

經濟統制立法の違憲性審査

—ドイツ・ライヒ裁判所の經驗を中心として—

喜 多 了 祐

まへがき

廿世紀の憲法はすべての人に對して人たるに値する健康で文化的な最低限度の生存を保障するといふ生存權の共通理想を達成するために從來の所有權の絶對と契約の自由とを内容とする自由權の基本權に對して多くの法律的干渉を加へることを必要ならしめる¹。だがその自由權の基本權といへども我憲法上では「人類の多年にわたる自由獲得の努力の成果」とされ、「侵すことのできない永久の權利として」保障されてゐるのである。今日無数の經濟統制立法をめぐつて豫想される違憲問題の禍根は結局ここにある。しかるに我憲法第八一條はアメリカ憲法における司法的審査制に倣ひ最高裁判所に違憲立法審査權を興へてゐるから、今後屢々經濟統制立法がその審査によつて無効と認定される惧れが大いにあると一應豫期されなくはない。しかし乍らその所謂「アメリカ的司法權優越性原理」といへども憲法の條項に直接これを求めえないのであつて、アメリカ憲法自體の構造的特質を前提としたそれ自身の苦難にみちた歴史的政

治的所産である。殊にそれは法律の形式によつて契約の自由又は財産權を侵害するが如きを極力防ぐために特に重要な意味をもつとされる。この點、生存權の理想を眞向から掲げて自由權に對する法律的干渉を促進するに極めて積極的であるドイツ・ワイマール憲法の下に若しも司法的審査制の展開を見出すことができるのであれば、それは我憲法の經濟條項に基く經濟統制立法の司法的審査の實際にとつて確かに他山の石として顧られるべきであらうと思ふ。

註 1 前稿「アントン・メンガーの永逝四十年」本誌四號

2 高柳「米國憲政に於ける司法權の優越を論ず」法協三九卷九號五九頁

一、司法的審査制の問題は既に古くからドイツ法學の好題目であつたが、ワイマール憲法の制定に當つても議論紛糾してつひに未決のままに留保せられた¹。その後積極説が有力化し、一九二六年には「違憲國法審査法案」が政府により提出せられたほどであつたが、これ亦成立を見ないで終つた。従つて少くとも憲法に特別規定なき限り、法律的には國裁判所 (Reichsgericht) の法律審査權は排除されてゐると考へられなくはない²。しかし乍らそれは政治的には裁判所に固有の權力ではなく、政治の三

部門の一として與へられたものに過ぎない。だから他の二部門も自己に特有の機能に關しては同様の權力を要求することができる。法律が憲法に適合するかしないかの解釋に終局性が生ずるのは、憲法を司法的に適用した結果ではなくて、各部門の間の見解の持續的調和の結果である。この持續的調和の落着點がどの點であるかによつて司法的審査の政治的範圍が具體的に決定されて來るのである。たゞし司法的審査の範圍に關し憲法上明示規定あるときは、その政治的範圍がその實定的範圍を超えることによつて司法的審査それ自體が違憲となるから、後者は前者の上限を劃するといひうる。しかるにその實定的範圍の明示規定なき限りは、司法的審査の範圍は政治的原理によつて解決されざるをえない。我憲法第八一條はこの上限についての積極的基準を明定してゐるから、これを超えてはワイマール憲法裁判の實際との類同性を論ずるは固より當らない。

蠟山政道氏は反之第九八條（最高法規）を以て「本條の効力は明治憲法の場合において期待できなかつたところの法律が憲法に違反するか否かを決定する規準を與へてある點にある」と述べ、更に進んで「ワイマール憲法において、憲法審査權の問題について種々の論議が生じたような疑惑は少しも

存しないのである」と説かれる⁴。前者については第八一條との混同なきや。後者についてはその疑惑とは何を意味するか。兩點の論斷については尙若干の猶豫を請はねばならないように思はれる。

二、ドイツ司法的審査制の展開途上における問題點への理解を容易ならしめんがために、これに關する學說の大要を一應把握しておくことが便利であらう。それは次の三つの命題に要約せられる。

(1) 司法的審査權は一般に「法律」(Gesetz)が存在するか否かといふ問題に關する限り肯認される。殊に裁判官が法律が適法に成立したかどうか(少くとも公布手續の瑕疵)について審査の權利及び義務を有することは争ひのないところである。(形式的審査權。)

(2) 反之、適法に成立した法律をばその内容的妥當性(inhaltliche Güte)について審査する權利は裁判官に認められない。(この權利は憲法にさへ羈束せられないといふ意味で、假にこれを自由審査權と呼んでおこう。)

(3) しかし乍ら裁判官は當該法律の適憲性(Verfassungsmässigkeit)を認定するために内容的な審査及び評價に立ち入ることはできる。積極説か消極説かの争ひ

は最も常にこの點に關する。(實質的審査權 *Materialles richterliches Prüfungsrecht von Gesetzen*)。但し憲法に矛盾する法律は憲法第七六條にいふ三分の二以上の多數を以て可決せられなかつた以上は全然何等の「法律」でもないから、その限りで(1)に抵觸することになる。

國裁判所における司法的審査の實際も亦右の三點をめぐつて展開されたのであるが、我憲法との比較上最も重要なのは(2)と(3)とである。といふのはかゝる展開過程の伏線として大戦後續々と制定された經濟統制立法の内容が我々にとつては問題だからである。尤も司法的審査の對象は、アメリカにおける憲法先例の多くがさうであるように、純粹に政治的な法律ないし經濟問題とかけ離れた法律に關しても現はれないではなかつた。しかし乍らこのことは前者に比すれば殆ど何等の重要性もないといつてよい。況んや本來邦際間又は國邦間の政治的爭議を判決すべき筈の國事裁判所 (*Staatsgerichtshof*) すらもが經濟問題に忙殺せられるに至つたことは、憲法起草者の夢想だにしなかつたことはいへ、正に國家權力による經濟統制作用の擴大といふ否定し難き事實のしからしめたところである。

三、經濟法の主唱者の一人であるヘーデマンがその著「國裁判所と經濟法」の冒頭において道破した「我々の時代は『經濟時代』(『*wirtschaftliche Zeit*』)である。故に今日の法も亦『經濟的』である」との言葉は確かに「事象の表面に留ることなく、その本質を確證せんとする」鋭い洞見の言葉であるといへよう。洵にドイツ司法的審査制の中心に登場したものは何といつても貨幣價值下落といふ優れて經濟的な問題であつた。その背景をなしたものは戦前の一九〇九年に作られた貨幣法 (*Währungsrecht*) であるが、その根本思想たる「マルク紙幣は金貨マルクに等しし」(『*Mark gleich Mark*』)の原則がマルク紙幣の氾濫したインフレーション時代に多くの金錢債權の裁判沙汰を惹起する禍根となつたことは當然である。そもそもこの裁判沙汰は當事者の一方が契約嚴守の原則 (*Pacta sunt servanda*) を排除して、事情變更の原則 (*Clausula rebus sic stantibus*) を援用し、金錢的給付の増額を主張して初めて起る問題であつた。判例はこれに對して直ちに無造作に貨幣法を無効と宣言することなく、飽迄もこれに遵行するといふ行き方で、先づ不能論 (*Umnöglichkeitsbegriff*) の擴充から進んで裁判官の契約改訂權 (*das richterliche Umgestaltungsrecht*)

を認めることにより個別的に増額評價をしかるべく實現すべき途を拓いた。このことは亦事情變更の原則をして必ずしも當事者の援用を俟つことなく適用せられうるものたらしめ、所謂信義誠實の原則 (Treu und Glauben) に基き金銭的給付は當然増額せられることとなつた。契約解除權に代へて當然の増額評價請求權 (Aufwertungsanspruch) が認められるようになったのは判例における如上の趨勢に基く。かくて貨幣法は判例によつて事實上廢止されたと同じ結果に立ち至つたのである。しかし乍ら就中増額評價率をめぐる問題は優れて經濟的な問題であり、判例はこれに處するに裁判官の「獨創的な」 ("schöpferisch") 判決による「經濟的法原則の定立」を認めることを以てさへしたのであるが、依然として法律的アポリヤたるに變りはなかつた。

四、一九二三年の夏——インフレーションが最後の破局に到達する直前——國裁判所の判事團は「經濟的變動特に貨幣價值變動の結果の調整に關する理由書附帶の法律案」なる一種の advisory opinion を作つた。この提案は國裁判所のこれまでの數々の判例における經驗を基礎として信義誠實の思想と必然的に結びついた「個別的増額評價」 (Individualaufwertung) の建前を明らかにし

た粒々辛苦の結晶であつた。その中で判事團は先づ從來の立法の受動的性格を難じて「全經濟生活を貫通する現實への矛盾が隨所に現はれてゐるにも拘らず、立法はマルクはマルクに等しいとの觀念に執着してゐる。」と指摘してゐる。がしかしこれに對する司法權の優越の問題に及ぶや、立法との妥協の事實を強調する逃口上を述べるのである。「かくして裁判は、實生活と矛盾し正義と公平とへの侮辱となることを欲しなかつたが故に、法律の中に興へられた手段の助けを得て、マルクはマルクに等しいといふかの等置法からする推論——それが耐え難いものである限り——を避けるべき必要に迫られたのである。従つて裁判の行かねばならなかつた途は難路であつて、直接コースではなかつた。」と。この言葉からして今や明らかなることは、裁判所側の意圖するところは、難路打開に至るまでの法律の破壊にあるのではなく、難路から直線コースへの復歸にあつたのだといふことである。それ故にこそ彼等は右の法律案を作成したのもある。「國裁判所の判事團は疲れ切つた立法者に不具の手を藉さうとした」とのヘーデマンの評言は司法的審査の政治的落着點を示す言葉として正に核心を衝いてゐるであらう。

五、しかるに茲に突如として極めて強力な立法者が再び現はれた。一九二三年一〇月一三日の第一授權法及び同年一二月八日の第二授權法に基く「授權」(Ermächtigung)によつて實力を獲得した少數者(政府)がそれである。彼等は驚くべき速さで各般の法令を整備した。就中、國裁判所判事團が作成した折角の前記法律案をば根柢から覆へすような立法を行はうとしたことは、つひに國裁判所との政治的對立を激成するに至つた。

この政治的對立を裏付ける經濟的背景を簡單に窺つておくことは決して無駄ではあるまい。一九二三年一〇月一五日政府は早速と第一授權法に基き命令を發し、全然新しいマルク——レンテンマルクを創設した。而して「レンテンマルクの奇蹟」による貨幣價値の安定は從來の個別的増額評價の原則にまとはる法律のアポリヤを一舉に解決すべき好機を提供した。ケルシヤグルが「國民經濟政策讀本」の中で説いてゐるところに聞かう。如何なる水準におけるにもせよ凡そ安定のあとには——而も物價騰貴は窮局の目標としては安定と物價騰貴との間の對立を強力徹底的に緩和する契機を前面に控へてゐる——貨幣價値の下落によつてその事實上の内容を變化して終つた債權をば増額評價することが望ましくはなからう

かといふ問題が現はれる。このことは私的な債務についても又國家的性質を有する債務についても同じく妥當する。この場合増額評價の方法としてドイツが實施しようとしたのは、債務の種類及びその成立の時點に應じて種々なる率で増額評價をなし、以て多かれ少かれ全體經濟にきで及ぼすといふ方法であつた。かゝる大量的な増額評價が記帳その他の勞力の大なる犠牲において行はれるにもせよ、インフレーションにまつまものの公用徴收によつて大いに弱化せしめられた資本主義經濟の思想を若干恢復し、インフレーションのもたらした不法を幾ばくならりと修正するものであるとして、これに賛同する者が少くなかつたことは事實である。しかし乍ら彼等といへどもこの試みが成功であるか否かについて原理的な確信を持してゐたといふほどのものではなく、たゞ一般的法律意識(Rechtshbewusstsein)としてかくの如きものを希求したに留るのである、と。

六、我々はこの漠然たる法律意識をより判明ならしめるために今度は法律家の説くところに聞かう。マルク安定の直後から増額評價のための裁判官の獨創的判決は愈々活潑化したのであるが、その先鞭をつけたのは一九二三年一二月二八日の有名な抵當權増額評價の事件に關する

判決である。¹² 判決は専ら民法第一五七條第二四二條の信義誠實の原則をば貨幣法への優先規定と解釋することによつて後者の適用を排除した。マルク紙幣は今や金貨マルクに等しくはないといふことになつて、貨幣法は完全に崩壊せしめられた。だが新なる暗礁が待ち設けられねばならなかつた。といふのは信義誠實といふ倫理的價值は俟つて裁判上の個別主義を以てせざる限りは具體的妥當を全うしえず、そこにヘーデマンの所謂「一般條項への遁入」(“Die Flucht in die Generalklauseln”)における法的不確定性といふ危険が存在するからである。それにつき三箇のものが暗礁として豫想せられる。¹³ その一は人的不確定性である。訴訟兩當事者が共に民法第二四二條を援用することを許されるものとするならば、倫理的價值は法技術的には消散して終ふであらう。その二は物的不確定性である。増額評價を貨幣價值下落の程度に依存せしめることは倫理的には不可能であるといつてよい。その三は時間的不確定性である。契約ないし判決によつて給付の態様が確定したときから信義誠實の原則は停止せざるをえない。かくして法律制度に内在する法的安固 (Festigkeit) への要請はやがて個別的増額評價の不確定性を克服すべき要請でなければならぬ。マルク

ン・ウォルフは謂ふ。「無制限なる個別的増額評價はドイツにとつて危険を意味した。増額評價のために裁判沙汰とされる請求權は莫大の數に達した。そして、經濟的窮境に轉落せる中産階級及び利息生活者階級をして過當なる要求を激化せしめるのみならず、更に正義の假面の下に怨恨と嫉妬を煽るが如き不誠實な事件が裁判所を賑はした。かくては耐え難き勢力の濫費を結果せしめたことであらう。債權額の長年に亘る不確定はドイツの經濟にとつて危険此の上もないことであつたのである。これ信義誠實の原則によつて崩壊せしめられた貨幣法に代つて、何等かの立法的解決が要請せられた所以である。」¹⁴

註 1 Hippel, bei Anschütz-Thoma, Handbuch des Deutschen Staatsrechts II, 1932, S. 552

2 Thoma, bei Handbuch II, S. 143 f. は法律的には當然消極説を主張し、政治的には非審査 Nichtüberprüfung がドイツのみならずヨーロッパ一般の傳統であると主張する。

3 鵜飼「違憲性判決の効力」國家學會雜誌六二卷二號三二頁參照。

4 蠟山「最高法規」新憲法講座三卷五二四頁

5 W. Jelinek, bei Handbuch II, S. 182 ff.

- 6 Hedemann, Reichsgericht und Wirtschaftsrecht, 1929, S. 1
- 7 この段階までの詳細なる判例學說の研究は既に我國の學者によつて余す處なくし遂げられてゐるので、茲では深く立ち入らない。勝本「民法における事情變更の原則」
- 8 Heinsheimer, Lebendiges Recht, 1928, S. 26 Anm. 23
- 9 Hedemann, a. a. O., S. 186
- 10 Maraja-Kerschagl, Lehrbuch der Volkswirtschaftspolitik, 1931, S. 360
- 11 岩田「經濟事情の變動と債權の效力」二〇五頁
- 12 小町谷「貨幣價値の變動と契約」一七九頁以下
- 13 Hedemann, a. a. O., S. 337 ff.
- 14 Enneccerus-Volf, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts III, Sachenrecht, 1932, S. 575 f.

II

一、一九二四年二月一四日、第二授權法に基いて第三租稅緊急令 (die Dritte Steuernotverordnung) が發せられた。本令は信義誠實の原則による無制限なる個別的増額評價の行過ぎを取敢へず一定種類の放資財産についてのみ大量的に是正しようとするものであつたから、それだけに本令が發せられるに當つては廣汎なる立法權を授權

せられた政府と個別的増額評價を年來主張する國裁判所との間の對立は一觸即發の危機を孕んでゐた。

戦ひは半公式とも稱すべき兩者聲明の取交しを以て行はれた。といふのは形式上その衝に當つたのはこの兩者ではなかつたけれども、實際上その精神的中心としては明らかにこの兩者が背後に立つてゐたからである。従つて最初の聲明が國裁判所の判事團から發せられたとき、判事團が何等の躊躇することなく結論において「國裁判所の見解」としてそれを表明したことは當然であらう。

一九二四年一月八日附のプロテストがそれである。この聲明は冒頭先づ「新聞の報道するところによれば國政府は抵當權（及びその他の金錢債權）の増額評價を禁ずる處置を考案してゐることである。國裁判所判事團の下記連署の理事はこれに對して警告を發することを怠るならば自己の義務に違背するであらうと信ずるものである。」と激烈に述べた後、國裁判所の裁判活動に漸次正當なる認識が滲透して行つたこと、及びその認識の精華たる信義誠實の思想に基く判例の偉大なる足跡が今や立法にも比すべきものであることを説き、而して「この信義正實の思想は個々の法律、個々の實定法規の外に超立する。しかし凡そ法律ないし實定法規といふ尊稱に値

する如何なる法律制度といへどもかの原則なしには存立しえない。故に立法者は信義誠實が絶對的に要求する歸結をば自己の絶對命令によつて無効ならしめてはならない。」と論するのである。若しもこの聲明が如上を以て終つたとするならば僅かに立法者への一般的な勸告ないし暗示が立法論 (Lex ferenda) として與へられたに過ぎないと謂はれよう。何者、如上の論述だけでは前記一九二三年夏の法律案の趣旨と全く同じいからである。

二、しかるに更に進んで「國裁判所の見解」とは正に逆行するが如き解釋論 (Lex lata) がしかも「國裁判所の見解」として説かれるのである。即ち「若しも訴訟において新しい法規定を援用する者があるならば、その援用が信義誠實に反するといふ理由で裁判所から棄却せられるであらう」との無効宣言の威嚇をなした後、次の如き重大な結論を下してゐるのである。「政府の立案せる干渉自體が信義誠實に反するとして、その反倫理的結果のゆゑに反倫理的であるとして、違憲の公用徴收であるとして、或は憲法上に認められた課税普通の原則を愚弄せる租税であるとして、法律的に無効ではあるまいかといふ問題が、既にして公に頻りと且つ激烈に論議せられてゐる。従つて政府の立案せる處置に對しては（最高裁判

所によつても亦）左様なないし類似の判決がなされるといふ深酷な危険が存在するのである。このことは、政府が諸々の抵抗に壓伏せられて、最初に立案した峻嚴な處置を緩和し、法として定められた増額評價を單に一部だけしか禁止しなければならぬときでも、又然りである」と。理論的に觀察すればこの聲明の中には實質的審査のみならず自由審査も亦豫想せられてゐるといふことができる。いな中心論點は後者にあるといつてよい。

果してこれに對しては當時の國司法大臣が直ちに反對聲明を出して反撃したその言葉には千金の重みがあつた。「裁判所にして若しも適憲的に作られた法律をば所内の多數意見によれば一般的道徳律と一致しないとの故を以て適用しないといふ權利を主張しようとするならば、法律制度の解消と國家組織の不幸な動搖に立ち至るであらう。」國裁判所年來の見解たる「信義誠實」の思想の下に自由審査が主張せられたところの第一聲明はかくして完膚なきまでに破碎せられたのであつた。

三、今や國裁判所側が再び發言する順番となつた。一九二四年一〇月一日第三聲明が國裁判所長官の口から發せられた。茲では判事團の第一聲明における自由審査權の論は逆に否定せられた。即ち「國裁判所はかゝる行き方

を採つては來なかつた。それは單に命令が憲法の條規に適合するかしないかを審査したに過ぎなかつた。——内容に關する判定はこれを歴史に委ねてゐるのである」と。けれども次にかゝる適憲性審査といふ實定的側面が高調せられ、正に革新であり功績であり「國裁判所史上未だ會てない最も重大な裁判活動の歸結」であるとして祝福せられるのである。而してこのことには何人も反對しえないであらう。何者、事實この實質的審査權の確立こそは正に司法の側の勝利と立法の側の敗北とを意味したからである。しかし乍ら法律の自由審査が排除せられたといふ意味では立法の側の勝利も亦記録せられねばなるまい。事態は正に國裁判所長官の言葉の通り「その時その時の國會の意思が法律正文に印刷せしめるところのものを單に盲目的に適用するという使命だけを裁判官に課する見解と、裁判官をして地上に法として貫徹させるべき凡てのものに關する最後の主人たらしめるアングロサクソン法の傳統との間の正常なる中庸點」が發見されたといふべきであらう。かくて國裁判所は自由審査による無効宣言の威嚇を撤回して、法律に對する「正當なる」忠實をば新たに誓ふこととなつたのである。

だが如上三つの聲明において直接に問題とされてゐた

のは單に授權法に基く政府の命令に過ぎなかつた。即ちそれは國會の全勢力とデモクラシーの思想とを欠如せる獨裁的な立法行爲であつたのである。又そこでは審査は單に事實として行はれたに留り、正式の權根に基き國裁判所がこれを試たのではなかつた。そこで我々は進んで右の正常なる中庸點を「國會制定」法につき「職權を以て」追求した代表的な實例をば國裁判所の判決の中から呈示しなければならぬ。

四、一九二四年二月一五日第二授權法の失效と共に恰もローマ共和制の委任的獨裁者と同じように政府は生殺與奪の權を失ひ、立法權は今や憲法上の手段だけとなつたによつて第三租稅緊急令第一條において大膽な概括規定を與へられた放資請求權増額評價の基準は一九二五年七月一六日國會の制定にかゝる増額評價法 (Aufwertungs-gesetz) なる獨立の法律によつて修正擴張せられた。本法によつて國裁判所年來の主張たる個別的増額評價の倫理的立場は極めて迅速確實な圖式化の方法 (百分率) で達成せられるべき大量的増額評價 (Massenwertungs) といふ政府の實際的目標の背後に完全に後退せしめられた。即ち本法の制定に當つて國會の多數は「成程個別的な方法の方が正當であるが、しかし經濟的には根據なく又

實際上施行しえないが故にこれを拒否すべきこと」といふ決議をしてゐる。實際的必要と倫理的評價との間のかゝる矛盾は本法をめぐつての一波亂を當初から豫想せしめたことである。

果して本法に基く増額評價を受けた請求権者が「減價評價を受けた」(“abgewertet”)と稱して評價額への不服を申立て、同法を以て憲法第一五三條第二項違反の公用徴収であると主張し出した。國裁判所のこれに對する態度は一九二五年一月四日の劃期的な裁決に明らかである。即ちワイマル憲法第一五三條第二項はフランス革命の打ち樹てた三つの法原則(人權宣言第一七條)に則り、「公用徴収は公益(Wohl der Allgemeinheit)のためにし且つ法律の根據(gesetzliche Grundlage)に基いてのみこれをなすことができる。それは國の法律に別段の定めがない限り相當な補償(angemessene Entschädigung)を以てしなければならぬ。」と規定してゐるが、本件公用徴収が法律の根據に基くこと、及びその故に相當な補償といふ要件から除外せられることは勿論であるから、問題は「公益のため」なる一點にかゝる。この點について國裁判所は次の如く判示し、請求棄却の判決を下したのである。

五、即ち「債權者の部分的公用徴収と見られるべき個別の増額評價をば廢して、本法がこれに異つた原則を定立した所以のものは、國內租稅經濟の安定回復のためには増額評價問題の即決簡明な規程が無條件に要求せられ、且つこの規程が増額評價の圖式化なしには以て所期の目標を達成しえないと考へられたところにあつたのである。國內經濟の安定回復は公益に仕奉する。故に此の目的のために行はれる公用徴収はこれを禁すべきものと看することはできない。」と論定して増額評價法の適憲性を認定した後、更に「本法の個々の規定の合目的性ないし必要性に關しては議論の余地があるかも知れない。……しかし乍ら又これらの規定に關しては合理的考量を欠いた肆意的な規程であると謂ふことはできない。」と判示して可成り漠然とではあるが自由審査權を否認してゐるのである。

ところでこの判決が増額評價法の適憲性を認定した審査權の論據についてはその説くところ必ずしも判明でない。以下これに關する我々の疑問を呈示して我々の結論に資することとする。

先づ第一に、判決の所謂審査權は個々の法律の内容が憲法に適合するかしないかを獨立に審査し認定する權力

ではないといふことである。即ち判決が「憲法は第一〇二條において、裁判官は獨立にして單に法律にのみ服従するといふ裁判所構成法第一條に定立せられた原則を採用した。この後者の規定は國の法律ないしその個々の規定が裁判官の遵行すべき他の優先規定と矛盾する限り、裁判官によつて效力を否認せられるといふことを排除するものではない。」と論定してゐるのは單に、上級法規範（憲法）に違反する下級法規範（法律）は裁判官を拘束しない即ち無効であるといふ、國家作用の段階的構造に論理的に内在する自明の原理にすぎない。しかるに法律は、如何に下級法規範であるとはいへ、その成立の形式において瑕疵なき限りは原則として有効であるのみならず、たとへ例外としてその内容に違憲性あるによつて無効となるが如き場合であつても、その違憲性は法律論理的にしかく自明であるのではない。蓋し憲法規定の明瞭なる破毀（Verfassungsjurechbruchung）は國會の多數者といへども敢へてする事がないであらうから。従つて問題は違憲なる法律の效力如何の審査ではなくて、そもそもその法律が違憲であるかないかの審査にある。しかるに判決が後者の審査権を問題としなかつたのは個々の場合において法律の違憲性は自明であるとの法實證主義

的な考へを前提するものとしか理解せられないであらう。¹⁰

六、第二に、而して判決の所謂審査権は憲法改正法律（Verfassungsänderungsgesetz）には及ばないといふことである。即ち判決が前掲論述の後を承けて「即ち法律が憲法に定立せられた法原則に矛盾し且つその發布に際し憲法第七六條によつて憲法改正のために規定せられた要件を呈示しなかつた場合これである。」と敷衍してゐるのは逆に、第七六條所定の要件（三分の二以上の多數）を具備する法律でありさへすれば、たとへそれが憲法の正文を直接變更する憲法改正法律（unmittelbares V. A.）¹¹ではなくて、暗黙の憲法改正（stilltschweigende V. A.）従つて憲法の破毀を内容とする法律であつたとしても、裁判官はその效力を否認することができないといふことをば意味するであらう。かような限界でよしんば實質的審査が認められたにしても、それは頗る不徹底な審査であるといはねばなるまい。¹¹

第三に、しかるに判決は突如として憲法に何等反對の明文なきことのみを理由として實質的審査権を肯認してゐるといふことである。即ち判決が「憲法自身國の法律の適憲性に關する裁判を裁判所から剝奪して一定の他の

官廳にこれを移譲するが如きことを定めた何等の規定をしも存しないが故に、國の法律の適憲性を審査すべき裁判官の權利及び義務が承認されねばならない。」と論斷してゐるのは明らかに實質的審査權の論據を求めるに窮した證左としか見られない。蓋し法律の違憲性を自明であるとする前述の實證主義的立場からは、敢て實質的審査權を認めるべき論據は出て來ないからである。それにも拘らずこれを突如として認めなければならなかつた所以のものは憲法規定の解釋における法律論理的立場の行詰りにあると理解せられる。

第四に、従つて判決が増額評價法の適憲性を認定した審査權は同法の實定的適憲性の審査を内容としたものではなく、その謂は政治的適憲性の審査を目的としたものであるといふことである。即ち國裁判所が訴訟目的（増額評價法における公用徴收）の公益性を理由として適憲性を認定し、請求棄却の判決を下したのは、違憲の法律の效力如何の審査に基くのではなくて、そもそもその法律が違憲であるかないかの審査に據るのである。七、若しもこの場合法律の違憲性は法律論理的に自明であるとの考へに立つて司法的審査を行はうとしたならばどうであらう。形式的審査は兎も角としてそれ以上の解

釋は恐らく次の如くなされたであらう。「憲法第一五三條第二項（眞の公用徴收）と同條第一項後段（所有權の内容及び限定は法律によつてこれを定める）とは峻別しなればならない。後者は所有關係の内容の確定及び限定を意味する。而して増額評價法は既得權の沒收ではなくて、貨幣價值暴落と經濟崩壞とによつて根柢を完全にゆり動かされた法律關係の確定及び限定を定めた法律である。従つて本法においては違憲の公用徴收そのものが存在しない。」かくて本件については訴訟目的の不存在を理由とする請求却下の判決が下されたことであらう。

しかし乍ら現實の公用徴收、現實の違憲があるかないかの審査はそれによつて少しもなされてゐないのみか、却て訴訟提起の實質的要件の不備を理由として回避されてゐるのである。司法的審査の政治的原理は政治の三部門の一としての裁判所が自己に特有な機能——具體的事件の裁定的決定——を果すために必要な限度で、現實の公用徴收、現實の違憲があるかないかを審査するにあるのであつて、所有權及び公用徴收の法律論理的實定概念を模寫するにあるのではない。蓋し憲法規定の解釋に法律論理的立場を採るときは、法律が適憲であるかないかは自明であり、國會の多數者といへども敢て違憲の立法

行爲をせざるべく、従つて實質的審査權の概念は形式的審査權のその背後に後退するであらう。¹⁴反之、憲法規定の解釋に政治的要素を加味するならば、司法的審査の概念は憲法規定の質定的意味秩序と政治的意味秩序とにその上限と下限とを見出すであらう。換言すれば、「一切の法律が憲法に適合するかしないかを決定する」司法的權力は法律の内容における質定的違憲性の審査にではなく、その政治的違憲性の審査にその存在理由をもつ。かかる審査權は少くとも憲法規定上論理的實定概念としての法原理に關する所謂實質的審査權ではない。¹⁵しかればそれは自由審査權の「再版」であらうか。この疑問に對しては我々は後者が前者と異り憲法に定立せられた法原理に全然羈束せられないといふ一點を指摘すれば足りる。この法原理は必然にその對象たる政治的實在によつて因果的に規定されるけれども、後者によつて前者が論理的に基礎づけられるのではない。¹⁶それはむしろ司法的審査の政治的原理において動的機能を展開するものといふべきである。そしてこゝに司法的審査制における幾多の根本問題が発生するのである。我々はこのことをドイツにおける司法的審査制の展開の中から結論することが出来ると思ふのである。

八、要之、國裁判所が大戦後簇出した經濟統制立法に對し、執拗に浴びせられた「違憲！」の攻撃を破砕して、その適憲性を認定したところのものは少くとも形式的審査權に對する實質的審査權ではない。憲法規定の法原理の法律論理的自明性は新なる經濟的事實——増額評價を必要ならしめた貨幣價值の下落の前に完全に喪失せしめられたのである。國裁判所はこれに對し憲法上の動的機能による經濟的公益考量をもつて經濟統制立法を適憲と認定し、立法者の見解との持續的調和を全うしたのである。洵に形式的法律としての經濟統制立法の内容たりうるところの憲法上の法原理に對する各部門の正しき政治的見解——ヘーデマンの所謂「豊かな經濟法的判斷」(“eine reiche wirtschaftsrechtliche Kasuistik”)——それがこの調和點への公道である。¹⁷

ワイマール憲法の保障する基本權の諸規定は、國權の作用との實質的關係において上位秩序として現はれる場合(自由權)にも、これをもつて「國家」に對する「社會」の一般的ポスチュラートと理解されるべきではなく、むしろ國家の積極的活動の目標として掲げられた法原理であるといふべく、従つて國家から獨立なる裁判所の法律審査權が著しく擴大されるが如きアメリカ流の司法國

家 (Justizstaat) と國家統合の原理に立つドイツ共和國とは異なる。況んや同位秩序としての規定 (受益權) がシュミットのいふ制度の保障 (Institutsgarantie) として法原理たるときは勿論、立法行為によるこれら法原理の内容充實を通して個人の經濟生活の内部に國家の積極的活動が滲透し來るは當然である。否、少くともかかる意味で目標としての社會主義は憲法第五章の經濟的基本權においては排斥されていないのでさへある。ヘーデマンのいふやうに、これを實行する政治力の結集さへあれば、この社會主義原理の完全なる實現を期することができらるものもある。¹⁹

註 1 しかし第三租稅緊急令第三條には尙 "nach den allgemeinen Vorschriften" の文句あり、これは矢張り BGB § 242 (Treu und Glauben) によつて解釋せられざるを得なうであらう。ferner, aufw G § 62 Wolff, a. a. O., S. 583 太田、岩田、片野「貨幣價值變動會計」二一〇頁以下

² Hedemann, a. a. O., S. 187 ff.

³ Vgl. Urt. v. 1. März 1924, Urt. v. 21. Mai 1928 (Ibid., S. 190)

⁴ ヘーデマンは「授權立法が古典的なローマの獨裁と全く同じにも拘らず、今日の國法學説はこの比照を認めよ

うとせず、むしろこれに獨裁概念を使用することを恐れてゐる」と評してゐる。(Ibid., S. 192 Anm. 2) その後の政治的發展を思ひ併せて興味深う。Vgl. Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934, S. 29

⁵ 或程度の類推を許すものとして Urt. v. 18. Nov. 1921 における憲法第一三條援用による邦法審査があるが、これはアメリカ憲法第六條第二項と同じく「聯邦國家優越の原則」を明示した規定であつて、共に我憲法第九八條 (最高法規) と内容は異なるが、矢張り同じく國家作用の段階的構造に内在する自明の論理であるから、これと違憲立法審査制とは一應區別しなければならぬ。e. f. Dicey, Law of the Constitution, 8 ed., pp. 160.

⁶ 勝本「民法研究」二卷二九頁以下

⁷ Hedemann, a. a. O., S. 339

⁸ 大戦後のその他の法令についても公用徵收をめぐる違憲問題は極めて多い。Ibid., S. 123 ff.

⁹ より判明な否認は Beschl. v. 25. Jan. 1924 (Ibid., S. 197)

¹⁰ 田上「法律による行政」一三二頁参照

¹¹ 田上前掲同頁参照

¹² Vgl. Kern, bei Handbuch II, S. 491

- 13 Hedemann, a. a. O., S. 126 f.
 14 Vgl. Thoma, bei Handbuch II, S. 142
 15 Vgl. ibid S. 125
 16 田上「自由權、自治權及び自然法」二四頁
 17 Hedemann, a. a. O., S. 199
 18 Schmitt, bei Handbuch II, S. 580, 584.
 19 我妻「經濟再建と統制立法」二七一頁

あとがき

司法的審査制は一方において個人の自由を限定するといふ面に、他方において國家機關の權力を限定するといふ面に關係する。我憲法の經濟條項をめぐつて豫想される違憲立法審査の考察に當つても、ドイツにおいて司法的審査權について種々論議されたような疑惑は決して無視されてはならない。蓋し一方においてそれら條項は一般に「今後の立法又は行政の指針として定められた」法原理であるのみならず、財産權の保障といへども所有權社會化の法理と共に自由權の保障から制度の保障へと推移しようとする氣運を示すものといひうるし、他方において國會の最高機關性と立法獨占性とはたとへ司法權といへどもこれを使しうるとは認められないからである。この兩面にまたがつた司法的審査制の將來にこそ經濟統制立法の死活の問題がかゝつてゐるのである。本稿は前者の側面から迫つてことを考へて見た。

——二二・七・三〇——

調 査

北海道電氣事業分離に關する批判

—主として國民經濟的觀點に立ちて—

小樽經濟專門學校經濟研究所

一、問題の取り上げ方

電氣事業の再編成に當り本州より北海道を分離する案が提唱されて居る。其を検討する場合二つの方法が考へられる。即ち一は技術的な立場より、一は經濟的立場よりするものである。茲で我々が問題とするのは専ら經濟的立場からである。然るに又經濟的立場も更に二つに分けられ一は私經濟的側面よりするものと他は國民經濟的側面よりの二つの觀點がある。

一般的に言へば私經濟にとつての利害と國民經濟にとつての利害とは必ずしも合致するものではなく時には利害全く相反する場合もあり得る。

然るに公共的な性格を帯びる企業に取つては恣意的な利潤の追及が許されぬから比較的企業と國民經濟との利害が交叉する面が多い。電氣事業は公共的事業であり且つ基礎産業である故に究極する所公共的利害との合致を圖られなければならぬ。

我々の立場からするなれば經營面より電氣事業を検討することは一應當該企業の關係者に之を任せ此處では主として國民經