

衆憲資第91号

「立憲主義、憲法改正の限界、違憲立法審査の  
在り方」に関する資料

平成28年11月  
衆議院憲法審査会事務局

この資料は、衆議院憲法審査会における調査の便宜に供するため、幹事会の協議決定に基づいて、衆議院憲法審査会事務局において作成したものです。

この資料の作成に当たっては、調査テーマに関する諸事項のうち関心が高いと思われる事項について、衆議院憲法審査会事務局において入手可能な関連資料を幅広く収集するとともに、主として憲法的視点からこれに関する国会答弁、主要学説等を整理したのですが、必ずしも網羅的なものとなっていないことにご留意ください。

# 目 次

## I 立憲主義

(図：立憲主義の成立と展開) .....	1
1 「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」 .....	2
(1) 固有の意味の憲法 .....	2
(2) 立憲的意味の憲法 .....	2
2 憲法規範の特質 .....	3
(1) 基本価値秩序としての憲法 .....	3
(2) 授権規範・制限規範としての憲法 .....	3
(3) 最高法規としての憲法 .....	3
3 近代立憲主義の成立 .....	4
(1) 中世立憲主義 .....	4
(2) ローマ法思想と絶対主義国家の形成 .....	4
(3) 絶対主義との闘いと近代立憲主義の成立 .....	4
4 近代立憲主義の内容 .....	6
(1) 近代立憲主義の基本原則 .....	6
(2) 近代立憲主義の二つのモデル .....	11
5 近代立憲主義の現代的変容 .....	12
(1) 人権論における変化 .....	12
(2) 国民主権から人民主権へ .....	13
(3) 権力分立制の変容 .....	13
(4) 法の支配の再編 .....	13
6 日本における立憲主義の継受と展開 .....	15

## II 憲法改正の限界

(図：憲法改正の限界) .....	16
1 硬性憲法の意義 .....	17
2 憲法改正の限界 .....	17
(1) 「限界説」の考え方 .....	17
(2) 日本国憲法の改正の限界 .....	18

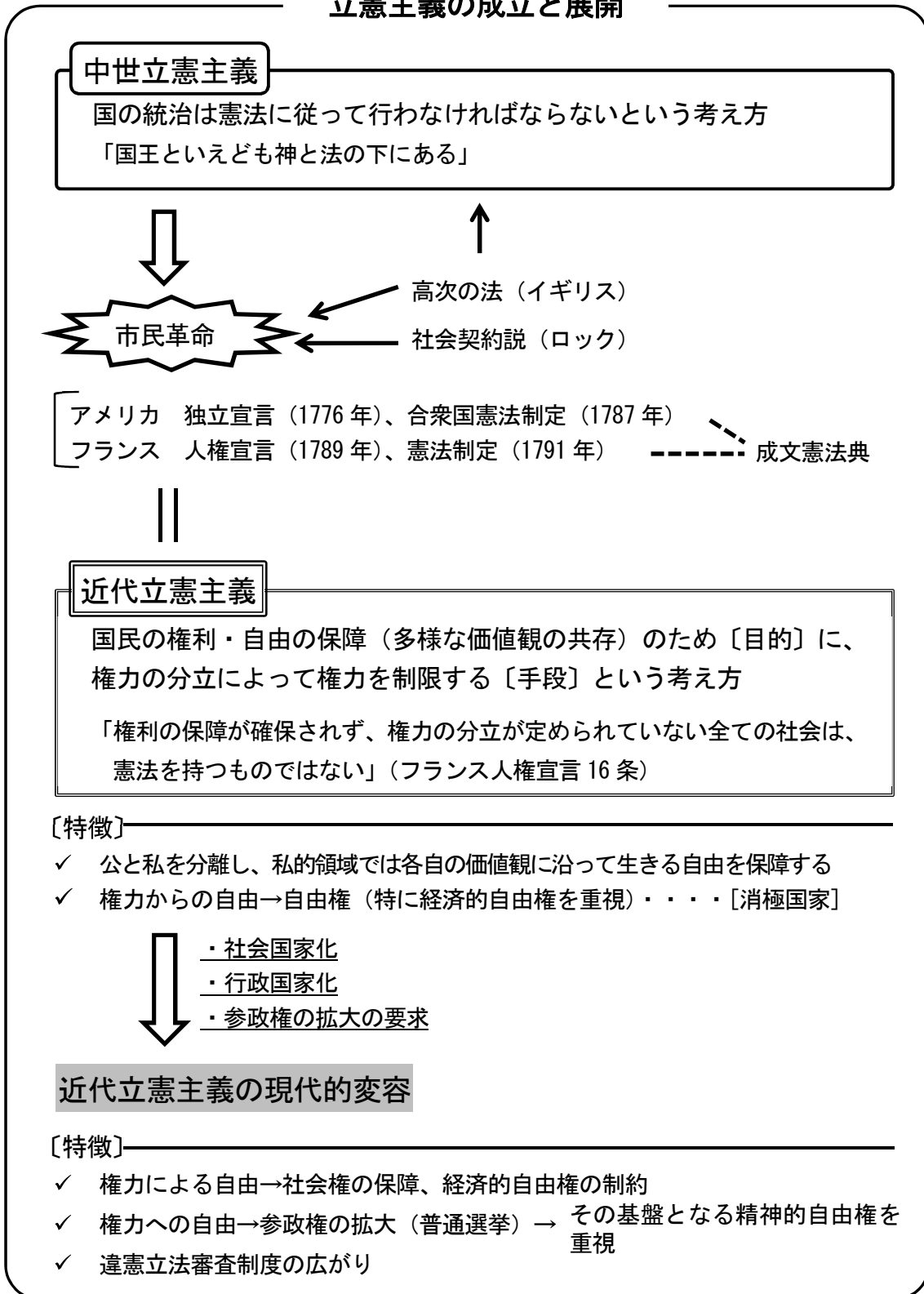
(3) 衆議院憲法調査会における議論	19
(4) 諸外国における憲法改正限界に関する規定	20
(5) 改正限界を超えた改正	21

### Ⅲ 違憲立法審査の在り方

(図：我が国の違憲審査制の現状とその改善策)	22
1 総論	23
(1) 違憲審査制の成立の経緯と発展	23
(2) 違憲審査制の根拠	23
2 我が国の違憲審査制の概要	24
(1) 違憲審査制の類型	24
(2) 違憲審査の対象	25
(3) 違憲判決の効力	29
3 我が国の違憲審査制の現状	32
(1) 司法消極主義	32
(2) 衆議院憲法調査会における議論	32
(3) 近時における違憲審査の活性化？	33
(4) 司法が憲法判断に消極的な現状を生み出す主な要因	33
4 現行制度の改善策	35
(1) 裁判官の人選と人数	35
(2) 上告制度の見直し	37
(3) 違憲審査制の改善策	38

# I 立憲主義<sup>1</sup>

## 立憲主義の成立と展開



【衆議院憲法審査会事務局作成】

<sup>1</sup> 特に断りのない限り、高橋和之『立憲主義と日本国憲法 (第3版)』(有斐閣、2013年) 8-37頁をもとに作成。

# 1 「固有の意味の憲法」と「立憲的意味の憲法」

## (1) 固有の意味の憲法

憲法とは、どのような自然人の意思が国家の意思とみなされるべきかを定めた基本法である。強制力の独占を正統化された国家の意思は、国家権力により強制される力を獲得する。国家意思を形成し執行していく権力、すなわち統治権が誰に帰属し、どのように行使されるべきかを定めているのが憲法なのである。この意味での憲法は、あらゆる国家に存在する。憲法なくして国家は存在し得ない。この意味での憲法を「固有の意味の憲法」と言う。

## (2) 立憲的意味の憲法

一方、憲法という語により通常思い浮かべる憲法は、人権保障を謳い、国民主権や権力分立を定めた憲法であり、それは通常一つの統一的な憲法典の形で存在している。

絶対王政末期になると、イギリスに中世以来存在した、国王権力をも拘束する「高次の法」(higher law) という思想と、ロック的な社会契約論の影響下に、社会構成員の合意書としての憲法典を制定しようという考えが生じた。これを歴史上最初に実行に移したのは、イギリスから独立した直後のアメリカ連邦であった。1776年7月のアメリカ独立宣言では、自然権思想を基礎に母国イギリスからの独立の正統性が主張され、1787年には合衆国憲法が制定された。

同じ時期、フランスでも、1789年「人及び市民の権利宣言」(フランス人権宣言)において国民主権、人権保障、権力分立が国家の基本原則となるべきことを宣言し、1791年にそれに基づく最初の憲法を制定した。

これらの憲法は、いずれも人権保障と権力分立原理を採用し、権力を制限して自由を実現するという立憲主義 (constitutionalism) の思想を基礎にしている。立憲主義とは、政治は憲法に従ってなされなければならないという思想を言うが、そこで言う憲法はいかなる内容の憲法でもよいのではなく、人権保障と権力分立の原理に支えられたものでなければならないと考えられたのである。1789年のフランス人権宣言16条は「権利保障が確保されず、権力分立が定められていない社会は、全て憲法を持つものではない」と規定したが、立憲主義の典型的な宣言と言われている<sup>2</sup>。このような立憲主義を基礎にした近代の憲法を「立憲的意味の憲法」と呼ぶ。立憲主義については、3以下で詳述する。

---

<sup>2</sup> 「ひろく憲法史を見わたして、一七八九年宣言ほど、後世に近代立憲主義のシンボルとしての影響をもちつづけてきているものはないといってよからう。実際、この宣言は、それに適合的な統治機構を定めた一七九一年憲法とともに、近代憲法の基礎的な諸観念、諸定式を提供するものであった。」と指摘されている(樋口陽一『比較憲法(第3版)』(青林書院、1992年)57頁)。これに対し、フランス革命に近代立憲主義のモデルを見ることを批判する学説(阪本昌成『「近代」立憲主義を読み直す』(成文堂、2000年)139頁以下)もある。

## 2 憲法規範の特質

憲法という法規範は、他の法規範と比較したとき、次のような特質を持つ。

### (1) 基本価値秩序としての憲法

憲法はその社会の基本価値を体現している。立憲的意味の憲法の基本価値は、「個人の尊厳」であり、それを護るために人権保障と権力分立を規定した。

### (2) 授権規範・制限規範としての憲法

憲法は、授権規範としての特質を持つ。他の法規範は、自己の妥当性の根拠を憲法による授権から得ているのである<sup>3</sup>。

授権することは、同時に制限することでもある。権限を授けられた機関は、授権の範囲を超えて権限を行使することはできないからである。この点は、固有の意味の憲法についても妥当するが、立憲的意味の憲法の場合は、自由を護るために権力を制限することを重要な目的としたから、制限規範としての性格がより強く表れる<sup>4</sup>。

### (3) 最高法規としての憲法

憲法は授権規範として他の法規範の上にあるのみならず、形式的効力の観点からも最高位に位置している。つまり、憲法という法形式に他の法形式（法律、命令等）に優位する効力が与えられ、実定法秩序の最高位の地位が認められるのである。この形式的意味の憲法の最高法規性の実質的根拠は、憲法が「個人の尊厳」という実定法秩序を支える基本価値を体現していることに求められる。

---

<sup>3</sup> 授権規範と人権規範の関係については、「国家権力の組織を定め、かつ授権する規範が、憲法に不可欠であることは言うまでもないが、この組織規範・授権規範は、憲法の中核をなすものではなく、……つねにより基本的な規範、すなわち自由の規範（人権規範）に奉仕するものとして存在する。自由の価値は、……超実定法的な自然権の思想に由来する。その意味で、それを実定法化した自由の憲法規範は、……憲法の中核を構成する根本規範だと言うことができよう。そして、この根本規範を支える核心的価値が人間人格不可侵の原則（個人尊厳の原理）である」と言われている（芦部信喜『憲法学 I 憲法総論』（有斐閣、1992年）46-47頁）。

<sup>4</sup> 樋口陽一は、授権規範・制限規範という観点から、大日本帝国憲法と日本国憲法の性格を以下のように述べている。「大日本帝国憲法それ自体にあっては、天皇主権を核心とする授権規範としての性格が卓越し、臣民の権利の保障という制限規範としての性格は、それと同程度に本質的な位置づけを与えられてはいなかった（運用上、後者をより強調しようとしたのが立憲学派であったが）。日本国憲法の論理からすれば、個人の尊厳に遡る人権規範と平和主義規範という制限規範としての性格を中心におき、国民主権に基づく授権規範としての性格は、目的に対する手段といってもよい関係に置かれている」（樋口陽一『憲法 I』（青林書院、1998年）11頁）。

### 3 近代立憲主義の成立

#### (1) 中世立憲主義

国の統治が憲法に従って行われねばならないという立憲主義の思想の淵源は既に中世のゲルマン法思想の中に存在した。中世においては、「国王も神と法の下にある」と言われ、国王といえども法には従わねばならないと考えられていた。そこに言う法とは、国王が自己の意思によって人為的に制定するものではなく、国王の意思からは独立に存在する客観的な正義であると観念されていた。この客観的に存在する正義としての法（慣習法）が裁判において発見され、適用されたのである。そして、国王がこの法に違反して恣意的な政治や裁判を行えば、それに抵抗することも正当であるとされた。国王が法に従うよう監視する役割は、通常は、国王の臣下を集めた国王顧問会議（後の身分会議・等族会議の前身）が担うとされた。ここには中世的な「法の支配」が見て取れるのであり、これを「中世立憲主義」と呼ぶことができよう。

#### (2) ローマ法思想と絶対主義国家の形成

法は制定するものではなく発見するものだというゲルマン法的観念を覆したのは、ローマ法の観念であった。12世紀にイタリアでローマ法の研究が始まるが、そのローマ法思想によれば、法とは皇帝の意思・命令により制定されるものであった。中世的諸身分の特権・既得権を内容とする慣習法により縛られていた国王は、中央集権的国家の建設を推進するために、このローマ法思想を援用するようになった。それが最も典型的に現れたフランスでは、国王は主権者たる自己の意思こそが法であると主張し、これに反対する身分会議（三部会）の召集を回避して絶対王政を確立していく。その過程で、国王権力は対内的に最高であり、対外的に独立であると主張する「主権」の概念が形成された。

#### (3) 絶対主義との闘いと近代立憲主義の成立

主権者（国王）の意思が法だということになると、国王が自由に法を制定し得るということになるから、絶対君主に対抗して臣民の権利保障を主張するための新たな論理が必要であった。

#### ア 統治契約論

初期の段階でこの要請に応えようとしたのは、統治契約（服従契約）の理論であった。国王の側が主権を神から授けられたとする王権神授説を唱えたのに対し、統治契約論は、神から主権を授かったのは国王ではなく人民であり、それを服従契約により国王に委任したのでであると主張した。この理論では、国王が人民の権利（身分的・慣習法的な既得権）を侵害すれば契約違反となり、人



民は服従の義務から解放され抵抗権に訴えることが可能となるとされたのであり、多分に中世的な性格を残した理論であった。

## イ 社会契約論

その後、ジョン・ロックに代表される社会契約論が形成され、これにより権力の制限と自由の保障が理論化されるに至る。それによれば、人は最初、社会の成立以前の「自然状態」において自然権を有していたが、その自然権をよりよく保障するために契約により社会を形成し、政府を設立して権力を信託する。この政府の設立・信託が、憲法の制定行為に当たる。政府の設立と権力の信託は自然権の保障が目的であるから、政府は人々の持つ自然権を侵害することは許されず、侵害した場合には、抵抗権あるいは革命が正当化される。このような思想によってアメリカの独立やフランス革命が行われ、立憲主義に基づく憲法が制定された。

## ウ 立憲主義の構成原理

こうして確立した近代立憲主義の内容は、権利（自由）の保障と権力の分立を基本原理とするものであったが、その前提として人民が主権者として憲法を制定するという原理が要求されていた。また、権力分立や人民主権は、「法の支配」を通じての自由という中世法的理念をローマ法的観念の下で再構成するための制度原理という意味も持っていた<sup>5</sup>。

以上から、近代立憲主義の基本原則として、①自由の保障、②法の支配、③権力分立、④人民主権、を指摘することができる。それぞれについての詳細は、以下に述べる<sup>6</sup>。

---

<sup>5</sup> 樋口陽一は、「近代立憲主義と中世立憲主義との論理的断絶によってはじめて、個人が創出され、近代立憲主義の基本構造——主権と人権——が可能となった」とする（前掲注4・樋口19頁）。

<sup>6</sup> 大石眞は、立憲主義の本質的要素として権利保障の理念と権力分立の原理の2つを挙げた上で、立憲主義を担保するために第三の要素として責任政治の原理（あらゆる国政上の決定について、国民に対する何らかの責任を負う者がなくてはならないという公理を前提に法的・政治的・社会的責任の所在を明らかにすることを要求する思想・制度）を加える（大石眞『憲法講義I（第3版）』（有斐閣、2014年）27-32頁）。また、美濃部達吉も以下のように述べている。「わが憲法に於ける立憲主義の根底を為して居る思想は、殊に三点を挙げることが出来る。……第二に、立憲政治は責任政治である、統治権の総ての作用が責任あることを要し、国民及びその代表者としての議会が其の責任を質し、其の作用に付いて批評し弁難し得ることが、立憲政治の専制政治と異なる第二の要点である。……大臣責任の制度は……国民殊にその代表者としての議会が政治を論評して大臣の責任を問ひ得ることを意味するのである。」（美濃部達吉『逐条憲法精義』（有斐閣、1927年）20-22頁）

## 4 近代立憲主義の内容

### (1) 近代立憲主義の基本原則

#### ア 自由の保障

##### (ア) 自由に関する二つの観念

自由には二つの観念がある。一つは、政治への参加の中に自由を見る見方（権力への自由）であり、もう一つは、国家によって妨害・干渉されないことの中に自由を見る見方（権力からの自由）である。

「権力への自由」は、古代ギリシャの都市国家に存在した自由観である。都市国家の構成員である市民は、直接民主政の下に、自らが権力の担い手となって「自己統治」し、そのことによって自由であると考えられた。この自由の観念は、ルソーにより受け継がれ、近代立憲主義にも一定の影響を与えた。ルソーは、自由とは自己自身の意思に従うことであると考え、それを可能とする政治体制として、人民主権の下に人民が直接法律を制定し、法律に従うことが自らの意思に従うことと同じとなるような体制を構想した。

この「権力への自由」に対し、「権力からの自由」は、権力に参加し、自らが権力主体となることを目指すのではなく、権力をあくまで他者と見て、その権力から干渉を受けない私的な領域を確保することの中に自由を見る。ここには、人の生にとって決定的に重要なのは、市民として公共的なものに参加することより、私的な領域で自己の生を生き抜くことだという価値観の転換がある。

近代において中心となった自由観は「権力からの自由」であり、人権保障の中心に置かれたのは、このような意味での「自由権」であった。しかも、財産権を中心とする経済的自由権を最も重要視した点に、近代の人権保障の特徴があった<sup>7</sup>。なお、「権力への自由」を基礎とする市民権としては、政治への参加が権力をコントロールし自由権を護る手段として有用である限度で、制限選挙ではあったが参政権が認められた。

##### (イ) 権力による自由

自由の観念としては、「権力からの自由」と「権力への自由」が基本であるが、もう一つ、「権力による自由」が言われることがある。これは、権力

---

<sup>7</sup> この点に関し、奥平康弘は次のように指摘している。「人びとが関心をもったのは精神活動の自由だけではない。いやむしろかれらは経済活動の自由こそ最大の関心を払った、とさえいえる。近代以前の社会では、諸個人は、身分制的な秩序の拘束をうけ、職業選択、移住、財産の所有、商取引、雇傭などいじりしく不自由であった。このような不自由を撤廃し、自由に経済活動をおこなうことこそが、人間らしい生活に不可欠なことだ、と考えた。こうして新しく近代国家を創設する過程で、契約の自由、所有権の不可侵など、経済活動の自由を憲法上保障することにした。当時は、これらの自由が生存権の保障という意味をもっていたことを指摘しておこう。」（奥平康弘『憲法—学習と実践のために』（弘文堂、1981年）42頁）

が自由を実現するという側面を捉えた表現である。

近代憲法においては、「裁判を受ける権利」がその最も重要な例であるが、現代憲法になると、新たに「社会権」が憲法上の権利としての地位を与えられるようになる。

#### 【参考】多様な価値観の共存

異なる価値観・世界観は、宗教が典型的にそうであるように、互いに比較不能である。しかも、各人にとって自分の宗教は、自らの生きる意味、宇宙の存在する意味を与えてくれる、かけがえのないものである。かけがえのないものを信奉する人々が対立すれば、ことは深刻な争いとなる。……

しかし、人間らしい生活を送るためには、各自が大切だと思う価値観・世界観の相違にもかかわらず、それでもお互いの存在を認め合い、社会生活の便宜とコストを公平に分かち合う、そうした枠組みが必要である。立憲主義は、こうした社会生活の枠組みとして、近代のヨーロッパに生れた。

そのために立憲主義がまず用意する手立ては、人々の生活領域を私的な領域と公的な領域とに区分することである。私的な生活領域では、各自がそれぞれの信奉する価値観・世界観に沿って生きる自由が保障される。他方、公的な領域では、そうした考え方の違いにかかわらず、社会のすべてのメンバーに共通する利益を発見し、それを実現する方途を冷静に話し合い、決定することが必要となる。

このように、立憲主義は、多様な考え方を抱く人々の公平な共存をはかるために、生活領域を公と私の二つに区分しようとする。

長谷部恭男『憲法とは何か』（岩波書店、2006年）9-10頁

近代ヨーロッパで立憲主義が成立する経緯においては、宗教戦争や大航海を通じて、この世には比較不能な多様な価値観が存在すること、そして、そうした多様な価値観を抱く人々が、それにもかかわらず公平に社会生活の便宜とコストを分かち合う社会の枠組みを構築しなければならないこと、これらが人々の共通の認識となっていたことが決定的な意味を持っている。立憲主義を理解する際には、硬性の憲法典や違憲審査制度の存在といった制度的な徴表のみにとらわれず、多様な価値観の公平な共存という、その背後にある目的に着目する必要がある。

同上 71頁

## イ 法の支配

### (ア) 「法の支配」の二つの要請

「法の支配」は「人の支配」に対する概念で、人による恣意的な支配を排除し、予め定められた法に基づく支配によって自由を確保することを目的とする。その実現のためには、第一に、自由を保障する内容の法（正しい法）の制定が必要であり、第二に、その法の忠実な適用・執行が必要である。

では、正しい法の制定という要請を実現するためには、まず、法律の制定に抑制・均衡 (checks and balances) のメカニズムを組み込む方法がある。チェック・アンド・バランスも権力分立の内容をなすが、例えば、議会を二院制にして法律の制定には両院の合意が必要であるとしたり、国王・大統領の拒否権を認めたり、裁判所に違憲立法審査権を与えたりして、法律の内容が行き過ぎるのを阻止し、法律の「正しさ」を確保しようとするものである。

もう一つは、法律の制定に国民の同意を得るという方法であり、国民の権利を制限するような法律を制定する場合には、少なくとも国民を代表する議会の同意を必要とすることにして、法律の内容の「正しさ」を確保しようとするのである。

現実には、この二つの方法を組み合わせて、法律の内容が自由を侵害するものとならないよう配慮している。その具体的ありようは国により異なるが、それを支える理念は権力分立 (抑制・均衡) と国民主権である。このように、法の支配は権力分立と国民主権の原理に密接に結びついている<sup>8</sup>。

## (イ) 法の忠実な執行

法の忠実な執行という要請を実現するために、法を制定する権力 (立法権) と執行する権力 (執行権) と法の争いを裁定する権力 (裁判権) を分離し異なる機関に授けるという考えが生ずるが、これが後述する「権力分立」の原理である。

正しい法律が制定されれば、その忠実な執行を確保するために最も重要な役割を果たすのが裁判所である。近代において法の支配の観点から最も重視されたのは、国王の権力を法律の下に置くことであったから、法の支配は国王の執行権 (行政権) を法律に従わせることの確保を中心に制度化が構想され、その結果、国王から独立の裁判所が行政の法律適合性を裁定するという体制が目指された。

法の支配を徹底するためには、行政が法律に従っていることを確保するだけでは不十分であり、違憲立法かどうかを独立の裁判所が判断する制度を実現する必要がある。しかし、それが実現するのは、一般には現代に入ってからであり、近代の段階では、このような違憲審査制度は、唯一アメリカ合衆国において採用されていたにすぎない。したがって、国民の権利が現実にとどの程度保障されるかは、どのような内容の法律が制定されるかに依存することとなった。イギリスでは、法的には国会主権の原理がとら

---

<sup>8</sup> 「法の支配」概念にこのような法の内容の正しさを含めることを批判し、法の一般性・抽象性・明確性・安定性などの法が法として機能するための形式的な特性と捉える見解として、長谷部恭男『憲法 (第6版)』(新世社、2014年) 19-21頁。

れ、法律が最高の力を持つとされたが、法思想としては中世以来の、国王も議会も拘束される「高次の法」が存在するという観念が強固に生き残り、国民の権利を侵害するような法律が作られることに阻止的に働いた。フランスでも、国民主権の下に国民を代表する議会が優位する体制が確立し、法律（議会）が最高の力を持ったが、市民階級の成熟とともに選挙権が拡大され、法律が国民の権利を侵害することは少なくなったと言われる。これに対し、ドイツでは、市民階級の成熟が遅れ議会が力を持つに至らず、「法律に基づく行政」の原理が法律の内容・実質を問わないものと理解されるようになり、たとえ権利を制約するような法律でも行政がそれに従ってなされる限り、「法治国家」が存在するとされた（形式的法治国家）。

## ウ 権力分立の原理

### （ア）権力分立論の二側面

権力分立論を定式化したのは、モンテスキューであった。彼は当時のイギリスの制限君主制を観察し、それを、立法権・執行権・裁判権の分離の下に、立法権に君主・貴族院・庶民院の三者が参与し、そこで抑制・均衡する体制として描いた。ここに描出された原理が、忠実な法律執行のための立法・執行・司法の「三権分立」（狭義）と正しい法律制定のための「抑制・均衡」の原理として、法の支配を制度化するメカニズムとなった。一般には、権力分立の原理（広義）を三権の分離と抑制・均衡の両側面を含む意味で用いている。

### （イ）歴史的展開図式

権力分立原理の要点は、立法、執行（行政）、裁判という国家の三つの作用（機能）を異なる組織・機関に配分し、少なくとも一つの機関が全国家作用を独占しないようにすることにある。諸権力をどのように配置するかは国により時代により異なるが、特に立法権と執行権の關係に着目してイギリスの歴史的展開を見てみると、次のような発展図式を描くことができる。

国王が全権力を握った「絶対王政」を出発点に置くと、次に来るのが立法権を国王と議会が共有し、国王権力が議会により制限される「制限君主制」であり、これがモンテスキューが権力分立論を説くに際してモデルにした体制である。立憲君主政も基本的には、この型に属する。次いで君主と議会の間を調整する機関として内閣が重要な役割を果たす段階が来る。内閣を構成する大臣は、国王が自由に任免したが、議会の力が強まるとともに議会の信任も必要となり、特に議会の信任を受けた首相の指導の下に内閣が国王から相対的な独立性を獲得して、国王と議会の両者から信任を

受けつつ両者の調停を行っていくようになる。これが議院内閣制の始まりである。18世紀末にこのような政治運営のあり方が成立するが、権力の核が国王と議会の二つにあるため、「二元型議院内閣制」と呼ばれる。その後、民主主義が強まり議会の地位が向上すると、国王は首相の選任権を実質上失い、国王の権力は名目化する。この段階が「一元型議院内閣制」と呼ばれ、19世紀後半に実現される。

制限君主制における君主の代わりに大統領を置いたのがアメリカの大統領制である。権力分立がもともと制限君主制の構造をモデルとしていたことから、アメリカの大統領制は厳格な権力分立体制だと言われることがあり、これに対比して、議院内閣制は穏健な権力分立の体制だと言われる。なお、二元型議院内閣制の構造を共和政の下で採用したのが、かつてのワイマール憲法や現在のフランス第五共和政憲法である。

## エ 国民主権の原理

主権という概念は、国王が中世の権力分散的な封建社会を統合していく過程で、国王権力を正統化する目的でローマ法観念を手がかりに造形されたものである。そこで、主権は、最初、国王の権力が対外的に（ローマ教皇や神聖ローマ皇帝等との関係で）独立であり、対内的に（封建諸侯との関係で）最高であることを表現する言葉として成立し、次いで、独立・最高の国王権力そのものを主権と呼ぶ用法も成立した。

対内的な最高性に関し重要となるのは、主権的な国家権力が誰に帰属するかである。この点で君主主権論と人民主権論が対立したが、そこで争われた問題には二つの領域の区別が必要である。

第一は、権力の正統性の根拠の問題である。国家権力は、もともと誰に帰属するものなのか。君主なのか人民なのか。これが、実は、「憲法制定権力」の帰属にも関係するのである。君主主権論は、自己の権力は神により直接授かったものであり、それに基づき自ら憲法を欽定し、その憲法により、自己の権力行使を自己制限するのでであると主張する。これに対し、人民主権論は、人民が契約により社会を形成し、憲法を制定するのだと主張する。

第二は、人民が憲法を制定する場合、どのような内容の制度を作るべきかという問題である。フランスでは、この点で「人民」(people) 主権論と「国民」(nation) 主権論が対立した。「人民」主権論は、主権者たる人民を政治に参加し得る独立し成熟した判断能力を備えた具体的個人（市民）の集合と捉え、個々の市民が選挙権を持つべきであり（普通選挙）、かつ、選ばれた代表者は選挙区民の命令に法的に拘束されねばならない（命令的委任）と主張した。これに対し、「国民」主権論は、その国民を、過去から現在を経て未来へ連綿と

継続する抽象的・理念的な国民の意味に理解した。このような「国民」に帰属させられる意思是、全国民の意思であるから、それを形成する議会の代表者は、自己の選挙区民の意思に拘束されることなく、自己の良心のみに従い、討論を通じて全国民の利益となる意思を形成しなければならないのである。ゆえに、命令的委任は禁止されねばならない。さらに、参政権も自己の利益を離れて全国民の利益を考えることのできる者に制限されねばならない（制限選挙）。近代初期に勝利するのは、この「国民」主権論であった。

## **(2) 近代立憲主義の二つのモデル**

以上の基本原理が現実にとどのように制度化されるかは各国により異なるが、全体のあり方を大きく分ければ二つの主要なモデル（立憲君主政モデル・国民主権モデル）に整理できる。

### **ア 立憲君主政モデル**

立憲君主政モデルにおいては、君主政原理（君主主権）が出発点に置かれ、そこから君主が憲法を欽定して自己の権力を制限するという論理をたどる。

まず第一に、議会が設立され、これに立法権が与えられる。ただし、君主も議会の可決した法律の裁可権を留保する。したがって、法律を制定するには、原則として、議会と君主の同意が必要となり、少なくとも議会の同意が必要となった限りで、君主の立法権は制限されることになる。議会の同意が必要とされたのは、国民の権利を制限しあるいは義務を課す場合である。このような法規範を、ドイツでは「法規」と呼んだが、法規の制定は法律をもってしなければならないとされた。「法規」が法律事項と命令事項の分配のキー概念だったのである。

第二に、独立の裁判所が設置され、それに法律の解釈・適用の争いを裁定させた。そして、立法権と裁判権以外の残りの全権力が行政権として君主の手に残された。

### **イ 国民主権モデル**

これに対し、国民主権モデルでは、国民主権を出発点にして、主権者たる国民が憲法を制定し立法権・執行権・裁判権を創設する。立法権を授けられた議会は、国民の直接的な代表者であることから、優越的地位を与えられる。あらゆる法定立は、まず法律によってなされなければならない。「法規」に限らず、行政組織の基本もまず法律により規定されなければならない。執行権は法律の執行を本来の職務とするのであり、ゆえに、そのあらゆる活動につき法律の存在が常に前提となる。命令は法律の執行に必要な細目的な定めか、あるいは、

法律により委任を受けたことについてのみ規定し得るにすぎない。他方、裁判権は、法律の執行についての争いが生じた場合に、訴えを待ってそれを最終的に裁定する権力であるとされる。

## 5 近代立憲主義の現代的変容

現代の憲法も基本的には近代立憲主義の原理を継承しているが、近代から現代へと展開する中で様々な変容を受けてきている。変化を生み出した要因は、人権の単に形式的な保障ではなく、より実質的な保障を求めた国民の要求と、それを実現するための政治参加（民主主義）の要求であった。この要求に対応して、国家の役割についての考え方も、国家が社会に介入することを避け、可能な限り私的自治に委ねるべきだと考えた消極国家観から、社会の弱者を保護するために国家は積極的に社会に介入すべきであるという積極国家観へと変化し、これに伴い、立憲主義の諸原理の捉え方にも強調点の変化が生じた。

### (1) 人権論における変化

近代初期においては、国家と個人の間には存在する中間団体は、アンシャン・レジーム下の身分的・同業組合的団体と同視され、営業の自由等の近代的自由に敵対するものとして禁止された。しかし、中間団体が国家と対峙して個人の自由の防禦者となり得ることから、中間団体に結社の自由を認めてこれを保護するようになった。

しかし、現代人権における最大の変化は、私的自治・経済的自由の制限と社会権の登場である。社会における私的自治を重視した近代の消極国家の下では、弱者が人権を享受することなど実際には不可能であることが判明した。そこで私的自治を修正し、一方で、労働条件を全面的に契約の自由に委ねるのではなく最低限の水準を法律で規定し、他方で、最低水準を超える条件の取決めに際しての労働者の交渉力を強化するために、労働基本権を憲法上保障しようとする動きが生じた。さらに、全ての国民に生存権を認めるべきだという考えも唱えられ、国家に国民の生存配慮を要請する「積極国家」の思想が支配的となった。こうして、「権力による自由」（社会権）が強調される。そして、弱者の声を政治に反映させるために、「権力への自由」（参政権）の強調がこれに連動する。

社会権の充実のためには、財産権をはじめとする経済的自由権の制限が必要である。参政権の拡大には、単に選挙権の拡大だけでなく、表現の自由をはじめとする精神的自由権の一層の強化が必要である。こうして、「権力からの自由」においても、強調点は経済的自由から精神的自由へと移行するのである。



## (2) 国民主権から人民主権へ

国民主権論には二つのポイントがあった。一つは、政治は全国民の利益を目指さなければならないということ、もう一つは、そのためには制限選挙制度の方が優れているという判断である。しかし、民主政治の要求が強まるに従い、現在ではどこの国でも普通選挙制度を採用するようになってきている。命令的委任は今日でも禁止されているが、それは、普通選挙の下においても全国民のための政治が必要であり、かつ、可能であると考えているからである。

普通選挙の確立は近代立憲主義の機能環境を様々な点で変容させたが、政党政治や行政権の優位という現象も、このような文脈で理解することができよう。選挙民がその意思を政治に反映させるために、政党の役割は不可欠である。現代の民主政治は政党の働きなくしては困難であり、現実には政治の主体は個々の議員から政党へと比重を移している（政党国家）。また、選挙民の要求が政治に反映されるようになると、それに応えて国家が積極的な施策を行うことになるが、議会よりは行政に適した任務が増大することにより、行政権が優位となる現象が一般化した（行政国家）。

## (3) 権力分立制の変容

民主主義思想の浸透に伴って、議院内閣制は二元型から一元型へと変遷する。一元型が行政国家現象の下で機能するには、内閣、特に首相のリーダーシップの確立が必要である。イギリスのように二大政党制を確立したところでは、首相は選挙における国民の支持を基礎に強い立場を形成し得る。ここでは、権力の分立は与党と野党の対立を介して機能することになる。他方で、アメリカの大統領制においては、大統領が国民により事実上直接選出されるから、大統領の立場は強い。しかし、大統領制においては、議会の多数派政党が大統領の政党とは異なるということが起こり得る。そうなったときには、大統領もリーダーシップの発揮が困難となる状況にしばしば直面し、それをどう克服するかが重要な課題となるのである。

## (4) 法の支配の再編

行政権の優位の下に委任立法が増大し、あるいは、政党政治によって立法権と行政権が融合すると、法制定と法執行の区別が曖昧化し、その区別を前提に組み立てられていた法の支配＝行政の法律適合性のコントロールはその有効性を減少せざるを得ない。そこで、それを補う様々な方法が考案されてきたが、その最も重要なものが「違憲審査制度」である。これは立法権と憲法制定権・改正権との峻別を基礎とするものであり、現代憲法の大きな特徴となっている。

近代においては、議会が人権を尊重した法律を制定する限り、あとは行政権

をその法律に従わせれば十分だと考えられた。しかし、議会が常に人権を保証するとは限らないことが分かってきた。多数決で敗れた少数派の人権が侵害されないという保証はないのである。こうして、議会をも法の支配の制度化の中に取り込む必要が意識されるに至った。

現代の違憲審査制には、二つの類型が区別される。一つは、アメリカに代表される司法審査型であり、通常の司法裁判所が審査権を持つ。もう一つは、ドイツに代表される憲法裁判所型であり、ここでは特別に設置された憲法裁判所が審査権を独占し、通常の裁判所は、法律を違憲と審査する権限を持たない。

### 【参考】現代立憲主義における違憲審査権の重要性

現代の「憲法」（「立憲主義」）について典型的な姿をいうとすれば、次のようになると思われる。

第一に、特に「憲法」（時には「基本法」）と称して他の法形式（とりわけ議会の制定する通常の「法律」）と区別して制定される成文法があること。

第二に、その成文法が、政府（統治権力）の正統性（レジティマシー）の唯一の法的根拠であること。

第三に、その成文法は、個人の自律的存在性を尊重する趣旨に立つ基本的人権を保障し、権力の濫用を防止するための統治構造（権力分立ないし抑制・均衡）を定めていること。

第四に、その成文法は法律を含む他の法形式に対し強い形式的効力をもって優位し（憲法の優位）、その優位性を確保するため独立した機関（司法裁判所や憲法裁判所など）が違憲審査権をもつこと。

そして「立憲主義」とは、このような「憲法」を土台として国を運営する方法をとることをいう。

佐藤幸治『立憲主義について』（左右社、2015年）15-16頁

議会の相対的地位の低下と関連して、憲法の規範力を裁判所を通じて確保・強化しようとする傾向が顕著となった点も、現代立憲主義の特徴である。……

かつては議会が自ら憲法の擁護者をもって任じ、法律が人間理性の発露というべき一般的・抽象的規範と観念されていた段階では、議会による憲法侵害という問題は顕在化せず、憲法と法律との質的区別さえそれほど明確には意識されないところさえあった。この点、……革命初期の議会（立法権）全能思想の下での経験に鑑みて形成された憲法下において、いち早く違憲立法審査制を確立させたアメリカ合衆国の例はきわめてユニークなものであった。それが、……議会制の凋落——議会（立法権）不信を背景に、かつ、特に再生した基本的人権観念の下にその保障を確実なものにしようとして、立憲民主主義諸国の憲法体制に一般に取り入れられるところとなったのである。この推移は、「自然的正義」→「実定的正義」ないし「法的正義」→「憲法的正義」として語られることがある……。

もっとも、このいわゆる「憲法的正義」実現の方法は、各国の歴史的事情を反映して一様ではない。……

大陸法系の国にあつては、憲法をもって国法秩序における最高の「法」と捉え、その規

範力の最終的担保を議会以外に求めるとしても、なおその「法」の特殊性（政治性、一般性・抽象性）に鑑み、通常の司法裁判所ではなく、独自に構成された憲法裁判所という特殊な裁判所に担わせる傾向がある。

佐藤幸治『日本国憲法論』（成文堂、2011年）14-16頁

## 6 日本における立憲主義の継受と展開

1889年の大日本帝国憲法（明治憲法）は、ドイツの憲法思想の強い影響を受けて制定された。明治憲法制定過程における枢密院での審議に際して、文部大臣森有礼が「臣民の権利」に反対し、臣民は天皇に対して責任を有するのみであるから「臣民の分際」と改めるべきだと主張したのに対し、憲法制定を推進した中心人物の伊藤博文枢密院議長が、「そもそも憲法を創設するの精神は、第一君権を制限し、第二臣民の権利を保護するにあり。故に若し憲法において臣民の権利を列記せず、只責任のみを記載せば、憲法を設くるの必要なし」と述べて反論したというエピソードは、当時の指導者達が西欧の立憲主義の核心を理解していたことを示している<sup>9</sup>。しかし、制定された明治憲法は、「臣民」の権利を「法律ノ範囲内」で認めたにすぎず、かつ、君権を制限するはずの議会も限定された権限しか与えられておらず、絶対主義と立憲主義の間の妥協的性格のものであった。

これに対し、戦後に制定された日本国憲法は、天皇制を「象徴天皇制」として残したものの、国民主権を明示的に宣言し、人権規定を詳細に取り入れるとともに、一元型議院内閣制を採用し、さらに、アメリカ型の違憲審査制度も導入した典型的な現代立憲主義の憲法である。

<sup>9</sup> なお、森は、この伊藤の反論に対し、財産権や言論の自由等は「人民ノ天然所持スル所ノモノ」であって、憲法によって生み出されるものではない、として、次のように再反論した。「臣民ノ財産及言論ノ自由等ハ人民ノ天然所持スル所ノモノニシテ、法律ノ範囲内ニ於テ之ヲ保護シ、又之ヲ制限スル所ノモノナリ。故ニ憲法ニ於テ此等ノ権理始テ生シタルモノノ如ク唱フルコトハ不可ナルカ如シ。……又臣民カ天然受クヘキ所ノ権理ヲ無法ニ取扱ヒ、徒ラニ王権ヲ主唱シテ民権ヲ保護セサルモノヲ称シテ専制ト云フ。且ツ内閣ハ臣民ノ権理ヲ保護スル為メ働クヘキモノナレハ、仮令ヒ爰ニ権理義務ノ字ヲ除クトモ、臣民ハ依然財産ノ権理及言論ノ自由ハ所持スルモノナリ……（出典：清水伸『帝国憲法制定会議』（岩波書店、1940年）219頁）」

## Ⅱ 憲法改正の限界

憲法の改正に限界があるか否かについては、限界があるとする「限界説」と、限界はないとする「無限界説」とがある。通説とされる「限界説」に立った場合の主な論点は、次のとおりである。

### 憲法改正の限界

#### 憲法改正権の限界

憲法改正権は、憲法制定権と区別された、憲法によって設定された権力であって、憲法制定権によって定められた憲法典を前提としている。したがって、憲法改正権は、憲法制定権力の所在の変更および憲法制定権の基礎となっている価値原理たる憲法の基本原理の変更まで及ぶことができない。このような憲法の本質的部分が変更された場合は、憲法改正の域をこえた法的意味の革命と、新しい憲法の制定ということになる。憲法そのものの同一性、連続性を憲法改正権によって否定することは、法理論的に不可能である。

阿部照哉・池田政章・初宿正典・戸松秀典編『憲法(1)総論(第3版)』(有斐閣、1995年)94頁

#### 日本国憲法の改正の限界

- ✓ 国民主権
- ✓ 基本的人権の尊重
- ✓ 平和主義
- ✓ 憲法改正手続？

#### 〔諸外国における憲法改正限界に関する規定〕

##### ■内容的な限界

- イタリア／フランス：共和政体
- スイス：国際法の強行規範を侵害するもの
- ドイツ：人間の尊厳、国家秩序の基礎等の諸原則に抵触するもの

##### ■時期的な限界

- スペイン：戦時中、緊急事態中
- フランス：大統領が欠けた期間中、領土の一体性が侵害されている時
- ポーランド：緊急事態中

#### 〔改正限界を超えた改正〕

改正権に限界があるとする立場も、そのような限界を超える改正が事実として起こりえないと考えるわけではない。そのような「改正」が行われた場合には、それは法的な観点からはもはや「改正」ではなく、元の憲法と法的連続性が切断された新憲法の「制定」(あるいは「革命」)であるとするものである。

※このような考え方から、明治憲法の改正手続に則って現行憲法が制定されたことについては、法的連続性がないものと説明されている(8月革命説)。

【衆議院憲法審査会事務局作成】

## 1 硬性憲法の意義<sup>10</sup>

憲法には、高度の安定性が求められるが、反面において、政治・経済・社会の動きに適応する可変性も不可欠である。この安定性と可変性という相互に矛盾する要請に応えるために考案されたのが、硬性憲法の技術、すなわち、憲法の改正手続を定めつつ、その改正の要件を厳格にするという方法である。

これは、最高法規たる憲法を保障する制度として、重要な意義を有する。ただ、国によって事情は異なるが、あまり改正を難しくすると、可変性がなくなり、憲法が違憲的に運用されるおそれが大きくなるし、反対に、あまり改正を容易にすると、憲法を保障する機能が失われてしまう。日本国憲法は、「この憲法の改正は、各議院の総議員の3分の2以上の賛成で、国会が、これを発議し、国民に提案してその承認を経なければならない」とし、国民による承認は国民投票において、「その過半数の賛成を必要とする」と定める（96条）。「各議院の総議員の3分の2以上の賛成」と、国民投票における「過半数の賛成」という要件は、他国に比べて、硬性の度合いが強い。

### 【参考】憲法改正の実際上の難易

硬性憲法であることは、改正がつねに事実として困難であるとはいえない。 同じ硬性憲法であっても、明治憲法は、五十年余にわたって一回の改正もなかったが、スイス憲法、アメリカの多くの州憲法は、かなりしばしば改正されている。これに反して、軟性憲法の一つといえるイギリス憲法の場合、必ずしも改正が容易に行われるとはいえない。憲法の硬性か軟性かは、形式上の改正手続によるよりも、実質上の改正の難易によってきめるのが、実際上意義があると思われるが、この難易は、手続の問題よりも、むしろその他の要因、すなわち憲法の規定が詳細か簡潔か、憲法を政府や国民がどのような規範として意識しているか、政治的・社会的変化により憲法と実際とに厳しい隔離が生じているかどうか、その空隙を埋める方法として、解釈運用の果たす役割をどう考えるか、改正を実現するに足りる政治力が存在しているかどうかなどによって決まるものであるから、きわめて総合的な角度から判断されねばならない。

伊藤正己『憲法（第3版）』（弘文堂、1995年）18-19頁

## 2 憲法改正の限界

### (1) 「限界説」の考え方

憲法に定められた憲法改正手続に従えば、いかなる内容の改正を行うことも許されるかについては、憲法を始元的に創設する憲法制定権力と、憲法によって与えられた憲法改正権とを区別し、憲法制定権力の主体やその定めた基本原理は、憲法改正権の限界を画するものと主張する「限界説」と憲法改正権は憲

<sup>10</sup> 芦部信喜著・高橋和之補訂『憲法（第6版）』（岩波書店、2015年）392頁をもとに作成。

法制定権力と同質であり、制定された憲法の枠には拘束されない、また法は社会の変化に応じて変化すべきであり、憲法もその例外ではないことなどをあげて、憲法改正には限界がないと説く「無限界説」との対立があるが、「限界説」が通説とされている<sup>11</sup>。その理由として、例えば以下のような主張がある。

#### 【参考】憲法改正権の限界

憲法改正権は、憲法制定権と区別された、憲法によって設定された権力であって、憲法制定権によって定められた憲法典を前提としている。したがって、憲法改正権は、憲法制定権力の所在の変更および憲法制定権の基礎となっている価値原理たる憲法の基本原理の変更まで及ぶことができない。このような憲法の本質的部分が変更された場合は、憲法改正の域をこえた法的意味の革命と、新しい憲法の制定ということになる。憲法そのものの同一性、連続性を憲法改正権によって否定することは、法理論的に不可能である。

阿部照哉・池田政章・初宿正典・戸松秀典編『憲法(1)総論(第3版)』(有斐閣、1995年)94頁  
〔中村睦男執筆部分〕

## (2) 日本国憲法の改正の限界

「限界説」は、憲法の基本原理を変更することは憲法の同一性を侵害するものとして、日本国憲法の基本原理を憲法改正の限界として指摘している。一般的には、**国民主権、基本的人権の尊重、平和主義**がこれに該当するとされる。

また、**憲法改正規定**については、その実質を変更することは、改正の限界であり許されない、と一般に解されている。

### ア 国民主権

日本国憲法の基本体制を基礎づける国民主権の原理は、憲法前文が「人類普遍の原理」と呼んでおり、改正の限界を超えるものとされている<sup>12</sup>。

### イ 基本的人権の尊重

基本的人権の尊重も、国民主権の原理から論理必然的に出てくるものとして、憲法改正の限界を形成するとされている<sup>13</sup>。

もともと、基本原則が維持される限り、個々の人権規定に補正を施すなどの改正を加えることは、当然に認められると解されている<sup>14</sup>。

### ウ 平和主義

改正権に限界があるとすると、国内の民主主義（人権と国民主権）と不可分

<sup>11</sup> 野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ(第5版)』(有斐閣、2012年)411頁

<sup>12</sup> 阿部照哉・池田政章・初宿正典・戸松秀典編『憲法(1)総論(第3版)』(有斐閣、1995年)95頁

<sup>13</sup> 前掲注12・阿部ほか95頁

<sup>14</sup> 前掲注10・芦部398頁

に結び合って近代公法の進化を支配してきた国際平和の原理も改正権の範囲外にあると考えなくてはならないとされている。もっとも、それは、戦力不保持を定める9条2項の改正まで理論上不可能である、ということの意味するものではない（現在の国際情勢で軍隊の保有はただちに平和主義の否定につながらないから）、と解するのが通説とされている<sup>15</sup>。

## エ 憲法改正手続

憲法96条の定める憲法改正国民投票制は、国民の憲法制定権力の思想を端的に具体化したものであり、これを廃止することは国民主権の原理をゆるがす意味をもつので、改正は許されないと一般に考えられている<sup>16</sup>。

もとより、改正手続規範の改正が一切禁止されているという意味ではなく、改正権の権限と手続の基本にふれない範囲（例えば、憲法改正案に関する議会の議決の要件を改める等）の改正は、当然になしうると解されている<sup>17</sup> 18。

### (3) 衆議院憲法調査会における議論

衆議院憲法調査会では、憲法改正の手続に従えばいかなる改正も可能であるのか否かという「憲法改正の限界・無限界」について議論が行われた。

#### 【参考】衆議院憲法調査会における「憲法改正の限界・無限界」に関する議論

##### ア 憲法改正限界論の立場からの意見

- 96条の憲法改正手続について、憲法改正の国民投票をなくすような改正をすることは、国民主権原理の否定であり、憲法改正の限界を超えるものである。
- ①前文に謳う国民主権の原理、②9条1項の戦争の放棄及び③11条に定める基本的人権の永久不可侵性については、憲法改正の限界を設けていると読むことができる。

##### イ 憲法改正無限界論の立場からの意見

- 仮に99%の人が賛成しても変えられない部分があるとする憲法改正限界論は、再検討する必要がある。先人の方が後人よりも絶対的な力を持っているというのはおかしい。

上記意見のほか、硬性の憲法改正手続と憲法改正の限界との関係について、憲法の根本規範は改正できないという憲法改正の限界について政治家や国民の理解が深まっていない状況下であって、改正手続が硬性であることは、結果的にこの憲法改正の限界を守る役割を果たしているとする意見が述べられた。

『衆議院憲法調査会報告書』（平成17年4月）449-450頁

<sup>15</sup> 前掲注10・芦部 398頁

<sup>16</sup> 前掲注10・芦部 399頁

<sup>17</sup> 清宮四郎『法律学全集3 憲法I（新版）』（有斐閣、1971年）405頁、芦部信喜『憲法制定権力』（東京大学出版会、1983年）54-55頁

<sup>18</sup> 近時では、改正規定の改正は論理的に不可能であるとする見解もある。石川健治「96条改正という「革命」」朝日新聞（2013年5月3日）13面、高見勝利「憲法改正規定（憲法九六条）の「改正」について」奥平康弘・愛敬浩二・青井未帆編『改憲の何が問題か』（岩波書店、2013年）85-86頁などを参照。

#### (4) 諸外国における憲法改正限界に関する規定<sup>19</sup>

改正の限界を明文で定める諸外国の憲法の例として、以下のようなものがある。

	改正の限界に関する憲法上の規定	
	改正の対象としてはならない事項	改正を行ってはならない時期
イタリア	・ 共和政体 (139 条)	—
スイス	・ 国際法の強行規範を侵害するもの (193 条 4 項、194 条 2 項)	—
スペイン	—	・ 戦時中 ・ 第 116 条で定める事態〔警戒事態、緊急事態及び戒厳〕の最中 (169 条)
ドイツ	次の諸原則に抵触するもの ・ 州による、連邦の構成〔州の廃止は許されない〕 ・ 立法における州の原則的協力 ・ 1 条〔人間の尊厳〕に謳われている基本原則 ・ 20 条〔連邦国家、権力分立、社会的法治国家、抵抗権〕に謳われている基本原則 (79 条 3 項)	—
フランス	・ 共和政体 (89 条 5 項)	・ 大統領が欠けた期間中 (7 条 11 項) ・ 領土の一体性が侵害されている時 (89 条 4 項) ※大統領による緊急措置権発動時 <sup>20</sup> (16 条)
ポーランド	—	・ 緊急事態の際 (228 条 6 項)

<sup>19</sup> 国立国会図書館『諸外国の憲法事情』(2001 年 4 月)、国立国会図書館『諸外国の憲法事情 2』(2002 年 7 月)、阿部照哉・畑博行編『世界の憲法集 (第 4 版)』(有信堂高文社、2009 年)、村上淳一・守矢健一・Hans Peter Marutschke『ドイツ法入門 (改訂第 8 版)』(有斐閣、2012 年)、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集 (第 3 版)』(三省堂、2014 年)をもとに作成。

<sup>20</sup> これは憲法上明文化されていないが、当然のこととして理解されている。非常事態時に大統領に緊急措置権を承認する 16 条の目的は、憲法秩序の維持であって、その非常事態権力に憲法改正権を承認するのは背理だからである (前掲注 19・『諸外国の憲法事情』100 頁)。



## (5) 改正限界を超えた改正

改正権に限界があるとする立場も、そのような限界を超える改正が事実として起こりえないと考えるわけではない。そのような「改正」が行われた場合には、それは法的な観点からはもはや「改正」ではなく、元の憲法と法的連続性が切断された新憲法の「制定」（あるいは「革命」）であるとするものである。

### 【参考】改正限界を超えた改正についての見解

憲法改正限界論も、限界を超えた改正を無効と主張するのではなく、もはやそれは「改正」ではなく、元の憲法と法的連続性が切断された新憲法の「制定」であるとするものである。その意味では、両者の相違は、「改正」の定義の差にすぎないとする指摘がある。憲法改正無限界論は、所定の改正手続を遵守した憲法の変更を広く「改正」とするのに対して、憲法改正限界論は、手続の遵守に加えて内容的な限界を超えない変更を「改正」として、内容的な限界をその定義の中に含んでいると考えられるとするのである。すると、憲法の同一性を維持したものを「改正」、同一性を失った場合を「新」憲法の「制定」として区別することに意味があるとする見解が憲法改正限界論、両者の区別の意味を見いださない見解を憲法改正無限界論として整理することが可能となる。憲法の制定と憲法の改正を区別することは一般的に行われていることであり、その意味で、憲法改正限界論が多数説となることは必然的である。

杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』（青林書院、2008年）798-799頁〔井口秀作執筆部分〕

改正権に限界があると主張する論者も、そのような限界を超える改正が事実として起こりえないと考えるわけではなく、そのような「改正」が行われたとしても、それは法的な観点から見れば「改正」とは評価しえず、変更後の憲法と変更前の憲法との間には、法的連続性はない、つまりそれは「改正」ではなく「革命」であるとするにとどまる。したがって、新しい憲法は、前の憲法とは異なる根本規範に立脚した憲法だということになる。なんらかの改正の限界が、実際上広く受け入れられていたとしても、それに反する「改正」が行われる可能性はある。

このような革命的変動の後、若干の政治的動揺を経て、元の憲法が復活した場合には、もともとの改正の限界が再び受容され、中間期の憲法の変動は、「違法な改正」として説明され、処理されることになるであろう。他方、革命的変動がその後長年にわたって定着し、変動後の憲法体制が当該社会の法運用者によって、そして最終的には社会の大部分のメンバーによって広く受け入れられたとすると、このとき、革命は完成したわけであり、以前の改正の限界に関するルールも「旧法」として、つまり現在では効力を有していない法として説明され、処理されることになるであろう。

長谷部恭男『憲法（第6版）』（新世社、2014年）37-38頁

### Ⅲ 違憲立法審査の在り方

#### 我が国の違憲審査制の現状とその改善策

##### 衆議院憲法調査会における議論

衆議院憲法調査会では、違憲審査権の行使の現状について、「最高裁判所の法令違憲の判決の件数が少ないなど司法が憲法判断に消極的であり（いわゆる「司法消極主義」、司法に委ねられた憲法保障に係る役割を十分果たしていないのではないかとする意見が多く述べられた。

##### 現行制度の改善策

- 憲法裁判所の創設
- 最高裁判所憲法部あるいは特別高等裁判所を創設
- 参照意見制度の創設
- 裁判官の任命手続の在り方 など

##### ■憲法裁判所を創設する案

- ✓ もっぱら憲法事件の審査のため、通常の司法裁判所とは別に憲法裁判所を創設

###### [メリット]

- ・ 抽象的規範統制を採用すれば、紛争当事者でない者も提訴可能
- ・ 憲法判断を集中

###### [デメリット]

- ・ 実現に憲法改正が必要
- ・ 裁判の政治化・政治の裁判化
- ・ 三権分立を侵す懸念

##### ■最高裁判所に憲法部を創設する案

- ✓ 最高裁判所に憲法問題だけを専門に判断する「憲法部」を創設
- ✓ 法律改正のレベルで憲法裁判所的な手続・制度を導入

###### [メリット]

- ・ 現行憲法下の運用で対応可能
- ・ 憲法判断を集中

###### [デメリット]

- ・ 抽象的規範統制は行わないため、紛争当事者しか提訴できない
- ・ 下級裁の憲法判断の機会を奪う懸念

##### ■特別高等裁判所を創設する案

- ✓ 大部分の上告審と憲法問題のスクリーニングの役割を担う「特別高裁」を創設
- ✓ 最高裁の上告審機能を「特別高裁」に移し、負担を軽減

###### [メリット]

- ・ 現行憲法下の運用で対応可能

###### [デメリット]

- ・ 現行の付随的違憲審査制は維持
- ・ 審理の長期化の懸念

【衆議院憲法審査会事務局作成】

# 1 総論

## (1) 違憲審査制の成立の経緯と発展<sup>21</sup>

違憲審査制は、19世紀初頭のアメリカで1803年、マーベリー対マディソン事件<sup>22</sup>におけるマーシャル判決を契機に憲法慣習として確立された。

この制度は、本来、議会在憲法制定した法律を違憲無効としうる点で、議会在国の最高機関であるとする議会在主権や議会在中心主義の考えに抵触する。そこで、議会在中心主義が確立されていた19世紀ヨーロッパ諸国では、違憲立法審査制は容易には受け入れられなかった。

ところが、20世紀の行政国家現象にともなう議会在制の危機やファシズムによる人権侵害の経験を経て、第二次世界大戦後からヨーロッパでも多くの国で違憲審査制が採用されるようになった。裁判所を中心とする違憲審査機関が**人権保障の機能**を担うようになったのである。ドイツでは、1949年の連邦共和国基本法で憲法秩序の保持を任務とする連邦憲法裁判所が設置され、重要な判例を蓄積してきた。フランスでも、第5共和国憲法下で設置された憲法院が、1970年代以降、当初の政治的機関としての性格を脱し、裁判機関・人権擁護機関として積極的に違憲審査権を行使している。

近年では、欧米のみならず、韓国などアジアでも憲法裁判所が重要な機能を果たしており、「違憲審査革命」とよばれるような違憲審査制の**積極化傾向**が認められる。<sup>23 24</sup>

## (2) 違憲審査制の根拠<sup>25</sup>

違憲審査制は、理論的には、主として**憲法の最高法規性の観念と基本的人権尊重の原理**という二つの根拠に支えられている。

### ア 憲法の最高法規性の観念

憲法は、国の最高法規であって、それに反する法律、命令その他の国家行為は違憲・無効であるが、それは、国家行為の合憲性を審査・決定する機関があってはじめて、現実に確保される。

<sup>21</sup> 衆憲資第44号「「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」（平成16年3月）6頁をもとに作成。

<sup>22</sup> *Marbury v. Madison*, 5 U.S. (1 Cranch) 137, 1803

<sup>23</sup> 辻村みよ子『比較憲法 新版』（岩波書店、2011年）196-197頁

<sup>24</sup> 憲法に照らして議会在・政府の活動を審査し、人権侵害を受けている国民の人権を保障していくという違憲審査制の任務が国政の中で重要な地位を占めるようになっており、違憲審査権を行使する裁判所の社会的影響力がきわめて大きいものになってきていることを指摘するものとして、戸波江二「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『憲法裁判の国際的発展』（信山社出版、2004年）37-38頁がある。

<sup>25</sup> 前掲注10・芦部377-378頁をもとに作成。

## イ 基本的人権尊重の原理

基本的人権の確立は近代憲法の目的であり、憲法の最高法規性の基礎となる価値でもあるが、その基本的人権が立法・行政両権によって侵害される場合に、それを救済する「憲法の番人」として、裁判所ないしそれに類する機関による違憲審査制が要請される。

## ウ 権力分立の思想

もともと、通常裁判所に違憲審査権を認める制度は、憲法の下に三権が平等に併存すると考えるアメリカ的な権力分立の思想をも大きな理論的根拠としている。この思想によれば、司法は独自の立場で係争の法令を解釈し、違憲と解される場合には事件に適用することを拒否する責務を負い、かつ、立法・行政の違憲的な行為を司法が統制し、権力相互の抑制と均衡を確保する必要があるからである。

## 2 我が国の違憲審査制の概要<sup>26</sup>

### (1) 違憲審査制の類型

我が国の最高裁判所は、憲法 81 条により違憲審査権を付与され、憲法の最終的な有権解釈権を有するとされる。この 81 条に定める違憲審査制については、法令の違憲審査を抽象的に行う憲法裁判所としての役割を最高裁判所に認めているとする見解（「**抽象的違憲審査制説**」）も存在するが、具体的な訴訟事件の解決を本来の機能とする裁判所がその作用を行う過程で憲法に関する争点について判断をする制度であるとの理解（「**付随的（具体的）違憲審査制説**」）が一般的であり、判例も同様であるとされる（「**警察予備隊違憲訴訟**」参照）。

#### ◆警察予備隊違憲訴訟（最大判昭 27 年 10 月 8 日民集 6 巻 9 号 783 頁）

自衛隊の前身である警察予備隊が憲法に違反し無効であることの確認を求めて、日本社会党の代表者であった鈴木茂三郎氏が、最高裁判所を第 1 審として出訴した事件。

最高裁判所は、裁判所が現行の制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権の発動に当たっては具体的な争訟事件の提起が前提とされることにかんがみれば、裁判所は具体的な争訟事件が提起されていないのに将来を予想して憲法及びその他の法令の解釈に対し存在する疑義論争に関し抽象的な判断を下す権限を有しないと判示した。

<sup>26</sup> 衆憲資第 81 号「憲法に関する主な論点（第 6 章 司法）に関する参考資料」（平成 25 年 4 月）1 頁・24-31 頁をもとに作成。

81 条に定める違憲審査制が付随的審査制である理由として、①81 条が司法の章（第 6 章）に規定されていることに鑑みれば、違憲審査権は、具体的な権利義務又は法律関係の存否に関する争いを前提とする司法<sup>27</sup>の作用に付随するものと理解できること、②抽象的違憲審査が認められるためには、憲法上それを明示する規定や、必要な手続的規定（提訴要件や判決の効力、裁判官の選任方法等）が定められていなければならないことが挙げられている。

なお、81 条が最高裁判所に憲法裁判所的性格を与えているとはいえないにせよ、法律等で手続を定めることにより最高裁判所が憲法裁判所的機能を果たすことも可能であるとする見解もある。

付随的違憲審査制、抽象的違憲審査制については、一般に以下のように説明されている。

### 【付随的違憲審査制と抽象的違憲審査制】<sup>28</sup>

#### ○付随的違憲審査制

これは、民事・刑事・行政の裁判を扱う通常の司法裁判所が、係属した訴訟事件の審理判断に付随して、事件解決のための前提として適用法令の合憲性を審査する方式である。アメリカ、カナダ、日本、インドなどで採用されている。これは、**アメリカ型**といわれ、通常の司法裁判所が主体となることで、**司法裁判所型**と呼ばれることもある。

この類型では、原告適格や訴えの利益などの訴訟要件が必要とされ、違憲判決の効力も当該訴訟についての個別的効力にとどまるが、その範囲で遡及的効力も認められる。

#### ○抽象的違憲審査制

これは、特別に設置された憲法裁判所が法定された提訴権者の申立てに基づいて、具体的事件と関係なく法令そのものの合憲性を審査する方式であり、ドイツ、オーストリア、スペインなどの欧州諸国や中南米諸国などで採用されている。これは、**ドイツ型**とよばれ、特別の憲法裁判所が違憲審査を行うため**憲法裁判所型**ともよばれる。

この類型では、原告適格等の訴訟要件が厳しく制限されず、抽象的な形で違憲審査を請求できる。さらに違憲判決の効力も違憲と認定された当該法律等が無効とされ、一般的効力をもつことが特徴となるが、一般的効力をもつかわりにその効力は遡及せず、将来的な効力のみが認められる。

## (2) 違憲審査の対象

### ア 違憲審査の対象

違憲審査の対象は、「一切の法律、命令、規則又は処分」（81 条）である。これは、憲法より下位のすべての法規範が違憲審査の対象となることを意味する。したがって、条例、人事院規則、地方公共団体の長の定める規則、裁判所の裁判等も違憲審査の対象となる。

違憲審査の対象となるか否かが問題となるものとして一般的に挙げられる

<sup>27</sup> 司法とは、具体的な争訟事件につき、法を適用し、宣言することによって、これを解決する作用。立法、行政と並ぶ国家の作用をいう。（法令用語研究会編『有斐閣 法律用語辞典（第 4 版）』（有斐閣、2012 年）521 頁）

<sup>28</sup> 前掲注 23・辻村 197 頁の記述を参考にした。

のが、条約、立法不作為、統治行為であるが<sup>29</sup>、特に国会・内閣といった政治部門と裁判所との関係が問題となるのは、立法不作為、統治行為の問題である。

## イ 立法不作為

憲法の諸規定に基づき、又はその解釈により、国会が一定の立法をすべきことを義務付けられているにもかかわらずそれを怠っている場合、その不作為が違憲審査の対象となるかという問題がある。

いかなる立法をすべきかは、国の「唯一の立法機関」である国会の判断に委ねられるべき事項であり、したがって、立法の不作為が直ちに裁判所による違憲の判断を導き出すものではない。しかし、立法不作為により個人の権利が侵害されたとして国家賠償請求を求める場合、立法の不備に起因する違憲状態についての訴訟で人権侵害を主張する場合等において、基本的人権の保障の観点から、①立法をなすべき内容が明白であること、②事前救済の必要性が顕著であること、③他に救済手段が存在しないこと、④相当の期間が経過していることを要件に、立法不作為が違憲・違法と認められることもあり得るとするのが通説の立場である。

最高裁判所は、**台湾人元日本兵による損失補償請求事件及び在宅投票制度廃止事件**に見られるように、立法不作為を違憲・違法と認めることについて消極的であると評価されている。

### ◆台湾人元日本兵による損失補償請求事件（最三判平 4 年 4 月 28 日判時 1422 号 91 頁）

台湾人元日本兵が戦傷を受け後遺症を負ったことにより被った損失等につき、国が日本人に対するのと同等の補償立法を制定しないことは違憲違法である旨の確認と損失補償を求めた事件。

裁判所は、①立法内容の一義的特定性、②事前救済の必要、③他の救済手段の不存在が訴訟成立の要件であるとした上で、補償立法の内容となるべき受給の範囲、支給金額、支給時期、支給方法等が憲法上一義的に特定しているとはいえないと判示した（東京高判昭 60・8・26）。また、その上告審判決において、最高裁判所は、我が国が台湾住民である軍人軍属に対しいかなる措置を講ずべきかは立法政策に属する問題であるとして、上告を棄却した。

### ◆在宅投票制度廃止事件（最一判昭 60 年 11 月 21 日民集 39 卷 7 号 1512 頁）

在宅投票制度の悪用による選挙違反が多発したことを理由として同制度が昭和 27 年に廃止された結果、投票ができなくなった者が、同制度の廃止後これを復活させなかったことが憲法 15 条（普通選挙の保障）、14 条（法の下での平等）、44 条（選挙人の資格）等に

<sup>29</sup> 前掲注 11・野中ほか 278 頁を参照。なお、統治行為の問題を「司法権の限界」として取り上げているものもある（前掲注 10・芦部 342 頁）。

違反するとして、国に対し損害賠償を請求した事件。

最高裁判所は、国会議員は原則として立法について政治的責任を負うにとどまり、個々の国民に対し法的義務を負わず、したがって、国会議員の立法行為はその立法内容が憲法の一義的な文言に反しているのにあえて立法を行うような例外的な場合でない限り、違法の評価を受けないと判示した。

なお、最高裁判所は、**在外邦人選挙権違憲判決**において、上記の在宅投票制度廃止事件の最高裁判決と異なる趣旨ではないとしつつ、立法不作為について違憲・違法との判断を下している。

#### ◆在外邦人選挙権違憲判決（最大判平 17 年 9 月 14 日民集 59 卷 7 号 2087 頁）

平成 8 年 10 月施行の衆議院議員選挙で投票できなかった在外国民が、国に対し、（平成 10 年改正前の）公職選挙法が違法であることの確認と国家賠償を請求したもの。平成 10 年に公職選挙法が改正され、在外選挙人名簿の制度が創設されたが、当分の間衆参両議院の比例代表選挙に限るとされたため、改正後の公職選挙法が違法であることの確認等の請求を追加した。

最高裁判所は、既に昭和 59 年の時点で、内閣がその解決が可能であることを前提に法律案を国会に提出していることを考慮すると、同法律案が廃案となった後、国会が 10 年以上にわたって在外選挙制度を何ら創設しないまま放置したことについては、やむを得ない事由があったとは到底言えず、（平成 10 年改正前の）公職選挙法は憲法 15 条 1 項等に違反するものであったと判示した。

また、最高裁判所は、在外選挙制度について、同法律案が廃案となった後、国会が 10 年以上の長きにわたって何らの立法措置もとられなかったのであるから、このような著しい不作為は、上記の在宅投票制度廃止事件の判示に言う例外的な場合に当たり、国家賠償法の適用上違法の評価を受けると判示した。

なお、同判決は、在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間比例代表選挙に限定していた公職選挙法附則 8 項の規定について、憲法 15 条 1 項等に違反すると判示した。

## ウ 統治行為

### （ア）統治行為の意義

「統治行為」とは、一般に、直接国家統治の基本に関する高度に政治性のある国家行為で、法律上の争訟として裁判所による法的な判断が理論的には可能であるのに、事柄の性質上、司法審査から除外されるものと定義される。

### （イ）統治行為の学説と判例

このように存在形式上は、一応違憲審査の対象となる国家行為であっても、それが高度に政治的な性格を帯びる場合には、違憲審査の対象から外されるべきであるとする見解が従来から有力に唱えられている（「**統治行為肯定説**」）。

統治行為は、一般に、①内閣及び国会の組織又は運営に関する基本的事項、②それらの相互交渉に関する事項、③国家全体の運命に関する重要事項（外交、防衛に関する事項等）が、これに該当する事項として挙げられている。また、その論拠としては、国民主権下の三権分立制度や民主主義的責任原理からくる司法権の限界が挙げられることが多いが、法政策的観点から裁判所の自制の必要が説かれることもある。

これに対し、法治主義と司法審査の貫徹こそが憲法の要請だとして、この観念を否定する見解（「**統治行為否定説**」）も決して少なくない。

また、これらの中間にあつて、統治行為とその適用される領域が存在することを一応認めるが、包括的・一般的にではなく、個々の行為ごとの吟味を行い、個別的・実質的論拠を十分に示すことができる場合にのみ、これを認めるとする見解（「**限定的肯定説**」）がある。この説は、統治行為の認められる場合を厳格にしぼることにより、実質的には否定説にかなり接近する<sup>30</sup>。

最高裁判所は、衆議院解散の効力が争われた**苫米地事件**において、このような行為は「裁判所の審査権の外にあり、その判断は主権者たる国民に対して政治的責任を負うところの政府、国会等の政治部門の判断に委され、最終的には国民の政治判断に委ねられている」と判示して統治行為を認めた。

また、最高裁判所は、**砂川事件**では、日米安保条約を「一見極めて明白に違憲無効」と認められない限り司法審査の対象外と判示したが、これは、「一見極めて明白に違憲無効」の場合には司法審査が可能であるとしているため、「例外つきの変則的統治行為論」とも解されている。

#### ◆**苫米地事件（最大判昭 35 年 6 月 8 日民集 14 卷 7 号 1206 頁）**

衆議院議員苫米地義三が、昭和 27 年 8 月 28 日のいわゆる抜き打ち解散の効力につき、①解散は憲法 69 条にいう内閣不信任決議を前提とすべきであるのにその解散は 7 条を根拠に行われたこと、②その解散の決定には適法な閣議を欠いていたこと、を理由として争った事件。

最高裁判所は、衆議院の解散が統治行為に当たるとして司法審査を行わなかった。

なお、学説には、解散事由の問題は裁量論、閣議決定の方式の問題は自律権論として処理しうるので、統治行為論をもちだす必要はなかったとの見解もある。

#### ◆**砂川事件（最大判昭 34 年 12 月 16 日刑集 13 卷 13 号 3225 頁）**

昭和 32 年 7 月 8 日、日米安保条約に基づく行政協定の実施の一環として駐留米軍が使用する立川飛行場を拡張する目的で東京調達局が測量を実施した際、基地拡張に反対する者が同飛行場周辺に集合して測量反対の氣勢をあげ、そのうち数名の者が境界柵を破壊し、同飛行場に立ち入った。これらの者は、日米安保条約に基づく行政協定

<sup>30</sup> 前掲注 11・野中ほか 280 頁



に伴う刑事特別法に違反したとして起訴された。

第1審の東京地裁は、駐留米軍が憲法9条2項の戦力に該当して違憲である旨を判示したが、検察側は、直ちにこの判決に対して最高裁判所に跳躍上告を行った。

最高裁判所は、駐留米軍は戦力には該当せず、また日米安保条約は高度の政治性を有するものであって、一見極めて明白に違憲無効であると認められない限り、司法裁判所の審査にはなじまない性質のものであると判示し、原判決を破棄差戻した。

#### 【参考】 条約の違憲審査

条約が違憲審査の対象となるか否かについては、見解が分かれている。条約が形式的効力において憲法に優位すると考えれば、条約の違憲審査の問題は生じないが、憲法が条約に優位すると考えるのが通説及び判例の立場である。この通説及び判例の立場をとった場合でも、条約の違憲審査が認められるか否かについては、学説上、消極説と積極説とが対立している。消極説は、①条約が81条の列記から除かれていること、②条約は国家間の合意という性質を有すること、③極めて政治的な内容を有することをその論拠とする。他方、積極説は、条約の形式的効力は法律に優位するが、国内法的には81条の「法律」に準じて扱うことができるため、条約の国内法的側面についての司法審査は可能であるとする。裁判所は、砂川事件判決において、条約が一見極めて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の違憲審査権の範囲外にあると判示し、いかなる条約も違憲審査の対象外になるとの立場はとっていない。

### (3) 違憲判決の効力

#### ア 違憲判決の効力

裁判所が法令違憲の判決を下し、確定した場合、当該違憲判決がどのような効力を持つかについては大別して二つの説がある。一つは当該事件に限って法令の適用が排除されるという「**個別的効力説**」、もう一つは法令が一般的に無効となるとする「**一般的効力説**」である。

学説上は**個別的効力説**が**通説**となっているが、その理由としては、①付随的審査制においては、当該事件の解決に必要な限りで審査が行われ、違憲判決の効力も当該事件に限って及ぶと解されること、②違憲判決に法令を一般的に無効にする効力を認めることは一種の消極的立法作用を認めることになって、司法権による立法権の侵害となること、などが挙げられる。

しかし、個別的効力説をとると、当該事件においては法令が違憲無効であるにもかかわらず、他の場合は違憲でないという事態が発生するため、法的安定性や予見可能性を害し、平等原則にも反するという批判がなされる。そして、この批判に対しては、憲法上裁判所に違憲審査権が認められている趣旨を踏まえ、違憲判決がなされた場合には国会での法律の改廃措置や行政機関による執行の差し控えが当然に期待される等の反論がなされている。

## イ 法令違憲判決と政治部門（国会・内閣）の対応

最高裁判所がこれまで下したいわゆる**法令違憲判決**（決定を含む。以下同じ）は、**9種10件**であるとされるが、その判決の概要と、政治部門（国会・内閣）の対応は、次の表のとおりである。法令違憲判決に対しては、国会が違憲とされた規定を削除する等の対応がなされてきた。

現行法上は、最高裁判所が違憲判決を下した場合には、その要旨を官報に公告し、かつその裁判書の正本を内閣に送付することとされ、さらにまた、法令違憲判決にあっては、その裁判書の正本を国会にも送付することとなっている（最高裁判所事務処理規則14条<sup>31</sup>）。この規定の趣旨は、違憲判決は当該事件にのみ妥当することを前提にして、国会・内閣に違憲判決に対応する措置を要請するものと一般に解されている<sup>32</sup>。

判決（判決日）	判決の概要と政治部門の対応
<b>1 尊属殺重罰規定違憲判決</b> (最大判昭48・4・4)	刑法旧200条の尊属殺重罰規定が、憲法14条に違反して無効であるとされたもの。 これに対し、以後の尊属殺人事件については、検察庁が刑法200条によらず普通殺人罪に関する同法199条で起訴するなどの対応をとったほか、過去の確定判決についても、個別恩赦の措置がとられた。 これにより刑法200条は事実上死文化していたが、平成7年、刑法の口語化（平7.6.1施行）の際、同条を削除する立法措置がとられた。
<b>2 薬事法距離制限条項違憲判決</b> (最大判昭50・4・30)	薬事法旧6条2項、4項等による適正配置規制（距離制限）が、憲法22条に違反して無効であるとされたもの。 これに対しては、判決から約1か月後に、当該規定を削除する立法措置がとられ、その後、この法改正を受けて、旧法の施行条例である適正配置条例の廃止が各都道府県で行われた。
<b>3 衆議院定数不均衡違憲判決</b> (51年判決) (最大判昭51・4・14)	昭和47年12月に施行された衆議院議員総選挙における議員定数の配分が著しく不均衡であるとして、公職選挙法の議員定数配分規定が、憲法14条に違反するとされたもの。ただし、本判決は、いわゆる「事情判決」の法理を適用し、違憲とされた定数配分規定に基づく選挙の違法を宣言しながらも、選挙そのものは無効とはしなかった。 なお、この判決に先立ち、昭和50年の第75回国会において、公職選挙法の議員定数配分規定を改正する立法措置（20増、総数511人とした。）がとられていた。
<b>4 衆議院定数不均衡違憲判決</b> (60年判決) (最大判昭60・7・17)	昭和58年12月に施行された衆議院議員総選挙における議員定数の配分が著しく不均衡であるとして、公職選挙法の議員定数配分規定が、憲法14条に違反するとされたもの。ただし、本判決も、上記判決と同様、選挙そのものは無効とはしなかった。 この判決を受け、判決から約10か月後の昭和61年5月、第104回国会において、公職選挙法の議員定数配分規定を改正する立法措置（8増7減、総数512人とした。）がとられた。なお、同年7月、これに基づく衆議院の総選挙が施行されている。

<sup>31</sup> 最高裁判所事務処理規則第14条：第12条の裁判（引用者注：法律、命令、規則又は処分が憲法に適合しないとの裁判）をしたときは、その要旨を官報に公告し、且つその裁判書の正本を内閣に送付する。その裁判が、法律が憲法に適合しないと判断したものであるときは、その裁判書の正本を国会にも送付する。

<sup>32</sup> 戸波江二『憲法（新版）』（ぎょうせい、1998年）459頁

判決（判決日）	判決の概要と政治部門の対応
<b>5 森林法共有林分割制限規定違憲判決</b> （最大判昭 62・4・22）	<p>共有林の分割請求に制限を加えていた森林法旧 186 条の規定が、憲法 29 条に違反して無効であるとされたもの。            これに対しては、判決から約 1 か月後に、当該規定を削除する立法措置がとられた。</p>
<b>6 郵便法賠償責任制限規定違憲判決</b> （最大判平 14・9・11）	<p>郵便局の過失で損害が生じた場合の賠償責任の範囲を制限した郵便法 68 条及び賠償請求権者を制限した同法 73 条が、憲法 17 条に違反して無効であるとされたもの。            これに対しては、判決から約 3 か月後に、国の損害賠償責任の範囲の拡大等の措置を講じる立法措置がとられた。</p>
<b>7 在外邦人選挙権違憲判決</b> （最大判平 17・9・14）	<p>在外選挙制度の対象となる選挙を当分の間両議院の比例代表選出議員の選挙に限定していた公職選挙法附則第 8 項の規定が、憲法 15 条 1 項及び 3 項、43 条 1 項並びに 44 条但し書きに違反するとされたもの。            これに対しては、判決から約 9 か月後に、公職選挙法附則第 8 項を削除する立法措置がとられた。</p>
<b>8 国籍法違憲判決</b> （最大判平 20・6・4）	<p>父母の婚姻により嫡出子たる身分を取得した子であることを国籍取得の要件とする国籍法 3 条 1 項の規定が、憲法 14 条 1 項に違反するとされたもの。            これに対しては、判決から約 6 か月後に、出生後に日本国民に認知された子について、父母が婚姻していなくても届出による国籍取得を可能とする立法措置がとられた。</p>
<b>9 婚外子相続格差規定違憲決定</b> （最大決平 25・9・4）	<p>嫡出でない子の法定相続分を嫡出子の 2 分の 1 とする民法 900 条 4 号但し書きの規定が、憲法 14 条 1 項に違反して無効であるとされたもの。            これに対しては、判決から約 3 か月後に、嫡出でない子の法定相続分の格差を撤廃する立法措置がとられた。</p>
<b>10 再婚禁止期間規定違憲判決</b> （最大判平 27・12・16）	<p>女性は、離婚後 6 か月を経過しなければ、再婚できないとする民法 733 条 1 項の規定について、100 日を超える部分は、憲法 14 条 1 項及び 24 条 2 項に違反して無効であるとされたもの。            これに対しては、判決から約 6 か月後に、女性の再婚禁止期間を 6 か月から 100 日に短縮する立法措置がとられた。</p>

### 3 我が国の違憲審査制の現状<sup>33</sup>

#### (1) 司法消極主義

一般に、裁判所が立法府の決定を最大限尊重し、違憲性が明白でない限り違憲判断を行わないという態度を司法消極主義という。その一般的根拠として、①国民の選挙により選任された者で構成された機関ではない裁判所は謙抑的であるべきこと（裁判所の非民主性）、②情報収集能力、政策評価能力等については司法府より立法府・行政府の判断が優れていること、③憲法判断を積極的に展開することはかえって司法の客観性と公正さに対する信頼を裏切り、司法の権威を低下させること、④権力分立原理を重視すべきことが挙げられている。

#### 【参考】司法の積極主義と消極主義

裁判所が違憲審査にあたって、政策決定者たる政治部門の判断をできる限り尊重し、それに介入することはなるべく控えようとする態度を、司法の自己制限ないし「司法消極主義」と呼び、逆に憲法の価値や理念の維持のためには政治部門の判断に介入することを躊躇しない態度を「司法積極主義」と呼ぶ。これらの言葉は、1920年代から30年代にかけてのアメリカで、社会・経済立法に介入した連邦最高裁判所の違憲審査のあり方をめぐる論議の中で登場し、それ以降、裁判所のとりうる二つの対照的な態度を表す言葉として用いられ、日本の論議においても用いられるようになったものである。「司法消極主義」の理論は、「司法積極主義」の可能性を前提として、それを牽制するための理論とあってよく、その実質的論拠は、裁判所は本来非民主的な機関だから、国民を代表する議会の意思を最大限尊重する必要があるということの外に、裁判所の客観性と公正さに対する国民の信頼を傷つけないための自制の必要性、経験的な審査方法に伴う慎重な対処の必要性などに求められる。

野中俊彦・中村睦男・高橋和之・高見勝利『憲法Ⅱ（第5版）』（有斐閣、2012年）287頁

#### (2) 衆議院憲法調査会における議論

衆議院憲法調査会では、違憲審査制について議論が行われた。そのうち、違憲審査権の行使の現状について、「最高裁判所の法令違憲の判決の件数が少ないなど司法が憲法判断に消極的であり（いわゆる「司法消極主義」）、司法に委ねられた憲法保障に係る役割を十分果たしていないのではないかとする意見が多く述べられた。また、高度の政治性を理由としたいわゆる統治行為論による安易な司法判断の回避は排すべきであるとする意見が述べられた。これに対して、司法が統治行為に関与することは限定的にし、その判断は政治部門に委ねるべきであるとする意見や、憲法判断を行うか否かは司法権の自律に関わる問題であり、立法府が介入すべきではないとする意見が述べられた」<sup>34</sup>。

<sup>33</sup> 前掲注21・衆憲資第44号17-18頁・41-43頁・46-47頁及び前掲注26・衆憲資第81号2-4頁・32-39頁をもとに作成。

<sup>34</sup> 『衆議院憲法調査会報告書』（平成17年4月）406頁

### (3) 近時における違憲審査の活性化？

なお、近時、最高裁による違憲審査の活性化が語られることが多くなってきた、との指摘がある。例えば土井真一は、平成5年から10年にかけて変化の兆しとなるような判決がいくつか出始め、平成10年半ばから活性化の傾向が見受けられるようになってきているとしている。そして、最高裁が違憲審査に積極的な姿勢を見せ始めている領域として、①選挙権・投票価値の平等に関する領域、②嫡出性を理由とする差別の領域、③政教分離の領域などを挙げる<sup>35</sup>。

このような違憲審査の活性化の要因として、憲法改正をして憲法裁判所を設置すべきとする外圧に対応するものであるという見方もある<sup>36</sup>。例えば蟻川恒正は、近時の日本の最高裁判事たちの多くが、「憲法裁判所構想<sup>37</sup>に極めて強いおそれを抱いて、これを何とか押しとどめなければならないということで、相当程度積極的に憲法判断をするようになった。こうして、ひとまずはリベラルとでも呼ぶような判決傾向が出てきた」と指摘している<sup>38</sup>。

この点、参議院議員定数不均衡に関する最高裁判所大法廷判決において、福田博裁判官は、自らが執筆した反対意見の中で「この問題について、わが国の司法が長期にわたって違憲判断を回避し続ければ、別の機構、すなわち独立した『憲法裁判所』創設の動きに直結し、現在の司法制度から違憲審査権を奪う結果につながる…その理由は、現在の司法制度に与えられた違憲審査権が機能しなければ、健全な民主的統治システムの維持を確実にするための最後の手段が失われるという事実を、多くの国民が認識するに至るからである」と指摘し<sup>39</sup>、また、亀山継夫は、最高裁判所裁判官退任後に、「憲法判断を避け続けていると、世間の人はイライラが高じて憲法裁判所をつくれ、ということになる」と指摘していたところである<sup>40</sup>。

### (4) 司法が憲法判断に消極的な現状を生み出す主な要因

上記(2)で述べたような我が国の違憲審査における司法消極主義の現状を生み出す主な要因として、以下のような指摘がなされている<sup>41</sup>。

<sup>35</sup> 土井真一「法の審査と違憲審査制」論究ジュリスト2号(有斐閣、2012年)166-167頁

<sup>36</sup> 市川正人「憲法判例の展開」公法研究77号(2015年)19頁。なお、市川は、同論文において、最高裁による違憲審査権行使について変化が生じた背景として、①憲法改正論における憲法裁判所論のほか、②冷戦の終焉や55年体制の崩壊といった社会の変化や政治上の変化、③司法制度改革の影響、④最高裁判所調査官の世代交代などの要素も紹介している。

<sup>37</sup> 大沢秀介は、憲法裁判の活性化としての憲法裁判所設置論に関し、伊藤元最高裁判事の著書『裁判官と学者の間』(有斐閣、1993年)を「大きなターニングポイント」と評するとともに、2005年の衆議院憲法調査会の報告書において、憲法裁判所設置論が再度取り上げられたことを契機とする議論が存在したことを紹介する(大沢秀介『司法による憲法価値の実現』(有斐閣、2011年)176-177頁)。

<sup>38</sup> 土井真一・蟻川恒正・長谷部恭男・大沢秀介・川岸令和・宍戸常寿「座談会 違憲審査性と最高裁の活性化」論究ジュリスト2号(有斐閣、2012年)171頁〔蟻川発言〕

<sup>39</sup> 平成16年1月14日最高裁判所大法廷判決(民集58巻1号56頁)(福田博裁判官追加反対意見)

<sup>40</sup> 山口進・宮地ゆう『最高裁の暗闘』(朝日新聞社、2011年)170頁

<sup>41</sup> なお、衆議院憲法調査会の議論では、「司法消極主義」の原因について、次のような意見が述べられていた(『衆

## ア 任命システムの問題

最高裁判所事務総局の関与の下で、内閣が裁量によって行う最高裁判所裁判官の任命が、憲法判断について積極的な立場をとる者の就任を回避する傾向のあること。

## イ 最高裁判所の膨大な処理件数の問題

最高裁判所に係属する事件の膨大さにより、裁判官に、最高裁判所が憲法事件の最終審であるとの意識を乏しくさせ、また、實際上、通常の民刑事事件に対応するための実務家出身者中心の任用になっており、憲法事件に精通した裁判官が少ないこと<sup>42</sup>。

## ウ 厳格な事前審査による弊害の問題

内閣法制局や議院法制局による法案提出前の事前審査により、最高裁判所が違憲審査の経験を積む状況が妨げられていること。

## エ 人事システムの問題

最高裁判所が単一の裁判所制度の頂点に位置し司法行政を担い、職業裁判官をキャリアシステムの中で育成する現行の人事制度により、没个性的、体制迎合的な裁判官を多く生み出していること。

## オ 具体的違憲審査制の限界の問題

具体的違憲審査制度により、違憲審査権の行使が副次的なものとなっていること。

---

議院憲法調査会報告書』(平成 17 年 4 月) 407 頁)。

- a 最高裁判所裁判官が多くの上告事件を抱え、憲法判断を行うには多忙すぎる。
- b ①米国型の付随的違憲審査制を導入しているという解釈を前提に司法審査が抑制されていること、②行政優位の思想が影響していること、③憲法改正に関する自由な論議が行われず、仮に最高裁判所が高度な統治問題について憲法判断を示した場合、政治問題として一気にクローズアップされるおそれがあったことなどが司法の消極姿勢をもたらしたのではないか。
- c 96 条の憲法改正手続が厳格であるなど、違憲判決が下された場合に憲法を改正できる環境になかった。
- d 最高裁判所裁判官などの任命が政治的色彩を有していることや、裁判官自身の自由・独立が十分確保されない司法官僚制に問題がある。

<sup>42</sup> この点に関連し、司法制度改革審議会意見書(2001年6月12日)に次の指摘がある。「違憲立法審査制度については、この制度が必ずしも十分に機能しないところがあったとすれば、種々の背景事情が考えられるが、違憲立法審査権行使の終審裁判所である最高裁判所が極めて多くの上告事件を抱え、例えばアメリカ連邦最高裁判所と違って、憲法問題に取り組む態勢をとりにくいという事情を指摘しえよう。上告事件数をどの程度絞り込めるか、大法廷と小法廷の関係を見直し、大法廷が主導権をとって憲法問題等重大事件に専念できる態勢がとれないか、等々が検討に値しよう。」

## 4 現行制度の改善策

我が国の違憲審査制の運用が極端に司法消極主義的であるとの評価がなされ、違憲審査制をいかにして活性化させるかが議論されているが、最高裁判所の改革として次のような点が考えられるとされている。

### (1) 裁判官の人選と人数<sup>43</sup>

#### ア 15人の構成の是非

最高裁判所の裁判官が15人であることが、憲法裁判にとって適切かどうかという問題がある。憲法裁判においては、憲法上の価値の実現に向けて、微妙で、価値対立を生む争点についての論議をする場合があり、15人という人数は、それを行うには多すぎて適切ではない、という指摘がある。

#### イ 15人の構成の仕方

15人の最高裁判所裁判官が従来から、裁判官、弁護士、学識経験者の3母体から選任され、ほぼ、5:5:5の比率が維持されていることについて、改革の必要があるかという問題がある。これについては、最高裁判所裁判官が、出世コースの最終到達点であるかのような人選がなされ、必ずしも、憲法裁判の担当者であるとの配慮がなされていないことなどの問題点が指摘されている。

さらに、現在の最高裁判所裁判官の人的構成については、最高裁判所の「上告審機能に配慮したものになっている」との指摘があるほか<sup>44</sup>、「法律技術的な判断とは必ずしも同質とは言えない思考を求められる憲法判断に果たして適切であるかは議論の余地がある」との指摘もなされている<sup>45</sup>。

#### ウ 新たな任命機関を設けることに関する課題

最高裁判所の裁判官の人選については、その選任の過程や理由が明らかでなく、最高裁判所裁判官が最上級の司法裁判所（憲法の番人）にふさわしい資質を有した人物であるか否かという観点からの選考がなされている保証がないとの指摘がなされている<sup>46</sup>。そこで、憲法の番人としての最高裁判所裁判官の適性をどのように担保するかが問題となる。

例えば内閣による最高裁判所裁判官の任命に際して、かつての裁判官任命諮問委員会のような組織への諮問を経ることとする制度の復活が考えられる。こ

<sup>43</sup> 戸松秀典『憲法訴訟（第2版）』（有斐閣、2008年）461-462頁をもとに作成。

<sup>44</sup> 第159回国会衆議院憲法調査会最高法規としての憲法の在り方に関する調査小委員会議録3号6頁（2004年3月25日）（笹田栄司参考人の意見陳述）。また、同日の当該小委員会において、竹崎博允最高裁判所事務総長は、裁判所法（昭和22年法律第59号）41条1項に規定する最高裁判所裁判官の任命資格要件の趣旨として、「最高裁判所が法令解釈の統一を図る上告裁判所としての機能を果たすという面では、相当数の法律家が必要である」と説明している（同会議録2頁）。

<sup>45</sup> 滝井繁男『最高裁判所は変わったか』（岩波書店、2009年）54頁

<sup>46</sup> 市川正人・大久保史郎・斎藤浩・渡辺千原編著『日本の最高裁判所』（日本評論社、2015年）213頁

れに対しては、裁判官任命諮問委員会制度の下での裁判官選出が1回限りで終了した経緯に鑑みて、当該制度の有効性に疑問を呈する見解がある一方で、「最高裁判官の任命には民主的コントロールが必要である」<sup>47</sup>ことや「少数者の私情ないし狭い視野からする独断専行の誤りを避ける意味においても、多数の有識者の同意の裏付けがあることが必要かつ妥当である…諮問機関の構成が適当である限り、かかる制度の存することによって、国民の最高裁判官に対する信頼と尊敬はより高まるであろうことは想像に難くない」<sup>48</sup>ことなどから、当該制度を積極的に評価する見解もある。

**【参考】裁判官任命諮問委員会制度について**

制定当時の裁判所法は、内閣による最高裁判所の任命について、裁判官任命諮問委員会への諮問を経ることを規定していた。すなわち、裁判所法の規定に基づき裁判官任命諮問委員会規程が制定され、裁判官任命諮問委員会は、委員15名<sup>49</sup>をもって内閣総理大臣の所轄の下に設置される機関とされ、内閣総理大臣から諮問があったときは、各委員は、それぞれに最高裁判所裁判官として適当と認める者15~30名の氏名を書面により委員会に提出し、委員会は、その中から適当と認める者30名を答申することとされていた。

しかし、この裁判官任命諮問委員会への諮問・答申を経ての裁判官選出の方法は、1回行われたのみで<sup>50</sup>、直ちに廃止されることとなった。その理由として、「形式的に流れすぎて、所期の効果を得られないという憾みがあり、かつ指名及び任命に関する責任の所在を不明確ならしめるおそれ」があること<sup>51</sup>や裁判官任命諮問委員会における候補者選考過程において、司法権の権威や品位を損ねるような行動がなされていたことなどが指摘されている。

その後、1957年に最高裁判所の機構改革が企図された際、裁判官任命諮問委員会とほぼ同趣旨の裁判官任命諮問審議会を内閣に設置することが決定され、第26回国会に裁判所法改正案が内閣から提出されたが、本案は継続審議の上、第28回国会における衆議院解散とともに審査未了となり、以後、再提出されることのないまま、今日に至っている。

また、民主的統制の要請に応える意味も込めて、議会内に裁判官任命の機関を設けること、あるいは、国会の承認を必要条件とすることも考えられる。しかし、これは、憲法が定める内閣の任命権に変更を加えるものであり、憲法改正が必要ではないかとの疑問が生じるとの意見もある。

<sup>47</sup> 泉徳治『私の最高裁判所論』（日本評論社、2013年）113頁

<sup>48</sup> 真野毅「最高裁判所機構改革の基本問題」ジュリスト71号（1954年）2頁

<sup>49</sup> 裁判官任命諮問委員会の構成は、特定の選出母体から委員が選出されることになっていた。具体的には、①衆議院議長（委員長を務める）、②参議院議長、③裁判官4名（全国の裁判官から互選）、④検察官1名（全国の検察官（旧行政裁判所長官及び評定官を含む）の中から互選）、⑤弁護士4名（全国の弁護士の中から互選）、⑥法律学者2名（内閣総理大臣の指名）、⑦学識経験者2名（内閣総理大臣の指名）、とされていた。

<sup>50</sup> 初めての最高裁判所裁判官の任命は、片山哲内閣総理大臣による諮問及び裁判官任命諮問委員会による答申を経て、1947年8月4日に行われた（長官：三淵忠彦）。

<sup>51</sup> 第1回国会衆議院司法委員会議録65号3頁（1947年11月29日）（鈴木義男司法大臣答弁）。



## (2) 上告制度の見直し<sup>52</sup>

最高裁判所において重大な事件に十分審理がつくされるような裁判、訴訟制度を整えること（上告制度の見直し等）等の課題に対応するための法制度改革の一つが、平成8年に成立し、10年から施行された民事訴訟法の上告制限である。これにより、最高裁判所にする上告の理由が原判決の憲法解釈の誤りや重大な手続違反に限られ、原判決の法令違反は上告理由とはならないこととなった。

同時に、最高裁判所の判例解釈の統一の機能を重視する観点から、原判決に最高裁判所等の判例と相反する判断がある事件など、法令の解釈に関する重要な事項を含むものと認められる事件について、**上告受理申立て制度**が設けられた。

### 【参考】最高裁判所における訴訟事件の概況について

……民事・行政訴訟事件の審理の状況について総括すると、基本的には、15名の裁判官で、極めて多数の事件を相当迅速に審理していることがみて取れる。

もともと、新受件数の推移をみると、……上告受理事件の件数のみをみても、平成22年においては、現行民事訴訟法施行前の上告件数を超えている上、これに加えて、現行民事訴訟法施行後の上告事件の件数も、施行直後の平成10年及び平成11年は減少傾向にあったものの、平成12年には増加に転じ、平成22年においても依然として高水準にあり、これらを踏まえると、最高裁判所が真に重要な法律問題に充分な力を注げるようにすることを企図した現行民事訴訟法の趣旨にかなった状況にはなっていないのではないかと考えられる。また、……上告事件の大半が決定により棄却されている上、上告受理事件も、その大半が上告不受理決定により終局していること等に照らすと、最高裁判所における力の相当程度が、真に重要な法律問題を抱える事件ではなく、憲法違反等の主張はあるものの実質は法令違反等をいうにすぎない上告事件や、単なる認定非難をいうものにすぎず重要な法律問題を含まない上告受理事件の処理に割かれている可能性があるようにも思われる。さらに、社会情勢の変化のほか、下級審の新受件数も高水準で推移していることからすると、最高裁判所の新受件数も増加が続くことが予測される。こうした新受件数の増加傾向の中で、……平均審理時間が横ばいないし微増の傾向を示していることからすると、真に重要な法律問題を含む事件の審理を迅速に行うことに困難が生じる可能性も否定できないように思われる<sup>53</sup>。

(最高裁判所事務総局「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第4回)(概況編)」  
(平成23年7月)235頁)

<sup>52</sup> 前掲注43・戸松462-463頁をもとに作成。

<sup>53</sup> 本報告書の指摘については、最高裁判所事務総局「裁判の迅速化に係る検証に関する報告書(第5回)(概況編)」(平成25年7月12日)230頁においても、「最近の統計データによっても、上記のような動向に変化は見られず、近時は、更なる新受件数の増加の影響等の下で、平均審理期間の下げ止まりないし長期化の傾向も見られ、上記指摘に係る状況がより進行しているようにも考えられる。」とされている。

### (3) 違憲審査制の改善策

違憲審査制の改善策として、憲法事件の審査のため通常の司法裁判所とは別に憲法裁判所を創設する案、最高裁判所に憲法問題だけを専門に判断する「憲法部」を創設する案、大部分の上告審と憲法問題のスクリーニングの役割を担う「特別高裁」を創設する案、審議中の法律案等の合憲性について最高裁判所に対し意見を求める「参照意見」制度を創設する案などが唱えられている。

#### ア 憲法裁判所の創設

憲法裁判所構想とは、もっぱら憲法事件の審査のために、通常の司法裁判所とは別に憲法裁判所を創設しようとするものである。

憲法裁判所の権限は、国により様々である。憲法裁判所の導入に当たっては、その権限の範囲や裁判官任免のシステムや裁判官の構成（任命権者、職業裁判官以外の裁判官の採用、裁判官の国民審査制等）など、考慮すべき要素は少なくないと考えられる。

積 極 論 (メリット)	消 極 論 (デメリット)
抽象的規範統制 <sup>54</sup> を採用すれば、紛争当事者でない者も提訴することができる。	<u>実現に憲法改正を要する。</u> ドイツの憲法裁判所における抽象的規範統制の申立件数は年間3~5件しかなく、費用対効果に疑問。
憲法判断権限の集中により、明確かつ迅速な判断が可能となる。	事実認定を行うことを通じて導かれる人権感覚に優れた下級裁判所の憲法判断が活かされる機会がなくなる。
憲法解釈の統一を可能とし、憲法解釈をめぐる政争などを早急に制止できる。	国会で争われた政争が裁判所に持ち込まれる（「裁判の政治化」）。
政府や国会が憲法裁判所の判決を尊重せざるを得なくなり、 <u>多数党の行き過ぎを抑制</u> できる。	他の国家機関に著しく優越する機関を設けることになり、 <u>三権分立を侵す</u> 。 「政治の裁判化」が懸念される。 (立法過程で憲法論、法律論が幅を利かせ、政治家が裁判所に従順になることにより、議会制民主主義が弱体化する)
憲法判断が主文でなされ、判決が一般的効力を持つことにより、法的安定性や予見可能性に資する。	現行制度の下でも、裁判所の違憲審査権を尊重し、国会での法律の改廃措置や行政による執行の差し控えが、当然に予想されている。

<sup>54</sup> 「抽象的規範統制」等の概念の説明については、次頁「諸外国の憲法裁判所の構成・権限の概要」欄外を参照。

諸外国の憲法裁判所の構成・権限の概要

※条名が明記されていないものは、法律以下レベルで規定されている内容。

	裁判官、長官の任命、任期	裁判官の資格 (※兼職できない職務)	権限				
			抽象的規範統制	具体的規範統制	機関争訟	憲法訴願	その他
ドイツ	裁判官：16名 【任期】12年(再任不可) 【任命】連邦議会(8名)、連邦参議院(8名)が選出し(§94①)、大統領が任命 【長官】連邦議会と連邦参議院が交互に任命	・裁判官に就く資格を有する40歳以上の者、うち6名については連邦最上級裁判所で3年以上裁判官であった者 ※大臣、連邦又は州の議会議員(§94①)、他のすべての公的又は私的職務(法学を専門とする大学教授職を除く)との兼職はできない	・連邦法、州法の違憲性の審査(§93①Ⅱ、Ⅱa)	裁判所からの移送に基づく連邦法、州法の違憲性の審査(§100①)	連邦最高機関同士の権利義務の範囲に関する紛争の裁定(§93①Ⅰ)	・公権力による基本権等の侵害に関する憲法訴願に対する決定(§93①Ⅳa) ・市町村の自治権が法律により侵害されたとする憲法訴願に対する決定(§93①Ⅳb)	・基本権の濫用者に対する基本権喪失の決定(§18) ・反民主主義的又は連邦の存立に反するような政党の禁止(§21②) ・連邦議会の選挙の効力に関する異議に対する審査(§41②) ・大統領の訴追に対する裁判(§61) ・裁判官の訴追に対する裁判(§98②)
イタリア	裁判官：15名(§135①) 【任期】9年(再任不可)(§135③) 【任命】大統領(5名)、国会の合同会議(5名)、通常及び行政最高裁判機関(5名)により選任(§135①) 【長官】裁判官の互選により選出、任期3年(裁判官としての任期内)(§135⑤)	・通常及び行政上級裁判機関の司法官、法学教授、又は20年の職歴を有する弁護士であること(§135②) ※国会議員、州議会議員、弁護士(§135⑥)その他のすべての公的又は私的職務とは兼職できない	・法律、州法、法律の効力を有する行為の違憲性の審査(§134Ⅰ)	裁判所からの移送に基づく法律、州法、法律の効力を有する行為の違憲性の審査	国の諸機関、国と州、各州間の権限争議の裁判(§134Ⅱ)	—	・大統領の弾劾裁判(§134Ⅲ) ・法律廃止に関する国民投票の許可に関する審査
フランス	裁判官：9名(§56①) 【任期】9年(再任不可)(§56①) 【任命】大統領(3名)、国民議会議長(3名)、元老院議長(3名)が任命(§56①) 【長官】大統領が任命(§56③) ※上記9名のほか、元大統領は当然に終身裁判官となる(§56②)	なし ※大臣、国会議員(§57)、経済社会評議会構成員、すべての公職との兼職はできない	※原則として事前審査のみ ・組織法律、国民投票に付される法律案及び議院規則に対する違憲性の審査(§61①) ・通常法律、条約に対する違憲性の審査(§61②、§54)	コンセイユ・デタ又は破棄院からの移送に基づく法律の違憲性の審査(§61の1)	法律事項と命令事項の区別に関する裁定(§37②、§41②) 国の法律が特定の地方の権限に介入したか否かを判断(§74③)	—	・大統領選挙の適法性の監視、異議申立ての審理、投票結果の公表(§58) ・国民議会議員及び元老院議員選挙の適法性の裁定(§59) ・国民投票の施行の適法性の監視、結果の公表(§60) ・大統領の職務遂行不能の認定(§7④) ・大統領の非常事態措置権行使の際の諮問(§16①③⑥)
韓国	裁判官：9名(§111②) 【任期】6年(再任可)(§112①) 【任命】大統領(3名)、国会(3名)、最高裁判所長官(3名)が指名し、大統領が任命(§111②③) 【長官】国会の同意を得て大統領が任命(§111④)	・法官の資格を有する者(§111②)(裁判官、検察官、あるいは弁護士である者/弁護士資格を有し政府又は公定機関で法律問題に従事した者/弁護士資格を有し、大学の助教授以上の地位にあった者で、いずれも15年以上の経験のある40歳以上の者) ※政党への加入不可(§112③)、商業活動を営むこと、国会及び地方議会の議員、国会、政府及び裁判所の職員、企業、団体等の顧問、役員及び職員との兼職は認められない	—	裁判所からの移送に基づく法律の違憲審査(§111①Ⅰ、§107①)	国家機関相互間、国と地方自治体の間、地方自治体相互間の権限争議に関する審判(§111①Ⅳ)	憲法訴願の審判(§111①Ⅴ)(公権力による国民の憲法上の基本権侵害に対するもの)	・弾劾審判(§111①Ⅱ)(高級公務員(大統領、首相、大臣、裁判官、行政委員会の長など)に対するもの) ・民主的基本秩序に反する政党の解散に関する審判(§111①Ⅲ、§8④)
米国	裁判官：9名 【任期】終身制(§3Ⅰ) 【任命】大統領が指名し、上院の助言と承認を得て任命(§2Ⅱ②) 【長官】大統領が任命	なし	—	・判例により違憲審査権を確立 ・付随的違憲審査制(下級裁判所も憲法判断可)	二以上の州の間の争訟についての第一審管轄権(§3Ⅱ①)	—	
日本	裁判官：15名 【任期】定年制(§79⑤)(70歳) 【任命】内閣が任命し天皇が認証(§79①、7Ⅴ) 【長官】内閣の指名に基づいて天皇が任命(§6②)	なし (識見の高い法律の素養のある年齢40歳以上の者。少なくとも10名は、高等裁判所長官、判事を10年以上務めた者又は高等裁判所長官、判事、簡易裁判所判事、検察官、弁護士、大学の法律学の教授・准教授のいずれかを通算して20年以上務めた者)	—	・終審的違憲審査(§81) ・付随的違憲審査制(下級裁判所も憲法判断可)	客観訴訟のうち、機関訴訟(代執行訴訟など)	—	客観訴訟のうち、民衆訴訟(選挙訴訟、住民訴訟など)

- ・抽象的規範統制：具体的事件を前提とせずに、政府(連邦政府・州政府)、一定数以上の議会議員等の提訴によって、法律等の合憲性を審査すること。
- ・具体的規範統制：憲法裁判所以外の裁判所が、具体的事件の審理の際に、問題となっている法律等が憲法に反していると考えられる場合等に、手続を中止して、憲法裁判所の判断を求めること。
- ・機関争訟：国家機関相互間や国家機関と地方自治体との間等における、権限の存否や範囲に関する争訟
- ・憲法訴願：基本権を侵害された個人が、通常裁判所による救済の手段が尽くされたことを前提として、憲法裁判所に対して異議申立てを行い、救済を求めること。

【参考資料】国立国会図書館調査及び立法考査局政治議会課憲法室「各国における憲法裁判所の構成及び権限」(平15.5.7)(衆憲資第29号に収録)、諸橋邦彦「違憲審査制の論点」国立国会図書館『シリーズ憲法の論点⑨』(2006.2)、衆議院英国及びアジア各国憲法調査議員団報告書(平15.3)、服部高宏「連邦と州の立法権限の再編—ドイツ連邦制改革の一側面—」『現代社会における国家と法 阿部照哉先生喜寿記念論文集』(成文堂、2007)、三輪和宏「フランスの統治機構改革—2008年7月23日の共和国憲法改正—」レファレンス700号(2009.5)、南野森「フランス—二〇〇八年七月の憲法改正について」法律時報81巻4号(2009)、初宿正典・辻村みよ子編『新解説世界憲法集(第3版)』(三省堂、2014.7)

## イ 「最高裁判所憲法部」「特別高裁」の構想

### (ア) 最高裁判所に憲法部を創設する案の概要<sup>55</sup>

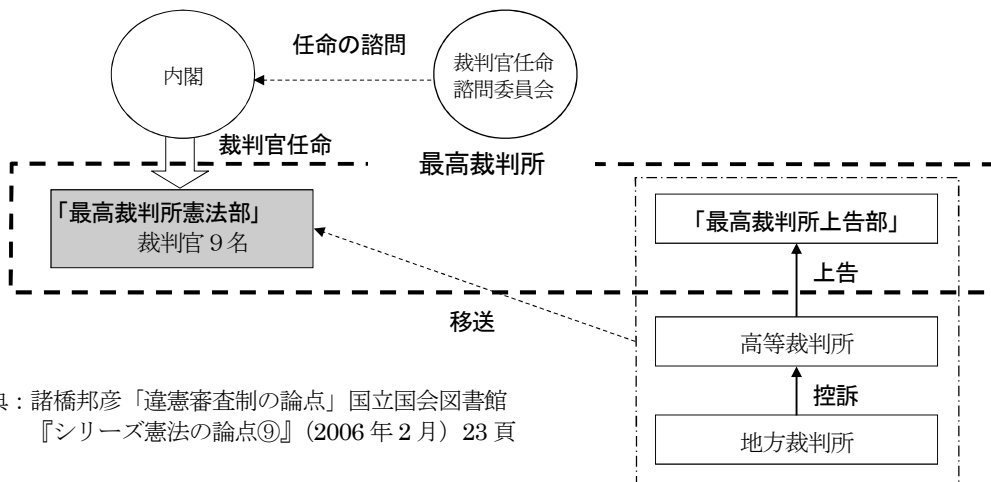
最高裁判所「憲法部」構想とは、憲法裁判所の導入に関する積極論・消極論はいずれも完全に否定することができないことから、まず法律改正のレベルで憲法裁判所的な手続・制度を導入しようとするものである。

#### 【最高裁判所「憲法部」構想の概要】

- 上告裁判所とは別個の、9名の憲法裁判官から成る憲法裁判を専門に行うもう一つの最高裁判所（最高裁判所憲法部）を創設する。
- 一般の裁判所は、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には、審理を中止し、意見の理由を詳細に付した決定を最高裁判所憲法部に移送する。
- 最高裁判所憲法部は、具体的規範統制を管轄する。
- 9名の憲法裁判官は、裁判官任命諮問委員会の諮問に基づき内閣が任命する。

積極論（メリット）	消極論（デメリット）
現行憲法下の運用で対応可能 <sup>(※)</sup> 。	抽象的規範統制は行わないため、紛争当事者でなければ提訴できない。
憲法判断権限の集中により、明確かつ迅速な判断が可能となる。	下級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段階で最高裁判所憲法部に移送することは、現行憲法下で認められている下級裁判所による憲法判断の機会を奪うことにならないか。
下級裁判所が違憲判断のイニシアティブをもつことになり、人権感覚に優れた下級裁判所の判断が活かされる。	

(※) これに対しては、最高裁判所の中に憲法判断に関与しない最高裁判事（最高裁判所上告部の判事）が存在することになり、憲法81条の下で異論がありうる。



※出典：諸橋邦彦「違憲審査制の論点」国立国会図書館『シリーズ憲法の論点⑨』（2006年2月）23頁

<sup>55</sup> 畑尻剛「憲法裁判所設置問題も含めた機構改革の問題—選択肢の一つとしての憲法裁判所—」公法研究第63号（2001年）等をもとに作成。

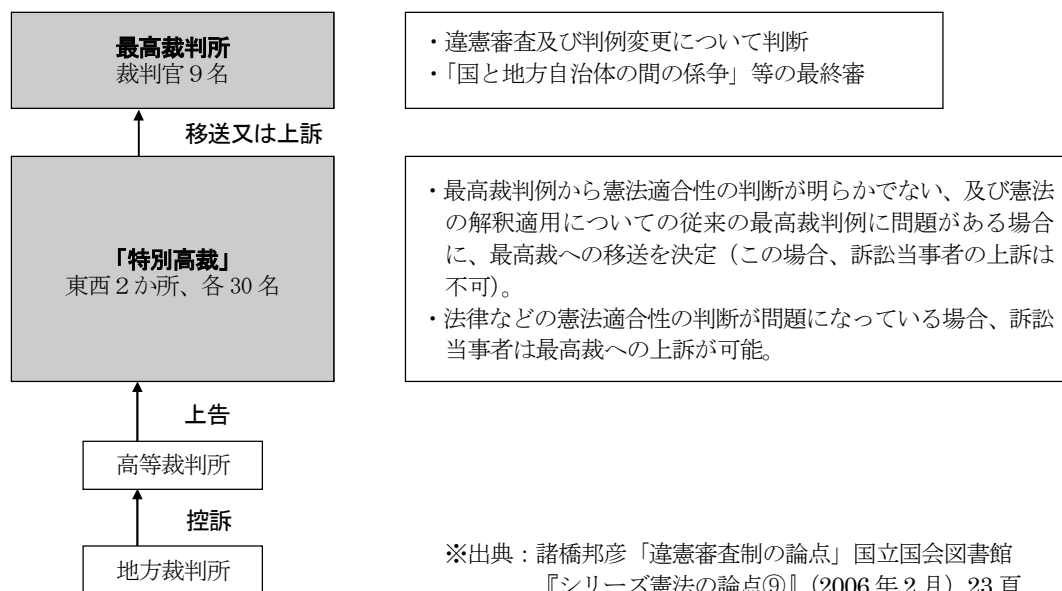
## (イ) 特別高等裁判所を創設する案の概要

「特別高裁」構想とは、最高裁判所が一つの小法廷が年間3千件を超える上告審を処理しており<sup>56</sup>、多忙のあまり違憲審査機能を果たす余裕がないとの問題意識から、最高裁の上告審機能を別の裁判所に移すことで、最高裁の負担を軽減し、違憲審査機能を活性化させようとするものである<sup>57</sup>。

### 【「特別高裁」構想の概要】

- 現在の最高裁判所の上告審機能を担う最高裁判所とは別の裁判所（特別高裁）を創設（東西2カ所に設置、一裁判所は30名の裁判官で構成）。
- 特別高裁は、法律などの憲法適合性についての判断が従来の最高裁判例から明らかでない場合や、憲法の解釈適用について従来の最高裁判例に問題があると考えられる場合には、最高裁判所に事件を移送する。
- 最高裁判所は、9名の判事で構成され、全員が一つの合議体を構成し、①違憲審査の最終審と、②限定された上告審（判例変更等）の役割を担う。

積極論（メリット）	消極論（デメリット）
現行憲法下の運用で対応可能。	現行の付随的違憲審査制は維持されたままである。
上告審としての負担を軽減することで、最高裁判所が憲法判断に集中できる。	憲法問題に関わる部分は四審制になるなど、審理の長期化を招くおそれがある。



<sup>56</sup> 藤田宙靖『最高裁回想録』（有斐閣、2012年）62頁

<sup>57</sup> 笹田栄司「違憲審査活性化は最高裁改革で」紙谷雅子編著『日本国憲法を読み直す』（日本経済新聞社、2000年）をもとに作成。

## ウ 「参照意見」制度の創設

「参照意見」制度とは、上記イの憲法部案や特別高裁案では、具体的な事件を伴わない抽象的規範統制を行えないことから、現行憲法下において抽象的規範統制のような機能を導入しようとするものである<sup>58</sup>。

### 【「参照意見」制度の概要】

- 各議院又は委員会は審議中の法律案の合憲性について、内閣は国会に提出予定の法律案の合憲性について、それぞれ最高裁判所に対し意見を求めることができる。
- 最高裁判所は一定の手続により検討の上、理由を付して意見を出す。
- 最高裁判所の出した意見は、法的拘束力を有しない。

積 極 論 (メリット)	消 極 論 (デメリット)
法案の段階でも最高裁の判断を求めることができ、違憲の法律等による人権侵害を事前に予防可能。	法的拘束力のない参照意見にすぎない。
現行憲法下の運用で対応可能（佐々木教授）。	現行憲法の司法権における裁判所は、具体的事件・争訟性を前提に法原理的決定を行う部門であり、その決定には終局性が保障されなければならないため、参照意見制度の導入には憲法改正が必要（佐藤幸治教授）。
憲法解釈の統一を可能とし、憲法解釈をめぐる政争などを早急に制止できる。	国会で争われた政争が裁判所に持ち込まれる（「裁判の政治化」）。
政府や国会が最高裁判所の参照意見を尊重することで、 <u>多数党の行き過ぎを抑制</u> できる。	<u>三権分立に反するおそれ</u> 。 「 <u>政治の裁判化</u> 」が懸念される。 (立法過程で憲法論、法律論が幅を利かせ、政治家が裁判所に従順になることにより、議会制民主主義が弱体化する)

<sup>58</sup> 佐々木雅寿『現代における違憲審査権の性格』（有斐閣、1995年）23-42頁、佐々木雅寿「勸告的意見の可能性」高見勝利・岡田信弘・常本照樹編『日本国憲法解釈の再検討』（有斐閣、2004年）323-341頁をもとに作成。

