

〔論文〕

法理論にもとづく立法者意思説

—M. イェシュテットの法認識理論の検討—

Über die Rechtserkenntnislehre von Matthias Jestaedt

太田 航平

OTA Kohei

青森中央学院大学経営法学部

アブストラクト

法解釈方法論、すなわち法解釈とはどのようななされている（なされるべき）なのかという問いについては、これまで様々な見解の対立が存在している。近年、ドイツ公法学の分野において、この点について検討しているのがマティアス・イェシュテットである。本稿は、このマティアス・イェシュテットの法学方法論である対象適合的法獲得理論の意義について、いわゆる立法者意思説と法律意思説の対立を素材にして検討する。

目次

1. 問題の所在
2. 前提考察①—日本における議論
 - (1) 立法者意思説の概要
 - (2) 立法者意思説の分類
 - (3) 立法者意思説の根拠
3. 前提考察②—M. イェシュテットの対象適合的法獲得理論
 - (1) イェシュテットの対象適合的法獲得理論
 - (2) 法獲得理論を導く対象の特徴
 - (3) イェシュテットの二元的法獲得理論
4. イェシュテットの法認識理論—イェシュテットの立法者意思説
 - (1) イェシュテットの法理論
 - (2) イェシュテットの立法者意思説
 - (3) 立法者意思説に対する批判への反論
5. 結語

1. 問題の所在

法解釈とはどのような作業なのか、とりわけ法解釈の目標とは何かという点については、伝統的に立法者意思説（主観説）と法律意思説（客観説）が対立している¹。前者は、法解釈の目標を立法者が意図したことを明らかにすることとし、後者は、立法者の意図から離れて法律の客観的な意味を明らかにすることが法解釈の目標だと考える。

本稿ではこのうち立法者意思説に立つドイツの国法学者 M. イェシュテットの見解を検討する²。筆者は、どのような憲法解釈方法をとるべきか、あるいは実定法解釈以外の分野で獲得された憲法に関する理論（憲法理論）と実定法解釈はどのような関係にあるのかといった問題について、イェシュテットの見解を素材にして検討してきた³。そして、その中で重要なのが、イェシュテットの主張する対象適合的法獲得理論（gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie）である。この対象適合的法獲得理論の詳細については後述するとともに、拙稿を参照していただくとして、本稿の目的は、この対象適合的法獲得理論から導かれるイェシュテットの立法者意思説を検討することにある。

そのため、本稿ではまず前提考察として立法者意思説について概観した後、イェシュテットの対象適合的法獲得理論について簡単に触れ、イェシュテットの立法者意思説を紹介・検討していく。

¹ この2説について考察する文献は数多く存在するが、概説としては、さしあたり青井秀夫『法理学概説』（有斐閣、2007）468頁以下を参照。また、ドイツにおける議論については能見善久「法律学・法解釈の基礎研究」中川良延ほか編『星野英一先生古稀祝賀 日本民法学の形成と課題 上』（有斐閣、1996）41頁を参照。

² 立法者意思説と法律意思説に関する先行研究は私法分野のものが多い。近時、立法者意思説を主張するものとしては、後述するように前田達明「法解釈方法論序説」民商法雑誌146巻3（2012）267頁がある。また、水津太郎「法律学基礎論・法解釈方法論と平成の民法学」法律時報91巻9号（2019）75頁も参照。民事裁判実務でどのような立場がとられているかについては、少々古いが広中俊雄『民法解釈に方法に関する12講』（有斐閣、1997）3頁以下を参照。

もちろん、公法の世界でも立法者意思が問題とならないわけではない。行政事件における立法者意思の探求について考察したものとして、阿部泰隆「違憲審査・法解釈における立法者意思の探求方法—平成18年改正薬事法36条の5、6は省令に『対面』販売を授權しているか—」森島昭夫・塩野宏編『加藤一郎先生追悼論文集 変動する日本社会と法』（有斐閣、2011）69頁以下および下山憲治「公法解釈における立法者意思とその探求序説—地方自治関連立法動向研究の意義と方法—」自治総研410号（2012）1頁以下がある。

また、アメリカ憲法学における原意主義をめぐる議論も、この論争に関連するといえよう。この点については大河内美紀『憲法解釈方法論の再構成 合衆国における原意主義論争を素材として』（日本評論社、2010）を参照。

³ 太田航平「憲法理論と憲法教義学の関係—M. イェシュテットの論稿を手がかりに—」青森中央学院大学研究紀要24号（2015）15頁、同「正しい憲法理論？—E. W. ベッケンフェルデとM. イェシュテットの論稿を手がかりに—」法学新報127巻7・8号（2021）131頁。

2. 前提考察①—日本における議論

(1) 立法者意思説の概要

立法者意思説とは、法解釈の目標は立法者の意思を明らかにすることにあるとする考え方である。つまり、法解釈者の任務は立法者の意思を把握することにある⁴。このような考え方は、F.K.v. サヴィニーが19世紀において主張している。サヴィニーは、『法学方法論』において、「すなわち、まずもって解釈とは法律の内容を再構成することである。解釈者は、自らを立法者の立場に置かなければならず、そしてそのようにして、立法者の発言を人為的に作り上げなければならない」⁵と述べ、立法者意思説の立場に立っている⁶。その後、ドイツでは、このような立法者意思説に対する批判があり、法律意思説が登場するも、また立法者意思説が主張されていく⁷。

わが国において立法者意思説を明確に主張した学説としては、石田穰の学説がある。石田によれば、「立法者の定立した価値判断は、常にではないが一定の場合に、…法律の直接的拘束力の範囲を画定する規準になる、というべきであろう。…以上によれば、法律の解釈とは、一定の要件のもとでの立法者意思の探求である、ということになる」（傍点引用者）⁸。つまり、法律の解釈は立法者の意思を明らかにすることなのであって、文言解釈のような解

⁴ もっとも立法者意思説といっても、グラデーションがある。たとえば、能見前掲注1は、ドイツの立法者意思説について、立法者意思の拘束を強く理解する立場（強い立法者意思説）と、立法者意思を原則とするという程度に理解する立場（弱い立法者意思説）に分けて紹介している（前掲注1、50頁以下）。

青井秀夫も、立法意思説と法律意思説という両学説が一つの理念型だとし、「最近では、いずれか一方の基本学説により強く傾斜しながらも、他方の学説の要素を何らかの仕方で取り込み、弱点を補強する試みがしばしば登場しており、多様な形の混合型が生じている」（前掲注1、476頁）と述べている。

ただ、同様に立法者意思説と法律意思説を安易に折衷することは難しい。このような文脈とは異なるかもしれないが、星野英一の以下の言及は適切であると思われる。

「わが国では、…例えば、立法者意思説と客観説を単純に折衷してくっつけるようなことがされたりしますが、かなり違った思想的背景のもとにある考え方の技術的な結論だけを簡単に折衷できるようなものではないということです」（星野英一「民法の解釈のしかたとその背景」同『民法論集 第8巻』（有斐閣、1996）210頁）。

⁵ F.K.v. Savigny, *Juristische Methodenlehre*, hrg. G. Wesenberg, 1951, S. 18 f. 日本語訳として、服部榮三訳『法學方法論』（日本評論新社、1958）22頁。なお、この引用については筆者が改めて訳し直した。

⁶ もっとも、サヴィニーが端的に立法者意思説に立っているといえるのかについては議論があるようである。この指摘については、青井前掲注1、470頁を参照。また、サヴィニーはこの「立法者」が誰なのか明らかにしていない（亀本洋「現代法学の展開と法律学の変容」同『法的思考』（有斐閣、2006）326頁）。

⁷ 石部雅亮「法解釈方法の比較史」南山大学ヨーロッパ研究センター報16号（2010）10頁。

⁸ 石田穰「法解釈方法の基礎理論—法解釈方法論の再編成—」同『法解釈学の方法』（青林書院新社、1976）16頁。

釈方法も、それによって立法者の意思を解明するための手段である⁹。

また近時において立法者意思説を主張する見解として、前田達明の見解がある。前田は『法解釈』が価値判断であることは、異論のないところであり、その価値判断は裁判官の主観的なものであってはならず、客観的なものであるべきことも、異論のないところである。そこで、客観的価値判断基準の第一として、先の憲法 76 条第 3 項を通じて、憲法 41 条を法的根拠として、立法者の下した価値判断すなわち『立法者意思』という価値判断基準が挙げられる¹⁰と述べ、立法者意思説を主張している。

このような立法者意思説に対しては、法律意思説の立場からの批判がある。青井秀夫の整理によれば¹¹、①制定法は成立したことによって制定者の手から離れるのであって、制定者意思自体には拘束力は認められない、②制定法の内容は、変化する環境に順応して、内容を変えていく、③現在の法律家の任務は、過去の時点ではなく現時点において、ふさわしい解釈をすることである、④法解釈をする裁判官は立法者に劣位するものではない、⑤立法者意思の実体は、多種多様で矛盾をはらんだ匿名の集団の意思にすぎない、⑥法学以外の分野（文学など）においては客観的解釈が採用されているなどの批判がある¹²。

（2）立法者意思説の分類

立法者意思説とは、概要、上で述べた内容を有するが、立法者意思説を採用する論者の中でも立法者意思説の意味するところが異なる場合がある。これは、後述するイエシュテットの立法者意思説の内容を述べる際に重要になってくるので、ここで、その分類について述べる。この分類については、宇佐美誠の優れた先行研究があるので、以下宇佐美の分類に沿って、立法者意思説の類型について紹介する¹³。

第 1 の類型は、目的説である。この立場は、法律解釈の目的それ自体が立法者意思の解明だとする立場である。すなわち、立法者意思を明らかにすることは、法律の内容を明らかにするための準備作業にすぎないのではなくて、立法者意思を明らかにすることそのものが、法解釈の目的なのである。もっとも、この立場に立つと、法の文言から読み取れる意味と、

⁹ 石田前掲注 8、21 頁。その意味で、立法者意思説が文言解釈、体系的解釈などの解釈方法を全く考慮しないということではない。もっとも、石田は立法者意思だけでは基準が導くことができない場合（法律の欠缺）を認めており、その補充方法についても論じている（同書 33 頁以下）。

¹⁰ 前田前掲注 2、275 頁以下。

¹¹ 青井前掲注 1、471 頁以下。平井宜雄は、言明を発した者の心理と言明化された言語的構成物は区別されるという立場から、立法者意思説は「認識論のレベルですでに受け入れられるべきではない」としている（平井宜雄「立法意思説と法律意思説」同『教壇と研究室の間』（有斐閣学術センター、2007）157 頁）。

¹² もっとも青井は、これらの批判の問題点について指摘している。前掲注 1、478 頁以下を参照。

¹³ 宇佐美誠「立法者意思の再検討」中京法学 34 巻 3・4 号（2000）269 頁以下。立法者意思説の分類については、277 頁以下。

立法者意思が矛盾した場合、後者が優先することになり、この点をとらえて、宇佐美は目的説を以下のように批判する。

「目的説による立法者意思の尊重は極端であり、到底維持されない。仮に裁判官が、制定された法規の文言よりも制定されていない立法者意思を優先させるならば、憲法 76 条 3 項に違反するのみならず、人の支配を排して法の支配に立つわが国の国制から逸脱するからである。日本でこの見解を支持する論者が皆無であるのもうなずけよう。」¹⁴

しかし、イェシュテットの立法者意思説は、まさにこの目的説である。イェシュテットの反論については後述する。

第 2 の類型が規準説と呼ばれるものである。これは、法解釈の目的は、あくまで法規の内容を明らかにすることであり、立法者意思は、法の解釈に複数の可能性がある場合に、どの解釈を採用するかを規準になるという立場である。宇佐美は、さらにこの規準説を、唯一規準説（立法者意思以外のいかなる規準も認めない説）、優先規準説（立法者意思を他の規準よりも優先させる説）、単純規準説（他の規準と競合したとき、必然的に立法者意思が優位するわけではないという説）に分ける¹⁵。

宇佐美よれば、先述の石田穰の見解は規準説の中の唯一規準説に分類される。前田達明の見解は、立法者意思では妥当な結論を得られない場合には他の規準を採用するので、単純規準説ということになると思われる¹⁶。

第 3 の類型は参考説と呼ばれるものである。これは、立法者意思は、法規の内容を理解する際の参考すべき事由にすぎないとする見解である。単純規準説と類似するが、「単純規準説によれば、立法者意思が他の考慮自由に優先する場合には、立法者意思は他を排除して単独で解釈の優劣判断規準となる」のに対して、「参考説によれば、立法者意思はつねに他の事由とともに考慮に入れられるにすぎず、その意思に認められる相対的重要性は解釈者の法的賢慮によって判断される。」¹⁷

以上のように、立法者意思説といっても様々な分類があるので、各論者がどのような立場に立っているのかを理解することが重要である¹⁸。

¹⁴ 宇佐美前掲注 13、278 頁。

¹⁵ 宇佐美前掲注 13、278 頁。

¹⁶ 前田によれば『立法者意思』をそのまま適用したのでは、「妥当、（…）な結論（法的効果）が得られないとき、その『立法者意思』を修正あるいは補充して「妥当、な結論を導く義務が、…裁判官に課せられる」（前田前掲注 2、276 頁）。

なお注 4 で述べた能見善久の「強い立法者意思説」と「弱い立法者意思説」は、それぞれ優先規準説と単純規準説に対応していると思われる。

¹⁷ 宇佐美前掲注 13、278 頁以下。

¹⁸ もっとも立法者意思説の分類の中でも目的説は他の説とは一線を画している。なぜなら、そもそも立法者意思説が、どのような問いに答えるための学説なのかという点で、目的説と他の類型とで異なっているからである。目的説は「法解釈とは何か（Was）」について答えるものであるのに対し、それ以外の学説は「法の内容を明らかにする場合に、何を規準にして解釈がなされるか」、つまり「どのように法解釈はなされるのか（Wie）」とい

(3) 立法者意思説の根拠

それでは、このような立法者意思説の根拠とは何か。すなわち、法解釈をする際、なぜ立法者の意思に従わなければならないのだろうか。

第1の根拠は日本国憲法41条である。つまり、41条で国会が唯一の立法機関だと規定されていることに、その根拠を求める立場である。たとえば、前田達明は立法者意思を法解釈の第一の基準とする根拠として憲法41条を挙げており¹⁹、また、石田穰も同様である²⁰。憲法41条にしたがえば国会だけが立法機関である以上、裁判官が立法することは許されず、立法者の意思にしたがうべきだとされる。この根拠には権力分立の考え方がある。第2の根拠は民主制原理である。つまり、選挙によって選ばれた者の意思を尊重するのは、民主制原理から妥当だとされる²¹。

以上が立法者意思説の根拠であるが²²、このような憲法原理から根拠づけることには問題がある。それは、憲法原理そのものを解釈する場合に循環論法になってしまうからである。すなわち、憲法原理によって立法者意思説を正当化する場合、前提として憲法原理そのものが明らかになっていないといけませんが、憲法原理も実定憲法上の原理である以上、憲法原理の内容を明らかにするために、立法者意思を用いることになり、結局、立法者意思によって立法者意思説を正当化するということになってしまう²³。

そこで憲法原理に頼らない基礎づけを検討する必要がある。そこで参考となると思われるのが、イエシュテットの立法者意思説なのである。

3. 前提考察②—M. イエシュテットの対象適合的法獲得理論

ここまで、日本での議論を参照しつつ、立法者意思説についてみてきたが、以下では、本稿の目的であるマティアス・イエシュテットの立法者意思説についてみていく。結論からい

う問いに対する答えなのである。そのため、この両者を立法者意思説の中の分類として位置付けるのが適切かについては、疑問が残る。むしろ、目的説だけを立法者意思説とした方が、わかりやすいのではないだろうか。

¹⁹ 前田前掲注2、276頁。

²⁰ 石田前掲注8、16頁。

²¹ 宇佐美前掲注13、279頁。

²² その他の根拠としては専門性が挙げられる。つまり、立法者の意思にしたがった方が、その法に従うべき者の利益になるからである。すなわち、法解釈をする場合に、解釈者自らが内容を決定するよりは、専門的知見にもとづいて判断した立法者の意図にしたがって行動した方が、得策だからである。もっとも、立法者の意思にしたがうことが適切でない事柄については立法者の意思にしたがう必要はないということになる。「テキストの背後にある立法者意思を尊重すべきなのは、一般人にはない専門的知見によって制定法への服従が正当化される場合であり、かつその場合に限られる。」（長谷部恭男「制定法の解釈と立法者意思」同『比較不能な価値の迷路—リベラル・デモクラシーの憲法理論 [増補版]』（東京大学出版会、2018）126頁）。

²³ この点についてはイエシュテットも述べているところである（太田前掲注3「正しい憲法理論？」、139頁）。

例えば、イエシュテットは、立法者意思説の中でも、宇佐美誠の分類でいえば目的説を採用し、しかも理由づけとして、権力分立や民主制原理といった憲法原理ではなく、自身の法理論を根拠にしている。

以下では、イエシュテットの法認識理論を検討する前提として、その基礎にあるイエシュテットの対象適合的法獲得理論と二元的法獲得理論に簡単に触れる。

(1) イエシュテットの対象適合的法獲得理論

イエシュテットの対象適合的法獲得理論それ自体については、すでに拙稿において詳しく検討したので²⁴、ここでは本稿のテーマとの関係で簡単に要約して述べたいと思う。

まず法獲得理論とは *Rechtsgewinnungstheorie* の翻訳であるが、いわゆる法解釈方法論のことである²⁵。ただ、イエシュテットの場合、いわゆる法の解釈 (*Auslegung, Interpretation*) という言葉を、法認識という狭い意味で使うこともあるので、ここからは法獲得理論という言葉を使う (イエシュテットのいう法認識の意味についても後述する)。さて、この法獲得理論は、法適用を導くものであり、法内容に影響を及ぼす (*Wie die Auslegung, so das Recht*) ²⁶ものである。

そうであるならば、法獲得理論は恣意的な理論であってはいけない。しかしながら、法獲得理論を実定法によって規定することはできない。なぜなら、それは先ほど述べたように循環に陥るからである²⁷。では、どのような法獲得理論が、妥当な法獲得理論だといえるのだろうか。この点について、イエシュテットは対象適合的 (*gegenstandsadäquat*) な法獲得理論が、よい法獲得理論だと主張する。すなわち、法適用の対象である実定法秩序 (日本であれば、日本国憲法を頂点とする法秩序、ドイツであればドイツ基本法を頂点とする法秩序) を模写するような法獲得理論がよい法獲得理論だということになる。もちろん、法獲得理論を導く対象としての実定法秩序の内容は、法解釈によって確定されることはない (そうであれば、イエシュテットが先に指摘したように循環してしまう)。この実定法秩序の内容は、内的視点に立った規範主義的反省理論によって明らかにされる²⁸。そして、その対象である実定法秩序に適合的な形で、法獲得理論も構成される (*Wie das Recht, so die Auslegung*) ²⁹。

²⁴ 太田前掲注3「正しい憲法理論？」140頁以下を参照。

²⁵ イエシュテットは、自身の対象適合的理論を詳しく紹介している教授資格論文の用語索引の見出しに、*Rechtsgewinnungstheorie (Methodologie)*と書いている。M. Jestaedt, *Grundrechtsentfaltung im Gesetz*, 1999, S. 423 を参照。

²⁶ Jestaedt (Anm.25), S. 266 ff.

²⁷ この点について、憲法理論は実定憲法に適合的であるべきだとする E.-W.ベッケンフェルデの憲法適合的憲法理論を、イエシュテットは循環に陥るとして批判している。イエシュテットによるベッケンフェルデ批判については、M. Jestaedt, *Die Verfassung hinter der Verfassungs*, 2009, S. 95 f.および太田前掲注3「正しい憲法理論？」138頁以下を参照。

²⁸ 太田前掲注3、143頁。Jestaedt (Anm. 25), S.275.

²⁹ もっともこの解釈される前の法 (*Recht*) と、法解釈の結果としての法 (*Recht*) を区別できるのかという問題はある。この点については、すでに拙稿で指摘した (太田前掲注3

(2) 法獲得理論を導く対象の特徴

そしてイエシュテットは法獲得理論を規定する際に規準となる対象（イエシュテットにとってはドイツ基本法秩序）の特徴として3つの点を指摘する。

第1に、法秩序がすべて実定法化されているということである。すなわち、法秩序が法以外のもの、たとえば自然、文化、道徳といったものに依存せず、法は法からしか発生しないということ、そして、実定法の妥当根拠は実定法であって、最終的な妥当根拠が基本法に遡るということである³⁰。

第2に法の創設関係が、段階構造をとった複合体であるということである。つまり、基本法を頂点にして、上位法が下位法の定立を規律するという構造になっているということである³¹。もっとも、上位法は下位法をすべて規律するわけではなく、下位法を適用する者は、上位法が規律する枠の中で、法を創設するのである。法獲得理論は、このような法適用プロセスを記述するものでなければならない³²。

第3に、これは第2の段階構造という特徴から出てくるものであるが、このような段階構造をもつ法秩序における法獲得は、適用される法を基礎にして新たな法を設定する³³、つまり、上位法の枠を基礎にして、新たに法創設することを意味する。すなわち、法獲得は規範を認識するという性格と規範を創設するという2つの性質をもち、ヤヌスの顔としての性格を有するのである³⁴。法獲得は、法を認識することにとどまらず、法を創設することでもあるので、この2つの区別は相対的なものとなる。

(3) イエシュテットの二元的法獲得理論

以上のような対象の特徴から、イエシュテットの二元的法獲得理論が導き出される。イエシュテットの二元的法獲得理論の詳細については、三宅雄彦の先行研究に譲るとして³⁵、本稿との関係で、簡単に触れておく。

「正しい憲法理論？」、148頁）。

また、同様の指摘として、清宮四郎の指摘がある。清宮によれば「…解釈以前の『法』は、法律学の対象たる法でないと言わねばならない。原理としては『解釈され、補充されない法だけが法だ』ということも、一応は言い得るように見える。さりながら、具体的の場合に両者の限界を明確に定むことは不可能であろうし、『解釈されざる法』とは、結局は、法文の語義、或いは高々、常識的知識を出でざるもので、到底、法律家の対象たる真の法的意味とはなり得ぬものである。」（清宮四郎「法の定立、適用、執行」同『憲法と国家の理論』（講談社学術文庫、2021）264頁）。この論文の初出が1931年であることを考えると、清宮の指摘には感服せざるをえない。

³⁰ Jestaedt (Anm. 25), S. 292 f.

³¹ Jestaedt (Anm. 25), S. 298 f.

³² Jestaedt (Anm. 25), S. 304 f.

³³ Jestaedt (Anm. 25), S. 318.

³⁴ Jestaedt (Anm. 25), S. 319.

³⁵ 三宅雄彦「純粋法学と行政改革」同『保障国家論と憲法学』（尚学社、2013）231頁以下。

第1に法獲得は、段階構造をとる法秩序のすべての段階で行われるのであって、一つの段階に縮減されるものではない。第2に法獲得は（規範創設の性格をもたない）法認識に尽きるものではない。第3に法創設は、特定の法段階において行われるだけでなく、すべての法段階でみられる。そして第4に、法獲得（法適用）とは法の枠内で法を創設することであり、そのときどきの法適用者は、現に妥当している所与の法によって拘束される領域と、決定すべき事例との関係で、自律的に法を発見する領域の間を揺れ動いている³⁶。

すなわち法獲得は、法獲得を規律する上位法の内容を認識する部分と、その規律の範囲において、みずから法創設する部分とに分かれる。このような二元的な法獲得理論は、もちろん、すべての法が実定法化し、上下の段階構造をとるドイツ基本法秩序という対象と合致するがゆえに、イエシュテットの支持している。そして、以下で扱うイエシュテットの立法者意思説とは、法適用プロセスにおける法創設ではなく、法認識に関するものである。つまりイエシュテットの立法者意思説は、法適用者を拘束する上位法の内容を認識するというプロセスが一体どのような作業なのかという問いに対する答えなのである。

4. イエシュテットの法認識理論—イエシュテットの立法者意思説

さて、いよいよイエシュテットの法認識理論、すなわちイエシュテットの立法者意思説についてみていく。注意すべき点は、先ほど述べたとおり、イエシュテットの立法者意思説は、二元的法獲得のうちの第一段階の法認識に関わるということである。また、これも先に述べたが、イエシュテットの立法者意思説は、宇佐美が批判する目的説にあたるということにも注意すべきである。

これらの点に注意しつつ、イエシュテットの法認識理論についてみていくが、ここまで何度も参照してきたイエシュテットの教授資格論文（Grundrechtsentfaltung im Gesetz, 1999）の328頁以下から始まる第4部第3章「対象適合的法認識理論の基礎」（Bausteine einer gegenstandsadäquaten Rechtserkenntnislehre）に依拠しながら、記述していく。以下、この論文の引用については注をつけず、適宜頁数だけ示すことにする。

(1) イエシュテットの法理論

イエシュテットの法認識理論は、先述のように対象適合的に定立されるので、法認識理論も、その対象たる法規範がどのようなものであるかを、まずは考察しなくてはならない。

イエシュテットによれば、「法規範は理念的現実（ideelle Wirklichkeit）」（S. 329）であり、法規範を表現するテキストと法規範は異なる。「規範テキストは規範ではない」（S.330）。つまり、法規範のテキストは法そのものではなく、法規範に形を与えるための媒体に過ぎないのである。この主張には、明らかに法律意思説を批判している意図が見て取れる。それでは、法規範の内容とはどのように把握されるのか。この点について、イエシュテットは現代の基

³⁶ Jestaedt (Anm. 25), S. 322.

本法秩序において、法規範が実定法であることを強調する。つまり、法規範は、神や自然によって与えられたものとして意味づけられることもあるが、「基本法によって構築された法秩序は、…もっぱら実定法と関わる、つまり…法秩序によって権限を与えられた規範制定行為によって創設される規範にのみ関わる。」(S. 330 f.) そうであるならば「法規範は、主観的な、すなわち意図をもって人間の行動を導く意思行為が客観的な妥当性をもったものとして把握されうる。」(S.331)

以上のようにイエシュテットによれば、すべてが実定法化された基本法秩序においては、法規範は神や自然ではなく、人の手によって作られたものであり、それゆえ法の意味はこの制定者の意思だということになるのは容易に予想できよう。

(2) イエシュテットの立法者意思説

さて、対象である法規範が以上のような性格をもつものであるとすると、対象適合的な法認識理論から考えて「…規範の内容、すなわち意思行為の意味は、この行為において明らかになる規範制定者の意思から読み取る」(S. 333)ということになり、規範制定者の意思を規範の内容とみなすということになる。このような「主意主義的な解釈理論は、もっぱらその対象によって規定されうるものであり、それ自体自己創設的で自己規律的なシステムであるという実定法の自己理解に開かれたものなのである。」(S. 335) つまり、実定法の自己創造的なシステム(実定法からしか実定法が生じない)にもっとも適合的なのが、立法者意思説なのである。

では、このような立法者意思はどのように確定されるのだろうか。イエシュテットも認めていることだが、「規範制定者の意思は…たしかに時空間にある事実なのであるが、その意思は、…それが観念としての性質を有するものにすぎない以上、いわば外から知覚できる、その意味で把握されうるものではない。」(S. 338) そのため、規範制定者の意思は知覚できるものから類推するしかない。つまり、「感覚によって知覚可能な内容を伝達するもの(Trägersubstanzen)あるいは補助事実から、感覚によって知覚不可能な主たる事実を帰納的に推論する」(S. 339)ということが行われる。そして、そのような知覚可能で規範制定の意思を媒介してくれるものとして、イエシュテットは規範テキストや関係がある他の法規範などを挙げる³⁷。もっとも、このような規範制定者の意思内容を類推させる諸事実から、様々な相異なる内容が推測される場合もあるが、その場合には「自由心証主義の手続と似ているが、諸証拠を総合したうえで、それらの証拠に照らして、どの(意思)内容の仮説がもっと

³⁷ Jestaedt (Anm. 25), S. 339. もっとも、「規範の文言に他のすべての手がかりを押しつけるような特別な地位が与えられるわけではない」(S. 340)。イエシュテットからすれば、規範の内容は、制定者意思の意味であり、テキスト、つまり文言はその意思内容の意味を媒介するものにすぎないからである。規範テキストとして表現されたものは、たしかに規範制定者の思考を推測するのに役立つが、「表現されたものと、意図されたものが矛盾した場合には、後者が優先」(S. 341) される。

も確からしいかが確定される」(S.342)。

さて、以上がイエシュテットの法認識理論の概観である。法認識理論は対象適合的でなければならないという基準を立てたうえで、①対象である法とは理念的存在であり、文言は法そのものではないこと、②対象であるドイツ法秩序がすべて、人が制定した実定法であることから、法内容は立法者意思であり、そのため、法認識とは立法者意思を把握することであるという帰結が導かれている。

(3) 立法者意思説に対する批判への反論

以上のようにイエシュテットは対象適合的法獲得理論を前提にしつつ、立法者意思説の立場に立つ法認識理論を展開しているが、当然、このような立法者意思説に対しては、法律意思説からの批判が想定される。もちろん、イエシュテットも法律意思説からの批判は想定しており³⁸、これらの批判に対しては反論を展開している。

以下では、イエシュテットが想定する批判を3つに分け、その批判に対するイエシュテットの反論をみていく。

1) 立法者意思の誤謬性

イエシュテットが想定する批判の一つは、立法者意思の内容が必ずしも正しいというわけではないというものである。

まず、そのような誤りの例として、イエシュテットが挙げているのが、規範制定者の意思内容が、規範の客観的意味と食い違う場合である。つまり、「意思行為の意味とその意思行為の内容は、必ずしも一致しない」(S.331)ことはあり得ることであり、イエシュテットもそのようなことがあることを認めている。ただイエシュテットによれば、「規範内容と規範制定者の意思内容が対立する場合があります (möglich) からといって、法認識理論の基礎に、そのような規範制定者意思と異なる規範内容が実際に (tatsächlich) 存在する」(S.332、傍点は原文イタリック)と理解してはならない。そのような食い違いは、たとえば規範制定者がコミュニケーションルール(言語ルール)を無視して、独自の言葉遣いを用いて規範が制定されるような場合に起こりうるかもしれないが、イエシュテットによれば、それは法認識理論の責任ではない。そのような食い違いの結果、規範制定者意思が曲解されるような危険が生じたとしても、「価値自由に記述を行う法認識理論に責任があるとするのは、間違いではないだろうか。」(S.338)法認識理論は、特定の価値にもとづくものではなく、その意味で「法認識理論は、実定法にチャンスを残すものでなければならないが、実定法から危険を取り去る」(S.338)わけではないのである。すなわち、たとえその意思内容と規範から読み取れる内容が食い違っていたとしても、対象適合的解釈理論からすれば、それを理由に対

³⁸ イエシュテット自身、いわゆる法律意思説のほうが支配的な解釈理論だと考えている (Jestaedt (Anm. 25), S. 345)。

象に適合しない法認識理論を展開することはできない。

さらに、そのような立法者意思内容が誤っている場合として、その意思内容が現実における結果の妥当性をもたないという場合がある。このような場合に、現実において妥当とはいえない内容が立法者意思として見出されても、それを尊重してよいのかという批判がある。これに対して、イエシュテットは「解釈を行う法学は、禁欲的に任務を全うしなければならない、具体的な内容に価値があるかの、あるいは価値がないのかといったことには無関心のまま、それゆえ場合によっては自己否定になるような限界に至ったとしても、そのことには無関心のまま、忠実にも、権威をもった規範制定者意思に賛意を示さなければならない」(S. 346)と述べ、たとえ立法者意思が具体的妥当性をもたないとしても、法認識においては、それにしたがわなければならないとした。もちろん、これはある意味で開き直りに近いかもしれないが、イエシュテットからすれば、法律意思説のように(主観的な意思ではなく)客観的な正しさが求められるのは、法認識の場面ではなく、法創設の場面なのである³⁹。むしろ「客観的目的論的検討は、法創設が成功するための主たる基準として、法適用に関する法創設理論(Rechtsetzungslehre)の中心的な部分を形作る。」(S. 347)。つまり、この批判の基礎には「法適用の過程が一段階で行われ、法認識要素と法創設要素は分けられないという見解の土台である一元的法獲得理解が存在するが、このような理解は誤りであることが示されている」(S. 357)。

要するにイエシュテットからすれば、たしかに立法者の意思内容が、言語ルールを無視している場合、あるいは現実的妥当性をもたない場合もあるかもしれないが、対象適合的な法認識理論からすれば、それにしたがわざるをえない。立法者意思を無視して、現実的な正しさを優先するのは、法認識の越権行為なのである。ただ、そのような客観的な正しさが全く考慮されないというのではなく、それが考慮されるのは法創設の場面だということになる⁴⁰。

2) 立法者意思のフィクション性

イエシュテットが最も力を入れて反論する立法者意思説への批判は、そもそも立法者意思なるものは存在しないという批判である。つまり「法律に関して言えば、現実の心理的な規範制定者意思は存在しない」⁴¹ (S. 350)という批判が立法者意思説に向けられる。「合議

³⁹ Jestaedt (Anm. 25), S. 347.

⁴⁰ もっとも、立法者が法適用者に一切の法創設権限を認めていない場合は、正しさを犠牲にしても立法者意思に忠実でなければならない(Jestaedt (Anm. 25), S. 346)。

⁴¹ この点、イエシュテットは、規範制定者の意思内容は「キメラ」だというフリードリヒ・ミュラーのF. Müller, Juristische Methodik, 6. Aufl. 1995, S. 255を参照している。ミュラーは当該箇所において以下のように述べている。

『立法者の意思』は一つのキメラである。意思をもち、確定された主体のものとみなしうる意思内容は、とりわけ、立法過程が、高度に分化した法システムの中にあるという現代の条件のもとでは、存在しない。」

機関である『立法者』内部における意思形成の背後に一つの『集合的意思』など存在しない」(S. 350) ということである。要するに立法に係る者が複数いる（個々の議員、委員会のメンバー、政府の法案作成に関与した専門家等）中で、一つの立法者意思などそもそもありえないのではないかという疑問である⁴²。

このような批判に対して、イエシュテットは立法者意思が、現実の心理的なものとして存在しないものであっても、それでよいのだと反論する。立法者意思は存在しない、つまり、それは幻想あるいはフィクションにすぎないという批判に対し、イエシュテットは「空想の産物である、すなわちフィクションであるということから、それに正当性 (Berechtigung) が欠けていると推論することは、誤った推論である」(S. 354) と反論する。なぜなら、そのような批判は、「法学こそ、意識的に何らかのフィクションを用いており、結果として、この『頭で作られた』『観念という補助作用』により、法自身が前提とする相互関係あるいは法によって遂行される帰責関係が把握されうる」(S. 354) ということを見逃しているからである。つまり、およそ法学とはフィクションを使うものであり、制定者意思が、現実にはそれ自体が存在しないという意味でフィクションであっても、かまわないのである⁴³。『立法者』が現実心理的なものでないことが示されたからといって、そこから、一方で『立法者』を構成するものの背後には、自然人たちの様々な行為、意図、関心および意思が隠されてはいるものの、他方で重要なのは規範的な帰責関係 (Zurechnung) であって現実心理的な帰責関係 (Zuschreibung) ではないということを見逃してはならない」(S. 355、傍点は原文イタリック) のである。現に立法者と呼ばれるものが存在しなくても、諸事実から制定者意思が規範的に構成されるという形でかまわないのである。法解釈では、生の事実から規範上の概念を構成することはよく行われることなのである。

3) 立法者意思の確定困難性

最後に、立法者意思を規範的に構成するとしても、先述のとおり、立法に関わるものが多様なため、立法者意思を確定することが困難であるという批判に反論する。イエシュテットによれば、「法認識の実践として困難である」(S. 355) ことが、「規範制定者たちの（複数ある）意思（の内容）を確定することができない、つまり、困難であるがゆえに主観的歴史的

⁴² トマス・ヴェスティングもイエシュテットの法認識理論に対して、真の憲法制定者意思など存在しないと批判する。T. Vesting, Gegenstandsadäquate Rechtsgewinnungstheorie – Eine alternative zum Abwägungspragmatismus des Bundesdeutschen Verfassungsrechts ?, Der Staat 41 (2002), S. 78 f.

⁴³ 法学とフィクションに関しては、来栖三郎『法とフィクション』（東京大学出版会、1999）所収の諸論稿を参照。近時のものとしては、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 55 巻 2 号（2004）113 頁、笹倉秀夫「末弘厳太郎『嘘の効用』考一併せて来栖三郎『法とフィクション』論一」早稲田法学 90 巻 2 号（2015）41 頁がある。また、ドイツにおける婚姻概念をめぐる論争を手がかりにフィクションとしての立法者意思を検討したものとして、Shu-Perng Hwang, Der Wille des Verfassungsgebers als Fiktion, AöR 145 (2020), S. 264. がある。

解釈は不可能である」(S. 355)ということを経正当化するわけではない。まず判決や行政行為のような個別規範であれば、規範制定者が合議体ではないので制定者意思を確定することはさほど困難ではない⁴⁴。さらに、法律についても、たしかに立法資料だけを規範制定者意思を把握する際の基礎にするのであれば、確定することは難しいかもしれないが、主観的な法認識理論であっても規範テキストが重要な手がかりになるということは無視されてはならず、そうであれば大体において、制定者意思の内容について、一定の意見の一致がみられることも珍しくないのである⁴⁵。

5. 結語

以上がマティアス・イエシュテットの法認識理論である。対象適合的法獲得理論という方法を基礎にしたうえで、対象、すなわちドイツ基本法秩序の特徴から、目的説としての立法者意思説を導きだしている。

さて、このようなイエシュテットの法認識理論はどのように評価できるだろうか。まず、このイエシュテットの主張の特徴は、前田達明の立法者意思説とは異なり、憲法上の価値を基礎としていないという点である。これは先述したとおり、憲法上の価値を根拠にして、法獲得理論を展開するのは循環に陥るからであり、そこでイエシュテットが主張するのが対象適合的法獲得理論なのである。もちろん、この対象適合的法獲得理論に対しては批判もある。しかしながら、一貫性・体系性を追求したイエシュテットの意図自体は評価されるべきであろう。イエシュテットの立法者意思説については、先述のような批判があるが、これらの批判の要点は、立法者意思説は現実には存在しない（そもそも立法者意思など存在しない、あるいは確定できない）、また現実的妥当性がない（立法者意思が常に正しいわけではない）という2点である。これに対するイエシュテットの反論は、端的に言えば、それでいいのではないかという（半ば開き直りに近い）ものである。たしかに立法者意思は現実には存在しないフィクションかもしれないし、究極的に一つに確定できないかもしれない。さらにまた立法者自身が間違えることも十分にありえる。しかしながら、対象適合的法獲得理論という前提に立ち、体系性・論理性を考慮すると、立法者意思説にならざるを得ないのである。むしろ、具体的妥当性に妥協して、一貫性・体系性を犠牲にすることが、完全に正しいともいえないのではないだろうか。そこに、イエシュテットの法認識理論の意義があるように思われる。

今後の課題は、イエシュテットの論稿を扱った拙稿で繰り返しつつも達成できていないのだが、このイエシュテット理論を実際の法解釈に用いてみるということであろう。しかしながら、その前にやらなければならないのはイエシュテット理論の総括であると思われる。すなわち、注3で挙げたこれまでの拙稿と本稿によって、イエシュテットの法理論、法教義学、法獲得理論、そしてその帰結としての立法者意思説について一通り触れたので、イエシュテットの法学基礎理論の仕上げとして、この3つの関係を改めて検討する必要があると

⁴⁴ Jestaedt (Anm. 25), S. 355.

⁴⁵ Jestaedt (Anm. 25), S. 356.

思われる⁴⁶。そのためには、これまで扱ってきたイエシュテットの諸論稿を含め、網羅的にイエシュテット論文と格闘する必要がある。このことを自身の次の課題として提示し、本稿を閉じたい。

⁴⁶ そのような机上の空論は不要ではないかという批判があるかもしれないが、机上の空論が重要でないとはいえないであろう。石川健治が清宮四郎の「違法の後法」論文を評していったように「考えぬかれた『机上の空論』こそが、目先の実益を追う解釈法学では及びもつかない問題解明力をもっていること」（石川健治「究極の旅」同編『学問／政治／憲法 連環と緊張』（岩波書店、2014）33頁）もある。