

「選択肢の一つとしての憲法裁判所」

畠尻剛（城西大学）

一 問題の所在

1 最高裁の違憲審査権行使の現状

従来から違憲審査の「閉塞」状況についてはつとに指摘されてきた。

90年代の政治の変動に伴い、最高裁が変化することへの期待

「しかし 55 年体制の崩壊と種々の連立内閣の誕生は、最高裁判事の任命人事にもなにがしかの影響を与えつつあるように思われる。もし多様な憲法観がそれに反映されるならば、憲法訴訟論の枠を媒介として、一定の内容のよい判決が期待できることになるかもしれない。しかし事態は流動的でその進む方向はまだしかとは見えない」（野中俊彦「憲法訴訟論と裁判官論—その交錯と非交錯」法律時報 68 卷 6 号（1996 年）35 頁）

参議院議員定数不均衡事件（最大判平成 12・9・6）福田博裁判官の追加反対意見

「我が国司法は、長年にわたり、刑事、民事、行政のいわゆる通常事件（広義）の処理に当たっては、公正で中立な真実発見の場として、高い信頼を得てきた。また、戦後、行政の下部組織としての地位を脱し、かつ、憲法によって違憲立法審査権を与えられたことにより、我が国司法は戦前に比して飛躍的に高い権威を得ている。我が国憲法の定める三権分立構造の中で、司法の独立を堅持し、民主主義の基盤を成す司法の権威、ひいては法の支配を維持、確保するには、最高裁判所は、憲法により与えられた違憲立法審査機関としての責任をも十分に果たしていかなければならない。司法がその地位に安住して違憲立法審査権を適切に行使しないことは、もはや許されないのである。」

2 問題解決のための三つの選択肢

（1）三つの選択肢

- ①現行制度の運用を再検討する。
- ②法律改正によって制度改革を進める。
- ③憲法改正によって憲法裁判所を設置する。

①に対する批判

現行制度の運用の改善だけでうまくいくか。現在の違憲審査の状況は、もちろん個々の制度の運用やこれを担う裁判官の資質の問題ではあるが、制度の運用・裁判官の資質云々する場合にも、違憲審査権の積極的な行使を妨げている要因のすべてとはいわないがその一部には制度的な要因がある以上、この制度的要因を無視して議論することは、裁判官に対して酷な要求をすることにならないか。

②に対する批判

憲法 76 条 1 項の「司法権」を前提とするかぎり、憲法裁判所類似の制度・手続を設けることはできないのではないか。

③に対する批判

従来の議論が十分には生かされず、議論が粗雑になるおそれがある。
他の条文の改正とも絡んで議論が錯綜する。

(2) 検討の方向性

現行制度の運用の改善を図りながら、同時に制度改正を模索することは矛盾しない。
憲法 76 条 1 項の「司法権」は、憲法裁判所類似の制度・手続を全く排除しているわけではない。
実現可能性を視野に入れて議論するためにも、また、精神論に終わらないためにも法律による制度改革を模索すべきである。
従来の憲法解釈論・判例・実務の成果をできるだけ取り込んで、問題解決のため具体的な提案ができる。
次の選択して手憲法改正を考えるべきである。

二 90 年代の憲法裁判所論とその批判

90 年代に入ると、伊藤正己『裁判官と学者の間』(有斐閣、1993年) の問題提起をうけて、いわゆる違憲審査制の「閉塞状況」を打破するための方策の一つとして、憲法改正論という形で、憲法裁判所制度導入が具体的に主張されるようになった。

1 読売新聞憲法改正試案（1994年11月3日）の内容

組織（85条・86条）

通常の刑事・民事事件の上告裁判所としての最高裁判所

違憲審査権の主体としての憲法裁判所

裁判官（89条）

最高裁判所裁判官（30名に増員）

憲法裁判所長官 参議院の同意に基づいて内閣が指名し、天皇が任命する（8条3項）。

憲法裁判所のその他の裁判官 8名 参議院の指名に基づいて内閣が任命する

手続（87条）

1 項—抽象的規範統制

条約、法律、命令、規則又は処分について、内閣又はそれぞれの在籍議員の三分の一以上の衆議院議員若しくは参議院議員の申し立て

2 項—具体的規範統制

具体的訴訟事件で、最高裁判所又は下級裁判所が求める事項

3 項—憲法異議手続（限定された）

具体的訴訟事件の当事者が最高裁判所の憲法判断に異議のある場合

（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』1994年119頁以下）

2 憲法裁判所論とその批判

(1) 積極論と消極論

1) 現在の閉塞状況を打破するためには制度自体の改革も必要である。

「日本の違憲審査制を活性化させることは、現状の制度のままでは絶望的であり、制度改革が不可欠であると思われる。国民が人権侵害を裁判で争いやすくし、また、勝訴しやすくなるためには、憲法事件を特別に扱う憲法裁判所の設置が必要となると思われる。上告審としての裁判所の任務の比重の大きい現在の最高裁判所の下では違憲審査制の活性化はきわめて困難であり、また、民刑事の実務型裁判官が憲法問題の審理判断を担当していることも問題である。」(戸波江二・ジャリスト 1037 号(1994年) 56 頁以下)

「最高裁判所の司法消極主義的態度は、かなりの程度において、現行違憲審査制度の制度上の欠陥に由来するものではないかと考える。」(中村睦男「国民の権利実現と違憲審査制」ジャリスト 859 号(1986 年) 1102 頁)

← 制度の支える背景を無視した安易な制度改革案は短絡的であり、歴史的状況、政治・社会的状況、民主主義の現状などを総合的に考慮に入れた考察が必要である

「ドイツでは憲法裁判所制度はいまのところ一応成功したと言えますが、それも創設されたときの歴史的、あるいは理論的な理由とか、・・・いろいろの理由によるわけですから、それらを総合的に考慮に入れて判断しないと、憲法裁判所なら憲法裁判を活性化することができるから日本にも取り入れるべきだ、と早計に言えないものがあると思われます。」(芦部信喜『宗教・人権・憲法学』1999年291 頁以下)

2) 現行の司法裁判所による違憲審査では時間がかかり、憲法問題の迅速かつ適切な解決を阻む。

「司法裁判所型にあっては、具体的紛争の生ずるまでに時間を要するし、紛争が裁判にもちこまれても下級審から審級ごとに判断され・・・、憲法判断が最高裁によって終局的に判定されるまでに長期間を要し、その間は法令が実際に実行されるという欠点があるといってよい(もっとも憲法上の争点が裁判で争われたり、特に下級審が違憲判断を示したときには、当該法令の運用に配慮が加わることはありうる)。」(伊藤正己『裁判官と学者の間』1993年110 頁)

← 合憲判断が迅速に下されることによって、体制維持機能が一段と明確になる

憲法裁判所積極論の多くは、裁判の長期化とそれに伴う諸弊害を指摘するが、現状からみて迅速な憲法判断は迅速な憲法価値の実現をもたらさない。むしろ合憲判断が迅速に下されることによって、後の議論が封じられ、裁判所の体制維持機能が一段と明確になる。

3) 裁判の長期化は同時に最高裁が憲法判断を積極的になさない原因となっている。

「・・・争点となる法令はともかく有効なものとして行われてる期間が長く、いわばその法令にもとづく状況が既成事実として確立しがちである。・・・そうなると憲法解釈に疑問が残る場合であっても、裁判所としてこれを違憲無効とすることに消極的ならざるをえないであろう。少なくともそれを妨げる意識が働くであろう。」(伊藤前掲書 122 頁)

憲法訴訟の提起によって、抜本的とはいかないとしても問題点に関する対処策が出され、最高裁判所まで到達した段階では、ある程度問題の解決が図られることがある。このような政治部門における動きを前提とした上では、最高裁判所としては改善される以前の状態を違憲であると断じることは難しい。

4—1) 現在の制度では、下級裁判所も違憲判断を下しにくい。

「三審制との関係で、下級審裁判所が国民を二分するような違憲判断に深入りして上級審で取り消され、かえって当事者にも上級審手続等の結果として無用の負担をかけてしまうということになり、代表民主制の基盤の欠陥を指摘されてもいる下級審裁判官としては、相当な確信が持てるほどの違憲状態でない限りは、あまりでしやばりすぎないようやはり慎重な構えをとらざるを得ない・・・。こうした上訴審での取消の余地と絡んだ当事者負担論＝迷惑論は案外、下級審裁判官の深層心理に食い込んでいるように思われる。そこで例えば、下級審としても、別建ての憲法裁判所に適宜、憲法判断を迫られるような争点を付託することができるようになれば、こうした下級審裁判官の気苦労は確実になくなることであろう。

「のように、従来、「逃げる裁判官」などとも揶揄されたように、違憲判断には現行の裁判システムの中では臆病にならざるを得ないという、かなり致命的な手続構造上の問題もあることを見逃すべきではないようと思う。」（池田辰夫「民事訴訟の衣をまとった憲法訴訟—民事訴訟にとっての違憲審査の意義」 ジュリスト 1037号（1994年）68頁）

4—2) 担い手としての下級裁判所裁判官に対して過度の期待をいだくことはできない。

「問題なのは・・・下級裁判所を中心に人権保障機能が果たされているという事実認識・・・である。確かに、昭和40年代においては、政教分離、公安条例、教科書検定、生存権、公務員の労働基本権と政治活動の自由、さらには平和主義の分野で、人権保障に積極的な下級審判決が数多く出されたが、これは最高裁の判例が未だ確立していない時期の特殊性によるところが大きく、一たん最高裁の判例が確立してしまうと、こと憲法保障に限つていうと、判例の拘束力と最高裁の人事権の下に置かれた下級審裁判所の役割はおのずから限定されたものにならざるをえないのである。」（中村前掲論文 101頁以下）

「しかし、さしあたり民事訴訟に限定しておくが、おそらく平均的な裁判官にしてみれば、いわゆる憲法訴訟となるような訴訟事件であっても、基本的には他の争点で結論に至ればそれでよく、憲法判断は最後の判断となる性質（補充性）のものではないかという実務の感覚があるようと思われる。これは民事訴訟に限つていえば、もっともなところがある。要するに、必ずしも、積極的に憲法判断を回避するというのではなく、既に指摘したように、民事の事件が問題となっているにとどまるならば、多少ぎらついた憲法問題を、そうでないより扱いやすい争点で決着をつけるということである。これを、憲法問題へのいわば消極的な姿勢に依拠していると断ずるのは、現場の裁判官に対してかなり酷なことを要求しているともいえる。」（池田前掲論文 69頁）

◀ 憲法裁判所が設けられあるいは違憲審査権が最高裁判所に集中することによって、人権感覚にすぐれた下級裁判所の判断が生かされなくなり、違憲審査が体制維持のための道具として用いられる。

「今まで、下級審の裁判官のなかには、最高裁の司法統制と合理化という司法政策の下でも、憲法的良心

を貫いた者が少なからずいた。そのことが国民の民主的裁判運動を励ました側面を軽視することはできない。この試案では、そのような良識的な裁判官から『違憲』判断権を奪うことになる。職業裁判官は日常業務で憲法に関する思考停止を迫られるわけである。立憲主義の本質や人権の価値などに無関心な裁判官が大量に出現することになるかもしれないが、そのことは、裁判そのものを非人間的な機械的官僚業務におとしめるにはならないだろうか。」（諸根貞夫「人権軽視の統治正当化システム構想—憲法裁判所創設と改正条項軟性化のねらい」法と民主主義 297 号（1955年）28 頁以下）

◀ 市民の憲法感覚・権利意識に根ざした個別具体的な係争事件からはじまる司法審査制度は、市民参加という点でより適合的である。

「制度の問題としては、・・・前提的違憲審査制の方がむしろ、現代においてもできるかぎりで人権を擁護しなければならないという観点にとって適合的である、ということを再確認することが重要であろう。人権擁護の観点からすれば、審査の開始いかんが国家機関によって左右されるのか市民自身が関与しうるのか、および、人権擁護にとって審査機関がどれだけ適合的に構成されているのか、が核心的である。そして、第一に、今日のわが国で、前提的審査によって、市民自身の側から法廷で少なくとも憲法問題を提起することができるのに対して、抽象的審査制はむしろそれに対し制約的にはたらくことが予想される。」（樋口陽一『司法の積極性と消極性』1978 年年 21 頁）

5) 職業裁判官的思考では違憲審査を積極的に行うことは期待できない。学者思考を生かせる憲法裁判所こそが、憲法判断の活性化につながる。

「大陸型の官僚裁判官制度をとるところでは、個性的判断を要求される憲法裁判に積極的态度を望むことは、いささかないものねだりの感がするし、多彩な経歴をもつ裁判官をもって構成される最高裁にあっても、それはまず民事刑事の通常事件を処理するに適任の者であらねばならないから、同じような理想のイメージが働く・・・少なくとも裁判の場において、司法消極主義に傾く要因が裁判官的思考をする裁判官に対してつよく働くことは否定できないであろう。私の場合、一方で、学者的思考に傾いて、積極主義をとるとまではいかなくとも、司法消極主義をとることに抵抗感を覚えるとともに、他方では、判例の拘束力、事実状態の尊重などを意識する裁判官的思考との間をさまざまに、事案の性質、争点の特徴などを考えて苦慮したことを思い出す。・・・現在の状況は憲法保障制として不満足であり、最高裁による違憲審査権の行使がいまのようになくてはならない。いっそこれを活性化する必要があるとするならば、われわれとして、憲法裁判制度そのものを根本的に考え直すべきではないかと思われる。」（伊藤前掲書 132 頁以下）

「法律技術的な判断に必要とされる識見と、憲法判断に必要とされる識見とは同じでなく、前者を重視するキャリアー出身裁判官が多数を形成している司法裁判所に憲法判断を求めるることは困難であるという問題がある。・・・日本は米国法と同じく司法裁判所である最高裁が具体的な事件について必要な憲法判断をすることとなっているが、キャリアー裁判官を主軸とする判断は、大審院的機能には適しており現にその成果をあげているものの、憲法判断に消極的になっていく傾向は否定できない。」（大野正男『弁護士から裁判官へ—最高裁判事の生活と意見—』2000 年 92 頁）

◀ 違憲審査権行使を活性化させるためには職業裁判官による違憲審査行使の意味を再確認する必要がある。

通常裁判所の下級審を含めた一体としての司法権に違憲審査を託している日本の制度は、アングロサクソン世界に特有な法律層によって担われるアメリカ型でも、法学教授や政治家経験者によって担われるヨーロッパ大陸型でもない。「それはたしかに、これまで、日本の制度の機能不全をもたらすひとつの大きな要因だった。しかし、・・・積極的な可能性をそこに読みとるところみがあつてもよいのではなかろうか。具体的な事件として法廷にあらわれた生活関係のなかで憲法をどう解釈運用することが妥当な解釈をもたらすかという場面で、事実認定と法解釈に熟達し職業倫理に支えられた裁判官たちによって憲法の意味が示される、という制度類型を、第三の類型としてつくりあげていく可能性をつかみ出すことはできないだろうか。」（樋口陽一他『憲法判例を読みなおす一下級審判決からのアプローチ』1994年13頁以下）

◀ 政治の裁判化（司法化）が議会制民主主義を弱体化させる。

「重要な法案や政策について議会で敗れますと、政府・与党も野党も、憲法裁判所に争いを持ち込みます。ですから、政治家は常に憲法裁判所の多数の判決を頭に置いて行動しなければなりません。政治家はできる限り憲法裁判所と衝突するのを回避しようとしていますので、裁判所に『従順』でありすぎるとも言われています。・・・特に、立法過程に法律論が極めて大きな影響を及ぼすことになり、議会の政治的議論がしばしば特定の法案や提案の合憲・違憲の議論という形で行われるのです。ところが政治家は、それぞれの問題にどの判決が重要かよくわからないものですから、専門家に相談します。専門家は判例を分析して、法案がはたして憲法裁判所で支持されるか、それとも違憲とされるかを、予測しなければならないというわけで、立法過程は法律論で充満することになります。」（芦部信喜『宗教・人権・憲法学』1999年291頁以下）

◀ 憲法裁判所制度に対する根本的疑念

憲法裁判所制度が一方では人権保障にも一定の役割は期待できるとしても、他方では体制維持の価値をすみずみまでいきわたらせる強力な統治作用（体制維持作用）を営むという諸刃の刃である（憲法価値を社会のすみずみまで実現させるための装置としての憲法裁判所）。

3 合意点の模索

以上の憲法裁判所積極と消極説とその論拠は次のようにまとめることができる。

憲法裁判所積極論は、①現在の閉塞状況を打破するためには制度自体の改革も必要なこと、②現代的な問題の多くは迅速な憲法判断を必要としているが、裁判の長期化は迅速かつ適切な解決を阻むこと、③裁判の長期化は同時に最高裁判所が憲法判断を積極的に下さない原因の一つとなっていること、④現行制度では、下級裁判所も違憲判断を下しにくいこと、⑤下級裁判所に過度の期待をいだくことはできないこと、⑥職業裁判官的思考では違憲審査を積極的に行うことは期待できない。学者思考を生かせる憲法裁判所こそが、憲法判断の活性化につながること、などを根拠とする。

これに対して、憲法裁判所消極論は、①制度の支える背景を無視した安易な制度改革案は危険であること、②合憲判断が迅速に下されることによって、体制維持機能が一段と明確になること、③憲法裁判所が設けら

れあるいは違憲審査権が最高裁判所に集中することによって、人権感覚にすぐれた下級裁判所の判断が生かされなくなり、違憲審査が体制維持のための道具として用いられること、④市民の憲法感覚・権利意識に根ざした個別具体的な係争事件からはじまる司法審査制度は、市民参加という点でより適合的であること、⑤違憲審査権行使を活性化させるためには職業裁判官による違憲審査行使の意味を再確認する必要があること、⑥政治の裁判化（司法化）が議会制民主主義を弱体化させること、⑦憲法裁判所制度に対する根本的な疑念があること、などを根拠とする。

以上の積極論・消極論とその論拠は、その重点の置き方やニュアンスに相違はあるがいずれも完全に否定することができない。たとえば、確かに憲法裁判の長期化は様々な弊害を生んでいるとしても、憲法の理念に反するような迅速な憲法判断もまた違憲審査制度に対する国民の信頼を根底から崩しかねない。

また、憲法裁判所という国家構造上重要な制度を検討する場合、往々にして、その長所または短所のみが強調される議論になりがちである。この制度が国民に定着し他の機関と協働してその機能を十分に発揮するためには、幅広いコンセンサスの上に制度構築がなされなければならないとすれば、制度導入の議論においても、制度の長所・短所の両者に配慮した複眼的な検討が求められるのである。

したがって、具体的な憲法裁判所制度を検討するにしても、積極・消極論の論拠のいずれかを選択してその処方箋を考えるのではなく、両論の論拠のいずれにとっても最も適合的な制度とは何かを考えることが必要となる。

したがって、新たな権限・制度・主体を検討するとしても、以下のことが要請される。

- ①「安易な制度論」になることのないよう、まず憲法裁判制度ありきではなく、現状を改善するためには、どのような制度・権限・手続が有効かを検討する。
- ②迅速な憲法判断を可能にしながら、迅速な合憲判決による憲法議論の封じ込めを防ぐ。
- ③裁判の長期化に伴う様々な弊害（特に違憲審査権の行使に消極的になる制度的要因）を除去する。
- ④下級裁判官の憲法感覚・人権感覚を十分に生かす。
- ⑤事実認定と法解釈に精通した職業裁判官の事件裁判官としてのすぐれた現実処理能力と憲法的な見地から判断を行う憲法裁判官の双方の良い面を生かす。
- ⑥司法の政治化の危険に対処する。
- ⑦憲法裁判所制度に対する根本的疑念に応える。

三 憲法裁判所とは何か

(1) 憲法裁判の様々な類型（組織）

憲法裁判所型と司法裁判所型の二類型では整理できない多様性

通常の司法裁判所が付隨的・具滌的違憲審査権だけではなく、独立的・抽象的違憲審査権も有する制度もある（カナダ）。

(2) 憲法裁判所における諸手続（手続）

ドイツ（1951年）の連邦憲法裁判所の諸手續が原型となり、各国の状況に応じて様々に加工され、

組み合わされている。

①抽象的規範統制

連邦法もしくはラント法が基本法に形式的もしくは実質的に適合するか否か、またラント法がその他の連邦法に適合するか否かについて意見の不一致または疑義のある場合、連邦政府、ラント政府、または連邦議會議員の 3 分の 1 の申立てに基づいて連邦憲法裁判所が判断する。

②具体的規範統制

一般的の裁判所は、具体的事件に適用すべき法律が違憲であると確信し、そのことが判決の結果に影響を及ぼす場合には手続を中止して、当該法律が憲法に適合するか否かの問題を連邦憲法裁判所に移送しなければならない。移送を受けた連邦憲法裁判所は、移送の形式的要件について審査した上で、法律が憲法に違反するという移送内容が理由のあるものであるか否かを審査する。

③憲法異議

法律及びその他の法規定、執行権の行為又は裁判所の判決など、公権力の全ての行為によって基本法が保障する基本権が侵害されたと考える個人は、連邦憲法裁判所に対して当該公権力の行使の違憲性を訴えることができる（裁判上の救済手段を尽くしていることが前提）。

オーストリア（1920／45年）抽象的規範統制・具体的規範統制・憲法異議（判決に対する憲法異議がない）

イタリア（1947年・1955年）具体的規範統制

フランス（1958年）憲法院：一種の抽象的規範統制（事前審査・現在では事後審査にも拡大）

スペイン（1980年）抽象的規範統制・具体的規範統制・憲法異議

ポルトガル（1983年）事前審査（大統領の申立）・抽象的規範統制・具体的規範統制

韓国（1988年）具体的規範統制・権利救済型（判決に対する憲法異議がない）・規範統制型憲法異議

（3）担い手としての憲法裁判官の裁判官像と選出方法

1) 裁判官像

「憲法裁判官」か「憲法裁判官」か

一元的憲法裁判官像（法的判断を中心に置きつつ政治的判断のセンスをも有する一元的裁判官像）か、二元的憲法裁判官像（法的判断が期待される裁判官と政治的判断が期待される裁判官の二元的憲法裁判官像）か＝憲法裁判の法的性格と政治的性格（憲法裁判権における政治的要素と法的要素）

法律家と非法律家の割合（非法律家の憲法裁判官の可能性）

2) 選出手続

大統領・政府 + 議会のさまざまな類型（議会：ドイツ・大統領：韓国）

選出手続における議会の役割（特別多数か過半数か）

四 制度改革の試み

1 憲法解釈上の問題

現行憲法で、憲法裁判所を設置するという場合、最も問題となるのが、憲法の「司法（権）」概念との整合性である。

（1）従来の通説的見解

憲法第 76 条 1 項の「司法」とは、一般に「具体的な紛争について、法を適用し、宣言することによって、これを裁決する国家の作用」と解されており、これを受けて裁判所法三条一項は、裁判所は一切の「法律上の争訟」を裁判すると定めている。そして、この「法律上の争訟」とは、「具体的事件性・争訟性」をそなえたものであると考えられ、憲法 81 条の「違憲立法審査権」も司法権に含まれる以上「具体的事件性」要件が必要であって、「具体的事件性」を必要としない憲法裁判所による抽象的審査は認められないことになる。

（2）司法概念の再検討

近年、いわゆる行政事件訴訟法の客観訴訟における違憲審査権の行使をめぐって、以下のような形で、「司法（権）」概念の再検討が進んだ。これによって、憲法 81 条の「違憲立法審査権」が事件性を要件とする具体違憲審査制であり、事件性を要件としない抽象的審査制＝憲法裁判所を導入することは憲法上禁止されているとする、従来の司法（権）概念による狭い限定も再検討をせまられている。

a. 具体的な「事件・争訟性」を司法の本質的な要素としながら、本来の司法権に属しない作用を裁判所に付与することは、事件・争訟性という司法の本質的要件に抵触しない限り、すなわち、事件・争訟性を擬制するだけの内実を備えており、つまり具体的な国家行為があり、裁判による決定になじみやすい紛争の形態をそなえており、その決定には終局性が保障されている場合には、憲法上可能である（佐藤幸治『憲法訴訟と司法権』1984年4四頁以下）。

b. 司法とは「適法な提訴を待って、法律の解釈・適用に関する争いを、適切な手続の下に、終局的に裁決する作用」であり、具体的事件性・争訟性はその要素とならない。したがって、「裁判を受ける権利」（32条）によって憲法上義務づけられる具体的な権利侵害の裁決以外の法的争いの裁決を司法権に与えるのか否かは、立法政策の問題である（高橋和之「司法の觀念」樋口陽一編『講座憲法学6 権利分立（2）』1995年23頁以下）。

c. 抽象的審査とは、具体的な行為を前提とせずに法律の効力をその公布とともに直接に違憲審査の対象とする制度であり、現行の客観訴訟における違憲審査は、公権力の具体的行為を前提としそれをめぐる紛争の解決に必要な限りで違憲審査が行使されるので、これはあくまで具体的違憲審査である（野中俊彦『憲法訴訟の原理と技術』1995年26頁）。

2 制度上の問題

(1) 組織

憲法問題の上告裁判所であると同時に刑事・民事・行政事件の上告裁判所である最高裁の機構改革

憲法裁判を独立して扱う組織の創設

独立した主要問題型の部（裁判所）の創設と上告審（裁判所）の分離

具体例

a. 上告審としての最高裁小法廷（6 法廷 30 名）と憲法裁判を行う別個の最高裁（大法廷）（9 名）

違憲訴訟及び上訴制度改革に関する衆議院法務委員会小委員会の改革要綱試案（1954年10月12日）

b. 上告審としての「特別高裁」（30 名）の設置とワンベンチの最高裁（定員 9 名）

笹田栄司『裁判制度一やわらかな司法の試み』1997年153頁以下

(2) 裁判官

1) 最高裁判所裁判官

憲法裁判官と上告審裁判官の分離

2) 憲法裁判官の選出に関する改革

憲法意識（感覚）の高い憲法裁判官

キャリア出身裁判官の比率を低めた構成

非法律家の憲法裁判官

現行任用制度 + 「諮問委員会」の設置

国会の同意のシステムの構築

国政調査権に基づく公聴会の実施

(3) 新たな手続の模索

1) 抽象的規範統制手続

「司法権」概念からの問題

政治の司法化の懸念

2) 憲法異護手続（法律・行政行為・判決）

過重負担の問題

超上告審問題一判決に対する憲法異議

3) 具体的規範統制手続

2-1) 手続の憲法適合性

a. ドイツの違憲審査制が一般に抽象的違憲審査制といわれるは、違憲審査権が連邦憲法裁判所に独占され、そこでの審査は、仮に具体的な国家行為を前提として審査が開始されるとしても、その国家行為はあくまでも憲法裁判所の裁判を求める前提要件であるにとどまり、憲法裁判所の裁判そのものはその根拠となる法律自体についての裁判であるということにある。このような意味で、日本国憲法は、抽象的な審査制は認めていない。

← この主張は、憲法裁判所制度一般を対象とする場合には妥当であるかもしれないが、具体的規範統制手続においては妥当しない。なぜなら、具体的規範統制手続は、一般の裁判所による具体的な訴訟事件解決のための法適用の前提としての合違憲性判断と憲法裁判所による当該適用法令の合違憲性判断の複合的な手続である。つまり、移送決定は付随審査であり、これに憲法裁判所による独立審査が結びついたものである。つまり、この手続にあっては、一般の裁判所による付随審査が手続の必須の要件となっているのである。

また、現行法制度でも、「大法廷への論点回付」制度では、大法廷が事件とは切り離して法令の憲法適合性の問題だけを判断している。上記の主張からすれば、これも抽象的審査ということになる。

b. 最高裁判所が憲法判断に関する「終審裁判所」と規定されており、憲法判断を行う前審的あるいは下級審的裁判所の存在が想定されている。これは憲法裁判所的あり方とは必ずしも整合しない。アメリカ的な付随審査制を前提とした規定と解すべきである。

← 具体的規範統制手続については、一般の裁判所の違憲審査権が否定されているわけではなく、その意味で、憲法裁判に関して、一般の裁判所の移送決定に、「終審」に対する「前審」性を読み込むことも十分に可能である。

c. 抽象的違憲審査権の重要性にかんがみると、最低限でも提訴要件や判決の効力は憲法上明記することが必要とされるであろうし、さらに裁判官の選任方法についても特別の配慮が憲法上なされている必要がある。そのような憲法上の規定をまったく欠くわが国の場合、付隨的違憲審査制説が正当だと思われる。

← これに対しては、そもそも、憲法制定過程において憲法裁判所型を否定する立法者意思のなかったことをもう一度確認しなければならない。したがって、憲法上の明文の規定がないことによって、たしかに憲法が憲法裁判所的権限を要請しているという説を否定することにはなるが、憲法裁判所的権限を法律で最高裁判所に付与することを否定し、禁止しているとまでいいうるか、疑問である。また、読売憲法試案のような大規模な「憲法裁判所」の設置は、憲法上の明文の規定を必要としようが、具体的規範統制手続の導入程度であれば必ずしも憲法の明文の根拠は必要としないのではないか。たとえば、「違憲訴訟及び上訴制度改革に関する衆議院法務委員会小委員会の改革要綱試案（1954年10月12日）」が、法改正として独立の憲法部の設置と具体的規範統制類似の手続を提唱している。

2-2) 手続の実際上の利点

①具体的規範統制手続では、審級にかかわらず具体的事件が係属している各裁判所が独自の判断で最高裁に

移送することができるので、提起された憲法問題について一般的にいってより迅速な判断が可能となる、

②これにより、裁判の長期化に伴う様々な弊害もある程度は防止することができる。

③迅速な裁判が迅速な合憲判断を生み、それによって最高裁の体制維持機能が一段と強まるという懸念は、直ちに手続の導入によって払拭されることはない。しかし、具体的規範統制手続では、常に下級裁判所の違憲判断（移送決定）を受けて最高裁の判断が下され、また裁判の長期化に伴う時間的な緩和剤がない以上、最高裁判所が体制維持に徹するとしても、その姿勢は現行制度より鮮明な形で国民の前に明らかになる。

④具体的規範統制手続では、下級裁判所が違憲判断についてイニシアチブをもつのであり、この意味でも下級裁判所の憲法感覚・人権感覚は十分に生かされる。また、下級裁判所の移送は当事者の違憲という主張に拘束されることはないが、一般の刑事・民事・行政という具体的事件の裁判の中で当事者である市民は違憲の主張を十分に行うことができる。また、下級裁判所自身は裁判の長期化あるいは上級審で覆されることによる当事者の不利益を考えることなく、違憲判断ができる。

⑤具体的規範統制手続にあっては、事実認定と法解釈に精通した職業裁判官の事件裁判官としてのすぐれた現実処理能力に支えられた移送決定と、これを踏まえより憲法的な見地から判断を行う憲法裁判官との協同作業によって、双方の良い面が生かされる可能性がある。

⑥あくまで具体的な訴訟事件を契機としてなされる審査であり、政治の裁判化（司法化）の危険性は大きくない。

五 結語

一つの選択肢

裁判所法を改正して、上告審裁判所としての最高裁判所（仮称「最高裁判所上告部」）とは別個のものとして 9 名の憲法裁判官によって構成される憲法裁判を専門に行う最高裁判所（仮称「最高裁判所憲法部」）を設置する。9 名の憲法裁判官は、裁判官任命諮問委員会の諮問にもとづき内閣が任命する。最高裁判所憲法部は具体的規範統制手続を管轄とする。（最高裁判所上告部を含む）一般の裁判所が具体的事件に適用する法律を違憲であると判断した場合、手続を中止し、その理由を詳細に付した決定を憲法部に移送する。最高裁判所憲法部は、当該違憲であるとされる法律が具体的な事件の裁判にとって重要な意味を持つか否かを審査した上で、当該法律の憲法適合性の審査を行う。

50 年余の実績の上で、わが国の違憲審査制度のあり方を検討するためには、憲法訴訟論、裁判官論、裁判所制度論から法曹育成論に至る広い視野からの提言が不可欠である。21 世紀の初頭に行うべき作業は、憲法訴訟論か裁判官論か裁判所制度論かではなく、これらを総合的に視野に入れながら制度改革のためのさまざまな具体的な選択肢を提示し、これと現行制度およびその運用を比較検証していくことにあるように思われる。