

ほり うち たけ し
堀 内 健 志

学位の種類 法 学 博 士

学位記番号 法 第 25 号

学位授与年月日 昭和60年4月17日

学位授与の要件 学位規則第5条第2項該当

学位論文題目 ドイツ「法律」概念の研究序説

論文審査委員 (主査)

教授 小 嶋 和 司 教授 藤 田 宙 靖

助教授 森 田 寛 二

論 文 内 容 の 要 旨

1. 本論文は、つぎの編章節から成っている。

緒 編

第1編 問題

第2編 個々の学説

第1章 二重法律概念学説（その一）

第1節 伝統学説の確立

第2節 その批判学説

第2章 二重法律概念学説（その二）——この学説の歴史的国法的背景——

第3章 ヴァイマル期支配学説による伝統学説の継受・発展

——とくに国家諸機能・法規・法律・命令・法律の留保をめぐって——

第4章 この期における新学説との対応

第1節 H.ヘラーの民主主義的法律概念構成の試み

第2節 R.スメントの統合学説からの帰結

第3節 H.ケルゼンの純粹法学と「法律」概念

第5章 ナチス時代における法律概念

第6章 ボン基本法下における学説の一断面

——伝統的「法律」概念が融解したということの真意——

第3編 方法論的整理図式

2. ドイツ公法において「法律」の概念は、「立法」権の範囲ともかかわり、その要石とされており、本論文は、特に近代立憲理論におけるその問題をとりあげるものである。

今日、伝統的ドグマティークを、一定の学問的方法で一つの立場から批判的に分析・検討する研究が著しい傾向となっており、特にこのテーマはそうのように扱われることが多い。けれども、本論文は、そのような方法は、やがて法学を他学問に吸収併合することとなり、「現実的事実に適用される個々の法規範の意味を認識すること」を固有の任務とする法学の使命にこたええないものとしてしまうと批判し、ここでの問題は、歴史的に存した多くの立場の比較的検討を通じて考究するべきものとの立場で形成されている。

3. 本論文の圧倒的部分は、従来存した諸学説の紹介と検討から成っている（第2編）。

まず、今日、日本において有力に存する実質的意味の「法律」・形式的意味の「法律」なる二重法律概念学説——これを論者は「伝統学説」とよぶ——が19世紀ドイツ公法学において如何にして成立し、どのような内容で理解されたかを、P.ラーバント、G.イエリネク、G.アンシュッツ、G.マイヤー、E.ゼーリッヒマンのそれぞれについて検討し（第1章第1節）、さらに、それへの批判学説としてのA.ヘーネルの所説を、国家機能学にも視野をひろげつつ紹介する（同第2節）。もちろん、これらの学説は、当時のドイツの歴史的事情を背景として成立したもので、一般には「国家と社会」との二元構造、君主制原理との関連においてのみ紹介・把握される。しかし、本論文は、そのような概括的説明には満足せず、これら学説は、当時のラント憲法の二つのタイプのうち「法律」「立法」の概念の限定を明示しないプロセイン憲法・ライヒ憲法のもとにおける、哲学的社会的政治学的議論の先験概念のよそおいを断片的にちらつかせながらの実定法論であったと、実例をあげて指摘する（第2章）。

この学説は、ワイマール憲法下においても、その支配的学説によって継受され発展せしめられるが、本論文は、その事情をG.アンシュッツ、O.マイヤー、W.イエリネク、R.トーマについて検討する（第4章第1節）。しかし、この期には新しい国法学的思考も登場し、「法律」概念の問題は異なる扱いをうけることとなるが、その事情をH.ヘラー（第4章第1節）、R.スメント（同第2節）、H.ケルゼン（同第3節）について、学説の基本

の立場とその概要をも叙述しつつ分析・紹介する。

ナチス時代は、支配者に立法権が集中され、法形式の区別さえ御都合主義的に崩壊せしめられるが、本論文は、その過程とともに、学説が「法律」概念についての論理的思考を断念するにいたったことを示す（第5章）。

「民主的社会的法治国」を宣言するボン基本法下においては、D.イエッシュ、F.E.シュナップ、K.ヘッセ、H.H.ルップ、F.オッセンビュール、C.シュタルクによって伝統学説に対する消極的評価が発表され、無制約な「立法」所管論が支配的となる。従来、ドイツでは、Rechtssatzの語は「一般法学」における「法命題」、歴史的政治的観念を内容とする「特別法学」上の「権利命題」、後者の観念を前提とする特定実定憲法における「個別法学」上の「立法」所管を指示する「権利命題」の三義にもちいられてきたが、本論文は、それら論者の消極的評価・批判には、三義を錯綜せしめたままで批判するという混乱がみられると指摘しつつ紹介し、これを伝統的「法律」概念の「融解」と名づけ、E.W.ベッケンフェールデ、W.クレプス、P.バドゥラ、E.フリーゼンハーン、F.フレームート等の学説とともに分析・紹介する（第6章）。

4. このような学説史の進展を一言にしていえば、C.シュミットのいう「民主主義の凱行行列」とみうるかもしれない。けれども、個別実定憲法における諸問題は、そのような単一的視点のみで整理しつくせるものではなく、所管の分配の合理性・合目的性という視点から、行政と立法の手の比較などをも考慮して決すべきものであるというのが本論文の総括である（第3編）。

論文審査結果の要旨

本論文は、外国に存する概説的論述の翻案的所産ではない。本論文提出者は、昭和45年以来6篇の個別的論文を発表しているが、それらを新たに書下し、まとめて本論文としたもので、本論文の価値は、膨大な量の原典についての着実な検討、および、その分析における慎重、周到な思考に存する。

もちろん、長年月にわたる研究の集積であったために、本論文が一貫した視野のもとに書かれているかには、問題が感ぜられなくもない。しかし、「法律」概念は多くの論点とかかわりをもち、学説もこれらとのかかわりにおいて変動する運命をもたざるをえなかったもので、たんに提出者の視点動揺のみによるとしがたい事情もある。また、本論文は、結論的に立憲理論における「法律」概念を「私人に向けられる一般拘束的な行態法」と概念すべきで

あると述べるが、この結論は全体の論旨からみて唐突の感をまぬがれない。しかし、それは、「仮設」的に述べられたものと理解すべきで、提出者じしん今後の検討に残すところであって、本論文はその基礎とすべき「序説」的研究の学問的価値を問うものと考えられるから、これを欠点とすることはできない。

本論文は、日本公法学界において、従来、十分な研究のなされなかった古典的学説を着実に研究し紹介したのみならず、外国におけるあたらしい学説事情についても周到に分析・紹介するところがあり、学界に対し多大の寄与をしたものと認められる。

なお、別紙の学力確認要旨に記載したように、本論文提出者は東北大学大学院博士課程を経て学位を授与される者と同等以上の学力があると認められる。

以上によって、本論文提出者は法学博士の学位を授与されるに値するものと認める。