The University of Osaka
Institutional Knowledge Archive

Title	ケルゼン「理論」とイエッシュ「理論」の方法論的位置関係と布置：法律による行政原理をめぐって
Author(s)	高田, 篤
Citation	阪大法学. 2022, 72(3-4), p. 7-39
Version Type	VoR
URL	https://doi.org/10.18910/89704
rights	
Note	

The University of Osaka Institutional Knowledge Archive : OUKA

https://ir.library.osaka-u.ac.jp/

The University of Osaka

ケルゼン「理論」とイエッシュ「理論」の方法論的位置関係と布置

――法律による行政原理をめぐって――(1)

高田　篤

はじめに
第一章　ケルゼンとLegalitätsprinzip
　第一節　オーストリア連邦憲法一八条の策定とケルゼン
　第二節　ケルゼンによる規定の文言に沿った解釈
　　第一款　連邦憲法一八条のコンメンタールにおける解釈
　　第二款　チェコスロバキア憲法裁判所に対するケルゼンの鑑定書
　第三節　ケルゼンの憲法裁判所判事としての解釈
　第四節　ケルゼンの法理論・公法理論における位置付け
　第五節　小括
第二章　様々なケルゼン
　第一款　Verfassungslegist/Verfassungskommentator/Verfassungsrichter
　第二款　Theoretiker

第二章　イエッシュとGesetzmäßigkeit der Verwaltung
第一節　イエッシュの課題とそこにおけるケルゼンとの立場の相違
第二節　イエッシュの方法論的前提とその実定憲法上の帰結
第三節　小括―イエッシュによる理論的作業
第一款「憲法構造」の「機能」と「憲法構造」としての「権力の配分」
第二款　理論の働きと意義
第三章　ケルゼンの理論とイエッシュの理論
第一節　ケルゼンの理論―法理論
第二節　イエッシュと理論―法理論と憲法理論
第一款　イエッシュと法理論
第二款　イエッシュと憲法理論
おわりに

はじめに

ドイツにおいて二〇一一年に出版された『越境する司法』[2]（以下『緑本』）は、ドイツ連邦憲法裁判所の在り様を根本的に批判した。ドイツにおいて連邦憲法裁判所に批判を加える著作は各時代において少なくないが、その中でも『緑本』は特に多くの読者を得るなど、大きな注目を集めた[3]。その理由の一つは、この本が、今日のドイツ国法学の主要問題を裁判所の判決の分析と結び付け、個々の判決に対する時々の批判を越える、本質的な批判とみなし得る諸点を見出していることにあるのだろう。

『緑本』で取り扱われた国法学の主要問題には、方法論的なものもあった[4]。すなわち、『緑本』では、一方で、国

法学におけるドグマーティク偏重が批判され、他方で、理論に対する比重を高めるべきであるとの主張がなされたのである。本稿では、後者の問題、国法学・憲法学における「理論」の働きと意義について省察を加える。

近年、ドイツ語圏の国法学・憲法学において理論的業績が明らかに多くなってきているように思われる。「理論」の意義、例えば憲法理論の意義を一般的に検討する業績だけではなく、特定の研究者の「理論」（多くの研究がされてきたカール・シュミット、近年「再読」が進んでいるハンス・ケルゼン[5]だけでなく、例えば、ゲオルク・イエリネック[6]、ゲルハルト・ライプホルツ[7]など）について探究する業績も、増えている。しかし、「理論」とその機能を、それが公法学の特定の問題の具体的克服にどのように働いたかを検討することによって探究した例は見つけ難い。しかし、このような探究は、理論的研究が国法学・憲法学にとってどのような意義と作用を持ち得るかを検討する上で重要な手掛かりを与えるものだと思われる。

本稿では、近年のドイツにおいて多くの研究者から肯定的に評価され、あるいは、関心を持たれている二人の研究者の「理論」（ケルゼンとディートリッヒ・イエッシュの理論）が、公法学の特定の課題（法律による行政原理、Legalitätsprinzip, Gesetzmäßigkeit der Verwaltung）の具体的克服に際して、それぞれどのように（例えば、憲法ドグマーティクとの関係で）働き（wirksam/unwirksam）、意義を有したかを検討する[8]。それを通して、二人の理論の方法論的位置関係と布置を具体的に明らかにし、二つの模範的な「理論」のあり方を追究したい。

第一章　ケルゼンとLegalitätsprinzip

第一節　オーストリア連邦憲法一八条の策定とケルゼン

まず、ケルゼンを取り上げる。ケルゼンは、周知のように、一九二〇年のオーストリア連邦憲法の制定に深く関

与し、それに大きな影響を与え、しばしば「連邦憲法の父」と称されてきた。[9] しかし、近年では、連邦憲法の構成要素ごとに関与・影響を具体的に検討することを通じ、それらを相対的に捉える見解も提出されている。[10] ただ、Gesetzmäßigkeit der Verwaltungを規定する連邦憲法一八条の策定については、ケルゼンの影響は、決定的だったと言い得る。

オーストリア連邦憲法[11]は、

「一八条

一項　すべての国家行政は、法律の根拠に基づいてのみ行使され得る。

二項　各行政官庁は、法律の範囲内において、自己の権限の範囲内で命令（Verordnungen）を発することができる。」

（一九二五年改正で二項が「法律の範囲内において」から「法律の根拠に基づいて」に改められた）

と定める。[12] 二項が行政官庁の命令について定めているため、一項は行政の個別行為を規律している所に意義を有する。この一項については、まず、個別行為に関して「法律による行政」の範囲を憲法で規定している例が他に見当たらず、独特である。[13] また、法律の根拠を要する個別行為の範囲を「すべての国家行政」としたことは、憲法で「全部留保」を定めたことを意味し、ドイツのヴァイマル憲法下の学説（「侵害留保説」）、ボン基本法下での実務・学説（「本質性理論」）などと比較して、際だった特徴を示している。

この全行政に法律の根拠を要求するという一九二〇年連邦憲法の最大の特質は、ケルゼンの影響なしには生じな

かったと言い得る。つまり、ケルゼンは、レンナー首相の委嘱を受けて、首相府の学術顧問となり、連邦憲法の原草案を作成し、また、憲法制定国民議会の憲法委員会小委員会における専門的助言者となった。そして、憲法の諸草案を見れば、ケルゼン草案の段階で、連邦憲法第一八条の原型がすでに形成されていたことが理解されるのである。(14)

第二節　ケルゼンによる規定の文言に沿った解釈

第一款　連邦憲法一八条のコンメンタールにおける解釈

ケルゼンは、連邦憲法一八条の策定に決定的な影響を与えただけでなく、連邦憲法のコンメンタールの中で、同条を解釈した。すなわち、ケルゼンは、首相府のメンバーとして憲法編纂にかかわったゲオルク・フレーリッヒとアドルフ・メルクルと共に、コンメンタールを著したが、それは担当者コンメンタール（Referentenkommentar）としての性格を有するものであり、今日に至るまで恒常的に参照され、ほとんどすべての憲法のモノグラフィーにおいて引用される標準的な文献であり続けているとされる。(15) そこでは、一八条について、以下のような解釈がなされている。

一項では、執行権の法律適合性の原理が明確に定められている。それによって、あらゆる一般的な法的拘束力のある規範は原則として法律という形式を要し、あらゆる個別的な規範（判決、行政行為）は、何らかの法律によってカバーされていなければならない。命令については、二項が、その発布を全ての行政官庁に対して直接的に憲法適合的に委ねているが、以下のような制限を付けている。

ひとつに、命令は、法律の枠内でのみ出されてよいということである。枠をより詳細に充たすこと、つまり内容

充足と具体化は、直接的に、具体的な国家行為（判決、行政行為）によって、または、間接的に、法律と具体的な執行行為との間に、執行機関によって発せられるさらなる一般的規範、実施命令・執行命令を挿入することによって、行われる。

ふたつに、実施命令・執行命令の発布について、行政官庁が、その作用領域内において権限を与えられている。この作用領域は、場所的ならびに事項的に限定されている。

法律を改正する命令の発布は、憲法によって排除されている。法律を改正する規範の発布を執行機関に授権するとすれば、それは、およそ憲法律の規定に基づく権限の他機関への委譲と同じ様に、憲法を改正する法律によってのみ行われ得る。このような授権法律としては、戦争状態を原因とする非常な関係を契機として経済領域に対して必要な指令を発することを政府に授権した一九一七年七月二四日の法律があるが、「統治権および執行権の行使に関する一八六七年一二月二一日国家基本法」――連邦憲法の命令に関する規定は同一一条を模している――によれば、この法律は憲法改正法律としてのみ可能であったろう。この欠陥が、同法律の連邦憲法への移行に関する一九二〇年一〇月一日憲法律七条二項による受容（Rezeption）によって、つまり憲法律によって治癒されなかった限りにおいて、この法律の合憲性は争われよう。

臣下を義務付ける法命令と国家機関のみを義務付ける行政命令との区別を、我々の憲法は知らない。[16][17]

ここでなされているケルゼンの解釈は、憲法の編纂を担当した者としての経験に基づく彼の認識である。それは、このコンメンタール全体についてそうであるように、法律学的観点から言い得ることに限られたものである。[18] 一八条についても、主として文言に沿った解釈が行われ、文言から当然に生じる理解が示されているのである。

第二款　チェコスロバキア憲法裁判所に対するケルゼンの鑑定書

ケルゼンは、連邦憲法一八条の解釈をコンメンタールにおいて展開したのと同時期に、チェコスロバキア憲法裁判所に対して鑑定書を提出した。すなわち、チェコスロバキア憲法（一九二〇年）五五条（「命令は、特定の法律を執行するためにのみ、かつ、その範囲内において公布され得る」）等の解釈をめぐる争いにおいて、[19] 同裁判所は一九二二年一一月七日に判決を下したが、鑑定書はこの解釈をめぐってのものである。[20]

ケルゼンは、鑑定書の中で、法律と命令、立法と執行との関係について、次のようにいう。法律と命令は、一般規範における段階的相違である（メルクルの法段階説）。[21] そもそも、立憲君主制の理念としては、一般規範が議会の議決という民主的方法で定立されるのに対して、個別規範・具体的法行為は専制的形式を維持する執行が定立する。本来、一般規範の定立は国民代表の議決に留保され、憲法による委任によってのみ他の機関がそれをなし得るのである。しかし、立憲君主制の政治的動機を反映した権力分離の原理は、立法と執行を、国家意思形成の上下秩序の関係に立つ段階としてではなく、互いに同位で同価値の組織技術的に孤立した国家作用・権力として描出し、君主やその大臣が、立法が我が物としていないテーマについて、命令を制定することができるとする（執行権の原初的・本来的命令制定権力の理論）。権力分離の原理の助けで、執行権が、二次的だとしても、立法権へと解釈し直されるのである。しかし、民主共和国の憲法はそのような執行権の命令制定権を知らない。チェコスロバキア憲法五五条は、執行機関による命令公布を可能にする規定であるが、賞賛に値する明確さで、特定の法律を執行するために「のみ（bloß）」、その限度において公布され得るとする。このように、チェコスロバキア憲法は、法律執行命令と法律改正命令において、前者のみを可能としているのであるが、実際には、この区別が困難な限界事例が存在し得る。しかし、法律自身が内容的に十分に規定されている場合にのみ法律の命令による執行を可能とするなら、

区別は難しくない。法律が執行され得るように、既に法律からだけで意図されたルール化の本質的要素が見て取られなければならない。執行命令だけが許されるべきなら、法律は、およそ何らかの措置が取られねばならないという規定だけではなく、いかなる措置が取られなければならないかも規定しなくてはならない（ob だけではなく wie も）。[22]

このように、ケルゼンは、執行機関による命令制定について、チェコスロバキア憲法五五条をその文言の意義を強調する形で解釈した。それによって、執行権が本来的に命令を制定できるという解釈を排除し、法律改正命令を不可能にする法律による全部留保を導いた。その上で、法律執行命令と法律改正命令とを区別することの実際上の困難さに鑑みて、法律だけでルール化の本質的要素が分かるようにしなければならないとして、法律の十分な規律密度の必要性を帰結したのである。

第三節　ケルゼンの憲法裁判所判事としての解釈

ケルゼンは、オーストリア連邦憲法一八条をコンメンタールにおいて解釈した直後に、連邦憲法裁判所の裁判官として、同裁判所によるこの規定の解釈を主導した。[23] すなわち、連邦憲法裁判所一九二三年三月一九日判決は、概括的授権した法律に基づいていくつかの商品の関税率を変更した一九二二年一二月一一日の連邦政府の命令（B.G.Bl. Nr.900）を、違法とした。そこにおいて、連邦憲法一八条を解釈して、次のような判示がなされたのである。

命令は法律に基づいてのみあるいは法律の範囲内でのみ発布され得る。命令は法律を実施することができるだけなのであって、変更することはできないのである。およそ法律の詳細な実施が語られ得るためには、当該法律は、

およそ何らかの措置がなされるという規定を含んでいるだけではなく――この場合は形式的法律の権限委譲だけが提示されている――、法律は、もし当該措置の詳細な実施も命令に委ねるのなら、いかなる措置が取られるべきかをも規定していなければならない。法律が命令によっておよそ実施可能であるためには、連邦憲法の意味において内容的に十分に規定されている（inhaltlich hinreichend bestimmt）ということでなければならず、既に法律だけから――そして実施命令の援用を必要とすることなく――、意図されたルール化の全ての本質的要素が見て取られなければならない。規範化についての „ob“ だけではなく „wie“ も法律の形式で規定されていなければならない。もっとも、この際、単なる形式的法律による権限委譲と実質的法律の規定の間の限界をシャープに引くことはできない。なお「形式的法律による権限委譲」なのか、すでに「実質的法律の規定」なのかの決定が疑わしい事例も絶えず存在するに違いない。ここでは、よく考慮された裁判所の判断が限界を引かなければならない。(24)

このように、ケルゼンは、連邦憲法一八条の文言にいちいち触れることもなく、チェコスロバキア憲法五五条の解釈の際と同様の結論、すなわち法律による十分な規律密度という帰結を導くとともに、それについて疑義がある場合には裁判所がそれを判断するとしたのである。

第四節　ケルゼンの法理論・公法理論における位置付け

ケルゼンは法理論家として『純粋法学』を発展・展開させたが、その最初の体系的・包括的な著作が『一般国家学』(25)である。(26) ケルゼンは、この中で、立法と行政の関係を次のように分析している。

行政の基礎である法律と命令は、共に定立された法であり、行政は法作用として捉えられなければならない（実質的意味における法律としての命令）。したがって、命令について、法作用としての法規命令と法作用でない行政

命令とを区別することはおかしい。[27] 行政を原初的で法から独立したものと捉える通説的な理論は、立憲君主制の地盤の上で発生したものであり、その政治的傾向に沿っている。[28] その傾向を示す権力分離の理論は、執行を立法から独立した作用であると説明することによって、執行を委託された機関に議会から独立した地位を与え、守勢を余儀なくされた君主主義の原理に避難場を確保しようとする。[29] 専制制と区別された民主制について、民主化は立法の段階だけでなく行政の段階にもかかわるのである。[30] しかしながら、立法の民主制と執行の民主制の関係からして、行政の過激な民主化は執行の法律適合性にとってマイナスに働き、立法の民主制を危険にさらす。全体の意思が部分の意思によって弱められることになるからである。[31]

このように、『一般国家学』においては、行政の法律適合性原理を正面から扱った叙述はみられない。[32] これに対し、オーストリアにおいて行政の法律適合性原理を表す概念であるLegalitätsprinzipに言及されているのは、『民主制の本質と価値 第2版』[34]においてである。[33] すなわち、立法作用、一般的規範を創設する作用は、相対的に自由な意思形成作用である。これに対し、執行作用は、相対的に拘束された意思形成作用であり、執行は法律適合性の理念の下にある。Legalität の理念は、国家意思形成のある段階において、民主制と矛盾する。立法の民主制が前提とされたとしても、執行の法律適合性が民主制の形式で最もよく保証されるというわけではない。議会に対する責任を考慮に入れると、専制的な大臣制、独任機関による執行の方が、民主制的な合議制より適切であることが示される。合議制においては、責任感が弱まり、責任追及も困難になるのである。Legalitätsprinzipと民主制原理との不一致は、比較的大きな公共体で、分業の必要があらわれるにつれ、先鋭化する。分権化によって形成された中級・下級官庁を徹底的に民主化することは、立法の民主制が廃棄される危険を意味するのである。[35]

以上のように、ケルゼンの法理論、公法理論においては、法律による行政原理が正面から論じられることはなか

った。すなわち、ケルゼンは、「法段階説」として知られる法の動態的分析の中で法創設の方法を論じ、そこにおいて、法に服する者が法創設に関与するか否かで民主制と専制制を区分し、各法段階でこの区分が問われるとする。[36] そして、立法の民主化と行政の民主化の関係を検討し、後者の推進が前者を危険にさらす、法律による行政原理（Legalitätsprinzip）が行政の民主化によって損なわれるという。つまり、法律で何をどこまで規律すべきか、という点は正面から論じられていないのである。

第五節　小括

第一款　様々なケルゼン

これまで見てきたように、ケルゼンは、様々な立場において「法律による行政」にかかわると同時に、直接関与しない場合もあった。

ケルゼンは、Verfassungslegist として、連邦憲法の中に法律による行政について全部留保の規定を設けることに決定的な役割を果たした。そして、Verfassungskommentator として、その連邦憲法の規定をその文言に沿って解釈し、[37] また、チェコスロバキア憲法について、規定の文言の意義を強調する形で解釈して、法律執行命令の制定に際しての法律による全部留保を導き、そして、本質的事項の規律（ob だけでなく wie）の必要性を説いた。さらに、Verfassungsrichter として、オーストリア連邦憲法一八条の各文言にいちいち触れることもなく、法律によって内容的に十分な規律がなされねばならないという帰結を導くとともに、裁判所が法律による委任の限界を判断できるとしたのである。

他方、ケルゼンは、Theoretiker として、「法段階説」の文脈で、法律／命令を把握し、権力分離論・立憲君主

制的行政論をイデオロギー批判すると同時に、立法の民主化と行政の民主化の関係において、後者が法律による行政原理（Legalitätsprinzip）を損なうとした。ここでは、「法律による行政」への言及はあるが、その内容が直接的に取り扱われてはいない。

このように、ケルゼンは、各立場で、「法律による行政」への対応を違えているのである。

第二款　Verfassungslegist/ Verfassungskommentator/ Verfassungsrichter

これらの相違においてまず注目されるのが、「法律による行政」の具体的な内容をめぐるケルゼンのアプローチの違いである。

ケルゼンは、Verfassungslegist として、「すべての国家行政」に法律の根拠、法律による授権を求める全部留保の憲法規定（一八条）を導いた。連邦憲法制定に際してのケルゼンの役割の大きさをめぐっては、オーストリアにおいて議論が続けられてきた。そこには、オーストリアの学的文脈（親ケルゼンと反ケルゼン）も反映されていた。また、例えば、ケルゼンは「憲法の父」ではなく建築依頼者の望みの範囲でそれを具体化した「憲法の建築家」にすぎないと言われるように、[38] 近年、ケルゼンの影響を相対的に捉える見方も広がっている。しかし、オーストリア法治行政については、明らかにケルゼンが「父」であると言い得るのである。

そして、Verfassungskommentator として、オーストリア連邦憲法一八条について、憲法の編纂を担当した者としての認識を、主として文言解釈の形で表し、また、チェコスロバキア憲法の規定の文言解釈を基礎として、命令との関係で法律の全部留保を導き、その実現のために法律の十分な規律密度を求めた。Verfassungskommentator としての解釈は、法学による解釈（rechtswissenschaftliche Interpretation）であり、ケルゼンの学問体系においては特殊国家学（Besondere Staatslehre）に位置付けられるものである。[39] それは、後に展開された法解釈に関す

る彼の法理論によれば、公権的解釈ではなく、非公権的解釈であり、解釈の「枠」の認識にとどまる。[40] ここでのケルゼンによる解釈において文言の意義が強調されていることは、この法理論と符合しているのである。

さらに、Verfassungsrichter として、法律の授権について定めるオーストリア連邦憲法一八条を、法律に十分な規律密度も求めていると解釈した。Verfassungsrichter としての解釈は、『純粋法学』からすると、法適用機関としての解釈、公権的解釈であり、適用されるべき法の枠を認識した上で、そこで示された複数の可能性の中から一つを選ぶ意思行為、法創造である。[41] ここでは、法律の授権について定める憲法規定から、当該規定の文言に沿った全部留保だけではなく、規定の文言から一義的に導かれるわけではない法律の規律密度の要請と、それについての裁判官の判断権とが、文言を援用することなく、解釈として導出された（つまり、目的論的解釈が行われた）。すなわち、ケルゼンの解釈が Legalitätsprinzip を導いたのである。

第三款 Theoretiker

ケルゼンは、理論家として、法を静態的ならびに動態的に分析し、後者において「法段階説」を展開した。この憲法、法律、行政の一般規範定立行為、行政の個別行為という法段階の把握からは、行政活動に法律による授権・法律の留保が求められることはあっても、法律による規律密度は要求されない。法律でどこまでの規律が求められるかは、それぞれの実定憲法の定めによるのである。

『一般国家学』は、国法秩序を一般的に（allgemein）説明する理論であり、特定の（besonder）国法秩序について叙述するものではない。したがって、„ob“ だけではなく „wie“ についての法律による規律を求める Legalitätsprinzip は、あくまでもオーストリア連邦憲法やチェコスロバキア共和国憲法という実定憲法に即したものであり、ケルゼンの『一般国家学』・『純粋法学』において正面から取り扱われないのである。

第二章　イエッシュとGesetzmäßigkeit der Verwaltung

第一節　イエッシュの課題とそこにおけるケルゼンとの立場の相違

イエッシュは、第二次大戦後のドイツにおいて、「法律による行政」（Gesetzmäßigkeit der Verwaltung）の根本的な見直しを図った。すなわち、法律による授権の伝統的限定（「侵害留保」）が、立憲君主制の本質的要素であることを証明し、そこから憲法構造が転換したことを踏まえて、立憲民主制憲法たる基本法にふさわしいモダンな留保概念を帰結しようとしたのである。(42)

イエッシュは、これらの問題を、あくまでも法律学的方法によってドグマーティッシュに分析しようとし、パウル・ラーバントが実定憲法の国法学的分析を政治的分析あるいは哲学的分析と区別したことに賛成する。しかし、その際、イエッシュは、方法の純粋性を説くケルゼンの純粋法学と取り組むことを行わないでおくとし、純粋法学は法理論としては模範的であるが、法規範の解釈には役に立たない。法理論とドグマーティクとの間に厳密な分離線が引かれなければならないという。(43) また、これと関連して、イエッシュは、行政の法律適合性と、あらゆる行政活動が権限規範に依存しているというメルクル＝ケルゼン流の法段階説的意味、法理論的意義を持つ行政の法適合性(44)とを区別する。すなわち、この行政の法適合性は、法の優位だけではなく、一定の留保の意義も持ち、執行権のあらゆる活動が法的権限に基づかねばならないことになる。しかし、この原理からすれば、法的授権は一般条項の形式における概括的授権でも十分であり、行政の法律適合性とは異なるというのである。(45)

第二節　イエッシュの方法論的前提とその実定憲法上の帰結

イエッシュは、自らの課題を追究する方法論的前提として、法律適合性原則が憲法構造の機能であり、法律適合性原則の妥当、内包、外延は、各憲法秩序（spezielle Verfassungsordnung）のそれぞれの構造に機能的に（funktional）依存しているとする。それ故、この原則の意義は、憲法構造と共に変化する。伝統的な法律適合性原理の機能的位置（funktionale Stellung）は、立憲君主制の憲法構造において示され得ることになり、そして、いまや変更された憲法構造から、法律適合性原則について、その変更された機能的位置と新たな内容形成とが推論され得るという。[46] つまり、イエッシュによれば、ボン基本法の新たな憲法構造は、議会が最高の国家機関であることを明らかにしている。議会だけが、憲法が沈黙している場合に、権限の推定を主張することができる。立憲君主制下とは異なり、議会は、最早、統治・行政領域における執行権の自然の自由を制限するのではなく、執行権に活動するために必要な権限を付与する。執行権は、政府のレベルにおける政治的決定に関して憲法で与えられた活動権限――これは議会のコントロールに服するが――を除けば、法律による授権無しに活動するための権限を持たないという。[47]

次に、イエッシュは、裁判権を分析して、その作用的地位がコントロール権限にあるという。[48] すなわち、まず、彼は一九五六年の博士論文の中で権力配分原理の分析を行い、それには、国家基本作用を任務配分として記述する作用理論、ある権力が他の権力の権限領域を侵すことを避ける権力分離、チェック・アンド・バランスのシステムを構築してどの権力も巨大にならないことを目指す権力コントロールの三つがあるという。そして、基本法が定める権力配分において、権力の抑止は、司法権による他の二権のコントロールの形で行われ、その任務に対応して、司法は、ドイツの憲法史上初めて、他の二権力から厳密に分離された、とされるのである（基本法九二―一〇四条）。[49] また、そのような司法権は、議会と執行権を、その活動が憲法、法律、その他の法に適合しているかに基づ

いて監視する。さらに、議会は、執行権を法的および政治的にコントロールし、立法によって裁判を拘束する。執行権のみが、他の両権力に対してコントロール作用を持たない。全ての行政活動は司法審査可能なのであり、執行権の意のままにできる、法から自由な領域は最早存在しないというのである。[50]

これらを前提にして、イエッシュは、基本法の下では、概括的授権が許されないという。つまり、執行権は議会の授権規範に依存しているのであって、議会は限界づけられた授権要件を定めなければならない。さもなければ、議会は規範を定め（Normierung）、統制する（Lenkung）という任務を放棄することになるからだという。[51] 特に、執行権に対して、市民の権利の領域にかかわる措置を授権する場合、議会の授権の形式はより厳密な要請を受けるが、要請の程度は、介入、請求権のある給付、請求権のない給付などによって異なるという。まず、執行権が個人の領域への介入を授権される場合、行政官庁の活動に関する基準は立法者自身によって定立されねばならず、官庁による個々の措置は授権規範に基づいて「測定可能」（meßbar）でなければならない。この測定可能性の要請は、ドイツ連邦共和国の憲法構造から生じており、その際、最も重要な憲法規範は基本法一九条四項[52]である。なぜならば、措置の測定可能性の要請は、当該措置が裁判所によって統制されることが保障されるということで初めて意味を持つからである。この測定可能性の要請は、立法者が、当該措置を評価することのできる基準を裁判官に与えることを前提とする。つまり、授権の特定化（Spezifizierung）は、立法者自身が行わなければならず、立法者がそれを裁判所に押しつけることは許されない。執行権の権力を制限する任務は、議会に与えられていて、裁判権は、憲法上、この限界が維持されるよう監視することにのみ任ぜられているというのである。[53] 次に、個人に給付請求権が与えられている場合、給付の拒否について、一九条四項が完全な権利保護を与える。この場合、特定化された、構成要件の形で書かれた授権が、介入の授権の場合と同じ理由で必要になる。なぜならば、法的請求権があるにも

かかわらずそれを拒否することは負担になるからである。それ故、行政裁判所の審査の枠組みの中で、裁判官は、拒否を認められるか否かを厳密に審査し得る基準を持たねばならない。さもないと、個人の請求権は見せかけだけのものになり、給付が官庁の裁量に委ねられてしまうことになるからだとする。(54) このように、イエッシュは、行政の措置に対する完璧で実効的な裁判所のコントロールの必要性から、裁判所が測定可能なように授権規範を定立する立法者の義務を導き出したのである。

第三節　小括―イエッシュによる理論的作業

第一款　「憲法構造」の「機能」と「憲法構造」としての「権力の配分」

イエッシュは、「憲法構造」の「機能」及び「憲法構造」としての「権力の配分」という二つの理論を駆使することによって、行政の法律適合性原理をドグマーティッシュに把握し、具体的な憲法内容を基本法から導いている。すなわち、行政の法律適合性原理を「憲法構造」の「機能」と理解することによって、まず、立憲君主制のそれと立憲民主制のそれとを比較することが可能になる。それを、基本法における具体的な言明と結び付けることによって、いわゆる全部留保が採られる。そして、基本法九二―一〇四条で示される「憲法構造」から、基本法下の「権力の配分」において、他の二権と厳密に分離された司法権が他の権力を法的にコントロールするとの理解が示される。また、議会は、権力分立から、執行権を法的および政治的にコントロールする任務を担うとされる。したがって、執行権の意のままにできる、法から自由な領域はないとする。イエッシュは、こういった基本法下の憲法構造を背景としつつ、議会が執行権に対する限界付けられた授権要件を定めなければならないという。さらに、基本法一九条四項から、行政活動の裁判所のよる審査可能性が導かれるとして、基本法の下では、裁判官に基準を与えな

い概括的授権が許されないとするのである。

第二款　理論の働きと意義

「憲法構造」に関するこれらの理論は、憲法を比較し、それぞれの特徴を示すことを可能にしている。比較のひとつは、通時的な比較であり、立憲君主制憲法と立憲民主制憲法との比較対照がなされる。その際、注意を要するのが、イエッシュがこういった理論を切実に必要としたドイツの状況である。すなわち、ドイツにおいては、立憲君主制憲法たる大日本帝国憲法から立憲民主制憲法たる日本国憲法へと転換した日本においてとは異なり、ヴァイマル憲法において立憲民主制が実現していたにもかかわらず、そこにおいて法律適合性原則が、立憲君主制憲法たる帝国憲法の下においてのそれと変わることがなかった。[55] そこで、イエッシュは、基本法下の新たな法律適合性原則を、ヴァイマル憲法下でも一応確立していた法治国家原則や民主制原則から直接導くことはせず、基本法の「構造」の下の「機能」と「権力の配分」から説明し、ヴァイマル憲法下のそれとは別のものとして論じた。すなわち、議会や裁判所の位置付けが変わったことを明らかにし、全部留保と、概括的授権が許されないこととを内容とする新たな法律による行政原理を導いたのである。

もう一つの比較は、共時的な比較、他の立憲民主制憲法との比較であり、イエッシュは特にオーストリア憲法を意識せざるを得なかった。すなわち、一九二〇年のオーストリア連邦憲法では、前述の通り、一八条の中で、イエッシュが法律適合性をめぐる解釈において目指そうとしている全部留保が実定的に規定されている。しかし、それはオーストリアの実定憲法規定なのであり、基本法の解釈に直接関係しない。また、この規定の背後にヴィーン学派の法段階説との関連があったとしても、前述したように、この法理論から導かれるのは法適合性である。この法適合性が一定の留保の意義を持ち、執行権のあらゆる活動が法的権限に基づかねばならないということを導出した

としても、この原理からすれば、法的授権は概括的授権でも十分なのであり、それはイエッシュが追究しようとしている行政の法律適合性とは異なる。イエッシュは、法理論的認識、法政策的要請、実定化された原則の間は、厳密に区別されなければならないという。[56] そこで、イエッシュは、実定憲法たる基本法の「構造」の下の「機能」と「権力の配分」から議論を展開することを通じて、オーストリアと別の形で法律による行政を導いたのである。

第三章　ケルゼンの理論とイエッシュの理論

第一節　ケルゼンの理論―法理論

ケルゼンにとって、理論は、法・法秩序の一般的に妥当する正しい・客観的言明を追究するもの、法理論[57]である。確かに、そのような法理論によって獲得された認識が、具体的な憲法秩序の理解やそれへの対応に意義を有することも多々あろう。しかしながら、ケルゼンは、理論を、実定憲法秩序の構造、原理、作用を省察するための道具・鍵としては捉えなかった。何故ならば、それらは歴史的に偶有的（kontingent）なものだからである。

ケルゼンは、立憲民主制を信奉し、その生成、発展、維持に努めた。オーストリア連邦憲法の編纂に深くかかわり、憲法裁判所の中心的な裁判官としてその発展・維持に貢献したのである。本稿で見た法律による行政原理へのかかわり方は、それを端的に示している。しかしながら、ケルゼンは、法律による行政原理について、一般的に妥当する正しい・客観的言明を提示しなかった。実定憲法のあり方によっては別用であり得る実定憲法上の原理を、普遍性・一般性に定位する理論的なコンセプトからは切り離したのである。

第二節　イエッシュと理論―法理論と憲法理論

第一款　イエッシュと法理論

イエッシュは、ケルゼンの行ったような法理論的研究の意義を認識していた。それどころか、イエッシュ自身がケルゼンと同等の抽象度にある理論的考察を行っている。すなわち、彼は不確定法概念と裁量を、憲法的観点のみならず法理論的観点からも検討しているのである。その分量・頁数は、法理論的考察が憲法的考察の四倍以上（七〇頁対一六頁）もあり、彼の法理論への関心の高さを示している。[58] その際、イエッシュは、ケルゼン理論の特定部分、法解釈の法理論たる解釈の「枠」の理論を批判し、その克服まで図っている。[59] また、イエッシュは、ケルゼンの純粋法学（第二版、一九六〇年）に対する書評の中で、ケルゼンの学説において使える（brauchbar）解釈理論が欠如していることを批判する。つまり、法規範の拘束力ある内容の突き止め（Ermittelung）（解釈方法としての法律学的実証主義の問題）という問いについて、純粋法学は、法律学的なものとメタ法律学的なものを分離することを求める。しかしながら、イエッシュは、隔離という方法が実定法の解釈には妥当しないとして、ケルゼンを批判する。法は、意味構成体（Sinngefüge）としてのみ内容を持った秩序として認識・把握され、この内容は、法律学的な・ドグマーティッシュな方法によって認識され得るが、メタ法律学的中味から自由ではなく、まさにそれによって刻印付けられている。したがって、法秩序の内容を突き止めるために、規範に取り入れられたこの意味内容に手をつけなければならず、それ故、決定的なヘルメノイティッシュな問題を解くための方法を発展させることは法学の任務であるとして、あらゆるメタ法律学的な中味を排除しようとするケルゼンの解釈方法論が批判されるのである。[60]

第二款　イエッシュと憲法理論

このように、イエッシュは、ケルゼンの法理論を真剣に受け止め[61]、自らも法理論的研究を展開し、ケルゼン理論と格闘している。しかしながら、イエッシュには、法の一般的に妥当する正しい・客観的言明を追究する理論的研究だけでは十分でなかった。彼にとっては、純粋法学とは異なるレベルに存在する、そこにおいて理論が具体的な実定憲法秩序と関連することのできるような別の理論レベルが必要であった。イエッシュは、憲法のテキストを理解し、その命ずるところを把握するための理論的コンセプトを要した。彼は、理論なしに実定憲法に手を出せるなどというのは幻想であり、理論が、実定憲法秩序を理解する省察領域を開くことができると考えていた。彼が展開した「憲法構造」に関する理論は、そのような理論であり、憲法理論と呼び得るものだったのである。

おわりに

ケルゼンとイエッシュの理論は、現在のドイツにおいて高く評価されている。法理論と憲法理論という二つの型の理論は、異なった抽象度と機能を持っているが、ニクラス・ルーマンの分析に即すると、法理論が学的コミュニケーションに属するものなのに対し、イエッシュが法律による行政において展開した憲法理論は法的コミュニケーションに属するもの、と位置付けることも可能であろう[62][63]。ケルゼンとイエッシュの理論の方法論的位置関係・布置を理解すれば、過去[64]および現在の国法学・憲法学における理論的諸研究を分析し判断することが可能になると思われる。これらの理論を通じて、理論的研究を測る尺度や、我々が理論によって達成しようとする目的などが、問われ得るであろう。

（1）　本稿は、二〇二一年三月二七日にオンラインで開催された「『三角シンポジウム』プレシンポジウム」で筆者が行っ

た報告（Die methodische Konstellation der Theorien von Kelsen und Jesch）を論文の形式に修正したものである。

すなわち、本稿で説明するように、連邦憲法裁判所のあり方を厳しく批判する『越境する司法』の著者達を「第一辺」、連邦憲法裁判所のあり方に寄り添う形でその検討を進めるドイツの研究者を「第二辺」、日本等東アジアでこの議論を客観的に分析する研究者を「第三辺」とする『三角シンポジウム』を、二〇二〇年九月二六日、二七日に大阪大学で開催することが、予定されていた。具体的には、

Ⅰ国法学における議論の焦点

一ヨーロッパ化と連邦憲法裁判所

二法治国家性と民主制―最前線としての連邦憲法裁判所

Ⅱ国法学の省察と方法

三ドグマーティクの本質と機能

四理論の建設的展開の可能性

という四つのセッションが、各セッションについて報告者一名、コメンテーター二名で、各「辺」から四名ずつ計一二名が参加する形で計画された。

しかしながら、新型コロナウイルス感染症蔓延のため、シンポジウムは延期され、二〇二一年三月二七日に、第四セッションのみが「プレシンポジウム」としてオンラインで開催された。前述のように、主報告を筆者が行ったほか、コメンテーターとして、「第一辺」からマティアス・イエシュテット氏（フライブルク大）、「第二辺」からクリスチャン・ブムケ氏（ブツェリウス・ロースクール）が登壇した。プレシンポには、他に、「第一辺」からクリストフ・シェーンベルガー（ケルン大）、オリヴァー・レプシウス（ミュンスター大）、クリストフ・メラース（フンボルト大）の各氏、「第二辺」からアンドレアス・フォスクーレ（フライブルク大、元連邦憲法裁判所長官）、アン-カタリン・カウフホールド（ミュンヘン大学）、トーマス・ヴィシュマイヤー（ビーレフェルト大）の各氏、「第三辺」から鈴木秀美（慶応大）、高田倫子（大阪市大［当時］）の各氏、それ以外にエヴァルト・ヴィーダーリン（ウイーン大）、片桐直人（大阪大）、栗島智明（埼玉大）、原島啓之（大阪大）の各氏が参加し、活発な議論が行われた（その他にも、黄舒芃（台湾アカデミー）、トマ・オックマン（ランス大）の各氏が書面参加の形で関与した）。

このようなシンポジウムが計画・部分実施され得たのは、大阪大学が、一九六〇年代以来、日本とドイツ語圏との公法分野における学術交流の重要拠点となってきたためである。谷口勢津夫教授は、大阪大学在任中、ドイツとの学術交流を積極的に進められ、その発展に目ざましい貢献をされた。

（2）Matthias Jestaedt, Oliver Lepsius, Christoph Möllers, Christoph Schönberger, Das entgrenzte Gericht — Eine kritische Bilanz nach sechzig Jahren Bundesverfassungsgericht, Berlin, Suhrkamp, 2011.

日本において二〇一四年にその翻訳が刊行された。鈴木秀美、高田篤、棟居快行、松本和彦監訳、マティアス・イエシュテット、オリヴァー・レプシウス、クリストフ・メラース、クリストフ・シェーンベルガー著『越境する司法―ドイツ連邦憲法裁判所の光と影』（風行社、二〇一四年）。

（3）本書は、ズーアカンプ社の新書版ということもあって、読者として、法学、法実務関係者だけでなく、一般の人々も想定されていた。しかし、その売れ行きは、出版前の想定をはるかに超えたという（高田篤「解題」鈴木他・前掲註（二）所収三六六頁）。

（4）方法論的問題以外の主要問題として、二つのものが取り上げられている。ひとつは、グローバル化とヨーロッパ化の問題である。『緑本』においては、国際法とヨーロッパ法に対する憲法の、欧州司法裁判所と欧州人権裁判所に対する連邦憲法裁判所の相対化が強調されている。もうひとつは、民主制の下における連邦憲法裁判所という問題である。一九八〇年代以来、民主制原理が実務と学説で次第に大きな意義を有するようになったが、そのことによって、法治国家と民主制の関係が新たに問い直されている。『緑本』では、民主制の下における連邦憲法裁判所の作用方法と正統化が分析されている。

（5）近年のドイツにおけるケルゼンの再読については、高田篤「ドイツにおけるケルゼン『再発見』と国法学の『変動』」の兆し」辻村みよ子・長谷部恭男・石川健治・愛敬浩二［編］『「国家と法」の主要問題』（日本評論社、二〇一八年）所収参照。

（6）Jens Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, Tübingen, Mohr Siebeck, 2000.

（7）Anna-Bettina Kaiser (Hrsg.), Der Parteienstaat: Zum Staatsverständnis von Gerhard Leibholz, Nomos, Baden-Baden, 2013.

(8) 既に、イエッシュの法律による行政原理のテキストが日本やドイツでどのように受容されてきたかについては、「公法学テキストの受容とその文脈―Dietrich Jesch の日本とドイツにおける受容をめぐって」毛利透、須賀博志、中山茂樹、片桐直人編『比較憲法学の現状と展望　初宿正典先生古稀祝賀』（成文堂、二〇一八年）で取り扱い、その中で、ドイツにおけるイエッシュに対する評価についても紹介した。本稿では、方法論に重点を置く。

(9) Rudolf Aladár Métall, Hans Kelsen: Leben und Werk, Wien, Franz Deuticke, 1969, S. 112.

(10) 例えば、憲法裁判所の規定については、ヴィーダーリンの論稿を参照。ヴィーダーリンは、ケルゼンは憲法裁判所制度の「父」ではなく「母」であるという。すなわち、ケルゼンは、他の人々の政治的・学的刺激を受けて、憲法編集者（Legist）として憲法裁判制度を懐胎しこの世に産み出した。そして、憲法裁判所判事（Richter）としてそれを危機的な最初の時期に育て上げた。また、憲法理論家（Theoretiker）として、あらゆる批判に対して、憲法裁判制度を擁護した、というのである（Ewald Wiederin, Der österreichische Verfassungsgerichtshof als Schöpfung Hans Kelsen und sein Modellcharakter als eigenständiges Verfassungsgericht, in: Thomas Simon/Johannes Kalwoda (Hrsg.), Schutz der Verfassung. Normen, Institutionen, Höchst- und Verfassungsgerichte. Tagung der Vereinigung für Verfassungsgeschichte in Hofgeismar vom 12. bis 14. März 2012（=Beihefte zu „Der Staat" Bd. 22), Berlin, Duncker & Humblot, 2014, S. 306）。

(11) オーストリア憲法の法源は、単一の憲法典のみではない。オーストリア憲法には、以下のものが属する。

(a) 「連邦憲法」（Bundes-Verfassungsgesetz）

(b) 「憲法律」（Verfassungsgesetz）

これは、「連邦憲法」以外で„Verfassungsgesetz"という名称をを付されたまとまった憲法典である。

(c) 単純法律中に含まれる「憲法規定」（Verfassungsbestimmung）

これは、通常の法律の中に„Verfassungsbestimmung"という見出しを付しておかれる、その法律中にある特定の章、条文等をいう。

(d) 憲法と同ランクの条約、および、法律と同ランクの条約中の憲法ランクの規定。

オーストリア憲法の成立、展開、特徴については、高田敏「オーストリア憲法　解説」畑博行・小森田秋夫編『世界

の憲法集』（有信堂、二〇一八年）一〇八―一一五頁参照。

(12) この規定の成立過程、意義については、専ら、高田敏『オーストリー法治主義（Legalitätsprinzip）の比較法的研究』平成六年度～平成八年度科学研究補助金（基盤研究(C)(2)）研究成果報告書（課題番号06620020）、一九九八年に依る。併せて参照、Bin Takada, Entwicklungstendenzen des Rechtsstaates und der Gesetzmäßigkeit der Verwaltung in Japan aus rechtsvergleichender Sicht, in: ders., Rechtsstaat und Rechtsstaatsdenken im japanisch-deutschen Vergleich, Tübingen, Mohr Siebeck, 2019, S. 121 ff.

(13) 個別行為について「法律による行政」の原理が憲法に定められたことは（行政の規範定立行為（命令）について、その根拠を憲法に規定することは、広く見られる）、オーストリアの憲法伝統による、と説明することが可能である。すなわち、「統治権および執行権の行使に関する一八六七年一二月二一日国家基本法」第一一条は、「国家官庁は、その権限の範囲内で、法律の根拠に基いて、命令を発し、下命をなす権能を有する…。」と定めていたのである（高田敏・前掲註（一二）『オーストリー法治主義（Legalitätsprinzip）の比較法的研究』一六頁）。

(14) Georg Schmitz, Die Vorentwürfe Hans Kelsens für die österreichische Bundesverfassung, Wien, Manz, 1981, S. 192 f.; Felix Ermacora (Hrsg.), Die österreichische Bundesverfassung und Hans Kelsen Analysen und Materialien, Wien, Wilhelm Braumüller, 1982, S. 156 f.; 高田敏・前掲註（一二）『オーストリー法治主義（Legalitätsprinzip）の比較法的研究』一七～一九頁。憲法の諸草案は次の通りである。

ケルゼン第一草案第五二条

連邦の統治権および執行権は、連邦憲法および連邦議会によって議決され連邦参議院によって承認された法律の根拠にもとづいてのみ、行使され得る。

ケルゼン第二草案第六二条

連邦の統治権および執行権は、連邦憲法および連邦法律の根拠に基づいてのみ、行使され得る。

各官庁は、法律の範囲内において、自らの権限内で、執行命令を発することができる。

ケルゼン第三・第六草案第四九条
連邦の統治権および執行権は、連邦憲法および連邦議会で議決された法律の根拠に基づいてのみ、行使され得る。
各官庁は、法律の範囲内において、自らの権限内で、執行命令を発することができる。

マイヤー案第五六条
連邦の統治権および執行権は、連邦憲法および連邦法律の根拠に基づいてのみ、行使され得る。
各官庁は、法律の範囲内において、自らの権限の範囲内で、命令を発することができる。

リンツ案第五九条
連邦の統治権および執行権は、連邦憲法および連邦法律の根拠に基づいてのみ、行使され得る。
各官庁は、法律の範囲内において、自らの権限内で、命令を発することができる。

憲法委員会小委員会第一草案第五九条
連邦の統治権および執行権は、連邦憲法および連邦法律の根拠に基づいてのみ、行使され得る。
各官庁は、法律の範囲内において、自らの権限内で、命令を発することができる。

憲法委員会小委員会第二草案第一四条aa
すべての国家行政は、法律の根拠に基づいてのみ行使され得る。
各行政官庁は、法律の範囲内において、自らの権限内で、命令を発することができる。

(15) Ewald Wiederin, In aller Nüchternheit: Österreichs erster Verfassungskommentar, in: Hans Kelsen Werke 8, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, S. 33 ff.

(16) Hans Kelsen/ Georg Froehlich/ Adolf Merkl, Bundesverfassung, 1922, in: Hans Kelsen Werke 8, Tübingen, Mohr Siebeck, 2020, S. 125 ff.

(17) 同旨の解釈を、ケルゼンは単著として公表した連邦憲法の解説の中でも、大幅に短縮した形で行っている（Hans Kelsen, Die Verfassung Oesterreichs, Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart, Band XI, 1922, S. 245）。

(18) Ewald Wiederin, Hans Kelsen als praktischer Verfassungsrechtler, in: Nikitas Aliprantis/Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Die Aktualität eines großen Rechtswissenschafters und Soziologen des 20. Jahrhunderts, Wien, Manz, 2014, S. 113.

(19) オーストリアとチェコスロバキアの境に位置するヴァイトゥラ（Weitra、チェコ名 Vitorazsko）とフエルツベルク（Feldsberg、チェコ名 Valčicko）は、第一次大戦後、サンジェルマン条約（一九一九年九月）によってチェコスロバキアに併合されることとなった。同条約は、一九二〇年七月にオーストリアと連合国・同盟国によって批准されたが、チェコスロバキア議会が夏期休会中であったため、常任委員会が併合の命令（Verfügung）を発した。その合憲性が争われたのである（Jana Osterkamp, Verfassungsgerichtsbarkeit in der Tschechoslowakei (1920–1939) Verfassungsidee – Demokratieverständnis – Nationalitätenproblem, Frankfurt am Main, Vittorio Klostermann, 2009, S. 94 f.）。

(20) Osterkamp (Anm. 19), S. 99.

(21) Hans Kelsen, Das Verhältnis von Gesetz und Verordnung nach der čechoslovakischen Verfassungsurkunde, in: Parlament 2 (1923), S.392. この論文は、ケルゼンの鑑定書の内容を包含するものである。

(22) Kelsen (Anm. 21), S. 393 ff.

(23) これまで公表されてきた研究では、この判決におけるケルゼンの関与については、それを記した文書が欠けてはいるが、他の判決の時代的連関からしてケルゼンの関与が推量されるとされていた（Robert Walter, Hans Kelsen als Verfassungsrichter, Wien, Manz, 2005, S. 36）。しかしながら、筆者が二〇一九年三月にウイーンで行った調査によって、以下の事情が明らかになった。同判決に関する国立文書館（Staatsarchiv）の記録を、ケルゼンについての著作もあるエアマッコーラ教授が紛失した。しかし、エアマッコーラ教授の弟子にあたるエーリンガー教授が、同記録のコピーを保持していた。筆者は、ウイーン大学のヴィーダーリン教授を通じて、そのコピーのコピーを手に入れることができた（V 3/23 Protokoll über die n. ö Sitzung des Verfassungsgerichtshofes am 19. März 1923, S. 29）。この資料によって、同判決の評議において、ケルゼンが担当者（Referent）の役割を担っていたことが明らかになった。およそ判決の原案を書く裁

判官は三名いたが、ケルゼンはその一人であり、本判決においては原案作成を担当したのである。

(24) Erk VfSlg 176/1923 (V 3/23), S. 13 f.

(25) Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre, Bad Homburg, Berlin, Zürich, Verlag Dr. Max Gehlen, 1966 [Berlin, Heidelberg, New York, Springer-Verlag, 1925].

(26) 『一般国家学』の普及版を公刊したイエシュテットは、これを『純粋法学0版』と位置づけている(Matthias Jestaedt, Wiener Summe – Die „Allgemeine Staatslehre" als Kelsens vollständigstes Werk–, in: Hans Kelsen, Allgemeine Staatslehre – Studienausgabe der Originalausgabe 1925–, Tübingen u. Wien, Mohr Siebeck u. Verlag Österreich, 2019, S. L f)。

(27) Kelsen (Anm. 25), S. 237 f.

(28) Kelsen (Anm. 25), S. 247 f.

(29) Kelsen (Anm. 25), S. 258 f.

(30) Kelsen (Anm. 25), S. 364 f.

(31) Kelsen (Anm. 25), S. 366 f.

(32) その後の『純粋法学』の諸著作においても、行政の法律適合性についての叙述は見られない。『純粋法学』から導き出されているのは、行政の法適合性のみである(vgl. Dietrich Jesch, Gesetz und Verwaltung, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1961, S. 34)。

(33) 法律による行政原理をLegalitätsprinzipと称するのはオーストリア公法学の(ドイツ公法学には無い)特徴である。この概念がこの意味において初めて使用されたのは、ケルゼンの弟子であるメルクルの『一般行政法』(Adolf Merkl, Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien u. Berlin, Verlag v. Julius Springer, 1927, S. 104, 163 ff.)においてであった。併せて参照、高田敏・前掲(一一)『オーストリー法治主義(Legalitätsprinzip)の比較法的研究』二四頁。

(34) Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, 2. Aufl., Aalen, Scientia Verlag, 1981 [Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1929].

(35) Kelsen (Anm. 34), S. 70 ff.

『民主制の本質と価値　初版』（Hans Kelsen, Vom Wesen und Wert der Demokratie, Tübingen, J.C.B. Mohr (Paul Siebeck), 1920, S. 20 f）においては、法創設の過程は、立法にとってのルールたる憲法から始まり、命令、判決、法律行為にとっての一般的ルールたる法律を経て、法の具体化へと至る。民主制の組織原理の適用領域をこの過程の中で、多かれ少なかれ恣意的に選び出された一段階だけに限定するいかなる理由もない、とされ、一九二〇年の段階では立法の民主化を行政の民主化に優先させる叙述はなされていない。

（36）この民主制の論じ方は、『純粋法学』の初版（Reine Rechtslehre, 1. Aufl., Aalen, Scientia Verlag, 1985 [Leipzig u. Wien, Franz Deuticke, 1934], S. 107 f）、二版（Reine Rechtslehre, 2. Aufl., Wien, Verlag Franz Deuticke, 1960, S. 283 f）でも踏襲されている。

（37）„Verfassungslegist“と„Verfassungskommentator“という呼び方は、Wiederin (Anm. 18), S. 114による。前者は、その起草も行った「憲法の編集者」という意味である。後者は、コンメンタールや鑑定書において法学者として「憲法を解釈する者」という意味である。後者については、„Verfassungsdogmatiker“と呼ばれることもあるが（Robert Walter, Werner Orgis, Thomas Olechowski (Hrsg.), Hans Kelsen: Leben – Werk – Wirksamkeit, Wien, Manz, 2009, S. 209）、それは後述する通り適切ではない。

（38）Thomas Olechowski, Der Beitrag Hans Kelsens zur österreichischen Bundesverfassung, in: Walter/Orgis/Olechowski (Anm. 37), S. 228.

（39）ケルゼンは、一般国家学（Allgemeine Staatslehre）に対して、「現実の」具体的な国家に関する学（Lehre）としての特殊国家学（Besondere Staatslehre）を並置している（Kelsen (Anm. 25), S. 45 f.）。

（40）Kelsen (Anm. 36), Reine Rechtslehre, 1. Aufl., S. 94 ff.; Kelsen (Anm. 36), Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 348 ff.

（41）Kelsen (Anm. 36), Reine Rechtslehre, 1. Aufl., S. 97 ff.; Kelsen (Anm. 36), Reine Rechtslehre, 2. Aufl., S. 350 ff.

（42）Jesch (Anm. 32), S. 1.

（43）Jesch (Anm. 32), S. 57.

（44）イエッシュは、これと法理論的に対応するのが、ケルゼンによる法と国家の同一視であり、そこでは――法理論的には全く適切なように――あらゆる国家が法治国家となるとする（Jesch (Anm. 32), S. 34）。

(45) Jesch (Anm. 32), S. 34, 187.

(46) Jesch (Anm. 32), S. 66 f.

(47) Jesch (Anm. 32), S. 171. 基本法八〇条一項の規定（「法律によって、連邦政府、連邦大臣またはラント政府に対し、法規命令を発する権限を与えることが出来る。その場合には、与えられる権限の内容、目的および程度は、法律において規定されなければならない。…」）は、執行権が、法律の執行と法律の指示の具体化に、精確に境界付けられた範囲内で、限定されている、という考えに基づいているとされる（Jesch (Anm. 32), S. 95）。

(48) Jesch (Anm. 32), S. 98.

(49) Dietrich Jesch, Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen: Palm & Enke, 1956, S. 117 ff.

(50) Jesch (Anm. 32), S. 98 f.

(51) Jesch (Anm. 32), S. 222.

(52) 「何人も、公権力によって自己の権利を侵害されたときは、裁判で争う途が開かれている。…」

(53) Jesch (Anm. 32), S. 223 ff.

(54) Jesch (Anm. 32), S. 228 f.

(55) イエッシュは、ヴァイマル憲法下での法律適合性原則の不変更の理由として二つの要因を挙げている。ひとつは、国法学上の概念装置が、立憲君主制から立憲民主制への転換にもかかわらず、維持されたこと。これは、法律家の保守的な思考と、両体制における国法解釈者の人的同一性（例えばゲルハルト・アンシュッツ）とによるという（Jesch (Anm. 32), S. 7）。ふたつは、ライヒ大統領の強力な地位が、ある意味で、立憲君主のそれと対応していたことである。イエッシュは、ヴァイマル憲法の過渡的性格とその君主制期への結び付きから、法律適合性原則が変わらずに維持されたことが理解されるという（Jesch (Anm. 32), S. 172 N. 1）。

(56) Jesch (Anm. 32), S. 188 f.

ケルゼンとイエッシュをめぐっては、イエッシュの „Gesetz und Verwaltung“ が持つ学説史上の意義を高く評価するシェーンベルガーが、イエッシュはケルゼンの法理論的認識から法律の留保に関する内容上の要請を導き出しているが、それはケルゼンには無かったものであり、法理論的に理由付けることができないと記している（Christoph Schönberger,

„Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht“ — Die Entstehung eines grundgesetzabhängigen Verwaltungsrechts in der frühen Bundesrepublik, in: Michael Stolleis (Hg.), Das Bonner Grundgesetz — Altes Recht und neue Verfassung in den ersten Jahrzehnten der Bundesrepublik Deutschland (1949–1969), 2006, S. 79 N. 120)。しかし、この記述は、様々な意味において明らかに誤っている。そもそも、イエッシュは、„Gesetz und Verwaltung“において、行政の法律適合性を実定憲法・基本法に則して理論的に論じようとしているのであって、法理論的に導き出そうとしていない。また、イエッシュは、法段階説的なケルゼン・メルクル流の「法適合性」を、自らが追究する「法律適合性」と明確に区別して、「法適合性」から一定の法律の留保は引き出すことができたとしても、それは一般条項の形式における概括的授権を排除できないことを強調している。さらに、イエッシュは、ここで見たように、オーストリア連邦憲法一八条一項における全部留保の規定の背後にヴィーン学派の法段階説との関連があったとしても、それはオーストリアの実定化された憲法原則であり、そこから基本法下の問題に何も取り出すことは出来ない。法理論的認識、法政策的要請、実定化された原則の間は、厳密に区別されなければならないという。ここからも明らかなように、シェーンベルガーは、現在のところ、理論のあり方、意義について、ケルゼンとイエッシュに即した形での具体的な検討を行っていないし、その間の異同を分析するための視角を有していないのである。

(57) Die Wiener rechtstheoretische Schule の意味における Rechtstheorie である。

(58) Dietrich Jesch, Unbestimmter Rechtsbegriff und Ermessen in rechtstheoretischer und verfassungsrechtlicher Sicht, AöR 82, 1957, S. 165–234, 234–249.

イエッシュにとって、法律上の概念にある法理論的な問いは、法律を解釈する際の、法律・法律上の概念への拘束と裁判官の自由との対抗という二律背反である（S. 171）。

他方、憲法的検討においては、誰が不確定法概念の解釈と適用について有権的にそして最終的に決定を下すのか。行政官庁なのか行政裁判所なのか、という実定憲法上の権限分配が問題とされている（S. 234）。イエッシュは、ここでも、他の著作においてと同様に、基本法が、権力分配の原理について権力の区分や分離で満足することなく、権力コントロールの原則を実現しているとの分析を行い、この原則が、裁判所と行政官庁との関係について、基本法一九条四項にはっきりと表れているという（S. 236）。

この論文については、併せて、高田倫子「ドイツ行政裁量論における憲法の構造理解とその変遷（三・完）―行政に対する司法の地位に関する一考察―」阪大法学六二巻六号（二〇一三年）一六四―一六五頁を参照。

(59) イエッシュによれば、法規範に与えられ、法適用者によって充たされる枠という観念では、解釈と包摂の領域について、法秩序の安定性と法発見の自由との関係を説明することはできない。所与の確固たる枠を想定すれば、それによって、法の内容は完結的に定められる。「自由な裁量の余地」（Kelsen (Anm. 36), Reine Rechtslehre, 1. Aufl., S. 91）は、このイメージにおいて、法適用者に残らない。他方、確固たる枠を拒否すれば、それによって法のアナーキーが宣告されることになるという（Jesch (Anm. 58), S. 172. F. 36）。そこで、イエッシュは、ケルゼンの法解釈理論のかかえるジレンマから逃れるために、法概念の中心たる概念核（Begriffskern）と法概念の周辺地域たる概念暈（Begriffshof）という概念を用いて、不確定法概念の判断余地と狭義の裁量を説明しようとするのである（Jesch (Anm. 58), S. 172）。

(60) Dietrich Jesch, Schriftum, DÖV 1961, S. 436.

(61) イエッシュは、ケルゼンの理論的営為を、「あらゆる時代にそしてあらゆる国民にあてはまる法の理論を立てようとしている」（Jesch, (Anm. 60), S. 436）とし、正確に法理論として位置付けている。

(62) ルーマンは、当初、法律学的なドグマーティクと法理論との区別の必要性を強調していた（Niklas Luhmann, Rechtssystem und Rechtsdogmatik, Stuttgart, Berlin, Köln, Mainz, W. Kohlhammer, 1974, S. 13）。後にルーマンは、法理論の作業は、法的事柄を担当するために分化しているシステムの一部を形成していると主張し、「システム内のシステムの理論」、「事態の自己言及的構造」について語った（Niklas Luhmann, Selbstreflexion des Rechtssystems - Rechtstheorie in gesellschaftstheoretischer Perspektive, in: ders., Ausdifferenzierung des Rechts, Frankfurt, Suhrkamp, 1981, S. 422）。

(63) イエシュテットは、法理論を、実定法の形態学・解剖学として、法秩序内在的に行動して法の固有法則性を問い、実定法の内在的機能法則性の記述や分析に限定され、形式及び構造に向けられたものと捉える一方、憲法理論を、実質的・実体的なものに向けられ、憲法ドグマーティクに付され（zugeordnet）、意義や正当化にかかる問いをテーマ化する省察分野である、と整理している（Matthias Jestaedt, Verfassungstheorie als Disziplin, in: Otto Depenheuer und Christoph Grabenwarter, Verfassungstheorie, Tübingen, Mohr Siebeck, 2010, S. 22 f.; ders., Das mag in der Theorie richtig sein…, Tübingen, Mohr Siebeck, 2006, S. 30 ff.）。イエシュテットの把握の仕方と、本稿におけるそれとの相違については、改め

て検討することとしたい。

(64) ケルゼンやイエッシュの理論とは反対に、カール・シュミットの理論は、注釈的・註解的方法及び分散した個別研究と違って、体系的な枠を作り、一般的原理と個別問題の両面を解明することを目指したものである（Carl Schmitt, Verfassungslehre, Duncker & Humblot, 1954 (1928), S. XI)。