The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	＜翻訳＞憲法実務家としてのハンス・ケルゼン
Author(s)	ヴィーダリン, エヴァルト; 磯村, 晃
Citation	阪大法学. 2023, 73(1), p. 100-51
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/91514
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

翻　　訳

憲法実務家としてのハンス・ケルゼン

エヴァルト・ヴィーダリン*

磯村　晃　訳

（要旨）

ハンス・ケルゼンは、多くの学的分野において、すなわち法哲学および法社会学と同様に法理論において傑出した業績を有しており、これは国際法と同様に憲法の分野でもそうである。学者としての彼の計り知れない意義は、彼が法実務においても意義深い役割を果たしたことを忘れさせてしまう。本稿は、憲法におけるハンス・ケルゼンの実務活動に着目し、彼が、起草者（Legist）、コンメンタールの執筆者（Kommentator）そして裁判官（Richter）として、どのように活動したかを明らかにする。起草者（Ⅱ.）としての彼は、オーストリア連邦憲法の作成に際してすべてを取り仕切る中心人物だったのであり、これによって政治的決定は適切な形式でもたらされ、政党間の紛争は妥協案によって解決することができた。コンメンタールの執筆者（Ⅲ.）としての彼は、伝統的な司法活動と距離をとって、憲法法律の構造をはっきりさせること、組織上の枠条件を描写すること、手続技術上の進行をくまなく照らすこと、その他には解決のための決定を下すことなしに、解釈についての様々な選択肢を明らかにすることにとどまった。これに対して、憲法裁判所における裁判官（Ⅳ.）としての彼の役割は、完全に異なるものであった。彼は、文言に執着せず、第一義的には体系的かつ目的論的に論拠づけを行ったのであり、また彼は自らの判事としての役割を、新興の民主制を擁護しそしてそれを促進するよう努める政治的職務と理解していた。最後に（Ⅴ.）本稿は、ハンス・ケルゼンの実務上の働きが彼の法理論上の業績をどのように豊かにしたのかを取り上げる。

Ⅰ．法理論家と法ドグマーティカーの面影：憲法実務におけるハンス・ケルゼンの役割

ハンス・ケルゼンが20世紀の指導的な法学者と見なされる場合[(1)]、その主たる理由は彼が法理論家として名を馳せたからである。しかし彼は法ドグマーティカーとしても活躍した。同時に二つの分野すなわち国際法と憲法によって、ケルゼンはそれぞれの分野のドグマーティカーと見なされ、国際法学者と憲法学者のいずれの側面が重要だったのかは容易に決められない。もっとも、国際法学者としても憲法学者としても、彼が第一義的には基礎分野に興味をもち、憲法理論および国際法理論に力を注いでいたのは間違いない。こうした印象は、ハンス・ケルゼンが法学と法実務との間に厳密な境界線を引き、双方の分離を重視したことによって明らかに強められた。

以下の研究[(2)]で目標とされるのは、影に隠れているゆえにあまり知られていない、ハンス・ケルゼンの憲法実務への貢献を明らかにすることである。予め断っておきたいのは、彼の憲法実務家としての側面もまた、一つの役割で事足りるわけではないということである。我々は少なくとも三つの役割を区別する必要がある。すなわち、1920年連邦憲法の創始者として通用している起草者としての役割、我々が恩恵を受けている1907年ライヒ参議院選挙法コンメンタールおよび最初期に出され今日に至るまで重要な1920年連邦憲法コンメンタールの執筆者としての役割、そしてオーストリア憲法裁判所にて12年にわたり常任担当者であった裁判官としての役割である。これらの役割をケルゼンは、彼が学的分野を一つに限定することなくいくつかの学的分野に厳格に分離したのと同様に、他の者よりはるかに厳格に区別した。しかし詳細に目を向けると、それらの役割どうしの関連や影響が明らかになる。

Ⅱ．憲法起草者としてのハンス・ケルゼン

まずは第一の役割、ハンス・ケルゼンの起草者としての役割について概説し

よう。この起草者（Legist）という扱い慣れない表現は、オーストリアでは *leges* ――つまり法律――を創る者、法テクストの作成を託された者に用いられる。この表現はドイツではあまり使われておらず、むしろ当地では法律編集者（Gesetzesredaktor）と言われることが多い。

周知の通り、ハンス・ケルゼンは、1920年連邦憲法の彫刻および決定に際して中心的な役割を担い、憲法制定過程に文字どおり最初から最後まで関与させられていた。

A. 憲法起草者としての任用

ケルゼンが新憲法の作成に動員されたのは、彼が法学者として名声を得ていたからではなく、有力な政治家たちから信頼を得ていたからである。彼は、第一次世界大戦中でまだ教授資格を得る前の1917年、偶然が重なって、陸軍省官房に招聘され、そこでオーストリア・ハンガリー帝国大臣付参事官（persönlicher Referent des k. u. k. Ministers）に選任された[(3)]。1918年の秋に敗戦が色濃くなりはじめると、参事官としてのケルゼンは帝制の変革についてのメモを作成し、それを国防大臣が皇帝に提出した[(4)]。しばらく何も起こらなかったが、やがてケルゼンは、ハインリヒ・ラマシュ（Heinrich Lammasch）と接触するよう命じられた[(5)]。ケルゼンの変革に向けた計画をラマシュが実行に移す用意があるのかを探るためであった。これを諒承したラマシュは、自らの計画の実行には失敗したものの、首相となって皇帝に仕えた。新内閣の提案および閣僚名簿の作成は、ケルゼンの執務室で行われ、皇帝に提出する報告をケルゼン本人が電信係に口授した[(6)]。

ラマシュ内閣が在職したのがほんの数日であったのは、戦争を終結させ、皇帝に退位を余儀なくし、形成された民族諸国家に国家権力を委譲することに、この内閣がいたって迅速に成功したからである[(7)]。とりわけ現在のオーストリア領での移行は、段階的譲渡と言っても過言ではないほど同調的、調和的な形で進められた。このちょっとした詳細を以下のことがはっきりと示している。すなわち、ケルゼンの門下生で当時はオーストリア・ハンガリー帝国閣僚評議会の官吏であったアドルフ・メルクル（Adolf Merkl）は、1918年12月２日――

つまり帝制が崩壊する前――の職務命令によって、「ドイツ・オーストリア共和国暫定政府宰相のカール・レンナー（Karl Renner）博士の下で役務を果たす」よう義務づけられた。(8)

この宰相のレンナー博士こそ、ケルゼンを民主主義者として認知し評価した人物で、それゆえ彼を宰相府の顧問（Konsulent）として任用し、憲法草案を作成する任務に就かせたのであった。(9) この任務に関してレンナーは基本方針を指示しただけで、ケルゼンには広範囲にわたって裁量が与えられた。(10) 1919年5月から秋にかけてケルゼンは、非常に似通った6つの草案を起草したのち、(11) 1919年10月から国務大臣として憲法改正業務を担っていたミヒャエル・マイヤー（Michael Mayr）の顧問となり、諸ラントとの交渉において彼を補佐した。1920年7月から9月の間に新憲法の合意をとりつけることに成功した憲法制定国民会議は、その審議にケルゼンを専門家として招請した。(12)

B. 憲法様式へのケルゼンの影響

したがってケルゼンは、終始一貫して、憲法典の編集に組み入れられていたのであり、連邦憲法には彼の作風が強く表れている。

もっとも、憲法の作成というのは、政治的敵対者らが共通の土台を見出そうとする過程であるから、極めて政治的な過程である。ゆえに我々は、ケルゼンの影響を、まずもって新憲法の内容に求めるのではなく、彼の影響が大きかった新憲法の形式に求めなければならない。(13) これについて、ここでは詳細に裏づけることは割愛することとして、二つの点にだけ言及する。

ケルゼンは、自らの諸草案すべてに共通する章立てによって憲法の構造を画定した。この構造は、ほぼすべての対抗草案によっても採り入れられ、(14) それに代わる章立てはほとんど重んじられなかった。この常に過小評価される章立ての次元に関しては、誰も関心を払わなかったのである。その例外がレンナー宰相である。彼は、レンナー＝マイヤー草案の形で、改善をもたらしたかもしれない補足に取り掛かった。(15) しかし、リンツ草案と共に、ケルゼン草案が議会審議の叩き台として用いられた後には、レンナー＝マイヤー草案が憲法にその痕跡を残すことはなかった。

ケルゼンは、条文の規定によって、憲法にふさわしい基調を与えた。[16] その文言は事に即しており、真善美の誓約は避けられ、その形式は働きを最もよく表すもの（die Form folgt der Funktion）となっている。帝国憲法から変更なしに新憲法に採り入れることのできた条文を、ケルゼンは、当時の条文の規定に盲従することなく採り入れ、旧来の章立ては、その要目――連邦とラント、立法と執行、行政と裁判の分離――が明瞭で理解し易くなるよう配慮されている。

憲法の内容へのケルゼンの影響を、我々はたしかに過大評価してはならないが、それを軽視することもできないだろう。[17] 法律と命令の関係を規定することは昔からケルゼンが好んで取り組んだテーマの一つであるが、それに関して彼は確たる方針を示し、[18] また憲法小委員会の審議において彼は、政治的両陣営の間で深い断絶があるように思われた箇所について妥協案を提供することも珍しくなかった。[19]

C. 憲法裁判権の構想への寄与

ケルゼンの影響がとくに大きかったのは、言うまでもなく、オーストリア憲法裁判権の制度化である。この憲法裁判権について、彼は自伝で「最も身を尽くした業績」[20]と記しており、また会談の中では「最愛の子」[21]と述べた。時として、こうした描写は、ハンス・ケルゼンが単独で憲法裁判権を構想した、という印象を与えた。しかしそのような印象は、間違っているだろう。このことを証明するために、少し前の話題にまで遡って、オーストリア型の規範統制の成立を詳しく述べることにしたい。

ハンス・ケルゼンは、起草者としての活動をまさに開始した当初から、憲法裁判権に取り組んでいた。彼が宰相府で遂行した最初の仕事は1919年１月25日の憲法裁判所法であり、[22] その際にカール・レンナーに委託された同法の注釈も彼は作成した。[23] しかしこの憲法裁判所法は、構想の観点と同様に専門作業的観点からしても、[24] 失望させられるとは言わないまでも、華々しいものではなかった。というのも、政治からある程度の距離を保つために、裁判所構成員は政府によって指名されるという条件でもって、従来のライヒ裁判所が憲法裁判所に改組されたにすぎなかったからである。[25] 権限は従来のままであったし、審理手

続も変更されなかったのは、ライヒ裁判所法が至る所でその趣旨に従って適用できると見なされたからである。法律と命令の審査権限を求めても徒労に終わり、そのような権限は自覚的に一度も検討されなかった。というのも、この段階でもっぱら重要とされていたのは、帝制下で定評があり、その維持が望まれた諸々の制度体を共和制下に移行させることだったからである。(26)

しかしながら、それから少し後の1919年３月にはすでに、法律審査が導入された。(27) ただしこれは、多くの制限をともなっていた。すなわち、連邦法律ではなくラント法律だけが審査に服する、審査基準となるのは国とラントとの間の権限配分に関する規定に限られる、憲法裁判所は宰相府つまり政府の〔ラント法律の議決に対する〕異議申立てに基づいてのみ判決を下すことが許される、しかもこの異議申立てはラント法律の議決から公布までの間に限って許される。このような法律審査の制度化は、エスカレートする恐れのあったラントとの政治的紛争を、権限問題の決定を裁判所に委ねることによって除去しようとしたカール・レンナーの理念に由来するものであった。1918年から1919年にかけて、国家政府とラントの指導層との間で激しい争いが起きたが、それはカール・レンナーを首班とする政府が皇帝の法的継承者としてラント法律を裁可する権限をもつ、との立場に国家政府が立っていたからである。(28)

ケルゼンは、このカール・レンナーに端を発する法律審査権を、1919年夏の間に完成させた自身の６つの憲法草案において拡充した。しかしこの拡充は、すべての法律の憲法適合性審査の方向にではなく、審査基準の拡張によって行われた。つまり、審査対象は依然としてラント法律に限定されたままであったが、そのラント法律の権限適合性のみならず、連邦法適合性さえも審査されなければならないとされた。(29) というのも、ケルゼンはすべての憲法草案において、連邦法はラント法を破るとの規定をおき、(30) 憲法裁判所の法律審査権限はこの連邦法の優位を成し遂げることとなっていたからである。(31) この解決手段は、ライヒ最高裁判所による決定を予定するヴァイマル憲法13条にならったものである。政治的に見ると、このような解決手段が袋小路に陥るのは明らかになった。なぜならば、連邦法の優位は、諸ラントにおいて合意できなかったからである。

このような解決手段が行きづまることを、実現できることと期待できること

に関して抜群の感覚をもっていたカール・レンナーは、相当前から予測していた。すでに1919年５月に、彼は密かに、法律審査をシンメトリックに構想するという考え、つまりラント法律と同じように連邦法律も審査に服せしめ、申立権をそのつど別の政府に留保するという考えをもっていた。[32] 1919年10月に彼は、このような解決手段をとることを政府内部で約束したが、それをラントに対しては告げなかった。[33] 彼が予想したとおりのことが起こった。諸ラントは連邦との対等性を執拗に主張し、最終的に1920年にはその要望が受け入れられた。しかしながら、ハンス・ケルゼンの作成した宰相府の草案では、連邦法の優位が最後まで、そして憲法裁判所の審査対象からの連邦法律の除外が長期にわたり予定されていた。これは、首脳陣が彼らの立場を早い段階で曝け出そうとしなかったという事情もあったからだろう。しかし、憲法裁判所による連邦法律の審査に対して、ケルゼンよりも長い間抵抗する者はいなかった、と言うこともできる。1920年２月、チェコスロヴァキア憲法に憲法裁判所の一般的法律審査権が盛り込まれたとき、[34] ケルゼンは、ザルツブルクのラント会議で提出された草案においてなおも、連邦法の優位およびラント法律の連邦法適合性審査に固執していたのであった。[35]

それにもかかわらず、ハンス・ケルゼンはオーストリアの憲法裁判権の形成に決定的に関与した。[36] 彼は一方では、議会審議において、法律を職権によって審査するという憲法裁判所の権能に賛成し、これについては1920年９月23日の憲法小委員会の最終会議で――文字どおり土壇場で――可決された。[37] 他方で、彼は、自身の草案の中で命令審査についての新たな構想を打ち出しており、私の見立てでは、この構想はオーストリア型の憲法裁判権を理解する鍵となる。[38] 帝制期において、裁判所の法律審査は、司法権についての国家基本法７条[39]によって明文で禁じられていた。これに対して同条は、司法権が命令の妥当性について法律の定めるところによる審級の中で決定しなくてはならない、と定めていた。しかし通常は、単に命令の法律適合性の問題が裁判官の決定にとって先決問題となるだけだったので、その問題は、すべての当事者に向けての効力を伴わずに、単にケースバイケースで判断された。次の裁判所は、その適合性の問題について別の判断を下すことができ、行政は裁判所の判断から逸脱するに

もかかわらず命令の妥当性に固執することができ、諸々の最高裁判所は各々で違う判断をすることができた。エドムント・ベルナツィク（Edmund Bernatzik）は、これらの不十分さを1886年の教授資格論文で詳細に検討し[40]、長らく消息不明となっていた1913年の法律案[41]の中で、解決策として、命令の妥当性を特別の命令裁判所に決定させることを提案した。その準備作業は明らかに、ケルゼンに引き継がれた。しかし、ベルナツィクが命令の無効の一般的に拘束力のある確認を重視したのとは異なって[42]、ケルゼンは命令取消しのモデル（Kassationsmodell）を採用することにした[43]。その決め手におそらくなったのは、一方で取消しが決定の効力を将来に限定することを可能にするからであり、他方で取消しが行政裁判所で真価を発揮するからである。これに対して、ライヒ裁判所で予定された、判決効力の基本権侵害確認への限定はほとんど実効的でないと彼は考えていた[44]。

要するにハンス・ケルゼンは、命令を、違法の場合に取り消される行政行為と同様に扱い、さらなる帰結として彼は、この命令取消しのモデルに従って、法律審査の原型をも拵えたのである。その結果、行政行為と同様に命令も、法律および命令が憲法裁判所によって取り消されない限り、違法にもかかわらず妥当することになった。彼の草案によれば、取消しについての裁判所の判決は官報に公示されなくてはならないとされたものの、すでにその前から、つまり判決日の効力発生をもって取消しの効力はもたらされることになっていた[45]。

最終的に確定した憲法条文は文字どおり土壇場で提出された宰相府の総括案に由来し、この総括案で憲法裁判所についての全規定が新たに作成されたが[46]、この憲法条文では廃止と公示との関係が〔ケルゼン案とは〕逆のものに変更された。すなわち、取消しの判決ではなく、連邦宰相による公示をもってはじめて、取消しの効力がもたらされることになった。そのほか、憲法裁判所には、憲法違反の判決が下された法律の失効に関する６ヶ月以内の期限を定める可能性が認められた[47]。

D. 性格づけ

憲法裁判権は代表的な一例にすぎないが、これが起草者としてのケルゼンを

確定的に性格づけることを可能にする。1920年連邦憲法の成立に際して、ハンス・ケルゼンは中心的立場にあり、すべてを取り仕切っていた。彼は、自らの章立てによって憲法の構造を決定的に規定し、しかしその内容については自制し、主要な政治勢力の要望を繊細に反映させた。ゆえに近年では、ケルゼンをオーストリア連邦憲法の創造者と見なしてきた従来の評価と異なり、トーマス・オレホウスキ[48]（Thomas Olechowski）にならって、彼を憲法の建築家と性格づけることが通例となった[49]。優れた建築家と同じようにケルゼンは、どう用いるかを予め決めるのではなく、依頼主の要望に繊細に耳を傾けたのである。彼の憲法の部屋はうまく切り分けられ、大まかに設置されていたが、しかしながらいかなる装飾も放棄され、多くの使用の個性および多様な家具配置スタイルを可能にしていた。彼の起草者としてのスタイルはミニマリストのそれであり、飾り気がなく、建築家という点ではバウハウスのスタイル（Bauhausstil）に匹敵し、それゆえに時代に適応し、しかし根本において現代的で時代を超越しているのである。

Ⅲ．憲法コンメンタールの執筆者としてのハンス・ケルゼン

起草者としての役割と密接に関連するのが、コンメンタールの執筆者としての役割である。なぜならば、ハンス・ケルゼンは、1920年連邦憲法を編集した後、そのコンメンタールを執筆したからである。もっとも、それ以前から彼は、コンメンタール執筆ジャンルに献身していた。

この業種はドイツ語圏の法学に典型的なものであるが、今日ではドイツにおいてさえ評判が悪い。なぜならば、これは、非学問的とは言わないまでも、取るに足らない執筆ジャンルと見なされているからである[50]。執筆者は、段落や節の順序がすべて予め決められているゆえに、いかなる自前の章立ても提供できず、また、このジャンルは、他のコンメンタール、判決、論文および著書について僅かな分量しか割いていない注釈の形で進められるがゆえに、いかなる自前の体系も提供できない。コンメンタールに表わされるのは、熟考ではなく模写、内容の刷新ではなく寄集め、奥深さではなく幅広さ、創造ではなく謄写で

あり、要するに、真の学問ではなく単純朴訥な手仕事である。[51]

しかし、こうした不評の原因は、優れた論文や著書に比べて優れたコンメンタールが希少だからでもある。というのも、このコンメンタールの執筆業は、執筆者に多くを要求するからである。すなわち、執筆者は、読者の役に立ちかつ自らは抑制的になりつつ、あらゆる重要問題を抜け目なく摘示しなくてはならない。執筆者は、諸々の意見や論拠を系統立てて客観的にまとめてゆかなければならず、しかし結局は自らの主観的見解に言及しないままで済ませることも許されない。議論全体を解明しさらに盲点さえをもくまなく照らすようまとめ上げなければならない。コンメンタールに求められるのは、問題の取捨選択、圧縮、整理、そして公平無私である。要するに、自己実現ではなく、他者のテクストへの奉仕が求められるのである。[52]

A. ライヒ参議院選挙法

ケルゼンは、すでに研究活動を始めたばかりの頃に、コンメンタールの執筆に取り組んでいた。

1907年に公布されたライヒ参議院選挙法[53]によって、国民のうち男性に限られたとはいえ、普通平等選挙権が議会に初めて導入され、その年にハンス・ケルゼンは同法のコンメンタールを公刊した。[54] 刊行期日は、新法に従って行われる最初の選挙の前にコンメンタールが公刊されるよう設定された。ケルゼンは、若者が名を成そうとする際に好んで使う方法を用いた。世の若者は、誰も見過ごすことのできない新規制定の法律を探し、この法律について誰よりも先に他の人々の仕事に資するようなコンメンタールを作成したいと考える。通常は期待した通りに事が運ぶ。しかし当時は、今よりもリスクが小さくはなかった。なぜならば、執筆者の名前が肯定的に記憶に残るのかそれとも否定的に記憶に残るのかは内容次第であり、コンメンタール執筆の条件はその質にとって不利だったからである。ケルゼン・コンメンタールにも時間的制約があったことが見て取れる。すなわち、執筆作業の徹底さは均等ではなく、比較法の箇所は、執筆した本人も詫びているが、[55] 完全に欠落している。それにも関わらず、ケルゼン・コンメンタールは、当時の選挙法の文献の中では里程標となっている。

二つの特徴がこのコンメンタールを際立たせている。すなわち、一方でケルゼンは、政治的価値判断についてきわめて自己抑制的な態度をとる。他方で、選挙技術上の問題提起への関心が顕著であり、これは次のような洞察に基づいている。すなわち、国民が自らの意見を表明するために手続を必要とするどの選挙の背景にもインフラストラクチャーがあるという洞察、換言すると、民主制というのはいたって技術的な問題であり、その問題を理解するために国家哲学だけでは不十分であるという洞察である。

選挙法に取り組んだことは、ケルゼンにとって幸運であった。なぜならば、その際に彼は、諸々の根本問題に向き合ったからである。彼は、すでに最初の論文[56]で、市民と国家機関たる選挙民という二重の地位に魅了され、選挙権と選挙義務の共存によって撹乱され、主観法と客観法の二元論によって困惑させられ、国家によるすべての決定が手続に依拠することを認識した。国法学の主要問題を提起しようという発想は、おそらく選挙法の研究から生まれたのであろう。

B. 暫定憲法

1919年、ハンス・ケルゼンは、再びコンメンタールの形式に取り組んだ。すべてを取り仕切る立場にあって（im Zentrum des Geschehens stehend）かつ新興の共和国に好意的であったケルゼンは、新規の憲法法律集の編集をいち早く決意した。それらの憲法法律は、まずは暫定憲法制定国民議会によって、次いで憲法制定国民議会によって議決されていたのである。編集に向けてケルゼンを鼓舞したのは、憲法法律集の第一部に序文を寄せたカール・レンナーだろう。

憲法法律集は、四分冊で出され[57]、注記を付す形での法律集と本格的なコンメンタールとの間で変動した。いくつかの注釈は、暫定憲法をほとんど単独で構想したレンナーとの話し合いの結果だった[58]。ケルゼンが苦心したのは、歴史的連結をつけること、新たな方針転換を注釈すること、しかし同時に断絶や矛盾点をも明らかにすることであった。執筆作業の徹底さは法律によって変動するものの、常に節度は保たれていた。ケルゼンは、細部まで熟知していた選挙法に最も厳密にかつ集中的に取り組んだ[59]。

C. 連邦憲法

1920年連邦憲法が可決されたのち、ケルゼンは自ずと、憲法を支持し、おそらくそれに最も精通する人物となった。もっとも、この時にはケルゼンは、任務を一人で遂行しようとは考えなかった。連邦憲法コンメンタールの作成は共同作業である――ちなみにケルゼンが生涯において関わった中で唯一の共同作業である[60]。共同編者の一人は、ケルゼンよりも9歳上のゲオルグ・フレーリッヒ（Georg Froehlich）であった。彼は、憲法に携わり、連邦宰相府で、共和国憲法の編集を所管する部局を指揮していた[61]。そしてもう一人は、アドルフ・メルクルであった。彼はケルゼンよりも9歳下のケルゼン門下生であり、ケルゼンと共にヴィーン法理論学派の共同創始者として大変よく知られている[62]。

コンメンタールの序文[63]によれば、ケルゼンがフレーリッヒとメルクルを共同編者にしようと考えたのには二つの理由があった。一つは、自分自身の作品と距離をとることが必要であったためであり、もう一つは、傑出した二人の実務精通者の助力を得ることが必要だったためである。前者よりも後者の動機の方が信憑性が高い。なぜならば、ケルゼンと同様にフレーリッヒとメルクルも、連邦憲法との間に距離がなかったからである。彼らは、宰相府の側から、憲法委員会の小委員会を担当し、1920年の長い夏のあいだ中、ケルゼンとともに連邦憲法の編集に携わっていた。憲法制定国民会議における編集作業がすでに徹底したチームワークだったので、ケルゼンは、コンメンタールの作成にも共同で着手することにしたのである。

ケルゼン / フレーリッヒ / メルクルのコンメンタールは、その刊行年が1922年であったということからして、〔1920年連邦憲法に関する〕最初期のコンメンタールとして認識できる。このコンメンタールを最も的確に特徴づけるならば、それは担当者コンメンタール（Referentenkommentar）である。なぜならば、このコンメンタールは、連邦憲法成立の背景事情をくまなく照らし、それまでの準備作業を理解し易くするからである[64]。このコンメンタールは、教授によるコンメンタールとも裁判官によるコンメンタールとも大きく異なっている。唯一の例外を別にして、文献がみごとに無視されており、判例の参照指示についても片手で数えられるほどしかない[65]。これに関しては、文献や判例に取

り組むことに苦労するだけの価値もあったとすれば、それらは十分に存在したであろう。文献・判例が断念されたのは、一方では明らかに作業を効率的に進めるためである。他方では、伝統の綱を断ち切り、ライヒ裁判所の実務ならびに君主制に囚われた国法学を忘れさせるという意図があったからであろう。

こうした特徴を有する反面、最初期のコンメンタールの特徴は、ケルゼン / フレーリッヒ / メルクルのコンメンタールにはかなり欠如している。すなわち、要点を押さえ、方向性を示し、そして将来の実務に影響を与えるという要請は、各行からはほとんど読み取れず、創作者の筆からなる真正の注釈によって新たな議論を規定する可能性は利用されないままである。

注釈においてもっぱら重視されているのは、権力をもつ組織およびそれを統制する組織であり、したがって憲法の技術的側面である。権限と手続が注釈の中心をなし、国家機関の協働、国家機関どうしの関係、さらには予想され得る衝突さえもが、事態の経過に関する驚くべき予見や政治的帰結への明白な展望をもって分析され、文体は飾り気がなく、語調はきわめて抑制的である。

連邦憲法において明文化された諸々の価値（Werten）については、疑念からあからさまな拒絶にまで及ぶ懐疑心をもって注釈が作成されている。その代表例は、民主的共和国であることを宣言する連邦憲法１条についての注釈で示されることとなる。その注釈によれば、「１条は重要な法内容をもたない。憲法が実際に民主的共和国を具現しているかどうかは、憲法の組織技術上および実体法上の諸規定から明らかになる[(66)]」。これに対して、採用されなかった政府草案における同じ条文についてカール・レンナーが書いた注釈は、民主制の宣言（Demokratieproklamation）の規範的性格をはっきりと強調し、その射程を次のように規定した。「この命題は単なる記述にとどまらず、法命題なのであり、直接的に国民の選挙によってであれ、間接的に選出された国民代表による任命の方法であれ、国民によって設置されていない権力は、憲法にはなく、またあってはならない[(67)]」。

シリーズの最初の四分冊をすでに際立たせていた批判的な特色は、ケルゼン / フレーリッヒ / メルクルのコンメンタールでも維持されており、自分達の仕事の相当な部分に批判を加えることも平然と行われている。編集の見落としが

明らかにされ、誤りのある法技術上の構成が指摘され、いくつかの誤脱も露わにされる。場合によってケルゼンは、法政策上の批判をも包み隠さず行なっている。

D. 性格づけ

以上の大雑把な観察でも、要点を簡単に押さえるには十分であろう。ハンス・ケルゼンは、コンメンタールの執筆者としては、構造を浮き彫りにすること、組織上の枠条件を叙述すること、手続技術上の経過をくまなく照らすこと、そして解釈の選択肢を明示することに自らを制限した。彼の実証主義的な活動方針は、彼が実定法についてほとんど述べることがないという逆説的な結果になる。それゆえ彼は、パウル・ラーバント（Paul Laband）とオットー・マイヤー（Otto Mayer）がまさにようやく克服した法律の学知（Gesetzeskunde）に逆戻りする危険を冒しているのである。

Ⅳ. 憲法裁判官としてのハンス・ケルゼン

飾り気のない憲法の起草者の時もあれば、抑制的な憲法コンメンタールの執筆者の時もあったが、法理論に関する著作に比べて、憲法に関する業績は非常に少ない。それゆえ、戦間期より聞き伝えられるのは、憲法のドグマーティクが待たれなくてはならないことがあったとしても、その際にケルゼンがそれを充たすことはないという非難である。彼の解釈不可知論（Auslegungsagnostizismus）や学問倫理は、諸々の問題が生じれば、そこで彼に注釈を止めさせることとなったと言われた。

これは正しいと同時に間違ってもいる。というのも、我々が憲法裁判官としての役割においてケルゼンを観察すれば、憲法に対する全く別の関わり方を看取することができるからだ。我々は、彼が裁判官の職権を行使した方法に関して、2005年のロベルト・ヴァルターの著書[68]に基づいて十分に精通している。その研究結果は驚くべきものである。憲法コンメンタールの執筆者と憲法裁判官とは、昼と夜ほど違っているのである。

A. 裁判所への招聘

ケルゼンは、1919年から1930年の間、オーストリア憲法裁判所〔1919年のライヒ裁判所および1920年の憲法裁判所〕に裁判官として所属していた。つまり彼は、ちょうど37歳のときに任命され、49歳になる前に退職した。

彼の選任に際しては、偶然も絡んでいた。ケルゼンによって構想された憲法裁判所法が発効した直後に同裁判所の最初の裁判官が選任され[69]、その中に1919年３月30日に急死したエドムント・ベルナツィクもいた[70]。ヴィットレッリ（Paul Vittorelli）長官は彼の死を宰相府に伝えると同時に、ハンス・ケルゼンを「格別に熟達した専門家」として、ベルナツィクの後任に推薦した[71]。宰相府はこれに従い、1919年５月３日にケルゼンを憲法裁判所の裁判官として選任した[72]。1919年４月３日の法律によって裁判官の数が８名から12名に引き上げられた後、ケルゼンと同時に４名の同僚が憲法裁判所に着任した[73]。

1920年11月の新たな連邦憲法の発効によって、ライヒ裁判所の時代は終わった。しかし、同裁判所の裁判官は1920年の経過法[74]29条２項に従って留任した。

1921年７月13日の憲法裁判所法の公示は、連邦憲法147条３項によれば国民議会と連邦参議院からそれぞれ半数ずつ選出されなければならなかった裁判官の最終的な選任方法を明らかにした。ケルゼンは７月15日に国民議会によって憲法裁判官に選出され[75]、これによりケルゼンは、憲法裁判事としての任に一生涯就くこととされた。

ケルゼンは、憲法裁判事となった当初から、常任担当者としての役割を委ねられていた[76]。常任担当者の任務が判決の原案を準備することだったので、また、常任担当者に選出されたのは計３名ないし４名だけだったので[77]、ケルゼンは憲法裁判所においてすでに形式的に卓越した地位にあった。憲法審議に由来する知識、分析の精巧さ、そして議論への意欲によって、彼はすぐさま裁判所における中心人物の一人へと昇進した。それゆえ当然、1919年から1929年までの憲法裁判所を「ケルゼンコート」と性格づけることができるのである。

B. 裁判におけるいくつかの立場

コンメンタール執筆者としてのケルゼンを特徴づけていた自己抑制は、裁判

官としての彼には全くなかった。彼が書いた判決の中には、どの問題に対しても解決策があり、全体として見れば、裁判官としての彼は明確な行動計画（Agenda）さえ追求していた。以下では、このおそらく驚愕に値するテーゼの裏づけを、連邦国家、民主制、基本権、法の保護、そして権力分立との関連で試みることにしたい。その際、憲法の初期状況（Ausgangslage）をその都度思い起こし、その上でいくつかの中心的事例を詳しく述べることにする。

1．連邦国家

連邦国家に関して、初期状況は手短に述べられる。前述のように、特別裁判所による法律審査が導入された主たる理由は連邦制にあった。憲法裁判所は、新たに設立された連邦国家において、連邦とラントとの間で起こり得る権限争議を裁定する仲裁機関として構想された[78]。連邦機関であるにも関わらず、憲法裁判所は、諸ラントにも受け入れられるものとされ、またその必要があった。同裁判所に欠かせない中立性は、一方で裁判所の裁判官および補欠裁判官が国民議会と連邦参議院からそれぞれ半数ずつ選出されることによって担保された[79]。他方で、ラント政府には、連邦上の対立する法律（Gesetze des föderalen Gegenübers）についての異議を憲法裁判所に申し立てることが認められていた[80]。連邦法律とラント法律とは同等の地位にあり、後法優先の原則に従ってそれぞれが部分的に廃止し合うことができた限りでも対等であった[81]。新憲法での連邦国家上の権限配分は、初めのうちはまだ未解決のままであった。その権限配分が効力を発するまでの当分の間、1867年の12月憲法における権限配分が引き続き妥当した[82]。

憲法裁判所は当初から、自らの任務に真摯に取り組んだ。この評価は、1922年の判決（Erkenntnis）――この概念はオーストリアでは今日まで公法裁判所の判決（Urteil）を指す――に基づいて裏づけられるだろう。この判決はヴィーンのラント法律と関連しており、それによれば賃借人は家の管理人に清掃費の支払いを義務づけられており、またそれを根拠にしてヴィーン市は、命令によって最低料金を公布した[83]。ヴィーン・ヨーゼフシュタット管区裁判所は、命令における料金規定の法律適合性に疑義があったとの理由でその命令を取り

消したが、ラント法律に対しては異議を唱えなかった。それにもかかわらず、憲法裁判所は、職権に基づいて訴訟を開始することによってラント法律を審査し、同法律が民法を規律しているとの理由で、最終的には憲法違反であるとして同法律を廃止した。[84] 判決によれば、管理人の雇用関係は所有者との民法上の契約によって根拠づけられ、賃借人に対する清掃費の義務づけは賃貸借契約の構成要素であり、例外的に民法領域に対してラント法律を発布するという連邦憲法15条５項で予定されたラントの可能性は、具体的事例には当てはまらない。同じく憲法裁判所は、家管理法は昔からラント法律によって規律されていた奉公人法（Gesinderecht）に数えられるというヴィーンのラント政府の論拠をも払いのけた。すなわち、ラント議会が12月憲法の下でライヒの権限を援用していたことは、憲法裁判所により先例として扱われない。奉公人法は疑いなく民法に数えられ、同法をラント立法に委任することは、同法と結びついた民法の特に重要な構成要素、つまり統一的な労働者法を〔連邦立法権限から〕切り離してしまうゆえに疑わしいとされた。[85]

二つ目の決定は、1888年の健康保険法、より正確には保険加入義務を農業・林業労働者にまで拡大する1921年の改正法[86]に関連していた。この連邦法律に対して、ザルツブルクのラント政府は次のような論拠でもって異議を申し立てた。すなわち、農業・林業労働者に関しては、1874年以来、連邦に解体する権限のない健康保険金庫（Krankenkasse）が設置されてきた。憲法裁判所が判決[87]の導入部分で確認したのは、社会保険について連邦憲法で予定された構成要件該当事実はまだ効力をもたず、ゆえに同事実は12月憲法に則らなければならないということである。憲法裁判所によれば、審査された規定は、公法上の施設の設立と結びついた強制保険をもたらすので、民法には含まれない。そのような公法的健康保険は、ライヒ代議制に関する国家基本法11条にすべて列挙されたいずれのライヒ案件にも包摂され得ないのであり、当然のことながら、1867年〔国家基本法制定時〕にはまだ疾病に対する事前配慮が国家任務とはまったく見なされていなかった。憲法裁判所は、〔国家基本法と〕矛盾する君主制下での憲法実務を、明らかに関連しないものとして処理した。なぜならば、そのような憲法実務は、統制を欠くことによってのみ可能だったからである。憲法裁

判所は以下のような言葉で締めくくった。「社会政策上の大きな進歩を意味する重要な法律が古い権限規定に合致しないゆえに永続的に廃止されてしまった場合に起こり得る諸々のきわめて憂慮すべき帰結を十分に自覚して、他ならぬ憲法の厳格な監視という指針が自らの活動に与えられている憲法裁判所は、失効に関して［…］6ヶ月という［…］予定された最長の期限を設けたのであり、これによって、それに関して憲法で任命された機関は、現代的な社会政策の必要性を憲法適合性という譲れない要請と一致させる機会を得る[88]」。

三つ目の事例は、ヴィーン映画法に関連する。1926年に公布されたこのラント法律[89]は、連邦警察庁に執行任務を委ねることを禁止するものであった。連邦政府はこの法律が憲法違反であるとして異議を申し立てた。その理由は、国家警察庁を連邦官庁とし、また同庁のそれまでの事務を連邦事務として継続させる1920年の経過法10条に、この法律が違反するからである。憲法裁判所は、映画制度が立法と執行においてラント事項であることを判決の導入部分において確認した上で、経過法10条は狭く解釈しなければならないことを明確化した。そのように解釈しなければ、同条は第5の権限類型、つまり一般規定に対する恒常的例外――「連邦国家の全体構造にとって決定的な権限配分のきわめて深刻で非常に厄介な変更」――を構成するが、そのような恒常的例外は諸ラントの立法権能をも脆弱化させるからである[90]。そうなってしまうと、連邦国家原理に相応する、すべての構成国の対等性と矛盾することになる。つまり、経過法10条の主眼は、警察庁を連邦官庁として格づけることにあるという[91]。「それまでの国家警察庁の事務を連邦事務として継続させる」との文言は巧みに抹消解釈（weginterpretieren）され、結果としていかなる意味も有しなくなった。その後に連邦政府は、憲法裁判所の立場を変更させるよう何度か試みたが、成功しなかった[92]。

これら三つの判決はすべてハンス・ケルゼンによって起草されたもので[93]、連邦国家に関する裁判を特徴づけるためには、これら三つの判決で十分であろう。憲法裁判所は最初から舞台を支配していた。すなわち同裁判所は、職権によって審査手続を開始したのであり、また歴史的な権限保持状況にも政治的な帰結にも影響されなかった。憲法裁判所にとって重要とされたのは、憲法の文言、

体系、そしてとくに目的論（Teleologie）であった。憲法裁判所は、自らの決定から生じる諸々の帰結に対して目を閉ざしていた。その限りで憲法裁判所は、民主制過程に信頼をおき、しかし同時にこの過程を重圧の下に置いた。こうした戦略によって憲法裁判所は、核心において成功を収めた。1925年、さしあたり未解決のままにされていた連邦憲法における権限配分は遂に効力をもった。(94)

憲法裁判所の基本方針として役に立ったのは、ある時は権限の厳密な境界づけであり、またある時は権限領域の可能な限りの解きほぐし（Entflechtung）であった。この基本方針は今日まで維持されている。しかし当然のことながら、連邦管轄とラント管轄との境界が100年後の裁判でも明白であること、あまりに明白であることは、ますます問題になっている。

2．民主制

民主制との関連では、1920年の初期状況は今日のそれとは異なる。連邦憲法は、その原案において、ラディカルな形式とは言わないまでも、純粋培養の議会民主制を実現させていた。連邦から諸ラントを通じてゲマインデに至るまで、政治的意思形成過程すべての次元で、普通代表機関は比例代表制の原則に従って選出されなくてはならなかった。(95) これに応じて、その時々の代表機関が政府を指名するが、その政府への委任を不信任投票によっていつでも再び終えることもできた。(96) 国民議会および連邦参議院によって合同会議で選出された連邦大統領は、公証的権限をもつ国家元首としての役割を果たした。(97) 内政的には1926年から状況は極度にはりつめており、経済的には戦間期はオーストリアが連合国の経済的独裁下に置かれた危機の時代であった。ジュネーヴ議定書において連邦に義務づけられたのは、議会の委託なしに講じることのできる再建化措置の権限を政府に与えることであった。その結果、市民政府と社会民主党の反対派との間で抗争が生じた。

ジュネーヴ議定書を国内法化するため、政府はその議定書と同時に、復興法の原案を国民議会に提出した。同法は議会での激しい論争の後に議決された。(98) 同法は一方で、関税の年間総収益（Gesamtjahresertrag）が８千万ゴールドクローネから１億ゴールドクローネに上げられるよう、財政関税法を改正するも

のであった。他方で同法は、「実質的法〔律〕の規定」を命令によって定める権限を連邦政府に与えた。

続いて連邦政府は、命令によって関税率を変更したが[99]、ヴィーンのラント政府は憲法裁判所に対してこの命令に異議を唱えた。

判決[100]において憲法裁判所が自らの本質的任務としてはっきり示したのは、「実質的法〔律〕の規定」に限定する範囲を決定すること、そしてその際に憲法によって引かれた法律制定と命令制定との境界を維持することである。命令は法律に基づいてのみ発布することが許され、したがって法律を執行することだけが許され、法律を変更することは許されないとされた。すなわち、「法律が命令によっておよそ執行可能となるためには、法律は連邦憲法の意味において内容的に十分に規定されていなければならず、法律だけからでも――つまり法律が実施命令の援用を必要とすることなく――意図されたルール化についてのあらゆる本質的要素が看取されなくてはならない。法律を執行『できるか否か（Ob)』のみならず、それを『どのようにするか（Wie)』についても、法律形式で定められていなければならない[101]」。

本件において同裁判所が確定したのは、どのように関税率が変更されるべきかが復興法全体を検討した結果看取できなかったということである。〔復興法に〕規律されているのは、〔復興法執行にかかる〕特別の方法ではなく、最終的効果だけである。言うまでもなく、到達すべき最終的効果の規定によって、関税率の様々な可能性に道が開かれるのであり、それによって実質的な関税立法は議会から政府へと委譲されるという。結局裁判所は、当該命令を廃止した。なぜならば、憲法適合的に解釈すれば、当該命令は復興法による授権の範囲外だからである[102]。しかしながら、同裁判所が純粋に国家組織法上確立した本質性理論は、憲法テクストからすれば、相当大胆であったように思われる[103]。〔判決当時の〕連邦憲法18条２項によれば、行政官庁は法律の範囲内で命令を発布することが許されていたからである。しかし、1925年の憲法改正[104]によって、その憲法裁判所の解釈は、〔改正後の〕連邦憲法18条２項に基礎づけられることになった[i]。

二つ目の1924年の決定は、ニーダーエスタライヒのゲマインデ選挙法[105]に関連

するものであった。同法はまず、選挙人は選挙日と選挙年の１月１日にゲマインデにおける正規の住所を有していなければならないと規定し、次に、兵籍への編入や貧困者扶助施設への入居は正規の住所を根拠づけないと規定していた。裁判所は、両規定を憲法違反とみなした。[106] 第一に、憲法が規定しているのは、選挙資格年齢および住所要請（Wohnsitzerfordernis）にすぎない。住所取得は前もって判断される必要があるので、住所取得の時点というのは選挙日の前であってもたしかに許されるが、１月１日に（も）重要性を認めることはいきすぎで、憲法の沈黙は定住要請（Sesshaftigkeitserfordernis）の拒否と解釈されなくてはならないという。第二に、つまるところ憲法は、裁判管轄法（Jurisdiktionsnorm）66条の概念内容を継受することで、正規の住所の意味を確定している。[107] それゆえ、連邦立法者と同様にラント立法者には、正規の住所の要件に関するいかなる定義権もないという。

他にも、1927年の決定は、第18ヴィーン行政区の区長選挙に関するものであった。管轄区域選挙管理委員会（Sprengelwahlbehörde）は選挙結果を確定したのだが、同委員会の委員長はその後――票差を確かめるべく――選挙記録文書を開き、これを審査し、100票を差し引くことによって選挙結果を訂正したのであった。これに対して区選挙管理委員会（Bezirkswahlbehörde）は、市選挙管理委員会（Stadtwahlbehörde）による再度の審査と訂正によって根本的に管轄区域選挙管理委員会の選挙結果が最終的に確認された。結局、新たな票数調査を行い、再び異なる選挙結果となった。

裁判所で審査を主導したのはケルゼンであった。[108] 裁判所は、彼の原案に基づいて選挙の違法性を確定し、再選挙を命じた。[109] 区選挙管理委員会には選挙結果の審査および訂正に関するいかなる権能もなかったのと同様に、管轄区域選挙管理委員会の委員長には、開封（Versiegelung der Öffnung）、再審査および選挙結果の訂正のためのいかなる権限もなかったと判断された。市選挙管理委員会による選挙行為の審査もまた、その票が完全無欠であること（Integrität）についていかなる保障ももはや存在しなかった時点で行われたと判断された。というのも、二度にわたる違法な操作によって、内容についての変更は排除できなかったからであるとされる。裁判所によれば、たしかに、変更され

たということは確認され得なかったのであり、とくに100枚の投票用紙が紛失したことはおそらく起こらなかったという。だが、裁判所によれば、これは単なる推測にすぎないのである。裁判所は最終的には、「選挙結果の変更に少なくとも最も重大な可能性を与える選挙手続のいくつかの違法があったという事実を拠り所にした」。選挙結果の差はわずか36票にすぎないので、潜在的に違法な184票は選挙結果に十分影響し得るという。その際に裁判所が前提にしていたのは、裏づけられた違法が選挙結果に影響し得たならば、選挙を無効にできるとの認識である。結局のところ、この判断は憲法裁判所の裁量に委ねられるとされる。「本件において憲法裁判所が非常に厳格な基準をあてがった場合、これは、すべての決定的な国家機関が選挙を通じて任命される民主的共和国において国家の土台の一つを形成する選挙の法律適合性のためになされたのである」[110]。

これらすべての判決は、今日まで刻印を与えている。法律適合性原理（Legalitätsprinzip）はオーストリアでは特に重んじられており、法律の規律には、国際的に比較してきわめて高度な明確性（Bestimmtheit）の基準が要求される。その帰結として、すべての本質的決定は議会に属さなければならず、また、国内法への変換を要する EU のあらゆる法行為のうちの 8 割は、法律形式で国内法化されなくてはならないのである。他国との比較において選挙審査が如何に厳格に行われているのかは、近年では2016年において、オーストリア連邦大統領の決選投票の審査に際して示された。裁判所は、770,769の郵便票が違法であったとの結論に至った。なぜならば、同票が入った投票用封筒は間違った時間に間違った者によって開封されていたからである。その際に、選挙結果の歪曲への嫌疑あるいは非難すらも懸念されることはなかった。候補者間の差がわずか31,000票になった後、裁判所は、選挙結果への関連性という抽象的可能性があるだけで足りるとの論拠づけでもって選挙を無効にした[111]。オーストリア全土で再び選挙が行われなくてはならなかった。

3．基本権

基本権の評価について、同時代の法学の中では、懐疑的見解が優勢だった。

諸々の自由権は、それらが法律の留保によって自由に処理できた限りで、使いものにならないと思われていた。なぜならば、一般的法律留保が自由権を空転させると言われていたからである[112]。それどころか、諸々の平等保障にかんがみて、それらの保障が実現可能なものでまたそれが望ましいのか否かについて、強い態度保留さえあった。その限りでは、ケルゼンも例外ではない[113]。例えば平等原則について、彼は次のように述べていた。「この政治的リベラリズムの常套句は、憲法の見地からしてきわめて不明瞭である[114]」。

このように同時代の法学による懐疑的見解と忌避とが入り混じっていたために、基本権は戦間期の裁判においていかなる役割も果たさなかった、あるいは単に周辺的な役割を果たすにすぎなかった、というのが今日までのオーストリアにおける支配的見解である[115]。もっとも、これは偏った見方である。裁判所は基本権を真剣に受け止めていたのであり、そして大抵の場合その原動力となったのはケルゼンであった。

これが特に明白になるのは、1918年に発布され[116]、後に憲法ランクを与えられた[117]検閲の禁止の解釈においてである。1919年、予め検閲にかけることなしに作品を上演した舞台監督が訴えを提起した。裁判所内部の審議において担当者は、演劇の検閲は検閲の禁止について意図されていない、との意見を表明した。ケルゼンは、「あらゆる（jede）」検閲も排斥しているテクストを指摘して、その意見に反対した[118]。４名の裁判官はケルゼンの意見に与し、他の４名の裁判官は担当者の意見に従い、指揮をとっていた長官は担当者の意見を採用した[119]。

1926年、演劇の検閲が再び審査された。自由思想家同盟（Freidenkerbund）は「プロレタリアートの妻」を上演するよう申し立て、必要な許可も与えられたが、多くの章句の切除を求める条件や制約が伴っていた。この時はケルゼンが担当者であった[120]。彼は、臨時国民会議の議決[121]の明確なテクストであり、1920年には連邦憲法によってその構成要素と宣言されたテクスト[122]をまたもや指摘した上で、この時は自らの意見を貫いた[123]。その結論は、あらゆる事前検閲の絶対的禁止であった。後に裁判所は、青少年保護の必要から検閲が正当化される状況においても、絶対的禁止を堅持した[124]。

裁判所は、臨時国民会議の議決によって完全な集会・結社の自由が確立され

た限り[125]で、その議決を〔検閲禁止と〕比較可能なほど厳格に理解した。確立した判例において裁判所が確定したのは、集会・結社の権利におけるすべての許可要件は失効し、その再導入は許されない、ということである[126]。同権利に対しては、届出義務は許されてはいるが、それ以上は許されなかった。

同じように、平等原則についての裁判も驚くべきものである。1923年の決定は、地域警察官の職業倫理に反する婚姻と関連していた。警察官は、そのような婚姻をしたという理由で懲戒に付された。憲法裁判所の見解によれば、平等原則は、個々の職種（Klassen）を、公共の福祉の重要な根拠に基づいて例外的に不平等に扱うことを妨げるものではない。同裁判所によれば、しかし法律は必要なのであり、しかも法律があるだけでは不十分で、「この法律も、それ自体の目的によって与えられた諸々の限界を守らなくてはならない[127]」。これに関してはすでに、確固たる審査プログラムが定式化されている。すなわち、不平等取扱いは公の利益の下でのものでなくてはならないのであり、つまり不平等取扱いに関しての法律の根拠を必要とし、その根拠は公の利益に比例していると証明されなくてはならない。

原因となった事件での懲戒理由は、最終的には連邦大統領によって恩赦を与えられた女性の有罪判決であった。この点において裁判所は、単に重大な不利益および不公正のみならず、法的平等権の違反つまり職業特権（Vorrechten des Standes）からの排除の違反をも認めたのであり、またこのことは、単に申立人のみならず、その妻をも考慮してのことであった[128]。最初ケルゼンは、審議においてさらに一歩踏み出して、懲戒法（Disziplinarrecht）それ自体を職業に基づく差別であり平等原則違反と見なすことを求めた。しかし議論する中でケルゼンは、あらゆる職業上の義務が憲法違反というわけではないことに納得し、最終決定においてオフナー（Julius Ofner）の案に同意した[129]。

1924年の別の事例は、あるプロテスタント教師の憲法訴願に関するものであった。その教師はヴィーンで校長になろうとしたが、すでに公募の段階で落とされていた。この公募で彼に求められていたのはカトリック教の授業をするための資格で、これはライヒ国民学校法を根拠にし得たのであり、それによれば、学校の責任ある長としては、生徒の多数派が属する信条の宗教授業を行うため

の能力を証明するような授業担当者のみが選任されることになっていた。[130]

本件において裁判所は、サン＝ジェルマン条約を援用した。裁判所によれば、同条約は「平等についての明確かつ一義的な定義」を含んでおり、公職への任用に際しての教派を理由とした不利益取扱いを禁止している。[131]その上で、ライヒ国民学校法は、そのような不利益取扱いに通じており、また同法の宗派中立的な形式でもそのことは少しも変わらない。なぜならば、サン＝ジェルマン条約は、法的平等だけでなく、事実上の平等をも保障しているからである。校長になるための資格は信仰告白をなさずして取得され得なかったのであり、それゆえに、これを規定するライヒ国民学校法48条は、サン＝ジェルマン条約の中に含まれる後の憲法規定によって失効したとされる。担当者報告はなおも憲法訴願を棄却する内容となっていた。ケルゼンは議論をひっくり返すことに成功し、最終的に下された決定に関して論拠づけを与えたのであった。[132]

次なる基本権事例で訴えを起こしたのは、タクシー運転手になろうとしたが、1913年の命令がこれを男性に限定していたために叶わなかった女性であった。これを裁判所は、憲法によって保障された両性の平等に対する違反と見なした。裁判所は両性の平等を次のように理解した。「もっとも〔連邦憲法〕７条は、性別によって例外的に不平等取扱いが生じるのを妨げないが、このことは、不平等取扱いそれ自体の正当化が性の本質においてなされる場合に認められるにすぎない。[133]」。

審議においてケルゼンが述べたこの基準は、[134]たしかに最高の知恵ではなかった。しかしこの基準は、ドイツ連邦憲法裁判所が50年後もなお考慮に入れることとなった。[135]生物・機能上の区別よりも厳格なものである。ともあれ、憲法訴願の適法性は認容されたのであり、しかも全員一致であった。筆者は、本件が1950年代または1960年代に起きたとしたら、それがまったく同じ結果になったのか疑問である。

これとは逆に、裁判所は、所有権に関しては極めて抑制的であった。フォアアルルベルクおよびシュタイアーマルクのラント政府は、賃貸借法[136]に対して、いくつかの制約が所有者に課せられているとの異議を申し立て、これらの制約は、然るべき補償を欠いた、住宅所有の社会化および公有化という結果となり、

またそれらの制約が賃借人および住宅所有者に対する賃借人の利益を一方的に優先することで、国民の不平等取扱いをもたらすと警告した。[137] 憲法裁判所は申立てを却下し、論拠づけにおいてそれらの制約の比例性を審査することを拒否した。[138] それに関する判示は今日までしばしば引用される。

「公共の福祉あるいは公共の最善は、法律学上まったく把握できない概念であり、かかる前提の存在を確定するのは立法者の専属事項である［…］。端的には、立法機関の主要任務は、多方面で対立する諸々の利害の価値について判断を下すこと、立法機関の見解からしてより重要な利害を優先すること、あるいは、対立する利害の間で妥協を成立させることに存する。しかし憲法裁判所は、そうした問題において意見を述べることを断固として拒否しなくてはならない[139]」。

この判示は、今日では混乱を招くものかもしれない。しかし、戦間期のイデオロギー上および世界観上の対立という背景の下では、この判示は十分に理解できる。共通の基盤としての民主制、イデオロギー論争の決着をつける場としての議会を受け入れる用意は、政治的波長の両方の側で大きくなかった。裁判所はおそらく、これらの用意を必要もなく弱めることを案じていたのであり、それゆえに経済政策上は中立に行動したのであった。

総じて、たしかに基本権についての判例は、取り混ぜられたイメージを痕跡として残している。しかしながら、比例性審査のアプローチ、平等保障にかかる禁止内容への間接的な差別の取込み、あるいは、両性の平等の厳格な解釈のように、多くの判例は驚くほど現代風に思えるし、このような場合には、裁判所内で常にハンス・ケルゼンに決定的な役割があったと言ってよい。ケルゼンによって普及させられた検閲の禁止および集会・結社の自由の解釈は、今日まで維持されてきた。これに対して裁判所は、ケルゼンの退官直後から、平等原則の厳格な解釈から再び一線を画すようになり[140]、1920年代の水準にまで再び達するのに非常に長い時間がかかった。

4．法の保護

法の保護について、1920年連邦憲法は、個々の点での悪化をもたらした。

1876年以来、行政行為によって自らの権利が侵害されたと見なす者はすべて、行政裁判所に異議を申し立てることができた。さらに1869年以来、政治的権利の侵害を理由にライヒ裁判所に訴えを提起することもできた。これに対し、これらの異議申立てを行うことに関して、いかなる形式上の手続要件も存在していなかった。行政行為のみならず、事実上の介入も、法廷で争い得ると見なされていた。なぜならば、ライヒ裁判所は、その判決において絶えず、政治的権利の侵害を理由とする同裁判所での法の保護は行政による法的救済や行政裁判所への異議申立てが失敗に終わった場合いっそう可能でなくてはならない、との立場に立っていたからである。[141]

これは、行政にとって目の上のたんこぶだったが、1920年の連邦憲法においては、公法裁判所（Gerichtshöfe des öffentlichen Rechts）への出訴について限定的な様式が貫かれた。連邦憲法144条は、憲法裁判所への異議に関しても、予め行政裁判所で判決があったことを訴訟要件として規定した。基本権侵害の可能性と並んで必要とされたのは、異議が処分（Bescheid[ii]）に対してつまり形式上の行政行為に対して向けられたということである。同じように、法律や命令を審査する憲法裁判所の権限は、法形式と結びついていた。その法形式により裁判に訴える途が予め決められており、法の保護システムの訴権的構成は、裁判所への広範囲にわたるアクセスに諸々の限界を設けていた。けれども、憲法裁判所は、これらの制限を克服するための方途を見出したのであり、ハンス・ケルゼンは常にその原動力となっていた。

裁判所の最初の戦略は、権限を根拠づけている条文を拡大解釈する点にあった。1921年、チロルは、外国人への糧食提供に関して旅行小切手を流通させることにした。チロルに住所をもたない者は、チロルでの宿泊および食料品に関する出費を旅行小切手によって支払うことしか許されていなかった。この旅行小切手はクローネと書かれていたが、ライヒマルクと引換えに取得されなくてはならなかった。この要請はラント議会の議決の形式で行われたが、連邦政府はこの要請に対して異議を申し立てた。担当者ノイマン＝エッテンライヒ（Robert Neumann-Ettenreich）は、〔この要請には〕法律が欠如しておりまた公示もされなかったことを理由に、申立ての却下を提案した。[142] ケルゼンはそ

の意見に反論し、憲法裁判所の審査可能性を回避できるようになってしまうと連邦憲法が根底から揺らぎかねない、との疑念を呈した。裁判所はケルゼンに従い、判決の中で議会の議決もそれらが単にラント議会内部の行為にとどまらず実際上の効果を発揮する限りで法律審査に服するとされた。[143] その議決は内容からして法律の形式を必要としたので、憲法違反として廃止され、さらに裁判所は、同議決が権限配分にも違反していることを明らかにした。というのも、貨幣制度は連邦立法に留保されており、ラントの立法案件には入れられていなかったからである。[144]

二つ目の戦略は、裁判所が特定の行為に二重の性質を与えるというものである。典型例は、財務省令[iii]についての判決である。同省令は、二つの個別に特定された抵当権の被担保債権（hypothekarische Forderungen）の支払いまたはその債権についての支払いの受領を禁止しており、さらに同省令はこれに関するすべての裁判手続の中断を命じていた。[145] しかしながら、これらの債権はすでに訴訟の対象になっていたのであり、保険会社アンカーには、トリエステの一筆の土地に設定されていた（besichert mit einem Triestiner Grundstück）抵当権の被担保債権につき、抹消可能な受領証書を原告らに交付するよう確定判決が下っていた。しかし同省令は、執行裁判所（Exekutionsgericht）が執行を延期する原因となっていた。[iv] 延期の決定に対しての上訴（Rekurs）は不首尾に終わり、[v] また裁判所〔執行裁判所およびラント民事裁判所〕は同省令を憲法裁判所の面前で取り消す必要もないと判断した。これに対して両債務者は憲法裁判所に訴えを提起し、同省令が実際には個別の行政処分（individuelle Verwaltungsverfügung）に該当し、ゆえに処分（Bescheid）として争い得るとの異議を申し立てた。憲法裁判所は、同省令を処分として性質決定することで、両債務者の異議申立ての審査に乗り出した。しかしその後、憲法裁判所は同省令を命令として審査し、それを次のような理由で法律違反として破棄した。すなわち、同省令の根拠である戦時経済授権法は、一般的な措置を講ずる権限しか同省令に認めていないという理由である。[146] 憲法裁判所によれば、法律形式では発布されない一般的規範としての命令概念はオーストリアの法秩序に内在しており、一般的な執行規範と個別的な執行行為との区別は昔から、民主的憲

法の根本原則に数えられてきた。その上、同省令は、司法に対する行政の許されない介入であり、二つの被担保債権の保持者を自らの法律上の裁判官から引き離すという。最終的に憲法裁判所は、争われた行為の破棄にはその行為と同様に二重の性質が備わっていることを確定した。その二重の性質は、法律および憲法を多層的に侵害する命令を取り消すのと同じように、個別の指示（individuelle Anordnung）をも取り消すとしたのである。[147]

三つ目の戦略の例は、料金所の遮断機が下ろされそして拘束すると言われて脅されることにより、路上で進行妨害された自動車運転者と関連していた。運転者は、この事実上の妨害を憲法裁判所で争った。訴えられた自治体（Stadtgemeinde）は、運転者の異議が処分に向けられていないとの理由で、異議を却下するよう申し立てた。憲法裁判所は、この自治体の抗議を退け、ある者の権利に介入するような個人に関わる行政の高権的行為はすべて、憲法裁判所の面前で処分として争われ得ることを確定した。[148] この裁判の結論は、主観的権利へのすべての高権的介入は憲法裁判所で争い得る、というものであった。つまり、一般的介入は命令として、個別的介入は処分として争い得るとした。憲法裁判所は、自らの権限に関する形式的限界を巧みに抹消解釈した。

これについて、行政裁判所は反対に、同裁判所の面前では形式上の行政行為だけが処分として争われ得ることを確定した。[149] 同裁判所は、警察による事実上の強制および単純高権的行為（schlicht-hoheitliche Handlungen）を理由に異議申立てができるとは見なさなかった。[150] その結果、処分概念が二分することになったが、両最高裁判所どうしの争いは、1975年にようやく、憲法制定者によって解決された。[151]

5．権力分立

権力分立に関して、初期状況は再び手短に述べられる。1867年の12月憲法は、裁判作用（Rechtsprechung）をあらゆる所轄部局における行政から分離した。[152] この条項は、両権力の作用を兼ね備えた権力交錯の区役所（gemischte Bezirksämter）に反対するもので、そしてこの条項は、裁判所と行政官庁との間での権限紛争について決定しなくてはならなかったライヒ裁判所の権限に

よって守られていた。[153] 1920年の連邦憲法になってからは、裁判作用の代わりに司法府（Justiz）の分離という言い方がなされ、[154] ライヒ裁判所に代わって憲法裁判所がその役割を果たすこととなった。[155] その他の点では、すべてが以前のままであった。どの国家作用も他の作用の侵入から保護された。つまり憲法裁判所は、権限裁判所として、執行の両部門が自らの領域にとどまり、他の部門の領域に侵入しないよう監視しなくてはならなかった。

憲法裁判所のこうした権限が必要とされたのは、宗教的紛争とは言わないまでも、政治的・世界観的紛争を解決するためであった。オーストリア民法典は、戦間期においてはなお、カトリック教徒どうしの離婚を認めず、婚姻を継続させて再婚を不可能とする別居（Trennung von Tisch und Bett）のみを認めていた。[156] 他方で同法典は、別の箇所では、特段の理由に基づいて行政官庁が婚姻障害を免除できると定めていた。[157] この免除可能性は、結婚に関しては想定されていなかったが、[158] 条文が不明瞭だったので、結婚を婚姻障害と見なすことも当該条文の下に包摂され得たのであり、このことはすでに君主制においては散発的に行われていた。社会党員のゼーファーがニーダーエスターライヒの首相になった後、このことから直ちに、諸々の紛争を引き起こす大衆現象が生じた。行政官庁は婚姻障害を免除し結婚させたが、裁判所は新たに結ばれた婚姻を部分的に認めなかった。というのも、最高裁判所は、特免婚姻（Dispensehen）を無効と見なしたからであり、つまり行政官庁によって与えられた特免の妥当性を審査する権限は、裁判所に帰属していたからである。[159] 1927年まで、すでに５万組の特免婚姻が認められたが、そのうちの１千組以上は裁判所によって再び無効と見なされた。[160]

憲法裁判所は1926年に初めてこのゼーファーによる婚姻に従事しなくてはならなかったが、それは婚姻保護官（Ehebandverteidiger）が次のことを決定するよう憲法裁判所に申し立てた時であった。すなわち、裁判所は、司法と行政の分離原則ゆえに、特免の妥当性を審査する権限はないということである。ケルゼンの意見に反して、[161] 憲法裁判所は、先例が全く存在しなかったことを理由に、その申立てを却下した。同裁判所は、特免についてではなく、裁判所が権限をもつ婚姻についてのみ決定するとした。申立てそのものからすでに示され

るのは、その申立てがいかなる権限紛争にも基づいていないということであるという。なぜならば、その申立てには、ある事項を裁判所ないしは行政官庁の権限に委ねるためのいかなる請求も含まれていないからである。申立人にとって重要なのは判決の正しさを審査することであるが、そのための権限を憲法裁判所は全く与えられていないとされたのであった。[162]

1927年に憲法裁判所は再びゼーファーによる婚姻に従事したが、この時はケルゼンが担当者であった。[163]憲法裁判所に訴えを提起したのはまたもや婚姻保護官で、この時に特免婚姻の無効宣告の申立てを行ったのは、特免を受けた婦人であり、彼女は自身の再婚を終わらせたかったのである。今度は憲法裁判所は、権限紛争であることを肯定した。[164]憲法裁判所によれば、特免の付与はラント首相の義務であり、婚姻の無効宣告は民事裁判所の義務であるが、当該裁判所が特免の法適合性を先決問題として判断することは禁じられている。なぜならば、民事裁判所は、行政官庁の決定後に先決問題を判断する権限をもはや全く有していないからである。さもなければ、民事裁判所は、一般行政手続法（AVG）68条と明白に矛盾し、間接的であっても処分を廃止してしまうのであり、主要な問題についての裁判所による決定が、先決問題についての行政官庁による決定を通じて全面的に確定されているのだから尚更である、と。判決は次のように締め括られた。すなわち、首相に対して彼の活動範囲を超過したことが非難されると主張する民事裁判所が正しいのかどうかは問題ではない。[165]憲法裁判所は、1926年の先例および司法活動の変更については一言も触れなかった。

もちろん、これによって紛争は、決着がつけられたのではなく、争点が移されただけであり、そしてさらに先鋭化した。1928年には、最高裁判所は自らの見解に固執し、[166]憲法裁判所も自らの見解から離れることはもはやなかった。[167]

C. 性格づけ

以上の事例で十分だろう――これらの事例は、憲法裁判官としてのハンス・ケルゼンを詳しく性格づけることを可能にする。[168]

これに関してまず最初に注意を引くのは、ケルゼンが、彼の法学者としての

役割とは全く別に、裁判官としての役割を担っていたということである。裁判官として、ケルゼンは、非純粋法学を恐れはばからなかったのであり、それをまさに好んで用いていた。彼は、法学者としては非学問的なものであるとして退出を命じていた伝統的な法学のあらゆる道具立てを目的に合わせて使用し、その際に、彼がこれらの手段を同僚よりも巧みに使いこなしたことを証明した。ケルゼンは職人的であり、先入観が偽りであることを明らかにしつつ、非常に大胆であった。彼は、文言に拘泥せず、まずもって体系的かつ目的論的に、そしてごく稀に歴史的に論拠づけを行い、裁判所のために法創造的権限を要求し、そしてこれを彼の同僚に抗して擁護した[169]。控えめな解釈姿勢、ましてや「過激な司法的自己抑制[170]」は、問題外であろう。

第二に、ケルゼンは明らかに、自らの憲法裁判所の裁判官職を、政治的役職と理解していた。その役職について彼は、選任を通じて正統化されていると見ていたのであり、またその役職によって憲法政策上の実行計画を貫徹する可能性が与えられていた。この実行計画において上位目標となっていたのは民主制であった。彼は選任を厳格に審査しようとしたのであり、議会にはすべての本質的な決定を自ら下すように強いたのであり、基本権が民主制過程にとってより重要であると思われるほど、それだけいっそう基本権に重要性を認めたのであった。だが、連邦国家性や憲法裁判所への抜け目なき途の保障も、彼にとっては重要であった。

第三に、ケルゼンは第一義的に、審査の対象にではなく、基準に興味を抱いていた。彼は包摂を任意と見なし[171]、時には審議において、憲法適合的解釈によって法律の規定を廃止から救出することに反対を表明した。なぜならば、このことは、憲法裁判所と同裁判所より前に別の解釈を行った官庁との対決をもたらしてしまうからである[172]。

第四に、裁判官としてのケルゼンは、中立かつ距離を保つことに努力していた。権限問題において彼は、結果を気にかけることなしに中立的かつ公平に振る舞い、それどころか、その際に彼は根本的に瓦解する帰結さえ甘受した。なぜならば、彼は、議会による修正に信頼をおいていたからである。

しかしながら、彼は一度だけ失敗した。彼は、ゼーファーによる婚姻をめぐ

る行政と裁判所との間での紛争において、より自由主義的な行政の味方をし、それに続いて日刊紙[173]でも二つの法学論文[174]でも憲法裁判所の理解を擁護した。そのような役割の混乱を、これまで彼は慎重に回避していた。この役割の混乱は、人間的には非常に無理からぬことである。担当者としてのケルゼンの役割が世間に知れ渡ることによって、彼は新聞で重婚者と中傷され、脅迫され、住居に落書きもされた[175]。

D. 憲法裁判所からの解任

しかし、ハンス・ケルゼンにはさらなる厳酷な結果が待ち受けていた。社会党員らは、憲法裁判所がゼーファーによる婚姻においてその見解を維持し続けたことの原因を、憲法裁判所における社会民主党員の優勢に求めるとともに、それについて世論に受け入れられた[176]。1929年の憲法改革の過程で、脱政治化を謳った憲法裁判所の再編が決定され[177]、それに伴う措置として、全構成員の任期を1930年２月15日で満了させることとされた[178]。

ハンス・ケルゼンは、新しい規定にしたがって彼を憲法裁判所に再び指名するという社会民主党員の申し出を断り、さらに同年の1930年、ケルン大学の講座を引き受けるためにオーストリアを離れた[179]。その後、彼がオーストリアに住むことは二度となく、1945年以降、彼をカリフォルニアの亡命先から呼び戻そうと努力する者はオーストリアにおいて皆無であった[180]。

Ⅴ．法理論および憲法理論への影響

最後に、憲法におけるハンス・ケルゼンの実務活動を彼の理論と関連づけることは、非常に興味深いと思われる。我々は概して、まず最初に観念的なモデルが理論的に考案され、その後に実務においてこのモデルが試される、と想定しがちである。時としてこれと逆の場合もあり、実務的課題を克服するために理論が考案されることもある。以下ではこのことを、最小限度で示すことにしよう。

A. 連邦国家理論

連邦国家に関して、ハンス・ケルゼンは、三領域理論（Drei-Kreise-Theorie）によって、独自の説明を提供する。これによれば、連邦国家において、連邦法領域とラント法領域とは同権的に対峙しており、これらの領域の調和は、上位に位置づけられた第三の法領域としての全体法秩序によって保たれる。[181] この構成（Konstruktion）は、とりわけ連邦法律とラント法律とが同等の地位にあり、相互に介入することが可能なオーストリアの連邦国家にとって適切な解釈枠組みを提供する。[182] この構成は、一方では自らが宣唱したラント法に対する連邦法の優位が拒絶されたことの顛末を考慮しなくてはならず、他方では連邦とラントとの間の紛争を法化することを支持していたケルゼンの憲法起草者としての活動から着想を得たように思われる。それに加えて、この構成は、連邦国家の権限配分問題の決定に際して連邦とラントとを対等の同権的パートナーと見なした憲法裁判官としてのケルゼンからも影響を受けていると言ってよいだろう。

B. 民主制理論

ハンス・ケルゼンの民主制理論に関して注意を引くのは、その理論が著しく変化したということだ。1920年に出版された彼の著書『デモクラシーの本質と価値』の初版では、多数決原理が中核に据えられていた。[183] たしかに、いくつかの基本権は、少数派保護の道具として言及されているが、それらは比例代表制の陰であまり重要視されておらず、[184] また、連邦上の紛争の調停から遠く離れて、政治過程の出すぎた振舞いをたしなめる憲法裁判権に関して述べられた箇所はない。これに対して、1929年の第２版では、多数決原理は相対化されかつ分化されている。[185] 多数派の権利は、少数派の存在と少数派の存在の権利を前提とする。この少数派は、特別の憲法形式つまり「高められた定足数と３分の２または４分の３といった特別多数」によって保障することのできる基本権・自由権を通じて、制度的に防護されなくてはならならず、これによって少数派の存在は、単純多数派の介入から守られる。[186] 同様の理由から、単に個別の行政行為のみならず、「命令そして特に法律のような一般的規範も［…］前者はその合法

律性に照らしてまた後者はその合憲性に照らして、裁判所によって統制可能でありまたその必要もある。この統制は憲法裁判所の任務である。そしてこの憲法裁判所の役割は、立法過程において憲法を擁護することが――先に見たように――定足数や特別多数などの規定が保護の役割を果たす少数派にとって格別重要な利益であるだけに、民主制にとって一層重要である。それゆえ少数派は、それが民主制の本質にとって極めて重要なその政治的存立と実効性の点で保護され、多数派の恣意にさらされない立場にあり、そして憲法が不完全法（lex imperfecta）であってはならないとすると、憲法裁判所に直接であれ間接であれ提訴することが可能でなければならない。現代の民主制の運命は、あらゆる統制制度を体系的に整備してゆくことに大きく依存している[187]」。

ゆえにケルゼンは、第２版では、初版ではなおも批判的に評価されていた権力分立にも異なる印象をもっていたのである[188]。こうした彼の民主制理論のさらなる発展が、市民としてまた裁判官としての固有の経験を省察したものであると私には思えてならない。

C. 段階構造学

1919年および1920年にオーストリア憲法裁判所が法律を審査する権能を付与されたとき、同裁判所はいかなる法理論上のマスタープランにも基づいていなかったのであり、少なくとも当時のハンス・ケルゼンは、この制度体を分類しそして理論的に説明することができなかった。この時期の彼の思考の中では、立法行為は彼にとってなおも法学的把握に全く馴染まないような不可思議なものであった[189]。彼の教授資格論文である『国法学の主要問題』によれば、あらゆる法は法律において存する[190]。命令、判決、行政行為そして事実行為に至るまでの法律以外のあらゆる法は、簡潔に言うと、すでに法律を基礎にしており、したがって法律の規範性を現実化し具体化する事実の領域で生起するものであった[191]。ケルゼンは、法源の多元性を、放棄することが可能でまたそれゆえにできる限り回避すべき見解であるとして拒否していた[192]。

憲法裁判権を法理論的に基礎づけまたそれを憲法理論的に要請する段階構造学については[193]、1920年の時点では単に最初のアイデアが存在したにすぎず、し

かもこれはケルゼンではなくアドルフ・メルクルに由来するものであった。[194] メルクルによる段階理論の体系的構築も、[195] ケルゼンによる彼の理論の受容も、[196] 1920年の連邦憲法と、そして同法において実現され、憲法起草者ケルゼンによって刻印づけられた規範統制モデルとを通じて投げかけられた諸問題の解決を、この理論が可能にしたという状況によって説明できる。新たな実定法上の諸現象は、それらの現象をドグマーティク上適切に扱うことを可能にする理論的枠組みの発展を促したのであり、[197] 逆に、段階構造学が憲法裁判所による規範統制の導入を促したわけではなかったのだ。

D. 解釈学

その他の相互作用は、ケルゼンの実務活動と彼の解釈学との間にも存在すると言ってよいだろう。ここでも、通常の理解によれば、ケルゼンの解釈不可知論によって、彼がコンメンタール執筆者としては抑制的であった一方で、裁判官としては精力的に活動したことが説明される。[198] しかし、純粋法学の初版が出された1934年に初めて解釈学が定式化されたという状況から容易に分かるのは、[199] 通常の理解とは逆方向で影響が及んでいたということである。

1907年のライヒ参議院選挙法コンメンタールにおいてケルゼンは、伝統的な教義学にかなり近かった。1922年の憲法コンメンタールではもはや本質的に、以前よりも抑制的であった（mehr an Zurückhaltung）と認めることができる。しかし、こうした抑制的な態度に関して、ケルゼンには、この時点ではまったく反駁の余地のない実際上の理由があったのである。彼は一方では、憲法コンメンタールの執筆者としていかなる方向性をも打ち出す必要がなかった。なぜならば、このことを彼は、憲法裁の判事かつ常任担当者としてはるかに実効的に成すことができたからである。他方で、彼が同僚を諸々の論拠でもって納得させる代わりに、独自の学的見解によって同僚に感銘を与えようと試みていたならば、憲法裁判所での彼の影響力は、強まったというよりもむしろ弱まったであろう。加えて、彼は、『純粋法学』の中で法学本来の課題は可能な諸解釈の枠を定めることであると見なしたが、その探求を、正しい解釈に関して共著者間でなおも相互了解に欠けていたコンメンタールの序言の中で説いていた。[200]

その後に、こうした正しい法理解についての解釈主体間での意見の相違は、学問的な間主観性の要求へと高められたのである。[201]

結局のところ、もはやほとんど不可知論的なケルゼンの解釈理論は、彼が憲法裁判官としてしばしば限界までいった――そして一度は限界を超えた――という状況を反映すると同時に正統化するのである。[202]

＊ヴィーン大学法学部国家法・行政法研究科教授

（1） *Roscoe Pound*, Law and the Science of Law in Recent Theories, in: Yale Law Journal 43 (1934), S. 525–536 (532) では、「間違いなく当代随一の法律家」と性格づけられている。

（2） 本研究は *Ewald Wiederin*, Hans Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler, in: Nikitas Aliprantis/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschaftlers und Soziologen des 20. Jahrhunderts, Wien 2014, S. 109–118を大幅に拡張した改訂版である。

（3） *Jürgen Busch*, Hans Kelsen im Ersten Weltkrieg. Achsenzeit einer Weltkarriere, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit, Wien 2009, S. 57–80 (67 ff.); *Hans Kelsen*, Autobiographie (1947), abgedruckt in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 1: Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse, Tübingen 2007, S. 29–94 (48 ff.).

（4） そのメモは残されていない。vgl. *Thomas Olechowski*, Hans Kelsen. Biographie eines Rechtswissenschaftlers, Tübingen 2020, S. 217 f.

（5） *Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 51.

（6） *Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 55.

（7） これについては *Josef Redlich*, Heinrich Lammasch als Ministerpräsident, in: Marga Lammasch/Hans Sperl (Hrsg.), Heinrich Lammasch. Seine Aufzeichnungen, sein Wirken und seine Politik, Wien/Leipzig 1922, S. 154–185 (162 ff.); *Wilhelm Brauneder*, Die Republik entsteht. Österreich 1918 – 1925, Graz 2018, S. 29 ff.

（8） Vgl. die Autobiographie von *Adolf Julius Merkl*, in: Nikolaus Grass (Hrsg.), Österreichische Rechts- u. Staatswissenschaften der Gegenwart in Selbstdarstellungen, Innsbruck 1952, S. 137–159 (138). メルクルはこれを「比類なき国法の構成要件」と称する。

（9） *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4) S. 271 ff.; *Clemens Jabloner*, Hans Kelsen und die Entwicklung des BVG 1920, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/

Klaus Zeleny (Hrsg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen, Wien 2020, S. 143–155 (144 f.).

(10) *Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 68 f.

(11) これらの草案について詳しくは*Thomas Olechowski*, Hans Kelsens Verfassungsentwürfe, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen, Wien 2020, S. 157–166 (159 ff.).

(12) *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 291 ff.

(13) *Gerald Stourzh*, Hans Kelsen, die österreichische Bundesverfassung und die rechtsstaatliche Demokratie, in: Die Reine Rechtslehre in wissenschaftlicher Diskussion, Wien 1982, S. 7–29 (21); *Theo Öhlinger*, Hans Kelsen – Vater der österreichischen Bundesverfassung?, in: Gerald Kohl/Christian Neschwara/Thomas Simon (Hrsg.), Festschrift für Wilhelm Brauneder zum 65. Geburtstag. Rechtsgeschichte mit internationaler Perspektive, Wien 2008, S. 407–424 (408); *Thomas Olechowski*, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in: Robert Walter/Werner Ogris/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit, Wien 2009, S. 211–230 (227 f.); *Josef Pauser*, Hans Kelsen (Hg.) – Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 1919–1922, in: Parlamentsdirektion (Hrsg.), Zu Wort gemeldet ist … das Buch. 150 Jahre Parlamentsdirektion, Salzburg 2019, S. 151–162 (153).

(14) とくに社会民主党員の草案、憲法制定国民会議の速記録についての添付物888を参照。

(15) とりわけこの草案は、自治行政について独立の章を含んでいるが、その部分は結局2008年に改正法（連邦官報 (BGBl.) I Nr. 2/2008）に補充された。

(16) *Clemens Jabloner*, Kelsens Prägung der österreichischen Bundesverfassung, in: Lucile Dreidemy u.a. (Hrsg.), Bananen, Cola, Zeitgeschichte. Oliver Rathkolb und das lange 20. Jahrhundert, Wien/Köln/Weimar 2015, S. 165–176 (168).

(17) 詳しくは *Öhlinger*, Vater (FN 13), S. 408 ff. を参照。

(18) 連邦憲法18条１項の古典的定式（「すべて国家行政は法律の根拠に基づいてのみ行使され得る」）はケルゼンの提案に由来する。vgl. *Felix Ermacora*, Quellen zum Österreichischen Verfassungsrecht (1920), Wien 1967, S. 477.

(19) *Clemens Jabloner*, Rechtstheorie und Verfassungslegistik, in: Clemens Jabloner/Jan Kuklik/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen in der tschechischen und internationalen Rechtslehre, Wien 2018, S. 49–60 (51). 一つの例は連邦参議院への

代表派遣に関するケルゼンの提言である。vgl. *Ermacora*, Quellen (FN 18), S. 308.

(20)　*Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 70.

(21)　このことを伝えるのは、ケルゼンに敬意を表してオーストリア宰相クラウス博士によって催された朝食会でのケルゼンの乾杯の辞を挙げる *René Marcic*, Verfassungsgerichtsbarkeit und Reine Rechtslehre, Wien 1966, S. 58および1973年5月8日20時のオーストリア第1チャンネルの番組におけるハンス・ケレンスキーの発言（それを書き記しているのはRobert Walter/Clemens Jabloner/Klaus Zeleny (Hrsg.), 30 Jahre Hans Kelsen-Institut. Dokumentation eines Festaktes am 30. September 2002 in den Räumlichkeiten des Verwaltungsgerichtshofes in Wien, Wien 2003, S. 87–104 (102)）である。

(22)　Gesetz vom 25. Jänner 1919 über die Errichtung eines deutschösterreichischen Verfassungsgerichtshofes, Staatsgesetzblatt (StGBl.) Nr. 48/1919.

(23)　Motivenbericht zur Vorlage 141 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung, S. 3 f.

(24)　中央政府の法案において裁判所は、「Verfassungsgerichtshof」と表記されることもあれば「Verfassungsgericht」と表記されることもあったので、テクストはなおも本会議で統一されなければならなかった。提案者のコフラー（Kofler）の動議を参照（15. Sitzung vom 25. Jänner 1919, Stenographische Protokolle der Provisorischen Nationalversammlung S. 537）。背景について、ケルゼンの編集に対するレンナーの批判についても伝える *Stourzh*, Hans Kelsen (FN 13), S. 11を参照。

(25)　*Herbert Haller*, Die Prüfung von Gesetzen. Ein Beitrag zur verfassungsgerichtlichen Normenkontrolle, Wien/New York 1979, S. 39 ff. FN 125で詳しく述べられているように、法務省によって検討されていた国民会議による裁判官の選挙は拒否された。なぜならば、その選挙の下では、それまでドイツ国籍を有していた構成員の再選が保障されなくなってしまうからである。

(26)　Vgl. den Motivenbericht zur Vorlage 141 der Beilagen zu den Stenographischen Protokollen der Provisorischen Nationalversammlung, S. 3.

(27)　Vgl. Art. 14 des Gesetzes vom 14. März 1919 über die Volksvertretung, StGBl. Nr. 179/1919.

(28)　1919年1月31日および2月1日の第3回ラント会議での宰相府と諸ラントとの間の論争を参照。同会議でラントのトップのエンダーはレンナー宰相を「皇帝の再来」と称して、中央によるラント法律の制裁に対して抗議した。vgl. *Felix Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Bd. 1: Die

Länderkonferenzen und die 1919/20 und die Verfassungsfrage, Wien 1989, S. 22 ff.

(29) ケルゼンの第6草案の概要について、*Felix Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Bd. 4: Die Sammlung der Entwürfe zur Staats- bzw. Bundesverfassung, Wien 1990, S. 236 ff. を参照。

(30) *Ermacora*, Sammlung (FN 29), S. 68 f.

(31) 「国家法律に違反したラント法律に対する保障」に関するケルゼンの要請についても、*Hans Kelsen*, Die Stellung der Länder in der künftigen Verfassung Deutschösterreichs, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 1 (1919/20), S. 98–122 (113) = Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 4: Veröffentlichte Schriften 1918–1920, Tübingen 2013, S. 115–146 (135) を参照。

(32) レンナーの「連立政権の政治・経済プログラムに関する指導命題」が掲載されたものとして、*Georg Schmitz*, Karl Renners Briefe aus Saint Germain und ihre rechtspolitischen Folgen, Wien 1991, S. 195–205 (197) を参照。

(33) *Felix Ermacora*, Die Entstehung der Bundesverfassung 1920. Bd. 2: Dokumente der Staatskanzlei über allgemeine Fragen der Verfassungsreform, Wien 1989, S. 74.

(34) チェコスロヴァキア共和国憲法を導入した1920年2月29日の法律、法令集 Nr. 121/1920および憲法裁判所に関する1920年3月9日の法律、法令集 Nr. 162/1920を参照。

(35) *Ermacora*, Sammlung (FN 29), S. 308, 408に掲載されたマイヤー私草案（初版）13条4項および150条1項を参照。

(36) これと同じことをすでに述べたものとして、*Theo Öhlinger*, Die Entstehung und Entfaltung des österreichischen Modells der Verfassungsgerichtsbarkeit, in: Bernd-Christian Funk u.a. (Hrsg.), Der Rechtsstaat vor neuen Herausforderungen. Festschrift für Ludwig Adamovich zum 70. Geburtstag, Wien 2002, S. 581–600 (592); *Thomas Olechowski*, The beginnings of constitutional justice in Europe, in: Mikael Rask Madsen/Chris Thornhill (Hrsg.), Law and the Formation of Modern Europe: Perspectives from the Historical Sociology of Law, Cambridge 2014, S. 77–95 (86 f.).

(37) *Ermacora*, Quellen (FN 18), S. 495 ff.

(38) 詳しくは、*Ewald Wiederin*, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsens und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht, in: Thomas Simon/Johannes Kalwoda (Hrsg.), Schutz der Verfassung. Normen, Institutionen, Höchst und Verfassungsgerichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März

2012, Berlin 2014, S. 283–315 (298 ff.).

(39)　Reichsgesetzblatt (RGBl.) Nr. 144/1867.

(40)　*Edmund Bernatzik*, Rechtsprechung und materielle Rechtskraft. Verwaltungsrechtliche Studien, Wien 1886, S. 290 ff.

(41)　Entwurf eines Gesetzes über die Einsetzung eines Verordnungsgerichtes (Vorgelegt vom Mitgliede E. Bernatzik.), 13 Seiten, abgedruckt in: *Ewald Wiederin*, Vergessene Wurzeln der konzentrierten Normenkontrolle in Österreich, Wien 2021, S. 127 ff.

(42)　Vgl. § 41 des Entwurfs (FN 41).

(43)　*Ermacora*, Sammlung (FN 29), S. 236 ff. における概要を参照。

(44)　ライヒ裁判所の判決に実際に従っていることに関する立ち入った分析について *Werner R. Svoboda*, Die tatsächliche Wirkung der Erkenntnisse des österreichischen Reichsgerichtes (1869–1918), in: Österreichische Zeitschrift für öffentliches Recht 21 (1971), S. 183–196. この論文は、通常は行政が裁判所の法の観念に従うという結論に到達している (S. 191)。

(45)　Vgl. *Ermacora*, Sammlung (FN 29), S. 236 ff.

(46)　*Ermacora*, Quellen (FN 18), S. 494 ff.

(47)　1920年の連邦憲法140条３項参照。これとは別に命令に関しては、廃止の公示日を失効日と規定した連邦憲法139条２項があった。

(48)　*Olechowski*, Beitrag (FN 13), S. 228.

(49)　こうした性格づけに同調するものとして、*Jabloner*, Entwicklung (FN 9), S. 143; *Pauser*, Verfassungsgesetze (FN 13), S. 153; *Günther Schefbeck*, Die Entstehung der österreichischen Bundesverfassung 1918–1920: Voraussetzungen – Akteure – Prozess, in: Clemens Jabloner/Thomas Olechowski/Klaus Zeleny (Hrsg.), Die Verfassungsentwicklung 1918–1920 und Hans Kelsen, Wien 2020, S. 47–83 (77 FN 129); *Wiederin*, Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler (FN 2), S. 117.

(50)　通常課せられる制約を列挙したものとして、*Andreas Funke*, Der blinde Fleck des Kommentars, in: Andreas Funke/Konrad Lachmayer (Hrsg.), Formate der Rechtswissenschaft, Weilerswist 2017, S. 61–75 (62) を参照。

(51)　同旨は既に、*Ewald Wiederin*, In aller Nüchternheit: Österreichs erster Verfassungskommentar, in: Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 8: Veröffentlichte Schriften 1922, Tübingen 2020 S. 27–37 (30 f.).

(52)　*Wiederin*, Verfassungskommentar (FN 51), S. 31をもう一度参照。

(53)　Gesetz vom 26. Jänner 1907, betreffend die Wahl der Mitglieder des Abgeordnetenhauses des Reichsrates, RGBl. Nr. 17/1907.

(54) *Hans Kelsen*, Kommentar zur österreichischen Reichsratswahlordnung, Wien 1907, Nachdruck Wien 2007.

(55) *Kelsen*, Reichsratswahlordnung (FN 54), S. V.

(56) *Hans Kelsen*, Wählerlisten und Reklamationsrecht, in: Juristische Blätter 1906, S. 289–290, 301–304, 316–318, 327–329 = Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 1: Veröffentlichte Schriften 1905–1910 und Selbstzeugnisse, Tübingen 2007, 301–331.

(57) *Hans Kelsen*, Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich. 1. Teil, Wien/Leipzig 1919; 2. Teil: Wahlordnung, Verfassungsnovelle, Wien/Leipzig 1919; 3. Teil, Wien/Leipzig 1919; 4. Teil, Wien/Leipzig 1920. これら四分冊は Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 5: Veröffentlichte Schriften 1919 – 1920, Tübingen 2011において復刻されている。

(58) *Josef Pauser*, Hans Kelsen (Hg.) – Die Verfassungsgesetze der Republik Deutschösterreich, 1919–1922, in: Parlamentsdirektion (Hrsg.), Zu Wort gemeldet ist … das Buch. 150 Jahre Parlamentsdirektion, Salzburg 2019, S. 151–162 (152).

(59) それゆえ、第二冊だけ分割表題〔すなわち „Wahlordnung, Verfassungsnovelle"〕になっているのは偶然ではない。*Pauser*, Verfassungsgesetze (FN 13), S. 155, 158を見よ。

(60) *Hans Kelsen/Georg Froehlich/Adolf Merkl*, Die Bundesverfassung vom 1. Oktober 1920, Wien/Leipzig 1922, Neudruck Wien 2003.

(61) 伝記的に素描されたものとして、*Clemens Jabloner*, Im Dienste der Bundesverfassung: Georg Froehlich, in: Clemens Jabloner, Methodenreinheit und Erkenntnisvielfalt. Aufsätze zur Rechtstheorie, Rechtsdogmatik und Rechtsgeschichte, Wien 2013, S. 391–413を参照。

(62) メルクルについて、*Wolf-Dietrich Grussmann*, Adolf Julius Merkl. Leben und Werk, Wien 1989.

(63) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. VI.

(64) ゆえに例えば、添付物Ⅱで連邦憲法についての予備草案が初めて公表された。*Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. 465 ff. これはリンツでの諸ラント会議の基礎になった草案である。

(65) 詳しくは、*Wiederin*, Verfassungskommentar (FN 51), S. 33. 以下の叙述はこれに従っている。

(66) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. 65.

(67) *Ermacora*, Quellen (FN 18), S. 245.

(68)　*Robert Walter*, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, Wien 2005.

(69)　*Kurt Heller*, Der Verfassungsgerichtshof. Die Entwicklung der Verfassungsgerichtsbarkeit in Österreich von den Anfängen bis zur Gegenwart, Wien 2010, S. 156 ff.; *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 6 ff.

(70)　ベルナツィクの生涯と仕事について、*Herbert Kalb*, Edmund Bernatzik (1854–1919), in: Peter Häberle/Michael Kilian/Heinrich Amadeus Wolff (Hrsg.), Staatsrechtslehrer des 20. Jahrhunderts: Deutschland – Österreich – Schweiz, 2. Aufl. Berlin/Boston 2018, S. 89–105を参照。

(71)　*Thomas Zavadil*, Die Ausschaltung des Verfassungsgerichtshofs 1933, Diplomarbeit Universität Wien 1997, S. 174.

(72)　*Jabloner*, Entwicklung (FN 9), S. 146.

(73)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 9 f.

(74)　StGBl. Nr. 451/1920 = BGBl. Nr. 2/1920.

(75)　Vgl. Stenographische Protokolle des Nationalrats 1. Gesetzgebungsperiode, 50. Sitzung am 15. Juli 1921, S. 1961.

(76)　常任担当者は、1921年の憲法裁判所法（BGBl. Nr. 364/1921）２条に従って、裁判所によってその構成員の中から選出されていた。その活動に関して常任担当者は、同４条に従って、国民議会の構成員と同じように金銭補償を得ていた。これに対して、裁判所の単純構成員は、同５条に従って、出席手当を要求する権利をもつにすぎなかった。

(77)　Vgl. *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 21.

(78)　*Heller*, Verfassungsgerichtshof (FN 69), S. 183 f. mwN.

(79)　Vgl. Art. 147 Abs. 3 B-VG 1920.

(80)　Vgl. Art. 140 Abs. 1 B-VG 1920.

(81)　*Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. 184; *Ludwig Adamovich*, Die Prüfung von Gesetzen und Verordnungen durch den österreichischen Verfassungsgerichtshof, Leipzig/Wien 1923, S. 311 f.; *Hans Mokre*, Das Verfassungsrecht der österreichischen Länder, Wien 1929, S. 72.

(82)　Vgl. § 42 Abs. 1 und 2 lit. a Übergangsgesetz 1920, StGBl. Nr. 451/1920 = BGBl. Nr. 2/1920.

(83)　Vgl. das Hausbesorgergesetz, Landesgesetzblatt (LGBl.) Nr. 78/1921, und die Reinigungsgeldverordnung, LGBl. Nr. 80/1921.

(84)　VfSlg. 90/1922.

(85)　VfSlg. 90/1922.

(86)　BGBl. Nr. 581/1921.

(87) VfSlg. 328/1924.

(88) VfSlg. 328/1924, S. 96.

(89) Wiener LGBl. Nr. 35/1926.

(90) VfSlg. 720/1926, S. 162 (Zitat).

(91) VfSlg. 720/1926.

(92) VfSlg. 1119/1928, 1208/1929.

(93) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), 27, 29, 30.

(94) Vgl. Art. I § 9 der Übergangsgesetz-Novelle BGBl. Nr. 269/1925.

(95) Vgl. Art. 26 Abs. 1, 95 Abs. 1, 119 Abs. 2 BVG 1920.

(96) Art. 70, 74, 101 B-VG 1920.

(97) Art. 38 und 60 B-VG 1920.

(98) BGBl. Nr. 843/1922. これについて詳しくは、*Gerald Kohl*, Die außerordentliche Gesetzgebung im Rahmen der Genfer Protokolle, in: Beiträge zur Rechtsgeschichte Österreichs 2018, S. 318–343.

(99) BGBl. Nr. 900/1922.

(100) VfSlg 176/1923.

(101) VfSlg. 176/1923, S. 14.

(102) VfSlg. 176/1923.

(103) より詳細には、*Öhlinger*, Vater (FN 13), S. 409 f.

(104) BGBl. Nr. 268/1925.

(105) LGBl. Nr. 85/1919.

(106) VfSlg. 299/1924.

(107) VfSlg. 299/1924. この判決で初めて、前もって存在する単純法律の法状況が引き合いに出されたのであり、これが後に「化石理論」の見出し語の下で憲法解釈の重要なトポスになった。

(108) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), 87.

(109) VfSlg. 888/1927.

(110) VfSlg 888/1927, S. 219.

(111) VfSlg 20.071/2016.

(112) *Hans Kelsen*, Allgemeine Staatslehre, Berlin 1925, S. 155. さらには *Hans Kelsen*, Österreichisches Staatsrecht. Ein Grundriß, entwicklungsgeschichtlich dargestellt, Tübingen 1923, S. 59. 後者の文献においてケルゼンは、国家基本法（StGG）13条について、法律の留保の下にある基本権保障は「そもそもその保障に言及する同条文の命題において再び帳消しにされる」と記している。

(113) *Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. 74; *Kelsen*, Staatsrecht

(FN 112), S. 50 f.

(114)　*Kelsen*, Staatsrecht (FN 112), S. 50.

(115)　Vgl. *Ludwig K. Adamovich/Bernd-Christian Funk/Gerhart Holzinger/Stefan Leo Frank*, Österreichisches Staatsrecht. Bd. 3: Grundrechte, 3. Aufl. Wien 2019, Rz. 41.050; *Walter Berka/Christina Binder/Benjamin Kneihs*, Die Grundrechte. Grund- und Menschenrechte in Österreich, 2. Aufl. Wien 2019, S. 187 f.; *Johannes Hengstschläger/David Leeb*, Grundrechte, 3. Aufl. Wien 2019, Rz. 1/52; *Theo Öhlinger/Harald Eberhard*, Verfassungsrecht, 12. Aufl. Wien 2019, Rz. 686.

(116)　StGBl. Nr. 3/1918.

(117)　Art. 149 Abs. 1 B-VG 1920.

(118)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 15.

(119)　Vgl. VfSlg. 32/1919.

(120)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 50.

(121)　StGBl. Nr. 3/1918.

(122)　Vgl. Art. 149 BVG 1920.

(123)　VfSlg. 552/1926.

(124)　VfSlg. 1846/1949.

(125)　StGBl. Nr. 3/1918.

(126)　VfSlg. 254/1923, 774/1927.

(127)　VfSlg. 216/1923, S. 54.

(128)　VfSlg. 216/1923.

(129)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 47.

(130)　Vgl. § 48 Abs. 2 Reichsvolksschulgesetz, RGBl. Nr. 53/1883.

(131)　VfSlg. 449/1925.

(132)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 49.

(133)　VfSlg. 651/1926, S. 123.

(134)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 52.

(135)　BVerfGE 6, 389 (422).

(136)　BGBl. Nr. 872/1922.

(137)　VfSlg 1123/1928, S. 365 ff.

(138)　VfSlg 1123/1928. 担当者を務めたのはメンツェルで、ケルゼンは彼の案に同意した。*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 32.

(139)　VfSlg. 1123/1928, S. 370.

(140)　一つの例は、1930年４月８日のヴィーン大学の反ユダヤ主義的学則に関する判決 (VfSlg. 1397/1931) であり、同判決において裁判所はユダヤ人学生の不平等取

扱いを、平等原則の観点の下で問題ないと見なした。

(141) Vgl. Hye 162/1878, 235/1881, 305/1885.

(142) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 26.

(143) VfSlg. 31/1921.

(144) VfSlg. 31/1921.

(145) BGBl. Nr. 628/1923.

(146) VfSlg. 313/1924. 報告を務めたのはケルゼンで、彼の案は一人の反対意見のほかは全員の意見によって承認された。Vgl. *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 37.

(147) VfSlg. 313/1924.

(148) VfSlg. 1037/1928.

(149) VwSlg. 706 A/1949, 1174 A/1950.

(150) VwSlg. 716 A/1949, 780 A/1949, 1773 A/1950.

(151) 改正法（BGBl. Nr. 302/1975）によって改められた連邦憲法130条および144条、そして新たに導入された連邦憲法131 a 条を参照。

(152) Art. 14 Staatsgrundgesetz über die richterliche Gewalt, RGBl. Nr. 144/1867:「司法（Rechtspflege）は、すべての審級において、行政から区別される」。

(153) Art. 2 lit. a Staatsgrundgesetz über die Einsetzung eines Reichsgerichtes, RGBl. Nr. 143/1867.

(154) Art. 94 Abs. 1 BVG 1920:「司法府（Justiz）は、すべての審級において、行政府から区別される」。

(155) Vgl. Art 138 lit. a BVG 1920.

(156) § 111 ABGB.

(157) § 83 ABGB.

(158) VwSlg. 12.783 A/1921.

(159) OGHSlg. Bd. 4 Nr. 18/1922, Nr. 155/1922 (Gutachten).

(160) 詳しくは、*Ulrike Harmat*, Ehe auf Widerruf? Der Konflikt um das Eherecht in Österreich 1918–1938 Frankfurt a. M. 1999, S. 290 ff., 403 ff., 534; *Christian Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter. Seine Rolle in der Dispensehen-Kontroverse, in: Stanley L. Paulson/Michael Stolleis (Hrsg.), Hans Kelsen. Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, Tübingen 2005, S. 353–384 (361 ff.).

(161) *Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 60; *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 444.

(162) VfSlg. 726/1926.

(163)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 60; *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 160), S. 366 f.

(164)　VfSlg. 878/1927.

(165)　VfSlg. 878/1927, S. 198.

(166)　OGHSlg. Bd. 10 Nr. 51/1928.

(167)　VfSlg. 951/1928, 1001/1928, 1059/1928, 1135/1929, 1201/1929, 1236/1929, 1272a/1929, 1303/1930.

(168)　Vgl. schon *Wiederin*, Verfassungsgerichtshof (FN 38), S. 304 ff.

(169)　見易い資料として、*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 19, 26 f., 38, 44.

(170)　例えば、*Öhlinger*, Vater (FN 13), S. 417.

(171)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 27で引用されたケルゼンの判決 (VfSlg 157/1922［G 92/22］) における次のような発言を参照。「今主として問題になっているのは包摂の問題である。仮にそうだとすれば、当然のことながら、違った形で包摂することもできるだろう」。

(172)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 29 f.

(173)　一般にはケルゼンが匿名で書いた（*Olechowski*, Kelsen. Biographie [FN 4], S. 447）とされる論文„Soll der Dispensehewirrwarr noch weiter gesteigert werden?“（Neue Freie Presse Nr. 22698 vom 25. November 1927, S. 2-3）および„Das Ergänzungsgutachten des Obersten Gerichtshofes“の標題の下で行われたインタビュー（Neue Freie Presse Nr. 22860 vom 27. April 1928, S. 4.）を参照。

(174)　*Hans Kelsen*, Der Begriff des Kompetenzkonfliktes nach geltendem österreichischem Recht, in: Juristische Blätter 57 (1928), S. 105-110; *derselbe*, Zum Begriff des Kompetenzkonfliktes, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 7 (1928), S. 583-599.

(175)　*Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 453 f.; *Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 160), S. 368, 382.

(176)　*Neschwara*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 160), S. 374 ff.; *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 472 ff.

(177)　Art. 147 BVG i.d.F. der Zweiten Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. Nr. 392/1929.

(178)　Vgl. Art. II § 25 des Bundesverfassungsgesetzes betreffend Übergangsbestimmungen zur Zweiten Bundes-Verfassungsnovelle, BGBl. Nr. 393/1929.

(179)　*Kelsen*, Autobiographie (1947) (FN 3), S. 79 ff.; *Olechowski*, Kelsen. Biographie

(FN 4), S. 473 ff., 485 ff.

(180) *Olechowski*, Kelsen. Biographie (FN 4), S. 770 ff.

(181) *Hans Kelsen*, Die Bundesexekution. Ein Beitrag zur Theorie und Praxis des Bundesstaates, unter besonderer Berücksichtigung der deutschen Reichs- und der österreichischen Bundes-Verfassung, in: Z. Giacometti/D. Schindler (Hrsg.), Festgabe für Fritz Fleiner zum 60. Geburtstag, Tübingen 1927, 127–187 (131 ff.); *Kelsen*, Staatslehre (FN 112), S. 199 f.

(182) *Jabloner*, Rechtstheorie (FN 19), S. 56.

(183) *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 1. Aufl. Tübingen 1920, S. 9 ff., 36 f.

(184) *Kelsen*, Demokratie[1] (FN 183), S. 12 ff., 36.

(185) *Hans Kelsen*, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl. Tübingen 1929, S. 53 ff.

(186) *Kelsen*, Demokratie[2] (FN 185), S. 54.

(187) *Kelsen*, Demokratie[2] (FN 185), S. 75 f.

(188) *Kelsen*, Demokratie[2] (FN 185), S. 81.

(189) *Hans Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze, 1. Aufl. Tübingen 1911, S. 411 = Matthias Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen Werke. Bd. 2: Veröffentlichte Schriften 1911, Tübingen 2008, 547.

(190) *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 189), S. 289, 555 = HKW 2, 410, 707.

(191) *Kelsen*, Hauptprobleme (FN 189), S. 288 f., 540, 555 ff. = HKW 2, 409 f., 707 ff.

(192) 論拠としてケルゼンが持ち出すのは、国家意思の統一の必要性である。*Kelsen*, Hauptprobleme (FN 189), S. 555 = HKW 2, 707.

(193) *Hans Kelsen*, Wesen und Entwicklung der Staatsgerichtsbarkeit, in: Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer Heft 5 (1929), S. 30–88 (31 ff.).

(194) とくに、*Adolf Merkl*, Das doppelte Rechtsantlitz, in: Juristische Blätter 47 (1918), S. 425–427, 444–447, 463–465を参照。

(195) Vgl. *Adolf Merkl*, Die Lehre von der Rechtskraft, Leipzig/Wien 1923., S. 217 ff.; *derselbe*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in Alfred Verdroß (Hrsg.), Gesellschaft, Staat und Recht. Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre. Festschrift für Hans Kelsen, Wien 1931, S. 252–294.

(196) *Kelsen*, Hauptprobleme der Staatsrechtlehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtsatze, 2. Aufl. Tübingen 1923, S. XII ff.; *derselbe*, Staatslehre (FN 112), S. 231 ff., 248 ff.; *derselbe*, Reine Rechtslehre. Einleitung in die rechtswissenschaftliche

Problematik, 1. Aufl. Wien 1934, S. 62 ff.

(197)　典型的には、*Kelsen*, Staatsgerichtsbarkeit (FN 193), S. 51 ff.

(198)　*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 91.

(199)　*Kelsen*, Reine Rechtslehre[1] (FN 196), S. 90 ff.

(200)　*Kelsen/Froehlich/Merkl*, Bundesverfassung (FN 60), S. VI.

(201)　*Kelsen*, Reine Rechtslehre[1] (FN 196), S. 96 ff.; *derselbe*, Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit, 2. Aufl. Wien 1960, S. 352 ff.

(202)　ケルゼンによって主張された権限紛争についての広範な理解は間違いであった、というのが今日の一般的な評価である。このような評価を行う代表的なものとして、*Walter*, Kelsen als Verfassungsrichter (FN 68), S. 65 ff. および *Ulrich Zellenberg*, Hans Kelsen und die Deutung des Bindungskonflikts als Kompetenzkonflikt, in: Zeitschrift für öffentliches Recht 69 (2014), S. 685–714 (696 ff.). 後者では、同時代の論文および最近の論文の詳細な総括が行われている。

［訳註］

本稿は、*Ewald Wiederin*, Hans Kelsen als Praktiker des Verfassungsrechts, Osaka University Law Review No. 70 (February 2023), S. 81–122の全訳である。この論稿は、科研共同研究「公法学の歴史的文脈依存性を踏まえた相互連関の追求―グローバル化時代の比較公法研究」（研究代表者：高田篤）の一環として企画された2020年３月20日の講演会「憲法実務家としてのハンス・ケルゼン」における講演原稿として準備されたものである。講演会は新型コロナウイルス感染症蔓延のため中止されたが、ケルゼン研究を発展させ日墺の学術交流を促進するため、ヴィーダリン教授と相談の上、本稿を公刊することとなった。翻訳は、講演会での翻訳・通訳を担当することになっていた磯村晃が行った。

訳文中の〔　〕内は、訳者による補足である。なお、本稿でいう「連邦憲法」とは、原則として「オーストリア共和国を連邦国家として整備するための1920年10月１日の法律（連邦憲法）」（BGBl. Nr.1/1920）を指す。その後連邦憲法は度重なる改正を経て現在に至るが、その経緯については、高田敏「オーストリア連邦憲法 解説」畑博行・小森田秋夫編『世界の憲法集（第５版）』（有信堂・2018年）109頁以下を参照。

(i)　連邦憲法18条２項は、「各行政官庁は、法律の範囲内において（im Rahmen der Gesetze）、自己の権限の範囲内で、命令を発することができる」と定めていた。この規定は1925年改正によって、「各行政官庁は、法律の根拠に基づいて（auf Grund der Gesetze）、自己の権限の範囲内で、命令を発することができる」と改められた。

(ii)　*Ewald Wiederin*, Grundlagen und Grundzüge staatlichen Verfassungsrechts: Österreich, in: Bogdandy/Cruz Villalón/Huber (Hrsg.), Handbuch Ius Publicum

Europaeum, Band 1 2007, §7 Rn. 93によれば、オーストリア連邦憲法に基づく法の保護の構造において、処分（Bescheid）は、他の法形式との関連で次のように位置づけられる。すなわち、「処分は連邦憲法131条に基づき行政裁判所によってその違法性が審査され、命令は連邦憲法139条に基づき憲法裁判所によってその法律違反性が審査され、そして法律は連邦憲法140条に基づき憲法裁判所によってその違憲性が審査される。法律の上位支配（Vorherrschaft）も、憲法の上位支配も、異なる方法で、独立の裁判所によって保護されている」。

(iii) 正式名は、「ヴィーンの総合保険会社『アンカー』の、トリエステにおける不動産により担保された特定の抵当権の被担保債権に基づく支払いおよび支払いの受領の禁止ならびに訴訟中断に関する連邦宰相府との協力での1923年12月26日の財務省令」（BGBl. Nr. 628/1923）である。同省令は次のように規定する。

イタリア王国との間で締結された協定の実施を確保すべく、1917年７月24日の法律（BGBl. Nr. 307）に基づき、以下のように命じる。

第１条　本命令の対象は、ヴィーンの総合保険会社「アンカー」が有する二つの抵当権の被担保債権であり、このうちひとつは、地番2559のトリエステの土地により、もうひとつは、地番770および771のトリエステの土地により、担保権によって保証されている。

第２条（１）第１条で掲げた債権に関しては、その支払いおよび支払いの受領を、当面の間、禁止する。この禁止に違反する法律行為は、これを無効とする。

（２）この債権の存立および償却、ならびにこの債権のために存する担保権の抹消は、当面の間、裁判所手続の対象とすることができない。すでに係属している裁判手続は、職権または申立てによりこれを中断する。係属している強制執行は、職権または申立てによりこれを延期する。

第３条　１条に掲げた債権を、本命令の意味において裁判上の行使または強制執行の対象とすることができない期間は、消滅時効および訴訟提起の法定期間の計算において、これを算入しない。

(iv) 憲法裁判所の判決によれば、保険会社アンカーは、執行裁判所の決定によって、原告に対して８日以内に抹消可能な受領証書を交付するよう命じられた。これに対してアンカー側が再審の訴えを提起し、執行手続は一旦中断した。「この再審の訴えが確定力をもって棄却されたことによって執行手続が再開されたとき、1923年12月26日の省令（BGBl. Nr. 628）が発布された。この省令は、執行裁判所が執行を延期する原因となった」（VfSlg. 313/1924, S. 69）。

(v) 憲法裁判所の判決によれば、執行延期の「決定に対する上訴は、ラント民事裁判所の決定によって棄却された」（VfSlg. 313/1924, S. 69 f.）。