

ドイツ国法学における憲法理論と 憲法ドグマティクの関係¹⁾

クリスチャン・ブムケ

磯村 晃／宇多 鼓次朗 訳

I はじめに

憲法、憲法概念と性格、憲法の成立とその成功の条件、憲法の働きと作用の仕方、憲法の解釈原則、憲法の指導・構造原理も含めた憲法による秩序づけ・形成の要請などについて深く考える場合、そこで触れられるのは憲法理論のテーマ領域である。これらに輪郭づけられた意味での憲法理論は、ドイツ国法学の確固たる構成要素として定着した。内容豊富な憲法書で、憲法理論上の洞察や確信に明示的または暗示的に基づいていないものはない。その憲法理論は、安定性と信頼性、さらには自明性をも、憲法の展開や広く承認された憲法実務から獲得する。憲法理論には、独立した憲法裁判権をもつ自由で民主的な立憲国家の理念が、基本法の下で実現したような在り方で、反映されている。

以上のことが自明であるにもかかわらず、憲法理論を扱いそして理解することは、不確実性および批判的懸念によって刻印づけられる。不確実性は、どのようにして憲法理論上の言明が憲法ドグマティク上の言明から確実に区別されるのかを問う場合に現れる。つまり何が憲法理論に数えられそして何が法ドグマティクの一部なのか？²⁾ 憲法理論の正確な課題や働きも不確実である。憲法理論においては、— エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデが言うように — 憲法を用いる作業または憲法についての作業

の、理論的に必要不可欠かつ実務的に不可避の構成要素が問題になるのか、それともこれは — マティアス・イエシュテットが言うように — 実定憲法および憲法ドグマティクから明確に区別されるべき複合的ディシプリンの領域なのか？³⁾ 何のために、憲法理論上の省察は、憲法解釈上の作業と並んで必要となるのか？これらの問いと密接に関連して、憲法理論と憲法ドグマティクとの関係もしくは具体的な結び付きについての問いが立てられる。つまり、〔それらは〕一つの統一的な空間 (einheitlicher Raum) なのか、あるいは、憲法理論から憲法ドグマティクに到達するためには、何らかのトランスフォーメーションまたは通行許可証 (Passierschein) が必要なのかを問われているのである。懸念や批判が生じる原因は主として、憲法条文が解釈に開かれており不確定であるにもかかわらず、基本法が非常に成果の豊かな包括的な方法で精読されそして実現されたことにあるのだろう。こうしたことを背景に、学説で繰り返し見られるのは、憲法それ自体から要請されているものを憲法理論的な根拠づけによって上書きすることへの懸念である。これに関する分かり易い例を提供するのは、配分請求権としての基本権の解釈をめぐる論争である⁴⁾。さらには、連邦憲法裁判所に対しても — 例えばEU法に対する同裁判所の憲法的統制の構想に目を向けて — 不当な方法で憲法理論上の想定を憲法ドグマティクにそして実定憲法に投影してきたと非難される⁵⁾。そうすると

1) 本講演の一部 (II, IV 2) は、時には原文のまま、私の著書 *Verfassungsstaat und Verfassung. Studie zur Verfassungstheorie des liberalen demokratischen Verfassungsstaates mit unabhängiger Verfassungsgerichtsbarkeit*, Berlin 2023 で述べた考察に基づく。

2) *Bumke*, *Verfassungsstaat* (Fn.1), S.49, 55 ff. さらに *Jestaedt*, *Die Verfassung hinter der Verfassung*, 2009; *Kersten*, *Die Notwendigkeit der Zuspitzung*, 2020, S.19 ff.; *Ingold*, *Verfassungstheorie*, in: Krüper (Hrsg.), *Grundlagen des Rechts*, 4. Aufl. 2021, S.111, 113 ff. も参照。

3) *Böckenförde*, *Die Methoden der Verfassungsinterpretation – Bestandsaufnahme und Kritik*, NJW 1976, S.2089, 2098; *Jestaedt*, *Verfassung* (Fn.2), S.73 ff.

4) *Bumke*, *Die Entwicklung der Grundrechtsdogmatik in der deutschen Staatsrechtslehre unter dem Grundgesetz*, AöR 144 (2019), S.1, 33 ff., 55 ff. にて概観が示されている。

5) *Sauer*, *Demokratische Legitimation zwischen Staatsorganisationsrecht und grundrechtlichem Teilhabeanspruch*, Der Staat 58 (2019), S.7 ff.; *Polzin*, *Verfassungsidentität*, 2018, S.107 ff.

根本的な問いは次のようになる。如何なる方法で、憲法解釈は憲法理論から区別されるのか？憲法理論は、メタ解釈論的な先行問題を取り扱うものなのか、それとも別の方法で解釈と理論とは相互に分離されるのか？

こうした一結局は同じメダルの両面として整理される一不確実性や懸念から出発して、以下ではまず、見通し難い様々に異なった憲法理論上の議論を整理し、三つの部門（Zweige）へと還元したい。その次の段階も、第一義的には〔憲法ドグマティック上の議論の〕整理を行うという性格をもつ。というのも、理論とドグマティックとの関係を分析するためには、憲法ドグマティックの活動および固有性の明確なイメージが必要だからである。三つ目の段階で、憲法理論と憲法ドグマティックとの関係を整理し、通常は理論とドグマティックとの間での有効に作用する問題のない協働に至ることを示す。しかしながら、関係の綱、つまり憲法理論による理解の補助線（Verständnisfolien）とドグマティック上の法獲得との関係の綱は、把握困難（diffizil）なものとして証明される。私の提案では理解の補助線はドグマティック上の作業手段として整理され、憲法の解釈および継続形成に統合される。

II 憲法理論の三つの部門

ドイツ国法学では、「憲法理論」という表現のもとで非常に異なる事柄が扱われる⁶⁾。考慮に入れられる対象は、その数からして膨大である。諸々の考察は、例えば憲法一般あるいは基本法の秩序のような具体的な立憲国家秩序、さらには国家連合や国際組織にも関連しうる。これら以外にも、テキスト、規範、アクターあるいは実務に対して焦点を当てることもできる。こうした対象の確定が、ありうる操作方法一つまり分析されるのか、判断されるのか、あるいは解釈されるのか⁷⁾一ならびに考えうる存在論的な前提となる

想定一例えば国家と憲法との関係に関連して⁸⁾一と一緒に、いわば全ての内容的な議論を捨象して抽出されるとすると、憲法理論上の思考および作業は、三つの部門に大別される。第一の部門は、社会の事柄あるいは法則への洞察を扱う。第二の部門は、憲法および民主的立憲国家の根本問題に関連する。最後の部門では、憲法および憲法解釈にとっての理解の補助線が問題となる。

1 社会の事柄あるいは法則への洞察

すでにヴァイマル期の初頭において、社会の事柄への信頼における洞察を獲得しそして社会の法則を解明する熱心な試みは、憲法・国家理論の努力の決定的動機となっていた。例えば、ルドルフ・スメントやヘルマン・ヘラーが一全く異なる仕方ではあるが一取り組んだのは、一つの機能する公共体や憲法の成功条件の究明であるが、それらは社会現実がともに形成するものである⁹⁾。それでも、社会の法則性への洞察は依然不十分なままであった。今日でもなお、例えば著名なベッケンフェルデの格言もそれに数えられる憲法の諸前提や、憲法の機能について、より徹底的に議論される¹⁰⁾。後者は議論の余地がほとんどない憲法理論のテーマの一つである。

これに比肩するほど長い伝統を有するのが、類型論的に層をなす形で国家と憲法にアプローチする努力である。影響力があると証明されたのは、カール・レーヴェンシュタインの『憲法論』とカール・フリードリヒの『新時代の立憲国家』である¹¹⁾。それらの研究は、比較の視点で構想されており、歴史的に体系化する探求に基づく。たしかに、これらの研究の助けを借りても、社会の法則性は発見されえない。しかしその代わりに、類型論的なアプローチは、対象を特徴づけそして性格づける要素、対象の構造や層を際立たせることを可能にする。このようにして、歴史的・目的論的な発展モデルが定立され、如何にして発展の層が形成さ

6) IIについてより詳細には、Bumke, Verfassungsstaat (Fn.1), S.22 ff.

7) より詳細には、下記III 2。

8) より詳細には、Bumke, Verfassungsstaat (Fn.1), S.26およびそこで挙げられている文献を参照。本講演ではこの論争を取り上げないが、それは次のような確信に基づく。すなわち、どちらの表現も、その特殊な意味を、独立した憲法裁判権をもつ自由で民主的な立憲国家の構成要素として初めて獲得するという確信である。この構築物は、特殊な形式、秩序、支配・存立方法を表す。国家と憲法とは、人間同士の市民的な共同生活の出現について、同程度の額分を有している。ここでは、憲法以前の国家も、国家以前の憲法も考えられない。両方が手を取り合っ進まなくてはならず、それによってこの特殊な公共体は形態と存在を獲得する。したがって、憲法理論と国家理論も対立するものとは理解されない。

9) Bumke, Verfassungsstaat (Fn.1), S.28 f.

10) Bumke, Verfassungsstaat (Fn.1), S.29 ff.

11) Bumke, Verfassungsstaat (Fn.1), S.31 f.

れ、変化し、そして重層化していったのが追求される¹²⁾。かかる働きにより、そのような類型論的アプローチを憲法理論上の第一の部門に整理することができる。

2 憲法および民主的立憲国家の根本問題

第二の部門で扱われるのは、民主的立憲国家の構想的基盤である。例えば、個人的自己決定と集団的自己決定の関係および法と政治の関係、あるいは、諸憲法の様々な現象形式が問題になる。テーマの広がり鑑みて、二つの領域に、つまり憲法を対象とする一つ目の領域と、民主的立憲国家の構造および構成についての問題を対象とする二つ目の領域とに区分けすることが考えられる¹³⁾。

憲法に関する指導的問いは、数多く存在する。憲法のアイデンティティーというテーマが関連するのは、権威主義的な憲法とリベラルな憲法、古い憲法と新しい憲法、成文憲法と不文憲法、単一国家の憲法と諸国家連合の憲法と国際的な憲法とを分けるような要素はあるのか、あるいは、憲法を拘束的な、裁量を限界づけている構想、計画、枠として理解すべきか、それとも根本秩序として理解すべきなのかが問われる場合である。時間の観点に関連するのは、憲法の安定性と柔軟性が問われる場合、あるいは、変更や発展がいかなる方法で可能なかが問われる場合である。その他の問いは、憲法と憲法現実との関係をめぐるものである。指導的問いは枚挙にいとまがないが、この領域を具体的に示すための例としては上記で十分であろう。

二つ目の領域に移ろう。民主的立憲国家は、偶発的ではあるが任意ではない人為的作品である。民主的立憲国家は、その成立に方法の如何を問うものではなく、継続的な方法でも脆くて突飛な方法でも発展しうるのであって、しかも内的矛盾を示すこともある。それにもかかわらず、この幸運で卓越した人為的成果物を際立たせる要素はある。民主的立憲国家の構想的把握は、すでに我々や我々の社会の自己理解にとってのその国

家の意義ゆえに、さらにはポピュリズム運動や権威主義的な民主的秩序による民主的立憲国家に対する今日的な疑問視ゆえに、憲法理論の中心的な任務の一つであるべきだろう¹⁴⁾。

この二つ目の領域ではさらに、〔民主的立憲国家の〕類型を特徴づける根本問題、立憲国家の根本メカニズム、民主的立憲国家の批判および正当化の間で区別がなされうる。

類型を特徴づける根本問題に数えられるものとして例えば、法と政治の関係についての問題がある。立憲国家の基礎には — 例えばイギリスにおいてのように — 政治的な立憲主義の構想があるのか？それとも、公共体は、基本法下のように、立法部の全ての行為を憲法違反として退けることができる独立の憲法裁判権においてとくに表れる、法的な立憲主義に基づくのか？¹⁵⁾

類型を特徴づける別の根本問題は、憲法の創造および採択のプロセスに関連する。この行為は — 基本法下においてのように — 民主的立憲国家のための構成的な契機として理解されるのか？それとも、こうした過程の意義は、拘束的・制約的な文書の創造に尽きるのか？後者の例はフランスの第五共和政憲法であろう¹⁶⁾。

立憲国家の根本メカニズムが扱うのは、国民の憲法制定権力と憲法に拘束された権力との間の協働である¹⁷⁾。この関係においては例えば、憲法下での憲法制定権力の存続についての問題が、例えば国民の新憲法制定権力 (verfassungsablösende Gewalt) の形で提起される。憲法制定権力に関しては、正統な方法で任意のもの (Beliebiges) を創出できるような、ある種の始原的権力、つまり例えば人権を軽視する独裁制すら問題になるのかも問われる。

最後に、批判や正当化は、例えば民主的秩序の正しい形態について、あるいは、独立の憲法裁判権と立法者との適切な関係について論争が行われる場合に問題となる¹⁸⁾。

12) より詳細には、Bumke, Verfassungsstaat (Fn. 1), S. 31およびそこで挙げられている文献を参照。

13) より詳細には、Bumke, Verfassungsstaat (Fn. 1), S. 32 ff.

14) 以下の叙述について、Bumke, Verfassungsstaat (Fn. 1), S. 37 ff.

15) Bumke, Verfassungsstaat (Fn. 1), S. 39.

16) Bumke, Verfassungsstaat (Fn. 1), S. 38.

17) より詳細には、Bumke, Verfassungsstaat (Fn. 1), S. 43.

18) Bumke, Verfassungsstaat (Fn. 1), S. 88 ff.

この問題についても、僅かな例にとどめることにしたい。本来ならば、第二の部門においてどれほど多くのそして多様な問題に我々が出くわしうるのが明らかにされなければならないであろうが。

3 理解の補助線と解釈のメタルール

以上をもって、最後の部門、理解の補助線に移る。この標語の背後には、どのようなテーマや議論が隠れているのか？「憲法論」の名を冠し、「憲法理論の体系的構造」を提示するという目標を追求した最初の著作はすでに、憲法理論と1919年ライヒ憲法、そしてヴァイマル共和国において発展した憲法との結びつきから成っていた — ここで言わんとするのはカール・シュミットの『憲法論』である¹⁹⁾。それ以来、多くの憲法理論上の企ては、この方法でシュミットに続いた。1970年代半ばには、エルンスト＝ヴォルフガング・ベッケンフェルデが主導して、「憲法それ自体と憲法の諸部分の、一般的性格や規範的な目標設定、そして内容の射程についての体系的に方向づけられた把握」を練り上げるという課題が定式化された²⁰⁾。それ以来、とりわけ基本権の領域で何度も熟考されるのは、基本法に適した基本権理論である²¹⁾。

憲法条文の開放性および不確定性を背景とし、さらにそれと同時に存在している憲法の形成・秩序づけの要請と組み合わせると、従来の解釈の手段が憲法上の当為 (Gesollte) を発掘するためには不十分であることが繰り返し示される。それゆえに必要なのが、憲法の基礎的・指導的観念を究明するという目標を持った、憲法理論的省察、構成、構想化の作業である。このような理由から、すでにベッケンフェルデが強調したのは、そのような理論的な努力は解釈論上の作

業への「イデオロギーの添加 (ideologische Zutat)」ではない、ということである²²⁾。この立場からすれば、憲法理論というのはむしろ、憲法解釈を構成する要素である。この意味で例えば、ディートリヒ・イエツシュは、「ドイツ連邦共和国の憲法構造」を再構成し、それと「立憲君主制の憲法構造」とのコントラストを示した²³⁾。ベッケンフェルデは、「秩序」の意味での基本法理解を支持した²⁴⁾。そして、ウヴェ・フォルクマンは、基本法の現在の理解の基礎にあるのは「正義の秩序としての憲法の理論」だ、というテーゼを展開した²⁵⁾。

これら三つの例が描き出すように、理解の補助線は、一般的・包括的に、全体としての憲法に関連する。しかしまた、国家教会法あるいは宗教憲法のような基本法の部分も、対象として考慮に入れられる。このように見れば、例えばありうる基本法の部分憲法をめぐる論争、とりわけ経済憲法をめぐる論争は、理解の補助線についての論争として整理することができる²⁶⁾。最後に、理解の補助線は、例えば基本法の諸規定の扱いに関する適正な「指導像」について論争される場合には、個々の基本法規定に関連しうる²⁷⁾。

さらに、理解の補助線は、示導・説明の要求 (Anleitungs- und Erklärungsanspruch) の様々な射程〔憲法全体や部分憲法、個々の基本法規定など〕の違いの他に、
— 通常どおり — 内容的・解釈論的問題に向けられているのか、それとも諸々の構造的観念を対象としているのかによっても区別される。例えば構造的観念は、適正な基本権モデルについて問われる際に関わる。
— そこで提起される問いは — 基本権ドグマティック上の作業の基礎となるべきは、原理・原則モデル、つまり多次元的な保障の観念なのか、それとも、防御権

19) *Bumke*, Verfassungsstaat (Fn.1), S.45.

20) *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S.83, 116 ff.

21) 概観を示すものとして、*Bumke*, Entwicklung (Fn.4), S.1, 39 ff.

22) *Böckenförde*, Staat, Verfassung, Demokratie, 1991, S.40 ff.

23) *Jesch*, Gesetz und Verwaltung, 2. Aufl. 1968, 3. Kap.

24) *Böckenförde*, Staat (Fn.20), S.85 ff.

25) *Volkman*, Rechts-Produktion oder: Wie die Theorie der Verfassung ihren Inhalt bestimmt, *Der Staat* 54 (2015), S.35, 54 ff.; *ders.*, Grundzüge einer Verfassungslehre der Bundesrepublik Deutschland, 2013, S.41 ff.

26) 宗教憲法については、*Walter*, Religionsverfassungsrecht in vergleichender und internationaler Perspektive, 2006, S.607 ff. ならびに *Heinig/Walter* (Hrsg.), Staatskirchenrecht oder Religionsverfassungsrecht?, 2007を参照。また、経済憲法についてまとめているものとして、*Badura*, Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung, 4. Aufl. 2011, S.10 ff. およびそこで挙げられている文献を参照。文化憲法については、*Sommerrmann*, Kultur im Verfassungsstaat, VVDStRL 65 (2006), S.1 ff.; *Germelmann*, in: *Stern/Sodan/Möstl*, Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland im europäischen Staatenverbund, 2. Aufl. 2022, §27 Kultur, Rn.3 f.; *Häberle*, Vom Kulturstaat zum Kulturverfassungsrecht, 1981, abgedruckt in: *Häberle* (Hrsg.), Kulturstaatlichkeit und Kulturverfassungsrecht, 1982, S.1 ff. を参照。

27) より詳細には、*Helleberg*, Leitbildorientierte Verfassungslegung, 2016, S.19 ff. を参照。彼は集会の自由についての自由主義・国権論的な指導像と民主主義・参加論的な指導像との対比に基づいて、個々の基本権に関する「指導像」を詳細に追求する。その際に彼は、*Volkman*, Leitbildorientierte Verfassungslegung, AöR 134 (2009), S.157 ff. による考察に依拠する。

的モデルなのか、である²⁸⁾。

しかしながら、これまで扱われた内容的または構造的理解の提案は、全部の領域をカバーしない。欠如しているのは、憲法解釈の適正な方法についての問いである。そのようなメタ解釈論上の観点から、理解の補助線が基本法の当為をめぐる憲法解釈論上の努力の一部であると明らかになる。つまり、方法論の対象であるメタ解釈論の次元は、理解の補助線の有意性 (Sinnhaftigkeit) および不可避性についての方法論上の論争が行われうる場所である。ここに位置しているのが、例えば基本法の下での適正な法獲得理論をめぐるイエシュテットの努力である²⁹⁾。基本法適合的な解釈論についてのメタ解釈論上の問いは、ベッケンフェルデによる憲法理論上の考察を導き、とりわけ基本法を枠秩序として理解する理解の補助線の練上げへと彼を導いたのである³⁰⁾。

Ⅲ 憲法ドグマーティクへの視点

1 作業領域と構成メルクマール

憲法理論の議論の見取図をたずさえて、ここからはさらにそれと対になる憲法ドグマーティクの議論の対応物が作成されねばならない。というのも、そのようにして初めて、関係構造を解明し、不確かな関係を認識することができるからである。憲法ドグマーティクの構成要素や固有性は、一対象との関連すなわち憲法を除くと一法ドグマーティクの思考および作業の一般的な構成要素や固有性から明らかになる。法ドグマーティクは、法的作業を示導するために、実定法すなわち現存する法に通暁し、それを整序することを意

図し、そして法実務が投げかける問題への解答を試みるディシプリンとして描かれる³¹⁾。法ドグマーティクは、二つの大きな作業領域から構成される。伝統的な領域は、実定法を見直し、それに通暁し、そして整序することに関わる。これに対しておそらく今日支配的であろう領域は、〔法的作業を〕示導しそして困難な法的事例を扱うことを指向する。このことは通常、ドグマーティクは法規範 (Gesetz) と具体的な法的事例との中間にある抽象的次元に位置した媒介層である、という性格づけと結びつく³²⁾。

実定法への指向と並んで、法ドグマーティクの第二の構成メルクマールを示すのが、参加者の観点である³³⁾。この観点から法は、規範秩序として、また、規範性、権威性そして正統性をもった特殊な社会的実践として理解される³⁴⁾。この観点から、妥当性あるいは適法性の問題は、実定法に基づく法的論証を用いて答えられる。法的決定のための諸々の重要な根拠は、これらの法的論拠と既存の法素材の中に含まれている。この観点は、多様な役割、問題、省察、さらには批判的に距離をとることに對してさえ開かれている。それにもかかわらず、これら全てのアプローチに共通しているのは、それらが法を、法それ自体のゆえに真摯に受け取り、そして決定的であるとみなしているという点である。このことは、既存の法や個々の判決についての鋭い批判をも排除するわけではない。決定的なのは、批判が法律学の領域に整序される規準を用いているかどうかである³⁵⁾。これに對して、法的現象が法や法的論証領域の外側にあるとみなされる基準に基づいて正当化されるあるいは批判されるならば、この観点は放棄される³⁶⁾。さらに、法的現象の「真の理由」

28) より詳細には、*Bumke, Entwicklung* (Fn. 1), S. 63 ff.

29) *Jestaedt, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie*, 1999, S. 279 ff.

30) *Böckenförde, Staat* (Fn. 20), S. 85 ff.

31) *Bumke, Rechtsdogmatik*, 2017, S. 1.

32) *Kaiser*, in: *Kahl/Ludwigs* (Hrsg.), *Handbuch des Verwaltungsrechts Band I*, 2021, § 24 *Juristische Methode, Dogmatik und System*, Rn. 20 ff.; *Waldhoff, Kritik und Lob der Dogmatik*, in: *Kirchhof/Magen/Schneider* (Hrsg.), *Was weiß Dogmatik?*, 2012, S. 17, 27; *Vieweg, Zwei Rechtsdogmatiken*, in: *Festschrift C. A. Emge*, 1960, S. 106, 111 f. このような特徴づけは、私見によれば、構想的に整序する作業領域を適切に特徴づけるのにふさわしくない。というのも、その作業領域では例えば、法の基本カテゴリーや法を高次から形成する原理についても思考されるからである。

33) 法ドグマーティクの構造をなす諸々のメルクマールについて、より詳細には、*Stark, Interdisziplinarität der Rechtsdogmatik*, 2020, § 2を参照。これらの諸要素は、ドイツ語の法ドグマーティクについてのみならず、法学・ドグマーティク上の作業のあらゆる形態、例えばいわゆる新私法 (New Private Law) の作業方法についても構造をなすものである。これについてより詳細には、*Bumke/Schäfer, The Nature and Value of Conceptual Legal Scholarship*, in: *Kuntz/Miller* (Hrsg.), *Methodology in Private Law Theory*, 2024 (近刊) を参照。

34) 参加者の観点についての一般的なものとして、*Bumke, Rechtsdogmatik* (Fn. 31), S. 95 ff., *Hoefl, Normen im Labor*, 2022, S. 23 ff. 通常は参加者の観点と観察者の観点とが区別される。これについては多くの中でもとくに、*Alexy, Begriff und Geltung des Rechts*, 1992, S. 47 ff. を参照。

35) より詳細には、*Bumke/Schäfer, The Nature and Value of Conceptual Legal Scholarship* (Fn. 33); *Bumke, Rechtsdogmatik* (Fn. 31), S. 96.

36) このことはとくに次のようなアプローチに当てはまる。すなわち、「道徳」についての考察を、法と結び付けられたもの、あるいは、法に埋め込まれたものとみなすのみならず、法的論拠を顧慮しようとする際に、法的論拠を一般的に測らせる基準とみなすようなアプローチである。このような法の外側を向く見方は、参加者の観点とは適合しない。このような見方は、法の社会的実践という特殊な法の性格に向き合っていない。より詳細には、*Bumke/Schäfer, The Nature and Value of Conceptual Legal Scholarship* (Fn. 33)。

が、法的に有意なものとして分類されうるのかどうかには留意することなく探求されるや否や、ディシプリン上の限界は超えられる。このようなアプローチの一例を示すのが、ポール・カーンの『法の文化学』³⁷⁾である。カーンは法を、多くの社会的実践のうちの一つとして把握する。彼は「法の文化」を他の文化と同じ方法で研究しようとする³⁸⁾。そこでは法の特有の要素は不可避的に溶暗される。このことによって参加者の観点は放棄される。

第三の構成的メルクマールは、伝統的に、体系思考に見られる。全体としての法秩序も、法秩序の一部も、あるいは法秩序の把握に仕える法ドグマーティクの学説構築物 (Lehrgebäude) も、内容豊かな体系理解には十分でないので、私はこれらに代えて、秩序づけ思考についてのみ語ることにしたい³⁹⁾。この秩序づけ思考によれば、法は、あらゆる歴史的・政治的制約、不均質性、形態の多様性、さらに偶発性にもかかわらず、次のような対象や素材としてみなされる。すなわち、見渡すことのできる領域の助けでもって諸要素や諸関係に基づいて整序されうる、一可能な限り広い範囲で一無矛盾で有意義な全体へと上首尾に組み込まれるような対象や素材である。法素材の概念的通暁、各領域への分類、法制度の構築、道具立ての展開、ならびに、獲得される諸々の構想や道具立て、原理、そして制度の体系化は、この秩序づけ思考の一部であり表れである。

2 基本活動、基本姿勢および諸要求

法学によって営まれる法ドグマーティクは、形態の多様な、そして不均質な営為である。その作業に際し

ての区別は、はっきりとできる。基本法規範の解釈が従う方法規律や充たさねばならない基準的要請は、法現象の解明におけるそれら、例えば基本権の間接的第三者効が基本権たる防御権によって適切に把握されうるのかを問う場合の方法規律や基準的要請とは異なっている。このような相違を認識し適切に理解するために考えられるのが、様々な基本活動と基本姿勢ならびにそれと結びついた法ドグマーティクの作業の諸要求を区別することである。

(1) 基本活動とそれに固有の領分：解釈、判断および分析

基本活動は三つに、すなわち解釈、判断、そして分析に区別されうる⁴⁰⁾。法規範の解釈は、法的当為の究明に仕える。解釈は法律学的な論証を、とりわけ〔文法、論理、歴史、体系などの〕いわゆる解釈基準 (Canones) の形で用いる。解釈の問題の一例は、中傷的批判が問題となる場合に意見表明よりも一般的人格権に優位が認められるときである。

判断ないし評価は、対象の正当化あるいは批判に向けられている。連邦憲法裁判所のリスボン条約判決についての批判、あるいは同裁判所が必要審査で満足せずに比較衡量を企てることについての批判は、判断の典型例である⁴¹⁾。判断は、その規範的、指示的性格によって、分析と区別される。それに応じて、記述的分析は対象の描写、説明、整理に向けられている。例えば、人間の尊厳に関して問題となる制約不可能な権利を想定することが可能か否かを考察する場合、そこで追求されているのは適切な説明である⁴²⁾。重要なのは、説明やその他の分析活動の形態の基礎には、前提

37) Kahn, The Cultural Study of Law. Reconstructing Legal Scholarship, 1999.

38) Kahn, The Cultural Study of Law (Fn.37), S.1.

39) 法および法学における体系思考についてより詳細には、Bumke, Relative Rechtswidrigkeit, 2004, S.23 ff., 249 ff.; Hilbert, Systemdenken in Verwaltungsrecht und Verwaltungsrechtswissenschaft, 2015; Stark, Interdisziplinarität (Fn.33), S.67 ff.

40) Bumke, Verfassungsstaat (Fn.1), S.25 f., 59 ff. 従来は記述的な活動と規範的な活動との間でしか区別されていない。例えば、Jestaedt, Wissenschaft im Recht, JZ 2014, S.1, 3. その他については下記脚注59を参照 (区別についてより詳細には、Bumke, Rechtsdogmatik (Fn.31), S.127 ff. およびそこで挙げられている文献を参照)。

41) リスボン条約判決の批判については、Jestaedt, Warum in die Ferne schweifen, wenn der Maßstab liegt so nah? Verfassungshandwerkliche Anfragen an das Lissabon-Urteil des BVerfG, Der Staat 48 (2009), S.497 ff.; Classen, Legitime Stärkung des Bundestages oder verfassungsrechtliches Prokrustesbett? Zum Urteil des BVerfG zum Vertrag von Lissabon, JZ 2009, S.881 ff.; Sauer, Kompetenz - und Identitätskontrolle von Europarecht nach dem Lissabon-Urteil - Ein neues Verfahren vor dem Bundesverfassungsgericht?, ZRP 2009, S.195 ff.; Halberstam/Möllers, The German Constitutional Court says "Ja zu Deutschland!", GLJ 10 (2009), S.1241 ff. を参照。連邦憲法裁判所の比較衡量に対する批判については Lerche, Übermass und Verfassungsrecht, 1961; Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, 1976; Hirschberg, Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit, 1981、また、より近時のものとしては、Hwang, Verfassungsgerichtliche Abwägung: Gefährdung der gesetzgeberischen Spielräume?, AöR 133 (2008), S.606 ff.; Hillgruber, Ohne rechtes Maß? Eine Kritik der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nach 60 Jahren, JZ 2011, S.861 ff. を参照。Bumke, Entwicklung (Fn.4), S.52 ff. の下でさらに証明されている。

42) Quecke, Unantastbare Menschenwürde. Zur Dogmatik des Art. 1 Abs. 1 GG zwischen Absolutheitsanspruch und Abwägungsdenken, 2020, S.30 ff.; Bumke/VoBkuhle, Casebook Verfassungsrecht, 9. Aufl., 2023, Rn.271 ff.; Baldus, Menschenwürdegarantie und Absolutheitstheese, AöR 136 (2011), S.529 ff.; Böckenförde, Bleibt die Menschenwürde unantastbar?, Blätter für deutsche und internationale Politik 2004, S.1216 f.

とされる重大な事柄としての法的当為がある、という理解である。つまり、この例においては、人間の尊厳は絶対的な権利であり、その権利についてはあらゆる毀損は侵害を意味する、ということが起点とされている⁴³⁾。

いうまでもなく、これらの活動は相互に組み合わせられうる。そのような組み合わせは通常、法の継続形成や継続発展についての提案が行われる場合に必要となる⁴⁴⁾。さらに解釈にも以下のような場合には通常、分析的な動機が混入している。例えば、歴史的な素材の説得力が（憲）法制定過程から明らかにされる、あるいは、ヨーロッパにおける比較の展開から解釈上の論拠が展開されることとなる場合である。

さらに、これらのいずれの活動も、固有の領分 (Eigenanteile) を示す⁴⁵⁾。法素材は通常、その決定的な基本カテゴリーや区別、関係を、それ自体で確定しているわけではない。むしろ重要なのは活動の提案であって、その提案は法素材を手がかりとして裏づけられなければならない⁴⁶⁾。各活動に固有の領分は大きくも小さくもありうるし、また、その〔法素材による〕裏づけは容易でも困難でもありうるが、重要なのは、その固有の領分を他の問題と混同したり、どの分析も法創造の効果を持つと考えたりしない、ということである。なぜなら、どの分析も一つの固有の領分を示すからである。

それゆえ、その〔分析の〕固有の領分はまた、なぜ解釈が非常に争われうるのか、あるいは、なぜ価値判断が問題とみなされるのかを示す根拠でもない。

(2) 基本姿勢：再構成、法獲得および修正

第二の区別、すなわち基本姿勢に取り掛かろう。多様な法ドグマーティクの作業方法は、基本姿勢について三つに還元できる。つまり、再構成、法獲得または修正といった性質の姿勢である⁴⁷⁾。

再構成の姿勢は、実定法の特定の状態や既存の理解を作業の基礎に置く⁴⁸⁾。新たな領域を開拓する際であっても、既存の理解を見直し、整理し、既存の構造の中へと組み込むことが肝要である。再構成が問題となるのは、例えば、基本法のもつ様々な憲法上の介入権限が基本権留保という道具立ての助けでもって把握され、それらの権限の性質や規範的内容が定められる場合である⁴⁹⁾。さらに再構成が行われるのは、例えば、連邦憲法裁判所の判例において展開した、政府構成員の発言権についての諸原則がまとめ上げられる場合である⁵⁰⁾。

実定法の状態や理解が不確かであれば、法獲得が行われる。その目標は、不確実性を克服し、法的当為を確定することである。そのために、実定法は解釈され、またさらに記述されなくてはならない。

修正には、さまざまな形で取り掛かることができる。

- 43) 少なくとも通説はそのように述べる。多くの中でもとくに、Herdegen, in: Dürig/Herzog/Scholz, GG, 100, EL Januar 2023, Art.1 Abs.1, Rn.73 f. を参照。議論については Baldus, Kämpfe um die Menschenwürde, 2016 や, Bumke, Erzeugung und Gebrauch von Wissen in der Rechtsdogmatik, in: Augsberg/Schuppert (Hrsg.), Wissen und Recht, 2022, S. 456 の脚注35, 36 の下での証明を参照。
- 44) そのようなものとして、連邦憲法裁判所による新しい基本権の創作、例えば一般的人格権（基本法1条1項と結びついた2条1項）を独自に打ち出したものとしての情報自己決定権がある。BVerfGE 65, 1 を参照。
- 45) 自然科学における対応する議論に関しては、Lutz Danneberg, Methodologien, Struktur, Aufbau und Evaluation, 1989, S.62 f. – 発見の連関と正当化の連関との間の区別（上記63頁以下）。法ドグマーティクについてより詳細には、Bumke, Rechtsdogmatik (Fn.31), S.129 f.
- 46) 固有の領分によって妨げられないのは、活動の提案だけが考慮に入れられるのであり、他のメルクマール、固有性、カテゴリー、区別などは考慮に入れられないということ、活動が承服させられていることである。自然科学においてこのような姿勢はとりわけ、「自然種」という概念で以て説明される（これについて言語哲学の観点からのものとして Putnam, Meaning and Reference, 70 Journal of Philosophy [1973], S.699. 議論状況については、Beebe/Sabbarton-Leary [Hrsg.], The Semantics and Metaphysics of Natural Kinds, 2010, Kap.1 を参照）。法的現象についてこれと比較可能なものがあるかどうかは、ある種の存在論的基本問題である。より詳細には、Bumke, Rechtsdogmatik (Fn.31), S.65 ff. およびそこで挙げられている文献を参照。
- 47) 三つの基本姿勢の内部で、方向性や学派が区別されうる。それらは学派特有の固有性を示す。例えば、ルールと原則との区別を法にとっての根本とみなしたり（アレクシー学派）、古典的なヘルメノイティクの道具と並んで現実の領域や言語理論の意義を強調したり（ミュラー学派）、法素材の内的秩序を解明するために原理を持ち出したり（カナーリス学派）、あるいは私法の信頼のおける基礎に至るために歴史比較を行った（ツインマーマン学派）する。
- 48) このことは既存の状態への批判を排除しない。しかしながら批判は再構成の一部ではなく、修正の一部、あるいは、ドグマーティクの外側での判断活動であり、この活動は「法批判」という標語のもとに行われる。
- 49) より詳細には、Bumke, Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte, 1998.
- 50) Nellesen, Äußerungsrechte staatlicher Funktionsträger. Neutralität, Meinungsfreiheit, Mäßigungsgebot: Determinanten der Teilnahme staatlicher Funktionsträger am öffentlichen Meinungsbildungsprozess, 2019; Dişçi, Der Grundsatz politischer Neutralität. Grenzen der Äußerungsbefugnis politischer Amtsträger, 2019; Kliegel, Äußerungsbefugnisse von Amtsträgern gegenüber politischen Parteien, in: Scheffczyk/Wolter (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts – erörtert von den wissenschaftlichen Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern, Band IV, 2017, S.413 ff.; Eder, „Rote Karte“ gegen „Spinner“? Bedeutung und Reichweite staatlicher Neutralitätspflichten in der politischen Auseinandersetzung, 2017.

修正の対象は一方では実定法の理解でありうる。その場合、従来の理解にとって代わることとなる法の代替的な解釈や継続形成が展開される。このような企てが行われるのは、例えば、間接差別という道具立てが基本法3条3項1文で挙げられている全ての区別のメルクマールへと拡張され、それどころか交差的なメルクマールの組み合わせが含まれるとされる場合である⁵¹⁾。

他方で修正は、法ドグマーティクの再構成にも向けられうる。再構成の領域では、修正は解明的・説明的になされる。その一例を示すのが、マンフレッド・バルドゥスの研究であり、連邦憲法裁判所が人間の尊厳の侵害に関する諸判決において「暗黙裡に」比較衡量を行っていることを彼が説明しようと試みる場合である⁵²⁾。

(3) 二つの理念型の要求

様々な基本活動も基本姿勢も、それらの意義や帰結は結局のところ、それらとともに主張される要求に左右される。主張されうるのは、その都度の基本姿勢および基本活動によって獲得される結果が(機能的に)適正であるかまたは正当であるということである。そのうえで適正の要求は、正当性への要求よりも弱い。前者の要求が意味するのは、獲得された結論について、所与の文脈の中で前提条件やとられた立場を考慮しながら十分な理由が存在していることであり、この場合はいずれにしても、それに代わる結論について、どのより良い理由も明らかでない。これに対して、何かを正当に把握すべしとの要求は、相対化する諸要素から

離れ、それ故にさらに先に及ぶ⁵³⁾。

(4) 小括

ここで提言された区別を基礎とした大まかな見取図からしても示されるのは、記述的な法ドグマーティクと規範的な法ドグマーティクとの間の二者択一⁵⁴⁾が、ハンス・ケルゼンによる法命題と法規範との区別と全く同様に、法ドグマーティクの作業を適切に描写することには適さない、ということである⁵⁵⁾。

記述的な法ドグマーティクと規範的な法ドグマーティクとを区別する場合、法規範を解釈するということがすでにこのイメージに適合しない。というのも、解釈というのは記述的な活動でも規範的な活動でもないからである⁵⁶⁾。さらに、記述的ドグマーティクへの限定は、法獲得を完全に排除することにつながる。[このような区別がなされれば]法ドグマーティクは、困難な法的事例や解釈の相違の記録、および法律学的論拠の分析へと限定されてしまうだろう⁵⁷⁾。規範的なドグマーティクもまた、結局のところ、大部分は分析と再構成に基づく。というのも、そもそも真剣に受け止められるべき判断というのは、このような基礎の上で初めて行われうるからである。それゆえ、規範的な法ドグマーティクは、記述的な法ドグマーティクの代替ではなく、記述的な側面を超えて判断する活動を溶暗することのないようなドグマーティクであるにすぎない⁵⁸⁾。

— 近年ますます強調されている — 法規範やその内容に関する学的・記述的(法)命題と、規範的現象と

51) Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Stark, GG, 7. Aufl. 2018, Art. 3 Abs. 3, Rn. 429 ff., 442 ff.; Holzleithner, in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 13 Intersektionale (mehrdimensionale) Diskriminierung; Sacksofsky, in: Herdegen u. a. (Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, § 19 Gleichheitsrechte, Rn. 89 ff.; dies., in: Mangold/Payandeh, Handbuch Antidiskriminierungsrecht, 2022, § 14 Unmittelbare und mittelbare Diskriminierung.

52) Baldus, Menschenwürdegarantie (Fn. 42), S. 529 ff.; ders., Kämpfe um die Menschenwürde. Die Debatten seit 1949, 2016. 法的当為がその決定的な内容において受け入れられ、また個々の点でしか法的判断が変更されない限り、修正は再構成の領域で行われる。分かり易い例を提供するのが、警察法における危険概念をめぐる論争である。その論争の基礎にあるのは、— 支配的学説が述べるように — 規範的・主観的な危険概念なのか、あるいは客観的な危険概念なのか? この点については脚注67、68の証明を参照。相異なる法効果は単に異なる構成の帰結に過ぎない。争われているのは、第一次的には、法効果の相当性ではなく構成の適当性である。

53) Vgl. Bumke/Schäfer, The Nature and Value of Conceptual Legal Scholarship (Fn. 33). 高められた正当性の要求は、様々な性質をもちうる。その要求は具体的な法秩序に関連しうるか、あるいは一般に妥当しもしくは筋が通っているべしという要求を生じさせる。

54) この区別を主張するとくに影響力のあるものとして、Lepsius, Kritik der Dogmatik, in: Kirchhof/Magen/Schneider (Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39, 43 ff. および Jestaedt, Wissenschaft (Fn. 40), S. 1, 3.

55) Kelsen, Reine Rechtslehre, 2. Aufl. 1960, S. 72 ff. これについてより詳細には Bumke, Verfassungsstaat (Fn. 1), S. 58 ff.

56) Bumke, Erzeugung (Fn. 43), S. 443, 451 ff. また、ders., Verfassungsstaat (Fn. 1), S. 25 f., 59 ff. およびそこで挙げられている文献や、学説における反対の解釈も参照。

57) それゆえに、Dreier, Rechtswissenschaft als Wissenschaft – Zehn Thesen, in: ders. (Hrsg.), Rechtswissenschaft als Beruf, 2018, S. 57 f. の立場は不可思議である。

58) この関連において「規範性」という表現でもって表されるべきことは何か、という問いについてのさらに進んだ思考および証明は、Bumke, Rechtsdogmatik (Fn. 31), S. 127 ff., S. 71 Fn. 237にある。

しての法規範それ自体との区別もまた、解釈活動を捉えることはできない⁵⁹⁾。全く同様に、そのような区別は、法規範のテキスト、法規範の意味、そしてこの意味を表す命題との間の協働を捉えることができない。規範の意味、すなわち規範による法的当為は、一単純な事例は別として⁶⁰⁾一規範の意味を伝えるよう要求する命題によってしか表現されえない。規範もその意味も、この際、言語的・解釈的媒介なしには解明されえない。ヘルメノイティッシュな過程としての解釈は、解釈の努力によって解明されうる規範が存在するという前提に基づく。規範の不確定性や把握の困難さはその規範の解釈を排除しない。加えて、規範を解釈することなしには、規範とその意味とを引き出すことはできない。このことから、正しい解釈と間違っ了解釈とを区別するためには、規範の参照だけでは助けにならない。

IV 憲法理論と憲法ドグマーティクとの関係

1 関係構造

以上のカテゴリーおよび区別によって、〔従来の〕憲法論議を引き継がず、また現在の学説構築物の単なる縮小版 (Abbraviatur) でもない、憲法ドグマーティクの簡明なイメージを描くことができる。これをもって、諸々の必要となる準備作業は完結した。今や、憲法理論と憲法ドグマーティクとを互いに関連づけ、そして憲法理論が憲法ドグマーティクに影響を及ぼす様々な方法を追求することが可能となる。憲法理論の三つの部門間で存在している特徴的な相違からすると、三つの基本関係から出発するのがよいであろう。

(1) 事柄への洞察と憲法ドグマーティク

第一の基本関係は、事柄への憲法理論上の洞察と憲法ドグマーティクとの関係にかかわる。後者が民主的

立憲国家の成功条件についての確信や知識に、またその他の社会あるいは事柄の法則性に非常に関心を寄せることは、誰からも疑われない。

このことはまさに、困難な事例の扱いに当てはまる。近年の示唆に富んだ事例が、連邦憲法裁判所判事のヴァールラーベンシュタイン (Astrid Wallrabenstein) の少数意見であり、その中ではこれまでの同裁判所の裁判と比べて連邦政府構成員の発言権の限界づけが大幅に抑制される⁶¹⁾。連邦憲法裁判所によって展開された中立義務という想定に対してヴァールラーベンシュタインが反論として挙げたのは、その義務が議会民主制における政治的コミュニケーション過程の諸々の特性を正当に評価しえないということである。市民がそのような中立を期待するわけでもなければ、政党政治的に刻印づけられた民主制にそのような中立のための余地があるわけでもないという⁶²⁾。別の古典的でもある事例は、連邦憲法裁判所のリユート決定に見出されるのであり、そこでは次のことが確認された。すなわち、「自由で民主的な国家秩序にとって [意見表明の自由という基本権]⁶³⁾は、まさにそれを構成しているものである。というのも、その権利によって初めて恒常的な討論、自由で民主的な国家秩序にとっての生の要素 (Lebenselement) である論争が可能となるからである」⁶⁴⁾。

両事例では、諸々の洞察⁶⁵⁾がドグマーティクの法獲得にとっての重大な意義を有している。これらの洞察は、憲法の解釈または継続形成の説得力の尺度として組み入れられる。中立義務による憲法に対する限界の線引きは、政治プロセスの法則性に照らして適切であることが確認されなくてはならず、機能障害を起こす如何なる効果も生じさせてはならないとされる。このことは同時に、事柄への諸々の洞察が解釈による (または継続形成による) 考察を直接には変更しないということをも意味する。意見の相違は存在し、それ

59) このような区別を主張するものとしては例えば、*Jestaedt*, Wissenschaft (Fn.40), S.8, 11や*Dreier*, Rechtswissenschaft (Fn.57), S.54 ff. が挙げられるべきである。法ドグマーティクの自己授権に対する非難はこのことと密接に結びついている。これについては、例えば、*Lepsius*, Kritik (Fn.54), S.39, 43 ff. を参照。解釈活動に鑑みればこの区別が実り多いものでないということについては、*Bumke*, Verfassungsstaat (Fn.1), S.59 ff.

60) 単純なのは、判断が問題なく可能であり、そしてそれ故に解釈の努力が行われる必要のない事例である。〔このような事例で〕前提とされるのは、実定法を実務上扱うために必要な規範の知識および通常の言語能力のみである。

61) *Abweichende Meinung der Richterin Wallrabenstein zum Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022-2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20*.

62) *Abweichende Meinung der Richterin Wallrabenstein zum Urteil des Zweiten Senats vom 15. Juni 2022-2 BvE 4/20, 2 BvE 5/20, Rn.7 f.*

63) 筆者挿入。

64) *BVerfGE 7, 198, 208-Lüth*.

65) これらの洞察の当否については、ここでは未決定のままとする。もちろんこの問題については何度も論争がなされている。

によってまた、前提とされた洞察が正しいのか、そしてその洞察から如何なる帰結が憲法理解について生じうるのか、ということを議論するにとどまらない可能性も存在する。むしろ、これらの洞察にもかかわらず、十分な法的根拠に基づいて、これらよりも好ましい解釈（または継続形成）を堅持することが依然として可能なのである。

しかし、法素材に通暁しそしてそれを整序することに関する第二のドグマティック上の作業領域においても、事柄への洞察は歓迎される。そのような洞察は、とりわけドグマティック上のモデル形成のための基盤を成す⁶⁶⁾。このモデル形成は、ドグマティック上の作業のために法外の知識を解明すること、そして社会的現実の扱いを示導することに仕える。そのようなモデル化の分かりやすい例を一憲法においてではないにしても一形成するのが確率理論上の考察を手段とした警察法上の危険概念の再構成である⁶⁷⁾。この考察は、危険を現実特有の状況として分析的に解明すること、そして主観・規範上の危険理解と客観的危険理解との争いを的確に局地に限定することを可能にする⁶⁸⁾。このモデルは、警察法にとって重要な現実をより良く理解するのを助けるのであるが、しかしその際に例えば、法的紛争を確定するようなことはない⁶⁹⁾。

要するに、理論とドグマティックとの諸関係が事柄への洞察に関連する限りで言えるのは、これらの関係がドグマティックにとって示唆に富むとともに有効に作用するものとして明らかになるということである。ドグマティックは、これらの理論的影響に開かれうるし、そうならなくてはならないだろう。これらの理論的影響は、法獲得の合理性レベルを高め、したがってまたドグマティックの合理性レベルをも高めるのである。さらに、これらの理論的影響は、社会ないしは国家の実態やプロセスへのドグマティック上の作業の結合・分離をもたらす。最後に、憲法理論にとって、こ

れらの関係は、あらゆる経験・理論的困難にもかかわらずそのような類の努力を維持し続けるための非常に重要な基礎となる。

(2) 民主的立憲国家の根本問題と憲法ドグマティック

第二の基本関係で取り上げるのは、民主的立憲国家およびその憲法の理論構想と憲法ドグマティックとの関係である。民主的立憲国家およびその憲法についてのイメージや洞察は、我々の社会の自己理解にとって根本的な意義を有する。黙示的であろうと明示的であろうと、イメージや洞察は、憲法ドグマティック上の思考や作業の自己理解的・潜在的な構成要素である。イメージや洞察は、基本法へのアプローチに際しての前理解、そして基本法の諸規準の解釈による解明に際しての前理解を刻印づける。しかし、原因が違っても、ここ〔第二の基本関係〕でもドグマティック上の理解への憲法理論の直接的影響は明らかに限界づけられている。

このことを二つの例を使って説明したい。第一の例で扱われるのは、基本法3条1項の一般的平等原則の例における立法者に対する連邦憲法裁判所の統制権限および統制基準である（したがって困難な事例の扱いの領域がさらに問題となる。）。憲法裁判権と民主的立法者との関係は、憲法理論上の根本問題に数えられる⁷⁰⁾。様々な基本的立場がとられている。基本法に鑑みれば、両方の構成要素が互いに補完し合う関係にあり、そしてこの協働が基本法上の秩序の特徴を成しているというイメージが支配的であろう。つまり憲法が設置し形成する空間の内部において、政治的なものが展開するのである⁷¹⁾。かかる憲法理論上の確信から帰結されるのは、基本法3条1項の平等原則も立法者に対する義務的規準となっており、この規準の遵守を監視することが憲法裁判所の任務であるということである。平等原則の意味をめぐる初期の論争にお

66) 上では、非技術的な意味で、三つの「基本権モデル」が語られた。技術的・機能的に考えて、これらのモデルにおいて問題となるのは理解の補助線である。つまり、「モデル」という表現は、本稿では技術的・機能的な意味で用いられる。その表現は、ドグマティック上の手段の特殊なグループを示し、これらのグループが現実の経験や関係をドグマティックにとって使えるようにするのに役立つ。

67) 基本的なものとして、*Darnstädt, Gefahrenabwehr und Gefahrenvorsorge – eine Untersuchung über Struktur und Bedeutung der Prognose-Tatbestände im Recht der öffentlichen Sicherheit und Ordnung*, 1983; *Poscher, Gefahrenabwehr – eine dogmatische Rekonstruktion*, 1999, S. 112 ff. 簡潔なまとめとして *Bäcker*, in: *Bäcker/Denniger/Graulich* (Hrsg.), *Handbuch des Polizeirechts*, 7. Aufl. 2021, S. 263 f.

68) *Jaechel, Gefahrenabwehr und Risikodogmatik – Moderne Technologien im Spiegel des Verwaltungsrechts*, 2010, S. 90 ff.; *Bäcker*, in: *Handbuch des Polizeirechts* (Fn. 67), S. 263 f.

69) 理解の補助線のモデル形成と練上げとの間を行き来するのが、アン＝カトリン・カウフホルドによる法概念としての体系的リスクの練上げである。これについては *Bumke, Erzeugung* (Fn. 43), S. 470 ff. を参照。

70) *Bumke, Verfassungsstaat* (Fn. 1), S. 39, 93 ff.

71) *Bumke, Verfassungsstaat* (Fn. 1), S. 79, 110 ff.

いて、憲法理論から明らかになったのは、司法判断適合性（Justiziabilität）に関する重要な論拠である⁷²⁾。しかしながら、憲法理論の指導力（dirigierende Vermögen）は、それ以上には及ばない。採用されなくてはならないのが恣意定式なのか、相当性審査としてのいわゆる新定式なのか、それとも比例性審査なのかは、依然として第二の基本関係の外で展開される問いである⁷³⁾。

第二の例で問題となるのは、人民（Volk）の憲法制定権力、そしてこの人民が基本法下で国民（Nation）に凝集される意味である⁷⁴⁾。人民の憲法制定権力と人民の憲法上の権力は、各々の民主的立憲国家の根本メカニズムを形成する⁷⁵⁾。このメカニズムがどのように働くのか、またこのメカニズムには如何なる役割があるのかは、憲法理論の問題である。意味の問いも第一義的には理論的性質の問いであるゆえに、その回答は通常如何なる憲法上の重要性も持たない。だが、基本法には146条の規定があり、そこでは諸々の理論的確信が規範理解に影響する。憲法制定権力がある種の神話とみなされるならば、あるいは、基本法下では霧散した権力とみなされるならば、基本法146条は、基本法79条における諸規律を超えるものではない⁷⁶⁾。これに対して、憲法制定権力が基本法下でも、新たな憲法のために想定されているとみなされるならば、この権力は基本法146条においてその権力に特殊な場所を獲得する⁷⁷⁾。それにもかかわらず、基本法3条と似たように、憲法理論の言明力は限界づけられたままである。というのも、憲法理論は、基本法146条に鑑みて提起される解釈上の様々な具体的問題については沈黙するからである⁷⁸⁾。

私の考えでは、これら二つの例は、第二の基本関係の領域における憲法理論の影響の典型である。民主的立憲国家の基礎および構想についての考察が憲法の理解にとってもつ根本的意義に鑑みると、憲法理論上のイメージが憲法を確定する状況が度々生じる。その限りでは、憲法をめぐる論争は、憲法理論の次元で行われなくてはならない。この論争に憲法ドグマティクは、如何なる独自の貢献も果たすことができない。その限りでは、憲法理論と憲法ドグマティクとの間での明確な任務の整序が確認される。そのうえで第一に、そのような憲法理論と憲法ドグマティクとの結合が起こるのは、きわめて稀である。大抵の場合において、理論的な議論は— 憲法概念をめぐる討議を想起するだけでよい—（憲）法理解に直接的には影響しない。そして第二に、確定力は限界づけられている。通常の場合に憲法理論が確定するのは、ある憲法規範が他と区別される規範内容を有するというのみであり、その規範内容を解明する任務は憲法ドグマティクに留まり続ける。第二の基本関係は、後景に退きえないのである。憲法ドグマティクは、既述の意味での憲法理論なしにはありえない。しかしながら、こうした依存性にもかかわらず関係に問題がないのは、諸任務をはっきりと境界づけることができ、考えうる諸々の争点が理論もしくはドグマティクに整序されるからである。

(3) 理解の補助線と憲法ドグマティク

第三の基本関係は、その核心において、理論上の理解の補助線と憲法ドグマティクとの間での協働に関わる⁷⁹⁾。理論上の理解の補助線は、解釈または継続形

72) 簡潔な概観を提供するものとして、*Bumke*, *Entwicklung* (Fn.4), S.67.

73) 議論および様々な形態について、*Wollenschläger*, in: *Huber/Voßkuhle*, GG, 7. Aufl. 2018, Art.3 Abs. 1, Rn.89 ff.; *Huster*, in: *Höfling/Augsberg/Rixen* (Hrsg.), *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Art.3, Rn.78 ff., 138 ff. を参照。

74) 人民の憲法制定権力という構想はしばしば、第二の意味での憲法理論を越え、理解の補助線となる。このことについては、*Schäfer*, *Die verfassungsgebende Gewalt des Volkes* (近刊) を参照。

75) *Bumke*, *Verfassungsstaat* (Fn.1), S.127 ff.

76) *Isensee*, in: *Isensee/Kirchhof* (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, 3. Aufl. 2014, § 258 Schlußbestimmung des Grundgesetzes: Artikel 146, Rn.72はこの意味である。

77) *Dreier*, *Gilt das Grundgesetz ewig?*, 2009, S.78 ff.; *Michael*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 146, 163, EL 2013, Rn.423 ff.

78) 憲法ドグマティクの観点からこのことについて述べるものとして、*Unruh*, in: *Huber/Voßkuhle* (Hrsg.), GG, 7. Aufl. 2018, Art. 146, Rn.1, 6; *Michael*, in: *Kahl/Waldhoff/Walter* (Hrsg.), *Bonner Kommentar zum Grundgesetz*, Art. 146, 163, EL 2013, Rn.164 ff. を参照。

79) これと並んで、ドグマティクと解釈上のメタルールとの関係についても説明することができる。この関係は、構造的には、第二の基本関係で取り上げた諸関係に対応する。メタルールについての一連の優先事項は、ドグマティク上の解釈作業を規定する。したがって、ドイツで行われている諸々の法的論拠形式に依拠した解釈は、ロナルド・ドウォーキンの一貫性イメージあるいは原意的または文言的な解釈理論を基礎にした解釈とは全く異なって推移する。だが、ここでは、憲法理論の規定的な影響は、第二の基本関係においてと同様に、問題ないと証明される。第二の基本関係においてと同様に、任務と論争とが一義的に整序される。また第二の基本関係においてと同様に、理論とドグマティクとの間での論拠の取換え（argumentatives Changieren）は除外される。

成の活動を示導する。憲法テキストは、この補助線によって、何らかの特定の意味を獲得し、その意味が法的論証の領域において展開され、詳述される。だが、関係は、ここではよりいっそう複層的である。というのも、理解の補助線を探求しそしてそれを具体化することは、諸々の解釈上の困難さと不確実性ゆえに生じるからである。補助線は、解釈の努力から結果として生じ、最終的には常に解釈による説得の表れでもあるのだ。このことから、理解の補助線の憲法理論上の作業場は、その他の憲法理論上の領域から区別される。つまりこの作業場には、解釈に際して重要なすべての対象、素材そして道具がある。さらに次のことが付言される。その作業は、解釈、理論的省察、適応および構成が入り混じる中で行われる。さらにこのことは、任務、論争および影響の及ぶ領域が他の二つの基本関係においてと同じようには分割されえないことをも意味する。このことから、憲法ドグマティックに関する問題は常に明らかになりえないし、そうなるはずもない。理解の補助線の再構成 — 例えば連邦憲法裁判所の裁判の基礎となっている黙示的な理解の補助線の再構成 — は、憲法に通暁しそして憲法を理解する重要な任務であり、このことについて批判的な問いが生じることもないだろう。これに対して、より大きな困難は法獲得の領域で生じる。つまり〔その領域では〕理解の補助線について、多くのことが想定されうるのである。どのようにすれば、理解の補助線が基本法の規範内容を解明し、それが虚像 (Truggebilde) ではないということを証明できるのだろうか？ 今やこの問いを究明することが肝要である。

2 通行許可証の必要性を手段にしたディシプリン化？

憲法 (Verfassung) と憲法典 (Verfassungsrecht) を憲法理論上の幻像から守るための努力に関しては、様々なアプローチがとられている。素朴なアプローチは、理解の補助線が憲法理論の産物に過ぎず、これは憲法理解を拘束するものではない、との指摘において存する⁸⁰⁾。今ではそのような異論は、子供が手を目の前にかざすことで見えないようにしようとするのと

ほとんど同様の説得力しかない。もっぱら法律学的ヘルメノイティクによる諸々の手段を備えただけで、純粹で手付かずの憲法典が研究され、解釈され、そして正確に解明されうる余地は存在しない。それゆえ、〔憲法理論上の幻像から〕守るためのより説得力の強い試みは、通行許可証という考え方を持ち出してくるのである⁸¹⁾。かかる許可証を提示しなくてはならないのは、憲法理論上の作業空間において仮定、構想、言説あるいは判断を作り上げた者、そしてこれらを憲法ドグマティックの枠内で用いようとする者である。しかし、どのようにして有効な通行許可証を手に入れられるのか？ おそらく最も高度な要求は、「実定化の証明」の名の下で出される⁸²⁾。これによれば、理解の補助線に関して立証されなくてはならないのは、それが実定憲法の構成要素とみなされうるということである⁸³⁾。つまり通行許可証の要求は、憲法理論と憲法ドグマティックとの間における通路の役割を果たすのである。その際に導入されるのが、統制手続、変換手続、そして許可手続であるが、かかる手続の基準および構造はもっぱら憲法ドグマティック、法律学的ヘルメノイティクについての認められた道具および実定憲法典から明らかになる (とされる)。

詳細において通行許可証がどのように形成されるのかということに関係なく、どの形成も同じ根本問題に直面する。つまり、理解の補助線の通行許可権限 (Zulassungsberechtigung) について十分信頼における決定をする規準を展開することに成功しなくてはならない。この問題を解決するためには、憲法理論上の洞察、判断、あるいは理解の補助線の形での解釈が不首尾に終わりうる抵抗力をドグマティックが憲法の解釈に際して創出できる、というだけでは不十分である⁸⁴⁾。たしかにこの抵抗力は、憲法についての作業および憲法の扱いが根本において合理的な過程として理解されうるという結果をもたらす。それゆえに、憲法理論が基本法上の当為の理解にとって重要となるべき命題を立てる限りで、憲法理論をこの適合性の要請 (Kompatibilitätserfordernis) から免除するというアイデアにはまだ誰も至らない。だが、一般的に、この

80) このことについてより詳細には、Bumke, Verfassungsstaat (Fn.1), S.55 ff.

81) 議論を特徴づけているものとして、Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S.73 ff.

82) Jestaedt, Die Verfassung hinter der Verfassung, 2009, S.77 ff.

83) このような必要性等を持ち出すものとして、Sauer, Der Staat 58 (2019), S.7 ff.

84) 抵抗は非常に様々な源から供給されうる。例えば、文言、歴史的資料あるいは確固たるドグマティック上の秩序観念などからである。この問いについてより詳細には、Bumke, Verfassungsstaat (Fn.1), S.56 ff.

ようなとりわけ個別事例において場合によっては影響力をもつ力は、憲法典したがってまた憲法ドグマーティクを憲法理論上の影響から守るためには、あまりにも弱く、凡庸で、しかも不確実であることは明らかである⁸⁵⁾。その原因はとくに三つある。第一に、内容上異なる諸々の理解の補助線は、ドグマーティク・解釈上の洞察、論拠および基準に等しく調和しうる。第二に、ドグマーティク・解釈上の理解もまた、憲法理論上の想定に依拠する。そして第三に、憲法のドグマーティク・解釈上の読み方そのものが争われる。これらの状況のいずれにおいても、どの立場が正当に自らのドグマーティク・解釈上の理解を根拠にするかを独立した基準によって決定するための、法獲得の中立的な場所は存在しない。それゆえ、通行許可証の要求が実現されえない場合でも、理解の補助線について、ドグマーティク上の学説構築物、加工すべき解釈素材、規範テキストおよびテキスト成立時の素材と理解の補助線との適合性を調べることは、依然として可能であり、意義深いままである。相当な示導的解釈力 (*beträchtliche anleitende Interpretationskraft*) にもかかわらず、理解の補助線は、法獲得の枠内におけるあらゆる解釈上または継続形成上の活動に対して妥当する諸要請に即して判定できるに過ぎない。したがって、憲法理論上の幻想や幻像に対する特別の保護は存在しない。理解の補助線は、他のあらゆる解釈と同じ法律学的ヘルメノイティクの諸々の基準に服しているのである。これらの基準を満たさない者は、理解の補助線に関する作業のみならず、いかなる類の法獲得をも避けなくてはならない。こうした背景から、すべてが憲法理論上の理解の補助線を憲法ドグマーティクへと統合することに有利に働くとみてとれる。なぜならば、一方で補助線は必要不可欠かつ不可避であるように思われ、他方ではドグマーティクと不可分に結びついているからである。憲法以外でも、理解の補助線はドグマーティクの作業に用いられる。そこでは大抵の場合、理解の補助線は「理論」と称される。民法1004条に従った妨害排除請求権の理解をめぐる論争は、そのような使用に関する分かり易い例である。したがっ

て理解の補助線は — 例えば原理、構想あるいはモデルも同じであるが — 伝統的な法ドグマーティク上の作業手段に数えられるのだ⁸⁶⁾。

V 結論

考察の結論に入る。憲法理論の異なる部門の体系的解明とドグマーティク上の思考および作業の決定的な特殊性の明確化を行う甲斐はあった。これを基礎にして、憲法理論と憲法ドグマーティクとの諸関係についての明確なイメージが描き出された。示されたのは、これらの関係が偶然ではなく、憲法ドグマーティクがこれらの関係を必要とし、そしてこれらの関係が有効に作用すると判明したことである。さらに明らかにされたのは、憲法ドグマーティクに対する憲法理論の制御不能な影響という懸念には根拠がないことである。大抵の状況において、責任は明確に整序されうる。論争になれば、それは憲法理論か憲法ドグマーティクに整序されるのである。把握困難なものとして明らかになったのは、理論上の理解の補助線とドグマーティクによる法獲得との間の協働のみである。理解の補助線をドグマーティク上の作業手段として把握し、そしてそれを憲法理論の装いから解放するという提案は、この手段の問題を孕む可能性を否定する試みではなく、その問題に適切に向き合おうとする努力によって支えられている。まさに憲法理論から生じる挑戦ではなく、解釈作業から生じる法律学的ヘルメノイティクの問題が重要なのである。これが、憲法理論を憲法ドグマーティクから区別するどの試みもここで失敗するにちがいないより深い理由でもある。

[付記]

本翻訳に際し、丸山敦裕氏（関西学院大学）、福島涼史氏（追手門学院大学）、前裕大志氏（山口大学）、宮村教平氏（佛教大学）から多くの有益な助言を頂いた。記して御礼申し上げる。なお、当然ながら本翻訳における誤りの責任は全て訳者にある。

85) テキストや体系による抵抗力について意見を表明するものとして、*Tribe*, *Harv. L. Rev.* 108 (1995), S. 1221, 1235 ff. テキストの確定力について懐疑的なものとして、*Fallon*, *Cal. L. Rev.* 87 (1999), S. 535, 545 ff. このような限界づけが部分的に不可能であることについて、より詳細には、*Bumke*, *Erzeugung* (Fn. 43), S. 443, 453 ff.

86) この立場でさらにまた注意を引きつけるのが、法ドグマーティクには練り上げられた方法論が欠けている、ということである。法ドグマーティクの方法論には、ドグマーティクの作業の様々な道具が用意されていなければならない、またそれらの道具を扱うことが可能とされていなければならないであろう。非常に初歩的な試みをなすのが、*Bumke*, *Rechtsdogmatik* (Fn. 31), S. 140 ff. である。理解の補助線という道具は、そこでは、「法律学的理論」という標語のもとで扱われている。