

「法治国家の擁護」と「司法国家」の間、 またはB. リューテルスに寄せる小論 —法律学批判としての法律学について

小 貫 幸 浩

0. はじめに—何を問題とするか

わが国では、B. リューテルスと言えどC. シュミットの法思想研究、関連してナチス法制およびこの時代の法律学の研究、さらに実定法では民法・労働法学者としてよく知られている⁽¹⁾。とても活発に論稿・著作を公表し続けてきており、多産な学者である。筆者は以前に、そのシュミット研究の一環である「法の倒錯」と題された著作⁽²⁾に興味深く接していたのだが、あらためてその近年の著作に接し、ノートをとった。本文で200頁ほどの、日本でいえば「新書」版に対応する小ぶりの装丁である。そのタイトルが「密かな革命—法治国家から司法国家へ」とあり⁽³⁾、この題名に惹きつけられて手に取ったのだが、あらためて法律学にとって歴史的思考がいかに大切であるかを痛感した次第である。われら法律家・法学者の多くは主として現代法について論ずるのが常であるが、それにしても現代というものが過去と将来の線上にあるとすれば、われらの現代へのまなざしも、過去と将来へのパースペクティブの往還に他ならない。尚、この小稿の副タイトルに「法律学批判としての法律学」と添えたのも、これまでも折々に主流法律学のありように忌憚のない批判を加えてきたリューテルスの立ち位置を汲んでのことである。

リューテルス（以下、B.R.と略記）のこの小著全体を通じて「法治国家の擁護」が訴えかけられるのであるが、以下に見るようにB.R.にとっての「法治国家」には、私見の限りでは独特の意味合いが込められているようである。この点にとりあえず少しく手探りを入れるために、「法治国家」という概念についての若干の用法に触れておきたい。まず、シュミット研究で有名なB.R.のこと

であるから、シュミットによる用法をここに引き合いにすることも許されよう。名著「憲法理論」も含めて自分の著作が、「西洋デモクラシーの諸概念に従うことへの拒否」にあったというのが、シュミットの自己規定であった。当然、「法治国家」よりの確には「ブルジョア」法治国家への批判が遂行される。19世紀ヨーロッパの国家類型としての法治国家は「立法国家」Gesetzgebungsstaatであったとして、アメリカ型の「司法国家」Juridictionsstaatに對置される。ところが、立法国家の基軸であるはずの議会は、20世紀の大衆国家化のなかで勢い、多元的な利益が角逐する寄せ集めの劇場と化した。近代議会制を支えてきた「社会」と「国家」の区別をはじめさまざまな区別が失われてしまった。ここから、国家の統一性(シュミットにとっては、これこそが「憲法」である)の番人は誰かというテーマ、独裁や主権というテーマが前面に押し出されてきたという経緯があったわけである。ワイマール憲法25条(議会解散権)、同48条(緊急権)に着目して、大統領に圧倒的に優越的な地位を与える解釈をとったのもこの論脈であった⁽⁴⁾。

第二に、およそ1980年代以降のフランス憲法学界で特徴的であった「法治国家」論État de droitをめぐる言説を引き合いに出したい。それは、是非はともかく、フランス憲法院による違憲審査権行使の活性化に着目して、フランスでもようやく憲法院がそれまで「政治機関」と目されてきたのがそこから脱皮して「法機関化」し、「憲法の法規範性」が確立してきたという認識に立つ言説であったわけである⁽⁵⁾。引き続き人権論としては、droits fondamentauxの概念をめぐる議論⁽⁶⁾、さらに近年の憲法院でのQPC制度の実現もこの論脈に連なることである⁽⁷⁾。近代人権宣言の母国フランスでの、その現代の論議の内実が、ドイツ流に言えば「立憲国家」Verfassungsstaatをめぐる言説であったというのも意味深長であろう。第三、旧東ドイツのSED体制について現在ではナチズムと一体にして「不法国家」Unrechtsstaatと把握する見解が強いが、様々の理由から当初はこのような把握に躊躇する向きもあった。この点、割合に早い時期から、忌憚なく旧東ドイツについても「不法国家」の概念を使用していたのがB.R.であった。こうした法治国家論議の比較法史的位相のなかで、以下に見られるB.R.による「法治国家の擁護」への呼びかけから、われらは何事を学ぶことができるであろうか。

*法治国家の「擁護」という小稿タイトルとの関係では、B.R.の旧著「法の倒錯」が、

代表作「限界のない解釈」を下敷きにしつつ、本書よりもより包括的にナチス期の法学者・司法部の思惟様式を問い直している。そのなかでも、ナチス体制と旧東ドイツのSED体制との共通性、およびそれらを支えたエスタブリッシュメントのありかたの共通性が強調されていた。つまり、1933年から1945年までの、それはそれで一回きりの「例外的」法史ではあるが、それにもかかわらず、かの時代の経験やそこから導かれる知見には普遍的な妥当性があるのではないかが問われていた⁽⁸⁾。しかし、主流の法学や高官によって歴史的省察が封印されてきたのであり、そこから不法体制というのは一度確立してしまうと、法学も司法部も法的に抵抗しようにも実効的な歯止めとなることはできない、ということが一層強調されている。これらの不法国家と同日の談ではないにせよ、本書では、GGのもとで法治国家が権勢を誇る司法部およびそれを支持する法解釈方法論によって「司法国家」化してしまったとされるのである。しかし、というよりはだからこそと言うべきか、そもそも法治国家の「擁護」のために司法部・法律家・法学者が果たすべきことがあるというのが、恐らくB.R.の本意であろうと思う。

1. 憲法体制の変革と法律学の方法

(1) 本書のタイトルに予知されているように、ドイツ憲法（ボン基本法、GG）のもとドイツの国家は民主的法治国家から司法国家へと変容した（してしまった）というのがB.R.の基本認識である。それによれば、憲法のレベルだけでなく広範な法分野で「裁判官の法」の支配が進行している。法とは、最上級の有権裁判所が「これが法である」と裁定するところのものとなった。次に判例変更されるまで、ドイツでは連邦憲法裁、ヨーロッパレベルではEU裁判所、欧州人権裁が「これが法である」とするところが法なのである。さらに、何が法であるかはそれら裁判所の解釈・形成に際して依拠する法律学的方法の変化次第であるという指摘がなされている。（とくに連邦憲法裁について、Vorwort, vii.）かくして「方法の問題は憲法の問題である。」この命題が長らく、ドイツ（およびオーストリア）では意識下に隠ぺいされてきたという指摘がなされている。

(2) ドイツ憲法史上、GGの長命さは特筆されるが、向後100周年に向けて諸の問題が浮上してこよう。長命さだけでなく、次の点でもGGは異例である。

普通、「憲法」とは将来を遠望して構想されるが、GGは最初から「暫定憲法」として割り切って制定された。それにも拘わらず、さらに意外にも、東西統一を経て「確定憲法」に限りなく向かいつつあると言う点でもユニークである (S. 3f.)。

かくも長命さを誇るGGのもとで「憲法と方法」という問題意識が憲法学界のみならず、民法法・基礎法学の世界でも意識下に押し込まれ、あげくには消去されてしまったという感慨を、B.R.は吐露している。逆説ではあれ、このこと自体学問というものが時代史・精神史の一部であるということであろうか (S. 5f.)。憲法判例も時代史の一コマであるのは、丁度、神学が時代の波に漂い、公会議が折々の時代の問題・権力問題に解決を与えようとしてきたのと平行である、という。しかし、B.R.によると神学と比べてより一層、法律学は勢力争いと権力争いのもとにある。こうして、「憲法と方法」、さらに憲法の解釈・適用、さらに憲法解釈の変更も時代の支配的イデオロギー・モードの影響を受けざるを得ないことが指摘されている (S. 7)。

*法解釈の方法論と権力との関係については、B.R.の大著「限界のない解釈」をも受けたタイミングで公表されたD.グリムの論稿がある⁽⁹⁾。それによると、方法論がそれぞれの時代に対しいかなる作用を果たしたか、または果たしているかという方法論史はまだ未開拓であるとの認識が与えられていた。本稿の関心からは、ナチス期の方法論が多面的であり、ワイマール期以前からの法令に対するのと、ナチス期に制定された法令に対する解釈には、使い分けがなされていたという指摘が重要である。グリムはいくつかの仮説を提出しているが、本稿の関心に照らしてまとめると①法律学の方法は内容中立ではなくて、解釈を与えようとする対象に即して選択される。さらに、②方法の選択は解釈対象たる法秩序への評価に依存する。

ナチス期の法学は、それよりも前の時代からの、特に民・商・刑法に対して独特の法解釈で対応した。その際、ワイマール期の個人主義・自由主義の方向に解釈されるのではなく、一般条項を介して国民全体の利益が強調された。これでも不十分である時には、ナチス法の精神によって現行法が解釈された。グリムのこの論稿では、法実証主義的な法律による縛りからの解放の糸口がPh.ヘックの利益法学によっても与えられていたという記述が見られる。利益の対立にあたり、裁判官は法律を評価し、それを補充し、場合によっては法律を変更できるのだという見解が問題視されている。既に1933年以前に、市民法を新たな状況に適応させるために、ヘックの利益法学にはこ

のような方向の要素が潜在していたというのである。勿論、シュミット、K. ラレンツ、E. フォルストホフによって利益法学にはこのような傾向あることが一定評価されたのだが、結局、それは市民的＝ブルジョア的法治国家の方法論にとどまるものと規定され、ナチス法にとっては不適合であると指弾されたのである。後述のとおり、B.R.の本書にとってヘックの法理論＝利益法学こそは再評価の対象であるが、論者によっては微妙な評価もされているようである⁽¹⁰⁾。

(3) ここでB.R.は一つの仮説を提示する。一憲法は普通、危機・転換の時代に制定される。旧来の憲法秩序とは違う新しい秩序を将来に向けて形成しようとするものである。だから、憲法の意味と目的とを理解しようとする者は、いかなる解釈を与えようとも、この点を出発点に据えなければならないのである(仮説1, S. 8)。

憲法・政治体制の変更は、方法論争を引き起こし、法理念・法源・基礎概念・法適用方法にラディカルな変更をもたらす。憲法変更直後は、法律だけでは対応しきれずに民刑事、経済労働の諸法分野では命令＝行政規則によって、さらには司法的に対応される。それだけに一層、新しいイデオロギーの体系化という任務が法律学に期待されることになる。ともすれば法律学が期待される以上に、つまり学問的対応の水準を超えて応えようとする例もあった。B.R.は、かの時代のシュミット、ラレンツに言及している。「法律学的ヘルメノイテイク」もこの期待に過剰に対応するものであり、テキスト(条文)にない事柄をテキストからもぎ取る企てであると評する(S. 9ff)。このような見方から、法律のテキストを軽視し、結論を融通無碍に導く解釈技法への告発が顕著であろう。ただドイツ法史の問題としてと言うだけでなく、全ヨーロッパ規模で比較法上もかかる点の再検討の必要あることが添え書きされている。(本書は、それでもドイツ法史に限定するとして、S. 11) この論脈で、次なる仮説が定式される。一法は現実の体験から、また社会政治的構造から成立する、書かれた法律だけでなく歴史でできている。法は歴史への答えである。「憲法と方法」の変更に関するドイツ司法と法律学の多くの経験がこのことを白日にさらしてくれるのである(仮説2, S. 12f)。本書全体を通してこの経験について語られるが、手はじめに①ナチス期、②ワイマール期、③旧東ドイツ期の法イデオロギーをめぐる攻防について、B.R.とともに一瞥しておこう。

① 1926年ミュンスターでのドイツ国法学者大会において、E. カウフマン

によって戦争・崩壊・革命の国民体験によりつつ法実証主義に反対する見解が述べられた。「立法者は法の創造者ではない。……国家も法を創造しない。国家は法律を創造するが、国家も法律も法のもとにある。」対して、G. アンシュッツ、R. トーマ、H. ナヴィアスキー、G. ラートブルフ、H. ケルゼンらが法実証主義と価値相対主義の陣営を形成した。ドイツ国法学会でのこうした陣形形成とパラレルに、法実証主義への反乱のアドバルーンを上げたのが、ライヒ裁判所による「貨幣切り下げ判決」(1923. 28. 11)であったとされる(S. 13)。

② B.R.は法実証主義がドイツの二つの独裁(ナチス体制と旧東ドイツのSED体制)＝「不法国家」Unrechtsstaatを生み、これに仕えたという罪を着せられスケープゴートにされてきたと見ている(S. 58ff.)。眼の前の法秩序をまるっきり読み替え、歪曲したのは、たとえば民族・人種を強調した「新しい」自然法論であった。また、この時期のシュミットの「具体的秩序思考」、ラレンツの「具体的・一般的概念」によって批判されたのがまずは規範主義・法実証主義であったが、同様に利益法学も標的にされたのであった(S. 15f.)。本書でも、B.R.の他の名著でも利益法学こそが法律への厳格な拘束を出発点に据える適正な方法論だったのだ、という再評価が与えられている。また、第二戦後ドイツではナチスの法秩序(仮に、そこに「秩序」なるものが見出せたとして)への反省から、自然法の再生が喧伝された。1945年以後のG. ラートブルフが法実証主義に関して述べたいわゆる「ラートブルフ・テーゼ」が有名であるが⁽⁴¹⁾、B.R.はこのテーゼが重大な誤解に基づくものであると見ている(仮説4, S. 60f.)。むしろ、このテーゼこそがナチス期に指導的地位にあった裁判官・法学者・行政官に第二戦直後に支持されたものであり、これらの人々が責任を免れるための助け船となったというのである。こうしてナチスの不法に対する法実証主義の罪という誤った物語に便乗して、1945年後に自然法論が大きな影響力を得たという仮説5が提示される(S. 65)。他方で対照的に、ナチス期に一種自然法論に加勢した当事者たちが、1933年から1945年までの方法論について意識的に口をつぐんでしまった。(F. ヴィーアッカー、ラレンツらの場合)憲法・政治体制の転換後も、こうしていわゆる「客観的」解釈が公式の解釈方法とされ、折々の時代精神を斟酌して裁判官に法創造のための恣意の余地を確保したことが指摘される。

法律そのものだけでなく、法律学もまた、よくもわるくも歴史的、かつ政治的なものであり、非歴史的な法律学こそ真の意味で危険である、とB.R.は述べている (S. 68)。こうして、方法論についての自覚こそがあらゆる学問に説得力とコントロール可能性を確保するために不可欠なものである。批判的な自己コントロール、および外部からのコントロールがあってはじめて法律学も、裁判官の独立も、法治国家的権力分立も存立しうるのである。憲法裁判も含めて最上級裁判所への正面からの批判が学問の自由 (5-3GG) には期待され、自由主義の法治国家は、こうしてこそよく機能する。学問の自由はだから、プレスの自由 (5-1GG) などと同様に民主制にとって基底的な自由である (S. 70)。以上、歴史意識を取り戻した法律学方法論の必要性をB.R.は訴えているのである (S. 71)。

③ 1949年9月以降、ソ連占領地区の法秩序全体が、マルクス・レーニン主義によって読み換えられていく。裁判官・行政官・法学者の指導層も換えられ、旧ナチス構成員が排除される。短期間のうちに、「国民裁判官」育成が敢行される。プロレタリア出自を条件とする裁判官のリクルートとマルクス・レーニン主義による育成が行われる。SED体制維持のために法律家エリートのイデオロギー画一化が生じたが、これこそナチス期に比肩するものであった。4年の在学期間の3分の1ほどがマルクス・レーニン主義の学習に充当され、DDRの法思想・法源論・法的基礎概念は驚くほどにナチス体制のそれらに親近性があったことが指摘されている (S. 19)。

2. 過去の克服と法律学

(1) 1919年、1933年、1945年、1989 (90) 年はドイツ法史にとっての憲法体制の転換期であった。折々のエスタブリッシュメントが地位を維持するには、転換後の新しい世界観に少なくとも外面上は忠誠の態度を示さねばならない。新しい体制に心服できない者には「沈黙のスパイラル」か「内的亡命」の選択肢しか残されていない。全体主義の時代の方法論についての叙述が法律学の自己理解にとって不可欠であるのに、その作業がいかに困難な状況にあるか、というのがB.R.の感慨であろう。M. クリーレの力作、*Theorie der Rechtsgewinnung, entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation*, 2 Aufl., 1976も、

この点には触れていないことが批判されている (S. 69, Anm. 139)。1949年以後、いわゆる客観的・目的論的傾向がドイツ法学界で優勢になる。これは該法律の本来の目的と意味とは解釈・適用時の意味の合理的探求であるとして、裁判官を法律の文言 (テキスト) から解放するものである。ヘックの利益法学が、すでにほぼ100年前に批判していたことなのである (S. 28)。

(2) 以下ではしばらく、憲法裁判と法解釈方法というテーマに沿って、B.R.の見解を追って行きたい。戦後ドイツで法律学の方法論が不毛であるというB.R.の認識を支えるのが、エスタブリッシュメントによる沈黙と並んで、GGのもとで基本権が公法の枠を破って法全体に波及効果を及ぼすに至ったことである。それなのに、公法学会で法解釈を適正に制御する方法論が開拓されてこなかったという趣旨の批判である。

是非はともかく、憲法解釈の点で新しい時代を告げたのが、1958年のリュート判決 (E7, 198) であった⁽¹²⁾。憲法裁判所法31条1項により、連邦憲法裁の実務上の方法論が他の専門裁にとってのモデルになった。同31条2項によると規範統制手続きにおける連邦憲法裁の裁判は法律と同等の形式的効力をもつ。憲法とは何か、それは連邦憲法裁がこれが憲法だ、と言うところとなった。憲法・基本権の内容は折々のゼナートの見解の変化に依存する。しかし、B.R.が問題点として指摘するのが、これまでのドイツ憲法学=国法学がかかる問題に正面から向き合って来なかったということである (S. 33)。

法解釈の方法の変化によって、いかに大きな違いが (法の倒錯) もたらされるかが20世紀ドイツの二つの全体主義・独裁—ナチス体制とSED体制—下の法律学と司法の方法が示している。そこで、GGに即して言えば民主制と法治国家原理がかかる法の倒錯を食い止め、法解釈のぶれを最小限に抑えようとしていることが真剣に受け止められるべきだというのが本書の基調である (S. 34)。だが、連邦憲法裁の間接効力論によって基本権が社会全体の行動準則と化し、さらに憲法裁は必要とあらば新しい基本権を創造する。民事上の一般条項 (ドイツ民法138条, 157条, 242条, 315条, 826条など) を窓口にして、これら新しい基本権が社会全体を支配する (S. 36)。二つの独裁の下でも一般条項が活用されたが、憲法体制が変わっても、この点に変わりはない、とB.R.は言うのである。

憲法の番人が全くのフリーハンドであってはならないとすれば番人をさらに

番するのは誰か、という周知の問いが問われよう (S. 38ff.)。その候補として①憲法裁の権限・構成を規律する憲法改正権 (93GG, 94GG, 79GG), ②意見の自由及び学問の自由を行使する独立の学問としての法律学 (5-1GG, 5-3GG), ③メディアを介しての公的議論 (5-1GG), ④ドグマティーク (S. 47ff.), ⑤法律学方法論が挙げられている。これらの点については次に節を改めて(3)で逐一、B.R.とともに検討しよう。

(3) まず①に関しては、憲法改正には連邦議会・連邦参議院での2/3多数決を要するため、ハードルが高い。④についても、有権解釈機関に対する学問的専門的な批判が正当なコントロールになり得るにもかかわらず、このことが長くドイツでは見逃されてきたとして、B.R.は悲観的である。③メディアの現実についてもB.R.は楽観視していない。視聴率や発行部数、コマーシャルばかりがメディアの関心事であり、批判的役割を全く果たしていない、と冷たく突き放している。⑤法律学方法論の主たる土俵は、ローマ法の世界から近現代に至るまで民事・刑事法学である。B.R.の見るところ、この方法論はナチス期にも戦後も法曹養成にとって必修事項とはされてこなかった。上述の通り、あの時代に方法論争に関与した当事者は往々にして戦後、方法論議には極めて抑制的で、黙して語らずであった。こうした人々こそが、1933年後の「民族的法革新」の主唱者だったのであり、ヘックへの苛烈な批判者だった (S. 41)。ヘックの言う「利益」の概念が多義的であるとか、それが自由主義的ないし唯物論的な概念であるとか批判した論者たちは、民族的法概念を唱えて法解釈にあたらしく、いわゆる「客観的」基礎づけを提供しようとしたのであるとB.R.は告発する (S. 42)。

また、B.R.によれば戦後のリユート判決流の客観的価値秩序論が、民事・刑事の分野で展開されてきたサヴィニー、ヘックらの方法論が後景に追いやられるのに与かった。今日の憲法学・国法学は、1933年後の激しい方法論争を水に流すだけでなく、方法論自体をタブー視しているかのようである。ヘックの主要論文「法律解釈と利益法学」はおろか、その他の論稿・著作も公法学界では全く読まれていない、悲しむべき状況にあると嘆かれるのである (S. 43)。

B.R.は現代の代表的な「法律学的方法論」の著作者であるラレンツについても⁽¹³⁾、あの時代のヘックとの論争に触れていないことを指摘している。ラレンツの方法論こそが、今日の憲法裁をはじめとして最上級裁のいわゆる「客観的」

(その実、裁判官の主観が流し込まれる) 解釈方法に基礎付けを与えているという恰好なのであると。ここで、仮説3が提示される。—しばしば客観的解釈と呼ばれるが、その実相は主観的解釈に他ならない。「法律の意思」を語りつつ、法解釈者の法政策的願望を注入しているのである、と (S. 56)。

前後するが、④についてももう少しB.R.とともに敷衍しよう。改めて、裁判官による法創造がドグマティークによって首尾よく統御されうるか。やはり、B.R.はこの点にも過度の期待を寄せていない。これまでドグマティークについては、その内実はもとより誰がその担い手であるか、それを変更するのは誰かなど、未解明のままのところが多くない。ドグマティークと法政策の関係についても同様である。勿論、ドグマティークとは伝統的に承認されてきた価値理念に立つものであり、立法・法律家も関与する人間の協働の創作であるとは言えよう。これまでに承認されてきた解釈のメモリーである。ドグマティークでは論理的真偽が問題になるのではないから、様々の解釈のなかでの優先性となると立法・司法・法学における価値表象や「前理解」をめぐるディスクールに委ねられることになる (S. 50)。確証された解釈群のなかで、たとえば「新しい権利」が承認されるには相応の理由が必要である。かように、裁判官にもディスクールの「重み」が課されている。以上を踏まえても、それでも司法部が突出する「司法国家」がいかに評価されるべきかという問いに、B.R.はこだわるのである (S. 51)。ドイツの最上級裁判所によりこれまで少なくとも法制度、法理、権利が創出されてきた。「権利濫用の法理」「クルパ・イン・コントラヘンド」「人格権侵害の金銭賠償の法理」「就業中の物損責任制限の法理」…などなど。連邦憲法裁の基本権ドグマティークにおいても「情報的自己決定権」の創出など記憶に新しい。総じて、B.R.の見立てによるとドグマティークを主導しているのは結局、最上級裁判所であるので、ドグマティークに「司法国家」への趨勢の歯止めになることは期待しえない (S. 52)。このように期待しても、それはせいぜいのところ裁判官の職業倫理への訴えに過ぎない。ドグマティークは、司法権に対する外からの実効的なコントロールにはなりえないと言うのである⁽¹⁴⁾。

なお、B.R.はある書評的論稿において、今日の不法に対する壁の役割を「良き法律家」・法学に求めることは過度にロマンティッシュであるとしている。これは②④⑤に関する見解として受け止め得よう⁽¹⁵⁾。

以上、どうやらB.R.の論述に照らすと、上の①～⑤いずれも「司法国家」を「法治国家」に押し戻すための有効なよりどころにならないという悲観的な結論になりそうである。

3. GGと法解釈の方法の指示

(1) 既存の法律学的方法論への批判を上に見たが、B.R.がそうあるべきだとする法律学的方法論の任務は、憲法適合的な法解釈・適用の導きの糸になることである。憲法解釈にとっても、法律学的方法論の任務は同様に重要である。サヴィニー、ヘックらによって伝えられた古典的な法解釈の基準（文言、体系、歴史、目的、…一般にカノンとも呼ばれる）と並んで、GGに明記された諸原理とくに民主制・法治国家・法の前の平等が最も重要である。これらの諸原理を尊重して、法解釈者としては立法者が達成しようとする政策意図をしっかりと認識することが第一歩である。B.R.にとって「客観的」解釈とは立法者のこの歴史的意図を認識することであり、勿論それ自体、難しい課題ではある。けれども、権力分立と民主主義の原理に忠実たろうとすれば、これが不可欠である（S. 75）。ここで仮説6が提出される。一民主的に成立した法律に裁判官が拘束されることは法治国家・権力分立の秩序の構成要素である。このことは、GGにより二重に基礎づけられている。民主制・法治国家ではまず、規律については議会に優先権があたえられている。裁判所は、その限りでは法律に仕えるのである（S. 76）。なるほど、高度に社会が発展すれば、法律だけですべてに対応できるわけではない。その分だけ「裁判官の法」の余地も広がっている。しかし、だからこそ「方法の問題」が、これは同時に「憲法の問題」でもあるが、法治国家の死命を制するのである。

経済関係の国際化、気候・環境への対応、また人口問題から新しいメディア技術への対処にしても、労働及び文化意識の変容に伴うもろもろの問題への対応にしても有効な立法が必要とされる。しかし、法律での対応が追いつかないという現実もある（S. 146f.）。諸政党が声高にその必要性を主張しても、ドイツではいまだに労働法典が欠けているというのが現状でもある。労働契約法、労働争議法もまだ存在しない。こうした分野では勢い、最上級裁判所が「代わりの立法者」となって該分野の支配者となる（S. 148）。大陸ヨーロッパに伝

統的な「法典編纂」思想では、法的问题がすべて包括的に編集された法律によって一義的に処理されるべきものとされる。(1794年プロシァ一般法典, 1804年ナポレオン民法典, 1812年オーストリア民法典など)これは勿論, 大いなる幻想であったのであり, 今日の法状況では法に欠缺があることが「通常状態」である。こうして, 法治国家=法律国家がその大部分において「裁判官国家」になった(なってしまった)という認識があらためて与えられている(S. 150)。

(2) B.R.の代表作「限界のない解釈」の最終章のテーマ⁽¹⁶⁾ともシンクロナイズする問題意識が本書でも大きく浮上する。それは, 法律学方法論と法源論には密接な関係があるということである。私法分野だけでなく, 連邦憲法裁の裁判例を介して憲法の世界でも「裁判官の法」が法源として認知されている(S. 78)。勿論, B.R.としても方法論として適切でそれに忠実な恰好での「裁判官による法」形成は必要である。けれども, かかる現象をいわゆる「客観的」方法によっておおい隠してはならない, と言うのである(S. 80)。どうやら, 少なくとも裁判官による法形成への頑迷な抵抗は, B.R.の本意ではないようである。問題はむしろ次の仮説7として定式化される点にある。一ドイツの上級裁判所の裁判官には, 広範な政策上の職務を担当しているという意識が長く欠如していた。正面からこのことを受け止めることに居心地の悪さを覚えるので, 敢えて忘却してきたのである, と。解釈方法が裁判官に委ねられているという法学界の主張がこのような意識を助長したと併せて批判されるのである。続けて次なる仮説が提示される。一ドイツ法・ヨーロッパ法にとって方法論の無原則ぶりを克服することは単に立法権と裁判権との権限に関わるだけの話ではなく, 民主制・法治国家・法意識をめぐる根本問題である(S. 83, 仮説8)。まさに, 方法の問題とは憲法の問題である, ということであろう。

4. 憲法解釈の諸原理と憲法裁判の役割

前節1～3の限りでは, 今日までのドイツ法学・裁判所の法解釈方法の不毛性ばかりをB.R.が指摘しているような印象が抱かれるかもしれない。だが, B.R.は新しい方向への転換の兆しが, それと拮抗しつつ見られるということも指摘しているのである。主として, 近年の憲法裁判例の展開に着目してこのように見ているようである。

(1) B.R.によると、連邦憲法裁はこれまで法規範の立法者意思・成立史の探求にそれほど重みを与えてこなかった。むしろ、かかる立法者意思が明確に表現されていない限りは、文言が決定的であるという見解であった (E11, 126 (130))。この見解はまた、B.R.の見るところ、法解釈の特定の方法を憲法 = GGが命じているわけではないという見解と共振している。

しかし他方で、憲法裁 (第二法廷) にもさきがけの兆しが表れている。刑事訴訟における調書の事後訂正の可否、広い意味で刑事司法におけるデュー・プロセスをめぐる決定 (E122, 248) において、三名の裁判官が、連邦裁判事部大法廷が法改正に等しい裁判を下したことを是認することは憲法違反になる、と警告しているのである (S. 96)。つまり、この反対意見は、多数意見が裁判官による法発見の限度を見誤っており、20-2GG, 20-3GGに反しているというのであった。この反対意見では、まずは法規範の歴史的意思と目的が立法資料に照らして探求されるべきであり、その後事情変化などの諸状況ゆえに裁判官による法形成が必要か否かが判断されるべきであるというものであった。本件では、法律に立法者の決定が明確に表明されているので、裁判官が自らの法政策上の見解を代置すべきでない、ということであった (S. 97)。

さらに、憲法裁第一法廷でも離婚にからむ扶養費請求をめぐる憲法異議事件 (E128, 193) で、重要な裁定が下されている⁽¹⁷⁾。ここでも、裁判所が法と法律に拘束されることが、裁判官による法形成の絶対の限界であると説示されている。これら二つの裁判例からも、従来いわゆる「客観的」解釈方法からの方向転換の萌芽が観取される。法解釈の方法の選択が裁判官の自由に委ねられているという見解からの転換が示唆されているというのがB.R.の読みである。憲法裁といえども (憲) 法解釈の方法および結論を自由に選べるわけではない、というわけである (S. 99)。以上が、あらためて次なる仮説として定式化される。一方法の問題は憲法の問題であるから、裁判官が解釈の方法を自由に選択することは許されていない。専門裁の場合も、憲法裁もこのことは同様である (S. 102, 仮説9)。

上述の限りで、いくつかの仮説の提示も含めて、B.R.の論旨はほぼ明確であり、かつ、是非はともかく少なくとも理解できるものではあろう。但し、民主主義「原理」・権力分立・法治国家「原理」などから何か特定の解釈方法が導きだされうるのかどうか。B.R.自身述べているのは、せいぜい消極的に、かく

かくのごときは解釈方法としては採用できない(例えば、裁判官が、法律を無視して自らの政治的願望を代置するとき解釈(およびそのための方法)は採れないというだけで、立法者の歴史的意思と成立史を尊重せよということ以外に何か積極的に提示しているわけではない)ということに過ぎないように思われるのである。しかも、ドイツ憲法自体が、裁判は「法律及び法に」拘束される(20-3GG, 尚, 97GGは「裁判官」について「法律にのみ従う」と規定している)と規定しているところであり、この「法」に何が含まれるかをめぐり議論が尚もあるが、ただ単に「法律に拘束される」こと以上の意味が含まれているのである。しかも、同じ20-3GGには「立法は合憲的秩序に」拘束されると明記されており、この点も相まって、裁判官の第一に目指すべき法解釈が、もっぱら法律の歴史的意思の重視ということにあると断定できるであろうか。そのうえ、連邦憲法裁には憲法上の権限関係の維持、基本権の擁護(93GG, 100GG)が任務として与えられていることとB.R.の論旨がうまくかみ合うものであるか、要検討であろうと考えるのである。

また、上述とも関係するが、憲法の上記諸原理の内容自体が、憲法解釈をまって規定されるのに、B.R.の論旨は一種結論先取りの循環論法、つまりトートロジーでしかないのではないかという疑念も出てこよう。こうした異論は、約30頁分付加された本書第二版への補遺を読む限りでも、一掃できないのである。なぜならば、私見がB.R.の主張を理解する限り、裁判官の法形成と解釈について法律で詳しく定めることは、興味深いプロジェクトではあろうが、過度に期待しえない。むしろ「裁判官の法」を適正に制約するのは法治国家・民主主義の原理である、と繰り返しているにとどまるからである(S. 198)。これだけならば、単なる堂々巡りで、結論先取りと言われても仕方あるまい。そこで、あらためて憲法自体が法治国家・民主主義の原理によって法解釈の方法について何事が特別の内容を定めている、と解することができるのか。また、憲法自体の解釈についても制憲者の歴史的意思がまずは探求されるべきであり、このこと自体が制憲者意思の命じていることであると言えるかどうか。ここまで突き詰めないと、答えようがない。もし、制憲者が憲法について一定の解釈方法に立つ解釈を命じているとするならば法律の解釈については一層、然りと答えることもできよう。B.R.は果たして、この問いに能く答えてくれるであろうか。

(2) 右の問いに関係するが、B.R.は次の仮説を提示する。一憲法とは共同体

の将来の発展・形成のための法秩序の枠組みであり、その解釈については一般的な諸原理が妥当する。とりわけ憲法は歴史を省察して「何があってはならないか」を定めるものである、というのである。憲法の第一の規範目的はその成立史および制憲者の形成意思によって確定されるものだから、「憲法」解釈についてもまずは歴史的解釈が第一である。もし、後後、憲法解釈者が憲法の「この」規律目的から離れるならば、正当化が必要である (S. 103, 仮説10)。

この仮説10のもとで、本来の憲法であるGGと「裁判官による憲法」との緊張関係が問題として提出される。強大な権限をもつ連邦憲法裁による憲法形成が社会の変化への対応とはいえ、限界はないのか。B.R.としても制憲時に規律されることなく放置されてきた欠缺があれば、GGの下に「憲法形成」することの必要性を否定しない。しかし、憲法裁がGGに明記された価値尺度から離れ、自らの価値尺度を代置するならば、それは憲法を改正しているのであって憲法裁には許されないことであると断定している。上記で法律解釈について述べたことと同様に、「憲法解釈」も20GG, 79GGに明記された諸原理の枠のなかにある、と主張する (S. 107f.)。

(3) 同性カップルの「結婚」をめぐる近年の問題 (E133, 377) によってあらためて、憲法裁判による実質上の憲法改正と言うテーマが再燃した感がある。同性カップルを「婚姻・家族」に限りなく接近させる「動的」解釈が連邦憲法裁によって展開されている。好意的な見解もあるところ、しかしB.R.からすればこのような解釈は「憲法解釈」でも「憲法形成」でもない。実質的には、憲法裁判による「憲法改正」に等しい。

右の決定に付された二人の裁判官の個別意見でも、6-1GGの「特別な保護」というのが今日では時代遅れである。同性カップルの共同生活に分離課税するのは異性間の(正式な)夫婦との関係で不平等であり、3-1GGに反すると述べられていた。これに対し多数意見では、該処遇によって「特別な保護」は害されていない。ただ、正式な結婚以外のパートナーシップを異性間カップル(正式な結婚)に接近させただけである、とされた。個別意見については勿論、法廷意見に対しても与せずB.R.は次の様に述べている。—制憲者は「婚姻」に国家・社会の維持のために永久で格別の意味を与えたのであり、「特別な保護」と言う以上は、右に言われる「接近」をも排除しようと意図したのだ。かかる制憲者意思を無視してはならないのである、と (S. 116)。本件では法廷意見

も個別意見も3-IGGに即して理由づけを展開している。だが、B.R.の見解では3-IGGの趣旨は「等しきは等しく」「等しからずは等しからずに」取り扱うべしということである。さらに6-IGGにより「婚姻と家族」が「特別な保護」に置かれていることを真剣に受け止めよ、と言うのである。さらに続くB.R.の行論を追うと、「婚姻と家族」は「制度的保障」の対象である (S. 118)、かつ1949年の制憲者は3-IGGを考慮したうえで「婚姻と家族」という制度に特別の位置づけを与えると言う決定を下したということである (S. 129)。要するにB.R.の見解では「婚姻と家族」とその他のパートナーシップに差異を設けるべきことがGGによって命じられている。これがまずは6-IGGの「保障内容」Garantiegehaltであり、規範目的である (S. 120)。規範目的の探求は制憲者意思に遡るべきである、と主張するのである。

右の様にB.R.の論を追うと、頑迷な保守主義者であるかのようなのであるが(この点は、本書初版へのO. レプシウスの短評⁽¹⁸⁾も指摘している)、GGの施行後、ドイツ人の行動様式・価値観に大きな変化が生じたことを重々承知のうえでの見解なのである (S. 122)。国民生活に抜本的な変化が認められて、法の基本概念に新しい定義をもたらすほどの「動態的な」改正が必要ならば、まず憲法改正で対応し、次にその憲法の枠内で立法府がその衝にあたるべきだ、というのである (S. 129)。社会的に望ましいとされる「進歩」の駆動者として、連邦憲法裁が設置されたのではない。こうして、同性カップルに完全な養子縁組をする権利を「子供をもつ権利」として認めることは、憲法裁によって新しい基本権を創造することになり、本来の任務ではないと主張するのである (S. 131ff)。さて、2017年に「全ての人々のための婚姻」法律が成立し、2018年秋施行となった⁽¹⁹⁾。これは法律によるものだから、B.R.もよしとするであろうか。それとも、この法律は憲法違反ということになるのであろうか。

5. 憲法裁と専門裁との間

筆者は、B.R.の守備範囲の一つである労働法については門外漢である。しかし、憲法裁と専門裁との関係というテーマに照らして、B.R.に誘われて労働裁判断所の法解釈に少しだけ取材したい。(2)で)

(1) 20-3GG (この規定にある「法律及び法」の「法」には憲法も含まれる)

を受けて、連邦憲法裁判所法は専門裁の裁判に対する憲法異議を規定している(93Nr. 4a, 93b-2b)。この憲法異議が申し立てられると、連邦憲法裁としては専門裁の裁判が単に法適用の瑕疵に過ぎないのか、それとも憲法違反の効果をもつのかの判断を求められる。その際、専門裁の裁判が憲法に「特有の」規範(形式的にというのでなくて、実質的に「憲法」に含まれる法規範)に反したのかどうか重要なポイントである。連邦憲法裁判所法93a-2aによると、入口の段階で憲法異議が認容されには、「原理的に重要」なものでなくてはならないというしぼりがある。

もう一つのしぼりもある。それは、今日の憲法裁は、専門裁による「誤った」法適用全体にコントロールを及ぼすわけではないことである。専門裁の裁判に対する憲法異議を「特別の」憲法に関することに限定しているということである(E18, 85(92) = spezifisches Verfassungsrecht)。憲法裁は「超控訴裁判所」になることを自制しようとしたのである。この自己限定は、K. ヘック(かのPh. ヘックの子息)の定式に依拠するものであり、それによると憲法には「特別の」憲法——つまり、憲法プロパー——と「普通」憲法の二種がある(S. 156)。だが、この区別は存外、不明瞭であり、裁判官に裁量を与えるものである。こうして、実際には憲法異議が認容された場合に、専門裁裁判に対する憲法裁による審査のありかたが重要となる。専門裁の裁判による基本権侵害の程度が強い場合には、憲法裁は自らの評価を代位するが、これに対し、専門裁が単に法律を誤って適用したにとどまる場合には「恣意性コントロール」に限定するというものである。この論脈で、仮説が提示される(仮説14)。—専門裁による憲法違反を想定するに足る「恣意」さえもが論証困難である。かくして、この「恣意性コントロール」の基準が専門裁による手続法の意識的な誤適用を誘発する。とりわけ連邦上級裁のある法廷が他の法廷、ないしその大法廷の裁判例から離れたと考える時の上申義務についてそうなのである。労働事件から、その例が挙げられる。

(2) 労働裁判所には憲法および法律への忠誠が義務づけられている。(そして労働裁判所法45条2項によれば一つの法廷が法的問題に関し、他の法廷もしくは大法廷と異なる裁定を下す場合には、大法廷で審理されることになる。)だが、B.R.の見るところ、第一法廷によるこの点の重大な違反が数十年来重ねられてきた。第一法廷は、労働争議に関する大法廷の二つの原則的判示から多

くの点で離反するにもかかわらず、上申するのを拒否してきた。一種「裁判官による慣習不法」が成立しているようなものである、と (S. 158)。「原理的で重要な」問題については、手続法上は「上申しなくてはならない」と強行規定であると解されるところ (労働裁判所法45条4項は「上申できる」とするが、合憲限定解釈すればかく解さざるを得ないというのがB.R.の見解であろう)、この義務を拒否することは、敗訴者から法律による裁判官への基本権 (97-1, ②GG) を奪うに等しい。「警告スト」「同情スト」「フラッシュ・モブ」の許容性をめぐる裁判例など少なくない。こうして連邦労働裁第一法廷はその大法廷が労働争議を「最後の手段」であると位置づけているのに、それに反し労働争議を「開始の儀式」にしている。こうして労使交渉前に争議を行うことを正当化しているのだ、という冷やかな見方をB.R.は示している。あるいは、大法廷に上申すれば、かように柔軟な「裁判官による法形成」に歯止めがかけられるという危惧が働いたのかも知れない。しかし、法律の定める上申手続きを回避することは、法律の定める裁判官の裁判を受ける権利 (103-1GG) の拒絶であり、決して正当化され得ないというのである。それは重要な基本権に関して、第一法廷が大法廷の権限を横領しているということである。もし、それが連邦憲法裁の場合ならば、かかることは法的聴聞権 (103-1GG) の侵犯として、かかる裁判例は破棄されるだろうと付言している (S. 162)。

* 「フラッシュ・モブ」については割合に近年の連邦労働裁判所第一法廷判決 (JZ2010, S. 255ff, BAG, Urteil v. 22. 9. 2009-AZR972/08) がある。労働組合員だけでなく呼びかけに応じた一般人も参加して行われるフラッシュ・モブは「侵害」ではあるが「正当化」されるという判決である。まず、近年の連邦憲法裁の法理に依拠して、9-3GGの保障が「団結に特有の行態すべて」に及ぶとされる。そのうえで、いかなる争議手段が選択されるべきかについては9-3GGによっても命じられていないので、組合の決定に委ねられている。労働裁によると、これまでの伝統的な手段だけでなく新しい型の行動も9-3GGの保護から排除されない。労働裁はこの点、該行為が「団結に特有」のものとなされるかは該行動・手段の態様ではなく「目的」に照らして判断される、としている。また、法的形成はまずは立法府の任務であるが、次いで裁判所が「法発見の承認された方法で」実質的な法を導くべきものとされる。結論として、9-3GGの保護を奪われる違法な労働争議とは、その手段が明証的に「不適切、不必要、妥当でない」ものである。尚、この最後の「妥当性」Angemessenheit, proportionality.

つまり「狭義の比例性」については基本的には当事者の判断に委ねられるのではない、その点は事実問題ではなく「法的問題」であるとしている。

この判決の思惟様式につき、B.R.は一C. ヘプフナーとの連名で一争議の直接の当事者でない一般人も参加（参集しては解散）するフラッシュ・モブには職場占拠、封鎖（実質上は、当事者以外も参加する）に近しいところあるはずなのにこの類似性を否定するために無理な論理を展開したという評釈を書いている⁽²⁰⁾。せいぜい店舗・営業所の外で行われるか、それらの中で行われるかの違いだけだが、フラッシュ・モブも積極的な阻害行為であり、経営側・使用者の受ける痛手には変わりがないのである。と。また、この論評では封鎖の場合にはそれが長期に及ぶか短期のものかが問われないのに、今回のフラッシュ・モブ事件では「操業への割合に短時間で、暫定的な阻害」に向けられたことが重視された。また、封鎖についてはいかに短時間のもでも比例原則も用いずに違法であるとしてきたのに、今回だけはなぜか別扱いである、という批判を提起している。

B.R.らのこの批評によるとこの判決の思惟様式の特徴として、9-3GGが留保なしの基本権であり、内在的制約にのみ服すべきものとされ、その際、比例原則が用いられるが、結局は裁判官に裁量を委ねるものであるとしている。しかし、批判はさらにこの線を超えて、この判決によって実質的には「適切性」「必要性」判断が争議当事者（つまりところ労働組合）に委ねられて、せいぜい争議目的に対する手段の「妥当性」だけが法的判断とされて裁判所に留保されたにとどまる。あたかも、比例原則の適用自体を放棄したようなものであり、単なる「恣意性コントロール」に後退したという批判が加えられている。従来、労裁大法廷では経営・操業への積極的な阻害行動は当事者間に対等性を確保・維持するに必要な限りでのみ許容されてきた。大法廷の法理が、かいくぐられてしまったというのである。尚、この論評では、そもそも保護領域の段階で今回の問題が処理されて然るべきであったという趣旨も述べられており、是非はともかく興味を引く指摘だと思う。

6. 法治国家と法律学方法論の課題

(1) この第二版には10節に及ぶ補説が加えられている。これらを数点にまとめて、さらに全体を通じての私見を述べて締めくくりたい。

① 本書初版への指摘として「裁判官国家」へ「密かな」革命というタイト

ルに関し、この革命はむしろ「公然」となっているのではないかというものがあつた。この点はB.R.としてもよく承知のうえでのことであり、B.R.の論旨の重心は、裁判官による法創造が覆い隠されつつ「革命」が成就されたという点にあると応答している⁽²¹⁾。つまり、これらの革命が正当な裁判官による「法解釈」でなくて裁判官らの政治的願望の密輸入によってなされたことを言わんとしたのである。B.R.は1933年直後の「民族的法革新」を支えたいわゆる「客観的」解釈論が今日も支持され続けていると見ているのである (S. 176f.)。

② これまでも折々の憲法体制の変更後に、問われてきた二つの問題がある。いずれも裁判官による方法選択の意味に関わる問いである。i) 憲法が変わった場合、その憲法に沿った解釈方法論により、従来の法律が同一のままでも法秩序は変わるのか。ii) さらにには解釈方法の選択次第で、憲法もまた変わるのか。B.R.はいずれの問いにもJaと答えている。JaかNeinかの分岐点は、法解釈・適用者が法と歴史との関係をいかに把握するかとの点の違いにあるとしている。「法とは一定の歴史状況のなかで特有の歴史経験から生まれ、惹起されるものである。しばしば新しい法を本当に必要とするのは不法と苦しみの体験である。かくして法は歴史から、そして歴史のなかに生れ出る。何故にその成立史から切り離されて、その本来の立法者の規範目的、つまり法規範が法政策上形成せんとする目的が適切に理解されようか。」(S. 178)

ところが、二つの驚くべき全体主義・不法国家を体験した法律家自身によって、方法論の記憶が意識的に忘却され、あるいは歪曲されてきた。とくに不法国家の法秩序に関与したエリート法律家・法学者によって黙殺されてきた。こうして歪められた歴史像が流布される。ここで、仮説が提示される。一法史と方法史とをよく知ることが第一歩である。こうして今日の法がよく理解され、将来のために適切な法が発見できるのである (S. 179)。

③ すでに述べられたように、「憲法は特定の解釈方法を命じてはいない」というのが連邦憲法裁の見解であった。しかし、この見解は疑わしいというのがB.R.の見地であった。憲法裁はまた、主流の公法学説及び他の連邦裁(専門裁)と同様に、いわゆる「客観的」方法を採用している。その際、しばしば援用されるのがラレンツの「法律学方法論」である。案の定、この方法が1933年及び1945/49年の憲法体制の転換後に果たした役割については検討されることもないのである。

これに対して(A)GGの民主的法治国家は20-3GG及び97-1GGですべての裁判所に対し一定の法解釈方法を明示している。(B)かくして裁判所には法解釈・適用の方法を選ぶ自由はない。(C)往々にして「客観的」と呼ばれている—しかし、その実「主観的」な一方法と「主観的」と呼ばれている方法は、裁判所が明確な意思に拘束されるという限りで、対等の関係にはない。以上(A)(B)(C)を総合して、法を制定するのは立法者であることを裁判官は心に留めて、民主制原理・法治国家原理を旨として法律を解釈・適用しなければならないというのである(S. 183)。

④ こうしてB.R.によると裁判所には法律の文言だけでなく、その背後にある「目的」及び立法者の法政策の形成意思をできるだけ忠実に探究する責務がある。しばしばこの見地は「主観的」と呼ばれているが、これこそ立法の「客観的」な規範目的を探求するということである。裁判官には「法律の優位」(20-3GG, 97-1GG)への忠実さが強行的に要請されている、と言うのである(S. 190, S. 184f.)。

B.R.は自問して、あるいは現代の自由法論者であれば20-3GGには「法律及び法」と明記されており、「法律を超える法」を認める趣旨であるとの反論が寄せられるかもしれない。またGGでは「法律」の概念が不明確のままに放置されていて、だからたとえ「法律の優位」といっても法律の拘束をそれほど厳格に受け止めることはできない、などという反論も予想される、としている(S. 191)。結局、以上の反論は、GGが何ら特定の解釈方法を命じてはいないということに尽きるとして、これに対しB.R.の抗弁としてはただGGの法治国家・権力分立・議会制民主主義の尊重を訴えるのであるが、これだけでは水掛け論の域を超えないのでなからうか。私見では、GGがいかなる意味の、あるいはいかなる形の法治国家・権力分立に立っており、どのような議会制民主主義を採用しているかを明らかにして、だからGGにおいて立法者と裁判官の関係としてはかくあるべきであり、そのためにはこのような解釈方法論が不可避免的に要請されている、とここまで立ち入って論じるのでなければ説得力に欠けるであろう。

⑤ 最後に「方法問題は権力・憲法問題である」というB.R.の基本テーゼについて—。上述でも言及したことであるが、法律で解釈・適用の方法を定めることが必要であるか、またそのことがどれほど有効であるかと言う問題がある。

スイス民法典1条, オーストリア民法典6, 7条, フランス民法典4条などが有名な例である。これらの規定ではとりわけ欠缺の場合など, 裁判による法形成が不可避であるとしているが(前述), それでも立法者ほどには自由ではない⁽²²⁾。B.R.の表現にならうと, 欠缺の場合でも裁判所が「新しい社会」の牽引者としてふるまうことは許されていない。スイス民法典1条3項も, 「確証された学説と伝統」に従うべきである, としている。しかし, 他面で上に引かれたいずれの民法典の解釈規定によっても一般条項が活用されており, 裁判官に法形成の余地が残されていることも見逃せない。とりわけ法の欠缺に際して, 裁判官には法の創造と価値判断的衡量が不可避的に課されている。この点は, 「ザッハ」にふさわしい柔軟な解釈が求められているということであり⁽²³⁾, B.R.も正当なことだと述べている(S. 197)。結局, 解釈方法について法律で詳細に定めることの有効性には限度があるということであろう。とすれば, むしろ裁判官の法形成にとっては憲法の法治国家的権力分立と民主制の原理(法律の優位)が「重し」となる(この点は上述部でも言及した)というのがB.R.の一種結論のようである。これらの原理によって憲法適合的な法解釈・適用方法の選択が要請されている, というのである。「民主的立憲国家では, 社会と法解釈, さらに憲法の形成は専ら民主的に正当化された立法機関の任務であり, 裁判所, それどころか連邦憲法裁の任務ではない。」(S. 199)これはこれで, 何ら問題の解決には遠く, 内容の詰められた有効な応答とは言えないだろうとの私見はすぐ上に述べたところである。また, この種の応答が, ある種のトートロジーでしかないのではないかと, 逆に問われるのではないかとする私見も, より先述部分で述べたところである。

(2) 最後に, 全体を通じての落ち穂拾いをして, さらに若干の私見を加えて結びとしたい。まず, B.R.の場合, 多くの著書・論稿で自らの見解を「仮説」「教訓」Lehreという恰好にまとめるスタイルが取られており, 本稿でもそのいくつかの例を紹介したところである。勿論全てに言及できなかったのであるが, 重要と思われる仮説をさらにいくつか引いておきたい。①法とは現実の体験から, また社会的・政治的構造と経験から生じる。つまり法は書かれた法律のことでなくて, 歴史への一つの応答である。憲法と方法論の変更についてのドイツ司法と法律学の多くの経験からとくに明白にそう言えるのである(仮説2, S. 12f.)。②客観的に解釈すると言われる場合, それはしばしば主観的

な読みこみEinlegungに過ぎない。法律のなかに刻印された立法者の規律意思と規律目的以外に、法律の本来の意思などない。このフィクションが解釈者を法政策上の望ましさとおとぎ話へと誘い込むのだ（仮説3, S. 56）。③憲法の解釈には、特別の条件に服する。i) 憲法はその制憲者の見地からは将来への形成を見込んでいるが、その核心は「永久」なるものとして規定されている（79-3GG）。ii) 規範制定者には、将来のことを詳細に知ることも予見することもできない。だから「憲法の擁護者」には国家・社会、技術・価値表象などの全く新しい展開を憲法のなかに規範化された基本表象に照らして把握し、規範的に整序することができなくてはならない。憲法は発展に開かれた規範テキストとして理解され、適用されねばならない。それを裁判官がさらに形成し、変更するには然るべき憲法の指示に服する。iii) 憲法の国家目的規定や基本権規定が往々にして一般条項で定式化されていることから、さらなる解釈上の問題が出てくる。それらは「委任規範」Delegationsnormen (Ph. Heck) としてそれらの適用領域においておりおりの現実の憲法内容の具体化が憲法裁判官に委任されている、ということなのである（仮説12, S. 142）。④法適用に対する憲法の指示はすべての法規範に、また憲法自身にもそのすべての解釈者、連邦憲法裁にも妥当する。方法論の統一性の原理がある。とはいえ、法律のさまざまな規律密度の違い、すべての生活領域について法律の規定があるわけではないこと及び法の諸領域ごとに規範目的もさまざまであるから、方法の違いも出てくるということはある（仮説13, S. 153f.）。上述に挙げられた仮説群とこれら①②③④の四つの仮説を併せて読んだだけでも、B.R.の本書全体の論旨が明快に理解出来る仕掛けになっているわけである。

さて、本書については上述でも言及したが、O. レプシウスによる短評がある。GGのもとでの司法国家化へのB.R.の批判には「破壊的」性格があるが、しかしそれに対処するための、つまり「法治国家」へ押し戻すための対処法が提言されていない。このようにレプシウスは、B.R.の司法国家批判に建設性の欠如を、一種物足りなさを吐露している⁽²⁴⁾。この点、あるいはB.R.が裁判所の先例形成の理論に向き合い、法律とは違って裁判にはdistinguishという、事態に即した分析手法があることに着目したならば、GGのもとでも裁判官の力というものを正面から受け止め得たかも知れないと述べている。既に紹介したようにB.R.としても、政治経済・社会の展開を意識しつつ「ザッハ」に即した柔

軟な裁判ということを重視しているのであった。ところが、B.R.の視線は勢い20-3GGに注がれ、裁判官たるもの法律を忠実に解釈するの でなければならない、という紋切り型の、言わば定言的で抽象的な主張になる。(この点は、私見も同感であり、上述で述べた。) だが、そもそも20-3GGの解釈にしてもB.R.とは異なる見解もあるところである。レプシウスによれば、20-3GGのもと、全ての権力が各々の抽象化段階での規範定立を、各々の差異を伴いつつ授権されている、という解釈も十分に成り立つ。レプシウスがこのように述べていることの正確な意味が把握し難いのであるが、私見では、GGについての理解としても「法」を定立するのはいわゆる「立法府」として固定された部門だけではない、あるいは「法」の定立は「立法府」の専売特許ではないということであろう。このように考えると司法権については「いかなる条件のもとに、より多くあるいはより少なく裁判を下してよいか、その際、いかなる裁定スタイルが維持されるべきであるか」が他の国家作用と相関的に、つまりそれらの条件を仮言的に究明することが重要課題としてクローズアップしてくる、と言うのである。この点は、上述の私見とも符節を合わせるところがあり、示唆的であると思う。「0. はじめに」でも述べた様に、B.R.においても当然、法治国家の「擁護」のために司法部にも一定の任務が期待されているというのであれば、GGのもと「法」の実現のために国家作用全体のなかで司法および憲法裁判が果たすべき役割をより正面から、より積極的に再検討・再定義することが促されるのでないか。少なくとも本書の限りでは、B.R.には「法」と「法律」の区別及び関係につき意識的な論述が見られないのが遺憾であるとするのは私見だけであろうか。今日、「法治国家」とは「立憲国家」Verfassungsstaatの謂であり、「法治国家の擁護」とは「立憲国家の擁護」の問題なのである。

*この点で示唆的なのが、B.R.のアプローチとは対照的なものとして、レプシウスがこの短評のなかで取りあげているイギリスの高名な裁判官であるJ. ローズの「コモン・ロー憲法」論である⁽²⁵⁾。この短評による限りにおいてであるが、ローズはイギリスでも一定の法律(例えば1998年の人権法、Human Rights Actなど)は議会によっても事後の法律で制限され得ない優位性をもつ。これはコモンローの伝統的理解によるとされて、従来の議会主権に変わって「憲法主権」が確立したのだ、と説明する。政治的憲法から法的憲法に変わったという説明でもある。勿論、議会が全権力の中心にあって、かくして全権力がまとまっているという点には変わりないが、議会はもはや

主権者ではなく、むしろ諸権力の依存関係—言わばアメリカ的な権力分立、チェック・アンド・バランスズ—こそが主権的なのである。議会と裁判所も、かかる憲法バランスの前で競い合うわけである。

他方で、伝統的なコモン・ロー理解に立って、ローズはヨーロッパ法、とりわけ欧州人権条約によるイギリス法への拘束を緩和する方向を探っている。コモン・ローとヨーロッパ人権法とのバランスを維持することで、イギリス憲法の変化があくまでもイギリス自国の—とくに裁判所の—対応故であるとして説明するのである。仮にイギリスがEU、欧州人権条約から脱退することになっても、すでに比例原則、信頼保護の原則、明確性の原則などは国内の実質的基準として定着したのであり、つまりイギリスの自前のコモン・ローの原則になったというのである。レプシウスはこのようにローズの説明について、議会主権から「司法国家」への革命を秘密裡にはなく、つまりあたかもテキストから客観的に導かれるものと強弁することなく、変化のプロセスを「公然と」語る自己意識した法律家の姿を見ている。法を形成する権力—それは司法権だけでなく、国家作用全体に関わることであろう—がそれらの変化をテキストにかこつけるのでなく、歴史的コンテクスト、諸制度の機能変化、競合するヨーロッパの制度事情、憲法バランス、さらに個別事件の具体状況を論拠にして、「動態的な」プロセスが正面から説明されるディスクールがなされるべきである、というのである。「裁判官の法」についてもこのように公然と語られるならば、B.R.といえども是としてくれるだろう、というのである。

レプシウスからの示唆をふまえて、この小稿のタイトルにかこつけて一言添えておきたい。私見では、「司法国家」が法治国家の「崩壊」であると言うB.R.の論旨は極論に過ぎよう。第二戦後の立憲国家が多かれ少なかれ司法国家の装いをまとうて世界的に普及したことには、歴史的にも論理的にも十分な理由があるといえるのである。その点はここで詳らかに論じないが私見では、憲法と人権（基本権）の実効的保障のために、立法権・行政権との間で緊張を湛えた協働において司法権が果たすべき役割と、同時にその限界を見極めることが一層重要になっていると考えるのである。このような認識を再確認するためにも、一層、B.R.による司法国家批判と取り組むことは有益であろうと思うのである。

最後に、ファシズム・ナチズムを経験して、第二戦後に憲法裁判権ないし違憲審査権が世界的に普及したということを踏まえたうえでのことだが（恐らくこの点はB.R.も否定しないだろう）、それでもドイツの連邦憲法裁はGGに独自

の価値観を注入してしばしば社会改革を阻止する役割を果たしており、これこそ「実質的」法治国家論の正体であるとし、これに対して「形式的」法治国家に立ち戻るべきであるという見解も聞かれたところである⁽²⁶⁾。「社会的法治国家」(28-1GG)とは何か、それをいかに形成・実現すべきであるかは、戦後ドイツ公法学にとっての宿命の課題であり続けてきた。そのなかで、一方ではGGのもと連邦憲法裁の裁判例によって基本権保障のドイツ・モデルが提示され、これがアメリカ・モデルと並ぶ一つの国際水準となったのだという積極的な評価もある。だが、1960年代以降の連邦憲法裁の裁判例につき、GGに必ずしも明記されていないもろもろの価値表象(基本法の人間像論、教授の自由との関係で限定的に言及されているだけの憲法忠誠(5-3GG)の拡張適用など)を注入し、立法による社会改革を遅らせて、シュタートス・クォの維持に仕えたという批判も(大学改革、兵役制度改革、中絶禁止緩和などをめぐる憲法問題で)提起されてきたのである。そこで憲法裁から立法府を取り戻すべく、とりわけ左派の憲法学者により「法治国家の再形式化」が提唱されたという次第であった。果たして、B.R.が「左派」「右派もしくは保守派」—あるいは、そのいずれであれレッテルを貼られることを拒むかもしれない—いずれに属するののかはともかくとしよう。「0. はじめに」で言及した法治国家論議の比較法史的位相、および戦後ドイツでの憲法裁をめぐる「法治国家」というシンボルの受け止め方を考えると、B.R.の議論には一筋ならぬユニークな位置が与えられるのでないか。むしろ、これと組討することで今日の法治国家における権力分立の意味と司法権・憲法裁判権の意味を再確認すべきでないかと考えつつ、ペンを擱く次第である。

注

- (1) B. リューテルスの著作のうち邦訳で接近できるものとして、カール・シュミットとナチズム(古賀敬太訳)がある。
- (2) B.R., *Entartetes Recht, Rechtslehren und Kronjuristen im Dritten Reich*, 1987(私の手元にあるのはその第2版, 1989年である。)
- (3) B.R., *Die heimliche Revolution, vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 2 Aufl., 2016.
- (4) 参照, 拙稿「『法の純粹理論』と『民主制の擁護』の間」, DAS研究会編集・ドイツ公法理論の受容と展開—山下威士先生還暦記念所収, 「憲法思想にとっての神と国家」高岡法学10巻1, 2合併号所収

- (5) 参照, 拙稿「ヨーロッパ統合のなかの, 憲法裁判とデモクラシー」高岡法学7巻1, 2合併号
- (6) いわゆるdroits publiquesからdroits fondamentauxへの展開に関しては, 少々古くなったかもしれないが手元で参照していたものをアット・ランダムに挙げるにとどめる。J. Favre et B. Tardivel, RDP 2000, P. 1411ff., P. Fraisseix, RDP 2001, p. 531ff., Id., Le Dalloz 2000 (n.4), p. 61ff., V. Ch.-Desplats, Recueil Dalloz Sirey, 1995, p. 323ff., X.D. Boulois, La semaine juridique, n p. 11ff., さらにドイツ憲法上のGrundrechtとの比較における包括的研究として, Th. Meindl, La notion de droit fondamental dans les jurisprudences et doctrines constitutionnelles françaises et allemandes, 2003.
- (7) 例えばChristine Mauge Jacques-Henri Stahl, La question prioritaire de constitutionnalité, 2me ed., 2013, は, この一連の過程を「法治国家の深化と更新」ととらえている。P. 147ff.
- (8) B.R., Entartetes Recht, 2 Aufl., S. 14f. 「限界のない解釈」の初版(1968年)の時点では, ナチス期における法律家・法学者による法の歪曲が特異な, 一回きりの現象であると見ていたところ, 1945年後も東西を問わず繰り返される現象であると考えなおすことになったと記している。B.R., JZ 2007, S. 556ff., (558f.)
- (9) D. Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft, 1987, S. 347ff.
- (10) J. Rückert, JZ 2017, 965ff. (970). なお参照, 小林直樹「利益法学」, 法哲学講座4巻259頁以下に所収, さらに1932年までのヘックの名著をまとめて邦訳した, ヘック・利益法学(津田利治訳)
- (11) 参照, 拙稿「ラートブルフ・テーゼと抵抗権に寄せる」早大・法研論集65号, 29頁以下所収, 関連して拙稿「抵抗権論における〈市民〉と法」早大・法研論集53号, 61頁以下
- (12) 1958年は旧東ドイツ側の法発展にとっても運命的な時期となった。いわゆるバベルスベルク会議(国家学・法学会議)の意味を西側のリュート判決との対照性において探る論稿としてVgl., J. Schaeffer, JZ 2008, S. 703ff.
- (13) K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960. (筆者の手元には, その第5版, 1983.)
- (14) B.R., JöR 2016, S. 325ff.
- (15) B.R., JZ 2013, S. 822ff. (828f.) この点に関して, 不法を「正義」の名において正すとして, 多元的世界観からなる立憲国家で正義とは何か, 誰が決定するのかと相對主義の立場を彷彿させる問題提起をしている。B.R., aa.O.
- (16) B.R., Die unbegrenzte Auslegung, 7 Aufl., 2012, S. 431ff. 法適用の政治的機能という問題関心から, 法曹法の法源性の問題が検討される。
- (17) B.R., NJW 2009, S. 1461f.
- (18) O. Lepsius, Der Staat 2016, S. 276ff (277.)
- (19) いわゆる, 〈Ehe für alle〉法と呼ばれるものである。2017年に成立し, 2018年10月より施行された。同性婚も法認されたことになる。

- (20) B.R./C. Höpfner, JZ 2010, S. 261ff.
- (21) B.R., JöR 2016, S. 309ff. (311, Anm. 4.)
- (22) これら一連の近代市民法典の該諸条項と自然法論との関係についての一つの把柄として、参照、内田貫・法学の誕生235頁以下。
- (23) この点はF. Müllerへの書評においてB.R.が述べていることと関係する。ミュラーの「裁判官の法、憲法理論の基礎Ⅳ」, 'Richterrecht', Elemente einer Verfassungstheorie IV, 1986への書評で、一般条項の機能と裁判官法の問題について論じていない点の不十分さを指摘していた。現に大コンメンタールでも一般条項には多くのページが割かれている。また、裁判官法により形成された法制度も多いのに、そうした現実が無視されていると疑問符を投げかけていた。要するに、裁判官による実務を考慮した方法論が必要なのであり、問題を解消もしくは回避するのではなく、正面から説明すべきであるというのである。B.R., AöR 1988, S. 268ff., (276f., 281.)
- (24) O. Lepsius, a.a.O., S. 278.
- (25) O. Lepsius, a.a.O., S., S. 278ff.
- (26) この点につき、拙稿「自由国家の法理と、E.-W. ベッケンフェルデの憲法学」高岡法学12巻1号, 17頁以下 (21頁以下)。R. ヴァールもこの点をとらえて、戦後ドイツはどのような政治問題も憲法裁判によって回収できるという楽観視において「特別の道」を歩んできたと評している。R. Wahl, 'Die Rolle staatlicher Verfassungen angesichts der Europäisierung und der Internationalisierung', in: Th. Vesting/S. Korioth (hrsg.), Der Eigenwert des Verfassungsrechts, Was bleibt von der Verfassung nach der Globalisierung? 2011, S. 361ff.

(2019. 4. 15脱稿)