

## 利益法学をめぐって

磯村, 哲  
京都大学法学部教授

<https://doi.org/10.15017/1663>

---

出版情報 : 法政研究. 40 (2/4), pp.1-46, 1974-03-20. 九州大学法政学会  
バージョン :  
権利関係 :



## 利益法学をめぐって

磯村 哲

私今御紹介にあずかりました磯村でございます。菊池先生とは、まだ私の非常に若い時代に座談会など一緒にさせていただいたりしておったこともございましたが、その先生の学術基金でこうしてお招きをいただくということは私にとって、大変光榮に存じております。実は一応今日の私の話といたしましては「利益法学をめぐって」という題は掲げさせてはいただきましたが、きわめて準備不足でございまして、これは少しいろんな学校の事情などもございましたので、ほとんど準備しないままの状態で参っておる訳でございます。それでまとまったお話が出来るかどうか非常に危惧を実はしておる訳でございます。それで現在の予定では、その題も「利益法学をめぐって」と申しましても全体にわたることはほとんど不可能だと思えますので、ここしばらく一応のところを述べてみまして時間がありませんたら、これとナチ時代からの宿敵であったところのラーレンツですね、これの法律学方法論との比較を私なりにやってみたいと、そういう予定で現在おるわけでございます。

それではこれからごく簡単に話させていただきますが、ヘックの利益法学は、これはいうまでもございませんが、おそらく、ドイツの生んだ法律解釈学方法論の最大の一つであり、そしてこの考え方はかなり戦前戦後のドイツの實務にも影響を及ぼしておりますし、更に現在、学界におきましても法律学方法論の出発点をなしておると考えてよろ

しいのではないかと思えます。彼の大体の考え方は三つの柱からなっております。つまり一つは歴史的解釈方法と称せられるもの、それからもう一つの柱は法規の欠缺論、それから第三には概念構成の問題、これが彼の論理構造を成すものと考えられる訳でございます。しかし、最後の問題は、これはあまりに問題が哲学的になりすぎますので、私どもでは現在少し処理が困難であると考えられますので、今日は一応実用法学的な立場からこの前二者の問題を最初簡単に申し上げたいと考えております。しかし、ヘックの方法論と申しますのは、これは彼自らが法律学の、特に実用法学の方法論と考えておりますし、そして実用法学は、これは多少の抽象度や普遍度の差異はあっても、個々の裁判の思考のプロセスとなんら異なるところが無いというのが彼の考え方でございますから、まず最初に、裁判というものを彼はどのように考えておったかということ、それが出発点をなすと言ってさしつかえございません。それですから、裁判についての彼の考え方をまず簡単に申し上げまして、そして、それから解釈の方法の問題、更に法欠缺の処理の問題、この二つに及んでいきたい、そのように考えておる訳でございます。

そこで、彼が利益法学の方法により裁判をどう見たか、この問題は種々な箇所にあつて取り扱つておる訳ですが、比較的によくまとまったものとしては、と申しますのは、ヘックの書いたものはどんなにひいきめに見ましてもそう体系的にまとまったものとは言えない訳で、ですから、これは読者の方で自ら体系づけをしなきゃちょっと理解が困難なようなものでございますので、ですからその中で比較的彼自身がよくまとめておられると思われるのは、これは一九三二年に書きました「概念構成と利益法学」という、あるいは概念形成と言いかえてもいいかと思えますが、そういう本の九章に「利益法学の諸原則による裁判」というそういう章を設けておる訳であります。でこれを簡単にまず紹介いたしまして、彼の基本的な思想、考え方というもの、あるいは彼の出発点というもの、これを明らかにしたいと思います。

利益法学の立場から裁判というもの、これを彼は、*richterliche Fallentscheidung* と申しておりますが、こうい

う裁判というものを見るにあたりまして、彼が考える所をみますと、まず第一に、彼自身は、ここで、もう当時は古い概念法学というものはすでに克服済みと見られておりますので、主として裁判官の自由裁量を広範に認める自由法学に対する批判、これを通して自分の考え方を明らかにしようと、こういう具合に言っております。そして、裁判官の自由裁量による裁判というこの理想像に関しては、ヘックはこれの主張者の代表者として、初期のエアールリッヒを挙げているわけでございます。そしてさらに、初期のエアールリッヒがその書物を書きました一九三〇年代を代表し、ないしは徹底するものとして、イザイを挙げているわけでもあります。ところで、ここで、私自身考えますのは、初期のエアールリッヒとして彼が挙げておりますその書物ですが、「Lücken im Recht」「法における欠缺」、それから、「freie Rechtsfindung」「自由な裁判と自由法学」、それから例の、「Grundlegung der Soziologie des Rechts」「法社会学の基礎づけ」という、この三つの書物をヘックは批判の対象に掲げているんですが、しかし、私の見る所では、このヘックの批判は不当である。これにつきましては、実は私も「エアールリッヒの自由法学」という論文を一九六九年に書いておりますが、ヘックがここでエアールリッヒを批判したような点は、少なくともエアールリッヒの自由法学以来、その著作以来見出すことは出来ません。だからこれは明らかにヘックのおそらくは誤読ないしは誤解によるものと考えられるわけでありまして、ただこの時代のエアールリッヒは確かにまだ十分にヘックほど法律学方法論を展開しておらないので、だから後のエアールリッヒ、晩年のエアールリッヒに至りましては、ヘック自らもこれを認めておりますように、もう大綱においては利益法学と異なる所のない状況になってゆくわけでありまして、ですから、その点、ただそこまで成熟しておらないということは言えるのでありますけれども、ヘックが述べているような、そういうエアールリッヒ、これを考えるわけにはどうもいかなないように思っております。しかし代表者として初期のエアールリッヒを掲げておりますから、簡単に彼の言おうとする所を、その批判を申し上げますと、要するに、エアールリッヒの

初期の基本観念というのは、個別的なケースでは、裁判官は一般的規定によって拘束されない、むしろその特殊性において事件を評価するという時に最もよく裁判官は決定が可能になるのだと、つまりだから彼の言う自由な裁判というのは、実は *Rechtsfindung ohne Gesetz*、つまり法律のない裁判すなわち孤立的ないし自律的な、個別的な決定、これが彼の、初期のエールリッヒの特色である。そして、こういう場合の決定の理由は、これは個々のケース自体からくみとるべきものであり、かつ個別的ケースというのは、それ自身の中にその *Gesetz* つまり個有の法律を持っていると、こういうようにヘックは、初期のエールリッヒの自由法学を批判するわけであります。そして、それを受け継いだ人、徹底的にその考え方を受け継いだ者といまして、イザイ (Izay) を挙げておるわけであります。で、このイザイの見解と申しますのは、これはどういう指導原理から成り立っておるかと申しますと、いろいろ細かいことがあります。ここで問題となる基本的な所だけ申しますと、裁判官は、実務において、法律に拘束されてはいないのだ、だから法律への拘束というのは實際上、実務において守られておらないので、それはせいぜい非常に狭い限界でしかない、それで法律というのは判決の源泉ではなしに、主として判決を理由づけるためにのみ奉仕するんだ、だから理由づけというのは、これは一切の判決に可能である、だから *Gesetz* に精通している裁判官は一切の任意の判決に対して、いわば法律に適合的な理由づけを与えることが可能である、そして、こういう判決とこの法律による理由づけとの媒介は、しばしばフィクションによってなされているが、このフィクションは、例のアルスOPP (*Als-ob*) 哲学ですね、これによって法的使用が許されると、こういう趣旨のことを、イザイは展開しておるわけがあります。だからヘックが初期のエールリッヒの批判としてやったことは、これはイザイに対しては、確かに妥当する面を持つておると思います。それで、イザイの考え方は、すぐに皆さん方は思い出されるでしょうが、これはわが国でのいわゆる利益衡量論の中に見出されるものと全く軌を一にしている考え方であります。要するに利益衡量を先

にやって、そしてただ裁判官は何かそれに適合した法律を探せばいいんだというその考え方ですね、こういうような考え方に対して、まず批判を下すのはヘックの立場からは当然のことです。というのは、ヘックによれば、通常の場合においては、一般的な法律を、その趣旨に適合した適用をする方がよりよい結果をもたらすものだ、そして裁判官の洞察だとか、あるいは中立性というものは限定されている、更に多くの生活領域においては判決の予見可能性というものが場合によっては、その個別的な事案への妥当性よりも重要なことがあるんだ、という理由で、ヘックはイザイ流の見解をきっぱりとまず退ける、まずこのような考え方で、ヘックが自由法学に対して自己を明確に特徴づけようとするわけです。

そこでヘックは自分の考え方をごく大要的に次のように説明しております。つまり、立法者というのは、人間の利益を価値判断に従って相互に限界づける、で裁判官は、この目標を、その個別的な決定によって実現するという、そういう課題を持っている、だから、第一に考えられる方法としては、かつて古典的な法律学が主張したように、裁判官が法律の命令を適用して当該 *Tatbestände* を、その *Gesetzesgebote*、つまり法律の命令の中に含まれている法律の概念のもとに包摂するということが、つまり *Gesetz* に結局そういう形において従うということがまず考えられるわけです。しかし立法の困難というのは、こういう包摂が、この法律の目的を達成するのに必ずしも適しないんだということが考えられる。だからして裁判官の課題というのは、かつての古典的法律学が考えたように *Gesetzesbegriffe* のもとへ論理的な包摂をする、そういうことに制限されるのではなしに、立法者によって把握された利益状況をも探求しなければならない、つまり裁判官に要求されるものは法律への盲目的な服従ではなくして、これは探求的な服従、ないしは思慮ある服従 *denkender Gehorsam* である、つまり裁判官には単なる概念の論理的適用が要求されるのではなしに、利益評価、つまり *Gesetz* の趣旨及び精神を顧慮した判決が要求される。勿論、こういうような

判決は、正しい *Gesetzesauslegung*、つまり法律の解釈を前提としている。そこで、彼は正しい法律の解釈というのは、これは単なる言葉を越えて、命令の觀念、彼は *Gebotsvorstellung* という言葉を使っております、この言葉はしばしば出てまいります、命令觀念とでも訳しておきます、*Gebotsvorstellung*、つまりこれをイコール *Gesetzesbegriff* とも彼は言っております、とにかくこの *Gesetzesvorstellung*、及びこの *Gesetzesvorstellung* を越えて且つその補助のもとに *Gesetz* によって觀察された利益状態、立法的価値判断及び価値理念、これにまで押し進める解釈、これを前提とさせていただきます。勿論、この場合には、あらゆる立法的利益の尊重及び全法秩序の理解と尊重のもとに、それがなされなければならない。だから裁判官は、単に個々の規範をただ孤立的に考えて適用すべきではなくて、全ての規範及び価値理念というものを同様に顧慮しなければならない。裁判官というのはなるほど個別的なケースを決定するわけですが、しかしこれは全法秩序の適応のもとにおいてなされねばならない。だと、そのように彼は考えているわけであり、だから彼といたしましては、こういう個別的な判断、個別的な決定をやる、その前提といたしまして、正しい法律の解釈、こういうことが彼にとって問題となるわけであり、そして彼が正に選び取ったのが、この歴史的解釈方法、*historische Auslegung*、こういうことです。そうなりますと、ここに問題となつてまいりますのは、当時、御承知のように、立法者意思説と客観的な解釈理論というものが、*gemeines Recht* 時代から、すでに対立をしておたわけであり、そこで、歴史的解釈つまり立法者の意図を把握しようとするこの解釈理論を採るヘックにとりましては、客観的解釈というようなものをまず批判すること、他面、その返す刀で、今度は、従来のいわゆる立法者意思説をも批判するということ、こういう論理のプロセスを辿ることになります。それで、ここでちょっと注意していただきたいのは、ヘックは、まず解釈という言葉が、言わば裁判官が法律に依拠して判決を獲得するところの思想の全体、これを解釈という名で総括されている場合がしばしばあ

るということを指摘します。現に我が国におきましても、解釈、法律の解釈という場合には、多くはこのような意味で使っているわけであります。しかし、ヘックにとつては、これはやはり、狭い意味の解釈と、それからその都度のいわゆる何と云いますか、法の発展とでもいいますか、*Rechtsfortbildung*、これとはっきりと区別しなければいけない。だから、*Auslegung* とそれからこれとは区別しなければいけないという、こういう立場に彼はまず立っているという事だけは注意しておいていただきたいのであります。だから、我々が普通我国で使われている法律の解釈という場合のこの解釈という言葉を使うとすれば、これはヘックにとつては、ヘックの意味における単なる解釈だけではないに、法を發展せしめることも、これも実は解釈の中に包含されることになるんですね。ですからもしそのように広い意味で使ったならば、実は自分の方法は歴史的目的論的方法だと彼は言っているわけであります。けれども彼自身は、二者をはっきりと区別しなきゃいけないと、こういう立場に立っているということを、まずここで御注意していただきたいと思ひます。と申しますのは、そうでないと歴史的解释ということを行いますと、なにか裁判官や法学者の仕事は、こういう意味の歴史的な研究だけで終るかの如き誤解を招く恐れがありますので、ヘックの場合は決してそうではない、実はこれの確定の上に、いかにして法を進展せしめるかその方法を更に探っていくという点に特色があるわけですから、この点だけはまずあらかじめ我々としても考えておかなければならない点だと、このように思うわけでございます。

そこでまず、彼によりますと、客観的解释の主張者に対する批判といたしまして、今日に於ては、解釈というのは立法者の主観的観念を探索すべきではなしに、*Geertz* の客観的、つまり人々のいう言葉で言えば、立法者の意思ではなしに、法律の意思を探索すべきである。こういう考え方が実は現在において絶えず普及度を高めておる、そこで例えばビンディングだとか、ワッハだとか、あるいはコーラーなど、これらによってそういうものが高められている、だ

からこういう客観的の意味が決定的であるという共通の定式というものは、今日においては、殆んど通説と称してもよいと言っております。これは御承知のように、日本においても、殆んど通説を成しておると言つてさしつかえないわけであります。しかし、この通説ですが、実は、この定式においては皆一致しておるんですが、これは理由づけや実際の結果では、種々な対立的な見解が存在しておるのであります。特に法規の歴史的内容というものを公開せしめるという、そういう立場、客観的理論の立場というものは、これは裁判に対する活動の余地、特殊な活動の余地を与えるために利用されている場合が今日には多い、つまりこれらの人達は客観的解釈の理論というものを特に現在の要求への適応を、現在の要求へ法を適応せしめること、このために利用している、だからこういう立場になりますと裁判官というのは、これは若干の可能な語義から、言葉の意味から、立法者の意思への顧慮なしに、最良の結果が生ずるものを選択することが出来る、このような考え方になります。ところがこれに対しましては、晩年において、殆んどヘックと異なる所のない法解釈学方法論を展開いたしましたエールリッヒ、これは殆んどヘックと晩年においては、大体同じに読んでさしつかえないと考えられますが、このエールリッヒが客観的解釈方法論を退りぞけたのは、これは結局解釈者が自己の願望を、あたかもはじめから法規に含まれておったかの如くに *hineinlesen* する、読みこむ方法に他ならないので、極端なかえって主観的な解釈なんだということを主張し、批判したわけでありませう。これは、ヘックはあからさまには言っておりませんが、同じように、この点はヘックの立場からも言えるのだと、このように思うわけであります。要するにヘックの考え方によれば、結局、いわば客観的解釈の方法というのは、法律として表示されている言葉を、歴史的環境から切断して、現代の環境に置き換えて、それがあたかも現代において形成されたかの如くに解釈するということ、だから結局、言わば現代の意味を、過去の、その歴史的な作品の中に置きかえること、これを彼は *transponieren* したとか、*Transposition* というような言葉を使っておるわけです

が、現代の意味なり願望なりをその中に読み込んでしまうということ、そういう点に彼の客観的解釈論に対する批判、これが集中するわけであります。これは彼自らも言っておりますように、それでは実は、後に述べますが、第二次的な欠缺というようなもの、つまり法規が成立してから以後の法規の欠缺というもの、こういうようなものの理解が実は出来ないんだということを彼は強調しているわけであります。

それでは、そういうようにして、客観的解釈理論を退りぞけるといたしましても、それでは従来のいわゆる立法者意思説とでも申しますか、これとそれから自分の考えとはどう違うか、この点を彼はこのようにまず考えているわけであります。つまり自分の言う法律の歴史的解釈というものは主観的解釈ではない、つまりそれは立法の過程に出現する人間の諸観念をなるほど発見するが、しかし、この立法にあるこういう諸観念を越えて、法律に対して *kausal* な、因果的な利益にさかのぼるのだと、まずこれが第一であります。それから第二に、従来の立法者意思説は、実は裁判官なりあるいは法律学者なりのこの仕事、何らかの規範の獲得をしなければならぬわけでありますが、その場合にそういう立法者のそういう観念だけを獲得することをもって完成すると、このように考えたのに対しまして、むしろその基礎の上に、その探求された利益研究、歴史的利益探求の基礎の上に裁判官による法の進展と言いますか発展と言いますか、そういう *Fortbildung* を要求する、こういう点が従来のいわゆる立法者意思説ないしは主観説、このようなものとは異なるものなのだ、この点にはつきり彼は言っているわけであります。だから彼自身も何も解釈でもって規範の獲得というのが完成するのではないのであって、その次にそこにある *Fortbildung*、これと相俟って完成するんだ、ですから前に言いましたように、もしこういう規範の獲得の全活動というものを解釈という名で総括しようと思ふなら、これはむしろ歴史的目的論的解釈と言うべきだと、このように彼は考えるわけであります。ただ、彼自身は解釈をそのように全体として考えるべきではなくして、むしろこういう裁判官ないしは法律学者の活

動を二つの部分にやはり分離すべきであると言っております。この点は、周知のように晩年のエールリッヒが法規の歴史的解釈をしておいた際に解釈と規範の創造、これを要求したのと全く軌を一にする訳であります。これはおそらくは、エールリッヒの方がヘックの影響を受けていると見た方がよろしいかと思いますが、とにかくそのようにまず考える訳であります。だから彼の言う歴史的解釈というのは、単なる主観的解釈ではないんです。だから私は、カール・ラーレンツがヘックの歴史的解釈の方法を主観的解釈方法の一変種としてだけしか取り扱っていないのにはかなり不満を感じるわけです。むしろこの問題は、もっと我々としては考えて見なきゃならない深い問題を実は私は含んでいると思っております。実際私達がいろんな制度の歴史的研究所をやっているのは、いったい法律学にとってどういう意味をもっているのか、御承知のようにどの論文を見ましても皆盛んに歴史的研究所をやっておられる訳なんです、いったい何のためにそれをやっておられるのか、もし客観的解釈理論の我国の通説のように徹底するならば、そんな歴史的研究所なんか何ら意味がないのであって、全くもう語義の許す限り現代の願望と言いますか欲求をですね、これを *hineinlesen* していけば、読みこんでいけばそれでことがすむ訳で、その点、だからここで提起されている問題は、まず時代遅れのように見えるかも知れませんが、私はなおこの *historische Auslegung* というこのエールリッヒやヘックによって提起されている解釈の方法論は、今後においても非常に検討を必要とする大きな問題である、そのように考えておるのであります。で、これはもし時間がありましたら、のちにラーレンツのこれに対する、どういう態度を採っているかを申しまして、同時にそれはラーレンツ批判にもつながってゆくことになります。それで一応これによりまして歴史的解釈方法というようなものはこういうようなものだということがおわかりいただけたかと思えます。ところで、ヘックの歴史的解釈方法というのは、いろいろな書物に散らばっておりますので、なかなかこれを体系化することは実は難しいんです。それで私としては歴史的方法を非常にうま

く、この点当時の学問状況をふまえて明確化しているものとして、やはり、エールリッヒの書物をすすめておきたいと思えます。エールリッヒの“(Die) juristische Logik”です。ここに展開されている歴史的方法、これがヘックのややまとまりのない歴史的解釈の方法論の構造を明確にしてくれていると、そのように考えております。

で、次に第二の柱であるところのいわゆる法欠缺論にはいることにいたします。この法欠缺論はすでにラーレンツが彼の“Metodenlehre (der Rechtswissenschaft)”に於きまして、Gesetzeslückeとその補充の可能性の問題はヘックにとっても法的方法論の中心点に立っている、と評価しておりますが、まあ今ここまでではこれでいいといたしまして、それではこれをどういう具合に扱ってゆくかは、あとの問題です。それには実は法欠缺論が媒介されなければならぬ訳であります。その意味において第二の柱としての法欠缺論というものを簡単に申し上げることに致します。この法欠缺論も実は必ずしもそう明確ではないのでありまして、これはやはりかなり読者の側で体系的な再構成を必要とするほど錯雑しております。それで私自身実はこれについてカードはとってみたのでございますが、もう非常にその繰返しも多ければ、論理的にも非常に分かりにくいところが多いわけでございます。ただ簡単に私のまとめた所、これはあくまでも私自身のまとめでありますのでヘックの読み方によってはまた別個の法欠缺論が出てくるかもしれません、一応のまとめだけを申し上げておきます。

ごく簡単に申し上げますと、まず欠缺という意味ですが、Lücke という概念、これの意味であります。これから説明してゆかなければなりません。ヘックはこれはやはり色々な人の欠缺理論をまず挙げて、それに対してちょっと自分の考え方を述べるといふような形でやっているものから非常にわかりにくいんですが、非常にだから種々な意義に用いられて来ているわけです。で、まず広狭二義に用いられるわけで、つまりこういう歴史的解釈によりましてもお欠缺が生じて来るとはもうこれは初めからわかりきったことなんで、ヘックにおいてもこれが当然前

提になっております。この欠缺を補充しなければならぬわけですが、この欠缺を補充するその作業、裁判官の作業を、広い意味において、彼の非常にしばしば使う言葉で申しますと、wertende Gebotsbildung、評価的命令形成、こういう言葉を彼は使っておるわけです。つまりこの広い意味における欠缺と申しますのは、これは従来、wertende Gebotsbildung の全ての場合、つまり認知的に獲得可能な規範の構成事実 (Tatbestand) のもとに包摂不能であるが、しかしながら裁判官が法的保護をなすべき全ての場合、この場合にそういう広い意味において使われる場合がある。それから第二に、狭い意味においては、上に挙げました広い意味の場合の一部として、つまり立法者が、こういう評価的な命令形成を、自ら命令もしない、また自明のものとしてこれを予見もしなかった場合の欠缺にのみ制限する場合をこれを狭義の欠缺と名付けます。そして狭義の欠缺でありますから従ってそれは必然的に意欲されざる欠缺、立法者によって意欲されざる欠缺ということになります。ungewollte Lücke。だから狭義の欠缺はすべて ungewollte Lücke である。こういうことが出てくるわけであります。ところが、これに対しまして、広義の Lücke の中には勿論、法律自体が裁判官にある種の規範創造を授權している場合や、いわゆる白地規範と言われるようなもの、一般条項なんかもあるいはこの中に入れていかも知れませんが、そういうようなものも、これらは入るといふことになります。ただこれらの三つの領域のいわば限界づけというのはかなり困難なこともあり、それから取り扱ひ上も大体において同一であるから、彼によると拡大した形で使ってもよいということになります。法というものはこれは経験的に存在する命令の複合体と理解されるべきだから、この関係において欠缺という言葉は、結局包摂理想、ある種の法規の Tatbestand の中に現在の Sachverhalt を包摂するというそういう包摂理想に対応する命令の存在しない場合、存在しないというのは色んな意味に用いられますが、存在しない場合、これを欠缺と言って差しつかえないのであろうというわけです。

このようにまず欠缺という概念を一応決めまして、そしてこの利益法学の目的からこういう欠缺の諸場合というものを彼は三つのグループに総括してあるわけでありませう。それは第一は、*primäre Lücke* つまり第一次的欠缺、それから *sekundäre Lücke* 第二次的欠缺、それから *Kollisionslücke* 衝突の欠缺です。これら三つのグループに総括出来るので、それらは結局、*Rechtsfortbildung* の、法の発展の三つの課題であるところの、*Ergänzung* 欠缺補充、それから *zeitliche Anpassung* 時間的適応、それから *Ausgleichung* 調整、これらにそれぞれ対応しているんだと述べています。ただしこの三つの *Rechtsfortbildung* の課題は広い意味では全て *Ergänzung* の中に勿論入っているわけでありませう。そこでまず第一次的欠缺について彼は述べておるわけですが、第一次的欠缺というのは、これは法律の成立当初すでに存在する欠缺のことを言うわけでありませう。そしてそれには色々な原因を持っているわけですが、特に重要なものとして、彼は、訳にくい言葉ですが、こういう原因の最も重要なものとして、まず第一に *Anschauungslücke* と *Redaktionslücke* を掲げています。 *Anschauungslücke* というのはなんと訳していいのかわかりませんが、彼の書いている具体的な点から、観察の欠缺とでもいっておきたいと思ひます。それから *Redaktionslücke* というのは編集上誤りを犯すという場合です。ところで、観察の欠缺の中には、実際事実関係を予見しなかつたという場合もあるでしょうし、それから事実関係の錯誤による場合もだいたい含めて考えていいかと思ひます。それからこの *Redaktionslücke* と仮に私が名付けておきましたのは、これは人間の言葉というものは、これは自然言語ですから必然的に多義性を持っている、だから法律の命令もそういう多義性を持っているから、不確定性が実際は起結してくるんだ、だから結局少数の、ごく少数の例外のほかは、例えば青年を数で数えるというような、そういう場合の外は、多くの概念というのは、非常に確実な意義の核、明確に一義的に一応確定が出来る意義の核、*Bedeutungskern* と、これに対して、*Bedeutungshof* といひますか、つまりこれはどういふことかといひますと、

漸時に色あせていく *Bedeutungshof* ですね、だいたいこういうようなものから、実は成り立っておるので、だから結局、こういういわば不確定性の故に立法者にとりまして、一切の適用事例に確定的な結果を提供するような、そういう命令観念の形成を妨げるということ、それが第一。それから仮に更に確定するということを非常に希望しておきながら、言葉の今申しました概念的な翻訳が非常に不確定になるために、実は、結局は、リヒター自体が、使われている概念をむしろ詳細に規定しなければならぬ場合がこれが通常なんだ、そういうような点から彼はこういう *Redaktion* 編纂、編集する際の欠缺の問題、これを第一次的な *Lücke* の重要な原因と挙げています。なおこの *Bedeutungskern* と *Bedeutungshof* というような概念ですね、この概念はなにもヘック特有のものなしに、エールリッヒにもこの考え方はあります。最近でもイギリスの分析学派のハートなんかの分析の中にも出てくることは御承知のことだと思います。

で次に二次的な欠缺と申しますのは、いちばん考えられるのは、生活関係の変化、立法後の変化、それから更に技術だとかあるいは社会的組織が変更するとそのような場合もこれが典型的には考えられるわけです。勿論立法というものは将来に対して、予め考慮はしておるんだけど、実際に立法当時に観察された生活事情の継続というもの、前提となっているわけですから、だから事情が著しく変更してくるということになりますと、この場合には、一体现在の団体利益に、こういう変更せる事情のもとにおいてこれを適用するということが、そもそも適合するかどうか、これが問題になってくるのは当然だ、だからこのような場合にはやはり個々の裁判官による *wertende Gebotsbildung* によりまして、いわば時間的な適用ですね、*Anpassung* をやらなきゃならない、そのように彼はまずここで考えておるのであります。しかも彼において注意していただきたいのは、この場合に、こういう生活諸関係やそれから社会的組織の変更あるいは技術の変更の他に更に、法団体の社会観念や価値理論、これ

が変更する場合も第二次的な欠缺の中に加えていると、こういうことであります。このことが後にナチ時代に於いて利益法学が演じた役割、これをこういう点から説明が出来るわけであります。で、例のデュターズの、最近出ました「無限の解釈」という一九六八年の有名な本がありますが、これはナチ時代の利益法学やラーレンツを取り扱ったいへん興味のある本であります。この中でも、この場合は正に政治的な価値理念の変化ですから、この場合にも利益法学がある程度の順応性を示し得たということ、そういう点について興味深い叙述が存在しております。ところで、この場合、実は二つ、この処理をするのに二つの考え方が存在しております。それは、*Ignorierungstheorie* といわれるもの、つまり何と訳したらいいか、無視理論とでも訳しますか。その無視理論と申しますものは、これは結局、法律というものは、これは、前提された生活関係のみを規律するのだ、だから予見されなかった事態なんていうようなものは、一般には、これは法律で規律されていないのだという、こういう考え方であります。これを実は主張したのは概念法学の公法学における典型と言われるラーバントが主張しておるんですが、この考え方は、私の見る所では、おそらく晩年のエールリッヒもこの考え方ではなかったかというふうに考えられるわけであります。つまりこれは、やはりエールリッヒ自体の見る所では、たとえ法規の表現形式が一般的抽象的な形態をとる場合があっても、これはやはり、それが実際に決定しようとしたものに実は制限して解釈すべきものなんだということをはっきりと彼は言っておりますが、法律というようにものをそのように見えてしまうという考え方があるわけであります。で、その場合は、裁判官というのは、これは勿論今申しました *Gebotsbildung* をその範囲でやりうるということになるわけであります。それからもう一つの考え方として、これは、*Abweichungstheorie* という考え方があるわけであります。この問題の処理の理論づけです。これは法律から離反するというような意味で、離反理論とでもしておきますと、この考え方は、結局、法律の命令というのは一応は、当該構成事実のメルクマールが存在する一切の事態に対して規定され

ている、しかし予見されない生活関係においては命令というのは、これは前に挙げました *Anschauungslücke* ですね、*Anschauungslücke* という分類は、第一次と第二次とに関係ありませんが、まず *Anschauungslücke* に、観察の欠缺に基づいているから、それだからして、これが訂正される、そういう考え方を *Abweichungstheorie* と名付けておるわけであります。ヘックは自分は以前には、実は無視理論の考え方に近かったのだが、現在はこの *Abweichungstheorie* を採用するつもりであるというように述べております。しかしこれは若干の違いが出てきますが、そう大きなものではありませんから、これは一応無視しますが、とにかくそういう第二次的な欠缺についてヘックは述べています。

それから *Kollisionslücke* ですね、これは衝突欠缺とでも申しますか、これは、統一的な命令の秩序やそれから統一的な価値体系というものは、これは希望ではあるでしょうけれども、歴史的事実のものではない、というのは、そもそも評価を遂行しているのは、これはなんといっても自分の制限された洞察しか、洞察力しか持っておらない人間であるし、しかも、この統一的な調和に、調和的な適応に至るべき命令というのは、こういう制約を受ける人間が種々な地縁や種々な時代に形成してきたものであるからして、だからその命令間の不調和というのは、これは免がれ難いものを持っている、だからこういう命令の調和的全体への適合というのは、やはり裁判官の命令形成の課題となってくるんだ、このように彼は、彼自身の立場に必要な限りにおいて、こういう欠缺を総括、欠缺の種類を総括するわけです。

こうして、この欠缺が存在する場合において、裁判官の評価的な命令形成というものが行なわれるわけです。それではそういう裁判官の評価的な形成、これは一体どういふものであるか、利益法学の立場から言えば、どういふ風に考えるべきかという問題に入ります。まず利益法学におけるこういう評価的な命令形成は、当該判決で問題

になっている利益を把握して相互比較をする、そして *Gesetz* 法律から汲取られるか、あるいはその他で獲得される価値判断に従って相互にその利益を衡量することによって遂行される。そしてその法律から汲取られるか、ないしその他で獲得される価値判断のここの基準、これによって優先するところの利益に対して有利に判決を下す、これが利益法学による、いわゆる、wertende Gebotsbildung の内容であります。で、この点、利益法学は単なる利益衡量論ではありません。つまりあくまでこれは利益衡量をする基準、これをはっきりと、彼は、利益法学は取出しているものであって、これは *Gesetz* からまず汲取られるか、あるいは実はこれは後にでてまいります、その他で獲得されるか、それは別として、はっきりした、やっぱり基準によって利益衡量がなされるんだと言っております。だいたい利益衡量だけによる法律判断なんてのは出来っこないことはわかりきったことなんです。いくら利益を比較しておっても、どちらを優先せしめるかの基準がなかったら優先は出来ないんで、その意味で利益衡量だけによって、なにか法律解釈なりあるいは法律問題の解決が出来るかと考える考え方、仮にそんなものがあるとするれば、それはもう問題とならない考え方であるということになります。利益法学は、ややもすればなにか利益衡量法学のように理解されておりますけれども、これは決してそうではないということは、改めてここでははっきりしておきたい点だと思っております。

ところで、これはどのようにして遂行されるかという基本思想については、まず裁判官は一定の制定規範によりまして保護に値すると宣言されている利益を顧慮しなければならぬ、これに制限されるかという問題と、それから第二の問題といたしまして、裁判官は利益衡量に際して、*Gesetz* 法律はよし直接には適用可能でないにせよ、その *Gesetz* の規定に含まれている価値判断に拘束されるのか、まず、この問題をヘックは提起するわけにあります。そして古い見解は、この両者とも肯定する、つまり、いずれにも拘束されると考える。最近の自由法学や社会学派は、

両者とも否定的に解する。しかしヘックは、ここで利益法学は、第一の問題つまりある一定の制定規範によって保護に値すると宣言されている利益、その顧慮に制限されるかというこの問に対しては否定的であり、これは否定する。しかし第二にとにかく法律に含まれている価値判断に拘束されるかという点については、第二の問題は肯定する。つまり裁判官というものは常にこれは立法的価値判断に拘束されるんだ、これがヘックの基本的な立場であります。だから、Gesetzgeberの、立法者のDiener、奉仕者としての裁判官というものは、命令の欠缺の補充におきましても、あるいは自分の観察から知られた利益及び直接には適用可能でない、この主人である立法者のGebotから生ずるHerreninteressenを守るべきだと、これが基本思想だと、このようにはっきりと言っておるわけであります。だから利益法学はなんと言いましても、例の思慮ある服従という、法律に対する服従は、基本思想として守っております。で、この点から、裁判官は、法律において特別な証人が見出されない時でも、保護に値すると認識した利益を保護してさしつかえない、つまり団体利益の知識を単に法律のみでなく、自己の生活体験から、経験から汲取ってさしつかえないと言います。というのは、裁判官は単なる法律の遂行機関や人間的な道具ではないのであって、従属的ではあるが団体利益の防衛による立法の補助者なんだ、そういうような裁判官の地位から出てくるというわけです。この指導原理は、これはスイス民法典の例の第一条に含まれておるが、同じ原理はドイツ民法典においても法典が裁判官に許容している自由な地位から生じている。つまりこの自由な地位というのは、これはそもそも立法的な可能性ということは十分ではないということの認識と、それから裁判官の生活体験や、それから団体利益を守り、判断するその能力への信頼に、この地位は基づいている。それは例えば、すでに一般条項だとか、あるいは白地規範というようなものは、この裁判官に対する信頼を示しているんだと、このように彼は考えるのであります。そしてこのようなものとして、例えばイミッシェンの例やÜberbauの事例を挙げております。これは所有者間だけについてしか規律さ

れていないイミッシオン、それから例の境界踰越建設をした場合、これは所有者間どうしの規定としてあるのですが、これは現在のドイツの通説でもありますけれども、当然、他の物権者やあるいは土地の利用権者間においてもこの規定が類推されあるいはまた同じような立場を認められる類推もこのヘックの考え方からすると *wertende Gebotsbildung* にあたるわけでありますが、そういうことの例を彼はこのように掲げておるわけであります。

ところで裁判官は、しかしこのような命令形成に際しまして、その法律に含まれている価値判断には拘束される、つまり法律の欠缺を立法者の趣旨において補充すべきであるというそういう指導命題、これが第二の指導原理として出てくるんだといっています。で法律が、法律命令が、直接にその包摂による適用可能な範囲だけで意味を持つというのではなくて、それは *Fernwirkung* を持っているのだ、それは何と訳したらいいのか、直訳すれば遠隔作用ということになります、具体的な内容はどうかと申しますと、法律のこの *Fernwirkung* というのは、これはなる程それ自体としては包摂によるその適用可能なものではないのですけれども、しかしながら裁判官が新たな *Gebot* を形成する際には必ずその基準としなければならない、まあそういうものでもあります。こういう法律の *Fernwirkung* というのは歴史的な利益探求です。つまり単に命令観念を問題にするだけでなしに、その根底にある利益及び価値判断の認識、これに従事するそういう歴史的な利益探求によってのみこのことは可能になる。つまりこの指導原理こそは利益法学を本来自由法学や客観的解釈理論と対立せしめるものである。そこで *Fernwirkungen* の事例を挙げておりますが、たとえばイミッシオンのルール、つまりイミッシオンを認容する義務を、所有者に対してドイツ民法は九〇六条で課しているわけですが、これを他の他物権者に対して課す場合も、許されるイミッシオンの個別的限界はちょうど九〇六条が所有者に対して課しているのと同様でなければならぬ。だからそのような点からそれ自体はなる程直接の適用、包摂的適用は不可能だけれどもやはり遠隔的な一つの作用、これを法律というのは持っているのだ、その

ように彼は考えるわけにあります。そういう意味において法律の根底にある価値判断あるいは利益に拘束されるといふこの点が彼の基本的な考え方であるといふことができるわけです。ここでアナロジーが問題になりましたが、類推は、彼によるとこれはやはり、ここでいう裁判官の *Gebotsbildung* であつて、ただそれは制定法的価値判断に従う欠缺補充の典型である、このように彼は考えているわけにあります。

それから次に第三番目に、このような立法的価値判断が欠如した場合はどうかという問題が出てまいります。つまり今まではともかく立法的価値判断というものを認識が可能であつた場合ですが、これが欠如した場合、二つの考え方が考えられると思うのです。つまり法団体において支配的な価値判断と裁判官の自己の価値判断、いわゆる *Eigenwertung* というふうにヘックは表現しておりますが、自己評価、自己の判断、この問題になるわけでありませう。で、当時例えはヴィッセンデルファーという人は、裁判官を民族の指導的文化層の価値判断に拘束せしめようというような考え方を示しているようであります。ただしこれは立法的価値判断が認識可能な場合でもそうだということに言っているようであります。ヘック自体も当初支配的価値判断を重視して、裁判官の *Eigenwertung* の方は補充的に考えておつた、しかし現在は自分は違うんだと言つています。これは一九一四年の頃であります、むしろ社会的な見解というものは裁判官の自己の価値判断の資料たりうるけれども、しかしそれ自体が何か裁判官の判断を拘束するようなものではないと言います。もっとも彼は、これは非常に問題が困難なので、詳細な見解は別の機会に譲つてあるわけなんです、実は彼はこれについては別の機会にもなんら問題としておりません。ただ利益法学者の中でもシュトールになりますと、立法者の価値判断の欠如の場合に、社会に支配的な価値判断、これと、裁判官の自己の判断、これとを併存的にやはり取扱つておるわけであります。それではこういう欠缺補充によりまして、裁判官は一体法の適用をするといふのか、法の創造をするといふのか、これにつきましては、ヘックははっきりと法の創造と言つ

て何ら差しつかえないと言っております。しかし、これを認めますと、じつは前に挙げましたデュタースが問題にしておりますように、制定法に対する *Richterrecht* の法源としての問題が出て来るわけです。しかし、この点については、ヘックではそう問題になりません。

最後に、この点について問題になりますのは、いわゆる命令の訂正が可能かという問題なのです。つまり裁判官は存在する個々の観念を否定したり訂正したりし得るかという問題であります。ヘックの見解を簡単に申しますと、裁判官は一定の場合には言語的論理的には可能な包摂を否定すべき権利義務を持っている。この場合はやはり、この評価的な命令形成のカテゴリー、しかも命令の訂正ないし否定という概念のもとにはいる。これは彼が二次的な欠缺論で説明しております前に挙げました *Abweichungstheorie* ですね、つまり一応は *Tatbestand* のメルクマールがあるかぎりには、これはある種の事実に対しましても適用が可能のように考えるが、しかしそれは観察の言わば欠缺に由来しているのだから、法規の観念から背反して差しつかえないという考え方は、この考え方と対応しているわけでありませぬ。しかし裁判官としては勿論歴史的に認識可能な命令観念を無視しえないが、しかし裁判官は、命令が現存事態に対してそもそも規定されていないか、ないしはこれが瑕疵を帯びて (*fehlerhaft*) 形成された時のみ *Gebot* を無視しうる。ただこの場合に、前にすでに挙げました命令観念の核と周辺の違いが重要になる。つまりごく稀な例外を無視すると、原則として命令観念の訂正は概念の周辺の訂正に制限される。そのことを彼は色々の理由を挙げて、ここで論じております。しかし制定法的に保護された利益の全体像すなわち最終目標は、裁判官にとって無条件的に規準となるのであって、だからここからヘックでは、いわゆる *contra legem* な法創造、反制定法的法創造の原理的否定という帰結が出てくると考えられるわけです。この点からいえば、第一次大戦後のインフレの最中にあらわれてくる増額評価請求権を許容すべきかどうかについて否定的な態度を、裁判所の態度に対して批判的な態度を彼がとつ

たということ、ここからはっきりと示されるかと思うのであります。

最後になお、原則としてこのような欠缺補充がなされるわけですが、ただ彼はこれに障害を与えるものとしていったん妥当した秩序の維持への利益としてのいわゆる *Stabilitätsinteressen* というものを挙げまして、これはやはり判決の予見可能性や確定性を保持するためにも安定性の利益がよりよく出てくるときには、具体的なケースについては妥当性を欠く場合と雖も、評価的な *Gebotsbildung* は妨げられると、このように彼は考えている。そしてこの場合に具体的な場合に即して法を進展せしめる *Fortbildungsinteressen* と *Stabilitätsinteressen* の衝突に関して適切な利益衡量をするためにはやはりここでもヘックは歴史的な法律の解釈がはじめて必要な基礎を提供し得るのだと言います。つまり歴史的研究のみが、具体的な場合における法律の命令の実質的に不適合な効果がそもそも観察の欠缺に基づくのかあるいは編纂上の過誤に基づくのか、あるいは、立法者がよく安定性の利益のために実際は実質的に重要なエレメントの代りにそれに代るメルクマールをはっきりと置き換えたことにもとづくのかこれが歴史的な研究を通して確定しうるからであると、このように彼は言っておるわけでありませう。ここでの彼の歴史的研究というのは決して無駄に主張しているわけではなしに、あくまで法規の欠缺理論と有機的なつながりをもっていると言えるかと思ふのであります。

私は最初にもしヘックの論理構造を確定するとすると、三つの柱がある、一つは法律の歴史的解釈であり、一つは欠缺理論である、第三は、彼の概念構成の問題である、このように申し上げましたが、第三の問題は置きまして、だいたいこれによりまして二つの柱の一応の論理構造を示したかと思ひます。もう時間がかかりましたので一応これで私の話は打ち切りまして、ラーレンツとの比較などでもしこの問題が出ますときに、若干カードを用意しておりますので、それによって御質問があったときにはお答えするという形で一応これで話を打ち切りさせていただきます。

と思います。どうも御清聴ありがとうございました。(拍手)

司会(原島教授) 今お聞きのように今日はヘックの利益法学を中心に特にその中の基本的柱と思われる歴史的解釈という観点、それから法規欠缺の観点、そういう所に焦点をあわせて、非常に内在的にそして体系的にお話をいただいたわけであります。翻って考えてみますと、先程先生の話にも出て来ましたが、我国では、ここ数年になりました。うかもう十五年近くなりましょうか、法解釈の方法論としていわゆる利益衡量論というものが出て来たわけでございます。こういうプリンシプルを積極的に提示しないまでも、そういう考え方というものは我々法律者になじみ易いものとして浸透していったかと思えます。当然にこれをめぐっているんな賛否の論議がおこってまいりましたけれども、考えてみますと、たとえば立教大学の水本浩教授が論文の中に言っておられましたけれども、我国にエアリッヒの法社会学というものは取り入れられ吸収されて我々の学問的な土台になったけれども、ヘックの利益法学はついに全くと言っていいほど我国には受け入れられなかった、あるいは積極的にこれを学ぼうとしなかった、というようなことを書いておられたことがあると思えます。たしかに、ヘックの主張を内在的に理解してまず適確に紹介することが必要なんですが、それすらもほとんど行われていない、これが現状ではないかと思うわけです。ましてやそのヘックの評価というものが正確になされうる筈もないわけです。こういうわけで、先程申しますいわゆる利益衡量論自体もヘックの積極的な主張を継承し発展させるという形では主張されていない。言うならばそれだけにまた、プリミティブといえますかウィークといえますか理論として仕上げられていないというふうに言えるのではないかと思えます。同様にまた利益衡量論を批判する側でも同じような傾向はあるわけでありまして、こういうふうに考えますと当然に利益法学そのものの検討というのは、きわめて我々自身の実用法学的方法的自覚という観点からいつて欠くこと

のでできない課題として我々の間では十分に考えられてきたと思うわけですが、しかしなかなかそういうような仕事が出てこなかった、まだ出て来ていないと言つてよかろうかと思うのですが、そういう意味で今日はこういう問題についておそらく我国でも一番深く思いを凝らしてこられた磯村先生からヘックの利益法学につきましても話をお聞きする機会を得たということは非常に意味のあることであると思つてあります。あと時間が最少限度見積つても一時間ほどございます。先ほど私も度々申し上げますようにじっくりとこの機会に磯村先生を中心に、この問題、あるいはこの機会には是非磯村先生に御感想を伺おうという色々の問題もあるかと思つてありますので皆様から質問なり御意見を御出しただいこうかと思つてあります。先程先生もおっしゃいましたようにヘックとラーレンツとの比較対照というきわめて魅力的なテーマについても御用意があるようでございますので、皆様方からとくに御希望がございましたら、適当な時期を見計らつて先生に補足してそういう点にも及んでいただきたいと思います。それでは先生は皆様方を御存知ない方ばかりだと思つてありますので、ひとつ御発言なさいませうときには、簡単に自己紹介といひますか、所属と専攻あたりをまずおっしゃつていただきまして、御発言いただきませうと幸いかと存じます。ではどうぞ。

手島教授 この大学で憲法をやっております手島と申します。本来民法あるいは私法専攻の方から質問の主役を演じていただくための前座みたいなことで、あるいははなはだプリミティブな質問になるかも知れませんが、御尋ねたいしたい。難解なヘックの利益法学を非常に明確に御説明いただきまして非常に得るところがございました。おそらくは先生はヘックの利益法学に名を借りて御自分の利益法学をお述べになつたのではないかとも思つてあります。そこでヘックの理論ではどうなつてゐるかということと先生はどうお考えになつておるかということを以下の質問ではあまり区別せずに質問いたしますので。利益法学とは単なる利益衡量法学ではない、確かにその通りだと私も思つてあります。その際 wertende Gebotsbildung の価値判断の基準というものが必要である。これは法律自体から汲み取られるか、あ

るいはその他の方法で獲得された価値判断基準であるというふうに申されたと思うのですが、その場合法律自体から汲み取られた基準、それがあくまでも第一次的である。そこで第二次的には、その他の方法で汲み取られたものというわけで、これは裁判官の生活体験、まあ社会的な *Wertung* と *Eigenwertung* もあるけれどもまあ *Eigenwertung* が主になる。その場合裁判官の生活体験といったものが基礎になるというのは、スイスやドイツの場合には民法典の中にそのような裁判官の補助的役割が明文で規定されている、その点で私はそういった立場は合法性があると思います。ところでそのような見方は今日裁判官が営んでおる裁判作用の事実認識としてはおそらく正しいだろうと思う。裁判官はそういったことで判決を下しておる。そういう事実認識として正しいと思うのですが、裁判官の行動原理あるいは実践の指針として裁判官はかくあるべきだというふうな主張であると少しく問題があるのではなからうか。と申しますのは、利益法学では裁判官は今述べたような意味で立法者の補助者であるということでございますね。そういういたしますと、立法者そのものは憲法上で今日公理化しておるデモクラシーの立場からすると、これは代表制によって選出されたということによって正統性がございませぬ、レギティミテート (*Legitimität*) がございませぬ。ところで裁判官の場合それならば立法者の補助者たる正統性、レギティミテートはどこからくるのか、合法性はあると思いません。ドイツ、スイスの場合にもそのような民法の規定がございませぬ。しかし正統性、レギティミテートはどこからくるのか、それについてヘックは、また磯村先生はどのようにお考えであろうか、また仮にラーレンツがその点についてヘックに言及でもしておりましたらお教えねがいたい。

磯村教授 この問題は実際非常に難しい問題で、一つは今おっしゃいました方法での答と、もう一つ、実は逆の問題、私法学者の特有の問題かも知れませんが、現在、制定法違反の解釈を裁判所もやっておれば、私法学者自体もやっておる、はっきり申しましてですね。だから二つの問題が実はあるかと思えます。前の問題はやはり日本におきま

でも、ヘックが言っておりますような、一般条項的なもの、それから裁判官に対して補充を委ねているような法規は、これはかなり指摘できるのではないかと思えます。その意味におきまして少なくとも欠缺補充、法律の欠缺を補充するというこの裁判官の権能は、私はドイツやスイスだけではなしに、我国においても、少なくとも、刑事は別問題として民事においては認められていると考えます。私は太政官布告は、はたして有効かどうか知りませんが、あそこには、はっきりとこういう場合、立法者的立場に立って判決をしると言っています。つまり民事裁判では法律がないからということとで裁判を拒絶いたしますと、すべて原告敗訴の裁判となってしまうので、だからやはり民事裁判自体のなかに、裁判不可拒絶の原則、末弘先生の言う、これがどうもあるのではないかと思えます。だから今の最初の点におきましては、むしろ私もは欠缺補充というなら、かなり自由に、私法に関するかぎり民事に関するかぎり認めてもよいと思えます。ただ、今ラーレンツが問題になりましたから申し上げますが、その欠缺補充について、確か「方法論」には、ラーレンツはかなり進んだものを持っている、少なくとも現在の姿のラーレンツは。これはあの彼が挙げている規準、ラーレンツの規準を考えますと、例えば彼はアナロジーによる欠缺補充だとか、あるいは目的論的な縮小によるものだとか、そのようなものを彼は、欠缺補充に挙げておるのですが、これは一応ヘックの考え方を展開せしめる上において、かなり進んでおりますし、おそらく更にラーレンツは実は法律変更の場合を考えているんです。制定法規を変更する場合をそれまでもラーレンツは考えておりますが、その場合に彼が基準として示している、例えば事物の性質 *Natur der Sache* であります。法倫理的原理だとか、このようなものが、今欠缺補充の場合においても私は有効な手段であろうというように考えております。というのは、*Natur der Sache* というのはエーリッヒ的に申しますとおそらく生ける法に該当するだろうと思えます。これはすでに *Gemeines Recht* 時代に展開された理論がありまして、これには、ヘックはどういうものかこの *Natur der Sache* の問題について触れていない

のです。けれども、これはいけると思いますし、法倫理的原理というのは社会的に一般的に承認されている所の価値体系と言ったらい。これがないと現在の公害裁判なんか民法七〇九条ではまかないきれないので、率直の所申しますと。だからここに一つ問題があります。それからもう一つ、ヘックは法律に対する忠実といいますが、私のヘックに対する疑問であり、更に考えていかなければいけない点だと思ふのですが、実は一定限度において、制定法違反の裁判ないし広い意味の解釈、規範創造を民事法学者はどうもやらなければいけない場合があるのではないか。現に、公害の場合は私はだいたい欠缺理論でいけると思ふのです。だいたい立法者 *Gesetzgeber* は七〇九条ではそんなもの予想してないと考える、通常では、そういう形でまさに *Anschauungslücke* ですね、これでいけると思ふんですが、しかしたとえば危険負担の問題で民法五三四条で危険は債権者が負担することになっていますが、これはどう考えてもあまり合理的な根拠がない。現に裁判所はこの規定を現在まだ守っております、最高裁にいたるまで。けれども学者の中には、ドイツ民法と同じように、もう引き渡しがあるまでは、不動産だったら登記があるまではこれは債権者の方に実は危険があるので、債権者にその時はじめて移転するのだという議論が非常に有力なんです、現在。そんな理論は実際五三四条と真正面から衝突していると思ふのです。ですから一体その場合に、どういう具合に考えていくべきか、つまりいわゆる *contra legem* と申しますか、反制定法的規範創造をどの限度で認めていくべきか。かつて自由法学者は、マッセンカラミテート (*Massenkalamität*) の場合に認めた人がある。ラーレンツもこの点こういう表現を使っている、*Rechtsnotstand* という。彼が使っている *Rechtsnotstand* というのは、形式的適用をやりますと耐え難き利益の侵害が出てくるとか、あるいは現在の社会観念に対する侵害が出てくるとかいうふうな状態を彼は *Rechtsnotstand* という表現で使っておる。そのような場合に彼の挙げている例は適切でない例もあります。例えば、譲渡担保だとか、非典型担保を、このようなものを挙げているのですが、私はこのようなものは欠

缺理論で充分いけるとおもいます。ただ彼の挙げている例の行為基礎論です。行為基礎論のうちでも主観的行為基礎論ですね、当事者両方がレンブラントの絵だと誤信して高い値段で売買したところが、実はレンブラントのコピーであったと、こういうような場合を処理するために、ちょっとドイツの錯誤規定では、この処理が難しいわけですので、もっとも現在の錯誤論では処理が出来ますが、当時の錯誤論では処理が難しいもんですから、それから、不適当な規定もありますので、主観的行為基礎論に入れている。これとそれから更に、イギリスの判例にあります、パレード事件なんです。国王の戴冠式の行列を見るために窓辺の部屋を借りたところが行列が中止になった場合一体金を払わねばならないかどうか、賃料をですね。イギリスの判例では、払わなくてもいいという判例が出ているわけです。これのような処置、そのようなものを含んでおります。しかし行為基礎論の中心をなすものは、私の考えでは、いざ行為基礎論はどうせ解体しなければならぬ、ドイツの行為基礎論は。これは一面において錯誤論と履行不能論ないしは目的不達成論に、これらを解体が可能です。ただ一つ残るのは事情変更の場合です。ラーレンツはその場合の事情変更の原則なんかを、これを増額評価の問題といっしょに反制定法的な規範創造とはっきり言い切るわけです。これは同じようにドイツの相隣関係においてもあらわれてきたイミッシオンの規定、これは戦後に改正がなされましたけれども判例によってすでに戦後の改正を先取りしているわけです。これは農業対工業との対立、重化学工業が進展いたしまして、そこで出て来ましたので、九〇六条の明文では処置が出来なくなつたわけです。そこで相隣共同体というような特別な一種の信義則みたいなものを使ひまして処理しているわけなのです。この点今おっしゃいましたことと関係がございました、ドイツのボン基本法、これは私はわからないのですが、ボン基本法の何条でしたか、これには Gesetz だけではなしに、裁判官は Gesetz und Recht に拘束される。Recht という言葉を入れてくれているのです。ですからドイツ人にとっては、今のような場合でも、Gesetz は言わば Recht の一表現だ

と、一形態だとみられます。しかし、これが日本にないわけです。こういう場合、五三四条について、民法学者は平気で、今のような五三四条の立法の、それこそヘック的に言うと、立法的価値判断に反するような解釈を平気でやるわけです。裁判所はやっていないんですけど。やってるんですがそれでも皆憲法あるいは法律に拘束されるというが、その場合の法律とはどう考えたらいいか、日本国憲法で。それで私はちょっとこんな乱暴な意見を出すとお笑いになるかも知れませんが、実は、ずっと前に歴史法学の問題、概念法学の問題を扱っていた時期に、アメリカの政治学者のハローウェルという人の“*The decline of liberalism (as an ideology, 1946)*”とかなんとかいうのがございます。あの中で裁判官が良心に従ってというのは、本来は宗教的なものからやがて自然法になっていく。自然法から言わしてるんだ。だからもし良心というのをそういう一つの理性というような、そのようなものに読み換えることが出来るならば、ひょっとすると日本国憲法のもとにおいても許されるかもしれない。これは勿論この限界については、*Rechtsnotstand* といいますが、法的危機といいますが、法的緊張状態といってもこの限界づけは、それからまた類型化は、これからの問題だと思います。そういうことが日本国憲法下においても成り立たないだろうかと考えたことがあるんです。けれどもどうもあの条文を読み返してみますと、憲法及び *Gesetz* と対等に法源的な役割を果たさせるには、ちょっとどうも現在あまりすなおではなさそうです、そういう考え方を今持っておるのです。実際は今後のことについて言うなら、特に日本民法典というのは、ヘックやエールリッヒやラーレンツなんかの想像も出来ないもう一つの特異性を持っている。それは外国法の継受であるということ。つまり日本の、当時の編纂者達がしばしば誤解しているわけです。このような場合や、それから立法政策において非常な過誤を犯している場合があると思うんです、色んな物をひき比べる際に。その際はちょっと今のドイツの解釈学方法論では考えられないような問題が、日本の解釈学方法論を考える場合には考えておかねばならないだろう。実際問題として民法一九二条でも、現在は公信

の原則だというように理解されており、私の考えでは、立法者はきつと取得時効の場合に、不動産の場合だけ善意の場合十年だという規定がある、動産について何の規定もない、だから普通民法学者は動産の場合も不動産でさえそうなのだから動産では勿論そうだと考える。それはそれでいいんですけどね、おそらく立法者は一九二条を考えとったのではなからうかと思うんです。そうするとあれはとんでもない、短期取得時効を規定したというふうなそんなことも考えられるわけです。だからそういうような場合を色々と考えてきますと、日本の民法学の場合は特殊な状況に置かれている。ことに商法なんかだったらわりにはやくどんどん改正がおこなわれます。ところが民法はなかなか改正がおこなわれませんので、裁判所としても待つとくわけにもいきまい、そういう点で色々苦勞に苦勞を重ねて構成をとおしてなんとか現在では公信の原則まで持ち込んでいくわけです。この点がちょっと解釈学の方法論を考える場合には、外国法の継受の場合のことを念頭に入れることが必要である。もう一つは、ヘックなんかやエルリッヒの書いた年代、ヘックは一九一四年に彼の理論を完成しております、エルリッヒも一九一七年に彼の書いた本が完成されている。そうするとドイツ民法典が施行されましたのが一九〇〇年、わずかな期間です。ことにドイツ民法というのは第一草案を出しまして民法典の形になるまで例えばギールケあたりからの批判も取り入れて、非常に練りに練った作品だと思われたいです。ところが日本民法典は必ずしもそうではないと私思っているわけです。当時のあの編纂者達の、けっして私これを今の時代から見ても批判するわけでもなんでもございませぬけれども、やはり当時の歴史的な知識の制約は免れ難いと思うわけです。そういう点から問題を生じております。ところがドイツでももう現在の段階になりますと、かなりやはり *contra legem* な法創造をやらなければならぬ、新しい制度を形づくっていかねばならないという状況になっている、しかも立法はなかなか動きませんので、それで裁判ないしは法学者の解釈によって、これを動かしていこうというふうなそういうことになって来ているわけです。ですからそういう意味で

せめて私の今考えている案も実は欠缺補充の問題はエールリッヒやヘックで十分だろう、それで完成しているとみてるんですが、ただこの問題、反制定法的な規範創造の場合に *contra legem* な場合にどう取り扱っていくか、しかも民法学者はほとんどみなやっとなるわけです、はっきり申しまして。裁判所も利息制限法については、まったく反制定法的な規範創造なんです。あれは憲法上どのように裁判所は考えるのか、あれは憲法違反で一回やってみたらどないなるのか、裁判所はどう答えるだろうかと私は思うとるぐらいなんです。なんとかまあそこにいい方法はないだろうかと実は思っとなるんですが。Gesetz のほかになんとか Recht とかいうものを入れられないだろうか、民事に関する限りですね。もう一つ極端な考え方をドイツのことを申し上げときますと、民事に関する限りはむしろ、法の基本形態は Richterrecht ないしは法曹法であるという考え方のもとに、憲法の規定は、民事に関しては一つのプログラム規定であるにすぎないという考え方です。いわば制定法なんていうものは非常な case law の氷山のでている頭にすぎないというような考え方の下に、非常に大胆な展開を示すものに Esser という学者がいます。この Esser の方法論というのはそのような意味においては、憲法のそのような Gesetz und Recht ということより先に行っている。ローレンツは比較的古典的でそうモダンなほうではありませんので、だからこういうことを出来る限り絞ろうとします。けれども Esser にいたってはそれさえも踏み越えてしまって、むしろ法曹法 Juristenrechtこそ真の私法だという考え方なんです。実際歴史的な一面から見ますと、ドイツ民法典だの、日本民法典だの、フランス民法典だの言いましたも実は法曹法のただ成文化にすぎません。ですからその大きな伝統的な流れをみると、やっぱり中立的な専門家層としての法曹階層に荷われる所の法、これが唯一の私法だという考え方、立法者と雖もこれには反することが出来ないのだという価値判断があります。日本の末弘先生の考え方に若干そういう点もあります。勿論末弘先生はあの日本の当時のことですから、そんなことをうっかり言うとは大変なことになりますから出来る限り欠缺補充で全部を処理しよ

うと、こういう形をされましたけれども、やはり法曹法の非常に長い伝統をきちっと見ておられたんじゃないかなという気がいたします。まあこれお答になったかどうかわかりませんが、実はその点私は日本の憲法で、あそこをどう読んでもそういう点あまり書いてありませんので、なんとか解釈論として、民法学者の必要性をうまく憲法論にはまるようなことはなからうかと思えます。勿論これは民事に関してです。刑事や政治的な決断がなされて国民がなすというようなものは、これは私はまたヘックと同じようにあくまで法律に忠実でなければならぬと思います。だが憲法条規のなかでも若干変遷の可能なものと可能でないものというようなことが考えられるのではないかと一時考えたことがあるんです。けれどもそれも素人のただ民法の立場からの考え方にすぎません。だから私もヘックの利益法学を、いやエールリッヒの自由法学を、晩年のものをもし今後展開していくとすると、課題は、反制定法的な規範創造を、このロジックをどう打立てていくかという点に、あるというように私は考えております。

水波教授　この法学部の法哲学を担当しております水波です。いつも私など考えねばならないことを実はよく考えていないのですが、今日はたいへんそういう問題を考える機縁を与えて下さってありがたかったです。先生のおっしゃいましたように法形成ということと法解釈、これをどういうふうな関係のもとに展開するか、問題のたいへん本質的な点であろうと私も思われるのです。法解釈ということは一体どういうことなのか、これはすでに存在している法の意味内容を確認するというようなものかあるいは明確にするようなものなのか、それとも何かの意味でやっぱり新しい法を創り上げていくのか、そういったところにまさに重要な問題点があると思えますが、ヘックの場合には先生もおっしゃいましたように、どうもすでに形成されて存在している少なくとも法規という、こちらの方が強いというところが確かにあるように思います。法律解釈というものはいつも終局的には法規に従属する。したがって裁判官は法創造と見えるようなあるいは法形成にみえるような仕事をする枠の中でやるにしても、やっぱりこれは法規に対

する従属的なもので、法規に代ったり優先したりするようなものではない。私は何故そういうことを言う必要があるのか、何故ヘックがそういうことを考えたのか、こういうような疑問を持っていたんですが。一九一二年のこれは「法獲得の問題」という論文やあるいは「法解釈と利益法学」という一九一三年の書物などをみまして、少しわかったような気がしておったんですが。ヘックはたしか一九四五年まで生きてた人で随分長生きした人ですから、一二年や一三年はまだ若いうちで、あとで意見が変わったかどうか是非教えていただきたいのですけれども、このころのヘックは少なくともこういうふうに考えていたように思います。国家の意思というのは、それはやはり個人の意思、裁判官も含めて個人の意思に優先する、そして、またあるところでは国家の法協同体のオルガン（機関）としての裁判官ということを行っているように思います。そういうったような論理があつてやっぱり法規の方が優先し裁判官のやる仕事は従属的なものとなります。こういう論理があるように思います。この考え方は意外にも伝統的なもので法律をもつて人民の一般意思とするフランス革命的な考え方が背景にあります。一般法学でもやはりこういう国家の法規という観念は基本的にあるような面もあると思います。でそこらを考えますと、ヘックという人はあんがい伝統的な概念法学にも充分つながる要素を一方では持っている。それでいて真新しい傾向も取り入れたという印象を私も持っています。他方ではエアリッヒの方にありますと、この人の場合には国家というものの意義あるいはウェートと言いまするかそれが国家以外の社会的集団を重視してとらえる。むしろ社会的な集団の存在やその自己立法的な法形成、こういうものに非常にウェイトがおかれてくる。先ほど先生がおっしゃいました“Juristische Logik”のようなもの、かなり晩年の書におきましても概念法学を批判しながら、こういう国家というものを中心にして法を観念する、こういう考え方を概念法学の考え方の要素として批判している場合があるのですが、エアリッヒの場合と、ヘックの場合と、こういう国家の法に関する理解が相当違うような気がしまして、先生のおっしゃいました晩年においては、エア

リッヒの考え方も、ヘックの考え方に非常に近いとおっしゃったことがわからないのですが。

磯村教授 それは私が申しましたのは、文字通り法律学方法論の領域だけの問題でございます。おっしゃったようにヘックの場合には確かに国家というものをやっぱり法団体の一つの集約点と考えておりますので、基本的にはおそれなく、ヘックが法律への忠実性を裁判所に要求しているのはその權威、立法の *authority* を第一に掲げているのと、それからやはり権力分立的な現在の国制を基礎に置いているからだと思います。だからエールリッヒの場合はこれは何といたっても裁判官を国家というよりも社会の受託者というふうに考えている、最後にいたるまで。この点はヘックも、彼が一九三二年に書きました所ではエールリッヒと自分とは解釈学の方法論に関するかぎりほとんどいっしょだ、しかしエールリッヒはどうも自分よりもうちよつと欠缺補充なんかになってくるとより自由なようだというような表現をしているんです。ヘックもどの程度エールリッヒを正確に読んでおったかわかりませんが、そういう点は確かに感ぜられる所だと思ふのです。ただしエールリッヒも法律学の解釈方法論を展開する際には、やっぱりヘックと同じように *contra legem* な法創造は原則的否定です、これはどういう場合でも。これは彼が実用法学を問題にするときのことですが。ただ彼にとって残念なことには、彼が最後に裁判の理論というこの大著を晩年に企画しておったようですが。それがわずかにイェリング *Jahrbücher* の一九一七年に載りました「法規に基づく裁判」というあの論文で、これもまだ未完成といつてもいいと思ふのですが、一つのトルソにすぎないと思ひますが、それだけでこれは終つてしまいました、もう少し彼自身の理論を完成しててくれれば、実用法学についての理論も、もうちょっと明確になつたろうと思ひます。少なくとも現在残っているものからみるかぎり、最後的には彼の実用法学の方法論といたしましては具体的に裁判官がどうすべきかという問題に対しては、やはり彼も法律に対する忠実性をはっきりしてると思ふんです。ただ彼は、ヘックが *Ignorierungstheorie* として退けましたあの考え方をどうもとつてると私申

しましたが、出来る限り法律の規定しておる射程距離を正確に歴史的に分析した上で、そしてそれにはいらないものを自由に形成する。彼の場合自由にと申しましても彼は背後に広大な法社会学を持っておりますから、結局現実的にはまだ具体的な指針を示しておりませんが、やはり彼の考え方からすればやっぱりこれも社会的に基本的に規定されてくるということになるでしょう。そして生ける法の一般化や統一化を通して、あるいは諸々のその他の社会的な、彼が挙げています法曹法形成の要因としての社会的勢力諸関係だとか、あるいは正義だとか、こういう彼が挙げているああいう諸々の要因によって *Richterrecht* 裁判官法やあるいは学説法が規定されてくるであろうと、彼自身はみておったと思いますね。その点はおっしゃる通りだと思ふんです。やはりエールリッヒの場合はもっと社会がやはり基本思想となってます。おそらくエールリッヒがあのまま生きておいたら、勿論ユダヤ人ですから追放はされたでしょうけど、仮にナチ時代に生きていたとしたら、エールリッヒは時代に合わなかったでしょう。私はヘックも本当はもう一九三三年以降は、自分の基本的立場をくずしていると思ふんですよ。それは最後的には彼は、あくまで例えばラーレンツなんかと違います。ラーレンツなんかの場合には、例えば民法典の *Person* という言葉を *Volksglieder* というような何と言いますか、民族の分子などという言葉に置き換えまして、置き換えるとユダヤ人はその中にはいらんということになりますので、ユダヤ人から *Persönlichkeit* を奪うのに非常に便利なやり方をする。だからデユタースという人は、これを新概念法学と称していますが、意味の読み換えという形で、概念を変えていくということをやっていく。そこまではいかなかったのですが、やはりヘックは例えばナチの政党のプログラムのようなものでさえも一つの立法者の判断と考えています。しかし私は、ここまで実はナチの時代まで利益法学をさぐらなかつたのは、これは利益法学の一つの頽落形態だからです。これについては、マックス・ウェーバーがちょうど一九一一年に自由法学やその他の社会学的法律学に警告をした、これは両刀の刃になる、現在ではなるほど民衆の利益の防衛にな

るけれども、他方においては他面、時代がかわれば、逆の場合になりうるということを警告しております。これは確にあの当時、その通りだったと思うのです。自由法学者は比較的ユダヤ人が多かったものですからみな外へ出てしまいました。それでそういう点は免れたわけです。けれども日本の場合だったら沈黙を守っておれば、どうということはありません。憲法学者でも例えばある先生のように一条から何条まで何も講義をしないんだったら戦時中でもまあまあいいということになる。それが出来る日本の家父長的な官僚性といえますか、こういう家産的官僚制とむきだしの権力的支配が出てくるナチズムですね、これはちょっと違います。ナチズムの前では沈黙は反抗と見られるわけです。いわんやヘックのような大家になりますとおさらそうです。私はそこまで追跡はしたくないという感じがしているんです。それでラーレンツについても彼の現在言うところをみると、阿呆らしくなって来ます。私が学問をやり始めたころは、彼等がナチ時代おおいに活躍しとった時代ですから、彼の有名になった今、類型論ですね、あれはナチ時代に発しとるということをよく知っています。だからよくわかつとるんだけれども、ただラーレンツはなる程言わなきゃならないから言ったんだろうけれども比較的公正だったと思うのは、例えばギールケに対するナチ時代に非常な反ナチ的な自由主義者としての批判が出たことがあるんです。ところがラーレンツはこれ擁護しております。それからエールリッヒの本なんか禁書だったはずなんですが、ラーベルの本でさえ禁書になりました時代に、ラーレンツは彼の法哲学の中ではエールリッヒを高く評価しております。これは三三年以降に出ました。ですから私はその意味である時代ではやむをえなかったものが一つはあるだろうと、そういう具合に考えて、一応ナチ時代のもの、これを思想的に分類する場合は別ですけども、この現在の解釈理論や方法論を問題にする場合は一応、利益法学はまあ三二年位でとどめておいてやりたいと考えます。だからナチ時代の彼のものは、私ここでは全然申し上げなかった次第です。

田ノ上助教授 鹿児島大学で民法を専攻しております田ノ上です。磯村先生の論文は、近代法発達史講座の「市民法学」位しか読んでおりませんので、非常に不勉強であります。とんでもない質問をするかもしれませんが、私は利益法学の構造についてのお話を聞いて内容は非常によく理解できたのですが、ただその印象からしますと利益法学の主張は現在ではそれほど目新しい主張ではないように思います。それで僕は利益法学というものが、その当時のどんな社会的な地盤から生まれたものであるかということの掘り起こしが私はまだわかっておりませんし、先生のお話もその点は省略されたという印象を受けておりますので、この際質問の主旨というのは、利益法学が主張した時の意義といますか、社会的経済的基盤つまりドイツの資本主義の発達との関連において、どういう意義を当時持っておったのかということと、それから現在利益法学はドイツの学者の中でどういう影響力をもっているかということ、それからヘックは我国で、原島先生が先程おっしゃいましたように、学者がこれを真面目にとり上げなかったことは怠慢にはすまされないものがあるように思いますけど、このような状況となった原因について、先生のお話を伺えれば幸いですと存じます。

磯村教授 あの最初の問題ですね、これは実は、ヘックを三〇年の段階や一四年の段階で、お話しいたしましたが、やはり彼自身のものは、考え方の萌芽は非常に早いわけです。ですからやはりこれはすでに一九世紀の末の新しい自由法学やその他の各国でおこなわれたような、盛んになりつつあった新たな改革運動とでもいいますか、その中に一応位置づけられるだろうと思えます。ただドイツ資本主義との関係ということとなりますと、ちょっと簡単にはお答えしにくい大きな問題を含んでおります。というのはこれを問題にしようと思うなら、やはり何故にヘックの場合にここまで法哲学や世界観と切り離して、実用法学の方法論として徹底しようとしたか、この問題をもう一度考えなおさなければならぬんです。ヘックは勿論こういう利益をみなぎやなりませんから法社会学なんかも重視しますが、

それはあくまで *Vorwissenschaft* あるいは補助科学としてしか認めないんです。あくまで彼は実用法学の方法論に徹しているわけです。この点がまさにナチ時代にかえって批判を受けるわけなんです。そしてその根底にはやはり自由主義的世界観がある。そういう考え方もあります。ですがこれは卒直に申しまして今答え得る用意はちょっと私にはございません。それから現在ヘックはドイツにおいてどういう影響を持っているか。これも現在のドイツの見方そのものによるんですが。チュービンゲン学派の持っている論理、これが一体現在のドイツの法解釈学の方法論においてどれだけの影響を持っているかということ、これを批判するにせよどうするにせよ一度はここを通過しているというところだろう。それからヘックの、また晩年のエールリッヒの提起した歴史的解釈の理論は、これはやはり客観的解釈の理論とらんで、現在においてもドイツの二つの大きな流れを成しています。それだけは言えると思います。しかし彼に対する批判として、しばしば言われるように利益という概念のあいまいさだとか、あるいはまた彼は一方において法が利益の所産だという考え方をしているが、どうもそういう発生論的な利益理論というものに対しては、例えばラーレンツのようなヘーゲル学派に属する人達にとってはどうしても受入れられないものを持っているだろうと思えます。これらのラーレンツ及びそのラーレンツの弟子達がそうです。けれどもやはり具体的に問題を考える人達、具体的な民法解釈をしている人達には、やはりヘックのこの影響がある。例えば物権法のウエスタマン、これなんかのものをみてもわかりますようにやはりヘックの理論というのが民法学者の中では少なくとも基礎をなしているであろう、これだけは言える。ただラーレンツが出ましたが、彼は従来の客観的解釈論というのがコーラーにせよなんにせよ、自分の願望を読み込むという非難、歴史的な *Umwelt* から捨象しましてそこへ読み込むというこの非難を免れるために実は両方の総合を企図している。ところが彼はまたそこで例のディアレクティクとか、私はあんな言葉はわかりませんので、なんでもかんでも異質なものをつなぐのにディアレクティクと言ってつながる感じはちよっ

とわかりませんので結局あそこはラーレンツを理解出来ませんでした。そして彼のことについてここで話すのも時間がございませんが、私の彼に対する印象を一言でいっておきますと、彼が解釈の中へ持ち込んでいるものの中には、彼は四つほど規準を挙げていましたが、規範内在的な目的（Teleologie）、ここまでは私は十分歴史的な分析で可能であると思つとるんです。ただ彼がなほ他律的な一つのなんと言いますか、もっと高次の客観的目的論的規準というものを挙げてはいるんですが、そこは実は解釈の中に入れるべきではなくて、むしろこれは規範の欠缺の補充の際の基準のなかへもっていくべきであろうとおもいます。あるいは緊急状態の出た場合の、あるいはきわめて不合理な不適切な状態の出た場合の、そういう状態の規範創造、これに対する規準に入れるべきであろう。ラーレンツもはっきりと解釈と規範創造は区別しているんです。現在でもドイツの主流は、解釈という言葉の中に、両者を包括するような人はほとんどいないんじゃないか。それは世俗的には解釈と呼んでおりますけど、しかしそれは一々区別するのが面倒だから、包括的な名称として呼ぶだけであつて、現実にははっきり両者は区別されている。その意味においてはやっぱりヘックの影響は徹底的であつたらう。

吉村教授 九州大学の民事訴訟法を担当しております吉村ですけれども、磯村先生は、*contra legem* を肯定するかどうかということが現在の日本で重要な問題であるというように最後の方で質問に答えてお話しになったと思ひますけれども、具体的には私達解釈をやっておる場合に、このような規範創造の規準は何にもとめていくのかということにいつもとまどうわけでございます。でそれを利益衡量論のように、たんなる解釈者の自由な評価でよろしいということになりますと結局 *Stabilität* とか予測可能性等が失われるということになるわけでこの点思い惑つておるわけなんです。先生の御報告のなかに法規欠缺を補充する際に立法的な価値判断が欠落するような場合には、社会的な価値判断と解釈者に固有の価値判断が基準として判断されるというお話しとともに、このような場合の基準を成すも

のとして、歴史的な解釈方法をヘックは考えていたのではないか、そこで言わば両者をつなぐ関連を生ずる、つまり *Fortbildungsinteressen* と *Stabilitätsinteressen* をどこで調和させるかというときには、歴史的な解釈方法というものが基準になるのではないかという御指摘があったのを興味深くおうかがいしました。ヘックの歴史的解釈方法が、こういう側面を今後我々が考えていく際に、なんらかの非常に有益な方法論的な基礎といえますか方法論的な手段を与えてくれるものなのかということをお聞きしたいわけです。実務的解釈方法のなかでは、立法者の決意を促がしたその時の諸利益の探求の方法があると思いますが、それを判断するだけでなくそれを展開するという視点があるのだという、その展開する視点というのがどのような展望のもとで、その中で語られておるのかということをもう少し詳しく。

磯村教授 私は今二つの問題があると思うんです。規範を創造していかなきゃならないというような場合に歴史的な研究方法が今のような基礎を提供するのだという場合、これ一つあるわけです。しかし新しく規範を創造する場合の基準はなにかという問題になりますと、今言いましたようにヘックの場合には *Eigenwertung* を非常に強調します。しかしこれは相当問題なので私はこの点についてはむしろあのラーレンツがこういう規範の創造の際の基準としている法取引の緊急の必要性だとか、それから *Natur der Sache* だとか、あるいは法倫理的原理と彼が言っているようなものがあとから申しますと具体化の基準になるであろうと言えらると思います。それからもう一つ歴史的解釈の展望といたしましては、やはり僕はヘック自身の歴史的解釈は言葉として尊重しますが、やはりこれはヘックをはなれてむしろそれをやるんだったらエールリッヒ的な方法にもっていききたい気がいたします。例えば、エールリッヒは、歴史的な方法として、こういうことを言っておるんです。これおそろしく法学者に対する負担を過重することになるんですが、例えばこういうことなのです。制定法規を理解しようとするものは、その創出者の諸前提とくに彼が追

求する目的、附随事情、個人的事情を説き明かしてくる一切のもの、ですからその時代の経済状況、社会的闘争、新聞論説、議会についての報告及び立法委員会の審議録、これらを無視してはならない、それは古い歴史的法規を取り扱う際の歴史的探求の方法と同様であって、現行制定法の解釈は現代に移された歴史的解釈にすぎない、例えばドイツ民法典の条文に対して——ここで、科学としての法学という言葉を使っている、この場合にエールリッヒでははっきりと解釈学は科学、歴史科学になるわけです——科学としての法学は本質的には *Digesta* や *Sachsen-spiegel* の資料に対すると同様なかねあいを有している、すなわち法学はそれと普通法学や——仮にドイツ民法を理解しようと思えば——一九世紀ドイツ私法の関係、物権法のドイツ土地組織への、債権法の財貨金融取引への関係を説明し、政治的協議及び経済理論を追跡しなければならぬ、こう言っています。これはおそろしく膨大な課題を法学者に対して課することになるんです。もしヘックの歴史的な解釈方法をほんとうに具体的にやろうと思えば、私はやり方こういう方法ではなからうかと思えます。ですから一つの条文の歴史的解釈というのは非常に大きな意味をもってくるし、これのもつ現在の適用の射程距離は確定が出来ると思うのです、で私自身今でも忘れ難いのは、私が、昭和二八年頃でしたか、あの頃に “*Juristische Logik*” という大きな本がございまして、あれを読んだときに忘れられないのは、ドイツ錯誤規定を理解しようとするものは一九世紀の錯誤理論の精通者でなければならぬ、そういう言葉があったこと、非常に私は深い印象を受けたんです。私の仕事はそれから全部それを基礎にその実験といえますか、追試であると言ってもいい位、それほど深い印象を与えてくれたと思うんです。そういう意味では民訴の三ヶ月教授の、占有訴権のアプローチの方法、ああゆうようなものを見ておきますと、やはりまあかなり技術的には限定されておりすけれども、しかしこういうような方向、これがやっぱりもし歴史的な研究と結びつくとなれば、そういうことだろうと思えます。そういう歴史的な研究を深くやるのが、私自身の考えでは、今後の広い意味の法解釈にとって不可

欠の要素になるだろう、私はそのように考えているわけですが。それは現代の色々なトピックの分析の必要も勿論ありますが、それを分析する際にしても、やはりこの法規がここでは適用が出来ないのだということを確認しなきゃならない場合があると思うんです。法規で邪魔している場合がたくさんあると思うんです。だからそのような場合にどうしてその射程距離を決めていくかという、これは歴史的研究が必要です。その場合に単に委員会の、我々はどうかすると委員会の編纂の記録だとか、そのようなものだけで意味をとって行こうとしますけど、実際はここで言ったような、今質問にもございましたような深い政治経済的な構造との関連です、これがやっぱり必要となってくるということは、これは必須のことだろうと思います。しかしこれは容易なことではないという感じがもちろんいたします。しかし、これからだんだん、私どもは日本のものだったらわりとその点文書も手に入れやすいし、やり易いのですが、なんせ外国法の継受をやっておりますから、日本史の専門家の書かれたものが、材料にならないということなんです。これまでの系譜と全然違った法典なのです、ですからあらためて制定当時の外国法を見なきゃなりません。制定当時の外国法というものを調べますと、私も今度は非常に失敗したことがありますが、日本の旧民法の規定を理解するのに、普通フランス民法だと言われていますが、けれども現在のフランスの註釈書を読んだってこれ全然だめなんです。だから制定者が見た当時におけるフランスの註釈書を読まんとだめなのです。ところがこの点當時のことをやりますと、文献の関係で非常に制約されるということがある。だから実際この歴史的研究というのは容易なことではないんです。だから現にヘックに対しても、そんな歴史的研究なんて言うけれどもそんなことやっていたら、また新たにつきからつぎに意味が変ってくるのではないかという批判が充分あるのです。それに対してヘックはその場合、実用法学ですから、その都度の蓋然性でやるより仕方がないのだというような形で答えていくでしょう。これはエールリッヒでも同じように答えるでしょう。そしてその一つ一つの判決がまた歴史として積み重ねられ

ていくのだと、そういうことになるんでしょう。けれども少なくともそういう作業、その意味で歴史学と法学をどのようにつなぐのかということ、このことが私どもの当時非常な戦国時代みたいな法学者の状況でございましたが、——そして現在は社会学と法学をどうつなぐかということが問題になっておりますが——私にヘックやエールリッヒの歴史的解釈理論というのが非常に魅力、あるいは影響を与えた理由だと言えるかと思えます。現在は、非常に現代的な問題も出てまいりましたので、ソシオロジーと法学をどう結びつけるかということが大きな問題となって来ました。ゾチオロジーや行動科学等ありますが、確かにこれらの面での必要性が出て来ております。当時においては如何に歴史的科学としての法学というものを規定していくかという考え方が基本的には根底にはあります。だから実用法学の場合にも、これを歴史的科学といった場合にもだいたい法現象の客観的分析です、これも文字通り社会科学だと我々は考えとったんですが、実用法学の方法の中にもそれが浸透しなければならぬはずだ、そうやってくると一体どのようなこれをつないでいったらいいのか、こうなります。そういう点私なんかには少なくとも、このヘック、エールリッヒの歴史的解釈の方法というのは非常な魅力的なものであった。現在でもそういう意味では魅力的である。けれどもここでエールリッヒが書いているようなことをさせて個人の実作でやれということになると大変なことです。私がいままで方法論の問題に正面から触れないのは、実作で示し得ていけませんので、やはりどうしてもこれを実作で示そうと思うと容易なことではありませんから、そういう点からまあ、出来る限りそれを捨象した形で、実用法学の方法論という形で問題を明らかにしていきたいと今後は思っているんです。せめて三ヶ月教授がつかわれた占有訴権のああゆうような仕事ですね、これはやっぱり非常に歴史的な解釈方法と現代の問題がうまくつながったんじゃないかなと思います。勿論あの人の訴訟物理論をどう評価するかどうかこれは全然別問題としまして、現在の判例では反訴まで認めるにいたったところまでくると一体どうだろうかという問題、やはりああい

う形で処理しとくとそういう結果はまず動かし難いようになるのではなからうかとおもいます。もつとも、また後でお聞かせねがいたいのですが、反訴をどっちも認めた場合執行の段階でどないことになるのか、えらいことになりはせぬかと私は危惧は持っているんですけど、まあそういうような点があるようです。だから私もそういう意味で歴史的 연구를私法学者がやっとするのが多いんです。これを何とか現在の法律解釈の問題に意味づけを与えなきゃならない、その場合の意味づけをどういう具合にして与えていったらいいかということ、これを現在考えておるわけです。日本の殊に若い私法学者はほとんど歴史的研究から出発します。だからその歴史的研究はどういう意味づけによって現在の解釈問題につながってくるのかということ、その点の方法的な自覚ですね、これはやっぱり必要じゃないかと考えます。その意味づけのためには、最後的にはヘックやエルリッヒにまでゆくと私は思います。まあエルリッヒまでいきますと、これ非常に過大な、こんなもん真正面から自分の解釈論として出せば、何もやってないくせに何を言うると人のもの笑いとなるので、これうっかり出せませんけれども。だからまあヘックぐらいなところでやっています。現に日本の明治の法規なんかは漸次に資料がたくさんあるもんですから、いろんな点で、分析が可能となつて来ております。そうすると射程距離もこれはつきりとしてきます。ところがヨーロッパでしょ、なんせその文書をどうしようたつてなかなか今の我々にはちょっと処理が難しいという点、そういう点で、だからドイツ人達が本当はそれをやってくれればいいんですけど、ドイツ人も現在の状況といたしましてなかなかそこまでやってないわけです。だからまあだいたいそのような意味で考えておりますが。

司会（原島教授）それじゃ時間も予定の時間をすぎましたし、個人からの質問をこれ位で打ち切らしていただくとして、随所に磯村先生からヘックとエアリッヒあるいはまたラーレンツというふうに比較対照の問題が出ましたが、たいへんよくばるようでございますけれども、ラーレンツとヘックの比較対照の問題でなにか先生の頭の中にあ

りましてちょっと言い残した、これだけは言っておきたいということがございましたら、よくばってお聞きしたなら  
 あと思っております、一、二分だけでも最後に。

磯村教授 最後に二点、ちょっと申し上げておきたいと思いますが、ヘックとの関係で、ラーレンツが解釈の基準  
 として主観的方法と客観的方法の総合なんていうところは私はほとんど意味を、あんな訳のわからないところ問題に  
 しておりませんこと一つ、それからもう一つは、彼が解釈の基準として挙げておるところで、これは前に申し上げま  
 したが、最後の客観的目的論的基準というのは実は解釈から離すべきであるということ、次に彼が規範創造のところ  
 で展開してまず取引の必要性、緊急の必要性それから更に事物の性質、それから法倫理的原理——これはただし、も  
 う少しああいうやや不明確な言葉を避けて、もうちょっと経験科学的に分析しなければならぬと思えますけれども  
 ——そういうような基準これが非常に役立つであろうということ、それから第三にラーレンツのいつておる *Rechts-*  
*notstand* の場合における反制定法的な規範創造、この場合をどう扱うか、もうちょっとこの方面を規定していく必要  
 がある、そのことです。それから、ヘックの概念構成論は、私これは無用とまで申しませんが、これは概念法学に対  
 する批判の強いあまり、やはり概念に対する彼の考え方は少し狭すぎる、むしろこの点については、私はラーレンツ  
 の抽象的概念と、それから *type* の理論を非常に重視したいと、そのように考えております。ただしラーレンツの最  
 後に残しておりますところのヘーゲル法哲学からきました、具体的普遍の概念、これは実用法学にとっては無用であ  
 る。まさにこれこそナチスの理論を *begründen* した当のものですので、これは私はここにまだ彼は残しているけれ  
 どもこれは無用の概念であると考えます。これはこの前ドイツ人で、最近来たワイヤでしたか、まだ三十代の若い人  
 ですが、あんなもの全く問題にしていないうなことを言っていました。もっとも彼は非常に反形而上学をいう人でし  
 て、ややもうちょっと経験的な人なので、そうそれを引き合いに出すようなこともありませんけど。しかし私はもし

具体的普遍という概念を使うのだったら、もうちょっとヘーゲル理論ですね、これからやりなおさなければちょっと使えない、実用法学にはあのままの形では絶対使えないので、あれはナンセンスだ。あの実用法学の方法論について、それだけのことを現在私は考えております。

司会（原島教授）ではこれで司会の役はこれで終わらせていただきます。

〔後記〕ここに掲載したものは、磯村教授の講演（昭和四八年一月二八日、本学部における第三回菊池基金講演会）のテープによる録音を原稿のかたちに直したものである。したがって、できるだけ忠実に再現することを心がけたものの、聞きとれない部分があったり、話し言葉をそのまま文章にするのに無理があったり、やむをえないところは、一切、わたくしの責任で手を入れた。おそらくは磯村教授もご不満の点があると思われるが、この貴重な研究報告を公やけにすることの意味を第一と考えて、あえてこのようにした。なお、この作業には、緒方直人（博士課程）・植田博（助手）両君の熱心な協力をえた。

原島 重義