

所謂抽象的違憲審査権と民主主義

須 崎 実

序説

憲法八一条と抽象的違憲審査権

民主主義と違憲審査権

結語

序説

所謂抽象的違憲審査権を裁判所に対して認めないのが善いのか悪いのかの判断はなかなか断案の出ない難しい問題である。

現代民主政治の状況に鑑みれば違憲審査権を裁判所に留保することに理由があるとしても、やはり、広汎に失する違憲審査権を裁判所に与えようとする行方は民主主義の本質に適合しないと解すべきだろう。

所謂司法消極主義論に拠れば、違憲審査権の行使は本来寡頭政的なものだから、限定された方法で為さるべきことが肝要であるのに、誤って、違憲審査権を積極的に行使すべきだとすると、主権的な多数意思に反対を宣し、而も、斯様な支配的な多数の判断を司法的判断を以て代える危険な誤魔化しになる¹⁾。

違憲審査に欠く可からざる原則たる消極主義の説く如く、違憲審査権は明白な場合例外的に法律を違憲無効にすることに存在理由を持つだけだとしても、違憲審査は民主主義に加えられる抑制であって、多数決主義的民主主義の立場に立てば正当化出来ないという消極主義の見解、殊に、抽象的違憲審査権を認める違憲審査制は民主主義の原則に反するという違憲審査の非民主性を強調する論拠の可否の究明を要するのではなからうか。

憲法八一条と抽象的違憲審査権

周知の如く、明治憲法は所謂法律審査権に就き明示の授權を為さなかったから、黙示的に認めているとする説もあったが、裁判所は憲法の明示の授權ある場合に限ると解した。

日本国憲法第八一条は法律の内容が憲法の内容に違反していないかどうかを審査する権限を明示に認めた²⁾。

裁判所に法律に対する実質的審査権を新たに認めたことは裁判所に憲法の終局的解釈権憲法の具体的意味を終局的に確定する権限を認めたことを意味する。

憲法八一条の公権的解釈に拠れば、最高裁判所は法律に関し違憲審査権を有するが、裁判所に係属する事件で法律の憲法適合性が争われる場合、その点の終局的決定権は最高裁判所に留保されるという意味に於てであるから、下級裁判所もこの権限を有する。

法律の合憲性審査に基く判断が下級裁判所の裁判によって為され、その裁判が確定した場合、未だ最高裁判所に依る判例変更の可能性が残されているから、その下級裁判所の合憲性判断はその訴訟当事者に対してのみ効力を有すると解すべきだろうが、最高裁判所の裁判でその法律審査権に基き法律が違憲又は合憲と判断された場合、判例の変更を認めると法的安定性を害するから、違憲又は合憲判断が為されたことに因って法律の無効又は有効が一般的に確定すると見るべきだろうと思う。

最高裁判所の判例乃至通説に拠れば、最高裁判所は具体的事件の裁判に於てしかその違憲審

査権を行使し得ない。言い換えれば、最高裁判所は具体的事件と懸隔した抽象的審査を為し得ない。

然しながら、憲法八一条は上の如き所謂具体的違憲審査権以外に最高裁判所に対してだけ憲法に於て特に定める権限（詰、抽象的違憲審査権）を授權していると解すべき余地があるのではなからうか。

即ち、最高裁判所は憲法の疑義に関し抽象的に判断を下す権限も亦併有すると解すべきだろうと思う。

抽象的違憲審査制では具体的事件が存在しなくとも憲法の解釈に関する疑義のある場合最高裁判所に出訴し、解決を求めることが出来る。

憲法裁判に於ける成行の如何によっては、法律は効力を失うことになるから、最高裁判所の抽象的違憲審査権は議会で制定した法律を廃止する権限である。

憲法の解釈に就き、具体的事件と懸隔して公権的に、最高裁判所に決定させようというのは必ずしも望ましいことではないだろう。

民主主義的法治国家に於て、政治的乃至實際的合目的性の見地から、憲法裁判権を掣肘する目的で、理論的よりは寧ろ政策的考慮を抛として、屢、所謂統治行為が認められることがある。

元来、統治行為はその概念の起源に於て又その後の発展に於ても政府の政治的権力行為という徴表と裁判所が裁判を拒否するという徴表位しか明らかになっていないが、統治行為論の論拠を民主主義の原理に由来する裁判権の限界に求めている³⁾。

斯様に統治行為論は民主主義に鑑みて政治性ある国家行為には裁判権は及ばないと主張し、裁判所の自制による違憲審査権の放棄を正当とする。

最高裁判所は「国家統治の基本に関する政治性ある国家行為の如きは法律上の争訟となり、有効無効の判断が可能であっても、斯かる国家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ものと解すべきである」と判決し⁴⁾、政治性ある国家行為の有効無効の判断を民主的政策形成を推進する政治部門に任すべく、違憲審査権を放棄した。

憲法は政治的な法である。而も、憲法の解釈は複数の可能性の内の何かの選択という実践的価値判断であるから、何れの価値選択もその主観性を免れない。

斯様に、違憲審査に法創造機能が認められるならば、違憲審査は民主的政策判断を司法的判断を以て代えることになって、民主主義に加えられる抑制であるということになるだろう。

自由が究極目的として前提されているという条件の許に於てのみ民主主義は正しい政治形体であるから⁵⁾、立法が精神的自由を害う場合、嚴重な違憲審査が要求されるという限りで、違憲審査権は存在理由を持つ。

然しながら、統治行為論の説く如き民主主義の原理に由来する裁判権の限界の論拠は正当と思われるので、最高裁判所の抽象的違憲審査権は民主主義の精神に合致しないし、普通の状態では危険であると言えよう⁶⁾。

民主主義と違憲審査権

民主主義の中核的な原理は批判と宣伝の自由と多数決である。民主主義が、自由と平等を擁護する点で、殊に、民主主義と独裁主義とを對比して、相対的に（究極価値の選択が問題となる場合、価値相対主義の主張が妥当するから、民主主義の政治原理を絶対的には正当化出来ないが⁷⁾優れていることを指摘出来るだろうと思う。

尤も、自由と平等を民主主義の基礎として措定し、その実現の為の原理 権力分立、多数決、代表民主制による立法、法による行政と裁判 を採択する民主主義こそ自由と平等の実現という目的に適った体制であるというのは民主主義の正しさの論証にはならぬかも知れぬが（同語反復だから⁸⁾）、民主主義と独裁主義を比

較するならば、次の如く敷衍出来るだろう⁹⁾。

独裁主義は民主主義の反対物である。

独裁制の許に於ては国民権主義乃至議会主義は単なる形式的なものになってしまっている。そこでは表現の自由や集会結社の自由が認められぬ許で無く、其処か絶対的權威に基く政党だけが存立出来、選挙に於ける普通、平等、直接、秘密の諸原則も形骸化してしまっている。

独裁主義の原理の許では議院内閣主義も否定せられている。そこでは議会が政府に対して影響力を及ぼすことは認められていない。

独裁制に於て権力分立主義は強く否定せられている。そこでは立法権も行政権も区別されていないから、議会の参与を欠く立法が恒常的に行われる結果、法律による行政の原理は意味を失ってしまっている。

独裁主義は法治主義に対しては必ずしも反対しない。然しながら、裁判官は独裁主義世界観を持たなければならぬとせられることに徴しても明らかな如く、司法権の独立の原則は民主制の許に於ける程完全であり得ぬ。

民主主義的政治観は個人を価値規準とし、国家を個人の固有の権利の保障の為の手段と成し、個人の固有の権利を国家権力によって侵害せらるべからざるものとする。

然るに、独裁主義的政治観は超個人的全体を絶対価値とし、個人をこの絶対価値の存立の為の手段と成し、国家に対抗し得る個人の固有の権利を認めない。

従って、独裁制では基本的人権は保障されていない。

上の如く、独裁制に於て否定されている議会主義、議院内閣主義、権力分立主義、法治主義、司法国家主義、基本的人権尊重主義等は民主主義と自由主義を表象する原理でないものはない。

従って、それ等の諸原理から成る民主主義的政治形体は独裁主義的政治形体よりも自由と平等という究極価値の達成の為の一層優れた目的合理的な手段であると言って良いだろう。

議会主義は議会の代表的性格によって特徴付

けられている。即ち、議会は人民との間に選挙という繋を持ち、而も、選挙は批判と宣伝の自由を前提している。

議会主義と不可分な議院内閣主義は、次の四つの条件、即ち、部分的利害でなく、一般的政策によって分れた政党、多数党の支配、少数党による多数党の決定の容認、無茶な動きに対する反発によって平衡を保つ流動的な政治的意見の相互作用によって成り立っている¹⁰⁾。

国民代表議院で多数を占める政党は内閣を組織する権利を与えられるから、政党の仕事は政府の為に議会で多数を維持することにある。

下院が三政党以上に分れている場合、政府の下院に対する支配は必然的に弱められ、政府は議会を支配することが出来ない。何故なら、下院で多数を占める為には、二政党以上が結合することを必要とし、提携政党は遅かれ早かれ分裂する傾向があるから、重大な意見の相異を来す場合、政府は議会で反対投票によって倒されるからである。

二政党制の長所は政府が責任を持って批判する野党によって注意深く批判されることが出来ることにある。

斯様な代表議会に必然的に伴う技術的構造の問題として一院制乃至二院制の問題がある。

ケルゼンは一院制が民主主義の理念に適合し、二院制は民主的原理を稀薄にすると論じた。「二院が一院の重複にならぬ為には違った風に構成されねばならぬが、若し一方が完全に民主的であるとするなら、他方は民主的性格に欠陥が生ぜざるを得ぬ」¹¹⁾。

蓋し、正論と言う可きだろうと思う。

民主主義が議会主義を要求する場合、選挙は民主主義実現の程度にとって決定的である¹²⁾。

一般に、代表の方法の発展の究極の目標が比例代表法にあることは殆ど異論の余地がないと言われているが¹³⁾、選挙の目的は正確な国民代表を確保することにあるのかどうか民主主義から問題になり得るだろう。

現代民主主義国家に於ては支配的な政治的意見が議会で主張される公算があることを以て議

会が代表的性格を有すると考えるべきであって、選挙の目的は政府の首長を選挙により指名する結果になる所謂直接民主制の実現にあると言って良いのではなかろうか¹⁴⁾。

枝葉末節ながら、勿論、民主主義の理念に照して不合理な選挙法の改廃を議会が怠ったりすると、民主主義にとって欠く可からざる多数決は灰燼に帰してしまうだろう。

斯様に、批判と宣伝の自由を侵犯する立法が為されたり、違憲と断ぜられるべき選挙法による選挙が行われたりする場合は如く、議会主義が民主主義の原理を実現し得ていない状況の許に於て民主主義の危機が起って来る¹⁵⁾。

民主主義の前提条件である批判と宣伝の自由を侵犯する立法は民主主義の基礎を崩すから、斯様な危機状況に於て違憲審査権は民主主義を回復させる為批判と宣伝の自由を侵犯する法律を違憲無効にすることに存在理由を持つ。

又、最高裁判所が選挙区に於ける議員定数の不均衡を違憲と断ずるならば、無効の議員定数配分規定による選挙は違憲無効と断ぜられるべきだろうから、違憲無効の選挙が行われるような議会主義の地盤を揺がす状態の中で最高裁判所の違憲審査権は民主主義に貢献出来るだろう。

然しながら、民主主義の政治原理はその運用さえ妥当であるならば、抽象的違憲審査権の発動の余地無からしむるに至るであろうと思う。

結語

一般に、法律による自由の擁護から法律による自由の抑圧への反転の結果立憲主義を保持する為違憲審査制が採り入れられるようになったと言われているが¹⁶⁾、民主主義は本質的に見解の闘争の為の自由な舞台の開放を要求するから¹⁷⁾、違憲審査の基準として、経済的自由を制限する法律は合憲性の推定を受けるのに反して精神的自由を制限する法律は違憲性の推定を受けるという所謂二重基準論が提唱せられている¹⁸⁾。

議会が批判と宣伝の自由を制限する法律の改廃を怠ったりする場合、厳格に拘束されてはならない批判と宣伝の自由に関する事件に於て裁判所が民主主義を推進する役割を果たす¹⁹⁾。

民主主義国家に於て国家意志の決定は代表民主主義による多数決に従うということが条件となる。多数決による意志決定はそれに先立つ慎重な熟慮によってすべての側の論拠が自由に秤に掛けられなければならない。

代表者に対する国民による警戒が永続するならば、民主主義はその不賢明さを救う為に裁判所に依存する必要はないだろう。

憲法解釈はその主観性を免れ得ないならば、抽象的違憲審査権と民主主義は支配的な多数による政治と寡頭政との対立になる。

批判と宣伝の自由の立憲主義的保障が確保されるならば、抽象的違憲審査制は民主主義の原則に反するということになるだろう。

注

- 1) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』有斐閣、1973年、32ページ。
- 2) 以下、宮沢俊義『日本国憲法』日本評論社、1969年、664-693ページ参照。
- 3) 金子宏「統治行為の研究(四)」『国家学会雑誌788号』791-792ページ。
- 4) 昭35・6・8判決最高裁判集14巻7号、1208-1210ページ。
- 5) 加藤新平『法哲学概論』有斐閣、1976年、528ページ。
- 6) 芦部、前掲書、10ページ。
- 7) 碧海純一『合理主義の復権』木鐸社、1981年、143ページ。
- 8) 小林直樹『憲法の構成原理』東京大学出版会、1970年、188-189ページ。
- 9) 以下、宮沢俊義『憲法の原理』岩波書店、1973年、56-66ページ参照。
- 10) 以下、E. C. S. Wade and Godfrey Phillips, Constitutional Law, 8th ed. by E. C. S. Wade and A. W. Bradley, p. 17, 21, 27. 参照。
- 11) 鶴飼信成『憲法における象徴と代表』岩波書店、

- 1977年，135ページ。
- 12) 芦部信喜『憲法と議会政』東京大学出版会，1971年，267ページ。
- 13) 鵜飼，前掲書，164-165ページ。
- 14) 芦部信喜『憲法制定権力』東京大学出版会，1987年，209-210ページ。芦部信喜『憲法と議会政』，401ページ。
- 15) 鵜飼，前掲書，111-112ページ。
- 16) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』有斐閣，1973年，13ページ。
- 17) 加藤，前掲書，526ページ。
- 18) 鵜飼，前掲書，249-250ページ。
- 19) 芦部，前掲書，362-363ページ。

(2001年11月5日受理)