

《論文》

純粹法学と行政改革

— M・イエシュテトの二元的公法解釈の構想 —

三宅 雄彦

一 序言

ドイツ公法学の特徴が、1990年代以降の行政法総論改革に連なる、各種改革への志向性にあることは、これまで反復して検討されてきたが、これに平行して進展する興味深い動向がある。ケルゼン復興である。例えば、論文集としては、ポールセンとシュトルアイス編集の書物、政治学者エース編の二書、同じくブルンクホルストとフォイクトによる論集があり⁽¹⁾、教授資格論文など単書も続々と出版され、ベルンシュトルフ、ハッセ、ディアス、コルプ、オーイェンの論稿がある⁽²⁾。ウンルーやグローなどワイマール期方法論争の研究も加えてもよい⁽³⁾。だが、ケルゼン・ルネサンスを象徴する書物として重要であるのは、ケルゼン自身の作品への接近をより容易にする、諸々の企画である。オーイェン編の憲法裁判権に関する『憲法の番人は誰とされるか』、イエシュテトとレプシウス編集の民主制に関する『民主制の防衛』、同じくイエシュテトが編んだ『純粹法学』初版の出版がそれである⁽⁴⁾。そして更に決定的なことに、このイエシュテトとケルゼン研究所の編集で、年譜順に、その遺稿も射程に収めた『ケルゼン著作集』が、全30巻を予定し、2007年から遂に刊行を開始したことである⁽⁵⁾。

昨年ケルゼン生誕130周年を迎え、ケルゼン研究が益々進展する中で、既述の如く、その中心にあるのはイエシュテトと考えてよい。ボン大学のヨゼフ・イゼンゼーの下で博士号と教授資格を取得した、この気鋭の国法学者が、上の各種ケルゼ

ン関連本の出版のみならず、ウィーンのハンス・ケルゼン研究所^{インスティトゥート}研究員であること、彼の本務校、エアランゲン（2002～10年）とフライブルク（11年～）で、矢張りハンス・ケルゼン研究所^{フォルシュングスシュテレ}を自ら主宰してきたことからすれば、イエシュテトのケルゼン研究への力の入れようは、論ずる迄もない。だが、ここ迄なら、戦後一貫してケルゼンに関心を持ち続けてきたわが国の状況に、ドイツの状況が追いついてきたと思えなくもない⁽⁶⁾。ところがこの人物の関心は、法哲学又は法理論の領域に限定されず、正しく、諸々の行政改革という最新のトピックにも向けられている。けれども、純粹法学で行政改革を論じるとは、一体どういう事態か。行政改革のケルゼンとは、我々のイメージに合致するものだろうか。以下では、イエシュテト彼自身による純粹法学の評価を論じ（二）、この学説と改革志向の行政法学との関連を論じることとする（三）。

二 ケルゼン学説の復興

1 純粹法学の問題状況

(1) ドイツ理論での評価

さて、そのイエシュテトは盟友レプシウスと共に、このケルゼンを、20世紀を代表する法律家、世界的に名だたる法理論家と捉えるが、この人物の説がドイツでも注目されるようになったのは実は最近で、それ迄純粹法学は、克服済みの理論として把握されてきた、と語る⁽⁷⁾。確かにハンス・ケルゼン（1881-1973年）は、ルドルフ・スメント（1882-1975年）、カール・シュミット（1889-

1985年)、ヘルマン・ヘラー(1891-1933年)らと共に、ワイマール方法論争の「偉大な4人」の一翼をなす人物だ。しかし第1に、第1次大戦後、深刻な分裂の下で内的拠り所のないワイマール体制、或いは、全体主義を求めて法の自立性を否定するナチス政権の中に、ケルゼンの反イデオロギーが住まう場所はない。そして第2に、第2次大戦後、ナチス惨禍の後で道徳再建が喫緊の課題となり、キリスト的で西洋固有の価値構造の中に精神的支柱を求める西ドイツに、ケルゼン流の相対主義が受入れられる所はない。彼の名と結びついた法実証主義は、ナチスの倒錯の責任者とされて、「法実証主義的」とは、今も昔も侮蔑的言辞として用いられている⁽⁸⁾。

イエシュテトとレプシウスによれば、ケルゼンが戦後の国法学界で受け入れられなかったのには、4名の法学者の言明に問題があると。つまり、第1が、ケルゼン法実証主義は、19世紀末の構成主義的概念法学の遺言執行人に過ぎぬと述べた、ハインリヒ・トリーベル、第2が、現実科学の立場でケルゼンを批判し、彼が得たのは「国家なき国家学」と「純粋法欠」に過ぎぬと述べた、ヘルマン・ヘラー、第3が、超法律的な法の観点から、ドイツ法曹がナチズムに無防備だったのは、法実証主義の責任と述べた、グスタフ・ラートブルフ、第4が、終戦前後に、ドイツライヒは1945年以来存立するのをやめたと述べ、人々の信頼を失った、ハンス・ケルゼンその人自身⁽⁹⁾。結局こうした評価から、純粋法学を真面目に取扱う必要はないとの判断が、1940年以後の彼の亡命と合わせて、確立するのである。つまり45年から70年代まで、ドイツ学説は、スメント主義者かシュミット主義者かで二分され、終ぞケルゼン主義者は見られない。ワイマールの主役の一人シュミットが、1985年最後に97歳で往生を遂げて初めて、ケルゼンルネサンスが徐々に始まるのである⁽¹⁰⁾。

だがイエシュテト曰く、ドイツ法学がケルゼンを拒否し続けたのは、既存学説に挑戦した彼の教理の本当の意味を理解していないからだ。つまりそれは、ケルゼンが、第1に、「純粋で、それにより初めて科学的となる法学説」を打ち出したこ

と、第2に、法科学に既存学説の全てを粉碎する「コペルニクス的転回」を齎したことであるが、この意味が忘れ去られていると、イエシュテトは力説する訳である⁽¹¹⁾。では、そのケルゼン純粋法学の根本の力点がどこにあるかといえば、それは、世紀転換期のウィーンの近代精神に、即ち反イデオロギー、反形而上学の精神に倣い、法学を「客観性と精密性」という科学の理念に近づけ、これを「真正の科学の高み」に据え置くことにある⁽¹²⁾。そしてその為には、法学を、「精密な構造分析」に、即ち「全ての倫理的・道徳的価値判断から解放された、できるだけ精密な、法の構造分析」に、端的には「徹底した法実証主義」にするべきである。つまりケルゼン学説では、国家を法で/法を国家で正当化すること、即ち、評価すること/価値づけることは、倫理や政治の仕事であり、法学の任務は、ただ法を客観的に認識することにあるのだと、言う⁽¹³⁾。

では、法の構造分析を標榜する純粋法学では、一体何が目指されるのかといえば、それは、法として法学の「固有法則性」なのである。つまり第1の、法の固有法則性とは、法が法独自の法則に従うこと、端的には、法が法的事であること、自己言及的であることを意味する。政治的社会的意味でなく、法の特種法学的な次元を問うというのだ。尤も、固有法則性といっても、それは法の自給自足のことではない。文脈や影響から自由な純粋な法を探索するのではない。寧ろ反対で、実在の人間が法を作るという法外の関係性を考慮に入れねばならない⁽¹⁴⁾。第2は、法科学の固有法則性である。右に述べた通り彼の理解では、法学が科学であるには、できるだけ精密で客観的に法の実在要素を記述せねばならぬ。この精密性と客観性こそ、法学の独自性である。尤もケルゼンは法の自律性を論じて、法学の自律性には必ずしも触れぬというのだが、要は対象と方法で厳格に分野として規定され、他領域への干渉、他領域からの干渉を取除くのが、その趣旨なのだ⁽¹⁵⁾。更にここから、客観的記述の任務を負わぬ学問領域が排除されるが、一先ずは、法と法学の自律性と重んずる説を確認できれば良からう(図1)。

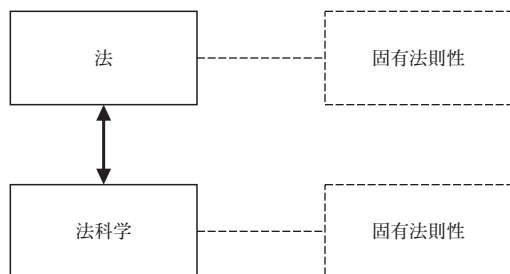


図1

(2) ケルゼン学説の特徴

更にイエシュテトは、この「徹底した法実証主義」である純粋法学から、それを認識する、都合4つのメルクマールを導出するのだが、それはまず第1に、ノルマティヴィスティーシャーフ ポジティヴィスムス世界観として規範主義的実証主義であることだ。つまり純粋法学とは、ノルマティヴィスムス道徳主義でないという意味で規範主義であり、ノルマティヴィスムス自然主義でないという意味で実証主義であると、主張するのである。1つめ、道徳主義でなく規範主義であるとは、法に道徳的要求との一致を要求しないこと、法に道徳的評価を持ち込まないことであり、2つめ、自然主義でなく実証主義であるとは、法に社会学的或いは心理学的な経験的現事実を持ち入れないことであると、述べる訳だ⁽¹⁶⁾。そもそも一般的には、法の根拠が、即ち法の世界観が問われるとき、一方で、法の妥当や実存を道徳的諸要求との一致に見出す自然法学、他方で、経験的に検証可能なものを法と認識し承認する法実証主義、この図式が展開されるが、しかしこの2つの概念には様々なヴァリエーションが存在するし、元々ケルゼン法学はそのどちらでもない⁽¹⁷⁾。結局、道徳との合致を求めない点と経験による認識を求めない点で、実証主義と自然法学を組合わせたのが、徹底した法実証主義なのだ⁽¹⁸⁾。

イエシュテトが挙げる2つめの特徴は、方法純粋性の要請である。既述の通り、ケルゼンの目標は、科学性を満たす法学の確立だが、その科学性とは、「認識が、対象と方法で引かれたその限界内に留まること」、即ち当該学問分野の固有法則性を守ることにある。ではその固有法則性が何かといえば、それは、新カント派、特にマールブル

ク学派の「方法が対象を構成する」という思考に依り、方法の同一性が対象の統一性を確保するという視点に見出される。だとすれば、単一で包括的な、全分野にまたがる普遍科学でなく、各学問分野の独自性をその都度具体的に埋めることが必要となる。固有法則性を満たしてのみ、徹底した法実証主義が確立するのだ⁽¹⁹⁾。だからこそケルゼンは、様々な方法を同時に使用し混ぜ合わせる「方法混淆主義」を、非科学的として徹底的に糾弾する訳である。この思考、今風に言えば方法多元主義は、規範科学上の諸認識を因果科学上の諸認識に繋ぎ合わせ、経済学や社会学や自然科学の論拠を法教義学上の文脈に無媒介に結び付けるのだが、これでは、科学其々の独自法則が無視され水と油が混ぜこぜにされてしまう⁽²⁰⁾。

次に3つめの特徴だが、それは、法の動態的な考察を行う点にある。つまり、法の本来性は、その静態や内容でなく、動態と形式にある、又は法の考察は、静態的実体的でなく、動態的手続的であるべきだ。イエシュテトの説明では、法の創造とは法律による法の定立、法の適用とはその法律の演繹的な操作であると、従来把握されてきたが、法源の点でも法獲得の点でも、それは適切でない純粋法学は言う⁽²¹⁾。1つめに法源論では、法定立と法適用を分断するのでなく、法律や命令や条例など抽象的一般的権利命題のみならず、処分や判決など具体的個別的法規範までもが、その考察対象へと組入れられる筈だ。

2つめに法獲得でも、或る規範の妥当性は、それが上位規範の内容に合致するが故にでなく、それが上位規範の形式に合致するからこそ成立するのである。内容上ではなく、形式上の関係が重要である訳だ。厳密には、諸規範のヒエラルヒーを強調する法的段階構造の思考と、法創造の瑕疵、即ち違法が生ずることを前提に無効や取消や解除の段階的な反応を実定法が用意する、ゲルトツングフェーラーカルキュルレヒトリッヒャーフシュトゥッフエンバウの瑕疵予測の思考とが組合わさり、規範が法創造過程＝法秩序に組入れられ規範が妥当するというのだ⁽²²⁾。

そして第4に、以上3つの構成部分を纏めれば、ケルゼンの見解は、法学上の相対性理論の一種と

判定できるとイェシュテトは主張する。つまり、右の規範主義的実証主義、方法純粋性、法の動態的考察は、どれも悉く、法の科学性、即ち徹底した法実証主義の帰結なのだが、実定法の構造分析を語るこの純粋法学により、伝統的な法教義学の様々な構想や言表に、イデオロギー批判の刃が下されるといふのだ。具体的には、古典的な法教義学で、権利主体、権利能力、国家主権、公法と私法、客観法と主観権、国内法と国際法、法定立と法適用、実定法に先立ち、アプリオリで絶対的なものとされたこれら概念は、本当は実定法に依存する、アポストオリで相対的な概念でしかない。即ち、純粋法学によれば、法本質概念は法内容概念でしかない訳だ。現れるのは、堅い「スプスタンツ実 体」レラチオンではなく、柔らかい「相 関」なのである⁽²³⁾。そして、イェシュテト曰く、従来直観的に絶対的とされた法秩序の諸構造を徹底的に相対化するケルゼンの純粋法学も、空間と時間の秩序諸単位を完全に相対化したアインシュタインの物理学と同様に、我々の直観に反する故に、法学上の相対性理論と呼称できるだろう⁽²⁴⁾。

(3) 純粋法学への誤解？

だがしかし、右の純粋法学の諸特徴は、他面で激しい批判を数多く呼び寄せたことは、敢えて指摘する迄もないことである。具体的に、イェシュテトがレプシウスと共に列挙する批判は、次の5つである。1つ、純粋法学は、法形式を空虚に弄ぶ形式主義的還元主義である、2つ、純粋法学は、法学が全能だと誤る論理主義的構成主義である、3つ、純粋法学は、視界から現実を外す自己満足的規範主義である、4つ、純粋法学は、イデオロギーに鈍い政治逃避的実証主義である、5つ、純粋法学は、正義や価値を問わない反道徳的相対主義である⁽²⁵⁾。つまりは内向的で自閉症の、世界や実務に背を向けた、非政治的で血の通わない法理論家、それがケルゼンの実像だ、という訳である。だがイェシュテトとレプシウスが語るところ、オーストリア憲法の制定やその憲法裁判所裁判の実務へと参加し、その憲法や国際連合憲章のコンメンタールの執筆に加わり、それ

どころか規範科学上の研究以外に法社会学や社会学上の作品を執筆したことからすれば、ケルゼンを「盲目的規範主義の狂信者」とするのが適切であるのか、ステレオタイプのケルゼン理論批判を放置するのが適切であるのか⁽²⁶⁾。

結局、イェシュテトとレプシウスは、右の批判全てを退けるのだが、ここでは、後にイェシュテトにおける行政改革論議を論ずる都合上、自己満足的規範主義と政治逃避的実証主義への反論のみ紹介しよう。まず第1に、自己満足的規範主義という批判は間違っているとす。即ち、もう既に、法学の固有法則性の箇所指摘した事柄であるが、法規範創出の過程で、その内容は実在の人間が創るものと想定され、その意味で、具体的なこの人間行態が規範創造の条件とされている。現実拒否どころか、純粋法学はラディカルな法実在主義なのである⁽²⁷⁾。しかもその時の現実とは現実それ自体ではなく、法に関する特殊な現実、即ち法によって構成された現実であることを注意するべきだ。勿論ケルゼンは、当為と存在の厳格な分離に固執したと言われるが、それは、当為と存在は相互に無関係である、という趣旨ではなく、当為と存在の関係は、当為の側から一方的に規定されるということ、現実的なものの規範力は、規範的な帰責によってのみ創出されるということ、固有法則性からして、純粋法学の中心は、ここにある⁽²⁸⁾。

次に、政治逃避的実証主義という批判にも、反駁が加えられている。これ又、自己満足的規範主義への上の反駁で既に論及済みであるが、先の動態的な法理解の中で、法の具体化の際の其々の段階において、政治的な諸影響が存在することを、ケルゼンが語っているのである。その意味で、法創造の政治的モメントを精密に同定し分析したのが正に純粋法学であり、それ故ケルゼンが、法を没政治的であるとか非政治的であるとか、そのように構想したと考えるのは誤りである⁽²⁹⁾。成る程、当為と存在の分離と同様に、法と政治とを分離する思考も純粋法学の基本を成すが、当為と存在の場合と同じく、法と政治もこれが無関係と見てはならぬ、とイェシュテトとレプシウスは言う。ここでも矢張り、当為と存在の場合の様に、法と政

治の帰属関係も、即ち、適用すべき既存の法の認識と、未存立のまだなお法の創造と、この両者を区別することで、法の側から一方的に、決定すべきだ⁽³⁰⁾。結局のところ、第1に規範以外の諸現実を考慮するが故に、第2に法以外の政治要素も配慮するが故に、自己満足の規範主義の批判も、政治的逃避的実証主義の批判も、どちらも適切ではないという訳だ⁽³¹⁾。

ところで、この法と法学の固有法則性が閉鎖性を意味しないことは、イエシュテトのルーマンへの好意的な態度から派生したものだだろう。寧ろ、ルーマンの観点からケルゼンが解釈されていると見るべきだ。即ち、「科学理論上ケルゼンの構想は、ルーマンのシステム理論の先行形式を推測させる」とのイエシュテトの断言に⁽³²⁾、それは表れる。これは、先に見た法科学の固有法則性の文脈での言及であるけれど、ケルゼンによれば法学の科学性格は、法学がその固有性をどれだけ意識しているか、それに応じどれだけ作動しているかで測定される。つまり、法学は、法が如何にあるかの法の記述に専念すべきであり、法が如何にあるべきかの法の命令に関与するべきではないのである。故に、多様な学問上の言説は、其々の本来性で認識するだけでなく、個々の認識領域に合わせて別々に取扱うべきだ、ということになる。法科学の認識要求と言説要求は、一方で法学の外の正統性の問いに診断書を書いてはならないし、他方で他の学問分野からの越境から法学を保護する。ケルゼンはこの点でルーマンの先駆者なのだ、と⁽³³⁾。後述する法の自己言及性への言及は、勿論この延長線上に位置する。

2 イエシュテト法理論

(1) 法と法科学の自律性

さて右は、ケルゼン純粋法学に関するイエシュテトによる解説だが、しかしそれ以上に、実はイエシュテト自身の法理論の叙述でもある。それは、カントの著名な講演『それは理論では正しいかもしれぬが、実践では役に立たぬ、の俗説に関して』⁽³⁴⁾に倣い書かれた、イエシュテト本人の綱領的著作、『それは理論では正しいかもしれぬが……

— 法理論の法実践への効用について』⁽³⁵⁾を紐解けば、明らかである。とはいえ、イエシュテトの純粋法学志向の現れ方は多種多様である。例えば、彼の法理論は、ツイルネーヴェン・テオリー参加者理論でなく、ベオバハテ・テオリー観察者理論であるという。つまり、内的立脚点から自身の行為の尺度として法を扱うのではなく、外的立脚点から法の機能態様を中立的に吟味する、というのである⁽³⁶⁾。更に、対象が方法を決めるのではなく、方法が対象を決定するのだと。つまり、認識方法を選択すれば、如何なる認識対象が知覚されるのかが確定される、認識客体の同一性は認識方法の同一性で決まる⁽³⁷⁾。或いは、法定立=立法⇔法適用=判決又は処分の対抗が放棄される。即ち、既述の法段階説により、法律にも判決・処分にも、法創造と法執行、即ち「ドッベルテス・レヒツアントリツ二重の法の顔」を、イエシュテトは発見する⁽³⁸⁾。

ところが、イエシュテト学説がケルゼンから引き継いだものとして、最も重要なものとは、法及び法学の固有法則性の主張であると思う。さて、観察者の視座から、認識対象に着目し、法秩序の全体を見る、そのような法理論を、イエシュテトがどう定義づけるのかといえば、それは、規範的現事実としての法、妥当という実存態様の中の法を、一次的対象とする所の、「規範科学的に作業する反省科学」である。即ち、法理論の目当てとは、「法の中の法的なるもの、ユリディッシュ法説的な固有機能性と固有合理性」、端的には法の固有法則性である訳である⁽³⁹⁾。加えて、法理論には、なお別の、二次的な保護法益が存在する、と。即ちそれは、法科学の固有法則性、或いは、法方法学と法教義学の固有法則性のことである。どうしてこれが追加されるのかといえば、イエシュテト曰く、法が自ずと解釈、適用されるということではなく、伝統法学による解釈的で適応的な顕在化の助けが、不可欠だからだ⁽⁴⁰⁾。結局、法の自立と法学の自立を確保することが、法理論の任務だが、この二つの自律、つまりノルマティーフ規範的とノルムヴィッセンシャフトリッヒ規範科学的とを区別することから、「法理論の法実践への効用」を問うキーを取得かもしれないという⁽⁴¹⁾。

この概念が、我々が見たケルゼンの再説であることは明白であるが、果たしてその固有法則性の

中身も、純粋法学由来のものなのである。第1に法の固有法則性。法理論が元々、実定法の法創造多元主義に、即ち規範的実在性に対応する、実在主義的イメージを摘示するなら⁽⁴²⁾、その手法は必ず、法の静態的考察ではなく、個別法規範を創造連関から認識する、法の動態的考察である筈だ、とイエシュテトは言う。この動態的考察から、法の固有合理性の3つの特徴が生まれるのだ。即ち、法の機能複雑性、完全実定性、自己言及性、以上3つである⁽⁴³⁾。1つめ、法は段階構造の中で不断に己を具体化するのだから、そのプロセスは規範定立の権限を尺度に、高度に複雑化したものとなる⁽⁴⁴⁾。2つめ、法秩序とは、創造連関の中にある諸法規範の全体であるが、その法の成立及び廃止は、常に法の尺度だけに従い決定されている⁽⁴⁵⁾。3つめ、だとすれば、自らを基準として法の産出と変更を繰り返すこの法は、システム論のいうオートポイエシスの特徴を所持する。つまり、法とは、法を取り囲む環境に対して、コグニティブ認知的にはオープン、だがオペラティブ操作的には完結している、そのような意味でのシステムなのだ⁽⁴⁶⁾。

第2が、法科学の独自性である。固有法則性、固有合理性、自律性、ここでもイエシュテトはどれも同義に用いるが⁽⁴⁷⁾、法の固有法則性を、即ち、右の法の動態性、完全実定性、自己言及性を維持する為には、法科学の固有合理性の実存と本質を確保しなければならぬのである⁽⁴⁸⁾。彼曰く、但しこの自立は、イントラディヴィジナリーフ学内的小説的、即ち法科学内部の秩序の枠内で、加えて、インターディヴィジナリーフ学際的小説的、即ち学問包摂的な協働の枠内で、確保するべきだ。一つに、法学、つまり法方法学と法教義学は、法科学内部において、法哲学、憲法理論、法倫理学、法心理学などと平行して存在するが、その認識関心と認識方法は、これらサブ諸分野から自律しているし、これらからの方法や論拠等の継受は、法学を尺度として遂行される。もう一つ、この学内の平行存在は、学際的並行関係でも発見ができ、つまり、隣接科学や異質科学の認識を法科学へと算入するとしても、その是非を決めるのは、やはり法科学独自のルールによるのである⁽⁴⁹⁾。法と法科学によるこの選別を、イエシュテトは、対話

ならぬ独白モノローグによる知識の伝播と呼ぶが、この固有法則性を解明する法理論こそが、この学問のアイデンティティと学内／学際協力に寄与するのである⁽⁵⁰⁾。

(2) 法教義学の法創造性

さて、法の独自性と法科学の独自性とが、右の如く法以外、法科学以外からの独自性だとしても、この法と法科学、それ自体の区別が肝要であることは、イエシュテトが繰り返し強調するところである。その彼は、法理論を、一方で実証主義的、他方で規範主義的と言う。まず第1に、法理論は、法道徳主義に抗して実証主義であるべきだ。即ち、法は道徳から自律すべし、というのだが、この法と道徳とは、無関係でなく、道徳の影響が、法の側から一方的に決定されている⁽⁵¹⁾。その次に第2、自然主義に反対するのが、法理論の規範主義である。今度は当為が存在から自律するべきだというのが、ここでも、当為と存在が分離するのではなく、法が事実に意味を付与することができる⁽⁵²⁾。この点は、ケルゼンが政治逃避的実証主義又は自己満足的規範主義でないというイエシュテトの指摘で、実はもう既に言及済みである。けれども、ここで肝腎なのは、法理論の実証主義性と規範主義性が、其々、法の自律性と法科学の自律性に、割り当てられることである。つまり、実証主義の法理論は法そのものの固有法則性の表れであり、規範主義の法理論は法科学の固有法則性の表れである、と言うのだ⁽⁵³⁾。

つまり、ここには、法の独自性と法科学の独自性の強調のみならず、法自体と法科学を厳密に区別せよ、と力説される可能性が存在する。ところで、イエシュテトによれば、法科学の通説的な議論において、包摂的で木目細かな法獲得理論、即ち、法解釈理論が欠如している。法の固有合理性と法科学の固有合理性を十分に区別しない、全体的又は統合主義的レヒツゲワイメンクステオリーな法獲得理論が、通説的な法方法学と法教義学にあると言うのだ。法獲得理論がない、2つの自律性の混乱があると⁽⁵⁴⁾。イエシュテトの法獲得の筋道は、法と法科学の区別に対応している。つまり、最初に法がある、これが認識

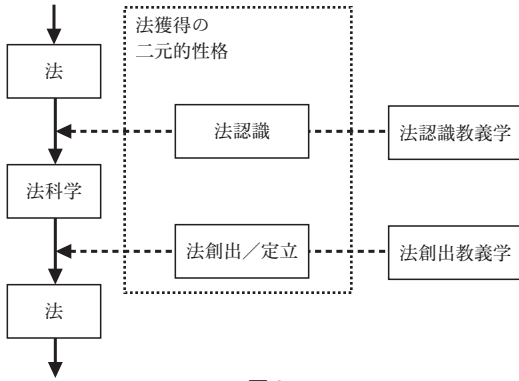


図 2

されて法科学を得る，これが利用されて法を得る。
レヒト レヒツエアケントニス レヒツヴィッセンシャフト レヒツエアツォイグング
 法→法 認 識→法 科 学→法 創 出→
レヒツ
 法の繰り返し。この法認識と法創出とが、合せて
レヒツアウスレーグング レヒツアンヴェンドグ
 法 解 釈又は法 適 用と呼ばれるのだ⁽⁵⁵⁾。

しかし、伝統的理論は、法解釈を法認識の場面に切り詰めてしまい⁽⁵⁶⁾、解釈学志向は反対に、同じ法解釈を法創出の場面に還元してしまう⁽⁵⁷⁾。この点で両者とも、全体的で統合主義的で還元主義的な立場なのだ⁽⁵⁸⁾。要するに、法認識と法創出、この法獲得の二元論的性格に配慮した、木目細かな法方法学と法教義学、即ち法獲得理論が必要である訳だ⁽⁵⁹⁾(図2)。

即ち、法獲得理論は、次の二つを区別しなければならないのである。つまり、前の段階で既に決定したものと次の段階で決定すべきもの、或いは、実定法で許された行為と実定法では決定されていない選択、或いは、認識することと判決すること、これらの区別のことである。この二元論的な法構造からすれば、法認識と法定立、即ち法獲得の両基本礎石に配慮するべきであると、イエシュテトは言う訳である。法認識学においては、法をその規範内容に従い没価値的に記述する方法と道筋が呈示され、法定立学においては、法技術的、法体系的、法政策的、法倫理的、どの観点でも適切な法定立決定ができるよう、複数分野の協力で、法科学的専門知識が利用可能とされるのである⁽⁶⁰⁾。イエシュテトは強調するが、解釈を、法記述的構成部分と法生産的構成部分に峻別することにより、本来別々の範疇を混同する危険が縮減し、漫然と

解釈と解された法定立の意義が判明することになる。政策的法生産でなく法教義学的法生産が⁽⁶¹⁾、法創造的価値づけ決定が、法生産的法科学が、(法)科学者の「夢の願望」として現れるのだ⁽⁶²⁾。エアランゲン大での彼の180年先輩に当るプフタユリステンスレヒトの法曹法の如く⁽⁶³⁾。

勿論この時の法定立の創造性とは、法認識の創造性では断じてない。成る程、イエシュテトは、法獲得の全般が創造的性格を持つことを否定しない。だがしかし、彼の論ずる創造性は、法獲得の構成部分、即ち、法認識か法定立かで、文脈上別の意味を持つというのである。法獲得が創造的だとしても、解釈の価値中立性が疑われるのではない。その点で、解釈されるものと解釈それ自体を、区別するべきである⁽⁶⁴⁾。まず法認識の創造性とは、事実として与えられたものを出来るだけ実在主義的に再構成することだが、この時、その与えられたものが変化することはない。創造性は、存在ではなく認識の場面で、働く⁽⁶⁵⁾。それ故、新しい認識の生産を超えて、新しい存在の生産を承認する、即ち解釈者自身の法政策上の見解を法規範上の状態に移行せしめる権限を了承する、法定立は、法認識とは別の創造性を承諾する訳だ⁽⁶⁶⁾。つまり、法認識では、法科学者が法規範から正しい法認識を創造し、法定立では、法適用者が複数の選択肢から自由に法規範を創造する。要するに、この法定立の創造性を、法獲得の二元的構成を意識せぬ誤謬から自由になることで、再生せよと、イエシュテトは言う訳だ。

(3) 2つの自律性の保護

それでは、法と法科学とがそれぞれ固有法則性を持つとするならば、果たしてこの2つの独自性はどのようにして確保されるというのか。内容的にも分野的にも益々一層複雑化した、法適用者や法科学者に処理すべき情報や視座の洪水で過剰な要求を突き付ける、現在では、法実務にオリエンティールングスヴィッセン方向付け知識を伝達することこそが、法理論に求められる。だとすれば、法律家たちの自己認識や自己批判を容易にする為にも、法理論は、法と法科学の関係を反省し構造化しなければなら

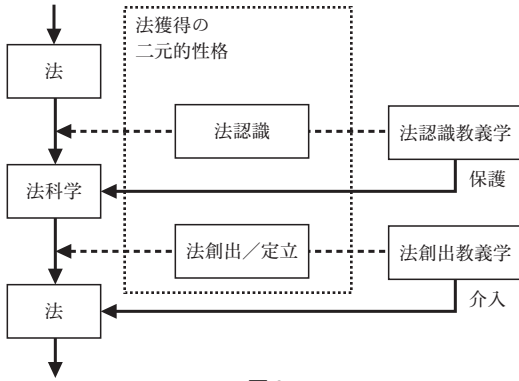


図3

ぬ筈だ⁽⁶⁷⁾。つまり、法の固有法則性と法科学の固有法則性の保護メカニズムを準備することが、法理論に求められるのだと、イエシュテトは言う。しかし、この時、法と法科学の区別は勿論、法獲得の二元論的構造、即ち、法認識と法創出の区別を、考慮の中に入れ続けねばならない。つまり、法→法認識→法科学→法創出→法が反復されることである。そして、法認識と法創出の背後に其々、法認識学と法創出学がある。複雑なイエシュテト理論を、本稿なりに合理的に解釈するとすれば、第1、法認識学を通じて法科学の自律を保護し、第2、法創出学による介入から法自体の自律を保護する——これこそその戦略である⁽⁶⁸⁾(図3)。

この戦略に関する解釈仮説は、固有法則性を議論するときの順序が、「法と法科学」から「法科学と法」に逆転することでも説明できる。法認識学で法科学が保護されて、次に法創出学から法が保護される。詳述しよう。第1が、法科学の固有法則性の保護メカニズムである。イエシュテト曰く、これは更に学際的視座と学内的視座に分化する。まずは、学際的視座、即ち法科学と隣接諸科学との関係から見よう。法理論は、諸科学の概念や構想などが法科学の自律性を害さぬよう、法科学のルールでこれを監視する、国境警備隊の役割を持っている。それ故に、システムへのウィルスやワームの侵入を未然に防止して、学的インテグリティを守るファイア・ウォールの名こそが相応しい⁽⁶⁹⁾。次に、学内的視座、即ち、法理論と法方法学・法教義学との関係だ。つまりここでは、参

加者の地位を持つ法方法論・法教義学に対して、観察者の地位を持つ法理論は、外科術に備える解剖学の地位を持つ。観察者であれば、決定を下す必要もなく、理論的な認識だけで良い。多様な、法独自の問題処理策や適応解決策を適用者たちに用意して、だが具体的実定法への積極的態度は提示しない、これで十分である⁽⁷⁰⁾。

第2に来るのが、法の固有法則性の保護メカニズムの問題群である。つまり、法は法教義学から保護され、法実務家の行いは法科学者の強請から保護されなければならぬ、イエシュテトはこのように言う。そのとき、法が人間により作られた法であることを、彼は強調する⁽⁷¹⁾。従って、法は文脈への依存やその誕生の偶然から逃れられず、故に、法をそのコンテキストから切断し、その歴史性を抹殺してはならぬ⁽⁷²⁾。加えて、法を脅かすものとして、体系にも疑問の目を向けるべきだ。体系的であることが教義学的法学の宿命であるのは確かだとしても、その体系が、肝腎の現行法への視線を遮ることがあってはならない。体系なんぞは、実定法上の規則で常に検証されるべき単なる仮説だ⁽⁷³⁾。しかも、法科学は論理に依存しても法自体は論理に依存していない。論理的でなくても、矛盾を孕んでいても、法は妥当しうるのである⁽⁷⁴⁾。最後に、法教義学は産婆の術に徹するべきだ。子を産むのは母親だ。法定立の記述を超えて、法定立に自ら乗出すことはあってはならぬ⁽⁷⁵⁾。結局、法教義学、恐らく法創出学が法実務の権限篡奪をしないよう、理論(教義学)は理論(法理論)により脱魔術化されるべきなのだ⁽⁷⁶⁾。

要するに、イエシュテトが論ずる固有法則性の保護メカニズムとは、一つには、国境警備隊として、隣接諸科学の情報や視座を排除して、これを通じて、道徳や政治の法システムへの侵入を未然に食い止め、即ち、法科学の自律を守ることで法の自律を守るということであり、もう一つには、助産婦として、法教義学に固有の体系や論理により、法自体に固有の文脈性や偶然性や歴史性が浸食されないようにして、即ち、今度は法学の介入から法の自律を守るということなのである。イエシュテトは、ここでいう、即ち一方で法の自律を

守り、他方で法の自律を脅かす、この法科学の自身を必ずしも特定していないが、多分、前者が法認識学、後者が法定立学であると思つてよからう。尤も、これは法定立の為の法教義学を否定する趣旨では決してない。彼曰く、法と法科学を厳密に区別することで、従来、法政策として蔑まれ法科学から追放されてきた、法定立の行為が復権される筈だ。法の創出は法律定立だけでないし、その法創出には法政策の要素が必ず内在する。ならば法科学は、法創出の固有性を反省する独自の法教義学を、延いては、科学的な法政策を構築しなければならない⁽⁷⁷⁾。

3 国法学への応用事例

(1) 国法学上の結合概念

そこで、イェシュテトがケルゼンから入手した道具立ては、実際の実定法の構造分析の中で、どのように展開されているというのか。まず、法の固有法則性と法科学の固有法則性の違いは、そのまま憲法と行政法の議論へと応用されていると判断してよいだろう。まずは、憲法。ここでも、法と法に関する科学の区別、つまり、フェアファッスングスレヒト 憲法とフェアファッスングスレヒトツヴィツゲンシャフト 憲法科学の区別が根本となる。即ち、憲法法科学者は、公法の科学的認識を創造しても、公法自体を創造してはならない⁽⁷⁸⁾。故に憲法法解釈又は憲法法適用は憲法法認識と憲法法創出、憲法法教義学も、憲法法認識教義学と憲法法創出教義学に区別される⁽⁷⁹⁾。しかも、これら法教義学を、実定法が限界づけるというのである⁽⁸⁰⁾。また行政法、特に行政組織法においても、法と法科学の区別がある。即ち、この法領域レヒツオルガニザチオンスレヒトでも、オルガニザチオンスレヒトツグマールティク組織法の現象と組織法教義学の現象を分け、しかも、この組織法の変化は唯実定法を尺度としてのみ実施される⁽⁸¹⁾。要するにイェシュテトは全領域において、この法と法科学の区別を貫徹せんとして、斯くの如く法の固有法則性と法学の固有法則性を堅持する限りで、純粋法学が彼の理論の基礎となっていると言える。

まずは、右の、法認識と法創出に関連する法教義学なる学問分野が持つ意味を具体的なカテゴリーに照らし検討しよう。さて、我々は既に、学際コ

ミュニケーションを支えるシュルツセルベグリフキー概念に検討を加えたが⁽⁸²⁾、彼は、このキー概念としてゼルフストフェアヴァルトゥング自主管理を取扱おうと言う⁽⁸³⁾。即ち、法学のみならず、歴史学や社会学や政治学の中で検討対象となることで、諸々の学問分野に共通する術語を用意する、フェアフントベグリフ結合概念を論じる訳だ。加えて、法学外部のみならず法学内部であっても、憲法と行政法の如く、学問分野を跨ぐ概念として自主管理の概念が使用されている⁽⁸⁴⁾。だが、この同一概念が、法学の様々な学問分野で登場するとしても、それは形式を見ただけで、概念の実質的深層構造が看過されている。即ち、単なる技術概念に見えても、具体的文脈を超え溢れ出てくる原理的意味がそこに埋伏している。「自主管理」も理念なのである⁽⁸⁵⁾。尤も、だから自主管理概念は諸々の学問を結び合わせる結合概念だ、という訳でもない。結合概念があるという為には、結び合わされる学問分野で、その概念が統一の意味を持つことが必要だからである⁽⁸⁶⁾。結局ここでは、自主管理の統一概念としての資格が論じられる訳だ。

だが、結合概念のこの統一の意味を簡単に了承する訳にはいかない。何故ならキー概念とは、諸分野を包摂する一般概念であるとしても、その分野毎の内実は、文脈の関連の中で規定されているからである。即ち、結合概念による学際化とは脱コンテクスト化を伴うのである⁽⁸⁷⁾。確かに、学際研究により様々な視座を接合すれば、問題解決の為の新種のアプローチが生まれる可能性もある。だがリスクも存在する。即ち一方で、学問間の議論が噛み合わなくなり、他方で、学問毎の方法が混ぜ合わされる、という二重のリスクをイェシュテトは指す。つまり内容上は対立するのに概念上は合意がある様に見え、同時に、規範と現事実、法と道徳という別々のものがショートカットされる。概念の内容がその都度の言語ゲームからのみ獲得できるとするなら、概念は、文脈に関連するものとしてただ相対的に規定できるだけだ⁽⁸⁸⁾。イェシュテトは、またしても法のこの事態を、オートポイエシスと擬えるけれど、このシステム理論的な理解の是非はさて措くとして、学際研究を推進するキー概念又は結合概念を積極的に支持するな

ら、ケルゼンの反方法混淆主義に抵触する虞があることを、確認したい。

では、自主管理という結合概念に関連して、それと関連づけるべきコンテクストとして、イエシュテトは如何なるものを想定するのか。問われるのは、法学と他の社会科学という法外的関係でなく、法学内部の学問同士という法内的関係であり、故に本当は射程が狭いが、ここで、既に我々が見た、純粹法学が起源という、法の本来固有性及び法学の法則性の区別に立脚する、学問領域の区別が基礎となる。即ち、1つめ、現行法が如何なる内容を持つかを、法秩序内在的に探究するレヒツエアケンツニストグマーテイク法認識教義学、2つめ、現行法が如何なる行為の選択肢を残すかを、法秩序内在的に吟味するレヒツゼツツングスドグマーテイク法定立教義学、3つめ、法規範が如何なる根拠を持つかを、法秩序超越的に分析するメタ的な理論。更に以上3つの学問領域と、自主管理の概念が現れる2つの法領域、即ち憲法と行政法という2つの法レベルとが、組合わされていく⁽⁸⁹⁾。即ち、憲法認識教義学、憲法法定立教義学、憲法理論又は憲法学、行政法認識教義学、行政法定立教義学、行政理論又は行政学、都合6つの学問領域。これら、部分領域其々の文脈に再接合することで、学際研究の中の結合概念を吟味しようと、イエシュテトは言う訳だ⁽⁹⁰⁾。

補論 憲法理論の位置づけ

さて、右の憲法法の3つの学問領域の中には、イエシュテトが強く依拠する純粹法学で、我々が検討した以外のものが追加されている。つまり、憲法法(認識+創出)教義学でない憲法理論のことである。この憲法理論又は憲法学は、実定法のみを扱うと実証主義国法学を批判して、この実定憲法法を超えた、国家の構成=憲法それ自体を検討対象とする一学問領域として、1928年に考案されたものだ。つまり、特にイェリネクの国家学と国法学の二元論に顕著なのだが、19世紀から20世紀初頭のドイツ国法学の一般的な諸成果として、一つには、個人の自由保護の問いと国家の意思決定の問いが分離し、専ら自由主義的な関心から前者の問いに学問的な精力が投入されて、も

う一つには、その国法学の対象が法学的、即ち純体系的なものと誤解されて、それ以外の政治的諸論点に関心の外に駆逐されていき、遂には、規範的な国法学が隆盛、事実的な国家学が衰退するに至る。だが、今度はシュミット『憲法学』やスメント『憲法と憲法』で明白なことに、政治性抜きに国法解釈を語ることが欺瞞だとされて、これを正面から扱う憲法学なるものが現れるに至った、と言うのだ⁽⁹¹⁾。

そうなれば寧ろ、当為から存在を駆逐したケルゼン法理論において、この憲法学の構想自体がミスマッチを起こす可能性が十分にあらう。実際、憲法教義学を超えて憲法学が必要であることを論証するとき、イエシュテトは純粹法学には存在しない論拠を援用せざるをえない。曰く、硬直した教義学主義に陥り勝ちな憲法教義学が、その弊から離脱するには、この教義学の地平の外にある諸視座を明らかにして、憲法教義学の需要や構造や特性を可視的にする反省学問が必要だが⁽⁹²⁾、法の本来性を法秩序内在的に記述するだけの法理論では十分でない。実定憲法法の意義と正当を超実定的に問うには、法理論ではなく、憲法教義学の基礎学問として憲法理論がなくはならぬというのだ⁽⁹³⁾。我々は既に見たが、法の自律性は法教義学のフィルターで法以外の浸食から保護されていたのだが、このシステムと環境を分かちこの保護膜の機能を、除去しないまでも、憲法理論は緩和するのである。このときイエシュテトは、法教義学を自己言及的システムであると把握する。だが、この法教義学に統制されつつも、実定法の外部の情報に対して、我々の憲法理論が認知的な窓フェンスタの働きを成すのである⁽⁹⁴⁾。

兎も角、憲法理論は、憲法教義学の構造的な理論欠如を補完すべく、憲法教義学の補助学問の役割を持つと、イエシュテトは結論づける⁽⁹⁵⁾。この時、憲法理論は教義学に批判と説明の2つの役割を持つという。第1に批判とは、理由づけること、コンテクスト化することである。つまり、実定憲法という意味での実レアルフェアファッスング在憲法を、超実定的憲法という意味での理念イデアールフェアファッスング憲法により批判することを、イエシュテトは想定する。尤も、ここでの

実在と理念の対比は、純粋法学が前提する、存在と当為、事実と規範の対比と全く別物の、憲法が実定的か超実定的かの対比を意味するのだが⁽⁹⁶⁾、憲法哲学や憲法政策がこれに含まれる⁽⁹⁷⁾。第2に、評価すること、コントラスト化することが、エアクレールンク説明とされる。つまり1つには、実定憲法の諸部分から憲法全体の統一体を導出し、嚮導概念やキー概念⁽⁹⁸⁾という諸形式で現行憲法の運動法則を構成して⁽⁹⁹⁾、もう1つには、実定憲法上の諸規定が完全に実現される為の条件を調査して、実定化されぬ又は実定化できぬ、憲法的前提を解明する。即ち憲法に内在し、それでいて自ら地平として実定憲法を包括する、そうした憲法の理性、運動法則を、憲法理論が探求するという訳だ⁽¹⁰⁰⁾。

後述の如く、結局、憲法理論の知見は、イエシュテトがケルゼンに学んだ法教義学の二元的理解に照らし、一方で憲法解釈の前了解を科学化する憲法前了解学として、他方で憲法解釈の諸仮説を正当化する科学的憲法政策として、憲法解釈補助学の役割を果たすのだ⁽¹⁰¹⁾。さてイエシュテトによると、この憲法理論は、憲法解釈を嚮導する、いわゆる前了解を科学化して、ここから反証仮説を創造することにあるというのだが、奇妙なことにこの解釈学的な憲法理論の理解を、存在者ではなく存在の真理を極めた筈のハイデガー哲学や、彼を継ぎ理性的方法でなく真^{メトーデ}理^{ヴェルハイト}経験を究めた筈のガダマー哲学が援用される⁽¹⁰²⁾。真の科学者ケルゼンの意義を従来のドイツ法は全く誤解してきたと糾弾しておきながら、ケルゼンを含む法実証主義、又はその背景にある科学主義を完膚なきまでに批判し、やがてその反実証主義故にドイツ法に受容されたハイデガーとガダマーが⁽¹⁰³⁾、その法実証主義の本丸ともいべきケルゼンに、これという弁明なく接合されている。ケルゼンの名で構築された法教義学を、全く異質な思想から成立つ憲法理論なるもので補充すること程、方法の何に反するものはない。

(2) 結合概念の役割限界

けれども、イエシュテトの結論を端的に言えば、学際研究に役立つ結合概念としての自主管理には、

その成立の為の条件が欠けている。憲法教義学や憲法理論が持つ固有法則性や固有合理性を考慮すれば、仮に、憲法理論のモデル形成が憲法教義学に必要な認知的開放性を用意するとしても、前者の成果が後者の範疇に再定式化されずして、憲法理論が憲法教義学に貢献することはない、と彼は言うのである。即ち、個々の部分学問領域の方法論的完結性を考慮しないままでは、自主管理の概念による学際研究など成立する筈がない、という訳だ⁽¹⁰⁴⁾。この論証は、憲法教義学上の自主管理と行政法教義学上の同概念、及び、憲法教義学上と憲法理論上の同概念の比較からなされるが、我々は、別々の視座から同じ憲法を取扱う後者の関係に注目しよう⁽¹⁰⁵⁾。ここでイエシュテトは、2つの自主管理概念の関連性を、一方では憲法教義学の側から、他方では憲法理論の側から、検討しており、更に後者の観点では、自主管理概念と民主主義概念の関係を検討し、1つには自主管理概念それ自体の構造、もう1つは民主主義概念の構造、これらを分析している。以下、順序立てて彼の議論を診よう。

第1に、自主管理の概念を憲法教義学の視座から検討しようとする。イエシュテト曰く、憲法の規律対象となり得る自主管理の形態には、1つに領域的自主管理が、1つに機能的自主管理が想定され、更に前者には自治体的自主管理が、後者には、学術的自主管理（大学）、社会的自主管理（社会保険主体）、職業身分自主管理（労働組合）、経済的自主管理（経済団体）、その他様々な自主管理が考えられる。だが、この様々な形式が基本法で如何に規定されているかといえば、事物領域の特殊性に合わせたような規律技術が選択されているのだ。例えば、基本法28条2項では、自治体的自主管理が明文で、且つ命題3つで語られ、同5条3項1文では、学術的自主管理＝大学に基本権に附属する組織法的規律が与えられ、同87条2項及び3項では、他の自主管理が連邦議会の組織法上の管轄として論じられる⁽¹⁰⁶⁾。しかし或る時は基本法上義務付け、或る時は許容するこの事態から、憲法上の共通の法則性や一般的秩序原理を導出できるものだろうか。自主管

理とは領域毎にその都度議論すべきではないのか。憲法原理は法教義学の領分を超える、これがイエシュテトの結論という訳だ⁽¹⁰⁷⁾。

第2に吟味されるのは、憲法理論から眺めた自主管理の概念である。この概念を憲法論で論証しても、それは法認識ではないと言うのだ。イエシュテトは言う。例えば連邦憲法裁判所の専門医決定によれば、自主管理と自律の両原理は、民主主義原理の中に根源を持つとされ、しかもその意図は、社会集団に、それに該当する事項をその責任の下で規律させ、以て社会諸勢力を活性化させることにあるとされる。つまり、自主管理には、ベトロップフェンハイトレギティマチオンレギティマチオンの2つの要素があり、民主主義にもこの2つの構成要素があり、この2要素の必然的一致、即ち牽連が自主管理と民主主義の結合部分を成す、という訳である⁽¹⁰⁸⁾。だが、この当事者該当性は、憲法規範として実定化されているのか、憲法教義学で役割を認められるのか、とイエシュテトは疑義を呈す⁽¹⁰⁹⁾。しかも、この当事者性が自主管理現象とその他を区別けるとしても、民主主義での当事者該当性は、国民帰属性、要は国籍性なのだから、自主管理の当事者性も、この抽象的潜在的当事者性を意味する筈だ。であれば、この意味での自主管理とは自治体のそのみでしかなく、それ故に、この当事者性では自主管理を概念区別できないことになる⁽¹¹⁰⁾。

憲法理論から見た自主管理の概念の検討は、これで終わりではない。右で見た通り、自主管理の規律が、基本法上領域毎に別々とすれば、自主管理と民主主義の関係は、その形式毎に多義的である筈である⁽¹¹¹⁾。尤も、連邦憲法裁が展開した、ベッケンフェルデの名と共に挙がる、国民から行政への単線的な正統性の連鎖を以て民主的正統性を語る、所謂一元主義的正統化構想——これへの批判を契機に、彼は述べる。つまり、単線的な正統化に加え、当事者該当性に依拠した多元主義的正統性こそが、ヨリ民主主義的だと考える見解には問題がある、と。1つ、この学説は所詮、民主主義理論、憲法理論による批判であり、連邦憲法裁の憲法教義学上の構想への、論及や批判には成り得ない⁽¹¹²⁾、2つ、基本法20条2項は「全て」の

国家権力の源泉を「国民」に独占させている以上、基本法上の正統性とは一元主義的でしかない⁽¹¹³⁾、3つ、基本法20条2項から自主管理原理を導くには、自治国民や団体国民の観念を認めねばならないが、そんなものは基本法にない⁽¹¹⁴⁾、4つ、それでも自主管理を語るには、民主的正統性の例外や拡張が必要となるだろうが、その是非は憲法上の規律でしか決定できない⁽¹¹⁵⁾。

(3) 制御科学の位置づけ

さて、右の、自主管理の結合概念としての役割を、教義学の枠内で限定的に把握する、イエシュテトの見解は、これまた別稿において既に言及した、シュトイエルングスヴィッセンシヤフト制御科学の概念への消極的な態度へと連続していく⁽¹¹⁶⁾。この、実は統一的で明確な意味内容に乏しい制御概念については、簡潔には、制御を記述するのみならず、制御を推進する学問として⁽¹¹⁷⁾、又は、法適用で法の点から要請・禁止・許容されるものだけでなく、法からはテーマにならぬ、制御影響の全体を計算に入れんとする科学として定義してはいるが、この制御科学は抑制されるべきなのだ⁽¹¹⁸⁾。イエシュテトでは、行政組織法と行政組織法科学の区別が採用され、法秩序全体の現実化の中で内的に正当化される、正に自律的な法と、この法の自律性に依拠して正当化される、自律的な筈の法教義学と、都合二つの自律の中で、制御科学の意味付けが与えられる筈である。即ち彼の論理では、行政組織法を、制御科学や組織科学の視座から最適に実現するとしても、それは実定法上の指令からの独立抜きでなされねばならない。つまり、法認識も法創出も、法適用過程での制御科学の認識の利用は、実定法により枠付けられているのである⁽¹¹⁹⁾。

この、制御科学の行政法又は行政法科学上の重要性を巡る具体例に、本省による行政監督を支持する本省行政の事態を、彼は挙げている。即ち、欧州中央銀行等の独立機関ではない、ヒエラルヒーモデルを基礎に据える、右に見た垂直下降的な民主的正統性の考え方である。イエシュテトによると、これは現行の憲法や行政法を法教義学でただ記述すれば出てくる結論で、これによ

る制御措置が社会科学上検証できない、とか、等価値だがもっと有利な統制効果が他にある、とか、こんな証明だけで実定憲法上の成果を覆すことはできない。結局物事を決するのは、現行法が特定モデルを前提とするかであり、制御科学上の経験知や理論知を持出すのなら、まず、基本法では行政の民主的正統性の意味は確定されておらず、本省行政モデルも選択されていない、と法科学の解釈により判定されなければならぬ⁽¹²⁰⁾。自主管理概念を結合概念として利用しようにも、それが法教義学で基礎づけられねば意味はないとの、既に見たイエシュテトの主張は、制御科学の成果を応用しようにも、それが法教義学で法解釈された枠内に収まらねば価値はないとの、今見た検討結果に対応している。

けれども裏を返せば、実定法が許せば制御科学を利用して構わない、ということである。即ちイエシュテト曰く、全ての法適用行為には組織法上規範的に確定していない、決定の自由空間＝余地が内在し、これが許す範囲で、法創出を授権された者は、制御科学上の認識や方法を利用してよいのである。換言すれば、法創出要件が規定せぬ範囲で、法創出者は実定法上制御科学の利用を授権されている訳だ⁽¹²¹⁾。つまり、行政法総論改革に沿い、組織法上の基本概念や基本範疇を現代化するならば、論題が法の現象か法学の現象かを見定めた上で、規範的に有効でも、社会構造を反映せぬ旧式の組織法が問題なのか、現行法の基本構造を適切に把握せぬ旧式の組織法科学が問題なのか、前者の時は組織法自体を内容豊かな法科学の認識で変更できないが、後者の時は旧式の記述をより効果の高い法科学の記述に交換できる⁽¹²²⁾。しかし、法が社会的実在を適切に制御できるかを論ずる制御科学は、法科学からすれば法適合過程と法変更過程の前問題を問うに過ぎぬ。但しイエシュテトは、これを法政策学であり法認識学でないと言うから、暗に制御科学は法創出学では利用可能と言うのかもしれない⁽¹²³⁾。

制御科学に限定的な役割が認められるのではあるが、しかしながら、その役割の詳細について、イエシュテトは必ずしも語ろうとしない。だが、

法認識教義学と法創出教義学における制御科学の位置づけは、この2つの法教義学における憲法理論の位置づけから、推論できる。まず第1に、法認識に対して憲法理論や嚮導又は誘導の役割を持つ。つまり、解釈過程に拘束力ある目標や規則を設定するのではなくて、古典的解釈学が法認識を条件づけるものだとする適用的前了解を科学化し、拘束力なしで反証可能の解釈仮説を供給するものなのだ⁽¹²⁴⁾。次に憲法理論の第2の役割とは、法創出に対する嚮導の役割にある。つまり、法創出の権限を持つ者に、それを行使する際の方向づけを付与し、以て憲法の精神に、或いは憲法の超構造へと対応せしめる、そのような憲法政策を嚮導する、そのような機能があると言うのだ⁽¹²⁵⁾。これをイエシュテトは、「科学的な憲法政策」機能と呼ぶのだが、実定法上の法決定を超えたところに据えることから、恐らくは先の制御科学の役割も、実定法が許す範囲ではあるが、法創出教義学を積極的に誘導するその実践的役割も積極的に承認されるに違いない。

三 純粋法学再生の是非

1 イエシュテトの意義

ここ迄は、現在のケルゼンルネサンスを、イエシュテトを例として、純粋法学への理解の仕方、ケルゼン説の継承の態様、国法学説へのその応用例、以上の観点からその概略を検討してきたところである。つまりイエシュテトからすれば、ケルゼン学説の核心は、科学的な即ち客観的で精密な法構造分析という、徹底した法実証主義にあり、そしてそこから帰結する彼の主張の中心は、法が法以外の要素から自律しているという法の固有法則性と、法科学が他の学問領域から自律しているという法科学の固有法則性、2つの固有法則性にある。そこでイエシュテトは、この2つの固有法則性の思考を発展させて、法と法科学の独自性を考慮した二元的な法獲得理論を、具体的には、法認識過程と法創造過程を区別する法認識教義学と法創出教義学を、展開するべきだ、という。この結論が憲法法の次元で展開されれば、憲法法認識

教義学と憲法創出教義学とが、行政法の次元であれば、行政法認識教義学と行政法創出教義学とが、区分される筈であるが、法認識の点では実定法がこれを限界づけ、法創造の点では法科学がこれを方向づけることになる。要するに、法教義学は構造化される。

この構造化の成果は、現在流行の結合概念の分析の中に現れてくる。即ち、特に制御科学アプローチの中で学際研究の必要が語られるが、この各種諸科学を束ねる概念として、結合概念が注目を浴びている。けれども、例えば結合概念としてこれまた流行の自主管理の概念は、自治体、大学、労働組合など、様々な形式を正当化するものとして期待されてはいるけれど、結局、基本法という実定憲法規定からは、この自主管理について共通の法則や原理を発見することはできない。つまり自主管理の概念は、法認識の範疇を逸脱しているというのだ。ところで、イエシュテトがケルゼンから継承した自律性の考え方に、システム理論的な自己言及性の要素が混入することは既に述べたが⁽¹²⁶⁾、この自主管理の事例でも、法以外の要素が法システムへと混入することが、正しく法独自の論理で決定されているということになろう。イエシュテトの理解では実定憲法法の外部にある自主管理の概念が、正に実定憲法法の規律により法システムへの侵入を阻止されている。既に見た、自己満足的規範主義、政治逃避的実証主義との批判へのイエシュテトの反駁、即ち法と法科学の自己言及性はここに現れる。

さて、現代のドイツ国法学の関心事が様々な中で、この極東からその学問状況を眺めてみると、その主要テーマの一つに行政改革があることは否定できまい。例えば、ここ10年のドイツ国法学界の重要成果の一つである、ハンドブック『行政法の諸基礎』グルントラーゲン・デス・フェアヴァルトツングスレヒツ全三巻の劈頭を飾る前書きには、ホフマン=リーム、シュミット=アスマン、フォスクーレ、現在のドイツ学界を牽引する新旧代表者3名により、行政法総論改革をリードした90年代叢書「行政法の改革」レフォルム・デス・フェアヴァルトツングスレヒツを受け、執筆者各人が原稿草稿を提出した後、ワークショップの議論を経て執筆された、この巨大な学

界遺産が生まれた背景が説明されている。即ちそれによると、民営化、経済化、デジタル化、欧州化、国際化、諸々の概念の登場により、行政法体系が大変革を迫られていること、社会の自己規律や行政過程／組織の転換、新種の規律手段の開発に対応する為には、法解釈や裁判所を志向する法科学のみではなくて、法定立や立法・行政も志向する法科学が展開されなくてはならない⁽¹²⁷⁾。右の綱領を掲げるこの論文集に参加した国法学者であれば、たとえ緩やかな結合でも、この制御という法の任務を重んずる筈であろう。

そして、本章が精査してきたイエシュテトこそ、行政組織法の中の諸概念を検討する章ではあるが、現代社会の様々な要求に対応する行政法体系の変革を目指す『諸基礎』執筆に参加している人なのだ。では、純粋法学と行政改革を接合する彼の試みをどう評価すべきか。第1に、ケルゼンに倣い、法と法学の自律性を重視する立場からは、その自律性を脅かす限りで、行政改革には否定的に作用するだろう。既に見た自主管理概念への批判的態度は、この概念が弁証する筈の機能的自主管理の正統性に、同じく批判的姿勢を向けるに違いない。だが第2に、この批判的視座は法認識の場面に限定され、法創出の次元では、正しく実定法の限界を超えない限りで、法解釈を嚮導する前了解を提出することを、この復興純粋法学は容認するのである。即ち法や法科学の領分を侵さないならば、行政改革は許されるのだ。そうであれば、新行政法科学や制御科学アプローチをアピールする近時の主流行政法学の中で、一応一線を画するということにもなる。他面で、実定法の枠組みさえ維持されるなら、この新生純粋法学は、従来の解釈志向裁判志向の法学的方法と同じ方針を採ることになる。

2 純粋法学の不適格性

(1) 後期ケルゼンの結び

とはいえ、ケルゼンと行政改革の接合は、本当に可能なのだろうか。第1、純粋法学は親行政改革への適用力を、一貫して、更に理論的可能性としても、具備しているのか。第2、仮にそれを持

つとして、その改革への適用能力自体には欠陥はないのか。以下これを問おう。さて、右に見た通り、イェシュテト国法学がケルゼンから継受してその基盤としたものは、法及び法科学の固有法則性の思考であった。法及び法科学がその独自論理で、法の外、法科学の外から、異物を導入可能であることが、ルーマン法理論と共に強調されたのである。しかし、元々この法と法科学とを区別する思考自体が、ケルゼンの一貫した問題意識であったか否か、一般に怪しいと考えられている。この辺りの事情を、高橋広次の説明に依拠しながら紹介してみると、結論を先取れば、初期ケルゼン説では、新カント主義の影響の下で、当為世界から人間行為が排除され、これが法と法学の一致を齎すが、だが、やがて法と法学を区分けする必要が生じ、これが人間行為を回収する必要を生み、結局、アメリカ亡命後の後期の純粋法学では、一旦放逐した人間行為を回収する実証主義が顕著と相成るのである⁽¹²⁸⁾。

第1に、初期学説で、法と法学が一致していたというのは次の通り。即ち当時は、法が、国家が国民に命令する規範と、国家に刑罰権を授権する法規とに区別され、命令に論及する限りで名宛人が議論の対象とされたものの、この一般的理解にはケルゼンが抵抗を示して⁽¹²⁹⁾、名宛人の義務づけの問いは、実は法学の研究対象の外の問題であり、それ故、規範と法規は、仮言判断の当為命題として同一となる、と⁽¹³⁰⁾。だがこの時、法規が、法学の記述対象か記述形式かは明らかでない。高橋曰く、この点は、ケルゼンと弟子ザンダーの論争で明確となる。つまり、一方でザンダーは、自然科学と法学の関係を検討して言う。自然科学は、その素材（自然）からその対象（法則）を構成するが、法学は、素材（規範）からその対象（法規）を構成するのではない。寧ろ、法学が登場する前に、素材（経験）から対象（規範）が構成されていて、法学は、唯これを後から反省的に記述するのみである。この意味で、「自然法則と規範」の間には平行関係が存在している⁽¹³¹⁾（図4）。だがこれに抗してケルゼンは言う。平行関係は「自然法則と規範」の間でなく、「自然と法」又は「自

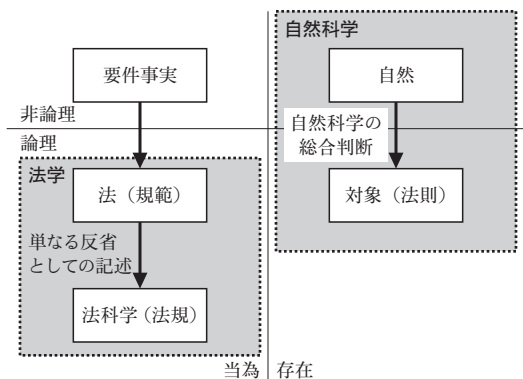


図4

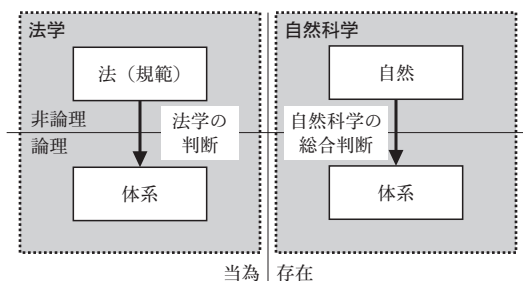


図5

然と規範」の間にある筈である（図5）。

つまりこういうことであろう。自然科学は、その素材（自然）からその判断（体系）を構成するものだが、法学も、その素材（規範）から判断（体系）を構成するのである。この時、この双方においてその素材は、即ち自然も規範も、非論理的なものと思われている。つまり、ケルゼンは規範を論理的なもの、一般的なものと思わないが、この背景には、既に見た、一般的ではない個別的なものであっても、即ち判決や処分であっても規範であるという、法段階理論が控える。この規範という非論理的素材を、法規という法学の構成物で認識し、いわば、内容としての規範を形式的としての法規で認識するという⁽¹³²⁾。嘗ての規範と法規の一致は、ここに規範と法規の区別へと変成する。高橋によれば、その変成はケルゼンのアメリカ亡命後に完成するが、特に『純粋法学』第2版において、法規は、当為の仮言判断とされ、論

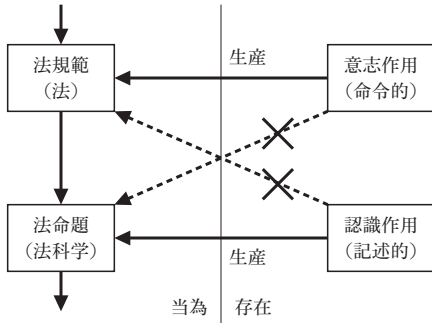


図6

理性を剥奪された規範は、以前否定された筈の命令の役割を得る。即ち、法規はディスクリプティブ的であり、規範はプレスクリプティブ的である、或いは、法規は法認識の成果であり、規範は法意志の成果である、或いは、法規は真理性の世界を体現し、規範は妥当性の世界を体現する、こうなる⁽¹³³⁾。

この結果、一旦否定された筈の当為と存在の接合が回復されていく。高橋に従えば、元々ケルゼンは、規範的＝論理的認識と実在的＝心理学的認識の区別を、当為と存在の区別へと重ね合わせていたが、右の通り規範から論理を剥奪した結果、この前提は破綻してしまう。今や論理は認識作用の産物、規範は意志作用の産物へと転換される⁽¹³⁴⁾。即ち、1つには、意欲なくして当為なし、命令者なくして命令なし、とされて、規範の背後に事実の世界があることが当然ものとされる⁽¹³⁵⁾。もう1つ、認識作用と意志作用は混同されてはならぬとされ、意志作用は規範を生産しても概念を生産しはしない、という結論に至る。その結果、認識と意志を同時に発動する実践理性は、神のみが持つ。故に、神のみがその思惟と意欲から理性法＝自然法を生み出すのだ⁽¹³⁶⁾。更に興味深いことは、後期ケルゼンでは根本規範が廃棄されていく。つまり、従来、実定法秩序を認識する為の仮説とされたこの概念は、思惟と意欲の峻別の下では、成立する余地はない。精々、擬制的な意志による擬制された規範でしかない。結局、先験的条件としての根本規範の廃棄は、新カント派から実証主義への撤退の象徴である⁽¹³⁷⁾ (図6)。

(2) 法創造的法学の逸脱

右の通り、法と法科学を区分し双方に固有法理性を承認する見解は、ケルゼン法理論全体を通時的に貫く不動の立場なのでは決してなく、新カント派から離脱した後の、後期純粋法学の立場でしかないのだ⁽¹³⁸⁾。この、最早純粋性を喪失したケルゼン説に立脚したイェシュテトが、ウィーン学派からの連続性を強調することにどんな意味があるだろうか。けれども、それにも増して問題があるのは、この区別から派生する法認識教義学と法創出教義学の区別、とりわけ法創出を方向づける法創出教義学が、ケルゼンの名の下で正当化されていることである。ケルゼン復興以前から純粋法学を観察してきたドライヤーによれば、そもそも、ケルゼンが法学への科学性の装備を強調するのであれば、その水準に見合う法規範解釈の手引を期待しても別段不思議はなく、更に彼自身も『純粋法学』第2版で「解釈の理論」を標榜していた。だが本当のところは、類推解釈や反対解釈や、伝統的な論証形式に無価値の判断を加えて、ラーバントの名が代表する法学的方法など、法科学の解釈が相応の確実性をもって成り立ちうるという考え方に懐疑的な立場だったのがケルゼンだと、ドライヤーは言うのである⁽¹³⁹⁾。

ドライヤー曰く、その証拠は、法段階理論と有権解釈論の中にある。まず第1に、段階構造論について。既に瞥見したこの学説によれば、憲法→法律→命令→判決・処分・契約と上位から下位へ至る中で、ヨリ高次の規範がヨリ下位の法的行為を完全に規定してはいない。つまり、法適用は同時に法創造であるとの、法の2つの顔である。この理解では、法適用を純論理的で没価値的で三段論法的な推論手続とする、概念法学が拒否される。法的安定性など幻想なのだ⁽¹⁴⁰⁾。そうではなく、ヨリ高次の法規範をヨリ低次の段階に適用すれば、常に多数の具体化可能性が存在する筈である。正しい決定はない。法律という決定と判決という決定には、勿論、上位規範の拘束に違いがあるのだが、その違いは、量的なものであり質的ではない。法律定立も判決言渡しも共に、法の創造であることに変わりない。その結果、法適用の本質を、既

存の枠内の価値的な充填と考える純粋法学の思考は、自由法学に非常に近いと、ドライアーは言う。それ以来、規範の解釈には、未確定の部分と確定済みの部分とが、スライディングスケールとして含まれるとの説が共有されている⁽¹⁴¹⁾。

次にドライアーが語るのが、有権解釈と法科学的解釈の区別である。即ち、法適用に、既に確定された部分をただ確認するという部分と、創造的で意志的で主観的で、それ故に政治的な部分があるとすれば、この政治的な部分を、法科学の純粋性と抵触させてはならぬのだが、この要請は、有権解釈の説明より切り抜かれる、というのである。つまり、ケルゼンの論ずる科学的法解釈の課題とは、想定されうる解釈ヴァリエーションを調査し、これを一覧に提示することなのだ。科学の名で、特定の価値に基づき特定の解釈を優先してはならない。法学者の科学的法解釈の成果は、一市民の意見でしかないのである⁽¹⁴²⁾。では、法規範の實在の形象化は一体誰が行うのかといえば、それは法定立機関又は法適用機関、端的には、立法者であり裁判官である。これこそが有権解釈である。この有権解釈は、それが仮に法科学が想定しない解釈可能性であっても、新しい現行法とみなされるのだ。解釈ヴァリエーションの完全列挙が不可能であることを合わせれば、法科学的解釈が有権解釈を限界づけることなど、無理ということだ。結局のところ、有権解釈は法科学によるコントロールを超えている⁽¹⁴³⁾。

つまりこういうことである。法の段階構造からすれば、法解釈には必ず創造的構成要素が含まれるのであり、法科学は解釈選択肢を記述するだけで、この創造的な構成要素を制御することができない。そうだとすれば、ケルゼンが強調する法の純粋性＝科学性の要請は、法学に固有な筈の、解釈の具体的問いの直前で立ち止まるのである。即ち、純粋法学で法実務の科学的な手引きを期待した人々を裏切り、ケルゼンは、法の解釈と適用という所で、降伏せざるを得ないのだ。これは、自然科学志向の客観的な科学性に固執した代償なのである⁽¹⁴⁴⁾。では、右の前提からは、イエシュテの理論はどう判断されるのか。彼は、法と法

科学の区別から出発し、法認識と法創出の区別に至り、最後には、法認識教義学と法創出教義学の構想を提示していた筈だ。けれども、法認識教義学の問いは不問にするとして、法創出行為を法創出教義学で嚮導することを、純粋法学の看板で主張しうるのか。それとも、科学的法学の任務を解釈ヴァリエーションの提示に限り、その可能性からの選択を、不可知論・懐疑主義・虚無主義の目からケルゼンが否定したと述べる、ドライアーの方が間違っているのか⁽¹⁴⁵⁾。

(3) 対象への方法の優位

結局のところ、イエシュテ法理論がケルゼンを援用するとしても、その移植部分の根幹が、当初の哲学的見地を修正した上で成り立つ、法と法科学の区別にあるのであれば、しかもその移植結果の中心が、ケルゼン本人が科学性の拡張を断念した法教義学にあるのであれば、イエシュテとケルゼンを重ねて論ずることにどんな意味があるろう。少なくともイエシュテ説について言えば、ドイツ国法学の中でのその有力な地位と言えども、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。とはいえ、既に検討した通り、イエシュテがケルゼン法学に見た根幹部分は、その科学性、即ち、客観性と精密性にあった筈である。イエシュテにとっての純粋法学の意味とは、それが、己の法学の核心を成す、法認識教義学と法創出教義学の区別を論証する部分を、法の自律性と法科学の自律性の区別で成立せしめることに存在する。この二つの固有法則性を確立するものこそが、客観性と精密性との後ろ盾を受けた、「全ての倫理的・道徳的価値判断から解放された、できるだけ精密な、法の構造分析」であると、彼は言ったのである。

この哲学と表裏にあるのが、方法が対象を構成するとの思考である。即ち、認識方法を選ぶと認識の可能性の道と方向が確定する、とか、方法を選ぶと如何なる認識対象が知覚できるかも決定される、とか、「認識客体の同一性は認識方法の同一性に条件づけられる」というケルゼンやメルク

ルの指摘と共に、イエシュテトは論ずるのである⁽¹⁴⁶⁾。但し、方法が対象を決定するとの、この新カント派法哲学の原則は、今見たばかりの法認識教義学と法創出教義学の区別を弁証するとき、対象が方法を決定する、即ち、法が法認識教義学を、法学が法創出教義学を、それぞれ要求するといふ形で逆転して登場しているのだ。つまり、どう解釈するかは何を解釈するかにより決定されるという。室温を測定するには室温計が、放射線を測定する為には放射線計が必要なのであり、法を解釈するには相応する方法が必要なのである。イエシュテトによれば、法解釈の対象適合性が重要だ、という訳だ⁽¹⁴⁷⁾。尤も、方法が対象に優先するとの主張が、右の如く、対象が方法に優先するとの主張に、何故転換するのか、慎重な吟味が必要だろう。一先ず、先に見たケルゼンからの二重の逸脱に原因があるとしよう⁽¹⁴⁸⁾。

ところが、イエシュテトと同様にケルゼンを支持するレプシウスは、イエシュテト以上に、方法優先の新カント派的な立場を鮮明にする。レプシウスの説は、ワイマール期国法学の方法論争への評価の中で開陳されるが、まず彼は、この方法論争への評価を、認識対象及び認識手続の、一般化可能で通約可能な二つの範疇で行おうと述べる⁽¹⁴⁹⁾。この基準によれば、一方では、カント批判主義の伝統を引く陣営と、これを鋭く批判した精神科学の陣営と、大まかに二つに分けられる。まず科学性を重視し、だが人間認知が持つ本来的な限界を自覚して、認識手続が断片化した現実のみを認識対象とみる立場が前者であり、反対に現実認識を直視し、認識対象が前もって在ると考えて、この真の現実を認識手続により直接に認識可能とみる立場が後者である。つまり一方では、科学性の為に絶対的客観的な現実認識を断念して、認識手続なく認識対象はないと主張し、他方では、現実認識の為に科学的精密な対象把握を諦念して、認識対象なく認識手続はないと考えている。方法が対象を決めるのか、対象が方法を決めるのか⁽¹⁵⁰⁾。確認するまでもなく、前者がケルゼンであり、イエシュテトである。

そしてここで確認するまでもなく、ケルゼンに

与するレプシウスもこの方法が対象を決めるといふ、啓蒙主義、批判主義の系譜を引く。注目すべきは、反対の立場を採る精神科学的方法への、とりわけ、彼の列挙ではライブホルツ、スメント、カール・シュミットたちの精神科学的方法への、本稿から見れば誤解に基づいた、非難である。つまりレプシウスによれば、ワイマール期当時のこの最新学説では、第1に、論者各人の主観的確信に基づく恣意的な認識対象が語られ、第2に、その下では諸々の認識対象は通約不能である点が忘れられ、第3に、その結果得られた認識内容が不確定で無内容と看做される⁽¹⁵¹⁾。だが驚いたことに、ナチス台頭の責任は、ガイステスウィッセンシャフトリッヒエメトール精神科学的方法にあると罵倒している。今なお法実証主義と反実証主義が責任を押し付けあう。即ちこの方法では、認識の対象と方法が不確定、多義的で、例えば、フォルクスゲマインシャフトナチの概念の国民共同体、これに該当すると主観的に思念されれば、それがそのまま人々を義務づけるものとなる。その結果、恐ろしく多種多様な意味内実がこの概念の中に放り込まれ、ナチスの真正の本性が認識できなくなる。精神科学派には実在世界は任せられない⁽¹⁵²⁾。

3 法科学の科学性批判

(1) ケルゼンの科学主義

さて、法科学の非科学性を暴露することを通じて、法科学の科学性、即ち、その純粋性を、上のように論証せんとしたケルゼンについて、そのイデオロギー性を告発する主張を、フェヒナーが展開している。そのフェヒナー曰く、ケルゼンの出発点は、存在と当為を区別して、存在、即ちファクティイテート現実性を排除して、当為、即ち規範に探究を限定することにある。存在と当為の区別を、我々の意識中に直接与えられた公理として、この区別の克服に苦心したフィヒテやヘーゲルの説が無視され、純粋法学の根幹がこうも安易に処理されることは兎も角、自然科学の精密性とほぼ同等の精密性を、法科学に導入する訳だが、この客観的科学の理念に隠されたイデオロギーを発見するのである⁽¹⁵³⁾。つまり、当為を選び存在を捨てることで、一方で、法秩序の段階説という、論理性のみ

ならず思想上の美しさを重んずる思想を選択し、他方で、規範を現実なるものに照らし検証する思考を放棄するのだ。いわば、認識視野の科学主義的な狭隘化がこの学説の特徴であるが、ケルゼンの実証主義もその他の実証主義もその精神に変わりはない。前者は現実の否定を、後者は現実自体を、それぞれ絶対化している⁽¹⁵⁴⁾。

ところが、この科学主義のイデオロギー構成要素の背後には、別のイデオロギー要素が控えているというのだ。即ち、民主主義である。フェヒナーはこれを、フェヒナー 相対主義的正義哲学、自由と道徳の道徳価値、或いは、アンティマハトイデオロギー 反実力イデオロギー、フライハイツイデオロギー 自由イデオロギーとも呼んでいるが、この、どんな実力適用も禁止する自由主義の政治的イデオロギーが、政治的信条として、科学理論的な演繹と完全に一致するという訳だ⁽¹⁵⁵⁾。ここで、日本や南米諸国を含め、ケルゼン説の支持が普及するのは、その理論上の主張内容より寧ろ、複雑な価値決定の問いを回避して、実践的司法判断を容易にするとの結論を生むからだとも彼は言うが⁽¹⁵⁶⁾、客観性実現という夢を追い、夢を叶えるべく形式という手段を選ぶ、ケルゼンの客観主義と形式主義こそ、本来それらで阻止されるべき濫用を、却って増幅する危険があると、フェヒナーは糾弾するのだ。例えば、同じイデオロギーでも、労働者の権力への意志を強調する歴史的唯物論の立場なら、物質的關係の自然法則的帰結を検討する。しかし、全ての人の自由と平等の価値を優位に置く寛容の立場では、強者による弱者の搾取が永久化され、温存されると主張されるのだ⁽¹⁵⁷⁾。

ところで、この法実証主義は、自分のことは棚に上げて、自然法は科学的に基礎づけ不能で、科学的精密さを持たないと批判している。だがこの法実証主義とて、脱イデオロギー的法論の性格を持つことにはならない。自己認識の浄化力により脱神話化されねばならない⁽¹⁵⁸⁾。つまり法実証主義は、証明もできないし、反駁もできないのである。第1に、自然法論の前提は、精密な証明を受け付けないとされるが、実証主義も、実在の射程を狭めた外見的基礎づけしか持たないから、所詮その基盤は、「価値づけの意志なし」との価値決

定に過ぎない。第2に、経験的原事実でないものに禁欲的に離れた態度をとっても、現事実でも形式でもない原根拠ワダグルントの不存在は立証できない筈であって、もしそれをすれば、論理学から存在論への許しがたい越境となろう⁽¹⁵⁹⁾。物事の描写の成否が、それ自体の真理の成否を意味する訳ではない。究極の問いを比喩で捉えるのは人間の思考能力の限界のせいであり、現代科学も感覚で把握できぬ存在連関で原子核や高速増殖炉を語る。つまり、ある言明が真理内実を持つか否かは、精密な言語を使うか、比喩イメージを使うかでは決まらぬと、フェヒナーは言うのである⁽¹⁶⁰⁾。

では、精密科学の幻想が最終的に破壊された後に一体何が残るのか。それは、その時々の中オリエンティールンのその時々の方 向 づ けである、という。つまり、相互に対立する諸々の見解、諸々のイデオロギーを、その実 益 性で検証し、即ち人間の全き発展という観点から実在適合的なものと不適合なものに篩い分けると、フェヒナーは言うのである⁽¹⁶¹⁾。尤も、このとき言う実益性とは、技術的有用性という意味ではなく、人間的現存在がその時々、その時々フルフトバルカイトの歴史的且つ社会的な状況に相関的に、己自身を現実化するという意味である点に注意すべきだ。即ち、この具体的現存在が、この常に更新される己自身の現実化を、常に新しい諸々の草案の中で実行しようとするというのだ。或いは、現存在の人間が最高価値や究極当為の承認を具体的に執行すること、その為なら殉教しても構わないような価値に心を捕らえられること、端的に言えば、この中で状況相関的な存在的真理が探究される訳だ。この現実化が懈怠されることがあっては、実在的で精神的な実存の危機を招来することになる。実証主義とは、イデオット 参加せぬ白痴者らのイデオロギーなのである。彼らは世界をゲシュタルテン 形 成 せ ず に フェアヴァルテン 管 理 しようとする⁽¹⁶²⁾。

(2) 法形而上学の必要性

ところで、ここで言う、その時々の中イデオットのその時々の方 向 付 け、或いは、人間の全き発展の観点から抽出された実在的適合的な表象、或いは、現存在が己を現実化する中で得られる状況的な存

在的真理、これらは、一体如何なる意味を保持するとフェヒナーは述べるのか。ここにはハイデガーやヤスパースの実存哲学があるのは明らかだが、フェヒナー説は、現存在の限界状況グレンツングツァチオンのことを指摘しているのである。つまり、人間は現存在の実存として、死や悩みや争いや責めという、突き当っては挫折する他なく、しかも不可避的であるところの状況、即ち、不確定で唯一的な限界状況の中で、条件抜き行為と決定へ踏み出すことを宿命づけられていることを、真剣に取るべきなのだ⁽¹⁶³⁾。或いはこうも言える。人々の行動に関する価値尺度を不安定にする変革時代にあっては、本来的に人間的なるものに依拠すべきであり、そして、フェヒナーがここで想定する本来的に人間的なるものとは、己の現存在が不確定の真只中にあるような人間の具体的な状況から、因果関係的な自然ではなくて形而上学的な第一根拠や究極連関へと、即ち全体者へと、繰り返し反復して廻行すべきだというのである⁽¹⁶⁴⁾。

尤も、この現存在の限界状況の哲学は、法学に如何に関連するのか。フェヒナーによれば、例えば、自由の行使の制限について問う場合、又は、或る所有権者が隣接地の所有者と利用者への配慮を問う場合、その背後に、自由権の根拠の在り処というラディカルな問いがある。この問い、即ち個人と全体の関係の問い、自由と拘束の関係の問い、この中に、この二極性に耐えて調和させようとする人間の姿がある⁽¹⁶⁵⁾。或いは、破綻した婚姻の解消について問う場合、矢張りその背後に、婚姻維持への公的利益と婚姻解消への当事者の利益との関係の問い、但しこれは、比較衡量の問いでなく、我汝というより大きな連関が、即ち自己の欲求充足でなく、超個人的な、他への犠牲と献身という、人間の本質が問われている、そのような問いを、矢張り発見できる⁽¹⁶⁶⁾。つまり、自由にしても婚姻にしても、究極を知るという点で過激な、全体を見るという点で普遍的、そのような問いを問わねばならない。言わば、己の現存在が全く不確かにされるところの人間の状況から、即ち、この意味での人間の自由から、全体的で普遍的であるものを嗅ぎ取ることが法学に必要である

と、フェヒナーは述べる訳である⁽¹⁶⁷⁾。

フェヒナーに言わせれば、この限界状況とは、現存在＝実存をして、共同体の問いを解き明かすべく行動を起こせという呼び掛けにアウフフルンフ応え、しかもそこには終局的で絶対的な答えなどないとの覚悟で献身して、己自身を超越する試みを反復して敢行するという状況を指すのだが⁽¹⁶⁸⁾、この、肉体という實在に縛られつつ、理念という彼岸へと飛翔する、この人間の過程には、実定科学でなく形而上学が不可欠なのである、こういう訳だ⁽¹⁶⁹⁾。統計的、因果的、経験的、合理的に把握可能なもののみを考察する実定諸科学では、この存在論的根源には到達できぬ⁽¹⁷⁰⁾。では、合理的で経験的な思考で直接に把握不能のこの究極の源泉をどう把握しようというのか。そこで形而上学の問いが顕現するのだ。即ち、経験といっても、感官で知覚可能なもの、物理的で心理的な経験データに限定されず、この領域を遥かに超越した形而上学的な領域、ライヒデア、イーバーナトゥア超自然の王国にも、別の意味の経験が成立するのだ、という。存在の背後に潜むより深い層からやって来る何かに、我々は出会い、因果科学的事実で事後的に検証されることを留保しつつ、エトワッス客観的認識の対象にはならぬこの何かに、我々は形而上学的に襲われるのである⁽¹⁷¹⁾。

そして、実定諸科学ではなく、この法形而上学の試みがあればこそ、人間の自由が確保されてくるのだと、フェヒナーは述べるのである。成る程、人間の限界状況を一方で規定する、諸々の因果的諸事実を探求する諸科学は、正しくこの社会的生起の因果的必然を認識する限りにおいて、人間の解放に寄与することもある、と彼は承認する。つまり、自然科学的手法で因果的連鎖が発見されれば、社会関係を形象化する際にその因果による抵抗を受けない範囲が判明する筈だ。不自由の領域が確定される範囲で自由に行為する余地が明確になる⁽¹⁷²⁾。だが、諸科学によるこうした人間の解放は消極的なものでしかない。ケルゼンが自由を語るとすれば、その自由はこの次元に在るだろう。それに対して、法形而上学が問う自由こそ、真に自由の名に値するものなのである。即ち、認識対象たる実定的なものに拘束されない、その問うと

いう行い自体が全く条件づけされていないという意味で、それに加え、特定の集団や人物や事物、部分目的からも全く自由に、つまり、哲学それ自体と同様に人間そのものに仕えるという意味で、法形而上学の自由は、実定諸科学よりも一歩先行くものなのである⁽¹⁷³⁾。

(3) 法の本質と人の本質

さて、ここ迄、純粋法学を復活させるイェシュテトの試みについて、まず彼が、科学性、即ち客観性と精密性をケルゼン説の核心と見て、それに基づいて法の構造分析を行う徹底した法実証主義を模範とし、更には、法の独自性と法科学の独自性を別個に把握する見解により、この二種類の独自性から二元的な解釈方法論を構築することを見た。けれども、この独自性の二元性から方法論の二元性を導く展開には、法規範と法命題を分離させ、双方を事実的作用に連続させる論理と、法解釈の創造的構成要素には本来ない筈の科学性を捻り出す論理で、ケルゼンの本来的な立場からの逸脱があることを、我々は確認した。この逸脱には、示唆した通りシステム理論の混入にも原因があるが、そうなると、ドイツ学界で流行の行政法改革を純粋法学で弁証する為の肝腎な道筋は、その目的地の直前で途絶してしまっただけである。ところが、実存哲学の系譜を引くフェヒナーの右の主張に従うなら、右の様に実務に手が届く直前で正しくその手が切断されたとしても、客観性と精密性に基づく「徹底した法実証主義」を採ること自体が、その行政改革的な志向と共に、徹底して批判されるべきなのである。

上で瞥見したフェヒナーという人物、即ち、実質的倫理学の代表者マックス・シェーラー本人から指導を受けた、この異色の法哲学者、この人によれば、科学に対して如何なる態度を選択するか、それは、法の本質、人間本質をどう理解するかで決定されるというのである。フェヒナー曰く、万物を現実的なものに還元する上の社会学主義においては、人間さえも同様に現実的なものに還元されてしまう。この思想に拠れば、人間とは、本能と利益にのみ動かされるもので、理性でさえ、

この本能と利益を追求する為の知的な道具でしかない。つまり、人間は物質的部分からのみ成ると一元的に把握される訳だ⁽¹⁷⁴⁾。ハルトマン階層理論を援用した文脈からだが、フェヒナーによると、自然も生物も心理も永遠で不変の法則に従うのだから、それらから成る人間は、この客観的諸法則で計算し予測することができる筈だ。要するに、社会学主義、同様に視野の狭隘化で成り立つ法実証主義を支える立場とは、人間本質を、この法則で客観的且つ精密に記述できるものと把握する立場、或いは、法の本質を、社会の安全性や安定性を確保する機能的なものへと還元する立場、これなのである⁽¹⁷⁵⁾。

けれども、この、自然法則で客観且つ精密に把握し尽くされる人間、従って操作し尽くされる人間が、人間尊厳の名に値するものなのか。そうではない筈だ。シェーラー哲学を援用してフェヒナーは述べる。人間とは、一方で生殖本能、摂食本能、権力本能という物質的要因、他方で理性、価値、信仰という精神的要因から構成されるのであり、それ故に、人間を片方からのみ説明する一元主義は全く誤っている⁽¹⁷⁶⁾。大地と天国の間に住み、肉体と精神を持ち、拘束と自由を具備した生き生きとしたもの、これこそが人間の本質と見なくてはならない。努力や責任と無縁の決定論の人間でも、全能と恣意を備えて万事を支配する「超人^{イーパーメンシュ}」でもない。存在への服従と創造的任務の緊張の下、常に新たに己の現存在を賭ける人間とはそういうものなのだ。「かくの如く悔改むる一人の^{つみびと} 罪人のためには、天に^{よるこび} 歡喜あるべし」(ルカ 15 章 7 節)。人間とは、天国と大地の紐帯、結び目なのだ。超越の世界を知る天国の住人にして、本能と利益で動く大地の住人。理念と実在の両面、従って実証主義と形而上学の双方を知らずして、人間と法の本質は知りえない、というのがフェヒナーの結論である⁽¹⁷⁷⁾。

ならば「それは理論では正しいかもしれぬが実践では役に立たぬ——この命題は俗説である」などと語ってはならないのではなからうか。或いは、ケルゼン本来の立場からすれば、「法理論は法実践に効用を持っている」などと軽々しく語っては

いけないのではなからうか⁽¹⁷⁸⁾。本当の純粋法学とは、或る規範が法規範であるとしたらそれはどう認識されるかという法の認識論のみに専念すべきものなのであって、如何なる規範が法規範であるべきかという法の実践論というものは、厳密に考えれば、法存在論の領分に属するものなのではなからうか。法治国家と民主主義を愛した偉人ケルゼンの関心は、自らに厳しく設定した法認識論の領域を超えて、本当なら処理する資格のない法存在論の領圏へと突き刺って、それ故に、法を巡る理論と実践が、無関係で、厳しく対峙したままで放置されているのではなからうか⁽¹⁷⁹⁾。その意味で、本当は純粋法学の内部では、分裂した理論と実践とが、その分裂を求めたケルゼンの名の下で安易に接合されるのではなく、形而上学に根ざした、だがそれでいて精密科学の成果も無視しない、法の本質、人間の本質の考究がなくてはならないのではなからうか。

四 結 語

では、現代のケルゼン復興につき検討した本稿の結論を纏めてみる。第1に、ドイツ本国にて一旦死滅したかに見えた純粋法学の潮流は、ケルゼン著作集の刊行など、イエシュテトを軸に復活しつつあるが、純粋法学を継承するその彼の見解は、徹底した法実証主義を標語に、法と法学の自律を基盤に据え、二元的な法獲得理論の構築に向かい、遂には、実定法という歯止めの下で行政法改革の運動へと参加する。尤も第2に、純粋法学と行政改革弁証との接合はそれ程容易でなく、一つは、法と法学の区別、規範と命題の区別がケルゼンに一貫した理論内実でないこと、一つは、法認識とは別の実践的な法創出には純粋法学の科学性はないこと、これをイエシュテトは看過しており、だが、元々これら異質要素が混入する前に、事物を区別して捉えてこれを管理する、自然科学のイデオロギーが告発されるべきなのだ。ケルゼン復興への上の評価は、フェヒナーという外在的な視座からなされたもので、今や時代錯誤の実存主義法哲学の存在意義自体が改めて吟味されるべきだが、

反実証主義の批判を援用する迄もなく、ルネサンスの動向を安易に信用してはならぬことが判明するだろう。

詰まるところ、純粋法学が主流だろうが、精神哲学が流行しようが、日本の、我々の学問にとって、それはどうでもよいことなのである。欧州であれ米州であれ、あちらの動向を淡々と、根気強く粘り強く記述する中で、我々自身の法学を築き上げることが大事なのである。イエシュテトに限ったことではないが、ケルゼンとガダマーを都合良く繋ぎ合わせ、ケルゼンとルーマンを便利良く結び付けることが、果たして、筋道の通る真剣な方法を構築したことになるのだろうか。お前の学説をこれと掛け合わせればこうなる、貴様の見解をこれと混ぜ合わせるとああなる、ケルゼンにこう通告してよいのだろうか。筆者に輪をかけて皮肉屋の解釈学権威はイエシュテトを評して言う。彼の書いた著作は、基礎科目一般や法理論の強化に情熱的建設的に賛同するものであるが、このこと自体、賞賛し支持するべきであり、しかもその肯定的態度は参加者でも観察者でも違いがない筈だ、と⁽¹⁸⁰⁾。だが、自然科学的に対象を己の前に立てて観察する立場では学説の進展は望み得ない。解釈学的に対象の中へと己を移入して参加する立場が、偉人の学説を対象とは見ない点で、圧倒的な優位性を持つ⁽¹⁸¹⁾。

《注》

- (1) S. L. Paulson / M. Stolleis (Hrsg.) Hans Kelsen – Staatsrechtslehrer und Rechtstheoretiker des 20. Jahrhunderts, 2005; T Ehs (Hrsg.), Hans Kelsen und die Europäische Union, 2008; ders. (Hrsg.), Hans Kelsen. Eine politikwissenschaftliche Einführung, 2009; H. Brunkhorst / R. Voigt (Hrsg.), Rechts-Staat. Staat, internationale Gemeinschaft und Völkerrecht bei Hans Kelsen, 2008; C. Jabloner / F. Stadler (Hrsg.) Logischer Empirismus und Reine Rechtslehre. Beziehungen zwischen dem Wiener Kreis und der Hans Kelsen-Schule, 2001.
- (2) Jochen von Bernstorff, Der Glaube an das universale Recht. Zur Völkerrechtstheorie

- Hans Kelsens und seiner Schüler, 2001; Thomas Fritzsche, Die Reine Rechtslehre im Lichte des Kritischen Rationalismus, 2002; Marco Hasse, Grundnorm-Gemeinwille-Geist. Der Grund des Rechts nach Kelsen, Kant und Hegel, 2004; Gabriel Nogueira Dias, Rechtspositivismus und Rechtstheorien. Das Verhältnis beider im Werke Hans Kelsens, 2005; Peter Römer, Hans Kelsen, 2009; Axel-Johannes Korb, Kelsens Kritiker. Ein Beitrag zur Geschichte der Rechts- und Staatstheorie (1911-1934) 2010 ; Robert Chr. Van Ooyen, Hans Kelsen und die offene Gesellschaft, 2010; Jan Vollmeyer, Der Staat als Rechtsordnung. Hans Kelsens Identitätsthese und ihre Bedeutung für den europäischen Konstitutionalisierungsprozess, 2011 ; Thoas Elsner, Das Ermessen im Lichte der Reinen Rechtslehre. Rechtsstrukturtheoretische Überlegungen zur Rechtsbindung und zur Letztentscheidungskompetenz des Rechtsanwenders, 2011.
- (3) Peter Unruh, Weimarer Staatsrechtslehre und Grundgesetz. Ein verfassungstheoretischer Vergleich, 2004; Kathrin Groh, Demokratische Staatsrechtslehrer in der Weimarer Republik. Von der konstitutionellen Staatslehre zur Theorie des modernen demokratischen Verfassungsstaats 2010; M. Gangl (Hrsg.), Die Weimarer Staatsrechtsdebatte, 2011; A. von Ungern-Sternberg (Hrsg.), Zur Aktualität der Weimarer Staatsrechtslehre, 2012.
- (4) Hans Kelsen, Wer soll der Hüter der Verfassung sein? (Hrsg. v. R. Ch. van Ooyen), 2008; ders., Verteidigung der Demokratie (Hrsg. v. M. Jestaedt/O. Lepsius), 2009; ders., Reine Rechtslehre, 1. Aufl. 1934 (Hrsg. v. M. Jestaedt), 2008.
- (5) Hans Kelsen, Werke (Hrsg. v. M. Jestaedt im Kooperation mit Hans Kelsen-Institut), 2007ff.
- (6) 最近では、慈学社によるケルゼン著作集の再刊(2007~11年)が想定されるだろう。更に、近藤圭介『純粋法学』のなかの欧州統合(1)(2・完)法学論叢 166 巻 3 号(2009年) 133-148 頁, 同 5 号(2010年) 122-139 頁。
- (7) Matthias Jestaedt/Oliver Lepsius, Der Rechts- und der Demokratietheoretiker Hans Kelsen—Eine Einführung, in: H. Kelsen, Verteidigung der Demokratie, 2006, S. VI-XXIX, VIII.
- (8) Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. IX. Oliver Lepsius, Hans Kelsen und der Nationalsozialismus, in: R. Walter/W. Ogris/T. Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen. Leben-Werk-Wirksamkeit, 2009, S. 267-282. なおここで、恐らく特にスメントを念頭に、実質的国法学の立場が、「対立止揚的認識」を目指すばかりに、法科学の諸範疇や法学的な諸形式を犠牲にしたという批判が、こっそりと忍び込まされている。この「対立止揚的認識」とはレプシウス年来の主張であるけれども、少なくともスメントにつきこの批判は適切でないと、既に指摘した。Oliver Lepsius, Der gegensatzaufhebende Begriffsbildung, 1994. いわゆるスメント学派の方法が持つ構造については、次を参照せよ。三宅雄彦『憲法学の倫理的転回』(信山社, 2011年)第三章。
- (9) Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. X.
- (10) Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. X-XI.
- (11) Matthias Jestaedt, Hans Kelsens Reine Rechtslehre. Eine Einführung, in: H. Kelsen, Reine Rechtslehre, Studienausgabe der 1. Auflage, 1934, 2008, S. XI-VXVL, XVI.
- (12) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XX-XXI.
- (13) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXI.
- (14) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXI.
- (15) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXVII-XXVIII.
- (16) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXXII. しかし、道徳に対する法の自立性を説く意味で、実証主義的であり、存在に対する当為の自立性を説く意味で、規範主義的であるとする場合もあり、即ち、本文で見た箇所とは逆の説明をする場合もあり、それ故、イェシュテットの規範主義と実証主義の理解は錯綜している。Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XVII.
- (17) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXX-XXXI.
- (18) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXXII.
- (19) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXXV-XXXVI; Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XVII.
- (20) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXXVI-XXXVII.
- (21) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXXVII-XXXVIII; Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XVIII.
- (22) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXXVIII-XXXIX. この動態的な法考察により、伝統的な教義学上の説明図式, 例えば、法の欠缺の思考や自由裁量の思考が、寧ろ原則的なものへ変化する。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXXIX-XL.

- (23) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XL-XLI; Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XVII-XVIII.
- (24) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XLI-XLII. 尤も、以下の書物を知る我々にとっては、アインシュタイン理論は、反形而上学ではなく、正しい意味で形而上学と言わなくてはならぬ。細川亮一『アインシュタイン：物理学と形而上学』（創文社，2004年）。
- (25) Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XI-XII.
- (26) Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. VII.
- (27) Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XIV.
- (28) Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XV.
- (29) Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XV.
- (30) Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XV-XVI.
- (31) 以上の現実回避的規範主義と政治逃避的実証主義に対する批判の他、ケルゼン批判に対し、エシュテとレプシウスはこう反論する。第1の、法形式を空虚に弄ぶ形式主義的還元主義だとの批判には、純粋法学が法形式を重視したのは、法内容に無関心だからでなく、多様な法秩序の多様な法内容に対応する為の戦略故だからである。Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XIII. 第2の、論理で法的世界を捻り出す論理主義的構成主義の批判には、これは、法実証主義の形容詞のみで、ゲルバー＝ラーバント学派とケルゼンを同一視する乱暴な説で、法実証主義には数多くの傾向が、一方では、法律のみが全ての法を含む、即ち純論理的な演繹だけで具体的な法命題を法律から展開できるとする、スプラムチオンズ ワルト アンヴェンディウングスホジィアリスムス 包摂/適用実証主義、他方では、法秩序を静態的に把握するこの説に反対して、法秩序を分業的で段階的な法創造連関であるとする、ケルゼンの妥当実証主義、例えばこの二つがあり、だからこそケルゼンは、法的世界を論理で構成せんとする構成主義でなく、法本質概念とされる概念が本当は実定法上の法内容概念でしかないとする反構成主義を採るのである。Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XIII-XIV. 第3の、正義や道徳を論じぬ反道徳的相対主義であるとの批判には、道徳を法から分離することで道徳に無関心になり、そこから不法と法の境界が消去された、このケルゼン批判は主張しているけれど、そこでは、ケルゼンの価値相対主義とは、単なる認識理論に過ぎず、道徳や倫理上の価値相対主義を展開するものでなく、それどころか、ケルゼンは絶対的価値の実存を否定してはならず、その価値の合理的で間主観的な証明ができないと、ただ主張しているだけであって、寧ろ、価値や価値づけの多元性を強調し、諸価値の合理的な尺度を科学的な討議により発見することの必要性を力説したとみるべきだ。Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XVI-XVII.
- (32) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXIX. Vgl., Horst Dreier, Hans Kelsen und Niklas Luhmann: Positivität des Rechts aus rechtswissenschaftlicher und systemtheoretischer Perspektive, in: Rechtstheorie, Bd. 14 (1983), S. 419-458.
- (33) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 11), S. XXVIII-XXIX.
- (34) Immanuel Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis, 1992.
- (35) Matthias Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein... Vom Nutzen der Rechtstheorie für Rechtspraxis, 2006, S. 13f.
- (36) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 17f., 76; ders., Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999, S. 142-148.
- (37) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 28f., Fn. 83; ders., a. a. O. (Anm. 36), S. 269ff., 280ff.
- (38) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 18-26; ders., a. a. O. (Anm. 36), S. 298-320; ders., Wie das Recht, so die Auslegung, in: ZÖR, Bd. 55 (2000), S. 133-158, 152-155; ders., „Öffentliches Recht“ als wissenschaftliche Disziplin, in: Ch. Engel/W. Schön (Hrsg.), das Proprium der Rechtswissenschaft, 2007, S. 241-281, 264-266.
- (39) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 28-30. Vgl., Jestaedt, Perspektiven der Rechtswissenschaftstheorie, in: ders./O. Lepsius (Hrsg.), Rechtswissenschaftstheorie, 2008, S. 185-205, 190f.; ders., Braucht die Wissenschaft von Öffentlichem Recht eine fachspezifische Wissenschaftstheorie?, in: A. Funke/J. Lüdemann (Hrsg.), Öffentliches Recht und Wissenschaftstheorie, 2009, S. 17-43, 27f. なお、この固有法則性とは、自律や固有合理性と同義に用いられる。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 30, Fn. 90. 更には、「ユリスチク法学的」でなく「ユリディク法說的」という形容詞を使用するのは、エシュテト曰く、ここで問うべき固有法則性の全てが、法に直接関わる訳でもないし、また、自ら法の性格を持つ訳でもないからだ。
- 即ち、「法学的」では、法学でなく法に関わることのみが表現されるので、「法說的」で、法と

- 法科学の両方を指示しようという訳だ。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 27, Fn. 78.
- (40) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 30-32.
- (41) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 32.
- (42) なおイェシュテトは、本文で挙げた、規範的実在性や実在的当為性という、恰も規範と実在、実在と当為が結合したかに見える概念を用いているが、これは、ケルゼン純粋法学の理論的前提をなす筈の、存在と当為、事実と規範の二元論を、必ずしも否定するものでない。後述する如く、本来は、実在と理念は、存在と当為、事実と規範に対応する筈であるものの、イェシュテトの想定する実在と理念とは、実定性と超実定性の対抗性を示すものなのであり、であるなら、規範的実在や実在的当為とは、実定的な規範や当為と指すことになる。Vgl., Jestaedt/Lepsius, a. a. O. (Anm. 7), S. XVIII.
- (43) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 32f.; ders., a. a. O. (Anm. 38) („Wie“), S. 149-152. 尤も、この特徴は、欧州大陸、特にドイツの憲法秩序を前提とする。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 272.
- (44) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 34f.
- (45) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 35; ders., a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 272f. Vgl., Dieter Wyduckel, Normativität und Positivität des Rechts, in: A. Aarnio/S. L. Paulson/O. Weinberger/G. H. von Wright/D. Wyduckel (Hrsg.), Rechtsnorm und Rechtswirklichkeit. Festschrift für Werner Krawietz zum 60. Geburtstag, 1993, S. 437-474, 444.
- (46) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 35f. Vgl., Jestaedt, a. a. O. (Anm. 36), S. 288-298.
- (47) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 30, Fn. 90.
- (48) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 37.
- (49) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 37f.
- (50) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 38.
- (51) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 38-40.
- (52) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 40-42.
- (53) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 42.
- (54) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 43-45.
- (55) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 57-59.
- (56) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 60.
- (57) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 61f.
- (58) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 62f.
- (59) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 62. 二元的性格からは、段階的分業の法具体化と法個別化も可能になる。
- (60) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 36), S. 322f.; ders., a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 273f. 以上の区別は他律プログラム化と自己プログラム化にも換言される。
- (61) 尤もイェシュテトは、法政策的法生産と法教義学的法生産の区別を批判するのだが、本文は、法認識と区別された限りにおいて後者が要請されるという趣旨であり、右の法生産の二元論を批判するのは、法認識と法資産を区別せぬ統合的法獲得モデルが前提される限りの話である。ポッシャーの議論を前提に彼は、この討議的楽観主義が、結局教義学的に正しい理由付けと決定が可能だと考えていることに、それが、方法的に正しい決定が可能であると過大評価する一方で、理由づけ可能な決定が複数あることを過小評価していると批判する。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 64, Fn. 189. ders., a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 266. Vgl., Jestaedt, a. a. O. (Anm. 46), S. 23.
- (62) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 63-67, 85, Fn. 256, S. 87, Fn. 260; ders., Rechtsprechung und Rechtssetzung, in: W. Erbguth / J. Masing (Hrsg.), Die Bedeutung der Rechtsprechung im System der Rechtsquellen: Europarecht und nationales Recht, 2005, S. 25, 68ff., 73; Grundrechtsentfaltung, S. 320ff.
- (63) 勿論プフタとは、ヘーゲルの弟子で、1823年から28年迄の間、エアランゲン大学教授を務めた、歴史法学の大家であるゲオルク・フリードリヒ・プフタのことをイェシュテトが指すのは当然である。さて、イェシュテトが理解するプフタによると、法とは不可視的な民族精神から可視的な三種類の継承として成立してくるのだという。第1が民族構成員の直接的確信、第2が法律、第3が法科学である。プフタが強調するのがこの第3の可視的な形象としての法科学だが、この法科学は、諸々の法命題を体系的連関の中での認識し、それが原理にまで変成する過程を追跡し、今度はこの諸原理から具体的な諸基準へと下降させていくという任務を持っているというのである。これにより、慣習法にも法律法にも現れぬ、民族法の精神に隠れた諸々の法命題が意識の下に置かれる、と。この法科学の作業により不完全な慣習法や法律法の欠缺が充填されるとすれば、この科学は、即ち学問法、或いは法曹の活動により明らかになるという意味での法曹法として、補充的法源の地位を獲得することになると、述べる。このときイェシュテトは、法科学の活動を、他法源による法を

- 認識する受動的活動と、右過程で自ら法源となる生産的活動に分かつが、本文との関連では、この生産的活動が法創出過程に対応するだろう。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 65-67, Fn. 191f.; ders., a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 266.
- (64) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 46f. Vgl., Jestaedt, a. a. O. (Anm. 46), S. 23.
- (65) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 47-50. ここからイェシュテトは、憲法適合解釈と法の継続形成を批判する。つまり、法認識過程では、予め在る法が正しく把握されるか誤って把握されるかのいずれかであり、一つの法規に意義の解釈が複数主張されても、意義自体が複数存在すると考えるのは誤りであって、従って、或る規範に複数の解釈が存在し、その中に、或る解釈では違憲となり、或る解釈では合憲となる、ということはありません。憲法適合解釈が認められる場合とは、或る機関に、憲法を志向して、又は適合して規範の内容を修正する権限が承認されたとみるべきで、その意味で、実定法上の権限に拠る法創出であって法認識ではない。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 48-50, Fn. 139; ders., a. a. O. (Anm. 36), S. 326, Fn. 178; ders., a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 258f. 法の継続形成については、Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 50, Fn. 140; Jestaedt, a. a. O. (Anm. 36), S. 325f., Fn. 176; ders., Richterliche Rechtsetzung statt richterliche Rechtsfortbildung. Methodologische Betrachtungen zum sog. Richterrecht, in: Ch. Bumke (Hrsg.), Richterrecht zwischen Gesetzesrecht und Rechtsgestaltung, 2012, S. 49-69. 有権解釈と権威解釈の違いにつき、Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 48f., Fn. 137. Jestaedt, a. a. O. (Anm. 36), S. 363-378.
- (66) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 50-52.
- (67) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 69.
- (68) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 77.
- (69) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 70-74.
- (70) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 75-77.
- (71) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 78.
- (72) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 78-81.
- (73) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 81-83; ders., Grundbegriffe des Verwaltungsorganisationsrechts, in: W. Hoffmann-Riem/E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, S. 891-942, 898f., 902ff.
- (74) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 84. 既にケルゼンから逸脱することになるが、論理に従う法陳述命題とただ法の自律性のみに従う法命題=法規とを、区別せよと彼は言う。後述の如く、後期ケルゼンでは、論理の支配を受けぬのが法規で、法命題も法陳述命題も共に、論理に従う法科学の領域に属している。
- (75) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 84f.
- (76) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 85-87.
- (77) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 87, Fn. 260.
- (78) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 46), S. 22f.; ders., Die Verfassung hinter Verfassung, 2009, S. 27, 120, Anm. 36. S. 89f., S. 140, Anm. 145.
- (79) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 89f.
- (80) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 31f.
- (81) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 73), S. 898f.
- (82) 参照、三宅雄彦「保障国家と公法理論」社会科学論集126号(2008年)36-39頁を参照せよ。
- (83) 本来、「自主管理」ではなく「自治行政」と訳すべきかもしれぬが、後述の如く、この事態で想定されるのは、地方行政に限定されない。大学や職業団体には「自治行政」でなく「自主管理」のみが成立つ。
- (84) Matthias Jestaedt, Selbstverwaltung als „Verbundbegriff“, in: Die Verwaltung, Bd. 35 (2002), S. 293-317, 293f.; ders., a. a. O. (Anm. 35), S. 73.
- (85) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 294f.
- (86) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 295.
- (87) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 297.
- (88) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 297f.
- (89) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 299f. Vgl., Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 87, Fn. 260.
- (90) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 301.
- (91) 三宅雄彦「ドイツにおける憲法理論の概念」早稲田法学会誌47巻(1997)259-261頁。
- (92) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 40; ders., Verfassungstheorie als Disziplin, in: O. Deppenheuer/Ch. Grabenwarter (Hrsg.), Verfassungstheorie, 2010, S. 3-56, 22.
- (93) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 41f., 20; ders., a. a. O. (Anm. 92), S. 22.
- (94) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 42-44, 71; ders., a. a. O. (Anm. 92), S. 22f.
- (95) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 45.
- (96) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 48f.; ders., a. a. O. (Anm. 92), S. 32.
- (97) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 51-53; ders., a.

- a. O. (Anm. 92), S. 23f. なお、実在憲法を理念憲法を尺度として批判すると彼が述べる場合、具体的な適用場面を念頭に置くかどうかで更に区別されるのであり、適用場面がない場合が受身的な反省で満足する憲法哲学が登場し、ある場合が現状の変更を見据える憲法政策が登場するのだという。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 51f; ders., a. a. O. (Anm. 92), S. 24. 比較憲法学と憲法学については、Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 52f; ders., a. a. O. (Anm. 92), S. 24f.
- (98) 既に、イエシュテトが、諸学を接合する概念としてのキー概念には批判的であると指摘したが、法の独自性と法学の独自性を侵害せぬ限りにおいて、憲法理論上の概念として承認されることになる訳だ。
- (99) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 53-57; ders., a. a. O. (Anm. 92), S. 25f.
- (100) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 57-64; ders., a. a. O. (Anm. 92), S. 26-29. 憲法前提と憲法予期。
- (101) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 67-72, 89f.
- (102) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 143f., Fn. 151, u. 153; ders., a. a. O. (Anm. 92), S. 42, Fn. 130, u. 132; ders., a. a. O. (Anm. 36), S. 142-148, 271-276. ハイデガーとガダマーの公法学に対する意義については、次を見よ。三宅（前掲注）第二章。
- (103) ハイデガーとガダマーの科学批判につき、渡部二郎「歴史的現代の特徴づけとしての技術時代について」『近・現代ドイツ哲学Ⅲ』（理想社，2008年）225-246頁。
- (104) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 317.
- (105) なお、憲法法教義学の自主管理と行政法教義学のその関係につき、Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 301-304.
- (106) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 305f. Jestaedt, Artikel 87, in: D. C. Umbach/Th. Clemens (Hrsg.), Grundgesetz. Mitarbeiterkommentar und Handbuch, Bd. 2, 2002, S. 793-848.
- (107) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 306f.; ders., a. a. O. (Anm. 73), S. 924.
- (108) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 307-309.
- (109) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 309.
- (110) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 309-312. 詳述すれば、イエシュテトの理解では当事者該当性には二種類あり、一つが、基本権や法治国家原理に関わり、積極的な手続遂行権限を内容とする、具体的顕在的当事者該当性、即ち受動的地位該当性と、一つが、民主主義原理に関わり、国家権力の行使への参与請求権を内容とする、抽象的潜在的当事者該当性、つまり能動的地位該当性。民主主義と自主管理に関係して議論されるのは、後者の該当性だが、この該当性は、国民に帰属すること、即ちドイツ国籍を持つことを意味する、要は、能動的地位該当性とは国籍のことを意味するのだ。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 310-312. だとすれば、これが射程に入れるのは自治体的自主管理のみであり、国籍に無縁の学術や労組など機能的自主管理は論証されないままだ。関連して、シュレスヴィヒ=ホルシュタイン共同決定法決定の中の、連邦憲法裁判所の判断によれば、民主政原理の命ずるところ、国家権力に服する者の影響は平等でなくてはならず、特定の国家権力に個別に該当する市民であっても、決定権限を認めてはならない、と。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 311, Fn. 87.
- (111) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 312. つまり上で見た通り、自主管理の規律が、基本法上、領域毎に別々だとすれば、自主管理と民主主義との関係は、一様一義的ではなく、自主管理の形式で異なる多義的である筈だと、イエシュテトは言う。
- (112) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 313f. 民主的正統化をめぐるドイツ学説については次の文献が必読である。高橋雅人「ドイツにおける行政の民主的正当化論の一段面」早稲田法学会誌 59 巻 1 号（2008 年）304-327 頁，同「民営化における多元的行政の民主的正当化」憲法理論研究会編『政治変動と憲法理論』（敬文堂，2011 年）77-91 頁。高田篤「議会制についての憲法理論的・憲法科学的省察」憲法理論 17 号（2006 年）116 頁，太田匡彦「ドイツ連邦憲法裁判所における民主政的正統化（demokratische Legitimation）思考の展開」樋口陽一先生古稀記念『憲法論集』（創文社，2005 年）315-368 頁，毛利透「民主主義と行政組織のエルラルヒー」法学論叢 152 巻 3 号（2002 年）1-24 頁。
- (113) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 314.
- (114) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 314f.
- (115) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 84), S. 315f. Vgl., Jestaedt, a. a. O. (Anm. 106), S. 836-838 (Rn. 93).
- (116) 参照，三宅（前掲注 84）36-39 頁。
- (117) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 63f.; ders., a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 259f.
- (118) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 63, Fn. 187.
- (119) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 73), S. 895f.
- (120) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 73), S. 896f., Fn. 20. Vgl., Wolfgang Hofmann-Riem, Eigenständig-

- keit der Verwaltung, in: ders./E. Schmidt-Aßmann/A. Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, S. 623-714, 660-662.
- (121) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 73), S. 897f, Fn. 25.
- (122) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 73), S. 898f.
- (123) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 73), S. 898, Fn. 25. 既に見たが、イェシュテトは法創出学と法政策学とも換言していた。法学的方法の復権につき、Jestaedt, a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 261ff.
- (124) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 46), S. 90-92, 53; ders., a. a. O. (Anm. 79), S. 42f.
- (125) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 46), S. 93f.; ders., a. a. O. (Anm. 79), S. 43f.
- (126) Vgl., Rolf Gröschner, Vorbehalte gegen systemtheoretische Rechtskonzeptionen, in: Der Staat, Bd. 26 (1987), S. 497-506; ders., Zur rechtsphilosophischen Fundierung einer Unternehmensethik, in: H. Steinmann/A. Löhr (Hrsg.), Unternehmensethik, 1989, S. 93-113, 97f.
- (127) Wolfgang Hofmann-Riem/Eberhard Schmidt-Aßmann/Andreas Voßkuhle, Vorwort zu Band I, in: dies (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2006, S. IXf. 既に我々が検討した、新行政法科学の構想を想起させる文面である。三宅 (前掲注(82)) 36-39 頁を参照。Vgl., Jörn Ipsen, Grundlagen des Verwaltungsrechts, in: Die Verwaltung, Bd. 44 (2011), S. 290-297.
- (128) 高橋広次『ケルゼン法学の方法と構造』(九州大学出版会, 1979年) 76-77頁。
- (129) 高橋 (前掲注(128)) 238-239頁。
- (130) 高橋 (前掲注(128)) 239-240頁。
- (131) 高橋 (前掲注(128)) 240-242頁, 同「純粋法学における構造問題とその推移」法政研究 44 巻 2号 (1977年) 71-117, 84-86頁。
- (132) 高橋 (前掲注(128)) 242-246頁, 同 (前掲注(131)) 98-102頁。
- (133) 高橋 (前掲注(128)) 246-248頁, 同 (前掲注(131)) 102-106頁。参照, 新正幸「ケルゼンにおける Rechtssatz 概念の変遷」(1971年) 同『純粋法学と憲法理論』(日本評論社, 1992年) 10-110頁。
- (134) 高橋 (前掲注(128)) 259頁。
- (135) 高橋 (前掲注(128)) 249-259頁。
- (136) 高橋 (前掲注(128)) 250-251頁, 255頁注(43)。
- (137) 高橋 (前掲注(128)) 251-252頁, 同 (前掲注(131)) 108-112頁, 同「純粋法学の根拠への帰向 (2・完)」法の理論 2号 (1981年) 167-171頁。また, 青井秀夫『法理学概説』(有斐閣, 2007年) 101-103頁。新カント派から法実証主義への移行。新 (前掲注(132)) 79-80頁注 7。根本規範の放棄については, 新 (前掲注(132)) 91頁注(8)。
- ところで, 2011年9月22日にドイツ連邦議会でのローマ教皇ベネディクト 16世の演説において, ケルゼンが言及されたという。つまり, 一つは実証主義的な自然観の持ち主として, 一つは存在と当為の二元論を晩年に放棄した人物として, ケルゼンが言及された。しかし, 2番目の言及につきドライヤーはこれを正しくないと言う。彼によれば, ケルゼンが晩年にて自説を翻したのは次の2点である。第1が, 根本規範は仮説ではなく擬制に過ぎないとしたことであり, 第2が, 法適用は意思行為であるとし, 普遍的規範 (法律等) から個別的規範 (判決等) が論理的に導出不能であるとしたことである。Horst Dreier, Benedikt XVI. und Hans Kelsen, in: JZ, 2011, S. 1151-1154, 1152, r. Sp. 即ち, 後期ケルゼンにおいて, 複数の規範体系の間, 一体系内部の規範の間に, 当初見解と違い, 衝突が成立しうるとされるのである。アメリカ亡命後, 真理言明のみに論理性が宿するという見解が採られ, その結果, 真理と不真理を語らぬ当為には論理性がない, 論理性がない当為には矛盾率が成立たない, このような結論になるのである。だとすれば, 論理規則の適用が当為から排除される結果, これ迄の存在当為二元論が同じ訳ではないが, その存在自体には影響がない。Dreier, a. a. O., S. 1153, r. Sp. -1154, l. Sp. Vgl., Dreier, Joh 18. Wertrelativismus und Demokratietheorie, in: R. Walter/K. Zeleny (Hrsg.), Reflexionen über Demokratie und Recht. Festakt aus Anlass des 60. Geburtstages von Clemens Jaboner, 2009, S. 13-31.
- (138) 既に指摘したが, イェシュテトには, 法命題と法陳述命題の区別もあり, 前者は法自体に, 後者は法科学に帰属する, と強調している。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 84, Fn. 252; ders., a. a. O. (Anm. 73), S. 898, Fn. 26. ders., a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 264, Fn. 124. だが本文で指摘した通り, 法と法学を区別しようとするれば, 法から論理=命題の属性は剥奪される筈なのである。法命題を法と同視し, それでいて法と法学を区分けるのは, ケルゼンからして矛盾である。
- (139) Horst Dreier, Hans Kelsens Wissenschaftsprogramm, in: H. Schulze-Fielitz (Hrsg.), Staatsrechtslehre als Wissenschaft, 2007, S. 81-114,

- 106f. Vgl., Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre*, 2. Aufl., 1960, S. 1.
- (140) Dreier, a. a. O. (Anm. 139), S. 107f. ders., *Rechtslehre, Staatssoziologie und Demokratietheorie bei Hans Kelsen*, 2. Aufl., 1990, S. 145ff.
- (141) Dreier, a. a. O. (Anm. 139), S. 108f.
- (142) Dreier, a. a. O. (Anm. 139), S. 109f.
- (143) Dreier, a. a. O. (Anm. 139), S. 110f. この有権解釈とは、直接に価値を定立し実現する、政治的な関心の現れである。法科学の没価値性は法機関の有価値性に帰着するのだ。Dreier, a. a. O. (Anm. 141), S. 112f.
- (144) Dreier, a. a. O. (Anm. 139), S. 111f.; ders., a. a. O. (Anm. 140), S. 153ff. 参照, 古野豊秋「純粋法学の法解釈論」(1982-83年)同『違憲の憲法解釈』(尚学社, 1990年)59-130頁, 中山竜一『二十世紀の法思想』(岩波書店, 2001年)19-21頁。
- (145) ドライアー自身は、法獲得理論を法認識学と法定立学に分裂させるイェシュテの試みを、「興味深い」とだけ指摘するに留めている。Dreier, a. a. O. (Anm. 139), S. 111, Fn. 178.
- (146) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 35), S. 28, Fn. 83, S. 31, Fn. 92; ders., a. a. O. (Anm. 36), S. 270f., Fn. 132, S. 269ff., 280ff.; Vgl., Hans Kelsen, *Der soziologische und der juristische Staatsbegriff*, 2. Aufl., 1928, S. 116; Adolf Julius Merkl, *Zum Interpretationsproblem* (1916), in: ders., *Gesammelte Schriften*, Bd. I/1, 1993, S. 63ff., 77.
- (147) Jestaedt, a. a. O. (Anm. 36), S. 269-278; ders., a. a. O. (Anm. 38) („Wie“), S. 147-149. Vgl., Jestaedt, a. a. O. (Anm. 78), S. 27.
- (148) 方法優位から対象優位への展開につき、イェシュテはこう述べる。認識対象と認識手続の他に、実は認識目標の範疇があるのであって、認識対象が認識手続で規定されるとしても、今度はこの認識手続が認識目標の観点から照らして見た認識客体により規定されるのである。Jestaedt, a. a. O. (Anm. 38) („Öffentliches Recht“), S. 269f.
- (149) Oliver Lepsius, *Erkenntnisgegenstand und Erkenntnisverfahren in den Geisteswissenschaften der Weimarer Republik*, in: *Ius Commune*, Bd. 22 (1995), S. 283-310, 292f.
- (150) Lepsius, a. a. O. (Anm. 149), S. 293-296; ders., *Die gegensatzaufhebende Begriffsbildung. Methodenentwicklungen in der Weimarer Republik und ihr Verhältnis zur Ideologisierung der Rechtswissenschaft unter dem Nationalsozialismus*, 1994, S. 379-381; ders., *Gab es ein Staatsrecht des Nationalsozialismus?*, in: *Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte*, Jg. 26 (2004), S. 102-116, 110-114.
- (151) Lepsius, a. a. O. (Anm. 149), S. 304-306; ders., a. a. O. (Anm. 150) („Begriffsbildung“), S. 126-138.
- (152) Lepsius, a. a. O. (Anm. 149), S. 306-308; ders., a. a. O. (Anm. 150) („Begriffsbildung“), S. 139. なお、レプシウスは、精神科学的方法を、主観的に認識対象としたものを人間が直感的に直接認識できると見る思考だとするようだが、しかしながら、本当は、理念と実在の往復運動として精神的現実を把握し、そこから理念を把握する道と実在を把握する道と、二つのルートを一旦歩み、これを総合したものと捉えていると見るべきだ。その内実を含め、精神科学的方法については次の文献の参照を請う。三宅(前掲注(8))第三章, 同「スメントの規範力論」古野豊秋編『憲法の規範力』(信山社, 2012年近刊)。加えて、国民共同体の概念については、そのほんの一端ではあるが、三宅雄彦「公布の本質(1)」*社会科学論集* 109号(2003年)93-95頁。
- (153) Erich Fechner, *Ideologie und Rechtspositivismus. Ideologische Elemente in positivistischen Rechtsanschauungen dargestellt an Hans Kelsens „Reiner Rechtslehre“*, in: W. Maihofer (Hrsg.), *Ideologie und Recht*, 1971, S. 97-120, 104-106. なお、エリヒ・フェヒナーは、今や忘却された法哲学者ではあるが、嘗ては、実存主義に基づく法哲学を構築した人として脚光を浴びた。フェヒナーは1903年アーヘン生まれ。当初はアーヘン工科大で工学を学ぶが、後にケルン大で哲学、社会学、経済学、法学を学び、この大学で、哲学の博士号を取得し、経済学の卒業試験にパスする。アーヘン経営者団体組織内弁護士として労働法で実務経験を持ち、同団体解散後大学に戻り、35年にケルンで学位、41年にボンで教授資格を取得。ボン大では、法史学者カール・ラウフ、教育学者エリヒ・ロッター、哲学者ジクフリート・ベーンらの影響を受ける。41年にチュービンゲン大で員外教授、44年同大の正教授。軍務経験を経て大学に復帰(68年退職)、57年からフランクフルト招聘拒否を機にチュービンゲンで労働法研究所を主宰。91年死去。Günther Stikler, *Erich Fechner - Leben und Werk*, in: G. Wannagat / W. Gitter (Hrsg.), *Festschrift für Erich Fechner zum 70. Geburtstag*, 1973, S.

- IX-XI. 参照, 阿南成一『現代の法哲学』(有斐閣, 1960年) 97-102頁, 同『法哲学』(青林書院, 1975年), 同「E・フェヒナー『法哲学』—法の社会学と形而上学」(大阪市立大) 法学雑誌5巻1号(1958年) 126-140頁, 海原裕昭「実存主義的法学の構図」法哲学年報(1969年) 224-235頁, 三島淑臣「実存主義と自然法 — W・マイホーファー『実存法としての自然法』をめぐって」法哲学年報(1971年) 107-121頁。
- (154) Fechner, a. a. O. (Anm. 153), S. 106f.
 (155) Fechner, a. a. O. (Anm. 153), S. 108f.
 (156) Fechner, a. a. O. (Anm. 153), S. 110f.
 (157) Fechner, a. a. O. (Anm. 153), S. 111f.
 (158) Fechner, a. a. O. (Anm. 153), S. 112.
 (159) Fechner, a. a. O. (Anm. 153), S. 113.
 (160) Fechner, a. a. O. (Anm. 153), S. 113f.
 (161) Fechner, a. a. O. (Anm. 153), S. 115.
 (162) Fechner, a. a. O. (Anm. 153), S. 116f. Vgl., Fechner, Wahrheit und Recht, in: K. Ulmer (Hrsg.), Die Wissenschaften und die Wahrheit, 1966, S. 118-133, 129f.
 (163) Erich Fechner, Rechtsphilosophie, 2. Aufl., 1962, S. 242f. 参照, 渡邊二郎「限界状況」『講座近・現代ドイツ哲学3 ハイデッガーと現代ドイツ哲学』(理想社, 2008年) 1-42頁, カール・ヤスパース『哲学』(中央公論新社, 2011年) 339-455頁。
 (164) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 280-285.
 (165) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 281f.
 (166) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 282.
 (167) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 281f.
 (168) Vgl., Erich Fechner, Existenz und Auftrag, 1991. この実存としての人間の問題は, 良心の問題としても論じられる。つまり, 立法者なら事物に反する決定をしなければならないとき, 裁判官なら法律の文言に反しても判決を下さなくてはならぬとき, 一般市民でも矛盾する義務のどれかを選択しなければならぬとき, 良心が指し示す道筋に従い己の行いを選び取らなくてはならない。自然主義の立場ならこの良心を唯の類的本能と説明するだろうが, 超越性を承認するフェヒナー人間学の立場から見れば, 良心とは, 倫理価値, 更に法的価値を認識し衡量し行動する能力なのである。Vgl., Erich Fechner, Rechtsphilosophie, in: Handwörterbuch der Sozialwissenschaften, Bd. 8, 1964, S. 748-762, 754.
- (169) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 284f., 290.
 (170) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 279.
 (171) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 279, 288f.
 (172) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 269.
 (173) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 282f.
 (174) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 215 ; ders., a. a. O. (Anm. 168) („Rechtsphilosophie“, S. 753f.
 (175) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 33-35, 191.
 (176) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 215, 115-120. 参照, 三宅(前掲(8)) 122-132頁。
 (177) Fechner, a. a. O. (Anm. 163), S. 216. Vgl., Fechner, Die private Sphäre in der Gegenwart, in: Recht—Staat—Wirtschaft, Bd. 3, 1951, S. 31-35; ders., Freiheit und Zwang im sozialen Rechtsstaat, 1953; ders., Die soziologische Grenze der Grundrechte, 1954; ders., Gewaltanwendung und Gewaltüberwindung als Notwendigkeit im Recht, in: ZfgSW, Bd. 110, 1954, S. 13ff.
 (178) Vgl., Heiner F. Klemme, Einleitung, in: E. Kant, Über den Gemeinspruch: Das mag in der Theorie richtig sein, taugt aber nicht für die Praxis. Zum ewigen Frieden, 1992.
 (179) 参照, 高橋広次「純粋法学と法存在論」長尾龍一ほか編『新ケルゼン研究』(木鐸社, 1981年) 64-70頁, 同「純粋法学の根拠への帰向(2・完)」法の理論2号(1982年) 98-99頁。ケルゼンに依拠しつつケルゼンを超克する極めて類稀な試みとして, 高橋広次『『存在法』より展開された自然法論の根本問題(1)~(4・未完)』南山法学3巻3号(1979年) 145-168頁, 4巻1号(1980年) 61-106頁, 2号(1980年) 45-87頁, 4号(1981年) 43-113頁。
 (180) Rolf Gröschner, Rezension von M. Jestaedt, Das mag in der Theorie richtig sein..., in: Der Staat, Bd. 46 (2007), S. 161f.
 (181) 本稿が依拠する解釈学の理解については, 次の文献を参照されたい。三宅(前掲注(8))第二章。

《Summary》

Die Reine Rechtslehre und die Verwaltungsreform:

Das Konzept der doppelten Rechtsdogmatik Matthias Jestaedts

MIYAKE Yuuhiko

In diesem Jahrzehnt zieht die Reine Rechtslehre die Aufmerksamkeit der deutschen Staatsrechtslehrer auf sich. Im Mittelpunkt der Kelsen-Renaissance steht Matthias Jestaedt. Nach dem Herausgeber der „Hans Kelsen Werke“ (2007ff.) liegt der Kern dieses „konsequenten Rechtspositivismus“ in der „Autonomie des Rechts und der Rechtswissenschaft“, die zur doppelten Rechtsdogmatik, d. h. zur Rechtserkenntnisdogmatik und Rechtserzeugungsdogmatik führen sollte. Aber bei Jestaedt geht es eigentlich um die Grundlegung der Verwaltungsreform und Verwaltungsrechtsreform, und zwar im Rahmen seiner auf Kelsen beruhenden Rechtsgewinnungstheorie. In Wirklichkeit ist es jedoch unmöglich, die neueste Rechtspraxis mit der altmodischen Rechtslehre zu begründen, die m. E. mindestens zwei methodologische Probleme hat. Erstens ist das Konzept des Unterschieds zwischen Recht und Rechtswissenschaft erst im „späten Kelsen“ oder in seiner amerikanischen Zeit entfaltet, in der die ihm eigentliche neukantische Haltung durch die amerikanisch-positivistische Haltung ersetzt worden ist. Zweitens fehlt der Rechtserzeugungsdogmatik, die die Rechtfertigung der verschiedenen Reformbewegungen voraussetzt, die exakte Wissenschaftlichkeit, wie die heutige andere Kelsen-Autorität, Horst Dreier schon betont. In der Gegenwart ist es nicht die naturwissenschaftliche Wissenschaftlichkeit, sondern die geisteswissenschaftliche Wahrheit des Menschen und des Rechts, die in der Tat der deutschen und japanischen Staatsrechtslehre unentbehrlich ist. In diesem Sinn muss man einerseits gegenüber der „Renaissance“ skeptisch sein, andererseits die existenzialistische Rechtsphilosophie ernst nehmen.

Keywords: Kelsen-Renaissance, Reine Rechtslehre, Verwaltungsreform