減には程遠く、憲法訴訟の最高裁への上告は憲法上の権利上訴となるため上告制限による最高裁の負担軽減には限界もあり（前掲注(211)参照）、違憲審査と上告審という機能別に最高裁の在り方を根本から見直す必要が高まっていると指摘する。笹田 同, pp.14-15, 23-27.

²⁷⁶⁾ 畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題—選択肢の1つとしての憲法裁判所—」『公法研究』63号, 2001.10, pp.110-123.

²⁷⁷⁾ 同上, p.111.

²⁷⁸⁾ 同上, p.116.

そこで、畑尻教授は、憲法裁判所の設置をめぐる積極・消極の両論を視野に入れ、昭和29（1949）年の衆議院法務委員会の違憲訴訟・上訴制度改正要綱試案（1③）を参考に①裁判所法を改正して、上告裁判所としての最高裁上告部と憲法裁判所として憲法裁判官9人で構成する最高裁憲法部とを分け、②憲法裁判官9人は裁判官任命諮問委員会の答申に基づき内閣が任命し、③最高裁憲法部は具体的規範統制を行い、④本案裁判所が本案に適用する法令を違憲と認めたときは、審理を停止して違憲判断の理由を詳細に付して最高裁憲法部に移送し、⑤最高裁憲法部は本案に当該法令を適用する必要性を審査した上でその違憲審査を行う等を骨子とする最高裁改革案を示した。⁽²⁷⁹⁾

この改革案は、最高裁に部分的に憲法裁判所型違憲審査制を組み込む点で、あくまで現行の司法裁判所型違憲審査制を前提に中2階論を展開する笹田教授の改革案⁽¹⁾と異なる。

具体的規範統制を導入する利点として、①審級を問わず本案裁判所が審理中の事件を独自の判断で最高裁に移送でき、一般的に、より迅速な憲法判断が可能になること、②下級裁判所（本案裁判所）が違憲判断の主導権を持つことで、その憲法感覚・人権感覚が十分に生かされること、また、本案裁判所の裁判官と専ら憲法判断を行う裁判官との共同作業により双方の長所が生かされる余地があること、③違憲審査が具体的な本案の訴訟を前提とするため、政治が裁判化（司法化）するおそれは大きくないこと、④具体的規範統制は司法裁判所型違憲審査制と原理的には全く異なったものではなく、憲法制定以来の運用実績を十分に継承できることの4点が指摘されている。

おわりに

以上、簡単ながら、主要国の違憲審査制を比較し、日本の違憲審査制の現状とこれをめぐる議論をたどってきた。その際、①憲法裁判所の設置の是非（司法裁判所型違憲審査制か、憲法裁判所型違憲審査制か）、②違憲審査の対象や申立人の資格の設定、③違憲審査機関の権限と憲法訴訟類型（付随的違憲審査制、抽象的規範統制、具体的規範統制、憲法異議の訴え、事前審査等）、④裁判官の選任方法、⑤裁判官の資格要件、⑥下級裁判所の違憲審査権の有無等の論点に触れてきた。今後の違憲審査制を考える上では、これらを踏まえて、現状維持も含め、その仕組みの在り方について検討する必要があると思われる。

²⁷⁹⁾ 同上, p.121.

別表 最高裁で違憲とされた法律の規定及びその沿革

	違憲とされた法律の規定及びその沿革	最高裁の法令違憲判決	政治部門の対応
1	<p>刑法 (明治 40 年法律第 45 号) 【規定の沿革】</p> <p>第 200 条：制定当初 なお、下記刑法改正法律 (明治 40 年法律第 45 号) で廃止された旧刑法にも類似の第 362 条があり、尊属殺人犯の加重処罰は律令以来の日本の遺制であった。</p> <p>○「刑法改正案」(第 23 回帝国議会議政府提出) ・明治 40 年 1 月 29 日提出 ・明治 40 年 3 月 25 日協賛 ・明治 40 年 4 月 23 日裁可</p> <p>●刑法 (刑法改正法律 明治 40 年法律第 45 号) ・明治 40 年 4 月 24 日公布 ・明治 41 年 10 月 1 日施行 【規定の概要】</p> <p>第 200 条：尊属殺人に普通殺人より重い刑を定めるいわゆる尊属殺重罰規定</p>	<p>大法院判決昭和 48 年 4 月 4 日 (昭和 45 年 (あ) 第 1310 号 刑集 27 卷 3 号 265 頁等) 【違憲判断の要旨】 高度の社会的道義的非難に値する尊属殺人に普通殺人より重い刑を定めることは不合理でないが、刑法第 200 条は、これを死刑又は無期懲役に限る点で立法目的達成に必要な限度を超え、法の下の平等を定める憲法第 14 条第 1 項 (法の下の平等) に違反する。 なお、この判例は、次の参考判例を変更したものである。 (参考判例) 大法院判決昭和 25 年 10 月 25 日 (昭和 24 年 (れ) 第 2105 号 刑集 4 卷 10 号 2126 頁) (刑法第 200 条が憲法第 14 条に違反しないとされた事例)</p>	<p>刑法の一部を改正する法律 (平成 7 年法律第 91 号) 【改正の沿革】 ○「刑法の一部を改正する法律案」(第 132 回国会閣法第 90 号) ・平成 7 年 3 月 14 日提出 ・平成 7 年 4 月 28 日成立 ●「刑法の一部を改正する法律」(平成 7 年法律第 91 号) ・平成 7 年 5 月 12 日公布 ・平成 7 年 6 月 1 日施行 【改正の概要】 違憲判決後の実情 (※) に鑑み、違憲状態を解消するため、刑法の口語化に当たり回法第 200 条及び併せて尊属傷害致死、尊属遺棄及び尊属逮捕監禁の罰条も削除された。 ※ 違憲判決～本件改正の 20 年余り、尊属の殺人犯は、回法の適用上法務省の通達で尊属殺人に代え普通殺人の罰条で起訴され、被害者が尊属である事情を踏まえ、事案に即して科刑が行われた。</p>
2	<p>薬事法 (昭和 35 年法律第 145 号)^(注 1) 【規定の沿革】</p> <p>第 6 条第 2 項・第 4 項及び第 26 条第 2 項：下記昭和 38 年法律第 135 号で追加 ○「薬事法の一部を改正する法律案」(第 43 回国会参法第 22 号) ・昭和 38 年 3 月 25 日提出 ・昭和 38 年 7 月 4 日成立 ●「薬事法の一部を改正する法律」(昭和 38 年法律第 135 号) ・昭和 38 年 7 月 12 日公布・施行 【規定の概要】</p> <p>第 6 条第 2 項・第 4 項：薬局等の適正配置基準をその開設許可の要件とし、当該基準は人口、交通事情、その他調剤及び医薬品需給に影響を与える各般の事情を考慮して都道府県の条例で定める旨の規定</p>	<p>大法院判決昭和 50 年 4 月 30 日 (昭和 43 年 (行ツ) 第 120 号 民集 29 卷 4 号 572 頁) 【違憲判断の要旨】 薬事法第 6 条第 2 項、第 4 項及びこれらを準用する第 26 条第 2 項による薬局等の適正配置規制の立法目的は、主に過当競争による経営の不安定の結果生じ得る施設の欠陥等による不良医薬品の供給を防止すること、副次的に無薬局地域等への薬局の開設等を間接的に促進することであり、これらはいずれも公共の福祉に合致する重要な公共の利益である。 ただし、薬局等の偏在一競争激化一経営の不安定一不良医薬品の供給等の弊害は、いずれも薬局等の適正配置規制の事由として必要性や合理性に欠ける。また、無薬局地域等の医薬品供給には他の方策もあるから職業選択の自由を強力に制限する当該規制は合理的でない。したがって、当該規制を定める薬事法第 6 条第 2</p>	<p>薬事法の一部を改正する法律 (昭和 50 年法律第 37 号) 【改正の沿革】 ○「薬事法の一部を改正する法律案」(第 75 回国会衆法第 32 号) ・昭和 50 年 5 月 29 日提出・昭和 50 年 6 月 6 日成立 ●「薬事法の一部を改正する法律」(昭和 50 年法律第 37 号) ・昭和 50 年 6 月 13 日公布・施行 【改正の概要】 薬事法中薬局の開設等の地域的制限に関する第 6 条第 2 項等の左記判決で違憲とされた規定を削除し、併せて関係規定を整理する改正</p>

	違憲とされた法律の規定及びその沿革	最高裁の法令違憲判決	政治部門の対応
	<p>第26条第2項：第6条第2項・第4項を準用する規定薬局等の偏在乱設を以て、過当競争により生じた施設の欠陥や医薬品の適正供給の阻害の是正を図り、併せて無薬局地区や無薬店地区の解消に資する一助とするため従前の薬事法に追加された。</p>	<p>項等は、不良医薬品の供給の防止等の目的に必要かつ合理的でなく、憲法第22条第1項（職業選択の自由）に違反し、無効である。</p>	
3	<p>公職選挙法（昭和25年法律第100号） 【規定の沿革】 第13条第1項・別表第1：制定当初来（改正なし） 制定附則第7～9項：下記昭和39年法律第132号で追加 ○「公職選挙法の一部を改正する法律案」（第46回国会閣法第143号） ・昭和39年3月24日提出 ・昭和39年4月11日成立 ●「公職選挙法の一部を改正する法律」（昭和39年法律第132号） ・昭和39年7月2日公布 ・次の総選挙（昭和42年1月29日実施）から施行 【規定の概要】 第13条第1項：別表第1で衆議院議員の選挙区及び選挙区定数を定める旨の規定 別表第1：衆議院議員の選挙区及び選挙区定数を定める議員定数配分規定。当時は同表末尾に、同法施行の日から5年ごとに直近に行われた国勢調査の結果により同表を更正するのを例とする旨の定めがあった。 制定附則第7～9項：議員定数配分の暫定是正を行い、当分の間、制定当初の別表第1の一部に代えて適用することとされた暫定的な議員定数配分規定</p>	<p>大法院判決昭和51年4月14日（昭和49年（行ツ）第75号 民集30巻3号223頁） 【違憲判断の要旨】 左記昭和39年の公職選挙法の一部改正後の人口異動による昭和47年12月10日施行の衆議院議員総選挙当時の各選挙区の議員1人当たり選挙人数又は人口の開き（以下「人口格差」という。）が示す5倍程度の投票価値の不平等は憲法の選挙権の平等の要求に反する程度（以下「違憲状態」という。）になっており、同改正後本件選挙の時まで公職選挙法別表第1末尾に規定する5年を超え8年余にわたり衆議院議員の議員定数配分規定が改正されず憲法上の合理的期間内に違憲状態の是正がなかつたことから、同規定は憲法第14条第1項、第15条第1項（公務員の選定罷免権）及び第3項（普通選挙の保障）並びに第44条ただし書（選挙人資格における差別の禁止）に違反する。 なお、本件訴訟では、議員定数配分規定に基づく本件選挙の効力が同規定の違憲無効を理由として争われたが、選挙無効の判決により直ちに違憲状態が是正されることはなく、かえって憲法の所期しない結果を生じるとし、いわゆる事情判決の法理に従い、選挙無効の請求を棄却して、当該選挙の違法が判決主文で宣言された。</p>	<p>【改正の沿革】 ○「公職選挙法の一部を改正する法律案」（昭和50回国会閣法第60号） ・昭和50年4月8日提出 ・昭和50年7月4日成立 ●「公職選挙法の一部を改正する法律」（昭和50年法律第63号） ・昭和50年7月15日公布 ・次の総選挙（昭和54年10月7日実施）から施行 【改正の概要】 ・内閣提出原案：当時の選挙の実情に鑑み、議員定数配分規定のうち11選挙区の各選挙区定数の暫定是正をして総定数を20増の511人とする制定附則第2項・第7～9項等の改正等 ・衆議院修正議決：当時衆議院議員の選挙制度の基本であった中選挙区制を維持して各選挙区定数を3～5人とするため、原案（制定附則第7項・第8項）中、選挙区定数6人以上となる各選挙区を分割する修正</p>
4	<p>公職選挙法（昭和25年法律第100号） 【規定の沿革】 前掲3「政治部門の対応」の項参照 第13条第1項・別表第1：制定当初来（改正なし） 制定附則第7～9項：昭和39年法律第132号（前掲3）で追加、下記昭和50年法律第63号で一部改正</p>	<p>大法院判決昭和60年7月17日（昭和59年（行ツ）第339号 民集39巻5号1100頁） 【違憲判断の要旨】 左記昭和50年の公職選挙法の一部改正の結果、従前の違憲状態は一応解消された。 しかし、その後昭和55年6月施行の衆議院議員総選挙当時には人口格差が3.94倍で既に違憲状態であった</p>	<p>公職選挙法の一部を改正する法律（昭和61年法律第67号） 【改正の沿革】 ○「公職選挙法の一部を改正する法律案」（第104回国会衆法第22号） ・昭和61年5月16日提出 ・昭和61年5月22日成立</p>

	違憲とされた法律の規定及びその沿革	最高裁の法令違憲判決	政治部門の対応
	<p>○「公職選挙法の一部を改正する法律案」(第75回国会閣法第60号)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・昭和50年4月8日提出 ・昭和50年7月4日成立 <p>●「公職選挙法の一部を改正する法律」(昭和50年法律第63号)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・昭和50年7月15日公布 ・次の総選挙(昭和54年10月7日実施)から施行 <p>【規定の概要】</p> <p>第13条第1項：前掲3参照 別表第1：同上 制定附則第7～9項：同上</p>	<p>が昭和58年12月18日施行の衆議院議員総選挙当時に4.40倍に拡大し、当該違憲状態に達した時から本件選挙まで合理的期間を超えて衆議院議員の議員定数配分規定の是正がなかったことから、同規定は憲法第14条第1項に違反する。</p> <p>なお、本件訴訟では、議員定数配分規定に基づく本件選挙の効力が同規定の違憲無効を理由として争われたが、選挙を無効とする結果生じる不都合を回避すべき事情があるとし、いわゆる事情判決の法理に依り、選挙無効の請求を棄却して、当該選挙の違法が判決主文で宣言された。</p>	<p>●「公職選挙法の一部を改正する法律」(昭和61年法律第67号)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・昭和61年5月23日公布 ・公布の日から起算して30日に当たる日以後初めて公示される総選挙(平成2年2月18日実施)から施行 <p>【改正の概要】</p> <p>昭和50年の定数は正後の人口異動により、各選挙区間の人口格差が昭和60年に5.12倍に開き、同年7月に当時の議員定数配分規定が左記違憲判決を受け、その速やかな是正が国会の緊急かつ重要な課題となり、各党派の意見が踏まえた昭和61年5月8日の衆議院議長の調停に基づき、当面の暫定措置として、人口格差が特に著しい選挙区の変更により当該是正を行い人口格差3倍未満とする改正(制定附則第2項・第7～9項)</p>
5	<p>森林法(昭和26年法律第249号)</p> <p>【規定の沿革】</p> <p>旧森林法(明治40年法律第43号)を廃止して制定</p> <p>第186条：旧森林法第6条に相当</p> <p>○「森林法改正法律案」(第23回帝国議会政府提出)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・明治40年3月11日提出 ・明治40年3月23日修正議決(貴族院) ・明治40年3月27日協賛 ・明治40年4月22日裁可 ・明治40年4月22日成立 <p>●森林法(明治40年法律第43号)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・明治40年4月23日公布 ・明治41年1月1日施行 <p>○「森林法案」(第10回国会衆法第57号)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・昭和26年5月17日提出 ・昭和26年6月6日成立 <p>●森林法(昭和26年法律第249号)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・昭和26年6月26日公布 ・昭和26年8月1日施行 <p>【規定の概要】</p> <p>第186条：森林の持分価格半分以上の共有者が民法第</p>	<p>大法院判決昭和62年4月22日(昭和59年(お)第805号民集41巻3号408頁)</p> <p>【違憲判断の要旨】</p> <p>森林の共有とその共同経営とは直接の関連がなく、森林の共有者間の権利義務の規制は、森林経営の安定という森林法第186条の直接的な立法目的と合理的関連性がない。</p> <p>共有者の性質等若しくは共有状態に応じた合理的な現物分割又は一括競売による代金分割が可能な共有林の分割は共有林の細分化を生じないから、共有林の持分額半分以上の共有者に一律に分割請求権を否定する森林法第186条は、森林の細分化の防止による森林経営の安定、ひいては森林の保続培養と森林の生産力の増進を図るという同条の立法目的の達成に必要でない。</p> <p>立法目的に照らした合理性や必要性のない森林法第186条(共有林の分割請求権の制限)は、財産権の内容を公共の福祉に適合するように法定すべき旨の憲法第29条第2項(財産権)に違反し、無効である。</p>	<p>森林法の一部を改正する法律(昭和62年法律第48号)</p> <p>【改正の沿革】</p> <p>○「森林法の一部を改正する法律案」(第108回国会閣法第100号)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・昭和62年5月15日提出 ・昭和62年6月2日成立 <p>●「森林法の一部を改正する法律」(昭和62年法律第48号)</p> <ul style="list-style-type: none"> ・昭和62年6月2日公布・施行 <p>【改正の概要】</p> <p>左記最高裁違憲判決で生じた違憲状態を早急に是正し、違憲無効とされた森林法第186条を削除する改正</p>

	政治部門の対応
<p>違憲とされた法律の規定及びその沿革</p> <p>256条(共有)により共有林の分割請求をすることを制限する規定 (参考) 第1条: 森林に関する基本的事項を定めて、森林の保続培養と森林生産力の増進とを図ることを同法の目的とする旨の規定(新法制定当初に新設)</p> <ul style="list-style-type: none"> 旧森林法政府提出原案第7条: 森林の共有者の分割請求に応じ直ちに共有林を分割する必要が生じ、林業に必要な長期経営ができなくなるとして、民法第256条(共有)の適用を除外 旧森林法貴族院修正第6条(原案第7条繰上): 共有林の分割に支障がない場合もあり得ることを考慮して、持分価格の過半数の共有者による分割請求を妨げない旨の但書を追加 	<p>最高裁の法令違憲判決</p> <p>大法院判決平成14年9月11日(平成11年(オ)第1767号 民集56巻7号1439頁)</p> <p>【違憲判断の要旨】 郵便業務のなるべく安価で、あまねく、公平な提供という郵便法第68条及び第73条の立法目的は正当である。 ただし、①郵便業務従事者の故意又は重過失により書留郵便物に生じた例外的な損害まで不法行為に基づき国の賠償責任を免除し、又は制限する部分に合理性はなく、その立法目的の達成に必要でない。 また、②郵便業務従事者の軽過失の不法行為により特別送達郵便物(訴訟法上所定の方法により送達すべき書類を内容とする郵便物)に生じた損害の国家賠償法上の国の賠償責任を免除し、又は制限する部分、特別送達郵便物が裁判関係の書類等であるという特殊性に照らすと、当該免責又は責任制限に合理性はなく、その立法目的の達成に必要でない。 したがって、郵便法第68条及び第73条中、①及び②の部分は、憲法第17条(公務員の不法行為による国家賠償)に違反し、無効である。</p>
<p>6</p> <p>郵便法(昭和22年法律第165号) 【規定の沿革】 旧郵便法(明治33年法律第54号)を廃止して制定 第68条: 旧郵便法第33条に相当 第73条: 旧郵便法第37条に相当 ○「郵便法案」(第14回帝国議会政府提出) ・明治33年1月26日提出 ・明治33年2月20日協賛 ・明治33年3月12日裁可 ●郵便法(明治33年法律第54号) ・明治33年3月13日公布 ・明治33年10月1日施行 ○「郵便法案」(第1回国会閣法第88号) ・昭和22年11月1日提出 ・昭和22年12月5日成立 ●郵便法(昭和22年法律第165号) ・昭和22年12月12日公布 ・昭和23年1月1日施行(第10条を除く。)</p> <p>【規定の概要】 第68条: 郵便物の損害賠償責任を書留郵便物等の全部又は一部の損失又は損害等に該当する場合に限り、かつ、その賠償額に限度額を定める規定</p>	<p>郵便法の一部を改正する法律(平成14年法律第121号) 【改正の沿革】 ○「郵便法の一部を改正する法律案」(第155回国会閣法第64号) ・平成14年10月25日提出 ・平成14年11月27日成立 ●「郵便法の一部を改正する法律」(平成14年法律第121号) ・平成14年12月4日公布・施行</p> <p>【改正の概要】 郵便法中、国の損害賠償責任の免除又は制限に関する規定が部分的に違憲であるとの左記最高裁判決に鑑み、国の損害賠償責任の範囲の拡大等を行うとする同法の改正。その概要は、次のとおり。 ①郵政事業庁長官は、郵便業務従事者の故意又は重過失による記録郵便物に係る郵便業務の不履行により生じた損害の賠償責任を負うこととする(第68条第3項追加) ②郵政事業庁長官は、郵便業務従事者の故意又は過失による特別送達郵便物に係る郵便業務の不履行により生じた損害の賠償責任を負うこととする(第68条第4項追加)。</p>

	違憲とされた法律の規定及びその沿革	最高裁の法令違憲判決	政治部門の対応
<p>第73条：郵便物の損害賠償の請求権者を当該郵便物の差出人又はその承諾を得た受取人に限る規定 (参考) 第1条：郵便業務のなるべく安価で、あまねく、公平な提供により公共の福祉を増進することを同法の目的とする規定</p>	<p>第73条：郵便物の損害賠償の請求権者を当該郵便物の差出人又はその承諾を得た受取人に限る規定 (参考) 第1条：郵便業務のなるべく安価で、あまねく、公平な提供により公共の福祉を増進することを同法の目的とする規定</p>	<p>③①・②の損害賠償請求権者は、当該郵便物の差出人又はその承諾を得た受取人に限られないこととする(第73条改正)。</p>	<p>③①・②の損害賠償請求権者は、当該郵便物の差出人又はその承諾を得た受取人に限られないこととする(第73条改正)。</p>
<p>7</p> <p>公職選挙法 (昭和25年法律第100号) 【規定の沿革】 制定附則第8項：平成10年法律第47号で追加 なお、昭和59年にも在外選挙制度を創設する下記「公職選挙法の一部を改正する法律案」(第101回国会閣法第82号)が提出されたが、実質的な審議がないまま昭和61年6月2日に衆議院の解散に伴い廃案となっている。 (参考) ○「公職選挙法の一部を改正する法律案」(第101回国会閣法第82号) ・昭和59年4月27日提出 ・昭和61年6月2日審査未了廃案 ○「公職選挙法の一部を改正する法律案」(第140回国会閣法第92号) ・平成9年6月10日提出 ・平成10年4月24日成立 ●公職選挙法の一部を改正する法律(平成10年法律第47号) ・平成10年5月6日公布 ・平成11年5月1日・平成12年5月1日施行 【規定の概要】 制定附則第8項：当分の間、在外選挙の対象を両議院の比例代表選出議員の選挙に限る規定 (参考) 第4章の2(第30条の2～第30条の15)・第49条の2：在外選挙制度の導入に関する規定(平成10年の一部改正で追加) 制定附則第8項は衆議院小選挙区選出議員及び参議院選挙区選出議員(以下「選挙区選出議員」と総称する。)</p>	<p>大法院判決平成17年9月14日(平成13年(行ツ)第82号等 民集59巻7号2087頁) 【違憲判断の要旨】 候補者情報の海外周知等の課題の解決が可能なることを前提に、既に昭和59年に選挙執行者の内閣が左記のいわゆる在外選挙法案(第101回国会閣法第82号)を国会に提出したことから、その廃案後10年以上在外選挙人の投票権の規定がなかった本件改正(この判決で公職選挙法の左記平成10年の一部改正をいう。)前の同法は、憲法第15条第1項及び第3項及び第43条第1項(両議院議員による全国民の代表)並びに第44条ただし書に違反する。 最初の在外選挙の対象を比例代表選出議員の選挙に限ったことには合理性もあるが、本件改正後は候補者情報の海外周知が困難といえないこと、参議院比例代表選出議員の選挙を非拘束名簿式に改めた平成12年以降参議院名簿登載者の氏名を自書する投票方式を原則として在外選挙が行われたこと等を考慮すると、今後最初の選挙区選出議員の選挙の在外選挙人の投票権がないことによりやむを得ない事由はなく、公職選挙法制定附則第8項中、在外選挙の対象を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限る部分は、憲法15条第1項及び第3項、第43条第1項並びに第44条ただし書に違反する。</p>	<p>公職選挙法の一部を改正する法律(平成18年法律第62号) 【改正の沿革】 ○「公職選挙法の一部を改正する法律案」(第164回国会閣法第60号) ・平成18年3月7日提出 ・平成18年6月7日成立 ●「公職選挙法の一部を改正する法律」(平成18年法律第62号) ・平成18年6月14日公布 ・平成19年1月1日施行 【改正の概要】 選挙区選出議員の選挙を在外選挙の対象とする等のため左記同法制定附則第8項を削る等の改正</p>	<p>公職選挙法の一部を改正する法律(平成18年法律第62号) 【改正の沿革】 ○「公職選挙法の一部を改正する法律案」(第164回国会閣法第60号) ・平成18年3月7日提出 ・平成18年6月7日成立 ●「公職選挙法の一部を改正する法律」(平成18年法律第62号) ・平成18年6月14日公布 ・平成19年1月1日施行 【改正の概要】 選挙区選出議員の選挙を在外選挙の対象とする等のため左記同法制定附則第8項を削る等の改正</p>

	違憲とされた法律の規定及びその沿革	最高裁の法令違憲判決	政治部門の対応
8	<p>の候補者情報の海外周知の困難等を踏まえ、比例代表選出議員選挙から在外選挙を始めることが適当などとして設けられた。</p> <p>国籍法（昭和25年法律第147号） 【規定の沿革】</p> <p>第3条：昭和59年の一部改正で新設</p> <ul style="list-style-type: none"> ○「国籍法及び戸籍法の一部を改正する法律案」（第101回国会閣法第56号） ・昭和59年3月28日提出 ・昭和59年5月18日成立 ●「国籍法及び戸籍法の一部を改正する法律」（昭和59年法律第45号） ・昭和59年3月28日公布 ・昭和60年1月1日施行 <p>【規定の概要】</p> <p>第3条：日本国民（日本国籍を有する者をいい、以下「日本人」という。）と日本人でない者（以下「外国人」という。）との間に外国人として出生した非嫡出子で、準正（非嫡出子が父母の婚姻及びその認知により嫡出子たる身分を取得することをいう。以下同じ。）等所定の要件を満たしたものであるものによる国籍の届出取得（下記参照）に関する規定</p> <p>いわゆる「女子差別撤廃条約」（昭和60年条約第7号）の批准に備え、出生による日本国籍の取得（以下「国籍の生来取得」という。）の原則を父系血統主義から父母両系血統主義に改め、併せて日本人の準正子（準正により嫡出子たる身分を取得した者をいう。以下同じ。）である外国人が日本国籍を取得しやすいうよう、法務大臣への届出により同国籍を取得する制度（「国籍の届出取得」という。）を新設した。</p>	<p>大法院判決平成20年6月4日（平成18年（行ツ）第135号等民集62巻6号1367頁）</p> <p>【違憲判断の要旨】</p> <p>日本人母の非嫡出子は出生により母との親子関係が生じ、また、日本人父が胎児認知をした子は出生時に父との親子関係が生じ、それぞれ国籍の生来取得をするので国籍法第3条第1項の適用の余地はなく、實際上、同項は婚姻関係にない日本人父と外国人母との間の子で父の胎児認知を受けないで外国人として出生したものに限り適用される。その後日本人父の認知を受けた当該子のうち、準正子は国籍の届出取得が可能であるが、非嫡出子は同項所定のその他の要件を満たしても国籍の届出取得ができないという本件区別を生じる。日本人を親とする子で外国人として出生したものは、その後本国との密接な関係を生じ得るから、その国籍の届出取得につき日本との密接な関係を示す指標となる要件を加えるという同項の立法目的には合理性がある。また、国籍法の左記昭和59年改正前は社会通念上準正が日本人父との家族生活を通じたことや当該諸外国指標として相当とみられていたことや当時の諸外国の立法例に鑑み、準正を国籍の届出取得の要件とした同項にはその立法目的との合理的関連性があった。</p> <p>しかし、その後の国内外の社会的環境の変化等により本件区別は立法目的との合理的関連性を失って合理的な理由のない差別となり、平成15年当時には、国籍法第3条第1項所定の国籍の届出取得の要件中、本件区別を生じる準正の要件は、憲法第14条第1項に違反するに至っていた。</p>	<p>国籍法の一部を改正する法律（平成20年法律第88号） 【改正の沿革】</p> <ul style="list-style-type: none"> ○「国籍法の一部を改正する法律案」（第170回国会閣法第9号） ・平成20年11月4日提出 ・平成20年12月5日成立 ●「国籍法の一部を改正する法律」（平成20年法律第88号） ・平成20年12月12日公布 ・平成21年1月1日施行 <p>【改正の概要】</p> <p>日本人を親とする子で外国人として出生した子による国籍の届出取得の準正の要件を定める同項を改め、父母の婚姻の要件を削り、当該子の認知のみでその国籍の届出取得を可能とする改正</p>
9	<p>民法（第4編第5編。明治31年法律第9号） 【規定の沿革】</p> <p>第900条第4号ただし書前段：昭和22年の全部改正前の民法（以下「旧法」という。第1004条但書（昭和</p>	<p>大法院決定平成25年9月4日（平成24年（ク）第984号等民集67巻6号1320頁）</p> <p>【違憲判断の要旨】</p> <p>民法900条第4号ただし書前段の規定の合理性は、</p>	<p>民法の一部を改正する法律（平成25年法律第94号） 【改正の沿革】</p> <ul style="list-style-type: none"> ○「民法の一部を改正する法律案」（第185回国会閣法第20号）

	違憲とされた法律の規定及びその沿革	最高裁の法令違憲判決	政治部門の対応
	<p>和17年法律第7号で「庶子及び私生子」を「嫡出ニ非サル子」に改正)に相当</p> <ul style="list-style-type: none"> ○「民法中修正案」(第12回帝国議会議案政府提出) ・明治31年5月19日提出) ・明治31年6月10日協賛 ・明治31年6月15日裁可 ●民法第4編第5編(民法中修正案。明治31年法律第9号) ・明治31年6月21日公布 ・明治31年7月16日施行 ○「民法の一部を改正する法律案」(第1回国会閣法第17号) ・昭和22年7月23日提出 ・昭和22年12月9日成立 ●「民法の一部を改正する法律」(昭和22年法律第222号) ・昭和22年12月22日公布 ・昭和23年1月1日施行 <p>【規定の概要】</p> <p>第900条第4号ただし書前段：遺産相続に関し非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の半分とする規定</p> <p>非嫡出子に相続権がない各国の立法例を勘案し、法律婚を尊重して嫡出子を優遇しつつ非嫡出子の相続権の確保を図る趣旨で、旧法1004条但書の規定が上記昭和22年改正後の民法(以下「新法」という。)に継承された。</p>	<p>非嫡出子の保護を図りつつ法律婚を尊重して嫡出子を優遇した相続分を定める立法裁量とともに相続制度の制定に当たり考慮すべき事柄も総合的に考慮して決すべきである。</p> <p>昭和22年民法改正から本件決定までの社会動向、国内の家族形態の多様化やこれに伴う国民意識の変化、諸外国の立法のすう勢及び日本の批准した条約の内容とこれに基づく国際組織の指摘、嫡出子と非嫡出子の区別に関わる法制等の変化並びに従来の最高裁判例の度重なる問題の指摘等を総合的に考察すれば、前記立法裁量を考慮しても、平成13年7月までに嫡出子と非嫡出子の相続分を区別する合理的な根拠は失われ、本件規定は憲法第14条第1項に違反するに至っていた。</p> <p>この決定の違憲判断は、本件相続の開始からこの決定までに開始された他の相続につき、本件規定を前提として確定した法律関係に影響を及ぼさない。</p> <p>なお、この判例は、次の参考判例を変更したものである。</p> <p>(参考判例)</p> <p>大法院決定平成7年7月5日(平成3年(ク)第143号民集49巻7号1789頁)</p> <p>(非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の半分とした民法第900条第4号ただし書前段が憲法第14条第1項に反しないこととされた事例)</p>	<ul style="list-style-type: none"> ・平成25年11月12日提出 ・平成25年12月5日成立 ●「民法の一部を改正する法律」(平成25年法律第94号) ・平成25年12月11日公布・施行 <p>【改正の概要】</p> <p>左記最高裁決定で違憲とされた民法第900条第4号ただし書中非嫡出子の相続分を嫡出子の相続分の半分とする部分を削る改正</p>
10	<p>民法(第4編第5編。明治31年法律第9号)</p> <p>【規定の沿革】</p> <p>第733条：旧法第767条に相当(下記平成16年法律第147号で「(再婚禁止期間)」の見出しを追加)前掲9参照</p> <ul style="list-style-type: none"> ○「民法の一部を改正する法律案」(第161回国会閣法第17号) ・平成16年10月12日提出 ・平成16年11月25日成立 	<p>大法院判決平成27年12月16日(平成25年(オ)1079号民集69巻8号2427頁)</p> <p>【違憲判断の要旨】</p> <p>女性の再婚後に生まれた子につき父性推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐという民法第733条第1項の立法目的には合理性がある。また、旧法及び新法の制定当時の医療技術の水準や旧法起草当時の外国の立法例等から、父性推定の重複期間を超えて待婚期間6か月を定めたことは不合理的でない。</p>	<p>民法の一部を改正する法律(平成28年法律第71号)</p> <p>【改正の沿革】</p> <ul style="list-style-type: none"> ○「民法の一部を改正する法律案」(第190回国会閣法第49号) ・平成28年3月8日提出 ・平成28年5月20日衆議院修正議決 ・平成28年6月1日参議院可決成立 ●「民法の一部を改正する法律」(平成28年法律第71号) ・平成28年6月7日公布・施行

憲憲とされた法律の規定及びその沿革	最高裁の法令違憲判決	政治部門の対応
<p>●「民法の一部を改正する法律」(平成16年法律第147号) ・平成16年12月1日公布 ・平成17年4月1日施行</p> <p>【規定の概要】 第733条第1項：女性に限り前婚の解消又は取消しの日から6か月の再婚禁止期間(以下「待婚期間」という。)を定める規定 (参考) 同条第2項：前婚の解消等の前から懐胎中の女性の待婚期間をその出産の日までに短縮する規定 第772条(旧法第820条に相当)：妻が婚姻中に懐胎した子を夫の子と推定する女性推定の規定(第1項)・婚姻から200日経過後又は婚姻の解消等から300日以内に生まれた子を婚姻中に懐胎したものと推定する懐胎時期の推定規定(第2項)</p> <p>女性性の再婚後に生まれた子につき女性推定の重複を回避し、もって父子関係をめぐる紛争の発生を未然に防ぐ趣旨が認められる旧法の待婚期間の規定が新法に継承された。</p>	<p>しかし、今日では医療技術の発達や社会状況の変化等から、民法第733条第1項のうち民法第772条による女性推定の重複の回避に必要な100日を超える部分等は、平成20年までに立法裁量の範囲を越えて立法目的との合理的関連性を失い、憲法第14条第1項及び憲法第24条第2項(婚姻の自由)に違反するに至っていた。</p>	<p>【改正の概要】 左記最高裁判決で違憲とされた民法733条第1項の待婚期間6か月を100日に改め、併せて懐胎していないときは待婚期間を設けず、待婚期間内の再婚も同期間の経過後又は再婚後の出産後は取消しができないこととする改正 衆議院修正で施行後3年を目途として再婚禁止に係る制度の在り方を見直す検討条項(改正附則第2項)を追加</p>

〈付記〉

初出の憲法条項には適宜の見出しを丸括弧に入れて付した。

関税法(昭和29年法律第61号)又は旧関税法(明治32年法律第61号)の規定による第三者の所有物の没収は憲法第31条(法定手続保障)・第29条に違反するとした次の判例が法令違憲の判例か処分違憲の判例かは争いがあるが、①判決当時最高裁判所長官であった横田喜三郎博士が「本件の裁判は、没収という処分を違憲としたものであつて、法律そのものを違憲としたものではない。」と明言していること(注2)、②最高裁判所裁判事務処理規則(昭和22年最高裁判所規則第6号)第14条により法令違憲の裁判に必要な当該裁判書の正本の国会への送付が、本件では参考通知にとどめたとされ(注3)から、処分違憲の判決と位置付け、対象外とした。

- (1) 最高裁判所昭和37年11月28日大法廷判決 昭和30年(あ)第995号
- (2) 最高裁判所昭和37年11月28日大法廷判決 昭和30年(あ)第2961号

(注1) 「医薬品、医療機器等の品質、有効性及び安全性の確保等に関する法律」(平成25年法律第84号)による題名改正)

(注2) 横田喜三郎『違憲審査』有斐閣, 1968, pp.824, 827.

(注3) 「こくないほうそう(91)」「法曹」146号, 1962.12, pp.48-49.

(出典) 「憲法保障(特に、憲法裁判制度及び最高裁判所の役割)」に関する基礎的資料—最高法規としての憲法のあり方に関する調査小委員会(平成16年3月25日の参考資料) (衆議院憲法調査会事務局, 2004, pp.14-15等を参考に筆者作成)。

「基本情報シリーズ」

既刊

⑦各国憲法集(1) スウェーデン憲法	2012年 1月
⑧各国憲法集(2) アイルランド憲法	2012年 3月
⑨各国憲法集(3) オーストリア憲法	2012年 3月
⑩各国憲法集(4) カナダ憲法	2012年 3月
⑪各国憲法集(5) ギリシャ憲法	2013年 2月
⑫各国憲法集(6) スイス憲法	2013年 3月
⑬各国憲法集(7) オランダ憲法	2013年 3月
⑭わが国が未批准の国際条約一覧 (2013年 1月現在)	2013年 3月
⑮各国憲法集(8) ポルトガル憲法	2014年 2月
⑯主要国の憲法改正手続	2014年 8月
⑰欧米主要国の議会による情報機関の監視	2014年 9月
⑱各国憲法集(9) フィンランド憲法	2015年 3月
⑲ドイツ民法Ⅰ (総則)	2015年 3月
⑳ドイツ民法Ⅱ (債務関係法)	2015年 6月
㉑各国憲法集(10) ハンガリー憲法	2016年 3月
㉒諸外国の下院の選挙制度	2016年 3月

調査資料 2016-1-a
基本情報シリーズ^㉓

違憲審査制の論点 (改訂版)

平成 28 年 12 月 22 日発行
ISBN 978-4-87582-793-1

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

*本書は、下記に掲載の PDF ファイルでもご覧いただけます。

- ・「調査の窓」の「刊行物」のページ
- ・国立国会図書館ホームページ <<http://www.ndl.go.jp/>>
トップ>国会関連情報>調査資料>2016年刊行分

Arguments on Constitutional Review (Revised Edition)

Research and Legislative Reference Bureau

National Diet Library

Tokyo 100-8924, Japan

E-mail : bureau@ndl.go.jp

Research
Materials
2016-1-a

ISBN 978-4-87582-793-1

リサイクル適性 (A)

この印刷物は、印刷用の紙へ
リサイクルできます。