

韓国建国期の違憲審査についての議論 —日本との比較の視点から—

國 分 典 子

はじめに

違憲審査制は、世界の多くの国々で民主化の過程で導入され、発展してきた。ヨーロッパの旧東側諸国では体制転換とともに違憲審査制度が導入され、「立憲民主制クラブの会員証」¹⁾といわれるような状況を呈したし、東アジア地域をみても、韓国、台湾、モンゴルそれぞれが、民主化過程で「大陸的」と評される違憲審査の制度を導入し、脚光を浴びるようになってきている。日本は、アジアの中ではいち早く1946年の日本国憲法制定によって第81条に違憲審査規定を盛り込んだが、これも、第二次世界大戦後の民主主義国家形成の過程でのことであつたと位置づけることができよう。

韓国の違憲審査制度が注目を集めるようになったのは、上述のように民主化を経てのことである。しかし、振り返れば、第二次世界大戦後の大韓民国建国時の1948年の憲法（「第1共和国憲法」、「制憲憲法」とも呼ばれるが、以下、本稿では「48年憲法」と呼ぶ）で、すでに憲法委員会という違憲審査機関が設置されていた。その後、韓国の違憲審査制度は権威主義体制下で何度か制度変更され、ほとんど機能しなかったものの、存在し続けて、今日の1987年憲法（第6共和国憲法）の規定する憲法裁判所制度に至っている。

1948年以来、違憲審査の制度自体は存在したということを考えるならば、韓国もアジアのなかで違憲審査制度についてかなり古い歴史をもった国である。また第二次世界大戦後、共に、戦後のアメリカによる占領を経験して、建国を果たし、憲法を制定したにもかかわらず、違憲審査制につ

1) 宍戸常寿「違憲立法審査制」杉原泰雄編『新版 体系憲法事典』青林書院2008年733頁。

いてよく行われる2分類—「付随的審査制」と「抽象的審査制」、「前提問題型」と「主要問題型」、「アメリカ型」と「ドイツ型」などとされる分類—において、日韓は別のカテゴリーに属するものとみられるという点でも興味深い。

この2分類が相互に近づいてきており、二項対立的に捉えられるものではないことは、すでに指摘されて久しい。にもかかわらず、概説的な説明においては、日本はアメリカ的、韓国はドイツ的と捉えられ、相互にかなり異なる制度と考えられていることは事実であろう。この点を踏まえて、本稿では、二つの点から韓国の建国当時の違憲審査制度を考察したいと考えている。第一は、制度導入当時、何が問題になり、何が求められたのか、特に日本から見て韓国での議論にどのような特徴があったのか、である。第二は、違憲審査についての説明で通常用いられる上述の2分類の意味について、韓国モデルが何を提示するのかである。第一については、韓国建国期の違憲審査制導入にあたっての議論と当時の民主主義観の関係（第1章）、さらに日本との比較において現れる弾劾審判と違憲審査の関係（第2章、第3章）の観点から検討し、それを踏まえて、第二について、韓国憲法における違憲審査の位置づけ（第4章）およびそこから想定される違憲判決効力論と違憲審査の2類型の関係（第5章）を検討することとする。

1. 韓国建国期の違憲審査制についての議論

(1) 大法院の見解

まず、建国当初の韓国の違憲審査についての状況を見てみよう。

48年憲法では、「法院」の章に以下のような憲法委員会についての規定が盛り込まれた。

第81条① 大法院は法律の定めるところによって命令、規則および処分が憲法および法律に違反するか否かを最終的に審査する権限を有する。

② 法律が憲法に違反するか否かが裁判の前提となるときには、法院は憲法委員会に提請²⁾し、その決定により裁判を行う。

2) 日本語にない「提請」ということばは、ドイツの憲法裁判で使われる用語に合わせれば、「移送」に近いが、韓国語では「移送」の語は別途あるので、ここで

③ 憲法委員会は副統領を委員長とし、大法官 5 人および国会議員 5 人の委員で構成する。

④ 憲法委員会で違憲決定を行うときには、委員 3 分の 2 以上の賛成がなければならない。

⑤ 憲法委員会の組織および手続は法律で定める。

この憲法委員会案は、主に憲法学者兪鎮午の考えに拠るものだったといわれている³⁾。しかし、当時、最高裁にあたる大法院は、これとは全く異なる考えをもっていた。国会本会議に提出された憲法草案に関しては、当時の大法官全員の合意の下に、「国会憲法起草委員会において決定した憲法草案に対する異見」と題する異見書が大法院長金用茂の名前で提出された⁴⁾。そこでは、「民主主義国家であることを保障するためには、三権分立制度を忠実に実現している米国連邦憲法を範とすることによって、司法権は一切制限なく、換言するならば、法律の違憲審査権まで法院に附与し、法院をして護憲護法機関としての任務を遂行させるようにすることが適切であると考えられるものである」とされ、その理由として、以下の 4 点が挙げられている。

- ① 具体的事件と争議を裁判するにあたって、解釈適用する法律が憲法に違反するかしらないかを審査する権限を司法府に与えることは立法府に対する不当な干渉ないし不当な優越を意味するものではなく、分立の原則上、当然に司法府に属する権限である。法院の組織や法官の資格を国会が法律で制定することが司法に対する不当な干渉にならないのと同様に、具体的事件に対する国法の適用実施である限り、私人に関することであれ、立法機関に関することであれ、行政機関に関することであれ、司法府が担当することは三権分立の原則上当然である。
- ② 英国や戦前のフランスのように立法機関自体がその制定した法律の合憲性有効性に対する終局的判断者となることは、国民の選挙した議会に権力の重心を置くという点では民主主義の精神に合致して

は原語のまま記載する。

3) 国会報編纂委員会「憲法起草當時의 回顧談」中の「張暎根氏의 對談」国会報 20 号（1958 年）38 頁参照。

4) この内容は、法政 3 卷 8 号（1949 年）33 頁以下に張ソウル地方法院長提供の「法政資料」として紹介された。但し、この異見書の提出された日付は出ていない。

いるかもしれないが、憲法より立法者を上位におくことになり、人民の自由と権利に対する立法機関の権力濫用、独裁化の弊を防止することができず、憲法が空洞化する。むしろ司法府に法律の違憲性および無効を判定し、その適用の可否を判断する職務を与える米国主義が人民の自由と権利の擁護を終局的目標とする民主主義に符合しているといえる。多数派の権力濫用による人民の自由と権利に対する侵害と独裁化を防止することは民主主義に符合する。

- ③ 政争から離れ、多数党からも少数党からも不偏不党な立場を保つ法院が多数派の権力濫用を是正する任務を有することが三権分立の基本思想であることは多言を要しない。違憲審査権を司法府に附与せず、憲法委員会を特設してこれに附与することは前述の三権分立の理念に反するのみならず、憲法委員会の構成員 11 人中 5 人が国会議員であり、憲法委員会が違憲決定をするときには委員の 3 分の 2 以上の賛成が必要とされることは違憲決定ができないことを推測させるものであり、憲法遵守に対する保障が有名無実となり、また行政府の副統領が委員長となることは副統領が護憲の司法機能を持たない点で、理解しがたい。
- ④ 司法府に違憲決定権を附与してもそれは性質上消極的権限であって、権限の濫用の危険はない。違憲決定に大法院連合部の大法官の 3 分の 2 以上の賛成が必要であると規定してもよい。

上記の理由②では、民主主義の問題に言及され、多数決民主主義の弊害を回避し、人民の権利・自由を守るアメリカ的な違憲審査制が民主主義により合致するものであるとされている。当時、民主主義は憲法を規定する重要な概念になっていた。制憲国会における憲法案の説明をみても、国会憲法起草委員会の徐相日委員長が「民主主義国家」の形成が憲法の指導理念であることを強調している。国会での憲法草案の趣旨説明では、「司法」の章でも「司法の民主化」が重視された。但し、そこで考えられているのは今日的な国民による司法のコントロールというよりは司法への政治的権力の介入の排除であった。その具体化としては、司法の独立のために法院の組織や法官の資格を法律で定めて憲法と法律によってのみ裁判を行うこと、また法官の身分を終身とせず、任期 10 年とすることが考えられた。この結果、法官の身分保障、任期制が導入されるとともに、行政裁判所を

おかないという点で「英米式」の裁判所制度が採られることとなったのであった⁵⁾。但し、憲法裁判との関わりでの民主主義の理解は前述の大法院の考えと憲法案起草者の考えは異なっていた。

(2) 兪鎮午の民主主義観と憲法委員会案

先の国会での憲法草案の趣旨説明を行ったのは、憲法草案作成の中心的人物であったと推測される憲法学者兪鎮午であったが、かれは、アメリカ式の違憲審査制度を採らなかったことについて、「私は、アダム・スミスの自由放任主義は20世紀中葉にある韓国の現実に適合しないものと確信し、そのためにわが国に来ていた米国人の大部分が抱いているような民主主義の概念に対し、不満と不安を感じていたので、その不満と不安がそのままわが国の法律家たちに向かったのである」と述べている⁶⁾。また、「米国の司法的違憲審査制度はその大統領制とともにモンテスキュー的権力分立思想の産物であって、各人の自由と権利を確保するために国家権力を相互牽制させ強化しようとする18世紀の個人主義思想の現われであって、国際関係が緊密でない時代、そして経済が豊かで国家の歳入が多く国家権力の介入により経済調整や社会保障のために努力する必要がなかった時代には適合したかもしれないが、国際関係が複雑で、緊迫し、国内的にも思想的、政治的、経済的、社会的諸難題が山積し、国家権力の介入によるその至急の解決が至上命令として要請されている今日においては到底そのまま維持することはできないものである」⁷⁾と捉えていた。

そもそも兪鎮午は、18世紀の憲法とは異なり、20世紀の憲法は、社会的、経済的弱者の自由と平等の要請を受けているとし⁸⁾、民主主義についても社会民主主義的理解を重視していた。後の著書で、かれはアメリカ憲法もニューディールなどで「社会的経済的民主主義の要請をその内容として採択したということが出来る」と述べているが⁹⁾、いずれにしても伝統的な

5) 1948年6月23日国会第17次会議（大韓民国国会『制憲国会速記録』第1巻先人文化社1999年212頁以下）。

6) 兪鎮午『憲法起草回顧録』一潮閣1980年42頁。

7) 兪鎮午前掲『憲法起草回顧録』42頁。

8) 兪鎮午「우리憲法の輪郭—十八世紀憲法과 二十世紀憲法」同『憲法の基礎理論—憲政研究第一集』明世堂1950年82頁以下、参照。

9) 兪鎮午前掲「우리憲法の輪郭」85頁。

アメリカ型の自由民主主義は現代には合致しないというのがかれの見方であり、それこそが憲法制定にあたってかれが最も重視した点でもあった。違憲審査制についても、ルーズベルト時代、経済立法に対する米国式違憲審査制への疑問があったことを指摘し、アメリカ式の違憲審査制が「米国人の『大きな業績』であることは間違いない」¹⁰⁾としつつも、他国ではあまり使われない制度であるとみている。そして「大陸諸国の『憲法裁判所』制度と戦後のフランス第三共和国の『憲法委員会』制度等を斟酌し、アメリカ式制度とフランス式制度の折衷であるとみることのできる憲法委員会を構想した」¹¹⁾のであった。

兪鎮午は憲法制定の1年前、1947年にアメリカの権力分立制を検討する論文を書いているが、そこでも米国憲法制定時代の自由主義的法治国家の国家理念に基づく権力分立制は今日では「非実際的」、「非現代的」であるとしている¹²⁾。そして夜警国家ではなく「人民の権利と自由を保護伸張」するためには権力の分離より密接な関連が必要とされているとし、とりわけ権力分立の下で執行部の優越するアメリカのような状況は独裁政治を生む可能性があるとするのである¹³⁾。

統治体制についても、兪鎮午は議院内閣制を強く主張しており、アメリカ型よりはイギリス型で、強力な政府に対しても議会が歯止めをかけられ得る状況をよしとしていた。議院内閣制か大統領制かは憲法制定過程で最も論争されたテーマであったが、前者を強力に主張していたのが兪鎮午であった。積極国家における政府の役割を重視しつつ、議院内閣制および国会と大法院から選ばれる構成員を含んだ憲法委員会制度によって歯止めをかけるというのがかれの描いた国家形態であったと思われる。

兪鎮午は後に教科書のなかで憲法委員会制度について、以下のように説明している。

「国会で制定した法律を違憲と決定するのは国務上最も重大なことであるので、わが憲法は米国式制度を取らず、法院が裁判をするときに適用しようとする法律が憲法に違反すると認定するときには、まず『憲法委員会』

10) 兪鎮午前掲『憲法起草回顧録』43頁。

11) 兪鎮午前掲『憲法起草回顧録』43頁。

12) 兪鎮午「権力分立制의 檢討—특히 美国憲法을 中心으로 하여—」同前掲『憲法의 基礎理論—憲政研究第一集』74頁。

13) 兪鎮午前掲「権力分立制의 檢討」74頁以下。

に法律が違憲か否かを決定することを提請し、その決定により裁判をするようにしたのである。即ち、わが国の法院は米国の法院のように直接法律が違憲か否かを審査する権限を持たず、そうかといって例えば旧オーストリアの憲法裁判所のように（1920年のオーストリア憲法第140条）、法律審査権が法院とは全然関係のない機関に属するのでもなく、法院は特定の法律が憲法に違反すると考えるときには憲法委員会にその違憲決定を提請する権限を有しているのものであって、憲法委員会には5人の大法官を委員として送っているのもので憲法委員会における法院の発言権は大きく、従って我が国の法院は単に違憲決定の提請だけでなく違憲決定それ自体にも参加する権限が認定されたものといえることができる。

しかし、わが国の法院は国会で制定されたすべての法律に対し当然にその違憲審査を請求することができるものではなく特定の法律を裁判において適用しようとするときに初めてこれを発動することができるものである。法律適用の具体的事件がないときには、法院は法律の違憲審査を請求する権限がないものである。即ち、法律が違憲か否かの提請は当該事件の担当判事または訴訟当事者の申請により判事3人で構成する合議部の決定をもって当該法院が行うものである（憲法委員会法第9条）¹⁴⁾。

ここでは、法律の違憲審査はいわゆる具体的規範統制に限ることとされ、法院と憲法委員会の関係については「権力の分離より密接な関連」が配慮されている。

48年憲法が憲法委員会案を採った背景には、「法院は国会を牽制する権限を授任されるほどに信頼と権威を確立できないでいただけでなく、日帝時代から継続して在職する法官たちは「親日派」と糾弾される厄運は免れたものの、日帝時代に行政官であった人々はすべて白眼視され、官界から退いて「自粛」していたときであるだけに、違憲法律の審査権を法院に与えようという主張は到底通じるのが困難な状況であった¹⁵⁾という実質的な要因もあった。米軍政下で、司法権は比較的早く韓国人の手に委ねられ、

14) 兪鎮午『新稿憲法解義』一潮閣 1953年 248頁以下。同著が書かれたのは、「抜粋改憲」といわれる憲法の第1次改正（1952年）が行われた後のことである。第1次改正では、国会が二院制になったため、第81条第3項が、憲法委員会のメンバーについて従来の「国会議員5人」から「民議院議員3人と参議院議員2人」に改められたが、それ以外は変わっていない。

15) 兪鎮午前掲『憲法起草回顧録』53頁以下。

確立した反面、従来の日本の機関を使って占領支配を実施するという方法がとられ、裁判機関もそのまま残り、事務が受け継がれた結果、従来のシステムのなかで法院が信頼を獲得するのは困難な面があった。民主主義を前面に出した新しい国家建設のなかで、必ずしも十分な権威をもっていなかった法院は、憲法の番人たるにふさわしい機関として認知されていなかった傾向がある。憲法委員会制度はそうした状況の中での草案起草者の「实际的」なバランス感覚の現れであったといえるかもしれない。

2. 制度導入時における日韓の相違と弾劾の問題

以上の韓国の制憲状況と比べ、日本ではどうであったか？日本国憲法の草案は、周知のようにGHQ民政局のなかで作られ、「司法」の章については、「国民の基本的人權の保障を確實ならしめるため、司法権を拡大、強化し、確固、独立の司法部を樹立することをめざし、このことに最も意を用いて起草されているといつてよい」¹⁶⁾といわれている。この点は韓国と同じであったが、日本では「司法部は、これまでの日本では無力な存在であったのにかんがみ、その権限を意識的に高めて起草され」¹⁷⁾た。但し、司法府に違憲審査権を与えることについては、民政局内部でも「司法府の寡頭政治の危険」についての議論があった¹⁸⁾ため、日本側に提出された最終案には、最高法院の違憲審査に対して国会が再審を行うことができるという規定が盛り込まれていた。この再審査条項が外されたのは、「三権分立の主義を貫くならば、最高裁判所で決定されたものをその後で国会の審査に付すというのはおかしい。最終的にはすべて最高裁判所で審査されるということで徹底すべきではないか」という日本側の発した疑問に基づくものであった¹⁹⁾。こうした日本の態度に関しては「旧憲法下において、一般に議会よりも裁判所に信頼を寄せていた心理に影響された」ともいわれている²⁰⁾。

16) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編『日本国憲法制定の過程Ⅱ解説—連合国総司令部側の記録による—』有斐閣 1972年 230頁。

17) 高柳ほか編前掲『日本国憲法の制定過程Ⅱ』230頁。

18) 高柳賢三・大友一郎・田中英夫編『日本国憲法の制定課程Ⅰ原文と翻訳—連合国総司令部側の記録による—』有斐閣 1972年 187頁、参照。

19) 高柳ほか編前掲『日本国憲法の制定過程Ⅱ』245頁。

20) 高柳ほか編前掲『日本国憲法の制定過程Ⅱ』245頁。

このような点を考えると、日本では韓国とは対照的に、議会よりも司法への信頼の強さが権力分立重視による司法の強化の傾向を生んだとみることもできるであろう²¹⁾。その一方で、日本国憲法では、最高裁裁判官の国民審査の規定が設けられた。これについては、逐条審議のなかで裁判官の独立性を脅かすものであるとの議論があったが、国务大臣金森徳次郎は「要するにこの憲法の狙い所といふものは少々徹底せるデモクラシーでありまして、特別なる弊害がなければ、最後には国民の裁きに訴えるほうが宜いのではないか」と答えている²²⁾。このような国民審査の問題については、貴族院小委員会で国民審査条項削除の動議も出されたが、否決された²³⁾。この国民審査についての議論の中で注目されるのは、金森徳次郎が、違憲審査制を導入した結果、国会と最高裁判所が対立したときの調節作用として国民審査が必要であると述べていることである²⁴⁾。ここでは、韓国でも言及されたニューディールの例に言及されている。ニューディールの法律9つのうち6つが違憲とされたことについて「斯様な事態は好ましいことではありませぬけれども、この憲法の建前としては已むを得ないのであります」として、国民による審査を行うことが妥当であるとされている²⁵⁾。

違憲審査機関の民主的正当性という観点を考慮して、韓国では大法官と国会議員からなる憲法委員会がおかれた結果、日本の国民審査のような論点は浮上しなかった。別途、46条で弾劾を規定するとともに、法官については、「弾劾、刑罰または懲戒処分に依らずには、罷免、停職または減俸されない」（48年憲法第80条）とされた。そして、弾劾審査のための

21) 但し、統治構造全体において権力分立の徹底が重視されていたかどうかには疑問がある。GHQによっても天皇制の存続が認められたこともあり、議院内閣制が採られ、権力分立よりも既存の枠組みを踏襲した上で「国民に責任ある政府」をどのように形成するかという点に重点があった。

22) 清水伸『逐条日本国憲法審議録』第3巻有斐閣1962年541頁。高柳賢一、佐々木惣一、牧野英一は司法の独立の観点から国民審査に批判的であった（同534頁以下、参照）。

23) 清水前掲『逐条日本国憲法審議録』第3巻547頁以下、参照。

24) 清水前掲『逐条日本国憲法審議録』第3巻519頁以下。

25) 「議会の方に直ちに裁判官を動かす力を認めて置きますと、裁判所の独立性は可なり脅かされることとなります。そこで議会でもない、裁判所でもない、少々離れた所の国民投票に依ってこれを決めると云うことが唯一の妥当なる答えとして残って来るものと考えて居ります」（清水前掲『逐条日本国憲法審議録』第3巻520頁）。

機関として、弾劾裁判所が規定されたのであった。以下では、韓国における弾劾審判と違憲審査制についての建国期の議論を概観することにする。

3. 弾劾と憲法裁判

(1) 憲法委員会と弾劾審判

冒頭で述べた韓国の憲法制定過程での議論に立ち戻ろう。違憲審査制に関する大法院からの異見書に対しては、国会本会議ではほとんど関心は払われずに、憲法委員会案が通った²⁶⁾。しかし、この憲法に基づいて憲法委員会法が制定されたのは、1950年のことで、憲法制定後、種々の法案審議の中でも憲法委員会法案の審議はかなり後回しにされた感がある。当時、地方自治法案に対して大統領が一方的にこれを廃棄する通告を行うという事態が起こり、大統領にこうした法案拒否権があるか否かが議論された。このような中で、国会議員たちも、それまで関心の薄かった憲法委員会に関心をもつようになっていった²⁷⁾。

国会における憲法委員会法の議論の中では、ひとつ重要な論点が指摘された。それは国家機関の間の争いを憲法委員会では解決できないという問題であった²⁸⁾。48年憲法によれば、国会が制定した法律の違憲審査については、前述のように、法院が憲法委員会に提請することになっていた(第81条第2項)。憲法委員会法案の審議過程において、そもそも国会の立法と司法府の憲法解釈の間で争いがあった場合にこれを憲法委員会で解決する道がないという「当然な話がこの段階で初めて」²⁹⁾指摘されることになったのであった³⁰⁾。この議論については、尹吉重専門委員が「憲法第81条に憲法委員会を規定したのは、憲法委員会は無条件で法律が違反するか否か

26) この点について、이영록「제1공화국 헌법위원회제도의 형성 -사법제도 형성의 단면-」憲法學研究 11卷2号(2005年6月)327頁以下、参照。

27) 이영록前掲「제1공화국 헌법위원회제도의 형성」328頁以下、参照。

28) 1950年1月21日の第6回国会定期会第11次会議の議論(前掲『制憲国会速記録』第8卷222頁)、同年1月30日の第6回国会定期会第18次会議の議論(同363頁、365頁)、等。이영록前掲「제1공화국 헌법위원회제도의 형성」329頁、参照。

29) 이영록前掲「제1공화국 헌법위원회제도의 형성」329頁。同論文は、このこと自体が、憲法委員会へのそれまでの無関心を物語っているとしている。

30) 1950年1月30日第6回国会定期会第18次会議の憲法委員会法案第2読会における趙憲泳議員の発言(前掲『制憲国会速記録』第8卷363頁)。

を審査する機関ではないということです。そうだとしますと、法律が憲法に違反するか否かは、講義的に憲法委員が座って、いつでも法律が生まれそうであれば、その法律が憲法に違反するかしないかを自動的に審判するという機関ではないということです³¹⁾と答えて、憲法委員会が抽象的規範統制の権限はもたないことを改めて確認している。尹吉重はこの答弁の中で、81条は裁判が前提とされなければならないこと、すなわち事件が前提となるとときに限るものであることを説明した後、国会の権限との関連に触れ、「国会自らが法律を制定する際には、いつでも憲法との抵触がないという見解の下で制定するものでありますから、その一有権的に解釈して制定する—その権限自体は国会自体にあるとみるもの³²⁾」であるとしている。このときの議論の中では、大臣が国政監査³³⁾を拒み、罷免の対象となった時にこれを憲法問題として憲法裁判所に送ることができるかどうかという例が取り上げられたが、このような場合には、憲法裁判所が介入せず、国会は自らの判断によって弾劾裁判所に送るものと説明されている³⁴⁾。

48年憲法では、憲法第46条、第47条が弾劾裁判について規定していた³⁵⁾。弾劾裁判所の構成員は、副統領を裁判長とし、大法官5名と国会議

31) 1950年1月30日第6回国会定期会第18次会議における憲法委員会法案第2読会（前掲『制憲国会速記録』第8巻365頁）。

32) 1950年1月30日第6回国会定期会第18次会議における憲法委員会法案第2読会（前掲『制憲国会速記録』第8巻365頁）。

33) 現在の韓国憲法は、国会に国政調査と国政監査の二つの権限を与えている。前者は日本の国政調査とほぼ同じ権限であり、後者は毎年定例で国政全般について行うものである。しかし、48年憲法では、国政監査のみが規定されていた（第43条）。内容的には現在の国政調査に近いものが想定されていたようである（兪鎮午『憲法解義』明世堂1949年107頁以下、参照）。

34) 1950年1月30日第6回国会定期会第18次会議における憲法委員会法案第2読会（前掲『制憲国会速記録』第8巻365頁）。

35) 第46条①大統領、副統領、國務総理、國務委員、審判院長、法官その他法律が定める公務員がその職務遂行に関して、憲法または法律に違背したときには、国会は弾劾の訴追を決議することができる。

②国会の弾劾訴追の発議は、議員50人以上の連署がなければならず、その決議は在籍議員3分の2以上の出席および出席議員3分の2以上の賛成がなければならない。

第47条①弾劾事件を審判するために、法律によって弾劾裁判所を設置する。

②弾劾裁判所は副統領が裁判長の職務を行い、大法官5人および国会議員5人が審判官となる。但し、大統領および副統領を審判するときには、大法院長が裁判長の職務を行う。

③弾劾判定は、審判官3分の2以上の賛成がなければならない。

④弾劾判決は公職から罷免することにとどまる。但し、これにより民事上または

員5名とされており(47条)、憲法委員会と同様である。弾劾裁判法は憲法委員会法とほぼ同時期に審議、制定されている。制憲国会の速記録をみると、憲法制定の際には、弾劾について大きな議論はなかったようである。前述の兪鎮午が憲法制定直後に出した注釈書では、「本条においては、その職務遂行に関して憲法又は法律に違背するときには弾劾の訴追を受けるということによって、刑事犯罪の場合に限らないのはもちろんであり、大統領が公布しなければならない法律を公布しなかったり、国務総理や国務委員が執行しなければならない法律をしなかったりという憲法または法律に違反する事由があるときにも、それを弾劾することができるものである。しかし、弾劾の重大性からみると、それは明白に憲法や法律に違反する場合に限るものであり、国策樹立や法律執行であるというような漠然とした理由で弾劾の訴追を行うことができないのはもちろんである。それは、以上のような理由は、政府の不信任の理由となとしても、弾劾の理由とはなり得ないのであり、また我が国憲法においては、行政府の安定を期するために、国会の政府不信任決議権は認定されなかったからである」³⁶⁾と述べられている。ここでは、弾劾があくまで政治的責任を問うものではないことが強調されている。

なお、弾劾裁判法の制定にあたっては、大法官から選ばれる5人の審判官についての選出方法が議論の対象となった。当初の「大法院長の推薦により大統領が任命する」という政府案に対し、「大統領が任命するとすることは、結局、政府の息がかかることになるので、勢力均衡の関係」から望ましくないという意見が出て、「法官全員から構成される大法官会議で選挙する」という修正案が可決された³⁷⁾。この過程について、法史学者の李映録は、国会における憲法委員会法案の審議と、その直後に行われた弾劾裁判法案の審議を比較すると、両者の構成員の選出手続が政府案では同じであったにもかかわらず、憲法委員会法案審議においては問題なく通過した内容が、弾劾裁判法案については議論となった³⁸⁾ことに、国会議員の

刑事上の責任が免除されるものではない。

36) 兪鎮午『憲法解義』明世堂 1949年 111頁以下。

37) 1950年1月30日の第6回国会定期会第18次会議の弾劾裁判法審議における徐淳永議員の意見(前掲『国会速記録』第8巻 367頁)。

38) 大法官から選ばれる5名の審判官の選出方法について、政府案は「大法院長の推薦で大統領が任命する」としていたが、法制司法委員会から「国会からの5名の審判官同様、国会における単記無記名投票で選ぶ」という修正案が出され、徐淳永

関心の差が表れていると指摘している³⁹⁾。

(2) 日本における弾劾の議論と憲法裁判

韓国と異なり、日本国憲法では、弾劾については明文では裁判官についてのみ憲法第 64 条第 1 項、第 78 条で定められている。憲法第 64 条第 1 項は弾劾裁判所の構成を両院の議員によるものとしており、これは最高裁判所裁判官の国民審査と同じく「国民による民主的統制手段」と捉えられ、憲法第 15 条が規定する公務員の選定・罷免権を具体化したものと捉えられている⁴⁰⁾。国会にではなく、国民または国民代表としての両議院議員から選ばれた弾劾裁判所にこの権限を委ねたことは、三権分立や司法権の独立への配慮⁴¹⁾と考えられるものの、これが国民のコントロールの問題としての本質をもつと捉えられることは、憲法争議との関連で権力均衡を重視するものとして議論され、また政治的責任ではなく法的責任の問題であることが重視された韓国の弾劾の論点とは異なるものであると考えられる。

韓国の議論に類似する観点は、日本ではむしろ明治憲法下で論じられている。明治憲法における憲法裁判に関する希少かつ貴重な宍戸常寿の研究⁴²⁾によれば、明治憲法下の議論では、大臣責任の議論に端を發し、「大臣弾劾とは別の、憲法争議の裁決機関としての憲法裁判所」⁴³⁾が第 1 次世界大戦後のオーストリアやドイツの動向に影響され、注目されるようになったが、「憲法争議解決機関としての憲法裁判所は、裁判所の法令審査権論やオーストリア型の憲法裁判所とは、別個のものとして想定」⁴⁴⁾されていた。宍戸の研究の中で言及される佐々木惣一や美濃部達吉の著作をみ

議員から前述の「大法官會議で選出する」という案が出された（1950年1月30日第6回国会定期会第18次會議前掲『制憲国会速記録』第8巻367頁以下、参照）。

39) 이영득前掲「제1공화국 헌법위헌회제도의 형성」330頁以下。

40) 佐藤立夫『弾劾制度の比較研究』上巻原書房1996年316頁。同著では、「裁判官弾劾制度も国民審査と同様国民の公務員選定罷免権を裁判官にも適用し、その罷免の裁判を単なる同僚裁判でなく、国民監視の下に行わせることによって裁判官の独善的行動を阻止しようとした。この点において国民審査制と相通するものがある」（同318頁）とされている。

41) 佐藤前掲『弾劾制度の比較研究』上巻316頁、参照。

42) 宍戸常寿『憲法裁判権の動態』弘文堂2005年331頁以下。

43) 宍戸前掲『憲法裁判権の動態』352頁。

44) 宍戸前掲『憲法裁判権の動態』353頁。

ると、以下のような議論がみられる。

佐々木は「憲法裁判所設置の議」の中で、大臣の法的責任の問題に関連して「超然政治の下でも、議会政治の下でも、一様に憲法擁護の制度の必要がある」とし、「私は、之が為には、特別の国家機関の設置を希望する」としている。そして、その際に「大臣の行為の憲法違反か否かを判定する」作用は「或特定の場合に、之に適用せらるべき法の原則を宣明する」作用、すなわち「裁判」なのであるから、こうした作用を営むものとして「憲法裁判及び憲法裁判所なる制度を確立するを以て、最良とする」と述べている⁴⁵⁾。ここで佐々木が考えるのはあくまで法的責任の問題である。「大臣の行為を政策上より見て、適当であるか否かを決するは、それは議会ですべきである。然しながら之を法律上より見て適法か否かを決することを、議事に委ねるには、議会在右の場合に、常に純粋法理を守って政党の党略に左右されないことを前提とせねばならぬ。併し、今日、此の前提を許すは、餘りに政治の実際の方面を無視するものである」として、この問題がイギリス議会政治における議会の内閣不信任のような政治的責任の問題とは異なることを強調している⁴⁶⁾。内閣不信任の問題に言及して政治的責任と法的責任を区別するこの佐々木の論述は、先の弾劾に関する兪鎮午の教科書の説明と類似している。

一方、美濃部達吉は、「大臣訴訟」として大臣責任の問題をとり上げている。美濃部は佐々木同様、「大臣訴訟」の対象となるのが法的責任の領域の問題であるとしているものの、「憲法上の争議」との違いを強調している。美濃部によれば、「大臣訴訟」は「仲裁裁判」とは異なり⁴⁷⁾、単に議会と大臣の間の「憲法上ノ争議」を決定するものではなく、「非行アル大臣ニ法律上ノ制裁ヲ課スルガ為ニ存スルモノ」である⁴⁸⁾。

45) 佐々木惣一「憲法裁判所設置の議」同『立憲非立憲』朝日新聞社 1950年（初出は1914年）151頁。

46) 佐々木前掲「憲法裁判所設置の議」150頁。

47) 「仲裁裁判ハ単ニ法律上ノ争議ヲ決定スルガ為ニ存ス。大臣訴訟ハ決シテ単ニ大臣ト議会トノ間ニ憲法上ノ争議ヲ決定スルガ為ニ存スルモノニ非ラズ、大臣訴訟ハ非行アル大臣ニ法律上ノ制裁ヲ課スルガ為ニ存スルモノナリ。固ヨリ之ニ制裁ヲ課スルガ為ニハ其ノ前提トシテ果シテ憲法違反ノ行為アリシヤ否ヤヲ決定スルヲ要シ随テ憲法上ノ争ヲ決定スルヲ要スト雖モ、是カ為ニ之ヲ仲裁裁判ト称スルノ非ナルハ尚普通ノ刑事裁判ヲ仲裁裁判ト称スルノ非ナルカ如シ」（美濃部達吉「大臣責任論」同『憲法及憲法史研究』有斐閣書房 1908年（初出は1905年）238頁以下）。

48) 美濃部前掲「大臣責任論」238頁以下。

このように日本での議論では、大臣の法的責任について弾劾が取り上げられ、それとの関係で憲法争議の問題が論じられた。前記の宍戸の研究では、さらに 1920 年代、30 年代にみられる美濃部、清水澄、稲田周之助らの「憲法裁判所」、「憲法争議解決機関」の議論が紹介され、『憲法の番人』としての役割期待に、枢密院が応えられないことが次第に明らかになった一方で、専ら法律の憲法違反の審査のためだけに憲法裁判所を設立しようという議論も管見の限り見当たらない。むしろ大臣弾劾やロエスラーの構想が、現実の大日本帝国憲法の運用の下で生じる憲法争議—それは同時に政府・両議院のような政治的機関の権限の争いそのものであった—を契機に、『憲法裁判』を行う憲法裁判所の設立論の形で甦ったものともいえよう⁴⁹⁾とされている。権限争議に当たる問題が弾劾との結びつきで論じられ、裁判所の法令審査権とは別の領域で捉えられていたことは、48 年憲法下での韓国の議論と重なるものである。

(3) 小結

支配体制の異なる日本の明治憲法下の議論と建国当初の韓国の議論を同じ組上で語ることはできない。しかし、支配体制が異なるにもかかわらず、建国当初の韓国の議論で、民主主義国家でなかった明治憲法下の日本の議論と同様に、弾劾と憲法争議の関係が重視されたこと、そしてそれが裁判所の法令審査権とは別の領域で捉えられていたこと、さらに法令審査よりは弾劾や憲法争議に関心が集まっていたという点は、韓国における憲法裁判、そしてその中の法令審査の位置づけを考える上で重要な視点を提供するものであるように思われる。

現代韓国の代表的な憲法訴訟の教科書である鄭宗燮の『憲法訴訟法』は、弾劾審判制度の沿革について、当初は、君主や支配者の専断的な権力行使や恣意的な権力濫用に対する統制手段として生まれ、国民の信任の下に議会がそれを行うべきものと考えられたが、議会自体も権力機関であり、この権限を濫用する恐れがあることから、「民主主義原理にのみ依存することはできず、法治主義にも依存しなければならない必要性が考えられるよう

49) 宍戸前掲『憲法裁判権の動態』354 頁。

になった」とし、「民主主義原理と法治主義原理をどの程度考慮するかによって、弾劾の手續、弾劾に關与する機關、弾劾決定の主体等が異なるようになった」としている。同著では、このような観点から、弾劾審判制度を「民主主義モデル」（＝民主主義原理により多くの比重をおくもので、弾劾の主体を議會とし、弾劾の事由も違法行為に対する責任に限らず政治的な責任も包含させ、弾劾の範囲も拡張する傾向がある）、「民主主義と法治主義の結合モデル」（＝法治主義原理により多くの比重をおき、弾劾事由は違法行為に限定する。弾劾の主体を司法機關として「司法モデル」の性格を有する）、「均衡モデル」（＝民主主義原理と法治主義原理を調和させる方向で議會と司法機關が共に弾劾手續に關与する）に分けており、韓国については、48年憲法以来現在まで「均衡モデル」であると捉えている⁵⁰⁾。

「均衡モデル」を採る韓国は、弾劾審判については法院とは異なる機關にその権限を与えてきた。韓国歴代憲法の構成をみると、48年憲法では、憲法委員會の規定が「法院」の章の中にあつたのに対し、72年憲法（＝「第4共和国憲法」、「維新憲法」）および80年憲法（＝「第5共和国憲法」）では、憲法委員會は「法院」とは別におかれた「憲法委員會」の章に独自に規定された。章立てからみると、違憲審査権についての規定が「法院」の章におかれているのは、第1共和国と62年憲法の第3共和国のときのみであり、またその二つの時代にのみ、弾劾審判の権限は法律の違憲審査機關とは異なる機關に与えられていた（表1、参照）。

表 1

	法律の 違憲審査権	命令・規則・処分 の 違憲審査権	弾劾審判権
第1共和国（48年憲法）	憲法委員會	法院	弾劾裁判所
第2共和国（60年憲法）	憲法裁判所	法院	憲法裁判所
第3共和国（62年憲法）	法院	法院	弾劾審判委員會
第4共和国（72年憲法）	憲法委員會	法院	憲法委員會
第5共和国（80年憲法）	憲法委員會	法院	憲法委員會
第6共和国（87年憲法）	憲法裁判所	法院	憲法裁判所

※第2、4、5、6共和国では、「憲法委員會」又は「憲法裁判所」についての章あり

※第1共和国では、「法院」の章に憲法委員會についての規定あり

※第1、3共和国では、「国会」の章で弾劾審判について規定

50) 鄭宗燮『憲法訴訟法』第8版博英社2014年421頁以下。

このことは、鄭宗燮の指摘するように、弾劾審判が日本国憲法の国民審査や弾劾裁判のもつ国民による民主的統制とは異なる性格のものであることを示すと同時に、「法院」の扱う領域にはなじまないものであると考えられていたことを示唆するものである⁵¹⁾。

ところで、ここには考察すべき問題が残っている。それは、48年憲法で憲法委員会を「法院」の章に入れたことがどのような意味をもっていたのか、ということである。

4. 韓国憲法における法令の違憲審査の位置づけ

ここでもう一度、違憲審査の問題に戻りたい。

戦後の日本と韓国の裁判機構は、司法の独立が行政裁判所の排除につながったという点では共通するものの、法令の違憲審査の機能をどこに与えるか、そして違憲審査と民主主義のバランスをどう採るかについての選択では違う道歩んだ。それは第1章で述べたように、単に当時の裁判所と議会への評価の違いに起因するところが大きかったとようにも見える。しかし、議院内閣制と大統領制がその後の両国の歴史を大きく方向づける重要な役割を果たしたのと同様に、新しい民主主義国家形成の中で生まれた初期の違憲審査の構想はその後の歴史を枠づけるものとなった。日本では、「付随的違憲審査制」と称される制度が今日まで続き、その運用が常に憲法論上重要なテーマとなり続けてきた。韓国では、48年憲法の制度は二つの点で重要なその後の指針を示していた。ひとつは憲法委員会の審査は、「法律が憲法に違反するか否かが裁判の前提となるとき」に「法院からの提請」に基づいて行われるものとされていること、もうひとつは「命令、規則および処分」の憲法適合性の審査が法院に、「法律」の憲法適合性の審査が憲法委員会に与えられたことである。

憲法改正とともに何度も制度変更が行われたにもかかわらず、韓国におけるこの二つの要素は残り続けた。実現しないまま終わりを迎えた第2共

51) ちなみに、現在の韓国憲法裁判所が有する違憲政党解散審判の制度は、第2共和国から導入されているが、この審判権限は、第3共和国では法院に与えられていた（第3共和国憲法第103条）。このことは翻って、政党解散が法院の管轄になじむべきものと捉えられていたことを示している。

和国時代（1960年憲法）の憲法裁判所については不明な部分があるし、第3共和国時代は法院に「命令、規則、処分」のみならず「法律」の違憲審査権も与えられていたという点で異色ではある。しかしその後、法院の提請に基づく法律の違憲審査という方式は基本的に今日まで受け継がれたし、「命令、規則、処分」と「法律」の違憲審査を分けて規定する方式は、どちらの権限も法院に与えられた第3共和国憲法においてさえ維持された⁵²⁾。そしてこの二つについての規定は憲法委員会や憲法裁判所が法院とは別個の章に規定されている各憲法においても、法院の権限（＝法律の違憲審判提請権および命令・規則・処分審査権）に関わるものとして「法院」の章に規定され続けてきた。すなわち、憲法委員会や憲法裁判所の権限の中に、弾劾審判その他の権限が含まれるようになって「憲法委員会」や「憲法裁判所」の章が「法院」とは独立して設けられ、そこに「法律の違憲審査権」が書き込まれる一方で、法院の章には「法律の違憲審判提請権」と「命令・規則・処分審査権」が残り続けたのであった⁵³⁾。この韓国の歴史的な条文構造は、日本との比較という点からみると、興味深い論点を提示しているように思われる。それは判決の効力に関する点である。

5. 違憲審査の2分類と判決の効力

判決の効力を考える前提として、冒頭で述べた違憲審査の2分類についてここで少し言及しておきたい。

「違憲審査」について日本の学者による説明をみると、狭義には「審査」

52) 1962年の第3共和国憲法は以下のように規定していた：

第102条

①法律が憲法に違反するか否かが裁判の前提となるときには、大法院はこれを最終的に審査する権限を有する。

②命令・規則・処分が憲法または法律に違反するか否かが裁判の前提となるときには、大法院はこれを最終的に審査する権限を有する。

53) 例えば、現在の87年憲法でも、「憲法裁判所」の章中の第111条第1項で憲法裁判所の権限の一つとして「法院の提請による法律の違憲如何の審判」が規定される一方で、「法院」の章で、

第107条

①法律が憲法に違反するか否かが裁判の前提となった場合には、法院は、憲法裁判所に提請して、その審判により裁判する。

②命令、規則又は処分が、憲法又は法律に違反するか否かが裁判の前提となった場合には、大法院は、これを最終的に審査する権限を有する。

と規定されている。

という用語を司法権の作用とみて、アメリカの *judicial review* の訳語としての「司法審査」と同義と捉え、広義には「合憲性の統制機能」と捉えられる⁵⁴⁾（ちなみに本稿では、「違憲審査」を広義の意味で使ってきた）。通常、「違憲審査制」は「付随的審査制」と「抽象的審査制」に分けて説明される。「付随的審査制」は、一般に「通常裁判所に合憲性の統制権限を与える場合」、「抽象的審査制」は「憲法裁判所という特別裁判所にその権限を与える場合」として説明され⁵⁵⁾、この分類に際しては、2 類型それぞれに対応するものとして、アメリカ型とヨーロッパ型が考えられている。さらにまた前者は私権保障型、後者は憲法保障型という特質をもつものと捉えられ、それは「前提問題型審査」と「主要問題型審査」に対応するものとも説明されてきた⁵⁶⁾。しかし、こうした2 分類については、冒頭で述べたように、そもそもアメリカとヨーロッパの方式自体がそれぞれ相互に「合一化傾向」を起こしているともいわれるし⁵⁷⁾、また日本の制度形成およびその後の歴史的発展過程を見た場合に、実は「アメリカ型」といわれる制度の受容がかなりいびつな形で行われているといったこともしばしば指摘されている。

現在の日本の違憲審査制度については、上記の観点から「付随的違憲審査制」であると説明され、判決の効力については、一般的効力説、個別的効力説、法律委任説の三説に分けて説明するのが教科書的な説明である。それぞれの基本的な論拠は、以下のとおりである。

個別的効力説：

- ① 付随的違憲審査権は具体的な訴訟事件に付随してその解決に必要な限りでのみ行使されるものである。従って違憲判断の効果も当該事件に関してのみ認められる。
- ② 法律を一般的に無効とすることは一種の消極的立法作用となり、司法権の限界を超える結果になる。

一般的効力説：

- ① 法の最高法規性（憲法第 98 条第 1 項）からおよそ違憲の法律は

54) 戸松秀典「違憲審査制」杉原編前掲『新版 体系憲法事典』241 頁、参照。

55) 戸松前掲『違憲審査制』241 頁。なお、同著での「付随的審査制」と「抽象的審査制」は「司法審査」としての「違憲審査制」の 2 分類として説明されている。

56) 芦部信喜『憲法訴訟の現代的展開』有斐閣 1981 年 34 頁。

57) マウロ・カペレッティ（谷口安平・佐藤幸治訳）『現代憲法裁判論』有斐閣 1974 年（原著は Mauro Cappelletti, *Judicial Process in the Contemporary World*, Bobbs-Merrill, 1971）の指摘を端緒とし、日本の議論でも今日これが共通認識となっている。

効力をもたない。合憲性の最終的判断権をもつ最高裁によって違憲と判断された以上は、その法律は当然に無効である。

- ② 個別的効力しか認めないとすると、同一の法律がある場合には無効、ある場合には有効となって理論的に法律の一般的性格に背馳するのみならず、法的安定性・予見性を欠き、また不公平を生んで平等原則にも反することになる。

法律委任説：

憲法上どちらとも一義的には決められてはならず、従って法律の定めるところに委任されていると考えられる。

日本の通説・実務は個別的効力説を採っており、また「付随的審査」と個別的効力が、「抽象的審査」と一般的効力が結びつくという見方が違憲審査についての多くの議論の中で提示されてきた。韓国でも同様に、法院の違憲審査については個別的効力の立場を採る一方、憲法委員会や憲法裁判所の違憲審査については一般的効力としている（但し、実際には大法院は命令や規則について「無効宣言」を出しており、これをどう解するかという問題がある⁵⁸⁾）。その説明としては、法院の違憲審査権は「個別的事件における適用の可否だけをその内容とする」ものであるが故に「命令・規則を無効とするのではないのが原則」⁵⁹⁾と考えられ、個別的効力をもつに限られると述べられており、日本で付随的審査と個別的効力とを結びつけて考える場合の見方と類似している。しかしそうであるとするならば、「法律が憲法に違反するか否かが裁判の前提となるとき」に限り、法律の違憲審査をする憲法委員会や憲法裁判所の一ドイツ流に言うならば一具体的規範統制に、一般的効力が認められるのは何故なのか。確かに先に述べた「付随的審査制」は「通常裁判所に合憲性の統制権限を与える場合」、抽象的審査制は「憲法裁判所という特別裁判所にその権限を与える場合」という区分に従えば、前者は「付随的審査」であるから個別的効力であり、

58) なお、韓国では、第3共和国時代、前述のように、法律についても大法院が違憲審査権をもつとされ、そのことの意味について日本の憲法81条と同様な議論があった（金哲洙『違憲法律審査制度論』学研社1983年87頁以下、参照）。しかし、実際には個別的効力として運用された（同125頁以下）。その理由としては、大法院に立法府の作った法律を取り消したり、将来に向かって廃棄する権限はなく、法律がそのまま残っている以上、個別的効力とならざるを得ないと説明されている。

59) 金哲洙『憲法学新論』第21版博英社2013年1716頁。

後者は「抽象的審査」であるから一般的効力なのだとは言えるかもしれない。しかしどちらも「具体的事件を前提」とし、どちらも「法令の違憲性を審査」しているにもかかわらず、通常裁判所か憲法裁判所かの違いで効力は異なるのか。

韓国での説明では、憲法裁判所のいわゆる具体的規範統制を「付随的審査」として説明するものもみられる⁶⁰⁾。これは「付随的審査」を「前提問題型」とほぼ同義にみる見方と考えられ、そこでは韓国の現在の憲法裁判所については、具体的規範統制については「前提問題型」、憲法訴願等その他の機能については「主要問題型」であるとも説明されている⁶¹⁾（この概念区分は後述のカペレッチィが『*Judicial Review in the Contemporary World*』で述べている「前提問題型」とは具体的審査（konkrete Normenkontrolle）または付随審査（Inzidentkontrolle）であり、「主要問題型」とは抽象的審査（abstrakte Normenkontrolle）であるとする考え方を踏襲するものであって、日本における通常の説明より「付随的」、「抽象的」という用語の本来の意味には合致している⁶²⁾）。この説明では「憲法裁判所制度下で法律に対する前提問題型違憲審査の方法を導入したことは権力分立原則との関係の故に例外的に特別要件を有するようにしたものであり、これ以外では大部分直接審判を請求し主要問題型審査を行うことを原則とする」⁶³⁾と述べられている。そうであるとする、現在のようにいわゆる具体的規範統制以外の機能をもつ場合とは異なり、1948年当時の具体的規範統制のみを行う憲法委員会制度は、制度そのものが「前提問題型」であって本来の「憲法裁判所による違憲審査」の形態とは異なっていたということになる。憲法委員会の規定が「法院」の章に含まれていたのもその故であるといえよう。そうであれば、ともに前提問題型であるにもかかわらず、一即ちともに前提問題を解決するために違憲性を審査するにもかかわらず一法院の審査は個別的効力で憲法委員会の審査は一般的効力と考えられた理由は何で

60) 例えば、韓柄案『憲法裁判論』考試界 1994年 303頁。

61) 韓柄案前掲『憲法裁判論』301頁。

62) 但し、日本でも佐藤幸治『憲法』（現代法律学講座5）第3版青林書院1995年332頁のように「憲法裁判所という特別の裁判所」で「具体的事件とかかわりなく憲法判断が行われ」ることを「抽象的違憲審査制」とし、「通常の司法裁判所が具体的事件の処理に必要な限度で憲法判断を行う」ことを「付随的違憲審査制」としているものもある。

63) 韓柄案前掲『憲法裁判論』301頁。

あったのかについて考え直してみる必要があるだろう。日本では、「付随的」と「抽象的」の分類が個別的効力と一般的効力を直接帰結するわけではなく、法律委任説のように立法裁量に委ねられるという見解もある。しかし立法の問題であるとしても、そうした立法が行われる理由がどこにあるのかは問題として残る。

ここでひとつ考えられうるのが「民意を直接反映しない司法府が国会の制定する法律を無効にすることはできない」という点である（前述の個別的効力説の理由②はこれを含意している）。このことは日本の違憲審査制についてしばしば言及されてきたことであるが、韓国においても同様な指摘がされている。振り返って建国当初の議論を見ると、この点を問題として、法律の違憲審査については国会議員、大法官、副統領から成る憲法委員会が設けられたといういきさつがあった。それが草案起草者の考えた民主主義国家の在り方、すなわち、「権力の分離より密接な関連が20世紀の民主主義を支える」という考えであった。とすれば、このことは民主主義の見方の反映と言えるのではないか。民主的制度構築に合致した憲法委員会の構成であるとされたからこそ一般的効力が認められると考えられたのではないか。

おわりに

以上については、韓国の用語法と異なり、日本では「付随的審査」＝「前提問題型」、「抽象的審査」＝「主要問題型」ではないのだという批判があるかもしれない。20世紀に世界各国に現れた違憲審査制度を分析し、2分類の合一化現象をいち早く指摘したカペレッティは、「前提問題型」と「主要問題型」という分類とは別に、日本で一般にいわれる「付随的審査」「抽象的審査」にはほぼ合致する区分を「非集中型」（＝すべての司法機関に審査権限が与えられる）と「集中型」（＝単一の司法機関に与えられる）という用語で説明している⁶⁴。「非集中型」では「裁判官の機能は具体的事件に法を適用するため法を解釈することにある」ことから論理的に司法機関に違憲審査権が認められるはずとされるのに対し⁶⁵、「集中型」採用の理由

64) カペレッティ前掲『現代憲法裁判論』71頁。

65) カペレッティ前掲『現代憲法裁判論』74頁以下。

として挙げられるのは、ヨーロッパ大陸における司法への不信や伝統的な大陸法型裁判所が違憲審査に要求されるような類の高度な判断に慣れていなかったことといった歴史上の経験に基づく理由と、大陸法に先例拘束の原則がなかったからという理由である。そこでは「アメリカの最高裁に代わる適当な機関を作りだすことが決定的に重要であると考えられた。すなわち立法の合憲性を判断する事案において、一般的拘束力をもつ判決ができるような司法機関の必要性が感じられた」のだと述べられている⁶⁶⁾。この説明は、審査の主体が何かからカテゴリーが生まれたというよりも効力の側面から2つのカテゴリーが生まれたことを示唆している。とすれば、日本の分類の実益も実は効力の側面に求められるべきものではないのか。「個別的効力」をもつのが付随的審査で、「一般的効力」をもつのが抽象的審査であるとみるほうが適切なのではないか。

「非集中型」の理由としての「ヨーロッパ大陸における司法への不信」という点に関連して、カペレッティは「モンテスキュー、ルソーなど自己中心的で非民主的な司法部に対する恐怖につきまとわれていた人たちにとっては、司法部によるいかなる法解釈も政治的行為であり、解釈により制定法を無効とすることなどその最たるものであって、立法部が独占する立法権への侵害である、ということの意味するものであった。立法につき何らかの合憲性審査を行うことが適当であると認められている今日でも、その機能は本質的に政治的な側面をもつものと認識されていることに変わりはない。・・・司法審査の政治性を承認したことが特別の憲法裁判所の裁判官任命の方法や憲法裁判所が審理できる問題の種類などに反映される。裁判官を任命する機関は通常は憲法自体に規定されており、各裁判官が主要な政治的勢力を反映するよう、そして裁判所が『他の国家機関や政党の出先機関とならないよう』配慮がなされている」⁶⁷⁾と述べている。このことは先の考察との繋がり而言えば、「一般的効力を与えるに耐えうる機関とは何か」の配慮の問題と言い換えてもよいであろう。48年の韓国憲法の選択は正にそうした配慮に基づくものであった。司法への不信→違憲審査の政治性の承認→民主的制度構築という大陸法の文脈は、ここでは受け継がれている。

66) カペレッティ前掲『現代憲法裁判論』80頁以下。

67) カペレッティ前掲『現代憲法裁判論』76頁以下。

勿論、その後の権威主義政権下での歴史は違憲審査の機能を阻害したという問題があったし、国会議員たちが法令の違憲審査に余り関心を持たない中で設立された制憲当時の憲法委員会の構成が今日のみからみて「民主主義国家」にふさわしい制度構築と言えるものであるかどうかは、別途考察すべき課題である。しかし同時に、判決の一般的効力において民主主義と違憲審査制との相克が最も尖鋭に表れることを考えるならば、従来の違憲審査制の2分類の意味自体が揺らいだ今日、「民主主義国家にふさわしい」新たな制度構築ができるのかは憲法を制定した人々から我々に問われている課題であるとも言えよう。

※本稿の内容は、かつて中国語で翻訳掲載された拙稿「民主主義と違憲審査制度」（『中国憲法年刊（中国法学会憲法研究会）2009』167-175頁所収）の内容を元に、これに大幅に修正・加筆したものである。