

講 演

オーストリア憲法裁判所の判例の最近の傾向

ブリタ・ヴァグナー

古 野 豊 秋 訳

- 1 はじめに
- 2 憲法裁判所の裁判の基礎
- 3 憲法裁判所の判例の動向

1 はじめに

1.1 総 論

通説によれば、一般に、憲法裁判権のアメ리카型とヨーロッパ型とが区別される。前者は、一般的な権限をもった裁判所が憲法上の問題に対する裁判も行うものである（例えば、アメリカ、カナダ、インド、日本、スカンジナビア諸国、スイス）。これに対して、ヨーロッパ型の特徴は、通常の裁判権の制度の外に、独自の憲法裁判所が設置されている点である。

オーストリアの憲法裁判所は、ヨーロッパ型の意味での憲法裁判所であり、それは、ハンス・ケルゼンの理念と不可分に結びつけられている。ケルゼンにとって、憲法裁判権の創設は、法秩序の段階構造およびそれと結びついた認識、つまり通常の立法もまた法の適用、すなわち憲法の適用であるという認識からの帰結である。

法秩序の段階構造という彼の考えによれば、憲法裁判所の活動の中心には、法律の合憲性の審査がある。勿論、ケルゼンは、憲法裁判所に幅広い決定の余地を与える憲法概念、例えば、「正義」、「自由」、「公正」、「倫理性」とかいうようなものには全くもって親しむことができなかった。彼にとっては、このような概念は空言の分野に属していた。

1920年、オーストリアの憲法裁判所がハンス・ケルゼンの構想に従って、連邦憲法によりその原初の形で創設されたとき、ヨーロッパには、第二番目の特別な憲法裁判所、すなわちチェコスロヴァキア共和国の憲法裁判所だけしか存在していなかった。1921年に、リヒテンシュタインの国事裁判所が仲間入りした。憲法裁判権の理念は、当初は、ヨーロッパの規模には広がらず、むしろそれとは全く反対に、激しい議論がなされていた。

第二次大戦後、イメージは一変した。民主主義的な多元主義に拘束されるとした多くの国々は、新たな憲法を制定した。これらの憲法の大部分では、同時にまた、憲法裁判権の制度も規定されていた（例えば、1947年のイタリア、1949年のドイツ連邦共和国、1980年代初めのスペインおよびポルトガル）。

オーストリアの憲法裁判権のケルゼン的なモデルは、取り分け、近年では「輸出品目（Exportartikel）」として際立った。ヨーロッパの憲法裁判権の数は、ますます増加し続けている。共産主義体制の崩壊後、最近のほとんど全てのヨーロッパの憲法秩序においては、固有の憲法裁判所が定められている。

その場合、明らかなことは、独立した憲法裁判権が、とくに議会について苦い経験をしたか、あるいは独裁の圧迫を蒙った国々において設立されているということである。例えば、全体主義的なナチスの体制による苦い体験が、ドイツ連邦共和国のボン基本法の制定者にとって、立法者に対しても憲法の優位を保障すべき連邦憲法裁判所を設立する契機であった。

1.2 オーストリアの憲法裁判権とドイツの憲法裁判権

これとの関係で言及に値するのは、オーストリアの憲法裁判権のイデオロギ一的な基礎は、ボン基本法と共に創設されたドイツの憲法裁判権とは別のものということである。オーストリアの憲法裁判権は、法理論的な考慮に基づいているが、ドイツのそれは、基本価値の承認によって規定されている。基本法がその第1条で「人間の尊厳」という表現を用いているのも、そして基本権カタログを基本法の冒頭に置いているのも偶然ではない。そして、基本法第20条第3項が執行権および裁判の法律と法への拘束を定めていることも、偶然なことではない。基本法における連邦憲法裁判所の創設は、このような原則と密接な関係にある。

オーストリアの憲法裁判所の権限をドイツの連邦憲法裁判所の権限と比較した場合、とくに目に付くのは、オーストリアの憲法は、「何人」によっても提起できる「公権力」の行使に対する憲法異議の制度を形式的には設けてはいな

いという点である。しかし、実際には、オーストリアの憲法状況もドイツのそれと遠くかけ離れている訳ではない。勿論、極めて重要な例外がある。それは、裁判権の行使に対するコントロールがオーストリアの憲法裁判所にはないということである。但し、憲法裁判所の権限に属している権限争議に対する決定の場合だけは、オーストリアの憲法裁判所は裁判権の行為を廃止できる。このことは、オーストリアの憲法裁判権の創設時において、通常の裁判権、とくに最高裁判所および行政裁判所に対する憲法裁判所の優位というものが貫徹されていなかったということと明らかに関係している。

2 憲法裁判所の裁判の基礎

2.1 連邦憲法

ここで、ドイツの連邦憲法裁判所の裁判のスタイルとは明らかに異なったオーストリアの憲法裁判所の裁判のスタイルについて若干言及する。それは、まず第一に、オーストリアの連邦憲法の構造と密接に関係している。ドイツ連邦共和国と異なり、オーストリアは第二次大戦後新しい憲法を制定したのではなく、1929年に改正された文言での1920年の連邦憲法を復活させた。オーストリアの連邦憲法のスタイルは、極めて無味乾燥なものであり、元々の文言では、声明やプログラム規定などを放棄したものである。取り分け、オーストリアの連邦憲法は、ボン基本法第20条第3項で表現されている法律と法との対立を知らない。

このことの全てが判例に反映していても驚くに値しない。しかし、このような判例のスタイルがこの20年の間に明らかに変化したということも見逃せない。勿論、かつてのスタイルの要素も残っており、このことが、全体的に、不統一のイメージを産んでいる。

2.2 当該裁判と関係する憲法法律の規律

近時ますます、憲法裁判所の判決と関係した連邦憲法の規定が制定されている。それらは、一つの体系をなしてはいない。それらは、下された判決に対する反動を示すものであるか、あるいは、そのような判決が初めから下されないようにする目的をもったものである。つまり、憲法のランクにある規律は、憲法裁判所のコントロールから原則として免れるのである。

そのような行為が純粋に法律적으로는許されるということについては、それが連邦憲法の全体的な改正に至らない限り、争いはない。この全体的な改正は、連邦憲法第44条第3項により国民投票に付すことが義務づけられている。憲法裁判所がこのような連邦憲法法律の規律に関して、かなり多くの裁判で明らかにしたことは、連邦憲法の全体的な改正もまた個々の規律の集積によってもたらされうることである。さらに、憲法裁判所は、1993年の活動報告に初めて憲法のランクにある規律のリストを添付した。これらの規律は、近時、憲法裁判所の判決との関係が多かれ少なかれ明らかに認識しうる形で定められているものか、あるいは、明らかに、法律の規律を憲法裁判所のコントロールから免れる目的をもったものである。憲法裁判所が強調することによれば、これらの規律は、大部分が基本権に関わるものであり、そしてその限りでは、明らかに日常の政治的な観点から定められている。憲法裁判所は、そのような憲法法律の制定の仕方（取り分け、それが継続するような場合）を憲法上問題があるとした。というのは、それによって、結果的に基本権が変化させられるからである。

2.3 基本権

オーストリアの連邦憲法がまとまった基本権カタログをもっていないという事情は、とくに注目に値する。1920年の連邦憲法の準備段階において一致をみることができず、そのため、実質的には、1867年の12月憲法の基本権カタログ（国民の一般的権利に関する国家基本法）が効力をもち、それは後に、個々の新たな定めによって補充された。これらの新たな定めは、一面では、新しい基本権（電気通信の秘密、芸術の自由、情報の保護）の創設に関している。人身の自由の保障は、1988年に包括的に改正された。しかし、基本権の現状のもっとも重要な補充は、オーストリアにおいて憲法のランクにあるヨーロッパ人権条約およびその議定書によってなされた。それによって、結果的には、実効的な基本権の保障が貫徹されている。それにも拘わらず、自国の基本権規定とこのような国際的な起源のものとが並列しているということは、かなりの困難をもたらし、それがまた判例のある種の揺らぎをもたらしている。

オーストリアの憲法裁判権の重点は、他の憲法裁判所の場合と同様に、基本権の領域にある。勿論、このことは、裁判におけるその他の領域が問題にならないということを意味するものではない。これから言及することが主として基本権の領域に集中する理由は、正にこの領域において1945年に憲法裁判所が復

活して以来判例が示したダイナミックな展開が見られるからである。

2.4 ユーロッパ人権条約

憲法裁判所の活動に対するヨーロッパ人権条約とその議定書のもつ意義は、そもそも過大評価することはできない。1960年代においてすでに憲法裁判所は、ヨーロッパ人権条約に基づいて、新たな道を歩むことを強いられた。とくに、ヨーロッパ人権裁判所の判決は、憲法裁判所に対してその判例を見直す必要を迫った。極めて一般的にいうならば、憲法裁判所は、原則として、ヨーロッパ人権裁判所の判例に従うことに何ら困難を覚えなかった。ただ例外は、ヨーロッパ人権条約第6条に対するヨーロッパ人権裁判所の判例であった。

2.5 ユーロッパ連合・共同体法への加入

オーストリア共和国のヨーロッパ連合への加入により、憲法裁判所は全く新しい問題に直面させられた。

ヨーロッパ連合への加入は、オーストリアにおいて、二つの法秩序、すなわち共同体法と自国のオーストリア法が併存するという結果をもたらした。勿論、両者の秩序の間には、移行の関係と区別の問題がある。ルクセンブルクにあるヨーロッパ共同体の裁判所と憲法裁判所の権限は、確かに、原理的には明確に定義されるが、しかし、この場合でも細かな点では、限界付けの問題が生じる。勿論、同じような問題は、ヨーロッパ連合に属する他の国々の憲法裁判所、取り分け、ドイツ連邦共和国やイタリア、そしてフランスの憲法裁判所にもある。

2.6 憲法の解釈

オーストリアの憲法裁判所の憲法解釈は、長い間、例えば「化石理論（Versteinerungstheorie）」のようなある種の形式主義に向かう純粋法学の考え方によって行われてきた。このことは、明らかに、実質よりはむしろ形式と構造においてこそ安定性が得られるという理由からである。この点で特徴的なのが、憲法裁判所のかつての長官であり、そして同名の現在の長官の父親であったルートヴィッヒ アダモヴィッチが1950年に行ったある講演での話である。それによると、憲法というものは、厳密に形式的な法であるとされた。このような言い方は、ある意味では、民法とは反対の立場として言われたものである。というのは、一般民法典第17条では、従来の解釈方法が役立たない場合には、

裁判官がその訴訟事件を「諸々の事情に細心の注意を払い、自然法の原則に従って決定すること」が認められているからである。従って、アダモヴィッチの言い方は、「自然法の原則」を憲法の領域で引き合いに出すことに反対するものである。そのように考えれば、確かにアダモヴィッチの言い方は適切である。しかし、憲法というものは厳密に形式的な法である、という一般的な言い方は、そのことだけを考えてにみれば、根拠がない。取り分けて、そのような言い方は、基本権の領域に対しては当てはまらない。

3 憲法裁判所の判例の動向

3.1 1946年から70年代までに至る期間支配的であった、先ほど述べた厳密に形式的な考察方法は、憲法裁判所が政治的な混乱の中に入り込まなかったという否定しがたい長所をもっていた。しかし、形式的な考察方法が支配していた時期にあっても、極めてセンセーショナルな関心と呼んだ個々の例外があった。例えば、憲法裁判所は、1949年に、公用収用の適法性に関してこれまでの戦間期の判例を変更した。憲法裁判所は、公用収用という概念に内在する「公共の利益 (Allgemeine Beste)」が実際にあるのか否かについて審査する権限が裁判所にあると主張したのである。これは、非常に激しい反対に会った。

このようなセンセーショナルな場合は別として、第二次大戦後の最初の30年間の憲法裁判所の判例には、一定の硬直性が顕著であった。基本権に対する判例は、平等原則と法律による裁判官の前での手続に対する権利にますます集中した。勿論、これらの二つの基本権は、当時ですら非常に拡大して解釈されたものであるが、しかし、世論の特別の関心と呼び起こすことはなかった。

3.2 70年代において、当時の与党と最大の野党とのあからさな対立から生じ、政治的に極めて過敏な反響をもった二件の法律の審査手続、すなわち、一つは堕胎問題、一つは大学組織に関わる審査手続があったが、それらは、審査に付された法律の規定が廃止されないという裁判でもって終了した。そこで問題となったのは、当時の改正刑法のいわゆる「期限モデル (Fristenlösung)」をもった規定と大学組織法の規定であった。訴えを棄却したこれらの裁判は、保守的な最大の野党や学説の一部から激しい批判を受け、その批判は最後には憲法裁判所の裁判全体に対する一般的な批判となった。憲法裁判所が

自分に委託された権限をまさに無条件に放棄したことが批判された。つまり、憲法裁判所は、基本権や自由権を保障する任務を適切に遂行していない、という批判である。正確に言えば、抑制的な裁判（司法の自己抑制）であっても、それは、政治的機能、すなわちその時々権力を有している多数派の正当化を果たしうることが指摘された。

3.3 70年代の終わりと80年代の初めに、イメージが明らかに変わり始めた。これまで形式的に用いられてきた表現、取り分け、法律の留保の主張によって基本権の本質的内容が侵害されてはならないという「本質内容の侵害の禁止（Wesensgehaltssperre）」というような表現が真剣に受け止められ、そして、数多くの法律が廃止されたが、その理由は、とくに職業の自由に対する基本権に違反するというものである。就職および職業の遂行またはそれに類似する活動に制限を課す特別法の様々な規定が廃止された。競争に対する純然たる庇護は、一般的には、もはや資格の付与に対する必要性の審査にとって客観的に正当な根拠とは見なされなかった。政治的に議論のある閉店時間の規律も、職業の自由に対する基本権との関係で審査された。

80年代の終わりには、信頼保護に対する憲法裁判所の判例が展開した。このような観点が役割を持った最初のケースは、政治家の恩給についての期待的立場に関わるものであった。その裁判は、当時政治家の間では反感を生み、厳しい批判を浴びた。その後の裁判では、信頼保護の原理は、とくに税法や社会保障法において適用された。

いわゆる立法者の「法政策的な形成の余地」は、勿論、広く存在するとして見なされたが、しかし、本質的には、制限された。このことは、「批判的評価法学（kritische Wertungsjurisprudenz）」と呼ばれる法律学的方法論の意味において起った。しかし、私法上の考察方法の明確な名残も比較的最近の裁判の中で見受けられる。最後に、ヨーロッパ人権条約の裁判への影響も見逃すことはできない。憲法裁判所は、当然のことに、ヨーロッパ人権条約に対する判例においては、形式的な考察方法の精神とは全く異なった精神を帯びたヨーロッパ人権裁判所の判例を無視することはできなかった。ヨーロッパ人権裁判所の判例に対するこのような方向の結果は、ヨーロッパ人権条約自体に保障されている権利の範囲を大幅に超えるものである。

3.4 憲法裁判所は、かつての判例、とくに先に述べたいわゆる「期

限モデル」に対する裁判や大学組織法の裁判において、オーストリア憲法の秩序によって保障されている基本権は、専ら国家に対する「防御権」として理解しようということを強調した。このことが、ヨーロッパ人権条約自体の妥当領域とどのように関係するののかについては、憲法裁判所はそれらの裁判では触れていない。このような自国の基本権の状態に与えられた性格をヨーロッパ人権条約にまでも及ぼすことは、確かに非常に難しかったことであろう。しかし、ヨーロッパ人権条約で保障された基本権が、単なる防御権としてではなく、保障請求権として、積極的な作為義務として把握されうることがヨーロッパ人権裁判所の確立した判例となっている。

憲法裁判所は、ヨーロッパ人権条約を適用する場合、大部分は、このヨーロッパ人権裁判所の判例に従っているが、勿論より詳細な法理論的な説明はしていない。とくに、憲法裁判所は、ヨーロッパ人権条約の解釈におけるこのようなヨーロッパ人権裁判所の判例が、基本的な立脚点として、自国のオーストリアの基本権の状態の解釈に影響を与えるのかどうか、そしてそれはどの程度なのかについて、一般に期待された見解を何ら述べていない。例えば、憲法裁判所は、ヨーロッパ人権条約第11条の集会の権利の妥当領域において、国家に対する保障請求権を明確にしたが、その際、テーマとしては同じような規範である1867年の国民の一般的権利に関する国家基本法第12条を引き合いに出すことはしていない。国家は、違法な妨害行為に対して正当な集会を保護する義務がある。積極的な作為義務は、秘密選挙の原則の実現や少数者保護の分野に対しても承認されている。

ヨーロッパ人権条約によって保障された基本権の領域において、国家の保障義務が行政の分野で生じる限り、何ら重大な法技術的な問題は起らない。しかし、保障義務が立法行為によってしか実現できない場合には、事態はかなり困難となる。

3.5 オーストリアの憲法裁判所は、とくにドイツの連邦憲法裁判所と異なり、体系的な基本権理論を展開してこなかった。このことは、憲法裁判所の問題ではなく、専ら法学の問題だとする主張には、十分な理由がある。勿論、憲法裁判所の考えが実現可能であり、矛盾のないことが期待される。

この関係で、憲法裁判所の最近の判例に対して正当であったり、そうではない批判がなされている。確かに、あちこちである種の不調和が見られるし、あちこちで一貫性を欠いたものが指摘できるかも知れない。しかし、このような

最近の判例には、批判者が認める以上にかなり明確に定義された立場がある。それに当たるのは、基本権の判例全体に対して存在する原理を展開していくという実際の傾向である。これは、明らかに、ヨーロッパ人権裁判所の傾向に似通った考察方法である。勿論、確かに、このヨーロッパ人権裁判所の判例だけにこのような新しい考察方法の源を見ることは、誤りであろう。他の理由もあることは、疑いない。しかし、ヨーロッパ人権裁判所の判例のスタイルが、基本権に対するオーストリアの憲法裁判所の判例の新しいスタイルにとって、源の一つであることは確かである。

そのような原理的思考の兆しは、すでに述べたように、古い判例の中にすでに存在した。しかし、そのほとんどは、形式化された仕方での特定の告白であり、そこから結論が引き出されることはなかった。このことは、とくに基本権の「本質内容 (Wesensgehalt)」に対する判例に当てはまる。その判例は、1984年に至るまで単なる「保存版 (Stehsatz)」としての性格を持っていたにすぎない。これに対して、1984年には、憲法裁判所は、この「保存版」を現実の中に移し替えはじめ、そして、初めて、ある法律の規定を職業の自由に対する基本権の本質内容に違反するという理由で廃止した。数多くの同じような裁判がそれに続いた。憲法裁判所は、最後に、職業の自由の基本権を定めている国民の一般的権利に関する国家基本法第6条の法律の留保に基づいた法律の規定の適法性について、ある定式を展開した。そして、憲法裁判所は、今や確立した判例において、その時々審査に付される法律の規定をこの定式に基づいて判断している。

比例性の原理は、ヨーロッパ人権裁判所の判例の大黒柱を形成している。今日では、この原理が憲法裁判所の最近の判例における基本権の解釈に対しても全く妥当していると何のためらいもなくいうことができる。このことも、勿論、ヨーロッパ人権裁判所の判例の後追いだけではない。むしろ、比例性の要請は、憲法裁判所が他の基本権とは全く異なつてすでに古い判例の中で極めて広く解釈してきた平等原則に内在するものと思われる。基本権侵害の比例性の原理は、相反する利益の考量を要求する。この場合において、明らかに、このような考量をすでに文言上前提としているヨーロッパ人権条約の法律の留保への橋渡しが見られる。

憲法裁判所は、確かに憲法の条文に明記されていないものの、比例性の原理を自国の基本権の規範状態によって前提されたものとして捉えた。同じようにして、憲法裁判所は、明確に文言でもって規範化されていない基本権を憲法

の状態から導き出した。その一部を抜粋して述べると、次のようなものがある。

訴追の原理から導き出した、自己負罪の強制を受けない権利。

行政刑法の罰金刑に対する最高限度の額。

刑法以外での法律の遡及効の禁止。但し、当事者が当該処分にあたり、正当な理由でもって法の規定の継続を信頼しえた場合に限る。

あらゆる形態の民族差別を禁ずる1973年の連邦憲法法律（BGBI. Nr. 390/1973）から導き出した、外国人相互の平等の取り扱いに対する特別の基本権。

3.6 勿論、このような、実質的に方向づけられた新しい判例とある種の緊張関係に立つのが、訴訟要件に対する極めて形式的な判例である。とくに、いわゆる法律および命令の審査手続における個人の申立ての場合に、このことが明確に示される。しかし、その他の形式的な要件の判断の場合も同様である。このような対立関係は、まさに判例に課せられた最大の課題である。

基本権が法典化されていないこととの関係で、判例の新しいスタイルは、ほとんど不可避免的に次のような結果に至った。すなわち、憲法裁判所は、党派の政治的な衝突にあつてますます仲裁裁判官の役割を押しつけられたということである。このために、多くの政治的グループが判例をますます不信の念でもって捉えるに至ったということも、もっともなことである。この状況は、1991年から92年への年の変わり目に、憲法裁判所がいわゆる「家族課税（Familienbesteuerung）」と呼ばれる租税事件において極めて論議を呼んだ裁判をした時に、完全にエスカレートした。その裁判に対して新聞で声明を出し、そして新たな判例の方向が議会の活動に対して負わざるを得ない結果を示唆したのは、他ならぬ国民議会の議長であった。憲法裁判所が法を創造する形で活動すればするほど、そして立法者と競合して家族政策的な原則を決定すればするほど、それだけ余計に、憲法裁判所は最終的な憲法政策上の責任を引き受けなければならない。1992年の春、国民議会は、憲法裁判所の判例について、一種の政治的な原則論的な議論を行った。1997年の秋には、1991年に廃止された規律に代わってなされた「代替規定」について、それを広範に廃止した裁判がなされた。この裁判が多くの政治的グループに引き起こした憤慨は、過去の裁判から引き起こされたものと比べて何ら劣るものではなかった。

3.7 まさに、平等原則の取り扱いの場合にあっては、他の基本権の場合であっても緩和された形であれ生ずる問題、つまり、立法者の法政策的な余地がどのくらいあるのかという問題がとくに顕著に示される。この余地が及ぶ限り、立法者は、憲法裁判所の判例とは反対の規律をすることも可能である。

法政策的な余地の限界に関する問題は、「司法の自己抑制」の問題と密接な関係にある。この表現に共通しているのは、憲法裁判所は、その裁判において基本権に基づいて判断されるべき問題が存在するのか、否かについて見解の相違がある場合には、抑制的でなければならないという点である。

多くの政治的グループおよび憲法学の一部は、憲法裁判所に対する批判を例えば次のように総括している。すなわち、何がそもそも平等であり、何が平等ではないかの問題について判断する場合、時として価値判断的な前提が必要であり、それは意思決定、つまり政治的決定に基づくものであり、科学的な認識に基づくものではない。そして、そのような前提を置くことによって、憲法裁判所は、自分固有の価値観を取り入れ、しかし、この観念をそのようなものとして明示しないというものである。

このような異議は、結局は、特定の社会制度における価値観の明白性に関する問題に関わる。明白性そのものは、それを争う者が常に存在するために、絶えず争われ続けられるであろう。

しかし、これに加えて、なお困難な問題がある。平等原則の適用の前提には、特定の事実関係が平等か、否かを確定するために、その事実関係が判断されるということがある。そうすると、同一の事実関係が異なった観点から把握され、従って、異なった観点からでも比較されうることになる。このことは、先に引き合いに出した「家族課税」の裁判においてとくに明確に示された。つまり、そこで問題になったのは、扶養義務のある者となない者とで、あるいは財産のある者となない者とで、憲法上重要な相違が見出されうるかというものであった。確かに、比較されるべきものの基準を定めるに当たっては、一つの意思決定がなされる。しかし、この決定は、党派の政治的な議論で異なった答えがなされるような問題が同時に存在しなければ、法学による批判を除けば、通常では広く問題にされることはないであろう。しかし、このような事実だけでは、裁判の対象となる問題があるかどうかということを法学的に判断するための根拠にはならない。そのような場合には、政治的および法学的な批判がなさ

れるだけであり、憲法裁判所は、かくして極めて心地よからざる状況に陥るのである。

3.8 疑いもなく、憲法裁判所の最近の判例は、裁判官による法の継続的な形成 (richterliche Rechtsfortbildung) と関係している。それは、民事の法律家には周知のことであり、昔から憲法問題に対するアメリカの最高裁判所の判例において見いだされたものである。これらのことがオーストリアの憲法裁判所に導入されるかどうかという問題がある。

「裁判官による法の継続的形成」という論拠に対しては、憲法裁判は民事事件における裁判とは比較できないという反論がなされる。このことは、憲法裁判所の任務の領域は政治に近いものの、しかし、憲法裁判所およびその構成員は、何ら政治的な責任を負う必要がなく、取り分け、国民から選挙される必要がないためである。逆に、このような批判は、裁判官による通常の法律の継続的形成と憲法のそれとの間には、単に量的な相違があるだけだという再反論に出会うことがある。この相違が「何か別のもの (aliud)」に変質するほどに中身のあるものかどうかは、一つの価値判断の問題である。

アメリカの最高裁判所の裁判との比較に対しては、伝統の違いやオーストリアの憲法と比べたアメリカの憲法のスタイルの違いが語られる。確かに、伝統の違いについていえば、アメリカの最高裁判所の法律審査権は何ら文言でもって定められてはいない。他方、オーストリアの憲法では、憲法裁判所の権限が極めて詳細に定められている。

ここでの問題においては、実定的なオーストリアの憲法の下で一義的に答えられるような問題は、確かに重要ではない。重要なのは、様々な方向を示す基本価値の重さの程度を判定することである。

付 記

本稿は、1998年11月12日 (木)、早稲田大学比較法研究所主催により開催されたオーストリア憲法裁判所事務局長ブリタ・ヴァグナー (Britta Wagner) の講演の翻訳である。

ちなみに、オーストリアの憲法裁判に関するこれまでの講演としては、1997年3月に来日したオーストリア連邦参議院議長でリンツ大学教授のヘルベルト・シャムベック (Herbert Schambeck) 氏が京都大学で行ったものがある。この講演については、初宿正典訳「ヨーロッパにおける民主的立憲国家の発展傾向——とくにドイツとオーストリアの憲法裁判に着目しつつ」自治研究 第73号第10号 (平成9

年）3—23頁，参照。

ヴァグナーの講演は，そのテーマが示すように，1940年代から1990年代にわたるオーストリア憲法裁判所の判例の変化の流れを学説の動向，ヨーロッパ人権裁判所の判例，さらにはドイツの連邦憲法裁判所の裁判との比較において，簡潔に，しかも分かりやすく紹介したものである。

オーストリアの憲法裁判所は，1920年の連邦憲法において設置されたものであり，そしてこの憲法は，純粋法学の創始者であるハンス・ケルゼン（Hans Kelsen）の起草によったものである。認識と実践とを峻別する純粋法学の方法論からオーストリアの憲法裁判所の憲法解釈がかつて強い影響を受けたのがいわゆる「化石理論」である。この理論は，憲法または法解釈の客観性を担保するために，憲法または法の解釈にあつては，憲法や法の施行された時点でそれらが一般に理解されていたのと同じように理解しなければならないことを主張するものである。このような理論が憲法の実質的理解・解釈，あるいは「裁判官による法の継続的形成」の観念と水と油の関係に立つことはいうまでもない。

講演後の質疑応答において，現在のオーストリア憲法裁判所の裁判官の内，純粋法学の影響を受けた者は一人もいないというヴァグナーの説明は，オーストリア憲法裁判所の事務局長として，いわば現場の実態を目の当たりしている人ならではの迫真性をもつものであった。

このように，現在のオーストリアの憲法裁判所の判例は，いわばその生みの親である純粋法学からすれば鬼子のようなものであろう。その意味では，ケルゼンの純粋法学の流れを汲む学説からの批判は，必然的なものである。この点については，古野豊秋「司法解釈による法創造とその限界——オーストリアの憲法裁判所の判例を素材として——」法と行政 第7巻第2号（1997年）223—246頁参照。

なお，訳文中のゴシックは，原稿の原文に応じたものである。