

K・ラレンツ 「裁判官の法創造のための指標」

三島, 淑臣
九州大学法学部助教授

<https://doi.org/10.15017/1473>

出版情報：法政研究. 30 (4/5), pp.55-66, 1964-04-10. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

K・ラレンツ「裁判官の法創造のための指標」

三 島 淑 臣

は し が き

戦後のわが国の法学界において、法解釈の科学性に関する諸問題がしばしば問題になった。戦後の法解釈に関する方法論的反省は、先ず何よりも切実な実践的関心に連関をもつ時の問題としての性格をもち、法律家の実践的関心と深くかかわっていた故に、華々しい論争も行なわれた。当時、主として問題にされた事柄は、当時の政治状況を反影して、特に法解釈作業の党派性、価値選択の不可避性に超因する法解釈学の主観性等の克服にあつたと云へるであろう。しかし、問題は十分な解決も、方向づけも見出し得ないまま、いつしか学界の表舞台から背後にしりぞいた。しかし、法解釈の方法論的考察の必

要がなくなったわけではない。むしろ、それは実定法学者の地道な、ねばり強い努力によって、次続的に行なわれて来たのであり、今やそれらの業績をふまえた理論的体系化が行なわれるべき段階にあると云えるであろう。第二次大戦後のドイツにおいても、法実証主義の克服と連関して、法解釈の方法論的研究はかなり活潑である。一九四五年以来、鋭い視角をもって法解釈の論理構造、具体化の理念、法的思考の分析を追求しているK・エンギツシュ、現代論理学の成果に拠りつつ法的論理を探索したU・クルーク、裁判官による私法の継続的形成の問題と取組んだJ・エッサー等は、問題を根本的に、又広

汎な連関の中で追求しつづけている。^(三)本紹介で取上げようとする論文の著者、K・ラレンツも又、戦後ドイツのこうした運動に、その特異なヘーゲル主義的・弁証法的立場から、極めて重要な功績をしている法学者である。K・ラレンツは人も知るように、戦前ナチズムはなやかなりし頃は、具体的秩序思想の法理論家カール・シュミットと並んで、新ドイツ法学の理論的指導者であり、當時わが国にも盛んに紹介された法哲学者であった。しかし、彼の法哲学的立場が、決して偏狭なナチス法理論と同一視されるものではなく、そこにはヘーゲル弁証法の実り豊かな発展がなされつつあったことは、明敏な読者なら見誤りはしないであろう。戦後、もろもろのナチス理論家が影をひそめたなかで、ひとりラレンツのみがお学会の第一線に立ち、次々に注目すべき業績を発表しているのも、決して不思議ではない。^(三)彼には、本来、自由主義を超え、ナチズムを超える、エラスティッシュな法理念が中核におかれてあったのである。

ここで取上げようとする彼の論文 *Wegweiser zu richterlicher Rechtsschöpfung: Eine rechtsmethodologische Untersuchung*, 1958 年 A. Nikisch 祝賀論文集に寄せられたものであり、ラレンツの法解釈方法論の特色を端的に示している点で注目にあたいする。勿論彼は、この後で大部な方法論に関する体系的著作を公けにしているのであるが、前著も現代法解釈方法論の中心問題を端的に取り上げている点でも、又、後年の理論の特色を集約的に示している点でも、われわれの関心を引くに充分なものがあり、ここでは専らこの論文に焦点を合せて紹介することにする。

〈註〉

(一) 一九五三年秋の私法学会における「法の解釈と法律家」と題する来橋三郎教授の研究報告に始まる問題提起と一連の論争を想起せよ。なお、こうした一連の法解釈論争の明快な整理・論評として碧海純一「戦後日本における法解釈論の検討」(恒藤先生古稀祝賀記念「法解釈の理論」所収)参照。

(二) K. Englisch, *Die Idee der Konkretisierung in Recht u. Rechtswissenschaft unserer Zeit*, 1953;

Einführung in das juristische Denken, 1956; U. Klug, Juristische Logik, 2. Aufl., 1958; J. Esser, Grundsatz u. Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts, 1956; K. Enge, Philosophie der Rechtswissenschaft, 1960.

(三) 戦後の業績として主なものは、筆者の知る限りでは、
Zur Beurteilung des Naturrechtes. Forschungen u. Fortschritte, 1947; Lehrbuch des Schuldrechts Bd.1, 1953, Bd.2, 1956; Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 1960 などがある。なお、最後のものについては、小林直樹教授の紹介がある(国家学会雑誌第七五卷・第九・十合併号)。

I

今日ではもはや、いかなる裁判官の活動もそこに創造的契機が含まれていることは論ずるまでもない。よしその活動が単に事実関係に法律規範を適用するだけに止る場合といえどもそうである。何故なら、「該当する」規範を選び出すことも、当該規範によって与えられている諸規準に従って事実関係を評価することも、いづれも単

なる機械的思考作業以上のものを要求するからである。

法律の適用は決して単に、前以って十分に規定された量を計算するがごときものではない。しかし、ここで著者が取扱おうとしているのは、そうした法における創造性の問題ではない。又、判決を直接には法律の中に与えられた規範から引き出さないとしても、間接的に法律の全体を介して引き出すという意味での法創造、即ち、法律をその全体的連関、認識可能な目的、根本思想に連関させそれから体系的・目的論的解釈とか、制限的解釈とか、類推とか云った周知の方法の助けをかりて、法律規則の意味を明かにし、法律の欠缺を補充するといった種類の法創造も、ここでの問題ではない。ここで著者が問題とする法創造は「法律の中には、せいぜいそれへの連結点 *Anknüpfungspunkt* が含まれてはいるが、しかし確かな指示の存しないやうな新しい法思想や法律制度によって、われわれの法生活を豊かにするところの、裁判官による法の発展的形成 *Fortentwicklung des Rechts*」(S.276)である。したがって、ここでラレンツの解明

紹介せんとするところは、何を手がかりにして裁判官は、こ
うしたもはや法律のみによっては導かれ得ない法創造的
活動を方向づけることが出来るのか、又方向づけなければ
ならないのかという点にある。

著者は、かような意味での裁判官による法創造の必要
が今日の法秩序の中に不可避的に存在していることを、
一般的人格権、相続権の譲渡可能、労資関係における信
義則と注意義務等を例としながら明かにしているが、そ
れらのケースに共通して見られることは、それらのいつ
れの場合においても、単に法律の中で与えられる「信義
誠実」の一般原則とか、「善良の風俗」とかを引き合い
に出すのみでは、それらの中に含まれる筈の特殊な原則
を導き出すのに不充分であるということ、こうした場合
に裁判官は直ちに彼の主観的判断や「法感情」に従って
良いという考え方はあやまりであるということである。
著者によれば、自由法運動に由来する右の考え方は、裁
判官が実現すべき法 *Recht* はあらゆる人から妥当な規
準として承認されるべきだという要請を本来常に伴って

いるということを見逃しているのである (S.280)。

このように、判決が全く新しい道に歩み入り、「法創
造的」*rechtsschöpferisch* となっておりながら、而も
なおその「客観性」、「正当性」に対する要請を持って
いるところに、それらの方向づけの「指標」の解明が必
然的課題となる根拠がある。そしてこの解明に際して著
者のとるアプローチの仕方は、「法社会学的」なそれ
(判決に事実上影響を及ぼした因果的諸要因の分析)で
はなくして、「方法論的並びに規範的」*methodologi-*
sches u. normatives なそれである。即ち「いかなる仕方
で、法律のみからでは導き出すことの出来ないような新
しい裁判官法の創造が、にもかかわらずなお法及び法に
固有な妥当要求の意味において基礎づけられ得るか」
(S.280)を明かにすることである。こうした意味での
法創造の指標として著者が取上げるのは「事物の本性」
Natur der Sache、「事案の比較」*Fallvergleichung*、
「成熟した学説」*entwickelte Lehre*、「歴史的な法
的全体の諸原則及び諸原理」*Grundsätze u. Prinzipien*

des historischen Rechtsganzen' 《法理念》 Rechts-
idee の五つである。以下、順を追って著者の論述を概
観してみよう。

II

(1) 事物の本性

「権利能力なき社团」「因果関係の相当性」等を例と
しながら、著者は現代法解釈学並びに判決において《事
物の本性》が認識根拠として果たす決定的な役割を明ら
かにする。今日なお《事物の本性》に反対する人達は、
その多義性とそれに基づく解釈の主観性を論拠とする
が、著者は多義性は容認しつつも、そのことは概念を充
分精確に規定する可能性を排除するものではないとして
次のような概念規定を行なっている。①先づそれは《自
然法》と異なる。後者は人間又は人間関係の本性から、あ
るいは直接的に洞察された最高原則から、理性によって
導き出される規範の総体を意味するに對し、前者は直接
にはこの規範を意味せず、生活関係自体(勿論それ自体

意味を持ち、ある仕方で既に秩序づけられたものとして
の)を指す。従って、自然法が特殊な例外を除いて歴史
的変遷を超えて無時間的に妥当すると解されるのに対し
て、《事物の本性》の方は意識と制度の歴史の変遷に服
しているのである。②他方それは、性の相異とか権力衝
動とかいった単なる事実上の所与そのもののみを意味す
るのでもない。この場合《本性》とは何らか精神的なも
の、フェヒナーの云う《事物の意味的形象》 *sinnhafte
Gehalt der Sache* を意味し、従って、いわば事物に内在
する理想性を云ひ、《事物》の方は個々の生関係やその
自然的現実存在性をではなく、反復するところの關係即
ち《型》 *Typus* を意味するのである。従って、「《事物
の本性》の思惟形式は型的思惟形式、エントロピー、ヘ
ーゲルの《具体的普遍概念》に近親な關係を有する」
(S.288)。その限りでそれは存在論的にして且つ規範的な
事物の構造、即ち存在の中に多少とも実現されている当
為に外ならない。③それは更に、単なる經驗的所与性を
超えている故に、經驗的思惟によっては把握されず、存

紹介の意味の解釈を要求する。ところで、人間の諸関係はその意味を唯人間からのみ、即ち結局は倫理的、精神的

規定からのみ得るのであるから、 \wedge 事物の本性 \vee の認識は包括的な形而上学的 \parallel 宗教的現存在分析の枠組みの中でのみ可能であるやうに見える。ここに、実証主義者達

が \wedge 事物の本性 \vee に反対する終局の根拠があり、又主観主義に道をゆずる危険性が生ずる根拠がある。しかし、そうした危険がいかに大きいとはいえ、法律家はそれとの対決なしには済まされない。それを回避して、法の純粹実定性に固執しようとすれば、それ自体既に一つの暗黙の形而上学的前提にのみこまれるのである。こうした問題に対し、法律家は少くとも人間関係の中にかくされた、活動しつつある意味（人々が無意識的あるいは意識的に実現せんとしている意味）を意識にもたらし、それをして語らせるようにしなければならない。その際われわれは哲学的 \parallel 自然法的伝統が保障する認識から身をしりぞけてはならないだろう。この作業は多くの場合、あるいは社会的体験が教えるところを反省するだけで充分

な場合もあるだろうが、こうした体験は方法的に訓練された思惟による反省なしにはすまされず、なお主観性の危険は存在するが、それは解釈一般に存する主観性の危険より大きくはないのである。

(2) 事案の比較

前述の \wedge 事物の本性 \vee は、多くの場合具体的規則の決定に対し単に消極的な役割（ \wedge 事物の本性 \vee に反するという）を果たすだけで、積極的に判決を導き出すものではない。一般原則から具体的判決に至るためには、当該事案を他の既に判決済みの事案と比較することによってその規準を取り出す可能性が存在している。①こうした比較はしかし、比較さるべきものの法的意味における根本的な共通性を前提するのであって、この共通性の決定には個人的判断を必要とする。「事案の比較は裁判官に判決を容易ならしめるものであるが、それは裁判官の個人的判断を不要ならしめるものではない」(S. 294)。

②こうした事案の比較が判決の正当性の根拠としてみとめられるのは、それが \wedge 一般的法意識 \vee に適合し、あ

らゆる法的思惟の同意を予想し得るが故である。彼はこの「比較」によって、彼の固有の判断を一般的法意識乃至該法共同体の「客観精神」と調和させるのである。こうした調和なり、一般的法意識の同意なりがまた、判決の連続性と法的安定性を保障するのであるが、この「客観精神」はそれ自身裁判官の判決や人格の中に自己を表現しつつ生きて働いているものである故に時代の変遷とともに変化し、従ってまた非連続性の原理でもある。この観点から著者は先例に固執する判例法主義を批判している。

(3) 成熟した学説

成熟した学説とここで著者が呼んでいるのは、例えば「権利濫用の理論」「無過失責任の理論」等々のように、一般的法思想が様々の方向に展開され、一連の類型的ケースに適合させられ、それによって具体化されているものを云う。著者によれば、こうした学説は次の二つの仕方で普遍的法思想乃至一般的原则と個別的判決とを媒介する。①既に行なわれている判決を介して、それら

の多数の判決の基礎をなす思想を指摘し頭わにする仕方によって。又②判決に先行し、今まで判決が十分に解決を見出していない一連のケースに、学説の基本的思想が満足すべき解決をもたらし得ることを示すことによって。

こうした新しい理論の判決への採用の如何は、一般的に云って学説の論理的斉合性とは関係なく、むしろ、それが結果的にみて、一般的法意識に適合しているかどうかにかかっている。何故なら、「個々の裁判官の法意識ならびに判決全体の運動を動かすものは、普遍的な客観精神の運動であり、それに各人は参与し、又同時に各人の部分に応じてそれを規定している」(S. 297)からである。こうした「成熟した学説」が判決の前進、安定性、等質性に対してもつ価値はいか程高調されても良い。「学説」は新しい法思想を伝統的な思考形式に結びつける働きをする。それは多くの場合、一定の法律規定の類推適用の基礎をなすのであり、一般原則の一層の展開と充実をもたらす。勿論、個々の判決に際しての最終的具体化は、各裁判官の個人的な決断に基いて行なわれ

紹介する外ないのであるが、成熟した学説は彼に「響導的思想」*Leitgedanke* を提供し、彼の判決の行なわれ得る枠組みを与えるのである。

それはただに、個々の判決を容易にするだけではない。それは他方では更に、それらの判決と法秩序の根本思想や体系との調和を確保する働きをする。したがって「成熟した学説」は個別的認識、「法学的発見」を全体的な法体系に媒介するのであって、この法体系は勿論不変的な静止的構造物ではなく、常に発展の途上にあつて決して完成し切ってしまうということのない意味的全体と理解されなければならない」(S.299)。

(4) 歴史的な法的全体の諸原則と諸原理

「法は法共同体の全体秩序として、その各部分の調和と内的統一を要求するのであって、この内的統一の認識と記述とが本質的に法学の使命である」。そして、こうした内的統一を与えているものが原則と原理に外ならない。著者によれば、原則とは一定の法領域に基礎的な規範であつて、個別的なものにおいて様々の制限や修正

に服しはするがこうした制限のないところでは、直接個別的事件に適用され得るものである。例えば、市民法の領域では契約の拘束性、債権法における契約自由の原則、債務関係の枠内における「責を負うべき義務違反」に対する賠償責任の原則、相続法における遺言の自由といったものがこれに当る。これに対し「原理」の方は、一連の個別的規則なり、法制度なりの基礎に意味付与的仲介者 (*singebende Mitte*) として存在するところの、構成的に働く法思想を云う。これは、それ自身は直接事件に適用され得る規範ではなく、法的規則の「根本思想」あるいは「内在的意味」*immanenter Sinn* である。伝統的表現を借りれば、*lex* に対する *ratio legis* である。例えば、未成年者保護、危険負担、組合団体の機関の行為に対する組合団体の責任等の諸原理がこれに当る。これらの原理は、法律に十分な表現を見出している限りで法律から認識されるのではあるが、規範の場合のように立法者がこれを立てたわけではなくして、むしろ原理が立法者を（しばしば無意識に）導き、彼により

立てられる法規範にその意味を与えるのである。それは、
《妥当している法秩序の全体》 die geltende Rechts-
ordnung als Ganzes の意味での実定法の内容に属する
けれども、法律や判決から由来するのではなく、それに
先行しているのである。従って、それは「客観精神の表
現形式、運動方向、傾向性であって、一般的法意識の中
に働き、法律や判決の中に沈澱しているもの」(S.301)
である。

現実の法秩序の中では、これらの原則、原理の間には
矛盾、対立が生ずることは否定出来ない。取引安全の原
理と未成年者保護の原理とがいかによれば対立し合
い、否定し合って両者の調和が困難な問題をかもしてい
るかは周知のことである。従って、ある規則の指導原理を
見出すだけではまだ不充分で、それを更に他の原理と結
合させなければならぬ。諸原理間に矛盾の存する場合
に、判決は当該原理のランキングに適合し、あるいは一
般的法意識の発展方向に適合した解決を求めなければな
らない。ある原理のランキングなり適用範囲なりは、結

局は当該法秩序の基礎に横たわる価値体系に従って決め
られる外ない。しかしこの価値体系も又歴史的変遷から
完全にまぬがれているわけではない。

(5) 法 理 念

上述のような、実定法に内在する法原理は、著者によ
れば、歴史的に具体化された法理念、云いかえれば歴史
のある時期における《相対的》自然法以外の何物でもな
いのである。勿論、法理念は、それが直接適用し得るい
かなる規則をも含んでいない限り《形式的》な根本原理
であるが、しかしその故に無内容と考えられてはならな
い。それは一定の表現可能な意味内実をもっており、特
にヨーロッパの法哲学Ⅱ自然法論の発展の中で自らを顕
わにして来た。

かくして、それは特に、同等の事案に関する法的評価の
同等性とか、判決の公正さとか、《事物の本性》によっ
て示される(法的客体の)差異性の尊重とか、法秩序の
内的統一性とか、又一般にあらゆる人間関係の中での《
正義》の保護とかいった要請を含んでいると著者は主張

紹介する。

法理念は前述の四つの指標に更に第五のものとして加わるのではなくして、実はそれら全ての内部に既に存在しているのである。それは「事物の本性」が判決の中に導入される基礎であり、「成熟した学説」をして単なる法社会学的認識に止らず法解釈学の学説たらしめる根幹であり、事案の比較を法的事案の比較たらしめる共通の基盤であり、終局的基礎をなす意味統一として、種々の国家法秩序の比較と普遍的妥当性をもった一般的法原理の形成とを可能ならしめる。

法理念は、ある特定の歴史上の法秩序の原則や原理、学説や根本思想に還元されるものではない。それはあらゆる歴史的に規定された法原理の総体でもなければ、それら全てから抽出されたものでもない。むしろ、それは人間の永遠的な倫理的規定性から生ずるところの、変遷する内容を超越して無時間的に妥当する意味内実であって、そうしたものとしてまた、あらゆる歴史的に制約された法原理を基礎づける。勿論、こうした意味内実の明

証性と確実性とは、唯、良心の中のみ、超感性的なものと人格との出会いの中のみ基礎をもつのであって、そこでこそ法理念の客観性と法良心の主観性とが一致するのである。法理念はこうした合致点から出発して、「意味付与的仲介者」として、歴史的な法秩序の多様性の中へと入りこんで行き、そこで意味付与的「形成的根本原理」として永久に働き続けるのである。ただし「人間は唯時間の中に自からを見出す、歴史的存在としてのみ実存しているが故に、彼はそれ自体としては無時間的な「理念」を、唯ある時間的、歴史的形態においてのみ実現することが出来る。法をめぐるあらゆる実質的努力も、結局はこの法理念の認識と実現とを目指している。法理念は裁判官のあらゆる法創造の目標であり、又それ故にその正当性根拠でもあるのである」(S305)。

むすび — 批判的展望

以上のあらましの紹介は、特にラレントツの方法論的、法哲学的特色に焦点をしばって行って来たわけである

が、そこに筆者の誤解や誤読のおそれがないとはいえない。しかし以上のあらましによっても、裁判官の法創造の指標をめぐるラレンツの問題提起と、その立論の特色はうかがえるであろう。その特色とは、法解釈の対象を固定的・静態的な法律 *Gesetz* から、流動的、ダイナミックな法 *Recht* へと拡大しようとする著者の努力である。近来、伝統的な法実証主義の克服と連関して、法解釈学における *Gesetz-positivismus* の克服、いわゆる法律外的価値判断の法解釈における重視が注目されつつある。かつてエンギッシュはこの問題に注目し、法的思考における法律から法への視界の拡大を唱えながらも、法律—法の二元論、法解釈学と法理念学(法哲学)のパラリズムを十分に克服することが出来なかった。本来、こうした流動的、弾力的な法解釈論は、伝統的な主観—客観の対立、認識作用の対象創造性の否定の立場からでは構成困難であり、ラレンツのように、ヘーゲル弁証法とそれを基礎とする認識—対象の相互媒介を強調する方法論を待って始めて容易なものとなったといえよ

う。そこに、ラレンツが実証主義的法解釈論新カント主義的法學方法論にも勝って現代法解釈論の中心課題に対しより強力な解決の方向をもたらした所以があると思われる。伝統的な法解釈論が、もはや法律外的な価値判断の問題として解釈者の主観にゆだね、放置するところの問題、少くとも擬制という自己偽瞞的な方法によってしか理論化し得ない問題、そして優れた法解釈学者達が無意識的にか意識的にか事実上は採用しながらその根拠を明確にし得なかった問題が、ラレンツの場合、特に「法」創造の問題として体系的に理論化され得たのである。勿論、この理論的体系化は、彼の近著「法學方法論」(特に「法學及び判決による法の継続的形成」*Die Fortbildung des Rechts durch Rechtswissenschaft u. Rechtsprechung* の章)において、より広い連関のもとに、より具体的分析をもって扱われるに至るのであって、ラレンツ方法論の全体的評価のためには両者を合せて考察する必要がある。しかし問題を本書のテーマたる裁判官の法創造に限って見た場合でも、われわれは

紹介 著者のもつ方法論的な強みに深い感銘を受けずにはいられないのである。とはいふものの、本書に展開されたような方法論にも若干問題が残されていないわけではない。著者はしばしば、法創造の指標の決定的メルクマルとして、又指標をして法創造の指標たらしめる根拠として、いわゆる「客観精神」について語り、又該法共同体の一般的法確信について語るけれども、その具体的構成原理なり、あるいは規準なりについてははなはだあいまいである。固定化した「法律」解釈の視野の狭さを拡大するものとして、生きて働く「客観精神」を対立させることは法実証主義に対する鋭い批判にはなり得ても、その具体的把握の仕方が明確でなければ積極的な提言としては無力さをまぬがれないであろう。又、彼は例へば「事物の本性」に関して、法解釈者の宗教的、形而上学的存在把握の必要を論じ、「諸原理の統合」における法秩序の基礎に存する価値体系の把握の必要を論ずるが、これらのものについても具体的な解明はなされていない。それは結局、著者の「法理念」そのものが極めて

不明確であり、十分な規定がなされていないことに基く。しかし、そうした欠かぬはもはや本書のみでなく、「法学方法論」をも通じてみられる欠かんであり、おそらく「弁証法的方法」そのものもつ宿命ではないかと思われる。

「註」

(一) K. Engisch, Einführung, besond., Kapitel VIII: Vom Gesetz zum Recht.

(二) なお「法学方法論」のこうした点に関する批判として、小林教授の前掲紹介論文参照。筆者のみるところでは、ラレンツはこうした弁証法的方法の欠かんと特にN・ハルトマンの「精神的存在」論などの吸収によって克服しようとしているように思われるが、(Vgl. Methodenlehre, S. 148, 193, 216Anm.1, 3 etc.)、具体的にどうかそれが展開せられるかは今後の発展に待つ外ない。