

論 説

ハンス・ケルゼンの憲法裁判所論の構造と特質

苗 村 辰 弥

目 次

問題の所在

第1章 原理としての合法性の要請

- (1) 純粹法学と法
- (2) 法の妥当性と合法性
- (3) 小 括

第2章 合法性の保障と憲法裁判所

- (1) 合法性の保障
- (2) 憲法裁判所
- (3) 合法性保障制度と憲法裁判所

第3章 ワイマール共和国における司法審査権・憲法裁判所論争とケルゼン

- (1) 司法審査権についてのワイマール憲法の沈黙と学説
- (2) 判例による司法審査権肯定と学説における「自然法」の援用
- (3) 違憲審査権の権限集中論と国事裁判所の本質論
- (4) 「憲法の番人」論争
- (5) 議論の終焉とその評価

第4章 ケルゼン理論の特質

- (1) 憲法と自然法・政治
- (2) 裁判と政治的決定
- (3) 議会民主制との関連
- (4) 小 括

総 括

問題の所在

本稿の課題はハンス・ケルゼンの憲法裁判（所）論について考察を加え、その構造と特質を明らかにすることにある。

現代における国家は、行政権の圧倒的優位を基軸とし、その姿を肥大し続けている。今日、生活領域のあらゆる局面は、肥大し続ける国家の影響下、その有形、無形の実力の下に服している。ここで、人間が自らの主体性、生活領域の自主性を認めるならば、国家の活動を限界づける原理を見出し、かかる原理を貫徹する、すなわち、国家の活動を統制してゆく方策を生み出さなくてはならない。

この課題に応えるものとして、ここに法の論理を挙げることができる。すなわち、国家の活動を、予め定められた一定のルールの下への錨着すること、その枠内への封じ込めることである。この論理によって、人々の生活領域は、国家の無制限な干渉から守られ得る。

しかし、この法の論理が、単なる願望、教訓の域にとどまらず、現実に貫徹されるためには、その任を果たす方策、制度が必要とされる。そのような、法の論理を貫徹するための制度として、裁判所を通じての、国家作用に対する法的統制、就中、法令の憲法適合性審査が考えられ、実際に制度として採り入れられている。

ただ、この制度を、実際に、法の論理を貫徹するものとして機能せしめるためには、法の論理の意味、その実現のための方策の構造につき理解しなくてはならない。すなわち、かかる制度の仕える原理を明確にし、そのための機能についての指針を与え、それにより、この制度が法の論理ならざる他の論理に仕え、それによって法の論理実現の機能が疎外されてしまうことを防がなくてはならない。

かような問題につき、ひろく合法性の論理からその保障、そして具体的制度論たる憲法裁判所論に至るまで論じ、また実際に、オーストリア憲法制定に際し、そしてその後オーストリア憲法裁判所裁判官として実践に関わったのがハンス・ケルゼンである⁽¹⁾。このケルゼンの憲法裁判所論を探ることを通じて、

法の論理と、その現実上の実効的な貫徹のための方策について、一定の示唆を得ることができるのではないだろうか。

本稿では、ケルゼンの憲法裁判所論につき、その基礎をなす合法性の要請（＝第1章）、その保障制度論およびそのコロラリーとしての憲法裁判所論の構造（＝第2章）について明らかにし、続いて、ワイマール憲法下における司法審査権・憲法裁判所論争についての概要を示し、そこでのケルゼンの立場を明らかにし（＝第3章）、最後に、ケルゼンの理論の特質について考えてゆきたい（＝第4章）。

- (1) この「実践家」としてのケルゼンについては、参照、手島孝『ケルゼニズム考』（1981年）33頁以下。

第1章 原理としての合法性の要請

ケルゼンの法理論——「法の純粹理論」——から、理論状必然的に要請される国家作用の合法性の要請、その保障制度、そのコロラリーとしての憲法適合性保障、そして、この脈絡で語られる憲法裁判所論は、すぐれて理論上の産物である。しかし、同時に、この憲法裁判所論は、具体的な制度論として語られる場合、法政策的考慮抜きには語られないものである。

しかし、後述するように、かかる法政策的考慮は、基本的には、合法性の要請という基本的原理の現実的な実効的貫徹を目指してなされるものである。そこで、憲法裁判所論という制度論について考えるに際しては、その基本原理たる合法性の要請を、ケルゼンの法理論の構造の中で捉え、その意味を明らかにしなければならないであろう。そこで、ここではまず、この点についての考察を進めてみたい。

(1) 純粹法学と法

ケルゼンの法理論、「純粹法学（法の純粹理論）」とは、「法として語られる全ての現象の比較に基づき、法一般の本質、その典型的構造を、しかも、法が

様々な時・所において受け入れた、移り変わる内容に煩わされずに研究する」ことをその課題とし、そのために、「各々所与の法が精神的に捉えられ叙述され得る特別の諸方法と諸概念を規定」し、「個々の法なり個々の法制度に向けられる各々の考察にとっての理論的基礎を提供する」⁽²⁾。

そのような理論的基礎の核心を成すのが、方法論の純粹性である。すなわち、「感覺的知覚のカオスは、科学の体系だった認識を通して初めてコスモスとなる」という新カント派の認識論によるならば、「法科学 (Rechtswissenschaft) に与えられる素材は、法科学の認識を通して、初めて統一的な、矛盾無き体系に、すなわち一つの法秩序となる」⁽³⁾ わけであるから、求められるのは、「法にのみ向けられる認識を確保し」そして「厳密に法として規定される対象に属さない全てのことについての認識に関与しまいとする」、すなわち「法科学を、全ての他の要素から解放しようとする」⁽⁴⁾ といった意味での純粹性、方法一元論である。

この求めに応ずるならば、法科学は規範科学 (normative Wissenschaft) であるとされる。存在と当為の二元論——その両者の区別は、我々の意識に直接与えられるものであって、それ以上立ち入って説明され得ない⁽⁵⁾——によるならば、法は当為の領域に位置付けられる。すなわち、法は、「或る事であるべし、もしくは生ずるべし、とりわけ或る人が特定の仕方で行為すべし」⁽⁶⁾ という意味を持つ規範であり、人間の行態を規律する規範であり、したがって、こうした法に向けられる認識は、自然科学と異なる、規範科学でなくてはならない⁽⁷⁾。

自然科学は、原因—結果の因果関係によって対象を規定する。これに対して、規範科学は、要件—効果の間の帰報関係によって対象を規定する。自然法則が、原因—結果の因果関係によって定式化されるものであるのに対し、規範は、要件—効果の間の帰属関係によって定式化される。自然法則が、「もしAならばBでなければならない」、と定式化されるのに対し、規範は、もし「AならばBであるべし」、と定式化される⁽⁸⁾。規範は、かかるものとして人間の行態に向けられたものである。ここで、法が、他の規範、とりわけ道德規範と異なるのは、法が、要件としての人間の行態に、効果としての強制を結び付けること

により、人間の行態を規律するところにある。この強制というモメントによって、法は、他の規範と区別された構造を持つのである。つまり、法は、人間の行態の強制秩序、規範的強制秩序なのである⁽⁹⁾。そして、これこそが法一般の本質であり、典型的な構造なのである。かようにして、法は、その内容面においてではなく、その形態・構造面から認識され、そこに法の固有性が認められるのである。

人間の行態はかかる法によって規律される。それによって、その行態は法的なもの、法行為もしくは不法行為としての客観的意味を得るのである。そうした行為は、確かに、自然の一部として、それ自体、因果法則的に規定される。しかしかような自然的法則は、行為に法的意味を付与するものではなく、法的なものではなく、法科学の対象ではない。全て人間の行態は、法の内容となることによって、それによって規律されることによってのみ、法的なものとなり、法行為なり不法行為として捉えられる⁽¹⁰⁾、すなわち、法的なものとしての客観的意味を得るのである。

かくして、法は、その形態・構造において、いわば脱実質的価値的に規定され、一定の人間の行態の法的属性は、かかる法との関連においてのみ——これも、また脱実質的価値的に——認められる。ケルゼンの法理論は、こうした法的なるモメントを、まさに「純粹に」認識せんとするものである。それは、法、法行為、あるいは不法行為の認識に際して、法以外の一定の原理に帰依することを排するのである。

さて、ここで、ケルゼンが法、法的なるものの固有性・独自性を論ずるに際しては、すでに生産された法を前提としていた。しかし、この法もまた、それが実定法であるのだから、必然的に、一定の人間の行為によって生産されるものである⁽¹¹⁾。そこで次に問われなくてはならないのが、一定の人間の行為に法的意味を与える唯一の根拠であるとされた法自身に法としての客観的意味を与える根拠、すなわち、かかる法を生産する行為を法の生産として客観的に意味付ける根拠についてである。

(2) 法の妥当性と合法性

ある法が法としての客観的意味を有することの根拠の問題は規範の妥当性の問題である。法の妥当性の根拠は、法を生産する人間の行為そのもの、いわば生の事実そのものではないし、法を生産する人間の主観的意思そのものでもない。また、法はその内容の正しさ故に、すなわちある種の価値原理に適合しているが故に妥当するのでもない。法が妥当するのは、法を生産する行為が、法生産行為としての客観的意味を有することによってである⁽¹²⁾。行為一般と同じく、法を生産する行為も、実定法の規定する要件との関連において、その法的意味を獲得するのである。したがって、法が妥当するのは、法の生産が、他の法の定める一定の手続に従ってなされる限りにおいてなのである⁽¹³⁾。すなわち、法の生産行為が、他の法の規定する要件に適合している場合、その行為は法生産行為としての客観的意味を有し、それによって定立された法は妥当するのである。

ここで、この法の生産を規律する規範は、それによって生産された法に対して、実質機能的意味における憲法 (Verfassung im material-funktionalen Sinn) の意味を持つ⁽¹⁴⁾。すなわち、前者の規範は後者のそれに対して、論理的・機能的に先行あるいは優位の位置を占める。比喩的にいえば、両者は同等のものでなく、前者が上位、後者が下位の上下関係を成す⁽¹⁵⁾。しかしながら、この法生産規律規範に対し、実質機能的意味における憲法の名を冠せられるのは、それが法生産規律規範として、それによって生産される規範と関連付けられる限りにおいてである。すなわち、この「憲法」なる名称は、法生産規範とその産物たる下位の規範との関係においてのみ付せられるものであるという、いわば相対的な位置付けである。したがって、ここで一度、「憲法」の名を冠せられた規範そのものも、その規範の生産を規律する別の規範を妥当性の根拠とするのであり、この脈絡では、それは最早「憲法」の名をもって指されはしない。すなわち、この脈絡では、それと別の、その規範を生産を規律する規範にその名は冠せられる。法の生産を規律する規範自体も、他の規範によって生産されなくてはならないのである。

法の妥当性の根拠についての問いは、このような連鎖・遡及を招くのである。すなわち、〈法生産規律規範→法規範〉の連関は一回限りのものではなく、〈…法規範＝法生産規律規範→法規範＝法生産規律規範→…〉の如く連続したものである。かように、法規範の各々は段階的な関係にあり、それは連続的・段階的な生産連関（Erzeugungs-Zusammenhang）を成し、したがって法秩序は段階構造を成している⁽¹⁶⁾。

しかしながら、この段階構造は無限に続くものではなく、妥当性根拠の問いは無限遡及を招くものでもない。妥当性根拠の問い掛けの終点、すなわち、実定法の最初の法生産規律規範として、いわば先験論理的意味における憲法（Verfassung im transzendental-logischen Sinn）⁽¹⁷⁾の性格を持つ、歴史的に最初の実定法上の憲法の生産を規律する規範たる根本規範（Grundnorm）が前提される。この根本規範自体は、他の法に基づいて定立されるのではなく、妥当するものとして前提されるものである⁽¹⁸⁾。こうして前提された根本規範を始点として、実定法秩序は法の生産連関、その段階構造を形成する。

さて、法の生産は、同時に上位法規範の適用である。すなわち「他の規範の生産を規定する規範は、それによって規定される他の規範において適用される。法適用は同時に法生産である」⁽¹⁹⁾。国内法秩序をみれば、憲法は根本規範によって生産を規定され同時に根本規範を適用する。立法および慣習法のような一般的規範は憲法によって生産を規定され、同時に憲法を適用する。裁判判決および行政命令といった個別的規範は、一般的規範によって生産を規定され、同時に一般的規範を適用する。そして個別的規範によって定められた強制行為の執行は、この個別的規範を適用するものであるが、それ自体は法生産行為ではない。このように、法の生産は、それが上位規範に従ってなされるものであることからして必然的にその上位規範の適用の性格を有する。根本規範を除いて全て法生産は上位規範の適用であり、また逆にいえば、強制行為の執行を除いて全て法適用は下位法規範の生産なのである⁽²⁰⁾。

かように、法の生産が上位規範に基づいてなされるべきものであり、それ故必然的にそれが上位規範の適用である限りにおいて、下位規範の上位規範への

適合 (Entsprechung) という意味での合法性の理念が語られ得る。すなわち、法秩序の各段階が「法の適用・再生産である限りにおいて、そこに合法性の理念が適用され得る」。そして「合法性とは、単に、法秩序の下位段階が上位段階に一致する適合の関係である」。⁽²¹⁾。ここで適合といわれるとき、問題とされるのは、法生産行為が上位規範に適合してなされたのか、その生産の事実が上位規範の要件に適合しているのか、ということである⁽²²⁾。この意味での合法性の要請は法秩序の各段階において等しく問題となる。

尤も、上位規範が下位規範を、それへの適合性を要求することによって規定・拘束するものだとしても、上位規範の——意図的な、もしくは意図せざる——規定上の不明確さ故、下位規範は上位規範によって、全ての面にわたり完全に拘束・規定されるものではなく、常に、そこには大なり小なりの自由裁量範囲が残されるのである。ここで、上位規範は下位規範に対する関係において、常に下位の法生産行為を通じて満たされるべき枠 (Rahmen) の性格を有するのである⁽²³⁾。この枠内において与えられる複数の可能性のうち一つを選択することが、法適用機関によってなされる上位規範の適用であり、その解釈であるが、それは決して唯一の規範を生産するものではなく、可能なものうちの一つの規範の生産である⁽²⁴⁾。そして、この枠内における限り、その自由裁量の範囲内における限り、法適用機関は自由であり、したがって、ここで合法性の要請とは、上位規範の規定する一定の枠内への適合であるといえる。

こうした合法性の要請は、法秩序の各段階において等しく問題となり、したがって、この要請が法秩序の一部、法の生産連関の一つである憲法とその下にある法律・命令等の一般的規範との関係にも等しく問題とされることも明らかである。

法律などの一般的規範は、その生産手続を憲法によって規定される。かような、立法の機関および手続についての規定が憲法の最狭義における概念であって、この意味における憲法は、その機能上、論理必然的に一般的規範に先行・優位するのであり、一般規範の憲法適合性を要請するのである。加えて、憲法は一般的規範の内容についての規定、すなわち将来の法律についての原則・指針・制限の規定を含み得る⁽²⁵⁾。

「したがって、憲法はプロセスとしての、すなわち手続法としての性格を有するのみならず、実体法の性格をも有するのである。そして、ある法律の憲法違反性は、法律の成立した手続が瑕疵あるものであったということのうちにあるのみならず、法律の内容が憲法に挙げられた原則や方針に相反しており、そこに定立された制限を越えているということのうちにもある」。しかるに、ここで挙げられた法律の内容面での憲法適合性は結局手続面での憲法適合性の問題として扱われるのである。というのも、「法律が憲法違反の内容を有しているために憲法違反であっても、しかし単にその法律は憲法改正法律としては成立しなかったがためにのみに憲法違反だからである」⁽²⁶⁾。そのような法律が憲法改正法律として成立したならば、「憲法違反の汚名」⁽²⁷⁾は消失する。

違法・合法の問題が行為との関連で論ぜられることはすでに述べた。それ故「ある法律の憲法適合性の判断に際し、憲法規範の下に包摂される『要件事実』は規範ではなく——要件事実と規範とは二つの異なる概念である——規範の生産であり、真性の『要件事実』であり、それは憲法が規律し、そして憲法によって規律されているが故に、またその限りにおいて憲法の下に『包摂』され得る要件事実である」⁽²⁸⁾。したがって、法律の内容面における憲法適合性についての判断は、それが憲法の定める内容面の規定に相反するものである場合、憲法の形式を守っているか否かについてなされるのである⁽²⁹⁾。そして、もし憲法が通常法律に対して、加重された改正要件のごとき高められた形式性を有していないならば、憲法規定に相反する内容を有する法律であっても、「後法は前法を廃する（*lex posterior derogat priori*）」の原理でもって有効に成立するのである。

このように、憲法が法律の生産手続面についても内容面についても規定し得るとしても、それが拘束的なものたるには、その内容面に関しては、高められた形式性が必須のものである。法律に対する憲法の優位は、その手続面に関しては論理的に自ずから確立されるが、その内容面については高められた形式性なくしては確立され得ないのである——内容面についての規定の、その正しさ・根本性・普遍性といった価値そのものによっては、法的意味における優位性は確立されるものではない。法律に対する憲法の優位は、第一に法生産手続規

律という論理性によって、そしてそれに加えて、第二に高められた形式性によって成立するのであって、法律の憲法適合性の問題は、その生産において、「法律の形式、もしくは憲法の形式が守られたか」⁽³⁰⁾ という法生産手続の問題となるのである。勿論、こうした手続を通じて、法律は、その手続面についても、内容面についても、憲法への適合性を要請される。

このようなケルゼンの法理論上の要請としての合法性の要請は、国家の作用、その活動の全てを覆うものである。それは、「国家の可及的法化を要求してやまぬ法治主義」が「その志向を論理的に推究するところ」その極に望む「国家の全面的法化の意味での“法と国家の自同”」⁽³¹⁾、すなわち、法・国家一元論から要請されるところである。

先述の、ケルゼンの法理論の核心的テーゼである方法の純粹性・一元性ということからすれば、国家という一つの対象も一つの方法によって認識されなくてはならない。ケルゼンによれば、イデオロギーから解放された、あらゆる形而上学・神学から解放された認識によるならば、国家は、「社会組織」として、「人間の行態の秩序」として捉えられる。そして、この秩序は、社会を構築し、そして人間の行態を規律するものであり、規範秩序である。この秩序を形成するモメント、それは、人間によって、人間に対して行使される、そしてこの秩序によって規律され、確立される強制の中にある。この強制は、単なる主観的な暴力でなくして、法秩序が特定の要件に結び付けた法的なるものである。したがって、秩序としての国家は法秩序である⁽³²⁾。すなわち、人間の行態に秩序を与え、それを国家秩序たらしめているのは、法秩序なのである。国家も、一定の価値原理や因果法則によってではなく、この法との関連において、形態的に、秩序として捉えられる。法を認識することが、すなわち国家を認識することなのである⁽³³⁾。

したがって、全て国家作用は「それ自体法的性格を持ち、法行為として現れる」⁽³⁴⁾ ことを要し、法を超える、あるいは離れる国家作用というものは認められない。この認識が、全ての国家作用に、合法性の要請を及ぼし、憲法裁判の性格についての決定的影響を与える⁽³⁵⁾。

(3) 小 括

ケルゼンは、法を、その実質的内容においてではなく、その形態面において普遍的に捉え、そして行為の法的意味についても、その行為に対する種々の規定によってではなく、あくまでも法との関連においてのみ捉えた。したがって、法生産行為の法的客観的意味についても、これを他の法との関連においてのみ捉え、そこに、この行為の法への適合という意味での合法性の要請が見出だされた。そして、この合法性の要請は、全ての法生産行為に求められるものであり、形態面において捉えられた合法性の要請は、憲法適合性の要請を等質なものとして捉えることとなった。一定の人間の行態と同じく、国家の作用も、全て法との関連においてのみ規定され、この作用についても、合法性の要請が等しく求められるものとなった。かように、合法性の要請は、ケルゼンの法理論のまさにその形式性の故に要求されたものである。

かくして確認された全ての国家作用の合法性の要請を確保するための方策を考察することが次なる課題である。

(2) Hans Kelsen, Was ist die Reine Rechtslehre? (1953), in: Hans Klecatsky / René Marcic / Herbert Scambeck (Hrsg.), Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 1 (1968), S. 611.

(3) Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, 1. Aufl., 1934 [以下, Kelsen, RR Iと略記], S. f.; Hans Kelsen, Reine Rechtslehre 2. Aufl. 1960 [以下, Kelsen, RR IIと略記], S. 74.

(4) Kelsen, RR I, S. 1; ders., RR II, S. 1.

(5) Kelsen, RR II, S. 5.

(6) Kelsen, RR II, S. 5.

(7) Kelsen, RR II, S. 72.

(8) Kelsen, RR I, S. 22 f.; ders., RR II, S. 79 ff.

(9) Kelsen, RR I, S. 25 f.; ders., RR II, S. 34 ff.

(10) Kelsen, RR I, S. 5; ders., RR II, S. 3.

(11) Kelsen, RR II, S. 201.

(12) Kelsen, RR II, S. 196 f.

(13) Kelseé, RR II, S. 200 f.; René Marcic, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre, 1966, S. 42, 54.

- (14) Hans Kelsen, Die Funktion der Verfassung (1964), in: Die Wiener Rechtstheoretische Schule, Bd. 2, S. 1978.
- (15) Kelsen, RR I, S. 74; ders., RR II, S. 228.
- (16) Kelsen, RR I, S. 74; ders., RR II, S. 228.
- (17) Kelsen, RR II, S. 204 ff. ders., Die Funktion der Verfassung, S. 1976 f., S. 1978.
- (18) Kelsen, RR I, S. 66 f.; ders., RR II, S. 201.
- (19) Kelsen, RR I, S. 82 f.; ders., RR II, S. 240; ders., Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL Heft 5 (1927) [以下, Kelsen, Staatsgerichtsbarkeitと略記], S. 31 f.
- (20) Kelsen, RR I, S. 83 f.; ders., RR II, S. 240.
- (21) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 32; ders., RR II, S. 280. 参照, Marcic, op. cit., S. 29 f., 41 ff.
- (22) Kelsen, RR II, S. 4. ders., Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, Die Justiz 6 (1931) [以下, Kelsen, Hüter と略記], S. 590 f. 参照, Marcic, op. cit., S. 54.
- (23) Kelsen, RR I, S. 94; ders., RR II, S. 348.
- (24) Kelsen, RR I, S. 94 f.; ders., RR II, S. 351.
- (25) Kelsen, RR I, S. 75; ders., RR II, S. 228 ff.
- (26) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 37.
- (27) Kelsen, Hüter, S. 590.
- (28) Ibid.
- (29) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 37.
- (30) Ibid.
- (31) 手島・前掲121頁, 傍点原文。
- (32) Kelsen, RR I, S. 117; ders., RR II, S. 289.
- (33) 参照, Reinhard Hendler, Die Staatstheorie Hans Kelsens, JuS 1972, S. 492.
- (34) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 30.
- (35) Heige Wendenburg, Die Debatte um die Verfassungsgerichtsbarkeit und der Methodenstreit der Staatsrechtslehre in der Weimarer Republik, 1984, S. 128.

第2章 合法性の保障と憲法裁判所

合法性の要請と憲法適合性の要請が同一の原理, すなわち質的に等しいものであったのと同じように, 合法性の要請の実現手段すなわち合法性の保障制度

と、憲法適合性の要請の実現手段すなわち憲法適合性の保障制度は同一の原理によって論ぜられる。ケルゼンによれば、憲法の保障制度、とりわけ憲法裁判は、「国家作用の合法性を確保する諸方策のシステムの一部である」⁽³⁶⁾。

したがって、ここでは、この合法性の要請の実現手段すなわち合法性の保障制度について考察した後、そのコロラリーとして展開される憲法の保障制度、とりわけ憲法裁判所論に目を移し、そこでの合法性の要請の制度的展開について考察してみたい。

(1) 合法性の保障

合法性の要請とは、法生産行為が、その生産方法を規律する規範の要件に適合してなされることを要請するものであった。この要請を実現するための方策について論ずるに際し、ケルゼンは、予防的・匡正的、人的・事物的というカテゴリーを挙げた⁽³⁷⁾が、国家作用の憲法適合性を保障するについて最も実効的な方策とされるのは、このカテゴリーによるならば、匡正的・事物的保障として位置付けられる、憲法違反の国家行為の取消である⁽³⁸⁾。そして、実定法秩序において、アプリアリな無効、すなわち取消行為を要せず固より法的効力を欠く法は、そもそも矛盾であり、したがって、違法行為が排除されるには、取消行為が必要なのである——実定法秩序において、アプリアリな無効はあり得ず、ただ取消可能性（Vernichtbarkeit）⁽³⁹⁾のみがあり得る。取消行為なくしては、問題となる行為は合法的なものとして妥当するのである。問題は、誰が、いかにして、この取消を行なうのかである。

法の生産、解釈、適用が権限ある官庁にのみよってなされ得るのに等しく、その取消も権限ある官庁にのみよってなされる。したがって、私人は、かかる権限を有さないし、また、実定法がそれにかかる権限を与えることも、——理論上は可能なのだが⁽⁴⁰⁾——実際にはあり得ない。もし憲法が万人に、法律の憲法適合性を審査し当該法律を憲法違反故に取消す権限を付与したならば、「法服従者と法機関を拘束する法律は、殆ど成立し得ないであろう」⁽⁴¹⁾し、無政府状態を招く⁽⁴²⁾ことにもなるであろう。したがって、実定法は、違法行

為の審査・取消を有権的な官庁の判断にのみ授権し、一般私人の判断は、それ自身、違法行為の審査・取消としての客観的な・有権的な意味を持たないものとされるのである。私人の判断はあくまでも主観的・無権的なものであって、せいぜいのところ、私人は、「己の行動が規範に反する場合、権限ある機関が、規範の無効（invalidity）という規範服従者の見解を追認しないならば、権限ある機関によって不法行為であると見做され得るかもしれぬという危険を犯してのみ、法規範を無効であると見做すことを授権されている」⁽⁴³⁾というくらいの地位を与えられているに過ぎない。客観的に妥当するのは、権限ある官庁による取消のみである。問題とされる法は、その法を定立した行為とは別の、官庁の法行為によって排除されるまでは、有効なものとして、拘束力のあるものとして、在るままにされるのである⁽⁴⁴⁾。

さて、問題となる違法行為の取消の任に当たるのは、当該違法行為をなした官庁自身でもあり得るし、また、特定の手續に従って決定を下す他の官庁でもあり得る⁽⁴⁵⁾。このうち前者の場合、すなわち違法行為定立官庁自身が、それと別の新たな法行為でもって当該違法行為を取消する場合、「後法は前法を廃する」という通常の立法手續の問題として語られ得るものである⁽⁴⁶⁾。違法行為の取消に関して、特に意味のあるのは、後者、すなわち当該違法行為定立官庁以外の官庁による取消である。

実定法上、何の規定も、何の制約も存在しない場合、このような特別の手續に基づく取消を行ない得るのは、当該違法行為により生産された法を適用する機関である⁽⁴⁷⁾。例えば、「憲法が、法律の憲法適合性を誰が審査すべきかについての規定を全く有さない場合、法律を適用すべく憲法が授権する機関、故にとりわけ裁判所がこの審査を行なうべく授権されている。それらは法律を適用すべく授権されているのだから、その主観的意味が法律であるものが、客観的にもまたその意味を有するのかを確定しなくてはならない。そして、それが客観的意味を有するのは憲法に適合している場合においてのみである」⁽⁴⁸⁾。かくして法適用機関、とりわけ裁判所によって憲法に適合していないと判断された法律は、当該適用事例においては適用されないということになる。

さて実定法上の問題、制度上の問題として考慮されなくてはならないのは、

この取消の効力の事物的範囲の問題、そしてそれに関連して、そこで望ましい機能を発揮するための適切な権限の配置についてである。

前述の如く、実定法上の規定が存せぬ場合、全ての法適用機関、とりわけ裁判所が違法行為に対する合法性審査権限を有する。この場合、当該違法行為の取消は、個別的事例での法適用の拒否という形で現れる。これは、個別的規範の適用拒否においては問題を生じない。しかし、一般的規範に関してはこれと異なる。すなわち、個別的事例に適用されなかったとしても、その規範自体は妥当し続け、それが一般的規範であるが故に、適用されるべき事例は只一つではなく他にも存在するのであるから、一方で憲法違反とされ適用を拒否された規範が、他方、別の事例においては憲法適合的なものとして適用されるという事態の生ずる可能性を否定し得ない。個別事例における、裁判所による規範の適用拒否という形での、一般的規範の取消は、したがって、その規範の適用諸事例における適用の不統一という、法秩序の不完全な統一性と法的不安定性をもたらすものである。そのため、一般的規範そのものの一般的・確定的な破棄、そしてそれを可能ならしめるため、「一般的規範の合法性を審査する権能の集中化」が必要である。かくして、この権能を委ねられる機関は、一般的規範を——個別的にではなく——一般的に破棄するという「広大な全権」を委ねられる「一つの最上級審の中央法廷」たるべしとされる。合法性の要請、そして、その統一的実現のためには、取消の事物的側面においてはその一般性が要求されるのであり、それを可能とするためには、この権能の、一つの機関への集中の必要性が、「自ずから理解される」⁽⁴⁹⁾。そして、このような権限集中は、実定法の規定によるというのもケルゼンの主張するところである⁽⁵⁰⁾。

この権限の集中は、一般的規範の破棄を統一的・実効的になさしめるための措置であって、その本質を成すのは、合法性の要請の貫徹である。

合法性の要請が法秩序の各段階において等しく問題となるものであり、その保障制度が等しく必要とされるものであるのだから、憲法とその下位規範たる一般的規範との関係においても、ここにみてきた合法性保障制度の論理は等しく要請される。それはケルゼンの法理論に内在しているのである。すなわち、実質機能的意味における憲法として、その法生産規律という性格故に先行性・

優位性を有する規範への下位規範の適合性が要請されるのと等しく、そのコロラリーとして、実定法的意味における憲法への下位規範＝一般的規範の適合性は要請され、また、それに対応して、法秩序の各段階において語られ得る実質機能的意味における憲法（への下位規範の適合性）の保障制度、いわば「実質機能的意味における憲法裁判（Verfassungsgerichtsbarkeit im material-funktionalen Sinn）」⁽⁵¹⁾と同質のものとして、そのコロラリーとして、実定法的意味における憲法（への下位規範＝一般的規範の適合性）の保障制度たる憲法裁判は語られ得るのである。そして、憲法裁判所は裁判所の原形（Arche- oder Prototyp）であり、憲法裁判は裁判の原形であるとされる。したがって、憲法裁判は、ケルゼンの法理論に内在するものであるといえる⁽⁵²⁾。そして、憲法裁判を貫く原理、それが仕えるべき原理は合法性の要請である。

ならば、この憲法裁判はいかにして制度化され得るのか。以下、この点につきケルゼンの論ずるところをみてゆき考察を加えてみたい。

(2) 憲法裁判所

これまでみてきた合法性保障制度論のコロラリーとして、ケルゼンの憲法裁判所論は展開される。憲法裁判所は、憲法保障制度の一つ⁽⁵³⁾——憲法の裁判的保障——であり、憲法違反の法の取消を任とする。それ以外の方策がこの憲法保障に用いられぬわけではないが、ケルゼンによれば、それらのいずれもがその実効性において不十分なのである⁽⁵⁴⁾。そこで最も実効的な方策とされるのが、この憲法裁判制度なのである。以下、この制度についてのケルゼンによる具体的提言をみてゆきたい。

(i) 憲法裁判所の地位と作用

違法行為の取消は、法定立官庁自身によってもなされ得ることは前述の如くである。憲法違反の法律の破棄においては、したがって、立法機関自身がそれをなし得るはずである。しかるに、この立法機関自身は、その理念とは裏腹に、

実際には憲法によって拘束された法適用者としてではなく、法の自由な生産者として活動するのであるから、これに憲法違反の法律の破棄を義務付けるは現実的ではなく、また、それに期待を寄せるのは「政治的うぶ（politische Naivität）」⁽⁵⁵⁾である。したがって、法律の憲法適合性を保障するためには、立法者と異なる第三者による統制が必要である。この任に当たるのが憲法裁判所なのである。

この憲法裁判所なる機関が「裁判所」であり得るのか否かという問いは、「その回答からは、何らかの方法で任命される構成員に完全な独立性が保障される合議機関に」法律の憲法適合性統制の「機能を付与するにつき、賛成するのか反対するのかについては、直ちに結論は何も出てこない」⁽⁵⁶⁾という意味において「全く些細」⁽⁵⁷⁾、否、むしろその問いへの固執は概念法学的なものである⁽⁵⁸⁾が故に有害ですらある。憲法裁判所が裁判所であるとの、その理由でもってのみ、その機能がアプリアリに規定されることは認められないのである。

憲法裁判なる作用は、憲法に適合しない一般規範の生産を要件事実とし、それに、かかる規範の破棄を効果として結び付けるものであり、したがって法適用たる契機を圧倒的に多く有するものであるが故に「真性の裁判」であり、組織原理としては裁判所のそれが妥当する⁽⁵⁹⁾。また、憲法裁判によって統制される立法府と政府は、ここでは、裁判の当事者たる地位にあり、それ故、憲法裁判所は、これら当事者から独立したものでなくてはならない。

しかるに、それが「真性の裁判」であり、法適用であるといっても、この憲法裁判なる作用が、このことのみによって、その機能を限界付けられるわけではない。前述の如く、法適用は同時に法生産であり、その逆もまた真である。したがって、裁判は法適用であると同時に法生産であり、立法と同じく「決断」の要素を含む作用であって、「政治的」性格を有するものであり⁽⁶⁰⁾、決して「非政治的」であるべきものとして限界付けられるものではない。立法と裁判との間には本質的な区別は認められない。憲法裁判に関しても同様である。すなわち、「法律の廃棄は、法律の制定と同様の、一般的性格を有する。廃棄は、実際、否定的記号を持った制定に等しいだけである」⁽⁶¹⁾。つまり、「法律

の廃棄はそれ自身立法作用であり、そして、法律の廃棄を行なう裁判所はそれ自身立法権力である」⁽⁶²⁾。それ故、憲法裁判は、立法と同じく「政治的」な法生産でもある。憲法裁判所がかかる作用を営んだとしても、それは裁判所一般の属性としてなされるものであって、決して「政治的」性格によってそれが妨げられるものではない。憲法裁判所が、立法府・政府から独立したものであるということは、決してその「非政治性」を要求するものではなく、ただ、立法・政府の作用の憲法適合性を保障せんとする法の論理の要求するところである⁽⁶³⁾。

(ii) 審査対象

全て国家作用は法作用であり、法の下にあり、法の統制を受ける。ケルゼンが、憲法裁判の審査対象たるべき規範を挙げるのは、かかる国家作用の一部としての、憲法裁判所の管轄下に属する作用の範囲を画定するためである。すなわち、ここでは、一方において憲法裁判所の管轄について、そして他方において憲法適合性の要請の及ぶ範囲について、その両者の範囲の画定、およびその可能な限りの拡張⁽⁶⁴⁾が問題とされるのである。

法律、憲法に直接基づく命令、予算、議院規則等、憲法に直接基づいてなされる行為⁽⁶⁵⁾が、憲法適合性の要請の射程内にあり、憲法裁判所の管轄下にあることは、これまでの述べたところからしても明らかである。

ケルゼンは、更に論を進めて、憲法に直接基づかない一般的規範についても、これを憲法裁判所の管轄下に置くべきだと主張する。すなわち、執行命令の如く、法律を執行する規範は、憲法に直接基づくものではなく、それ故その違法性は直接的には法律への違反性であって、憲法違反性は間接的なものでしかないが、それは一般的規範としての性格を有する限りにおいて、憲法裁判所の管轄下に服するのである。蓋し、「法律の憲法適合性についての判断と、命令の法律適合性についての判断の間には、審査すべき行為の一般的性格によって生ずる同質性が存在する」⁽⁶⁶⁾からである。ここで、憲法に直接基づくことの他、規範の一般的性格をもメルクマールとして加える⁽⁶⁷⁾ことにより、憲法裁判所の管轄は命令に対しても及ぼされる。そして、憲法がそもそも一般的規範の生

産を規律する規範として捉えられたのであるから、かかる規範の生産を規律する法律への命令の適合性は、形式的には法律適合性と称されるものであっても、やはり憲法適合性と同じものとして位置付けられよう。

ところで、条約に関しては一定の留保が付されている。国内法優位を前提とすれば、条約は、憲法に直接基づく一般的規範であるから、これもまた、憲法裁判所の管轄の下に服するべきものである。しかし、条約締結相手国の利益という、政策的観点からして、この審査・破棄の権限を、国際的な機関に委ね、個々の国家の裁判所の権限外とすべきことを主張する⁽⁶⁸⁾。尤も、ケルゼンが指摘するように、国際法の発展が、かかる制度を可能ならしめる段階にあるのかが問われなくてはならない。

(iii) 審査規準

憲法裁判所によって、憲法に直接基づく行為は憲法適合性にに基づき、憲法に間接的に基づく行為、とりわけ命令は法律適合性にに基づいて審査される⁽⁶⁹⁾。これが憲法裁判の規準、すなわち、「憲法裁判所は、どのような規範に、その判決を基づかせなくてはならないか」⁽⁷⁰⁾という問題についての一般的な解答となる。

特に考察されなくてはならないのが、超実定法的規範についてである。すなわち、「いかなる方法でも未だ実定化されておらず、[……] 実定法になるべき規範」は、「法的には非拘束的な要求」以外の何ものでもなく、法生産機関に——立法機関に限らず、それより下位の法生産機関にも——向けられているものである⁽⁷¹⁾。この要求、つまり超実定法的原理の顧慮・実現は、それ自身法適用ではなく⁽⁷²⁾、法の枠内においてのみ認められる政策的判断の一つにすぎない。したがって、かかる超実定法的価値原理は、憲法裁判所によって、それ自体は適用され得ない⁽⁷³⁾。

この事態と「形式的にのみ、外見的にのみ異なる」のが、憲法自身が、「正義」、「自由」、「平等」、「公正」、「倫理性」等の原理を、その価値についての詳細な規定なしに、明文上含んでいる場合において起こる事態である。この場合、立法・執行といった法生産の場においては、その価値原理の内容を、自由裁量

の範囲内で満たし得るのであり、また、それら価値原理のみをもって、他の条文によって規定される拘束から免れ得るものではない限りにおいて「さして重大な意味を持たない」。しかし、憲法裁判の場においては、「極めて危険な役割を演ずる」⁽⁷⁴⁾。というのも、憲法適合的に成立した法律を、かかる憲法規定上の「正義」等の価値原理への違反のみを理由として破棄したならば、憲法裁判所は万能の権力を手に入れることになる⁽⁷⁵⁾。そのような価値原理について「この裁判所の裁判官が正しいと解することは、国民の過半数が正しいと解することと全く相反することがあり得るし、また、その法律を議決した議会の過半数が正しいと解することと疑いなく相反する」。そして、「『正義』なり、これと似た、詳細に規定されぬ、極めて多義的な語句を用いて、議会により議決された法律を、憲法裁判所のような、多かれ少なかれ恣意的に構成された政治的合議体の自由裁量に従属させること」は、すなわち、「憲法によって確かに意図されていない、政治的に適切でない、議会から、その外にある法廷への権力の移動」を意味する⁽⁷⁶⁾。そして、こうした事態は、法律の内容についての規定、基本権・自由権の規定を巡って生ずる⁽⁷⁷⁾。

この事態を回避するための方策として、ケルゼンが挙げるのは、法律の内容についての憲法上の規定を可能な限り詳細に行なうべし⁽⁷⁸⁾という、法政策上・憲法政策上の手段のみである。

(iv) 審査手続

憲法裁判が、合法性・憲法適合性の保障を任務とするものであり、かつ、それが裁判形式でなされるものであるのだから、その任を最もよく果たすためには、憲法裁判の手続を開始させ得る機会が可能な限り広く設けられなくてはならない。とすると、合法性の要請を最も強力に貫徹させるためには、万人の出訴、つまり民衆訴訟が認められるべきであろう⁽⁷⁹⁾。ケルゼン自身、この民衆訴訟につき、それが、「最も強力な保障」の要求するところであり、また、それによって、「違法行為の排除を求める法政策上の利益が最も徹底的に叶えられることに疑いはない」ことを認めつつ、しかし、「勝手気ままな出訴の可能性や、憲法裁判所の堪え難い過負荷の危険があまりにも大きいであろう」こと

を指摘し、違法行為の排除という、一つの法政策上の利益だけによって、この民衆訴訟の手続を推すことはできないとする⁽⁸⁰⁾。そこで、現実の憲法裁判所の負担の限界を考慮に入れたうえで、合法性の要請に可能な限り応える方向をもって、手続開始の途が求められるのである。

ケルゼンが、ここで審査手続開始の方法として挙げるのは、全ての、あるいは最上級の法適用官庁が、自ら適用すべき法規範について憲法適合性に関する疑義を持った場合の提訴、裁判手続・行政手続に服している当事者が、適用を受ける法規範自体の違法性を理由としての反論に従っての、法適用官庁を通じての提訴、連邦国家においては、ラント政府による、連邦政府の行為に対しての提訴、また各邦政府の行為に対する、連邦政府の提訴、刑事訴訟手続における検察官のような立場で、かつ議会・政府から独立した地位を持つ「憲法擁護官（Verfassungsanwalt）」の職権による提訴、議会内少数派の一定数による提訴、そして憲法裁判所の職権による審査開始である⁽⁸¹⁾。

(v) 判決効力

これまで述べてきたことから明らかなように、憲法裁判所の判決は、憲法違反行為の取消という形成的効力を持つものであり、一般的規範に関わる限りにおいて破棄的性格を持つものである⁽⁸²⁾。そして、それが、取消という形成的なものであり、無効の確認ではないのだから、アプリアリな無効の確認と異なり、判決効力の発生時期＝当該憲法違反行為の効力消滅時期は、ひとえに判決自体の決定に委ねられるのであって、そして、それは種々の現実的要請を考慮したうえで規定されるのである。

第一に、遡及効について、法的安定性の観点からすれば、一般的規範の破棄に際しては、——そして、この一般的規範についてのみ、これは問題となるのであるが——基本的にこれは認められない。「一般的規範に基づき、その破棄の時点までに発せられた法行為は、その破棄によっては触れられないままである」こととされ、破棄以後の生じたもののみ廃棄される⁽⁸³⁾のである。破棄以前に、その一般的規範に基づいて形成された法状態はそのまま維持されるというのが原則なのである。

しかし、遡及効が必要とされる一定の事例が挙げられる。先に、審査手続について考察を加えた際に触れた、法適用官庁による提訴の場合、未だ当該一般的規範が妥当性を持っていた提訴の時点、つまり個別的手続係属中の時点から、すでに当該一般的規範が有効でなかったかの如く扱い、それ故、当該個別事例において法適用官庁は法を適用する義務を負わないという形での判決が必要である。蓋し、その遡及効は、法適用官庁が憲法裁判所に提訴するに足る、直接かつ十分な利益を持たせるために、法技術的に必要なものだからである⁽⁸⁴⁾。もしも、この形での遡及効が認められないなら、一般的規範がその手続にしたがった提訴を受けての判決によって破棄されたとしても、提訴時点では未だその規範は有効であり、したがって、提訴を行なった官庁は、その法適用義務を免れるものではないので、提訴する意味が——その官庁にとっては——全く存在せず、結果として、憲法違反の一般的規範に対する提訴の機会が減少し、合法性の要請貫徹の観点からして不十分な結果に至るからである。したがって、合法性の要請は、必要に応じて、例外的に、遡及効を認めるのである。

次に、いわゆる将来効について、これも、また必要に応じて要求される。憲法裁判所の判決によって、直ちに一般的規範が破棄されたならば、それまでは法的に規律されていた領域が最早規律されなくなり、法のない空間が生ずる。

「これは、場合によっては、大変望ましくない結果となり得る」。こうした事態を避けるために、破棄的判決の効力発生まで一定の期間を設けることが必要とされる。こうした将来効判決により、立法府の対応のための時間的余裕が用意され、そしてまた、いきなり法的規律が消失してしまうという事態も避けられる。これは、やはり、法的安定性の観点からして望ましいものであろう。加えて、この将来効判決と同じ目的であるが、破棄される一般的規範の成立以前に妥当していた一般的規範を、憲法裁判所の判決によって、再び効力を回復させることにより蘇らせ、法的規律の不存在という事態を回避するという方策も勧められる⁽⁸⁵⁾。

(3) 合法性保障制度と憲法裁判所

「憲法裁判なき憲法は、光ることなき灯りに等しい」⁽⁸⁶⁾といわれる。まさしく、憲法裁判は、憲法の下にある全ての法行為に対する、憲法への適合性の要請を実現し、憲法の法としての拘束力を確保し、憲法に法としての「光」を与えるための制度の一つであり、その最も実効的な制度である。それは、憲法の段階における合法性の要請を貫徹するための制度である。憲法裁判によって、合法性の要請は、法秩序の他の段階におけるに等しく、憲法の段階にまで及ぼされる。

確かに、憲法裁判所論は、すぐれて具体的な制度論であり、その制度化に際して、ケルゼンの論は、この合法性の要請に対する、他の観点から生ずる種々の制度上の制約——審査権の特定の機関への集中、出訴権者の限定等——を呈示する。しかし、それらの制約は、全体としてみるならば、合法性保障制度の一つたる憲法裁判にとって、その本質的な制約としてではなく、その合法性保障という本質の実現・具体化・強化のための条件たる制度論としての性格を有するものであるといえるのではなかろうか。彼の論が呈示しているのは、合法性の要請の抽象的・理論的・観念的な完成ではなくして、具体的・現実的な貫徹という局面における最も実効的な制度論としての憲法裁判所論なのである。

こうしてみると、憲法裁判所制度は、違法行為の取消という、理論上の最も強力な合法性保障の定式を、現実には、憲法の場合において制度化するうえで、最も実効的な制度として評価できるのではなかろうか。

そして、合法性の要請がケルゼンの法理論に内在するものであるならば、憲法裁判もそこに内在するものであって、そして憲法裁判所制度は、その要請の可能な限りの、最も実効的な制度として評価できる。

(36) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 30.

(37) Ibid., S. 43 ff.

(38) Ibid., S. 51.

(39) Kelsen, RR II, S. 280.

(40) Hans Kelsen, General Theory of Law and State, 1949, p. 160.

- (41) Kelsen, RR II, S. 275.
- (42) Kelsen, General Teory of Law and State, p. 160.
- (43) Ibid.
- (44) Kelsen, RR II, S. 272; ders., Staatsgerichtshbarkeit, S. 45.
- (45) Kelsen, Staatsgerichtshbarkeit, S. 45.
- (46) Kelsen, RR II, S. 275.
- (47) Kelsen, RR II, S. 275 f.
- (48) Ibid. 勿論, 違法状態の解消という面からすれば, 上位規範の改正による, 当該違法行為の合法化という途もあり, その任に当たる機関も問題となる。しかしここでの論点は, 違法状態の排除ではなく, 違法行為の排除であるから, 違法行為定立官庁のほかに残るのは, その適用官庁のみとなる。そして, また, 最終的に, 法紛争は全て裁判所の前に持ち出されるのだから, ここで「とりわけ」裁判所が問題とされるのも理解されよう。
- (49) Kelsen, Staatsgerichtshbarkeit, S. 47 f.
- (50) Ibid., S. 45.
- (51) Marcic, op. cit., S. 54.
- (52) Ibid., S. 55. また参照, Kelsen, Aussprache, in VVDStRL 5, S. 119.
- (53) 憲法裁判所は, あくまでも憲法保障制度の一つであって, 決して唯一のものではない。「誰一人として, 憲法裁判所が, 唯一の憲法の番人であるとは主張しないだろう」(Kelsen, Hüter, S. 619)。参照, Merkl, Aussprache in VVDStRL 5, S. 101.
- (54) Kelsen, Staatsgerichtshbarkeit, S. 52; ders., RR II, S. 278 f.
- (55) Kelsen, Staatsgerichtshbarkeit, S. 53.
- (56) Kelsen, Hüter, S. 583 f.
- (57) Kelsen, Staatsgerichtshbarkeit, S. 55.
- (58) Kelsen, Hüter, S. 584.
- (59) Kelsen, Staatsgerichtshbarkeit, S. 56.
- (60) Kelsen, Hüter, S. 592.
- (61) Kelsen, Staatsgerichtshbarkeit, S. 56.
- (62) Ibid., S. 54.
- (63) かような, 憲法裁判所の独立性が徹底して貫徹されなくてはならないとすると, 特にその人的構成が問題となる。とりわけ問題となるのが政党政治からの独立性であるが, しかし, 裁判官の政治的動機に基づく考慮の存在は何人も否定し得ぬものであり, 政党政治からの完全な隔離は現実的に困難である。したがって, 完全な隔離に次ぐ次善の策として, 裁判官のメンバーの一部を政党の議席数を考慮して選出することを通じて, 他の裁判官の, 政治的利益擁護の信条を減少させる効果を期待する(ibid., S. 56 f.)。

- (64) 参照, Merkl, Aussprache in VVDStRL 5, S. 10.
- (65) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 57 ff.
- (66) Ibid., S. 60.
- (67) Ibid.
- (68) Ibid., S. 61 ff.; ders. Leitsätze, S. 86. 参照, Marcic, op. cit., S. 82 f.
- (69) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 66.
- (70) Ibid., S. 65.
- (71) Ibid., S. 68.
- (72) Ibid.
- (73) Ibid.
- (74) Ibid., S. 69.
- (75) Ibid., S. 70; ders. Hüter, SS. 595 ff.
- (76) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 70.
- (77) Kelsen, Hüter, S. 595.
- (78) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 70.
- (79) Marcic, op. cit., S. 82.
- (80) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 74. 民衆訴訟が, 理論上否定されてしまうわけではない点については, 参照, ibid., S. 87.
- (81) Ibid., S. 74 ff.
- (82) Ibid., S. 70.
- (83) Ibid., S. 71.
- (84) Ibid., S. 74.
- (85) Ibid., S. 72.
- (86) Marcic, S. 59. 参照, Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 78.

第3章 ワイマール共和国における司法審査権・ 憲法裁判所論争とケルゼン

前章では、ケルゼンの法理論の構造から合法性原理を浮かび上がらせたうえで、その保障制度たる憲法裁判所論の構造を明らかにした。そこで確認されたのが、憲法裁判所制度を貫く、構造原理としての合法性の要請、およびその制度上の貫徹・反映であった。こうした構造原理自体、ケルゼンの憲法裁判所論の特質を示すものであるといえよう。しかし、本稿の課題とする、法の論理による国家の論理の統制に応えるためには、この合法性の要請、その実現手段た

る憲法裁判所制度につき、それが法の論理と国家の論理、法と政治、憲法裁判と政治的決定との対立図式の中において示すところの特質を明らかにする必要がある。

こうした必要性に応えるべき素材を提供する一つの議論の場を、われわれはワイマール共和国における司法審査権（richterliches Prüfungsrecht）・憲法裁判を巡る論争の中に見出すことができる。そこにおいて問題とされたのは、第一に、裁判所が法律の憲法適合性についての手続面・実体面全てに關しての審査権を有するか否かという点、第二に、そうした裁判所の審査権の仕えるべき価値原理についてであった。

ケルゼンは、裁判所による、法律の憲法適合性審査を、理論上、手続面についても実体面についても肯定しており、その限りにおいて、彼の論は審査権肯定論者と同じ側に立つものであり、司法審査権否定論者、特に伝統的法実証主義の立場と一線を画するものである。しかし、また、ケルゼンの論ずるところは、前述の第二の論点、すなわち裁判所の法令審査権の仕える価値原理に関して、多くの司法審査権肯定論者の立場とも一線を画するものである。かように、理論上の、裁判所の法令審査権肯定という立場にも拘らず、否、むしろその肯定論を導き出す彼の論理の構造故に、ワイマール共和国における司法審査権について、それを、「民主制の自殺」⁽⁸⁷⁾という警句をもって批判するところにケルゼンの論理の特質が見出される一彼の合法性の論理が実定法の論理以外の何ものでもない、というところから導き出される特質である。

そこで、以下、ワイマール共和国におけるこの論議の推移を、実務の情勢と併せて概観しつつ、そこでのケルゼンの立場を把握し、そこにみられるケルゼンの論理の特質を、それと立場を異にする論者のそれと対比しながら明らかにしてみたい⁽⁸⁸⁾。

(1) 司法審査権についてのワイマール憲法の沈黙と学説

裁判所の法令審査権について、ワイマール憲法は二つの沈黙をもって、その是非の決定を回避し、後世の決定に委ねている、という特殊な問題状況を創り

出した。二つの沈黙，すなわち，一つは，法律に対する憲法の優位についての明文規定の不存在という沈黙⁽⁸⁹⁾，もう一つは，裁判所の法令審査権の是非についての明文上の規定の不存在という沈黙⁽⁹⁰⁾である。

そのために，法律に対する憲法の優位に基づくロジカルな解決によっても，また憲法の明文上の権限付与を根拠にした解釈論上の一義的な解決によっても，裁判所がライヒ法律のライヒ憲法適合性を審査する権能を有するか否かについて回答を与えることは不可能であった⁽⁹¹⁾。この問題の解決は，後の実務および学説の展開に委ねられた⁽⁹²⁾のであるが，それは政策および利益衡量によって決定せられる議論として行なわれざるを得ない性格のものであった⁽⁹³⁾。

したがって，この二つの沈黙を伝統的法実証主義のドグマによって捉え，憲法制定権力と立法権を等視し，大統領の認証（Ausfertigung）によって法律の憲法適合性は確定されるとの根拠によって，司法審査権を一義的に否定するアンシュッツの学説⁽⁹⁴⁾はその影響力を失い⁽⁹⁵⁾，議論は目的論的・利益衡量論的・政策論的な学説によって行なわれた。

ともかく，この司法審査権の是非が，まず議論の対象となったのである。そしてこの是非論は，前述の如く，憲法明文規定上の二つの沈黙のために，目的論的・利益衡量論的政策論として，いわば必要性の有無についての論争とならざるを得なかったのである。そうした論法の上に，司法審査権の必要性を否定したのがリヒャルト・トーマであり，同じ論法によって，その必要性を肯定したのがハインリッヒ・トリーペルであった。

トーマは，1922年10月14日に行なわれた第1回ドイツ国法学者大会における報告の中で，この問題の解決は論理でなくして主観的利益衡量によってなされるべきだと主張，そのうえで，ライヒ議会多数派によるライヒ憲法の侵害を防ぐ方策としては，ライヒ参議院の異議申立権，また，国民表決の請求に必要な票数——有権者数の20分の1——を集めるのに必要な期間を少数派に与える意義を持つ，2か月間の法律公布停止を求め得る，法律制定議決に加わった総議員の3分の1の数の議員の権限，そしてまた，大統領の，法律の認証・公布に際しての法律の憲法適合性の審査の権限と義務といったワイマール憲法の備える諸制度が，「明白なかつ意識的な憲法侵犯を行なう諸法律に対する強力な保

障」としてあるのだから、「司法審査権による助けは必要でない」と主張し、さらに無意識的な憲法侵犯については、民主制を通しての議会構成員の交替という政治的制度で十分だとしたのである。したがって司法審査権は不要であり、ドイツの裁判所は、法律公布形式の審査のみに限定されたドイツ、否、ヨーロッパの伝統を保持すべきだと論じた⁽⁹⁶⁾。

このトーマのテーゼは、同大会においては出席者の過半数により支持され、その反対論は少数であった⁽⁹⁷⁾。しかし、この目的論的考察は、それが必要性論という主観的なものであるため、このトーマのそれとは逆の結論にも至り得るのである。まさにトリーペルがそうであった。

トリーペルは、司法審査権の是非については「憲法は完全に沈黙している」のであり、明文上一義的に解答は得られないとの立場を採りつつ、やはり目的論的な考察を加える。トリーペルによれば、議院内閣制は行政府を議会に従属させるものであり、公民 (Staatsbürger) の自由にとっての最善の保障を提供する権力の均衡を突き崩すのであるから、ここで司法審査権を排除するならば、「自由のそれ以上の防護壁は否定されるだろう」し、ライヒ議会を、司法審査権による統制の下に置かないことによって、完全な主権をライヒ議会に与えるならば、「基本権の大部分は、その憲法上の保護を奪われるだろう」からこそ、議会制共和国においては、司法審査権は、「権力に貪欲な議会に対抗する、市民的自由の、唯一ではないとしても、最も重要な保護である」として肯定されるというのがトリーペルの論じたところである。そして、彼は、その当時においては、ドイツの政治家・法律家が、かかる制度の必要性については、尚それを認めるような意識を十分に持っていないとの状況を指摘している⁽⁹⁸⁾。

(2) 判例による司法審査権肯定と学説における「自然法」の援用

確かに、ワイマール共和国の初期においては、司法審査権否定論が優勢であった。しかし、時の経過と共に肯定論が優位を占めるようになっていくのであった。そして最終的にはこの問題は実務によって有権的に解決されたのであ

る。すなわち、1925年11月4日の大審院（Reichsgericht）の判決の中で、司法審査権は肯定された。

ここで、大審院は、「裁判所は、ライヒ法律の、ライヒ憲法適合性審査の権限を有するか」という問題に対して、「ライヒ憲法は、102条において、裁判所は独立であり、法律にのみ服するという[……]原則を継受した。この規定の後段は、あるライヒ法律、もしくはその諸規定のうちの個々の条文が、裁判官によって守られる、他の、それに優位する諸規定と矛盾している限りにおいて、その妥当性が、裁判官によって否定されることを排除するものではない。それは、ある法律が、ライヒ憲法に挙げられた法規定に矛盾しており、そしてその公布に際し、ライヒ憲法76条により、憲法改正について定められた要件を提示していない場合である。[……]ライヒ憲法自体は、ライヒ法律の、ライヒ憲法適合性についての裁断を、裁判所から奪い、ある特定の他の官職に委ねる規定を含まないのだから。ライヒ法律の、ライヒ憲法適合性を審査する、裁判官の義務と機能が認められなくてはならない」⁽⁹⁹⁾と判示した。

これにより、論点は、司法審査権の是非という点から、「それを評価し、位置付ける規準そのものの争い、つまり法実証主義か自然法への回帰か、国家と法とはいかなる関係にあるか、という方法論の戦場で展開され」⁽¹⁰⁰⁾る問題へと移っていくのであった。

この時期に、自然法への回帰、自然法を通しての議会制定法の拘束を唱えたのがエーリッヒ・カウフマンであった。「ライヒ憲法109条の意味における法律の前の平等」をテーマとする1926年5月29日の第4回ドイツ国法学者大会の報告において、カウフマンは「法学において実証主義は一掃されたものとして見做され得る」との立場から、「全ての法的現象の背後に、全ての現象一般の背後にあるもの」の探求、「一つの超実定秩序への信仰」、つまり自然法思想への確信を主張した。そのうえで、法律の前の平等の原則が、「特殊な自然法に基づく」もの、「超実定的に妥当する」ものであると論じ、この原則が「第一に立法者に向けられる」ものであるとした⁽¹⁰¹⁾。すなわち、「立法者は法（Recht）の生産者ではない。[……]国家は法を生産するのではなく、法律を生産する。そして国家と法律は法の下に位置する」⁽¹⁰²⁾という意味においての、

法による法律・立法者の拘束を説いたのである。そしてこの法が、法律の前の平等の原則のみならず、憲法上規定された基本権全てに同化される⁽¹⁰³⁾。そして、かような立法者の拘束を担うものとして、カウフマンは司法審査権を肯定するのである⁽¹⁰⁴⁾——ここで裁判官は、法律の適用者でなく、法の適用者となる⁽¹⁰⁵⁾といえよう。

(3) 違憲審査権の権限集中論と国事裁判所の本質論

こうして司法審査権が肯定され、実際に用いられ始めると、学説上・実務上の論点は更に移行し、審査権の国事裁判所への集中の法制化という問題が扱われるようになる。学説上、国事裁判所への審査権集中の法制化については、司法審査権肯定論者・否定論者双方から——一部の論者を除いて⁽¹⁰⁶⁾——共に要請されていたのである⁽¹⁰⁷⁾。

厳密に言えば、その動機は両者各々異なるものであった。すなわち、司法審査権肯定論者は、管轄の異なる最上級審裁判所間の判例の食い違いや、下級審裁判所の確定判決の引き起こす法的統一・法的安定性に対する危険性を克服することを動機としており⁽¹⁰⁸⁾、これに対して、司法審査権否定論者は、審査権の法律上の明文規定による権限の基礎付けの先ず何よりの必要性⁽¹⁰⁹⁾、あるいは、現実の制度の変遷を目の前にしての半ば妥協的な打開策としての権限集中という形での審査権の容認⁽¹¹⁰⁾ということをその動機としていた。

とはいえ、こうした意見の一致は、1926年9月14日の第34回ドイツ法律家会議公法部会第2分科会における決議⁽¹¹¹⁾において結実したのである。

こうした学説上の一致は実務においても反映される。1926年と28年の二回にわたり、国事裁判所への法令審査権の集中＝国事裁判所の権限拡大を内容とする法律案が、ライヒ議会に提案された⁽¹¹²⁾——しかしながら、それは議決されぬままに終わったのであるが。また、この時期、国事裁判所は、1927年10月25日判決⁽¹¹³⁾において、ワイマール憲法19条の「ラント内の憲法争議」には、ライヒ憲法上の争議も含まれるとして、自らの地位を「憲法の番人」⁽¹¹⁴⁾と称した——しかし、憲法に定められた権限は、これ以上の拡張を許すものではな

く、「ライヒ内の憲法争議」をも裁断し得る完全な「番人」たるには、先の法律の成立が必須であった。

ともかくも、こうした実務の推移と学説の一致の結果、議論の対象となったのは、——司法審査権に関して、論点が、その是非からその仕える原理の規定に移行したのと同様に——国事裁判所への違憲審査権限集中の是非ではなく、その「本質と発展」であった⁽¹¹⁵⁾。このテーマ——「国事裁判の本質と発展」——の下、1928年4月23日に行なわれた第6回ドイツ国法学者大会であるが、そこで報告に立ったのはハインリッヒ・トリーペルとハンス・ケルゼンの二人であった。

ワイマール共和国初期より司法審査権を主張してきたトリーペルであるが、ここでは、彼は、憲法・憲法争議の政治性を強調し、かかる政治的争議が憲法裁判の「本質」と矛盾する⁽¹¹⁶⁾という議論を展開し、憲法裁判所への懐疑を表明した。その際、トリーペルは、従来彼が司法審査権に求めてきた機能、「権力に貪欲な議会に対抗する、市民的自由の〔……〕保護」⁽¹¹⁷⁾については、これを、かかる政治的な憲法争議の領域とは区別された通常の裁判の領域——いわば非政治的な領域——に位置付けており⁽¹¹⁸⁾、従来の論との両立を図っている。

これに対し、ケルゼンは、第2章でみたように、徹底した法の論理に従って、憲法裁判所論を展開した。ケルゼンによれば、憲法・憲法争議と憲法裁判の本質が矛盾するなどというのはいり得ないことである⁽¹¹⁹⁾。

(4) 「憲法の番人」論争

これらの議論は、ワイマール共和国の終末と共に、決定的な解決をみないままに終わったのである。常に保守派によって批判されてきた議会そのものが、共和国末期に至るとその能力を喪失し、いわゆる大統領統治が常態化していた。この時期、1930年代初頭、ライヒ大統領をして、唯一の「憲法の番人」たらしめ、それに万能性を認めるカール・シュミット⁽¹²⁰⁾と、あくまでもライヒ大統領の権能を実定憲法の規定する枠内においてのみ認め、憲法裁判所存立の余

地を擁護するケルゼン⁽¹²¹⁾との間に論争が行なわれた——いわゆる「憲法の番人」論争である。

シュミットにおいては、通常の個々の憲法の明文規定（シュミットによれば「憲法律」）を超えて、それに優越し、それを停止・破毀し得るものとして、その存在が前提される「政治的統一体」が憲法制定権力の担い手を通して行なう、自らに特有の政治的実存形式に関する規定、すなわち「政治的実存の性質と形式に関する一つの具体的な政治的決断」としての「実定的意味における憲法」が措定される。そして、憲法が不可侵である反面、憲法律は、非常事態のような「例外状態」においては、その効力を停止され、破毀される。個々の憲法律を不可侵として、憲法の保護にとっての乗り越え得ざる障壁としてはならない⁽¹²²⁾。そして、憲法の番人は、「実定的意味における憲法」を守るために個々の憲法規定を停止・破毀できる国家緊急権をもって事態に対処する大統領だということになる。シュミットによれば、大統領は、「ドイツ国民の、憲法に従った統一と全体性の番人かつ守護者」である⁽¹²³⁾。

これに対し、「憲法の保障——すなわち、それを通じて議会または政府の憲法に直接基づく一定の国家行為がコントロールされる装置——を求める法政策上の要請は、国家諸機能の可能な限りの合法化という特定の法治国家原理に適合する」というケルゼンによれば、「憲法保障の最良の形についての法技術的な問題もまた、憲法の特質と憲法によって定められた政治権力配分を顧慮すれば非常に様々に答えられ得る」が、「憲法の政治的機能は、権力の行使に法的制限を設けることである。憲法保障が意味するのは、この法的制限が破られないための保障を作り出すことである」⁽¹²⁴⁾。そしてケルゼンによれば、「ライヒ大統領が憲法によって委ねられた [……] 全ての諸機能によって憲法の『番をする (hüten)』ならば、にライヒ大統領は『憲法の番人』、憲法の執行者と呼ばれる。その場合また、ライヒ議会およびその他憲法に直接基づく諸機関もライヒ大統領と同様に『憲法の番人』である」⁽¹²⁵⁾。

この時点で、論争の的は、すでに、ワイマール憲法の定める統治構造そのものの全面的変容⁽¹²⁶⁾、すなわち、ライヒ大統領が実定憲法上の諸規定を超えて国民 (Volk) の名により、あるいは憲法の名によって、万能なる権限を持

つのか否かという点に及ぶものであった——むしろこのような極端な状況において、超実定的価値原理の名によって司法審査権を主張した理論と、あくまでも憲法の法論理的機能と形式性のみによって裁判所の法令審査権、特に憲法裁判所制度を要請したケルゼンの理論との間の決定的な相違、その究極の行き場の違いが赤裸々になったともいえる。

(5) 議論の終焉とその評価

歴史的な事実は議論よりも先へと進んだ。ライヒ大統領という、一応の実定憲法上の機関をも超えて、総統のみを帝国の番人とする第三帝国の登場は、国家を総統の下一元的に統合するものであった。そして、保守派にとって目の敵であった議会も、また、それに対抗する手段としての司法審査権も全ては命脈を断たれたのである。

結局、司法審査権・国事裁判所を巡る、ワイマール共和国における議論は、学説上の混乱におけるほどには、実際における重大な政治的混乱、あるいは対応の動きをもたらすものではなかった。確かに、大審院は自らの法令審査権を肯定した。しかし、この審査権によって、実際にライヒ法律が憲法違反とされたのは、ワイマール共和国の歴史を通してただ一度であった⁽¹²⁷⁾——その唯一の事例においても、ライヒ議会の反発は強力なものではなかった⁽¹²⁸⁾——こともあり、裁判所と議会の決定的な衝突は起こらなかった⁽¹²⁹⁾。司法審査権の脅威は潜在的なものにとどまったのである。また、国事裁判所の権限拡大を内容とする法制化の動きも未完のまま終わった。多くの問題は、現実の世界では、その重大性を現さなかった。とはいえ、現実の政治過程における平静さにも拘らず、やはり問題自体は重要なものを含んでいたのである。

さて、そうすると、以上みてきた議論の推移の中で、ケルゼンはいかなる位置を占めるのか。彼の法理論によれば、実定法によって制限されぬ限り、司法審査権はアプリアリに要請されるものであり、したがってワイマール憲法に関しても司法審査権は肯定されるものとなるであろう。また、ケルゼンは、法秩序の統一性という観点から審査権の集中を説いていた。したがって、結果にお

いては、ケルゼンの理論はトリーペル等の司法審査権肯定論と軌を一にするものであり、また、とりわけ大審院判決に示された司法審査権肯定論は、憲法上の沈黙からアプリアリに審査権を肯定する点において、ケルゼンの論じたところとその構造を同じくするものであった⁽¹³⁰⁾。しかし、こうした司法審査権肯定という立場にも拘らず、否、そうした結論に至る法理論の構造故に、ケルゼンは、ワイマール共和国における裁判官層の保守・反動性、その判決の持つ保守・反動的な、議会制定法への敵対的な態度に直面したからこそ、かかる傾向の裁判官に司法審査権を委ねるのは「民主制の自殺」⁽¹³¹⁾であるとの警句を發したのであろう。実際、トリーペルらが司法審査権に求めたのは、所有権秩序の現状保護であり、それら価値秩序の議会からの法的——裁判を通じての——保護であって、その論ずるところは「法律に対する憲法の優位どころか、それをはるかに越えたもの」⁽¹³²⁾を志向するものであった。司法審査権は、そうした価値秩序保護の役割を果たすものであり、それはその背後に控える「政治」領域に従属し、総体としての国家の論理を法的に実現するためにその一部を構成するものであった。結論において、その論理は反議会制的であった。

ケルゼンは、そのような超実定法的価値的・反議会制的理論と、その論ずるところを異にする。彼は、ワイマール共和国における議論の中においても、自然法・政治との関連で司法審査権を論ずることを批判してきている。憲法の解釈論のレベルではともかく、立法論上、憲法裁判所の確立については、司法審査権肯定・否定双方の論者において——一部を除き——一致して要請された中において、常に論争の基底を成していたのは、裁判所の法令審査権の仕える原理についての対立であり、その脈絡において、ケルゼンの理論の持つ特質は明らかになる。

ワイマール憲法の条文解釈論における司法審査権の是非論は、そのみにおいては、当該憲法に特有な相対的問題である⁽¹³³⁾。むしろ問題とされるべきは、そうした審査権の仕える原理——つまりは、審査権を要請し、裁判所の行態を規定する原理——である。ケルゼンの理論の特質を成すのも、やはりこの原理についての特色である。

以下、そうした観点から、ケルゼンの憲法裁判所論の示す特質について主要

な点を明らかにしてみたい。

- (87) Wendenburg, op. cit., S. 129の脚註において, ノイマンが, そのように伝えている (Franz L. Neumann, Die Gesellschaft IV (1929-II), S. 534) と引用されている。ここでは, そのノイマンの記述に直接当たることはできなかった。
- (88) この時期の議論について扱ったもので, 本稿作成に際して参考としたものは, Wendenburg, op. cit.; Friedhelm Hase, Richterliches Prüfungsrecht und Staatsgerichtsbarkeit—Zu den Auseinandersetzungen über Formen einer justiziellen Kontrolle der parlamentarischen Gesetzgebung in Weimar, in: Friedhelm Hase/ Karl-Heinz Ladeur, Verfassungsgerichtsbarkeit und politische System, 1980, S. 103 ff.; Christoph Gusy, Richterliches Prüfungsrecht — Eine verfassungsgeschichtliche Untersuchung, 1985; Helmut D. Fangmann, Justiz gegen Demokratie—Entstehungs- und Funktionsbedingung der Verfassungsjustiz in Deutschland, 1977; Hartmut Mauer, Das richterliche Prüfungsrecht zum Zeit der Weimarer Verfassung, DÖV 1963, S. 683 ff. また参照, 畑尻剛『憲法裁判研究序説』(1988年) 52頁以下。
- (89) Gusy, op. cit., S. 75. 参照, Walter Jellinek, Verfassungswidrige Reichsgesetz, DJZ 1921, S. 753.
- (90) Wendenburg, op. cit., S. 51.
- (91) Fangmann, op. cit., S. 115; Wendenburg, op. cit., S. 51.
- (92) Fangmann, op. cit., S. 112; Wendenburg, op. cit., S. 47.
- (93) Fangmann, op. cit., S. 115.
- (94) Gerhard Anschütz, Die Verfassung des Deutschen Reichs vom 11. 8. 1919, 14. Aufl., 1933, Art. 70, Anm. 2; Art 102, Anm. 3.
- (95) Fangmann, op. cit., S. 116.
- (96) Richard Thoma, Das richterliche Prüfungsrecht, AöR 43 (1922), S. 276 ff.
- (97) Wendenburg, op. cit., S.60. トーマに対する反対論については, Hans Nawiasky, Zur Frage des richterliches Prüfungsrecht, DJZ 1923, S. 40 f.
- (98) Heinrich Triepel, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, AöR 39 (1920), S. 537 f.
- (99) RGZ 111, 320 [322 f.].。参照, Mauer, op. cit., S. 684 f.
- (100) 広瀬清吾『法律からの自由と逃避——ヴァイマル共和制下の私法学』(1986年) 292頁。また同書82頁以下も参照。
- (101) Erlich Kaufmann, Die Gleichheit vor dem Gesetz im Sinne dea Art. 109 RV, VVDStRL 3 (1927), S. 3 ff.
- (102) Ibid., S. 20.

- (103) Ibid., S. 6.
- (104) Ibid., S. 18 ff.
- (105) Gusy, op. cit., S. 105.
- (106) ここで反対の立場にあったものの代表格がカール・シュミットとヘルマン・ヘラーであった。参照, Wendenburg, op. cit., S. 224.
- (107) Wendenburg, op. cit., S. 222 ff.
- (108) Fangmann, op. cit., S. 121.
- (109) Ibid.
- (110) Wendenburg, op. cit., S. 119.
- (111) Verhandlungen des 34. DJT, Bd. 2, 1927, S. 288.
- (112) 参照, Fangmann, op. cit., S. 119 ff.; Wendenburg, op. cit., S. 37 ff.; Wilhelm Külz, Die Prüfung der Verfaassungsmäßigkeit von Vorschriften des Reichsrecht, DJZ 1926, S. 837 ff.
- (113) RGZ 118, Anhang, S. 1. また, 林田和博「国事裁判所制度——ワイマール憲法第一九条を中心として」同『憲法保障制度論——公法論文選——』(1985年) 80頁以下。
- (114) RGZ 118, Anhang, S. 4.
- (115) Wendenburg, op. cit., S. 75.
- (116) Heinrich Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, VVDStRL 5 (1927), S. 8; S. 28.
- (117) Triepel, Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, S. 537.
- (118) Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 21 f.
- (119) Kelsen, Aussprache, VVDStRL 5, S. 119.
- (120) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931. また, 参照, ders., Das Reichsgericht als Hüter der Verfassung (1929), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 bis 1954 - Materialien zu einer Verfassungslehre, 2.Aufl. (1973), S. 63 ff.
- (121) Kelsen, Hüter
- (122) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 21 f. 26 f.
- (123) Schmitt, Der Hüter der Verfassung, 1931, S. 158 f.
- (124) Kelsen, Hüter, S. 576 f. 傍点, 原文ゲシュペルト
- (125) Kelsen, Hüter, S. 620. 傍点, 原文ゲシュペルト。
- (126) まさに, シュミットの意識の中にあっただのはこれであった。参照, Schmitt, Der Hüter der Verfassung, Vorwort.
- (127) RGZ 124, S. 173 (1929年4月19日判決)。本件においては, プロイセン・ラン

ト保安警察首に対しての裁決権を通常裁判所から奪っている，ラント保安警察に関する1922年7月17日ライヒ法律7条・8条が，「公務員の恩給請求権上の請求に対しては，出訴の道が開かれる」と規定するライヒ憲法129条1項4文に違反するとされた。参照，Wendenburg, op. cit., S. 52.

(128) Fangmann, op. cit., S. 142.

(129) Wendenburg, op. cit., S. 52.

(130) 参照，Mauer, op. cit., S. 684 f.

(131) 参照，Wendenburg, op. cit., S. 129.

(132) クルト・ゾントハイマー [河島幸尾・脇圭助訳]『ワイマール共和国の政治思想』（1976年）72頁。

(133) 宇都宮純一「合憲性審査権の法理の歴史的展開——第一部・ドイツにおける理論的展開・補論——ハンス・ケルゼンとルドルフ・スメント，その批判的検討——」『山形大学紀要（社会科学）』18巻1号（1983年）13頁以下は，論争が，「見方によれば，実定憲法の解釈レベルでの対立であって立法論のレベルでの対立ではなかったと考える余地があったことも否定できないところである」と評価する。参照，Wendenburg, op. cit., S. 205, S. 222 ff; Fangmann, op. cit., S. 118, 129.

第4章 ケルゼン理論の特質

前述したような論点，すなわち裁判所の法令審査権の仕える原理についての対立は，ワイマール憲法下における議論を一瞥したならば，（1）憲法の優位の基礎付け＝憲法と自然法・政治，（2）裁判所と政治部門の関係，（3）議会民主制との関連という三つの論点において具体的に示され，そしてケルゼン理論の特質も，その中で示される。以下，順を追って，この三つの論点について触れ，ケルゼンの理論の特質について考察を加えてみたい。

(1) 憲法と自然法・政治

ケルゼンは，伝統的・立憲君主制的法実証主義理論とは立場を異にし，法律に対する憲法の優位性を，単にその「高められた形式性」のみならず，その法論理的先行性によって基礎付けた。しかしながら，憲法の優位性を主張するといっても，それはあくまでもその法論理的先行性および「高められた形式性」

にのみ基づいてなされるのであって、決して、憲法規範の実質的価値の重要性なり根本性なりに基づいて主張されるものではなかった。その点においてケルゼンは、カウフマン、トリーペル、シュミットらの憲法優位論とその論ずるところを異にし、実際の裁判所の行態・役割の範囲の規定に関しても大きな差異を示すのである。

カウフマンは、憲法の基本権規定の法律に対する優越性を、「超実定的に妥当する」法原則、「最上位の法原則」としての内容、すなわち「特殊な自然法」への適合性・関連性によって基礎付け、そしてそのような特別な内容をもった法が立法権に優越しこれを拘束すると説いたのであった⁽¹³⁴⁾。

また、トリーペルは、憲法上の基本権規定につき、それが自由主義的法治主義の原理に基づくものであり、国家権力を制約するものとして捉え、その保護を全ての裁判官の任務とし、その限りで司法審査権を認めている⁽¹³⁵⁾のであるが、しかし他方において、やはり実質的に規定される憲法の性格、すなわち「国家生命を規律する」法秩序、「国家統合過程の法秩序」、そして「政治に関する法」という政治的性格は、逆に基本権の領域と異なり、裁判的統制に矛盾する⁽¹³⁶⁾ものとして、いわば非裁判規範的に、その優越性・政治的優越性を占めるのである。

更に、シュミットにおいては、通常の個々の憲法律を超えて、それに優越し、それを停止・破毀し得るものとして、政治的統一体が憲法制定権力の担い手を通して行なう、自らの特有の政治的実存形式に関する規定、「政治的実存の性質と形式に関する一つの具体的な政治的決断」としての「実定的意味における憲法」が措定される。⁽¹³⁷⁾

このように、憲法は、何らかの実質的価値原理と結び付けられている。そして、かかる実質的価値は、実定憲法の内に、あるいは外にあるものとして正当性を主張するのである。憲法は、かかる価値原理の一つ・一部として位置付けられる⁽¹³⁸⁾。

ここで憲法の根本性を基礎付けるべく用いられた実質的価値原理はいかなる意味を持つのか。

カウフマンの主張に対し、ケルゼンは、「自然法が一掃されておらず、一掃

されないであろうことと同じく、法実証主義は一掃されておらず、決して一掃されることはないであろう。この対立は、永遠なるものである」と応え、批判を加える。カウフマンのいう「自然法」については、ケルゼンは、それを、「ラジカルな主観主義」を招く「法学上の形而上学」に拠るものであって、それは「客観的・一義的・特定の秩序」でなく、「多くの、互いに非常に異なる、相互に対立し合う」秩序へと至るものであるから、結局、実定宗教として現れ、実定法の地位にとって代わる最高位の権威を主張するものだとして批判した⁽¹³⁹⁾。

また、トリーペルのいう「政治的なるもの」、「統合」については、ケルゼンは、それを、「形而上学であり、神話に属する」ものとし、それによって「法から異質な、そして、法的規律、更にまた法規範の複合体としての憲法から免れる領域」が創り出されるという批判を加えた。ケルゼンによれば、「何らかの理由から、いわゆる『政治的』争議を、裁判所を通じては裁断させないことを望ましいと主張し得る。しかし、この要求を、憲法の本姓・本質・あるいは概念から演繹することは許されない。なぜならば、それ自体不可能であり、そして[……]憲法を法として、法秩序として認めたならば、ヨリ一層不可能となるからである。さらに、客観的な法廷によるその適用に、強力な権力をとって代えさせるならば、それは殆どこの『法』の否定を意味する」⁽¹⁴⁰⁾。

そして、また、シュミットの議論において、憲法を制定する、政治的決断を下す主体として措定された「政治的統一体」については、それが、「特定の政治的観点から望まれた状態」という「実質的な性格を有するものであり、単なる形式的性格を有するものではない」、ある種の「自然法的な願望理念」であり、実定憲法にとって代わるものである点を、ケルゼンは指摘した⁽¹⁴¹⁾。

結局、憲法の優位・根本性を基礎付けたこれらの実質的価値原理は、実定憲法を超えて、これにとって代わるべきものであり、これを客観的に妥当するものとして認めることは、それをを用い、援用する国家機関の違法行為の正当化を容認するものである。

ケルゼンに従うならば、かかる実定法・実定憲法の拘束から免れた一定の原理を通しての、国家権力の正当化は認められない。ケルゼンによっては、憲法

の優位性は、その内容・実質的価値によってではなく、その機能・法的論理によって、そしてそれに加え、高められた形式性によって規定された。それ故、彼のいう合法性の要請は、あくまでも実定法・実定憲法そのものへの適合の要求なのであって、それを離れた一定の実質的価値原理への適合を求めるものでもなく、それによって、実定法・実定憲法上認められぬ行為を正当化するものでもない。全て国家作用は、憲法裁判も含め実定憲法の下にある。国家機関は、憲法裁判所も含め、実定憲法とは別の一定の実質的価値原理への扉を開く鍵を持つものではない。この意味において、全て国家作用は憲法の拘束から免れ得ぬものであり、そして、この拘束を、この拘束のみを確保するのが憲法裁判所を通じての法的統制なのである。したがって、実定憲法に基づいてなされる憲法裁判所の統制から免れ得る国家作用の領域は、存在し得ない。およそ国家の作用であれば、憲法の拘束、そして憲法裁判による統制を免れ得るものは認められない。これがケルゼンの法理論上の帰結であり、それは実質的価値原理から解放された考察の所産である。

(2) 裁判と政治的決定

前項に述べた点と密接に関連するが、裁判所による法的統制を政治的領域から排除し、この部分への憲法の拘束力を免除する議論は、裁判所の機能を実質的に規定し、限界付けることにより、その作用を、政治的領域とは異なる非政治的領域に留まらせるという仕方でもって打ち出されるものである。

シュミットは、「市民的法治国家」における司法権の規定に際して、その「独立性」と、「要件事実の包摂を可能とする一般的規範への裁判官の拘束」との密接な結び付きを基本原理とし、裁判判決は、その内容を、予め法律によって規律されていた内容によって規定されるのであって、法律の内容についての決定はこの司法権の範囲外のものであるとし、かかる意味での政治的決定は立法府の決定事項であり裁判官のそれではない点を主張し、裁判の非政治的性格を強調した⁽¹⁴²⁾。それ故、裁判所の法令審査権は、この実質的に規定された機能の外には出られぬという制限を受けるのである。シュミットが、司法

の抑制なき拡大は、裁判所を政治機関に変えてしまう⁽¹⁴³⁾との批判を加えるのも、こうした立場によってなのである。

司法審査権を、一貫して肯定してきたトリーペルにおいても同様である。一方で、彼は、基本権保護を全ての裁判官の任務としつつ⁽¹⁴⁴⁾、しかし、他方で、政治的な憲法争議については、これを裁判の対象とすることを矛盾であるとし、これに懐疑的である⁽¹⁴⁵⁾。つまり、裁判を通しての統制はやはり附加的なものであるといえる。また、カウフマンは、これにつき直接語っていないが、自然法原理に基づく基本権保護を任とする裁判所の統制は、やはり何らかの超実定法的な政治的原理の前には立ち止まってしまうのではないかという疑念が残る⁽¹⁴⁶⁾。

ここで、裁判所の権能行使を立ち止まらせるものは何か。それは、政治的に司法を無であるとする論理——政治的決定と裁判との、政治部門と裁判所との質的区分の論理——であり、その論理は、前提された一定の政治的価値原理と結び付けられて導き出されるものである。その結果、政治的決定から、裁判所による法的統制は遠ざけられる。すなわち、ケルゼンによれば、政治の名、裁判の本質の名によって、裁判可能な素材と不可能な素材とを区別し、後者への司法権の拡大を否定し、そこへの裁判所の法的統制を閉ざすのである⁽¹⁴⁷⁾。したがって、ここで認められる司法審査権は、附随的な・副次的な限られたものなのである。その背後、それを超えたところには、裁判の手のとどかぬ、故に法の手のとどかぬ広大な政治的領域が存在する。そこでは、結局、為政者の恣意が支配せざるを得ず、国家の論理は完全に自由な活動領域を保障されるのである。一方において司法審査権を認める実質的価値原理の体系は、他方においてその限界を形成する。

ケルゼンにとって、裁判所の権能は、立法・行政のそれと質的に区別されるものではなく、すなわち、政治部門のそれと区別されるものではなく、それによって質的に限界付けられたものでもない。憲法裁判所が裁判所であり、憲法裁判が裁判であるとの、ただそれだけの理由のみによっては、それが政治的領域から遠ざけられるべきだという意味での、すなわち非政治的たるべしという意味での、その限界は何ら導き出されない。

裁判は、立法・行政と同じく、法の適用・生産なのであり、憲法裁判についてもこれと同様のことがいえる。そして、ここで決定的な要素は、その裁判の対象の政治的・非政治的性格ではなく、その法的性格、つまり法適用の対象であるという性格である。その対象が政治的なものであったとしても、それが裁判の対象として相容れぬものとされるべきではない⁽¹⁴⁸⁾。ケルゼンによれば、「法と裁判所は互いに本質的に結び付けられているのだから、裁判への矛盾は、必然的に、法への矛盾を意味する」。憲法は、他の法規範と同じく法であり、憲法裁判は、他の裁判と同じく裁判であり、実定法の適用である⁽¹⁴⁹⁾。とすれば、憲法裁判が否定、あるいは制限される理由は、審査対象の政治性、そしてその判決の実際上の効果の政治性には見出されないことになる。

またシュミットを批判してケルゼンは次のように述べる。すなわち、「何らかの方法で把握された『司法』の概念から、ここで『憲法裁判』として示される制度が不可能または無駄なものであると結論づけることは、今日いやすでに一掃されたものと見做され得る、かの『概念法学』の典型的なケースだろう」⁽¹⁵⁰⁾。そして、「カール・シュミットは第一に、裁判官の『判決』は『内容的に、他の、計量可能で予測可能な、法律の中にすでに含まれている決定から導き出される』(S. 38)と主張する。この理論もまた立憲君主制のイデオロギーの存続に由来する。すなわちそれによれば、君主から独立した裁判官は、法律が裁判官に認めそして——法律が一般的性格しか持ち得ないのが故に——認めなければならない権力を自覚すべきでない。裁判官は、自らが法を創造的に生産するのではなく、すでに生産された法、法律の中にすでに完成して存在している決定を『発見する』のだと信ずるべきであることになる。それは今日もはや看破されている」⁽¹⁵¹⁾。

(3) 議会民主制との関連

これまで考察を加えてきたように、憲法がメタ法的に、とりわけ政治的に規定され、加えて、裁判所の機能が非政治的なものとして規定されたことによって、憲法は、究極的には、裁判によってではなく、政治によって保障され

るものとなる。そして裁判所による法令審査は、付随的に、非政治的領域の中でのみ認められるものとなる。かように限定された領域において司法審査権に求められたのは、保守的イデオロギーに基づいた価値体系、とりわけ所有権秩序のstatus quoを、議会制定法を通じての侵害から法的に保護するものであった。その位置する価値体系全体からみれば、それは権威的・行政国家的国家統合システムの一翼を担うものであり、それに反するシステムたる議会民主制＝実定憲法上の立法手続に対抗する統合過程の一部を成すものであった⁽¹⁵²⁾。

しかし、実定法の観点からすれば、何らかの実質的価値原理は、たとえそれが実定法として規定されていたとしても、そのみでは、すなわち、その生産手続規律における先行性抜きにしては、その優位性が問題とならないものである。憲法に規定された、法律の内容についての規律、それは、法律生産手続によっては、これと相反する内容の規範を生産すべからずという意味において、その手続的側面と結び付いてのみ法律に対する優位が、法的に意味あるものとなるのである。したがって、この実質的原理そのものに、何らかの政治的・超実定法的観点に基づいた重要性・根本性によって、憲法によって規定された法律生産手続からの解放と独自の生産手方法の設置が認められるなどというのはありうべからざることである。法の生産は、合法的に・合理的になされるべきものであって、非合法的に・不合理な方法でなされるべからざるものなのである。

ケルゼンの論ずるところ、実定憲法の規定を離れてなされ得る法生産手続も、またそれを支えるいかなる原理も、法的なものとしては、したがって国家作用としては認められない。したがって、そうした「新たな」法生産手続を確立し、それを保護するというのは、いかなる意味においても、国家機関の法的権限の中にあるものではない。それは、裁判所によって保護されるものではなく、また、裁判所自体がそうした「新たな」プロセスの一翼を担うことも認められない。ケルゼンが、憲法適合的に成立した法律を、憲法規定上の「正義」等の価値原理への違反のみを理由として破棄した場合に憲法裁判所が手に入れる万能の権力に警句を發し⁽¹⁵³⁾、かような価値原理について「この裁判所の裁判官が正しいと解することは、国民の過半数が正しいと解することと全く相反する

ことがあり得るし、また、その法律を議決した議会の過半数が正しいと解することと疑いなく相反する」こと、そして、「『正義』なり、これと似た、詳細に規定されぬ、極めて多義的な語句を用いて、議会により議決された法律を、憲法裁判所のような、多かれ少なかれ恣意的に構成された政治的合議体の自由裁量に従属させること」は、「憲法によって確かに意図されていない、政治的に適切でない、議会から、その外にある法廷への権力の移動」を意味する⁽¹⁵⁴⁾と述べていたことが想起されるべきである。

ケルゼンが、憲法裁判所を通して保障しようとするのは、実定憲法に規定された立法手続であり、その憲法適合性であり、その枠内における法律の妥当性なのである。したがって、議会民主制との関連において憲法裁判所の政治的機能が語られる際にも、ケルゼンが求めているのは、議会内少数派の保護を通してその議会民主制を強化することであって、それを少数派の支配にとって代えることではなく、議会民主制の立法手続を他の手続に置き換えることではない。その意味で、憲法裁判所を通しての法的統制は、同時に、議会民主制の保護に仕えるのである⁽¹⁵⁵⁾。ケルゼンのいう憲法裁判によって保護されるのは、実定憲法上規定されている議会民主制という立法手続であり、その枠内でのその強化⁽¹⁵⁶⁾であって、何らかの実質的価値原理に基づいた、法的に基礎付けられ得ぬ、それと異なる政治的意思形成手続ではない。ここで保護される立法手続は、法の論理の貫徹によってなされるものであって、その他の何らかの原理によってなされるものではない。

その意味において、ケルゼンの憲法裁判所論、そしてその基底を成す合法性の要請は、実定憲法に規定されている限りにおいて、議会民主制を保護するものであり、したがってワイマール共和国における他の司法審査権肯定論者と異なり、決して、この制度を、議会民主制の手続を離れた「新たな」政治的意思形成手続の一つ、あるいはその補完物としてみるものではない。憲法裁判所は、実定憲法上の立法手続の補完物である。

(4) 小 括

総じて、ワイマール共和国において現れた非法実証主義的論者は、その論ずるところ全てに、何らかの実体的価値原理を前提し、それによって、現実の社会に存在する個々人の意思を包摂する過程として国家の機能を措定し、その統治機構の中心に統一的意思を持つ行政権——その中心はライヒ大統領である——を置き、かかる行政中心の権威的国家の統合過程の中で、議会に対抗するものとして、その役割を司法権に、いわば附随的に求めるものであった。

その主張は、実定憲法であるワイマール憲法を超克し、一定の価値秩序たる国家秩序を打ち立て、実定憲法の規定する議会民主制の統治機構を超克し、それを国家秩序を統合する権威的行政国家へと置き換える議論の中の一部として司法審査権を求めるものであった。すなわち、「この基礎は、正当性、そして法律に対抗しそれに優位する『法』である。憲法は、正当性の一つの表示であるが、決して唯一の表示ではない。[……] 議会に対抗してのその保護は、政治的には行政府のライヒ大統領に、法律的には裁判所に委ねられる。司法審査権は、ここでは、[……] 憲法の保護よりも、むしろ与えられた所与の国家機構の正当な構成要素の保護なのである」⁽¹⁵⁷⁾。

司法審査権を基礎付けた価値原理は、他方においては、それを立ち止まらせる。したがって、法を超える「政治的なるもの」へと訴えかけることにより、国家は法・憲法から解放され、万能性を手にいれる。そうした価値原理についての判断は、為政者によって行なわれる主観的・恣意的なものであるから、国家は法の中に留まることなくその外へと抜け出す万能性を獲得するのである。

ケルゼンの論ずるところ、そのような価値原理は容認されない。全て国家作用は実定法の拘束下に在る。憲法裁判所、あるいは司法審査権の機能は、国家作用の実定憲法の枠内への錨着の保障であって、それ以外の価値原理への置換・解放・そこへの錨着の確保ではない。憲法裁判所による統制は、国家・為政者によっては超えられぬ法の壁を形成・確保するものである。それは、あくまでも法の論理を執行し、保障し、貫徹するのみであり、その論理によって国家の論理・為政者の恣意を封じ込めるものである。

そして、そのような特質が、法、法行為（不法行為）、合法性（法生産行為）、国家作用といったものを、全て形態的に、それ故、特定の実質的価値原理に關与することなく捉える、ケルゼンの立場に由来しているものであることは、特に記しておかなくてはならない点である。それによって、政治的なるもの・超実定法的なるものは、それのみでは、法的なるものとしては位置付けられないのである。

(134) Kaufmann, op. cit., S. 5 f.

(135) Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 15 f., 21 f

(136) Ibid., S. 6, ff.

(137) Schmitt, Verfassungslehre, 1928, S. 21 ff.; ders., Der Hüter der Verfassung, S. 70; ders., Reichsgericht als Hüter der Verfassung, S. 69 f.

(138) Gusy, op. cit., S. 111.

(139) Kelsen, Aussprache, in VVDStRL 3, S. 53 f.

(140) Kelsen, Aussprache, in VVDStRL 5, S. 118 ff.

(141) Kelsen, Hüter, S. 625. 傍点, 原文ゲシュペルト

(142) Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S. 19, S. 36 ff.; ders., Reichsgericht als Hüter der Verfassung, S. 77 ff.

(143) Schmitt, Der Hüter der Verfassung, S. 22; ders., Reichsgericht als Hüter der Verfassung, S. 98. 参照, Wendenburg, op. cit., S. 175 ff.

(144) Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 15 f. 参照, ders., Der Weg der Gesetzgebung nach der neuen Reichsverfassung, S. 537 f.

(145) Triepel, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, S. 8, S. 28.

(146) 但しカウフマンが必ずしも議会制に敵対的ではなく、また行政府の権限強化には懐疑的であった点についての指摘として, Wendenburg, op. cit., S. 151 f.

(147) Kelsen, Hüter, S. 587.

(148) Ibid., S. 592 ff.

(149) Kelsen, Aussprache, in VVDStRL 5, S. 119.

(150) Kelsen, Hüter, S. 584.

(151) Ibid., S. 592.

(152) 参照, Hase, op. cit., S. 118 ff.; Jürgen Meinck, Wimarischer Staatslehre und Nationalsozialismus, 1978, S. 124 ff.

(153) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 70; ders., Hüter, S. 595 ff.

(154) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 70.

(155) Ibid., S. 80 f.

(156) Ibid.; Merkl, *Aussprache*, in VVDStRL 5, S. 104.

(157) Gusy, *op. cit.*, S. 111 f.; ders., *Staatsrecht und Politik*, *Öster. Z. öffentl. Recht und Völkerrecht* 35 (1984), S. 92 ff.

総 括

ケルゼンの論ずるところによって示される法の論理，すなわち国家作用の合法性の要請，とりわけ憲法適合性の要請は，その保障・実現の任に当たる裁判所の万能性を認めるものではない。国家作用の合法性の要請は，あくまでも実定憲法への適合性の要請であって，それ以上，それ以外の規範への適合性，あるいはそれによる正当化を認めるものではない。したがって，憲法裁判所は，実定憲法の適用・再生産の枠内においてのみ，「立法者」たり得るのであり，万能の「立法者」たり得るものではない。そして，また，実定憲法に規定された抽象的な価値原理によって，憲法裁判所が万能性を獲得し，議会＝立法機関の地位にとって代わることに對する彼の警句についてもすでに触れたところである。しかし，こうした憲法裁判所の万能性の否定は，議会・政府の——憲法裁判所による法的統制から免れるという意味での——万能性を意味するものではない。否定されるのは，全ての国家機関の——実定法の拘束から免れての——万能性であり，問題とされるのは，その枠内での権限配分なのである。この権限配分の割合についてはアプリアリに規定されているわけではなく，裁判所は，その中において消極的でもあり得るし積極的でもあり得る。したがって，憲法裁判所は，法的に基礎付けられ得ぬ一定の国家行為について，それが「政治的」行為であるとの理由でもって，その憲法適合性判断を回避し，それを法の拘束から解き放つといったことを認められるものではない⁽¹⁵⁸⁾。裁判所の万能性の否定は，同時に，こうした意味での国家作用の万能性の否定も内包するものなのである。そして，それは，ケルゼンの示す法の論理の帰結である。

しかし，この法の論理は，憲法裁判を通じて実現されるに際しては，同時に限界を示すものである。それは先述の権限配分の未規定性に由来する，裁判所と議会の具体的な権限配分の割合——つまり，裁判所の権限の射程——を一義

的に決定することの困難さである。とりわけ、人権規定の如き抽象的な規定の解釈に際して、裁判所が万能性を発揮することに対してのケルゼンの警句は、繰り返し指摘してきたところである。しかし、ここで、裁判所は、どの程度まで審査権を行使し得るのかという問いに対する解答は得られない。まさに、「ポリティアかノモイか。裁判官の国王か国王の立法者か」という太古のプラトンのディレンマが浮き彫りにされるのである⁽¹⁵⁹⁾。ケルゼンが挙げるのは、法律の内容についての規律は可能な限り精密になされるべし⁽¹⁶⁰⁾、とする法政策上の要請である。しかし、この要請のみによっては、通常の憲法解釈の場における、何らの法理論上の手掛かりは得られない。その意味で、ここにケルゼンの理論の限界が存在する。

この限界はケルゼンの法理論の射程の問題である。すなわち、前述の権限配分の問題については、これを法科学の課題とせず、それを法政策に委ねているのである。したがって、この範囲内においてならば、裁判所の積極的な権限行使も——科学の名においては——否定されるものではない。そこにおける、具体的な裁判所の在り方は、自由に政策によって決せられる余地が与えられている。その枠内においては、何らかの自然法的原理・政治的原理・利益衡量が援用されることも妨げられないであろう。その意味で、ケルゼンの理論は、一定の枠内において、適切な法発展の余地を残したものであり、その余地を満たすのは、政策の課題である。

(158) Kelsen, Was ist Reine Rechtslehre?, S. 623.

(159) Kelsen, Hüter, S. 598.

(160) Kelsen, Staatsgerichtsbarkeit, S. 70. 参照, Diter Grimm, Zum Verhältnis von Interpretationslehre, Verfassungsgerichtsbarkeit und Demokratieprinzip bei Kelsen, in: Werner Krawietz / Ernst Topisch / Peter Koller (Hrsg.), Ideologiekritik und Demokratietheorie bei Hans Kelsen, 1982, S. 155.