

基本権ドグマティークと 統治機構論・権力分立論の間、覚書き

小貫 幸 浩

0. はじめに

筆者はこれまで数本の拙論⁽¹⁾によって、今日のドイツ憲法学で問われている基本権「保障」の意味について、および基本権審査の論証方式をめぐる一連の問題群について論ずる機会があった。とりわけ、既に定着をみている「保護領域、侵害、正当化」の論証方式（三段階審査とか保護領域・侵害ドグマティークとか呼ばれることが多い）と、これに批判的な、近年支持者を集めつつある「保障内容」論それぞれの企図、両者の異同、長所・短所に焦点をあててきたのである。実は、前者の論証様式自体が、まずは挑戦者だったのであり、長年の憲法裁判所の基本権裁判例と学説との批判的交流のなかで、ようやくに形成されたものだったのである。というのも、保護領域とか侵害とか言われる場合、その中心に据えられてきたのが「防御権」という概念であり、この概念さえもがドイツ憲法^{II}基

本法の5において既に教義学的に完成されたものとして、つまり自明のものとして採用されていたのではないからである。それは、55のもとで、今日的なコンセプトに仕上げられてきたのである。

さて、「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されないすべての社会は、憲法をもつものではない」(フランス人権宣言16条、岩波文庫訳)を引用するまでもなく、今日、憲法とは、人権、ドイツ流には基本権と権力分立¹¹統治機構(憲法訴訟も含めて)の二つの構成部分から成るといのが定説¹²になっているところである。統治機構は、ドイツでは、一般に、国家組織法(Staatsorganisationsrecht, staatliches Organisationsrecht)と呼ばれている。そこでは、我が国の憲法学と同様に、「憲法」は勿論、国家、主権、国民¹³人民、などの憲法の基礎概念ないし国家の構造要素が説明される。そのうえで、議会、内閣、首相、大統領、連邦制、憲法裁判所を含む司法権などそれぞれの組織編成や作用、およびそれらの相互関係の説明、さらにEU統合の法関係や国際的な法関係の説明が与えられるわけである。¹⁴

後に言及する通り、第二戦後のドイツの基本権論の評価が一枚岩のように固まっているわけではない。それでも、今日のドイツの基本権論が、国際水準以上のものであり、基本権保障の国際的な一つのモデルを提供しているという見解も弱くない。この見解を前提とした場合、かかる水準に至った基本権ドグマティークに相同するものの展開が、果たして国家組織法に関しても見られるのだろうか。あるいは、そのようなことは「木に魚を求める」類であろうか。三段階審査¹⁵保護領域論¹⁶侵害ドグマティークなり、近年の基本権「保障内容」論なり、いずれにしても定型的な論証様式またはそれらのなかで練磨されてきた審査密度論(我が国では、むしろ審査基準論といわれる、逆に、ドイツで審査基準Prüfungsmassstabという時には、該当する憲法条項ないし憲法原理のことである場合も少なくない)、比例原則・比較衡量論は、国家組織法の分野でも、適用ないし準用されないのだろうか(または、適

用・準用されてはならないのだろうか。この問題意識は、かねてより私の脳裏にあったものの、H・P・オーストの最近稿に触れたおかげで一層深められたというのが、正直なところである。本稿の主要部を占めるのが、この問題である。本稿のタイトルとして、基本権にはドグマティークが結合されているのに、統治機構・権力分立の方には、ただの「論」と表記されているのも、この問題意識故である。

さらに、この覚書では、旧拙論がたびたび用いてきた表現である「基本権ドグマティーク」の、「ドグマティーク」の意味をあらためて問い直したいということでもある。そのなかで、学説と実務、理論と実務がいかなる関係にあるのが適切であろうか。

I. 権力分立「原理」への懐疑

とりわけ、後述部で言及される「執行府固有責任の核心領域」論との関係で、まず権力分立論について押さえておきたいことがある。連邦議会の調査委員会の調査権 (GG44条) の射程と限界が問われた有名な先例でも、該核心領域論の根拠として、権力分立原理が挙げられているところである。(EGT, 100 (139))

権力分立論については、これまで実に多量のインクが流されてきた。旧拙稿で取材したように、⁽⁵⁾その意義を積極的に認めたくえで法思想的、概念的に再定義することを試みる論者、逆に、権力分立「原理」への法科学的な批判（前者からは、科学性への偏重などと批判されつつも）のメスを入れる見地、など多様なアプローチがとられてきた。ここでは、憲法ドグマティークに接近するという本稿の視点から、ドイツでの国家組織法分野の代表的論者の一人であるTh.グロスの最近稿から学びたい。⁽⁶⁾ここでは、ドイツ憲法＝基本法 (GG) およびすべてのラン

ト憲法について、権力分立「原理」とは、そこから何か・独自の事柄が導かれるごとき憲法「原理」とは見なせないというチャレンジ的な主張が展開されている。むしろ実定憲法所定の権力相互間の具体的規定をこそ出発点にすべきだ、という提言である。実際、GGにも、どのラント憲法にも「権力分立」原理が明記されているわけではない。グロスによれば、権力分立原理を引き合いにして論じられていることからの大部分は、実定憲法に明記されている法治国家原理および民主主義原理とによってカヴァーされる。多くの場合、とくに行政権との関係で議会がもつコントロール権を弱める方向で、権力分立原理が持ち出されてきた。具体的には、議会の調査委員会（GG44条）の権限を制約したり、ヨーロッパ統合に関して連邦議会・連邦参議院の情報権（GG23条2項2文）を制約したり、連邦議会議員の質問権を制約したり、である。そうすると、権力分立原理と民主主義原理との関係が、あらためて問われてくる。グロスの見るところ、権力分立といえは権力阻止という法治国家的側面ばかりが目されるが、それが連邦憲法裁判所の相変わらずの視角でもある。そのことで、支配の樹立・構成に関する民主主義原理との関係がほとんど等閑視されてきた。それは、いわばモンテスキュー時代の権力分立観を引きずっている証拠だ、というのである。

権力分立原理が憲法に明記されていないという点はさておき、本稿の主要テーマとの関連でグロスが問題視するのは、連邦憲法裁判による権力分立の内容把握についてである。連邦憲法裁判によると、三権の関係は権力の阻止関係であり、それぞれの「核心領域」が他の二権力の介入・干渉から絶対的に守られている。つまり、三権それぞれの核心の「実質内容」が十分に明確に規定しうるはずだ、という前提なのである。だが、立法についてみるだけでも、かようなアプローチは採用できないとグロスは批判するのである。憲法裁判は抽象的・一般的規範の定立をして立法権の「核心領域」だとするが、GGはかかる権限をさまざまの機関に与えている（つまり、共同立法権ということ）。

なるほど、立法に関する中心規定は、連邦議会による議決を定める577条1項1文であろう。しかし、連邦参議院も連邦立法に協力するし(550条)、連邦法律の「成立」には連邦参議院の同意(ないし、それに相当する事象)が条件となっている。(GG78条)

同様に、グロスは執行権、司法権の「核心領域」についても憲法裁の裁判例を前提にすると不分明ならざるを得ない、としている。以上、権力分立「原理」を持ち出して三権それぞれの「核心領域」を規定しようにも、それは土台、無理な話である、というわけである。勿論、グロスの所論にも―例えば、モンテスキューに関する理解について―注文を付けるべきところもあろう。そうではあれ、三権それぞれには相互に干渉できない「核心領域」があるという見解を少なくとも絶対視することはできない。このような、グロスの「原理」論への懐疑―無論、それが憲法明文上の原理ならば格別―は、改めて憲法ドグマティックとしての国家組織法論(の可能性)を展望するにつけて重要な視点を提供してくれるのでなからうか。

II. 国家組織法分野におけるドグマティックの未形成?

すでに述べたように、基本権分野と比べると、どうも国家組織法の領域では「理論」ないし「原理」志向のためであろうか、裁判例の蓄積・判例形成をふまえた精緻で体系的な解釈論が手薄でなからうか。このような印象が浮かんできても可い。我が国の憲法学についても同様に言えることかもしれない。

オーストの紹介しているところであるが、O・レプシウスが次のような見解を示している。GGの基本権分野では体系的なドグマティック・基準論が展開されているのとは対照的に、国家組織法の領野からは理論もドグマ

テイクも観取しえない。この分野には、個別の事件および憲法「実例」*Praxis*を志向するだけのカズイステイクがあるだけで、結局、一貫性なるものが欠如している、と。連邦憲法裁のほうでも、これを奇貨として、憲法諸機関相互でのコントロールを過度に信頼しており―例えば、後述の連邦議会解散をめぐる首相・大統領・議会の政治的駆け引き―、また憲法裁自身が自らを、他の憲法諸機関と対等の一アクターであると規定している、というわけである。ここで一つ注意書きをしておくが、それは、カズイステイクとはその沿革に照らすと、むしろドグマティークを補完する役割を持つものであったということである。ドグマティークの通用力を確認するために、一見すると経典・法典や条文に当てはまらないような例外 (*casus*) を仮想して、これが果たして既成のドグマティークによって妥当な解決を与えられるものかどうかを試したわけである。このテストをクリアしたドグマティークの通用力が一層、強く確信されるというのであった。以下、今日の論者たちがカズイステイクというのは、体系性・一貫性という性質をもつドグマティークとの対照において、それらの性格を欠くものと見なされてそう呼ばれるのであり、沿革からすると意味合いがやや逆転しているわけである。

果たして、言われるように、本当に国家組織法分野には、ドグマティークの萌芽さえが観取しえないのだろうか。この分野での解釈論は、論者のいわゆるカズイステイクにとどまるのであろうか。先行する私法ドグマティークを公法・憲法の世界が受容したと言っても、それは基本権分野にとどまる話で、国家組織法の前で停止した、と言うのであろうか。憲法学において、適切なドグマティークとは、どのような営為のことであらうか。国家組織法分野において、基本権ドグマティークへの依拠がみられないだろうか。基本権とは個人と国家・公権力との関係における権利であり、国家組織法は国家・公権力内部の関係を規律するものだから、前者で用いられる論証様式もフィギアも、後者には応用・準用しえない、というのであろうか。こうした一連の問題意識をもって書かれたのが、

オーストの最近稿である。連邦憲法裁の国家組織法関連の裁判例への諸批判（レプシウスのそれも含めて）が正当なものであるかを掘り下げて検討したいというのである。

これまで基本権ドグマテイクについて幾つかの拙論を書いたことのある筆者としては、以下、次のことをこの小稿の課題としたい。それは、オーストの論述と知見に学びつつ、国家組織法分野の論証様式にどれほどの影響を基本権ドグマテイクが与えているかにせよ、翻つてやはり基本権ドグマテイクそのものの特徴を照らし出すための手掛かりを得たいということである。また、そのことの、より根底的な前提問題として、第二戦後ドイツ憲法学において、〈基本権ドグマテイク〉なるものが定着したといえるであろうか、その際、基本権関連にせよ、国家組織法関連にせよ〈ドグマテイク〉とは、いかなる知的作業であるのか、その作業が豊かな果実を結ぶための条件とは何か、ということもあらためて考えてみたいものである。

Ⅲ．〈ドグマテイク〉の概念・機能・意義―前提作業として

(1) これまでの拙論では、現代ドイツでの基本権ドグマテイクについて論じつつも、遺憾ながらその〈ドグマテイク〉そのものの意味なり役割（機能）なりについては、^(8a)ほとんど触れることができなかった。

今もつて、それが何たるかは、定説がないようである。オーストにより、その用法例をあげると、ある論者は、個別事件の裁判に向けた、適用を志向した一般的・抽象的規範の形成が、ドグマテイクである、としている。その際、方法的にも、コンセンサスの裏打ちが必要であるとも付言されている。別の論者によると、ドグマテイクとはテキストと具体的適用との間の一種、中間層を成すものである。また、ドグマテイクは実定法の基礎の上

に展開されるが、しかし、個々の法規範に依存するのではない、規範的内容・意味連関の展開である、という論者もいる。いずれにしても、(憲)法「理論」との比較では、「現行の」、もしくは特定の実定(憲)法に関連づけられている点に(ドグマティーク)の特質が求められている⁽⁹⁾、ということになりそうである。

以上もろもろの概念整理に沿って、ドグマティークが果たす一定の諸機能(役割)についての理解が得られる。オーストは、とりわけ「負担免除」機能が重要であるとす⁽¹⁰⁾。それは、ことあるごとにその都度、一定の自明な基本的前提(あるいは解決済みの問題)についてあらためて意識化しないで済むということである。法的安定性、予見可能性、信頼性(確実さ)が、かくして調達・維持される。このように、体系性を志向しつつも、具体的な法問題について、論証的にも合理的で、追行可能な程度に足る解決を与えるのが、ドグマティークの課題であり、果たすべき役割である、ということである。

もとより、ドグマティークについては法というものを非政治的で自己言及的な・中立的なものにしてしまうと、その意義をめぐっては消極的にみられることもある。逆に、しかし同様に批判的に、ドグマティークは実定法に肯定的にコミットすることで、必要な距離をとることを忘れている、という見解も出されている。これらの見解に対し、オーストは、ドグマティークには、裁判およびその理由づけを問い返し・批判するという建設的な役割があることを看過している、と反論するのである。つまり、オーストの見地からは、ドグマティークは裁判の単なる後追的な再構成でもないし、単なる整序作業にとどまらない。それは、本来、裁判における理由づけの弱さ・矛盾・一貫性の欠如を剔抉するという能動的な働きをするものなのだ、と。かように、ドグマティークとはドイツ法学の精髓であり、憲法ドグマティークは学説・実務間に共通で、双方向的なコミュニケーション空間なのだ、というのが、オーストの捉え返しである。

(2) 次に、もう一歩踏み込んで憲法ドグマティークの発展のために、学説と実務との関係はいかにあるべきであろうか。「学問的な方法論、学問的なドグマティークは一般化・一貫性・体系性を志向するものであり、個々の事件の裁判とは違う条件・要請のもとに立つ。」これは、後述で取り上げるB・シュリンクの見解だが、ドグマティークに対する学説と実務のかかわり方、両者の機能の違いを自覚させてくれる。そのうえで、オーストの見解は、実務に適用されるドグマティークを可能にするのが、学界のドグマティークである、というものである。総じて、具体的争訟で活用しうる予見可能な基準を定式化できるかどうか、ドグマティークの出来映えの基準である、というのである。

(3) さらに進んで、そもそも「国家組織法」とは、いかなる分野であろうか。オーストによると、この点は消極的に、つまり憲法のうち基本権（人権）分野を控除したものがそれであると規定されるのが通例であった。⁽¹¹⁾ それがつまり、せいぜい幾分積極的に定義されると、憲法諸機関の創設・構成・相互関係にかかわる法規範の総体（E. I. W. ベッケンフェルデ）ということであった。さらに、連邦とラントとの関係、法制定手続きに関する法規範も加えられる。いずれにしても、国家と市民との関係を規律するのではない、という消極的メルクマールに接点がある。少なくとも直接的には国家と市民との関係を取り扱うのではないとして、ドイツでは国家組織法・行政組織法が長らく国家の「内部法」として位置づけられてきた。そのため、国家組織法が有すべき、国家行為・行政行為にとつての合法性・合憲性コントロール規範としての意味が相対化・軽視されてきたのであった。1980年代になつても、自由保障にとつての組織法の取り扱いがまったく不十分であり、その点の補強が急務である、と説かれたわけである。⁽¹²⁾ 今日では、外部法・内部法の峻別が貫徹しえないというのが、定説であろう。⁽¹³⁾ さらに、国家組織法と基本権領域との間には、どちらかに割り切れない、あるいはどちらだとも考えてよいグレーゾーンが広がっているのである。

たとえば、連邦議会議員選挙、議員の国民代表性、選挙権・被選挙権の資格を規定する基本法38条が、果たして、基本権規定なのか、国家組織法の規定なのか、割り切れるだろうか。⁽¹⁴⁾ それだけ、ハイブリッドな性格の規定なのである。

IV. あらためて、国家組織法分野でのドグマティークの不在？

以上の予備作業に続き、以下、主題に入る。ここに、一つの問題があらためて提示される。それは、上述のような意味で、仮にドグマティークの役割などがある程度まで説明されたとして、出来映えのよいそれと、そうでないものを区別する基準は何かということである。この点は、上述Ⅲ(2)の末尾で示唆されているのだが、より掘り下げたい。このような問題意識をもって、オーストとともに比較的近時の、若干の憲法裁判例に沿って検討したい。

(1) 基本法68条1項、つまり首相の側からの「信任」案¹⁵。周知のとおり、ワイマール憲法下での憲政への反省から、GGにおいて、連邦議会の解散は68条1項の場合及び63条4項の場合に限定されている。論争の対象は、68条1項である。まず、連邦憲法裁の有名な二つの判決によって (EG2, I, E114, 121) 自律解散のような解散は認められない⁽¹⁵⁾、として実質的な条件が求められている。いわゆる「実質的な解散(を必要とする)状況」という基準である。68条1項の意味・目的から、この状況とはまず、(i)「政治的不安定」politische Instabilitätのことだ、とされている。(EG2, I (42)) これは、法技術的には、憲法裁が該条項にいわは不文の構成要件を付加したことになる。さらに、より直近の05判決では、(ii)いわゆる「解散に向けられた信任問題」というフィギアが追加されて、解積論上の装備が補充された。(E114, 121 (151)) もっとも、この要件も(i)Ⅱ政治的行動能力の喪失状況に関連する

ものではある。(E114, 121 (151)) これら二つの判決に対して二つの、おおよそ相反する方向から、基準の操作性(あいまいさ)が批判されてきたところである。つまり、(A)これら二人の首相(シュミット、シュレーダー)が本当に議会多数派からの支持・信用を失っていたかどうかに疑義がある、という批判がまず一つである。この二つの機関訴訟で、連邦議会議員の側の代理人を務めたW. I. R. シュンケも、それぞれ二人の首相が該解散に先立つ時期に全体として議会多数派からの支持を得ていたという事実があった。それなのに、該解散について、一般的説示(多数派に支持されている首相が、解散に向けた信任案を提起するのは憲法違反である)とは反対に合憲判断になったのは、議会での勢力関係の判断について首相に大変に広い裁量権を認めたからだ。G. 6において首相の地位と権限が強化されて「宰相民主制」と形容されてはいても、この二つの判決は正当化しえない、と。また、二つの解散について国民の圧倒的部分が望んでいたという事情に、憲法裁が板挟みになったことも無視できない(一種のポピュリズム)としているのである。^(15a)(A)とは逆に(B)、連邦裁判所が「実質的解散状況」という要件を追加したことで、首相の政治的判断権が過度に実質的に縛られてしまった、という批判がある(68条1項には、形式的要件しか挙げられていないのに、というのである)。これは、05判決の際の、リュッベヴォルフの反対意見に含まれていた見解である。リュッベヴォルフはその同じ反対意見において、すでに82判決の基準自体が融通無碍である、首相が議会多数派によって支持されているか否かの信任問題は「確定しうるような事態」の問題ではないとして、より根本的な疑義を提示していたのであった。

両判決を比較すると、05判決の方が82判決よりも、憲法解釈に「国家実例」「政治実例」を考慮することに、より慎重であったといえる。それでも、解散決定については、首相・連邦議会・大統領という憲法上の最高諸機関―国権の最高機関は一つとは限らない(H・ケルゼン)―がそれぞれに関与することを明言していた。これら三

つの憲法機関により形成される「実例」⁽¹⁶⁾をも考慮しないわけにはいかない、というのであった。(E114, 121 (159))
 要するに、国家組織法の憲法解釈において「国家実例」をいかに—さらには、そもそも—斟酌するかについて、⁽¹⁷⁾
 どうやら憲法裁判には確固たる見立てがないようである。この分野での裁判例のなかで展開される諸基準の教義学的
 出来映えについて疑問符がつけられるのも、さもありなんということであろうか。

(2) いわゆる「執行府ないし行政権の固有責任の核心領域」というフィギアについて。上述(1)は事柄の性質上、
 頻繁に裁判で争われる事象ではない。より汎用性のある素材となるのが、連邦憲法裁、ラント憲法裁でしばしば論
 じられてきた、執行権の固有責任の核心領域をめぐる事例群である。政府には国民・議会、さらには議会の調査委
 員会 (CG44条) によっても調査の対象とならないイニシアティブ・諮問・行為領域があり、それらについてはあ
 げて政府に固有の責任があるという理論 (E67, 100 (139)) が、第二のリトマス紙である。政府の意思形成そのも
 のが、ここに入ることもちろんである。法効果としては、議会のコントロール権限が及ぶのは、政府の側すでに
 完遂した事項に限定されるということである。(E67, 100 (139))

はたして、ドグマティークの合理化機能などに照らして、このフィギアを判決理由のなかで用いることの意味が
 問われるわけである。たとえば、CG26条2項1文によると、武器輸出につき政府の承認が必要であるが、法律に
 より、連邦安全保障評議会が政府の地位において承認を与えることになっている。連邦憲法裁は、この評議会への
 諮問及びそこでの審議は該「核心領域」に属する、と述べている。だが、オーストは、この評議会には政府の構成
 員でない人が加わっており、「核心領域」と断定するには争いのあるところである、と留保しているのである。⁽¹⁸⁾

以上、「執行権に固有の責任の核心領域」というフィギアについては、二重の不分明さが指摘されるわけである。
 まず、該フィギア自体の理由づけについて、第二、その適用の具体的な射程について、である。

とまれ、(1)(2)二枚のリトマス紙からも読み取れるように国家組織法分野でも、不分明なところあるものの、ドグマティックに必要なフィギアが憲法裁判によつて発展されつつある。とりわけ、国家組織法は政治に関する「枠」であるだけに、そのため、憲法規定が目的論的に解釈される傾向にある。その限りで、憲法規定に実質的な意味合いが与えられる。かくしてオーストは、国家組織法の領域でも、基本権分野でのリユート判決 (Eu, 198) 以降の展開と相同の方向への、つまり、実質的憲法思考の展開が見られる。かかる方向への展開については、オーストはこれを是とする立場の様である。とはいえ、やはり国家組織法分野での基準形成・ドグマティック形成は、まだまだ不確実な段階にある。そのことが、この分野での憲法裁判例の少なさにも表れている、というのがオーストによる小括である。

V. 基本権領域での論証様式・フィギアの国家組織法分野への適用可能性について

それでは、基本権ドグマティックの思惟様式・フィギアが国家組織法領域にもその影響をとどめていると思われる若干の問題群をピックアップしたい。やはり、国家組織法分野でも「保護水準・侵害・正当化」という論証様式が確認し得るといのが、オーストの見解である。⁽¹⁹⁾

(1) その点を跡付ける前に、予備的に確認しておきたいことがある。それは、国家組織法分野でのドグマティックの不在を指摘していたレプシウスが(上述)、最近の別の論考で述べていることに関わる。レプシウスはそこで、連邦憲法裁判が近年ほぼ15年にわたり、連邦議会及びその議員の調査権(GG 44条)をバックアップする裁判例を積み上げてきているという概観を与えているのである。もとより、他面では、近年のヨーロッパ議会選挙3

パーセント阻止条項違憲判決 (E135, 259) を引いて、連邦議会の権限をバックアップするばかりではない、両面性がある、という指摘をしているのではあるが。それでも、レプシウスが少なくとも(a)「執行権の固有責任の核心領域」論、(b)第三者の基本権保護、(c)安全保障Sicherheitとの関係でも、連邦議会及び議員の調査権・情報権が、連邦憲法裁の裁判例を通して強化されているという指摘をしているのが、注目される。果たして、そこにドグマティークへの志向性が認められるか否かが問題である。

(a)について見ると、憲法裁によれば、政府内部の意思形成過程を保護するために、このフィギアが有用であることに変わりない。但し、これによってすべてのテーマ領域を包括的にカヴァーすることはできない、情報提供義務から政府が解放されることにもならない。(E124, 78 (129f.)) (b)との関係でも、一般的に私企業の経営秘密が基本権上、守られているにせよ、連邦政府には議会に対し情報提供義務を免れられないことがある旨、憲法裁によって判示されている。(c)に関しても、近時の連邦憲法裁は、例外を許さない。政府が情報提供を拒否するには、秘密保持が必要であり、それを開示すると政府の情報収集活動に障害が発生するという類いの抽象的な主張では足りない、とされている。(E124, 161 (194)) つまり、具体的な状況を踏まえた利益衡量が求められるのであり (E124, 161 (189, 193ff.))、場合によっては議事公開の停止、インカメラ手続さも採用されうる、と。さらに、武器輸出をめぐる機関訴訟 (E137, 185) では、認可された武器輸出の情報 (武器の種類、数量、受け渡しの相手方、製造者、価格……) については、政府が提供しなくてはならない。但し、武器輸出入経済の信頼の基礎になる、いわゆる事前回答Vorbeschlussについては、この限りでない、と。

レプシウスは以上三点の視点から、議会の対政府調査権・情報権の裁判例を検討して、これらの裁判例を通してそれぞれのコンテクストを考慮した具体的な利益衡量のスカラが形成されている、と言う指摘をしているわけ

ある。⁽²²⁾ そのスカーラが、(i)もし議員に対する国の情報機関による監視活動が問題となれば、議会の調査権・情報権の枠が広く解される。(ii)もし、武器輸出についての外交的考慮となると、議会・議員の調査権・情報権の枠がより狭くなる。これら物差しの両端(i)(ii)は、「もし……ならば」の定式に則る明確な、デフィニットでカテゴリカルな事例群に対応する。(iii)その中間に、「……であれば……ほど一層……:e……destio」のシェーマによる比較衡量よって判定されるべき事例群が位置付けられるということであろう。その例として、議会、とりわけ野党・少数派のコントロール権のために情報の必要性が高くなるほどに、一層、政府が該情報の提供を拒むならば、その理由づけ・立証責任が重くなる、ということが挙げられる。

以上、特定の問題領域の論述ではあるが、オーストが冒頭に引いたレプシウスの見解とは、少なくともやや違ったニュアンスが伝わってくるのである。私見では、どうやらレプシウスも国家組織法の分野で、たとえそれがまだ不分明さと幾分の不毛性を残しているとは言え、ドグマティークが形成されつつあることを全否定する趣旨ではない、と思われるのである。

(2) それならば、基本権ドグマティークに見られる思惟様式・フィギアが国家組織法の分野でも採用されつつあることを、オーストとともに、より明確にしたい。まず、あらためて武器輸出に関する議会の政府に対するコントロール権にまつわる事例に即して。この事例(EI 137, 185)で連邦憲法裁は、議員特権の制約に関し、その正当化審査において比例原則を適用していることが確認される。この種の制約は例外的にのみ許容され、それが是非とも「必要な」制約でなければならぬことが強調されている。(EI 137, 185, Rn.195.)

勿論、そこにながしかの審査構造が観取しうるからといって、それだけでドグマティークが形成されているということにはならない。しかし、オーストによれば少なくとも三段階審査が基本権ドグマティークの体系の一部で

あることが軽視されるべきではない。「それによって、法素材の体系化と優位する諸基準の展開が大いに容易になり、それらの基準がまた、多くの事件の裁定に際して援用されうるのである。」⁽²³⁾それならば、ここに、国家組織法分野に固有のドグマティークが、そもそも、いかに、どこまで、この三段階審査をモデルにして展開され得るかが問われよう。例えば、上述の「執行権の固有責任の核心領域」が、かくして、議会の質問権・調査権への制約理由となるならば、それは、基準に照らして審査されねばならないのである。国家組織法分野の弱点が出るのも、この点であり、とりわけ比例原則に関して難しいところがある。オーストの見解では、基本権領域では通常、比例原則を適用する段階での審査基準は、法律によって与えられる。法律によって、基本権を制約する手段と、それによって達成しようとする目的が明示される。さらに、法律は、無論、憲法的指示を考慮したうえで、比例審査のその後の手続きにおけるパラメーターをも示してくれる。

これに対して、議会による執行権へのコントロールをめぐる問題を例にとると、まさにこの点に弱点があらわとなる。それは、第一原理同士の衡量になってしまっているのである。憲法には、一般的かつ抽象的な権力分立以外には、この種の衡量のための構造的な指示が欠けているからである。調査委員会に関する法律からは何ら、憲法の核心問題に対する手掛かりは得られない。結局、法律が中点的・媒介的役割を果たさないので、第一原理同士の衡量は、勢い、個別衡量に帰されることになる。権力分立原理は、議会の対政府コントロール権の根拠でもあるが、同時にその限界でもあり、政府の側からも議会にはその権限がない、と主張する根拠となりうるからである。⁽²⁴⁾Th.グロスとともに既に述べたように、三権おのおの「核心領域」を規定するほどの力が、そもそもいわゆる権力分立「原理」には欠けているのである。

- (3) 比例原則は、ブント・ラント関係でも適用されうるか。ある裁判例では、この原則が法治国家原理由来のもの

のであるとの前提から、該原則が個人の権利への介入・干渉の限界を画するものである。つまり、それは個人の権利に関する特有の法理であり、ブント・ラント関係には適用しえないとしている。(E81, 310 (318))=カルカーII) さらに遡って、「より緩やかな手段」の法理がCの権限関係には適用しえない、と判示した裁判例もあるところである。(E67, 256 (289)) それは、市民の権利領域に国家が介入する場合に関する法理であり、これに対し、ブント・ラントの権限には相互に一義的な境界が設定されている、つまり(原理というよりは)明確なルールである、というわけであろう。無論、異論があるにせよ、学説では、このような見解が弱くない。ブント・ラント関係は国家の「内部組織」事項であり、法治国家的配分原理、過剰禁止原則などはそもそも、この分野には適用されないと。(H・ベトゲ、J・イーゼンゼーら)

しかし、上述レプシウスの想定とは逆に、憲法の指示が不分明であり、それがゆえ実質的で内容的な解釈を要する領域でこそ、審査基準の説得的な形成が効を奏してきたともいえる。IVの末尾でも述べた通り、かかる領域でこそ、ドグマティークが健全に展開しうる可能性が宿されている、というのがオーストの見解である。どうやら、オーストにとって、国家組織法の規定は必ずしも言われるような「ルール」の如く、デフィニットなものではない、ということだと思う。また、オーストによれば、そもそも連邦憲法裁判は、上述の裁判例にもかかわらず、比例原則が基本権領域由来のものであるとは論定し切つてはいない。⁽²⁵⁾むしろ、この原則については様々の由来が示唆されており、市民—国家関係ということだけで割り切れない由来についても言及しているところである。(E19, 342 (348f.))

(4) ブント・ラントの競合立法権に関する連邦法の「必須性Erfordernis」条項(GG72条2項)について。この規定が現在の姿⁽²⁶⁾になっているのは、いくつかの大きな揺り戻しの結果である。まず、東西ドイツ統一に伴う憲法改正論議(選択肢としては新憲法制定という選択肢もあったわけだが)において、ブント・ラント関係の再調整が

問題となった。それまでは「競合的立法」といつても、ブントが「必要性Bedürfnis」を裁量的に判断して、連邦法が制定されるという実態もあつた。そこで、94年のGG改正でラント強化のために、BedürfnisではなくErforderlichkeitが全面に押し出されたという経緯である。(尚、それまでの該規定の一部にもすでにErforderlichkeitという表現は用いられていたのであつた。)その後、連邦憲法裁判がこの「必須性」条項につき厳格な見解をとるようになったため、その反動でまた、06年、GG改正による連邦制改制となつた次第である。ここで、「必須性」条項はGG74条1項(競合的立法の対象・分野)の若干の特殊な分野に限定して適用されるようになったという、紆余曲折があつたのである。

このような動きのなかで、連邦憲法裁判がブント・ラントの立法権限について、ブントがラントの主観的権利を「制約」しているものと把握している点に、ドグマティーク形成ということとの関係で画期的なところがある。(C)106, 62 (140)) ここで「必須性」については、比例原則の視点から、次のようにパラフレーズされていることも注目される。「GGの権限関係では、GGが目的として指示したところの履行に関する規律については、ブント・ラントに同等の適性があるが、原則としてラントに優位性が認められる。……GG72条2項は、連邦法律による規律に「必須性」の基準を示すことで、この点を考慮している。そして、ラントの立法「権」へのできるだけ最小の介入を要請しているのである。」もつとも、オーストの指摘に負うと、近年は比例原則への言及がみられず、「できるだけ最小の介入」という条件への言及も見られない、ということである。²⁷⁾ 学説サイドでも、そもそもGG72条2項の「必須性」を比例原則の一部と解することに消極的な見解もままあるようである。比例原則は基本権分野の原則であり、この分野でこそ行政・国家行為の効果の予測を問うものなのだ、というわけである。それに対し、国家組織法上の立法権限については、その点の予測には格段の複雑さが伴う。そのため、民主的に正当化された連邦議会が

決定した事柄へのコントロールはもつと慎重であるべきだ、と言う見解がある。立法においては、基本権の主観的關係ではなく、政治社会の全体状況、つまり客観的な全体を考慮したうえでの、複雑な判断（決定）の効果が問われるのだから、と。なるほど、比例原則にかかる客観化・拡張傾向に対しては、古典的にはE・フォルスストホッフやE・W.ベッケンフェルデらが、批判者として急先鋒を演じてきたのであった。⁽²⁸⁾この種の批判に対し、そもそも基本権領域でも、比例原則は複雑な影響・効果を考慮するものである。その種の批判によって、しばしばこの点がスッポリ見逃されている、というのがオーストの再反論と言うことになる。オーストの再反論を汲むと、比例原則は、古典的な国家と市民間で想定される単純に主観的な基本権侵害の正当化の文脈だけで通用するものではない。

今日の、はるかに複雑に多極的な利益が絡み合う状況での基本権侵害の場面でも妥当する原則であるということになろう。（そのことが、また半面で、裁判官の主観的判断を招き入れることになる、という危険が指摘されるのであるが。）また、ブント・ラント関係に絞って言うと、ブントの立法者と同様に、ラント立法者も民主的に正当化されている以上（参照、GG28条1項）、民主的正当化を論拠にして連邦議会の決定したことはおとなしく受け止めよということにはならないはずだ、というのがオーストの言い分でもある。⁽²⁹⁾

(5) ヨーロッパ統合もしくはEUの発展のなかでの比例原則について。マーストリヒト条約以降、ヨーロッパ一次法によれば（今日では、EU条約5条4項1段）、EUの措置は内容的にも形式的にも目的達成への必要性という意味での比例原則に服する。また、連邦憲法裁がマーストリヒト判決で、「国家連合」たるEUの枠内では、ヨーロッパ・レベルの規律から各国議会の任務・権限を守るために比例原則が—この時には、この原則が基本権分野での過剰禁止として発展したと付言しつ—適用している、と判示しているのが注目される。（E89, 158 (212)）かように、比例原則の由来はともかくとして、比例原則が基本権領域に限定されないで、EUと各国との間の権限

関係にも適用されることが示唆されたのである。

また、ヨーロッパ人権裁判の判例法理がドイツの憲法ドグマティークに及ぼしうる影響についても指摘されるところがある。それは、G21条2項の政党違憲決定に関わることである。ドイツ国内の著名な裁判例としては、社会主義ライヒ党違憲決定判決¹⁾、²⁾、それから共産党違憲決定判決³⁾、⁴⁾があるところである。けれども、それらは既に、審査プログラムとしての説得力を失っている、という見方が有力である。少なくとも学説サイドでは、ヨーロッパ人権裁判による裁判例の展開の方が、圧倒的に支持されている。ドイツの基本権ドグマティークのなかで、比例原則がかたちを整えていくのは、この二つの判決の後であり、それが他国へも広まって、ヨーロッパの国際的展開を見るわけである。その後、国家組織法の領野でもこの原則が適用可能ではないかが議論されているドイツにとって、ヨーロッパ人権裁判における同原則の展開がまさに参照に値するという状況である。法文化・法理の伝播という点でも興味深いところがあると思うのである。

さて、オーストも参照しているF・シルヴァーニによると、G21条2項は、同18条⁵⁾基本権喪失規定ともども死文化しつつある。⁶⁾ G21条2項に関し、これまで6件(2010年代前半まで)の申し立てがあったが、1950年代の、かの2件だけが違憲判決となっただけである。とりわけ、近時のNPDをめぐる手続き(E107, 339)を考慮すると、G21条2項が一層、死文化したという印象が深まるばかりである、と言うのである。但し、後知恵になるが、2017年春にNPD違憲の判決(ただし、禁止はしない)⁷⁾が下されたことを考えると、⁸⁾ どうやら、そこまで言うのは、行き過ぎであろう。

ヨーロッパ人権条約自体には、政党に関する明文規定が欠けている。それでも、1990年代以降、トルコその他の国々での政党禁止・解散命令をめぐる事案がヨーロッパ人権裁判に持ち込まれており、裁判例の蓄積を見ている。

ヨーロッパ人権条約11条1項が他者との結合の自由(結社の自由)を規定しているところ、政党・政治団体設立の自由はこれに含まれるのである。それはまた、同10条の意見表明の自由とも密接不可分である。

さて、ヨーロッパ人権裁によると結社の自由への侵害は、条約11条2項1文により、該法律の目的達成のために必要な限りでのみ許容される。トルコの領土一体性、ライシテという目的が正当であるとしても、次にその侵害が「必要な」ものであるかどうか審査される……。

これに対し、ドイツ連邦憲法裁の二つの先例が下されたのは、まだ比例原則が憲法上の原則として開拓される以前の時期であった。そこには、その萌芽さえ読み取りえない。シルヴァーニは、G21条2項が半ば死文化化しているとはいえず、その解釈に際してはヨーロッパ人権裁の判例法理が参照されるべきことを強調するのである。あるいは、G21条2項は国家組織法の規定であるので、ヨーロッパ人権裁による人権法理をにわかには参照しえない、との異論が出されるかもしれない。だが、一つの有力な見地によっても政党は「社会」に住まう結社として基本権主体でもあり、G21条2項も、単に客観的な組織法規定にとどまらず、政党設立の自由を主観的権利として保障している同21条1項を前提にしていることもできよう。あるいは、政党は民主的政治体制の構成要素であるから、ヨーロッパ人権裁の該判例法理自体が、基本権の自由だけでなく、国家組織法と接点をもつ、と解釈できるかもしれない。政党関係条項にいずれの角度からアプローチするかはともかく、G21条2項の解釈にあたり、ヨーロッパ人権裁の同種裁判例から多くの示唆を汲むべきなのだ、と言うのである⁽³²⁾。

以上のシルヴァーニの見解からすると、G21条2項の政党違憲決定手続き規定が、国家組織法規定にとどまるのか、あるいは基本権規定として読み替えることもできるか、その点の重要度は相対的なものである、いずれにせよ、ヨーロッパ人権裁に学んで、比例原則をはじめとする憲法ドグマティックの論証方式が積極的に摂取されるべ

きた、ということになる。まさに、オーストの論考を補強してくれるわけである。

(一一)

VI. 憲法ドグマティークにとつての学説と憲法裁の関係をめぐつて

以上の論述をふりかえつて、あらためて、国家組織法Ⅱ統治機構法の領野において、ドグマティークという知的作業が十分に発展しうるであろうか。オーストは、これまでに十分に精錬されてきた（とオーストは一応考えているわけである）基本権ドグマティークの論証方式なり、そこで使用される法理・フィギアを基準にして、それらが国家組織法の領域にも転用できるか、という問題意識に立っているのである。

(1) オーストは、以上の自説をさらに補強して、国家組織法においても「基本権に典型的な危機状況」*Gefährdungslage*に相同する状況が現出し得ることを指摘している。³³例えば、GG 19条3項も関係するが、公法人が私人と同様に、その「作用領域」*Raum des Wirkens*において国家の高権行為によって危機にさらされ得るかどうかが、問われ得るのである。議会多数派に対する個々の議員の権利をめぐつて、あるいは執行府に対する議員のコントロール権をめぐつても、かような危機状況があらわれうる。上述のの21条2項による政党違憲決定手続きにおいて比例原則が適用されるべきことも同様に考えてよい、とオーストは指摘する。このように「基本権類似の危機状況」はとりわけ国家組織法、および「基本権に類似する」権利というふたつの顔をもつ「混合的な」憲法規定に開いて見られるわけである。以上、この点のオーストの論旨は、かの危機状況は基本権に典型的なものである。但し、国家組織法、ましてや混合的な性格をもつ場合にはなおさら、類似の状況が現出するということに視線を合わせたものなのである。

(2) オーストの理解では、連邦憲法裁判によって国家組織法は国家内部の「政治的枠」の法という位置づけを与えられている⁽³⁴⁾。基本権ドグマテイクと国家組織法「論」との溝が、どうしても出来てしまうのも、これが主要因となつてのことである。この点につき、さらに分節化して(A)国家組織法における「国家法人」の不浸透性論の伝統、(B)国家組織法の政治的性格および憲法の法的性質、(C)国家組織法における憲法裁判をも含めた司法の制度的要素の諸点からオーストは検討しているところである。(A)は、言わずと知れたG・イエリネック流の古典的ドイツ国法学の見解が、今なお、国家組織法において主観的権利を語ることを抑制する要因として作用していることを指摘しているのである。例えば、GG 93条1項Zweiの文言では「一の連邦最上級機関の権利及び義務……固有権を付与されている……」とされているにもかかわらず、それは権限・管轄の確定の問題だ、と主張されているのである。それは、つまりいわゆる機関訴訟では当事者は挙げて統一的な法主体たる国家に属するのだから、その機関およびその部分が権利・義務の担い手となり得るはずがない、という見解である⁽³⁵⁾。連邦憲法裁判はというと、既に早い時期に、この点をめぐって折衷的な・歯切れの悪い見解を示していた。それによると、憲法関係は一定程度主観化されうるが、それにもかかわらず、国家機関の権利が主観的権利と合一視され得ない、と言うのであった。(E1. 208 (220, 228f.)) の論拠は、国家組織法の特殊性を部分的に説明するものであつても、それを十分には理由づけるものではない、というのがオーストの見解である。

(B) 憲法は政治に関わる「枠秩序」であるというテーゼをめぐって。果たして、「政治的枠秩序」であるということがドグマテイクになじまないことの理由となるかどうか。まず、次のような見解がある。「法的なるもの」との対比で「政治的なるもの」を取り扱うのは、憲法「理論」である。ここでは、立法者・統治者など、一般的に「政治部門」と称されるところでの創造的意思・外交交渉が対象となる。たとえば、EUをめぐるコンセンサス形

成もここに含まれる。これに対し、法治国家の非政治的な部分の確実で、信頼に値する部分を取り扱うのが、ドグマティークである、という見解（P・キルヒホフの見解として紹介されている）である。この種の所論には、ワイマール期国法学における方法論争を彷彿させるものがあるが、存外、オーストの見るところ、このものともも根強く残っている思考様式である、という。また、「国家「組織」という点で、組織とは単に法的なものだけでなく、「事実的」なそれも含まれるという見解もある。この二つの側面はバラバラのものではなく一つのメダルの表・裏なのだ、というのはE・W・ベッケンフェルデの見解であった。以上の思考様式からして、憲法・国法の政治的次元が、基本権ドグマティークとは違う、それゆえ法の一般的基準では割り切れない多少なりとも特殊な取り扱いの対象となる、という結論が導かれるのであろう。国法の政治的次元を含む国家組織法について、謙讓的で自制的な連邦憲法裁の態度も、少なくとも一部はここから説明できるかもしれない。だが、この(B)テーゼが国家組織法の特殊性の理由Ⅱ論拠とされてはならない、というのがオーストの見解である。ましてや、基本権領域でこそ、憲法的基準に沿った印象深いドグマティークが形成されているものの、この領域でさえ、具体的事件への「あてはめ」（一般的説示の各論への応用）となると、憲法裁のドグマティークが脆弱になる、というオーストの指摘には意味深長なものがあると思うのである。³⁶ というのも、オーストにおいても必ずしも、憲法裁による基本権ドグマティーク自体が完全な一国家組織法におけるドグマティークの可能性にとつての「モデルというわけではない、ということだからである。基本権領域でのドグマティーク自体が、まだ発展途上にあるという認識は重要であろう。

もう一つ、留意すべきことがある、それは上述の裏返しであるが、国家組織法の解釈をして基本権ドグマティークの手法にあやかっつて、その水準においても後者に追いつかせることが理想である、というのがオーストの主張の趣旨ではないことである。国家組織法分野で発生する政治的諸事件には、その政治的意義がとても重大であるがゆ

えに、一般的基準だけで裁断することがむしろ不適でさえあることもある。政治的事件の「政治的」性格が、それ相応に注意をはらわれて然るべきだ、というのである。勿論、このことで、法的基準を押しつけてよいわけにもならない、というのである。³³⁷⁾

(C) 国家組織法分野をめぐる司法の制度的特殊性について。この分野では、憲法裁判例が基本権関連と比べて少ないうえに、制度上の特別の事情が加わる。確かに、連邦憲法裁は基本権領域での上告審ではないのであるが、しかし、その多くを占める専門裁判決への憲法異議において、すでに審理された事実素材を取り扱うのである。さらに、その事件も具体的紛争点の解決のために原則として差し戻されるのである。これに対し、国家組織に関わる事件については事情が異なる。ここでは、連邦憲法裁は、第一審にして、同時に最終審である。国家組織法をめぐる問題では、憲法裁は憲法的基準にのみ専心できるのである。さらに、具体的事件の審理のためといって、他の専門裁判所へ移送されることがないという事情も加わる。

* * *

以上、オーストの最近の論考に教えられつつ、基本権ドグマティックと比較して国家組織法におけるその展開には、まだまだ荒削りのところがあることは否定できない。それでも、後者の分野でも、基本権分野に相同する「危険状況」を前提すると、同様の「保護領域、侵害、正当化」の論証様式(ないし、それに類同する論証様式)の展開および比例原則の適用も観取しうることである。また、これは私見でもあるが、やはり国家組織法分野に特有の現象として、憲法諸機関相互による秩序形成、国家実例、憲法習律の形成ということも視野に入れなければならない。これらの事象については、多かれ少なかれの程度で、憲法裁のコントロールが及ばないこともある。憲法の国家組織法の「枠的」性格、政治プロセスの特質の反映である。

(3) オーストの問題意識は、基本権ドグマティークをモデルに設定して、その思惟様式やフィギアが国家組織法に適用しうるか、または適用されるべきかを問うものであった。しかし、そのオーストにしても、上述部分で仄めかされたように、基本権ドグマティーク自体がまだ弱点を抱えていることを自白せざるを得ないのである。それならば、基本権であれ、国家組織法であれ、一体として〈憲法〉ドグマティークの条件が問われなければなるまい。

そこで、すでに名前を挙げておいたB・シュリンクとともに、憲法ドグマティークという知的作業が適切・健全に営まれるために学説と憲法裁、憲法裁と他の専門裁判所、さらに〈憲法〉裁判所もふくめて国家機関相互の関係がいかにあるべきかについて、あらためて考えてみたい。筆者としても、これまでの一群の基本権ドグマティーク関連の拙論で、法理形成における学説と〈憲法〉裁判所との対話・批判的交流という問題を意識してきたからである。

(A)すでに1980年代に、憲法学・国法学が連邦憲法裁との間に適正な距離をとった批判的な関係を再構築すべきだ、という提言がシュリンクによって行われていた。³⁸丁度、他の分野の法律学と専門裁判所との間で、緊張感あふれる応答が交わされていたという(シュリンクはそのように見たわけである)背景に照らしてのことである。外国の状況との比較でも、アメリカ連邦最高裁の裁判例に対し、アメリカの学界の反応は、とても活発である。それと比べると、ドイツの憲法学は、連邦憲法裁の裁判例を後追的に祖述するばかりである、と。学説サイドとしてはドグマティークをめぐるもろもろの議論をしても、連邦憲法裁によって最後には、該問題にケリがつけられてしまう。「国法学は、連邦憲法裁判所実証主義によって規定されてしまった。」連邦裁判所や、連邦行政裁の裁判例は、学説によって、これほどには「カノン化」されていない、と揶揄するのであった。

かかる事情についてシュリンクは様々の説明をしているが、いずれにしても「連邦憲法裁とともに、国法学の新しい時代が始まった。」憲法の「優位」が憲法裁によってサンクションされるGGのもとでこそ、—あるいは、それ

にもかかわらず、なか—憲法ドグマティークの貧困が始まったというのが、シュリンクの認識である。ドグマティークとして方法論的にも一貫した裁判例の展開というよりは、連邦憲法裁判には政治的に受け入れられやすい裁判への傾向、つまり一種のポピュリズムの傾向があるだけでなく、国法学にはかかる動向を批判する力量が欠けるという不幸が重なる。「主流の連邦憲法裁判主義は、国法学だけでなく連邦憲法裁判自身をもより貧困にする。」かかる憲法裁判が、他の裁判所、憲法諸機関に対する権威性をも失うのは、火を見るよりも明らかであろう、と云うのである。ベッケンフェルデも、シュリンクを引用して、憲法学・国法学と憲法裁判、さらに国家実例の間に議論連関（コミュニケーション連関）を維持することが、憲法ドグマティークが単なる「他の手段でもってする政治」——クラウゼヴィッツの、あの名言をもじって——に転落することから防いでくれるのだ、としているのである。⁽³⁹⁾

(B) 今からほぼ10年前にも、シュリンクは憲法裁判例と憲法学との関係を問い、学説も実務も「ドグマティークからの解放」状況にあるという警鐘を鳴らしている。まず、耳目を集める重大事件を別にすると、連邦憲法裁判の裁判例が一般市民にそれ程には知られていない、つまり市民のまなざしに晒されていない、という認識が示される。そのうえで、連邦憲法裁判の裁判例には十分な理由づけが欠けることがしばしばであり、一貫性も欠如している、と駄目が出される。ドグマティークという自己拘束の重しから解放された連邦憲法裁判の裁判例は、逆説的に—もしくは、だから一層—他の裁判所およびヨーロッパ司法裁判所 (EGJH) からも尊敬を払われなくなっている。この点も、(A)の末尾で紹介した認識と同様である。勿論、諸方向からの批判を積極的に摂取して、連邦憲法裁判が軌道修正をすることもあった。そこに、単なるカズイスティークにとどまらない、ドグマティークへの大いなる展開の可能性もあるわけである。例えば、基本権が対・公権力のみならず対・社会領域との関係でも対抗し得る権利であるとされ、また、特別権力関係論の厚い岩盤を打ち砕いた裁判例の展開があった。しかし、やはりシュリンクにとつては、カ

ズイスティークの水準にとどまっている別の裁判例群が見落とせない⁽⁴¹⁾。家族の生存権最低限度と課税、胎児の生命権、集会概念、政党助成をめぐる問題群が挙げられている。同様に、理解出来るものではあるものの、ドグマティークとしては十分な理由づけに欠ける裁判例としては、航空の安全に関する判例変更が挙げられている。軍隊を投入してテロリストにハイジャックされた航空機を撃墜することは、無辜の乗客・乗務員を国家の救助行為の単なる「手段、客体」とすることであり、GG1条1項の人間尊厳Menschenwürde尊重命令及び同2条2項の生命への権利に反するとした事例(Elis, 118)であった。この点に関して、この裁判例は外見的には人間尊厳の伝統的な定式に則っているものの、憲法裁自身が取り組んできた人間尊厳の中身を具体化・肉づけすることを放棄している。もはや、人間尊厳の意味も個別事件にひきずられて、その結果、カズイスティークになり下がってしまったという厳しい見方が、シュリンクンクによって提示されている。

ドグマティークの使命から離れ、むしろカズイスティークに向かいつつある連邦憲法裁の裁判例を跡づけることに腐心する憲法学・国法学が、ドグマティークからますます後ずさりしているのも言うまでもないことである。シュリンクンはあらためて、A・ポドレッヒにならって、ドグマティークには三つの課題がある、としている。(i)法素材を教授・学習可能なものにブラシュ・アップすること、(ii)法の不備を補充し、法における抵触を解決すること。それから、(iii)規定(規律)の効果を法政策的に予測することである。⁽⁴²⁾シュリンクンクによると、(ii)はカズイスティークによっても果たされうるもので、(i)(iii)がドグマティークに固有の課題・機能であることになる。この二つの課題は、長期的な見晴らしに立ってこそ(ある一つの事件が解決されれば、それで事足りるという話ではなく)果たされ得るものである。現在のドイツ憲法学にとって、まさにこの二つの課題への対応が困難になっているのである、と。

* * *

以上、基本権ドグマティークの思惟様式や、そこで用いられる法理、フィギア、概念が、そもそも、またはどのように、どこまで国家組織法の領域にも適用しうるのであろうか。あるいは、そのような適用例が、どれほど見出されるのか。オーストの最近の論考に学びつつ、検討してみたのである。この主たる問題意識から派生してさらに、そもそもひるがえって基本権分野でさえ、ドグマティークの適切な発展が見られるのであろうか。もし、そこに阻害的な要因があるとすれば、それは何か。健全なドグマティークの形成のためには、憲法学は、憲法裁判等の実務とどのような関係に立つべきであらうか。この点については、シュリンクから教えられることが多いと思う。さらに、憲法裁判による全面的で厳格なコントロールが期待される基本権分野と比較すると、国家組織法Ⅱ統治機構法の分野では、憲法習律など国家実例にも注視する必要があると指摘される場所である。それは、この分野で発生する事件の性格ゆえに、法によってすべてを解決するというよりも、法と政治のあいだで練り広げられる当事者の賢さ *prudence* を信頼すべきであるということにも一理あるからである。オーストもこの点については、慎重な見解を持ちあわせていたように思われるのである。確かに、憲法裁判によってサンクションされる「憲法の優位」のもとで、これら国家実例にいかなる地位を与えるべきかは、難しい問題ではある。憲法習律・国家実例は、定義上、憲法典に明記されていない事象であるからである。一義的な答えはなかなか見つからないとも思うのであるが、これらの一連の問題意識をもつことによつて、基本権分野であれ、国家組織法の領域であれ、それぞれの分野に応じたしなやかであり、市民にも開かれたものであり、ついでに決してポピュリズムではない、かつ筋の通った筋のよい、というのは違う——憲法ドグマティークの展望が開かれると考えるのである。

注

(三〇)

- (1) 拙論「基本権が『保障するもの』は何か」高岡法学15巻1、2合併号225頁以下、「基本権が『保障するもの』は何か・続」同16巻1、2合併号1頁以下、「現代ドイツにおける、教授の自由」同28号1頁以下、「基本権が『保障するもの』は何か・続続」駿河台法学29巻2号1338頁以下。
- (2) 日本国憲法下の通説によれば、近代国家では権力分立の統治機構は国民の自由＝権利を守るために設けられた。つまり、統治機構は権利章典のために存在する、と説かれる。清宮四郎・憲法Ⅰ（第三版）20頁、同旨、芦部信喜・憲法（第六版）5、10頁、など。
- (3) 手許にあるものを挙ぐる、Ch. Degenhart, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht (9Aufl.), 2003, S. Koriath, Staatsrecht I, Staatsorganisationsrecht unter Berücksichtigung europäischer und internationaler Bezüge (2Aufl.), 2014, M. Kloefer, Verfassungsrecht I, Grundlagen, Staatsorganisationsrecht, Bezüge zum Völker- und Europarecht, 2011.
- (4) H.P. Aust, Grundrechtsdogmatik im Staatsorganisationsrecht?, AoR 2016, S. 415ff.
- (5) 権力分立については、筆者はとりわけフランス憲法学における研究の蓄積から示唆を受けている、拙論「O・ポー『憲法、立憲主義、権力分立ーモンテスキューの場合』への読書ノート」高岡法学13巻1、2合併号159頁以下、「ケルゼン、シュミットと今日の憲法基礎学・民主制論」高岡法学14巻1、2合併号、「国法の一一般理論にのつての政治体制分類の問題」法政理論39巻4号、225ページ以下。
- (6) Th. Gross, Der Staat 2016, S. 489ff.
- (7) O・レプシウス「基準定立権力」、M・イエシユテット、O・レプシウス、Ch.メラース、Ch.シェーンベルガー、越境する司法（鈴木・高田・棟据・松本監訳）所収、133頁以下（とくに182頁以下）。
- (8) 参照、栗生武夫・法の変動、89頁、107〜108頁。

- (8a) ドグマティック「教義学」をめぐる古典的な邦語文献として、栗生武夫、とくに前掲書59頁以下、加藤新平・法学的世界観、とくにその第一論文。
- (9) E. W. Böckenfördeによれば、ドグマティックとしての国法学はその対象を規範的所与として、実質的に決定されたものとして受け止めるのである。E. W. Böckenförde, *Staat · Verfassung · Demokratie* (2Auffl.) 1992, S. 20f.
- (10) H.P. Aust, aa.O.S. 420.
- (11) H.P. Aust, aa.O., S. 421.
- (12) F.E. Schnapp, *AöR* 1980, S. 243ff.によれば、基本権規定と組織法規定とは密接不可分である。(S. 246ff.)
- (13) F.E. Schnapp, aa. O., S. 250ff.
- (14) H.P. Aust, aa.O., S. 423.
- (15) もう「ワイマールの陰」において必要などないとして、ラント憲法レヴェルと同様に、GGにも連邦議会の $\frac{2}{3}$ 多数決での自律解散が導入されるべきだ、という提言もある。D. Wiefelspütz, *ZRP* 2005, S. 207.
- (15a) W. R. Schenke, *JZ* 2015, S1009ff. (S. 1017)
- (16) 上の点をさむゆる「憲法習律」constitutional conventionsとして、把握できるかどうかということも興味深いところである。若干の例外的な研究を除けば、現代ドイツ憲法学では、イギリス流のかかる把握のしかたへの関心が高いとは言えない。対照的にフランスでの割合に近年の研究として、P. Avril, *Les Conventions de la constitution*, 1997. 現代フランス憲法学説史の流れとしては、1960年代から1970年代の憲法慣習論をめぐる議論(R・カピタンの有名な論文がRDP 1979に再録されたことが象徴的であった)があり、その論争のなかで憲法慣習否定論が提起され、それでも不文の憲法規範があるのでないかという問題意識から、憲法習律論が注目されるに至ったというのが、経緯ではなからうか。P・アヴリルが、フランスでの国会法・政治制度論の第一人者であるということも関係していると思う。アヴリルのこの研究は、フランス憲法史・政治史に取材した具体的に精彩に富む、憲法習律の考察という点で高く評価される。

ること勿論だが、憲法解釈の性格、憲法の法的性格など基本問題への検討という点でも寄与の大きいものである。尚、つづいてアヴリルとM・ヴェルポールの共編で、人権分野も含めて「公法における不文の準則と原理」について、比較法的に、総合的に検討するものが公刊されている。P. Avril et M. Verpeaux (dir.), *Les règles et principes non écrits en droit public*, 2000.

(17) シッケンフェルデもまた、憲法が「枠」法であることとの関係で、「国家実例」が憲法ドグマティークにおいて重要な要素であるという認識を示している。E.-W.B. aaO., S. 17, 27.

(18) H.P. Aust, aaO., S. 428.

(19) H.P. Aust, aaO., S. 430. 但し、コッペ「保護水準」Schutzstandardという表現が、やや微妙ではある。

(20) O. Lepsius, *Recht und Politik* 2016, S. 137ff.

(21) 確かに、この判決は、近年の様々のレベルでの選挙法阻止条項について連邦憲法裁判が立法権の形成余地を厳格に示して違憲判断を下しているなかでの延長線上にあるものである。この判決に対する、賛否両論それぞれの代表的なものとして、ランダムに若干挙げておく。支持する論評として、H.-H.v. Arnim *DVBZ* 2014, S. 1489ff. W. Kahl/J. Bews, *DVBZ* 2014, S. 737ff. M. Will, *NJW* 2014, S. 1421ff. J. Hoffmann/A. Tappert, *NVwZ* 2014, S. 630ff. 批判的な見解として、B. Grzeszick, *NVwZ* 2014, S. 537ff. Th. Felten, *Eur* 2014, S. 298ff. W. Frenz, *DöV* 2014, s. 960ff. ders., *DVBZ* 2014, S. 512ff. 尚、近時のドイツにおける選挙権（法）平等、特に一票の重さの平等の問題に関して、拙稿「最近ドイツにおける一票の重さの法理」駿河台法学28巻1号190頁以下。

(22) O. Lepsius, aaO., S. 139.

(23) H.P. Aust, aaO., S. 431.

(24) H.P. Aust, aaO., S. 432

(25) H.P. Aust, aaO., S. 434.

- (26) GG72条2項が現在の姿にいたる経緯の一部(1990年代後半まで)についての論考であり、少々古いが、Vgl. A. Schmehl, D6V 1996, S724ff, Ch. Callies, D6V 1997, S. 889ff. さらに2006年の連邦制改革に伴う現行規定までもを含む論考として、W. Rüfner, in: Staat im Wort, Festschrift für J. Isensee, 2007, S. 389ff.
- (27) H.P. Aust, S. 436.
- (28) 但し、拙稿でも言及したが、少なくとも近時のヘッケンフェルデの見解としては、比例原則は基本権の「保障内容」に即して適用されるべきだ、というのである。拙稿・高岡法学15巻1、2合併号250頁。また、別の拙稿でも指摘した通り、より最近の基本権「保障内容」論の支持者によっても、比例原則や比較衡量自体が否定されているわけではない。拙稿・駿河台法学29巻2号113頁、101頁⁽⁹⁾、99頁⁽¹⁹⁾。
- (29) H.P. Aust, aa.O., S. 437.
- (30) F. Shirvani, JZ 2014, S. 1074ff.
- (31) BVerfGE, NVwZ-Bell 2/2017, S. 46ff.
- (32) F. Shirvani, aa.O., S. 1077.
- (33) H.P. Aust, aa.O., S. 440.
- (34) H.P. Aust, aa.O., S. 441ff.
- (35) 「実際に、……向き合っているのは決して人格ではなく、常に、ただの権限である。二つの国家機関の間での権利限界の争いは、権限の争いであり、……権限は…決して主観的なものではなく、常に客観法である。」G. Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 2. Aufl., 1905, S227.
- (36) H.P. Aust, aa.O., S. 445.
- (37) H.P. Aust, aa.O., S. 446.
- (38) B. Schlink, Der Staat 1989, S. 161ff.

- (39) E.-W. Böckenförde, aa.O., S. 26f.
- (40) B. Schlink, JZ 2007, S. 157ff.
- (41) 同前, B. Schlink, aa. O., S. 159f.
- (42) A. Podlech, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1972, S. 491ff. (492ff.) 参考すべきに、あらためてベッケンフェルデによると、ドグマティークとは、解釈し、体系化し、補完し、形成する、あるいは安定化し、構造化する知的作用である。もって、国法学・憲法学におけるドグマティークは法概念、原理、準則を用いて、現行の国法・憲法について概観を与え、実際に取り扱うことを容易にするものである、とされる。E.-W. Böckenförde, aa.O., S. 20f., 25. 拙論でも既に触れておいた通り、R・アレクシーと対照的に、ベッケンフェルデは憲法規範を「原理」と把握することに懐疑的である。但し、それでも制憲者による規範的決断である限りでの憲法原理については、勿論、これを否定しない。拙稿・高岡法学15巻1、2合併号255頁以下。

(2017・7)