九州大学学術情報リポジトリ
Kyushu University Institutional Repository

ヘック・法解釈と利益法学（四）

法学理論研究会・訳

https://doi.org/10.15017/1732

出版情報：法政研究. 44 (1), pp.112-150, 1977-08-30. 九州大学法政学会
バージョン：
権利関係：

ヘック・法解釈と利益法学（四）

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
　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
Ⅶ　法令と利益法学　§21

（以上、四二巻四号）
（以上、四三巻二号）
（以上、四三巻三―四号）
（以上、本号）

Ⅴ　歴史的解釈とその補完

F　命令の訂正　§15

197

1　（法律変更の理論）　法的改革運動の機会において提起された指導原理のうち、規範的指導原理[299]（normativer Leitsatz）ほど注目をひきかつ全面的な反対をうけたものはなかった。この原理とは、裁判官は場合によっては、法律を変更すること、[300]つまり、自己の判決において現行法から離れ、法律に反した法を宣告する権限をもち義務を負うというものであった。

この指導原理が直ちに改革運動に由来するとはいえない。これはたしかに一部に限られてはいても、なお新しい傾向の特別の支持者とは考えられない研究者によっても主張されてきた。[301]コサック（Cosack）、エンネッケルス（Enneccerus）、そしてとくに、まさしくツイテルマン[302]（Zitelmann）によって主張さ

れた。まさにこの指導原理は、もともとすでに法律の客観的意味の理論に含まれたものであった。というのは、この理論によれば、解釈者は歴史的に意図された法律の内容から離れることを許されたからである。[303] さらに、この指導原理は改革運動の内部において非常に決定的な反対をうけることになった。自由法ないし社会学的方向のなかでも持に重要な三人の主張者たち、カントロヴィッツ（Kantorowicz）、フックス（Fuchs）およびグメーリン[304]（Gmelin）すら、この指導原理を決定的に拒否した。

ともかくも、この原理が改革運動との関連においてとくに非常に強く主張されていることは認めねばならない。特別の立場をとるシュタンペ（Stampe）があげられるし、さらに、ユンク（Jung）、ルンプ（Rumpf）、ベロルツハイマー（Berolzheimer）、シュミット（Schmitt）、ヴュステンデルファー（Wüstendörfer）そしてもちろんシュピーゲル[305]（Spiegel）もあげられる。その際に、この極端な異説の主張者たちが、一般的に論拠とするところは、これが実際上も永い間行なわれているものであること、およびこれが新たに形成される場合には、昔から成立し現在も存在する実務を率直に認識することだけを裁判官に要請するものであるということである。この理論の反対者をとくに挙げることは不要である。ただ、この理論はドイツの裁判官会議[306]によって徹底的に否定されたこと、およびビアーリング（Bier-

ling）もいかなる形においてもこれを斥けていることだけをあげておこう。

さて、疑いもなく規範的な対立が存在するが、この対立は論争をする際に同じ言葉が異なった意味に用いられることによって、実際よりもより大きくなるようにみえる。私が最初から指摘したように、[307] シュタンペは他の人が「自由な解釈」と呼んでいるものも「法律の変更」と呼んでおり、このことは他の側面についても認められる。[308] さらに詳しく検討すれば、この関連が確かめられる。まず、言葉の集合を作り、相互に対立する見解を何か一つの分母に通分することに成功すれば、相当に広範囲の接近と相互の理解とが可能であると私は信じている。

極端な理論についての主な責任は、客観説の極端な分派で、前に[309]「同一性説」（Identitätstheorie）と呼んだものが負っている。変更理論の代表者であるシュタンペ、[310] シュミット、シュピーゲル、ヴュステンデルファーについては、すでに同一性説の主張者としてみてきたところからも、このことは明らかである。同一性説の主張者たちは、「法律」と「法律文言」の区別を知らない。そのために彼らは、「自由な解釈」という周知の基本原則に非常に広汎な要求の足場があると信ずることが可能となる。これによって彼らは、裁判官が文言から絶対的に自由であることによって、法社会の自律性から実務上も自由となる

ことを要請せざるをえなくなるのである。

シュタンペは、彼が裁判官を以前の理論よりもより自由にしようとしたという意見に対して、非常に熱心に自己弁護をした。シュタンペは、法律の変更と呼ぶものを、ともかくも、最上級審についてだけ、しかも大災難（Massenkalamität）が起こりあるいは迫っている場合にだけ認めようとした。シュタンペのこの提案におけるように法律効果を制限することの方がまだ、他のすべての場合について同様に裁判官を文言に拘束しようとすることよりは、不利益な効果が少ないであろうという限りにおいて、彼は正当である。しかしこの第二の不利益は、第一の間違った理解の代償とはならない。

われわれの観点からこの理論について問題となるのは、非常に異なった多くの規範的問題を統一的な形式によって同様に解決しようとする試みである。そこで第一に、われわれはこの規範的問題を個別的にかつ分離して取り扱いたいと思う。ついで結論として、およそ総括をしたいと思えば、どのような形式が好ましいかという問題を考慮することになろう。

(299) 法律の誤った解釈が、永い慣行によって、慣習法となり、これによって法律が変わりうるという認識は、こうした規範ないし命令とは全く異なっている。この認識は何ら新しいものではない。このことは普通法のすべての代表者にとっては明らかなことであった。というのは、普通法におけるローマ法の変形は殆んどの場合このようにして実現されたからである。しかし、安定性の利益のこうした機能は、規範的問題に答えるについて重要ではない。時効取得が以前の他人の物について所有権を得させるとしても、そこにはまだ、他人の物を占有することが許されるとか、あるいは占有すべきであるという規範が存することにはならない。コーラー（*Kohler*）はこれをきびしく区別した（Jher. Jahrb. 25 S. 288）。ヴュステンデルファー（a. a. O. S. 233）がこの規範を推挙して発展史的な事実を援用するのは、私見では適切ではない。

(300) なるほど「変更する」という表現が使われているが、明らかに不適切である。というのは、この理論の最も徹底した主張者でも、法律から離れた裁判官の判決に、他の裁判所についての拘束力を認めてはいないからである。

(301) *Kohler* S. 59. *Cosack*, Lehrbuch d. BR. I § 11 a. E.（Recht der Wissenschaft）. *Enneccerus*, Lehrbuch I § 53, II and III. Vgl. auch *Heck*, Grosse Havarei, S. 190, 191.

(302) Lücken im Recht, 1903, S. 24 Anm. 14.「一般に欠缺が問題とされる事例においては、実は、特別の要件事実について一般的な原則とは異なった特別の法的

な取り扱いが法律において見られないということが重要である。欠缺補充の意味するところは、裁判官がこの特別の要件事実のためにその一般的な原則を破り、多くの場合は既存の他の法規を展開して新しい法規を発見することである。」

(303) 後出 Nr. 12 参照。

(304) *Kantorowicz*, Die Contra-legem fabula, in Deutsche Richterzeitung 1911, S. 258ff. *E. Fuchs*, Juristischer Kulturkampf, 1912, S. 115 Nr. 7 und frühere Schriften. *Gmelin*, Quous-gue? 1910, S. 5, 69.

(305) *Stampe*, Unsere Rechts- und Begriffsbildung S. 23ff. (DJZ. 1905 S. 1017ff.); „Die Freirechtsbewegung"(1911) S. 30ff. *Jung*, Positives Recht S. 32ff. は非常に限定的。疑問をとどめるものとして、Problem des natürlichen Rechts S. 16, 17. *Rumpf*, Gesetz und Richter, S. 77 und S. 153. Archiv f. R. u. W Philosophie Ⅲ, 202. *Berolzheimer*, Die Gefahren der Gefühlsjurisprudenz, 1911, Archiv f. R. u. W Philosophie. *E. Schmitt*, Gesetz und Urteil S. 111. *Wüstendörfer* a. a. O. S. 333ff. *Spiegel*, Gesetz und Richter S. 53ff. und S. 133.

(306) Prinzipienlehre 4 S. 275ff. und 385ff.

(307) DJZ. 1905, S. 1140.

(308) Z. B. von *M. Rümelin*, Archiv f. Civ. Prax. 97 S. 314ff., *Kantorowicz* oben Anm. 304, *Riezler* a. a. O. u. A.

(309) S. 135ff.

(310) シュタンペがこの関連を強調している。Freirechtsbewegung S. 30ff.

2 （三つの下位の問題） 規範的諸問題は、「法律」[311]の解釈概念の可能な下位概念にしたがって三つの群に分かれる。

第一に問題となるのは、仮の命令形象である「文言」、「条文の意味」および「外面的な法律の意味」についての裁判官の立場である。この命令形象に対しては、裁判官はつねに認められる法律意思を優位させねばならない。裁判官はこれに対して全く自由な立場にある。これを訂正することは、なお命令の包摂（Gebotssubsumtion）である。

第二に注目されるのは、法律の位置（Gesetzesstelle）が歴史的にもってきた命令観念（Gebotsvorstellung）について裁判官が十分な資料にもとづいてえた一定の形象である。この形象もまた、すでにみたように、必ずしも決定的ではない。認められるべき社会的利益がこれを要求し、かつ安定性の利益が妨げとならないならば、裁判官が介入できる。そこで問題となるのは、この裁判官の条件付の権限が瑕疵ある規範の補充だけではなくて、現存する個々の命令の拒否にまで拡げられるかどうか

201

ということであり、たんに真正の欠缺だけがあるのか、あるいは不真正の欠缺（ツイテルマン）もあるのかということである。さて、この問題は私の見解によっても、一定の場合には肯定されねばならない。裁判官はこの場合には、文言的および論理的に可能な包摂を否定すべき権利と義務をもっている。この場合の裁判官の行動は、評価的命令形成(wertende Gebotsbildung）の範疇、つまり命令の訂正または命令の否定という下位概念に入ることになる（逸脱の理論 Abweichungstheorie)。

第三に、裁判官はおよそ法的に保護される利益の全体像に対立している。この目的観念（Endbild）は裁判官にとって直ちに決定的である。意図された利益保護の抑制は、安定性の利益のためだけでなく、法社会の自律のためにも、許されない。これと異なった処理は、法律の無効（Gesetzesvereitlung）とよばれる。

この三つの指導原理のうち、第一のものは上の説明(312)から明らかである。他の二つは、さらにくわしく規定し、理由づけられねばならない。このより詳しい根拠づけは、ことに第二の指導原理について必要である。この原理は多くの読者をびっくりさせることだろう。それは一見して全面的に否定された法律変更の理論への迎合をふくむようにみえる。そして、あのように強く力説された法社会の自律性および一般的にも私自身も主張した理論であるところの、裁判官は法律を補充はできるが訂正はできないという理論と矛盾するようにみえる。しかし、この指導原理は、それにもかかわらず正しいし、新しいものでもない。矛盾はたんに表見的なものにすぎない。

(311) 上述九二、九三頁参照。

(312) とくに一三章上述一三八頁以下参照。

202

3　（日常経験）　この指導原理にとり有利な根拠となるものに、まず、日常事象と対応領域の観察がある。

二つの主導的な形式、つまり瑕疵ある命令の補充と現存する命令からの逸脱とは、日常的にもともに許されるものである。軍隊における部下が示すべき自主性（Initiative）によって、命令されない行為に着手することになるだけでなく、命令が明らかに錯誤に基づくか、予見できない事情の変更が生ずる場合には、受けた命令に従わないことにもなるのである。敵とされた者に占拠された高地を砲撃せよという命令をうけた砲兵士官は、命令付与者が間違っており、認められる軍隊は友軍に属することを確認したり、あるいは頂上はその間に敵が退却して友軍によって占拠されたことを確認すれば直ちに、この命令を実行することはないだろう。その際に、彼は良心の葛藤を克服する必要は全くなく、うけた命令の内容から逸脱することをしごく当然と考え、不服従とは考えず「唯一の正しい可能な理解」と考えるだろう。この自立性（Selbstbeständigkeit）の原則的な拡張は、二つの理由に基づいている。従者の自主性の主な

理由は、主人はありうる事実状況を見通すことができないということにある。こうした観察の欠缺（Anschauungslücken）によって、適切な命令を出さないことになったり、利益に反する命令を出すことになったりする。主人の利益を守るためには、積極的な自主性が要求されるとともに、命ぜられてはいるが不適切な行為をしないことが要請される。しかし第二に、多くの場合には、積極的な行為は受けた命令に違反することと全く分離されない。積極的な行為は何か他の行為がなされないときにだけ可能となる。

従者が同様に二つの形式の処置を進んでなすべきかどうかという問題については、三つの観点が観察さるべきである。

第一に、命令秩序（Gebotsordnung）の傾向が問題となる。(a)命令秩序が、直ちには拘束力をもたないが、観察された事実状況についてはなお完全な「行為の綱領」（Verhaltensprogramm）と考えられる場合には(閉ざされた秩序 geschlossene Ordnung)、二つの形式は分離されない。完全性を求める傾向によって、諸命令は「例外を否定する」内容をもつことになり、積極的な行為命令は、そこに含まれない要件事実についてはあたかも「消極的な内容」（negativer Inhalt）をもつようになる。そこで、命令の補充によって[313]、この大前提つまり消極的な内容の訂正[314]がなされる。(b)命令秩序がより談話的な特徴をもち、あたかも、規律されていない事実状況の中間領域によって分離されている個々の積極的命令の複合のように見える場合には、従者は、自由な中間領域においては、命令の出された事実状況においてよりもより自立的に行為することが許されよう。

第二に、一般的には、命令の脱落（Versäumnisse）が積極的な命令の瑕疵よりもより多く生ずるということが、経験則として妥当しよう。瑕疵が問題であるかぎりでは、従者は積極的内容を訂正するよりも、消極的内容を補充したり否定したりする決意をする方が容易である。

第三に、しかし上述のことから、たとえば軍隊の規律のような副次的な利益もまた、欠落を認めるよりも積極的な命令の瑕疵を認めることによって、より強く危険にさらされることになろうということが分かる。

これらすべての理由からして、原則的には許される場合にも、なお、厳格な意味での命令の補充に対して命令の訂正は後退することが明らかである。

(313) 士官がある地点を防御し、予想された事態が生ずれば退却せよとの命令をうけた場合には、第二に指示されない事由によって退却することは、退却命令の補充であると同時に防御命令の離脱でもある。

(314) 消極的内容の発見的な利用は、周知の反対の議論（argumentum a contrario）、逆推論（Unkehrschluss）

によって生ずる。

4　（裁判官による命令訂正）さて、この日常的な結果は、裁判官の活動を評価する際にも、確証されることになる。裁判官の命令形成は、瑕疵ある個々の命令の補完、つまり真正の法律要件欠缺の補充に制限されるのではない。そうではなくて、これは不適正な命令の訂正、つまり、ツイテルマンの不真正な法律要件欠缺にも拡張さるべきである。

裁判官の命令形成への要請は、二つの欠缺群においては同様に重大でありうる。この欠缺の確定は、まさに述べたように、現存する命令が認められる社会的な利益を保護するために十分であるかどうかを吟味することに基づいてなされる。

この判断は、保護に価する利益が歴史的には証明できない命令によって保護される という結果になることもあろう。しかし、全く同じ規準によって、歴史的に認識できる命令がこうした諸利益を害するような事例があることを認識することにもなる。発生史的には二つの欠缺群は多くの場合は共通の帰属である。これらはともに、原則として、立法上の規律の阻げとなった観察の欠缺（Anschauungslücken）に基づいている。観察の欠缺によって、適切な規範に瑕疵を生ずることになったか、あるいは不適切な観念を形成することになったか、あるいは両者を結びつけることになったかを決めることは、評価にとってはどうでもよい事情である。立法上の欠落が補充されるだけでなく、立法上の命令の瑕疵が訂正される場合にだけ、意図された利益保護を十分に満足ゆくまで貫徹することが確保される。

205

裁判官の自主性に対して見られる反対の論拠もまた、直ちに上述の区別に左右されるのではなく、主として、具体的問題についてのこれとは無関係の他の事情に条件づけられている。

二つの形式は判決においても相互に十分には区別されていないという理由からも、両形式を許容することが必要である。[315] 日常的にありうるものとされる欠缺補充の妨害、つまり、本来の意味で（i. e. S.）、積極的命令の消極的内容による欠缺補充の妨害が、一定の程度まで存在する。ツイテルマンは、当時、法律を完結的な秩序と把握し、それ故に消極的内容を一般に認めた。この前提からは、彼が法律要件の欠缺（真正の欠缺）を否定し、裁判官が慣習法に従って法律変更の権限をもつ場合（不真正の欠缺）だけを確認したとすれば、これは全く一貫していたことになる。ところが、私の見るところでは、ツイテルマンは余りに行きすぎていた。[316] 多くの真正な法律要件の欠缺があるが、これは不真正の法律要件欠缺とはっきりは区別されない。ツイテルマンの理論は正しい核心をもっている。たとえば、わが民法典には、歴史的にみて二つの考え方が妥当してきた。人は生活上の要求に法を形成的に適合させることができるようにしてきた。しかし他面、裁判官には、相当に十分な、相対的に完全な行為綱領を与えるべきであると信じてきた。これによって、積極的な命令はしばしば否定的な内容をもつことにな

り、これがさまざまの広がりと、とくに様々の強さをもって現われる。裁判官は、欠缺を意図に即して補完しようとするが、しかし、命令観念が利益に反し、その事例を予測せず、瑕疵あるものでも、これに無条件に従おうとする場合には、補充を諦めるか、あるいは正当な歴史的認識を放棄せざるをえないことが非常に多いだろう。命令形成の二つの形式を根本的に認める者だけが、命令秩序に欠陥がある場合にも、認識された法律目的を実現することができるだろう。

(315) そのことは、*Jung*, Positives Recht S. 34ff. によって、正当に強調されている。

(316) *Bierling* a. a. O. S. 385ff. の論争を参照。

5 （制限） 命令訂正の権限と義務を保障することによって、歴史的に認識できる命令観念を無視することを、何らかの仕方で、促すことになってはならぬこともちろんである。歴史的な命令観念は、原則的には、社会的な利益を認識するための最も確実な手段であって、それ故に、拘束力をもつ。さらに、命令を拒否する場合には、裁判官の自主性を一般的に制限することがとくに有効となる。命令が現存する事実状況のために定められたものではないか、あるいは瑕疵をふくんで形成されたものである場合にだけ、裁判官は命令を超えることが許されるということは、上に強調した。この条件のもとでも、安定性の

利益がこれに反すれば、命令をこえることは許されない。この制限は、命令の訂正にとっては非常に重要である。ことに、命令内容の範囲内における区別が尊重されねばならない。他の観念におけると同様に、命令者の命令の観念においては、注目の中心となった核（Kern）と周辺（Hof, Rand）、つまり余り緊張せずに把握された要素とを区別することができる。ところで、逸脱が許されるのは、非常にまれな例外を除けば、この周（Hof）や「辺」（Rand）にかぎられる。それは二つの根拠による。第一に、観察の欠缺や命令の瑕疵がありうるのは、まさに立法上の観点の範囲の限界に存する事実状況における方が、中心領域におけるよりはるかに多い。しかも第二に、安定性の利益は、命令規定の中核における方が、その周辺におけるよりより強大である。積極的規定の消極的内容が、前述のように、相当の範囲において認められる。しかし、まさにこの消極的内容は、原則としては、この観念の周辺のぼやけた領域に属している。それ故に法律の補充(317)の任務において命令の訂正が許されるのは、殆んどつねに、「周辺の訂正」（Randberichtigung）だけである。非常にまれな例外的事例、つまり非常に重大な立法上の瑕疵においてだけ中心部が問題にされることがある。時代的に適合させる場合および調整する場合には、命令の訂正はさらに拡がる。すべての場合において、固定した規範を形成することはできないことによって、裁判官の法形成に付される制限が重要なものとなる。(318)

(317) 上述一七三頁以下。
(318) 上述一八二頁以下。

6　(主な正当性)　この指導原理は、こうした内容によって、法社会の自律性(319)と矛盾することも、歴史的な命令解釈の原則と矛盾することもなく、これらと共に作用することによって、直接に促進される。法社会の自律性は、法律において妥当すべき諸利益を満足させることを、裁判所に義務づける。命令解釈の原則の教えるところによれば、この目的を達成しうるのは、包摂が論理的に可能であればつねに命令観念に包摂することによるのではなく、包摂が立法上の利益を害するのであれば、包摂を断念することによってだけである。この結果において、われわれの解釈理論は歴史的な観念の探究とは区別される。この「主観的な」解釈理論は、命令観念の調査によって、その終局目的を達成する。それ以上の法律内容は存在しないし、ビアーリンクにおいて明確に示されるように、裁判官は確定的に拘束される。これに対して、命令観念には裁判官の保護すべき社会的利益を認識する手段だけをみとめるとすれば、認められた命令観念に事実状態を包摂することを拒否することが

(319) 上述一三頁以下。

208

7　(制限解釈)　ある事実関係を含む個々の命令の訂正や否定は、今では実務上も、たしかに論理的な処理がつねに認められることがなくとも、たえず行なわれている。その際には、周辺の訂正が典型的である。命令がその全内容において否定されるのではない。ただ一定の適用事例について瑕疵を含むにすぎない。それ故、限界領域だけが否定される。命令観念はその歴史的な内容と比較して制限される。

この指摘によってすでに示されているように、周辺訂正の典型的な事例は、「制限的な」解釈(320)にみられる。この教科書的な表現によって、「拡張的解釈」と同様に、そしてより高い程度において、二つの論理的に区別すべき事象が指摘される。第一は、文言の訂正である。歴史上の探究によって、認識され、利益に適合して形成された法律要件の観念が文言上はなお他の事実状態を含む表現をとっていることが明らかとなる。立法者は正当に考えたが不当に表現したのである。しかし第二に、非常に包括的な法律要件の観念が利益に適合した事実状態に制限され、それによって命令が事実上訂正される場合には、同じ名称を用いる。立法者は正しく表現したが、全く正しく考えたわけではないのである。この二つの手続もまた、制限的な解釈として、そして全く許容されるものとして、行なわれていることは、見落さるべきではないと思う。特に認められる全体的目的観念によって、文言に適するよりはより厳格な法律要件が要求される場合には、制限が許されるものと取り扱われ、食い違いが文言

209

上の瑕疵によるものか、あるいは命令の瑕疵によるものかを吟味するまでもない。事実、法律の意図と文言の区別だけは認められるが、心理的な事態は認識されない場合には、こうした前提問題を決定することが全くできないことも多かろう。区別のない取り扱いができることによって、命令の制限もまた許されるものとして妥当することが証明される。まさに、法律文言を注意深く選択する場合には、多くの事例において、ありうることあるいは確実なことは、次の通りである。つまり、余りに包括的な文言は必要な制限を看過ごしたことに基づくもので、この制限に気づき、意識的に制限しようとしたが、この観念を文言として表現するに至らなかったことに基づくものではない、ということである。制限的な「解釈」という言葉によっては、文言上の訂正に関連する根拠は提供されない。日常においても、認められた命令観念を目的に適合させることを、なお解釈に入れることを常とする。二つの理論的には区別できる行為も、まさに実際上の実行においては溶け合うことになる。わが実務が行なっているように、命令の目的を実現するために命令を制限することは、なるほど、論理的な評価にとっては、認められた内容の観念の変更であるが、一般的な生活上の観察によれば、決して不服従ではなく、意味に適合した補完にほかならない。この意味はまさに内容の観念に制限されるものではない。[321]

ほとんど核の訂正に隣接するが、十分に是認できる徹底した命令制限の事例を示すものとして、商法典（HGB）六七条一項および四項についての大審院（Reichsgericht）の判決、六八巻三一七頁がある。

解釈すべき条文によれば、「（行為補助者の雇用においては）契約によって短期または長期の告知期間が条件となっている場合には、これは双方にとって平等でなければならない。」さらに四項によれば「この条項に反する合意は無効である。」大審院はこの規定を、不平等が行為補助者に不利である事例に限定し、行為補助者に有利に合意され、補助者に主人より短い告知期間を与えた場合には、この不平等を適法と表明した。

大審院はこの制限を、もっぱら、その成立史と法律自体から明らかな通りの法律の目的に対応するものであるということによって、[322] 根拠づけている。「このような結論（行為補助者に有利な不平等の排除）が法律とは結びつけられなかったことは、確かに認められる。」判決は結果においては全く是認できるが、命令訂正の典型的な法律要件を示している。行為補助者を搾取から保護しようと努力する場合に、期間の差異によって不利益をうける非常に多発の事例だけを考えたが、これに対してまれな事例を対置することはなかった。その結果、形成された命令の法律要件要素は、たしかに考えられた事例においては確実に存在するが、それ以外に、考えられなかった事例においても存在することになった。しかし、この観念は文言上正しく表現されている。立法上の要素として、二つの事例群が考えられ、異

なった取り扱いの観念があったという仮定は、文言上の規則によって、完全に排除される。このような観念からは現在の見解が出てくる余地は全くなかろう。それ故に、補助者に有利な場合には法規を適用しないということは、方法論的に評価すれば、命令の訂正を含むことになる。

(320) 上述一九六頁参照。

(321) 上述三五頁以下参照。

(322) *Wüstendörfer*, a. a. O. S. 341, 342 がこの判決を重視したのは正当である。しかし、彼が、大審院はここで「立法者の意思に即して述べた」とし、「社会的な法目的」についても、歴史的な法目的についてと同様に、尊重する価値がある、と指摘している場合には、私は彼に賛成することができない。

(吉村)

211

8 (類推の側面効果) 縁の訂正 (Randberichtigung) という意味での命令制限の承認は、法規類推の承認からも一般的に生じる。法規類推だけを承認することは、二つの作用が条件付け合って同時に起こるところでは貫徹し得ない。そして、そういうことは思いのほか多いのである。拡張解釈ないしは所与の法規の類推的拡張は、普通、ある大前提もしくは逆の事を命じている類似規定、すなわち二者択一的規範の制限解釈を前提にしていることがしばしばである。所有者のイミシオーン受忍の規定を他物権に転用する者は、(323) 権利者のために発せられた一般的保護命令を制限している。プラチナを鉱業権の対象にしようとする者は、土地の構成要素を土地所有者へ割り当てることを制限せざるを得ないであろう。

(323) 上述一七四頁以下参照。

9 (編纂過誤) 少なくとも私法では圧倒的に認められている、(324) 広い領域——命令訂正のそれ(訳者註)——を形成しているのは編纂過誤である。この領域においても、命令観念の瑕疵はその他の瑕疵からまったく区別できない。誤植が立法者によって認可されている法案を歪めてしまっているとしても、命令観念はこの条文の内容に律せられる。それは不明確ではあろうが、しかしもともと包括的なもので、解釈によって元来の条文を復させることは歴史的にみとめられる命令観念の訂正をふくんでいる。もっともそれは観念の量において行なわれるそれではあるが。

(324) 上述一四五頁註(218)参照。

212

10 (調整) 時間的な適合を図るときと調整をするときには、もっと広い拒絶——命令のそれ(訳者註)——が必要とな

る。最初の点については、ラーバント（Laband）すら[325]無視説（Ignorierungstheorie）を主張しているということに言及すれば十分であろう。調整問題については、特別な性質を持った例が出される。二つもしくはそれ以上の、その内容において直接に相反する命令は、同時に実行し得ないので、それらの内の一つが譲歩しなければならないか、両者が訂正されるかになるということは、明白であり承認される。ところがその上で一つの命令を基礎づけている評価と、もう一つの命令ないし評価との矛盾にぶつかり、調整が必要となってくるのである。ともすれば害されかねない法的安定性の理念への考慮は、多くのばあい、保護に値すると認められた利益を歴史的な命令内容に反してさえ守ろうとする要求に屈してしまう。前述の、命令を他の命令の類推適用によって制限することは、部分的にはこれに属する。しかもその上になお、我々はあるいは単純なあるいは困難な他の問題に遭遇する。周知のような、一般的に考えられた命令の、それと矛盾する個別命令による制限、すなわち一般法の特別法による制限が単純な例を示す。たとえば、法律行為の絶対的無効の制度――それは他の命令によって保護に値すると認められている利益を害することがしばしばである――から、より複雑な課題が生じる。

個々の問題の解決についていかにさまざまに考えようとも、調整問題の場合には、個々の歴史的に認められた命令観念の訂正が必然であり、躊躇なく実行されているということは争い得ないであろう。もちろん、そのような事例でも、イニシアチブの制限が関与するであろう。矛盾した評価を示すような法秩序は、多くの領域、たとえば憲法で、基本的秩序を不確実にし裁判官の判決の変遷にゆだねてしまうような状態に比べればはるかに現実的な価値をもちうるのである。[326]

（325）上述一七七頁参照。

（326）上述一八九頁以下参照。

11　（非典型事例）　これまで述べてきた命令訂正の承認されている事例は、もっぱら、法規目的に即して訂正されるような典型的命令が存するという共通の一事を有する。観察欠缺、評価の不一致、編纂過誤は、今日、もっとも多い瑕疵の原因である。しかし、次のような場合に裁判官に同様の任務が承認されないか、が問題となる。すなわち、非典型的瑕疵が事例の個別事情から来ていて、立法上の効果利益はただ命令内容の改造（Umgestaltung）によってのみ守られ、安定性の利益がなんら障害とならない場合である。私は、この問題は基本的には肯定されるべきだと考える。一般的に承認されている事例以外においても、法規の意図は法規の用語だけでなく、用語の背後にある内容観念にも優越するものでなければならないし、裁判官は立法者の「真正の意思」を発見し実行しなければならない。

もちろん、その場合、漂砂の危険（Triebsandgefahr）と限定可能の必要性が顧慮されなければならない。私は帝国財政改革から見本例を引きたい。一九〇九年七月一五日の帝国印紙法は、一九一三年七月三日の法律によって変更されたのであるが、[327]他の法律と同様、会社財産を会社構成員へ譲渡する場合に印紙の部分的免除を認めている。これはまったく正しいと思われる。というのは、社員は彼が得る権利との関係ではすでに以前から実質的な利害関係者だったのだから。免除にとって自然な基準は、会社財産に対する社員の持ち分である。しかし、帝国法は旧法[328]とは異なり別の基準を採用した。免除は、すべての会社について、社員の「人数」を標準とすることになっている。基本思想からのこの逸脱が「平均規範」、「単純化された計算法」として正当とされるのは、せいぜい、たとえば合名会社や税率表上その後に挙げられている会社のように、財産の持ち分ではなくて社員の数がすぐに証明できるような会社形態についてであろう。しかし、この規定は、他の会社形態のように持ち分が証明できるところでは、完全に不合理である。株式会社、株式合資会社、権利者に持ち分証書を発行している移民会社では、この規定は、しばしば単に不合理となるだけでなく、株主の人数はふつう知られておらず絶えず変わっているので、実行不可能にもなる。法の適用はいかにあるべきであろうか。株主が彼に保証されている利益保護、すなわち印紙免除を立法

214

215

者の誤解のために失うというようになるべきではない。法規命令に直接矛盾することにはなるが、人数に従ってではなくて株式の数に従って免除をきめるより他にない。それ故、この事例では、命令が制限されるというだけでは足らず法規の命令内容がもっぱら他の立法的効果利益によって、それにふさわしいように取り換えられなければならない。縁の訂正ではなくて核の訂正（Kernberichtigung）が必要である。この結論は、それ故、無記名会社（die Inhabergesellsaften）に関しては明白に決定的である。しかし、漂砂は決してやむことがない。もしそれが記名証券を発行するならば、この会社形態をどう考えるべきであろうか。有限責任会社や鉱業会社はどう考えればよいであろうか。これらの事例では、規定は不合理なだけで実行ができないわけではない。ここではもちろん、不合理というだけで十分であり、それ故、この事例では合名会社にいたるまで全領域で改造を行なわなければならないと信じる。更に困難な問題が生じるのは、明白な過誤それも編纂における過誤ではなくて事実判断におけるそれを考えた場合である。法規の規定が、事実関係についての錯誤に基づいてつくられている。法律行為の術語を使っていえば、動機の錯誤が想定されることになろう。表示説の信奉者は、訂正をただちに拒否するにちがいない。しかし、表示説は支持し得ない。法律行為の場合に動機の錯誤が重視されないのは、受領者の信頼利益に基づくのだが、それは法規の解釈の場合には問題にならない。生活における命令解釈

は、上述した砲兵隊の例が明らかにしているように、明白な動機の錯誤も考慮している。法規の場合にも、立法上の利益がもっとも安全に守られるのは、見落とされた関係が新たに生じている関係と同様に取り扱われる場合である。他方、事実の確定は立法者に留保されている利益評価と密接に結びついている。事実の錯誤が立法関係者すべてについて一様に決定的であったということ、もし錯誤が存在しなかったなら社会的利益はどのような結果を導いたかということは確定できないのが普通である。従って、そのような事例における命令訂正は決して原則的に排除されるわけではないが、ただ、この仮定の確認が困難なために非常にまれにしか生じないであろう、と信じる。(329)

(327) 一九〇九年七月一五日法の税率表一一号（不動産譲渡）は、cで課税の対象として次のことを表示している。「株式会社、株式合資会社、鉱業会社、有限責任会社、合名会社、合資会社、移民会社ないしこれと同等の会社、民法上の組合ないし社団、協同組合から会社財産を社員もしくは社員権（Sondereigentum）の相続人へ譲渡すること。」計算に関する補足は次のように言う。「社員権の対象となる財産で社員の人数に従えば当該社員の分け前になる部分は、印紙税の計算の場合に算入されない。」一九一三年七月三日法は会社形態を区別して挙げており（税率表一号、a・b・c）、不動産のかわりに一般的に「物ないし権利」と規定している。しかし、計算の基準は残されており、すべての会社形態、従って資本会社についても、その適用の余地がある。

(328) たとえば、一八九五年七月三一日のプロイセン印紙税法の税率表二五号参照。「印紙税の計算の場合、社員権の対象になる財産で当該社員の会社持ち分に相当する部分は算入されない。」

(329) *Bierling*（Prinzipienlehre 4 S. 289）と *Stampe*（Unsere Rechts- und Begriffsbildung S. 27）が例として使っている事例では、錯誤によるということが明白ではないように思われる。のみならず、この事例では、強い安定性の利益が訂正的解釈に対立してさえいた。

12 （補完説による承認） 命令訂正の実際的取り扱いとともに、こんどは、あまりはっきりとではないにしても特に補完利益における客観的意味の理論に表われている理論的承認にも注目しなければならない。

これを基礎づける中核思想は、その自覚的な主張者達にみられるように、歴史的に認識可能な命令観念が単に不十分であるだけでなく、そのままのかたちで適用されるのは相当でないことが多いということである。それ故、次のことが立法者の一般

的意思ということになろう。すなわち、法規の用語には、歴史的に認識可能な命令意思ではなくて、それによって「生活関係が目的的かつ調和的な方法で」秩序づけられるような意味が付与される、ということである。(330) ここで想定されている一般的意思は、私としても完全に承認しうるし、社会的利益の要請にもかなっている。その内容についての考え方の相違も、さしあたりここでの問題にとって決して重要ではない。客観説は、かの「客観的意味」の認識はその目的にむけられ、それ故たとえば購入品の瑕疵（Kaufmängel）を錯誤に入れることのように、歴史的には真実だが矛盾を生み出す観念は意欲されなかったものとして認識される、とする。我々の見解は、とらわれない認識の必要性を主張するが、そのかわりにその結果を拒否する可能性を認める。最終的結論は同じである。ただ、二つの機能の意識的区別はその混同より効果利益によりよくかなうと信ずる。

217

しかも、立ち入って考えれば、歴史的解釈をとれば必然的に、裁判官に上述の範囲での命令訂正を認めることになるということが明らかとなる。この明白な承認をすべての事例について拒否し、しかも文言法学を避けようとする者は、客観的解釈のヴェールをかぶった認容へゆきつかざるをえない。(331) 歴史的解釈のもっとも徹底した主張者であるエンネッケルスがやはり明白に命令訂正に賛成しているのは正しい。エンネッケルスは、我々が強調した二つの内容的に異なる変種をすでに区別している。我々の「縁の訂正」が彼の場合「制限」（Restriktion）に相当し、「核の訂正」が「修正的変形」（abändernde Umwandlung）に相当する。

(330) *v. Tuhr*, Handbuch S. 37 の「法規の意思」という表現参照。また、*Binding*, Handbuch S. 456, 457参照。「法規は、合理的に解釈する民族精神がそこから引き出すものを考え意欲している。」「解決不能な疑問が法規から生じる場合、真の法的意思に関して決定的なのは、立法者にとって法規制定の動機であった個人的見解ではなくて、対立している解釈の一つがもつ合理的根拠の重さである。法的不明確性があるのは、諸根拠の重さがひとしいときである。」

(331) Lehrbuch I § 53, II und III S. 114, 115.

218

13　（無視説）　我々の見解と並んで、不真正欠缺の他の取り扱い方法、すなわち「無視説」がある。(332) それは、我々がすでに時間的適合の際にみたものであり、法規の執行に関しても主張され、実務上、意識せずに誤って行なわれることも少なくない。

我々が強調した「法規」の下位概念を区別せず、「法規」と用語とを同一視しているが、やはり歴史的な法規目的の存在に

目をつぶることのできない者は、[333] 命令観念を完全にとび越えて、法規規定を立法者が観察した利益状況にのみ関連づけることになりかねない。この原因たる利益状況は、ついで、法規の要件に投影され、条文に定められている要素と取り替えられる。この取り扱いでは、すべての観察欠缺が必然的に真正の命令欠缺をもたらすことになる。[334] 観察されなかったものは、まったく規定されていない（原因が消滅すれば、法自体が消滅する（cessante ratione cessat lex ipsa）[335]）。

我々は、命令観念は裁判官にとってただ立法利益についての認識手段としてのみ役立つということを、我々の方法の基本思想として設定して来たので、そうすると、我々の方法はそのまま無視説に通じるという考え方がでてくる。なぜ裁判官はすでに認識を得ている場合にも認識手段を気にしなければならないのか、と。しかし、これはまさに事実ではない。歴史的目的は、第一次的事実的な利益のみを示す。裁判官は、判例の安定性についての社会の第二次的利益も考慮するのである。観察された利益状況よりも構成要件要素の方を重視することは、決して単に簡潔な表示という目的に役立つだけでなく、動機とされている利益状況自体が可能にしたであろうよりもより確実かつ安全な支点を判例のために提出する。[336] それは、少なくとも指示として機能する。それ故、無視説と逸脱説（Abweichungstheorie）は、完全に自由なイニシアチブが許されているところで

のみ、ほとんど同一の実際的結果を導く。とすれば、最終的結論のところでは、「原因が消滅すれば、法自体が消滅する」という命題が妥当する。それに対して、無視説は、重大な安定性の利益が関わってくると、完全に誤りとなる。それ（安定性の利益）が優勢であるかぎり、反対の命題「原因が消滅しても法自体は消滅しない」（cessante ratione non cessat lex ipsa）が妥当しなければならない。[337] 命令観念の探究のみが、裁判官の制限付逸脱権能と結合して、第二次的なものをもふくむすべての利益を適切に考慮することを可能にするのである。

（332）上述一七七頁以下参照。

（333）これは、*Wüstendörfer*, a. a. O. の立場である。以下の§20参照。

（334）この方法で、たとえば *Spiegel*（Gesetz und Recht S. 133）は *Zitelmann* の不真正法規欠缺を除去する。

（335）この過程をよく示す一つの実例がある。一九〇三年八月八日のヴュルテンベルク所得税法八条一〇号は、「官吏と雇員並びにその親族と遺族の扶養と援助のために設けられた、公的管理下にある財団及び施設の資本と利子からの所得」に免税している。その理由として、そのような財団は「本来」国家が「なすべき」であることを行なっている、ということが挙げられてい

た。試補時代の試補を援助する財団には税の免除は許されなかった。というのは、その理由づけにより本質とされる「国家のなすべきこと」が証明されないからである。

(336) 註(325)〔(335)の誤り―訳者〕で挙げた例では、「国家の本来なすべきこと」は正に「理解しがたい」構成要件要素ということになろう。

(337) 無視説は日常の経験にも合致しない。誰かがある利益状況の観察に基づいて一定の要素を構成要件として設定し、それに従者の行動を服せしめる場合、彼は、自分の命令に主張されている要素ではなくて観察された要素が挙げられているかのように理解されることは望まない。主人の考えは、要素が存在すれば命令された行為が行なわれるべきである、ということである。従者は利益にかなった服従の領域では、その行為が利益に反すると思われる場合それを中止すべきである、ということはそのことと完全に一致する。命令はまさに「私の利益を守れ」(salva utilitate mea)に行きあたる。その中止は主人と従者から見れば完全に正しいが、やはり認識された個別命令からの逸脱と考えられる。

14　(法規挫折)　法規の変更という公式の下におこりうる第三の行動様式、つまり法共同体によって意図された利益保護を無にしてしまうことは、裁判官に禁じられている。個人的利益が排除されるのは当然である。しかも、裁判官が、新たに公布された法規はその全内容からして法共同体にとって有害に機能すると確信しても、彼はやはりそれに従わなければならない。彼の判決に同意するのが少数であってもそうであるし、法仲間の多数が彼の見解に同意してもそうである。最後に挙げた(338)種類の事例はまれではあるが決してないわけではない。絶対君主制においては、法規が公布のときすでに、極めて一般的かつきびしい反対に会うことがある。同様のことは、我々立憲国においても、命令について考えうる。裁判官はそのような事例の場合職をやめてもよいわけだが、職についている限りは、彼は立憲的形式をもって通用している利益に従わなければならない。法共同体は、裁判所がその命令を執行することをあてにしうる。このように裁判官が立法権力に従うということは、すでに述べたように(339)、我々の憲法の基本原則であり、それは原理的に争われないし、それに疑いをはさんでもまったく無駄なことになろう。この法規信頼(Gesetzstreue)(340)の原則は、例外を許さない。ヴュステンデルファーは、法規の目的に反する判決も次のような場合には認めようとする。すなわち、裁判官の確信によれば、「民族ないし当該民族グループの指導的文化層の、明白に認識できる一般的価値判断が、彼をして決断せしめる切迫した社会的必要性を明白に示している」場合である。この公式

はまったく融通無礙である。というのは、使用されている「一般的価値判断」、「指導的文化層」、「切迫した必要性」という概念は、非常に不確定的だからである。[341] しかも、その主旨はやはり間接的に法規信頼の原則を毀損する。それは、上述した事例では、たった今公布された法規を裁判官が拒否することを正当化するであろう。[342] ヴュステンデルファーがそのような権限の必要性のために挙げた個々の例証[343]は、決して納得のいくものではない。ドイツ法に関しては、次のことが挙げられているだけである。すなわち、一二六条は書式（Schriftform）の場合に複写による署名を認めていないにもかかわらず、指図証券の場合にはこの代用を認めるべきだということである。この例はまったく適切でない。というのは、無記名証券（民法七九三条二項後段）について認められている許可を指図証券に類推転用する[344]ことは認められるし、それで必要は満されるであろうから。法規が観察された利益状況で明らかに与えようとしている利益保護を拒否することは、この例証においては、問題にならない。フランス法から持ち出されている二つの例でも事情は異ならない。法規と法規の用語とが同一視されると、異なる問題の特色を正しく理解することが一般に不可能となる。

（338）たとえば *Zabern* の事例参照。

（339）一三、一四頁参照。

（340）A. a. O. S. 347.

（341）後出§20 Nr. 4 以下参照。

（342）もちろん、ヴュステンデルファーは、拒否的一般的価値判断の形成は次のような場合に初めて可能であると考えている。すなわち、社会的生活事実や文化的見解が、立法者の時代にあったのとはまったく変わってしまった場合である。これでは問題がずらされている（Nr. 15参照）。しかも、この想定は、ヴュステンデルファー自身の例（S. 349 c）が示し、本文の論述がすでに明らかにしているように、適当ではない。

（343）三四九頁以下。

（344）七九三条二項では、自筆署名の存在についての利益が大量取引の要請より低く評価されている。指図証券の場合にも、同様の利益衝突が存在する。しかも、私の考えによれば、一二六条は、普通ただ法規による書式（*Schriftform*）という概念とのみ関係し、一般には証券（Urkunde）という概念とは関係がない。商法の三六三条は書式についてではなくて証券についてのみ言及している。

15　（限界）　許される命令訂正と許されない法規挫折とを区別することは、たしかに非常に困難である。法共同体の自治は、ただ観察された事態での命令執行のみを要求する。この事

態においてのみ、利益衝突が存在し、法規的価値判断はそのために与えられている。それ故、具体的事情を観察すれば正に法規に妥当している利益は異なった取り扱いを要求したであろうと裁判官が確信しさえすれば、法規挫折の事例は存在しなくなる。彼は、安定性の利益さえ障害とならなくなれば、法規命令から離れてよいし、離れなければならない。このような構成要件からのずれが生じるのは、法規の公布の際に前提とされていた生活関係が変化した場合や、予想もできなかったような特別な種類の例外事例が生じた場合や、さまざまな法規的価値判断が衝突する場合である。それ故、スイス民法典が二条の有名な補充条項に一般的な制限条項を付け加え、大審院が一般悪意の抗弁を認めても、それは法規信頼原則への侵害にはならない。たしかに、これらの事例においても安定性の利益がかかわりうる。そのようなことが起これば、指導的文化層の一般的価値判断をもちだしても無駄である。日付のない自署の遺言書は、たとえ具体的事例では、それを無効にすることが素人の判断によれば非常にきびしく思える場合でも、効力をもち得ない。(345) 命令訂正と法規挫折との区別の際にも、歴史的解釈が不可欠である。

(345) 上述一八五頁以下参照。

16　(公式)　さて、これまで述べてきたことに基づいて、我々は、定式化問題、すなわち裁判官の法規変更の権利といったことが語られてよいかどうかという問題や、裁判官はたしかに法規を補完すべきではあるが訂正すべきではないという支配的見解は正しいかどうかという問題にたちむかおう。態度決定は、さまざまな法規概念の区別から生じる。我々は、「法規」ということでまず、法規用語にもっとも近接している命令観念(内容観念)と立法者の意思(規範的意思概念)を考える。更に、我々は個々の法規命令(部分概念)と実定規範の総体としての法規(全体概念)を考えうる。我々がすでにみたように、裁判官は、判決の際に個々の法規命令から、それも単に用語からだけでなく内容観念の最終像からもはなれうる状況にある。しかし、彼は、それがこの個別命令に現われているものであれ他に現われているものであれ、ただ規範的意思概念、社会的利益に従うためにのみ、これをすべきである。彼は手段を目的のために、部分を全体のために犠牲にする。さて、通説によると、裁判官は広義の「立法者意思」に従うべきであり、「全体」としての法規を適用すべきであるとされる。裁判官の拘束の問題が提出された場合、利用されたのは、いつもただ意思概念と法規の全体概念とであった。この概念が固執される場合には、裁判官が従うべき規範は、新説によってではなくて通説によって正しく描写される。裁判官はこの意味での法をただ補完できるだけで、変更したり訂正したりはできない。もちろん他の概念を使用しようとする者は、内容的に一致する指針についての異なる定式化に到達できる。

(相本)

G　欠缺補充　§16

価値評価による命令形成の本質が、適用可能な基本原則との関係でも、また、この行為の体系的分類に関しても様々に争われているということは前に既に述べられた。[346]

我々の論述は、もちろん、利益法学内部で、[347]あるいは多少とも類似した見解にもとづいて生じている問題に限定されるのではあるが、まず、Nr. 2—10 においては、なかんずく、規範的な問題に注目するであろう。残念ながら私は基本的に異なる見解、とくにシュタムラー（Stammler）に対する態度決定を断念しなければならない。[348]また、私は、ユンク（Jung）、ラウン（Laun）、シュピーゲル（Spiegel）及びエールリッヒ（Ehrlich）等によって議論された自然法あるいは非制定法の問題を断念しなければならない。このような命令形成を「法創造的」と呼びうるか否か、が規範的研究の後に Nr. 13 において手短かに論じられるであろう。[349]

規範的な領域において生じる二個の重要問題は、保護に価すべき利益の範囲と、法規上の価値判断の意義に関するものである。

(346) 一五三頁以下。

(347) この問題においては、ビアーリンク（*Bierling*）も利益法学の支持者に属する（a. a. O. S. 426ff.）。

(348) シュタムラー、ブリュット（*Brütt*）及びグミュール（*Gmür*）に関しては、*Bierling*, Prinzipienlehre 4 S. 414—422 の該当する論述を参照。そこでジェニー（*Geny*）に関して述べられていることは、ベロルツハイマー（*Berolzheimer*）が用いようとした「自由法」にはより強く妥当する。*Berolzheimer*, „Ueber die Gefahren einer Gefühlsjurisprudenz," 1911 参照。

(349) この問題の場合にも、「法」（Recht）という言葉の多義性が考慮されねばならない。

1　（規範的な重要問題）

利益法学の基本原則によれば、[350]価値評価にもとづく命令形成は、裁判官が、判決によってふれられる利益に注目し、この利益を相互に比較し、彼が法規から取り出し、またその他のものから獲得した価値判断にもとづいて相互に考量をするということによって行なわれる。その際、判決は、このような基準によって優遇されている利益に有利に下されなければならない。たとえば、用益権者のイミシオンの場合には、[351]一面では、ベルリンでは一般的となってはいるが次第に不快になっていくイミシオンを阻止することについての用益権者の利益が存在し、他面では、日常生活の方法を維持するということに対する都市生活者の利益が存するのである。私見によると、このような場合に裁判官は民法九〇六条の中に、イ

ミシオンの利益は所有者の利益に優位するとの価値判断を見出すであろう。裁判官は、用益権者の利益が、所有権者のそれよりも決してより強い保護をうるものではなく、したがって、ベルリンの家屋不動産用益権者によるイミシオンを受忍しなければならないという命令が形成される、ということを確認するであろう。このような方法を利用するにあたって、全く一般的には、そして特別な委任の形式[352]を考慮しなければ、次のような二つの重要問題が生じる。「裁判官は一定の法規の規範（Gesetzesnorm）によって保護に価すると宣言された利益を考慮するということに限定されるのか」ということと、「裁判官は衡量をするにあたり、もちろん直接に適用されうる規定の中にではないにせよ法規中に含まれた価値判断に拘束されるのか」ということがこれである。古い見解の主張者は、両方の問題を肯定する傾向にあるであろう。私は、第一の問題を否定し、第二の問題を肯定したい。裁判官は、法規中に特に保護されている利益の他にも他の同等の価値のある利益を考慮することができる。だが、裁判官は常に制定法上の価値判断に拘束されるのである。[353]

(350) Rechtsgewinnung S. 31 参照。

(351) 上述一七四頁参照。

(352) 特別な委任形式、ことに、「行政権の自由裁量」が、特別な別個の原則にもとづきある行為を許容している

か否かの問題の説明を私は思いとどまらざるをえない。私は、この問題が否定されて然るべきであると思う。世間は、決して別の「使用人原則」を知らない。いかなる方針にもとづいて役人のために例外が示されるべきか、を理解することが出来ない。行政の場合、権威的な規範への拘束は、もちろん、民事裁判官の場合とは異なった程度でも行なわれうる。だが、常に漸次的な相異のみが問題であるにすぎない。性質的に異なった類型の、目的の選択（ラウン）あるいは概念形成の自由（イェリネック）によって特徴的な民事裁判官と異なった行為は存しない。裁判所あるいは行政裁判所による再審理も異なる限界付けが可能である。決定的なのはコントロールの目的である。したがって、再審査が可能な決定や考量の範囲もまた、個々のコントロールの制度の評価によって決定されうる。この問題は、決断の原理には無意味である。決断の原理は、再審理の可能な場合と、再審理の不可能な場合とでいつも同じであり、あたかも裁判官の法獲得が上訴の方法による再審査にさらされているかどうかということに依存する必要がないのと同様である。「自由裁量」の問題は今日、行政法文献の中での詳細な論述の対象である。*W. Jellinek*, 1913, *Laun*, 最終的には Festgabe für *Zitelmann*, 1913, *Stier-Somlo*, Das freie

Ermessen in Rechtsprechung und Verwaltung. *O. Bühler*, Die subjectiven öffentlichen Rechte, 1914, S. 25ff., 162ff. 及びそこに示されている文献を参照。

（353）ビアーリンクは、具体的には同意見で、次の言葉をもって欠缺補充に関する彼の研究をとじている。「しかし、指導的原理はあらゆる状況の下で同一性を保持するであろう。同一の評価の下であらゆる利益を出来る限り考慮するということは、実定法自体から与えられた原則から行なわれる。」Prinzipienlehre S. 427 a. E.

2　（日常の経験）　このような指導原理を検討するにあたり、再び、日常の経験が出発点を形成すべきである。その際、限られた道筋により自由なイニシアチブを限定することは非常に困難なのは明らかだが、このイニシアチブ自体を規制している基本思想はまことに単純である。使用人は常に、しかももっぱら主人の利益を考慮すべきであり、したがって、自分に知れている全ての主人の利益を、認識手段にはかまうことなしに熟考すべきである。したがって、命令の欠缺を補充する場合にも、使用人は、若干の直観によって自己に知られている諸利益までも、直接には利用出来ない主人の命令にもとづいた主人の利益として守るであろう。ある財産の独自の管理を委任されている財産管理人は、委任者の財産上の利益を自己の直観から知

227

るであろうし、また、おそらくは財産権者よりもよく知っているであろう。しかし、彼は住居や審美的な態度や収入の不足等に関する主人の個人的な必要性を、受けた指示から引き出すであろう。様々な主人の利益が衝突している場合には、彼はこれらの諸利益を比較し衡量して、主人にとって最も重要な利益を引き出さなければならない。このような単純な基本的な思惟が、裁判官の価値評価にもとづく命令形成のために二つの上述した指導原理を明らかにしているのである。

3　（利益保護の範囲）　自己の直接の知識を利用するように指示をするということは、裁判官は自分が保護に価すると認めた利益は、たとえ特別の承認が法規中に見出されなくても、保護しなければならないのであって、裁判官はそれ故、法規からのみならず自分自身の生活体験からも、自己の社会利益の知識を引き出さねばならない、という指導原理を明らかにする。この指導原理は一見したところ、より古い見解の主張者の場合のみならず、より新しい傾向の信奉者の多くの場合にも矛盾するようにみえる。裁判官は法規のみを適用すべきであるという一般に流布している定式においては、裁判官はたとえ不明確であっても不案内な思想のみを実現しなければならないという副次的な意味が容易に含まれるのである。（354）しかし、このような副次的な意味は誤りである。私見によれば、裁判官というものは、単なる執行機関ではなく、つまり、人間機械ではなくて、

228

たとえ全く依存したものではあっても社会的利益を保護するにあたり、立法者の補助者なのである。

著名なスイス民法一条にはこの指導原理が含まれている。裁判官が欠缺を、彼が「立法者であるとすれば」判決したであろうように補充すべきであるとするならば、裁判官はその他の法規の中で特別に保護されている利益への限定からも解放されていることになる。というのは、立法者というものは以前には見落したかあるいは新たに発生した利益を考慮するのをためらわないであろうからである。しかし、これと同じ原理は、民法典(BGB)が裁判官に許容している自由な地位からドイツ法についても明らかになるのである。この自由な地位は、立法の可能性が決して十分なものではないという認識、裁判官の日常生活上の知識に生じた信頼、裁判官の社会的利益を認識し判断する能力という点にもとづいている。数多くの事例において、白紙委任や白地文言によって、すなわち善良の風俗や人生観を指示することによってこの信頼が表わされているのである。法規中では特に言及されていないような一般的な文化的利益であっても、それが特に法規中で保護されている利益と等価値である場合には保護をうけるべきであるという点にこの承認が見られるべきである。我々の法秩序は、法規の中で承認されている利益が全て命令によって保護されている訳ではないという意味において欠缺のあるものであるというだけでなく、保護をうけるべき全ての社会的利益を法規が特別には考慮せず、保護を必要とする利益の完全なカタログを有していないという限りでも欠缺をもっているのである。

(354) ビアーリンクも欠缺補充にあたりやはり裁判官を法規の類推と法の類推とに限定した。特にS. 408のAnm. 20に対する本文とS. 426参照。これに対しては、*Hellwig*, Lehbuch S. 170ff. 参照。

4　(根拠)　基本において、この指導原理は決して新しいものを有しているわけではない。類推による法形成の場合、ことに立法精神からの類推(法類推)の場合には、以前からひきつづいてこの指示がなされている。ただ、裁判官が自分が保護に価するとみとめた利益を法規の中で保護されている利益と「同一視する」ことによって、おそらくその実行が糊塗されているにすぎないのである。(355) しかし、このような等置は、正しく行なわれる場合には、外形上のメルクマールの比較にもとづくのではなく、生活経験から生じた利益の認識や、その保護の必要性の同等性にもとづいているのである。我々は、その例として上に度々のべた問題、すなわち、都市の不動産用益権者は、所有権者に義務があるように、イミシオンを受忍しなければならぬ義務があるのか否か、を取り上げよう。私は、ある者が用益権者に都市生活を中止せしめるような権利を認めるであろうとは思わない。裁判官はすべて、次のように言うであろう。「イ

ミシオンを受ける者の利益は、全く同一であり、したがって、用益権者の権利がそこから由来している所有権者よりも用益権者の方をより強く保護すべきであるという根拠は何もない」と。しかし、実際にイミシオンの利益は同一なのであろうか。所有権は用益権よりも統計的にはずっと数多くみられる権利である。イミシオンについての一般的な危険は、所有権事例の場合には用益権事例の場合よりもずっと大きい。このような統計的なちがいが等置を阻止しないのはなぜであろうか。法規は決して手がかりを与えはしない。反対なのである。九〇六条を拡張しないということは、まさに、法規がこのちがいを考慮しているということを表わしているように思われる。それにもかかわらず我々が同一視をする場合、これは生活体験にもとづくのであって、統計的には稀な危険といえども保護を要するに十分な重要性を有しているとの見解と判断とにもとづいているのである。このような独自の判断のからまりあいは反対の事例をも説明している。[356] 境界を越えた建造物の場合、法規定の関係はイミシオンの問題の場合と全く同一である。大審院は、地役権に対する所有権制限の適用を否定した。私はこの判決が不当であると考える。しかしそれは、私の信じるところによると、そもそもイミシオン問題の場合には起こりえないであろう。境界を越えた建造物の場合にそれが起こりうるのは、生活経験上、越境建造物の除去によって生じる一般的な利益の損失が、用益権者のイミシオン禁止によって生じるであろう文化的な危険性よりも格段にすくない、ということからのみ明らかにされる。同様のやり方で、法創造の古い定式の場合、すなわち拡張の場合や制限の場合には裁判官の生活上の知識が協力しているのである。上述した指導原理を否定するのは実際上文言法学に堕することになろう。したがってこの指導原理は決して新たなものをもっている訳ではない。しかし、この解明は、それにもかかわらず、等置が外形的な阻止事由にはあたるが利益を比較する際に考慮すべき手続にとっては有利なような利益を保護するのに意義がある。この指導原理が、重要性の点ではさらに優っている第二の指示によって補充され限定される限りそれは全く無難なものなのである。

（355）*Rümelin* a. a. O. S. 317. 参照。

（356）上述一七五頁註（270）、一八六頁註（286）参照。

5　（法規の価値判断への拘束）　日常の第二の指針は、裁判官が命令形成をする場合には、法規の中に含まれている価値判断に拘束されているということ、すなわち、裁判官は立法者の意味において欠缺を補充すべきであるという指導原理を生むのである。法規というものは、単に法規命令が直接包摂によって適用されうるという限りでのみ意義を有しているだけではなく、それは同様の「遠隔作用」（Fernwirkung）を有しているという限りでも意義があるのである。法規は、裁判官が包摂を

越えて新たな命令を作る場合にも裁判官の行為のための基準となる。

さてもちろん、このような法規の遠隔作用は、歴史的な利益探究によって初めて可能となるのである。命令観念のみを問うものは、その基礎にある価値判断を認識しないであろう。そして、法規と文言とを同一視するものにとっても、拘束力を有する法規の価値判断は、実現することの出来ない観念なのである。したがって、このような指導原理は、とりわけ、法規に忠実な利益法学を独特の自由法理論から区別しているものなのである。しかし、この指導原理は、客観説に対する対立をも生む。もちろんこの二つの対立は、おそらく自由法の提唱者がまさしく客観説を通して、法規の効力を文言上の拘束力に限定しようとしていることに基づいている。

もちろんこの拘束力は、判決されるべき紛争のために価値判断が「予め存在している」限りで生じるべきであるにすぎない。立法者がいまだ考えてもいなかった新たな利益が法規上で認められた利益と矛盾する場合には、より深いところにある価値判断から引き出された限りで価値判断が存するにすぎない。これに反し、既に評価済みの利益には法規上の価値判断が基準になる。かくて、第一の指導原理において裁判官に保障されている利益選択という誠に本質的ではあるが正当なものである制限が明らかになるのである。またこの制限には、イニシアチブの一般的な制限が妥当している。現存の法の中で「考慮されていないが容易に見出されうる」ような利益のみが問題になりうるのである。

231

遠隔作用は、法秩序の「消極的内容」にも及ぶ。法規の上で評価された利益対立を判断するに際して立法者が排除した観点は、規定されてはいないが同様の事実においても考慮されてはならない。たとえば、我々の民法においては権利平等の思想によって支配されている。欠缺の補充もまた、一面的に貧者を富者に優位せしめてはならず、基本的には、裁判官の確信によれば、かような方向が社会の諸利益に適合している場合であっても一定の宗派や国籍に不利あるいは有利な取り扱いがなされてはならないのである。

232

6　（理由付け）　我々の第二の指導原理のより詳細な理由付けは、次のような考察から明らかになるのである。立法者は、彼の命令によって一定の利益を、ことに彼によって確定された段階秩序の中で保護しようとする。(357) 単なる包摂はこの目的を達成することが出来ないので、裁判官にはより自由な地位が保障されるのである。まさに抑制作用というものは直観の欠缺や命令の過誤からは排除されているのだ、ということによって保護思想は実現されうるし、また実現されるべきである。裁判官による欠缺補充の目的と正当性は社会的利益を保護するという点にある。保護される利益の考慮が包摂事例に限定され、また自由な行為のために否定されるべき場合、この目的は無に帰

してしまうことになろう。立法者にはどのような契機が存したであろうかということを全く無視して、このような内容的には矛盾し、日常の命令生活とは全く無縁の立場を取ってはならない。命令に関して裁判官の地位が自由になればなる程、立法上の効果利益を保持するためには法規の遠隔作用がそれだけ重要なものになってくるのである。

（357）若干の不明確な事例をのぞけば、相互に対立した諸利益の考量も判決利益、それ故、より深いところにあって価値判断を規定している社会的な利益からの関連性にもとづいているのであって、それは再び利益顧慮なのである。判決利益の場合、私法の領域では、結局、社会の全ての利益が問題になるにすぎないのである。

7　（法慣行）　もちろん現実の法慣行は、裁判官をして、自由な解釈の領域で法規上の価値判断を守ることから解放する、ということからは非常にかけはなれたものである。反対に、裁判官による命令形成の主要な形式たる類推は、法規上の価値判断に密接に依拠するということによってその顕著な特色をえたのであった。しかし、上述した例（358）において用益権者にイミシオン受忍の義務を課す者は、たとえば民法九〇六条が所有権者のために規定しているように、許容されているイミシオンの個々の限界を規定すべきであるということを疑わないであろう。いかなる裁判官といえども、彼は用益権者のイミシオンの受忍を包摂によって得たのではなく命令形成によって獲得したのであるから、いまや、民法九〇六条の中に含まれている相異から独立して全ての個別性を、彼にとって純粋に個人的に正当で且つ衡平であると思われるように形成しうる権限を有しているのだという思想に至るものはないであろう。他の事例にも同じことが妥当しているのである。法規の遠隔作用は自明のものとして妥当しており、私見によればこれは全く正しい。法規というものは、関連性を欠いた文言の複合体でもないし目的を欠いた一定行為の命令でもなく、むしろ、法規は、一定の利益が関連している場合に、利益を保護するための、裁判官に対する指示でありしたがって常に考慮すべきものなのである。

（358）一七頁5。

8　（法的安定性）　法規上の価値判断を考慮すべきであるということは、それが本質的に裁判官の命令形成の同等性と予見可能性を促進しまたそのことにより、裁判官の自由な地位に対して加えられている疑念を和らげるのに寄与しているということからも命じられるのである。法規の基礎なしに利益を衡量するのは非常に困難でありまたその帰結においては非常に危険な任務である。われわれは、たとえば国際私法の領域のように、法規による価値判断が欠けている中で止むを得ずこのよう

な自由な命令形成が行なわれている領域を有している。このような問題を解決しようと試みる者は、容易に、結論を作り出すということがいかに困難でありまた不明確なものであるのかということが確信されるに至るであろう。利益というものは相互に紛糾しあっているし一般的な問題にまでさかのぼる。もしも、裁判官が大前提の場合に、明確な法規の価値判断の基礎から出発することが出来ないとすれば、裁判官はおそらく自ら満足することはないであろうし、また、同じ問題の他の関与者に継承されるのが期待できるような結論をそもそもうることはないであろう。このような不安定性は、たとえば、自由な処理に慣熟していないことの帰結ではない。私は、私の活動のはじめから創造的な行為に足をふみ込んでいた。私は引きつづきそれを行なってきたが、また次第にこの任務の困難性についての確信をいだくようになってきた。法規上の出発点を欠いた場合の不安定性は、自己の価値判断の結果が個々別々に条件付けられており、個人の生活理念の完全な一致が存在しない、という考量から説明されるのである。しかし、実生活上の必要性は、出来るだけ同様な判決を要求している。

234

8a　（判決理由の隠蔽）　裁判官を法規に拘束せしめる、ということはいまだ、利益衡量によって得られた命令を真実に反して、歴史的に認識された命令として定立しようとする努力を正当化するものではない。このような手続は、フックス（E. Fuchs）によって、秘密社会学的法律学（kryptosoziologische Jurisprudenz）[359]と呼ばれ、強く攻撃された。　また、第三回ドイツ裁判官会議もそれを否定すると決議した。それが実際上存在するというのは決して疑いないことである。明らかに看取されるのは、実務上、その具体的妥当性故に望ましい判決を、歴史的に不当な解釈をすることを通して歴史的に存在する法規命令の適用の如くにみせかける場合には、歴史的には不当な解釈が選択されることがまれでないということである。このような手続きは、古い包摂理論の支配の下では全く自明であり、決してさけるべきものではなかった。　しかし、今日でもなお、つまり改革運動の主張者達によってこれが進められているとすれば、それは正しくないように私には思われる。私は、裁判官が実際に規準にした根拠を隠すような何らかの権限を持っているとは思わない。決定的なのは、ただ、最高度でしかも最も謹厳なる誠実さが品位と裁判官職の高い任務とに対応しているという考量だけである。　さらに、この謹厳なる誠実さというものが、実際に決定的であった理由付の一貫性に対する価値ある保障なのである。ある判決を実際に決している衡量は、それを理由付けるためにも十分なものでなければならない。最後に、このような誠実さは、判決の一般効（die Generalwirkung）にとっても意義がある。正しい判決理由は、他の裁判所の正当な法発見の支えになるが、不当な理由は誤った作用を及ぼすにち

235

236

がいない。この手続きに賛成する十分な根拠を持った見解は提示されていない。ヴルツェル（Wurzel）は、古い法適用理論と、法獲得の実際の経過にもとづく現行の実務との間にある矛盾から、ある判決が余すところなく法規から理由付けられることを「社会的要請」が要求しているのだ、との結論を示さざるをえなかった。しかし、古い法適用理論、すなわち、法の論理的完結性の理論は歴史的な根拠（ユスチニアヌ法典 Corpus iuris の特性）から説明されるべきであり、この理論はその側で現行実務を説明している。今日、「法規の完全性なる擬制」という社会的要請が必要とされているのかどうかという問題は、今日の法生活の観察からのみ決せられうるにすぎない。その際、予め記しておくならば、法規の観念的な完全性が重要なのではない。法規が出来る限り完全なものであるべきか、それとも裁判官に活動の余地を残すべきかは、その点についてただ具体的な法分野について解決されうる別個の問題である（§21参照）。我々の問題設定は、裁判所が価値判断にもとづく命令形成を実際に行なっているのだ、ということから出発する。裁判所はこの行為を隠すべきか否かが問われているにすぎない。同等で均衡がとれ、しかも事態に適合した判決に対する生活上の利益というものは、もちろん大きい。だが、その際には単に結果のみが問題であるにすぎない。これに対して、私の観察によれば、その結論が単に法規のみに帰せしめられるのか、あるいはさらにそれ以上の裁判官の共働にも帰せしめられるのか、は

237

公衆の側からは重要でない。仲裁裁判所や特別裁判所さらには陪審裁判所が享受している広範な人気は、法規の作用に対する特別の愛好が存在しないことを明らかに証明している。けだし、このような制度の場合には、公衆からも認められているように、法規の効力は判断者の個人的な活動のために背後に退くからである。上述した均衡と妥当性の理念は常に実現される訳ではない。異なった裁判所が同様な事実において、また、異なる審級裁判所が同一事案で異なった判断に達し、またこれが裁判をなした公衆にも知らされるということは、残念ながらさけえない。いま、あらゆる判決が一定の法規の明確な認識としてなされているのであるとするならば、そのことからすべて異なる認識は錯誤に帰せしめられるということになろう。このことは、裁判所の権威に奉仕するものではない。というのは、判決における錯誤は、素人に誤謬の観念を生ぜしめるからである。私見によれば、法の欠缺と裁判官の関与が明確に示される場合に素人は、より冷静にそれを甘受するであろう。法規欠缺の場合に異なる人が異なる判断をなしうるのだ、ということは素人にとって、その生活経験から十分に理解されることがらである。したがって私は、真実に合致した判決の理由付けが何らかの不都合を持ちうるとは思わない。法規の権威も、また裁判所の権威も決して危険にさらされる訳ではない。

もちろん、正当な理由付けを要請するということによって、裁判所がその思惟の過程を詳細で方法論的に性格付けて示すべ

きであるということがのべられている訳ではない。一般的な思慮で十分でなければならない。立法者の意思あるいは「法規」の意思による法規上の価値判断にしたがって命令形成を普通に理由付けるのは全くさしつかえないことである。われわが五三頁以下に論じたように、日常の言語慣行上も、ある命令の情緒的な形成がいまだ命令者の「実際の」意思あるいは「真の」意思の確認として妥当している。様々な支点が重複して、あるいは択一的に利用されるということ、あるいは社会的な結果の有用性が同時に歴史的に真実の立法上の観念あるいは利益を認識するために利用されるということに不誠実さがある訳では決してない。この種の認識過程は決して不当でないし、またまれでもない。それを報告することを、たとえばフックスが行なったように、秘密社会学的（kryptosoziologisch）であると解して争う理由は何もないのである。

(359)「秘密社会学」(Kryptosoziologie) については、*E. Fuchs*, Juristischer Kulturkampf 1912. S. 37ff. und passim 参照。第二回ドイツ裁判官会議（一九一一年）は次の様に決議した。「裁判官は（利益考量にもとづく）この種の判決を特権にもとづき明確に理由付けるべきである。裁判官は、真の理由を技巧的な意見によっておおいかくすことはさけるべきである」と。外観的理由付け(Scheingründe)の新たな主張者の中でヴルツェルとヴュステンデルファーが指摘されるべきである。そのうち、ヴルツェルは a. a. O. S. 94 で次のようにのべている。「一括すると被害者、加害者、裁判所、のすべてが考える権威というものは、唯一つ、しかも法規（Rechtssätze）に化体された国家意思のみであるがその命令は無視されているのである。この命令が実際に全ての意思の対立を解消するのに適切かつ十分なものであるという点に裁判官が何らかの疑いを生じたならば、その裁判官は当事者の要請にうまく対応していないということになろう。立法者が現存の紛争の解決をどのように考えていたか、及び、はたして立法者はこのような形式を考えていたのかを裁判官は確信をもって確認することができないが、一面では法規上の支点を利用し、他面では伝統、国民の福利厚生、倫理感、風俗等に依拠して、我々にあれこれの行為が合目的的であるというような判決――これは決して判決ではないであろう。当事者は裁判官に答えたにちがいない。我々はその点についてあなたに申し立てをしているのではない……と。既存の事実関係の誤解がではなくて、このような社会の要請が法的思惟形式の不正確さを生んだのであるし、また、それに対応した理論を創造した。このような社会的な要請が、いまだ非常に多くの国家的な命令でない要素が共同作

用を及ぼしているにせよ、あらゆる判決は、単に厳格に論理的に演繹と包摂とによってえられたある法規（Rechts Satz）の結論として記述されねばならぬこと、分析自体がある潜在的な法規の新たな論理的帰結の衣を着ることを規定している」と。ヴュステンデルファーはヴェールで被われた理由付けに対して次のように所見を表している(a. a. O. S. 352)。「しかし、上述の技術は、ある一般的な価値判断を誤った場合でも、おそらく裁判官に対して創造的な処理を保障しているということ、及びこの技術が、保持されている法規文言に対する尊敬の念を、社会的な文化的任務を回避しないところの司法の尊重と調和させているということについては長所を示しているのである」と。

9　（価値判断と自己の判断）　もしも法規の価値判断が誤りの場合には、「法社会の中で支配的な価値判断」と、裁判官の「独自の価値判断」、すなわち独自の評価が問題となりうる。(360) 支配的価値判断の意義は最近ヴュステンデルファーによって強力に力説された。彼は、法規の価値判断を認識することができるところでも、著しい範囲にわたって裁判官を「国民の支配的な文化的見解のその折々の価値判断」に拘束させた。独自の価値判断は第二次的になされるべきである。このようなヴュステンデルファーの見解にはのちに立ち返るであろうから、ここではただ次のことのみを注記しておくことにしよう。私もかつて、裁判官の独自の価値判断を支配的価値判断のうしろに置き、それには単なる二次的な意義を与えたにすぎなかった。しかし、はたしてこのような関係が正当か否かが私には疑わしくなってきた。司法の理念は、現実の社会的利益の保護である。法社会の自律は無条件に、法規の中に存在している意思に服することを要求する。しかし、このような理念も自律も裁判官が日常の折々の見解に服することを要求するわけではない。まさに裁判官は、自分の判決の作用を測定し、また自分独自の価値判断を検討し創造するために、資料として現存している外見やあらゆる生活関係を利用すべきである。しかしこのことから、裁判官はこのような社会的な外見から何らの批判もなしに自己の価値判断を引き出し、彼の判断が「非判定法」によって命じられているのであるということにはならない。したがって、無知や下劣さといったものは、大量現象として取り扱われるのであるから、いまだ尊敬すべきことでも有害なことでもない。近代憲法における数の尊重は、これと同じ理念が判決についても確立されることが望ましいと考えられるといった結論を引き出しはしなかった。おそらく、裁判官の良心にもとづく判決から生じるかもしれぬ司法の均一性の侵害は、我々の裁判所が支配的価値判断に服するということよりももっと耐えやすいものであるにちがいない。このむつかしい問題に立ち入ることを私は別の機会に留保しておかなければならない。

239

(360) Rechtsgewinnung S. 32. さらに次にのべるシュタムラーの「支配的観念」批判についても Theorie S. 708ff. 参照。

10　(立法者の推定的意思《イェリネック》)　裁判官が命令形成をなすにあたり、歴史的な法規内容を考慮するということは、一定の程度で、「裁判官は立法者の推定的な意思」を探究しているのであるという定式化によって特色付けられうる。イェリネック(361)(W. Jellinek)は、価値評価にもとづく命令形成をこのような定式に還元し、次にこの定式から一連の重要な結論を引き出したのであった。彼は、たとえ立法者の仮定的な見解であっても「現実に存在する事実」であり、したがって、裁判官の価値判断による命令形成も単なる「歴史的研究」にすぎない、と考えた。(361-a) かくてイェリネックは欠缺の否定に達したのであった。イェリネックの研究が賞賛すべきものであり奨励すべきものであるにしても、私はこのような思考過程においては彼にしたがうことはできない。この基本定式は裁判官の行為を完全に、しかも詳細に再現するのには全く不適当であるということを明らかにすることが、ここではとりわけ重要なことなのである。この定式は不完全である。というのは、この定式は自己の価値判断の関与を全く考慮していないし、また、そもそも法の時間的適応とはその内容が発散して消滅しない限り関連せしめられえぬからである。しかし、この定式は二方向においても

240

241

あやまったものである。

(a)　イェリネックは、「裁判官個人の中で認識されている立法者」の解答が重要であるということを力説した。しかし、社会的利益のためには、補充されるべき立法過程のあらゆる個別的な性格というものが有意義であるわけではない。誤った命令は、制定法上の規制の場合には生じることがみとめられるべきであっても、それは裁判官の命令形成に伝染させてはならない。(362) いわゆる利札法(Talongesetz)は無思慮で不十分な起草をなしている。それはおそらく裁判官による命令形成を必要としている。(362-a) しかし、いかなる裁判官といえども、たとえば立法機関がこのような場合に行なうように、このような命令形成に際して拙速な処理をする義務があるとは考えないであろう。それ故、法規の概念的な総合は、たとえその形式が現存の命令に歴史的には影響を及ぼしたことがみとめられるにしても、形成をするための規準にはならない。また、我々の法規の内容もしばしば倒錯した概念法学(倒錯した方法)の影響をうける。(363) 立法者も時には「法学上の諺」の影響下にある。しかし、現実に反したこのような誤った帰結が、それに対応した裁判官の命令によって増大するような根拠は存在しない。構成中に価値判断が含まれている場合には、もちろん問題は別のところにある。(364)

242

(b)　立法者は裁判官よりも自由であるから、立法者の仮定的な解答は十分ではありえない。立法者は反対の規定を削除する

ことができるが、裁判官はこれをなすことはできないし、また安定性の利益を考慮する必要性は、ずっとすくない。[365] とくにイェリネックの定式は、安定性の利益が考慮されぬままであるということになろう。プラチナ問題[366]を考えるがよい。プロイセンの立法者の仮定的な解答は次のような内容であるにちがいないということは十分に確信がもてる。「もしも私がプラチナ鉱の存在を知っていたならば、もちろんプラチナ鉱を鉱業権に含めていたであろう」と。イェリネックによれば、むつかしい反対の疑念は全く考慮されることなく、このようにいうことによって鉱業権に含めることが裁判官に委ねられることになろう。今日でも、プラチナ鉱を法規によって鉱業権に取り込むということは裁判官が取り込むのにくらべてほとんど何等の懸念も存在しないのである。

(361) A. a. O. S. 167ff. 法曹は立法者の歴史上の人物(Persönlichkeit)を明らかにし、この人物に対して、「あなたはこの事案をどのように解決するのか」という疑問を向け、また、「いま立法者は私にどのような解答を与えるであろうか」を考察する。さらに、*Laun*, das freie Ermessen, S. 55ff. *Hellwig*, Lehrbuch d. C. P. II §93, S. 170, Abs. z u. A. 参照。

(361—a) イェリネックは事例として(a. a. O. S. 168, 169)次のようにのべている。フリードリッヒ大王は、歴史の現実においては彼になされたのではなく、単に仮定されているにすぎない通知に対してどのような反応をしたであろうか、ということが問われうる。イェリネックは、このような場合にみとめられうるような仮定的な反応を「現実」であるといい、その探究を「歴史的研究」であるといった。私は、このような用語法が通常のものであり、あるいは推賞に価するとは思わない。

(361) 同じことは日常生活においても妥当している。もしも、農業経営を全く理解しない領主が独立した管理人を選任した場合、領主よりも上手に経営をなすことはこの管理人には禁止されてはいない。使用人は、利益は守るべきであるが、主人の仮定的な意思の過程をその心理学的な全体において示すべきでないし、また、その個人的な誤りを大衆に示すべきでもない。

(362—a) たとえば、*Oppens*, Lücken in der Talonsteuergesetzgebung. Monatschrift für Handelsrecht und Bankwesen, 1913, S. 197ff. 参照。

(363) 私はすでに Rechtsgewinnung S. 35 A. 1で次のような例を示した。民法典編纂者は、抵当権を「従たる」質権として取り扱おうとしたのであるが、その際にこの文言の多義性から、実際的な必要性によっては支持されていないような法規を作る誘惑にかられた。

たとえば、民法典は法律行為にもとづく抵当権の推論（Ableitung）を知っているわけではなく、ただ、被担保債権の法律行為による譲渡を知っているにすぎないのであって、抵当権の譲渡は法規上の効果としてそれに結びつけられているにすぎない（一一五三条、一一五四条）。法律行為的な行為の解釈の場合には、たとえば、当事者の意思の客体が抵当権であるとされているのかそれとも債権とされているのかが、民法一一九条の適用のために重要でありうる。一一九条の適用にあたっても法規の構成に基礎を置くことが必要であると裁判官が考えるべきであるとすれば、それは倒錯しているであろう。

(364) とりわけ、*M. Rümelin*, Zur Lehre von dem Schuldversprechen und Schuldanerkenntnissen des BGB. S. 311ff. Arch. f. Civ. Prox. Bd. 98 S. 329ff. 参照。

(365) 上述一八一頁参照。

(366) 上述一九〇頁参照。

11　（法感覚）　上述したように、[367] 価値評価による命令形成の場合には、裁判官の法感覚もまた一定の役割を演じうる。このことは、社会学的見解[368]によってとくに強調されている。ヴュステンデルファーは改革運動の中核を、以前の理論とは異なって、裁判官の法感覚を最上位の法源として改革運動が承認する、という点に定めるべきであると信じた。もちろんヴュステンデルファーは社会科学的に解明された法感覚を必要とした。ここではこの広く期待されている問題はほんの手短かに、しかも、裁判官の命令形成との関連でのみふれられるにすぎない。[369]

243

「法感覚」という言葉は、他の言葉と同じように多義的であり、しかも、「法」と「感覚」という二個の成分が意味の多様性を増している。「感覚」という言葉は、日常、我々の目的にとって特に有意義な二個の主要な異形（Varianten）[370] を示している。我々は、「感覚」を「本能」、「直覚」と同様に、観念の無意識的創造物に対して用いる。したがって、我々は、その構成を見通さないような観念を感覚的に得られたものである、といっている。そして、我々は第二に、「感覚」を、「情動」、「興奮、感情の高まり」と同様に、生じた観念の付随現象に対して用いる。我々は、この言葉を、具体的な事象、つまり、たとえばかような事象の処理のためとともに、人間性の特色である感覚という二つの方向で利用しているのである。

「本能的感覚」は、現行法の命令を明らかにすることもできるし、また、他面では観念された事実関係に適合した法、すなわち理想的な法（Idealrecht）を明らかにすることもできる。それは事案の判断（Fallentscheidung）自体を明らかにすることもできるが、その場合、規範的な考察という方法で事案の

判断へと導く大前提や価値判断自体を明らかにすることもできる。法曹がある事案の判断を「感覚のうちに」もっており、しかも後日行なわれた、合理的な考察が、その判決を合法的に理由付けているということを示すという現象は、しばしばみられるし、また明らかに正しい。全く全ての者は以上のことを内省から確認するであろう。このような直覚的な法獲得は、あらゆる認識や経験の無意識的な連関にもとづいているのであって、単に法規内容のみでなく、関連した生活利益の範囲や傾向性や意味とも関連している。したがって、その的確性は、このような留保条件の存在にも依存しているのである。また、直観的感覚は誤って得られることもありうるし、また、熟慮に影響されて誤りであると認められ、この直観的な感覚が全く消滅することもありうる。したがって、このような直観の内容は、広範囲にわたり裁判官の素養に依存しているのである。また、「概念法学的に誤った教育をうけた」法感覚も存在する。法命題（Rechtssätze）を概念から引き出すことに慣れている者は、「ある判決が構成不可能であると感じる」立場にあることもできうる。したがって正しい教育を受けた裁判官は、自分の本能的な感覚に価値ある支柱、すなわち、あらゆる強力な脱線に対する保障を有しているのである。しかし、法感覚の表明はあらゆる無意識的な事象と同じように、十分に制御された熟慮に親しみ易いし、またそれを必要としている。[370-a] ただ、合理的な証明のみが誤解に対する守りをなしているし、ことに法規を考慮することを保障しているのである。特に明確な誤りは、判断者が個々的な事案の影響下にあって、その判決の一般的作用を正しく評価しないであろうという点にある。さらにまた、裁判官は独自の価値判断を行なう場合、自己の価値判断の根拠に関して明確に評価をするように試みねばならない。もちろんこれは常に完全にうまく行くものではない。人間的な利益と価値理念との測り知れぬ結合の場合に通常は常に直観的な基礎が共同作用をいとなんでいるのである。[371] したがって、価値評価にもとづく命令形成の場合には、包摂の場合よりも直観は大きい意味を持っているのである。

244

245

情動（Emotion）や感情の激昂（Gefühlswallung）の意味での法感覚は、心理的な過程の付随現象であり、とくに、利益の基礎にあるような欲求なのである。法的命令は利益を保護し、欲求を満足させるべきである。ある法規、あるいはある裁判所の判決を判断する者は、関連した欲求に立ち入って考え、それを自己の意識の中で反復し、したがって、観念された法規範の結果や誤った結果に感覚的な反応をする。我々が法規に対して保護を期待している外面的法益が問題なのか、内面的法益が問題なのかはともかくとして、法の妥当性に対するこのような反応を、我々は法感覚と呼ぶことができよう。我々がそもそも法規範に対して置いている一般的な要請に法が対応していない場合、したがってたとえば同じ事例が異なって判断される場合に我々は狭い意味で「法感覚」についてのべる。この場合、

それは我々の考えている(372)特別の法益（二次的な利益）の侵害である。裁判官も、感情の激昂なしに自分の判決に反対することはないであろう。反応の程度は、問題の特性や裁判官の気質、さらには一般的な方法論的な原則にも依存している。反応が強くなればなる程、裁判官は、あらゆる法命令の中に利益の内容を見るのに慣れてくるし、また、法発見に対する彼の人間的な関与が大きくなればなる程、裁判官はますます立法者の補助者であると感じるようになるのであって、したがって「機械」として、すなわち、計算の正しさには責任をもつが、彼に与えられた数字の正しさには責任をもたない「概念による計算者」であるとは感じないようになる。

ここで主張されている立場からは、「法源」が伝統的な意味で理解されている限り、「法感覚」を最上位の法源であるというのは不当である。しかし他面で、法感覚は、あらゆる意味において、それに対して概念法学の支配下で認められていたよりも大きな役割を利益法学内では演じるのだ、ということは明らかである。

(367) 一〇二頁。

(368) A. a. O. S. 10, 229ff. さらに、*Jung*, Problem des mafürlichen Rechts S. 189ff. 参照。

(369) 文献の中で、*G. Rümelin*, Kanzlerreden. Ueber das Rechtsgefühl, 1871. *Heinrich Maier*, Psychologie des emotionalen Denkens S. 729ff. *Kuhlenback*, Zur Psychologie des Rechtsgefühls. Archiv für Rechts- und Wirtschaftsphilosophie, 1907, S. 16ff. *K. Schneider*, Ueber das Rechtsgefühl. Zeitschrift für deutschen Zivilprozess. 41 S. 297. *E. Fuchs* Juristischer Kulturkampf S. 37ff. *F. Klein*, Die psychischer Quellen des Rechtsgehorsams und der Rechtsgeltung, 1912, S. 37ff. *Müller-Erzbach*, Gefühl oder Vernunft als Rechtsquelle. Zeitschr. f. HR. 73 S. 429ff. *S. Kornfeld*, Das Rechtsgefühl in Zeitschr. für Rechtsphilosophie I S. 135ff.（カント財団受賞研究）*F. Kübl*, Das Rechtsgefühl, 1913. さらに、*Heck*, Rechtsgewinnung S. 9, 11, 26 参照。

(370) *Klein* a. a. O. S. 37ff. *Kornfeld* S. 136, 137. 両者は直観を分けている。

(370—a) 感覚的な判決の危険性は、フックスによっても強く力説されている。a. a. O. S. 47ff. 参照。

(371) 私は、このような関連性については、私によって以前に（Rechtsgewinnung S. 10）用いられた「カンテラの比喩」が有用であると思う。自己の独自の価値判断を基礎にして検討をする裁判官は、カンテラを持って暗夜を進む旅行者に比せられる。かれは次第次第に大

きい領域を照らすことができる。しかしその背後には常に暗黒の壁が存するのである。この関連性は決してこわれることはないのであって、無意識の裡に、単に感ぜられたものの中に忘れられているのである。

（372）とくに、リュメーリンがこの「特別の」法感覚を指摘している。a. a. O. S. 56, 57.

12　（裁判官命題の取り扱い）　価値判断によって形成された裁判官の命令の妥当力と訴訟上の地位は決して争われていないし、また決して争われえなかった。これらは、「裁判官による推断」として長い間、訴訟生活や法生活の中で確固たる地位を持っているところの、白紙の事案における価値判断による命令や、裁判による命令形成として取り扱われることに他ならない。これ以外の取り扱いは不可能であろう。というのも、その限界が不明確であるからである。しかし、このような別異の取り扱いはまた全く不当でもあろう。まず第一に、価値判断による命令は、他の裁判所にとって単なる包摂や審理による形成よりも大きい意味はもっていない、ということは明らかである。それは、単に理由の信頼力、すなわち、一度下された判決の「模範と称せられる」効力によってのみ作用を営むにすぎない。さらに、価値判断による法の形成は基本的には上訴の方法による再審査に服するということが一般にみとめられている。(373) これには賛成すべきである。このような場合に裁判官を導いた衡量はただ事案の特性からのみ引き出されたにすぎず、したがって上訴裁判所の再審査には適していないということは、一般的には主張されていない。他面、まさに価値判断にもとづく命令形成の場合に、法形成の統一性を確保する必要性がとくに大きい。さらに、形成された命令がすでに係属中の裁判に利用されるということも自明の理である。というのは、この命令はまさにこの目的のためにのみ形成されたにすぎないからである。以前には別異に行なわれていた利益の限定に対して新しい法規を適用することを妨げ、いわゆる遡及効を排除する安定性の利益は関連しえないであろう。けだし、以前には何らの安定性も存在しなかったからである。

（373）*Hellwig*, Lehrbuch § 43 IV 参照。個々の事案、たとえば量刑については上訴を禁止するということは、私見によると、次の点、すなわち、立法者の判断によれば当該判決は、一般的類型的な衡量によるよりも具体的個別的な事情によって制約されているということにもとづいている。

13　（法創造としての位置付け）　いまから我々が従事する定式化の問題は、多くの場合に、欠缺を補充するに際して裁判官は、たとえ、おそらくは「劣った程度の」法命題であるにせよ(374)「新しい法を創造する」のか、それとも、裁判官は単に法を

適用するだけであるのか、の点にわたる傾向がある。

この問題は、我々が法という言葉に非常に異なった概念を結び付けることができるということによって複雑になる。法という言葉を「具体的な法秩序」[375]と関連させる者は、もちろんかの判断の中に法創造を見出さざるをえないであろう。[376] このような立場からは、そもそもこのような問題は生じえない。この言葉を、支配的な法源理論と共に、「抽象的な法秩序」、すなわち、経験的に存在している「仮定的規範」の複合体と関連付けようとする者にとってこの問題は二つの下位の問題に分かれる。すなわち、「このような価値判断によって作られた裁判官の命令を法命題（Rechtssätze）と呼ぶのが正しいか」という問と、「その形成は賓辞を創造的に作り出すのか」という問がこれである。

248

第一の下位の問題は、価値判断によって形成された命令の場合には、まさに、裁判で作られた命令と同様に解答がなされなければならない。我々は、それが正しく作られたと考え、したがって模写を期待する場合には法命題であるといってよい。二つのグループの各々の場合で安定性の程度は全く異なるものでありうる。これを基礎にして、たとえば二つのグループの相異を作り出す可能性は全く存在しない。明証性の故にのみ模写をあてにしうるようなかような裁判官の命令が全て、「すくなくとも」法命題として権威的な「根本規範」[377]からは区別されると

249

すれば、これに対して何ら反対をすべきではない。その場合に、この新しいカテゴリーの中に裁判上の推論も組み込まれているという結論が必要であるにすぎない。

第二の下位問題は、それを補うものではないが、上述の欠缺概念に関する論争問題と関連している。法の概念を、欠缺が消滅する程に広く解する者（最大概念）[378]は、もちろん裁判官を、法（動機）を発見する点に限定するであろう。これに対して欠缺の概念を被いの規範（Decknormen）の欠缺と関連させる者は、不足している大前提の獲得ということは概して、客観的に存在した資料を裁判で取り扱うことに存在しているのであるから決して創造的と呼ばれるべきでない、とあい変らず主張することが可能である。それ以外の疑問は否定されるべきである。[379]

250

これまでの論述によれば、適切な要件は次の点にある。すなわち、裁判官は歴史的な法規内容、独自の生活上の知識等に依拠しているが、たとえ独自の価値判断の干渉が万一あるにしても、経験的な命令の観念としては以前には存在しなかった命令を創るという点にそれが示されているのである。たとえ、多かれ少なかれ従属的であり、歴史的に強く規定されたものであっても創造物が存在しているのである。

「創造的」という一般の用語法は、ある精神的成果の歴史的依存性が、我々をしてそれを「創造」と呼ぶことを決して妨げ

るものではないのだ、という点でのみ支持をなしうるにすぎないように思われる。たとえば、著作権法の分野や、さらには日常においても、ただ精神的な成果が存在し、とくに加工者の「個別性」が意義を持っている場合に限って、われわれは歴史的に認識された観念を、新たな観念や、観念の構成物に造り変えることを「創造的」と呼んでいる。しかし、このような特別の要件は、裁判官による命令形成の場合には普通に存在するし、またとくに、裁判官がもっぱら歴史的に認識された法規の価値判断に従う場合には存在するのである。しかし、これに加えてここで「独自の価値判断」の関連が生じるのであるが、この関連はこのような用語法に反対する見解からは多くの場合に全く無視されている。判断が独自の価値判断に影響される限り、この判断はもはや歴史的認識にもとづいたものではない。その限りでわれわはこの概念を、研究者の独自の理念やその貫徹とがその領域に含まれぬ歴史的認識の中にいれるということも可能であろう。

私見によれば、このような理由から法命題を作り出す裁判官の権能について論じることは十分に許されることである。しかし、このような用語法は、裁判官の地位を立法者の補助者として、すなわち、依存してはいるが単なる執行機関ではないものとして必要なやり方で強調し、古い包摂理論に対する対比を明らかにするのに適しているので、これは「推賞に価する」ものでもある。

(374) *Gmür*, Die Anwendung des Rechts nach Art. 1 des schweizerischen Gesetzbuchs S. 79ff. *Westendörfer* a. a. O. S. 296ff. 参照。

(375) 私は「具体的法秩序」の下で、一定の所と一定の時において仮言的な法命令と法律事実との結合により生じる具体的な法的当為の観念を考えている。法的結合体（Rechtskonkreta）、現存の所有権、債務関係、現存する株式会社等はその一部である。この概念は、社会的法概念と関連しておりこれは明示されてはいないがエールリッヒやユンクの場合には非常に重要な役割を演じている。私はこれに詳細に立ち入ることを別の機会に留保せざるをえない。

(376) 判決は具体法や法律行為の源でもある。「王の名の下に法と認められる」との方式は具体的法概念に用いられるのである。

(377) 上述九九、一〇〇頁参照。

(378) 上述一六六頁参照。

(379) 創造的「性質」に反対する者の中で、ヘルヴィヒ（*Hellwig*）とイェリネック（*Jellinek*）は特別の地位を占めている。ヘルヴィヒ（Lehrbuch 2 S. 167）は、裁判官の自由を非常に広くみとめ、したがって基本的には社会学的見解に属する。ヘルヴィヒは、価値判断にもとづく命令は別に再検討することも、またそれを作る

以前に生じた諸関係に対して適用することもできないのであるから、それが「新しい」法を持ちうるということを争った。ヘルヴィヒの場合には度々あらわれているように、この見解には古くから愛好されている概念法学の多くの断片が存在するように私には思われる。もしも、上訴の方法による再検討が「古い法」という概念の帰結であり、遡及効の禁止が「新しい法」という概念の帰結であるとするならば、我々は古い構成的方法にしたがって、我々の裁判官による命題(Richtersätze)を「古い法」の概念に含め、「新しい法」の概念からは離れざるをえまい。しかし、上訴や遡及効は概念的な帰結ではなく、概念的な帰属あるいは概念的な無縁性によってではなく、裁判官の命題の場合に利益状況によって生じる利益の作用なのである。したがって、裁判官の命題の実際上の取り扱いは、ある法概念への帰属を証明しているわけではなく、したがって、用語法上の問題が重要な場合には、価値評価による命令形成の結果に「新しい」とか「創造的」とかの賓辞を認めるか否かは決定的なものではない。イェリネック (Vgl. oben S. 339) は、裁判官が検討を加える立法者の仮定的な見解を、歴史的な事実であるといい、それ故あらゆる裁判官の命令形成を歴史的な研究であるといった。このような裁判官による命令形成の特徴付けはあやまっており、因果的な利益の探究が歴史的な行為であるという限りでのみ正当な核心をもっているにすぎない。しかし、その故に、全ての過程を同一の論理的な過程の中に含めるのは正しくない。

(河野)