

講 演

アイデンティティーの問題に直面する公法

ディーター・グリム
大 森 貴 弘
鈴 木 秀 美 共訳

- I. 公法のアイデンティティーについての諸問題
- II. 公法の発生条件および消失条件
- III. 条件の変化とそれが公法のアイデンティティーへ及ぼした諸影響
- IV. 公法からの決別？

I. 公法のアイデンティティーについての諸問題

アイデンティティーの問題は境界を定める〔つまり区別する *Abgrenzung*〕⁽¹⁾ という問題である。対立者なくして、すなわち他者なくしてアイデンティティーはありえない。しかし、自分自身を知ることなしには他者に対して境界を定めることもできない。自分とは何であり、公法の他者とは何か？ その答えを探究する際には、対象と、対象についての考察つまり学問分野とを区別することが推奨される。たしかに対象も分野も、両者とも公法の概念によっ

(1) *Abgrenzung* は、端的に「区別」と訳すと分かりやすい。しかし、グリムは *Unterscheidung* という単語も使用しており、こちらも「区別」の意味がある。また、グリムは *Begrenzung* (境界づけ) や *Entgrenzung* (脱境界化) 等の概念も駆使しており、*Abgrenzung* はこれらの単語と関連性を有するようにも思われる。このため、*Abgrenzung* には、「境界を定める (こと)」という少々冗長な訳語をあえて採用した。意味が分かりにくい場合は「区別」という訳語に（文脈によっては「定義づけ」という訳語に）置き換えてもらえると理解が容易となる場合もあろう。本訳稿では、*Unterscheidung* を「区別 (だて)」と訳し、*Abgrenzung* を「境界を定める (こと)」とし、両者を訳し分けている。

て包括される。両者は互いに関連はするが、必ずしも一致しない。両者は連携を失うこともありうるし、そうなれば間違った道に入り込んで、もはや対象を適切に把握できなくなったり、あるいは、もはや問題を適切に解決できなくなったりすることもありうる。

さらに、境界を定めることはさまざまな方向をとりうることに留意すべきである。人は公法のアイデンティティーを問うことができるし、そうして公法を、法ではない公的なものの領域、例えば政治に対立する形で境界を定めようとすることもできるし、似通った対象にささげられてはいるが法学には属さない学問または同一の対象を別の認識関心によって扱う学問、例えば社会学に対立する形で境界を定めようとすることもできる。しかし、公法のアイデンティティーを問うこともできるのであり、その場合、他の法分野に対して、当然にも私法およびそれと取り組む法学の部門に対して境界線を引くことができる。すべてをひっくりめると、45分の講演にとっては多すぎるだろう。それゆえ、私は選択的に、しばしば誇大に話を進めざるを得ない。

出発点は偶発性の経験である。公法と私法への法の排他的分割は、20世紀になお教育されていたほど先験的ではなく、法概念自体に根付いているわけではない。公法はあらゆる時代に存在したわけではなく、今日どこにでも存在するわけでもない。もっとも、“*ius publicum* [公法]” という用語は古くから知られており、既に始めから “*ius privatum* [私法]” に対して境界を定められた〔つまり区別された〕。しかしながら、その区別だて *Unterscheidung* には、構造を決定し、複雑な法の集合体を秩序づける力が内在していなかった。一方の領域へ、または他方の領域へ帰属することには、何らの法的効果も伴わなかった。その区別はなされてはいたが、使われていなかった。コモンロー諸国では今日までそうである。

もっとも、そう言ったからと言って、次のようなことが主張されているのではない。すなわち、ヨーロッパ大陸における法学と法実務は、法の中に公的なものとして他から区別され、かつ、この区別を法の実務のおよび学問的な取扱いの基礎とした一つの部分領域を同 ^{アイデンティファイ} 定しようとし始めたとき、間違いに陥った、と言いたいのではない。「偶発的だ *Kontingent*」ということは、「偶然的だ *zufällig*」ということや「無根拠だ *grundlos*」ということと混同されてはならない。「偶発的だ」ということは次のことを意味しているにすぎない。すなわち、公法の同 ^{アイデンティフィケーション} 定は、常に至るところに存在するとは限らないがゆえに再び失われることもありうる諸条件と結びついており、この状態は対象へ

の反作用や対象についての思考なしには存続しないだろうということ、これである。

その状態が生じたかどうかの確認のために、信頼しうる一つの手段がある。人は、公法という対象と学問を生み出した諸条件を再構成するよう試みなければならない。それらの諸条件が未だに存在しているかどうか、または変化してしまったか、または全く失われてしまったかどうかを事後審査するために、そうするのである。その〔審査の〕解答に依って左右されるのは、公法という軌道 *Bahnen* の中で思惟し行為し公法という一分野に固執することが未だに有意味であるかどうか、または、憲法・契約・連邦裁判所・刑法といった法的素材を確かに区別はするけれども、公法や私法といった上位範疇の下に位置づけることをしないアングロ・サクソンの実務へと方向転換することが推奨されるかどうか、という問題である。

II. 公法の発生条件および消失条件

1. 近代主権国家

法史学においては今日、*ius publicum* 〔「公法」を意味するラテン語〕または *öffentliches Recht* 〔同じく「公法」を意味するドイツ語〕という名称を持った、境界を定めうる対象と学問分野が発生したのは16世紀のことだ、という意見の一致が存在する。シュトライス⁽²⁾は、そのことを綿密に証明した。その根拠を問うなら、統一的な中世的支配秩序および社会秩序の解消並びに近代国家の発生との時代的連関が目飛び込んでくる。こうした成行きは信仰分裂の結果だったのであり、そして信仰分裂は中世的秩序からその基盤を奪い、宗派間の内戦へと至った。政治の喫緊の任務となったのは、こうした事情で内的な平和の回復であった。

本質的なことは、これが伝統的中世秩序の枠組みでは不可能だった、ということだ。内戦的状況の克服のためには、むしろ、領域ではなく人物にまつわる分散した諸々の支配権を一手に集中し、それらを単一の公権力へと凝縮し、そして法を定立する権利へと——しかも争いのある宗教的真理に直接的に依拠せ

(2) ミハエル・シュトライス Michael Stolleis. ドイツの法史学者。フランクフルト大学にて公法および法史学の教授を務めた（2009年に同大学を退官）。

ずに——拡張することが要求されたのである。事実、こうした方途は、真理に関する平和を確立した幾人かの理論家によって16世紀に提起され、即座に政治的にも実践されたのであり、それに伴って行政、軍隊および外交からなる機能的に特化した支配装置が構築された。こうして、結果としてではなく過程として、それも異なった速度と異なった形式において近世的₍₃₎な領域支配権が形成されたのであり、そしてそれは対象に関しては包括的だが、空間的には限定されており、自分自身の境界線の外ではちょうど同じような諸々の支配権と衝突することになった。

今や領域支配権へと合流した諸要素の中で、完全に先例のないものは無かった。それら諸要素の根源は、はるか中世へと遡った。しかし、宗教的内戦が強い促進と凝縮の中で、それら諸要素は同時代人によってさえ新奇なものとして感覚されたのであり、生成する支配形式のために即座に新しい概念さえもが出現したほどであった。すなわち、それまで他の何かとの繋がりにおいてのみ（〔例えば〕 „status rei publici“〔のような繋がった熟語の中でのみ〕）使用可能となっていたラテン語の単語である status から派生したが、今や自立し、その単語が記述すべき事態を表すものと看做されるようになった国家 Staat という概念がただちに出現した。国家が要求した権力の完全性を表現する際にも、1576年のボダンの国家論の出版後、即座に一つの概念が定着した。すなわち、内にあっては唯一にして抵抗しえない権威として、外に対しては他の諸権力からの独立性として理解された主権 Souveränität という概念が定着した。

国家形成の裏面は社会の分離だった。国家が公権力の独占によって描出される一方で、社会は支配の権能の不在と国家的支配権への服属によって特徴づけられた。この意味で、社会は私事化されていたのであって、個人的な生活形成と人物間の諸関係に関して私的であり続けることへと解放されるという逆の意味ではない。国家は、所与の美德の理想を貫徹することに固執したし、それに対して臣民たちは権利を持たず、義務のみを有していた。

私人間関係に関わる法的規則の比較的大きな継続性とは異なって、国家や臣

(3) 原文にある *neuezeitliche* を「近世的」と訳した。管見の限り、辞書には「近代〈現代〉の；近代〈現代〉的な、モダンな」との訳しか掲載されていない（『独和大辞典』ほか複数の辞書を参照した）。しかし、グリムは *Neuzeit* を中世と近代との中間を指示する概念として、すなわち歴史学で言う「近世」を意味する概念として使用している。本稿では、原著者に意味を確認のうえ、*Neuzeit* を「近世」と訳している。

民と国家の関係といった領域では一般法 *ius commune* の、ましてや地方的諸法の不十分さが際立っていた。このとき、立法によって裏付けられる必要のあった新しい規則についての需要が発生した。比較的古い基本諸法 *leges fundamentales* が、新しい支配形式を前にして新たな脚光を浴びて登場した。つまり法学が伝統的な法から分離させ、公法 *ius publicum*, *öffentliches Recht* として描き出したのが、この素材〔基本諸法〕だった。公法に関する文献の数は急速に膨れ上がり、1600年に公法は大学の教育プログラムへと取り入れられ、この法分野のための諸々の講座が生まれた。

そのような区別だてに法的効果が結び付けられるようになるまでに、長い時間はかからなかった。国家形成の貫徹は数多くの既得権と衝突したのであり、これら既得権の担い手たちは領邦君主たち *Territorialherren* に対抗して裁判で自らの既得権を防衛したのだった。それゆえ君主たちは、裁判所の管轄を私法的争訟と刑罰的事件へと限定しようとしたのであり、公法を司法権から奪い取ろうとした。したがって「統治の案件は司法の案件ではない」とは、このことを意味した。公法を司法権から奪取することに成功した場合には、何が公法的と看做されねばならないのか、何が看做されてはならないのかを決定することが、実務上でも必要となった。

その再検討によって特別に公的な法の形成と近代国家の発生との連関が立証される。イングランドではこのような発展は生じなかった。たしかにスチュアート朝の諸王は17世紀に大陸の模範に依拠して絶対的な体制を達成しようと試みた。しかし、彼ら諸王は内戦を調停する必要性を引き合いに出すことができなかった。イングランドの内乱は、むしろ王権の絶対性獲得のための努力の結果だったのであり、それに対して貴族とブルジョアジーは共同して抵抗をした。内乱は古い秩序の防衛へといざなわれた。内戦の結果、議会在がより強化されることとなった。国家的支配への移行なしには、公法と私法も二つの異質な法の集合体として分裂することはなかった。コモンローは有名無実と化しているわけではなく、実際にも普遍的な法であり続けたし、裁判所はその管轄権を王室が関わった法関係にも保持していた。

2. 自由主義的な社会モデル

その反対に、件の〔公法と私法との〕区別だては大陸では絶対主義の終焉によって内容的な対立へと高められたのであり、他方で、啓蒙の精神から起草されたプロイセン普通法はなお公法と私法を一つの包括的な法令集の中へとまと

め上げた。それは、フランス革命によって支配の座についた自由主義的な社会モデルの結果だった。このモデルは主権国家には反対しなかった。その革命は、依然として残存する中間的諸権力を除去し、社会を完全に私事化することによって、むしろ初めて主権国家を完成したのである。しかし、その革命は新たな正統化の基礎——人民主権 Volkssouveränität——の上に国家を樹立したのであり、自らの諸機能を新たに定義した。

当然にも、そのような機能の決定にあたっては、次のような想定が根底に置かれた。すなわち、邪魔されずに真価を発揮することさえできれば国家によるいかなる公益配慮よりも確実に福祉や正義へと至るであろう諸々の自己操縦メカニズム⁽⁴⁾を社会が利用する、という想定である。そのための前提は個人の自由と平等であったのであり、その結果、各人は能力によって社会における自らの地位を決定しえたのである。その手段は、客観的義務から主観的権利へと切り替えられた私法だったのであり、その内容は直接に理性から生じた。それゆえ、社会的正義を生み出すために、もはや国家は必要とされなかった。社会的正義は、支配なき社会的領域の中で個人的な自由を確認することの自動的な結果だった。

社会が余すところなく私事化されたものとして自らの力では実現できなかったのが、秩序の安定および法違反者による攪乱または侵略からの防衛だった。社会はこれらの能力を自分自身の外部に再構成しなければならなかった——まさに国家として。暴力独占⁽⁵⁾を含む公権力はそのために不可欠だった。肝要なことは、国家が自身から独立した擬似自然的な社会秩序の保障のためではなく、自らの操縦の野望のために公権力を投入するのを防ぐということだった。そのためには憲法を確保しなければならなかった。それも憲法が社会を基本権によって国家から保護し、諸々の基本権制限に関しては——これらの制限が種々の自由の諸要求の調和のために、そして危険からの防御のために必要な場

(4) Selbststeuerungsmechanismen を「自己操縦メカニズム」と訳した。Steuerung には「制御」という訳語が当てられることも多いのを承知の上で、翻訳稿ではあえて「操縦」と訳している。理由は、翻訳稿に付した訳者解説を見られたい。

(5) Gewaltmonopol. ときに「権力独占」と誤訳されることもあるが、この語は、マックス・ヴェーバーの国家の定義を踏まえて使用される語であり、「暴力独占」と訳すべきである。これについて、参照、ディーター・グリム（大森貴弘 訳）「国家の暴力独占」比較法学40巻3号（2007年）125頁以下。

合には——自由の享受者の同意をとりつけるというやり方で。彼らは、選挙された議会における自らの代表者を通して法律の形式でこの同意を与えたのであり、そして行政府は法律に拘束されていた。

国家と社会の関係はそれによって逆転した。つまり、社会は一次的で原理的に非拘束的な現象であったのに対し、国家は派生的で原理的に拘束された現象であった。それによって公法の機能と地位も変化した。公法は、自らが関わった国家と同様に、格下げされた。法秩序の中心には国家から自由な私法が収まったのであり、他方で公法は私法に対して奉仕する立場へと転落した。憲法の優位があるからといって、そのことについて思い違いをしてはならない。憲法は、国家を境界づける〔つまり制限する *Begrenzung*〕⁽⁶⁾ という自らの機能を有効に達成することができるように、その優位を必要とした。しかし、この優位は私法を利するためにのみ憲法に付与されていたのだ。自由主義的な国家の憲法は、私法に付随的なものであった。公法全体にとっても事情は全く同じだった。たしかに公法は、私的自治が活発となるための大枠を定めたが、個人の自由の維持のためにそれを行ったにすぎない。

それによって初めて公法と私法は異なった重要性を担うこととなった。私法が自由の法として存する一方で、公法は自由を制限する法として、強制的法として現れたのであり、公法が国家によって自由の保護に必要な限度を超えて投入されないことを疑い深く観察することが、たしかに必要なように思われた。このような理由で、個人と国家の間の法的諸関係を再び裁判の対象とすることが、自由主義の特別な関心事であった。しかし、次第に強固にされた公法の特権的地位は、この任務が通常裁判権ではなく、隔離された公法上の裁判権に属したところに示されていた。

ドイツにおいては公法と私法との対置は、なおいっそうの強まりを見せた。ドイツのブルジョアジーが1848年に民主制を確立しそこなった後、ブルジョアジーは自由の私的側面とそれらの法治国家的安定化に集中的に努力した。この目的のために、私法は国家による干渉に対して免疫性を与えられるはずだった。それゆえ、私法は直接に理性または民族精神から流出したものとみなされ

(6) *Begrenzung*. 「制限」と訳すのが最も簡明だが、グリムは *Begrenzung* という語に特別な意味を込めて使用しているため、本稿ではあえて「境界づけ」と訳す。*Begrenzung* の対概念が *Entgrenzung* であり、「脱境界化」と訳されている。両概念については、ディーター・グリム（三宅雄彦 訳）「21世紀の挑戦に直面する憲法」比較憲法36巻2号、121頁以下参照。

たのであり、それによって、国家のあらゆる干渉は、干渉ではないようなふりをして行われなければならなかった。それゆえに立法は公法に限定されることになっていたのであるが、私法においては宣言的にのみ行動する、あるいは場合によっては全く排除されることになっていた。その結果、私法は、法学または学問的教養を有した裁判官たちの仕事を通じて、自分自身の非政治的な論理によって発展することができたのである。

3. 法学的方法

確かに、このような説明はもはや実定的な法素材に含まれてはおらず、法学の説明だった。しかし、そのような説明は、それが承認されるかぎり、立法および法律解釈を通じて再び素材に伝達される独自の現実を構成する。私法の反政治的解釈は方法論的観念の中で存続したのであり、それによると法はそれ自身から、したがって純粋に言語的かつ論理的に解釈されるべきだとされた。他の全ての解釈手段は非法学的として排除され、法律の目的さえ、その規範の外にある動機に数え入れられた。

私法学が自らの体系的・構成的精華に関して恩恵を受けた、このいわゆる法学的方法は、憲法闘争の終焉とブルジョア社会の確立の後で公法にも持ち込まれることになるのだった。私法におけるように、公法という学問の科学性はその法学的純粋さによって証明される、というのだ。公法をその歴史的・哲学的そして政治的諸関連から解釈する、それまでに実践されていたいわゆる国家学的方法は、単に非科学的だと考えられた。それに代わって、公法を概念的に解明し、そしてその基本原理から体系的に統一性として記述することが重視されるようになった。

その際、法学的方法の擁護者は、統一性をもたらす公法の独自性は国家的支配の現象の中にあるということを出発点としていた——〔他方で〕ブルジョアにとってはその現象には服従が対応した——。公法の機能は服従関係の法化の中に見出された。その際、彼らが前提としたのは、次のことだった。すなわち、法的諸概念はある意味で実定的な法素材の中に「潜んで」いて、明るみに出されるのみであり、そして矛盾なき体系の中に組み込まれるのでなければならず、解決が実定法の条文から直接的には出て来ないその時々法的問題は、その体系から、条文と完全に調和して、それも社会的現実に影響されないで解答されるべきである、ということだった。その結果、他分野との関係に関する問題は全く登場しえなかった。

その〔法学的方法の〕ための基盤としては、たしかに行政法よりも憲法 *Verfassungsrecht* のほうが好都合だった。憲法 *Verfassungsrecht* は今や包括的かつ拘束的なものとして帝国憲法 *Reichsverfassung* の中に存在していた。それに対して、行政法においてはバラバラな複数の法律が明らかな関連性なく存在していた。したがって、国法において新路線をとる学派の確固たる指導者であったラーバントは帝国憲法の条文を引き合いに出して、これを概念的かつ体系的に展開することができたが、他方で同じように新しい行政法学を推進する学派の確固たる指導者であったオットー・マイヤーの行政法は、総論という純粋に思想的な構築物だった。ただし、そこでは政治的禁欲にも拘わらず、自由主義が常に暗黙の前提とされていた。

III. 条件の変化とそれが公法のアイデンティティーへ 及ぼした諸影響

それによってある意味で公法のアイデンティティーの確かさは頂点に達した。つまり、今やわれわれは暫らく手を休め、次のことを確認することができる。すなわち、

- (1) 境界を定めることのできる公法の形成は、国家にとって私と公との、そして外と内との本質的な境界をもつ近代国家の発生の「随伴現象」だった。
- (2) 国家の憲法化に際して、それを導いた自由主義的な社会モデルが、国家と社会との分裂をともなって引き継がれた結果、公法と私法との区別だけでは二分法へと高められた。
- (3) 公法のアイデンティティーは一つの学問的構築物の中に基礎づけられていたのであり、その純粋性と閉鎖性は、現実に関する知識つまり学際性を必要としない、いわゆる法学的方法によって可能とされた。

したがって、このことを背景として問われるべきは、どれほど変化が生じており、それらの変化が場合によっては公法のアイデンティティーにとって何を意味しているのか、ということである。国家は度重なる死亡宣告にも拘らず、なお現存在する。それが引き続き生き延びるようには見えないとしても。60年代に国家を政治システムによって取り替えようとした政治学も、国家をこのシステムの重要なアクターとして再発見した。アングロ・サクソン世界においてさえ、次第に「国家 *state*」について話すことが普通になった。もっとも、だからと言ってそのことが「公法 *public law*」の分出⁽⁷⁾にまで至ることはなか

ったのである。そうではあるが、しかし、諸々の変遷の過程は生じ、21世紀の幕開けの国家は、19世紀の国家や20世紀前半の国家と明確に区別されるようになった。諸々の変遷は、第一に国家と社会の自由主義的な分離に及び、次に私と公との境界へと伸び、そして最近では外と内との境界をも軟化させた。

1. 社会国家および事前配慮国家 *Vorsorgestaat* への移行

国家と社会との分離は、社会の自己操縦能力への自由主義的な信頼の表現だった。この前提のもとでのみ、人は正義の問題を市場に委ね、国家を自己操縦メカニズムのための保証人の役割に限定することができた。あらゆる内的国家活動は自己操縦メカニズムを無効とし、かつ公共の福祉を頓挫させることによって危険を伴う侵害となった。公法の任務は、国家活動の厳格な規制によってこの危険を取り除くことに存した。

自由主義は前産業的な着想であった。自由主義は自らの社会モデルの成功の諸前提を過小評価した。産業革命がそのことを露見させた。自由主義が形式的な自由と平等の産出によって解決しようとした正義の問題はそれによって再び実質化された。正義になかった利害調整は、契約の形式でさえ定着せず、付加的に契約者同士のある一定の力の均衡を前提としたのだから、肝要なことは、一方では優位と劣位の利用に対する予防措置によって、他方では自由行使の実質的諸前提が欠けているところではそれらを準備することによって、この力の均衡を作り出すことであった。そのためには、その結果として再び社会の中へと帰還した国家のみが問題とされた。正義になかった社会秩序の産出は再び国家の任務となった。

それによって私法の一次性と公法に押しつけられた奉仕的役割は消えて無くなった。たしかに経済的自由の明白な濫用を撲滅することは、なお私法内部で可能だった。人は私的自治の境界線をより狭く引かなければならなかった。しかし、社会的正義の生産が再分配を必要とするやいなや、私法の枠組みは粉碎された。再分配は国家による給付によってのみ行うことができた。そこから、

-
- (7) *Ausdifferenzierung* を分出と訳した。ルーマンのシステム論で良く使われる用語である。グリムはルーマン理論から多くの示唆を受けているので、ここでも「法の分出」について論じたルーマンを念頭に置いて *Ausdifferenzierung* の用語が使用されているのだろう。ルーマンの邦訳書を見ると、「分離」と訳しているものもあるが、「分出」と訳しているものもある。本訳稿では後者に従う。

境界が備わっておらず、常に新しい適用領域を獲得してゆく一つの大きなプログラムが、あらゆる種類の不遇を償うために次第に発展してきた。その結果として、制限は外部から、とりわけ国家の財政状況および競争状況からのみ引き出すことができることとなった。

その古い序列関係はそれによって再び生み出された。私法は公法の下に位置したが、公法はもはや絶対主義におけるそれと同じではなかった。公法は国家自身の憲法化によって自由の理念を自らの中に取り入れたが、それは〔現行の〕基本法 Grundgesetz のもとで初めてその十分な展開を経験することになった。今日では私法は公法によってもはや制限されるだけなのではない。それによって二つの法の集合体の対立は不適切なものとなった。

社会問題への対応は、国家任務の前例なき拡大の始まりであった。この拡大は二つの世界大戦の後の貧困の除去を通じてますます盛んとなり、20世紀の後半では特に科学的・技術的進歩やその商業的利用のリスクの増大によって引き起こされた。国家の活動はそれによって予防的なものへと転回した。もはや経済危機のような発生済みの諸問題を処理することが重要なのではなく、望まぬ状況の発生を未然に防ぎ、その原因を——それを知っている場合には——全く発生させない、または発生中に見つけ出してその芽を摘み取ることが重要なのである。危機管理の代わりにリスク回避なのである。

社会問題への対応は、特に国家と社会の分離を破棄しながらも、私と公の境界線には手をつけずにいたが、今やこれも軟化された。その原因は、国家任務の拡大がその強制手段の拡大を伴わなかったところにある。個人の自由と、それに媒介される、さまざまな社会的機能システムの自律は、今もなお基本権によって守られている。基本権の保護領域においては、国家が自らの目標を達成しようとしても、命令と強制という特殊国家的な手段による限り、限定的にしかその目的を達成できない。他の領域では、またも命令と強制は効果がない。経済的好況や科学的イノベーションは、命令したからといって達成できるものではないのだから。最後に、命令的手段がたとえ可能であり許されていたとしても、有効な操縦のための諸々の情報が欠落していたり、操縦の名宛人の拒否の力が大きかったり、または実施のコストが高すぎるように思われるために、〔命令的手段が〕不適切であるような領域が存在する。

それゆえに国家は、自らの公共の福祉の諸目的を達成するために間接的に作用する動機づけ手段に、すなわち財政的刺激または威嚇に全幅の信頼を置いて、手続法へ逃げたり、民間部門との協力または分業の新形式を発展させたり

する。協同は、多種多様な公・私パートナーシップによって、または交渉を設けることによって行われる。それらの中で国家は、公共の福祉の諸目的を達成するために必要だと考える措置を一方的に決めるのではなく、問題の責任者たちと交渉するのである。その際、法律は交渉の材料となりうるものであり、インフォーマルな協定によって代替されることもありうる。国家はそれまで公的に達成した諸任務を民営化するが、それらの共通契約的達成の保障を自らに留保するか、調整される自己操縦に全幅の信頼を置くところでは、分業の新しい諸形式が生じる。

もはや明確に行いえなくなった私と公との、普遍的利害と特定の利害との区別だては、国家任務が経済成長と完全雇用へと拡大することによって、さらに不明確にされた。たしかに通常、アクターはなお一義的に公的セクターまたは私的セクターのいずれかに属する。しかし、そのことは協同の領域における行為の形式と決定に一貫して妥当するのではない。国家的措置の確定への私的アクターの関与は、もはや影響の範疇ではなく、参加の範疇でのみ記述される。

2. 国際的公権力の発生

しかしながら、内と外との境界が溶解することで、伝統的国家性は属地原理の決壊により極めて奥深いところで変化する。その原因は、国際連合の設立によって1945年に始まり、それ以降とりわけヨーロッパにおいてさらに進歩した国際的公権力の成立にある。その発展は、その意義において16世紀の国家の発生や18世紀の憲法化と同等である。それはたしかに国家と言う中心なしには不可能だった。さまざまな国際組織は国家の産物であり、自らの高権的諸権能を国家に負っている。たしかに、諸国家にはこのような発展をするための十分な理由があった。政治的处理を要するけれども国家的枠組ではもはや効果的には解決されえない問題の数が、かなり以前から特にグローバル化によって増大している。国際組織の設立によって諸国家は、その活動半径を自らの境界を超えて拡大するが、〔他方で、〕自らの境界内で行われる他者の活動も許容しなければならない。

そのことは国家性の終焉を意味しない。断片化され、正統性の薄弱な国際組織は国家に取って代わることはできない。そうでありながら、しかし、公権力および国家権力のアイデンティティーは終焉を迎えている。今や公権力が国家の外部にあり、それは伝統的国际法とは異なって、自らの行為に国内での妥当

を要求し、その際、その公権力の行為においては国家の憲法の諸要求に配慮することがない。

諸国家が非国家的公権力の行為に対して自らの境界を開く程度は、ある国家がどの国際機関に属するかによって変わってくる。しかし、それ以後、ある国家が19世紀または第二次大戦前になお主権的でありえたという意味では、もはや主権的な国家はない。それによって国内法と国際法との間の明確な境界線も溶解する。国家間の諸関係に関するかぎり、たしかに国際法は引き続き外部境界のそばで立ち止まっている。しかし、国家と高権的諸権利を有する国際機関との関係に関するかぎり、国際法はその境界を突破する。

その結果、もはや国家内部の法的状態は、国内法だけを手掛かりにしては読み取りえないこととなった。国内法は国際法に覆いかぶせられ、修正され、あるいは排除される。国内法と国際法をまとめて見ることによって初めて、法的問題への的確な解答が可能となる。その際、調和を前提とすることはできない。国内での妥当要求を伴う国際法は、まずもって異物である。この状態も容易には克服されえない。というのも、諸関係はヒエラルキー的には整序されていないからである。法的多元主義は——長きにわたって前近代の社会の標識であり、民族学者にとってのテーマであったのだが——、〔今や〕ポストナショナルな状況の所与となっているのだ。

3. 法秩序の統一性

そのことは公法のアイデンティティー、つまり境界確定可能性および統一性確立にとって何を意味するのか。これについて答える前に、境界も統一性も法的素材には内在していないということを思い出さなければならない。何がシェーンフェルダー〔ドイツの法令集〕に、何がザルトリウス〔同じくドイツの法令集〕に配列されるべきなのか、これを決めるのは連邦議会ではなく、C. H. Beck 出版なのである。法律家は解釈によって本来的に種類を異にした法素材の中に再び統一性を持ち込む。どの程度それが成功するのかは、対象と方法による。その対象はどれくらいの統一性を可能とするのか。方法はどれくらいの統一性を生み出すことができるのか。

その対象はさらに手に余るものとなった。量的には法は著しく増大した。そのことは、それだけを取って見ても統一性の期待を低下させる。法の国際化は、異なった規定技術と概念性を伴うがゆえに、体系的把握をいっそう困難にする。質的には法は多様で見通し難いものとなる。全体として、正義の問題の

実質化、未来志向と脱境界化、並びに国家性のハイブリッド化とそれと結びついた目的プログラムの拡大は、ソフトロー、協定等から法の形式性と共に法の決定力を取り去る、と言うことができる。それには利点もあるのだが、これは公法の統一性にとっては有効ではない。何よりも形式性を必要とする国家活動の法治国家的規律が損なわれる。

方法に関するかぎり、われわれはオットー・マイヤーの見事な統一化の業績を見ると驚嘆するが、バウル・ラーバントを見るときにはそれほど驚かない。なぜなら、マイヤーと〔現在の〕行政法学との距離よりも、ラーバントと〔現在の〕憲法学の距離のほうが大きく隔たってしまったからだ。しかし、両者が自らの業績に対して支払った対価も見落としてはならない。高い程度の統一性は二つのことを放棄することによって獲得された。つまり、高権的国家活動ではないものすべてが掻き消されるとともに、学問の合理的の把握から逃れることになる対象の放棄であり、法が規範力を展開するはずの現実を掻き消すことによる方法的放棄である。このため、社会的変遷が生み出す、法への適応圧力が立法者かけられることとなった。それによって法学的方法是、第一次世界大戦後に適応圧力が著しく増大したときに、急速に没落することになった。

方法論的観点からすれば、われわれは今日、ヴィントシャイト、ラーバントおよびマイヤーが非学問的として弾劾したものすべてを許容する。つまり、法が表現している諸価値、その規範が達成すべき目的または機能、そして隣接諸科学の認識に依拠することの結果として目的がそこで実現されるはずの現実の断片、これらを考慮することを許容する。予見可能性が低下することによって解釈のための可能性の余地が増大する。

しかし、この方法によって、以前の時代が利用せず、一度も予感することがなかった法の統一性の源泉も解明されたのだということを、見落とすべきではない。言わんとしているのは、憲法を通じた統一性の成立、つまり基本権である。〔ドイツ連邦憲法裁判所の〕リュート判決のほとんど評価されていない帰結は、価値によって解釈される基本権の照射効を通じて法秩序に、それも公法だけではなく法秩序全体にもたらされる統一性である。大きな反動は法の国際化であり、それに基づいてこの統一性の源泉も既に今ますます弱まっており、将来的には一層弱まるであろう。法的多元主義は統一性への大きな挑戦であり、ここに学問の将来の課題がある。それらの課題は、文脈化 Kontextualisierung によってのみ解決されうるし、基礎となる諸分野を参照するよう促される。

IV. 公法からの決別？

最後に、われわれはこのような診断を前にして同^{アイデンティファイ}定可能な公法というカテゴリーに固執すべきか、それともそのカテゴリーを明らかに必要としていないアングロ・サクソン世界に従うべきか、という問題が提起される。第一に行われるべきは、あらゆる深刻な変化にも拘わらず、疑いようのない古典的な公法の領域が未だ存在することを忘れないようにする、ということである。この場合、この領域がバラバラの素材へと解消されるなら、統一性のチャンスを逸することになるだろう。もっとも、この領域を超えたところでも、なお公法への固執は諸々の共通性の存在を前提とする。公法のアイデンティティーがもはやナショナルに定義されえないとき、そのような共通性はどこにあるのか。

統一のポテンシャルをもった一つの基本的現象がある。それは支配というカテゴリーである。しかし、それはそのポテンシャルが利用され得るように、高権性と国家性から剥ぎ取られなければならない。さらにこの現象に関連する基本的欲求が、つまり支配の規律が、消極的には境界づけ〔＝制限〕の形で、積極的には公共の福祉の方向づけの形で存在している。そのための基本的原理も幾つか存在する。例えば、民主的正統化、人格の発展、比例性や理由づけ義務などのような手段による法治国家的規律。それは国内レベルで公法としての分類を受け継ぐ諸成果である。しばしば、それらは国際的にも承認されうるものである。それらは国際的な公法総論の核を形成する。次第に多くの研究者がこの問題に取り組むようになっていく。

コモンローの例に倣うことが有利かどうかという問題に関しては、そのような総論がコモンローには存在しない、ということが重要だと思われる。基本権総論さえ存在せず、ドイツまたは〔ヨーロッパ〕大陸的な意味での教義学^{ドグマティク}も存在しない。それにも拘わらず、比較衡量よりも原則による推論^{ドグマティク}を好む傾向がある。しかし、原則による思考は〔ヨーロッパ〕大陸的な統一性獲得の努力よりも射程が短い。コモンロー世界は諸々の規範および制度の背後に体系を求めない。たしかにオリヴァー・レプシウス Oliver Lepsius⁽⁸⁾ は飽くことなくアメリカの法的思考の諸々の利点をわれわれに理解させようとしたし、それらの利点は疑いなく存在している。しかし、その利点は法文化的文脈に埋め込まれて

(8) Oliver Lepsius ドイツの法学者。

いるし、一部にはそれに依存している。けれども、この法文化的文脈はわれわれのそれとは同じではないし、簡単に継受できるものではない。もっとも、だからと言って、限定された借用までもが排除されるわけではない。したがって私の結論を申し上げるなら、次のようになる。すなわち、われわれは公法を主張することに固執しつつも、その主張を国際的内容に対して開いておこう。ただし、そうすれば主張が認められるという過剰な期待はしないようにしよう。

[訳者解説]

本訳稿は、ドイツの国法学者であるディーター・グリム（ベルリン・フンボルト大学退官教授、ベルリン学術研究所終身研究員）が2011年の秋に大阪大学および早稲田大学で行った講演の原稿を全訳したものである。原題は *Das Öffentliche Recht vor der Frage nach seiner Identität* である。まず大森が全体を翻訳したのち、鈴木がこれを修正した訳稿をつくり、最終的に大森が両者の訳をまとめ上げて最終的な訳を完成させた⁽⁹⁾。なお、講演に先立って大阪大学の松本和彦教授から翻訳について貴重な御指摘をいただき、翻訳の精度を高める上で大いに役立った。この場を借りて、御礼申し上げる。

翻訳稿の原著者であるディーター・グリムは、社会科学と法学を統合しようとする志向において際立っているが、中でもビーレフェルト大学に勤務していたときに同僚であったニクラス・ルーマンの社会システム論から強い影響を受けている。近年のグリムは、グローバル化、ヨーロッパ化の動向の中で、憲法・国家・主権・公権力などの概念やその対象が、どのように変遷していくのかについて、優れた考察を行っている。

本訳稿においてもグリムは、ヨーロッパ統合やグローバル化の中でゆらぐ公法のアイデンティティーの問題について、縦横に思索を展開している。公法概念を必要としないコモンロー世界にしたがうべきか、それとも、ドイツの法学において伝統ある公法というカテゴリーに固執すべきか。二つの異なる法文化を対比させつつ、鋭く問題が提起される。グリムは公法の歴史的存在条件を考察し、その成果を確認した後、国際的内容にも開かれた公法を主張することに固執すべきことを説いている。公法というドイツ国法学に伝統的な概念を放棄することなく、グローバル化の時代に適し

(9) なお、この訳者解説は大森が単独で執筆した。

たものへと進化させようとする、意欲的な結論が導かれていると言ってよい。

なお、採用した訳語についても解説しておく。まず、原文に出てくる *Steuerung* という単語の日本語訳が問題となる。日本の公法学の文献では「制御」と訳されて論じられていることも多いが、本訳稿では次の理由により、「制御」ではなく、あえて「操縦」と訳している。原著者グリムがルーマンの社会システム論から強い影響を受けていることは既に述べたが、他方でルーマン理論はサイバネティクスから多大な示唆を得て成立している。そして、サイバネティクスの分野では、かなり以前から英語の *control* に「制御」の訳が当てられてきた⁽¹⁰⁾。このことから、原著者グリムに *Steuerung* の意味について尋ねたところ、*Steuerung* は *control* の意味ではなく、もともと車のハンドルなどを操ると言う意味だ、との回答を得た。グリムの言う *Steuerung* と英語の *control* がそれぞれ異なるシニフィエを有する語であるなら、両者を一括して「制御」というシニフィアンへと翻訳することには躊躇せざるを得ないし、原著者の回答を踏まえても、「操縦」のほうが良いように思う⁽¹¹⁾。

なお、グリムの原文には *Steuerungsambitionen*（「操縦の野望」と訳した）という語が出てくる。社会システム論の用語を使って説明すれば、全

(10) 実際、サイバネティクスの代表的文献である Norbert Wiener, *Cybernetics: Control and Communication in the Animal and the Machine*, 1948 は、池原止戈夫／彌永昌吉／室賀三郎によって邦訳されたが、その邦題は『サイバネティックス：動物と機械における制御と通信』（岩波書店、1957年）であり、英語の *control* に「制御」の訳語が当てられていることが分かる。この本のドイツ語訳では、タイトルにある *control*（「制御」）は *Regelung* と訳されている。Vgl. Norbert Wiener, *Kybernetik. Regelung und Nachrichtenübertragung in Lebewesen und Maschine*, 2. Aufl., 1968.

(11) ルーマンの邦訳書にも *Steuerung* を「操縦」と訳しているものがある。例えば参照、ニクラス・ルーマン（長岡克行 訳）『権力』（勁草書房、2000年）85頁。また、法学文献にも「操縦」の訳が見られる。例えば参照、クラウス・ベアス／ハンス・タイレ／カーリ・マリア・カーリチェック（松宮孝明 訳）「経済と刑法——だれがだれを規制するのか？」立命館法学294号（2004年）123頁。なお、類似の例として、ルーマンの邦訳書の中には *Steuerung* を「操舵」と訳しているものもある。例えば参照、ニクラス・ルーマン（馬場靖雄／赤堀三郎／菅原謙／高橋徹 訳）『社会の社会 1』（法政大学出版局、2009年）206頁、445頁、492頁。

体社会システムの中のサブシステムとしての諸々の社会システムは本来的に自律し・作動的に閉鎖しているわけだが、その中の一システムにすぎない政治システム（すなわち国家）が、他の諸々の社会システムを自らの意のままに操ろうと過剰に干渉しようとすることがある。このような野望のことが「操縦の野望」と表現されているのである。もしこれを「制御の野望」と訳すなら、その意味がばやけてしまうように思われる。こうした理由で、本訳稿では *Steuerung* をあえて「操縦」と訳すことにした。

（訳文中の亀甲括弧はすべて訳者による挿入である。脚注はすべて訳者による注である。）

（2012年7月1日 脱稿）