

# 「日本国憲法第八十一条」をめぐる一考察

森 省 三

## 目 次

まえがき

一、日本国憲法第八十一条の解釈について

—法令審査権と合憲違憲審査決定権—

二、合憲違憲審査決定権の対象についての一考察

—条約は対象たりうるや否や—(以上本号)

三、司法権の優位と三権分立主義についての一考察(以下第三号)

あとがき

以上

まえがき

日本国憲法の法理解釈において、憲法学者の間に未だ意見の一致を見ないもの一つにその第八十一条がある。すなわち日本国憲法は、第八十一条に於いて「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定する権限を有する終審裁判所である」と規定して居るのであるが、学者の中にはこの規定の意味を解して、最高裁判所の法令審査権又は違憲立法審査権を定めたものであるとするものが多いようであるが、このような解

釈は、いわゆる法令審査権と「合憲違憲審査決定権」<sup>1</sup>とを混同して居るものであって、日本国憲法第八十一条の法理解釈として首肯し難いものであることは、夙に中谷教授の指摘して居られるところである。<sup>2</sup>

されば本稿に於いては、憲法第八十一条の法理解釈を中心として、最高裁判所の合憲違憲審査決定権をめぐる二、三の問題について若干の考察を試みんとするものである。

### 一、日本国憲法第八十一条の解釈について

#### (一)

日本国憲法第八十一条の解釈をめぐって判例、学説は大体に於いて大きく二つに分かれているようである。すなわち一つは最高裁判所の立場であるところの、最高裁判所は司法裁判所であって、なら憲法裁判所の性格を有するものでないとするものであり、他の一つは最高裁判所は司法裁判所であると同時に、憲法裁判所の性格をも併せ有するものであるとする立場である。

最高裁判所は、問題の憲法第八十一条の規定すなわち「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定する権限を有する終審裁判所である」の解釈について、次の如く判示している。

「わが裁判所が現行制度上与えられているのは司法権を行う権限であり、そして司法権が発動するためには具体的な争訟事件が提起されることを必要とする。わが裁判所は具体的な争訟事件が提起されないのに将来を予想して、憲法及びその他の法律、命令等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とき権限を行い得るものでない。けれども最高裁判所は法律、命令等に関し違憲審査権を有するが、この権限は司法権の範囲内において行使

されるものであり、この点においては最高裁判所と下級裁判所との間に異なるところはないのである（憲法第七十六条一項参照）。……。同条は最高裁判所が憲法に関する事件について終審的性格を有することを規定したるものであり、従つて最高裁判所が固有の権限として抽象的な違憲審査権を有すること、並にそれがこの種の事件について排他的な即ち第一審にして終審としての裁判権を有するものと推論することを得ない。……。要するにわが現行の制度の下では、特定の者の具体的な法律関係につき紛争の存する場合においてのみ裁判所にその判断を求めることができるのであり、裁判所がかような具体的な事件を離れて抽象的に法律、命令等の合憲性を判断する権限を有するとの見解には、憲法上及び法令上何等の根拠も存しない……。<sup>3</sup>

憲法第八十一条についての最高裁判所のかかる解釈と立場を同じうせられる学者には、宮沢俊義教授、清宮四郎教授、渡辺宗太郎博士、美濃部達吉博士、佐藤功教授等がある。かかる最高裁判所と解釈を同じうする見解は、「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定する権限を有する終審裁判所である」が、最高裁判所が有するかかる合憲性審査権は、具体的な訴訟の審査として行われるものであり、具体的な訴訟とは関係なしに抽象的に行われうるものではない。それ故に最高裁判所は、あく迄司法裁判所として法律、命令等の合憲性審査を具体的訴訟事件に当って行うだけであつて、なら憲法裁判所的性格を有するものではないとするものである。

右の如き憲法第八十一条に関する解釈に対して佐々木博士は、先ず法律その他の国家行為が憲法に適合するや否やを審査する場合に二つあること、すなわち「その一、国家は何らか具体的な生活事実について、法律その他に国家行為を基準として、或る法的の判断を下し、これに基いて何らか処置をする場合がある。その場合に、その基準とせ

られる右の法律その他の国家行為が憲法に適合するかどうか問題となり、これを前提として考えなくてはならぬことがある。その二、右の場合と異なり、或る特定の法律その他の国家行為が憲法に適合するかしないかということが、それ自身独立して、前提としてでなく、問題となり、それを考えなくてはならぬことがある。その場合にそれを審査することがあり得る。前者を、国家行為の、前提としての合憲性の審査といい、後者を、国家行為の、純粹合憲性の審査という。<sup>9</sup>と明確に両者を区別せられ、合憲性審査権—法令審査権—と、最高裁判所のみが有する純粹合憲性審査決定権—合憲違憲審査決定権—とを混同しないよう注意して居られる。

しかして我が国の最高裁判所は、憲法第八十一条の規定により、単に法令審査権を有するのみに止まらず、或る法律その他の国家行為の（純粹）合憲性のみを独立の問題として審査決定しうる憲法裁判所的性格をも、併せ有するものなりとする、かかる佐々木博士と見解を同じうせられる学者に、中谷敬寿教授<sup>10</sup>、鈴木安蔵教授<sup>11</sup>、田畑忍教授<sup>12</sup>、大石義雄教授<sup>13</sup>、一円一億教授等<sup>14</sup>がある。これらの学者の見解によれば、「憲法第八十一条は、（一）最高裁判所は終審裁判所であるということ、及び（二）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定する権限を有するという事、この二つの事を定めたものと解釈せざるをえない<sup>15</sup>」とするものである。

右に述べた如く憲法第八十一条の解釈をめぐって学説が分かれているのであるが、最高裁判所が、法律、命令、規則又は処分に対してそれが憲法に適合するや否やを決定する権限を有する裁判所であるということについては、如何なる学説も異論はない。只最高裁判所がかかる法令等に対する合憲性審査権を行使するに当っては、あくそれは司法権の範囲内においてのみなされるものであり、なんら具体的な訴訟事件とは関係なしに、所謂憲法裁判所として独自に法令等の合憲性について審査決定しうる、そういうものではないというのが最高裁判所の判決、及び同旨の

学説である。これに対する学説は、裁判所が本来の任務として法令を適用する場合、当該法令が憲法及び上位の法令に違反しないかどうかについて審査しうる所謂法令審査権を有することは、司法作用のあり方からみて当然の事理であり、わざわざその事だけのために憲法にかかる規定を設けたものなりとは考えられない。憲法が明文の規定（第八十一条）を以って最高裁判所に合憲違憲審査決定権を認めたことは、憲法第九十八条一項、同第九十九条等との関係からみて、憲法違反の法令等の存在を認めず、最高裁判所の有権的判決の結果、違憲なりと判断せられた当該法令等を一般的に廃止するの態度を明らかにしたものなりとするのである。

## (一)

前述の如く我が国の憲法学者の中には、憲法第八十一条を解して単に最高裁判所の法令審査権を規定したものとみる向きが多いが、元来法令審査権とは、裁判所が裁判作用を営むにあたり、その職責上法の適用宣言の前段階として適用すべき法令の存在、及びその効力について審査する権能のことをいうのであって、その限りにおいてこれは常に最高裁判所のみならず、他の下級裁判所にも在るものと云わねばならない<sup>16</sup>。しかして法令審査権が裁判所に存在する所以は、「いわゆる司法権作用における目的と、司法権独立の原則に由来する」<sup>17</sup>ものであるが、かかる法令審査権と日本国憲法第八十一条に規定するところの合憲違憲審査決定権とは、明らかに同一のものではない。すなわち合憲違憲審査決定権は、立法その他の国家行為が憲法に適合するかどうかを審査決定する権限であり、かかる権限に基いてなされた決定は、すべての他の国家機関を拘束するものであるが故に憲法裁判所の権限なりとも云い得るものである<sup>18</sup>。それ故に中谷教授は、裁判所一般がその職責上有する法令審査権と、最高裁判所が日本国憲法第八十一条に基いて有するところの合憲違憲審査決定権とを厳密に区別せられ、両者の間に於ける差異について、「(一)法令審査権は

法秩序の維持という裁判本来の任務に基いて存在するものであるから、広く裁判所一般（司法裁判所たる最高裁判所を含む）がこれを行うべきであるのに反し、合憲違憲審査決定は、国家意思の統一を図り特に憲法という最高法規を維持するという憲法裁判所たる任務に基いて存在するものであるから、厳正な法理論としては、最高裁判所のみがこれを行うべきである。（二）法令審査権は一般に法令の合法性を審査するものであるから、それは法令が憲法に適合するか否かを審査しうるが、しかも単に憲法に適合するかしないかということを審査するのみならず、それが上位の法令に適合するかしないかを審査するものであるのに反し、合憲違憲審査決定権は立法（その他の国家行為をも含む）が単に憲法に適合するかしないかを審査決定するものである。（三）法令審査権は裁判所が法の適用宣言の前段階として具体的事件に適用すべき法令の合法性を審査するものであるから、いわばその法令そのものを存在せしめるかどうかを決定するために行うものでないのに反し、合憲違憲審査決定権は、問題となった法令そのものを存在せしめるかどうかを決定するために行うものである。それ故に、（四）法令審査権による法令の合法性の審査は、その裁判所以外の者に対してその合法性についての決定力がないのに反し、合憲違憲審査決定権による法令（その他の国家行為を含む）の合憲違憲の審査決定は、最高裁判所以外の者に対してその合憲違憲性についての決定力を有するものである。（五）法令審査権による法令の合法性の審査は法令の合法性に関するものであるに反し、合憲違憲審査決定権による審査決定は、独り法令のみならず処分その他の国家行為の合憲違憲性に及ぶものである<sup>19</sup>と述べられ、日本国憲法第八十一条を解して最高裁判所の法令審査権又は、違憲立法審査権を定めたものであるとする見解の誤謬を指摘して居られる。

かくの如く我が国の最高裁判所が、日本国憲法第八十一条に基き単に司法裁判所たるのみに止まらず憲法裁判所的性格をも併せ有するものなることは明らかなのであるが、帝国憲法に於いては日本国憲法第八十一条の如き明示の規

定がなから設けられて居なかつた。従つて裁判所がすべての法令について形式的審査権を有するように、実質的審査権、すなわち法令等の内容が憲法に違反するや否やについて審査する権限をも有するや否やについて学説上も争われたが、判例は、裁判所は命令に対しては、それが法律に違反しないかどうかの形式的審査権及び実質的審査権を有するが、法律に対しては、形式的審査権は有するが実質的審査権は有しないと<sup>20</sup>した。それ故法律は、その立法手続さえ合法的なものであれば合憲性を有するものと推定されていた。しかるに日本国憲法は第八十一条に於いて、「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定する権限を有する終審裁判所である」と規定し、単に命令だけではなくして、法律、規則及び処分に対する実質的審査権をも最高裁判所は有すると明示し、日本国憲法の最高法規性を確保せんとしているのである。すなわち、司法裁判所たる最高裁判所に憲法裁判所的性格を与え、以つて「憲法の番人」たらしめているのである。

元來憲法裁判とは、憲法の優位を認め、裁判所をして法律、命令その他の国家行為の合憲性―効力―を審査決定せしめることである。従つて裁判所以外の国家機関の決定は、仮令それが立法機関又は行政機関の憲法上の問題に関する職権上の有権的な解釈であつても、これを憲法裁判と云うことを得ないのである。殊に我が国に於いては、日本国憲法第八十一条に於て、「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定する権限を有する終審裁判所である」と規定し、同第七十六条に於いて、「すべて司法権は、最高裁判所及び法律の定めるところにより設置する下級裁判所に属する。特別裁判所はこれを設置することができない。行政機関は、終審として裁判を行うことができない」と規定しているが故に、憲法裁判はひとり最高裁判所のみが行うものである。勿論立法機関又は行政機関が、特定の行為となす場合に、職権上の憲法解釈をなすことは決して差支えがない。このこ

とは、帝国憲法の下に於ける枢密院官制第六条第二号に徴しても明らかなるところである。ただ最高裁判所以外の機関が行ったところの憲法解釈は、終局的な決定力をもつものではなく、この点において最高裁判所がなすところの有権解釈と大きな差異が認められる。

## 三

司法上憲法を保障する制度について最も顕著なものは所謂違憲立法審査制である。この制度は、立法機関によって制定せられた法律が、憲法に違反するや否やについて裁判所が審査し、違憲なりと判断した場合に、当該法律の適用を拒否する権能を裁判所に認める制度であつて、夙にアメリカに於いて発達し確立されたものである。勿論アメリカ以外にもかかる制度を採用せる国家としては、オーストラリア、インド、パキスタン、アイルランド等の他、中南米諸国及び中国、フィリピン等がある。

このような法律、命令等の合憲性を通常司法裁判所が審査し、違憲と判断されればその適用を拒否する所謂違憲立法審査制と、ヨーロッパ、特にドイツに於いて発達した特別憲法裁判所による法令、その他の国家行為に対する合憲違憲審査決定制度とがある。現在の西ドイツは、特別の憲法裁判所たる連邦憲法裁判所を設置し、それによつて邦法その他の国家行為が、ドイツ連邦共和国基本法に適合するや否やを審査決定せしめている。かかる制度を採る国家としては、オーストリア、イタリア、大韓民国、タイ等がある。しかして「このようなヨーロッパ大陸型の制度は、中南米諸国に影響を及ぼし、それらの国の中には、通常裁判所たる最高裁判所に違憲立法審査権を与えながら、これに立法の合憲性の問題を具体的事件を契機としてでなく、執行部立法部等の諮問に依つて抽象的に判断する権能をあたえる等、憲法裁判所的色彩を加味しいるところが多い」<sup>34</sup>のであるが、我が国は憲法第七十六条の規定からみるなら



ば、裁判形式としては特に憲法裁判所を設置することなく、アメリカにおける違憲審査制を採りつつも、司法裁判所としての最高裁判所に憲法裁判所の性格をも与え、合憲違憲審査決定権をも有せしめて居るものであることは既に述べた通りである。しかも而ここで注意すべきことは、成る程司法裁判所としての最高裁判所に合憲違憲審査決定権を有せしめ、所謂憲法裁判所の性格を与えたことがアメリカに於ける制度に倣ったものの如くであるにせよ、アメリカに於けるかかる制度はなんら憲法上明らかに定められてはおらず、判例法によって確立せられたものであるのに過ぎないのに対し、我が国に於いては憲法上明文の規定（第八十一条）でもって定められていることである。すなわちアメリカに於いて最高裁判所が合憲違憲審査決定権を有すると明示せられたのは、一八〇三年に於ける有名なマーベリー対マディソン事件<sup>36</sup>であり、時の裁判長マーシャル（Marshall）が、議会の制定した法律をば違憲なりと判示したのである。従ってアメリカに於いては、最高裁判所が合憲違憲審査決定権を有することがこの時以来今日まで判例法上確立せられているのであるが、日本国憲法は一步進んで第八十一条に「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定する権限を有する終審裁判所である」と明示しているのである。それ故かかる制度が仮にアメリカのそれを倣ったものであるにせよ、アメリカの制度そのものではないことに注意しなければならない。されば佐々木博士は、「蓋し、わが国の現行憲法の制定に際し、一般にアメリカ憲法が参照されたとしても、その個々の事項の条項はもとより、国家全般の構造に関して、同国憲法の模写であると考えてはならぬ。最高裁判所の国家行為の合憲性審査の権限の如きもそうである。尤も、これを参照することは差支なく、寧ろ必要である。併し参照することと依拠することとは別のことである、ことを忘れてはならぬ」と<sup>37</sup>と厳に戒しめて居られるのである。しかしして憲法裁判所とは、法令の合憲性その他各種の憲法争議自体を、一種の訴訟手続により判定する

特別裁判所のことである。我が国の最高裁判所は、日本国憲法第八十一条の規定により合憲違憲審査決定権を有するが、それが司法権の範囲内で具体的な訴訟事件に付随して行われるものであるとするならば、その限りに於いてイタリヤ、西ドイツに設けられているような憲法裁判所そのものではない。然しながら、憲法第八十一条が、司法裁判所としての最高裁判所に、一種の憲法裁判所の権限を認めたものであることは、以上述べたことから明白である。我が国の裁判所が、具体的訴訟事件が提起されることによって発動しうる司法権を与えられて居ることは、違憲事件訴訟手続法、または最高裁判所による違憲訴訟手続規則の定められて居らない現在最高裁判所の判示（昭和二十七年十月八日）して居る通りであるが、日本国憲法第八十一条の解釈としては、「わが裁判所は、具体的な訴訟事件が提起されないのに将来を予想して、憲法及びその他の法律、命令等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ごとき権限を行ない得るものではない」（同判決）とは到底考えることが出来ない。なんとすれば、憲法第八十一条が最高裁判所の判示する如く、最高裁判所をして司法権の範囲内に於いてのみ法律、命令等に関し違憲審査権を有せしめているだけであって、その限りに於いて他の下級裁判所との間になら異なるところがないと規定しているものとするならば、前述の如くわざわざ憲法第八十一条のような規定を設ける必要はなかった筈である。しかも憲法第八十一条がその中で、「一切の法律、命令、規則又は処分が憲法に適合するかしないかを決定する権限を有する終審裁判所である」と規定していることからみても、最高裁判所が単なる司法裁判所として、その属するところの司法権の範囲内に於いてのみ法律、命令等に関し違憲審査権を有するとする最高裁判所自身の解釈には賛同し難いものと云わざるを得ない。なんとすれば、第八十一条において「一切の法律、命令、規則又は処分」とあるが故に、合憲違憲審査決定権の対象となるところの法律、命令、規則又は処分は、裁判所が裁判作用を営む場合におけるその適用すべ

き法令等を意味するものではなくして、「一切の」とあることから知り得るように、適用するものと否とを問わずすべての法令等を指すものと考えざるを得ない。従つてかく解することにより第八十一条が合憲違憲審査決定権を定めたものと云い得るのであるが、しかも前に挙げた如く、法令審査権の場合には単に適用すべき法令等の合法性に関するものであるのに対し、第八十一条に於いては「法律、命令、規則」は勿論のこと、「処分」までも「憲法に適合するかしないか決定する権限」と規定されていることからみても、第八十一条は明らかに合憲違憲審査決定権を定めたもの——最高裁判所に憲法裁判所的性格を与えたものと云い得るであらう。

## 二、合憲違憲審査決定権の対象について

— 条約は対象たりうるや否や —

最高裁判所が有する合憲違憲審査決定権の対象については、帝国憲法に於いてはなら明文の規定がなく、僅に帝国憲法上論、及び同第九条但書等により、立法その他の国家行為が、最高法規たる帝国憲法に反し得ないものとして考えられていたにすぎない。蓋し帝国憲法に於いては、日本国憲法第九十八条一項のような、憲法の最高法規性について特に明示した規定がなく、又日本国憲法第八十一条のような、立法その他の国家行為の合憲性を審査決定すべき憲法裁判に関する規定もなかった。それ故帝国憲法の下に於いては、「国家行為の合憲違憲の審査決定に関しては、条理法上は明らかであるとしても実定憲法の条理としては不明確<sup>38</sup>」であったのであるが、日本国憲法に於いては疑義の生じないように明文の規定で以つて解決しているのである。

すなわち日本国憲法は、その最高法規性について自ら一章（第十章最高法規）を設け、その中で特に「この憲法は国

の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び國務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」（同第九十八条一項）と明記して居り、又その前文に於いても「これ（日本国憲法）に反する一切の憲法、法令及び詔勅を排除する」と規定している。かかる規定に基き、日本国憲法が我が国の最高法規であり、従つてこの憲法に反する立法その他の国家行為がその効力を有し得ないことが明らかであるが、具体的に立法その他の国家行為が、日本国憲法に違反するや否やを審査決定し得る国家機関の必要が生じ、かかる合憲違憲審査決定権を憲法の明文の規定によつて認められたのが最高裁判所である。しかして我が国は、合憲違憲審査決定権を通常の司法裁判所に与える方式を採用し、「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定する最終裁判所である」と憲法第八十一条に規定して居るのである。されば我が国に於いては、西独の如く、特に立法その他の国家行為が、憲法に適合するかしないかを審査決定する為の特別裁判所たる憲法裁判所を設けることなく、司法裁判所たる最高裁判所に憲法裁判的権限をも併せ有せしめて居るのである。

かくして最高裁判所が有する合憲違憲審査決定権の対象については既に述べた如く、「一切の法律、命令、規則又は処分」であることは明白である。従つて地方公共団体における条例や規則等は勿論のこと、具体的個別的な内容を有する国家行為、すなわち単に行政機関のなす処分だけにとどまらず、立法機関及び司法機関の処分をも含むものと解すべきであり、最高裁判所の判例も同様に解して居る。只条約については、かかる合憲違憲審査決定権の対象になるや否やで学説が分かれて居るのである。すなわち、条約が最高裁判所の合憲違憲審査決定権の対象になるものとして田上教授は、「条約は国会の承認を得て内閣が締結するもので、第八十一条の法律に含ましめることができる。条約の効力について憲法優位説をとるときは、違憲の条約を無条件に裁判所が適用する義務はなく、内閣と国会が合憲

と判断して条約を締結したとしても、裁判所はこれをくつがえすことができる。ただ、外交について裁判所が介入することは、国際協調主義に反するおそれがあるから、条約を無効とするには違憲の程度が明白で、かつ重大な場合にかぎるものとしなければならない<sup>39</sup>と述べて居られる。勿論条約を遵守することが国際協調主義の立前からみて当然のこととは云い得るにしても、「日本国が締結した条約」（憲法第九十八条一項）というものは所謂真正合憲条約でなければならぬ。すなわち内閣が、国会の承認の下に条約の締結という国家行為をなす（憲法第七十三条三項）にあたっては、手続上は勿論のこと、その内容の点に於いても合憲な条約を締結しなければならないのである。日本国憲法が第九十八条二項に於いて、「日本国が締結した条約、及び確立された国際法規はこれを誠実に遵守することを必要とする」と規定しているその条約は、かかる意味の条約であり、内閣はかかる条約（真正合憲条約）を締結する義務を**実定憲法上の義務として負っているのである**<sup>40</sup>。

しかしてかかる条約は、法の存在形式としては国際法体系に属するものであり、従って一国の裁判所が条約そのものを当該国家の憲法規範に適合するや否やについて、審査決定をすることはナンセンスであり、憲法第八十一条の列挙からわざわざ条約と云う文字が除かれているのもかかる意味からだと考えられる。それ故「条約は、この列挙（註一第八十一条に於ける一筆者）に含まれていないから、それに対しては、裁判所の審査権はおよばないと解される」というよりは、むしろ本来一国の裁判所の合憲違憲審査決定権の対象になじまない性質のものなる故、列挙されていないとみるのが正しいのではないかと考えられるのである。何はともあれ条約そのものは、多数の学者が述べて居られる如く、最高裁判所の合憲違憲審査決定権の対象にはならないこと明白であるが、しかしながら条約を締結する行為は、日本国憲法がその第九十九条に於いて「天皇又は摂政及び国務大臣、国会議員、裁判官その他の公務員は、この

憲法を尊重し、擁護する義務を負う」と規定し、更に同第九十八条一項に、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と規定していること、及び同第八十一条の規定等からみても、仮令それが高度の政治的行為であるにせよ、当然最高裁判所の有する合憲違憲審査決定権の対象に入るものと云わざるを得ない。なんとすれば、内閣が条約を締結するに際しては、高度の政治的判断を必要とすること論を俟たないが、この内閣の条約締結意思は、一国家機関の機関意思であり（勿論国会の承認を必要とするが）、従つてそれは主権の存する国民全体の政治的意思決定の帰結たる日本国憲法に反することを得ない。勿論内閣が条約を締結するについては、「事前に、時宜によつては事後に、国会の承認を経ることを必要とする」（憲法第七十三条三項但書）が故に、「この点に関する権威的審査をなすものは、その締結に同意を与える国会でなければならぬ」という極めてすぐれた学説もあるが、成る程「国会は国権の最高機関であつて、国の唯一の立法機関である」（憲法第四十二条）けれども、国会の意思そのものは、主権者たる国民全体の意思（総意）と区別されるべきものであり、又国会が国民の代表機関たるにとどまらず、唯一の立法機関であり、将又国権の最高機関なるが故に、かかる国会によつて承認を与えられた条約は、当然日本国憲法に適合するものと判断せられうとするならば、論理に矛盾を来たすものとして納得し難いところである。何故ならば、国会が憲法に違反しないものと判断し承認を与えたが故に当然合憲なりと即断するならば、かかる国会によつて制定せられたところの法律は、すべて当然日本国憲法に適合するものとして所謂違憲問題は起らず、従つて最高裁判所がわざわざ違憲なりや否やについて審査決定する必要もないし、更に又右の如く解すれば、日本国憲法第九十八条一項、及び同第八十一条等の規定の解釈についても取捨がつかなくなるものと云わざるを得ない。それ故、内閣が、国権の最高機関であり、国の唯一の立法

機関である国会の承認の下に条約を締結するとしても、かかる国家行為は日本国憲法に反することを得ない。従って又かかる行為が日本国憲法に反しないものであるかどうかについて、有権的に、終局的に審査決定されなければならないのであるが、かかる合憲違憲審査決定をなしうる機関が最高裁判所にほかならない。

しかるに最高裁判所は、「条約は高度の政治性を有するものであって、その内容が違憲なりや否やの法的判断は、その条約を締結した内閣およびこれを承認した国会の高度の政治的ないし自由裁量的判断と表裏をなす点が少なくない。それ故、右違憲なりや否やの法的判断は、純司法的機能をその使命とする司法裁判所の審査には、原則としてなじまない性質のものであり、従って一見きわめて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法権の範囲外のものである」と判示しているが、この判決の中で最高裁判所は二つの誤謬を犯しているものと云い得よう。すなわち一つは、憲法第八十一条の合憲違憲審査決定権をば単なる司法審査権（法令審査権）としていることであり、今一つは、違憲なる条約を一見きわめて明白なものと然らざるものとに区別し、条約が一見きわめて明白に違憲無効であるならば裁判権の対象となるとして居ることである。

日本国憲法が第八十一条に於いて最高裁判所に認めている権限が、単なる法令審査権ではなくして、合憲違憲審査決定権であることは既に述べた通りであるが故に、ここでは後者の条約の問題について更に一考してみようと思う。

最高裁判所が判示するように、条約が「一見きわめて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものである」ということは、右に述べた如く、条約なるものを一見きわめて明白に違憲無効であると認められる条約と、違憲なりや否やについては十分なる審査を要する条約との二つが有ることを意味する。しかし違憲なりや否やについては十分なる審査を要する条約は、それが適法なる手続を経て締結せられたる条約である限

り、専ら内閣と国会とによる合憲なりとの判断をば認め、裁判所はかかる条約に対してはなんら審査し得ないとするものである。ここで注意すべきことは、条約が憲法に適合するや否やについて最も問題となるのは、「一見きわめて明白に違憲無効であると認められる」条約よりも、むしろ違憲なりや否やについては十分なる審査を要する条約であるということである。すなわち如何なる内閣にしろ、日本国憲法第九十九条及び第九十八条一項等との関係から、「一見きわめて明白に違憲無効であると認められる」ような条約を締結することは先ず無いであろうし、国会についても同様な意味に於いて、かかる条約の締結に対して承認を与えることはないであろう。にも拘らず最高裁判所は、「一見きわめて明白に違憲無効であると認められない限りは、裁判所の司法審査権の範囲外のものである」として自ら憲法によって与えられた合憲違憲審査決定権をば放棄して居ることは、誠に残念なことと云わねばならない。

元來条約なるものは、憲法に適合するか否かの何れかであり（勿論違憲なる条約は成立しえないものと考えられるが）、「一見きわめて明白に違憲無効であると認められ」る条約であろうと又最高裁判所の十分なる審査決定によって違憲なりと判断せられた条約であろうと、それらが日本国憲法に適合せず、従って無効であるという点に於いては同じである。只前述の如く条約そのものは国際法形式であるが故に、最高裁判所の合憲違憲審査決定権の対象とはならず、かかる条約を締結した内閣の行為、及びこれに承認を与えたところの国会の行為とが憲法違反なる故、日本国憲法第九十八条一項によって無効となるのである（最高裁判所は条約そのものを憲法違反無効と宣言しうるのではなくて、かかる条約を締結した、或いは承認した内閣及び国会の行為をば、条約の内容からみて違憲無効なりと審査決定するのである）。しかしてこの場合に問題となるのは、日本国憲法第八十一条に於いて「一切の法律、命令、規則又は処分が」とあり、従って条約締結行為などは、裁判権の対象に入らないという見方も成り立ち得るであろうが、やはり日本国憲法の最高法規



性、特に同第九十九条及び第九十八条一項の規定等からみてこの「処分」は広義に解し、条約締結行為をも含む国家行為一般を指すものと解すべきであらう。

- 註1 中谷敬寿・「法令審査権と合憲違憲審査決定権」(法学論集第二卷第一号所収)二二頁。この語の他に「合憲性決定権」とか「合憲違憲決定権」等、色々な語が用いられているが、本稿では中谷教授のこの語を拝借した。
- 2 中谷敬寿・前掲書、二二頁以下。佐々木惣一・「国家行為の純粹合憲性に対する最高裁判所の決定権」(鵜飼信成編・「憲法行政法論集」所収)一六〇頁以下。田畑忍・「違憲合憲の法理」一九頁以下。
- 3 最高裁、判決、昭二七・一〇・八大法廷。
- 4 宮沢俊義「憲法」三六六頁―三六八頁。
- 5 清宮四郎・「権力分立制の研究」三〇一頁。
- 6 渡辺宗太郎・「全訂日本国憲法要論」二八二頁―二八六頁。
- 7 美濃部達吉・「日本国憲法原論」四一三頁―四一四頁。
- 8 佐藤功・「日本国憲法概説」二九三頁。
- 9 佐々木惣一・前掲書、一六一頁。
- 10 中谷敬寿・前掲書、二二頁以下。
- 11 鈴木安蔵・「明治憲法と新憲法」一八〇頁―一八一頁。
- 12 田畑忍・前掲書、一九頁以下。
- 13 大石義雄・「日本国憲法概論」二六四頁―二六五頁。
- 14 一円一億・「憲法大要」二六八頁以下。
- 15 中谷敬寿・前掲書、三七頁―三八頁。
- 16 最高裁判所も昭二五・二・一の判決において同様に解しているが、法令審査権が下級裁判所にも属するというのである限りにお

「日本国憲法第八十一条」をめぐる一考察

いては正しい。

- 17 中谷敬寿・前掲書、二四頁。
- 18 中谷敬寿・前掲書、三四頁―三六頁。
- 19 中谷敬寿・前掲書、四〇頁―四一頁。
- 20 大審院、昭二・三・三判決、大審院刑事判例集一六卷一九三頁。  
行政裁判所、昭二・二・二七判決、行政裁判所判決録三八輯一三三〇頁。
- 21 オーストラリア連邦憲法、一九〇〇・七・九制定、一九四六改正第七六条。
- 22 インド憲法、一九四九・一一・二六制定、一九五一・七・一八改正、一三二条。
- 23 パキスタン回教共和国憲法、一九五六・二・二九制定、第四条、第三三条、第一五六条一項。
- 24 アイルランド憲法、一九三七・一二・二九制定、第二六条、第三四條。
- 25 ビルマ連邦憲法、一九四七・九・二四制定、一九五一改正、第一三七条、第一三八条。  
カナダ憲法一八六七・三・二九制定、英領北アメリカ法、他。
- 26 南阿連邦憲法、一九・九・二〇制定、一九四六改正。  
ボリヴィア憲法、一九四五・一一・二三制定、一九四七・八・二八改正、第一四三条五。  
ブラジル連邦憲法、一九四六・九・二四制定、第六四條、第一〇一条三。  
コロンビア共和国憲法、一九四五・二・一二制定、第二一四條。  
メキシコ合衆国憲法、一九一七・一・三一制定、一九五三改正、第一〇五條。  
ニカラグア共和国憲法、一九五〇・一一・一制定、第二二九條一七。  
パナマ共和国憲法、一九四六・三・一公布、第一六七條。  
ウルグアイ東方共和国憲法、一九五一・一〇・二六国会可決、一九五一・一二・一六國民投票承認、第二五六條、第二五七條、等。

- 27 中華民国憲法、一九四七・一二・二五施行、第七。条。
- 28 フイリッピン憲法、一九三五・二八制定、一九四七・三・一一国民投票改正承認、第八章第二条一。  
シリア憲法、一九五〇・九・五制定、第二二条一の一、二。
- 29 ドイツ連邦共和国基本法、一九四九・五・八制定、一九五四・三・二六改正、第九三条、第九四條。
- 30 オーストリア連邦憲法、一九二〇・一〇・一制定、一九四八・一二・一八改正、第八九條、第一三七條、第一四〇條。
- 31 イタリヤ憲法、一九四八・一・一制定、第一三四條—第一三七條。
- 32 大韓民国憲法、一九四八・七・一七施行、一九五四・一一・二九改正、第八一條。
- 33 タイ王国憲法、一九三二・一二制定、一九五二・三改正、第一〇六條、第一一四條。
- 34 高柳賢三・「司法権の優位」九頁。
- 35 勿論、アメリカの制度をそのまま導入し成文化化したものとする学説によれば、前述の如く第八十一條を解して法合審査権を定めたものとし、合憲違憲審査決定権を定めたものとはみておられない。
- 36 *Marbury v. Madison*, 1 Cranch 137 (1803).  
*Corwin, "The Doctrine of Judicial Review and the Constitution," Chapter 1 (1914).*
- 37 佐々木惣一・前掲書、一六一頁。
- 38 中谷敬寿・前掲書、三三頁。
- 39 田上穂治・「憲法要説」(改訂版)二一九頁。
- 40 日本国憲法第九九條参照。
- 41 森省三・「憲法と条約の効力関係」(法政論叢第十二卷所収)九頁以下。
- 42 宮沢俊義・前掲書、三六七頁。
- 43 渡辺宗太郎・前掲書、二八四頁。
- 44 最高裁、昭三四・一二・一六判決。

「日本国憲法第八十一條」をめぐる一考察

六九

以上