九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

初期カール・シュミットの法適用論 : 『法律と判決』(一九一二年)を素材として

塩見, 佳也
九州大学大学院法学府

https://doi.org/10.15017/10979

出版情報 : 九大法学. 89, pp.329-396, 2004-09-15. Kyudai Hogakkai
バージョン :
権利関係 :

研究ノート

初期カール・シュミットの法適用論

――『法律と判決』（一九一二年）を素材として――

塩見佳也

はじめに
第一節　『法律と判決』（一九一二）におけるシュミットの課題
――古典と前衛の間で――
第二節　客観法あるいは目的論的秩序の自明性喪失と「法的確定性の要請」
第三節　アムト・法曹身分・古典的法学の伝統の片肺飛行的保存
第四節　シュミットにおけるプラクシス概念と討議の概念
結語

はじめに

一　本稿の目的と先行研究

一九九〇年代以降、公法学者カール・シュミットへの研究動向は、大きく変動している。第一に、シュミットの理論構築における初期の著作の重要性が和仁陽助教授によって指摘されて以来、シュミットの法ドグマーティカーとしての課題とその独特のカトリシズムの受容がトミズムとは異なる概念世界を構築していることが分析され[1]、シュミットにおけるカトリシズムと法学と精神史の複雑な関係がシュミット理解の鍵を握っていることが明らかになっている[2]。第二に、この動向をふまえた石川健治教授によるシュミットにおける《制度》概念に関する概念史的研究[3]は、サヴィニー以来のドイツ私法学とシュミットの影響関係をも射程に入れた点で、ドイツのシュミット解釈における議論動向[4]とはまったく異質の分析視角を獲得している。本稿の目的は、これらの研究動向を受けて、ドイツの法システムの激動の只中で執筆された一九一二年のテクスト『法律と判決』[5]におけるシュミットの法適用論の独自性を、同時代の知的コンテクストにおいて分析するこ

とである。

主にドイツで支配的なシュミット理解と石川教授の理解との決定的な相違は、法ドグマーティカーとしてのシュミットにおけるサヴィニー以来の古典的法理論への敬意を、自民族中心主義的イデオロギーに過ぎないものとしてみるのか、それともそこに理論的意義を承認するのか、という相違に帰着する。すなわち、前者の立場は、制定法に対する司法を通じての法の継続形成の可能性が積極的に肯定される一九五〇年代以降の西ドイツ法律学方法における議論状況への批判という観点で、シュミットを《過去》ではなく《現在》を批判するための理論的参照点として位置づけた。[6] その結果、「シュミットは裁判官を法の適用者としてよりもむしろ法の創造者と捉えていた」[7]、「シュミットは裁判官の法創造を説きながらワイマール期においては法律の一般性を肯定する思考を支持した」[8]、「シュミットは決断の法学的フォルムの解明を、導出可能な規範ではなく認知不可能な、規範定立という主意主義的な要素に還元した」[9]などの《シュミット表象》が生み出された。シュミットにおける右の古典的私法学の影響を「復古主義的」法理論[10]としてイデオロギーと看做すとき、シュミットの固有の法思想は視界から消失し、単なる機会主義的反動理論としての機能だけが際立つことになる。本稿はそのような理解を採択しない石川教授の分析に与し、シュミットの法理論において古典的私法理論の思惟様式は決定的に重要な意義を有していたと解する。本稿は、この脈絡がシュミットの自由法運動に対する批判的応接の面において顕在化していることを論証することによって、石川教授の見解に同意するであろう。すなわち、本稿は、この論証を次の点に即して遂行する。①シュミットは自由法運動の論者と異なり、判決における判決理由を決定的に重視し、判決理由の分節化過程において、裁判官の法曹共同体固有の思考がそこに負荷されてゆくことによって、形式的合理性からの逸脱によるいわゆる「カーディー裁判」（ヴェーバー）を回避し法発見の内容的コントロールを試みる。ここに、シュミットの同時代の自由法運動に対する決定的な相違がある。②シュミットはこのように同時代の自由法学の非合理主義的・利益衡量論にもとづく法発見論を排除しつつも、他方で、生活世界における生のリアリティーへの法の忠誠を説く自由法運動の要請に積極的に応接しようと試みた。その際シュミットは、法システムの柔軟性と法発見の正当性コントロールのために、法理論の課題を「プラクシス固有の原理の探求」、あるいは「裁判官コレ

ギウム」の「土着的原理」[11]の発見に限定し、歴史法学派の思考の連続を保持することによって、自由法運動の非合理主義・反形式的法創造への傾斜への対抗を試みた。すなわちシュミットの一九一二年のテクストは、一回的な事案と規範との媒介関係を裁判官の行使する法的判断に定位して、プラクシスにおける「法的判断そのものを『学』として追求する仕事」[12]、つまり、抽象的な法規範と単独的・一回的な事案とを法的判断として媒介する理論的かつ実践的問題への思惟をとらえることを試みている。③シュミットは単に過去の遺産の単純な承継人ではないということを直ちに注意しておかねばならない。すなわち、客観法の「共通言語」[13]の意義を強調する石川教授の理解に対しては、有機体論の認識論的前提なき古典的理論は構造的に不可能であることを強調しておかなければならない。[14]ロマン主義認識論の仮借なき批判者（『政治的ロマン主義』一九一九）として有機体論や客観的観念論のパラディクマを共有しないシュミット[15]において、古典的理論が拠って立つ有機的な客観法の全体性の観念もまた共有不可能なものでしかない。一八世紀の哲学、客観的観念論や神学の体系は「ショーペンハウアーの哄笑と、それにつられてわけもわからずに哄笑したブルジョアたち」[16]によってする壊滅にいたったという精神史的了解を持つ「乏しき時代」の法学者シュミットは、自由法運動のパラディクマへの対抗と歴史法学派が与件とした全体性への経路を保証する言語体系への対抗を生きた。[17]そこでシュミットが注視したのは、客観法の体系を操作する主体＝身分としての法曹の固有性である。とりわけ彼は、法プラクシスに固有の法発見の正しさの評価基準を析出しようとしている。本稿では、このことの分析に向かうと同時に、何ゆえ彼が、法律のテクストの解釈ではなく、法プラクシスにおける法適用のモメントに着目したのか、を分析することになる。

二　本稿の分析視角

本稿は、『法律と判決』を一九一二年当時の議論動向、すなわち自由法運動への応答として展開された立論を、できるだけ正確に再現を試みることを通じて、シュミットの歴史法学派の遺産に対する両義的関係を剔出する。このような方法を選択した理由は三つある。第一に、『法律と判決』は自由法運動の同時代において、自由法運動の目標を共有しつつもまったく異なる理論構想を展開している点で出色していること、第二に、『法律と判決』の立論は立法者意思説にも法律

意思説にも与しない点で、[18]自由法論の支配的観念系列からみて出色した方向を提起していること。第三に、『法律と判決』は、シュミット自身の手によって、後に引用する主張内容が含まれる序文を付記しただけで、法学方法論の主題が出揃う一九六九年の西ドイツの議論状況にそのまま蘇生させられたこと、である。一九六九年に再刊された『法律と判決』は、裁判官の法適用の基準をめぐる問題に、第一次大戦前と第二次大戦後の双方の時期において、関与することになる。

最後の点との関連の限りで、一九五〇年代以降の法解釈学基礎理論における法適用論の問題状況を暴力的に図式化しておこう。端緒は立法の現実に対する社会的コントロール機能の限界が露呈した二〇世紀初頭の時期である。そこで提起された認知とは、法適用は単なる形式的三段論法に尽きるものではなく、制定法テクストの拘束から自由な法発見の契機を含み、そうした意味で、法発見は法創造的機能を有している、という事態である。[19]一九五〇年代の方法論は、制定法からの裁判官の裁量の距離と限界をめぐる右の問題状況を継受しつつ、社会的法治国原理が言明された基本法の法システム上の整合性をめぐって、法的オペレーションに価値の要素が介入する事態をどう評価するか、という問題をめぐって以下のような見解の相違を見た。（a）「法律学的ヘルメノイティーク」では、法適用はすでに価値判断をふくむ法発見であり法的テクストの拘束性は比較的緩やかに考えられた。[20]（b）これに対して、シュミット学派行政法学の泰斗フォルストホフは、このような立場を法律学の限界を踏み越えるものと批判し、サヴィニー以来の伝統的「法実証主義」[21]への停留を説いた。[22]この所説の背景には、「基本権の私人間効力説」のように一般条項あるいは法原理・原則をもちいた価値判断・衡量が法的判断において積極的に支持・援用され、社会的法治国原理が政治的・公法学的領域を越境して法領域一般へと浸潤していった結果、具体的妥当性追求のあまり形式的正義・平等原則を相対化させる傾向を帯び、法的安定性を損ない、立法権および議会の尊重あるいは法治主義に不徹底をもたらすのではないか、という論争点が存在した。[23]（c）以上の両極に対して、通説的立場[24]は、法の解釈／法の継続形成／反制定法解釈の局面を区分し、[25]基本的に立法者の価値選択を尊重しつつ、[26]継続形成の際、価値の介入を積極的に是認するにいたっている。[27][28]（d）以上のような法適用論の問題状況から見れば、立法者意思説とも、法律意思説とも、また、裁判官の法創造説とも異なる理論的立場から、法的決定の正しさの基準を論及するシュ

ミットの方向は、一見、右の戦後の法発見論の問題状況に極めて近接する。[29] すなわち、『法律と判決』は、法欠缺に対応するための裁判官の裁量のコントロールを説く点でサヴィニーの解釈カノンと「法実証主義」に停留することを説いたフォルストホフの所説よりもはるかに「法律学的ヘルメノイティック」に近接する観点を提出している一方、判決理由の正統化機能を重視したり裁判官の法創造機能を限定する点で、紛争事案において正しくかつ法律適合的であると正統化可能であるような判決を導くためにルールとは異なる「原理」による広範な衡量の余地を認め、その合理的コントロールを目指すエッサーの議論[30]よりも、いっそう古典的法学に近い法発見の基準論の観点を提出している、といえよう。

それでは、シュミットの所説の特異性はどこにあるのか。その問いに答えるには、シュミット自身をして語らせれば良い。そこには次のように記されている。「一九一二年の『法律と判決』なる論文は、裁判官の決定＝判決（Entscheidung）、および、実質的―法的内容に依拠する規範に対する決定の自立性（Eigenständigkeit）を扱う。判決それ自体の固有の意義に関しての更なる省察は、後に、次のような一般的な認識へともたらされた。すなわち、法の全体領域（Gesammtbereich）は規範のみならず、決断と制度体（具体的秩序）（Dezisionen und Institutionen（konkreten Ordnungen））のなかに構造化されている、ということである。／ところで判決の自立性という思考は国家理論的な帰結を有する。この思考は、政治的決断としての国家の主権という定義へと導き、独裁とは討議の帰結である[31]（die Diktatur der Schluß der Diskussion）、という知見へと至る。この観点に対する激しい論難において、人は決断を、出鱈目な恣意的‐行為（phantastische Willkür-Akt）へと矮小化し、決断主義を危険思想とし、決断という語を蔑称ないし政治的記号（Schlagwort）へと矮小化した。これに対して、一九一二年の著作は原点としての簡潔さを保持している。この著作は判断＝判決を行う事と決定を行う事に関する根源的な意味（ursprüngliches Sinn des Urteilens und Entscheidens）を直接に明らかにするものである。この始点を熟考することによって、論争的に混乱する議論をクリアにし、そして受容可能な推論へと導きうる、ということが期待される」（S. V）。ここにみられるように、公的決定が作動するDiskussionという基礎条件への信頼が、シュミットのいわゆる「決断主義」の基礎にある。一九六九年にこのテクストを再刊した彼は、こ

の思想内容が（彼の否定すべくもない「桂冠法学者」としての政治的過誤とあいまって）、その了解の基礎を失ったまま「決断主義」なる政治的「記号」として流通することに苛立ち、一九一二年のテクストに提示された思想内容こそ、「具体的秩序」思想なるものの実相であり、しかも、この構想が、一九三三年以降ではなく、すでに一九一二年の段階でクリアに定式化されていたのであって、その逆ではないことに、注意を喚起している。本稿はこのことを重視する。

三　本稿の構成

本稿は右のシュミットの注意喚起が、対ナチ協力への自己弁明のための潤色との疑念を検証するためにも『法律と判決』の同時代の知的コンテクストにおける意味を吟味する必要があると考えた。本稿は、彼の法適用論を裁判官の法発見過程の合理性コントロールという観点から再構成するために、自由法運動の時代の歴史的問題状況における彼の課題と対応をテクストに即して分析を行う。特に、単独的・一回的事案に直面した裁判官による法的判断を合理的に論拠付けるための契機として、法的構成と「討議」の概念を彼が積極的に評価していることに[32]焦点を当て分析を試みた。もとより本稿は、彼の法理論の全体像を解明するものではないし、シュミットとナチズムについての問題を論ずるわけでもない。後者についてはすでにわが国でも高度の研究の蓄積を得ている以上本稿が扱うべき範囲もおのずと限定されざるを得ない。[33]

本稿では、まず第一節で、自由法運動の問題状況の中でのシュミットの課題を特定し、第二節において彼独自の論点である「法的確定性」の概念に着目し、そのような観点を析出するに至った理論的背景の分析を試みる。具体的には、一九一二年の彼が自由法運動と歴史法学派との対立・アンチノミーの間に立つ媒介点を模索し、その地点において法的判断・裁判官の法発見の合理性コントロールを構想したことを明らかにする。この作業を通じて、一九六〇年代に政治的記号として流通していた「決断主義」イメージとは異なり、「制度体」における「決断」は「無からの決断」ではなく、判決理由とそれを討議によって論拠付ける作用が決定的に重視されていたことが明らかになるだろう。第三節において、シュミットにおける裁判官の法発見過程の合理性コントロール論を理解する上で重要な「規範的」なものの概念について若干検討する。最後の第四節では、判決理由とそれを法曹身分内部での討議によって論拠付ける作用が具体的事案を前に展開される

ところの、プラクシスと法曹身分を彼が重視したことに関して、かかる視座にこそ、彼固有の法的判断論が伏在することを指摘する。すなわち、シュミットは、フォルストホフの「実証主義」とも、エッサーの「前了解」論[34]とも異なる観点から、制定法律の解釈／継続形成／反制定法解釈というモデル分節をたえず侵食しつつ運動する《法》への概念把握を試みている、ということである。

注

（1）和仁陽『教会・公法学・国家』（東京大学出版会、一九九〇）五七頁、一九一頁以下（とりわけ一九五頁）。同書への参照指示は、和仁前掲書、頁数と略記する。

（2）この論点については、本稿の課題と関連する範囲ではあるが、本稿第二節補論において言及を行っている。

（3）石川健治『自由と特権の距離　カール・シュミット「制度体保障」論・再考』（日本評論社、一九九九）、六二頁注一三九、および二一六頁。なお石川教授の議論の要点は、シュミットにおける「制度体（Institution）」は、サヴィニーの「法制度（Rechtsinstitut）」とは区別されるべきものであり（五一頁）、この観念への無分節が、公法上のInstitutionenと私法上のInstitutの区別にもとづくシュミットの「制度体保障論」（七四頁）の理解（すなわちたとえば、財産権や大学などへの憲法典上の保護範囲の射程設定）に混乱をもたらした（三頁以下、二二四頁、二三四頁以下）、ということである。同書への参照指示は、石川前掲書、頁数と略記する。

（4）シュミット-ラーレンツの「具体的秩序思想」の系譜を、サヴィニーにさかのぼって告発するベルント・リュッタースの業績（Bernt Rüthers,① Die unbegrenzte Auslegung, -Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, Heiderberg 1968, jetzt in 5. erweiterte Aufl., 1997. ders. :② Entartetes Recht - Rechtslehren und Kronjuristen im dritten Reich, München 1987, jezt in 2. verbesserter Aufl., 1989）は、ナチス私法学説史の古典的業績と呼ぶにふさわしい。これについてはわが国でもすでに多く紹介されている〔古賀敬太・後掲注（33）解説、赤松秀岳「ナチス法学と物権・債権峻別論」『物権・債権峻別論とその周辺』（成文堂、一九九〇）八一頁以下所収など〕が、石川教授の研究はこの古典的研究傾向とは異なる。ドイツにおいて、「具体的秩序思想」の起源を、サヴィニーの「民族精神論」に求め、「無制限の解釈」の非合理主義の起源を自由法運動に求める、いわばイデオロギー還元的学説史理解は強力な影響を及ぼした結果、このリュッタースが描いた構図から、サヴィニー、あるいはラーレンツ、あるいはヘックを救出する利害関心を持つ論者たちをして、シュミットにナチの罪科を集約することで現在の解釈にとって有用性があると考える者の免責を図るという議論へと誘発

するに至った。現代ローマ法学の碩学O・ベーレンツ(Okko Behrends, Das Problem einer rein etatistischen Rechtsbegründung gestern und heute, in: NJW, 1988 Heft 45, S. 2862ff.) さえ、シュミットの離婚スキャンダルなどの“Anti-Märchen”から幻想豊かな解釈を展開するN.Sombartの議論を動員して人格攻撃さえ厭わぬリュッタースの筆致（Rüthers, a.a.O.①, S. 165ff.）に対して辟易しつつも、「国益中心主義をラディカル化することによってナンセンス化した」シュミットの功績をアイロニカルに賞賛している。これらに、ドイツにおいてシュミットが冷静な学問的テクストとして理解される以前に何がしかのヴァイアスによってテクスト理解が遮断されてしまうことの徴候的現象がみられる。ドイツでのこのような過去へのヴァイアスを自覚的に析出することによって現在のドイツ法学の基底を知識社会学的に分析する研究ならばともかく、このような最新の動向への配慮はテクストの内在的理解にとって障碍を生む危険が大きい。このようなシュミット表象の規定力は、現代ドイツ法学方法論の最先端の水準から議論展開を試みる青井秀夫教授〔『法思考とパタン』（創文社、二〇〇〇）三三四頁〕さえシュミットの理解に際しこの「期待の地平」に拘束されていることにも現れている。

(5) C. Schmitt, Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Preblem der Rehtspraxis, 2. unveränderte Aufl., München 1969(1912). 以下本書からの引用に際して、本文中では頁数を、注ではG.U.と略記して頁数を付記する。

(6) このような立場として、たとえばインゲボルク・マウス、①今井弘道・筏津安恕・住吉雅美訳『カール・シュミットの法思想』（風行社、一九九三）一三頁、②河上倫逸監訳『産業資本主義の法と政治』（法政大学出版会、二〇〇二）、二八二頁以下（三〇九頁）。および、Rüthers, a.a.O.(Anm.4),①,S. 9f., S. 471ff.

(7) シュルフター、今井弘道訳『社会的法治国への決断』（風行社、一九九一）二七二頁以下（二八一頁）。

(8) マウス・前掲注（6）①一六四頁。

(9) Friedrich Müller/Ralph Christensen, Juristische Methodik, 8. Aufl., Berlin 2002(1.Aufl., 1971),Bd. 1, S. 217.

(10) マウス・前掲注（6）①一六三頁。そしてマウスは、シュミットのそのような理論構築に、議会による革命的法形成を抑圧するための「立法者の監視」機能を付加した、と解釈を行う（同書一六八頁）。しかし、このように、シュミットのテクストにナチズムの病理の典型を確認するために事後的に意味づける作用こそ、吟味しなければならない。

(11) 本稿第二節参照。プラクシスの意味については、本稿第四節参照。

(12) 広渡清吾「西川洋一・木庭顕・岡野誠・能見善久・樋口陽一「〈シンポジウム〉法学における歴史的思考の意味」

（『法制史研究』五一号）」書評、『法制史研究』五三号（法制史学会、二〇〇三）一五七頁。なお、シュミットの法的判断論と来栖三郎博士のフィクション論の関係については、広渡清吾「法的判断論の構図―法の解釈・適用とは何か」社会科学研究五五巻二号（東京大学社会科学研究所）一一三頁以下（一二五頁）参照（二〇〇四）。

(13) 石川前掲書、四四頁。

(14) 児玉寛「古典的私的自治論の法源論的基礎」、原島重義編『近代私法学の形成と現代法理論』（九州大学出版会、一九八八）一九三頁参照。

(15) シュミットの有機体説に対する批判は、ワイマール期の著作の各所で、とくにギールケ―プロイス学統における多元主義に対抗的に用いられているが、一九一二年のシュミットにとっても有機体論への評価は、G.U.,S. 36 Anm.1において、サヴィニーとイエーリングが名指しされて、Organismus の不透明性が指摘されているように、肯定的ではあり得ない。

(16) Carl Schmitt, Das "Allgemeine Deutsche Staatsrecht" als Beispiel rechtswissenschaftlicher Systembildung (1940), in: ders. Staat, Grosraum, Nomos, Arbeiten aus den Jahren 1916-1969, Berlin 1995, S. 175.「法学的体系形成の範例としての《ドイツ一般法学》」、初宿正典・吉田栄司訳『ヨーロッパ法学の状況』（成文堂、一九八七）一一二頁。

(17) 本稿第三節。

(18) 本稿第二節。

(19) Franz Wieacker, Gesetz und Richterkunst, Zum Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung. (1958),in: ders. Ausgewählte Schriften Bd. 2, Frankfurt amM. 1983, S. 41ff.(S. 48f.).

(20) ヨーゼフ・エッサーは、ヴィーアッカーのように、一般条項において法的議論に法外的原理を反映して裁判官が法の継続形成を行うことに対して疑念を表明するが、ratio legis という法内在的な原理の展開によって、あるいは「前了解」の地平の構成によって法形成を行う可能性を志向している（Josef Esser, ①, § 242 BGB und die Privatautonomie, in; JZ, 1956 Nr.18, S. 556. ders. ②, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, 2. Aufl.,Frankfurt am M. 1972, S. 164f.）。彼は、管理型法化などによる議会制定法律の規律能力の低下、あるいは、古典的立法のフォルムの政治的措置立法・政策化による溶解現象を指摘し（ders., Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 4.unveranderte Aufl., Tubingen (1956) 1990,S. 25, S. 291ff.〔以下、G.N.と略記〕）、こうした法状況に対して、裁判官の広範な法創造の余地を認める。この立場に対して「法的安定」が損なわれると考えるのは誤りであるという。なぜなら、図式的にスタティックな「法的安定性の理念」を放棄し、法的思考や法教義学、伝統的に形成された諸原則などに

よる法形成によってこそ、しばしば政治的妥結にすぎない議会制定法律よりも卓越した安定性の保証（Stabilitätsgarantie）が確保され、「法的安定性の要請」と「法生活への適合」のアンチテーゼが現実的に解消される、と考えるからである（G.N., S. 26f.）。

(21) フォルストホフの標榜した「サヴィニー以来の実証主義」は、サヴィニー研究の泰斗にして民法学者であるW・フルーメの、サヴィニー本来の立場を尊重する立場からの批判をうけた。すなわち、フォルストホフは一切の価値関係的要素を法的推論から排除し法的三段論法に自己限定するという意味での実証主義に立ちその立場をサヴィニー以来の古典的解釈規則によって基礎付けようとするが、「大前提」という意味での法律の意味内容を確定するためには、憲法典も含めた「現存する法秩序全体」を斟酌する「歴史的」「体系的」解釈の要素を用いるので、法的な決定は単なる「包摂問題(Subsumtionsaufgabe)」に尽くされないのであってみれば、フォルストホフはサヴィニーを整合的に援用することができない、というものである。Werner Flume, Allgemeinerteil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 1, Das Rechtsgeschäft, 4. Aufl., Berlin/Heiderberg/New York 1992, S. 294f. しかし、だからといってフルーメが「法律学的ヘルメノイティーク」に与するわけではない（S. 297）。同書にて展開された法秩序論については、児玉教授による詳細かつ具体的分析を得ているにしても、フルーメの所謂解釈における「体系的要素」あるいは「法秩序の全体」の観念は極めて晦渋である。

(22) Ernst Forsthoff, Die Umbildung des Verfassungsgesetzes (1959), in: ders., Rechtsstaat im Wandel; Verfassungsrechtliche Abhandlungen 1950-1964, Stuttgart 1964, S. 147ff.(S. 153). 本稿の限界上、変動するフォルストホフの複雑な方法論の立場についての一切を捨象し、あくまで同書の段階での議論をもって代表させた。フォルストホフの方法論上の立場については、渡辺康之「『憲法』と『憲法理論』の対話（一）」国家学会雑誌一〇三巻一・二号一頁以下（一二頁以下）（一九九〇）参照。

(23) 同様の観点から、パブロフスキは、平等原則・形式的正義のみを法的取り扱いにたえうる正義内容であると考え、それ以外の正義によって法律の適用を修正して様々な要素の衡量を法的判断にさしはさむ傾向を、「カーディー裁判」と定義する（H. Pawlowski, Methodenlehre für Juristen, 3.Aufl., Heiderberg 1999, S. 25）。そしてこの傾向は、すでに克服された歴史的傾向ではなく、七〇年代ドイツ連邦憲法裁判所の判例〔BVerfGE 30, 313. この、メフィスト決定については『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇三）一九〇頁以下参照（保木本一郎執筆）〕や学説（Larenz/Canaris, Schuldrect 2, 13. Aufl., 1994, §80, S. 489. Medicus, Schuldrecht. 8. Aufl., 1997, Rn. 816ff.）あるいは、法律を「一応の」

テクストとしてとらえその背後の価値の実現を志向するR・ドライヤーの議論などを念頭に置きつつ、I・マウスと同じ陣地に立つ（S. 29f.）。

(24) ドイツの法律解釈学方法論の基本的思考様式を概観するためには、磯村哲「法解釈方法の諸問題」、『現代法学講義』（有斐閣、一九七八）八五頁以下は、いまなお参照するに値する。ビドリンスキーなど現代の方法論の到達点を射程に収めた整理として、藤原正則「法ドグマーティークの伝統と発展―ドイツ法学方法覚え書き」、瀬川信久編著『私法学の再構築』（北海道大学図書刊行会、一九九九）三六頁以下（とりわけ四五頁以下）の、詳細な脚注が便利である。

(25) 法学方法論の定石的思考によれば、サヴィニー以来、制定法の解釈／継続形成／反制定法解釈という境位を区別する思考枠組みを基礎に、制定法と裁判官の裁量の射程とその限界を論じる。Friedrich Carl von Savigny, System des heutigen römischen Rechts, Bd. 1(1840), Aalen 1981, S. 238. 小橋一郎訳『現代ローマ法体系第一巻』（成文堂、一九九三）二二〇頁。以後、同書への参照指示は、Savigny, a.a.O. と略記し原書頁数のあとに訳書頁数を付記する。引用に際しては概ね訳書に拠ったものの、適宜訳を変更した。

(26) Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin/Heidelberg 1991, S. 313ff.

(27) ただし、その際に無条件に自由な法発見がなされることを是認するわけではなく、憲法を中心とした「法秩序全体（gesamte Rechtsordnung）」との整合性を重視する（Larenz, a.a.O.(Anm.26), S. 426f.）。すなわち、「原則的に法と法律に拘束される裁判官は、反制定法的判決の余地が是認されないが、例外的に可能であるとすれば、「法秩序の意味の全体のうちに存する根拠」（S. 428）によって正当付けられるかどうか吟味されなければならない、とされる。

(28) かくして、二〇世紀初頭に提起された法適用論の問題状況は、法システムの機能が拡大すればするほど法的解決の際に価値などの「法外」のものが介入する現象をいかに位置づけるかという問題を増大させる結果、法学方法論に実定法秩序の妥当根拠そのものに関わる問題を引き受けさせることになる。なぜなら、法生活と制定法の文言との乖離がいや増しに際立つ変革期の社会および法学にとって法の欠缺の問題は不可避であり、その際に、ルール化できない価値を法的技術において扱うという難問は、単なる小手先の技術論・実益論につきるものではありえないからである。とくにわが国の実定法学においてこの基礎的問題に対してそれに相応しい注意がはらわれてこなかった原因は、具体的妥当性のために法的構成を「巧みに按配する」我妻栄博士〔「私法の方法論に関する一考察」（一九二六）、『近代法における債権の優越的地位』（有斐閣、一九五三）所収、五三六頁以下〕以来の強固な帰結主義的傾向に加え、一九六〇年代に隆盛を極

めた「利益衡量論」〔加藤一郎『民法における論理と利益衡量』（有斐閣、一九七四）、星野英一「民法解釈論序説」『民法論集』第一巻（有斐閣、一九七〇）所収、一頁以下〕の影響の結果であるといってよい。しかし、平井宣雄教授〔『法律学基礎論覚書』（有斐閣、一九八九）『続法律学基礎論覚書』（有斐閣、一九九一）〕以降の現在の学説における動向では、この問題状況は根本的に変化した。この動向に対する概観として、田中成明『法理学講義』（有斐閣、一九九四）三五五頁以下、能見善久「法律学・法解釈の基礎研究」、『日本民法学の形成と課題（上）』所収（有斐閣、一九九六）四三頁以下、瀬川信久「民法解釈学の今日的位相」、『私法学の再構築』（前掲注(24)）四頁以下、および、既に克服済みと考えられた「古典的私的自治論」からの以上の法学方法論の問題状況に対する根源的かつ先鋭な異論として、原島重義『法的判断とは何か』（創文社、二〇〇二）参照。原島博士は、利益衡量論によって到達可能であるとされたところの、たとえば弱者保護などの目的が、利益衡量論に依拠する限り、結局現存の支配的利益状態―あるいはシュミットの用語でいえば「政治的剰余価値」―を保有するものの優位を確認するに終わって到達不可能になることを剔出し（たとえば同書六二頁以下）、学知による概念構築の徹底こそが、先鋭な現実批判の視座を獲得しうることを、提示している。

(29) シュミットの一九一二年のテクストに、戦後ドイツにおける法解釈方法論の先駆となる主張が含まれていることについて、渡辺康行「シュミットとスメント」、古賀敬太・初宿正典編『カール・シュミットとその時代』（風行社、一九九七）五四頁および七九頁の整理を参照。

(30) Esser, a.a.O.(Anm.20),②, S. 7f.

(31) 本稿は、der Schuluß der Diskussion という老シュミットの言葉を、通常の了解とは異なり「討議の帰結である」、と解した。すなわち公共的な事柄にかかわる公的組織における公的決定が作動するためには、それらを支配している経験的主体の実力にゆだねるのではなく、制度体が公的決定を作動させることを可能ならしめる構造的条件のもとに生の事実を変換し、そのような変換・分節を被った「事実」を基礎として初めて、新しい関係、すなわち決定への作動が析出・現実化される、ということである。言い換えれば、制度体における決定が、こうした意味産出条件とは無関係に、むき出しの暴力、実力、利益などによって覆いつくされてしまう傾向から、現実の法システムを遮断するための回路としての「法学」を構想する、ということである。本稿の論証は、以上のようなシュミットの法のイメージを剔出することを目的としている。

(32) 本稿第三節及び第四節。

(33) シュミットとナチズムの関係についての分析としては、山下威士『カール・シュミット研究―危機政府と保守革命運動―』（南窓社、一九八六）、リュッタース、古賀敬太訳『ナチスとシュミット』（風行社、一九九七）、佐野

誠『近代啓蒙批判とナチズムの病理』（創文社、二〇〇三）などに詳しい。山下教授の分析が示すように、シュミットが元来幼稚な人種主義的アンチゼミティスムをロマン主義として嘲笑していたことは、ナチス側のシュミット糾弾記事が指摘することである（同書三九頁以下、および五四頁以下参照）。他方、佐野教授は、シュミットのアンチゼミティスムスは単なる政治的処世術ではなく、シュミットの聖書理解と密接な関連に定位しつつ、「敵」としてのユダヤ人イメージが一貫性していることについて、シュミットの弟子にして友人であったカバラ学者で思想家のヤコブ・タウベスの証言を踏まえつつ分析している（同書二〇二頁以下、及び二二〇頁以下参照）。この難問を、本稿は課題の性格上、分析の射程に収めることができなかった。

(34)　エッサーの所謂「前了解」ないし「前理解」の語は、哲学者H・G・ガダマーに由来するものである。彼によればテクストの意味とは、テクストを解釈する者が拘束されている歴史的状況、伝統あるいは先入見（Vorurteil）などによって形成される「先行把握（Vorgriff）」相関的に開示される（H. G. Gadamer, Wahrheit und Methode, (1965) in: ders., Gesammelte Werke Bd.1, Tübingen 1990, S. 299ff.）。エッサーの法律学方法論におけるこの概念の受容と意味内容については、青井秀夫「現代西ドイツ法律学的方法論の一断面」法学三九巻三・四号三四三頁以下（一九七六）に紹介がある。なお、この概念にいち早く着目したのが、（いわゆるスメント学派の）エームケであった（青井同論文、法学三九巻一号一〇七頁）。

第一節　『法律と判決』（一九一二）におけるシュミットの課題
――古典と前衛の間で――

本節においては、『法律と判決』（一九一二）におけるシュミットの課題を自由法運動の問題状況との対応関係において分析する。シュミットのテクストの紹介に入る前に、一九一〇年代以降のドイツ法学を規定することになる法適用論についての歴史的問題状況を瞥見しておこう。

一　自由法運動の問題状況へのシュミットの対応

(1)歴史的問題状況　――自由法運動の衝撃――

裁判所は、法の欠缺を理由に裁判を拒絶することはできない（裁判拒絶の禁止の原則）ので、立法者によって固定された規範的テクスト（制定法）と、現実世界において生起する事案の解決おいて求められる主観的権利を確定するために必要な法命題との差異は、法生活の変動速度が法システムの対

応能力を超えた場合、ハードケースのような事案を生じさせる。この問題は、十九世紀末の経済社会の変動によって従来の法システムの機能上の限界が自覚されたドイツにおいて、もっとも先鋭で徹底した理論的・実務的反応をみた。すなわち、法プラクシスと法理論との歴史的な分業の結果、法プラクシスと理論との乖離に対する危機意識が一八六〇年代以降の帝政期ドイツの法学者を支配していた。そのような分業を不可避の歴史的与件として受容することに対する異論の表明として、ライストは「産出的法学（produktive Jurisprudenz）」という概念を構想した。[35] あるいは、「法学の転換点」を定式化したローマ法学者クンツェ（Kuntze）は、理論と実践の分裂を批判して法学の刷新を要求した。[36] 彼は、ローマ法の解答権（ius respondendi）[37] の法フォルムを援用して、プラクシスの次元での法の確定可能性を強化する形でこの課題を果たそうとした。[38] 更に、ドイツ帝政の発足と機を同じくして歴史法学派の方法論からの方法論的な切断がイエーリングによって遂行されたことは重要である。イエーリングは、生活世界のリアリティーと法システムとの lebensfreundlich な整合を、法学－理論自体の構造変革によって試み、[39] 認識論における「実証主義」[40] 的方法論やJ・Sミルの功利主義的道徳の受容を経て「すべての法の創造者は目的である」との主題の下にプラグマティックな法学への転向を敢行した。[41] イエーリングにとって法規は社会の幸福（Eudämonismus）を目的とする手段として立法者によって設計されるべきものであり、社会の存立と成長のために奉仕する手段であった。[42] また、一九〇〇年に制定されたドイツ民法典（BGB）は、教養と財産を持つ市民の契約の自由を中核とする一九世紀型のリベラリズムを基礎に持ち、私有財産に対する社会的制限の必要性を説く説[43] からの対抗を受けたり、社会学的事実と法システムとの適合性を主張し、無産階級の法律上の保護を説くアントン・メンガーなどの立場からは立法の不備が指摘された。[44] また、実質的な妥当性を確保するために意思表示の原則を修正する「契約締結上の過失」の法理[45] など、制定法条文上の根拠を持たない法理が理論のサイドから具体的法運用のために主張された。その結果、制定法の社会的妥当性の是非、あるいは、制定法から法的紛争の解決に必要な主観的権利がただちに導けないという結果を生み制定法の不備が一層自覚されることになった。そこで、制定法のテクスト・客観法と主観的権利の乖離を埋める要請は、プラクシスの判断作用の重視を帰結し、この方向が徹底されると、主観的権利はテク

ストのなかに既存のものとして現前しているのではなく裁判官の個別事案への解決においてつねに新たに創造されるべきものである、という自由法運動の立場へと至るだろう。[46] 自由法運動における共通了解は、民族の法感情、取引の利益、あるいは極端なルール懐疑主義を優位におき、判決を下す裁判官の心理的過程こそが法的構成よりも重要な要素であるという主張にみられる。

法適用論あるいは法発見論とは、このような問題を解決するために、抽象的な法規範から具体的事案における法の現実化・具体化の際の認知・適用作用の分析をおこなう法学方法論の部門である。とりわけ、制定法に欠缺があり、制定法規の射程範囲を超えて裁判官が事案の解決のために裁量を行使する「法の継続形成（Fortbildung）」において裁判官は単に形式論理的な推論を用いて判決のための法命題を獲得するのではなく、価値評価を行う契機が介在してくる。[47] 制定法のテクストに定式化された規範命題だけで法的事態に対する必要な法的解決を与えることができないので、制定法上の法規範と具体的判決のあいだの埋められるべき差異を如何にして媒介し、個別事案における法的決定を析出するだけの具体性を帯びた判決規範へと分節・確定するのかという問題は、自由法運動以来、第一次大戦後のインフレのカタストロフ、ヴァイマール期の政治経済的混乱、ナチズム期、そして戦後の社会的法治国と古典的リベラリズムとの緊張という、ドイツの体制変動すべてにおいて執拗低音のように反復され、「裁判官の技芸（Richterskunst）」が制定法を凌駕するという問題を保持しつつづけることになる。[48]

(2)裁判官の法服従義務

右のような法学の革新動向の只中で執筆された『法律と判決』においてシュミットは、議論の導入のために、「司法権は独立の、法律にのみ服従する裁判所によって行使される」ことを規定する裁判所構成法第一条を挙げている。同条は権力分立の思想とりわけ、司法の行政からの独立・官房裁判の禁止を含意しているわけだが、裁判官は法服従を義務付けられる場合何に対して服従義務を負うのか、そして、何を法および法律の内容として観念するのか、ということについて同条は何も規定していないので、今日でもなお反復されている法理学上の難問が生じる。[49] そこで、通説的な立場（ヴィントシャイド）では「立法者意思説」を、自由法運動の支配的見解（ビンディング、コーラー）では「法律意思説」を探求することによって法的意味を確定する。[50] シュミットは、これら

の問題構成の前提を、裁判官は法律のもとに包摂を行う以外の何事もなすべきではなく、裁判官の判決の正しさの基準は、判決の法律の下への包摂可能性、すなわち判決の合法規性（Gesetzmäßigkeit）を志向する点において同一の問いの地平の中に属する、と考える。「今や法律のテクストの下に円滑な包摂が容認されるような諸事例は、ほとんど稀にしか存在しないことが明らかなのであってみれば、『法律適合性』という要請を堅持しようとする者も、法律の『本来の』内容、すなわち（明らかな内容からみれば）非本来的な内容を探求するために、特定の方法を用いることが強いられる。かくして、このような方法論をめぐるすべての問題は、かかる方法論を用いて探査された法律の内容は、どのような正当化をもって、一般的になお『法律（Gesetz）』として特徴付けられうるのか、そして、この『法律』に即して組み立てられた判決＝判断（Urteil）はどのような正当性をもって、なお『法律適合的』なものとして特徴付けられうるのか、という問題を巡っている」（S. 9f.）。

以下（4）で確認するように、シュミットはこのような問題構成そのものに疑念を呈する。その限りでは、包摂モデルを放擲した民事訴訟法学者オスカー・ビューロウの所説に代表される法創造説[51]に近接しているように見える。ビューロウを震源のひとつとする自由法論の典型的見解は、「裁判官は、法律に疑義や欠缺がある場合、自らを立法者であると考えるべきであり、そして、もし自分自身が立法者であれば下すであろうような判決を下すべし」、との命題に表現されている。この定言命法のパロディーのような命題は、実際、スイス民法によっても採用されて実定化されることになった[52]。

(3)シュミットと法創造説との相違

シュミットの所説の独自性を分析するためには、まず彼がかかる「法創造説」を明らかに拒絶していることを確認しておかねばならない。シュミットは「個別の裁判官も、裁判官の全体も、立法者の地位に押し上げられることはない。このことは仮に、そのためにいかなる実定法律もあらかじめ予想していなかったような事案に判決が下される場合においても、かわりはない」（S. 100）とし、裁判官が立法者となることを明確に退ける。以下、重要性に鑑みて長文を厭わず引用する。「裁判官は『法政策的』考慮を行うべきではない。そして裁判官は自らをある種の手軽な手段（occasio proxima）としてのそのような考慮から身を護らなければならない。なぜなら、裁判官にとってすべては解釈を通じてであれ、確定

を行うからである。人は、実際上の困難を知り、この知見が法プラクシスと明らかに矛盾するとみると、立法者と裁判官というかの対立を引き受けて、裁判官は一定の立法者的な機能を果たしており、そして、裁判官の活動は『立法者類似』のものである、と表現することになる。しかし、こうしたことから何も解明されない。人は、プラクシスにおいては、『実定法（das positive Recht）』の内容だけではやってゆけないということを確証することだけを望んでいるのだろう。このことはすなわち、『法律適合性』はもはや判決の正しさのための評価基準としては不十分である、ということである。歴史に制約された、および、一面の真理しか射当てていないものである、立法者と裁判官とのアンチテーゼのもとで、人は、裁判官を、『それゆえに』立法者である、と考えるのである。あるいは逆に、裁判官はまさに立法者ではないというその理由ゆえに、実定法のみを考慮し、それ以外の一切を考慮することは許されない、とする。両者ともに歪な見解である。立法者と裁判官との対の関係は、実体的正義と形式的正義の対、さらには、社会学的法学と概念法学（Begriffsjurisprudenz）との対と重なり合う。この問題における方法論的な明晰さは、次のようにして初めて、獲得されるものである。すなわち、法プラクシスは、正しさに関する固有の評価基準を保持しており、特に、法ドクトリンと法律学的方法論に対して独立した評価基準を保持する、ということである。裁判官は決して立法者ではない。しかしそのことから、裁判官には、一定の方法によって確定されるべき法律の内容以外存在しないのだ、ということが導かれるわけではない。そこからはむしろ以下の事態だけが導かれるばかりだ。すなわち、立法者の決定の正しさを規定するものは、立法者の主観性の外部にある複数の客観的評価基準であるということだ。逆に、実定法の中に含まれている内容以外のものも、裁判官にとって、事実上重要であるという事実からも、裁判官の立法者としての地位は帰結されない。裁判官は法創造をなすのではなく、法（Recht）に依拠するのである。裁判官は法的確定性（Rechtsbestimmtheit）という命題に服従するのみである。仮に裁判官は法的確定性それ自体を、自らの判決によってはじめて論拠付けることに寄与するにしても、裁判官は、このことを立法者、あるいは自律的審級として遂行するのではなく、裁判官として、すなわち、その展開と作用が当の個人から独立しているところの、ひとつの仕事に共同で携わる個々の裁判官として、遂行するのだ」（S.

101ff.)。

ここにみられるように、シュミットは裁判官による事案の解決と法定立を区別している。しかし、問題は、裁判官が依拠するとされている法の内容である。シュミットにおいてこの観念は特異であるだけでなく、複雑な前提を有するので逐一分析を行う必要がある。なぜなら、シュミットが想定する法は、単なる実定規範に尽きるものではないし、さりとて事実の彼岸に在る超越的な規範ではない。[53] また、自由法運動の所説のように、卓越した裁判官の個性によって見出される法、[54] あるいは制定法律に反する事実が人々の間で承認を受けることによって規範的なものへと生成するような法[55]でもない。シュミットにとって、同時代の自由法運動の議論は、形式原理を欠如させたものであり所詮「自己利益を貫徹せんとする可能性への洗練された計算に過ぎぬものであり、その証明力は、或る所与の瞬間における広告力と同じもの」に過ぎない。[56] シュミットは、裁判官の決定の正しさに関する問題をたんなる経験的観察と混同してはならないことを力説したうえで、[57] 法適用理論において問題なのは、「実務に土着的（auchtocthon）原理」という規範的次元における裁判官にとっての正しい決定の基準を析出することである、[58] と考えた。シュミットは、それが何か、という問いに対して単純な応えによって同定するのではなく、以下のような法秩序の機能分析によって回答を試みている。そこで、シュミットはまず、次のような観点を提示する。「法律の内容をその『源泉（Quelle）』との関係で解明し解釈する場合と同様に、裁判官の判決についても、以下のような系列が存在する。まず、一方の極は、以下の局面である。すなわちおよそ、どのような判決かに関わらずとにかくひとつの判決が下されるということだけがもっぱら重要であるような場合である。次に、他方の極は次のような場合である。つまり、法律の明文上の文言、あるいは、法意識と適合的なプラクシスが、判決の内容を、一義的に規定するような場合である」（S. 104）。

すなわち、シュミットは法律と立法者のようなテクスト－源泉との二極的関係を、判決の質的相違に即して三つのヴァージョンに分けている。第一に、たとえば制定法に数量や期間あるいは右側通行ルールなどの一定の形式的規律が規定されていてその内容についての是非を論じる意味が希薄な場合であり（S. 48）、第二に、制定法規の適用によって確定性に到達可能である場合、そして第三に、法的確定性に到達するために、裁判官の裁量・価値評価の余地が介在する場合である。

第一の場合はいわば自動的な法規の適用が可能である。第二の場合には法の通常の適用ないし解釈の枠にとどまる。[59] 第三の場合は、たとえば譲渡担保や契約締結上の過失の場合のように、制定法や立法者意思には存在しない内容が法的規範としての規定力を持つ場合である。この場合は、法的確定性に到達するために、法意識、すなわち裁判官の裁量権の積極的行使の余地が推定されるような場合である。

(4)『法律と判決』におけるシュミットの課題

――自由法運動の所説との相違に即して――

ここでシュミットが何を問題にしているのか、を確定しなければならない。シュミットは、方法論の定石的思考様式とは異なり、法の解釈／法の継続形成、という場合を区別する問題構成[60]に依拠することはなく、第一の場合のような法の解釈の局面における主観的権利の確定の機制を中心に思考を展開している。

シュミットは第一の場合に作動する機制こそ、法秩序におけるもっとも本質的なモメントが現れていると考えている。このような考えがシュミットの法思想の基底にあることは、一九一四年の教授資格請求論文にて次の様に一層明確に定式化される。「現実を変えてゆくための物差したりうるべき法思想は、実定化される必要がある。すなわち、その内容は、主権的な決定の行為によって定立され、法令や具体的な判決正本のような文章（Fassung）として言い表されるのだ。その場合、法思想の抽象性は、具体的な法命題からの抽象によって獲得されたものではなく〔中略〕、むしろ、すべての経験的な現象からの脱離を意味するものである。すべての具体的なものと抽象的なものとの間には、架橋することのできない断裂があり、それは、いかなる漸次的な移行も閉ざされているのである。かくして、すべての実定法律の中には、単に確定されている、という契機が通用力を有するのであり、それに即して、事情によってはおよそ何事かが実定的な規定となるということは、どれが具体的内容となるのか、ということよりも重要である。この内容的な無関心性は、――そしてこれに拙著『法律と判決』の議論と関係するのだが――国家の現実化への営為から生み出されるものである。〔中略〕判決は、実現されるためには、具体的な事例に関係せねばならず、法律は、強制可能性が事実になるよりも先に、判決における具体化を必要とし、抽象的な思想は、国家がその現実化のために作動するより先に、制定法にならねばならない。すなわち、規範に該当する当該状況の下に随伴せしめるためには、

強制装置が作動していなければならないのである。ゾームは『教会法』(S. 2)[61]のなかで重要な諸命題を定式化した。曰く、『逆に、法律は原則的に、フォルム（法ノ窮ミハ不法ノ窮ミ summum jus, summa injuria）に依拠するものであり、しかも、まず一義的にフォルムに依拠せねばならぬものなのだ。というのも、ただそうすることによってのみ、法律は当事者たちに対して超然と屹立する次の如き決定へと至るのだ。すなわち、対立する利害状況とは無関係に、当事者に正しいものとして強制力を及ぼし、瞬間の流れによってではなくむしろ、確実で、伝承された、共通に妥当する諸原則から由来する決定へと至るのである。このことは、法は確かに概念的に強制を要請するものではないのだけれども、強制的な方法で現実化を追い求める、ということとかかわっている。』法は執行者たる国家によって、強制的な手段によって現実化されなければならないものなので、すべての国家による法は、具体的な現実化が可能になるためには、正確に、『形式化され』『確定され』なければならないのである」(Wert., S. 79f.)。

本節二ではこの法確定のモメントについてのシュミットの所説を検討するが、その前に、彼の関心が何でないか、を自由法論のコンテクストにおいて、明らかにしておく必要がある。

① シュミットは正しい解釈カノンの探求を問題にしているのではない。彼が問題にするのは、法の解釈の正しさではなく(S. 13)、具体的事案の解決の際に主観的権利が確定されるその機制そのもの、である。[62]それゆえ彼の主題は法学方法論の問題系列を超える。[63]彼はこの問題を、個々の裁判官の判断のコントロールをめぐる議論として、「他の裁判官」も同様に判断したであろうように自らの判断を定式化すべし、という定式（Formel）を提出する。すなわち、「或る裁判官の決定（Entscheidung）は、今日、他の裁判官も決定したであろう事が推論される場合に正しい。ここでいう『他の裁判官』とは、現代法学の素養を積んだ法律家の経験的な類型(empirischen Typus des modernen rechtsgelehrten Juristen)を意味する」(S. 72)。この「他の裁判官」は個々の実在の個人やその心理過程の内容として特定されるものではなく、一見自由法論の典型に近接するかに見えてそれに対する鋭利な対抗関係にたつ。たとえばシュトルム（A. Sturm）は、全体の法感情（Das Rechtgefühl der Gesammtheit）が判決の正しさにとって決定的であり、裁判官の数が多ければ多いほど、ますますこの法感情への適合

蓋然性が高くなり、全体への適合度が高くなると想定する。彼は、感情とは複数の人間の間での情念の運動であり、そこに、慣習法の意義が存すると考える。[64] シュミットは、このような見解を、現代法実務における或る決定の正しさの基準は、個人ないしはその主観的確信の感情的な過程を参照することはできない、という立場から批判する。その理由は、アムト保持者としての裁判官個人と単なる裁判官の実存的・経験的主体を混同することを、彼は拒絶するからである。[65]

このような「他の裁判官」とは法プラクシスに内在的な法曹官僚に関する「経験類型」[66]であるとされる。すなわち「裁判官は裁判のいかなる時点においても、絶対的な自由裁量、かれの特殊的な主観性、かれの個人的な確信それ自体に従うことは許されない。すなわち、『他の裁判官』は、法学教育を受けた標準的な裁判官（normale juristisch gebildete Richter）なのである。ところで、ここでいう、『標準』なる語は、量的に平均的な意味において用いられているのであって、何らかの理念型の名称として、あるいは質的―目的論的な意味で用いられるものではない」（S. 79）。

② プラクシスにおける裁判官の法発見過程を重視するシュミットは自由法運動の所説のように「法感情」適合的な裁判をもとめる非合理主義（S. 18f.）を唱導するものではない。「裁判官は、利害関係人として独立に評価をするのではなく、利害関係人たちにとっての現実的なリアリティー（wirkliche Lebendigkeit）における、価値関係を探求する。確かに、次のことは心理学的事実である。すなわち、問題となっている価値評価をみずから体験したことのないものは、価値関係を展開し、その妥当と射程について論決することができない、ということである。その限りにおいて、ますます特殊な力点が強調されている裁判官の『個性』が、重要になってくる。生の体験（Lebenserfahrung）、生活の智慧（Lebenserkenntnis）、実務に対する知見（Kenntnis der Praxis）を持たずして、裁判官は、まさに彼が役立てるべき評価について、まったく無知なのである。しかし、裁判官に対して、〔中略〕主観的な『個人的』評価を目指した活動が帰責され、この活動は判決理由中の判断（Urteil）の理由づけの際の『主意主義的（voluntaristisch）』過程を際立たせ、そしてそこから、裁判官の個性の不可避性の導出を望むことは、個人的な価値評価と諸価値を役立てること（Verwertung）と表現との混同に由来する誤解であろう。法感情の未分節の投入（unartikulierte Interjektion eines

Rechtgefühls）は、論拠付けをなすものではない。すなわち、裁判官の『事物についての感情』というものに、裁判官は拠り所を求めることはできない」（S. 99）。

③ シュミットは法律の欠缺の際に裁判官を拘束してその判断に証明や真偽値を付与するようなメタ規範を問題にしているのではない（S. 9f.）。一九一二年のシュミットは、同時代の議論のように、「法律意思」あるいは「文化規範」[67]などの観念を用いて、規範概念を射程拡大しその拡大された規範への包摂によって判決の正しさを確保する思考を斥ける（S. 20f.）。しかし「決定の『法律適合性』が決定の正しさと同視されないという事は、客観的な基準を廃棄し、全てを裁判官の主観性次第にせしめることではない」（S. 72）。シュミットは、「法律意思」説や「文化規範」論などをはじめとする自由法運動の諸立場のごとく、様々なメタ規範を導入することによって法律の規範の射程拡大作業を、法律の欠缺を補充するものではなく、法律と同じ次元での規範定立を行っているものと考えた。さらに彼は、そのように見出された「規範」への事案の包摂というモデルを懐疑する。[68] なぜなら、「『法律適合性〔合法則性〕』以外に裁判官の判決の正しさの評価基準を発見する可能性、および、今日の問題は、すべての自明な内容が剥奪され、そして、『人がそこに見ようと望むことは、すべての人にとって類似して見える』ということに存する、という可能性」（S. 42）ゆえに、法的事案における意味の確定へと至らないからである。[69]

二 テクスト分析のための問題提起

さて、なぜシュミットはかくもプラクシスを重視するのか。この問題は本稿第三節にてシュミットの特性を考察する際に解決すべき課題になるが、和仁助教授の的確な指摘を援用すればプラクシスにこそ「具体的秩序」が保存されているからである。[70] この意味の分析を行う前にいくつかの同時代のコンテクストにおける『法律と判決』の主張内容の意義・問題点について注意喚起しておかねばならない。

第一に、同書におけるシュミットの議論が興味深いのは、自由法運動やリアリズム法学のように裁判官の心理と裁量というブラックボックスのなかにすべてを曖昧化してしまうのではなく、さりとて唯一の正解を発見できるという形而上学を主張するのでもなく、いかにしてプラクシスにおいて「悪しき法構成」と「よき法構成」が選別されてくるのか、という問題を立てていることである。「他の裁判官」を判決作成

の内省における予測の準拠点とすることによって法欠缺の場合での法発見の合理的基準が与えられる理由を、彼は判決理由にもとめる。[71] 裁判官は判決理由を付記した上で判決を行い、そこで定立された命題は将来において法準則として言及される余地をもつ以上、決定は説得可能性や吟味可能性などの一定の構造的制約においてしか行為を遂行できないという制約が課されることによって、単なる恣意的決定とは区別される。「判決理由のなかで伝えられるさまざまな考慮は、今日では、それが法確定を根拠付け、しかも、実務の中でそのように一般的にそのように評価されるであろうという意味において、効力を有するのである」（S. 89）。その区別は、法的コミュニケーションを任意の日常的なコミュニケーションから種別化するものによって分節される。確かに、決定は、経験的世界における存在物の具体的な素材をもとになされる。そこで、制度的決定のフォルムを援用するや否や、選別が働くのだ。つまり、経験的事実からの法的構成に耐えられるものであるためには、決定者は、存在物を、読者としての「他の裁判官」なるイデアルな審級によって肯定されるべく構成しなければならないのである。しかも、裁判システムにおける合議制（S. 75f.）や多審制（S. 76f.）のような仕組によって、「他の裁判官」は内省の基準点となると同時に、自らが定式化した判決理由の読者としての機能を持つことになる。以上の条件に耐えられない意味の生成は決して肯定されることがなく、そのような質を持たない決定や論拠は、フォルムに耐えることができない。かくして、裁判官身分という意味分節システムを経由することによって、「よい法律論」と「悪しき法律論」とが選別され、「悪しき法律論」は通用力を剥奪されてしまうのである。

第二に、以上の議論は、現在のわれわれの目にとって驚くばかりに素朴であるように見える。しかし重要なことは、このような単純な機制がなにゆえインパクトを持ちえたか、[72] ということを理解することである。このことを理解するためには、シュミットが強調する、法の確定性、プラクシス、法曹身分などの語彙が、同時代的に有していた特定のコンテクストとの関係を了解しなければならない。それはシュミットが背景にしていた歴史法学派以来の古典的法学における法発見論の基礎的観念の系列である。シュミットはあくまでBGBと自由法学の同時代人であるので、サヴィニー以来の議論をそのまま現前化する方途はすでに絶たれていたものの、古典的法学の観念系列を尊重している。シュミットのテクストは

以上のような一九世紀末ドイツ法学の歴史的状況を前提としており彼の構想の意味は、彼が投げ出されていた歴史的状況相関的にのみ開示される。

注

(35) とはいえ国民経済に対する法の適合性を重視するローマ法学者ライストは、「自然科学」の意義を称揚した。ただし、たとえば化学を観念的な概念展開のモデルとして参照するイエーリングと異なって、ライストの場合、歴史的法素材の中にはらまれる naturalis ratio への経験科学研究的意味に限定されていたことは、若干の注意を要する。
E. Landsberg/R. Stintzing, Geschichte der deutschen Rechtswissenschaft, Ⅲ/2, München/Leipzig 1880-1910, S. 836f.

(36) J. E. Kuntze, Der Wendepunkt in der Rechtswissenschaft, ein Beitrag zur Orientierung über den gegenwärtigen Stand und Zielpunkt derselben, Leipzig 1856.

(37) 解答権については原田慶吉『ローマ法〔改訂〕』（有斐閣、一九六八）一七頁。

(38) Kuntze, ius respondendi in unserer Zeit, 1858. なお文献入手不可能につき参照できなかったが、このテクストをシュミットはS.94にて引用している。

(39) E. Landsberg/R. Stintzing, Ebenda, S.834ff.

(40) 一八六〇年代は、コント、ヘルムホルツらによって準備された。まさに、「ヘーゲルの死」（カッシーラー）というにふさわしく、認識を経験的知覚可能性に限定する徹底した経験主義の時代である。哲学的な理念・精神は自然科学的な心理の問題に還元され、客観的観念論が学としての地位を喪失していった過程については、鏑木政彦『ヴィルヘルム・ディルタイ　精神科学の生成と歴史的啓蒙の政治学』（九州大学出版会、二〇〇二）二一頁以下参照。
　このような精神史の地殻変動の時代において、客観的観念論の法学におけるカウンターパートたるサヴィニー法学（Joachim Rückert, Juristische Metohde und zivilrecht beim Klassiker Savigny, in: ders. (Hrsg.) Fälle und Fallen in der neueren Methodik des Zivilrechts seit Savigny, Baden-Baden 1997, S. 41）の受容の条件は、右の全体状況の変化によって決定的な影響を被り、「概念法学の共通言語」を解体してゆくだろう。この基盤喪失が最も端的に現れているのは、「法規」「法制度」などの観念の系列である。とりわけ、イエーリングにおいて、客観法の観念系列が国家制定法規に解消されてしまったことについて、H. Pawlowski, Gedanken zur Methode der Gesetzesauslegung, in: Acp, 160 (1961), S. 209ff. (S.222).

(41) 後期イエーリングにおいて、法適用は、法生活のリア

リティーに方向付けられなければならず、とりわけすべての法律は、社会の幸福、畢竟、経済的な目的のための手段である、とされる。Der Zweck im Recht, Bd. I, Leipzig 1877, S. 531. このような「目的」は、カントーサヴィニーの目的論的判断力とは隔絶していることは言うまでもない。

(42) Rudolph von Jehling, Der Zweck im Recht, Bd. 2, Leipzig 1883, S. 206ff.

(43) このような立場を代表する論者が、巨人オットー・フォン・ギールケである。ギールケについては昨今の債務法改正の動向などをうけてにわかにそのアクチュアリティーが注目されている。村上淳一教授らによるわが国の研究動向の到達点を踏まえつつこうした最近の動向への応接を試みた論考としては川角由和「オットー・フォン・ギールケの法思想と『私法の社会化』」龍谷法学三四巻四号四九七頁以下参照（二〇〇二）。

(44) Larenz, a.a.O.(Anm.26), S. 44f.

(45) イエーリング以来の「契約締結上の過失」についての法理は、債務法改正によってＢＧＢに法典化された。この一連の動向と、歴史的な問題状況についての包括的概観は、川角由和「ドイツ債務法の現代化と『契約締結上の過失』」、川角由和・中田邦博・潮見佳男・松岡久和編『ヨーロッパ私法の動向と課題』（日本評論社、二〇〇三）二一一頁以下（イエーリングの所説とＢＧＢの関係については二六七頁以下）によって得られる。この動向は、制定法と裁判官による法定立の関係をめぐる法理学的論点を含んでいるにもかかわらず、管見の限り、このような問題についての法理学による研究はほとんどなされていない。

(46) なお、自由法運動のうち、これ以外のヴァージョン、すなわち、法律テクスト自体の射程を拡大する「法律意思説」については次節にて言及する。なお、自由法運動の動向とその日本の公法・私法学への影響を概観するには、石川健治「憲法学の過去・現在・未来」『ブリッジブック憲法』（信山社、二〇〇三）二七四頁以下のユニークな概説が便利である。

(47) Larenz, a.a.O.(Anm.26), S. 421ff.

(48) Wieacker, a.a.O.(Anm.19), S. 41ff.

(49) 基本法二〇条第三項は、「裁判官は憲法および法律に拘束される」という場合における法の射程をどの程度まで観念するのかによって、裁判官の解釈を通じて法の欠缺補充や反制定法解釈をおこなうことの正当性をめぐって現代法学方法論上の古典的難問を形作っている。とりわけ、基本法第一条および第二条を用いてＢＧＢの明文に存在しない「一般的人格権」を定立した「ソラヤ決定」(BverfGE 34, 269, Beschluß v. 14.2.1973) は、ＢＧＢ二五三条に対する「法律のプランを超えた法の継続形成」の典型事案ともいうべきものである (Larenz・Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Studien Aufl., S. 247ff. なおラーレンツ版 (a.a.O.) ではこの

事案を引用していない）。この事案と問題状況については、渡辺康行「裁判官による法形成とその限界」、ドイツ憲法判例研究会編『ドイツの憲法判例（第二版）』（信山社、二〇〇四）所収三八四頁以下に簡潔な整理を得ている。

(50) この時代の議論の概観として、来栖三郎「法の解釈における制定法の意義」、『法とフィクション』（東京大学出版会、一九九九）二三頁以下（法律意思説の各論者の所説については四二頁以下参照）。両者の説が、法と法源の区別をせず「制定法の物神崇拝」に陥落していることについては、三二頁以下参照。なお、シュミットの所説（本稿第二節二）はこの批判の観点に近い。

(51) ビューロウは、制定法の規定力よりも裁判官の判決における「既判力」を通じての法規定能力を重視し、裁判による法創造を説いた。Oskar Bülow, Gesetz und Richteramt, Leipzig 1885, S. 7f. この訴権論の基礎概念の変動の文脈についての詳細な概念史研究として、海老原明夫「公権としての権利保護請求権」国家学会雑誌一〇八巻第一号一頁以下（とりわけ六七頁）（一九九一）。

(52) 石田譲「スイス民法一条の法源イデオロギー（一）・（二）・（三）」、法学協会雑誌八九巻二・三・四号一四五頁、二八七頁以下（一九七二）。

(53) シュミットは自然法を実定法を補完するものとして是認しないので、その限りでは、法実証主義であるといってよい。しかしその性格規定に関してはいくつかの誤解がある。本稿第三節では、近年、スメント研究に関しての水準（Stefan Korioth, Integration und Bundesstaat; Ein Beitrag zur Staats - und Verfassungslehre Rudolf Smends, Berlin 1990）を打ち立てた、公法学者ステファン・コリオートの所説を批判しながらシュミットの法の概念についての一定の性格規定を試みる。

(54) この自由法運動の代表的旗手は、法発見を裁判官の個性に委ね、普遍的に妥当する判決＝判断（Urteile）を否認しつつも、合議裁判での多数決と多審制に、主観性の過剰に対する防壁を見出した（H. Kantorowitcz, Kampf um die Rechtwissenschaft, S. 41）。カントロヴィッツによれば、裁判官は、「権威的に、自己表現をする正義感情」に注意を払わねばならず、これに即して、法律の欠缺を補充しなければならない。このようにして発見された法Rechtは「裁判官によって固有の感情（Empfinden）を顧慮することなく適用することができる（ders., Zur Lehre vom Richtigenrecht, Berlin 1909,S. 25）。この見解が、いわゆる自由法運動の典型的パラディクマである。

(55) G・イエリネックの「事実的なものの規範力」理論の認識論的基礎に、規範の探求としての法源論に心理学的要因を導入したビアーリング所説の、「承認説」が影響を及していることについて、Peter Landau, Rechtsgeltung bei Georg Jellinek, in: S. Paulson und M. Schulte (Hrsg.), Georg Jellinek-Beiträge zu Leben und Werk, Tübingen 2000, S. 299ff. (S.301) 参照。なお、シュミットの事実的なものの規範力論に対する批判は『政治神学』

におけるそれが著名であるが、この説に対するシュミットの批判は初期から一貫している。教授資格請求論文では次のように述べている。「漸次的移行というものは全く想定不可能である。漸次的移行を、法的ないし倫理的な諸価値の根拠付けに際して主張することは、或る現実(Realität) の存立に関する問いと、そのために量の延長がしばしばそうみなされるような或る価値のシンプトンに関する問いを混同することを意味しているのだ。仮に、持続すなわち永続性 (diuturnitas, longm tempus) は、何かが価値として承認されたということの徴 (Zeichen) であり、かつ、かかる価値が根拠付けられていることに対しての事実の先取り (praseumtio facti) が、或るものが価値として承認されていることのなかに在るのだとしても、この価値の根拠付けは、事実の探求に還元されず、無限の時空おいて演じられ、そこにおいて個々の段階では全く概略的にしか証明されていない、事実上の出来事の漸次性という巧い逃げ口上が援用されるような事実の探求に還元されることはない。石筍が歴然たる形態 (Gestaslt) にまで精製されるには、何百年、何千年の時を要する。しかし、石筍の造形の素となっている鉱物は、事実上、つねにそこに現存していたに違いないのだ。つまり酸素と水素との純粋な結合からはたとえ百万年かかっても一つの石筍さえ作り出すことはできない」(C. Schmitt, Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen, Hellerau 1917(1914). S. 30f.)。〔以下、本書からの引用に際して、Wert.と略記する。なお行論では単に教授資格請求論文とよぶ。〕

かかる規範と存在の方法的混合をもつ「事実の規範力」論的思考を峻拒するシュミットのコンストラクションのなかに、産業ブルジョアの法秩序をプロレタリアートの革命的法措定的暴力に対して保護するイデオロギー利害のみを観取するインゲボルク・マウスの理解は、シュミットの法の概念規定への理論的分析をイデオロギーに還元する一面性を否めない〔マウス・前掲注（6）①六九頁以下〕。なぜなら、「事実的なものの規範力」理論に対する批判は、「社会学的な事実の表現はけっして法概念を説明するものではない」とするケルゼンの所説 (Hauptprobleme der Staatrechtslehre entwickelt aus der Lehre vom Rechtssatz, 1910, jezt in: 2. Neudruck der 2. vermehrten Aufl.〔Tübingen 1923〕, München 1984, S. 169) に見られるように、必ずしも「ブルジョアジーによる革命的な法制定に対する阻止」として働くべく意図されていたわけではない。ただし、こうした点から初期シュミットを直ちに新カント学派と同定することはミスリーディングである（本稿第四節参照）。

(56) Wert., S. 18、なおG.U., S. 18でシュミットは、靴の踵が磨り減っているという事実から地球の球形を〝証明〟したと信じる子供の例を用いて、経験的観察と規範的観察を混同する態度を揶揄している。

(57) G.U., S. 1, S. 3, S.41, S. 86, なおS. 79 Anm.1.

参照。

(58) G.U., S. 45, S. 60, S. 118.

(59) このような例としてシュミットは、民法のような形式的法律（formale Gesetz）においては解釈の余地が是認されるのに対して、土地登記法のような支援的な法制度の場合、解釈の余地はほとんど存在しなくなることをあげる（S. 104ff.）。

(60) ただし、シュミットは反制定法的判決に対しては、同様に慎重である。シュミットの理解は次のとおりである。反制定法解釈は、法律の「全体」または「法の全体」の「精神」なるものが参照されたとしても、これらは「議論内部における説明を欠落させるものであるがゆえに、学問的な存在であることを辞める」（S. 112）。シュミットによればこのような現実の現象を理論的に説明するには、プラクシスの総体において付与される「確定性」という観点を導入し（S. 114）、そこで法律に反する判決がそれにもかかわらず何ゆえに正しいものと表象されるのかを分析することが説得的であると考えている（S. 116）。本稿の主眼はこの機制を分析することにある。

(61) シュミットの法理論におけるエヴァンゲーリッシュの教会法学者・ローマ法学者ルドルフ・ゾームの理論の複雑な意義については、和仁前掲書、一一三頁以下、一一六頁以下の分析を参照。

(62) 「解釈の正しさと具体的な事案への判決が同一であると説明される限り、いかなる場合にも、抽象的に実際上の生活から無関係に妥当している法命題と個別事案への具体的な適用の結合は欠落することになる。立法インスタンツの意思に関する理論は、それゆえ、以下のような普遍的な与件のもとに吟味してみるべきである。すなわち、実際に、正しく解釈することと正しく判決とは同一のものなのかどうか、あるいはもしかすると、解釈の正しさは確かに判決の正しさの前提ではあるが、判決の正しさはそれに尽きるものではなく、判決が正しいと言える前になお別の契機を付加する必要があるのではないか、またそれによって、解釈の立場は大きく変容して、それ自身の独立の守備範囲を保持しており、総じて、判決の正しさにとっての一般的な前提とはもはや完全に考えることができないのではないか、と」（S. 29）。

(63) 本稿第二節一参照。

(64) A. Sturm, Die psychologisiche Grundlage des Rechts. Ein Beitrag zur allgemeinen Rechtslehre und zum heutigen Friedensrecht, Hanover 1910, S. 19f. 彼は、人間にとっての法認識のカテゴリーは、時間、空間、因果性のほかに感情を加える（S. 48）。

(65) 「常に重要なのは、判決理由の説明と、その分節化された意味の層（artikulierte Entwicklung）である。人々の感情に開かれた司法（volkstümliche Rechtspflege）への適合が重要なのではない。合議制原理の意味は、このことにではなく、むしろ次の事態の内にある。すなわち、判決理由を多数の裁判官によって論試された裁判＝

決定（Entscheidung）は、それが予見可能で可測的なものであるということ、すなわち、他の裁判官も同様に決定したであろうという事に関する、より多くの蓋然性を独立的に（für sich）保有している、ということである」（G.U., S.74）。

(66)　経験類型は単なる抽象概念や一般概念ではなく、事実のなかから一定の形象を造形してゆくような、反復と観察によって見出される概念である。この概念は具体的であることと矛盾しない。

(67)　M・E・マイヤーの「文化規範」の概念については、加藤新平『法哲学概論』（有斐閣、一九七六）三八二頁参照。

(68)　「この定式は、すべては制定法律への包摂しだいなのだという幻想を追いかけはしない。また、以下のような表象も回避する。すなわち、判断＝判決（Urteil）はおよそ本質的に、実定的規範ないし自由法規範（freirechtliche Normen）のもとへの包摂であり、そして、これに即して、正しさに関する評価基準が規定されることになるのだ、と。制定法律、文化規範、フォルクの道徳的世界観、それらはもはやわれわれにとって、確固として存立する思考枠組、すなわちそのもとに現象の複合性が整序され、判決が正しいということができる可能性に先立ってそのもとに包摂されなければならないような思考枠組みではない。それらの定式は、もはや、それに裁判官が要件事実（Tatbestand）を注ぎ込むことのできる器ではない。それらはその静謐と固定性を超え出るものであり、考量（Erwägungen）を根拠付けるための手段となり、そして、動的なものとなって、新しい機能（Funktion）をうけとるのだ。スタティックなもののかわりに動的なものが現れ出てくる」（S. 88）。

(69)　本稿第二節二参照。

(70)　和仁前掲書、一九六頁、注67。

(71)　「判決理由というものは、個々の判決の本質的な構成部分であり（刑事訴訟においては、特別の理由によって、判決の公表に際して判決理由の主要な内容も告知される）、それは既判力の範囲にとって重要であるだけではなく、判決を単に個別化（individualisieren）することを意欲するものではない。判決理由は、説得すること（überzeugen）を意欲する。このような事実だけでも方法論的な研究について注目することができる」（S. 82）。

(72)　シュミットの一九一二年のテクストにはいくつかの書評がある。ひとつは、シュミットが一九一一年に出版されたばかりのファイフィンガーの Philosophe des Als-Ob の擬制論を法理論に導入したことの的確さを絶賛する哲学サイドからの反応であり（Felix Holldack, in: Kantstuden Bd. 17, 1913, S. 464ff.）、他方は、シュミットの理論／実践の観念系列、および、解釈と決定の区別を批判する行政法学者ヴァルター・イエリネックによる書評である（AöR 32(1914), S. 296ff.）。なお、法律意思説などをフィクションとして把握するシュミットの視座

（シュミットの一九一二年テクストに対する自己解題DJZ., 1913）への言及として、現代における法的擬制論の古典でもあるJosef Esser, Wert und Bedeutung des Rechtsfiktion, Frankfurt am M. 1969, S. 90f.

第二節　客観法あるいは目的論的秩序の自明性喪失と「法的確定性の要請」

本節では、いよいよ、シュミットが前提にしていた知的伝統とコンテクストのなかでの『法律と判決』の意味分析に取りかかる。同著における鍵概念は以下に叙述する「法的確定性」である。本稿は、このシュミットの主張内容を分析するために、法システムの機能変動によって二〇世紀の法学が失ったものと、その喪失に対するシュミットの対応、という観点から検討を行う。

一　「法的確定性の要請」という契機

(1)二〇世紀の法システムの機能変動における客観法のゆくえ

サヴィニーにおいては、客観的イデアリズム・有機体論の理論的前提[73]のゆえに法秩序の完全性を想定しえた。すなわち客観的・対象的側面そのもののなかに統一的で完全な秩序としての実定法（positives Recht）が前提されている。この全体的秩序は、単に国家制定法律だけではなく法関係・法制度（Institute）・法規律（Regel）の重層構造をもち[74]、そのような経験的世界に存在する法的構築物に現実に対する規律能力を期待できない場合（法欠缺）でも、全体秩序としての実定法にはらまれる有機的形成力（organisch bildende Kraft）によって、類推解釈の手法を用いて、法が発見される[75]。それゆえ、リュッケルトの評言を用いて言えば、「規律が与えられていないことは、全体から個別へ、思想から表現（Ausdruck）へ、法から個別の法律への移行を保障し、それ故、否定的なものと評定すべきものではない」[76]。構成によって法の展開を担う解釈（Auslegung）は単なる機械的三段論法に尽きるものではなく、「学問的技芸（wissenschaftlich Kunst）」[77]であり、KunstとWissenschaftをカテゴリカルに区別する近代の学知的概念には汲みつくせない深みを帯びていた[78]。つまり、この立場は、解釈者の主観サイドと、解釈者の前に投げ出された客観的な法制度の世界との間には、全体的・有機的連関が想定され、法制度・法関係として客観的・対象的世界のうちに客観的秩序の連関が分節化されて現前し

ていると想定していた。

このような想定は、特殊な「実証主義」[79]の構想を可能にする。すなわち客観法は、事案が生起している生活世界における法的事実関係のセットである法関係と生活関係を支配する法制度の系列をもつ。「生活関係として現れた事案を法制度を媒介にして法関係へと分節する作業」[80]である法適用の作業を行う際、法制度は内的連関を通じて「生き生きとした統一体」としての完結的体系を形成しているので、この体系（法源）を参照することによって、ある時点における国家制定法規のテクストに規律されていない現実の事案に対しても、客観法・法制度の全体と部分の関係を操作して必要な法規を調達することができる。この意味における実証主義は、帝政期以降支配的見解となった法律実証主義よりも広範な法規範の射程を確保するものであり、成文法典のなかに完結的にすべての事案に対するすべての解答が顕在的ないし潜在的に含まれている、という発想に立つものではなく、法発見の際に客観的所与としての「現行の全法秩序全体」への賢慮ある拘束にとどまり、自然法的な意味での「哲学的」方法を用いない、ということである。[81]

(2)法的確定性の要請（Postulat der Rechtsbestimmtheit）

しかし、BGB制定後の自由法運動の同時代におけるプラクシスに投げだされているシュミットにおいて、このような豊穣な世界像を構想することは、現実的にもまた哲学的にもすでに不可能であった。法学の革新運動の結果、二〇世紀初頭の法学の問いの地平は、法の完結性、客観的法法則を定立する理性的立法者という歴史法学派の観念を現実的に喪失してしまっている。このような土壌喪失は、客観法を解釈することだけでは、ここ・いま（hic et nunc）における法的意味の同定は不可能である、という問題意識に現れている。「本書では、さまざまな解釈規則が探求されるのではなく、また、法律の要請と目的の下に拘束される裁判官を指導的に規定する最上位の目的が問題なのでもない」（S. 56）とするシュミットの問題構成において重要なのは、「法的確定性の原則の実践的な意義」を条件付け、「プラクシスに土着的原理（auctochthone Prinzip）への探求」（S. 60）をおこなうこと、要するに、有権的解釈機関による法的意味の同定の機制を学問的に分析することである。この課題は、解釈カノンの探求という歴史法学派以来の法律学方法論の問題構成の典型からの離脱を意味する。このような確定性の強調は、客

観法から主観的権利の確定までの完結的な全体が想定可能であったサヴィニー以来の法学の体系の喪失の裏の面である。なぜなら、自由法運動の時代の法システムおよび法学の機能変動によって、客観法だけから主観的権利が析出される経路は閉ざされつつあったからである。

以下本稿は、正しい解釈の基準ではなく正しい決定の基準をプラクシスに求めるシュミットの方向を逐一概観することになる。このことを確認するために、ある法欠缺の場合に、類推解釈を行うのか、それとも反対解釈を行うのか、ということについて解釈手法の選択をめぐって決定不能性が生じることが知られている例を参照してみよう。たとえば反対推論の場合、解釈される規範に投入される「ならば」を「ならばかつその時に限り」という前提了解のいかんによって反対推論が成り立つ場合とそうでない場合とが分かれる。[82] つまり、解釈方法が論理的な意味での一義的確定を導くというよりもむしろ解釈にいかなる解釈の前提了解を投入するかという問題が、実務における法的意味の一義的確定に重要な影響を及ぼしている、ということである。シュミットは、論理的解釈カノンが帰結する結果における多義性ゆえに方法論のUnlogikを批判する（S. 14）とき、ここ・いまにおける解釈の正しさを確定する作用を要請している。シュミットはこれに解決を付与するものは、メタ次元における規範命題を析出することよりも、事案の解決のために決定を下すという関心の元に事案に向かいつつ、判決規範を確定する作用である、と考える。こうしたことから、シュミットは、解釈と実務はまったく次元の異なる作業を行っており事案に対する法的意味の確定作業を行うのは実務のみである、という思考にたつ。

① 法の解釈における法的確定性の契機

右の区別の観点は具体的にはどういうことなのか。より日常的な局面を念頭においてみても、法解釈と実務における決定作用との相違を自覚化することは可能である。たとえば、売主の瑕疵担保責任について規定する民法第五七〇条は、「売買ノ目的物ニ隠レタル瑕疵アリタルトキハ」とのみ規定するばかりで、その目的物の性質について規定しない。だから、特定物についてこの規定が適用され不特定物については適用されないという命題は、条文から直接導出されるのではなく、理論的操作による法命題の定式化をもってはじめて確定される。そこで、特定物／不特定物の区別自体に疑問の余地のある場合、当該条文に関する他のありうべき法命題を提示するのが学説の機能といえる。たとえば、学説はこの規定

を、特定物・不特定物の区別なく、すべての有償契約における「隠レタル瑕疵」についての特則であると了解したり、あるいは、個々の契約において問題となった当該性質が契約内容となっているということを個別具体的に探求し確定すべきであると了解[83]することによって、法命題を確定する。ここで直ちに注意を払わなければならないことは、右の法命題の確定作業は、個別事案を目の前にして事案の解決のために裁判官によってなされる法実務の事案解決の作業とは異なるということである。つまり、法解釈学による規範内容の意味確定作業は、ここ・いまで生起した個別事案の解決のための法的意味の確定を行う作業よりもむしろ、立法者が法規範を定立する際に個別事案と向かい合う関係に近い。シュミットは、このような立場から、実務（プラクシス）と理論の相違を看取し、法解釈学の営為は法適用を行っていないと考え、法適用は法プラクシスにおいてこそなされると理解する。「法プラクシスは、その概念からしてすでに、法学とは、プレグナントな意味で異なっている。法学は、完結的な、自らの内部に矛盾をはらむことのない諸規範のシステムから産出される。これに対して、法適用においては、そのために正しい決定が発見されるべき具体的な個別事例にすべての関心が集中されるのである。さまざまな法素材の学問的な加工（Verarbeitung）の所産は、法適用にとっては、たんなる手段であるに過ぎない」（S. 58）。

それゆえ、実践的な次元での法を把握するためには、解釈の正しさという観点に即してではなく事案への適用すなわち決定の正しさという観点に即して、問題を組織する必要があるとシュミットは考える。しかも、永久不変の正しさではなく、ここ・いま、という時間的被規定性を帯びた共時において妥当している正しさの基準、すなわち「今日の法実務とそれに特殊的な正しさについての評価基準」（S. 63）を探求することを課題とする。この場合、単に一般的な正しさではなく、単独的な事案と対応する個別の法的判断においてはじめて分節されてくる正しさの評価基準を発見することが問題になるのである。何故、解釈の正しさではなく決定の正しさが、法確定をもたらすのだろうか。それは、先の事例のような場合、学説のそれぞれの立場は決して論理的・数学的な意味での誤謬・偽ではなく、それぞれに存立可能であるのであってみれば、ちょうど高次方程式における解が複数存在する場合にどの解が選択されるべきなのかが確定できなくなってしまう「重層的決定（overdetermination）」に類似した、決定

不能性がもたらされることになるからである。シュミットはこのような場合に意味の最終審級を現前させる装置を求めた。

シュミットは、このような場合を想定して、いかなる制定法律のもとにも「アレアトリー（偶然性）の契機」が含まれている、という。[84] そのような個別的状況における法的意味の分節を付与するのが法秩序の機能なのである。この場合こそ、誰が最終的な意味確定を付与するのか、つまり、当該事案において誰が確定するのか、というすぐれて実践的な問題が現れてくるからである。そして、この平面においては、一般的な規範とその包摂による個別化というスタティックな二元的対立ではなく、現実的な法生活において生起する一回限りの単独的な事件にはらまれる「現在の法の状勢[85]（gegenwärtige Rechtssituation）」（S. 69）における法発見が問題になる。

② 法の欠缺補充・反制定法判決における法的確定性の契機

法的確定性の問題がもっとも先鋭に表れるのは、事案を解決する上で必要な法規範や法概念が存在しない制定法の欠缺の場合である。自由法運動においてもっとも盛んに論じられたのもこの問題である。[86] シュミットは「他の裁判官」の定式が、法的確定性の要請と緊密に連関することを次のように強調する。「第一に、この定式によって、現代法実務の一連の現象は、このような諸現象がこの定式に対する論証を含んでいる、という解明を得る。というのも、それによって特に現代の法実務における合議制原理（Kollegialprinzip）と『判決理由』という現象が特に記述されることになるからである。第二に、この定式は、以下のような困難な事案に関する整合的な解決を含んでいる。すなわち、それは、一方で、法律はその権威性が保持され続けねばならぬものの、同時に、判決は、法律ヲ越エテ（praeter legem）、場合によっては法律ニ反シテ（contra legem）もなされなければならないが、これらの判決は『法源適合的』でないにもかかわらず、また最高裁判所の先例とその継続的プラクシスによって発見可能なものであるか否かとは無関係に、正しいと看做される、ということである。決定の『法律適合性』が決定の正しさと同視されないという事は、客観的な基準を廃棄し全てを裁判官の主観性次第に帰せしめることではないのだ。この定式が先例の意義に対して説明をなしかつ先例に対する他の諸説明と完全に一致をもたらすことを知るならば、この定式は、今日の法実務における基準的決定性をもった原理として、その正当性を証示したことになる」（S. 71）。

③　法的安定性と法的確定性の相違

このような考えは、法秩序の本質的機能を法的安定性にみる思想と類似している。しかしそれは単なる表見的類似に過ぎない、とシュミットは考える。[87] シュミットはベンサムの立法者の拘束によって法的安定性を保つ思想を、「法政策や社会科学であって法学ではない」（S. 66）と評定する。これに対して「本書で、抽象的に確定されているというモメントが際立たされた場合、ベンサムが理解したような意味での法的安定性（Rechtssicherheit）とは、単に表面的に関係を有するに過ぎない。なぜならば、本書で問題にしているのは、国民経済的問題や社会心理学的問題ではなく、すべての法規（Rechtssatz）の中に含まれている、内容的無差別性のモメントなのである。そして、そのモメントは、正義などの内容に関係する評価基準を一般的に基準となるようなものとして定立することを不可能にする性格をもつ。法の確定性に関する経験的な意義に注意喚起がなされた場合、それによって、しかし、評価基準の正しさが証明されたわけではないし、また同様に、解釈の規則（Interpretationsregel）が確立されたわけではない。むしろ、以下のことが提示されたにすぎない。すなわち、この方法論的な原理は、現代の実務に対して疎遠なものでもなく、また、外側から賦課されたものではない、ということである。というのも実際、実務は、予測可能な決定（berechenbare Entscheidung）を行うという思想に支配されているのである」（Ebenda, ff.）。

これに対して、法的確定性の要請は、一般的次元での正しさ、ではなく、ここ・いまという単独的な関係においてその都度成立している状勢における法的意味を同定することである。この次元の正しさが機能して初めて、法的安定性が作動する。それ故、法確定の要請は、法的安定性よりも一層根源的・基底的な次元に存する。そのために、「形式的な決断権・裁定権」[88] を終局的に確定・作出する理論造形を、シュミットは「法的確定性の要請」という法秩序の機能に着目することによって確保してゆく。「至る所で、この法的確定性の要請は実効的な力として姿を現し、議論を完全なものにするためには、次のような試みに対する説明が必要である。すなわち、解答権あるいはこれに似た権限を持つ裁判所を蘇生するやりかたによって、法学的な論争が権威によって決されるようにしようとする試みである。ところで、出発点として受け取られたこの要請の実効性について暗示的に叙述することも、この要請の事実的妥当性がその正当性の証明であるなどという

ことを意味していない。この要請は、ただ次のことを示すべきものであるだけである。法生活の多くの現象がこの要請から解明可能であること、そして、その限りで、現代のプラクシスの評価基準を発見するための方法論的な出発点としてこの要請が適切であることを証明することである」(S. 94)。

以上のように、シュミットは、法規から具体的紛争における法的意味が析出されるために、有権的解釈機関による確定というモメントを前面化せざるを得ず、学問的・理論的な次元での解釈の正しさには、そのような意味確定を定着させることはできないと考えた。[89] 次にわれわれは、法律の意味を、法テクストの中に実在的に存在する「意思」の内容の確定を通じて同定する試みに対するシュミットの批判を確認しつつ、シュミットによる、古典的「立法者意思説」ならびに自由法運動の「法律意思説」双方への批判を検討する。

二 「意思」教説[90]の不可能性

(1)立法者意思説（主観説）の問題点

立法者意思説は、法律起草者や経験的具体的な立法者の実在の意思・心理過程において前決定された内容に個別的事案の裁定に必要な法規が書き込まれていると想定する。法律の文言から事案の解決を導けない場合、「疑いのない法律起草者のいくつかの発言が発見できないものかどうか」と、立法資料（Materialien des Gesetzes）、法律草案の「理由書（Motive）」、議会の立法委員会（Gesetzeskommissionen）における発言などが探求されることになる。このように、経験的な立法者の実在的意思との対応を試みる見解にとって、「法律は、立法者がなお生存しているときは、彼は単純に問いただすことができ、なんとか『確定』されなければならないものである。ところが、彼が死んでしまっている場合に困難になるのだが、現代の歴史研究の発展によって、何か新しい内容を発見できると考える」(S. 24) ような素朴さをもつ、とシュミットは論難を加える。

シュミットは、立法者意思説の問題点を、擬制を取り扱うことについての自覚の欠落に求める。たとえば、歴史的に見ればこのような対応説的意思教説は君主のような絶対的な立法者の想定を前提にする。しかしこの前提は、実在としての君主から法制定権能を簒奪してゆく歴史的展開のなかで、法制定者の意思ではなく法律自体に含まれるラチオが援用される思考が支配的になってゆくことによって、[91] 喪われて久しい。歴史的に、このような実在の立法者意思の衰弱過程を不可逆

的な出発点として受け入れる、ゲルバーの理論的盟友イエーリングは、法規と事案の関係の規定に際してサヴィニー以来の操作概念を離脱させ、客観法を国家制定法規へと縮約することによって、法概念の定義と法源を国家における強制秩序・法規にもとめるという理論構成を選択するに至る。[92] このような問題状況を与件とするシュミットは、立法者意思説の歴史的意義を、歴史的事実に対抗的な知を獲得するための認識の補助手段として「立法者意思」なる「超実定的」契機や内実を、「あたかもそれが立法者の意思であるかのように」自覚的に操作し解釈理論を組み立てたことに認めた。しかし問題はそこからである。シュミットは所謂「かのやうに哲学」で著名なファイフィンガー[93]を援用しつつ、「擬制がドグマに変形され、あたかも立法者の意思であるかのように処理したものを、その実在の意思なりとして証明しようと、そしてそれに対応する立法者なるものを見つけだしてやろうと苦心惨澹されてゆく」とき、認識における転倒が生じる、と指摘する（S. 26f.）。シュミットの理解では、認識の補助として擬制に過ぎないものを実在であるかのごとく錯視する遠近法の倒錯[94]は、意思ドグマという地平を共有する問題構成において、立法者意思説だけにではなく法律意思説の中にも含まれるものである。

(2)法律意思説（客観的解釈理論）

制定法規範の内容を拡張するために、自由法運動の諸説は「法律意思説」という見解を提起した。[95] いわゆる規範的テクストの著者の原意に対してテクストの自律を認める「客観的解釈理論」である。[96][97] 法律意思説は、法律の「目的」、目的の客観化、を手段として、法律の文言の射程拡大を試みる。かかる法規範概念の射程拡大傾向は、立法者意思説、とりわけ、立法資料の基準性を否認することによって法律の「客観的な思惟内容」を基準的なものと説明し「立法者意思」という言葉を回避するにいたる（S. 30）。シュミットのこれらの諸説に対する評価はやはり否定的である。シュミットは、この説も右の意思ドグマの問題構成に属し、[98] 解釈と決定についての問いの地平の相違を了解せぬまま、裁判官の法発見に対して「真の意思」を参照することで一義的な指図が可能であると想定している、と指摘する。「〔法律意思説によれば〕判決は、かかる意思に対する一個別事例であり、正しい判決は『真の意思』なのだ、と考えられた。かかる意思は命令し裁判官が従う。かく、法律と裁判官は対置される。この場合、裁判官アムトの国法上の地位とその活動とがこのような関係の下に

理解されるということは妥当であるといえよう。しかしながら、法適用の評価基準、すなわち、裁判官の判決の評価基準への問いが立てられるや否や、事態は少なくとも、こうした見解とは概念的に区別されねばならない、まったく別のカテゴリーに即して考察されることになるのだ」(S. 31)。

シュミットがこれらの説に対して批判を行う理由は、裁判官の法創造の範囲を広範に規定するために提示された「法律意思」説も立法者意思説と同様、「意思」という「亡霊(Gespenst)」(S. 30) に決定基準を固定する結果、無制限の解釈をもたらし[99]、法的確定性を欠落させるからである。「法律意思はその文言より、あるときは広くあるときは狭く、時折、(裁判官の常識に細目がゆだねられる) 法律の沈黙から結論が正反対の意思への推論が導かれたり、またあるときは、(解釈者は法律を完結したようにみなすことができる) 法律の沈黙に際して、法律上の諸規則が発見された類似の事案を探知することが可能であり、かつ、この事案に対して妥当する諸規則は『類推的解釈』が用いられる。極端な場合には、全法秩序の精神 (Geist der ganzen Rechtsordnung) は特に、ほとんど何百年近くも前に誰かが『解釈のたがはずし (Ausschweifung der Interpretation)』と名づけたような類の無規定性が導かれる類推に、である。このような技法によって、当然のごとく、法律のうちに見出したいと考えられたものが余すところなく法律から『読み取られる』のだ。しかし、まさに、以下のような事態に対する回答が欠如している。いかなる場合に、何がしかの解釈手続きを適用するべきか、また、時間の経過の中で、多様な方法によって付与された論拠の適用の中で、一定の Regelmäßigkeit が生じてくる、という事態である」(S. 27.f.)。類推解釈の論理性に関しては現在でもなお論争が継続されているように[100]、一義的に明確な解答を現在においてさえ入手できていない。シュミットはこの永遠の課題を回避する。これに対してシュミットが重視するのは法律と裁判官の関係である。

以上の意思教説批判を小活すれば、シュミットの「意思」擬制に対する批判は、結果であるものを原因であると信じてしまう〈遠近法的倒錯〉に向けられている。しかしシュミットは擬制を忌避するわけではない。単に、認識のための擬制にすぎないものが実在であるかのごとく遠近法的倒錯が生じると告発するだけである。「『法律適合』的なる語のもとには、証明不可能な諸前提、諸仮説、諸擬制などの、不透明な混乱

が潜んでいる。これらは確かに、取引の必要に適合的な司法を可能にする、という実務上の価値を有している。はたせるかな、法プラクシスは『いくらかの迷妄なくしては成功もしない（nie ohn'ein'gen Wahn gelingen）』[101]ようなものなのである。しかし学問の方法論は、さまざまな擬制について自覚的になり、それらの実用可能性をテストしなければならないのである。もし法適用と法律との本当の関係が隠蔽され、（法律への拘束など）誤謬に満ちた公準を誤って関連付けてしまうようなことしか行わないのだとすると、擬制は非難すべきものとなる。法律を適用すべき者が法律の内に彼（あるいは他のすべて）にとって都合のよい判決を発見できず、法律から自分にとって都合のよい判決を発見するに至るまで構成を行う。そのようにして法律を適用した人が、当の構成物を、法律の『真の意思』である、と称しているのだ。いまや、『真の意思』なるものは擬制の内容を超えるものではない、ということを明らかにしておく必要がある。すなわち、われわれは自らの構成（Konstruktion）とその結果を、それがあたかも法律の意志であるかのように、観察するのである。しかし今日では人はそのように考えることはせず、『真の意思』であると称しており、それは、神経過敏に法律の文字から読み取られたことよりもいっそう、最高度の意味において正しい〔とされる〕。〔中略〕――最近よく、以下のようなことが公に言われている。すなわち、裁判官は、立法者が判決したであろうごとくに、判決を下すべし、と。これはプラクティッシュに価値のある発見的擬制（heuristische Fiktion）である。しかし、次のことは見落としてはならない。この擬制は、人は『法律適合性』を判決の正しさの評価基準として放棄してしまったという事実を隠蔽する、ということである。なぜなら、立法者が決定を下していたようには、裁判官は決定していないからである」（S. 43f.）。このようなシュミットの擬制に関する見解は、同時代の新カント学派の議論と境を接しつつも、決定的に相違していることを、われわれは本稿第三節において確認するだろう。

第二節補論　シュミットの擬制論について

シュミットにおけるかかる擬制論の意義について、和仁陽助教授は単に新カント学派に回収することなく、鋭利な分析を加えている。圧倒的な密度からシュミットにおける法学と精神史の複雑な交錯を分析したこの「巧緻なイコノロジー」（石川健治）に、本稿の段階で関りうる範囲は限られたもの

たらざるをえない。本稿は、決定の基礎となる規範と具体的決定との間を媒介する擬制の観点[102]に注目することから、シュミットが想定した、存在と当為との媒介と法の具体化の契機を解明するための分析視角を獲得しうると考える。

和仁助教授は、シュミットにおけるニーチェの擬制論[103]に親和的な擬制論の重要性について以下のごとく示唆している。「ファイヒンガーにおいて擬制が認識の補助手段であったのに対し、シュミットのファイヒンガー受容においては、擬制そのものに手段性にとどまらぬ本質的な意義が認められている。これは、シュミットがファイヒンガーを、上述したニーチェの、遥かにラディカルな認識論に引きつけて読んだからであろう。ファイヒンガーにあって、擬制が依然として実体的真偽にリファーし得たのに対して、ニーチェにおいては、命題の真偽の対置そのものが解体されている」[104]。

ここにいたって、擬制は実在との実体的連関を持たない関連を認識に提供することになる。このような擬制論は、たとえばシュミットの有機体論に対する見解において重要な意義を有することになる。シュミットの同時代の有機体論、たとえば、ギールケの法人実在説を規定している有機体論は、観察者の視点から構成された目的論的概念としての有機体というカントの所説とも異なって、まさに経験的現実と法的世界を駆動させている「歴史的現実の本質的実在（wesenhafte Existenzen der geschichtlichen Wirklichkeit）」そのものであった[105]。然るに、シュミットは、擬制としての目的論にも[106]、また、有機体論に依拠することも拒絶している。われわれは前節で立法者意思説と法律意思説に対するシュミットの熾烈な批判を確認したが、シュミットはプフタやイエーリングの所説を紹介した上で[107]、有機体としての意思を構成することによって法的確定性を獲得することができないとして次のように批判する。「時間の経過を、すなわち『意思』はちょうどまさに生き生きとした有機体（lebendige Organismus）であるところのRechtのように、成長し自生的に発展するということを、適切に把握することが我々の理論の長所であるとそれらの議論は主張する。まことに結構なことである。ただ問題なのは、『生き生きとした有機体』なるものの元には何ものをも包摂することができないということ、多様な意思の形態（Gestalt）が法律の明文の内容に対して持つ関係（Verhältnis）ないし連関（Beziehung）についてのいかなる指示（Angabe）も欠落していること、法適用が責務を充足すると称するところの意思は、それ固有の秘儀であるとい

う矛盾は解決されないままであること、である。結局、究極的には『有機体』の語によっては、なにも明らかにされていないのである」(S. 35f.)。

それではシュミットはどのような概念構築を行うのか。教授資格請求論文において、シュミットは、カトリック教会の制度体を引証しつつ、法人を例に、次のように述べている。「法における反自然主義（Antinaturalismus im Recht）に関する事例は、多く確認することができる。たとえば次のように。法律の『意思』が何らかのほかの事実上存在する意思から独立していることは、すでに別の文脈で触れたことであるが、このことは次のような、民法の法律行為における両当事者の『契約意思』事柄との比較によって、一層証明力を強化することになる。つまり、その場合、『信義誠実』に即して承諾された意思が、契約当事者の心裡において生じているような、コントロール不可能な個々のさまざまな諸現象に対して、効果をおよぼし、そして、要件事実の契機が、偶然的な事実に対して勝利をかちとるのである。しかし、もっともはっきりとした事例は、不死の様式である。すなわち、法は、法制度（Rechtsinstitut）を通じて相続を創出し、そして、法生活におけるもっとも基本的なこの現象において、自然史的ないし生物学的なカテゴリーに対する優位性を、ほとんど証明的なしかたで、白日のもとに提示することができるのである。養子縁組に由来し、そして、その意味を遺言者の法的人格が無際限に継続することに見出すような遺言は、生身の身体性からのはなははだしい抽象を含んでいる。この遺言は、遺言者と相続人の双方を、法的構成のなかに整序し、そして法的構成から、ひとつの『法的』な人格を作り上げるのである。このような『法人』へと、財産の全体やあるいは組合的な団体さえもが、なってゆくのである」(Wert., S. 103)。

擬制の位置は、「『本物の法学者だけが偉大な哲学者たりうる』という、法学的思考の異様に膨張した全体性要求」[108]を掲げるシュミットの法理論にとって中核的な機能を帯びる。和仁助教授の分析では、シュミットにおけるカトリック教会の意義は、このような擬制としての含意を帯びるものである。すなわちシュミットが教会法などのカトリシズムの観念世界を理論構築のための引証点として設定した理由は、世俗化・価値喪失というニヒリズムに対する批判的距離の獲得のためであると同時に[109]、カトリック教会の公法上の制度体として形式が提供する擬制的な構成作用であった[110]。すなわち「顕職の秩序を核とするフォルムとしての国家を法学的に構成するこ

とにより、近代特有の『書割』の構造を克服する思考を提示し、『書割』の背後の実在を〔中略〕公的な存在として舞台に引き出すこと」[111]である。ここでシュミットは、カトリックの形式性を批判するプロテスタント法学者ルドルフ・ゾームの議論[112]を逆手にとって、形式性こそそのような構成に耐えうるものとして動員する。すなわち、「シュミットにおいて、概念への関心の集中がさらに極端化すると、世界像・国家像・社会像を、あるいはまた制度論・法律論を支えるところの、窮極的な審級への関心の集中としてあらわれる。概念的構築物の頂点に、窮極的な明証性をもつ最終的な一点が存在することが想定され、これが、論証全体のフォルムと構造とを規定するものとされる。シュミットが決定的な意義をみとめるのは、論証の内容ではなく（少なくともそれ以上に）、そのフォルムなのである」[113]。

このフォルムは、その自明性を「神」「自然法」あるいは「歴史」などによって磐石に保障された実体的形相、ではすでにない。つまり端的な外部に立つ超越の視座がすでに不可能になってしまっていることへの自覚が、シュミットの出発点である[114]。換言すれば、現実的な世界における法的な意味の最終審級を提供するための究極的根拠の直接的現前を期待することはもはや不可能である以上、「反事実的＝規範的知」[115]たる法学の持つ、理念と現実に対する以下のような媒介関係が、右の意味を帯びた「構成」による再現前化を担うことになる。「法は現実（Wirklichkeit）に対して、すなわち『世界』に対して、特別な関係を有しているのだ。そして先取りして言えば、そのことを通じて、法は倫理に対する導出不可能な自立性（unableitbare Selbständigkeit）を有しているのだ。してみれば、この関係の特殊性が何処に在るのかという事に関して、特殊な解明が要請される。法は様々な事実から導出されることもなく、また、諸事実に影響を及ぼしはしない、抽象的な思惟（abstrakter Gedanke）なのであり、法の『現実化』に向けられた意思の主体が、唯一のリアリティーたることができるのである。問題は以下の点に存する。すなわち、この二つの領域を、互いに統合する（verbinden）ことであり、そして、次のような地点を探査することである。畢竟、そこから出発して、――実力に対する法の優位性（Primate）を保持しつつ――存在物に対して、法的諸規範という意味における影響が齎されるような地点を探査することである」（Wert, S. 37f.）。

シュミットが援用するイデアルな概念形象は、法学的概念・

法制度として、現実に対する不可避的な規定力を有している以上、このようなシュミットの擬制論は単に現実／理念の二元論に立つものでないことは明らかである。そこで問題は、経験的事実の世界に対するイデアルな次元に存する「法」が現実化・具体化するための機制を分析することである。シュミットのプラクシス概念は、法実務ばかりでなく、右のように、抽象的思惟、すなわちイデアルな次元と経験的現実を媒介するための、実践知という意味内容も含意する。「決断主義」の基礎をなすこのプラクシス概念については、本稿第四節において検討を加える。われわれは、その前に次節で、右の媒介関係について、若干の検討を行う。

注

(73)　サヴィニーにおいて想定された、法に内在する統一性の観念の背景については様々な分析が試みられている。客観的イデアリズに規定されているとする見解として、Joachim Rückert, a.a.O.(Anm.40), S. 40ff.あるいは、自然の植物の有機的秩序に相応する秩序が想定されていたと解する見解として、児玉・前傾注（14）「古典的私的自治論の法源論的基礎」一九一頁。原島・前掲注（28）『法的判断とは何か』一四四頁以下に、この問題をめぐるドイツでの議論動向が簡潔に要約されている。なお、原島博士は、サヴィニーの法的判断論の基礎には、明示的引用こそ認められないにせよ、カントの「反省的判断力」が影響を及ぼしているという観点から議論を展開している（同書一五七頁以下）。なお児玉寛「サヴィニーの《法制度論》」、村上淳一編『法律家の歴史的素養』（東京大学出版会、二〇〇三）五四頁も参照。

(74)　サヴィニーは『現代ローマ法の体系第一巻』において次のように言っている。「個々の法的紛争に関する判決は、限られた従属的な性格しか有せず、法律関係の直観(Anschauung)のなかではじめて生き生きとした根源と説得力を見出すのであるが、法規則(Rechtslegel)についても事情は同じである。というのは、法規則ならびに、法律のなかに刻印された法規則も、深奥の基礎(Grundlage)を法制度(Rechtsinstitut)のなかに保持しており、また法制度の有機的性質(organische Natur)が、構成部分の生きた連関(lebendige Zusamennhang)にも、法制度の発展的展開(fortschereitende Entwicklung)にも現れるからである。したがって、直接の現象に立ち止まっていないで、事柄の本質に立ち入ると、実際にはどの法関係も、それの類型(Typus)としての対応する法制度の下にあって、これの支配を受けるのであって、それは個々の判決(Rechtsurteil)が法規則の支配をうけるのと同様であることが、よくわかる」Savigny, a.a.O., S. 9f.(前掲訳書三八頁――なお引用に際して一部訳を変更した――)。

(75) サヴィニーは法欠缺の場合への対応のための類推解釈について次のように言っている。「われわれは、ある法律問題を決定するのにわが法源が十分でないと認められるとき、この欠缺（Lücke）を補充しなければならない。なぜならば、完全性（Vollständigkeit）の要求は、統一性の要求と同様、それ自体で絶対的な正当性を有するからである。この補充をどこに求めなければならないかだけが問題である。〔中略〕わが実定法は、われわれがそのなかに有機的形成力（organisch bildende Kraft）を認めることによって、それ自体から補充される。〔中略〕このやり方によってみいだされる法規の、所与の実定法に対する関係を、類推と呼ぶのであり、したがって、知覚されたどの不備を補充するにも類推を用いなければならないのである。」Ebenda,S. 290（前掲訳書二六三頁）。

(76) Joachim Rückert, Idealismus, Jurisprudenz und Politik bei Friedrich Carl von Savigny, Ebelsbach 1984, S. 352.

(77) Ebenda.

(78) ヘルダーリンにおけるDichtungと近接さえするサヴィニーにおける学知の概念の特異性については、Rückert, a.a.O.（Anm.76), S. 255ff.（S. 257).

(79) 法学における「実証主義」の通常の意味については、加藤新平・前掲注（67)、二四八頁以下（法実証主義)、二五四頁以下（法学的実証主義)、二五六頁以下（制定法実証主義）参照。これらの概念系列の成立は、一九世紀末から二〇世紀前半にかけての法学史の枠組みに負っている。リュッケルトの分析は、このような表象の成立以前の概念系列を再構成する試みである。

(80) 児玉・前掲注（73）四三頁。

(81) Flume, a.a.O.（Anm.21), S. 297. それゆえ、「今日に至るまで、法秩序の完全性は、あたかも現存する法規（Rechtssätze）の完全性を意味するかのように理解されつづけている」（S. 295）のであってみれば、「法秩序の完全性」の観念を喪失する以上、一方でのフォルストホフと他方でのエッサーの立場、あるいはリュッタースの「無制限の解釈」の批判が生じてくる。フォルストホフの師シュミットも、この観念の喪失の地平に拘束されている。フルーメや児玉教授の議論が晦渋なのは、このような言語喪失の中で、しかもかつての言語が有していたコンテクストが喪失されつくしている現状において、そのような完結的秩序に基づく客観法の世界を再構築することにある。もとより本稿で、このような法学の構想について評価を行うことはできなかった。

(82) 森田寛二「反対解釈の力学」自治研究六一巻八号一九頁以下（二二頁以下）（一九八五）を参照。反対解釈ないし反対推論argument e contrarioという法解釈の作用は、ごく形式的に言うと、「pならばq」という命題の対偶を推論する作用に近いようにみえる。しかし「pでないならばqでない」という命題が直ちに真といえるかどうかに関して、直ちに真であるとはいえないという点に

おいて、反対推論は形式論理における単純な対偶命題の推論と異なっている。というのも、たとえば多くの条文に典型的に見られる命題の形式（「pシタル時ハ qトス」）にみられる「トキハ」の論理的結合機能は、それを、「ならば」の意味に解するのか「ならばかつそのときに限り」の意味に解するのかの解釈によって意味が異なるからである。つまり、規範の解釈の前提選択いかんによって、反対推論が成り立つ場合とそうでない場合とが分かれ、反対推論が成り立つためには、「ならば」を「ならばかつその時に限り」というメタ解釈を施す必要がある。つまり、「反対推論を当然に成り立たせるような論理構造になっていない法文を反対推論が成り立つような論理構造の命題に構成（再解釈）する解釈」〔広中俊雄『民法解釈方法論に関する十二講』（有斐閣、一九九七）五九頁〕が必要になる。

(83)　潮見佳男『契約各論Ⅰ』（信山社、二〇〇二）一九〇頁。

(84)　「以下のような内容の、多くの、法の規定（Rechtsbestimmungen）さえ存在するのだ。すなわち、その規定の性質（Natur）が、サヴィニーが記述したように、『相対的にどうでもよいこと（relative Gleichgültigkeit）』に存し、その規定の内容は法感情や配分的正義と無関係であり、しかも、その内容の選択は恐らく偶然的なメカニズムに委ねられている、そうしたさまざまな法の規定が存在する。ところで、偶然的というのは、すなわち、有効な諸条件相互の連関への認識が不可能であり、それゆえ、因果的な説明が不可能である、という意味である」（G.U., S. 48）。

(85)　この概念の翻訳の際に、この概念の独自性に敏感であったのが、兼子一博士である〔『実体法と訴訟法』（有斐閣、一九五七）一二六頁以下〕。兼子博士が参照指示している、Löringhoff, Baron v. Freytag gen, Über den Begriff der Situation, in: ARSP 32(1938) によると、ドイツ語にとっても外来語であるこの Situtation という語は、確かに状況を意味するものではあるが、Sachverhalt などの類義語が一般的な事実の状態を意味するのと異なり、「人格に関連しそして彼の関心によってふるいにかけられた事実状態」を意味し、「生（Leben）、体験（Erlebnis）という内容を含意する」（S. 172）きわめて二〇世紀初頭の精神史特有の概念である。

(86)　ラーレンツらの戦後の通説的見解との問題状況の大きな違いがこの点にある。

(87)　シュミットは、法的安定の思想の典型として、次のようなベンサムの考えに参照指示を与えている。すなわち法的安定性が存在しなければ日常生活は直ちに混乱の渦の中に引き込まれ、人々は自分の労働の成果を享受することもできず、労働意欲も失せ、分業に基づく社会は存立不可能になってしまうので、人々は、社会秩序が急激に変容しないことを希望する。そこで、このような予期が、あらゆる法的安定性の基礎に存するとされる。これに対応して、立法者は、彼が立法する法律を、理性的な

人間であれば誰でもただちに理解でき、そして、それらの法律を学習可能な状態になるようなまでに明晰に編纂しなければならないと考えられ、文言を超える解釈は法的安定性を侵害するものとされる(S. 64)。このような法的安定性の思想は、事案の解決のために、制定法律のもとにすべての必要な情報と規範の意味が現前している、ということを想定する。だから、事案解決に当たる裁判官にとって、法的安定性は正義それ自体よりも優先させなければならぬ、とされ、裁判官に裁量の余地は存在しない。疑義ある場合に、裁判官は立法者の理想的な思想内容を想定しつつ、自らが立法者であったならば、当該事案に対して付与したであろうような規範的意味を付与することは非難されるべきことである（S. 65)。

(88) 「ここにいう決断主体は、ロマンティックな裸の決断主体ではなく、あくまで古典的な概念を前提にした公的ペルゾーンであることも、言を俟たない」。石川前掲書、五五頁。

(89) なお、実務における適用と解釈の次元の相違を前提にしたうえで、前者の理論的基礎を探求することは、最近の議論動向においてしばしば強調されている論点である(Jan Schapp, Hauptprobleme der juristischen Methodenlehre, Tübingen 1983)。

(90) 通常ではこの語は、法律行為における意思表示に関して、当事者の法的決定＝決断という「効果意思」の発生に法的にレリヴァントな要素を縮約しそこにいたるまでの経緯を「動機」として排除する思考枠組みをさす。ここでは、これとは異なり、裁判官による法的決定内容を、法律の著者たる立法者の意思、ないし、法律のテクストの自律を認めつつテクストの本来の意味、と対応説的に一致させる思考をいう。

(91) 少なくともドイツの歴史的経緯に限定してみれば、啓蒙主義以後の理性法思想によって想定された法それ自体に内在する理性性、および、それを自己展開する機関としての法曹の機能は、ゲルバー・ラーバント学統によって、次のような根本的な態度変更をこうむった。すなわち、ゲルバーは確かに、サヴィニー・プフタ学統に内在しつつ、学問が持つ「産出的」活動を説き、法命題(Rechtssatz) や法制度 (Rechtsinstitut) を法システムへと統合する法曹の機能を要請した一方で、ゲルバーにとって法発展の担い手は学問－法曹ではなく、あくまで国家の立法者 (staatlicher Gesetzgeber) であった(Manfred Friedrich, Geschichte der deutschen Staatsrechtswissenschaft, Berlin 1997, S. 226)。

(92) R. Jehling, Geist des heutigen römisches Recht, Bd. I, S. 320.

(93) H. Vaihinger, Die Philosophie des Als ob, Berlin 1911, S. 220ff.

(94) 「遠近法的倒錯」という観点はニーチェの認識批判の鍵概念である。いかなる事実自体なるものもなく、或る事実がありうるためには、ひとつの意味がまず導入されな

ければならないとするニーチェにとって、或る事柄が解釈をする者にとって現れるそのあり方が、現象の意味を決めている。ニーチェはそのようなあり方を「遠近法」と呼んだ。つまり、私たちが一見「自然」な風景を写実していると思う風景画は、自然そのものの模写表現ではなく、画家によって数学的に作図・構成を施された人為を自然であるように思っているのであり、重要なのは、われわれの眼にとって「自然さ」という表象を構成する機制そのものである。ニーチェは、この事後的なものにすぎない表象が実体化されあたかも原因であるかのように錯覚されたとき、形而上学的観念が生じることを告発した〔たとえば『道徳の系譜』、秋山英夫訳（白水社、一九九五）五一頁〕。なお、シュミットとニーチェとの関係については、本稿第二節補論参照。

(95) Larenz, a.a.O.(Anm.26), S. 32ff.

(96) Larenz, Ebenda, S. 33ff.

(97) シュミットはこの傾向に属するという理解もあるが、一九一二年のテクストはそのような理解の可能性を拒絶している。ナチズム期に定式化される「具体的秩序」思想の内容もヘーゲルの所説とは異なる。それゆえ、ヘーゲル―シュミットのラインでの「客観説」の系譜は、実証的テクスト分析を踏まえれば、想定しにくい。

(98) 『法律意思』の新しい表現法は、『立法者意思』の言表のしかたを模倣しており、これなくしては形式的にも内容的にも、思考不可能になってしまう。」(S. 27)

(99) 「裁判官の頭上をとびかう『意思』なるものは、常に、解釈の所産であり、解釈は、しかし、自らの立場ではそこからみずからの結論を正当付けることができない。（結論を実務において用いることができるということ(praktische Brauchvbarkeit) は、どのみち、基準となる指図命令の内容から導出された正当付け (Legitimation) ではない）」(S. 33)。

(100) Esser, G. N., S. 253. これに対する批判として、ヤン・シュレーダー、「法における類推の歴史と正当性について」（児玉寛訳）石部雅亮編訳『トーピク・類推・衡平　法解釈方法論史の基本概念』（信山社、二〇〇〇）四九頁以下。

(101) ヴァーグナー『ニュルンベルグのマイスタージンガー』第三幕一場よりハンス・ザックスの台詞。そこでザックスは、この台詞を詠じつつ、厳格な Regelung の精神の権化たるベックメッサーと反形式的心情の権化たるヴァルターの対立に介入する。「マイスタージンガー」のプロットとシュミットの『法律と判決』のテクストとに対応物を見出すとすれば、Gefühlsmäßig に反形式的法創造を主導する「自由法運動」の前衛への衝拍を象徴するものがヴァルター・フォン・シュトルツィングであり、これに対して「概念法学」を象徴するものが共同体の古きよき法を固守するベックメッサーであり、そして、古きよき法の形式によって前衛への衝拍を啓蒙し、同時に、ヴァルターによって古きよき法を活性化しようとするシュミットの立場を象徴するものが、ハンス・ザックスである、

と。つまり、自由法運動と概念法学とを相互に関連付け、それらのいずれでもない立場を析出し、生活世界とスタティックな法規範との間を、その都度の判決規範において分節する思考をもって、自由法運動の反形式的―反法化的傾向と、リーガリズムの双方への対抗を生きようとしたザックス＝シュミット。法学におけるRegelungと詩のRegelung双方における形式主義と脱形式化の平行関係を見抜いたシュミットのセンスの卓抜さは、特筆に価しよう。シュミットのヴァーグナー論については、竹峰義和「「迷妄の教え」：シュミット／ヴァーグナー／カント」、仲正昌樹編、『美のポリティックス』（御茶ノ水書房、二〇〇三）、一三三頁以下（一四八頁以下）参照。竹峰論文は、近刊のシュミットの書簡集から、シュミットにおける美的モデルネの体験の痕跡を示す部分の紹介に加えて、入手困難なBeyreuther Blätter, Bd. 35 (1912) S.239-241のオリジナルの紹介が貴重であるほか、シュミットの一九一二年のテクストを、「カントの『判断力批判』における反省的判断力の規定を忠実に踏襲したもの」と評定しているが、この論点はシュミットの法的判断論の認識論的基礎を解明するうえで重要な論点である。しかし、本稿の課題の性格、および、筆者に与えられた時間的・能力的リソースの限界上、この認識論上の難問について分析を行うことは将来の課題として留保せざるを得ない。

(102) 木庭顕教授による来栖・前掲注（50）への註解「余白に」三六四頁以下参照。

(103) 和仁助教授は、Nietzsche, Morgenröte, §307を参照指示している。

(104) 和仁前掲書、一三三頁以下。

(105) Otto Gierke, Deutsche Privatrecht, Bd. 1, Leipzig 1895, S. 467.

(106) 「プラクシスの方法にとって、しかし、事態はまったく異なった様相を呈する。この方法にとって、この方法自身がその『立法者』であると見なすことのできる事態そのものをはじめて創設するという状況は、いずれにせよ、次のような方法論的意味を持っている。すなわち、プラクシスの方法はこの『立法者』を、自らにとって疎遠で、外部から負荷され、そしてもはや、それから独立したものとしての立法者を援用することができない、ということである。すなわち、この構成（Konstruktion）自体が有する欠陥と不十分さを完全に不問に付すると、この構成によって、語彙と語法（Redewendungen）および『目的』から、すなわち、『歴史的な状態』と『現代の精神（Geist der Gegenwart）』から、『立法者』が、桂男（der Mann im Monde）よろしく、『構成』されることになる。そして、そうすることによって得られるものはただ、次のことだけである。すなわち、プラクシスは自ずと様々な取引の需要によりよく適合することができる、ということである。しかし、このメリットは、『立法者意思』説が意図するものではない。『立法者意思』説は、裁判官を

拘束することを望み、法律の中に確かに存在する内容の下に従わしめることを望む。そしてこのことに対しては、以下のことが証明されている。すなわち、このような拘束は、もやはや単に、国法上の裁判官の身分を規定するためだけでなく、判決の内容的正しさの評価基準として用いられるのならば、そのようなことは法生活の事実と一致不可能であることは言うに及ばず、論理的に不可能である、ということである」(G.U.,S. 37f.)。

(107) シュミットは、Puchta, Pandekten, 1853, S. 27. や Jehling, Geist des RömischeRechts, II.2, S. 463f. に参照指示をおこなっている。

(108) 和仁前掲書、一四〇頁。

(109) 和仁前掲書、一四七頁。

(110) 和仁前掲書、一二六頁、二〇六頁以下、三〇一頁以下。

(111) 和仁前掲書、二〇八頁。

(112) 本稿で論述する余地はないが、ゾームのプロテスタンティズムとカトリシズムに対する関係はじつはこれほど単純化できるものではないことについて、和仁前掲書、一九八頁以下参照。

(113) 和仁前掲書、一三八頁。

(114) 和仁前掲書、二九五頁。

(115) 和仁前掲書、一四六頁。

第三節　アムト・法曹身分・古典的法学の伝統の片肺飛行的保存

本節では、シュミットの所謂、決定の正しさについての「規範的原理」、ないし「実務土着の原理」について分析を行うことによって、『法律と判決』は裁判官の裁量行使に対するコントロールとしていかなる機制を構想していたか、を分析する。

(1)帝政期法律実証主義の黄昏

前節で確認したように、法システムの完全性が決定的に毀損したという認識をもてばこそ、シュミットは法的意味を確定するための機制を要求する。その際、シュミットは、客観的規範サイドに即してではなく裁判官の主観的サイドから、権利を確定するために必要な規範の発見を行う立場を選択しており、その意味で、自由法運動の前提を共有している。しかし、それが自由法運動とどこが違うのか、を見誤ると、シュミットの構想それ自体を見誤ることになる。スメント研究者ステファン・コリオートは『法律と判決』における「法的確

定性」の契機の重要性を指摘し、[116]この問題について検討すべき論点を提出しているので、シュミットの立場の特異性を確定するための補助線を得るために若干触れておこう。コリオートは「法的確定性」という法秩序の機能を重視するシュミットの観点が、ゲルバーおよびラーバントの学統の帝政期法律実証主義が終焉を迎えた時代において、決定的な意義を有することを指摘している。[117]すなわち、ワイマール期国法学における「実証主義」の危機は、既に一九〇〇年に始動し、一九一八年に胎動し二〇年代になって完全な形で現れてくる「方法―方向論争（Methoden- und Richtungsstreit）」[118]の基本的ヴァージョンがこの時期にすでに提出された、との理解を示している。[119]彼が、シュミット、ルドルフ・スメント、エールリッヒ・カウフマンらの第一著作に着目する理由は、「これらの国法学者が実証主義的国法学に対する批判の主唱者であったからであると同時に、彼らの著作は一九〇〇年頃どのような方法で法学的実証主義の基礎が侵食されていたかに関する典型を提供する」と考えるからである。[120]コリオートの分析は、国家制定法体系の完全性を想定する制定法実証主義からの切断によって、適用（Anwendung）という問題の固有領域が析出された、という点を重視している。

さて、コリオートは一九一二年のシュミットの議論の中に、裁判官の自由裁量を制限し内容的コントロールを行うための「規範的要請」の存在を確認する。[121]コリオートは、法理論による法命題（Rechtssatz）の解釈とプラクシスによる法命題の解釈を本質的に相違した事態と理解した上で後者に固有の方法の原理の発見を課題とするシュミットの観点の特異性[122]に着目し、それを『国法学の主要問題』におけるケルゼンの諸説と対比して、シュミットにおいては法理論による法命題の解釈とプラクシスによる法命題の解釈の相違と後者の固有性が解明されてない、との評価を下している。すなわち「シュミットは、裁判官のための正しさの基準を、規範的原理（normatives Prinzip）であると理解する。しかし、このような規範性への要求こそ、シュミットに―自説の規範性に関する別の要請を所与の規範による確定に限定するケルゼンと異なり―『法プラクシス』と『現行法の理論』とを方法論上の対抗関係でとらえることを禁止するはずである。この点こそ、シュミットの議論が矛盾を孕む地点である。〔中略〕かくして、シュミットの、実証主義に対する解体作業は中途半端なものにとどまった。しかし、シュミットが後にあらゆる法学的決定の決断主義的性格（dezisionistische Charakter）

に関する命題を深化していったこと、そして、実務と法学との間の方法論上の相違の要請をもはやそれ以上探求することがなかったということは、決して驚くべきことではない。」[123]

以上のコリオートの議論から二つの問題を引き出すことができる。第一に、彼が想定しているように、なぜ、「規範的な要請」が、必ずメタレヴェル／オブジェクトレヴェルの分離を前提にした意味でのメタレヴェルを供給するような規範でなければならないのか、ということである。[124] この問題は、体系の外部にメタレヴェルを求めそれへの言及を通じて法の妥当根拠を付与するという思考枠組みを選択しないシュミット固有の「規範的」な意味産出の条件の理解に関わる。なぜなら、このようなシュミットの立場こそ、表見的な新カント学派的なコンストラクション[125]にも関わらず、シュミットと新カント学派の議論を区別することになる。すなわちシュミットが重視した事態は、抽象的・イデアルとしての法（当為）が、プラクシスにおける法的判断を通じて経験的世界の中に現実化さえてゆく機制にあるのであってみれば、右の意味でのメタ規範をシュミットに期待する思考がシュミット固有の理論的問題の所在を見失うのは当然である。シュミットは、プラクシスにおいてそのような規範の意味分節が具現されてゆく機制を重視していることこそ注視しなければならない。第二に、コリオートが「矛盾」と評定し分析を中止したまさにその点こそ、概念法学と自由法運動の間でシュミットが組織したコンステレーションの所在地なのであり、シュミットにおける理論と実践の、殊に、新カント学派的コンストラクション対抗的な文脈での用語法の特性こそ、詳細な分析がなされるべき地点を指し示している（本稿第四節参照）。

本節では第一の問題に限定しよう。何故ならこの点に、シュミットにおける古典的私法理論への捩れを孕んだ関係が潜んでいるからである。すなわち、一方では、共通言語としてのサヴィニー以来の有機体的法言語の完結的体系を再建することはもはや不可能である。他方、シュミットはサヴィニーの構想を、法曹身分、すなわち学識ある職業裁判官（gelehrte Berufsrichter）[126]による「片肺飛行」をすることによって、モダニズムによる法の道具化・脱形式化・非合理化に対抗し、フォルムなき世界に意味を代補する構造を再現しようとするのである。[127] そこで、サヴィニー的客観法の片面、すなわち、法制度を用いて法プラクシスを営むコレギウムたるアムトとしての裁判官身分に着目するのである。[128] この、シュミットが後に「制度体（Instituition）」と名指す、[129] 憲法制定権力の発

動と国家の創設以前からの連続を保持する意味連関に対して、彼は以下のように、判決理由、および判決理由に定式化された判断、およびその判断をテクストとして読み討議する共同体への信頼を表明している。「かくして、判決理由は正しい仕方で（richtigerweise）以下のことについて説得を行うものである。すなわち、判決に先立つ観点から観察してみると、予見可能かつ計算可能なものであり、判決後に事後的にみれば、判決は『説明可能』なものであり、しかも、心理学的にではなく法的プラクシス（juristisch Praxis）という意味において説明可能なものであり、要するに、別の裁判官も同様に判決したであろう、ということである。判決理由が説得しようとするのは、決定は単に、立法者意思の個別事案であるということではなく、あるいは、判決が正義の理念に適合的である、ということでもない。もし、両者が判決理由においてひとつの役割を果たしているのだとすれば、それは単に、論証における部分（Glied）として可能であるに過ぎない。なぜならば、法律からの導出可能性がこの場合、非常に明白なものであり、あるいは、法感情が強烈かつ不可避的に自らを主張している場合、このことは、他の裁判官においても同様の判決へと導いたであろうからである。それによって、実定法もまた、その一義的な所在地の指定を受け取ることになる。なぜならば法律のもとへの円滑な包摂が確実性を基礎付けるためのもっとも確かな手段であるのは、法律の一義的な内容との関係の元に成立した判決はつねに正しいので、別の裁判官は同様に決定したであろうからである」（S. 86f.）。

(2)判決理由・裁判官コレギウム・討議

法曹身分とは、法実践が営まれている生活世界において歴史的に形成されてきた意味のネットワークが結晶化した形象・フォルム（客観法）を援用することを通じて主観的権利のサイドでの法的意味を終局的に確定する能力を公権的に付与された公的組織のことである。シュミットが裁判官制度体における合議制や多審制に信頼を寄せる理由は、それらによって、理由の討議可能性が供給されるからである。[130] シュミットは、判決理由の討議を保障する法曹共同体のネットワークに接続することによって、個々の裁判官の裁量行使の限界が確定され、そのことによって、決定が恣意に侵食されることから防御可能であると考える（S. 82）。言い換えれば、判決理由を論拠付ける行為遂行において、ここ・いまにおける正しさを、間主観的に析出することが可能になる、とシュミットは考えた。

このように裁判官の裁量行使の条件を判決理由とその説得可能性として問題化した上で、シュミットは、「何について判決理由は説得を意欲するのか」、「いったい誰を説得せんと欲するのか」という問いを提出する。この問題を解決するために、シュミットは判決理由の名宛人について考察を進める。自由法運動の時代において、判決理由は、価値が低減しつつあった。シュミットはこの傾向に対抗を試みる。「ライヒ裁判所における判決（Urteil）の判決理由の起草に際しては、以下のこと以外に判決理由の名宛人についての別の観念が有効であったということは、ほとんど想定不可能である。つまり、法律家のコレギウム（Kollegium）、すなわち、法学的論証がそれにむけて展開され、説得がそれに対してなければならないところの法律家コレギウムである」（S. 84）。この執着は、自由法運動やリアリズム法学の時代潮流を受け、コレギウムに変容が強いられ「非専門家」の裁判過程への参入が要請された[131]この時代にあって、極めて反時代的である。シュミットはこの反時代性にこそ裁判官の法的判断の合理性コントロールの可能性があると考える。なぜなら「今日あるがごとくに修練を積んだ法律家（Der gebildete Jurist）は、或る付随的な法律の箇所の参照を重要な論拠（Argument）であると考えるのに対して、それは素人にはおよそいかなる印象も与えない。これに対して、たとえば取引の必要を参照することは、法律家たちが肩をすくめる作用に転化しうるし、しかもいずれの場合であれ、法律家たちに以下のような想像を容易に引き起こすだろう。つまり、判決を下した裁判官は、自身の法学的論証の証明力を十分だとはみなしておらず、それに加えて『正義感情』を彼の秤皿に投げ込んだ、と。これによって、実際に、判決理由は誰も満足させない不安定な分裂という性質を幾重にもおびることになる」（S. 84f.）。ここで問題なのは法システムが現実の生活世界と関係するそのあり方をいかに規定するか、ということにある。「これらすべての具体的生活の多様性は、平均して、以下のような類型（Typus）を構成すること（konstruieren）を妨げはしない。すなわち、裁判官がその判決理由によって説得しようとする類型、つまり、修練を積んだ法律家（gelehrete Juristen）であり、当然、実践的生（praktischen Leben）の問題に対する理解を有している法律家である。これとともにいっそう広い連関のもとに、歴史的な問題群が立ち現れる。すなわち、たとえば、もっぱら、概念適合的でドグマーティッシュな判決理由（Entscheidungsgründe）の論証を、判決理由中の判

断根拠（Urteilsgründe）の名宛人として、学識を持ち、自からの構成の世界にのみに生きる法曹なる観念に、遡行させることである。法学における『モダニズム』運動は、この名宛人の変更に帰せしめられる。そしていまや、学識ある非法律家、あるいな健全な悟性（gesundes Verstand）をもつ人々も、説得されなければならないということになった。そうすることによって、『人々の』説得と『法的』説得との区別が崩壊してしまった」（S. 85）。これに対して、シュミットは、自由法運動・リアリズム法学などの法学におけるモダニズム運動に対して、法曹共同体で修練をつんだ職業裁判官という制度体に定位することにこそ、法発見の合理性のコントロールの条件があると考えている（S. 86）。なぜなら、個々の事案に取り組みつつ判決理由を作成する裁判官は、判決理由を定式化し、かつそこに提示された論拠がコレギウムの論試にさらされることによって、主観的意志の専横によることなく、法規範を含めた法的世界と生活世界とを媒介することができる、と考えたからである。裁判官は、主観的権利にみあった法関係を析出しそれに法制度との対応を与えてゆく法的構成を、判決理由において定式化し、それによって法確定がなされるのである。

シュミットの意図は、「他の裁判官」を内省における予測の準拠点とすることによって、ここ・いまにおける法を確定することは、「裁判官の行為のあらゆる評価の基本的条件」（S. 89）、しかも反制定法的判決などの場合での、ここ・いまのプラクシスおける行為の準拠基準（S. 111）を析出することである。われわれは、次節で、このプラクシス固有性へのシュミットの固執を決定的に重要なものとして分析を加えるであろう。なぜなら、そのような確定を行うための条件・規範は、複雑な生活関係を前提にする現代の法システムにとって、事案に先立って、自明なものとして、付与されているわけではないからである。[132] そのような確固たる土壌は常に、そしてすでに、喪われてしまっているのである。このような「自明性の喪失」に近い生活世界の危機を与件とせざるを得ない現代の法状況においては、「法律の下への厳格な拘束や、裁判官を法を語る口に解消してしまうことを法的安定性の要請によって根拠づけることはもはや不可能であり、それはたとえ、この要請を『法律の下への従属』という意味で考え得る場合でも、不可能である」（S. 90）。

以上を小括しよう。シュミットの構想の要点は、裁判官が決定を行う際の条件を構造化し、かつその構造のなかでの理

由と理由にもとづく討議、という契機を法的意味の産出条件として限定することによって、裁判官の恣意的裁量行使に対する限界付けを行った、ということである。そのような有権的解釈機関の構造的条件によってはじめて、単に抽象的な正しさではなく、ここ・いまの一回的な事案への法的判断と法的意味の終極的固定化（法確定）がなされる、ということである。

注

(116) Stefan Korioth, Erschütterungen des staatsrechtlichen Positivismus im ausgehenden Kaiserreich, in: AöR 117 (1992), S. 212ff.

(117) すなわち、パウル・ラーバントは法律に欠缺がある場合高次の客観法の完結的体系を参照することによって、法律と生活世界との乖離をうめることができるという想定をとる。「裁判官の判決は、現行法（geltende Recht）によって与えられた要件事実（Tatbestand）のもとへの包摂によって成立するものであって、それは、すべての論理的推論が意思から独立しているようなものである。つまり、それは、効果が生じるべきかどうかに関して決定するいかなる自由の余地もないのである。言い換えれば、〔中略〕内的な必然性（innere Notwendigkeit）に即して、自ずと生じるものである。判決の申し渡しの職責にある者は、要件事実を探査する義務を負い、そして、要件事実の確定に際して、〔中略〕広範な裁量の余地を認められることができはする、しかしそれでも、かかる確定を形成する際に、彼〔裁判官〕はその意思に依拠するのではなく、むしろ、意思が裁判官の精神において所与として在るものを反映するように、それ〔意思〕を表出するということを、基礎にすえるのである。同様に、（論理的な大前提たる）客観法（objektive Recht）は、裁判官に対して、広範な裁量権（diekretionäre Gewalt）を認め、彼に衡平（Billigkeit）を考慮することを指図し、彼に自由裁量による判決（arbiträren Spruch）をゆだねる。しかしそれにもかかわらず、裁判官は彼の意思にではなく、客観法の意思によって、妥当性を有するのである。すなわち、裁判官は、法の声（viva vox legis）なのである。つまり、裁判官は大前提を創出するのではなく、それを、彼に対して超越した力（Macht）として、受容するのである。〔中略〕裁判官が義務適合的に行為する場合、同一の事案を、彼の任意に、異なって判決することは不可能である。すなわち、それは、所与の大前提と小前提と人間の本性に普遍的に根拠づけられた思考法則によって支配されるところの論理的操作のかわりに、彼の自由意思を働かせることはできないのである。このことは、Entscheidung が『裁判』によるのであれ、『行政庁』によるのであれ、まったく同じことである」。Paul Laband, Das Staatsrecht des deutschen Reiches, Bd.

II, 5. Aufl., Tübingen 1911, S. 178.

(118) Vgl. Manfred Friedrich, Der Methoden- und Richtungsstreit, in: AöR 102 (1977) S. 161-209.

(119) Korioth, a.a.O.(Anm.115), S. 212.

(120) Ebenda, S. 215.

(121) ebenda, S. 218.

(122) G.U., S. 56, S. 61.

(123) Korioth, a.a.O.(Anm.115), S. 220.

(124) メタレヴェルの意味については、ニクラス・ルーマン、馬場靖雄・上村隆広・江口厚仁訳、『社会の法（上）』（法政大学出版会、二〇〇二）一〇六頁参照。

(125) 前節補論参照。

(126) G.U., S. 86.

(127) 和仁助教授の表現に倣えば、「再現前とフォルムなき近代におけるその復権」（和仁前掲書、二四七頁）。

(128) サヴィニーは、客観法＝法フォルムを操作し現実世界における主観的権利の具体化と確定を行う特殊な技芸的作業能力が、裁判官というアムト＝制度体（Institution）のうちに保存されていることを強調する。サヴィニーによれば、「この身分は、みずから民族の構成部分でありつつ、この思考領域では全体を代表する。法は、この身分の特別の意識の中で、民族法（Volksrecht）の継続であり、独特の発展であるにすぎない。それゆえに、法は、今や二重の生活をする。すなわち、法は、その本質上は民族の共通の意識の中で生き続けるが、個々の点におけるもっとも正確な作り上げと適用（genauere Ausbildung und Anwendung）は、法曹身分（Juristenstand）の特別の使命である。〔中略〕ところで、理論的フォルムとしては、一部は種々の書物における、一部は口頭の教えにおける法の叙述が現れるが、プラクシス上のフォルム（praktische Formen）としては、裁判所の判決が現れるのであって、この裁判所は、一部は構成員の学問的教養によって、一部は永続的な同業団（Collegien）によって、古い裁判所から区別される」Savigny, a.a.O., S. 45 f.（前掲訳書六四頁以下）。

(129) C. Schmitt, Grundrechte und Grundpflichten (1932), in: ders., Verfassungsrechtliche Aufsatze, Berlin 1958, S. 213. この「制度体」概念のシュミットにおける意義については、石川前掲書、五六頁以下、七四頁参照。

(130) 「裁判官の活動や判決理由の傾向と意義は、すべての他の裁判官と同様に決定することであり、がみずからの決定の予測可能性と計算可能性に関する説得性（Überzeugung）を証明することができる、ということである。判決理由が、このような裁判官の行動の意義に関しておのずと明らかにするならば、裁判官は、何が判決理由として考慮されているかおよそ有効な論拠（Argument）とは何かについて、評価することができる」（G.U., S. 77）。

(131) G.U., S. 84, Anm. 1 でシュミットはアメリカにおけ

るリアリズム法学に参照指示を与えている。

(132)「裁判官は、判決理由によってはじめて、個別的な事例に対する一般的な決定を創出することを意欲する。判決理由は普遍的な説得へとはじめて導くものであるからだ。裁判官は、あたかも包摂がその活動の終局的目的であるかのように、という意味において諸規範への包摂をおこなうのではない。（いかなる種類のものであれ）或る規範への包摂は、もはやたんに判決理由の結論や到達点ではなく、法確定への手段である。それについて判決を正当付けるものは、判決に先立って（実定法、文化規範、自由法の規範として）存在するのではなく、（実定法、文化規範、自由法の規範などの助けを借りて）はじめて作用することができるのである。決定の正しさを構成するものは、決定をおこなう裁判官が命令に適合して行動することではなく、法確定という命題を充足するということである。裁判官は意思や命令を、事後的に顧慮するのではなく、この実定法、この実定法外の規範の影響、この先例などに照らして、今日なにが、法プラクシスによって一般的に正しいものとして考えられるのかを予測するために、それらの規範（すなわち、その規範の実効性）を役立てるのである」(S. 97f.)。

第四節　シュミットにおけるプラクシス概念と討議の概念

本節では、本稿第三節で示したシュミットにおける古典的観念の系列の相承という観点をより明らかにするために、シュミットにおけるプラクシスおよび討議の概念と新カント学派に対する対抗関係を分析する。

(1)シュミットにおけるプラクシス概念の重要性

自由法運動の同時代人としてのシュミットにとって、前節で確認したように、客観法の全体的・完結的秩序の自明性はすでに喪失してしまっていたと同時に、歴史法学派の伝統に根ざす「共通言語」、あるいはそこにおいて想定されていた完結的全体性の観念と操作連関を所与として受容することは、もはや許されないといわねばならない。このような土壌喪失を前にすればこそ、法的概念に孕まれる卓越した経験的事実への規定力・構築力への仮託へと、シュミットを向かわせるだろう。本節ではこの点においても、シュミットが自由法運動へと帰結した法学におけるモダニズムへの反動を企てることになったことを確認する。その闘争は二重である。第一に、

プラクシス概念をプラグマティックな道具主義に貶価する傾向に対してであり、第二に、実在の喪失の結果、主権的位置を僭称する構成主観（主観的理性）がプラクシスを、みずからが構成する世界像に従属させる傾向に対してである。

まず、シュミットのサヴィニー以来の古典的法学に対する親近性についてもう一度確認しておこう。両者が、法制度・制度体という同一の形象を分析しようとしている限りにおいて、「共通言語」を想定することは可能である。サヴィニーの場合、法の欠缺の場合に類推を行うとき、発見されたRechtssätzeと所与の実定法の間に成り立っている関係、たとえば語幹と語尾変化のような類縁関係に基づいて完結的な部分と全体との全体性が想定されている。認識論的に見るとこのような発想は、ゲーテの形態学に由来する植物学における系統発生図上の類縁関係のごとき有機体論的秩序モデルが前提になっていた。[133] そして、政治的失脚とナチズムへの幻滅がきわまる一九四三年以降、作為＝政治による政治統一体の保守の希望に敗れたシュミットは、そのような作為的ではなく自生的な法のイメージ、あるいは「ノモス」を賞賛するにいたるだろう。[134] しかしながら、一九二〇年代以降ギールケープロイス学統の有機体論を基礎とする多元主義的国家論に憲法制定権力説の観点による最も先鋭な対抗関係を打ち立てることになったシュミットは、一九二二年の段階からして既に、有機体論の「不透明さ」に疑義を呈していることを忘れてはならない。法秩序の完全性・統一性の要請という秩序の絶対的現前性の想定は、「ドイツのイデアリズム哲学、神学の時代全体の、精神的破局」、あるいは「精神史的な全面的カタストロフィー」[135]を与件として引き受けるモデルネの人シュミットにとって喪失した表象としてしか経験しえないだろう。繰り返せば、有機体論なきサヴィニー法源論を構想することは理論構造上不可能なのであってみれば、[136] かかる有機体論をフィクションとしてさえ是認することのないシュミットにとって（本稿第二節参照）、サヴィニー以来の学知の伝統に対する関係は、アンビヴァレントなものとなるほかない。シュミットは、法制度と法関係のネットワークとしての客観法だけで、法的紛争を解決するための法的規範を獲得することはできないと考えていた。それゆえ、有権的解釈機関である裁判所という制度体における、法確定の契機の重要性を強調した。しかし、この制度体は、プラクシスにおける意味連関が保存された、その意味では単なる官僚制機構とは異なる客観的秩序であり、シュミットはこの制度体ー身分の意味の層を保存し

ようと試みている。「ここでプラクシスが参照されることになるのは、プラクシスに土着的基準（autochthones Kriterium der Richtigkeit）が発見される必要があるからである。『自律（autonom）』なる表現は、それが以下のような誤謬へ導きかねないものであるがゆえに、回避すべきである。すなわち、重要なことは、実務が法（Recht）を産み出し、法律を措定することであり、そして、本書で論及した解決と他の諸解決との相違は単に、自由法的ないし文化規範あるいはそれに似たなにがしかの規範のかわりに、新しい『規範の種類』、即ち『実務の法則（Gesetz der Praxis）』が導入された点にすぎないとする誤謬である。唯一重要なのは、実務に特殊な原理の方法論的な考察である」（S. 118）。

プラクシスに「土着的」な評価基準を分節化することのできる制度体による判決＝決断は、ハードケースのような法欠缺においても、単なる規範的無の状態からの主意主義的な決断とは異なる決断を現前化させるであろう。なぜならプラクシス概念は、サヴィニー以来の語法に即して見れば、正しいものとして認知されたものを実行する営為、そして、具体的・実務的討議の、理想的議論や提案への優越、という用語法を帯びていたからである。[137] この具体的・実務的すなわち実践的討議は、裁判官の主体の意志や主観的理性によってではなく、裁判官共同体ないし法曹身分の客観的構造に条件づけられるものであり、討議の帰結は、判決理由中の判断に現れ、その判断理由は他の共同体の読者の批判に開かれることになる。「判決には必ず判決理由が付されなければならない、ということはすなわち、判決は、それが成立した現在の法的状勢（Rechtssituation）において、なにゆえその判決が正しいのかを、示さなければならない。このようなことは、もちろん、法律においては、問題にはならないのである」（S. 69）。

個別の事案に関する法的判断が成立する法的状勢、つまり共時的なここ・いまでの構造的条件の分節を受けない理性・観想のヒュブリスに対するシュミットの懐疑は、具体的なプラクシスの連関のなかに存在する「規範的」なものへの探求を、新カント学派的な純粋理性の形相・理性による対象の一方的作為的構成に対して敵対的関係にもたらすことは言うまでもない。ただし、このような懐疑は、シュミットをして、単なる実用法学をプラグマティックな道具に還元する「法道具主義」[138] に対しても鋭い緊張をもたらすことをも指摘しておかねばならない。新カント学派に対するシュミットの対抗関係を確認する前に、まず、シュミットの眼目が、自由法運動

における pragmatisch 概念に対抗的な praktisch 概念の系列を保持することにあることを確認しよう。シュミットは、法学と化学の類比のもとに実定法の論理的完結性を構想した初期イエーリングの「概念法学」的手法[139]、ならびに、後期における目的概念の導入による法規概念の射程拡大傾向に対して、「なお非法学者の間ではしばしば自明視されるにせよ、法曹にはほとんど承認されていない」（S. 58）と痛撃を加える[140]。シュミットの関心からすれば、法発見のために法的世界の固有の観察を別の観察のオーダーと接続してしまう態度は、法に固有の形式と法の自立性を掘り崩すがゆえに、是認できないものであった[141]。法学を医学のような実用的技術として位置づけるイエーリングの法学刷新運動に対する批判的対決として、シュミットは、次のようにプラクシスの方法の独立性について指摘している。「法学は、法実務のために、法実務において用いられる法素材をいわば使いやすいように加工することによって、法実務の自覚的な下僕になるというわけでもなければ、さりとて、法学は独自の道をゆくというわけでもない。そのようなことになれば、法実務は、長い期間にわたる法学の労作によって到達された結果だけを自分のものにするということを承認しなければならないのだ。〔中略〕正しさについての法実務固有の評価基準は、いまや、法的確定性の基準から獲得されなければならないのである。それに関して、その正当化（Legitimation）は、その観点が、矛盾を孕んでおらず、かつ、法実務のすべての現象に対して適用可能である、ということによってのみ説明可能なのである」（S. 59）。

(2)新カント学派への対抗関係

① シュタムラー

認識論・法哲学・債務法の諸領域に業績を遺した新カント学派（マールブルク学派）法学の泰斗シュタムラーは、「理論」の「技術」に対する優位を定式化し、実践に対する理論・観想の優位を確認し、一切の法的経験・素材の多様性を統一的に把握し規正するための普遍妥当的な「形相」を発見することを試みた[142]。シュミットは、このような理論による形相の発見という方向とも、また「技術的法学」とも異なる法プラクシスの所在を探求した。「〔シュミットの課題は〕法素材についての加工を行うところの技術的法理論（technisches Rechtslehre）から、（規範的な意味において）指導的な原理が発見されるべきところのその対象は人間的活動である、ということから区別することができる。他方、〔シュミットの

課題を〕シュタムラーが『理論的』法理論と呼んだ精神活動から区別できるのは以下の点である。すなわち、法の評価（Beurteilung）についての一般的基準や法的思考における純粋形相〔形式〕（die reinen Formnen jurisitischen Denkens）などが探求されているのではなく、むしろ、実務の方法が探究されている、という点である」（S. 60）。この論述からも明らかなように、シュミットの言うプラクシスとは、実務であると同時に、人間的活動、つまり、実践的知、という含意を帯びている。

②　ケルゼンの「裁量」概念批判

このプラクシスと法適用の観点は、シュミットの同時代の最新の議論であったケルゼンの問題構成においても欠落したものであった。このことはケルゼンの裁量をめぐる位置づけに端的に現れている。「法適用についての方法は、実定法に対する学問的な加工やさまざまな法概念の構成に関する問題ではない。したがって、法適用の方法論上の諸前提は、現行法に関する理論の前提とは異なる。現行法に関する理論は、法律から概念上演繹することのできない事態のすべてに対して注意を払わない点において、その本質に即して、実務の理論と関連を持たないのだ。だから、次のような事情なのであってみれば、かの著作〔ケルゼン『国法学の主張問題』〕の観点に対して、本書の観点から、いかなる異論も導くことができないのである。すなわち、その著作は、法実務の方法における重要（でありかつアクチュアルな）問題を解明しようとしておらず、むしろ、法実務の方法に対して自らの無能力を明らかに認め、そして、裁判官の裁量の問題やその類似の問題ではあらゆる法的構成（juristische Konstruktion）が停止する、ということを観察することによって満足するのであってみれば」（S. 56）。

要するにケルゼンの『国法学の主要問題』では、裁判官の裁量をいかにして法律によって規律するのか、という問題はもはや法的問題ではなく「道徳的問題ないし政治的問題」とされた。裁量に対しての法的な限界を確定しようとする試みは、「実定法から獲得されたさまざまな法規範を認識するのと異なり、実証主義的な法律学の原理をもってして一致にいたることはまったく不可能である」[143]。このような『主要問題』の時期でのケルゼンの立場からは、ここ・いまにおける判決規範をいかなる方法をもって確定するのか、という問題への回答は、制定法律からのみ導くことができる、ということ以上の回答を得ることができない[144]。このことは行政庁による処

分性を持つ執行作用が個別的な法規範設定として把握されない、という公法理論としての致命的欠陥を負うにいたる。[145]

これに対し、シュミットにとっての問題は、このような具体的な裁量行使と法規との間にある《関係》を把握することである。「法規範の適用の方法は、法規範の学問的な操作ではない。この相違が十分に強調されてこなかったゆえんは次の事情による。ほとんどすべての法律と裁判官についての不明晰な理論は、立法、解釈、司法（Judikatur）の概念を恣意的な方法で扱う。つまり、あるときは、解釈方法に対して実務の方法を自分の方法として強制したり、またあるときは、判例による法創造や裁判の『立法類似的性格特性』などについて問題にする結果、さまざまな矛盾やアンチノミーに支配されなかったとしても、決して不思議ではない。たとえ解釈が法適用に先行しているのだとしても、法適用は、立法とも、また、解釈とも、同一のものではない」（S. 57）。この、立法、解釈との差異をはらんだ法適用という独自の境位をもつ《関係》が把握されなければならない、ということである。

一九一二年のテクストでは、この境位は、判決理由を起草する際の説得対象としての法曹、そこでの討議可能性とそれにもとづく決定を可能にする理由づけ連関に照準をあてて分析されている。「概念適合的でドグマーティッシュな判決理由の論証を、〔判決理由中の〕判断根拠の名宛人としての、学識を持ち、自らの構成の世界にのみに生きる法曹なる観念に、連れ戻すこと」（S. 85）。これこそが、自由法運動によって掘り崩されようとしたものであり、この連関やフォルムが失われると、決定はただの「方便」に堕してしまう、という危惧が、一九一二年のテクストには現れている。幾多の類似点にもかかわらず、リアリズム法学に対してシュミットが一貫した不信を表明しているのも、このような判決理由において定式化された法認識の理由付け連関こそを、後に「法そのものの避難所」[146]と法学を規定する彼らしく、尊重するからである。このような意味連関こそ、法システムが規範的な無の状況に直面した際に、主意主義的な salto mortale を回避させるための機制なのである。[147]

(3)シュミットにおける法学的「議論」の意味

ところで、プラクシスにおいて定式化されかつ吟味されてゆく判決理由の理由付けの様態に関しては注意が必要であり、この性格を見誤ると、「討議」の共通性から、シュミットとハーバーマスの討議倫理の近接[148]という想像によってシュミットの課題の特異性を見失ってしまう。

この相違は、決定の作動条件としての「理由」の様態の差異という観点を導入したとき、鮮明に析出されることになる。シュミットが、歴史的・実践的観念系列を理論的・抽象的系列に対抗させた背景には、シュミットの法的なものを把握する観点が作用している。シュミットの場合、いかなるハードケースにおいても「正答」が発見できる、もしくはいかなるハードケースにおいても「法」は経験的・実証的に確定できる、といういわば実在的現前モデルを退ける。同時に、「規範主義」批判に見られるように、積分された一般的法規範の解釈・適用による個別化、一般性と個別性の二項対立の思考も退ける。シュミットが問題にした事態は、一般性・個別性の対立ではなく、単独的な事案という差異のなかにその都度明滅する《法》を発見するための方法を確定することであった。「経験類型としての『他の裁判官』に相関付けられた、確実なものとして承認された法確定の要請には、確実で規定可能な内容が与えられており、これは、確かに、プラクシスの展開とともに変転するものではあるが、だからといって、いささかも不明確なものではない。当然、この定式は実務の変化を排除する契機を含むものではなく、法の『恒常性(Stabilität)』なる語は、意識的に回避されている。突発的に顕われた法生活のさまざまな変化(plötzlich eintretenden Änderungen des Rechtlebens)、すなわち『法意識の激動的な発展』(エールリッヒ)に際して、他の裁判官も同様に決定したであろうということの規定は、急激に変わってゆくものである。しかし、提案した定式が、具体的な個別事案における法生活の移り変わってゆく内容に対して有している受容能力(Aufnahmefähigkeit)によってすぐに思いつくような解答を提供することが無いのだとしても、だからといってそれによってこの定式が不確実になるというわけではないのである」(S. 117)。

要するに、実在・実体として無ではあるが、否定神学的な無ではない、無規定な運動＝差異の規定[149]を行うことこそ、シュミットがプラクシスの固有の正しさの基準に、法発見のコントロールを期待した理由である。実体の関係を規範によって規定することではなく差異の関係を規定することが、プラクシスの土着的評価基準を用いることによって、シュミットが獲得しようと試みたものである。

以上の小括として、一九一二年のテクストにおけるシュミットの企図を、以下のように要約することができる。すなわち、

一方では、硬直した規範主義に対抗して、生活世界に即応した規範的事態に対する規範的に意味を分節する経路を確保し、他方で、そのような傾向が、自由法運動の諸立場のように、反形式的法創造による「非合理主義」に境を接することを回避するために、法規範と生活世界との媒介関係を模索する。その媒介関係は、サヴィニー以来の語彙と文法をそのまま継受することによってではなく、実践的次元における討議の構造、およびその構造を保存する、制度体（アムト）としての法曹に着目することによって、確保されるということ、そして、この媒介関係によって、生活世界に開かれた法システムの作動を確保しつつも、法システム固有の自立性が、政治・経済・道徳その他の秩序によって侵食されない、法秩序固有の作動領域を確保すること、これである。

注

(133) 本稿第二節注（73）参照。

(134) Carl Schmitt, Die lage der europaischen Rechtswissenschaft (1944), in ders., Verfassungsrechtliche Aufsatze, Berlin 1958, S. 417f.（「ヨーロッパ法学の状況」、初宿正典・吉田栄司訳『ヨーロッパ法学の状況』（成文堂、一九八七）六一頁）。

(135) Schmitt, Ebenda, S. 418f.（前掲訳書六三頁以下）。

(136) この点について児玉教授は次のように分析を加えている。「サヴィニーは、民族法→法制度→法規則の三段階を構想することによって、民族法における概念化される以前の原基としての法制度を概念化する作業を学問に託すとともに、シュタールの言う成長力を民族法それ自体に求め文法学にいう語根を法制度と読み替えることによって、時代の要請に応えるRechtssätzeをこの法制度から取り出す装置として類推論を構築し、その操作を学問に託したのである。そして、私見によれば、法の内面的実定性つまり民族法それ自体の成長力が否定されたとき、このような類推論およびこれに基づく学問法もまた機能閉塞に陥る。そこでの学問は、もはや立法による外面的実定性の調達を頼みとするほかなく、立法待望論を唱えて己のテリトリーを自らこれに明け渡してしまったのである。」（児玉・前掲注(14)一九四頁）。シュミット課題の困難性は、このような「内面実定性」なき世界において、立法の過剰・措置国家（「管理型法化」）に対する対抗を構想することにあった。

(137) Rückert, a.a.O. (Anm.76), S. 157.

(138) シュミットのテクストには、法道具主義・道具化（Instumentalisierung）への敵対が一貫して確認される。そのことの意義が、外的な政治や神学などに対抗して「理性的な人間存在の基盤の防御」であることについて、とりわけSchmitt, a.a.O.(Anm.134), S. 422f.（同訳書

七五頁）参照。

(139) この立場においてすでにイエーリングがサヴィニーの概念世界とは隔たった観念世界にたち、その距離から「概念法学」が生じたことについては、児玉・前掲注(73)五六頁。

(140) この立場は、教授資格請求論文において、主題としての輪郭が先鋭化されてゆく。彼はこのような目的論に対して、ニーチェの「系譜学」類似的観点から批判を加える。つまり、目的として表象されるものは、観察の結果に過ぎないものを原因と取り違える、いわば「遠近法的倒錯」である、と。「あらゆる発展にとって不可欠の目的は、当然、自ら発展するところのものの意識から生じてくるものではないのだし、それに関して発展として説明されるような出来事の継起から生じてくるものではなく、継起を発展として把握する者の自覚的観察からのみ、発展なるものとして把握されるのである」(Wert., S. 26)。

(141) この「法における目的」に対する批判、法の自立性の確保は、シュミットの教授資格請求論文における主題のひとつになる。

(142) 加藤新平、「新カント学派」『法哲学講座第五巻（上）法思想の歴史的展開』（有斐閣、一九六〇）五三頁以下。シュタムラーは、この課題を「難しく凝った文体のために五里霧中をさまよわされる思いがするような」（加藤新平）錯綜したテクストにて展開しており、本稿ではシュミットとの関連の限りで言及するにとどめざるをえない。

(143) Kelsen, a.a.O, (Anm.55), S. 509.

(144) Ebenda, S. 510f.

(145) ケルゼンによってこの見解が修正されるのは『一般国家学』の段階においてである。これらの変遷についての簡潔な整理として、山本隆司『行政上の主観法と法関係』（有斐閣、二〇〇〇）一三〇－一三三頁。

(146) Schmitt, a.a.O. (Anm.134), S. 408（前掲訳書四七頁）。

(147) それゆえ、シュミットの議論に主意主義的決断主義を見出す議論の誤りを指摘する和仁助教授と石川教授の分析に本稿は全面的に同意する。

(148) 確かに、ハーバーマスの『公共性の構造転換』〔細谷貞雄・山田正行訳（未来社、一九九四）〕の歴史的分析（たとえば同訳書一八頁以下、二七四頁以下）などにみられるごとくシュミットの影響が濃厚であるにせよ、シュミットを今日の「青年保守主義」運動の教祖と位置付けるハーバーマスにとって所詮シュミットは負の遺産でしかない。ハーバーマスによってシュミットのアクチュアリティーを照射するという議論動向（この動向についての紹介は、谷喬夫「シュミットとハーバーマス」、前掲注(29)所収三四三頁以下）は、少なくともシュミットのテクストを理解する上で、どれだけ積極的意義が認められるのかどうか疑わしい。

(149) このような関係を認識理論的に分析した議論として、ジル・ドゥルーズ『差異と反復』、財津理訳（河出書房新

社、一九九二）二六三頁以下参照。

結　語

以上、本稿は、一九六九年に再刊された『法律と判決』の同時代の法学的コンテクストを不十分ながら再現を試みつつ、そこでのシュミットの企図の理解に努めた結果、以下のことを明らかにした。制定法の規律能力の限界を見据えていたシュミットにとって法理論が向かうべき問題は、法規範と現実を媒介し法確定を行い法の現実化を遂行するプラクシスのなかにこそ存在するということであった。この、プラクシスにおける判断と討議の合理性を保障する装置が、歴史法学における客観法のプロブレマティックの主体的側面たる、裁判官アムトのコレギウムであった。

それゆえ、かかるシュミットの構想は、裁判官の「前了解」によるコントロールを説くエッサーの構想に表見的に近接しており、その限りで、戦後のシュミットのテクスト解釈における「前了解」が一九一二年のテクストに意味を投げ込んだように、シュミットの構想の先進性、あるいはエッサーの構想の「危険」を問題にすることは可能であるように見える。しかし重要なことは、両者の構想は、まったく別の背景とコンテクストにおいて遂行されている、ということである。シュミットにおいて問題なのは、裁判官裁量が、アムトとしての性格のゆえに、恣意・主意主義から構造的に隔絶され、それが発動されるその行為遂行において合理性が条件づけられるような客観的秩序を、自由法運動の時代に再現前化させることである。してみれば、裁判官身分がこのような客観的秩序としての質を喪失することによって、シュミットの構想は終局に至ることになるだろう。

事実、このような反時代的なシュミットの抵抗は敗退に終わっている。一九四五年以降のシュミットは、かつての啓蒙の精神が「神学者ヨ沈黙セヨ」と叫んだごとく「法学者ヨ沈黙セヨ Silete jurisconsuli!」と叫ぶ時代の要求に対して諦念をもって慨嘆している。[150] すなわち、シュミットが仮託したところのものは単なるブルジョア的秩序に奉仕する法テクノロジーではなく、サヴィニー的法曹、すなわちラテン語・ローマ法素材を操作して事案の解決への必要な規範を発見し、それを討議しつつ吟味することのできる集合的知性なのであってみれば、ローマ法と法源論が法学教育の前面から撤退して

ゆくにつれ、その喪失はもはや不可逆的となる他ない。このような客観的秩序の痕跡を経験的世界においてとどめる法学教育システムの衰退とともにシュミットの構想が現実的に作動しうる条件は完全に毀損してしまっているといわねばならない。その意味でも、シュミットの一九一二年の構想は、孤独の生を強いられることになる他ない。

本稿における分析を経た後、次の二点を指摘することができる。第一に、一九一二年のテクストには、立法／司法の区分を掘り崩す差異の《運動》において現前する法への概念把握への問題構成の自覚的分節が極めてクラシカルなスタイルにおいて定式化されており、このような《運動》を一般概念表象ないし抽象概念によって隠蔽することへのシュミットの深い懐疑を、否定することができないということである。第二に、現代法の問題状況[151]に拘束されるわれわれが一九一二年のテクストを読んだとき、右の問題構成は現在もなお残存していることを事後的に自覚せざるを得ないということである。この事後性が、シュミットのテクストの現代的意味への解釈へと誘発し[152]、シュミットを否定することによって、その問題にとりあえずの意味を付与した、という物語を共有することを可能にする。本稿は、右の問題構成を思考するために、そのような物語の装置に捕捉されないための準備運動を試みるものであった。

本稿に残された課題は多い。第一に、一九一〇年代の自由法運動の議論動向のコンテクスト分析、とりわけシュミットと、イエーリング、オスカー・ビューロー、そしてエールリッヒとの関係などを軸としたミクロロギー的分析は今後の課題である。第二に、一九一二年のテクストから、規範主義→決断主義→具体的秩序思想という図式的物語を退けた反面として、一二年のテクストがその後の様々な時期のシュミットの思想のなかでどのような機能を果たしたか、ということについては示唆程度しか提示することはできなかった。この作業を行うためには、最低限、それぞれのテクストに対して、本稿のような分析を逐一遂行してゆかなければならないだろう。最後に、本稿では、法学方法論における「制定法の解釈」「法の継続形成」「反制定法的判決」という思考図式による立法／司法の区別の観点とは異なる観点（法的確定性）から法の現実化を分析するシュミットの理論を祖述してきたが、この理論の実用性を具体的な事案に即して検証する作業や、現

代の法学方法論の到達点を踏まえた上での分析など、本格的な理論的分析には立ち入ることができなかった。これらの課題については稿を改めて取り組みたい。

注

(150) C. Schmitt Ex Captivitate Salus, Köln 1950, S. 75. 長尾龍一訳「獄中期」、『危機の政治理論』（ダイヤモンド社、一九七三）所収三三二頁。

(151) 現在、古典的な法律行為論システムが用意した意思相関的な権利体系によって法システムにおける社会的制御機能を全うすることの困難、あるいは、公法＝政治が関与するシステム／私法＝自由な自己決定という領域区分の妥当性が問われている〔たとえば大村敦志「取引と公序」『契約法から消費者法へ』、（東京大学出版会、一九九九）一六三頁以下〕。あるいは、「管理型法」の増加によって議会制定法律は執行機関の措置に近い道具性が求められ生活関係の変化に追従する立法を利益団体の圧力等によって増産してゆく結果、法律に全ての事案に対する法的意味の同定を求める法律万能主義ともあいまって、法律のインフレ化傾向を増大させ、「法の自立性」が侵食されることになる〔法の自立性、あるいは「自立型法」の意義については、田中成明『転換期の日本法』（有斐閣、二〇〇〇）七五頁以下（九一頁）〕。このような問題状況において、法理論は、「法外」なものと「法的なもの」との交錯の結果法的なものの固有性と輪郭が相対化している状況への評価と、法的なものと法外のものとの差異を分節するための区別の観点を法秩序が確保する法的決断・判断のシステムについての理論的基礎を解明することへの取り組みを、強いられている。

(152) 戦後の法解釈方法論の議論、特にエッサーらの法適用論・法発見論は、「アウシュヴィッツ」に先立つ、半世紀以上前の自由法運動の、法生活適合的な柔軟な法適用・法創造を推奨する問題状況を反復させることになった（Eduard Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik-Alternativin der Rechtsgewinnung, JZ 1988 Nr.1 S. 1ff. (Teil I), S. 3ff.)。

※ 本稿において、引用文中で用いた括弧の使用方法は以下の通りである。

・丸括弧（ ）…原著者による挿入、あるいは原語を示す場合に用いる。

・亀甲括弧〔 〕…引用者（塩見）による補充を示す。

・二重括弧 …… 原著者による引用ないし強調を示す。