

具体的規範統制手続の《抽象性》

——移送手続に関する若干の覚書き——

初 宿 正 典

はじめに

ドイツの現行憲法典であるドイツ連邦共和国基本法（以下、便宜上、単に「基本法」と略記する）の第一〇〇条が定めるいわゆる具体的規範統制手続は、ドイツの連邦憲法裁判所がこれまで取り扱った手続案件の中で、いわゆる憲法訴訟（憲法異議）に次いで、係属件数の上で第二位を占めていることはよく知られている。^①

基本法第一〇〇条は次のように規定している。

「裁判所が、決定に際してある法律の効力が問題となっている場合に、その法律が違憲であると思料するときは、その手続

具体的規範統制手続の《抽象性》（初宿）

三四三（二二八五）

を中止し、かつ、あるラントの憲法に対する違反が問題となつているときは憲法上の紛争について管轄を有するラント裁判所の決定を、又、この基本法に対する違反が問題となつているときは連邦憲法裁判所の決定を、求めるものとする。このことは、ラント法による基本法違反、又は、ラント法律と連邦法律との不一致が問題となつている場合にも、同様とする。」

これにより、裁判所（ここにいう裁判所とは、憲法裁判所以外の各専門裁判所(Fachgerichte)⁽³⁾の意味である）は、決定に際して適用されるべき法律が憲法違反であると思料するときには、みずから違憲の判断をする権限がなく、憲法裁判所に移送してその判断を求めなければならないことになっているのである。上記の第一〇〇条は、ラントの憲法裁判所の権限についても規定しているが、以下ではもっぱら、もつとも典型的な事例である、連邦法律の基本法違反に関する連邦憲法裁判所への移送の場合についてのみ限定して、若干の検討をするものとする。

第一節 日本国憲法制定過程における違憲審査最高裁判所集中制導入論

ところで、日本国憲法制定の過程において、政府が一時期、ドイツのこの制度に類似した違憲判断最高裁判所集中型の制度の構築を考えていたことが窺われることは、周知のことではあるが、本稿のテーマについて検討する前に、まずこの点について、当時の帝国議会議事録に拠って振り返って確認しておくこととする。⁽⁴⁾

一 衆議院での審議

すなわち、帝国憲法改正案⁽⁵⁾を審議していた第九十回帝国議會衆議院の「帝国憲法改正委員会」の議事録(速記)によると、一九四六(昭和二年)七月二二日の審議において、現行憲法第八十一条⁽⁶⁾に相当する草案第七十七条に関して、以下のような議論があったことが記録されている。

(1) まず、森三樹二(日本社会党)が、最高裁判所裁判官の定年に関する現行憲法第七十九条に相当する草案第七十五条に関連する質疑の中で、次のように質問した。⁽⁷⁾

「最高裁判所ハ此ノ草案ニ依リマスト最モ重要ナ憲法ニ対シテ法律命令ガ違反シテ居ルカドウカト云フ所ノ審査ノ権限ヲ附与サレテ居リマス、即チ国会ガ国家ノ最高機関トシテ、又唯一ノ立法機関トシテ議決致シマシタ所ノ法律ガ、憲法ニ違反スルヤ否ヤヲ審査スルト云フ重大ナル権限ガアルノデアリマス其ノ意味ニ於キマシテ私ハ先ヅ第一ニ最高裁判所ハ衆議院ニ対シテ参議院ガ抑制機関デアルト云フヤウナ此ノ間ノ金森國務相ノ御答弁ガアリマシタガ、国会ガ議決シタル所ノ法律ヲ憲法ニ違反スルヤ否ヤト云フ審査権ガ最高裁判所ニアルトシマスナラバ、ヤハリ国会ヲ抑制スル所ノ一ツノ機関デアルト云フヤウニ我々ハ考ヘルコトガ出来ルデアリマセウカ、此ノ点ヲ一寸御伺ヒシタイノデアリマス」

これに対して司法大臣木村篤太郎(以下、単に木村と略記)が、最高裁判所にそのような抑制機能を持たせる積もりでは絶対ないと答えると、さらに森は、次のように質問した。

「併シ私ハサウ云ウ意味デナケレバ、例ヘバ議會ガ横暴ヲシテ、非常ニ違法ナ法律ヲ制定シタ、ソレガ憲法ニ違反スル所ノ、

例へば人民ノ基本的ナ人権ヲ害スルヤウナ法律ヲ制定シタ、ソレヲ果シテ適當ナリヤ否ヤト云フコトヲ認定スルノガ、詰リハ最高裁判所ノ重要ナ役割ダト思ヒマス〔一〕其ノ意味カラ行ケバ抑制機能デアルト云フコトハ言ヘルノデハナイカト思ヒマスガ、此ノ点ヲ御伺ヒシマス」

これを受けて木村は、次のように答弁した。

「最高裁判所ハ自ラ進ンデ法令ガ違憲ナリヤ否ヤヲ積極的ニ審査スルノデハアリマセヌ、是ハ問題ガ起ツタ時ニ果シテ是ガ違憲デアルカドウカト云フコトヲ審査スルノデアリマス、其ノ意味ニ於テ私ハ抑制機能デナイト思ヒマス」

司法大臣のこの答弁にも納得のいかなかった森委員はさらに、

「問題ガ起ツタ時ト仰ルノハ、……結局其ノ何レニ致シマシテモ、其ノ法律ヤ命令ガ憲法ニ違反スルカドウカト云フ問題ガ起ツタ時デアリマセウガ、国会ハ、ソレハ憲法ニ違反シナイ、併シナガラ輿論ナリ、或ハ又最高裁判所ナリガ、ドウモ是ハ違憲ノ疑ヒガアルト云フヤウナ議論ガ出テ来テ問題ニナルト思ヒマスカラ私ハ司法大臣ノ只今ノ御答弁ハ必ズシモ正鵠ヲ得タモノデナイト思ヒマスガ、此ノ点金森國務大臣ニ伺ヒタイト思ヒマス」

として、金森徳次郎國務大臣（以下、単に「金森」と略記）の答弁を求めた。これに対して金森は、次のように答弁している。

「抑制ト云フ言葉ノ意味ニナルト思ヒマスガ、大体此ノ考ヘ方ノ基本ヲ平タイ言葉デ申シマスと、憲法ハ国民、詰リ主権ノ

本体デアル国民ガ作ル、法律ハ其ノ主權ノ本体デアル国民ガ作ルノデハナイ、主權ニ基イテ出来テオリマス所ノ此ノ憲法上ノ機關デアル国会ガ作ルト云フコトニナリマス、サウスルト主權ノ本体タル国民ガ作ツタ憲法、ソレヨリ幾ラカ枝葉ニナツタ国会ガ作ツタ法律、是ガ抵觸シタ時誰カ裁ク者ガナケレバナラス、ソレヲ具体的ノ場合訴訟手續ニ依ツテ裁クノガ最高裁判所デアルト云フコトニナリマスカラ、理屈カラ云ヘバ或ル場合ニ国会ノ行動ヲ批評ヲスルノデアリマスカラ、抑制ト云フコトハ非常ニ広イ意味ニ於テ言ヘナイコトハアリマセヌ、併シ明瞭ニ言ヘマスコトハ、參議院ハ衆議院ノ働キヲ妨ゲルコトガ出来マス、併シ此ノ最高裁判所ハ国会ノ働キヲ妨ゲルコトハ出来ナイ、唯出来タ結果ヲ或ル特定ノ場合適用シナイト云フコトダケデ、抑制ト云フ言葉デナク、寧ろ憲法ト法律ノ調節ヲ図ルト云フヤウナ言葉ガ適當カト思ヒマス」

(2) この答弁を受けた森は、ようやくこの時に議論の俎上に上せられていた第七十五条（現行第七十九条）の国民審査に関して、国会が制定した法律を最高裁判所が違憲・無効にするような裁判をした場合の裁判官の罷免という問題に関連した質問をしているのであるが、これに対する金森の長い答弁の中で、本稿に関わる非常に興味深い答弁をしているので、長くなるが、引用する。

「一番根本カラ、憲法ニ違反イタシマシタ法律トイフモノガ是ハ人間世界ノコトデアリマスカラ、サウ云フモノガナイトハ保証出来マセヌ、過ツテ憲法ニ違反シタル法律ガ出来タ或ハ出来タノハ正シカツタカモ知レナイガ、世ノ中ノ見ル所ニ依ツテ是ガ憲法ニ違反シテ居ルデハナイカト云フ疑ヒガ後カラ起ツテ来ル、或ハ作ツタ時ハ正シカツタカモ知レナイガ、其ノ後ノ世ノ中ノ認識ノ変化ノ為ニ、憲法ニ違反シタト思ハレルヤウナコトガ起ツタリ、色々ナコトガ考ヘラレル、其ノ時間問題ハ、憲法ハ最高トスレバ法律ハ効力ヲ失フ、或ハ法律ヲ最高ト致シマスレバ最早憲法ハ批評ノ目的ニハナラヌト云フコトニナル訳デア

リマス、今マデ日本ナドデ、学説ハ色々デアリマスケレドモ、建前ハ其ノ場合法律ヲ遵法ノ基本ト致シマシテ、憲法ノコトハ奥ノ方ヘ貴ンデ入レテシマツテ、憲法ニ違反シタ法律デモ裁判所ハ批評出来ナイト云フ形デ来テ居マスケレドモ、ソレハ如何ニモオカシイコトデアリマス、国民ガ作ツタ憲法ト議會ガ作ツタ法律トノ調節ガ出来ナイノハ何トカシナケレバナラヌト云フ議論ハ起コツテ居ツタ、日本ニ於キマシテモ、何カサウ云フ調節ノ出来ルモノヲ作ツタラ宜イデハナイカト云フ——正直ニ言ヘバ、日本デモ今マデ或ル事柄ガ果シテ憲法ニ適ツテ居ルカドウカト云フ点ガ数回政治ノ問題ニナツテ居マスガ、サウ云フ時ノ処理ノ方法ト致シマシテ、例ヘバ『オーストリア』ノ憲法ノ如キハ別ニ憲法裁判所ト云フモノヲ作りマシテ、或ル法律ガ憲法ニ違反スルヤ否ヤヲ其ノ裁判所デ決定致シマシテ、サウシテソレガ憲法違反デアルト云フコトガ決マリマスルト、其ノ裁判所ガ法律ノ適用ヲ拒ンデ、更ニ国ニ対シテ其ノ法律ヲ正式ニ廢棄スベキ義務ヲ負ハセルト云フヤウナ途ガ設ケテ居ルヤウデアリマス、併シ今回ノ此ノ改正案ハ裁判所ノ当然ノ権能トシテ、普通ニナシ得ル範圍ニ於テ其ノ法律ヲ批評スルノデアリマス、詰リ具体的ニ事件ガ起リマシタ時ニ、其ノ法律ガ憲法違反デアルト云フコトガハッキリ致シマスレバソレヲ適用シナイト云フダケデアツテ、法律其ノモノヲ無効トスル訳デアリマセヌ、其ノ法律ヲ無効トスルヤ否ヤト云フコトハ、立法府タル国会ノ判断ニ委セルト云フコトニナリマス、ダカラ又再ビ同ジヤウナ事件ガ起リマスレバ、裁判所ニ行クト云フ時ニ、裁判所ガドウスルカ、前ト同ジヤウニ無効ニスルカドウカト云フコトハ、事実ハ同ジヤウニナルト思ヒマスルケレドモ、理論的ニハソコニハッキリトシタ前ノ通りニナルト云フ規定ハナイ訳デアリマス」

金森の答弁はさらに続き、アメリカのニューデール立法の例をとって、最高裁判所が九つの法律のうち六つまでも憲法違反と判決したことを受けて大統領が最高裁判所の改造を企てたことを挙げたりしながら、「十年毎十年毎」

という「緩慢な」国民審査制度について答弁し、さらに森委員との間で質疑が交わされているが、この点は本稿の関心からずれるので、割愛することとする。それはさておき、この答弁の中で興味深いのは、金森がオーストリアの憲法裁判所の例を引いて、日本国憲法下における裁判所の違憲審査が、これとは異なり、具体的な事件が起こった時に裁判所が当該法律規定を違憲だと判断すれば適用しないというだけで法律自体が無効になるわけではない、それはあくまで国会の権限である、それゆえ、同じような事件が起こった時に裁判所が以前と同じ判断をするかどうかは別の問題だとして、いわゆる個別的効力説を説いている点⁸であるが、この問題もここでの直接のテーマではない。

(3) こうして委員会での審議は、草案第七十七条（現行の第八十一条）についての質疑に移るのであるが、以下での議論の前提として、当時の草案の第七十七条が、現行憲法の第八十一条とは異なり、二項立てになっていたことが注意を要する。すなわち、草案の第七十七条は、

「第七十七条 ① 最高裁判所は、終審裁判所である。

② 最高裁判所は、一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決する権限を有する。」

となっていて、主として議論となったのは、この第二項についてであることは多言を要しない。

(1) さて、先に述べた質疑に続く同日の質疑では、まず山崎岩男委員（日本進歩党）が、この第二項からすると、「最高裁判所だけが法令審査権ヲ有スルモノデアツテ、下級裁判所ハ持つテ居ナイヤウニ窺ハレル所ガアルノデアリマスガ此ノ点ハ如何デゴザイマスカ」と質したのに対して、金森は、次のように答弁している。

「七十七条ノ二項ハ一寸其ノ点ニ於テ錯覺ヲ起シ易イ字句ニナツテ居リマスガ、裁判所ガ法令ヲ審査スル権能ハ今マデト少シモ変ル所ハナイ、斯ウ云フ考ヘデアリマス、唯今マデハ、学説ハ別トシテ、兎ニ角大体認メラレテ居リマス所ハ、法律ハ審査デキナイ——審査出来ルト云フ議論モアリマス、併シ議會ト云フモノヲ非常ニ高イ所ニ考ヘテ居リマスカラ、議會ヲ通シテ法律ヲ無効ダトカ云フコトヲ裁判所ガ言ツテハ困ルノデ、ソレダケハ審査権ガナイトサレテ居マシタ、今度ハ最高裁判所ガ法律ノ審査権ガアル、斯ウ云フ意味デアリマス、法律ガ憲法ニ適合スルカシナイカヲ決定スル権限ヲ有スルト、斯ウ書キマスト、命令ヤ規則ノコトハソレデハ出来ナイノカ、斯ウ云フ今度ハ逆ノ疑ヒガ起リマスカラ、他ノモノマデ並ベテ書キマシタガ、本當ノ趣旨ハ法律ニ重点ヲ置イテ居リマス、下級裁判所デモ固ヨリ命令以下ノ審査ハ出来ルコトハ当然ノコトトサレテ居リマス」

右の引用から分かるように、金森はこの時点で、「法令」（ここでは命令、規則等の法律より下位の法規範の謂であろう）については、旧憲法下でも裁判所の権限として認められていたのに対し、議会の制定する「法律」については審査ができなかったが、国会の地位が従前よりも高くなる今後においては、最高裁判所には「法律」も含めてすべての法令について審査権があることになるが、下級裁判所は命令以下の下位法令についてのみ審査権がある、と考えていたことが窺われる。

(ロ) 次に、田中伊三次議員（無所属倶楽部）が、裁判所の法令審査権の発動について、

「発動ヲ国民カラ求メルコトガ出来ルノカドウカ裁判所ノ独自ノ見解ノミデ何時デモ審査ニ付スル付シナイト云フコトヲ決メルノカ、ソレトモ、一般国民カラ、或ハ行政処分ナドニ付テ言ヘバ、其ノ行政処分ニ依ツテ不法ナル処分ヲ受ケタリトスル

国民カラ其ノ審査權ノ發動ヲ要請スル、例ヘバ現行法ニ於ケル行政裁判所ノ裁判ヲ求ムルガゴトキ形ニ於イテ、之ヲ求メルコトモ出来ルノカドウカ」

と質問したのに対する金森の答弁は、次の如くである。

「此ノ憲法ノ建前トシテ裁判所ハ飽クマデモ裁判所デアアル、斯ウ云フ前提ヲ採ツテ居リマス、随テ唯空ニ法律ヲ批判スルコトハアリマセヌ、現実ノ問題トシテ現ハレタ場合ニノミ其ノ法律を扱ツテ、憲法違反カドウカト云フコトヲ審判スルノデアリマス、サウ云フ点ハ、『アメリカ』ナドニモヤハリサウ云フ疑問ノ起ツタコトガアルト見エマシテ、裁判所ガ或ル法律ニ付テ意見ヲ傍カラ求メラレタ時ニ、具体的ノ事件デナイカラ、意見ヲ述ベルコトヲ拒ンダト云フコトヲ聞イテ居リマスガ、日本デモ全く具体的裁判ヲ離レテハ決シテ法令審査ハシナイ、斯ウ云フ建前ヲ採ツテ居リマス」

と答えている。金森がここでアメリカに言及しているのは、いわゆる勧告的意見 (advisory opinion)¹⁰⁾ のことであろうと思われるが、この答弁が質問の趣旨を取り違えていると思つた田中委員がさらに、「今御尋ネシテ居ルノハ国民カラ其ノ審査ヲ求メルト云フコトヲ認メルノカドウカ、斯ウ云フ点デアリマス」と再度質問すると、金森は次のように答弁している。

「極ク正確ニ申シマスレバ、国民モ一般的ニハ審査ヲ求メルコトハ出来ナイノデアリマス、具体的ノ訴訟事件ノ中ニ編ミ込メテ之ヲ論点トスル訳デアツテ——自分ハ下級裁判所デ斯ウ云フ刑罰ニ処セラレタ、シカシナガラ其ノ刑罰ノ根拠法デアアル法律ハ憲法違反デアアル、随テ刑罰ニ処セラレタト云フコトハ間違ヒデアアル、是等ノ形ヲ以テ此ノ審査を請求スル、斯ウ云フ形ニ

ナツテ居リマス」

田中委員はさらに行政裁判および違憲審査の手續規定に関して質問を続けているが、紙幅の都合上この部分は省略し、金森の答弁のみ再現しておく。

「是ハ裁判所ハ何処マデモ裁判ヲスル所デアアル、其ノ一般ノ考ヘハ現在ノ裁判所ノ権能ト少シモ變ツテ居リマセヌ、ダカラ法令其ノモノヲ審査スルノデハナク、法令ガ偶々関与シテ具体的ノ案件ガ起ツタ時ニ裁判ノ一ツノ論点トシテ憲法違反ノ問題ヲ解決スルト云フ建前デアリマス、随テ其ノ具体的ノ手續、訴訟法ノ定メル其ノ手續ノ中ニ現ハレテ来ルノデアリマシテ、全ク狭イト云ヘバ狭イモノデアリマス、併シサウシナケレバ権力分立ヲ余リ破壊スル処ガアリマス、斯ウ云フ風ニ考ヘマス」

(ハ) 次に小島徹三委員（日本自由党）が、先の山崎岩男委員による、下級裁判所の法令審査権に関する質問に対する金森の答弁について、再度次のように質問した。

「ナゼ下級裁判所ハ法律ニ付テハ出来ナイノデアリマセウカ、私ハ先程ノ条文ト云フモノハ唯法律ヤ規則ガ憲法ニ違反スルカドウカ、其ノ法律ダケガ最高裁判所ニ訴ヘルコトガ出来ルト、斯様ニ了解シテ居ツタノデアリマスルガ、只今ノ國務大臣ノ答弁カラ見マスルト、一般ノ裁判所ニ関シテ斯ウ云フコトガ問題ニナツタ場合ニ判決スルト云フコトニナリマス以上ハ、下級裁判所デモ一切ノ法律ガ憲法ニ違反スルカドウカラ決定スルコトガ出来ルト思ヒマスガドウデアリマセウカ。」

これに対する金森の答弁は、これに続く小島委員の質問に対する答弁とともに、本稿のテーマに直接つながる点で

もあるので、煩瑣を惜しまずに再現しておく。すなわち金森は、次のように言う。

「現在ノ日本ノ憲法ノ下ニ於キマシテ、裁判所ハ下級タルト上級タルトヲ問ハズ、法律ガ憲法ニ違反スルカドウカト云フコトヲ審判ガ出来ルカ、斯ウ云フコトノ疑問デアリマス、ソレハ学説ト致シマシテハ色々ニナツテ居ルト思ヒマス、『ドイツ』アタリノ『ワイマール』憲法ノ幾多ノ議論ト致シマシテモ、学説ハ半々位ニ分レテ居ルト云フ風ニ聞イテ居リマス、ケレドモ日本デハ、未ダ曾テ裁判所ガ法律自身ヲ憲法違反ノ故ニ否定シタコトハナイヤウニ覺エテ居リマス、ソレハドウ云フコトカト申シマスルト、今マデノ考ヘ方デモ、議會ハソレ自身權威ノアルモノデアル、ダカラ裁判所ハ法律ニ拠リ裁判ヲスルケレドモ、法律自体ヲ批評スルコトハ出来ナイノダ、斯ウ云フ考ヘ方ガ日本デハ比較的強カツタノデハナイカト思フノデアリマス、ソレハ今マデノ道行デアリマス、所ガ今回ノ憲法ニ於キマシテハ、度々御議論ガアリマシタヤウニ、国会ト云フモノハ国権ノ最高機関デアアル〔、〕今御非難ヲ受ケタノデアリマスガ兎ニ角規定ハサウ書イテアリマス〔、〕国権ノ最高機関デアルトナリマス、其ノ国権デ作ツタ法律ガ憲法違反ニナルカドウカト云フコトヲ批判スルコトハ、恐ラク解釈上一応禁ゼラレルコトトナルノデハナイカト思フ訳デアリマス、最高機関ガ正シイト思ツテ決メタモノハ詰リ憲法違反デナイト云フコトヲ国会ガ刻印付キデ出シタモノデアルト致シマスレバ、裁判所ト雖モ之ヲ批評スルコトガ出来ナイト云フコトハ、解釈上恐ラクハ当然出テ来ルモノト思ツテ居リマス、併シソレデハ困ルト云フノデ、例外的ニ最高裁判所ガ左様ナ法律ヲ批判シテ憲法ニ適フヤ否ヤト云フコトガ言ヘルノダ、斯ウ云フ風ニ七十七条ノ二項デ規定ヲ致シマシタ〔、〕サウスルト最高裁判所以外ノ裁判所ハサウ云フ特権ヲ授与サレテハ居リマセヌ、ダカラ法律命令ハ審査ガ出来ナイ、斯ウ云フ解釈ニナツテ居リマス」

一部主述が整っていないように思われる部分もあるが、答弁の趣旨に紛れはなく、要するに、金森および当時の政

府の見解からすると、国権の最高機関たる国会の制定した法律が違憲なりや否やに関する違憲審査の権限は、日本国憲法が最高裁判所に《特権》として賦与するものであるという理解を前提としていたことが明白である。その点はさて置き、右の答弁に対して小島委員がさらに、「仮ニ或ル事案ガゴザイマシテ、其ノ法律ハ憲法ニ違反スルト云フコトガハツキリ分ツテ居ル場合ニ、一審、二審ニ対シテハ其ノ訴訟ヲ起スコトガ出来ナイノデアリマセウカ」と質問したのに対して金森が次のように答弁しているのも、本稿との関連で興味深い。すなわちいわく、

「此ノ實際ノ訴訟ノ手続ヲ決メマスル時ニ、ソレハ具体的ニナル訳デアリマスルガ、訴訟ヲ起スコトハ出来ルノデアリマス、固ヨリ一審、二審ト云フ下級裁判所ニ対シテ其ノ当該ノ憲法問題ヲ含ンダ訴訟事件ヲ起スコトガ出来マス、併シ下級裁判所ガ其ノ法律ハ憲法ニ適ツテ居ルト云フ前提ヲ取ル時ハ自分デ裁判ガ出来マス、併シ其ノ法律ガ憲法ニ違反スルヤ否ヤト云フ問題ヲ処理シヨウト云フ時ハ自分デハ出来ナイノデアリマス、最高裁判所ヘ其ノ事件ヲ送付ラスルト云フヤウナ形デ事件ヲ解決シタイト考ヘテ居リマス」

小島委員がさらに、法律命令等の憲法違反問題を具体的訴訟事件とは「別個ニ其ノ法律ヤ命令ヲ取摺マヘテ直接大審院ニ訴ヘル、最高裁判所ニ訴ヘルコトガ出来ルト云フ風ニ解釈スルコトガ出来ル」かどうかと追加質問したのに対して、金森はさらに次のように答弁している。いわく、

「手続法ノ決メ方ニ依リマシテ、苟クモ憲法違反問題ヲ法律ニ付テ考ヘマスル場合ニ總テ最高裁判所ニ持ツテ行クト云フコトハ、立法的ニ考ヘラレルコトト思ツテオリマス」。

ただし（金森によれば）最高裁判所の組織がどうなるかがまだ決まっていけないので明言はできないが、そんなに大きな規模にするには優秀な人材を集めることも不可能なので、非常に少人数のものになるであろう、そうすると、「一カラ十マデ直接〔最高裁判所ニ〕事案ヲ持ツテ行クコトハ弊害ガアリマス」ので、「訴訟ニナツテ憲法違反カドウカト云フ場合ニハ、最高裁判所ニ其ノ要点ダケ現ハレテ行ク、斯ウ云フ風ニスルヨリ外直接ノ途ハナイト思ヒマス」と述べている。

(二) 最後に、原建三郎委員（日本自由党）が、これまでの「金森國務大臣ノ答弁ナリ、其ノ他同政府ノ答弁ト云フモノハ将来此ノ憲法解釈ノ上ニ最高裁判所ナリ其ノ場合ニ於テ相当斟酌サレルモノデアルカ、サレナイモノデアルナラバ、斟酌サレルヤウニスル積リデアルカドウカ」と問い質したのに対し、金森は「裁判所ハ法律ヲ或ハ憲法ヲ客観的ニ見テ判断スルモノト思ツテ居リマスカラ、私共ガ此処ニ申上ゲテ居リマスルコトハ、裁判所ニ行キマスレバ、裁判所ヲ制限スル意味ヲ持タナイコトニナルモノト思ヒマス」として、政府側の理解が最高裁をはじめとする裁判所の解釈を拘束するものではない旨を述べている。

そして、現にこのような金森および政府の見解は、その後、最高裁判所自身によって否定されたことは多言を要しない。すなわち最高裁判所は、いわゆる警察予備隊違憲訴訟に対する判決において、「具体的な争訟事件が提起される」ことを前提として「司法権の範囲内において行使される」違憲審査権という点では「最高裁判所と下級裁判所との間に異^{マコ}るところはない」と判示した¹¹。もとよりこの最高裁判所の判示は、当初は二項立てであった草案第七十七条が、一九四六（昭和二一）年七月二三日に設けられた小委員会でのその後の十数回にわたる審議の結果として、同年八月二一日までの間に一文に変更されて現行のような文言になった第八十一条の規定を前提としてのことであるが、

右の八月二二日の衆議院の同委員会の第二一回会議録における芦田均委員長の報告の中に、「第七十七条ノ最高裁判所ノ権限ニ関スル規定ノ修正ハ、単ナル字句ノ修正デアリマシテ、其ノ内容ニ於テハ変更ハナイノデアリマス」⁽¹²⁾との言辞のあるところを見る限り、少なくともこの段階における政府の見解は、依然として、同条は例外的に、違憲審査権を、いわば特権として、最高裁判所に賦与した規定であるとする見解であつたことはほとんど疑いえない。そして、先の金森の答弁にあつたように、具体的事件において法律の憲法違反が主張されたような場合には、下級裁判所は自ら判断するのではなくて最高裁判所に事件を移送して最高裁判所の判断を求める、という制度が構想されていたことは、その後しばらくの間の審議を見てもほぼ疑いのないところであらうと思われる。

二 貴族院での審議

(1) 衆議院での八月二四日の議決の後、「帝国憲法改正案」はただちに貴族院に送付され、同月二六日の貴族院本会議に上程された。吉田茂総理大臣は、提案理由の説明をして、最後に、次のように述べている。⁽¹³⁾

「其ノ形式ニ於キマシテモ所謂法ノ民主化ヲ図リ、成ルベク一般国民ノ理解ニ容易ナラシムルヤウ口語体ヲ以テ表現致シテ居リマス、即チ平仮名ヲ採用スル等ノ措置ヲ採ツテ居ルモノデアリマス、是ハ法令ノ形式トシテ正ニ画期的ノ事柄デアルト存ジマス、以上原案ニ付テ大体ノ説明ヲ終リマスガ、尚本案ニ付キマシテハ衆議院ニ於テ若干ノ修正ヲ加ヘラレタノデアリマス、政府ハ其ノ修正ニ同意デアリマス」。

(2) これに続いて貴族院本会議で同月二六日から二〇日までの五日間にわたって、各議員による質疑が行われた。

これらの質疑についても、本稿との関連する部分をピックアップしながら確認しておく。

(イ) まず高柳賢三議員が、「第七十七条ハ、法律其ノ他ノ憲法適合性ヲ審査決定スル権限ヲ最高裁判所ノミニ与ヘル趣旨デアリマスカ、或ハ又『アメリカ』合衆国ニ於ケルト同様、下級裁判所ニモ斯卡ル権限ヲ認ムル趣旨デアリマスカ」云々と質問した点¹⁴について、木村は、次のように答弁した。¹⁵

「現在我が国ノ司法制度ノ建前ト致シマシテハ、命令規定ガ法律ニ適合セザルヤ否ヤト云フコトノ問題ニ関シテハ、裁判所ハ之ヲ審査決定スルノ権能ハ持ツテ居ルノデアリマス、処ガ法律ガ果シテ憲法ニ違反スルヤ否ヤト云フ此ノ審査ニ付テハ、左様ナ権限ハ持ツテ居ラナカツタノデアリマス、改正憲法草案第七十七条ニ於テ、初メテ最高裁判所ハ此ノ所謂法令違憲審査権ヲ持ツコトニ相成ツタノデアリマス、……下級裁判所ガ左様ナ審査権ヲ持ツモノデアアルカドウカト云フコトデアリマスルガ、現実ノ問題ト致シマシテハ、下級裁判所に左様ナ事件ガ必ズ起ツテ来ルカト思ハレマス、其ノ場合ニ、下級裁判所ニ於キマシテ法律ヲ適用スル場合ニ、憲法ニ違反スベキヤ否ヤノ疑イガ生ジタ場合ニハ、其ノ裁判所ハ、其ノ問題ヲ切離シテ最高裁判所ニ其ノ審査決定ヲ求メルト云フコトニ成ルカト存スル次第デアリマス、要スルニ最高裁判所ガ法律ノ違憲審査決定権ヲ持ツコトニナルト存ズル次第デアリマス」。

木村はさらに、八月二十九日の本会議における佐々木惣一博士の（前日に引き続いての）きわめて詳細な質問¹⁶に対して、次のように答弁している。

「七十七条ノ最高裁判所ノ法律ノ違憲審査権デアリマスガ、是ハ先般ノ本会議ニ於キマシテ私ガ御説明申上ゲマシタ通り、

裁判所ニ具体的ノ事件ガ起ツテ法律ヲ適用スル場合ニ、其ノ法律ガ憲法ニ違反スルカドウカト云フ疑ヲ持ツタ場合ニ於テ、最高裁判所ハ之ニ対シテ適正ナ判断ヲ与ヘルノデアリマス、一般的ニコノ法律其ノモノガ憲法ニ違反スルカドウカト云フヤウナコトニ付テノ裁判ハシナイノデアリマス、左様ナコトニナリマスルト、国会ト裁判所トノ対立紛淆ヲ来シテ、悪影響ヲ及ボスコトハ言フ俟タナイノデアリマス。

ここで木村が「第七十七条」と言及しているところからすると、先の八月二一日の衆議院における修正がなされた後のこの段階でもなお、従前の二項立ての文言による草案を議論の素材にしているようにも読めるが、その点はさておき、いずれにせよこの時点では政府は（一方で佐々木惣一らが強く主張していた憲法裁判所構想を明確に拒否しつつ）、依然として、第七十七条（現第八十一条）が、具体的事件において最高裁判所のみで違憲審査権を付与する趣旨の規定だとする理解であったことがわかる。ちなみに、この点に関し、高柳ほか編『日本国憲法制定の過程Ⅱ 解説』では、「憲法改正草案」では「前段と後段に分つて規定された」（ここは「一項と二項に」の意味と解しておく）が、「その後衆議院における審議の過程で、この文言では下級審には違憲立法審査権がないようにみえるという指摘があり、下級裁判所も審査権をもつことを明らかにする趣旨から」、現行規定のようになったのであるとされているが、¹⁷事実の経緯はこれとはやや異なっているように思われる。右の木村の答弁にも見えるように、貴族院での審議の段階でも、なおしばらくは政府は、下級裁判所において法律を適用する場合に、憲法に違反するか否かの疑いが生じた場合には、その裁判所は、その問題を切り離して最高裁判所にその審査決定を求めるといふ構想を変えていなかったことが窺われる。

(3) 政府がこのように最高裁判所に違憲審査を集中させる制度を構想していたことが事実とすると、その際に政府

が参考にしていたのは何であったのか。時期的に見てドイツはあったことは不可能で、日本国憲法制定時にすでに類似の制度を持っていたのは、オーストリアの憲法裁判所ぐらいであろう。戦後のイタリアも、ドイツより一年早く一九四八年の憲法で憲法裁判所制度を導入しているが、いずれにせよ、日本国憲法の制定時に参照となった対象ではありえない。しかし当時の議事録には、オーストリアなどの先行事例について言及する箇所も（先に引用した金森の答弁以外には）ほとんど見当たらないので、¹⁸憲法裁判所制度の下における具体的規範統制手続以外のどこかの国の範例が参考にされていたのかどうかも含めて、なお留保せざるをえない。

(4) 先に(2)で確認した趣旨からの変化が政府内でいつの時点で生じたのかは、必ずしも判然としないが、先に引用した貴族院本会議ののち審議を付託された帝国憲法改正案特別委員会¹⁹の段階では、これまでとは少し異なる説明になっていることが分かる。すなわち、九月二三日の同委員会で、高柳賢三議員が、先の本会議での木村への質問と同趣旨の質問を金森にも向け、次のように質問した。

「八十一条ニ移リマス、政府ノ元ノ案デハ最高裁判所ハ終審裁判所ダ、斯ウ云フコトヲ謳ツテ、次ニ法律、命令、規則又ハ処分ノ憲法ニ適合スルカドウカヲ決定スル権限ヲ有ツテ居ルノデアアル、斯ウ云フ風ニ書イテアリマスカラ、最高裁判所以外ノ裁判所、下級裁判所ガ法律ガ憲法ニ違反スルカドウカト云フコトヲ決定スル権限ヲ否定シテ居ルヤウニ見ラレルノデアリマシルケレドモ、衆議院デ修正ニナリマシタ此ノ原案ニ依リマスレバ、ドツチニモ解釈出来ル、最高裁判所ダケガ違憲立法ノ審査権ヲ持ツノデハナクシテ、裁判所ハ終審裁判所デハアル、併シナガラ外ノ裁判所モ矢張り審査ガ出来ルノダト云フ風ニ解釈出来ルノデアリマスガ、此ノ点ハ政府ノ御考ハ、此ノ憲法デハ下級裁判所ニハサウ云フ権限ガナイノダ、ソレガ唯一ノ解釈デア

ルト云フ御考デアリマスルカ、或ハ又是ニ二ツニ解釈出来ルケレドモ、此ノ下ニ於テ立法スル場合ニ於ケル政府ノ政策ハ、下級裁判所ニハ之ヲ決定スル権限ヲ与ヘナイデ、最高裁判所ノミニ之ヲ与ヘル、斯ウ云フ趣旨デアリマスカラ、其ノ点ヲ御質問致シマス」

これに対する金森の答弁は、明らかにこれまでとは（少なくとも先に引用した木村の答弁の趣旨とは）異なるものになっている。いわく、

「解釈ト致シマシテハ、是ハドチラデモ含ミ得ル、詰リ憲法ニ適合スルカドウカヲ審査スルコトハ下ノ裁判所ニモ認め、上ノ裁判所ニモ認メル、斯ウ云フ風ニモ出来ルシ、上ノ裁判所ニノミ認ムルコトニシテモ宜イ、詰リ是カラ裁判所ニ関スル規定ヲ拵ヘマスル時ニ於テ然ルベク考慮シテ宜イモノト考ヘテ居リマス、唯一ノ場合ニ於キマシテ此ノ問題ヲ解決スル終審裁判所ハ最高裁判所デナケレバナラヌト云フ要件ガ現実ニ存在シテ居ル、斯ウ云フ風ニ了解シテ居リマス」

つまり、裁判所法を制定する中で違憲審査最高裁判所集中制にするかしないかを考える、という趣旨である。この答弁に対して高柳議員はさらに、次のように意見を述べている。

「立法政策トシテ此ノ憲法ノ下ニ於テ下級裁判所ニ違憲立法ノ審査権ヲ与ヘル方ガ宜イカ悪イカ、此ノ問題ハ昔カラ非常ニ議論サレタ問題デアリマスガ、矢張りドウモ此ノ制度ヲ認メル以上ハ、下ノ方カラドンドンヤツテ行ケルヤウニシタ方ガ宜イノデハナイカト云フ風ニ思フノデリマシテ、所謂憲法裁判所ト云フモノヲ一ツダケ拵ヘテヤルト云フ制度デハ本當ニ憲法ト云フモノガ法律家ノ頭ニ浸込マナイ、憲法ハ特別ノモノデアツテ裁判所ダケガヤルモノデアル、一般法律家ト云フモノハ大シテ

関心ヲ持タナイデモ宜イノダト云フ風ニ考ヘラレル処ガアル、寧ロ此ノ制度ヲ徹底サセ、憲法ト云フモノヲ一般法律家ノ頭ニシツカリ入レルノニハ、有ラユル訴訟段階ニ於テ、此ノ点ガ争ハレ得ルト云フコトニシタ方ガ宜イト思フノデアリマスケレドモ、是ハ憲法其ノモノノ問題デハナクテ、立法政策ノ問題ニナリマスルノデ、一時其ノ点ハ質問ヲ留保致シマス、……」

このあと高柳議員は二項²⁰の「規則」の文言の意味について質問を続けており、この質問を受けた金森は右に引用した問題に対しては何も答弁していない。また高柳議員もここで留保した点について後に改めて質問した形跡は議事録には見当たらないので、この問題についての貴族院での議論は、先に引用した金森の答弁で終わっていることになる。(5) そして、その後、実際に裁判所法の制定に当たっては、下級裁判所にも審査権を与える方式となったが、政府がこのような方針に「立法政策」を変更したのには、総司令部の意向が大いに反映していると見られる。すなわち、総司令部側は、違憲審査権最高裁判所集中論につき、「かかる集中は最高裁判所に抽象的に違憲審査を行わせることになる」と反対し、また、当事者が欲しないのに事件が最高裁判所に行くということはデモクラティックでなく、おかしい、下級裁判所が法令の違憲を判断しても、それはその事件に限られ、政府はそれに縛られないのだから問題は無い、下級裁判所にもその判断における違憲判決権を与えて問題を段々に築き上げて行くようにすることが望ましい、等々の考え方を示した²¹とされている。先に引用した高柳の意見中、「下ノ方カラドンドンヤツテ行ケルヤウニシタ方ガ宜イノデハナイカ」「有ラユル訴訟段階ニ於テ、此ノ点ガ争ハレ得ルト云フコトニシタ方ガ宜イト思フ」という指摘は、この総司令部側の見解と軌を一にしていると言える。

下級裁判所にも違憲審査権を当てる方式の方が「デモクラティック」だからよいのかどうかは別として、下級裁判

所で違憲問題が争われているときに下級裁判所自身では審査決定をせず最高裁判所に移送するという、政府の元来の構想が、やり方によつては抽象的審査を最高裁判所に求めることとなるとする点は、確かにそのとおりであろう。その点で「違憲審査最高裁判所集中をもつて直ちに『抽象的違憲審査制』とみるのは行き過ぎではあるが、……最高裁判所の憲法判断が具体的事実状況から切り離されて抽象化しないか」という懸念が依然として存在する」との指摘⁽²²⁾は、それ自体正当であろう。

では、この抽象化の懸念は、いわゆる具体的規範統制手続に内在するものであつて、これをなくすることはできないのであろうか。

そこで以下では、この点に関連して、ヨーロッパのいくつかの国の憲法裁判所制度、とりわけドイツの具体的規範統制手続において、移送手続がどういう形で行われるのかを見てみることによつて、この点について多少の検討を試みることにする。

第二節 具体的規範統制手続における《移送》

一 ヨーロッパ諸国の類似制度の概観

ドイツについて検討を進める前に、最近の研究⁽²³⁾に依つて、ドイツ以外のいくつかの国における類似の制度について見ておく。

- (1) まず、フランスでは二〇〇八年七月の憲法改正によつて、憲法院に、従前からよく知られていた《事前審査》

のほかに、新たに《事後審査制》が設けられたことはよく知られている。この制度はドイツの具体的規範統制手続に類似しており、フランスでは「合憲性の優先問題」(question prioritaire de constitutionnalité)、原語の頭文字をとってQPCと呼ばれる⁽²⁴⁾。この制度では、訴訟の当事者は、裁判所の審理において、自らに適用される「法律規定が憲法の保障する権利及び自由を侵害すると主張」して、憲法問題を提起でき、憲法院は、一定の期間内に決定されたコンセイユ・デタ又は破毀院からの移送に基づいて、この問題の付託を受けることができる⁽²⁵⁾。こととなっている(憲法第六一―一条)。そして訴訟当事者は、裁判の種類や審級の段階にかかわらず、いつでも違憲の抗弁を提起することができる⁽²⁵⁾。裁判所に係争中の事件の審理中に、当事者がこうして憲法問題を「理由を付した文書で」主張した場合には、当該裁判所はQPCとしての移送の可否を審理し(第一段階Ⅱ受理審査)、移送を決定した場合には、八日以内に破毀院またはコンセイユ・デタに移送される。そこでさらに、三カ月以内に憲法院への移送の可否が審理される(第二段階Ⅱ付託審査)、これを決定した場合には理由を付して憲法院に移送される。憲法院は、三カ月以内に審理して、合憲、留保付き合憲、または違憲のいずれかの判決を下して、事件を審理した原審に戻すが、合憲(または留保付き合憲)の場合には訴訟が継続され、違憲の場合には法律が廃棄されることになる⁽²⁶⁾。

このような手続からする限り、そしてとくに、具体的な「係争事件の審理中に当事者が」「いつでも」法律の違憲性を主張することができる⁽²⁶⁾とされていることや、先に述べた二つの段階での審理・決定の期間が八日とか三カ月のごとく極めて限定されていることからすると、憲法院での審理では具体的事案に則した判断が困難となり、勢い抽象的な審査にならざるをえないであろう。最近の研究でも、この点について次のような正当な指摘がなされている。すなわち、

「付随的審査においては、当事者双方の主張やさらには外部の意見によって提供された情報をもとに、具体的事実を照らした経験的な判断を行うことにより、立ち入った憲法判断が可能となるとされる。」「これに対して、QPC手続では、憲法問題は具体的な訴訟において当事者から提起されるわけであるが、QPC手続として憲法院に付託されてしまえば問題の条文が憲法規範に適合するかないかを抽象的に審査することになる。しかしながら、当該条文が適用される事例は多様であるわけであるから、このような抽象的審査においてはこうした適用場面のすべてを想定して判断を行うことはできない。もちろん、明らかに違憲の適用事例が想定できる場合であれば、部分違憲ないし解釈留保、さらには全面違憲の判断を行うことができるが、必ずしもそのようなものばかりではないだろう。〔情報収集手段が十分でないQPC手続において〕情報が不十分のままに架空の適用場面を想定して違憲判決を行うことが実際には困難であることは十分予想されるところであって、結局こうした構造は広汎な立法裁量の承認につながる可能性があるであろう。⁽²⁷⁾」

なお、このQPC制度では、当事者が違憲の抗弁を提起し、それを受けて裁判所が審理判断して、破毀院またはコンセイユ・データを通じて憲法院に至る手続が進められるのであり、この点はフランスの制度の独自性といえる。そしてこの点で、以下に触れるように、移送が《裁判所》⁽²⁸⁾によって直接に憲法裁判所に提起されることになっているイタリアやスペインおよびドイツとは異なっている。

(2) 次に、イタリア憲法上で「前提問題型の合憲性の裁判」と称されている制度が、ドイツの具体的規範統制手続に類似している。⁽²⁹⁾ この制度は、「通常裁判所又は行政裁判所の裁判の中で法律等の合憲性の問題が提起された場合に、憲法裁判所への移送を受けて憲法裁判所が裁判するもので、イタリアの憲法裁判所の有する権限のうち、この裁

判が最大の割合を占めているとされる。この裁判は、「国及び州の法律及び法律の効力を有する行為の合憲性に関する争い」（憲法第一三四条）のうち、「裁判の進行中に職権により指摘され又は当事者の一方により提起され」、憲法裁判所に移送されたものの裁判である。この手続の開始は「具体的事件の裁判における当事者の違憲性の抗弁」であり、この前提問題の「決着を付けることなしには当該事件を解決することができない」ものでなければならぬとされている。抽象的審査が行われる「主要問題型の合憲性の裁判」とは異なって、原裁判の「当事者である限りすべての者が法律の違憲性を申し立てること」ができ、「具体的事件と関連性を有する限りであらゆる法律の合憲性の問題を憲法裁判所の裁判の俎上に乗せることができる」とされている。もとより、憲法裁判所に移送するかどうかは、ドイツの場合と同様、原裁判の裁判官が決定するので、当事者が違憲の抗弁をしても、必ずしも憲法裁判所の判断が受けられるわけではない。

原裁判の裁判官が移送を決定するには、①合憲性の問題と原裁判との間に関連性があり、②合憲性の問題に「明白に理由がないとはいえず」（*non manifestamente infondato*）、③法律の合憲解釈ができない、という三つの要件を具備することが必要であるとされている。特に②の要件は、ドイツの場合と異なっている。この要件は、「およそ根拠のない合憲性の問題の提起を排除することを目的とする」ものであるとはいえ、「原裁判の裁判官が法律等の規定が違憲であると確信していることまでを求めるもの」ではなく、「法律の合憲性に疑いがあれば、まさしく『明白に理由がないとはいえない』として憲法裁判所に移送する義務があると説かれている」という。もともと実務上は、「違憲の『単なる疑い』以上のものを意味すると考えられているという指摘もある」ようであるが、それでもやはりドイツのように違憲であることの確信までは要しないということになるう。

原裁判の裁判官が上記の三要件の充足を認めるときは、移送の決定を行い、当事者が合憲性の問題を申し立てた「申立ての事実と理由」を記載して「一件文書を直ちに憲法裁判所に移送し、進行中の裁判を停止すると定められている。ここからは、どの時点で移送がなされるのかは分からないが、必ずしも、後に触れるドイツの場合のように、原裁判の裁判所での最終段階でなくてもよいのではないかと推測される。

(3) この点に関連して、スペインの場合を少しだけ言及しておく。⁽³⁰⁾ スペインの場合、「違憲質疑」(cuestión de inconstitucionalidad) と呼ばれるのが、この手続である。この手続は、「具体的事件に適用すべき法律等が憲法に違反する疑いが生じたときに、司法裁判所が憲法裁判所に提起できる訴訟」である。この「違憲質疑」手続は、原則として、事件を取り扱う司法裁判所の裁判官が職権で提起するのであるが、当事者双方からも「司法裁判官に違憲質疑の提起を請求することができる」ことになっているようである。ただ、この手続の提起は、事実認定や口頭弁論を含め、たすべての「公判手続、裁判手続などが終了し、司法裁判所が判決または決定を言い渡すまでの間」のみ可能であるとされており、そうだとすると、この点では、次に触れるドイツの制度と類似していると言えようが、違憲の「疑いが生じたとき」というのが、どの程度のものかとされるのかについては、目下のところ不案内である。

二 ドイツの連邦憲法裁判所

ドイツの基本法下の連邦憲法裁判所制度では、冒頭でも述べたように、各専門裁判所は、決定に際してある法律の効力が問題となっている場合に、その法律が「違憲であると思料する」(für verfassungswidrig halten) ときは、自ら判断をするのではなく、その手続を中止して、憲法裁判所にその判断を求めるのである。その際、「違憲であると思料

する」という要件は、先に触れたイタリアのように「明白に理由がないとはいえない」程度ではなく、違憲であることを裁判所自身が確信している必要がある。むしろ、法律の規定がたとえば憲法適合的解釈によつて、明白に違憲とまでは言えないと解釈できるような場合には、移送は許されない。つまり、裁判官は、暫定的とはいえ、(従前から言われている) 司法審査権 (richterliche Prüfungsrecht) を有しているのであり、適用すべき規範が憲法に適合しているか憲法に違反しているかについての確信を、自分で結論的に (abschließend) 形成する権限と義務を有しているのであつて、その結果、違憲の確信を持った場合にのみ、裁判所は手続を中止して、規範の一般的効力に関して拘束力のある決定をする権限を有している連邦憲法裁判所に移送する義務が生じるのである³¹⁾。

その手続が《移送》(Vorlage) である。この手続について、連邦憲法裁判所法は、次のように規定している。

- § 八〇 (1) 基本法第一〇〇条第一項の要件が存するときは、裁判所は、直接に連邦憲法裁判所の裁判を求めるものとする。
- (2) その理由には、原裁判所の裁判がどの範囲まで法の定め効力に係らしめられるのか、及び、法の定めがどの上位の法規範に適合しないのかを示さなければならない。裁判記録 (Akten) は、これを添付しなければならない。
- (3) 裁判所の申立ては、訴訟当事者による法の定め無効の主張に係らしめられない。

§ 八一 連邦憲法裁判所は、法的問題についてのみ裁判する。

§ 八〇第一項で「基本法第一〇〇条第一項の要件が存するとき」というのは、移送裁判所による憲法裁判所への移送が適法であるためには、提起されている法律の違憲性の問題が、当該専門裁判所における裁判において当該事件を解決するためにはどうしても必要であることを意味する。また第二項の規定は、「裁判所による軽率な移送および

不必要な移送を防止するために、移送裁判所に対して、判決を下す上で当該法問題がいかに必要であるか、そして適用法律が違憲（違法）であるとの確信を明確に説明することを要求するものである」とされる⁽³²⁾。また、ドイツでは、先に触れた一部の国々とは異なり、あくまでも移送は各専門裁判所の判断であり、第三項にあるように、訴訟の当事者による違憲の抗弁等が前提とされているわけではない。

さて、この移送は、「決定」(Vorlage-Beschluss) という形式で行われる。この決定は、専門裁判所にとっては、手続の中止 (Aussetzung) という意味ではたしかに中間手続 (Zwischenverfahren) ではある⁽³³⁾が、違憲の確信としては最終決定 (Endentscheidung) を意味する⁽³⁴⁾。移送決定は「裁判所に係属している手続の手続規定に応じた形で、公示され、当事者に送達されるかあるいは略式で通知される」⁽³⁵⁾。この形式についての具体的な定めはないが、一般には、決定の《主文》と《理由》とに分かれ、《主文》に当たる部分は、「……が基本法（連邦法）に適合しないゆえに無効かどうかについての連邦憲法裁判所の判断が求められる」というように述べられる。また《理由》はさらに、①事実の叙述と②法規の無効の考察（抵触する法規の解釈・憲法解釈）に分かれる。前者は、「移送裁判所に係属している具体的な個々の法律上の争訟の事実の解明」であるが、「移送裁判所によって違憲であるとされた法律の基礎にある一般的事実（立件事実）の解明は連邦憲法裁判所の任務である」とされている。連邦憲法裁判所によると、「移送裁判所は移送決定中の理由において、裁判所が判決〔または決定〕を下すにつき必要な範囲で事実関係を示さなければならず、また下される判決〔または決定〕にとつて当該法の定め効力が問題とされるに至った法的考察を示さなければならぬ⁽³⁶⁾」。したがって、「専門裁判所は、その裁判所自身が判決を下さなければならぬ場合と同じ程度まで、その手続を進捗させておかなくてはならない」のであり、移送の前までに、当該法律が、裁判所が裁判しなくてはならない事件にとつ

て重要な関連性を有するものであること (Einschlägigkeit) と法律の違憲性とを確信 (überzeugen) していなくてはならないのである。³⁷⁾ つまり、「移送決定において必要とされる違憲であるとの確信とその理由づけ」は、専門裁判所が「自ら違憲判決を下す場合と同等のものが要求されるのである」³⁸⁾。

このことは、当該の具体的事件を審理する各専門裁判所の裁判手続のどの段階でも移送がなされるのではなく、当該事件に法律を適用する、いわば最終段階においてであることを意味する。この段階に達していない時点での性急な (überreit) 移送は、訴訟手続上からも原則として許されず、³⁹⁾ たとえば専門裁判所が自ら証拠調べを省略したり、口頭弁論を回避するなどして、自己の負担を軽減しようとすることは許されないものであり、むしろ専門裁判所は移送前に、連邦憲法裁判所の負担をできる限り減らしておくための準備をしなければならないのである。§ 八〇第二項後段が、移送手続において「裁判記録を添付しなければならない」としているのも、この趣旨と理解できる。

このように見てくると、少なくともドイツの具体的規範統制手続においては、連邦憲法裁判所による規範統制に際して判断が抽象的になることのないように、「具体的な事例に基づく審査を可能にするための要件」⁴⁰⁾ が求められているとも言えるのではなからうか。もとより、この手続によって法律の規定が違憲とされれば、その裁判は「法律としての効力」 (Gesetzeskraft) を有することとなる (基本法第九四条二項、連邦憲法裁判所法 § 一二第一一、§ 三二第二項) から、こうした一般的効力をもつ決定を行うまでの強い権限を最高裁判所の裁判に与えるような制度を、わが国に導入すべきかどうかということになると、下級裁判所から、違憲の結論に基づいて裁判をする権限 (ドイツの制度にならって正確に言うなら、最終的な違憲判断権限) を奪って、この違憲審査の権限を最高裁判所の一回の判断に集中せしめる制度のもつ種々のデメリットも含めて、きわめて慎重な熟慮が求められることは言うまでもなからう。

- (1) さしあたり、初宿正典『日独比較憲法学研究の論点』(成文堂、二〇一五年)。とはいえ、連邦憲法裁判所の全受理件数の二パーセントに満たない。
- (2) ここでいう決定(Entscheidung)は、わが国でいうところの判決(Urteil)と決定(Beschluss)の両方を含めた意味である。
- (3) 基本法第九五条は、「通常(ordentlich)裁判権、行政裁判権、税財務裁判権、労働裁判権、及び社会裁判権の分野について、連邦は、最高裁判所(oberste Gerichtshofe)とつて、連邦通常裁判所(Bundesgerichtshof = BGH)、連邦行政裁判所、連邦税務裁判所、連邦労働裁判所、及び連邦社会裁判所を設置する。」としている。この規定の文言からしても、BGHのみを「連邦裁判所」ないし「連邦最高裁判所」と表記するのは、極めてミスリーディングである(最近のかかる表記の一例として、小野秀誠「ドイツの連邦裁判所(BGH)と連邦司法」判時二二六五号三頁以下)。もとよりこの文言にいう「裁判所」は、基本法第九二条にいうすべての裁判所であり、その中にはラントの裁判所等も含まれる。なお、連邦憲法裁判所が、「自己の決定にとつて必要であるラント法がラント憲法にのみ適合しないと考えるときは、ラント憲法裁判所に移送しなければならず、したがって連邦憲法裁判所自身、移送主体である裁判所であるといえる」とされている(畑尻剛・工藤達朗編『ドイツの憲法裁判』[第二版] 中央大学出版部、二〇一三年、三八〇～三八一頁)。
- (4) すでに、樋口陽一・佐藤幸治・中村睦男・浦部法穂『憲法IV』(青林書院、二〇〇四年)九九頁以下(佐藤幸治執筆)が「違憲審査最高裁判所集中論について」と題する項の中で検討している。なお、佐藤幸治「わが国の違憲審査制の特徴と課題」佐藤・清永編『園部逸夫先生古稀記念 憲法裁判と行政訴訟』(有斐閣、一九九九年)とくに二三頁以下も参照。
- (5) この「帝国憲法改正案」は、昭和二年四月一七日に政府から提出されたものである。以下では便宜上、単に「草案」と表記することがある。
- (6) 条名は、一般には「第八一条」のごとくに表記されるのが通例であるが、次注以下の衆議院での委員会議録(速記)の表記との統一のために、本節でのみ、「十」の文字を入れた形で(これが原典での正式の表記なのであるが)表記する。
- (7) 『第九十帝国議会衆議院帝国憲法改正案委員会議録(速記)』第十九回三六五頁以下。なお、以下の引用では旧漢字のみ改めた。

(8) もとより、右の引用中、末尾近くの「前ト同ジャウニ無効ニスルカドウカト云フコトハ」という部分は少し不正確で、「無効ニスルカドウカ」は「適用シナイコトニスルカドウカ」という意味であろう。

(9) 速記(注(7)) 三六七頁以下。ただし以下では逐一の引用頁は省略する。

(10) アメリカ合衆国では裁判所が、現実の争訟と関係なく、政府または理解関係者の求めに応じて、法律問題について勧告的意見を述べることは、少なくとも連邦裁判所の司法権の範囲外とされているようである(田中英夫「編集代表」『英米法辞典』(東京大学出版会、一九九一年) 三二頁参照)。なお、田中英夫『アメリカ法の歴史(上)』(東京大学出版会、一九六八年) 二一九～二二二頁以下によれば、すでに一七九三年に、大統領ワシントンの命を受けた当時の国務長官ジェファソンが、当時の首席裁判官ジェイをはじめとする最高裁判所の全裁判官に書簡を送ってその意見を求めたが、これを拒否した。イギリスでは勧告的意見は認められており、マサチューセッツ州憲法(一七八〇年)やニュー・ハンプシャー憲法(一七八四年)では明文でこれを認めているようである。

(11) 最大判昭和二七年一〇月八日民集六卷九号七八三頁。同旨の判示をするものとして、衆議院解散無効確認訴訟に関する最大判昭和二八年四月一五日民集七卷四号三〇五頁、特別区長選任無効確認訴訟に関する最二判昭和三一年二月一七日民集一〇卷二号八六頁など。

(12) 速記(注(7)) 三九二頁。

(13) 官報号外(昭和二十一年八月二七日)『第九十回帝国議会貴族院議事速記録第二十三号』二二七頁。

(14) 同右二二八頁。ちなみに、清水伸『逐条日本国憲法審議録(増訂版)』第三卷(原書房、一九七六年) 五七二～五七三頁は、この高柳の質問およびそれに対する木村の答弁が「衆本八・二六」つまり八月二六日の衆議院本会議でのものとしているが、これは(当然のことながら)貴族院本会議の誤りである(同五六六頁も同様に誤り)。

(15) 同右二二二頁。

(16) 清水・前掲書(注(14)) 五六七～五六九頁は、ここでも、佐々木のこの質問およびそれに対する木村の答弁(同三三〇頁以下)の行われたのが、九月二三日の貴族院の特別委員会だと記載しているが、原史料である官報号外(昭和二十一年八月三〇

日）『第九十回帝国議会貴族院議事速記録第二十六号』三〇一頁以下が典拠であり、明らかな誤記であって、正しくは八月二十九日の貴族院本会議での質疑である。

(17) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編『日本国憲法制定の過程Ⅱ』（有斐閣、一九七二年）二四五頁およびそこでリファァーされている『憲法制定の経過に関する小委員会第二七回議事録四〇〜四二頁。』

(18) ヨーロッパ諸国の憲法裁判所制度については、すでに永田秀樹「西ヨーロッパの憲法裁判と人権保障」佐藤幸治・初宿正典編・阿部照哉先生還暦記念『人権の現代的諸相』（有斐閣、一九九〇年）二五二頁以下。とくにその二五六頁以下がオーストリアを含む諸国の具体的規範統制について概観している。

(19) 九月二日から「九月二六日に一応その終了を見」るまで、「委員会はほとんど連日開かれた」ようである（佐藤達夫著・佐藤功補訂『日本国憲法成立史 第四卷』（有斐閣、一九九四年）八八四頁）。

(20) 高柳議員の発言でも「二項」と言っているが、先に引用した質問中では明らか「衆議院デ修正」されて一文になった後の原案の文言を前提とした質問であると解される。

(21) 佐藤幸治・前掲書（注（4））『憲法Ⅳ』一〇〇頁。傍点も佐藤。

(22) 同右。

(23) 曾我部真裕・田近肇編『憲法裁判所の比較研究』（信山社、二〇一六年）。以下の各国の憲法裁判所についての概観は、主として、フランス（井上武史執筆）、イタリア（田近肇執筆）およびスペイン（ペドリサ・ルイス執筆）に依っている。紙幅の都合上、同書中のベルギーの憲法裁判所（奥村公輔執筆）については触れる余裕がない。

(24) ここにいう《優先》の意味は、「法律の条約適合性と憲法適合性が当事者によって同時に主張されている場合には、憲法適合性が優先的に審理されるという趣旨を含む」ものとされている（辻村みよ子・糠塚康江『フランス憲法入門』三省堂、二〇一二年、一四一頁注6）。

(25) 井上・前掲書（注（23））一八頁。

(26) 辻村・糠塚・前掲書（注（24））一四二―一四三頁、井上・前掲書（注（23））一九頁。関連する条文（憲法院に関する組織

法律についての一九五八年一月七日オールドナンス第一〇六七号〔最終改正は二〇一三年二月六日〕の邦訳（第二三一条以下）も注(23)の文献の二三三頁以下（井上武史訳）を参照した。

(27) 曾我部真裕・前掲書（注(23)）一二八―一二九頁。なお、フランスのQPC全般については、ベルトラン・マチュー（上埜・兼藤訳）『フランスの事後的違憲審査制』（日本評論社、二〇一五年）があるが、あまり参照できなかった。

(28) もっともドイツの場合、一九五六年の連邦憲法裁判所法改正までは、上級連邦裁判所又はラントの最高裁判所を通じて所定の手続を踏んで（auf dem Dienstweg）移送する制度であったようである（Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, 3., völlig neubearb. Aufl., München 1991 S. 205）。

(29) 田近・前掲書（注(23)）一三三頁以下、とくに三二頁以下。

(30) ルイス・前掲書（注(23)）四七頁以下、とくに五七頁以下。

(31) Schlaich/Korioth, Das Bundesverfassungsgericht. Stellung, Verfahren, Entscheidungen, 8. Aufl., München 2010, S. 99, Rn. 135.

(32) 『ドイツの憲法裁判』（注(3)）三八八頁。以下の叙述も、主としてこの優れた先行研究（畑尻剛執筆）に依っている。なお、こつした要件は、「決定にこつとの必要性」（Entscheidungserheblichkeit）として説明されている（たとえば Schlaich/Korioth, a. a. O., S. 107 ff.; Christian Pestalozza, Verfassungsprozessrecht, a. a. O., S. 210 ff. など）。ごく簡単には、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例Ⅲ』（信山社、二〇〇八年）五四四頁）参照。さらに、これにつき、光田督良「具体的規範統制における Entscheidungs erheblichkeit の意義と問題性」法学新報一〇三巻第二・三号（一九九七年三月）五二五頁以下参照。

(33) Schlaich/Korioth, a. a. O., S. 108, Rn. 147.

(34) Pestalozza, a. a. O., S. 210. Vgl. BVerfGE 76 100 [104].

(35) 畑尻（注(3)）二八七頁。

(36) BVerfGE 23, 175 [177].

(37) *Pestalozza, a. a. O., S. 204, Rn.6 zu § 13.*

(38) 畑尻・前掲書(注(3))三三八頁。

(39) 光田・前掲(注(32))五三一―二頁。もつとも、これによると、連邦憲法裁判所がこの原則からの例外を認めた例もあるようである。

(40) 光田・同右五四六頁は、先に注(32)で触れた「決定にとっての必要性」(*Entscheidungserheblichkeit*)の要件こそが「具體的規範統制手続を具體的としている」のだということを強調している。

追記 百地章教授がかつて愛媛大学に奉職中に一度、筆者は同大学大学院法学研究科の集中講義を依頼されて同大学に赴いたことがある。その年は、宿舎はもちろん道後温泉の本館さえ水道水の使用時間を制限したほどの異常な渇水の夏であった。その松山滞在中に一度、公開講演もお引き受けしたのであったが、その折に、本稿の第一節で触れた憲法改正草案第七七条から現行の第八一条に至る過程について話したことがある。この度本稿を書いていて当時のことをなつかしく想起した次第である。