

# 大陸型違憲審査制における憲法裁判の観念

浜 田 豊

La notion de juridiction constitutionnelle  
et le rôle des cours constitutionnelles

Yutaka Hamada

## はじめに

違憲審査制の正当化をめぐる論争は、今日それほど活発には行なわれていない。その要因は、言うまでもなく、第二次大戦後の世界の諸憲法における違憲立法審査権の普遍化現象であろう。とりわけ、伝統的に違憲審査制を拒否していたフランスにおいて、フランス革命二百周年記念の1989年に、憲法院 (Conseil constitutionnel) に対する市民への提訴を認める憲法改正の構想が発表されるような状況——結果的には挫折したが——においては、違憲審査制への懐疑論が入り込む余地などはないであろう。そのことから「19世紀が議会の世紀 (le siècle du Parlement) であるとするれば、20世紀は憲法裁判制度の世紀 (le siècle des juridictions constitutionnelles) である<sup>1)</sup>」と称する論者も登場したわけである。だがそれにもかかわらず、違憲審査制の制度としての特質、ならびに違憲審査制と民主制との関係、さらには憲法裁判所で行なわれる憲法解釈の性格に関して、学説の共通理解は確立しているとは思われない。それゆえ、この問題を今あらためて——とりわけ、ヨーロッパの憲法裁判制度に焦点を当てて——検討することは、有益であろう。本稿は、憲法裁判・違憲審査制をめぐる、主として二つの論考を素材として、大陸型違憲審査制の役割を考察しようとするものである。

## I. ブヴィエの「憲法裁判権」概念に関する考察

まず最初に、ヴァンサン・ブヴィエ (Vincent Bouvier) の見解をとりあげたい。検討の対象にするのはフランスの法理論誌《DROITS》の「裁判機能」(La fonction de juger) 特集号に発表された「憲法裁判権の観念」(La notion de juridiction

constitutionnelle)<sup>29</sup> という論文である。

### 1) ブヴィエの論考

ブヴィエの論考は、違憲立法審査制の位置づけをめぐる逆説的な状況を指摘することと始まっている。逆説的な状況とは言うまでもなく、違憲立法審査制そのものに対する合意とこの制度自体に対する理解の仕方における見解の不一致のことである。「真の意味での法治国家 (Etat de droit) の必須の条件と考えられる違憲立法審査制は、今日では、とりわけ西ヨーロッパで広く実施されている。加えて、この制度は、学説の中のみならず、政治的世論や政党の間でも、幅広いコンセンサスを獲得している。しかし、憲法裁判官〔＝違憲審査制〕が今では正統性を享受しているとしても、逆説的にもこのことはかえって、憲法裁判権の正確な定義に曖昧さを残し、この正統性の故に、憲法裁判機関の行使する機能の性格付けをめぐる見解の対立が解消するということにはならない。憲法裁判権という機能は、ある者にとっては、憲法制定機能 (fonction constituante) あるいは立法機能であり、またある者にとっては、政治的機能である」<sup>30</sup>。

そこでブヴィエは、憲法裁判権の概念を探究するにあたっては、諸種の違憲立法審査権の具体的な相違点は捨象する必要があるとする。つまり、通常言われる合衆国型違憲審査制《modèle américain》と大陸型違憲審査制《modèle européen》の相違を越えて、理論的次元で (au plan théorique) ——通常の司法権 (民事刑事の裁判権) とは区別される——憲法裁判権の概念を抽出すべきだとするのである<sup>31</sup>。このことから、ブヴィエが選んだ方法は、憲法裁判権が有している裁判的機能と非裁判的機能という二つの機能を取り出して、この両機能を一般司法権の機能と比較する、というものである。

まず、第一の側面から見るならば、ブヴィエは、裁判作用という一般的標識の存在することを前提にして、通常の裁判所が行っている裁判作用というものを定義し、その上で、憲法裁判権にこの定義を当てはめるべきだ、と言う。ブヴィエによると、裁判作用とされてきたものには、伝統的に、三つの標識が存在する。①《裁判作用とは——新しい法的準則を創造することなく——法を確認する行為である》、②《裁判とは法的な根拠に立脚して決定が下されるものである》、③《裁判で行なわれた決定は法的な価値をもった効力を有する》、という三つの標識である。だが、このうち最初の二つの標識は、フランス革命以来の法律中心主義 (légitimisme) の傾向を孕んでいる。つまり、この考え方は、裁判官への不信に根ざしており、裁判官の役割を法形成作用とは無縁な自動機械と見るものである。ところが、今日では、裁判官の行な

う法解釈が法の創造を伴った意思行為であることは、広く承認されている。したがって、第一の標識は採用しえない。加えて、裁判官が判決を下すにあたっては、純粋な形式論理学や演繹の推論が決定的な役割を果たしているとは言えず、実践的配慮から決定が下されること、しかもその場合に裁判官の直観や心理状態がおおきな役割を果たしていることも否定できない。そこから、裁判が法的な根拠に基づいてなされるとする第二の標識は不正確だということになる。言い得ることはただ、裁判とは法的な問題に対する決定である、という点である。そこで、裁判による決定には、常に、法的な効力 (*force vérité juridique*) が与えられる。その結果、ブヴィエは、「裁判作用とは、既判力 (*l'autorité de chose jugée*) を付与された決定による法的問題の解決である」<sup>9)</sup> という定義を採用するのである。

これを憲法裁判権の次元に適用するとどうなるか。問題となるのは、憲法裁判によって解決されるべき「法的問題」の性格付けである。憲法裁判における「法的問題」が「憲法問題」であることは当然であるとしても、それでは、憲法とは何か、という疑問が出てこよう。憲法を実質的に定義することは非常に困難である。ただ、憲法が国家機関の権限配分を規律する法規範であることは、一般に承認されている。その限りで、憲法とは、「手続の法」(*loi de procédure*) である。ある国家行為が憲法に違反すると言う場合、それは、憲法の定める権限配分を侵害しているということを意味している。違憲審査とは、「憲法と憲法に従属する法的行為との権限分配の保障」<sup>10)</sup> と理解される。したがって、憲法裁判において提起される法的問題とは管轄問題に他ならない。この点から、ブヴィエは憲法裁判権とは、「既判力を伴う決定によって、憲法と憲法に従属する法的行為との間の権限配分に関して解決する」<sup>11)</sup> 作用だ、と定義するのである。

言うまでもなく、このような定義だけでは憲法裁判権の特質を明らかにしたことはない。憲法裁判権の性質を明らかにするためにするためには、憲法裁判権に特殊な非裁判的機能というものを取り上げる必要がある。

非裁判的機能としてブヴィエがあげるのは、規範創造機能 (*fonction normative*) という点と政治的機能 (*fonction politique*) という点である。

最初の規範創造機能という点に関しては、まず、違憲立法審査権それ自身が立法作用にほかならないというケルゼンの指摘を留意すべきである。ある法律を違憲無効にするのは法律の廃止という消極的な立法作用と考えられる。その限りで、違憲立法審査は、本来的に法創造行為である。ただ、規範創造作用という次元で問題になるのは、憲法を創造する、という側面である。そもそも、憲法を解釈する、ということ自身は

それだけで憲法を創造している、ということになる。そのみならず、現実の裁判所、つまり合衆国の連邦最高裁判所やヨーロッパの憲法裁判所は、しばしば成文憲法典とは別の不文の憲法原理に立脚して違憲審査を行うことがある。とりわけ、フランスの憲法院の場合には、明確に法典化された人権規定を欠落させたままで、人権問題の判断を行なっている。このような事態はどのように評価されるのだろうか。

ブヴィエによると、第一に、憲法裁判官が抽象的・一般的な原則に言及することによって決定を下している、ということは必ずしも、憲法裁判官が全く自由に活動しているという証拠にはならない。抽象的・一般的な原則に準拠して法的判断を行なうことは、憲法を解釈する場合のみならず、民法・刑法などの法律を解釈する場合にもある程度生じていることである。それどころか、抽象性・一般性をもっていることこそ——つまり、一般の法律に比べて具体性が極めて弱いという側面こそ——憲法原理の本質に基づくものである。これと関連して、ブヴィエは、人権宣言を憲法典の中に挿入するという提案にも消極的な立場を表明している。フランスでは、憲法院判決の準拠する人権体系が不明確であることから、現行憲法典の中に人権宣言規定を設けるべきだ、という意見も時として出ている<sup>9)</sup>のであるが、明確性をもたないということにこそ憲法原理の本質があるのだから、人権宣言を挿入するという提案は幻想的な発想だ、とブヴィエは言う。

第二に、不文法上の原理や成文法に明示されていない原理に依拠することも、非難されるべきことではない、とブヴィエと主張する。そもそも、成文憲法に欠缺が存在しないと仮定するのではない限り、成文憲法以外の典拠が違憲審査の基準となることは避けられない。加えて、不文の原則が援用されるといっても、それは不変の自然法が法解釈の準拠となっているというわけではなく、「特定の社会に固有に位置づけられるルール、成文の法体系 (*ordonnancement juridique écrit*) によって明示的黙示的に確立された原理」<sup>9)</sup>が準拠となっているのであるから、成文憲法と全く無関係な判断基準の援用ではない、とブヴィエは主張する。

最後に、憲法裁判権の要素として重要になるのは、憲法裁判権に独自の政治的機能 (*fonction politique originelle*) である。これをブヴィエ自身は通常の裁判権と異なる最も大きな要素だとしている。ただ、ここで「政治的」機能と言っても、憲法裁判機関自身が独自の政策を遂行する権限を持っている、という意味で、「政治的」機能だというのはのではない。そのために、ブヴィエは、憲法裁判官の自由意思に基づいて一般規範を創設していると主張するミッシェル・トロペール (*Michel Troper*) の見解を批判している。

ミッシェル・トロペールによると、法解釈とは、三段論法の大前提 (*majeure*) = 法命題に対象を当てはめる作用でなく、大前提そのものを創造する作用であるから、法を自由に創造するという限りで、裁判官は常に「政治的権力」を保持していることになる。これに対しては、ブヴィエは、裁判官がこのような創造の自由を有していることは承認するものの、それが部分的・相対的自由でしかない点を強調する。彼は言う。「実際、解釈行為は、裁判官に、特殊には憲法裁判官に、すでに指摘してような法準則の創設に部分的に関与することを可能とするものであり、一段と大きく、法文 (*texte*) との関係における相対的活動の自由を裁判官に任せるものである。この活動の自由は裁判官に判例政策を遂行することを可能にし、憲法を適用する他の機関に対してのみならず、全体としては政治的世論に対して、大胆さと慎重さの戦略を採用することを可能にする。同様に、この自由は、裁判官に、政策的判例を押し進め——これは特定の価値を推進することを意味する——、『ある形態の一般利益の代弁者』 (*porte-parole de l'intérêt général*) になる機会を与えるのである。もっと一般的に言って、厳格に法的ではない動機が時として憲法裁判官の決定を方向づけ得ることも認めなければならない。[だが] このように考えたからと言って、憲法裁判官の活動が、すでに下した裁判権の定義と矛盾する、ということにはならない。裁判官の活動とは、法の問題に関して決定を下すことであって、排他的かつあらゆる状況の下でこの問題に関して法的に決定を下すことではない」<sup>10)</sup>。

結局、ブヴィエによると、トロペールの主張は、法解釈の内容に関しても、法解釈の結果に関しても、極端に疑わしい前提に立脚している、ということになる。トロペールは法解釈を純然たる意思行為と捉えているが、裁判官の決定は法と全く遊離して行なわれるものではない。「要するに、裁判官が固有の戦略を推進できるような独立性を保持していることが事実だとしても、この独立性は依然として相対的なものである。彼の決定の前には法が存在し、法が裁判官に強制される。というのも、解釈とは、決して純粋な意思行為ではなく、解釈者は一定の状況においてのみ規範の共同制作者になるにすぎないからである。自らの意思を自由に行使して一般規範を創造する権力が裁判官だけに与えられていないからこそ、裁判官は、M・トロペールの理解するような意味での政治的権力ではないのである」<sup>11)</sup>。

それでは、ブヴィエが想定する憲法裁判権の政治的機能とは何か。これに関して、違憲審査の目的自身は法的なものである、とブヴィエは述べる。違憲審査は、ある行為が公的機関によって有効になされること、公的機関がその権限の範囲内で活動することを確保するための制度である。ただ、その場合でも、公権力の活動を枠付けること、

公権力を制限すること自体は、国家内で重要な影響を与える。つまり、憲法裁判権は、当初の使命とその方法においては裁判的なもの、法的なものであるが、その効果においては政治的なものとなる。こうして、影響力における政治性という点で通常の裁判権の作用と決定的に相違するものと理解される。ブヴィエは、「一国の最高の政治的紛争を映し出す鏡のようなものであり、この紛争を法的な争訟へと変える」<sup>18)</sup>ものが憲法裁判権である、とするアイゼンマンの所見を引きながら、政治的な問題を法的な問題として処理することにこそ、憲法裁判権の意義がある、と考えるのである。「法的条件で紛争を解決することによって、憲法裁判権〔機関〕は、政治生活の和平に貢献している。新しい与党の採択した改革が憲法に適合すると宣言することによって、憲法裁判権〔機関〕は、政治変化〔＝政権交替〕を正当化し、認定する。同様に、憲法裁判権〔機関〕は、改革の溝を埋め、かつ最も急進的な転換を排除することによって政治変化〔＝政権交替〕を調節する可能性を有する」<sup>19)</sup>。

## 2) ブヴィエ理論の問題点

以上のようなブヴィエの議論は正当であろうか。実のところ、このブヴィエの主張を論駁することは極めて簡単である。というのも、彼の議論は憲法院 (Conseil constitutionnel) の性格付けをめぐる提唱されている「裁判機関説」(la thèse juridictionnelle) に立脚して、憲法裁判権の概念を論じており、その主張の内容そのものは、違憲審査制一般の分析にあまり役立つものではないからである。ここでは、簡単にその主張のいくつかの難点を指摘するだけで十分であろう。

第一に、ブヴィエは、「裁判〔権〕」の概念に関して、法的効力という指標のみを重視するのであるが、彼が言う法的効力とは「既判力」(autorité de chose jugée) を意味している。しかし、「裁判〔権〕」の概念をこのような指標だけで捉えることがそもそも不十分であるということに加えて、この指標を憲法裁判における違憲判断——もしくは合憲判断——の効力に適用することは妥当ではない。というもの、特に違憲判断の効果という側面に即して言うならば、この効力は、明らかに通常の裁判における「既判力」とは異なる性質をもっているからである。本来、「既判力」とは、同一事件については二度裁判を行なわない、という原理を実効的なものにするために登場する概念である。ところが、違憲判断の効果というのはそうではない。その効果は、端的に、違憲法令の破棄——フランスの憲法院で言えば、審署 (promulgation) の禁止——ということになる。したがって、これはむしろ「既判力 よりかはるかに強い」<sup>20)</sup>効力である。

第二に、ブヴィエが憲法裁判〔権〕の「非裁判的機能」と捉える点について言うな

らば、彼自身が非裁判的機能として憲法裁判の政治的効果という点のみを指摘していることには疑問が生じよう。ブヴィエの見解には、憲法裁判の政治的役割をできる限り過少に評価しようとする傾向が見られる。

第三に、これはまさにブヴィエが議論していない側面で問題となることであるが、憲法裁判〔権〕一般を論じる、という場合、フランス憲法院とヨーロッパの他の憲法裁判所との相違を始めから捨象してしまうことである。フランスの論者は、フランス憲法には明確に法典化された人権規定が存在しないこと、市民による憲法院への提訴が承認されていないこと、違憲審査が法令の施行前に限定されること、という三点をことさら無視しようとする傾向がある。しかし、このような立場は、現代国家における違憲審査制の意義を理解する上で適切な態度であろうか。逆に、このような立場がフランスの違憲審査の現状をそのまま肯定する結果に終わらないのか、ということが疑問とされるだろう。

とはいえ、ブヴィエのこの見解は、フランスの憲法学の中ではかなり通説的な傾向であり、しかも、それは「法治国家」(l'Etat de droit) 論とも結合していることには注意すべきであろう。

## Ⅱ. 違憲審査制をめぐるミッシェル・トロペールの理論

前節で紹介したブヴィエの見解には、もちろん、かなり以前から強い反対意見も存在している。その一つとして、ブヴィエの論文においても言及されているミッシェル・トロペールの見解がある。本節では、このトロペールの主張、とりわけ、「法解釈の問題と憲法の最高法規性理論」(Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle)<sup>15)</sup>に示された彼の主張を取り上げて、それが結局、いかなる意味をもつのかを検討したい。

### 1) トロペールの論考

トロペールの論考で注意すべきことは、彼の議論自身、従来までのフランスでの論争、つまり、憲法院の性格付けをめぐる「裁判機関説」(la Thèse juridictionnelle)・「政治機関説」(la Thèse politique)・「立法制度説」(la Thèse institutionnelle)といった対立<sup>16)</sup>とは別の次元で、違憲審査制理論を批判していることである。むしろ、トロペールの批判は、違憲立法審査権の基礎にあると考えられる理論的枠組に向けられている。とりわけ、トロペールが標的にしているのは、1928年のアイゼンマンの学位論文『憲法裁判とオーストリア憲法裁判所』(La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche)の中で展開されたような理論的枠組で

ある。

このアイゼンマンの学位論文は、ファヴォルー (Louis Favoreu) によると、違憲審査制に関して三つの重要なテーゼを打ち出したものとされている<sup>17)</sup>。第一に、《憲法裁判の法的意義は、結局のところ、通常立法と憲法的立法の間の管轄配分を保障することにある》というテーゼ。第二に、《憲法裁判は、法規範のヒエラルキー化 (l'œuvre de hiérarchisation) を踏襲し、かつ完成するものにすぎない》というテーゼ。第三に、《憲法の法規範としての性格を承認することと憲法裁判との関連性》 (La liaison entre la justice constitutionnelle et le caractère de règle de droit de la Constitution) というテーゼである。

トロペールの議論は、この三つのテーゼすべてを批判の対象していると思われる<sup>18)</sup>。第一のテーゼは、「[法律の] 内容に関する違憲性とは、結局、通常立法者の無権限のことである」<sup>19)</sup> という主張を前提としている。憲法裁判で扱われる憲法問題とは究極的には管轄配分の問題であって、違憲判断とは、通常立法機関の適切な管轄を裁判所——通常裁判所、憲法裁判所、憲法院など——が確認する作用にはほかならない、というのがこのテーゼの意味である (このテーゼはブヴィエの憲法裁判権概念にも見られる)。しかし、この裁判所が確認するのは、立法機関の管轄だけでなく、裁判所自身の管轄も含まれているはずだとトロペールは主張する。裁判所は、自らの管轄を確認することによってしか、他の国家機関の管轄を確認し得ない。例えば、合衆国で違憲審査制を確立したと言われる マーベリ対マディソン事件 (Marbury v. Madison, 1803) においては、合衆国最高裁判所は、違憲審査権を確認することによって、憲法を解釈し裁判所の権限を拡大している。しかし、これは憲法解釈の有する複合的な性格、つまり、「どのような制度の下でも、違憲審査機関が唯一の憲法解釈者ではなくなく、それゆえに、違憲審査機関が憲法に対して行なう解釈は、他の国家機関の解釈を考慮しなければならない」<sup>20)</sup> ということを無視するものである。違憲審査機関——この場合は最高裁判所——の憲法解釈は、他の国家機関から反対の解釈を受ける可能性をもっているのである。事実、マーベリ対マディソン判決に対しては、連邦議会の中に、合衆国最高裁の行為そのものが憲法に違反している、と考える議員がかなり多数存在した、とトロペールは主張する。

このトロペールの批判は、憲法解釈の複合的性格という指摘を除けば、トロペール独自のものではない。むしろ伝統的な違憲審査制批判である。誰が憲法を解釈するのか、という古典的問題に要約されてしまうからである。ただ、この点を今あらためて指摘することは、法規範のヒエラルキー構造と違憲審査制とを結合させる見解に対し



て疑問を呈する役割を果たすのである。

そこで、第二のテーゼと第三のテーゼが問題となる。第二のテーゼは、法規範のヒエラルキーと違憲審査制との密接な関連性を前提とした主張であり、第三のテーゼは、違憲審査性によって、憲法規範の眞の法的拘束力を獲得する、という主張である。このような主張に対して、トロペールは、かなりややこしい批判を展開している。かなりややこしい、というのは、そこで主として標的にされているのがケルゼンの「法段階説」だからである。ケルゼンの「法段階説」は、すべての法規範は上位規範から法としての妥当性を引き出す、という前提に立脚しており、上位規範による下位規範への妥当性付与〔＝授権〕の構造が法規範のピラミッドを構成する、という主張である。しかし、「〔法解釈が〕行なわれる以前に適用されるべき規範は存在しない。あるのはただ法文 (texte) だけである」<sup>21)</sup>という理解からすれば、法規範の存在は、法解釈自体に依存することになる。そこで、トロペールは、法規範のヒエラルキーの存在が具体的な法の内容に影響を与えている、という見解を退ける。逆に、法の内容の決定〔＝法の解釈〕が法規範のヒエラルキーに影響を与えているのだ、と考えるのである。法規範の構造が法解釈を左右するのではなく、法解釈の方が法規範の構造を左右するのである。法規範がどのようなものかを知るためには、法解釈がどのようなものであるかを検討する必要がある。トロペールによると、法律の違憲判断を導く推論は、二重の——一つではなく——三段論法をとる<sup>22)</sup>。第一の三段論法は、《大前提》が「憲法規範」、《小前提》が「係争中の法律」、《結論》が「当該法律の無効」という推論である。裁判所は、問題となる法律が《大前提》たる「憲法規範」に合致しないと、違憲だと判断することになるが、そもそも、この《大前提》自身は裁判所の憲法解釈の結果であって、《大前提》は固定的なものでなく、裁判所が自由に選択したものである。その意味で、トロペールは、この推論過程を二重の三段論法だと言うのである。そのために、彼は裁判官が法解釈を行なう場合には、その裁判官が解釈の対象とする法文よりも上位の法規範を創造することになる、と考えるのである。

以上の展開からトロペールは、憲法裁判官は複数の法規範を創造しており、公権力に対する憲法の優位や法律に対する憲法の優位なるものは存在しない、と結論する<sup>23)</sup>。結果として、法規範のヒエラルキーと違憲審査制との関連性は否定されるのである。

## 2) トロペール理論の問題点

トロペールの主張は、憲法裁判官の役割を《pouvoir constituant》と捉える見方のようにある<sup>24)</sup>。また、ここでは、憲法の解釈者は憲法の創造者である、という月並みな主張が行なわれているようにも思われる。実際、トロペールの主張がフランスで

本格的に論議されない理由はこの点にある。ブヴィエの議論でも分かるように、多くの論者は、憲法裁判官が憲法解釈によって憲法を創造することを承認しても、それ以上に、憲法解釈において憲法が適用されるという要素を強調するからである。しかし、先にも触れたが、このトロペールの主張がケルゼンとアイゼイマンの系列における法規範の構造論と深く結合していることには注意すべきである。とりわけ、トロペールの批判は、ケルゼンの法段階説に向けられたものである。

ケルゼンの法段階説によると、すべての法秩序には単一の規範のヒエラルキーが存在し、法規範の創造過程はこのヒエラルキー構造の中で展開されるものである。法規範のヒエラルキーの中におけるそれぞれの段階の法規範はその妥当性の原理を上位規範から引き出し、上位規範は下位規範の創設の条件を定めるということになる。そこから、「ある法規範の創設は——通例——その創設を規律する 法規範の適用であり、上位規範の適用は——通例——上位規範によって決定された下位規範の創設である。例えば、裁判の決定は、一般規範、つまり制定法が適用される行為であるが、同時に、紛争の一方もしくは双方の当事者を拘束する個別規範が創設される行為でもある。立法は法の創設であるが、憲法を考慮に入れると、それはまた法の適用であることが分かる」<sup>25)</sup>、というケルゼンの主張が出てくる。ところで、「伝統的理論が承認することとは異なり、この二つの観念〔法の創設と法の適用〕は、絶対的な対立ではない。法の創設行為と法の適用行為を区別することは正当ではない」<sup>26)</sup>とケルゼンは言うのであるが、ここでは、上位規範の適用と下位規範の創設という二分法は敢然と採用されているのである。トロペールの批判は、この二分法に向けられている。裁判官の憲法解釈は、ケルゼン流に言えば、上位規範たる憲法の適用と下位規範たる法律の創設になるようであるが、トロペールによると、実際の法解釈では、常に上位規範と下位規範の両方が創設されている、と理解される。したがって、トロペールは、憲法裁判官が特に《pouvoir constituant》だと述べたわけではなく、憲法解釈というのは常に実定憲法を越える法の創設である。という点を強調したわけではある。

しかし、実は、このトロペールの批判の限界はこの点にある。彼の批判がもつばらケルゼンの法段階説に向けられる限りで、彼の主張は、ケルゼンの法段階説への批判としては妥当かもしれない。だが、裁判官の法解釈において法体系の果たす役割を理解する上では妥当か、という点必ずしもそうではない。問題の評価は、常に《実践のレベル》でなされる必要がある。《科学的認識》の問題として、法規範のヒエラルキーを理解すると、ケルゼンのような矛盾をおかすことになる。法規範のヒエラルキーとは、法秩序の本質に根ざした《規範の存在》として確認されるものではなく、何

よりも、《実践上の要請》から生まれたものにすぎない。例えば、通例、法律と行政命令では法律の方が上位規範とされるが、これは別に法規範の構造それ自身に内在化する現象ではなく、議会が行政を監視する、という議会主義的な要請から生まれた《必要上の原則》にすぎない。そして、憲法と法律との関係では憲法の優位が主張されるが、それは、憲法典の中に、単純多数決では処理し得ないような近代政治の様々な諸原則を見出すからである。おそらくすべてのケルゼニストは反対するかもしれないが、憲法が法律に対して上位規範である、というのは、憲法が法律に対する授權規範であるからではなく、憲法典の内容・実質が議会や政府などの公権力の活動を方向づける構造をもっているからである。その限りで、法規範のヒエラルキーは、あくまでも実定法内部の問題であり、実定法を突き抜けて存在する「根本規範」(Grundnorm)を仮定しなければ確認し得ないことではない。そして、法規範のヒエラルキーといっても、現実の法体系はそれほど単純なものではないし、また、それぞれの国家機関の相互関係も単純なものではない。おそらく、国民—議会—行政機関というヒエラルキー的な図式がそのまま当てはまるような国家機関の関係が承認され得るならば、憲法—法律—命令というヒエラルキー関係も単純に承認し得ることになるはずである。しかし、議会に対する国民の統制、行政機関に対する議会の統制、さらには、議会・行政機関に対する裁判所の統制といった場合、その中にはかなり性格の異なる統制が存在している。違憲審査権と裁判所の憲法解釈の意味は、この統制の性格を明らかにすることによってしか、解明されないであろう。実際、ケルゼン流の法段階説も拒否し、トロペールのヒエラルキー論批判も拒否するオービィ(J. M. Auby)は、法規範のヒエラルキーが擬制(fiction)であるとしても、有用性をもっていると主張している。「実定法の研究においては、殊に訴訟の研究においては、たとえこの種のヒエラルキーが裁判官の法創造的権力の故に外見上のものにすぎないと評価される場合でさえ、実定法条文または裁判的決定が準拠するヒエラルキーを探究し、かつ分析することは可能であると考えられる」。「裁判官の前で、法準則やある種の判例的解決を援用し得るということは、法の基本的なゲームの規則の一つである。裁判官が法に拘束されていると感じようが感じまいが、裁判官は、この要求を受け入れ、少なくとも、準則の客観的な存在という擬制を維持するのである。この客観性が外観上のものであるかどうかにはかかわりなく、実定法上は、この客観性があるだけで十分である。憲法院が《共和国の諸法律によって承認された基本原理》に訴える場合、法律家は、この原理の定式化において憲法院が果たす役割に関しては、疑いを差し狭まない。憲法院が立法者に対してこの原理を遵守するように要請している、と認め、かつ法規範のヒエラルキ

ーについて語る、ということを防げる理由は何もない。しかもその際に、裁判官を超越するような規範構造を問題とすべきか、それとも裁判官が主人となって果たしている統制の技術の方を問題にすべきかは不問に付すことも可能なのである」<sup>27)</sup>。

・ 法規範のヒエラルキーを承認することが違憲審査制を承認することに結合するわけではない、というトロペールの主張は正しいであろう。しかし、逆に言えば、法規範のヒエラルキーを否定することが、違憲審査制を否定するにはならないはずであるし、また、そのことから、法規範のヒエラルキーや憲法の優位という原則が実践的に果たす効果が否定されるわけでもないのである。

### Ⅲ. 経験的事実としての違憲審査制

これまで紹介してきた二つの議論は、ともにフランスの議論である。こうした議論を検討する中で明らかにしようとしたことは、第一に、憲法院などの違憲審査機関を「裁判機関」と位置づけることはそこで行なわれている 実際の審査を 正当化する根拠とはなりえないということであり、第二に、法規範のヒエラルキーや憲法の最高規範性という理念も、——この理念のもつ実際効果は別として——違憲審査制の正当化論と直接には結合しない、ということである。しかし、そうだとすれば、違憲審査制というものはいかなるような意味付けがなされるのであろう。ここで我々が確認しなければならないことは、経験的事実としての違憲審査制度である。これまで検討したいずれの議論においても、違憲審査制の公権力の管轄配分に対して現実に果たしている役割や人権保障におけるその役割が考察の外に置かれおり、もっぱら原理的側面のみが探究の対象されている。しかし、違憲審査制度は、何よりも経験則から生まれた制度であり、理論の所産ではない。という点に注意する必要がある。

#### 1) 経験的事実としての憲法裁判所

経験的事実としての違憲審査制ということに関して我々がまず第一に注目することは、第二次大戦後に普遍化する憲法裁判所制度が通常司法権の範囲を越えた広範な権限をもった機関として当初から登場している、という点である。このことは、三つの側面に表われている。一つには、具体的争訟とは関係なく、法令の憲法適合性を直接判断し、違憲判断の場合には、法令を無効にしてしまう権限を与えること。二つには、機関争訟に表れているように、公権力間の政治的紛争を解決する権限が与えられていること。三つには、裁判的権能以外にも、諸種の付属的な権限——しかも、公権力の調整に関わる権限——が与えられていることである。

この中で従来から最も重視されてきたのは、第一の側面である。しかし、憲法裁判

所制度の評価では、第二の側面、第三の側面が重要である。この点は、別の論考<sup>28)</sup>でも指摘したが、第二と第三の側面で登場する憲法裁判所の役割は、第二次大戦後のヨーロッパの議会制の再編成と対応して、憲法裁判所の中に組み込まれたものである。ここでは、具体的な憲法裁判所の権限に立ち入ってその役割を解明する余裕はないが、一つだけ確認しておくならば、これらの側面で憲法裁判所に与えられている権限というのは、憲法裁判所がある程度まで第三者的な立場で審判しやすいものばかりだ、ということである。もちろん、この場合にも、トロベールの言うように、憲法裁判所が自己の権限に対する自問自答的な判断を行なわないわけではないが、それでも、憲法裁判所以外の公権力の調整という要素が強いことは否定できないであろう（逆に、この問題に関しては、ドイツの連邦憲法裁判所に比較して、フランスの憲法院には公権力を調整するための十分な権限が付与されていないという指摘があることも重要である<sup>29)</sup>）。そして、憲法裁判所にこうした公権力の調整を許しているのは、調整を受ける公権力の合意ということである。憲法裁判所の調整を受ける公権力が審判を受けることに合意しているからこそ、憲法裁判所の決定が実効力を持つのである。

経験的事実としての違憲審査制ということを問題にする場合、今ひとつ我々の興味を引くのは、——フランスの憲法院を含めた——憲法裁判所における人権保障機能としての評価が定着していることである。経験則として確認する限りは、違憲審査制の存在が人権保障に役立つものである、と評価できよう。ただ、ここでも、違憲審査制一般と人権保障との関係を論じることに関しては、慎重になるべきであろう。ヨーロッパの憲法裁判所が人権保障で高い成果を収めている、という背景には、ヨーロッパ社会における人権理念の定着、そして現実に審判を行なう裁判官たちの人権観・民主主義観が大きな寄与しているものと思われる。違憲審査制の制度的な側面に関連して議論するとすれば、第一に、抽象的違憲審査方式による——特にフランスの場合には法令公布以前の事前審査方式による——人権問題の処理をどのように評価するかが問題となろう。このような制度は、ある法案をめぐる議会内での与党と野党の——人権問題を含んだ——対立に早期決着をつける、という役割を果たすであろう。第二に、市民による憲法裁判所への提訴を承認した形で実施される憲法裁判所の人権保障機能が問題となろう。ここでわれわれは、第一の方式と第二の方式との間に明確な差異を承認することはできない。とはいえ、人権の問題は個々の市民の権利の問題であり、市民の権利を確認するものは個別の救済制度であるとするれば、個々の市民による憲法裁判所の提訴という方式が人権保障——人権救済——の側面で大きな意味をもつことは否定できないであろう（もちろん、この場合でも、どのような人権を保障すべきか、

という問題を無視するわけにはいかないが)。

## 2) 憲法裁判所による「憲法改正の限界」の承認

経験的事実としての違憲審査制を論じる場合、実は、もう一つ、微妙な問題が存在している。それは、近年、ヨーロッパの憲法裁判所の多くが、直接間接に「憲法改正の限界」という問題を——もちろん、日本における憲法改正の限界問題とは全く別な形で——言及し始めていることである。言い換えるならば、「違憲の憲法条文」の存在を憲法裁判所が承認しはじめていることである<sup>30)</sup>。このような現象はどう評価されるのであろうか。この問題の包括的な検討はここではできないので、オーストリアの憲法裁判所の事例だけに言及することにする。

これはオーストリア連邦憲法第44条第3項の「全体改正」の概念をめぐる生じている問題である。オーストリアの連邦憲法によると、通常の憲法改正の場合には、国民投票を必要としないが、「全体改正」(Gesamtänderung)に際しては、国民投票を要するものとされている。この「全体改正」というのは文字通りの意味では、「憲法の全面的な改正」を指すが、学説はかなり早い時期から——1920年連邦憲法成立の少し後から——連邦憲法の基本原則、つまり「民主的共和国」「連邦国家制度」の改正を意味するものと理解してきた。戦後では、これに「法治国家原理」の改正が加わることになる。このために、オーストリアの憲法裁判所(VfGH)ではこの、憲法の基本原理に関わるような憲法改正が国民投票にかけられずに行なわれれば違憲の憲法改正となり得る、とほのめかすような判決がしばしば登場しているのである。

このような判例の動向に対して、オーストリアの憲法学者が必ずしも否定的には捉えていないことは興味深い。例えば、エーリンガー(Theo Öhlinger)の場合、オーストリア連邦憲法における最終的憲法改正権者があくまで議会であることを強調しながらも——従って、すべての憲法改正を国民投票にかけることはオーストリア連邦憲法の議会制原理に反するものとして拒否するが——、「基礎的で広範な憲法改正に対しては、全体改正という概念が制約を与えるべきだ」<sup>31)</sup>と主張し、また「今日では、連邦憲法律〔改正憲法規定〕も憲法裁判所によって審査され得るし、一定の場合には憲法違反として破棄され得ることは、法律家の基礎知識に属する」<sup>32)</sup>という指摘を行なっている。

言うまでもなく、このような事態——改正された憲法規定を裁判所が違憲として破棄するような事態——に対して、憲法裁判所による憲法制定権力の剝奪である、と評価する必要はないであろう。オーストリアの憲法裁判所がこの場合に行なっていることは、国民が憲法改正に関与するための回路を提供する、ということにすぎないから

である。

### むすびにかえて

ヨーロッパの違憲審査制が広く承認されているのは、結局のところ、原理的な理由によるものではなく、経験上の理由によるものである、というのが本稿の結論である。その際に、注意すべきことは、違憲審査制による体制の安定化機能が強調されている、ということである。憲法裁判の政治的機能として、「最も急進的な転換を排除することによって政治変化〔＝政権交替〕を調節する」<sup>83)</sup>ことを指摘するブヴィエの議論にもこの点は見てとれる。大陸型違憲審査制には付随的違憲審査制に見られないような公権力調整機能が付与されているが、それは、このような機能によって本来の国家意思決定過程が浸食されないからである。このことは、「憲法改正の限界」に言及するオーストリアの憲法裁判所の場合においてもそうである。ここでは、憲法裁判所は、本来の国家政策遂行機関に対して、一種の監査機関として登場する。これを越えた役割を憲法裁判所——ひいては違憲審査制一般——に対して期待することは民主主義を越えるものの追求になるだろう<sup>84)</sup>。

### 〔註〕

- 1) P. Bon, cité par Dominique Turpin, *Contentieux constitutionnel*, 1986, p. 47.
- 2) Vincent Bouvier, La notion de juridiction constitutionnelle, in *DROITS Revue française de théorie juridique*, n° 9 (1989). ただし、ここで「裁判権」と訳した *juridiction* という単語は、「裁判機関」という意味もあり、ブヴィエ自身も、裁判機関の意味で使用する場合が多いようである。
- 3) Ibid., p. 119.
- 4) これに加えて、ブヴィエは、大陸型の憲法裁判機関が持っている違憲立法審査権以外の諸機能も捨象して憲法裁判権の概念を捉えるべきだとする。しかし、本文のⅢの部分でも多少触れるように、明らかにヨーロッパ型の憲法裁判所を念頭に置いている考察において、このような方法を採用することには疑問がもたれる。
- 5) Bouvier, *op. cit.*, p. 121.
- 6) Bouvier, *op. cit.*, p. 121-2.
- 7) Bouvier, *op. cit.*, p. 123.
- 8) フランス第五共和制憲法に人権宣言を挿入するという提案が一時盛んになったことがある。
- 9) Bouvier, *op. cit.*, p. 126.
- 10) Bouvier, *op. cit.*, p. 128.
- 11) Bonvier, *op. cit.*, p. 128-9.
- 12) Ch. Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, 1928., p. 137.
- 13) Bouvier, *op. cit.*, p. 129.

- 14) 長谷部恭男「学界展望——Jean-Cristophe Balat, *La nature juridique du contrôle de constitutionnalité des lois dans le cadre de l'article 61 de la constitution de 1958*」  
国家学会雑誌第98巻1・2号(1985年), 186-7頁。これは、フランス憲法第62条2項の「全ての行政機関および裁判機関を拘束する」憲法院判決の効力に関して述べられたバラ(Balat)の所見の紹介であるが、おそらくヨーロッパの他の憲法裁判所の判決の法的効力にも当てはまる所見であろう。
- 15) Michel Troper, Le problème de l'interprétation et la théorie de la supralégalité constitutionnelle, in *Recueil d'études en hommage à Charles Eisenmann*, 1977.
- 16) 憲法院の性格付けをめぐるこの三つの学説の対立に関しては、さしあたり, François Luchaire, Le Conseil constitutionnel: Sa Place parmi les Pouvoirs publics français, in *JöR*, Bd. 38, 1989, SS. 183-8. を参照せよ。
- 17) Louis Favoreu, La modernité des vues de Charles Eisenmann sur la justice constitutionnelle, in Eisenmann, *La justice constitutionnelle et la Haute Cour constitutionnelle d'Autriche*, (Ed. Economica, 1986), p. 380-1.
- 18) もっとも、トロペールの論文構成においては、違憲審査制が存在しない場合の法規範の構造と違憲審査制が存在する場合の法規範の構造とを区別して論じており——結論としては、どちらの場合にも、法規範の構造に変化がないとはしている——、特に、違憲審査制の存在しない場合の法規範の構造をめぐる、興味深いケルゼン批判が展開されているのであるが、本稿ではさしあたり、この問題は扱わない。
- 19) Louis Favoreu, *op. cit.*, p. 380.
- 20) Troper, *op. cit.*, p. 148.
- 21) Troper, *op. cit.*, p. 141.
- 22) Troper, *op. cit.*, p. 147.
- 23) Troper, *op. cit.*, p. 150.
- 24) 樋口陽一「憲法学の『法律学化』をめぐる——第五共和制におけるフランス憲法学の新傾向——」同『権力・個人・憲法学——フランス憲法学研究』学陽書房(1989年)所収, 170頁以下参照。
- 25) Hans Kelsen, *General Theory of Law and State*, New York (Russell & Russell), 1945, p. 133.
- 26) Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., (1960, Franz Deuticke), S. 240.
- 27) J. M. Auby, Sur l'étude de la hiérarchie des normes en droit public: éléments de problématique, in *Mélanges Robert Pelloux*, 1980, p. 24-5.
- 28) 浜田 豊「『合理化された議会主義』における憲法裁判所の役割——議会解散権をめぐる西独憲法裁判所の判決を素材として——」桐朋学園大学研究紀要第16集(1990年)。
- 29) 長谷部恭男前掲論文において紹介されたバラ(Balat)の指摘がそうである。
- 30) さしあたりは、川添利幸「パッホッフ《違憲の憲法規範?》(紹介)」同『憲法保障の理論』向学社(1986年)所収, 109頁以下参照。
- 31) Theo Öhlinger, Verfassungsgesetzgebung und Verfassungsgerichtsbarkeit, in *ÖJZ*, 1990, S. 7.
- 32) Ebenda, S. 2.
- 33) 注記13) 参照。ただし、ブヴィエ自身は、違憲審査のこの役割に関しては、議論の余地が



ある、と指摘している。

- 34) その意味で、裁判所の「政策形成機能」を強調する議論には賛成できない。裁判所の決定が政策判断であるのは事実だとしても、それが「政策形成」であるとは言えないであろう。追求すべきことは、民主主義における国民の「政策形成」の回路を確保することである。また反対に、裁判所の問題と民主主義とは馴染まない、という議論がしばしばなされるが、これは必ずしも正しくないだろう。裁判所に直接的な政治責任を負わせることが困難であるのは、裁判所の持つ審判機能という特殊な側面においてだけである。政治責任という点を除けば、民主的な裁判制度〔裁判官人事や裁判所の組織〕を追求することは可能であるし、また追求すべきである。

(はまだ ゆたか 本学非常勤講師 法学)