

憲法ドグマーティクと憲法裁判権

赤坂正浩

- I. はじめに
- II. 法ドグマーティクの観念
- III. 対象としての「現行法」
- IV. 方法としての「体系形成」
- V. シュリンクの「連邦憲法裁判所実証主義」論
- VI. おわりに

I. はじめに

法学とはいかなる知的営みであるのか。法学説は裁判所の判決に対していかなる距離感をもって接すべきか。これらの問いは、法学者の仕事のいわば足元にかかわると同時に、特に定見がなくても日常の研究・教育に支障はないという意味でも、法学者にとっては一種の根源的な問いである。

日本では、第二次大戦前から戦後間もない時期にかけて、こうしたテーマが活発に論じられたことがあったが、近年ではこういう問いは下火のようだ¹⁾。他方、ドイツでは、むしろ21世紀に入って、ドイツ流の「法ドグマーティク」の性格と限界に関する議論が活発化している。最近私は、私よりもはるかに若

1) おそらく私に近い世代までの憲法学者にとっては、解釈学説＝実践的価値判断と科学学説＝理論的認識とを区別する戦前から戦後にかけての宮沢俊義の論文がすぐに想起されるだろう。宮沢俊義「法律学における科学と技術」(1925年)、「法律学における『学説』」(1936年)、「学説というもの」(1964年)。いずれのものちに宮沢俊義『法律学における学説』(有斐閣、1968年)33頁以下、65頁以下、87頁以下に再録されている。科学としての法学の樹立を目指す法学者の仕事としては、民法・法社会学者の川島武宜による『科学としての法学』(弘文堂、1964年)が有名であった。

い同学の研究者の論文によって、ドイツの公法学界における議論の動向を知り、大変興味を惹かれた²⁾。本稿は、誠に不十分ながらその勉強のとりあえずの報告である。

II. 法ドグマーティクの観念

ドイツで21世紀に入って活発化した(憲)法ドグマーティクに関するメタ議論を主導しているのは、1960年代生まれの公法学者の新世代、2020年に入った現時点ではドイツの公法学界をリードする中心世代である。

そこで、本稿では、この世代に属するマティアス・イエシュテット Matthias Jestaedt、オリヴァー・レプシウス Oliver Lepsius、クリスティアン・ヴァルトホフ Christian Waldhoff、クリスティアン・ブムケ Christian Bumke の言説を手がかりに、法ドグマーティクの性格をめぐるドイツの議論に接近を試みたい。

法ドグマーティクの定義や説明に関する彼らのアプローチは、先行業績を引用するタイプと、自分の定義を簡潔に提示するタイプとに分けられる。前者はイエシュテット、レプシウス、ヴァルトホフ、後者はブムケである。さらに後者の例としては、彼らよりも一回り上の1940年代世代であるイエレン・イプゼン Jörn Ipsen の2017年論文もあげておきたい。

1 イエシュテット

「法における学問」と題する2014年の論文においてイエシュテットは、法ドグマーティクの定義について、「あらゆる面でコンセンサスがあり、境界が明確なドグマーティク理解は存在しない」と述べ、以下のように先行業績から4つの定義を例示している³⁾。

「カール・ラーレンツは、法ドグマーティクを、彼は『狭義の法学 Rechts-

2) 三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、2013年)46頁以下、太田航平「憲法理論と憲法教義学の関係」青森中央学院大学研究紀要24号(2014年)15頁以下、實原隆志「国法学と実務の近さを批判する純粋法学的言説について」戸波江二先生古稀記念『憲法学の創造的展開・上』(信山社、2017年)151頁以下、栗島智明「ドイツ憲法学の新潮流」法学政治学論究117号(2018年)33頁以下。

wissenschaft』というよび方をしたり、『ユリスプルデンツ』という不適切な呼び方を—好んで—しているのだが、『歴史的に発展してきたある特定の法秩序の枠内で、およびそれにもとづいて、法的問題を解決する学問』と理解している。ヨーゼフ・エッサーの強調点はこれとは異なっており、彼によれば、『実務について統一的な理解を打ち立て表示するという任務に貢献するかぎり』、そのような素材の加工が『ドグマティッシュ』であると称される。彼は説明を付加して、『ユリスプルデンツは、それが制定法への忠誠および正義の要請との最適……と思われる結びつきの意味において決定を導くかぎり、実務的なのだ』としている。もう1人フリードリヒ・ミュラーの把握はまた異なっており、彼は法ドグマティクを簡潔かつ鮮やかに、学説および実務において『実定法上のある特定の問題について表明された見解 Lehrmeinungen』と理解している。ごく最近ではトーマス・グートマンが、ドグマティクを『特定の法体系の実務指向的な省察、観察者の視点ではなく参加者の視点に立った第一次的秩序 erste Ordnung の省察』と、簡潔に定義している。ドグマティクに割り振られた機能や次元を考察に加えると、法ドグマティクとして理解され実践されている事柄の多様性は、さらにいっそう増大することになる⁴⁾。

このような定義の多様性を前提とした上で、イエシュテット自身は、法ドグマティクの「本質」と「偶有」とを区別するという「作業仮説」を提示している。ここで本質とは、「その存在なしには『法ドグマティク』というものを有意に語るができない諸要素」のことであり、偶有とは「状況依存的

3) Matthias Jestaedt, Wissenschaft im Recht, JZ 2014, S.4f. (注2)の太田論文と實原論文は、イエシュテットの「憲法理論」「憲法ドグマティク」観を詳細に紹介検討する仕事であり、栗島論文42~44頁でもイエシュテットが取り上げられている。イエシュテットの「憲法理論」に関する最も詳細な紹介検討としては、栗城壽夫「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力(3)」名城ロースクール・レビュー 37号(2016年)17~23頁がある。

4) それぞれの原典は、Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., 1991, S.5; Josef Esser, in: Festschrift für Ludwig Raiser, 1974, S.517; Friedrich Müller, Strukturierende Rechtslehre, 2. Aufl., 1994, S.382; Thomas Gutmann, JZ 2013, S.697.

Ralf Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, in: ders., Recht - Moral - Ideologie, 1981, S.71によれば、ドイツ語の「ユリスプルデンツ」という表現は、異論はあるものの、一般的には法学 Rechtswissenschaft と、裁判官やさらには法的助言者のそれも含めた法実務 Rechtspraxis の双方を含む広い意味で使用されるという。イエシュテットがラーレンツの用語法を不適切とするのは、こういう趣旨かもしれない。

に、換言すれば必然的ではなく偶然的に、法ドグマーティクの特徴をなす諸要素」のことである⁵⁾。イエシュテットによれば、「実務的な学問」Wissenschaft in Praxisであることが、法ドグマーティクの本質である一方、ドイツの法ドグマーティクの偶有は、法の体系性 Recht im System だという⁶⁾。イエシュテットのこれらの見解については、のちにまた触れることにしたい。

2 レプシウス

レプシウスは、「法学理論の諸問題」をテーマとする2008年論文において、以下のように法哲学者ラルフ・ドライヤー Ralph Dreier と行政法学者ヴィンフリート・ブローム Winfried Brohm の法ドグマーティク理解をあげている⁷⁾。

「ラルフ・ドライヤーは、ドグマーティクには3つの次元があることを認めている。すなわち、実定法素材を集めて分類する Sammlung und Schichtung 経験的次元、実定法を概念的・体系的に探究 Durchdringung する分析的次元、そして実践理性との関係を設定する規範的・法倫理的次元である。『法学部、法学科、あるいはそれ以外でおこなわれているその他の専門分科はすべて、それらの学科の客観的な研究関心が法ドグマーティクとかかわりをもつ場合にのみ、そのかぎりにおいて、法学の専門分科なのである。これらの専門分科は、法ドグマーティクとの関係と並んで、他の関心を追求することもありうる。その場合にはそれは、二重ないし多重的な専門分科の地位をもつ1つの専門分科ということになる。』

別の選択肢として、行政法学者ヴィンフリート・ブロームのドグマーティクの説明も引照しておこう。彼はドグマーティクを、『法律で規定されているかどうかにかかわらず実定法秩序の構成要素として一般に承認と服従を要求する、法的な概念・制度・原則・ルールの、体系内在的に構成された構築物』と定義している」。

5) Jestaedt, JZ (注3), 2014, S.5.

6) Jestaedt (注3), 2014, S.5-7.

7) Oliver Lepsius, Themen einer Rechtswissenschaftstheorie, in: M. Jestaedt, O. Lepsius, Ch. Möllers, A. Voßkuhle (Hrsg.), Recht - Wissenschaft - Theorie, 2008, S.17. 引用した文中でレプシウスが引用しているラルフ・ドライヤーは, R.Dreier, Rechtslehre und Rechtsgeschichte, in: ders., Recht - Staat - Vernunft, 1991, S.217. ブロームは, W.Brohm, Die Dogmatik des Verwaltungsrechts vor den Gegenwartsaufgaben der Verwaltung, VVDStRL 30 (1972), S.246.

3 ヴァルトホフ

管見するところ、先行業績を引照するこのようなアプローチのきわだった例は、2012年に公表されたヴァルトホフ論文ではないだろうか⁸⁾。ヴァルトホフは、この論文の本文で、14人の論者の定義的部分を引用している。すなわち、フランツ・ヴィーアッカー Franz Wieacker, ヨーゼフ・エッサー Josef Esser, コンラート・ツヴァイゲルト Konrad Zweigert, ハンス・デレ Hans Dölle, アーダルベルト・ポトレッヒ Adalbert Podlech, フリードリヒ・ミュラー Friedrich Müller, ギュンター・ヤール Günther Jahr, クラウス・アドマイト Klaus Adomeit, ベルト・リューターズ Bernd Rütters, ヴィンフリート・ブローム Winfried Brohm, エーベルハルト・シュミット-アスマン Eberhard Schmidt-Aßmann, マティアス・イエシュテット Matthias Jestaedt, クリストフ・メラース Christoph Möllers, ローベルト・アレクシー Robert Alexy である。

その上でヴァルトホフは、「これまでの叙述から明らかなように、法ドグマティクの正確な定義を期待することはできず、記述によって対象に接近できるだけである」として、これらに共通する法ドグマティクの「内容上の本質を6点にまとめて」いる。

すなわち、ヴァルトホフによれば、第1に、法ドグマティクは、個別事案への法の適用との関係を指向した現行法の解明である。第2に、法ドグマティクは、法素材の構造化による理解を目指し、体系形成の要求を伴う。第3に、民主的立憲国家における法ドグマティクは、立法者の明示的決定に反することはできない。第4に、法ドグマティクは、法創造それ自体ではない。第5に、法ドグマティクは動態的であり、法規範の変化を重視する。第6に、「啓蒙的な」法ドグマティクは、頑迷な概念法学を脱し、法の評価を認識可能なものにする。

4 ブムケとイブゼン

このように先行業績の引用から出発するアプローチではなく、はじめに自分の定義を打ち出すアプローチのごく最近の例として、ここではクリスティア

8) Christian Waldhoff, Kritik und Lob der Dogmatik, in: G. Kirchhoff u.a. (Hrsg.), Was heißt Dogmatik?, 2012, S.17ff.

ン・ブムケの2014年の論文と2017年のモノグラフィー、さらにイエレン・イプゼンの2017年の論文をあげておきたい。

ブムケは2017年のモノグラフィーの冒頭で、「法ドグマーティクは、法的作業を導き、法実務によって提起された問いへの答えを見出すために、実定法を探求し durchdringen、秩序立てることを欲する1つの専門分科として記述できる」と述べ、この文章に付した注で、この点にはほとんど異論はないであろうとした上で、その裏付けに23点の文献タイトルをあげている⁹⁾。2014年論文にも、若干表現が異なるだけのほぼ同一の定義がある¹⁰⁾。

他方、2017年にローベルト・アレクシーに捧げられた記念論集に、「法ドグマーティクと法メトードイク」という論文を寄稿したイプゼンは、法ドグマーティクをきわめて簡潔に「現行法に関する学説の総体 Inbegriffen der Lehren vom geltenden Recht」と定義している。イプゼンは、現行法の「研究 Erforschung」という表現は自然科学を連想させ、現行法の「探求 Durchdringung」という表現は実定法の原生林へと分け入る durchdringen イメージを伴うので好ましくないとして、現行法に関する多くの学説書 Lehrbuch (=教科書)が出版されてきたことが示すように、法ドグマーティクは、現行法に関する学説なのだと言うのである¹¹⁾。

以上、イエシュテットとレプシウスがあげた合計6つの著名な定義、イエシュテット自身の言う法ドグマーティクの「本質」と「偶有」、14人の定義からヴァルトホフが導き出した6点の「法ドグマーティクの内容上の本質」、ブムケとイプゼンの2つの自前の定義、とりあえずこれらを通覧するかぎり、ドイツの(公)法学界の「法ドグマーティク」観には、イエシュテットやヴァルトホフの言にもかかわらず、かなりの共通性が感じられる。日本の「法解釈学」観との比較の点からも、私にとって特に興味深いのは、ドイツの「法ドグマーティク」観における、対象としての「現行法」の強調と、目標ないし方法としての「体系形成」へのこだわりである。以下では、この2点についてさらに観察を進めることにしたい。

9) Christian Bumke, Rechtsdogmatik, 2017, S.1 und Anm.1.

10) Christian Bumke, Rechtsdogmatik, JZ2014, S.641.

11) Jörn Ipsen, Rechtsdogmatik und Rechtsmethodik, in: M. Borowski, S. L. Paulson, J-R. Sieckmann (Hrsg.), Rechtsphilosophie und Grundrechtstheorie, 2017, S.226.

Ⅲ．対象としての「現行法」

1 「現行法」の意味

上掲の定義例からわかるように、論者が共通に明示する法ドグマティクの対象は、現行法 *geltendes Recht* ないし実定法 *positives Recht* である。「法素材」*Rechtsstoff* という表現も一般的だ。この点については、広汎なコンセンサスがあると言えるだろう。たとえば、イエシュテットによれば、「ドグマティクは、現行法を指向する法の実用学 *juridische Gebrauchswissenschaft*」である¹²⁾。また彼は、別な論文では、やはり「現行法を指向する実用学 *Gel-tendrechtlich orientierte Gebrauchswissenschaft*」という標題の章で、「ドグマティクは、適用されるべき法 *das anzuwendende Recht*、通称、法素材を、理解し適用することを易しくし、その解釈・適用のルーティンを根拠づけ、指導し、典型的には体系化し標準化し、その像を作り加工することに努める」とも述べている¹³⁾。

しかし、論者が想定する現行法の範囲には、不明確な点もある。たとえば、レプシウスが引照していた法哲学者ラルフ・ドライヤーは、以下のように指摘している。

「……法ドグマティクは、その対象領域を、通常は3つの異なる視点に立って探求してきた。第1の視点は、権限をもって〔意思を〕表明する権威が制定した *Gesetzheit* という事実によって、法を定義する。第2の視点は、ある法規範に法共同体成員が服従しているか、服従していない場合にはその法規範を裁判所が適用しているという事実によって、法を定義する。第3の視点は、正義と法的理性によって、法を定義する。これに応じて、法ドグマティクの行為の3つの異なる次元を区別することができる。第1の次元は制定法 *Gesetzesrecht* の認識に向けられ、第2の次元は裁判官法の認識に向けられ、第3の次元は正しい法ないし合理的な法の認識に向けられる。この3つの次元のすべてが、その強度には相違があつて

12) Jestaedt (注3), S.6.

13) Jestaedt, *Wissenschaftliches Recht*, in: *Festschrift für Heinz Mayer*, 2011, S.173.

も、……あらゆる法ドグマーティクに含まれていることを示すことができる」¹⁴⁾。

他方、 BUMKE は、そのモノグラフィーの第1部第2章「法ドグマーティクの思考方法」に、「C. 法ドグマーティクの対象としての実定法」という節を設け、その冒頭で次のように述べている。

「法ドグマーティクの任務を規定したのちにテーマとなるのは、対象である実定法、つまり、現に存在し、ある社会において実施されている法について探求 erkunden することである。法素材は、成文法規範と不文法規範、一般的法規範と個別的法規範ないし法行為からなっている。実定的法素材に数えられるのは、憲法律、その他の法律〔通常法律〕とこれを代理する諸規定〔行政立法〕、および EU の直接適用可能な諸規定、これらと並んで、判決・決定・行政行為・契約ないし法律行為のような個別の法行為である」¹⁵⁾。

ラルフ・ドライヤーのように現行法に「正しい法、合理的な法」を含める見解は、日本では一般に自然法論と理解され、法実証主義的な現行法＝実定法理解とは異なると考えられている。本稿が参照しているドイツの文献でも、上記のように BUMKE は、実定法に「正しい法」の観念を要求していない。他方で、イエシュテットが「正義との最適の結びつき」をドグマーティクに求めるヨーゼフ・エッサーを紹介し、ヴァルトホフがドグマーティクによる現行法の倫理的評価に言及しているように、法ドグマーティクの作業には、現行法外在的な何らかの「正しい法」を基準とした現行法の評価が含まれることが想定されている点は注目される。

また、ラルフ・ドライヤーと BUMKE が、いずれも現行法として「裁判官法 Richterrecht」を認めている点にも注目しておきたい。つまり、日本の法学者が言う「判例」も、法ドグマーティクの考察対象となる現行法だということになる。この点は、憲法ドグマーティクと憲法裁判権との関係理解にとっても意味があると思われるので、のちにまた触れることにしたい。

14) Dreier (注4), S.88.

15) Bumke (注9), S.56.

2 法ドグマティクの性格—ラルフ・ドライヤー

(1) 3つの法理論—「法史学」「法ドグマティク」「一般法理論」

「現行法に関する学説の総体」というイプゼンの定義に典型的なように、法ドグマティクをまず現行法（実定法）という対象によって規定するドイツの発想は、現行法を対象とする言説にも、「解釈学説」（≒法ドグマティク）と「科学学説」の双方が含まれうるとする、少なくとも私の世代あたりまでの日本の法学者の通念とは大きく異なっている。そこで、法ドグマティクの対象の問題と関連して、法ドグマティクの言明の性格、法ドグマティクとその他の法学との関係に関するドイツの学説も管見しておきたい。

まさに法ドグマティクと法理論との関係をテーマにしたレプシウス論文は、両者の関係について次のように述べている。

「ドイツの法学では、理論的な論議とドグマティクの論議とは、もともと区別されている。」「法学における『理論』の概念については、コンセンサスは存在しないと言えるだろう。その仕事の分野が現行法である法学者と比べれば、法理論家や、ましてシステム理論家のほうが、説得力のある理論概念を使用している。本稿の目的のために使用されるのは、現行法の適用の問題に焦点をあてた法学的営為としてのドグマティクとの境界を画定する控え目な理論概念である。本稿では、理論とドグマティクとは互いに関係を有するものなので、メタ次元の観察のために操作される理論概念は目的適合的ではない。本稿では、ドグマティクとの対比の意味で、実定法の妥当根拠に還元されるような法学の視点は、すべて『理論』とよばれる。」「理論的な論議は、それがまさに結論の重要性を約束していないことで、省察という次元を獲得する。むしろテーマとなるのは、規範解釈ないし法学方法論の諸問題、正義論、ルールと原理といった抽象的な問題である」¹⁶⁾。

レプシウスは、実用的な結論の重要性を意識しないという、現行法に対する距離感の相違によっても、「法理論」を「法ドグマティク」から区別しているが、それ以上に、法学方法論・正義論のような、現行法に限定されず法一般を対象とする知的探求を「法理論」とみていると言えるだろう。

16) Lepsius (注7), S.3, S.4f, S.5.

このように、方法よりも対象によって、法ドグマーティクとその他の法学とを区別する発想は、ドイツではポピュラーなようだ。その典型的な例として、レプシウスが引照していたラルフ・ドライヤーをあげておきたい。

1978年初出の「ユリスプラデンツにおける理論形成」という論文¹⁷⁾でラルフ・ドライヤーは、以下本稿で「規範」とは「法規範」のことであると断った上で、次のように述べている。

「規範に関する理論には、現行の規範に関するもの、過去に妥当していた規範に関するもの、規範一般に関するものがありうる。過去に妥当していた規範に関する理論、つまり、法史学の理論は、本稿では単純化のために除外しよう。そこで残るは現行の規範に関する理論と、規範一般に関する理論である。前者は法ドグマーティクの理論、後者は法理論的な理論と呼ぶことができる。その場合、『法ドグマーティク』という表現で念頭に置かれているのが、狭い本来の意味での法学であるのに対して、『法理論』という表現は、すべての体系的な法学的基礎学科（法理論-国家理論、法哲学-国家哲学、法社会学-国家社会学）の総称として使用されている」¹⁸⁾。

(2) 「理論」の意味—「非技術的理論」と「技術的理論」

ラルフ・ドライヤーは、レプシウスよりも明快に、法を対象とする知的・学問的営為のすべてを理論とよび、対象となる法の違いによって、現行法に関する理論を法ドグマーティク、過去の法に関する理論を法史学、法一般に関する理論を法理論として区別していることがわかる。では、彼の言う「理論」とはいかなるものであろうか。

ラルフ・ドライヤーによれば、一般に「理論」という表現には、日常的な用語として「非技術的に」使用される場合と、専門学術的に確定されて「技術的に」使用される場合とがある。「非技術的-日常的には、『理論』という表現で念頭に置かれているのは、所与の問題を解決するという文脈において言明されている、ある対象に関する想定 of 総体である。ここに言う『想定』には、主張、意見、推測、見解ないし仮説も含まれる」¹⁹⁾。

17) Ralf Dreier, Zur Theoriebildung in der Jurisprudenz, in: ders., Recht – Moral – Ideologie, 1981 (注4), S.70ff.

18) Dreier (注4), S.72.

19) Dreier (注4), S.81.

これに対して、「技術的理論」は、主として分析的科学理論によって、自然科学をモデルとして構成されてきた。しかし、ラルフ・ドライヤーは、この理論概念は社会科学にはそのままではあてはまらないとする。「もちろん、分析的科学理論の理論概念の標準的な定義を〔社会科学に〕求めるのは無駄である。〔しかし〕第1次的には自然科学の理論に関するメルクマール、特に、自然科学的な意味における法則概念と言明の論理的-数学的許容性の要請、これらを抽象化して、学問的理論〔技術的理論〕を、その言明間に導出関係があり、少なくとも首尾一貫性と検証可能性の要求を満たすような、言明の体系ないし総体と規定することが可能だ」²⁰⁾。

(3) 法ドグマティクの理論系列と「技術的理論性」

ラルフ・ドライヤーは、現行法に関する理論、すなわち法ドグマティクを、その抽象性の度合いに応じて、具体的なものから抽象的なものへと、「解釈に関する理論 interpretative Theorien」「規範定立的理論 normvorschlagende Theorien」「構成的ないし評価的理論 konstruktive bzw. Qualifikationstheorien」「制度の理論 Institutstheorien」「諸原則に関する理論 Prinzipientheorien」「基礎概念に関する理論 Grundbegriffstheorien」「ある法分野の理論 Rechtsgebietstheorien」という7つの類型に分類できるとする²¹⁾。

彼によれば、法ドグマティクにおいても、理論という言葉は、「非技術的-日常的意味」で使用されることがまれではない²²⁾。したがって、彼自身があげる上のような法ドグマティクの「理論」系列のなかには、現行法に関する雑多な主張・意見・見解が含まれるのが現実だということになるだろう。しかし、彼によれば、これら法ドグマティクのさしあたりは「非技術的」諸理論も、導出可能性、首尾一貫性、検証可能性という3要件を満たす言明群という彼の理論概念を基準として、その内容次第では、他の学問領域の諸理論と同レベルで、十分「学問的=技術的」理論足りうる。言明の性格という観点からは、法ドグマティクには、他の法学、さらには他の学問領域と、本質的な質的相違は存在しないのである。

20) Dreier (注4), S.82.

21) Dreier (注4), S.73.

22) Dreier (注4), S.81.

(4) 「ある法分野の理論」の「技術的理論」性

こうした結論に至る上で、ラルフ・ドライヤーが出発点とするのは、彼のいわゆる「ある法分野の理論」である。

「さて、上にあげた〔「解釈に関する理論」から「ある法分野の理論」に至る〕一連の類型に示された各理論グループについて、それが理論概念の要請を満たすかどうか、どの程度満たすかが、それぞれの理論類型ごとに検討されなければならないだろう。しかし、紙幅に限りがあるので、本稿では、それは限定的・示唆的にしかおこなうことができない。その際、これら一連の理論類型に立ち戻るとともに、ドグマーティクのなかのその他の理論〔類型〕を部分理論として組み込んでいるある法分野の理論から始めることが適切だ²³⁾。

ラルフ・ドライヤーの言う「ある法分野の理論とは、法的ドグマーティクないし法的部分ドグマーティクそれ自体、つまり、たとえば民法理論、刑法理論、国法および行政法理論、あるいは、より低い抽象性のレベルでは、債権法理論、家族法理論、租税法理論、社会法理論、警察法理論等々である」²⁴⁾。「もちろん、この専門分野〔法ドグマーティク〕の意味においては、いろいろなドグマーティクは、理論とはよばれていないこともあるし、とりわけ……理論には特定の要請、特に首尾一貫性と無矛盾性の要請があるので、理論の名に値しないこともある。したがって、こうした諸要請を満たす、または少なくとも満たすという要求を掲げている、現行法に関する言明の体系、つまり、たとえば民法や刑法の教科書に含まれる言明群だけが、ある法分野の理論としてのドグマーティク……なのである」²⁵⁾。

その上でラルフ・ドライヤーは、法ドグマーティクは導出可能性・首尾一貫性・検証可能性の要請を満たしうるとする。法ドグマーティクの言明間の導出可能性は、ドグマーティクの語義にも示されているように、いわば当然であり、首尾一貫性の可能性も他の学問分野と違いはないと言う²⁶⁾。これに対して、「検証可能性」については、よりていねいな検討が試みられている。

23) Dreier (注4), S.87.

24) Dreier (注4), S.77.

25) Dreier (注4), S.77f.

26) Dreier (注4), S.88.

(5) 法ドグマーティクの「検証可能性」の問題

「……検証可能性の要請については、より詳細な説明が必要だ。しかしながらこの点を、ドグマーティクの言明体系の地位と機能という問題から独立に取り扱うことはできない。ドグマーティクの言明の地位については、ドグマーティクが現行法の認識を目的としていることが出発点である。法ドグマーティクの理論の主たる困難は、現行法の概念について、したがって法ドグマーティクの認識対象について、完全な一致は存在しない点にある」²⁷⁾。

このように述べたあとでラルフ・ドライヤーは、すでに引用したように、法ドグマーティクの認識には、制定法の認識、裁判官法の認識、正しい法の認識という3つの次元があるとし、程度の差はあれ、法ドグマーティクの言明はすべて、この3つの次元を含んでいるとしている。彼によれば、制定法と裁判官法の認識は、厳密に言えば制定法・裁判官法を純粹に記述的に再現している場合にかぎり、検証可能な経験的理論ということになる。これに対して、法ドグマーティクの言明が、正義ないし合理性の観点から、経験的に把握された法の多義性や不完全性を除去する場合には、この言明は規範的理論の地位に立つ。この種の言明の検証可能性は、実務的な問題に関する合理的ないし学問的な決定の可能性を肯定するか否かにかかっている。ラルフ・ドライヤー自身は、この可能性を承認するので、3つの次元を含む法ドグマーティクの言明にも検証可能性があると考えるのである²⁸⁾。

3 法ドグマーティクの主体

以上、やや詳しく紹介した、理論の資格をもった現行法認識という、ラルフ・ドライヤーのような法ドグマーティク観は、主として法学者の現行法認識の営みを念頭に置いている。ラルフ・ドライヤーが、「ある法分野の理論」を、「たとえば民法や刑法の教科書に含まれる言明群」と説明していたことにはすでに触れた。

しかし、ドイツの学説が法ドグマーティクと理解している言説、そして日本

27) Dreier (注4), S.ebd.

28) Dreier (注4), S.88f.

の学説が法解釈と理解している言説のなかには、日々の裁判活動・弁護活動・行政実務等を通じた実務家の営為も含まれる。その意味では、Rechtsdogmatikを「法教義学」と訳すことは、必ずしも適切ではない²⁹⁾。それでは、学者の法ドグマーティク、より正確には学問的営為としての法ドグマーティクと実務上の法ドグマーティクとの間には、何か質的な差異はあるのだろうか。ヴァルトホフによれば、「法ドグマーティクは、学問によって遂行される場合には、法の形態に関する提言であり、裁判官、行政官僚その他権限を与えられた者によって遂行される場合には、法の創設を含むことになる」³⁰⁾。この相違は、日本でも、「学理解釈」と「有権解釈」の相違として、法学の世界ではいわば常識に属することであろう。

しかしさらに問題となるのは、学問的営為としての法ドグマーティクと実務活動としての法ドグマーティクとの間に、方法や性格上の相違があるのか、あるとすればどのような相違なのか、もしないとすれば法ドグマーティクの学問性を肯定できるのか、という諸点である。

この点について、ブムケはドイツにおける学説の空白を次のように指摘している。「ある法的问题や法的事案との法学の取り組みは、裁判官や官僚の仕事

29) ドイツで「憲法理論」Verfassungstheorieの内容・性格をテーマとした先駆的な仕事の1つであるMartin Morlok, Was heißt und zu welchem Ende studiert man Verfassungstheorie? 1988, S.39は、憲法学Verfassungsrechtslehreの性格、および憲法学とドグマーティクとの関係について、次のように述べている。「憲法学は、社会学や政治学とは異なって、決定をおこなう規範的な学問であり、何がなされるべきで何がなされるべきでないかについての情報を与える学問である。憲法学は、自分の使命が決定の提案であり価値判断であることを自覚しており、このような提案や判断を憲法のテキストを引照し解釈することによって根拠づける学問である。この点で憲法学は、経験的ではなく、解釈学的hermeneutischに、規範的に、仕事をおこなう。この意味で、本書においては、憲法学は憲法ドグマーティクと理解され、より正確には憲法ドグマーティクの生産者と理解されることになる。つまり、憲法学は、憲法ドグマーティクを定立する学問分科なのである」。

この説明では、「憲法ドグマーティク」自体は学問と捉えられていない。モルロクは, Dogma, Dogmatikの原意に忠実に、憲法規範の内容をドグマ、憲法規範の内容に関する「教義」を憲法ドグマーティクと考えていると思われる。したがって、「憲法ドグマーティク」=「憲法規範の内容に関する教説」を定立する規範的学問が憲法学だということになる。この発想に従えば、「憲法規範の内容に関する教説」を提示することは「憲法学者」の専売特許ではないので、学者による、より正確には学問的営為としての憲法ドグマーティクと、それ以外の憲法ドグマーティクとの相違如何という問題が提起されることになる。なお、モルロクの「憲法理論」観の詳細な紹介分析として、栗城壽夫「ヘルマン・ヘラーにおける憲法の規範力(3)」名城ロースクール・レビュー 37号(2016年)2~17頁がある。

とどうやって区別されるのだろうか。そして、この活動の学問としての資格はどこにあるのだろうか。……この問いは、これまでどこでも取り扱われていないので、ここでもこれ以上周到な探求をおこなうことはできない³¹⁾。

とはいえ、私見によれば、少なくともドイツにおける学問的な法ドグマティク的方法的特徴としては、根強い「体系形成」志向をあげることができるよ

30) Waldhoff (注8), S.27. 「学理解釈」が法それ自体ではないこと、法的拘束力をもたないことは、日本では当然視されていると思われるが、長い「学識法」の伝統をもつドイツでは必ずしもそうではないようである。

Jestaedt (注3), S.6 は、学問活動としての法ドグマティクの「生産者」には、法学者のみならず、学問的な意欲をもった実務法曹も現に参入していること、法ドグマティクの主たる「利用者」は実務法曹であることを指摘し、法ドグマティクは、法学者と実務法曹の共通のフォーラムであり、コミュニケーション空間であり、共通言語であるとして、法ドグマティクは通常の学問と異なる「ハイブリッドな地位を占めている」と述べている。

Ipsen (注11), S.230 は、ある法的問題の「答えについてさまざまな見解が主張されている場合、ある特定の見解には、自分が現行法だと主張する資格はない」が、「『支配的見解』が形成され、これが判例によって受容されるか、逆に判例が『支配的見解』になってはじめて、現行の法状態について語る事ができる」と述べる。この見解も、判例によって受容された通説、および通説によって受容された判例を現行法とみなすのであるから、大方の学説から批判されている判例はすべて一種の法だという、おそらく日本では一般的な法意識とは異なっている。

Lepsius (注7), S.18 は、「法学者は法ドグマティクに法創造の権限を認めている」として、この文章に付した Anm.54 で、Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-ABmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. I, 2006, S.6 の以下の文章を引用している。法ドグマティクとして理解されているのは、「実定法および判例に関するものだが、それらの記述と同一ではなく、制度的に営まれる法学の枠内で定立され論議され、規範的内容をもつ一群の言明（定義、原則等）である。……法ドグマティクのテーマは、その核心において、法の生産に参与する者の共同体によって、規範的意義を構成することである」。レプシウスの理解のように、フォスクーレが「学識法」を承認しているのかは、解釈の余地があるだろう。この点をさらに検討するためには、フォスクーレが引用する Robert Alexy, Theorie der juristischen Argumentation, 3.Aufl., 1996 の本格的な吟味が必要になるが、これは本稿の手に余る作業である。

Karl-E. Hain, Systematische Rekonstruktion des Verfassungsrechts als Aufgabe der Verfassungsrechtsdogmatik, in: Christian Starck (Hrsg.), Die Rolle der Verfassungsrechtswissenschaft im demokratischen Verfassungsstaat, 2004, S.47 は、Bernd Rüthers, Rechtslehre, 1. Aufl., 1999, S.177 の次の記述を、学説にも法的拘束力を認める見解の例としてあげている。「法に関して言うと、ドグマティクとは、現行法の尺度となる根拠づけと解決の範型を意味する。これには、制定法のうちに見出されるものばかりでなく、法学と法実務が制定法に付加したのもも含めて、あらゆる教説・基本原則・諸原則が含まれる」。

31) Bumke (注9), S.49. これに引き続いてブムケは、ある法行為との時間的前後を基準として、法行為の「事前の記述」vorzeichnen と「事後の記述」nachzeichnen という、彼独特の概念を提示して、学問的法ドグマティクと実務的法ドグマティクとの関係を論じているが、大変遺憾ながら筆者は本稿で紹介できるほどその内容を十分に理解することができなかった。

うに思われる。そこで、この点について章を改めて若干の考察を試みたい。

IV. 方法としての「体系形成」

1 「偶有」としての「体系形成」(?)

上述のように、イエシュテットは、法ドグマーティクの「本質」と「偶有」とを区別する作業仮説を提唱し、ドイツの法ドグマーティクの「偶有」は、「法の体系化 *Recht im System*」だとする。たしかに、本稿が取り上げた論者はほぼ共通に、ドイツにおける法ドグマーティクの伝統的な目標・方法・作業内容として、体系形成をあげている。

「〔個別の事実関係から〕脱文脈化された法命題は、さらに内容上の首尾一貫化という形をとった特有の体系化のプロセスに服することになる。すなわち、広汎に『偶発的要素から解放された』法命題は、実現可能なかぎり矛盾を免れ完全性を備えた—通常は階層的な—関係に置かれる。脱文脈化された法命題は、共同してドグマーティクの体系を形成する。(多くの場合、暗黙のうちに) この体系によって法秩序という観念が体现されている」(イエシュテット)³²⁾。

「〔法ドグマーティクの〕出発点にあるのが、実定法は秩序立てられた全体をなしているという観念であることは明らかだ。この観念が、ドイツにおける法ドグマーティクの思考を構成している。この観念は、法ドグマーティクの作業の目標であるばかりでなく、法ドグマーティクの思考自体の前提として、その基礎に存在する。ひとは、実定法を意味のある全体、すなわち1つの秩序へと統合するような検討を通じて、実定法にアプローチする。ある実定法素材が、分裂し多元化している多層的秩序の一部であったり、法行為に矛盾があったりすることで、〔法ドグマーティクの〕作業に際して、その実定法素材が断片的でバラバラなものであったとしても、法ドグマーティクのこの観念は揺るがない」(ブムケ)³³⁾。

「法ドグマーティクは、法素材を構造化することによって、法素材を理解

32) Jestaedt (注3), S.6.

33) Bumke (注10), S.647.

可能なものにする。というのも、この点で法ドグマティクは、教育的な了解の機能を営むからである。……法ドグマティクは、解釈 Interpretation, Auslegung であり、具体化であり、体系形成の要求を伴うものである……。法ドグマティクは、一方の法テキストと、他方の法体系の外部からの法の省察との中間的な抽象の次元に位置し、現行法を体系的に記述する。こうして、法ドグマティクは、認識の過程であると同時に、概念、学説上の言明、法制度の総体でもある」（ヴァルトホフ）³⁴⁾。

「法ドグマティクは、経験的次元においては実定的法素材の収集と選別 Sichtung を目指し、分析的次元においては概念的-体系的な探求 Durchdringung を目指し、規範的すなわち法倫理的次元においては、実定法が不明確な領域で合理的な決定の提案をおこなうことを目指す」（ラルフ・ドライヤー）³⁵⁾。

これらに対して、本稿が取り上げた論者のなかでは例外的にレプシウスが、こうした「体系形成」「体系思考」に対する次のような懐疑を表明している。

「さまざまな法創設主体が創設する法の内容的同質性という理念は、民主的立憲国家における規範的所与、とりわけ連邦制的な性格との間に、解決しがたい目標の衝突を発生させる」。「……体系思考を（単に実定法に関する法学と関連づけるだけでなく）実定法〔それ自体〕と関連づける場合には、より慎重な、新たな合理的視点が適切である。それぞれ決定の裁量権を有する多様な法創設主体の存在を真剣に受け止めるならば、実体的な意味における『体系』について語ることはまずできないからである」。「……体系という考え方は、……法学の方法に関するものであって、その対象である法に関するものではない、と言うことがおそらくできるだろう。学問的作業は、認識論の意味において体系的ということができのてあって、『体系』というものが対象と等価物に高められるべきではない」³⁶⁾。

「体系」はそもそも現行法自体に内在しているのか、それとも法ドグマテ

34) Waldhoff (注8), S.27.

35) Dreier (注7), S.217.

36) Lepsius (注7), S.36f.

イクによって現行法の外部から持ち込まれるものなのか。この「体系」観の対立を、イエシュテットは「統合主義 Integralismus」対「差異化主義 Differentialismus」というドグマーティクのコネプツの競争と位置づけ、いずれも法ドグマーティクの「偶有」だが、「わが国で支配的なのは、統合主義的な法ドグマーティク理解だ」と指摘している³⁷⁾。

2 学問的法ドグマーティクの目標・方法としての「体系形成」

(1) 法ドグマーティクによる体系形成

ここでは「体系」は実定法内在的か、それとも法ドグマーティクの構築物かという問題も含めて、「法体系」の性質論に立ち入った検討を加えることはできない³⁸⁾。そこでさしあたり、法ドグマーティクの主体という問題との関連で、実務上の法ドグマーティクとは区別される学問的営為としての法ドグマーティクの特徴を、「体系形成」に求めるカール-E. ハインの見解を紹介しておきたい³⁹⁾。

ハインは、「法学的ドグマーティク概念には文献上争いがあり、確定的に明示するわけにはいかないことを銘記しつつ、私としては次のような定義を提案したい」と断った上で、「学問としての法ドグマーティクとは、所与の法素材の体系的再構成である」とする(下線本稿筆者)⁴⁰⁾。また、ハインは、法ドグマーティクに言う「ドグマ」とは、端的に「現行法」のことだとしている。「現行法の体系的再構成」とは、次のようなものである。

「ドグマーティクの目標は、現行法を体系として再構成することである。こういう体系的アプローチは、一方で『ドグマ』との接触が学問的である上で大きな意義をもち、他方で法とその適用の安定性にとって中心的な貢

37) Jestaedt (注3), S.10.

38) 法体系の問題を論じたドイツの研究としては、Claus-Wilhelm Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 1. Aufl., 1969; 2. Aufl., 1983が、「基本的」(Jestaedt (注13), S.176, Anm.16)であるとか、「ドイツではいまでも標準的」(Lepsius (注7), S.37, Anm.110)と評されている。

39) Hain (注30), S.45ff. イェシュテットらと同世代の公法学者ハインは、情報法の領域の研究者として知られるが、この論文は、2002年に開催されたドイツと台湾の公法学者によるシンポジウムの報告である。

40) Hain (注30), S.47.

献をする。体系思考にとって特徴的なことは、第1に統一性の観念である。すなわち、学問の体系に属する個々の命題は、互いに無関係に並立しているのではなく、互いに関係しあっており、これによってそれらは統一的な全体として現象するのである。学問的な諸命題による1つの体系の統一性は、他のすべての命題を若干の基礎的命題に還元できることによって獲得される。ある体系が包括的であればあるほど、その体系はより多くの抽象化・具体化の諸段階を含むことになる。私がここで問題にしておきたい第2の特徴は、分節化という特徴である。したがって、ある1つの体系は、そのなかさがさまざまな抽象化・具体化の諸段階に分節化された統一的な全体として現象する⁴¹⁾。

「分節化された統一的全体としての現行法の記述」という、このようなハインの法ドグマティック観は、「現行法に関する、導出可能性・首尾一貫性・検証可能性を有する言明群」というラルフ・ドライヤーの「法ドグマティックの技術的〔学術的〕理論」の捉え方とも共通している。ドイツの学説にとって、「体系形成」こそ、「学問的営為」としての、したがって「学術的理論」としての法ドグマティックの必要条件だということであろう。

(2) 憲法ドグマティックの体系形成

ハインは、体系は現行法内在的であるのか（「統合主義」）、法ドグマティックによって外部から持ち込まれるのか（「差異化主義」）という点について、抽象度が高く規範密度が薄い憲法のような領域では、体系形成には法典「外部の仮説」を参照することが不可欠だとする。彼によれば、基本権総論の体系がその好例である。

「法学の領域におけるドグマティックの体系の場合、『ドグマ』としてのその時々々の現行法が、学問的な体系形成の基盤であり限界でもある。少なくとも法秩序においては、発展段階の進展にもとづいて、すでに法規自体が相対的には高度に体系的に秩序立てられており、通常は法のヒエラルヒーの上位に位置する一たとえば憲法上の一般平等原則のような一法規が、下位法にこうした体系的秩序を強制する。ドグマティックの学問は、このような体系を自らの体系を形成する基盤とすることができるし、場合によっ

41) Hain (注30), S.47f.

ては、それぞれの規範の作者が明確には答えられないような問いに関して、さらに〔答えを〕書き足すことができる。その際、こうした創造的な書き足しの余地を提供するのは、たとえば基本法の基本権部分がそのような、とりわけ開かれた規範を相当程度に含む規範複合体である」⁴²⁾。

「『規範密度』という標語は、憲法律の相対的に高度な開放性と最高法規性との結合から生ずるさらに困難な諸問題を帰結する。特に高度に開かれた規範を含む規範複合体は、創造的な体系形成の余地を提供すること、その開放性のゆえに、基盤となる規範について1つの体系を読み込むことがまだできない場合には、こうした体系形成は『外部の』仮説を引照すること、これらの点についてはすでに詳論した。ここには、憲法とそのドグマティックが有する、たとえば哲学的 and/or 政治的ルーツの理論および仮説に対して『開かれた側面』が存在する。このことをよく示しているのは、いわゆる基本権理論をめぐる論議である」⁴³⁾。

「基本権理論」に関してハインは、ドイツ基本法下の基本権理論を類型化したベッケンフェルデの有名な論文⁴⁴⁾をあげながら、「社会国家的に変形された自由主義的基本権理論が、憲法適合的な、すなわち憲法〔ドイツ基本法〕に内在する基本権理論であることを示そうとするベッケンフェルデの試みは……循環論法だとの批判を提起する」アレクシーを支持している。ハインによれば、「基本権部分や憲法全体の体系的な秩序づけについて、関連規範のみから唯一十全な全体構想を導き出すことはできず」、憲法規定の開放性の枠内で「憲法適合的なものとして妥当するさまざまな体系構想が存在する」⁴⁵⁾。

42) Hain (注30), S.48.

43) Hain (注30), S.51.

44) Ernst-Wolfgang Böckenförde, Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation, 1974, in: ders., Staat Gesellschaft Freiheit, 1976, 221ff. 日本でもきわめて有名なこの論文のなかでベッケンフェルデは、論者によるドイツ基本法の基本権規定の解釈は特定の基本権理論を前提とし、そこから導出されているとして、そのような種々の基本権理論を「自由主義的基本権理論」「制度的基本権理論」「基本権の価値理論」「民主的・機能的 basic 権理論」「社会國家的基本権理論」に類型化した。ハインは、こうした複数の基本権理論を、ドイツ基本法の基本権部分の学問的体系形成の例とみなしているわけである。

45) Hain (注30), S.51f.

3 学問的基本権ドグマティクの例示

ベッケンフェルデが整理したような「基本権理論」が、ハインの言うように憲法ドグマティクの好例かどうかは議論のあるところであろう⁴⁶⁾。むしろここでは、学問的営為としての（憲）法ドグマティクが、ハインらの要請のように、いかに「体系形成」にこだわりをもっているかを示す例として、ブムケとフォスクーレの共著『ケースブック憲法』をあげてみたい。

この本は、管見に属するかぎり、「ケースブック」と銘打ったドイツで唯一の憲法解説書である。しかし、そこでは、ドイツ基本法の基本権の諸規定が、三段階審査論の体系に即して「保護領域」「介入」「介入の憲法的正当化」に原則として分説され、連邦憲法裁判所の判決文の該当箇所が、著者によって各項目に切り貼りされる形式がとられている。

たとえば、基本法 12 条の職業の自由の章をみると、「A. 序説」に続いて「B. 判例」という節が立てられているが、その I は「職業の自由の保護領域」の解説である。I には「1. 生活の基盤としての職業」という項目が置かれ、「職業の自由の人格的特質を、連邦憲法裁判所は次のように述べている」として「薬局判決」の該当箇所が引用される。これに引き続いて、「しかし、このことは、私法上の法人（株式会社、有限会社）は職業の自由の基本権を主張できないという意味ではない」とし、そのことを認めた連邦憲法裁判所の「共同決定判決」の該当箇所が引用されている。その次に「2. 職業の自由の人格的解釈の帰結」という項目が立てられ、その「a) 広い職業概念」の説明で、再び「薬局判決」の該当箇所が引用されるという具合である⁴⁷⁾。

ブムケ／フォスクーレの『ケースブック』は、その書名から日本の法学者がおそらく想像する形式とは大きく異なって、叙述全体がきわめて「学說的」「体系的」、ラルフ・ドライヤーの言う「ある法分野の理論」的なものであって、判例はこの体系的叙述のなかに分解されている印象である。もちろん、これには、憲法保障機関としての憲法裁判所の役割から、判例自体が憲法解釈上

46) リュッベヴォルフは、ベッケンフェルデ論文以降、連邦憲法裁判所の判例によって、基本権の組織法的・手続法的保障が承認された結果、ベッケンフェルデ論文の整理した 5 つの基本権理論に「それぞれ特別なドグマティクの装置が対応するわけではないことが、明らかになった」として、「基本権理論」と個別の基本権ドグマティクの諸問題との関連に疑問を呈している。Gertrude Lübke-Wolff, Die Grundrechte als Eingriffsabwehrrechte, 1988, S.14.

47) Bumke/Voßkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 7.Aufl., S.263.

の一般命題を定立する傾向が強いことも影響していると思われるが、おそらく「脱文脈化された法命題を……可能なかぎり矛盾のない階層的な関係に」置くことを法ドグマーティクの課題と考える（イエシュテット前出）発想、すなわちドイツ的法ドグマーティクの「体系形成」へのこだわりが、「ケースブック」にさえも反映されているとみなすことができるだろう。

V. シュリンクの「連邦憲法裁判所実証主義」論

以上、第Ⅱ章～第Ⅳ章で概観したような、ドイツの法ドグマーティク観の紹介検討に大過ないとすれば、ドイツにおける「学問としての」憲法ドグマーティクとは、ドイツの現行憲法の体系的な認識・解明だということになる。それでは、学問としての憲法ドグマーティクと憲法裁判権＝ドイツ連邦憲法裁判所の活動との間には、いかなる関係が存在するのであろうか。日本における憲法学説と憲法判例との関係—その現実と理想—について顧みるための1つの手がかりとして、次にこの問題を考えてみたい。

ドイツの憲法ドグマーティクと連邦憲法裁判所との関係と言えば、まず想起されるのは、ベルンハルト・シュリンクが1989年と2007年に発表した2つの論稿であろう⁴⁸⁾。「憲法裁判権による国法学の退位」という1989年論文の挑発的なタイトルと、この論文の造語である「連邦憲法裁判所実証主義」という言葉は、ドイツの学界でも人口に膾炙し、日本でも有名になった。この2本の論文でシュリンクが描いた国法学のペシミスティックな未来像の根底には、私見によれば、ドイツに特有の法ドグマーティク観が横たわっている。そこで以下では、シュリンクの論稿を素材として、憲法ドグマーティクと憲法裁判権との関係について若干の考察を試みたい。

1 国法学の過去と現在

シュリンクは、近代ドイツ国法学（憲法ドグマーティク）の始まりを、マウレンプレヒャーの『国法』に対する1837年のアルプレヒトの書評に求めている

48) Bernhard Schlink, Die Entthronung der Staatsrechtswissenschaft durch die Verfassungsgerichtsbarkeit, *Der Staat* 28 (1989), S.161ff. (以下本文では1989年論文とよぶ), ders., Abschied von Dogmatik. Verfassungsrechtsprechung und Verfassungsrechtswissenschaft im Wandel, *JZ*2007, S.157ff. (以下本文では2007年論文とよぶ).

る⁴⁹⁾。この書評においてアルブレヒトは、マウレンブレヒャー流の「家産国家論」を批判して「国家法人説」を定式化したとされる⁵⁰⁾。シュリンクによれば、国家を法人と捉え、君主をその機関と位置づける国家法人説は、19世紀前半のドイツにおいては絶対主義国家から（ドイツ的な）立憲主義国家への政治的変動に対応し、現在の国法学にとってもその「依拠点」であり続けている。しかし、シュリンクが目にするのは、国法学による国家法人説の提唱が、先行する立法も裁判もなしにおこなわれた点である。制定法も判例もなしに現行法を発見し体系化する法ドグマティクの自立性・独自性こそ、シュリンクの想起する国法学＝憲法ドグマティクの出発点なのである。

ドイツの場合、このことは憲法ドグマティクのみならず、民法法のドグマティクにもあてはまる。しかし、その後、「民法法では、民法典の編纂が『学問から立法への移行』を意味し、法学上の概念・体系・構成による義務づけは、法律とその解釈による義務づけの背後にしりぞき、実証主義法学 rechtswissenschaftlicher Positivismus は法律実証主義 Gesetzespositivismus へと変化した」⁵¹⁾。

これに対して、成文憲法の制定後も、国法学の状況は民法学とは異なっていた。「国法学は成文憲法と共に成長し、法学上の概念・体系・構成による義務づけが制定法およびその解釈と歩みを共にし、憲法典のテキストが簡略なことから法学的な構成に大きな自由が存在したために、〔国法学と成文憲法は〕協調し合うことができた」。「帝政後期とワイマル共和国においては、国法学は、当初民法法から継受された構成的方法ではもはや仕事をしなくなった。ワイマル期の大規模な論議においては、内容と共に方法も論争の対象となった。しかし、国法上のあらゆる問題の最終審という学問の地位に揺るぎはなかったのである」⁵²⁾。「憲法の文言は〔法学的〕構成に対して広い余地を与え、憲法裁判権が存在することで判例との間に敬意に満ちた関係と批判的距離を保った関係とを同時に見出すという課題もなかった。そこにはバランスをとる必要のある複数の権威は存在せず、国法学の権威は無傷のままであった」⁵³⁾。

49) Schlink, Der Staat 28, S.161f.

50) 日本におけるアルブレヒトの研究では、今日なお柳瀬良幹「アルブレヒトの国家法人説」（初出1968年、のちに同『元首と機関』有斐閣、1969年51頁以下）が基本文献である。

51) Schlink, Der Staat 28, S.165.

52) Schlink, ebenda.

この状況は、基本法にもとづく連邦憲法裁判所の発足によって根本的に変化した。シュリンクは連邦憲法裁判所発足後の国法学のあり方を、次のように描写している。

「連邦憲法裁判所の諸決定は、国法学の素材であり、刺激であり、弁証の対象である。国法学は、連邦憲法裁判所の諸決定を、統一的なドグマーティクの一部として調和的に加工し、過去の諸決定から未来の決定を推測し、現実または仮設の事案の解決策に関するどの提案が、既存の判例と合致するかを吟味する。しばしば国法学は、連邦憲法裁判所に先行して思考し仕事をするのではなく、連邦憲法裁判所のあとを追って思考し仕事するのである」⁵⁴⁾。

このような状態を指してシュリンクは、「国法学を規定する連邦憲法裁判所実証主義 Bundesverfassungsgerichtspositivismus という概念を使いたくなるこの状況」と呼んだのである⁵⁵⁾。

2 憲法ドグマーティクの客体であり主体である連邦憲法裁判所の支配

このような国法学の状況は、連邦憲法裁判所の側からも描写することができる。まずシュリンクによれば、国法学の対象としての現行法に連邦憲法裁判所の判例が加わり、あたかも法典編纂後の民法学のように、国法学は連邦憲法裁判所判例の存在を前提とし、その解明に終始するようになった。「連邦憲法裁判所実証主義」という用語は、「実証主義法学」から「法律実証主義」へという民法学の変化と同種の国法学の変化を示唆している。客体としての民法典の所与性に比肩する、客体としての連邦憲法裁判所判例の所与性である。

しかし、法典編纂後の民法学と連邦憲法裁判所設立後の国法学との間には相違もある。法典編纂者＝立法者は日常的に法解釈をおこなうわけではなく、いったん制定された法典は、1つの作品として法ドグマーティクの解釈に委ねられるのに対して、裁判所は日常的に（憲）法解釈をおこなう存在であるから、連邦憲法裁判所と向き合う国法学にとって、連邦憲法裁判所は競合する憲法ド

53) Schlink, Der Staat 28, S.167.

54) Schlink, Der Staat 28, S.162.

55) Schlink, Der Staat 28, S.163.

グマーティクの主体であると同時に、その判例は認識の客体でもあるという二重性を帯びることになるからだ。

そこで1989年論文では、国法学が憲法ドグマーティクの主役の地位を連邦憲法裁判所に明け渡して、脇役に転落したという認識（と嘆き）も現れる。論文タイトルの「退位」という表現が、このことを示唆している。連邦憲法裁判所が国法学に取って代わって憲法ドグマーティクの主役になったとシュリンクが言う場合、そこでイメージされている法ドグマーティクは、現行法の体系的で首尾一貫した理解である。シュリンクの認識は、学問的営為としての憲法ドグマーティクの主役の交代なのである。

「……ドグマーティク上の大規模プロジェクトの諸局面として生じた自己訂正的な判例変更が存在することはたしかだ。すなわち、国家活動の全領域と社会的活動の主要な領域において基本権の拘束力を発展させた50年代に始まる諸局面、またこれに伴って包括的で信頼できる法的保護を確立させた諸局面、これらの局面で生じた判例変更である。憲法学と同様に連邦憲法裁判所も、帝政期およびワイマル共和国の基本権理解の特徴を少しずつ克服したのであるから、このプロジェクトは、必然的に判例の変更をもたらした。基本権は行政のみならず立法も拘束すること、その際、基本権は、自由を縮減する法律規定を設けないように要請するのみならず、自由を保護する法律規定を設けることも要請すること、基本権は、社会の構成員として国家に直面する場合に（いわゆる一般権力関係）市民を保護するのみならず、官吏・兵士・受刑者または国家の施設利用者として国家に特別に従属している場合にも（いわゆる特別権力関係）市民を保護すること……、判例を変更するこれらの、あるいはその他の連邦憲法裁判所決定や、単に判例を定立した連邦憲法裁判所決定もまた、ドグマーティクの調和的な体系を形成している（下線、本稿筆者）。この体系は80年代には完成し、それ以降は個別の欠缺を埋めることと、法的保護を完璧化することだけが必要になった」⁵⁶⁾。

それでは、連邦憲法裁判所による憲法ドグマーティクの展開に対して、国法学はどのようなスタンスをとるべき（だった）か。シュリンクは、別の箇所で

56) Schlink, JZ2007, S.159.

はこう指摘している。

「連邦憲法裁判所の生まれながらの批判者であるはずの国法学が、自立的で方法論的にかつドグマーティクツシュに厳格な態度で連邦憲法裁判所に接しないならば」、政治・社会・国家のうちに承認を見出す以外に政治的権力を何ももたない連邦憲法裁判所が、政治的な権力問題について決定を下すにあたり、「法律に忠実で方法論的に明確な、ドグマーティクツシュに調和のとれた決定よりも、安上がりで政治的に受け入れられ当事者を満足させ自分の評判を維持する決定に、より強い関心を抱くとしても驚くにはあたらない」。「その限りで、国法学には、連邦憲法裁判所に対して方法論的にかつドグマーティクツシュに厳格な批判をおこなう責任が依然としてあると言わなければならない。連邦憲法裁判所実証主義の支配は、国法学のみならず連邦憲法裁判所自身も貧しいものにしてしまう」⁵⁷⁾。

しかし、1989年のシュリンクの見立てでは、国法学はこの責任を果たす代わりに、批判的吟味の素材であるはずの連邦憲法裁判所判例に追従する「連邦憲法裁判所実証主義」に陥っているというのである。

3 連邦憲法裁判所判例の現状と国法学の未来—ドグマーティクからカズイステイクへ(?)

1989年論文から20年近く後の2007年論文では、連邦憲法裁判所の権威が、「下から」専門裁判所によって、また「外から」欧州人権裁判所によって、挑戦を受けている現状が描写される。シュリンクの判断では、近年の連邦憲法裁判所の決定と、これに対する欧州人権裁判所の訂正は、いずれも「カズイステイク」である。ここでシュリンクの言う「カズイステイク」とは、事案ごとの場当たりの決定を意味している。

たとえば連邦憲法裁判所は、1975年決定において、官吏の憲法忠誠について「事案ごとに変化する無数の要素とその評価にもとづいた人格の判断を根拠とすること」を求めていた。シュリンクによれば、これこそカズイステイクである。連邦憲法裁判所の1990年の決定は、この判断方針に従って、ドイツ共産党員の教師の解雇を肯定した。しかし、この決定は、1995年の欧州人権裁

57) Schlink, Der Staat 28, S.165.

判所決定によって覆された。

「欧州人権裁判所は、連邦憲法裁判所のカズイステイクの地平にとどまりながら、当事者に厳しいカズイステイクに代えて、当事者に好意的なカズイステイクをおこなった。ある者の結論と他の者の結論が異なりうことはカズイステイクの本質であるから、欧州人権裁判所の決定と連邦憲法裁判所の決定は、法的には同程度に正しい gut が、当事者に好意的な判断のほうが、厳しい判断よりも、冷戦終結後の時代には、政治的にはより適切である」⁵⁸⁾。

連邦憲法裁判所判例のカズイステイクへの傾向は、欧州人権裁判所判例とのやりとりに限られない。

「ドグマーティク上の大規模プロジェクトとしておこなわれた判例変更と並んで、またはその後に、ドグマーティク上の一致を確認できないその他の判例変更があった。……連邦憲法裁判所は、当初、議員と官吏との類似性に注目していたが、より精密な検討によって、両者の相違に注目するようになった。家族の最低限度の生活費に対する課税を承認することでしばしば非難された後、連邦憲法裁判所は叱責を受け入れて態度を変えた。未出生の生命を刑法上保護することへの固執が社会的・政治的根拠を失った後には、連邦憲法裁判所もはやそれに固執しなくなった。散歩・娯楽・活動の催しも、広義の集会概念のもとで集会の自由の基本権で保護していたが、それを望まなくなった連邦憲法裁判所は、新たな狭義の集会概念へと転換した。政党財政補助の憲法的評価に関しては、この問題の解決方法があまりにも多様であるため、連邦憲法裁判所は途方に暮れ、揺れ動いている。……これらの決定が、ドグマーティク上の体系へと至らなかったことは理解できる。判例を変更しない多くの決定と同様、これらの決定は、状況に反応し、状況に規定されたカズイステイクなのである」⁵⁹⁾。「ドグマーティク上の一致を見ない連邦憲法裁判所の判例変更は、家族の最低限度の生活費に関する決定のように、政治的批判に反応したものでなけれ

58) Schlink, JZ2007, S.158.

59) Schlink, JZ2007, S.159.

ば、たとえば議員と官吏の類似性をあまりにも包括的に捉えていたとか、集会の概念にあまりにも多くの催しを包摂していたとか、あるいは政党に対してあまりにも大きな財政援助を認めていたとか、問題のかつての解決をより精密に検討すると、かつての解決に行き過ぎがあつてうしろめたいことを考慮したものである。つまり、連邦憲法裁判所は、ドグマーティッシュな法学と裁判に別れを告げ、カズイスティクな裁判の伝統へと方向転換したのである」⁶⁰⁾。

シュリンクの判断では、連邦憲法裁判所実証主義に陥ってきた国法学も、「連邦憲法裁判所がカズイスティクへと転換してきたプロセスの進行を食い止めたり逆戻りさせることはできない。反対に憲法学は、このプロセス自体によって変化を蒙る。憲法学が実証主義的に結びついている連邦憲法裁判所がますますカズイスティッシュな裁判をおこなうことで、憲法学も、すでにずいぶん以前から離れつつあったドグマーティッシュな法学の伝統を、ますます置き去りにするようになる」⁶¹⁾。2007年論文のタイトルが「ドグマーティクとの別れ」となっている所以である。

こうしてシュリンクによれば、連邦憲法裁判所がカズイスティクに陥り、憲法学もドグマーティクではありえなくなったのちに憲法学が進む道は、カズイスティッシュな連邦憲法裁判所に追従する実証主義から解放されて、「法的な問題の背後にある権力の問題に敏感で、批判的で、政治的で、争いを好み、争う力のある憲法学」である。憲法学は、「ドグマーティクとしてはまったく不可能だった程度にまで、一般の社会的・政治的論議へと接近する」。つまり、ドイツの憲法ドグマーティクは、アメリカ的な憲法論へと変化せざるを得ないというのである⁶²⁾。シュリンクが「悲しみを抜きには確認できない」と言う、国法学のこのペシミスティックな未来像は、連邦憲法裁判所の判例動向と学説の反応についての認識と共に、第Ⅱ章～第Ⅳ章で確認したのと同一の法ドグマーティク観にもとづいていることは明らかだ。シュリンクは言う。ドグマーティクは法政策的な提言の機能を果たすだけではない。「ドグマーティクの理論は、合理性を保障する首尾一貫性、完結性、表現の不変性、追試可能性、豊饒

60) Schlink, JZ2007, S.161.

61) Schlink, JZ2007, S.161f.

62) Schlink, JZ2007, S.162.

性という、学問理論的に根拠づけられた要請の下にも立っているのである」⁶³⁾。

4 異なる見方

連邦憲法裁判所の判例とこれに対する国法学の態度について、シュリンクが示した以上のような認識は、ドイツの公法学界で必ずしも支持されてきたわけではないようだ。たとえば、シュリンクと同じく1940年代生まれの公法学者ヘルムート・シュルツェ-フィーリツは、2011年に公表された「国法学と連邦憲法裁判所—プロセスの観点から」という論文で、シュリンクとは異なる現状認識を示している⁶⁴⁾。しかし、ここでこの論文を短く紹介するのは、本稿が独自にシュリンクの現状認識の当否を評価するためではなく、むしろシュルツェ-フィーリツの法ドグマティク観が、シュリンクや第二章～第四章で取り上げた論者と共通することを示し、この点に関するドイツの公法学者の高いコンセンサスの例証とするためである。

(1) 国法学の性格

シュルツェ-フィーリツによれば、ドグマティクといわゆる理論の双方を包括する意味での国法学には3つの問題次元がある。第1は、連邦憲法裁判所の決定の拘束力も視野に入れつつ、法的な紛争事案の解決を目指す準備作業の次元である。この次元の国法学は、「憲法判例とその基礎にある利益衡量の決定を基準として、個別事案を解決する実務的な技術学」である。これによって国法学は、実務にとってアクセス可能で論議可能なものになる。続いて国法学の第2の問題次元については、次のように言う。

しかし、「(……とりわけ基本権の領域では)憲法規定の抽象度が高く、また憲法の特定の分野では判例も存在しないために、基本法の規範的与件と結びついた憲法ドグマティクの形成によって法素材を体系化するという、ドイツの大学の学問にとってはより重要な第2の次元が、……重要な役割を演ずる。憲法の素材を、形式的合理性の意味で可能なかぎり矛盾なく、納得できるように秩序立てるために、実定憲法および憲法実務における言

63) Schlink, ebenda.

64) Helmuth Schulze-Fielitz, Staatsrechtslehre und Bundesverfassungsgericht – prozedural gesehen, in: ders., Staatslehre als Mikrokosmos, 2013, S.375ff.

明・プロセス・構造・決定ルールが収集され、概念化され、一般的な形象・制度・原則へと加工される。このようにして、法の解釈と適用に際して立法者の民主的決定による拘束が保障され、評価の矛盾が回避され、法実務がドグマーティッシュに一貫性と継続性を保つことで評価の正しさが蓄積され保障され、個別事案を超えた視野と、体系的な完結性および法治国家的な予測可能性によって、実務は個別事案をそれぞれ何度も一から考え直すことを免れる。……憲法ドグマーティクの任務は、秩序立て、情報を提供し、分析的に認識し、公的に明示された基準で評価し、そうすることで憲法を安定させ、決定を合理化しコントロール可能なものにする事である」⁶⁵⁾。

さらに、シュルツェ-フィーリツの言う国法学の第3の次元は、メタ・ドグマーティッシュな国法理論の形成である。このような国法理論は、「……観察者の視点から憲法の歴史的基盤と政治的機能を考察し、一般国家学か特殊憲法理論に専念し、国家と憲法の社会的基盤〔の理解〕や実践哲学的な前理解、あるいは憲法ドグマーティクの構造の客観的機能〔の理解〕に専念し、または方法論議に専念してきた」⁶⁶⁾。

(2) 連邦憲法裁判所の裁判活動

他方、連邦憲法裁判所の裁判活動については、シュルツェ-フィーリツは次のように描写している。連邦憲法裁判所の第一・第二法廷による決定は、2つの段階を踏んで形成される。事件を割り振られた主任の裁判官が文書による決定案を起草し、法廷構成員全員がこれについて集中的に議論を重ねる第1段階、この結論を受けて、主任の裁判官が改めて決定案を起草し、これを1文ごとに読み上げて法廷構成員全員で評議する第2段階である。こうして形成される連邦憲法裁判所の「決定理由は、ドグマーティクの解釈開放性を必要以上に狭めることがないようにしながら、通常は既存の判例との継続性を保って、あるいはいずれにせよ憲法ドグマーティッシュに首尾一貫するように、そしてまた将来の紛争事案に適切のように、結論を示そうとする」。シュルツェ-フィーリツによれば、「学問的に基礎づけられた議論と、理由づけを伴った結論の表

65) Schulze-Fielitz (注64), S.377.

66) Schulze-Fielitz (注64), ebenda.

示という、この2段階」を踏む連邦憲法裁判所の裁判は、「ドグマティッシェな裁判」である⁶⁷⁾。

シュルツェ-フィーリツは、「連邦憲法裁判所はその広範な権限を用いて、ますます厚みのある裁判官法を展開し、連邦憲法裁判所の決定は、そこからさまざまな可能性を読み取れる「採石場」となっているとしながらも、シュリンクとは異なって、連邦憲法裁判所が「先例拘束性への強い傾向をもち、過去に決定された事案に導かれて判例の特別の継続性を展開しようとする試みへの強い傾向をもっていることが観察される」と判断している⁶⁸⁾。連邦憲法裁判所の「決定は、決定理由の第1節(C.I.)において、基本法の抽象的な規範テキストから、当該事案の視点に立って、しかし事案関係との明示的な関連づけなしに、具体的な下位命題を導き出すことを試み、その際、より一般化された命題の定式化を試みる。続いて、決定理由のそのあとの部分(C.II.)で、こうした命題への包摂がおこなわれる」⁶⁹⁾。

(3) 憲法ドグマティクと連邦憲法裁判所の関係

シュルツェ-フィーリツによれば、国法学と連邦憲法裁判所は、別々の「部分システム」である。

「システム理論のカテゴリーでは、〔国法学と連邦憲法裁判所という〕アクターは、それぞれのシステムに特有のコードと役割に従って行動し、同時に他の行動様式を排除する。憲法裁判所が、そのシステムのルールに従って、集団的に拘束力をもつ個別事案の決定をおこなう……のに対して、学問的な議論は、その議論のルールに従って、一般化的な論証構造を形成

67) Schulze-Fielitz (注64), S.384-387.

68) Schulze-Fielitz (注64), S.384-382.

69) Schulze-Fielitz (注64), S.388. 連邦憲法裁判所が、まさに学問的憲法ドグマティクの主体となっているとも言えるこの状況を、シュリンクは肯定的に捉えてそこからの逸脱(判例の「カズイステイク」化)を嘆き、シュルツェ-フィーリツは、やはり肯定的に捉えた上で、2011年段階でもこの状況が持続していると判断する。これに対して、レプシウスは、連邦憲法裁判所決定の「C.I.」の「脱文脈化」した「教科書風」の記述は、じつは憲法自体からは離れた憲法解釈の継続性の外見の可能性があり、連邦憲法裁判所は裁判機関の権限を越えた「基準定立権力」へと変質していると批判する。イエシュテット/レプシウス/メラース/シェーンベルガー・鈴木/高田/棟居/松本監訳『越境する司法』(風行社、2014年)133頁以下、特に146頁以下、151頁以下。しかし、このような評価は、ドイツでは少数にとどまるようである。同書370頁の高田篤の解説参照。

し、場合によってはそこから予測の性質をもった決定の(拘束力のない)提案が導かれる。こうして学問と裁判実務は、相互に応答し合う別々の部分システムを体现している」⁷⁰⁾。

この相互のコミュニケーションは、連邦憲法裁判所が学説を受容して体系性・予測可能性を有するドグマーティッシュな判例理論の形成に努め、学説もまた、憲法解釈における連邦憲法裁判所の指導的地位を認めた上で、連邦憲法裁判所の判例を体系化し、カノン化するという形態でおこなわれている。

「憲法ドグマーティク〔という営為〕は、裁判所が自分自身のドグマーティクと、こうして形成された先例とによって、つねに自己拘束することを可能にする。ドグマーティクは、たとえば裁判所と受任弁護士のような『法適用機関相互にとって必要なコミュニケーション』のための『信頼できるコミュニケーション手段』であり、連邦憲法裁判所と国法学にとっても『信頼できるコミュニケーション手段』である。連邦憲法裁判所と国法学は、どちらも体系形成のための憲法ドグマーティクの命題の作者として貢献している。……しばしば公然と示されるこういう判例伝統の変化は、カズイスティクな恣意性にもとづくものではなく、ふつうは憲法ドグマーティクの改善として説明でき正当化できるのである」⁷¹⁾。

VI. おわりに

ドイツの憲法ドグマーティクについて、以上のようなレポートが許されるなら、日本国憲法下の憲法解釈学の状況は、第1に、体系形成への力学がドイツと比較すれば微弱であること、第2に、現行憲法を対象とする学問として、憲法解釈学とは区別される憲法科学が成立すると考えられてきたこと、これらの点でドイツとは対照的であるように思われる。

1 解釈学の非体系性

第1に、日本では、学問としての憲法解釈学にも、最高裁判所の判例にも、憲法解釈の体系形成という要求ないし力学は、ドイツと比べればはるかに微弱

70) Schulze-Fielitz (注64), S.376.

であるように見える。それには、私見では2つの理由がある。

理由の1つは、明治日本が西洋の近代法制を包括継受したときに、ヨーロッパ大陸のモデル国ではすでに各法分野の統一法典が制定されており（あるいはその途上にあり）、法学もすでに体系をもって存在しており、日本の法学にとって体系は外在的で既存だったことに求められそうである。シュリンクが回顧したような、いわば無から「現行法」を創造した栄光の過去を、ドイツと違って日本の近代法学はもっていない。

もうすこし実質的な2つ目の理由は、日本国憲法下における外国憲法研究の隆盛である。第二次大戦後の日本の憲法学では、戦前とは比較にならない憲法学者の人的増加と、外国法の情報の流入とを与件として、きわめて活発な外国憲法研究が継続的に営まれてきた。日本国憲法の解釈に対するこれらの研究のスタンスは論者によって異なるが、さまざまな影響を与えてきたことは否定できない。その結果、憲法解釈学全体としては、共通の体系の形成はむしろ阻害される傾向があると思われる。個々の研究者の意図は別として、全体としての日本の憲法学は、活発な外国憲法研究の成果と引き換えに、体系の形成を断念

71) Schulze-Fielitz (注64), S.389. 2001年に公表されたThomas Oppermann, Das Bundesverfassungsgericht und die Staatsrechtslehre, in: Badura/H.Dreier (Hrsg.), Festschrift 50 Jahre Bundesverfassungsgericht, Bd. I, 2001, S.421ff. も、シュルツェフィーリツと共通のスタンスから、連邦憲法裁判所の判例と、憲法裁判官になった国法学者の在職中の活動や、裁判に意見書等で参加した国法学者の言説との関係を、連邦憲法裁判所が活動を開始した1951年から50年間について分析した論文である。全訳としてトーマス・オPPERマン／赤坂正浩訳「連邦憲法裁判所と国法学」立教法学87号（2013年）121～170頁参照。

シュリンクの70歳記念論集に寄稿されたStefan Koriath, Der Befund „eines Staatsrechtswissenschaft bestimmenden Bundesverfassungsgerichtspositivismus“ – 1989 und 2014, in: Nolte/Poscher/Wolter (Hrsg.), Die Verfassung als Aufgabe von Wissenschaft, Praxis und Öffentlichkeit, Freundesgabe für Bernhard Schlink zum 70. Geburtstag, 2014, S.31ff. も、次のように現状を連邦憲法裁判所と国法学との協力関係として肯定的に評価している。「シュリンクの調査結果は、1989年には正しかったし、2014年においてもなお正しい。しかし、この現象のどこが問題なのだろうか。事案に関連づけられた国法学と、中程度の抽象性を生み出す憲法裁判所の憲法解釈とを伴った、まさにこうした連邦憲法裁判所と国法学との協力形態こそ、他国の法秩序がドイツを羨む所以ではないのか。これこそまさに、アメリカが最高裁のそれとは異なっており、ドイツの憲法解釈を、多くの他国の法秩序が参照可能なものにしたのではないのか。この点は度外視するとして、国内的な観点から見ても、判例と学説との関係は、『交換可能な親縁関係』として描写できるのではないか。「こうして、裁判所と国法学との共通の『コミュニケーション空間』『共生関係』が成立し、『法学と法実務の共通のメディア』としての憲法ドグマティクが成立したのである」(S.36)。

してきたと言ってもよい。すぐに想起されるのは、ドイツ憲法研究者による「三段階審査論」の輸入である。ドイツでは、三段階審査論は、法学部教育から連邦憲法裁判所の判例に至る共通のフォーマットとしての汎用性をもっているが、日本に輸入されると、これまでのアメリカ型違憲審査論との関係が当然問題になる。周知のように憲法学者の間ではさまざまな議論があるが、法科大学院教育の現場では、三段階審査論の導入は、目的手段審査とか二重の基準論といったツールによって一定程度安定していた講学上の解釈の体系を動揺させ、受験生の答案というレベルではある種の混乱を生んでいるようにも見えるのである⁷²⁾。

他方で、最高裁判所も、学説のこうした状況とは異なる理由で、憲法解釈の体系化にはきわめて消極的である。最近では、最高裁判所のスポークスマン的な(元)判事が、シュリンクの言う「カズイステイク」こそ、むしろ裁判の使命であることを明言している。たとえば千葉勝美は次のように述べている。

「判例法理の全体像を示すことは、憲法問題についての最高裁の考え方、姿勢を明らかにすることであるから、事案の処理に必要がないとしても考え方の全体像、基本となる考え方を明らかにすべきであるという見解もあろう。しかしながら、裁判所が用いる憲法判断における厳格な基準は、ま

72) 私は、個人的には「三段階審査論」に共感を覚えており、日本でも初学者に憲法上の権利を解説する際には有効だと考えている(赤坂正浩『憲法講義(人権)』信山社、2011年「はしがき」参照)。しかし、たとえば司法試験受験生が三段階審査論で起案すること(起案しようこと)は、たゞは懐疑的である。日本の憲法解釈では、判例はもちろん学説においても「保護領域論」は(よし悪しは別として)多くの場合手薄で不明瞭だからである。たとえば、「上尾市福祉会館事件判決」(最判平成8・3・15民集50巻3号549頁)は、労働組合が、組合員の葬儀会場として、地方公共団体の公の施設を利用しようとしたのに対して、地方公共団体が過激派の「内ゲバ」への危機を理由に不許可とした事案について、「管理者が正当な理由もないのにその利用を拒否することは、憲法の保障する集会の自由の不当な制限につながるおそれがある」と説示している。しかし、この判決は、葬儀が憲法上の集会につねに含まれるのか、特殊な葬儀だけが含まれるのか、そもそも含まれないのかという論点にはまったく触れていない。主要な教科書類でも、憲法上の集会の定義はきわめてあいまいで、こうした具体的な疑義に対して十分な判断基準を提供できるものではない。むしろその点はあいまいなままに不許可処分の違法性を判断した点に、いわば日本的な知恵があるとさえ言える。こういう判例学説状況で、たとえば法科大学院生が単に形式だけ、必ず「保護領域」を記述しようとするには、大きな意義は感じられない。むしろ、従来型の「規範定立」的記述において、問題となる権利の内容・性質、規制の態様・強度、違憲審査のあり方を、無理のない範囲で論ずることがプラグマティッシュであろう。

ず、当然に事案により異なり、また、国民の価値観の動向や社会的・政治的状況の変化等により、さまざまな展開を示すことが想定され、将来的に不変不動なものではない。判例法理の全体像を示すことは、法理を一般化した形で示すことであるので、それは、必要以上に裁判所の判断の枠組みを固定してしまい、自らの手を縛ることになりかねず、柔軟な対応が難しくなる。「そもそも裁判ないし判例法理は、憲法学上の一般法理、憲法理論の体系的な紹介とは性質上異なる面があり、法理を定立すること自体が役割ないし目的ではない。その点は、学者と実務家との間で、考え方が決定的に異なる点であって、この乖離は埋まらないものであろう」⁷³⁾。

2 解釈学説と科学学説

第2に、ドイツで「法ドグマティック」と「法理論」の区別が論じられる場合には、区別の主要な基準は考察対象の相違であると考えられるのに対して⁷⁴⁾、第二次大戦後の日本の憲法学では、現行法—日本国憲法—に関しても、

73) 千葉勝美『憲法判例と裁判官の視線』（有斐閣、2019年）16頁、17～18頁。藤田宙靖『最高裁回想録』（有斐閣、2012年）135～138頁も同旨である。

74) すでに紹介したシュルツェ-フィーリツやレブシウスのように、ドイツにも「憲法ドグマティック」と「憲法理論」を、「参加者の視点」と「観察者の視点」という、考察のスタンスで区別する論者は存在する。しかし、私見では、「参加者の視点」と「観察者の視点」は相対的なもので、たとえば事案に利害関係のない憲法学者の判例評釈がいずれにあたるのかは必ずしも明確ではない。また、ドイツの場合、「憲法ドグマティック」と「憲法理論」とが、解釈学と科学のような、まったく異なる知的営為だと考えられているわけではない。そもそもドイツ語では、日本語の「学問」と「科学」はいずれも Wissenschaft であるから、「科学」とは言えない「学問」が存在するという発想自体が希薄だと推測される。ドイツで「観察者の視点」と言われるものも、結局は、考察対象が現行法か、それを超えるかに帰着するにも思われる。その意味で本稿では、ラルフ・ドライヤーのように、ドイツには、もっぱら考察対象によって「法ドグマティック」と「法理論」とを区別する見解が存在することのほうを重視しておきたい。

渡辺康行「『憲法』と『憲法理論』の対話（一）」国家学会雑誌 103 巻 1・2 号 1990 年 4 頁も、典拠を示してはいないが、「……ドイツにおいては、法律学の科学化という主張は、憲法学としては、ほとんどなされてこなかった。またワイマール期においては、認識か実践かという議論も多少はなされたが、戦後はこの種の議論は全く行われていない」としている。ただし、「ある特定の解釈主体が憲法の個々の条文について行っている様々の解釈論の基礎に存する、体系的な基本思考」という渡辺論文の言う「憲法理論」（同 5 頁）は、ドイツの論者の定義ないし使用例を示したものではなく、渡辺自身の定義である。また、渡辺論文自体は、解釈と科学を区別しないドイツの発想には立っておらず、彼の言う「憲法理論」は、「『解釈学説』と『科学学説』を区別するとすれば、『解釈学説』の領域に属する」という前提で、ドイツの学説を検討している（同 5 頁）。

外国憲法に関しても、「憲法解釈」と「憲法科学」の双方が成立すると考えられてきた。もっとも典型的と思われる樋口陽一の理解を紹介しておこう。

「この本でとりあつかう比較憲法学とは、諸外国の憲法現象を比較の観点から対象としてとりあげる科学のことである」。「比較憲法『学』が『科学』であるというのは当然で自明のことではないか、という疑問が出てくるかもしれない。しかし、この命題があえて問題になるのは、実は十分な理由がある。この本では諸外国の憲法諸規定の解釈をしようとしているのではなくて、憲法現象を対象とする科学にたずさわろうとしているのだ、ということの意味するからである。諸外国の憲法についてその解釈をおこなうという仕事がそれとして成り立つことはいうまでもないし、それぞれの国で法学者や法実務家によって、また議会や政府や裁判所によって、さらにはいろいろな政治勢力によって、さまざまな解釈がそれぞれに示されている。しかし、この本では、そのようなこと自体をしようとしているのではない。「もっとも、そのようないいかたをするについては、この本は、ひとつの前提をとっている。すなわち、ひとことで『(憲)法学』といっても、そのなかには、(憲)法の解釈と(憲)法の科学という二つの性質の違うものがあり、これら両者は区別されなければならない、という前提である。……一定の事案に法的解決をあたえるために一あるいはそれに役立てることを想定して—『法の意味』を示すしごとをさして『法の解釈』とよぶならば、そのようなしごとは、……一個の実務的・実践的な提言であり、最終的には『意欲の行為』であって、『認識の行為』ではない。それに対し、法規範およびその他の法現象を対象として成立する科学は、そのプロセスのなかに研究者の問題意識や観点など実践的関心を含むとしても、それ自体としては意欲の行為でなく認識の行為であり、そのようなものとして、検証または反証のルールに服する性質のものである」⁷⁵⁾。

本稿筆者が下線を付した箇所明確に示されているように、ここでは、日本の憲法学者が、外国の諸憲法を対象とする解釈論に従事することも、同じ素材を対象とする科学に従事することも可能なことが前提とされている。同じことは日本国憲法に関しても言えることになる⁷⁶⁾。

75) 樋口陽一『比較憲法・全訂第3版』(青林書院, 1992年) 3~5頁。

では「(憲)法科学」とは、具体的にはどのような知的営為なのか。樋口やその先駆者である宮沢俊義が特に念頭に置いていたのは、ハンス・ケルゼンに由来するいわゆる「イデオロギー批判」である。これに対して、第二次大戦後日本憲法学における「科学的憲法学」の主たる潮流は、少なくとも1980年代までは、「マルクス主義法学」を意味していたと言ってよいだろう⁷⁷⁾。

しかし、「イデオロギー批判」、すなわち、現実の描写であることを主張しながら現実とは一致せず、支配層の利益のために被支配層を欺く「虚偽観念＝イデオロギー」を暴露すること⁷⁸⁾が、はたしていかなる手続・方法でおこなわれうるものなのか、「イデオロギー批判」自体の真理性・非イデオロギー性はどのようにして確保されるのか、「イデオロギー批判」の作業が可能だとしても、それだけが「法の科学」の名に値する営為なのか、など、「イデオロギー批判」論には疑問も多い。また、マルクス主義法学についても、とりわけ1990年のソ連型社会主義圏の崩壊以降、その普遍妥当性に関する法学界内部のコンセンサスは失われたと評してもよいのではないだろうか。

3 残された道(?)

2000年代以降、ドイツにおいて憲法ドグマティークとは区別される「憲法理論」の可能性についてさまざまな議論がおこなわれるようになった背景に

76) 樋口陽一『憲法Ⅰ』（青林書院、1998年）42頁では次のように言われている。「実定憲法学は、近代立憲主義の基本価値を、……『人類普遍の原理』としてうけとって、議論を組み立てる。憲法学によってなされる解釈論の提示は、そのような意味をもつ。そのような仕事とは別に、実定憲法の前提とする価値そのものを俎上にのせ、『人類普遍』といわれている原理の普遍性を疑う見地からの検討を含めて、憲法を認識の対象としてとりあげるという営みがある。……一九世紀半ば以来、マルクス主義社会科学があり、法学の領域にも、直接間接に、少なくない影響をおよぼしてきた。くわえて、憲法学の領域では、純粋法学が近代法・法学のイデオロギー性を批判するという局面で重要な意味をもつことが、意識されてきた」。

77) 注76で引用した樋口『憲法Ⅰ』でも、「憲法科学」としてマルクス主義法学と純粋法学（イデオロギー批判）が念頭に置かれているが、たとえば、マルクス主義的憲法学の泰斗・杉原泰雄を編者として、1980年代に発行された『講座・憲法学の基礎』全5巻の第3巻『憲法学の方法』（勁草書房、1984年）も、第Ⅰ部「憲法解釈の方法」、第Ⅱ部「憲法科学の方法」から構成され、第Ⅱ部は「[1] 憲法科学の方法論Ⅰ—マルクス主義の方法論—」「[2] 憲法科学の方法論Ⅱ—ハンス・ケルゼンのイデオロギー批判を中心として—」「[3] 日本における憲法科学の方法論」の3章立てとなっている。

78) 宮沢俊義「国民代表の概念」（1934年）、のちに同『憲法の原理』（岩波書店、1967年）186～188頁、樋口（注75）6頁。

は、公法学者の世代交代も存在しているように見受けられる。周知のようにドイツの大学の法学部は今日でも「小講座制」をとっており、2000年代初頭まで、法学部の公法系講座の多くは、1930年代生まれの公法学者によって何十年も独占されてきた。その結果、ドイツでは、1940年代・50年代前半生まれの公法学者の数は少ない。1930年世代が一斉に定年退職したのち、公法系講座の担当者は一気に若返り、今日では1960年・70年世代がドイツ公法学界の主力メンバーである。ドイツ基本法のドグマーティクは、再統一直前の1980年代末には、1930年代を中心とする「旧世代」公法学者によって完成されたと言っても過言ではない。その頂点が、1987年から出版された『ドイツ連邦共和国国法ハントブーフ』の初版全8巻であろう。「憲法理論」への関心は、高い完成度を誇る「旧世代」の憲法ドグマーティクに対する「新世代」の挑戦という側面ももっているように思われる。イエシュテットらと並んで60年世代を代表する公法学者の1人クリストフ・メラースは、『国法ハントブーフ』について、こう述べている。

「……〔国法〕ハントブーフは、方法的な同質性と百科全書的な完全性をもっている。……〔国法〕ハントブーフの編者たち〔イーゼンゼーとキルヒホフ〕は、国法学のほぼ全域をこのプロジェクトのうちに統合し、この専門分科を代表する国法の記述を提供することに成功した。〔しかし、国法ハントブーフ所収の〕諸論稿には、ほぼ例外なく、学際的ないし比較法的視野が欠けていることは注目に値する。……したがって、これらの諸論稿は、社会科学や政治哲学との対話の可能性をまったくと言ってよいほど提供しない。しかし、他面でこのハントブーフは、〔国法学という〕専門分科にとって持続的な憲法ドグマーティクを記述し保全するという目標は、きわめてよく達成した」⁷⁹⁾。

ここでは、いわば完成した憲法ドグマーティクを外側から省察するための「憲法理論」（比較法や学際的研究）の必要性が説かれているが、日本の憲法学の状況は、ドイツとは著しく異なっている。戦後日本の憲法学は、(かつての)「憲法科学」にせよ、いまも活発な外国憲法(学)研究にせよ、ドイツと比較すれば、一貫してむしろ(現行憲法の解釈論とは相対的に区別された)憲法理論

79) Christoph Möllers, *Der vermisste Leviathan*, 2008, S.64f.

の過剰とも言うべき状況にある。ドイツの「憲法理論」論議から何を学ぶべきかは慎重な吟味が必要であろう。

日本の憲法学が、最高裁のカズイスティクの単なる追従に終始することを潔しとせず、他方で解釈学説とは峻別される科学学説の成立可能性にもさまざまな疑問が提起されうるとすれば、ラルフ・ドライヤーのように、学問としての法ドグマティクも「導出可能性・首尾一貫性・検証可能性」を備えた「理論」として、他の学問分野と基本的には同質なものとして成立可能だという前提に立って、統一感のある体系的な憲法ドグマティクの形成に努めるという方向性は、目指すべき選択肢の1つかもしれない。

しかし、一方で西洋法の包括的継受による法形成、したがって外国憲法の研究を重視する学問風土、その結果としての複数の外国憲法の充実した研究蓄積、他方で最高裁判所の自覚的なカズイスティク、判例と学説の建設的なコミュニケーションの困難さ、こうした日本の憲法学の所与条件を考慮すると、統一的・体系的な憲法ドグマティクの形成は、一もし仮にそれを望むとしても一、将来世代の憲法学のなお見通しがたい課題であろう。

いずれにせよ、ドイツにおける法ドグマティクの観念、ドイツの憲法ドグマティクと日本の憲法解釈学との違い、そしてドイツと日本における憲法学説と憲法判例との関係の違いを確かめることができたとすれば、本稿の目的の最小限は達成されたことになる。

〔付記〕 渋谷秀樹先生から有斐閣アルマシリーズ憲法の共同執筆のお誘いを受けたのは、たしか1997年の初夏だったと記憶している。苦しくも充実していたこの仕事は、私の研究・教育の1つの転機となった。先生のご厚意には感謝の言葉もない。誠に拙いものながら、先生に本稿を献呈し、今後のご加餐をお祈りする次第である。