

論 説

行政法学における法学的的方法批判について
法律学方法論の側から考える（1）

—— 制御学, 法規中心主義批判, 包摂・衡量二元論, 及び学際性に対する若干の疑問 ——

赤 間 聡

1. はじめに
2. 行政法学における法学的的方法と法律学方法論
3. 法律学方法論の歴史的展開
4. 法律学方法論の戦後の潮流（以上、本号）
5. 行政法学における法学的的方法批判に対する検討
6. むすびにかえて

1. はじめに

まちづくりや公共施設の管理・運営、または交通インフラ整備や環境保全など、行政の様々な活動がある中で、そのうち特に我々市民との外部関係に絞って、さらにその中でも許認可や下命・禁止など法的な関係を生じさせるものに局限して、それを学問的に体系化する。行政法学における法学的的方法とは、単純化すれば、このような思考様式を指し、典型的には、これを戦前のオットー・マイヤー（以下、単にマイヤーという）における行政法学の概念構成のあり方にみることができる。そして、この法学的的方法に対する批判、行政活動を単純化し過ぎる等の批判はすでに、戦前のマイヤー法学に対する批判に始まり、この概念構成を基本的に引き継いでいる現代の教義学としての行政法学のあり方についても向けられ続けている¹。

高知論叢（社会科学）第118号 2020年3月

¹ 行政法学における法学的的方法をめぐる議論の歴史については、Christian Bumke, Die Entwicklung der verwaltungsrechtswissenschaftlichen Methodik in der

こうした法学的方法をめぐる議論は、一見したところ、行政法学の対象や方法といった抽象的な議論のように思えるが、子細に検討すると、裁量の問題や司法審査のあり方等具体的なレベルにまで及ぶ広汎な議論群からなることがわかる。しかも、(1)各議論の連関は複雑な上、(2)抽象的なレベルの議論はもはや行政法学固有の問題ではなく、法律学の対象や法的推論とは何かといった基礎法学の問題、特に、法律学方法論—この学問分野については2で示す—の問題と重なっており、(3)その総論的な議論は具体的な紛争解決という個別実践的な議論に正当化論拠を与えるという体系的ともとれる全体を示している。このうち、(2)の法学的方法と法律学方法論との関連は非常に重要である。

行政法学における法学的方法の実践的意義は、行政行為や命令等の諸概念を通して、権力行使を体系的に整理することで、恣意的な権力行使を抑制できる点であり、これは法治主義の要請に応えるものであった。しかし、これとは別に、法学的方法の理論的意義として、明確な概念構成の方法を通して、行政法学を固有の学問としての地位まで高めたという点も挙げられよう。そして、後者の点は行政法学の成果というよりは、19世紀後半の民法学及び法律学一般の成果であり、そしてより根本的な意味では、20世紀転換期の社会科学・精神科学の方法論の発展がもたらした成果であるともいえる。たとえば、マイヤーの体系、法律という一般的・抽象的な上位概念から行政行為という個別的・具体的下位概念に至る体系は、周知の通り、民法パンデクテン法学を手本にしたものであるが、その根底には、実践的な問題解決というよりは、帰納や演繹という学問の方法—サヴィニーがいう「哲学」—への意識があったといえる²。また、

Bundesrepublik Deutschland in: Eberhard Schmid-Aßmann, Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, S. 73-130. また、法学的方法と行政法学の学問性に関する近時の議論としては、ハンス・クリスティアン・レール (原田大樹訳)「国際性と学際性による公法の方法論の開放—発現形式・契機・限界」自治研究 第91巻11号 (2015) 42~75頁参照。

² サヴィニーにおける哲学と法律学との関係については、Karl Larenz, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 6. Aufl., Berlin, 1991, 12f. また、同様の視点から行政法学と合理主義哲学との関係について分析したものとしては、Thomas Vesting, Nachbarwissenschaftlich informierte und reflektierte Verwaltungsrechtswissenschaft - »Verkehrsregeln« und »Verkehrsströme« in: Eberhard Schmid-Aßmann, Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 253-292.

現実の複雑多様な権力活動をそのまま行政法学の対象とはせずに、法関係に絞って、単純化していく思考様式は、所与と概念に関する19世紀後半のドイツ哲学の影響、及びそうしたドイツ哲学に基礎を得て独自の学問としての法律学の在り方を模索した法律学方法論の影響のもとにあったことも注意されなければならない³。

以上のように、学問としての行政法学の成立には、法律学の学問性や方法に関する意識、すなわち基礎法的な理論が関わってきたといえる。そして、この点は法学的方法と法律学方法論の一つの立場であるいわゆる概念法学との類似性のみでとれることであり、法学的方法に対する批判は概念法学に対する批判とかなりの程度重なることにもみとれる。ところで、法律学方法論の側では、すでに戦前、そして特にその戦後の展開において、概念法学をいかに乗り越えるのかという点が一つの重要なテーマとして挙げられてきたし、この課題について、様々な論者が精力的に取り組んできたところである。したがって、行政法学における法学的方法を批判する場合にも、これらの議論が十分参照されるべきであり、そのうえで行政法学固有の問題を検討することが要求されよう。仮に、こうした作業なしに、法学的方法が単に行政実務上の事由—後述の行政の執行不全の問題等—から批判される場合には、具体的事案解決の議論—後述する行政規則の扱いや衡量の統制など—においてはもちろんのこと、行政法学の学問性をめぐる議論においても、不適切な帰結が導き出されるおそれがある⁴。

本稿はこのような視点から、行政法学における法学的方法を法律学方法論との関係で論じるものである。もっとも、法律学方法論との関係とはいっても、本稿の主要目的は行政法学における法学的方法批判の妥当性を検討することであるので、本稿が取り上げる法律学方法論上の議論はこれに密接に関連するも

³ ここでの哲学は、もちろん、新カント派哲学のことを指す。新カント学派が法律学方法論に及ぼした影響については、赤間聡「新カント派西南学派哲学研究Ⅰ—リッケルトの学問論と文化科学としての法律学—」青山社会科学紀要第23巻第1号(1994)49～75頁、同「新カント派西南学派哲学研究Ⅱ—エーミール・ラスクにおける「法現実」—」青山社会科学紀要第24巻第1号(1995)61～90頁を参照。

⁴ レール前掲注(1)50頁においても、現代の公法学の方法を模索する上で、基礎法の議論が必要不可欠であることが強調されている。

のに限定していることはあらかじめ述べておきたい。以下、2ではまず、現代行政法学における法学的方法をめぐる議論を確認し、そこに含まれる議論群を整理する。次に3及び4では、行政法学との関係を意識しつつ、法律学方法論の現代に至るまでの流れを概観しつつ、2で整理した問題群に対応する法律学方法論の議論をあぶり出す。そして、5においては、2～4の成果を活かしつつ、現代の法学的方法批判に対するいくつかの問題点を述べることにする。

2. 行政法学における法学的方法と法律学方法論

行政法学における法学的方法とは何かについて触れる前に、まず、法律学の方法に関する議論の成立とその内容について言及しておく必要がある。後述する通り、法学的方法の定義の中には、法律学の対象と方法という基礎法的な議論が入り込んでいるからである。

1で示した通り、法学的方法成立の背景には、19世紀後半のドイツにおける精神科学・社会科学の方法に関する議論の興隆があり、かつそれに連動して、民法学者や公法学者が法律学自らの学問性を議論の対象とするようになったこと、この意味で一般法学、法律学方法論の理論的發展が背景にある。こうした多様な分野で方法論が議論されるようになったこともあり、「方法論」(Methodenlehre)という語で意味される事柄は必ずしも一様ではなかった。

まず、19世紀後半におけるドイツにおける方法に関する議論一般についていえば、この意味での方法論は、学問的実証主義とそれに対するドイツ理想主義の復権が起こる20世紀の転換期に意識的に問われるようになった学問論(Wissenschaftslehre)、すなわち学問の「正しい認識にいたる道筋」に関する議論として捉えられる。この点で、この議論の根底には哲学上の認識論があった⁵。周知の通り、ゲオルグ・イエリネック(以下、G. イエリネックという)の

⁵ ヘーゲルの死後に起こった自然科学の発展とそれに伴う自然科学的方法のまん延に対し、まずは固有の「学」としての哲学の擁護が目指され、その議論の延長に社会科学の固有性の擁護があった。ここでは方法論は必然的に学問論になる。詳細については、赤間・前掲注(3)「新カント派西南学派法哲学研究Ⅱ」63頁以下。

二側面説、ケルゼンの方法二元論、あるいはエールリッヒの法社会学理論は実証主義や理想主義の認識論がベースにある。この学問論という意味での方法論は、とりわけマックス・ウェーバーに代表されるように、この時期、社会科学全般に及んでいたが、社会科学の中にあっても当初から規範科学としての自己意識が明確であった法律学³で示す通り、エールリッヒはこのこと自体を問題視するが⁴においては、方法論の問題は少し複雑な様相を呈する。

現在、法律学方法論 (Rechtswissenschaftliche Methodenlehre) という枠組みで理解される諸理論は、広義の意味においては、上で挙げた哲学的認識論を前提とした議論、すなわち法律学の対象とその方法に関する一般的、包括的議論を意味する⁶。ここには法律学の学問性そのものに関する議論も含まれる。たとえば、先のイェリネックが国法学の対象を「現実世界に表出している当為形態の法規範」とし、それを「説明する」のがこの学の課題であるとするとき⁷、これは明らかに広義の法律学方法論について議論していることになる。一方で、狭義の意味での法律学方法論とは法律学の対象や方法、あるいは学問性の議論は一応抜きにして、法律学の中心が教義学 (Dogmatik) であることを認めた上で、この教義学の中心課題である、法律を前提とした具体的な紛争解決にいたる正しい道筋の探求法、すなわち法解釈学方法論、あるいは「法学方法論」(Juristische Methodenlehre) を指す。そして、現在においても、民事法学、刑事法学、公法学のような個別法学において方法論が議論される場合には、特別の留保がない限り、通常は後者の法学方法論が念頭に置かれている。行政法学の方法論についても同様である⁸。

さて、以上のような方法論に関する用語と混同されがちなのが「法学的的方法」(Juristische Methode) と呼ばれる語である。これは、歴史的に、法律学が自己反省的に自身の方法論を語る以前の時期、ドイツ民法典の成立にいたる時期

⁶ Larenz 前掲注(2) Einleitung, 189ff.

⁷ Georg Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 7. Neudruck, Darmstadt, 1960, 11-20.

⁸ Eberhard Schmidt-Aflmann, Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft - Perspektiven der Systembildung in: Eberhard Schmid-Aflmann, Wolfgang Hoffmann-Riem (Hrsg.), Methoden der Verwaltungsrechtswissenschaft, Baden-Baden, 2004, 387-413 (388f.). また、方法論という語の多義性については、レール前掲注(1) 44~45頁も参照。

において、安定的、かつ体系的に紛争を解決するために採用された概念構築方法、すなわち、いわゆるパンデクテン法学の手法を指す。ただし、憲法学や行政法学でこの語が使用される場合には、パンデクテン法学の意味を超えて、広義の法律学方法論におけるある特定の立場を含意することがあるので注意が必要である。この点を近時の行政法学における法学的な方法批判の立場を参考にしながら、みていきたい。

一般に、行政法学では法学的な方法の特徴として以下の3点が挙げられることがある⁹。(1)行政法学の研究対象を法律関連行為に局限する研究手法、(2)法律による行政の理念のもと、(1)の視点から抽出された行政の行為に学問的関心を集中させ、国家と国民、国家機関間の法関係を明確にし、司法実務に貢献する思考様式、(3)さらに、(2)を効果的に行うために、素材となる各種実定法の規定及び各種行政実務を、矛盾なく、包括的概念の下に置き、体系化を行う思考様式である。これらの特徴は、もちろん、マイヤーの行政法教科書に容易にみてとれる事柄である¹⁰。マイヤーは、法律学の対象は法命題及びその背景にある法(権利)関係であるという民法学の考えをもとに、行政法学の対象も法及び公法上の法関係であるとする。このことによって、行政法学は法律学の一分野であることが強調される¹¹。行政法学の対象が法及び法関係である以上、個々の具体的場面で法が規定する法関係を導き出すことが行政法学の課題となるが、これはすなわち、個々の場面で法主体が為すべきこと、すなわち「何が正しいか」を決定することに他ならない。そして、法治国家では何が正しいかを決定しているのは法律であり、この法律に基づき、個別事例において何が正しいかを決定するのが行政の行為となる¹²。さらに、行政法学は私法にお

⁹ Andreas Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtsrechtswissenschaft in: Wolfgang Hoffmann-Riem, Eberhard Schmidt-Assmann, Andreas Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. Aufl., Bd1, München, 2012, 1-61 (5f.).ただし、ここでホースクーレは4点挙げているが、最後の2点はパンデクテン法学の手法—詳細は3で触れる—を繰り返しているに過ぎないので、本稿ではこれをまとめて、計3点とした。

¹⁰ Otto Mayer, Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., Berlin, 1924.マイヤーの法学的な方法については、塩野宏『オットー・マイヤー行政法学の構造』有斐閣(1962)110~195頁を参照。

¹¹ Mayer前掲注(10)103-113.

¹² Mayer前掲注(10)81-83.

けるパンデクテン法学を手本に、個別の行政の行為や個別の法律の執行を題材に、統一的な概念の体系化を模索する任務がある¹³、とされる。そして、この題材は特に警察法領域に求められる。すなわち、各論である警察法における行政の各種行為から総論において行政行為という一般的な法概念が抽出されるのである¹⁴。

ところで、このように法学的方法を捉えるとき、この法学的方法の中にはいくつかの基本的問題設定が混在しているのがわかる。まず、行政法学の対象選定についての(1)の点はイェリネックの二側面説に関わる点で、広義の法律学方法論の問題に属する。行政決定の正当化に関する(2)の点は「～は～を義務づけられる(あるいは「～は～すべし」)」等の個別的・終局的規範命題の正当化問題である。これは一面では、規範命題の正当化に関する法哲学的な議論—ザビニーにおいては権利概念であり、ケルゼンでいえば、法段階説—に行き着き、他面では、もう少し単純に法的判断の演繹問題、すなわち、狭義の意味での法律学方法論に関わる。行政法学の体系化に関する(3)の点は、(2)の演繹のための帰納の問題で、上で挙げた民法パンデクテン法学における体系的思考、すなわち各論から総論に至る思考を指す。ただし、民法学においては、総論は法典において反映されている一方、行政法学の場合には、総論は法典化によって支えられてはおらず¹⁵、学説上の概念にとどまるという点は異なる。

さて、以上のように分析すると、行政法学における法学的方法は、法律学方法論のある特定の見解に依拠したものであることがわかる。特に、上記の(2)及び(3)の点はいわゆる概念法学の立場と共通しており、法律学一般の問題に深く根ざすものである。もっとも、行政法学における法学的方法をめぐる現

¹³ Mayer 前掲注(10) 113f.

¹⁴ もっとも、マイヤーはこのような法学的方法を行政法学において一貫して主張しているわけではない。法とその執行との関係においては、行政裁量の存在を認めることにより、司法と行政での法適用に差異を見出している(Mayer 前掲注(10) 98-103)。また、パンデクテン法学流の思考様式も行政法学において全面的に受け入れているわけではない(Mayer 前掲注(10) 115-121)。この点についてはVesting 前掲注(2) 258f.も参照。

¹⁵ もっとも、特にドイツでは行政手続法の登場で、行政行為や附款等、かつての学説上の概念は、法律上の概念となっている(ドイツ行手法35条及び36条)。この点で、行政法総論はいわば法典化の方向にあるといえる。

在の議論においては、5で示す通り、こうした法律学一般の問題に加え、インフォーマルな行政活動や行政契約の学問的位置づけの問題、あるいは行政計画における法適用方法論の問題など、行政法学固有の問題群も併せて論じられている点も留意する必要がある。そこで、法学的な方法批判について検討する場合には、法律学一般の論点から初めて、そこから行政法固有の論点に進んでいくことが必要となろう。以下、3及び4では、まず、法学的な方法に関連する法律学一般の問題を法律学方法論の戦前戦後の議論展開において確認することからはじめる。

3. 法律学方法論の歴史的展開

2で示した法学的な方法のうち、(2)の演繹的思考と(3)の帰納的思考の関係では、伝統的なパンデクテン法学の立場は(3)をより基本的な思考としている。帰納的・体系的思考が完成をみていることが前提に初めて、(2)の演繹的な思考が意味をもつからである。売買の取引が契約であることが推論できなければ、取引上の義務の発生についての推論は成り立たない点を考えれば、このことは明らかであろう。一方で、帰納的な体系化が民法典という形で実定法化された後には、それは動かしがたくなり、法律家の関心は(2)の演繹的な思考の詳細な方法論、及びそうした演繹的な思考そのものに対する批判へと向かっていく。これが、いわゆる、概念法学とその批判である。この対立モデルは、現代に至るまで、特に狭義の意味での法律学方法論の主要なテーマになっており、行政法学における法学的な方法批判の議論もこの点に関わるものが少なくない。以下では、問題の発端になったパンデクテン法学とそこから展開される法律学方法論の伝統的な立場、そしてそれに対する各種の批判を、現代に至るまでの法律学方法論の流れの中で概観していくことにする。

3.1 パンデクテン法学における法学的な方法と概念法学

周知の通り、1900年のドイツ民法典成立までは、ドイツにおいてはローマ法が普通法として継受されていたが、ローマ法はケース・ローの集積であって、

演繹の、すなわち法的三段論法の大前提になるようなものではなかった。また、結論の妥当性についても、当時のドイツの経済社会に適用するように調整される必要があった。このような要請から、パンデクテン法学の役割は、選別されたケース・ローを素材として、妥当な結論を安定的に引き出すために、概念による抽象化を行うことであった。もっとも、概念の抽象化は単に結論を安定供給することだけが目的ではなく、具体的事柄—ローマ法による伝統的事案解決集—の背後に潜むと考えられた「原理」を体系化し明らかにする試みこそが学問—当時は哲学のこと—の名に値するというドイツ合理主義の考え方が特にサヴィニー法学の背景にあった点は補足されるべきである¹⁶。こうした法律学の合理主義哲学への接近は、マイヤーの行政法学の体系化においても、指摘され得るところであるが¹⁷、いずれにしてもこのような発想から、特にプフタにみられるような各種物権や債権の構成から始まり、より抽象的な権利概念に進む思考様式が成立する。この下位の法概念から上位のそれを導き出す帰納的思考は、同時に論理必然的に、上位の法概念について妥当する命題は、常に下位のそれについても妥当することを要求するので、演繹的思考も同時に保障される¹⁸。これがパンデクテン法学、すなわち法学的な方法の抽象化の作業である。

ところで、このようなパンデクテン法学によって概念体系が一旦作り上げられた後には、特にそれが民法典としてテキスト化し、上位概念も下位概念も条文として整備されてしまった後には、それ以上の体系化や抽象化の作業は一応なくなり、残される作業は個別紛争を単純な概念操作によって、包摂し、解決することだけである、と観念されるようになる。パンデクテン法学による体系化や抽象化の作業が精密であればある程、残された作業は機械的な論理操作に制限されることになる。このようなことから、たとえば、初期のサヴィニーが法解釈学総論として、すなわち、上述の狭義の意味での法律学方法論として、法解釈学技術を語る時、文理解釈、歴史解釈あるいは体系的解釈を重視した点が理解される。概念を拡張あるいは縮小する解釈、または類推には正当性は

¹⁶ Larenz 前掲注(2) 12-18.

¹⁷ Vesting 前掲注(2) 259-265.

¹⁸ Larenz 前掲注(2) 21f.

見出されなかったのである¹⁹。

以上の点をまとめれば、私法における法学的方法の特徴である帰納と演繹とは、第一に、妥当な個別事例解決、すなわちケースごとの請求権の認容や否認というローマ法由来の結論がまずはあって、その結論を導き出すために各種債権や物権の特徴を述べる分析的命題を作り上げること。そして、さらには債権・物権をも包摂する一般的な権利概念を構築すること。このような下から上への思考法が法学的方法の基本である²⁰。そして、第二に、個別事例はこのような概念体系にすべて当てはめられ、終局的に請求権の認容や否認という結論が論理的に引き出される。これは最初の作業とは逆の方向、上から下への思考法、いわゆる法的三段論法による演繹を表しているといえる。

3.2 戦前の概念法学批判

こうした法律学の方法に対しては、20世紀初頭に自由法運動や利益法学、あるいは法社会学の立場から攻撃が加えられたことは周知の事実である。自由法運動は、一般に、裁判官の法適用は論理的機械的判断ではなく、そこには個人的判断が介在する点を強調した²¹が、この立場を独自に法律学方法論として確立したのが利益法学である。たとえば、フィリップ・ヘックは利益法学の立場から、上で挙げた方法を概念法学と蔑視している。概念法学では、法秩序は日常生活から離れた概念の体系、閉ざされた概念体系であり、裁判官の活動はただ事態を概念へと包摂させる論理的作業にすぎないことになってしまう、と²²。これに対して、ヘックによれば、演繹のスタート地点である法命題の背景には立法者による利益の調整があり、それを適用する法適用行為も利益調整行為の延長にある、とされる²³。というのは、そもそも立法者による利益調整はあら

¹⁹ Larenz 前掲注(2) 12f.

²⁰ もっとも、このような思考は論理的には「帰納」とは呼べず、自然法の哲学が入り込んだ抽象化の作業である点は注意されるべきである。また、抽象化の素材が概念であるのか、それとも実際の生活関係であるのかという点についてもすでに19世紀に議論があった点である。

²¹ Larenz 前掲注(2) 59.

²² Philipp Heck, *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*, Tübingen, 1932, 2-17.

²³ 問題解決に関する立法と司法の類似した役割については、Philipp Heck, *Gesetzesauslegung*

ゆる紛争事例を完全に解決できるほど網羅的かつ明確になされているわけではないという意味において、法の欠缺は避けられない。その場合に、裁判官の作業は当然に論理的な操作に制限されるわけではなく、利益調整という実質的な価値判断に踏み込むことになるからである、と²⁴。

上記のような法学的方法に対する反論とは別に、法の定義や法律学の学問性の問題に至るまで広範にこの方法を批判するのが法社会学の立場である。概念法学としての法律学の、すなわち法学的方法の課題は、裁判所によって適用可能な規範命題を見出す点にある。しかし、エールリッヒによれば、実際の法は裁判所による適用を待たずとも、日常生活の中に行為規範として存在するので、法学的方法は学問の対象を偏狭な特定の規範命題に局限していることになる、とされる²⁵。加えて、概念操作そのものには学問性を見出すことはできず、学問としての法律学は規範命題や法概念ではなく、法の根底にある事実に関わるべきである、とされる²⁶。法の根底にある事実とは、エールリッヒによれば、法律家による帰納・抽象化以前に社会で通用している各種法制度のことで、たとえば、ローマ法における家族関係や売買、賃貸などを指す。それらは、法律家が命題として一般化する以前に、事実上の法制度として現に存在しており、学問としての法律学はそうした事実上の制度の発生の問題に関わるべきだ、とエールリッヒはしている²⁷。総じていえば、ここでは、法学的方法の特徴である概念の帰納(3)や演繹の問題(2)というよりは、法律学の対象選定(1)という、広義の意味での法律学方法論の問題点が指摘されているといえよう。

und Interessenjurisprudenz, in: AcP 112 (1914), 特に, 41-60. また, 利益法学とその問題点については, Larenz 前掲注(2) 49-58を参照。

²⁴ Heck 前掲注(23) 71.

²⁵ Eugen Ehrlich, Die juristische Logik, Tübingen, 1918, 115. この邦訳として, E. エールリッヒ(河上倫逸, M. フーブリヒト共訳)『法律的論理』みすず書房(1987)も参照。

²⁶ Eugen Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts, München u. Leipzig, 1913, 特に冒頭の1-6参照。この書は学問論の視点から法学的方法を批判したものである。この邦訳として, E. エールリッヒ(河上倫逸, M. フーブリヒト共訳)『法社会学の基礎理論』みすず書房(1984)も参照。

²⁷ Ehrlich 前掲注(25) 287.

3.3 ケルゼン

20世紀初頭には上のような法学的方法に対する批判があった一方で、法実証主義の立場から、むしろ法学的方法を擁護ないし洗練化させたのがケルゼンの法理論である。彼の理論は、いわゆる戦前の国法学論争において争われたばかりでなく、戦後のミュラー（後述4.3）などに代表される公法学方法論においても、しばしば批判の対象とされてきた。また、ケルゼンの「純粹法学」という発想は、近時の制御学として行政法学を捉える立場（後述5）とは明らかに正反対の見解であるゆえに、ここで必要な限りで触れておく必要がある。

まず、ケルゼンの法理論は、エールリッヒの関心と同様に、主に法学的方法の特徴(1)の法律学の対象の問題、そしてそれとの関係で(2)の演繹の問題²⁸、すなわち広義の法律学方法論に関わる。ケルゼンによれば、法的現象、たとえば、立法行為や行政行為は、一面では、時間空間の、すなわち存在の領域で生起する現象である。が、別の面では、これらは規範に照らして初めて、意味を帯びるものである。規範は解釈図式(Deutungsschma)として、外界・自然的事象に意味内容を与える。そして、規範によって事象に与えられた法的意味内容自体は、自然界ではなく、規範世界に属することになる、とされる²⁹。これが規範科学としての法律学の固有の対象である。こうした規範世界は因果の連鎖としてではなく、妥当性の連鎖として扱われる。したがって、立法行為や行政行為がなぜ発生したのか、という問いは存在に対する問いであって、これは社会学や政治学の問題であっても、法律学の問題ではないことになる³⁰。このような法律学の対象論から、ケルゼンは行政行為や契約などの個別行為の意味—ここではその妥当性も—は規範に依存し、その規範はさらに上位の規範に依存するという法段階説の立場を採用する。

ところで、ケルゼンの理論は上の広義の意味での法律学方法論としてばかりでなく、狭義の意味での法律学方法論としても重要な内容を含む。ケルゼンは

²⁸ 法的三段論法のことではなく、行政行為の効力の根拠のような、公的決定の有効性—wirksamないし gelten—を導き出す演繹問題である。

²⁹ Hans Kelsen, *Reine Rechtslehre: Einleitung in die rechtswissenschaftliche Problematik*, 1. Aufl., Leipzig u. Wien, 1934, 5-7.

³⁰ Kelsen 前掲注(29)9-11.

教義学、法解釈学の学問性については明言してはいないが、法適用と法認識の違いについて以下のように、述べている。

実践的な法解釈は、法段階説の立場からみると、法創造という性質をもつことが明らかになる。法体系を上位規範が下位規範によって具体化されていくものとみるとき、国家行為として下位に位置する判決及び行政行為は個別化された規範とみなすことができる。そして、上位規範は確かに下位規範の内容を特定することはあるが、これは完全にというわけにはいかない。下位規範の定立には余地・裁量が残される。そして、その余地には、程度の差はあるものの、下位規範定立自体は余地を埋める(ausfüllen)行為であるという点では変わらない。すなわち憲法に対する法律定立の余地、いわゆる立法裁量と法律に対する判決や行政行為の余地、いわゆる司法裁量や行政裁量では本質的な違いがないことになる。この点で下位規範定立行為は全て実践的行為であることになる、と³¹。

もっとも、ケルゼンは認識としての法解釈を完全に否定しているわけではない。これがいわゆるケルゼンの粹論である。上で挙げた通り、下位規範定立の余地は上位規範が完全に下位規範の内容を特定していないことに起因するが、そうした場合の一例として法律の文言が多義的であることが挙げられる。この場合、法律は司法及び行政に法解釈の粹を提示していることになるので、その限りで判決及び行政行為は、この粹内での実践的な意味の選択行為として捉えられる。一方で、法解釈を実定法の意味内容の確定と捉えるならば、法解釈活動はこうした判決や行政行為の粹、または複数の決定の可能性を認識する行為として理解できる³²。ケルゼンはこのように考えて、これまでの法律学がしばしば認識行為の名の下に唯一の正しい解釈を見出そうとしてきた点を批判する。既に挙げた利益法学は利益調整により正しい決定を見出そうとするものであるが、既存の法から利益調整の基準を見出すことはできない³³。また、概念法学は既存の法の中にすでに正しい答えがあるものとして、法解釈をただの発見

³¹ Kelsen 前掲注(29) 90f.

³² Kelsen 前掲注(29) 94f.

³³ Kelsen 前掲注(29) 97.

(Finden) とみなすものであるが、これも法解釈の実践性を見誤るものである、とされる³⁴。

以上、簡潔ではあるが、行政法学における法学的方法の起源及び法学的方法一般に関する戦前の代表的な議論を抜粋してみた³⁵。以下では、戦後の展開について、これも行政法学の問題に関わりが深いものに限って、法律学方法論の議論を概観することにする。

4. 法律学方法論の戦後の潮流

戦後ドイツの法理論³⁶は1960年ごろまでが自然法回帰の時代と呼ばれ、ナチスドイツの反省から正しい法への探求が必要とされた。それはラートブルフの法哲学であったり、キリスト教神学に基づくものであったり、あるいはシェラーやハルトマンの実質価値哲学に基づくものなどが挙げられる。こうした自然法への志向は法理論上の事柄だけではなく、人間の尊厳条項等、実定法レベルにおいても現れる³⁷。そうすると、少なくとも戦前の法学的方法が前提としてきた法律の留保の下、法律から結論を演繹する思考様式、また素材としての制定法を補完的に体系化する思考様式、議会立法にあらかじめ紛争解決の答えがあるとする思考様式は、もはや採用できないことになる。現行憲法下では、むしろ、公権力行使の憲法適合性—そこには当然に行政権行使及び司法権行使も含まれる(ドイツ基本法20条3項)—が問われることで、直接に結論部分の正しさが要請されるようになったからである。

³⁴ Kelsen 前掲注(29) 99f.

³⁵ なお、広義の意味での法律学方法論の視点からみれば、国法学論争も重要な問題ではあるが、行政法学における現代の法学的方法批判との関係からみると、関連が多くはないので本稿では割愛した。

³⁶ 以下の戦後ドイツ法思想史及び現代ドイツ論証理論についての説明は、次の文献を参考にした。Larenz 前掲注(2) 145ff.; Ralf Dreier, *Deutsche Rechtsphilosophie in der zweiten Hälfte des 20. Jahrhunderts* in: Robert Alexy (Hrsg.), *Integratives Verstehen*, Tübingen, 2005, 215ff.; Matthias Klatt, *Contemporary Legal Philosophy in Germany*, ARSP (2007), 519ff., また和文献としては、亀本洋「法的思考」有斐閣(2006)、ウルフリット・ノイマン著; 亀本洋[ほか]訳「法的議論の理論」法律文化社(1997)を参照。

³⁷ Larenz 前掲注(2) 122.

もっとも、このことは法律学において論理や演繹がもはや不要になったということの意味しなかつたし、法律学方法論という学問が不要になったということをも意味するわけではなかつた。事実、戦後当初の単純な自然法への回帰は、それにより、法理論がイデオロギーに陥りがちになったこと、国際的な科学的・分析的学問傾向と相容れないことなどから、ドイツの法理論は60年代以降、法律学方法論への回帰、法理論における方法や論理への指向が強まったといわれる³⁸。そこにはトピック論、ヘルメノイテイク(解釈学的方法)、法的論証理論等の様々な潮流が含まれるが、共通することは方法への回帰といっても、戦前の法律学方法論への回帰ではなく、それを乗り越える新しい試みであったという点である。これらの潮流の内、特に行政法学における法学的方法に関わるものとして、エッサー、クリーレ、ミュラー、そしてコッホ及びアレクシーの方法論について下で触れていきたい。

4.1 エッサー

大陸法系のドイツ法に関して、あえて英米流のケース・ローを参考にして、事例ごとの法発見に法適用の本質を求めたのがエッサーの法理論である。契約締結上の過失をめぐる議論のように、債務の発生原因を法概念によって体系化すればするほど、「救済されるべきだ」と法律家が直観的に考える事例が論理的に救済されないという事態が起こり得る。法学的方法によって抽象化、精緻化された法概念—総則を含め—は決して無欠缺というわけではないのである。にもかかわらず、法律を無批判的に大前提において結論を演繹するならば、妥当な決定を得られないことになる。これを避けるために、法律家は既存の条文を類推適用したり、拡大解釈したりなど、解釈技術を通して、いわば無理やり演繹すなわち法的三段論法を維持している。これがエッサーの主張である³⁹。すなわち、法学的方法のうち(3)の概念による抽象化過程及び(2)の演

³⁸ たとえば、この時期、戦前のカール・エンギッシュの法論理が見直しを受けるようになったことなどが挙げられる。また、70年代ドイツ行政法学が経験的社会科学との連携を重視したこともこの点と関連する。Bumke 前掲注(1) 98-101。

³⁹ Josef Esser, Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts: rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre, Tübingen,

釋・法的三段論法は、完成された規範という考えを前提とする限り、どちらも誤りであることになる。エッサーにとって法律家が用いる法的三段論法は、基本的に、それによって結論が得られたかの如く見せかけるためのただの装飾にすぎない。結論は実質的に別の思考で既に決まっているのである。これが原理(Prinzip)に基づく個別的事案解決である。

5で触れる行政法上の衡量原則にも密接に関わるこの原理という概念を、法律学において本格的に導入した法学者の1人がエッサーである。原理は、信頼原則等に代表されるように、それは規範(Norm)ではなく、ある事例について関連する法的な視点または法準則のことをいう。したがって、規範とは異なり、単純に「適用」されるものではない⁴⁰。また、その獲得についても原理は規範とは異なる。パンデクテン法学、そして法学的方法はローマ法による事例解決集から抽象化して法概念及び民法典を獲得したが、これと同様な仕方で、原理を獲得することはできない。かといって、原理は実定法から離れた自然法から演繹されるようなものでもない。エッサーによれば、原理は自然法とは異なるが、前実定的な性質をもつ、社会における法的確信である⁴¹。もっとも、原理には、規範の場合とは異なり、あらかじめ直接事例を解決するほどの明確性はない。それは具体的な紛争とそれを解決する実務の中で、すなわち裁判官という媒体を通して初めて判決の中で体现されるものである⁴²。こうしたエッサーの見解には、法を行為の中にこそ見出す(law in action)英米流の思考様式を見出すことができる。

ところで、原理が問題になるのは、法の欠缺や一般条項の適用が問題になる例外的な場面に限られない。条文からスタートする通常の法解釈の場合においても、原理は重要な役割を演ずる、とエッサーは主張する⁴³。そもそも、事例

1956, 5-54. また、エッサーの原理論については、Larenz 前掲注(2) 138-142を参照。さらに、エッサーの法哲学的な側面については、青井秀夫「現代西ドイツ法律学的方法論の一断面(続)―「法律学的ヘルメノイティク」の紹介と検討―」法学39巻第3・4号(1976) 339～359頁が詳しい。

⁴⁰ Esser 前掲注(39) 267ff.

⁴¹ Esser 前掲注(39) 52ff.

⁴² Esser 前掲注(39) 287.

⁴³ Esser 前掲注(39) 253ff.

解決において法規を出発点にする場合であっても、法規はまずテキストとして「理解」(verstehen) されていなければならないが、この理解は言語の知識ばかりでなく、法律全体や法的紛争に関して一定の知識を習得していること、を前提としている。こうした前提知識をエッサーは、ヘルメノイティクの理論に沿って、「前理解」(Vorverständnis) と呼ぶ⁴⁴。前理解は法の解釈・適用に先行するのであるから、理論的にみても法規を無批判的に大前提におくことには問題があることになる。エッサーによれば、解釈とは前理解を通して、書かれている規範と書かれてはいない原理が一体化する場に他ならない。したがって、この点でも原理を考慮しない演繹的思考法は誤りであることになる。演繹の補助として、サヴィニーらによって伝統的に主張されてきた文理解釈、体系的解釈、歴史的解釈、目的論的解釈などの解釈技法もまた原理なしには意味をもたない⁴⁵。

4.2 クリーレ

エッサーと同様に条文から出発する思考法を批判しているのがクリーレである⁴⁶。クリーレの方法論の特徴は法的な結論と倫理的な結論との連続性を強調する点にある⁴⁷。これは、広義の意味での法律学方法論、行政法学における法学的方法の特徴(1) 行政法学の対象選定論にも関わる点である。研究対象を法律関連行為に限定するという法学的方法は、19世紀後半の学問論、そしてそれに基づき、法律学は学問である以上、「認識」に向かうという G. イエリネックやケルゼンらにおいても共有された基本的見解を前提としている。この方法の意義は、法律学の認識の対象を法律関連行為に限定することで、法律学が政治

⁴⁴ Josef Esser, Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung: Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 1972, 10. エッサーにおけるヘルメノイティクと前理解については、青井・前掲注(39) 343頁以下参照。

⁴⁵ Esser 前掲注(44) 8.

⁴⁶ クリーレの方法論に関する代表的な著作として、Martin Kriele, Theorie der Rechtsgewinnung: entwickelt am Problem der Verfassungsinterpretation, München u. Leipzig, 1976がある。また、法実証主義批判としては、Martin Kriele, Recht und praktische Vernunft, Göttinge, 1979を参照。なお、クリーレについては、青井秀夫「現代西ドイツ法律学的方法論の一断面—「法律学的ヘルメノイティク」の紹介と検討—」法学 39巻第1号(1975) 117～129頁が詳しい。

⁴⁷ Kriele 前掲注(46) Recht und praktische Vernunft, 10-30.

学や倫理学から独立して成立するという点を根拠づけた点にある。これに対して、クリーレ—またエッサーも—そうだが—は法律学の問題と倫理的問題の連続性を強調することで、立法ばかりではなく、行政及び司法の判断においても倫理的問題解決と同様の性質をみる。これにより、実践的倫理学、政策学（立法論）と法律論（法解釈論）は同一線上に位置づけられることになる⁴⁸。これは、20世紀転換期の法律学、法実証主義的法律学に対する否定であり、同時に成立した行政法学が合法性（Gesetzmäßig）を中心に行政法を体系化したことに対する否定でもあると捉えることができよう。こうした倫理的議論と法律的議論の関連については、アレクシー（後述4.6）も同様の主張をしているので、そこで触れることにして、「実定法の認識」という要を取り扱うことで、クリーレはどのような法適用を考えているのかについて、以下で概略を示したい。

民主主義国家においては、立法段階で倫理的に正しい決定に向けて努力がなされることが期待できる。理性的な手続で議論が進められるからである。そこで、そうした立法の産物である規範を適用する者は、それを理性的に解釈すれば、法適用の場面でも倫理的正しい決定を得ることができる⁴⁹。ここに、正しさを求めるという点で、立法と行政・司法との間の連続性が成立する。とすれば、判決は基本的に当該紛争において何が正しいか—合法かではない—を問うものと理解され得る、とクリーレはいう⁵⁰。もっとも、正しさの探求といっても、法適用者においては、立法者とは異なり、既存の法律を前提として正しさを模索することが課題となる。したがって、法適用においては法律には忠実でなければならない（Gesetzestreue）ということと、法適用が正義の実現に資するということとを両立させる必要がある⁵¹。この二つの要請を両立させるために、クリーレは、法適用は条文のテキストを出発点にするという伝統的発想を

⁴⁸ 青井・前掲注(46)は、これをヘルメノティクスが認識論の前提となる主客二元論を否定したことの帰結として捉えている。

⁴⁹ Kriele前掲注(46) *Theorie der Rechtsgewinnung*, 167.

⁵⁰ Kriele前掲注(46) *Theorie der Rechtsgewinnung*, 215. この点は、マイヤーにおける法適用の正しさ（Mayer前掲注(10) 82f.）とは完全に異なる。

⁵¹ この点については、マルティン・クリーレ（井田良、小山剛訳）「裁判官の法発見における法律への忠実と正義」法學研究63巻第3号（1990）89～110頁参照。

否定し、規範仮説という独自の法適用理論を提唱する⁵²。

利益法学において主張されたように、クリーレも紛争解決を利益の調整として捉える。この点で、裁判官の作業は、事案を機械的に条文に当てはめるものではない。逆に、まずは、自身のあり得る複数の結論の方を先に想定し、おのおのの選択肢がもたらす利益の優先パターンをシュミレーションする。そして、その後、その中からより基本的(fundamental)な利益を優先することとなる決定を選択する。ここまでの段階では、裁判官の思考様式と立法者のそれとは基本的に変わるところがない。法適用にも倫理的、法政策的な視点が導入されているのである⁵³。

ただし、立法者と裁判官とでは利益の優先関係を決定する上で異なる点がある。裁判においては、倫理的な意味での正しさとは必ずしも重ならない法の正義の要請、典型的には法適用の平等の要請が働く。つまり、事例解決は一回限りの利益考量によってなされるべきではなく、ある程度の安定し繰り返される仕方になされるべきであるとの要請が働くのである—この点はアレクシーの衡量論及び後述5で示す計画裁量における衡量原則に関わる。この要請に応えるために、裁判官は、先に挙げたシュミレーションに際して、各選択肢を支える規範仮説を同時に準備しなければならない。この規範仮説は一回的な事案解決に資するためのものではなく、法規と同様に要件と効果を含む一般的に適用可能なルールとして定立される必要がある。というのは、最後の手順として、規範仮説と実定法との対比が待っているからである。終局的に、仮説は、既存の法規との整合性を確認されて初めて、正式な規範として裏づけられることになる⁵⁴。結局、①裁判官の決定は基本的な利益を優先する結論である必要があり、②決定は規範仮説に基づいてある程度の一般性を保証されなければならない、③規範仮説は法規との整合性が満たされる必要がある。そしてこれらがクリアー

⁵² Kriele前掲注(46) Theorie der Rechtsgewinnung, 199ff.

⁵³ Kriele前掲注(46) Theorie der Rechtsgewinnung, 195ff. なお、5で示す通り、こうした結果をまず、先に考慮するという思考様式は、現在の行政法学では現実指向性として評価されている。

⁵⁴ Kriele前掲注(46) Theorie der Rechtsgewinnung, 204. また、クリーレ前掲注(51) 96頁も同様。

される場合に、決定は、先に挙げた法律への忠実、法律の理性的解釈、正義の実現を実現していることになる。

4.3 ミュラー

エッサーやクリーレと同様に、伝統的な法学的方法を批判し、法適用者の自主性を尊重する論者としてミュラーがいる⁵⁵。が、ミュラーの場合、条文から出発すること自体を軽視しているわけではなく、むしろ法的三段論法における大前提である条文と小前提である事実の概念を大胆に再構築することで、結論である個別決定に至るまでの過程を独自の概念を用いて構造化 (konstruktieren) している点にその特徴がある。この点で、この理論は、狭義の法律学方法論としては、伝統的な法的三段論法を批判しつつ、それを再構築しようとする理論であるといえる。一方で、法的三段論法における大前提と小前提の概念を変更するためには、その根底にある規範概念や事実概念自体に手を加える必要がある。そしてこのためには、存在と当為 (Sein-Sollen) の二元論や二側面説と対決しなければならない。この点でミュラーの理論は広義の法律学方法論の特徴をもつ。以下の記述では、法学的方法における大前提・小前提・結論がどのように批判され、変更されているのかという点を中心に、ミュラーの理論の概要を示すことにする。

まず、三段論法の大前提である条文に関して。戦前の伝統的法律学方法論、そしてまた行政法学における法学的方法は、条文を小前提である事実から独立した形で、自立し妥当するものとして扱ってきた。これは、条文が事実を包摂できるくらい明確であること、もしくは解釈によって、明確になり得ることを前提とした理論であったといえる。このことはたとえば、ヴァルター・イェリネック (以下、W. イェリネックという) の不確定法概念の議論にもいえる点

⁵⁵ ミュラーの法律学方法論の著作としては Friedrich Müller/Ralph Christensen, *Juristische Methodik. Band I: Grundlegung für die Arbeitsmethoden der Rechtspraxis, auf neuestem Stand bearb. und erw. Aufl.*, Berlin, 2013. また、ミュラーについては、服部高宏「F・ミュラーの法律学的方法論」—「法律学的方法」の再構成—(1) 法学論叢123巻3号 45~70頁 (1988), 同「F・ミュラーの法律学的方法論」—「法律学的方法」の再構成—(2・完) 法学論叢123巻6号 49~76頁 (1988) が詳しい。

である⁵⁶。たしかに、大前提が小前提から独立しているとの理論的前提は、明確性の原則や権力の法律拘束性という観点から、重要であることは否定できない。しかし、これは実際の実務においても、理論的にも維持できない、というのがミュラーの考えである。ミュラーによれば、大前提である条文はただのテキストに過ぎず、規範性(Normativität)がない⁵⁷。規範性はテキストそのものの属性ではなく、実際の問題解決に際して、テキストから出発した後に、事実との関係を考慮しながら、具体的規範を獲得する過程で初めて発生するものである。条文をテキスト・言語データとして、規範の問題から切り離して考察するこのミュラーの方法論には、英米の分析哲学、特にD.デビッドソンの言明(utterance)や文(sentence)に関する意味論⁵⁸からの示唆がある。まずは、包摂の前提となる法概念に関するミュラーの見解を、デビッドソンを参照しながら、確認することにする。

法規は、通常、規制する対象を特定し、それを条文テキストにおいて言語化している。そこで、法学者の課題は、条文テキストに事案を包摂するために、たとえば規制対象である窃盗や殺人などの人の行為を表す概念を明確にすることであると考えられがちになる。こうした法概念、「語」(word)を全体の「文」(sentence)から孤立、分離させることをミュラーは問題視する⁵⁹。解釈を「意味」の理解とすると、意味の対象は語であるのか、という点が問われているのである。分析哲学・言語哲学の視点からみると、窃盗や殺人などの規制対象を表す

⁵⁶ Walter Jellinek, Gesetz, Gesetzesanwendung und Zweckmässigkeitserwägung: zugleich ein System der Ungültigkeitsgründe von Polizeiverordnungen und Verfügungen. eine staats- und verwaltungsrechtliche Untersuchung, Tübingen, 1913, 30ff.のような議論が伝統的な法概念論であろう。Müller/Christensen前掲注(55)191ではW.イエリネックの文献は挙げられていないが、こうした議論を伝統的な条文の理解として捉えている。

⁵⁷ Müller/Christensen前掲注(55)185, 239。

⁵⁸ 特にミュラーが引用するデビッドソンの文献としては以下のものが挙げられる。Donald Davidson, The logical form of action sentences in: Essays on actions and events, Oxford, 1980, 105-122; Radical interpretation in: Inquiries into truth and interpretation, Oxford, 1984, 125-139.

⁵⁹ この点は服部・前掲注(58)「F・ミュラーの法律学的方法論」—「法律学的方法」の再構成—(2・完)58~59頁参照。

概念や語が意味の対象ではない。意味の対象は「規制対象が生じている」という文である⁶⁰。そして、文を論理命題と考えると、文の意味とはその文が真理となる条件を指しているともみることができる。これがいわゆる真理条件説意味論であるが、デビッドソンによれば、言語にはそれを発する発話者と聞き手がいるので、特に聞き手にとっては、辞書的な意味条件の他に、発話者の意図や態度、前後の文脈など総合的、語用論的な条件が真理条件に加わる⁶¹。したがって、条文テキストを、それ自体として独立・自律的なものとして扱い、法学者がそれを明確にすることができるとする前提は、(言語)哲学的には維持できない、とミュラーはするのである⁶²。

このように、条文を言語テキストとして考えた場合、もう少しいえば、条文を市民に向けた言明である行為規範としてみた場合には、条文が規定する規制対象である人間行為の意味・解釈は、上述の語用論を加味する立場からは、日常的なコミュニケーション場面でのその語の使用法から求められる。が、そこでの意味は、当然のことながら、実際の紛争解決において役に立つような専門的、法的意味内容、すなわち裁判規範としての意味内容と合致するものであるとはいえない。法という言葉の終局的使用場面は、やはり、裁判や行政決定などの法実務の場面であるので、条文の意味というものを語用論の立場から考えると、条文の意味の探求においては専門的なコミュニケーション、すなわち手続法の制約を受けるかなり独自のコミュニケーション場面を想定せざるを得ない。こうした特殊な意味が条文の本来の意味・解釈となる⁶³。したがって、実際の法適用においては、条文テキストの意味、すなわちその語の日常的使用法は参照されても、それはそれ以降の専門的意味の探究過程におけるただの

⁶⁰ Davidson 前掲注 (58) The logical form of action sentences, 116-121において、デビッドソンは行為を叙述する文を、あるタイプの行為の存在を肯定する存在命題として理解している。

⁶¹ Davidson 前掲注 (58) Radical interpretation, 132-139. もちろん、こうした見解はすべてがデビッドソンのオリジナルなものではなく、フレーゲの命題論、タルスキの論理学、また語用論の成果を踏まえたものである。

⁶² Müller/Christensen 前掲注 (55) 190f.

⁶³ Müller/Christensen 前掲注 (55) 197. また、レール前掲注 (1) 47~48頁も言語哲学と法概念の意味探究については、同様の見解を示しているようにみえる。

「取っ掛かり」(eröffnen)に過ぎない⁶⁴。

このように考えると、法的三段論法の大前提としての条文テキストは規範世界・法の世界においては、ほんの入り口に位置づけられるものであり、そこから事案解決が導き出されるようなものでは必ずしもない。とすれば、条文テキストには事案解決力がないことになり、この力を規範の妥当性や規範力と考えれば、テキストそのものには規範性はないというミュラーの帰結になる。

次に、小前提である事実概念について。要件事実の名称が示唆する通り、法的三段論法における事実とは、ある事件の事実全体から大前提である条文に関連するものとして、取捨選択された事実のことである。ミュラーの見解では、この取捨選択の過程においては以下のメカニズムが働くとされる—これを分析するのが決定の構造化と呼ばれる。まず、法律家に解決すべき事案(Sachverhalt)が与えられた後、法律家は当該事案がどの条文テキストに関わるのかを検討し、事案関連条文テキストの候補(Normtexthypothese)を立てる。次に、今度はこのテキストから当該事案に関連する事実を絞り込んでいく。この事実の絞り込みは段階的に行われ、それと同時に絞り込まれた事実を解決する規範プログラム(Normprogramm)も導き出されていく。法適用者は事実と規範をこのように、相互に往復しながら、事実の方は終局的に三段論法の小前提へと精緻化され、規範の方は当初の条文テキストから始まり、当該事案を包摂できる要件効果規範(wenn-dann 規範)へと精緻化されていく⁶⁵。

このようなミュラーの構造化モデルにおいては、規範概念もそうであるが、特に「事実・現実」(Wirklichkeit)概念は複雑かつ多義的になる。事実とはまず、当該事案として個別事実として存在するが、小前提として精緻化される前の事実は「規範領域」(Normbereich)には属さず、規範外の世界である「事物領域」(Sachbereich)に属するとされる。上で挙げた条文テキストに関連して抽出された段階での事実は、一見、価値関係的事実—20世紀転換期の新カント学派流

⁶⁴ Müller/Christensen前掲注(55)193f.この点については、服部・前掲注(58)「F・ミュラーの法律学的方法論」—「法律学的方法」の再構成—(2・完)52頁も参照。

⁶⁵ Müller/Christensen前掲注(55)251f. 服部・前掲注(58)「F・ミュラーの法律学的方法論」—「法律学的方法」の再構成—(2・完)55頁にこの過程が図式化されている。

の表現を用いれば一であるので規範領域に属するようにみえるが、ミュラーによれば、この段階での事実は、いまだ事物領域にとどまる。その理由は条文テキストに規範性がないという点と密接に関わっている。

条文を言語テキストと考えるミュラーの見解によれば、条文には規範性はなく、条文はただ規制対象行為の存在を日常言語として記述する—正確には、「行為が存在している」との文の真理条件を特定する—役割に限定される。とすれば、そうした日常言語としての条文に関連して抜粋される事実もまた、やはり、規範外の世界、(日常)言語世界—これが同時に事物領域でもある—に属する⁶⁶。一方で、いわゆる法的な事実は事案解決のために洗練され、規範に包摂できる程度に練り上げられたものであるので、そうした最終産物としての事実は、規範世界の中核にあり、規範領域に属するということになる。

以上、誤解を恐れず、簡潔にミュラーの理論を紹介したが、この理論の特徴は大前提(=規範プログラム)を条文テキストから解放することで法適用者の裁量の余地を確保していること、そして、事実概念の一部を規範領域にも認めることで、事実が規範形成にもたらす役割を評価している点にあるといえる。特に、上で示した通り、テキスト論については英米の分析哲学を取り入れている点で、1970年代以降のドイツ法理論の重要な傾向を見出すことができよう⁶⁷。

4.4 コッホの決定正当化理論及びアレクシーの論証理論

従来の法的三段論法に帰るのではないにしても、その形式性を再評価し、決定の正当化としてこれを再構築しようとするのがコッホ及びアレクシーの法律学方法論である。彼らが用いる法的三段論法は、下でみていくように、従来の条文、事実、結論からなる単純な三段論法ではない。そこには解釈技術や比較衡量論までもが組み込まれ、条文を何段階かに渡って具体化する総合的な推論モデルが提示されている。しかも、方法論構築の法素材を、コッホは行政法に、アレクシーは憲法に求めており、彼らの法律学方法論は公法学の方法論としても、重要な示唆を与えてきた。

⁶⁶ Müller/Christensen 前掲注(55) 195.

⁶⁷ こうした70年代の潮流については、Bumke 前掲注(1) 98ff.も参照。

4.5 コッホの包摂論

大前提である条文について、いわゆる文理解釈を一ここでもまた分析哲学の成果を用いて一発展、かつ精緻化することで、法的三段論法をより論理的に構築するのがコッホの理論である。大前提に小前提を包摂することの困難さは、戦前から公序等の不確定法概念のケースで問題とされてきたが、コッホは大前提である法概念の意味を分析的に扱うことで、包摂の可能性と限界を論じている。これは、5で扱う行政法学者による包摂批判の問題点を指摘するものでもある。

大前提である条文が明確である場合、たとえば、「成年」のように法的な定義が与えられている場合や、下位の立法で許認可の基準が明確化されているような場合には、法的三段論法の包摂について疑いをはさむ余地はあまりない。しかし、W. イエリネックが挙げるような「(ジプシー) 集団」概念⁶⁸などについては、当該事案におけるある特的人数の集まりが集団に該当するのかが争われる場合がある。このことは、「公益」や「青少年に有害」など、評価や予測が必要になる概念については、なおさらのことである。コッホはこのような包摂の正しさが疑われる不確定法概念について、包摂の論理と結論の特徴について分析している。

大前提である条文は、通常、要件と効果で規定されているが、これを論理式で表記すると、全称命題 $\forall x (Jx \rightarrow Sx)$ で表記される(\forall は「あらゆる」を、 \rightarrow は「場合には」を示す)⁶⁹。この意味は、大前提である条文は、個別事例に対応するように変項 x 及びそれに対応する一般法概念(ここでは J とする)を要件部分に置き、効果概念(ここでは S とする)に結びつけているということである。次に、小前提については、個別事例を a としてそれが、要件としての法概念すなわち、述語 J に該当するか否かが判断される。該当する場合の論理式は Ja で表記される。そしてこの二つが確定される限りにおいて、大前

⁶⁸ Jellinek 前掲注(56) 38ff.

⁶⁹ 以下の説明はHans-Joachim Koch/Helmut Rübmann, Juristische Begründungslehre, Eine Einführung in Grundprobleme der Rechtswissenschaft, München, 1982, 31-57の要点だけをまとめたものである。ただし、本稿での記号論理の表記法は現代の論理学のものを採用しており、表記記号を含め、コッホのものとは必ずしも同一ではない。

提 $\forall x (Jx \rightarrow Sx)$ と小前提 Ja から、 $Ja \rightarrow Sa$ により、結論 Sa が導き出される。ここでは J に「成年」がおかれた場合、 a が20歳ならば、単純には Ja が成立し、効果である契約の成立等が導き出される($\rightarrow Sa$)。

もっとも、コッホも認めているように、こうした単純ないわゆる法的三段論法が使われる例は極めて稀で、多かれ少なかれ、大前提と小前提の間には溝がある。とりわけ要件部分と事実との間の論理的溝は戦前より多くの法学者によって認識されてきたところで、この克服こそ法律学一般、あるいは法律学方法論にとって最大の課題であったといっても過言ではない。これは上の論理式の Jx と Ja に関わる問題である。たとえば、述語 J に身体傷害を置いた場合に、実際の個別事例(a)は具体的な手であり、足であり、内臓に対する傷害である。したがって、厳密にみると、 Ja という認定は直接的な判断ではなく、よりプライミティブには、例えば内臓に対する傷害や足に対する傷害などであり得る。この足に対する傷害を K と仮にした場合、我々は日常言語の使用法から、足は身体であることは明白であるので、足に対する傷害行為は身体傷害である $Kx \rightarrow Jx$ により、 $Ka \rightarrow Ja$ が導き出される。すなわち、プライミティブな事実に対応する概念・述語 K と法的概念 J は日常言語の規則、すなわち意味論の規則である中間命題 $Kx \rightarrow Jx$ によって媒介され、法的推論を基礎づけることになる。つまり、正確な法的三段論法としては、 $\forall x (Jx \rightarrow Sx), \forall x (Kx \rightarrow Jx)$ (中間命題)、 $Ka \rightarrow Ja, Ja \rightarrow Sa, Sa$ である。

ところで、この中間命題である意味論の規則は辞書的には、より一般的な表現である「身体傷害(J)とは手(K)、足(H)、内臓(I)、その他…に損傷を与えること」となるので、意味論規則(R)は論理的には、 $\forall x (Kx \rightarrow Jx \vee Hx \vee Ix \dots)$ 、 \vee は「または」を示す)と表現される⁷⁰。ここである法概念の意味論規則が可能な対象の必要かつ十分な条件を挙げている場合には、包摂における問題は発生しない—倫理的な問題は別にして。これは論理的には、意味論規則(R)は一

⁷⁰ Hans-Joachim Koch, Unbestimmte Rechtsbegriffe und Ermessensermächtigungen im Verwaltungsrecht, Frankfurt am Main, 1979, 33-40. コッホは意味論規則を使って、概念の明確性とあいまい性を説明する。また、Koch / Rüßmann前掲注(69) 194-201も同様。なお、ここで挙げている事例は、コッホの例を単純化して示している。

つだけ存在することを意味する、とコッホは捉える。上記「成年」(J)の場合をこれに該当すると考えると、いわゆる確定概念は、論理的には、 $R \rightarrow J$, かつ $J \rightarrow R$, すなわち $R \Leftrightarrow J$ (もしある対象がRの条件を満たした場合、かつその場合に限り、ある対象は成年である)と表記できる。この場合、世界のあらゆる対象・事象は成年に対して肯定候補 (positiven Kandidate) 及び否定候補 (negativen Kandidate) に二分されることになる。その限りで、この法概念については、包摂に疑義が発生することはない。

一方で、いわゆる不確定法概念の場合には事情が異なる。たとえば、上記「集団」概念の場合には、「xが何人以上の人の集まりの場合には集団である」等の確定した意味論規則を提示することはできない。ただし、これは「集団」(ここではMとする)の意味論規則がないということではもちろんない。むしろ、W. イエリネックが指摘した点⁷¹、明らかに「集団」概念を帰属させる対象と帰属させない対象があり、概念の境界線が二つあるという点が重要である。コッホはこのW. イエリネックの見解を意味論規則が二つあると捉える。一つは集団に該当する対象に対応した意味論規則で、もう一つはこれに該当しない対象に対応した意味論規則である。すなわち、不確定法概念の場合には、概念帰属のルール(R1)と概念非帰属のルール(R2)という二つの十分条件を表す意味論規則が存在する、とコッホは主張する⁷²。これは $R1 \rightarrow M$ (もしある対象がR1の条件を満たした場合には、ある対象は集団である)、及び $R2 \rightarrow \neg M$ (もしある対象がR2の条件を満たした場合には、ある対象は集団ではない。 \neg は「否定」を示す)からなる。そしてこちらの場合には、世界の対象・事象は、肯定候補及び否定候補に加えて、R1及びR2の条件どちらも満たさないものが考えられるので、中立候補 (neutralen Kandidate) もまた存在することになる。これをコッホは三領域モデル (Drei-Bereiche-Modell) と呼ぶ⁷³。

上のように、大前提に小前提を包摂することを論理的に分析すると、法的判

⁷¹ Jellinek前掲注(56)38.

⁷² Koch前掲注(70)35f. なお、以下示す論理式は同書注(97)で用いられているものを、コッホによる集団概念分析(33f.)にあてはめたものである。

⁷³ Koch / Rüßmann前掲注(69)195.

断における包摂という思考作用で正当化される場合と、正当化されない場合の区分が明白になる。大前提に含まれる法概念の意味論規則が一つである場合には、すべての事例において包摂は可能であり、決定は意味論規則、すなわち文理解釈に基づく法的三段論法で正当化される。しかし、中立候補があるような法概念を大前提が含む場合には、意味論規則は二つになり、論理的に包摂ができない事例もまた存在することになる。この包摂の困難さは目的論的解釈等のその他の解釈技法を用いても依然残されることがある。

以上のような法概念の包摂問題は、集団などの、いわゆる経験概念についてはばかりでなく、公益などの価値概念や有害などの予測概念についても一程度の差はあるものの一妥当する⁷⁴。コッホはこのような立場から、包摂は唯一の正しい答えを導き出すとする見解や、公益概念等の解釈・適用に当たっては「包摂は問題にならない」とする立場は、どちらも誤りである、とするのである。結局、論理的に決まらない中立候補については、価値判断に基づいて包摂の有無を決定するしかない。とすれば、要件部分の包摂と効果部分の裁量は、異なる思考作用ではなく、同質の要素を含むものであることになる。

4.6 アレクシーの議論理論

コッホ同様に、法的三段論法の分析的論理を追求しつつも、結論の正当化においては、一般的な価値判断の正当化と共通する部分がある点を強調するのがアレクシーの法的議論理論である。これに加えて、アレクシーはさらに条文の適用という一般的な法適用とは異なる、原理間の比較衡量論をも展開している。この二つの議論の基礎法学的意義は、概念法学や法実証主義、そして価値相対主義を克服する点であるが、本稿では基礎法固有の議論は可能な限り避けつつ、法適用の論理の部分を中心に彼の議論の概要を示すことにする。

4.6.1 法的推論

アレクシーは、クリーレ同様に、法的判断の倫理的性質を認めつつ、法的判

⁷⁴ Koch / Rüßmann 前掲注 (69) 202-210.

断は制度的な制約を受けた倫理的判断である、とする⁷⁵。法的決定は常に支払命令、営業許可などに代表される個別的な規範命題である。そして、個別的な規範命題の提示は「何が命じられるべきなのか」あるいは「何が許されるべきなのか」、という実践的な問いに対する答えである限りで、倫理的判断とその本質において違いはない⁷⁶。それは実践的な判断、価値判断と呼べる(以下、価値判断だけを使う⁷⁷)。価値判断は、常に自己の主張は正しいという「正当性への要求」(Anspruch auf Richtigkeit)を含んでいる。したがって、アレクシーによれば、価値判断の一つである法解釈・法適用もまた、常に「正しさ」に訴えるということなしに済ますことはできない。ただし、「法的な正しさ」は「倫理的・一般的な正しさ」と全く同じというわけではない。前者は後者のいわば各論的な議論として位置づけられている⁷⁸—いわゆる特殊事例テーゼ(Sonderfallthese)である。アレクシーにおいては、まず、総論として、倫理的・一般的な正しさはどのように導き出されるかが論じられた後で、その特殊な各論として法的決定の正しさの獲得法である法的推論が論じられている。が、ここでは、その詳細は省き、法的推論がどのように倫理的・一般的な正しさの議論、すなわち一般的価値判断に開かれているのかについて触れることにする。これは概念法学批判につながる。

法的推論の基本にあるのは、普遍化可能性と呼ばれる推論形式である。これは一般的ルールから、個別的規範的決定を導き出す論理⁷⁹のことで、アドホックな決定を避けるために要求される。この点でこの論理は法的判断に限らず、一般的倫理的判断においても基本となる論証形式である。これを法的推論において使用することを、アレクシーは内的正当化(interne Rechtfertigung)と呼

⁷⁵ これを中心的なテーマとした著作が、Robert Alexy, *Theorie der juristischen Argumentation*, 2. Aufl., Frankfurt am Main, 1991である。

⁷⁶ Alexy前掲注(75)22。

⁷⁷ このように理解される価値判断は行政法学でいうところの価値判断・評価という語より広い意味であることは注意を要する。

⁷⁸ Alexy前掲注(75)263-271。

⁷⁹ すなわち、基本的に、大前提 $\forall x (Jx \rightarrow Sx)$ が条文ではないだけで、小前提 Ja をおき、 $Ja \rightarrow Sa$ により、結論 Sa を引き出す形式論理のことである。

んでいる⁸⁰。内的正当化は—そして下の外的正当化も—、は通常の法適用である要件効果規範の適用の場合にはもちろんのこと、4.6.2で述べる原理の比較衡量の場合においても、使用される法的議論の基本型である。まず、通常の法適用の場合には、内的正当化において大前提に置かれるのは、他ならぬ条文自体である。この点だけを見ると、アレクシーの議論は基本的に概念法学や法実証主義の延長線上にあるように見える。しかし、ここにさらに、外的正当化 (externe Rechtfertigung) の論理⁸¹が加わることで、概念法学批判の色彩を帯びる。

外的正当化とは、中間命題を実質的に正当化する論理をいう。アレクシーが挙げる例ではないが、たとえば、ある営業許可の要件として、「環境保全」(K)が規定されている場合、「ここでいう「環境保全」(K)とは「既存の水脈に影響を及ぼさない」(J) ことである、あるいはJを含む」(正式には、 $J_x \rightarrow K_x$) というのが内的正当化の論理である。しかし、これだけでは、なぜ環境保全の解釈としてJが含まれるのかを正当化したことにはならないので、さらに、「Jは立法当時の議事記録に含まれている」や「当該法律の目的条項においては当然にJが想定されている」等の実質的な正当化が必要になる。これが外的正当化である。

上記のような法適用における外的正当化は、一見すると、法解釈技術を使用しているだけであるように見えるが、法解釈技術の使用そのもの、あるいは使用の過程において、一般的な価値判断が入り込む、というのがアレクシーの主張である。たとえば、①立法者意思に依拠する法解釈技術においては、立法者意思とは誰の意思かという議論は法的な議論を超えているという点、また立法者意思が確認できたとしても、文理解釈や他の解釈と異なる帰結になる場合に、解釈技術は結論正当化の決め手にはならず、さらなる一般的な価値判断に道を開く点⁸²、②目的論的解釈は、そもそも「判断の帰結が理想的な現実をもたらすであろう」という倫理学における結果論法 (Folgenargument) の形式—ここで

⁸⁰ Alexy 前掲注 (75) 273.

⁸¹ Alexy 前掲注 (75) 293f, 305f.

⁸² Alexy 前掲注 (75) 283.

は理想的な現実の正当化の論証及び判断の帰結と現実の因果関係の論証を要する一から派生している点⁸³、③法が複数の目的を挙げている場合の優先順位の設定は法外的な判断が入り込み得るという点⁸⁴など、法解釈のさまざまな場面で一般的な価値判断につながる余地がある。したがって、法的決定は概念法学的な機械的な計算から導き出される決定ではない、ということになる。

4.6.2 原理論

上でみた内的正当化と外的正当化は、既存の条文を適用する場合の例であるが、このような包摂のための条文の解釈という一般的な法適用とは異なるタイプの法適用の場合、たとえば、憲法訴訟における人権間衝突の場合、法的推論はどのような形をとるのが問われる。これがアレクシーの原理論である⁸⁵。原理論は、法適用における法的三段論法一元論を批判する点で、一見したところ、5で触れる行政法学における包摂・衡量論二元論に近い議論のようにみえる。しかし、上の内的正当化と外的正当化の論理は原理論でも維持されており、単純な二元論はとられていない点は注意を要する。まずは、原理について触れ、次に原理と内的正当化・外的正当化の関係についてのアレクシーの見解をみる。

上述のエッセー、そして英米法系ではR.ドゥオーキンの議論にみられるように、法規範の中にはルールばかりではなく、原理という規範が含まれる、とする見解がある。これは、特に戦後の基礎法学では一般的な見解であるが、アレクシーも基本的にこれを採用する。ルールとはその内容が正確に(genau)実現されることを命じる規範であり、ルールという法規範の充足につ

⁸³ Alexy 前掲注(75) 111, 353. ここでアレクシーはツウルミンを引用しつつ、結果論法と目的論的解釈の論理関係を整理する。

⁸⁴ Alexy 前掲注(75) 245-247.

⁸⁵ アレクシーの原理論については、Alexy, On the Structure of Legal Principles, *Ratio Juris* Vol. 13(2000) 294-304. なお、本稿ではこうしたアレクシーのルールと原理の区分論が現時点でどの程度正当化されるかについては守備範囲を超えるので触れないが、アレクシーには対するいくつかの批判は、筆者の目からすると、法論理学(deontische Logik)上の構成の問題が大きいように思われる。例えば、Jan-Reinard Sieckmann, *Regelmodelle und Prinzipienmodelle des Rechtssystems*, Baden-Baden, 1990; Ralf Poscher, *Insights, Errors and Self-Misconceptions of the Theory of Principles*, *Ratio Juris* Vol. 22(2009) 425-454を参照されたい。

いては、完全に充足されるか、あるいはされないかの二通りしかない。この意味でルールは確定的な命令 (definitive Gebot) である、とアレクシーは捉える。これに対して、原理とはあることが事実上及び法的に最大限に達成されることを命じる規範をいう。すなわち、原理の法規範としての特徴は最大化命令 (Optimierungsgebot) という点にある。ここから規範の充足についてもルールのようにゼロか百かではなく、程度 (Grade) の問題となる⁸⁶。

以上のような二つの法規範の性質の違いから、規範衝突における二つの異なる解消の仕方が導き出される⁸⁷。ルールの場合、これは確定的な命令であることから、衝突する二つのルールは完全な論理的な矛盾を惹き起こす。このため、二つのルールのどちらかに、ルール適用の除外規定を設けるか、またはルール間の上下優先関係を定め、上位ルールに反する下位ルールを無効とすることで規範衝突は解消される。後者は、たとえば、ドイツでは連邦法と州法との関係にみてとれよう。これに対して、原理の場合、これは最大化命令であるので、衝突する二つの原理は論理的な矛盾を惹き起こすわけではない。一方の原理がある程度譲歩しつつ、当該事例でなお妥当するということがあり得る。また、原理には例外規定や上下優先関係をあらかじめ一般的に定めることはできず、優先関係は状況に応じて決めざるを得ないという点でも、ルールとは異なる。以上のようなルールと原理の違いは、ルールとしていわゆる通常の要件効果規定を、原理として人権規定のような憲法規範を念頭におけば、容易に理解されよう。

さて、問題は原理と内的正当化・外的正当化との関係である。この問題は比較衡量と包摂との関係の問題でもある。原理間衝突が問題になるようなケース、たとえばメディアの表現の自由と個人のプライバシーが衝突するケースにおいては、先に述べたように、双方の原理は優先関係をあらかじめ定めることができず、事案ごとに比較衡量して優先関係を決定するしかない。つまり、ここでは、制定法・ルールを事案に適用して、結論を引き出す 4.6.1 でみた法的推論が—直接には—使えない。とはいえ、ルールの適用であれ、原理間の衡量であ

⁸⁶ Alexy 前掲注 (85) 295f.

⁸⁷ Alexy 前掲注 (85) 296f.

れ、結論として差し止めや損害賠償の是非など具体的な法律効果を導く点で、双方は変わりがない。

この点について、アレクシーの見解を簡潔にまとめると、原理の比較衡量がなされる場合には、事案のそのものが最初から「直接」包摂されるわけではない、ということになる⁸⁸。原理間衝突の事案においては、まず、当該事案はどのような「タイプ」の事案で、その場合どちらの原理が優先するののかという判断が求められる。すなわち、当該事案での原理の優先関係は、事案ごとの特殊性はあるものの、先に示した普遍化可能性の要請から、当該事案に限定されるアドホックな決定は許されず、事案は抽象化され「タイプ」として把握されることを法的推論は要求するのである。たとえば、メディアの表現の自由と個人のプライバシーの衝突の場合、「報道対象が重大犯罪事件に関わる人物であり、それが初めての報道であり、…等のある特定タイプの事案の場合には、メディアの自由が優先する」となる。ここで、優先関係の部分はその帰結として、請求の認容あるいは棄却をもたらすので、要件効果規範の効果部分に、一方で、それが認められる事案タイプは要件効果規範の要件部分に該当するとみることができる⁸⁹。すなわち、比較衡量においては、あるタイプの事案において、ある原理が優先し、その場合、差し止めや損害賠償が認められる（認められない）という一般的なルールを定立していることになる。

このようにみると、原理が問題になる場合には、既存のルールの法適用ではなく、比較衡量に基づいて、一旦、ルールを定立し、それに基づいて当該事例を包摂し、結論を導き出していることになる。ここでは、ルールの定立は内的正当化に、原理間の比較衡量は外的正当化になる⁹⁰。したがって、原理とルールは別物ではあるが、包摂のための内的正当化は原理が問題になる場合にも要

⁸⁸ 原理間衝突における内的正当化と外的正当化の論理の位置づけを、アレクシーは連邦憲法裁判所レーバッハ判決 (BVerfGE 35, 202) を例に説明している。Robert Alexy, Die logische Analyse juristischer Entscheidung, in: Recht, Vernunft, Diskurs: Studien zur Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main, 1995.

⁸⁹ 事案をタイプ化するということは、他の事案にも適用できるように、一般的な概念を伴う要件規定を定立するということである。Alexy 前掲注 (88) 35-37 においてはこのことが論理式を用いて示されている。

⁹⁰ Alexy 前掲注 (88) 32f.

求される。この点で比較衡量と包摂を二元的に対比することは適切ではないことになる。