



Title	憲法の最高法規性（1） - 「実体法」と「手続法」の狭間で -
Author(s)	山崎, 友也; YMAZAKI, Tomoya
Citation	北大法学論集, 49(4), 139-187
Issue Date	1998-11-10
Doc URL	https://hdl.handle.net/2115/15794
Type	departmental bulletin paper
File Information	49(4)_p139-187.pdf



憲法の最高法規性（一）

——「実体法」と「手続法」の狭間で——

山崎友也

目次

序章 問題の所在と本稿の構成

第一節 問題の所在

第一款 我が国における「憲法の最高法規性」の観念の仕方

第二款 ドイツにおける「憲法の優位」と憲法裁判

第三款 思考類型の設定

——「実体法」と「手続法」——

第二節 本稿の構成

第一款 「イデオロギー批判」と本稿の手法

第二款 純粹法学の「構造」

第三款 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 ミシェル・トロペールにおける「手続法」の優位

第一款 トロペールによるケルゼン理論の「徹底化」

第二款 法段階から法適用機関の秩序へ

第三款 最上級有権解釈機関を拘束するもの

第三節 批判

第一款 条文の「客観性」に関して

——憲法典による制約——

第二款 「拘束力」に関して

——「実質的意味の憲法」による制約——

第三款 「自己授權」批判に関して

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」

第二節 柳瀬良幹における「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——

第二節 《Grundnorm》

第三節 「条文」

(以上本号)

序章 問題の所在と本稿の構成

第一節 問題の所在

かつてレオン・デュギー曰く、「もし、国家が法によつて拘束されないとすれば、公法の全構造は崩壊するであろう」と。⁽¹⁾

このフランスの著名な公法学者をして、こういわしめた時代状況・秘められた自然法思想を仮に捨象し得るとしても、その問題意識は、依然として我が国の公法学を貫いていると断定してよからう。その思想は、一般に立憲主義と称される。すなわち、英米法系列によれば「法の支配」、大陸法系列、とりわけドイツ国法学系列によれば「法治主義」として我が国の公法学に導入され、国家生活における貫徹が図られてきたのであった。⁽²⁾

ところで、この立憲主義は如何にして実現の端緒をみい出すのであろうか。この問いは、国家生活において最高の権威をいずれに求めるのか、という問いに置き換えることもできよう。

この点、イギリスにおいてその生誕をみた「法の支配」の原理

は、アメリカ合衆国において継承・発展をなした。⁽³⁾ 統治機関は、人民によつて委託された権力を行使するに止まる、その権限と限界は法文書に明確に規定される必要があるとされる。ここに「法の支配」を具体化した法文書としての憲法典の観念が生じたのであった。⁽⁴⁾ 他方、「法治主義」を掲げるドイツにおいては、それは何より「法律による行政」の原理、すなわち、「法律の優位」を意味した。しかし、戦後ドイツの公法学は、周知の歴史的事情を踏まえ、立憲主義の文脈を「法律の優位」から「憲法の優位」へと転換してきたのである。⁽⁵⁾

日本国憲法第九八条第一項が規定する「最高法規性」は、まさしくこの両法体系の思考を受け止めたうえで、憲法典が我が国国家生活における最高権威であることを誇らしげに自称した条項にほかならない。⁽⁷⁾ もつとも、憲法現象の観察者に過ぎず、憲法典そのものでない我々が終局的にそう断定し得るのは、この「憲法の最高法規性」なる観念の実現に一種の葛藤があり得ることが認知され、伏在する緊張関係が何らかの形で解消（*being*）⁽⁸⁾ され得る場合においてであろう。「葛藤」は、おそらく

「日本国憲法」とそれを担保するシステムが「形成」する「憲法」との狭間にある。本稿は、この葛藤の象徴を日本国憲法第九八条第一項・第八一条の併存にみる。⁽⁸⁾

第一款 我が国における「憲法の最高法規性」の観念の仕方

(1) 我が国の憲法学において、「憲法の最高法規性」は一般に次のように解されてきたといえよう。日本国憲法第九八条第一項は、「この憲法は、国の最高法規であつて、その条規に反する法律、命令、詔勅及び国務に関するその他の行為の全部又は一部は、その効力を有しない」と規定する。この条項は、「最高法規」と題された日本国憲法第十章、および「改正」と題された同第九章において、我が国法秩序における憲法典の規範的性格を明らかにするうえで中心的位置を占める。すなわち、第九六条により通常の立法⁽⁹⁾手続とは異なる、困難な改正手続が示され、日本国憲法がいわゆる硬性憲法であることが明らかにされる一方、第九七条の基本的人権に関する規定が最高法規の内容を明示することで、第九八条第一項の規定する最高法規性の実質的根拠が示される。このように憲法典が最高法規であることは、憲法典が国法秩序全体の中で、形式的に最も高い地位

にあることを意味する。⁽¹⁰⁾

(2) 憲法典の最高法規性を確認することにより、次に、これを実効的に保障するシステムのあり方に注目する、というのが上述の最高法規性に関する思考の一般的帰結といえる。いわゆる憲法保障の問題である。広義では、上述の規定に加え、権力分立制(第四一条、第六五条、第七六条第一項)、議院内閣制(第六六条第三項、第七三条第一号第六号)、二院制(第四二条、第四八条)が「憲法」の擁護に仕えるべきものとされる。⁽¹²⁾もつとも、日本国憲法第八一条によれば、最高裁判所が最終的に「憲法」違反の法令を排除する権限を有する。憲法の最高法規性を保障するためには、憲法に抵触する法規を制定する可能性のある機関に有権的な審査権を認めるべきでないというわけである。かかる理解に立つて、憲法の最高性の保障と司法機関の間に不即不離の関係を認めるのは、我が国憲法学の基調といえよう。⁽¹³⁾

(3) このように違憲審査制を憲法保障さらに立憲主義にとって不可欠な制度装置であるとする立場を定式化したのが、芦部信喜教授である。芦部教授は、議会による人権保障と、裁判所による保障に本質的な違いをみい出す。今日、世界的にみられる違憲審査制の普及の背後には、「注目すべき憲法思想の

転換があり、それを司法主義 (Judicialism) の普遍化と呼び得る」という。司法主義とは、①憲法はあらゆる国家権力から不可侵の人権を保障する法、すなわち実質的意味における国の最高法規であるとする観念を基本とし、②それを裁判的に保障する何らかのシステムを制度化することによって具体化しようとする原則のことである⁽¹⁵⁾。この司法主義に立てば、「憲法が国民の権利・自由をあらゆる国家機関から守る客観的な規範秩序として、通常の法律に対する優越性を維持し得るためには、立法・行政両機関から独立の憲法擁護の機関が存在しなければならぬ」との結論が自然に導かれる⁽¹⁶⁾。このような思考を持つ芦部教授が裁判所による憲法の実現のために「憲法訴訟論」の開拓に意を注ぎ、それが、価値中立的な手続論に止まらず、実体的な憲法価値と深く結び付いていることを強調するのも当然の帰結であるといえよう⁽¹⁷⁾。

しかし、フランスを主にした該博な比較憲法的研究をベースにした樋口陽一教授の次のような見解は、上述の芦部教授の描いてみせた立憲主義と違憲審査制、つまりは立憲主義と公権的な憲法保障制度との予定調和的帰結に波紋をもたらすものではないか。「憲法保障行為は、保障者による憲法解釈を前提として成り立っている。司法審査制においては、憲法の有権的解釈

権を持つ『裁判官がこれが憲法だというもの』が保障されるにすぎない」。したがって、「政治的機関による保障と裁判的機関による違憲審査制には、所与の法源そのものの自己実現が約束されるわけではないという点において、ア・プリオリな差はない⁽²⁰⁾」。我々は、この樋口教授の立論に芦部教授とおそらく全く異質の法観念・法解釈観・法による拘束ということの捉え方を垣間みることが可能であろう。樋口教授曰く、「普通の人々に意識されている制定法なるものは、実はそれぞれの解釈者によってそれぞれに解釈された所産であり、有権的解釈を行う裁判官を拘束する客観的存在ではない。「制定者によって歴史的に定立された時点での法的価値判断としての規範は、確かに存在するが、文字どおりの意味では、それは裁判官を拘束していないだけでなく、拘束すべきものとされていない⁽²¹⁾」。本稿では、両者の原理的な相違への深入りは避けるが、後に第三款で試みられる思考類型の設定に必要な対比は示すことはできたように思われる。

第二款 ドイツにおける「憲法の優位」と憲法裁判

(1) 本款においては、後に第三款において試みられる思

考類型の設定をさらに補強するため、ドイツ公法学の議論の一部が紹介される。(「某国ではこうであるから」という類いの安易な「比較法」的レトリックは、特定国家の憲法解釈に取り組むにあたって敵に慎まれるべきものである。しかし、本稿がその課題とする「憲法の最高法規性」とそれを担保するシステムが「形成」する「憲法」との間の「葛藤」は、各国固有の事情を捨象した思考においてその姿を確かめることは可能であり、したがって抽象レヴェルにおいて他国の理論との共通性を認めることが許容される領域であると考えられる。

本款においてドイツの議論を取り上げる理由としては、ドイツの連邦憲法裁判所が日本の最高裁判所に比して実に強大な権限を有していることを挙げ得る。すなわち、連邦憲法裁判所には、他の一切の裁判所から憲法解釈の権限が集中せしめられる一方、その決定(Entscheidung)は、裁判機関のみならず、全国家機関を拘束するものとされているのである。⁽²²⁾このような絶大な権限を有する国家機関の語る「憲法」と上述の「憲法の優位」⁽²³⁾とが如何なる関係にあるのかそれ自体興味深い論点であるが、本款においては、日本における「葛藤」に比してのドイツの鮮烈さが後述の思考類型設定に有効であると考え、この目的に資する限りでの議論の紹介を行う。近年のドイツ公法学は

「連邦憲法裁判所決定の注釈学」「憲法裁判所実証主義」⁽²⁴⁾と批判されることもあるといわれるが、本款では、そのような傾向とは距離をおいた議論を参照する。

(2) 一九八〇年度ドイツ国法学者大会における議論

一九八〇年度ドイツ国法学者大会は、第一テーマとして「国家作用体系における憲法裁判制度」を掲げ、報告と討論を行った。大会報告者クラウス・シュライヒの主目的の一つは、「憲法裁判は有権解釈ではない」ということを論証することであった。⁽²⁵⁾というのは、憲法に関する有権解釈は、憲法の制定だからである。シュライヒによれば、この問題については、既にヴァイマール時代にカール・シュミットによって深い洞察が与えられていた。

シュミットによれば、司法は一義的に明確な規範の存在を前提とする。憲法の条項がそれほど明確ならば、紛争は生じない。紛争が生じるのは、憲法の内容が明確を欠くからであり、憲法裁判所の決定は、この不明確な憲法の規範内容を決定することにほかならない。「二つの規範の間に矛盾が存するか否かについての疑義と意見の相違を決定する際も、一つの規範は他の規範に適用されるのではなくて、——疑義と意見の相違は、憲法律の内容にのみ関わるがゆえに——実際のところ、疑義の

ある規範内容から疑念が除去され、有権的に規範内容が決定される。それは、本質的に憲法律の内容に関する不明確さを除去することであり、それゆえ法律内容の決定であり、したがって本質的に立法、それどころか憲法制定であつて、司法ではない。「疑義の向けられた法律内容から有権的に当該疑義を除去するいずれの機関も、本質的に立法者として働く。もし、それが憲法律の疑義のある内容から疑義を除くならば、それは憲法制定者として働く」⁽²⁶⁾。

シユライヒは、憲法裁判が有権解釈であるとすれば、それは憲法制定だ、という右にみたシユミットの見解を肯定し、次のようなテーゼを掲げた。曰く、「憲法裁判は、憲法制定ではない。憲法裁判所は、……憲法の内容を決定するのではなく、事件（規範）に関して決定する」⁽²⁷⁾。シユライヒによれば、憲法裁判所の規範統制が「法律としての効力」を有するという考え方は誤りである。この誤つた考え方は、連邦憲法裁判所法第三一条第二項の「法律としての効力」という文言を特別視し過ぎることに基づく⁽²⁸⁾。もし、憲法裁判所の決定が、憲法内容の明確化であり、文字どおりの「法律としての効力」を有するとすれば、それは、憲法と同じランク（位階）の効力を有する規範が制定されたことと同じである。しかし、憲法裁判所の決定による法

形成はあくまで憲法のレヴエール（水準）に止まる⁽²⁹⁾。

我々は、「基本法は——その全部分において、その精神にしたがつたとしても——直接に適用される法として拘束する」とみなさなければならぬ⁽³⁰⁾。憲法がその文言のまま適用可能であり、内容が明確であれば、憲法裁判は憲法の内容を決定する「有権解釈」ではなく、事件（規範）について権威的な決定を下す作用に止まる。このような機能を果たすに過ぎない憲法裁判所は、決して憲法の番人でも憲法制定権力への参与者でもない⁽³¹⁾。シユライヒが、「憲法とは最高裁判所がこれが憲法だというものである」という「アメリカ的な見方」に対して否定的な態度を示し⁽³²⁾、他方で、我が国においてもドイツの憲法裁判制度の定着ぶりを語る言葉として引かれる、「基本法は今日實際上連邦憲法裁判所が解釈するとおり妥当している」というR・スメントの言葉を先の「アメリカ的な見方」に対する否定的意味を含蓄するものとして解釈するのは当然ということになる⁽³⁴⁾。

ところで、シユライヒが、報告の中で自説と相反する論者として槍玉に挙げていたのが、後に当大会討論に参加もしているエルンスト・ヴォルフガング・ベッケンフェルデである。ベッケンフェルデは、シユライヒと全く対照的に憲法裁判所による規範統制を憲法制定とみなす⁽³⁶⁾。上述のように、シユライヒは、

憲法のランクとレヴェルを区別し、憲法裁判は後者にはあるが、前者にはないとするが、ベッケンフェルデによれば、このような区別は無意味である。なぜなら、憲法裁判所は、憲法を根拠にしてのみ下位法規を違憲・無効とし得るのであるから、同裁判所の行う「憲法の具体化」すなわち憲法の内容の「形成的な特定化」の成果は憲法のランクに昇華され、かつ参与するものでなければならぬ⁽³⁷⁾。憲法裁判所は、憲法の具体化・有権解釈を通じて憲法制定活動を行う。もつとも、憲法裁判権は、「憲法の優位を分かちも」ち、かつ憲法改正権の拘束下にあることから、なお「憲法を越えるものではない」と位置づけられる⁽³⁹⁾。

(3) 「憲法の優位」との関係

不十分ではあるが、シュライヒとベッケンフェルデの考え方の相違についてのアウトラインは以上の叙述である程度明らかになってきたと思われる。すなわち、上述を要約すれば、シュライヒは、憲法解釈権が集中せしめられている連邦憲法裁判所にあつても、なお拘束されるべき所与の憲法規範が存在することを強調したのであるが、ベッケンフェルデによれば、憲法裁判所は何より「憲法の具体化」に仕えるべきで、その作用は憲法制定に等しいとされる。前者によれば、憲法裁判権は明確な意味内容を持つ憲法テキストの適用にその作用を限定されるが、後

者によれば、憲法裁判権にとつて、拘束を受けるべき「憲法」⁽⁴⁰⁾とは、せいぜいのところ「判決の発見の基準」でしかない。

このような両者の対比は、ライナー・ヴァールが示した二つの「憲法の優位」の対比に対応しているように思われる。すなわち、シュライヒの考え方は、「憲法が国家生活において最高の権威を有すること」を意味する「一般的意味における憲法の優位」を前提とした議論であるのに対し、ベッケンフェルデの考え方は、「憲法が裁判の基準となつて憲法に反する法が裁判を通じて法的拘束力をもつて無効とされること」を意味する「法律の意味における憲法の優位」を前提にした議論であると考えられるのである。本款では、ヴァールの議論そのものにはこれ以上立ち入る余裕を有しないが、シュライヒおよびベッケンフェルデ各自の「憲法の優位」と「憲法裁判」の捉え方が鋭い対照をなしていることは確認しておきたい⁽⁴¹⁾。

第三款 思考類型の設定——「実体法」と「手続法」——

一 「実体法」思考と「手続法」思考

本款においては、前款までで概観した憲法の「最高法規性」もしくは「優位」とそれを保障するとされるシステムとの連関

に関わる議論を踏まえて、「憲法の最高法規性」の観念の仕方について次のような二つの思考類型を設定する。なぜなら、これまでみた議論は、この両思考類型について意図的な選択をなした結果、その選択の仕方が結局対立の主因と化しているとなし得るのであり、さらに、既に示唆したように、この思考類型は、日本国憲法における二つの条文（第九八条・第八一条）によって直截に表象されているようにみえるからである。

（1） 「実体法」思考

「憲法」とは、国内法段階における最上階を構成するいわば静態的に認識された形式概念である。が、同時に、近代立憲主義の中核としての人権・平和・国民主権等の概念を含む点で、一定の内容を有した形式概念である。憲法の「客観的意味」に反する法定立行為は、仮にそれが主観的に妥当性要求を掲げるにせよ、その行為は、「憲法」に照らして無意味・無価値とされる。かかる「憲法」像は、とりわけ憲法典の「形式的最高性」を規定する日本国憲法第九八条第一項によって表象されている。このように、「客観的」「実体的」な意味を有した憲法典を前提にした「最高法規性」の観念の仕方を「実体法」思考と呼ぶことにしよう（以下断りのない限り傍点は本稿筆者の手による）。この呼称は、「法の意味が何であるか」という「実体法の世界」

の問題と「何が法の意味として妥当するか」という「手続法の世界」の問題とを峻別すべきことを説いた柳瀬良幹教授の用語⁽⁴⁾法を援用したものである。

（2） 「手続法」思考

他方しかし、次のような疑問が提起され得よう。憲法の「客観的意味」とは何か。たとえば、日本国憲法第九八条第一項が最高法規であると自称しても、誰もが、憲法の「客観的意味」を認識し得るのか。その「認識」が仮にある時点で「客観性」を証明し得るにしても、それは超時代的に妥当する性格を有するものなのか。およそ国法は、国家機関による解釈・適用を経て、はじめて実効的な規範として通用する。このいわば動態的な法具体化過程において、憲法の「客観的意味」は果たしてどの程度の意義を持ち得るのか。とりわけ問題なのは、国家機関のうちでその法解釈・法適用行為が有権的とされる国家機関である。例えば、違憲立法審査権を行使する最高裁判所は、憲法の「客観的意味」を所与として受け取っているのであろうか。そうではなく、もし「別の意味」を受け取っていたらどうであろうか。「客観的意味」ではない別の意味を与えられ得る憲法の「最高法規性」は如何なる意義を持ち得るのか。このように、憲法典の「客観的意味」を自明視するのではなく、むしろ「日

本国憲法」が語られる場合、それが現実の裁判過程・行政過程・立法過程の如何なる段階における何人の判断に基づくものとしていわれているかを重視し、日本国憲法の実定性とはそれに尽きると考える。「憲法の最高法規性」の觀念の仕方を上述の柳瀬教授の用語法にならって「手続法」思考としよう。かかる思考は、「憲法」違反の法令を排除する権限を最高裁判所に授ける、日本国憲法第八一条に象徴的に顕れているといえよう。

二 「実体法」と「手続法」の交錯

(1) ケルゼン

もつとも、以上のように、「憲法の最高法規性」の觀念の仕方を二つの思考類型として設定すること自体、無意味だという疑問があり得るところである。私は、ここで、かつてオーストリア憲法裁判所の父と称され、カール・シュミットと華々しい「憲法の番人」論争を交わしたハンス・ケルゼンの「憲法の裁判的保障」と題された論文における次の叙述に注目したい。

「憲法違反の法令を廃止する保障を欠く憲法は、技術的意味において、完全に義務づける力を有するとはいえない⁽⁴⁵⁾」。ここでは、上述の「実体法」・「手続法」思考がひとまず統合された形で語られている。自己実現し得ない憲法典の最高性保障につい

て、違憲審査機関の存在をもつて応えようとするのは、今日一般的といえる。日本国憲法第九八条第一項が、同第八一条規定の最高裁判所による違憲審査権によつて最終的に担保されることを予定した規定であると通常解されるのもその意味である。

(2) 日本

ところが、第一款で芦部説・樋口説について触れたように、この解釈論のレヴェルから一步退いたところで両説にみる「実体法」・「手続法」両思考は既に対照的な交錯を示しており、それが先に指摘したような見解の対照を示す要因になっている。

すなわち、芦部教授は、実体的な憲法価値の実現を最終的に司法機関に期待するのであるが、それは「日本国憲法」の最高法規性が「手続法」の世界でしかあり得ないことを示唆しているように思われる。確かに芦部教授は「憲法訴訟論」が実体価値と密接不可分であることを強調するが、それは、結局「手続法の世界における実体法」の重要性を述べるに止まるのではないか。

これに対して、樋口教授は、「イデオロギー的には」、憲法の最高法規性は、「手続法」の世界のものでしかないことを強調する⁽⁴⁷⁾。では、樋口教授にあっては、「実体法」の世界における「憲法の最高法規性」の觀念はあり得ないのであろうか。樋口

教授は、制定憲法について科学的認識が可能であるとする
 で、「実体法」の世界における憲法の実定性を肯定するかに
 える。しかし、ここで留意すべきは、樋口教授によれば、「手
 続法」と「実体法」とは何の関係もあり得ない、とされる点で
 ある。⁽⁴⁸⁾樋口教授が「憲法訴訟」を通じての裁判所による憲法典
 の実現について芦部教授と対照的なスタンスを採る原因は、こ
 の点に求めることができる。

（3） さらにドイツの議論を併せ読む——「ねじれ」——
 第二款において概観したシュライヒとベッケンフェルデの対
 照は、さらに鮮烈に「実体法」・「手続法」両思考の対比を反映
 しているように思われる。すなわち、シュライヒは、憲法裁判
 権さえ拘束する「憲法」とりわけ憲法テクストの意義を強調す
 ることによって、典型的な「実体法」思考を展開するのに対し、
 ベッケンフェルデは憲法裁判権を端的に憲法制定作用とみなす
 ことによって、「手続法」思考に圧倒的に傾斜した思考を提示
 するのである。だが、我々は、ここで単純に樋口・シュライヒ、
 芦部・ベッケンフェルデと上にみた四者を図式化することはで
 きない。

注目すべきは、日本の二人の論者の思考が一筋縄では処理で
 きないという点である。まず、樋口教授の思考をみよう。樋口

説にあつては、科学としての制定憲法認識という「実体法」思
 考が一方に控えながら、他方で、「実体法」とは全く無関係に
 して、「法」に一切拘束されない国家機関による憲法解釈が
 「客観的」に認識されるという「手続法」思考が厳然と存在す
 る。すなわち、「実体法」の世界と断絶せしめられた「手続法」
 の世界に視点をおいた場合、樋口教授の思考は、ベッケンフェ
 ルデの思考に一致することとなる。実際、所与の「法」による
 裁判官の拘束を否定する樋口・ベッケンフェルデ両説は、違憲
 審査権をも行使する裁判官の正統性についての結論、すなわち
 特殊な任務に耐え得る裁判官としての個人的な資質にその正統
 性を求めるという結論において一致するかにみえる。⁽⁴⁹⁾こういっ
 た「ねじれ」は、潜在的に「実体法」志向とみなされ得る芦部
 教授とシュライヒとの間においても確認し得る。というのは、
 芦部教授のいう「司法主義」とは、あくまで、個人の尊厳を中
 核とした客観的規範秩序たる憲法を大前提とした思考なのであ
 り、憲法テクストによる裁判官の拘束を強調するシュライヒの
 思考と親和性を認め得ないわけではないからである。

（4） 両思考の架橋の必要性

—— 純粹法学による再構成 ——

上述のように、日本国憲法の「最高法規性」は、同第九八条

第一項に「実体法」思考として、同第八一条に「手続法」思考として顕在化しているのだとすれば、この「実体法」思考と「手続法」思考とを統一的に解することは、「憲法の最高法規性」を理解するにあたって重要な意義を持つことになる。確かに、このことは、第九八条第一項に規定された「最高法規性」が第八一条に規定された「違憲審査制」によって実現されるという予定調和的理解によって広く認知されている思考かもしれない。裁判所による「憲法保障」にのみ関心を集中することは、しかしながら、「憲法の最高法規性」を支える両輪の片方のみ偏向した思考であることも一方で看過されてはならない。「憲法の最高法規性」という観念が、立憲主義の核心すなわち法による国家機関の拘束を主たる目的としているのだとすれば、かかる観念の射程のうちには当然司法権も含まれる。違憲審査制によって保障される「憲法」は、違憲審査制が自己主張する「憲法」ではないから、全ての国家権力に優越する法規範であると認識することについては根源的な困難を覚えるを得ない。それは、あくまで、違憲審査制に論理的に先行する「憲法」そのものと積極的に関係付けられなければならない。我々の目指すべきものは、違憲審査制を素朴に奉ずる予定調和にはなく、「憲法の最高法規性」における「実体法」思考と「手続法」

思考の葛藤を認識・克服したうえで、第九八条第一項と第八一条を統一的に架橋する解釈図式を如何なる形で提示し得るかというダイナミズムの彼方にある。

本稿は、かかる架橋の理論的視座をケルゼンの理論に探ることとした。ケルゼンは、前述したように憲法の保障につき「実体法」と「手続法」を統合したものとして扱っている。しかし、彼の言明の背後には実は「実体法」・「手続法」両思考の絶え間無い葛藤があった。ケルゼンが「憲法保障」の任を憲法裁判に賭けたかにみえる先の短い文章においてさえ、幾つかの慎重な留保をみて取ることが出来る。本稿は、ケルゼンの理論が「実体法」と「手続法」両世界の葛藤を抱えながらなお、両世界の統合を語り得たこと⁵⁰に注目する。前述した日本国憲法における「実体法」と「手続法」の架橋の契機を、ケルゼンの確立した純粋法学の固有性から、「憲法の最高法規性」のヨリ十全な解釈図式として抽出しようとするのである。このように、本稿がケルゼンの理論に着目するのは、我が国の憲法学が、日本国憲法第九八条第一項は憲法典の形式的最高性を規定すると解する際、ケルゼンの法段階説を根拠として持ち出す傾向にあるからともいえる。かかる傾向に問題があることは後に触れられようが、「憲法の最高法規性」という大問題に取り組み第一段階と

しては、「一つの観点から物を徹底的に見」⁽⁵¹⁾るということも無意味ではあるまい。

第二節 本稿の構成

第一款 「イデオロギー批判」と本稿の手法

既に述べたように、本稿は、ハンス・ケルゼンの思考法に依拠する。ケルゼンの精緻な思考は、我が国公法学に圧倒的な影響を与えつつも、総じて「イデオロギー批判の学」として受け止められて今日に至っている。⁽⁵²⁾もともと、ケルゼンの理論を「イデオロギー批判という観点」⁽⁵³⁾以外の視点から捉える試みは、近年に限っても少なくないし、⁽⁵⁴⁾そもそも憲法学上の諸問題を「イデオロギー批判という観点」⁽⁵⁵⁾で考察する姿勢そのものの克服を目指す論者も夙に現れている。本稿は、このような「イデオロギー批判」の学としてのケルゼニズムの意義や限界を全面的に論じ立てる余裕を有しない。⁽⁵⁶⁾しかし、本稿の採る手法が、必ずしも「イデオロギー批判という観点」⁽⁵⁷⁾に拘泥するものではないことはここに強調していいように思われる。本稿は、あくまで「憲法の最高法規性」という観念の実現のために、「実体

法」思考と「手続法」思考との架橋の契機を既存の思考の合理的再構成によってみい出そうとするものである。⁽⁵⁷⁾純粋法学はその道具として用いられるのであるが、それは単に「よく切れるナイフ」以上の《建設的》な役割を果たし得ると信ずる。

第二款 純粋法学の「構造」

本款では、ケルゼンによって展開された純粋法学の「構造」について簡単な概観を行うことで、後の議論のための基礎としたい。純粋法学は、大別して以下の三部分に整理可能と思われる。

（一）「純粹」性 (Reinheit)

まず、「純粹」性を挙げ得る。ケルゼンは自らの法理論の純粹性、すなわち科学的認識対象としての法規範認識の独立性を「法学を全ての異質要素から解放」⁽⁵⁸⁾することによって確保しようとする。⁽⁵⁹⁾彼によれば、この「異質要素」とは、「自然と正義」である。

「自然」の放逐は、存在と当為の二元論から帰結される。「法とは社会現象であり」、「社会は自然と全く異なった対象である。なぜなら、社会は、自然と全く異なった要素の結合であるからである」⁽⁶⁰⁾。純粋法学は、存在世界を対象とし因果法則に規

定された自然を記述する自然科学、ではなく、当為世界を対象とする。すなわち、それは、法法則 (Rechtsgesetz) と法命題 (Rechtssatz) によって社会現象としての法規範を記述する法学である⁽⁶¹⁾。かくして、純粹法学は、「自然事象の因果的説明を目的とする他の全ての科学から区別される」。法学から社会学、心理学、生物学を排除することは、このようにして正当化された。

「正義」の放逐は、ケルゼンの認識と実践の二分論から説明される。彼はいう、純粹法学は「現実の法や可能な法を問題にするのであって、正しい法を問題にするのではない⁽⁶³⁾」。彼が、絶対価値を有する「正しい法」の評価を拒否するのは、法の科学の認識対象が実定法だからである。彼によれば、実定法秩序は、自然・実在に対しては、精神・イデオロギー⁽⁶⁴⁾としてみなされるが、「正義」に対しては、「現実の」、存在する法⁽⁶⁵⁾である。かくして、純粹法学は、その観察対象から、実定化されていない「正法」を排除する。

以上にみた「純粹」化によって、ケルゼンは何が実定法ではないのかを明らかにした。次に問題になるのは何が実定法かについてである。それは視点のおき方で二つの理論に区別して記述され得る。「静態」法理論と「動態」法理論である⁽⁶⁶⁾。

(2) 「静態」法理論 (statische Theorie der Rechts)

視点をいわば「人間を規律する法」におくのが「静態」法理論といえる。それは、「妥当する規範としての法」、「静止する法」を対象とする⁽⁶⁷⁾。すなわち、それは、「法を、その定立過程を考慮することなく、完全な、そのまま適用し得るルールの体系とみなす」理論である。この視点からすれば、「実定法は、強制を規定する秩序という意味において、強制秩序であり、法規範によって創設された違法行為と制裁の關係が、法の基本關係⁽⁶⁹⁾とみなされることになる。法の科学は、「一定の法秩序によって規定された強制行為が生ずべし」と定式化される法命題 (Rechtssatz) によって法規範を記述する。この法規範から法命題への還元によって、純粹法学による伝統的通説 (権利義務、人格等に関する) 批判が可能となる⁽⁷¹⁾。

(3) 「動態」法理論 (dynamische Theorie der Rechts)

他方、視点をいわば「規範に規律された人間の行為」におくのが「動態」法理論である。それは、「法が創設され適用される法過程 (Rechtsprozess)」を対象とする⁽⁷²⁾。すなわち、それは、「何が法の本質であるのか、何が法を他の社会形式から区別し得る基準なのか、といった問いに対する答えを含んでおらず」、「ある規範が、ある規範体系に属するかどうか、ある法秩序の

一部をなすかどうか、またそれは何故か、という問題に対して答えを提供するだけ⁽⁷³⁾のものである。「動態」法理論が探求するのは、「静態」法理論においては当然の前提とされていた法の妥当性の問題、すなわち、ある行為がなぜに法行為なのかという問題であるといえる。ケルゼンは、規範の妥当性根拠の追求を強制執行行為から順次遡及させて、最後に「根本規範(Grundnorm)」によって終結させる⁽⁷⁶⁾。この論理は同時に、法秩序が段階構造をなしていることを明らかにし、かかる「法段階説」によって、法創設(Rechtsetzung)と法執行(Rechtsvollziehung)の対立は相対化される⁽⁷⁷⁾。かくして、(実質的意味の)憲法から強制行為までの各法段階の差異は程度問題となり、全実定法が透徹した視点によって一望されることとなる。

第三款 本稿の構成

本稿は、純粹法学に依拠して「憲法の最高法規性」という觀念における「実体法」思考と「手続法」思考の「架橋」を目指すものである。

まず、第一章・第二章においては、ケルゼンの理論から出発しながらも、このいずれかの思考類型に偏することになった思

考を検討し批判する。「架橋」はこの作業なしには行い得ない。第一章では、ケルゼン理論における「手続法」思考優位の契機を確認しつつ、かかる契機に着目して「手続法」の一方的優位をとなえるM・トロベールの所説が批判的に検討され、その問題性が摘示される。第二章においては、ケルゼン理論における「実体法」の認識論上の優位が明らかにされたうえで、「実体法」と「手続法」の峻別論を唱える柳瀬良幹の理論が維持可能なか否かが検討される。

第三章においては、「実体法」と「手続法」両思考「架橋」のための概念装置が探求される。すなわち、両思考類型の架橋に資すると考えられる「国家」「根本規範(Grundnorm)」「条文」が検討されたうえで、「条文」が両思考類型の架橋に成功し得ることが特にケルゼン晩年の理論の再構成によって明らかにされる。さらに、そこで抽出された「図式(Schema)」を用いて、既に紹介した日独四人の論者の思考の解剖がなされ、前述の「ねじれ」の整理が行われる。それは、「憲法訴訟論」の位置づけに対するいささかの問題提起をも意味することになる。終章は、本稿の総括にあてられる。本稿で得られた知見を基礎として以後如何なる課題が控えているかが確認されよう。

注

- (1) LÉON DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, 2^e éd. 1911, p.488. なお、このように、「法による国家権力の拘束」(L. DUGUIT, *L'Etat, I. Le droit objectif et la loi positive*, 1901, p.12.)を公法学の根本課題と説くデュギーの強烈な問題意識を単に「憲法学の実践志向性」を示すものとして解釈する(樋口陽一「憲法Ⅰ」(一九九八)四一頁以下参照)ことはできないと考えられる。(国家は法に拘束されるべきだ)という命題は、《国家は法に拘束され得る》という命題を最低限前提しなければ成り立ち得ない。事実上の可能性の開かれていないところで、幾ら「望み」を語ってもそれは無意味であろう。本稿がデュギーを冒頭に引いた所以である。(以下の外国語文献の引用は原則的に本稿筆者の訳文によるが、既に訳業の存するものについてはそれを適宜参照させていただいた。)
- (2) この点、例えば、我が国において英米型の「法の支配」とドイツ型の「法治主義(法治行政)」の混同を戒め、前者による後者の克服の必要性を高唱した辻清明「法治行政と法の支配」『思想』第三三七号(一九五二)にあって「法の支配」と「法治行政」とが、「ともに、立法と行政を一身の内に体現しつつ恣意的な政治支配を行った絶対君主権に対抗しながら、それを克服する目的をもって現れたという点では、共通の性格を有しているともいえる」(同一〇頁)と両者がその目的を共有していることは肯定されている。
- (3) 「法の支配」の原理を提示した論者として著名なA.V. ダイシーの議論を批判的に検討する長谷部恭男「法の支配が意味しないこと」小林古稀『憲法学の展望』(一九九一)一一四―一五頁によれば、「法の支配」は、「法が理性的な人々の行動を規制するルールとして機能するための必要条件を総称するもの」という意味に再構成され得る。この点につき、さらに、長谷部恭男『憲法』(一九九六)二二頁をも参照。
- (4) アメリカ合衆国において、「法の支配」と憲法典の最高法規性とは密接な関係にあるとする論者として、R.パーガーがいる。彼は、成文憲法を求める闘いは、「人が法によって支配されることを明らかにする」ためのものであったとするH.ブラックの言葉を引用し、「成文憲法は「法の支配」の最も高められた表現」であると述べる(RAUL BERGER, *Government by Judiciary: The Transformation of The Fourteenth Amendment*, 1977, p.291)。なお、参照、野坂泰司「最近の合衆国における『憲法解釈』論争の一断面」小林遼磨「現代国家と憲法の原理」(一九八三)特に二一七―二二頁、土井真一「憲法解釈における憲法制定者意思の意義(一)」『法学論叢』第一三二卷第一号(一九九二)特に八一―一二頁。

我が国においても同様に、憲法典制定の意義を「法の支配」の具体化とみるのが、佐藤幸治「第一〇章 最高法規」樋口陽一他『注釈日本国憲法(下)』(一九八八)一四七四頁、阪本昌成『憲法理論Ⅰ第二版』(一九九七)六四頁、同『法の支配』復権のための覚書『広島法学』第二〇巻第二号(一九九七)。

(5) 参照、栗城壽夫『憲法の優位』という考え方について『上智法学論集』第三〇巻第一号(一九八七)、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』(以下『国家』と略す)第一〇五巻第三・四号(一九九二)三八頁。もっとも、この文脈における「憲法」は、必ずしも憲法典に限局されない。ドイツ連邦憲法裁判所曰く、「憲法(Verfassungsrecht)は、制定された憲法の個々の規定(Satz)のみから成り立つものではなく、これを拘束し内的な相関関係にある一般的な原則(Grundsatz)、憲法制定者が出発点とする前憲法的な全体構造を抽出した際、特別の法規定(Rechtssatz)には具体化しなかったところの指導理念もその構成要素である」(BVerfGE 2, 380 (403) Urteil v. 1.7.1953)。この判決に対する『解釈作法』につき、本稿第三章第一節第一款を参照。

(6) このため、かえって憲法の最高法規性の宣言は、いわばあたりまえのこととして、精神論的・抽象的に語られ

ることがままあったように思われる。例えば参照、芦部信喜「最高法規」『演習講座・憲法』(一九六〇)四七二頁、磯崎辰五郎「我が国憲法の『最高法規』規定について」清宮退職『憲法の諸問題』(一九六三)一五頁以下、伊藤正己「法の支配と日本国憲法」『憲法講座Ⅰ』(一九六四)一三四頁、有倉遼吉「最高法規」『憲法秩序の保障』(一九六九)四一頁以下。このような状況の中、日本国憲法第九八条第一項は、「有害」(広瀬久忠「憲法調査会報告書」(一九六一)三七四頁)、「憲法のレトリック」(高柳賢三・同右)、「訓示規定」(小嶋和司「最高法規」(一九五七)『憲法解釈の諸問題』(一九八九)三六〇頁、三六五頁)等、その規範的意味が軽視されるが如き言説を招くことになったのである。

(7) したがって、佐藤幸治教授が、抽象的にみえる法の支配概念の再構築を図りながら(『法の支配』の意義を再考する)『法学教室』第一八二号(一九九五)参照)、なお「人権を不断に根源的な政治道徳哲学の空間を漂わせる」(『現代国家と司法権』(一九八八)六六頁)事態を回避すべく、「憲法典にこだわり、『権利』をもって憲法典の基本権体系と調和しようような形で特定の条項に定義せしめる必要」(同右一三九―四〇頁)を重視するのは、前出注(4)にみる思考と相俟って、ある程度の一貫性を有するといえる。このような佐藤教授の「憲法典

にこだわ」る姿勢に対して、長谷部恭男「権力への懐疑」(一九九二)一一四頁は、「もし、道徳的正当性の空間が不断に流動しているとすれば、その中で憲法典という灯台のみが堅固な指標を提供しようと信ずるべき理由はない」と批判する。この長谷部教授による批判は、「憲法典という事実」(同頁)というその言辞にみられるように、憲法典に何らの規範的な制約性も認めないことに基づくものであり、本稿第一章で検討するトロペール説と軌を一にしている。しかし、「そのときどきの多数者の意思によって簡単には左右されえない、最も強い形式的効力を有する憲法典を制定して、そこに個人の権利・自由の保障をもちこみ、かかる憲法典の維持を裁判所に託そう」(佐藤・前出注(4)(一九八八)一四七四頁)という「物語」は、「法の支配」を、「法が理性的な人々の行動を規制するルールとして機能するための必要条件を総称するもの」(長谷部・前出注(3)(一九九一)一一四頁)という抽象的な次元から「法」とは、「理性」とは、「ルール」とは、何か、という素朴な疑念から、ヨリ具体的な議論を可能にする実定法解釈論の次元に引き出すという目的に整合的であるといえよう。つまり、長谷部教授の言を借りれば、「道徳的正当性の空間が不断に流動している」からこそ、「憲法典という灯台のみが堅固な指標を提供しうる」ということになる。

もつとも、他方で、憲法典の制定が「法の支配」の具体化であるとすれば、憲法典制定の段階で、「法の支配」という元來抽象的な「原理」の役割は終了するのではないか、という疑問がおこる。この点、長谷部教授は、憲法典に格別の規範的意義を認めない一方で、教授によって記述された「法の支配」を個別の憲法解釈論における自説の決め手として援用することによって(長谷部「憲法」二八、一三七、二五二―五三、三四四頁参照)、この問題をもとよりクリアーしている。しかし、長谷部教授のいう「法の支配」が何故我が国の憲法法源たり得るのかという問題が新たに生じることになる。佐藤説によれば、「法の支配」の実現のための憲法典制定という論理を採ることで、憲法法源の問題はひとまず回避されるが、憲法典制定後再び、「法の支配」を呼び戻す意味が改めて問われることになるように思われる。

また、佐藤教授と同様に憲法典制定の意義を「法の支配」に求める阪本昌成教授が、「近代合理主義」批判を展開している(前出注(4)に掲げた文献の他、阪本昌成「言語哲学から法学は何を学べるか」『広島法学』第一四巻第四号(一九九一)参照)ことが問題になる。憲法典制定の根拠は、「成文法が慣習法に優るといふ近代合理主義、すなわち、国家の根本制度についての定めは文章化しておくべきである」という思想(芦部信喜「憲法新版」

(一九九七)六頁)に求められることがあるからだ。もつとも、阪本教授にあつても、憲法典の制定と「近代合理主義」とは切り離し難いものと考えられているようにもみえる。阪本教授曰く、「近代立憲主義憲法典は、……統治機構のあり方を、目的意識的に設計して、これを成文化してきた。この設計主義的な憲法典……」(阪本「憲法理論Ⅰ第二版」四四頁)。阪本教授による「近代合理主義」批判が憲法学にとつてどの程度の意義と射程を有するものなのか否かは、まず、教授が「近代合理主義」と憲法典制定とをどのように関係付けるか、という前提問題に依存している側面があることは否定できないように思われる。

(8) 第九八条「憲法の最高法規性」を独立に扱う章・節・項を設けず、違憲審査制を扱う中で該当条文を引用するに止める著名な教科書として、例えば、橋本公巨『日本国憲法改訂版』(一九八八)、伊藤正己『憲法第三版』(一九九五)を参照。これらの教科書にあつては、「葛藤」はもとより意識されていない。第九八条は、「見捨てる」(山下威士「憲法の最高法規性の宣言」『法学新報』第九六巻第一一・一二号(一九九〇)二八四頁)られてるのである。

(9) 第十章の制定過程については、高木八尺「最高法規——新憲法の研究」『国家』第六〇巻第一二号(一九四七)

一三四頁以下、宮沢俊義(芹部信喜補訂)『全訂日本国憲法』(一九七八)八〇六頁以下、加藤英俊「憲法九八条第二項の成立と解釈」『法学』第五〇巻第七号(一九八七)一一〇頁以下、同「憲法九八条第二項——解釈と理論」小嶋退職『憲法と行政法』(一九八七)一六七頁以下、新正幸「憲法九八条二項立案過程の分析(一)」(二)『福島大学行政社会論集』第一巻第三・四号(一九八九)、第二巻第二号(一九九〇)、同「憲法第一〇章『最高法規』の立案過程」菅野還暦『憲法制定と変動の法理』(一九九一)一三三頁以下、等を参照。

(10) 川添利幸「憲法の最高法規性」『法学演習講座・憲法』(一九七八)一八頁によれば、第九八条規定の「憲法の最高法規性」については、形式的意義と実質的意義の二つの意味が区別され得る。すなわち、前者は「憲法がもつとも強い形式的効力をもつ法であること、いいかえれば憲法は、これと矛盾するすべての他の法を無効にする力をもつ法であるということ」を、後者は「憲法が規範内容において、国法体系の中でもっとも根源的な地位を占める法であること」を意味する。後者は、法内容に関わる最高性であり、具体的には、第九七条に宣言されているとも考えられる。もつとも、本文のような叙述に加えて、いずれの条文にバイアスをかけて説明されるかは、論者によつて異なる。例えば、川添教授と同様に「最高

- 法規性」を形式・実質の二つの意義に区別しながら、結局のところ「実質的最高性」に「最高法規としての憲法の本質」を求める見解として、芦部信喜『憲法学Ⅰ』（一九九二）五六頁以下、同・前出注（7）一二頁、さらに野中Ⅱ中村Ⅱ高橋Ⅱ高見『憲法Ⅰ新版』（一九九七）一二頁以下「高橋和之執筆」、中村陸男「人權の觀念について」『法学教室』第二〇六号（一九九七）一三頁を参照。芦部教授らは、第九八条を挙げて第九七条に解消してしまったのかのようである。この「解消」を匂わせるが芦部教授らほどには徹底をみせない例としては、岩間昭道「最高法規」佐藤幸治編『要説コンメンタール日本国憲法』（一九九一）三六六頁、石村修「憲法の最高法規性と改正」『法学教室』第一四一号（一九九二）四八頁、同「憲法規範の運用」樋口陽一編『講座憲法学Ⅰ』（一九九五）特に二〇七頁以下等を参照。
- (11) 一般的には、石村修『憲法の保障』（一九八七）を参照。さらに同書八頁注（2）に引用される諸文献を参照。
- (12) 小林節『憲法訴訟論』の意義と限界『法律時報』第五七巻第六号（一九八五）四一頁。さらに、佐藤幸治『憲法第三版』（一九九五）四四頁以下をも参照。
- (13) 例えば、阪本昌成『憲法理論Ⅰ第二版』六九頁が、「法の支配」が……司法審査制と結びつくのは論理必然的である」と述べるとき、憲法典の制定が「法の支配」

の具体化とされる以上、憲法典の最高性と司法審査制との関係もパラレルに考えられていることは明らかである（前出注（4）参照）。当の裁判所も同様に考えているようだ。「よしやかかる規定」【第八一条】がなくとも、第九八条の最高法規の規定又は第七六条若しくは第九九条の裁判官の憲法遵守義務の規定から、違憲審査制は十分に抽出され得る」（最大判一九四八・七・八刑集第二巻第八号八〇一頁以下）。しかし、確かに違憲審査制は、第九八条等から抽出され「得る」が、論理必然的に抽出されかどうかは別問題である。「憲法の最高法規性を前提としたうえで、その有権解釈権を最終的にどの機関にあたるかによって、違憲審査制の有無と種類が分かれるのである」（樋口陽一『憲法』（一九九二）八六頁）という説明の仕方は、依然として論理的な意義を失っていない。憲法典の「諸条規に言及するだけでは、日本国憲法が法の支配を組み込んでいることを論証したことにはならない」（阪本・同右七〇頁。同様の指摘を行う長谷部・前出注（3）（一九九二）一一六頁も参照。）とすれば、（日本国の憲法法源としての）「法の支配」↓「日本国憲法」の最高性↓司法審査制という関係は、如何にして「論理必然的」たり得るのであろうか。ちなみに、憲法典の「諸条規に言及するだけで」、日本国憲法が「法の支配」を採用しているとするのが伊藤・前出注（6）特に一二六頁以下。

- (14) 芦部信喜「司法における権力性」岩波講座『基本法学 6 権力』(一九八三)一三三—一三三頁(後に芦部『人権と憲法訴訟』(一九九四)に所収)。
- (15) 「司法主義」については、芦部・同右に引用されている、C.J.Friedrich, *The Impact of American Constitutionalism Abroad*, 1967, pp.78-9. にその説明をみるができる。
- (16) 芦部信喜「憲法訴訟の理論」(一九七三)三頁。
- (17) 右に挙げた文献の他、芦部信喜『現代人権論』(一九七四)、同『憲法訴訟の現代的展開』(一九八二)、同『司法のあり方と人権』(一九八三)等を参照。
- (18) このことを強調した論稿として、特に、芦部信喜「憲法訴訟論の課題」『講座憲法訴訟第一巻』(一九八七)(後に芦部・前出注(14)(一九九四)に所収)を参照。
- (19) その白眉は、樋口陽一『比較憲法全訂第三版』(一九九二)であろう。
- (20) 樋口陽一『司法の積極性と消極性』(一九七八)一—八頁。
- (21) 樋口・同右三頁。なお、同『近代立憲主義と現代国家』(一九七三)第一章にみるように、樋口教授は、憲法科学として制定憲法の認識を可能とする一方で、憲法解釈についてはこれを事前に拘束する「法」を認めない。解釈を拘束するものは、機能的な「ワク」ともいうべき「ゲームのルール」であるという。この点につき、樋口・栗城『憲法と裁判』(一九八八)第一部「樋口陽一執筆」、樋口・前出注(13)一四頁以下、同・前出注(1)四九九頁以下をも参照。これに対して、樋口教授が基本的に同調していると考えられるルール懷疑主義を R・ドゥウォーキンによって批判する遠藤比呂通「憲法の救済法への試み(一)」『国家』第一〇一卷第一一・一二号(一九八八)一四頁以下を参照。そこで、定式化されている法解釈観、すなわち「解釈者の解釈行為に先在する一般規範は存在しないというルール懷疑」の「問題は規範科学のそれであるから、たとえそれに対する回答がルール懷疑的であつても、法の解釈者は自らを拘束する法源を主体的に選ぶうる」という立場は、科学／解釈学説二分論に依拠する樋口教授の立場でもあるが、その問題性につき、後出注(56)を参照。少なくとも、かかる思考は、実定法の解釈という概念の概念錯誤 (misconcept) を犯しているのではないか、という遠藤弁護士指摘に本稿筆者は同感である。また、法解釈とルール懷疑主義に関して、本稿筆者は直ちに与することはできないが、なお参照に値する文献として井上達夫「規範と法命題(一)」『国家』第九八巻第一一・一二号(一九八五)特に二八頁以下を挙げ得る。
- (22) ドイツ連邦憲法裁判所法第三二一条参照。この点につき、Vgl. HELMUT SIMON, *Verfassungsgerichtsbarkeit*, in: BENDA MAINHOFER/VOGEL(Hg.), *Handbuch des Verfassungsrecht*

- der Bundesrepublik Deutschland, 2. Aufl., 1994, §34, Rdn.46f.
- (23) この点、例えば、現連邦憲法裁判所裁判官D・グリムが「同裁判所への攻撃が憲法自体への尊敬の喪失を意味する」と考えているかにも見えるのは興味深い。
- Vgl. DIETER GRIMM, Hüter die Grundrechte, in: Die Zeit v.18.4.1997, S.44, 毛利透訳「基本権を擁護せよ」『法律時報』第六九卷第一一号(一九九七)。
- (24) 高田篤「戦後ドイツの憲法観と日本におけるドイツ憲法研究」樋口陽一編『講座憲法学別巻』(一九九五)六八頁。
- (25) KLAUS SCHLAICH, in: VVDStRL 39, 1981, S.131, Vgl. KLAUS SCHLAICH, Das Bundesverfassungsgericht, 3. Aufl., 1994, S.22f.
- (26) CARL SCHMITT, Der Hüter der Verfassung, 2. Aufl., 1931, S.45. 川北洋太郎訳『憲法の番人』(一九八九)六三―四頁。もっとも、このような把握が多分に擬制的であることについては、H・ケルゼンによる周知の指摘がある。
- Vgl. HANS KELSEN, Wer soll der Hüter der Verfassung sein?, 1931, in: Die Wiener Rechts-theoretische Schule (以下、WRS.と略記), Bd.2., 1968, S.1873f. 古野豊秋＝根森健訳「憲法の番人論」『埼玉大学紀要(社会科学篇)』第三二巻(一九八三)一五頁以下。
- (27) SCHLAICH, a.a.O. (25), 1981, S.146.
- (28) SCHLAICH, a.a.O., S.133f.
- (29) SCHLAICH, Aussprache, in: VVDStRL 39, S.174.
- (30) SCHRAICH, a.a.O. (25), S.132. シュライヒは「同時に、憲法裁判所を含む裁判所の任務を憲法・法律の文言の解釈 (Interpretation) に限定しようとする。が、このような姿勢は司法消極主義を直ちには帰結しない。彼は、自分の議論の目的は、裁判を憲法の文言へ結び付けることにある」と言う (Vgl. SCHLAICH, Aussprache, in: VVDStRL 39, S.155f.)。とはいっても、このシュライヒの「憲法の文言への回帰」とでもいうべき姿勢は、連邦憲法裁判所に対する現状評価と無縁ではない。それは、憲法の文言から遊離した審査基準 (Kontrollrichte) を裁判所が形成する点への批判であり (SCHLAICH, a.a.O. (25), S.111f., S.124f.)、審査基準は憲法自身がどの程度の詳細な規定を設けているかによって決定されるべきだといった実践的な主張に連なる (a.a.O., S.112.)。
- (31) SCHLAICH, a.a.O., S.126, S.132f.
- (32) SCHLAICH, a.a.O., S.136, S.198.
- (33) 例えば、栗城壽夫「はしがき」ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例』(一九九六)。
- (34) SCHLAICH, a.a.O. (25), S.136.
- (35) SCHLAICH, a.a.O., S.131.
- (36) Vgl. ERNST-WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Die Methoden der Verfassungsinterpretation, in: NJW1976, Heft46,

- S.2099.」これを批判するのが、ULRICH SCHEUNER, *Verfassungsgeschichte und Gesetzgebung*, in: DÖV1980, S.477. ベッケンフェルデのこの考え方は、今日に至るまで変化していないようである。参照、E. W. ベッケンフェルデ／古野豊秋訳「憲法裁判権その構造問題・組織・正当性(上)(下)」、『自治研究』第七三巻第二号、第三号(一九九七)。
- (37) BÖCKENFÖRDE, *Aussprache*, in: VVDStRL 39, S.173f. 「憲法の具体化」については、Vgl. BÖCKENFÖRDE, *Grundrechte als Grundsatznormen: ders. Staat, Verfassung, Demokratie*, 1991, S.186.
- (38) BÖCKENFÖRDE, *Aussprache*, in: VVDStRL 39, S.174.
- (39) 参照、ベッケンフェルデ／古野訳・前出注(36)(上)二五頁以下。
- (40) 同右(上)二六―七頁。
- (41) REINER WAHL, *Der Vorrang der Verfassung*, in: *Der Staat*, 1981, S.485.
- (42) 着実な比較憲政史的研究に基づきつつ、今日「法律的意味における憲法の優位」が注目される中、「一般的意味における憲法の優位」の再評価を迫る興味深いこのヴァール論文の詳細については栗城教授による紹介と検討(栗城・前出注(5))を参照。なお、このヴァール／栗城による「憲法の優位」の区別論に賛意を表する文献として、
- 山下・前出注(8)二七―二頁がある。
- (43) 栗城壽夫「憲法におけるコンセンサス(四)」、『法学雑誌』第三一卷第三・四号(一九八五)一六頁は、シュライヒおよびベッケンフェルデの議論について、「現実的・実践的意義をもたない」としながらも、「憲法裁判に限定しないで、国家作用全体、更には、憲法のもとでの国家生活全体を念頭においた場合」は「示唆的な意味」を有すると述べていた。
- (44) この通常の用語法とは異なる柳瀬教授の思考については、本稿第二章第二款で詳述する。さしあたり、柳瀬良幹「実体法の世界と手続法の世界」(一九五二)『憲法と地方自治』(一九五四)一〇七頁以下を参照。柳瀬教授は、「或る者が法の意味として言うところが本当に法の意味であるかどうかの問題」と「或る者が法の意味として言うところが法の意味として通用する力を有するかどうかの問題」とを峻別する(同右二二六頁)。
- (45) 典型例として、前出注(8)に掲げた橋本、伊藤両教授の思考を挙げ得る。
- (46) HANS KEISEN, *La garantie juridictionnelle de la Constitution*, *Revue du droit public*, 1928, p.250.
- (47) 樋口・前出注(21)(一九七三)一九一頁は、「ザッハリヒな観点から見るとき、イデオロギー的には『憲法の最高法規性』をめぐる問題としてあつかわれている事が

らを、われわれは、憲法の公権的解釈権の最終的帰属の問題としてとらえなければならぬ」とする。

(48) 樋口教授は、柳瀬教授による「実体法」と「手続法」の峻別論を「ありのままにうけとめること」(樋口陽一「現代民主主義の憲法思想」(一九七七)一五九頁)は可能だという。

(49) 樋口陽一「裁判の独立」樋口陽一編『講座憲法学6』(一九九五)は、裁判官の独立の正統性根拠に関する内外の議論を参照したうえで、「困難な状況の中」、「みずから」の「正解」獲得能力を高めようとする(同五九頁)裁判官に正統性の根拠を探ろうとしているようである。ベッケンフェルデ／古野訳・前出注(36)(下)二七頁も、憲法裁判権に対する制度的な正統性付与を困難としたうえで、その正統性根拠を裁判官自身の「責任」、すなわち裁判官職の「特別な任務の条件や限界について意識し」、その「特別な要求に耐える力」を有する裁判官個人の資質に求める。両者の思考は、ある種のエリートイズムで共通している。

(50) この点、ケルゼンと違憲審査制との間に「順接統の関係」の一方で「逆接統の関係」を認める、樋口陽一「ケルゼンと違憲審査制」(一九九二)『転換期の憲法?』(一九九六)一八一頁以下が参照されるべきである。

(51) 柳瀬良幹「法書片言」『法書片言』(一九六九)一四五

頁が、KELSEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 1. Aufl, 1911を評して述べた言葉。

(52) この点については、我が国におけるケルゼニズムの受容の仕方に拘り続ける山下威士教授による「ハンス・ケルゼン関係邦語文献年表——一九二〇——一九八五——」山下威士「憲法学と憲法」(一九八七)所収、さらに「純粹法学派」(尾吹善人『日本憲法』(一九九〇)八一頁)として「ケルゼン第二世代」の思考の再構成を目指す新正幸『純粹法学と憲法理論』(一九九二)八一―九頁の文献リストを参照。

(53) この観点は、おそらく長尾龍一「法理論における真理と価値(一)——(五)——」『国家』第七八卷(一九六五)、同「イデオロギー批判者としてのケルゼン」(E・トービッチュの翻訳)『国家』第七九卷第九・一〇号(一九六六)によって最も明確に打ち出されたものであろう。この後、山下威士「憲法科学の方法論」(一九八四)山下・前出注(52)三八頁によれば、「ケルゼンの理論をイデオロギー批判という観点から理解することは、……一九七〇年代以降ほぼ常識的となりつつある」とされる。

(54) 公法学専攻者の手による文献としては、まず「デモクラシー論」関連のものを挙げ得よう。例えば、赤坂正浩「ケルゼン・デモクラシー論再考」『日本法学』第五四卷第二号(一九八八)、高田篤「ケルゼンのデモクラシー論

学における「論理」の役割について深く考えさせる。

ここでは、樋口教授の科学・解釈学説二分論が、実は、宮沢教授の二分論と大きく掛け離れた論理構成を採っていることについて簡単に触れておきたい。周知のように、宮沢教授は、「法律学における『学説』」(一九三六)において、「理論学説」と「解釈学説」との峻別論を打ち出したが、後年の「学説というもの」(一九六四)「両論文とも『法律学における『学説』』(一九六八)に所収(以下引用は同書の頁を指す)」においては、「解釈学説」の「客観性」が強調されることで両学説の峻別は弱められた。樋口教授は自らの依拠する二分論を宮沢教授の三六年論文に求めるのであるが、これには数多くの問題点を指摘することができる。すなわち、そもそも、ケルゼン流の存在と当為の二分論に基づいても、科学(理論)・解釈学説二分論に依拠すべき必然性は何もないこと(参照、菅野喜八郎『続・国権の限界問題』(一九八八)一八三頁)、宮沢教授のいう「科学(理論)学説」はあくまで「在るがままの法」(宮沢三六年論文・七四頁)に向けられているのに対し、樋口教授のいう「科学」としての「制定法認識」はもっぱら立法者意思という過去の事実の確認とされること(参照、樋口『近代立憲主義と現代国家』一〇頁)、宮沢三六年論文は、天皇機関説事件のさなかに著されたという時代状況抜きに解釈されるべきでは

ないこと(参照、高見勝利「憲法学における理論学説と解釈学説」『ジュリスト』第八八四号(一九八七)二九頁)、宮沢六四年論文がいうように、「解釈学説」に「ある種の客観性」が要求されないとしたら、それは論者による生(ナマ)の価値判断の表出に等しいこと(宮沢六四年論文・九八頁参照)、等を挙げ得よう。つまり、樋口教授による学説二分論は、一方で、「規範科学」がM・デュベルジェらに教導されて「実証科学」の「高みに引き上げられ」たこと(樋口・同右五一頁以下)、他方で、「解釈学説」に対する「ワク」が「ゲームのルール」という茫漠とした限界線に止めおかれること(前出注(21)参照)、といった概念操作によって、宮沢三六年論文が意図したであろう以上に峻別の度合いが強調されるに至っているのである。

(57) この点、本稿筆者が示唆を受けたのが、菅野喜八郎教授による一連の著作である。特に参照、菅野喜八郎『国権の限界問題』(一九七八)、同・前出注(56)(一九八八)、同『論争憲法—法哲学』(一九九四)。

(58) HANS KEISEN, *Reine Rechtslehre*, 1. Aufl., 1934 (以下、RR1と略記)、S.1 横田喜三郎訳『純粹法学』(一九三五) (以下、横田訳と略記) 一一頁。

(59) 中村雄二郎「法の実定性と言語——制度と社会の基礎理論のために——」『思想』第六二五号(一九七六)七

- 六頁以下、さらに手島・前出注(54)二七七頁以下、三一四頁以下を参照。
- (60) KEISEN, RRI, S.2. 横田訳一三三頁。
- (61) KEISEN, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, 2.Aufl., 1923, S.VII. 長尾龍一訳『国法学の主要問題第二版』序文 | 森田 | 長尾訳『法学論』(一九七七)一六頁以下。 Vgl. KEISEN, Allgemeine Staatslehre, 1925 (以下、ASと略記), S.47f. 清宮四郎訳『一般国家学』(改訳版一九七二)(以下、清官訳と略記)七九頁以下、 KEISEN, Reine Rechtslehre, 2.Aufl., 1960 (以下、RR2と略記), S.84. 因果法則が、原因と結果(例えば「鉄の加熱」と「鉄の膨張」)を「因果 (Kausalität)」(AならばB「である (sein)」)で結び付けるのに対して、法命題は「要件と効果(例えば「窃盗」と「刑罰」)を「帰報 (Zurechnung)」(AならばBたる「べし (sollen)」)で結び付ける (KEISEN, AS, S.47f. 清宮訳八〇頁以下)。
- (62) KEISEN, RRI, S.9. 横田訳一四四頁。
- (63) KEISEN, aaO, S.17. 横田訳三四一五頁。ケルゼンにとって問題になるのは、「法は道徳的であるべきだ」という主張ではなく、「法は、道徳の構成要素として、実際に道徳的性質を持つ」とし、「道徳が持っている主張されるところの、あの絶対的価値を法に伝えようとする」主張である (aaO, S.12f. 横田訳二八頁)。
- (64) ここでいうイデオロギーは、「自然に対立させられた精神」(aaO, S.38. 横田訳六五頁)、「存在事実の現実性の反対物」(KEISEN, RR2, S.III)であって、「現実を隠し、それを神聖化したり醜く描いてみせたりする、表象」(KEISEN, RRI, S.38. 横田訳六五―六六頁)、「客観的ではなく、主観的価値判断に影響された、認識対象を隠し、それを神聖化したり醜く描いてみせたりする、この対象についての叙述」(KEISEN, RR2, S.III)ではない。ケルゼンは、前者を「語の最広義における『イデオロギー』」、後者を「狭義の本来の意味における『イデオロギー』」と呼び、両者を区別する (KEISEN, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik, Bd.66, Heft 3, 1931, S.454f.)。したがって、前者の対立概念が「現実」であり、後者のそれは「科学」である(長尾龍一「訳者あとがき」『神と国家』(一九七七)二四七頁)。
- (65) KEISEN, RRI, S.38. 横田訳六六頁。
- (66) KEISEN, RR2, S.72. f)の二つの理論の次元を明確に区別したのは大塚滋教授である。参照、大塚滋「純粹法学の『構造』問題」日本法哲学会編『法規範の諸問題』(一九七七)所収、同「純粹法学における法解釈の問題」(二〇〇二)『東京都立大学法学会雑誌』第一九卷第二号、第二〇卷第一号(一九七九)所収、同「イデオロギー批判

としての法解釈」長尾他編『新ケルゼン研究』(一九八二)所収。

(67) KELSEN, RR2, S.72. ちなみに、「規範が妥当する」とは、「規範が拘束力を持つこと、人間が規範に定められた仕方で行態すべきであること」を意味する(a.o., S.196.)。

(68) KELSEN, The pure theory of law and analytical jurisprudence, Harvard Law Review, vol.55, 1941, p.61.

(69) KELSEN, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus, 1928, in: WRS, Bd.1, S.284; 黒田覚訳「自然法論と法実証主義の哲学的基礎」ケルゼン／黒田＝長尾訳『自然法論と法実証主義』(一九七三)八頁。Vgl. KELSEN, The law as a specific social-

technique, 1941, in: What is Justice?, pp.244-45.

(70) KELSEN, RR2, S.80. 法命題は、例えば、刑事法の場合、「1. 窃盗するものがあり、2. 特定の国家机关が公訴を提起すれば、裁判所は処罰すべし」という内容、民事法の場合、「1. 二人の人間が互いにあることを取り決め、2. 両者のうち一人が取り決めに従って行態せず、3. 他の一人が訴えを提起すれば、裁判所は強制執行を行うよう命ずべし」という内容になる(KELSEN, AS, S.52; 清宮訳八八頁)。もともと、ケルゼンのいう《Rechtssatz》は、必ずしも終始一貫した意味内容を有していたわけでは

ない。参照、新正幸「ケルゼンにおける Rechtssatz 概念の変遷」新・前出注(52)所収。

(71) KELSEN, RR2, S.114f.

(72) KELSEN, a.o., S.72.

(73) KELSEN, Law and Peace in International Relations, 1948, p.16. ケルゼン／鶴飼信成訳『法と国家』(一九五二)二〇頁。

(74) これは、大塚・前出注(66)(一九七七)一五三頁によれば、「法の創設、適用につき第三者の立場から見た」、
「一切の法的問題をいわばよそごととして客観的に観察、説明する理論」とされる。

(75) ケルゼンは、我々がある場合の行為の主観的意味を客観的意味と解し、他の場合の行為の主観的意味を客観的意味と解さないのは何故か、という問いに法の妥当性の問題考究の契機をみる。つまり、ケルゼンは、ともに行為の主観的意味を有する二つの行為のうちで、何故一方の行為しか、「客観的に妥当する、すなわち拘束力のある」規範を生み出さないのか、「我々がその行為の客観的意味とみなしている規範は、何を妥当根拠とするのか」を探求しようとするのである(KELSEN, RR2, S.46f.)。

Vgl. KELSEN, RR1, S.2f. 横田訳一四頁以下。

(76) これは、当然、存在と当為の二分論、すなわち「規範の妥当根拠は事実ではこたえられない」「規範の妥当根拠

は、他の規範の妥当性でしかあり得ない」という立場を前提にした思考である。Vgl. KELSEN, RR2, S. 196.

(77) 例えば、歴史上最初の憲法制定(設定)は、最高位の法創設行為であると同時に、根本規範の執行である。

Vgl. KELSEN, RR1, S. 82f. 横田訳一三〇頁以下、ders., RR2, S. 51, ders., Allgemeine Theorie der Normen, 1979, S. 209.

第一章 「手続法」の優位

第二節 ケルゼンの「レアリスティッシュ」な規範概念

先に引用した文章においてケルゼンは、「憲法違反の法令」という言辞を用いていたが、これは「見彼の規範概念と矛盾する。彼は、「妥当性は規範に特有の存在形式である」と述べている。この觀念に立脚すれば、妥当しない規範はもはや規範でない以上、妥当性根拠を失った「憲法違反の法令」は存在し得ない。すなわち、《規範違反の規範》は、《妥当しない規範》と同義ということになるが、ケルゼンによれば、これは結局《存在しない規範》という不条理に行き着くことになる。だが、存

在しない「憲法違反の法令」について、我々は知ることも、論ずることも不可能なはずである。

ケルゼンは前引の文章において、この「憲法違反の法令」について「廃止する」という言辞を用いていた。もっとも、かかる言辞は必ずしも一般的に使用されるわけではない。我が憲法典第九八条第一項によれば、憲法「に反する」法令は「効力を有しない」、すなわち「無効」とされる。ケルゼンは何故「無効にする」といわなかったか。

ケルゼンにあつては、「無効(Nichtigkeit)」というア・プリオリに《法的無》を表す用語は意味をなさないからである。

「無効」とされた規範は、上述のように、存在し得ない。しかし、存在し得ない規範を法的に取り消すことは不可能事に属する。だから、ケルゼンは次のようにいう、「法秩序がある規範を何らかの理由で廃止しよう(vernichten)とするのなら、法秩序はこの規範を、……まず客観的に妥当する、つまり合法的な法規範とみなさなければならぬ」と。例えば、財産の不可侵性を命じる憲法規定は、財産を所有権者の意思に反して補償なしに取用し得ることを政府に授權する法律を単に、「憲法違反」として廃止し得ると規定しているに過ぎない。⁽⁸¹⁾

「憲法違反の法令」を仮に妥当性根拠を上位規範に有しない

規範、すなわち《存在しない規範》と把握すれば、このような「規範」は法的思惟においてもとより認識不能となる。そこで、「憲法違反の法令」はあくまで妥当する法規範として前提されたうえで、その廃止すべきかを有権解釈権者の判断に委ねる、という構成が採られる。つまり、ケルゼンによれば、ある法令についてア・プリオリな妥当性否定（無効）が回避される一方で、なおア・ポステリオリな「廃止」可能性が残存することで法の段階構造は維持される。これを逆からいえば、下位法規が「廃止」されることによって上位規範の優位性が保障されるかどうかは、もっぱら有権解釈権者の判断如何にかかる、ということになる。例えば、「違憲立法審査権」を行使する裁判所は、合憲・違憲について「確認」「宣言」するのではなく、「選択」「決定」⁽⁸²⁾する役割を果たす。あらゆる法規の頂点に立つべき憲法は、自らの実定性保持を全面的に裁判所に依存するほかない。かくして我々は、ケルゼン理論において、「憲法の最高法規性」⁽⁸³⁾が大きく「手続法」の世界の観念として立ち現れるさまを目撃するのである。

第二節 ミシェル・トロペールにおける

「手続法」の優位

第一款 トロペールによるケルゼン理論の「徹底化」

ケルゼンのかような「レアリスティッシュ」な契機に着目し、その内在的批判を通じて、独自の法解釈理論を提示したのが、ミシェル・トロペールである。このトロペールの法解釈理論については、夙に樋口教授、長谷部教授によって詳細な検討がなされている⁽⁸⁴⁾。そこで、本章では、その紹介に重点をおくというより、これまで見落とされてきたと考えられるトロペール理論の問題点を指摘することに主眼をおくことにする。したがって、以下紹介される彼の理論は、かかる目的に資する限りのものであることをお断りしておきたい。

(1) トロペールがまとめたケルゼンの法解釈理論

トロペールは、自らの法解釈理論を明確に定式化した「ケルゼン、その解釈理論と法秩序の構造」と題された論文において、ケルゼンの法解釈理論を次のようにまとめた⁽⁸⁵⁾。

- (a) 解釈とは適用すべき規範の意味を確定することである。
- (b) 適用される規範は、複数の可能性を開いたままにしている。その主たる理由は、規範の言語的意味の多義性にある。

(c) 法適用機関の有権的解釈と、私人とりわけ法学による

非有権解釈とは区別される。

(d) 非有権的つまり学理解釈は適用される規範の種々の可能性の意味を明確化する。

(e) 有権解釈は学理解釈によって明確化された複数の可能な意味から選択する。それは法の創造である。

(f) したがって、有権解釈は認識行為ではなく、意思行為である。

(g) 唯一真である解釈を確定し得る解釈方法はない。

ケルゼンの法解釈理論は、伝統的法律学とリアリズム法学の間に道を模索しようとするものである。すなわち、伝統的な理論は、法解釈は法適用に先在する法の唯一正しい意味を認識する作用であると主張した。この見解は、さらに、国民主権と裁判官の独立を調和させるイデオロギーとしても機能する。しかし、ケルゼンによれば、個別的規範を導出する裁判作用は「一般的又は抽象的な法規範の個別化又は具体化であり、一般的なものから個別的なものに向かう法創設過程の⁽⁸⁶⁾継続」の一環であるとされ、ここに伝統的理論は否定される。

もつとも、ケルゼンは、リアリズムに全面的に与するわけでもない。すなわち、法の解釈は等しく「解釈されるべき客体の意味の認識的確定⁽⁸⁷⁾」とされるのであり、「法解釈の結果は、解

釈されるべき法を表現する枠の単なる確定に過ぎない⁽⁸⁸⁾。だが、法の創設(適用)を行う法適用機関は、この「枠」のうちにある選択肢から、具体的事情に応じて、いずれかの意味を選択する必要に迫られる。ただ、法適用機関が、認識によって限定された「枠」の中に適用すべき規範の意味をみい出す保証⁽⁸⁹⁾⁽⁹⁰⁾はない。しかし、このようなケルゼンの法解釈理論も、トロペールによれば不徹底を免れない。法解釈の対象、性格、解釈活動の帰結に関する検討を通じて、トロペールが再構成として提示するのは、次の諸テーゼである⁽⁹¹⁾。

(2) トロペールが再構成として示すテーゼ

(i) 解釈は事実にも及ぶ⁽⁹²⁾。

(ii) 解釈の対象は適用すべき規範ではなく、テクストである。

(iii) 解釈はあらゆる法適用機関によって行われる。

(iv) しかし、有権的な解釈は、最上級機関として判断を下す法廷の解釈だけである。この最終機関は、適用すべきテクストの意味である一般の規範を創造する。

(v) この一般の規範は、下級裁判所、この法廷に服する個人、機関を拘束する。

すなわち、(i) (ii) が解釈の対象、(iii) (iv) が解釈の性格、(v) が解釈活動の帰結に関わるテーゼである。トロペー

ルによれば、有権解釈機関たる裁判所、とりわけ最上級裁判所は、ケルゼンによる思考とは異なり、個別的規範のみならず、一般的規範をも創設する。かくして、ケルゼンのテクストに示唆された「手続法」思考は極限まで突き詰められた。

(3) ケルゼン理論における「一般的規範」の「創造」

ところで、「手続法」に関して伝統的法理論は、「判例は法源であるか」という形で問題を立ててきた。しかし、トロペールは、ケルゼンの法解釈理論によれば、問題は次のように立て得る、という。すなわち「裁判所は、単に適用する権限だけでなく、一般的規範、個別的規範を創造する権限をも有するか」と。個別的規範については、法段階説によってその創造性が強調されることは既に述べたが、これは、ケルゼンによれば、伝統的学説が法源の形式を一般的規範に限定していたことに対する批判的考察の帰結でもある。

問題は、ケルゼン理論にあつて、裁判所に一般的法規範の創設権限が認められるかどうかである。一般に伝統的理論は、前述のように個別的規範が「創造」されることを認めないが、ケルゼンは、個別的規範が裁判官によって創設されることは認める一方で、一般的規範の創設は原則として認めない。しかし、上述のように、伝統的理論とリアリズム法学を仲裁しようとする

ケルゼンは、次の三つの場合において例外的に、裁判所の一般的規範創設を肯定する。第一は、先例拘束の場合、第二は、スイス民法典第一条のような場合、第三は、違憲審査権行使の場合である。

第一の「先例拘束の場合」とは、すなわち「具体的事件の判定が同様の事件の判定に対して拘束力を持つ」場合である。ある決定が先例の性格を有し得るのは、それによって定立される個別的規範の内容が立法もしくは慣習により規定されていない、つまり、当該決定が事前に規定された実体法規範の適用ではない、と仮定される場合である。この仮定の下では、当該決定は先例として新たな実体法規範を創設する。

第二の場合としてケルゼンが念頭におくスイス民法典第一条は、次のように規定する。「法律はあらゆる法的問題に適用される。法律はあらゆる法的問題に対して、文言、解釈に応じて、一つの規範を含む。適用すべき法規範のない場合は、裁判官は慣習に従つて、さらに慣習がない場合には、当該裁判官が立法者であるなら定めるであろう準則に従つて決定すべきである」。かかる規定の趣旨は、ケルゼンによれば、「先例を創造する裁判所は、憲法により立法を授けられた機関と全く同様に立法者として機能する。具体的事件の裁判所の決定は、その表現する

個別的規範が一般化されることで、同様の事件に対して拘束的となる⁽⁹⁵⁾とパラフレーズされる。つまり、ここで問題になっているのは、「法の欠缺」が認められる場合である。しかし、そもそも「法の欠缺」とは、現に在る法の帰結が、解釈者の主観的観点からすると望ましくない際に用いられる方便に過ぎない。なぜなら、「法の規制の対象となっていない」「自由」の領域を

法の欠缺 (lacuna) とよぶならば法は原則として欠けており、例外的にのみ埋まっている。しかし、又自由に放置することも又法の規制の一種だとするならば法に欠缺なるものは存在せず、かかる領域のものが法廷に登場した場合は無罪又は請求棄却をもって応ずればよいという意味では法は一切の事案をあらかじめ規定している⁽⁹⁶⁾はずだからである。この見地からすると、イス民法典第一条は、「欠缺」という擬制をもって、裁判官にとって「適切な (passender)」「立法」を行う権限を授ける一般規範 (法命題) として記述され得る。ケルゼンは、かかる事態のことを述べているのである。

このように、これまでみた第一と第二の場合は、あくまで裁判所に立法者の役割を認める一般的な権限規範に基づく限りという前提に立っている。したがって、厳密にいえば、この両場合において、裁判官は一般的規範の拘束下にあるということに

なる。ところが、第三の場合——まさに本稿が主たる課題とするケース——について、ケルゼンの見解は微妙な趣を垣間みせる。コトは、実定法秩序の頂点を構成する法規範に関わるからである。前述のトロペールによる再構成の契機はここにあった。

第二款 法段階から法適用機関の秩序へ

(1) 本章冒頭に再引したケルゼンの文章に戻ろう。「憲法違反の法令を廃止する保障を欠く憲法は、技術的意味において、完全に義務づける力を有するとはいえない」。ケルゼンは、憲法の最高性保障のために何らかの制度的装置が必要だと終局的には考えていたことは前章で述べた。しかし、このように、憲法の最高性保障については違憲審査機関の有する重要な意義を認めるケルゼンにあって、違憲審査権の立法的性格に関する見解は前款でみた二つの場合に比していささかアンビヴァレントに映る。

ケルゼンは確かに、法作用の観点からは、法令を廃止すること、それは一般的規範の定立にはかならないとする。だが、ケルゼンによれば、裁判作用 (fonction juridictionnelle) は、個別

的規範のみを定立するに過ぎない。したがって、法令の廃止は裁判作用ではなく、立法作用 (fonction législative) ということになる。つまり、その作用からして、法令を廢する権限を与えられた裁判所は、立法の権限を有する機関とみなされる。⁽⁹⁸⁾ところが、ケルゼンは、違憲審査に関わる裁判官は完全な立法機関とはいえないという。違憲審査機関による違憲の法令を廢止するための「立法」行為は、事前に憲法によって立法府の権限を付与された機関の同意を得ないままでは、有効であり続けることができないからである。⁽⁹⁹⁾

(2) しかし、トロペールによれば、憲法により付与された立法府の権限自体が最上級有権解釈機関による審査を免れないのであるから、右にみたケルゼンの躊躇は自説が論理的徹底を欠いていることの表れに過ぎない。最上級有権解釈機関は、例外的にでなく原則的に一般的法規範を創設する。かくして、トロペール理論によれば、ケルゼンの法段階説は維持し難いものとされる。⁽¹⁰⁰⁾つまり、法適用機関を事前に拘束する一般的規範は存在せず、それらは、法適用機関の解釈によって生み出されるのであるから、客観的な法規範上下の階層はあり得ない。何が「憲法」で、何が「法律」かは最上級裁判所の解釈が確定することによってはじめて明らかとなる。⁽¹⁰¹⁾

「裁判官が適用する上位規範は、彼にとつての所与でない。それを創造することは裁判官に属する」と述べるトロペールの見地によれば、実定法秩序の規範性、つまりは実定憲法の規範性認識を基礎づける根本規範の想定も不要とされる。⁽¹⁰²⁾ケルゼンによれば、ある法規範の妥当性根拠はヨリ上位の法規範にのみ求め得るが、トロペールによれば、ある法規範の妥当性は「下から」由来する。「立法された規範が法的に存在し得るのは、憲法に一致するからではなく、裁判官の解釈から帰結されたからである。妥当性は上位規範ではなく、下位規範の創設過程に由来する」。⁽¹⁰³⁾さらに、トロペールによれば、規範の創設過程は事実上依拠して制度化された権威の解釈過程である以上、法の妥当性もしくは規範性は、Sollenでは在り得ず、Seinに還元せざるを得ない。⁽¹⁰⁴⁾

(3) しかも、全ての国家機関すなわちあらゆる法適用機関の法解釈によって創設された法規範は、最上級機関の有権解釈によって統制されるのであるから、元来我々が法秩序とみなしてきた「段階構造」とは、最上級裁判所を頂点とした複数の法適用機関から構成される位階秩序に過ぎないということになる。⁽¹⁰⁵⁾例えば、違憲審査権の権限をこの観点から分析すれば、「実質的意味の憲法」は、共同で自らの権限を決定する権限を

有する諸機関のシステムとみなされ得る。これに対して、「形式的意味の憲法（憲法典）」は、既に紹介したように、法適用機関の解釈を経るまでは単なるテキスト（条文）の集合体ではない。したがって、当該テキストが客観的な意味を獲得するために是有権解釈機関による解釈を要する。「形式的意味の憲法」は、こうして法適用機関を拘束せず、ただし生み出されるのみである。憲法典は、その条文を自らの権限について可能な限り有利に解釈しようとする諸法適用機関の間で交わされる「記号」に過ぎない。

第三款 最上級有権解釈機関を拘束するもの

前款でみたように、トロペールによれば、法適用機関とりわけ最上級有権解釈機関は、憲法テキストによって規範的に拘束されることはない⁽¹⁰⁾。しかし、法適用機関は、あらゆる制約から自由であるわけではない。すなわち、彼らは、規範的な制約からは自由であるが、政治的・社会的な制約、つまり、事実上の拘束は免れ得ない、とされるのである⁽¹¹⁾。

① 彼がまず挙げる制約事由とは、特に裁判官が行う理由づけ (motiver) の構造である。裁判官は、自らの結論を正当化

するにあたり、その場限りではない解釈原理 (principe d'interprétation) を用いざるを得ない。なぜなら、裁判官は、以後の同種の事案に応じて、複数の法規範の創設を一貫して正当化しなければならぬからである。このように、解釈原理は、他の下級国家機関の法解釈を拘束するが、裁判官自らの以後の法解釈をも拘束することになる⁽¹²⁾。

② 第二にトロペールが挙げるのは、裁判官の地位固有の問題である。裁判官は、政治的圧力から自由でいることはできないという、周知の問題が挙げられる。しかも、このいわば客観的な原因のほかに、いわば主観的な原因がある。すなわち、「裁判官の非政治性」という伝統的な観念による裁判官個人に対する心理的圧力である。これによって裁判官は、裁判において自らの政治的選好の表出を差し控えざるを得ない⁽¹³⁾。

③ 第三に、裁判所秩序が複数あることから生じる最上級裁判所の意思の不徹底性が挙げられる。他方、秩序内部においても、下級裁判所は常に最上級裁判所に従属するとは限らない。例えば、地裁は、最高裁の判断にはなく、直近の高級の判断傾向に従うかもしれない。また、当然のこととして、全ての事件が最上級裁判所まで争われるとは限らない。このように、最上級裁判所は、完全な立法者たり得ないことになる⁽¹⁴⁾。しかし、

裁判所秩序の複数性という問題は、フランス、ひいては大陸特有の事情であるともいえる。

第三節 批判

トロペールの法解釈理論が、現実の法運用過程を突き放した形で明らかにしている点は否定できない。しかし、その理論は、ケルゼン理論のヨリ発展的なレアリザシオンといえるのである。それは、以下述べられるような致命的な問題点を抱えているようにみえる。

第一款 条文の「客観性」に関して

—— 憲法典による制約 ——

トロペール理論の通説破壊的衝撃としてまず挙げるべきは、最終有権解釈機関に先立つ規範、とりわけ憲法規範さえ存在せず、在るのは事実としての憲法典条文のみであるとする点であった。トロペールによれば、条文が目の前に在ることについては確かに疑い得ない。だが、憲法典条文の意味は、制憲者の意図した意味かもしれず、あるいは法適用機関の付与した意味か

もしれない。いずれにせよ、条文の「客観的」意味といったものはア・プリオリには存在しない。⁽¹¹⁷⁾したがって、最終的で絶対的な権威者が当該憲法典テキストの意味として決定した意味が、当該憲法典テキストの「意味」であるといわざるを得ないということになる。⁽¹¹⁸⁾長谷部教授も、この点については、批判を全く加えていない。⁽¹¹⁹⁾しかし本稿筆者には、十分疑問を呈す余地が残されているように思われる。

憲法典条文が経験によつて与えられているという事実を否定し得ないとすれば、憲法典の条文は有意な文字群として最上級有権解釈機関にも認識されているはずである。それは、単に紙に印刷された「文字群」としてという以上に、「憲法典」を構成する「条文」として認識されたということである。したがって、憲法典条文は、それを構成する言語あるいは文法、⁽¹¹⁹⁾ヨリ一般的には思考の諸規則による制約を既に被つたものとみなすことができる。と同時に、憲法典は、言語の被るかような一般的な制約のほか、当該条文が、「憲法典」の条文であるという特殊の意味においても客観的な制約性を發揮し得ると考えられる。《憲法テキストは単なる事実過ぎない》というトロペールのテーゼは、それ自体矛盾している。彼は、既に当該テキストが規範命題の集合体としての憲法典を意味するものということをし

前提しているからである。憲法典の条文は、憲法規範を表象する（「し得る」ではない！）テキストの集合体として、あらゆる解釈者の思考を制約する。

このように、「形式的意味の憲法」——憲法典——の制約性について、トロペールの理論は次のように要約的に批判される。すなわち、解釈の対象としての憲法典条文が「憲法」を構成し得るとみなすこと自体が、最上級有権解釈機関の解釈活動が、「憲法典条文は憲法規範として解釈されるべし」という規範的な制約を受けていることを意味すると考えるべきである⁽¹²⁾、と。

第二款「拘束力」に関して

——「実質的意味の憲法」による制約——

前述したように（第二節第三款）、トロペールは、最上級有権解釈機関は憲法典・テキストによって規範的に拘束されることではないが、事実上の制約は免れないとして、3つの要因を指摘している。確かに、②にみた制約要因は、心理学の問題として規範的意義を否定されるべき要因であろうし、③にみた裁判所秩序の複数性については、大陸特有の事情という点はともかく

としても、規範的な制約事由とはいえない。しかし、①にみた「解釈原理」による制約要因については、それが果たして「事実上」の制約といえるのか、との疑問を払拭し得ない。しかも、この「解釈原理」にまつわるトロペールの議論は、憲法典を構成し得なくとも、裁判官の解釈に必然的に先行する客観的規範の存在を示唆するという新たなトロペール理論の欠陥をも内包するものと考えられる。

（一）トロペールによれば、裁判官は、以後の同種の事件に対応するために、複数の法規範創設を一貫して基礎づける「解釈原理」を設定せざるを得ないという制約を受ける。裁判官は、かかる性質を有した「解釈原理」を定立しなければ、以後下級の裁判所さらには司法権以外の国家機関による法解釈活動を拘束し得ない。かかる「解釈原理」設定に関わる「拘束力」は「論理的必然性」⁽¹³⁾を有した拘束力であって、あくまで事実上の制約である⁽¹⁴⁾。

しかし、トロペールのかかる理解には賛同し難い。仮に、以後なされる複数の法規範の創設を裁判官が一貫して基礎づけるうとする傾向が存するとしても、それは《そうせざるを得ない（missen）》がゆえではなく、《そうすべし（sollen）》と考えられているからである。つまり、この傾向は、《裁判官は法を平

等に適用すべし、あるいは（裁判官は恣意的な法適用をすべきでない）といった客観的当為命題（規範）に依拠している。

かような所与の規範のゆえに、最上級裁判所は、一般性を有した「解釈原理」を創設し、下級の国家機関は、最上級裁判所の定立する「解釈原理」が有する一般性に「拘束」される。

かかる理解は、ケルゼンの「拘束力」観念による。ケルゼンによれば、ある規範が存在するということは、その規範が妥当していることを意味する（本章第一節）。さらに、「規範が妥当する」ということは、その規範が拘束力を持つことを意味する。このケルゼンのいう「拘束力」は「規範に従って行態すべし」と記述され得る *Sollen* を本質とする観念にあたる。したがって、「解釈原理」に「拘束力」があるのであれば、何らかの規範（もちろん「存在」し「妥当」する規範）が必ず前提されているということになる。このような規範の前提抜きに、トロペールの説明する事態は理解できない。つまり、裁判官は、恣意的に「解釈原理」を設定できないという規範的な制約を受けているのである。

(2) また、裁判官に対する一般的「解釈原理」定立要求が規範的制約によるものであることを右のように積極的に論証しない場合であっても、それが「論理的必然」あるいは事実上

の拘束にやはり当たらないことは消極的にせよ指摘され得る。すなわち、「解釈原理」自体が解釈を受けるテクストであることを指摘すればよい。ある「解釈原理」が後の法適用機関による

解釈を基礎づけ得る一般性を有しているかは、トロペールのテクスト理論に従えば、当該原理に対する解釈を待たなければならぬ。最上級裁判所が、当該原理に一般性を認めて定立したとしても、以後、他の法適用機関とりわけ最上級裁判所自らと同様に当該原理の一般性をみい出すかどうかは定かでない。

トロペールによれば、「解釈原理」であっても、それがテクストである限りア・プリオリに客観的意味は認められないはずだからである。このような性質を有するテクストとしての、「解釈原理」につき、論理必然的に創設されるべき意義は乏しい。他方、テクストに表象するとされる規範としての、「解釈原理」は、あくまで法適用機関とりわけ最上級裁判所の解釈活動においてテクストとしての、「解釈原理」から形成される不断の動態なのであって、そこにも論理必然的な制約を認めることはできない。

(3) そして、さらに重要な帰結を指摘し得る。すなわち、既にみたように、仮に最上級裁判所が憲法典という「形式的意味の憲法」に規範的に拘束されないとしても、トロペールのいう「解釈原理」にまつわる制約は、「実質的意味の憲法」によ

る規範的制約とみなし得る、ということである。トロベールによると、裁判官、特に最上級裁判所は、規範の創設を自由に行い得るが、かかる規範定立を正当化する「解釈原理」は一般性を要求される。

しかし、「解釈原理」の一般性を要求するものが上述のように規範であるとすれば、この規範（仮に規範 α と呼ぼう）は、規範創設・「解釈原理」創設に先立つ規範、しかも、トロベールの説明に従うと裁判官全てが制約される「解釈原理」の一般性を規定する規範ということになる。したがって、この規範 α は、当然、最上級裁判所が憲法典テキスト解釈を行う際にも、妥当するはずである。つまり、最上級裁判所が規範 α は憲法典にみい出せないという解釈を打ち出した場合であっても、裁判官によるあらゆる規範創設に先行する規範 α は、最上級裁判所による「憲法」創設をも規定し続ける。すなわち、結局、規範 α は、全法適用機関による規範創設を拘束する。それ以外全ての実定法創設を規定する規範は、実定法秩序の頂点を構成すると考えられる。このように、規範 α は、憲法典を仮に構成し得なくても、必然的に全法適用機関を拘束する「実質的意味の憲法」を構成しているとみなすことができる。⁽¹²⁴⁾

第三款 「自己授権」批判について

以上、トロベール理論における根本的な欠陥が明らかにされた。これは、彼の理論に内在的な再構成を加えることによって、裁判官とりわけ最上級裁判所は、形式・実質双方の意味での憲法によって規範的に拘束され得ることを示したものである。本稿は、これらの問題点によって、圧倒的な「手続法」優位を唱えるトロベール理論は維持し難いと考える。ところが、我が国においてトロベール理論を最も詳細な形で紹介してきた長谷部教授は、既に見た問題に全く触れることなく、もっぱら、トロベール理論が「自己授権」の誤謬を犯していることにその批判を集中してきた。⁽¹²⁵⁾しかしながら、本稿は、長谷部教授による「自己授権」批判について直ちに同意できない。その理由は、教授による批判が外在的なそれに止まるものであること、もしくは、仮に外在的批判それ自体の意義を否定し得ないとしても、なお教授の批判が実証主義的思考特有の「自己言及性」を度外視していること、に求められる。

(1) 長谷部教授による「自己授権」批判は、次のようなものであった。「ケルゼンと同様の *Sollen* の捉え方を前提にした場合」⁽¹²⁶⁾、最上級有権解釈機関は、自己の規範定立の権限の根

拠を別の上位規範に求めなければならない。しかし、トロペールによれば、その解釈に先行する規範、さらには根本規範に規範定立の根拠を求めることはできない⁽¹²⁷⁾。最上級有権解釈機関の前には事実としてのテクストしか存しないからである。では、最上級裁判所の規範定立根拠はいずれにあるか。長谷部教授は、有権解釈機関は「我々(私)は、自己の権限を自ら決定できる」という授權規範を自ら定立せざるを得ないであろうとする⁽¹²⁸⁾。だが、かような授權規範の想定は、それ自身が主張する権能をも根拠づけるといふ「循環的な基礎づけ」であって、「このような自己言及的な基礎づけ」は「論理的に不可能である」⁽¹²⁹⁾。

右にみたように、長谷部教授の「自己授權」批判は、ケルゼンの *Sein* と *Sollen* の二分論を「前提にした」ものである。ならば、この批判は、ケルゼンと同様の二分論に立った議論に対して行われるときはじめて内在的意義を有し得る。だが、長谷部教授自身が認めるように⁽¹³¹⁾、トロペールは、ケルゼンによる厳格な二分論、すなわち *Sollen* は *Sein* に還元不可能であるとする立場を採っていない⁽¹³²⁾。したがって、ケルゼンの厳格な二分論を前提にしたうえで、緩やかな二分論を前提にしたトロペール理論に対する批判は、少なくとも理論内在的な批判たり得ない蓋然性が高いということになる。長谷部教授は、ケルゼニズ

ムに対するハイエクらの批判を、「理論内部の整合性を問題にすることは可能である」として斥けているが、厳格な二分論に依拠しない理論を厳格な二分論の論理で裁断するのは、ハイエクによるケルゼン批判を彷彿とさせる「外在的批判」と評さざるを得ないように思われる。

だが、「外在的批判」が全く意味がないとは限らない。新しいパスpekティブが現れるときは、常に「外在的批判」を伴うはずである。では、長谷部教授による「自己授權」批判は、受けいられるべきか。本稿筆者には、そうは思えない。教授の批判は、確かに論理的には精密に仕立てられているかにみえる。しかし、法秩序について形式論理的に考察しようとする場合、自己言及は排除され得るのであるうか。教授によると、自己言及は無限後退を招き無価値であるとする論理法則は、「法の帝国」にも遍く妥当するかのようである。

(2) 実定法秩序は、その最高位に「憲法」をもって完結するから、もっぱら実定法秩序を考察の対象に据えようとする思惟は、「憲法」を論理の出発点におけば足りる⁽¹³⁴⁾。したがって、「憲法」が仮に「最高法規」だと誇称したとしても、「憲法」の実定性が確認さえされれば、「憲法」そのものは、法的考察にとつて論理の出発点とみなし得る。同じことは、トロペール

の理論についてもいえる。彼にとつての論理的所与は、最上級有権解釈機関の存在であつた。最上級有権解釈機関の解釈の前には「事実」と自らが覆し得る「規範」が在るのみであるから、最上級有権解釈機関は、「実質的意味の憲法」の最上階を構成する。かくして、最上級裁判所による自己授權は、「実質的意味の憲法」の枠内の論理として、あくまでトロペール理論内在的に許容される。

確かに、この論理は循環しているが、以上示した思考は、実定法秩序に考察対象を限定する「法の科学」の宿命であるといえる。ただ、かかる理解に対しては、存在と当為の厳格な二分論の代わりに、「科学主義」あるいは「実証主義」という新たな「形而上学的」前提を援軍に呼ぶ「外在的」擁護に過ぎないという批判が予想される。しかし、この批判は、厳格な二分論を前提にして、緩やかな二分論者による「自己授權」を批判する論法についても同様に妥当しよう。また、かかる理解の仕方については、我々の思考を余りに閉じられたものとして放置しないかという疑問も起こるかもしれない。法は、あらゆる論理・価値に対して開かれていなければならない、と。だが、ケルゼンによれば、法の科学の存在意義は自らの「前提と限界を自覚」⁽¹³⁶⁾していることにある。かかる「前提と限界を自覚した」⁽¹³⁶⁾最初の

実定法理論である純粋法学こそ、旧来の「純粋実証主義」、そして戦後、法と政治「道徳」⁽¹³⁷⁾とを再癒着せしめようと画策する「反法実証主義」と区別されて「批判的実証主義」と呼ばれるに相応しい。

注

(78) KEISEN, La garantie... (46), p.250.

(79) Vgl. KEISEN, General Theory of Law and State, 1945 (以下「GTL.S.」と略記), p.30. 尾吹善人訳『法と国家の一般理論』(一九九一)(以下、尾吹訳と略記)八〇頁。したがって、「妥当していない規範は、存在しない規範であり、ゆえに規範ではなから」(KEISEN, Recht und Logik, 1965, WRS., Bd.2, S.1472.) なるのである。

(80) KEISEN, RR2., S.272.

(81) Vgl. a.a.O., S.146.

(82) 日本国憲法第八一条が、最高裁判所に法令の憲法適合性を「決定する権限」を認めていることについては、違憲の法令に際して、如何なる事例に、如何なる法的効果を結び付けるかを問題とし得る(畑尻剛『憲法裁判研究序説』(一九八八)一五二頁以下)契機とみなすとともに、同条が「手続法」思考を表象する可能性をも秘めた条文と解する根拠とみることが出来る。

- (83) この点を強調するのが、例えば、長尾龍一「憲法変遷論考」(一九八二)『思想としての日本憲法史』(一九九七)二五六―七頁。また、菅野・前出注(56)(一九八八)二七六頁は、小林直樹教授の「連憲・合法論」を批判する文脈において、「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」として、「自衛隊法は、日本国憲法の意味として、『妥当する力』をもつ『手続法』、優れて実定法ということになるから、実定法の認識としては、これに基づく自衛隊は『合憲・合法』の存在といわねばならぬ」(傍点菅野)と説く。もつとも、本稿筆者は、かかる「手続法」思考を偏重するケルゼン理解に疑問を覚える(参照、次章第一節)。
- (84) 特に参照、長谷部恭男「M・トロペール」長尾龍一編著『現代の法哲学者たち』(一九八七)所収、長谷部恭男「権力への懐疑」(一九九一)特に第一章、樋口陽一「権力・個人・憲法学」(一九八九)特に一七二―一八二頁、栗城川樋口「憲法と裁判」(一九八八)第一部「樋口陽一執筆」。以下、逐一引用しないが、本稿筆者はこれらの文献から多くの示唆を受けている。
- (85) MICHEL TROPER, Kelsen, la théorie de l'interprétation et la structure de l'ordre juridique.: Revue internationale de philosophie, no.138, 1981, p.519. (なお、以下引用するトロペールの論文の多くは、TROPER, Pour une Théorie juridique de l'Etat, 1994 に収められている(後出注(109)(127)を除く)が、本稿では、旧載誌からの引用によつた。)
- (86) KEISEN, RR1, S.796. 横田訳一二六頁。
- (87) KEISEN, RR2, S.349.
- (88) KEISEN, a.a.O., S.349.
- (89) Vgl. KEISEN, RR2, S.352.
- (90) もつとも、本稿筆者は、ケルゼンが「枠」を認識的に確定し得ると考えていることにヨリ留意すべきと思う(次章第一節で詳述)。
- (91) TROPER, Kelsen, la théorie.: (85), p.520f.
- (92) トロペールは、このように、解釈活動により創設されるのは法的三段論法の大前提(一般的規範)・結論(個別規範)に止まらず、小前提たる事実も同じく創設されると指摘する(TROPER, op.cit., p.520, TROPER, Fonction juridictionnelle ou pouvoir judiciaire?, Pouvoir, no.16, 1981, p.9. 吉田邦彦訳「裁判作用か、それとも司法権力か」ジャン・ファイエ他/山口俊夫編訳『フランスの司法』(一九八七)(以下、吉田訳と略記)七頁)。もつとも、このテーマは、ケルゼン自身が認めていたものである。「ある人が殺人を犯した」という事実(Tatsache)自体ではなく、法秩序にてらして権限を有する機関が、法秩序により規定された手続によつて、ある人が殺人を犯したと確認した

という事実が、法秩序によって規定された条件なのである」(KELSEN, RR2, S.245, Vgl. ders., GTL.S., p.134f., 145, 273; 尾吹訳二二七頁以下、二四二頁、四二二頁)。つまり、ケルゼンによれば、法の世界には事実それ自体や絶対的な事実が存在しない。権限ある機関が法によって規定された手続で認定した事実しか存しないとされる。しかし、問題は、このような「事実」認定を許す一般的な法規範の不定性をどのようにみるかにかかるとされる。トロペールが指摘するように、ケルゼンは「一般的法規範」だけは、法適用機関を拘束し得ると考える。

- (93) TROPER, Hans Kelsen et la Jurisprudence: Archives de philosophie du droit, 1985, p.84.
 (94) KELSEN, RR2, S.255.
 (95) KELSEN, a.a.O., S.255.
 (96) 長尾・前出注(53)『国家』第七八巻第九・一〇号二二五頁。
 (97) DIETRICH JESCH, Gesetz und Verwaltung, 1961, S.63.
 (98) KELSEN, La garantie... (46), p.224f.
 (99) TROPER, Le problème de l'interprétation et la théorie de la supra-légalité constitutionnelle: Recueil d'étude en hommage à Charles Eisenmann, 1974, p.145.
 (100) TROPER, op. cit., p.149. ちなみに、フランスにおいて、早い段階でケルゼンの法段階説を批判する論者がいた。

とは特記されておいてよいだろう。我が国では、NATION主権とPEUPLE主権との区別を明確にした論者として名高いレイモン・カレ・ド・マルベールである。

- 彼は、既に一九三三年の段階でケルゼンの法段階説の欠点を法適用機関を考慮に入れずに法規の相互関係を論じる点にみていた (RAYMOND CARRÉ DE MALBERG, Confrontation de la Théorie de la formation de droit par degrés avec les idées et les institutions consacrées par le droit positif français relativement à sa formation, 1933, p.165 et s.)。すなわち、彼は、法内容が同一でも、その法規を定立する權威の違いによって、法規の効力に相違が起こるのは実定法秩序に普通の現象であるから、「このことは、法規の法的性質は単に法規の内容に依存するのではなく、むしろ多くの点では主として法規定立者の有する権力の質に依存する」(op. cit., p.165.)ものであることを示すのであるとし、法段階説に代わるものとして、機関の段階説を提唱する (cf. op. cit., p.166.)。本文でみたトロペールの議論と軌を一にしていることは明らかであろう。このカレ・ド・マルベールの議論については、高橋和之『現代憲法理論の源流』(二九八六)一一六頁、一一八一頁、菅野喜八郎『国権の限界問題』(一九七八)一一一頁以下参照。
 (101) TROPER, Le problème... (99), p.136. トロペールのかかる理解は、さらに、モーリス・オーリュウと憲法院の解釈

活動を媒介する (TROPER, op. cit., p.146f.)。オーリュウによれば、*légitimité constitutionnelle* (憲法的正統性)を形成する、すなわち憲法典の上位にある諸原則の総体が存在しており、これら諸原則に違反した憲法規定は、憲法裁判官によって廃止されねばならない。もちろん、このようなオーリュウの見解は、自然法イデオロギーに刻印され、メタ法的原則の遵守を実定法規範の妥当条件とするものである。ところが、トロペールによれば、現代の憲法院の活動は、オーリュウの思考によって正統化されないにしても、解明され得る。すなわち、憲法院は、「超憲法的」諸原則を憲法典の妥当条件にはしないものの、解釈の際には、しばしばこれらの諸原則を援用する。憲法院は、自ら「自然法」「共和国の諸原則」「憲法の精神」の「光りに照らして」、憲法テキストを解釈している。しかも、憲法院は、これらの諸原則を、「憲法」から引き出し (*dégage*) ているのである。ちなみに、*légitimité constitutionnelle* は、「憲法」と憲法典を峻別する小嶋和司教授の所説に大きな影響を与えている (第三章第一節において詳述する)。

(102) TROPER, Fonction... (92), p.9, 吉田訳六頁。

(103) TROPER, Kelsen, la théorie... (83), p.529.

(104) TROPER, op. cit., p.526. の論理が、伝統的理論とびにケルゼン理論に比しても、特殊なものであることについて、

て、次章第一節第三款を参照。

(105) TROPER, op. cit., p.528. 彼の *Sein* と *Sollen* 理解については本章第三節第三款で詳述する。

(106) TROPER, Le problem... (99), p.134.

(107) TROPER, op. cit., p.144.

(108) TROPER, op. cit., p.143 et p.150.

(109) TROPER, *Nécessité fait loi*, Mélanges Robert-Edouard Charlier, 1981, p.315.

(110) TROPER, Fonction... (92), pp.9-11. 吉田訳六一九頁。

(111) TROPER, op. cit., p.12. 吉田訳九頁。

(112) TROPER, op. cit., p.13. 吉田訳一〇頁。TROPER, *Justice constitutionnelle et démocratique*, Revue française de droit constitutionnel, no.1., 1990, p.45f. 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・九四) (以下、長谷部訳と略記) 一七―一八頁。なお後者論文は、「一般意思 (*volonté générale*)」を媒介にして、違憲審査制を規定する憲法典テキストと人民主権原則を規定するそれとを「調和 (*concilier*)」(Troper, op. cit., p.29. 長谷部訳一頁) させる規範を記述しようとする試みである。この論文は、樋口陽一教授によって多大の関心が寄せられる (例えば、樋口「転換期の憲法?」(一九九六)における引用の頻度のみよ) 等、確かに興味深い試みといえる。しかし、同論文については、「定義による問題の解消」

- (長谷部恭男「司法審査と民主主義の正当性」『法律時報』第六九卷第六号(一九九七)五四頁)ではないかという批判があり得る上、トロベールの依拠する「法の科学」の使命とする「記述」と前記「調和」は如何にして整合するのか、すなわち、彼が遂行したと誇称する「調和」とは、彼が拒否する「正当化(Justification)」(TROPER, *op. cit.*, p. 29. 長谷部訳一―二頁)にあたる言説なのではないか、という疑問を提起し得よう。
- (113) TROPER, *Fonction...* (92), p. 13. 吉田訳一―二頁。
 (114) TROPER, *op. cit.*, p. 14. 吉田訳一―三頁。
 (115) TROPER, *op. cit.*, p. 14. 吉田訳一―三―四頁。
 (116) この点、ペーター・ハーベルレが同様の思考を有してゐるようである (Vgl. PETER HÄBERLE, *Zeit und Verfassung*, in: ZIP21, 1974, S. 127)。だからこそ、彼は、憲法典の制定という「狭義の憲法制定」に加えて、憲法典制定後における「広義の憲法制定」(憲法典制定後における憲法意義の確定過程の総称)を問題にし得るのである (Vgl. HÄBERLE, *Verfassung als öffentlicher Prozeß*, 1978, S. 195ff)。参照、栗城・前章前出注(43)一―一八頁以下。
- (117) TROPER, *Justice constitutionnelle...* (112), p. 35. 長谷部訳三頁。
- (118) この点、長谷部教授は批判どころか、同意しているこ

- とについては既に述べた(参照、前章前出注(7))。
- (119) 「コトバの約束」が、裁判官の解釈活動を制約し得ることを示唆するのは、樋口「権力・個人・憲法学」(前出注(84))一七八頁である。
- (120) 以上みたように、法実証主義の基本的テーゼの一つである条文の客観的制約性をトロベールは、全く認めない。このことは、トロベールの理論が、例えば、「反法実証主義」をスローガンとして掲げるロナルド・ドゥウオーキンの理論(以下、ドゥウオーキンの思考については、RONALD DWORKIN, *Taking Rights Seriously*, 1977, R. ドゥウオーキン/小林公訳『法の帝国』(一九九五)を参照)と実は軌を一にしていることを裏付ける。ドゥウオーキンによれば、裁判所は、全ての法的諸問題について何が「正しい法」か、すなわち「正解」を発見する義務がある。しかし、判決の発見過程は、様々な法原理、判決、法規定の検討を免れない。これら法の網は、相互に矛盾するとみなされ得る法をも含む混乱に満ちた世界であるかもしれない。だが、それでも、裁判所は、「正解」を発見する。つまり、我々は、裁判官が「正解」を示さなければ、何が「正しい法」かわからない状況におかれていることになる。ここで、トロベールが、何が「憲法」なのかは、最上級裁判所の解釈がなされるまで明らかでない」と述べていたことが想起されよう。ドゥウオーキンに

よれば、条文も判決も彼のいう「法命題」に還元されるが、このことは、条文が定立されていてもそのこと自体が直ちに意義を有するものではないことを意味する。トロペール説は、解釈以前に条文が経験に与えられていることは認めるのだが、条文の存在そのものの持つ客観的意義が全く考慮に入れられていないため、ドウウォーキン説と結果的に一致するのである（両者が、驚くほど《建設的》な《対話》をなし得る可能性については、「ドウウォーキン特集」を組んだ〈*Drout et société*〉no.1, 1985, no.2, 1986.を参照）。ちなみに、ドウウォーキンに強く影響されながらも、「憲法典」の実定性に拘るといふ興味深い論理を採る、佐藤幸治『現代国家と司法権』（前出注（7）一四〇頁を参照。さらに、ドウウォーキンの理論に対して、「法律家中心のリーガリズム」ではないのかという批判を浴びせる中山竜一「二十世紀法理論のパラダイム転換」『岩波講座現代の法15』（一九九七）特に九二頁以下は、本稿の視点からしても示唆に富む。

(121) TROPER, *Fonction...* (92), p.10, 吉田訳一頁。

(122) この点、我が国の憲法学上の論点に翻訳すると「判例の拘束力」の問題ということになり、トロペールの議論は差し詰め「事実上の拘束力説」ということになろうか。もっとも、この通説に対しては、その曖昧な「拘束力」概念を逆手にとった「判例が裁判所を事実上拘束してい

るということは、結局、法的な拘束力があるということである」（長谷部恭男『憲法』（一九九六）四二六頁）との批判がある。ただ、長谷部教授のいう「法的な拘束力」が、心理的な要因からも生じ得るかにみえる点は興味深い。長谷部・同右三八四頁は、「憲法習律」の成立要件として、「先例の存在」とともに、当事者が「そのルールに拘束されていると意識しているかどうか」を挙げている。しかし、この二要件は区別して議論し得るのであるか。

「先例」が「存在」しているとされるのは、それを認定する人（々）がそれらを「ルール」とみなす場合だからである。また、ある事実の集積が法的「ルール」とされるのは、それを許容する上位規範が存在するからだと思えば、「憲法習律」なるものはあくまで規範論理によって説明されるはずであるが、「意識」という心理学上の概念は、その際どのように性格づけられることになるのであろうか。それとも、「憲法習律」は事実の問題とされるのであろうか。だとすれば、語られるところの「ルール」とは如何なる性質を有するものなのか別に問題となろう。

(123) KELSEN, *Value Judgments in the Science of Law*, in: *What is Justice?*, p.214. ちなみに、本文中で既に触れたように、心理上の圧迫感といった意味でいう「拘束力」は、*Sein* に属し、*Sollen* としての「拘束力」にはあたらない。

(124) 本文は、あくまで、裁判所の創設した「解釈原理」に

まつわる制約性を前提にした叙述であったが、規範 α は、我が国においては、国家機関を客観的に拘束する法規範であると主張される「平等原則」として翻訳されよう。

我が国においては、「平等原則」は憲法第一四条から引き出されることがほとんどである。しかし他方で、「直接的に指示する制定法はない」としながらも、「実質的意味の憲法」は法適用の平等性を保障していることを根拠として、判例の法源性を肯定する見解(参照、小嶋和司『憲法概説』(一九八七)八九頁以下)があることは留意されてよいように思われる。このように、判例という「手続法」と、制定法という「実体法」双方の法源性を「実質的意味の憲法」によって媒介しようとする思考の問題性については、本稿第三章第一節で詳述する。

(125) 長谷部恭男「憲法典における自己言及」芦部選暦「憲法訴訟と人権の理論」(一九八五)、長谷部『権力への懐疑』特に二七頁以下を参照。

(126) 長谷部・同右二七頁。

(127) トロペールは、根本規範の仮設によっては、規範の拘束力(服従せよ)という命題に記述可能な)を根拠づけることはできないとケルゼンを批判する(TROPER, Le pyramide est toujours debout; Revue du droit public, no.6, 1978, p.1535f.)。もつとも、ケルゼンは、根本規範を「法認識の前提」すなわち法の科学者に限つての所与、とい

う程度の消極的な意味しか与えていないようにみえる(KELSEN, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts, 1920, S.253.)。しかし、すぐ後でみるように、厳格な存在と当為の二分論を採らないのであれば、根本規範の仮設はトロペールにとってトリヴィアルな問題となる。

(128) 長谷部・同右二七頁参照。

(129) 長谷部・同右二七頁。

(130) 長谷部・同右二八頁。この断定にあたって、長谷部教授は、アルフ・ロスを援用している。長谷部教授のロス理解については、さらに、長谷部・同右二〇六一―七頁、同・前出注(125)(一九八五)特に八二六頁以下を参照。もつとも、ロスは規範と事実の二分論を否定する法リアリストであることからして、「ケルゼンと同様の Sollen の捉え方を前提にした」この文脈に援用することが相応しい論者かどうか問題ではある。

(131) 長谷部『権力への懐疑』二五頁参照。

(132) TROPER, Le problème... (99), p.141.ただ、トロペールが二分論を完全に否定しているとは断定できない。ケルゼンは、存在の概念について狭義のそれと広義のそれとを区別していた。すなわち、ケルゼンによれば、前者は自然存在、因果法則的に規定されたものを意味するが、後者は思想的に定立されたもの一般を指し得るとされる。

したがって、法も一つの「存在」であって、我々はここに「当為という存在」について語り得ることになる（vgl. KELSEN: *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 1922, S. 76）。

また、ある事実上の行為が解釈図式としての法規範によって法行為と認識され得るといふケルゼンの理解の仕方は、逆に、存在は当為の世界に侵入し得るといふことを意味する。つまり、「存在と当為とは論理的に排除しあうが、内容的には否定されない関係の内にある」（高橋広次『ケルゼン法学の構造と方法』（一九七九）一五七頁）とケルゼンは考えていたといえる。トロペールは、このようなケルゼンの二分論に潜む「関係」の側面を強調したに過ぎないのではないか。他方、トロペールが存在と当為の区別は「先験的に与えられたものでしかなら」（TROPER, *op.cit.*, p. 141）と述べるのは、ケルゼンの二分論に潜む論理上の「区別」の側面を否定したのではなくて、暗に肯定したものと受け取れる。もつとも、ケルゼン解釈としては、存在（狭義）と当為が「論理的に排除しあう」ことこそ強調されるべきとの批判も十分あり得よう。さらに、ケルゼンにおけるかような存在と当為の「区別」と「関係」を媒介する概念としての「中性的基体（*moral indifferentes Substrat*）」（KELSEN, a.a.O. (127), 1921, S. 99）についても検討する価値があるが、い

ずれにしても既に本稿の主たる目的とは隔たつたので他日を期したい。

なお、存在と当為の峻別論を否定するのは、トロペールに限ったことではない。彼の直接の師であり、ギー・エロー（Guy Héraud）から「骨の髄まで徹底的にケルゼニアン」とまで評されるシャルル・アイゼンマンにあつてもそれは同様であつた。彼は次のように述べる。すなわち、「実定法とは、時空的に規定された現象であり」、したがつて「事実に対応する規範」である。このような規範を観察するには、純粹な *Sollen* の領域には止まることはできない。実定法規範は、「確かに《*Sollen*》である」が、実際の社会生活に根差した《*Sollen*》である」（Charles Eisenmann, *Science du droit et sociologie dans la pensée de Kelsen. Méthode sociologique et droit*, *Annales de la Faculté de droit de Strasbourg*, V, 1958, p. 671）。アイゼンマンは、ケルゼンの *Sein* と *Sollen* の区別論にみる「関係」の側面をもつぱら強調しているようにもみえる。エローについては、深瀬忠一「G・エロー教授の法理論の特質——フランスにおけるケルゼニズムの批判的摂取と超克例——」（『北大法学論集』第四卷第二号（一九六三）による立ち入った紹介と著作リスト（同右一〇五頁）を参照。アイゼンマンについて詳しくは、樋口陽一『近代立憲主義と現代国家』特に五五頁以下を参照。

- (133) 長谷部『権力への懐疑』二五頁。
- (134) かかる思考は、「根本規範」仮設の必要性につき重大な帰結をもたらし得る。本稿第三章第二節で詳述する。
- (135) なお、高田篤「シュミットとケルゼン」初宿Ⅱ古賀編『カール・シュミットとその時代』(一九九七)三四頁は、ケルゼンのデモクラシー論にみる自己言及を「あらゆる形式論理」は「自己言及性を排除できない」として擁護する。さらに、長谷部教授が依拠するロスの自己言及の全面否定論を批判する HERBERT LIONEL ADOLPHUS HART, *Self-referring Laws*, 1964, in: *Essays in Jurisprudence and Philosophy*, 1983. H. L. A. ハート／石井幸三訳「自己言及法」矢崎他訳『法学・哲学論集』(一九九〇)を参照。
- (136) KELSEN, *Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus*, 1928, in: *WRS.*, Bd. I, S.340.ケルゼン／黒田寛訳「自然法論と法実証主義の哲学的基础」黒田Ⅱ長尾訳『自然法論と法実証主義』(一九七三)九三頁。
- (137) もっとも、ケルゼン自身の「批判的実証主義」がどこまで貫徹され得たのか、疑問の余地がないわけではない。参照、森田寛二「解説」ケルゼン／森田Ⅱ長尾訳『法学論』(一九七七)。

(未完)