

民主主義における法学（2・完）

オリヴァー・レプシウス*

土屋 武（訳）**

目次

- I. 従来の準拠カテゴリー：国家と憲法
 - 1. 国家への学問的定位
 - 2. 憲法への学問的定位
- II. 準拠基底としての民主主義
 - 1. 多数派と少数派
 - 2. 妥協（51巻1号）
 - 3. 制度の分化（以下本号）
 - 4. 時間性
- III. 帰結
 - 1. 公法にとっての帰結
 - 2. 法学一般にとっての帰結

* ミュンスター大学教授

** 新潟大学法学部准教授

3. 制度の分化

少数派が多数派となる可能性がある場合にのみ、少数派は多数派による決定に譲歩することになる。さもなければ、多数派による決定を自由意思によって受け入れる誘因はないであろう。もっとも、少数派が多数派になる可能性を持たないテーマや、少数派には妥協することが期待できないようなテーマが少なからず存在する。民主主義においては、そのようなテーマをできるだけ少ない状態に保つことが目的にかなう。なぜなら、そのようなテーマは、民主的手段だけでは修復できないような紛争を生み出すからである。ある利益集団が原理的に少数派の立場にあり、多数派になる可能性も見出していない場合には、多数派による決定に服する用意をあまりしないであろう（たとえば種族的少数派）。妥協する準備を期待することができないテーマが争点となる場合、問題が先鋭化する⁷⁰。そのようなものとして、たとえば信仰問題や良心の自由がかかる場合がある。信仰と良心は妥協に抵抗する。言い換えれば、相対主義と妥協構築に対して民主主義を信頼することは、たしかに正当化されることが大半であるが常に正当化されるというものではない。少数派が構造的に固定化している、少数派に多数派になる可能性がない、あるいは妥協の準備がないために多数決原理も妥協形成も機能しないような事例において何をなしうるのか？これに対する民主主義の応答は3つの戦略によってなされるが、これらの戦略は妥協する能力を高めるという共通の目的を持つ⁷¹。

70 また参照、*S. Besson, Morality* (Fn. 60), S. 419 ff., 436 ff. 「権利の紛争は、我々の社会・政治生活に浸透している価値や利益の紛争をあらわにする。これを道徳的・法的一体性のスクリーンの背後に隠すのではなく、率直に対峙することこそが重要である」(453)。

71 また参照、*J. Dewey, Democracy and Education*, 1923, S. 100-102 [ジョン・デューイ（河村望訳）『民主主義と教育』（人間の科学社、2000年）120頁以下]。彼は2つの戦略を識別している。(1)「単に共有された共同の関心がよ

a) 政治化

第一に、少数派の立場が固定化しうるようなテーマ領域は限定されるべきであろう。したがって、利益闘争を妥協形成が可能な側面の下で扱い、〔この闘争を〕一致をみるのがより困難となるような実存にかかる問題であるとできるだけ宣言しないことには意義がある。そのような闘争問題を個人のアイデンティティ形成という実存的領域から切り離し、その代わりに問題を政治の対象とすることが薦められる。一例として、スカーフ着用を宗教行使の表現とみなす場合、妥協の形成は困難になる。信仰問題では妥協を期待することができないからである。問題を言論および意見表明の自由の問題として扱い、そのようにして問題を政治化するのには、問題が妥協の方途で処理されうるために有意義ではなかろうか？すなわち、政治問題ではすべての人に妥協の準備があることを期待することができる。これに対し、アイデンティティの領域ではそうではない。テーマが右派左派の図式へと移されれば、妥協の形成が容易になるケースが多い。なぜなら、当該テーマから実存的な、アイデンティティを基礎づける要素が取り去られるからである。別の言い方をすれば、テーマが右派左派の二元論で議論される場合、妥協は容易になる。〔これに対し〕長幼、男女、キリスト教・イスラム教といったアイデンティティにかかわる二元論のもとで議論されている場合、それは妥協を困難にする。しかし利害対立が政治化されることで、妥協する能力は高められる。さらにここに政党の発見の天才性が示される。政党は紛争が政治化される場であるからである。政党があ

り多数になり、またより多様になることだけでなく、社会的統制における一要素として、相互の関心の認知により大きな信頼を置くこと」；(2)「(相互作用が分離を維持できていた限りで、かつては孤立していた) 社会集団間の自由な相互作用だけでなく、社会集団における変化一さまぎまの交際によって産みだされた新しい状況への対処を通じての、社会習慣の連続的な再適応」。目的は、「共有された関心の区域の拡大と、極めて多様な個人的能力の解放…」である。

るテーマを取り上げるとき、政党は妥協形成を可能にする。それは、政党は内部の意思形成において既に多様な利害の調整を行わなければならない、組織的な意思形成において了解を編制し、再度仲裁することができるからである。この点で基本法の定式化はこれ以上ないものである。「政党は、国民の政治的意思形成に協力する」と基本法は述べている。そして私はこれを補強する。なぜなら、政党は政治化を通じて利害対立を妥協することができるようにし、それによって個人には行うことができない成果をもたらす。

b) 代替的公共（Gegenöffentlichkeiten）の創出

妥協する能力を欠く少数派の問題に対応する第2の戦略、それは代替的公共を作ることである！妥協する能力を高めるために、地方の委員会やテーマに特化した委員会に決定を委ねることができる。そしてそこで新たに多数派と少数派の問いが立てられる。たとえば自治によって、地方の利害や職業特有の利害に、大きな団体であれば存在しないであろうような多数派になる可能性もたらされる。連邦制にもここで重要な機能が認められる。連邦における多数派が州における多数派と同一とは限らない。したがって、権限の担い手の多様化は妥協する能力を高める一つの戦略でもある。少数派の立場はここで別の組織的条件と多数関係の下におかれ、それによって多数派の妥協する準備に影響を与えるからである。

c) 少数派の権利

最後に、多数派が多数であるとして他の者を顧慮する必要はないために妥協の準備がないような場合に何が起こるか？これによって再び少数派は多数派の決定を受け入れる準備をさほどしなくなり、そして多数決民主主義の安定性が脅かされることになりうる。ここで第三の選択肢として残されているのが、多数派が奪うことのできない少数派の権利を認めることである。そのような権利は、決定手続に関連しうるし（たとえば聴聞・参加

権)、実体的限界を設けるものでもありうる(古典的な例が、個人の防御権として機能する基本権である)。最後は、基本権によって多数派の専制の脅威が抑止される。基本権は多数派に対し、少数派の自由を侵害することを認めないからである。その際、基本権の機能は純粋に消極的な防御権を超えている。すなわち、政治的論議の枠組において、防御権は妥協の形成を促進するためにも設けられているのである。往々にして多数派は、少数派の基本権的地位を顧慮しなければならないということ逃れることができない。そのような場合に、基本権は多数派に対し、少数派の利益を組み入れる、あるいは——別の言い方をすれば——少数派の数的な弱さを補償する。防御権としての基本権は、少数派の参加要求を高め、多数派による妥協の準備を余儀なくする。

それでは、妥協形成〔可能性〕を高めるこれら3つの戦略の共通項は何か? 相対主義と妥協の点と同様に、民主的な名前を与えることができる。すなわち、民主主義において、制度分化への発展が目指されている。中間組織(第一に政党)であれ、権限の担い手の多様化(諸権力、連邦制、自治)であれ、多数決から逃れる法的地位〔手続的権利、基本権〕であれ、そうである。

4. 時間性

最後の第四の点は民主主義の時間次元にかかわる。民主主義は期限つきの支配である。通例、機関を占める者が新たになり、権限の担い手が交代される。このことはまた次のことを意味する。意思形成が初めから始まる。多数派と少数派の変動に終わりはない。時間との関連は、すでに論じられた民主主義の特性を強化する。一方で、相対主義を横から援護する。民主主義においてはまさに正しい結果も客観的結果も期待できないゆえに、期間を定めることによって結果を絶えず再審査するよう配慮される。民主主義において以前の決定を修正するというのは通常のケースである。

それゆえ、——他方で——民主主義は妥協によって満足が与えられうるの
であって、客観性や正しさを期待する必要はない⁷²。逆のケースを観念し、
正しい、あるいは客観的な決定が存在するとの思考実験に取り組んでみよ
う。その場合、決定権が時間により移り変わることにはどのような意味が
与えられるだろうか？しかし時間による移り変わりは正しさに反するであ
ろう。これを別の形で定式化しなければならない。民主主義が時間と関わ
ることにより、人間にかかる追加的要素が決定の根拠づけに導入される。
利害は変化し、理念は発展し、評価や結論は変遷する。時間との関連の援
けによって、解答が調整され、誤りは修正されうる。民主的制度によって、
新たな妥協を形成し、新たな決定に至ることを期待できる。たとえば連邦
議会で多数意見が変わるとき、それは制度が機能していることの現れであ
る。この制度は、意見の変更があっても体面を失うものではない。制度で
はなく専門家が決定する場合には状況は全く異なる。専門家は間違えては
ならない。修正することもできない。そうでなければ圧倒的な専門知識に
よって決定することができるという輝きを失ってしまうからである。民主
的制度が専門家に優位するのは、それがよりよい洞察に至りうるからであ
る。

民主主義の時間との関連性にはさらに利点がある。それは妥協の拘束の
問題を解決する一助となる。すでに見たところでは、意見闘争において負
けた者が多数派による決定に従うのは、変更の可能性が存在する場合であ
る。期間を定めることで、変更可能性そしてひいては妥協の受け入れ〔可

72 以下の思考を詳細に展開したものとして、O. Lepsius, Die erkenntnistheoretische Notwendigkeit des Parlamentarismus, in: M. Bertschi u.a. (Hrsg.), Demokratie und Freiheit, 1999, S. 123 (149 ff.); ders., Nachhaltigkeit und Parlament, in: W. Kahl (Hrsg.), Nachhaltigkeit als Verbundbegriff, 2008, S. 326 (333-335, 342-346); ders., Prognose als Problem von Wissenschaft und Politik, in: H. Dreier/D. Willoweit (Hrsg.), Wissenschaft und Politik, 2010, S. 181-196.

能性]が高まる。しかし、拘束の問題がもう一つの観点からも立てられる。妥協にまだ参画することのできない年少者がなぜその妥協に拘束されるべきなのか？ここでも答えは次の通りである。定期的に行われる選挙によって年少者は妥協の形成に組み込まれ、年長者が課した拘束を変える可能性を持つからである。それゆえ、民主主義は、年少者、今日では「将来世代」とよく呼ばれるが、これらの者の利益を顧慮に入れるために最も適した決定手続を提供するものでもあるのである。

たしかに、相対主義、妥協、制度分化そして時間性から離れて、さらなる民主主義の構造要素を扱うことができる⁷³。もちろん、死者は排除されざるを得ないだろう。民主主義の正統化構築機能のなさに気づきうる。しかしそれ自体ひとつのテーマであって独立の論稿を必要とする。その際重要な点は、民主主義の認識論的機能であるように思われる⁷⁴。上述の4つの点は、これまでの議論が断片的なものであるにもかかわらず、少なくとも次のテーゼの基礎を固めるものである。そのテーゼとは、民主主義における法学は特有の任務、一方で現行法の記述的な取扱いにかかわり、他方で法の批判と形成に向けた学問の自律的な使命を形成するという任務を持つのであり、そしてそれゆえに公法学はパースペクティブとして民主主義に方向づけられるべきである、というものである。このアプローチの帰結は

73 とりわけ C. Möllers, *Demokratie - Zumutungen und Versprechen*, 2008 を見よ。

74 その根拠づけは、J. Madison, *Federalist Papers* Nr. 10, 37, 51, 57 (1787/88) [ジェファースンほか（齋藤眞・武則忠見訳）『ザ・フェデラリスト』（福村出版、1998年）]。これについては、M. White, *Philosophy, The Federalist, and the Constitution*, 1987, insbes. S. 25-37, 102-112, 131-148, 193-196; C. S. Nino, *The Constitution of Deliberative Democracy*, 1996, S. 92 ff., 117 ff.; H. Dreier, *Demokratische Repräsentation und vernünftiger Allgemeinwille*, AöR 113 (1988), 450 (459 ff.); C. Wawrzinek, *Die „wahre“ Republik und das „Bündel von Kompromissen“*, 2009, insbes. S. 162-180, 424-447. Waldron, *Disagreement* (Fn. 58), S. 21 ff. (「立法の法律学」), 72 も見よ。

いかなるものであり、なぜパースペクティブとして民主主義に方向づけられることに優位性があるのだろうか？

Ⅲ. 帰結

改めて従来の2つのパースペクティブ、国家中心化と憲法への定位とはどこが主に区別されるかを明らかにしよう。これら2つのパースペクティブはすべて功績があることは争いがないにもかかわらず、学問に第一次的に内容的・実質的な方向づけを命じ、統一性と体系的秩序を創設するよう義務づける。国家中心化の場合、これは主に法外的前提の法律学的有意性によってなされ、憲法への定位の場合は憲法の優位を憲法の実質的意味づけと結びつけることによってなされる。もっとも、学問的パースペクティブを民主主義の構造要素に合わせる者は、別の研究関心に行き着き、別の解決を提案することになる。そのような学問的パースペクティブは簡潔に次のようにスケッチされうる。第一に、実質あるいは実体への定位ではなく手続と権限に定位する。第二に、統一形成および体系要求ではなく方法と分野内での分化が行われる。第一の関心は公法学にむしろかわり、第二は法学全体にかかわる。これはそれぞれ例を挙げて明らかにしたい。

1. 公法学にとっての帰結

a) 実定憲法によるコントロールの変容

民主主義に向けられた法学は、それが客観的に正しいあるいは変更困難であると主張する場合には、内容を固定することに対して懐疑的であろう。すなわち、内容的な決定は法律のレベルに属するのであって、憲法のレベルではない。この数十年の連邦共和国において体験してきたような、実質的な憲法解釈の進展または拡張には、むしろ批判的な対応がなされ

る⁷⁵。別の言い方をすれば、議会の形成余地が維持され、拡張される。立法の実体的な審査密度は後退する。内容に関する憲法化はすべて、多元主義と相対主義を廃棄し、妥協が支配する領域を限定する。憲法解釈によってますます多くのテーマを限定することによって妥協が支配する領域を絶えず狭める者は、同時に制度的自由と個人的自由を狭める。憲法が内容的に決定したものは、政治的討議の埒外におかれる（憲法改正を除けば）。市民または有権者としての我々の意見はもはや重要ではない。しかし、逆に権限と手続法が重要な場合、手続のコントロールが強調される。政治プロセスが機能するかどうかは、権限と手続法に左右されるからである。これらは意見の競争、決定発展の行為能力そしてもちろん時間的条件を伴ったコントロールと改正可能性を保障する。したがって、私は憲法の優位の解体を擁護するのではなく、手続コントロールの強化の意味での再編を擁護している。このような目標をもって、我々は、裁判官の審査権と規範破棄権が民主的に正統化された決定発見を改善するのかそれとも妨げるのか、そしてそれはいかにしてか、という議論を始めなければならない。

もっとも、これは連邦憲法裁判所がとる途ではない。逆の行動をとるのが通例であり、実体的な基本権コントロールが厳格なままで、権限・手続・形式が問題となっている場合には、機関に決定裁量を認めるのである⁷⁶。たとえば連邦憲法裁判所が1983年にも2005年にも建設的不信任問題

75 政治紛争の多元主義的処理を理由とするものとして、参照、*D. Halberstam*, *Constitutional Heterarchy: The Centrality of Conflict in the European Union and the United States*, in: J. Dunoff/J. Trachtman (Hrsg.), *Ruling the World?*, 2009, S. 326 (336 ff., 353 f.): 多元主義的な組織原理としての憲法ヘテラルキー。

76 また次も見よ。*W. Geiger*, *Recht und Politik im Verständnis des Bundesverfassungsgerichts*, 1980; *J. Isensee*, *Die Verfassungsgerichtsbarkeit zwischen Recht und Politik*, in: M. Piazzolo (Hrsg.), *Das Bundesverfassungsgericht*, 1995, S. 49 ff.; *H. Schulze-Fielitz*, *Das Bundesverfassungsgericht in der Krise des Zeitgeistes*, AöR 122 (1997), 1 ff.

に基づく連邦議会の解散を認める際に示した寛大なる判断が想起されよう⁷⁷。連邦憲法裁判所は政治プロセスの尊重によって自身の抑制的なコントロールを根拠づけ、そして憲法機関の決定がまさに内容的に審査できないことを根拠づけた。これと同一の方向へと歩むのが、連邦の競合的立法の際の必要性条項(基本法旧72条2項)の審査を行わないときである⁷⁸。近時の判例からもう一つ例を挙げよう:連邦憲法裁判所は、連邦議会が法規命令を変更する法、したがって連邦議会に憲法上認められない行為形式を奪う法に異議を唱えなかった⁷⁹。しかし法廷は、命令法を変更する際、連邦議会は立法手続に拘束されると付け加える。連邦憲法裁判所に従えば、我々の国家慣行は命令法を立法手続の帰結として認める。ここではさまざまな形式が入り乱れている。カールスルーエの裁判所〔連邦憲法裁判所〕は、法設定の形式の平準化に対して真剣に抵抗してこなかった。この抑制は、政治プロセス、国家実践ないし諸機関による相互的なコントロールの尊重によって根拠づけられてきたが、いまでは誤りであると考えられている⁸⁰。この発展は、国内法規命令によりEU法上の指令の実施に影響を

77 BVerfGE 62, 1 (34 ff.) [1983] には3つの少数意見が含まれている(64 ff.); BVerfGE 114, 121 (149-161) には2つの少数意見がある(170 ff.)。浩瀚な文献から、たとえばC. Schönberger, *Parlamentarische Autonomie unter Kanzlervorbehalt*, JZ 2002, 211 ff.; J. Ipsen, *Die Auflösung des 15. Deutschen Bundestages*, NVwZ 2005, 1147 ff.; M. Hartwig, *Die Auflösung des Bundestages im Verfahren des Art. 68 GG*, Der Staat 45 (2006), 409-425.

78 参照、基本法旧72条2項に関する判例として: BVerfGE 13, 230 (233 f.) [1961]; 34, 9 (27-29) [1972]; 77, 308 (330) [1987]; 基本法新72条2項に関する判例はこれまでより多少厳格である: BVerfGE 106, 62 (142-155) [2002]。

79 BVerfGE 114, 196 (234-242) [2005]。これについては、J. Saurer, *Die Funktionen der Rechtsverordnung*, 2005, S. 371 ff.

80 BVerfGE 114, 196 (234): 「50年を超える国家的実践により示されたのは、議会立法者による命令の改正の必要が存在する、ということである」。判決に対する決定的な批判を行うのが、C. Möllers, *Formloser Sozialstaat gegen*

与えようとする連邦議会の関心、したがってEU法を誘引とする法設定に議会が共同作用することにより国内法源の平準化が要請されるとの思想によつてのみ正当化される⁸¹。

例として、議会留保と本質性理論に関する議論も参照することができる。かつて、連邦憲法裁判所は、いかなる主題に議会法律が必要であり、法律による規律はどの程度の抽象・具体化の水準で決められるべきかという問題を、基本法20条2項の民主制原理に依拠して決定していた⁸²。しかし裁判所はその際に、機関が持つ認識能力を規範ヒエラルキーと相関させるアプローチをみだしていなかった。裁判所は民主主義理論上の問題を前にして逃亡し、少なくとも基本法にとって重要な規定は本質的なものに数えられるとの定式を創造することによって、法治国家的基準を用いて基本権を保護しようとした⁸³。議会留保と本質性理論の裏面としての法律の留保の具体化と射程の問題は、基本権介入と符合し⁸⁴、そしてその結果、

rechtsstaatliche Form, JURA 2007, 932 (936 f.); また次も見よ。C. Gusy, Parliaments and the Executive. Old Control Rights and New Control Contexts in Germany, in: K. Ziegler/D. Baranger/A. Bradley (Hrsg.), Constitutionalism and the Role of Parliaments, 2007, S. 127 ff.

81 法規命令の実施機能については、J. Saurer (Fn. 79), S. 148-155, 397-400 m.w.N.を見よ。

82 BVerfGE 33, 125 (157-159) -Facharzt [1972] ; 33, 303 (346) -numerus clausus [1972] ; 34, 165 (192 f.) -Hessische Förderstufe [1972] ; 41, 251 (260) -Zugang zum zweiten Bildungsweg [1976].

83 BVerfGE 47, 46 (79) -Sexualkunde [1977] ; 49, 89 (126) -Kalkar [1978]. この展開について概観するものとしてたとえば、K. Stern, Die Grundrechte und ihre Schranken, in: FS 50 Jahre BVerfG, Band II, 2001, S. 1 (24); また見よ、W. Cremer, Art. 80 Abs. 1 S. 2 GG und der Parlamentsvorbehalt-dogmatische Unstimmigkeiten in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, AöR 122 (1997), 248 ff.; J. Staupé, Parlamentsvorbehalt und Delegationsverbot, 1986, S. 103-161; P. Lerche, Bayerisches Schulrecht und Gesetzesvorbehalt, 1981, S. 32-37.

84 これを特に明確に示したのが、BVerfGE 98, 218-Rechtsschreibreform

本来国家組織法の議論が基本権へとスライドされ、そこではそれ以来議論が「拡張された介入概念」として継続された。事態の推移は、国家組織法を理論形成することができず、それを実質的な審査基準の拡張によって補償するドイツの憲法ドグマーティクにとって徴候的である。ここで国家組織法の問題は基本権の問題へと変形され、組織法、権限配分、規範ヒエラルキーまたは手続に代わって現れるのは基本権の実体的審査基準である。

裁判所は、基本権を基準とした立法者の実体的統制に転回することを好む。権利に定位することにより、実体的審査基準が優位することになる。これは権限秩序と制度分化の問題、そしてこれと結びついた規範ヒエラルキーを平準化する傾向がある。たしかに言葉の綾として立法者の決定余地が強調されるが、立法者は基本権の厳格な統制によって狭められる。近時の判例を挙げれば、禁煙法⁸⁵や所得税法における通勤費税額控除の新たな規律⁸⁶の違憲性が想起されよう。

逆に私見では、民主主義を顧慮して憲法を解釈する者が判断しなければならない。ここで、各権力の憲法上の任務は新たな規定を必要とする⁸⁷。

[1998] である。裁判所は、「万人にかかわること（quod omnes tangit）」の主題について、もはや権限、制度または手続に定位した基準を得ようとするのではなく、当事者の基本権介入を審査する。参照、批判的に説明するものとして、*H. Bauer/C. Möllers*, Die Rechtschreibreform vor dem BVerfG, JZ 1999, 697-702; 議論状況については、*R. Gröschner*, Die „Jenenser Kritik“ an der Rechtschreibreform, JuS 1997, 298-303; *W. Kopke*, Rechtschreibreform und Verfassungsrecht, 1995. BVerfGE 90, 286 (383-387) -Somalia [1994] における戦力の軍事的投入に対する「構成的議会留保」の根拠づけは憲法史的な伝説を用いており、したがって民主制原理に依拠することもなかった。

85 BVerfGE 121, 317 [2008] には2つの少数意見が付いている (378 ff.)。

86 BVerfGE 122, 210 [2008].

87 参照、BVerfGE 122, 210を批判して、*O. Lepsius*, Erwerbssaufwendungen im Einkommensteuerrecht, Anmerkung, JZ 2009, 260 ff.; また次の批判も参照、*C. Moes*, Die Steuerfreiheit des Existenzminimums vor dem

ここに国法学の任務がある。

b) 法秩序の憲法化

数十年にわたる憲法による実体的統制により、法秩序の憲法化の増大がもたらされた⁸⁸。これをドイツの法律家は何らよいものと考えていない。すなわち、憲法化は、法律がたとえば既に述べた基本権の第三者効力や憲法適合的解釈によって憲法の実体的拘束の表現であると解釈されるために、通常法の独自性が失われることを意味する⁸⁹。憲法化は裁判官法によつ

Bundesverfassungsgericht, 2011.

88 *P. Terhechte*, *Konstitutionalisierung und Normativität der europäischen Grundrechte*, 2010; *H. D. Jarass*, *Die Konstitutionalisierung des Rechts*, insbes. durch die Grundrechte, in: R. Scholz u.a., *Realitätsprägung durch Verfassungsrecht*, 2008, S. 75–87 [H. D. ヤラス（工藤達朗訳）「法秩序の憲法化」同（松原光宏編）『ドイツ・ヨーロッパ基本権論』（中央大学出版部、2011年）1頁]；*R. Wahl*, *Konstitutionalisierung-Leitbegriff oder Allerweltsbegriff?*, in: FS Winfried Brohm, 2002, S. 191 ff.; *G. F. Schuppert/C. Bumke*, *Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung*, 2000; *G. Hermes*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, VVDStRL 61 (2002), 119 ff.; *M. Jestaedt*, *Verfassungsrecht und einfaches Recht-Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit*, DVBl. 2001, 1309–1322; *J. Wolter/E. Riedel/J. Taupitz* (Hrsg.), *Einwirkungen der Grundrechte auf das Zivilrecht, Öffentliche Recht und Strafrecht*, 1999.

89 BVerfGE 2, 266 (282) [1953] 以来実施されている；vgl. *K. Schlaich/S. Koriath*, *Das Bundesverfassungsgericht*, 9. Aufl. 2012, S. 303 ff.; *P. Lerche*, *Stil und Methode verfassungsgerichtlicher Entscheidungspraxis*, in: FS 50 Jahre BVerfG, Band I, 2001, S. 333 (358); *A. Voßkuhle*, *Theorie und Praxis der verfassungskonformen Auslegung von Gesetzen durch Fachgerichte*, AöR 125 (2000), 177; *K. Stern*, *Staatsrecht*, Band III/1, 1994, S. 1706 ff.; *R. Zippelius*, *Verfassungskonforme Auslegung von Gesetzen*, in: C. Starck (Hrsg.), *Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz*, Band 2, 1976, S. 108 ff.; *M. Jestaedt*, *Rechtsprechung und Rechtsetzung-eine deutsche Perspektive*, in: W. Erbguth/J. Masing (Hrsg.), *Die Bedeutung der*

て見いだされた保護義務によってさらに進む。立法者はまた、法律を作る際に首尾一貫性の要請に拘束され⁹⁰、コンセプト遵守義務に服し⁹¹、あるいは法秩序の無矛盾の原則に従わなければならない⁹²。

そのような議論形象〔論証のための概念〕によって、数十年かけて我々に実体的な先行決定の山がもたらされた⁹³。民主主義に定位したパースペクティブをとる場合、次のような問題が必然的に問われる。いかにして古い時代のそのような決定から解放するか？たとえば客観的価値秩序としての基本権という定式は1958年には特定のコンテキストで発せられ、特定の問題を顧慮して定式化されたものであるが⁹⁴、この定式は憲法解釈の永遠の構成部分となったのであろうか？すでに憲法解釈による実体的な先行

Rechtsprechung im System der Rechtsquellen, 2005, S. 25 ff.; *ders.*, Das mag in der Theorie richtig sein ..., 2006, S. 46-52.

90 BVerfGE 84, 239 (271) [1991]; 105, 73 (125) [2002]; 107, 27 (46 f.) [2002]; 117, 1 (30) [2006]; 122, 210 (231) [2008]. 判例分析として、C. *Thiemann*, Das Folgerichtigkeitsgebot als verfassungsrechtliche Leitlinie der Besteuerung, in: S. Emmenegger/A. Wiedmann (Hrsg.), Linien der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts, Band 2, 2012, S. 179 (183-191).

91 BVerfGE 121, 317 (356 f., 359-368); 厳しい批判を行うものとして、J. *Masing*, Sondervotum, ebd., 381 ff.: 立法政策への過剰介入として許されない; 議会の後見人となる危険。

92 BVerfGE 98, 37 (97) [1998]; 98, 106 (125 ff.) [1998]; 98, 265 (301) [1998]; 116, 164 (185) [2009].

93 批判と分析として、C. *Bumke*, Die Pflicht zur konsistenten Gesetzgebung, Der Staat 49 (2010), 77-105; P. *Dann*, Verfassungsrechtliche Kontrolle gesetzgeberischer Rationalität, Der Staat 49 (2010), 630-646; B. *Grzeszick*, Rationalitätsanforderungen an die parlamentarische Rechtsetzung im demokratischen Verfassungsstaat, VVDStRL 70 (2012), 49 (52-55). 合理性の要求を誇張することに反対するものとしてまた、K. *Meßerschmidt*, Gesetzgebungsermessen, 2000, §§ 8, 9; G. F. *Schuppert*, Governance (Fn. 64), S. 30-32.

94 参照、前掲注(26)。

決定があり、これが議会の形成自由を制限している場合、いかにしてこの先行決定を再び放棄することができるのか、という問いも必然的に立てられる。

民主主義プロセスにおいてはこれは何の問題もない。多数派は変わりうるものであり、新たな多数派が新たに決定することができる。新たな決定は誤りを修正しているわけではない。むしろ制度が機能していることの現れである。裁判所の場合、これは別のことを意味する。裁判所は自らを修正することができない。なぜなら、裁判所の判断権は法的争訟を受けて行使されるからである。新たな法的争訟によって新たな判断が導かれる場合ですら、それによって以前の判決が修正されるわけではない。その既判力は新たな判決によっては侵されない。議会とは異なり、裁判所は以前の判断を変更し、あるいは修正することができない。裁判所が法的な誤りを認めれば、その制度的な権威を失ってしまうだろう。その場合、残されているのは、事実に関して議論し、そして「本件は異なるものであり、それゆえ別の判断を下す」という言明をすることだけである⁹⁵。しかし、これによって以前の憲法解釈のすべてが原理的に存続するだけにとどまらず、新たな解釈がまた絶えず積み重なることになる。裁判所が意図するか否かにかかわらず、その判決実践は政治の形成余地を絶えず狭めているのである⁹⁶。

これに対して学問にできることがある。我々は、たとえばそれぞれの事実関係に基づく区別（*distinguishing*）の手法や憲法裁判所の判決のコンテクスト化や歴史化を通じて古い憲法解釈を階層化する技術を用いる⁹⁷。こ

95 参照、O. Lepsius, Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: R. Scholz u.a., Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, 2008, S. 103 (116 f.), ders., Lernen (Fn. 51), S. 354-361.

96 この問題については、多くの文献に替えて、H. Hofmann, Das Recht des Rechts, das Recht der Herrschaft und die Einheit der Verfassung, 1998, S. 27-39.

97 コンテクスト化と歴史化が不可欠なことについては、R. Wahl,

こにも法学の新たな重要な任務がある。すなわち、判例に関する理論の展開、あるいはカズイスティクの扱い方のルールの展開である。

c) 基本権と少数者保護

基本権の機能は、それが民主主義にどのような影響を与えるかという側面から新たに徹底的に考えられなければならない。つまり、多数派の専制を阻止し、多数派への妥協の準備を高めるために、特定の少数者の権利は強化される。これに対し、少数派であることが一般的な政治的意思形成の〔結果としての〕表現にすぎないような対象領域は、基本権によって強く形づくられるべきではないであろう。このことはおおよそ、政治的基本権(意見表明の自由、集会の自由、結社の自由)は経済的基本権(財産権保障、職業の自由)よりも強く保護されることを意味する⁹⁸。一方は政治プロセスそれ自体にかかわり、他方は政治プロセスの結果にかかわる。アイデンティティ、人格、私秘性を保護する基本権から政治的基本権を経て経済的基本権に至るまで保護水準を階層的に段階づけることは、今日ではすでに連邦憲法裁判所の判例において事実上認められる⁹⁹。しかしこの段

Herausforderungen (Fn. 28), S. 12-16 [ヴァール(齋藤誠訳)・前掲注(28)]; ders., Entwicklungspfade im Recht, JZ 2013, 369 (371-375); O. Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie (Fn. 43), S. 43-48; ders., Die maßstabsetzende Gewalt (Fn. 26), S. 259-266 [レブシウス(西土彰一郎訳)・前掲注(26) 213頁以下]。これを実行に移しているのが、U. Haltern, Europarecht. Dogmatik im Kontext, 2005, 3. Aufl. 2010.

98 この考え方についてはまた、O. Lepsius, Die Religionsfreiheit als Minderheitenrecht in Deutschland, Frankreich und den USA, Leviathan 34 (2006), 321 (345 ff.).

99 これは経済にかかわる基本権の場合に憲法裁判所の審査密度が明らかに緩いことに丁度対応している。判例の説明とともに、参照、O. Lepsius, Verfassungsrechtlicher Rahmen der Regulierung, in: M. Fehling/M. Ruffert (Hrsg.), Regulierungsrecht, 2010, § 4 Rn. 50-57, 84 f.; H. Wißmann, Richterliche Kontrolldichte im öffentlichen Wirklichkeitsrecht, FS Reiner

階づけの意義については省察されていない。このような段階づけを歓迎することはまた、統一的な基本権ドグマティックが個別ドグマティックに取って代わられることを意味する。この個別的ドグマティックによって、なぜ基本権ごとに保護の強度が異なることになるのか、そしてなぜ一つの基本権の内部ですら一定の事態により強い保護が認められるのかが説明されうるのである。

2. 法学一般にとっての帰結

以上3つの領域、すなわち制度理論、判例理論、基本権理論は、民主主義のパースペクティブがどれだけ法学の問題設定と解決策を変えるものであるかを示す例として十分であろう。もっとも、これらの領域はまだ法学〔一般〕それ自体にかかわるものではない——むしろまだ公法に縛られている。それゆえ、最後にさらに3つの別の例を挙げ、民主主義に照準を合わせることは公法を超えて学問的〔法学的〕に結論に対して重要な意味を持つとのテーゼを証明することにする。

a) 法秩序の統一性

上述した民主主義の4つの構造要素（相対主義、妥協、制度分化、時間関連性）を真剣に受け止めるならば、ドイツの法学を長らく形づくってきた観念に法学は別れを告げなければならない。まずは法秩序の統一性ないし無矛盾の観念に別れを告げなければならない。法秩序の統一性は学問的作業の有意義な目標ではもはやありえない。それは相対主義、妥協、制度

Schmidt, 2006, S. 627 ff.; 現状分析については、また参照、*M. Ruffert, Zur Leistungsfähigkeit der Wirtschaftsverfassung, AöR 134 (2009), 197 ff.; W. Kluth, Bundesverfassungsgericht und wirtschaftslenkende Gesetzgebung, in: E. Schmidt-Aßmann (Hrsg.), Beiträge zum öffentlichen Wirtschaftsrecht, 2005, S. 11 f.*

分化、時間関連性に反するからである。民主的法秩序は、法創設における統一性ないし無矛盾を期待することができない——少なくともドイツで通常理解されているような実体的統一の意味ではそうである。民主主義においては、権限秩序としてしか法秩序における統一性は考えられない。さらに法秩序の無矛盾について述べるとすれば——連邦憲法裁判所は極端なことに以前この定式へと飛躍し、さらにはこれを基本法から引き出すことができると考えた¹⁰⁰——、学問はそのような期待と解釈に立ち向かうべきであろう。憲法が異なる権限の担い手を予定しているとするれば（そしてそれは連邦国家においては当然通常の場合である）、法秩序の統一性は権限に関してのみ存在しうるのであって、実体的には存在し得ない。（とりわけ連邦国家において）法創設機関を多数設けるという憲法上の決定は、権限の担い手、それぞれの多数派そして妥協を真摯に受け止めるパースペクティブからすればまさに、実体的な憲法解釈なるものによって平準化されてはならないのである。そして法的調和、法の実体的統一、体系適合性¹⁰¹

100 参照、前掲注（92）。

101 この伝統的なパースペクティブを指示するものとしては、たとえば次を見よ。K. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung, 1935; ders., Einführung in das juristische Denken, 8. Aufl. 1983, S. 160 ff.; C.-W. Canaris, Systemdenken und Systembegriff in der Jurisprudenz, 2. Aufl. 1983 [C. -W. カナリス（木村弘之亮訳）『法律学における体系思考と体系概念』（慶応大学出版会、1996年）]；E. Schmidt-Aßmann, Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee, 2. Aufl. 2004, Kap. 1 [E. シュミット＝アスマン（太田匡彦ほか訳）『秩序づけ理念としての行政法』（法律文化社、2006年）1頁以下]；K. F. Gärditz, Hochschulorganisation und verwaltungsrechtliche Systembildung, 2009, S. 2-6, 100 ff. より懐疑的な評価を行うものとして、M. Baldus, Die Einheit der Rechtsordnung, 1995; M. Jestaedt, Das mag in der Theorie (Fn. 89), S. 81-83; C. Engel, Herrschaftsausübung bei offener Wirklichkeitsdefinition, in: ders./W. Schön (Hrsg.), Das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 205-240; O. Lepsius, Rechtswissenschaftstheorie (Fn. 43), S. 36-41.

は学問的目標であるべきではなく、法創設機関とその法把握の多元性を真摯に受け止め、整合的体系性を期待しない実定法の動態的理解こそが学問の目標であるべきであろう¹⁰²。

b) 法律への拘束

パースペクティブの照準設定を新たにすることは、法律への拘束をも巻き込んでいく。伝統的に法律への拘束は実体的にとらえられ、裁判官ないし官吏の活動が実体的に拘束された法律の執行に尽きるかのような印象を呼び起こした。これについて看過されてはならないのは、法律の適用はすべて判断の余地を残しており、したがって執行活動も裁判活動も実体的に決定されることはありえない、ということである。もちろん包摂行為そして法適用の事実に関する次元があることにより、法律への実体的拘束があるにもかかわらず、法適用はすべて新たな法を設定することになる¹⁰³——そして法の実体的拘束の表現である、ましてや憲法に根拠を持つ実体的なメタ法の表現であるなどと理解することはできない。それゆえ権限問題が重要なのであるが、それは、権限問題が法創設への授權の枠を規定するためである¹⁰⁴。そのほか、権限の担い手の固有の形成余地を認めるパースペ

102 公法学が「体系」に照準を合わせることを批判するものとしてすでにあるものとして、参照、*P. v. Oertzen* (Fn. 13), S. 253:「…体系は、哲学的要素や歴史的要素、政治的要素を組み込むことに正当な位置づけを何ら与えるものではない」。

103 これについてはすでに、*A. Merkl*, *Gesetzesrecht und Richterrecht* (1922), in: ders., *Gesammelte Schriften*, Band I/1, 1993, S. 317 (319–322); ders., *Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus* (1931), ebd., S. 437 ff. [アドルフ・メルケル（勝亦藤彦・小田切忍訳）「法段階構造の理論に関するプロレゴメナ」山梨学院ロー・ジャーナル6号（2011年）143頁以下]；*H. Kelsen*, *Reine Rechtslehre*, 1934, S. 73–75 [ケルゼン（横田訳）・前掲注（13）頁]。

104 *M. Jestaedt*, *Das mag in der Theorie* (Fn. 89), S. 22–24; ders., *Maßstäbe des Verwaltungshandelns*, in: H.-U. Erichsen/D. Ehlers (Hrsg.),

クティブは、裁判官法や裁量といった現象を——法律への実体的拘束の例外として問題化するのではなく——制度分化の帰結として通常のものとすることによって、そういった現象を説明することをも容易にする。

c) 学問の内部分化 (Intradisziplinarität)

法把握の多元主義により、対象領域に特有の解決を行うことが認められ、法の部分領域（民法／刑法／公法）に法律学の原理的問題に対して独自の解答を与えることが許される¹⁰⁵。たとえば法律への拘束の問題は、刑法、公法、そして民法で異なる解答が与えられうる。法を適用する機関が一方は権限上拘束され（当局）、他方は権限上全能である（私的自治の枠内での私法上の主体）からである。また、通常法の独自性を確保し法の部分領域ごとに異なる解決を構想するというのは、最悪の結果ではないことも確かである。

民主主義における法学はいかなる任務を有するか？それは、民主的法秩序という条件の下では実現し得ない誤った期待を抱くものであってはならない。法把握の多元性を制度分化の現れであるとして擁護し、実体的な統一を築こうとすることから守られなければならない¹⁰⁶。そして権限と手続

Allgemeines Verwaltungsrecht, 14. Aufl. 2010, § 11 Rn. 5-10.

105 次を見よ。M. Jestaedt, Braucht die Wissenschaft vom öffentlichen Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?, in: A. Funke/J. Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 17 (37 ff.); ders., Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: Rechtswissenschaftstheorie (Fn. 43), S. 185-205; ders., Öffentliches Recht als wissenschaftliche Disziplin, in: Proprium (Fn. 101), S. 241 ff.; 民法のパースペクティブから、H. C. Grigoleit, Anforderungen des Privatrechts an die Rechtstheorie, in: Rechtswissenschaftstheorie (Fn. 43), S. 51 ff.; 刑法の視点から、M. Jahn, Pluralität der Rechtsdiskurse-Sektoralisierung der Methodenlehre, ebd., S. 175 ff.

106 この意味でまた、S. Besson, Morality (Fn. 60), S. 455, 528, 530.

法を頑として守らなければならない。その一方、実体法的な問題、それは安心して民主的な多数派による発見に委ねることができる——もちろん、民主主義における法学は、法政策と法解釈を混同させない限りで、学問としてこの多数派による発見に遠慮なく参加することが許されている。

Oliver Lepsius, *Rechtswissenschaft in der Demokratie, Der Staat* 52 (2013), S. 157–186