



Title	憲法の最高法規性（２・完） －「実体法」と「手続法」の狭間で－
Author(s)	山崎, 友也; YAMAZAKI, Tomoya
Citation	北大法学論集, 50(3), 177-234
Issue Date	1999-09-30
Doc URL	<a href="https://hdl.handle.net/2115/14969">https://hdl.handle.net/2115/14969</a>
Type	departmental bulletin paper
File Information	50(3)_p177-234.pdf



# 憲法の最高法規性（二・完）

——「実体法」と「手続法」の狭間で——

## 目次

- 序章 問題の所在と本稿の構成
- 第一節 問題の所在
- 第二節 本稿の構成
- 第一章 「手続法」の優位
  - 第一節 ケルゼンの「レアリスティッシュ」な規範概念
  - 第二節 ミシュエル・トロペールにおける「手続法」の優位
- 第三節 批判

山崎友也

（以上第四九卷第四号）

第二章 「実体法」の優位

第一節 純粹法学における「認識論的優位」

第一款 メルケルの瑕疵予測説

第二款 ケルゼンの「裏からの授權」觀念

第三款 反リアリズムとしての「認識論的優位」

第二節 柳瀬良幹における「実体法」の優位

第一款 「実体法」と「手続法」の峻別

第二款 「手続法」に対する「実体法」の優位

第三節 批判

〈小括〉

第三章 架橋

第一節 「国家」——小嶋和司説——

第一款 「不文法源」としての「国家」

第二款 不文法源とその「架橋」の論理

第三款 批判

第二節 《Grundnorm》

第一款 仮設としての《Grundnorm》

第二款 「かのように (Als-Ob)」の哲学

第三款 批判

第三節 「条文」

第一款 『純粹法学第二版』における「意味としての規範」概念

第二款 『規範の一般理論』における規範理解

第三款 憲法典「条文」を媒介にした再構成

第一項 「実体法」の確認と憲法典「条文」の意義  
 第二項 諸学説の分析  
 終章 総括と展望

(以上本号)

第二章 「実体法」の優位(承前)

第一節 純粹法学における「認識論的優位」

前章においては、ケルゼン理論におけるリアリズムの契機を極限まで追求したトロペール理論を検討し、それを採り得ないことが明らかにされた。しかし、ケルゼン理論そのものにおけるリアリズムの契機について本稿は最終的評価を控えてきた。

本節においては、トロペール理論を「誤謬」に導いた「リアリストとしてのケルゼン」という理解すなわち「手続法」思考優位の理論としてのケルゼン理論という理解が、平衡を欠いたものであることが示される。それは、ケルゼン理論における「実体法」思考を確認することにほかならない。

トロペールによれば、「法律は裁判官の介入までは真の意味も偽の意味も持たない。法律に意味を付与し、それによって、

法律に規範としての客観的意味を授けるのは有権解釈である」<sup>(138)</sup>以上、いわゆる「違憲の法律」「法律違反の法律」、一般的には「上位規範違反の低位規範」の問題は理論的に排除されていた。そして、トロペールのかかる思考は、確かにケルゼン理論にあっても示唆されていたことは既に述べた(前章第一節)。しかしケルゼンの理論には、法リアリズムに還元され得ない概念装置が存在していることを看過してはならない。「裏からの授權」<sup>(139)</sup>観念がそれである。

第一款 メルクルの「瑕疵予測」説

(1) ケルゼンによれば、上位規範は、①特定の低位機関を指定して低位規範の創設を委任し、②低位規範の創設手続を規定し、③当該低位規範の内容を制限する。当然のことながら、かかる三つの要件が充たされることが法の目的であり、理想で

ある。しかしこれらの要件のうちいずれかが充たされない場合、「瑕疵」が発生したとみなされる。かかる「瑕疵」の発生について、ケルゼンは次のように定式化した。「ある法規範が、その内容を事前に規定する上位の法規範に適合しない場合、何が法たり得るか」<sup>(14)</sup>。

(2) ここで、アドルフ・メルクルの「瑕疵予測 (Fehlbarkeit)」論<sup>(14)</sup>に簡単に触れておくことが適切であろう。実定法の世界においては、人間が法を運用する以上、上位法に違反する下位法が定立されたり、法適用機関が授権された「枠」を無視する、といった事態は避けられない<sup>(14)</sup>。しかしこれら「違法」

な法行為は、時に有効なものとして扱われることがある。かかる「違法」であるが有効な法行為の現出は、メルクルによれば、「あらゆる法は、少なからぬ場合に法適用機関によって誤解されることを計算に入れておかなければならない」という要請の根拠であると同時に、その帰結である。かかる要請は次のように説明される。すなわち、「その定立と妥当性に関する実定法上の規定する諸要件を全て充たすものとはいえない行為につき、それを国家に帰属せしめることを法的に可能にし、かかる行為をその瑕疵にもかかわらず、法として認識することを許容する、実定法の設計」<sup>(14)</sup>が既に存在している、と。実定法秩序は、自ら

に関わる瑕疵を事前に「予測」することによって逆に自らの内に取り込む。

興味深いのは、かかる「瑕疵予測」によって法的に承認された法行為の「適法性(妥当性)」に対するメルクルのアンビヴァレントな態度である。メルクルによれば、「瑕疵」ある法規範は、「瑕疵予測」ないし「既判力規範 (Rechtskräftnorm)」によって適法とされる。しかしここで語られる「適法性」とは、あくまで「瑕疵ある」法規範に認められた「適法性」であった。メルクル曰く、

「ア・プリオリにはこの瑕疵ある行為は仮装の司法行為 (pseudojurizakt)、つまり国家行為の外観に過ぎない。構成事実 (Tat) を法的に誤った意味で充たそうとする行為は、ア・プリオリに無効とされる。にも拘らず (jedoch)、瑕疵の除去のために上訴制度を設定することにおいて表現される瑕疵予測によって、そして、上訴制度が用いられない場合に瑕疵行為に既判力を付与する既判力規範によって、問題の行為はア・ポステリオリに司法行為と考えられる。判決が既判力を獲得すると同時に、『法的に誤って (rechtsirrtümlich)』窃盗の代わりに横領の罪を、……故殺の代わりに謀殺の罪を宣告された者は、法

上の現実としては、裁判所の判決によつて、その者に帰せられた犯罪をなしたとして有罪となる<sup>(146)</sup>。

つまり「瑕疵予測」と、「適法性(妥当性)」を付与する「既判力規範」とは無関係である。換言すれば、「瑕疵」がないということと、「妥当」する(適法である)ということとは、異なる概念として取り扱われる。ゆえに「瑕疵」ある規範は、「瑕疵」にも拘らず(Jedoch)「妥当」するという思考が成り立ち得る。メルクルによれば、法規範の論理的な正しさを知るのには、純粹認識作用を営む法学なのであつて、国家机关のよくするところではない<sup>(147)</sup>。したがつて「妥当」する法規範であっても、法学によれば、当該法規範における「瑕疵」が依然として認められ得る。裁判所等の国家机关によつて「適法」と宣言された法行為であつたとしても、法科学者による法認識が、当該法行為を「正しい」<sup>(148)</sup>法行為とみなす保証はない。

## 第二款 ケルゼンの「裏からの授權」観念

(1) 以上みてきたように、メルクルによれば、法学は《正しい》法、精確に言えば法の《正しい》意味を認識し得る。

しかしかかるメルクルの見解は、前述したような、ケルゼンによる《法の世界には事実それ自体や絶対的な事実は存在しない》という命題の帰結と対立するものともいえる。ケルゼンによれば、実定法秩序における「事実」なるものは、大略次のような定式をもつて断ぜられる。《法的事実とは、権限ある機関によつて認定された事実であり、誤判なるものは法的には無意味な私的見解以上のものではない<sup>(149)</sup>》。かようにケルゼンは、法思考において有権的な事実認定のみを有意のものとしてカウントする。かかる思考からすれば、法学による法認識といえども、それが非有権解釈である限り、その《正しい法》の認定が意義を有するとされる余地はないようにもみえる。

確かに、ケルゼンによれば、法認識によつて生み出される「法命題」は、法規範に照らしてその真偽を問ひ得る。しかしそれは、メルクルのいう、正ないし不正を判断する法認識ではない。ケルゼンによれば、「法命題」は、有権的に認定された法的事実を前件とし(「ある者が——すれば」)、それに、有権機関による指令すなわち法効果を後件として(「——すべし」)結び付ける定式だとされる。すなわち、かような法規範の「記述」たる「法命題」は、有権的に認定された法規範の「妥当」性から「瑕疵」をア・プリオリに排除した定式である。法学

の認識行為は、「妥当する」有権解釈にのみ向けられる。それは、法科学の認定する「瑕疵」に基づいて、有権解釈の「外部」から、有権解釈の「正」あるいは「不正」を評価するような構造を採っていない。ケルゼンとメルクルとの間には、決定的な差異が存するようにもみえる。

(2) かかる両者の「差異」を肯定することは、ケルゼン理論を法リアリズムとして理解することと等しい。仮にケルゼンの考える法認識の対象は、メルクルの考えるそれと異なっても、有権解釈にのみ向けられていると結論づけることができれば、この等式のように解さざるを得ないからである。右にみたケルゼンの理解は、しかしながら、あくまで「事実」(法的三段論法にいう「小前提」)および「個別的規範」(同論法にいう「結論」)に関わるものであった。すなわち、右にみたレアリストシユな思考は、ケルゼンによれば、決して「一般的規範」(法的三段論法にいう「大前提」)を直接の対象にしていない。また、少なくとも「個別的規範」の「創設」とは、文字どおりの有権解釈機関による自由裁量行為ではなく、かかる「一般的規範」の先在性によって予め枠づけられた行為に止まるものといえる。

そもそも、先にみたトロバール理論に代表されるレアリス

ティツシユな思考は、ケルゼン理論のヨリ原理的な法規範の認識構造からすれば、もとより貫徹され得ないものと考えられる。というのは、確かに既に見たように、ケルゼンによれば、定立された法規範は、もっぱら有権解釈機関によって「妥当」か否かについて判断され、有権的に「妥当」性が肯定されれば、その判断自体に「瑕疵」が混入する余地はない。しかし本稿は、一般的規範が法適用機関にとつて所与であることに固執するケルゼン理論は、なお法リアリズムと区別され得ると考える。かかる思考の端的な契機は、前述したようにケルゼンの「裏からの授権」観念にある。ケルゼンは、この観念について次のように述べる。

「憲法は、憲法規範により直接に規定されたのとは異なる手続でも一般的規範を創設し、またこれらの規範に憲法規範が直接規定するのは異なる内容を付与することを法律定立者(Gesetzgeber)に授権する。これら憲法規範は憲法によって創造された二つの可能性のうちの一つに過ぎない。もう一つの可能性は、法律定立者により法律として公布された規範が憲法の意味での法律であるかどうかという問題の決定が、法律定立者以外の如何なる機関にも委ねられないことをもって、憲法によつ

て創造されている。法律定立(Gesetzgebung)を規制する憲法の規定は選択的性格を有する。憲法は法律定立に対する直接的規律と間接的規律とを含む。そして、法律定立機関がこれら両規律のいずれかを選択する<sup>(151)</sup>。

ここで若干文脈はずれれるものの右引用文の射程について確認しておく。右に示された定式は、「憲法」と「法律」との関連において述べられているが、さらに「法律」と「行政行為」、「法律」と「司法行為」との関係等に順次応用される。かかる応用についてケルゼンは大要次のように説明する。すなわち、まず、一般的規範の創設を規律する規範を「実質的意味の憲法」と定義する。次に、この定義を、法適用機関が個別的規範を創設する手続を規律する「法律」もまた、規律される手続との関係では「憲法」と称し得ると相対化すると……、というように<sup>(152)</sup>。しかしかかるケルゼンの理解の仕方は、些か難渋である。かような説明の仕方を採らなくとも、法の階層上下の差異は、質的なものではなく量的なものだという法段階説の基本的な思考法を踏まえれば足りる。右引用文にみる「憲法」と「法律」との關係理解は、下位の法段階間に対しても質的には変わりのないこととして容易に適用され得る。

(3) そこで改めて「憲法」と「法律」との關係に立ち戻ることとしよう。右引用文で示された思考は、次のように定式化することができる。すなわち一般的法規範の創設を規律する上位の法規範について、下位機関は、当該上位規範が直接規定する「正しい」意味(ケルゼンの言葉によると「直接的規律」と「正しくない」意味(ケルゼンの言葉でいうと「間接的規律」)のどちらでも任意に選択し得る、と。例えば、憲法が含意する「憲法」の意味、あるいは憲法が含意していない「憲法」の意味のどちらの「憲法」に従うかは、下位機関である法律定立権者の自由だということになる。仮に本来憲法の含意していない「憲法」の意味に基づいて、「法律」が定立された場合であつても、それは憲法が(不可避的に)予定した可能性のうちの片方が現実化したに過ぎず、したがって当該「法律」が、憲法所定の手続によつて廃止されるまで効力を發揮し続けるということも憲法自身の認めるところである。

我が国の憲法実例に即していえば、憲法学説から違憲とみなされる自衛隊法が、仮に真正な「違憲」の存在だとして何故今日に至るまで有効であり続けたかは、右のケルゼンの思考で説明が可能であろう。すなわち、憲法は、有権解釈機関たる最高裁判所による違憲判断がなされるまで、国会の憲法解釈が通用

することを許容しているからだ、と。支配的な憲法学説によれば、日本国憲法は自衛隊法が通用している現状を決して直接的に(《表》から)肯定していない。しかし、同時に憲法は、かかる自衛隊法を国会が定立することを少なくとも間接的には(《裏》から)認めている。右のケルゼンの思考が、「裏からの授権」観念と名づけられる所以である。

先に触れたように、この「裏からの授権」観念は、有権解釈機関による憲法解釈のみを法的に有意としてカウントする思考(本稿の用語法でいえば「手続法」思考)を顕著に表象するものとして解される傾向にあった。しかし本稿のみるところ、この観念は、一般的規範の先在性にあくまで拘る思考からの帰結である。比喩的にいえば、法の《裏》の意味は、《表》の意味があつてこそ観念し得る。かかる見地に立てば、「裏からの授権」観念は、法リアリズムを排除する論理を表象する観念にはかならない。この点、款を改めて少しく検討することとしよう。

### 第三款 反リアリズムとしての「認識論的優位」

(1) 前款でみたように、「裏からの授権」観念によれば、上位規範によって設定された「直接的規律」あるいは「間接的

規律」のいずれの可能性を選択するかは、当該下位機関の任意である。前述のとおり、「裏からの授権」観念は、次のように一般化し得る。すなわち、上位規範は、下位機関に対して直接的規律と間接的規律とを可能的に及ぼす。これらの可能性のいずれかを当該機関が決定する、と。しかしここで留意すべきは、下位機関が、上位規範の提示した直接・間接いずれかの規律を任意に選択するといつても、それはあくまで、下位機関は「選択」をなし得るという可能性の記述に止まるということである。問題は、かかる下位機関による規律の「選択」が可能であるということの一方で、かかる「選択」が二とおりの「規律」の存在の認識によって逆に、枠づけられている点に存する。

まず、上位規範の有する「二とおり」の意味からの「選択」を下位機関に認めるケルゼンの「裏からの授権」観念が、伝統的理論に比べて独自の点を確認することとしよう。これは、すなわち法秩序の位階構造を如何に説明するかという論理上の相違に関わる。伝統的理論は、上位規範に反する下位規範の妥当性を否定することによって、妥当性がいわば上から由来するという論理を維持しようとしてきた。例えば、違憲な法律は、上位規範に違反するゆえに、無効である。なぜなら当該「法律」は、上位規範に妥当性根拠を有していないことになるから、と

いうように。

他方ケルゼンの「裏からの授權」観念によれば、上位規範は、直接的に規律する内容・手続と同時に、それに反する内容をも間接的に規律する。伝統的理論と異なつてケルゼン理論は、「違憲の法律」の妥当性をア・プリオリに否定することはない。ケルゼンにかかる「違憲の法律」であつても、それは憲法によつて〈裏から〉妥当性を付与されているから効力を有し得るとみならず。ケルゼンによれば、上位規範は自らに矛盾する下位規範の定立行為を暗黙の内に許容するという論理が採られることによつて、はじめて法の段階構造は維持されることとなる。ケルゼンは、上位規範に反する下位規範の妥当性をア・プリオリには否定しないが、下位規範の妥当性が上から由来する論理を貫徹しようとする。

ケルゼン理論はかように、伝統的理論と説明の仕方とを異にしながらも、下位規範の妥当性は、上位規範から由来するという論理を採る点で旧来の思考と一致するものである。かかる両者の結論上の一致に対し、前章で検討したトロペール理論は全く対照的な理解を提示した。すなわちトロペールによれば、有権解釈機関の解釈活動以前に事実たる条文はあるが規範はない。規範は当該有権解釈機関によつてはじめて創造される。下位機

関によつて上位規範が創設されるというわけである。かかるトロペールの思考は、上位規範の妥当性が下位機関からいわば〈下から〉由来する、という論理を採つたものといえる。このケルゼンと伝統的理論との「一致」と、ケルゼンとトロペールとの間の「対照」は、ケルゼン理論が反リアリズムであることを強く示唆しているようにみえる。

(2) では、ケルゼンのかような理論構成をさらに論理的に分析してみよう。上位規範の「規律」についてケルゼンの思考は、それが「直接的」か「間接的」かを問題にしている。すなわち、上位規範による規律は確実に二種に区分され得るといふ前提が控えている。いわば何が〈表〉から規律ないし授權されており、いわば何が〈裏〉から規定されているかについて明確に把握され得なくては、ケルゼンは、そもそも下位機関による両規律の「選択」を語り得なかつたはずだからである。ここに我々は、下位機関による規律の「選択」以前で、規律の意味が既に論理的に認識されていることを看取し得るであろう。この段階で、ケルゼン理論は、自説が下位機関による法解釈のみを有意なものとしてカウントする理論ではないことを強く主張する。

さらに、ケルゼン理論を法リアリズムに還元しようとする思

考にとつては致命的な点を指摘し得る。すなわち、ケルゼンによる「直接的」／「間接的」、「表」／「裏」の定式の背景には、いわば《正しい》法、正確には法の《正しい》意味を認識し得るとのメルクル的観念が控えているということである。この点には、上段で示唆された、単に両規律が区別され得るといふ観念による以上に、ケルゼン理論がリアリズムと真に区別されるべきであることを裏づけるように思われる。ケルゼンによれば、「間接的」＝《裏》からの規律方式で成立した規範は、確かに妥当するが、特別の手続で廃止され得る。しかし、「直接的」＝《表》からの規律方式・内容をもって成立した規範について、「廃止」は想定されていない。

前款で触れたように、ケルゼンにあつては、「間接的規律」のもと「妥当する」法規範は、内在する「瑕疵」を含み得ない。もつとも、かかる「妥当する」規範は、ケルゼン理論によつた場合でも、「廃止」される可能性が留保されている。確かに、上位規範は下位機関に対して、「直接的規律」のみをなし得るものではなく、「間接的規律」を排除し得ない。しかし、当該「間接的規律」は《裏》ゆえに「廃止」され得る。他方で、「直接的規律」はあくまで《表》ゆえに「廃止」は想定されない。一方の「直接的規律」（上位規範の正しい意味）に基づく

下位規範は、「廃止」ぬきに妥当するが、他方の「間接的規律」（上位規範の「正しくない」意味）に基づく下位規範は有権解釈機関による「廃止」をいわば解除条件として妥当しているに過ぎない。つまり、上位規範が有する両「規律」は同価値のものとして想定されているわけではないことである。<sup>(155)</sup>

(3) もはやいまでもないが、ケルゼンの「裏からの授權」観念にあつて、上位規範のもたらす「直接的規律」と「間接的規律」との間には、序列が存在する。小貫幸浩講師の用語法によれば、前者は後者「に対して法認識論的に優位」しているといえる。<sup>(156)</sup>ケルゼン理論にあつて、「直接的規律」と「間接的規律」とは、法的認識において区別され得るのみならず、前者は後者に対して「法認識論的に優位したものとして確定されている。前述のように「直接的規律」とは、上位規範によつて「直接規定された内容」を意味し、「間接的規律」とは上位規範によつて「直接規定されたものとは異なる内容」を意味した。したがつて、上述の「裏からの授權」の趣旨を換言すれば、法の《正しくない》意味は把握され得るし法適用機関によつて適用され得るといふに止まらず、法の意味は認識論的に《正しく》把握され得るとなる。かかる「法認識論的優位」が、法適用機関による上位規範の意味の「選択」以前に肯定されるということ



ば、規律の「直接」「間接」二分論によると、「間接的規律」を受けた「手続法」が存在するという論理的前提こそ、「直接的規律」を受けた「実体法」だとみることがができる。ある規範の「直接的規律」を観念し得ずに、当該規範の「間接的規律」は観念し得ないからである。先に述べた《裏》があれば《表》があるという比喩の趣旨はここにあった。かようにケルゼン理論にあつては、「実体法」・「手続法」の両思考は両立しつつも、前者思考は後者思考に認識論上優位せしめられていることが肯定されるべきである。<sup>(157)</sup>

## 第二節 柳瀬良幹における「実体法」の優位

前節において、我々は、ケルゼン理論における「実体法」思考を確認した。加えて、同理論にあつて、「実体法」が認識論的に優位している可能性さえ認められた。ここに至つて、ようやく、本稿用語法の生みの親である柳瀬良幹教授の説を検討する準備が整えられたこととなる。なぜなら私見によれば、柳瀬教授によつて打ち出された「実体法」と「手続法」の峻別論は、ケルゼンによつて示唆された「法認識論的優位」論とかなりの程度思考構造を同じくしているものと考えられるからである。

しかし本稿は、柳瀬教授による「実体法」と「手続法」の峻別論について終局的に同意することができなかった。その理由は、教授による右峻別論と、実定法として「実体法」と「手続法」を認識すること、との不可両立性に求められる。

以下、柳瀬教授による「実体法」と「手続法」の峻別論について概観し（本節）、それに対する批判を展開する（第三節）。ただ、柳瀬教授がこの問題を展開したテキストは必ずしも豊富とはいえない。そこで、本稿の議論は、この柳瀬教授の議論に触発された樋口教授と藤田教授との間で交わされた示唆に富む<sup>(158)</sup>論争との対話をも踏まえての叙述となる。樋口教授の議論が柳瀬教授のそれに一致していることについては、既に触れた。一方藤田教授の議論は、本稿の見解をヨリ裏づけるものであるが、問題点が存しないわけではない。

### 第一款 「実体法」と「手続法」の峻別

柳瀬教授による「実体法」と「手続法」の峻別論は、既に戦前から至る所で姿を現していた。例えば、一九三九年に著した論文で教授は、「無効の行政行為」については権限ある機関による認定がなくても、誰もが認定権を有するとする当時の通説

を大要次のように批判している。すなわち、かかる思考は、当該行政行為が「実体法」的に無効かという問題と、かかる無効が何人によって認定判断されるかという問題とを混同して(169)いる。また、一九四三年に出版された柳瀬教授の著書によれば、

清宮四郎教授の「違法の後法」「国家における立法行為の限界」、田中二郎教授の「法令の瑕疵と其の審査権」といった諸論文には次のような問題点が存する。すなわち、これら諸論文は「裁判所が法律命令に就てその内容の瑕疵を審査しその無効を認定する権限を有しないことから、恰も法令はその内容の瑕疵にも拘らず実体法上にも有効であるもの」と説くものとして批判される(166)。

しかし柳瀬教授による同峻別論の明確な定式化がなされたのは、戦後田上穰治教授によってなされた批判に(167)応えることを目的として著された「実体法の世界と手続法の世界」、そして、田上教授による再批判に(168)応えた「実体法と手続法再論」である。これらの論文においては、「実体法」と「手続法」の峻別論を採るに至った事情についても述べられている。柳瀬教授は、自らの考えを次のように定式化して曰く、

「実体法の世界と手続法の世界とはこれを峻別し、前の世界

における事実を以て直ちに後の世界に当嵌め、又は前の世界に妥当する原理から直ちに後の世界に関する結論する如きことをなしてはならぬ(165)」。

教授は、かかる思考を採るに至った事情として次の三点を挙げていた。その一つは、「判決の拘束力」の問題、二つは「裁判所の違憲立法審査権の制度」、三つは「職務命令に関する通説」である。これらの事情には次のような共通の問題が含まれている。すなわち、同一の法文に対する解釈にも拘らず、ときに複数のそれが主張される。そのうち、上級裁判所、最高裁判所、職務命令による法解釈が各自、下級裁判所、立法府、下級公務員に対して拘束力を持つことがある。しかし、これら拘束力を有する法解釈が正しい法解釈とは限らない。かような必ずしも「正しい」とは限らない法解釈が何故拘束力を発揮するのか。これまでの通説は、柳瀬教授によれば、かかる諸問題に必ずしも明快な説明を与えてきたわけではない。通説に対するかかる不審は、「実体法」と「手続法」とを明確に区別することに発する。「実体法」とは「或る者が法の意味として言ふところが本当に法の意味であるかどうかの問題」であり、「手続法」とは、「或る者が法の意味として言ふところが法の意味として

通用するかどうかの問題である<sup>(166)</sup>。我々は、「法律の意味が何であるか」と何が法律の意味として妥当するかと全く別の問題である<sup>(167)</sup>ことを思いしらなければならぬ。例えば、「同じ憲法の規定が裁判の世界と立法の世界とで異なる意味を有するといふ奇なる現象の如きも、憲法がそれ自身としていかなる意味を有するかと或る世界においていかなる意味が憲法の意味として妥当する力を有するかとは全く別の問題である<sup>(167)</sup>」と考えれば容易に溶解する。もつとも柳瀬教授が、「両者は全くその原理を異にする別個の世界であつて、本来架橋するに能わず、又架橋すべからざるものである<sup>(167)</sup>」と述べて、「実体法」と「手続法」とを峻別するとき、その根拠が次に問題となる。

## 第二款 「手続法」に対する「実体法」の優位

(1) 「実体法」と「手続法」とは、何故「架橋すべからざるもの」として峻別されるか。それは、両者の性質が全く異なるからだ。前者は「合理的なる論理が支配」する「実質的な真理の世界」であるが、後者は「非合理的なる権威が支配する」<sup>(168)</sup>「形式的なる秩序の世界」である。それゆえに、「この両世界の間を架橋し、その間に関係をつけ、これを統一して理解解

明せんとする<sup>(174)</sup>ことがそもそも不可能とされる。かかる「実体法」の「客観的真理」性を支えるものは何か。それは、「法には必ず一つの意味」があるという立場である。さらにいえば、「法の意味というものは、それが客観的に明瞭である場合にもそうでない場合にも、解釈を待たずして既にいはば先験的に定まっている<sup>(166)</sup>」。したがって、特定の実定法について二つ以上の解釈が併存している場合であっても、なお「客観的な法の認識」は可能である<sup>(166)</sup>。かように柳瀬教授によれば、法学とは何より、実定法に対する「権利根拠の確実と思はれる論理的操作<sup>(167)</sup>」によつて、実定法の「真の意味」を把握することを目的とする。教授の「学問的良心」にとつて、目的論的解釈、自然法論、政策論は別世界の話であつた<sup>(168)</sup>。

(2) それでは、逆に「手続法」は何故我々を拘束するのであろうか。なぜに「正しい法の意味」たる「実体法」の世界は、「手続法」の世界に敗北を強いられるのか。柳瀬教授によれば、かかる疑問を立てることは「人間精神の当然の働であり、権利である<sup>(168)</sup>」。教授は、さしあたりの回答は「実力<sup>(168)</sup>」だといふもつとも、それは、現実の権力関係に我々が屈服しているという事実上の現象を指すものではない。我々が、判決・職務命令に従うのは、我々が「秩序」という当為命題を前提しているか

らである。<sup>(181)</sup>

ただ、かような内容を捨象した形式としての「秩序」が「究極の価値」たり得るかは疑問とはいえる。<sup>(182)</sup> 例えば、ルソーの「一般意思」は、おそらく「秩序」が形式的な根拠ではなく実質的なそれを要する、すなわち権力に対する服従根拠に「正しさ」を要求する概念であったのであろう。<sup>(183)</sup> しかし、「一般意思」はあくまで、国家の理想であって、現実の事実ではない。我々が問題としているのは、かような理想ではなく、如何に「手続法」を経験上の事実として「ありのままに認識」できるかである。<sup>(184)</sup> 確かに我々は、「手続法」の根拠をルソーと同じく「実体法」に求めねば満足し得ないのだが、それは、既に「手続法」の「客観的認識」の域を越えるものといわざるを得ない。<sup>(185)</sup>

(3) 以上、柳瀬説における「実体法」と「手続法」のそれぞれの性格が明らかにされた。前者は、「法の正しい意味」であり、後者は、それとは無関連の「法として妥当する意味」ではない。もつとも、柳瀬教授による「手続法」に対する性格規定には実は微妙なものがある。教授によれば、「手続法」を維持するのは、前述のとおり「力」である。この「力」は「妥当する力」<sup>(186)</sup>とも換言されるが、かかる措辞については *Geltung* と *Macht* とを区分する立場によれば、矛盾さえ指摘さ

れ得る。ただ既に述べたように、かかる立場(精確には *Sollen* と *Sein* の二分論)は、これを如何なる視点から観察するかによつて、相対化され得るから、柳瀬教授のいう「妥当する力」が、方法論上の混同を犯した概念か否かについての判断は慎重を要する。しかし教授によれば、「専ら手続法の世界の問題」とされる行政行為の公定力は、明らかに実定法上の効果と考えられている。<sup>(187)</sup> また、公定力の根拠は、実定法上の各国家機関に対する権限分配規定に求められる。したがつて少なくとも柳瀬教授の主観的意図によれば、「手続法」は、規範つまり *Sollen* としての性格を与えられているものとみなしてよいであらう。

柳瀬教授のいう「実体法」は「法の正しい意味」であるので、これに規範つまり *Sollen* の性格を認めることについて問題はない。とすると、教授のいう「実体法」・「手続法」は共に、規範としての存在性格を有するといえる。我々は、ここに柳瀬教授の「実体法」・「手続法」という区別論を、本稿前節でみたケルゼンによる「直接的規律」・「間接的規律」の区別論に容易に重ね合わせることができる。柳瀬教授の「実体法」と「手続法」との二分論は、前者が「正しい」認識の所産とされ、後者は「正しい」かどうかは不問の世界だとされる。これに対してケ

ルゼンのいう「直接的規律」とは、上位規範が「直接規定した意味」であり、「間接的規律」とは、上位規範が「直接規定するのとは異なった意味」であった。そして、私見によれば、ケルゼンのいう「直接的規律」は「間接的規律」に対して、理論上優越した地位を占めている。これに対して柳瀬教授のいう「実体法」も、「手続法」に理論構造上優位するものといえる。

なぜなら教授によれば、実定法の「真の意味」を把握することこそ法学の目的とされるからである。「実体法」は、実定法における「認識論的優位」は柳瀬説にあつてもみい出されるとして大過ないように思われる。

しかし問題が残る。ケルゼン理論によれば、「直接的規律」と「間接的規律」とは上位規範が下位機関に及ぼす二つの意味とされていた。すなわち、両規律はあくまで同一の規範によって媒介されている。これに対して柳瀬説にあつては、「実体法」と「手続法」とは媒介どころか、「架橋すべからざるもの」として峻別される点で好対照である。柳瀬説によれば、「客観的な」「実体法」が「認識」される一方で、あたかもトロペール説のように、法適用機関が定立する「手続法」が「実体法」と切断された形で跋扈する現実が突き放して把握される。ケルゼ

ン理論における法認識論上の優劣は、柳瀬説にあつていわば拡大し、理論的な統合の可能性は完全に否定されている。かかる柳瀬説は果たして維持可能なであろうか。節を改めて、柳瀬説におけるかかる「実体法」と「手続法」の「峻別」との問題点について検討することとしよう。

### 第三節 批判

(1) 柳瀬教授による「実体法」と「手続法」の峻別論をめぐっては、上述のように、樋口教授と藤田教授による論争があつた。樋口教授は、基本的に柳瀬教授の峻別論を肯定する。教授によれば、「制定憲法」という形で「実体法」が存在する一方で、他方で「制定憲法」の運用過程で定立される法律、命令、判決等、「実効的憲法」という形で「手続法」が、存在していることは二元的に認識され得る。かかる「制定憲法」——「実体法」——と「実効的憲法」——「手続法」——のどちらが優位するのか、すなわち、いずれが「真の実定憲法」とされるかは実践の問題である。<sup>(9)</sup>つまり、「実体法」たる「制定憲法」と「手続法」たる「実効的憲法」のそれぞれを客観的に認識し得るといふことまでは科学として成り立つが、両者のいずれが優

位するのは優れて実践的決断に委ねられる。かように、樋口教授の思考にあつては、柳瀬教授の「実体法」と「手続法」の峻別論はとりたてて問題なく理解される。

他方、藤田教授は、柳瀬教授によれば「架橋すべからざるもの」とされる「実体法」と「手続法」の両世界が何故同一法秩序において併存できるのかという問いを立てる。柳瀬教授のいう「実体法」と「手続法」が各自実定法であれば、「これらは共に、論理的には同一の根本規範に帰報せしめられなくてはならない」<sup>(193)</sup>はずである。柳瀬教授によれば、実定法の概念は「唯一の意味」を有する(すなわち実定法は「実体法」として客観的に認識される)ものとして確固不動であるかのようだ。<sup>(194)</sup>しかし、法適用機関の定立する「手続法」の実定性と、実定法秩序全体の論理的統一性とをなお整合的に説明しようとするれば、「手続法」と同じく実定法だとされる「実体法」の「唯一の意味」というのは、「有権的解釈者の認定・解釈なる行為を解除条件とした、その意味において流動的な内容をもったもの」とみなさざるを得ない。かような再構成によつて、はじめに「実体法」と「手続法」は実定法秩序に包摂される。

(2) 樋口教授による議論が、科学と実践との区分論という方法論によつて「実体法」と「手続法」の峻別論を擁護しよ

うとするものであつたのに対して、藤田教授は、かような方法論によつて問題処理を貫徹するのではなく、「実体法」と「手続法」を如何にして実定法秩序の統一性の中で矛盾なく説明し得るか、を問題とする。樋口教授は、矛盾を「ありのままに」認識するのが科学であるから、「全く原理を異にする」、「実体法」と「手続法」の併存に疑問を感じなかつた。これに対し藤田教授は、そもそも両者が実定法であるということから思考を出发し、「実体法」について「手続法」による変更を予定した流動性を認めることで、両者を共に実定法として整合的に説明することを可能とした。<sup>(195)</sup>樋口教授が二分論という方法によつて、分断された対象を「ありのままに」放置しようとしたとすれば、藤田教授は逆に、実定法の整合性によつて峻別された対象を統合のなかに回復しようとしたといえる。藤田教授が、樋口教授からの批判に対して、「制定憲法」と「実効的憲法」とを、共に法規範として認識するにはどうしたらよいか、という問いを發したのは、樋口説が方法論によつて両者を分断することに對する疑問でもあつた。すなわち樋口教授によれば、「実体法」と「手続法」のいずれを「真の法」とするかは、科学の問題ではないとして思考の外に排除されるが、藤田教授によれば、いずれも矛盾なく説明することこそ両者を実定法として認識する

うえて不可欠の作業とされるわけである。

(3) これまでの叙述から、ケルゼンの理論にヨリ忠実なのは藤田教授であることは明らかであろう。樋口教授が認めているように、藤田教授の「流動的実体法論」は「裏からの授權」観念の趣旨をなぞったものといえる。一般的規範の先在性を前提して、なお「実体法」と「手続法」との併存を説明するには、藤田教授のような手法を採るほかにように思われる。ケルゼンの思考によれば、規範の意味の受け取り方には「直接的規律」と「間接的規律」の二つがある。これらは、いずれも同一の規範の意味として妥当し得る。しかし、「直接的規律」すなわち「実体法」も常に妥当性を發揮し得るわけではない。「実体法」とはいえ、実定法の意味を主張する役割を「手続法」に譲ることも起こり得る。これが、藤田教授のいう「流動」である。これらは、規範が既に予定していた事態であるがゆえ、効力を發揮し、したがってあくまで実定法の内部における現象として認識されることとなる。

もつとも、かかる藤田教授の「流動的実体法論」は、あくまで柳瀬説を如何に解釈するかという試みの一つに過ぎない。藤田教授は「法秩序の動態構造を規範科学的にどう捉えるか」というヨリ一般的な問題については見解提示を留保していた。<sup>(199)</sup> 藤

田教授の議論は、柳瀬教授のいう「実定法」概念の再構成の可能性を示唆するものであった。したがって柳瀬教授の「実定法」概念が藤田教授の想定したものであるとは一概には断定できない。柳瀬教授の「実体法」と「手続法」との二分論は、樋口教授が解釈するように峻別が強調される余地も依然として残される。しかしその場合には、両者が共に実定法として認識されるのは何故か、という藤田教授の問いに回答が与えられなくてはならない。

この点、樋口教授は主要次のように応答していた。確かに「実体法」たる「制定憲法」と、「手続法」たる「実効的憲法」とが、共に同位の実定憲法規範だと捉えることはできない。「実効的憲法」は、法律以下の各法段階に応じた効力（法律・政令・判決段階の規範としての効力）を發揮するに止まる。このような意味に「実効的憲法」の実定性は限定されるから、これら「手続法」たる「実効的憲法」と、「実体法」たる「制定憲法」とを峻別して二元的に把握したとしても、決して実定法秩序の統一的認識と矛盾を引き起こすものではない。<sup>(200)</sup>

ところが、かかる樋口教授の思考は、実定法秩序は上位規範が下位規範の妥当性根拠を有することの確認によってはじめて統一的に認識される、という思考からの批判を招く。「問題は

まさに、そこでいう「法律段階の規範としての効力」なるものが、上位の憲法規範との関係なしに、どのようにして理論的に存在可能なのか、ということにこそある<sup>(201)</sup>。「制定憲法」と切り離された「実効的憲法」(例えば法律という形式をとった場合)が、なぜに効力を主張できるのか。確かに、法律は「実効的憲法」として自らの妥当性を主張するだろう。しかしかかる妥当性主張は、あくまで主観的なそれであるから、それが直近の上位規範である「制定憲法」に妥当性根拠を有していることが客観的(理論的)に明証されなければならない<sup>(202)</sup>。

(4) もっとも藤田教授の議論にあつても、問題点は皆無ではないように思われる。すなわち、教授による「実体法」の性格規定如何である。教授によれば、「実体法」の意味とは、有権解釈者の認定・解釈なる行為(「手続法」)を解除条件とした「流動的な内容」を有したものとされる。実定法秩序は、「流動」が発生する以前に存在する「実体法」と、かかる「実体法」の「流動」を引き起こす「手続法」とから構成されるといふわけである。ところが、藤田教授は、「実体法」について次のように規定する。

「実定法秩序は、上位の規範が法律制定・裁判判決・行政行

為によつて具体化されて行くことを予定し、諸々の機関にそのような具体化の権限を与えているのであつて、「実体法」なる概念は、そこでは、この具体化の動態化プロセスを特定の時点で切断した場合の切断面を意味するものであることになる。つまり、その時点において、公的機関によつて具体化されている法内容が、その時点における実体法の内容だ、というわけである<sup>(203)</sup>。

しかしながら、かかる藤田教授の叙述からは、「流動」前の「実体法の内容」は必ずしも明確にみえてこない。むしろ、かかる藤田教授の思考は、法適用機関の解釈活動によつてはじめて実定法が生み出されるという、本稿の用語法でいえば「手続法」思考を顕著に示したもののよう<sup>(204)</sup>にみえる。「流動」以前に「実体法」が存在しているのであれば、「公的機関によつて具体化されている法内容」を「実体法の内容」だとする余地はないはずである。ここで藤田教授のいう「実体法の内容」とは、前述の樋口教授の用語法によれば、「実効的憲法」すなわち「手続法」にあたるものではないのか、との疑問が生じる。樋口教授が、かかる藤田教授のいう「実体法」の概念を当初から、「実体法」自体の客観的意義内容は存在し得ないのであつて、

ひとびとによってそれぞれに認定解釈されたものがそのときどきに存在しうるにすぎず、それがまさに「実体法」の『流動的な内容』として認識されるのだ<sup>(28)</sup>と受け止めたことは、理解に難くない。かような樋口教授の把握の仕方に対して、藤田教授は反発し、あくまで「手続法」による流動に先行して、「実体法」は存在しているのだとする。その反論において注(203)を付した本稿引用の叙述がなされたのだが、それは決して藤田教授の意図を裏づけるものとはなっていないように思われる。

藤田教授はケルゼンと同様に、上位規範が下位機関による解釈活動に先行するという思考を受け入れた。そのうえで教授は、上位規範の有する「正しい意味」(「実体法」)と、下位機関が定立する当該規範の「意味」(「手続法」)とが各自妥当性を主張し得ることを、規範科学的に根拠づけることに成功した。

しかし、藤田教授のいう「公的機関によって具体化されている法内容」は、これに先行する「具体化」以前の「実体法」の存在を前提とするはずである。ケルゼン・柳瀬教授の諸説にみられた「実体法」の「認識論的優位」とは、かかる思考を意味する。柳瀬教授は、「実体法」の「認識論的優位」を肯定した点で正当であったが、これと「手続法」とを峻別した点で実定法の統一的認識を困難なものとした。藤田教授は、「実体法」と

「手続法」との双方を、遍く実定法秩序の中に包摂しようとした点は正当であったが、結果的に「手続法」思考を偏重する帰結を導いたものといえる<sup>(28)</sup>。そこで次の問題は、ケルゼン理論から、「実体法」の「手続法」に対する「認識論的優位」(樋口教授の用語法によれば、「制定憲法」の「実効的憲法」に対する優位)を確保しつつなお、両者を媒介し得る論理を如何にして引き出し得るか、に移る。

## 注

(138) MICHEL TROPER, Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-législative constitutionnelle: Recueil d'étude en hommage à Charles Eisenmann, 1974, p. 149.

(139) この表現は、長尾龍一教授の次の叙述による。「議会在が違憲の法律を議決し、裁判所が違法な判決を発してもそれらは直ちに効力を否定されない。かかる場合を下位機関による上位規範の『算奪』(Usurpation)とよぶことができよう。……このことは上位規範は表向きは内容制限内の規範設定のみを下位機関に授權しているように装いながら実は内容的制限外の規範設定をも裏から授權していることを意味する」(長尾「法理論における真理と価値(四)」『国家学会雑誌』第七八巻第九・一〇号(一九

六五)一一六頁)。ちなみに、長尾・同右一一七頁は、この文脈で、「制定憲法」と「実効憲法」を峻別しつつ「実効憲法」による「憲法変遷」を「法の科学」の觀念から排除する樋口陽一『憲法変遷』の觀念「思想」第四八四号(一九六四)を批判して、「実効憲法」による「憲法変遷」も「制定憲法」による「憲法の具体化」たり得ると述べる。もともとこの長尾教授による批判に対して、樋口教授は、「最終的判断を留保」(樋口『現代民主主義の憲法思想』(一九七七)一五二頁)する。おそらく本稿は、かかる両教授の思考の間を探ろうとするものであらう。

(140) Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960 (以下RR2,と略記), S. 236f.

(141) Kelsen, a. a. O., S. 271.

(142) 「瑕疵予測」説についてはとりわけ、これに対立するフリッツ・ザンダーの議論と併せて詳細な検討を行う藤田宙靖『行政法学の思考形式』(一九七八)特に三二〇頁以下を参照(ちなみに、藤田教授による訳語は「瑕疵決済」である)。なおこの検討は、教授による「流動的美体法論」にも大きな影響を与えている(本章第三節参照)。この点を指摘するのが、樋口・前出注(139)一五五頁。

(143) この点は、ケルゼンの「枠」論の文脈においても肯定されていた(本稿(一))『北大法学論集』第四九卷第四号

(一九九八)九三七頁(以下、引用は同巻の頁のみを指す)参照。

(144) ADOLF MERKL, *Justizrium und Rechtswahrheit*, 1925, in: *Die Wiener Rechtstheoretische Schule*, 1968 (以下WRS,と略記), Bd. 1, S. 200.

(145) MERKL, a. a. O., S. 201.

(146) MERKL, a. a. O., S. 205.

(147) MERKL, *Das Recht im Lichte seiner Anwendung*, 1917, in: *WRS*, Bd. 1, S. 1197.

(148) これは法内在的な正し<sup>27</sup>(*richtig*)と違った意味に解<sup>28</sup>積し得<sup>29</sup>らう。Vgl. MERKL, a. a. O., S. 1198.

(149) See, Kelsen, *General Theory of Law and State*, 1945 (以下GTLs,と略記), p. 136. 尾吹善人訳『法と国家の一般理論』(一九九一年)(以下尾吹訳と略記)一一一九頁。

(150) 正確にいえば、「対象にできなかった」と表現すべきかもしれない。というのも、ケルゼンによれば、一般的法規範だけは原則、法適用機関を拘束し得るのであって、一般的法規範の妥当性認定を挙げて法適用機関に帰すことはできないはずだからである。この点については、かかるケルゼンの理解を攻撃するトロパール説の問題性と共に、本稿(一)特に九三六頁以下参照。

(151) Kelsen, RR2, S. 271.

(152) ちなみに、少なくともケルゼンのいう「Gesetzgebung」

については、「立法」ヨリ、「法律定立」との邦訳の方が適切であることを示唆する大石眞「立法と権限分配の原理(一)」「法学」第四二巻第四号(一九七九)二四頁参照。ケルゼンの理論によれば、法行為はすべて法定立行為すなわち「立法」行為だといえる。しかし本文で述べられている《Gesetzgebung》は、明らかに憲法の直接的執行としての法行為のみを指している。なお日本国憲法第四一条にいう「立法」の意味解釈について、新正幸「憲法と立法過程」(一九八五)一三九頁参照。

(153) Vgl. KEUSEN, RR2, S. 228, ders. Die Funktion der Verfassung, 1964, in: WRS, Bd. 2, S. 1978.

(154) この点、ケルゼンは専ら「憲法違反の法令」が憲法裁判官によって廃止され得ることを示すに止まる(本稿(一)特に九三五頁以下参照)。

(155) 井上達夫「決定と正当化」長尾 新 高橋 土屋編『新ケルゼン研究』(一九八二)一八三頁は、ケルゼンは、メルクルの「既判力規範」概念について「ルール懷疑」を正当化する概念と曲解していると指摘する。しかし本文のように解せば、両者は、「妥当性」概念の相違にも拘らず、総体的には同じ思考の筋道を辿っているといえる。もっとも、メルクルは《正しい》法の意味の認識を法科学に委ねたのに対し、ケルゼンは、それを憲法裁判権に期待しているようにもみえる(小貫・後出注(156)参照)。

ただ、この後の本文で触れるように、このことは、ケルゼン理論における反リアリズムを認定することの妨げにはならない。

(156) 小貫幸浩「憲法の最高法規性ということ」『早稲田大学大学院法研論集』第五一号(一九八九)四九頁。本稿は、この小貫論文から多大の示唆を受けている。

(157) 菅野喜八郎「自衛隊法の『合法』違憲」説所見』続・国権の限界問題』(一九八五)二七六頁は、「ケルゼンの実定法概念よりすると、『手続法』こそが優れて実定法だということになる」としたうえで、自衛隊法は日本国憲法の意味として妥当する「合憲・合法」の存在として認識されるべき旨を説くが、直ちには賛同し難い。日本国憲法の正しい意味としての「実体法」を参照することによって、憲法適合性は「認識」されるべきである。菅野教授は、学理解釈を「実体法」に、有権的解釈を「手続法」に対応させる(菅野・同右頁)。しかし、かような腑分けが必然的になされ得るわけではない。学理解釈が誤った法認識を正当と主張することもあろうし、有権的解釈が「実体法」を認知することもあり得る。したがって「実体法」を認識したと信じる学理解釈が、「手続法」たる有権的解釈を批判することは、菅野教授が指摘するような理由すなわち学理解釈が自らを法源とみなしていることに基づくものとは、必ずしもいえない。それは、真の法源(実

体法文)とは何かをめぐる争論のひとつまに過ぎないといふべきであろう。また、このことを逆からいえば、「手続法」のみが「優れて実定法だ」と即断することもできないことになるはずである。

- (158) 両教授の応酬については、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』(一九七三)特に八七頁以下、同『現代民主主義の憲法思想』(一九七七)特に一五三頁以下(以下本節での樋口論文の引用は同書の頁を指す)、藤田宙靖『行政法学の思考形式』(一九七八)特に二五六頁以下、二六一頁以下を参照(以下本節での藤田論文の引用は同書の頁を指す)。藤田・一五九頁以下(「柳瀬博士の行政法学」は、その方法論を中心に柳瀬教授の思考について極めて詳細な内在的検討を施したものである。本稿はこの藤田論文から多くの示唆を得ている。
- (159) 柳瀬良幹「司法裁判所の先決問題審理権」(一九三九)『行政法の基礎理論』(一九六七)第二巻特に七一頁以下参照。

- (160) 柳瀬「行政行為の瑕疵」(一九四三)九一頁。
- (161) 田上穰治「公法理論における実体法と手続法の関連」『自治研究』第二六巻第八号(一九五〇)。
- (162) 柳瀬「憲法と地方自治」(一九五四)一〇七頁以下に所収(以後引用は同書の頁を指す)。
- (163) 田上「法の解釈とその権限」『自治研究』第二七巻第三

号(一九五二)。もつともかかる田上教授による一連の議論に対して、柳瀬教授は「(田上)教授と私との間の議論の相違が何処にあるのかも未だ明瞭になったと言ふことができない」(柳瀬・同右一四〇頁)と困惑の色を隠していない。

- (164) 柳瀬「憲法と地方自治」一二三頁以下に所収(以後引用は同書の頁を指す)。
- (165) 柳瀬「実体法の世界と手続法の世界」一〇七頁。
- (166) 柳瀬・同右一〇八頁。
- (167) 柳瀬・同右一一〇頁。
- (168) 柳瀬・同右一一二頁。
- (169) 柳瀬「実体法と手続法再論」一二六頁。
- (170) 柳瀬「実体法の世界と手続法の世界」一一五頁。
- (171) 柳瀬・同右一一四―一五頁。
- (172) 柳瀬・同右一一五頁。
- (173) 柳瀬・同右一一八―一九頁。
- (174) 柳瀬・同右一一五頁。
- (175) 柳瀬「実体法と手続法再論」一二九頁。
- (176) なお藤田・二二〇頁によれば、柳瀬教授が「実定法の意味が一つである」というのは、法律の意味の多義性を否定する趣旨ではないという。すなわちそれは、「実定法自体が多義的な内容をもっている」とすれば、内容が多義的ということ自体が、その実定法の真の唯一の意味」だ

という趣旨とされる。

(177) 柳瀬「実体法と手続法再論」一三六―七頁。この記述を手がかりに、藤田教授は、柳瀬教授による「客観的な法の認識」を支える手法を「実証主義」「論理主義」と規定する（前者については藤田・特に一五八頁以下、後者については特に藤田・一九九頁以下参照）。

(178) 柳瀬「実体法と手続法再論」一三七頁。

(179) 柳瀬「実体法の世界と手続法の世界」一一八頁。

(180) 柳瀬・同右一一七頁参照。

(181) 柳瀬・同右一一八頁参照。

(182) 柳瀬・同右一一九頁。

(183) 柳瀬・同右一一九―二〇頁参照。かような理解は一般的であろう。例えば、恒藤武二「ルソーの社会契約説と『一般意志』の理論」桑原武夫編『ルソー研究第二版』（一九六八）特に一五〇頁以下は、ルソーの「一般意思」の概念が多義的であることを指摘しつつ、それが「法的正義」を示すものであることを確認している。しかし、トロペールは逆にフランス人権宣言第六条第一文（「法律は一般意思の表明である」）を事実命題とみなす。だから、法律制定に関わるものはすべて「一般意思の表明」者（こう）ことになる（MICHEL TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratique* Revue française de droit constitutionnel, no. 1, 1990, pp. 47-8. 長谷部恭男訳「違憲審査

と民主制」『日仏法学』第一九号（一九九三―四）一九二―二〇頁）。この論理は、柳瀬教授らの如き指摘にも拘らず、結局「手続法」の優位に大いに資する。トロペールによれば、法律適用（定立）機関はすべて「一般意思」を体现するからである。かかる「一般意思」の理解の仕方は、権力に対する実質的な服従根拠が再び形式的なそれとして読み直されたことを意味する。なおかような「一般意思」理解に象徴される「フランス近代の法実証主義の源流の一人としてルソーを位置づける」学説に真つ向から反対する、西嶋法友『ルソーにおける人間と国家』（一九九九）特に第五章「一般意思説」を参照。

(184) 柳瀬・同右一二二頁参照。

(185) 柳瀬・同右一二二―二二頁参照。

(186) 柳瀬・同右一一四―一五頁。

(187) 本稿（一）九五―三頁参照。

(188) 柳瀬「司法裁判所の先決問題審理権」（一九三九）『行政法の基礎理論』（一九六七）第二卷六五頁。

(189) 柳瀬「行政法教科書再訂版」（一九六九）一〇八頁参照。

(190) 樋口・一五九頁。

(191) 樋口・一六〇頁。

(192) 藤田・二四七―八頁。

(193) 藤田・二七八頁。

(194) もっとも藤田・二二七頁以下によれば、かかる柳瀬教

授の「実定法」概念は、その「実証主義」的な趣の一方で、立法者・裁判官に対する「あるべき法」の提言等を含む点で、矛盾に満ちているとされる。

(195) 藤田・二四八頁。

(196) 柳瀬「実体法の世界と手続法の世界」一一五頁参照。

(197) この点に注目した樋口・一五五―一六頁によれば、藤田教授の説は、ザンダー、さらにはトロペールの説に接近し得る。しかし藤田教授によれば、実定法の「流動」は有権解釈を「解除条件」として起こるのであって、後述のように、これは既に存在する「実体法」を前提にした議論である(藤田・二六二―三頁参照)。したがって樋口教授のかかる理解に対しては、後述するような疑問が提示され得る。

(198) 藤田・二六三―四頁。

(199) 藤田・二六三頁。本稿は、憲法典という制定法を中心とした議論ではあるが、藤田教授が留保したかかる問題に対してささやかなアプローチを試みるものである。

(200) 樋口・特に一五八頁以下参照。

(201) 藤田・二六四頁。

(202) ある下位規範が上位規範に妥当性根拠を有することの確認は、その前提として、あるいは少なくとも同時に、かかる上位規範そのものを認識することを要するはずである。この点、樋口教授は「憲法慣習」論を扱う際、(上

位)規範の認識如何を「法源」の認識如何の問題だとしていた(樋口・一六〇頁参照)。もっとも教授は同時に、論者による解釈論上の実践的選択の帰結が、「法源」の「認識」として主張され得ることについて注意を喚起する。本稿もかかる樋口教授の指摘の重要性を認め、「不文

の憲法法源」論の孕む問題点について検討を行う(次章第一節参照)。なお樋口教授が「憲法慣習」の「法源」性を否定することに対して、長谷部恭男「権力への懐疑」(一九九一)三四頁以下は、その論理の「循環」を指摘する。まことに鋭い批判であるが、私見によれば、「憲法慣習」が「制定憲法」と別個の「法源」性を有するという主張のみが樋口教授によって否定されるに止まり、前者が結果的に後者の解釈として主張されることまでは、樋口教授は、「法源」の認識としては否定し得ないように思われる。とすれば、何より問題なのは、「憲法慣習」の「法源」性を認めるか否かではなく、何が「制定憲法」の解釈として主張されるのか、という点であろう。

(203) 藤田・二六二―三頁。

(204) 樋口・一五四―五頁。

(205) したがって藤田教授の議論と、ザンダー／トロペールといったリアリストの思考とを結びつけた樋口教授の理解は、無理からぬところであったといわねばならない。しかしかかる樋口教授の理解を媒介するケルゼンの「裏

からの授権」論について本稿は、樋口教授と異なる解釈を示してきた。既に論じたように本稿の見地によれば、藤田教授の思考はともかく、ケルゼンの「裏からの授権」概念とリアリズムとを結合させることは到底不可能である。

### 〈小活〉

本稿は、「憲法の最高法規性」の観念につき「実体法」と「手続法」の架橋が求められるとの仮説のもとに、純粋法学をベースにした議論を進めてきた。すなわち、第一章では「手続法」の優位が否定され、第二章においては、「実体法」の確認をしつつ、それが「手続法」と区別されながら、なお、峻別され得ない関係にあることが明らかにされた。ただ、これまでの議論は実定法一般にも妥当し得る些か抽象レヴェルの高い議論であった。しかし本稿の主たる関心は、憲法典の最高法規性の論証如何にある。そこで、次章においては、これまで得られた知見を基礎としながら、「形式的意味の憲法」とされる憲法典と「手続法」との「架橋」の可能性が探られることとなる。

## 第三章 架橋

本章においては「憲法の最高法規性」を論理的に基礎づけることを目的として、「実体法」と「手続法」との架橋が試みられる。まず、第一節においては、「国家」が検討の対象に据えられる。それは具体的には、憲法典の上位に「国家」という不文法源を認める小嶋和司教授の所説を指す。小嶋教授は、憲法典の上位に不文憲法を認めることによって、「手続法」たる憲法判例の憲法法源性を容易に肯定する。問題は、かかる小嶋教授による「架橋」の可否である。第二節においては、憲法典の上位に根本規範を想定する思考が検討される。検討の対象は、主にケルゼンが晩年到達した〈Grundnorm〉論に求められる。「根本規範」はそもそも指定が不可欠な概念なのか否かが、当節で示される。第三節においては、「条文」による「架橋」の可能性が特にケルゼン晩年の仕事から示唆される。かかる示唆を通じて憲法典条文は、「実体法」と「手続法」の狭間で如何なる地位を占めているのかが明らかにされる。

なお、ここで「憲法の最高法規性」の論理的基礎づけに関連して、我が国の憲法学において、「憲法の最高法規性」を語る際に援用されることのあるケルゼンの「法段階説」について若干言及しておこう。高橋和之教授は、「憲法の最高法規性」の

「形式的根拠」を説明する文脈において、「ケルゼンは『憲法—法律—命令』といった上下関係によって構成される法の段階構造を考えた」として、「法段階説」を「憲法が最高規範であることの根拠の一つ」と述べる<sup>(20)</sup>。

しかし、果たしてそうか。我が国の憲法学説は、日本国憲法第九八条第一項にいう「この憲法」とは、「日本国憲法」を指すものと解してきた(本稿序章第一節第一款参照)。すなわち我が国の法形式の最高位にあるのは、「日本国憲法」という「形式的意味」の憲法とされる。したがってかかる通説的思考をケルゼンの「法段階説」によって根拠づけるには、ケルゼンのいう「法段階」の最高位には「形式的意味の憲法」が位置することが確認されなければならない。ところがケルゼンが、「法段階説」を説明する文脈における次のテキストは、かような期待を打ち砕いているようにみえる。「根本規範を仮定すれば、憲法が国法秩序において最高位を占める。ここで憲法は、形式的意味でなく実質の意味に理解される」。ケルゼンの法段階上下は、法内容に規定され、法形式に規定されるものではない。ケルゼンは、実定法秩序の最高位を構成する法規群を、便宜的に「憲法」と述べたのであった。それは、「形式的意味の憲法」に限られず、「形式的意味の法律」をも含み得る。小嶋

和司教授が、ケルゼンの法段階説について次のように説いたのは正当である。曰く、「ここにいう『憲法』は憲法典のことではなく、論者が『憲法』とする何かのことにすぎない。法段階説を憲法典の『最高法規』性の理解の資とすることはできない<sup>(20)</sup>。要するに、憲法典の「最高法規性」について検討する本稿では、ケルゼンの「法段階説」にこれ以上立ち入る必要はない<sup>(20)</sup>。

## 第一節 「国家」——小嶋和司説——

### 第一款 「不文の憲法法源」としての「国家」

本節が検討の対象とするのは、小嶋教授によって打ち出された次のような見解である。

「国家および主権は、憲法典をして有効ならしめる根拠で、これに、憲法典に付随する副次的な地位しかみとめないことは、度を過ぎた成文法源偏重で、正当でない。これには、成文法源から独立した法源——不文の——としての地位をみとめるべきである。その法源としての権威は、憲法典の効力の基礎であるのみならず、憲法典の規定を修正して法的効果を指示するも

のとして、憲法典に優越することを認めなければならぬ。憲法解釈は、憲法典のみに着目してなされるのではなく、それを超える不文の法源をもあわせ考慮してなされるべきものと論理構成するのである<sup>(210)</sup>（傍点小嶋）。

(1) 多様な反応を誘発したこの問題提起は、「実質的意味の憲法」と憲法典との区別を強調する教授の立場と密接に連動しているものである。もつとも上にみた不文法源を重視する思考は、当初よりものではなかった。一九五四年の段階で、教授は憲法典につき、「憲法」的規範のすべてが網羅されてはいない<sup>(213)</sup>としても」と留保しながらも、「立憲主義じしんをまもるためにも憲法典解釈学」が「強烈に求められる<sup>(214)</sup>」と述べていた。さらに教授は、M・オーリュウウの *legitimate constitutionelle* を例に引きつつ、上記引用に示されるものとは明らかに異なる思考を提示していた。すなわち *legitimate constitutionelle* は、「観念的には憲法典を拘束するもの<sup>(215)</sup>」ではあるが、「この把握がすぐれてイデオロギー的に彩られやすくその内容の恣意的な拡大が……立憲主義じしんをも危くすることを考えるとき<sup>(216)</sup>」、*legitimate constitutionelle* の「具体的な内容や限界は憲法典じしんの中から、論証されなければならず、……実定的規範として

の *legitimate constitutionelle* の追求には憲法典規範の研究こそ不可欠の前提となる<sup>(216)</sup>」。

(2) ところがその後、小嶋教授はかかる姿勢を変化させる。すなわち教授は、「憲法」＝憲法典と考える戦後憲法学に對して「憲法典絶対対視」「憲法典神聖視」をなすものとして、強烈な批判を展開するに至る。教授によれば、憲法典の孕む問題は大きく次の三点にあると指摘される。第一に、憲法典が成文法であることによる限界である。例えば「公共の福祉」と「人權」はそれぞれ明確な成文法源であるが、両者を如何に調整するかを示す成文法源は存在していない。かかる不完全な成文法源の間の調整は、不文のものにその多くを委ねざるを得ない<sup>(218)</sup>。

第二に挙げらるべきは、憲法典特有の規定の概括性である。

憲法典は、その規制対象が広範であるのに、その成立時は政治社会の激動期であることが多い。そのような環境下で法律的に緻密な規定はなされにくい。憲法典には民・刑法典のような具体的な法上の効果が期待されていないこともその要因となった<sup>(219)</sup>。

第三は、憲法典が必ずしも「実質的意味の憲法」のすべてを汲み尽くしていない点である。政治的考慮によってしばしば、「実質的意味の憲法」であるものが憲法典に持ち込まれなかつ

たり、逆に、「実質的意味の憲法」でないものが憲法典に組み入れられる。将来の国政の運営に幅を持たせるために意味の曖昧な規定が制定されることもあるし、かかる憲法典の規定が制憲者の間での意見対立の妥協の産物であることも珍しいことではない。さらに制憲者が憲法典起草時に決定し得なかつたため、国家生活上本来規律すべき事項が憲法典の規定に入れられなかつた事例も歴史上数多く確認することができる。

(3) かかる不完全な憲法典を規定するものは何か。教授は「自然法則」「論理上当然のこと」と共に、「社会的事実としての国家」を挙げる。なぜなら「憲法典は国家の存在なくして効力をもたえず、国家が消滅すれば、その生命も終る」からである。<sup>(222)</sup>したがって国家の存立と憲法典の遵守とを対比すると、前者が基本的価値とされるので、ここに「国家緊急権」の理論が当然に肯定されることとなる。<sup>(223)</sup>また、国家主権の喪失下で憲法典が効力を主張し得ないのは、憲法典を規定する前提が欠落していることからする必然的帰結である。<sup>(224)</sup>そして、国家に不可欠な事業(例えば郵便事業)が国営とされることが「営業の自由」等の基本権と対立しないことは、国家が当然に有する権能行使による正当な制約として説明できる。かかる正当化は、基本権行使の「内在的制約」論にも適用される。<sup>(225)</sup>

もつとも憲法典を規定するこれらの要件は、単に事実上のものではない。それらは、憲法典を完全な法源に補強するための「当為」である。<sup>(226)</sup>ここでいわれる「当為」のなかでも教授はとりわけ「国家および主権」を重視するというわけだ。次に款を改めて、教授によって提示された憲法典に優位する不文法源「国家および主権」の構造を少しく検討したうえで、これが如何にして、小嶋教授による「実体法」と「手続法」との架橋の根拠たり得ているかを検討することとしよう。

## 第二款 不文法源とその「架橋」の論理

(1) 小嶋教授によれば、「国家および主権」は憲法典の欠缺を補充するだけではなく、「憲法典をして有効ならしめる根拠」である。<sup>(227)</sup>ここで語られる「主権」とは、「国際的意味の主権(国際社会における独立性)」の意味すなわち「国家」が有する「主権」を指す。したがって憲法典に優位するとされる「国家および主権」のうちでは、「国家」が論理的前提とされるわけである。では、ここでいう「国家」とは何か。教授によれば、それは「領土とか人民という可視的なもの」の具有を基礎とするが、それじしんは可視的な存在ではない。統治作用の

帰属先を論理探求的な観察 (teleologische Betrachtung) をした結果見出される観念的な存在で、作用によってのみ社会的実在として認識される<sup>(229)</sup>という。

かかる「国家」の観念の仕方には、ゲオルグ・イエリネク及びルドルフ・スメントの所説が直接に影響している。このことは、小嶋教授が夙に、ケルゼン等に代表される「法実証主義」を批判して、公法学は「抽象的な観念になり、実用性を失う<sup>(230)</sup>」と述べていたことと裏腹である。成文の憲法典に対して、「不文法源」の重要性を強調することも「成文法源と「論理」の尊重を説く<sup>(231)</sup>」「法実証主義」に対するアンチテーゼである。

また、前述のように一九五四年段階では「イデオロギー的に彩られ」る恐れがあるとして憲法典にその探求を限定することが望ましいとされた *legitimie constitutionelle* が、教授の《改説》後、逆に憲法典に上位する不文法源を正面から正当化する概念として援用されていることも指摘しておくべきであろう<sup>(232)</sup>。

(2) 小嶋教授によって提示された「不文の憲法法源」としての「国家」は、「実体法」と「手続法」との架橋に大きな役割を果たすこととなる。すなわち、憲法判例の法源性が不文の憲法法源の援用によって容易に肯定されるということである。教授は「判例が法源とされることを直接的に指示する制定法は

ない」として、「制定法」の欠缺をまず確認する<sup>(234)</sup>。そのうえで次の三つの理由をもって、判例とりわけ最高裁判例は「国法の法源である」とされる。すなわち第一に「憲法」が「法」の平等な適用を命じていること、第二に裁判所はかかる平等な法適用の任を最終的に委ねられていること、第三に「他の国家機関は、ことさら判例による法解釈と異なる法解釈をとって、国民は訴訟による以外に判例法理の適用をうけえないといった態度をすべきでないこと<sup>(235)</sup>」、が根拠とされる。判例に期待される具体的機能は、成文法と慣習法の明確化である。成文法も慣習法も曖昧・欠缺を有しているので、判例によるそれらの規範内容の明確化は「法的効力をもつ」とされる。さらに「憲法についての解釈判例は憲法典に準ずる効果を」有し、「他者による変改は……憲法改正を要する<sup>(236)</sup>」との帰結が示される。

右にみた小嶋説は次のように定式化できよう。憲法典には欠缺がある。「憲法典の効力の基礎であるのみならず、憲法典の規定を修正して法的効果を指示するものとして、憲法典に優越する」不文法である「国家」は、如何にして憲法典の欠缺を埋め得るか。「国家」を含む実質的意味の「憲法」は、特に最高裁判例にその任務を命じたものとみることができるとは。したがって最高裁による憲法判例は、憲法典による根拠づけをまつこと

なく、憲法典の規範内容の明確化・補充を行う「不文の憲法源泉」たり得る。「不文法源」たる「国家」は、憲法典と「憲法判例」の双方の法的効力を媒介する役割を果たすわけである。「国家」による憲法典(本稿の用語法によれば「実体法」と「最高裁による憲法判例」(「手続法」)との「架橋」の論理は、以上のようなものであったといえる。

### 第三款 批判

(一) 以上みてきた小嶋教授による憲法典に優位する不文法源たる「国家」の承認に対しては、いうところの「国家」のイデオロギー性を突く批判が寄せられることとなるのは止むを得ない。この点、小林直樹教授によれば、次のように批判される。少なくとも国家は憲法と同時に存在し得るのであり、憲法的原理こそ国家を成り立たしめるとさえいえるから、国家が憲法に優位するという主張は原理的に誤りである。憲法典は一般に国の根本法であり、仮に憲法典の外に「不文の憲法」が存するとしても、それはあくまで憲法典の趣旨に基づいて確定されなければならない。先験的に、憲法典の上位に国家を据えるという手法は、実際には、「国家」をして、階級抑圧のための

「イデオロギー」として機能せしめることになろう。<sup>(237)</sup>

この小林教授による批判は、その刺激的な言辞はともかく、思考の基本線において肯定できるものと思われる。ある共同体が正当な「国家」として我々を拘束するには、かかる「国家」以前にかかる権限を認める規範が前提される必要がある。単なる社会的事実が支配の正当性を主張できないから、かような正当性を付与する(実質的意味の)「憲法」は、社会的事実としての「国家」に先行しなければならぬ。確かに、「実質的意味の憲法」が憲法典によってすべて汲み尽くされているとは直ちにはいえないが、だからといって「憲法典は国の根本法でもない」と断定することは可能であろうか。憲法典として制定された以上、それは、何らかの形で「実質的意味の憲法」を構成するものと意図されているはずである。憲法典が「実質的意味の憲法」と区別されるからといって、前者が後者と全く無関係な存在だということ、すなわち憲法典が「国の根本法」であることが否定されることにはならない。<sup>(238)</sup>

そもそも小嶋教授が重要性を指摘する「実質的意味の憲法」自体、その確固とした意味内容を常に十全に提示し得る保証はない。教授は、「実質的意味の憲法」にあたらぬ憲法典規定の例として、一八九三年に採択されたスイス憲法典第二五条b

にいう麻酔なしの屠殺禁止規定を挙げる<sup>(20)</sup>。しかし樋口陽一教授によれば、この規定は、実際はユダヤ人の宗教儀式を抑圧するという意図のもとに定立された。とすると、同規定は「単なる動物愛護規定」に止まらず、同憲法典第五〇条にいう「礼拝・典札の自由」規定と抵触する恐れがある規定だということになる。かかる規定は果たして「実質的意味の憲法」と無関係のものといえるのか。かように樋口教授は「実質的意味の憲法」の相対性を強調するわけである<sup>(20)</sup>。

(2) さらに、成文の憲法典の上位に不文の法源を設定すること自体、それが一種の自然法として機能することが予定されているものとみざるを得ない。確かに小嶋教授は、自身のいう「国家」は社会的事実であると同時に、「当為」性を發揮するものであることを強調している。したがってこの点で小嶋説は、小林教授の指摘する要請、すなわち、社会的事実としての「国家」は「実質的意味の憲法」を前もって、あるいは遅くとも同時には同時に伴うべし、という要請を充たしたものといえる。しかし問題はかかる法源性を「国家」に与える不文の法源の意味内容如何である。

小嶋教授は、自らの主張が「自然法学派の発想と似ている」ことを認め、その欠陥の指摘を予想している。だが教授は、成

文の憲法法源が不十分であるにも拘らず、論者の主観によって想定された不文の法源が、成文憲法の解釈として主張されるという通説的思考のしばしば採る手法の方が有害だとする。教授は、不文法源の実定性をまず肯定したうえで、法源に値するものが引き出されたのか否かについて具体的に検証することの方が望ましいという<sup>(21)</sup>。しかしかかる思考に対しては、教授の通説に対する批判の全く逆のことを指摘し得る。すなわち上述のように、小嶋教授の手法によると、今度は、不文法源の曖昧さによつて成文憲法の意味が軽視され、「論者が不文憲法としたものが立ち現れてくることとなる<sup>(22)</sup>。小嶋説においては、「法源に値するかどうか」の検討は免れ得ない。この点からしても、小嶋説が「自然法学派」の弱点を免れているかは検討の余地があるように思われる。

小嶋教授は通説的思考を揶揄し、憲法典を「打出の小槌<sup>(23)</sup>」と考えているかのようだと言及する。しかしかかる揶揄は、そのまま小嶋教授にも浴びせられよう。例えば上述のように、小嶋教授は郵便事業の国営制を不文法源としての「国家」の命じるところとして当然視していたが、その根拠は実は明らかでない。

郵便事業の国営は「国家」の生存にかかわる規範の命じるところなのであろうか。他方で、教授は、尊属殺重罰規定違憲説が

道徳を強制すべきでない、と主張していることを捉えて、かかる「立法論的主張」は法源たり得ないと批判する。<sup>(24)</sup>しかし右の違憲説は、人間の尊厳・法の下での平等等に根拠を求めているのであって、何らの実定法源も踏まえない議論をしているわけではない。

かかる小嶋教授の議論は、異論に対して、憲法典の限界・欠缺を強調するものといえる。既に触れたように、「法の欠缺」は現に在る法の帰結が解釈者の主観によると好ましくない際に主張されるものであることはよく知られている。他方で小嶋説は、自説を根拠づけ・補強する際には、憲法典の上位にある「国家」という不文の法源を援用するという手法を採るものであった。教授によれば不文法源たる「国家」を解釈する際には「良識」にそのよりどころを求めざるを得ない。そうせざるを得ないのは、小嶋教授によれば、決して小嶋説の論理の欠陥のゆえではなく、法源としての憲法典の不完全性に起因する。したがってかかる憲法典の不完全性を補充する「国家」は、自ずと「良識」に満ち、豊饒な意味内容を湛えるものとなる。すなわち、「国家」は、自らの生命を保つための規律のほか、「自由民主主義」「立憲主義」をも内包するものとされる。<sup>(25)</sup>

教授は、我が国の憲法判例の「良識的感覚」を称賛する。<sup>(26)</sup>憲

法判例は、上にみた豊かな内容を有する「国家」によって法源性を付与されているのだから、教授にとつてかかる評価はしごく当然のものである。他方で、「手続法」たる「憲法判例」が、憲法典の補充権限を「国家」から直接授権される結果、《欠缺》をかかえる「実体法」たる憲法典は、「手続法」たる憲法判例に比して劣位におかれることとなる。小嶋教授による「架橋」は、柳瀬教授とは全く逆に「実体法」に対する「手続法」の「存在論的優位」を帰結したものと理解される。すなわち小嶋教授に打ち出された「不文法源」としての「国家」は、「実体法」と「手続法」との「架橋」に成功しているとみせかけながら、実際は「手続法」の優位を引き出す「打出の小槌」、すなわち法適用機関による法定立行為を実定憲法外から正当化する「自然法」の役割を明らかに演じていた。巧妙な仕かけが施された「自然法学派」的思考と評すべきであろう。

(3) もつとも小嶋教授に代表される「実質的意味の憲法」と憲法典との区別を強調する思考は、確固とした認識論的前提の存在をうかがわせる。というのも、この両者を区別せよという命題は、両者が明確に区別されるという理解のうえにはじめて成り立つからである。そして両者を明確に区別するためには、両者は各自の意味内容が明確に認識されなければならない。小

嶋教授が、宮沢俊義教授に代表される法解釈の性質に関する「実践説」に反対し、「認識説」に傾くのは、二つの《憲法》の区別を語るための、当然の選択であった。小嶋教授によれば、「言語が一定の客観的意味内容をもつことを前提」とすると、憲法典とは国家機関に対する制限規範を「客観的文書に表現した」ものにほかならない<sup>(248)</sup>。教授は、憲法典が客観的意味を有しているとして理解したからこそ、その意味の限界すなわち欠缺を公然と語り得たといえる。

他方法解釈の実践性を強調する立場によれば、憲法典の解釈についてその「客観的」な意味把握は放棄さるべきものと考えられる。法文書が眼前にある場合でも、それに如何なる意味を付与するかは解釈者の実践的選択の問題とされるから、もはや憲法典が「客観的意味内容」を持つかどうかは、問題とされ得ない。したがって、かように意味の客観的限界が問題とされない憲法典と「実質的意味の憲法」とを区別すること自体の実益はみい出し難いものとされるに違いない。仮に小嶋教授の指摘するように、通説が憲法典と「実質的意味の憲法」とを明確に区別していないとすれば、それは、必ずしも憲法典を絶対視したためとはいえない。すなわち「実質的意味の憲法」を軽視したためではなく、これと憲法典とは明瞭には区別し難いという

認識論的前提からの帰結だと理解する余地がある。小嶋教授が批判するところの、「不文法源」を「成文法源」の解釈として主張する通説的手法は、憲法典と「実質的意味の憲法」との境界をもとより意識していないあるいは有意のものとみていない可能性もあり得るだろう<sup>(249)</sup>。

ただ、仮にそうだとすれば次のような疑問が通説に向けられることとなる。すなわち一般的に憲法解釈には「枠」があるという場合、それが憲法典条文と如何なる関係にあるのか、という疑問である。通説にいう憲法解釈の「枠」とは、必ずしも憲法典条文自体が発揮する効果のことを指すものと考えられないからだ<sup>(250)</sup>。あるいはまた、憲法典条文の「客観的」意味把握が放棄されたところで、「憲法変遷論」等で「憲法典の正文」の意味の改廃を問題にする実益が果たしてどの程度あるのかという疑問も挙げ得る。「憲法典の正文」の客観的意味が確認されないまま、その「意味の改廃」を問題にする思考は、そもそも、その前提を欠くものといえる。というのも、そこで「改廃」が問題とされる「意味」とは、論者が憲法典に投影した主観的意味ではないのかと考えられ得るからである。「憲法変遷論」とは、それとも「憲法典の正文」の背景にある不文の価値秩序の改廃を問題にする議論なのであろうか。だとすれば、一

般に問題とされる「憲法典の正文」の意味、改廃如何は、それ自体では大きな問題ではないように思われる。<sup>(206)</sup>「憲法典の正文」の改廃は、直ちに不文の価値秩序の改廃に直結するわけではないからである。問題とされるべきは、専ら「意味」たる不文の価値秩序の改廃如何のはずだ。現に小嶋教授は、憲法典以上に「生きた実質的規範」を重視する立場から、「憲法変遷」は法的意味のある現象と評価される」と明言していた。<sup>(207)</sup>いずれにせよ通説的思考に立つ限り、憲法典存在の意義とは何かという困難な問題に回答が迫られることとなる。小嶋説の諸帰結に反対する論者にあっても、小嶋説がこれらの問題に一貫した説明を与え得る認識論的前提を採っていることを看過してはならない。

注

- (206) 野中他『憲法I新版』(一九九七)二二頁〔高橋和之執筆〕。なお、高橋和之「司法の観念」樋口陽一編『講座憲法学6』(一九九五)二二頁も参照。
- (207) KEISEN, GTLS, p. 124. 尾吹訳一四頁。
- (208) 小嶋和司『憲法概説』(一九八七)一一〇頁。小嶋「法源としての憲法典の価値について」(一九七七)『憲法解釈の諸問題』(一九八九)五一―頁も参照(以下断りのな

い限り小嶋論文の引用は同書の頁を指す)。

- (209) もっともメルクルの「法段階説」は、「形式的意味の憲法」の最高性を根拠づけるかもしれない(Vgl. MERKL, Das Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, 1931, in: WRS, Bd. 2, S. 131ff.)。メルクルの「法段階説」の詳細は、菅野喜八郎「国権の限界問題」(一九七八)一六一頁以下を参照。かかる菅野教授によるメルクル理解に対して、森田寛二「法規と法律の支配(一)」『法学』第四〇巻第一号(一九七六)八六頁以下は、法規の「廃止力(zerstörende Kraft)」と段階構造・法形式との関係が混乱して理解されていると批判する。両教授の応酬について詳しい検討は他日を期したいが、ここではケルゼンの「法段階説」が、憲法典の「最高法規性」の論証には用い得ないことを確認しておけばとりあえず足りよう。
- (210) 小嶋「法源としての憲法典の価値について」(一九七七)五〇八頁。ちなみに、「法源」とは「それじしん法であり、法の内容を提示するもの」である(同右五〇九頁)。
- (211) 小林直樹「憲法概念の考察」樋口陽一『憲法学』の対象としての『憲法』両論文とも『法学協会百周年記念論文集第二巻』(一九八三)に所収「樋口論文は後に樋口「権力・個人・憲法学」(一九八九)に所収」、今井威「憲法と憲法典」『西南学院大学法学論集』第一二巻第三号(一九八二)、山下威士「憲法学の憲法典からの解放」

『埼玉大学紀要人文科学篇』第三〇卷（一九八二）等を参照。

- (212) 小嶋「憲法学講話」（一九八二）一頁以下、小嶋「憲法概説」（一九八七）特に一頁以下を参照。なおこれらの文献において詳述されている「憲法」と憲法典との区別論については、既に前掲の小嶋「法源としての憲法典の価値について」において概略が示されている。同論文は、併せて憲法典に上位する不文法源について詳述しているので、憲法典の「最高法規性」を主たる関心とする本稿は、同論文を中心に検討を進めることとする。

(213) 小嶋「憲法学の課題と方法」（一九五四）三九三頁。

(214) 小嶋・同右四〇一頁。

(215) MAURICE HAURIOU, *Précis de droit constitutionnel*, 2. éd., 1929, p. 269.

(216) 小嶋「憲法学の課題と方法」四〇三頁。

(217) 小嶋「戦後憲法学の特色」（一九七七）四七一頁以下、小嶋「憲法判例の変更」（一九八〇）三六七頁以下を参照。とりわけ前者論文は、「低いレヴェルで多数説を形成した」

通説憲法学の姿勢全般が批判され、「長期的には減ぶべきものは減ぶ」と烈しい言葉でしめくられる点で際立つ。

(218) 小嶋「法源としての憲法典の価値について」四八六頁以下参照。かような思考を持つ教授が、戦後憲法判例にみる「公共の福祉」概念に替わるヨリ精密な準則として

提案される「二重の基準」（芦部信喜『憲法判例を読む』（一九八七）九七頁以下参照）を、「不文の法理」として位置づけるのは当然の帰結と思われる（小嶋「憲法と憲法典について」『法学教室』第二五号（一九八二）一三頁参照）。

(219) 小嶋「法源としての憲法典の価値について」四九二頁以下参照。

(220) 小嶋・同右四九七頁以下参照。

(221) 小嶋・同右五〇四頁参照。「論理上当然のこと」としては、「法は、私人が他者を害すことを権利として認めることはできない」ことが挙げられている。

(222) 小嶋・同右五〇四頁。

(223) 小嶋・同右五〇四頁。

(224) 小嶋・同右五〇五頁。

(225) 小嶋・同右五〇六頁。

(226) 小嶋・同右五〇七頁。

(227) 小嶋・同右五〇八頁。

(228) 小嶋「憲法概説」一八頁。

(229) 小嶋「法源としての憲法典の価値について」五〇五頁。

(230) 前者については小嶋・同右五〇五頁、後者については小嶋「憲法学講話」二一頁をそれぞれ参照。

(231) 小嶋「法学の道しるべ」（一九六五）四六一頁。

(232) 小嶋「法源としての憲法典の価値について」五〇九頁

参照。

- (233) 小嶋「憲法と憲法典について」『法学教室』第二五号(一九八二)一三頁以下参照。そこでは、legitime constitutionelleの思考を表した判例として、本稿序章前出注(5)で触れたドイツ連邦憲法裁判所判決(BVerfGE 2,380)が引用されている。そこで教授は、判決中のGrundsatzをGrundgesetzと記して、「根本法」という訳語をあてている。しかし一九五四年段階でこの判決の同じ箇所を援用する際には、Grundsatzが引かれていた。原文はGrundsatzとしている(a. a. O., S. 403)ので、上記一九八二年の教授による引用は誤りというほかない。この「誤引」は結果的に不文法源の重要性強調に資するものとなっている。

(234) 小嶋『憲法概説』八九頁。

- (235) 小嶋・同右九〇頁。小嶋「憲法判例の変更」(一九八〇)三八一頁によれば、薬事法距離制限規定違憲判決の後、「法律を誠実に執行」すべき行政庁が直ちに当該制度廃止の通達を發したのは、「制定法に特別の規定」があるからではなく、「憲法が前提とする法治主義」に加えて「行政が法秩序を維持すべき任務」という「不文法理からの論理的要請」に基づくものとされる。

(236) 小嶋『憲法概説』九二頁。教授によれば、司法権の限界論について、憲法典にその旨が規定されていないこと

を理由としてこれを否定する論は採り得ない。憲法典に上位する「不文法」の検討を経たうえで結論を出す必要がある(小嶋「法源としての憲法典の価値について」五一三頁)。以上の本文につきさらに、小嶋『憲法学講話』四九頁以下も参照。

(237) 小林・前出注(21)「憲法概念の考察」特に二二頁以下、四九頁以下参照。

(238) 山下威士教授は、「日本国法体系の解釈問題としては、九八条による限り、日本国憲法典が、法形式的には最高の位置を占めている」という(山下「憲法の最高法規性の宣言」『法学新報』第一・一二号(一九九〇)二九一頁)。これは「すべて国法は、憲法典による権威づけをうけてのみ法的権威を有しうると考えてはならない」(小嶋『憲法学講話』二二頁)という思考(これに賛同する佐藤幸治「第一〇章 最高法規」樋口他「注釈日本国憲法(下)」(一九八八)一四八八頁も参照)に対する批判である。しかし、右引用文で山下教授のいう「法形式」とは如何なる意味かが問題となる。教授によれば、憲法典と、「形式的意味の憲法」(憲法典中に「条定化(statuarius)」された「実質的意味の憲法」とは、区別されなければならぬとされるからである(山下・前出注(21)「憲法学の憲法典からの解放」特に七八頁以下参照)。「規範科学」でいわれる「形式」と解釈論でいわれるそ

れとは、意味が違っているのであろうか。

(239) 小嶋『憲法学講話』八頁。

(240) 樋口『憲法改訂版』(一九九八)五頁以下。

(241) 小嶋「法源としての憲法典の価値について」五〇八頁以下。

(242) この点、樋口陽一「権力・個人・憲法学」特に二二三頁以下は、論者による「法源」の取捨選択をもとより実践的提言たる「解釈学説」の問題としてみなしていた。

(243) 小嶋『憲法概説』四五頁。

(244) 小嶋・同右四六頁。

(245) 小嶋『憲法学講話』四七頁以下参照。

(246) 小嶋「憲法と憲法典について」『法学教室』第二五号一頁。

(247) 小嶋「憲法学の課題と方法」四〇四頁参照。

(248) 小嶋・同右四〇五頁。

(249) 例えば「実質的憲法論」にコミットする論者は、憲法典と「憲法」とを区別する実益を認めない、あるいは乏しいものと考えらる。高橋和之教授によれば、「憲法」は個人の尊厳を中核とした価値秩序として実質的に理解される。ゆえに「憲法を最高法規とする実質的根拠は、憲法が基本価値秩序を体现していることに求められる」

(野中他『憲法I新版』(一九九七)二二頁「高橋執筆」)。確かに教授は「形式的意味の憲法」と「実質的意味の憲

法」とを区別している(同右六頁以下参照)。しかし憲法典が「基本価値秩序を体现する」ものとして実質的に理解される以上、憲法典と「憲法」とを区別することは、教授の思考構造上格別の意味はない。この点は、教授が同書において注釈抜きで《憲法》という用語で叙述を一貫させていることから明らかである(同様の思考・用語法を採る芦部信喜教授の思考については後述する)。

(250) 赤坂正浩「憲法解釈の枠について」菅野選磨『憲法制定と変動の法理』(一九九一)特に三五七頁以下参照。

(251) この点、法解釈の性質についての「実践説」に立つ樋口陽一「憲法の変遷」芦部∥池田∥杉原編『演習憲法』(一九八四)特に三三頁以下は、専ら「解釈論としての実践的效果に即して」当否が定められるという。しかしかかる樋口説については、それがもはや「憲法典」の客観的意味把握が完全に放棄されたところではじめて成立し得る思考であることを指摘しておきたい。

(252) 小嶋『憲法概説』(一九八七)一一六頁。

## 第二節 《Grundnorm》

本節においては、ケルゼンの《Grundnorm》論の変遷、特に晩年に彼が到達した見解を概観し、「実体法」と「手続法」の

架橋を試みる以前で、《Grundnorm》の指定の必要性につき検討される。もつとも我が国においては、かねてより「実定的根本規範」論が主張されてきた。それは、実定法秩序に上位する規範として想定され、憲法制定者に憲法制定権を授権する規範として捉えられる点では、ケルゼンのいう《Grundnorm》と内容上同一であるかみえる。しかし、我が国で主張されてきた「根本規範」は、あくまで「実定的」とされるので、「法論理的意味の憲法」たる《Grundnorm》とは内容的に全く異なる。既に詳細な検討がなされているように、ケルゼン理論によれば、「実定的根本規範」論は内容的にみて「自然法」論と評される<sup>(253)</sup>。したがってケルゼン理論から示唆を獲得しようとする本稿が、かかる「実定的根本規範」論に立ち入った検討を施す必要はないものと思われる。

なおここで、本稿序章で思考類型設定の素材とした芦部理論における「根本規範」概念について確認しておくこととする。芦部教授によれば、「人間人格と尊敬はもつとも根本的な原則であり、この原則を中核とする価値・原理の総体は近代憲法の根本規範、すなわち、『規範の規範』である」とされ、「かような民主的法治国家の基本価値を内容とする根本規範は、

制憲権が自己の存在を主張するための基本的な前提であり、制憲権の活動を拘束する内在的な制約原理である。したがって、この根本規範をふみにじる新しい秩序の創設は、制憲権の発動ではなく、あらゆる事実力による破壊であり、正当性を主張できない<sup>(254)</sup>。

この芦部説は、菅野喜八郎教授によって「自然法」論だとして批判される<sup>(255)</sup>。しかしこれに芦部教授は反論し、自らの説く「根本規範」とは、自然法でも実定法でもない「実定化された超実定的憲法原則」だと説く。芦部教授によれば、菅野教授が依拠する規範と事実の二分論は「法と事実の交叉点に位する」制憲権論に適さないとされる<sup>(256)</sup>。ここでは、芦部教授のいう「根本規範」について以下の三点を確認するに止めたい。第一にそれはケルゼンのいう《Grundnorm》とは無縁の概念であること、第二にそれは、制憲者を拘束すること、第三にそれは、実体価値に満たされた規範として想定されていること。

第一款 仮設としての《Grundnorm》

(1) 《Grundnorm》については、既に若干述べてきたと

ところであるが、その意味内容について、今一度確認しておきたい。<sup>(257)</sup>ケルゼンによれば、純粹法学は「法の基礎を、すなわち法の効力の基礎をメタ法的原理ではなく、法的仮設に求める。

つまり、現実の法的思考の分析によって確立されるのが「Grundnorm」である。<sup>(258)</sup>かような根本規範こそ「規範体系における効力の最終にして根源的な理由」であり、規範の効力根拠を追求する者が発見する「最高の規範」だとされる。<sup>(259)</sup>

(2) もっともケルゼンによる「Grundnorm」は現実の意思行為によって制定された規範ではなく、法認識ないし法思考によって仮設された規範である。との説は直ちには受け入れられない。かかる法的「仮設」というターミノロジーによって、ケルゼン理論は多くの法学者の当惑さらには最も烈しい批判を受けることとなった。このことは仮設としての「Grundnorm」の存在証明が専ら論議の対象になったことを意味する。例えば、ジュリウス・ストーンによれば、「Grundnorm」概念の動搖（実定法なのかメタ法なのか）からして「Grundnorm」の規範性は即座に否定されなければならない。<sup>(260)</sup>ヘルマン・ヘラーによれば、「Grundnorm」は、国家意思の「単なるいい換え」<sup>(261)</sup>に過ぎず、したがってそれは「実定性も、規範性も喪失している」とされる。

(3) ケルゼンは当初、「Grundnorm」論に対する疑問や批判が何ら根拠のないものであることを指摘した上で、前述のストーンの指摘を受けて、「Grundnorm」と実定憲法との相違を明らかにしようとする。すなわちケルゼンは、前者を「法論的意味の憲法」、後者を「実定的意味での憲法」と呼ぶ。<sup>(262)</sup>他方でケルゼンは、「Grundnorm」の規範「内容」と実定法秩序のそれとの間には如何なる関連も存在しない。「Grundnorm」から導出されるのは、実定法秩序の諸規範の客観的効力、すなわち「形式」以外の何物でもない、とした。ケルゼン曰く、

「この前提としてのGrundnormを確立することこそ、法学の機能の核心であるといえる。このような前提の中に在るのは、究極的にして、しかし、その本質に従って条件づけられている、その意味で仮設的な、法秩序の効力根拠にはかならない。」<sup>(264)</sup>

## 第二款 「かのように (Als-Ob)」の哲学

(1) ケルゼンは、以上みたような「Grundnorm」論を晩年近くまで掲げ続けた。しかしケルゼンは、一九六四年に著した「憲法の機能」<sup>(265)</sup>において次のような改説を明言した。

「Grundnorm」は、これまでわたしが主張してきた仮設ではない。H・ファイヒンガーのかのように(Als-Ob)の哲学の意味での擬制である」。この《Grundnorm》と「擬制」との関係については、ケルゼンの遺書『規範の一般理論』においてさらに深化されることとなる。もともとその前提であるファイヒンガーのいう「かのように」の哲学とは何か。そして、これと晩年のケルゼンが行き着いた境地とどのような関係にあるのか。何より、前者が問題になろう。

(2) ファイヒンガーによれば、我々は外部世界を認識する主体である。その内的世界には「概念」や「表象」が存在する。かかる概念や表象の対応物を我々が外部世界に発見するとき、その事物の客観的実在性は確認される。しかし内的世界には外的世界においてその対応物をみ出し得ない多くのものがあり、しかも、実際には「存在しない」すなわち客観的実在性を有しないそれらのものが、外部世界の認識という我々の目的を遂行するための有益な「手段」となっている。かような外部世界には対応物をみ出し得ないが、我々の思考の手段として不可欠の役割を果たしているものをファイヒンガーは「擬制」と呼ぶ。ファイヒンガーは、かかる思考を「批判的実証主義」と称した。「批判的実証主義」によれば、絶対的なもの、物自

体、客体、主体はない。一切のものは推論的思考の補助手段つまり「擬制」でしかない。<sup>(267)</sup>

(3) この「かのように」の哲学はケルゼンの純粹法学と如何に関連するのか。このことを考える前に、ファイヒンガーが「仮設」と「擬制」の関係をどのように考えていたのかに触れるべきであろう。ファイヒンガーによれば、「仮設(Hypothese)」は、「真なるものとして、現実的なものとして」、「検証(Verifikation)」によつて真理たり得る。<sup>(268)</sup> 仮設の場合、「いつの日か証明されるであろうことを我々は願う」。しかし、「擬制」は、かかる証明は必要とされないで、外的世界における対応物を得ることはない。それは、我々の思考が、目標とするところに到達し得ない場合にはじめて用いられる思考の手段でしかないというわけである。<sup>(269)</sup> この点、尾高朝雄教授が現行憲法典施行間もない時期に次のように述べていた。

「ファイヒンガーの『かのごとくの哲学』は、法、とくに憲法の示す政治の表裏のずれを示すために設けられた標語とするに足りる。夏目漱石の言葉を用いるならば、立憲政体、天皇の統治、国民の主権、国民の代表、権力の分立、というもろもろの概念は、かならずしも実体の伴わない『雅号』だともいい得

る」。<sup>(20)</sup>

### 第三款 批判

(1) 第一款でみた初期ケルゼンの《Grundnorm》は、「仮設」として位置づけられる。上にみたファイヒンガーのいう「仮設」である。しかしケルゼンにとって《Grundnorm》は、ファイヒンガーのいう「現実的なるもの」では決してなかった。この点を指摘したのが、前述のストーンやヘラーによる批判であったといえる。ファイヒンガー哲学は、かかる批判を受けたケルゼンによって最終的に取り入れられた。ケルゼンは、《Grundnorm》論における「擬制」の効用を次のように述べる。

「Grundnormとは実定規範ではなく、単に思考された規範である。それは擬制された規範(„eine fingierte Norm“)であるがゆえに、実在的意思行為の意味ではなく、単なる擬制的意思行為の意味でしかない。かようなものとしてのGrundnormとは、ファイヒンガーの『かのよりの哲学』の意味での、真正にして厳密な擬制である」。<sup>(21)</sup>

ケルゼンは、法秩序を構成する規範の妥当性をあくまで規範によって基礎づけようとした。しかし彼は晩年、規範の定立の前提として意思行為を必要とみるようになった。したがって、彼はもはや我々の思考の内にしか存在しない、すなわち意思行為を前提しない《Grundnorm》を「規範」とみなすことはできない。晩期ケルゼンによれば、規範性の根柢は「擬制」に求められるというわけである。

(2) しかしケルゼンは、ここで新たな問題を抱えたといえる。すなわち、実定法秩序を基礎づけている《Grundnorm》が「擬制」——規範ではない——となれば、基礎づけられている実定法秩序も「擬制」——現実存在しない——であるということになりはしないかということである。Sainでもなく Solen でもない Fiktion から「規範性」は生じるのであろうか。「擬制」の想定は、重大な困難を純粹法学にもたらすように思われる。《必然的に規範は体系を成すから、同一体系内の諸規範の妥当性は同一の Grund に負う。規範の妥当性は事実からは導出し得ないから、諸規範を規範たらしめる Grund は規範でなければならぬ》とのケルゼン理論の基本テーゼがもはや維持し難いからである。

(3) 本稿は、かかる困難をもたらす「擬制」を設定する

必要はないと考える。端的にいえば、実定法秩序の規範性を根拠づける際に、《Grundnorm》は必要ない。本稿第一章においては、憲法典の存在自体の有する客観的制約性が強調された。かかる思考は、あるテキストを憲法典として認識すれば、その時点で当該憲法典の規範性すなわち妥当性を認識したこととなるというものであった。一方ケルゼンのいう《Grundnorm》とは法秩序の妥当性の前提すなわち「ある法秩序が全体として妥当であるとするれば」という仮定を指していたといわれることがある<sup>(272)</sup>。この点ケルゼンは、次のように述べる。

「先行する憲法所定の手続では成立しなかつた憲法すなわち歴史的に最初の憲法の妥当性根拠を問うならば……この憲法の妥当性、この憲法が拘束力を有する規範だという想定が前提されるべきということのみであり得る。……規範の妥当性根拠は再び規範でのみあり得るから、かかる前提は規範でなければならぬ<sup>(273)</sup>」。

かかるケルゼンの叙述は難解である。ここで「歴史的に最初の憲法」の《妥当性(拘束力)の想定的前提》とは、「規範」つまり《Grundnorm》を指すものとみるほかない。しかし、

《想定的前提》とは如何なる意味なのであろうか。これをあえて、先に注(272)を付して本文で引用したところの、《Grundnorm》を仮定文の前件として記述しようとする試みに代入してみるとそのナンセンスは明白なものとなる。すなわち「ある法秩序が全体として妥当であるとすれば」となるからである。

実定法学は「歴史的に最初の憲法」の妥当性を「前提」できればそれで足りるように思われる。実定法秩序を認識しようとするれば、その最高層を「憲法」と理解できればそれで十分である。菅野喜八郎教授は次のように述べる。

「ひとたび、歴史的に最初の憲法を妥当する法規範と見なすという態度決定をすれば、その人間にとつて、この憲法と直接、間接の委任連関関係に立つ意志行為の意味は法として認識可能となる<sup>(274)</sup>」。

この「態度決定」あるいはこの「態度決定」をさらに「想定」するという作業をあえて規範とりわけ《Grundnorm》と定式化する必要はないように思われる。

以上本節では、ケルゼン理論において《Grundnorm》を擬制

とみることは内在的困難を招くこと、そもそも《Grundnorm》の前提は不必要であることを示してきた。かかる実定法を考察する際に必須といえない《Grundnorm》は同時に、実定法をなす「実体法」と「手続法」との「架橋」にとつても不可欠の概念だともいえないこととなる。もつとも、ケルゼンや菅野教授のいう「憲法」とは、あくまで「実質的意味の憲法」を指していることは看過されてはならない。そしてかかる「実質的意味の憲法」の妥当性を前提することは、「実体法」と「手続法」の双方の妥当性を一括して前提することである。しかし本稿の見地によれば、問題は「憲法典」の妥当性すなわち最高法規性を如何に示すかにある。これは「憲法典」と、「実体法」・「手続法」それぞれとの関係が如何にあるのかという問いに答えることであることも縷々述べてきた。「実質的意味の憲法」の妥当性が《Grundnorm》を欠いた場合においても、認識され得るということだけでは、決して本稿の立てた問いに回答が与えられたことにはならない。節を改めて、この問題そのものの解決法を探ることとしよう。

## 注

(253) 「法論理的意味の憲法」についてはさしあたり、vgl.

KELSEN, Allgemeine Staatslehre (以下ASと略記する), S. 248f. 清宮四郎訳『一般国家学』(一九七二)(以下清宮訳と略記する)四一五頁以下参照。清宮教授の「実定的根本規範」論(清宮四郎『憲法I第三版』(一九七九)特に三二頁以下参照)について、菅野喜八郎「国権の限界問題」(一九七八)六〇頁は、「自由・民主を普遍妥当の価値とし、法の妥当性はこの価値の実現であるとする」「自然法」論とみなす。これに対して新正幸「純粹法学と憲法理論」(一九九二)特に一一一頁以下は、ケルゼンの《Grundnorm》を「一般憲法上の可能態概念」、清宮教授の「根本規範論」を「個別憲法上の現実態概念」と理解して、両者が併存・補充の関係にあるとする。もつともかかる新教授の理解に対しては、「両者のアイデンティティは、明らかに相互対立的であることをみうしなつてはならない」(樋口陽一「国法秩序の論理構造の究明——清宮四郎先生の戦前の業績」『ジュリスト』第九六四号(一九九〇)九六頁)との批判がある。新教授の指摘は、確かに論理的に可能な構成には間違いないものと考えられる。しかし、《Grundnorm》がその中身が全く問題にならない「法認識の前提」であることを思い起こすと、菅野・樋口両教授のいうように両概念の質的対比を強調すべきように思われる。

(254) 菅野信喜「憲法制定権力」(一九六二)「憲法制定権力」

- (一九八九) 四一一二頁。さらに菅部『憲法学Ⅰ』四六頁以下等参照。
- (255) 菅野『国権の限界問題』六〇頁。
- (256) 菅部『憲法制定権力』三三二頁以下。なおこの菅部説をM・オーリュウに依拠して擁護しようとする、高見勝利教授の試みは興味深い。高見『憲法制定権力』考」菅部古稀『現代立憲主義の展開(下)』(一九九三)特に七二四頁以下参照。
- (257) ケルゼンの《Grundnorm》論について文献は枚挙に暇がない。その中でも特に本稿が示唆を受けた最近の文献として、前出の新『純粹法学と憲法理論』、菅野『国権の限界問題』の他、菅野『続・国権の限界問題』(一九八八)特に一〇五頁以下、高橋広次『ケルゼン法学の構造と方法』(一九七九)特に二五八頁以下、長尾龍一『根本規範について』上原＝長尾編『自由と規範』(一九八五)、古野豊秋『違憲の憲法解釈』(一九九〇)特に五頁以下等挙げ得る。本稿がこれらの文献に付け加え得るものとはほとんどなく。
- (258) KEISEN, GTLS., p. XV. 尾吹訳七頁。
- (259) KEISEN, a. a. O., p. 111. 尾吹訳一九五頁。
- (260) JULIUS STONE, Legal System and Lawyers' Reasoning, 1964, p. 104.
- (261) HERMANN HELLER, Staatslehre, 1934, S. 225.
- (262) KEISEN, AS., S. 248f. 清宮訳四一五頁。
- (263) KEISEN, RR2., S. 223f. なお、ここでケルゼンのいう「形式」とは、必ずしも法典を意味しない。それは、規範の効力の「客観性」を指すものとして用いられている。
- (264) KEISEN, a. a. O., S. 47.
- (265) KEISEN, Die Funktion der Verfassung, 1964, WRS., Bd. 2., S. 1976.
- (266) HANS VAHINGER, Die Philosophie des Als Ob, 1923, S. 78f., S. 134.
- (267) VAHINGER, a. a. O., S. 161f. 来栖三郎『モデルと擬制』『法学協会百周年記念論文集 第一巻』(一九八三)三頁以下〔後に来栖『法とフィクション』(一九九九)一〇五頁以下に所収〕参照。
- (268) VAHINGER, a. a. O., S. 89f. 駒城鎮一『法的現象論序説』(一九八五)二六頁参照。
- (269) VAHINGER, a. a. O., S. 24.
- (270) 尾高朝雄『憲法の社会学』日本法社会学会編『法社会学』(一九五一)九頁。
- (271) KEISEN, Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 206.
- (272) 長谷部恭男『権力への懐疑』(一九九二)二九頁。
- (273) KEISEN, RR2., S. 203.
- (274) 菅野『続・国権の限界問題』一三五頁。菅野教授と同様に、「そもそも実定法学者が妥当を前提しなければなら

ないのは、憲法なのであって根本規範ではない」と説く土井真一「H. Kelsenの根本規範論に関する覚書」『法学論叢』第二三三巻第一・二・三号（一九九二）二七三—四頁参照。他方古野豊秋「違憲の憲法解釈」（一九九〇）五一頁は、実定法と非実定法との区別の際には依然として「Grundnorm」が有用とする。しかし実定法の頂点が把握できれば、実定法と非実定法との区別は可能となるはずなので、結局「Grundnorm」は不要とされることにならう。

### 第三節 「条文」

前節までで確認されたことは、ケルゼン理論によればもはや実定法秩序の外で、「実体法」と「手続法」とを架橋する論理をみい出すことはできないということである。「国家」、「Grundnorm」（「根本規範」）いずれも「架橋」に失敗する概念装置であった。そこで本節ではケルゼン晩年の理論から、「憲法典」精確にいうとその「条文」による「架橋」の契機を導出することが試みられる。これは一見極めて自己言及的な方法であるが、実定法の内部に考察対象を限定する思考は自己言

及を避けることができない旨は既に述べた。

本節の論述は次の順序でなされる。すなわち、まず晩年のケルゼン理論がその主な素材として取り上げられる。次に「実体法」と「手続法」の狭間のいずれに憲法典条文が位置しているかが、中間的に概念図として整理される。そしてこの「概念図」を用いて序章における思考類型設定の際に援用した論者の議論が分析される。序章で示唆された論者の間の「ねじれ」が整理されることによって憲法典条文が如何に「実体法」と「手続法」の媒介で重要な役割を負っているか、さらに「憲法の最高法規性」の宣言の意義が説き明かされる。その過程では、小嶋教授によって「不文の法理」として理解された「二重の基準論」等の「審査基準論」が「概念図」に位置づけられることでささやかな問題提起がなされるはずである。

まず、本稿が注目するのは、晩年のケルゼンが「意味としての規範」というテーゼを明確にする点である。

ちなみにグスタフ・ラートブルフは、ケルゼンほど徹底していないが、「意味としての規範」という捉え方をかなり鮮明に打ち出している。彼は規範と命法(Imperative)とを次のように

区別する。すなわち、両者の違いは、例えば、「汝の義務を果たせ!」のような「規範的内容が命法形式で表現されている文」をみると明らかになる。その文の「担い手 (Träger)」とその「意味 (Sinn)」とを分離するなら、我々は一方において「時間的空間的」な「存在現象」、「音の連なり (Lautegehe)」を受け取るとともに、他方では「非時間的非空間的」な「意味内容 (Bedeutungsgehalt)」、「人倫的 (Sittliche) 必然性」を受け取る。だから、上の文は、「存在し作用する限りでの命法であり、意味し妥当する限りでは規範である」<sup>(275)</sup>。

ラートブルフのこの議論は、命法を条文一般に置き換えても成立する。なぜなら、彼がここで問題にしているのは、「音の連なり」という文の担い手とその意味との区別だからである。したがって彼の見解は次のように換言できよう。すなわち規範とは、存在世界に発せられた何らかの文の文言形式に規定されないところの、規範の意味である、と。このラートブルフの見解をさらに徹底させたのが、次に触れるケルゼンの見解であった。

第一款 『純粹法学第二版』における「意味としての規範概念」

ケルゼンは、『純粹法学第二版』において、次のように述べ

る。規範は「他者の行態に意図的に向けられた行為の特殊な意味 (Sinn)<sup>(276)</sup>」であり、その行為は、「さまざま方法で遂行される」<sup>(277)</sup>。さらにこうも述べている。「法規範が言語的に、つまり、語や文に表されると、それは事実を確定する言明の形式において現れることがある。窃盗は罰せられるべきである、という規範は法律定立者によってしばしば、窃盗は投獄によって罰せられる、との文に定式化され、国家元首に条約締結を授權する規範は、国家元首は条約を締結する、という形式に定式化される。しかし重要なのは言語形式ではなく、法を創設し規範を定立した行為の意味である」<sup>(278)</sup>。

かように、規範の意味は条文という表現形式から一旦切断される。しかし、規範と条文とは如何なる関係にあるかが次に問題となる。右のケルゼンの理解によれば、規範としての法は意味の世界にあることになるが、それでは条文はどこに位置づけられるかは必ずしも明らかではない。条文は規範文形式(「べし」)<sup>(279)</sup>を持たずして、法規範を示すことがあるとされているからである。

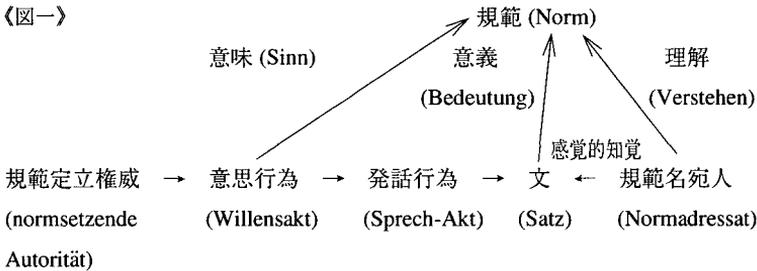
第二款 『規範の一般理論』における規範理解

(1) 上述したように規範は、当為(べし)を構造として持つ文章である。この「べし」という助動詞を持つ文章は基本的に話しかける相手があつて用いられる。したがつて、規範というものは、それを発した者は当然のこととして、話しかける特定の相手、つまり、問題となつてゐる行為の対象たる人物の存在を前提にする。そしてかかる発話の相手方との関連を通じて、はじめて発話の存在や内容について語り得るはずである。

このことに注目して規範の問題を論究したのが、ケルゼン晩年の遺書『規範の一般理論』<sup>(280)</sup>であつた。同書においては、多様な規範論理学、言語哲学との対質を通して規範と言明の本質的相違が明らかにされるなど独自の規範理論が展開されている。その規範論の中核には、今述べた規範を発話者と特定の受話者との間に成立する特殊な意味として描き出す試みが位置している。以下、これを要約的に紹介する。

(2) この著作によれば、規範とは、他者に向けられた「意欲」たる「意思行為(Willensakt)の意味(Sinn)」であり、「当為を規定(Stauieren)してゐる」<sup>(281)</sup>。そして、「他者の行態に向けられた意欲のみが当為の意味を持つ」<sup>(282)</sup>がゆゑに、「あらゆる規範は二人の人格を前提する」。つまり「規範定立行為なくして規範なし、規範名宛人なくして規範なし」というわけである。

【図一】



ところで規範も言語によつて表現されるが、「その意味が規範であるところの意思行為と、その意思行為の意味が表現されるところの発話行為(Sprech-Akt)とは区別されねばならない。そうすると、「意思行為の意味たる規範は、その意思行為が表現されるところの文の意義(Bedeutung)である」ということになる。そして、「言語的表現とその表現の意味(Sinn)」、その表現の感覚的知覚(Wahrnehmung)とその理解(Verstehen)とは区別されねばならない」のであつて、「話しかけられた者」は「語られ書かれた文」をみたり聞いた、すなわち感覚的に知覚することはできるが、その「意義は感覚的に知覚できない。できるのはただそれを理解すること、すなわち、

概念的に把握する (gedanklich erfassen) ことだけである」。ここでいう「理解する」とは、「私は一定の仕方で行態すべきである、という意味を把握すること」とされる。以上のようなケルゼンの規範理解を、若干の用語上の混乱を本稿なりに補正して図式化すると上記〈図一〉のようになると考えられる。

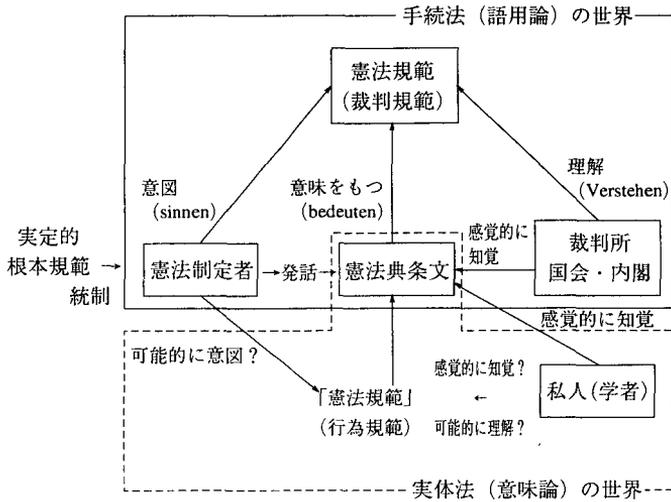
この概念図に示された理解によれば、法という規範は条文という言語メディアを介して規範定立者から規範名宛人へと伝達される一つの情報とされる。したがってこのケルゼンの規範理解によると、規範の内容は、誰が規範名宛人か、という問題を論究しなければ確定することはできず、条文の位置づけも明確にされ得ないこととなる。規範とは、規範定立者が特定の文をもって特定の規範名宛人に理解してもらうよう目論んだ (sinnen) ものである。と同時に、それは、その特定の規範名宛人がその文をそのようなものとして理解するものといえる。このことを逆からいえば、規範定立者が如何なる規範名宛人を想定するかによって規範の特定化は左右されるということとなる。この規範理解は、憲法典条文が憲法「規範」と如何なる関係にあるかにも適用できるように思われる。

### 第三款 憲法典「条文」を媒介にした再構成

前款でみたように、上述の規範の名宛人の問題を憲法規範に ついても適用してみよう。憲法典はさしあたり、国家の統治機関に向けられた規範であると理解されていることは改めていうまでもない。もつとも憲法規範の中でもとりわけ人権規定は微妙である。人権保障が裁判所に最終的に委ねられていることからして、名宛人を裁判所とするのはまず第一の前提といえる。

しかし、人権規定のいわゆる間接適用説によれば、人権規定が民法の一般条項を媒介として「私法秩序」に一定の効力を有し得ることが肯定される。つまり、同説によれば、人権規定が一定の範囲で私人の行為規範として通用する可能性が認められることとなる。この思考は、憲法典名宛人が実は国家機関だけではないことを意味する。すなわち憲法典の規範的効力は、国家機関だけではなく、非有権解釈者に対しても及ぶことが前提されているというわけである。現在憲法典の人権規定の効力が私人間に全く及ばないと解する学説はみあたらない<sup>(28)</sup>。かかる思考を前提した場合、憲法規範とりわけ人権規範の名宛人は、国家機関と一般私人の二方向に向けられることとなる。先の概念図は、条文(憲法典)を中間に挟んで展開されることになろう(〈図二〉)。

〔図二〕



第一項 「実体法」の確認と憲法典条文の意義

以下〔図二〕を手がかりに、憲法規範の名宛人が二方向とされることで、「実体法」と「手続法」とが、「憲法典条文」と如何なる関係を持つに至ったかについて検討してみよう。

(一) 「実体法」の確認

(1) 第一に「実体法」の存在が浮かび上がることとなった。とりあえず、〔図二〕における直線の枠と破線の枠に囲まれた部分にだけ注目してみよう。もし憲法典の名宛人を単に国家機関として想定したならば、その再構成は〔図一〕の言葉のいれ替えて終わったであろう。しかし人権規定の名宛人を私人にも拡大し得るといふ間接適用説によれば、「憲法規範」の意味は憲法制定者と国家機関の間だけで語られるのみならず、憲法制定者と一般私人の間においても、「憲法規範」の意味は語り得るといふことになる。前者で語られる「憲法規範」の意味は、我々が「手続法」と呼んできた「憲法規範」である。後者は、公権的な憲法解釈とはとりあえず無縁な「憲法規範」すなわち「実体法」を示唆している(第三章における「実体法」の

「法認識論的優位」をも併せて確認したい)。

《図一》に示されたような規範理解のみによる場合、ケルゼンの規範概念からは「手続法」たる「憲法規範」しか読み取ることができない。「憲法規範」の低位機関に対する授權関係しか念頭に法規範を観念しない場合、なおのこと「手続法」しか認識され得ない。これまで触れてきたように、ケルゼンの規範理解は授權規範(の有権解釈)優位すなわち「手続法」優位の思考と解される傾向にあった。これはケルゼンの思考が国家机关による規範の具体化という垂直思考に依存しているとするものである。しかし名宛人を国家机关以外に求めること、すなわち規範の認識地平を水平化することによって、「手続法」とは別の「憲法規範」(「実体法」)を引き出すことが可能性として肯定される。ここでいう「実体法」としての「憲法規範」とは、典型的には私人間を規律する行為規範であろうが、これは私人が行う憲法典解釈の所産である。

確かに、行為規範としての「憲法規範」も最終的には裁判規範としての「憲法規範」によって裁断され得る。「手続法」(《図二》)の直線の枠内の「憲法規範」と「実体法」(《図二》)の破線の枠内の「憲法規範」が一致することもあろう。また、とりわけ「実体法」の世界において、憲法典すべての規定が私

人に向けられて「意図(Sinnen)」されているものとはいえない(特にいわゆる統治機構の規定)であろうし、したがって私人にそのようなものとして理解されることも限らない。《図二》に「可能的に意図(理解)?」等と留保した言葉を入れたのはそのためである。

しかし真に「客観的」な「実体法」が認識され得るかはともかくとしても、次のような蟻川恒正助教の思考は示唆に富む。

「憲法条規の人権規定は、社会に生起する憲法問題を広く発見し、その解決のための指針を提供するという役割をも有する。憲法条規のもつかかる問題発見的機能は、その裁判規範的機能と両立し得る<sup>(28)</sup>」。

本稿のこれまでの検討は、まさに憲法典条文の有する「問題発見的機能」を「実体法」として再評価することにあつたといえる。ケルゼン理論を手がかりにしてかかる「問題発見的」意味における「実体法」存立の示唆が得られたのは、意義深い。さらに、国家机关に向けられた憲法規範とは別に「憲法規範」発見のための領域が確保されたということは、序章で紹介されたR・ヴァールのいう「一般的意味における憲法の優位」(憲

法が国家生活で最高の価値を有すること）実現にも理論的根拠を提供し得るであろう。なぜなら、憲法典とは裁判所を頂点とする法適用機関によつて強制される憲法規範に尽きるわけではなく、その解釈は、常に非国家機関の立場にある一般私人に対して広く開かれているということの意味するからである。このことは「法律の意味における憲法の優位」（憲法が裁判による担保を通じて法的に貫徹されること）を大いに相対化することとなる。

## (2) 憲法典条文の意義

—— 日本国憲法第九八条第一項の価値 ——

そして何より確認すべきは、ケルゼンの規範概念によれば、「実体法」と「手続法」とを「架橋する」契機として、憲法典条文が位置づけられる点である。既に触れたように憲法典条文は、手続法の世界（）直線部分）、実体法の世界（）破線部分）それぞれの領域において言語メディアとして「憲法規範」発見のために用いられる。と同時に、それは両世界を唯一媒介する言語メディアとしても機能する。このことは、「手続法」の世界における憲法典「違反」に対して、「実体法」の

住人が手にする唯一の憲法典「擁護」のための手がかりであることを意味する。なぜなら既に触れたように、「実体法」の世界の住人は、必ずしも自己の生きる世界において「憲法規範」を制憲者から「意図（*intention*）」されていない（名宛人とされていない）ことがあるからだ。

かように憲法典が「実体法」と「手続法」の両世界を媒介する機能を果たすことは、日本国憲法第九八条第一項「最高法規性」条項の意義を再確認することとなる。日本国憲法第八一条があるにも拘らず、なぜに第九八条第一項は存在するのであるか。我が憲法典第九八条第一項は、憲法典条文が「手続法」に対してその最高性を保持する最後のより所であることを指示した条規だと解釈し得るからである。前述のとおり第九八条第一項は、憲法典テキストが「実体法」と「手続法」とのちょうど中間にあつて、両者を媒介していることの象徴であり、同時に「手続法」から「実体法」への侵入に対する禁止規範をも表象しているものと解される。わが憲法典第九八条第一項は、憲法典が「実体法」と「手続法」とを媒介していることを、法律以下の法形式の列挙によつて示す。その一方で同項は自らに反する法形式の無効を、国家機関による当該法形式の廃止（第八一条）とは別個に、あえて宣言することによつて、憲法典解釈

を認識論上「実体法」の世界に留保することを規定した条規とみなすことができる。

かかる見地に立てば、第九八条第一項は第八一条さえあれば必要ないとか、単なる訓示規定だといった解釈は、第九八条第一項の意義を没却するものとして採り得ない。第九八条第一項は、第八一条の「保障」する「手続法」としての「憲法」と対立することさえ予定した規定といえる。それは「手続法」と「実体法」とを橋渡すことによつて、「手続法」の規範上の係留地となり、一方で憲法典解釈が常に「実体法」に開かれてゐることを象徴するわけである。いずれにしても我が憲法典第九八条第一項は、同第八一条に論理上先行するものと理解される。

## 第二項 諸学説の分析

### (一) 憲法訴訟論(審査基準論)の性格

序章で取り上げた諸説の分析の前に、憲法訴訟論(審査基準論)の性格についてその問題性に若干触れておきたい。石川健治教授による次の叙述は本稿の視点からしても興味深い指摘を含んでいるように思われる。

「憲法訴訟論は、人権学説におけるあからさまな価値の強調と、価値の横溢した人権行使の仕方から一定の距離を置き、人権規定を論証責任ルールと理解する(換言すれば人権規定解釈は専ら論証責任ルールの導出手続として意味を持つ)ことを通じて、人権の語用論的合理性の可能性を追求する議論である。すなわち、憲法条文の開放性および条文解釈の恣意性Ⅱ包摂モデルの破綻を理由として、憲法解釈の意味論的レヴェルでの合理性・客観性を放棄し、民主的政治過程と司法の役割分担論や人権の価値秩序論等々から導出される(『憲法訴訟』当事者間の)論証責任ルール——その基本は二重の基準である——により、解釈主体のプラグマティークを合理的に整序しようというわけである。殊に違憲審査基準論という発想についていえば、主に民主的政治過程論に基づく、立法・行政と司法の間の権限Ⅱ職務(Funktion)の配分を前提とする論証責任ルール(合理性の推定)『挙証責任の転換』『合理性の基準』等々と、これに立脚した(目的・手段)シェーマⅡ比例原則に基づく)衡量モデルに依拠することで、語用論的側面において辛うじて実体法解釈論の『客観性』を維持しようとしてきた側面が指摘されなければならない。……たとえば政教分離規定の解釈に典型的に見られるように、目的・効果『基準』にいきなり話が進み、テクス

トそのものの釈義に注意が払われないのは、憲法訴訟論という一つの（方法論上あり得べき、また評価に値する選択肢の一つでしかない）解釈方法論の、半ば帰結である<sup>(29)</sup>。

仮に、語用論を（記号を使用者と受け手との関係で考察するアプローチ）、意味論を（記号をその意味との関係で「純粋」に考察するアプローチ）とでも簡単に把握すれば、石川教授は、本稿（図二）にみる「手続法」の世界の問題として「憲法訴訟論」を位置づけているとみなすことができる。また憲法訴訟論は意味論的アプローチを放棄しているという理解からして、「審査基準」は語用論的合理性確保のための「不文の法理」であると教授は位置づけているのであろう。かような石川教授による指摘は、分析を越えて批判をも含んでいると考えられる。すなわち憲法訴訟論は、「手続法」内部における合理性確保に汲々とするあまり、憲法テキストと審査基準とが如何なる関係にあるのかという考察を怠ってきたという批判である。もともと石川教授のような審査基準論の理解の仕方については、批判が予想される。棟居快行教授は審査基準論を論証責任ルールと捉える説を批判して、「審査基準は実体的基本権保障（例えば『表現の自由』）に含まれるさまざまな実体的小命題

（例えば、『必要最小限度の規制手段を選ぶべし』）を『手続法』的に表記したものにすぎない<sup>(292)</sup>」と述べる。かかる思考は本稿の概念図によれば、「実体法」思考で、あくまで憲法テキストから審査基準を引き出そうとするアプローチといえる。このアプローチで審査基準論をすべて説明できれば「法源」等の問題はなくなるが、果たしてすべてが説明しきれるかどうかは必ずしも定かではない。立ち入った検討は他日を期したいが、ここでは憲法訴訟論に関して、その憲法典に対する位置づけについて非常に醒めた分析が現れていること、及び「憲法訴訟論」にコミットする側が憲法典について意味論的憲法解釈をなす意義に対する応答を迫られていること、ひいては審査基準を定立する憲法判例（手続法）の法源性について再検討が必要であること、の二点を確認するに止めたい。

## (2) 諸学説の検討

### (i) 芦部説

先の（図二）の左端に「実定的根本規範」とあるが、これは芦部教授の説を概念図においたらどこに位置するかというものである。教授が、前述の審査基準論をどう性格づけているかはかなり微妙であるが、仮に教授が審査基準論を「権限分配のル

ール」すなわち専ら「手続法」の問題とみなしていたとしても、教授の「実定的根本規範」論は強力な理論上の意義を持ち得ると考えられる。なぜならそれは、制憲者を拘束することによって、制憲者の「意図」をも統制する概念として位置づけられているからである。そして「実定的根本規範」はその拘束する制憲者の「意図」を通じて、「手続法」にも「実体法」にも「実定的根本規範」に充填された客観的価値を及ぼし得ることとなる。したがって審査基準論について教授が、前項でみた「実体法」「手続法」いずれの性格のものとをみなすかは、「実定的根本規範」の想定によってトリヴィアルな問題に化そう。それは、ケルゼンの《Grundnorm》とは全く異なる概念であるが、周到に準備された議論だと評すことができるように思われる。したがって先にみたシュライヒの「実体法」思考に整合するのはもちろんのこと、ベッケンフェルデの「手続法」思考にも十分整合し得る。「実定的根本規範」は「手続法」にも影響力を及ぼし得るからである。

(ii) 樋口説

〈図二〉であらわされる規範理解によれば、若部説に比して樋口説はかなり異質な議論だと評し得る。というのは、樋口教

授のいう科学としての「制定憲法」認識は、専ら制憲者の「意図」の確認に過ぎず、「実体法」の確認としては不十分ということになるからである。既にみたように、さらに制憲者が私人を名宛人していない場合には、制憲者の「意図」の確認はできないので、「制定憲法」認識は「実体法」の世界では不可能だということになる。一方、教授の「制定憲法」の認識は、それが「客観的認識」の所産である以上、「手続法」の領域でも真実値を有し得るはずだが、教授自身も認めていたように、公権的な解釈機関が制憲者の「意図」に従うべき義務はないので、結局教授の「制定憲法」認識は「手続法」の領域でも無意味とされる可能性が高い。したがって教授の理論がなし得ることとは、「解釈学説」の提案等による「実践」によって「手続法」を自らの欲するところに導くこと、すなわち、自身の「勝利」に向けて「手続法」の規範世界を誘導するための戦略構築だといえるように思われる。いわゆる「批判的峻別論」に関わる一連の論争からも知られるように、樋口教授が認識行為及びその公表行為の「附随的効果」如何に徹底的に固執するのは、かかる自身の「実践」面に及ぼされる影響が樋口理論において最大限重視されざるを得ない構造を採っていることに起因するのかもしれない。かような樋口教授の議論はあくまで憲法典条文に

拘る「実体法」志向のシユライヒ説とは、実は全く相いれず、専ら「手続法」志向のベッケンフェルデ説と軌を一にするものである。それは、教授の「科学と実践の峻別論」の生んだ必然的帰結と分析し得よう。

## 注

- (25) GUSTAV RADBRUCH, *Rechtsphilosophie*, 8. Aufl., 1973, S. 132.
- (276) KELSEN, RR2., S. 5.
- (277) KELSEN, a. a. O., S. 6f.
- (278) KELSEN, a. a. O., S. 73f.
- (279) 井上達夫教授は、全く異なった理由からではあるが、規範を「それを定式化する現実の、或は可能的な(限りなく詳細且つ複雑であり得る)文の『意味』である」と考えるのが妥当であるように思われる」と主張する。その理由は、「同一の規範が異なった複数の文によって定式化される」という異論と、「規範は言語によって明示的に定式化されなくとも知られている、あるいは与えられていると言えらる場合がある」という異論を処理できるといふことに求められる(井上「規範と法命題」(一)『国家学会雑誌』第一一・一二号(一九八五)四九頁)。理由の前半は本稿の問題関心と通じるが、後半は、本稿とは

見地を異にする。本稿の問題関心は、あくまで経験に与えられた憲法典条文と憲法規範との関係だからである。

- (280) この遺稿集については、井上達夫(『書評』H. Kelsen, *Allgemeine Theorie der Normen*)『国家学会雑誌』第九四卷第一・二号(一九八二)一五四頁以下参照。また、この遺稿集の成立事情、構成について触れた手島孝『ケルゼニズム考』(一九八二)二八一頁以下も参照。

- (281) KELSEN, *Allgemeine Theorie der Normen*, 1979, S. 2, 21.
- (282) KELSEN, a. a. O., S. 3.
- (283) KELSEN, a. a. O., S. 25.
- (284) KELSEN, a. a. O., S. 23.
- (285) KELSEN, a. a. O., S. 131.
- (286) KELSEN, a. a. O., S. 30.
- (287) KELSEN, a. a. O., S. 27.
- (288) 芦部信喜『憲法学Ⅰ』(一九九四)二七九頁以下参照。
- (289) 蟻川恒正『思想の自由』樋口陽一編『講座憲法学3』(一九九四)一三三頁。
- (290) 石川健治「財産権条項の射程拡大論とその位相(一)」『国家学会雑誌』第一〇五卷第三・四号二四頁以下。
- (291) 山本敬三「現代社会におけるリベラリズムと私的自治(二)」『法学論叢』第一三三卷(一九九四)一八頁は、石川・同右と同じく審査基準論を論証責任のルールと考える。

(292) 棟居快行「適正手続と憲法」樋口陽一編『講座憲法学

4」(一九九五)二五九頁。

(293) 意味論的憲法解釈(「厳格憲法解釈論」)の復権の意義について詳細は、内野正幸『憲法解釈の論理と体系』(一九九一)を参照。

(294) 長谷部恭男『権力への懐疑』特に一一四頁以下参照。

(295) 樋口陽一『近代憲法学にとっての論理と価値』(一九九

四)特に一七頁以下参照。

## 終章 総括と展望

(1) 本稿は、序章において我が国における「憲法の最高法規性」の観念の問題点を指摘しつつ、我が国とドイツの議論を踏まえて「実体法」と「手続法」という思考類型を設定し、これを軸に議論を開始した。第一章においては、「手続法」の優位を唱えるトロペールの議論を批判的に検討し、それが憲法典あるいは「実質の意味の憲法」による拘束を看過した理論であることを明らかにした。第二章においては、本稿の通奏低音ともいべきケルゼン理論における「実体法」の認識論的優位が確認される一方、「実体法」の優位を唱えつつ、それが「手

続法」と峻別されるべきことを強調する柳瀬良幹説が、ケルゼンズムの一般的規範の先在性肯定の論理により採り得ないことが明らかにされた。第三章においては、「架橋」に成功したかみえた小嶋和司説が、実は不文法源たる「国家」の強調によって、「手続法」の「実体法」に対する存在論的優位を帰結し、架橋に事実上失敗していることが示された。そして「Grundnorm」についても、それが「架橋」にとって必要不可欠ではないことが、ケルゼン晩年の「擬制」理論の批判によって示された。

本稿は最終的に、ケルゼン晩年の理論の再構成を経たうえで、憲法典条文の実在の確認による「実体法」と「手続法」の「架橋」すなわち憲法典の「最高法規性」の論理的基礎づけがなされ得るという結論に達した。すなわち、憲法典解釈上、日本国憲法第九八条第一項は「実体法」と「手続法」との「架橋」の要として位置し、かつ、「手続法」による「実体法」に対する侵害の禁止命題としても解釈し得る。この結論は、序章で検討したシュライヒの「条文への回帰」との姿勢に連なるものがあるといえる。しかし、今後の検討に委ねられた問題は数多い。(2) 今後に残された課題として二点だけ指摘しておく。第一に、条文の有する規範的意義をヨリ詰める必要がある。

憲法典条文とそれが表象する憲法規範とは区別されるべきだとすれば、それらの関係が整理されなければ両者についての理解が深化することはあり得ないからである。本稿の作業は、これについて極めて不十分のままに止まっている。具体的に課題を示せば、小嶋教授が示唆した不文法源の意義やトロペールが否定した憲法テクストの法源性の検証すなわち認識論に止まらない存在論的な憲法法源の探求である。もつともかかる課題の確認は、本稿による「架橋」そのものが未だ詰め切れていないことをも意味する。あえていえば、本稿における「架橋」は、認識論的には成功しているが、存在論的な「架橋」には至っていないともいえる。必要条件是満たしたが、十分条件は未だ論証されていないといえるかもしれない。<sup>(296)</sup>

第二に、「形式的意味の憲法」にいう「形式」概念の再検討も求められる。憲法学において「形式」と「実質」とは頻繁に用いられる概念規定であるが、実はその内実は未だ詳らかにされたことはないように思われる。この点、本稿筆者が関心を引かれているのが、近時アメリカ合衆国で論議されているという「新しい形式主義」である。<sup>(297)</sup>それは、現代の法の実質化によって、法が政治・経済・道徳等の実質的判断領域に従属し、法領域の自律性が崩壊しつつあることに対する反省として主張され

ているものであるという。憲法の最高法規性というものが、歴史、価値といったものに対して一定の独立性を保持しないと維持し得ないであろうことを考えると、新たなパースペクティヴとして検討される価値は十分であろう。かかる検討はもしかしたら、我が憲法学にみる「実質的憲法論」の再検討を促すものなるかもしれない。

## 注

- (296) 例えば、憲法典条文には「実定的根本規範」が言語化されていることを論証できれば、「架橋」の十分条件を満たすことになるかもしれない。しかし先にみたように、憲法典を越える規範を想定することには困難が伴う。憲法典はいわば、豊饒と空虚の境目にあるように思われる。
- (297) 浅野有紀「形式主義の今日的意義」『金沢法学』第三九卷第二号(一九九七)、同「形式主義再考」『金沢法学』第四一巻第二号(一九九九)を参照。