

[研究ノート]

## 憲法判例の文脈化と機能化

——O・レプシウスのドイツ連邦憲法裁判所批判

三宅雄彦

### 一 序言

憲法訴訟の在り方につき、我が国で、米独の比較がなされて久しい。手続法的には、附随的違憲審査制と抽象的違憲審査制の対比があり、実定法でも、二重の基準論と三段階審査図式の対照がなされてきた。嘗て、憲法訴訟論の隆盛の中で法学教育を通過した世代からすれば、米連邦最高裁の判例分析の凝縮や輸入で成り立つ違憲審査基準論は余りに混乱したものであり、故に、ドイツ流の体系性が魅力に映る。他方で、刑法学の構成要件論にも似た緻密な構造のドイツ基準論も<sup>1</sup>、あらゆる事例に統一的に適用できるその一貫性が却って敵視されて、各事例の特殊性を無視した段階のない唯の利益衡量論と誤解される。

ところで、そのドイツ流の比例性原理の普遍性が近時喧伝されるが、他方、当のドイツ基本権理論のアメリカ化も有力に主張されている。余りに詳細、学術的、硬直と批判される、連邦憲法裁判所実証主義<sup>2</sup>。一つに、その判例法理の射程を各決定の文脈化で削減して、二つに、その各決定の文脈を連邦憲法裁の機能的理解で補充する戦略である。

二  
八

1 参照、三宅雄彦「公法学史方法の日独比較」(埼大)社会科学論集 151号(2017年)21-29頁。

2 参照、三宅雄彦「序論」鈴木秀美・三宅編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』(信山社、2021年)22頁。

本稿では、その憲法判例の脱文脈化と再機能化を主張するドイツの論者の一人、オリヴァー・レプシウスの憲法学説の概略を検討する<sup>3</sup>。

## 二 憲法判例の脱文脈化

### 1 尺度定立権力の支配

(1) 連邦憲法裁の、戦後自由民主体制への貢献は指摘するまでもないが、レプシウスは、硬直したその憲法判例の展開を厳しく批判している<sup>4</sup>。

彼は言う。基本法には当然に憲法の優位があり、故に、基本法違反を統制する連邦憲法裁には憲法の番人の地位があるのだが、しかし、実施の連邦憲法裁には、単なる司法権力を凌駕し、唯の憲法の優位を超越した特別

---

3 憲法判例の脱文脈化を批判し、その文脈化を主張する、レプシウスを中心とする一派を、レンスマンは憲法的歴史学派(Historische Verfassungsrechtsschule)と名付けている。Thilo Rensmann, Abschied von Lüth?: Zur Kontextualisierung und Historisierung von verfassungsgerichtlichen Leitentscheidungen, in: Th. Groh / F. Knur / C. Köster / S. Maus / T. Roeder (Hrsg.), Verfassungsrecht, Völkerrecht, Menschenrechte - Vom Recht im Zentrum der Internationalen Beziehungen: Festschrift für Ulrich Fastenrath zum 70. Geburtstag, 2019, S. 55-78, 59. 彼は、その集団に、イエシュテトやパヤンデーなども枚挙している。Rensmann, a.a.O., S. 55, Fn. 5, 7. Vgl. Matthias Jestaedt, Autorität und Zitat: Anmerkungen zur Zitierpraxis des Bundesverfassungsgerichts, in: S. Dtterbeck/J.Zozek/Ch. von Coelln(Hrsg.), Recht als Medium der Staatlichkeit\_Festschrift für Herbert Bethge zum 70. Geburtstag, 2009, S. 513-533. 532f.; Mehrdad Payandeh, Judikative Rechtserzeugung, 2017, S. 465ff.; Anna-Bettina Kaiser, Herstellung und Darstellung von Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts, in: J. Masing/M. Jestaedt/O. Jouanjan/C. Capitant(Hrsg.), Entscheidungen und Entscheidungsprozesse der Rechtsprechung, 2020, S. 1-16, 6f.

オリヴァー・レプシウスは、米国・シカゴ大学にも留学経験のある公法学者で、アメリカ憲法行政法に関する著作も多数出版している。Vgl. Oliver Lepsius, Verwaltungsrecht unter dem Common Law: Amerikanische Entwicklungen bis zum New Deal, 1997. 本稿で扱うレプシウスの説は、今やドイツ憲法研究者に最早周知で、従って本稿は、筆者にとっての備忘録の域を出ないことを注記する。

4 Oliver Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: ders. u. a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159-279. (オリヴァー・レプシウス(棟居快行・西土彰一郎訳)「基準定立権力」シェーンベルガー他『越境する司法』(風行社、2013年)133-229頁)なお、本稿ではMasstabを基準でなく尺度と訳すことにする。

の地位が付与されていると、レプシウスは指摘する<sup>5</sup>。

この連邦憲法裁の新しい権限の源泉は、それが採用する<sup>メトード</sup>方法にある。つまり、憲法条項を解釈して判断尺度を定立し、これを各々の状況や文脈を持つ事件に適用するという、一見、至極普通の方法である。尤も、1970年代、80年代までの判例実務では、問題は小さい。即ち、尺度を得る際、事件事実を踏まえた説得的論証が試みられる。だが、連邦裁が上の新たな権力を得るのは1990年代以降である。解釈段階での尺度設定は、事実の関連性のない抽象的なものとなり、憲法裁の先例を枚挙するだけで、真剣な基礎づけは省略されていく<sup>6</sup>。

要するに、本来吟味すべき事件自体を排去して尺度を定立するとの、尺度の脱文脈化(Entkontextualisierung)により、憲法裁の新しい地位が立ち現れるのである。

(2) その連邦憲法裁の方法とは、その決定／理由づけ技術のことである。その決定理由はA、B、C、と章立てされ、通例、Aでは事件概要、Bでは訴訟要件、Cでは実体要件が順次検討されるのだが、その際、実体判断が、尺度部分(Maßstäbeteil)と包摂部分(Subsumutionsteil)のブロック二つに分割されるのだ<sup>7</sup>。

一つに、尺度部分では、憲法規定が一般的抽象的に解釈され(C I)、包摂部分では、その尺度が事件へ個別的具体的に適用される(C II)<sup>8</sup>。

二つに、だがこの分割は、実体的憲法解釈の唯の構造化に留まらず、当

5 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 167f.(訳140-141頁); ders., Entscheiden durch Maßstabsbildung, in: R. Ch. Van Ooyen / M. H. W. Möllers(Hrsg.), Handbuch Bundesverfassungsgericht im politischen System, 2. Aufl., S. 119-135, 126f.

6 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 167f.(訳140-141頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 126f.; ders., Über die Notwendigkeit der Historisierung und Kontextualisierung für die Verfassungsdogmatik, in: F. Meinel(Hrsg.), Verfassungsgerichtsbarkeit in der Bonner Republik, 2019, S. 119-154, 120f.

7 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 168(訳141頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 123f. 参照、三宅(前掲注2)14頁。

8 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 169-171.(訳141頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 123.

該事件や文脈からの尺度部分の切断も意味するとレプシウスは言う<sup>9</sup>。即ち、本来、規範解釈と事実判断が結合してこそその憲法解釈なのに、その規範解釈は政治的文脈から抽象化され客観化され、同時にその尺度部分自体が、関連する前の諸決定の同じく抽象化客観化された尺度部分から補強され複写され、益々抽象化され客観化されていく<sup>10</sup>。

三つに、その上、時代変化に合わせて尺度部分を発展させる為には、本来ならこの基準を決定すべき具体的利益状況と照合すべきなのに、矢張りここでも、法と政治の相互の関連付けが忘却されて、尺度は、脱文脈化された、普遍的で無時間的な諸原則と把握されるのである<sup>11</sup>。

(3) 第一に、憲法裁のこの尺度自体に問題があると、レプシウスは言う。即ち、尺度には、通常の規範にはない特殊な性質が具備されている。

さて、規範には通常、適用を想定しない普遍的抽象的規範＝法律と、執行を前提とする個別的具体的規範＝行政処分と判決が対比される。しかし、連邦憲法裁の尺度は、法律の下と、処分や判決の上にある、つまり、普遍的抽象的憲法規範を具体化し、同時に、個別的具体的適用領域を普遍化する、普遍的且つ個別的な領域の中間規範、又は、中間的具體化の段階、不明瞭な中間レベルの規範であるというのだ<sup>12</sup>。

しかし問題は、この中間規範の尺度が制御不能だということにある。一つに、この尺度は、法律を解釈で憲法に適合させ、一段上の憲法原理からも審査基準を導出して、各規範の段階の差異を平準化する。二つに、しかもこの尺度は、法律でも憲法条項でもないから、立法手続や改憲手続の対

9 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 171(訳141-143頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 123.

10 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 172f.(訳144-145頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 123.

二五 11 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 173f.(訳145-146頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 128; ders., Zur Bindungswirkung von Bundesverfassungsgerichtsentscheidungen, in: R. Scholz / D. Lorenz / Ch. Pestalozza, (Hrsg.), Realitätsprägung durch Verfassungsrecht, 2008, S. 103-117, 111-117. なお、解釈と適用を厳格に峻別することにより、連邦憲法裁内部の多数決の成立をより容易にする効果があるとレプシウスは指摘する。Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 241f.(訳199-200頁)

12 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 174-177(訳146-148頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 128f.

象にもならず、憲法裁のみがその担当者となる。即ち、憲法裁の尺度は、法のヒエラルヒーの外に独自の領域を作る<sup>13</sup>。

ここに連邦憲法裁は、尺度定立により自らに授権する。憲法の番人<sup>ヒューター</sup>でなく憲法の支配者<sup>ヘルシヤー</sup>、唯の裁判所でなく尺度定立権力(Maßstabsetzende Gewalt)の誕生である<sup>14</sup>。

(4) 第二に、この尺度の、憲法裁による処理にも問題ありと、彼は語る。つまり、この尺度は、その成立条件を離れ自己展開する性質を持つ。

さて、法的判断基準は、元々特定の事件を解決すべく展開されるが、憲法裁は、憲法解釈を事件から切断し、全く別の事件へと適用する。一つに、或る尺度を成立せしめた歴史条件や成立文脈を切り捨てて、当該尺度をその本来の効果を越えた違う付置状況に当て嵌めていく。即ち、本来判断基準を当初の事件に文脈化し歴史化するべきなのに、尺度は脱文脈化、脱歴史化され、教義学化されていく、と彼は言う<sup>15</sup>。二つに、連邦憲法裁は実際その決理由の中で、自らの規範的言明が持つ元々の文脈を放り投げて、全く新しい文脈へと持ち込んでいく。即ち、一度導出した尺度はもう根拠づけず、先行する己の諸決定をその判例集収録巻頁を数珠繋ぎに参照するだけで、満足してしまう。これは、具体的事件と無関係に単に解釈の継続性を確認するだけで、規範に該当しうる諸事実を分別する英米法に言う<sup>ディスタイングイッシュ</sup> 区別とは全く違う<sup>16</sup>。

13 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 177-180(訳148-151頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 129.

14 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 180f.(訳151頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 128f.

15 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 196-200.(訳163-166頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 128.

勿論、この抽象的尺度は包摂部分で具体的事実に適用されるのだが、比例原則の適用については、正しくこの抽象と具体の接合に役立つ。即ち、ここでは、具体的状況が一般的原則／価値に関連づけられる。判決や法律が比例的であるかは、抽象的にでなく、規制手段を規制目的に関連づけたその比例性を、具体的のみ判断できるのであり、加えて言えば、目的設定や手段選択や目的手段関連づけについての、立法や行政など他の諸権力の決定体験までもが考慮されるのである。Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 205-208; ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 125.

16 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 200-202, 245f.(訳166-168, 203-204頁)。ここでレプシウスは、ドイツ特有の判例の引用方法も批判している。つまり、公式判例集での

ここに連邦憲法裁は、文脈化や歴史化でなく、教義学化を選択する。憲法の拘束でなく、尺度定立権力が定礎する憲法判例の拘束である<sup>17</sup>。

## 2 判例脱文脈化の事例

(1) レプシウスは、この脱文脈化の問題をリユート判決で説明している。これは、周知の通り 1958 年 1 月 15 日、初期の連邦憲法裁の時代に、その第一法廷が下した第三者効力に関連する判決である<sup>18</sup>。つまり、映画監督ハーラン、即ち、ナチ時代に反ユダヤ宣伝映画で悪名高い彼が、戦後に

---

収録巻と収録頁のみを提示する方式である。参照、三宅(前掲注 2) 14 頁資料 1。判例を特定する為に、訴訟当事者の略称や案件の概略を示す概念が明示されることは稀で、決定言渡日、事件番号までもが省略される。この伝統は、ライヒ裁判所時代からのドイツの法実務の伝統であり、決定すべき事件の文脈や状況を省略し、抽象的な解釈問題に徹して尺度定立権力として君臨する、独連邦憲法裁の象徴的な事態である。Oliver Lepsius, *Kontextualisierung als Aufgabe der Rechtswissenschaft*, in: JZ, 2019, S. 793-802, 795. 米国では、訴訟当事者により判例を特定し(例: ロー対ウェイド)、日本では、元号による判決言渡日で特定して(例: 最判昭和 50 年 4 月 30 日)、判例集の巻頁でこれを補うことを想起すればよい。尺度は判例ではないということ。Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 242-245 (訳 200-203 頁)。

17 更に彼によると、元々法学自体が、判例をその文脈から切り取り、これを過度に普遍化し、従って、判例法理を脱文脈化する傾向を持つ。一つに、法学が取扱う法律からして、脱文脈化の産物であるという。法律は、個別事件の判決と異なり、多くの事実を任意に対象として、しかも、過去事象の判決と違い、将来諸事態の指針として作用する。つまり、場所なり時間なり文脈抜きで把握されるのが、法律である。Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 794. 二つに、従って、この法律を論じる法学も、脱文脈化の事例である。第一に、この一般的普遍的な法律は正にそのようなものと把握され、その立法者意思＝当該法律の制定史を探る主観的解釈でなく、寧ろ法律意思＝当該法律の自律した内容を捉える客観的解釈が主となる。Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 795. 第二に、上級裁の諸判決もまるで抽象的な法律の如くに認識され、特殊個別的な事件をめぐる決定でなく、寧ろ、規範内容自体の一般普遍の命題、即ち、或る規範を巡る一般化された解釈と理解される。Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 795. 注釈書が取り集める法律の適用事例は、この体系思考の表れである。要は、法律を一般的抽象的規範として法秩序の基本類型と定義して、判決もこれと同様に一般的抽象的規範と認識する、というのである。Lepsius, *Themen einer Rechtswissenschaftstheorie*, in: ders. / M. Jestaedt(Hrsg.), *Rechtswissenschaftstheorie*, 2008, S. 1-49, 41-47.

18 リユート判決(BVerfGE, 7, 198)について、参照。ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 [第 2 版]』(信山社、2003 年) 157-161 頁(木村俊夫)。

新作映画を製作するが、その上映に反対する記者リユートが、映画観覧のボイコットを人々に呼びかけた事件である。そこでハーランと映画会社がリユートに対して民事差止訴訟を提訴、敗訴したリユートの側が基本権侵害を訴え、憲法異議を申し立てた。

勿論、ここで連邦憲法裁は、基本権の第三者効力を承認した訳だが、第一に、基本権が抑々国家に対する市民の防禦権である点を確認し、第二に、だが同時に、基本権は客観的価値秩序である点も強調した。曰く、人間の尊厳を核心とする価値体系は、法秩序の全てに妥当し、立法・行政・私法のあらゆる領域に指針と衝撃を付与するのである。故に、基本権の効力は、国家と私人間のみに限定されず、強行法規たる民法一般条項を媒介として、私人同士の関係にも波及している。即ち、基本権は価値秩序により間接的第三者効力を得るのである<sup>19</sup>。

(2) レプシウスは、この判決に尺度定立権力確立の萌芽を見るのである。

一つに、基本的規定からの価値秩序やそれに拠る間接効力の導出は、本来の主観権を超え出た超個人的で普遍化可能の尺度の定立である<sup>20</sup>。二つに、この実体法上の進展は手続法上の制度確立を齎すのであり、価値秩序に由来する尺度について包括的審査権を連邦憲法裁は得る。即ち、基本法2条1項の人格への自由な発展の権利、これを一般的行為自由と拡大解釈し、憲法異議を私人による抽象的規範統制へと変質せしめたエルフェス判決と共に、憲法裁は自己授權を敢行する<sup>21</sup>。

三つに、その後このリユート判決では、その前提条件が顧みられることなく、下位尺度を増殖させることでその効果が拡張されていく。即ち、連邦憲法裁は1970年代以降、客観的価値秩序の範疇から、参与権保障、手続権保障、組織法原理、基本権保護義務を派生させ、更に、客観法化した

19 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 187f., 191f.(訳155-156, 158-159頁) 参照、三宅雄彦「基本権総論」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）11-12頁。

20 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 188f. (訳156-157頁)。

21 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 182-186, 189f. (訳152-154, 157頁)。



基本権保障を再度主観的権利化する方針も採る。客観的価値秩序の尺度が更に下位尺度へと再分化していくのである<sup>22</sup>。

要するに、連邦憲法裁は、リユート判決の基本権解釈を尺度として、その判決の前提状況を脱文脈化し、憲法にない権力を得るのである。

(3) 尤も、このリユート判決の、価値秩序に関わる判例法理の取扱い、尺度をその文脈や状況から切断する、正にその限りで適切ではない<sup>23</sup>。

レプシウスが言うに、第一に、本判決の時代背景が無視されている。一つに、本件は、暴虐の限りを尽くしたナチエリート復権の企みを、1950年代、リユート筆頭に勇敢な市民らが弾劾した事案である。しかも、当の連邦憲法裁、本件ではその第1法廷の裁判官の多くは、ナチ抵抗運動の闘士であり、その彼らがナチ指導層を許す筈がない<sup>24</sup>。二つに、その連邦憲法裁が本件憲法異議で検討対象とした国家行為、それは民事裁判所、特にその最上級審たる連邦通常裁の判決だった。つまり、旧ライヒ裁判所の系譜をひき、しかも、嘗てナチス精神で実定法を奔放に解釈した悪弊で、戦後も万事自然法を引こうとするこの裁判所。連邦憲法裁の価値秩序はこれに対する反撃でもあった<sup>25</sup>。

三つに、本件手続が、ナチ映画のボイコット煽動の差止めを命ずる上の民事判決、これによる人権侵害の有無を問う憲法異議であった。即ち、連邦憲法裁が行うべきは、意見表明の自由一般の解釈でなく、リユート個人の基本権が本件の文脈で侵害されたか否かなのだった。

22 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 196-199 (訳163-164頁)。代表的文献として、小山剛『基本権の内容形成』(尚学社、2004年)第3章。更に、三宅(前掲注19)38-43頁。

23 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 195f. (訳162-163頁)。

24 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 192f. (訳159-160頁)。発足当時の連邦憲法裁判所第一法廷の状況については、以下も参照。三宅雄彦「エルフェス・リユート・レーバー」駒澤法学21巻2号(2021年)113-161, 119-121頁。

25 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 194f. (訳161-162頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 120f., Fn. 3. レプシウスのナチス期前の国法学、特に精神科学的方法への態度は、法的安全を重んずる法実証主義の破壊者という否定的なものである。参照、三宅雄彦『保障国家論と憲法学』(尚学社、2013年)268-269頁。



(4) 要するに、連邦憲法裁が判例として援用するこのリュート判決には、一つに、1950年代のナチス再興の動きを封ずる時代背景があり、二つに、本来個人的権利を救済する為の憲法異議手続が前提にあり、三つに、旧来の保守的な通常裁判権に対抗する意味があるのである。

しかし、本判決が今だ社会に残るナチエリートの一掃を狙うならば、基本法の当該解釈は、ドイツ国際社会復帰を阻害するこの絶対悪を根絶する場合と、その他の基本権侵害とは混同するべきでなかろう。そして、本件の憲法異議が個人の基本権の為の制度であるからには、その憲法解釈は当該事件に限定されるべきで、尺度を一般化すれば、規範統制訴訟による客観的憲法保障との差異が平準化されてしまう<sup>26</sup>。更には、本判決が中立化を装い自然法も引く通常裁判所に対抗する意味を持つからには、やはりその解釈は対司法権に抑制するべきで、各種意見を調整して妥協する民主的立法者には必ずしも妥当しない<sup>27</sup>。

要はレプシウスは、ドイツ連邦憲法裁の基本権理論を定礎したというリュート判決が、論理や体系の帰結でなく、1950年代の空気で呼吸した高度に時代拘束的な決定だったと言うのである<sup>28</sup>。

### 3 尺度文脈化の必要性

(1) だが、リュート判決を例に判決の文脈拘束性が論証されたとしても、連邦憲法裁の脱文脈化による尺度定立が誤った方向選択であること、即ち、これを逆転し再文脈化／再歴史化により尺度を具体的な事件に接合すべきことが、必ずしも積極的に根拠づけられた訳ではない。そこで彼は、第一

26 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 188f., 262-264 (訳215-217頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 128.

27 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 195f.(訳162-163頁); ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 128.

28 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 195f.(訳162-163頁) このリュート判決の脱文脈化の行き着く先は、リュートとの決別(Abschied)、「リュートの死(Tod)」、つまり、間接的第三者効力論からの離脱である。Rensmann, a.a.O.(Anm.. 3), S. 57-59; Kaiser, a.a.O.(Anm. 3), S.: 参照、小山剛「缶ビール・フラッシュモブ決定」自治研究 96 卷 11 号(2020年) 154-162 頁、玉蟲由樹「一般平等原則への私法への照射効」自治研究 95 卷 4 号(2019年) 154-162 頁、三宅(前掲注 19) 39-40 頁。

に、良い教義学の確立の為に、第二に、判例を正しく認識する為に、第三に民主制の為に、文脈化が必要だと述べる。

第一に、教義学自体をより良くする為に文脈化の戦略が必要である。勿論、教義学自体は、判例の脱文脈化により展開されるものである。法学上の論拠を利害から切断し、裁判所の決定を合理化することがその任務であるが、これにより政治的紛争が脱政治化され、単なる個人的選好が敗訴者にも受け入れ可能なものになるというのである<sup>29</sup>。だが、利害を忘れた教義学は、とかく硬直化し却って非合理となる。教義学は、受動態や再帰動詞の使用で行為者の諸利害を排去せずに、教義学自身の成立事情、前提条件、その帰結を反省するべきであり、つまり、教義学の社会／政治／経済的条件を再文脈化すべきである。要するに、文脈化の実行によりグーテ・ドグマティーク良い教義学が確立されるというのだ<sup>30</sup>。

(2) 第二に、判例の文脈化は、判例を正しく理解する為に不可欠である。一つに、ドイツの法実務では、判例法の役割が増大しており、労働法やEU法では、制定法でなく諸判決が、先ず引用される程である<sup>31</sup>。二つに、憲法裁判以外に、民事や刑事は勿論、欧州司法裁や欧州人権裁など、同一／同種の事件を扱いうる訴訟手続が複数存在するが、欧州人権裁の判決が

29 Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 795; ders., Kritik der Dogmatik, in: G. Kirchhof / S. Magen / K. Schneider(Hrsg.), Was weiß Dogmatik?, 2012, S. 39-62.

30 Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 795f.; ders., a.a.O.(Anm. 30), S. 47f.

なお、カイザーは、判例の文脈化には三つの戦略があると指摘する。一つは、連邦憲法裁が明示的に従来の判例の放棄を宣言する場合で、二つは、憲法裁が従来の判例の例外を新たに打ち立てる場合である。そして三つは、彼女はこれが文脈化の最重要の戦略であるとするが、発見の文脈と正当化の文脈を区別して、事後的な正当化の文脈では従来法理を従来通り採用して判例の連続性を維持するようになって、けれども、発見の文脈では、多種多様な判例法理の中から、特定のテキストを選択するが他は排除して、文脈化を敢行する場合である。発見の文脈では自由に判断し正当化の文脈で形式を整える訳である。例えば、1950年代に登場した職業の自由のいわゆる三段階理論、放棄されぬがが採用もされないこの法理は、その事例であると言う。Kaiser, a.a.O.(Anm.3), S. 8.

31 Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 796.

連邦憲法裁の決定にどう影響するかなど、その同一／同種の案件への諸判決が相互に競合する可能性が現れている<sup>32</sup>。三つに、元々裁判所判決は、或る事件の解決の為に下されるもので、故に、判決を解釈するには、特定の実事を念頭に置かねばならない。尤も、ドイツ法学の伝統は、既述の通り、判決を法律の如くに扱う。つまり、裁判所の決定を、個別的具体的規範でなく、一般的抽象的規範と捉えて、事件解決たる判決の前提となる筈の事実と考えない。

つまり、現下の法秩序では、いわゆる裁判官法自体が増殖を続けて、異質の手続を持つ国内裁判所や国際裁判所の判例が続々と現れれば、裁判所の判決が持つ、具体的紛争の解決なる本来の特徴に鑑みると、判例は、歴史化し文脈化して、事件自体を検討しなければならない。

(3) 第三に、民主政の要請からして、憲法判例を文脈化するべきである。一方で、元来民主政では、多数者を選挙し、その多数者が決定する。しかも、次の選挙で少数派が多数派になれば、新しく彼らが決定する。つまり、ここでは普遍的抽象的決定で終局的なものではなく、全てを決定し直すこと

32 Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 796; ders., a.a.O.(Anm. 6), S. 133-135. 例えば、判決憲法異議や具体的規範統制では、連邦憲法裁より前に、専門裁判所が同一の事件を独自手続の下でこれに判決を下すのだが、観点は勿論違っても、同一事件を憲法裁と専門裁が取扱うことになる。当然に両者の判決は別物であり、第三者効力の場面で競合可能性も高まるが、いわゆる特殊的憲法法の判断基準で区分がなされている。だが、連邦憲法裁と同一／同種の事件を欧州司法裁や欧州人権裁が審理することということになれば、後二者の先行判例をどう扱うのかという、他裁判所の判例の射程という解釈問題が生じることになる。後掲注 40 参照。

関連して、この各種裁判所が前提する多様な訴訟手続も問題である。例えば、欧州人権裁は、国内訴訟手続が尽きた事件につき、独自の個人異議手続を承認して、そこでは、条約違反の加盟国による除去を前提としつつ、違法確認判決という決定技術が選択されているが、欧州司法裁は、EU 法解釈に関する各国裁判所による先決裁定移送の手続が先行しており、従って、普遍化可能な解釈問題を解決する。連邦憲法裁では憲法異議で、紛争解決と憲法解釈、主観的権利保護と客観的な憲法継続形成が問題となり、そこで、一般性と個別性の中間規範である尺度が定立されることは、既に言及した通りである。要するに、裁判所の決定が前提とする訴訟手続や救済手段の違いで、当該判決や解釈の、射程範囲も異なってしまうべきと言う訳である。Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S 797.

ができる。決定の修正可能性が民主政の本質である<sup>33</sup>。だが他方で、審級が尽きて判決が確定する司法権では事情は異なり、その規範解釈の修正は事情変更や裁判官交替など厳しく限定される<sup>34</sup>。勿論判決は、今ここで当事者のみを拘束するだけだが、上述の通り、選挙で政権交替あらば新決定を認める、法律制定の時間性を、立法期が改まろうと修正を許さぬ、尺度の無時間制が妨害するのである<sup>35</sup>。

しかし、審級制や確定力を備える司法決定では、尺度の拘束自体を否定できぬから、決定を破棄せぬまま尺度を変更しなければならぬ<sup>36</sup>。そこで、多数者が自由に決定するとの、動的な民主政を守るべく、司法決定を歴史化し文脈化して、その拘束を削減しようというのだ。つまり、国民が自由に政治決定を行うという民主政理論の観点から、法的尺度の効果を目減りさせる、その為に文脈化が必要なのである<sup>37</sup>。

(4) この文脈化の戦略は、既に連邦憲法裁も一部採用するとことである<sup>38</sup>。官吏スト禁止を確認した2018年の第1法廷判決がその例である。つまり、基本法33条5項が定めるという職業官僚制、その伝来的原則の1つに、官吏のストライキ禁止が憲法命題として存在するが、他方で、欧

33 Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 801.

34 Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 800f.; ders., a.a.O.(Anm. 6), S. 129f.

35 Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 800; ders., a.a.O.(Anm. 6), S. 129f. 尤も、レプシウスの言う、時間関連性の意味は必ずしも明確でない。一方で、司法決定が一旦確定すると、或る法解釈を変更する為には時間とお金と精神に余裕のある原告が訴訟を提起し、その後一連のアクターの行動が必要であり、故に、それには時間がかかると言い、だが、法律制定が成功しても、議会が情熱と専門知識を持つ限りで、いつでも法律改正に着手でき、その意味で時間的拘束がないと言う。判決の方が立法よりより長い時間地平を持つ、と彼は言うのである。Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 801. しかし他方で、裁判所決定は民主的決定でも修正可能でもないから、個別的具体的法創造である司法決定には時間問題は存在せぬと言ひ、つまり、尺度の一般的拘束が変更不能であるから無時間であるとし、しかし、法律はいつでも変更可能、という点で時間的であると言う。Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 801.

36 Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 801; ders., a.a.O.(Anm. 6), S. 132f.

37 Lepsius, a.a.O.(Anm. 6), S. 129.

38 Vgl. Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 799, 801; ders., a.a.O.(Anm. 5), S. 132.

州人権裁が、トルコの同種の事件につき、欧州人権条約 11 条を解釈し、公務員のスト禁止を条約違反と認定したのである。連邦憲法裁は、英仏両語を正文としトルコ公務員を扱った人権裁の判決は、獨固有の官吏の事案とは文脈が異にすると、援用を退けた<sup>39</sup>。但し、これだけで憲法裁の文脈化戦略を確認するのは早計であろう。レプシウスの趣旨は、連邦憲法裁の硬直した尺度を限定する為だが、この 2018 年判決は、欧州人権裁のトルコ判決の射程を削減して、反対に、拡大しきった憲法裁判例を温存する効果を持つからである。

さて、連邦憲法裁の、本来基本法にない権力を抑制するは、判例の前提

39 BVerfGE 148, 296. 354f.; Rensmann, a.a.O.(Anm 3), S. 55f. 参照、三宅雄彦「基本法上の官吏ストライキの禁止と欧州人権条約」自治研究 95 巻 8 号 (2019 年) 154-161, 155-156 頁。なお、本判決の起案者は、当時連邦憲法裁長官のフォスクーレだが、前年、欧州人権裁の判例を念頭に官吏スト禁止を扱い、文脈化要請で判例の射程の削減を狙う、彼の弟子カイザーの論文が現れていた。Anna-Bettina Kaiser, Streikrecht für Beamte – Folge einer Fehlrezeption? in: AöR, Bd. 142(2017), S. 416-441; dies, Ausnahmeverfassungsrecht, 2020, S. 16-18; dies, a.a.O.(Anm. 3), S. 8. 参照、三宅(前掲) 159 頁、同「職業官僚制における地位と実体」駒澤法学 19 巻 1 号 (2019 年) 23-67, 32-33 頁。

この他、2017 年 NPD 判決は、1952 年の共産党違憲判決の法理につき、その背景の、東西冷戦や西側復帰の為のアデナウアー外交という当時の特殊文脈の存在を指摘して、しかし、その判例に今や文脈化を施した上で、基本法 21 条 1 項の法益侵害への具体的危険性があるときに初めて、政党禁止が検討されると判断している。BVerfGE 144, 20; Rensmann, a.a.O.(Anm. 3), S. 57; ders., BVerfGE 2, 1/, 85 – SRP und KPD, in: J. Menzel/R. Müller-Terpitz(Hrsg.), Verfassungsrechtsprechung, 3. Aufl., 2017, S. 49-69, 67f.; Kaiser, a.a.O.(Anm. 3), S. 8; 土屋武「NPD 違憲確認訴訟」自治研究 95 巻 1 号 (2019 年) 137-148 頁。或いは、2019 年精神科患者選挙権決定は、スト禁止判決と同様、欧州人権条約や人権裁諸判決を尊重した、ドイツ基本法の条約友好的解釈の必要を説きつつ、その際、矢張り文脈化の概念を明示して、事件の文脈を考慮した、人権裁判例の過度の一般化に予防線を張る。Vgl. BVerfGE 151, 1, 26-29. 参照、畑尻剛「普通選挙の原則と被全世話人および  
一  
在精神科病院触法障碍者の選挙権制限」自治研究 96 巻 7 号 (2021 年) 153-159 頁。  
六

なお、カイザーの文脈化概念は、教義学に加えて法史学にも及ぶ。Vgl. Anna-Bettina Kaiser, Ist die Begriffsgeschichte noch zu retten? In: Rechtsgeschichte, Bd. 19(2011), S.142-151; dies., Schafft sich die Verfassungsgeschichte ab? in: M. Stolleis, Verfassungs(ge)shichten, 2017, S. 77-90. 彼女の見解につき、三宅(前掲)(地位と実体) 56-57 頁注 37。

たる状況の再生、文脈化が必要だというのが、それは如何になされるのか<sup>40</sup>。本稿が目にするのは、レプシウスの、米国憲法学にも似た、憲法裁の機能への着眼、憲法判例の再機能化の戦略である。

### 三 憲法判例の再機能化

#### 1 憲法機関たる憲法裁

(1) それでは、連邦憲法裁の憲法解釈は、レプシウスが求める文脈化の視点を取り入れたときに、如何なるものになるというのであろうか。その際、彼の見解の基礎となるのは、一つは、憲法裁に付与される政治的機能であり、もう一つは、法現実に着目した立法者像である。

まず最初に、この連邦憲法裁が法律を基本法違反と断定する場合に、当の憲法裁自身が如何なる役割を演ずるとレプシウスは述べるのか。端的に言えば、それは、連邦憲法裁は、一方で、憲法を解釈し適用する裁判所、他方で、憲法政治を担う一憲法機関であることである<sup>41</sup>。

第一に、連邦憲法裁の役割が、正しく一裁判所にあることであれば、一つに、有権者に統制され責任を負うべき代表機関でなく、二つに、職権でなく申立に基づいて初めて活動する国家機関であり、三つに、事後に変更

40 近時 2012 年以降、今まで非公開だった連邦憲法裁の審議資料が、当該決定から 60 年を経過したものから順次公開されることになり、今や連邦憲法裁の様々な重要判決が歴史研究の対象となりつつある。これは、レプシウスの言う憲法判例の文脈化と順列の関係にある。例えば、彼の弟子でもあるミヒルは、連邦憲法裁史を研究対象とし、1960 年代の伝説の女性裁判官、ルップ＝フォン＝ブリュネクの伝記を著した他に、わが国でも著名な 1958 年の連邦憲法裁・薬局判決の、これまで非公開だったその少数意見を公開し分析する。Fabian Michl, Wiltraut Rupp-von Brünneck (1912–1977), 2022; ders., Das Sondervotum zum Apotekenurteil: Edition aus den Akten des Bundesverfassungsgerichtss in: JöR, Bd. 68(2020), S. 323-407. 参照、三宅(前掲注 25) 113-114, 117-119 頁。

41 Oliver Lepsius, Die politische Funktion des Bundesverfassungsgerichts, in: APuZ, 2021, H. 37, S. 13-18, 13. 勿論、司法機関か憲法機関かとの連邦憲法裁の地位に関する論争は、その設置直後のライプホルツの地位論文以来、古典的な論点である。Vgl. Ernst Benda/Eckart Klein/Oliver Klein, Verfassungsprozessrecht, 4. Aufl., 2020, S. 71-77.

できない確定力ある決定を行う機関であることになろう<sup>42</sup>。そして、民主的要求に従わず裁判所手続に則るということは、即ち、連邦憲法裁は、国民意思の執行や政治的尺度の解釈をするのでなく、寧ろ、憲法のみを尺度とし憲法のみ<sup>ただ</sup>に正当化されることを意味する。つまり、憲法裁は任された事件のみを唯法学的に決定するのである<sup>43</sup>。

(2) 第二に、しかし、連邦憲法裁は、連邦議会、連邦大統領、連邦政府と並ぶ、憲法機関であることを忘れてはならぬとレプシウスは言う。

それは即ち、連邦憲法裁が他の憲法機関と同一平面にあり、これが何か決定を下せば、この他の機関との関係に影響が及ぶことである。しかも、憲法裁はじめ諸々の憲法機関同士の関係は、固定的でなく、政治の動態や時々々の文脈に規定されつつ、具体化されるものである。実際、この諸機関同士の関係を多角形で喩えれば、その角々の存在、有権者であれ政権与党であれ各政治家であれ EU 機関であれ、連邦憲法裁は、権限秩序全体の中、これらと影響を交わし合うのである<sup>44</sup>。

従って、連邦憲法裁の判断は、己を含む諸々の憲法機関が織り成すデモクラティーフンクチオナリテート民主政の機能性を考慮し、その意味で政治的になされねばならない。即ち、その尺度は、判断の対象、判断の時期、多数派意思、社会的変遷など状況に応じて、変化して当然であるとレプシウスは述べる。法学として自律したプロセスでなく、変動する時代の諸条件を考慮しつつ、その時々々の文脈を具体化することが、憲法解釈なのである<sup>45</sup>。その意味で、連邦憲法裁の憲法判断は、正に民主政の機能を背負う。

(3) 連邦憲法裁が政治的機能と負うとは具体的には次のことを意味する。例えば、或る憲法機関がその利害を他の機関に強行しようとするれば、連邦憲法裁は統制密度を高めて、ヨリ厳格な憲法解釈で介入するし、或いは、

42 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 13.

43 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 13f.

44 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 13.

45 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 15.



或る選挙法改革が超党派的な案でも実践的理性の実現でもなければ、矢張り憲法裁はヨリ子細な統制を用いてこれに対応する。憲法は、民主的過程を規則コルセットに嵌めず機能させるのであり、故に、文脈に配慮し、デモクラティーフンクショナル民主政の関数として解釈適用せねばならない。その時々に応じ、柔軟な解釈と厳格な解釈とを使い分けるのである<sup>46</sup>。

実際に、連邦憲法裁は様々な場面で連邦議会に判断を強制してきた。1969年の非嫡出子決定ではその同権化の為の法律制定を強制し、1975年の墮胎罪判決でも非犯罪化を拒否、事由モデルを強要し、1978年のカルカー決定では核利用安全基準定立から議会を排除、1985年のブロックドルフ決定では緩やかなデモ規制を批判した。連邦憲法裁はその決定により、多数派決定に介入し、政治的責任配分を変更し、有権者や市民の影響を限定する政治判断を行ったのだ<sup>47</sup>。既に、憲法裁の決定は、政治プロセスから無縁ではないと言う訳だ<sup>48</sup>。

(4) そして、連邦憲法裁が政治プロセスの中に位置づけられるからこそ、憲法解釈は文脈に依拠すべきであると、レプシウスは言うのである。

つまり、連邦憲法裁は裁判所であると共に憲法機関であるのだから、政治過程全体につき憲法に基づき包括的に判断する任務が与えられ、その意味で、法と政治の関係を司る政治プロセスの番人なのである。もし、唯の裁判所に過ぎぬと誤解して、裁判所独自の論理に籠って、我々は法学的に

46 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 13f.

47 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 14f. Vgl. Lepsius, Entscheidungsaufbau und Entscheidungstechnik: eine Lesehilfe, in: ders. u.a., Der Brockdorf-Beschluss der Bundesverfassungsgerichts 1985, 2015, S. 7-16. 非嫡出子決定 (BVerfGE 25, 167)、墮胎罪判決 (BVerfGE 39, 1)、カルカー決定 (BVerfGE 49, 89)、ブロックドルフ決定 (BVerfGE 69, 315)について、参照。ドイツ憲法判例研究会編(前掲注18)『ドイツの憲法判例 [第2版]』(信山社, 2003 年年) 230-235 頁(渡辺中)、67-72 頁(嶋崎健太郎)、369-376 頁(高田敏)、248-255 頁(赤坂正浩)。

48 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 15. 更に、日本と比べ極端に少ない連邦議会の解散につき、憲法自体が仮に議会解散の合目的運用を認めぬとしても、状況的な憲法実務の視点からの問題解決を、実際連邦憲法裁は行ってきたと指摘する。Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 13f.

のみ決定する、と言い切るなら、それは正しくない<sup>49</sup>。そうではなく、一憲法機関として基本法の民主政が発展できるよう、憲法の規範的尺度が硬化し石化せぬよう、留意しなければならない。既に見た通り、過去数十年間の判例の積み重ねで硬直した諸尺度を放置しては、民主政の機能や文脈的依存性に拠る判断が難しくなる。寧ろ、抽象的規範統制や機関訴訟を使う議会少数派や、憲法異議を持出す社会少数派など、政治的闘争のアリーナとなる憲法裁判で、彼らによる市民社会の多元的な憲法解釈の成果を参照しつつ、一見政治的に決着済みの事件を新たに交渉／弁論の対象にすべきである<sup>50</sup>。

連邦憲法裁の政治的機能は文脈に依存する解釈を要請するのである。

## 2 新旧立法者像の対比

(1) では次に、この連邦憲法裁に違憲審査される側の連邦と諸州の議会、端的に立法者は、如何に把握されるべきとレプシウスは述べるのか。

一つに、そもそもドイツでは、特に 19 世紀後半の国法学において、規範定立者の議会が、観念論的、非政治的に把握されていたと言う。

49 加えてレプシウスは、2021 年 3 月 24 日の気候保護決定 (BVerfGE 157, 30)、22 年 5 月 5 日の(コロナ対策に関する)連邦プレーキ決定 (BVerfGE 157, 394) を枚举する。前者は、2030 年以降の CO2 排出削減の強化を連邦議会に強制する点で、連邦裁判所による政治過程への介入と評価され、後者は反対に、政治プロセスへの干渉回避と把握されると、指摘している。Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 16, 18; ders., Anmerkung, in: JZ, 2021, S. 955-959; ders., Einstweiliger Grundrechtsschutz nach Maßgabe des Gesetzes, in: Der Staat, Bd. 60 (2021), S. 609-651. Vgl. Klaus Ferdinand Gärditz, Karlsruhe in der Krise, in: FAZ 01. März 2022.

50 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 14. 彼曰く、斯くの如くこの連邦憲法裁を政治過程から把握することは、そこに憲法訴訟法を用いた政治対決の延長を発見することでもある。即ち、憲法異議制度を導入すれば、提起する私人に、主観権の確保のみならず、憲法を保護する訴訟遂行者の地位を認めることになり、議会少数派が抽象的規範統制や機関訴訟、連邦州間争訟等を提起し、社会少数派が憲法異議を、専門裁判所が具体的規範統制を申立てれば、憲法裁判は政治的闘争のアリーナとなり、政治的に決着済みの事件が別の正当化事由の下、新たに交渉／弁論の対象になるだろう。

つまり、そこでの立法者は、どこにもない理想主義的なものである。法律は、法自体又は包括的法典編纂を合理的に展開したものであり、故に、立法者は、その客観的な法律を産出できる全能の存在である。政権交替もなく複数の立法期にまたがり、選挙洗礼を受けずに単に事物問題に忠実な専門家を擁して、「良い立法 [gute Gesetzgebung]」を行うのだという<sup>51</sup>。言わば、合理的な手続や衡量や規律、矛盾性の欠如、体系性の具備、首尾一貫性など、従って、一貫性や連関性や明確性や事物性の総称としての合理性を、法律が持つよう議会は立法しなければならない<sup>52</sup>。

だが、この合理性は、立憲政以前や19世紀で想定されていた完璧な立法者の理念を前提とし、又は各人が望ましいと思う要請内容を憲法に投影して演繹したものに過ぎず、法律が民主政の道具であること、法律の機能が民主政の下で変遷することを、考慮していない<sup>53</sup>。

(2)二つに、従って次にレプシウスは、この古典的な規範定立者像でない、実在主義的で政治的な嚮導イメージが不可欠となると主張する。立法に関

51 Oliver Lepsius, Gesetz und Gesetzgebung, in: M. Herdegen /J. Masing /R. Poscher / K. F. Gärditz(Hrsg.), Handbuch des Verfassungsrechts, 2021, S. 777-846. 823, 826f. (Rn. 99, 106)

52 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 784-786 (Rn. 17-20), 823, 825f.(Rn. 100, 103): この文脈で、レプシウスは首尾一貫性の原則に否定的な判断を下す。即ち、元々立法者に広い判断余地が認められる税法の領域において、所有権保障や平等原則や比例原則などでは厳格な審査が困難であり、その代償に首尾一貫性や体系性要請を憲法裁が採用した経緯がある。そこで、一つに、立法に首尾一貫性なる理念を要求すること自体が、ドイツ伝来の、そして現実に反する立法者を反映したものであるし、二つに、この租税法固有の思考法をその本来の文脈から切り離せば、この審査尺度の前提を無視した不当な脱文脈化だということになる。Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 813-816(Rn. 81-85); ders., a.a.O.(Anm. 16), S. 798. 故に、レプシウスの見解は、憲法裁が、民主的正統性の調達に配慮しつつ、己の判断の硬直化を回避する為に選んだ手段が首尾一貫性の要請であるという理解には、必ずしも適合的なものとはいえない。参照、手塚貴大「公共政策における租税政策および租税立法に係る特質」広島マネジメント研究 13号 (2012年) 97-108, 99-102頁、高橋和也「ドイツ連邦憲法裁判所が活用する首尾一貫性の要請の機能について」一橋法学 13巻3号 (2014年) 165-239頁。

53 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 823, 825f.(Rn. 100, 103); ders., Gesetzesstruktur im Wandel(Teil 1), in: JuS, 2019, S. 14-17, 15f.

わる組織や制度、端的には民主的政治過程全体を、それを取り巻く社会的条件を含めて検討しなければならぬと言うのである。

即ち、議会での議員の多数派形成やロビイストの交渉活動を検討し、法律の社会での受け止めや選挙での有権者への責任も考慮に入れる<sup>54</sup>。規範創造手続における多種多様な社会的アクターの活動を記述して、法律定立過程に作用する様々な枠組条件を分析しなければならない<sup>55</sup>。そうであれば、法律は、理念でなく人々の妥協と捉えるべきである。即ち、連立与党が妥協したからこそ連邦議会が制定し、連邦と州が妥協したからこそ連邦参議院が同意し、そこで漸く法律が成立する。法律は、包括的でなく断片的、首尾一貫でなく場当りのものである<sup>56</sup>。

立法が斯くも政治的に把握されればこそ、法律の役割も変化しよう。法律とは、正義に適い、変化もしない、体系的なものでは最早ない。寧ろ政策目的を実現する為の道具的なもの、誤りと分かれば即座に改正される暫定的なもの、実験的なもの、過渡的なものなのである<sup>57</sup>。

(3) 尤も、立法者の伝統的理想像でなく政治的実在像を探求するならば、矢張りドイツ法学伝来の、法と政治の分離を相対化することになる。

即ち、ドイツ的法思考は、法の領域を政治の領域から厳格に分けて、ドイツ法曹に法的問題以外の問いに回答する権限を決して与えない。故に、適法か違法かの法学固有のコードの中に閉じ籠り、決定の合目的性やその多数者意思を初めから議論対称から取り除いてしまう。上述の通り、連邦憲法裁が、ハードな審査尺度を用いて判例法理を硬直化させたのも、この

54 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 823, 826f.(Rn. 99, 106).

55 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 826f.(Rn. 106).

56 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 822f.(Rn. 98).

57 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 823(Rn. 99); ders., a.a.O.(Anm. 53), S. 16f. Vgl. Christian Waldhoff, Gesetz zwischen Recht und Politik, in: ZfP, 2019, S. 98-114. 尤も、立法に関わる組織や制度や政治、端的には民主的政治過程の各種条件から、適切な立法者像を再編成すると言うレプシウスだが、これは飽くまで、憲法裁による立法者の統制の場面でのことであり、行政や司法の活動を統制する場合に、当て嵌まる議論では当然ない。Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 823. (Rn. 100)

ドイツ固有の法と政治の区別の所為である<sup>58</sup>。

けれども、今や、この合目的性や多数者意思こそが重要なのである。ある時は、暫定的ながらも現在実現可能なものを念頭に置きながら、倫理的論拠や経済学的根拠を以て、その主張を説得的なものにし、ある時は、世論の形成や影響、世論の刺激や操作の諸範疇で検討し、ある時は、如何なる問題を如何なる機関が活動すれば、或る目的が最適に実現されるのかと、組織理論的な問題設定と解決を試行する。即ち、固有の体系と固有の合理性で分けられた法と政治の分離を捨て、これら諸問題への抑制的態度を改めるべきだと言うのである<sup>59</sup>。

(4) 故に、この立法者を政治的条件から見る視覚は、先の連邦憲法裁の政治的機能を認める視座と相まち、両者を同一平面で検討していく。それは、憲法裁が行う法律の憲法判断の効果のみならず、その判断への連邦や州の議会が行う諸々の諸反応も考慮することを意味する<sup>60</sup>。

つまり、上記の通り政治過程の調整や妥協を通じて成立した法律は、憲法裁により、合憲判断は兎も角、違憲無効判決だけでなく、違憲確認判決、違憲アピール判決、憲法適合解釈などにより処理される<sup>61</sup>。即ち、これら諸判断は立法者に当該法律の改善を要求するのである。そして、議会が、連邦憲法裁の要求を吟味し当該法律を改正すれば、新規提訴の下、この法律が更に再び憲法裁判所の検討対象となろう<sup>62</sup>。

58 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 823f. (Rn. 101); ders., a.a.O.(Anm. 4), S. 209-213(訳 170-173頁)。

59 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 823f. (Rn. 101)。元々レプシウスは、体系或いはシステム理論に対して批判的である。Lepsius, Steuerungsdiskussion, Systemtheorie und Parlamentarismuskritik, 1999: ders., a.a.O.(Anm. 17), S. 36-41; ders.(Anm. 51), S. 824, Fn. 166。

九 60 Oliver Lepsius, Reaktionsweisen des Gesetzgebers auf verfassungsgerichtliche Entscheidungen, in: M. Jestaedt / H. Suzuki(Hrsg.), Verfassungsentwicklung II, 2019, S. 125-163. Vgl. Johannes Masing, das Bundesverfassungsgericht, in: Handbuch des Verfassungsrecht, 2021, S. 981-1047, 1025f.(Rn. 122-124)。

61 参照、三宅(前掲注2)12-13頁。

62 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 828f. (Rn. 101)。立法者と裁判所のこのやり取りは、

レプシウスは言う。この議会の立法と連邦憲法裁の判決は、一体として一つの、10年スパンの分業的な規範定立プロセスである、と。議会が法改正したとき、最早それは元々の議会とは別の議会であり、裁判所が新判断をしたとき、矢張り元のメンバー構成はそこにはない。つまり、社会利害を調整する議会と、社会情勢を考慮する裁判所が、共同責任を負いつつ、一連の政治プロセスを構成している訳である<sup>63</sup>。

正に両者の対話と換言できるが、レプシウスの言いでは、その対話の概念には政治過程という共通の土俵、或いは、政治学的な視覚が既に前提されていることになる。その意味で、違憲審査について立法と司法の対話を議論する為には、規範を定立する者と規範を審査し廃棄する者の区別を一旦排去するという、法学固有の視座も超えた方法論的な態度決定が必要である。参照、佐々木雅寿『対話的違憲審査の理論』（三省堂、2013年）2-24頁、曾我部真裕「違憲審査と『対話』」法学教室480号（2020年）54-58頁。

尤もドイツ憲法実務では、連邦憲法裁が、法律の違憲確認をするが無効とせず改善策を立法者の選択に委ねる違憲確認決定を下すも、当の立法者が結果的にこの示唆を無視し、これが却って憲法解釈の展開を産む、いわば対話を欠くが故の憲法発展の諸事例も存在する。例えば、性同一性障害者の権利保障を巡る二つの性転換決定がそれ。第3次決定は、性転換手術なく心理的に適う名前の変更を認める制度（小解決）で、異性を婚姻した場合にその変更を取消す制度を、性同一性障害者であり同性愛者でもある者の人権を侵害するとしてこれを違憲としたが、当該取消制度の適用を停止しつつ、同性婚を認めぬままの抜本的な解決策の選択を、一旦は連邦議会に委ねた。BVerfGE 115, 1, 24f. しかし、この連邦憲法裁の呼びかけを連邦議会は無視したのであり、結果的に、法的性をそのままに名前の点だけでは性を変更した者が、同性の他者と、当時本来異性間のみ認められた婚姻を結ぶという、上記の取消制度の暫定的停止により生じた、外観上の同性婚制度が、司法と立法の対話不成立により、憲法上正当化されてしまったのだ。第5次決定は、性転換手術を経た法的性の変更（大解決）に関わる事例だが、上の、同性婚が結果的な憲法的正当化を得たことにつき、それは憲法裁でなく連邦議会の責任によると、明確に指摘している。BVerfGE 121, 175, 195f. なお参照、三宅雄彦「婚姻と同性カップル」鈴木秀美・三宅雄彦編『ガイドブック・ドイツの憲法判例』（信山社、2021年）161頁、同「婚姻概念における憲法変遷と制度保障」駒澤法学21巻3号（2022年）47頁。

63 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 828f. (Rn. 101). 従って、憲法裁の、政治過程での八  
政治的機能に着目する彼の見方は、憲法解釈という作業自体に、他の法解釈にない特別な特徴を与える。つまり、憲法解釈とは、多くの者の共同作業であり、憲法裁の手続とは全く別に、社会で受容された一般的な価値コンセンサスであり、ヘーベルレの言う開かれた社会の憲法解釈である、と語るのである。  
Lepsius, a.a.O.(Anm. 16), S. 15.

### 3 司法抑制と積極主義

(1) 一つに、憲法裁判が政治過程の中で憲法機関として政治的機能を担い、二つに、立法者が同じく政治過程の中で理念でなく妥協形成を行い、その結果、憲法裁判が立法者に対し、文脈や状況に応じて民主政の機能性を考えて憲法判断を決すべきことは、既に述べた通りであるが、そうであれば、連邦憲法裁判は、如何なるときに積極主義的に活動し、如何なるときに司法的自己抑制の立場で行動するべきだということか<sup>64</sup>。

レプシウスは言う。積極主義と消極主義を分かち明確な基準はない。民主的な機関＝議会が制定した法律を民主的でない機関＝裁判所が廃止するという、米憲法で言う「反多数決主義の困難 (countermajoritarian-difficulty)」は、エントヴェーダー・オーダーあれかこれかで厳格審査と謙譲審査を峻別して、原理的に答えるのではなく、イ・エ・デ・ストーあればあるほどで厳格から緩やかへと、段階的に考えるべきである<sup>65</sup>。

その際、レプシウスは、コンステラチオーネン付置状況の範疇で両者を場合分けしている。一つは、連邦憲法裁判が政治過程に介入し、ここで憲法実務を強制し、憲法解釈に基づきこの過程を積極主義的に形成する付置状況であり、もう一つは、その反対、つまり、政治過程に介入せず、憲法実務を強制せずに、この過程から消極主義的に距離を取る付置状況である<sup>66</sup>。

(2) 第一に、レプシウスが着目するのが立法者の決定余地の概念である。規範定立者の評価余地と判断余地は広くなったり狭くなったりする。

元々憲法条項は、上の通り、有権者の意思の下、議院内で討議をし、利

64 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 16f. Vgl. Peter Häberle, Die offene Gesellschaft der Verfassungsinoterpretation, in: ders., Verfassung als öffentlicher Prozeß, 3. Aufl., 1998, S. 155-181; 畑尻剛『ペーター・ヘーベルレの憲法論』(中央大学出版部、2021年)81頁。

65 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 17. ここでレプシウスは司法消極主義で著名なビッケルを援用している。なお、ビッケルにつき、奥平康弘『なぜ「表現の自由」か』(東京大学出版会、1988年)頁、大林啓吾「アレクサンダー・ビッケル」駒村圭吾・山本龍彦・大林啓吾編『アメリカ憲法の群像』(尚学社、2010年)33-56頁。

66 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 17. その際、レプシウスは、連邦憲法裁判が、法律を違憲無効と判断する規範廃止者や代替立法者であることは決定的ではないと指摘するが、これは、立法者と憲法裁判の間の政治過程の中での機能配分の問題を重視する立場、いわば機能的権力分立論を際立たせる言明であろう。



害の調整や妥協の形成で法律が制定されることを前提としている。この時議会は、法律制定につき自由な評価／判断余地を持っている。他方で、憲法留保の概念や憲法裁判の制度がこの立法を限定するが、その際憲法裁判所は、高い統制密度で、厳しい違憲審査を実施する。つまり、自由な決定余地を持つのは、憲法裁判所の方だという訳だ<sup>67</sup>。

ここで、立法に判断余地があり、厳格な違憲審査がないのであれば、つまり、<sup>ジュディシャルセルフ・レストレイント</sup>司法的自己抑制の概念がこの場面で妥当することになる。尤も、この米国由来の概念は、権力分立の指導原理や構造原理でなく、その時々<sup>イ</sup>の事情や文脈<sup>エ</sup>に対応した個別の比例審査に起因している<sup>68</sup>。

例えば、議会の根幹部分や民主的転換機能への侵害が小さくなればなる程、議会の余地は<sup>デストー</sup>一層広がり、司法の統制密度は狭まるのだが<sup>69</sup>、矢張りそれは、原理的構造的な謙讓的態度でなく、その時の文脈や付置状況に即した事實的個別的な抑制的姿勢に他ならない訳である。

(3) では、憲法裁の統制密度が強化され、立法者の決定余地が低くなる付置状況は如何なる場合であると、レプシウスは想定しているのか。

一つは、少数者の権利が個別でなく構造的に侵害される場合である。つまり、国民の特定の政治的見解が議会で十分に代表されないとき、この議会内部の代表欠損を社会的な発言方式を強化することで除去、即ち、代表欠陥を基本権の発動により発動すべきであると言うのだ。例えば、1985年のブロックドルフ決定は、原発建設反対の為のデモ行進の禁止につき基本法9条の集会の自由の侵害を認定したが、この権利は、政治過程で代表されない人々の権利とされたのである<sup>70</sup>。

もう一つは、特定の問題領域を政治過程が取り上げない場合である。即ち、或るテーマに有権者やロビイストや議員が関心を持たぬとき、特に、

67 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 790 (Rn. 31f.).

68 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 790f. (Rn. 34).

69 Lepsius, a.a.O.(Anm. 51), S. 789 (Rn. 30).

70 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 17. 前掲注 49 参照。

利害関係者により、国民発案の如く憲法異議が提起されれば、憲法訴訟を通じて、当該テーマが政治過程で議論されると言うのだ。例えば、1995年の相続税決定では、土地評価が現状価値に適合しないと基本法3条の平等原則違反を認定したが、相続税法は機会の平等や財産の平等という民主政の根幹に関わるとされたのである<sup>71</sup>。

(4) レプシウスが憲法判例を把握し直す為に依拠する文脈は様々であるが<sup>72</sup>、結局、硬直した尺度の射程範囲を削減し、これを区別する方針には、憲法機関全てを包含する政治過程での連邦憲法裁の機能が選択され、立法者の判断余地、憲法裁の統制密度が分類されるという訳である。

即ち、民主政の下では、理念や体系を体現する嘗ての立法者でなく、国民や議員や団体など多様な利害を調整する立法者が立ち現れるが、その際連邦憲法裁は、立法者の判断を尊重すべきということになる。しかし、政治過程の中でその見解が反映されない少数者がいる場合、又は、そのプロセスの中に登場しにくい政策課題が存在する場合は、連邦憲法裁は、積極的に立法者の法律制定に介入するべきでもある。要するに、民主過程での憲法機関相互間の付置状況を区別した上で、憲法裁が司法抑制と積極主義のどちらを選択ぶか整理するのである。

但し、この場合分けの硬直的運用をレプシウスが望む訳がなかろう。判断余地又は規律密度は民主政への影響に応じ段階的にスライドし、しかも、

---

71 Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 17f.; ders., a.a.O.(Anm. 51), S. 829f. (Rn. 113). つまり、1995年の第1次相続税決定(BVerfGE 93, 165)、2006年の第2次相続税決定(BVerfGE 117, 1)、2014年の第3次相続税決定(BVerfGE 138, 136)と、連邦憲法裁は、ほぼ8年毎、2立法期毎に、相続税の問題を取上げ、憲法規範による継続的観察を行っている、レプシウスは指摘する。Vgl. Lepsius, Anmerkung, in: JZ, 2009, S. 260-263. それぞれの決定につき、中島茂樹・三木義一「所有権の保障と課税権の限界」法律時報68巻9号(1996年)47-55頁、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例IV』(信山社、2018年)99-102頁(甲斐素直)、カール=フリードリッヒ・レンツ「相続税法に関する違憲判決」自治研究92巻7号(2016年)154-162頁。

72 Lepsius, a.a.O.(Anm. 4), S. 259-266(訳213-219頁); ders., a.a.O.(Anm. 6), S. 132-135.

訴訟制度や時代状況という変数も尺度選択に作用してくる<sup>73</sup>。月並に言えば、裁判所の比較衡量こそ憲法解釈を決定するのだらう<sup>74</sup>。

#### 四 結語

レプシウスの連邦憲法裁批判を検討した本稿の結論は、以下の通り。一つ、連邦憲法裁は、解釈を包摂から切断し、脱文脈化することで、法律でも判決でもない、事件を無視した中間規範たる尺度を定立し、その硬直した判例で他の憲法諸機関を服従せしめる地位を獲得する。二つ、しかし、その尺度は、良い教義学や民主政が発展する為にも、特に、憲法秩序での憲法裁の政治的機能に着目して、政治過程での憲法裁が置かれた付置状況に応じて尺度を展開し運用すべきである。即ち、70年を経て惰性的に支

73 前掲注 32、注 57 参照。

74 文脈化による判例の射程制限は、過去のみならず常に問題とならう。例えば、2021年11月19日連邦憲法裁第1法廷決定において、外出制限、接触制限、学校閉鎖など連邦のコロナ対策が合憲となる(BVerfGE 159, xxx; 1 BvR 781/21)。その際、いわゆる自己執行法律、即ち、自身が市民の権利と義務を規定し、執行又は行政の裁量なく義務違反が確定する法律について、統制と均衡なる法治国家の原理に反し議会絶対主義を容認したこと、任意の人間と面会し邂逅する権利、パッチワーク家族、学校教育を受ける権利など、新しい権利を承認しつつ保護領域を拡張したこと、連邦の感染症対策を各種法益が一体化したまともでない束を把握し、生命や健康や医療体制など諸措置を全体保護パッケージと見たこと。レプシウスは、連邦のこれら包括的制限を、2021年4月の具体的法状態のみに該当する、非常状態における措置だと見るのであり、故に、この第1連邦ブレイキ決定の射程を文脈化すべきと主張する。Oliver Lepsius, *Zerstörerisches Potenzial für den Verfassungsstaat*, in: LTO, 03.1.2022. 尤も、当の第1次連邦ブレイキ決定は、レプシウスが批判したCIの尺度定立とCIIの尺度適用の、脱文脈化を導く定式を実は採用せずに、CIでは審査対象となった接触制限、CIIでは同じく審査対象である外出制限につき、両対象内でその都度尺度定立とその適用が反復され、しかも、夫々1保護領域と侵害、2形式的正当性、3実質的正当性と、教科書通りの三段階審査の図式に沿って、加えて、レプシウス自身が当該事件に適用実質的衡量を可能にすると肯定的に評した比例原則に従って、本件に即した具体的で綿密な検討が加えられており、その点、本憲法裁決定の射程は、その緊急性に即し厳密に限界づけられている。

配する憲法判例の脱文脈化を否定し、憲法裁の憲法内での秩序に即した判例の再機能化を求めるのである。

彼のアプローチは、国際化や欧州化の中、欧州司法裁や欧州人権裁との欧州憲法裁判所結合体の下の役割分担にも、適合的なのだろう<sup>75</sup>。だが、この現代ケルゼン学派の方針には、鋭い批判も存在している<sup>76</sup>。それ以上

---

75 Lepius, a.a.O.(Anm. 5), S. 134f.; ders., a.a.O.(Anm. 41), S. 18. 参照、三宅雄彦「憲法裁判の制度：欧州司法裁判所・欧州人権裁判所の関係」畑尻剛先生古稀記念『憲法裁判の制度と実践』（尚学社、2023年近刊）。既に触れたイエシュテトやパヤンデー、カイザーの他に（前掲注30、39）、ショーコプフなど、裁判所が司法権のみならず立法権迄も担い、それにより不明確となった立法権と司法権の境界を明確化する為の手段の一つとして、文脈化のアプローチを肯定する憲法学者もいる。Frank Schorkopf, Gesetzgebung durch Höchstgerichte und Parlamente, in: AöR, Bd. 144(2019), S. 202-233, 299f.

なお、ルート・ヴェーバーは文脈化の概念を、本稿で検討した如き、判例法理をその背景の歴史や事件に照らし把握するとの意味でなく、欧州人権裁や各国憲法裁と一緒に欧州憲法裁判所結合体を形成する欧州司法裁につき、各国独自の伝統を基盤とする各国憲法裁と違い、独自の自己了解と、純EU自律的な様式を持つ裁判所だとした上で、その制度と法分化の二つの文脈を探求するとの意味で文脈化の概念を用いて、欧州司法裁長官クーン・レナールツ(Koen Lenaerts)の言う「統合の法発見作業場(Rechtsfindungswerkstatt der Integration)」たる裁判所の概念を手掛かりとしつつ、欧州司法裁の自己了解と、欧州憲法裁判所結合体自体の更なる発展を検討している。Ruth Weber, Die "Rechtsfindungswerkstatt der Integration", in: Der Staat, Bd. 60(2021), S.297-334.

76 レンスマンは、最近公開された連邦憲法裁の審議資料を利用しつつ、憲法的歴史学派による文脈の狭隘化は行き過ぎである、と批判する。即ち、文脈化の戦略は、当該判決を当時の文脈に据えるだけでなく、リュート判決を当時の国際人権の理解やワイマル時代の学説との関連に接合するなど、国際的な歴史的な文脈も重視するべきである。その意味で、当時の第一法廷裁判官リッタースパッハの意見からは、基本権の直接的第三者効力を承認する現在の連邦憲法裁判例法理の萌芽が、既にリュート判決に胚胎していたことが明らかなのである。反対に、この判決が発明した価値秩序の範疇を放棄するのであれば、以後の連邦憲法裁判例法理を理解する文脈自体が見失われてしまう。Rensmann, a.a.O.(Anm. 3), S. 75-77; ders., Wertordnung und Verfassung: Das Grundgesetz im Kontext grenzüberschreitender Konstitutionalisierung, 2007, S. 76-81. ヘッセ、グリム、マーキングの前任であるリッタースパッハにつき、三宅(前掲注24)135-137, 155-158頁。Vgl. Verena Frick, Die Staatsrechtslehre im Streit um ihren Gegenstand: Die Staats- und Verfassungsdebatten seit 1979, 2018, S. 186-202; Johan Braun, Entscheidungsverarbeitung als Aufgabe der juristischen Methodenlehre, in: JZ, 2019, S. 353-356.

に我々を困惑させるのはレプシウスが到達した結論である。民主政の下でその都度決定する立法者の判断余地を原則尊重しつつ、少数者保護や論点確保の必要あれば裁判所はこれに介入すべき、と。ドイツ有力説の彼方に我々が見たのは、プロセス理論なのであった<sup>77</sup>。

---

77 機能主義憲法判例理論の代表者としてレプシウスはイリィを挙げる。Lepsius, a.a.O.(Anm. 41), S. 14, Fn. 6. 更に、ドイツ法学がアメリカ法から学ぶべきとの事項につき、参照。Lepsius, a.a.O.(Anm. 6), S. 138-153; ders., Was kann die deutsche Staatsrechtslehre von der amerikanischen Rechtswissenschaft lernen? in: H. Schultze-Fielitz(Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 319-366, 348-366.

なお、彼のプロセス理論類似の諸帰結への賛否表明は兎も角として、再文脈化、再歴史化のアプローチはわが国には恐らく不要であろう。日本では、寧ろ最高裁自身が脱文脈化を恐れ尺度の定立に踏込まず、裁判所調査官解説を読み漁ってその不文の基準を詮索する程である。寧ろレプシウスの言うドイツ連邦二憲法裁流の尺度定立が必要である。半面、元々実務資格がなく個別事件で解釈や適用をする機会もなく、且つ、判例実務にほぼ無影響の日本憲法学に彼の批判の打撃はなく、尺度定立権力たるドイツ憲法裁に引き続き勇気づけられるのだろう。参照、棟居快行「改題」シェーンベルガーほか『越境する司法』（前掲注4）245頁。