

違憲審査制の史的素描

尾崎利生

目次

はじめに

一 違憲審査制の系譜

- (一) 違憲審査の歴史的先例
- (二) 違憲審査の萌芽と「高次法」
- (三) 中世・ルネサンス期における「高次法」
- (四) フランスにおける高等法院と違憲審査の不在
- (五) イギリスとアメリカ植民地
- (六) まとめ

二 わが国における違憲審査制

- (一) 帝国憲法の下での法令審査権
- (二) 日本国憲法の下での違憲審査権の性格
 - (1) 学説の概要
 - (2) 判例の概要
 - (三) まとめ
- 三 司法積極主義と司法消極主義
 - (一) わが国での積極・消極の諸見解
 - (1) 兼子一・竹下守夫両教授の見解
 - (2) 佐藤功教授の見解

- (3) 伊藤正己最高裁判事の見解
 - (4) 樋口陽一教授の見解
 - (5) 小林直樹教授の見解
 - (6) 芦部信喜教授の見解
- (二) アメリカにおける論議と背景

四 むすびにかえて

——わが国における問題状況と課題——

はじめに

違憲審査制の性格をどのようにとらえるか、また憲法判断のあり方をめぐってさまざまな議論がなされているが、それは司法権そのもの、あるいは司法権の範囲を裁判という過程を通していかに把握するかという問題でもある。そこには、裁判所(官)自体が憲法の理念、憲法の基本価値をどのように考え、自らの権限を民主政の過程のなかでどう行使するかという問題も

含まれる。

わが国の違憲審査制ないし司法制度の歴史をみると、初期にはフランス法系の影響がわずかにあったが、帝国憲法またそれ以前の司法制度はながくドイツ法系の影響にあった。ここでは違憲審査制の不在と拒否が特徴的であり、天皇大権が存在したが故に実質的法令審査権はなかったといわれている。

本稿では、違憲審査制の歴史的経過を辿ることによってその特質を明らかにし、いかに発展し、展開してきているか、そしてわが国の違憲審査制の性格、及び機能の問題状況を検討する。現在わが国の違憲審査は付随的審査であることは一般に認められているが、少数説ではあるが、最高裁判所に憲法裁判所としての性格を(も)認める学説の主張するところは、複雑化した現代社会において憲法、そして人権を擁護するための一つの手段を示唆していることは確かである。いまや憲法価値に忠実な判断基準が求められ、民主制のなかで憲法理念と(ことに弱者グループの)人権を護る

ためにこそ違憲審査制は機能しなければならぬという問題意識に立って、以下の分析を試みたいと思う。

一 違憲審査制の系譜

(一) 違憲審査の歴史的先例

今日では、違憲審査制が一八〇三年のマーベリー対マディソン事件におけるマーシャル長官の判決⁽¹⁾以来、アメリカにおいて現実に、かつ効果的な成果をかさねつつ行われてきたことは否定できない。しかし、ヨーロッパの伝統における違憲審査制の不在を過度に強調することは、妥当ではないように思われる。カペレツティは、立法の司法審査は、「ひとりジョン・マーシャルの発想に帰せられるべきではなく、むしろ、アメリカ型司法審査は、数世紀にわたるヨーロッパ思想および植民地体験の論理的帰結であった」と述べている⁽²⁾。デイーツェもまた、ヨーロッパ諸憲法による違憲審査の確立は、第一次大戦以前から存在していた諸傾

向の結果であるとしている⁽³⁾。これらの指摘から、司法審査が、厳密な意味での違憲審査であるとはいえないとしても、ヨーロッパの伝統においても全く不在ではなかったとすれば、その性格や内容を明らかにする必要があるだろう。主としてここでは、カペレツティの所説を手がかりとして、違憲審査制の基本的な系譜とその萌芽的な形態を、古典古代、中世、ルネサンスにかけて⁽⁴⁾、考察してみることにする。

(二) 違憲審査の萌芽と「高次法」

はじめにカペレツティは、「高次法」(Higher Law)⁽⁵⁾が、古い伝統を背後にもつことを強調する。「法定立権者の一定の行為を高次の、より永続的原理に従属させる必要があるとする信念は、今日われわれの時代にかざられるのではない。この信念は、啓蒙哲学者、イギリスの衡平法裁判所、フランスの高等法院、中世スコラ哲学者、初期教会の教父から、直接にはギリシャ⁽⁶⁾ローマ文明にまで遡ることができる」。

まず、古代アテネについてみれば、アテネの法には厳密な意味での法に相当する *nómos* と今日の命令に匹敵する *psephisma* との区別があった。*nómos* は一般の半永久的な規範と考えられたが、これに対して、*psephisma* は、今日では根本法、憲法もしくは自然法と呼ばれるものからは、隔たりのあるものであった。

nómos は通常の立法によって修正されえず、それはしばしば国家の構成にかかわり、憲法改正手続を思わせるような特別の手続によってのみ改正しうるものであった。アテネの裁判官は、「法と命令に従って」(“*katà tous nómous kai katà psephismata*”) 裁判しなければならなかったが、*psephismata* が *nómoi* に矛盾しないかぎり *psephismata* に従って裁判する義務があったにすぎない。

このような古代アテネにおける *psephismata* の特質によってあらわされる、いわゆる「高次の法」の思想は、カペレットティのいうように、「東の間の効力しかもたない人定規則と『普遍』(universal)、『自然』

(natural) または『神』(divine) の法の不変規範とを区別する」⁽⁷⁾ キリシヤ思想として、その後、万民法 (*ius gentium*) と市民法 (*ius civile*) との区別に立つローマ法思想にも影響を及ぼすこととなるのである。⁽⁸⁾

(三) 中世・ルネサンス期における

「高次法」

ヨーロッパ中世全体をとおして支配する理論は、憲法を王の上位におくものだが、そこには司法審査制を遂行する権威機関が欠如していた。マックルウエンの有名な言葉を引用すれば、⁽⁹⁾ 中世全期を通じて、*jurisdiction* (法||権利) と *gubernaculum* (統治) の間には、政治権力の二分法があったのである。すなわち、*jurisdictio* の領域は、憲法的原理と伝統的な法がそれであり、そして、王権の淵源の一つのように、これを王によって変更することはできなかった。これに対し、*gubernaculum* の領域は王の特権のそれであり、

ここでは王は絶対なのである。神学者もこのような区別については法律家と同じ意見であったが、このことは、神学者達が実定法に対して指定していた、その従属的地位によっても、立証される。かようにしてトマス・アキナスが神学大全 (Summa Theologica) において、実定法は、それが自然法と一致する場合にのみ有効であること、そして、それが無効であるならば、それは裁判所によって適用されるべきではないことを主張したとき、アキナスは、おそらく何人にも衝撃を与えなかったであろうと、カベレッティは述べている。¹⁰⁾

このようにヨーロッパ中世の理論が、明らかに二種の規範、すなわち優位の自然法規範と、これに劣り、適合さるべき実定法の規範とを区別していたことは、その後、グロティウスの時代からルソーに至るところ、近世自然法理論に（もちろんそれはその世俗的、合理主義的基盤の点では中世の理論と対立するにもかかわらず）影響を及ぼすことになるのである。¹¹⁾

(四) フランスにおける高等法院と違憲審査の不在

フランス人は本来司法機関には制定法が高次法に適合するかどうかを審査する権能を付与すべきではないという思想に固執してきた。¹²⁾ 従来フランスの憲法は、立法審査の可能性を認めはしたが、最近にいたるまでかかる統制はせいぜい理論的なものに止まり、その統制を特に政治的機関に委ねるのがつねであった。

このように司法審査を拒絶したことは、フランスが高次法理論の魅力にとりつかれることがなかったということではない。実際、アンシャン・レジームの時代に、一定の「根本」規範を認めようとする試みがあったのである。¹³⁾ フランスの諸都市に設けられた高等の裁判所たる高等法院 (Parlements) は、フランスの主権者との関係において、王国の根本法に反するところがないようにするために、高等法院にもちこまれるすべての法律・命令を審査する権限・義務を主張するまでに

いたった。

ところで、高等法院の法官たちにとってその官職は、「彼らが家や土地を保持すると同じ所有権によって」所有する「財産、不動産の一部」であった。⁽¹⁴⁾ 彼らはその官職を訴訟当事者の犠牲の上に精一杯利用したのである。一般に司法機能がこのように濫用された経験に鑑み、ルソーとモンテスキューの著作に秘蔵された革命イデオロギーは、制定法の全能性・法の前の平等および厳格な権力分立を力説し、裁判官は消極的かつ「生命のない」法の口 (*Bouche de la loi*) であつて、法の文言を個別的事件に適用する仕事——純機械的にしていかなる意味でも創造的ならざる仕事——をなす存在にすぎないとして捉えたのである。⁽¹⁵⁾ それ故に立法部が、人民主権の表明者として、基本権の最善の保障者とみなされたのである。

(五) イギリスとアメリカ植民地

イギリスはフランスよりも早くから議会主権の思想

を堅持していた。両国は高次法思想に長くさらされたが、イギリスの司法部は、フランスの高等法院とは違つて、政府に対する個人の自由の守護者として、一般に万人の尊敬を享受してきた。これら二つの伝統——制定法律にさえ優越する原理が存在するということの認識および司法部とその独立に対する深い尊重——はアメリカ植民地人に引き継がれ、そして植民地人は革命期と革命後の情況にとつてこの両者がきわめて有用なことを見出すことになる。⁽¹⁶⁾

一七世紀以前には、イギリスの司法的伝統は、法は創られるにあらずして確認ないし宣言さるべきものであると考へて、国王と議会の立法機能を従属的なものとする傾向をもつていた。イギリスではコモン・ローが根本法であつたのである。⁽¹⁷⁾ コーク (1552—1634) が受け継ぎ、ジェームズ一世による恣意的権力行使に対する闘争武器として用いたのはまさにこの伝統であつた。⁽¹⁸⁾ 一六一〇年の有名なボナム事件 (*Bonham's Case*) でコークは、「議会の権威に対するコモン・ローの伝

「統的優越性」を主張したのである。¹⁹⁾

一六八八年の名誉革命は、イギリスにおける議會優位の勝利をしるすものであったが、アメリカの植民地は、君主と議會は高次法に従属するとするヨークの思想を受け継ぎ、また、議會制定法を解釈し、ときには高次の原則に反する法律を無視する司法部の伝統をも承継したのである。²⁰⁾

しばしば商事企業として創設されたイギリス植民地は、君主の付与する特許状の下で運営された。これら「特許状」は、植民地の最初の憲法ともいべきものであった。なぜなら、これらの特許状は、植民地の立法に対して拘束力をもち、また、植民地自体の基本的法構造を規定するものであったからである。枢密院が多くの事件で、植民地法は植民地特許状もしくは王国の法に反する場合には効力をもちえないと判示したのは、イギリス法および議會の優越性によるものであった。²¹⁾

イギリスでは、かつてヨーク卿の理論が成功を収め

たにもかかわらず、議會優位の原理が確立された結果、裁判官による立法の有効性に対する統制はすべて排除されてしまった。これに対してアメリカでは、むしろ逆に、議會優位の原理の確立の結果、植民地の裁判官はイギリス法に適合しない植民地法を無視する権限をもつことができたのである。

(六) まとめ

多くの現代国家は、成文憲法を通じて高次法原理を再び主張するに至った。三つの思想、つまり、(イ)一定の高次の原理の優越性、(ロ)高次法をも成文化する必要性、(ハ)通常立法から憲法を保護し施行するための手段として司法部を用いること、の総合化が生じたのである。これら三つの思想の結合は、最初は合衆国で生じ、やがて他の多くの国でも法の支配にとって欠くべからざるものと考えられるようになったのである。

〔注〕

- (1) 高柳賢三『司法権の優位(増訂版)』(有斐閣、一九七八年)四六頁以下。
- (2) Cappellelli, *Judicial Review in the Contemporary World*. 1971. The Bobbs-Merrill Company, INC. 谷口安平・佐藤幸治訳『現代憲法裁判論』三九頁。
- (3) 和田英夫「フランス憲法院の改革」『法律時報』四八卷九号、九二頁。
- (4) Cappellelli, 前掲、第二章「司法審査の歴史的先例」参照。
- (5) Corwin, *The "Higher Law" Background of American Constitutional Law*, (Ithaca, N. Y., Cornell University Press, 1957 2nd printing.)
- (6) *Ibid.*, pp. 9-10 尾高朝雄『法哲学概論』(学生社、一九五三年)四六一―五三頁。
- (7) Cappellelli, 谷口・佐藤訳、四四頁。
- (8) 原田慶吉『ローマ法』(有斐閣、一九五五年)七頁以下。
- (9) 井上茂「統治と権利」『司法権の理論』(有斐閣、一九六〇年)七九頁以下に詳細な考察がなされている。
- (10) Cappellelli, 前掲、四八―四九頁。R. Treumann, 小林孝輔・佐々木高雄共訳『モナルコマキ』は、こうした中世理論からグロティウスの理論に及ぶまでモナルコマキ(暴君放伐論)と結びついて論ぜられている。(学陽書房、一九七六年)
- (11) 和田英夫『大陸型違憲審査制』(有斐閣、一九七九年)八頁。
- (12) 野村敬造『フランス憲法と基本的人権』(有信堂、一九六六年)四五頁以下「その理由の第一は、憲法規と通常の法律の外見上の相違にかかわらず、実質においてその相違が消滅することである。それは代表民主政と『一般意思の表現』なる法律の概念から生ず」。杉原泰雄「フランスにおける違憲立法審査の歴史と理論」『一橋大学研究年報法学研究4』(一九六二年)二九―三三頁。
- (13) Cappellelli, 谷口・佐藤訳、四九頁。
- (14) Montesquieu, 井上堯裕訳「法の精神」(中央公論社)『世界の名著』三四卷、一九八〇年)第一一篇、第六章、「イギリスの国家構造について」参照。
- (15) 鶴岡信成「司法権優越制と国会主権の原理」『社会科学研究3』(白日書院一九四八年)三一―六頁。Jensen, M., *The Making of the American Constitution*. 1964. The Anvil Series. pp. 10-11.
- (16) W・ゲルダート、未延三次訳『イギリス法原理』(東京大学出版会、一九六〇年)第一章、第三章参照。

(18) 鵜飼、前掲、三頁以下。

(19) 田中英夫「コウクと『法の支配』」『法律時報』(日本評論社、一九六一年)三四―三五頁。清宮四郎『権力分立制の研究』(有斐閣、一九五〇年)一七八―一八〇頁。ボナム事件におけるコークの理論がどこまで影響力をもったかについて議論のあるところであるが、コークの態度が多くのコモン・ロー裁判官のそれを反映するものであったことは疑いない。

(20) 伊藤正己『法の支配』(有斐閣、一九五四年)二二四頁以下。

(21) 鵜飼、前掲論文参照。

二 わが国における違憲審査制

わが国では、実質的法令審査権の明文のなかった帝國憲法の下においても、古い学説にはこれを認めるものがあつた。上杉慎吉博士⁽¹⁾、清水澄博士⁽²⁾などがそうである。しかし、美濃部博士、佐々木博士らの有力な反対説があらわれてから、否定説が学界を支配し、判例もまた一貫して否定説によつていた。⁽³⁾そして、日本國憲法の定める司法権、とくにその八一条の解釈に関し

ては、法案審議の段階以来争われ、⁽⁴⁾現在まで二つの見解が大きく対立してきたのである。

まず、帝國憲法下における美濃部、佐々木両博士の学説を考察し、次に両学説を軸に日本國憲法における違憲審査権を検討する。

(一) 帝國憲法の下での法令審査権

法令審査権について、美濃部、佐々木両博士とも裁判所に法令に対する形式的審査権を認めることは共通しているが、⁽⁵⁾⁽⁶⁾実質的審査権については見解がわかれる。

美濃部博士は、立法権が「原則として國家の総ての作用の中にも最も優越なる力を有し、行政権及び司法権は其の下に属し、……天皇の裁可と議決とに依つて、或る法律が制定せられた以上は、天皇も議會も、之を以て憲法違反に非ずと解釈して制定せられたものと認むべきことは当然であり、而して此の立法権者の解釈に対しては、裁判所は自己の解釈を以ては、もは

や之に対抗することは得ないものである。」と、法律に対しては否定されるが、「命令に付いては、裁判所は其の實質が憲法違反ならざるや否やを審査し、其の憲法違反と認むるものに付いては、之を無効として裁判し得ることである。其の理由は明白で、それは要するに立法権者の行為で、而して立法権に対しては司法権は服従の地位に在るのに反して、命令は行政権の行為で、而して行政権に対しては司法権は独立の地位を有することに在る」とこれを肯定される。⁸⁾これに対し、佐々木博士は「帝國憲法に依れば、立法権・司法権・行政権の三権の間に……上下の關係は在するものではない。……然れば、三権の間に於ける各種の地位というようなものを根拠として、司法裁判所の法律・命令の審査権のことを考えるならば、司法裁判所に依る法律・命令の審査権の有無は、立法権の作用に依る法律に対すると、行政権の作用に依る命令に対するとに依り、差異のある筈はない」と、法律、命令ともに實質的審査権を認められない。⁸⁾

なお、佐々木博士は、古くからの憲法裁判賛成論者であり、大正三年には「憲法裁判所設置の議」を執筆されている。⁹⁾そこでの憲法裁判所は、「大臣の行為が、憲法違反であるか否かを判定する国家の機関」であるに止まる。¹⁰⁾しかし、戦後の憲法改正佐々木案の第七八条によると、憲法裁判所は「帝國憲法ノ条規ニ関スル疑義ニ付テ……裁判ス」る機関で、「皇室典範ニ基ク諸規則及法律命令」または「政府又ハ帝國議會ノ行動」等が「帝國憲法ニ違反スルヤ否ヤニ付……憲法裁判ヲ行フ」ものに発展している。¹¹⁾これに対し、美濃部博士は「少数の裁判官から成り立つ裁判所をして、政府及び議會の上に立って之を監督する機関たらしむることが、国政上果して適當であるや否やは、甚だ疑はしい」と、帝國憲法下憲法裁判に反対されていたのである。¹²⁾

(二) 日本国憲法の下での違憲審査権の

性格

(1) 学説の概要

憲法八一条の「決定」が単なる審査と同一の意味に用いられていると解するか、憲法九八条一項をうけて、ある事項を憲法が違憲無効ならしめるために必要とする要件事実としての決定と解するかによって、学説は大きくわかれてくると思われる。

(a) 第一説（最高裁判所は憲法裁判所としての性格もあわせもつとする——佐々木説）^① 憲法は違憲性決定権を委ねるに最も適当な機関として司法裁判機構における終審裁判所である最高裁判所にその権限を委ねたものであると解し、最高裁判所は憲法裁判所たる性質をあわせ有するものであるとする。したがって具体的な訴訟事件との関連がなくとも、一定の者から一定の手続きにより請求ある場合には、一般的抽象的に国家行為の合憲性を審査し決定する権限が認められ

るとする。^② 憲法八一条は具体的な訴訟事件を解

決する前提として、関係ある法令の合憲性を審査することのできる終審の司法裁判所であることと、具体的事件と関係なしに一切の国家行為の純粹合憲性を決定する権限を有する裁判所であることの二つの事項を定めたものである。^⑬ 判決の効力については、違憲行為が無効ならしめるのは法理論としては、最高裁判所ではなく、憲法九八条第一項そのものであり、したがって当然に一般的効力を有すると解するのである。^⑭

(b) 第二説（最高裁判所は違憲立法審査権のみを有する終審裁判所であり憲法裁判所ではないとする——美濃部・宮沢説）

憲法八一条は具体的な訴訟事件に附随して行使される違憲立法審査権を認めたものにすぎない。^① 司法は具体的な法律上の争いを裁判する作用であるから、八一条の定める権限も司法裁判所としての最高裁判所の有する権限だとみるべきである。^⑮ ^② 司法権の行使と無関係に抽象的に国家行為の効力を失わせる

権限を最高裁判所に与えるためには、それを積極的に明示する規定が必要である。⁽¹⁶⁾ ③ 憲法の最高基本原理たる国民主権の立場からいっても、最高裁判所に憲法裁判権を認めるには疑義があり、本条はアメリカ判例法上の違憲審査制を明文化したものであるとも解せられる。⁽¹⁷⁾ なお判決の効力については多くは個別的効力が主張されるが、第二説をとりつつ判決の効力については一般的効力説をとる学説もある。⁽¹⁸⁾

(c) 第三説（入江元最高裁判事意見）

憲法八一条の解釈としては、最高裁判所に憲法裁判権を認められないとする点では第二説と同じ立場に立つ。しかし、法律または最高裁判所規則で、憲法裁判手続きを定め、訴権その他について必要な規定を設ければ、最高裁判所は憲法裁判所として作用することも可能であるとする。⁽¹⁹⁾

(2) 判例の概要

(a) 警察予備隊違憲訴訟⁽²⁰⁾

最高裁判所は「我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ないうるものではない。けだし、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（憲法七六条第一項参照）。」「わが現行制度の下においては、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。」という理由で本件訴を却下したのである。

(b) 衆議院解散無効確認請求事件⁽²¹⁾

最高裁判所は警察予備隊違憲訴訟判決と同様に「わが現行法制の下にあっては、ただ純然たる司法裁判所だけが設置せられているのであって、いわゆる違憲審

査権なるものも、下級審たると上級審たるとを問わず、司法裁判所が当事者間に存する具体的な法律上の争訟について審判をなすため必要な範囲において行使されるに過ぎない。すなわち憲法八一条は単に違憲審査を固有の権限とする始審にして終審である憲法裁判所たる性格をも併有すべきことを規定したものと解すべきではない」として本件訴を却下したのである。

(三) ま と め

両学説の対立は、結局、司法権あるいは裁判権に対する理解の仕方、そして、政治制度に対する世界観的な見解の相違に基づくように思われる。²²⁾ 佐々木学説には、違憲審査制が立法と行政が一体化し肥大した政治部門に対し、裁判部門を担い手とする権力分立の制度であるという考えがあり、憲法保障（擁護）制度に着目している。そのための最良の制度として、最高裁判所が憲法裁判所としての性格をも有するものとし、また、憲法裁判所の設置を論じたのである。これに対し

て、多数学説、ことに美濃部・宮沢両教授は、憲法機関間の均衡あるいは司法権の自制を根拠に最高裁判所の具体的違憲審査を論じられているのである。

また、わが国の違憲審査制をめぐる学説の対立は、いわゆる違憲審査制の憲法保障型と私権保障型のいずれを強調するかの相異でもあった。これらの二大類型は、それぞれの成立した時代的背景に応じた、歴史的性格を担っているが、本来はもっぱら私権保障型であったアメリカ型の制度も、今では、憲法保障型の要素を多かれ少かれあわせもつようになってきている。²³⁾ 学者によっては、二つの類型の「合一化傾向」ということが指摘されるゆえんである。²⁴⁾

[注]

(1) 上杉慎吉『新稿憲法述義』（有斐閣、一九四四年、第十六版）六〇一頁以下。上杉博士は、帝国憲法が硬性憲法であることの論理的帰結として、裁判所に実質的審査権があると論ぜられている。

(2) 清水澄『逐條帝国憲法講義』（松華堂、一九四三年、第二十七版）四三七―四三八頁。清水博士は、アメリカ

カの三権分立主義の貫徹を考慮され、帝国憲法に直ちに及ぼすべきではないとしても、帝国憲法下にも裁判所に実質的法令審査権があると論ぜられる。

- (3) 大正二・七・一一大審院判決・刑録七九〇頁、「警察犯処罰令違反の件」。大正三・一〇・二三大審院判決・刑録一九二四頁、「香川県漁業取締規則違反ノ件」、参照。

- (4) 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」(法学論叢第六一卷第四号、「憲法學論文選一」)(有斐閣、一九五六年)一六一頁参照。清水伸『日本國憲法審議録(三)』五六九頁、金森・佐々木の貴族院委員会での質疑応答。

- (5) 美濃部達吉『逐條憲法精義』(有斐閣、一九二七年)五八八―五八九頁。

- (6) 佐々木『日本憲法要論』(金刺芳流堂、一九三〇年)五二四―五二九頁。

- (7) 美濃部、前掲、五八九―五九五頁。

- (8) 佐々木『我が國憲法の獨自性』(岩波書店、一九四三年)三八八頁。

- (9) 佐々木「憲法裁判所設置の議」『立憲非立憲』(弘文堂書房、一九一八年)。

- (10) 佐々木、同右、三三四頁。

- (11) 佐々木「佐々木草案(帝國憲法改正ノ必要)」宮田・

佐藤・阿部編『憲法資料集』(有信堂、一九七一年)二三八頁参照。

- (12) 美濃部、前掲三〇頁。

- (13) 佐々木『憲法學論文選一』一五五頁以下。

- (14) 佐々木、同右、一六一頁以下。中谷敬寿「憲法裁判について」『関西大學法學論集・創立七十周年記念』(関西大學、一九五五年)四四―四五頁。田畑忍『違憲合憲の法理』(有斐閣、一九五五年)二六一―三二頁。

- 黒田了一「最高裁判所の憲法保障機能」『憲法研究所特集一、最高裁判所にかんする研究』(憲法研究所、一九六三年)四九―五〇頁、六二―七二頁。一円一億「憲法裁判」『公法研究第二四号』(日本公法學會、一九六二年)五一―六一頁。等

- (15) 宮沢俊義・芦部信喜『全訂日本國憲法』(日本評論社、一九七八年)六九〇頁。

- (16) 宮沢・芦部・同右、六九二頁。

- (17) 美濃部・宮沢『日本國憲法原論』(有斐閣、一九五四年)四一―三頁。清宮四郎『憲法I(新版)』(有斐閣、一九七四年)三六五頁。等

- (18) 小嶋和司『憲法の基礎知識』(有斐閣、一九六七年)一八二―一八三頁。

- (19) 入江俊郎意見・憲法調査會編・憲法運用の實際についての報告書(國民の權利及義務・司法)四四一頁。

川添利幸「違憲立法審査権の性格」『芦部編憲法判例百選Ⅱ』三一五頁。

(20) 最高判昭和二七・一〇・八(大法廷) 民集六卷九号七八三頁。

(21) 最高判昭和二八・四・一五(大法廷) 民集七卷四号三〇五頁。

(22) 池田政章「違憲審査制」『憲法講座第四卷』(有斐閣、一九六四年) 六四頁。

(23) 樋口陽一『比較憲法』(青林書院新社、一九七七年) 三二八頁。

(24) Capelletti, M. 谷口安平・佐藤幸治訳『現代憲法裁判論』(有斐閣、一九七四年) 八六頁。「合一化傾向は何も大西洋のヨーロッパ側だけに限られない。アメリカの最高裁もサーシオレイライ(certiorari)を活用することによって判断すべき事項を最も重要な——多くの場合憲法上理由のある——問題だけに徐々に制限しつつある。そしてこれはすべての『通常』事件について管轄権を持たないヨーロッパの憲法裁判所の役割にほかならないのである。」

三 司法積極主義と司法消極主義

日本国憲法が司法審査制をその憲法構造の一つをな

すものとし、この憲法の現実の歩みがこの司法審査制の機能を軸として展開してきたことは当然であった。そして、「司法積極主義と司法消極主義」という問題は、何よりも裁判所が司法審査権を行使するに当たっての態度——裁判官が司法審査権に託された責任と役割、ことに人権保障の大目的を常に、自らの判断基準の中心に据えておかなければならない——の問題であり、また、憲法訴訟の理論や技術の諸問題をどのように考えるかは、論者がいずれの立場からアプローチするかによって大きな相違が出てくるのである。少なくとも司法審査制を視点として眺める限り、「司法積極主義と司法消極主義」はどうしても検討しなければならぬ問題といえよう。佐藤功教授はこれらのことばの定義上の問題を整理されている。¹⁾そこでの見解を踏まえながら、諸説を比較し考察することにする。

(一) わが国での積極・消極の諸見解

(1) 兼子一・竹下守夫両教授の見解

「裁判所が、憲法上付与された違憲審査権を行使す

るにあたって、その限界を定める解釈的態度の基本をどこにおくべきか、については、①政治部門の判断に十分に敬意を払い、立法を違憲とするのは、それが明白に憲法の定める限界を越えている場合に限るべきであるとの立場と、②裁判所は、変動する社会的・経済的・政治的諸条件に即して憲法上の価値・理念を実現し、これを政治部門による侵害から保障する責務を負っているのであるから、そのために与えられた権限を積極的に行使すべきであるとの立場との対立がある。

アメリカにおいて、前者は、司法消極主義 (judicial passivism) あるいは司法の自己制限論 (judicial self-restraint) と呼ばれ……後者は、司法積極主義 (judicial activism) と呼ばれ^②る。

ここでの「司法積極主義」・「司法消極主義」は限定された意味、すなわち、裁判所の違憲審査権の行使に当たっての積極主義と消極主義の意味に用いられている。

(2) 佐藤功教授の見解

「裁判所は二つの段階または過程において、『積極主義』・『消極主義』のいずれをとるかの決定を迫られる。第一の段階は、『憲法判断』に立ち入るかどうかの決定の段階、第二の段階は『違憲判断』を下すかどうかの決定の段階である。第一の段階で憲法判断に積極的に立ち入るのが『積極主義』であり、憲法判断に立ち入るのを差控えるのが『消極主義』である。そして、次に、この第一段階で『積極主義』をとった場合、その上で、第二段階において、積極的に『違憲判断』を下すのが『積極主義』であり、それを差し控えるのが『消極主義』である。」と定義され、「『司法消極主義』と『司法積極主義』との対立は、帰するところ、裁判所が政治部門とくに立法部の判断をできる限り尊重し、それを違憲とすることをできる限り差し控えるようとする態度と、裁判所が憲法の価値や理念を維持するためには、政治部門とくに立法部の判断を違憲とすることを差し控えるべきではないとする態度との

対立であると集約することができよう。」と述べられる。そしてこのような意味でこれらのことばが用いられるべきであるとの立場から、伊藤論文・樋口論文でのことばの用い方につき批判される。

(3) 伊藤正己最高裁判事の見解

「司法積極主義に対しては、わが国では期待が少ないが、まずそれだけでは主として、憲法判断への積極性を意味するのであり、違憲判断積極主義となるとは限らないことである。裁判所が原告適格や成熟性について緩やかに考えて、積極的に憲法判断に立ち入り、そして政治部門の決定を合憲と判定することも、積極主義である。このことは、わが国で司法積極主義といえば、違憲判断積極主義と解され、合憲判決の多い最高裁への批判につながることの少なくないことをみるとき注意を要する点である。ついで、かりにそれを違憲判断積極主義と解するとしても、ニュー・ディール違憲判決の例にみられるように、司法積極主義がすでに時代におくれた考え方を憲法に読みこむという

後退的機能をいとなむこともありうるのを忘れてはならないであろう。」

(4) 樋口陽一教授の見解

「『積極主義』ないし『消極主義』ということばがかなり曖昧さを含んでいるので、私としては、憲法判断をすること自体についての積極（あるいは消極）主義と、違憲判断をすることについての積極（あるいは消極）主義という二つの次元を明確に区別して、そのことばを使うことにしたい。いうまでもないことであるが、憲法判断を積極的におこなうということは、違憲判断積極主義を必ずしも意味せず、しばしば、あるいはもつぱら、合憲判断積極主義を意味することがあるからである。……わが国でも、憲法判断積極（消極）主義と違憲判断積極（消極）主義のちがいについての明確な自覚を共通の前提にしたうえで議論することが、必要のようにおもわれる。」と述べられ、さらにわが最高裁判所がこれまで違憲判断消極主義をとってきたことは誰の目にも明らかではあるが、しかし最高

裁判所が憲法判断をすること自体に消極的であったわけではないと主張される。

これら(3)・(4)の見解においては、憲法判断についての積極・消極と違憲判断についての積極・消極とが区別されているのであるが、佐藤教授もその指摘を正しく、重要であるとされる。それにもかかわらず、教授は、両者のようなことばの用い方では、「第二段階における『違憲判断(判決)』と『合憲判断(判決)』との区別——その果たす役割の相違——を曖昧にすることに⁽⁷⁾なりかねない」といわれる。

佐藤教授の積極・消極ということばは、常に政治部門に対抗する関係での積極・消極を意味し、司法権が政治部門に対して対抗関係にある点が重視される。他方、伊藤最高裁判事、樋口教授の用法では、第二段階で「違憲判断積極(消極)主義」との対比において「合憲判断積極主義」(樋口教授)ということばを用いられることから明らかなように、積極・消極ということば自体は一般的に裁判所が政治部門とかかわる領域で

権限行使に活発であるか否かを分けるだけの意味である。そして後者においては、司法権が政治部門と対抗関係に立つだけではなく、いわば協力関係にも立ち上ることを直視し、一般に司法権が政治部門とかかわる領域で権限を活発に行使することのもつ二通りの意味を明らかにすることに重点がおかれていると考えられる。⁽⁸⁾また、後者は日本における憲法訴訟の特質からの用法であり、前者はアメリカの違憲審査権行使の歴史的過程で形成されてきたことばのもつ意味を嚴格に対比させることからの用法であるという相違がある。

(5) 小林直樹教授の見解

「憲法九条を基準とする積極的な判断を下した代表例は、砂川事件における伊達判決と長沼事件の福島判決であった。この二つは、第九条の徹底した(無軍備もしくは非武装の)平和主義にとってプラスの符号のついた判決であるが、これに対し負の符号のついた(実質上の)積極判断に当るものとして、長沼控訴審判決および……百里判決をあげることができよう。こ

の両者は何れも、統治行為論を援用して、形の上では積極的な憲法判断を下していないように見えるが、実際には自衛隊の合憲性を認めるに等しい内容を持っているからである。とりわけ百里判決は、統治行為論をとりながら、実質的な判断をかなり露骨に折り込んである点では、負の積極判断を行なったものといえるだろう。いずれにしても、この正と負のグループは、憲法九条の理解、平和主義や『防衛』等の考え方、および結論そのものにおいて、まさに対蹠的である。」^⑤

また「当事者の一方が、法令等の第九条違反を主張する場合にも、裁判所が憲法判断を敢て回避するとすれば、その法理的根拠および憲法的ならびに政治社会的意味が問われることになる。——一般的にいえば、「回避」の形で現われる憲法判断上の消極性は、必ずしもそのままに憲法価値に対する裁判官の消極的態度を意味するものではない。かえってそれは、憲法判断を回避もしくは抑制することによって、少なくとも明らかな負の積極判断よりは、憲法価値に

対してプラスの意味を持ち得るであろう。状況いかんによっては、憲法判断の回避が憲法の理念に即するある種の積極的意味合いを含むことさえも、あり得るのである。」^⑥と述べられる。

ここで注意を要するのは、小林教授も続けて述べられるように、「評価の基準のとり方によって、正・負いずれの意味をもつか、人びとの見方が分れる場合も出てくる」ことである。ことに「軍事問題」に絡む裁判では、裁判官の側が違憲審査権に託された責任と役割を認識し、人権保障の大目的を自らの判断基準に据えて、積極的に為された違憲判断を「正」とし、それに対し、憲法の理念（ここでは憲法九条を基準とする平和主義）に逆行する判断、すなわち第九条が自衛のための戦力の保持を禁止するものではないという憲法判断を「負」とされるのである。

(6) 芦部信喜教授の見解

法律の違憲審査について「立法府・行政府という政策決定者の決断は最大限度の『謙讓と敬意』をもって

扱うべきだという立場を基調とするものであることは、否定できないであろう。このような立場を、アメリカにおける用語をかりて、ここで広く司法消極主義 (judicial passivism) なし司法の自己制限 (judicial self-restraint) 論と呼ぶことにする。……『賢明な憲法の裁判官は、自己制限と積極主義の両方の長所に習熟し、かつそれを適用できることが必要である。すなわち彼は、いつ一方のアプローチを支持し、いつ他のアプローチを支持するかを知る必要がある』、という点に注目しなければならぬと考える。アメリカ連邦最高裁の裁判官のいわゆる進歩派といわれるグループについても、『生のままの「自制」のアプローチが存在しないと同様、生のままの「積極主義」の立場は存在しない』のである。」と述べらる。

そして、芦部教授は、より具体的に司法の積極主義と消極主義の意義を明らかにするためには、どの領域に自制と積極主義のアプローチがそれぞれ妥当するか、それはいかなる理由に支えられているのか、司法

審査に一定の自制が必要とされる理由と問題点および自制の技術・限界は何なのか、などを考えることが必要であると主張されるのである。

次に、この芦部教授の見解を軸に、アメリカにおける積極主義と消極主義の原型のアウトラインを示し検討してみる。

(二) アメリカにおける論議と背景

司法積極主義と司法消極主義という立場は一九二〇年代から三〇年代にかけてのアメリカの憲法訴訟において、人権に関する違憲審査権の行使を通じて形成されてきたものであり、裁判官自身の司法哲学を現わすものであった。一九三〇年代ニュー・ディール立法を違憲、無効とした「積極主義」は、従来の経済秩序(財産権)を擁護する保守的なものであると「消極主義」の名において批判された。これに対し、一九六〇年代になると「積極主義」は精神的自由や少数者の権利を制限、規制する立法を違憲、無効とすることに

アメリカにおける論議の発展とその背景

1803年	マーベリー対マジンソン判決 (Marbury v. Madison, 1 Cranch 137)
1893年	J. セイヤー『憲法に関するアメリカ的理論の起源と範囲』
(オールド・コート) ↑	司法消極主義 「明白性の原則」
	1920's 積極的違憲判断 (保守的な積極主義) 司法積極主義と司法消極主義との対立
1930's	ニュー・ディール立法に違憲判断
1937年	大統領ルーズベルト「最高裁判所抱き込み政策」 (Court packing plan)
	司法積極主義 (精神的自由ないし法の下での平等の領域)
(ニュー・コート) ↓	1938年 カロリーヌ判決 (United States v. Carolene Products Co., 304 U. S. 144)
	「二重の基準」 (double standard) ——民主政の過程 (democratic process) 理論
1940's	司法消極主義
1950's	
1953年	ウォレン・コート (1953~69) 大統領アイゼンハワー
	「手放しの政策」 (hands-off policy)
	制限し違憲 must do 判決
1954年	ブラウン第一判決 (Brown I, 347 U. S. 483)
1955年	ブラウン第二判決 (Brown II, 349 U. S. 294)
1960's	きわめて積極的 must do 判決
1969年	バーガー・コート (1969—)
1971年	スワン判決 (Swann v. Charlotte-Mecklenburg Board of Education, 420 U. S. 1)

現われた。ここでは「消極主義」の名においてそのよ
うな「積極主義」は、あまりにもリベラルでありすぎ
ると批判されたのであった。¹³⁾ アメリカの憲法訴訟を通
じて「積極主義」、「消極主義」といわれたものの内容
は、このように二つの時期において異なり、時代によ
って異った役割を果たしたのである。また、このような
積極主義、消極主義をめぐる論議のなかから「二重の
基準」論や「精神的自由の優越的地位」の理論が生み
出されてきたのである。

司法消極主義の論拠として常に、「裁判官は国民の
選挙に基づかない非民主的な機関であって、国民に直
接責任を負い得ないので、その裁判官が国民の多数意
思を代表する政治部門の決定した立法に対して違憲審
査権を行使するには自制が肝要である」といわれる。
「賢明でない法律を法令全書から除去するためには投
票箱と民主政の過程に訴える」ことを主張したストー
ンの意見は、「二重の基準」論と結びついた司法の自
制論であった。それに対し、より一般的な自制論を主

張したフランクファーターの論拠は、最高裁判所の権力
は「本来的に寡頭制的」であり、「非民主的機関の権
力は厳格な自制をもって行使されることが肝要だ」と
いうことであり、「民主主義を司法の後見におくこと
は、民主的責任を養うための最も有望な方法ではな
い」ということであった。¹⁴⁾

この論点をめぐってさまざまな論議があるが、「民
主政」の本質をどこに求めるかによって結論は異なっ
てくる。現代の福祉国家においては、国民意思は多岐
に分かれ、その価値観も多様化しており、国の政策決
定は国家機関だけでなく政党、圧力団体などの社会集
団の複雑な関係によって行われているのが現実であ
る。具体的な現実の政治過程は、伝統的な間接民主制
の論理だけではとらえられなくなっている。¹⁴⁾ 現実の政
治過程論からは国民代表の理論による議会は民主的、
裁判所は非民主的という如くには考えられないのであ
る。

従来論のもう一つの問題は、従来の民主主義観

念は多数者の支配による民主主義の考え方をとっている点である。この点について声部教授の「民主政存立の前提条件ともいえる精神的自由、とくに少数者のそれを侵す疑いのある立法は、民主政の過程そのものの働きを傷つけるものであり、その排除はもはや民主政の過程（選挙や議会）だけに期待することはほとんど不可能になったとみるべきであるから、司法が積極的な審査を行なうことによって民主政の過程を回復すべきではないか……。」そして、「majoritarian な民主政の観念だけから司法審査を非民主的と考え、あらゆる権利・自由の規制に司法の自制を要求するのは、司法の『自己制限』ではなく、むしろ『自己否定』というべきである。」との指摘は重要である。通常、「投票箱と民主政の過程」に訴えることによって、不賢明な法律を改正・除去することが可能であるのに反し、精神的自由を制限する立法、少数者の権利を侵害する立法に対しては、「合憲性推定のはたらしに、より狭い範囲」しか認められず、「より嚴重な司法審査が要求

される」と一九三八年のカロリーヌ判決で、ストーンが述べたのは、このような少数者の権利を保護することを任務とする裁判所の姿勢である。この「二重の基準」の考え方が裁判所の「非民主的」あるいは「民主的」性格についての議論と密接にかかわっていることを確認しなければならない。

アメリカでは、「二重の基準」の理論は判例上確立しているが、A・コックス教授は精神的自由の領域で果たした司法の役割について「その当然の結果として、裁判所が国の政治制度の公明かつ民主的な運用について広範な責任を負っているとの結論を導くのである。この責任の意識こそ、現在の最高裁をそれ以前の最高裁から区別する決定的特徴なのである。言論の自由の分野では、最高裁は、従来の伝統を維持・拡張している。この点に関する最も注目すべき特色は、最高裁が、果てしなく自己革新を続けているこの社会を、明確な視点をもって見ているということである。」(傍点筆者)と述べている。この「責任の意識」こそ、わ

が国の憲法訴訟を考へるうえでも大切な点であると思
われる。

四 むすびにかえて

——わが国における問題状況と課題——

裁判所が常に政治部門に追隨するとすれば違憲審査
制の意義は失われ、それに対して、裁判所が裁判所な
るが故に内蔵している制約を無視し、政治部門と質的
に差のない行動をとるときも、同様に裁判所が違憲審
査権をもつ意味が失われてしまうという問題がある。

これは立法府、行政府との適正な関係をどこに求める
かという問題でもある。それについてA・コックス教
授は、「最高裁判所がある程度政治的な役割を演ずる
こと、すなわち、司法審査の理論の下に公の政策を決
定するということは、あまりにも明白な事実である。
また、最高裁がある程度法に拘束されているというこ
とも、法学的方法の自己規律を理解している者であれ
ば誰にとっても等しく明白なことである。難しいのは

程度の問題である。すなわち、最高裁は、いかに大き
な、あるいはいかに小さな政治的役割を演ずべきであ
るのか¹⁸⁾と述べ、アメリカの最近の司法積極主義に
は二つの制度的懸念があるとされる。すなわち、第一
は、判決に付随する正当性の力（社会からの承認と支
持を獲得する力）が犠牲にされてしまい、最高裁が憲
法上の役割を遂行できなくなるのではないか、という
こと、第二は、国民の道徳的・政治的責任の感覚を鈍
らせ、政治的能力の成長を妨げるおそれはないか、と
いう問題である。¹⁹⁾

ところで、わが国の問題状況をみると、少なくとも
もアメリカとの対比においては、司法観念がことに行
政権との関係で狭く限定的なものとして扱われている
のである。訴訟制度の枠組みが、違憲審査に限らず一
般に司法権の活発な動きを封じようなものとして構
築され、運用されているという事実を直視する必要が
あると思われる。たとえば、「統治権力を争点とする
事件（とくに行政事件）についての権力側への過度な

抑制と傾斜が、一貫してみられる」といったような事実は、狭い司法の枠組み自体が、まず問題にされなければならぬ⁽²¹⁾ということを示唆している。そして実際にも、わが国では司法の「積極」性、「消極」性というときこの次元での司法権の権限の問題が、違憲審査権の「積極」、「消極」というときの問題といわば二重写しの形で論じられることが多いことは確かである。

ことばの使い分けの方法によっては、実体に関する裁判所の結論が違憲か合憲かという基準だけで積極主義と消極主義を分けるのが妥当かどうかの問題も残ってくる。司法権の範囲や行動様式についての広狭——積極・消極——をめぐって論議がなされなければならぬ状況においては、むしろ、単純に司法権の権限行使の量的測定基準としてことばを用いる方が問題の意味をより適切に伝えることになる⁽²²⁾ともいえるのではないだろうか。

憲法判断、違憲判断の段階を基準にしてことばを分けた場合でも、どのような憲法問題、どのような憲法

価値に対して、どの領域に積極の立場を、どの領域に消極の立場をとるか、またその場合にどういう違憲審査基準を用いるかを明確にしなければならぬと思われる。

わが国の憲法判例を検討すれば、精神的自由の優越的地位もまだ十分には確立されていない状況であり、「二重の基準」論も生かされてはいない。また、財産権を制限する法律について一律に、強度の合憲性推定を認めるということは、妥当ではないといえるであろう。日本国憲法のもとでの有効な違憲審査基準は精神的自由の優越性ということを基底に据えて、したがって、その限りで「二重の基準」論を維持しつつ、なおこの理論に検討を加えるという方向で考察されなければならぬ⁽²³⁾と思われる。そして、何よりも違憲審査基準は、憲法そのものから、憲法の理念、憲法価値から引き出されなくてはならないと思われるのである。

〔注〕

- (1) 佐藤功「司法積極主義と司法消極主義(一)」『法学セミナー三〇〇号』(日本評論社、一九八〇年)五六—六一頁。
- (2) 兼子一・竹下守夫『裁判法』(有斐閣、一九七八年)一〇〇—二〇一頁。
- (3) 佐藤、「司法積極主義と司法消極主義(二)」『法学セミナー三〇一号』(日本評論社、一九八〇年)二〇頁。
- (4) 佐藤、前掲、六一頁。
- (5) 伊藤正己「司法積極主義再考」『法学セミナー特集・最高裁判所』(日本評論社、一九七七年)八一頁。
- (6) 樋口陽一『司法の積極性と消極性』(勁草書房、一九七八年)九三—九四頁。
- (7) 佐藤、前掲、『法学セミナー三〇〇号』五九頁。
- (8) 野中俊彦「憲法訴訟論の現状と課題」『ジュリスト七三二号』(有斐閣、一九八一年)二七頁。
- (9) 小林直樹『憲法判断の原理下巻』(日本評論社、一九七九年)二四二頁。
- (10) 小林、同右、二六五頁。
- (11) 芦部信喜『憲法訴訟の理論』(有斐閣、一九七三年)三五〇—三五五頁。
- (12) 芦部、同右、三五頁以下。樋口『比較憲法』(青林書院新社、一九七七年)三二四頁以下。
- (13) 樋口、前掲、三二五頁。
- (14) たとえば、上林良一『圧力団体論』(有斐閣一九七〇年)第四章(五五頁以下参照)。また、松下圭一『市民自治の憲法理論』(岩波書店、一九七五年)等参照。小林孝輔「人權問題の反省と展望」『ジュリスト、七〇九号』(有斐閣、一九八〇年)一七一—二〇〇。四三—四五頁。間接民主制の形骸化を人權抑圧の歴史的過程を分析して説明されている。
- (15) 芦部、前掲、三六一—三六二頁。
- (16) 芦部、前掲、三七—三八頁。
- (17) A・コックス(吉川精一・山川洋一郎訳)『ウォレン・コート』(日本評論社、一九七〇年)一四頁。著者によれば、「司法積極主義」と「司法消極主義」との対立は、一つにはアメリカの憲法裁判の特質に内在するジレンマであると述べている。
- (18) A・コックス(芦部信喜監訳)『最高裁判所の役割』(東京大学出版会、一九七九年)一五七頁。
- (19) A・コックス、同右、一六一—一六二頁。芦部教授は、コックスの穩健な司法積極主義の概要を「監訳者あとがき」でまとめられ、日本の憲法訴訟のあり方に大きく参考になると高く評価されている。
- (20) 和田英夫「最高裁判所」『裁判と国民の権利』(三省堂、一九七八年)九三頁。

- (21) この点を指摘する著書も少なくないが、たとえば、和田、『最高裁判所論』（日本評論社、一九七一年）一二六―一五五頁。樋口、『比較のなかの日本国憲法』（岩波書店、一九七九年）一三二―一九四頁。
- (22) 野中、前掲、二七頁。
- (23) 浦部法穂、「違憲審査の基準」『Law School 第二五号』（立花書房一九八〇年）七頁。