

ドイツにおける法段階説の受容と展開

「裁判官による法形成」を巡る議論の一断面

高 田 倫 子

はじめに

ドイツ公法学においては、近年、憲法裁判所を含む裁判所による広範な法創出への批判が勢いを増している。その論拠は一様ではないが、近時においてとりわけ際立っているのが、ハンス・ケルゼン (Hans Kelsen) の諸理論への言及である。ケルゼンに依拠した裁判所への批判は、今や、それに賛同するか否かに拘わらず、無視し得ないほど有力になっている。⁽¹⁾ かようなドイツの状況は、二重の意味において驚くべきことであろう。第一に、たとえケルゼンが法史上重要な人物であるとしても、ドイツ公法学において長年にわたり敵視ないし無視されてきた彼の理論が、裁判所を巡るアクチュアルな議論においてなぜ再び引き合いに出されるのか、⁽²⁾

(1) 連邦憲法裁判所による「基準設定 (Maßstabsetzung)」を呵責なく批判し、強烈な印象を与えた論稿として、O. Lepsius, Die maßstabsetzende Gewalt, in: Jestaedt u.a., Das entgrenzte Gericht, 2011, S. 159ff. 邦訳として、オリヴァー・レプシウス [棟居快行監訳・西土彰一郎訳] 「基準設定権力」イェシュテットほか『越境する司法——ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』(風行社, 2014年) 133頁以下を参照。

(2) ドイツにおけるケルゼン理論の影響史と受容に関しては、vgl. Lepsius,

第二に、ケルゼンの理論に依拠するとしても、そこから裁判所の法創出への批判がいかにして導き出されるのかは、必ずしも自明であるとは言えないからである。

本稿の目的は、これらの問題を解明することにあるが、裁判所を巡る論点は多岐にわたるため、ここでその全てを扱うことはできない。それ故、本稿は、以下のように対象を限定することとしたい。すなわち、本稿においては、憲法裁判所を除く、いわゆる専門裁判所 (Fachgericht) の「裁判官による法形成 (richterliche Rechtsfortbildung)」の問題が扱われる。後述のように、裁判官による法形成は、当初、法律の解釈・適用における裁判官の創造的行為として包括的に捉えられていたが、今日では特に、裁判官による法律の補充又修正を指すものと解されている。というのも、かような行為は、基本法20条3項及び97条1項に規定された裁判官の法律への拘束に抵触する虞があるとされ、⁽³⁾ その賛否を巡り意見が戦わされてきたからである。

この論争において、近年、ケルゼンの諸理論のうち特に法段階説を用いて、裁判官による法形成への批判を展開する見解が現れた。本稿は、その最も有力な論者である、フライブルク大学のマティアス・イエシュテット (Matthias Jestaedt) の所論を取り上げたい。イエシュテットは、公法学の諸テーマにケルゼンの理論を適用し、議論の前提を覆す挑戦的な論稿を発表してきた。⁽⁴⁾ 裁判官の法律への拘束に関しても、彼は法

Hans Kelsen und die Pfadenabhängigkeit in der deutschen Staatsrechtslehre, in: Jestaedt (Hrsg.), Hans Kelsen und die deutsche Staatsrechtslehre, 2013, S. 254f.

(3) 基本法20条3項は「立法は憲法秩序に、執行権及び裁判は法律及び法に拘束されている」ことを、基本法97条1項は「裁判官は独立であり、ただ法律にのみ従う」ことを規定する。なお、本脚注及び以下本稿における基本法の邦訳は、高田敏 = 初宿正典編『ドイツ憲法集 [第7版]』(信山社、2016年) に従った。

(4) イエシュテットはハンス・ケルゼン研究所 (Hans-Kelsen-Forschungsstelle) の所長も務め、公刊中のケルゼン全集 (Hans Kelsen Werke) の

段階説に従い、司法を単なる法執行と見なす伝統的見解に痛烈な批判を加える。しかし、その一方で、彼によれば、裁判官は法律の授権を必要とするが故に、法形成、特に法律を修正する行為は許されないとされる。

イエシュテットの見解は、司法を法執行と同視する伝統的見解を拒絶し、裁判判決における法創出の側面を法的に基礎付けた点において、一定の評価を得ていると思われる。その一方で、彼が更に進んで、法段階説から裁判官の法律への厳格な従属を導き出した点については、プツェリウス・ロースクールのクリスティアン・ブムケ (Christian Bumke) や、フライブルク大学のラルフ・ポッシャー (Ralf Poscher) 等、少なからぬ論者がこれに異を唱えている。興味深いのは、彼らの批判が、法段階説それ自体というよりも、イエシュテットによるその展開に向けられていることである。このことは、近時の学説において、法段階説の認識が少なからず共有される一方、その展開の方向性が複数あり得ることを示唆しているように思われる。

以上を踏まえ、本稿は以下の順に論述を進める。まず、裁判官による法形成を巡る議論を振返った後 (以下 .), 従前の議論に対する法段階説の意義を確認し、今日におけるその受容の背景を明らかにする (.). その後、法段階説に基づき、裁判官の法形成の権限を否定する見解と、それを肯定する見解とを対比させ、両者における法段階説の位置付けの違いを示す (.). 最後に、本論より得られた結論を要約するとともに、残された課題について述べることにしたい (おわりに)。

・ 議論の諸相

1. 実体法の解釈方法論

「裁判官による法形成 (richterliche Rechtsfortbildung)⁽⁵⁾」は、「創造的法発見 (schöpferische Rechtsfindung)」や「裁判官法 (Richterrecht)」とも呼ばれ、ドイツにおいて絶えず議論の的になってきた。もっとも、1970年代を境に議論は異なった文脈へ移行し、その争点も変化する。

裁判官による法形成は、長い間、主に私法学の領域において法律学方法論 (juristische Methodenlehre) の問題として論じられてきた。そこでの課題は、裁判官の法適用を現実に即した創造的プロセスとして基礎付けることにあった。すなわち、私法の重要な諸制度が判例において形成されてきたことに鑑みれば、裁判官の法適用を所与の法律への事実の包摂 (Subsumtion) と見なす伝統的な方法論は、明らかに不十分で

-
- (5) Rechtsfortbildung の訳語は、ドイツ語自身の多義性を反映し、複数見られる。すなわち、私法学における法律学方法論の文脈においては、「法の継続形成」と訳されることが多い。これに対して、憲法学の観点から、裁判官による法律の補充又は修正の問題を扱う場合には、「継続」の語が持つ弱いニュアンスを排除すべく、「法の付加形成」という訳語も充てられている (参照、北村幸也「ドイツ基本法と裁判と法律——あるいは裁判官の『自由』と『拘束』について (1)」法学論叢179巻4号 (2016年) 111頁)。本稿は、差し当たり包括的に「法形成」と訳しておき、特に後者の意味で用いられる場合には、その旨明示することとしたい。「裁判官による法形成とその限界 ソラヤ決定」[渡辺康行執筆]ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例 [第2版]』384頁以下も、「法形成」の訳語を充てている。
- (6) 裁判官による法形成に関しては膨大な研究の蓄積があるが、本稿は紙幅の都合上これらを詳細に取扱うことはできない。概観として、青井秀夫『法理学概説』(有斐閣、2007年)495頁以下を参照。また本稿は、対象を戦後の議論に限定したが、戦前の自由法運動及び利益法学との連続性も無視し得ないと思われる。これらについても、青井・同書226頁以下を参照。

あった。かような問題意識から、包摂を超える創造的作用に関心が持たれ、とりわけ法律の欠缺補充への取組みが活況を呈した⁽⁷⁾。また、それよりも更に踏み込んで、法律の欠缺の有無に拘わらず、裁判官に「法律変更改的法形成 (gesetzesändernde Rechtsfortbildung)」を認める論者も⁽⁸⁾あった。

その一方で、裁判官による法形成は、法から自由な決定を意味しなかった。「確かに、裁判官は、ここで自身の個人的見解を僅かに追求し得るが、彼はその後なお...法秩序の既存の全体系を、拘束力を持つものとして更に前提としなければならない。」(ラーレンツ⁽⁹⁾)。つまり、裁判官による法形成は、その根拠を法律から引き出し得ないが、そうであるが故に、法律以外の法源によって正当化されねばならないと考えられた。ここで、裁判官による法形成は、あくまでも法の認識プロセス (Erkenntnisvorgang)⁽¹⁰⁾であるとされたのである。

これに対して、裁判官はそもそも法形成の権限を有するかについて疑問が呈されることもあったが、当時の学説がこれに正面から取り組むことはなかった。法形成の権限は、むしろその実際上の必要性を前に不問に付され、議論の出発点に据えられていたと言えよう⁽¹¹⁾。それ故、この点へ

(7) Vgl. C.-W. Canaris, Die Feststellung von Lücken im Gesetz, 1964; H. Coing, Grundzüge der Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1969, S. 333ff.

(8) K. Larenz, Richterliche Rechtsfortbildung als methodisches Problem, NJW 1965, S. 2f. ラーレンツは、「契約締結上の過失」、「第三者のための保護効果を伴う契約」といった私法の諸制度は、欠缺補充によって十分に基礎付けられ得ないと述べる。なお、ラーレンツの法学方法論の評価については、広渡清吾「ナチス私法学の構図」同『ドイツ法研究 歴史・現状・比較』(日本評論社, 2016年) 29頁以下を参照。

(9) Larenz, a.a.O. (Fn. 8), S. 9.

(10) Larenz, a.a.O. (Fn. 8), S. 10. Vgl. auch Canaris, a.a.O. (Fn. 7), S. 51.

(11) Vgl. F. Müller, „Richterrecht“. Elemente einer Verfassungstheorie IV, 1986, S. 9. ミュラーの本著については、渡辺康行「『憲法』と『憲法

の数少ない言及も、裁判官による法形成は通常の法適用に対する「法緊急事態 (Rechtsnotstand)」に過ぎないといった釈明にとどまり、十分な検討がなされたとは言い難かった。⁽¹²⁾

要するに、当時の議論は、裁判判決に真の意味において創造性を認めただけではなかった。裁判官による法形成には、法律以外の法源による基礎付けが必要とされたのである。それ故、学説の主たる関心は、かような法源を認識するための方法論に振り向けられ、機関の権限は問題になり得なかった。⁽¹³⁾ その結果、裁判官が法律を補充し又は修正する行為が格別問題視されることもなく、「裁判官による法形成」は、「『純然たる包摂』を超える裁判官による創造的行為」として包括的に理解されることとなった。⁽¹⁴⁾

2. 機関間の権限の限界付け

議論はその後、次のように変容を遂げた。「確かに、裁判官によって創造される法が...どの程度許されるかということは、かつては主として、方法論又は私法ドグマティックの論究の専門とするところ (Domäne) であった。しかし、近時において、この問題は、正當にも憲法のテーマであると見なされるようになった。なぜなら、このテーマには、立法と司法の間の作用の限界付けに関する、つまり法治国家と民主制に関する根本的問題が内在しているからである。」(シュテルン)⁽¹⁵⁾

理論』の対話(3) 戦後西ドイツにおける憲法解釈方法論史研究」国家学会雑誌111巻5・6号(1998年)111頁以下に紹介がある。

(12) *Larenz*, a.a.O. (Fn. 8), S. 3.

(13) *Müller*, a.a.O. (Fn. 11), S. 21.

(14) *Müller*, a.a.O. (Fn. 11), S. 25, auch 77ff.

(15) *K. Stern*, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Bd. II, 1980, S. 581. Vgl. auch *C. D. Classen*, *Gesetzesvorbehalt und Dritte Gewalt*, JZ 2003, S. 697.

かような文脈の変化にとって重要な契機となったのが、連邦憲法裁判所の判例であった。そこでは、特に裁判官による法律の補充又は修正について、それが基本法20条3項及び97条1項に定められた、裁判官の法律への拘束に違反するかが争われたのである。このことによって、裁判官による法形成は、立法と司法の間の権限の限界付けの問題を生じさせることが広く認識されることとなった。⁽¹⁶⁾

この点、連邦憲法裁判所は、リーディング・ケースである1973年のソラヤ決定⁽¹⁷⁾において次のように判示した。すなわち、基本法20条3項は、裁判官に法律及び「法 (Recht)」への拘束を定めており、狭隘な法律実証主義 (Gesetzespositivismus) は拒絶される。つまり、「司法の任務は、とりわけ、憲法適合的な法秩序に内在してはいるが、しかし制定法としての法律の条文においては表現されていない、もしくは不完全にしか表現されていない価値観念 (Wertvorstellungen) を、意思的な要素をも含む評価的認識の行為において明らかにし、判決において実現することを必要とする場合がある。」。従って、「『創造的法発見』に関するこの裁判官の任務及び権限は、少なくとも基本法の妥当の下において、原則として断じて否定されていない。」⁽¹⁸⁾と。以降、連邦憲法裁判所は、その判例において、裁判官が法形成の権限を有することを原則として認

(16) このことは、専門裁判所と憲法裁判所間の権限の問題にも関わる。すなわち、第一次的に法律の解釈を行う専門裁判所に対して、憲法裁判所がどの程度コントロールを及ぼすかという問題である。詳細は、vgl. G. Hermes, Verfassungsrecht und einfaches Recht. Verfassungsgerichtsbarkeit und Fachgerichtsbarkeit, VVDStRL 61, 2002, S. 141f.

(17) 本件においては、連邦通常裁判所が人格権侵害に基づく金銭賠償を命じたことが、基本法20条3項に反するかが争われた。ドイツ民法典によれば、非財産的侵害に対する金銭賠償の請求は「法律に定める場合」に限定されており、同裁判所は、法律の明確な根拠が無いにも拘わらず判決を行ったからである。

(18) BVerfGE 34, 269 (286f.). 渡辺・前掲注(5) 384頁以下、北村・前掲注(5) 114頁以下も参照。

めてきた。⁽¹⁹⁾

しかし、憲法学説の一部は、これに激しく反発した。その代表格であるクリスティアン・ヒルグルーバー (Christian Hillgruber) は、裁判官による法形成が、基本法20条3項及び97条1項に反するとして、権力分立及び民主制の観点からその問題性を指摘した。

まず、裁判官は、法律の欠缺を補充する権限を持たない。なぜなら、「権力の分立した民主的憲法国家において、現実の又は憶測に過ぎない社会の変遷や価値の変遷から法的効果を引き出すことは、専ら国民を通じて正統化された議会の任務である」⁽²⁰⁾からである。また、法律の欠缺補充は、憲法に合致する法状態を創出するという理由によっても、正当化され得ない。「立法者は、憲法違反の法状態を除去する様々な可能性を有」し、「専門裁判所が、『一般条項』としての基本権から単純法に関する具体的な法的効果を導出し、それによって立法者の決定を先取りすることは、⁽²¹⁾適当ではない」からである。更に、憲法上一義的な結論を導き得る場合であっても、裁判官による法形成が直ちに許容されるわけではない。「法律の留保」⁽²²⁾は、行政のみならず司法にも妥当するため、「授益

(19) その後の判例については、「裁判判決の恣意および裁判の法と法律への拘束 連邦弁護士手数料法事件」[渡辺康行執筆]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, 2006年) 344頁以下, 北村・前掲注(5) 179巻4号124頁以下, 同6号114頁以下を参照。なお、裁判官による法形成が憲法上の限界を超えたとして、違憲とされた事例もある。

(20) C. Hillgruber, Richterliche Rechtsfortbildung als Verfassungsproblem, JZ 1996, S. 121f.

(21) Hillgruber, a.a.O. (Fn. 20), S. 122. なおヒルグルーバーは、基本法20条3項が、97条1項と異なり、法律に加えて「法」を裁判官の判決の基準として挙げていることについて、両規定の表現の違いに実質的な意味はないと述べている (ders., Art. 97, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. . 2008 Rn. 37)。Vgl. auch Classen, Art. 97, Mangoldt/Klein/Starck (Hrsg.), Kommentar zum Grundgesetz, Bd. 3, 6. Aufl., 2010, Rn. 11.

的な国家措置においてのみ、裁判官による法形成のための余地が存する⁽²³⁾」。

つまり、ヒルグラーバーによれば、専門裁判所の権限は「既存の規律に対抗するのではなく、更なる規律が補足的に必要であると判定する、つまり立法者の不作為を訂正するのみ」である。そうでなければ、立法者はもとより、基本法100条1項に基づき具体的規範統制を行う連邦憲法裁判所の権限も、侵害されることになる。

3. 小括

以上、裁判官による法形成を巡る従前の議論を振返った。そこでは、議論の文脈が私法学から憲法学へ移行し、それに応じてその争点も、実体法の解釈方法論から機関間の権限の限界付けへ、特に立法と司法の間のそれへ変化したことが明らかになった。

その際、憲法学においては、法律の補充又は修正という意味での裁判官による法形成を巡って、意見の対立が見られた。すなわち、連邦憲法裁判所は、裁判官による法形成を肯定したが、このことは一部の論者の反発を招いた。というのも、連邦憲法裁判所の理由付けにおいては、結局のところ、憲法の「価値観念」が決定的な役割を果たしていたからである⁽²⁴⁾。つまり、そこでは、実体法としての憲法、とりわけ基本権の内容

(22) 伝統的に専ら行政に妥当するものと考えられてきた法律の留保を、司法に拡大し得るかについては、争いがある。この点に関して、vgl. *Bumke*, *Der Grundrechtsvorbehalt. Untersuchungen über die Begrenzung und Ausgestaltung der Grundrechte*, 1998, S. 201.

(23) *Hillgruber*, a.a.O. (Fn. 20), S. 123f. Vgl. auch *Hermes*, a.a.O. (Fn. 16), S. 136ff.

(24) 連邦憲法裁判所は、更なる理由付けとして、ドイツ法史においては裁判官による法形成が長い間認められてきたという歴史的根拠を挙げる (Vgl. BVerfGE 65, 182 (190); 69, 188 (203))。しかし、ヒルグラーバーは、国法学において法実証主義が貫徹された時から、法律を超える法形成は一般に許されないと考えられてきたこと、またナチス期には、それが国民社

が、法形成の正当化根拠とされていた。しかし、憲法があるべき法状態について一義的な内容を有していない場合には、それを創出する機関の権限が問題とならざるを得ない。かような権限についての考察は、連邦憲法裁判所の判決において不足していた。

これに対して、ヒルグルーバーは、裁判官による法形成を、まさしく権限の観点から考察し、憲法上それが司法に与えられた権限ではないこと、また立法者の権限の篡奪に当たることを主張した。かような見方は、いわゆる法秩序の憲法化 (Konstitutionalisierung)、すなわち法律の解釈・適用の際に憲法、特に基本権の価値が顧慮されることを通じて、憲法が全法領域へ浸透し、それを覆い尽くすことへの疑念が高まるにつれて、支持を拡大していった。⁽²⁵⁾

しかし、権限の観点から、裁判官による法形成の否定を必然的に導くわけではなかろう。それを憲法上の権限として基礎付ける可能性は、まだ残されていると思われる。というのも、否定説は、基本法20条3項及び97条1項の裁判官の法律への拘束をその根拠として挙げるが、この要請をどの程度厳格に解するかは、司法の憲法上の地位に掛かっているからである。つまり、否定説においては、民主的正統性の観点から立法に高い地位が与えられる一方、司法には立法に対する従属的な地位しか認められなかった。その結果、この見解においては、裁判官に法律への厳格な拘束が求められたのだと考えられよう。

会主義のイデオロギーを法に持ち込む手段になったことから、歴史的正当化も不可能であるとする (Hillgruber, „Neue Methodik“. Zur Geschichte der richterlichen Rechtsfortbildung, JZ 2008, S. 745ff.). Vgl. auch B. Rütters, Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 7. Aufl., 2012, S. 91ff.

(25) Vgl. Hermes, a.a.O. (Fn. 16), S. 121ff. ドイツにおける法秩序の憲法化の詳細については, vgl. G.-F. Shuppert/C. Bumke, Die Konstitutionalisierung der Rechtsordnung. Überlegungen zum Verhältnis von verfassungsrechtlicher Ausstrahlungswirkung und Eigenständigkeit des -einfachen- Rechts, 2000, S. 36ff.

これに対して、学説においては、近年、かような司法の位置付けに対して異議が唱えられている。この見解によれば、司法の立法への従属的地位は、権力分立の歴史的ドグマに過ぎず、基本法下においては司法に他の権力と対等の地位が認められるべきであるとされる。その際にしばしば引き合いに出されるのが、法段階説である。それは、伝統的な権力分立論を解体し、司法を国家作用の一部として正当に位置付けようとした先駆であると見なされている。

以下 . においては、この点に関する法段階説の論旨を紹介するとともに、近年におけるその受容の背景を明らかにする。

. 法段階説の受容

1. 法段階説——国家作用の統一理論

ドイツにおいて権力分立は、伝統的に国家権力をその性質に従って三つに分離し、それらの行使を異なる機関に分配する原理であるとされてきた。⁽²⁶⁾しかし、ケルゼンによれば、かような権力の分離 (Trennung) は「立憲君主制を基礎付ける政治的原理」であり、歴史的状態からしか理解され得ない。なぜなら、権力の分離は、国民代表たる議会の立法への関与の要求に対して、君主に執行の領域を留保しようとする法政策的要求への応答に他ならなかったからである。つまり、「この [君主に留保された] 執行を、その概念及び本質と矛盾して、立法から独立した作用であると説明することによって、執行を委託された機関に議会から独立した地位を与え、守勢をよぎなくされた君主主義の原理に避難場を確

(26) この権力分立の分離ドグマ (Trennungsdogma) は、立憲君主制期のドイツに特有の考え方であり、権力分立の始祖とされるモンテスキューにおいては、権力の分配と抑制が重視されていた点には注意を要する。Vgl. A. Voßkuhle, Rechtsschutz gegen den Richter. Zur Integration der Dritten Gewalt in das verfassungsrechtliche Kontrollsystem vor dem Hintergrund des Art. 19 Abs. 4 GG, 1993, S. 34ff.

保しようとした⁽²⁷⁾ [強調は原文。以下特記なき限り同様とする]。それ故、立法と執行との分離は、国民と君主という当時の政治的実力の対立に由来し、またその限りでしか説明され得ない。

これに対して、法段階説は、立法、行政、司法の三つに分割されてきた権力を、統一的に把握すべきことを説いた。すなわち、ケルゼン曰く、国家作用は法作用であり、段階的に進行する法の定立プロセスである。従って、三つの国家作用に関して、「多かれ少なかれ無関係な、又は全く本質を異にする作用の並存があるのではなくて、相互に規定的な法創出段階の上下の相互依存が見られる⁽²⁸⁾」。かような法秩序の統一 (Einheit) において、あらゆる規範は、法秩序の別の規範によって創出されると同時に、それ自身、法の創出であると見なされる。かくして、伝統的な権力の分離は、法段階説の統一理論によって解体されることとなる⁽²⁹⁾。

立法と司法に関しては、伝統的な権力分立論に対して、特に次のように注意が喚起される。第一に、司法を法執行 (*legis executio*) 又は法適用と同視し、立法を法定立 (*legis latio*) と同視することによって、両者を絶対的に対置することはできない。というのも、民主的に構成された機関のみが法を定立し得るのではなく、「『法律』は、法秩序の唯一の段階でも、最高の段階でもない。」からである。法創出のプロセス

(27) H. Kelsen, *Allgemeine Staatslehre*, 1925, S. 255ff. 邦訳として、ケルゼン [清宮四郎訳] 『一般国家学 [改版]』(岩波書店, 1971年) 426頁以下。なお、本稿においては、他の部分の記述に合致するように、本訳書の邦訳を一部変更している。

(28) Kelsen, a.a.O. (Fn. 27), S. 249.

(29) なお、ケルゼンは、機関への作用の分配に関して、民主制論の観点から次のように述べている。すなわち、民主制に適合的であるのは、「異なる作用の分配」ではなく「同一の作用の複数の機関への分配」である。なぜなら、「国家作用は、二又はそれ以上の、何らかの観点において利害の相対立する機関が、合意に基づき協働することによってのみ成立し得るとすれば、この作用は妥協 (Kompromiss) の方向へ進まざるを得なくなり、この「妥協の傾向は、...民主制の一つの特質と認められねばならない。」

において、立法は法定立であるのみならず、憲法との関係においては法執行であり、司法も法執行であると同時に、個別事例においては法を定立する。従って、「両者は、法創出プロセスの二つの段階に過ぎない」⁽³⁰⁾。

第二に、裁判官により定立される法は、例外又は偶然的な法の現象形態、あるいは法律の不足の代替に過ぎないといった考えは、適切ではない。かような考えは、法律に優越的又は独占的な地位を認めようとする誤った発想に基づく。法段階説の着想にあたりケルゼンに示唆を与えたアドルフ・ユリウス・メルクル⁽³¹⁾は、これに対して次のように述べる。すなわち、近代の法体系において、法律と裁判官法とは、同一のレヴェルにある同格の法源ではなく、授権し授権されるという上位下位の関係にある。それ故、裁判官法は、それが法律によって授権されている限りにおいて例外なく必然的に生じ、またそれは、法律と並ぶ固有の法源である⁽³²⁾。

2. 基本法下の国家作用論——三権の対等な地位

法段階説による国家作用の統一的把握は、1980年代に有力になった権力分立の新たな思想に親和的であった。すなわち、法段階説により論難

からである (*Kelsen*, a.a.O. (Fn. 27), S. 259)。

(30) *Kelsen*, a.a.O. (Fn. 27), S. 233f.

(31) メルクルの法段階説に関しては、その網領的論文 *A. J. Merkl*, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaues, in: Mayer-Maly/Schambeck/Grussmann (Hrsg.), *Gesammelte Schriften* Bd. I/1, S. 437ff. の邦訳である、アドルフ・ユリウス・メルクル [勝亦藤彦・小田桐忍訳] 「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頁以下を参照。

(32) *Merkl*, *Gesetzesrecht und Richterrecht*, 1922, in: Klecatsky/Marcic/Schambeck (Hrsg.), *Die Wiener rechtstheoretische Schule. Schriften von Hans Kelsen, Adolf Merkl, Alfred Verdross*, Bd. II, 2010, S. 1323ff.

された権力分離の思想は、基本法下においても引き続き有力であった。これに対して、少なからぬ学説は、権力分離が立憲君主制期のドイツに特有の思想であるとし、その歴史的ドグマから解放されるべきことを説いた。すなわち、基本法下において、国家権力はもはや、異なる正統性を持つ諸集団ではなく、国民にのみ由来する(基本法20条2項)⁽³³⁾。それ故、権力分立論において今日重要であるのは、国民により正統化された単一の国家権力の諸機関に、諸々の国家作用を分配することだけである。その際、どの作用をどの機関に分配するかは、伝統的な三分割論によってではなく、実定憲法たる基本法から引き出されねばならない⁽³⁴⁾。

かような新たな国家作用論は、権力の抑制及び結合の捉え方に変化をもたらした。すなわち、権力分離の思想よれば、権力の抑制及び結合は他の機関による非本来的な権力の行使でしかなく、権力分立原理の「例外」⁽³⁵⁾、又は分離が「厳格に貫徹されない」⁽³⁶⁾が為のやむを得ない帰結であると見なされた。これに対して、三分割のドグマから解放された作用論によれば、権力の抑制及び結合も、権限を付与された機関による正当な国家権力の行使として位置付けられる。「基本法の憲法秩序には、本来的(形式的)及び非本来的(実質的)な権能は存在せず、憲法に適合する又は憲法に違反する国家権力の行使しか存在しない」(ツィンマー)

(33) 基本法20条2項「国家権力は、選挙及び投票において国民により、また、立法、執行権及び裁判の個別の諸機関を通じて行使される。」

(34) 基本法下において、憲法以前のアプリオリな原理としての権力分立への疑問を夙に著した重要な論稿として、vgl. E.-W. Böckenförde, *Gesetz und gesetzgebende Gewalt. Von den Anfängen der deutschen Staatsrechtslehre bis zur Höhe des staatsrechtlichen Positivismus*, 1958, S. 13ff.; D. Jesch, *Gesetz und Verwaltung*, 1961, S. 74ff.

なお、イエッシュの同著が、ケルゼンに多くを負っている点については、高田篤「戦後ドイツにおけるケルゼン——ケルゼンのタブー化と『ケルゼン・ルネッサンス』について」*文明と哲学*4号(2012年)78頁を参照。

(35) BVerfGE 30, 1 (27f.).

(36) BVerfGE 7, 183 (188).

のである。⁽³⁷⁾

このことは、とりわけ基本法下の司法の地位を理解する上で重要であった。⁽³⁸⁾ すなわち、「18世紀及び19世紀の大陸ヨーロッパは、司法権に対する真の地位要求者 (Prätendent) を持たなかった。君主及び国民と並んで、同様に支配権 (imperium) を必要とし、司法権の保持を要求するような第三者は、存在しなかった。つまり、司法権 (richterliche Gewalt) は、政治的に見ればいわば無であった。⁽³⁹⁾」その結果、司法は、国民が立法を通じて獲得した法の領域においてのみ活動することが許され、法律への厳格な従属を要求された。⁽⁴⁰⁾

しかし、今や基本法下において、司法の地位は完全に变化した。なぜなら、基本法制定者は、「基本法20条2項及び92条によって、⁽⁴¹⁾立法及び執行という他の二つの権力に並ぶ司法の対等の地位の強調」を意図して

(37) G. Zimmer, Funktion-Kompetenz-Legitimation. Gewaltenteilung in der Ordnung des Grundgesetzes. Staatsfunktionen als gegliederte Wirk- und Verantwortungsbereiche zu einer verfassungsgemäßen Funktions- und Interpretationslehre, 1979, S. 32. ドイツにおける権力分立論の変遷に関しては、既に多数の紹介がある。ここでは、代表的なものとして、村西良太『執政機関としての議会 権力分立論の日独比較』(有斐閣, 2011年) 108頁以下のみを挙げておく。

(38) ドイツの司法権概念を扱った論稿として、笹田栄司「司法権の構造的理解と新たな『裁判』解釈」北大法学論集61巻2号(2010年) 545頁以下、西村枝美「ドイツにおける裁判権の概念(1)~(3・未完) 日本の司法権と基本法92条の裁判権との対比」関西大学法学論集63巻3号96頁以下、4号190頁以下、5号71頁以下(2013~2014年)を参照。

(39) W. Weber, Die Teilung der Gewalten als Gegenwartsproblem, 1959, jetzt in: Rausch (Hrsg.), Zur heutigen Problematik der Gewaltentrennung, 1969, S. 189. 引用の最後の部分は、モンテスキューの言葉 en quelque facon nulle の借用であると思われる。Vgl. Montesquieu, De l'Esprit des Lois, liv. XI, chap. 6.

(40) Zimmer, a.a.O. (Fn. 37), S. 40f.; Voßkuhle, a.a.O. (Fn. 26), S. 52.

(41) 基本法92条「裁判権 (rechtsprechende Gewalt) は、裁判官に委任されており、連邦憲法裁判所、この基本法に予め規定されている連邦裁判所及びラントの裁判所によって、行使される。」

いたからである (フォスクーレ⁽⁴²⁾)。つまり、司法は、ここにおいて初めて、真の意味において「第三権力 (Dritte Gewalt)」となった。このことは、更に、裁判官が行政裁判権に加えて憲法裁判権をも付与され、行政のみならず立法に対しても審査権を有することにも表れている (基本法19条4項1文⁽⁴³⁾)。かような作用は、伝統的な権力分立論によれば、司法の本来的な権力行使を超えた、不当な権限拡大としか見なされ得ない。これに対して、新たな作用論は、それを司法の変化した地位に対応するものとして、適切に把握し得るのである。

かような新たな国家作用論に基づき、近年においては、司法の法創出を憲法上正面から位置付けようとする文献が散見される。かつての如く司法を法執行と定義し、法定立を立法に独占させることは、基本法において司法に与えられた権限と合致しないからである。中には、司法を含む三つの作用それぞれが法秩序を構成するとの考えに立ち、「多段階的な基準定立 (mehrphasige Maßstabsetzung)」(ラインハルト)を構想する論者も現れている⁽⁴⁴⁾。

3. 小括

以上より、法段階説と基本法下における権力分立論の新たな潮流には、次のような共通点が見出されることが明らかになった。すなわち、伝統

(42) *Voßkuhle*, a.a.O., (Fn. 26), S. 53. 基本法の起草過程において、基本法92条は元々Gerichtbarkeitの語を使っていたが、司法の地位の変化を明示するために、最終的にrechtsprechende „Gewalt“ の名称が使用された (*Voßkuhle*, a.a.O. (Fn. 26), S. 53 (Fn. 22))。

(43) 基本法19条4項1文「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途が開かれている。」

(44) *M. Reinhardt*, Konsistente Jurisdiktion. Grundlegung einer verfassungsrechtlichen Theorie der rechtsgestaltenden Rechtsprechung, 1997, S. 370ff.

的な権力分離の思想を排斥し、国家作用を統一的に捉えようとした点、とりわけ司法を他の二権と並ぶ国家作用の一つとして位置付け、その法創出を法的に基礎付けたことである。それ故、当時としてはセンセーショナルであった法段階説の認識が、近年においては比較的抵抗なく受け止められるようになったのだと思われる。この新たな国家作用論は、学界において次第に地歩を固め、以下⁽⁴⁵⁾において紹介する学説によっても支持されている⁽⁴⁶⁾。

他方で、ドイツにおいては、前述のヒルグラーパーの如く、特に民主的正統性の観点から司法の広範な法創出を批判する見解も根強く主張されている⁽⁴⁷⁾。そもそも、基本法の制定直後から、司法の権限拡大に対しては「出訴の途国家 (Rechtsweg-Staat)⁽⁴⁸⁾」、「司法国家性の肥大⁽⁴⁹⁾」への警

(45) 例えば, *Stern*, a.a.O. (Fn. 15), S. 894f. は「司法は、規範審査, 法形成, 及び欠缺補充 (裁判官法) の際に、法創出の要素を有」するが故に、「法適用は、それだけではもはや、明確な限界付けのメルクマールとして十分ではない」とし、この点につきケルゼンの『一般国家学』及び『純粹法学』の参照を指示する。

(46) 例えば⁽⁴⁶⁾で取り上げるポツシャーは、「基本法の作用秩序」と題する論稿において、新たな国家作用論を包括的に紹介している。Vgl. *R. Poscher*, § 8 Funktionenordnung des Grundgesetzes, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, Bd. I, 2. Aufl., 2012, Rn. 11f.

(47) 例えば, *Böckenförde*, *Verfassungsfragen der Richterwahl*. Dargestellt anhand der Gesetzentwürfe zur Einführung der Richterwahl in Nordrhein-Westfalen, 1974, S. 79 は、事項的・内容的な民主的正統性の観点から、司法が、その独立の故に、民主的責任及び命令への従属から除外されていることの「欠くことのできない補完 (Korrelat)」として、司法の法律への厳格な拘束を要求する。

(48) *H. Jahrreiß*, *Demokratischer Rechts-Staat und Rechtsprechung*, in: ders., *Mensch und Staat. Rechtsphilosophische, staatsrechtliche und völkerrechtliche Grundfragen in unserer Zeit*, 1957, S. 126.

(49) *W. Weber*, *Das Richtertum in der deutschen Verfassungsordnung*, in: ders., *Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem*, 3. Aufl., 1970, S. 92.

戒が表明されていたのであった。その後も、裁判所の積極的な判決の傍らで、「裁判官国家」に警鐘を鳴らす論者は絶えなかつた⁽⁵⁰⁾。かような、いわば法律重視派の見解は、伝統的な権力分離の思想の残滓として簡単に片付けることはできないであろう。それが基本法の下でどのように正当化されるか、また司法の法創出を広範に認める見解と比較して優位性を有するかについては、慎重且つ詳細な検討を要する⁽⁵¹⁾。

ここでは、これ以上この問題に立ち入らず、当初の目的に従って論述を先に進めることとしたい。以下 . では、法段階説の受容に引き続き、その展開について検討する。すなわち、法段階説の下において、裁判官による法形成、特に法律の修正が許されるか否かの問題が扱われる。

．法段階説の展開

1. 法段階説による法適用の構造化

(1) 法創出の前提としての法認識

さて、上述のように、法段階説に従えば、動的な法創出プロセスの一環として、裁判官の行為も、多かれ少なかれ法創出を含むものとされる。しかし、近年においては、法段階説の更なる帰結として、裁判官に法律への従属を厳格に求める見解が唱えられている。この見解は、裁判

(50) 代表的論者の著書として、*Rüthers, Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, 2. Aufl., 2016.

(51) *Bumke, Einführung in das Forschungsgespräch über die richterliche Rechtsarbeit*, in: ders. (Hrsg.), *Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung*, 2012, S. 6f. は、かようなドイツの学説の状況を、「裁判所に焦点を当てた司法理解 (Gerichtsfocussiertes Verständnis der Rechtsprechung)」と「議会に焦点を当てた司法理解 (Parlamentfocussiertes Verständnis der Rechtsprechung)」との対立として描く。

官による法形成, 特に法律を修正する行為を否定的に捉える。法段階説から, いかにしてかような結論を導き得るのか。その最も有力な主張者であるイエシュテットの見解を取り上げて, その論理を明らかにしたい。

イエシュテットは, 裁判官による法創出を取扱った諸論稿において, 法段階説に依拠しながら, 司法を単なる法執行と見なし, 例外的にのみ法創出を認めてきた伝統的見解への批判を展開する。その一方で, 彼は, 裁判官の法創出には実定法の授權が必要であるとし, この部分にかなりの紙幅を割く。すなわち, 法段階説によれば, 法定立は常に上位規範に条件付けられた法創出である。それ故, 法適用者の行為は, 法認識と法創出という二分法的シェーマとして構造化される。その際, 「その都度の法適用行為において法定立に割当てられた部分がいかなる性質及び範囲であるかは, 具体的な実定法上の法創出条件(法定立授權)に従って認められる。⁽⁵²⁾」とされ, 法適用者には, かような条件又は授權について正確に認識することが求められる。⁽⁵³⁾

このことは, 裁判官の法創出の文脈においては, 特に, 実定法と無関係な根拠に基づき法創出を肯定してきた, 伝統的な法律学方法論への抗議としての意味を持つ。すなわち, 「事物の本性, 事実関係の変遷, 適用される法律の古さ, 誤ってあると思われる法律の欠缺, その他, 多かれ少なかれはっきりしない法外在的な方法論上の根拠」によって, 裁判所の法創出を認めることは許されない。⁽⁵⁴⁾それ故, 裁判官に対しても, 実定法による授權について厳密に認識することが要請される。

(52) *Jestaedt*, *Rechtsprechung und Rechtsetzung. Eine deutsche Perspektive*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), *Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht*, 2005, S. 71f.

(53) *Jestaedt*, *Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtung zum sog. Richterrecht*, in: *Bumke* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 51), S. 63f.

(54) *Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 53), S. 64.

(2) 法解釈における立法者意思説

イエシュテットは、更に、裁判官への授権を認識するための実践的方法を確立すべく、「行政による最終決定のドグマーティク」を参照しようとする。すなわち、エパーハルト・シュミット - アスマン等が説く、行政裁量の新学説である「規範的授権説 (Normative Ermächtigungslehre)」⁽⁵⁵⁾である。規範的授権説は、行政裁量には法律による授権が必要であるとの理解の下に、それに即した実践的ドグマーティクを形成する⁽⁵⁶⁾。彼はこの説に法段階説との共通点を見出し、それを司法に転用することを試みる⁽⁵⁷⁾。

イエシュテットによれば、「司法による法定立のドグマーティク」は次のように形成される。すなわち、彼はまず、「構造上必然的な (struk-

(55) E. Schmidt-Aßmann, Art. 19 Abs. 4, in: Maunz/Dürig (Hrsg.), Grundgesetz Kommentar, Bd. II, 2003, Rn. 185ff. 邦語による規範的授権説の紹介として、山本隆司「行政訴訟に関する外国法調査 ドイツ(下)」ジュリスト1239頁(2003年)125頁、大橋洋一『行政法I 現代行政過程論 [第2版]』(有斐閣, 2013年)204頁、拙稿「ドイツ行政裁量論における憲法の構造理解とその変遷(3・完) 行政に対する司法の地位に関する一考察」阪大法学62巻6号(2013年)1785頁以下を参照。

(56) イエシュテット曰く、規範的授権説によれば、「裁判所のコントロールから自由な行政の最終決定権能は、事物の本性、規律領域の特殊性、特別な専門知識又は専門との近接性、困難な規範化可能性、あるいは——多かれ少なかれはっきりしない——方法論上の根拠ではなく、専ら実定法による授権からのみ生じ得る」ことになると言う (Jestaedt, a.a.O. (Fn. 62), S. 75)。

(57) イエシュテットは、後述のように規範的授権説に全面的に賛同するわけではないが、法段階説と共通点を有するものとして、それを概ね好意的に捉えていると思われる。これに対して、規範的授権説における授権と法段階説におけるそれとの違いを強調する論稿として、S.-P. Hwang, Diskussionsbericht zum Vortrag von Matthias Jestaedt, Osaka University Law Review No. 63, 2016, S. 214f.; M. Takata, Die Bedeutung der Reinen Rechtslehre für die rechtstheoretische Auseinandersetzung mit Handlungsspielräumen der Verwaltung aus historischer Perspektive, Osaka University Law Review No. 63, 2016, S. 222f.

turell notwendig)」法定立の自由領域と、「意図された (gewillkürt)」それとを区別する。前者は、法律がその適用を裁判官に委ねているという法の構造を以て既に生じる、「裁判官による法の個別化のために必要な、法律自体に含まれない決定の部分」を指す。⁽⁵⁸⁾これに対し、後者の「意図された」法定立の自由領域は、「どのようにして執行がなされ、どの程度裁判官が自己の決定の割当分として寄与しなければならないかに関する、それ[構造上必然的な法定立の自由領域]を超えた、裁判官に対する立法者の指示 (gesetzgeberische Anweisung)」である。彼によれば、「この指示は、確かに法律の文言にはっきりと現れてはいないが、解釈を通じて、立法者の意思 (Wille des Gesetzgebers) から確認することができる」と言う。⁽⁵⁹⁾

後者の、立法者により「意図された」法定立の授権に関する叙述は、規範的授権説をかなりの程度引き映したものである。但し、授権の判断に当たり、シュミット - アスマンが「歴史上の立法者の意思だけが決定的に重要なのではない」とし、「解釈は、体系的諸基準を志向している」と述べたことに対して、イエシュテットは懸念を示す。というのも、かような「機能的 法的な解釈アプローチ」は、実定法による権限分配を厳密に志向するアプローチとは矛盾しがちであるからである。イエシュテットによれば、「歴史上實在の」立法者の意思こそが重要であるとされる。⁽⁶¹⁾

(3) 「裁判官による法形成」の拒絶

かような裁判官の法律への従属を前提とする結果、イエシュテットは、裁判官による法形成、すなわち法律の規律を無視し又は修正する行為に

(58) *Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 52), S. 77.

(59) *Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 52), S. 78.

(60) *Schmidt-Aßmann*, a.a.O. (Fn. 55), S. 187.

(61) *Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 53), S. 65 (Fn. 63).

対して疑いの目を向ける。彼によれば、かような権限は、実定法の授権がある場合にしか認められない。すなわち、裁判官による法形成には、「詳細に規定された条件の下で、他律的な（つまり憲法又は法律上の）決定要素を個別事例において無視し又は修正するという実定法（つまり憲法又は法律）の授権⁽⁶²⁾」が必要である。しかし、「法律による拘束という概念によって通例は捉えられる他者プログラム化に関して、通常の場合、裁判官にかような修正権限は認められていない。」。つまり、現行法において法律を修正する権限を専門裁判所に付与することを定めた規定は存在せず、それ故に彼は、裁判官による法形成を否定する結論へと行き着く。

また、イエシュテットは、裁判官による法形成を憲法適合的解釈 (*verfassungskonforme Auslegung*) として正当化することも誤りであるとする。なぜなら、「法律がいかなる内容を有するかという解釈を通じて答えられるべき問いが、解釈を通じて調査された内容を持つ法律が、憲法の観点から妥当を要求し得るかという、通常は法定立——つまり規範の破棄又は規範の承認——を用いて答えられるべき問いと混同され、あるいは混淆される。」からである⁽⁶³⁾。最近では、ドイツの若手研究者であるウルリケ・レムケ (Ulrike Lembke) が、イエシュテットと同様の立場から、この問題をより詳細に論じたことが注目されている⁽⁶⁴⁾。

(62) *Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 53), S. 67.

(63) *Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 53), S. 58.

(64) *U. Lembke*, *Einheit aus Erkenntnis? Zur Unzulässigkeit der verfassungskonformen Gesetzesauslegung als Methode der Normenkompatibilisierung durch Interpretation*, 2009, S. 185ff. 同書の批判的紹介として、毛利透「ケルゼンを使って『憲法適合的解釈は憲法違反である』といえるのか」法律時報87巻12号(2015年)93頁以下。その他同書に言及する論稿として、原島啓之「ドイツ連邦行政裁判所の『憲法判断』の考察(1),(2・完) 行政法の解釈・適用における憲法の機能」阪大法学64巻5号1287頁以下, 6号1787頁以下(2015年)も参照。

なおレムケの他の著作として、ケルゼン生誕130周年を記念したシンポ

(4) 小括

かくして、法段階説から、裁判官による法形成の否定を導く論理が明らかになった。イエシュテットのかような法段階説の展開には、彼独自の思考が多分に反映されているように思われる。以下その特徴を明らかにしつつ、彼の見解を要約する。

イエシュテットの叙述においてまずもって目を引くのは、それが法適用者としての裁判官に向けられていることである。すなわち、彼は、法段階説における規範構造論を法適用の場面において展開し、法認識と法創出の二分法を導き出した。その際、法認識と法創出とを厳密に区別し得るかという疑問が生じるが、彼は、法規範はただ一つの内容しか持たないとの立場をとり、法認識に創造的要素の入り込む余地はないと言う。⁽⁶⁵⁾ 周知のように、ケルゼンは、『純粹法学』第二版の終章において、法の解釈の複数の可能性を指摘していた。⁽⁶⁶⁾ それ故、イエシュテットの見解は、この点でケルゼンのそれと異なる。⁽⁶⁷⁾

しかし、イエシュテットが法適用に関して独自の立場をとったのは、

ジウムでの報告に基づく、*dies.*, Weltrecht-Demokratie-Dogmatik.

Kelsens Projekte und die Nachwuchswissenschaft, in: Jestaedt (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 2), S. 223ff. がある。なお、毛利・前掲論文94頁も指摘するように、彼女はイエシュテットのケルゼン理解に多大な影響を受けていると思われる。

(65) *Jestaedt*, Grundrechtsentfaltung im Gesetz. Studien zur Interdependenz von Grundrechtsdogmatik und Rechtsgewinnungstheorie, 1999, S. 328ff. Vgl. auch *Lembke*, a.a.O. (Fn. 64), S. 214ff. この点については、毛利・前掲注(64) 96頁も参照。

(66) *Kelsen*, Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 346ff., insb. 348f.

(67) この点については、三宅雄彦『保障国家と憲法学』(尚学社, 2013年) 258頁以下に詳しい。イエシュテット自身は、自らの見解と同一の方向を示すものとして、ケルゼンの『一般国家学』のうち、行政の自由裁量を否定した箇所(*Kelsen*, a.a.O. (Fn. 27), S. 243f.)を挙げる(*Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 63), S. 63 (Fn. 55))。

そうでなければそれが法段階説と齟齬を来すと考えたからであろう⁽⁶⁸⁾。本稿の課題に即して言えば、彼は、法律の授権の厳密な認識を裁判官に課すことによって、法律判決の妥当連関が維持されると考えているように思われる。逆に言えば、裁判官が法律を無視し又は修正すれば、判決は上位規範による授権を欠き、もはや法規範たり得ないこととなってしまう。かような事態を回避するために、イエシュテットは、法段階説の論理を法適用においても貫徹しようとしたのだと思われる。法解釈における立法者意思説もまた、かような彼の思考と結び付いていると考えられよう。法律が立法者意思、それも歴史上実在する立法者の意思という確固たる内容を備えているとの仮定は、法創出から区別された法認識の成立に寄与する⁽⁶⁹⁾。

つまり、イエシュテットの見解の特徴は、第一に、法段階説の規範構造論を、法適用において——ケルゼン以上に——厳密に再現しようとしたこと、第二に、それ故に、法解釈論において立法者意思説をとり、実在する立法者意思の厳密な認識を裁判官に要求したことにある。しかし、かような法解釈論に立たなければ、法段階説は破綻してしまうのであろうか。以下では、これと異なる法段階説の位置付けを取り上げる。

2. 法段階説と法適用論の並存

(1) 参与観察者の観点

ブムケは、裁判官に法形成の権限を広範に認め、裁判官の法律への拘

(68) 純粋法学と法解釈論との関係については参照, *H. Dreier*, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: Schulze-Fielitz (Hrsg.), *Staatsrechtslehre als Wissenschaft*, 2007, S. 106ff.

(69) イエシュテットのかような法解釈論に対しては、ケルゼンのそれと異なることに加え、それ自体としても単純に過ぎるとして批判が寄せられている。レムケと共にイエシュテットにも疑問を呈する論稿として、毛利・前掲注 (64) 98頁を参照。

束を厳格に捉えることはしない。他方で、彼は、そのことによって法段階説の成立が妨げられることはないという。イエシュテットの見解との相違は、法段階説と法適用との関係をどのように見定めるかという点にある。すなわち、イエシュテットは、法段階説における規範構造論を、法適用にも押し及ぼそうとした。これに対して、ブムケは、法段階説の認識を共有しつつも、それを法適用に対して直ちに用いることはしない。⁽⁷⁰⁾

すなわち、ブムケは、法の観察及び分析の観点として、法の外的観察者 (externer Beobachter)、法秩序の内的観察者 (interner Beobachter)、及び法秩序の参与観察者 (teilnehmender Beobachter) を区別する。このうち、ケルゼンは、純粋法学において法秩序の内的観察者の観点に立っているとされる。すなわち、ケルゼンは、この観点から法秩序をまさしく規範的現象として捉え、描写しようとした。この分析作業は、記述的且つ価値自由な観点に限定されているため、法秩序の正統性の問題や形成余地については、それらの輪郭を可能な限り正確に示すにとどまる。つまり、そこでは法秩序の正統性が評価されたり、目の前にある形成余地が補充⁽⁷¹⁾されたりすることはない。

これに対して、法秩序の参与観察者の観点において、彼は、自身の行為を描写し、理論的に把握しようとする。その際、内的観察者と異なり、「参与者は、法の正しさ及び正統性の要求から逃れられない」。それ故、彼は純粋な記述的観点へと退くことはできず、決定及び形成余地を記録することを超えて、いかにして実務が最も適切に理解され得るかを確定しなければならぬ。⁽⁷²⁾

(70) かような法段階説の位置付けについては既に、*Jesch*, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 1957, S. 172 (Fn. 36) が示唆していたと思われる。イエッシュの紹介として、拙稿・前掲注(55)1790頁以下も参照。

(71) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 51), S. 17ff. なお、法の外的観察者の観点とは、H.L.A. ハートの言う外的視点 (external view) を指すものとされている。

(72) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 51), S. 19.

以上のように、ブムケにおいて、法段階説と法適用とは、観点の異なるものとして説明される。その際、彼は、まさしく後者の参与観察者の観点を介して、裁判官による法形成を正当化しようとする。以下この点も含めて、彼が司法作用をどのように観念しているかを考察する。

(2) 「裁判官による法形成」の正当化

ブムケは、「裁判所が決定を行い、あるいは判決を下すとすれば、裁判所は法を創出する。裁判官による法創出は、よく知られた、至る所に存在する、避け難い現象である。」と言う。それ故、彼は一方において、裁判官の法適用を法認識と同視し、法創出を例外と見なしてきた伝統モデルを批判する⁽⁷³⁾。他方において、ブムケは、イエシュテットのよう⁽⁷⁴⁾に法認識と法創出とを対置し、裁判官に法律の授権の厳密な認識を求めることにも懐疑的である⁽⁷⁴⁾。両者の見解の相違は、前述の法の観察及び分析の観点の違いに由来する。すなわち、ブムケによれば、法段階説に従って内的観察者の観点から法を観察する場合、法は諸規範の授権 定立の連関から構成される、完結した秩序として記述される。そこには、法の欠缺など存在しない⁽⁷⁵⁾。これに対して、参与観察者の観点において、法秩序は内容上開かれて⁽⁷⁶⁾いる。それは、提起される法問題に相応しい答えを提供するものではなく、内容上補填される必要がある。

ブムケによれば、裁判官は、かような法秩序の不足や矛盾を除去し、法を統一的に理解する権限を、憲法によって包括的に授権されていると言う。その根拠となるのが、裁判所の司法付与 (Justizgewährung) の要請である。この司法付与又は司法保障 (Justizgewährleistung)

(73) *Bumke*, Verfassungsrechtliche Grenzen fachrichterlicher Rechts-
erzeugung, in: ders., a.a.O. (Fn. 51), S. 33.

(74) *Bumke*, § 92 Richterrecht, in: Kube/Mellinghoff/Morgenthaler u.
a. (Hrsg.), FS für P. Kirchhof zum 70. Geburtstag, Bd. I, Rn. 33f.

(75) *Kelsen*, a.a.O. (Fn. 66), S. 251ff.

(76) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 51), S. 22f.

の要請は、国家の権力独占と市民の自力救済禁止の代償として、国家による権利保護を保障する原則であると解されている。⁽⁷⁷⁾その憲法上の根拠は、公権力に対する権利保護の保障を規定した基本法19条4項のような特別法が無い場合には、法治国家原則に求められるのが通例である。ブムケは、この司法付与の要請を、「裁判所に、何らかの決定を下すことではなく、既存の法秩序に適合し、その領域特有の評価(Wertungen)に相応しい決定を見つけることを義務付ける。」ものと理解し、それによって裁判官の法創出を基礎付ける。⁽⁷⁸⁾

その際、ブムケは、「法の内容に関する基準と、法の内容の形成への洞察は、同時に進行する。」と云う。⁽⁷⁹⁾つまり、彼によれば、法適用において、裁判官に法認識と法創出との厳密な区別は求められない。その結果、不足した又は不十分な法律の補足や、憲法適合的解釈を通じた評価矛盾の除去といった、いわゆる法形成も、裁判官の権限に含まれることとなる。⁽⁸⁰⁾それ故、ブムケは、裁判官による法形成に実定法の具体的な授権を要求するイエシュテットに対して、次のように異論を唱える。「私の考えによれば、なぜ基本法が包括的な方法で司法に法律変更的活動を授権していないのかを理由付けることは、極めて困難である。」。確かに、裁判官による法形成を認めた明文の規定は存在しないが、このことは、「この活動が常に当然のこととして認められてきたため、重大な反論で

(77) Vgl. *H.-J. Papier*, §176 Justizgewähranspruch, in: Isensee/Kirchhof (Hrsg.), *Handbuch des Staatsrechts*, Bd. VIII, 3. Aufl., 2010, Rn. 1; *A. Voßkuhle/A.-B. Kaiser*, *Grundwissen-Öffentliches Recht: Der allgemeine Justizgewährungsanspruch*, JuS 2014, S. 312f.

(78) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 51), S. 6.

(79) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 74), Rn. 34. Vgl. auch *ders.*, a.a.O. (Fn. 73), S. 38.

(80) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 51), S. 6. Vgl. auch *ders.*, *Relative Rechtswidrigkeit. Systembildung und Binnendifferenzierungen im Öffentlichen Recht*, S. 37ff. 評価矛盾については、青井・前掲注(6) 563頁以下を参照。

(81) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 51), S. 10 (Fn. 37).

はあり得ない⁽⁸¹⁾」。要するに、ブムケによれば、司法作用それ自体が法形成を含むものと解されるため、裁判官に司法権が授権されている限りにおいて、権限の問題はもはや生じない。

(3) 司法の法創出の特殊性

以上のように、ブムケは、法段階説と法適用論との並存を認め、裁判官による法形成を正当化するための端緒を開く。更に、彼によれば、参与観察者の観点は、次のような考察との接続を可能にする。すなわち、諸々の国家作用の異なった正統性の源泉を把握することである。法段階説は、国家作用の統一理論として、あらゆる法行為の共通点を示す。これに対して、参与観察者の視点に基づく法適用論は、それらに組織的、プロセス的及び方法論的に異なった特徴を付加することができる⁽⁸²⁾。

ポッシャーは、よりはっきりと、「法定立の単一の像 (einheitliches Bild der Rechtsetzung)」への批判を展開する。彼は、司法の構成的モメントを夙に強調したケルゼンを評価しながらも、司法による法定立を、立法によるそれと同視してはならないと言う。詳細は省略するが、彼によれば、司法の法定立は、制度的及び手続法的 (institutionell und verfahrensrechtlich) な特殊性、司法の産出物 (Rechtssprechungsprodukte)、すなわち判決の特殊性、並びに方法論上 (methodisch) の特殊性を有している。それ故、裁判官は、たとえ広範な法創出の余地を有するとしても、決して「代替立法者 (Ersatzgesetzgeber)」ではあり得ない⁽⁸³⁾。

このことは、イエシュテットへの批判であると同時に、裁判官による

(82) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 73), S. 37.

(83) *Poscher*, *Rechtssprechung und Verfassungsrecht*, in: *Erbguth/Masing* (Hrsg.), a.a.O. (Fn. 52), S. 130ff. なお、ポッシャーの司法観については、Vgl. auch *ders.*, a.a.O. (Fn. 46), Rn. 51ff. 紹介として、拙稿・前掲注 (55) 1788頁以下も参照。

法形成に対して常に投げかけられる疑問，すなわち，裁判官は法律を補充し又は修正し得るとすれば，その権限の限界はどこにあるのかという問いへの応答でもある。すなわち，ポッシャーは，上述の司法の法定立の特徴こそが，裁判官の権限の憲法上の限界をも構成すると考えている⁽⁸⁴⁾。それ故，裁判官はかような特徴を逸脱しない限り，つまり，彼が裁判官として行動する限りにおいて，憲法上の限界を超えることはない⁽⁸⁵⁾。この点も興味深い，本稿の目的を超えるため，ここではこれ以上立ち入らない。

(4) 小括

ここにおいて，法段階説の展開におけるいま一つの方向性が明らかになった。以下，その内容を二点にわたり要約し，イエシュテットの見解との相違を明確化しておきたい。

第一に，ブムケは，法の観察及び分析の観点の相違を意識し，法段階説は内的観察者の観点から，法解釈論は参与観察者の観点から法を観察するものとする。彼においては，参与観察者の観点から観察された不足や矛盾を含む法秩序こそが，裁判官による法律の補充及び修正，すなわち法形成を基礎付けるための端緒とされる。なぜなら，裁判官は，これらの不足や矛盾を取り除き，法秩序を統一的に理解する権限を，憲法によって包括的に付与されているからである。ここでは，法創出と厳格に区別された法認識は要求されず，それ故法律を補充し又は修正すること

(84) *Poscher*, a.a.O. (Fn. 83), S. 138ff.

(85) 基本法20条3項の裁判官の法律及び法への拘束について，ポッシャーは次のように述べる。「法律及び法への拘束は，裁判所が，実定化された規範テキストを通じ，専門的に承認された方法論及び論証の水準との結び付きにおいて，自身に与えられた基準を顧慮しなければならないことを意味する。裁判所がこの方法論及び論証上の水準の枠内において行動する範囲において，裁判所は法律への拘束を尊重している。」と (*Poscher*, a.a.O. (Fn. 83), S. 140)。

も禁止されない。

これに対して、イエシュテットは、ブムケの言う二つの観点の並存を認めていないように思われる。彼は、別の著書において、「二重の法理論 (Rechtstheorie) 概念」、すなわち法の機能方法を観察する観察者の理論 (*Beobachter-Theorie*) と、法の方法論やドグマーティックのように法適用を志向する法の参加者の理論 (*Teilnehmer-Theorie*) とに言及する。しかし、自らは専ら前者の意において法理論の語を使用すると述べて、その機能が法実務において実現されるべきことを説く。それ故、法理論から導かれる法適用の構造に適合しない方法論やドグマーティックは、彼において批判の対象となる⁽⁸⁶⁾。

第二に、ブムケによれば、参与観察者の観点は、諸々の法創出の異なった正統性を把握することを可能にする。それ故、彼は、法創出を全ての法活動の共通点と見なすケルゼンの認識に立脚しつつも、「法創出の様々な形態の法的な共通点と相違点 [傍点は筆者]」を問うことが重要であると述べる⁽⁸⁷⁾。ポッシャーも、法定立の単一の像は誤りであるとして、憲法学的観点からより具体的に、立法と異なる司法の法創出の特殊性を強調していた。

ポッシャーの批判に対して、イエシュテットは、「立法者と裁判官とが、実定法上異なったやり方で形成された作用と制度、正統性と方法論とを基礎として、異なった (*unterschiedlich*) 方法で法を創出することは、適切であり、且つ反論の余地もない。」ことを認める。しかし、彼は、その一方で、法適用において法認識と法創出とが区別されねばならない点において、立法者と裁判官との間に「違いはない (*unterschiedslos*)」という立場を貫く⁽⁸⁸⁾。それ故、ブムケは、イエシュテットのこの反

(86) *Jestaedt*, Das mag in der Theorie richtig sein.... Vom Nutzen der Rechtstheorie für die Rechtspraxis, 2006, S. 17ff.

(87) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 73), S. 37.

(88) *Jestaedt*, a.a.O. (Fn. 86), S. 25 (Fn. 74).

論について、「立法と司法の間には、法創出の内部において重大な『法獲得構造上の相違 (rechtsgewinnungsstrukturelle Unterschiede)』が無いのかという問題については、未だ決定を下していない」とし、両見解の間に依然として残る決定的な差異を指摘する。⁽⁸⁹⁾

おわりに

以上、裁判官による法形成を巡るドイツ公法学の議論において、法段階説が引き合いに出されている背景と、学説におけるその展開について概略を述べてきた。本稿の結論を要約すると、第一に、法段階説と基本法下における権力分立論の新潮流には、伝統的な権力分離のドグマを解体し、国家作用を統一的に捉えようとした点、とりわけ司法を国家作用の一部として位置付け、その法創出を規範的に基礎付けようとした点において、共通点が見られる。それ故、この新たな国家作用論が学界において支持を獲得するにつれて、法段階説も引き合いに出されるようになったのだと思われる。

第二に、もっとも、法段階説をどのように展開するかに関しては、学説において異なった方向性が見られた。すなわち、近年では、イエシュテットに代表されるように、法段階説に依拠しつつ、裁判官による法形成、特に裁判官が法律を無視し又は修正する行為を否定的に捉える見解が唱えられていた。この見解は、法段階説の規範構造論に従って、法適用を法認識と法創出から成る二分法的シェーマとして把握する。その結果、裁判官には法律の授権の厳格な認識が求められ、法律の修正は許されないとの結論が導かれた。

これに対して、ブムケは、法段階説における内的観察者の観点と、法適用における参与観察者の観点とを区別する。後者の観点から見ると、

(89) *Bumke*, a.a.O. (Fn. 73), S. 37 (Fn. 20).

法秩序は不足や矛盾を含んでおり、裁判官にはそれらを除去し、法を統一的に理解することが要求される。その際、ブムケによれば、法認識と法創出との厳格な区別は要求されない。それ故、裁判官による法形成、すなわち法律の補充及び修正も許されることとなる。

最後に、本稿において論じ得なかった次の二点を、将来の課題として指摘しておきたい。第一に、近時のドイツにおけるケルゼン・ルネッサンスを主導するイエシュテットらの見解は、ケルゼン自身の見解と必ずしも同一ではなく、またその展開の唯一の方向性でもないであろう⁽⁹⁰⁾。この点は、国内外のケルゼン研究において度々指摘され、既に具体的な検証もなされている⁽⁹¹⁾。本稿も、かような検証を試みたものではあるが、法段階説の展開を巡る二つの見解の相違を指摘したにとどまり、十分な比較検討を行うことはできなかった。

第二に、裁判官による法形成は、極めて多様な論点を含んでいる。本稿はそのうち、法段階説を切り口とした議論の一断面を扱ったに過ぎない。裁判官による法形成に関するその他の争点としては、民主的正統性

(90) 三宅・前掲注(67)267頁は、「少なくともイエシュテット説についていえば、ドイツ国法学の中でのその有力な地位と云えども、ケルゼン・ブームを深刻に受取ることを我々に強要するには、幾らかインパクトに欠くと言わざるを得ない。」と述べる。また、高田篤・前掲注(34)は、近時のドイツにおけるケルゼン・ルネッサンスについて、「ケルゼン研究がケルゼン理論の意義と限界についてのケルゼンの方法と文脈に即した検討を欠いて遂行される場合、ケルゼン理論に対する正確な理解が醸成されないだけでなく、長い目で見えた場合、ケルゼンの影響・効果を小さいものにとどめることになる。」と警告する。

(91) イエシュテットの見解に対しては、本稿においても紹介した毛利・前掲注(64)93頁以下及び三宅・前掲注(67)221頁以下を参照。ケルゼンの民主制論に依拠した連邦憲法裁判所批判の検討として、vgl. *Hwang, Die Grundrechtsbindung des Gesetzgebers aus der Sicht Hans Kelsens, Der Staat* 54, 2015, S. 213ff. 黄は、それがケルゼンの本来の理論から逸脱しており、むしろワイマール期の他の法実証主義者の見解、とりわけトーマの立法権優位論に親和的であることを指摘する。

を根拠として、裁判官に法律への厳格な従属を求めるべきかが重要である。⁽⁹²⁾ プムケやポッシャーは、これに対しても反論を展開しているが、本稿においてこれを詳細に扱うことはできなかった。この争点は、裁判所を巡る我が国の憲法学の議論とも比肩し得る点であり、たいへん興味深いと思われる。

【付記】本稿は、科学研究費補助金(研究課題番号:16K16991)による研究成果の一部である。

なお本稿脱稿後、北村幸也「ドイツ基本法と裁判と法律 あるいは裁判官の『自由』と『拘束』について(3)」法学論叢180巻2号(2017年)101頁以下、棟居快行「統治権としての司法権:最高裁は『越境』しうるか?」専修大学法学研究所紀要『公法の諸問題』(2017年)101頁以下に接した。

(92) ドイツにおける司法審査の民主的正統化を扱った論稿として、土屋武「『議論による代表』としての憲法裁判所 R.アレクシーによる憲法裁判の民主的正統化をめぐる論争を中心に」ドイツ憲法判例研究会編『講座憲法の規範力第2巻 憲法の規範力と憲法裁判』(信山社,2013年)15頁以下を参照。