

ヘック・法解釈と利益法学（二）

法学理論研究会・訳

<https://doi.org/10.15017/1718>

出版情報：法政研究. 43 (2), pp.71-126, 1976-06-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

資料

ヘック・法解釈と利益法学(二)

法学理論研究会・訳

△内容目次▽

- I 問題と態度決定 § 1
- II 裁判官の事件判断 § 2
- III 解釈の諸形式
 - A 主観的意味 § 3
 - B 客観的意味 § 4
 - C 命令の解釈 § 5
- IV 法規の解釈
 - A 歴史的利益探求 § 6
 - B 客観説 § 7
 - C 概念法学的論議 § 8
 - D 対立利益 § 9
 - V 歴史的解釈とその補完
 - A 法獲得の過程 § 10
 - B 法規資料 § 11
 - C 法規文言 § 12
 - D 言語的表現の要件 § 13
 - E 欠缺領域 § 14

(以上、四二卷四号)

(以上、本号)

- F 命令の訂正 § 15
- G 欠缺補充 § 16

VI 客観的解釈の個別的理論

- A 法律的把握 § 17
- B 素人の把握 § 18
- C コーラーの社会学的解釈 § 19
- D ヴュステンデルファーの社会学的解釈 § 20
- VI 法令と利益法学 § 21

III 解釈の諸形式

- B 客観的意味 § 4

40

1 (観念の中核) 言語学、実生活および法社会において、客観的意義、つまり、ある表明の「客観的意味」という語句によって、我々が考えるのは、歴史的、実際の、具体的な意識内容を認識することではない。我々は、客観的意味を、何といても、主観的意味、つまり、その表明が歴史的に伴ったところの観念に対立させる。客観的意味が常に主観的意味と別のものでなければならぬというのではない。実際はその逆である。異なるより一致することの方がずっと多いのである。ただ、二つの結果は異なることがあり、うるのであり、それ故に、これを確かめる基本的原則は同一ではないということである。そして、他方、我々が、客観的意味とは区別するものに、その

表明が一定の人にあたえる具体的な「印象」、主観的見解、生じた理解、歴史的な現実のなかで認識しかつそれを解釈することによってかたち作られた意識内容がある。さらにいえば、これを調べるための手続が異なり、差異をもちうるという意味においてだけ区別されるのである。かくて、客観的意味というのは、決して、具体的な人の意識の実際の要素ではない。⁽⁷⁶⁾それは、認識的思考(kognitives Denken)の結果ではなく、情動的

思考(emotionales Denken)の産物である。客観的意味というのは、印象の規則の導く結果であって、印象の規則を応用して考えれば、経験則、あるいはさらに経験的な要素を含みうる規範的な規則の導く結果である。客観的意味は、問題とされている表明が、常にあたえる印象であるか、あるいは、あたえることのできる印象であり、あたえるかもしれない印象であるか、あるいは、あたえるべき印象である。この定義によって、すでに、矛盾対立するものが意味されており、この対立は客観的意味の範囲内においてみられるのである。客観的意義というのは、それが生ずる関連によって、たんに経験的な意味でありうる。つまり、普通の印象であるか、あるいはありうる印象である。また、客観的意義は、規範的なものでありうる。つまり、生ずべき印象であるか、あるいは生ずることの許される印象である。⁽⁷⁷⁾

(76) ある表明の客観的意味は、リッケルト(Rickert)の用

語によれば、「非実際的な意味形成」(Sinngilde)に属する。Grenzen der naturwissenschaftlichen Begriffsbildung, 2 Aufl., S. 516 参照。現象学的研究の「純粹な」あるいは「先験的な」意義(Husserl, Scheler, Reinach など)との論争は、ここでは不可能である。「先験的な意義」というものは、研究者が語感の効果を研究する場合に、語句や文章に結びつける主観的な観念とは、何か別のものではない。私には信ずることができない。

(77) この差異をさらに詳論することは、我々の目的にとつては、無用のことである。

2 (適用範囲) 多くの応用の場面において、客観的意味の確定がなされる。客観的意味の確定が、主な役割を果たすのは、言葉についての活動、つまり、外国語の習得と使用、翻訳などにおけるような言語学においてである。さらに、社会学的な観察においてもそうである。客観的意味は、ある表明の歴史的解釈においては、補助手段として、問題となる。表明する者は、通常、ある印象をよび起こそうとする。蓋然的であったところのその印象を確定することによって、成立についての仮説を形成したり取りこわしたりするための重要な補助手段が提供されるのである。

しかし、最もしばしば役に立つのは、ある表明の批判的判断の客観的意味や歴史上の実際において生じた印象の客観的意味である。私は、こうした利用を、批判的あるいは規範的機能と名づけている。客観的意味の確定が、法律行為の取り扱いにおいていかなる役割を果たすかについては、法律家であれば誰でも知っている。同様の機能は、法律家にとっては、それ以外でもみられる。たとえば、刑法典(SGB)の一八六条の適用、あるいは、不正競争防止法(UWG)五条と商標法(WZG)一六条の適用(「名称」は、——「その由来を示さなくとも、一定の商品の標示に役立つ」という確定)においてである。こうした考え方は、もちろん、法律家によって考え出されたのではなく、日常生活から借用したものである。誰かが、侮辱的でも不当でもないつもりで、ある談話を公表したのに、それが侮辱をあたえ、誤解をまねきうるものであり、いわゆる「客観的に侮辱的」であるか、「客観的に不当」であることがわかれば、すぐに、真面目な人として、法的強制がなくとも、これをいつでも訂正しようと思うだろう。Xが自分の家主に、その住居を解約する意図で手紙を書き、家主がこの手紙を別に理解したとすれば、素人でも、家主が「通知の客観的意味によって」、そこから解約の観念を読みとるきっかけをもったかどうかを問うことになろう。

3 (論理的特性) 客観的解釈における心理的な過程は、

歴史的な観念についての自己の研究といえるものではなく、他人の研究についての判断といえるものである。この判断は、ある解釈の仮説、つまり、純粹に歴史的な解釈あるいは拡張解釈の仮説にもとづいている。双方の場合において、構成は同じである。

ある表明が、どのようにして効果を生ずるものであるか、あるいは生じうるか、又は生ずべきかを確定しようとする者は、多少とも典型的と思われる人物を想定し、この人物が自ら、その表明を歴史的に解釈し、この解釈の結果を思い浮かべる場合を考えるだろう。かくて、客観的解釈というものは、一定の資料を利用し、かつ経験的または規範的とされる程度の注意と作業とによって行なわれたと考えられる歴史的解釈の再生・反映である。この反映像は、当然に、本来のものすべての特性を示している。反映像においても、その表明をした者の考えが問われる。ただ、この問に答える者、答えるべき者は、判断をする者ではなく、想定された人物である。手段と緊張度の違い、解釈の程度は、すべて、たとえば、仮定的な解釈者によって期待される成果として、あるいは、彼に許される許容として、再現することができる。事物の状況によって、この解釈者に期待できるものは、それぞれに、内容の解釈だけであったり、あるいは、動機の解釈をも含むことがある。観念の探求であったり、あるいは諸利益の探知であったりするし、再構成だけであったり、あるいは情動的な補充をも期待できることが

あろう。

4 (諸条件—受領者の視界と解釈密度) この論述の示すところによれば、客観的解釈の成果は、意識的あるいは無意識的に作られる仮定 (Annahmen) いかんにかかっている。それは仮定的な解釈の諸条件である。この諸条件は、ここで概観する目的のために、二つのグループに分類される。受領者の視界 (Empfängerhorizont) と解釈の密度 (Deutungsdichtigkeit) とにである。受領者の視界に含まれるものに、仮定的な解釈者に属する資料の全体があり、情況の知識と法規の知識、つまり、先行する討議や付随する諸事情の知識と言語および取引慣行の知識とがある。解釈の密度によって示されるのは、解釈作業に對してなされる要請であり、注意の程度、つまり、期待され、要請されているところのあの態度、慣行や適切な命令によって指示されているところのあの態度である。

さて、このような仮定は、確定することの最終目的によって非常に異なってくる。この仮定が典型的な特徴をもち、多数の受領者にとって同じであるということもありうる。しかしまた、この仮定が、特定の受領者のためだけに設けられることもありうる。一般的な客観的意味のほかに、同じ基本原则に従って形成される特別の意味を生ずることもある。形式の保護に關連して手形を吟味する場合には、支配的な実務によれば、その一般的な意味だけが考慮される。これに對して、家主の解約告

44

知の事例においては、家主に知られていた事情、たとえば以前に取り交わした手紙などは、彼だけがこれを知っていたとしても、一緒に考慮することが要請されよう。日常の用語では、おそらく、多少とも一般的な意味でだけ、言葉を「客観的に」使うという傾向にある。しかし、我々は、たとえば、暗号による交信におけるような、特定の受領者の視界においても、受領者に通ずる當為的な意味と原因となる表明者の考えとを區別すべきであることはいうまでもない。そして、何らかの限界を引くことは許されない。受領者の視界と同様に、仮定的解釈者の密度に向けられる要請は、少なからず異なっていることがある。多くの表明、つまり関連している説明が、軽率に認識される場合には、十分に考慮した場合は異なっていて理解されることがある。「客観的な意味」として、どのような意味が妥当しなければならぬのか？ その答えは、一般的にはなく、常に特定の、問題になった關係についてだけ、与えられる。

5 (純粋な言葉の意味) そこで、仮定の差異によって、客観的意味の多くの下位概念が生ずる。同じ表明が多くの客観的な意義を示すことがある。我々が、まずたしかに考えるようなこの下位概念は、純粋な言葉の意味や言葉の音声、つまり言語上の表現や言語上の意味そのものと呼ばれうるもので、言語学上は慣例的な言葉の意義とされている観念形象である。この形象は、言語上の法則をただ適用して、言葉の表示を評価する

ところの仮定された歴史的な解釈の成果である。我々が「言語」と呼ぶところの、意識内に潜在的に存在する観念の結合(組み立て)を考えれば、孤立した言葉や孤立した文章を、言語社会の構成物の中に認めることによって、この認められた言葉の表示の原因となりうるものとして思い浮かぶ一組の観念が喚び起こされる。この下位概念においては、仮定は、最少限のものに集約される。前提とされるものは、ただ、言葉の認識、言語社会への帰属および喚び覚まされた意識だけである。

これらの純粋な言葉の意味は、外国語の教育および言語についてのその他の理論的な研究において、重要となる。我々の学ぶ単語の中には、その純粋な言葉の意味の印象を残す技術的に孤立した言葉がある。練習用の文章のなかには、言語上の法則に従って訳をつけるような全く関連のない孤立した文章がある。孤立化することによって、まさしく、言語上の法則の適用が強いられることになる。古典的な作家の教育のための作品においては、作家の主観的な意味が関連から「推測」されるならば、多くの教師は、それを非難に価する欠陥であると考える。

純粋な言葉の意味と同位のものに、一定の生活関係、たとえば学問において、ある言葉に帰属する技術的な意味と、協約に加わることによって、ある言葉に生ずる協約上の意味(暗号や規約)がある。これらの効果もまた、前提条件が存在し、阻害事情が生じない限りにおいてだけ生ずる。

理論的な観察を除けば、純粋な言葉の意味が孤立して現われ

45 46
 ることではない。生活上にみられる言葉は、常に偶然の意味をもっている⁽⁷⁸⁾。具体的な表明の客観的な意味を確定するためにも、言葉の意味は決してそれだけでは決定的ではない。我々が歴史的な解釈をするについては、常に用語法の外に諸状況を考慮するように、客観的な意味の探究の反映像においても、一般的に、こうした考慮がなされる。純粋な言葉の意味ではない、客観的な意味のこの形式については、特別の名称はない。これを、「状況的意義」(Umstandsbedeutung)として総括することができる。

(78) 観念の組み立ては、当然に、歴史的な事実である。しかし、これを生ずる刺激の過程は、言葉の認識に限定されるのではなく、ほとんど常に、言葉の組み立てと結びついた他の認識を伴う。生まれる言葉の印象は、日常生活においても、学問においても、原則として、「組み合わせられた言葉の意味」である。上述三三頁参照。

6 (純粋な言葉の意味の弱点) 純粋な言葉の意味が生活上はこのように後退することは、我々の目的にとって、特別に重要である。というのは、客観的理論の新しい主張者たちは、純粋な言葉の意味に法規の効果を押しつけるからである。そこで、我々は、孤立した言語の探究が後退していることを明らかに

にする要素を指摘しよう。

(a) まず、慣例上の言葉の意味が非常に不確定であることが、その説明になる。⁽⁷⁹⁾ 関連ごとにその言葉と結びつけられることがあって、その総体が慣例上の言葉の意味を示すような、しばしば異なった観念の集団がある。本来の多義性は何もないところでも、なお、個々の観念の要素が様々に密接に結びついている。ある観念の核 (Vollstellungskern) があり、これに隣接する言葉の意味があり、そして、漸次に言葉と関係のない観念に移行して行く観念の暈 (Vollstellungshof) がある。この場合には、意義は、蒸気体の雲の中で暈に囲まれている月と対比される。隣接している言葉の意味と可能性のある言葉の意味とは、包括領域 (Kreise) として現われる。⁽⁸⁰⁾ この包括的な観念領域 (Vollstellungskreise) は余りにも不確定的であって、より詳細な定義なしには、実際上は使用できない。ただ、いくつかの言葉の集団、すなわち、基準の指示と個別的な特色づけによってだけ、揺れが少なくなる。

(b) 第二の要素は、言語社会における言語の使用の差異によって、つまり、我々が言語と名づける経験的な規則の無限定性 (Unbegrenztheit) によって、提供される。この言語上の規則は、全くなまの表現をすれば、言葉の形象と事物の観念との結合、つまり、言語仲間の意識のなかに潜在的に根づいている結びつきに基づいている。そこで、ある言語の理解は、一応事物の観念をもつこと、つまり、事物の認識を前提としており、さ

らに、我々がもはやその言語には数えないような事物の認識、つまり、その他の事物の観念をもつことに、漸次的、流動的に移行して、結びつけられている。事物の観念は、非常に多様に分類される。多くの言葉と表現において、これが言語社会の構成員に与える印象は、非常に異なったものである。ここでは、共通の言葉の意味、統一的な慣例上の意義はなく、受領する者が異なれば意義も異なってくる。しかも、単なる技術的、あるいは慣行的な意義は、純粋な言葉の意味とは区別されねばならない。

(c) 言語上の慣行は、個々の言葉の作用と文章によって与えられる語句の作用に限られる。その際に、単純な文章を理解するためだけであれば、ただ注意を払うことで十分である。ただ複雑な文章や抽象的な文章においては、緊張が必要となるが、⁴⁸ この緊張は言語社会のすべての構成員に、必ずしも定められるとはかぎらないし、また、要求すべきものでもない。複雑な文章は、もともと、上述の仮定の限定をともなった純粋な言葉の意味を示すものではないということが出来る。しかも、関連する説明が問題になれば直ちに、言語上の規則はおおよそ作用しなくなる。厳密にみれば、文書の純粋な用語というものはなく、ただ、孤立した文章の純粋な用語があるにすぎない。関連作用 (Zusammenhangswirkung) は慣行によっても規定される。限定された範囲においてはではあるが、日常の論理の原則が存する。客観的解釈においては、用語がそのままにとどまる

か、あるいは、関連によって変化をうけるかが、この原則によって決まる。しかし、それ故に、まさに関連している文書の客観的解釈は、常に純粹な言葉の意味をこえることになる。ここでは、客観的な「文言の意味」(Textsinn)だけが問題となりえただろう。同様のことは事物の状況を含ませるについても妥当する。ある乗客がタクシーに乗って「駅」(Bahnhof) といったとすれば、その表現の客観的意味は Bahnhof の純粹な言葉の意味と同一ではない。純粹な言葉の意味は「状況と関係のない」(umstandsfrei) 表明を前提としており、そのような表明は、言語上の活動を除けば、實際生活においては生じない。解釈者にとっては、純粹な言葉の意味に影響を与えることができ、かつ、客観的意味の確定にとっても考慮すべきである随伴事情が常に存在する。

(79) 註(59)の著書における Erdmann 参照。

(80) 上述三三三頁参照。

7 (客観的意味の相対性) そこで、ある表明の客観的意味は、一般的には、純粹な言葉の意味の場合よりも以上に、複雑な前提条件に依存している。受領者の視界と解釈の密度を調べて、確定しなければならぬ。かくて、主観的意味と客観的意味との対立は、一見背理した結果をもたらす。調査をする者には、主観的意味は、何か客観的に与えられた、一つの

49 歴史的な事実であり、純粹な認識活動の対象であって、必ずしも認識可能ではないが、常に一定したものである。これに対して、客観的意味は、条件づけられ、諸仮定に左右される何かであり、そのために、同じ言葉の表示も、その基礎となつてい(80)る諸仮定によるごとに、多くの客観的意味を示すことがありう

客観的意味がこうした制約をうけていることは、だからといって、実生活においてこれを利用することを妨げるわけではない。というのは、条件となつている諸要素は、すでに生活を通じて、判断をする者に提供されているからである。解約告知の通知を批判的に判断する者においては、受領した者の状況の認識は、歴史的な経過によって与えられる。規則の知識と必要な緊張度についての規範は、法と取引慣行によって予告されている。しかし、客観的意味の被制約性は、同時に、条件となつている諸仮定を示すことなしに、これを遵守することが要請される場合には、障害になる。さらに、条件となる諸要素は、個別的に確定される場合には、様々に異なることがあるのに、他方で、多数の確定の統一の結果が生活上要請されるところでは、この被制約性は特別に危険となる。客観的法規解釈の理論については、この二つの疑問を生ずるのである。

(81) 裏書きされて受取人に渡される為替手形は、法を知らない者にとっては、支払いの指図という客観的な意味

をもち、法を知る者にとっては、支払いの保証という意味をもつ。手形は、協定にもとづいて、さらに、第三の内部的な秘密の意味をもつことができるが、これは差出人の主観的な観念との関連では、客観的意義と呼ばれねばならない。

(吉村)

C 命令の解釈 §5

1 (特徴) 観察してきた解釈形式の非常な多様性は、我が特に命令解釈に注目するや、失われてしまつ。命令解釈は、命令者の原因利益を増進するために奉仕すべきである。この最終目的の故に、それ(命令解釈)は、命令実行の全領域で大体において一様に現われるはつきりとした特徴を保持する。命令解釈は、一般に歴史的解釈であるが、決して単なる狭義の解釈、主観的意味の探究ではなく、それは、普通同時に原因解釈(Ursachendeutung)と創造的解釈(fortbildende Auslegung)である。

2 (規範的意思問題) 命令解釈は、真実の認識に向けられた歴史的探究である。それは、まったくわかりきったことである。というのは、主人が命令の実行によって守ろうとする利益が、まさに真の利益だからである。それは、もし命令観念

(Gebotsvorstellungen) が間違つて再生されるなら、保護されない。命令の際に従者の意識において観念探究がとる通常の形態は、「意思問題」(Willenfrage)すなわち命令者の意思を問うことである。それは、自明のことでもある。というのは、命令の言葉は、意思行為によって惹起されるものだからである。問題とされているこの意思は、しかし、決して心理学的意味における意思過程ではない。我々が「意思」という言葉と結びつける観念群は、この場合にも、さまざまであることがわかる。全体としての意識過程、不時の決心の迷い、浮かんで消えていく疑念は、心理学者にとっては重要でも、従者にとっては重要ではない。彼の注意を引くのは結論だけである。それ故、この「規範的意思問題」と「規範的意思」を同じように命名された心理学的概念からするとく区別することが、我々の全問題にとって基本的に重要である。

3 (利益探究との融合) 多少困難な状況で利益になつた服従が要求される所では、命令解釈は、単なる内容解釈ではなく、動機解釈と、かなりの範囲で原因解釈である。もっとも、51 (命令への) 厳格な服従が問題になっているとき、あるいは命令実行がまったく単純であり、なんらの疑問も存在しないときには、このことはあてはまらない。というのは、意思問題は、内容観念あるいはもっとも近い動機に限定されるからである。もし私が、ある番地につれて行くようにとの指示をタクシーに

与える場合、運転手はもっとも近い動機、すなわち運送の希望で満足するであろう。もし、彼がある汽車へ送らねばならない場合には話は別である。その場合には、彼は、事情によっては、客が旅行をするのかそれとも訪問客を迎えに行くのかを問うであろう。というのは、この点は、到着時刻の正確さによって、それ故、命令実行のやり方にとって、重要だからである。

従者により広い自主性が認められているような事情がある場合には、探究は、常に動機にまで、そして通常は主観的動機を越えて命令者にとって原因となった関係にまでさかのぼる。動機解釈と状況解釈は、その場合、目的解釈 (Zweckdeutung) という特殊な形態を取る。これらの解釈は、慣用語では、内容解釈と融合している。従者が「ご用が私にはわかりません」と言う場合、彼は、それによって普通は歴史的 content 観念が再生できないということを考えているのではなくて、主人の動機が彼には認識できないということを考えているのである。命令の内容は、意思行為に基づいているので、動機解釈は目的解釈になり、関係解釈 (Zusammenhangsdeutung) は利益探究という特徴をもつ。

この深められた解釈が、自主的な従者の義務として妥当しているのである。彼の場合にも、おそらく最初は内容観念が明らかになりうるだけであろうが、この内容観念を越えて動機と原因利益まで明らかにすることが義務なのである。そのような拡大された観念領域と結びついた服従を、我々は、特に「思慮あ

る服従」 (der denkende Gehorsam) と名付ける。

52

4 (補充との融合)

さて、命令解釈は、利益になかった服従の諸事例では、歴史的に認識される命令観念の補充や訂正と融合して一つになっているということによっても、主観的意味の探求を越えている。この融合は、命令生活の領域では、特に密接であり、私の知りうる限りでは、神学者や美術史家の場合より密接である。我々が意味にかなったあるいは目的に合致した命令の理解について語ったり、縮小あるいは拡張解釈について語ったりする場合、その過程は、通常決して意識内容の歴史的に正しい再生に限定されおらず、普通は獲得された認識の同時に行なわれる補充あるいは加工を含むのである。このように融合が特に密接なのは、私には、利益問題の優越性に基づくように思われる。利益問題は、第一に、命令観念の認識のための重要な理解を助ける手段である。利益にかなった命令は、ほとんど常にもっとも確率の高いものである。しかし、それは、また第二に実際上決定的なものである。というのは、その結論は、行動の目的のために内容観念の補充あるいは訂正を導きうるからである。他方、命令観念は、重要性をもたなくなる。それは、利益状況の認識のための間接証拠である。しかし、それは、独自の意味を失う。もし利益状況が明白に従者にあるふるまいを要求しているならば、従者は行動しなければならぬ。その場合、主人の正しい命令が認識できるかどうか、

あるいは、不確かさがあるかどうかは、決定せずにおくことができる。

さて、主人の利益状況の認識は、命令実行にとって決定的なものであるが、それは、命令によってだけでは、いわんや、たった一つの命令によっては獲得されないので、命令創造は、非常に膨大なしばしば分岐する思考操作となりうる。

さて、命令認識と命令創造の融合がいかに密接であろうとも、そのことは、日常において決して歴史的解釈があいまいにされあるいは軽視されるべきであるということを導いたりしない。主人は、自分に予見されていない反対利益が入りこみ優越しているが故に彼の命令が変更されることを、希望するかもしれない。しかし、彼は、決して自分が誤って理解されることを望まない。命令変更も、主人の利益が正しく認識される場合のみ、利益にかなって実行されるのである。

5 「真正の」意思の心理学的非現実性) さて、このように歴史的解釈が一方では利益探究と他方では補充や創造と二重に融合するということは、規範的意思問題にも、特別な心理学的問題とはなお非常に異なる内容を与えることになる。

たとえ、従者が、主人の認識できない命令観念を補充するために、あるいは認識されるが利益に反している命令観念を訂正するために利益状況を探求していても、彼は、日常ではやはり、自分は主人の意思を顧慮しているあるいは実現している、

53

と言うであろう。彼は、ただ多分、「推定の」あるいは「真正の」意思を、と付け加えるであろう。命令者の意思は、この事例では、決して主人の歴史的に認識される意識内容ではなくて、利益状況と従者の側で目的にかなうものとして考えられた利益形成との複合である。正に日常の「真正の」意思は、逆説的に聞こえるかもしれないが、心理学者にとっては真正ではない意思のことなのである。⁽⁸²⁾ 実際、彼が、考えられたしかし心理学的には起こり得ない過程と名付けることは可能である。従者は、補充の際に、主人の利益を守らなければならないが、推察しうる誤りまで見習う義務はない。規範的意思は、それ故、同じ命令者の心理学的に真正な意識内容よりも精神的能力のはるかに高いレベルを示すことができる、という規範的意思問題への解答は、可能だといえよう。

54

(82) E. Kaufmann が、概して異なった理由付けではあるが、そのことに言及している(註(2)一九一四年八六頁)。以下の註(137)参照。

6 (命令顧慮の全体像) 観念探究が原因探究や目的論的創造と密接に融合するということは、当然、主観的解釈の最終像と比較して、命令顧慮の全体像を変更する。この変更は、二つの方向で特に顧慮されなければならない。

(a) 全過程が、「客観的特徴」(objektives Gepräge)を

もつ。主人の主観的観念の重要性は減少するので、人はこのような特色付けを行なうことができる。それ（主観的観念）は、大きな、大多数の事例では實際上決定的な意義を保持しているのであるが、思考作業の最終目的としてではなくて、利益状況に向けられている、目的論的補充に基礎を提供すべき認識活動の手段としてである。純粹に主観的な解釈に対するこの対立を、我々は、多分、「客観的」という言葉で描写しうるであろう。しかし、そのことによっては、我々がすでに確認したような客観的意味の確定という全体像には、なお決して近づくことはない。従者の全体活動が印象仮説（Eindruckshypothese）へと遠ざけられることはない。それは、厳密な歴史的探究を決して排除するものではなくて、それを、全過程の不可欠の部分作業として前提にしている。

(b) 全体作業の日付（Datierung）が変化する。観念問題は、すべての歴史的探究と同様、たとえもっとも近い過去であれ、過去に關係する。対話の場合には、秒単位で過去が決められる。命令顧慮の全体作業では、現在が問題となる。それは、全体として、現在の解釈（Gegenwartsdeutung）として特色付けうるであろう。というのは、従者が守らなければならないのは、当然常に主人の現在の利益だからである。彼は、命令後に生じた変化を考慮しなければならない。規範的意味における「主人の真正の意思」とは、決して歴史的意味ではなくて、目下の意思（Augenblickswille）である。しかし、この日付は、

全体作業の目的のためにのみ適用される。歴史的部分はその特徴を保持する。命令が主人の利益の認識を伝達する限りで、それ（歴史的部分）は、不可欠なままである。軍隊の部下は、時間的狀況に従って、戦況を考慮しなければならぬ。しかし、最高指揮の意図は、彼がすでに受けとった命令から引き出さなければならぬ。そして、歴史的部分は、過去の探究によってのみ明らかになる。後に生じた事情のどんな干渉も、結論を感わずであろう。昨日一つの場所を占領するように命ぜられた軍隊の下部指揮官は、もし彼が最高指揮は目下の事情を認識すれば異なる命令を出したであろうと想定しうるならば、今日その命令の実行をやめることができる。しかし、もし彼がその命令を現在に移し換え（transponieren）、現在の状態と関係づけようとしているのであれば、その衝動は反抗的なものであろう。この理由から、たしかに、全体作業の效果的実行は、心理学的差異が要求する限り部分作業が区別される場合にのみ、可能である。

7 （命令実行の際の客観的意味） 以前に述べた「客観的意味」の確定は、命令生活の領域でも生ずる。しかし、ここでただ部分作業として、あるいは結果判断の基準としてのみ生ずる。もし従者が歴史的に正しい解釈に失敗すれば、その場合、その命令がどのような印象を与えざるを得なかったか、が問われる。それから、主人と従者のどちらに誤解の責任がある

か、が調べられる。しかし、客観的解釈を行なうのは常に判定者であり、従者ではない。従者は、歴史的に探究しなければならぬ。もし勤務命令が考えられていたのとは異なって実行されたとしたら、その場合、責任の分配にあずかるのは、より高位の上官かあるいは歴史的批判である。⁽⁸³⁾しかし、上官の真正の考えを実際に知っていたか、あるいは知りうべきであった部下は、その考えが何かある一般的な判断によれば不適切に表現されていたということによって、責任を回避することはできない。もし錯誤が生じていないことが確定であれば、錯誤の客観的可能性は問題外である。

(83) 法律行為的表示の場合にも、受領者は、意思問題を提出し、歴史的觀念探究の方法で答えなければならぬ。客観的意味の確定は、この領域でも、理解を助ける意味、あるいは批判的意味をもつ。

8 (集合的命令) さて、日常の命令は、類似した領域の命令と同様、社会心理学的觀察に關しては、個人的命令と集合的命令という二つのグループに分かれる。命令は、個人から生じうるし、合意あるいは、人間集團や多数集團の多数決からも生じうる。この成立の差異は、決して、解釈活動において、なにか根本的な相違をもたらすものではない。このことは、法規解釈の問題にとって重要な觀察であると同時に信頼のできる觀

56

察でもある。我々は、日常において、個人的命令については、一つの解釈方法を、集合的命令については、第二の解釈方法をとるという訳ではない。解釈の資料だけが、その経歴に關して、差異を示しうる。しかし、解釈の全過程は、同一である。歴史的解釈は、個人的表示に限定されず、集合的表示の場合にも用いられる。商会から商品売買の申し出を受ける人は、商号の背後に個人商人がいるのか商社があるのかでその解釈を変えたりはしないであろう。彼は、そんなことはしばしば十分に知らないし、またそんなことは気にしない。警察令は、それが警察署長から発せられようと、市參事会から発せられようと同様に理解される。このように取扱いを区別しないということは、驚くべきことのように思われる。というのは、二つの過程は、心理学的考察の場合には非常にはっきりと區別されるからである。心理学は、個別意思のみを知る。集合的表示の場合、心理学的考察にとっては、次のような一連の意思過程が存在する。すなわち、それは、確かに一定の一致する最終結果を生み出し、その動機においても一定の一致を示すが、個人々人におけるその経過は必然的に差異を示すものである。心理学者は、集合意思 (Gesamtwillen) を知らない。にもかかわらず、いかにして我々は日常そのような事例において集合意思を問うのであるか。私には、唯一のしかも十分な説明は、次のことにあると思われる。すなわち、命令解釈の最終目的は、心理学的關係の意思を再現することではなくて、利益探究と利益形成にあると

いうことである。利益状況は、心理学的には異なって形成された意思現象の場合にも同様でありうる。同一の過程が多くの人にとつて一様に好都合であつたりあるいは不利益であつたりしうる、ということは明白である。集合的表示が生ずるのは正にそういう場合である。規範的、意思問題には、結局この利益状況のみが重要である。売買申し込みの利益内容は、商号の下に個人商人がいようと会社があつたと完全に同一である。警察令によつて保護されるべき秩序利益あるいは衛生利益の要請は、命令権力が個人にあらうと官庁にあらうと関係はない。集合的表示の場合の利益探究は、個人的表示の場合よりしばしばより大きな困難に出会う、ということは確かに正しい。ここでは問違ひの原因が多少高く見積られなければならない。しかし、この差異は、問題の道筋にとつては重要ではない。我々は、一般に達成しうる蓋然性だけを考えればよい。我々はこの利益らしきもの（Interessenschein）を無視した場合よりそれを受け入れた場合の方が、概して集合的利益をよりよく保護できるであらう。

9 （代理人の命令） 規範的意志問題と心理学的意志問題とのより一層の差異として、代理人の命令の場合に主人に従うために代理人の命令観念が顧慮される、ということが挙げられよう。代理人の意識に生じたのとまったく同じ過程が主人（Prinzipal）の意識にも存在した、というようなことはもちろんあり得ない。しかし、主人の利益は、たいてい、従者が、

代理人の命令観念を無視し、それをなにかある技術規定に従つてつくりだした他のものと換える場合より、それを顧慮する場合の方が、よりよく保護される。代理人の表示は、それ故、正に主人自身の表示と同様に取扱われる。事情によっては、主人の利益に関する代理人の錯誤は、主人自身によつて犯される錯誤よりもむしろ生じやすい、という限りでのみ従者の独自性が多分高められるであらう。

代理は、当然、多数の人々にも委託され得る（共同代理、理事會）。その場合には、二つの最後に言及した問題が結合されている（集合的代理人の表示）。この結合も、決して命令解釈の基本的傾向を変えるものではない。

（相本）

59

IV 法規の解釈

A 歴史的利益探求 § 6

1 （命令解釈の適用可能性） 法律の中に、裁判官が実施しなければならぬところの、われわれに對する積極的命令がある、という見解は、すでにそれについてわれわれが評価した命令解釈の一般原理を、法規解釈へともつて来るよう、示唆する。この解釈形式の特徴を決定する要素、つまり、解釈形式を部分行為として、委ねられた利益の擁護に適合させることは、裁判官による事件判断の場合にも、従属的な利益擁護の他の諸

形式とまったく同じように存在するのであって、その故に同じような働きを示すはずである。より詳しく検討すれば、この推論が確認される。法規解釈の正しい方法は、日常の命令解釈のそれと異なるところがない。それはこれと同様、それに続く情動的形成を伴った歴史的命令探求と利益探求である。

(84) 上述一四頁以下を参照。

2 (効果利益の意味) 歴史的利益探求の適用の正しさを証明するのは、法規の原因となり、法規によって保護されるべき共同体の利益すべてが、解釈のこの形式によってもっとも確実に守られる、という簡明な考量である。立法上の利益は、これを細目化すると、効果利益 (Erfolgsinteressen)、実現利益 (Vollzugsinteressen)、適合利益 (Trefeninteressen) という表現で観察上独立化させることができる。かような諸利益の存在はとやかくいうまでもなく明らかである。法共同体が法規によって、それが期待したまきにその効果を狙い、他の、おそらくは対立する効果を狙うことをしない、ということに強い利益をもつことは、ほとんど自明のことである。意識的に行為する個人は誰でも、その行為を命令付与というかたちでなすときも、彼の目的を達成しようと欲する。目的の不達成は利益の損傷と感じられる。この感じは、不達成が目的追求の外的な障害によってでなく、部下が命令を、正しく理解した意図に従っ

て実行しなかったことによる、ということによって弱められるものではない。逆に、経験がむしろもの語っているといえるのは、かような部下のふるまいに対してきびしい判定がなされる、ということである。法共同体も法規により、はっきりと決められた効果を挙げようと欲する。このような効果が現われなければ、立法上の利益はそこなわれる。もしも制定法の効果が達成されないということが、法の番人として設置された裁判所の側から意識的にもたらされるとすれば、共同体の法意識はもつともてひどくそこなわれる。このことはすべて、もともと自明のことである。

3 (効果利益の歴史的探求への結合) 同様に確かなことは、裁判官が歴史的解釈を放棄するや否や、効果不達成を生ずるのは避け難い、ということである。というのは、法規により保護されるべき利益は、まさに歴史的な、すなわち、現実の大きさをもったものであるからである。實在の人間の意識の中に希望や志向が存在したのである。腹のへった人間は、ひとがたくみな写生で食べ物を感じを出したからといって、腹がふとるといふわけにはゆかない。法規の原因となった實在の諸利益は、この利益を歴史的に正しく認識し、かつ認識された利益を事件判断において顧慮するよう裁判官を導くところの、法規の法解釈の法によってのみ満たされることができ。法技術論によって裁判官を眩惑して、おそくは全くちがった願望や価値を、あ

たかも裁判官の判決の理念であり基準であるかのごとく思わせたとしても、それはこの実在的な利益には何の足しにもならない。歴史的解釈を排除、または制限しようとするどんな試みも、そののみが命ぜられている認識から離れてしまい、結果として、広範囲であれ狭い範囲であれ、のぞましい法規の働きをうちくだしてしまうにちがいない。間違いの大きさは、歴史的解釈の手段がどれだけ多く裁判官から取り上げられているか、ということにかかっていること、いうまでもない。その制約が大きければ大きいほど、間違いもまた蓋然性が大きく、容易ならざるものとなる。その危険性を誰もほとんど疑わないのに、徹底して文言解釈 (*Buchstabenbedeutung*) をなせば、間違いはきわめて大きなものになるだろう。しかし、非歴史的解釈の他のどんな形式であっても、効果利益に対して、それ相当の、ただ程度を異にするだけの危険をもたらす。このような考えに対して、立法者はそれに対応するような理解の仕方を入れたい上で、それゆえに法規を、客観的解釈によっても意欲された効果を生ずるよう、作成することができるものだ、ということとで抗弁とはなしえない。すでにわれわれが見たように、客観的意味の一定内容は、ただひとつの仮定された理解力と仮定された緊張度とを基礎にしてのみ確かめられるものであるから、このような抗弁は無力である。かりに客観的意味の諸前提を、一般的に確定し、あらかじめ計算に入れることが可能だとしても、立法委員たちが法規作成の思想を正しく理解しようとする把握

61

をではなく、生活からかけ離れた技術理論を顧慮しなければならぬとしたら、法規作成の、もともと困難なしことはさらに限りなくむづかしいものとなるだろう。効果利益をこのように押しつけ、解釈を現実の意図からひき離してしまうことは、客観説の主張者によって強調される場所でもある。彼等はこう強調する、すなわち、法規は公布によって立法者から離れ、そして——まったく独自に——歩き出し、法規の本来の起草者の意思や意見はどうでもよくなる、と。⁽⁶⁵⁾ またビンディング (*Binding*)⁽⁶⁶⁾ はこう言っている。「法律の公布を契機にして——一挙に、法規の精神的創造者、つまり立法者自身の土台が消え失せる。こうして法規は以後、自分自身に依拠し、自分の力と重さで維持され、自己の意味で満たされる。法規の創造者よりときには賢明であり、ときには賢明でなく、創造者の思想よりもときにはより豊かであり、ときにはよりまし⁽⁶⁷⁾い。」⁽⁶⁸⁾ それ故、客観説につく者は、立法上の意図の意識的な不達成を自分のプログラムとしてとり上げるのである。

62

(85) *Thöl, Einleitung in das deutsche Privatrecht,*

S. 150.

(86) *Handbuch S. 454.*

(87) ひとがこれら二つの叙述を読むと、今日では、客観的解釈における法規を自由気球と比べる誘惑にかられる。自由気球は、放たれると、どんな目的地からも遠

ざかり、風の吹くままに動いてゆく。命令解釈は、法規という乗り物に操縦可能性を確保しようと努めるのである。

4 (認識能力と安定性の要求) 効果利益を命令解釈の適用により確保するということは、わが国の現代の諸法規が集団的な代表者による表示である、ということによって排除されるものではない。日常の命令解釈は心理的な意思過程の再現を目指す、と考える者だけが、現代の諸法規における集団的な代表行為の存在に再生 (Übertragung) に対する障害を見る、ということになるのである。命令解釈の核心はつねに利益探求である、と知っている者は、憲法にもつく諸法規にそれを適用する可能性について疑いはしない。なにゆえ、現代の法規の原因をなす利益を認識することが不可能であるはずがあるうか。反対に、このような認識の諸条件は主要な点で都合なのである。しばしば法規の目的がずっと早くから文献や新聞上で説明される。ときには特別の予備委員会が利益状態調査のために開催される (取引所委員会)。草案には原則として理由書が付けられる。議会およびそのときどきの委員会の討議は、原因と

63

わらずわれわれの諸法規のもつ特性が原因となって生じたものもその疑念については、§ 8において詳しく検討するつもりである。

5 (現代の諸法規の特性) 同様に歴史的命令解釈は、法規の場合、適用の一様性に関する二次的利益が大きな役割を演じ、そのためわれわれの諸法規が、§ 2⁽⁸⁸⁾で述べたように、厳格な命令と任意規定とをさまざまな組み合わせと度合いで含んでいるからといって、それで適用不能になるものではない。そのことから出て来るのはただ次のことだけであると考えられる。すなわち、歴史的解釈はこのような二次的利益の認識にも向けられるべきである、ということ、命令解釈は法の実用性を意欲された効果の一部分として考慮に入れねばならぬ、ということである。これに対し、原因となった利益の無視がなぜのぞましいとされるのか、見逃すわけにゆかない。反対に、明らかだといってよいのは、歴史的に実在する諸利益の中に、いろんな裁判所の解釈に対し、ひとつの共通目標が設定され、したがって、ひとがたとえば、この現実の認識対象の代りに、構成された意味や裁判官の主観的価値判断を設定しようとおもう場合よりも、はるかに大きな一致が得られる、ということである。歴史的解釈の反対者が法的安定性 (Rechtssicherheit) の要求に与えるところの、本質的に異なった意味については、§ 9で評価するつもりである。

(88) 後述§14を参照。

6 (特定の認識手段の排除) 効果利益とその実現の可能性を強調するからといって、歴史的な利益探求にもろもろの制約が課せられることがありうる、ということ排除するわけではない。この制約が立法者によって設定されたものであることもある。またこの制約は、われわれの法律が解釈の原理を法補完的活動にまかせているのであるから、学説や判例によってとり入れられることもありうる。このような制限は、成果を約束するはずの一定資料がまったく信用できないために、それを利用しない方がましであったり、または、その使用が平均的な効果によって正当だとされないような骨折りを裁判所にさせるような場合には、充分な理由となるかもしれない。民事訴訟法二九三条によれば、現行法を調べる裁判官の義務に対する制限が、いま指摘した観点それじたいを根拠にしている。このような制約もしくは制限を、それじたい利用可能な解釈手段だと確認しておくことも、たしかに可能ではある。このようなことが命じられているかどうかは、ただ問題となる解釈手段についての個別的考察のみが答えを与えることができる。⁽⁸⁹⁾〔裁判官に対する現行法調査義務の制限が〕肯定される場合にも、基本思想が否定されたことにはならない、とおもつ。

(89) 後述§11を参照。

64

7 (立法者の意思) 裁判官の任務なるものを定式化するとすれば、それを、「立法者意思の探求」と呼んでもよいように思われる。われわれはその場合にただ、日常生活で命令解釈にさいして従うところの、用語法にくみしているにすぎない。この問いはこうしてひとつの實在の中味を把握している。この問いはしかし、決して心理学的な意思を問うのではなく、日常生活で意思を規範的に問題とすること、つまり、言語という記号の内容として把握されるはずの命令表象を問うことと合致するのであって、究極において、原因をなす諸利益と、これらの利益によって要求される命令表象を問うことと一致する。「立法者」なるものも、擬制として、また幽霊としてとらえられてはならない。言葉はむしろ、法規の中で妥当するに至った⁽⁹⁰⁾共同利益の総括的表現なのである。

その意思が探求されるのは、いったい現在の立法者なのか、それとも過去の立法者なのか、という折にふれて出される疑問にも、はっきりと答えられる。裁判官による法獲得の究極目標はたしかに現在の利益の擁護である。しかしこの目標を達成するには、部分行為として、その要求がすでに法規形式で顕現しているところの、諸利益の認識を必要とする。

(90) この場合、全体意思(Gesamtwillen)および、それと関連する共同体と法人格の問題に立ち入ることは、もちろん不可能である。わたくしはただ、利益法学が

この方向においても観点を提供する、ということを目指すにとどめたい。わたくしの *Interesstheorie der Gemeinschaft, Grosse Haverer S. 564ff.* を参照。

8 (利益探求と歴史的解釈) 直面する法規解釈の形式は歴史的な解釈ではあっても、歴史家や文献学者の用いるような通常の解釈形式とは、二つの点で区別されるべきであろう。法規解釈はたんに表象の探求ではなくて、利益探求なのであり、歴史的認識に、きわめて緊密に、規範的な形成 (*Fortbildung*) がつながつているのである。

法規解釈に関する法理論の体系の中で、ここでとり上げたものは歴史的理論のグループに入ることになるが、それが利益探求を解釈の究極目的として強調する限りにおいて、つねに特殊な地位を占めることになる。それ故、それはおそらく「客観的に歴史的な理論」とよばれてもよい。しかしわたくしには、「歴史的な利益探求」という表現の方がすぐれているようにおもえる。この要素によってこの法規解釈の形式は、ある人間の立法者の主観的表象を強調し、法規解釈を、主観的意味の確認、すなわち表象探求の単純な一下部事例として扱うような歴史的解釈の変種とは区別されよう。このような対立がわたくしと、例えばシュタムラー (*Stammler*) とをわかつ。彼は立法者の意思を心理学的にとらえ、したがって立法法に関与した人間を、そ

の意思が問われるところの立法者だと言っている。⁽⁹¹⁾ 歴史的解釈の現在の主張者に対する関係では、対立はそれほど大したことはない。というのは、彼らにあっては、法規表象の現実の基礎が意思問題の中にとり込まれているからである。⁽⁹²⁾ より大きな対立は、裁判官を、歴史的な法規内容の実現ということに制約するところの、より以前の主張者に対する関係で存在する。もっとも、この対立というのは、本来の意味における解釈ではなくて、裁判官の一般的な地位に関連するものである。わたくし⁶⁷ は、この対立について他の機会に説明したが、なおおりにふれてこの点に戻ることしよう。

これに対して、根本的に異なった客観的解釈の理論については、態度決定を必要とする。

(91) *Theorie der Rechtswissenschaft S. 615.* 「しかし、法律も取引も考えたり、意欲をもったりはしない。——それをするのはただ特定の人間たちだけである。しかし人間はたんに法的な意思の表示を用意する段階でそうするだけではなく、公布の後には法から解き放たれるのである。法はじじつ自分ではいかなることも意欲するわけにはゆかないからである。法はむしろ、ある特別の種類意識内容以外の何ものでもないのであるから、つねにそこには、その者の意欲の中に法が存在するところの、特定の人間たちがいなければなら

ない」。こうしてシユタムラーは、立法の共同作業に
関与した人間を、立法者と考えている。彼はその場合
に、立法時ではなくて適用時のことを考えている。こ
のような「置き換え」（Transponierung）をわたく
しは断乎として拒否せねばならぬ（§ 18 Nr. 9.）。し
かし、成立時の人間に関しても、わたくしは同意しよ
うとはおもわない。わたくしの考えでは、このような
人間は共同体利益の代表者であるにすぎない。利益探
求はその者の個人的利益を問うべきものではないので
ある（§ 16 Nr. 10.）。

- (25) *Regelsberger, Gesetz und Rechtsanwendung in
Jherings Jahrb. § 8 S. 146ff.* および *Anm. 19* に挙
げられているその他の著者。ビアートリンク（*Bierling*）
にはすでに、たまたまつぎのような言葉が見られる。
「『立法者の意思』に、または、これはこの場合に同
じことを言っているのだが、これまでも既存の法に実
現した通りの、法共同体の要求に、もっともよく合致
するところの法の補完」。 *A. a. O. S. 409 Anm.
20.*

- (26) *Rechtsgewinnung S. 12ff.*

（原島）

B 客観説 § 7

1 （理由付けの多様性） 既に前に強調されたように、歴
史的解釈に反対する者は、決して統一的な理論を主張している
訳ではない。この「歴史的解釈の」拒絶はまったく様々のやり
方で根拠付けられており、かような様々な理由付けは裁判官の
実務上の行為に全く異なった指示を与える。見解は多く重複し
ており、その結論が決して明確かつ一貫して示されているの
でもないから、客観的な意味付けに賛意を表明した論者すべて
を、まとまったグループに明確に、しかも正しく位置付けるこ
とは出来ない。私は、まず第一に、主要な見解と主要な帰結と
をまとめ、次にその根拠を論じたい。最も重要な個々の学説の
批判的紹介は後に引き続き行なわれるであろう。

私には二つの非常に広く流布している論議が、概念法学の方
法に依拠しているように思われる。我々はそれらを、意思的な
論議（*das Willensargument*）及び形式的な論議（*das Form-*
argument）とよぶことが出来る。様々なちがいはあるが、
近代的な立憲的な法規の場合には立法者意思の歴史的な解釈は
何らの意味もない、ということが論じられている。そもそも意
思能力をもった立法者なるものが存在しないという（意思的な
論議）。さらには公布されて法規の形式をまとめた言葉のみが
法規の権能を有しているにすぎないといったことが強調され
る。それ故、単に文言のみが示しているのとは異なる内容を、

別の資料から獲得するといったことは認められぬといふのである（形式的論議）。

二つの別の理由付けは、実際上の利益に重きを置いてゐる。第一に、歴史的解釈は、法的安定性を危うくすると主張される。ことに、歴史的資料を自由に利用しえない臣民の利益が強調される（庶民の利益の強調——信頼の論議）。第二には、歴史的な内容は実生活上の要求を満たすには不十分であるから別の説明が行なわれねばならないと論じられる。私はかような利益を形成の利益と呼ぼうと思う（補充の論議）。

いまや、かような四個の論議は相互に結びついているし、また、純然たる觀念の研究に反対する正当な見解と結びついているのである。⁽⁹⁵⁾

(94) 後述 §§ 17—20 参照。

(95) ビンディング (*Binding*)、ワッハ (*Wach*)、コーラー (*Kohler*) という三名の主要な客観説の主張者の場合、とりわけ、形式的な論議と補充理論との結合が顕著である。ビンディングの場合には補充理論が優勢である。S. 455ff. Abs. 2 参照。「そのこと（公布）を通して、法規の内に沈澱した（？）思想を熟慮し、想像することにより、現在あるいは将来有用な生活規範が得られるようなものに法が生長していく」という点に彼の（立法者の）賢明な意思がある。「公布は裁判

官を歴史的な内容から解放するための単なる手段にすぎない。ワッハやコーラーの場合には形式論がより強調されている。

2 (結論の多様性)

多様な根拠付けは多様な帰結へと導く。形式的な論議は、つきつめれば、最も厳格な字句法学、すなわち、法文のみを考慮するということになる。しかし、通常はこのような結論が引き出されている訳ではない。意思的な論議は解釈作業の因果的方向に反対するけれども、何ら新たな積極的目的を与えるものではない。したがって、このような二つの論議を単に利用するということは、法規が実際になしている表現、つまりそれが現実に理解される範囲で、すなわち裁判所にそれが重要なのだという結論になる。さらに様々に異なったこれらの見解は法学的把握の諸理論とよばれうるであろう。

さて、裁判所は常に因果の問題に固執するのであるから、この理論は多くの論者の場合に、間接的に実務の歴史的解釈へと導き、資料の利用に対する基本的な反対論と極端な文言の強調によつて限定がなされているのである。最近では、カール・シュミット (*Carl Schmitt*) がこの理論を徹底した論文を書いた。⁽⁹⁶⁾ 信頼の論議や補充の論議が主張されると、本質的にはもっと強い「歴史的解釈の」拒絶が生じることにもなりえよう。信頼の論議は、ことにダンツ (*Danz*) が主張したような、⁽⁹⁷⁾ 素人の見解の理論を生む。補充の論議は様々な強さで行なわれうる。第一

に、補充の論議は、歴史的解釈と体系的あるいは目的論的解釈との純粋な理論的総括が、体系的あるいは目的論的解釈といった概念になってしまいうるのである。もっと強調されて形式的な論議と結び付いた場合には、補充の論議は、法規の作用を文言の消極的機能に限定することになり、したがって、言葉の意味の選択が今日的な興味にもとづいて、したがって「挿入」による解釈の補充によってなされるのである。我々は、かような形式に、社会的あるいは社会学的解釈において出会うのであるが、それはとくにコーラー(Kohler)によって主張され、また最近ではヴェステンデルファー(Wüstendörfer)の場合に詳細な論述が見出される。⁽⁹⁹⁾

(96) 後掲 § 16 参照。

(97) 後掲 § 17 参照。

(98) 後掲 § 18 参照。

(99) 後掲 § 19 参照。

3 (不十分な反論) このような総括は、「制定法」は決して意欲しえないのだということ、意欲するのは常に人間にすぎないのだといった単純な論議でもって、客観的解釈が排除されるものでないことを示している。⁽¹⁰⁰⁾ かような認識はそれだけで、立法の成果というものが、共通の意思を通して因果的観念にもとづいて決せられるのではなくて、別のやり方で決せられ

るのだということ排斥する訳ではない。確かに歴史は、幾多の事例の中で、原始時代の社会は偶然の作用によってある決定を強要されたことを示している。神明裁判や腸卜〔古代ローマ時代にいけにえの獣の腸で行なった占い〕や鳥の飛翔といったものの解釈は、共同体に決定的な帰結を生じる客観的な解釈であった。我々の文化国家においても、法規の効力が自由に認識された効果意思によるのではなく、所与の条件下でなされるべき解釈結果に規定されうるといったことは、それ自体考えられえよう。確かに今日でも、客観的解釈、すなわち、客観的な意思内容の確定が全く実生活から遊離したものである訳ではない。それは、受領を要する意思表示 (die empfangsbedürftige Willenserklärung) の解釈に際して、我々の裁判所によって引き続き維持されているのである。ある契約を締結した者は、求めた効果が生じないであろうこと、彼によって欲せられたとは別個の利益形態が生じるであろうことを予期せざるをえない。したがって、立法者もまた、万が一にも効果が発生しないことに対して、歴史的な利益探究により保護される利益の結果が客観説から主張された反対の論拠を前に引き下らざるをえぬということを受容しているということも論理的には可能である。したがって、かような反対の論拠はより詳細に検討せねばならないし、結果の利益に対する限界付けがなされねばならない。しかし、私はそれらがかような検討に耐えるとは信じない。

(100) *Stammer, Theorie der Rechtswissenschaft, S. 614, 615.*

C 概念法学的論議 § 8

1 (倒錯した方法の存在) 上で概念法学的であると称された二個の思考過程、つまり、意思的な論議と形式的な論議は、客観説の根拠付けにおいて、非常に重要な役割を演じている。確かに、形式的な論議は、客観説の領域を越えた作用を及ぼすのである。⁽¹⁰¹⁾ 二個の論議の信服力はみたとる方法論上の観点によって規定されているのではないようである。古い概念法学に対する著名な反対者であるシュロスマン (Schlossmann)、⁽¹⁰²⁾ カール・シュミット (Karl Schmitt)、⁽¹⁰³⁾ コーラー及びダンツの如き論者もこのような論議を利用して、シュロスマンやカール・シュミットの場合には、歴史的解釈の否定は全て、あるいは大部分が信頼の論議や補充の論議を排したうえで、このような二つの思考過程に支えられているのである。それにもかかわらず、この論議の場合には、主として古い倒錯した方法の余後作用が問題のように私には思われる。倒錯した方法⁽¹⁰⁶⁾は、ことに認識された法を総括する概念や形式を、新たな法規獲得のために利用する、この点に存するのである。共同意思の下に服した利益保護をもって裁判の目的であると考⁷²えるや、かような手続は許されぬものである。その場合、新

たな規範はその生活価値にしたがい法規上の価値判断を考慮して構成されるべきであって、それらが従来の一般的な記述の形態に応じたものであるか否かといった観点から構成されるべきではない。規範的な問題解決がなされてはじめて、いかなる程度に新たな規範が伝統的概念や形式を是正し、補充するための誘因となっているのかという第二の問題が生じる。⁽¹⁰⁷⁾ 我々は、法規解釈の問題の場合、立法上の空白を補充する必要がある。我々は、生活利益を満足するために最も妥当な方法が命じているような解釈形態を探究するであろう。前に強調された、歴史的解釈に有利な利益探求の意味に重点を置いた結果の利益は、単に反対の利益によって抑止されるにすぎぬのであって、概念的な形式化の困難性、あるいは、別のやり方でなされた形式化からの推論によって抑止されてはならない。「実際上の考慮」を示さぬような議論はいずれも重要でない。

(101) § 13 参照。ピアリンク (Bierling) 自身、形式的な法律行為の場合に形式にもとづいて生じるべきであるのと同様のやり方で、法規の場合には公布の範囲によつて生じるべき解釈の限界を主張した。A. a. O. S. 274 及び 254.

(102) *Irrthum S. 26ff.*

(103) シュミット (C. Schmitt) は、単に立法者の意思に対してだけでなく、法規の意思に対しても、一貫して論

難を加えた。S. 30 参照。「意思の克服は、『立法者』
という『妖怪』に対する輝かしい攻撃と同様に必要な
ことであった。このことが見失われて、邪悪な妖怪が
残ったのである。」この強調は私に由来する。

(104) § 18 参照。

(105) Richterrecht S. 181 und passim.

(106) 詳細は、Rechtsgewinnung S. 13ff. 参照。

(107) 法学の規範的任務と裁判の任務と記述的任務との対
比については Rechtsgewinnung, S. 36ff. 参照。概
念法学は規範的なものと形式化の問題を融合した。け
だし、二個の問題を裁判上の問題として取扱ったから
である。

2 (意思的な論議) 意思的な論議は、個々の命令解釈が

意思の問題の形で行なわれているといったことから出発する。
これを類推したやり方で、法規に決定的な個人的意思が我々の
近代的な法規については存在しないということが強調されてい
る。我々の近代立憲的法規に現われている不完全な意思の複合
体は、個人の意思とは等置されえないとする。それ故、「立法
者の意思」も「法規の意思」も存在しないという。歴史的解釈
は、「不可能な目的」を追及している、と。⁽¹⁰⁸⁾ かような論議の中
で、法律公報中に印刷された言葉については、人間の企てをそ
の源であると認めることが実際上不可能であるとの主張が含ま

73

れているのであれば、かような論議は重大なものとなる。
が、意思的な論議はかような意味を持たず、また持ちえないの
である。我々の法規は決して天から降ったものではないという
こと、それが神明や鳥の飛翔のような自然の力の作用ではな
く、人間の努力の結果であるということ、このことは単純なる
周知の事柄にすぎない。あらゆる個別規定について、連関性を
認識することが可能となる訳ではないというのは正しいが、可
能な認識をも否定する何らの根拠もない。意思的な論議が主張
するような、歴史的解釈の「不可能性」は決して認識論上のも
のではなく、法学概念的なものなのである。歴史的な命令解釈
は、それに与えられた意味の点において伝統的慣用語と合致
していないということが主張されている。かような合致の問題
は、正当な方法論にとって第二次的なものであり、解釈の規
範的な原理を決するようにする必要のない「第二次的な関心」
(*curae posteriores*) なのである。もしも、解釈の原理が諸利
益の検討によって見出されるのであれば、規範的な問題は解決
する。その場合に、いかなる形式化が推賞に値し、いかなる意
味付けが、例えば構成されるべき解釈概念あるいは意思概念の体
系のために、見出された規範に与えられるのが、仮にもさら
に説明されうるような原則がまずもって与えられねばならな
い。

(108) Schlossmann, a. a. O., C. Schmitt S. 27 参照。「例

えばユスチニアヌスやフリードリッヒ大王の如き一定の人物の、ある一定時代における現実の心理的な意思内容を探究するのは實際上不可能である。立法議会の『意思』が問題となる場合には、かような企てはまったくばかげている。」*Lucas a. a. O. S. 403ff.* は、立法者を「擬人化された〔法の〕成立時の社会的な平均的見解」であるとのべた。

3 (形式的論議)

我々は様々な形で形式的論議に出合(109)う。しかし、最近の論者に共通な考え方は、裁判所の解釈行為が、一定形式での法規の公布を命じた規定によって制限されているという点にある。例えばワツハ(110)は次のようにい

「法規とは、立憲的に表明された思想であるにすぎない。それが、それを生んだ思想とは別のものであってもやはり、立憲的に表明された思想が法規である。それは、拘束力ある制定法という形に客観化されることによって、制定者たる人格から離れ、その担い手は法規の文書へと移るのである。立法者が述べた事とは別のことを考えていたという事実、すなわち、立法者が選択し且つ意図した表現が、その意味すべき事柄を意味せず、また意味しえないといった事実は、述べた事を拘束力なきものにする訳でもないし、また、そのことが述べられていない事を拘束力あるものにする訳でもない。」

大審院の著名な判決は、このような思想をさらに含蓄深く表現している。「立法者は、ただ一つの言葉によって語り得るにすぎない。すなわち、法規の公布によってである。制定法から引き出され得ぬ事柄は制定法上の法ではない。」別の客観説の追隨者の論述も同じことをのべている。(112)

75 このような文章からの帰結は、裁判官は制定法の法文の利用に限定されねばならず、したがって、法規の動機や目的、以前の生活関係等に関する歴史的な情報を利用することは、それらが等しく制定法の形式で公布されていない限り阻止されるという点に特色がある。さらにまた、立法者が前提にした黙示の前提も考慮に入れられてはならないであろう。確かにそれらは、その言葉についての因果的な観念で、因果的な利益を認識するには適切なものである。が、それらが「言葉になった」とか、あるいは「立憲的に表明された」とかは、それらについてはいいえない。それらはそもそも表面に現われてもいないのである。このような帰結は、最近でも社会的解釈によって引き出(114)されている。これら全ての論議は否定されるべきものであるから、さしあたり、かような取り扱いが不可能であることを詳論する必要はない。公布に関する規定 (die Publikationsvorschrift) を制定するにあたり立法者が、歴史的資料を利用することを禁止する意思を示したということをこの主張が含んでいる場合にのみ、そのような詳論は重要であるにすぎないであろう。かような主張は提案されていないし、また、当該法規の文(115)

言からも、また、その沿革からも根拠付けられえない。さらに、公布機関の存在自体、何らかの制限の必要性を生むものではない。また、法規の文言を解釈するにあたって裁判官が歴史的資料を利用する旨の切実な希望を立法者が持ったにしても、立法者は、解釈の出発点たる法規の文言を、真正の形式に確立し、伝達することは放棄しえまい。法規に関する資料をも歴史的資料に算えている立法者に対して我々が期待しうる唯一のことは、かような資料の普及なのである。今日ではそれはうまく行なわれているようである。しかし、公布に関する規定が歴史的解釈を直接禁止したり、あるいはそれに不利な価値評価をも含んだものでないとするならば、それはそもそも我々の問題については排除される。利益の検討が歴史的解釈へと導くのであれば、規範的な問題は解決されるのである。制定法の公布は以前と同じく法規の形式であるということが出来るのか否か、そして、この問題が肯定される場合、この形式にはたとえば構成されるべき一般的な形式概念の体系の中でのいかなる地位が与えられるべきか、は体系的な検討に委ねられうる。

- (109) 昔は、通常形式的論議は、信頼の論議と結び付いていた。法規は臣民に対して彼らの行為の基礎を与えるために制定されているのだといわれていた。信頼の論議には、すぐ次のパラグラフで立ち入らねばならない。
- (110) Handbuch S. 256. 法規とは「その背後に意思が存在

している言葉ではなくて、言葉となった意思である」をも参照。

(111) この強調は私に由来する。

(112) RG 27 S. 410.

(113) たとえば *Schlossmann, Irrtum* S. 26 参照。「立法者が無意識に、自己の真の意思に対して誤った・狭すぎるかあるいは広すぎる表現をしたとの完全なる確信を我々が得、したがって我々が確信をもって、彼が本当に欲したこと、言おうとしたことを探求するとせよ。

——この場合に、制定法という立憲的な形態では表現されていない意思を制定法として妥当せしめる権限を我々に与えるものは何であろうか。けだし、やはり、制定法とは立法者が意図し、表現しようとしたことではなくて、制定法という形式で宣言したものである。」(シュロスマンの場合には誇張がみられる)さらに、*C. Schmitt* S. 27.

(114) シュピーゲル (*Spiegel*) が示した解釈事例を参照。後掲 § 12 Nr. 9 を見よ。シュタンペ (*Stampe*) も、解釈資料を法規の文言に限定すること、すなわち、制定法の要請を規範化した「法規」に従う。「けだし、そうでなければなぜ、権力的な煩雑な制度がささいな文言の確定のために存在するのであるか。」(*Freirechtbewegung* S. 11.) これについては二点

が答えられるべきである。(1)重要な事柄については、言葉は諸事情と結び付いて作用するのであっても、やはり、この言葉が重要である。軍事命令の場合にも、この理解は、文言の限定が意図されることなく誠に入念に考慮される。(2)にもかかわらず、「権力機構」は、まず第一に事件判決に奉仕するのであって所与の内容のための文言の確定に奉仕するのではない。さらに、議会が存在するところでは、その任務は、具体的には変更の出来ない伝達された法規を「文言上編集すること」に限定されている。我々の制定法は「綿密に」校訂されていない。

(115) たとえば、帝国憲法第二条参照。「帝国制定法は、帝国公報を介してなされた。帝国による布告にもとづいて、その法的拘束力を取得する。公布せられた法規に別段の施行期日なき限り、当該帝国公報の部分がベルリンで公布された日から一四日後に効力を生じる」――まさに、形式的論議にしたがうものは、裁判官に対して歴史的資料を利用することを禁ずる意図が「立憲的に表明されて」いないことをみとめねばなるまい。

4 (四個概念の虚偽 [Die Quaternio terminorum]) 上

述の論述は、著者と同じく改革運動の中に身を置き、しかも、倒錯した方法の不当性を信じている者にとっては十分なもので

あろう。しかし、私は全ての読者がこのような立場に与するということに前提にすることは出来ない。倒錯した方法の根底にある「スローガンに価値を認めること」は、非常に一般に広まっている人間の思考形態なのである。問題とされている思考過程の中にかくされている「四個概念の虚偽」(quaternio terminorum)、すなわち、概念のすりかえが個々の事例の中でうまく行なった時にはじめて、経験的なものを失った概念的演繹は、その魅力的な作用を十分に発揮するのである。

5 (意思概念) 意思的な論議の場合には、事実関係はまことに明瞭である。その論者は、規範的、意思概念を、心理学的、意思概念にすり換えているのである。既に、我々はこの二つの概念のちがいや、かようなすり換えが不当なことを再三にわたって指摘したので、それ以上の詳論は不要であろう。

(115-a) 上述、S. 50, 53 及び S. 62, 64 参照。

6 (「形式」なる言葉の多義性) 心理学的分析は、形式的論議の場合に、様々な概念のすり換えに出合うのであまり単純ではない。

第一のすり換えは、非常に様々なに用いられている形式という言葉の不明確性と多義性によって可能にされるのである。おそらく、「形式」という言葉は、「意思」という言葉よりもっ

と多義的である。もちろん、その観念の中核は、「ある内容の可視的な外見」なのである。したがって、おそらく、公布を形式概念の下に包摂することによって、ただちに、この外見のみを利用すべきであって、内容確定のためにその他のいかなる知覚をも用いてはならぬ、と結論付けるのは明らかである。しかし、このような結論は不当である。様々の意味をもった形式が存在する。そして、およそ、規定が形式であるといわれうるような場合には、常に生じる法律効果はない。確かに、内容を認識するためには単に外観のみを考慮すべきである、という形式は存在する。おそらく、かような形式は、信頼の形式というように呼ぶことが出来よう。かくておそらく、文言証券、指図証券、無記名証券の場合には、解釈にあたり善意の利益者は、単に形式的な文言内容のみを考慮すれば足りるということができない。しかし、あらゆる形式がかような意味を持っている訳ではない。それで、解釈資料を書面の内容に全く限定してしまうことは、一般に断念されているにかかわらず、様々な法律行為上の形式の場合に、やはり解釈が争われているのである。¹¹⁶ さらに、日常生活上、我々は数多くの形式に出合うが、その場合に、解釈を限定することが明確に存する訳ではない。取引生活上、たとえば我々は「形式の真正さ」というものを見出す。すなわち、商店は、小切手、為替あるいは重要内容の指図をするため、その支店、使用人あるいは取引先と、一定の秘密の記号を取り決める。受領者は、この記号がある場合にのみ履行の権限

78

をもつ。しかし、もしもこれに該る場合であっても、その解釈は、記号を用いていない指図の場合と同様に一般原則にもとづいてなされる。この受領者は、記号化されざる資料にもとづくものであるからといって、取引状態の一般的認識、あるいは委託者の意向を無視するような義務もなければ権限もない。多くの図書館事務は、一定形式の「閲覧票」によって行なわれている。閲覧票の記入と提出とが図書館閲覧の形式を構成している。ということも確かにいえる。だがしかし、図書館事務は、閲覧票を解釈するにあたって、カタログや文献目録や、その他の文書を利用することを妨げないが、これらは閲覧票の形式が示している訳ではない。閲覧票の形式をすべて百科全書的な資料へと翻訳するのは意味のないことであろう。法規の場合でも、形式的文言の適用が可能であるということが、解釈原理を規定してはならない。もしも、かような原則が正しいやり方で探求されたのであれば、はたして制定法の公布は信頼の形式に位置付けられるのか、それとも真実性といった形式に位置付けられるのか、それとも日付の記入の形式に位置付けられるべきか、あるいはこれとは別のものに構成されるべきあるグループに位置付けられるべきであるのかについて、この結論が決定的なものでなければなるまい。

79

(116) ちよびて Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssite, S. 137ff.

7 「表現」なる概念の多義性） 第二の概念のすり換え

は、「表現」という言葉の多義性から生じる。まず第一に、この言葉はある命令の表示の最終行為を示している。したがって、我々は未完成の意思を、「表示された」意思に対して「内心の」意思とも称している。しかし、表現という言葉は、さらに、ある観念の明確化、したがって、他人からの了解の可能性に対して用いられる。公布は立法行為を完了させ、その限りで、公布は立法意思の不可欠の表現なのである（法の制定の申に含まれた命令行為の完全化）。さて、この正しい文章の中で、表現という言葉は、命令観念の個々の要素を明確化するにあたって解釈が改められているのはおそらく明らかである。にもかかわらず、このような翻訳は、文章を不正確なものにする。制定法というものは、命令観念のあらゆる要素が、公布のみによってあらゆる言語技術に対して明瞭にならずとも、成就しうるし、また公布されうる。また、日常生活にあっても、合図は当該取り決めの認識がなければその相手方から全く理解されえないのではないか、といったことはともかくとして、単なる手まねは命令行為として作用しうるのである。上述した概念のすりかえは、法律行為に適した概念構成を、不当にも、法規の解釈に持ち込んだことよって促進された（表示説）。このような関連性は、歴史的解釈を主張する者からも、言葉の上での表現の必要性が弁護さねているところでは、とくに存在しているように思われる。¹¹⁶⁾

(116-a) § 13 Nr. 9ff. 参照。

8 (言葉の実質の過大評価) 最後に、概念すりかえの第

三の源は、解釈過程を評価するにあたって、言葉が強く表面にあらわれるといった日常慣行から生じるのである。通常我々は、言葉の知覚とは異なった知覚をも解釈のために利用しているのだ、ということには意識されぬことが多い。また、実際には我々が実に様々な要素や諸事情や生活経験を利用しているような場合であっても、我々の意識にとっては解釈された言葉が全く重視されている。これは全く正しい。言葉は、思考のきっかけとなり、また目標を与える。言葉とはちがった知覚は、認識を助ける連関を通してのみ重要となるにすぎない。しかし、このような「言葉の」強調の習慣は、容易に、言葉にとっては正しい発言を、あらゆる資料を用いて翻訳してしまうといったことにもなりうるのである。私には、かような概念のすり換えが前述した大審院判決の中にあるように思われる。第一の、「立法者は制定法の公布によってただ一つの言葉で語りうるにすぎない」という文章は正当で、「言葉」という文言は、「表現手段」を示すために用いられている。しかし、「制定法から引き出され得ぬものは、制定法上の法ではない」という次の文章は、ある種の思考の飛躍にもとづいている。大審院は、何の根拠もなく、表現手段の範囲と解釈資料の範囲とを同一視した。生粋のフランス人によって書かれたフランス語の本を読む者が、

やはり、不明確な個所を理解するのに、英語あるいはドイツ語で書かれた同一対象に関する書物を利用することには何の疑念もいだかないであろう。たとえ制定法の形式での情報は不要であっても、我々の裁判所も制定法成立時の諸関係についての歴史的な情報を利用してはいる。もちろん、大審院にとって、「立法」委員会の見解に疑問を呈することによって、具体的な事例の中でそのすり換えをなしたことは明瞭である。もちろん、このような委員会の見解は法文からは厳格に区別されねばならない。かような委員会の見解は、解釈作業のきっかけにも、また目的にもならず、第二次的な知覚としてのみ問題にされるにすぎない。立法がなされた際に、そのような発言がなされたという事情は、厳格なる区別の必要性を生ぜしめる。だが、このような区別は、いまだ「立法時の事情の」無視を前提としている訳ではない。特別の諸事情が、かような過程を考慮するのを妨げているのか否かは後で検討される。⁽¹¹⁷⁾単に制定法という形式を欠いているということはそれを無視することの根拠とはならない。たとえば、制定法の成立時の一般的な連関の如きについてのその他の歴史的な情報のように、制定法の資料は同じく制定法の形式を欠いているのである。

(117) 後掲 § 11 S. 110ff. 参照。

(河野)

D 対立利益 § 9

1 (利益衝突の外観) 上述の諸論とは異なった別の方法的意義をもつものに、信頼論 (Vertrauensargument) と補充論 (Ergänzungsgargument) とがある。そこでは、いわゆる客観的解釈を要請する諸利益が強調される。あたかも、上に強調した効果の諸利益が反対の諸利益と衝突し、衡量をすることが必要となるような外観を生ずる。しかし、簡単に考えても、こうした利益の衝突は存しないことが明らかになる。歴史的解釈は、重要な諸利益によって要請されるが、信頼利益 (Vert. rauensinteressen) や形成的利益 (Fortbildungsginteressen) にとっても不利となるのではなく、この二つの集団にとっても必要である。様々の諸利益の集団は、決して対立関係にあるのではなく、相互に独立して、同時に保証可能な「要求目的」をもっている。

2 (法的安定性の論拠) 信頼論は歴史的解釈に対して、これは法的安定性を害すると主張する。法的安定性^(117a)という当然に多義的な言葉は、この関連においては、まず、ある法問題について裁判所の判決がいかに下されるのかを予見することを可能にするような法秩序の状態を意味する。そしてさらに、こうした予見可能性によって根拠づけられるところの、権利保護の行なわれることについての法的市民の信頼を意味する。ところ

で、予見と信頼の主体と考えられるものは、実務を知り、それが同じ形式をとることから信頼を導き出すところの法知識家層であるか、あるいは、法律自体をみて、抱いた印象が裁判所の判決によって確認されることを期待する個々の素人であるかである。第一の意味での法的安定性が、多くの場合の唯一の意味であろう。私はこの用語例に従うつもりであり、特別の意味がとくに問題になる場合にだけ、これを「一般的な法的安定性」と呼ぶことにしよう。素人の信頼は「印象的信頼」と呼ばれるべきである。

そこで、信頼論は二重の意味をもつことができる。一つは、「一般的な法的安定性」が強調されるものであり、他は「印象的信頼」の保護を要請できるものである。二つの変種は区別して考慮されるべきである。

(17—c) *L. Bendix, Das Problem der Rechtssicherheit.*

zur Einführung des Relativismus in die Rechts-

anwendungslehre, 1914 一方で、言葉の多義性を

強調するが、他方で、完全な法的安定性の達成不可能なことも強調する。しかし、ベンディクスが自分の提案によってその努力をしているように、漸進的な進歩がなされることを排斥するものではないというのが正しい。裁判所の判決予測不可能性は、それにしても、容易に過大評価されることがある。判決がたしかに予

見できるような多数の事件は、もともと矛盾したものであるという理由による。

3 (シュタンペの論拠) シュタンペ⁽¹¹⁸⁾(Stampe)の論拠は一

般的な法的安定性に関連するものである。シュタンペは、法規の内容を「文言」(Wortlaut)に限定すること(同一性理論§12)だけが、法的安定性をもたらすことを、力を入れて強調する。それ故に、シュタンペは、その方向においては歴史的であるが、基本的には、言語上の補助手段だけで行なう解釈を欲する。シュタンペは、個々の法規の文言の外にも、他の「法規の文言」との連結によって、「論理必然的に」生ずる効果をも考慮しようとする。それ以外の要素の考慮はすべて、法的安定性を害するという。シュタンペのいう法規の内容は、それ故に、

「純粋な言葉の意味」と「法規の意味」との中間物である。^(118—1a)

84

ところで、一般的な法的安定性というのは、私の考えによっても、重大な価値あるものである。一般的法的安定性は、実質的な妥当性ととも、法適用のすべての理論が考慮すべき二つの理想である。我々はその意義を、なお詳細に、^(118—1b)評価しなければならぬだろう。すなわち、法的安定性の要請によって、実質的な妥当性のために命令を変更することには厳しい限界が設けられること、および、シュタンペの立場に近い社会的法発見に対しては、主要な疑念が生ずることを見るようになる。こ

ここでは、一般的な法的安定性の基礎となっている裁判所の判決の同一形式性が、完全な歴史的解釈によってよりよく促進されるのか、あるいは、裁判官を文言に限定することによってより促進されるのか、という問題だけが重要である。その決着は、私見では、疑いをいれない。ただ、まさに法的安定性の理念は、歴史的資料を完全に利用することを要請するのであり、さらにこの概念は、文言への限定によって、シュタンペの予期もしなかった範囲において、侵害されることになるう、ということが明らかであるように思われる。

シュタンペは、すでに、他の側面から指摘されたように、言語上の規則は、それだけが適用されても、成果をあげるということを過大評価している。「純粹な言葉の意味」は、余りにも不確定にすぎることになるために、生活上は全く何の役割も果たさない。我々は、どんな話しのときにも、「歴史的な状況」からの補完を前提としており、ある表明を理解するときにも、補完をしている。この不確定性が、純粹な法律文言の意味にも附着していることは、直ちに明らかであるが、以下においてなお詳細に論証することになるう。たとえば、民法(BGB)による女性の相続能力や国会選挙権からの女性の排除のような、おそらく誰もその存在を疑わないような、そうした法律規定すらも、シュタンペの方法を一貫して貫くや否や、「不確定的なものとなるう」^(119a)。シュタンペが危険と考えるところの公刊されていない歴史的な資料は、不確定的な文言を確定的な最終的な形

85

象に補完して、他の言語上の可能性を排除するという、まさにそのことによって価値をもっている。この資料を除外すれば、予知されない範囲で、白紙欠缺(Blanklöcher)を生ずることになるう。裁判官を「可能な文言」だけでなく、さらに「隣接する」文言にも拘束することによっては、この資料に代えることはできない。こうした文言法律学(Buchstabenjurisprudenz)は効果利益を最もひどく害することになり、さらになお、何らの法的安定性ももたらさない。というのは、白紙欠缺に代って法律の矛盾が生ずることになるうからである。文言解釈の方法は原始的な法状態のもとでは可能であるし、一般的でもあった。というのは、人はたしかに裁判官の言語の知識を信じてはいたが、それ以上の能力を信じてはいなかったためであり、さらに当時は、少数の単純な法律しかなく、文言上の理解の欠陥も目立たないものであったからである。我々の裁判官の資料と複雑な立法については、この方法の再生は排斥される。したがって、シュタンペの理論は、社会学的解釈がこれを要請するうに、純粹な言葉の意味の欠缺を、裁判官の「自由な法発見」によって補完することになる。この方法が歴史的な資料によって補完するよりも、より大きな結果の一様性をもたらすということは、以下にみるように全くありえない。

シュタンペの極端な解決を度外視するとしても、なお、一般的命題としては、およそ歴史的に方向づけられた解釈の結果は、平均的事例においては、利用された資料が豊富であればあ

るほど、それだけより一様に形成されるということが、つねに確定されねばならない。歴史的解釈の結果は、それだけ増々「正しい」結果に近づくことができる。というのは、歴史的な「真実」もまた同じ問題状況にとつては一つだけだからである。間違つた見解の数は多い。法源に欠缺のあることこそが、主たる論点についての多くの見解の相違を増進することになるのは、歴史学の経験するところである。法規解釈においても、歴史的資料に限界のあることはすべて、歴史的に方向づけられた解釈の一律性をそこなう。多数の見解が可能なこととその見解の根拠づけが豊富なことを混同する場合にかぎって、この命題が看過されることがある。これをする人は、もちろん、理由とともに見解をも制限しようと望むことがある。シュタンペは、法的安定性のために学問上の説明を禁止したところのユスチニアン時代の有名な先人をもつた。その結果は先人にとつても正当ではなかった。今日においても、資料を限定することは、まさに、判決の同一性のために、それ故に法的安定性のために、否定されねばならない。

(11) *Freirechtswegung* (1911) S. 30. 「裁判官の法律との関係と同様に、我々における法律の内容の性質が、法規によって確定されることは少ない（この点については、註一一四(a)参照）。法律内容の性質は、それ故、法律の果たすべき法政策的な課題から認識され

ねばならない。この課題の中でも、法的安定性を作り出すという課題は、他の法源と較べてこの法律に固有のものとして、まさに重要である。そして、そこから、法律の内容は基本的には法律の文言と一致し、この文言に対応しない内容が法律の内容とよばれるのは、これが他の法律との関連から論理必然的に生ずる場合だけである。」それ以外には、「未成文の」法律内容は有しえない。けだし、さもなければ、法律は法的安定性をもたらすという課題を果たすことができなからである。

(11a) 以下の指摘については、上述三二頁、三三頁、三四頁以下の純粹な言葉の意味、および § 12 Nr. 4ff. における法律文言についての我々の説明が参照されるべきである。

(11b) § 14 Nr. 12ff. および § 16 Nr. 8 と §§ 19, 20 の説明を参照せよ。

(11c) *M. Rimelin, Schuldversprechen* S. 315. 本雜誌九八号三三二頁。

(11d) § 12 Nr. 6 参照。

4 (素人の信頼) 素人の印象的信頼においては、全く別の観点が考慮されねばならない。法規の妥当性について正当に信頼して行爲した素人が、その信頼を欺かれず、彼の求める法

律効果も生ずることにつき、保護に価する利益をもつことができるといふことは、疑いもなく正しい。しかし、この要求が満たされるのは、個々の事例においてなされる具体的な解釈、つまり具体的な印象が効果を生ずることによってだけ可能である。かくて、法律の目的とする効果が一般的に他の事例について修正されることなしに、このことは可能である。⁽¹²⁰⁾そして、この印象的利益の保護は、そもそも、一般的、統一的な解釈によって達成することはできない。それができないのは、第一に、典型的、統一的な素人の意味なるものは存在せず、むしろ、およそ法律を見るところの素人は、現存する状況によってそれぞれに、その法律に全く異なった意義を与えることがあるからである。⁽¹²¹⁾第二に、多くの素人は、私法秩序の内容についての彼の観念を、法律の個人的な理解や解釈によって得るのでは全くなく、その一般的な生活上の知識、法感情および法律効果についての間接的な情報からつくりあげているからである。それ故に、歴史的に正しい解釈の方が、仮定された素人の解釈による技術的な解釈よりも、多くの事例において、前述の素人の観念によりよく適合することになる。この観点は、ダンツ⁽¹²²⁾(Danz)の理論の説明において、なおより詳細に展開される。しかし、ここで述べたことで、歴史的解釈に対する疑念をほらすには十分であろう。

(120) さらに、印象的利益保護のための特別規範、たとえ

ば、可罰性の問題について、実行の利益と印象的利益とは衝突することがありうるといふことが看過されないのは、自明である。

(121) 法律行為の解釈における印象的利益は全く別の役割を果たす。法律行為による表明は、殆んどは、受け取りを要する表明である。この表明についての裁判官の解釈は、自由な因果の追究ではなくて、印象的判断、つまり、客観的な意味の確定である。その際に、判断される因果の追究が、通常は、動機の解釈として、要請されることはもちろんである(§§ 133, 151)。もっとも、解釈問題のより大きな展開は、受け取りのない表明においてみられる。だが、この方向では、法律解釈にとり決定的たりうるような、承認された基本原則を、我々は何ももたない。こう考えれば、行為規範の解釈がこの研究にとり入れられていないことが正当となる。⁽¹²²⁾後述§ 17参照。

5 (補完の論拠) 形成的利益については、問題はなお一層簡単である。日常的な命令の解釈によれば、主人の意思と主人の利益とを歴史的に正しく認識することは、認識された命令内容を利益に合うように適応させることと完全に調和する。司法において、制定法の歴史的解釈は、次のような場合にかぎって、法を補完し形成することの障害となるにすぎない。すな

わち、裁判官は制定法上の命令を包摂することに限定され、すべての固有の命令の形成は裁判官には禁止されているというドグマが前提とされる場合である。この見解はかつてたしかに主張されたことがあった。この「包摂理論」になお従い、さらに、歴史的に正しい解釈は立法上の命令の内容についての生活に必要な資料を提供できないと考えている者は、他の技術的な解釈の方法を追及せざるをえないが、この方法は欠陥ある命令を提供し、その者に制定法を従属させることになる。その限りで、この古い包摂理論は、社会学的解釈の発生史 (Genesis) における本質的な要素である。その主張者は、特に進歩的に思われるが、まさにこの主要問題において古い伝統に依存しているのである。

人が包摂理論を放棄し、裁判官は包摂するだけでなく、法社会の利益のために、歴史的に与えられた命令集を補完し、かつ訂正しなければならぬことを認めるや否や、歴史的解釈が法の形成をそこなうことはなくなる。その場合には、歴史的な解釈は、これが他の命令においてもそうであるように、判例においては、諸利益に適合した展開にとつての基礎であり、出発点である。歴史的解釈は、それ自体、何ら裁判官の拘束力と裁判官の独立性の限界についての基準を含まない。しかし、歴史的解釈は、自律的な法社会の意思と利益に合致する限界を認識し、守ることだけを可能にする。⁽¹²⁴⁾

この一般的な観点は、すでに、歴史的解釈が他のすべての解

89

釈方法より優れていることを確かめるのに十分であろう。これは、我々が歴史的な法解釈の基礎と客観的解釈のさまざまな試みをより詳細に検討すれば、十分に確証される。

(123) 自由に歩けるが、松葉杖が必要だという暗示にかかっている妄想患者にとっては、支える力のある松葉杖が破損したときには、支える力のない外見上の杖でも、歩行の助けにすることができる。

(124) §§ 14 ~ 16 参照。

(吉村)

V 歴史的解釈とその補完

A 法獲得の過程 § 10

1 (判決の三段論法) 本章の説明は、法規解釈についての完全な理論を与えるものではない。それは、これまで述べてきた方法論的主旨の作用範囲をいくつかの個別問題に關して示すものにすぎない。この目的のために、我々は、まず裁判官の法獲得の全過程と個々の要素を、すなわち裁判官の法獲得は我がの理解によればいかに行なわれるか、を明らかにしたい。その場合、若干の特に重要で争いのある問題が、より詳しく論ぜられることになる。

裁判官の事件判断は、通説によって特に好んで三段論法、す

なわち技術的包摂決定と名付けられている。裁判官は、小前提（事実）と結合して結論（判決命令）を生じさせる大前提（法規範）を使用する。この大前提は、仮定的命令でなければならず、その要件は、事実とその内容が判決命令より一般的であるのより、なお一般的である。改革運動のさまざまな主張者は、この見解の一般的妥当性を争ってきた。¹²⁵ 裁判官は、自由な法発見の場合には）大前提を利用することなく、個々の事件の観察から事件判断に達し得るということになる。私は、この前提は心理学的過程に適合してはいないと思う。恣意や気分で判断しようとするすべての裁判官は、把握された事実から彼の判断にとって重要な要素を思い浮かべ、そうすることによってそれを重要でない要素から区別するであろう。このことは、直観的な法獲得の場合にも必ず起こる。裁判官が判決理由をはっきりしようと努めれば努めるほど、この区別は鋭くなる。この区別によって、裁判官の意識に法律要件と法律効果の観念——それには、訴訟上の事実や判決内容ほど具体的メルクマールを含んでいない——が生ずる。この常に現われる観念が、大前提、すなわち相対的に一般的な規範である。

さて、大前提は、法規命令あるいは慣習規範として、よく使われる形態ですでに存在していることもある。その場合は、裁判官の活動は、包摂（Subsumtion）、すなわち仮定的法律要件のメルクマールが訴訟上の事実中存在しているか否かの認識に限定される。しかし、大部分の事例では、大前提は、なお存

90

在していないか、あるいは使いなれた確かさでは存在していない。その場合には、裁判官は、必要な大前提を形成しなければならぬ。¹²⁶

法規範の獲得は、それ故、通常二つの論理的に異なる要素、すなわち存在している法規命令と立法的利益の歴史的認識と、その認識を判断に必要な命令の形成のために加工することを含む。それは、我々が日常の命令解釈においても結合されているのを見いだす二つの要素である。我々は、改めてこれらの要素の一部のみを観察したい。歴史的活動から、法規内容の歴史的探究、¹²⁷ すなわち狭義の法規解釈を研究し、加工からは、情動的加工（die emotionale Verarbeitung）、¹²⁸ すなわち評価的命形成を研究したい。

(125) Spiegel, Gesetz und Recht, S. 119. Ehrlich,

Soziologie, S. 138 und „Freie Rechtsfindung“

S. 3, 4. 加うるに Bierling, Prinzipienlehre 4,

S. 20 Anm. 11. 参照。

(126) 後述 S. 99ff. 参照。

(127) それ故、(資料は別として)制定法史の歴史的探究、慣習法やいわゆる補完的資料、取引慣行等々の歴史的探究は、考察外におく。訴訟上の確定が考察外におかれることは、自明のことである。

(128) 純粹に認識的問題、さまざまな形式、関連作用等々は

除外される。

2 (歴史的法規解釈の補助手段) この二つの要素の最初のもの、すなわち歴史的法規解釈は、我々がすでに歴史的解釈の場合に強調してきたすべての特徴を示す。法規解釈の場合にも、認識の資料が完全に利用されればされるほど、結果の正しさが保証される。この資料自身は、類似の領域の歴史的資料と同質のものである。それは、規範論的 (nomologische) 要素と存在論的要素を含む。法則知識 (Regelwissen) と状況知識 (Umstandswissen) が同様に問題になる。他の場合と同様法規探究の場合も、結果は仕事の大きさと強度による。裁判所は法を知る (jura novit curia) の原則は、裁判官の探究義務を規定する。しかし、その義務は、辺鄙な法規範 (entlegene Rechtsnormen) については民訴法二九三条により法規によって制限されている。自国の法規 (einheimische Gesetze) については、裁判官の探究義務は、実定法命題によって制限されていない。しかし、そこから探究義務は無制限であるという結論が導き出されるべきではない。むしろ、その制限は、解釈についてのよく知られた問題の一つである。裁判官の任務の場合にも、期待される結果は、必要な労苦との関連で考えられなければならない。このような限界づけに我々は法規資料の問題の場合に関係せざるを得ないのである。⁽¹²⁹⁾

歴史的補助手段は、裁判官が彼の任務のこの部分に関して同

用しうる唯一のものである。その他の特別な法的補助手段は存在しない。

92 特別な体系的 (systematisch) 解釈の容認は、否定されるべきである。たしかに、一つの規定の解釈の場合、法規の全体配置やその規定の位置も考慮されなければならないであろう。しかし、そこには、あらゆる歴史的言語学的解釈の場合に生ずる関連性の考慮があるだけである。体系の利用ということによって普通は、「学問的体系」からの補完が考えられている。学問的秩序をそのように利用すれば誤った概念法学になるであろう⁽¹³⁰⁾ (倒置方法)、方法論的に認めることはできない。個々の補助手段に与えられる重みは、事実状態によるのみである。法規探究には、自由な探究の原則、認識批判の貫徹が妥当する。言語的補助手段がたいがい非常に重要であるが、性質上の優先権がそれに当然与えられる訳ではない。すべての思想はそれが考慮されるためにはなにかある言語的表現を見い出さなければならぬ、という考えは、たしかに非常に広く行きわたってはいるが、支持することはできない。⁽¹³¹⁾

(129) § 11 参照。

(130) Rechtsgewinnung S. 15ff. と後述 § 21 参照。

(131) 後述 § 13 参照。

合にも、すでに述べた⁽¹³²⁾、仮の像と最終像との区別やその他の特色をもつ思考過程である。念頭に浮かぶ中間像として、我々は、法規の仮の用語、原典の意味 (Textsinn)、(内的成立史をもたない) 外形的な意味 (der äusser Sinn) を区別⁽¹³³⁾する。しかし、法規解釈の場合にも、このような像は、ただ相対的に区別できるだけであり、だんだんと移行するということによって接続している。最終像自身は、解釈の目的に相応してさまざまな部分を含みうる。我々は、事情によっては、内容観念の最終像 (命令像) と、法規の目的、利益状況、価値判断についての立法的観念の最終像 (動機像) と、最後に原因利益自体の像 (客観的利益像) とを区別しうる。

93

(132) 前述 S. 30ff. 参照。

4 (解釈の相対性) 裁判官の解釈は、相対的⁽¹³³⁾解釈であり、しかも、特に著しい程度でそうである。判決する裁判官の最終関心は、法規命令の全体内容、その全般的な確定に向けられているのではなくて、ただ判断されるべき事実状態にそれを適用できるか否かに向けられているのである。裁判官が確定したいのは、ただ接点だけである。

そこに、理論家が、たとえば教科書やコンメンタールで全体的な説明をする場合に行なう解釈とのしばしば強調される差異

がある。そのような全体的説明の場合には、適用可能な事例に關してすべての範囲にわたって法規規定の作用範囲を論ずることが試みられる。それにもかかわらず、このことから理論的⁽¹³⁴⁾解釈と裁判官の解釈との原理的対立が形成されるべきではない。⁽¹³⁵⁾ 一般的解釈 (die generelle Auslegung) も、やはり多数の想像上考えられた事件判断の総合からのみ成り立っている。この考えられた判断の各々と、それ故その総合も、裁判官の事件判断に適用される原則に従わざるを得ない。そして、なおそれ以上の接点が存在する。理論家も、たえず相対的解釈をするし、法規命令の作用範囲を一つの方針に従ってのみ吟味する。他⁹⁴方、裁判官は、比較というむずかしい任務の場合には常に一般的理解を支持せざるをえない。というのは、まず、法規は求められている特別な効果だけを考えるものではなくて、一般的効果を考えるものであるから、この一般的立場に立つてのみ法規の意図の正しい感得が可能になるからである。第二に、直接の比較は、そもそもその特別な事件のために規定されている法規規範が存在し認識しうるのか、という先決問題を裁判官のために容易に排除してくれるからである。一般的観察のみが必要な認識懷疑を保証する。それ故、不断の一般的認識は實際的に重要な原則である。もちろん、比較と一般的評価は、引き続き繰り返されうる。裁判官は、その場合、あるいは細部を認識するために近くに寄り、あるいは全体効果を理解するために後ろに下がる絵の鑑賞者に似ている。

(133) 前述 S. 34, 35. 参照。

(134) このことは、もちろん、実用的な法適用の準備を考えている法律学にのみあてはまる。異なる最終目的をもつ学問的評価は、異なる概念形成を生む。註(46)参照。

(135) 特に *Schmitt* は、前述五頁に挙げた本でこのようなことをやってしまった。

5 (動機解釈と利益探究) 法規解釈は、更に深められた (vertiefte) 解釈でなければならない。

裁判官は、*また*裁可 (Sanktionierung) の際に法規用語に与えられた立法部の命令観念を探究しなければならない。この解釈は、しかし単なる内容解釈であってはならず、動機解釈でなければならない。裁判官も、民法一三三條の規定に従うべきである。——たとえ、それが法律行為的意思表示の解釈についての規定されているとしても。この規定は、日常の命令解釈の場合に一般に適用される原則だけをあらわしている。裁判官の探究を最も手近な内容観念に限定することは、今日でも下級審の実務で重要な役割を果たし、大審院の判決にも現われているような文字法学 (Buchstabenjurisprudenz) を生み出す。

さて、法令令は観察された利益の衡量に基づくのが普通であるから、裁判官は、どのような利益衝突が当該命令の制定の際に観察されたのか、どんな確固たる利益が法令令にある衡量を

95

生じさせたのか、といったことを認識するよう試みなければならない。

裁判官の解釈は、しかし更に主観的意味の解釈を越えて、立法的観念の原因にまで遡らなければならない。法規解釈は原因解釈と状況解釈でなければならない。⁽¹³⁶⁾ この一層の探究の対象はさまざまでありうる。その特別な命令は經驗的に存在している一般的な規範 (allgemeine Norm) から生じているのではないか、

⁽¹³⁷⁾ が問題となりうる。関与した人々の意識にはのぼっていないが、なお判断や理解に作用を及ぼしてきたような価値判断によって、観察された利益の確定が影響を受けている、ということもありうる。そのような「意識の性質」 (Bewusstseinsdispositionen) も考慮されなければならない。しかし、なかなか裁判官は、認識された利益衡量からその要素、すなわち利益自体を再構成し、衡量の時の客観的状况においてそれを思い浮かべてみなければならない。⁽¹³⁸⁾ 立法的利益のこの探究は二重の目的をもつ。それは、法規の衡量を理解するための非常に重要な補助手段である。また、それは、裁判官が自己に課せられた法の補完と創造を行なう際に利用する歴史的土台を彼のために形成する。もちろん、法規から決定的な利益をこのように帰納的に推論することは、同時に行なわれる歴史的状況探究によっても促進されうる。

この問題の全体は、伝統的やり方では、「立法者の真正の意思」を問うこととして要約される。

利益法学の実際の趣意は、利益探究のこの厳命にある。どんな法命題もそれが利益衡量の結果として、あるいは立法的過誤として認識されない限り、完全には理解されない。その際、単なる理論的原則ではなくて、いかなる首尾一貫した適用の場合にも実際に大いに価値があると証明されている行為規範が問題となつて⁽¹³⁹⁾いるのである。それは、実際にも決して新しいものではなく、裁判官は常に個々の規定の実際の目的と実際の作用範囲を問わなければならないとする、古い原則にすでに含まれている。

97

(136) 前述 S. 37ff. 参照。

(137) 「一般的規範」の存在は、E. Kaufmann によって強調されている（前述一頁註（2）S. 86.）。彼は、この一般的規範を認めることに、（法律）行為・法規解釈の特色と資料を尋ねる理由を見出している。それ故、Kaufmann は欠缺の存在も否定する。S. 49ff. 他人が欠缺補充と名付けている活動は、この立場からは、いわゆる常に存在しているより一般的な、最も一般的な規範の認識と適用であるということにならざるを得ない。私は、この学説に賛成することはできない。たしかに、一般的規範が立法に関係した人々の意識に存在したが、一つの帰結だけが法規命令へと形成されたという事例は存在する。しかし、この事例は、他

の諸事例——そこでは、あるいは形成されるかもしれない規範の基礎、すなわち要求の配置（die Begeh-rungsdispositionen）だけは、経験的に実際に存在しているが、規範はなお立法者の意識に形成されていない——から区別されるべきである。利益衝突の認識から規範への歩みは、非常に単純でありうるし、しかし非常に困難でもありうる。まず最初にそれを行なうのは、たとえ法規の価値判断に従うとしても裁判官であるから、私の考えでは、存在しているより一般的規範の認識について語ることは人を迷わせることになる。適切な名称は、その場合、「裁判官の命令形成」である。それ故、裁判官も一般的規範だけでなく、立法的利益を問うべきである。

(138) 立法に関係した人々は、存在している利益を促進しようとしている。彼らが適切な命令を選択するということは、一般にありそうなことである。立法者は正しいことを意欲したと推定すべきであるという古い原則は、正しい核をもっている。

(139) Wehli は適切にも次のように言っている。A. a. O. S. 23 (431). 「法的问题是、訴訟に持ち出された個人的利益衝突を非常に大規模に再現する。訴訟において個人的利益が互に対立するのと同様に、法発見においても、典型的な一般化された利益が互に対立す

る。この——私はいいたいのだが——法発見における
 対抗的原理 (Kontradiktorisches Prinzip) が、私の
 考えでは、非常によく論議されている利益衡量につい
 ての学説の最も重要な要素を形成する。」

6 (法表明) 利益探究の場合には、すでに強調した法規

命令と「法表明」との区別が重要である。利益問題は命令解釈
 の一般的特色であり、命令の場合にのみ直接に適用できる。命
 令だけが利益の衡量を含む。それ故、法表明の孤立した評価の
 場合、たとえば概念を明らかにする法命題の場合には、利益問
 題はさしあたり意味を失うであろう。もし人が九九条、一〇〇
 条だけを観察するならば、そこからは、一般になんらの利益衡
 量も解明されないであろう。法表明は、まさに命令の形式的に
 独立した要素、この基本的命令の説明にすぎず、他の所で行な
 われた利益衡量の要素だけを含むものである。利益探究という
 目的のためには、法表明を命令関連——そこから法表明が法規
 の概念的編纂の際に引き出された——の中にもどすことが必要
 である。果実や利得の定義は、たとえば果実や利得の返還を規
 律している規定にはめこまれるべきである。このはめこみにお
 いて初めて、それは利益価値を保持する。人が実際の意味を問
 う場合にも、当然同様のことが行なわれる。また、法表明は命
 令との関連でのみこの実際の意味をもつものである。

(140) 前述 S. 15. 参照。

7 (見込み処理) 歴史的解釈の場合に一般に現われる認
 識の不安定性というものは、歴史的法規解釈の場合にも、重要
 である。法規にとって決定的であった大きな利益集団、確定
 (Abgrenzung) の基本的特色などは、多くの場合明白である。

98 しかし、問題を詳細に論じ始めると、不確かな領域が現われ
 る。批判的で慎重な探究を行なえば、しばしば、命令観念も利
 益評価も認識できないという結論が導かれたり、蓋然性の程度
 によって区別されるかあるいは互いに同等かの多くの解釈が可
 能であるという結論が導かれたりする。不確かさの処理につい
 ては、二つの原則が設定されうる。

(a) 第一の原則は、無知の術 (ars ignorandi) である。法
 律家は真空嫌悪 (horror vacui) を抱いてはならない。彼は、
 成果のないことを恐れて、不適当な認識手段を利用し、見せか
 けの成果に満足するようなことがあってはならない。⁽¹⁴¹⁾ 彼は、法
 規命令の認識の背後には裁判官の命令形成の権限が存在すると
 いうことを主張しなければならぬし、この権限は何かある獲
 得された認識幻想よりはより良い成果をもたらすということをも
 主張しなければならない。

(b) 第二の原則は、見込み評価 (Chancenbewertung) の原
 則である。単なる蓋然性 (Wahrscheinlichkeit) も注目に値す
 る。批判力のない研究者だけが、いわゆる単なる蓋然的認識を

考慮することを軽視する。というのも彼らは自分自身が引き出した蓋然性を確実性と考へたりするからである。批判力のある法律家は、認識の限界を明らかにするであろうが、見込みを働かせる勇氣も持っているであろう。⁽¹⁴²⁾ 確かに、蓋然性の中には非常にさまざまな段階がありうる。蓋然性の程度も顧慮されるべきである。それが歴史的法規内容の重みを決めるのである。積極的蓋然性が小さければ小さいほど、個別事件の判断の際に実質的妥当性の理念に比べて法規信頼（Gesetzestreue）の理念に与えられるべき重み（Einfluss）も小さくなる。日常生活においても、事情は変らない。主人の指図について不確かな情報しかもたない代理人は、もし「多分命ぜられたであろう」処置が主人の利益からみても必要であるように見える場合には、喜んでこれを支持するであろう。しかし、もし彼にその行為が危険であるように見える場合には、彼はその不確かな情報を確実な情報ほど評価しないであろう。

(141) 実務では、まさにこの原則はしばしば破られている。多くの判決に関して、人は解釈のシャーロック・ホームズ的方法（Sherlock-Holmes-Methode）について語りたくなるように感じる。立法者は判断を完全に知っているのに陰険にも黙っている強情な罪人のように扱われており、明敏な裁判官が彼の不用意な表現を取り上げて隠された判断思想を彼に確認させるまでになっ

99

ている。実際には、非常にしばしば判断思想は欠けており、伝達意思もほとんど欠けている。「立法者」は決して「全知で」はないが、その代りに「率直で」ある。
(142) 訴訟における裁判官の確定に關しても、事実問題の判断は、批判的に自省すれば蓋然性で満足せざるを得ない。要求される蓋然性は、刑事訴訟においては非常に高いものである。Rumpf I S. 192. しかし、民事訴訟ではより低い程度で十分である。我々の立証責任規定は、たしかに非常に未熟で改正の必要性もあるが、たいてい蓋然性の判断についての典型的な原則以外のなにもでもない。

8 (命令形成の形式) さて、法規内容の歴史的認識は、裁判官の事件判断の場合も学問の予備的作業（die vorbereitende Arbeit der Wissenschaft）の場合にも、より広い補充的付加的命令形成ときわめて密接に結びついている。法の論理的完結性の理論に従っても、裁判官の命令形成について語る事ができるであろう。それは、単に、判決命令自体が最も単純な包摂の場合でも適用された一般的命令、すなわち最も近い大前提に比べてなにか新しいものである、ということによるものでもなければ、そのより古い理論も裁判官の裁量が指示されているような事件を知っていた、ということによるものでもない。そう

ではなくて、この大前提自体が普通は法規や慣習法に適用された形式では存在しておらず、まずは獲得されなければならなかった、ということによるのである。法規に存在している規範の下に事実を単純に包摂できる可能性は、民事の場合には常にまれである。普通は加工が必要である。法規と慣習は、いわば「基本的規範」(Grundnormen)あるいは「基本的表明」(Grundaussagen)だけを含むにすぎず、それらは重なり合っており外部に存在している諸関係を補完資料⁽¹⁴³⁾として指示しているのである。裁判官は、より古い理論に従っても、さまざまな基本的命令と表明とを組み合わせ補完資料を調整することによって、必要な大前提を獲得しなければならぬ。その限りでより古い学説に従っても、その成果を「結論」(Folgesätze)あるいは「裁判官の命令」(richterliche Gebote)と名付けうるような

裁判官の命令形成が存在した。しかし、特別な委託事件 (Delegationen) を度外視すれば、この形成はやはりただ形式的、認知的 (kognitive) 形成としてのみ行なわれた。基本的命令はすべてすでに存在していた。裁判官には、特に、彼が捜し出し組み合わせるすべての構成要素や、彼がそれで計算するすべての数字が与えられていた。それ故、彼の全活動は、やはり所与の命令への包摂⁽¹⁴⁴⁾と名付けることができた。さて、より新しい学説は、すでに述べたように、裁判官は、特別な委託を度外視しても、いくつかの事例において価値判断に従って命令を形成する権限があると考えている。それ故、以前にはより一

100

般的な形式においても法規にも慣習にもおよそ存在していなかったような命令観念を形成する権限があると考えている。我々は、裁判官のこの活動をただ「命令形成」として、あるいは情動的「評価的命令形成」として名付けたいと思う。評価的命令形成が生ずるような事例は、欠缺と名付けられる。

101

さて、新しい学説は激しく争われている。その論争は、欠缺概念の承認、裁判官のいわゆる「法規を変更する」権限、裁判官の命令形成の原則、特に歴史的法規内容(法規的価値判断)の意義とこの活動を法形成的と名付けることをめぐって争われている。これらの問題は後に詳細に論じたい。

43 (2 • 112) 242

(143) W. Jellinek, Gesetz, Gesetzanwendung und Zweckmäßigkeitserwägung, 1912. 参照。Jellinek は「補完資料を「派生的法命題効をもつ法源」と名付け、一七九頁以下で、扱い方と理論史 (Dogmengeschichte) についての概観を与えている。更に Oertmann, Rechtsordnung und Verkehrssitte, 1914, namentlich S. 421ff.: Gesetzausfüllende Verkehrssitte. 参照。

(144) 前述 S. 21ff. 参照。

(145) §§ 14—16。

9 (認識と命令形成との融合) 裁判官の法獲得の二つの

任務、すなわち命令内容の歴史的認識とその情動的加工は、認識論的には区別されなければならない。しかし、それらは、実際の実行においては最も密接に関係している。裁判官の考慮は、法規適用の多くの前提問題にさかれています。そのすべての場合において、歴史的認識と創造は結合される。二つの任務において、同一の衡量が関係しうる。判断の實質的妥当性は、法規命令の補完あるいは修正への誘因となりうる。しかし、それは、なにを立法者は歴史的に意欲していたか、という問題についての重要な認識根拠でもありうる。最後に、二者択一的理由付けは、さしつかえないし実際にも非常にしばしば行なわれている。法獲得の場合にも、力の節約の原則が適用される。もし、裁判官がさまざまな考慮しうる方法が結局同じ結果を導くということを知るならば、彼はどの方法がより良いかを決めないでおきうる。実際、拡大解釈や縮小解釈の非常に多くの事例において、言語的表現の瑕疵（Mangel）が存在するの、あるいはは思考の瑕疵が存在するの、完全に未決定のままである。もし、裁判官が言語的瑕疵の場合も思考上の瑕疵の場合も訂正を行なうるのであれば、彼は判断することが通常非常に困難な二者択一を行なわないでおきうる。そして、彼は多くの事例においてもそうしている。そのことから、法律用語において、日常においても行なわれているように、すくなくとも評価的命令形成が歴史的認識と密接に関係している所では、評価的命令形成もやはり解釈の概念の中に入れられている、というこ

102

とが説明できる。純粋な歴史的法規解釈と並んで、情動的評価的法規解釈が生ずる。

10 （感情） 法獲得の問題では、直観の意味における裁判官の「感情」（*Getünl*）が大きな役割を果たす。このことは、歴史的探究についても補完についてもあてはまる。第一の任務の場合には、まず語感⁽¹⁴⁶⁾（*Sprachgetünl*）が問題となり、次にしばしば強調される歴史家の共通感情（*Gemeingetünl*）に相当する法的無意識の知識、もはや現存していない知識の成果、それによってひき起こされた観念の処理（*Vorstellungsdissipation*）が問題となる。素人の場合におけると同様、法創造の場合にも直観的判断が一つの役割を果たす。まさに直観的法獲得の事例においては、さまざまな機能が、しばしば一つの統一的に感じられる過程へと融合している。しかし、直観的法獲得とその要素は、やはり以前の熟慮の単なる機械化（*Mechanisierung*）にすぎない。それ故、熟慮の光による解明は可能であるし必要でもある。そうすれば、法獲得の二つの要素も明らかに現われるのである。

(146) 前述 S. 30 と後述 § 12 Nr. 4. 参照。

(147) 後述 § 16 Nr. 11. 参照。

11 （裁判官の判決の非合理性） 法獲得は、ただ一定程度

まで一般的原則によって規律されうる。その限界は、まず第一に、発生する(法)獲得問題はやはり常にある細目では互いに異なっている、ということによって与えられる。どんな事例も他の事例と完全に同一ではない。まれな問題の評価は、それ故個別判断にまかせざるを得ない。第二に、しかし、最後の判断は重要な範囲で裁判官の個性(Individualität)による。このことは、すでに歴史的任務に関してあてはまっている。その解

103

明の場合、単なる蓋然性の評価が問題になる。蓋然性の程度についてはなんらの基準も存在しない。蓋然性の程度は正確に表現することができないし、それ故その正しい評価を、一般的規範によって規律することもできない。次にしかし、法創造の問題は、似たような抽象的な教えることのできない任務、すなわち妥当性に対して法的安定性を限定することや独自の評価(Eigenwertung)を導く。それ故、すべての事例のすべての裁判官による同一で正しい判断というものは決して得られない、ということができし、裁判官の法獲得は常に一つの不安定係数、すなわち一つの非合理的要素を含んでいる、⁽¹⁵⁰⁾ということができる。この要素は、決して完全に排除することはできない。しかし、それは、裁判官の選任と地位によって、また法適用と権威的法命題(autoritative Rechtssatzung)の正しい方法によって非常に軽減されうる。

(148) § 14 参照。

(149) § 16 参照。

(150) 非合理性の要素は、L. Bendix の著書——„Das Problem der Rechtssicherheit, zur Einführung des Relativismus in die Rechtsanwendungslehre,“ Berlin 1914. ——で研究されている。

12 (総括) 生活がもたらす法創造の任務は、実務や予備

的学問(vorarbeitende Wissenschaft)によって、實際的に解決されている。歴史的に認識可能な立法的命令概念の複合体の上に、この創造的活動によって成立し、生活で確かな地歩を占めている、常に生成する命令の上屋がそびえ立つ。Nr. 10で述べたように、人はしばしばこの創造活動も法的解釈にかぞえる。もし、人がこのようなことを行ない、他方で歴史的解釈の概念を主観的認識の認識に限定するならば、その場合、確かに二つの解釈概念とその成果の差異が生ずる。そして、その場合、要約した歴史的あるいは社会心理学的考察方法にとつては、実定法として判例を支配している当為観念(Sollvorstellung)の豊富さとするべく対立して、人間の命令観念についての歴史的に認識可能なたくわえの貧しさが現われる。この対比が、客観的解釈論が博した喝采を部分的に説明する。もし、

上述の対比が歴史的あるいは社会心理学的考察方法に役立つのであれば、それに異議を唱える必要はないであろう。しかし、裁判官に法的事件の判断のための指針を与えようとする法的方

法論にとつては、他の観点が決定的である。法的方法論の最終目的を考えれば、歴史的利益探究は、法規解釈の場合にも決して排除され得ないし、なかならず決して印象判断 (Eindrucksbeurteilung) や客観的意味によっておきかえられ得ない。むしろ、歴史的利益探究は、原因利益の探究に不可欠の基礎を提供し、法創造をりっぱにやりとげるための権威ある方針 (Richtlinie) を提供する。

13 (個別問題) 前述した原則に基づいて、我々は今や留保していた個別問題をとりあげたい。

歴史的法規探究の領域には、二つの問題、すなわち法規資料の利用と、法規用語の解釈の場合の言語的補助手段の評価とが属する。法創造の領域からは、我々は、三つの密接に関連した問題、すなわち欠缺問題、法規に反する判例、評価的命令形成の性質を論じたい。その際、法創造に関して歴史的解釈に与えられるべき意義を特に考慮して論じたい。

後者の個別研究では、我々は常に、我々の(研究)領域は法規命令によって規律されていない、ということを中心に留めておかなければならない。我々の個有の任務は、それ故歴史的探究の領域にではなくて法創造の領域に属する。我々が解明しなければならぬ最後の問題は、規範化 (Normierung) の問題である。そのような規範的任務は、まず認識問題から区別されなければならない。最終問題は、その場合、「当為問題」

105

(Sollfrage) であり、「存在問題」(Istfrage) ではない。前提問題としては、当然認識問題も問題となる。もしある規範がたとえ理論的には拒否されていても実際には行なわれているということが実証され得るならば、それは、たとえば規範の承認の強い根拠となる。⁽¹⁵²⁾しかし、最終問題は、やはり認識では決定できない。規範化問題は、他方形式化問題 (Formulierungsproblem)、すなわち表現と術語の問題から区別されなければならぬ。法創造の論争問題においては、まさにこのような区別をすることが実り多いことがわかるであろう。

(151) 問題部門の関係については、Rechtsgewinnung S. 21, 22 und 39ff. 参照。

(152) 法規資料の扱い方 S. 110. 参照。

(相本)

B 法規資料 § 11⁽¹⁵³⁾

1 (予備的作業) 法規解釈の個別的問題の中で、いわゆる法規資料の価値と利用に関する問題ほど突っ込んで、また一部はこれほどはげしく論議されたものはない。

憲法にもとづく法規の成立は原則としてひとつのひじょうに複雑な過程であって、それはたくさんさんの部分的行為にわかれ、また、いろんな人間や人間のグループの意見の表明および意思

106

の表示から成っている。簡単な事例においてすら、第一に政府の法律案、または議員の動議があり、これらはいたい、多かれ少なかれ注意ぶかくなされた根拠をともなっている。そのあと、立法府の審議がつづき、これには、説明、修正動議、採決、決議を伴い、おしまいに法律案の承認、公表という段取りとなる。しかし、もっと重要な法律の場合には、その過程はさらに複雑なものである。政府委員会があつて、政府法律案の仕上げをなし、議会委員会があつて、議決の準備をおこなう。

このような委員会のいづれにおいても、上述の部分的な行為が繰り返され、こうして最終の法律条文は、これを歴史的に見ると、無数の水源と支流から下つて来たひとつの意思の流れを現わす。このような過程の主要部分は、法律の場合に、公的に文書化され、いわゆる立法資料として公衆の近づきうるものとなる。

この公にされた立法資料が、その利用について学説上きわめて熱心に論議されてきたものである。しかし、それだけが問題になるのではない。印刷されざる資料が存在するのである。記録されてはいるが、公表されない経過が存在する。連邦参議院の審議は公開ではない。委任命令 (Verordnungen) の成立史もたいていは公表されない。官庁文書はしばしば豊富な資料を含んでおり、この資料は、公衆の手に入らなくても、存在しており、そして官庁の関与する審議には提出され、あるいは、それを裁判所が提出要求をすることもある。このような印刷され

107

ない資料も、裁判に影響を及ぼし、事実またわれわれの裁判所がそれを顧慮することがある。⁽¹⁵⁵⁾最後に、記録されなかつた過程が関与した人間の記憶中に保存されることもある。最近も、高等裁判所 (Kammergericht) は、帝国議会 (Reichstag) 委員会の委員、帝国議會議員、および政府代表者に対して、解釈上の資料を得るために、委員会での経過について宣誓尋問をしたことがある。この経過は一般の注目をよび起こし、文献上いろいろな判断を受けた。⁽¹⁵⁶⁾大審院 (Reichsgericht) は高等裁判所の処置を全面的に認めた。⁽¹⁵⁷⁾この経過だけがひとり孤立して存在するわけではない。⁽¹⁵⁸⁾

108

(153) 資料問題についても基本的な解明をしたのは、*ユアーリンク (Bierling)* であつた。 *Bierling, Die Benutzung von Landtags- und Synodalverhandlungen bei der Auslegung neuerer deutscher Staats- und Kirchengesetze, in Z. f. Kirchenrecht X S. 146—152, 159ff.* 参考として、*derselbe, Juristische Prinzipienlehre, 4 S. 275—89.* 以前の文献の総括として *Goldschmidt, Handbuch des Handelsrechts, 21. Aufl., I S. 311ff.* 利用に反対するのは、すなわち *シャフラー (Schafraht)* と *ザックス (Sax)* (上述五頁註 (13)、および六頁註 (19)) (一九〇

七）参照）の論文である。ザックスルは文献と判例からの引用をしている。むしろ *Binding*, a. a. O., F. Fuchs その他を参照。

(154) Gutachten (Anm. 23) § 4 und § 17 a. E. 参照。

(155) *Jellinek*, a. a. O. S. 63. 参照。高等裁判所は行政区長官 (Regierungspräsident) に対し、ある委任命令でねらった意図について公の照会を求め、この照会を判決の拠り所としている。一九〇一年六月二四日の判決 (Erkenntnis)° Johow, Bd. 22 c. 42.

(156) *Klein*, Gesetzesauslegung mittels Zeugenhaft von Mitgliedern des Reichstags, Jurist. Wochenschr. 1911 S. 834ff. 及び他方では *Salmann*, Gesetzesauslegung mittels Beweisaufnahme, daselbst 1912 S. 321ff. クラインは高等裁判所に対し客観的法規説 (objektiven Gesetzestheorie) の立場から反論する。ザールマンはこの経過を個体発生的機能を大いに強調して弁護する。すなわち、委員会決議を討議せずに承認する帝国議会 (Reichstag) の総会は、それを委員会の意味で承諾する。そしてこのような理解を連邦参議院 (Bundesrat) も採用する、と言つ。イエリネック (*Jellinek*) もこの経過をさしつかえなしと考えているように思われる。

(157) RGF. 81 S. 282. 参照。「法規を適用すべき職にあ

る裁判官には、法規意思 (Gesetzeswillen) を認識し解釈する上で彼に必要かつ有益とおもわれる素材を、よしんばそれがその法規の成立史もしくはその他の事情から得られねばならないとしても、裁判官の鋭敏な感覚からみて適当と思われるどんな方法によつても、手に入れる権限ならびに義務がある。——裁判官はその活動をする場合には、立法に関する印刷物その他の文書に限定されず、必要な場合には、特定の経過を、証人もしくは他の部類の事情通の者に対する訊問により解明し、確認することもできる」。

(158) *Jellinek*, a. a. O. Anm. 7. に書かれているバイエルの諸判決を参照。

2 (諸見解の状況) これら資料の利用に関する学説上の意見の違いは、法解釈の使命と条件についての基本的見解ととも、とも密接に関連している。

歴史的解釈の基本思想は資料に、代替的 (fungible) もしくは一般的 (generelle) 意義と、特殊的 (spezifische) もしくは個体発生的 (onto-genetische) 意義として区別されるところの、二重の意義を付与することになる。資料はまず第一に、法律成立時に生きている専門家によってなされ、それ故、成立史に関与しなかった専門家の意見と同様、尊重に価するところの、個々の法律規定の意義と目的とに関する意見の表明を含む

(代替的、もしくはは一般的意義)。第二にしかし資料は、直接、解釈さるべき法律文言のなりたちをも語ることもある。さて解釈は、つねに、具体的な言葉のなりたち、つまり、ある歴史的個体の、あるそのもの (ein en) の生成を認識することに向けられる。それ故資料は、さらに第二の、場合によっては、つより大きな意義をもつのであり、それは間接的に解釈の第一目標を、つまり、言葉の成立を伴った命令表象を示すのである (特殊的、もしくはは個体発生史的意義)。

客観説 (die objektive Theorie) は個体発生史的意義の完全な否定をもたらす。その理由づけの仕方に違いがあっても、そのいずれもがこの結論に到達する。意思論 (das Willensargument) は、明らかにされた経過が、個々にであれ、総体としてであれ、心理学的意味で立法者の意思を表現していない、という理由から、この経過の顧慮に反対する。形式論 (das Formargument) は、明らかとなった経過が法律形式を欠いている、という理由から、それに対する顧慮を排斥する。信頼論 (das Vertrauensargument) は、資料が臣民に公表されていないという理由から、そうする。補完の契機 (das Ergänzungsmoment) もまた、歴史的資料が、社会学的解釈がそうしたように、裁判官の自由を拡大するための目的だけに、限定されてしまうと、資料の顧慮に反対の立場をとる。人間としての立法者をまじめに否定する者は、成立史はそれじたいなんら特別な意味をもたない、という結論に到達せざるをえない。法律が

109

そこにある。法律がどのようにして成立したかは、裁判官になにも関係がない。関係があるのはただ、法律文言の意味について明らかにした意見表明だけである。もつとも、このような表明も、立法に従事する者たちの決議さえ、それが法規形式で公表されていないので、⁽¹⁵⁹⁾ 専門家の私的意見となら異なるところのない意味しか与えられない。残っているのはまさしく、代替的、もしくはは一般的意義だけである。たしかに、このような徹底した結論を、たいていの場合に、つまり、解釈の実際において、ひき出すというわけではない。ただ信頼説、および社会学的解释のラディカルな主張者だけが、資料の軽視にたいへん熱心である。なるほど資料崇拜に対してはとくに反論がなされ、個体発生史的意義が否定されはするが、にもかかわらず、公表された資料は客観説の主張者からも「特別の意味をもった」解釈資料としてとり扱われるのである。個体発生史の利用が実際上行なわれる。しかし客観説には、成立史から得られた結論を、それが法規じたいの中に表現された場合にのみ、承認する、ということにより許容するのである (表現説 Ausdrucks-⁽¹⁶⁰⁾theorie)。奇妙なことに、このような結論が二人のもつとも熱心な歴史的解釈の主張者、すなわち、エンネックス、エルス (Ennecerus) とピアリンク、によって固執されている。

実務上行なわれている諸原則を正確に述べることは、資料を利用する判決が無数にあり、要件事実の多様性、さらに深く突っ込んだ態度決定が稀にしかないこと、によって、ほとんど不

可能である。しかし、一般論としては、法律の成立史を調査し、資料に注目することは、裁判官の義務だとみなされている。⁽¹⁶¹⁾ 「資料崇拜」(Materialienkultus)に対する理論的論争はなんら大きな成果をおさめることはなかった。さらに大審院(Reichsgericht)は一方では、成立史の中に「しまわれている」(nie-dergelegte)立法者の意思について語っている。⁽¹⁶²⁾ 他方で実務上も、成立史から認識可能な意思が法規の文言にも表現されていることが、例外なく必要とされる。実務の中にも、われわれは上述の「表現説」(Ausdruckstheorie)に直面するのである。

(159) Cosack S. 36 は明らかに徹底してこう言う。「任意の(一)ある私人の言明より以上の、高い意味をなんら「もつわけでは」ない」。二重の意義を指摘したの
は、ヒアーリンクの功績である。Prinzipienlehre 4 S. 275ff.

(160) 通説の立場を、おそらくもっとも適切にえがいている
のが、der Kommentar von Planck in der 4. Auflage
Einleitung S. XIV である。すなわち、「法典解釈上
決定的たりうるものは、しかしただ法典それじたいだ
けである。法典を編さんした者の見解は、ひとつの重
要な解釈手段であること、疑いをいれない。しかしそ
の見解は決定的なものではない。起草者の見解が法典
それじたいの中に、対応する表現を見出さず、むしろ

法典の文言と、その諸規定の関連からは、ちがった意
味を生ずるときは、法典こそが基準である」。

(161) 後出 § 13 Nr. 4 を参照。

(162) E. C. 79 Nr. 86 S. 364, 一九一二年五月一五日の民
事第六部の判決。

3 (態度決定) われわれの一般的観点からすると、ひと
つの規範化の問題 (ein Normierungsproblem) または、よ
り厳密には、一群の規範化の問題が存在する。第一に問題とな
るのは、裁判官の調査任務の限定、つまり、裁判官は法律成立
における内部の経過を調査する権限と義務があるかどうか、と
いう一般的な問題である。この一般的な問題が肯定されると次に
問題となるのは、すなわち、さまざまな経過のもつ発見をたす
ける価値 (die heuristische Wert) をグループごとに整理
し、決定することが、はたして可能であり、かつのぞましいか
どうか、ということである。この問題で、ここで主張している
歴史的利益探求の理論と、以前の純粹に主観的な理論との違い
が出て来る。われわれの終局目標は、心理学的に実在する立法
者意思の認識ではなくして、客観的な、法律の中に、正確には
見通すことのできない媒介物を通じて原因をなすに至った共同
体利益の確認なのである。それ故われわれにとって、資料の助
けをかりて認識される個々の経過や命令表象は、たんに、立
法する人間たちの一致した意思に総括される意思部分であると

いうだけでなく、意思部分の原因となつてゐる諸利益の存在に
関する徴表、手がかり、蓋然性の根拠でもある。その判断はそ
れゆへただ、効果利益を発見する上での価値と、有力な反対利
益もしくは特別の障害理由の存在とにかかつてゐる。このよう
な衡量をすることは、きつと利用上も有益であるにちがひな
い。判例はまったく正しい途を歩んでいる。言語的表現の要求
だけがもうひとつの不当な障害であるが、それについては、§
12と§13でとくに考察を加えることにしたい。

4 (疑念)

公表された法律資料の利用に対してありうる
反対は、ただ次のような主張だけである。すなわち、集団的表
示の特異性は、意思的過程を、それが個別的な表示の場合に可
能であると同じように、観察することを許さない、というこ
と、および、さらに、成立史で明らかとなる表象を尊重する裁
判官は、自然に非常に狭い視野にとらわれてしまふ危険をおか
す、ということである。

集団的表示と個別的表示との間の区別はたしかに重要となる
にちがひない。われわれの立法上の集団的表示にあつても、た
くさんの「部分的行為」が心理学的に統一的な意思過程に代わ
るだけでなく、部分的意思の形成も集中力 (Intensität) を失
う、ということが考えられてしかるべきである。このような現
象の存在を疑うわけにはゆかない。比較的大きな会議の場合に
はとくに、委員の精神的な共同作業はたやすくしばんでしま

112

がちである。このことはもろもろの決議したにも当てはま
る。理由と説明がただ個々の委員からなされるだけであつて、
どのていど、描かれた表象が沈黙している委員の頭に入ったの
か、またその承認をえたのか、まったく不確かのままであるこ
とがしばしばある。会議が大きくなればなるだけ、あるひとつ
の、皆に同種の意識内容を生ずる蓋然性はより少なくなる。命
令の誤りの数もまたひじょうに多い。立法上の諸問題を解決す
るのにさまたげとなるもの困難はすべて、議論の的確さ
を乱す。とくにある大きな分野を法典化する場合には、生ずべ
き利益諸形態、法規範の共同的作用、将来の利益紛糾について
洞察するところは少ししかない。しばしば、法適用の任務をも
つた裁判所の場合よりもずっと少ないことがある。しばしば時
間が結構そのようにせきたてる。このような実質的な処理の欠
陥と並んで、これに伝達の瑕疵が加わる。理由書と議事録は、
もうたびたび下僚によつて作成され、実際の経過について個々
の点では信頼のおけない不完全な像を提供することになる。

このような発見方法上の (heuristic) 欠陥は注目を要す
る。しかし、このような欠陥があるからといって、資料と成立
史の無視の理由になるのではなく、ただ、個別事例の特長を注
意ぶかく評価するところのとり扱ひの理由となるにすぎない。
わたくしの考えるところでは、ある委員会の見解は、よしんば
ある委員会草案が討議を経ずに採択されたからといって、関連
する共同体利益との適合について、法律の解説、あるいは場合

113

によつては、立法委員の一致した決定ほどには、保証を与えるものではない、ということには疑いもなく正しい。しかしながら、そのことから出て来る結論は、ただ、その委員会の審議にはより少ない比重しか与えられないということであつて、それが関連性をもたない、ということではない。チャンス理論（Chancetheorie）¹⁶³は重要性に段階をつける可能性を提供する。委員会の見解は同じように、第三、もしくは第四ランクの法規内容なのである。かようなとり扱いをすれば、誤ちを恐れる必要はない。

同じようにしかしながら、われわれの基本的見解では、裁判官が資料利用によつて起草者の表象範囲内に閉じこめることを期待するものではない。このような危惧はただ、包摂説（Subsumtionslehre）の立場にたつときだけに理由のあるものとなる。このような危惧は、裁判官に法創造（Rechtsfortbildung）の権限をみとめることにより、ただちにとり除かれる。資料利用の問題もまた、包摂説と客観的解釈理論との間の緊密な関係を示している。¹⁶⁴裁判官のより自由な立場にしてはじめて、資料利用に伴う危険をとり除くのである。

(163) 上述、九七頁以下を参照。

(164) 上述、九八頁を参照。

5 (日常の経験) 資料利用に関してたしかに役立つの

は、日常とそれに似た領域での経験である。共同体利益が、法規資料で確認される過程を経由することにより、法律条文を生み出した、ということは、経験的な、疑うことのできない現実である。無数の生活体験によつて明らかなのは、われわれが媒介項をより詳しく知れば知るほど、それだけより確かにある因果関係を判断することができるようになる、ということである。もしも、このような経験が立法利益と法律条文との間の関係の場合には役立たないというのであれば、このことはまったく理解しがたいこととなる。このことはまた、われわれが日常で集団的な表示の解釈にあたつても、たとえその基本的な特徴が、少なくとも、たとえば議会の審議の場合と同じ位にはっきりしている場合であっても、その予備的な審議を利用するのであるから、いよいよもつておかしなこととなる。商事会社や社団がある決議をすると、従業員は誰も、彼に知らされている議事を解釈の場合に考慮に入れることに、疑いをもつたりはしない。よしんば個々の事例で認識上の価値が不確かであっても、この手がかりを利用すれば、これをまったく無視する場合よりも、集団的利益は、平均して、よりよく守られるのである。

114

6 (法的経験) しかし、特殊法的な経験も資料利用について有利に語る。わたくしは、法規の解釈に従事する者は誰でも、成立史の認識が、原因をなす利益と立法する人間によつて

追求される目的の歴史的に正しい理解をもたらすのに、大いに適している、ということと意見が一致する、とおもふ。成立法史の理解をまづ初めて、立法者が何を望んだかということについての疑問をとき、なぜこのような意思が表見的にはかけ離れた表現をとったか、ということとを理解せしめるような、数多くの事例が存在する。成立法史の放棄は、言語上の偶然がもつ意味を高め、災いにみちた文言法学 (Buchstabenjurisprudenz) を促すことになるだろう。それ故、法律資料を顧慮することは歴史的解釈の本質的要素であり、そして効果利益と同様、立法的の確さを守るのである。

7 (立法の容易化) 資料の尊重はしかじまた、さらに次のような特別の長所をもっている。すなわち、このような資料利用に対する信頼が、立法の困難な仕事を本質的に軽減し、ありべき命令のあやまりを回避することを可能ならしめる、という長所である。法規範を決議するある会議での経過を観察した者は、間違つた言語的表現 (Formulierung) を避けることがいかに難しいか、わかるだろう。誤解される可能性が気付かれている場合でも、表現形式 (die Fassung) の変更がきわめてのぞましくないようなことがしばしばある。というのは、変更はあらたな誤解を招くことがありうるし、また、原則として、もはや正確に吟味することの出来ないようなさらに他の変更を必要とするからである。わが国の議会制定法の歴史は、か

115

ような事後的変更がいつも簡単に諸矛盾をもたらしたことを、示している。法律はたいいていの場合、事後的変更が多くなされれば、それだけますます技術的に拙劣なものとなる。もしも会議が、ある説明上の結論が法律の中にとり入れられなくても執行機関において尊重されるということとを、期待することができないような場合には、本質的な単純化ならびに処理の確実さも、可能となる。

これらすべての理由によって、公表された資料の顧慮は、たんに法としてのみならず、裁判所の義務としても、認められるべきである。

8 (個別的事例の区別) さらに次の問題は、事件のもろもろのカテゴリがもつ射程距離を、一般的な原理によって決定することがのぞましいかどうか、ということであるが、わたくしはそれを否定したい。ビアリンク (Bierling) はこのような試みをして、きわめて綿密な決疑論 (Kasustik) で行なった。しかしピアリンクはまさしく主観的法解釈の立場に立っており、立法者の意思の合致を証明しようと努力している。このような証明は、わたくしの考えるところでは、往々にして不可能である。またこのような証明は、その主張されている立場から見ても、無くても済むものである。(165) われわれにとって問題なのは、利益認識のための発見方法上の効果なのである。ところで、観点なるものが、徴表のもつ発見方法上の意義に関し

116

て、例外なしに当てはまるような規準を設定するなどということとは決してない、というのが、今日一般に承認されている真実である、といえよう。法規資料を考える上でも、個別的問題の位置こそが決め手とならねばならない。その場合に、ピアーリ、ンクの説明がきわめて価値のある手がかりを与えるだろう。わたくしは、ごく僅かの注意をすることにとどめたい。

資料の主要価値は、法律文言の成立をわれわれの眼前に示す、という点にある。その成立は、同一の条文中に沈澱しているところの、いろんな種類の思想の層を示すことがしばしばある。しかしこのような価値をその経過がもつのは、ただ経過を関連づけて評価する場合だけである。

法律成立にさいして現われる個々の表象がもつ発見上の意義は、その表象の人格的な幅、表象の言語的表現に対する関係、およびその表象の端的な質に依存する。

(a) ある個別の討議参加者の意見表明がまったく意味のないことがある。同じ提案であっても異なった理由をもつことがある。表象の違いはその影響力を完全に失わせてしまう。他方また、立法に従事する者すべてが、特別の表示により、ある法律規定について的一致した見解を表明する、というようなことが起こりうる。このような表示は、法律文言それ自体とほとんど同じ発見上の意味をもつ。

(b) 表象は、それが本来の任務、すなわち法律文言の作成とより緊密に関連していれば、それだけですすます大きな意義をも

つ。それ故表象は、それが法律条文の原因となる場合には、それが言葉を作り出すにせよ、あるいはまたその変更を妨げるにせよ、とくに重要である。しかし因果関係 (die Kausalität)

が無条件に必要というわけではない。⁽¹⁶⁶⁾ われわれが強調した実際の観点は、すべて、表象の法律条文に対する因果関係が確認されない場合も、他の要求を充たす付随的な表象だけでも顧慮される、ということに賛成する。もっとも、このような事例では、その説明が重要と思われたことを、要する。関連がうすければうすいだけ、所見は、共同体利益の存在について保証するところは、ますます少なくなる。核心にふれない所見は、それが共通に排斥される場合にも、しばしば論評されなままに終る。

(c) 表象は、それが錯誤に基づくときは、その発見的意義を失う。表象は、たしかに、裁判官が共同体利益を促進せんがために、その故にのみ、共同体利益を認識させるはずのものである。錯誤はこのような可能性をくじいてしまう。われわれはさらに、編集上のあやまち、すなわち立法委員たちの共通の錯誤が、解釈によって修正されうる、ということを知ることになる。⁽¹⁶⁷⁾ あやまった法律文言ですら拘束力をもたない。説明や理由の場合には、いよいよもって錯誤が顧慮されねばならないのである。

ヴェルテンベルク扶助法第一条の成立史は、経過についての異なった意味に関して適切な例を提供する。⁽¹⁶⁸⁾ この規定は、文字

通りに、プロイセン法から取ったものである。この模範の方は、解剖のために貧民の死体を供給することを排除するような、意図も効果ももってはいなかった。ところがヴェルテンベルクの理由書の中では、プロイセンの模範に対してこのような効果が転嫁されており、それゆえまた、同じ効果がヴェルテンベルクの模倣にも期待されたのである。このような理由説明は、なんらの発見的意義をもたない意見表明の古典的な例である。何故ならば、法律文言は政治的理由でプロイセンの模範から取られたのであり、それゆえ、埋葬上の利益を解剖上の利益に対して優先させるために表現されたのではないからである。理由書の所見はさらに、プロイセン法の内容に関する錯誤に基づいている。この所見が議会でいかなる反対にもあわなかったとしても、この所見から、従来の解剖法の排除を引き出すことは、やはり許されなかったであろう。当時の大臣 (der Kanzler) フォン・リュートメルン (von Rümelin) が大学の利益の危殆化を指摘したのち、この条文は修正されることはなかったが、解剖利益を守るという前提のもとに承認され、こうしてその文言が両議院により確認されたのであった。法律の裁可もこの前提のもとになされたのであるが、一方、公布された法律はこの前提については何も述べていない。決議の内容が法律文言を積極的に生み出すということにはならなかったのである。また、決議の内容が法律文言の変更を妨げたのかどうか、これも疑わしい。何故ならば、ヴェルテンベルクはプロイセン法を変更せずに継受

118

することに つよい関心をもっていたからである。(169) こうして、その法律文言に対する因果関係は不確かではあるが、立法委員のすべてが解剖利益の保護に価することを認め、かつそれを望んだ、ということを確認させるところの、表象が存在する。もし裁判官がこの再三述べた第一条から、一八六二年のヴェルテンベルク委任命令の廃止を引き出すそうとするとしたら、わたくしの考えでは、それは法律違背ということになる。

119

このような両極端の中間に、認識上の意義においてさまざまに段階を異にする、驚くほどたくさん諸過程が位置する。つねに注意を要するのは、これらの過程は、他の認識根拠と並び、かつ他の動機根拠と競合するところの、たんなる徴表にすぎないのだ、ということである。ときたま、わが国の今日の判例に対して、判例は、結果が実質的にのぞましいときは資料の内容を引き合いに出すが、他方、逆の効果をもつときは、同じ状態にある説明を、拘束力がないとしてしりぞける、という非難がなされる。このような処置は恣意的に見えることもあるが、にもかかわらずまったく正当なのである。このことはまさに、徴表は他の手がかりと一致するときは認識を提供し、しかし他の事例では、対立する衡量の平衡錘 (Gegengewicht) により徴表はしりぞけられることもある、という徴表のもつ特性なのである。ある結論が実質的にのぞましいということは、つねに、ひとつのきわめて重要な衡量である。ある結論の実質的なのぞましきは、実質的な理由がすでに法律施行の時に存在

し、かつ、その実質的理由がさらに法創造（Rechtsfortbildung）の方法で裁判に対して影響を及ぼすことがありうる限りにおいて、それじたいひとつの本質的な徴表である。

(165) Bierling, Prinzipienlehre S. 280 は、異なった側面からなされる表示の評価に関して、契約の場合と本質的に同じ原則を適用しようとしている。わたくしは、ピアートリンク自身（a. a. O. Anm. 67）によって強調される区別がこれと矛盾することになる、と考える。

(166) 原因ではない表象を顧慮すると、たしかに、法律条文の形態それじたいの原因とはならなかった諸利益も、あたかも承認されたかのように見える、という結果となる。しかし、そうであるのがまさしく解釈の意味における法規なのであって、法規の解釈上の概念（der Auslegungsbegriff）は法規の外形上の概念（der Erscheinungsbegriff）と同一ではないのである。
§ 12 Nr. 10. を参照。

(167) 後述 § 13 Nr. 5 および § 15 Nr. 9. を参照。

(168) Gutachten §§ 32ff. を参照。

(169) 第一に、法の統一性がのぞましかった。第二にしかし、審議においてくりかえし強調されたのは、ヴェルテンベルグにおける貧乏人に対して、法律上、プロイセンにおけるよりも劣悪な地位をあてがうことはでき

ない、ということであった。

9 (公表されない資料) 前述のような検討は部分的に、公表されざる資料にも当てはまる。官庁文書がある委任命令の成立についてまったく同じように価値のある資料を含んでいることがある。じじつこの資料はしばしば、成立過程がより統一のかつより単純である、という理由から、ずっと利用可能性がある。もちろん疑念も生ずる。公開されずにいるということ、決して拘束力をもった利用禁止の意味をもつわけではないが、それでもそのことが、裁判所すべてによる利用と、同時に、きわめて大事な判例の統一を困難にするからである。にもかかわらず、公開された資料と同等視する根拠の方が優越する、と言ってよからう。

120 証人に対し、彼の、立法過程に関する記憶を訊問する場合に、問題はさらに多少事情を異にする。立法作業において書面による確定がなされずにいる場合には、この過程を利用することは本質的に困難である。日常の経験も、このような訊問からそれ相当の収穫を得ることが原則的に望みうべくもない、という記憶の信頼しがたさを示している。裁判所とその証人にこのような訊問から生ずる割の合わないわずらわしさ、および、関係する証人の個人的利益が侵害される可能性もまた、¹⁷⁰ 訊問に対し不利にはたらく。
大審院（das Reichsgericht）は調査義務を一般的に宣言し

てはいるが、それを、裁判官の「鋭敏な感覚(das Feingefühl)」によって限定している。わたくしは、さらに先へ進むべきだ、と考える。民事訴訟法二九三条により、「遠隔地の」(entlegene)法規範の場合には、裁判官の裁量によって決する、ということ正当ならしめる根拠が、わたくしの考えるところによれば、このように「遠く隔たった」(entlegene)基礎を調査する場合にも裁判官の裁量に完全に自由な活動余地を保証し、民事訴訟法二九三条が類推適用される、ということの正しさを物語るように思われる。もっとも、裁判所がその権限を節制して用いることがのぞましいことではあろう。

(170) よしんば下級裁判所が重要な議会委員会の構成員を証人として訊問しようとするにしても、そのことはかなり堪えがたいものであろう。

(171) このような危険を指摘するのは、すなわち、クライン(Klein)である。上述、一〇七頁註(156)を参照。

(原島)