

《論文》

法律・措置法律・ノモス

三宅 雄彦

キーワード：法律，措置法律，法と倫理

1. 序 言

法律概念は理論実践の両面で挑戦を受けている。第一に、行政組織法における近時の研究進展といわゆる基本法や基本条例への注目がある。いわゆる内部関係やプログラム法律における理論的空隙は今や充填されつつあるが⁽¹⁾、この動向は「自由と財産」、即ち国民の権利及び義務への法律の関連を問いに付す。第二に、特権許与から行政処分への歴史的変遷の視座から法律概念を洗い直す研究もある。この方向は立法専制への防壁を期待される、一般性の属性を法律から剥奪していく。法律の一般性の概念は捏造されたものとの、センセーショナルな指摘が我々の目を引く⁽²⁾。第三に、経済的又は誘導的手法を始め環境法制などで国民への嚮導的喚起が多く見られる⁽³⁾。正当性の基盤のみならず政策手段さえも、環境倫理学から法学は供給を受けている。この傾向は強制手段以外にも環境倫理の考察を求め、法と道徳の分離テーゼの放棄を促す。かくして、「直接または間接に国民の権利義務にかかわる一般的法規範」という、かつて磐石を誇った実質的法律概念の理解も、正面から否定されないながらも浸食を受ける⁽⁴⁾。本稿では、いまや殆ど議論の対象とはならない措置法律を素材に⁽⁵⁾、第三の観点からこの概念の検討を試みてみようと思う。

2. 「法律と措置」図式の原意

(1) まずは、措置法律とは周知のとおり、第二次大戦後のドイツで続出した法律の呼称で、戦後の経済混乱期に鉄鋼業・鋁工業等に緊急に補助投資する法律などがこれに当たり、わが国でも、ある私立大学の大学紛争解決のために制定された法律がその例とされる⁽⁶⁾。そして、措置法律概念は、法律概念と措置概念の区別を前提にし、更にこの図式が、シュミットの国法学会報告に由来することも、これまた良く知られたことだ⁽⁷⁾。その学会は大統領独裁権限をテーマの一つとするが、彼は、この権限の中に三種類の制約を見出していく。第一の制約とは、公共の安全及び秩序回復に向けた、このワイマール憲法48条が憲法を前提とすること。憲法秩序全体が安全と秩序の脅威になることはなく、それ故、独裁権はこの憲法秩序に触れてはならない。加えて、憲法が記した既存の国家組織のミニマムが、大統領独裁からも保護されることが、第二の制約だ。48条を根拠に大統領権限の拡張すること、議会による行政統制の権限を縮小することは、想定外である⁽⁸⁾。だがしかし、我々の関心事は、「ライヒ大統領は措置しか行ってはならない」という第三の制約の中にある。

シュミットがここで導入するのが、法律と措置を区別する図式である。これによると、一方で法律とは、法原理を自ら表現し、法理念の支配を受け、正義に適った内容を持つ。他方で措置は、具体的命令や政治的目的への適合性、具体的事物状

況への適合性、即ち、合目的性を持つ。法原理と法理念、対、具体的合目的性、これが法律と措置を分かち構図である⁽⁹⁾。尤も留意すべきは、この法律と措置の対抗が、一般的規範と具体的命令の区別ではない、ということである。第一に、措置は、法律以外にも、同じく法正義に基づく個別的な判決と比較されている。要するにここでは、個別的命令を法律概念から廃棄する発想は、そもそもないのである。第二に、措置として、ライヒ大統領が一般的諸規範を制定することも禁止されていない。この一般的措置を基礎として裁判所が判決を行うことも可能だと、シュミットは述べる。だが、この指摘を、法律と措置の二分論の破綻などと診る必要はない。一般的措置であろうと、法理念の支配がなければそれは措置のままだ。その意味でシュミットのいう法律と措置のメルクマールは堅固である。一般性=抽象性と個別性=具体性ではなく、理念性=正義性と目的性=状況性が、法律と措置とを明確に分かつ⁽¹⁰⁾。

(2) とはいえ、仮にこの法律と措置の区分が正義と目的の視座に立脚するとしても、これは後の法治国家批判から登場する法律とは無関係かもしれない。というのも、ワイマール憲法を法治国家的部分と政治的部分とに分け、前者の核心を特定の法律概念に置くシュミットの思考が、周知の如く提示されるからだ。つまり、市民的法治国家の本質は「法規範の普遍的性格」にある、という指摘である。これこそが真正法律の合理的概念のミニマムを成し、法律と命令、理性と意思という古典的区別を支える⁽¹¹⁾。勿論、この法治国家的法律概念は、形式的法律概念や政治的法律概念からの区分けの為にある。前者は、立法管轄権者により立法手続規定に基づき制定されるものだが、管轄と手続を拡張すれば外延は変動し、その意味で真正の概念ではない。この実質的概念と形式的概念を混同すれば、法律と法治国家の二概念は混濁してしまう⁽¹²⁾。他方で、国民の主権的行為を指すが、もう一つ概念である。この法律概念は立憲君主制では国民議会の立法参加を求める。だが、君主と議会の対抗が主たる論題のここで法律概念を持出すなら、必要なのは政治的概念でしか

ない⁽¹³⁾。つまり、この両概念から法治国家的法律概念を救助せよ、これがシュミットの主張である。

けれども、ここで留意すべきは、一般規範イコール法律ではない、ということだ。シュミットは注意深く強調する。法律とは「何らかの諸性質」又は「何らかの諸特徴」を持つ規範である。つまり、一般的性格は法律の一つの性質であって、唯一の性質ではない⁽¹⁴⁾。「正しさ、理性性、正義性」という諸特徴を持つ規範、「理性的=一般的なるもの」と呼ぶことができる規範、「正義性、理性性」という様々な諸性質を持った規範、これのみが法律なのである。法律の特徴は複数存在するのである⁽¹⁵⁾。勿論、自然法がその明証性を失えば正義と理性もその基礎を失い、この自然法的な確信は政治的経済的困難に代替する力を持たない。やはり、「法規範の普遍的性格」こそが市民的法治国家の基礎であり、この法治国的法律概念こそが「法治国家のアルキメデスの点」である。けれども、この普遍的又は一般的特徴は飽くまで「一つの特徴」でしかない。つまり、正しさ、理性性、正義性を、普遍性又は一般性に還元することなど、シュミットの発想には希薄なのだ。要するに、法律の究極の特徴は一般性にあるとしても、一般性のみが法律概念のメルクマールとは断言できぬ⁽¹⁶⁾。即ち、法律の普遍性を強調するシュミットにおいてもなお、それ以外の法律の特徴が忘却された訳では必ずしもない。正しく理性的で正義に適ったものでなければ、法規範を法律と呼ぶことはできないのである。

(3) それでも、シュミットの法律概念の中で一般性の要素が、その主導的地位を失うとは考えてはならない。普遍的性格は法律の全てを汲み尽すものではないが、かといってこれを所持せぬ法律は法律概念ではない。けれども、この構想が民主国家における立法者の専制を、可能性の段階から封じる為だけのものである、こう考えるのも実は早計である。むしろこの憲法学が法律概念に論及するのは、これを法治国的現象として攻撃する為である⁽¹⁷⁾。ところで、規範主義、決断主義、具体的秩序思考、この法思考の三類型を彼は打ち出した。これらは法の本質を規則、決定、秩序に見て、

そこから残り二つを導出しようとする思考だ。シュミットは法律概念と規範主義とを同一視する。彼曰く、つまり規範主義は法を規則又は規範と同じと見て、法秩序は規則又は規範の唯の総体に過ぎぬと言う。しかもこの規則と規範は一般的普遍的性格を持ち、個別的具体的事態から超越・超然したものとされ、更にこの主観的決断でなく客観的規範があるから、人の支配ではなく法の支配が実現するのだそうだ。この一般性と個別性、主観性と客観性の二分論は、やがては当為と存在という不毛な二元論を生出す⁽¹⁹⁾。法律の一般性は決断主義とともに廃棄されるのだ。こう考えなければ、法律概念とシュミットの市民的法治国家批判とが、対応しないではないか。

ならば彼の真正の立脚点は何処か。勿論それは具体的秩序思考にある。つまり、シュミット曰く、法とは具体的秩序である。しかも、この秩序とは個別の規範や規則の集積ではなく、規範や規則を己れの中を含む全体を、意味する。従って、規範と規則はこの秩序を基礎としてのみ統制機能を発揮できるのであり、規範と規則はこの秩序と結合せずして法学任務を遂行できないといえる。もし、規範と規則を秩序から切離して捕捉するなら、これらはそれ以外の「単なる事実」から切断されて、例えば刑法でいう犯罪は単なる法適用の要件となり、ひいては規範性と事実性は別物だという議論を生み、犯罪が起きて安全に影響ないとの妙な結論を導く。常識から考えれば犯罪は平穩を破る筈であるのだが、そう考えるには安全を具体的秩序と考える他はない⁽¹⁹⁾。そして、こうした意味での具体的秩序を、シュミットはノモスと名づける。ところで、規範主義は恣意性でなく確実性を探究して、主観的な正義でなく客観的な正義を選択し、人の支配ではなく「法律の支配」を要求し、ピンダロスの言葉「王としてのノモス」を、法思考の最も美しい言葉にこれを指定する。だがこの規範主義の思考はすぐに自壊する。その発想からは規範のみが存在可能の筈で、国家も裁判官もどれも規範の函数に過ぎず、具体的な権力や尊厳は元来取上げ様がない。むしろ、ノモスとは具体的な生＝共同体秩序であり、王も法概念上の秩序表象と把

握するべきだ。「王としてのノモス」とは、「現実的王としての現実的ノモス」を意味する⁽²⁰⁾。

そして、このノモスこそが後の「大地のノモス」となる。つまり、欧州国際法史の基礎的出来事を法史的・法哲学的に概念把握する可能性が、「ノモス」概念により開かれる。シュミットは言う。その語源たるギリシャ語の動詞「ネメイン」は、「区別する」と「放牧する」を同時に意味する、と。つまり、牧草地をまず測量し区別すること、即ち「土地を占拠し」「具体的秩序」を創ること、これが「ネメイン」である。従って「ノモス」は、大地の土地と地面を特定の秩序で分割し選定して、それにより政治的社会的宗教的秩序を形象化する。土地を占拠し都市を建設し植民地を作ることによって、部族や従士や民族が住まう「ノモス」が可視的となる。その意味で「ノモス」とは「城壁」である⁽²¹⁾。しかも、「ノモス」は、土地や所有の如く成長し増加するものである。単数の「神のノモス」から、複数の「人間のノモス」が養分を得て現れる。その意味で「ノモス」とは「培養」である。つまり、シュミットの主張に従うならば、ノモスとは「城壁」であり尚且つ「培養」である、従って、「構成を行う空間秩序の行為」であり、それでいて同時に、この具体的秩序を維持し拡張させる「歴史的過程」である。「位置づけと秩序づけの連関」こそ、ノモスの真正の姿なのである⁽²²⁾。

しかも、ノモスに特徴的であるのは、第一に、これが成文不文全ての規律の根源となる「原・行為」であること、第二に、単なる過去の事象でなく、常に未完成で開かれたものであることである。つまり、まずノモスとは、堅固に秩序づけられたもの、既に構成を与えられたものではなく、むしろ、「構成する諸過程」として、構成される諸過程全てに先行するものである。その意味でこれは「憲法に構成された権力」でなく「憲法を構成する権力」であり、それ以外は全て、単なる補充物か分割物、派生物か逸脱物の地位しかもない⁽²³⁾。かといって、唯の昔日の出来事として骨董趣味の関心対象となる訳ではない。諸状況は固定しておらず、全人類と諸国民は過去のみならず未来も所

持する。それ故、いつも常に新しい世界史の出来事に新しいノモスが姿を現してくる。この惑星の上で全時代に重要な「空間分割的な基本過程」が展開される訳だ。その上、このノモスとは、「国際法の中で構成を行う過程」でもある。つまり、「国土の占拠」は、国内と国外に向けて「ラディカル 根本的権原」の構成を行うが、国内では、獲得した地盤の上で多種多様の所有権の配分と創造を実行に移し、国外では、新たな空間への進出や民族の大移動と定住を通じ法と秩序を創る。勿論、侵略や占領はノモスを生まず、既存法秩序に編入される占拠もある。だが、「新しい国際法上の空間秩序を構成する」ものこそ、ノモスである⁽²⁴⁾。

しかしながら、この制度としてのノモスを、実証主義者の如く「法律」と同義と見ては、ノモスを科学的に取扱うことにはならない。実際に、この言葉がもつ元来の意味は、ピンダロスの真意と共に失われ、定立、条例、措置、命令など、規律や指図の制定でさえあれば、どんなものでも指示する実体なき一般的な名称へと成り下がる。そうなると、ノモスは存在と当為を分断する図式へと組込まれ、それが持つ具体的秩序の空間という性格までも見失われていく。ましてや法実証主義者の言う法律とノモスの同視は禁物である。法律概念は自然科学の法則と同様、唯の計算可能性に過ぎない⁽²⁵⁾。シュミット曰く、19世紀の定立実証主義は革命の夢破れた後、自然諸科学の諸成果や産業社会の進歩主義に全面的に降伏して、自身の歴史的・思想的・職業的諸前提が失われてしまうことを、法律家は忘却してしまう。その帰結に登場するのが、服従強制を伴う単なる定立としての、法律観である。この下では、法律は単なる命令に過ぎず、措置との区別さえも、消滅してゆく⁽²⁶⁾。こうなると法律と措置の区別は、ノモスの法律化の代償として、完全に意味を失うだろう。シュミットが守るのがようやく判明する。一般性を持つ法律概念でも、合目的性に仕える措置でもない。それは、具体的秩序、ノモスに他ならないのである。法律概念はノモス獲得とともに止揚される運命にある。

3. 措置法律と「法律の精神」

(1) ところで、冒頭で述べた措置法律の概念は周知の通り、フォルストホフの一論文から注目を浴びた⁽²⁷⁾。彼曰く、古典的法治国家は普遍的規範と個別的命令の二分論を採用し、ここから前者を立法者に後者を行政庁に配分する立場を選ぶ。尤も、これは自律的社会への介入を一般規範の定立に抑制する点で、国家と社会の二元論という特定の社会構造を前提にしている。そこで経済生活に国家が積極介入する現代この図式は崩壊し、立法者は一般性の枠を突破して個別的な措置を実施し始める。現代国家で増大するこの措置法律の分析こそがフォルストホフの目指す点である⁽²⁸⁾。しかし、この一般＝個別、抽象＝具体の対立項では、措置法律の正確な確定は無理だと、彼は最初に断言する。第一に、言葉上は一般的でも実質上は個別的な作用があると言う。抽象的な構成要件諸要素の組み合わせを工夫して、一事態のみに該当する規範を作ることができる。第二に、個別的な法律を禁ずる法治国家原理には例外があると言う。組織法上の行政庁の設置は個別的な事態を規律し、領土や恩赦に関する法律も具体的な法律である。つまり、法治国家的な法律概念がもつ形式的メルクマールでは、措置法律の特徴づけ作業は相当の困難に出会うだろう。そうではなく、措置概念それ自体への緻密な精査から、フォルストホフは出発しようと試みる⁽²⁹⁾。

勿論そこで援用されるのは、彼の師シュミットの区別だ。つまり、先に紹介した国法学会報告で陳述された、具体的事物状況と目的に規定される措置、法原理を表現し法理念に支配される法律、この措置と法律の区別である。フォルストホフはこう指摘する。措置を特徴づけるものは手段と目的の特殊な関係であり、即ち、特定の目的に向けられた手段が措置の本質である。勿論、ある生活領域を秩序づけるべく法規範が、合目的的に創られることも十分あり得る。その意味で法律も目的に仕える。だが、立法行為は意思されることオルトメンクからそう見えるだけで、法律の本務は「秩序」を打立

で、「構成する」ことにより、それは一般的か個別的かで何ら変わりはないのだ⁽³⁰⁾。従って、措置法律の核心は、目標又は目的に拘束されること、特定の具体的状況に繋がること、ここにある。だがこの措置法律を基本法は拒否しない。措置法律は立法権による行政権の篡奪にもなるから、措置法律の承認は権力分立原理への違反になりうる。けれども、基本法は社会への国家介入を既に容認し、故に形式的法治国家の前提を放棄又は修正している。それに、ワイマール憲法の大統領独裁権はボン基本法には最早存在しない。嘗てのこの独裁の規定があればこそ、措置を例外に封じ込められたのだが、措置は「許されなくてはならない」となる。この意味で、措置と法律の融合概念、措置法律の概念を、基本法は渋々ながら承認しているのである⁽³¹⁾。

継いで、この概念が憲法体制内でもつ地位、中でも憲法裁判権の統制について、検討が加えられる。ここでの出発点もやはり、措置法律の特殊性である。つまり、措置法律は具体的目的を持ち、この目的が措置には優先する。そして、措置のこの論理的構造又は目的の論理的優先が、立法裁量という表現を措置法律に可能にする。だが元々、この裁量概念は通常の立法手続とは無関係である。フォルストホフの理解では、行態の目的がまず最初にあり、目的達成に適した手段を選ぶ、このときに限って裁量がある。目的を持ち手段を選ぶ行政行為にこそ裁量概念は相応しい。けれども、本来は秩序づけ構成する法律概念には裁量はない。裁量がないのは、憲法上判断余地がないからでなく、法律が秩序づけ構成するからである⁽³²⁾。だが、法律が目的を持ち手段と化すならば話は別で、立法者が許される裁量限界内にとどまったか、裁量範囲内で合目的な解決策を選択したか、いわゆる目的と手段の比例原則の適用がある。ならば、措置法律と行政行為の両者の取扱は相等しい。憲法裁判所の規範統制と行政裁判所の処分審査は、密度の点で接近する。つまり、第一に措置法律の目的の合憲性を問い、第二に措置法律の手段の合憲性を問う⁽³³⁾。この我々に馴染み深い目的審査と手段審査の図式は、目的手段構造をもつ措置法律

の普及した結果であり、それと連動した憲法裁判所の権限拡張の現れである、こういう訳だ。

(2) ところで、この措置法律の概念が持つ趣旨は、ひとまずは正確に理解されていく⁽³⁴⁾。例えば、シュミット門下でその記念論集で個別法律を論じたハンス・シュナイダー。彼は、措置法律の本質を具体的目的への奉仕と、その目的実現に適切な法的手段の選択に見出し、他方で個別法律の特徴を一般性と継続性に見る。つまり、個別法律と措置法律が同義ではないこと、状況拘束である点で、全ての個別法律は措置法律に該当するが、措置法律全てが個別法律とは限らぬこと、こう結論づける⁽³⁵⁾。更に、「規範及び措置としての法律」を論題に国法学会で第一報告をしたメンガーはどうか。フォルストホフ色も濃いシュパイエル行政大学に在籍した彼は、規範は正義を尺度とし措置は目的を志向すると述べて、基本法における措置法律の射程範囲を歴史的に論ずる。①嘗てモンテスキューは国家機能でなく政治諸力の均衡として権力分立を検討するも、政治諸力が市民社会で融合したドイツでは権力分立は単なる国家機能の均衡となる、②だが基本法は憲法に政党を編入して(即ち政治諸力を編入して)モンテスキュー型の権力分立モデルに復帰する、また憲法裁判所設置は国民主権に基づく作用と「法の主権」の作用の二元体制を作出す、③その結果、立法権・行政権・司法権の諸作用の分離は権限境界づけの能力を喪失し、ただ基本法の実質的・法治国家的構造のみが措置立法の制約を形成することになる(人権領域では正義尺度が支配し単なる合目的的人権侵害は許されない、国民主権でなく「法の主権」に依拠する司法権は措置法律を排除する、など)、と。こうした興味深い指摘もメンガーから得られる⁽³⁶⁾。

だが、残念ながら本来の措置法律概念は、現在では全く誤解されてしまった。つまり、措置法律は個別法律であり、法律の一般的性格を脅かす、と。まず正確に理解されたが故に法学から追放される。既に上記学会の時点で措置法律概念は批判された。例えば、先のシュナイダーは、措置法律でなく正しくは個別法律と呼称すべきだ、と発言し、ショイナーなど多くの学者も、この概念は個

別法律と重複する限りで無駄であり、社会学的考察にのみ資する限りで無意味でもある、と非難した⁽³⁷⁾。遂にはフォルストホフ門下のツァイトラーさえも、措置法律も正義に従う点で法律一般と構造上同じ、目的を尺度としても立法者意思からの判定は困難、こう結論づける⁽³⁸⁾。こうして措置法律概念の法学的意義が消滅すれば、残存するのは現象という社会学的意味でしかなく、改正のない限り消しようのない基本法19条1項に、この条項が禁止する個別的法律に該当するか否か、この観点から議論されることしかなくなっていく。代表的な教科書も措置法律と個別法律を同一視して、市民の人権保障を最善に行う一般的抽象的法命題が、措置法律の憲法的正当性を吟味の対象にするだろう、こうした指摘しかもはや行わない⁽³⁹⁾。わが国でも事態は同じで、一般的性格に法律の本質を見る説を引きずり、ここに「立法の専制への防壁」を見てとって、「法律は一般的規範でなければならない」と、即ち、措置法律は立憲主義への脅威である、とされる⁽⁴⁰⁾。しかしながら斯くの如き事態があるとしても、真正の措置法律の発掘を断念してはならない。何故なら、フォルストホフの「法律の精神」とは、元来普遍的では断じてないからである。

(3) 実定憲法法解釈の教義学的関心から、フォルストホフの法哲学的関心を救出せねばならない。ところで、フォルストホフはモンテスキューの名著の翻訳者でもある⁽⁴¹⁾。だがフォルストホフ曰く、モンテスキューの名と共に語られる権力分立論は、フランス革命から遡及的に付与された名声であり、ただ世間の人は第11篇第6部のみを視野に入れ、肝腎の彼の作品全体は何も読まずに満足している。そもそもモンテスキューの最大の功績は、政治秩序と人間本性の関連づけにあり、単なる国家作用の均衡論には存しない。つまり、人間像による憲法学の構築、人間学的基本諸事態からの国家形態と憲法形態の解明、これこそが我々にとり有用で必要な観点である、と⁽⁴²⁾。けれども、この政治的思考と人間像との結合は大革命後には、イデオロギー又は世界観との結合に変わるだろう。19世紀とは、政治論から人間像を、法秩序から人格性

を、放逐した時代なのである。こうした憲法思考の技術化によって、人々の眼はただ二つの問に向かう。国民による国家意識形成と個人の諸自由の人権保障が、それ。これら諸問題の解決は、具体的人間像ではなく技術的手段により、可能となる。権力分立を人権保障の手段として見るのは、この技術の視座からすれば適切なのだろう。だが、それではモンテスキュー全体を読んだことにはならない⁽⁴³⁾。

つまり、フォルストホフは三権分立の真意をこう見る。権力の阻害による自由の確保、よりも、国家諸作用の下の権力の均衡、である、と。国民の社会階層を顧慮して各種権力の配置を行い、この適切な配置により社会的調整を行う訳である。故にモンテスキューの権力分立は、我々の権力分立とは姿を異にする。前者では、立法権力による他の権力の支配を防止する為、執行権力には立法拒否権が承認されているが、後者では、モンテスキューのこの本質的制限が拒否され、自己集会・停会の権限までが議会に付与される。しかし、現代流の権力分立はルソー系統のそれであり、国民の一般意思を継続的に顕在化させている。だからこそ、元の権力分立が重視した社会的調整を無視し、権力分立の祖が導入した制限と妨害を犠牲にしたのであろう⁽⁴⁴⁾。憲法意識の技術化による政治諸制度の変質は、権力分立に限られた議論ではない。選挙と法律が問題解決の単なる技術となったのも、この人間像の脱落のせいである。特にフォルストホフは法律についてこう述べる。法治国家的で一般的な規範が、個別行為と一般規則の厳格な区別に基づき、技術的な作用を展開している、と。つまり、法律の一般性とは法律の技術性に他ならない。従って、技術的な一般的法律は法秩序から人格を排除する、フォルストホフはM・ヴェーバーと共にこう非難するだろう⁽⁴⁵⁾。

それでは、フォルストホフがモンテスキューに託した、法律の本質とは奈辺にあるか。その答えへの鍵は、憲法形態論にある。これについて彼曰く、憲法形態其々には各種行態類型がある。貴族制には節制が、君主制には名誉が、専制には恐怖が、そして民主制には徳が、である。では民主

制に何故徳が要するのか。国家の規律化に不可欠だからだ。法律や権力では規律を担保できず、むしろそれらを市民の徳が支える。ではその徳とは何か。祖国への愛、民主制への愛、即ち、平等と節度への愛である、モンテスキューはこう言う。つまり、技術化を被った国法理論のいう形式的な法平等ではなく、必要分を手元に剰余分を国家に、との節度が必要なのだ。民主主義は社会構造が条件づける、従って、富者と貧者の調整が不可欠となるのだ⁽⁴⁶⁾。要するに、法制度の基礎には諸市民の倫理があり、これと同じ論理は法律にも当て嵌まる。それでは、倫理的法律観への道は、如何にして回復されるのか。それは、人間学的原事態、現実複合の全体を取返すこと、国家学・憲法学の対象への直観性を取戻すことによって可能である。「シュミットとスメント」の如く、「対象的国家学と憲法学」を狙い、「憲法理論の対象化」を目指さなくてはならない⁽⁴⁷⁾。この憲法学の回復の為にこそ、モンテスキューが参考になる。その主著にフォルストホフが与えた題目がそれを象徴している。つまり、『法律の精神』である⁽⁴⁸⁾。

今や、シュミットが法学から放逐を企図した法律は、その弟子フォルストホフにより回収される訳である。彼は言う。法律とは、形式的であり同時に実質的である、抽象的であり尚且つ具体的である、と。成る程、憲法から処分等に至る客観法形式の体系を完成させた点で、全く本質的で形式的な要素こそ市民的法治国の成果である。しかし、この形式に法の内実を充填する、人格活動の作品こそこの憲法秩序を指す。国家の法律ならどんな法律でもよい、この想定は現実それ自体と合わない。法実証主義最盛期の帝政期に法制度の最高潮があったことは、単なる形式に解消されない法律の本質へと我々を誘うだろう⁽⁴⁹⁾。その核心は当時の立法者にある。この立法者は権限からすれば君主と議会だが、作製からすれば各省の官僚である。だがこの官僚は単なるテクノクラートではない。彼らは、伝統的法曹身分である点で己れ自身への信頼を持ち、加えて、歴史法学の隆盛から法の継続形成を行う資格も得る。このドイツ法曹身分のエリートが、法学識者による参加を獲得しつつ、

法律解釈の中核を占める訳である。法実証主義による国家的法律への信頼とは、このドイツ法曹身分に対する信頼を意味する。そして、法体系とは倫理を寄付けない単なる技術ではなく、特殊な人間の徳に依拠したエートスに基づくものというべきである。もはや法律とは法実証主義をもってしても唯の形式ではない。現実が、対象が、即ち徳が法律に復元されなければならない⁽⁵⁰⁾。

自由で正義の社会秩序を打立てるには、法律よりむしろ、人間の徳が必要である。民主制は徳に基づく、モンテスキューはこう述べた。けれども、徳でなく法律に依存する国家を、フォルストホフは診断しなくてはならない。つまり、20世紀の法律国家から行政国家への移行は、従来にない責任を国家作用担当者に負わせて、国家作用がより包括的・介入的になるにつれ、法律によるこの作用の固定が求められてくる。道徳が全ての者に備われれば国家的義務は十分履行されようが、なければこの義務を履行せよと権力手段が導入されるだろう。この状況での法律は法治国家的法律では最早ない。市民的法治国では、包括的理性の表現として、ラティオとして、ワイマール期には、普遍的規範という意味での法律が投入され、この法律に、「構成し且つ支配する」作用が付与されていたが、戦後には、眼下の緊急状態を解決する単なる手段と方法として、対象及び時間の点から目標を限定してアドホックに執行を行う、我々が知る法治国家的法律とは全く異質の法律が、投入される⁽⁵¹⁾。尤も、自由な国家とは徳による国家であるとしても、法律形式に倫理や道徳を注入して嘗ての法治国家を回復することは、必ずしもフォルストホフの真意ではない。しかし、法律の脱倫理化のプロセスの末端にあるものこそ、この措置法律であり、この概念こそが法律と国家に内在する倫理と道徳の問題を照射してくれる⁽⁵²⁾。

4. 結 語

本稿の結論は以下の通りである。法律概念への近時の揺振りの中には、法と道徳の分離をめぐる論点がある。一般性が法律概念の本質に指名され、

措置法律がその重大な例外とされる。だが法律と措置の区別の本来の意味、措置法律の発見者フォルストホフが、法律形式化の末路をこの概念に求め、『法律の精神』中に打開への道を見る。措置法律の概念が提起した問題群とは、一般性の危機でなく倫理の危機である、と。けれども、公法学と倫理学の連関に関するこの結論は、更に教義学上の重大な論点までも洗い出す。目的手段図式が措置の本質であり法律の核心でないならば、違憲審査で投入されるこの図式は果たして根拠を持つのか。法律と倫理の関連が分断的でなく調和的であるとすれば、個別の憲法条項の解釈にそれは如何なる影響を及ぼすのか。これは今後の公法学の難問であろうし、ましてや、小稿が扱える問いではない。その他、形式的な法律概念への不満を、シュミットは構成的なノモスの発案で、フォルストホフは法律自体の構造化で、それぞれ解消したという師弟間の相違も、副産物として析出されるに至るが、措置法律の概念を契機とした法哲学と教義学上の論点の指摘をもって、本稿を閉じることにしよう。

本稿は、日本学術振興会平成17年度科学研究費補助金(若手研究B)(課題番号17730013)による研究成果の一部である。

《注》

- (1) 橋幸信「実務から見た法律の特徴的な傾向」法学セミナー599号(2004年)38-42頁、木佐茂夫「地方自治基本法」岩波講座『自治体の構想1』(2002年)85-108頁。
- (2) 玉井克哉「法律の『一般性』について」芦部信喜古稀記念『現代立憲主義の展開(下)』(有斐閣, 1993年)383-412, 407, 408-409頁、同「国家作用としての立法」法学教室239号(2000年)72-80, 74-77頁、同「特権許与から行政行為への史的発展」塩野宏古稀記念『行政法の発展と変革(上)』(有斐閣, 2001年)303-330, 321-327頁。
- (3) 中原茂樹「誘導手法と行政法体系」塩野宏古稀記念『行政法の発展と変革(上)』(有斐閣, 2001年)553-572頁。なお、拙稿「いわゆるエコ税の合憲性」自治研究81巻(2005年公刊予定)。

- (4) 阿部照哉『憲法[改訂版]』(青林書院, 1991年)196頁、長谷部恭男『憲法[第3版]』(新世社, 2004年)326頁。
- (5) 詳細な措置法律研究として、小山正善「西ドイツにおける措置法論争の概観(1)(2)」阪大法学115号(1980)45-90頁, 120号(1981年)73-119頁、同「法律の『一般性』に関する一考察」山口経済学雑誌32巻3・4号(1983年)73-106頁。
- (6) Gesetz über die Investitionshilfe der gewerblichen Wirtschaft vom 7. 1. 1952 (BGBl I 7); 「学校法人紛争の調停等に関する法律」(昭和37年法律70号)。
- (7) Carl Schmitt, Die Diktatur des Reichspräsidenten nach Art. 48 WRV, in: VVDStRL, H. 1 (1924), S. 63-104.
- (8) Schmitt, a.a.O. (Anm.7), S. 91-95.
- (9) Schmitt, a.a.O. (Anm.7), S. 97f. シュミットの法律概念一般につき, Vgl., Gerd Roellecke, Der Begriff des positiven Gesetzes und das Grundgesetz, 1969, S. 98-111; Christian Starck, Der Gegebenheitsbegriff des Grundgesetzes, 1970, S. 138-142.
- (10) Schmitt, a.a.O. (Anm.7), S. 97-99; ders., Der Hüter der Verfassung, 1931 (2. Aufl., 1969), S. 125f. 以上につき, 拙稿「例外状態について(2)」(早大院)法研論集80号(1997年)270-280頁。
- (11) Carl Schmitt, Verfassungslehre, 1928 (Neudruck, 1954), S. 139, 142; ders., Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus, 2. Aufl., 1926 (7. unveränderte Aufl., 1991), S. 52-63.
- (12) Schmitt, a.a.O. (Anm. 11) („Verfassungslehre“), S. 143-146, bes., 143f.
- (13) Schmitt, a.a.O. (Anm. 11) („Verfassungslehre“), S. 146-150.
- (14) Schmitt, a.a.O. (Anm. 11) („Verfassungslehre“), S. 138, 146f., 149f.
- (15) Schmitt, a.a.O. (Anm. 11) („Verfassungslehre“), S. 139, 141, 151.
- (16) Schmitt, a.a.O. (Anm. 11) („Verfassungslehre“), S. 141f.
- (17) Vgl., Wolfgang Schuller, Der Rechtsstaat bei Carl Schmitt, in: R. Morsey/H. Qualitsch/H. Siedentopf (Hrsg.), Staat, Politik, Verwaltung in Europa. Gedächtnisschrift für Roman Schnur, 1998, S. 117-133, 118-123.
- (18) Carl Schmitt, Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, 1934 (2. Aufl.,

- 1993), S. 10-12, 15f.
- (19) Schmitt, a.a.O. (Anm. 18), S. 13f., 17f.
- (20) Schmitt, a.a.O. (Anm. 18), S. 12-14; ders., Die Nomos der Erde, 1950 (3. Aufl., 1993), S. 42-45. Vgl., Gunter Meuter, Carl Schmitts „nomos basileius“ oder: Der Wille des Gesetzgebers, 2000, S. 17-22, 33-45.
- (21) Schmitt, a.a.O. (Anm. 20), S. 39f.; ders., Nehmen/Teilen/Weiden (1953), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 489-504; ders., Nomos-Nahme-Name (1959), in: ders., Staat. Großraum, Nomos, 1995, S. 573-591.
- (22) Schmitt, a.a.O. (Anm. 20), S. 40, 13-20.
- (23) Schmitt, a.a.O. (Anm. 20), S. 47f., 50.
- (24) Schmitt, a.a.O. (Anm. 20), S. 48-50. Vgl., ders., Die Lage europäischen Rechtswissenschaft (1943/44), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 386-427, 408-426; 新田邦夫「カール・シュミットのノモス論」山梨大学教育学部研究報告(社会科学系) 26号(1975年) 105-114頁, 田中純「『大地のノモス』」現代思想 32巻11号(2004年) 162-165頁。
- (25) Schmitt, a.a.O. (Anm. 20), S. 36, 38, 40f.
- (26) Schmitt, a.a.O. (Anm. 20), S. 45. Vgl., ders., Das Problem der Legalität (1950), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsätze, 1958, S. 440-451, 446f. このように, ノモスによる排去が法律概念に当初から折込み済みならば, 規範主義→決断主義→秩序思考というシュミット説の解釈図式は互解する。Vgl., Meuter, a.a.O. (Anm. 20), S. 6f., 11, 17f., 36f.
- (27) Ernst Forsthoff, Über Maßnahme-Gesetz (1955), in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, S. 106-121. Vgl., Roellecke, a.a.O., (Anm. 9), S. 210-220; Starck, a.a.O. (Anm. 9), S. 49-53.
- (28) Forsthoff, a.a.O. (Anm. 27), S. 106f.
- (29) Forsthoff, a.a.O. (Anm. 27), S. 107f.
- (30) Forsthoff, a.a.O. (Anm. 27), S. 108-110.
- (31) Forsthoff, a.a.O. (Anm. 27), S. 111-113, vgl., ders., Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 10. Aufl., 1973, S. 82. 基本法が法治国家原理を選択した故に, 憲法レベルで社会国家原理は排除されるとの, フォルストホフの命題との抵触があり得るが, この問いについては差当たり措く。Vgl., Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., S. 65-89, 72f., 84f.; 拙稿「公法理論と価値秩序(1)」早稲田法学 77巻2号(2002年) 256-257頁注63。
- (32) Forsthoff, a.a.O. (Anm. 27), S. 118f. ここには判断余地の欠如と行政裁量の欠如が連結され矛盾にも思われるが, フォルストホフは判断余地に加えその限界も行政裁量の本質と考えている。Forsthoff, a.a.O. (Anm. 31) („Lehrbuch“), S. 84.
- (33) Forsthoff, a.a.O. (Anm. 27), S. 118-121. これにつき, 宍戸常寿「憲法裁判権の動態(5)」国家学会雑誌 116巻11・12号(2002年) 88-97頁を見よ。
- (34) Vgl., Kurt Ballerstedt, Über wirtschaftliche Maßnahmegesetze, in: Festschrift zum 70. Geburtstag von Walter Schmidt-Rimpler, 1957, S. 369-402, 373-376; Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre, 1964, S. 741-743; Roman Herzog, Allgemeine Staatslehre, 1971, S. 327.
- (35) Hans Schneider, Über Einzelfallgesetze, in: H. Barion/E. Forsthoff/W. Weber (Hrsg.), Festschrift für Carl Schmitt zum 70. Geburtstag, 1959, S. 157-178, 161-163.
- (36) Christian-Friedrich Menger, Das Gesetz als Norm und Maßnahme, in: VVDStRL, H. 15, 1957, S. 3-34, 4-8, 24-32.
- (37) Ulrich Scheuner, Diskussionsbeitrag, in: VVDStRL, H. 15, 1957, S. 69-76; Hans Schneider, S. 89-91. Vgl., Konrad Huber, Maßnahmegesetz und Rechtssatz, 1963, S. 15-18; Scheuner, Gesetz und Einzelanordnung, in: Festschrift für Rudolf Hübner zum 70. Geburtstag, 1935, S. 190-217, 200, 211-213.
- (38) Karl Zeidler, Maßnahmegesetz und „klassisches“ Gesetz, 1962, S. 32-36, 159-170. Vgl., Huber, a.a.O. (Anm. 37), S. 18-20.
- (39) Hans Julius Wolff/Otto Bachof/Rolf Stober, Verwaltungsrecht, Bd. 1, 11. Aufl., 1999, S. 221, 322; Hans-Uwe Erichsen (Hrsg.), Allgemeines Verwaltungsrecht, 10. Aufl., 1995, S. 120 [Rn. 6].
- (40) 例えば, 樋口陽一『憲法 I』(青林書院, 1998年) 215-217頁, 野中俊彦ほか『憲法 II [第3版]』(有斐閣, 2001年) 73-74頁, 辻村みよ子『憲法 [第2版]』(日本評論社, 2004年) 415-416頁。
- (41) Ernst Forsthoff, Zur Einführung, in: Montesquieu, Vom Geist der Gesetze, Bd. 1, 1951, S. v-lvi.
- (42) Forsthoff, a.a.O. (Anm. 41), S. xxv-xxviii; ders., Montesquieu's Esprit des Lois, in:

- Deutsche Rechts-Zeitschrift, 3. Jg., 1948, S. 405-408, 406, r. Sp. -407, l. Sp.
- (43) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 41), S. xxiv, xxviii-xxix; ders., a. a. O. (Anm. 42), S. 407, l. Sp. -r. Sp.
- (44) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 41), S. xxix-xxxiii; ders., a. a. O. (Anm. 42), S. 407, r. Sp. -408, l. Sp.
- (45) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 42), S. 407, r. Sp.
- (46) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 41), S. xxxii-xxxv; ders., a. a. O. (Anm. 42), S. 407, l. Sp. -r. Sp.
- (47) 憲法理論の刷新を論ずる限りで師の論敵に抗する要はない。参照, 拙稿「ドイツにおける憲法理論の概念」早稲田法学会誌 47 卷 (1997 年) 253-307, 258-261 頁。
- (48) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 41), S. lii-lvi. 貴族的精神の中に「不協和の調和」による「自由な国家」の源泉を見出す立場も, 多様な生活現象の全体にモンテスキューの「一般精神」又は「法の精神」を見る。川出良枝『貴族の徳, 商業の精神』(東大出版会, 1996 年) 165-175, 208-217 頁。
- (49) Ernst Forsthoff, Der moderne Staat und die Tugend, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 1. Aufl., 1964, S. 13-26, 15-17.
- (50) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 49), S. 17-19. この倫理的なものを守護する限りで, 形式的なものも評価される。Forsthoff, a. a. O., S. 15f.; 拙稿「公布の本質 (1)」社会科学論集 109 号 (2003 年) 91-104, 95-96 頁。
- (51) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 49), S. 20, 22-23.
- (52) Forsthoff, a. a. O. (Anm. 49), S. 23, 26; ders., Die Bindung an Gesetz und Recht, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., 1976, S. 122-129, 125-128; ders., Die Umbildung des Verfassungsgesetzes, in: ders., Rechtsstaat im Wandel, 2. Aufl., S. 130-152, 145f.; 拙稿「公法学・行政学・精神科学」早稲田法学 77 卷 1 号 (2001 年) 316 頁注 92。Vgl., Hermann Heller, Der Begriff des Gesetzes in der Reichsverfassung (1927), in: ders., Gesammelte Schriften, 2. Aufl., 1992, S. 203-247, 227-229.

《Summary》

Einige Bemerkungen zum Begriff Maßnahmegesetz

MIYAKE Yuuhiko

Der Begriff Gesetz, dessen verschiedenen Momenten – z.B., Allgemeinheit, subjektive Rechtsbezogenheit und Moralneutralität -jetzt häufig angegriffen werden, soll durch die Analyse des Begriffs „Massnahmegesetzes“ überprüft werden. Einen Ursprung des Begriffs entdeckte Carl Schmitt in den Unterschied zwischen Gesetz und Maßnahme, oder zwischen dem Rechtsidee Verwirklichenden und dem auf Zwecke Zielenden, der aber später durch den Begriff Nomos als konkrete Ordnung aufgehoben wird. Sein Gesetzesbegriff wirkt nicht ordnend oder konstituierend, sondern nur normatistisch und technisch. Schmitts Schüler Ernst Forsthoff verschmelzt jedoch den Gesetzesbegriff und den Maßnahmebegriff zu einen neuen Begriff „Massnahmegesetz,“ damit er das Gesetz als etisches betont. Insbesondere zielt seine Übersetzung von Montesquieus „Vom Geist der Gesetze“ auf die Aufklärung des bestimmten, hinter den Gesetzen verborgenen Menschenbild, die zum Gegensatz zwischen technischem Maßnahmegesetz und etischem Gesetz führt. Gesetzesbegriff Forsthoffs wirkt ordnend und konstituierend.

Keywords: Gesetz, Maßnahmegesetz, Recht und Moral