

記念講演

法規範の段階付けについて

ヴォルフラム・ミュラー・フライエンフェルス

榎 澤 能 生 記

序

早稲田大学比較法研究所の三〇周年記念事業は、私に、法秩序の構造問題について講演する絶好の機会を与えて下さった。もっともこの輝かしい記念講演会と私のテーマの難しさに鑑みると、私は——フライブルクの国法学の同僚、ヴェルナー・フォン・シモンの見事な告白を借用すれば——まるで「ヴァチカンの宗教会議で『聖書』」について一時間講演することを依頼された、村の助任司祭⁽¹⁾のような心境である。

私は以下で、「法規範の段階付けについて」少しお話ししたい。このテーマは昔から見渡しえない程さまざまに論じられ、常に異なる出発点から取り組まれ、相互に対立する結論を生み出してきた。祝贺されている研究所のこれまでもお二人の所長もまた、その法理論上のお仕事で、この根本的テーマの重要な論点を扱われている。中村宗雄教授

は、既に三〇年前、従つて研究所設立の頃に、とりわけアドルフ・メルクルおよびハンス・ケルゼンの「法段階理論」と批判的に取り組まれた。⁽²⁾ 中村英郎教授は、民事訴訟の歴史と理論に関する比較法研究の中で、わけても、ゲルマンでは「欠如していた、ローマ帝国における国家と市民の間の段階関係」から始まり、一七世紀におけるローマ法の論理を体系化する努力の時代を経て、「……ローマ法圏に属する……日本法は……実体法の秩序付けられた体系を持つている」⁽³⁾「と分析される」現代にまでいたる発展を、印象深く追求された。続いて同教授は、中村宗雄教授の提案を受けて、「階層構造の思考方法を法学に導入する」ことおよび「今後、ローマ法学とゲルマン法学の間に階層関係を見る」ことを考察された。⁽⁴⁾

法規範の段階付けが実務に対して持つ意義に関する、様々に議論される事例が提起する問題は、裁判所は、法律や判決の合憲性を審査することができるか否かの問題である。これに関する意見の相違は、今日まさしく近代的法秩序を、対立する陣営に二分する程大きい。この問題への異なる解答は、法秩序が近い親類同士として妥当している、それどころか一つの法系に属している国々のあいだですら、今日分かれてゐる。例えばイギリスとアメリカとのあいだにおいて、あるいはスイスとドイツ連邦共和国とのあいだにおいてそうである。

一方の意見形成⁽⁵⁾は、実務上の成果を期待できないという理由から、憲法裁判所を欠いている国々から出発する。おそらくこれらの国民は、およそ彼らの「憲法」をいまだ意識していない、すなわち「憲法」⁽⁶⁾に基づく個人の訴求権をおお全く認めていない。イギリスは、トクヴィル⁽⁷⁾がそこには憲法はないと考えたにもかかわらず、このような国に該当しない。しかしながらイギリスは、とりわけある種の政治的権利を犠牲にしなければならない危険があるという理由から、拘束力ある基本権カタログの導入を今日にいたるまで拒絶している。⁽⁸⁾ そのうえ同国は、形式上合法的に公

布された法律の憲法適合性を実質的に審査する権限を、裁判所に与えていない。その背後には、実にさまざまな理由がある。例えば、裁判官が政治問題から身を遠ざけることに固執すること、下院や政府が、この権限を裁判所に付与すれば、自分達の裁量余地の制限を甘受しなければならなくなると危惧すること、また、その大陸ヨーロッパの出自をこれほど明瞭に示している制度の受容によって、イギリスの法制度が外からの影響に屈伏するという反感も、その理由の一つに挙げられている。⁽⁹⁾

イギリスには確かに議会の法律と裁判所の判決からなる憲法規定がある。しかしそれは、個々の条文に分類され、他の法律から際立っており、高度の存続保証を備えている、文書に明確に記述された、自己完結的な憲法規定というものではない。⁽¹⁰⁾ そのうえイギリスには、憲法に適合した規制への立法院の拘束に関する、明確な定めがない。F・A・マンは、的確にも次のように明言している。「立法それ自体が、法すなわち基本的な法、とりわけ憲法に結合しているということとは、一八世紀の終わりになって漸く、北アメリカとフランスにおける革命の結果として達成されたのだが、イギリス王国にはなお妥当していない。」⁽¹¹⁾ イギリスはとりわけ、議会の主権性は、議会手続にしたがって決定された法律の憲法適合性に関する裁判官による内容的コントロールと調和しない、という立場に完全に立っている。このような考えはなканづく「議会は、いかなる種類の法であれこれを制定し、あるいは廃棄する権利を持っている。なんびとも議会立法権を踏みこむ権利を持たない。」⁽¹²⁾ という「永遠の」議論によって担われている。実務上はこの解決⁽¹³⁾について特に次のような議論が援用される。裁判官に立法審査権を与えると、議会での立法に際してすでに決着済の政治的紛争が、改めて憲法裁判所の面前で憲法上の議論をとまって争われることになるのは避けられないだろう。その場合、憲法判例は「最後の言葉」となり、判決は政治的意思形成を支配する結果となる。いずれにせ

よ結論は、「憲法」という言葉が、イギリスの文脈の中でいかなる意味に用いられようと、イギリス憲法は、アメリカ、カナダ、オーストラリアの憲法と違って、「高次法」ではない。⁽¹⁴⁾

フランスもまた、一七八九年大革命の人および市民の権利宣言によって、憲法上の基本権の発展に期を画し、「法秩序の最高規範」を承認しているにもかかわらず、裁判官が行う、憲法に基づく法律の一般的審査権を否定している。⁽¹⁵⁾

「裁判官による法律の憲法的コントロールに対する敵意は、近代フランス国家の誕生以来支配的傾向となった。」⁽¹⁶⁾憲法に衣拠した、裁判官による法律の審査権は、とりわけ権力分立と調和しない。その行き着くところは「裁判官による統治」である。⁽¹⁷⁾しかし第三権力はただ法律を適用すべきであって、法律にたいする主人および判定者として想定されてはいない。以上のような理解が支配的である。したがってフランスの裁判官が、ある規定を憲法違反と考えたとしても、その規定の公布後は、これに拘束される。⁽¹⁸⁾

これと対立するのが、特にアメリカ合衆国だ。同国はまさしく「国家行為の憲法適合性に関する裁判官による有効な審査のいわば祖国」である。⁽¹⁹⁾トクヴィルがすでに鋭く観察したように、「アメリカ人は法律によってよりもむしろ憲法によって決定を根拠づける権利を裁判官に与えた。」⁽²⁰⁾もっともこの記述によっては、同国の憲法裁判所の注目すべき中間的地位は論じつくされていない。

つまり合衆国の最上級裁判所の裁判官による、連邦の立法をも対象とする審査権は、注目すべきことに、憲法の中で明示的に規定されているわけではない。これは、マーベリー対マディソン事件⁽²¹⁾における首席裁判官、ジョン・マーシャル⁽²²⁾により展開された裁判所の多数意見自体に遡り、合衆国の政治的、哲学的、憲法史的伝統から発展せられ

た。そのかぎりでの審査権は、裁判官法（判例法）による法形成の典型的事例であり、この場合、裁判官自身がその権力について決定を下したことになる。こうして、批判者が主張するように、民主主義のプロセスから距離を置いた、国民の民主主義に対する司法コントロールのための基礎が据えられたのであり、これによってはもちろん、裁判所の憲法を越えた中立的な権力の地位と「三権の」相互的な影響は正しく評価されない。

アメリカ人の理解によれば、連邦法をも対象とする裁判官の審査権は、合衆国憲法を支配する“check and balances”の原理の不可欠の構成部分を成す。その限りでこれは、アメリカ人の目で見ると、提訴できる「法の支配」を伴った権力分立の原理を実現していることになる。もちろん実務においては、目があらく多様な解釈を許す憲法の文言に関する合衆国最高裁判所の日常的解釈機能のほうが、「裁判官による審査権の劇的な行使——これは、裁判所による憲法の継続的解釈技術のほんの一切片にすぎない——よりもはるかに重要である。」⁽²⁴⁾

というのも、憲法を権威を持つて拘束的に解釈する権利を持つ者が、とりわけ決定的な存在だからである。アメリカの憲法は、その意味で、柔軟な役割の枠組みにおける「法の支配への熱烈で一致した献身の共同体」⁽²⁵⁾を背景としつつ、すべて「裁判官による統治」⁽²⁶⁾へと収斂してゆき、最後に「憲法の論理は、合衆国の最高裁判所の常識である。」⁽²⁷⁾という結果をもたらす。

合衆国における、国家的行為の憲法適合性に照らした司法コントロールの展開は、他の多くの国々に方向を示すものとして、影響をあたえた。その足跡は、⁽²⁸⁾中・南米諸国およびスカンジナビア諸国からアイルランド、トルコ、を経て、日本、インド、ギリシャ、イタリア、⁽²⁹⁾ドイツ連邦共和国にまでおよび、これらの国々のこの領域における固有の規制に達している。

法律の憲法適合性に関する裁判官の審査権は、日本では一九四六年一月三日に公布された憲法の第八一条で、初めて導入された。同法の第七六条二項は、明示的に特別裁判所としての憲法裁判所の設置を禁じている。むしろ各々の裁判所が——最高裁判所における最終審において——係属する手続きの枠組みの中で、法律の憲法適合性を付随的に審査する権限を持つのであり、従って日本では、規範コントロールを目的とする抽象的訴えにつき裁判所は権限をもたない。⁽³⁰⁾このような訴えは、日本人の法意識からすれば、裁判所の課題を「純粹な司法」行為に限定することにより、むしろ忌避することになるだろう。また日本の判決は、憲法裁判権を抑える必要から、審査に際しては原則として、アメリカ合衆国最高裁判所と比べて遙かに控え目である（司法の自己抑制）。判決は、法律を裁判所に審査させる可能性を稀にしか利用せず、⁽³¹⁾憲法拡張主義の危険に予め対処しようとする。その限りでこれは、政治的に争われているあらゆる問題を憲法問題にまで高めて様式化する危険を回避するため、アメリカで確立された「政治問題ドクトリン」の制約にもしたがっており、⁽³²⁾憲法の供述は、常に何か例外的なものであるべきだとされる。さもなくば、日本人の法意識によれば裁判における闘争や争いの決定は、極力回避されるべきだ⁽³³⁾ということを全く無視して、政治的闘争はその最終段階でいつも憲法上の議論において終息することになる。

ドイツ連邦共和国の憲法は、「ワイマールの立法者が全能だったという否定的体験から」⁽³⁴⁾裁判官による審査権を規定しており、これはとりわけ、連邦憲法裁判所で全盛を極めている特別憲法裁判権によって行使される。連邦憲法裁判所は、具体的な規範コントロールの枠内で法規範の排斥を独占するのみならず、抽象的規範コントロールによって包括的な審査・排斥権を独占し⁽³⁵⁾、裁判所と「憲法機関」の二重の役割を持つという問題性を先鋭化した。「真正の権力要素」となった連邦憲法裁判所は、「憲法の至上性と、憲法の拡大を実務の上で成就した。」⁽³⁷⁾同裁判所の判決は、

裁判所に一般的に要請される自制のための觀察素材（司法抑制）のみならず、反対に個別法規の憲法適合性査査に際する、裁判所の権限の拡張的解釈のための觀察素材をも提供している（司法積極主義）。この「憲法の優位」を保証し、規範の段階構造を示唆する憲法裁判所は、ドイツではまさしく「法の道にとりわけ力点を置く政治秩序としての法治国家の戴冠⁽³⁸⁾」と賞賛される。

近代的な特別裁判所としての憲法裁判所をもったヨーロッパで最初の国は、オーストリアである。当時その理論的根拠づけにおいて、ハンス・ケルゼンと彼の「純粹法学」の信奉者から決定的な影響を受けた、一九二〇年の連邦憲法⁽³⁹⁾が、同裁判所のための法的基礎をここで与えた。まさに特殊「オーストリアシステム」⁽⁴⁰⁾について語られるというのも、この憲法の抽象的で原理的なコントロールシステムと、固有の機関である「憲法裁判所 *Verfassungsgerichtshof*」による憲法判決——これは第二次世界大戦以来ヨーロッパで広範に普及した——があつてのことだ。

法を法規範として、法秩序を法規範の体系として、法律学を法規範に関する言説として把握するこの学説の創始者⁽⁴¹⁾、アドルフ・メルクルは、彼の定式化について、「もっぱら法秩序の段階構造に関する学説という命名を要請」したほどであつた。これによつて、「とりわけオーストリアにおける憲法・行政法教義学において、法の段階構造への異議が、中心的な議論の場を形成しており、基本的な種類の研究でこれが欠落することはほばない。」⁽⁴²⁾という結果が生じるにいたつた。その上この段階学説は、あらゆる国家行為を法行為とする、「純粹法学」によつて樹立された法治国家的理解とならんで、伝統的な権力分立学説の「對抗モデル」たること、および憲法裁判所を法理論上基礎づけるものであるとを、自身に要請する⁽⁴³⁾。ハンス・ケルゼンとその「ウィーン学派」による総じて保守的な影響は、確かに今日にいたるまで作用しており、その結果「批判的法実証主義」⁽⁴⁴⁾の旗印の下では、オーストリア憲法は「概ね形式

的に整えられている」ものとしてのみ現われ、基本権の理解の変化の余地がほとんど与えられず、したがってここでは、例えばドイツ連邦共和国におけるのとは異なり、「憲法を実質的な価値秩序とみなし、それに従って解釈することとは、ほぼ不可能⁽⁴⁵⁾」である。しかしながら、裁判官による包括的な審査権を持つ憲法裁判所をヨーロッパに普及した功績は、ケルゼンの影響の下でのオーストリアの「法」発展に帰属する。オーストリアにおける法発展は、法秩序の段階構造に関する学説の樹立と憲法裁判所の形成との時間的関連を示しており、これは他国の法秩序では見られない。またオーストリアの法秩序は、「政治的信条」⁽⁴⁶⁾としてではなく、「法規定の体系」⁽⁴⁶⁾として構想されている。

これに対して最後にスイスでは、憲法に抵触する連邦法律も、憲法起草者によって再び現行法として扱われる。連邦憲法第一一四条三項によれば、「連邦議会によって発布された法律」は、およそ連邦裁判所にとっての基準となる。これによって、第一一三条一項三号において連邦裁判所に与えられた、「憲法に適合した市民の権利の侵害に関する抗告につき」決定する権限は、制約を受ける。これについての理由づけとしては、とりわけ、具体的な法律上の規制と、単なる原則を幾重にも取り入れたにすぎない憲法規定との整合性を判定させるのは、しばしば極めて困難だということがあげられる。いづれにせよこれは、「純粹に法律上の問題ではない⁽⁴⁷⁾」。その上憲法裁判所は、廃止するだけで、削除されたものに代えてそれより良いものを定立できるわけではない⁽⁴⁸⁾、またとりわけ、一つの機関が負うべき立法に関する責任が分割され、弱められる、とされる⁽⁴⁹⁾。しかしながら同様の困難性にもかかわらず、連邦憲法第一一三条は、連邦法および連邦憲法との整合性の観点から裁判官が、州法につきコントロールする可能性を開いている。したがってここでは、憲法⁽⁵⁰⁾に従いそれぞれの規定が持つ規範の段階構造上の地位に応じて、裁判官による審査権に基本的な差が設けられている。

現代における多様な法秩序についての以上の概観によって、手続きに合致して成立した法律の、憲法適合性の観点からする裁判官の審査権限如何という問いに關し、諸国家はいかに異なる立場をとっているかが示された。他の問いと同様に高次の段階にある法の保護と結合したこの問いへの回答にとって、手掛かりとなるのは、段階構造への法のその都度の組み入れである。もっとも、論理的演繹から法政策上の価値判断を理由づけることはできないというのは疑いのないことで、とりわけ論理上高い段階に位置づけられている規範が、より高い法政策上の価値という意味の法律上高い段階に位置しているとはかぎらない。

そこで、このような規範の段階構造は、一体何を意味するのかという問題が残る。

本 論

Ⅰ. 法規範の段階付けに関する歴史的考察

法規範の段階付けは、近世になって初めて現われた、具象的な説明と言うわけでは決してない。⁽⁵¹⁾ところが今日支配的な規範実証主義的法理論は、一九世紀初頭以前には存在しなかった自律的法律学を前提としている。⁽⁵²⁾これに應じて過去数十年において、とりわけ「規範の段階構造」学説との関連における、ウィーンの「純粹法学」によって、法規範の段階付けへの論理的考察が開始された。その際この学派は、規範間の論理的関係、および構造とプロセスの相互規定性に考察を集中した。しかしながら「純粹法学」は、それが樹立した「段階秩序」の背後に、遠い過去に遡る前合理主義的観念を隠し持っており、その「一見完璧に合理主義的な構成の内にC・G・ユングの意味における」元型

Archetypus₂ を宿している⁽⁵³⁾」という側面が見落とされるところなら、「純粹法学」はもはや「ウィーン学派」とはいえないだろう。この側面はまた、今日にいたるまで「純粹法学」の段階構造論が放っている人を引きつける魅力と、世界的な反響に少なからず寄与したのではなからうか。⁽⁵⁴⁾ケルゼンによって「純粹法学」の中心に据えられた、法の「段階理論」の創始者、アドルフ・ユリウス・メルクルは、彼の最初の著作において既に、「段階的法創造——これに対して最後の法は、あらゆる創造・生産行為において見られるように、神秘性を与える——」プロセスの「神秘的なできごと」について語っている⁽⁵⁵⁾。

その上今日、以上のことに関連して「段階構造学説」の過去から現在にいたる歴史的継続性が、好んで強調される⁽⁵⁶⁾。これによってももちろん、憲法的思考にひいきめを持って出発し、論理・構成的、分析・実証的になされる今日の営みと、「とりわけ民法、民事訴訟法、刑法、刑事訴訟法、といった誇り高き古き法領域」の実定法規則を「初学者」として超実定的法原則から導き出そうとする、古代の法哲学およびキリスト教・スコラ学の法哲学に遡る教義との間の対立が、一層明瞭となる。

後者の発展の端緒においても、超現実的存在に始まり、非現世的創造意思による段階付けを経て、理性によって形成される段階付けに達する、古い理想主義的法・社会学説が存在する。既にストア学派は、ヘラクレイトスの自然法学説を引き継いで、「法の三段階」⁽⁵⁷⁾に関する学説を発展させた。クラヴィッツは、「あらゆる法はその本性上、ヒエラルヒッシュに構造化されている……、という自称根本的な観念は、形而上的・思弁的起源を持つ伝統的な法律ヒエラルヒーの法観念を背景とするものであり、この法観念は、伝統的な法・国家哲学に数世紀にわたって影響を与え、現代にも影響力を持続している」⁽⁵⁸⁾と描写する。

古代の社会システムが既に、初期ギリシャの法思考における義務付ける秩序としての「ノモス」の多層的概念と同様、このような法觀念の足跡を示唆している。ノモスの特徴付けるのは、それが祭式と多神崇拜から由来していることと、習俗および習慣と結合していることである。「ノモス」は、定立された法の前提条件であると同時に基礎である。プラトンは、とりわけ彼の言う「ポリテイア」の前提条件を満たさない都市における法律の必要性を肯定していた。血縁親族から独立したシステムによる古代の性秩序の編成の過程で、上下秩序を伴う立法が増加する。自立したギリシャの都市国家は、これに応じて既に早くから、法樹立におけるヒエラルヒー構造を示している。同様のことが、エジプトのプトレマイオス王国に妥当する。⁽⁵⁹⁾

初期ギリシャの理解が、都市と国家を破壊させたのに対し、アリストテレスは家共同体に拡張された家族の上に次の中段階としてゲマインデをその次に直接国家を措く。初期の法のヒエラルヒー的編成は、宗教的に魔力的な觀念の克服に際して、神の権力から世俗の法を解き放ち、その妥当根拠を脱神話化する努力を導いた。定立された法としての世俗法の形成は、これによって明らかにますます人間の処分権に引き渡されていった。同時に法の形成は、相應する理論形成を伴いつつ、立法者の意思と洞察において合理的になされた。そうしてその時々々の文化史的発展との関連で順次、宗教的、自然法的、理性法的特点を備えた多様な教義が現われた。振り返ってみるとこれらの教義は、体系における基本的な相違点にかかわらず、法の段階構造に関する近代的学説の先行者なのだ。

この観点の下で例えば、古ローマ法の発展が観察される。⁽⁶⁰⁾ローマではまだ文字で書かれていない最古の法は、神によつて与えられたものとされた。したがってそれは、先在するものと見做された。⁽⁶¹⁾それ以前は、人々の共同生活を組織する規則が、市民共同体によつて単に伝統に沿うものとして受け入れられ、承認されていた。⁽⁶²⁾

ローマの言い伝えによれば、王の法律 *leges regiae* が頂点に立っていた。これは当初、神によって定立された不動の秩序に還元されたが、後になって、王がこれにより共同体生活の最も重要な行事を規制していた、神祇伯の写本 *pontifex maximus papirus* によって収集された法律として把握されるようになった。この後代の付属物と並んで、この法律は、それに与えられたとりわけ大きな尊敬を説明する要素、すなわち古い神聖な規定の本物の核を含んでいたのではなからうか。伝えられる最古の法律、十二表法は、例えば憲法的規範のようなものではなく、日常的使用のための私法的内容の規定を提供するものである。同法は、特に公式的な種類の若干の制度が、貴族の特別財産を置いたものの、基本的には貴族と平民のための同権を規定するものだった。時が経過するにつれ、法服従者の段階付けが發展する。ローマ法の普遍的妥当要求の結果、何人かの優遇された外国人は、ローマ法への完全な参加は認められなかったものの、ローマ法のいくつかの私法制度に参与した。こうして他の市民は、ローマ市民と完全に同等の地位を与えられることなく、ローマ人の取引能力 *commercium* または、婚姻権 *conubium* ⁽⁶³⁾ を付与された。後期ローマ法は、これに応じて、一連の段階付けと、その中に表現されている地位の区別を有している。この段階付けは、人にだけではなく、あらゆる生き物に妥当する「自然法 *ius naturale*」、あらゆる人に共通の「万民法 *ius gentium*」、一つの都市にのみ妥当する「市民法 *ius civile*」の中心的な区別を反映している。

キリスト教的中世においては、法におけるヒエラルヒー秩序——これは神によって定立された法から帰結される——の思考は、遙かに強く刻印されている。ここでは、実定的皇帝法として継受されたローマ法から多くのものが受け継がれたが、中世の段階思考は、例えば中世の立法実務から生じたのではない。それはむしろ、とりわけ社会の統一的、宗教世界的秩序に関する理論、ならびにおよそスコラ哲学の国家・社会思想の中世的構成において、表現され

たものである。

クリューガー⁽⁶⁴⁾とクラウス・フォーゲル⁽⁶⁵⁾は、この関連で、Dionysius Areopagata の「天上のヒエラルヒー」および中世レーン法の「封土秩序 Heerschildordnung」を例に挙げている。特に中世スコラ哲学は、完全にヒエラルヒー的な秩序である。

中世のヒエラルヒー思考に最も大きな影響を与えたのは、トマス・フォン・アクヴィンの著作である。この遠大で創造力溢れる明敏な著作は、教義の完全な思考建築物をうち建てていた。トマス・フォン・アクヴィンは、国家 civitas の統一体において、宗教的、倫理的、政治的信念の段階を区別した。法の構築において彼は、「永久法 lex aeterna」すなわち「神法 lex divina」「自然法 lex naturalis」と、人間の規約によって生じる「人定法 lex humana」すなわち「実定法 lex positiva」を区別した。キリスト教的世界の歴史把握の優位を具体化した、彼の中世的段階秩序は、「神の法は、人によって公布されたあらゆる法の上に位置する⁽⁶⁶⁾」という文章に言い尽くされている。あらゆる法の統一的根拠を、伝統から超越性へと移したこの段階付けは、広範な影響を与えた。これに関する評価は、ルーマンにより今日尚次のようにまとめられている。「実定法の制度化のためのこのヒエラルヒーモデルの意義は、いくら評価してもし過ぎることはない。」⁽⁶⁷⁾

トマス・フォン・アクヴィンの学説は、第一義的には神学の教義だった。ここで前面に出たのは、良心における義務づける力の問題だった。その核心は「人間によって定立された法は、それが正義である場合、永遠の法の良心の法廷の前で義務づける力を持つ。この力は、永遠の法から導き出される。」⁽⁶⁸⁾

これと結合した法学説は、多くの議論を呼び起こした。すぐ次の時代において、とりわけ法律の概念に関する理解

は分裂し、合理的理解と政治的理解に分かれた。後者によれば法律は、その内容によって拘束するものとは理解されず、主権の発露とみなされた。一四世紀初頭以来、世俗権力は自己に下属するというローマ教皇の主張をめぐる争いにおいて、益々政治的法律が主権者の表明として把握された。この政治的法律に対峙したのが、合理的法律の理念であり、これは、自由を基礎づける一般的な自然法規範によって、世俗権力の支配を限定する目的を持つものだった。

近世において人間は、宗教的倫理的に基礎づけられた伝統的法観念と秩序システムから抜け出した。これに伴い、法を結局社会の外と上にそびえる領域から決定した、伝統的支配秩序の基準の前提条件が消え失せた。その時点まで支配的だった、宗教的倫理的に決定された、「高位」「低位」規範に関する自然法理論の解消過程が、益々進行した。その埋め合わせに生じたのが、形而上的性格から自由な独立した法理論による、世俗世界の合理的な新しい体系化である。⁽⁶⁹⁾ そのさい、非選択性および非可変性を備えた最高次の法の、疑いの余地ない權威が背後にあるというわけではやないことが、明らかであるに関わらず、「あらゆる法に内在する法規ヒエラルヒー」⁽⁷⁰⁾ が一緒に放棄されたわけではないし、根本的に戦われたわけですらない。とりわけ国家は、近世におけるその法定立独占の形成以来、自己を私的自治の根源でもあるとさえ理解した。こうしてキリスト教的自然法観念に代わって、あらゆる法の世俗的実定性の観念⁽⁷¹⁾ が益々強まった。この実定性に今日呼応するのが、「自然法抜き⁽⁷²⁾の憲法理論」である。

この経過においても、理想主義から歴史主義を経て実証主義に至る、近世における発展が明瞭に跡づけられる。これはとりわけ、概念分析的思考の台頭、および近代国家とその法秩序の、自己創設の主権性に支えられた・益々強くなる主権観念と主権要求⁽⁷⁴⁾ に関係している。しかしながらこれによって、「発展が」終わったわけではなく、⁽⁷⁵⁾ 「変容過程の差し当たりの終着点」は確認され得ない。⁽⁷⁶⁾ 発展はむしろ絶え間なくこれを越えて、あらゆる理論を「技術の完

成⁽⁷⁷⁾」のために「偽神学⁽⁷⁸⁾」の方法に従って利用することをめざす。ポーランドの風刺作家スタニスラオス・レック Stanislaus Lec が皮肉を込めて指摘するように、「技術は途中で、人間が自分自身関与せずともやっていけるような完成に達し⁽⁷⁹⁾」得る。

このような過去の発展の最終段階においてとりわけ、法体系の総体的建築における、独立性を熟慮し実定的に準備された法の段階構造説が、益々注目されるに到った。その際、個別国家の法的統一という思考が、国民国家理念の支配的強化を伴い、国家と法の同一性のテーゼ⁽⁸⁰⁾に依拠して、とりわけ規範学的理論形成によって促進されつつ、前面に出てきた。これは特に、国家を越えた、実質的に「世界国家的」理念⁽⁸¹⁾の犠牲の上で生じ、この理念は、今や完結した規範ヒエラルヒーからできる限り遠ざけられ、まさにこの点から非法的な、あるいは超法的なものとして格下げされたのである。一九世紀のパウル・ラーバントが用いた諸概念を一定程度ひきつぎながら、二〇世紀においては、実質的な憲法構成要素を広範に除去しつつ、憲法の形式的妥当力の拡大が示唆された。この意味でわけても「純粹法学⁽⁸²⁾」の創始者H・ケルゼンは、「自然科学が有するとはほぼ同程度の厳密さを法律学に樹立する⁽⁸³⁾」ために力を尽くした。

Ⅱ. 近代の段階付け理論、とりわけ「純粹法学」の段階構造

法的規範の段階付けに関する近代ヨーロッパの学説は、一〇〇年以上前の時代に遡る⁽⁸⁴⁾。当時E・R・ビアリングが、A・トーン⁽⁸⁶⁾の準備作業の後を受けて、規範に関するカール・ビンディングの学説⁽⁸⁷⁾に依拠しつつ、法秩序の連関における法規範間の段階区分を明らかにし始めた。その際彼が特に問題としたのは、法秩序の樹立への理解を獲得することだった。ビアリングは、一八七七年に刊行され始めた著書「法の基本概念の批判について」の中で既に、「上位

に置かれた」および「下位に置かれた」法命題⁽⁸⁸⁾の区別を展開した。この区別によって彼は、法命題を「第一」「第二」「第三」等々の段階に区分し、その際「もっぱら妥当の種類と根拠の相違を示唆した」⁽⁸⁹⁾。ピアリングは、法律行為をも、その「本性」を法規規定⁽⁹⁰⁾の内に見出すことによって、包摂可能な関係の段階秩序の中へ組み込んだ。

妥当の種類と根拠に従った段階的な下属関係というこの観点により、ピアリングが導き出した考察は、後代において更に重要な意味を作り出した。この関連では特に、オーストリア学派から出発し、その後これを遙かに越えて広がった。例えばアドルフ・J・メルクル⁽⁹²⁾、ハンス・ケルゼン⁽⁹³⁾、アルフレッド・フェルドロス⁽⁹⁴⁾、ハンス・ナヴィアスキー⁽⁹⁵⁾や、その今日の代弁者、ヴァルター、エリンガー、ペーレント等々の名前と結びつく学説を挙げることができる。これらの学説を基礎として固有の体系を樹立したのが、ルドルフ・シュタムラー⁽⁹⁷⁾、フェリックス・ソムロ、ヴァルター・シェーンフェルト⁽⁹⁹⁾、ヴァルター・ブルクハルトらである。現在「純粋法学」を好んで——とりわけケルゼンが与えた形姿において——援用するのは、分析法理論と法実証主義の基礎にたつ、ヘルベルト・L・A・ハートである。ハートはその著作「法⁽¹⁰⁾の概念」において、「第一次的および第二次的ルールの結合としての法」を、「承認のルール」に関するドクトリン——もつともこれはウィーン学派のように、規範倫理上の問題を排除するものではないが——の枠組みの中で定義している。

ピアリングはこのテーマに関する最初の著作「法の基本概念の批判について」の中で、法命題の妥当は全法秩序において一体何によって根拠づけられるのか、という問いから出発した。このために用いられた下属関係の段階付けによって、彼はある規定の妥当を、憲法のようなより高次の法命題の存在に帰着させた。ピアリングは「下位に置かれた」規範の妥当を、より高次の「上位に置かれた」規範へ還元させることに常に立ち帰ったが、とりわけ「法学原理

論⁽¹⁰⁾」においてもそうであり、ここで彼は個々の遡源関係をより詳細に扱った。

しかしながらビアリングは、「第一および第二——ないし第三、第四、——秩序の法規範の区別⁽¹⁰⁾」を、完結した体系の枠内で明確に全体としては見ていなかった。後のアドルフ・J・メルクルの言によれば、完結した「法秩序の段階構造」の「全体像」は既にビアリングの念頭にともかくもあった。それまで支配的だった学説が、法体系を一平面で見ているのに対し、ビアリングはそれを「必然的に高い効力と低い効力によって形づくられた建築物」とみなしたのである。けれども彼は「いわば二つに区切られた階をスケッチする⁽¹⁰⁾」ために、その視野を「建築物の一部に限定」した、とメルクルは評価する。

メルクルは、法総体の段階構造のための基礎を与えた。法秩序建設のための彼の「段階理論」の出発点は、一定の行為は他の先行する規範にもとづいて、法創造行為としての力を持つというものだった。メルクルは一九一八年の著書「法の二つの顔⁽¹⁰⁾」の構想に際して、既に数年前に刊行されていた、ビアリングのこのテーマに関する詳述をまだ知らなかった。彼が後にこれについて知った時、彼は、ビアリングの詳述を継続する旨示唆し、この時自分の学説の他の一連の先行者の名前も挙げた。⁽¹⁰⁾

メルクルの師、ハンス・ケルゼンは、教え子の説に早くから注目した。ケルゼンの関心をひいたのは、わけてもあらゆる価値判断をできる限り排除しつつ、規範的な法体系の統一体を、この説が説く方法によって論理的に基礎付ける可能性であった。そこでケルゼンはこの説を、直接彼の「純粹法学」の中に、中心要素として統合した。法創造のより高次の段階からその下の段への移行は、常に高次の規範の適用および下位規範の「生産」の意味における法創造だとされ、その限りで「段階理論」は、法学からの要請の枠組みの中で「法律上の規範の」従って実定的に定立さ⁽¹⁰⁾

れた妥当する法の「加工」に「純粹に」自身を制約する姿勢をとるとされる。同時にケルゼンは、法律や法令の抽象的當為命題のような**一般的規範**の「法規範」としての性格ならびに**具体的**な裁判官の決定や法律行為の「法規範」としての性格を、段階理論によって承認する。⁽¹⁰⁹⁾このようにしてメルクルとケルゼンは、彼らによって言及され、それ自体完結したものととして把握された法体系を——少なくとも当初は——効果的に一国家の領域に固定し、限定した。⁽¹¹⁰⁾

このような基礎の上に、下屬關係に基づく概念ピラミッドが樹立された。ここでは規範段階間に、「法論理的（妥当根拠）連関と發生的（法生産）連関の双方」⁽¹¹¹⁾が受け入れられ、この連関は「法現象の全段階形式上の進行における、いわゆる法生産、法適用、法執行の一貫した平行性を明白なものに」⁽¹¹²⁾する、とされた。ケルゼンは次いでこの連関を、次のように定式化した。「高位の段階に対して構成要件であるものが、低位の段階に対しては『規範』として現れる。⁽¹¹³⁾」

同時にこの段階付けは、具体化の序列として規定された。すなわちケルゼンは、彼の最初の著作で、段階秩序を憲法規範の形姿における「一般的」規範から開始させた。この一般的規範の次の段階として法律規範がこれに下屬され、その下に政令 *Verordnung* の段階が続き、更に自律的な定款がこれに下屬される。この閉じられた段階秩序の終結点に、ケルゼンは、裁判官の判決や行政命令、法律行為の形姿における**具体的規範**の段階を据えた。⁽¹¹⁴⁾こうして「この段階秩序の」モデルは、時間的順序の中で、手続きに従って相互に結合されるダイナミックな過程、すなわち一般的抽象的法規範から個別的具体的法規範へと段階的に進行する、法の永続的な具体化、個別化が行われる過程において、あらゆる規範的構造が作られるということを記述するために用いられたのである。この法論理的、發生的連関において、ヒエラルヒッシュに樹立された「段階説」は、その創造者の考えによれば、現実世界から孤高を守り、

模範的な仕方方で「純粹法学」の方法上の要請を満たすとされる。こうして段階説は「ウィーン学派」をまさしくその指導者に仰いだ。

しかし「段階秩序」の展開は、一層の進展をみせる。ウィーンの国際法学者アルフレッド・フェルドロスは、「法的世界像の統一性」(一九二五)と銘打った著作で、「段階秩序」を国際法に拡大することによって、一般の法 *das einfache Recht* の「段階秩序」を完全なものとし、かつ一段と高いものにするという提案をした。これによって法規範の段階付けと、これと結合した統一的法秩序における、動的な継続性の觀念に支配された段階理論は、国際法と国家法の関係に関する一元主義理論の精神において、従来設けられていた限界点を越えて最後まで考え抜かれた。⁽¹³⁾

メルクルとケルゼンは、彼らの学説の以上のような継続に対して、例えば拒絶的に対峙するようなことは決してなかった。逆にメルクルはその中に、あらゆる国家法は国際法において全盛を極める、という既にしばしばなされていた主張すら立証されているとみたのであり、したがって「国家法秩序を越えた『統一的法体系』が初めて単なる要請から法的現実となった⁽¹⁴⁾」と誇りを持って書き留めたのである。

こうして今やメルクルとケルゼンは、——もともとケルゼンは論理的思考連関という理由に限定してのことだが、——彼らの段階秩序の頂点に、法秩序の全体理論という見地から、あらゆる規範にとって最高位にあると承認された規範として考案された、唯一無二の根本規範⁽¹⁵⁾を据えた。これは無限に進む遡行を切断するものであり、意思行為によって実定的に定立され規制されるのではなく、単に思考経済上の理由から理論的に段階秩序の頂点に置かれたものであって、「根源規範もしくは基礎規範」とも記述された。この規範に「全法体系がぶらさがっている」⁽¹⁶⁾と讃えられ、この規範の内に「国家の同一性」⁽¹⁷⁾が宿っているとされた。

段階付けの「根本規範」におけるこのような「戴冠」は、「純粹法学」がビアリングの先行する業績を最も大きく凌駕した点である。ビアリングは、その仕事を個々の遡源関係の分析に限定していたのであり、この思考過程を全体の中で極限まで押し進めるという意図を追求せず、極端な結論を引き出すつもりは毛頭なかった。

III. 規範の段階秩序における私法

1. 予期に反さず「純粹法学」の段階構造に、とりわけ書かれていない「根本規範」の主張に批判の火の手が上がつた。⁽¹²⁾ 純粹法学の信奉者によれば、根本規範は「そこから法学的認識の世界が作動する、アルキメデスの点」⁽¹²⁾である。法学的認識の言明はこの根本規範の有効性次第だからだ。⁽¹³⁾ これに対して例えば、それは循環論証の援用であるとか、「フィクション」⁽¹⁴⁾やその他の非現実性への依存だといった非難がなされた。特に学説の「純粹性」を破壊するメタ法学的思考過程の導入が、根本規範への依存に見られると批判された。⁽¹⁵⁾ これによれば、世俗化の終着点と考えられた、根本規範における段階秩序の固定化の達成によって、実定法の本来的妥当根拠が、最終的には偽神学的に再び超実定的規範に移されるのであり、その結果、この規範に関わる処置は、ケルゼン自身が極めて一般的に、形而上的・思弁的自然法理論⁽¹⁶⁾に対して行った、⁽¹⁷⁾ 明敏な批判——これは一九世紀および二〇世紀の形式論理の実証主義にとつて一般的に特徴的な、自然法による根拠付けの否定の線上にある——にさらされる。こうして益々明らかになるのは、とヴェングラーは言うのだが、ケルゼンの意味における法秩序の段階構造に関する学説の側から要請された、個々の段階間の関係の同質性——ここに段階秩序の全構成が依拠している——は全く与えられていないということだ。⁽¹⁸⁾

更に「根本規範」から出発している様々な国際的な議論を見ると、そこでは賛否を越えて、いずれにしても「段階

構造説」の持続的で魅力的な力が反映されているのだが、段階構造説の中における、またそれに対する私法の何らかの固有の地位というものにつき、ほとんど言及されていないことが一目瞭然となる。このことは、ケルゼン自身が「統一的な法体系を分裂させる」私法と公法の区分を、「法治国家の思考と相いれない」として、つとに論難していたことを考えると、驚くにはあたらない。

もっともケルゼンをして「〔公法と私法の〕区別を……まったく捨て去った。」⁽¹³²⁾と言わせるに到らせたのは、主要には、この区別の基準に関する当時の支配的理論の欠陥だったと思われる。また、ケルゼンが法規範の特性と見た、法と国家の同一性という基本的理解も、総じて特殊私法的な考え方と調和しにくい。⁽¹³³⁾

2. ケルゼン、メルクル、フェルドロス、および現代のヴェルターやエリンガーへといたるウィーン「純粹法学派」のその後の代表者達は、——「法律行為」を基礎にその段階付けを試みたビアリングと違って——憲法学者、国法学者、国際法学者である。したがって彼らにしてみれば、彼らの体系学を具体的に実際に記述するための主たる事例を、国法・憲法の領域から選択するというのは、このことからして既に当然のことだった。これにつきとりわけ彼らの役にたったのは、彼らの段階秩序を際立たせる図式…憲法—法律—法令—行政行為⁽¹³⁴⁾である。これとならんで彼らは、例えば瑕疵ある国家行為の領域にも言及した。「この問題の純粹に法論理的構造」⁽¹³⁵⁾において「純粹法学派」の成果を特に明瞭なものとするためだ。

他方彼らの観点にしたがえば、憲法が、段階秩序の枠内で「下位の」「一般の」法律の犠牲の上に、あまりに大きな比重を要求することになりかねないという心配は、彼らの念頭にまったくなかった。とりわけそのヒエラルヒーは、ある一定の法体系に適用されると、日々の生活の中で、まさしく「不法な憲法膨張主義」⁽¹³⁷⁾にまで達するかもしれない

ということが、視野の外に置かれた。法秩序を、関連をもった規範の体系として捉える「純粹法学」の観点と、これに方向つけられた法秩序の「純粹に論理的な構造」の枠組みの中には、それにもかかわらず、このように極端な解決を受け入れる契機はなかった。法律行為——およびこれと結合した私法的考察方法——は、「根本規範」において頂点に達する段階秩序にともかくも体系的な地位を——もつともその自律性について言及されることなく——あたえられていた。この意味でケルゼンは「個別規範の妥当性——例えば法律行為の妥当性——を『より高次』の規範へ、例えば法律行為の上にたつ民法典の一般的法命題へ遡及することに、そして法律から（通常の意味での）憲法へ、さらに憲法から根本規範（法論理の意味における憲法）へと続いて行われる遡及に価値を置いた。」⁽¹³⁸⁾

この秩序付けは、もちろんある特定の法秩序においてとりわけ憲法判例によって、一面的に重視されうる。その觀察素材を提供するのが、ドイツ連邦共和国におけるあらゆる「普通の」制定法に対する憲法の絶対的優越という近年の發展である。ここで基本法の優越原理が、現行法の中に取り入れられて以来、⁽¹³⁹⁾この原理は、連邦憲法裁判所による新しい基本権内容の、それどころか新しい基本権自体（例えば婚姻自由の基本権）⁽¹⁴⁰⁾の發見を通じて、力強く拡大され、同時に間接的な自由抑圧への敏感化によってこれをさらに強化した。⁽¹⁴¹⁾

この過程の進行中に、憲法の優越性のために「純粹法学」の「段階理論」が行った準備作業——もちろんそのためにこれが考え出されたわけではないが——を、ドイツの連邦憲法裁判所の政治的地位と課題充足のために利用可能なものとする試みもなされた。⁽¹⁴²⁾

ドイツ基本法の制定、および後年の憲法裁判管轄権の形成に対しては、アメリカ合衆国の憲法ドクトリンもまた影響を行使した。したがって、アメリカ合衆国最高裁判所の判例に対して常に、比較法的に言及され、⁽¹⁴³⁾また「アメリカ

ニズムの継受」に対する警告もなされている。⁽¹⁴⁵⁾

3. ドイツの連邦憲法裁判所によって強力に促進され、直接的に推進された「憲法優越性と憲法の拡張」⁽¹⁴⁶⁾は、一方で憲法上の素材を極端に増加させた。とりわけ連邦憲法裁判所の判決の重要度の増大——その重要性は、最高裁判所の判決のそれを遙かに凌駕している——と、憲法の領域においてこの間まさしく見渡し得ない程となった、いかなる視点をも見逃さない諸文献が、これを証言している。例えば家族法、少年法、国際私法⁽¹⁴⁷⁾、あるいは労働法といった「一般の」法の多くの領域で、今日実務においてさえあらゆる法政策上の問題が、直ちに憲法問題へ持ち上げられる。その結果法政策上の問題は、憲法上の議論によってのみ解決されうることになり、實際この観点から、今日憲法サイドから憲法は「裁判のための法律的立脚点」⁽¹⁴⁸⁾となったとさえ定式化されるほどだ。これによってしかし、憲法への遡及は基本的に、諸法典編纂への不満の徴候を示してはいないだろうか。

他方憲法の蔓延の中で悪化しつつあるこのような事態は、不可避免的に大量の「普通の法」の犠牲と負担においてのみ進行する。⁽¹⁴⁹⁾一般の法の分化した多様な実体は、いつも「憲法優越」の渦に強く巻き込まれ、その結果普通の法の無力が今日まさしく「憲法従属法への格下げ」という一般的表現で記述されることになる。⁽¹⁵⁰⁾それは憲法学者の側からさえ、「憲法従属法において憲法の諸原則をブルドーザーのように使用する」⁽¹⁵¹⁾ことに警告がなされている程だ。特に憲法裁判官、K・ヘッセは、控え目ながら心配して、「基本権が、近年広範に流布している意見に従って、全法秩序——その内容は基本権から演繹されうるとされる——の核と見做された場合の危険」⁽¹⁵²⁾を見る。「そう見做されれば、原則としてあらゆる法問題は、最終的には基本権問題となるだろうからだ。」

このような展開に直面して、憲法学者R・ヴァールにとっては、問題は単に、制定法律が憲法の不完全な実施に過

ぎないものかどうか、ということだ。これに対する彼の解答は、ある種妥協的なものである。すなわち「制定法律は、ある程度、また限られた仕方では憲法に従属しており、憲法によって設けられた枠の中にとどまらねばならないというばかりか、傾向的に益々憲法の実現・施行、形成・流露として現れるが、その他の点では制定法律は、それぞれの法領域のレベルにおける、補足的な自律的・政治的決定の成果である。」⁽¹⁵⁷⁾しかし今日の「一般の」法をめぐる闘争は実際、「補足的な自律的・政治的決定」に関わるものに過ぎないのだろうか。

私法と公法の極めて多様で複雑な複合体が、「一般の法」を構成していること、従って憲法が「ある」一般の法へ作用する場合にも、それは領域に応じて分化されるべきことを熟慮することなく、憲法学者クレプファアは、「とりわけ私法のような誇り高き古き法領域の、憲法下位法への格下げ」——とやや皮肉って述べているが——を主要な事態と見ている。彼は、「百年いや千年の歴史を持つ憲法下位法の法思考は、初生児としてむしろ憲法を見下したいところであろうが、**虚構の**」⁽¹⁵⁸⁾規範ヒエラルヒーのために、いまや外見上の成り上がり者、近代憲法を見上げなければならぬ。」⁽¹⁵⁹⁾「安心のために」と彼は付け加える。「憲法的思考は原理によってのみ始まるわけではなく、また……憲法は消滅するが憲法下位法は存続する、ということから『慰め』が生じるだろう。」しかしながらこのことは、彼がもとよりその専門領域の利益から強調するように、「基本法の『憲法的出世物語』の解消に鑑みて、遺憾な帰結となるだろう。」⁽¹⁶⁰⁾

4. 以上のような発展の危険性は、既に久しく他ならぬ憲法学者によって指摘されてきた。W・ライスナーは、一九六四年の「法律の合憲性から憲法の合法性へ」⁽¹⁶¹⁾というタイトルの本で、この危険を除去しようと試みた。ここで彼は、「法の智慧は、自己限定にあり、その権威は、憲法立法ではない、伝統豊かな一般の立法法の多様な分化によっ

てのみ可能であるような、理性的な個別的解決の謙虚な試みの内にある。⁽¹⁵⁷⁾「シヨイナーもまた明瞭に、一九七九年に「度を越したやり方でのみ憲法に全秩序の基礎を求めようとする、最近のドイツ国家学に固有の傾向」に警告を与えた。⁽¹⁵⁸⁾」

一九七一年フォルストフは、「例えば刑事訴訟法のような法律、その詳細な完成従ってその執行は、憲法において予め定式化され設置されているものであるという理解」に対し、カール・シュミット⁽¹⁵⁹⁾の真意を込めて「刑法典から体温計の生産に関する法にまでいたるあらゆるものが現れ出てくる、法学的世界としての憲法⁽¹⁶⁰⁾」と皮肉たつぷりに嘲笑した。しかしこれによって、フォルストフが言い当てたのは、基本的にはデュリヒの「基本権の無欠缺の保障⁽¹⁶¹⁾」に関する学説だけであり、この説に対しては既に古くから、基本権は特に危険に晒された重要な地位だけを保障すべきことが、K. ヘッセ、R. ヴァール等々によって主張されてきた。

「段階構造説」およびそれによってもたらされた「憲法完全主義」の結果としての、憲法の下への法律のこのような格付けは、——より広い関連の中で見ると——既に一〇年前の、すなわちジョルジ・リベルによって観察された「法の公法化」の傾向の枠組み——憲法の下にある「一般の」法に多くの公法規則が属するとしても——に適合する。その限りでこれは、彼が予言した展開「公法は転変する」の構成部分を形成する。彼はこの展開を次に、私法との比較における憲法の急変に直面して、「法の衰退⁽¹⁶²⁾」という悲観主義的な見出しの下に置いたのである。

ドイツ法におけるこのような憲法優位によって達成された一面性は、一九世紀の議論状況と比較すると全く明らかとなり、ここで、ある極端から別の極端へ流れる危険を伴う、驚くべき意見の激変が示される。当時フランスでは、人間の地位にとって第一義的なものは、例えば国家体制やここでなされた人権宣言の内にあるとは考えられておら

ず、基本権は、相当程度「私法に従属的」⁽¹⁶⁵⁾なものだった。これに対応するのが、「フランス人の判決によれば、民法典が（フランスの）真の憲法だった」という洞察だ。個人的自由が、まさしく「基本現象であり、他方国家は、その正当性を基本権が特に保障した自由保障からのみ導き出した。」⁽¹⁶⁷⁾私法は、第一順位に動いた。

ここでの公法と私法の段階関係の逆転が、ドイツで、ロマニストであり教会法学者であるルドルフ・ゾームをして、国家制度上の公法と私法の区別および三権分立に支えられつつ、民法草案の第一回ライヒ議会助言において、よく引用される次のような発言をなさしめた。「私法において、我々の公的自由のマグナカルタが存在する。我々が自由と呼ぶものは、国家制度によりも遙かに多く民法に依拠している。」⁽¹⁶⁸⁾これによってゾームは、私法の「前国家性」に関する自然法学説にたちかえた。この学説は、理想主義の法哲学において表現されていたが、遡れば特にロックとカントにまで行き着き、カントから今度はサヴィニー⁽¹⁶⁹⁾の法把握に大きな影響を与え、その結果、公法において全盛を極めた共同体概念の留保の下に置かれた私法の伝統的地位が、益々空洞化されたと思われる。現代的観点においては、私法の側から、特にフリッツ・フォン・ヒッペルやヨゼフ・エッサー、アルノルド・ギジンが、この思考を更に押し進めた。例えば、F. v. ヒッペルは、「私的取引法の自然的システムと、一九世紀の法理論の研究に関する論文」という独特の副題を付した、「法律行為上の私的自治の問題」に関する本を物した。⁽¹⁷⁰⁾

このような意見の今日の理解との対立、また比較的短い期間において遂行された根本的転換のテンポに鑑みると、特に私法学と私法判例が、部分的には自己の同一性の喪失をともなった根本的变化に、常に無抵抗に適合したのではなく、反対に多くの箇所で実定法的にこの変化に対抗したことは、驚くにあたらない。それらは、その際「私法は動かしがたい土台を、国法は可変的な上部構造を形成する。」⁽¹⁷¹⁾というグスタフ・ラートブルフの定式、あるいは「公法は

消滅し、私法は存続する⁽¹⁷⁵⁾」というG・ベーマーの言葉にある経験的事実を、具象的に引き合いに出すことができた。

もちろん私法学は、その「弱い地位」からいつも極めて幸運に論証したわけではない。ドイツの国際私法学者の一世代全体を特徴づける、一九六四年四月二九日の連邦最高裁判所の立場が、一つの特徴点だ。同裁判所は、フェリド、ケーゲル、バイツケといった高名な研究者⁽¹⁷⁶⁾を引用しつつ、「抵触規範は、それが憲法の下段階にあるとしても、領域的・人的妥当範囲を定める。」と論じた。しかし既に一九八一年に、この命題は、この間貫徹された、一般の抵触規範に対する憲法の優位性⁽¹⁷⁶⁾に直面して、常軌を逸したものと思われるにいたった。すなわちジークス⁽¹⁷⁷⁾は、この判決を皮肉たっぷりに注釈して次のように片づけてしまった。「それは冗談だったのではないか。それは矛盾ではないのだろうか、それも理論的認識にこれほど誇り高い学問において。『不思議の国のアリス』だったらきつと憲法に向かつて、抵触規範が憲法を全滅させないよう、抵触規範には殊の外覚えがいいように、と忠告したに違いない。」⁽¹⁷⁷⁾

5. しかし決定権をめぐる、最終的には権力政治の観点さえ含めて見るべき、この種のあらゆる議論——それが目に見える形で「段階理論」によって適切に表現できようができまいが——よりも決定は事物に従って本来相応しいところ⁽¹⁷⁸⁾でなされるべきだ、という要請のほうが勝っている。憲法問題に関する決定権限が唯一の裁判所、すなわち連邦憲法裁判所に束ねられているのは、憲法の保護を特に効果的に行うためだ。憲法に合致した解釈をする際その基礎となっている法秩序の統一性⁽¹⁷⁸⁾という考え方は、最後の切り札としての決定権限を一手に集めることによって、持続的に保証される。この長所に短所として向き合っているのが、憲法問題に関するあらゆる法領域につき、このように強大な力を備えた特別裁判官のある種の——法秩序の統一性という考え方と結合している——現実遊離である。個別領域に対する憲法裁判所のこのような現実遊離は、憲法裁判所が憲法問題についてのみ権限を有し、その他の問題につい

ては、アメリカ合衆国の最高裁判所のように最高裁判所としては機能しない場合、さらに強まる。すなわち、ドイツのような特別連邦憲法裁判所は、ある事例に介入したいと思う場合、あらゆる問題を、たとえその内の多くがおよそ主要には、憲法領域に属さない場合であっても、民事・刑事訴訟の上告審として立ち現れないように、憲法領域の内に見出そうと努力するであらう。⁽¹⁰⁾

しかしそのために必要となる、法秩序総体を示す可能性についての見通しと、連邦憲法裁判所の偏見なき包括的な判定は、まさしく「段階構造説」の視角によつては容易に得られない。逆にこの説は、その視角からすると憲法が持つ可能性があまりに強く前面に出され、過大評価される危険を孕んでいる。例えばF・リットナーは、私的自治による形成が今日軽視されていることを次のように説明する。「この軽視が、憲法理論と憲法学説によつて殆ど気付かれていないのは、それらが、定義上憲法したがって国家に視点を向けているからで、これによつては、法の全体はそう簡単には把握されない。⁽¹¹⁾」更に彼は、「法秩序の『段階構造』に従つて、憲法から出発し、こうしてその視点をまず国家、その組織、高権的形成とその制御メカニズムの全く多様な諸制度に向けるなら、私法は、国家による法形成に比べて、法的に好ましくない帰結を典型的に導くという」問題ある、——殆どの場合、暗黙の内に前提とされている——「仮定も無理からぬことだ。⁽¹²⁾」と考える。

とりわけ法秩序の総体という理解は、法秩序内部の関連構造が、実際一種類にとどまらないということを暴露している。これは極めて重要な点だ。ナヴィアスキー⁽¹³⁾、ヴァルター⁽¹⁴⁾、エリンガー⁽¹⁵⁾らは、メルクルの「段階説」を批判的に継承、発展させる中で、一定の法秩序には、通常相互に独立した多様で複雑な複数の段階構造モデルが存在することを論証した。このような段階構造モデルの形成は、それ自体全く多様である。これに加えて一定の法秩序において

は、領域毎に決定がなされることが顧慮されねばならない。その場合特に重要なことは、公法の決定なのか、それとも私法の決定なのかという区別である。もっともここで再びこのような対置を、克服できないラディカルな対立にまで持ち上げてはならないが。

公法の領域にとつては、客観的に正しいことの直接的、一面的命令が、最も一般的であるのに対し、「客観的に正しいことを、主観的恣意の決定の背後に置く」私法は、当事者自身が合意によって見出す利益調整を示唆する、契約締結メカニズムを、通常法律行為によって用いる。したがってここで私的自治は、法的結果の他律的評価に導かれる⁽¹⁸⁷⁾。すなわち私的自治の両当事者にとって平等に受け入れられる方法へ、正しく「誘導される」⁽¹⁸⁸⁾。契約はつまり一つの法律行為である。それは例えば、申込と承諾という二つの一面的法律行為から成っているわけではない。既にビアリングが、法の総体的把握から正当化された学問的法律行為概念を詳論したように、ここではただ「なされたこと」、「全行為、法定立目的に向けられた、複数の相合った行為の総体が、法律行為として」⁽¹⁹⁰⁾現れる。

6. この枠組みの中で、複雑な「代理人による法律行為の締結」が本人の立場から観察されるべきだ。なるほど本人は、一面的行為のみによって、授權を行うことができ、その際「復代理」についても、「間接規範」⁽¹⁸⁹⁾を媒介として権限分割を段階的に組み立てることができる。しかしながら行為の総体は、代理人もまた第三者と代理人行為を締結した場合に初めて、存在することになる。この場合代理人は、本人から自律的に譲られた本人のための権限に基づき、本人にとって間接的に自律的に、第三者と他律的に本人・第三者間の契約を締結する⁽¹⁸⁹⁾。さらにこれとは別個に、それぞれの立法者によって決定されるべき、また実務においても国内・国外の法秩序によって別様に扱われている法政策上の問題がある。すなわち、代理権授与は、その帰結である「代理権」の故に、これに妥当する特別規制に従って、一面

的法律行為として独立に取り扱われるべきか、あるいは代理人取引に伴う代理権欠如の暫定的性格に照らして、全効果、全体の契約的性格が決定的なものとされるべきか、——この場合には例えば贈物の承諾のための代理権授与は、法的利益だけをもたらすという契約内容に関する規制に服することになる。——の問題である。⁽¹³⁾しかしこのような実定法上の選択がそもそも存在するという洞察も、私法が前提としている、全体が見渡されるべき体系的連関の認識によって初めて可能となる。

結 論

以上述べてきた、現在にいたるまでの憲法発展の結果は、とりわけ過去数十年の間、段階付けの助けを借りながら憲法によって歩まれてきた長い道のりを示している。特に印象深いのは、段階理論により憲法に付与された高められた形式的妥当力の支援の下で、個々の法体系にいかなる結果が生じ得たかということだ。国家的法体系の最高段階としての法ピラミッドの頂点に憲法が位置付けられたことによって、このような準備のなかった過去においては、遂行不可能だった重要な改革が——例えば男女同権のような——引き起こされた。

一連の多様な、段階秩序と結合した連関構造については既に言及したが、超国家的法、慣習法、自治団体の定款等々を考慮すると、これに更に複雑な問題が加わる。⁽¹⁴⁾ 実際法体系全体の上・下段階の思考は、別の連関での法律家の秩序思考によって、一層広範に推進されている。盛んに議論されている問題領域には、多様な法源から由来する法規範に、その相互関係において与えられる相対的地位の問題や、その都度新しく作られる法律の「優越性」と、一般法に対する個別法の「優越性」をめぐる問題がある。⁽¹⁵⁾ この二つの問題は、もちろん今まで扱ってきた規範ヒエラルヒ

一の段階付けとは、全く別の領域で論じられている。

広く流布している意見は、公式の法律の内部に段階の区別があり、低位の法律が高位の法律に抵触する場合、それは無効だ、と仮定しがちだ。高位の地位には一般法が、低位には個別法がくるべきだとされる。これに対して、逆に個別法の高次性を物語るような、新法や特別法の事例が、引き合いにだされる。しかしこの場合、図式的な秩序志向があまりに強すぎると思われる。むしろ、原則としてあらゆる法律は同じ地位にあり、そこで意味連関に応じて、つまり「法律概念に置かれた基本規定に同等に」従って、取り扱われるべきだということから出発しなければならぬ。⁽¹⁹⁶⁾

リトナーは私法に関しても『一般の』法の規範に、形式的ではなく、実質的に全く相違する段階が与えられる。」と強調する。これは「その性格上単に憲法適合的な段階と、法規範の形式的な段階秩序しか見ない憲法的思考によって、ほとんど忘れさせられてきた」一個の認識である。⁽¹⁹⁷⁾ 彼は特に法典編纂の賛否において、私法内部の規範および制度の特殊な段階が問題となる、とする。この見方は、フランスにおいても既に以前から、一部の判決や学説によって主張されてきた見解、すなわち編纂されていない法は編纂された「一般法」に対して第二次的な重要性しか持たず、「例外立法」とみなされ、それゆえ狭く解釈されるべきだという見解と一致する。しかしこれに反して、レネ・ダヴィッドは、「正義に内在する一般の原理を内に含んでいる」ということを、当然の権利として要求することが全くできないような多くの法律が、今日法典の名を受け取っている、と確信をもって主張する。⁽¹⁹⁸⁾ さて、これに引き続く彼の少し皮肉を込めた観察を最後に引用しよう。「法律家は、この法典に含まれた諸原則を、高く評価する癖を持っている。というのは、彼らは、法典中の原則を詳細に勉強してきたため、これを適用することは、彼らにとって当然のこ

とて写るからだ。」

この文から読み取れる、法における多くの段階付けに対する含みのある懷疑をもって、私の講演を終わらせていた
だきたいと思う。

* 一九八八年四月五日早稲田大学で行なわれた講演原稿（講演はこれを要約してなされた）。教授、法学博士、政治学博士、法
学名誉博士。フライブルク大学外国私法・国際私法研究所前所長。

- (1) Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer (VVDSrL.) 29 (1971), 4.
- (2) Muneo Nakamura, A comparative study of 'Judicial Process', Waseda University, Institute of Comparative Law,
Nr. 7 (1959), 3.
- (3) Hideo Nakamura, Die Institution und Dogmatik des Zivilprozesses-eine Betrachtung vom Standpunkt des Rechts-
kreises aus, ZZP 99 (1986) 7/8, 23.
- (4) ZZP (99), 32f.
- (5) 司法の発展と Hans Schneider, Gesetzgebung (1982), 305, Rdmr. 640 (歴史的発展と) J. F. Aubert, Zsch-
wR 115 II (1974), 193ff.
- (6) 一九九一年のフランス憲法における人および市民の権利宣言参照。「権利の保障が確保されず、権力の分立が規定されな
い社会は、憲法をめぐりの点から。」
- (7) de Tocqueville, De la démocratie en Amérique Bd. 1, 101: "En Angleterre la constitution... elle n'existe point."
- (8) Nevil Johnson, Festschrift Claus Arndt (1987), 95.
- (9) Johnson, a. a. O., 88.

(10) 憲法への拘束に際して「父母の立憲意思への従順」が示唆されればされる程、この記述の誤りはますます妥当する。この意味において、今日の段階構造説とは逆に、制度思考の精神に強く表現されていることだが「憲法のきわ立った特徴は、憲法が他のあらゆる法規範の上に置かれ、紛争が生じた場合、それらに先行するという点にあるのではない。特徴的なのは（そして重大なことは）むしろ、憲法が生者の意思を死者の立憲意思に拘束するという、その特性である。」(Ulrich Preuss, *Merkur* 1987, 3.)

(11) F. A. Mann in ZHR 130 (1968) 97 既に一九七六年に Lord Hailsham は「イギリス憲法の主たる欠陥が「我々が我々の主権団体に授けてゐる絶対的な権力と、その権力が、人民の意思を公正に代表しないであらう一政党によって組織された行政部たる政府へ集中している点にある」ことを書きとめた。C. Turpin. *British Government and the Constitution* (1985) 96. 参照

(12) Dicey, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 10. Aufl. 1959, 203.

(13) 「議会の至上権」に関するこの説が、ヨーロッパ共同体のローマ協定に対しても効力があるのか否かという疑問を少なぐと、*Scott v. Attorney General* の裁判官 Lord Goff の *Prince v. Secretary of State for Scotland* 1985 S.L.T. 74 の中で暗示している。

(14) Sir Otto Kahn-Freund, *Cambridge Law Journal* 35 (1976) 243.

(15) Letourneur in "Problèmes Contemporains de Droit Comparé" hrsg. vom Japanischen Institut für Rechtsvergleichung, Chuo Universität Bd. I (1962), 57ff.

(16) Eisenmann/Hamon in : *Constitutional Review in the World Today*, hrsg. vom Max-Planck-Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht (1962), 238 a. A. しかし既にフランス革命の際中じなされた E. J. Sieyès の時代をはるかに越えた印象深い説明。特に一七九五年の憲法裁判に関する彼独自の草案において「今日我々が、近代的発展の根源を見つ出される。これとつづきつづき」P. Bastid, *Sieyès et sa pensée* (2. Aufl. 1970), 429ff. *d. G. Robbers in: *Festschrift W. Zeidler* (1987), 247ff.

- (17) Hamon, D 1974, chron 87
- (18) Crim. 26. 2. 1974 D. 1974, 273 mit Anm. Aln, Vouin.
- (19) So Zweigert in : Festgabe zum 25-jährigen Bestehen des BVerfG hrsg. v. Stark, Bd. 1 (1976), 65.
- (20) de Tocqueville: De la démocratie en Amérique, Bd. 1 (2. Aufl. 1951, Kap. VI), 101.
- (21) Marbury V. Madison, 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803), 普選 177-78 年及び國主 Hamilton in : The Federalist Nr. 78, S. 525 (her. V. J. Cooke 1961). 今田の意見に關しては Abram Chayes Harvard Law Rev. l. (1988), 1026.
- (22) 「彼等一般の最も偉大な裁判官の意見は、我々が「A. Farnsworth, Introduction to the Legal System of the United States (2. Aufl. 1983) 5Fn. 3.
- (23) Peter Hay, Einführung in das amerikanische Recht (2. Aufl. 1987), 26.
- (24) Löwenstein, Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten (1959), 36.
- (25) Schmidhäuser, Constitutional Law in the political process (1963), 523.
- (26) 邦訳は「Lambert, Le Gouvernement des juges et la lutte contre la législation sociale aux Etats Unis (1921).
- (27) T.R. Powell, southern law quart. 2 (1917), 137ff.
- (28) D. Engelhardt JR 8 (1959) 104ff の註を參照せよ
- (29) 邦訳は「憲法機關と裁判官の地位」邦訳の連邦裁判所 (81 BVerfGG) 及びの連邦憲法裁判所の地位に關しては BVerfG 1, 32 ; 3, 232 usw. 以下 : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz Festgabe zum Anlaß des 25-jährigen Bestehens des Bundesverfassungsgerichts hrsg. von Chr. Starck, 2 Bde. (1976) ; K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland (15. Aufl. 1985), 214ff. 邦訳は「連邦裁判所 Reichskammergericht 及び Reichshofrat の事實的憲法裁判の管轄権とその歴史的起源」邦訳 Scheuner in : Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz 1, 13ff. 參照。

- (30) T. Abe und M. Shiyake JoR 26 (1977), 595ff, 611ff.
- (31) 一九八一年一〇月一四日の大阪地裁判決は、国際私法の領域において、いづれになされた見解表明の一事例を提供している。判例時報 No. 1045, 95-7頁。これによれば、法例一六条は、男女同権に関する憲法の条文(二四条)に違反しないといわれる。この指摘につき、私は石黒一憲教授(東京)に感謝する。
- (32) René David は、日本におけるこのような展開を、憲法適合性の裁判官によるコントロールを憲法に規定するだけでは充分でないことを証明するきっかけとして用いた。これを効果的なものとするには、これに加えて、政府および裁判官に政治的・心理学的前提条件が与えられていなければならないとする。(Les grands systèmes du droit contemporaines (6. Aufl. 1974), Nr. 80, しかしそのためは、特に公衆の側の受け入れ準備がなされていなければならない。
- (33) ひろひろひ Hideo Nakamura, Die japanische ZPO in deutscher Sprache mit einer Einführung in das japanische Zivilprozeßrecht, Bd. 4 der Schriftenreihe : Japanisches Recht (1978), 37.
- (34) P. Saladin, Grundrechte im Wandel (1982), 332.
- (35) K. Hesse, a.a.O., 253 ff.
- (36) Saladin, a.a.O., 332.
- (37) M. Klopfer in : Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, hrsg. von B. Rütters und K. Stern (1984), 205.
- (38) R. Wahl, Der Staat 20 1 (1981), 486, Heinrich Stoll Iherings J. 76 486に同旨。(1926) 201 : 「裁判官による完全な審査権にふつてはじめて法治国家は完成する。」
- (39) Marcic によれば、憲法裁判権は、憲法の本質をその基礎から形成する。in : Festschrift für Leibholz Bd. II (1966), 481ff. Marcic, Verfassung und Verfassungsgericht (1963), 219. 481頁以下「憲法裁判権は……何んなの時代と人間の頭脳から生まれるべきもの。」以下。
- (40) P. Perenthaler, Allgemeine Staatslehre und Verfassungslehre (1986), 288.

- (41) Adolf Merkel, Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus in : Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre, hrsg. v. A. Verdross (1931), 252ff.
- (42) T. Öhlinger, Der Stufenbau der Rechtsordnung (1975), 9 und 32 Anm. 100.
- (43) T. Öhlinger, a.a.O., 32.
- (44) Verdross, JBl. 1930, 422. 法治国家の根本命題（起訴法定主義）に関する「段階説」と結合した。特殊オーストリア的理解から、法は合憲的に成立した法律におけるのみその表現を見出すことができるということが推論される。——オーストリア国際私法の制定のために当時強力に持ち出された議論である。（Duchek-v. Schwind, Internat. Privatrecht (1979), Einl. S. 4 参照）。
- (45) R. Walter H. Mayer, Grundriß des österreichischen Bundesverfassungsrechts (1. Aufl. 1976), 32 ; D. Simons EuGRZ (1978), 453. ユニオン思想を固持する。R. Walter の仕事「Der Aufbau der Rechtsordnung (1964), 53ff. 参照
- (46) R. Walter, H. Mayer a.a.O., (5. Aufl. 1985), 40.
- (47) Walther Burchardt, Aufsätze und Vorträge 1919-1938 (1970), 353ff. ハビスとフンデ K. Hesse in : Festschrift für Hans Huber (1981), 262. 参照
- (48) 憲法裁判所による修正のこの弱点は「ドイツ連邦憲法裁判所の最近の決定（一九八六年五月三日）」において特に明瞭となった。BVerfGE 七十一 一五五頁 ; JZ 一九八六 六三二頁 NJW 一九八六 一八五九頁 ; BB 一九八六 一二四八頁（Karsten Schmidt の的を射た批判一二三八頁）。これに関して、近々公にされる。一九八六—七七年中の法発展に関する私の詳論参照 in Dokus-Hogaku, Jahrbuch-der Japanisch-Deutschen Gesellschaft für Rechtswissenschaft, 1988.
- (49) もっともミスでは、この一〇年のうちに、連邦憲法第一一二条三項の削除の下で、完全な憲法裁判権を連邦レベルにも導入しようとする傾向がかなり強まっている。これは、とりわけ「民主的立法者の権力への効果的な対重をつくり」（Salamin, a.a.O., 332 mit Nachw.）「民主的参加の強化」を達成する（W. Kalin, Verfassungsgerechtheit in der Demokratie, 1987, 87 ff mit Nachw.）意図により理由づけられている。「これがなければ憲法は、単なる紙片に、合憲的な

法は空虚な文言の束とすべからざるべし」(A. Auer, Die schweizerische Verfassungsgerichtsbarkeit, 1964, 302)また憲法裁判権は「法秩序は論理的連関を有した全体である……この観念を反映する」Auer, a.a.O., 299.

(60) 「これに反してヨーロッパには様々な連邦法と単本法との関係についてAdamovich/Spanner, Handbuch des österreichischen Verfassungsrechts (6. Aufl. 1971), 334f : を参照。「したがって連邦法の規範は、ゆがらぬ連邦憲法の規範は例外だが、単本法の規範の上位にあるのではなく、同位置にある」

(61) Klaus Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm (1965), 252ff.

(62) Wicacker, Privatrechtsgeschichte der Neuzeit (2. Aufl. 1967), 367 ff.

(63) Öhlinger, Der Stufenbau der Rechtsordnung, 27. Vogel の語に「もしや Jung はこの語彙から『Baum』の比喩を想起せよ」の言葉を盗用している。

(64) 現在では「純粋法」としてのみならず「段階構想の思考法、真剣な一層の探究の基礎である」ともとらえて「今日むしろヨーロッパで用いられる」のようである。R. Walter, Rechtstheorie I I (1970), 92.

(65) Merkl, Die Lehre von der Rechtskraft entwickelt aus dem Rechtsbegriff, Wiener Staatswiss. Studien (1923), 219.

(66) M. Klopfer in : Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, 201.

(67) Münzel, Recht und Gerechtigkeit (1965), 58ff.

(68) W. Krawietz in : Rechtstheorie, Zeitschrift für Logik, Methodenlehre, Kybernetik und Soziologie des Rechts, Beiheft 5, : Rechtssystem und gesellschaftliche Basis bei Hans Kelsen (1984) 260.

(69) H. Lewald *Conflits des lois dans le monde grec et romain* ; Labeo, *Rasegna di diritto romano* V (1956) 339ff ;

F. Seidl, *Protonäische Rechtsgeschichte* (1962), 1ff. 参照

(90) ローマ帝政後期にはたゞ憲法関係の規範性を構造としてだけ、現在のところ一般的に Chr. Griewski のこの題のタイトルの本 in : *Münchener Beitrag zur Papyrussforschung und antiken Rechtsgeschichte* Bd. 81 (1988).

- (13) Hausmaninger/Selb, Römisches Privatrecht 3. Aufl. 1985, 44.
- (12) Max Kaser, Das römische Privatrecht 1. Abschnitt (2. Aufl. 1971), 29ff.
- (13) Kaser, a.a.O., 34ff.
- (14) Herbert Krüger, Allgemeine Staatslehre (2. Aufl. 1966), 117f.
- (15) Klaus Vogel, a.a.O., 252 mit Nachw.
- (16) Thomas von Aquin, Summa theologia I-II/Summa 96 Art. 5, Summa 93 Art. 3 und 95 Art. 2 : も参照 「自然法は、理性を大賦された被造物におけるいくつかの法則への参与にはかならなうこと……」
- (17) N. Luhmann, Jb. für Rechtssoziologie und Rechtstheorie 1 (1979), 181 ヒュラルヒーモデルは「政治的決定による立法の『再導入と計画的拡張を可能とし、法規範の二律背反』不十分性欠陥への反作用に——事情に応じてその高みから問題がながめられる——法秩序内で道をつけ」また「あらゆる法を不確定なものとして現象をせたのであり……（それは）ただ世俗化されることを要したにすぎなう」この指摘に同意し。
- (18) Thomas von Aquin, Institutiones iures naturae et gentium (1750) 1, 2, § 39.
- (19) 以下 H. Coing, Die obersten Grundsätze des Rechts. Ein Versuch zur Neubegründung des Naturrechts (1947). は異説。戦後の連邦最高裁判所の疑問の多い「自然法的」判決は、議論となった一九五四年二月一七日の「婚約者の売春斡旋に関する刑事事件における連邦最高裁判所の大部決定 (BGHSt 6, 46ff.) で頂点に達した。この決定の中で連邦最高裁判所は、「妥当していることに対する觀念が変化しただけでなく、その内容が変化し得ないような」「予め設定されている」受け入れられるべき価値の秩序」に幻想的に遡求しつつ、「一夫一婦制に関する」「高位法」に基礎を置いた既存の教義に明白に志向した。その政治的「世界觀の全体像に ついてより詳しくは、私の論文」 JZ 1968, 442ff mit weiteren Nachweisen.
- (20) W. Krawietz in : Rechtstheorie, hrsg. von Krawietz und Schelsky, Beiheft 5 (1984), 256.
- (21) 「九世紀のドイツにおける実定法の一般理論の形成について」 F. Wieacker in Festschrift K. Michaelis (1972), 354ff.
- (22) P. Häberle AöR 99 (1974) 437ff.

- (32) Vgl. Mainhofer in Festschrift Coing Bd. I (1982), 580ff.
- (34) 以下同様に Werner von Simson, Die Souveränität im rechtlichen Verständnis der Gegenwart (1965).
- (35) 以下同様に 中村宗雄の著作 Die methodologische Beziehung zwischen Rechtswissenschaft und Naturwissenschaft, Entwurf einer von der Naturwissenschaft angeregten neuen Ordnung im System der Rechtswissenschaft ZRP 68 (1965), 401ff. 以下 憲法雑誌と論争の場を眺める際に 同巻の以下に Friedrich Müller, Normstruktur und Normativität (1966), 13ff.
- (36) So aber Krawietz, a.a.O., 256.
- (37) F.G. Jünger Die Perfektion der Technik (5. Aufl. 1968), 10ff.
- (38) Hans Blumenberg, Sakularisierung und Selbstbehauptung (2. Aufl. 1983), 226.
- (39) St. Lec. Alle unfrisierten Gedanken, hrsg. v. Karl Dedecius (3. Aufl. 1984), 84.
- (40) Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (2. Aufl. 1923), XVII ; Reine Rechtslehre (2. Aufl. 1960), 289ff.
- (41) 「万国法 (ius cosmopoliticum)」の題名に關しては以下の如き Kant, Metaphysik der Sitten, Metaphysischer Anfangsgründe der Rechtslehre II, Teil 2, 62.
- (42) H. Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und des Rechtspositivismus (1928), 67.
- (43) E. Fechner in: Ideologie und Recht, hrsg. v. W. Mainhofer (1969), 106.
- (44) 「最高法 Paramount law」としての憲法に關するアメリカ法は由来する理論の如きは、非ヨーロッパの学説やまたヨーロッパではよく知られていた。ドイツにおけるその導入については、キールの詳述を参照。これはおもひ入アウトサイダーの見方である。以下同様に v. Mohl, Das Bundesstaatsrecht der Vereinigten Staaten von Nord-Amerika (1824) 101ff.
- (45) Karl Engisch, Einheit der Rechtsordnung (1935), 9 以下に Rechtsstheorie (1984), 117 の論文。ただし Klaus Vogel, Der räumliche Anwendungsbereich der Verwaltungsrechtsnorm (1965), 245ff. 參照。
- (46) A. Thom, Rechtsnorm und subjektives Recht (1878).

- (87) Karl Binding, Die Normen und ihre Übertretung Bd. I (1872), Bd II (1876).
- (88) E. R. Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe (1877-1883) Teil I Buch 1, Der Grund der verpflichtenden Kraft des Gesetzes und das Wesen des positiven Rechts.
- (89) Bierling, Juristische Prinzipienlehre I (1894), 108.
- (90) Bierling, Kritik der juristischen Grundbegriffe II, 172 ff. Juristische Prinzipienlehre II, 118.
- (91) Bierling, Juristische Prinzipienlehre I, 108.
- (92) Adolf Merkel, Das doppelte Rechtsamt, JbI. 1918, 425ff, 444ff und 463ff ; Die Lehre von der Rechtskraft (1923) 181ff : Prolegomena einer Theorie des rechtlichen Stufenbaus in Gesellschaft, Staat und Recht, Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre hrsg. v. A. Verdross.
- (93) Hans Kelsen, Reine Rechtslehre (2. Aufl. 1960) 228ff ; Festschrift für Adolf Merkel und J. L. Kunz, ZöfR X (1931), 313ff.
- (94) A. Verdross, Die Einheit des rechtlichen Weltbildes (1923), 47ff.
- (95) Kritische Bemerkungen zur Lehre vom Stufenbau des Rechts ZöfR (1927), 488ff ff Allgemeine Rechtslehre (1948), 31ff.
- (96) Behrend, Untersuchungen zur Stufenbaulehre Merks und Kelsens (1977) ; B. Stoltzner, Die Lehre vom Stufenbau der Rechtsordnung in : Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre hrsg. v. Paulson/Walter (1986), 11ff.
- (97) 法律の階梯と法律の階梯 (1922) §3, §24, §47 ff.
- (98) Juristische Grundlehre (1917).
- (99) W. Schönfeld, Die logische Struktur der Rechtsordnung (1927), 48ff.
- (100) W. Burckhardt, Methode und System des Rechts (1936), 121ff.
- (101) 法律の階梯と法律の階梯 N. Hoerster, Kritischer Vergleich der Theorien der Rechtsgeltung von Hans Kelsen und H. L.

- A. Hart in : Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre hrsg. v. Paulson/Walter (1986), 1ff.
- (101) H.L.A. Hart, The Concept of Law (1961), 77.
- (102) Bierling, Juristische Prinzipienlehre I (1894), 107ff und vor allem II (1898), 117ff.
- (103) Bierling, Juristische Prinzipienlehre I, 108.
- (104) Bierling, Die Lehre von der Rechtskraft, 194.
- (105) Merk, Die Lehre von der Rechtskraft, 194.
- (106) JBL 1912, 425ff, 444ff.
- (107) Merk, Rechtskraft, 182ff.
- (108) ところが法定立と法適用が一つの線上に置かれることにより、たとえ裁判官が、適用に際して同様に創造的に活動するにしても、法適用が既に定立された前提の現実への置き替えであり、したがって第二段階の価値判断にすぎないのに対し、法定立は、新しい独立の価値判断による新しい法の創造を意味するという、両者の相違が混同されることになる。この意味で裁判官は、いかなる法が妥当すべきかについてではなく、妥当している法がいかなる内容を持っているかについて決定する。裁判官が法を「執行」するのではなく、立法者は法を「与える」。ここに憲法裁判に従事している、主権者としての「政治的裁判官」の問題性が生じる。これは、Roman Herzog in : Festschrift für Helmut Simon (1987), 103ff.
- (109) Vgl. Öhlinger ZfRV 11f mit Nachweisen.
- (110) K. Vogel, 246ff ; 246ff.
- (111) Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung (1935), 11.
- (112) Merk, Rechtskraft, 217/8.
- (113) Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925) 249.
- (114) 「法の実体ならず実質的性格を考慮の外に置く[この]種の論法」に反対するものが、Muneo Nakamura, Waseda University, Instit. of Comp. Law No. 7 (1959), 3.
- (115) これは、A. Bleckmann in : Rechtstheorie Beiheft 5 (1984), 337.

- (91) A. Merkel, Zeitschrift. f. öffentl. Recht V (1926), 505.
- (11) Merkel, ZöfR, 506.
- (81) H. Kelsen, Arch. öff. Recht 32 (1914), 202ff ; 216.
- (61) K. Engisch, Die Einheit der Rechtsordnung (1935), 11 und K. Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft (1960), 73ff.
- (20) Engisch, a.a.O., 18.
- (12) 日本法学会 J.M. Priester in : Rechtstheorie Beiheft 5, 211ff : "Die Grundnorm eine Chinäre, mit weiteren Nachweisen.
- (22) Kelsen, AöR 32 (1914), 216.
- (23) Walter, Rechtstheorie I (1970), 75.
- (17) 日本法学会 J.M. Priester in : Rechtstheorie Beiheft 5, 211ff : "Die Grundnorm eine Chinäre, mit weiteren Nachweisen. 1964, II, 7. Teil 71, 日本法学会は彼等以前は根本規範を長い間仮説として性格づけようとした。
- (Reine Rechtslehre, 66f)
- (25) Wengler, Zeitschr. öff. Recht 16 (1936) 322ff, 359 : 「根本規範に関する問題は、あまりに簡単に不確かな思惑の領域へと導く」
- (26) H.L.A. Hart a.a.O. 108 参照 : 「確実に法である憲法の根本前提が本当に法であることをいかにして示すことができるのだろうか。他の人は、法体系の基底には、法ではなく、『前法的な』『メタ法的な』なもの、すなわちむしろ『政治的事実』があるという主張をもつてこの問いに答える。」*ibid.* 245ff. ハートの理論形成における社会学の導入に関しては——ケルゼンの「純粹法学」へのその接続と対立しつつあるが——Krawietz, Rechtstheorie Beiheft 5, 5ff. 40以下 N. Hoerster によればケルゼンとハートの法の妥当の理論に関する批判的比較を見よ。"Untersuchungen zur Reinen Rechtslehre" 10f.

(124) H. Kelsen, Die philosophischen Grundlagen der Naturrechtslehre und der Rechtspositivismus (1928) und ZöR VII (1928), 225ff.

(125) 既に Golding, Arch. Rechts- und Soz. Phil. (1961), 385 が、根源規範からの法律ヒエラルヒーのケルゼンによる導出に対し批判的に記述した。「この文脈における彼の議論は、奇妙なことに神の存在の一貫性に関する中世の議論とパラレルである。」クラヴァーニは、まさに「運命の皮肉」として次のことを引き合いに出す。「法実証主義の太祖ハンス・ケルゼンは、よりによってこの自然法というトロイの木馬を彼の陣営に連れ込んだ。」(Rechtstheorie Beiheft 5, 256) もちろんケルゼンは、無意識のうちに例えば Vogel によって正しくも強調された、ケルゼンにおける法と国家の同一性 (275ff.) により、それ以上の「トロイの木馬」を「純粹法学」に導入した。これによれば、根本規範は、実際に国家権力の統一性に関する法政策的要求を告ぐものである。(この「それに対して」Walter, Der Staat 5 (1966), 521) しかしながらケルゼンは「政治の道具」(Festgabe für Giacometti 1953, 155) としてあらゆる価値考察を排除するにもかかわらず、法政策上の価値判断が常に与える影響を表明した。とりわけ、言うまでもなく「政治は、トロイの木馬のダービー」であるという皮肉な言葉によって。(Stan. Lec, Alle unfrisierten Gedanken 81).

(126) 仮説的前提へのこの批判が共有されたところも、もちろんこれによって問題自体が片付けられたわけではない。これについて M. Kriele, Einführung in die Staatslehre (2. Aufl. 1981), 29.

(127) Wegler ZöR 16, 343, 355 usw. Öhlinger, Der Stufenbau der Rechtsordnung, 26, も次のような結論に達している。「段階づけまたは段階序列として把握可能な、法秩序の個々の要素は、メルクルが意図し、学説判例もまた、特にオーストリアにおいて受け入れ準備ができていた、あらゆる法現象を包括する、かの完結した統一段階構造と組み合わさる。」

(128) Hans Kelsen, Hauptprobleme der Staatsrechtslehre (1923), 704 ; Kelsen, Allgemeine Staatslehre (1925), 90/91.
(129) Arnold Gysin, Rechtsphilosophie und Grundlagen des Privatrechts (1969), 221. 彼らはまた同じ Walter Burkhardt のように展開された公法と私法の区別と言及する : Methode und System des Rechts (1936), 170ff und Organisation der Rechtsgemeinschaft (2. Aufl. 1944), 17ff.

- (131) Vogel, a. a. O., 265ff.
- (132) Bierling, Juristische Prinzipienlehre II, 118ff.
- (133) Fritz Rittner : Festschrift für Müller-Freienfels (1986), 510 は「状況に関する次のような記述をしている。『国家における最高位の法』としての憲法は、最初に『一般の』公法、すなわち他の国家法および行政法へ光を放つ。私法は共同性に関係するこの領域の外にあるようにみえ、全体としてより法技術的であり、法理論上それ程理由づけられておらず、極めて非政治的である。』」
- (134) R. Walter, Rechtstheorie 1 (1 (1970), 94f.
- (135) ハルムホルツ Kloepfer in : Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, 200 ; Denninger Krit. 1986, 299.
- (136) Kelsen, Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts (2. Aufl. 1928). ハルムホルツ Gunter Arzt は「憲法の誕生は、その合法性（法への一致）をめぐって審査され得なかつた創造である」と明記する時、最後の二つの段階をいひおろしている。Einführung in die Rechtswissenschaft (1987), 21.
- (137) ハルムホルツ憲法は「レベニ憲法史をめぐって初め、立法者に対してのみ——無制限の拘束力を付与された。(K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts in der BR Deutschland (15. Aufl. 1855), 77, Rdnr. 199.
- (138) 基本権は「人間の自由と法的国家秩序の基本条件として『その最後の妥当根拠を実定的国家法や国際法の内には持たない』」Hesse, Grundrechte, in Staatslexikon Bd. II (7. Aufl. 1986), 1111.
- (139) 同、Hesse 217f (Rdnr. 570).
- (140) M. Kloepfer in : Freiheit und Verantwortung im Verfassungsstaat, 201ff.
- (141) U. Lecheler, Festschrift Ernst Wolf (1985), 363 unter Hinweis auf Krawietz Beiheft 5 der Rechtstheorie (1984).
- (142) Zweigert in : "Bundesverfassungsgericht und Grundgesetz" hrg. v. C. Starck I (1976), 63ff. 参照
- (143) Stern, Staatsrecht I (2. Aufl. 1984), 135.
- (144) Kloepfer, a. a. O., 200ff.

- (147) リバディンゲン、法の論議：Conflicts of Law and Constitutional Law, The University of Chicago Law Review 45 (1978), 598-611.
- (148) Wahl, Der Staat 20 (1981) 485/6 (einschränkender 499ff.)
- (149) A. Denninger, Krit. 1986, 298 ; Hesse, 31, Rdn. 83における憲法整合的解釈の限界の「明白な」ゆ越の例。
- (150) Kloepfer (a.a.O., 201) は、民法・民訴訟、刑法・刑訴訟、労働法・社会法、租税法に關し次のように説明する。「これらの形成可能性は、憲法によって限定され、時によりこれらの法領域の中心的、伝統的な構造形成および規制が憲法上の与えられた界限によって破壊される。この法領域は、相当程度、憲法下位法となるのであり、これはその限界（また場合によっては指す）を上位の憲法から与えられる。」
- (151) Kloepfer a.a.O.,
- (152) K. Hesse Art. "Grundrechte," Staatslexikon der Görres-Gesellschaft II (7. Aufl. 1986.) 1118
- (153) R. Wahl NVwZ 1084, 407.
- (154) 強調—著者
- (155) Kloepfer a.a.O., 201
- (156) 「法と国家」シリーズにおいて公刊された彼の著書のタイトル（一九六四）
- (157) JZ 1964, 206.
- (158) U. Scheuner DÖV 1979, 916 P. Häberle, Verfassung als öffentl. Prozeß の書評をなす記事
- (159) Carl Schmitt, Der Hüter der Verfassung (1931), 12ff.
- (160) E. Forsthoff, Der Staat der Industriegesellschaft (1971). 406に E. W. Böckenförde の憲法概念、そのみならず憲法機能の重量超過、強大要求に対する警戒を AöR 106 (1981), 600.
- (161) Maunz-Dürig, Komm. z. GG. I (1986), Rdnr. 5ff. zu Art. 1 GG.
- (162) K. Hesse, Grundzüge des Verfassungsrechts, Rdnr. 200.

- (31) R. Wahl, NVwZ 1984, 401ff.
- (32) George Ripert, Le déclin du droit (1949) 37ff ; René Savatier, Du droit civil au droit public (1945) 参照。
- (33) H. Hofmann Recht-Politik-Verfassung (1986), 74ff. 参照
- (34) G. Boehmer, Einführung in das Bürgerliche Recht (1954) 73, 74, 参照。その表現するところ、フランス民法典との比較に於いてドイツ民法典の具象性の欠如、世事離れ、蒼白な思想を指摘しようとする。
- (35) 参照。D. Grimm, Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft (1987) 特 194 ff. und bereits 84 ff., 165ff.
- (36) Mugdan, Die gesamten Materialien zum BGB I (1899), 909.
- (37) 参照。W. Tegethoff, Kant und Savigny (Diss. jur. Frankfurt 1952), 1ff.
- (38) Fritz von Hippel, Das Problem der rechtsgeschäftlichen Privatautonomie (1936), 参照。"Zur Gesetzmäßigkeit jurist. Systembildung" (1930).
- (39) 議論に於いて貫徹された変化に特徴的なのは、例えば一九八一年七月一五日の決定にみられる連邦憲法裁判所の確認である。(BVerfGE 58, 335)「憲法によって保障された所有権の概念は、憲法自体から獲得されねばならない。憲法の下位にある普通の法の規範からは、憲法上の意味における所有権の概念は、導き出せないし、具体的な所有権の保障の範囲も私法上の法的地位からは決定され得ない……。」もちろんこの場合、本来の争点は、憲法と一般の法の段階序列においてというよりは、むしろ民法上の所有権概念(民法第九〇三条)と憲法上のそれ(基本法第一四条)との間の論争にある。これは、憲法の所有権概念が明白で一般の法を遡って指示する点で特徴づけられる。参照。Denninger mit weit. Nachweisen Krit. V 1986, 201.
- (40) Zuletzt Radbruch/Zweigert, Einführung in die Rechtswissenschaft (12. Aufl. 1969), 88.
- (41) G. Boehmer, Grundlage der bürgerlichen Rechtsordnung I (1950), IX,
- (42) BGHZ 42, 13ff. 連邦最高裁判所はこれに引き続いて「基本法の規定」とりわけ基本法に関する規定に対する、専門規範

の領域的・人的限定の機能は、それが私法上の法関係にとって意味を持つ限り、国際私法の規定に帰属すべきでないということとを基本法は示していない。基本法は過度の作用を有するといったとしたら、これも適切ではなからう。」これに反対する私の詳論として、JZ 1957, 141-148.

(175) 私法学者も、少なくとも最近まで、「単なる定式化問題」を見ていた限り、恐くべき程、ドイツ連邦共和国における私法への憲法の作用を過小評価し、無害なものとしていたことは確かだ。So MüKomm. Säcker I Einv. Rdrr. 52ff ; ähnl. Staudinger-J. Schmidt, 12. Aufl. Einv. 241ff Rdrr. 474.

(176) これは私の著書“Internationales Privatrecht in der Normenhierarchie”. Festschrift Jan Hellner (1984), 369ff.

(177) K. Siehr in Festschrift Imre Zajtay (1982), 424.

(178) 連邦憲法裁判所は「権力関係に革命の精神を刻印すべきだ」という Preuss. a. a. O. によってなされた問題ある要請——これに対して Saladin (Grundrechte im Wandel, 332f.) は Marcic に続けるところに「現代国家のプリステレス的構成材の強化を見るが——は、ケルゼンの要請、すなわちあらゆる価値考察を「イデオロギー」「政治の道具」とみなすことにより、法律学の全領域を非政治化する——この枠組みの中でケルゼンはまさしくメルクルの「段階秩序」を観迎したのだったが——要請と明白に矛盾する。しかしながらケルゼン自身が一九三四年に認めたように、純粹法学にあらゆる政治的傾向の嫌疑がかけられていた。(Reine Rechtslehre, 1934, VI/VII-und dazu R. A. Metall, Int. Z. f. Theorie des Rechts 10, 1986, 163 ff.). このことは単に「今日の時代の病：政治腺の過機能」(St. Lec. Alle unfriesiertem Gedanken 1953, 136) ということだけで説明され得ない。むしろ「根本規範」およびその下にある憲法が「進歩のための原動力」として頂点に立ったことにより、あらゆる防備にもかかわらず、ケルゼンが回避しようとした、誘惑する基点が、提供された。憲法の価値主観主義と価値客観主義を「媒介する位置」に関して B. Rüthers, Rechtsordnung und Wertordnung (1986), 23 ff.

(179) Hesse. Grundzüge, Rdrr. 81. Stern, Staatsrecht I, 136 は「確かにこの「連邦憲法裁判所によって頻繁に（用いられる制度）にあっては、裁判所は判決をするより立法することになってはいまいか」という疑いを容れる余地がある。

- (180) この場合連邦憲法裁判所は、一般の法の解釈および適用は、専門裁判所の仕事だが、そこでなされる憲法上の価値決定の小さからぬ誤った解釈に際しては、憲法上の干渉がなされるところ、「Heckの定式」を好んで援用する。(BVerfG 18, 92; 42 148).
- (181) F. Rittner in Festschrift W. Müller-Freienfels (1986), 509ff, 518.
- (182) F. Rittner, a. a. O., 517.
- (183) Nawiasky の「授権段階説」については、彼が Allgemeine Rechtslehre (1948) 49ff キズ、ついで彼の「Kritischen Bemerkungen zur Lehre vom Stufenbau des Rechts」Z. f. öff. Recht 6 (1927), 488ff.
- (184) Walter は複数の段階システム、すなわち、法の被制約性にしたがった段階構造と、法の部分的廃止力にしたがった段階構造を区別する。Walter ÖJZ 1965, 169 sowie in Rechtstheorie 1 (1970), 90ff. und Aufbau der Rechtsordnung (2. Aufl. 1974). 彼は、「ケルゼンは常に法の被制約性の段階構造だけを、部分的廃止力の段階構造を考えておらず、また両者の関係を論じていた」かったことを明らかにする (Rechtstheorie 9)° Walter, Der Aufbau der Rechtsordnung, 55ff, とは逆に「下位の法規範に対する段階の上での上位性は、それが、前者を部分的に廃止することに依拠するという思考の上での必然性」など。何故例えはより強い民主的正当性が、その上位性を根拠づけるものではないのだろうか。
- (185) Öhlinger, Stufenbau 23ff.
- (186) W. Burchardt, System, 170ff. "Organisation der Rechtsgemeinschaft" (2. Aufl. 1944), 19 とは同じく Burchardt は、「客観的に正しいことを命令することを目的とする法秩序は、いかにして客観的に正しい規範を黙らせておき、客観的に正しいことを主観的恣意の決定の背後に置くことができるのだろうか。」と的確に論じている。
- (187) 契約原理については Bierling, Prinzipienlehre II, 143 ff.; 私の Vertretung beim Rechtsgeschäft (1955), 90ff mit weiteren Nachweisen.
- (188) この過程の説明のためにさまざまな描写が用いられた。例えば既に自然法学者 Buhle, Lehrbuch des Naturrechts (1798), §168 は、「誰も他者の人格と財産に対する始源的権利を有さない。ある者がこのような権利を取得できるのは、他者がこれを

その者に譲渡するものと云ふのみのみである。」(F. v. Hippel, zur Gesetzmäßigkeit jur. Systembildung, 21 にある引用) Schmidt-Rimpler による鋭い定式化「個々人は、その行動をそこに参与した他の法仲間の意思にしたがって規制できるようにすべきなり。何故ならむしろその意思が、正しき方向に自己の意思の限界づけと制約として重大な意義を有するからだ。このことは、ハートマンズにも言う得るであろう。」(AcP 147, 160)

(80) 以下に引く Döle, Kann der Vertrag in zwei einseitige Rechtsgeschäfte aufgelöst werden (Diss. Berlin 1921), 18ff, A. A., beides zulassend aber Bucher, Rech. Allgem. Teil (1979), 38 Anm. 45. Bucher によれば、彼がケルマンの段階理論の適用にあつて論じているように、法秩序の一般的・抽象的規範は債権者と債務者の間の拘束的な権利義務関係を根拠づけない。上位に位置する段階が、債権者に対して付与するのは、彼の請求権の行使によつて、債務者に具体的な給付義務を課す権力だけである。債権者は請求することにより、「規範定立権能」の主観的権利を行使する。しかしながらこの形式的、法技術的考察方法によつて、既に中村宗雄が批判したように(注一一四参照)、主観的権利の機能はまったく度外視される。以下に引く Larenz, Festgabe Sontis, 1977 129ff.

(81) Bierling, Juristische Prinzipienlehre II, 117ff.

(82) 以下に引く E. Bucher, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis (1965), 51.

(83) 彼の Vertretung beim Rechtsgeschäft, (1965), 190ff ; Adomeit, Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche (1969), 35ff ; Normlogik, Methodenlehre-Rechtsphilologie (1986), 58. Bierling Prinzipienlehre II, 167ff. 参照。

(84) 彼の Vertretung, 243ff mit rechtsvergleichenden Nachweisen.

(85) Klaus Stern, Das Staatsrecht der BRD Deutschland I (2. Aufl. 1984), 105. Rittner in Festschrift Müller-Freienfels, 515 はその際「補充原理 Subsidiaritätsprinzip」に注意を喚起する。「同原理が (Quadragesimo anno 回勅に従つて) 共同体の少数者、劣等者を必然的な「成員団体 Gliedgemeinschaft」をみなし、したがつてある種の段階づけられた権限ヒエラルヒーが生じる場合」

(86) 規範コラナニョーニの一般論に於て J. F. Aubert ZSchw R. 115 II (1974), 193ff.

法規範の段階付けについて (概要)

- (961) Püttner, DÖV 1970, 322. 法学の発展と法律の発展。
- (967) Ritter in Festschrift Oppenhoff (1985) 333
- (982) René David, Les grandes systèmes du droit contemporains (6. Aufl. 1974) 112 mit Nachweisen.