

(要約)

論 文 題 目
憲法学の方法としてのドグマーティク
—そのドイツ国法学における所在について—

氏 名 齋藤 暁

序章

日本の憲法学にとってドイツ国法学は、連邦憲法裁判所の裁判実務と対話を続ける実務志向的な学問分野として認識され、少なからず憧憬の対象として見なされてきた。他方で、ドイツと比較して戦後日本の憲法学に伺えるのは、—林知更の図式に従えば—、憲法実務から距離を置いた憲法学説と、原理的考察に重きを置いた「憲法論」が憲法解釈論を主導する状況である。

こうした中で、近年のわが国の憲法学では、ドイツの法律学に由来し、従来「法解釈学」や「法教義学」と翻訳されてきた「ドグマーティク (Dogmatik)」に触れる論稿が散見される。注目すべきは、かかる傾向が2000年代以降の三段階審査論の導入と時期的に重なることである。今やドグマーティクの参照はドイツ憲法研究者に限定されず、それによって憲法解釈の精度を高め、裁判実務での使用を意識した学説形成が意識されている。ここから、ドグマーティク—それは時に「学説と実務の共通言語」と呼ばれる—の参照に、憲法学の閉塞感を打開する突破口としての役割を読み取ることは、決して不当ではないだろう。

しかし、日本の憲法学では、—そればかりか法律学全体を含めても—、方法としてのドグマーティクはこれまで殆ど議論されてこなかった。外国法に由来する概念が使用される場合、その定義や機能、それが学問ならびに実務に果たす役割を整理することが不可欠なはずである。ここで危惧されるのは、理論水準を高めるはずの比較法研究の成果が、複雑性を増大させることで既存の憲法学の体系との接続を困難にし、それによって、理論と解釈、あるいは学問と実務の対話をよりいっそう困難にする恐れである。

もっとも、ドグマーティクというコンセプトは、実は日本の憲法学に全く欠如していたわけではない。かつて法教義学と翻訳されたドグマーティクは概念法学と同一視され、戦後の法解釈論争の中で認識説の背後仮説として非難されてきた歴史を有する。しかし、当時から殆ど注目されてこなかったが、認識説は法を解釈する局面だけでなく、解釈を教導する法的概念を構成する局面でも用いられていた。法律家の法的論証は解釈に汲み尽くされるものではなく、前提となる法命題、法制度、そして実定法上ならびに講学上の法的概念も、その重要な構成要素をなすはずである。ここで、わが国の憲法学で概念構成の意識が希薄な印象を受けるならば、このことは、認識説と共にドグマーティクのコンセプトが放棄されたことと関係するとは考えられないか。

本稿の主題は、法的概念を構成する作業としてドイツで長い伝統を有する「ドグマーティク」に関するものに他ならない。本稿の目的は、ドグマーティクが決して自明ではないわが国の憲法学のために、ドイツ国法学におけるドグマーティク論を記述、検討することを通じて、ドグマーティクの歴史と機能、そしてそれが国法学の体系に占める所在を明らかにすることにある。それゆえ、本稿はドイツ国法学の観察を志向する。

第1部：国法学におけるドグマティックの歴史的展開

第1部では、ドイツ国法学におけるドグマティック論の所在を明らかにするため、歴史的なアプローチによってその変遷が検討される。ここで問われるべきは、—近年有力な見方である—1970年代以降に国法学に定着したとされるドグマティックの方法がいかなるもので、またそれが、19世紀後半の国法実証主義といかなる関係にあるのかである。

第1章：国法ドグマティックの確立

帝政期の国法実証主義の国法学者にとって重要だったのは、私法学で確立した法学的方法を国法学に援用することで、国法学の対象を事実関係ではなく法関係に限定し、その帰結として国法学を法律学の一部門として洗練することであった。ここで法学的方法と同定されたドグマティックは、一方で Gerber にとっては、国法上の指導的な基本概念を精緻化し、国家法人論によって基礎づけられた統一的な学問体系の構成と解された。他方で、Laband の場合、ドグマティックとは憲法典をはじめとする現在妥当する実定法素材を一般法概念にまで還元し、また法制度を構成することと定義された。たしかに、Laband は Gerber と異なり、帝国憲法を所与の前提として国法学の体系を構築できた。しかし、その方法は Jhering の「高次の法学」を引き継ぐ一般法概念の構成であって、その意味で Gerber の延長線上にあった。それゆえ、Laband の法学的方法（＝法学的ドグマティック）は、具体的な事案解決を目指し、法実務を名宛人とした法解釈の方法ではなく、実定法素材から一般法概念を、それも国法上の下位命題を包摂し得る「統一的な基本原則や指導原理」を構成する、学問としての国法学の体系を意識したものであった。このように、国法学におけるドグマティックの方法は、国法実証主義に端を発する。

こうしたドグマティックの方法は、これまで「純粋に論理的な思考活動」に還元され、それゆえ非法学的方法の排除を帰結し、現実から乖離した概念法学の誹りを受けてきた。しかし、重要なのは、この Laband の方法上の限界を批判した Gierke やヴァイマル期の国法学者にとっても、一般法概念を構成するドグマティックの意義は認められていたことである。

第2章：国法ドグマティックの動揺

その後、法学的方法は、裁判官の法適用を補助できず、現実の社会変化や法の価値・目的を考慮していないとして、1960年代から70年代の政治社会の変化を背景とした、法学刷新運動としての「法理論」によって修正された。この新しい学問分野は、—分析哲学、言語哲学、社会科学など—論者ごとに焦点や方法が異なるものの、伝統的法律学を克服しようとする点では一致していた。特に Esser らの法学的ヘルメノイティク—それは Savigny の解釈技法ではなく、同時代の哲学者 Gadamer を参照して解釈主体の「前理解」に焦点を当てた—は、従来法律学で等閑視されてきた価値や評価を照射し、具体的事案に即した裁判官の法発見補助を志向していた。

国法学もこの流れを汲み、憲法解釈方法論議では、憲法解釈を適用と包摂の作業と捉える Forsthoff と、それを具体的事案に即した解釈主体の規範創造作業と解した Ehmke、Hesse、Kriele らの間に対立軸が形成された。そこでは、憲法解釈をコントロールする前理解としての憲法理論が議論の中心に置かれ、他方でドグマティック論は批判対象となっても議論の主題とはならなかった。もっとも、ドグマティック論の後退は、ドグマティックの方法そのものが国法学から消失したことを、決して意味しなかった。

第3章：国法ドグマーティクの支配

実際に1970年代後半以降には、連邦憲法裁判所の基本権解釈をコントロールできない前理解としての憲法理論に代わって、ドグマーティク論が再び台頭した。Böckenfördeの基本権理論が80年代以降に姿を消し、基本権ドグマーティクに置き換えられたのが典型的である。ただし、その際に認識され、再構成される実定法素材は、実定（憲）法だけではなく、今や基本権の規範内容を実際に具体化し、その規範的性格を主観的な防御権から客観的な原理規範へと変容させた、連邦憲法裁判所の判例も含むものであった。したがって、70年代以降に国法学に定着したとされるドグマーティクとは、連邦憲法裁判所の判例を再構成することを任務とするものであり、事案解決を度外視した学問体系構築の方法ではなかった。ここに我々は、国法実証主義と70年代以降の国法ドグマーティクの「断絶」を見出すことができよう。もっとも、Alexyが指摘するように、概念構成によって実定法素材に見通しを与える分析的なドグマーティクの作業はLabandの法学的な方法から継続しており、その意味で両者の間に「連続」を見出すこともできる。以上が歴史的に明らかにされた国法学におけるドグマーティク論の変遷である。

第2部：国法学におけるドグマーティクの思考様式

第2部では、ドイツ国法学におけるドグマーティクの思考様式を叙述することによって、ドグマーティクの任務、機能、対象、法実務との関係などが明らかにされる。

第1章：学問分野としてのドグマーティク

ドイツの法律学でドグマーティクは、自らの対象を現在妥当する実定法に限定することで、法哲学、法史学、比較法学から区別された狭義の法律学として理解され、さらに、これら基礎法学分野に対して優越的な地位にある。こうした見方は、19世紀以来法律学の核心を問う法学的な方法の問題と関係してきた。法学的な方法はドグマーティクと逕庭ないものであったが、その後、解釈方法を扱う「法学方法論」としても論じられるようになった。これは19世紀後半以降の法典編纂を背景とする法源論の変化によって、概念構成の伝統が後退したことと関係する(Lennartz)。

ところで、憲法典では不確定法概念や価値充足的な法概念がその大半を占めることから、有権解釈機関による法の適用と解釈は、恣意的で不安定に展開される恐れがある。法は法をいかに取り扱うかの方法を教えてくれない。それゆえ、法律学にはドグマーティクや法学方法論を通じて、法の適用と解釈の恣意性を可能な限り排除し、それによって法的安定性を確保することが期待される。ドグマーティクはいわば、民主的な立憲国家に不可欠な仕事である(Waldhoff)。

第2章：ドグマーティクの特性と機能

法律学の対象である法が社会制御の道具として合目的的に適用されるために、ドグマーティクの固有性も事案解決を目指す「適用志向性」に認められる。ここでドグマーティクの仕事は、裁判官の法適用を方向づけることを狙いとして、必ずしも法律に書かれていないが、一般的に承認され遵守されることを要求する法的概念や講学上の概念を構成することにある。それゆえ、ドグマーティクが構成する諸形象は、法律上の諸命題と同一のものではない。こうしたドグマーティクの名宛人は、立法者、行政官、裁判官、私法行為の利害関係者など法産出プロセスの参加者全般に及ぶが、国法学に固有の名宛人は連邦憲法裁判所である。

ドグマーティクの機能には、法律学と法実務の相互コミュニケーションの反復によって法的概念、法原理、法制度を構成し、それによって現在妥当する実定法素材に見通しを与える「体系形成機能」、ドグマーティクの諸形象によって法実務の安定した法適用を補助する「法適用機能」、法適用の場面で実質的な正義などの根本的な議論を免除し、法的論証の合理化を図る「免除機能」、ドグマーティクの諸形象によって法素材を教授し習得可能にする「教育機能」、ドグマーティクの諸形象によって法規範間の欠缺や衝突を補完する「欠缺補充機能」、法的論証の前理解となる暗黙知を解明する「規範的な経験値の導出機能」などが認められる。これらの機能のうち、体系形成機能と免除機能は特に重要な役割を引き受けている。前者は首尾一貫した概念構成を保証し、後者は合理化された法的論証を可能にするからである。これらの基礎をなすのは、議論の蓄積によって、つまり法実務と法律学の相互コミュニケーションの反復によって、法的概念が彫琢され、受容され、絶えずアップデートされていくことであり、法的概念の意味が固定化されていくことである（「ゼマンティック」(Luhmann)）。こうした意味の蓄積によって、法を発見し、継続形成し、さらに批判することが可能となる。もっとも、ドグマーティクの諸形象は実定法や裁判実務の蓄積によって絶えずアップデートを要求する学問上の命題や概念であって、それ自体は決して法的拘束力を持っておらず、その意味で実定法とは決定的に異なる。それゆえ、ドグマーティクの諸命題と実定法命題のあいだには、常に一定の緊張関係が存在する。また、ドグマーティクの諸形象は可能な限り簡潔で「複雑性の縮減」を体現すべきものであることから、「省察」という高度の複雑性を要求する機能をドグマーティクに求めるのは困難であり、法理論や憲法理論といった別の学問分野を用意する必要がある。

第3章：法ドグマーティクと法実務

法律家共同体の「共通言語」としてのドグマーティクは、ドイツに固有の法律家養成課程によって獲得される。そこでは、2度の法学国家試験に合格することが裁判官任用の資格要件であるとともに、法学者としてのキャリアの必要条件であり、これによって、法学者と法実務家の思考様式の近さが制度的に確保されるという。また、法学文献としてのコンメンタールは、主に連邦憲法裁判所の裁判判例を整理し、既存のドグマーティクの諸命題との整合性を確保し体系化することから、制定法と裁判官法を結びつける役割を果たす。もっとも、こうした強い実務志向性を伴う法学文献の傾向は、理論的な基礎研究とトレードオフの関係にある。

国法学と連邦憲法裁判所の関係は、憲法ドグマーティクを介して定式化される。連邦憲法裁判所の諸決定はドグマーティクの様式に、他方で国法学はその権威ある判例の恩恵に与っている。両者に固有のコミュニケーションを保証する制度として、国法学教授の憲法裁判官への任用、若手研究者の学術調査官への任用、ドイツ国法学者大会への教授裁判官の参加が考えられる。もっとも、ドグマーティクを介した両者の協働関係は、「共謀関係」にも転化し得る。国法学のドグマーティクの作業は、連邦憲法裁判所の判例に強度に依存することから、その理論構想力の低下とトレードオフの関係にあると危惧されてきた（「連邦憲法裁判所実証主義」(Schlink)）。それと関連して、ドグマーティクは法適用の技術にまで縮減されることで、法律学の学問的性格を動揺させている。さらに、ドグマーティクという実務志向の学問的営為は、あたかも法実務の管轄権の限界を克服し、法律学の妥当性の不足を相互補完しているかのように振る舞うことができる（ドグマーティクの自己授権機能）。とりわけ、連邦憲法裁判所の「基準定立」は、事案解決を

超えた関係条文の一般的＝抽象的な基準を定立することで、連邦憲法裁判所の基準が実質的に基本法である状況を事実上作っており、政治的な影響力を獲得してきたとされる (Lepsius)。

第3部：国法学におけるドグマーティクの作業様式

第3部では、ここまで得られたドグマーティクの思考様式の知見をもとに、その具体的な実践に関する「作業様式」の検討が行われる。

第1章：ドグマーティクの法的実践への役割

ドイツの法律学では、ドグマーティクは法学方法論とは別のカテゴリとして分類され、これまで法的実践における地位が必ずしも明らかではなかった。ここで法律家による法的実践として、法的論証が観念される。規範的言明の根拠づけを目指す法的論証は、現在妥当する実定法に拘束されるだけでなく、裁判所の先例やドグマーティクにも制約される (Alexy)。というのも、確立した先例や、制度化された法律学によって記録され、再生産されることで定着したドグマーティクの諸命題や諸概念からの逸脱は、形式的正義に悖り (「普遍化可能性原理」)、そこからの逸脱には論証責任が観念されるからである (「論証負担ルール」)。こうした法的論証でドグマーティクが必要となるのは、一般的＝抽象的な法規範を具体的事案に適用する過程では、これを取り扱うための方法が必要だからである。例えば、同性間の生活パートナーシップ制度を保障する法律が基本法6条1項 (「婚姻および家族は、国家秩序の特別の保護を受ける。」) に適合するかは、そこに書かれていない「婚姻締結の自由」という法規範を導出し、それが「制度的保障」や「価値決定的な基本原則規範」といった規範的性格を持つこと、「内容形成」という立法者に対する法制度形成が要請されること、そして連邦憲法裁判所の決定によって憲法上の「保護範囲」の内容が変化したこと等が把握されねばならない。

もっとも、それ自体法律学の成果に過ぎないドグマーティクの成果が法的論証を「拘束する」との言明には、注意が必要である。ドグマーティクには、実定法素材を認識する経験的な次元だけでなく、それを概念によって見通しつける分析的次元や、判決実務を指導する規範的次元のように、記述的側面と規範的側面の混在が伺えるからである。この法源と法認識の源泉の混同とも呼べる状況は、Kelsenの影響下にある論者を除いてドイツでは殆ど違和感が持たれていない。

ところで、ドグマーティクによって何が構成されるかは、実際には論者によって微妙に異なる。ドグマーティクは実定法から導出される法命題を再構成するのか、それを体系性を備えた基本原則や原理にまで高めるのか、それとも、実定法上の諸命題そのものから離れた、審査基準といった法適用の「道具」を構成するものなのか。Bumkeの見方では、ドグマーティクの諸形象は、法原理、法制度、法ドグマーティクの形象、法的理論、類型、指導理念、法的概念の7つに分類された。この分類はドグマーティクの役割や作業様式の理解を促す意義を持つが、その形象に「理論」が数えられて良いのか等の疑問は残る。他方で、Lennartzは法的論証におけるドグマーティクの役割を、法律家の解釈を可能にする、法解釈のインフラストラクチャーとして理解する。彼によれば、法的論証では必ずしも実定法に還元されない様々な法的概念が使用されており、こうした法源との関連づけを必要としない法的構造や審査過程を図式化する秩序づけ概念を使用する能力こそが、法律家を非法律家から区別するメルクマールだという。

第2章：ドグマーティクの生産

ドグマーティクによる法的概念の構成は、法律学と法実務の循環的な協働作業であり、換言すれば、法学的方法という共通の解釈図式を共有する法律家共同体の作業である。しかし、それゆえドグマーティクを生産局面では、かかる図式を共有しない訴訟当事者や一般市民等の非法律家は基本的に登場せず、「憲法解釈者の開かれた社会」(Häberle)は観念されない。

ドグマーティクを生産過程で法律学に特に要求される作業は、無数の実定法素材を概念によって彫琢し、見通しを可能にする分析的な次元である。この作業は、Labandの法学的ドグマーティクの定式以来、その批判にも拘らずドイツ国法学に通底する基本的な任務である。この概念構成と呼ばれる作業は、Lennartzの言葉を借りれば、法解釈のインフラストラクチャーとしてのドグマーティクの核心をなす。解釈が法源との直接的な関係づけを示す一方で、構成は法源に関連づけられた法的概念だけでなく、法源に関連づけられない法的概念を産出することで、無数の実定法素材を秩序づけ、法適用を構造化し、解釈の前提としての知識を我々に提供してくれる。

このように、ドグマーティクは法命題や法的概念の構成を通じて、法的論証における安定した法の適用と解釈を補助する。もっとも、基本法を含む憲法のテキストは、単純法律と比較して簡潔かつ断片的であるため規律密度が低く、解釈の余地に開かれている。それゆえ、憲法ドグマーティクは法ドグマーティク一般と比較して、より多くの「非法学的な」知識を憲法理論のカテゴリから摂取してきた。もっとも、憲法ドグマーティクは実定憲法という対象を憲法理論と共有するために、両者は区別されずに論じられてきた。しかし、一方でドグマーティクは法実務家の補助手段として単純化されねばならず、他方で現在妥当する実定憲法に拘束されることから、実定憲法に対する批判的省察は構造上期待できない。それゆえ、憲法ドグマーティクを憲法理論から範疇上区別した上で、その構造上の欠陥を憲法理論の側から補完することが有益と思われる(Jestaedt)。ここで注意すべきは、この両者の区別は、実定憲法という対象ではなく、対象を扱う参加者と観察者という「視点」の相違に基づくことである。こうした憲法理論の成果は、法獲得プロセスの発見の文脈で機能し、また法的概念の内容充填に貢献する。以上のことから、憲法解釈、憲法ドグマーティク、憲法理論の各カテゴリは、実定憲法に直接関わる憲法解釈、それを扱う法的知識としての憲法ドグマーティク、さらにそれを補完する憲法理論というように、視点と抽象度によって区別され、各々が機能することで実定憲法の具体化に貢献できる。

結論

第1節：ドグマーティクを受容可能性

それでは、ドイツ国法学におけるドグマーティクのコネプトは、わが国の憲法学の方法として受容できるのか。さしあたり、ドグマーティクは2つの意味で「ドイツ特有の道」と解されてきた。第1に、19世紀以来の伝統を持つ体系的な概念構成の作業に、第2に、連邦憲法裁判所の裁判判例を法素材として、法命題や法的概念を再構成することに、である。さらに後者の場合、学者と実務家の思考様式の近さを支える、ドイツの法律家養成課程も強調される。

これらのうち、わが国の憲法学では、ドグマーティクの方法は第1の見方で受容する余地がある。このことから推察されるのは、日本にドグマーティクのコネプトが欠如していたのではなく、概念法学を排除する過程で共に放棄された可能性である。概念法学がなくとも憲法学は成立するが、概念なくして憲法学は成立し得ない。この意味で、例えば客観法や内容形成権利といっ

た秩序づけ概念、三段階審査論や比例原則といった審査構造論等の「基本権総論」に関する議論がわが国で導入されたのは、ごく自然な流れといえる。他方で、ドグマーティクのコセプトを第2の見方で共有するのは困難である。もっとも、学説と実務の密接な関係に憧れ、比較憲法学の準拠国として参照し続けてきた「ドイツなるもの」が、主にこの意味で論じられてきたことには、注意が必要である。それゆえ、この意味でのドグマーティクのコセプトの受容は、思考様式を輸入する程度では果たされ得ないことを自覚すべきであろう。

補論：Dogmatikをどう翻訳するか？

Dogmatikに「法教義学」の翻訳を充てるのは、神学由来の無誤謬の「ドグマ」を想起させるため適当ではない。概念構成というドグマーティクを経験的、分析的な性格を強調する点で、一方で作業としては「解釈構成」（守矢健一）が、他方で学問分野としては「法解釈学」が相応しい翻訳と思われる。あえて翻訳を行わない選択肢は、手垢のついた既存の翻訳からの差別化を図る上では有益だが（例えば石川健治）、その概念がわが国で共有されていない以上、少なくとも法学教育での使用は控えるべきであろう。

第2節：憲法学の省察

本稿の考察から得られたドグマーティクのコセプトの核心は、法解釈のインフラストラクチャーとして法的概念を構成する点に認められる。この方法上の自覚は、第1に、憲法ドグマーティクを憲法解釈と憲法理論の中間項として位置づけ、各カテゴリの作業と目的の違いを意識化させる。すなわち、一方で、具体的な事案解決を目指す主観的な憲法解釈から憲法ドグマーティクを区別することで、間主観的なテキスト理解を可能にする憲法ドグマーティクを経験的、分析的な作業が憲法学の方法として意識化される。他方で、わが国の憲法解釈論は比較憲法学や法哲学といった憲法理論を知的資源として展開してきたが、しばしば解釈論としての切れ味の鈍さに悩まされてきた。こうした憲法理論から憲法ドグマーティクを区別することで、憲法理論の知見を実際の法的論証での使用に耐えられる法的概念の水準にまで落とし込むことが意識化され、それによって法的論証の合理化に資する。

第2に、法解釈のインフラストラクチャーとしてのドグマーティクは、学者だけでなく実務家の法的論証にも役立つ。例えば、日本国憲法76条3項が定める、裁判官が拘束される「憲法及び法律」は、客観法規範としての実定法を認識するだけでなく、その前提知識としての法的概念を把握して初めて十全に具体化されるものである。たしかに、学者と裁判官の「思考経路」（藤田宙靖）は異なるが、裁判官も蓄積され体系化された法的概念の恩恵に与っているはずである。

憲法学には、裁判官が拘束される「憲法及び法律」の前提知識を構築することで、立憲国家における実定憲法の現実化に貢献する任務が課せられている。