

## ハプスブルク帝国における憲法裁判思想の源流を求めて

— G. イェリネックの憲法裁判所論 —

佐藤 史人

## 1 はじめに

1989年の東欧革命を画期として、旧ソ連・東欧地域はその社会体制をドラスティックに変化させ、憲法制度もその根本からの見直しを迫られた。かかる法変動は、多くの研究者の耳目を集め、我が国でも樋口陽一がこの現象に着目して、その意義を「4つの89年」という切り口のもとに掴みだし、1989年固有の意味を、欧州の東西にまたがる「憲法ゲマインシヤフトの成立」(ヘーベルレ)に見いだしている<sup>(1)</sup>。その核心は、「立憲主義」の「東側」による「継受」にあり、ここで言う「立憲主義」とは、「権力=多数者によっても侵しえないものとしての『人権』という観念と、それを担保するための違憲審査制という装置を内容としてもったもの」に他ならない<sup>(2)</sup>。

ところで、憲法ゲマインシヤフトが価値(人権)と制度(違憲審査制)から構成されるとして、前者については容易に「継受」を語りうるとしても、後者についても同程度に「継受」を語りうるかといえば、ことはそれほど単純ではないように思われる。というのは、歴史をふり返れば、1920年以降のチェコスロヴァキアは憲法裁判所を有していたし、また既に1854年にはハンガリーのエトヴェシュ・ヨーゼフが、市民の自由権と地方自治を保障するために違憲審査を行う最高裁判所の設置を提言しており<sup>(3)</sup>、かかる歴史をもつ「東側」を前にして「継受」という言葉を使用するには、(「継受」概念の定義にもよるが)いささか疑念を感じるからである。

また、先に挙げたハンガリーにしる、チェコスロヴァキアにしる、いずれも第一次世界大戦までは集中型違憲審査制の母国とされるオーストリアとともに等しく中欧のオーストリア=ハンガリー二重帝国(以下「ハプスブルク帝国」)に含まれており、「東側」という括り方自体にも吟味の余地があるように思われる。

本稿はかかる問題意識のもと、旧ハプスブルク帝国の領域で形成された憲法裁判所構想及びそれを育んだ法制度について検討したい。具体的には、この問題で当時最も影響力を持った著作の一つであるゲオルグ・イェリネックの『オーストリアに憲法裁判所を』<sup>(4)</sup>を取り上

げると共に、1867年の12月憲法によって設置され、後のオーストリア憲法裁判所の母体ともなった帝国裁判所について簡単な素描を試みることで、端緒的なものであれ、「東」において憲法ゲマインシャフトの成立を育んだ土壌の特質を明らかにしたいと思う。

## 2 12月憲法とオーストリア帝国裁判所

オーストリアは、1919年1月25日のドイツ系オーストリア憲法裁判所設置法により、世界で初めて「憲法裁判所」の名を冠した裁判機関を創設した。同裁判所は、1867年に生まれた帝国裁判所(Reichsgericht)を改組したものであり、帝国裁判所はハプスブルク帝国において憲法裁判思想を育むバックボーンとなった。

帝国裁判所に関する権能、構成についてその大枠を決定したのは、12月憲法起草の任に当たった1867年6月21日設置の憲法委員会である。同委員会の報告をみると、帝国裁判所の制度設計にあたって斟酌されたモデルとして、合衆国最高裁判所、スイス連邦裁判所、神聖ローマ帝国の帝国裁判所、ドイツ連盟における仲裁審級、パウロ教会憲法の帝国裁判所、さらにオーストリアのクレムジール憲法草案及び3月欽定憲法の帝国最高裁判所が挙げられている。そこで、次節では1867年の帝国裁判所設置法に至る経緯を検討すべく、まずは1848年のフランクフルト国民議会まで遡ることにしたい<sup>(5)</sup>。

### (1) 帝国裁判所の前史——パウロ教会憲法からアウスグライヒまで

1848年革命は、のちの1867年帝国裁判所形成に向けての重要な画期となった。この革命の中で、ドイツとオーストリアではそれぞれ重要な憲法的文章が生み出されている。ドイツにおいては、フランクフルト国民議会によりパウロ教会憲法が採択され、同憲法はその126条で帝国裁判所について規定した。その極めて広範な権限は、「今日いうドイツ型の「憲法裁判」の主なものをほぼすべて含んでいる」とされ<sup>(6)</sup>、なかでも、憲法訴願の規定とライヒ憲法の侵犯に対し、ライヒ権力とラント権力がそれぞれ相手を訴えることができるとする規定が目されるが、特に後者については規範統制を認めたものと解されており<sup>(7)</sup>、当時としては画期的なものであった。

オーストリアでもウィーン3月革命の所産として、1849年にクレムジール憲法草案と欽定3月憲法が生み出された<sup>(8)</sup>。3月革命の圧力により招集されたクレムジール国民議会が残したクレムジール憲法草案は、自由主義的・連邦主義的な性格を持ち、その140条では帝国最高裁判所に関する定めをおいている。同条によれば、帝国最高裁判所は、①国家官吏<sup>(9)</sup>による憲法上の諸権利の侵害に対する保障、②裁判官の身分に関する事項、③王冠の諸邦(Kronländer)相互間の一切の争訟及び中央政府と領邦政府の間の権限争議、④大臣、領邦長官及び総督府の弾劾、⑤国家元首、帝国議会又は領邦議会に対する反逆又は暗殺、について判断するものとされ、規範統制こそ認められないが<sup>(10)</sup>、憲法訴願が認められるなど注目すべき内容を有していた。但し、この制憲議会は1849年3月に体勢を立て直した皇帝勢力によって解散され、代わって欽定3月憲法が公布された。これは、先の憲法草案と異なり、保守的で中央集権主義的なものであったが<sup>(11)</sup>、帝国最高裁判所に関する規定を維持し、その

内容も以前のものをほぼ踏襲していた。しかし、この憲法も、公布後施行されることなく1851年のジルベスター勅令によって廃止された。

オーストリアが再び1848年の帝国最高裁判所構想を取りあげたのは1867年のことである。その直接の背景となったのは、1866年の普墺戦争におけるオーストリアの決定的な敗北であった。帝国再編のためにハンガリー貴族との妥協を迫られた皇帝は、1867年初頭、ハンガリー議会との間でアウスグライヒを成立させ、ハプスブルク帝国は二つの国家、すなわちツィスライタニアとトランスライタニアからなる二重帝国へと変貌したのである。ところで、ハンガリーとの間で締結されたアウスグライヒについては、事後的にドイツ人自由主義者が最大勢力をなすウィーンの帝国議会で同意を得る必要があり、また、皇帝はハンガリー・アウスグライヒ法25条の中で、ハンガリー以外の諸領邦においても「完全な立憲主義」を実施することを約束していたため<sup>(12)</sup>、オーストリアにおいて立憲的改革をなすことは不可避であった。かかる条件を背景に、1867年12月、12月憲法として知られる一連の国家基本法が制定されたのである。

## (2) 帝国裁判所の構成、管轄

12月憲法は、単一の憲法典ではなく複数の基本法から形成された。すなわち、①帝国代表機関に関する基本法、②国民の一般的権利に関する国家基本法、③帝国裁判所の設置に関する国家基本法、④司法権に関する国家基本法、⑤統治権及び執行権に関する国家基本法の5つである。本稿にとって重要なのは、1848年革命で頓挫した帝国裁判所設置構想を再び取りあげた③の帝国裁判所設置法である。同法の実施法は1869年4月に定められ(帝国裁判所の組織、手続及び判決の執行に関する法律)<sup>(13)</sup>、帝国裁判所は1869年6月21日からその活動を開始している<sup>(14)</sup>。

### (a) 帝国裁判所の構成

帝国裁判所は、ウィーンを所在地とし、皇帝によって任命される長官及び副長官並びに帝国議会の提案に基づき皇帝によって任命される12名の裁判官及び4名の予備裁判官から構成された。その任命にあたっては、皇帝は1つの職につき3名の専門的知識を有する候補者から1人を選んで任命し、衆議院と貴族院はそれぞれ6名の裁判官と2名の予備裁判官について提案するものとされた。当時は、裁判官の任命は君主の高権に基づく基本的権利の一つとされていたが、帝国裁判所は単なる裁判機能の遂行者ではなく、憲法の保障する政治的権利や行政と司法の分離の守護者でもあるというその政治性を論拠として、帝国議会による提案権が正当化された。また、裁判官には専門的知識が要求され、任期は終身であった。

### (b) 帝国裁判所の管轄

帝国裁判所の管轄には、権限争議、公法上の争訟、憲法訴願の3つが属する。まず、権限裁判所としての管轄に属するのが、①ある事項が裁判により解決されるべきか、行政により解決されるべきかの問題についての裁判官庁と行政官庁の間の争議、②領邦代表機関と最高

政府官庁の間で、行政事項に関する処分又は決定の権限の所在が問題となる場合の争議、③異なった領邦の領邦自治機関の間のその管理及び行政に属する事項についての争議、の3つである(2条)。このうち前2者については実際に帝国裁判所による判断がなされているが、③が扱われることはなかった<sup>(15)</sup>。また、1875年の法改正により、行政裁判所と通常裁判所間の権限争議が帝国裁判所に委ねられ、帝国裁判所と行政裁判所間の権限争議については、両裁判所から4人ずつ送られた裁判官によって構成され、最高裁判所長官が議長を務める合同部(Senat)で判断されることとなった<sup>(16)</sup>。

公法上の請求に関する裁判については、④領邦の全体国家に対する請求及び全体国家の領邦に対する請求、⑤領邦相互間の請求、⑥ゲマインデ、団体、私人による領邦又は全体国家に対する請求で、通常裁判所による解決が適当でないもの、について判断を下すものとされた(3条a号)。この種の事件は数的に見て権限争議よりはるかに多く、その主な部分は公務員の請求に関するものだったという<sup>(17)</sup>。

第3の管轄が、「憲法によって保障された政治的権利の侵害に基づく国民の訴願」である(3条b号)。これは、法律の定める行政手続きを全て尽くした上で提起しうるものである。但し、判決では、訴願を申立てた者の政治的権利の侵害が果たして存在するのか、またそれがどの程度なのか、を表明することしかできなかった(帝国裁判所の組織、手続及び判決の執行に関する法律35条)。もっとも、その実効性について調べたある調査によれば、「圧倒的多数のケースにおいて、前述の通りその実効性に程度の差こそあれ帝国裁判所の法学的見解が貫徹している。このことは、無条件なものではないにせよ、官僚機構の帝国裁判所に対する強い忠誠心を示している。」<sup>(18)</sup>とのことであり、帝国裁判所の判決はそれなりに尊重されていたようである。また、訴願の対象となるのは政治的権利に限られるが、その範囲は帝国裁判所の判例実務の中でカズイスティッシュに決定され、結果として財産権を除く広汎な権利が「政治的権利」に含まれることとなった<sup>(19)</sup>。

### (c) 12月憲法と裁判官の審査権

次に、12月憲法の下での裁判官の審査権についても触れておきたい。12月憲法は、裁判官一般の審査権について、司法権に関する国家基本法7条において「裁判所は、適法に公布された法律の妥当性を審査することはできない。但し、裁判所は、法律の定める手続により命令の妥当性について判断することができる。」と定め、裁判官の法律に対する実質的審査権を否定した。また、帝国裁判所の場合も、「帝国裁判所の組織、手続及び判決の執行に関する法律」の30条に同様の定めがあり、裁判所の審査は立法府には及び得ないものとされた。帝国裁判所の審査権については、12月憲法制定時にも議論となったが、その際に憲法委員会は次のように述べて、その解決を将来の課題として先送りにした。「領邦議会と帝国議会の間あるいは代表機関と政府の間で、憲法上の権限の範囲について、または法律の解釈等々についての一定の憲法上の争議の解決のために、独立した機関を設けることが望ましかろうことは否定できない。しかし、我々の憲法状況が不完全なものであり、また過去の悲しい経験を考慮すると、代表機関の立法権に触れること、あるいは代表機関を裁判に従属させ

ることは総じて危険であるように思われるため、この問題については将来に委ねざるを得ない。」<sup>(20)</sup>

### (3) 同時代におけるドイツ帝国の動向との比較

上記の通り、オーストリア帝国裁判所は1848年革命の所産を引き継ぐものであり、その淵源はパウル教会憲法にまで遡りうるものであった。一方、同時代のドイツは、それとは反対の道を歩む。1871年4月のドイツ帝国憲法では、ビスマルクの意向によって「裁判官を憲法から排除し、憲法に関する紛争を政治的解決に委ねるといふ『法と政治』の分離傾向が貫徹」され<sup>(21)</sup>、ライヒにおける憲法上の紛争の解決はもっぱら政治機関である連邦参事会(Bundesrat)に委ねられることとなった。一方、1879年になると、帝国裁判所構成法(1877年)に基づき、帝国裁判所がライプツィヒに設置されるが、同裁判所は民事及び刑事の事件を扱う最高裁判所に過ぎなかった。1860年代から70年代にかけ、オーストリアとドイツは「1848年」に対する態度決定を改めて問われ、方やその成果を意識的に引き継ぎ、方やそれに背を向ける選択をしたが、そこにはオーストリアがドイツに先んじて憲法裁判所を設置するに至った一つの分岐点があったと言えよう。

## 3 ゲオルグ・イエリネックの憲法裁判所論

### (1) G. イエリネック『オーストリアに憲法裁判所を』の公刊

12月憲法による帝国裁判所の設置以後、オーストリアでは同裁判所を焦点として憲法裁判のあり方が、繰り返し論じられるようになる。そうした一連の営みに連なるのが、1885年に公刊されたG. イエリネックの著書『オーストリアに憲法裁判所を』である。ノルによれば、同書はハンガリーのエトヴェシュのものを除けば、オーストリアにおいて憲法裁判所の設置要求が簡潔に定式化された初の著作であった<sup>(22)</sup>。但し、憲法裁判所といっても、彼の用いる「憲法裁判所」というタームは、必ずしも集中型のそれを意味しているわけではない。同書の中でイエリネックは合衆国最高裁判所やスイス連邦裁判所も「憲法裁判所」と呼んでおり、そこから判断する限り、「憲法裁判所」という用語は、憲法上の争訟を対象とする裁判所を指すある種の機能概念であったと考えられる。

次に本書成立に至る背景についても触れておこう。ヴィドゥッケルによれば、その直接の契機は選挙権に関する次のような事件であった<sup>(23)</sup>。1880年、上オーストリア総督が衆議院の大土地所有者選挙名簿に登載した14人の選挙人について、その14人は欠格者であり、彼らの名簿への登載及びそれに対する不服申立の却下が選挙人の権利を侵害したとして、29人の選挙人が帝国裁判所に訴願を申立てた。帝国裁判所は、審理の結果、問題となった14人のうち12人について申立人の主張を容れ、1881年4月の判決で権利の侵害を認めた<sup>(24)</sup>。他方、被選挙人に対する合法性の審査権限を有していた衆議院は、違法に名簿に登載された選挙人の票を獲得してはじめて当選した議員について、帝国裁判所の判決が下される前の段階で、その当選を有効と認める議決を採択した。こうして一方では選挙人の権利を審査する権限をもった帝国裁判所が、他方では選挙された者の権利を審査する権限をもった帝国議会

がそれぞれ異なる結論を下すに至り、それが世論の大きな反響を呼んだのである<sup>(25)</sup>。イェリネックの著書は、この事件を一つのきっかけとして公刊されており、かかる背景には、同書のもつ立法論的、政策的性格がよく現れていると言えよう。

以下では、節を改めてイェリネックの議論の展開に従いつつ、その所説を見ていくことにしたい。

## (2) イェリネックの憲法裁判所論

### (a) 問題の所在——議会の不法

すでに概観したように、イェリネックが憲法裁判所論を展開するにあたって、その重要な契機となったのが、議会と裁判所の間での選挙権をめぐる判断の齟齬であった。ここでは、選挙権をめぐる立法と司法の対立という個別問題を越えた、広く立法と司法との関係、特に立法府に対する裁判所の統制という問題が控えていた。彼は、議会のなす不法からいかにして憲法を保障できるのか、という問いを立てることからその議論を開始する。

イェリネックによれば、フランス革命からこのかた憲法をめぐる闘争においては、いかにして憲法に対する政府の攻撃から人民や国民代表を守るのか、という論点が憲法問題の中心をなし、君主の憲法に対する宣誓、大臣責任制、議会の予算に対する拒否権などにその制度的担保が求められてきた。しかし、政府の権力濫用に対する保障がすでに実現されたとすれば、次には「従来、憲法秩序の不可欠の条件であり、その守護者であるとしてのみ理解されることを常としてきた機関の権力濫用に対して十分な保障が存在しているのか」ということが問題となる<sup>(26)</sup>。すなわち、「議会による不法は存在しうるのだろうか、もし存在するならば、それに対していかにして法秩序を保障すればよいのか」<sup>(27)</sup>。イェリネックは、このような表現でこの著作全体を貫く論点を提起している。

憲法裁判所論を展開するにあたり、その焦点を「議会の不法」に定めたイェリネックはさらに、その対象を議会が裁判機能を行使している3つの論点に絞り込んで検討を加えている。以下では、この3つの論点を順次検討することにした。

### (b) 選挙審査裁判所

第1の論点は、既に触れた選挙審査に関する問題である。当時の法令によれば、帝国議会衆議院及び領邦議会は、選挙された議員の資格の合法性について判断を下す権限を有していた。しかし、イェリネックはこの制度に対して、議会内少数派の保護という角度から疑念を呈し、議会は政党政治の論理に基づいて行動しがちであり、政治と裁判官の職務とを、合目的性と正義とを絶えず両立させることは何人にとっても困難だと指摘する<sup>(28)</sup>。続いて、彼は、イギリスなど議会主義の長い伝統をもつ国においても、選挙の審査は裁判所によって行われていると述べ、選挙審査は議会の権能に必須の構成要素ではないと主張する。そして以上の考察から、「裁判官に裁判官のものを引き渡すこと」すなわち、選挙審査に対する議会の権能を、裁判所に引き渡すことが提起される。イェリネックによれば、選挙審査は個人の政治的権利の問題であり、「何人もその法律の定める裁判官の裁判を受ける権利を奪われな

い」という憲法上の原則はこの領域においても尊重されるべきであって、帝国代表機関に選挙された者の権利は立法論 (*de lege ferenda*) に偏重した合議体によってではなく、解釈論 (*de lege lata*) の視点から処理されなければならないのである<sup>(29)</sup>。

### (c) 憲法律と単純法律の立法に関する権限争議

選挙審査に続いてイエリネックが検討するのが、「憲法律と単純法律の立法に関する権限争議」の問題である。ここで彼の議論は、帝国憲法も領邦条例 (*Landesordnung*) も、硬性憲法であることを確認することから始まる。すなわち、帝国代表に関する基本法はその15条で衆議院における憲法改正要件を全議員の過半数が出席するもとの3分の2の多数による議決とし、領邦条例38条は領邦議会全議員の少なくとも4分の3が出席し、出席議員の3分の2が賛成することを領邦条令の改正要件としており、オーストリアにおいては憲法改正と単純立法はその形式において区別されている。

そこで、次に問題になるのが、ある法案の採択が、憲法改正手続によってなされるべきか、通常の立法手続で充分なのか、という問いの判定者をめぐる論点である。これについて、イエリネックは憲法改正法律について定めた規定は、帝国議会及び領邦議会をして、単純法律の立法と憲法律の立法の間の争訟を司る権限裁判所たらしめているという<sup>(30)</sup>。なぜなら憲法の規定上、政府も皇帝もその問題について審査する責任を負わず、実務上も、有効な議決がなされたかどうかの判断は議院の議長に委ねられていたからである。しかし、議長を決めるのは議会多数派であるから、3分の2の多数が必要かどうかの判断は実質的には単純多数に委ねられていることになる。従って、イエリネックの見るところ、オーストリアにおいては議会多数派から憲法(及び議会内少数派)を保護する法的手段が欠けているのである<sup>(31)</sup>。

ではかかる状況に、どう対処すべきだろうか。この点で、イエリネックは、最も簡単な解決策に見えるのは、法律に対する裁判官の実質的審査権を承認することだと指摘しつつも、ラーバントの主張を援用してそのようなアイデアを拒絶する。これに対して、イエリネックが提案したのが、事前統制を行う特別の裁判機関の設置であった。「裁判官をして既に創られた法 (*de lege lata*) に対する判断をさせることが適当でないとするならば、代表機関に憲法に適った形式 (*Verfassungsmässige Form*) を遵守させる唯一の可能性として残るのは、創られるべき法 (*de lege ferenda*) に対する裁判機関を設置することである。ある法案に憲法改正規定が含まれているかもしれないという問題を、一つの裁判所に提起する権利を少数者に付与するならば、法律に対する裁判官の審査権が引き起こすデメリットを大掛かりな憲法改正をせずに避ける突破口となる。そのような裁判所は、国家の『統治権』を行使する法廷ではなく、仲裁裁判所としての性格を持つものとなる。」<sup>(32)</sup>つまり、事後統制(法律に対する審査)ではなく集中型の事前統制(法案に対する審査)とすることによって、「法律に対する審査権」というアポリアを回避し、立法権と憲法改正権の間の争議を争う道を議会内少数者に開こうというわけである<sup>(33)</sup>。但し、ここで問題となるのが、裁判官の公平性の問題、すなわち「裁判官が憲法の番人であるならば、監視人は誰が監視するのか」という論点である。これにつき、イエリネックは2つの論拠によって裁判官による判断を支持している。第1の

論拠は、裁判は立法と異なり法的根拠を必要とするというもので、「その判決を全国民が緊張して待ち受ける裁判所の裁判官」は、「自分の法律家としての名声が、矛盾だらけの理由やこじつけ的な理由に同意することで損なわれないよう注意するであろう」との見通しを語る。第2の論拠も第1のものと同様エリートイズムの正当化であり、裁判官という職務に付随する特殊な人格的責任感とも言えるものに着目して、次のように述べている。「政党は多くの人員から構成されるが、裁判所の場合は少ない。ある政党の違法な行為は、概して狭い範囲でしか知られない私人としての汚点となるに過ぎないが、それは広くその名を知られた少数の人物から成る最上級審の裁判所の違法な判決に比べればさしたることはない。多人数に及ぶ責任は、個人に及ぶところ少なく、違法な判決は、容易に判別可能な裁判官の名前に永久について回るのである。法に仕えるべき場合に政治を行うことは、党員にとっては何ともなくとも、裁判官にとっては非常に危険なのである。」<sup>(34)</sup>

#### (d) 帝国立法と領邦立法の間の権限争議

イェリネックの提案の3点目は、帝国と領邦の間の立法管轄をめぐる争いに関わる問題である。これは、とりわけ頻繁に紛争が生じた領域であり、イェリネックもこの論点に最も多く紙幅を割いている。

1867年の帝国代表に関する基本法は、帝国議会及び領邦議会の管轄について定め、帝国議会の管轄は同法11条a号からo号に列挙された事項とし、領邦議会については同法12条で、帝国議会に明文で留保されていない一切の権能が領邦議会に属すると規定した。次に、帝国と領邦の立法管轄をめぐる紛争の調停についてだが、かつては皇帝がその判定者の任を引き受けていたものの、12月憲法制定時に憲法委員会の意向でこの制度は廃止された。したがって、12月憲法には帝国立法と領邦立法の間の紛争について判断する機関が欠けていた<sup>(35)</sup>。また、帝国法律と領邦法律の価値序列については、クレムジール憲法草案以来一貫して、帝国法律と領邦法律とが等しい価値をもつとされており、12月憲法もそれを踏襲した。したがって、帝国法律と領邦法律が同等の価値をもつ以上、裁判における両者の唯一の調整原理として残されたのは、「後法優位の原則」であった<sup>(36)</sup>。

ところで、こうした状況は、イェリネックにとって無論好ましいものではなかった。これに対する最善の策は、両者の管轄をより厳密に定義し、あるいは領邦法律に対する帝国法律の優位を定めることであろう。しかし、イェリネックは当時の政治状況からそのような徹底した憲法改正は望み薄だとする<sup>(37)</sup>。そこで次善策として提起されるのが(2)と同様の提案、すなわち、立法過程において法律の憲法適合性—この場合は帝国と領邦の管轄への適合性—の判断を下す裁判機関の設置である。この裁判所は、申立を受けて初めて活動を開始するものとされ、提訴権は、政府、帝国議会の議員(衆議員で40名程度)、領邦議会及び領邦条例の定める少数派に対して付与されるべきであるとしており<sup>(38)</sup>、ここにも少数者に対するイェリネックの配慮が現れている。

#### (e) 帝国裁判所改組構想

上記のように①選挙審査、②規範統制、③帝国と領邦の立法管轄における争議という3つの事項について、その判断を裁判所に委ねるべきだとの結論を引き出したイエリネックは、最終章でその任をどの様な裁判所に委ねるべきか検討している。既存の裁判所を改組すべきか、あるいは新たに裁判所を設置すべきか、という論点につき、イエリネックは国事裁判所と帝国裁判所を検討の素材として取り上げる。このうち国事裁判所については、裁判官の任期が議会の立法期に等しい6年間となっており裁判官の独立の保障が十分ではないため適当ではないが<sup>(39)</sup>、帝国裁判所は、おおよそ以下の4つの理由より、憲法裁判所たるにふさわしい機関であるという。①合衆国最高裁判所に始まり、欽定3月憲法の帝国裁判所にいたる一連の「憲法裁判所」の思想的系譜を引くこと<sup>(40)</sup>。②12月憲法制定時に憲法委員会が帝国裁判所における裁判官の審査権について論じた際に、将来的には立法府に対する権限争議も審査対象とする可能性があることを認めており、「その将来は既に近くまで来ている」こと<sup>(41)</sup>。③帝国裁判所の管轄（権限裁判所、公法上の請求に対する裁判所、訴願に関する行政裁判所）のうち、権限裁判所としての性格は憲法律と単純法律の立法の間の権限争議や帝国立法と領邦立法の権限争議について裁判をすることと親和的であり、政治的権利の保護に関する裁判所としての性格は、選挙人のみならず被選挙人の権利に関する判断を委ねるのに適していること<sup>(42)</sup>。すなわちイエリネックの要求は、帝国裁判所の権限を拡張するのではなく、徹底するだけで満たされること<sup>(43)</sup>。④帝国裁判所裁判官は、名誉職として終身で任命され、高度の独立性を有すること。イエリネックは、以上の理由に加え、組織経済の観点から徒に新たな裁判所を創るのは適当ではないとして、帝国裁判所設置法の改正により帝国裁判所に上記の権限を与え、帝国裁判所をして憲法裁判所たらしめることを主張している。

### 4 イェリネックの憲法裁判所論の射程

これまで概観してきたイエリネックの憲法裁判所論は、特別の憲法裁判所によって法律（法案）の憲法適合性審査を行うという、後のオーストリア連邦憲法によって実現する憲法裁判権で中心となる思想を先駆的に示したものであった<sup>(44)</sup>。しかし、他方で、憲法裁判所という用語を用いながらも彼の主張は帝国裁判所の改組提案に留まっており、それは真の憲法の優位を認めない彼の憲法概念の影響によるものだとして、彼の憲法裁判所論の限界を指摘する見解も存在する<sup>(45)</sup>。ここでは、かかるイエリネックの憲法裁判所論の意義と限界を明らかにすべく、特に、その議論の背景、彼の構想と現在の憲法裁判所制度との異同、その後の憲法裁判権をめぐる議論への影響といった点について検討していきたい。

#### (1) イェリネックの議論の背景と限界

イエリネックの著作を評価するにあたり、まず着目したいのが、彼の視線が常に議会多数派の支配に懸念を示し、議会内少数派の保護に意を砕いていたという点である。イエリネックの念頭にある少数派とは誰であり、多数派とは誰のことであろうか。この点につき、シュトゥルツは、自由派諸党が80年代に立たされた少数派という立場がイエリネックの憲法裁

判所論にも反映しており、その問題意識は後年の『少数者の権利』における以下の認識とも通底していると指摘する<sup>(46)</sup>。「……オーストリアの民族問題は、まず第1にドイツ人問題であった。ドイツ人の少数者、および彼らにたまたま編入された者たちに数年来対立してきたのは、他の構成分子も含むが、スラブ人多数者である。……正常な状態を帝国議会で保障するたった一つの可能性があるとするれば、それは、中央議会のドイツ人の会議に、多数決決定から隔絶された一定の諸権利を承認することにあつたといえよう。ドイツ人とスラブ人の対立は、オーストリアの存立条件を不断に揺さぶる唯一のものであり、諸民族間の他の対立はすべて、相対的には、より小さな意義しかもたない」<sup>(47)</sup>。この指摘の通り、彼の問題意識がスラブ人多数者を前にしたドイツ人少数者の保護であつたとするならば、イェリネックが展開したのは、多数者によっても奪われない人権の守り手としての憲法裁判所論であつたと見るよりも、ターフェ政権下の「スラブ的」、「教権的」、「保守的」な多数派<sup>(48)</sup>に対する少数者の保護という多分に実践的な議論であつたと見る方が理解としては適切であろう。彼の議論は、多民族国家のなかで呻吟する19世紀末のドイツ系自由主義者の立場を色濃く反映したものであつたのである。

このように、イェリネックの少数者保護論には、彼の憲法裁判所論における法政策論的、実践的側面がよく現れているが、ノルは、イェリネックが規範統制について論じた箇所にもかかる傾向が現れていると指摘する。ノルによれば、イェリネックの憲法裁判所論は、理論的な考慮の所産というよりは、複雑なオーストリアの現実から生じたものであり、彼の後の著作『憲法改正と憲法変遷』とは異なる立場に立つものだという<sup>(49)</sup>。すなわちノルの見解に基づくならば、イェリネックの憲法裁判所論は、その後の自らの国法学の展開の中で切り捨てられる存在に過ぎなかつたということになるのである。

他方で、裁判官の審査権においては、彼の否定的な態度はその後一貫しており、その立場は『法律と命令』にも受け継がれている<sup>(50)</sup>。イェリネックは、一般の裁判官の審査権も特別の裁判所の審査権も共に否定したが、それは、前者の審査権を否定しつつも、後者の審査権を肯定した後のオーストリア連邦憲法140条とは異なるものであり、この点でイェリネックの構想と後に具体された憲法裁判権との間には大きな隔たりがあつたと言えよう<sup>(51)</sup>。

以上をまとめれば、イェリネックの憲法裁判所論は、オーストリアで先駆的に憲法裁判所のあり方を論じたものではあつたが、その主張は当時のオーストリアの状況を反映した立法論的なものに過ぎず、特別の裁判所における法律に対する実質的審査権を否定し、また必ずしも「人権」という価値に立脚してはいたわけではない点で、現在の憲法裁判権と同一視できるものではなかつたということができよう。

## (2) イェリネックの憲法裁判所論への反響

イェリネックの憲法裁判所論を評価する上でのもう一つの重要なファクターが、その後のオーストリアに与えたこの著作の影響である。ここでは、ハラーの所説を参考にしつつ、2人の人物に焦点を当てたい<sup>(52)</sup>。

1人目は、イェリネックと同時代人のハインリッヒ・ヤーケスである。イェリネックの

著作が刊行された直後の1885年2月、イエリネックの著作の出版に「勇気づけられて」、オーストリア選挙裁判所を設置する提案が帝国議会衆議院に提出された。この提案は最終的には廃案となるが<sup>(53)</sup>、衆議院においてかかる法案を支持したのがこのヤークェスである。彼はイエリネックの著作が出版された数ヶ月後に『現代国家における選挙審査とオーストリア選挙裁判所』と題した著作を刊行し、その中で、選挙審査についても、規範統制についてもイエリネックの主張に熱い賛意を示した。但し、彼の予防的規範統制の提案については、それが裁判官を政治のただ中に置き、裁判官の職務に全く反するものであると批判し、対案として事後の規範統制の導入を提案した<sup>(54)</sup>。

2人目の人物は、20世紀に入ってからイエリネックの提案を支持したチェコ人の国法学者、フランティーシェク・ヴェイルである。彼は1913年の著書『枠組法律』<sup>(55)</sup>のなかで、帝国議会と領邦議会の管轄の境界に関する憲法規定を検討した際に、両者の管轄の線引きを遵守させる「レギュレーター」が欠けていることを指摘し、イエリネックの見解を支持して帝国と領邦の立法機関の間の争訟を解決する新しい機関の設置を提言した<sup>(56)</sup>。ノルによれば、「それ〔『枠組法律』〕は、そこかしこであたかもイエリネックの『オーストリアに憲法裁判所を』に対するコメンタルであるかのようにして読まれた」という<sup>(57)</sup>。このように、ヴェイルの著作はイエリネックの憲法裁判所論がオーストリアにおいて持続的な反響を呼ぶものであったことを裏書きしている。しかし、ヴェイルに着目することで明らかとなるイエリネックの憲法裁判所論の意義は以上の点に留まらない。1918年の第1次世界大戦におけるオーストリアの敗北後、ハプスブルク帝国は解体し、中欧に新興国家チェコスロヴァキアが誕生した。その後、サン・ジェルマン条約による国境線画定などを受け、1920年2月にはチェコスロヴァキア憲法が制定される。この新憲法の制定作業において憲法委員会副委員長として中心的な役割を果たしたのがかのヴェイルであった。この憲法は、隣国のオーストリアと並び、世界で初となる憲法裁判所に関する規定を有していたが<sup>(58)</sup>、憲法典にその詳しい定めはなく、詳細は憲法裁判所法で定められることとなった。ヴェイルは、その際に議会における憲法裁判所法の責任者をも引受け、その立法趣意書において、もっぱらイエリネックの『オーストリアに憲法裁判所を』を引証したのである<sup>(59)</sup>。

以上のように、イエリネックの憲法裁判所論は、憲法裁判権という問題を法政治上の一大争点へと押し上げ、選挙裁判所や事後の規範統制の導入要求などを表出させる契機になった。またその反響はツィスライタニア全域に広がり、オーストリア共和国のみならず他の中欧諸国の憲法裁判所の思想的エートスにもなったのである。

## 5 結びにかえて

かつて畑尻剛はわが国の戦後の憲法裁判所制度研究について論じた際に、西ドイツ憲法裁判所の成立によってわが国の憲法裁判所研究の重心がオーストリアから（西）ドイツへと次第に傾斜し、オーストリア固有の特質を把握する意義が軽視されてきたことを指摘した<sup>(60)</sup>。それから20年近くが経つが、ケルゼン周辺の研究を除けば、オーストリアの歴史に即した憲法裁判研究が必ずしも多くないという状況には、変わりがない。とりわけ、本稿が扱った

ハプスブルク時代の憲法裁判権をめぐる論点については、一部の例外を除いて検討される機会が非常に少なかったように思われる。

しかし、本稿が不十分ながらも明らかにしたように、ハプスブルク帝国下では、後の憲法裁判所へと発展する萌芽が少しずつ育まれていた。そして、当時の憲法裁判所構想の一部は、実際に法制度の中に取り込まれている。例えば、現行オーストリア憲法 138 条 2 項の連邦と州の権限範囲に関する予防的審査の規定や、141 条における選挙訴訟に関する規定には、『オーストリアに憲法裁判所を』の影響が現れているという<sup>(61)</sup>。こうした点に鑑みれば、オーストリアの憲法史を改めて振り返ることは、現在の制度を理解する上で、少なからぬ意義を有するものと考えられる。また、オーストリア・ハプスブルク帝国はチェコ、ポーランドの一部、スロヴェニアなどをその版図に含んでいた。この広大な法空間の中で憲法裁判のあり方が論じられ、その成果がチェコスロヴァキアなどに受容されていったことを考えれば、いわゆる東欧圏での「憲法ゲマインシャフトの成立」という現象を整理、分析する上でも、ハプスブルク帝国下の国法学の検討から多くの示唆が得られるであろうことは間違いない。ハプスブルク帝国における国法学の有り様、なかんずく国事裁判権ないし憲法裁判権をめぐる問題は、いまだ未開拓の土地を残す沃野として我々の前に広がっているのである。

## 注

- (1) 樋口陽一『転換期の憲法?』（敬文堂、1996年）3-6頁。
- (2) 阪口正二郎『立憲主義と民主主義』（日本評論社、2001年）2頁。
- (3) Haller, Prüfung von Gesetzen, 1979, S.19.
- (4) G. Jellinek, Ein Verfassungsgerichtshof für Österreich, 1885. 我が国で同書に言及したものを管見の限りで挙げれば、林田和博「独逸國議會選舉審査裁判所論」宮澤俊義編『公法学の諸問題』第1巻（有斐閣、1934年）、樋口陽一・栗城壽夫『憲法と裁判』（法律文化社、1988年）192頁〔栗城〕、手島孝『ケルゼニズム考』（木鐸社、1981年）31-32頁（特に、脚注37）がある。なお、同書の題名については、この著作が「憲法裁判所をオーストリアのために求める」立法論的な著作であることを考慮し、『オーストリアに憲法裁判所を』と訳した。Vgl. Wyduckel, Georg Jellineks Beitrag zur Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit, hrsg. v. Paulson u. Schulte, Georg Jellinek : Beiträge zu Leben und Werk, 2000, S.278.
- (5) Spaun, Das Reichsgericht : die auf dasselbe sich beziehenden Gesetze und Verordnungen samt Gesetzmaterialien sowie Übersicht der einschlägigen Judikatur und Literatur, 1904, S.26-27.
- (6) 初宿正典「フランクフルト憲法におけるライヒ裁判所の管轄権」愛知教育大学社会科学会社会科学論集 22号（1982年）239頁。
- (7) 参照、宍戸常寿『憲法裁判権の動態』（弘文堂、2005年）28頁（脚注24）。
- (8) 両憲法（草案）及び12月憲法の条文については、Vgl. hrsg. v. Bernatzik, Die österreichischen Verfassungsgesetze mit Erläuterungen, zweite, sehr vermehrte Aufl., 1911. 邦語では、「ハプスブルク君主国19世紀原点資料Ⅰ：1849年『クレムジール憲法草案』『シュタディオン（欽定）憲法』」東欧史研究 26号（2004年）。また、この前後の状況につき、参照、奥正嗣「オーストリア（ハプスブルク帝国）における立憲主義の展開」国際研究論叢 16巻2号（2003年）、17巻1号（2003年）。
- (9) この「国家官吏」には裁判機関及び行政機関も含まれると解されていた。Vgl. Walter,

Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle in Österreich, gesamtred.: Vogel, Grundrechtsverständnis und Normenkontrolle : Eine Vergleichung der Rechtslage in Österreich und Deutschland. Kolloquium zum 70. Geb. von Hans Spanner, 1979, S.9.

- (10) Adamovich, Zur Judikatur des Verfassungsgerichtshofes, in: ZÖR Bd.6, S.388.
- (11) 矢田俊隆「ハプスブルク帝国と民族問題」『世界歴史 20 卷』（岩波書店、1971 年）119 頁。
- (12) Stourzh, Altösterreichische Verfassungswirklichkeit und Verfassungsgerichtsbarkeit, hrsg. v. Paulson u. Schulte, Georg Jellinek : Beiträge zu Leben und Werk, 2000, S.248.
- (13) Spaun, (Anm.5), S.4-13.
- (14) 帝国裁判所に触れたものとして、参照、古野豊秋「オーストリアの憲法裁判所」馬屋原教授古稀記念『刑事法学の新課題』（八千代出版、1979 年）、同「オーストリアの具体的規範統制における一般の裁判所の手続」比較法雑誌 15 卷 4 号（1982 年）。
- (15) Lehne, Rechtsschutz im Öffentlichen Recht : Staatsgerichtshof, Reichsgericht, Verwaltungsgerichtshof, hrsg. v. Wandruszka und Urbanitsch, Die Habsburgermonarchie 1848-1918, Bd.2, 1975, S.681.
- (16) Spaun, (Anm.5), S.20.
- (17) Lehne, (Anm.15), S.681-682.
- (18) Svoboda, Die Tatsächliche Wirkung der Erkenntnisse des österreichischen Reichsgerichtes(1869-1918), in: ZÖR Bd. 21, 1971, S.191.
- (19) Vgl. Lehne, (Anm.15), S.685.
- (20) Spaun, (Anm.5), S.32.
- (21) 穴戸・前掲注 (7) 47 頁。
- (22) Noll, Georg Jellinek's Forderung nach einem Verfassungsgerichtshof für Österreich, hrsg. v. Paulson u. Schulte, Georg Jellinek : Beiträge zu Leben und Werk, 2000, S.261.
- (23) Wyduckel, (Anm.4), S.281 ff.
- (24) Hrsg. v. Hye, Sammlung der nach gepflogener öffentlicher Verhandlung geschöpften Erkenntnisse des k. k. österreichischen Reichsgerichtes, 4. Teil, 1883, S.12-24.
- (25) なお、1888 年のシュテッツインにおける第 19 回ドイツ法曹大会において、この問題が取りあげられ、「立法府の選挙の審査を司法活動として認め、その審査を独立した選挙審査裁判所による裁判に服せしめることを是とするか」という問題として論じられた。その際、イエリネックとザイデルが、選挙の審査は司法活動であり、選挙審査裁判所に委ねられるべきであるとの立論を展開している。Vgl. Wyduckel, (Anm.4), S.282-283.
- (26) G. Jellinek, (Anm.4), S.3.
- (27) Ebenda, S.3.
- (28) イェリネックは、1888 年の第 19 回ドイツ法曹大会に提出した鑑定書においてこの問題を検討した際に、選挙審査を選挙裁判所に委ねる第 1 の理由として、こうした事件の多くにおいて議会内少数派の議員の選挙が問題となることを指摘している。Vgl. G. Jellinek, Gutachten, in: ders., Ausgewählte Schriften und Reden von Georg Jellinek, 2. Bd., 1911, S.415.
- (29) G. Jellinek, (Anm.4), S.14-15.
- (30) Ebenda, S.18.
- (31) Ebenda, S.20.
- (32) Ebenda, S.24.
- (33) この点でイエリネックの説くところは、フランス憲法院の行う憲法不適合判断に非常に似ているように思われる。「立法府に対し、憲法改正の経路を経なければ欲する内容の規範を成立させる

ことができない、という指示を与える」憲法院の「転轍手」(aiguilleur)としての役目は、まさにイェリネックが説く憲法裁判所の姿であった。フランス憲法院のかかる特質について、参照、樋口陽一『国法学—人権原論』(有斐閣、2004年)221頁。

- (34) G. Jellinek, (Anm.4), S.25-26.
- (35) Ebenda, S.29.
- (36) Ebenda, S.36.
- (37) Ebenda, S.45.
- (38) Ebenda, S.49-51.
- (39) Ebenda, S.53.
- (40) Ebenda, S.54 ff.
- (41) Ebenda, S.64.
- (42) Ebenda, S.64-65.
- (43) Ebenda, S.64.
- (44) Haller, (Anm.3), S.28.
- (45) Wyduckel, (Anm.4), S.292.
- (46) Stourzh, (Anm.12), S.255, 258-260.
- (47) イェリネック(森英樹、篠原巖訳)『少数者の権利』(日本評論社、1989年)37-38頁。なお、筆者の責任により訳を一部変更した。
- (48) イェリネックのいう「スラブ人」は主としてチェコ人を指すものと思われる。彼は、当時のチェコ人の国家樹立要求に反対しており、反ユダヤ的教権至上主義の断固たる反対者としての彼の立場は、帝国議会においてドイツ人自由主義者に対抗するため、保守派、教権主義者と手を結んだチェコ民族主義者とは相容れなかった。Vgl. Kempster, Die Jellineks 1820-1955 : Eine familienbiographische Studie zum deutschjüdischen Bildungsbürgertum, 1998, S.328.
- (49) Noll, (Anm.22), S.275-276.
- (50) 『法律と命令』におけるイェリネックの審査権に対する理解については、参照、宇都宮純一『憲法裁判権の理論』(信山社、1996年)74-75頁。
- (51) 参照、畑尻剛『憲法裁判研究序説』(尚学社、1988年)308頁。
- (52) Haller, (Anm.3), S.25 ff.
- (53) Wyduckel, (Anm.4), S.282-283.
- (54) Jaques, Die Wahlprüfung in den modernen Staaten und ein Wahlprüfungsgerichtshof für Österreich. S.73 ff.
- (55) Weyr, Rahmengesetz : Studie aus dem österreichischen Verfassungsrechte, 1913.
- (56) Haller, (Anm.3), S.30-31.
- (57) Noll, Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich (1885 bis 1928) am Beispiel der Arbeit von Georg Jellinek, Franz Weyr, Alfred von Verdoß und Herbert Kier, hrsg. v. Hagen, Maßl, Noll, Oberkofler, Querela iuris : Gedächtnisschrift für Eduard Rabofsky (1911-1994), 1996, S.205.
- (58) 憲法裁判所創設時におけるヴェイルの寄与については、参照、早川弘道・佐藤史人・高田知子「チェコ共和国憲法裁判所試論」比較法学 38 卷 1 号 (2004 年) 第 1 章 [佐藤]。
- (59) Lachmund, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei 1920 bis 1939, 9. Münchner Bohemisten-Treffen, 4. März 2005, Exposé Nr. 15, S.1. (<http://www.collegium-carolinum.de/vera/boht2005/2005-04-Lachmund.pdf>)
- (60) 畑尻・前掲注(51)293-295頁。
- (61) Wyduckel, (Anm.4), S.295.